

Ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Tipold
Institut für Strafrecht und Kriminologie
Universität Wien
Schenkenstrasse 8
1010 Wien

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

Entwurf für ein 2. Gewaltschutzgesetz
Begutachtungsverfahren
BMJ-B12.101/0002-I 5/2008

Punktuelle Stellungnahme

Wien, am 14. Mai 2008

Anmerkungen zum Text des Anschreibens

Das Anschreiben ist zwar nicht Gegenstand des Begutachtungsverfahrens, eine Textstelle reizt aber zum Widerspruch und sollte in Zukunft weggelassen werden. Wird keine Stellungnahme abgegeben, wird angenommen, dass keine Bedenken bestehen – für eine solche Auffassung seitens des Ministeriums gibt es keine Grundlage! Grundsätzlich gilt, dass Schweigen kein Erklärungswert beigemessen werden darf, weil es viele Ursachen haben kann (*Koziol/Welser/Kletecka* Bd I¹³ 102 f mwN). Das betrifft nicht nur den Geschäftsverkehr, sondern gilt allgemein. So werde ich keine Stellungnahme zu den zivilverfahrensrechtlichen Vorschlägen (ZPO, EO, ua) abgeben, da mir hierfür die Kompetenz fehlt. Aus diesem Grund kann mein Schweigen nicht als Zustimmung gewertet werden. Ansonsten könnte Arbeitsbelastung ein Hinderungsgrund sein, der ebenfalls nicht auf eine Zustimmung schließen lässt. Es könnte auch eine innere Emigration sein, da die Stellungnahme als sinnlos erscheint, wenn Verfehltes politisch gewünscht ist und daher Gesetz wird (vgl § 91 Abs 2a StGB; Gleichbehandlung der Falschaussage vor einem Richter und einem Polizeibeamten in § 288 StGB und aktuell wahrscheinlich § 107b StGB). Auch daraus lässt sich eine Zustimmung nicht ableiten. Wenn hier einzelne Punkte nicht aufgegriffen werden, kann es sein, dass der Verfasser die Mängel schlicht übersehen hat, woraus ebenfalls eine Zustimmung nicht abgeleitet werden kann.

Anmerkungen zu § 48 Abs 1 StGB in der Fassung des Entwurfes

1. Die Verlängerung gilt wohl auch für Jugendliche. Hier stellt sich die Frage, ob das sinnvoll und notwendig ist. Eine abweichende Regelung könnte im JGG (§ 5) angesiedelt werden.

Anmerkungen zu §§ 11, 92, 205 StGB in der Fassung des Entwurfes

2. Es ist zweifelhaft, ob „geistige Behinderung“ den Inhalt des Begriffes „Schwachsinn“ wirklich trifft; nicht jede geistige Behinderung dürfte die Stärke von „Schwachsinn“ erreichen. Von der Änderung ist daher Abstand zu nehmen.

