

MARC FORSTER
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt
Schweizerisches Bundesgericht
CH-1000 Lausanne 14

Tel.: +41 21 318 91 51
E-Mail: marc.forster@bger.ch
www.marc-forster-strafrecht.com

Gutachten zur Masterarbeit von Frau Lisa Ruth Vincenz

I. Thematik, Kurzbeurteilung und Notenantrag

Die Masterarbeit widmet sich der Problematik von **Freisprüchen** aus **Opferperspektive**. Ziel ist die Erarbeitung von Vorschlägen zur *Verbesserung der Opferstellung im Strafprozess*. Zu diesem Zweck hat die Bearbeiterin u.a. *Interviews* mit sechs ausgewählten Fachpersonen¹ geführt und ertragreich in die Untersuchung eingebaut.² Es handelt sich um eine sehr fleissige und engagierte, formal sorgfältige Arbeit, die einen *wertvollen eigenständigen Forschungsbeitrag* zu einem anspruchsvollen, bisher nur wenig durchleuchteten Thema leistet. Der Referent beantragt dafür die **Note 5,5** ("sehr gut").

II. Arbeitstechnik

Die *Literatur-* und *Quellenauswahl* ist reichhaltig, aktuell und themengerecht; die *Quellenverzeichnisse*, die dokumentierten *Interviews* und die *Zitiertechnik* im Fussnotenapparat erscheinen formal einwandfrei.³ Auch sprachlich ist die Arbeit sorgfältig.⁴

III. Aufbau und inhaltliche Bemerkungen

Schon die allgemeinen **begrifflichen Grundlagen** und **Prolegomena** (Opfer- und Geschädigtenbegriffe, Unschuldsvermutung usw., **Kap. 2-3**) werden in Lauftext und Fussnoten sehr *dicht* und *diskursiv* erarbeitet. Wissenschaftliche Sorgfalt und grossen Fleiss verwendet die Bearbeiterin sodann auf die Darstellung der strafprozessualen **Opferrechte (Kap. 4)**: Die Analyse der Fachliteratur und Praxis fällt differenziert und verlässlich aus;

1 Nämlich einem Strafgerichtspräsidenten, einem Strafrechts-Lehrstuhlinhaber, einer Leiterin und einer Beraterin zweier Opferhilfe-Fachstellen, dem Chefredaktor einer Tageszeitung sowie einer Opferanwältin (vgl. Anhänge 1-6).

2 Vgl. z.B. FN 128, 142, 243, 252.

3 Es sind nur kleinere *Details* zu beanstanden; z.B. wurden auf S. IV die *Abkürzungsangaben* zu den beiden Sammelwerken mit Beteiligung von DONATSCH miteinander verwechselt.

4 Konsequentes *Korrekturlesen* hätte die Schreib- und Sprachfehlerquote noch etwas reduzieren können (z.B. S. 7, 23). Stilistisch könnte die Bearbeiterin (im Hinblick auf weitere wissenschaftliche Arbeiten) darauf achten, "Substantivitis" zu vermeiden (z.B. S. 36: "Die rechtliche Grundlage für die als Privatklägerschaft adhäsionsweise Geltendmachung von zivilrechtlichen Ansprüchen im Strafverfahren ...").

neben deskriptiven Teilen steuert die Bearbeiterin auch *eigenständige* begründete Stellungnahmen bei.⁵

Beim **Aussageverweigerungsrecht** der Opfer von Sexualstraftaten zu Fragen, die ihre *Intimsphäre* betreffen (Art. 169 Abs. 4 StPO), hat die Bearbeiterin durchaus erkannt,⁶ dass sich entsprechende Einvernahmen (samt Ergänzungsfragen der Verteidigung) *nicht zwangsläufig* in vexatorischen ("vorführenden") oder irrelevanten Befragungen erschöpfen müssen. Zu ergänzen wäre, dass sich der entsprechende "Schutz" der Opfer durchaus **zweischneidig** auswirken kann, weshalb das Opfer und seine Rechtsvertretung im Einzelfall sorgfältig *abwägen* müssen, was ihnen *wichtiger* ist: nämlich, von als "kritisch" und "aufdringlich" empfundenen Fragen (vollständig) *verschont* zu bleiben, oder durch die Beantwortung gewisser unangenehmer, die Intimsphäre tangierender Fragen das belastende *Beweisfundament* zu stärken. — Anders gesagt, ist das Risiko, "unangenehme Fragen" beantworten zu müssen, gegen das Risiko abzuwägen, dass die beschuldigte Person mangels ausreichend konkreter/glaubhafter Aussagen des Opfers (in spezifischen Konstellationen) *freigesprochen* werden könnte. Mit Recht stellt sich die Bearbeiterin gegen gewisse Tendenzen (in betont "verteidigungsaffinen" Teilen der Literatur), die Durchsetzung von gesetzlichen Opferrechten als (angeblich unfairen) "Störfaktor" abzutun.⁷

Wertvolle *eigenständige Forschungsbeiträge* finden sich in **Kap. 5** der Masterarbeit (S. 40-68), wo *sieben ausgewählte Problemfelder* zum Thema "**Freispruch aus Opferperspektive**" vertieft und diverse Vorschläge zur *prozessualen Stärkung des Opfers*

5 Etwa S. 28 f.; zur Tragweite der Informationspflichten über die Verfahrensrechte des Opfers s. z.B. auch FN 180. An vereinzelt Stellen erfolgt eine etwas "unkritische" Rezeption von fragwürdigen Meinungsäußerungen in der Literatur: Dass auch "Transvestiten" einen Anspruch darauf hätten, auf die (geschlechterspezifische) *Besetzung der Gerichte* (Art. 335 Abs. 4 StPO) Einfluss zu nehmen (vgl. S. 34, unter Hinweis auf WALSER), geht etwas gar weit. Das Gesetz sieht kein Recht von Parteien vor, dass sie je nach *Sexualpräferenz* die Zusammensetzung des Gerichts mitbestimmen dürften. So kann z.B. ein männlicher Transvestit nicht verlangen, dass eine Frau (oder ein Transvestit) im Gericht Einsitz nimmt oder ihn befragt. Eher *falsch* ist (nach Ansicht des Referenten) die Behauptung (S. 34, unter Berufung auf WEISHAUPT), dass Art. 335 Abs. 4 StPO nicht nur für das erstinstanzliche Strafgericht und die Berufungsinstanz gelte, sondern auch für das *Bundesgericht*: Dieser Standpunkt übersieht, dass es sich bei der Gerichtsbesetzung um eine *prozessuale* Frage handelt, die für das Verfahren vor Bundesgericht *spezialgesetzlich* geregelt ist (BGG). Dies gilt nach ständiger Praxis auch für weitere verfahrensrechtliche Fragen: So ist z.B. für die amtliche Verteidigung (bzw. unentgeltliche Rechtsverteidigung) vor Bundesgericht nicht die StPO anwendbar, sondern das BGG. In diesem Zusammenhang hätte teilweise etwas klarer unterschieden werden können, was der Bearbeiterin (de lege ferenda) *wünschbar* erscheint und worauf de lege lata (und gemäss der geltenden Gerichtspraxis) bereits ein *Rechtsanspruch* besteht.

6 Mit Hinweis auf SCHAFFNER, vgl. S. 26.

7 Vgl. S. 38, gestützt auf BERGER/SCHORNO.

entwickelt werden:

Zuzustimmen ist der Bearbeiterin, dass (de lege ferenda) eine **materielle Tatbestands-Lücke** im Sexualstrafrecht zu schliessen ist für Fälle, bei denen die Täterschaft zwar weder *Gewalt* noch andere *Nötigungsmittel* (Art. 189 f. StGB) anwendet, sich aber auf *andere Weise* über die *deutliche Ablehnung* des Opfers *hinwegsetzt*. Nach Ansicht des Referenten liegt das Problem allerdings weniger in angeblichen "Diskrepanzen" zwischen dem sozialen "Sprachgebrauch" und dem Gesetz begründet (vgl. S. 43 f.),⁸ sondern in der genannten materiellstrafrechtlichen Lücke; diese wird (de lege lata) insbesondere mit dem Bagatelltatbestand der sexuellen Belästigung (Art. 198 StGB) nicht geschlossen. Abzulehnen wären demgegenüber grundrechtswidrige strafprozessuale "Rosskuren" (Aufweichungen der Unschuldsvermutung) oder eine stark ideologisch motivierte *Pauschal-Kriminalisierung* des Sexualverhaltens.⁹

Beim wichtigen Thema des "**Victim Blaming**" hätten die Unterschiede zwischen *sachfremden* persönlichkeitsverletzenden Prozesstechniken (die nicht zwangsläufig eine "zielführende" und "wirksame" Verteidigungsstrategie bilden) und der *sachnotwendigen* Aufgabe der Verteidigung, auf *Widersprüche* in den Aussagen von belastenden Personen oder auf allfällige *Glaubwürdigkeitsdefizite* angemessen hinzuweisen, etwas klarer ausdifferenziert werden können (S. 45-47).¹⁰ Was die Tätigkeit der anwaltlichen **Opfervertreter** betrifft, warnt die Bearbeiterin mit Recht vor einer (zu starken) Vermischung von anwaltlicher und fachpsychologischer Unterstützung (S. 47-49).

Beim Thema **Medien**, (S. 50-52) ist u.a. der Vorschlag interessant, dass (in begründeten und geeigneten Fällen) *Opfern* die Gelegenheit gegeben werden könnte, über ihre *Erfahrungen* zu *berichten*, insbesondere nach Freisprüchen mangels ausreichender Beweise. Bei solchen Äusserungen in der Öffentlichkeit wäre allerdings eine *fachliche Unter-*

8 Der Vergewaltigungstatbestand (Art. 190 StGB) verlangt ausdrücklich "Gewalt", psychischen Druck bzw. ein sonstiges Widerstandsunfähig-Machen. Die Behauptung, schon jeder gemeine Egoist, der eine verbale sexuelle Ablehnung auf strafwürdige Art ignoriert, aber weder Gewalt, noch psychischen Druck, noch andere Nötigungsmittel einsetzt, werde im sozialen Sprachgebrauch als "Vergewaltiger" bezeichnet, stünde rechtsoziologisch auf etwas wackeligen Füßen.

9 Etwa nach der Devise: "alle Männer, die ein (mehr oder weniger klares) 'Nein' der Sexualpartnerin ignorieren bzw. ein dominantes Macho-Verhalten an den Tag legen, sind nicht bloss zu bestrafen, sondern (per se) Vergewaltigern und anderen Schwerverbrechern strafrechtlich gleichzustellen".

10 Das auf S. 46 beschriebene Verteidigerverhalten (in einem Thurgauer Fall) ist insofern nur wenig aussagekräftig ("Lügen nachzuweisen oder allfälligen Widersprüche aufzudecken").

stützung (durch die Rechtsverteidigung und/oder die Opferhilfestelle) dringend zu empfehlen.

Indem für die *Begründungsanforderungen* der **Gerichte** die grundrechtlichen *Minimalanforderungen* stark betont werden (S. 53), wird der Massstab im Hinblick auf die angestrebte bundesrechtskonforme **Begründung von Freisprüchen** ("in dubio pro reo") unnötig tief angesetzt. Dies wirkt sich für die (schon *de lege lata*) durchaus berechnete Forderung nach stärkerem richterlichen Engagement auf diesem Gebiet (S. 55 f.), argumentativ schwächend aus. Etwas unglücklich (und aus wissenschaftlicher Sicht themenfremd) ist in diesem Zusammenhang auch die mehrfache Begriffsverwendung "**moralisierende**" Urteilsbegründung.¹¹ Die Bearbeiterin legt allerdings dar, dass es hier nicht um ein richterliches "Moralisieren" (an die Adresse von Freigesprochenen) geht, sondern um eine für das *Opfer* (und die Öffentlichkeit) *nachvollziehbare Begründung*, wie ein *Freispruch* zustande gekommen ist und was er juristisch bedeutet (vgl. S. 52, 55 f.). Den Referenten überzeugt ihr engagiertes Plädoyer für entsprechende Motivationsanstrengungen der Gerichte.

De lege lata fragwürdig erscheint dem Referenten ein aus dem Aussageverweigerungsrecht für Fragen zur Intimsphäre (Art. 169 Abs. 4 StPO) abgeleitetes "**Untersuchungsverweigerungsrecht**" des Opfers. Die Argumentation¹² ist mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes (Art. 251 Abs. 4 StPO), der Systematik, dem Willen des Gesetzgebers und dem Normzweck kaum vereinbar. Zudem schenkt sie der grundsätzlichen Weichenstellung in Art. 113 Abs. 1 StPO (analog) keine Aufmerksamkeit.¹³

11 In der Doktrin und Gerichtspraxis wird dieser Begriff (im Zusammenhang mit der Begründung von Freisprüchen mangels Beweisen) nicht verwendet. Offenbar geht es der Bearbeiterin hier um die Integration der von einer interviewten Fachperson informell verwendeten Terminologie (vgl. Anhang 1, S. 3).

12 Gestützt auf SCHAFFNER und WEISHAUPT (vgl. S. 56-61).

13 Dem in einem Teil der älteren Lehre vertretenen Grundsatz "Was der Mund nicht preisgeben muss..." ist der Gesetzgeber beim Erlass der StPO nicht gefolgt. Auch hier deutet sich erst nach näherer Exegese an, dass der Bearbeiterin keine *Praxisänderung* vorschwebt, sondern (*de lege ferenda*) eine Änderung des *Gesetzes* (S. 59: "Änderung von Art. 251 Abs. 4 StPO"). Vor dem Hintergrund des besprochenen Falles 6B_714/2008 (vgl. S. 59-61) wären Konstellationen zu differenzieren, bei denen sich das Opfer einer förmlichen *Untersuchungsverfügung* der Staatsanwaltschaft *widersetzt* oder aber eine mögliche Untersuchung lediglich *faktisch unterläuft*, indem es *verspätet Anzeige* erstattet, weshalb eine Untersuchung *nutzlos* wird. Der erste Fall könnte *de lege lata* strafrechtliche Konsequenzen für das Opfer haben, der zweite Fall nicht. Das Opfer nimmt allerdings beide Male prozessual in Kauf, dass das Beweisfundament gegen den Beschuldigten (mangels belastender Untersuchungsergebnisse) geschwächt werden könnte. Eine "Zwangsuntersuchung" des Opfers (im Intimbereich) wäre zum Vornherein grundrechtswidrig und für die Verantwortlichen strafbar. Aus der Sicht der Verteidigung wäre noch zu ergänzen, dass das mutmassliche Opfer (in beiden Fällen) auch mögliche *entlastende* Resultate verunmöglicht. Wie die Bearbeiterin richtig bemerkt, führt dies aber nicht zur "Wahrunterstellung" entlastender Beweisergebnisse.

Für die Praxis wichtig ist der Hinweis auf die *gesetzliche Lücke* zur Frage der *Parteirechte* im Vorverfahren, wenn sich Strafanzeiger bzw. Geschädigte und Opfer noch nicht dazu entschlossen haben, sich als **Privatkläger** förmlich zu konstituieren (vgl. Art. 118 Abs. 3 StPO). Auch der Vorschlag (de lege ferenda), mutmasslichen Opfern die betreffende *Frist* (über den Abschluss des Vorverfahrens hinaus) angemessen zu *verlängern* (vgl. S. 62 f.), macht Sinn. Zur Abgrenzung *unentgeltliche Rechtspflege* für Opfer (Art. 136 StPO) / OHG-*Opferhilfe* betreffend **Kosten** (S. 65), bestünde eine bundesgerichtliche Rechtsprechung.¹⁴

Zwar bestehen durchaus gewisse Nachteile der Regelungen, wonach das Opfer eines Sexualdelikts nötigenfalls zu **beantragen** hat, dass es von einer **Person des gleichen Geschlechts** *einvernommen* wird oder eine solche Person im *Gericht* Einsitz nimmt (Art. 153 Abs. 2 bzw. Art. 335 Abs. 4 StPO). Diesen Nachteilen (insbesondere aufgrund möglicher "psychischer Barrieren" bei Opfern) könnte allerdings auch durch ein geeignetes Prozessverhalten der *Opfervertretung* (bis zu einem bestimmten Grade) entgegengewirkt werden.¹⁵ Ausserdem hätte auch die vorgeschlagene Regelung, dass *automatisch* (von Gesetzes wegen) eine geschlechterspezifische Besetzung (nach starrem Kriterium) stattzufinden habe (vgl. S. 66 f.), gewisse Schwächen.¹⁶

Abgerundet wird die Masterarbeit in **Kap. 6** mit einer konzisen Schlussbetrachtung und **Zusammenfassung** (S. 69-71). Die sehr fleissige, formal saubere und inhaltlich streckenweise innovative Masterarbeit verdient die **Note 5,5** ("sehr gut").

Prof. Dr. Marc Forster/14. Juli 2020

14 Die Bearbeiterin setzt sich (gestützt auf OEHEN) auch noch für eine Ausdehnung der uP für Opfer ein, die lediglich als (Privat-)Strafkläger auftreten (vgl. S. 65 f.).

15 Insbesondere könnte die Rechtsverteidigung (oder die Opferhilfe-Vertretung) dem Opfer erklären, dass eine allfällige "falsche Scham" oder Hemmungen hier fehl am Platz wären und eine Beanspruchung der gesetzlichen Opferrechte durchaus legitim ist. Faktisch wird ohnehin der Anwalt oder die Anwältin den förmlichen Prozessantrag stellen.

16 Beim starren Kriterium "desselben Geschlechts" würde z.B. die Prärogative eines *Opfers* in Fällen *missachtet*, bei denen es (ausnahmsweise) vorzöge, von einer Person des *anderen* Geschlechts einvernommen zu werden (z.B. bei männlichen Transgender-Personen). Eine gute Opferberatung erscheint hier fast zielführender als eine gesetzgeberische "Bevormundung" des Opfers nach Fixkriterien. – Die Bearbeiterin hat diese heikle Problematik sehr wohl erkannt: So weist sie auf die Konstellation hin, dass sich z.B. auch gewisse *männliche* Opfer lieber durch eine *Frau* befragen lassen könnten (S. 67). Ob eine andere starre Regelung ("anderes Geschlecht als die Täterschaft") die Lösung bringt, ist diskutabel. Neben einer guten *Zusammenarbeit* zwischen Strafbehörden und Opfervertretung braucht es nach Ansicht des Referenten primär eine effiziente *Opferberatung*.