

# TG\_GERICHTE RBOG-2021-15 vom 1. Januar 2021

TG Obergericht, 2021-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg\\_gerichte\\_RBOG-2021-15](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_gerichte_RBOG-2021-15)

FR: TG\_GERICHTE RBOG-2021-15 du 1 janvier 2021

IT: TG\_GERICHTE RBOG-2021-15 del 1 gennaio 2021

## Erwägungen

### E. 1

a) Das Bezirksgericht sprach den Berufungskläger der mehrfachen sexuellen Handlungen mit einem Kind und der mehrfachen sexuellen Nötigung schuldig. Es fällte eine zu vollziehende Freiheitsstrafe von 18 Monaten aus, ordnete eine ambulante Massnahme gemäss Art. 63 StGB an (psychotherapeutische deliktsorientierte Behandlung) und sah von einer Landesverweisung ab. b) Gegen dieses Urteil erhob der Berufungskläger Berufung und beantragte, es sei die Freiheitsstrafe von 18 Monaten bedingt auszusprechen, bei einer Probezeit von zwei Jahren. Eventualiter sei für den Fall, dass die Freiheitsstrafe nicht gestützt auf Art. 42 StGB aufgeschoben werde, der Vollzug der Freiheitsstrafe zugunsten einer ambulanten Massnahme gestützt auf Art. 63 Abs. 2 StGB aufzuschieben. c) Weder die Staatsanwaltschaft noch der geschädigte Privatkläger erhoben Anschlussberufung. d) Das Obergericht bestätigte das angefochtene Urteil und prüfte zudem die Frage, ob die Voraussetzungen eines Tätigkeitsverbots nach Art. 67 StGB erfüllt sind, beziehungsweise ob ein Tätigkeitsverbot im Rahmen des Berufungsverfahrens von Amtes wegen noch angeordnet werden kann, auch wenn ein solches im erstinstanzlichen Verfahren nicht Thema war.

### E. 2

a) Die heute bestehenden Bestimmungen über das Tätigkeitsverbot gehen auf verschiedene Revisionen zurück. Auf den 1. Januar 2015 setzte der Bundesgesetzgeber die Art. 67 bis 67e StGB in Kraft[1]. Es handelt sich um den Gegenvorschlag zur Volksinitiative "Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen"[2]. Art. 67 StGB umfasst in der Fassung vom 1. Januar 2015 zwei Grundvarianten des Tätigkeitsverbots: Das im Einzelfall nach Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten auszufällende Verbot[3] sowie zwei zwingende Tätigkeitsverbote (für die Tätigkeit mit Minderjährigen und Erwachsenen)[4]. Im Unterschied zu Art. 67 Abs. 1 und 2 StGB verlangen Art. 67 Abs. 3 und 4 StGB keine Verhältnismässigkeitsprüfung[5]. In diesem Sinn sind es zwingende Tätigkeitsverbote[6]. Am 1. Januar 2019 erging der Gesetzgeber Art. 67 StGB um die Abs. 2bis und 4bis. Abs. 2bis verschärft das (freiwillige) Tätigkeitsverbot gemäss den Abs. 1 und 2. Abs. 4bis schuf - gleichsam als Korrektiv - einen privilegierten Tatbestand, den jedoch zwei Gegenausnahmen einschränken. b) Der Berufungskläger delinquierte in den Jahren 2017 und 2018. In zeitlicher Hinsicht sind die am 1. Januar 2015 in Kraft gesetzten Bestimmungen anwendbar, nicht hingegen die Verschärfung gemäss Abs. 2bis vom 1. Januar 2019. Abs. 4bis könnte zwar zu einem für den Berufungskläger milderen Ergebnis führen, doch ist beim Berufungskläger eine der Gegenausnahmen zum privilegierten Tatbestand gegeben, weil der Gutachter ihm Pädophilie in einem anerkannten Klassifikationssystem attestierte. Abs. 4bis fällt aus diesem Grund ausser Betracht. Demnach steht im Berufungsverfahren

ein Tätigkeitsverbot nach Art. 67 Abs. 3 StGB zur Diskussion. c) Der Berufungskläger wird wegen einer Katalogtat (sexuelle Handlungen mit Kindern) zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten sowie zu einer Massnahme nach Art. 63 StGB verurteilt. Damit sind die Voraussetzungen des Tätigkeitsverbots nach Art. 67 Abs. 3 StGB erfüllt. Die Vorinstanz hätte diese Massnahme prüfen und ausfüllen müssen, da es sich um ein zwingendes Tätigkeitsverbot handelt. Sie befasste sich allerdings nicht damit. Der angefochtene Entscheid erweist sich insoweit als fehlerhaft. Die Staatsanwaltschaft sah jedoch davon ab, das erstinstanzliche Urteil diesbezüglich anzufechten.

### E. 3

a) Im Berufungsverfahren gilt die Dispositionsmaxime[7]. Das Berufungsgericht überprüft das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten, unter Vorbehalt der Ausdehnung zugunsten der beschuldigten Person zwecks Vermeidung gesetzeswidriger oder unbilliger Ergebnisse[8]. Wenn der Berufungskläger die Berufung eindeutig auf einzelne Punkte beschränkt und den Grundsatz der inneren Einheit des Strafurteils nicht verletzt, muss das Berufungsgericht die Einschränkung respektieren[9]. Will es über die Anträge hinausgehen, muss nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts enge Konnexität zwischen den Rechtsbegehren und den zu überprüfenden Punkten bestehen[10]. b) Der Berufungskläger beantragt für den Fall, dass der Vollzug der Freiheitsstrafe nicht bedingt aufgeschoben wird, dass der Vollzug der Freiheitsstrafe zugunsten einer ambulanten Massnahme aufgeschoben wird. Er selber thematisiert somit seine Massnahmebedürftigkeit und die Umsetzung einer Massnahme. Zwischen der beantragten Überprüfung der Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs und der Prüfung der Massnahmebedürftigkeit besteht ein enger, direkter Konnex. Fehlt eine Massnahmebedürftigkeit, steigen die Chancen einer guten Prognose - ist eine Massnahmebedürftigkeit gegeben, ist ein bedingter Strafvollzug nahezu ausgeschlossen. Ein Tätigkeitsverbot hängt somit eng mit der Prognose zusammen, und genau diese Prüfung wird vom Berufungskläger auch verlangt und hier durch das Berufungsgericht vorgenommen. Somit besteht eine enge Konnexität, weshalb aufgrund der Dispositionsmaxime die zusätzliche Anordnung des gesetzlich vorgeschriebenen Tätigkeitsverbots nicht per se ausgeschlossen ist. Die Frage nach einer Verletzung des Doppelbestrafungsverbots[11] stellt sich zudem nicht, da kein Eingriff in die Rechtskraft des Urteils in der Hauptsache erfolgt[12]. Im Weiteren sieht Art. 67d StGB unter bestimmten Voraussetzungen sogar einen nachträglichen Eingriff in ein rechtskräftiges Urteil vor, wenn sich während des Vollzugs eines bestehenden Tätigkeitsverbots herausstellt, dass beim Täter die Voraussetzungen für eine Erweiterung des Verbots oder für ein zusätzliches Verbot gegeben sind. Dann kann das Gericht gestützt auf Art. 67d Abs. 1 StGB - auf Antrag der Vollzugsbehörde - nachträglich das Tätigkeitsverbot erweitern oder ein zusätzliches Verbot anordnen. Das Gesetz erlaubt überdies die nachträgliche Anordnung eines Verbots nach Art. 67 Abs. 1 und 2 StGB, wenn während des Vollzugs der Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Massnahme die Voraussetzungen dieser Tätigkeitsverbote offenbar werden[13].

### E. 4

a) Zu beachten ist jedoch das in Art. 391 Abs. 2 StPO verankerte Verschlechterungsverbot[14]. Die Rechtsmittelinstanz darf Entscheide nicht zum Nachteil der beschuldigten oder verurteilten Person abändern, wenn das Rechtsmittel nur zu deren

