

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2015.38 vom 15. September 2016**

BS Appellationsgericht, 2016-09-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_SB.2015.38](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2015.38)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2015.38 du 15 septembre 2016

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2015.38 del 15 settembre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Nach Art. 398 Abs. 1 StPO ist die Berufung zulässig gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen worden ist, was vorliegend der Fall ist. Zuständiges Berufungsgericht ist nach §§ 88 Abs. 1 und 92 Abs. 1 Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) ein Dreiergericht des Appellationsgerichts. Der Berufungskläger ist vom angefochtenen Urteil berührt und hat ein rechtlich geschütztes Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung, sodass er gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO zur Berufungserhebung legitimiert ist. Die Berufung ist gemäss Art. 399 Abs. 1 und 3 StPO form- und fristgemäss angemeldet und erklärt worden, womit darauf einzutreten ist.

1.2 Der Berufungskläger hat mit der Berufungserklärung diverse Beweisanträge eingereicht. Nach einem Verteidigerwechsel hat er diese in der Berufungsbegründung zurückgezogen und die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens beantragt. Da er neben formellen Mängeln (Verletzung des Grundsatzes **ne bis in idem** und damit zusammenhängendes Vorgehen) auch die fehlerhafte Nichtanwendung von Art. 53 StPO und eventualiter eine Verletzung des Grundsatzes **in dubio pro reo** gerügt hat, hat die Verfahrensleiterin die Durchführung des schriftlichen Verfahrens in Anwendung von Art. 406 Abs. 2 StPO vom Einverständnis der Staatsanwaltschaft abhängig gemacht. Diese hat sich in ihrer Berufungsantwort zustimmend geäußert. Nachdem, wie die Staatsanwaltschaft zutreffend anführt, eine erneute Befragung des Beschuldigten durch das Anhören der erstinstanzlichen Audioaufzeichnung kompensiert werden kann, um sich ein Bild von seiner Persönlichkeit und seiner Haltung zum Tatvorwurf zu machen, und somit seine persönliche Anwesenheit im Verfahren entbehrlich erscheint, hat die Verfahrensleiterin mit Verfügung vom 2. Juli 2015 gestützt auf Art. 406 Abs. 2 lit. a StPO das schriftliche Berufungsverfahren angeordnet.

### **E. 2**

2.1 Berufungskläger und Anzeigsteller haben am 4. Dezember 2009 eine Vereinbarung geschlossen, in welcher der Berufungskläger eine Schuldanerkennung über **179'137.55** unterzeichnete und sich zur entsprechenden Rückzahlung in fünf Raten plus Zinsen verpflichtete. In Ziff. 5 der Vereinbarung wurde festgehalten, dass die Staatsanwaltschaft bereits über den Schuld begründenden Sachverhalt in Kenntnis gesetzt worden sei. Die Parteien verzichteten aber **bei korrektem Vollzug dieser Vereinbarung verbindlich und unwiderruflich** auf (weitere) Strafanzeigen und der Gläubiger verpflichtet sich betreffend den zur Anzeige gebrachten Sachverhalt eine Desinteresseerklärung abzugeben. (Sep. Beilagen AZ/7). In der Folge gab der Privatkläger am 11. November 2009 eine

Desinteresseerklärung bei der Staatsanwaltschaft ab. Diese stellte hierauf am 14. Dezember 2009 das Verfahren (formlos) ein.

Es ist streitig, ob diese ■formlose■ Einstellung des Verfahrens zu einer res iudicata geführt hat. Entsprechend würde sich die Frage stellen, ob es einer formellen Wiederaufnahme bedurft hätte und ob diese vorliegend korrekt erfolgt wäre. Weiter wirft der Berufungskläger die Frage auf, ob der Privatkläger trotz der Vereinbarung mit ihm vom 4. Dezember 2009 nochmals Anzeige erstatten durfte.

Der Grundsatz ■ne bis in idem■ wird garantiert durch Art. 4 des Zusatzprotokolls Nr. 7 zur EMRK (SR 0.101.07) und ist in Art. 14 Abs. 7 UNO-Pakt II (SR 0.103.2) festgehalten. Er lässt sich auch aus der Bundesverfassung ableiten und ist in Art. 11 Abs. 1 der Strafprozessordnung verankert, wonach ein in der Schweiz rechtskräftig Verurteilter oder Freigesprochener wegen der gleichen Straftat nicht erneut verfolgt werden darf (BGer 6B\_896/2014 vom 16. Dezember 2015 E. 5.2). Rechtskräftige Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft bzw. entsprechende Gerichtsbeschlüsse sind einem rechtskräftigen freisprechenden Endentscheid gleichgestellt (Art. 320 Abs. 4, 329 Abs. 4 i.V. mit Art. 320 Abs. 4 StPO) und bewirken die Rechtskraft nach Art. 437 StPO. Sie entfalten damit ebenfalls die Sperrwirkung des ■ne bis in idem■-Grundsatzes (Tag, in: Basler Kommentar zur StPO, 2. Auflage 2014 Art. 11 N 13). Vorbehalten bleibt indessen bei erfolgter Einstellung ■ wie auch bei Nichtanhandnahme ■ die Wiederaufnahme des Verfahrens gemäss Art. 323 StPO, was in Art. 11 Abs. 2 StPO ausdrücklich festgehalten wird.

