Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.99/2006 /rom

Urteil vom 30. März 2007
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Favre,
Gerichtsschreiber Thommen.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, handelnd durch Rechtsanwalt
Dr. Hans Wipfli,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8090 Zürich.

Gegenstand
Mehrfache Vergewaltigung und mehrfache sexuelle Nötigung,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer,
vom 21. November 2005.

Sachverhalt:
A.
X._____ wird vorgeworfen, er habe A._____ in der Zeit vom Sommer 2001 bis Frühjahr 2003 mehrfach und an verschiedenen Orten unter Drohung oder Zuhilfenahme körperlicher Gewalt bzw. psychischen Drucks vergewaltigt, zu beischlafsähnlichen oder anderen sexuellen Handlungen genötigt und an ihr sexuelle Handlungen vollzogen, sie in solche einbezogen oder dazu verleitet. Ferner wird ihm vorgeworfen, seine damaligen Schülerinnen, B._____, C._____ und D._____, mehrfach unter Drohung oder Zuhilfenahme körperlicher Gewalt bzw. psychischen Drucks sexuell genötigt und an ihnen sexuelle Handlungen vollzogen, sie in solche einbezogen oder dazu verleitet zu haben.
B.
Das Bezirksgericht Zürich, 6. Abteilung, sprach X._____ am 14. Dezember 2004 der mehrfachen Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 StGB, der mehrfachen sexuellen Nötigung im Sinne von Art. 189 Abs. 1 StGB und der mehrfachen sexuellen Handlungen mit Kindern im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB schuldig und bestrafte ihn mit 6 Jahren Zuchthaus. Es ordnete eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 StGB an, ohne den Vollzug der Freiheitsstrafe aufzuschieben.

Gleichzeitig wurde X._____ verpflichtet, A._____ Schadenersatz in der Höhe von Fr. 660.70 nebst 5 % Zins seit dem 15. Mai 2003 sowie allen vier Geschädigten zusammen total Fr. 45'000.– Genugtuung zuzüglich Zins ab Urteilsdatum zu bezahlen.
C.
Gegen dieses Urteil reichten X._____ Berufung und die Staatsanwaltschaft Anschlussberufung ein. Am 21. November 2005 bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, das Urteil des Bezirksgerichts.
D.
Dagegen erhob X._____ kantonale und eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde.

Mit Zirkulationsbeschluss vom 21. Dezember 2006 hiess das Kassationsgericht des Kantons Zürich die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde X._____s teilweise gut. Die teilweise Gutheissung betraf die obergerichtliche Feststellungen betreffend den Zeitpunkt der von X._____ vorgenommenen Zahlungen an die Geschädigten. Das Kassationsgericht ordnete an, dass folgende Passage aus dem obergerichtlichen Urteil (Ziff. 10.2.5.; S. 20) zu streichen sei: „... trotz aller positiven Aspekte dürfte die Tatsache, dass die Zahlungen kurze Zeit vor der heutigen Berufungsverhandlung erfolgten, wohl ihren Ursprung eher in der Prozesstaktik als in einer tieferen Einsicht haben." Im Übrigen wies es die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.
E.
Mit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde beantragt X._____ Gutheissung und Rückweisung an die Vorinstanz zur Ergänzung des Verfahrens und neuer Entscheidung.
F.
Das Obergericht des Kantons Zürich verzichtet auf Gegenbemerkungen, die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich auf eine Vernehmlassung zur Nichtigkeitsbeschwerde (act. 10).
Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten. Da der angefochtene Entscheid vorher ergangen ist, richtet sich das Verfahren noch nach BStP (Art. 132 Abs. 1 BGG).

