

INSTITUT FÜR
STRAFRECHTSWISSENSCHAFTEN

An das
 Bundesministerium für Justiz
 Postfach 63, 1016 Wien
 Museumsstraße 7

kzl.b@bmj.gv.at

Tel.: +43 732 2468-8344
 Fax: +43 732 2468-9823
strafrecht@jku.at

Referentin:
REGINA STEININGER
 DW 8344
strafrecht@jku.at

Linz, 11. Juni 2008

**Stellungnahme zu einzelnen Punkten des Entwurfes für ein 2. Gewaltschutzgesetz,
 Begutachtungsverfahren, BMJ-B12.101/0002-I 5/2008**

Anmerkung zu Art V § 52 a StGB in der Fassung des Entwurfes

1. Der Bedarf für ein neues Rechtsinstitut der „gerichtlichen Aufsicht“, mit Hilfe dessen eine „intensive Überwachung und Kontrolle“ von verurteilten bzw einer Maßnahme zugeführten Rechtsbrechern gewährleistet werden soll, ist zweifelhaft, weil mit den bisherigen Regelungen, durch Weisungen und Bewährungshilfe positiv auf den aus einer Freiheitsstrafe bedingt entlassenen Rechtsbrecher einzuwirken, das Auslangen gefunden werden kann.
2. Wird die Einführung der „gerichtlichen Aufsicht“ dennoch für erforderlich gehalten, so ist an der geplanten Regelung zu kritisieren, dass die dem (Vollzugs)Gericht eingeräumte Möglichkeit der gerichtlichen Aufsicht, für deren Durchführung in geeigneten Fällen Sicherheitsbehörden, Jugendgerichtshilfe, Jugendwohlfahrt sowie andere geeignete Stellen herangezogen werden können, nicht näher definiert wird. Offenbar ein Teil davon ist die in Abs 2 vorgeschlagene „Überwachung des Verhaltens des Rechtsbrechers und die Erfüllung der Weisungen“. Wie diese Überwachung zu erfolgen hat bzw welche Maßnahmen gesetzt werden können und schließlich nach welchem Verfahrensrecht sie zu erledigen sind, lässt sich weder aus dem Entwurf noch aus den Materialien erschließen. Die Überwachung ist jedenfalls ein Eingriff in die durch Art 8 EMRK geschützte Privatsphäre. Die große Unbestimmtheit dieser Bestimmung ist auch angesichts des in Art 8 Abs 2 EMRK normierten Gesetzesvorbehalts bedenklich.

3. In diesem Zusammenhang stellt sich weiters die Frage des Rechtsschutzes. Wie kann sich der betroffene Rechtsbrecher gegen unverhältnismäßig durchgeführte Maßnahmen im Zuge einer gerichtlichen Aufsicht wehren? Wird die Überwachung zB von den Sicherheitsbehörden durchgeführt, steht eine Maßnahmenbeschwerde im Raum, jedenfalls soweit die Maßnahme im Rahmen des SPG erfolgt. Wenn jedoch die Anordnung einer konkreten Überwachungsmaßnahme durch das Vollzugsgericht erfolgt, wird wohl dieser Weg abgeschnitten sein (Art 129a B-VG). Ob dann überhaupt eine Rechtsschutzmöglichkeit besteht, lässt der Entwurf offen. Diesbezüglich wäre eine klare Regelung jedenfalls erforderlich.

Anmerkung zu Art V § 107b StGB in der Fassung des Entwurfs

1. Die Kritik der Unbestimmtheit der Norm, die in Bezug auf § 107a StGB bereits laut wurde, kann auch auf § 107b StGB in der Fassung des Entwurfs übertragen werden. Davon sind folgende Tatbestandsmerkmale betroffen: Beharrlichkeit, Gewalt, körperliche Misshandlung, qualvolle Weise, umfassende Kontrolle und erhebliche Einschränkung der autonomen Lebensführung.
 - a. Gewalt: Die Materialien deuten darauf hin, dass es in § 107b StGB in der Fassung des Entwurfs zu einer Ausweitung des Gewaltbegriffes kommt. Auch die Ausübung psychischer Gewalt soll erfasst werden, was eigentlich nicht unter § 107b Abs 2 StGB in der Fassung des Entwurfs, der ausschließlich von „körperlicher Misshandlung“ spricht, subsumiert werden kann. Um Konsequenzen für andere Tatbestände, denen der Gewaltbegriff zu Grunde liegt, zu vermeiden, sollte § 107b Abs 2 insofern eingeschränkt werden, als körperliche Folgen, die ausschließlich auf psychische Einwirkungen zurückzuführen sind, ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich des § 107b ausgenommen werden. (Siehe dazu auch die Punkte 10 und 11 zu § 107b Abs 2 StGB in der Fassung des Entwurfs). Will man das Ziel des Entwurfs erreichen und auch psychische Einwirkungen erfassen, bedarf es des Verzichts auf den Gewaltbegriff. Ein Zusammenfügen der § 107b Abs 1 und 2 StGB in der Fassung des Entwurfs würde zum gewünschten Ergebnis führen. Die Vereinheitlichung von Tatbestand und Tathandlung könnte zudem das Verständnis erheblich erleichtern.
 - b. Umfassende Kontrolle des Verhaltens der verletzten Person bzw eine erhebliche Einschränkung der autonomen Lebensführung der verletzten Person (§ 107b Abs 3 Z 2 StGB in der Fassung des Entwurfs): Eine klare Abgrenzung dieser beiden Alternativen lassen weder der vorgeschlagene Gesetzestext noch die Materialien erkennen. Offen bleibt, ob das Verhalten

oder die Lebensführung der weitere Terminus ist. Das Verhalten ist – unter allgemein sprachlichen Gesichtspunkten – der abstraktere und daher der umfassendere Begriff. Unter Lebensführung kann einerseits die Summe aller Handlungen des Menschen verstanden werden (= Verhalten?), andererseits kann man unter Lebensführung nur die für eine Person bedeutsamen und für diesen Menschen charakteristischen Handlungen verstehen, was eine engere Auslegung zur Folge hat. Jedenfalls muss sich die Einschränkung bzw Kontrolle auf mehr beziehen als auf die Täter-Opfer-Beziehung. Erschöpft sich das Leben des Opfers in der Täter-Opfer-Beziehung, sind die Tatalternativen wohl in jedem Fall erfüllt. Auf Grund der tendenziellen Unbestimmtheit dieser Wortfolgen sollte auf die Qualifikation überhaupt verzichtet werden.

- c. Qualvolle Weise (§ 107b Abs 4 StGB in der Fassung des Entwurfes): Die Handlungsmodalität der qualvollen Weise findet sich auch in Delikten gegen die sexuelle Integrität. Offen ist, ob die Wertungen von dort übernommen werden können. An sich impliziert die beharrliche Ausübung bereits eine Qual. Unklar bleibt, was § 107b Abs 4 StGB in der Fassung des Entwurfes darüber hinaus an Handlungsmodalität inhaltlich voraussetzt. Auch hier sollte wegen der tendenziellen Unbestimmtheit auf die Qualifikation überhaupt verzichtet werden.
2. In die Reihe der Unbestimmtheiten lässt sich auch die Frage nach dem Rechtsgut einordnen. Die Materialien nennen hier die Freiheit des Einzelnen, ein Leben ohne Gewalt führen zu können. Dabei handelt es sich wohl um die Freiheit im weiteren Sinn, die jedoch systematisch nicht pauschal dem dritten Abschnitt zugeordnet werden kann. Fraglich ist, ob die beharrliche Gewaltausübung tatsächlich ein anderes Rechtsgut verletzt und die Einführung eines „neuen“ Rechtsgutes notwendig ist. Darüber hinaus birgt dieses Rechtsgutsverständnis Unklarheiten im Bereich der Konkurrenzen – dies führt zur Weichenstellung zwischen echter und Scheinkonkurrenz. § 107b StGB in der Fassung des Entwurfes umfasst verschiedene Rechtsgüter, deren Schutz jeweils ein eigener Abschnitt im StGB gewidmet ist. Ob des Fehlens klarer Konturen des vom Entwurf vorgeschlagenen Rechtsgutes, empfiehlt sich eine Zuordnung zu den jeweiligen passenden Tatbeständen des ersten und dritten Abschnittes des Strafgesetzbuches. Dadurch könnte der kriminalpolitisch überschießenden Tendenz des geplanten § 107b StGB in der Fassung des Entwurfes halbwegs wirksam entgegen gesteuert werden.
3. Aus den Materialien ergibt sich für § 107b die Struktur eines schlichten Tätigkeitsdelikts. Dies führt zum Fehlen der Unterlassungsstrafbarkeit und zu Folgeproblemen im Bereich des Versuches, respektive im Bereich der

ausführungsnahen Handlung. Diesbezüglich finden sich keine Hinweise in den Materialien. Die schon für § 107a geltende dogmatische Fehlkonstruktion sollte nicht auch bei § 107b übernommen werden.

4. Fraglich ist, ob § 107b Abs 3 Z 2 StGB in der Fassung des Entwurfs eine Erfolgs- oder Deliktsqualifikation darstellt (arg „bewirkt“). Wird dadurch das schlichte Tätigkeitsdelikt zu einem Erfolgsdelikt, was zu einer Versuchs- und Unterlassensstrafbarkeit führt? Auch diese vorgesehene Qualifikation zeigt, dass die dogmatische Konstruktion als schlichtes Tätigkeitsdelikt eine Fehlkonstruktion ist. Wenn mit der Ausgestaltung als Erfolgsdelikt im Einzelfall Beweisschwierigkeiten verbunden sein könnten, sollte aus Bestimmtheitsgründen dennoch nicht auf diese Deliktsstruktur verzichtet werden.
5. Auf Grund der Konstruktion als Dauerdelikt in Verbindung mit der Notwendigkeit des „doppelten Vorsatzes“ (siehe unten) können sich Probleme im Rahmen der Beteiligung ergeben – insb Beitrags-, Bestimmungsvorsatz. Des Weiteren gilt zu klären, ob es sich hier um ein Sonderdelikt iSd § 14 StGB handelt, da der unmittelbare Täter die jeweiligen Delikte gem § 107b Abs 2 StGB in der Fassung des Entwurfs verwirklichen muss.
6. Unklar ist auch das Verhältnis von § 107a StGB und § 107b StGB in der Fassung des Entwurfs, da beide Tatbestände das Element der Beharrlichkeit beinhalten und § 107a StGB als Delikt gegen die Freiheit verstanden wird. Bewirkt die volldeliktische Verwirklichung des § 107a StGB automatisch die Strafbarkeit nach § 107b StGB in der Fassung des Entwurfs oder muss der Täter „beharrlich beharrlich“ vorgehen?
7. Die Tathandlungsalternativen in Abs 2 des § 107b StGB in der Fassung des Entwurfs sind wertungsmäßig ungleich. Eine nicht den Schweregrad einer Körperverletzung oder Gesundheitsschädigung erreichende körperliche Misshandlung stellt einen geringeren Unwert dar, als vorsätzliche strafbare Handlungen gegen Leib und Leben oder die Freiheit. Die Nennung in einem Satz erscheint daher unzweckmäßig. Die in dieser Stellungnahme vorgeschlagene Einführung einer eigenständigen Qualifikation (siehe dazu auch Punkt 13) bei den jeweiligen Straftatbeständen (wie zB schon bisher in § 84 Abs 3 StGB, auf den auch die Materialien eingehen) würde zu einer sachgerechteren Lösung führen.
8. Eine sonst gebräuchliche Alterstoleranzklausel ist für § 107b Abs 3 Z 1 StGB in der Fassung des Entwurfs erforderlich, um beispielsweise beharrliche Gewalt unter SchülerInnen mit geringem Altersunterschied zwischen Tätern und Opfern sachgerecht subsumieren zu können.

9. Unsachlich ist die erhöhte Strafdrohung für die Todesfolge in § 107b Abs 5 StGB in der Fassung des Entwurfs. Trotz vergleichbaren Unrechtsgehaltes mit § 87 Abs 2 und § 92 Abs 3 StGB stehen die Strafdrohungen in keinem Verhältnis.
10. § 107 b StGB in der Fassung des Entwurfs fordert, da es sich um ein Vorsatzdelikt handelt, iZm der Beschreibung der Tathandlung in Abs 2 den Vorsatz auf ein bereits subjektiv tatbestandsmäßiges Verhalten (Vorsatz, sich vorsätzlich verhalten zu haben). Problematisch erscheint, dass dem „objektiven Tatbestand“ bereits ein subjektives Tatbestandelement innewohnt und sich daher der Tatvorsatz nicht mehr als Spiegelbild des objektiven Tatbestandes iSd § 5 StGB darstellt.
11. Vorgeschlagen wird in dieser Stellungnahme eine taxative Aufzählung der relevanten Delikte anstatt eines generellen Verweises auf die Abschnitte des StGB. Bspw stellt § 75 StGB in Vollendung kein taugliches Delikt iSd § 107b Abs 2 StGB in der Fassung des Entwurfs dar. Darüber hinaus umfassen die angesprochenen Abschnitte eine erhebliche Anzahl von Delikten, die augenscheinlich nicht zur tatbestandsmäßigen Anknüpfung geeignet sind, zB §§ 82, 91, 94, 95 103, 104 etc StGB.
12. Die legistisch ökonomische Vorgehensweise in der Form eines Kaskadensystems (Verweise von Abs 5 auf Abs 4 auf Abs 3) trägt nicht zur Verständlichkeit der Norm bei.
13. Aus kriminalpolitischer Sicht muss insgesamt die Notwendigkeit der Bestimmung angezweifelt werden, da sämtliche Tathandlungen (im Vergleich zu § 107a StGB) bereits mit gerichtlicher Strafe bedroht sind – abgesehen von § 83 Abs 2 StGB ohne der Folge einer leichten Körperverletzung. Insofern würde es sich für diesen bisher straflosen Bereich anbieten, § 83 StGB eine Qualifikation mit dem Tatbestandsmerkmal der Beharrlichkeit in einem eigenen Abs 3 anzufügen.

Anmerkung zu Art II § 73a ZPO in der Fassung des Entwurfs

1. Problematisch erscheint hier die ausschließliche Anknüpfung an die juristische und psychosoziale Prozessbegleitung im Strafverfahren. Dies kann mitunter zur Anstrengung eines Strafprozesses zwingen, um im Zivilprozess eine Prozessbegleitung zu erhalten (zB Anzeige wegen eines Sexualdelikts, um auch – von den finanziellen Verhältnissen unabhängig zu gewährende – Prozessbegleitung im darauf aufbauenden Scheidungsverfahren gewährt zu bekommen). Sinnvoll wäre eine eigenständige Regelung der Prozessbegleitung im Zivilprozess ohne zwingende Akzessorietät zum Strafverfahren, deren grundsätzlicher Bedarf in dieser Stellungnahme nicht in Frage gestellt wird.

Anmerkung zu Art VI § 78a StPO in der Fassung des Entwurfs

1. Die vorgeschlagene Normierung der in § 78a StPO in der Fassung des Entwurfs erweiterten Anzeigepflicht ist vor dem Hintergrund der nachfolgenden Argumente abzulehnen. Ihr Bedarf ist nicht ersichtlich, während sie die Tendenz einer allgemeinen BürgerInnenbespitzelung in sich trägt.
2. Es stellt sich die Frage, ob nicht der Gedanke des Opferschutzes vor weiterer Gefährdung als präventiver Gesichtspunkt die grundsätzlich repressiv ausgerichteten Strafverfolgungsinteressen überwiegt¹ (anders bei § 78 StPO) und daher einerseits die vorgeschlagenen Anzeigeempfänger Kriminalpolizei bzw Staatsanwaltschaft als repressive Strafverfolgungsbehörden untauglich sind, andererseits durch die Zuordnung des Opferschutzes zu den Strafverfolgungsbehörden die vom Gesetzgeber herangezogene Kompetenzgrundlage des Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG überschritten wird.
Vor diesem Hintergrund wäre die Jugendwohlfahrt als Anzeigeempfänger zweckdienlicher. Damit wird auch den Bedenken der PraktikerInnen im Bereich des Jugendschutzes und den zu befürchtenden Anstieg der Übergriffsunkelziffern entsprochen. Letztlich muss die Abwägung zwischen Strafverfolgung und Intervention bzw Betreuung zu Gunsten der zweiten Alternative ausfallen. Dass in diesem Zusammenhang die Problemlösungskompetenz des Strafrechts in jüngster Zeit in Zweifel gezogen wird, zeigt die Entwicklung zu § 78 StPO. Mit dem StPÄG 1993 und der Strafprozessnovelle 2000 wurde die umfassende Anzeigepflicht eingeschränkt und diese Kompetenz vermehrt in Frage gestellt.
3. Fraglich erscheint, was der Gesetzgeber mit „bestimmten Tatsachen“ meint. Insbesondere ist die Klärung des Terminus „bestimmt“ erforderlich, da § 78 StPO vergleichsweise nur vom Verdacht einer Straftat spricht. Ist das ein begründeter oder etwa ein dringender Tatverdacht? Wird von den einzelnen Personen verlangt, dass sie ihren Verdacht überprüfen oder Nachforschungen anstellen? Sind die „bestimmten Tatsachen“ so zu verstehen, wie der „begründete Verdacht“ in § 40 BWG?
4. Offen ist, welche Personen der Gesetzgeber als Anzeigepflichtige iSv § 78a Abs 1 StPO in der Fassung des Entwurfs erfassen wollte. Die Materialien sprechen von Personen, denen von Rechts wegen eine Schutzpflicht zu Gunsten der körperlichen oder seelischen Integrität des Minderjährigen auferlegt ist. Demonstrativ werden Eltern, Pflegeeltern, KindergärtnerInnen, Kinder- und SchulärztlInnen sowie Erzieher-

¹ Dies geht aus den Erläuterungen zum Ministerialentwurf hervor. Siehe dazu Besonderer Teil Zu Art VI Z 4.