Der Berufungskläger ist der Auffassung, die Einstellung vom 14. Dezember 2009 stelle eine materiell und formell rechtskräftige Einstellungsverfügung dar und begründe damit eine res iudicata. Eine Verfolgung desselben Sachverhalts zu Lasten desselben Beschuldigten verstosse somit gegen das Verbot der doppelten Strafverfolgung. Das Argument der Staatsanwaltschaft, die Einstellung sei bloss formlos erfolgt, was man schon daraus ersehe, dass sie den Parteien nicht mitgeteilt worden sei ■ so dass diese auch keine Rechtsmittel dagegen hätten ergreifen können ■ überzeuge nicht. Tatsächlich hätten die Parteien in der vorliegenden Konstellation sicherlich kein Rechtsmittel gegen eine formelle Einstellung ergriffen ■ der Beschuldigte, weil er froh darüber gewesen sei, der Privatkläger, weil er selbst die Einstellung ausgelöst habe. Wenn die Staatsanwaltschaft sich nicht korrekt verhalte, indem sie den Parteien eine Einstellung nicht mitteile, dann könne sie daraus nicht Rechte ableiten, die einen Beschuldigten beschwerten (Berufungsbegründung Ziff. 3). Zudem ergebe sich auch aus dem Umstand, dass dem aktuellen Verfahren eine neue Verfahrensnummer beigegeben worden sei, dass es nicht um eine Weiterführung des alten Verfahrens gehe, sondern um die Anhebung eines neuen nach bereits erfolgter Einstellung.

Die Einstellung vom 14. Dezember 2009 ist in der ■Vorgangsliste vom 21.12.2012■ zum Beschuldigten aufgeführt, und zwar unter der Bezeichnung: ■Abgeschlossenes Verfahren ( ) Erledigungsart: Einstellung formlos; Erledigungsgrund: mangels Beweises des Tatbestandes ( ) sowie Desinteresse■; als Tatvorwurf wird ungetreue Geschäftsführung angegeben. Die Einstellung erfolgte noch unter der Geltung der früheren kantonalen StPO. Diese hat in § 110 vorgesehen, die ■vorläufige Einstellung■ könne erfolgen, wenn die Täterschaft nicht ermittelt werden könne oder vorübergehende Prozesshindernisse wie Abwesenheit oder Verhandlungsunfähigkeit des Angeschuldigten beständen. Die Staatsanwaltschaft habe für die Sicherung der Beweismittel zu sorgen. Gemäss § 110 Satz 2 aStPO erfolgten über die vorläufige Einstellung keine Mitteilungen. Es ging bei der ■vorläufigen Einstellung■, wie die Bezeichnung schon sagt, um eine Art Sistierung mit

offenem Ausgang, d.h. das pendent Halten des Verfahrens im Ermittlungsstadium, bis sich Hinweise auf eine Täterschaft ergaben oder die vorübergehenden Prozesshindernisse entfielen. Irgendwann hätte das Vorverfahren endgültig abgeschlossen werden müssen ■ sei es durch formelle Einstellung oder durch Anklage. Dass diese Art der (vorläufigen) Einstellung keine res iudicata begründete, scheint klar, allerdings erfasst sie den vorliegenden Fall nicht ganz. Hier wurde eine Einstellung zwar explizit ■formlos■ verfügt (und ohne Mitteilung an die Parteien), aber nicht wegen vorübergehender Prozesshindernisse oder unklarer Täterschaft, sondern weil der Tatbestand zum damaligen Zeitpunkt nach Auffassung der Staatsanwaltschaft nicht beweisbar war. Offenbar ging sie aufgrund der Desinteresseerklärung und der angekündigten Aussageverweigerung des Privatklägers davon aus, es seien keine hinreichenden Beweismittel erhältlich, um den Beschuldigten rechtsgenügend zu überführen. Damit hätte sich auch eine formelle Einstellungsverfügung begründen lassen. Dass die Staatsanwaltschaft davon abgesehen hat, eine solche zu erlassen, liegt aber offensichtlich im Vorbehalt begründet, welchen Beschuldigter und Privatkläger in ihre Vereinbarung aufgenommen haben und welchen der Privatkläger explizit zur Bedingung für seine Desinteresseerklärung und die Absicht, ■zur Zeit■ keine Aussagen zu machen, angegeben hat. Die Staatsanwaltschaft musste aufgrund dieses Vorbehalts davon ausgehen, dass der Privatkläger in absehbarer Zukunft unter Rückzug seiner Desinteresseerklärung doch noch zu Aussagen bereit sein könnte ■ nämlich dann, wenn der Berufungskläger die vereinbarten Zahlungen nicht leisten würde. Es war nicht nur absehbar, dass sich die Situation wieder ändern könnte, sondern auch bis wann diese Möglichkeit bestand, hatten die Parteien doch für die Erfüllung der Ratenzahlungen einen klaren Zeitrahmen vereinbart. Unter diesen Umständen war es angezeigt, noch keinen abschliessenden Entscheid zur Verfahrenseinstellung zu treffen, sondern nur formlos und intern eine ■Einstellung■ zu vermerken.

Dass sich der Privatkläger gegen eine formelle Einstellung nicht gewehrt hätte, ist im Übrigen keineswegs sicher. Er war sich, wie aus seiner Mitteilung an die Staatsanwaltschaft hervorgeht, sehr wohl darüber im Klaren, dass auch die Möglichkeit bestand, dass der Beschuldigte seinen Teil der Vereinbarung nicht erfüllen würde. Für diesen Fall wollte er keineswegs auf seine Rechte als Straf- (und Zivil-) kläger verzichten. Um der Gefahr einer res iudicata zu entgehen, hätte er sich möglicherweise durchaus gegen eine Einstellungsverfügung zur Wehr gesetzt.

Bei der gesamten Konstellation, welche der Berufungskläger und der Privatkläger geschaffen hatten, blieb der Staatsanwaltschaft somit nichts anderes übrig, als das Verfahren ■ vorläufig ■ nicht mehr weiterzuverfolgen, ohne es jedoch formell abzuschliessen. In der Sache handelte es sich bei der ■formlosen Einstellung■ somit um eine vorläufige, allerdings eine vorläufige ■sui generis■, denn unter die Kriterien von § 110 aStPO fiel sie nicht. Es konnte der Staatsanwaltschaft aber nicht verwehrt sein, auch bei Fällen, die in § 110 aStPO nicht explizit erfasst waren, eine formlose und interne ■Einstellung■ vorzumerken. Dies bedeutete nichts anderes, als dass der Fall während einer gewissen Zeit nicht weiter zu behandeln war, da zwar Beweismittel erkennbar waren, aber ■ zumindest vorübergehend ■ nicht erhältlich gemacht werden konnten. Wäre bereits damals klar gewesen, dass der Privatkläger unter keinen Umständen Aussagen machen würde, so hätte die Staatsanwaltschaft das Verfahren korrekterweise mit einem formellen Einstellungsbeschluss erledigen müssen. So aber durfte sie zuwarten, ob es beim (bedingten) Entscheid des Privatklägers bleiben würde, oder ob sich weiter ermitteln liesse.

Es liegt in der eigenen, organisatorischen Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft, wenn sie bei einer solchen Konstellation die Untersuchungen vorläufig einstellt und abwartet, ob diese fortzuführen sind oder ob es zu einer endgültigen Einstellung kommt. Ob sie das Verfahren unter demselben oder einem neuen Aktenzeichen weiterführt, ist eine administrative Frage und kann für die Beurteilung nicht von Belang sein. Unglücklich gewählt sind in diesem Zusammenhang die internen Vermerke ■ abgeschlossenes Verfahren■ und ■ Erledigungsart■ ■ korrekterweise hätte die Staatsanwaltschaft bei der vorgenommenen vorläufigen Einstellung in jedem Fall darauf zurückkommen und gegebenenfalls eine anfechtbare Einstellungsverfügung erlassen müssen. Die Parteien hätten wohl eine entsprechende, anfechtbare Verfügung verlangen können. Da es vorliegend nicht so weit kam, muss diese Thematik hier jedoch nicht abschliessend behandelt werden.

Anzumerken ist, dass der Vorwurf des treuwidrigen Vorgehens auf den Berufungskläger selbst zurückfällt. Voraussetzung der getroffenen Vereinbarung war ja, dass die Desinteresseerklärung und die Aussageverweigerung nur für den damaligen Zeitpunkt erfolgten und dass bei Nichterfüllung des Vertrages seitens des Berufungsklägers das Strafverfahren weiterlaufen sollte. Wenn der Berufungskläger nun die Meinung vertritt, die Einstellung müsse rechtskräftig erfolgt sein, so verhält er sich im Widerspruch zu seinen eigenen Handlungen. Denn dann hätte er mit seiner Zusage in der Vereinbarung nichts anderes als den endgültigen Abbruch des Verfahrens erschlichen, ohne an die eigenen Verpflichtungen gebunden zu sein.

2.2 Geht man davon aus, dass die Einstellung nicht rechtskräftig erfolgt ist, sondern lediglich im Sinne eines internen Vermerks, so stellt sich die Frage der Wiederaufnahme nicht. Selbst wenn man aber dieser Auffassung nicht folgen und von einer rechtskräftigen Einstellungsverfügung ausgehen würde, wäre vorliegend die Wiederaufnahme des Verfahrens gerechtfertigt gewesen. Das Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit wird zwar grundsätzlich zugunsten der Rechtssicherheit aufgelöst. Die damit einhergehende Bewertungsdifferenz berücksichtigt das Strafprozessrecht aber, indem es in Art. 11 Abs. 2 StPO ausdrücklich einen Vorbehalt zugunsten der Wiederaufnahme eines eingestellten oder nicht anhand genommenen Verfahrens wie auch der Revision anbringt (Tag, a.a.O. Art. 11 StPO N 21). Ebenso lässt Art. 4 Abs. 2 des Zusatzprotokolls Nr 7 zur EMRK weitgehende Ausnahmen vom Grundsatz ■ ne bis in idem■ zu und gestattet die Wiederaufnahme eines Verfahrens zu Ungunsten des Betroffenen unter anderem dann, wenn neue oder neu bekannt gewordene Tatsachen vorliegen, oder wenn das vorausgegangene Verfahren schwere Mängel aufwies. Beim Vorliegen solcher aussergewöhnlicher Umstände ist auch nach den Vorschriften des UNO-Pakts II eine Wiederaufnahme nicht ausgeschlossen (zum Ganzen: BGer 6B\_896/2014 vom 16. Dezember 2015 E. 5.3 und 5.4 m.w.H.).

Vorliegend wären die Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme nach Art. 323 StPO gegeben. Es ist mit der herrschenden Lehre davon auszugehen, dass ein Beweismittel oder eine Tatsache auch dann als neu im Sinne von Art. 323 StPO zu gelten hat, wenn der Privatkläger es trotz früherer Kenntnis bisher bewusst nicht in das Verfahren eingebracht hatte (vgl. Grädel/Heiniger, in: Basler Kommentar StPO, 2. Auflage 2014, Art. 323 N 6). Somit würde die zunächst verweigerte und erst später bekundete Aussagebereitschaft des Privatklägers einen Wiederaufnahmegrund darstellen. Zudem hat der Privatkläger auch weitere neue und zum Zeitpunkt der Verfahrenseinstellung bereits bestehende Beweismittel

vorgelegt, die er aufgrund eigener Nachforschungen bezüglich der Empfängerin des überwiesenen Geldbetrages erhalten hatte und welche die Staatsanwaltschaft zweifellos als relevant für die Strafbarkeit des Berufungsklägers betrachten durfte (Akten S. 436 ff.). Schliesslich sind nach herrschender Lehre auch diejenigen Konstellationen unter Art. 323 Abs. 1 lit. a StPO zu subsumieren, in welchen nicht die Tatbestandsmässigkeit, sondern andere sachverhaltsmässige Grundlagen der Einstellung auf Grund neuer Tatsachen in einem anderen Licht erscheinen ■ so explizit der Fall, dass sich ■weisen sollte, dass entgegen der Einstellungsverfügung die beschuldigte Person keine Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB geleistet hat■ (Grädel/Heiniger, a.a.O., Art. 323 StPO N 9).

2.3 Die ebenfalls aufgeworfene Frage, ob der Privatkläger erneut Anzeige erstatten durfte ■ d.h. letztlich die Frage nach der Zulässigkeit des Widerrufs seiner Desinteresseerklärung ■ sei im Folgenden beleuchtet. Die Verteidigerin macht geltend, der Privatkläger habe keine Straf- oder Zivilklage mehr erheben dürfen, denn ■dieser formgerechte Rückzug ist endgültig■. Mit dem ■Rückzug■ meint sie die Desinteresseerklärung vom 11. November 2009. Dass es hier um keinen ■Rückzug■ gehen kann, ist indessen klar, handelte sich beim damals beanzeigten und untersuchten Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung doch (ebenso wie beim nun angeklagten Betrug) um ein Officialdelikt, sodass ein Rückzug des Strafantrags mit Einstellungsfolge gar nicht möglich war. Im Übrigen wäre selbst bei einem Antragsdelikt zwischen Rückzug des Strafantrags und Desinteresse-Erklärung strikt zu unterscheiden: Selbst wenn ein Antragsteller eine Desinteresse-Erklärung abgibt, ist dies nicht zwingend als Rückzug des Antrags zu verstehen und hindert den Weiterbestand des Strafantrags nicht (hierzu: BGer 6B\_510/2011 E. 2.4). Vorliegend hat der Privatkläger der Staatsanwaltschaft lediglich mitgeteilt, dass er sich entschieden habe, ■zur Zeit keine Aussagen zu machen■ und ■das Desinteresse betreffend die Weiterverfolgung der Strafanzeige vom 11. November 2009■ erklärt ■ freilich unter dem expliziten Vorbehalt, dass dies angesichts der Schuldanerkennung geschehe und ■unter der Voraussetzung, dass A\_\_\_ seinen stipulierten Zahlungsverpflichtungen auch tatsächlich nachkommt■ (Sep. Beilagen AZ/40). Von einem ■Rückzug■ kann somit keine Rede sein.

Das Bundesgericht hat sich in einem Entscheid aus dem Jahr 2007 mit der Bedeutung einer Desinteresseerklärung und der Zulässigkeit, auf diese zurückzukommen, befasst (BGer 6P.88/2006 und 185/2006 vom 1. Februar 2007). Der Fall war ähnlich gelagert wie der vorliegende. Dabei war zwar das kantonale Strafprozessrecht des Kantons Zürich massgeblich, aber die Beurteilung der Desinteresseerklärung und des Prozessvergleichs war in gleicher Weise vorzunehmen wie im vorliegenden Fall. Im zitierten Entscheid hatte der Privatkläger ebenfalls eine Desinteresseerklärung abgegeben, worauf das Verfahren (wegen Betrugs) eingestellt wurde ■ anders als hier aber im Sinne einer formellen und rechtskräftigen Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft. Fast zwei Jahre später erstattete der Geschädigte erneut Strafanzeige und beantragte, die eingestellte Strafuntersuchung wegen Betrugs wieder aufzunehmen und den Sachverhalt eventuell unter dem Gesichtspunkt des Wuchers zu prüfen. Er berief sich dabei auf neue Tatsachen, die ihm nach der Desinteresse-Erklärung bekannt geworden seien. Die kantonalen Gerichte lehnten eine Wiederaufnahme ab, im Wesentlichen weil sie fanden, die Desinteresse-Erklärung sei bindend gewesen. Das Verfahren wegen Wuchers stellten sie aus materiellen Gründen ein. Das Bundesgericht hiess eine Beschwerde gegen die Nichtwiederaufnahme des Verfahrens gut (in Bezug auf den Wucher liess es die materiellrechtlich abgestützte Eventualbegründung gelten. Die Frage, ob die Desinteresse-Erklärung in Bezug auf einen

neuen Straftatbestand anders zu bewerten gewesen wäre, blieb offen). Zur Gutheissung kam es, weil das Bundesgericht sich der Meinung der Vorinstanz nicht anschloss, wonach eine Desinteresse-Erklärung wie ein Prozessvergleich zu verstehen sei und nur bei bestimmten Willensmängeln dazu berechtige, trotzdem wieder ein Strafverfahren anzustreben. Es hielt fest, dass die Desinteresse-Erklärung aus unterschiedlichen Gründen erfolgen könne, auch, aber nicht notwendigerweise deshalb, weil der Geschädigte das inkriminierte Verhalten nicht für strafbar halte. Sie könne auf einer Vereinbarung zwischen dem Geschädigten und dem Beschuldigten beruhen ■ wie es vorliegend der Fall ist. Ungeachtet der Desinteresse-Erklärung des Geschädigten hätten die staatlichen Behörden bei Officialdelikten abzuklären, ob in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht eine strafbare Handlung vorliege. Das stehe nicht zur Disposition des Geschädigten, im Unterschied zur Situation beim Rückzug eines Strafantrags oder eines Rechtsmittels als rechtsgestaltende Prozessklärungen. Entsprechend liessen sich die Grundsätze, die beim Rückzug eines Antrags oder eines Rechtsmittels gelten, auch nicht auf die Desinteresse-Erklärung übertragen. So sei etwa beim Rückzug des Strafantrags oder eines Rechtsmittels ein allfälliger Irrtum unbeachtlich, was bei der Desinteresse-Erklärung nicht gelte.

Diese Überlegungen lassen sich auf den vorliegenden Fall übertragen. Hier hat sich der Geschädigte zwar nicht auf einen Irrtum berufen, aber auf einen Vorbehalt, der bei der Desinteresse-Erklärung angebracht worden war. Dieser Vorbehalt war Gegenstand des zugrunde liegenden Vergleichsvertrags zwischen den Parteien (■bei korrektem Vollzug dieser Vereinbarung■) und die ausschlaggebende Voraussetzung, weshalb der Streit zwischen den Parteien mit gegenseitigen Zugeständnissen beigelegt werden konnte (vgl. hierzu ebenfalls den zit. BGer 6P.88/2006 und 185/2006 vom 1. Februar 2007, E. 5.4.1). Nachdem der Beschuldigte die Zahlungen nicht abredemäss geleistet hatte, griff der vereinbarte Vorbehalt. Tatsächlich hat der Privatkläger den Beschuldigten bzw. seine Vertreterin am 15. Mai 2012 darauf hingewiesen, dass der Beschuldigte die dritte Ratenzahlung nicht geleistet und auch die seit 1. Januar 2010 aufgelaufenen Zinsen nicht bezahlt habe (Sep. Beilagen AZ/38). Dass der Privatkläger hierauf am 14. Dezember 2012 nochmals Strafanzeige erstattete und Zivilklage erhob, erscheint aufgrund des Vergleichsvertrags nur folgerichtig. Jedenfalls schliesst vorliegend nach dem Gesagten weder dieser noch das geltende Recht ein solches Zurückkommen auf die Desinteresse-Erklärung aus.

2.4Der Berufungskläger beantragt eventualiter, gestützt auf Art. 53 StGB (Wiedergutmachung) sei von einer Bestrafung abzusehen. Die Bestimmung sieht vor, dass das Gericht von einer Bestrafung absieht, wenn der Täter den Schaden gedeckt oder alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen und kumulativ die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe erfüllt sind und das Interesse der Öffentlichkeit und des Geschädigten an der Strafverfolgung gering sind.

Nach Anklageerhebung hat der Privatkläger am 29. August 2014 gegenüber dem Strafgericht eine erneute Desinteresse-Erklärung abgegeben und mitgeteilt, dass er und der Berufungskläger per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt seien (Akten S. 332). Keine Fragen wirft somit das äussere Erfordernis der Schadensdeckung auf, hat doch der Berufungskläger den Privatkläger für die noch offenen Schadensposten offenbar vollumfänglich schadlos gehalten. Ebenso unproblematisch erscheint die in Art. 53 lit. b StGB aufgeführte Voraussetzung, dass das Interesse des Geschädigten an der Strafverfolgung gering sein muss. Der Privatkläger hat den ■Verzicht auf Zivilforderungen

und jegliche Entschädigungsansprüche bzw. den Rückzug der angemeldeten Zivilansprüche ■ bekannt gegeben und sein ■ ausdrückliches und vorbehaltloses Desinteresse an einer weiteren Strafverfolgung ■ des Beschuldigten erklärt (Akten S. 332). Das Bundesgericht hat sich im Leitentscheid BGE 135 IV 12 ausführlich mit Art. 53 StGB auseinandergesetzt und dabei festgehalten, dass bei Vorliegen einer Desinteresse-Erklärung jedenfalls von einem geringen Interesse des Geschädigten an der Strafverfolgung im Sinne von Art. 53 lit. b StGB auszugehen sei.

Zu prüfen ist indessen, ob die Anwendbarkeit von Art. 53 StGB ausser Betracht fällt, wenn der strafbare Sachverhalt nicht anerkannt ist. Die Verteidigerin verneint dies im Wesentlichen mit dem Einwand, dass es sich bei der Anerkennung des Unrechts um ein Element handle, das in Art. 53 nicht als Voraussetzung für eine Wiedergutmachung angeführt sei. Bei dieser Argumentation übersieht sie jedoch, dass die Anerkennung des Unrechts nicht als eigens im Gesetz aufgeführte Voraussetzung der Wiedergutmachung, sondern insbesondere unter dem Gesichtspunkt des (geringen) öffentlichen Interesses als Voraussetzung gemäss Art. 53 lit. b StGB diskutiert wird. Um ebendiese Frage des öffentlichen Interesses geht es vorliegend, und in diesem Zusammenhang ist auch zu prüfen, ob das fehlende Geständnis ausschliesst, dass das öffentliche Interesse an einer Bestrafung als gering zu werten ist. Ein selbständiger Hinweis darauf, dass Art. 53 StGB die Anerkennung der strafrechtlichen Normverletzung durch den Beschuldigten voraussetzt, kann in der Formulierung im ersten Satz ■ um das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen ■ erblickt werden.

