

Die Rechtsprechung zum Opferhilfegesetz in den Jahren 1993 bis 1998.

Eine Studie im Auftrage des Bundesamtes für Justiz

von Karl-Ludwig Kunz und Philipp Keller

Bern, im Dezember 1999

Prof. Dr. iur. Karl-Ludwig Kunz und cand. iur. Philipp Keller
Universität Bern
Institut für Strafrecht und Kriminologie
Hochschulstrasse 4 CH 3012 Bern Schweiz
E-mail: karl-ludwig.kunz@krim.unibe.ch
online: <http://www.cx.unibe.ch/krim/>



Inhaltsübersicht

1.	Fragestellung	6
2.	Untersuchte Gerichtsentscheide	7
3.	Zusammenfassung der Ergebnisse	7
4.	Grundfragen.....	9
4.1.	Im Spannungsfeld von Missbrauchsbekämpfung und Opferfreundlichkeit	9
4.2.	Hilfe an Opfer von Straftaten eine Staatsaufgabe?	9
4.3.	Mitverschulden des Opfers?	11
4.4.	Uneinheitlichkeit der kantonalen Umsetzung des OHG	12
5.	Art. 2 OHG: Präzedenzentscheide.....	13
5.1.	Beurteilung der Opfereigenschaft im Sinne von Art. 2 Abs. 1 OHG	13
5.2.	Welche Straftaten können eine Opferstellung begründen?.....	14
6.	Art. 2 OHG: kantonale Praxis	15
6.1.	Wer ist Opfer im Sinne von Art. 2 Abs. 1 OHG?	15
7.	Art. 2 OHG: gesetzlicher Klärungsbedarf	18
7.1.	Der Straftatbegriff.....	18
7.2.	Die Abgrenzung von Opfern und den Opfern gleichgestellten Personen.....	21
7.3.	Sexuelle Integrität	23
7.4.	Welche Integritätsbeeinträchtigungen sind unmittelbar?.....	23
7.5.	Anzeige- und Mitwirkungspflichten des Opfers.....	26
8.	Art. 2 OHG: gesetzlicher Änderungsbedarf	27
8.1.	Der Opferbegriff	27
8.2.	Der Straftatbegriff.....	28
8.3.	Zwischenbilanz und Lösungsvorschlag	29
9.	Art. 3 OHG: Präzedenzentscheide.....	31
9.1.	Was ist Soforthilfe?	31
9.2.	Was sind weitere Kosten?	32
9.3.	Kriterien für die Übernahme weiterer Kosten.....	33
10.	Art. 3 OHG: kantonale Praxis	34
11.	Art. 3 OHG: Kriterien für Beratungshilfe	36

11.1.	Kriterien für die Übernahme juristischer Kosten im Rahmen der Beratungshilfe...	36
11.2.	Reduktion oder Verweigerung der Beratungshilfe wegen Mitverschulden.....	38
12.	Art. 3 OHG: gesetzlicher Klärungsbedarf	39
12.1.	Subsidiarität der juristischen Beratungshilfe	39
12.2.	Juristische Beratungshilfe und unentgeltliche Rechtspflege.....	42
12.3.	Die Abgrenzung von Beratungshilfe und Entschädigung.....	44
13.	Art. 4 OHG	45
14.	Art. 5, 6, 7 OHG: Präzedenzentscheide und kantonale Praxis	46
14.1.	Interessensabwägung oder absoluter Opferschutz?	47
14.2.	Wie weit reicht das Aussageverweigerungsrecht des Opfers?.....	48
14.3.	Verhältnis zur EMRK	49
15.	Art. 5, 6, 7 OHG: gesetzlicher Klärungs- und Änderungsbedarf	50
15.1.	Bedeutung von Art. 5 Abs. 1 OHG.....	50
15.2.	Ausschluss der Öffentlichkeit	50
15.3.	Vermeidung einer Konfrontation mit dem Beschuldigten.....	50
15.4.	Bekanntgabe der Identität des Opfers	51
15.5.	Die Informationspflicht und die Folgen ihrer Verletzung	52
15.6.	Verhältnis des Aussageverweigerungsrechts zu kantonalem Strafprozessrecht.....	54
15.7.	Einvernahme durch eine Person desselben Geschlechts.....	55
16.	Art. 8, 9 OHG: Präzedenzentscheide und kantonale Praxis	55
16.1.	Ist das Opfer zum Rekurs gegen die Sistierung des Verfahrens berechtigt?	56
16.2.	Wann hat ein Opfer seine Zivilansprüche geltend gemacht?.....	56
16.3.	Wie ist Art. 9 Abs. 1 OHG zu lesen?	57
16.4.	Unverhältnismässigkeit, Ansprüche von geringer Höhe	58
16.5.	Art. 9 Abs. 4 OHG: Wie weit reicht die kantonale Gesetzgebungsautonomie?	58
16.6.	Berufung des Opfers auch im Strafpunkt?.....	59
17.	Art. 8, 9 OHG: gesetzlicher Klärungsbedarf	59
17.1.	Reichweite des Rechts auf Beteiligung am Verfahren	59
17.2.	Voraussetzungen und Folgen von Art. 8 Abs. 1 lit. b OHG	60
17.3.	Gerichtsort	62
17.4.	Umfang und Natur der Informationspflicht und die Folgen ihrer Verletzung.....	62

17.5.	Keine Berufung des Opfers im Strafpunkt!	62
17.6.	Verweisung auf den Zivilweg.....	64
18.	Art. 10 OHG: gesetzlicher Klärungsbedarf	64
19.	Art. 11 OHG: gesetzlicher Klärungs- und gegebenenfalls Änderungsbedarf	65
19.1.	Gerichtsort	65
19.2.	Ausländische Opfer von im Ausland begangenen Straftaten	66
20.	Art. 12 Abs. 1 OHG: Kriterien für Entschädigungen.....	67
21.	Art. 12 Abs. 2 OHG: Präcedenzentscheide	69
21.1.	Kein Rechtsfolgeermessen bei Genugtuungsansprüchen	69
21.2.	Verzinsung von Genugtuungssummen	72
21.3.	Kriterien für Genugtuungen.....	72
21.4.	Fallsammlung: gesprochene Genugtuungen.....	80
22.	Art. 12 Abs. 2 OHG: gesetzlicher Klärungsbedarf.....	83
22.1.	Anspruchsvoraussetzungen für Genugtuungen.....	83
22.2.	Genugtuungen aus Art. 2 Abs. 2 OHG	83
22.3.	Die Rechtsnatur von Genugtuungen	85
22.4.	Die Entschädigung von Beeinträchtigungen der sexuellen Integrität.....	86
23.	Art. 13 Abs. 1 OHG: Präcedenzentscheide und Klärungsbedarf	86
23.1.	Gerichtliche Vergleiche	86
23.2.	Verhältnis zum Zivilrecht	87
24.	Art. 13 Abs. 2 OHG: Das Problem des Mitverschuldens.....	87
24.1.	Anrechnung des Mitverschuldens.....	87
24.2.	Lebensführungsschuld als Mitverschulden.....	91
24.3.	Wem kann wessen Mitverschulden angerechnet werden?.....	94
25.	Art. 14 OHG: Präcedenzentscheide und Klärungsbedarf.....	95
25.1.	Was heisst Subsidiarität?	95
25.2.	Kompetenzkonflikte zwischen Kantonen und Gemeinden.....	97
26.	Art. 14 OHG: gesetzlicher Änderungsbedarf	98
26.1.	Anrechnung von wegen Mitverschuldens gekürzten Leistungen	98
26.2.	Der Regress auf den Täter.....	99
27.	Art. 15 OHG: Präcedenzentscheide und kantonale Praxis	99

28. Art. 15 OHG: gesetzlicher Klärungs- und Änderungsbedarf	100
29. Art. 16, 17 OHG: Präzedenzentscheide und kantonale Praxis	100
30. Art. 16, 17 OHG: gesetzlicher Klärungs- und Änderungsbedarf	102
30.1. Reichweite der beiden Artikel	102
30.2. Die Verwirkungsfrist	103
31. Schlussbemerkungen	105
32. Literaturverzeichnis	108

1. Fragestellung

Zu dem am 1. Januar 1993 in Kraft getretenen Opferhilfegesetz (OHG) hat sich inzwischen eine umfängliche Anwendungspraxis herausgebildet. Hinsichtlich der Verwendung der Aufbauhilfe waren die Kantone gegenüber dem Bundesrat sechs Jahre lang berichtspflichtig (Art. 11 OHV). Das in der Berichtspflicht zum Ausdruck kommende Anliegen einer Evaluation des Gesetzes gilt über die Berichtspflicht hinaus für das Opferhilfegesetz insgesamt in besonderem Masse, wird darin doch der traditionell täterzentrierten Optik des Strafverfahrens eine grundlegend neue, auf Opferbelange abstellende Sichtweise entgegengestellt. Da eine praktische Konkordanz dieser Perspektiven keineswegs selbstverständlich erscheint und Abstimmungsprobleme zu erwarten sind, verdienen die inzwischen gesammelten Erfahrungen mit dem Vollzug des OHG besondere Beachtung. Hinzu kommt, dass als Konsequenz eines sehr knapp und mitunter nicht sehr präzise formulierten Gesetzestexts dessen Auslegung sich wesentlich an der OHG-Botschaft des Bundesrates (BB1 1990 II 961 ff., in der Folge zitiert als „Botschaft“) orientierte. Dadurch gewann die Botschaft über ihre traditionelle Bedeutung als blosser Auslegungshilfe des Gesetzes hinaus faktisch den Rang einer eigenständigen Rechtsquelle neben dem Gesetz. Dies ist methodisch und rechtsstaatlich wenig befriedigend. Die knappe, vielfach divergierende Auslegungen gestattende Gesetzesfassung lässt zudem eine regional divergierende Gesetzesauslegung erwarten. Es ist deshalb angezeigt, nunmehr die Anwendungspraxis des Gesetzes zu studieren, um daraus Lehren für einen etwaigen gesetzlichen Nachbesserungsbedarf zu ziehen.

Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf die Erhebung der *gerichtlichen* Anwendungspraxis des OHG. Dabei ist zu beachten, dass die in Gerichtsurteilen zum Ausdruck kommende Opferhilfe nur einen kleinen Teilbereich der real geleisteten Opferhilfe darstellt und diese vermutlich nicht adäquat widerspiegelt. Zudem kann in einer Untersuchung wie der vorliegenden nicht die gesamte Rechtsprechung zum OHG, sondern nur die massgebliche höchstrichterliche Rechtsprechung erfasst und ausgewertet werden. Demgemäss finden hier Urteile des Bundesgerichts sowie der letztinstanzlichen kantonalen Gerichte Berücksichtigung. Daneben werden Lehrmeinungen zu den Problemen des OHG berücksichtigt, insoweit diese Meinungen die höchstrichterliche Rechtsprechung beeinflussen oder sich gegenüber dieser kritisch abgrenzen. Auf Grund der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung und der Lehrmeinungen zum OHG sollen hier folgende Fragen beantwortet werden:

1. Zu welchen Bestimmungen des OHG existieren kantonale Präzedenzurteile und wo besteht eine gesamtschweizerische „*unité de doctrine*“?
2. Welche Bestimmungen des OHG werden je nach Kanton unterschiedlich gehandhabt und wie wäre die Praxis allenfalls zu vereinheitlichen?
3. Welche Kriterien spielen für die Bemessung von Entschädigungen und Genugtuungen nach Art. 11 ff. OHG welche Rolle?
4. Welche Leistungen werden nach welchen Kriterien über Art. 3 OHG bzw. über Art. 11 ff. OHG abgegolten?
5. Wo besteht gesetzlicher Klärungsbedarf?
6. Wo besteht gesetzlicher Änderungsbedarf?

Nach einer kurzen Zusammenfassung der Ergebnisse wird jeder der 17 Artikel des Opferhilfegesetzes auf diese Fragen hin untersucht werden. Zur leichteren Lesbarkeit wird bei der

Beantwortung jeder dieser Fragen der einschlägige Gesetzestext den eigenen Ausführungen vorangestellt. Zuletzt werden die wichtigsten Erkenntnisse und die sich daraus ergebenden Verbesserungsvorschläge zusammengestellt.

2. Untersuchte Gerichtsentscheide

Dieser Arbeit zugrunde liegen insgesamt 252 Urteile, darunter 47 Urteile des Bundesgerichts, wovon 205 von den Kantonen dem Bundesamt für Justiz eingereicht wurden. Diese Datenbasis ist insofern unvollständig, als von den Kantonen erlassene, aber nicht eingereichte Urteile sowie die nicht eingereichten unveröffentlichten Bundesgerichtsentscheide unberücksichtigt bleiben.

3. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die letztinstanzliche kantonale Rechtsprechung zum Opferhilfegesetz (OHG) bewegt sich im Spannungsfeld von Missbrauchbekämpfung und Opferfreundlichkeit. Uneinheitlich ausgelegt wird insbesondere der Opferbegriff: vom Bundesgericht weit, in Basel und Zürich eher restriktiv.

Die Beurteilung der Opfereigenschaft im Sinne von Art. 2 Abs. 1 OHG ist wohl vor allem deshalb uneinheitlich, weil das OHG selbst mit einem Opferbegriff operiert, der von der strafrechtlichen Beurteilung durch die Justizbehörden unabhängig ist. Zudem zeigt sich, dass sich die drei sehr verschiedenen Grundanliegen des OHG, Opfer zu beraten, ihre strafprozessuale Stellung zu stärken und ihre Integritätsbeeinträchtigungen zu entschädigen, nur schlecht durch die Klammer eines gemeinsamen Opferbegriffs zusammenhalten lassen. Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach für den Anspruch auf Beratungshilfe allein schon die glaubwürdige Behauptung genüge, Opfer einer Straftat zu sein (BGE 122 II 211), hat sich in den Kantonen noch nicht durchgesetzt, obwohl die Verbindungsstellen-Konferenz OHG sogar empfahl, *jede* hilfesusuchende Person bis zum Nachweis des Gegenteils als Opfer zu betrachten.

Analoge Probleme stellen sich beim Straftatbegriff: In einem Rechtsstaat kann darüber, ob eine Straftat im strafrechtlichen Sinn vorliegt, nur ein Gericht entscheiden, wohingegen die Feststellung einer Opferstellung und damit einer Straftat nach OHG unabhängig davon durch die Verwaltung nach anderen als strafrechtlichen Massstäben erfolgt. Dieses Abstellen auf einen strafrechtsunabhängigen Straftatbegriff des OHG bewirkt vielfältige Probleme, welche sich in der Rechtsprechung dazu spiegeln. Statt mit dem Bundesgericht davon auszugehen, dass der Straftatbegriff (trotz der schwächeren Beweisvoraussetzungen) „grundsätzlich gleich wie im Strafgesetzbuch definiert“ ist (BGE 122 II 211), wäre es wohl einfacher, für den Anspruch auf Beratungshilfe völlig auf den Straftatbegriff zu verzichten, für Entschädigungen und Genugtuungen dagegen auf gerichtlich festgestellte Tatbestandsmässigkeit abzustellen.

Unklar ist weiter auch, wie sich Rechtfertigungsgründe und ein allfälliges Mitverschulden auf die Opferstellung des Geschädigten auswirken können. Für die Schwere der Beeinträchtigung, die nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Massstab bei der Beurteilung der Opferansprüche sein soll (BGE 120 Ia 157, 125 II 265), spielt es keine Rolle, ob die Gewaltanwendung, die sie verursachte, verhältnismässig oder gerechtfertigt war. Es widerspricht deshalb dem Grundgedanken des Opferhilfegesetzes, fehlendes Mitverschulden zur Vorbedingung der Zuschreibung der Opfereigenschaft zu machen. Falsch ist insbesondere, wie zahlreiche kriminologische Untersuchungen zeigen, von dem Bild des „armen“ und „wehrlosen“ Opfers als Grundmuster auszugehen, und bei Abweichungen von diesem Muster den Opferschutz einzuschränken. Beratungshilfe wegen Mitverschuldens zu verweigern, widerspricht dem Geist

und Buchstaben des Gesetzes (BGE 122 II 315). Statt bei Körperverletzungen im Drogenmilieu oder Vergewaltigungen von Prostituierten den Opfern eine Lebensführungsschuld entgegenzuhalten, sollten stattdessen Genugtuungen grundsätzlich *mitverschuldensunabhängig* ausgerichtet werden. Besonders unbefriedigend ist, den Hinterbliebenen das Mitverschulden des Verstorbenen anzurechnen: für das Ausmass ihres Leids spielt dies keine Rolle. Ohnehin kann gemäss dem Bundesgericht nur in besonders krassen Fällen, wo das Mitverschulden des Opfers „den Kausalablauf unterbricht“, die Genugtuung verweigert werden – dies aber ohne dass es eine spezialgesetzliche Regelung bräuchte (BGE 124 II 8). Im Licht dieser Überlegungen empfiehlt es sich, die jeweiligen Bedingungen einer Anspruchsberechtigung wie folgt abzuändern:

1. Wer glaubhaft machen kann, gegen seinen Willen in seiner physischen, psychischen oder sexuellen Integrität verletzt worden zu sein, hat Anspruch auf Beratungshilfe. Die dem Opfer nach Art. 2 Abs. 2 OHG gleichgestellten Personen und allfällige Zeugen der Straftat haben demnach Anspruch auf Beratung, sofern sie eine eigene Beeinträchtigung der (psychischen) Integrität geltend machen können.
2. Wer behauptet, durch eine Straftat geschädigt zu sein, hat Anspruch auf Persönlichkeitsschutz, Verbeiständung und die Geltendmachung von Verfahrensrechten und Zivilansprüchen im Strafprozess.
3. Wer durch eine gerichtlich als tatbestandsmässig erweisbare Straftat in ihrer bzw. seiner körperlichen, psychischen oder sexuellen Integrität verletzt wurde, hat Anspruch auf Entschädigung und/oder Genugtuung.

Bei der Frage der Abgrenzung von Beratungshilfe und Entschädigung zeigt sich ein Dilemma: um in den Kantonen eine einheitliche Regelung durchzusetzen, müsste wie im Kanton Zürich eine scharfe Grenze gezogen werden. Dabei ginge aber – wie das Bundesgericht festgestellt hat (unveröffentl. Entscheid vom 17. 8. 1997) – die sachliche Rechtfertigung der Unterscheidung verloren. Weil diese Unterscheidung für in der Schweiz wohnhafte Ausländer von zentraler Bedeutung ist, sollte zudem darauf verzichtet werden, nur Opfer schweizerischer Nationalität zu entschädigen.

Im Bereich der Verfahrensrechte zeigt sich, dass die kantonalen Gerichte selbst dort Interessensabwägungen vornehmen, wo dem Opfer ein absoluter, grundrechtlich begründbarer Anspruch zusteht. Zu klären wäre, ob sich das Aussageverweigerungsrecht nach Art. 7 Abs. 2 OHG auch auf die Erstellung von Glaubwürdigkeitsgutachten bezieht und ob es mit dem für innerfamiliäre Sexualdelikte in verschiedenen Kantonen vorgesehenen Ausschluss des Aussageverweigerungsrechts wegen Verwandtschaft vereinbar ist. Art. 9 Abs. 1 OHG ist zudem missverständlich formuliert: entgegen der Lesart vieler Kantone besagt er nicht, dass der Strafrichter bei Freispruch oder Verfahrenseinstellung die Zivilforderungen *nicht* beurteilen *dürfe*. Die Berufungsmöglichkeit des Opfers nach Art. 8 Abs. 1 lit. b OHG ist insofern problematisch, als sie auch im Strafpunkt möglich ist, sofern dieser nur seine Zivilansprüche berührt. Da das Interesse des Opfers an einer Bestrafung des Täters rechtlich nicht geschützt wird (BGE 121 IV 317), wären hier Möglichkeiten zu prüfen, wie das Opfer seine Zivilansprüche *trotz* Freispruch des Täters geltend machen könnte.

Die Verwirkungsfrist schliesslich ist zu kurz, weshalb Genf und Zürich zu abenteuerlichen Konstruktionen Zuflucht nehmen mussten. Vorzugswürdig wäre hier eine flexible Regelung, die die Frist mit dem frühestmöglichen Zeitpunkt der Geltendmachung von Zivilansprüchen beginnen liesse (im Normalfall der polizeilichen Information über die Beratungsstelle). Zur

Vereinheitlichung der disparaten kantonalen Praxis wäre zudem an eine nationale Zusammenstellung *aller* von kantonalen Opferhilfe-Instanzen (d.h. insbesondere den Entschädigungsbehörden) gesprochenen Summen zu denken.

4. Grundfragen

1. ABSCHNITT: ALLGEMEINE BESTIMMUNGEN

ART. 1 ZWECK UND GEGENSTAND

1 Mit diesem Gesetz soll den Opfern von Straftaten wirksame Hilfe geleistet und ihre Rechtsstellung verbessert werden.

2 Die Hilfe umfasst:

- a. Beratung;
- b. Schutz des Opfers und Wahrung seiner Rechte im Strafverfahren;
- c. Entschädigung und Genugtuung.

4.1. Im Spannungsfeld von Missbrauchsbekämpfung und Opferfreundlichkeit

Die Kantone Zürich und Graubünden berichteten im zweiten OHG-Bericht des Bundesamtes für Justiz von einem „Spannungsfeld zwischen Missbrauchsbekämpfung und opferfreundlicher Handhabung des Opferhilfegesetzes“ (S. 45). Dieser Beobachtung ist auch mit Blick auf die letztinstanzliche kantonale Rechtsprechung zum OHG beizupflichten. Die Spannung äussert sich beispielsweise beim **Opferbegriff**, der vom Bundesgericht sehr weit, in Basel und Zürich aber eher restriktiv gefasst wird. Er äussert sich auch im sehr unterschiedlichen Gewicht, das auf die Frage eines allfälligen Mitverschuldens des Opfers gelegt wird.

4.2. Hilfe an Opfer von Straftaten eine Staatsaufgabe?

Ein weitere unbeantwortete Grundfrage ist, womit es sich begründen lässt, dass die Hilfe an Opfer von Straftaten eine Staatsaufgabe sein soll. Von vielen möglichen Antworten finden sich Spuren in kantonalen Urteilen.

4.2.1. Anspruch auf staatliche Sicherheitsgewähr

Man kann die Notwendigkeit der Opferhilfe aus dem Anspruch auf Sicherheitsgewähr und Schutz vor Kriminalität durch den Staat ableiten. Erfüllt dieser seine Aufgabe nicht oder nur schlecht, so muss er für die Kosten seines Versagens aufkommen. So argumentierte das Genfer Verwaltungsgericht in seinem Urteil vom 28. März 1995:

„Qui plus est, le fait que l'agression [es handelt sich um eine Vergewaltigung] se soit produite quasiment sur une voie publique, en pleine ville, en tout début de soirée, alors que les rues sont très fréquentées par tout un chacun regagnant son domicile, est de nature à altérer profondément le sentiment de sécurité et à remettre en cause le devoir de protection de l'Etat envers les citoyens.“

In diese Kategorie gehört auch der Gedanke, dass das Opferhilfegesetz eine Art *Versicherung gegen Kriminalitätsfolgen* darstelle. Dies erklärt die bei der Beurteilung von Opferhilfe-Fällen häufige analoge Anwendung von Sozialversicherungsrecht und die Tatsache, dass der Kanton Zürich das Sozialversicherungsgericht als zweite OHG-Instanz eingesetzt hat.

4.2.2. Solidarischer Ausgleich selektiv erlittener Ungerechtigkeit

Wenn der Sinn des OHG darin gesehen wird, im heutigen System entstehende Gerechtigkeitslücken zu schliessen, klingt der Gedanke an, dass die staatliche Entschädigung die Ungerechtigkeit ausgleichen soll, die damit entsteht, dass Kriminalität nur einige trifft. Diese wenigen verdienen die solidarische Hilfe aller, soweit sie dieser bedürfen.¹ Diese Grundidee wird vom Zürcher Sozialversicherungsgericht dahingehend präzisiert, dass primär denjenigen geholfen werden soll, die es aus der Sicht des Gerichtes nicht verdient haben, zu Opfern zu werden:

„Die staatliche Opferhilfe ist als ein Akt der Solidarität zu sehen, den die Gemeinschaft zugunsten der Mitglieder leistet, die von Schwerem, *Unverdientem* geprüft werden und die weder die materiellen Mittel noch die moralische Kraft haben, um diese Prüfung allein zu bewältigen. Daraus folgt namentlich, dass die finanziellen Leistungen des Staates nicht notwendigerweise den ganzen erlittenen Schaden decken müssen (vgl. BBl 1983 III 895f.).“ (Urteil vom 18. 3. 1997, Hv. v. uns).

Die erste CETEL-Studie identifiziert den Solidaritätsgedanken explizit als Sinn und Zweck der Opferhilfe:

„La LAVI constitue une réponse à deux impulsions initiales: l’initiative du „Schweizerische Beobachter“ du 1er septembre 1980 et le texte de la Convention européenne du 24 novembre 1983 (ratifiée par la Suisse). Ces deux textes invitent l’Etat à verser une indemnité aux victimes d’infractions dans un but d’équité et de solidarité sociale.“ (1995, S. 63)

Dieser Grundgedanke der Opferhilfe kommt auch in der Forderung nach einer einkommensunabhängigen Übernahme von Anwaltskosten unter dem Titel der Beratungshilfe gut zum Ausdruck:

„Le problème du remboursement des frais d’avocat est mis en avant; la victime peut prétendre à l’assistance judiciaire en fonction d’un seuil de revenu. Elle devrait être considérée comme indépendante de son niveau de revenu car elle n’a pas chois d’être victime.“ (CETEL 1995, S. 22)

Abgesehen von der Einschränkung der Opferhilfe auf Opfer, die ihre Opferwerdung nicht verdient haben – eine Einschränkung, die von einem zu einfachen und empirisch falschen Opferbild ausgeht (s. dazu unten, Abschnitt 4.3) –, ist dieser Auffassung beizupflichten. Der Wille des Souveräns, der zur Annahme der bundesrätlichen Gegenvorschlags zur Beobachter-Initiative geführt hat, war es, den Umgang unserer Gemeinschaft mit Kriminalität und ihren Folgen dahingehend zu verändern, dass man den Opfern von Kriminalität von Staates wegen Solidarität erweist. Dies ist ein einfacher und einem sozialen Gemeinwesen gut anstehender Gedanke, der es verdient, verwirklicht zu werden.

