



REPUBLIK ÖSTERREICH
ÖBERSTER GERICHTSHOF
DIE PRÄSIDENTIN

1 Präs. 1617-1848/19d

Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs

zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Strafgesetzbuch, das Jugendgerichtsgesetz 1988, die Strafprozessordnung 1975, das Strafregistergesetz 1968, das Tilgungsgesetz 1972, die Exekutionsordnung und das Bundesgesetz, mit dem das Sicherheitspolizeigesetz geändert wird und Verstöße gegen bestimmte einstweilige Verfügungen zum Schutz vor Gewalt und zum Schutz vor Eingriffen in die Privatsphäre zu Verwaltungsübertretungen erklärt werden, geändert werden (Drittes Gewaltschutzgesetz - 3. GeSchG).

I. Zu den geplanten Änderungen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Exekutionsordnung

A. Vorbemerkung

Mit dem vorgeschlagenen 3. Gewaltschutzgesetz soll der **Opferschutz** bei Sexualdelikten sowie bei Gewalt in der Familie und bei Eingriffen in die Privatsphäre verbessert werden. Der Entwurf lässt den Grund seiner Entstehung als Anlassgesetz erkennen.

Die zivil- und die exekutionsrechtlichen Regelungen beziehen sich auf folgende zwei Bereiche

- (Schadenersatz-)Ansprüche wegen Verletzung der sexuellen Integrität und Selbstbestimmung („**Sexualdelikte**“) und
- einstweilige Verfügungen zum Schutz vor Gewalt und von Eingriffen in die Privatsphäre (**Wegweisungs-EV, Gewaltschutz-EV und Cybermobbing-EV**).

B. Zu den vorgeschlagenen zivilrechtlichen Änderungen

1. Im Zentrum der zivilrechtlichen Regelungen steht die **Verlängerung der Verjährung** für Schadenersatzansprüche bei Sexualdelikten. In diesem Zusammenhang unterscheidet der Entwurf zwei Kategorien von Schäden, nämlich solche

- aus einer vorsätzlichen, mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedrohten strafbaren Handlung (aus einem **qualifizierten Strafdelikt**) und
 - aus (allen) **Sexualdelikten**.
2. Für die zweite Kategorie (alle Sexualdelikte) ist im vorgeschlagenen § 1489 letzter Satz ABGB vorgesehen, dass die Verjährungsfrist erst mit Vollendung der 18. Lebensjahres des Opfers beginnt. In den Erläuterungen wird dazu ausgeführt, dass das Opfer auch bei Sexualdelikten, die nicht mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht sind, **altersbedingt** über eine gewisse **Einsichtsfähigkeit** in Bezug auf sexuelle Handlungen verfügen soll, um über die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen entscheiden zu können. Allerdings bezieht sich die vorgeschlagene Neuregelung ihrem Wortlaut nach auf alle Sexualdelikte, also auch auf jene, die mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht sind. Nun gibt es auch andere Gewalttaten gegen **Minderjährige**, bei denen diese in einem Abhängigkeits- oder Autoritätsverhältnis stehen und aus diesem Grund bzw wegen einer mit der Tathandlung einhergehenden Traumatisierung, die nicht den von § 1494 ABGB geforderten Grad erreicht, von der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen abgehalten werden können, etwa bei tatbildlichen Handlungen iSd § 92 StGB. Ein sachlicher Grund für die Privilegierung von Sexualdelikten ist nicht ersichtlich. Die vorgeschlagene Sonderregelung sollte daher zur Vermeidung einer verfassungsrechtlich bedenklichen Ungleichbehandlung auf alle Gewalttaten gegen minderjährige Opfer ausgedehnt werden.
3. In Bezug auf qualifizierte Strafdelikte erscheint die Kombination von „zivilrechtlicher Schadensverjährung“ (30 Jahre) und „Strafbarkeitsverjährung“ ungewöhnlich und könnte in der Rechtspraxis zu beträchtlichen Beurteilungsschwierigkeiten führen. In den Erläuterungen wird dazu ausgeführt, dass diese Kombination nur in Ausnahmefällen greifen werde, nämlich dann, wenn das Opfer bei bestimmten Taten (gegen Leib und Leben, gegen die Freiheit oder gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung) zur Zeit der Tatbegehung **minderjährig** gewesen sei. Es ist fraglich, ob eine praktisch kaum relevante Neuregelung tatsächlich dem Opferschutz dient. Der Schutz **minderjähriger Opfer** könnte auch durch eine (allerdings einheitliche und sachlich gerechtfertigte) Neuregelung zum Beginn der Verjährungsfrist (aus systematischen Gründen vorzugsweise in § 1494 Abs 2 ABGB) erreicht werden. Für den Fall, dass die vorgeschlagene Kombination von „zivilrechtlicher Schadensverjährung“ und „Strafbarkeitsverjährung“ beibehalten wird, sollte die Verlängerung der zivilrechtlichen Verjährungsfrist nicht an die Verwirklichung des strafrechtlichen Tatbestands (ohne Strafausschließungs- und Strafbefreiungsgründe), sondern an das Vorliegen des objektiven Tatbildes eines qualifizierten Strafdelikts geknüpft werden. Zur Klarstellung sollte daher nicht von „strafbarer Handlung“, sondern von „Straftat“ gesprochen werden. In den Erläuterungen ist im gegebenen Zusammenhang zutreffend von einer **Ablaufhemmung** die Rede. Eine solche Regelung würde systematisch besser zu § 1494 Abs 3 ABGB passen (siehe dazu etwa OGH 1 Ob 169/15g und 1 Ob 258/15w).

C. Zu den vorgeschlagenen exekutionsrechtlichen Änderungen

1. Zu § 382b Abs 2 EO (Wegweisung aus der Wohnung)

Die hier vorgeschlagene Neuregelung beruht auf einer rechtspolitischen Entscheidung. Aus systematischer und rechtslogischer Sicht bestehen keine Einwände. Zur Klarstellung wäre

allerdings in den Erläuterungen ein Hinweis auf das Verhältnis der beabsichtigten Änderung zur Entscheidung 7 Ob 190/18v des Obersten Gerichtshofs wünschenswert.

2. Zu § 382e Abs 2 EO (Gewaltschutz-EV: Aufenthalt; Zusammentreffen und Kontakt-aufnahme; Bannmeile)

Durch die vorgeschlagene Änderung in Abs 2 entfällt die Möglichkeit, die Dauer der einstweiligen Verfügung bis zum rechtskräftigen Abschluss eines (anhängigen) Hauptverfahrens festzusetzen. Der Gleichklang zur einstweiligen Verfügung nach § 382b EO geht damit verloren, obwohl beide einstweiligen Verfügungen auch gemeinsam erlassen werden können (§ 382e Abs 3 Satz 2 EO).

3. Zu den Erläuterungen zu § 382g Abs 1 EO (Cybermobbing-EV)

In den Erläuterungen zu § 382g EO ist davon die Rede, dass sich der Unterlassungsanspruch aus der Verletzung von Persönlichkeitsrechten in **Online-Medien** auch gegen den „**Account-Inhaber**“ richten könne; dazu werden die Entscheidungen 6 Ob 178/04a (Online-Gästebuch) und 6 Ob 244/16z (Betreiber einer Facebook-Seite) zitiert.

Die zitierten Entscheidungen lassen sich jedoch mit der angeführten Schlussfolgerung, die sie stützen sollen, nicht in Einklang bringen. Sowohl beim Betreiber eines Gästebuchs als auch beim Betreiber einer Facebook-Seite handelt es sich um **Host-Service-Provider**, die es Internet-Nutzern ermöglichen, von diesen stammende (**fremde**) **Inhalte** auf einem Server oder auf einer Webseite zu speichern (rein neutrale Rolle des Providers). Für solche Host-Service-Provider besteht nach § 16 ECG ein **Haftungsprivileg**. Allerdings können nach § 19 ECG (im Einklang mit der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und der Richtlinie über Urheberrechte in der Informationsgesellschaft) gerichtliche **Unterlassungsanordnungen** auch gegen Host-Service-Provider erlassen werden. Die zitierten Entscheidungen des 6. Senats beziehen sich ausschließlich auf diese gesetzliche Anordnung in § 19 ECG. Demgegenüber handelt es sich beim Inhaber eines **Internet-Accounts** in der Regel um den Content-Provider, für den kein Haftungsprivileg besteht. Wird ein Internet-Account von dritten Personen verwendet, so stellt sich die Frage, ob auch deren Online-Äußerungen dem Account-Inhaber zuzurechnen sind, weil diesen entsprechende Sorgfaltspflichten treffen. Dies hat jedoch mit dem Haftungsprivileg nach § 16 ECG nichts zu tun.

In den Erläuterungen ist davon die Rede, dass dem Antragsgegner nicht nur das **Wahrnehmbarmachen**, sondern auch das **Wahrnehmbarhalten** verboten werden könne und dies bedeute, „dass er bestimmte digitale Inhalte aus dem Internet zu entfernen habe, wenn ihm dies möglich sei“.

Im gegebenen Zusammenhang sollte nicht von „digitalen Inhalten“, sondern allgemeiner von „Online-Inhalten“ gesprochen werden. Eine Entfernungsanordnung mit Bezug auf das Internet erfolgt dadurch, dass bestimmte (rechtswidrige) Inhalte **gelöscht** werden oder der Zugang zu diesen **gesperrt** wird. Ein angeordnetes Löschen oder Sperren kann nur vollzogen werden, wenn dies dem dazu Verpflichteten **möglich und zumutbar** ist. Diese Voraussetzungen sollten in der vorgeschlagenen Z 7 auch ausdrücklich erwähnt werden.

4. Zu § 382g Abs 2 EO:

In Abs 2 fehlt die Möglichkeit, die Dauer der einstweiligen Verfügung bis zum rechtskräftigen Abschluss eines (anhängigen) Hauptverfahrens festzusetzen.

5. Zu § 395 Abs 3 EO:

Dass auch ein **unzuständiges** angerufenes Gericht die Sicherheitsbehörde von der Einbringung eines Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach §§ 382b, 382e oder 382g Abs 1 Z 1, 3 und 8 zu verständigen hat, geht aus dem vorgeschlagenen Gesetzestext nicht hervor. Aus diesem Grund wird vorgeschlagen, folgende Wendung einzufügen:

„.... ist vom zuerst angerufenen Gericht von der Einbringung eines Antrages ...“

6. Zu § 399c Abs 1 EO:

Die Wendungen „die faktischen Elemente einer solchen einstweiligen Verfügung“ und „Wirkung verleihen“ könnten – ungeachtet des Umstands, dass sie aus der EuSchMaVO 606/2013/EU für „Binnenfälle“ übernommen wurden – zu Auslegungsschwierigkeiten führen. Zur besseren Verständlichkeit sollte von „geänderten tatsächlichen Umständen einer solchen einstweiligen Verfügung, wie zB eine neue Wohnadresse,“ sowie von „effektiver Wirkung“ oder von „praktischer Wirkung“ gesprochen werden.

II. Zu den geplanten Änderungen des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung, des Strafregistergesetzes, des Tilgungsgesetzes und der SPG-Novelle

A. Vorbemerkung

1. Die auf einer rechtspolitischen Entscheidung beruhenden geplanten Änderungen insbesondere des StGB und des JGG sind – ebenso wie die übrigen, teilweise bloß gesetzestechnische Anpassungen umfassende Änderungen - aus systematischer und rechtslogischer Sicht als neutral zu beurteilen. Ob diese Änderungen ohne vorherige Evaluierung der mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015 vorgenommenen Reformschritte rechtspolitisch sinnvoll sind, obliegt nicht der Beurteilung des Obersten Gerichtshofs.
2. Die Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs beschränkt sich daher auf den Vorschlag der Neuschaffung eines Abs 1a in § 39 StGB und auf § 76 Abs 6 StPO.

B. Zu § 39 Abs 1a StGB

Nach § 39 Abs 1 StGB „kann“ das Höchstmaß der angedrohten Strafe bei qualifiziertem Rückfall um die Hälfte überschritten werden. Im neu zu schaffenden Abs 1a des § 39 StGB sieht der Entwurf hingegen vor, dass „sich“ hinsichtlich bestimmter Deliktsgruppen das Höchstmaß der angedrohten Strafe bei qualifiziertem Rückfall um die Hälfte „erhöht“ (die Obergrenze von 20 Jahren für zeitliche Freiheitsstrafen soll auch insoweit bestehen bleiben). Die Erläuterungen verweisen dabei auf das Verständnis des § 39 Abs 1 StGB als fakultativ anzuwendende Strafbemessungsvorschrift und vertreten die Ansicht, dass demgegenüber die vorgeschlagene Neuregelung „zwingenden Charakter“ trage und solcherart „auch für die §§ 17, 21, 37 oder 57 StGB relevant“ sei.

Letzteres trifft nicht zu, weil der einzufügende Abs 1a des § 39 StGB nach seinem insoweit klaren Wortlaut die Subsumtion unberührt lässt. Anders ausgedrückt: Auch durch § 39 Abs 1a StGB werden nicht die Strafsätze der in Rede stehenden Normen des Besonderen Teils des

StGB, sondern die Strafrahmen verändert, weil die vorgesehene Bestimmung (ebenso wie § 39 Abs 1 StGB) die Möglichkeit der Strafschärfung an schuldunabhängige Umstände knüpft (vgl. RIS-Justiz RS0119249; *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 209 und 666). Bloße Strafrahmenvorschriften, also jene, welche – anders als etwa § 29 StGB (*Ratz* in WK² StGB § 29 Rz 7) – keine Auswirkung auf die Subsumtion haben, tangieren aber auch die Anwendungsbereiche der §§ 17, 21, 37 und 57 StGB nicht (*Höpfel* in WK² StGB § 17 Rz 21 – 24; *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 668/2, jeweils mwN; zu § 57 StGB siehe überdies *Marek* in WK² § 57 Rz 12).

Nach nunmehr stRsp und hL ist § 39 Abs 1 StGB ebenfalls (nicht nur Strafbemessungsvorschrift, sondern auch) Strafrahmenvorschrift (13 Os 44/09h, SSt 2009/52; RIS-Justiz RS0125294 und RS0125295; *Bruckmüller* SbgK § 39 Rz 27; *Fabrizy*, StGB¹³ § 39 Rz 3; *Flora* in WK² § 39 Rz 1; *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 668/2). Ausgehend von der auch in den Erläuterungen angesprochenen Entscheidung eines verstärkten Senats des OGH aus dem Jahr 1975 (SSt 46/40) ist es aber insoweit (mit Blick auf die Formulierung des § 39 Abs 1 StGB) aus materiell-rechtlicher Sicht geboten, in einem ersten Schritt nach Maßgabe des nicht erweiterten Strafrahmens zu prüfen, ob dieser für die konkrete Sanktionsfindung genügt, um erst bei erfolgter Verneinung dieser Frage das Ausmaß des Überschreitens dieses Rahmens im Verhältnis zum durch § 39 Abs 1 StGB erweiterten Strafrahmen zu bestimmen (*Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 668/1). Die dargestellte Systematik führt schon jetzt häufig zu Anwendungsproblemen in der Praxis. Diese Probleme würden durch die Schaffung zweier unterschiedlicher Strafrahmenvorschriften innerhalb der Bestimmungen über die Strafschärfung bei Rückfall voraussichtlich verstärkt.

Es wird daher vorgeschlagen, die für § 39 Abs 1a StGB vorgesehene Formulierung (... worden, so „erhöht sich“, wenn ...) in § 39 Abs 1 StGB aufzunehmen. Damit wäre einerseits die durch die Rechtsentwicklung nach der Entscheidung SSt 46/40 (hiezu eingehend *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 668 – 668/3) entstandene Anwendungsproblematik mittels einer klaren gesetzlichen Regelung beseitigt und andererseits der Intention des Entwurfs Rechnung getragen, bei qualifiziertem Rückfall einen stets anzuwendenden erweiterten Strafrahmen zu normieren.

Sollte rechtspolitisch zudem in Relation zur Norm des § 39 Abs 1 StGB eine Verschärfung der Regelungen über den qualifizierten Rückfall bei Gewalt-, Freiheits- und Sexualdelinquenz gewünscht sein, wäre diese auch durch die übrigen Bestimmungen des im Entwurf vorgesehenen § 39 Abs 1a StGB erreicht.

C. Zu § 76 Abs 6 StPO

Durch diese Norm soll die Datenübermittlung an – nach den Erläuterungen im Zuge einer Neufassung des § 22 Abs 2 SPG zu definierende – „Sicherheitspolizeiliche Fallkonferenzen“ ermöglicht werden. Da die geplante Änderung des § 22 Abs 2 SPG dem Entwurf nicht angeschlossen ist, kann die vorgesehene Einfügung des § 76 Abs 6 StPO nicht beurteilt werden.

Wien, am 26. Juni 2019

Dr. Lovrek

elektronisch gefertigt