Das Bundesgericht hat wiederholt ausgeführt, dass auch bei Vorliegen einer Desinteresse-Erklärung und entsprechend geringem bzw. fehlendem Strafverfolgungsinteresse des Geschädigten das Interesse der Öffentlichkeit zu prüfen sei. Der Regelung von Art. 53 StGB liege der Gedanke zu Grunde, dass selbst bei voller Wiedergutmachung das öffentliche Interesse an einer Strafverfolgung nicht zwingend entfallen müsse (BGE 135 IV 27 E. 2.3). Hierzu führt das Bundesgericht im zitierten Leitentscheid BGE 135 IV 12 aus: ■ Nach der Botschaft dient die Wiedergutmachung in erster Linie dem Opfer, dem vielfach mehr am Ersatz des Schadens als an einer Bestrafung des Täters liegt. Es wird an das Verantwortungsbewusstsein des Täters appelliert. Es soll ihm das Unrecht seiner Tat vor Augen geführt werden. Durch die Wiedergutmachung soll auch die Beziehung zwischen Täter und Opfer verbessert werden, was den öffentlichen Frieden wiederherstellt. Die Wiedergutmachung des Schadens rechtfertigt die Strafbefreiung, das Strafbedürfnis schwindet, weil der Täter aktiv eine soziale Leistung erbringt, die der Versöhnung und der Festigung des öffentlichen Friedens dient. Mit der Voraussetzung des geringen öffentlichen Interesses an einer Strafverfolgung soll den Fällen Rechnung getragen werden, in denen keine bestimmte Person geschädigt wurde. Es soll zudem eine Privilegierung wohlhabender Täter, die sich von der Strafe freikaufen könnten, verhindert werden (Botschaft vom 21. September 1998, BBl 1999 2065 f.) ( ) Nach der Lehre geht es beim Erfordernis des geringen öffentlichen Strafverfolgungsinteresses in Art. 53 StGB um das infolge der Unrechtswiedergutmachung verringerte Strafbedürfnis. ( ) Die Anforderungen an die Wiedergutmachungsbemühungen des Täters steigen mit der Höhe der zu erwartenden Strafe. Andererseits nimmt das öffentliche Strafverfolgungsinteresse in gleichem Masse ab, wie die Wiedergutmachung zur Aussöhnung zwischen den Betroffenen und zur Wiederherstellung des öffentlichen Friedens geführt hat. Doch selbst wenn die Tatschwere sich im Rahmen von Art. 53 lit. a StGB hält und volle Wiedergutmachung

geleistet worden ist, führt dies nicht zwingend zum Entfallen des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung. Zu beurteilen bleibt, ob die Ausfällung einer bedingten Strafe unter spezial- oder generalpräventiven Gesichtspunkten noch notwendig erscheint (mit zahlr. Hinw.). Aus Sicht der positiven Generalprävention kann das Vertrauen der Allgemeinheit in das Recht gestärkt werden, wenn festgestellt wird, dass auch der Täter den Normbruch anerkennt und sich bemüht, den Rechtsfrieden wiederherzustellen (m. Hinw.).

Spezialpräventive Überlegungen sind bereits beim Entscheid über den bedingten Strafvollzug nach Art. 42 StGB zwingend zu berücksichtigen. Da die Gewährung des Strafaufschubs eine Voraussetzung der Wiedergutmachung ist, spielen sie bei der Beurteilung des öffentlichen Interesses nach Art. 53 StGB nur eine untergeordnete Rolle (m. Hinw.). Während die Strafzwecke ganz allgemein zu berücksichtigen sind, ist bei der Beurteilung der öffentlichen Strafverfolgungsinteressen im konkreten Fall insbesondere auch nach den geschützten Rechtsgütern zu unterscheiden. Art. 53 StGB nimmt explizit Bezug auf die Wiedergutmachung des begangenen Unrechts. ( ) Das öffentliche Strafverfolgungsinteresse nimmt mit zunehmendem Zeitablauf seit der Tat ab. Auch an der Tätergleichbehandlung bestehen öffentliche Interessen. So dürfen wohlhabende Täter durch die Wiedergutmachungsbestimmung nicht privilegiert werden (m. Hinw.)■ (BGE 135 IV 12 E. 3.4.1 und 3.4.3, ebenso BGer BGer 6B\_278/2012 vom 16. August 2012 E. 1.4 und 1.5) Immerhin ist zu relativieren, dass das Gericht bei Wiedergutmachung nur von Strafe absehen kann, gleichzeitig aber einen Schuldspruch zu fällen hat. Ein "Freikaufen" von der Verurteilung ist insoweit auch den Wohlhabenden nicht möglich (BGE 135 IV 12 E. 3.6; BGer 6B\_278/2012 vom 16. August 2012 E. 1.4).

Nach der Rechtsprechung muss der Täter jedenfalls die Normverletzung anerkennen und sich bemühen, den öffentlichen Frieden wiederherzustellen ■ und das auch bei Delikten gegen Individualrechtsgüter. So heisst es in einem höchstrichterlichen Entscheid betreffend Strafbefreiung im Untersuchungsstadium: ■Art. 53 ist Ausdruck des verfahrensrechtlichen Opportunitätsprinzips. Grundlage eines Verzichts auf die Anklageerhebung bzw. Überweisung ans Gericht ist nicht eine Schuldfeststellung, sondern ein hinreichend geklärt belastender Sachverhalt. Die beschuldigte Person muss die Normverletzung aber jedenfalls anerkennen■ (BGE 137 I 16 E. 2.3; vgl. auch BGE 136 IV 41 E. 121). Dasselbe gilt ■ erst recht ■ für die spätere Verfahrenseinstellung durch das Gericht (BGE 135 IV 12 E. 3.5.3; BGer 6B\_278/2012 vom 16. August 2012; 6B\_152/2007 vom 13. Mai 2008 E. 5.2.3). Die Verteidigerin zitiert zwar aus dem einschlägigen BGE 135 IV 21 (recte: 12), lässt aber die entscheidende Passage weg. Ebenso entnimmt sie dem von der Vorinstanz weiter angeführten BGer 6B\_152/2007 vom 13. Mai 2008 nicht dessen Sinngehalt, wenn sie die massgebliche Passage zwar aufführt (■L■exemption de peine suppose ainsi, du point de vue de la collectivité, que l■auteur reconnaisse qu■il a violé la norme et s■efforce de rétablir la paix publique■), aber ihre Bedeutung mit einer recht eigenwilligen Interpretation einschränkt. So schliesst die Verteidigerin: ■Da es sich hier um ein Delikt handelt, welches gegen das Vermögen eines Einzelnen gerichtet ist und nicht gegen die Allgemeinheit, ist klar: es braucht keine Anerkennung des Unrechts■ (Berufungsbegründung S. 6 unten). Damit will die Verteidigerin das Erfordernis einer Anerkennung der Normverletzung für diejenigen Fälle ausklammern, in welchen Delikte gegen Individualrechtsgüter zur Frage stehen. In den zitierten Fällen ging es jedoch ebenfalls um Delikte gegen individuelle Rechtsgüter ■ in BGE 137 I 16 beispielsweise um Nötigung u. dgl., in BGE 136 IV 41 um Vernachlässigung von Unterhaltspflichten, in BGE 135 IV 27 um Körperverletzung und Sachbeschädigung ■ dennoch hat das Bundesgericht auch das öffentliche Interesse geprüft,

in dessen Kontext es die Anerkennung der Normverletzung als relevant betrachtet.

Wesentlich ist, wie zuvor ausgeführt, dass an das Verantwortungsbewusstsein des Täters appelliert und ihm das Unrecht seiner Tat bewusst gemacht werden soll und dass durch die Verbesserung der Beziehung zwischen Täter und Geschädigtem auch der öffentliche Friede wieder hergestellt werden soll. Entsprechend kann das schwindende Strafbedürfnis, weil der Täter einen aktiven Beitrag zur Versöhnung und so zur Festigung des öffentlichen Friedens geleistet hat, selbst dann zur Strafbefreiung führen, wenn die geschädigte Person selbst die Wiedergutmachung gar nicht akzeptiert (136 IV 41 E. 1.2.1 u. 1.2.2).

Ausschlaggebend für die Strafbefreiung ist mithin gerade nicht allein die Übereinkunft zwischen Täter und Geschädigtem, sondern die Wahrung des öffentlichen Friedens. Dieser kann bei Straftaten gegen Individualrechtsgüter ebenso betroffen sein wie bei solchen gegen allgemeine oder öffentliche Rechtsgüter. Art. 53 StGB will im Sinne einer Ausnahme dort den Verzicht auf eine Bestrafung ermöglichen, wo diese gar keinem ernsthaften Interesse mehr entsprechen würde. Das setzt, entsprechend dem Zweck des Strafrechts aus Sicht der Allgemeinheit, aber auch voraus, dass kein massgebliches Bedürfnis nach Vergeltung besteht, was wiederum die Einsicht des Täters voraussetzt, strafrechtlich relevantes Unrecht begangen zu haben. Insoweit kann der teilweise (aber nicht überwiegend) leicht abweichenden Lehrmeinung nicht gefolgt werden, die es genügen lassen will, wenn ■jemand die Unkorrektheit seines Verhaltens und eine allfällige zivilrechtliche Schadenersatzpflicht zwar anerkennt, aber bestreitet, dass sein Verhalten unter die betreffende Strafnorm fällt■ (Franz Riklin, in: Basler Kommentar StGB, 3. Auflage 2013, Art. 53 N 32).

Nach dem Ausgeführten besteht vorliegend kein Raum für die Anwendung von Art. 53 StGB, nachdem der Berufungskläger das ihm vorgeworfene Unrecht nicht anerkannt hat, sondern noch in der Berufungsbegründung geltend macht, dem Privatkläger könne ■keine grössere Glaubwürdigkeit zugebilligt werden■ als ihm selbst und so bestünden ■massgebliche Zweifel an dem vom Strafgericht (und von der Staatsanwaltschaft) zugrunde gelegten Sachverhalt■, so dass auch aus diesem Grund ein Freispruch ergehen müsse. Ausserdem wäre das öffentliche Interesse an einer Strafverfolgung auch im Hinblick darauf als nicht gering zu werten, dass es um ein Delikt im Rahmen des Bankverkehrs zwischen einem Kundenberater in verantwortungsvoller Position und seinem Kunden ging. Der Berufungskläger hat mitunter seine Vertrauensstellung als Privatbanker missbraucht, die er einerseits gegenüber seinem Kunden, andererseits aber auch gegenüber seiner Arbeitgeberin (die um einen Reputationsschaden fürchten musste) innehatte. Nicht nur die konkret Betroffenen, sondern auch die Öffentlichkeit hat ein erhebliches Interesse daran, dass sich Bankkunden im Bankverkehr auf das Gegenüber verlassen können, dessen Ratschläge sie entgegennehmen und welchem sie die Verfügungsmacht über ihr Geld anvertrauen. Das ist letztlich Grundlage eines funktionierenden Bankwesens überhaupt.

2.5 Für den Fall, dass das Verfahren nicht in Anwendung des Grundsatzes ■ne bis in idem■ oder über Art. 53 StGB erledigt werden könne, beantragt der Berufungskläger einen Freispruch ■in dubio pro reo■. Dem Geschädigten könne keine grössere Glaubwürdigkeit zugebilligt werden als dem Berufungskläger. Daher sei die Variante des Berufungsklägers, wonach der Geschädigte von der Überweisung wusste, als mögliche Version zu werten und es bestünden massgebliche Zweifel am vorgeworfenen Sachverhalt.

Gemäss der letzten Version des Berufungsklägers gegenüber dem Strafgericht hat der Privatkläger ihm die fraglichen ■160'000.■ bewusst als Vorschuss bzw. als Darlehen

bezahlt, damit der Berufungskläger den Anlageverlust bei einem anderen Kunden, der [...] (im Überweisungsauftrag abgekürzt [...]) decken konnte. Diese [...] gehöre einer der bekanntesten Familien in Spanien, welche der Privatkläger ebenfalls gekannt habe. Der Berufungskläger habe den Privatkläger um das Darlehen gebeten ■ man habe zwar nicht über den genauen Zweck gesprochen, aber ■das hat er sich denken können■ (Prot. erstinstanzl. HV, Akten S. 750). Der Berufungskläger habe den Privatkläger nicht ausdrücklich gefragt, ob er ihm aushelfen könne, um bei einem anderen Kunden ein Loch zu stopfen, doch habe er ihm ■persönlich zugesichert, dass ich ihm das persönlich zurückzahle. Aber es war in seiner Entscheidung, er hätte auch Nein sagen können■ (Akten S. 750). Einen schriftlichen Darlehensvertrag habe man nicht geschlossen, und an einen Darlehenszins könne er sich auch nicht mehr genau erinnern. Auf die Frage nach dem Interesse des Privatklägers, dem Berufungskläger dergestalt auszuhelfen, erklärte dieser zunächst, dass der Privatkläger wohl auf diese Weise Zugang zur anderen, bekannten Familie bekommen wollte (Akten S. 750/751). Nach längeren Rückfragen musste er dann aber einschränken, dass es sich bei dem behaupteten Vorschuss bzw. Darlehen um eine Gefälligkeit ihm gegenüber gehandelt habe ■ die Motivation für eine solche Gefälligkeit konnte er freilich nicht nennen (Akten S. 755). Auch für die besorgten E-Mails des Privatklägers, in welchen sich dieser nach dem Verbleib seiner ■ 160■000.-- erkundigte, vermochte der Berufungskläger keine schlüssige Erklärung zu liefern, sondern beschränkte sich auf die Feststellung, dass es sich hierbei um ■südländisches Lamentieren■ gehandelt habe (Akten S. 758). Ebensowenig konnte er erläutern, wie der Privatkläger, der angeblich den Zahlungsauftrag selbst verfasst habe, zur Kontonummer des Empfängers gelangt sei (Akten S. 756/757). Der Privatkläger selbst hatte sich stets auf den Standpunkt gestellt, dass er die ■ 160■000.-- zum Zweck eines Daytradings eingebracht habe, und zwar auf Veranlassung des Berufungsklägers auf ein Konto bei der [...], das mutmasslich auf diesen selbst gelaftet habe (Schreiben an [...], Sep. Beil. [...]2/195; erster Entwurf für Schuldanererkennung, Akten S. 129 ff.; Zivilklage vom 11. März 2011, Sep. Beil. [...]2/7, 14, 20f.; Strafanzeige, Akten S. 233 ff.). Der Berufungskläger hatte diesen Zahlungszweck des Daytradings zwar ■ nach etlichem Lavieren ■ einigermaßen klar bestritten (EV 4. Juni 2013, Akten S. 253/254), damals jedoch auch keinen anderen Zweck für die erfolgte Überweisung angeben können und insbesondere mit keinem Wort geltend gemacht, der Privatkläger habe diese bewusst zum Ausgleich eines Anlageverlusts bei einem Drittkunden veranlasst. Vielmehr hatte er stets betont, die Inhaberin des Empfängerkontos, die PAE, habe gar keine Verluste gehabt, sondern in ihrem Portfolio nur Gewinne verzeichnet (Akten S. 254 ff.). Diese Diskrepanz in seinen eigenen Sachverhaltsdarstellungen hat der Berufungskläger mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen begründet ■ ein Erklärungsversuch, der schon daran scheitern muss, dass der Berufungskläger zum Zeitpunkt seiner ersten Einvernahme bei der Staatsanwaltschaft gar nicht mehr bei der [...] angestellt gewesen war.

Insgesamt erweist sich die ■Darlehenstheorie■ des Berufungsklägers als völlig abwegig. Sie findet in den gesamten Akten ■ bei den ursprünglichen Aussagen des Berufungsklägers selbst, aber auch in sämtlichen Verlautbarungen des Privatklägers ■ keinerlei Stütze und erweist sich als komplett lebensfremd. Selbst der Berufungskläger ist um eine einigermaßen nachvollziehbare Erklärung für das angebliche Verhalten seines früheren Kunden verlegen und kann seine eigene Vorgehensweise ■ insbesondere das offensichtliche Verschleiern sowohl der Herkunft als auch der Destination der Überweisung ■ nicht plausibel erklären. Es liegt, entgegen seiner Auffassung, keineswegs eine Aussage gegen Aussage-Konstellation vor (Berufung S. 7), sondern vielmehr ein Sachverhalt mit

komfortabler Beweislage, der ohne ernsthaften Zweifel nur den von der Vorinstanz gezogenen Schluss zulässt. Diese erblickt im Verhalten des Beschuldigten zu Recht eine arglistige Täuschung, welche einen Irrtum auf Seiten des Anzeigestellers zu Folge hatte und eine Vermögensverschiebung mit entsprechendem Schaden nach sich zog. Auch die Bereicherungsabsicht wurde aus überzeugenden Gründen bejaht (siehe vorinstanzliches Urteil S. 15-16). Auch die rechtliche Qualifikation der Vorinstanz ist demnach nicht zu beanstanden, und es ergeht Schuldspruch wegen Betrugs.

### **E. 3**

Die Strafzumessung ist für den Fall der Bestätigung des erstinstanzlichen Schuldspruchs zu Recht nicht angefochten worden. Die Vorinstanz hat die belastenden und entlastenden Umstände zutreffend gewürdigt, weshalb diesbezüglich ohne weitere Bemerkungen auf ihre Ausführungen verwiesen werden kann.

### **E. 4**

Die Kosten folgen dem Verfahrensausgang und sind vom Berufungskläger zu tragen (Art. 428 StPO). Er trägt die Kosten und Gebühren für das erstinstanzliche Verfahren, wobei für die Beträge auf das Urteilsdispositiv verwiesen wird. Die zweitinstanzliche Urteilsgebühr wird auf CHF 1'200.- bemessen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.