Anmerkungen zu § 52a StGB in der Fassung des Entwurfes

3. Die gerichtliche Aufsicht hat das Vollzugsgericht anzuordnen. In den Materialien wird für diese Regelung mit der Stärkung des Vollzugsgerichtes geworben – es fragt sich nur, wie dieses derart „aufgewertete“ Gericht im Entlassungszeitpunkt feststellen kann, dass die strafbare Handlung gegen Leib, Leben oder Freiheit begangen wurde, um sich geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen. Entsprechende Feststellungen werden im erstinstanzlichen Urteil in der Regel fehlen. Das Vollzugsgericht ist wohl nicht in der Lage, diese Feststellungen zu dem späten Zeitpunkt der bedingten Entlassung zu treffen. Und umgekehrt: Sind diese Tatsachen ausnahmsweise im Urteil tatsächlich getroffen worden, erscheint die Anfechtbarkeit dieser, für den Schuldspruch überschießenden Feststellungen zweifelhaft. So gesehen entsteht eine Rechtsschutzlücke.
4. Das Vollzugsgericht hat das Verhalten des Rechtsbrechers selbst und mit Unterstützung etwa der Sicherheitsbehörden zu überwachen. Wie die Überwachung erfolgt, steht im Gesetz nicht. Auch die Materialien schweigen dazu. Soll ein Polizist den Rechtsbrecher in der Nacht aufsuchen, um zu schauen, ob sich eine andere Person bei diesem befindet und diese allenfalls fragen, ob sie freiwillig dem Rechtsbrecher beiwohnt? Das wird wohl nicht gemeint sein; denn dadurch würde eine Wiedereingliederung des Rechtsbrechers in die Gesellschaft nachhaltig verhindert und eine neuerliche Delinquenz gefördert werden. Mit dieser Überwachung ist wohl ein Eingriff in die Privatsphäre verbunden (Art 8 MRK) – dementsprechend sind die Regeln präzise zu formulieren und auch ein entsprechender Rechtsschutz zu schaffen (zuletzt zu Art 8 MRK *Ennöckl*, FS Machacek/Matscher (2008) 98 ff). Aber auch das Gericht und die, dieses unterstützende Stellen benötigen genauere Vorgaben. Es muss klar sein, was unter dieser Überwachung zu verstehen ist und wie diese – zumindest ansatzweise – zu erfolgen hat. Allfällige Fehleinschätzungen über Art und Umfang der Überwachung kann man nie verhindern, bei einer

derartigen Regelung bleibt aber offen, wann eine Einschätzung fehlerhaft ist. Stellt sich ex post betrachtet heraus, dass die Überwachung zu gering oder zu intensiv war, werden die Behörden (Gericht, Sicherheitsbehörden) einer Kritik ausgesetzt, gegen die sie sich nicht zur Wehr setzen können. Der Gesetzgeber darf derartige Fragen nicht auf die Vollzugsorgane abwälzen. Er hat Vorgaben zu treffen.

5. Diese Anmerkung erschöpft sich in einer destruktiven Kritik, da dem Verfasser genaue Vorstellungen über diese Überwachung fehlen. Ein Rechtsschutz vor überzogener Überwachung muss sichergestellt sein.

Anmerkungen zu § 107b StGB in der Fassung des Entwurfes

6. § 107b ist § 107a StGB angelehnt. Gegen die zuletzt genannte Bestimmung gibt und gab es Bedenken hinsichtlich ihrer Bestimmtheit. Dieselben Bedenken betreffen auch § 107b. Über die Bestimmtheit von „Beharrlichkeit“ und „längere Zeit hindurch“ muss wohl nicht eigens diskutiert werden (vgl. *Schwaighofer WK² § 107a Rz 9 ff*); die Materialien sind entsprechend „offen“ formuliert. Das zeigen sie recht deutlich, wenn von „gewisser Dichte“ und von einem „gewissen Korrektiv“ gesprochen wird. Im Übrigen ist § 107a StGB nicht derart gelungen, dass er als Vorbild dienen könnte. Abgesehen von seiner Unbestimmtheit erscheint es für das Verständnis nicht günstig, den Tatbestand (Abs 1) von den Tathandlungen (Abs 2) zu trennen.
7. Es ist fraglich, ob § 107b überhaupt nötig ist. Immerhin sind vorsätzliche (wie auch fahrlässige) Handlungen gegen Leib und Leben sowie vorsätzliche Handlungen gegen die Freiheit bereits mit Strafe bedroht. Es bleibt allein die körperliche Misshandlung straflos, die nicht öffentlich ohne Folgen oder Absichten (§§ 105, 107) erfolgt. Hierin unterscheidet sich der Vorschlag deutlich von § 107a StGB. Beim „Stalking“ erreichen die einzelnen Handlungen nicht die Schwelle der Strafbarkeit. Erst die Gesamtschau macht die Situation derart unerträglich, dass eine Strafbarkeit geboten schien. In der Erfassung an sich sozial adäquater Handlungen, die erst aus ihrem Zusammenhang heraus strafrechtlich relevantes Unrecht erzeugen, lag und liegt das Problem der Schaffung eines Tatbestandes, der den Prinzipien des Strafrechts entspricht. Die Situation des § 107b ist demgegenüber völlig anders gelagert. Hier sind die einzelnen Handlungen an sich sozial inadäquat und in der Regel strafbar. Es gibt daher keinen nachvollziehbaren Grund, die für das Strafrecht notwendige Bestimmtheit zu opfern. Momentaufnahmen entsprechen im Übrigen dem Grundgedanken des Tatstrafrechts und damit dem öStGB.
8. Ein Leben ohne Gewalt wird nicht durch einen neuen, problematisch zu vollziehenden Tatbestand erreicht werden. Man muss sich fragen, warum Menschen in einer gewaltträchtigen Beziehung verharren, und in der Antwort dieser Frage für eine Lösung ansetzen – aber eben nicht mit Hilfe des Strafrechts, sondern mit außerstrafrechtlichen Mitteln, die den Ausbruch aus derartigen Verhältnissen fördern, erleichtern oder ermöglichen. Das ist vielleicht nicht einfach und verkauft sich nicht schlagwortartig, dafür wäre ein solcher Weg letztlich effizienter im Sinn des Opferschutzes.