Gunsten ergriffen worden ist. Vorbehalten bleibt eine strengere Bestrafung aufgrund von Tatsachen, die dem erstinstanzlichen Gericht nicht bekannt sein konnten[15], was hier jedoch nicht der Fall ist. b) aa) Das Verschlechterungsverbot ist ein Institut des schweizerischen Strafprozessrechts. Es findet keine Grundlage in der EMRK[16] oder dem UNO-Pakt II. Der Sinn des Verschlechterungsverbots besteht darin, dass die beschuldigte Person nicht durch die Befehlsmassnahme, strenger angefasst zu werden, von der Ausübung eines Rechtsmittels abgehalten wird[17]. Ob eine unzulässige Verschlechterung vorliegt, bestimmt sich durch Vergleich des Dispositivs des angefochtenen Entscheids mit demjenigen im Rechtsmittelverfahren[18]. Dabei geht die bundesgerichtliche Rechtsprechung von einer weiten Auslegung des Verschlechterungsverbots aus. Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO untersagt nicht nur die Verschärfung der Sanktion, sondern auch eine höhere rechtliche Qualifikation der Tat[19]. bb) Soweit ersichtlich hat sich das Bundesgericht noch nie mit der hier zu beurteilenden Konstellation - erstmalige Anordnung eines Tätigkeitsverbots nach Art. 67 Abs. 3 StGB im Berufungsverfahren - befasst. Im Bereich des übrigen Massnahmen- und Sanktionenrechts äusserte sich das Bundesgericht wiederholt zur Tragweite des Verschlechterungsverbots[20]. Demgemäss steht der Anordnung einer anderen als der ursprünglich als indiziert erachteten Massnahme durch die Rechtsmittelinstanz generell nichts entgegen. Die Umwandlung einer ambulanten in eine stationäre Massnahme im Rechtsmittelverfahren ist zulässig[21]. Anders entschied das Bundesgericht bezüglich einer Landesverweisung. Diese stellt primär eine sichernde Massnahme dar. Ist die Landesverweisung nach Art. 66a f. StGB als Sanktion zu qualifizieren, ist sowohl für ihr "Ob" wie auch für die Dauer das Verschlechterungsverbot zu berücksichtigen[22]. Ordnet das Berufungsgericht lediglich eine vollzugsrechtliche Massnahme an - etwa die SIS-Ausschreibung[23] -, greift Art. 391 Abs. 2 StPO nicht[24]. cc) Zum Umfang des Verschlechterungsverbots im Massnahmenrecht nimmt die Lehre uneinheitlich Stellung[25]. Ein Teil scheint davon auszugehen, Art. 391 Abs. 2 StPO sei vollumfänglich anwendbar[26]. Verhängt die Berufungsinstanz erstmals und zusätzlich zu einer Strafe eine Massnahme, verletzt sie nach diesem Ansatz das Verschlechterungsverbot[27]. Andere Lehrmeinungen halten dafür, das Verschlechterungsverbot gelte im Massnahmenrecht nicht absolut[28]. Sie differenzieren nach Art und Wirkung der neu verhängten Massnahme. Bezweckt die neue Massnahme primär die Sicherung der Gesellschaft, kann sie nach dieser Ansicht eine unzulässige Verschlechterung bewirken, wenn im Ergebnis ein längerer Freiheitsentzug droht als von der Vorinstanz angeordnet. Andere Massnahmen, die in erster Linie auf die Behandlung und Besserung des Täters zielen, sollen hingegen keine Schlechterstellung bewirken[29]. dd) aaa) Hier zu beurteilen ist der Fall einer vorinstanzlich ausgesprochenen Kombination aus Freiheitsstrafe und ambulanter Massnahme nach Art. 63 StGB, die erstmals im Berufungsverfahren mit einer Massnahme nach Art. 67 StGB zusammentreffen würde. Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und einen Teil der Lehre ist davon auszugehen, das Verschlechterungsverbot gelte im Massnahmenrecht nicht absolut. Die Tragweite des Verschlechterungsverbots kann dabei nur in Bezug auf eine konkrete Massnahme beurteilt werden, denn das Gesetz versammelt im zweiten Kapitel[30] unter dem Titel "Massnahmen" zahlreiche Institute, die sich hinsichtlich Anlass, Zweck und Auswirkungen erheblich unterscheiden. bbb) Ein Tätigkeitsverbot nach Art. 67 StGB bezweckt, die Wiederholung strafbaren Verhaltens zu unterbinden[31]. Es hat insofern sichernden Charakter. Aus der Perspektive der betroffenen Personen greift das Tätigkeitsverbot in die persönliche Freiheit und allenfalls in die Wirtschaftsfreiheit

ein[32]. Dem Tätigkeitsverbot kann keine edukative oder therapeutische Wirkung zugesprochen werden. Weil es eine Mehrbelastung der betroffenen Person (in Form eines Grundrechtseingriffs) bewirkt, fällt das Tätigkeitsverbot im Grundsatz daher unter das Verschlechterungsverbot. ccc) Im Zeitpunkt der Revision des Strafgesetzbuchs war die StPO in Kraft. Das in Art. 391 Abs. 2 StPO verankerte Verschlechterungsverbot war dem Gesetzgeber bekannt. Hätte er davon abweichen wollen, wäre eine entsprechende Anordnung zu treffen gewesen. Dass dem Gesetzgeber die prozessuale Problematik durchaus bewusst war, belegt Art. 67d StGB. Hat der Gesetzgeber das Verschlechterungsverbot aber nicht ausdrücklich eingeschränkt, bleibt dieses massgebend. ddd) Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Anordnung der Landesverweisung im Berufungsverfahren. Diese ist - wie das Tätigkeitsverbot - eine sichernde Massnahme, die grundsätzlich zwingend ausgestaltet ist; gleichwohl gilt das Verschlechterungsverbot[33]. Das Ergebnis harmonisiert zudem mit der Praxis der Massnahmesubstitution. Wurde bereits einmal eine Massnahme angeordnet, sieht das Gesetz selbst den Austausch unterschiedlicher Massnahmen vor[34]. In solchen Konstellationen wäre es wenig effizient, dem Gericht im Rechtsmittelverfahren eine Befugnis abzusprechen, die der Gesetzgeber ihm nach Rechtskraft des Urteils ohne weiteres einräumt[35]. Mit Art. 67d StGB liegt zwar auch beim Tätigkeitsverbot eine Kompetenznorm vor, die jedoch nur bei Vorliegen neuer Tatsachen und Beweise die nachträgliche erstmalige Anordnung des Tätigkeitsverbots zulässt. Die gesetzliche Ausgangslage ist nicht vergleichbar mit den Fällen der Massnahmesubstitution, wo es nicht um die erstmalige Anordnung, sondern um den Austausch einer bestehenden Massnahme geht. Ein Analogieschluss zu den Fällen der Massnahmesubstitution verbietet sich deshalb. Im Berufungsverfahren kann daher ohne Verletzung von Art. 391 Abs. 2 StPO in der vorliegenden Konstellation (Bestätigung der vollziehenden Freiheitsstrafe von 18 Monaten mit ambulanter Massnahme gemäss Art. 63 StGB) kein Tätigkeitsverbot angeordnet werden. Obergericht, 1. Abteilung, 28. April 2021, SBR.2020.71 [1] Langenegger, in: Annotierter Kommentar StGB (Hrsg.: Graf), Bern 2020, Art. 67 N. 1 [2] Botschaft zur Volksinitiative "Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen" sowie zum Bundesgesetz über das Tätigkeitsverbot und das Kontakt- und Rayonverbot als indirektem Gegenvorschlag, BBl 2012 8819 ff. [3] Art. 67 Abs. 1 und 2 StGB [4] Art. 67 Abs. 3 und 4 StGB [5] Bertossa, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar (Hrsg.: Trechsel/Pieth), 3.A., Art. 67 N. 12; Wohlers, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar (Hrsg.: Wohlers/Gothenzi/Schlegel), 4.A., Art. 67 N. 16 [6] Botschaft, S. 8861 [7] BGE vom 28. Januar 2019, 6B\_1299/2018, Erw. 2.3 [8] Art. 404 Abs. 1 und 2 StPO [9] Eugster, Basler Kommentar, 2.A., Art. 404 StPO N. 3 [10] BGE vom 28. Januar 2019, 6B\_1299/2018, Erw. 2.3 [11] Grundsatz "ne bis in idem" [12] Vgl. BGE 142 IV 309 f. [13] Art. 67d Abs. 2 StGB; Hagenstein, Basler Kommentar, 4.A., Art. 67d StGB N. 1 f. (kritisch) [14] Verbot der reformatio in peius [15] Art. 391 Abs. 2 StPO [16] BGE 146 IV 182 [17] BGE 144 IV 200; BGE 144 IV 43; BGE 142 IV 90 f. [18] BGE 142 IV 136; BGE 139 IV 289 [19] BGE 139 IV 282 (Regeste) [20] "Reformatio in peius" [21] BGE 144 IV 117 [22] BGE 146 IV 319 f. [23] Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS) [24] BGE 146 IV 183 [25] Vgl. Heer, Basler Kommentar, 4.A., Art. 56 StGB N. 23 [26] Schmid/Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3.A., Art. 391 N. 3; in diesem Sinn wohl auch Ziegler/Keller, Basler Kommentar, 2.A., Art. 391 StPO N. 3a [27] Heer, Art. 56 StGB N. 29 mit Verweis auf Schmid/Jositsch, Handbuch des schweizerischen

Strafprozessrechts, 3.A., N. 1492 [28] Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4.A., N. 2151 [29] Lieber, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers), 3.A., Art. 391 N. 16 [30] Art. 56 ff. StGB [31] Hagenstein, Art. 67 StGB N. 29 [32] Hagenstein, Art. 67 StGB N. 13 und 33 [33] BGE 146 IV 319 f. [34] Art. 62c Abs. 4 und 6 StGB; Art. 64c Abs. 3 StGB [35] BGE 144 IV 117 ×

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