Innen aufgezählt. Auch die Ausnahme des § 78a Abs 2 Z 2 StPO in der Fassung des Entwurfes (siehe dazu auch Punkt 5) legt nahe, dass der Adressatenkreis sehr weit gefasst ist. Unklar bleibt, ob auch eine vertragliche Schutzpflicht ausdrücklich oder konkludent eine derartige Anzeigepflicht begründet und dadurch etwa BabysitterInnen, FußballtrainerInnen, NachhilfelehrerInnen, MusikschullehrerInnen miteinbezogen sind. Zu klären sind weiters die Auswirkungen des § 78a StPO in der Fassung des Entwurfes auf den Allgemeinen Teil des StGB: Wird dadurch etwa eine Garantenstellung iSd § 2 StGB begründet? Mangels Beamtenhaft wird jedenfalls in zahlreichen Fällen eine unterlassene Anzeigepflicht kein Amtsdelikt begründen können, sondern allenfalls eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung etc durch Unterlassen.

5. Die Ausnahmeregelung § 78a Abs 2 Z 2 (Seelsorger) kann auf Grund der Voraussetzungen des Abs 1 nur Schulseelsorger betreffen, weil anderen wohl nicht auf Grund gesetzlicher oder vertraglicher Verpflichtung die Sorge für die körperliche oder seelische Integrität von Minderjährigen obliegt. Die dargestellte Ausnahme macht aber deutlich, dass aus kriminalpolitischer Sicht der vorgeschlagene § 78a StPO in der Fassung des Entwurfes überschießend ist. Der Schritt in Richtung allgemeine Anzeigepflicht ist damit getan und sollte – um keine Bespitzelung der Privatsphäre zu forcieren – nochmals gründlich überdacht werden.
6. Die Ausnahmeregelung in § 78a Abs 2 Z 1 StPO in der Fassung des Entwurfes erscheint vor dem Hintergrund der jüngsten Anlassfälle zwar sinnwidrig, macht aber ebenfalls deutlich, dass für diese Regelung kaum ein sachlich zu rechtfertigender kriminalpolitischer Bedarf besteht.
7. Die Materialien legen nahe, dass auch öffentliche Stellen von § 78a StPO in der Fassung des Entwurfes erfasst werden sollen. Insofern wäre es denkbar, dass Art 20 Abs 3 B-VG (Amtsverschwiegenheit) zum Tragen kommt. In diesem Bereich ist jedoch vom Verfassungsgesetzgeber ein Gesetzesvorbehalt vorgesehen. § 78a StPO in der Fassung des Entwurfes kann als dementsprechende Norm verstanden werden. Es kommt daher formalgesetzlich nicht zu einer Kollision verschiedener Pflichten (Pflicht zur Verschwiegenheit – Pflicht zur Mitteilung). Die Materialien sprechen aber von einer Rechtfertigung, die zusätzlich im Verlust des Zeugnisverweigerungsrechts resultiert. Die Begründung über eine Rechtfertigung ist vor dem Hintergrund der vorherigen Ausführungen für diesen Bereich nicht notwendig und verwirrend. Die Rechtfertigungswirkung des § 78a StPO in der Fassung des Entwurfes in Bezug auf andersartige Konstellationen, zB § 115 StGB, wird dadurch nicht eingeschränkt.

Anmerkung zu Art VI § 197a StPO in der Fassung des Entwurfs

1. Die Abbrechung des Verfahrens im Opferinteresse tangiert das strafprozessuale Beschleunigungsgebot. Sie kann jedoch im Opferinteresse geboten sein, wobei freilich die überlange Verfahrensdauer dennoch ein Strafmilderungsgrund sein muss, weil die Inanspruchnahme dieser Möglichkeit durch die Strafverfolgungsbehörden, selbst wenn sie im Interesse des Opfers bestehen, dem Täter nicht zum Nachteil gereichen darf.