9. Da durch die Gewaltanwendung idR strafbares Verhalten gegeben ist, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zu diesen dadurch erfüllten Delikten. Die Materialien gehen von dem heute üblichen „Slalom“ der Strafdrohungen bei der Lösung der Konkurrenzproblematik aus. Da es um fortgesetzte längere Zeit hindurch geübte Gewalt handelt, müsste § 107b eigentlich strenger als die übrigen Delikte bestraft sein und diese verdrängen.
10. Im Übrigen könnten bei § 107b Fragen des Doppelverfolgungsverbotens entstehen: Was passiert, wenn einzelne Tathandlungen bereits abgeurteilt wurden und sich erst später die Frage der Beharrlichkeit stellt? Darf man die in früheren Verfahren bereits abgeurteilten Taten – ohne Verstoß gegen die EMRK – für die Verfolgung und Verurteilung wegen § 107b heranziehen? Dies wird wohl eher zu verneinen sein. Wäre es dann sogar besser, einzelne Handlungen nicht zu verfolgen, um dann § 107b heranziehen zu können? Das würde dem Ziel des Opferschutzes jedenfalls widersprechen.
11. Die Unbestimmtheit betrifft nicht nur den Grundtatbestand, sondern auch die Qualifikation des Abs 3 Z 2: umfassende Kontrolle, erhebliche Einschränkung, autonome Lebensführung. Diese Begriffe werden in den Materialien nicht einmal erwähnt! Wenn schon derartige Begriffe gebracht werden, dann wäre eine nähere Definition in den Materialien das Mindeste, was von einem Gesetzgeber verlangt werden kann.
12. Die Qualifikationen sind unüblich auf einander aufgebaut. Die Gerichte müssen die Voraussetzungen des Abs 1/2, dann des Abs 3 feststellen, um vielleicht Abs 4 bejahen zu können. Hier besteht die Gefahr, dass die Praxis die qualvolle Weise des Abs 4 erkennt und auf die Voraussetzungen des Abs 3 nur ungenügend eingeht. Ist es im Übrigen sinnvoll, die qualvolle Weise auf die umfassende Kontrolle des Lebens (Abs 3 Z 2) zu beziehen? Bei den §§ 201 und 206 StGB ist die Strafdrohung ohnedies bis 10 Jahre – was macht diese Qualifikation des Abs 4 für einen Sinn? Darüber hinaus wird hier an Sexualdelikte angeknüpft, die weder im Grundtatbestand genannt sind, noch in Abs 3. Auch darin liegt eine Unstimmigkeit des Entwurfes.
13. Auch die Qualifikation des Abs 5 erfordert das Vorliegen jener des Abs 4, dieser wiederum das Gegebensein des Abs 3, dieser wiederum usw. Das erscheint wenig praxisgerecht im Aufbau. Im Übrigen fragt sich, ob die Dauerfolgen oder der Tod im Risikozusammenhang einer beharrlichen, dh auf längere Zeit hindurch fortgesetzten Gewaltausübung stehen können. Primär wird eine Gewalthandlung entscheidend sein, und dieser ist der Tod zuzurechnen. Dass der Täter schon bisher Gewalt beharrlich ausgeübt hat, wird doch wohl nur selten den konkreten Todeseintritt gefördert haben. Insofern hat sich die beharrliche Gewalt im Erfolg nicht ausgewirkt und die Qualifikation ist nicht erfüllt – und das wird wohl immer so sein. Die Materialien sagen – wie so oft in diesem Entwurf – bedauerlicherweise nichts zu diesen Qualifikationen, um wenigstens der Phantasie des Lesers/Rechtsanwenders auf die Sprünge zu helfen.
14. In den Materialien wird an die Wirkung des § 29 StGB gedacht. Dass der Entwurf mit dieser Bestimmung rein gar nichts zu tun hat, ist offensichtlich. Leider ist eine Zusammenrechnung der Natur der Sache nach nicht möglich, denn das wäre wirklich eine einfache Regelung. Auch § 84 Abs 3 StGB wird erwähnt, der neben dogmatischen auch prak-