¹ Hütte verknüpft diesen Grundgedanken mit der Bedingung einer vorsätzlichen Deliktsbegehung: „Nach OHG werden jedoch heute höhere Genugtuungen zuerkannt als nach OR. Höhere Genugtuungen nach OHG für vergleichbare Eingriffe in die Rechte der Betroffenen wären nur angebracht, wenn die Allgemeinheit verpflichtet wäre, den intensiveren Unterichtsgehalt einer schädigenden Handlung – für (z.B. vorsätzlich zugefügtes) fremdes Unrecht – vollumfänglich auszugleichen. Man darf sich fragen, ob das der Absicht des Gesetzgebers entspricht.“ (1998, S. 267). Der Bezug auf den durch Vorsatz akzentuierten Unrechtscharakter der Rechtsverletzung ist in bezug auf das OHG allerdings fehl am Platz, abstrahiert doch dieses ausdrücklich von solchen Tätermerkmalen und stellt stattdessen allein auf die Beeinträchtigung der Integrität des Opfers ab. Bei der Frage nach dem Unterschied von privatrechtlichen und opferhilferechtlichen Genugtuungen werden wir auf diese Frage zurückkommen (vgl. Abschnitt 22.3). Hütte erkennt generell den dem OHG innewohnenden Solidaritätsgedanken, wenn er schreibt: „Es ist nicht einzusehen, warum die Öffentlichkeit mit dem besonderen Unrechtsgehalt einer Tat, für die sie nicht verantwortlich ist, belastet wird.“ (S. 267). Es ist ein geradezu konstitutives Merkmal gesellschaftlicher Solidarität, dass eine Gruppe gemeinsam für individuelle Belastungen einsteht, die die nicht direkt davon Betroffenen nicht zu verantworten haben.

4.2.3. Wiederherstellung des Rechtsfriedens

Eine dritte Begründungsmöglichkeit liegt in der Auffassung, das Unrecht, das der Täter mit seiner Tat verwirklicht, liege nicht nur im individuellen Charakter seiner Tat, sondern ebenso in der Verletzung des Rechtsfriedens. Indem der Staat den Täter bestraft, anerkennt er, dass öffentliche Güter verletzt wurden. Es wäre inkonsequent, wollte er die Kosten dieser Verletzung nicht tragen. Die für Opferhilfe aufgewendeten Beträge können damit als Kriminalprävention abgebucht werden: Sie sollen Opfer zur Anzeige motivieren und damit „auch einen Beitrag zur besseren Verwirklichung des materiellen Strafrechts in diesem Bereich [...] leisten“ (Zürcher Obergericht, 5. 8. 1996). Überlegungen dieser Art kommen auch in der bundesrätlichen Botschaft zum OHG (1990) zum Ausdruck:

„Das Strafrecht kann seiner Aufgabe des Schutzes der sozialen Ordnung nur gerecht werden, wenn es auch den Anliegen des Verletzten Beachtung schenkt. Die Wiedergutmachung ist ein sinnvoller Ausgleich für die soziale Fehlleistung des Täters. Erfolgreiche Anstrengungen zur Wiedergutmachung dürften im übrigen die Chancen des Täters, künftig ein straffreies Leben zu führen, wesentlich verbessern.“ (Botschaft, S. 995)

4.2.4. Idee der Opferhilfe als durchgängige Maxime staatlichen Handelns

Ein weiteres Grundproblem des staatlichen Opferschutzes ist darin zu sehen, dass sich das Anliegen, Opfer von Straftaten zu helfen und schon gar nicht zusätzlich staatlich zu diskriminieren, seiner Natur nach nur bedingt *gesetzlich* verordnen lässt. Das Interesse an einer Unterstützung der Opfer von Straftaten muss über das OHG hinaus im gesamten Bereich staatlichen Handelns zum Ausdruck kommen. Wenn die Fremdenpolizei des Kantons Schwyz die Aufenthaltsbewilligung eines Kosovo-Albaners, der im Schlaf von seiner Frau mit heissem Öl übergossen wurde und dabei schwere Verbrennungen erlitt, wegen „Dahinfallens des ehelichen Zusammenlebens“ nicht verlängern will (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Schwyz vom 11. 5. 1995), steht dies in klarem Widerspruch zum Grundgedanken der Opferhilfe, ohne dass diese Argumentation aber ausdrücklich einer der Bestimmungen des OHG widerspräche.

4.3. Mitverschulden des Opfers?

Es ist problematisch, fehlendes Mitverschulden zur Vorbedingung der Zuschreibung der Opfereigenschaft zu machen. Falsch ist insbesondere, wie zahlreiche kriminologische Untersuchungen zeigen, von dem Bild des „armen“ und „wehrlosen“ Opfers als Grundmuster auszugehen, und bei Abweichungen von diesem Muster den Opferschutz einzuschränken. Die Täter-Opfer-Dichotomie stellt sich erst im Verlaufe der strafprozessualen Erkenntnisfindung her. Sie ist eine Konsequenz nachträglicher Zuschreibung und nicht eine adäquate Beschreibung der Personen in ihrem ursprünglichen Handlungszusammenhang. Jemand „ist“ nicht Opfer, sondern *wird* es, indem ihm dieses Attribut von anderen zugeschrieben und zuerkannt wird. Von einem zu einfachen Bild auszugehen, das die Opfer und die Täter durch eine scharfe Trennlinie separiert, ist nicht nur dem Verständnis real ablaufender Viktimisierungen abträglich, sondern auch durch zahlreiche empirische Untersuchungen widerlegt. Opfer und Täter sind in Realität weit weniger gut zu unterscheiden als man bei der Verwirklichung des an sich legitimen Grundanliegens, unverschuldet in Not Geratenen zu helfen, zu denken geneigt sein mag.

4.4. Uneinheitlichkeit der kantonalen Umsetzung des OHG

Am Beispiel des OHG zeigen sich allgemeine Probleme des schweizerischen Vollzugföderalismus. Das wohl grösste Problem der kantonalen OHG-Umsetzung ist denn auch ihre Uneinheitlichkeit. Weil sich die Kantone mit sehr unterschiedlichem Engagement an die Umsetzung des Bundesrechtes machten und die ihnen vom Bund dazu erteilten Massgaben an Klarheit zu wünschen übrig liessen, hing und hängt die Position eines Opfers stark von dem Ort der Tat und dem Wohnsitz des Opfers ab. Wer beispielsweise im Kanton Schwyz eine Straftat erleidet, hat an den Folgen seiner Viktimisierung besonders schwer zu tragen. Zu diesem Schluss kam zumindest das Bundesgericht in einem (unveröffentlichten) Entscheid vom 12. 7. 1996:

„Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerinnen war in der Folge [aufgrund des Kantons] genötigt, zahlreiche Eingaben zu verfassen und eine umfangreiche anspruchsvolle Korrespondenz mit verschiedenen privaten und amtlichen Stellen zu führen, um die gesetzlich geschützten Interessen des Opfers bzw. dessen Ansprüche auf staatliche Soforthilfe, Kostengutsprache sowie Entschädigung und Genugtuung wahrzunehmen (Art. 3 Abs. 4, Art. 11 ff. OHG). Diese Schwierigkeiten und der für die Rechtssuchenden daraus entstandene Mehraufwand hat sich der Kanton Schwyz im vorliegenden Fall anrechnen zu lassen.“

Nicht nur hat es der Kanton Schwyz während zweier Jahre versäumt, eine Beratungsstelle einzurichten; er hat zudem Rekurse wegen nichtgeleisteter Opferhilfe mit der Begründung abgelehnt, der vom Verhöramt als Beratungsstelle benannte „Weisse Ring“ sei zu keinen Kostengutsprachen ermächtigt (Verwaltungsgerichtsentscheid vom 19. 10. 1995). Die Stellung der Schwyzer Opfer wird weiter verschlechtert durch den Umstand, dass das Schwyzer Verwaltungsgericht in der Frage der Zusprechung unentgeltlicher Rechtsprechung und unentgeltlicher Prozessverbeiständung einer sehr restriktiven Praxis folgt: Im bereits angeführten Fall des mit heissem Öl übergossenen Kosovo-Albaners anerkannte das Gericht die Notwendigkeit einer Verbeiständung nur für das Versicherungsverfahren, verneinte sie aber für das fremdenpolizeiliche, das Straf- und das Fürsorgeverfahren. In seinem Entscheid vom 22. 7. 1996 schreibt das Verwaltungsgericht:

„Es ist zu berücksichtigen, dass die Vertretung eines Opfers im Strafuntersuchungs-verfahren und auch während dem eigentlichen Hauptprozess relativ einfach ist, sofern nicht komplexere Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden müssen (vgl. BGE 116 Ia 460f.).“ (vgl. auch Verwaltungsgerichtsentscheid vom 10. 3. 1995, Erw. 3)

Der mit dem Verweis wohl gemeinte Bundesgerichtsentscheid BGE 116 Ia 459 hat einen anderen Fall zum Inhalt: Das Bundesgericht verweigerte dort unentgeltlichen Rechtsbeistand einem Opfer, das bereits durch einen ausgebildeten Juristen und erfahrenen Amtsvormund vertreten war, und auch dies nur für die Dauer der Untersuchung unter Vorbehalt eines anderen Entscheides für das eigentliche Straf- und Zivilverfahren. Ausserdem sagt das Bundesgericht nicht, die Opfervertretung im Strafuntersuchungsverfahren sei „relativ einfach“, wie dies das Schwyzer Verwaltungsgericht behauptet. Die einzige relevante (freilich in einem anderen Sinne recht kühne) Aussage lautet wie folgt:

„Im Gegensatz zu einem Kampfscheidungsverfahren ist die Vertretung eines Geschädigten in einer zürcherischen Strafuntersuchung weit einfacher.“ (Erw. 4e, S. 460-461)

Wenn in der Folge von kantonalen Eigenheiten auf der Stufe der Rechtsprechung die Rede sein wird, gilt es nicht zu vergessen, dass sich die (gerichtlich nicht überprüfte) *Praxis* der Beratungsstellen und Opferhilfebehörden noch viel stärker unterscheidet. Weil sich solche Unterschiede in der Rechtsprechung nur sehr fragmentarisch spiegeln, wird im folgenden auch auf eine ausführliche und detaillierte Auflistung gewährter Genugtuungssummen verzichtet (für einen

Kurzabriss siehe Abschnitt 24.3). Dies zum einen deshalb, weil sich die diesbezügliche Praxis der Gerichte stark an zivilrechtliche Präzedenzfälle anlehnt, für die es detaillierte und periodisch nachgeführte Übersichten bereits gibt (vgl. Hütte, *Die Genugtuung*). Zum andern unterscheidet sich die Praxis der Opferhilfebehörden von der der kantonalen Gerichte. Die Behörden verfügen über interne Zusammenstellungen der von ihnen zugesprochenen Summen und lösen neue Bemessungsfälle aufgrund einer Mischrechnung aus von ihnen erledigten Fällen und im Rekursverfahren gerichtlich zugesprochenen Summen. Es wäre nützlich, diese kantonalen Zusammenstellungen zentral zusammenzuführen, um auf diese Weise eine bundesweite Vereinheitlichung zu erzielen.

Zur Vereinheitlichung der OHG-Rechtsprechung und der Beratungshilfe- und Entschädigungspraxis in den Kantonen bieten sich zwei Möglichkeiten an: zum einen könnte der Weg einer Vereinheitlichung „von unten“ beschritten werden, auf dem die Verbindungsstellen-Konferenz OHG (SVK-OHG) bereits einige Schritte gemacht hat. Zum andern bietet sich aber auch im Rahmen einer allfälligen Revision die Möglichkeit, die kantonale Praxis „von oben“ zu vereinheitlichen, durch die Redaktion eines stringenteren und vollständigeren Gesetzes bzw. einer ausführlicheren Verordnung. Dieser zweite Weg ist besser geeignet, da sich – wie im folgenden zu belegen sein wird – die Anwendungsprobleme des OHG zu einem beträchtlichen Teil auf die Verwendung unpräziser Rechtsbegriffe und den ungeklärten Status einiger Grundfragen zurückführen lassen, die in einem demokratischen Staat nur vom Gesetzgeber selbst gelöst und beantwortet werden können.²

5. Art. 2 OHG: Präzedenzentscheide

ART. 2 GELTUNGSBEREICH

1 Hilfe nach diesem Gesetz erhält jede Person, die durch eine Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist (Opfer), und zwar unabhängig davon, ob der Täter ermittelt worden ist und ob er sich schuldhaft verhalten hat.

2 Der Ehegatte des Opfers, dessen Kinder und Eltern sowie andere Personen, die ihm in ähnlicher Weise nahestehen, werden dem Opfer gleichgestellt bei:

- a. der Beratung (Art. 3 und 4);
- b. der Geltendmachung von Verfahrensrechten und Zivilansprüchen (Art. 8 und 9), soweit ihnen Zivilansprüche gegenüber dem Täter zustehen;
- c. der Geltendmachung von Entschädigung und Genugtuung (Art. 11–17), soweit ihnen Zivilansprüche gegenüber dem Täter zustehen.

5.1. Beurteilung der Opfereigenschaft im Sinne von Art. 2 Abs. 1 OHG

Die Frage, wer als Opfer im Sinne des OHG gilt, ist deshalb ein Problem, weil die Opfereigenschaft von Hilfesuchenden von Amtes wegen durch die Beratungsstellen autonom abzuklären ist. Die Beratungsstellen und die Entschädigungsbehörden treffen ihre Opferbeurteilung unabhängig von einer allfälligen strafrechtlichen Beurteilung durch die Justizbehörden (so

² In diesem Sinn äusserten sich diejenigen Opferhilfestellen, deren Meinungen in der ersten CETEL-Studie wiedergegeben wurden: „Ces directives [fédérales] permettraient de préciser les modalités de l'aide pour éviter les différences de traitement entre les cantons. Cela permettrait un meilleur soutien de la victime au niveau de la loi fédérale (évite 26 législations différentes).“ (1995, S. 22)

zumindest die Meinung des Aargauer Regierungsrates am 20. 12. 1995). Diese Auffassung hat Eingang in die Empfehlungen der Verbindungsstellen-Konferenz OHG (SVK-OHG) gefunden:

„Eine Straftat kann auch dann vorliegen, wenn die zuständigen Strafbehörden zu einem anderen Entscheid gekommen sind (zum Beispiel Einstellung, Aufhebung, Nicht zur Anklage bringen, Freispruch).“ (Rn. 12)

Obwohl die SVK-OHG damit nicht „Entscheide der Strafbehörde a priori in Zweifel“ ziehen will (Empfehlungen, Kommentar zu Rn. 12), tut sie es dennoch. Bei der Frage eines gesetzlichen Änderungsbedarfs wird davon weiter zu sprechen sein.

Der Entscheid des Aargauer Regierungsrats, der den Beratungsstellen eine „opferbezogene Optik“ bei der Beurteilung der Opfereigenschaft empfahl und der Meinung war, es genüge, wenn die Sachverhaltsschilderungen „nicht völlig aus der Luft“ gegriffen seien und durch die Straftaten plausibel gemacht würden (20. 12. 1995), wurde vom Bundesgericht am 17. 6. 1999 (BGE 125 II 265) bestätigt: Wenn im Zeitpunkt der Inanspruchnahme von Opferhilfe vom Vorliegen einer Straftat auszugehen sei, begründe dies einen Anspruch auf unentgeltliche Beratungshilfe auch dann, wenn sich im Straf- bzw. Ermittlungsverfahren ergebe, dass keine tatbestandsmässige und rechtswidrige Straftat vorliege.

Die erste CETEL-Studie zeigt, dass der Opferbegriff durch die Beratungsstellen verschiedener Kantone sehr unterschiedlich gehandhabt wird. In Genf bspw. werden Opfer häuslicher Gewalt nur dann als Opfer i.S. des OHG anerkannt, wenn sie ein medizinisches Gutachten vorweisen können, Strafanzeige erstatten oder nach der Straftat nicht wieder in die Wohnung des Täters zurückkehren (1995, S. 48), während in Zürich und Freiburg auch andere Opfer betreut werden (1995, S. 49). In den Kantonen Neuenburg und Jura wurden (zumindest noch) 1994 Opfer von Strassenverkehrsdelikten grundsätzlich von der Beratungshilfe ausgeschlossen (1995, S. 49).

5.2. Welche Straftaten können eine Opferstellung begründen?

Der Aargauer Regierungsrat war am 28. 2. 1996 der Meinung, die im Gesetz geforderte Qualifizierung der Beeinträchtigung als „unmittelbar“ solle bestimmte Deliktgruppen (namentlich Ehrverletzungen, Tötlichkeiten, Diebstahl und Betrug) vom Anwendungsbereich des OHG ausschliessen. Diese Ansicht deckt sich mit denjenigen der Botschaft (S. 977) und des Bundesgerichts (BGE 120 Ia, 157, Erw. 2; 122 IV 71, Erw. 3). Das OHG wurde auch vom Obergericht Basel-Landschaft bei Tötlichkeiten für im allgemeinen nicht anwendbar gehalten (Entscheid vom 10. 6. 1997).

Gegen diese immer noch überwiegend vertretene Auffassung brachte die Rekurskommission des Kantons Thurgau in einem Urteil vom 10. 1. 1994 folgende Kritikpunkte vor: Es gehe nicht an, dass vor dem Strafverfahren entschieden werden müsse, ob eine Tötlichkeit oder eine einfache Körperverletzung vorliege, weil dem Geschädigten im zweiten Fall mehr Verfahrensrechte zustünden als im ersten. Zweitens seien diese Verfahrensrechte bei einer richterlichen Erhöhung des Strafrahmens im nachhinein nicht mehr zu gewährleisten:

„Dieser Problematik kann nur dadurch begegnet werden, dass diejenige Person, gegen welche eine Tötlichkeit verübt wird, stets als Opfer qualifiziert wird, sofern der Inhalt der Tötlichkeit eine Gewaltausübung darstellt. Der blosse gewaltsame Angriff auf die körperliche Integrität muss folglich ausreichen, um die Opfereigenschaft zu bejahen; die Einstufung der Gewaltausübung als minim, leicht oder gar schwer muss sodann dem Ermessen des zum Sachentscheid zuständigen Richters anheimgestellt werden.“

Diese Sichtweise wurde am 17. 6. 1999 vom Bundesgericht (BGE 125 II 265) übernommen. Wohl müsse die Beeinträchtigung der körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität von einem gewissen Gewicht sein. Die strafrechtliche Qualifikation einer Tat als einfacher Körperverletzung oder als Tötlichkeit sei dafür aber nicht ausschlaggebend; sie bilde höchstens ein Indiz für oder gegen die Opferstellung.

Das Sozialversicherungsgericht Zürich hat in seinem Urteil vom 5. 11. 1996 auf das Kriterium der Unmittelbarkeit abgestellt, um in einem Fall sexueller Belästigung, die es nicht für „ausserordentlich traumatisch“ hielt, die Anspruchsberechtigung zu verneinen. Dies steht in Widerspruch zu den Empfehlungen der SVK-OHG:

„Delikte wie sexuelle Belästigung oder Exhibitionismus können nicht mit der Begründung, es handle sich nur um Übertretungen, von einem Opferhilfe-Anspruch ausgenommen werden“ (Kommentar zu Rn. 13).

Versuche, den Kreis der OHG-Anspruchsberechtigten mittels des Unmittelbarkeitserfordernisses einzugrenzen, rekurren oft auf den mutmasslichen Sinn des OHG. So kommentiert etwa Thomas Maurer:

„Das OHG kann auch zu fast skurrilen Situationen führen: Werden bei einer Schlägerei beide Kontrahenten verletzt, so können sich beide auf das OHG stützen und sich durch die Beratungsstellen medizinische, materielle und juristische Hilfe zukommen lassen. Entspricht es dem Sinn des Opferhilfegesetzes, wenn die beiden Kontrahenten ihre Schlägerei auf juristischer Ebene auf Kosten der Beratungsstellen vor Gericht weiterführen?“ (Maurer 1993, S. 382)

In einem Urteil vom 23. 6. 1997 bezeichnete das Zürcher Sozialversicherungsgericht die Ansicht der Justizdirektion als „grundsätzlich zutreffend“, „es widerspreche der ratio des Opferhilfegesetzes, den Staat für Raufhändel aufkommen zu lassen“. An der von Maurer festgestellten Unstimmigkeit führt jedoch kein Weg vorbei, legt man die vom Bundesgericht vorgenommene Privilegierung des Gesichtspunktes, unter dem ein Ereignis als Integritätsverletzung erscheint, gegenüber seiner rechtlichen Qualifikation zugrunde. Bereits recht früh löste sich das Bundesgericht vom Versuch, die Zuschreibung der Opfereigenschaft an der strafrechtlichen Qualifikation der Straftat festzumachen:

„Ehrverletzungsdelikte werden in der Botschaft grundsätzlich von der Opferhilfe ausgenommen [...]. Ob dies auch in aussergewöhnlich schweren Fällen von Ehrverletzung zu gelten hat, kann fraglich erscheinen, braucht im vorliegenden Fall jedoch nicht entschieden zu werden.“ (Entscheid vom 25. 5. 1994 = BGE 120 Ia 157)

Fraglich hält das Bundesgericht im zitierten Entscheid die Anwendbarkeit des OHG auf Delikte gegen die Freiheit, namentlich auf Drohung, Nötigung und mit Bereicherungsabsicht verbundene Erpressung. Es plädiert für eine individualisierende Lösung:

„Es ist jeweils anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen, ob die Schwere der untersuchten Straftaten die Annahme einer unmittelbaren Beeinträchtigung der psychischen Integrität des Betroffenen rechtfertigt. Darunter fallen psychische Folgen eines für das Opfer traumatischen ausserordentlichen Ereignisses.“ (BGE 120 Ia 157)

6. Art. 2 OHG: kantonale Praxis

6.1. Wer ist Opfer im Sinne von Art. 2 Abs. 1 OHG?

Die zitierten Bundesgerichtsurteile dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch dieses Gericht zunächst das Ziel verfolgte, durch eine restriktive Zusprechung der Opfereigenschaft mutmassliche

Missbräuche des OHG zu verhindern. Es zitierte am 25. 5. 1994 (= BGE 120 Ia 157) zustimmend die Meinung Maurers (Maurer 1993, S. 381-2), das Opfer müsse „nachweislich körperliche oder psychische Schäden erlitten“ haben. Auch kantonale Gerichte befürworteten eine restriktive Auslegung des Opferbegriffes, so etwa das Verwaltungsgericht Basel-Stadt am 1. 11. 1996:

„Der Opferbegriff ist vielmehr aufgrund der Entstehungsgeschichte des Gesetzes und des erheblichen Anteils an querulatorischen Rügen eher restriktiv auszulegen.“

Wenig später vollzog das Bundesgericht freilich einen Kurswechsel, indem es die Opfereigenschaft eines Geschädigten bejahte, sofern auch nur ein *eventuelles* Vorliegen einer Straftat als *plausibel* erschien.³

Der Argumentation des Zürcher Obergerichts vom 7. 11. 1995, dass die Sistierung des Opferhilfeverfahrens im Hinblick auf die Strafuntersuchung gerechtfertigt sei, wenn gerade das Vorliegen einer die Opferstellung begründenden Straftat Hauptgegenstand der Untersuchung sei, hielt das Bundesgericht in seinem Urteil vom 30. 5. 1996 (= 122 II 211) entgegen, dass allein schon die glaubwürdige Behauptung, Opfer einer Straftat geworden zu sein, Opferhilfe rechtfertige:

„Die Beschwerdeführer erfüllen grundsätzlich alle Voraussetzungen des Opfers bzw. der Angehörigen eines Opfers im Sinne von Art. 2 OHG. Die Beschwerdeführerin 1 erlitt eine Hirnschädigung und damit eine Beeinträchtigung in ihrer körperlichen Integrität. Die Beschwerdeführer führen sie auf eine fahrlässige Körperverletzung (Art. 125 StGB) und damit auf eine Straftat zurück, die unter den Anwendungsbereich des Opferhilfegesetzes fällt.“

Mit diesen niedrigen Anforderungen an den Beweis einer Straftat begnügte sich auch der Aargauer Regierungsrat in seinem Entscheid vom 20. 12. 1995. Er war der Meinung, es genüge, wenn die Sachverhaltsschilderungen des Opfers „nicht völlig aus der Luft gegriffen“ seien:

„An die Voraussetzungen der Tatbeständlichkeit dürfen bei der Gewährung der Opferhilfe somit keine hohen Anforderungen gestellt werden. Die zuständige Behörde darf bei der Prüfung der Voraussetzung keinen umfassenden und strikten Tatbeweis vom Opfer verlangen. [...] Es ist nicht notwendig, dass der Sachverhalt und die objektiven Tatbestandsmerkmale im strafprozessualen Sinne bewiesen sind.“

Das Freiburger Kantonsgericht stellte am 19. 6. 1997 im Fall einer Person, die im Gedränge das Bewusstsein verlor, seither an einer Sehschwäche leidet und gegen die Verfahrenseinstellung durch den Untersuchungsrichter rekurrierte, lakonisch fest, wer zwei Tage hospitalisiert gewesen sei, gelte als Opfer. Das Luzerner Obergericht stellte am 26. 2. 1996 fest, wenn es „überhaupt erst um die Frage [gehe], ob eine strafbare Tat begangen wurde, [sei] die betroffene Person als Opfer im Sinnes des Gesetzes zu betrachten“.

Die Praxisänderung des Bundesgerichts erfolgte in drei Schritten: Bereits am 6. 4. 1995 stellte das Bundesgericht fest (BGE 121 II 116), dass zumindest die summarische Prüfung des Entschädigungsgesuches bei der Gewährung von Vorschüssen (Art. 15 OHG) eine ebenfalls nur

³ So etwa am 28. 2. 1996 im Fall eines bei einem Fahrradunfall Verletzten: „Der Beschwerdeführer ist möglicherweise durch die Handlung eines andern, die eventuell als Straftat zu qualifizieren ist, in seiner körperlichen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden. Er ist damit Opfer im Sinne des Opferhilfegesetzes (Art. 2 OHG).“ Ähnlich argumentiert das Bundesgericht in einem Urteil vom 23. 1. 1997: „Ces blessures [Verlust zweier Zähne, Wunde an der Oberlippe] doivent être qualifiées de lésions corporelles simples au sens de l’art. 123 al. 1 CP [...] Il importe peu, au stade de la recevabilité du recours [gegen die Einstellungsverfügung des Untersuchungsrichters], qu’elles soient la conséquence d’une chute plutôt que de coups portés par l’intimé, comme ce dernier le prétend [...] Causées lors de l’interpellation du plaignant par la police, ces lésions sont directement liées à l’infraction dénoncée, de sorte que la qualité de victime au sens de l’art. 2 al. 1 LAVI doit être reconnue ...“

summarische Prüfung der Opferstellung des Geschädigten erfordere. Am 15. 3. 1996 (BGE 122 II 315) und detaillierter am 30. 5. 1996 (BGE 122 II 211) stellte das Bundesgericht dann, wie bereits dargestellt, fest, dass an den durch die Beratungsstellen von Amtes wegen zu führenden Nachweis der Opfereigenschaft keine strengen Anforderungen zu stellen seien. Dabei unterschied es allerdings nach den den Opfern zustehenden Leistungen wie folgt:

„Soll das Opfer seine Rechte im diese Frage [nach der Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit einer Tat] klärenden Strafverfahren wahrnehmen können, muss es daher genügen, dass eine die Opferstellung begründende Straftat in Betracht fällt. Das gleiche muss von ihrem Sinn und Zweck her grundsätzlich auch für die unter dem Titel der Beratung beanspruchten Hilfen nach Art. 3 OHG und für einen Vorschuss nach Art. 15 OHG gelten. Auch diese Soforthilfen müssen, damit sie ihren Zweck erfüllen können, gewährt werden, bevor endgültig feststeht, ob ein tatbestandsmässiges und rechtswidriges Verhalten des Täters zu bejahen ist oder nicht. [Erw. 3d] Anders verhält es sich indessen bei den Ansprüchen auf Entschädigung und Genugtuung gemäss Art. 11 bis 14 OHG. Weil es dabei um die definitive Zusprechung von Entschädigung und Genugtuung geht, müssen alle anspruchsbegründenden Voraussetzungen erfüllt sein, auch die einer Straftat im dargelegten Sinne von Art. 2 Abs. 1 OHG.“ (Entscheid vom 30. 5. 1996 = BGE 122 II 211)

In der Fortentwicklung der Praxis werden aus dem zitierten Entscheid unterschiedliche Schlüsse gezogen. Die Zürcher Praxis folgt dem Vorschlag von Gomm, Stein und Zehntner (ad Art. 16, Rn. 13) und verlangt für die Zusprechung von Hilfe nicht den vollen Beweis, sondern „de[n] in Sozialversicherungsstreitigkeiten übliche[n] Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ (s. z.B. Zürcher Sozialversicherungsgericht, 16. 3. 1998). Die Schweizerische Verbindungsstellen-Konferenz OHG (SVK-OHG) zog in ihren Empfehlungen einen viel radikaleren Schluss: Jede hilfesusuchende Person sei bis zum Nachweis des Gegenteils (bzw. der Erstellung des Sachverhalts bzgl. dem Vorliegen einer Integritätsbeeinträchtigung, einer Straftat und der Unmittelbarkeit der Folgebeziehung) als Opfer zu betrachten (Rn. 3).