Am 1. Januar 2007 ist auch der revidierte Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches in Kraft getreten. Die neuen Bestimmungen sind hier aber noch nicht von Bedeutung, da das Bundesgericht im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde nur prüft, ob das kantonale Gericht das eidgenössische Recht richtig angewendet hat (Art. 269 Abs. 1 BStP), mithin das Recht, welches im Zeitpunkt der Ausfällung des angefochtenen Entscheids noch gegolten hat (BGE 129 IV 49 E. 5.3).
2.
Der Beschwerdeführer macht geltend, es liege eine Verletzung von materiellem Bundesrecht vor, weil die Vorinstanz fälschlicherweise den selbstständigen Strafmilderungsgrund von Art. 64 Abs. 5 StGB verneint und stattdessen lediglich Art. 63 StGB angewendet habe. Ferner habe sie auf S. 20 Ziff. 10.2.5. nicht erwogen, ob die Anstrengungen für sich als ausserordentlich zu gelten hätten, womit die Begründungspflicht bezüglich einer wesentlichen Strafzumessungskomponente verletzt sei (Beschwerdeschrift S. 5).
3.
Bei der Strafzumessung erwog die Vorinstanz unter anderem, es sei lobenswert und strafmindernd zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer die vom Bezirksgericht auferlegten Schadenersatz- und Genugtuungszahlungen anerkannt und bereits bezahlt habe. Als selbstständiger Strafminderungsgrund der aufrichtigen Reue gemäss Art. 64 Abs. 5 StGB komme dieser Umstand jedoch nicht zum Tragen (angefochtenes Urteil S. 20 Ziff. 10.2.5.). Der weitere noch zur Begründung angefügte Satz ist wegen der vom Kassationsgericht vorgenommenen Streichung nicht zu berücksichtigen.
4.
Der Beschwerdeführer macht geltend, es sei mindestens davon auszugehen, dass er zwischen dem erstinstanzlichen und dem zweitinstanzlichen Urteil die volle Summe von Wiedergutmachung über Fr. 45'000.- sowie Fr. 660.70 Schadenersatz bezahlt habe. Die Vorinstanz führe nicht aus, inwiefern diese Anstrengungen und Einschränkungen unter dem Aspekt von Art. 64 Abs. 5 StGB nicht aussergewöhnlich seien. Dies wäre umso notwendiger gewesen, als er zufolge der absoluten Kontaktsperre seit Entlassung aus der Haft ausschliesslich auf die Form der Wiedergutmachung und der Strafmediation eingeschränkt gewesen sei und er in diesem Bereich alles unternommen habe, was unter tätiger Reue angesichts dieser Beschränkungen noch denkbar sei. Zufolge der fehlenden Auseinandersetzung im angefochtenen Urteil mit der bundesrechtlichen Frage der Ausserordentlichkeit lasse sich das Urteil bezüglich der Anstrengungen des Beschwerdeführers im Bereich der Wiedergutmachung hinsichtlich der Anwendbarkeit von Art. 63 bzw. Art. 64 Abs. 5 StGB nicht überprüfen, was eine Nichtbeachtung der Begründungspflicht durch die Vorinstanz darstelle.
5.
Gemäss Art. 64 Abs. 5 StGB kann der Richter die Strafe mildern, wenn der Täter aufrichtige Reue betätigt, namentlich den Schaden, soweit es ihm zuzumuten war, ersetzt hat.

5.1 Diese Bestimmung setzt nicht eigentlich die Tatschuld, wohl aber das Strafbedürfnis herab. Es geht um ein Verhalten nach Vollendung der Tat (Jörg Rehberg, Strafrecht II, 7. Auflage, S. 58). Nicht jede Wiedergutmachung des Schadens genügt als Betätigung aufrichtiger Reue. Mit dem Hinweis auf die Zumutbarkeit und die Betätigung der Reue verlangt das Gesetz eine besondere Anstrengung seitens des Fehlbaren, die er freiwillig und uneigennützig weder nur vorübergehend noch allein unter dem Druck des drohenden oder hängigen Strafverfahrens erbringen muss. Der Täter muss Einschränkungen auf sich nehmen und alles daran setzen, das geschehene Unrecht wieder gut zu machen (BGE 107 IV 98, 99; Kassationshof, 30. Juni 1997, 6S.267/1997 zur besonderen Anstrengung). Es braucht hier also zweierlei, nämlich aufrichtige Reue und (namentlich) Ersatz des Schadens. Darunter fällt aber nicht nur der im Vordergrund stehende materielle Schadenersatz (vgl. Beispiele bei Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT II, 2. Auflage, § 6 N 102).
5.2 Auch die Vorinstanz erachtet die Begleichung der Schadenersatz- und Genugtuungsforderung als lobenswert und will sie strafmindernd berücksichtigen. Nach der Kassierung der Urteilspassage, wonach die Schadensbegleichung prozesstaktischen Überlegungen entsprungen sei, fehlt eine Begründung dafür, weshalb die Zahlungen nur nach Art. 63 strafmindernd und nicht auch nach Art. 64 Abs. 5 StGB strafmildernd berücksichtigt wurden. Die Vorinstanz wird somit in ihrer neuerlichen Befassung die Opferentschädigung entweder im Sinne von Art. 64 Abs. 5 StGB strafmildernd zu berücksichtigen, oder eingehend zu begründen haben, weshalb sie trotz dieser Zahlung die aufrichtige Reue verneint. Zusammenfassend ist das angefochtene Urteil wegen Mängeln in der Strafzumessungsbegründung aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
6.
Entsprechend diesem Ausgang des Verfahrens sind vor Bundesgericht keine Kosten zu erheben (Art. 278 Abs. 1 BStP). Dem Vertreter des Beschwerdeführers ist eine Entschädigung auszurichten (Art. 278 Abs. 3 BStP).
Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. November 2005 aufgehoben und die Sache zur neuerlichen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2.
Es werden keine Kosten erhoben.
3.
Dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Dr. Hans Wipfli, wird eine Entschädigung von Fr. 3'000.– aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.
4.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 30. März 2007
Im Namen des Kassationshofs
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: