

Daniel Kettiger / Dr. Marianne Schwander

Art. 305 Abs. 3 StPO: Zwischen Persönlichkeits- und Opferschutz

Seit dem 1. Januar 2011 regeln Art. 305 Abs. 3 StPO und Art. 8 Abs. 2 OHG abschliessend die Mitteilung von Name und Adresse von Opfern an eine Beratungsstelle. Der Aufsatz befasst sich mit Entstehungsgeschichte und Regelungsgehalt der Normen. Eine Meldung an die Beratungsstelle erfordert die ausdrückliche Einwilligung des Opfers. Für ergänzendes kantonales Recht bleibt kein Raum. Obwohl mit pro-aktiver Opferberatung grundsätzlich gute Erfahrungen gemacht werden, ist eine generelle Mitteilungspflicht der Polizei – allenfalls gegen den Willen des Opfers – aus Beratungssicht problematisch. Sie würde das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Opfers verletzen. Zu überlegen wäre de lege ferenda eine klare und unmissverständliche Neuregelung.

Rechtsgebiet(e): Strafprozessrecht; Datenschutz; Wissenschaftliche Beiträge

Zitiervorschlag: Daniel Kettiger / Marianne Schwander, Art. 305 Abs. 3 StPO: Zwischen Persönlichkeits- und Opferschutz, in: Jusletter 10. Oktober 2011

Inhaltsübersicht

1. Einleitung: Eine problembeladene Rechtsnorm
2. Entstehungsgeschichte
3. Pro-aktive Beratung zwischen Opferschutz und Bevormundung
 - 3.1 Einleitung
 - 3.2 Unterschiedlicher Beratungsbedarf
 - 3.3 Stellenwert pro-aktiver Erstberatung
 - 3.4 Persönlichkeitsrechte
 - 3.5 Abwägung und Fazit
4. Regelungsgehalt von Art. 305 Abs. 3 StPO
 - 4.1 Verpflichtete Strafverfolgungsbehörde
 - 4.2 Opferbegriff
 - 4.3 Einwilligungserfordernis
 - 4.4 Zeitpunkt
 - 4.5 Inhalt der Mitteilung
 - 4.6 Adressat der Mitteilung
 - 4.7 Protokollierung
 - 4.8 Folgen unberechtigter Mitteilung
5. Abschliessende Regelung durch Bundesrecht
 - 5.1 Art. 305 Abs. 3 StPO im System des Opferhilfe- und Strafprozessrechts
 - 5.1.1 Opferhilfegesetz (OHG)
 - 5.1.2 Strafprozessordnung (StPO)
 - 5.1.3 Abschliessende Regelung auch bei Antragsdelikten
 - 5.2 Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen
 - 5.3 Verhältnis zu Art. 28b ZGB
 - 5.4 Fazit
6. Mögliche Optimierung der lege ferenda

1. Einleitung: Eine problembeladene Rechtsnorm

[Rz 1] Seit dem 1. Januar 2011 regelt Art. 305 Abs. 3 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)¹ die Mitteilung von Name und Adresse von Opfern durch die Polizei an eine Beratungsstelle. Diese bedingte Mitteilungspflicht der Polizei bewegt sich an einer heiklen Nahtstelle zwischen Optimierung des Opferschutzes und Beachtung des Persönlichkeitsschutzes. So ist in der Lehre im Kontext mit der häuslichen Gewalt² bzw. dem pro-aktiven Beratungsansatz bei häuslicher Gewalt³ eine kontroverse Diskussion zur Frage entstanden, ob die Polizei Name und Adresse von Opfern nur mit deren Zustimmung an eine Beratungsstelle mitteilen darf oder ob es nicht Fälle gibt, wo die Mitteilung auch ohne Zustimmung erfolgen soll.⁴ Wegen verschiedener sich rasch

¹ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO), SR 312.0.

² Zur häuslichen Gewalt ausführlich MARIANNE SCHWANDER, Das Opfer im Strafrecht. Aktuelles und potenzielles Opfer zwischen Recht, Psychologie und Politik, Bern 2010, S. 111 ff.

³ Vgl. beispielsweise CORNELIA HELFFERICH/BARBARA KAVEMANN, Wissenschaftliche Untersuchung zur Situation von Frauen und zum Beratungsbedarf nach einem Platzverweis bei häuslicher Gewalt, Sozialministerium Baden-Württemberg, Stuttgart 2004; GiG-NET (Hrsg.), Gewalt im Geschlechterverhältnis, Opladen 2008; REBECCA LÖBMANN/KARIN HERBERS, Neue Wege gegen häusliche Gewalt, Baden-Baden 2005.

⁴ Vgl. IRIS GLOCKENGIESSER/SANDRA STÄMPFLI, Häusliche Gewalt: Datenschutz oder Opferschutz?, digma 2010.4, S. 158 ff.; DANIEL KETTIGER/MARIANNE SCHWANDER, Häusliche Gewalt: Vom Bund geregelt, digma 2011.2, S. 86 ff.;

folgender gesetzgeberischer Aktivitäten (vgl. nachfolgend Ziff. 2) findet sich zudem in früh erschienenen Kommentaren zur StPO nicht der aktuelle Gesetzestext.⁵ Nachfolgend wird versucht, den Rechtsgehalt der Norm vor dem Hintergrund ihrer Entstehungsgeschichte und im Kontext zur Theorie und Praxis der Opferberatung und in Bezug zur übrigen relevanten Bundesgesetzgebung darzustellen.

2. Entstehungsgeschichte

[Rz 2] Die Regelung im geltenden Art. 305 Abs. 3 StPO geht auf das *alte Opferhilfegesetz* (aOHG)⁶ aus dem Jahr 1991 zurück. Art. 6 Abs. 1 aOHG verpflichtete die Polizei, das Opfer bei der ersten Einvernahme über die Beratungsstellen zu informieren. Art. 6 Abs. 2 aOHG – in Kraft vom 1. Januar 1993 bis 31. Dezember 2008 – legte dann hinsichtlich der Mitteilung der Polizei an die Beratungsstellen folgendes fest: «Sie [die Polizei] übermittelt Name und Adresse des Opfers einer Beratungsstelle. Sie weist das Opfer vorher darauf hin, dass es die Übermittlung ablehnen kann.» Beim Erlass des aOHG standen dem Gesetzgeber zwei Modelle der Kontaktaufnahme zwischen Opfer und Beratungsstelle zur Verfügung: Nach dem ersten Modell hätte sich die Polizei darauf beschränkt, das Opfer auf die Beratungsstelle hinzuweisen, nach dem zweiten Modell meldet die Polizei sämtliche Opfer direkt der Beratungsstelle, welche dann mit den Opfern Kontakt aufnimmt (pro-aktive Beratung).⁷ Auf Grund von Erfahrungen in den Niederlanden und in Grossbritannien, wonach nur gerade zwei Prozent der Opfer Hilfe einer Beratungsstelle in Anspruch nahmen, wenn die Kontaktaufnahme ihrer Initiative überlassen wurde, hingegen rund 60 Prozent bei pro-aktiver Beratung, wählte der Gesetzgeber das Modell, bei der die Polizei das Opfer von Amtes wegen einer Beratungsstelle zu melden hat.⁸ Dem Opfer wurde aber das Recht eingeräumt, die Übermittlung seiner Personalien an eine Beratungsstelle zu untersagen.

[Rz 3] Mit der Botschaft vom 9. November 2005⁹ unterbreitete

IRIS GLOCKENGIESSER/SANDRA STÄMPFLI, Häusliche Gewalt: Es darf diskutiert werden, digma 2011.2, S. 90 f.

⁵ Vgl. NIKLAUS SCHMID, StPO Praxiskommentar, Zürich 2009, Art. 305; PETER GOLDSCHMID/THOMAS MAURER/JÜRIG SOLLBERGER, Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008, S. 292.

⁶ Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Hilfe an Opfer von Straftaten, AS 1992 2465, aufgehoben per 1. Januar 2009 durch Art. 46 des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG), AS 2008 1607, SR 312.5.

⁷ Vgl. BEATRICE KELLER, in: Peter Gomm/Dominik Zehnter (Hrsg.), SKH Opferhilfegesetz, 1. Aufl., Bern 2005, Art. 6, Rz. 2.

⁸ Vgl. KELLER, SKH OHG, 1. Aufl., Art. 6, Rz. 2, mit Hinweisen auf den Schlussbericht der Studienkommission zur Ausarbeitung eines Vorentwurfs zum Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten gegen Leib und Leben vom 23. Dezember 1986, S. 88 f., und auf die Botschaft zum aOHG vom 25. April 1990, BBl 1990 II 964, S. 982 f.

⁹ Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG) vom 9. November 2005 (Botschaft

der Bundesrat dem Parlament ein *neues Opferhilfegesetz*. Hinsichtlich der Meldung von Opfern durch die Polizei an Opferhilfestellen beantragte der Bundesrat dem Parlament in Art. 8 Abs. 3 des Entwurfs die folgende Regelung: «Sie meldet Name und Adresse des Opfers einer Beratungsstelle, sofern es damit einverstanden ist.»¹⁰ Weshalb nicht der Wortlaut von Art. 6 Abs. 2 aOHG übernommen wurde und weshalb nun als Voraussetzung zur Meldung durch die Polizei das ausdrückliche Einverständnis des Opfers und nicht wie bisher – im Sinne einer negativen Voraussetzung – das Fehlen der Ablehnung durch das Opfer nach diesbezüglichem Hinweis der Polizei gewählt wurde, geht weder aus der Botschaft¹¹ noch aus den übrigen öffentlichen Materialien zum OHG hervor. Insbesondere finden sich auch in den zahlreichen Evaluationsberichten zum aOHG¹² kaum Hinweise auf Art. 6 Abs. 2 aOHG. Es zeigt sich vielmehr Unsicherheit darüber, wie wirksam das für Art. 6 Abs. 2 aOHG gewählte Modell ist.¹³ Der einzige kritische Hinweis¹⁴ würde eigentlich gegen den Modellwechsel sprechen. In den veröffentlichten Materialien finden sich auch Hinweise darauf, dass das neue OHG eine Pflicht der Polizei zur Meldung der Opfer beinhalten solle, es sei denn, das Opfer setze sich dem entgegen.¹⁵ Am 23. März 2007 beschloss das Parlament das

neue Opferhilfegesetz (OHG)¹⁶, welches am 1. Januar 2009 in Kraft trat. Art. 8 Abs. 2 OHG lautete beim Inkrafttreten – weitestgehend unverändert gegenüber dem Antrag des Bundesrats – wie folgt: «Sie [die Polizei] meldet Name und Adresse des Opfers einer Beratungsstelle, sofern dieses damit einverstanden ist.»

[Rz 4] Die Vorarbeiten an der StPO fanden zeitlich weitgehend parallel zu jenen am neuen OHG statt. Bereits im Vorentwurf zur *Strafprozessordnung* (VE StPO)¹⁷, welcher im Jahr 2001 ein öffentliches Vernehmlassungsverfahren durchlief, findet sich ein Vorschlag für eine Regelung der Mitteilung der Opfer durch die Polizei an eine Beratungsstelle. Art. 334 Abs. 2 VE StPO hält folgendes fest: «Sie [die Polizei und die Staatsanwaltschaft] übermitteln ihre Namen und Adressen einer solchen Stelle, wenn dies vom Opfer nicht abgelehnt wird.» Im erläuternden Bericht¹⁸ wird dazu folgendes ausgeführt: «Art. 334 VE StPO übernimmt materiell unverändert Art. 6 Abs. 1 und 2 OHG, erweitert aber die Orientierungspflichten dahingehend, dass das Opfer umfassend über seine Rechte aufzuklären ist, wie dies allgemein schon in Art. 153 Abs. 4 VE StPO vorgesehen ist. Wenn im Unterschied zu Art. 6 Abs. 1 und 2 OHG neben der Polizei die Staatsanwaltschaft als verpflichtete Behörde genannt ist, so für den Fall, dass das Opfer erstmals direkt durch die Staatsanwaltschaft einvernommen wird.» Mit den Vernehmlassungsunterlagen wurde eine Stellungnahme der Expertenkommission zur Revision des OHG versandt, in welcher diese forderte, der Text des geltenden Art. 6 Abs. 2 aOHG solle wörtlich in Art. 334 Abs. 2 VE StPO übernommen werden.¹⁹ Mit der Botschaft vom 21. Dezember 2005²⁰ (d.h. rund einen Monat nach der Botschaft zum neuen OHG) unterbreitete der Bundesrat dem Parlament den Entwurf zur neuen StPO. Der Entwurf zur StPO (E StPO)²¹ enthält in Art. 304 Abs. 3 die folgende Regelung: «Sie [die Polizei und die Staatsanwaltschaft] übermitteln Name und Adresse des Opfers umgehend an eine Opferberatungsstelle, wenn das Opfer dies nicht ablehnt.» In der Botschaft wird dazu – offensichtlich falsch – folgendes ausgeführt: «Absatz 3 übernimmt materiell unverändert den geltenden Artikel 6 Absatz 2 OHG. Dass das Opfer darauf

OHG), BBI 2005 7165.

¹⁰ Entwurf zum OHG, BBI 2005 7251, S. 7253.

¹¹ Vgl. Botschaft OHG, BBI 2005 7165, S. 7208.

¹² Hilfe an Opfer von Straftaten, Erster Bericht des Bundesamts für Justiz an den Bundesrat über den Vollzug und die Wirksamkeit der Opferhilfe (1993–1994), Bern, Februar 1996; Hilfe an Opfer von Straftaten, Zweiter Bericht des Bundesamts für Justiz an den Bundesrat über den Vollzug und die Wirksamkeit der Opferhilfe (1993–1996), Bern, Januar 1998; Hilfe an Opfer von Straftaten, Dritter Bericht des Bundesamts für Justiz an den Bundesrat über den Vollzug und die Wirksamkeit der Opferhilfe (1993–1998), Bern, Mai 2000; ROBERT ROTH/YANN BOGGIO/CHRISTOPHE KELLERHALS/JOLLE MATHEY/MARC MAUGUÉ, Le point de vue des victimes sur l'application de la LAVI, Université de Genève, CETEL, Centre d'Etude, de Technique et d'Evaluation Législatives, Faculté de droit, Genève, août 1995 (erste CETEL-Studie); ROBERT ROTH/CHRISTOPHE KELLERHALS, La protection de la victime dans la procédure pénale, Université de Genève, CETEL, Centre d'Etude, de Technique et d'Evaluation Législatives, Faculté de droit, Genève, octobre 1997 (zweite CETEL-Studie); URSULA FIECHTER/PRISKA GISLER/SONJA KUNDERT/CLAUDIA RIBONI, Anfangsinformation und -betreuung von Opfern (Soforthilfe): Das Zusammenspiel von Polizei, Beratungsstellen und weiteren AkteurenInnen, 3. Teilevaluation zu Vollzug und Wirksamkeit des Opferhilfegesetzes, DAB, Das Andere Büro, Sozialforschung – Beratung – Kommunikation, Zürich, November 1999 (DAB-Studie); THIERRY BERRUEX/MARTIN KILLIAS, Bref rapport de situation sur la base des enquêtes nationales de victimisation 1998 et 2000, Université de Lausanne, Institut de police scientifique et de criminologie, Lausanne, décembre 2000.

¹³ Vgl. Zweiter Bericht des Bundesamts für Justiz (Fn. 12), S. 74.

¹⁴ Vgl. Dritter Bericht des Bundesamts für Justiz (Fn. 12), S. 84, mit Hinweis auf DAB-Studie (Fn. 12), Ziffer 2.7.

¹⁵ Vgl. PATRIZIA CASONI DELCÒ, Amélioration de la protection des enfants – victimes de délits à caractère sexuel, in: Bundesamt für Justiz (Hrsg.), Opferhilfe in der Schweiz, Bern 2004, S. 55: «De plus, les autorités judiciaires et la police doivent transmettre des informations concernant chaque victime aux centres de la consultation LAVI, sauf dans le cas où la victime s'y oppose.»

¹⁶ Vgl. Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG), AS 2008 1807, SR 312.5.

¹⁷ Bundesamt für Justiz, Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern, Juni 2001.

¹⁸ Bundesamt für Justiz, Begleitender Bericht zum Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern, Juni 2001, S. 199.

¹⁹ Expertenkommission für die Revision des Bundesgesetzes über die Hilfe an Opfer von Straftaten, Zwischenbericht der Expertenkommission für die Revision des Bundesgesetzes über die Hilfe an Opfer von Straftaten, Stellungnahme und Vorschläge zum Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Schweizerische Strafprozessordnung, Bern, 5. Februar 2001, S. 16.

²⁰ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 (Botschaft StPO), BBI 2006 1085.

²¹ Entwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 21. Dezember 2005, BBI 2006 1389, S. 1482.

hinzuweisen ist, dass es die Übermittlung ablehnen kann (so die geltende OHG-Bestimmung), braucht neben der Orientierungspflicht nach Absatz 1 nicht gesondert gesagt zu werden.»²² Am 5. Oktober 2007 beschloss das Parlament das neue Strafprozessrecht und erhob die vom Bundesrat beantragte Regelung unverändert als Art. 305 Abs. 3 StPO zum Gesetz.²³

[Rz 5] Beim Beschluss des *Strafbehördenorganisationsgesetzes* (StBOG) am 19. März 2010 übernahm der Gesetzgeber den bisherigen Art. 8 OHG weitgehend unverändert als Änderung von Art. 305 StPO.²⁴ Gleichzeitig wurde Art. 8 OHG geändert. Diese Änderungen gehen auf den Antrag der Kommission des Nationalrats in der Wintersession 2009 zurück; die Gründe hierfür sind aus öffentlich-zugänglichen Dokumenten nicht ersichtlich. Der Nationalrat folgte dem Antrag der Kommission am 10. Dezember 2009.²⁵ Dabei wurde mit der Übernahme des Textes von Art. 8 Abs. 2 OHG in die StPO entgegen den in der Rechtslehre anerkannten Regeln gehandelt, dass die neuere (Beschluss des OHG am 23. März 2007, Beschluss der StPO am 5. Oktober 2007) und die speziellere (OHG = allgemeines Opferhilferecht; StPO = spezifische Regelung für das Strafverfahren) Vorrang hat.

[Rz 6] Beim Inkrafttreten der StPO am 1. Januar 2011 wies Art. 305 Abs. 3 StPO den folgenden, noch heute geltenden Text auf: «Sie [die Polizei und die Staatsanwaltschaft] melden Name und Adresse des Opfers einer Beratungsstelle, sofern dieses damit einverstanden ist.» Der bisherige Art. 8 Abs. 2 OHG wurde im geänderten Art. 8 Abs. 1 OHG, dem noch deklaratorischen Charakter zukommt, wie folgt integriert: «Die Strafverfolgungsbehörden informieren das Opfer über die Opferhilfe und leiten unter bestimmten Voraussetzungen Name und Adresse an eine Beratungsstelle weiter. Die entsprechenden Pflichten richten sich nach der einschlägigen Verfahrensordnung.»

[Rz 7] Auf Grund dieses gesetzgeberischen Hin und Her sowie wegen der fehlenden oder spärlichen und teilweise widersprüchlichen Erläuterungen in den Materialien ist eine historische Auslegung von Art. 305 Abs. 3 StPO nicht möglich (abgesehen vom Opferbegriff, der andernorts definiert wird). Es stellt sich zudem die Frage, ob der geltende Gesetztext den Willen des Gesetzgebers richtig wiedergibt.

3. Pro-aktive Beratung zwischen Opferschutz und Bevormundung²⁶

3.1 Einleitung

[Rz 8] Hintergrund bzw. Ausgangspunkt von Art. 305 Abs. 3 StPO bildet die Idee der pro-aktiven Beratung. Um die Norm verstehen zu können, ist ein Befassen mit dem pro-aktiven Beratungsansatz notwendig.²⁷ Beratungsstellen beruhen herkömmlich auf dem Hol-Prinzip bzw. Komm-Prinzip: die Betroffenen müssen selber aktiv werden und aus eigenem Antrieb die Beratungsstelle kontaktieren und aufsuchen. Pro-aktive Opferberatung beruht demgegenüber auf dem Prinzip, *dass die Beratungsstelle das Opfer kontaktiert bzw. aufsucht*. Der pro-aktive Ansatz der Opferberatung wurde vor allem im Zusammenhang mit häuslicher Gewalt entwickelt und erprobt. Wenn pro-aktive Beratung von Gesetzes und von Amtes wegen erfolgt, wird sie Teil des Eingriffssozialrechts.

3.2 Unterschiedlicher Beratungsbedarf

[Rz 9] Zahlreiche Studien zeigen, dass die *Vielfaltgestaltigkeit in der Betroffenheit von Opfern*, namentlich auch im Bereich von häuslicher Gewalt, was die Dynamik der Lösungen aus der Gewaltbeziehung und die subjektive Handlungsfähigkeit betrifft, sehr gross ist.²⁸ Aus dieser Vielfaltgestaltigkeit ergibt sich ein heterogener Unterstützungsbedarf, der nur mit einem ausdifferenzierten Hilfesystem, seien dies beispielsweise Frauenhäuser oder auf häusliche Gewalt spezialisierte Beratungsstellen, und mit einer auf den individuellen Fall bezogenen Beratung abgedeckt werden kann: «Das heisst auch, dass es kein für alle von häuslicher Gewalt betroffenen Frauen gleichermassen anzuwendendes Beratungskonzept gibt, weder was das Ergebnis angeht (Beratung zur Trennung, Paarberatung, etc.), noch was die Gewichtung von psychosozialer Begleitung, praktischer Hilfe und therapeutischer Aufarbeitung angeht, sondern dass Beratung prinzipiell ergebnisoffen und offen in der Vermittlung der Art der Unterstützung sein und die Entscheidungen der Klientin respektiert werden muss.»²⁹ Das Bild vom hilflosen und passiven Opfer wird dieser Heterogenität nicht gerecht – stereotypisierende Bilder von Gewaltopfern haben vielmehr negative Folgen für die Hilfesuchenden.³⁰

[Rz 10] Ein wesentlicher Faktor hilfreicher Unterstützung

²² Botschaft StPO, BBI 2006 1085, S. 1260.

²³ Vgl. BBI 2007 6977, S. 7070.

²⁴ Vgl. Anhang Ziffer II 7 StBOG, AS 2010 3267.

²⁵ AB N 2009, S. 2272 f.

²⁶ Dieses Kapitel wurde weitgehend unverändert übernommen aus KETTIGER/SCHWANDER (Fn. 4), S. 86 ff.

²⁷ Ausführlich zur pro-aktiven Beratung LÖBMANN/HERBERS (Fn. 3), S. 37 ff.

²⁸ Grundlegend HELFFERICH/KAVEMANN (Fn. 3); vgl. auch GiG-NET (Fn. 3), S. 166, 181, 187, 198 ff., 254.

²⁹ CORNELIA HELFFERICH/BARBARA KAVEMANN, Gewalt in Ehe und Partnerschaft: Unterschiede beim Unterstützungsbedarf und bei Beratungsbarrieren und die spezifische Situation von Migrantinnen – Neue Forschungsergebnisse aus Deutschland, BGSS Workshop Documentation Nn. 2_DE, 2010, S. 18.

³⁰ Vgl. GiG-NET (Fn. 3), S. 254 f.

von Opfern häuslicher Gewalt ist eine *von Einfühlsamkeit, Respekt und Achtung der individuellen Entscheidungen des Opfers getragene Beratungshaltung* – das Opfer will ernst genommen werden.³¹ Im dynamischen Ablauf von gewalttätigen Beziehungen lassen sich Muster erkennen, die die amerikanische Sozialwissenschaftlerin und Therapeutin Walker in ihrer Zyklustheorie definiert hat.³² Insbesondere in der Phase Zwei des Gewaltzyklus wird durch jeden Akt der Gewaltanwendung das «von uns geteilte menschliche Dasein»³³ verletzt und ausgebeutet, d.h. jede von häuslicher Gewalt betroffene Person wird in ihrem Menschsein verletzt, erniedrigt, gedemütigt, wobei ihr Menschsein als notwendige Intersubjektivität, geteilte Interdependenz oder unverzichtbare Pluralität beschrieben werden kann.³⁴ In der Regel wird die Polizei während oder nach Ablauf der Phase Zwei gerufen.³⁵ Auch wenn die *Vielfaltgestaltung in der Betroffenheit* von häuslicher Gewalt, hinsichtlich der Dynamik der Lösungen aus der Gewaltbeziehung und der subjektiven Handlungsfähigkeit, gross ist, und die gewaltbetroffene Person sich unmittelbar nach der Tat in einer besonders schwierigen Phase befindet, ist sie in der Lage, kundzutun, wenn sie mit der Weiterleitung der Daten nicht einverstanden ist. Denn alles andere ist aus psychologischer und psychotraumatologischer Sicht eine weitere Verletzung und Ausbeutung ihres Menschseins. Der gewaltbetroffenen Person im Grundsatz die Fähigkeit abzusprechen, ihr Einverständnis zur Weiterleitung zu geben, stellt somit letztlich eine weitere Verletzung, eine Erniedrigung wie auch eine Demütigung dar – und mit einer automatischen Weiterleitung geschähe genau dies.³⁶ Weiter wird davon ausgegangen, dass bei Hilfemassnahmen auf eigenes Begehren die Kooperation der schutzbedürftigen Person im Beratungs- und Unterstützungsprozess grösser ist, sofern die Kontaktaufnahme selbstinitiiert und nicht fremdinitiiert ist.³⁷ Es ist somit aus Beratungssicht wichtig, das Opfer am Entscheid über die Mitteilung an eine Beratungsstelle teilhaben zu lassen.

³¹ Vgl. GiG-NET (Fn. 3), S. 181, 203.

³² Vgl. LENORE E. WALKER, *The Battered Woman*, New York 1979; DIES., *Warum schlägst Du mich? Frauen werden misshandelt und wehren sich*. Eine Psychologin berichtet, München/Zürich 1994; siehe auch MONIKA GERSTENDÖRFER, *Die Reform des «Sexual»strafrechts aus psychologischer Sicht*, in: Streit 1996, S. 104 ff.

³³ DEBRA BERGOFFEN, «Meine Not ist nicht einzig». Sexuelle Gewalt in kriegsrischen Konflikten – Ein Werkstattgespräch, in: *Mittelweg 36*, Zeitschrift des Hamburger Instituts für Sozialforschung, 1/2009, S. 17.

³⁴ Vgl. BERGOFFEN (Fn. 33), S. 17.

³⁵ Vgl. MARION LEUZE-MOHR, *Häusliche Gewalt gegen Frauen – eine straffreie Zone? Warum Frauen als Opfer männlicher Gewalt in der Partnerschaft auf Strafverfolgung der Täter verzichten – Ursachen, Motivationen, Auswirkungen*, Baden-Baden 2001, S. 132 f.

³⁶ Sind Personen unter 18 Jahren, also Unmündige, betroffen, ist diese nach den Regeln des Kinderschutzes des Zivilgesetzbuchs zu beantworten.

³⁷ Vgl. DANIEL ROSCH, *Die Begleitbeistandschaft – per aspera ad astra?*, *famp-ra.ch* 02/2010 vom 20. Mai 2010, S. 279 f.

3.3 Stellenwert pro-aktiver Erstberatung

[Rz 11] Mit pro-aktiver Erstberatung wurde insbesondere in Deutschland in den letzten Jahren Erfahrungen gesammelt.³⁸ Die pro-aktive Beratung kann gerade in der besonders schwierigen Phase in den ersten Stunden und Tagen nach der akuten Gewaltanwendung sehr hilfreich sein, da die gewaltbetroffene Person oft die Energie zur Kontaktaufnahme nicht aus eigener Initiative aufbrächte oder es einfach nicht schafft, ausser Haus zu gehen;³⁹ dies scheint aus einer fachlichen Sicht unbestritten.⁴⁰ Die bisherigen Erfahrungen mit pro-aktiver Beratung werden von den Betroffenen überwiegend positiv eingeschätzt.⁴¹ Allerdings ist die Aussagekraft dieser Befragungen aus psychologischen⁴² und methodischen⁴³ Gründen unsicher. Eine pro-aktive Erstberatung bedingt, dass Name und Adresse des Opfers von der Polizei an die Beratungsstelle weitergeleitet werden. Trotz dieser Verknüpfung in der zeitlichen Abfolge sind der Stellenwert pro-aktiver Beratung einerseits und die Modalitäten der Weitergabe der Adressdaten durch die Polizei zwei vollständig verschiedene Fragekomplexe, die es in der fachlichen Diskussion grundsätzlich auseinanderzuhalten gilt.

3.4 Persönlichkeitsrechte

[Rz 12] Bei der Information, Opfer einer Straftat zu sein, handelt es sich um besonders schützenswerte Personendaten. Die Bekanntgabe dieser Daten ohne Einwilligung stellt einen Eingriff in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) dar, der nur nach den allgemeinen Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe zulässig ist.⁴⁴ Demgegenüber ist eine Weitergabe der Daten mit der Einwilligung des Opfers oder bei Nichtwahrnehmen eines gesetzlichen Sperrrechts durch das Opfer verfassungsrechtlich unbedenklich.

3.5 Abwägung und Fazit

[Rz 13] Die *Achtung der individuellen Entscheidungen des Opfers* ist einerseits – wie dargelegt – ein wichtiger Aspekt für die erfolgreiche Beratung. Andererseits verspricht auch der pro-aktive Beratungsansatz für die Opferberatung Erfolg. Bis heute ist allerdings wissenschaftlich nie dargelegt worden, dass eine pro-aktive Beratung in der überwiegenden Zahl der Fälle für das Opfer wichtiger wäre, als die Wahrung dessen Entscheidungsfreiheit bezüglich der

³⁸ Vgl. insbesondere LÖBMANN/HERBERS (Fn. 3).

³⁹ Siehe Urteil des Bundesgerichts 1A.137/2003 vom 19. September 2003, E. 5.3.

⁴⁰ Vgl. HELFFERICH/KAVEMANN (Fn. 29), S. 17.

⁴¹ Vgl. GiG-NET (Fn. 3), S. 181; LÖBMANN/HERBERS (Fn. 3), S. 140.

⁴² Vgl. GiG-NET (Fn. 3), S. 148.

⁴³ Es fehlt durchwegs eine vergleichbare Kontrollgruppe ohne pro-aktive Beratung.

⁴⁴ Vgl. dazu nachfolgend Ziffer 5.2.

Weitergabe von Informationen und damit die Wahrung dessen Persönlichkeitsrechte.

[Rz 14] Angesichts der Zweifel an der generellen Erforderlichkeit im Interesse des Opfers ist zudem fraglich, ob eine generelle Pflicht zur Weiterleitung der Opferdaten den Kriterien für einen Grundrechtseingriff (Art. 36 BV) Stand zu halten vermag und verfassungsrechtlich zulässig ist.⁴⁵

[Rz 15] Letztlich stellt die Weiterleitung der Adressdaten durch die Polizei ohne Einverständnis des Opfers eine Bevormundung des Opfers dar und steht im Widerspruch zu den Bestrebungen des neuen Erwachsenenschutzes, der von einer möglichst grossen Respektierung des Willens des Individuums ausgeht und behördliches Eingreifen unter den Aspekten Subsidiarität und Verhältnismässigkeit (insb. Erforderlichkeit und Geeignetheit) zulässt.⁴⁶ Diesem Gedanken folgen offenbar auch einzelne Gewaltschutzgesetze in Deutschland.⁴⁷

[Rz 16] Insgesamt kommt man aus der Sicht einer adäquaten Beratung zum Schluss, dass im Interesse des Opfers von einer generellen beziehungsweise automatischen Mitteilungspflicht der Polizei an Beratungsstellen abgesehen werden sollte.

4. Regelungsgehalt von Art. 305 Abs. 3 StPO

4.1 Verpflichtete Strafverfolgungsbehörde

[Rz 17] Adressat der Regelung von Art. 305 Abs. 3 StPO ist die Polizei oder die Staatsanwaltschaft. Wenn neben der Polizei im Unterschied zu Art. 6 Abs. 2 aOHG als verpflichtete Strafverfolgungsbehörde die Staatsanwaltschaft genannt wird, erfolgt dies für den Fall, dass das Opfer erstmals durch die Staatsanwaltschaft einvernommen wird.⁴⁸ Die Verpflichtung richtet sich mithin an jene Strafverfolgungsbehörde, welche die erste Einvernahme vornimmt. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass das Opfer nur einmal von einer Strafverfolgungsbehörde an eine Beratungsstelle gemeldet wird – dies auch aus prozessökonomischen Gründen.⁴⁹

[Rz 18] Die Pflicht zur Meldung des Opfers an eine

Beratungsstelle entfällt, wenn im Rahmen einer polizeilichen Erstintervention – z.B. bei häuslicher Gewalt – das Opfer zu seinem Schutz in eine Institution eingewiesen bzw. überführt wird (Frauenhaus, Kinder- oder Jugendheim), die selber über ein adäquates Beratungsangebot verfügt. In diesen Fällen findet ohnehin aktive Beratung statt.

4.2 Opferbegriff

[Rz 19] Art. 305 Abs. 3 StPO kommt nur dann zur Anwendung, wenn es sich bei der geschädigten Person um ein *Opfer im Rechtssinn* handelt. Bei anderen geschädigten Personen besteht für die Polizei und die Staatsanwaltschaft weder eine Pflicht noch eine Berechtigung, Name und Adresse einer Beratungsstelle zu melden.

[Rz 20] Gemäss gleichem Wortlaut von Art. 116 Abs. 1 StPO und Art. 1 Abs. 1 OHG gilt als Opfer «die geschädigte Person, die durch die Straftat in ihrer physischen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist». Der Begriff des Opfers wurde von Art. 1 Abs. 1 OHG in die StPO übernommen⁵⁰; er entspricht auch dem Opferbegriff von Art. 2 Abs. 1 aOHG. Als geschädigte Person gilt die Person, die durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt worden ist (Art. 115 StPO). Der Begriff des Opfers ist mithin eine Teilmenge des Begriffs der geschädigten Person.⁵¹ Jedes Opfer ist geschädigte Person, aber nicht umgekehrt.⁵² Die Stellung des (direkten) Opfers entsteht von Gesetzes wegen.⁵³ Die Opferqualität ist zum Vornherein ausgeschlossen, wenn der betroffenen Person die Eigenschaft der geschädigten Person (Art. 115 StPO) fehlt, d.h. wenn sie nicht Trägerin des von der verletzten Strafnorm geschützten Rechtsguts ist.⁵⁴ Massgeblich für den Opferbegriff ist allerdings die Wirkung der Straftat, nicht die Frage, welches Rechtsgut verletzt wurde.⁵⁵ Das Kriterium der Unmittelbarkeit hat keine selbstständige Bedeutung.⁵⁶ Nur eine natürliche Person kann Opfer sein; deren Nationalität und Wohnsitz sind für die Opferqualität unbeachtlich.⁵⁷

[Rz 21] Die Opfereigenschaft erfordert eine *Verletzung der körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität*. Der Begriff der Integrität findet sich im Bundesrecht bereits hinsichtlich der sozialen Unfallversicherung, allerdings wird dort nicht auch die sexuelle Integrität geschützt.⁵⁸ Zwischen der Straftat und der Beeinträchtigung der Integrität der

⁴⁵ Vgl. auch nachfolgend Ziffer 5.2.

⁴⁶ Vgl. Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), Änderung vom 19. Dezember 2008, AS 2011 725 (Inkrafttreten am 1. Januar 2013), neuer Art. 389 ZGB; vgl. auch nachfolgend Ziffer 5.2.

⁴⁷ Nach dem niedersächsischen Gefahrenabwehrgesetz ist die Mitteilung der Polizei an eine Beratungsstelle ohne Einverständnis des Opfers nur erlaubt, wenn dies zur Abwehr einer Gefahr erforderlich ist, vgl. LÖBMAN/HERBERS (Fn. 3), S. 232.

⁴⁸ Vgl. Bundesamt für Justiz, Begleitender Bericht (Fn. 18), S. 199.

⁴⁹ In diesem Sinne auch CHRISTOF RIEDO/ANASTASIA FALKNER, BSK StPO, Art. 305, Rz. 33.

⁵⁰ Vgl. SCHMID (Fn. 5), Art. 115, Rz. 1.

⁵¹ In diesem Sinn auch SCHWANDER (Fn. 2), S. 59.

⁵² Vgl. SCHMID (Fn. 5), Art. 115, Rz. 1, mit Hinweis auf Botschaft StPO, BBl 2006 1085, S. 1170.

⁵³ Vgl. GORAN MAZZUCHELLI/MARIO POSTIZZI, BSK StPO, Art. 115, Rz. 6.

⁵⁴ Vgl. GORAN MAZZUCHELLI/MARIO POSTIZZI, BSK StPO, Art. 116, Rz. 2.

⁵⁵ Ausführlich dazu MAZZUCHELLI/POSTIZZI, BSK StPO, Art. 116, Rz. 4.

⁵⁶ Vgl. MAZZUCHELLI/POSTIZZI, BSK StPO, Art. 116, Rz. 8.

⁵⁷ Vgl. MAZZUCHELLI/POSTIZZI, BSK StPO, Art. 116, Rz. 6.

⁵⁸ Vgl. DOMINIK ZEHNTER, SKH OHG, 3. Aufl., Art. 1, Rz. 27.

betroffenen Person muss ein kausaler Zusammenhang bestehen.⁵⁹ Eine Beeinträchtigung kann auch dann vorliegen, wenn die Straftat nicht vollendet wird.⁶⁰ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss die Beeinträchtigung ein bestimmtes Ausmass haben.⁶¹ Entscheidend ist dabei nicht die Schwere der Straftat, d.h. «die Schwere des zur Beeinträchtigung führenden Ereignisses»⁶², sondern der Grad der Betroffenheit der geschädigten Person, d.h. das Ausmass der Integritätsverletzung.

[Rz 22] Folgende Straftaten führen gemäss herrschender Lehre *begriffsnotwendig zu einer Beeinträchtigung der Integrität* der geschädigten Person, die der Person von Gesetzes wegen Opferqualität einräumt:⁶³ Tötungsdelikte (vorsätzliche Tötung, Art. 111 StGB; Mord, Art. 112 StGB; Totschlag, Art. 113 StGB; Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord, Art. 115 StGB; Kindstötung, Art. 116 StGB; fahrlässige Tötung, Art. 117 StGB; eher fraglich bei Tötung auf Verlangen, Art. 114 StGB, weil dort die Integritätsverletzung im Einverständnis erfolgte; nicht gegeben beim Schwangerschaftsabbruch, Art. 118 ff. StGB, weil es dort an einer getöteten Person fehlt, deren Integrität verletzt wird und weil die Körperverletzung an der Schwangeren einvernehmlich erfolgt); schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB), Raufhandel (Art. 133 StGB, Tod oder Körperverletzung sind Tatbestandsmerkmale), Angriff (Art. 134 StGB, idem), weibliche Genitalverstümmelung (künftig Art. 124 StGB)⁶⁴, Menschenhandel (Art. 182 StGB)⁶⁵, Freiheitsberaubung und Entführung (Art. 183 StGB, insbesondere bei den erschwerenden Umständen gemäss Art. 184 StGB), Geiselnahme (Art. 185 StGB), sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 StGB), sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB), Vergewaltigung (Art. 190 StGB), Schändung (Art. 191 StGB). Geschädigte Personen aus *Straftaten im häuslichen Nahbereich*, welche der Gesetzgeber mit der Änderung des StGB vom 3. Oktober 2003 (Strafverfolgung in der Ehe und in der Partnerschaft)⁶⁶ offiziellisiert hat (Art. 123, 126, 180, 181, 189 und 190 StGB)⁶⁷, haben ebenfalls immer Opferstellung im Sinne von Art. 116 StPO. Die Offizialisierung wurde vom Gesetzgeber unter anderem mit der besonderen

Verletzbarkeit der Integrität im häuslichen bzw. familiären Nahraum begründet, welche meist auch eine erhebliche Beeinträchtigung der psychischen Integrität zur Folge hat.⁶⁸ Von häuslicher Gewalt betroffene Personen leiden meist unter gesundheitlichen Problemen physischer und psychischer Art⁶⁹; sie gelten somit als inhärent in ihrer physischen und psychischen Integrität verletzt. Im Übrigen muss beachtet werden, dass auch ohne erfolgte Offizialisierung bestimmte Tatbestandsvarianten von häuslicher Gewalt Offizialdelikte darstellen und darstellen.⁷⁰ Schwierig ist die Beurteilung der Opferqualität bei *Stalking*⁷¹: Verhältnismässig einfach ist die strafrechtliche Erfassung und damit die Beurteilung der Opferqualität (meist im Sinne der Bejahung der Opferqualität) bei schwerem Stalking, d.h. bei Verhaltensweisen, die im weiteren Sinne als gewalttätige Nachstellung zu qualifizieren sind.⁷² Weniger einfach ist die Beurteilung bei mildem Stalking; auch hier kann aber eine Opferqualität (Drohung gemäss Art. 180 StGB oder Nötigung gemäss Art. 181 StGB) vorliegen, vor allem bei fortgesetzter Tatausführung.⁷³

[Rz 23] Ausserhalb des Bereichs der genannten Straftaten ist eine Analyse der Opferqualität auf der Grundlage der einzelnen Straftatbestände nicht zielführend.⁷⁴ Bei folgenden Straftaten im *Grenzbereich* muss die Opferqualität in jedem Einzelfall auf der Grundlage der *konkreten Wirkung der Straftat* auf die physische, psychische oder sexuelle Integrität der geschädigten Person beurteilt werden:⁷⁵ Tätlichkeit (Art. 126 StGB, es kann als Sekundärfolge eine nicht unerhebliche psychische Beeinträchtigung vorliegen); leichte Körperverletzung (Art. 123 StGB, Schwere der körperlichen Beeinträchtigung, es kann als Sekundärfolge eine nicht unerhebliche psychische Beeinträchtigung vorliegen); Ehrverletzungsdelikte (Art. 173 ff. StGB, wohl eher ausnahmsweise eine Verletzung der psychischen Integrität in schwersten Fällen), Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB), nicht-räuberische Erpressung (Art. 156 StGB), Drohung (Art. 180 StGB), Nötigung (Art. 181 StGB) und sexuelle Belästigung (Art. 198 StGB).

[Rz 24] Bei *Gefährdungsdelikten* fehlt in aller Regel die Opferqualität, meist bereits schon die Qualität als geschädigte Person.⁷⁶ In besonderen Einzelfällen könnte aber bei konkreter

⁵⁹ Vgl. ZEHNTNER, SHK OHG, 3. Aufl., Art. 1, Rz. 29.

⁶⁰ Vgl. ZEHNTNER, SHK OHG, 3. Aufl., Art. 1, Rz. 35.

⁶¹ Vgl. MAZZUCHELLI/POSTIZZI, BSK StPO, Art. 116, Rz. 13, mit Hinweisen; ZEHNTNER, SHK OHG, 3. Aufl., Art. 1, Rz. 37.

⁶² ZEHNTNER, SHK OHG, 3. Aufl., Art. 1, Rz. 37.

⁶³ Die Auflistung folgt weitgehend jener bei MAZZUCHELLI/POSTIZZI, BSK StPO, Art. 116, Rz. 9.

⁶⁴ Vgl. dazu SCHWANDER (Fn. 2), S. 235 ff.

⁶⁵ Ausführlich zum Menschenhandel SCHWANDER (Fn. 2), S. 187 ff.; die Opferqualität ist in der Praxis nie bestritten worden, siehe ausführlich SCHWANDER (Fn. 2), S. 192 ff.

⁶⁶ AS 2003 1403.

⁶⁷ Vgl. SCHWANDER (Fn. 2), S. 140 ff.; ROBERT COLOMBI, Häusliche Gewalt – die Offizialisierung im Strafrecht am Beispiel der Stadt Zürich, Zürich 2009, insb. S. 77 ff.; PETER MÖSCH PAYOT, Die aktuelle rechtliche Situation im Umgang mit häuslicher Gewalt in der Schweiz, Frauenfragen 2.2008, S. 17.

⁶⁸ Vgl. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 28. Oktober 2002, BBI 2003 1909, S. 1912 und 1916 ff.

⁶⁹ Vgl. SCHWANDER (Fn. 2), S. 113 f.

⁷⁰ SILVIA STEINER, häusliche Gewalt, Zürich/Chur 2004, S. 44 f.

⁷¹ Zum Stalking vgl. SVEN ZIMMERLIN, Stalking – Erscheinungsformen, Verbreitung, Rechtsschutz, Sicherheit & Recht 1/2011; umfassend ORLANDO VANO LI, Stalking, Zürich 2009 (Definition des «Stalkings»: S. 36 ff.; charakteristische Stalkinghandlungen: S. 98 ff.; relevante Strafnormen: S. 189 ff.).

⁷² Vgl. ZIMMERLIN (Fn. 71), S. 18.

⁷³ Vgl. ZIMMERLIN (Fn. 71), S. 18 f.

⁷⁴ In diesem Sinne auch MAZZUCHELLI/POSTIZZI, BSK StPO, Art. 116, Rz. 11.

⁷⁵ In Anlehnung an MAZZUCHELLI/POSTIZZI, BSK StPO, Art. 116, Rz. 11.

⁷⁶ Vgl. MAZZUCHELLI/POSTIZZI, BSK StPO, Art. 116, Rz. 12.

Gefahr für Leib und Leben eine Verletzung der psychischen Integrität entstehen.⁷⁷

[Rz 25] Die Opferstellung der geschädigten Person und damit die Anwendbarkeit von Art. 305 Abs. 3 StPO besteht unabhängig davon, ob die Tat vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde⁷⁸, und – entgegen jüngeren Darstellungen in der Lehre⁷⁹ – unabhängig davon, ob es sich um Offizial- oder Antragsdelikte handelt (das Antragsfordernis ist eine Prozessvoraussetzung und nicht eine objektive Strafbarkeitsbedingung).⁸⁰

[Rz 26] Art. 305 Abs. 3 StPO findet auf Angehörige des Opfers sinngemäss Anwendung (Art. 305 Abs. 4 StPO). Als Angehörige des Opfers gelten seine Ehegattin oder sein Ehegatte, seine Kinder und Eltern sowie die Personen, die ihm in ähnlicher Weise nahe stehen (Art. 116 Abs. 2 StPO).

4.3 Einwilligungserfordernis

[Rz 27] Gemäss Art. 6 Abs. 2 aOHG war die Polizei grundsätzlich verpflichtet, die Personalien des Opfers einer Opferberatungsstelle zu melden. Die Meldung unterblieb nur dann, wenn das Opfer eine solche Meldung nach erfolgter Information über seine Rechte ablehnte. Ein Schweigen war somit im Ergebnis als Zustimmung zu werten.⁸¹ Das Bundesgericht erachtete es sogar als «fraglich, ob die blosser Erklärung des Opfers, an einer Hilfe durch die Beratungsstelle nicht interessiert zu sein, genügt, um die gesetzlich vorgesehene Übermittlung der Daten auszuschliessen»⁸².

[Rz 28] Gemäss Art. 305 Abs. 3 StPO darf die Information der Beratungsstelle seit dem 1. Januar 2011 nur noch erfolgen, wenn das Opfer «damit einverstanden ist». Diese Anpassung ist nicht nur redaktioneller Natur⁸³ – dies wird in der Lehre leider zum Teil verkannt.⁸⁴ Die Figur der ausdrücklichen Einwilligung zur Datenbekanntgabe ist dem Bundesrecht nicht fremd. Gemäss Art. 4 Abs. 5 DSGVO ist zur Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten und von Persönlichkeitsprofilen eine ausdrückliche Einwilligung erforderlich. Nach der Praxis zu Art. 328b OR bedarf die Auskunftserteilung der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers

über Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmer an Dritte der ausdrücklichen Zustimmung.⁸⁵ Bei der Information, dass eine Person Opfer einer Straftat wurde, handelt es sich um eine ähnlich sensible Information; wäre das DSGVO anwendbar, würde die Information unter die besonders schützenswerten Personendaten (Art. 3 Bst. c DSGVO) fallen. Eine Weiterleitung von Name und Adresse des Opfers an eine Beratungsstelle ist mithin nur dann zulässig, wenn das Opfer hierzu *seine ausdrückliche Einwilligung* erteilt; blosses Schweigen oder ein unspezifisches Bekunden von Desinteresse dürfen nicht als Zustimmung gewertet werden.⁸⁶ Die Tatsache, dass die Beratungsstellen einer besonderen Geheimhaltungspflicht (im Wortlaut des OHG «Schweigepflicht») unterstehen (Art. 11 OHG), entbindet – entgegen eines weit verbreiteten Irrtums⁸⁷ – nicht vom Erfordernis der ausdrücklichen Zustimmung.⁸⁸

[Rz 29] Es muss weiter davon ausgegangen werden, dass sich – wie andernorts in der Bundesgesetzgebung bei Grundrechtseingriffen, namentlich im Datenschutzrecht⁸⁹ und bei Persönlichkeitsverletzungen⁹⁰ – der Begriff des «Einverständnisses» am *Begriff der Einwilligung des aufgeklärten Patienten*⁹¹ orientiert. Dies ergibt sich auch direkt aus den Informations- bzw. Aufklärungspflichten gemäss Art. 305 Abs. 1 und 2 StPO. Das Opfer ist «umfassend» über seine Rechte und Pflichten im Strafverfahren zu informieren (Art. 305 Abs. 1 StPO); dies umfasst zwingend auch die Information über die Modalitäten hinsichtlich der Meldung an eine Beratungsstelle.⁹² In der Praxis dürfte dies keine Schwierigkeiten bieten, da mit der erforderlichen Abgabe einer Liste von Beratungsstellen (Art. 305 Abs. 2 Bst. a StPO)⁹³ die Frage der Erstberatung und damit der Meldung an eine Beratungsstelle ohnehin thematisiert werden muss.

⁷⁷ Vgl. MAZZUCHELLI/POSTIZZI, BSK StPO, Art. 116, Rz. 12, mit Hinweisen.

⁷⁸ Vgl. ZEHNTNER, SHK OHG, 3. Aufl., Art. 1, Rz. 22; Botschaft OHG, BBl 2005 7165, S. 7184 und 7185.

⁷⁹ Z.B. GLOCKENGIESSER/StÄMPFLI, Es darf diskutiert werden (Fn. 4), S. 90; da gibt es – entgegen dem Titel der Publikation – nichts zu diskutieren.

⁸⁰ Vgl. MARTIN KILLIAS/ANDRÉ KUHN/NATHALIE DONGOS/MARCELLO F. AEBI, Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, Bern 2009, S. 141 f.; auf die prozessrechtliche Komponente wird nachfolgend in Ziffer 5.1.2 eingegangen.

⁸¹ Vgl. RIEDO/FALKNER, BSK StPO, Art. 305, Rz. 39.

⁸² Urteil des Bundesgerichts 1A.137/2003 vom 19. September 2003, E. 5.3.

⁸³ Vgl. RIEDO/FALKNER, BSK StPO, Art. 305, Rz. 40.

⁸⁴ Vgl. beispielsweise GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER (Fn. 5), S. 293, SUSANNE SCHAFFNER-HESS, SHK OHG, 3. Aufl., Art. 8, Rz. 14 f.; SUSANNE SCHAFFNER-HESS, SHK OHG, 3. Aufl., Art. 305+330, Rz. 12.

⁸⁵ Vgl. CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERTRAND WAEBER/CHRISTIAN BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005, S. 132; DAVID ROSENTHAL, in: David Rosenthal/Yvonne Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Art. 4, Rz. 69.

⁸⁶ In diesem Sinne auch RIEDO/FALKNER, BSK StPO, Art. 305, Rz. 40; anderer, aber eindeutig unzutreffender Auffassung SCHAFFNER-HESS, SHK OHG, 3. Aufl., Art. 8, Rz. 15; allgemein zum Begriff der Einwilligung in Datenweitergaben vgl. auch ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, Opinion 15/2011 on the definition of consent, 01197/11/EN, WP 187, Brüssel, 13. Juli 2011.

⁸⁷ Vgl. beispielsweise SCHAFFNER-HESS, SHK OHG, 3. Aufl., Art. 8, Rz. 17, und die dortigen Hinweise.

⁸⁸ Ein Arzt darf Patientendaten auch nur mit ausdrücklicher Zustimmung an einen anderen Arzt weiterleiten, obwohl auch der andere Arzt dem gleichen Berufsgeheimnis untersteht.

⁸⁹ Vgl. ROSENTHAL (Fn. 85), Art. 4, Rz. 67.

⁹⁰ Vgl. RAPHAËL HAAS, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Zürich 2007, S. 200 ff.

⁹¹ Vgl. BGE 119 II 456, BGE 117 Ib 197, BGE 114 Ia 350 E. 6.

⁹² Die Botschaft StPO, BBl 2006 1085, S. 1260, führt dazu folgendes aus: «Dass das Opfer darauf hinzuweisen ist, dass es die Übermittlung ablehnen kann (so die geltende OHG-Bestimmung), braucht neben der Orientierungspflicht nach Absatz 1 nicht gesondert gesagt zu werden.»

⁹³ Vgl. RIEDO/FALKNER, BSK StPO, Art. 305, Rz. 28.

[Rz 30] Bei handlungsunfähigen Opfern findet Art. 106 StPO Anwendung, auch wenn sich dieser dem Wortlaut nach nur auf Parteien bezieht.⁹⁴ Art. 106 StPO entspricht den anerkannten Grundsätzen hinsichtlich der Handlungs- bzw. Urteilsfähigkeit bei der Einwilligung in Persönlichkeitsverletzungen.⁹⁵ Demnach kann an Stelle eines handlungsunfähigen Opfers grundsätzlich ihre gesetzliche Vertretung die Einwilligung zur Meldung an eine Beratungsstelle erteilen (Art. 106 Abs. 2 StPO). Dabei ist allerdings – insbesondere bei Straftaten im häuslichen Nahraum – zu beachten, dass zwischen dem Opfer und der gesetzlichen Vertretung ein Interessenskonflikt bestehen kann. Ist dies offensichtlich, so empfiehlt sich eine Meldung an die zuständige Vormundschaftsbehörde (ab 1. Januar 2013 Erwachsenenschutzbehörde). Ein Opfer, das handlungsunfähig, hinsichtlich der Tragweite der Meldung an eine Beratungsstelle aber urteilsfähig ist, kann allerdings selbstständig entscheiden (Art. 106 Abs. 3 StPO).⁹⁶

[Rz 31] Die Einwilligung muss zum Voraus, d.h. vor der Übermittlung der Daten erfolgen. Eine nachträgliche Einwilligung bleibt ohne Rechtswirkung.⁹⁷

4.4 Zeitpunkt

[Rz 32] Die Frage, ob das Opfer mit der Meldung an eine Beratungsstelle einverstanden ist, sollte *möglichst früh* erfolgen, damit sich der Vorteil einer pro-aktiven Erstberatung entfalten kann. Gemäss dem Wortlaut von Art. 305 Abs. 1 StPO soll die Einwilligung bezüglich der Meldung an eine Beratungsstelle im Zusammenhang mit der umfassenden Information bei der «ersten Einvernahme» eingeholt werden. Es gehört zu den selbstständigen polizeilichen Kompetenzen, im Rahmen der Ermittlungstätigkeit geschädigte Personen (und damit auch Opfer) zu befragen (Art. 306 Abs. 2 Bst. b StPO).⁹⁸ Die Polizei befragt Opfer als Auskunftspersonen (Art. 179 Abs. 1 StPO). Einvernahmen im Rechtssinn sind formalisierte, protokollarisch festgehaltene Befragungen zum Gegenstand des Strafverfahrens.⁹⁹ Sie finden in der Regel in einem Büro der Polizei oder der Staatsanwaltschaft statt. Sehr oft findet eine erste Einvernahme des Opfers erst mehrere Tage nach der Tatbegehung statt. Demgegenüber findet der erste Kontakt zwischen Polizei und Opfer oft im Rahmen der ersten Ermittlungshandlungen in der Form einer kurzen (oft informellen) Befragung zeitnah zur Tat statt. Bei häuslicher Gewalt folgt die Polizeiarbeit in der Regel einem festen Interventions-Schema, zu dem im Rahmen von

Ermittlungshandlungen auch Befragungen vor Ort gehören.¹⁰⁰ In diesen Fällen erscheint es zur optimalen Erfüllung des Opferanspruchs angezeigt, dass eine erste – wenn auch nicht vollständige und darum anlässlich der ersten förmlichen Einvernahme zu wiederholende – Information des Opfers bereits vor Ort stattfindet, dies einschliesslich des Hinweises auf die Möglichkeit einer Erstberatung und der Möglichkeit der Weiterleitung von Name und Adresse des Opfers an die Beratungsstelle, wenn eine solche Beratung gewünscht wird.

[Rz 33] Die Meldung an die Beratungsstelle hat möglichst rasch zu erfolgen, sobald die Einwilligung des Opfers vorliegt.¹⁰¹

4.5 Inhalt der Mitteilung

[Rz 34] Der Beratungsstelle gemeldet werden dürfen *Name und Adresse des Opfers*. Weitere Informationen, namentlich solche über den mutmasslichen Tatvorgang, fallen unter das Untersuchungsgeheimnis (Art. 73 StGB).¹⁰² Ihre Bekanntgabe ohne Einwilligung des Opfers stellt ebenfalls eine Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB) dar.¹⁰³ Auf Wunsch des Opfers oder mit ausdrücklicher (schriftlicher) Einwilligung des Opfers dürfen auch weitergehende Informationen an die Beratungsstelle übermittelt werden¹⁰⁴, die wirksame Strafverfolgung darf dadurch aber nicht in Frage gestellt und der Persönlichkeitsschutz von Drittpersonen muss gewahrt bleiben.

[Rz 35] Der konkrete Inhalt des übermittelten Datensatzes hat sich am Zweck der Meldung zu orientieren: Die übermittelten Daten sollen der Beratungsstelle dazu dienen, *mit dem Opfer im Sinne einer pro-aktiven Beratung möglichst rasch und sicher Kontakt aufnehmen* zu können. Art. 305 Abs. 3 StPO erlaubt nicht die Übermittlung des gesamten als Stammdaten bezeichneten Datensatzes (Art. 19 Abs. 2 DSGVO); dieser würde neben Vorname, Name und Adresse auch das Geburtsdatum erfassen.¹⁰⁵ Als unbestritten gelten kann, dass mit «Name» in Art. 305 Abs. 3 StPO Name und Vorname(n) gemeint sind, dies obwohl andernorts in der Bundesgesetzgebung Name und Vorname immer als eigenständige personenbezogene Daten erwähnt werden (z.B. Art. 19 Abs. 2 DSGVO, Art. 8 Bst. c ZStV, Art. 6 Bst. e und f RHG). Es geht darum, die Person des Opfers so genau zu bestimmen, dass bei der Kontaktaufnahme durch die Beratungsstelle keine Verwechslungen möglich sind (z.B. mit

⁹⁴ Vgl. RIEDO/FALKNER, BSK StPO, Art. 305, Rz. 41.

⁹⁵ Vgl. HAAS (Fn. 90), S. 85 ff.

⁹⁶ Vgl. RIEDO/FALKNER, BSK StPO, Art. 305, Rz. 41.

⁹⁷ Vgl. ROSENTHAL (Fn. 85), Art. 4, Rz. 113.

⁹⁸ Vgl. BEAT RHYNER, BSK StPO, Art. 306, Rz. 34.

⁹⁹ Vgl. SCHMID (Fn. 5), Art. 142, Rz. 1; DANIEL HÄRING, BSK StPO, Art. 143, Rz. 2.

¹⁰⁰ Vgl. SCHWANDER (Fn. 2), S. 136; STEINER (Fn. 70), S. 46 und 49.

¹⁰¹ Vgl. RIEDO/FALKNER, BSK StPO, Art. 305, Rz. 36; SCHAFFNER-HESS, SHK OHG, 3. Aufl., Art. 8, Rz. 16.

¹⁰² Vgl. RIEDO/FALKNER, BSK StPO, Art. 305, Rz. 37; SCHAFFNER-HESS, SHK OHG, 3. Aufl., Art. 8, Rz. 18.

¹⁰³ Vgl. RIEDO/FALKNER, BSK StPO, Art. 305, Rz. 37; SCHAFFNER-HESS, SHK OHG, 3. Aufl., Art. 8, Rz. 18.

¹⁰⁴ In diesem Sinne auch SCHAFFNER-HESS, SHK OHG, 3. Aufl., Art. 8, Rz. 18.

¹⁰⁵ Vgl. YVONNE JÖHRI, in: David Rosenthal/Yvonne Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Art. 19, Rz. 67.

anderen Familienangehörigen gleichen Geschlechts und mit gleichem Familiennamen im gleichen Haushalt). Das Gesetz lässt es ebenfalls offen, ob die Wohn- oder die Zustelladresse (Art. 6 Bst. g RHG) zu übermitteln sei. Zur Kontaktaufnahme ist in der Regel die (postalische) Zustelladresse notwendig, welche vom gemeldeten Wohnsitz abweichen kann. Bei Gewalt im häuslichen Nahbereich ist eine postalische Kontaktaufnahme durch die Beratungsstelle an die Zustelladresse mit einer gewissen Gefahr verbunden: Einerseits kann aus dem Absender auf dem Briefumschlag geschlossen werden, dass die Empfängerin bzw. der Empfänger sich durch eine Opferberatungsstelle beraten lässt, andererseits ist in zerrütteten Familienverhältnissen das Postgeheimnis nicht immer gewahrt. Aus diesen Gründen sollten Beratungsstellen im Verkehr mit ihrer Klientschaft ausschliesslich ungedruckte (neutrale) Briefumschläge verwenden.¹⁰⁶ Das Opfer, insbesondere das Opfer von häuslicher Gewalt, kann von den Strafverfolgungsbehörden verlangen, dass sie der Beratungsstelle eine frei gewählte Kontaktadresse (z.B. Postfach, Postlagernd, per Adresse bei einer Drittperson) mitteilt.¹⁰⁷ Bei weiblichen Opfern von häuslicher Gewalt, die im Rahmen der Erstintervention der Polizei in ein Frauenhaus eingewiesen wurden, ist der Beratungsstelle die Adresse des Frauenhauses zu übermitteln, sofern sich in diesen Fällen eine Meldung nach Art. 305 Abs. 3 StPO nicht erübrigt, weil das Frauenhaus gleichzeitig ohnehin Beratung anbietet.

[Rz 36] Eine zielgenaue Kontaktaufnahme mit den Opfern unter Wahrung höchstmöglicher Anonymität ist heute insbesondere über das Mobiltelefon und über E-Mail möglich. Gesetzestext, Materialien, Lehre und Rechtsprechung lassen dieses Thema weitestgehend unerwähnt. Hier zeigt sich, dass die unreflektierte Übernahme einer Regelung aus dem Jahr 1991 den heutigen Lebensstatsachen nicht mehr genügend Rechnung trägt. Die heutige Informationstechnologie würde ohnehin Möglichkeiten bieten, eine Meldung des Opfers an die Beratungsstelle und deren erste Kontaktaufnahme weitestgehend anonym, d.h. ohne Transfer von Personendaten abzuwickeln. Es liegt in der Regel im Interesse des Opfers, wenn die Strafverfolgungsbehörden – mit dessen Einverständnis – der Beratungsstelle auch die persönliche Mobiltelefonnummer oder E-Mail-Adresse übermitteln.

[Rz 37] Art. 87 Abs. 3 StPO hält fest, dass die Zustellung von Mitteilungen grundsätzlich an die Rechtsbeistände der Parteien erfolgt. Da sich die pro-aktive Beratung direkt an das Opfer richtet, muss Art. 305 Abs. 3 StPO als *lex specialis* zu Art. 87 StPO betrachtet werden. Auch beim Opfer, das einen Rechtsbeistand bestellt hat, wird der Beratungsstelle grundsätzlich die private Zustelladresse des Opfers mitgeteilt. Ein Opfer kann aber ausdrücklich verlangen, dass der

Beratungsstelle mitgeteilt wird, die Kontaktaufnahme habe über den Rechtsbeistand zu erfolgen.

4.6 Adressat der Mitteilung

[Rz 38] Gemäss dem Wortlaut von Art. 305 Abs. 2 StPO hat die Meldung an «eine Beratungsstelle» zu erfolgen. In der Lehre wird richtigerweise der Schluss gezogen, dass nur jeweils eine bestimmte Beratungsstelle Adressat der Meldung ist.¹⁰⁸ Die Polizei und die Staatsanwaltschaft sind hinsichtlich der Auswahl der Beratungsstelle nur insoweit frei, als das Opfer keine Wahl getroffen hat. Die Einwilligung des Opfers muss sich nämlich auf die Meldung an eine von den Strafverfolgungsbehörden oder dem Opfer bezeichnete Beratungsstelle beziehen. Dies ergibt sich u.a. aus dem generellen Erfordernis, dass die Einwilligung in die Datenbearbeitung spezifisch sein muss und Blankett-Ermächtigungen unzulässig sind.¹⁰⁹

4.7 Protokollierung

[Rz 39] Gemäss Art. 305 Abs. 5 StPO ist die Einhaltung der Regelungen von Art. 305 StPO zu protokollieren. Da die Pflichten zur Information des Opfers über die Opferhilfe und zur allfälligen Meldung des Namens des Opfers an eine Beratungsstelle grundsätzlich im Rahmen der ersten Einvernahme wahrzunehmen sind (Art. 305 Abs. 1 StPO; Ausnahme vgl. Ziff. 4.3), besteht die Pflicht zur Protokollierung grundsätzlich bereits gestützt auf Art. 143 StPO. Die besondere Protokollierungspflicht gemäss Art. 305 Abs. 5 StPO soll aber einerseits auf die besondere Bedeutung der Informations- und Meldepflicht aufmerksam machen und damit deren Einhaltung sicherstellen und soll andererseits hinsichtlich des Opfers und seiner Stellung im Verfahren Klarheit schaffen.¹¹⁰

[Rz 40] Für die Protokollierung sind grundsätzlich die Vorschriften von Art. 76 ff. StPO zu beachten. Zahlreiche Kantone verwenden allerdings zur Protokollierung des prozessrechtlichen Status von Opfern (Stellen von Strafantrag, Konstituierung als Privatklägerschaft, etc.) und neu damit auch zum Festhalten des Willens des Opfers hinsichtlich der Meldung an eine Beratungsstelle sowie allenfalls an welche Beratungsstelle, Formulare. Dies entspricht einem traditionellen und bewährten Vorgehen in der Strafverfolgung und bleibt weiterhin zulässig. Allerdings müssen die Formulare den Anforderungen von Art. 77 StPO entsprechen und die Polizei bzw. die Staatsanwaltschaft hat sich unmittelbar nach der Unterzeichnung durch das Opfer zu vergewissern, dass

¹⁰⁶ Das gleiche Problem stellt sich bei Anwältinnen und Anwälten, vgl. KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 2009, S. 130, Rz. 538.

¹⁰⁷ Diese Befugnis ergibt sich *maiores ad minus* aus dem Einwilligungserfordernis.

¹⁰⁸ Vgl. RIEDO/FALKNER, BSK StPO, Art. 305, Rz. 34.

¹⁰⁹ Vgl. ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY (Fn. 86), S. 17 ff.

¹¹⁰ Vgl. RIEDO/FALKNER, BSK StPO, Art. 305, Rz. 49; GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER (Fn. 5), S. 293; SCHMID (Fn. 5), Art. 305, Rz. 7; Botschaft StPO, BBl 2006 1085, S. 1260.

sie vollständig ausgefüllt wurden, und allenfalls Ergänzungen zu veranlassen.

4.8 Folgen unberechtigter Mitteilung

[Rz 41] Die Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden unterliegt dem *Amtsgeheimnis* im Sinne von Art. 320 StGB.¹¹¹ Gemäss Art. 73 StPO haben alle Mitglieder von Strafbehörden, ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sowie die von den Strafbehörden ernannten Sachverständigen Stillschweigen hinsichtlich von Tatsachen zu bewahren, die ihnen in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit zur Kenntnis gelangt sind. Art. 73 StPO geht dabei von einem generellen Schutz des Geheimnisses aus, unabhängig von der Interessenlage an der Geheimhaltung.¹¹² Hinsichtlich des Opfers besteht allerdings auf Grund der Vulnerabilität zusätzlich ein besonderes Interesse am Persönlichkeitsschutz, welcher in Art. 117 Abs. 1 Bst. a StPO als Recht des Opfers auch besondere Erwähnung findet (mit Hinweisen auf Art. 70 Abs. 1 Bst. a, Art. 74 Abs. 4 und Art. 152 Abs. 1 StPO).¹¹³

[Rz 42] Mit Art. 305 Abs. 3 StPO werden die Polizei und die Staatsanwaltschaft ausdrücklich ermächtigt, Informationen über ein Opfer von Straftaten an Beratungsstellen und damit an Institutionen und Personen weiterzugeben, die ausserhalb des Strafverfahrens stehen. Die Datenweitergabe gestützt auf Art. 305 Abs. 3 StPO stellt somit hinsichtlich der Verletzung des Amtsgeheimnisses eine gesetzlich erlaubte Handlung im Sinne von Art. 14 StGB dar. Allerdings steht die Weitergabe der Daten unter dem Vorbehalt, dass das Opfer dieser zustimmt (vgl. oben Ziff. 3.3). Eine Meldung der Personendaten des Opfers an eine Beratungsstelle ohne dessen Zustimmung oder gar gegen dessen ausdrückliche Ablehnung der Weitergabe erfüllt somit immer den objektiven Tatbestand der Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 Abs. 1 StGB) und führt zwingend zur Eröffnung einer diesbezüglichen Strafverfolgung.

[Rz 43] Wenn dem Opfer durch eine rechtswidrige Übermittlung seiner Personalien an die Beratungsstelle Schaden entstehen sollte, würde der Kanton dafür haften.

5. Abschliessende Regelung durch Bundesrecht

5.1 Art. 305 Abs. 3 StPO im System des Opferhilfe- und Strafprozessrechts

5.1.1 Opferhilfegesetz (OHG)

[Rz 44] Art. 124 BV verpflichtet Bund und Kantone dafür zu sorgen, dass Personen, die durch Straftaten in ihrer physischen, psychischen oder sexuellen Integrität beeinträchtigt wurden, Hilfe erhalten. Es handelt sich bei Art. 124 BV trotz der etwas ungewöhnlichen Formulierung («sorgen dafür») um eine verpflichtende, konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes mit nachträglich derogierender Wirkung, die umfassenden Charakter hat und nicht auf den Erlass von Grundsätzen beschränkt ist.¹¹⁴ Der Bund hat somit die Kompetenz, die Meldung von Name und Adresse von Opfern durch Strafverfolgungsbehörden an andere staatliche Stellen und an Private abschliessend zu regeln.

[Rz 45] Art. 8 Abs. 1 OHG verweist hinsichtlich der Meldung von Personalien von Opfern an Beratungsstellen durch schweizerische Strafverfolgungsbehörden auf das Verfahrensrecht. Angesichts der umfassenden Rechtsetzungskompetenz des Bundes zum Erlass von Strafprozessrecht¹¹⁵ können mit «einschlägigen Verfahrensordnung» nur die StPO, die JStPO sowie der Militärstrafprozess (MStP) gemeint sein. Die Bestimmungen über den besonderen Schutz und besondere Rechte der Opfer im Strafverfahren (bisheriges Kapitel 6, Art. 34–40 OHG), einschliesslich der allgemeinen Regelung des Persönlichkeitsschutzes (Art. 34 OHG), wurden mit Inkrafttreten des neuen Strafprozessrechts aufgehoben¹¹⁶ und finden sich heute in verschiedenen Vorschriften der StPO wieder.¹¹⁷ Abgesehen von der Schweigepflicht der Beratungsstellen (Art. 11 OHG) enthält das OHG heute keine Regelungen hinsichtlich des Persönlichkeitsschutzes mehr.

[Rz 46] Art. 8 Abs. 2 OHG regelt die *Meldung von Opfern durch Schweizer Vertretungen im Ausland* an Beratungsstellen in gleicher Weise wie Art. 305 Abs. 3 StPO: Eine in der Schweiz wohnhafte Person, die im Ausland Opfer einer Straftat wurde, kann sich an eine schweizerische Vertretung oder an die mit dem schweizerischen konsularischen Schutz betraute Stelle wenden. Diese Stellen informieren das Opfer über die Opferhilfe in der Schweiz und melden Name und Adresse des Opfers einer Beratungsstelle, sofern dieses damit

¹¹¹ Vgl. KELLER, SKH OHG, 1. Aufl., Art. 6, Rz. 4; SCHMID (Fn. 5), Art. 73, Rz. 1.

¹¹² Vgl. GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER (Fn. 5), S. 58; SCHMID (Fn. 5), Art. 73, Rz. 1.

¹¹³ Ähnliche Regelungen fanden sich bereits in Art. 5 aOHG, insbesondere der Schutz der Identität des Opfers (Art. 5 Abs. 2 aOHG).

¹¹⁴ Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar BV, Zürich 2007, Art. 14, Rz. 2; LUZIUS MADER, St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich 2008, Art. 124, Rz. 3.

¹¹⁵ Vgl. nachfolgend Ziffer 5.1.2.

¹¹⁶ Anhang 1 Ziffer II 10 der Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, mit Wirkung seit 1. Januar 2011 (AS 2010 1881).

¹¹⁷ Vgl. Botschaft StPO, BBl 2006 1085, S. 1339.

einverstanden ist. Da es sich bei den schweizerischen Vertretungen oder den mit dem schweizerischen konsularischen Schutz betrauten Stellen nicht um Strafverfolgungsbehörden sondern um Organe der Bundesverwaltung handelt und da jeder Kontext zum schweizerischen Strafprozessrecht fehlt, finden auf diese Datenbekanntgabe ergänzend nicht die Regelungen der StPO sondern jene der Datenschutzgesetzgebung des Bundes Anwendung (Art. 4 Abs. 1 Bst. b DSGVO).

5.1.2 Strafprozessordnung (StPO)

[Rz 47] Art. 123 Abs. 1 BV räumt dem Bund hinsichtlich der Strafprozessgesetzgebung ebenfalls eine umfassende konkurrierende Gesetzgebungskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung ein.¹¹⁸ Soweit mithin der Bundesgesetzgeber strafprozessrechtliche Vorschriften erlassen oder ausdrücklich auf deren Erlass verzichtet hat (qualifiziertes Schweigen), sind die Kantone nicht mehr befugt, solche Regelungen zu erlassen. Die StPO stellt eine umfassende und grundsätzlich abschliessende Kodifikation dar. Teilbereiche, in denen die Kantone eigene Regelungen erlassen müssen oder (optional) können, müssen im Bundesrecht ausdrücklich erwähnt werden.¹¹⁹

[Rz 48] Art. 73 StPO verankert für die Strafbehörden das Untersuchungsgeheimnis, das grundsätzlich auch gegenüber anderen Behörden gilt.¹²⁰ Hinsichtlich des Informationsaustausches ausgehend von den Strafverfolgungsbehörden gibt es von der abschliessenden Regelung der StPO nur die beiden folgenden Ausnahmen:

- *Verfahrensvorschriften anderer Bundesgesetze (Art. 1 Abs. 2 StPO):* Von dem in Art. 1 Abs. 1 StPO festgehaltenen Grundsatz der einheitlichen Verfolgung und Beurteilung von Straftaten auf der Grundlage der Schweizerischen Strafprozessordnung lässt Art. 1 Abs. 2 StPO durch den Vorbehalt für andere bundesrechtliche Verfahrensvorschriften Ausnahmen zu.¹²¹
- *Mitteilungen an andere Behörden (Art. 75 Abs. 4 StPO):* Art. 75 StPO enthält Ausnahmen von dem in Art. 73 StPO verankerten Geheimhaltungsprinzip, das grundsätzlich auch gegenüber anderen Behörden gilt.¹²² Art. 75 Abs. 1–3 StPO enthalten Mitteilungspflichten, wonach die Strafbehörden die genannten anderen Behörden über die Eröffnung der Strafverfolgung bzw. laufende Strafverfahren zu informieren haben. Gemäss Art. 75 Abs. 4 StPO werden die Mitteilungspflichten nicht abschliessend geregelt;

der Bund und die Kantone werden ermächtigt, weitere Mitteilungspflichten und Mitteilungsrechte der Strafbehörden gegenüber anderen Behörden¹²³ vorzusehen.

[Rz 49] Hinsichtlich der Meldung von Opfern von Straftaten an Beratungsstellen bestehen neben Art. 8 Abs. 1 und 2 OHG und Art. 305 Abs. 3 StPO keine anderen bundesrechtlichen Regelungen. Unabhängig davon, ob man Art. 305 Abs. 3 StPO als *lex specialis* zu Art. 75 StPO betrachtet oder als eine Erweiterung der Mitteilungspflichten und -rechte der Strafverfolgungsbehörden im Sinne von Art. 75 Abs. 3 StPO, liegt hinsichtlich der Meldung von Opfern an Beratungsstellen eine abschliessende Regelung durch den Bundesgesetzgeber vor.

[Rz 50] In zeitlicher Hinsicht gelten das *Untersuchungsgeheimnis* (Art. 73 StPO) – und damit auch die Vorschriften hinsichtlich der Bekanntgabe an andere Behörden (Art. 75 StPO und besondere Regelungen wie Art. 305 Abs. 3 StPO) – für sämtliche Phasen des Strafverfahrens, insbesondere auch für das Vorverfahren (Art. 299–327 StPO)¹²⁴ und damit für die polizeiliche Ermittlung (insb. Art. 159, 179, 306 und 307 StPO).¹²⁵ Das Vorverfahren, und damit die polizeiliche Ermittlung, beginnen (formlos) dadurch, dass die Polizei Ermittlungshandlungen (Art. 306 StPO) aufnimmt, d.h. mit jeder polizeilichen Handlung, die – auf Strafanzeige hin oder aus eigenem Antrieb – der Feststellung dient, ob eine Straftat begangen wurde und wer die Täterin bzw. der Täter ist.¹²⁶ Notwendig ist einzig ein genügender Anfangsverdacht.¹²⁷ Die Befragung bzw. erste Einvernahme einer Person unter dem Aspekt, sie könne geschädigte Person oder gar Opfer einer Straftat sein, kann mithin nicht ausserhalb eines Vorverfahrens erfolgen; die StPO (und damit Art. 305 Abs. 3 StPO) finden daher in jedem Fall Anwendung.

5.1.3 Abschliessende Regelung auch bei Antragsdelikten

[Rz 51] Entgegen abweichender Lehrmeinungen¹²⁸ besteht bei Antragsdelikten keine Lücke im Bundesrecht, die den Kantonen Handlungsspielraum zu eigenen Meldepflichten geben würde. Bei Antragsdelikten ist das Vorliegen eines

¹¹⁸ Vgl. BIAGGINI (Fn. 114), Art. 123, Rz. 2.

¹¹⁹ Vgl. SCHMID (Fn. 5), Art. 1, Rz. 5; PETER STRAUB/THOMAS WELTERT, BSK StPO, Art. 1, Rz. 1.

¹²⁰ Vgl. SCHMID (Fn. 5), Art. 75, Rz. 1.

¹²¹ Vgl. Botschaft StPO, BBI 2006 1085, S. 1127.

¹²² Vgl. SCHMID (Fn. 5), Art. 75, Rz. 1.

¹²³ Gemeint sind Bundesbehörden und Behörden nach kantonalem Recht, d.h. auch Gemeindebehörden oder Behörden der interkantonalen bzw. interkommunalen Zusammenarbeit; vgl. Beispiele in der Botschaft StPO, BBI 2006 1085, S. 1155 (dort noch Art. 73) sowie bei DANIELA BRÜSCHWEILER, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber, Kommentar StPO, Zürich 2010, Art. 75, Rz. 6, und bei SCHMID (Fn. 5), Art. 75, Rz. 8 und 9.

¹²⁴ Vgl. SCHMID (Fn. 5), Art. 73, Rz. 3.

¹²⁵ Vgl. URS SAXER/SIMON THURNHERR, BSK StPO, Art. 73, Rz. 7.

¹²⁶ Vgl. SCHMID (Fn. 5), Art. 306, Rz. 3; CHRISTOF RIEDO/ANASTASIA FALKNER, BSK StPO, Art. 306, Rz. 10; BEAT RHYNER, BSK StPO, Art. 306, Rz. 22 ff.

¹²⁷ Vgl. RIEDO/FALKNER, BSK StPO, Art. 306, Rz. 4 f.; RHYNER, BSK StPO, Art. 306, Rz. 23.

¹²⁸ Z.B. GLOCKENGIESSER/STÄMPFLI, Es darf diskutiert werden (Fn. 4), S. 90.

Strafantrags trotz des Wortlautes von Art. 303 Abs. 1 StPO erst hinsichtlich der Frage massgeblich, ob durch die Staatsanwaltschaft eine Untersuchung eingeleitet werden soll (Art. 309 StPO) oder ob die Staatsanwaltschaft mangels dieser Prozessvoraussetzung die Nichtanhandnahme verfügen muss (Art. 310 Abs. 1 Bst. a StPO).¹²⁹ Zudem spielt es für die Anwendbarkeit von Art. 305 Abs. 3 StPO keine Rolle, ob Personen, die als geschädigte Person oder Opfer einer vermuteten Straftat in Betracht kommen, im Rahmen eines Vorverfahrens oder in Anwendung von Art. 303 Abs. 2 StPO befragt bzw. einvernommen werden. Bei einfachen Tätlichkeiten im häuslichen Nahraum wird die Polizei die geschädigte Person immer einvernehmen müssen, da eine solche Einvernahme notwendige Grundlage zur Beurteilung der Frage ist, ob es sich um eine wiederholte Tätlichkeit gemäss Art. 126 Abs. 2 StGB und damit um ein Officialdelikt handelt. Ähnlich verhält es sich beim Verdacht auf Stalking mittels einer Fernmeldeeinrichtung (Telefon, E-Mail, Social Media).¹³⁰ Einerseits drängen sich hier unaufschiebbare Beweissicherungsmaßnahmen im Bereich der Fernmeldeeinrichtungen auf, andererseits muss abgeklärt werden, ob das Stalking allenfalls bereits das Ausmass einer Nötigung (Art. 181 StGB) erreicht hat und von Amtes wegen verfolgt werden muss.

[Rz 52] Letztlich bleibt anzufügen, dass das Untersuchungsgeheimnis (Art. 73 StPO) auch während des durch Art. 303 StPO entstehenden Schwebezustands gilt. Soweit Art. 305 Abs. 3 StPO während dieses Zeitraums nicht anwendbar wäre, würde es somit an einer gesetzlichen Ermächtigung zur Meldung der Opfer an eine Beratungsstelle fehlen und es dürfte gar keine Meldung erfolgen.

[Rz 53] Der Bundesgesetzgeber überlässt bei Antragsdelikten den Entscheid, ob eine strafbare Handlung verfolgt werden soll, bewusst der geschädigten Person. Gerechtfertigt wird das Antragsersfordernis mit dem geringen Unrechtsgehalt der entsprechenden Delikte, mit dem Schutz der verletzten Person vor sekundärer Viktimisierung sowie mit engen Täter-Opfer-Beziehungen.¹³¹ Eine Weiterleitung von Name und Adresse der geschädigten Person an eine Beratungsstelle ohne ausdrückliche Einwilligung dieser Person (z.B. gestützt auf kantonale Rechtsnormen¹³²) würde den klaren Willen des Bundesgesetzgebers, der geschädigten Person hier grosse Autonomie hinsichtlich der Bewältigung der Straftat zuzugestehen, in unzulässiger Weise unterlaufen.

5.2 Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

[Rz 54] Die Mitteilung der Tatsache, dass eine Person von einer Straftat geschädigt wurde, allenfalls in einem Ausmass, dass ihr die Opferqualität gemäss Art. 116 StPO zukommt, durch eine Behörde an eine andere staatliche Stelle oder an Private stellt einen Eingriff in den verfassungsrechtlichen Schutz der Privatsphäre dar. Einerseits handelt es sich um eine *Grundrechtsverletzung im Sinne eines Missbrauchs von Personendaten* (Art. 13 Abs. 2 BV). Andererseits liegt aber in den meisten Fällen – gerade bei Tathandlungen im häuslichen Nahbereich – gleichzeitig auch eine Verletzung der Privatsphäre und des Familienlebens im Sinne von Art. 13 Abs. 1 BV¹³³ vor.¹³⁴ Da Art. 28 Abs. 2 ZGB nur auf Persönlichkeitsverletzungen unter Privaten, nicht aber bei Persönlichkeitsverletzungen durch den Staat zur Anwendung gelangt¹³⁵, ist die Frage einer allfälligen Zulässigkeit der Meldung ausschliesslich anhand der allgemeinen Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe zu prüfen. Nach der herrschenden Lehre müssen daher Einschränkungen des informationellen Selbstbestimmungsrechts den Anforderungen von Art. 36 BV genügen.¹³⁶

[Rz 55] Art. 13 Abs. 2 BV schützt einzelne Personen vor dem «Missbrauch ihrer persönlichen Daten». Der verfassungsrechtliche Anspruch auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet einer Person, «grundsätzlich selber darüber zu bestimmen, wem und wann er persönliche Lebenssachverhalte, Gedanken, Empfindungen oder Emotionen offenbart»¹³⁷. Wenn staatliche Behörden und Amtsstellen Personendaten mit der ausdrücklichen Einwilligung der betroffenen Person bearbeiten (z.B. an Dritte weitergeben), liegt somit kein Grundrechtseingriff vor. Die Anforderungen von Art. 36 BV zur Grundrechtseinschränkung müssen mithin nur dann erfüllt sein, wenn eine Datenbearbeitung ohne ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Person erfolgen soll (z.B. ohne ihr Wissen oder entgegen ihrem ausdrücklichen oder mutmasslichen Willen). In solchen Fällen ist vorab eine gesetzliche Grundlage notwendig (Art. 36 Abs. 1 BV). Hinsichtlich der Bekanntgabe von Opferdaten fehlt eine solche im Bundesrecht zurzeit ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 305 Abs. 3 StPO.

[Rz 56] Einschränkungen von Grundrechten müssen weiter durch ein *öffentliches Interesse* oder den Schutz von

¹²⁹ Sowohl SCHMID (Fn. 5), Art. 303, Rz. 1, als auch CHRISTOF RIEDO/ANASTASIA FALKNER, BSK StPO, Art. 303, Rz. 16, verweisen hinsichtlich der Bedeutung des Strafantrags auf Art. 309 bzw. 310.

¹³⁰ Nach VANOLI (Fn. 71), S. 201, Rz. 283, genügt allenfalls bereits ein einziger Anruf und es besteht ein Zusammenhang mit der Drohung; GLOCKENGIESSER/STÄMPFLI, Es darf diskutiert werden (Fn. 4), S. 90, sind auch hier der Auffassung, Art. 305 Abs. 3 StPO komme nicht zur Anwendung.

¹³¹ Vgl. RIEDO/FALKNER, BSK StPO, Art. 303, Rz. 5, mit Hinweisen.

¹³² Vgl. GLOCKENGIESSER/STÄMPFLI, Es darf diskutiert werden (Fn. 4), S. 90 f.

¹³³ Vgl. BIAGGINI (Fn. 114), Art. 13, Rz. 4 ff.

¹³⁴ Zur Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen Art. 13 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 2 BV vgl. REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, S. 162.

¹³⁵ Vgl. HAAS (Fn. 90), S. 28; HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Bern 2008, S. 135, Rz. 10.61.

¹³⁶ Vgl. KIENER/KÄLIN (Fn. 134), S. 159; BIAGGINI (Fn. 114), Art. 13, Rz. 15; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 170.

¹³⁷ MÜLLER/SCHEFER (Fn. 136), S. 167.

Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein (Art. 36 Abs. 2 BV). Ein öffentliches Interesse daran, Daten von Opfern einer Beratungsstelle weiterzuleiten und damit zwangsweise einer pro-aktiven Beratung zuzuführen, ist bei der Prüfung anhand der in der Lehre und Rechtsprechung anerkannten öffentlichen Interessen¹³⁸ nicht auszumachen. Der Schutz von Polizeigütern fällt schon deshalb weg, weil er bei jemandem, der bereits Opfer einer Straftat wurde, nicht mehr greifen kann. Hinsichtlich der sozialpolitischen öffentlichen Interessen muss die Frage des Schutzes vor Selbstgefährdung¹³⁹ geprüft werden. Die Lehre geht diesbezüglich aber mehrheitlich vom Grundsatz aus, dass ein öffentliches Interesse nur dann angenommen werden darf, wenn es um den Schutz von urteilsunfähigen Personen geht.¹⁴⁰ Selbst im Zusammenhang mit Suizid wird die zunehmende Tendenz, ein behördliches Einschreiten zum Schutz der Selbstgefährdung mit sozialpolitischen und sozialrechtlichen Motiven zu rechtfertigen, aus der Sicht der Lehre kritisch betrachtet.¹⁴¹

[Rz 57] Letztlich gilt es das Erfordernis der Verhältnismässigkeit bei Grundrechtseingriffen (Art. 36 Abs. 3 BV) zu beachten. Angesichts der grossen Unterschiedlichkeit der persönlichen Konstellationen der Opfersituation und des individuellen Beratungsbedarfs¹⁴² lässt sich die Frage der Verhältnismässigkeit des Grundrechtseingriffs durch die Meldung des Namens des Opfers ohne oder gegen dessen Willen kaum in genereller und abstrakter Weise abschätzen. In bestimmten Konstellationen kann aber eine Mitteilung des Namens von Amtes wegen zusammen mit der nachfolgenden Kontaktaufnahme durch die Opferberatungsstelle für das Opfer erhebliche nachteilige Folgen haben, dies gerade auch bei Opfern von Gewalt im häuslichen Nahbereich. Bei Personen mit Migrationshintergrund kann ein Anruf der Beratungsstelle, der zufälligerweise von einem Familienangehörigen entgegengenommen wird, zu einer zusätzlichen Stigmatisierung und Ächtung des Opfers führen, weil es fremde Hilfe angenommen hat statt Hilfe im traditionellen Familienkreis zu suchen und damit die Familienehre verletzt wird.

[Rz 58] Leitlinie für das genügende öffentliche Interesse bzw. überwiegende private Interesse bezüglich Eingriffs in grundrechtliche Positionen zum Schutz der betroffenen Person vor Selbstgefährdung und bezüglich der Verhältnismässigkeit des Eingriffs kann das von Bundesgesetzgeber beschlossene neue Erwachsenenschutzrecht¹⁴³ sein. Dieses steht

nämlich – als Teil des Eingriffssozialrechts – ebenfalls im Spannungsfeld von Freiheit einerseits und Betreuung gegen den Willen der betroffenen Person andererseits.¹⁴⁴ Mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht hat der Bundesgesetzgeber einerseits ein klares Zeichen in Richtung Stärkung des Selbstbestimmungsrechts¹⁴⁵ gemacht und andererseits die möglichen behördlichen Massnahmen – im Sinne des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes – besser auf die individuellen Schutzbedürfnisse abgestimmt.¹⁴⁶ Der Bundesrat führt dazu folgendes aus: «Die Starrheit des gesetzlichen Massnahmenkatalogs trägt dem Einzelfall zu wenig Rechnung, so dass das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht gewahrt ist.»¹⁴⁷ Genau das trifft auch auf eine unbesehene Weitergabe des Namens und der Adresse von Gewaltopfern an eine Beratungsstelle zu, die sich dann im Sinne von pro-aktiver Beratung beim Opfer meldet. Die pro-aktive Opferberatung hat sehr viele Parallelen zum neuen Instrument der Begleitbeistandschaft (Art. 393 nZGB).¹⁴⁸ Eine Begleitbeistandschaft wird errichtet, wenn eine Person für die Erledigung bestimmter Angelegenheiten begleitende Unterstützung braucht. Die angeordnete Begleitung umfasst Beraterische, vermittelnde, unterstützende und betreuerische Hilfestellung in einer ambulanten Form.¹⁴⁹ Obwohl es sich um eine durch die Erwachsenenschutzbehörde angeordnete Massnahme handelt, die nicht in die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person eingreift (Art. 393 Abs. 2 nZGB), benötigt die Anordnung einer Begleitbeistandschaft in jedem Fall die Zustimmung der betroffenen Person (Art. 393 Abs. 1 nZGB). Dieses Zustimmungserfordernis ist absolut.¹⁵⁰ Es wird in Fachkreisen davon ausgegangen, dass bei Hilfemassnahmen die Kooperation der schutzbedürftigen Person im Beratungs- und Unterstützungsprozess umfassender und damit die Beratungswirkung grösser sind, sofern die Beratung auf eigenes Begehren erfolgt und die Kontaktaufnahme selbstinitiiert und nicht fremdinitiiert ist.¹⁵¹ Somit ist die selbstinitiierte Beratung die geeignetere Massnahme. Wenn der Bundesgesetzgeber in genereller Weise festgehalten hat, dass in Fällen, in welchen eine bestimmte Person für die Erledigung bestimmter Angelegenheiten begleitende Unterstützung braucht, das öffentliche und private Interesse an der Anordnung einer Begleitung

¹³⁸ Vgl. MARTIN PHILIPP WYSS, Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit, Bern 2001, S. 279 ff.

¹³⁹ Vgl. WYSS (Fn. 138), S. 299 ff.

¹⁴⁰ Vgl. WYSS (Fn. 138), S. 299 f.

¹⁴¹ Vgl. WYSS (Fn. 138), S. 300.

¹⁴² Vgl. oben Ziffer 3.2.

¹⁴³ Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), Änderung vom 19. Dezember 2008, AS 2011 725 (Inkrafttreten am 1. Januar 2013); dazu DANIEL ROSCH/ANDREA BÜCHLER/DOMINIQUE JAKOB (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht, Basel 2011.

¹⁴⁴ Vgl. DANIEL ROSCH, Einführung in den zivilrechtlichen Erwachsenenschutz, in: Rosch/Büchler/Jakob (Fn. 143), S. 8, Rz. 11.

¹⁴⁵ Vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006 (Botschaft EKS), BBl 2006 7001, S. 7002.

¹⁴⁶ Vgl. Botschaft EKS (Fn. 145), BBl 2006 7001, S. 7015 ff.

¹⁴⁷ Botschaft EKS (Fn. 145), BBl 2006 7001, S. 7008.

¹⁴⁸ Vgl. DANIEL ROSCH, Art. 393, in: Rosch/Büchler/Jakob (Fn. 143), Rz. 1-3, S. 139 f., vgl. auch ROSCH (Fn. 37), S. 268 ff.

¹⁴⁹ Vgl. DANIEL ROSCH, Art. 393, in: Rosch/Büchler/Jakob (Fn. 143), Rz. 4, S. 140.

¹⁵⁰ Vgl. DANIEL ROSCH, Art. 393, in: Rosch/Büchler/Jakob (Fn. 143), Rz. 3, S. 140.

¹⁵¹ Vgl. ROSCH (Fn. 37), S. 279 f., mit Hinweisen.

nicht derart gross ist, dass diese ohne Zustimmung erfolgen darf, dann muss daraus gefolgert werden, dass auch im vergleichbaren konkreten Fall von Opfern von Straftaten nicht von einem öffentlichen oder privaten Interesse ausgegangen werden darf, dass einen Grundrechtseingriff im Sinne von Art. 36 Abs. 2 BV legitimieren würde.

5.3 Verhältnis zu Art. 28b ZGB

[Rz 59] Ausgehend von einer parlamentarischen Initiative hat der Bundesgesetzgeber im Jahr 2006 mit Art. 28b ZGB eine Grundlage zum zivilrechtlichen Schutz gegen Gewalt, Drohung und Nachstellung geschaffen.¹⁵² Auf die in Art. 28b Abs. 1–3 ZGB vorgesehenen Klagen findet das vereinfachte Verfahren vor dem zuständigen Gericht Anwendung (Art. 243 Abs. 2 Bst. b ZPO¹⁵³). Angesichts des Fehlens eines gesetzlichen Ausnahmetatbestands muss vorgängig das Schlichtungsverfahren vor der Schlichtungsbehörde durchlaufen werden (Art. 197 i.V.m. e contrario 198 ZPO).¹⁵⁴ Das für den Persönlichkeitsschutz zuständige Gericht kann bei einer Persönlichkeitsverletzung vorsorgliche Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO) anordnen, in besonders dringlichen Fällen auch superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung der Gegenpartei (Art. 265 ZPO).¹⁵⁵ In Krisenfällen, z.B. bei akuter Gewaltanwendung im häuslichen Nahbereich, kann es allerdings notwendig sein, dass sofort gehandelt und eingegriffen wird.¹⁵⁶ Deshalb beauftragt der Gesetzgeber in Art. 28b Abs. 4 ZGB die Kantone, eine Stelle zu bezeichnen, «die im Krisenfall die sofortige Ausweisung der verletzenden Person aus der gemeinsamen Wohnung verfügen kann», und das diesbezügliche Verfahren zu regeln.¹⁵⁷ Sämtliche Kantone haben die Polizei (i.d.R. Kantonspolizei) mit dieser Aufgabe beauftragt (teilweise mit dem Erfordernis der Genehmigung durch eine Magistratsperson innert einer bestimmten Frist)¹⁵⁸ – es wird davon allgemein ausgegangen, dass es sich um eine sicherheitspolizeiliche Aufgabe handelt. Damit ist die Polizei hinsichtlich Gewalt, Drohungen und Nachstellungen (insbesondere häusliche

Gewalt und Stalking¹⁵⁹) in der ganzen Schweiz gleichzeitig zuständig für die sicherheitspolizeiliche Erstintervention, für die gerichtspolizeiliche Erstermittlung (Art. 306 und Art. 303 Abs. 2 StPO) wie auch für die Anordnung von Massnahmen der Krisenintervention im Sinne von Art. 28b Abs. 4 ZGB (insbesondere die Ausweisung bzw. Wegweisung).

[Rz 60] Einige Kantone verpflichten (Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Luzern, Zürich) oder ermächtigen (Bern) die Polizei in ihrer Funktion als Kriseninterventionsstelle, die Daten des Opfers an eine Beratungsstelle zu melden, dies insbesondere im Falle der Anordnung von Massnahmen.¹⁶⁰ Es stellt sich daher die Frage, ob diese kantonrechtlichen Meldepflichten vor dem Hintergrund der bundesrechtlichen Regelungen über die Meldung von Opfern an Beratungsstellen zulässig sind.

[Rz 61] Art. 8 Abs. 1 OHG verweist hinsichtlich der Meldung von Personalien von Opfern an Beratungsstellen durch schweizerische Strafverfolgungsbehörden auf das Verfahrensrecht (einschlägige Verfahrensordnung).¹⁶¹ Art. 123 Abs. 1 BV räumt dem Bund hinsichtlich der Strafprozessgesetzgebung eine umfassende konkurrierende Gesetzgebungskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung ein.¹⁶² Soweit der Bundesgesetzgeber strafprozessrechtliche Vorschriften erlassen hat oder ausdrücklich auf deren Erlass verzichtet hat (qualifiziertes Schweigen), sind die Kantone nicht mehr befugt, solche Regelungen zu erlassen; die StPO stellt eine umfassende und grundsätzlich abschliessende Kodifikation dar. Hinsichtlich der Meldung im Rahmen der Ermittlungstätigkeit der Polizei (gerichtspolizeiliche Tätigkeit) hat der Bundesgesetzgeber mit Art. 304 Abs. 5 StPO eine abschliessende Regelung getroffen.¹⁶³ Auch die neue ZPO stellt für zivilrechtliche Verfahren vor kantonalen Behörden grundsätzlich eine umfassende Kodifikation des Verfahrensrechts dar (Art. 1 ZPO). Art. 28b Abs. 4 ZGB ermächtigt allerdings die Kantone, das Verfahren der Krisenintervention zu regeln. Es stellt sich somit die Frage, ob diese Ermächtigung (im Sinne eines echten Vorbehalts zu Gunsten des kantonalen Gesetzgebers) auch die Ermächtigung zur Regelung der Meldung von Opferdaten an eine Beratungsstelle einschliesst.

[Rz 62] Art. 28b Abs. 4 ZGB wurde am 23. Juni 2006 erlassen und auf den 1. Juli 2007 in Kraft gesetzt¹⁶⁴, zu einem Zeitpunkt als noch das alte Opferhilfegesetz galt.¹⁶⁵ Art. 6 Abs. 2 aOHG lautete wie folgt: «Sie [die Polizei] übermittelt Name und Adresse des Opfers einer Beratungsstelle. Sie

¹⁵² Vgl. Parlamentarische Initiative Schutz vor Gewalt im Familienkreis und in der Partnerschaft, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 18. August 2005, BBl 2005 6871 (Bericht Rechtskommission); Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 (Schutz der Persönlichkeit gegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen), in Kraft seit 1. Juli 2007, AS 2007 137; ausführlich dazu HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 135), S. 237 ff.; SCHWANDER (Fn. 2), S. 126 ff.