Weitere in der kantonalen Rechtsprechung beantwortete Fragen betrafen die Personenstellung der Opfer und ihre Nationalität. Hinsichtlich der Personenstellung wurde vom Luzerner Verwaltungsgericht entgegen der Auffassung Dominik Zehntners, unter einem Opfer sei „zunächst eine Person im zivilrechtlichen Sinn zu verstehen“ (Zehntner 1994, S. 29), am 20. 12. 1995 festgehalten, eine juristische Person könne weder Opfer sein noch einem Opfer in der Weise nahestehen, dass eine Gleichstellung nach Art. 2 Abs. 2 OHG anzunehmen wäre. Das Bundesgericht bestätigte am 15. 3. 1996 (= BGE 122 II 315), dass für die Zuschreibung der Opfereigenschaft gemäss Art. 2 OHG keine Einschränkungen bezüglich Wohnsitz und Nationalität des Geschädigten, Begehungs- und Erfolgsort der Straftat zu beachten seien:

„Für die Anspruchsberechtigung ist vom Sinn und Zweck der Hilfe nach Art. 3 OHG auszugehen und darauf abzustellen, ob die Hilfe in der Schweiz benötigt wird.“

Weil die Art. 11 ff. OHG für Entschädigungen für Opfer von im Ausland begangenen Straftaten Schweizer Bürgerrecht und Wohnsitz voraussetzen, gewinnt die Abgrenzung von Beratungshilfe und Entschädigungen für in der Schweiz wohnhafte Ausländer eine entscheidende Bedeutung. Diese haben zwar keinen Anspruch auf Entschädigung, wohl aber auf Beratungshilfe.

7. Art. 2 OHG: gesetzlicher Klärungsbedarf

7.1. Der Straftatbegriff

Die Unklarheit des **Opferbegriffs** wurde bereits im ersten und zweiten OHG-Bericht bemängelt (im ersten von ZH, BE, FR, AR, TG, NE, JU, im zweiten noch von FR, UR, GR). Aus dem Vorliegen dreier Bundesgerichtsurteile (BGE 119 IV 168, 120 Ia 157, 122 IV 71) darauf zu schliessen, „dass die anfänglichen Probleme mit der Zeit überwunden werden“ (zweiter OHG-Bericht des Bundesamtes für Justiz, S. 82), ist freilich etwas optimistisch. Denn noch am 23. 2. 1994 (= BGE 120 IV 44) kritisierte das Bundesgericht den gesetzlichen Opferbegriff als unscharf:

„Der Geschädigte, der Opfer im Sinne des weiten und nicht deutlich umrissenen Art. 2 OHG ist, ist schon gestützt auf Art. 8 Abs. 1 lit. c OHG zur eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde legitimiert.“

Unbestritten ist, dass unter einer **Straftat** im Sinn des OHG ein tatbestandsmässiges und rechtswidriges Verhalten zu verstehen ist. In der Rechtsprechung, der Lehre und der Botschaft wird dem hinzugefügt, dass damit unter einer Straftat im Sinne des OHG grundsätzlich dasselbe zu verstehen sei wie unter einer Straftat im Sinne des StGB (BGE 122 II 211). Doch dies ist unpräzise: In einem Rechtsstaat kann darüber, ob eine Straftat im strafrechtlichen Sinn vorliegt, nur ein Gericht entscheiden, wohingegen die Feststellung einer Opferstellung und damit einer Straftat nach OHG unabhängig davon durch die Verwaltung nach anderen als strafrechtlichen Massstäben erfolgt. Wer Ereignisse unabhängig von ihrer gerichtlichen Qualifikation als Straftaten bezeichnet, definiert den Begriff „Straftat“ eigenständig und potentiell abweichend von den Definitionen der strafrechtlichen Instanzen. Dieses Abstellen auf einen strafrechtsunabhängigen, eigenen Straftatbegriff des OHG bewirkt vielfältige Probleme, welche sich in der Rechtsprechung dazu spiegeln.

Unklar ist etwa, was die Einstellung des Verfahrens bzw. ein strafrechtlicher Freispruch für die Opferstellung des Geschädigten bedeutet. Das Schaffhausener Obergericht war am 3. 1. 1997 der Meinung, auch wenn das Verfahren eingestellt wurde bzw. mit Freispruch ende, könne eine die Opferstellung begründende Straftat „in Betracht fallen“. Wenn sich aber der Tatverdacht nur auf die Darstellung des Opfers stütze und dieser durch eine unverdächtige Zeugenaussage widersprochen werde, sei dies nicht der Fall:

„Unter diesen Umständen aber bestehen unüberwindliche Zweifel daran, dass die Darstellung der Rekurrentin zutrifft und damit auch daran, dass der objektive Tatbestand des Delikts der sexuellen Belästigung überhaupt erfüllt ist.“

Das Obergericht war sich dabei der Problematik dieser Entscheidung bewusst:

„Vom Zweck des Opferhilfegesetzes her wird im Zweifel grosszügig zu verfahren sein. Sind aber wie hier die Glaubhaftigkeit der Darstellung der leistungsansprechenden Person derart erschüttert, dass nur noch eine entfernte Möglichkeit in der Art einer restlichen Unsicherheit für sie spricht, so muss auch die Leistung von Soforthilfe verweigert werden. Andernfalls wären sinnwidrigen Beanspruchungen der Opferhilfe Tür und Tor geöffnet.“

Hauptproblem hier ist jedoch, dass die Feststellung, es bestünden unüberwindliche Zweifel am Vorliegen einer Straftat, in den Zuständigkeitsbereich einer Untersuchungs- und nicht einer Verwaltungsbehörde gehört. Zudem begründet gemäss den Empfehlungen der Schweizerischen Verbindungsstellen-Konferenz OHG (SVK-OHG) allein die fehlende Zustimmung zur sexuellen Handlung bereits eine Integritätsbeeinträchtigung (Rn. 9). Opfer, die sich auf ihre sexuelle Integrität berufen, können damit ohne weiteres Anspruch auf Soforthilfe stellen.

Restriktiver und zugleich weniger problembewusst war das Schwyzer Verwaltungsgericht am 22. 7. 1995:

„Im vorliegenden Fall wurde der von der Mandantin des Bf. angezeigte mutmassliche Täter vom Strafgericht freigesprochen. Aus dem Strafurteil geht somit nicht hervor, dass die objektiven Tatbestandselemente der angezeigten Straftaten tatsächlich vorliegen. Das Vorliegen der angezeigten Straftaten kann auch nicht aus anderen Umständen abgeleitet werden...“

Damit wird die Beweislast umgekehrt: Hat das Verwaltungsgericht keinen Grund, an das Vorliegen einer Straftat zu glauben, so verneint es die Opferstellung der Rekurrentin.

Wie delikat sich die Handhabung des Opferbegriffs und des Opferschutzes in der Praxis präsentiert, wird an einem Fall aus dem Kanton Jura deutlich. Dort hat ein Asylbewerber Anklage wegen Körperverletzung gegen einen Polizeibeamten eingereicht. Die Aussagen des Klägers und der Polizeibeamten zur Ursache der Gesichtsverletzungen, die sich ersterer im Verlauf seiner gewaltsamen Ergreifung zugezogen hatte, divergierten stark. Die ersten beiden medizinischen Gutachten kamen zum Schluss, die Gesichtsverletzungen seien mit grosser Wahrscheinlichkeit – wie vom Kläger behauptet – auf Faustschläge zurückzuführen, während der dritte Gutachter eine Verletzung durch einen Sturz – wie von den Polizisten behauptet – für gleich wahrscheinlich hielt. Der Untersuchungsrichter stellte das Verfahren ein, während der Kläger wegen Gewalt gegen Beamte verurteilt und in Untersuchungshaft gesetzt wurde. Im Rekursverfahren gegen die Einstellungsverfügung (Urteil der Anklagekammer des Kantonsgerichts Jura, Entscheid vom 26. 9. 1996) spielte das OHG keine Rolle, obwohl eingestanden wurde, „aucun médecin n’a pu établir de manière sûre l’origine des coups“, und damit, dass eine Integritätsbeeinträchtigung zumindest in Betracht fiel. Erst das Bundesgericht bejahte am 23. 1. 1997 in einem unveröffentlichten Entscheid die Legitimation des Beschwerdeführers zum Rekurs nach Art. 8 Abs. 1 lit. b OHG und damit seine Opferstellung. Dennoch wies es den Rekurs mit der Begründung ab, der Vorwurf einer vorsätzlichen Deliktsbegehung erscheine unbeweisbar, derjenige einer fahrlässigen wäre ohnehin durch die Berufspflicht der Beamten (?) gedeckt. Dieser Entscheid steht im Widerspruch zum Grundgedanken des Opferhilfegesetzes: Dem Asylbewerber wurde nicht nur nicht geholfen, sondern er wurde im wörtlichen Sinn zum Täter gemacht, 14 Tage in Untersuchungshaft gesetzt und musste (neben seinen eigenen Anwaltskosten) auch Parteientschädigungen von insgesamt 2500.- Fr. bezahlen.

Dieser Fall weist auf zwei prinzipielle Probleme hin: Die Bejahung der verwaltungsrechtlichen Opferstellung des Asylbewerbers stellt die Berechtigung des strafrechtlichen Einstellungsentscheids in Frage, insbesondere dann, wenn dieser mit dem Fehlen von Indizien für das Vorliegen einer Straftat begründet wurde. So begründet etwa Corboz die (unseres Erachtens unzutreffende: vgl. Abschnitt 16.3) Auffassung, dass der Strafrichter bei Verfahrenseinstellungen und Freisprüchen keinen Grundsatzentscheid über die Zivilforderungen fällen dürfe, wie folgt:

„On peut aussi songer à la notion de victime: la LAVI ne confère des droits qu’à une victime (ou à une personne assimilée) et, pour qu’il y ait victime, il faut qu’il y ait infraction. Les décisions évoquées [acquiescement, non-lieu, classement, refus de suivre] signifient que la constatation d’une infraction n’interviendra pas.“ (Corboz 1996, S. 86)

Dies steht nun aber im Widerspruch dazu, dass das OHG *Opfern* (und das heisst: Opfern von *Straftaten* i.S. von Art. 2 Abs. 1 OHG) das Recht gibt, den Entscheid eines Gerichts über Einstellung oder Nichtanhandnahme von Verfahren zu verlangen (Art. 8 Abs. 1 lit. b OHG). Also lässt sich aus der Verfahrenseinstellung *nicht* auf eine fehlende Opferstellung schliessen.

Zweitens ist offen, wie sich Rechtfertigungsgründe auf die Opferstellung des Geschädigten auswirken können. Für die Schwere der Beeinträchtigung, die nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Massstab bei der Beurteilung der Opferansprüche sein soll, spielt es keine Rolle, ob die Gewaltanwendung, die sie verursachte, verhältnismässig und gerechtfertigt war. Dominik Zehntner (Zehntner 1993, S. 30) versucht das Problem, dass auch gerechtfertigte Straftaten eine Opferstellung begründen können, dadurch zu entschärfen, dass er die Gerichte allgemein zu Menschenfreundlichkeit ermahnt:

„An die Erfüllung dieses Rechtfertigungsgrundes [Notstand] sind im Rahmen des Gesetzes hohe Anforderungen zu stellen, da das Opfer einer solchen „gerechtfertigten“ Handlung genauso stark betroffen sein kann wie eine durch eine nicht rechtfertigbare Straftat verletzte Person. Unter bestimmten Umständen, zum Beispiel bei einer erheblichen Betroffenheit des Opfers, müsste im Rahmen der Opferhilfe auf die Berufung auf diesen Rechtfertigungsgrund verzichtet werden, da aus der Sicht des Opfers eine unterschiedliche Behandlung im Vergleich zu einer Person, welche durch eine nicht rechtfertigbare Straftat verletzt worden ist, nicht eingesehen werden kann.“

Dieser „Lösungsvorschlag“ empfiehlt den Gerichten, eigene Billigkeitsüberlegungen an die Stelle einer klaren, unmissverständlichen Willensäusserung des Gesetzgebers zu setzen. Selbstverständlich könnte dies nur der Gesetzgeber selbst tun. Auch die Empfehlungen der SVK-OHG überzeugen insoweit nicht:

„Da jedoch die Beispiele, in welchen das Opfer trotz Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes beeinträchtigt wurde, eher konstruiert als aus dem Leben gegriffen sind (zum Beispiel Durchtrennen des Seils bei einer in Bergnot geratenen Seilschaft), die Gefahr von Missbrauch dagegen wesentlich grösser ist (zum Beispiel Freiheitsberaubung aufgrund rechtmässiger Verhaftung), ist diese Version [kein Vorliegen einer Straftat, wenn sich der Täter auf einen Rechtfertigungsgrund berufen kann] vertretbar. Im übrigen ist es nicht ausgeschlossen, ausnahmsweise davon abzuweichen, wenn die Anwendung im konkreten Einzelfall zu einem stossenden Ergebnis führen würde.“ (Kommentar zu Rn. 15)

Der letzte Satz widerspricht den Empfehlungen, „eine einheitliche Anwendung des OHG [...] in den Kantonen [zu] ermöglichen“ (Rn. 1). Soweit der erste Satz besagen soll, dass die Integrität von Opfern gerechtfertigter Straftaten nicht beeinträchtigt ist, ist er, wie obiges Beispiel zeigt, falsch, zumal laut den Empfehlungen der SVK-OHG das subjektive Empfinden des Opfers bei der Frage des Vorliegens einer Beeinträchtigung mitzuberücksichtigen ist (Rn. 8). Es ist zudem nur schwer einzusehen, warum die Beratungsstellen mit der schwierigen Aufgabe betraut werden sollten, unabhängig von den Strafuntersuchungsbehörden über das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen zu entscheiden. Zumindest für die Leistung von Beratungshilfe und für die Wahrnehmung der Verfahrensrechte sollte deshalb die Entscheidung, ob die Integritätsverletzung des Hilfesuchenden durch einen Straftatbestand verursacht wurde, der sich in Anbetracht aller Faktoren als rechtmässig darstellt, den Untersuchungs- bzw. Gerichtsbehörden und nicht den Beratungsstellen überantwortet werden. Für diese ist es ohne Einvernahme von Zeugen schlicht unmöglich festzustellen, ob etwa die polizeiliche Gewaltanwendung bei einer Festnahme verhältnismässig oder unverhältnismässig war oder ob bspw. Notwehr oder ein Notwehrexzess vorlag. Darauf abzustellen, dass Prozesse gegen Polizeibeamte erfahrungsgemäss geringe Erfolgchancen haben – wie dies das Bundesgericht im Entscheid vom 27. 1. 1997 ansatzweise tut – wäre nicht nur falsch, sondern wohl sogar rechtswidrig (Art. 16 Abs. 2 OHG).

Ein weiteres Problem des Straftatbegriffs des OHG ist mit der Frage bezeichnet, ob die Beratungsstellen an den Nachweis der subjektiven Tatbestandsmerkmale geringere Anforderungen zu stellen haben als an den Nachweis der objektiven. Dieser Meinung scheint zumindest Corboz zu sein:

„Pour qu’il y ait infraction, il faut que les éléments constitutifs objectifs d’une infraction soient réalisés; il n’est cependant pas nécessaire que les conditions subjectives soient réunies. Il faut donc un comportement rendu illicite par une norme pénale, ce qui exclut le cas où l’auteur peut invoquer un fait justificatif. Pour répondre à ces questions avant le jugement, on devra se fonder sur les allégués du lésé et sur la vraisemblance des actes et de l’atteinte.“
(Corboz 1996, S. 57-58)

Diese Auffassung ist zweifelhaft. Jedenfalls erscheint widersprüchlich, eine Erfüllung der subjektiven Tatbestandsmässigkeitsbedingungen für überflüssig zu erachten, hingegen das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen nach blosser Wahrscheinlichkeit zu beurteilen. Die angezeigten Probleme mit dem Opfer- und dem Straftatbegriff sind nur durch eine gesetzgeberische Radikallösung behebbar. Da hier entscheidende Fragen vom Gesetzgeber offengelassen wurden, scheint es naiv, sich von der schwankenden Rechtsprechung des Bundesgerichts Klärung zu erhoffen.

Weil an Viktimisierungsprozessen im Bereich von OHG-Delikten immer (mindestens) zwei Personen beteiligt sind, ist jede Anerkennung einer Opferstellung vor Abschluss der strafrechtlichen Untersuchung im Prinzip schon problematisch. Es erscheint ebenfalls störend, auf blossen Verdacht hin staatliche Leistungen zu erbringen. Deshalb muss der Opferbegriff an Umständen festgemacht werden, die von den Beratungsstellen selbst und ohne grossen Aufwand festgestellt werden können: an der Verletzung bzw. Beeinträchtigung der körperlichen, psychischen oder sexuellen Integrität des Opfers. Die Missbrauchsgefahr in diesem Bereich ist gering, wird doch kaum jemand unter Vorspiegelung einer Integritätsverletzung eine ihm nicht zustehende Beratung erschleichen wollen. Weiter unten (Abschnitt 8.2) werden wir sehen, dass sich die Verhältnisse bei Entschädigungen und Genugtuungen anders präsentieren und hier dringend eine Abgrenzung vonnöten ist.

7.2. Die Abgrenzung von Opfern und den Opfern gleichgestellten Personen

Die Unterscheidung zwischen Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 OHG ist nicht unproblematisch. Am problemlosesten ist noch die Abgeltung eines Versorgerschadens bei Tötungsdelikten, an den der Bundesrat bei der Abfassung des Artikels hauptsächlich gedacht hat (Botschaft, S. 978). Dieser ist eindeutig aus Abs. 2 geltend zu machen. Schwieriger ist der aus Verletzungen der psychischen Integrität erwachsende Schaden. Bei Genugtuungsansprüchen, die beispielsweise die Mutter eines getöteten Kindes wegen eigener psychischer Beeinträchtigung erhebt, scheint sich die Unterscheidung auf eine Frage der richterlichen Prioritätensetzung zu reduzieren. Kompliziert wird die Frage weiter dadurch, dass die Unmittelbarkeitserfordernis (missverständlicherweise) als Ausschluss solcher Schock- und Reflexschäden gelesen werden kann:

„L’atteinte doit résulter directement de l’infraction. On exclut ainsi les atteintes ‚par ricochet‘. La portée exacte de cette exigence n’est pas très claire. Comme l’art. 2 al. 2 LAVI traite spécialement le cas des proches de la victime, il faut probablement se montrer strict...“
(Corboz 1996, S. 57)

Das Zürcher Sozialversicherungsgericht hat im Urteil vom 27. 2. 1998 in analoger Anwendung privatrechtlicher Grundsätze den Fall einer Frau beurteilt, die durch eine psychische Beeinträchtigung, welche durch die Tötung ihres Sohnes ausgelöst worden war, arbeitsunfähig wurde. Das Gericht stellte dabei allein auf die Frage ab, ob der Mutter zivilrechtliche Ansprüche gegen den Täter zustünden, ob es sich also um einen „blossen Reflexschaden“ oder um einen „Schockschaden“ handle (letzterer wird seit BGE 112 II 118 als Eigenschaden anerkannt). Dabei wurde übersehen, dass die Frau ohne Zweifel opferhilferechtlich eine eigenständige Verletzung

ihrer psychischen Integrität durch die an ihrem Sohn begangene Straftat hätte geltend machen können. Dem zitierten Bundesgerichtsurteil kommt demnach entgegen der Ansicht des Zürcher Sozialversicherungsgerichts in der Auslegung von Art. 2 Abs. 2 OHG keine gesteigerte Bedeutung zu, da in solchen Fällen nahe Angehörige selbst die Voraussetzungen der Opferstellung nach Art. 2 Abs. 1 OHG erfüllen und nicht dem Opfer gleichgestellt zu werden brauchen.

Sogar noch weiter ging das Bundesgericht in einem unveröffentlichten Urteil vom 15. 9. 1998. Es vertrat in diesem Urteil die Meinung, es genüge für eine Anwendung von Art. 2 Abs. 2 OHG, Schwester des Opfers zu sein und es sei keine eigene Integritätsbeeinträchtigung erforderlich:

„Comme le relève la cour cantonale, les proches de la victime sont, en vertu de l'art. 2 al. 2 LAVI, assimilés *sans restriction* à la victime elle-même, à tout le moins pour ce qui est de l'assistance prévue aux art. 3 et 4 LAVI (let. a); la loi n'exige pas, en particulier, que l'intéressé ait lui-même subi une atteinte directe, ni qu'il puisse faire valoir des prétensions civiles contre l'auteur de l'infraction (cf. art. 2 al. 2 let. b et c LAVI). A ce titre, les frères et soeurs de la victime font partie des proches (FF 1990 II p. 925). C'est dès lors à tort que le Tribunal d'accusation a recherché si le décès de sa soeur avait causé à la recourante une souffrance morale exceptionnelle, puisque ses liens de parenté suffisaient à eux seuls pour que la recourante soit assimilée à la victime directe.“ (Hv. im Original)

Die Unschärfe der Abgrenzung von Art. 2 Abs. 1 OHG und Abs. 2 wird dadurch weiter verstärkt, dass das Zürcher Obergericht am 25. 1. 1995 die Übernahme weiterer Kosten (Therapie für die Eltern) auch für dem Opfer gleichgestellte Personen für möglich erklärte:

„Damit die Eltern ihre durch die Straftat verursachte Betreuungs- und Erziehungsaufgabe unter den gegebenen Umständen angemessen wahrnehmen können, ist ihre durch die Straftat verursachte Betroffenheit zu berücksichtigen, und zwar im unmittelbaren, eigenen Interesse des Opfers.“

Im übrigen ist die Terminologie oft unglücklich: So spricht die Rechtsprechung z.T. von „direkten“ und „indirekten“, z.T. von „unmittelbaren“ und „mittelbaren“ Opfern. „Mittelbares“ oder „indirektes Opfer“ sind aber solange *contradictiones in adjecto*, als der Nachweis einer „unmittelbaren Beeinträchtigung“ eine Opferstellung erst begründet.

Die Unterscheidung zwischen direkten und indirekten Opfern (die im Grunde keine Opfer sind, sondern ihnen nur gleichgestellt werden) ist wohl letztlich nicht haltbar. Dies aus zwei Gründen: zum einen kann ein- und dieselbe Straftat bei einer Person zu einer Beeinträchtigung der körperlichen bzw. sexuellen, bei einer anderen Person zu einer Beeinträchtigung der psychischen Integrität führen (wenn bspw. das Kind der Folterung bzw. Vergewaltigung seiner Mutter zuschauen muss). Hier ist es sicher unangebracht und zudem mit dem Gesetzestext nur schwer vereinbar, das in seiner psychischen Integrität beeinträchtigte Opfer als ‚bloss‘ indirektes abzuqualifizieren. Die Frage, wie direkt der Kausalzusammenhang zwischen der an einer Person A begangenen Straftat und der bei einer Person B eingetretenen Integritätsbeeinträchtigung sein müsse, ist wohl letztlich unbeantwortbar. Es leuchtet ebenfalls nicht ein, Schadenersatzansprüche Reflexgeschädigter wie das Schaffhausener Verwaltungsgericht am 19. 10. 1995 auf Tötungsdelikte einzuschränken. Zweitens kann auf diesen Kausalzusammenhang nicht eingegangen werden, ohne die affektiven Beziehungen zwischen ‚direktem‘ und ‚indirektem‘ Opfer zu berücksichtigen. Der *ratio legis* entsprechend ist nun aber wohl die offene Aufzählung von Art. 2 Abs. 2 OHG gerade so zu lesen, dass dort diejenigen Personen dem Opfer gleichgestellt werden sollen, deren affektive Beziehung zum Opfer der zwischen Eltern und Kind oder zwischen Ehepartnern entspricht („die ihm in ähnlicher Weise nahestehen“). So hat etwa die Genfer Anklagekammer am 11. 4. 1997 eine Frau aufgrund der Enge ihrer affektiven Beziehung dem misshandelten Kind gleichgestellt, obwohl ihre biologische Grossmutterschaft nicht bewiesen und

strittig war. Die Intensität der affektiven Beziehung zwischen zwei Personen bestimmt sich nun aber u.a. gerade dadurch, wie stark die eine Person von einem Unglück, das die andere ereilt, betroffen wird. Die Vermutung liegt deshalb nahe, dass eine Person genau dann dem Opfer gleichgestellt werden soll, wenn sie eine eigenständige Integritätsbeeinträchtigung geltend machen könnte.

Probleme mit dem Opferbegriff stellen sich damit auf zwei Ebenen: erstens bei der Frage, ob Angehörige des Opfers nicht auch eigene Integritätsbeeinträchtigungen geltend machen können, zweitens bei der Frage, ob für die Opfereigenschaft unterschiedliche Massstäbe anzulegen sind, je nachdem, welche Leistungen beansprucht werden.

Die Hoffnung auf Klärbarkeit, die Dominik Zehntner 1995 in den Opferbegriff setzte, als er der Praxis empfahl, „inskünftig den Begriff des Opfers lediglich im Sinne des OHG zu verwenden, damit keine weiteren begrifflichen Verwirrungen entstehen“ (Zehntner 1995, S. 34),⁴ hat sich damit nur bedingt verwirklicht.

7.3. Sexuelle Integrität

Gomm, Stein und Zehntner haben richtig bemerkt (ad Art. 2, Rn. 9), dass auch Opfer von Verletzungen der sexuellen Integrität, die keine psychischen oder physischen Folgen haben, im Sinne des Gesetzes geschützt und anspruchsberechtigt sind. Der Nachweis einer psychischen oder physischen Betroffenheit ist demnach nicht notwendig. Die Schweizerische Verbindungsstellen-Konferenz OHG (SVK-OHG) war der Meinung, eine Verletzung der sexuellen Integrität liege bereits dann vor, wenn die sexuelle Handlung ohne Zustimmung des Opfers erfolgte (Rn. 9). Sie führt damit das Rechtsgut *sexuelle Integrität* auf das sexuelle Selbstbestimmungsrecht des Opfers zurück. Damit widerspricht sie Thomas Maurer, der das Rechtsgut zusätzlich auch in der ungestörten sexuellen Entwicklung lokalisiert (Maurer 1993, S. 380). Unklar ist damit insbesondere, ob die SVK-OHG ein Kind im Schutzalter, das mit sexuellen Handlungen einverstanden ist, mit Maurer als Opfer qualifizieren würde.

Die Vagheit des Begriffes der sexuellen (im Gegensatz zur körperlichen und psychischen) Integrität und das Fehlen einschlägiger Rechtsprechung schafft begrifflichen Klärungsbedarf (so auch Maurer 1995, S. 380). Sich wie Dominik Zehntner über den Erklärungsbedarf damit hinwegzutrusten, dass „in der Regel“ „der Eingriff in die [sexuelle] Integrität auch körperliche oder psychische Folgen zeitigt“ (Zehntner 1995, S. 31), ist dogmatisch unschön. Stattdessen gilt es, den neuen Rechtsbegriff zu klären und die Gerichte für seine spezifischen Probleme zu sensibilisieren.

7.4. Welche Integritätsbeeinträchtigungen sind unmittelbar?

Die Einschränkung des Geltungsbereichs auf unmittelbare Beeinträchtigungen wurde in den Gesetzestext eingefügt, um die Ausweitung im Anwendungsbereich des OHG, die durch das Ersetzen von „Straftat gegen Leib und Leben“ durch „Straftat“ vorgenommen wurde, wieder etwas

⁴ Dieser Meinung Zehntners ist auch Corboz: „La LAVI a ainsi introduit un nouveau concept et il faut conseiller, dans notre terminologie juridique suisse, de réserver désormais ce mot à l'hypothèse définie par l'art. 2 LAVI et d'employer le terme de „lésé“ pour désigner de façon générale la personne qui subit les conséquences d'une infraction.“ (Corboz 1996, S. 56) Die beiden Autoren übersehen dabei, dass der Gesetzgeber den Begriff „Opfer“ zumindest in der Botschaft zum OHG auch in einem weiteren Sinn verwendet: „Die prozessualen Bestimmungen gelten grundsätzlich nur für Opfer im Sinne der Opferdefinition von Artikel 2 des Gesetzes. Es bleibt den Kantonen aber unbenommen, den Geltungsbereich auf weitere Kategorien von Opfern auszudehnen.“ (Botschaft, S. 974, Hv. v. mir).

zurückzunehmen. Im allgemeinen wird in der Rechtsprechung und der Lehre angenommen, dass mit dem Unmittelbarkeitserfordernis erstens gewisse Straftaten vom Schutzbereich des OHG ausgeschlossen werden sollen (wie bspw. Ehrverletzungen und Vermögensdelikte) und zweitens ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen Straftat und Integritätsbeeinträchtigung gefordert werden soll. Deutlich wird letzteres besonders in der Rechtsprechung des Kantons Genf. Dort hat das Verwaltungsgericht am 23. 5. 1995 das Erfordernis, dass es sich um eine direkte Beeinträchtigung handle, so ausgelegt, dass damit zwischen Straftat und Schaden ein „lien de causalité qualifié“ gefordert werde (vgl. auch Entscheid vom 11. 3. 1997):

„Toute personne subissant les conséquences d’une infraction n’est donc pas une victime au sens de la LAVI. Pour pouvoir se prévaloir de cette qualité, la personne alléguant un dommage doit avoir été, d’un point de vue objectif, directement visée par l’infraction en cause.“

In den Empfehlungen der Schweizerische Verbindungsstellen-Konferenz (SVK-OHG) wird bloss ein „direkter“ Zusammenhang gefordert, wobei nicht klar wird, ob dieser adäquat-kausal sein muss oder nicht. Zumindest gemeint scheint damit, dass die Integritätsbeeinträchtigung der Straftat zuzuordnen sei,⁵ auch wenn sie derart lange Zeit später (zum Beispiel in Form psychischer Folgeschäden) auftritt, dass die Adäquanz zumindest fraglich erscheint.

Problematisch ist diese Frage deshalb, weil die kantonalen Gerichte fehlende Unmittelbarkeit von Tatfolgen zum Anlass nehmen, diese nicht als Hilfe, sondern als Entschädigung zu vergüten (so zum Beispiel das Zürcher Sozialversicherungsgericht am 3. 6. 1996 für 18 Monate nach der Tat auftretende psychische Folgeschäden einer versuchten Vergewaltigung). Wenn nun andererseits das Fehlen eines Soforthilfe-Anspruchs als Indiz für fehlende Adäquanz bzw. für einen etwa durch psychische Prädisposition unterbrochenen Kausalablauf gilt, erhält man das Resultat, dass nach Art. 3 OHG ein Opfer ohne Anspruch auf Soforthilfe nicht als eigentliches Opfer gilt.

Auch in den Empfehlungen der SVK-OHG wird die Adäquanz des Kausalzusammenhangs zur selbstverständlichen Voraussetzung einer Opferstellung gemacht:

„Ein Delikt ist haftungsbegründend, wenn es nicht nur „conditio sine qua non“ [...], sondern nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung geeignet ist, den seelischen Schmerz oder den Schaden zu bewirken, so dass der Eintritt dieses Erfolges durch das Delikt wesentlich begünstigt erscheint.“ (Rn. 52)

Insofern hier der durch Genugtuungen abzugeltende seelische Schmerz und nicht die durch Entschädigungen abzugeltende Beeinträchtigung der psychischen Integrität gemeint ist, ist diese Auffassung problematisch. Seelischer Schmerz ist etwas Subjektives; er kann durch Geld nicht nur nicht entschädigt, sondern dadurch ebensowenig ‚ausgeglichen‘ werden. Die Freude, die jemand haben mag, wenn man ihm Geld gibt, ist nicht von der gleichen Art wie das Leid über den Verlust einer ihm nahestehenden Person. Wird der seelische Schmerz durch einen Richter mittels Geldzahlungen abgegolten, so liegt bereits in der Höhe der zugesprochenen Summe ein Ermessensentscheid, der den „gewöhnlichen Lauf der Dinge“ und die „allgemeine Erfahrung“ mitberücksichtigen muss. In diesem Sinn ist der durch eine Genugtuung abzugeltende seelische Schmerz ein rechtliches Konstrukt. Es macht keinen Sinn, nach der adäquat-kausal verursachten Verursachung dieses Konstrukts zu fragen, da der durch die Straftat adäquat-kausal verursachte Teil der psychischen Beeinträchtigung bei der vorgängigen richterlichen Ermessensentscheidung bereits Berücksichtigung fand.

⁵ So etwa das baselstädtische Verwaltungsgericht am 1. 11. 1996: „In jedem Fall aber muss die Beeinträchtigung eine unmittelbare, d.h. direkt auf die Straftat zurückzuführende sein...“

Die begriffliche Zwangslage spitzt sich zu, sobald man, mit einem grossen Teil der Lehre und auch der Rechtsprechung, das subjektive Empfinden bereits bei der Feststellung des Umfangs der Integritätsbeeinträchtigung selbst eine Rolle spielen lassen will. So schreibt etwa die SVK-OHG in ihren Empfehlungen:

„Eine Beeinträchtigung der körperlichen oder psychischen Integrität liegt vor, wenn sich der Alltag des Opfers durch die Straftat vorübergehend oder dauernd nachteilig verändert hat. Das subjektive Empfinden des Opfers ist mitzuberücksichtigen.“ (Rn. 8)

Wenn nun das Opfer der Meinung ist, sein Alltag habe sich nachteilig verändert, diese Veränderung aus der Sicht der Beratungsstelle aber nicht adäquat-kausal von der Straftat verursacht wurde, ist unklar, wie nun das subjektive Empfinden des Opfers mitzuberücksichtigen sei. Zwischen dem Verzicht auf eine Überprüfung der Anspruchsberechtigung und dem Festhalten an der amtlichen Entscheidung über das Nicht-Vorliegen einer Integritätsbeeinträchtigung scheinen alle Möglichkeiten offen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Frage, was unter der Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung richtigerweise zu verstehen ist, nur durch den Gesetzgeber geklärt werden kann. Der auf den Schutzzweck der strafrechtlichen Normen abstellende Vorschlag von Gomm, Stein und Zehntner erscheint fragwürdig:

„Einfacher wäre es, die Voraussetzung der Unmittelbarkeit in der Beeinträchtigung der Integrität des Opfers mit der Beeinträchtigung des durch den Tatbestand geschützten Rechtsgutes gleichzusetzen.“ (ad Art 2, Rn. 12)⁶

Durch die Strafnorm des Art. 123 StGB wird die körperliche Integrität von Opfern geschützt. Verletzungen der körperlichen Integrität haben oft auch Verletzungen der psychischen zur Folge, obwohl von einer Verursachung (geschweige denn einer adäquat-kausalen) kaum gesprochen werden kann, da die beiden Schädigungen oft zeitgleich auftreten. Nun wird die Genugtuung im allgemeinen als Entschädigung oder Abgeltung eines immateriellen, das heisst nicht-körperlichen, Schadens verstanden, der nicht (oder zumindest nicht in erster Linie) vom Schutzzweck des Art. 123 StGB gedeckt ist. Der Vorschlag von Gomm, Stein und Zehntner würde deshalb in letzter Konsequenz dazu führen, bei Körperverletzungen und überhaupt bei Straftaten gegen Leib und Leben keine Genugtuungen auszurichten, da die psychische Integrität nicht durch Art. 123 StGB geschützt ist und ihre Beeinträchtigung folglich nicht unmittelbar wäre.

Das Bundesgericht hat – wie die Botschaft (S. 977) – das Unmittelbarkeitserfordernis denn auch *nur* dazu benutzt, gewisse Straftaten vom Schutzbereich des OHG auszuschliessen; so etwa Vermögensdelikte, Gefährdungsdelikte und Straftaten wie die Verletzung von Verkehrsregeln oder das Fahren in angetrunkenem Zustand (Urteil vom 15. 2. 1996 = BGE 122 IV 76).

Die jetzige Formulierung ist auch deshalb problematisch, weil zuviel in sie hineingelesen werden kann. So vertrat das Berner Verwaltungsgericht am 23. 1. 1995 die Auffassung, unter der Unmittelbarkeitserfordernis sei *mehr* zu verstehen als die adäquat-kausale Verursachung der Integritätsbeeinträchtigung durch die Straftat:

„Die ausdrückliche Nennung des Unmittelbarkeitserfordernisses in Art. 2 Abs. 1 OHG kann deshalb auch dahin verstanden werden, dass zur Eingrenzung des Opferbegriffs im Sinne des OHG auf die Unmittelbarkeit der strafbaren Einwirkung von dritter Seite über den adäquaten

⁶ Einen ähnlichen Vorschlag macht auch Ulrich Weder: „Die Integritätsbeeinträchtigung muss eine *unmittelbare* sein. Mit anderen Worten: Die Beeinträchtigung muss ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal darstellen.“ (Weder 1995, S. 41). Anscheinend findet sich diese Explikation auch in einem Kreisschreiben der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich vom 15. 12. 1995 (S. 2).

Kausalzusammenhang hinaus besonderes Gewicht gelegt werden soll. Eigenes strafbares Verhalten und Mitverschulden kann demnach die Direktheit einer strafbaren Einwirkung von dritter Seite unterbrechen und dazu führen, dass die Opferqualität der verletzten Person zu verneinen ist.“

Dies wurde vom Bundesgericht am 15. 3. 1996 korrigiert (= BGE 122 II 315). Das Unmittelbarkeitserfordernis diene zu nichts anderem als dazu, gewisse Delikte auszuschliessen:

„Die Unmittelbarkeit betrifft die Beeinträchtigung in der Integrität des möglichen Opfers selber.“

Hier stellt sich nun aber die Frage, ob damit die Umschreibung der Integritätsbeeinträchtigung als „unmittelbar“ diese überhaupt noch näher zu qualifizieren vermag. Geht es nur um den Ausschluss von Vermögensdelikten, liesse sich dies gesetzgeberisch sicher leichter bewerkstelligen.

Uneinigkeit zwischen Lehre und Praxis besteht bei der Frage, wie eine Beeinträchtigung der Integrität festzustellen sei. Während die Empfehlungen der SVK-OHG diese in einer „nachteilige[n] Veränderung des Alltags des Opfers“ (Rn. 8) sehen, stellen Gomm, Stein und Zehntner auf den Zustand des Opfers ab:

„Die Integrität ist verletzt, wenn sich der körperliche oder seelische Zustand des Opfers nach der Straftat nachteilig verändert hat.“ (ad Art. 2, Rn. 7)

Auch dies wäre gegebenenfalls gesetzlich zu präzisieren.

7.5. Anzeige- und Mitwirkungspflichten des Opfers

Eine weitere Frage besteht darin, ob unter Straftaten im Sinne des OHG nur angezeigte Delikte zu verstehen sind. Gemäss dem Entscheid des Aargauer Regierungsrates vom 28. 2. 1996 soll die Einreichung einer Anzeige in die Entscheidungsfreiheit des Opfers fallen:

„Das Opfer soll ohne Gefährdung seiner opferhilferechtlichen Ansprüche entscheiden können, ob es strafrechtliche Schritte einleiten will.“

Auch Gomm, Stein, Zehntner sind der Meinung, das Opferhilfegesetz enthalte keine Verpflichtung zur Einreichung einer Strafanzeige (ad Art. 2, Rn. 18). Die Thurgauer Rekurskommission kommentierte am 18. 9. 1997 diese Passage wie folgt:

„Dies kann jedoch nicht bedeuten, dass einer Person bei einem Antragsdelikt auch dann Opferqualität zukommt, wenn sie keinen Strafantrag stellt. Wird vom Strafgesetzbuch als Prozessvoraussetzung für die Durchführung eines Strafverfahrens ein Strafantrag verlangt, muss das Opfer in diesem Sinn tätig werden, d.h. durch eigene Willenserklärung überhaupt die Voraussetzungen dafür schaffen, dass ein Strafverfahren angehoben wird. Wer selbst bewusst die Durchführung eines solchen vereitelt, hat keinen Anspruch auf eine Entschädigung oder Genugtuung im Sinn von Art. 11 ff. OHG.“

Es bleibt damit zu klären, inwieweit die Einreichung einer Anzeige zu den Mitwirkungspflichten des Opfers gehört. Da in manchen Fällen dem Opfer die Einreichung einer Anzeige nicht zugemutet werden kann und auch weil es Absicht des Gesetzgebers war, mit dem OHG das durch Straftaten in die Welt gesetzte Unrecht wenigstens auf Opferseite zu vermindern und damit den in Delikten zu Tage tretenden sozialen Zwist zu entschärfen (Botschaft, S. 364), wird man wohl mit Vorteil darauf verzichten, dem Opfer die Pflicht zur Einreichung einer Anzeige aufzuerlegen. Das Opfer soll selbst entscheiden können, welcher Weg der Konfliktlösung oder zumindest – eindämmung es einschlagen will. Bei der Problematisierung des Straftatbegriffs in Abschnitt 8.3 werden wir hierauf zurückkommen.

Eine weitere kantonal unterschiedlich beantwortete Frage ist die, ob das Opfer gewisse Mitwirkungspflichten bei der Bewältigung der Tatfolgen habe, ob m.a.W. auch bereits auf der Stufe der Beratungshilfe von einer ‚Schadenminderungspflicht‘ die Rede sein könne. So war etwa das Luzerner Verwaltungsgericht am 24. 8. 1998 der Meinung, der Beschwerdeführerin könne ihre fehlende Bereitschaft zu einer psychiatrischen Behandlung deshalb angelastet werden, weil ihre Drogensucht das Vorbestehen „gewisser psychosomatischer Beschwerden“ vermuten lasse. Dagegen war das Aargauer Verwaltungsgericht am 20. 6. 1996 der Meinung, der Verzicht auf eine Therapie schmälere den Anspruch des Opfers nicht. Auch das Genfer Verwaltungsgericht verneinte am 30. 5. 1995 die Pflicht eines auf Genugtuung Anspruch erhebenden Vergewaltigungsopfers, sich in medizinische Behandlung zu begeben.

8. Art. 2 OHG: gesetzlicher Änderungsbedarf

8.1. Der Opferbegriff

Auch Gomm, Stein und Zehntner haben die Ausweitung der OHG-Anspruchsgrundlage in Art. 2 Abs. 2 OHG kritisiert: Sie empfehlen, Abs. 2 bei der Inanspruchnahme der Beratungsstellen einerseits grosszügig, bei der Ausrichtung von Entschädigungen und Genugtuungen andererseits restriktiv auszulegen (ad Art. 2, Rn. 28). Eine solche doppelte Lesart ist problematisch. Einfacher und transparenter wäre es, in Art. 2 Abs. 2 OHG nur noch vom Versorgerschaden bei Tötungsdelikten zu sprechen und erst bei der Arbeit der Beratungsstellen (Art. 3) darauf hinzuweisen, dass diese auch Angehörige und unter Umständen sogar Zeugen betreuen. Bei der Ausrichtung von Entschädigungen und Genugtuungen würde sich nicht viel ändern: Der Nachweis, man sei dem Opfer nahegestanden, entspricht im Aufwand ungefähr demjenigen, man habe durch dessen Opferwerdung selbst eine Integritätsverletzung erlitten. Die Opferstellung, der die drei Bereiche des OHG als Generalbedingung unter einer Klammer zu halten versucht, würde dadurch von den Anspruchsvoraussetzungen der verschiedenen staatlichen Leistungen klarer unterschieden.

Die Lösung der Verbindungsstellen-Konferenz, jede hilfeschuchende Person bis zum Nachweis des Gegenteils als Opfer zu betrachten (Empfehlungen, Rn. 3) widerspricht allerdings klarerweise den Intentionen des Gesetzgebers:

„Wie der Bundesrat in der vorerwähnten Botschaft [zur Volksinitiative] ausführte, muss die Straftat dabei nicht unbedingt alle konstitutiven Elemente der Strafbarkeit erfüllen. [...] Jedoch wird vorausgesetzt, dass die objektiven Tatbestandsmerkmale einer Straftat vorliegen. Dies kann entweder aus einem Strafurteil hervorgehen oder, wenn ein solches fehlt, von der Entschädigungsbehörde festgestellt werden, welche in diesem Fall selbst die nötigen Abklärungen vorzunehmen hat.“ (Botschaft, S. 977)

Die gegenteiligen Bestimmungen der SVK-OHG, wonach jede hilfeschuchende Person zunächst als Opfer qualifiziere, sind als Eingeständnis ‘der Praxis’ zu werten, dass sich diese bundesrätliche Absicht als in Wirklichkeit undurchführbar herausgestellt hat. Dies leuchtet auch ohne weiteres ein. Sollen die Beratungsstellen so eingerichtet sein, dass sie 24h lang Soforthilfe an mutmassliche Opfer leisten können, ist es schlechtweg illusorisch, von ihnen zu verlangen, vor der Hilfeleistung „die nötigen Abklärungen vorzunehmen“. Jede Beratungsstelle stösst dabei nicht nur an zeitliche, sondern auch an personelle, prozessuale und kompetenzmässige Grenzen. Die Beratungsstelle ist nicht nur nicht befugt, Beweismittel zu erheben, sondern sie wäre sogar beim Bestehen solcher Kompetenzen dabei wohl kaum wesentlich schneller als die Untersuchungsbehörden. Es macht zudem auch in ökonomischer Hinsicht wenig Sinn, denselben Sachverhalt doppelt und durch

unabhängige Behörden (das eine Mal aus Opfer-, das andere Mal aus Täterperspektive) amtlich festzustellen.

Die SVK-OHG geht sogar noch weiter: Wer weder Opfer noch dem Opfer gleichgestellt sei, aber durch die Straftat psychisch beeinträchtigt wurde, unterstehe zwar nicht dem OHG, habe aber mindestens Anspruch auf Beratung. Obwohl sie betont, „diese [letzte] Bestimmung bedeute[t] keine Ausweitung des Anwendungsbereich des OHG“ (Kommentar zu Rn. 7), bedeutet sie genau das. Haben auch Nicht-Opfer Anspruch auf Opferhilfe, ohne deshalb bereits „den Opfern gleichgestellt zu sein“, wird der Opferbegriff vollends unscharf.

Der zentrale Bedeutung des Opferbegriffes für die Auslegung und Interpretation des OHG wie auch für seine Anwendung wird im allgemeinen wenig Beachtung geschenkt. Eine löbliche Ausnahme hiervon ist die erste CETEL-Studie, die 1995 an der Universität Genf verfasst wurde, und in deren Vorwort es heisst:

„Le terme „victime“ sera utilisé, dans le présent rapport, pour désigner les usagers potentiels des structures mises en place par la LAVI. Il convient, à ce propos, de rappeler que la catégorie „victime“ n’est pas naturelle et que les institutions, créées en tant que dispositif LAVI ou dont la vocation a été repensée dans le cadre de la mise en application de cette loi, contribuent à définir cette catégorie, pour le moins à des fins de prise en charge et d’assistance.“ (1995, S. 4)

Es hat sich herausgestellt, dass sich dieser „operationelle“ Opferbegriff und der gesetzliche (Opfer i.S. von Art. 2 Abs. 1 OHG ist, wer „durch eine Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist“) derart weit voneinander entfernt haben, dass nur eine Rückbesinnung auf Sinn und Zweck des Opferhilfegesetzes in diesem Bereich Klarheit schaffen kann.

8.2. Der Straftatbegriff

Angesichts der Schwierigkeiten mit dem Straftatbegriff des OHG stellt sich die Frage, welche Rolle dieser Begriff im Gesetz überhaupt spielt. Diese Frage beschäftigte bereits das Zürcher Sozialversicherungsgericht am 3. 6. 1996:

„Ob sich die Opferqualität direkt oder indirekt über die Qualifikation einer Straftat und deren Schwere herleiten lässt, ist angesichts des Wortlautes von Art. 2 Abs. 1 OHG fraglich...“

Das Bundesgericht beantwortete diese Frage am 17. 6. 1999 (= BGE 125 II 265) negativ:

„Entscheidend ist jedoch nicht die Schwere der Straftat sondern der Grad der Betroffenheit der geschädigten Person. [...] So kann etwa eine Tötlichkeit die Opferstellung begründen, wenn sie zu einer nicht unerheblichen psychischen Beeinträchtigung führt. Umgekehrt ist es denkbar, dass eine im Sinne des Opferhilfegesetzes unerhebliche Beeinträchtigung der körperlichen oder psychischen Integrität angenommen wird, obwohl der Eingriff strafrechtlich als leichte Körperverletzung (Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) zu qualifizieren ist. Entscheidend ist, ob die Beeinträchtigung des Geschädigten in seiner körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität das legitime Bedürfnis begründet, die Hilfsangebote und die Schutzrechte des Opferhilfegesetzes – ganz oder zumindest teilweise – in Anspruch zu nehmen.“

Diese Auffassung des Bundesgerichts läuft auf die These hinaus, der Straftatbegriff in Art. 2 Abs. 1 OHG habe einzig den Zweck, Integritätsverletzungen auszuschliessen, welche dem Opfer in einer Weise (etwa von ihm selbst) zugefügt wurden, die rechtlich nicht zu beanstanden ist.

Das Bundesgericht ist also der Auffassung, dass es für die Begründung einer Opferstellung allein auf die *Schwere der Integritätsbeeinträchtigung*, nicht aber auf die rechtliche Qualifikation der

Straftat ankomme (BGE 120 Ia 157, 125 II 265). Diese Ansicht wird auch in der Literatur vertreten:

„La notion de victime ne dépend pas de la nature d’infraction, mais exclusivement de ses effets pour le lésé.“ (Corboz 1996, S. 56)

Die Auffassung des Bundesgerichts deckt sich zwar nicht mit dem Buchstaben, aber immerhin mit dem Geist der entsprechenden Passage in der bundesrätlichen Botschaft. Dort geht es nämlich darum, Delikte als keine Opferstellung begründend zu qualifizieren, bei denen die Beeinträchtigung der Integrität eine „lediglich mittelbare Folge der Straftat“ ist (Botschaft, S. 977). Tötlichkeiten verursachen aber zweifellos nicht lediglich mittelbare, sondern unmittelbare Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität. Der Opportunitätsgedanken, der in den letztinstanzlichen kantonalen Urteilen eine grosse Rolle spielt, fehlt in der Botschaft völlig. Zudem gilt es zu beachten, dass der Verfassungsauftrag von Art. 64^{ter} aBV Hilfe für die Delikte gegen Leib und Leben vorsah. Aufgrund seiner systematischen Stellung im StGB gehört Art. 126 StGB zu dieser Deliktsgruppe. Der Bundesrat begründet in seiner Botschaft die Motive, die ihn dazu bestimmten, über den Verfassungsauftrag hinauszugehen:

„Wie der Bundesrat in der Botschaft vom 6. Juli 1983 zur Volksinitiative „zur Entschädigung der Opfer von Gewaltverbrechen“ bereits dargelegt hat, ist der Begriff der „Straftaten gegen Leib und Leben“ im Zusammenhang mit der Opferhilfe weiter auszulegen als im Strafrecht; er umfasst hier „alle Handlungen, die einen Angriff auf Leib und Leben bedeuten können (z.B. Raub, Vergewaltigung)“. Um nicht den gleichen Begriff für zwei unterschiedliche Sachverhalte zu verwenden, wird daher im neuen Gesetz auf die Formulierung „strafbare Handlungen gegen Leib und Leben“ verzichtet und lediglich von Opfern von Straftaten gesprochen.“ (Botschaft, S. 976-977)

Es fehlen jegliche Hinweise dafür, dass der Gesetzgeber mit dem OHG *hinter* den Verfassungsauftrag zurück gehen wollte. Somit könnte es sogar der Verfassung widersprechen, dem Opfer einer Tötlichkeit der Anspruch auf Opferhilfe zu versagen. Demnach besteht hier sicher gerichtlicher Klärungs- und vorzugsweise sogar gesetzgeberischer Änderungsbedarf.

8.3. Zwischenbilanz und Lösungsvorschlag

Die wesentlichen Unklarheiten in den Zusammenhängen von Opferbegriff, Straftatbegriff und Unmittelbarkeitbegriff sind auf den Umstand zurückzuführen, dass das OHG (auch ohne Berücksichtigung der dem Opfer gleichgestellten Personen) drei völlig verschiedene Verständnisse des „Opfers“ von Straftaten verwendet:

Unter dem Aspekt der Beratungshilfe fallen all jene Personen als Anspruchsberechtigte in Betracht, die glaubhaft machen können, Opfer geworden zu sein. An die ihnen abverlangte Begründung müssen aus der Sicht der erwünschten „Opferperspektive“ des OHG nur geringe Anforderungen gestellt werden. Der Straftatbegriff leistet im Bereich des Anspruches auf Beratungshilfe keine Arbeit: nicht nur ist es den Soforthilfe leistenden Beratungsstellen unmöglich, die Tatbestandsmässigkeit eines Viktimisierungsvorganges zu überprüfen, sondern es ist darüber hinaus problematisch, den Begriff einer Straftat (der die Existenz eines Täters nach sich zieht) unabhängig von seiner strafprozessualen Zuschreibung durch dazu befugte Instanzen zu verwenden.

Noch weiter ist der Kreis derjenigen Personen, welche Anspruch auf Persönlichkeitsschutz, Verbeiständung und die Geltendmachung von Verfahrensrechten und Zivilansprüchen erheben können. Hier fallen grundsätzlich alle Geschädigten in Betracht. Wohl deshalb ist auch in vielen

Übernahmen entsprechender Bestimmungen in kantonale Strafprozessordnungen nur noch von „Geschädigten“ und nicht mehr von „Opfern“ die Rede.⁷

Welche weitere Einschränkungen des Adressatenkreises vorgenommen werden müssen, ist von Artikel zu Artikel unterschiedlich. Art. 5 Abs. 1 OHG (Wahrung der Persönlichkeitsrechte) sollte ohnehin für alle am Strafprozess Beteiligten eine Selbstverständlichkeit darstellen. Art. 5 Abs. 2, Abs. 3, 1. Satz, und Abs. 4 OHG sprechen von Antragsrechten bzw. der Interessenslage von *mutmasslichen* Opfern, d.i. Personen, die sich selbst im Strafprozess als Opfer betrachten und/oder von der Staatsanwaltschaft als solche betrachtet werden. Art. 5 Abs. 3, 2. Satz, Art. 5 Abs. 5, Art. 6 Abs. 3 und Art. 10 OHG betreffen Opfer von Straftaten gegen die sexuelle Integrität, wobei das Bundesgericht bemerkt hat (Entscheid vom 30. 5. 1996 = BGE 122 II 211), dass damit nur *mutmassliche* Opfer von Straftaten gemeint sein können (weil ja über das Vorliegen einer Straftat erst im Urteil entschieden wird). Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 OHG betreffen Opfer, die möglicherweise Entschädigungsansprüche geltend machen. Art. 7, Art. 8 und Art. 9 OHG betreffen im Grunde ebenfalls die Gesamtheit aller Geschädigten, soweit nicht die einzelnen Absätze (Art. 7 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1 litt. b und c, Art. 9 Abs. 4 OHG) noch weitere Voraussetzungen aufstellen.

Anspruch auf Entschädigung oder Genugtuung haben gemäss Art. 11 OHG „Opfer einer in der Schweiz verübten Straftat“. Dieser Kreis von Anspruchsberechtigten ist verhältnismässig einfach umschrieben (zu den wenigen offenen Fragen siehe unten, Abschnitt 19). Weil sich die Opferhilfestelle in vielen Fällen auf die Ergebnisse eines relativ weit fortgeschrittenen Untersuchungsverfahrens abstützen kann, ist die Verwendung des Straftatbegriffs hier weniger problematisch als im Bereich der Beratungshilfe. Dennoch darf er nicht in einer Weise verwendet werden, die dem Rechtsstaatsprinzip zuwiderläuft, dass nur ein dazu befugtes Gericht rechtskräftig entscheiden kann, wer Täter und wer Opfer ist. Hat das Opfer eine Strafanzeige eingereicht oder wird die mutmassliche Viktimisierung von Amtes wegen auf ihre Tatbestandsmässigkeit überprüft, so wäre es im Sinne der Klarheit und Transparenz des Gesetzes vorteilhaft, Entschädigungsansprüche explizit an den (mutmasslichen) Ausgang des Strafprozesses anzuknüpfen. Dabei muss allerdings die Tatbestandsmässigkeit genügen, da es unklar erscheint, wie sich Rechtfertigungsgründe auf das Ausmass der Betroffenheit des Opfers auswirken können, und auch Opfer von schuldlosen Tätern entschädigt werden sollen (siehe Abschnitt 17.5). Hat das Opfer keine Anzeige eingereicht, sind zwei Varianten prüfenswert. Nach der ersten wäre eine konditionale Bedingung zu erfüllen: Die Sachlage muss sich derart klar präsentieren, dass das Verfahren, wenn das Opfer denn eine Anzeige eingereicht hätte, zweifellos zur gerichtlichen Feststellung der Tatbestandsmässigkeit führen würde. Die zweite Variante wäre die, Opfern, die keine Anzeige einreichen, zwar Beratungshilfe zu gewähren, Entschädigung und Genugtuung aber zu verweigern. Damit käme das Gesetz der in der Botschaft genannten Absicht entgegen, die Opfer durch finanzielle Anreize zur Einreichung einer Anzeige zu motivieren und damit eine bessere Durchsetzung des materiellen Strafrechts zu ermöglichen (Botschaft, S. 967).

Im Licht dieser Überlegungen empfiehlt es sich, die jeweiligen Bedingungen einer Anspruchsberechtigung wie folgt abzuändern:

⁷ Zu einer solchen Ausweitung des Opferbegriffs wurden die Kantone vom Bundesrat ausdrücklich ermuntert: „Die prozessualen Bestimmungen gelten grundsätzlich nur für Opfer im Sinne der Opferdefinition von Artikel 2 des Gesetzes. Es bleibt den Kantonen aber unbenommen, den Geltungsbereich auf weitere Kategorien von Opfern auszudehnen. Der Entwurf für die Anpassung des Bundesstrafprozesses und des Militärstrafprozesses folgt weitgehend diesem zweiten Weg und gesteht die Rechte von Artikel 11 und 12 [dabei handelt es sich vermutlich um einen Schreibfehler: gemeint sind die Verfahrensrechte, d.i. Art. 8 und 9: vgl. Botschaft, S. 997] grundsätzlich allen Geschädigten zu.“ (Botschaft, S. 974)

1. Wer glaubhaft machen kann, gegen seinen Willen in seiner körperlichen, psychischen oder sexuellen Integrität verletzt worden zu sein, hat Anspruch auf Beratungshilfe. Die dem Opfer nach Art. 2 Abs. 2 OHG gleichgestellten Personen haben danach einen eigenständigen Anspruch auf Beratung, sofern sie eine Beeinträchtigung der eigenen (psychischen) Integrität glaubhaft machen können.⁸
2. Wer behauptet, durch eine Straftat geschädigt zu sein, hat Anspruch auf Persönlichkeitsschutz, Verbeiständung und die Geltendmachung von Verfahrensrechten und Zivilansprüchen im Strafprozess.
3. Wer durch eine gerichtlich als tatbestandsmässig erweisbare Straftat in ihrer bzw. seiner körperlichen, psychischen oder sexuellen Integrität verletzt wurde, hat Anspruch auf Entschädigung und/oder Genugtuung.

9. Art. 3 OHG: Präzedenzentscheide

2. ABSCHNITT: BERATUNG

ART. 3 BERATUNGSSTELLEN

1 Die Kantone sorgen für fachlich selbständige öffentliche oder private Beratungsstellen. Mehrere Kantone können gemeinsame Beratungsstellen einrichten.

2 Die Beratungsstellen haben insbesondere folgende Aufgaben:

- a. sie leisten und vermitteln dem Opfer medizinische, psychologische, soziale, materielle und juristische Hilfe;
- b. sie informieren über die Hilfe an Opfer.

3 Die Beratungsstellen leisten ihre Hilfe sofort und wenn nötig während längerer Zeit. Sie müssen so organisiert sein, dass sie jederzeit Soforthilfe leisten können.

4 Die Leistungen der Beratungsstellen und die Soforthilfe Dritter sind unentgeltlich. Die Beratungsstellen übernehmen weitere Kosten, wie Arzt-, Anwalts- und Verfahrenskosten, soweit dies aufgrund der persönlichen Verhältnisse des Opfers angezeigt ist.

5 Die Opfer können sich an eine Beratungsstelle ihrer Wahl wenden.

9.1. Was ist Soforthilfe?

Die Frage, was unter Soforthilfe zu verstehen sei, hat die kantonalen Gerichte von Anfang an beschäftigt. Die Empfehlungen der Verbindungsstellen-Konferenz OHG (SVK-OHG) bringen den Konsens, der sich dabei herauschälte, gut auf den Punkt: Unter Soforthilfe ist die von den persönlichen Verhältnissen unabhängige (Rn. 28) Abdeckung der dringendsten Bedürfnisse des Opfers (Rn. 27) zu verstehen. Im Kanton Zürich wurde diese geforderte Dringlichkeit näher bestimmt. So meinte das Sozialversicherungsgericht am 16. 12. 1996:

„Die finanzielle Soforthilfe ist nach dem Gesagten eng zu interpretieren. Sie soll nur für Fälle herangezogen werden, in denen das Opfer nach der Straftat tatsächlich unmittelbare finanzielle Hilfe benötigt. Im Kanton Zürich kann nach bisheriger Praxis finanzielle Soforthilfe nur für Kosten beansprucht werden, die innert drei Wochen seit der durch die Straftat entstandenen Krisensituation entstanden sind.“

⁸ Dies umfasst mutmasslicherweise gerade die „dem Opfer nahestehenden Personen“, die in den Empfehlungen der Verbindungsstellen-Konferenz OHG (SVK-OHG) aufgeführt werden, nämlich Ehepartner, Kinder, Eltern, Geschwister, Lebenspartner, enge Freundinnen und Freunde). Auch der von der SVK-OHG empfohlene Einbezug von Zeugen wird damit in eine einheitliche Formulierung integriert.

Diese Auffassung wurde vom Bundesgericht in einem Entscheid vom 17. 8. 1997 kritisiert:

„Es [das Zürcher Sozialversicherungsgericht] begrenzte somit die Möglichkeit kostenverursachender Soforthilfe durch Dritte auf eine bestimmte Dauer der Hilfeleistung bzw. einen bestimmten Zeitraum nach der Straftat. Für eine derartige Begrenzung der Soforthilfe gibt es weder im Gesetz noch in den Materialien irgendwelche Hinweise. Nach dem Zweck der Soforthilfe kann weder der zeitliche Abstand zur Straftat noch die Dauer der Hilfeleistung entscheidend sein; entscheidend ist vielmehr die Dringlichkeit der Hilfeleistung. Um Soforthilfe handelt es sich, wenn die durch die Straftat unmittelbar hervorgerufene Situation des Opfers eine Massnahme erfordert, die in sachlicher und zeitlicher Hinsicht keinen Aufschub erleidet.“ (vom Kanton Zürich in OH! 2/97 veröffentlichtes Urteil)

Damit schloss sich das Bundesgericht der Meinung von Gomm, Stein und Zehntner an, die der Ansicht sind, das Erfordernis der zeitlichen Dringlichkeit der *Soforthilfe* beziehe sich nicht auf den seit der Tat vergangenen, sondern auf den für die aktuell erforderliche Handlung noch zur Verfügung stehenden Zeitraum (ad Art. 3, Rn. 30). Das vom Bundesgericht verwendete und von der Lehre vorgeschlagene Dringlichkeitskriterium zur Unterscheidung von Sofort- und weiterer Hilfe ist allerdings schwer handhabbar, denn es ist, wie Bohnet richtig bemerkt hat, nur fallbezogen in Anschlag zu bringen:

„... accorder à la victime un nombre d’heures forfaitaires de consultation chez un avocat à titre d’aide immédiate est un procédé par trop schématique. L’aide immédiate est nécessaire dans une autre mesure en cas d’assassinat d’un père de famille qu’en cas d’accident de la circulation avec un blessé léger.“ (1998, S. 170)

Die Mitarbeiter der Beratungsstellen werden durch das Dringlichkeitskriterium mit der Aufgabe betraut, anhand eines individuellen Fallmerkmals über die Notwendigkeit des Miteinbezugs individueller Fallmerkmale unter dem Titel der „persönlichen Verhältnisse“ zu entscheiden. Ob dieser Zirkularität erstaunt es deshalb wenig, dass in vielen Kantonen versucht wurde, zumindest die erste Entscheidung an objektiven Kriterien festzumachen.

9.2. Was sind weitere Kosten?

Das Zürcher Obergericht umschrieb am 27. 12. 1994 die gemäss Art. 3 Abs. 4 OHG zu übernehmenden weiteren Kosten als „Kosten für Leistungen Dritter, die nicht von der Soforthilfe eingeschlossen sind, [...] wie etwa für medizinische Versorgung (inkl. Therapien), für den Rechtsbeistand sowie für Verfahrenskosten oder allgemein durch das Delikt verursachte Schäden.“ In demselben Urteil bezeichnete es allerdings die Praxis der Opferhilfestelle, die Übernahme „allgemein durch das Delikt verursachter Schäden“ auf solche bis Fr. 499.- zu beschränken, als „vertretbar“. Dieser Meinung schloss sich das Zürcher Sozialversicherungsgericht am 16. 12. 1996 an:

„Unter den Begriff ‚weitere Kosten‘ fallen Anwalts-, Arzt-, Therapie- und Verfahrenskosten, die durch das Delikt verursacht worden sind sowie andere durch das Delikt verursachte Kosten bis Fr. 500.- ...“

Bantli Keller, Weder und Meier forderten für als weitere Kosten abzugeltende Schäden, die nicht zu den Verfahrens-, Arzt-, Anwalts- oder Therapiekosten gehören, zudem eine „unmittelbare“ Verursachung durch das Delikt (Bantli Keller / Weder / Meier 1995, S. 33). Angesichts der Schwierigkeiten, die das Unmittelbarkeitserfordernis schon beim Opferbegriff verursacht, ist diese Lösung problematisch. Die Beschränkung auf einen Maximalbetrag und die Differenzierung in Anwalts-, Arzt-, Therapie- und Verfahrenskosten und andere Kosten wurden vom Bundesgericht ebenfalls im Urteil vom 17. 8. 1997 kritisiert:

„Das Gesetz sieht keine Einschränkung hinsichtlich der Art der kostenverursachenden

Hilfeleistung vor. Für die Unentgeltlichkeit der Soforthilfe spielt es ebenfalls keine Rolle, ob Aufwendungen als Teil des Schadens nach Art. 12 Abs. 1 OHG geltend gemacht werden können [insb. ob sie über 500.- liegen]. Der Begriff ‚weitere Kosten‘ bezieht sich auf Auslagen im Zusammenhang mit der Soforthilfe. Es geht grundsätzlich um dieselben Hilfsmassnahmen, die Gegenstand der Soforthilfe bilden können. Der einzige Unterschied – was die Art der Opferhilfe anbelangt – besteht darin, dass die Hilfeleistung nicht dringlich ist.“

Dem Zeithorizont für Soforthilfe wurde in einem Urteil des Berner Verwaltungsgericht vom 18. 4. 1994 bereits früh eine obere Grenze gezogen: Kosten, die vier Jahre nach dem Schadensereignis geltend gemacht werden, können nur noch als „weitere Hilfe“ vergütet werden.

Wie in Zürich (vgl. Bantli Keller / Weder / Meier 1995, S. 33) wurden vom Schaffhausener Verwaltungsgericht am 19. 10. 1995 Bedingungen an die Übernahme von Therapiekosten geknüpft:

„Richtigerweise wird bei der Übernahme der Kosten darauf abgestellt, ob es sich um eine anerkannte Therapieform und eine anerkannte Therapeutin handelt; andernfalls die Überprüfung nicht mehr nachvollziehbar ist.“

9.3. Kriterien für die Übernahme weiterer Kosten

Zunächst ist mit Bohnet (1998, S. 171) darauf zu verweisen, dass der Gesetzestext zwei unterschiedliche Bedingungen an diejenige durch die Beratungsstelle geleistete Hilfe knüpft, die nicht als Soforthilfe gilt, und sich über ihr Verhältnis ausschweigt. In Art. 3 Abs. 3 OHG ist von der Notwendigkeit der Beratungshilfe über längere Zeit die Rede („wenn nötig“, „au besoin“), während in Abs. 4 desselben Artikels nur noch von „weiteren Kosten“ die Rede ist, die nach Massgabe der „persönlichen Verhältnisse“ („situation personnelle“) zu übernehmen seien. Gomm hat aus dieser Doppelspurigkeit die Irrelevanz des Begriffs „weitere Kosten“ gefolgert:

„Vorerst unterscheidet der Gesetzgeber in Art. 3 OHG die Soforthilfe und die langfristige weitere Hilfe. Keine selbständige begriffliche Bedeutung hat in diesem Zusammenhang die Erwähnung der Übernahme von weiteren Kosten in Art. 3 Abs. 4 OHG. Solche können sowohl als Sofort- als auch als langfristige Hilfe anfallen.“ (Gomm 1998, S. 674)

Es scheint aber klar, dass der Gesetzgeber in Art. 3 OHG die Beratungsstellen zu zwei verschiedenen Arten von Hilfeleistungen verpflichten wollte, von denen die eine sofort und ohne weitere Voraussetzungen zu erfolgen hat, die andere aber längerfristig ausgerichtet ist und von der Bedingung abhängt, aufgrund der persönlichen Verhältnisse des Opfers angezeigt zu sein. Wir werden im folgenden diese zweite Art der Hilfe pauschal als Übernahme „weiterer Kosten“ bezeichnen.

Die Frage, wann die Übernahme weiterer Kosten aufgrund der persönlichen Verhältnisse angezeigt ist, wurde in der kantonalen Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet. In einem Urteil des Bundesgerichts vom 15. 3. 1996 (= BGE 122 II 315) wurde festgestellt, unter dem Aspekt der „persönlichen Verhältnisse“ falle die „Bedürfnislage des Ansprechers als Ganzes“ in Betracht, die sich nicht nur an den für Art. 11 ff. massgeblichen Einkommensgrenzen zu orientieren habe:

„Aus dem Begriff ‚angezeigt‘ folgt ebenfalls eine über die reine Notwendigkeit hinausgehende, grosszügigere Betrachtungsweise sowohl in bezug auf die Anspruchsvoraussetzungen wie auch bezüglich des Umfangs.“

Dies deckt sich mit der Meinung des Freiburger Verwaltungsgerichts, das (am 20. 1. 1995) Vermögenswerte bis zu 42000.- als „réserve de secours“ betrachtete, die die Gewährung finanzieller Unterstützung nicht hinderten. Auch der Regierungsrat des Kantons Aargau war am

27. 3. 1996 der Meinung, die persönlichen Verhältnisse könnten die Übernahme weiterer Kosten rechtfertigen, auch wenn kein Anspruch auf Entschädigung besteht:

„Da die finanzielle Leistungsfähigkeit des Opfers nur ein Aspekt der gesamten persönlichen Verhältnisse darstellt, kann die Übernahme der Kosten aufgrund der Lebensumstände des Opfers ausnahmsweise aber auch angezeigt sein, wenn dessen anrechenbares Einkommen das Dreifache des Grenzbetrags gemäss Ergänzungsleistungsgesetz übersteigt.“

In späteren Entscheiden ist das Bundesgericht dann eher der Meinung von Gomm, Stein und Zehntner gefolgt, die das Kriterium der finanziellen Leistungsfähigkeit des Opfers bei Art. 3 OHG wie im Entschädigungsverfahren verwenden wollen (ad Art. 3, Rn. 59):

„Muss die Leistung aufgrund der „persönlichen Verhältnisse“ des Opfers angezeigt sein, bedeutet dies in erster Linie, dass sie von dessen finanzieller Leistungsfähigkeit abhängig ist, Es liegt nahe, sich dabei an Art. 12 Abs. 1 OHG zu orientieren...“ (Bundesgerichtsentscheid vom 30. 5. 1996 = BGE 122 II 211)

Zumindest in Zürich hatte sich diese Meinung schon vorher durchgesetzt:

„Im Vordergrund bei der Beurteilung der persönlichen Verhältnisse des Opfers steht dessen finanzielle Leistungsfähigkeit. Es sind nur dann weitere Kosten im Sinne von Art. 3. Abs. 4 OHG zu übernehmen, wenn es die finanziellen Verhältnisse des Opfers erfordern. Als Massstab für die Beurteilung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Opfers ist die Regelung nach Art. 12 Abs. 1 OHG heranzuziehen.“ (Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 6. 7. 1995)

10. Art. 3 OHG: kantonale Praxis

Besonders problematisch ist die Abgrenzung zwischen Soforthilfe und weiterer Hilfe bei der Übernahme von Umzugs-, Wohnungs- und Aufenthaltskosten. Von einer Opferbetreuerin wurde die Wohnungssuche in der Vernehmlassung als Kernaufgabe ihrer Arbeit bezeichnet (Caritas Bericht 1/88, S. 44). Die Unterbringung der Opfer häuslicher Gewalt ist auch gemäss Gomm, Stein und Zehntner eine Aufgabe der Beratungsstelle:

„In all diesen Fällen [Notzucht durch Bekannte etc.] ist die Beratungsstelle aufgerufen, für die Unterkunft des Opfers zu sorgen, wenn es nicht mehr in seiner bisherigen, gewohnten Umgebung verbleiben kann.“ (ad Art. 3, Rn. 18)

Gemäss einem Bundesgerichtsurteil vom 17. 9. 1997 fällt die Unterbringung denn auch grundsätzlich unter die Soforthilfe:

„Kann ein Opfer infolge der Straftat nicht mehr in seiner gewohnten Umgebung verbleiben, stellt die Bereitstellung von Wohnraum oder die Unterbringung in einer geeigneten Institution eine Hilfeleistung gemäss Art. 3 Abs. 3 OHG dar.“

Da es unsinnig erscheint, gleichartige Kostenposten unter verschiedenen Titeln geltend zu machen, stellt sich die Frage, ob auch in diesem Fall die Soforthilfe zeitlich limitiert werden kann. Während die SVK-Empfehlungen bei entsprechender Indikation eine Mindestdauer der Kostenübernahme als Soforthilfe von zwei Wochen vorsehen, beschränkte Zürich den Zeithorizont auf drei Wochen (s.o. Abschnitt 9.1). Das Zürcher Sozialversicherungsgericht lehnte eine weiterdauernde Unterbringung am 16. 12. 1996 denn auch ab:

„Die Aufenthaltskosten für das Frauenhaus sind erst im Zeitpunkt der Rechnungsstellung zu leisten. Die Übernahme der über den Zeitraum von drei Wochen hinaus entstandenen Kosten für den Aufenthalt der Beschwerdeführerin und ihrer Tochter im Frauenhaus ist nach dem Gesagten somit weder als finanzielle Soforthilfe [weil über drei Wochen hinausgehend] noch als weitere durch das Delikt verursachte Kosten zu qualifizieren [weil es um mehr als Fr. 500.- geht], sondern unter dem Titel Entschädigung abzuhandeln.“

Hier stellt sich das Problem, dass eine Leistung einerseits zeitlich dringend ist und deshalb als Soforthilfe qualifiziert, andererseits von ihrem Charakter her eher eine Entschädigung darstellt (die bei entsprechendem Einkommen auch gekürzt werden könnte). In Zürich wurde eine Abgrenzung dadurch versucht, dass auf die adäquat-kausale Verursachung abgestellt wurde:

„Nicht die Straftat war Ursache für den weiteren Aufenthalt im Frauenhaus, sondern die Tatsache, dass sie [die misshandelte Frau] dadurch, dass ihr Mann die eheliche Wohnung für sich beanspruchte, keine anderweitige Unterkunftsmöglichkeit hatte. Dieser Umstand führte zwar dazu, dass sie so lange im Frauenhaus verblieb, bis ihr eine andere Unterkunft angeboten wurde, ist jedoch kein Grund für eine Übernahme der daraus resultierenden Kosten nach dem Opferhilfegesetz.“

Das Bundesgericht war in seinem Urteil vom 17. 9. 1997 hingegen der Meinung, die Zerrüttung der ehelichen Verhältnisse dürfe vom Sozialversicherungsgericht Zürich nur dann in Anschlag gebracht werden, wenn sie derart schwer wiege, dass dadurch der adäquate Kausalzusammenhang zwischen Misshandlungen und Frauenhausaufenthalt unterbrochen werde. Dazu müssten die Misshandlungen derart in den Hintergrund gedrängt werden, „dass sie nach wertender Betrachtungsweise als rechtlich nicht mehr bedeutsam erschein[en].“ Dies erscheine u.a. deshalb fraglich, weil die Zerrüttung der Ehe *ebenfalls* eine Folge der Misshandlungen durch den Ehemann sei. Dennoch hielt das Sozialversicherungsgericht in seinem neuen Urteil (29. 4. 1998) daran fest, die nach den ersten drei Wochen durchgeführten Hilfestellungen des Frauenhauses hätten auch ambulant durchgeführt werden können:

„Nachdem jedoch die ersten Kontakte zur Sozialbehörde, dem Büro für Notwohnungen und dem Scheidungsanwalt stattgefunden hatten, waren eine weitere Betreuung und Hilfestellung durch das Betreuerinnenteam des Frauenhauses nicht mehr derart zeitlich dringlich, dass von Soforthilfe gesprochen werden kann.“

Das Gericht erkennt dabei, dass das fragliche Opfer zu diesem Zeitpunkt gar keine andere Wohnung zur Verfügung hatte und zweifellos über keine Mittel verfügte, in einem Hotel zu übernachten. Ausserdem scheint es fragwürdig, dem Opfer zur Bewältigung der Angst, alleine zukünftigen Gewalttaten des Mannes schutzlos ausgeliefert zu sein, die Inanspruchnahme einer psychologischen Beratung zu empfehlen, ihm aber den auf der Hand liegenden Schutz durch den Aufenthalt im Frauenhaus zu verweigern. Dass sich die ganzheitliche Betrachtungsweise des Bundesgerichts noch nicht überall durchgesetzt hat, zeigt ein Fall aus dem Kanton Thurgau. Dort wurde am 18. 9. 1997 einer Frau, die aus der gemeinsamen Wohnung auszog, nachdem ihr von ihrem Freund der Arm gebrochen wurde, eine Erstattung der Umzugs- und Mietkosten von der Rekurskommission mit der Begründung verweigert, diese seien „einzig durch die Loslösung von ihrem Freund verursacht und bloss lockere Folge der vorgeworfenen Straftat“.

Was die Übernahme der Kosten von Frauenhausaufenthalten betrifft, bieten sich zwei Lösungsmöglichkeiten an: Die wohl unkomplizierteste Lösung bestünde darin, die Gewährung des Aufenthaltes als Beratungshilfe im engeren Sinn zu betrachten. Genauso wie es den Beratungsstellen obliegt, die Dauer und Intensität der für ein Opfer angezeigten Betreuung von Fall zu Fall nach bestem Wissen und Gewissen abzuschätzen, wäre es in diesem Fall den Frauenhäusern überlassen, abzuklären, wie lange ein Opfer Anspruch auf dieser Form der Beratungshilfe hat. Gerichtlich überprüft werden könnten solche Entscheide nur im Rahmen von Verwaltungsbeschwerden an übergeordnete Verwaltungsinstanzen. Die Kostenübernahme durch den Staat im Rahmen weiterer Hilfe wird in der Praxis ohnehin subsidiär gehandhabt (Abschnitt 25.1), weshalb sich in dieser Hinsicht keine Probleme ergeben. Es entspricht Sinn und Zweck des Opferhilfegesetzes, Opfern nicht nur durch die Übernahme der Kosten von Leistungen Dritter, sondern durch eigenständiges Erbringen von staatlichen Dienstleistungen zu helfen. Es leuchtet

daher ein, die Gewährung eines Frauenhausaufenthaltes grundsätzlich als Form von Beratungshilfe aufzufassen. Eine andere Möglichkeit bestünde darin, Vorschüsse nach Art. 15 OHG zu gewähren. Von diesem Institut wird nur sehr selten Gebrauch gemacht (vgl. Entwurf zum 3. OHG-Bericht des Bundesamtes für Justiz, Herbst 1999, S. 26). Allerdings wäre es dann wohl zweckmässiger, wenn Beratungsstellen Vorschüsse in eigener Kompetenz nach Art. 15 OHG auszahlen könnten, da es sich um eine Form der Soforthilfe handeln würde (dazu siehe unten, Abschnitt 28).

Für die Wirksamkeit der Opferhilfe entscheidend ist in beiden Fällen, dass die Beratungsstellen als die opfernächsten Verwaltungsbehörden autonom über Bedarf und Dauer von Frauenhausaufenthalten entscheiden können.

11. Art. 3 OHG: Kriterien für Beratungshilfe

11.1. Kriterien für die Übernahme juristischer Kosten im Rahmen der Beratungshilfe

Unter den verschiedenen Arten von Beratungshilfe nimmt die juristische dem Bundesgericht zufolge eine Sonderstellung ein. In einem Urteil vom 15. 3. 1996 (= BGE 122 II 315) erklärte es sich dazu bereit, bei der Übernahme von Anwaltskosten grosszügigere Kriterien anzuwenden als für die anderen Leistungen der Soforthilfe:

„Soweit es um die Übernahme von Kosten zur Rechtsverfolgung geht, ist indes nicht auf die blossе Notwendigkeit einer finanziellen Hilfe im Sinne des Notbedarfs abzustellen [...] Die Zumutbarkeit von Eigenleistungen ohne wesentliche Einbussen der Lebenshaltung muss belegbar sein.“

Diese Praxis wurde in einem unveröffentlichten Urteil vom 15. 9. 1998 bestätigt:

„Selon la jurisprudence, même si le droit à l'assistance judiciaire selon la LAVI n'est que subsidiaire par rapport à l'assistance judiciaire cantonale, la prise en charge des „autres frais“ selon l'art. 3 al. 4 LAVI doit être admise de façon plus généreuse, en fonction de la situation personnelle de la victime, au-delà des cas de stricte nécessité.“

Wie stark die kantonale Praxis von dieser Auffassung des Bundesgerichts abweichen kann, zeigt ein Urteil des Bezirksgerichts Sitten vom 31. 1. 1996. Die Kosten der anwaltlichen Vertretung im Strafverfahren wurden dort zum Vermögensschaden gerechnet, der nicht entschädigt werde:

„Ainsi, les dommages purement patrimoniaux et indirects ne tombent pas sous le coup de la LAVI [...]. En tant que la demande concerne uniquement des frais de procédure et d'avocat – qui constituent un dommage indirect –, elle doit donc être rejetée.“

Ausserdem setze eine Gutsprache von Anwaltskosten voraus, dass das Einkommen des Opfers innerhalb des Rahmens von Art. 3 OHV liege. Dagegen vertrat das Bundesgericht in einem unveröffentlichten Entscheid vom 12. 7. 1996 – gestützt auf die Botschaft zum OHG (S. 979) – einen weiten Begriff der juristischen Soforthilfe, zu der eine Entscheidungsberatung über das weitere juristische Vorgehen, Auskünfte über die Ergebnisse der Strafverfolgung, Beratung und Hilfe in allen prozessualen Fragen, Hilfe bei der Geltendmachung der Entschädigung und Genugtuung und ein Rechtsbeistand bei der adhäsionsweisen Durchsetzung der Zivilansprüche gehören sollen.

Unklar ist weiterhin, wie die Subsidiarität der juristischen Opferhilfe gegenüber dem Institut der unentgeltlichen Rechtspflege zu verstehen ist (dazu unten 12.1 und 12.2). Das Bundesgericht hielt in einem Entscheid vom 17. 5. 1995 fest, juristische Beratungshilfe könne zwar auch dann geleistet

werden, wenn kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege bestehe. Andererseits könne sie aber auch verweigert werden und dies insbesondere dann, wenn die Anwaltskosten offensichtlich sinnlos aufgewendet werden würden:

„Lorsque la victime n'obtient pas l'assistance judiciaire gratuite totale selon le droit cantonal, il appartient au centre de consultation d'examiner, à la lumière de la situation personnelle de la victime, si le remboursement des frais d'avocat et de procédure se justifie; dans ce cas, rien n'empêche le centre de consultation d'accorder une aide fondée sur le droit fédéral lorsque les conditions légales en sont réunies [...], alors même qu'une requête d'assistance judiciaire aurait été refusée. Mais cela ne signifie pas pour autant que le centre de consultation devrait accorder inconditionnellement le remboursement des frais d'avocat et de procédure à toute victime qui lui en présente la demande [...]; eu égard au texte et au but de l'art. 3 al. 4 LAVI, le centre de consultation est habilité à refuser la prise en charge de ces frais lorsqu'il apparaît évident que les démarches entreprises le seraient en pure perte. L'autorité intimée n'a ainsi pas violé l'art. 3 al. 4 LAVI en exigeant que la procédure pour laquelle le recourant avait demandé la prise en charge de ses frais d'avocat, ne soit pas d'emblée dénuée de toute chance de succès.“

Weil im Haftpflichtrecht Anwaltskosten als Schadensposten gelten (so auch das Verwaltungsgericht Basel Stadt am 16. 10. 1997), hat des Zürcher Sozialversicherungsgericht auch eine Abgeltung von Anwaltskosten unter dem Titel der Entschädigung für möglich gehalten, bei längerer Dauer sogar empfohlen (Urteil vom 23. 6. 1997):

„Eine über einen längeren Zeitraum reichende, weitergehende juristische Beratung und Begleitung im Hinblick auf den allenfalls zu führenden Haftpflichtprozess gegenüber dem Täter müsste demgegenüber – infolge des engen sachlichen Zusammenhangs mit dem zu ersetzenden Schaden – als Umtriebskosten zur Entschädigung nach Art. 11 OHG gerechnet werden.“

Gomm, Stein und Zehntner qualifizieren Verfahrenskosten hingegen *immer* als weitere Kosten (ad Art. 3 Rn. 40). Am 18. 3. 1997 hat das Sozialversicherungsgericht Zürich denn auch diesen Autoren widersprochen – in der Absicht, den Anspruch auf juristische Beratungshilfe einzuschränken:

„Das Opferhilfegesetz gibt dem Opfer [...] keinen unbedingten Anspruch auf Übernahme der Anwaltskosten [...], auch wenn die persönlichen Verhältnisse des Opfers deren Übernahme rechtfertigen.“

Es erscheint fraglich, ob diese Ansicht des Sozialversicherungsgerichts eine gesetzliche Grundlage hat. Angesichts des zitierten Grosszügigkeitsbekenntnisses des Bundesgerichts erscheint es mehr als problematisch, den Anspruch auf *juristische Beratungshilfe* von dem auf andere Arten der Soforthilfe und auf die Übernahme weiterer Kosten zu trennen und diesen Ansprüchen nachzuordnen.

Vielmehr ist der Meinung Bohnets zuzustimmen, wonach es mit Blick auf die kurze Verwirkungsfrist von Art. 16 Abs. 3 OHG gerechtfertigt ist, sogar bei zweifelhafter Opferstellung die Kosten der Gesuchstellung zu übernehmen:

„Lorsque le statut de victime du requérant est incertain, le centre de consultation doit se contenter d'un examen *prima facie* pour accorder, si les autres conditions de celle-ci sont remplies, l'aide d'un avocat pour la rédaction d'une demande d'indemnisation...“ (1998, S. 168)

Das Berner Verwaltungsgericht war am 19. 9. 1996 der Meinung, juristische Beratung könne sowohl als Soforthilfe als auch als weitere Massnahme erfolgen. Als Schadensposten im Sinne von Art. 12 OHG gelte sie nicht, weil eine spezialgesetzliche Regelung zur Verfügung stehe. Eine gemeinsame Bearbeitung und Beurteilung von Kostengutsprache und Entschädigung sei aber durch den engen Sachzusammenhang angezeigt. Bereits im ersten OHG-Bericht des Bundesamtes für

Justiz wurde festgehalten, dass der Beizug eines Anwalts als „Hilfe durch Beratung“ gelte und entsprechend über Art. 3 OHG einzufordern sei (S. 39). Bei der Übernahme von Anwaltskosten stellt sich demnach die Frage nach der Abgrenzung zwischen Hilfe und Entschädigung nur bedingt:⁹ juristische Beratungshilfe, die die Übernahme von Anwaltskosten umfasst, insofern diese aufgrund der persönlichen Verhältnisse des Opfers angezeigt erscheint, ist zweifellos eine Form der Beratungshilfe, die im geltenden Recht weder den Einkommensbegrenzungen von Art. 11 ff. OHG noch dem Subsidiaritätsgrundsatz von Art. 14 OHG unterliegt (so auch Bohnet 1998, S. 162).¹⁰ Inwieweit diese Lösung des Gesetzgebers sachgerecht ist, ist eine rechtspolitische Frage, die nicht in richterlicher Gesetzanwendung zu lösen ist.

Ungeklärt ist allerdings die Frage, nach welchen Kriterien juristische Beratungshilfe in die Dichotomie von Sofort- und weiterer Hilfe einzuordnen sei. Bohnet (1998, S. 165) hat die Meinung vertreten, dass zumindest die anspruchswahrenden Tätigkeiten des Anwalts wie die Einreichung der Entschädigungs- und Genugtuungsgesuche unter die Soforthilfe fallen. Juristische Soforthilfe wie in Neuenburg generell auf vier Stunden Anwaltsberatung einzuschränken widerspricht auf jedem Fall dem Dringlichkeitskriterium, das vom Bundesgericht für die Trennung von Sofort- und weiterer Hilfe allein massgeblich erklärt wurde (vgl. dazu auch Bohnet 1998: 166).

11.2. Reduktion oder Verweigerung der Beratungshilfe wegen Mitverschulden

Am 18. 3. 1997 stellte das Zürcher Sozialversicherungsgericht fest:

„Dieser Opferhilfeanspruch [auf Beratungshilfe] ist dem Gesetzeswortlaut nach weder vom Wohnsitz oder von der Nationalität des Ansprechers und des eingeschalteten Anwaltes abhängig, noch vom Begehungs- und Erfolgsort der Straftat.“

Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich e contrario aus dem Gesetzestext. Obwohl auf dieselbe Weise zu erschliessen wäre, dass der Anspruch auf Beratungshilfe (*im Gegensatz zu dem auf Entschädigung bzw. eventuell auch dem auf Genugtuung*) durch ein allfälliges Mitverschulden des Opfers nicht tangiert wird, war diese Frage in der letztinstanzlichen kantonalen Rechtsprechung heftig umstritten.

So verweigerte das Berner Verwaltungsgericht in seinem Urteil vom 23. 1. 1995 Hilfe an die Hinterbliebenen eines bei einem Verkehrsunfall Getöteten mit der Begründung, er habe diesen selbst verschuldet, sei damit eher als Täter denn als Opfer einzustufen. Zumindest bei der Würdigung der persönlichen Verhältnisse nach Art. 3 Abs. 4 Satz 2 OHG sei ein allfälliges Mitverschulden des Opfers zu berücksichtigen. Bei der Würdigung der „gesamten Umstände im Zusammenhang mit der Person des Opfers“ könnten auch Billigkeitserwägungen einfließen:

„Unter diesem Gesichtswinkel kann es eine Rolle spielen, ob ein Opfer schuldlos ist oder ob es seine Schädigung zum Teil oder gar überwiegend selber zu verantworten hat.“

Damit folgte es Gomm, Stein und Zehntner, die ebenfalls eine Kürzungsmöglichkeit wegen Mitverschulden vorsahen:

„Allenfalls kann grob unvernünftiges Tun oder Unterlassen im Rahmen von Art. 13 Abs. 2 OHG als Mitverschuldung des Schadens zu einer Leistungsreduktion führen.“ (ad Art 3 Rn.

⁹ Diese Frage wird im zweiten OHG-Bericht des Bundesamtes für Justiz von den Kantonen FR, BS, BL, GR und TG als klärungsbedürftig bezeichnet.

¹⁰ Auf die wichtige Frage der Subsidiarität der juristischen Soforthilfe werden wir weiter unten im Abschnitt 12.1 unter dem Aspekt gesetzlichen Klärungsbedarfs noch zu sprechen kommen.

15)¹¹

Diese Auffassung wurde vom Bundesgericht in seinem Urteil vom 15. 3. 1996 (= BGE 122 II 315) abgelehnt: Bei der Ausrichtung von Leistungen nach Art. 3 OHG solle die Frage, ob das Opfer seine Schädigung allenfalls mitverschuldet habe, keine Rolle spielen. Auch wesentliches Mitverschulden des Opfers dürfe damit zu keiner Kürzung seiner Beratungs- und Hilfeleistungsansprüche nach Art. 3 OHG führen. Dieser Haltung des Bundesgerichts ist beizupflichten. Da sich Personen, denen vielleicht später von einem Gericht die Tütereigenschaft zugeschrieben wird, von solchen, die sich am Abschluss des Strafverfahrens als Opfer präsentieren, in der gesellschaftlichen Realität nicht unterscheiden lassen, läuft es Sinn und Zweck des OHG eklatant zuwider, Hilfesuchende, die sich an eine Beratungsstelle wenden, in wörtlichem Sinn zu Tätern zu stempeln und ihnen jede Hilfe zu verweigern – nur deshalb, weil sie vielleicht nicht dem gängigen Opfer-Stereotyp entsprechen.

Auch Bohnet hat eine Reduktion der Beratungshilfe wegen Mitverschuldens abgelehnt:

„Que la victime ait une part de responsabilité dans l’infraction ne justifie en rien une réduction ou une suppression de l’aide. On peut faire ici un parallèle avec l’assistance judiciaire, la jurisprudence ayant depuis longtemps établi que l’on ne peut en refuser le bénéfice au requérant indigent par sa faute, sauf abus de droit.“ (1998, S. 167)

Trotz der in diesem Punkt klaren und unmissverständlichen Haltung des Bundesgerichts war das Berner Verwaltungsgericht noch am 19. 9. 1996 der Meinung, es könne die Frage nach in analoger Anwendung von Art. 13 Abs. 2 OHG bloss teilweiser Übernahme der weiteren Kosten bei Mitverschulden des Opfers offenlassen. Das Zürcher Sozialversicherungsgericht hingegen zog am 23. 6. 1997 aus dem zitierten Entscheid des Bundesgerichts den richtigen Schluss, dass Hilfeleistungen nach Art. 3 OHG nur wegen fehlender Opferstellung und auch dann nur verweigert werden dürfen, wenn das Mitverschulden den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Tat und der Verletzung unterbreche, wenn es also einen aussergewöhnlichen Umstand darstellt, mit dem der Täter nicht zu rechnen brauchte. Die interessante Frage, ob das Mitverschulden des Opfers auch den diesem gemäss Art. 2 Abs. 2 OHG gleichgestellten Personen entgegengehalten werden kann, beantwortet das Bundesgericht im zitierten Entscheid leider nicht. Darauf werden wir freilich weiter unten (Abschnitt 24.2) noch zurückkommen müssen.

12. Art. 3 OHG: gesetzlicher Klärungsbedarf

12.1. Subsidiarität der juristischen Beratungshilfe

Ungeachtet der Tatsache, dass sich der Subsidiaritätsgrundsatz von Art. 14 OHG aufgrund seines Wortlauts und seiner systematischen Stellung nur auf Leistungen bezieht, die dem Opfer unter den Titeln der Entschädigung oder der Genugtuung zugesprochen werden, hat die kantonale Rechtsprechung immer wieder auch die Beratungshilfe als subsidiär angesehen. Insbesondere die Übernahme weiterer Kosten wird in der Praxis regelmässig an die Bedingung geknüpft, dass sie nicht anderswo geltend gemacht werden könnten.

Gomm, Stein und Zehntner gehören zur Minderheit von Kommentatoren und Anwendern des OHG, die sich überhaupt bewusst war, in dieser Frage über den Gesetzestext hinauszugehen. Sie

¹¹ Merkwürdigerweise sagen Gomm, Stein und Zehntner einige Seiten später: „Dass dem Opfer ein Mitverschulden anzulasten ist, ist dagegen kein Grund, die Hilfe einzuschränken.“ (ad Art. 3, Rn. 61)

plädieren explizit *de lege ferenda* dafür, den Subsidiaritätsgrundsatz auszudehnen (ad Art. 3, Rn. 37; vgl. dazu unten Abschnitt 30.1).

Dass juristische Beratungshilfe subsidiär zu sein habe, wird in den kantonalen Gerichtsentscheiden meist schlicht angenommen bzw. vorausgesetzt. So zitierte das Obergerichtes Zürich am 13. 11. 1995 kritiklos folgende Meinung der Vorinstanz:

„Das in Art. 14 OHG statuierte Prinzip der Subsidiarität der finanziellen Hilfeleistungen des Staates gelte auch für die Entrichtung ‚weiterer Kosten‘ nach Art. 3 OHG. Die juristische Hilfe gehe damit primär zu Lasten des Täters oder seiner Haftpflichtversicherung. Bei Anwaltshilfe habe die Beratungsstelle Kostengutsprache im Sinne einer Ausfallgarantie zu leisten. Der Anwalt, der sich mit der Sache befasse, müsse jedoch zunächst versuchen, die Kosten anderweitig erhältlich zu machen.“

Schon hier ergibt sich deutlich ein gesetzlicher Klärungsbedarf. Auch die Formulierung in der Botschaft zum OHG ist in hohem Mass missverständlich:

„Soweit es die persönliche Situation des Opfers rechtfertigt, wird die Stelle auch verpflichtet, die Kosten für Leistungen Dritter zu übernehmen, die nicht von der Soforthilfe eingeschlossen sind, so etwa die Kosten für die medizinische Versorgung oder für den Rechtsbeistand (etwa wenn der Täter nicht für die Kosten aufkommt und das Opfer keinen Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand hat).“ (Botschaft, S. 979)

Nach dieser Formulierung ist völlig unklar, ob die Beratungsstelle den Rechtsbeistand eines Opfers ohne Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege bezahlen kann oder muss. Des weiteren ist aber auch ungeklärt, was eine allfällige Subsidiarität der juristischen Beratungshilfe denn bedeuten würde. Zu unterscheiden ist hier zeitliche, „prozedurale“, sachliche und „materielle“ Subsidiarität.

Zeitliche Subsidiarität der juristischen Soforthilfe würde bedeuten, dass diese erst und nur dann ausgerichtet wird, wenn die Bemühungen des Opfers, die Kosten anderweitig abzugelten oder beispielsweise unentgeltliche Rechtspflege zu erhalten, bereits gescheitert sind. Das Bundesgericht scheint die Subsidiarität der Soforthilfe zumindest im Fall der Gutsprache von Anwaltskosten in diesem zeitlichen Sinn zu verstehen:

„Die Kostengutsprache für Anwaltskosten hat den Sinn einer Ausfallgarantie. Sobald sich ein Anwalt mit der Sache befasst, muss er *zunächst* versuchen, die Kosten anderweitig – d.h. unter Umständen auch mit einem Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege – erhältlich zu machen.“ (unveröffentlichtes Urteil vom 17. 12. 1996, Hv. v. uns)

Unglücklicherweise ist auch das Wort „Ausfallgarantie“ zweideutig. Darunter kann einerseits eine vorläufige Gutsprache im Sinn sachlicher Subsidiarität verstanden werden, auf die aber nur im Fall des Scheiterns der notwendigen anderweitigen Bemühungen zurückgegriffen werden kann. Andererseits kann man darin (wie vermutlich das Bundesgericht) auch eine Auffang-Leistung sehen, auf die überhaupt erst *nach* dem Scheitern der anderen Bemühungen Anspruch erhoben werden kann. Das Bundesgericht ist sich dieser Problematik im Entscheid vom 17. 12. 1996 denn auch bewusst und hält an der zeitlichen Subsidiarität nur aus prozessökonomischen Gründen im Sinn einer Übergangslösung fest:

„Schliesslich ist festzuhalten, dass es auch in prozessökonomischer Hinsicht wünschbar ist, dass die mit der Hauptsache betrauten Untersuchungs- und Gerichtsorgane auch über die Nebenfrage der unentgeltlichen Prozessführung entscheiden. Zumindest solange, als der kantonale Gesetzgeber nicht eine klare und den Zielsetzungen des Opferhilfegesetzes entsprechende Zuständigkeitsregelung begründet, haben die Untersuchungs- und Strafjustizbehörden – wie bis anhin – die bei ihnen eingereichten Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege zu behandeln.“

Wie unklar der Terminus „Ausfallsgarantie“ ist, zeigt ein Urteil des Luzerner Verwaltungsgerichts vom 6. 12. 1994, das der Meinung war, auch wenn die Erstattung weiterer Kosten nach Art. 3 Abs. 4 OHG subsidiär gegenüber dem Institut der unentgeltlichen Rechtspflege und der unentgeltlichen Verbeiständung durch einen Anwalt sei, müsse die Beratungsstelle trotzdem als vorleistungspflichtig betrachtet werden.

„Prozedurale“ Subsidiarität bezeichnet die Auffassung des Berner Verwaltungsgerichts vom 19. 9. 1996, dass die Beratungsstelle nur für Leistungen aufzukommen habe, die über sie bezogen werden. Die bloss *Vermittlung* des Anwalts durch die Beratungsstelle sei „grundsätzlich Voraussetzung für eine finanzielle Unterstützung“; zur Wahrung des Anspruchs auf weitere Hilfe sei ein bestimmter Instanzenweg einzuhalten:

„Opfer von Straftaten haben daher nur insoweit Anspruch auf Ersatz ihrer Anwaltskosten, als sie bei korrekter Vorgehensweise – zunächst Aufsuchen der Beratungsstelle – ohnehin an eine Anwältin oder einen Anwalt weitervermittelt worden wären. Juristische Beratungen oder Vorkehrungen, welche die Beratungsstellen selbst ebensogut hätten vornehmen können, sind dagegen grundsätzlich nicht zu entschädigen.“

Dies wurde vom Verwaltungsgericht Schaffhausen am 10. 3. 1995 gerade anders gesehen:

„Die Soforthilfe ist kostenlos; die Kosten für längerfristige Massnahmen werden nur unter bestimmten Voraussetzungen gestützt auf das OHG vom Kanton übernommen: Die Kostenübernahme muss aufgrund der persönlichen Verhältnisse des Opfers angezeigt sein (Art. 3 Abs. 4 OHG) und die Kosten dürfen nicht schon gestützt auf einen anderen Rechtstitel vom Staat oder einer anderen Institution übernommen werden.“

Infolgedessen kam das Verwaltungsgericht zum Schluss, für die Gutsprache von Anwaltskosten sei der Strafrichter und nicht der Regierungsrat zuständig.

Sachliche Subsidiarität der juristischen Beratungshilfe bedeutet, dass die Kosten nur dann entschädigt werden, wenn das Opfer keine Möglichkeit hatte, sie irgendwo sonst geltend zu machen. Im Unterschied zur „zeitlichen“ Subsidiarität wird dabei nicht verlangt, dass das Opfer diesen Versuch auch wirklich gemacht hat; es genügt, wenn er unsinnig oder wenig erfolgsversprechend erscheint. Sachliche Subsidiarität in diesem Sinn wurde vom Bezirksgericht Sitten am 31. 1. 1996 vertreten: Kostengutsprache für Anwaltskosten im Sinn weiterer Hilfe nach Art. 3 Abs. 4 OHG setze voraus, dass keine unentgeltliche Rechtsverbeiständung zu erhalten sei – unabhängig davon, ob das Opfer den Versuch auch wirklich gemacht hat.

„Materielle“ Subsidiarität der juristischen Beratungshilfe würde bedeuten, dass nur Opfer darauf Anspruch erheben könnten, deren Einkommen in den durch die Grenzen von Art. 11 ff. OHG abgesteckten Bereich fällt. Damit würde die juristische Beratungshilfe wie im oben zitierten Urteil des Zürcher Sozialversicherungsgerichts vom 23. 6. 1997 der Entschädigung angenähert. Materielle Subsidiarität könnte aber auch bedeuten, dass das Kriterium der Bedürftigkeit bei der unentgeltlichen Rechtspflege auch im Fall der juristischen Soforthilfe erfüllt sein müsste.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nach geltendem Recht ein Opfer unerachtet aller Subsidiaritätsüberlegungen der Gerichte und Entschädigungsbehörden einen (zunächst unbedingten) *Anspruch* auf juristische Beratungshilfe, d.i. Übernahme von Prozess- und Anwaltskosten hat, insofern dies aufgrund seiner persönlichen Verhältnisse angezeigt ist. Allenfalls *de lege ferenda* könnte das Opfer verpflichtet werden, solche über die Beratungsstellen bezogenen Leistungen anderweitig erhältlich zu machen.

Zeitliche Subsidiarität der juristischen Beratungshilfe widerspricht Sinn und Zweck der Opferhilfe, würde doch damit dem Opfer nicht nur keine *Soforthilfe* geleistet, sondern es würde ebenfalls zur

Einreichung einer Anzeige und zu einer finanziellen Vorleistung mit unsicherer Entschädigungschance verpflichtet. Auch die prozedurale Subsidiarität ist abzulehnen, da damit dem Opfer eine Pflicht auferlegt würde, sich beraten zu lassen. Materielle Subsidiarität würde die juristische Beratungshilfe der unentgeltlichen Rechtspflege angleichen. In Betracht fällt damit einzig die sachliche Subsidiarität: die Beratungsstellen hätten dann die Anwaltskosten nach Massgabe der persönlichen Verhältnisse zu sprechen, könnten das Opfer bzw. seinen Anwalt aber dazu verpflichten, bspw. um unentgeltliche Rechtspflege zu ersuchen.

12.2. Juristische Beratungshilfe und unentgeltliche Rechtspflege

In der Rechtsprechung (Freiburger Kantonsgericht, 27. 6. 1994) und der Literatur (Rippmann 1993, S. 35) wurde verschiedentlich die Meinung vertreten, die Kostengutsprache für Anwaltskosten trete an die Stelle der unentgeltlichen Rechtspflege, mache diese folglich überflüssig. Es kann mittlerweile jedoch als unbestritten gelten, dass der Anspruch auf Kostengutsprache für Anwaltskosten im Rahmen weiterer Hilfe nach Art. 3 Abs. 4 OHG zumindest gegenüber dem auf unentgeltliche Rechtspflege subsidiär ist (vgl. BGE 121 II 209, Gomm, Stein, Zehntner, ad Art. 3 Rn. 46ff.)¹² – was auch immer dies heisst.