tische Probleme erzeugt (*Burgstaller/Fabrizy*, WK-StGB² § 84 Rz 80 ff). Dabei ist diese Regelung im Vergleich zum Entwurf des § 107b geradezu klar und einfach.

15. Zusammengefasst erscheint § 107b wegen seiner Unbestimmtheit als verfassungsrechtlich problematisch, wegen seiner Komplexität als schwer vollziehbar und von seinem Telos eigentlich als völlig unnötig. Auf diese Bestimmung sollte daher verzichtet werden. Eine Stärkung des Schutzes von Opfern ist bei einem solchen Tatbestand nicht zu erwarten. Wenn aus politischen Gründen diese Bestimmung dennoch gewünscht ist, dann sollten die Materialien ihrer eigentlichen Aufgabe entsprechend Erklärungen zum gesamten Delikt bringen. Überlegungen zur Diversion könnten hingegen in einen Erlass ausgelagert werden.
16. Wenn man aus „opferzentrierten Erwägungen“ die Dauerhaftigkeit erfassen will, sollte man dies als Qualifikationen bei den jeweiligen Tatbeständen (Körperverletzungsdelikte, Nötigung, Sexualdelikte) einfügen. Dadurch kann ein derart unbestimmter und unpassender Tatbestand vermieden werden und politisch Gewolltes auf halbwegs sachgerechte und systemkonforme Art und Weise erreicht werden. Außerdem bliebe Gewalt Gewalt und würde nicht ihre Konturen verlieren – gefährliche Drohungen sind Drohungen und eben nicht Gewalt.

Anmerkungen zu § 66 StPO in der Fassung des Entwurfes und Hinweis auf das Zivilverfahrensrecht

17. Der private Lebensbereich ist sehr weit, hier könnten hohe Kosten entstehen. Da Kosten bis zu €1.000 auferlegt werden können (für den Entwurf müsste § 381 angepasst werden), haben Anwälte pflichtgemäß Beschwerde gegen den Beschluss zu erheben. Gerichte hätten dann sehr eingehend die Frage zu klären, ob die seelischen Belastungen ausreichend sind. Das wird dann für das Opfer auch belastend sein. Eine derartige Belastung würde entfallen, wenn kein Kostenbetrag zu leisten ist.
18. Die Kostenfrage stellt sich noch deutlicher im Zivilverfahrensrecht, denn hier trifft den Unterlegenen der volle Kostenersatz. Auch hier werden Anwälte pflichtgemäß Rekurs gegen die Beschlüsse auf Gewährung von Prozessbegleitung zu erheben haben.