¹⁵³ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2009 (Zivilprozessordnung, ZPO), SR 272.

¹⁵⁴ Was wohl ein gesetzgeberisches Versehen ist.

¹⁵⁵ Vgl. Bericht Rechtskommission (Fn. 152), BBl 2005 6871, S. 6889.

¹⁵⁶ Vgl. Bericht Rechtskommission (Fn. 152), BBl 2005 6871, S. 6889.

¹⁵⁷ Vgl. Bericht Rechtskommission (Fn. 152), BBl 2005 6871, S. 6889 f.

¹⁵⁸ Eigene Abklärungen auf der Grundlage vom THERES EGGER/MARIANNE SCHÄR MOSER, Gewalt in Paarbeziehungen. Ursachen und in der Schweiz getroffene Massnahmen, Schlussbericht vom September 2008 zu Händen des Eidg. Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann, S. 96 ff.

¹⁵⁹ Siehe Fn. 71.

¹⁶⁰ Vgl. beispielsweise § 15 Abs. 2 des Gewaltschutzgesetzes des Kantons Zürich (GSG) vom 19. Juni 2008, LS 351.

¹⁶¹ Vgl. auch vorne Ziffer 5.1.1.

¹⁶² Vgl. BIAGGINI (Fn. 114), Art. 123, Rz. 2.; vgl. auch vorne Ziffer 5.1.2.

¹⁶³ Vgl. vorne Ziffer 5.1.2 und 5.1.3.

¹⁶⁴ AS 2007 137.

¹⁶⁵ Vgl. vorstehend Ziffer 2.

weist das Opfer vorher darauf hin, dass es die Übermittlung ablehnen kann.» Die Kompetenz des Bundes zum Erlass von Verfahrensrecht bestand damals noch nicht. Art. 6 Abs. 2 aOHG regelte direkt gestützt auf Art. 124 BV bundesgesetzlich das Handeln der Polizei¹⁶⁶, dies mithin unabhängig von der Stellung der Polizei im kantonalen Strafverfahrensrecht. Die Vorlage zu Art. 28b ZGB sah ursprünglich einen Absatz 5 vor, in welchem die Kantone verpflichtet wurden, dafür zu sorgen, dass die verletzten Personen sich an besondere Beratungsstellen wenden konnten.¹⁶⁷ Der Bundesrat lehnte dieses Vorhaben ab, insbesondere mit der Begründung, dass mit den Opferhilfestellen nach aOHG bereits ein genügendes Unterstützungsangebot bestehe.¹⁶⁸ Das Parlament folgte dieser Auffassung und strich den Absatz 5 aus der Vorlage.¹⁶⁹ Der Wille des Gesetzgebers kann nur dahingehend ausgelegt werden, dass die Weiterleitung von Opferdaten und damit die (pro-aktive) Beratung der von Gewalt, Drohung und Nachstellung betroffenen Personen *abschliessend durch Art. 6 Abs. 2 aOHG geregelt* wird. Den Kantonen verblieb mithin bereits damals kein Raum für Regelungen der Beratung – und damit der Übermittlung von Opferdaten zwecks pro-aktiver Beratung an Beratungsstellen gegen den Willen der betroffenen Person. Mit dem Wechsel zum neuen Opferhilfegesetz (Art. 8 Abs. 2 OHG) am 1. Januar 2009 änderte sich an dieser Rechtslage grundsätzlich nichts.¹⁷⁰ Der Vorbehalt zur Regelung des Verfahrens durch die Kantone in Art. 28b Abs. 4 ZGB war zudem bis zum Inkrafttreten des neuen Verfahrensrechts auf den 1. Januar 2011 ein unechter. Im Gegensatz zu den prozessrechtlichen Bestimmungen von Art. 28c–28f ZGB, welche mit dem Inkrafttreten der ZPO aufgehoben wurden¹⁷¹, war Art. 28b ZGB nicht Gegenstand der Diskussion zum neuen Verfahrensrecht und wurde unverändert belassen. Der Sinn- und Regelungsgehalt von Art. 28b Abs. 4 ZGB ist mithin unverändert geblieben, auch wenn eine rein systematische Auslegung anderes vermuten lässt. Art. 28b Abs. 4 ZGB ermächtigt die Kantone auch heute nicht, die Meldung der Opferdaten durch die Polizei an Beratungsstellen zu regeln.

[Rz 63] Mit Ausnahme des Kantons Luzern wurden alle kantonalen Regelungen, welche im Zusammenhang mit Art. 28b ZGB eine Mitteilung der Polizei von Amtes wegen an eine Beratungsstelle vorsehen, vor dem Inkrafttreten des neuen Prozessrechts geschaffen, zu einem Zeitpunkt also, in welchem die Kantone klarerweise nicht zum Erlass derartiger Regelungen befugt waren. Im Kanton Basel-Stadt war die

automatische Meldung zudem auch hoch umstritten. Die grossrätliche Kommission hat diese – entgegen dem Antrag des Regierungsrats – mit dem Stichtscheid des Präsidiums dem Rat beantragt.¹⁷²

[Rz 64] Der Bundesgesetzgeber hat in Art. 305 Abs. 3 StPO klar festgehalten, dass die Polizei in ihrer gerichtspolizeilichen Funktion die Adressdaten eines Opfers nur dann an eine Beratungsstelle weiterleiten darf, wenn das Opfer zustimmt. In der Polizei sind hinsichtlich Gewalt, Drohung und Nachstellung – wie erwähnt – die Funktionen der Gerichtspolizei, der Sicherheitspolizei und der Kriseninterventionsstelle vereint. Art. 305 Abs. 3 StPO kann angesichts dieser Mehrfachfunktion von den Kantonen nicht dadurch unterlaufen werden, dass diese für die Polizei in ihrer sicherheitspolizeilichen Funktion bzw. in ihrer Funktion als Kriseninterventionsstelle nach Art. 28b Abs. 4 ZGB eine andere Regelung erlassen.

5.4 Fazit

[Rz 65] Die Mitteilung von Adressdaten von Opfern und anderen Geschädigten durch die Polizei an Beratungsstellen ist bundesrechtlich abschliessend dahingehend geregelt, dass eine Mitteilung *nur mit Zustimmung der betroffenen Person* erfolgen darf. Abweichende kantonale Regelungen sind bundesrechtswidrig und stellen deshalb keine Ermächtigung zur Datenweitergabe dar.

[Rz 66] Wenn die Polizei gestützt auf kantonales Recht trotzdem Opferdaten von Amtes wegen einer Beratungsstelle mitteilt, so erfüllt dies den objektiven Tatbestand der Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 Abs. 1 StGB). Allerdings bleiben die betreffenden Polizeiangestellten straffrei, da sie sich angesichts der kantonalen gesetzlichen Regelungen in einem Verbotsirrtum (Art. 21 StGB) befinden.

6. Mögliche Optimierung de lege ferenda

[Rz 67] Die heutige Rechts- und Sachlage ist in zweierlei Hinsicht unbefriedigend: Materiell dürfen Opferdaten gemäss abschliessender bundesrechtlicher Regelung nur mit dem Einverständnis des Opfers an eine Beratungsstelle weitergegeben werden; dies kann dazu führen, dass in einzelnen Fällen der pro-aktive Ansatz nicht zum Tragen kommt und die sachlich notwendige Beratung der durch eine Straftat oder durch andere Formen von Gewalt, Drohung und Nachstellung betroffenen Person suboptimal ist oder nicht stattfinden kann.¹⁷³ In formeller Hinsicht muss festgestellt werden, dass die Gesetzgebung zur Weiterleitung der Opferdaten

¹⁶⁶ Vgl. vorstehend Ziffer 5.1.1.

¹⁶⁷ Vgl. Bericht Rechtskommission (Fn. 152), BBI 2005 6871, S. 6891.

¹⁶⁸ Vgl. Parlamentarische Initiative Schutz vor Gewalt im Familienkreis und in der Partnerschaft, Stellungnahme des Bundesrates vom 9. November 2005, BBI 2005 6897, S. 6900.

¹⁶⁹ Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 135), S. 243.

¹⁷⁰ Vgl. vorstehend Ziffer 2.

¹⁷¹ Anhang 1, Ziffer II 3 ZPO.

¹⁷² Bericht der Justiz-, Sicherheits- und Sportkommission zum Ratschlag 06.1574.01 betreffend Änderung des Gesetzes betreffend die Kantonspolizei des Kantons Basel-Stadt (Polizeigesetz).

¹⁷³ In diesem Sinne auch GLOCKENGIESSER/STÄMPFLI, Es darf diskutiert werden (Fn. 4), S. 90.

und damit der pro-aktiven Opferberatung in StPO, OHG und Art. 28b ZGB missverständlich und teilweise nicht kongruent ist.

[Rz 68] Die Bundesverfassung schränkt den Gesetzgeber zum Schutz der Persönlichkeit der betroffenen Personen ein und lässt eine Mitteilung der Polizei an die Beratungsstelle nur im Einverständnis mit der betroffenen Person zu.¹⁷⁴ Nur innerhalb dieses verfassungsrechtlichen Rahmens kann nach besseren Lösungen gesucht werden. Eine Optimierung muss – ausgehend vom erwiesenermassen unterschiedlichen Beratungsbedarf der Opfer¹⁷⁵ – gewährleisten, dass in den Fällen, in welchen das Opfer auf Grund der konkreten Umstände ausnahmsweise nicht in der Lage ist, sich selber frei für oder gegen die Kontaktaufnahme durch eine bestimmte Beratungsstelle zu entscheiden, letztere vorsorglich immer stattfindet, ohne dass gleichzeitig diese Vorsorge für eine bestimmte Kategorie von Opfern – auch aus der Beratungssicht sachwidrig – in die Persönlichkeitsrechte der übrigen Opfer eingreift, die durchaus in der Lage sind, ihren Beratungsbedarf abzuschätzen und zu artikulieren. Eine mögliche Lösung liegt nahe an der ursprünglich vom Gesetzgeber beschlossenen Fassung von Art. 305 Abs. 3 StPO¹⁷⁶. Wenn das Opfer nach der Information über die Beratungsmöglichkeiten und nach dem ausdrücklichen, formelhaften Hinweis, dass seine Adressdaten zwecks Kontaktaufnahme an eine bestimmte Beratungsstelle weitergeleitet werden, soweit es nicht auf diese Beratung verzichte oder die Kontaktaufnahme durch eine andere Beratungsstelle wünsche, weder dem Verzicht auf Beratung erklärt noch die Kontaktaufnahme durch eine andere Beratungsstelle ausdrücklich wünscht, dann – und nur dann – soll die Polizei verpflichtet sein, die Adressdaten von Amtes wegen weiterzuleiten. Zwar liegt in diesen Fällen dann keine ausdrückliche Zustimmung¹⁷⁷ – allenfalls sogar in Schriftform – vor. Die schweizerische Lehre geht aber davon aus, dass die massgebliche Willenserklärung zur Einwilligung in bestimmten Fällen auch formfrei¹⁷⁸ und durch konkludentes Handeln¹⁷⁹ erfolgen kann. Eine konkludente Einwilligung liegt aber nur dann vor, wenn sich die erforderliche Zustimmung aus den Umständen klar und unmissverständlich ergibt, «d.h. hinreichend schlüssige, tatsächliche Anhaltspunkte vorhanden sind, die nach Treu und Glauben keinen anderen Schluss zulassen»¹⁸⁰. Eine konkludente Einwilligung kann in bestimmten Fällen auch bei besonders schützenswerten Personendaten genügen.¹⁸¹ Die Einwilligung alleine genügt

allerdings nach der hier vertretenen Auffassung nicht, es braucht zusätzlich eine entsprechende gesetzliche Grundlage, d.h. eine Grundlage des materiellen Datenschutzrechts.

[Rz 69] Mithin könnte eine optimierte Fassung von Art. 305 Abs. 3 StPO wie folgt lauten: «Sie [die Polizei oder die Staatsanwaltschaft] informieren darüber, dass die Wohn- und Postadresse sowie die Telefonnummer einer bestimmten Beratungsstelle mitgeteilt werden, sofern das Opfer nicht auf eine Beratung verzichtet oder die Mitteilung an eine andere Beratungsstelle wünscht. Wenn das Opfer daraufhin nicht ausdrücklich auf eine Beratung verzichtet, wird die Mitteilung ausgeführt.»

[Rz 70] Gleichzeitig sollte Art. 28b Abs. 4 ZGB wie folgt ergänzt werden: «Die Mitteilung an eine Beratungsstelle richtet sich nach Artikel 305 Absatz 3 der Schweizerischen Strafprozessordnung.»

Mag. rer. publ. Daniel Kettiger ist Rechtsanwalt, Berater und Justizforscher in Bern; er war Gesetzesredaktor der Einführungsgesetzgebung zur StPO im Kanton Zug.

Dr. iur. Marianne Schwander, dipl. klin. Heilpädagogin, ist Professorin für Recht und Sozialpolitik an der Berner Fachhochschule und Lehrbeauftragte am Departement für Strafrecht und Kriminologie der Universität Bern.

* * *

¹⁷⁴ Vgl. vorstehend Ziffer 5.2.

¹⁷⁵ Vgl. vorstehend Ziffer 3.2.

¹⁷⁶ Vgl. BBl 2007 6977, S. 7070, sowie vorstehend Ziffer 2, Rz. 4.

¹⁷⁷ Vgl. dazu vorstehend Ziffer 4.3.

¹⁷⁸ Vgl. ROSENTHAL (Fn. 85), Art. 4, Rz. 77.

¹⁷⁹ Vgl. ROSENTHAL (Fn. 85), Art. 4, Rz. 79.

¹⁸⁰ ROSENTHAL (Fn. 85), Art. 4, Rz. 79, mit Hinweis auf BGE 52 II 292.

¹⁸¹ Vgl. ROSENTHAL (Fn. 85), Art. 4, Rz. 83; es geht hier – wie schon bei der Formulierung von Art. 305 Abs. 3 StPO vom 7. Oktober 2007 – entgegen der

Auffassung von GLOCKENGIESSER/STÄMPFLI, Es darf diskutiert werden (Fn. 4), S. 91, nicht um ein Stillschweigen.