Am 8. 5. 1995 unterschied das Appellationsgericht Basel-Land zwischen den beiden Rechtsinstituten zum ersten Mal anhand der anspruchsbegründenden Kriterien: unentgeltliche Rechtspflege bedinge Bedürftigkeit, die Kostenübernahme durch die Beratungsstelle hingegen müsse *nur* durch besondere „persönliche Verhältnisse“ angezeigt sein. In einem Urteil vom 17. 5. 1995 (= BGE 121 II 209) hat sich das Bundesgericht erstmals zum Verhältnis von unentgeltlicher Rechtspflege und der Übernahme von Anwaltskosten im Sinne von Art. 3 Abs. 4 OHG geäussert:

„L’aide juridique octroyée en application de l’art. 3 al. 4 LAVI se distingue de l’assistance judiciaire à laquelle elle ne se substitue pas. En édictant la LAVI, le législateur a manifesté son intention de limiter son intervention à l’édition de garanties minimales et de ne pas empiéter sur le domaine réservé aux cantons selon les art. 64 al. 3 et 64bis al. 2 Cst. en matière d’organisation judiciaire et de procédure, y compris l’assistance judiciaire. [...] De même, l’art. 3 al. 4 LAVI ne confère-t-il pas à la victime un droit à l’assistance judiciaire qui irait au-delà de ce que lui garantissent le droit cantonal et l’art. 4 Cst. dans ce domaine.“

Letztere Behauptung wird dann teilweise zurückgenommen, wenn es anschliessend heisst:

„Lorsque la victime bénéficie de l’assistance judiciaire gratuite totale selon le droit cantonal, celle-ci inclut la prise en charge des frais d’avocat et de procédure; il n’y a donc plus lieu d’intervenir pour le centre de consultation selon l’art. 3 al. 4 LAVI. Lorsque la victime n’obtient pas l’assistance judiciaire gratuite totale selon le droit cantonal, il appartient au centre de consultation d’examiner, à la lumière de la situation personnelle de la victime, si le remboursement des frais d’avocat et de procédure se justifie; dans ce cas, rien n’empêche le centre de consultation d’accorder une aide fondée sur le droit fédéral lorsque les conditions légales en sont réunies.“

Damit folgte das Bundesgericht im wesentlichen den Ansichten von Gomm, Stein und Zehntner (vgl. ad Art. 3 Rn. 40 ff.). Obwohl von einem Anspruch auf die Erstattung aller beliebigen juristischen Kosten nach dem Gesagten nicht die Rede sein kann, stellt ein weiteres (unveröffentlichtes) Urteil vom 12. 7. 1996 fest, dass grundsätzlich – soweit aufgrund der

¹² Der Aargauer Regierungsrat entschied am 20. 12. 1995, die juristische Opferhilfe sei subsidiär gegenüber dem auf unentgeltliche Rechtspflege und anderen Ansprüchen des Opfers, die sich etwa aus der Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft oder aus einer Rechtsschutzversicherung ergeben könnten (so auch Bohnet 1998, S. 173). Inwieweit dem Opfer angelastet werden kann, solche zusätzlichen Versicherungen abgeschlossen zu haben oder bestimmten Vereinen anzugehören, ist unter Rechtsgleichheitsgesichtspunkten eine heikle Frage.

persönlichen Verhältnisse angezeigt – durchaus ein *Anspruch* auf Erstattung von Anwaltskosten besteht:

„Dem Gesetz [gemeint ist das OHG] lässt sich jedenfalls entnehmen, dass sämtliche notwendigen anwaltlichen Aufwendungen zur Wahrung der geschützten Interessen des mittellosen Opfers grundsätzlich zu entschädigen bzw. vorzuschiessen sind. Notwendige anwaltliche Leistungen, welche unter den Begriff der Opferberatung fallen, sind nach Massgabe von Art. 3 OHG zu vergüten.“

Dies steht in klarem Gegensatz zur Meinung des Zürcher Obergericht (23. 11. 1995, bestätigt am 4. 12. 1995):

„Die überwiegende Lehre geht jedoch davon aus, dass das Opferhilfegesetz dem Opfer sowohl für Straf- als auch für Zivilverfahren keine über den Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung hinausgehenden Rechte einräumt.“

Im entsprechenden Bundesgerichtsurteil wird im weiteren betont, dass diese Vergütung nach anderen Kriterien zu erfolgen habe als die, welche die Inanspruchnahme des verfassungsmässigen Rechts auf unentgeltliche Prozessführung gemäss Art. 4 aBV regeln:

„Im übrigen sind die Voraussetzungen des Anspruchs auf Kostenersatz für Anwaltsauslagen gemäss OHG einerseits bzw. des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege andererseits nicht identisch. Das OHG berücksichtigt bei der Kostengutsprache gemäss Art. 3. Abs. 4 OHG die *persönlichen Verhältnisse des Opfers*, während bei der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung die Bedürftigkeit des Gesuchstellers, die Nicht-Aussichtslosigkeit seines Anliegens sowie die Notwendigkeit der anwaltlichen Vertretung kumulativ erfüllt sein müssen.“ (Urteil des Bundesgerichts vom 12. 7. 1996, Erw. 3bb)

Im Gegensatz zum oben zitierten Entscheid vom 17. 5. 1995 (= BGE 121 II 209) steht ein Urteil des Verwaltungsgerichts Bern vom 18. 4. 1994: Unentgeltliche Rechtspflege *müsse* in Anspruch genommen werden, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind; dennoch könne der Kanton Kostengutsprache im Sinne einer Ausfallgarantie sprechen.¹³ Dass sich durch die Inkraftsetzung des OHG der Kreis derjenigen, die ihre Anwaltskosten auf den Staat überwälzen können, vergrössert habe, wird vom Bundesgericht erstmals im (unveröffentlichten) Urteil vom 26. 8. 1997 eingestanden:

„Nach Art. 3 Abs. 4 OHG werden diejenigen Aufwendungen für juristische Opferberatung und Soforthilfe entschädigt, welche nicht von der Beratungsstelle selbst geleistet werden können und nicht bereits durch eine (strafprozessuale) unentgeltliche Rechtsverteidigung gedeckt sind. Insofern ergänzt das OHG allfällige Ansprüche auf unentgeltliche Rechtspflege nach kantonalem Prozessrecht. Nur soweit die geltend gemachten Anwaltskosten nicht durch die unentgeltliche Rechtspflege gedeckt sind, hat die kantonale Opferhilfestelle zu prüfen, ob sich aufgrund der persönlichen Verhältnisse des Opfers eine Kostengutsprache rechtfertigt. Im übrigen räumt Art. 3 Abs. 4 OHG grundsätzlich keine über die entsprechenden kantonalen Regelungen bzw. über die Minimalgarantien von Art. 4 BV hinausgehenden Ansprüche auf unentgeltliche Rechtsverteidigung ein.“

¹³ Was „Ausfallgarantie“ in diesem Zusammenhang heissen soll, werden wir weiter unten (25.1) noch zu untersuchen haben. Bohnet interpretiert das Subsidiaritätsverhältnis als zeitliches: „Cela [die oben zitierte Wendung aus BGE 121 II 209, wonach juristische Beratungshilfe subsidiär sei gegenüber dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege] signifie qu’il faudra dans chaque cas examiner si la victime peut être aidée par le biais de l’assistance judiciaire ou administrative. Si tel est le cas, l’aide juridique fondée sur la LAVI n’aura pas à être accordée.“ (1998: 175) Sollte dies bedeuten, dass sich die Beratungsstellen nach einer *Prognose* der Erfolgswahrscheinlichkeit des Begehrens um unentgeltliche Rechtsprechung richten sollten, entstünde die unbillige Situation, dass gerade diejenigen Opfer leer ausgingen, die nach der Ansicht der Beratungsstelle, aber nicht nach der Ansicht des Gerichts Anspruch auf die Entschädigung ihrer Parteikosten haben, während Opfer im umgekehrten Fall eine doppelte Entschädigungschance hätten (juristische Beratungshilfe wegen fehlendem Anspruch auf unentgeltliche Rechtsprechung, Ersatz der Partei- und Prozesskosten durch das Gericht).

Dieser Ansicht (mit Ausnahme des im letzten Satz Ausgedrückten) ist mit Blick auf den Gesetzestext beizupflichten. Grundsätzlich haben Opfer einen Anspruch auf juristische Beratungshilfe. Es macht dabei Sinn, juristische Beratungshilfe in bezug auf ein laufendes Verfahren nicht als Soforthilfe i.e.S., sondern Anwaltskosten als „weitere Kosten“ zu verstehen, die dann zu entschädigen sind, wenn eine Entschädigung aufgrund der persönlichen Verhältnisse des Opfers angezeigt ist. Dabei versteht es sich von selbst, dass im Fall einer bereits bestehenden unentgeltlichen Rechtsverteidigung in diesem Bereich keine Kosten mehr zu entschädigen sind.

Dass die im zitierten Urteil geöffnete Hintertüre, Parteientschädigung bei Aussichtslosigkeit des Verfahrens selbst dann zu verweigern, wenn die Bedürftigkeitsbedingung erfüllt ist, auch gegen Sinn und Zweck des OHG ausgelegt werden kann, belegt ein Urteil des Zürcher Sozialversicherungsgerichts vom 23. Juni 1997. Dort ersuchte ein Opfer um Entschädigung, Genugtuung und Übernahme von Anwaltskosten. Nachdem letzteres von der Justizdirektion abgelehnt worden war, rekurrierte das Opfer ans Sozialversicherungsgericht und beantragte, „der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es seien dem Beschwerdeführer die ungekürzten Leistungen gemäss Opferhilfegesetz zu gewähren.“ Dies wurde vom Sozialversicherungsgericht als Rekurs auch gegen eine vermeintliche Ablehnung des Entschädigungs- und Genugtuungsgesuchs verstanden und auf die Beschwerde wurde diesbezüglich wegen fehlender Sachurteilsvoraussetzung nicht eingetreten. Dieses Nichteintreten diente dann als Begründung, um das Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung wegen offensichtlicher Aussichtslosigkeit abzuweisen, obwohl die Bedürftigkeit des Rekurrenten ausgewiesen war.

12.3. Die Abgrenzung von Beratungshilfe und Entschädigung

Dennoch blieb aber auch nach BGE 121 II 209 die Abgrenzung zwischen Hilfe und Entschädigung problematisch. Unklar ist insbesondere, wann Hilfeleistungen Dritter als Hilfe und wann sie als Entschädigung zu bezahlen sind (vgl. zweiter OHG-Bericht des Bundesamtes für Justiz, S. 82). Während der zitierte Entscheid des Berner Verwaltungsgerichts vom 18. 4. 1994 vier Jahre nach der Tat angefallene Psychotherapiekosten noch unter die weiteren Kosten der Soforthilfe subsumierte, entschied das Zürcher Sozialversicherungsgericht am 3. 6. 1996, dass erst 18 Monate nach der Tat auftretende psychische Folgeschäden nur durch eine Entschädigung abgegolten werden können:

„Insbesondere fehlt es an der zeitlichen Dringlichkeit der angebehrten Massnahme, da die Beschwerdeführerin fähig ist, sich im Alltag zu behaupten, und sich die therapeutische Behandlung ohne Hilfe durch die Beratungsstelle selber organisieren konnte.“

Mit Blick auf den oben zitierten Bundesgerichtsentscheid vom 17. 8. 1997, in dem die Zürcher Praxis kritisiert wurde, die Soforthilfe auf drei Wochen nach der Straftat zu beschränken, ist auch für die Abgrenzung von Beratungshilfe und Entschädigung keine strenge zeitliche Grenze ins Auge zu fassen. Auszugehen ist stattdessen von den unterschiedlichen Anspruchsberechtigungen. Dieses Kriterium eignet sich besser als der vom Bundesgericht als für die Soforthilfe massgeblich erklärte Gesichtspunkt der Dringlichkeit, da unter dem Titel der Übernahme weiterer Kosten auch nicht dringliche Leistungen als Soforthilfe beansprucht werden können. Für seine Aufwendungen entschädigt soll werden, wer nach dem Urteil eines dazu zuständigen Gerichts zum Opfer einer Straftat geworden ist. Beratungshilfe steht dagegen auch all denen zu, die bloss glaubhaft machen können, Opfer einer Straftat geworden zu sein. Es ist demnach Aufgabe der Beratungsstelle, nicht des urteilenden Gerichts, die Erfolgchancen eines Prozesses, seine Vor- und Nachteile für das

Opfer abzuwägen und nach Massgabe seiner persönlichen Verhältnissen juristische Beratungshilfe zu leisten.¹⁴

Eine Unterscheidung von Beratungshilfe und Entschädigung, die auf die unterschiedlichen Anspruchsberechtigungen und die unterschiedliche Zielausrichtung dieser staatlichen Leistungen abstellt, hat den Vorteil, die oft extrem kasuistische Praxis zu vereinheitlichen. Tatsächlich besteht nämlich in dieser Frage eine grosse Unklarheit. Während Gerichte die Übernahme der Kosten von Psychotherapien zur Bewältigung der Folgen von Sexualdelikten bspw. regelmässig als Entschädigungen behandeln, stellt sie nach der Meinung Gomms ein Teil der langfristigen Beratungshilfe dar (1998, S. 675). Das massgebliche Unterscheidungskriterium ergibt sich ihm zufolge „ohne weiteres“ aus den Materialien zum Gesetz:

„Bei allen aufgeführten Massnahmen [die in der Botschaft genannten Beispiele weiterer Hilfe] geht es darum, Hilfestellungen zu gewähren, die zum Zweck haben, die Folgen der Straftat für das Opfer, sei dies in gesundheitlicher oder finanzieller Hinsicht, zu mildern und dieses soweit möglich in diejenige Ausgangslage zurückzuführen, die vor der Straftat bestanden hat. Mit der Ausrichtung von Entschädigungsleistungen wird hingegen bezweckt, die feststehenden, nicht mehr besserungsfähigen gesundheitlichen und finanziellen Beeinträchtigungen abzugelten.“ (1998, S. 675-676)

Problematisch an diesem Kriterium ist der Umstand, dass etwa bei Sexualdelikten die Beeinträchtigung der psychischen und sexuellen Integrität nicht unabhängig von den Kosten einer allfälligen Psychotherapie bezifferbar ist. Diese Psychotherapie wird in der Regel wohl der Bewältigung der Tatfolgen dienen und damit nach Gomms Kriterium unter die weitere Hilfe fallen. Die nicht besserungsfähigen Beeinträchtigungen hingegen, d.h. diejenigen Tatfolgen, die auch mit psychotherapeutischer Hilfe nicht mehr „bewältigt“ werden können, sind nicht bezifferbar und können deshalb höchstens in Form einer Genugtuung abgegolten werden. Zumindest im Fall von Sexualdelikten scheint sich deshalb Gomms Kriterium auf eines für die Unterscheidung zwischen weiterer Hilfe und Genugtuung zu reduzieren (vgl. zu dieser Frage auch Abschnitt 22.4).

13. Art. 4 OHG

ART. 4 SCHWEIGEPFLICHT

1 Personen, die für eine Beratungsstelle arbeiten, haben über ihre Wahrnehmungen gegenüber Behörden und Privaten zu schweigen.

2 Die Schweigepflicht gilt auch nach Beendigung der Mitarbeit für die Beratungsstelle.

3 Die Schweigepflicht entfällt, wenn die betroffene Person damit einverstanden ist.

4 Wer die Schweigepflicht verletzt, wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.

Im zweiten OHG-Bericht des Bundesamtes für Justiz wurde ein Widerspruch zwischen der Schweigepflicht in Art. 4 OHG und der kantonalen Anzeigepflicht festgestellt (S. 47). Gemäss Gomm, Stein und Zehntner schafft Art. 358^{ter} StGB einen Rechtfertigungsgrund für die Verletzung von Art. 4 OHG. Da diese Rechtsauffassung eine von den Beratungsstellen aufgeworfene Frage beantwortet, sollte die angesprochene Rechtsfrage allenfalls gesetzgeberisch geklärt werden. Die SVK-OHG hat in ihren Empfehlungen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen der Beratungsstellen aus

¹⁴ Auch in der ersten CETEL-Studie wird viel Gewicht auf das Opferanliegen gelegt, juristische Hilfe nicht als Entschädigung, sondern als Teil der Beratungshilfe zugesprochen zu bekommen: „Le remboursement des frais de justice – notamment les frais d’avocats – pose un problème aigu. Le sentiment d’amertume est important pour les victimes, qui doivent couvrir leurs frais d’avocat; c’est le cas des personnes qui ne peuvent pas bénéficier de l’assistance judiciaire compte tenu de leur niveau de revenu. Ces situations sont ressenties comme particulièrement injustes du fait que personne ne choisit d’être victime. Il serait, par conséquent, normal de considérer les victimes indépendamment de leur niveau de revenu.“ (1995, S. 59)

Notstandserwägungen das Recht eingeräumt, die Schweigepflicht von Art. 4 OHG ausnahmsweise zu missachten:

„Wenn das Interesse des unmündigen oder entmündigten Opfers dies *zwingend erfordert* und keine andere geeignete Möglichkeit zur Abwendung der Gefahr besteht, hat die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter der Beratungsstelle i.S. einer Notstandsmassnahme die Befugnis, eine strafbare Handlung an die Vormundschaftsbehörde zu melden.“ (Rn. 44)

Dies ist nichts weniger als eine Aufforderung zum Gesetzesbruch. Die Begründung der SVK-OHG im Kommentar, dass die Rückkehr einer Frau zu einem gewalttätigen und die Kinder misshandelnden Ehemann für das Personal der Beratungsstelle „sehr belastend sein kann“, wodurch der Staat (!) in eine Notstandssituation gerate (gemeint ist wohl eher eine emotionale Zwangslage für die Mitarbeiter der Beratungsstelle), überzeugt schon deshalb nicht, weil das Notstandsrecht nach ganz überwiegender Auffassung nur die Wahrung individueller, nicht aber staatlicher Rechtsgüter gestattet.

14. Art. 5, 6, 7 OHG: Präzedenzentscheide und kantonale Praxis

3. ABSCHNITT: SCHUTZ UND RECHTE DES OPFERS IM STRAFVERFAHREN

ART. 5 PERSÖNLICHKEITSSCHUTZ

1 Die Behörden wahren die Persönlichkeitsrechte des Opfers in allen Abschnitten des Strafverfahrens.

2 Behörden und Private dürfen ausserhalb eines öffentlichen Gerichtsverfahrens die Identität des Opfers nur veröffentlichen, wenn dies im Interesse der Strafverfolgung notwendig ist oder das Opfer zustimmt.

3 Das Gericht schliesst die Öffentlichkeit von den Verhandlungen aus, wenn überwiegende Interessen des Opfers es erfordern. Bei Straftaten gegen die sexuelle Integrität wird die Öffentlichkeit auf Antrag des Opfers ausgeschlossen.

4 Die Behörden vermeiden eine Begegnung des Opfers mit dem Beschuldigten, wenn das Opfer dies verlangt. Sie tragen dem Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör in anderer Weise Rechnung. Eine Begegnung kann angeordnet werden, wenn der Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör oder ein überwiegendes Interesse der Strafverfolgung sie zwingend erfordert.

5 Bei Straftaten gegen die sexuelle Integrität darf eine Konfrontation gegen den Willen des Opfers nur angeordnet werden, wenn der Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör sie zwingend erfordert.

ART. 6 AUFGABEN DER POLIZEI UND DER UNTERSUCHUNGSBEHÖRDEN

1 Die Polizei informiert das Opfer bei der ersten Einvernahme über die Beratungsstellen.

2 Sie übermittelt Name und Adresse des Opfers einer Beratungsstelle. Sie weist das Opfer vorher darauf hin, dass es die Übermittlung ablehnen kann.

3 Die Opfer von Straftaten gegen die sexuelle Integrität können verlangen, dass sie von Angehörigen des gleichen Geschlechts einvernommen werden. Das gilt auch für das Untersuchungsverfahren.

ART. 7 BEISTAND UND AUSSAGEVERWEIGERUNG

1 Das Opfer kann sich durch eine Vertrauensperson begleiten lassen, wenn es als Zeuge oder Auskunftsperson befragt wird.

2 Es kann die Aussage zu Fragen verweigern, die seine Intimsphäre betreffen.

14.1. Interessensabwägung oder absoluter Opferschutz?

Gomm, Stein und Zehntner plädieren dafür, den Rechtfertigungsgrund des überwiegenden öffentlichen Interesses aus Art. 28 Abs. 2 ZGB auch in das OHG aufzunehmen:

„Sinnvoll wäre es, den Rechtfertigungsgrund des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung zu erweitern und generell überwiegende öffentliche Interessen als Rechtfertigungsgrund zuzulassen: So könnte der Schutzzweck der Norm, nämlich die Vermeidung einer sekundären Viktimisierung des Opfers, im Einzelfall konkret gegenüber dem beanspruchten öffentlichen Interesse abgewogen werden.“ (ad Art. 5, Rn. 11)

Solche Interessensabwägungen werden in der Praxis vorgenommen¹⁵ – wie ein Urteil des Obergerichts Zürich vom 14. 3. 1995 zeigt, wo die Gefahr einer sekundären Viktimisierung des erst vier Jahre alten mutmasslichen Opfers gegen das öffentliche Interesse an negativer Spezialprävention abgewogen wurde:

„Die verschiedenen Anforderungen, die im Verlaufe eines Strafverfahrens an das betroffene Kind gestellt werden, [...] können sich schädlich auswirken. [...] Auf der anderen Seite soll nicht nur der Gesichtspunkt der Schonung des betroffenen Kindes in Betracht gezogen werden, sondern es muss auch die Möglichkeit, durch Überführung eines Sexualdelinquenten weitere Kinder vor Gefährdung und Schädigung zu bewahren, ebenso ernsthaft in die Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen einbezogen werden.“

Aufgrund dieser Interessensabwägung verneinte das Obergericht i.c. das Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes trotz einer Verletzung der Pflicht der Polizei, das Opfer über die Beratungsstellen zu informieren. Bezüglich des zweiten Satzes von Art. 5 Abs. 3 OHG hatte dasselbe Gericht allerdings in seinem Beschluss vom 4. 1. 1994 – gestützt auf eine Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz zum Verhältnis zwischen dem Schutz des Opfers und den Ansprüchen der Medien vom 1. 6. 1993 – eine Interpretation vertreten, die eine Interessensabwägung explizit ausschliesst:

„Ein Abwägen der unterschiedlichen Interessen des Opfers, des Täters, des Publikums, der Presse und allfälliger weiterer Personen durch das Gericht hat hier nicht mehr stattzufinden; das Bundesrecht nimmt sie mit der oben zitierten gewählten Formulierung [Art. 5 Abs. 3 Satz 2 OHG] vorweg. Das Gericht muss mit andern Worten die Öffentlichkeit ausschliessen, wenn das Verfahren eine Straftat gegen die sexuelle Integrität betrifft und wenn ein Antrag des (eines) Opfers auf Ausschluss der Öffentlichkeit vorliegt.“

Anscheinend misst hier das Obergericht mit zweierlei Mass.

Grundsätzlich ähnlich präsentiert sich das Bild in Bezug auf Art. 5 Abs. 5 OHG. Auch hier wurde die Entscheidung des Gesetzgebers, eine potentiell Interessensabwägungen offenstehende Spannungssituation autoritativ zu entschärfen (vgl. Botschaft, S. 984), in der Literatur verschiedentlich bedauert. So schreibt etwa Corboz:

„Cette règle [Art. 5 Abs. 5 OHG] est un peu surprenante. Vu l'opposition des intérêts, on constate souvent que lorsque l'on accorde un avantage à la victime, on provoque un inconvénient pour l'accusé; lorsque le conflit d'intérêts devient aigu, le législateur, d'une manière peut-être typique de notre époque, accepte de sacrifier l'intérêt public en laissant les intérêts privés face à face; or, l'intérêt à identifier et mettre hors d'état de nuire un maniaque susceptible de récidiver ne nous paraît pas négligeable.“ (Corboz 1996, S. 65)

¹⁵ Dies wird in der zweiten CETEL-Studie deutlich, so z.B. in Bezug auf das Recht des Opfers auf Ausschluss der Öffentlichkeit (Art. 5 Abs. 3 OHG): „Les magistrats explicitent en partie la pesée des intérêts qu'ils effectuent pour les situations où ils seraient amené à refuser le huis-clos. Les intérêts énoncés sont principalement: intérêt de la victime, intérêt de la publicité des débats et intérêt général de la justice. Si une partie des magistrats estiment qu'il est possible de concilier ces différents intérêts, une tendance plus radicale apparaît clairement: pour certains, la protection de la victime prime toujours sur le principe de la publicité des débats.“ (1997, S. 17)

Diese Auffassung ist freilich abzulehnen.¹⁶ Es ist grundsätzlich begrüssenswert, wenn sich der Gesetzgeber potentiellen Grundrechtskonflikten bewusst wird und diese gleichförmig entscheidet. Corboz lässt ausser acht, dass sich das von ihm angerufene öffentliche Strafverfolgungsinteresse gemäss der heute herrschenden Lehre in erster Linie aus der am Opfer begangenen Rechtsgutverletzung begründen lässt. Eine zutreffende Lösung ergibt sich aus der Einsicht, dass öffentliche Interessen auch hier nicht auf Kosten von Grundrechten von Individuen durchgesetzt werden dürfen.

Diese Auffassung stimmt mit derjenigen überein, die der Bundesrat in seiner Botschaft zum OHG zum Ausdruck brachte: Dort wird festgestellt, dass das Recht des Opfers, Antworten zu Fragen zu verweigern, die seine Intimsphäre betreffen, uneingeschränkt sei:

„Sind Tatsachen aus dem Intimbereich des Opfers betroffen, so hat dieses ein uneingeschränktes Recht, die Antwort auf alle oder auch nur auf einzelne Fragen zu verweigern. [...] Mit dem Begriff der Intimsphäre wird ein innerer, besonders persönlichkeitsnaher und verletzlicher Bereich der Privatsphäre bezeichnet, der für den Betroffenen von grosser emotionaler Bedeutung ist. Zur Intimsphäre gehören insbesondere die Beziehungen im engsten Familien- und Freundeskreis sowie das Sexualleben. Nicht entscheidend ist dabei, ob die betroffenen Tatsachen in direktem Zusammenhang mit der Straftat stehen oder das Vorleben betreffen.“ (Botschaft, S. 985)

Diese Stelle ist unserer Ansicht nach nur dahingehend zu verstehen, dass hier der Gesetzgeber eine Interessensabwägung insoweit für obsolet erklärt, als der Kernbereich des Grundrechts auf Schutz der Privatsphäre dabei berührt wird. Die gesetzliche Bestimmung wiederum zum Gegenstand einer Interessensabwägung zu machen, widerspricht deshalb Sinn und Zweck des verfahrensrechtlichen Opferschutzes.

14.2. Wie weit reicht das Aussageverweigerungsrecht des Opfers?

Das Zürcher Obergericht war am 22. 8. 1996 der Meinung, mit der Berufung auf das Aussageverweigerungsrecht im Intimbereich (Art. 7 Abs. 2 OHG) könne das Opfer nicht verhindern, dass Akten beigezogen werden, die Aussagen über die Intimsphäre enthalten (in casu handelte es sich um Akten einer anderen Strafuntersuchung eines an demselben Opfer begangenen Sexualdeliktes).