Anmerkungen zu § 78a StPO in der Fassung des Entwurfes

19. § 78a ist an sich – mangels Sanktion – eine *lex imperfecta*, insofern erscheint die Ausnahme des Abs 2 Z 1 etwas merkwürdig. Es ist im Übrigen fraglich, ob Seelsorger überhaupt von Abs 1 erfasst sind, so dass auch die zweite Ausnahme des Abs 2 fragwürdig ist.

20. Die Regelung gilt wohl für eine dauerhafte Sorge, was auch die Beispiele in den Materialien nahelegen. Der im Krankenhaus behandelnde Arzt wird wohl davon nicht erfasst sein, so dass es bei den Regeln des ÄrzteG bleiben wird. Eine Klarstellung wäre vernünftig. Sollen hingegen wirklich alle berufsrechtlichen Regelungen erfasst werden, worauf die Materialien eingangs etwas hindeuten, müsste dies klargestellt werden. Entgegenstehende gesetzliche Bestimmungen sollten jedenfalls aufgehoben werden.
21. Letztlich ist fraglich, ob die Staatsanwaltschaften und die Kriminalpolizei wirklich die Aufgabe erfüllen können, die der Entwurf ihnen anvertraut. Das erscheint aufgrund der Arbeitsbelastung (und der üblichen Sparpolitik) als zweifelhaft. Entsprechende Bedenken von Fachleuten sollten hier sehr ernst genommen werden. Vielleicht sollte auch in diesem Bereich nicht eine Lösung durch Änderung der StPO versucht werden, sondern eher an der Wurzel des Problems. Denn sonst wird bloß eine Scheinlösung erzeugt, die nichts bringt und die Probleme bestehen lässt.
22. Fehleinschätzungen können im Übrigen nie durch Rechtsnormen vermieden werden. Hierfür sind viel Ausbildung erforderlich und eine entsprechende Personalausstattung.

Anmerkungen zu § 197a StPO in der Fassung des Entwurfes

23. Die Regelung steht im Konflikt mit dem Beschleunigungsgebot des Art 6 EMRK.
24. Die Materialien scheinen die Möglichkeit nicht in Betracht zu ziehen, dass der Beschuldigte unschuldig ist. Hier sei an die Unschuldsvermutung erinnert, die immerhin verfassungsrechtlich abgesichert und auch in § 8 StPO einfachgesetzlich niedergeschrieben ist. Ein unschuldig Beschuldigter muss nicht Verantwortung übernehmen – er hat ja nichts getan. Er benötigt auch keine psychosoziale Therapie. Dies sollte in den Materialien berücksichtigt werden.
25. Im Übrigen ist hier ein Widerspruch im Konzept des Entwurfes festzustellen. Im Zusammenhang mit §§ 78, 78a wird jede Skepsis gegenüber dem Strafverfahren und den Strafverfolgungsbehörden breit zurückgewiesen (siehe dazu Punkt 21). Warum dann aber eine Unterbrechung des Verfahrens notwendig ist, ist nicht nachzuvollziehen. Sind die Belastungen auf ein Minimum beschränkt, erscheint eine Unterbrechung als unnötig und im Hinblick auf das Beschleunigungsgebot als höchst problematisch. Wirkt das Verfahren hingegen sehr wohl belastend, passen die Ausführungen zu den §§ 78 und 78a des Entwurfes nicht. Diese widersprüchliche Haltung könnte in einem Verfahren vor dem EGMR der Republik Österreich Schwierigkeiten bereiten.

Anmerkungen zu § 4a TilgungsG in der Fassung des Entwurfes

26. Hier wird zwischen ungefährlich, gefährlich und besonders gefährlich differenziert. Hinweise, wann was gegeben ist, fehlen im Gesetz und in den Materialien. Damit ist die Regelung zu unbestimmt.
27. Da das Vollzugsgericht einen großen Spielraum hat, ist auch aus rechtstaatlichen Überlegungen heraus ein ausreichender Rechtsschutz zu schaffen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Alexander Tipold