„Hat sich das Opfer somit – nach Hinweis auf die Möglichkeit der Aussageverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 OHG – bereit erklärt, Aussagen über die Intimsphäre zu machen und tatsächlich auch solche gemacht, so kann darauf nicht mehr zurückgekommen werden.“

Mit Beschluss vom 14. 5. 1996 entschied das Zürcher Obergericht, dass das Tagebuch eines Opfers zu seiner Intimsphäre gehört, in die es gemäss Art. 7 Abs. 2 OHG Einblick verweigern kann. Bereits am 13. 7. 1994 hatte dasselbe Gericht befunden, dass auch die IV-Akten des Opfers, die Angaben über dessen Sexualleben enthielten, gestützt auf die Generalklausel von Art. 5 Abs. 1 OHG aus den Prozessakten zu entfernen seien. In beiden Fällen wurden die fraglichen Akten zur Erstellung von Glaubwürdigkeitsgutachten von Experten benötigt. Das Obergericht stellte im ersten Entscheid zutreffend fest, dass die Überprüfung der Glaubwürdigkeit des Opfers durch das Gebot des Schutzes seiner Persönlichkeit begrenzt sei:

„Diese Ausgangslage [Notwendigkeit einer Glaubwürdigkeitsüberprüfung] darf allerdings – es sei denn, es lägen ganz konkrete Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Vorgehen vor – nicht

¹⁶ So wird auch in der zweiten CETEL-Studie kritisiert: „Cette opposition entre intérêts publics et intérêts privés mérite d’être critiquée. En effet, le respect du refus d’être mis en présence du prévenu répond à un intérêt public dans la mesure où il lutte contre la victimisation secondaire et favorise ainsi la poursuite pénale.“ (1997, S. 20)

dazu verleiten, einen Anzeigeerstatter und Geschädigten in die Rolle des Angeschuldigten zu drängen, ihn entsprechend zu behandeln und ihm auf diesem Weg praktisch den Nachweis dafür aufzuerlegen, dass an ihm tatsächlich eine strafbare Handlung begangen worden ist.“

Art. 7 Abs. 2 OHG ist, wie das Gericht zutreffend feststellt, als uneingeschränktes Recht des Opfers formuliert. Dass die Aussageverweigerung des Opfers unter Umständen zu einem Freispruch des Beschuldigten führt, vermag den Anspruch des Opfers auf Aussageverweigerung nicht einzuschränken:

„Selbst wenn also die Tagebuchaufzeichnungen der Geschädigten sich [...] für die Untersuchung der behaupteten Übergriffe des Angeschuldigten wesentlich wären, könnte die Geschädigte deren Öffnung gestützt auf ihr Aussageverweigerungsrecht als Opfer verweigern.“

Es ist nicht einzusehen, warum dies nicht auch für die Überprüfung der Glaubwürdigkeit des Opfers gelten sollte: Das Wahrheitsermittlungsgebot im Strafverfahren findet generell seine Grenze in Beweiserhebungsverboten und sonstigen rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätzen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum das Opfer gestützt auf Art. 7 Abs. 2 OHG nicht das Recht haben sollte, die Überprüfung seiner Glaubwürdigkeit zu verhindern, soweit diese nur durch den Beizug von die Intimsphäre betreffenden Dokumenten möglich ist (so die Anklagekammer des Kantons Waadt am 5. 11. 1998).

Problematisch ist auch die in der Praxis konstatierte Tendenz, die Anrufung des Aussageverweigerungsrechts dem Opfer zum Nachteil gereichen zu lassen – bspw. dadurch, dass seine Glaubwürdigkeit von der Nichtanrufung des Aussageverweigerungsrechts abhängig gemacht wird. Verschiedene der in der zweiten CETEL-Studie befragten Anwälte gaben zu Protokoll, sie würden ihren Mandantinnen von der Aussageverweigerung aus diesem Grund abraten (1997, S. 29); während die befragten Untersuchungsrichter erklärten, sie würden das Opfer darauf hinweisen, dass die Nichtaushändigung ihres intimen Tagebuchs zu ihrem Nachteil interpretiert werden bzw. werden könnte (1997, S. 29).

14.3. Verhältnis zur EMRK

Neben Abwägungen zwischen Opferinteresse und öffentlichem Interesse an der Strafverfolgung oder an negativer Generalprävention (s. oben, Abschnitt 14.1), greifen in der Anwendung der Art. 5, 6 und 7 OHG immer wieder auch Interessensabwägungen zwischen Täter und Opfer Platz. So schreibt etwa die zweite CETEL-Studie über das Recht des Opfers auf Anonymität (Art. 5 Abs. 2 OHG):

„Une tendance relève que cette protection est difficilement conciliable avec le droit de la défense et ne peut être que limitée. En effet, le droit en vigueur prévoit que le prévenu a le droit de consulter le dossier et peut donc ainsi connaître l'identité de la victime.“ (1997, S. 10)

Kristallisiert werden solche Probleme in der Frage nach dem Verhältnis von OHG und EMRK, die u.a. in der zweiten CETEL-Studie detailliert untersucht wurde (1997, S. 40 ff.). Gomm, Stein und Zehntner empfehlen, zur Wahrung des Prinzips der Waffengleichheit (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) eine obligatorische Zulassung des Verteidigers schon zur ersten Einvernahme des Beschuldigten gesetzlich zu verordnen (ad Art. 7 Rn. 6).

Das Freiburger Kantonsgericht war am 20. 1. 1995 der Meinung, das Waffengleichheitsprinzip sei nicht verletzt, wenn bei der Gegenüberstellung das Opfer im Gegensatz zum Täter nicht verbeiständet sei, sich dies aber nicht im Protokoll niederschlage.

15. Art. 5, 6, 7 OHG: gesetzlicher Klärungs- und Änderungsbedarf

15.1. Bedeutung von Art. 5 Abs. 1 OHG

Bantli Keller, Meier und Weder (1995, S. 36) und das Zürcher Obergericht in seinem Beschluss vom 13. 7. 1994 vertraten die Meinung, Art. 5 Abs. 1 OHG habe trotz der angeblich missverständlichen Formulierung in der Botschaft eine durchaus selbständige Bedeutung: Verletze eine prozessuale Massnahme (bspw. die Erhebung eines Beweismittels) die Persönlichkeitsrechte des Opfers, so sei sie bereits gestützt auf Art. 5 Abs. 1 OHG unzulässig. Dem widerspricht beispielsweise Corboz:

„Il ne semble pas que cette norme [Art. 5 Abs. 1 OHG] ait une portée juridique. Elle n'étend pas et ne précise pas le concept des droits de la personnalité; elle ne prévoit aucune sanction spéciale en cas de violation.“ (Corboz 1996, S. 61)

Auch in der zweiten CETEL-Studie wird Art. 5 Abs. 1 OHG eine bloss symbolische Bedeutung zuerkannt:

„Cet alinéa constitue un simple rappel du devoir des autorités de protéger la personnalité de la victime à tous les stades de la procédure pénale. Découlant déjà du droit constitutionnel non écrit de la liberté personnelle et de l'article 28 du Code civil, cette norme ne semble pas avoir une portée effective. Elle a néanmoins une portée symbolique considérable en ce qu'elle rappelle aux autorités la considération et le respect dus à la victime.“ (1997, S. 8)

Auf den ersten Blick scheint der Gesetzestext die starke Interpretation von Bantli Keller, Meier und Weder nur schlecht zu gestatten. Die Wahrung der Persönlichkeitsrechte sollte für alle am Verfahren Beteiligten eine Selbstverständlichkeit darstellen. Hat der Gesetzgeber mit Art. 5 Abs. 1 OHG also mehr als eine Selbstverständlichkeit fordern wollen, sollte er dies klarer zum Ausdruck bringen.

15.2. Ausschluss der Öffentlichkeit

Gomm, Stein und Zehntner sind der Ansicht, Art. 5 Abs. 3 Satz 2 OHG widerspreche dem in BGE 111 Ia 239 ausdrücklich für direkt anwendbar erklärten EMRK-Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlungen (ad Art. 5, Rn. 17). Die gesetzliche Vermutung, die sich aus besagtem Satz ergebe, sei zudem durch eine Interessensabwägung widerlegbar. Als Interpretation des Gesetzestextes ist diese Auffassung unhaltbar, statuiert dieser doch unmissverständlich ein *Recht* des Opfers auf Ausschluss der Öffentlichkeit. Als rechtspolitischer Vorschlag hingegen ist ihre Ansicht prüfenswert.

15.3. Vermeidung einer Konfrontation mit dem Beschuldigten

Die Anklagekammer des Kantons Genf ging am 16. 5. 1997 so weit, die Einvernahme des Opfers auf dessen Wunsch nicht nur ohne den Täter, sondern u.U. auch ohne dessen Anwalt geschehen zu lassen:

„En effet, on ne saurait mesurer au droit de la victime de se faire accompagner d'une personne de confiance la même importance que paraît lui accorder le Message du Conseil fédéral, si l'art. 5 al. 4 LAVI permettait également d'exclure la confrontation avec l'avocat du prévenu, le risque d'intimidation provenant de la défense, visé par le Conseil fédéral, n'existant plus dans cette hypothèse.“

Diese Auffassung verstösst gegen das Verständnis des Anwalts als einem unabhängigen Organ der Rechtspflege und ist folglich abzulehnen. Mit dem Opferhilfegesetz sollte dem Opfer vielmehr gerade die Möglichkeit gegeben werden, die nötigsten Hilfeleistungen zu erhalten, ohne dafür die Belastung eines Prozesses auf sich nehmen zu müssen. Entscheidet sich das Opfer aber für eine Anzeige und damit für einen Prozess, muss es auch bereit sein, dem Angeklagten die elementaren Verfahrensrechte einzuräumen.

Das Obergericht Zürich schliesslich wollte (am 9. 1. 1995) Einschränkungen von Art. 5 Abs. 4 OHG von der Verfügbarkeit technischer Geräte abhängig machen: Der Anspruch auf Konfrontation könne nur dann gewahrt werden, wenn auch bei Sexualdelikten die Zeugenbefragung audiovisuell, zumindest aber akustisch zum Angeklagten übertragen werde (quasi-unmittelbare Anwesenheit bei der Einvernahme).

Die Auslegung der Art. 5 Abs. 4 und Abs. 5 OHG wird dadurch erschwert, dass der Gesetzestext verschiedene Formulierungen zur Kennzeichnung (mutmasslich) desselben Sachverhalts verwendet: während der deutsche und der französische Text „Begegnung“ bzw. „mettre en présence“ im Abs. 4 und „Konfrontation“ bzw. „confrontation“ im Abs. 5 verwenden, spricht der italienische einheitlich von „mettere in presenza“. Nun hat aber die zweite CETEL-Studie auf einen Bedeutungsunterschied zwischen „mise en présence“ und „confrontation“ hingewiesen (1997, S. 42), weshalb auch hier eine gesetzgeberische Klärung wünschenswert wäre.

15.4. Bekanntgabe der Identität des Opfers

Offen ist die Frage, ob mit Gomm, Stein und Zehntner davon auszugehen ist, dass im Fall von Tötungsdelikten die Identität des Opfers in jedem Fall veröffentlicht werden darf:

„Da bei einem Tötungsdelikt der Schutzzweck der Norm entfällt, weil eine sekundäre Viktimisierung des Opfers nicht mehr Platz greifen kann, ist in diesen Fällen die Veröffentlichung der Identität des Opfers durch das Opferhilfegesetz nicht geschützt. Da Angehörige bezüglich der dem Opfer zustehenden Verfahrensrechte lediglich mit Bezug auf Art. 8 und 9 OHG gleichgestellt sind (Art. 2 Abs. 2 lit. b OHG), bleiben diese auf die bereits bestehenden Rechtsbehelfe nach Art. 28 ZGB verwiesen.“ (ad Art. 5, Rn. 9; zustimmend: Corboz 1996, S. 62)

Auch wenn diese Argumentation einleuchten mag, gilt es im Auge zu behalten, dass sie dem Wortlaut des Gesetzestextes widerspricht. Dort wird das Veröffentlichungsrecht an zwei Bedingungen geknüpft (Zustimmung oder Notwendigkeit für die Strafverfolgung), von denen mindestens eine erfüllt sein muss. Entfällt nun die Zustimmungsmöglichkeit, bleibt die zweite Bedingung davon unberührt: Behörden und Private dürfen die Identität des Opfers in diesem Fall nur dann veröffentlichen, wenn dies im Interesse der Strafverfolgung notwendig ist. Ausserdem gewinnt mit der von Gomm, Stein und Zehntner vorgeschlagenen Lösung die Unterscheidung von Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 OHG ein Gewicht, das sie – mit Blick auf das in Abschnitt 7.2 Gesagte – nicht zu tragen vermag.

In der zweiten CETEL-Studie wurde zudem darauf aufmerksam gemacht, dass das Opfer ein Interesse daran haben kann, dass seine Identität vor dem Täter verheimlicht wird:

„Il s'agirait alors d'une seconde limite puisque dans certains cas, la victime souhaite que son identité ne soit pas révélée à l'inculpé, en particulier lorsque l'agresseur ne connaissait pas sa victime (agression en embuscade). Cette préoccupation ne répond pas aux seuls droits de la personnalité au sens des articles 28ss CC, mais à des préoccupations de survie, lors de crainte de représailles. La protection de l'anonymat vis-à-vis du prévenu est un domaine totalement passé sous silence par le Conseil fédéral.“ (1997, S. 9; vgl. S. 13)

15.5. Die Informationspflicht und die Folgen ihrer Verletzung

Obwohl auf die Folgen einer Verletzung der Informationspflicht für die Geltendmachung der Verwirkungsfrist weiter unten noch zurückzukommen sein wird (Abschnitt 30.2), sei bereits hier erwähnt, dass das Gesetz in dieser wichtigen Frage schweigt. Das Zürcher Obergericht war in seinem Beschluss vom 14. 3. 1995 der Meinung, es sei „nicht ohne weiteres klar“, ob eine Verletzung der Informationspflicht der Polizei einen Nichtigkeitsgrund darstelle. Alternativen erwog es allerdings keine.

Die Verletzung anderer Verfahrensrechte des Opfers, insb. des Rechts auf Ausschluss der Öffentlichkeit und desjenigen auf Nicht-Konfrontation mit dem Täter, stellt in der Sicht Corboz' keinen Nichtigkeitsgrund dar:

„Nous pensons donc, comme pour le droit de demander l'huis clos, qu'une violation des règles ne devrait pas conduire à considérer les actes comme nuls. S'agissant de règles préventives d'un événement désagréable pour la victime, la nullité constatée a posteriori n'y apporte aucun remède et n'est donc pas commandée par la ratio legis. Cela n'exclut toutefois pas une sanction disciplinaire, voire une action civile.“ (Corboz 1996, S. 64)

Ob sich dies auf den Fall einer Verletzung der Informationspflicht übertragen lässt, erscheint fraglich:

„Certes, cette disposition [Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 OHG] impose un devoir à l'autorité dont la violation pourrait être prise en considération sur le plan disciplinaire, mais l'art. 6 LAVI ne prévoit aucune sanction particulière. Il nous paraît en tout cas exclu de considérer que la procédure pénale serait viciée si les devoirs imposés par l'art. 6 al. 1 n'ont pas été respectés.“ (Corboz 1996, S. 66)

Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid vom 3. 7. 1997 (BGE 123 II 241) festgehalten, dass dem Opfer aus der Verletzung seines Informationsrechts keinerlei Nachteile erwachsen dürften:

„Eu égard à l'importance que représente, dans le système légal, le droit à l'indemnisation selon les art. 11 ss LAVI, le devoir d'information a pour corollaire que la victime ne doit subir aucun préjudice d'un défaut d'information qui l'a empêché d'agir à temps sans sa faute.“

Es begründet diese Aussage damit, dass ein nichtinformiertes Opfer gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben verlangen könne, dass trotz Verwirkung seiner Rechte auf sein Gesuch eingetreten werde.

Ungelöst und klärungsbedürftig ist des weiteren die Frage, worüber und in welchem Umfang gemäss Art. 6 Abs. 1 OHG überhaupt informiert werden muss. Es macht beispielsweise wenig Sinn, das Opfer nur über die *Existenz* einer Beratungsstelle zu informieren, ohne deren Aufgaben zu erläutern. Ausserdem müsste geprüft werden, ob nicht auch eine Pflicht zur Information des Opfers über die Möglichkeit, Entschädigung und/oder Genugtuung zu verlangen, gesetzlich statuiert werden müsste. In der Literatur wurde die Meinung vertreten, diese Information gehöre zu den Aufgaben der Beratungsstellen:

„Les centres de consultation devront également conseiller les victimes sur les possibilités de dédommagement qui leur sont offertes.“ (Kuhn 1992, S. 996)

Die erste CETEL-Studie lässt erkennen, dass die Beratungsstellen mehrerer Kantone diese Aufgabe nicht oder nur teilweise wahrnehmen:

„En effets, les centres zurichois informent largement leurs clients de l'existence de l'instance d'indemnisation alors que les autres cantons [Genf, Waadt, St. Gallen] ne le font que quand ils jugent que le cas a suffisamment de chance d'obtenir une indemnisation. Il y a donc, dans la plupart des cantons, une forme de tri qui s'opère en amont de l'instance d'indemnisation. De manière générale et dans tous les cantons, les victimes s'estiment mal renseignées sur les

possibilités d'entamer une procédure d'indemnisation. Le manque d'information est donc un facteur principal de la non utilisation de cette possibilité.“ (1995, S. 39)

Im zitierten Entscheid (BGE 123 II 241) schloss sich das Bundesgericht der auch von Gomm, Stein und Zehntner (ad Art. 3, Rn 25) vertretenen Meinung Kuhns an:

„Les centres de consultation devant informer la victime de l'aide que lui fournit la loi (art. 3 al. 2 let. b LAVI), ce devoir d'information doit nécessairement inclure, même si la loi fédérale ne le dit pas expressément, celui d'avertir la victime de son droit de demander une indemnisation ou une réparation morale au sens des art. 11 ss LAVI [...] En cela, la loi fédérale renverse la présomption, rappelée dans l'arrêt attaqué (consid. 7), selon laquelle „nul n'est censé ignorer la loi“.“

Auch wenn es vernünftig erscheint, die Informationspflicht bzgl. des Entschädigungsverfahrens unter Art. 3 Abs. 2 lit. b OHG zu subsumieren, müsste man sich fragen, ob nicht der Anspruch auf Entschädigung von der Inanspruchnahme der Beratungshilfe unabhängig gehandhabt werden sollte. Es scheint mit dem Grundgedanken der Opferhilfe nur schwer verträglich, dem Opfer (faktisch) eine *Pflicht* aufzuerlegen, sich beraten zu lassen. Ausserdem wären die Folgen der Nichtausführung dieser Aufgabe durch die Beratungsstellen (insb. im Blick auf die Verwirkungsfrist des Entschädigungsanspruches) in diesem Fall gesetzlich zu klären.

Das geltende Recht verpflichtet niemanden dazu, das Opfer über seine aus Art. 5 OHG fliessenden Verfahrensrechte zu informieren. Weil Verfahrensrechte nur von Opfern wahrgenommen werden können, die um ihre Existenz wissen, und eine *nachträgliche* Sanktionierung von Verletzungen solcher Verfahrensrechte wenig sinnvoll ist, sollte auch hier dem Opfer ein umfassendes Informationsrecht zugestanden werden. Die zweite CETEL-Studie zeigt auf, dass die heutige Informationspraxis bspw. über das Recht des Opfers, seine Zustimmung zur Veröffentlichung seiner Identität ausserhalb des Verfahrens zu verweigern (Art. 5 Abs. 2 OHG), uneinheitlich ist:

„Notons encore que dans leur pratique, les magistrats instructeurs n'informent pas systématiquement les victimes de la possibilité de conserver l'anonymat; ils ont tendance à distiller cette information au cas par cas en fonction de la situation.“ (1997, S. 12)

Ebenso mangelhaft ist in der Praxis die Information der Opfer über ihr Recht, den Ausschluss der Öffentlichkeit vom Verfahren zu verlangen:

„Notons que hormis les cas où la publicité des débats est exclue par la loi, les magistrats n'informent pas de manière systématique les victimes de leur droit de demander le huis-clos du fait que ces dernières sont souvent assistées d'un mandataire. L'information concernant le huis-clos est en effet largement diffusée aux victimes par les avocats.“ (CETEL, 1997, S. 17)

In der zweiten CETEL-Studie wurde eine breite Zustimmung der Anwälte und Richter zur Basler und Luzerner Praxis konstatiert, Opfer durch ein Merkblatt über ihre Verfahrensrechte zu informieren (1997, S. 50-51, vgl. auch S. 53).

Das Verhältnis der verschiedenen Informationsrechte des Opfers (Art. 3 Abs. 2 lit. b, Art. 6 Abs. 1, Art. 8 Abs. 2 OHG) ist weitgehend ungeklärt. Nachdem das Bundesgericht im zitierten Entscheid (BGE 123 II 241) die Pflicht, das Opfer über seine Entschädigungsansprüche zu informieren, zunächst unter Art. 3 Abs. 2 lit. b OHG subsumiert und damit den Beratungsstellen zugewiesen hatte, spricht es in seinen Schlussfolgerungen wiederum so, als wäre die *Polizei* über Art. 6 Abs. 1 OHG hinaus zu dieser zusätzlichen Information verpflichtet gewesen:

„En l'occurrence, la recourante aurait été en mesure de former une demande d'indemnisation dans le délai légal si la police lui avait dispensé une information complète concernant l'existence de ce droit et du délai de péremption.“

Es wäre empfehlenswert, hier eine klare und inhaltliche Abgrenzung zu treffen. Insgesamt unklar ist weiterhin der Umfang der verschiedenen Informationspflichten und die Folgen ihrer Verletzung. So formuliert etwa Corboz das Informationsrecht des Opfers, das er in Art. 8 Abs. 2 OHG statuiert sieht, zuerst ganz allgemein,¹⁷ um es dann ganz wesentlich einzuschränken – unter Hinweis auf das dem Opfer in Art. 6 OHG zugesprochene Informationsrecht:

„Il est donc logique de penser, selon la systematique de la loi, que les droits visés à l’art. 8 al. 2 LAVI sont ceux qui viennent d’être définis à l’art. 8 al. 1 LAVI. On trouve un élément corroboratif de cette interprétation à l’art. 6 al. 2 LAVI qui prévoit expressément que la victime doit être informée de son droit de refuser la communication au centre de consultation; cette précision n’aurait aucun sens si, de toute manière, la victime devait être informée de tous ses droits découlant de la LAVI an application de l’art. 8 al. 2 LAVI.“ (Corboz 1996, S. 83)

Die gesetzgeberische Regelung erscheint mithin als unklar: Art. 8 Abs. 2 OHG würde demnach nach wörtlicher Lesart Erwartungen wecken, die enttäuscht werden müssten. Dies ist aus Opfersicht höchst unbefriedigend: angebracht wäre stattdessen, die verschiedenen Bestimmungen zu einem umfassenden Informationsrecht des Opfers in Opferhilfeangelegenheiten zusammenzufassen und die verwaltungsinterne Aufgabenverteilung den Kantonen zu überlassen.

15.6. Verhältnis des Aussageverweigerungsrechts zu kantonalem Strafprozessrecht

Das Bundesgericht war in seinem Urteil vom 8. 9. 1994 (= BGE 120 IV 217) wegen fehlender Zuständigkeit nicht dazu veranlasst, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob ein vierjähriges Kind und mutmassliches Opfer in einem Strafprozess gegen seinen Vater wegen verschiedener Sexualdelikte – ausser auf sein Auskunftsverweigerungsrecht wegen Verwandtschaft gestützt – auch gemäss Art. 7 Abs. 2 OHG die prozessuale Verwertung seiner Aussagen hätte verhindern können. In Kantonen, wo ein solches Auskunftsverweigerungsrecht bei Unzuchtdelikten an Kindern explizit ausgeschlossen wird – wie etwa im sankt-gallischen Strafprozess nach Art. 68 Abs. 3 StPO/SG – stellt sich in der Tat die Frage, ob Kindern insoweit durch das OHG mehr bzw. andere Rechte verliehen werden als durch die kantonalen Strafprozessordnungen.¹⁸ Im erwähnten Bundesgerichtsentscheid bleibt dies ungeklärt. Mehr noch: es wird eine bundesrechtliche Regelung vorgeschlagen, deren Vereinbarkeit mit dem OHG zumindest fraglich erscheint:

„Dies [die Grösse des Spannungsverhältnisses zwischen staatlichem Strafanspruch und Zeugnisverweigerungsrecht] könnte allenfalls, trotz der kantonalen Gesetzgebungshoheit auf dem Gebiet des Strafprozesses, eine bundesrechtliche Regelung rechtfertigen, welche etwa bei Sexualdelikten das Zeugnisverweigerungsrecht des Opfers bzw. zumindest des jungen Opfers wegen Verwandtschaft zum Angeschuldigten ausschliesst, zumal gerade bei Sexualdelikten die Aussagen des Angeschuldigten und des Opfers oft die einzigen Beweismittel sind und mit der Zeugnisverweigerung häufig das entscheidende Beweismittel entfällt. Das dargestellte Spannungsverhältnis kann aber allein vom Gesetzgeber gelöst werden.“

¹⁷ „Il s’agit d’un renversement de la présomption selon laquelle nul n’est censé ignorer la loi. Il faut au contraire partir de l’idée que les victimes [...] l’ignorent et l’autorité, à tous les stades de la procédure, doit avoir le souci de fournir sous une forme appropriée tous les renseignements utiles, au stade en question, sur les droits découlant de la LAVI, y compris les modalités d’application déterminées par le droit de procédure.“ (Corboz 1996, S. 83)

¹⁸ Die in BGE 120 IV 217 ebenfalls angeführte Bestimmung des bernischen Strafverfahrens (Art. 141 Abs. 2 StRV/BE) wurde zwar inzwischen geändert, doch ist dort ausser von Aargau (Art. 74 Abs. 2 StPO/AR) und Jura (art. 142 al. 2 CPP/JU) noch von „weiteren kantonalen Strafprozessordnungen“ die Rede, die das Zeugnisverweigerungsrecht wegen Verwandtschaft bei Straftaten gegen Verwandte unter gewissen Umständen ausschliessen.

Diese Begründung verkennt, dass das mutmassliche Spannungsverhältnis mit dem OHG bereits gesetzlich gelöst wurde. In der Botschaft (S. 984f.) und in der Lehre (Weishaupt 1998, S. 186; Gomm/Stein/Zehntner 1995, ad Art. 7, Rn. 10; Corboz 1996, S. 71) wird Art. 7 Abs. 2 OHG dahin verstanden, dass damit der Gesetzgeber die Opferrechte der staatlichen Strafverfolgung überordnen wollte.

Eine weitere Schwierigkeit des Aussageverweigerungsrechts liegt darin, dass es als Beweisthemenverbot interpretiert werden kann:

„Diesem Vorgehen [vergewaltigte Frauen über ihr sexuelles Vorleben auszufragen] wurde nun durch die neue Gesetzesbestimmung [Art. 7 Abs. 2 OHG] Einhalt geboten. Das sexuelle Vorleben spielt keine Rolle mehr für die Beurteilung der in Frage stehenden Straftat.“ (DuBois 1993, S. 1397)

Diese Behauptung ist sicher zu hoch gegriffen (vgl. Weishaupt 1998, S. 195). Ausserdem ist aus den Gesetzesmaterialien ersichtlich, dass ein solches Beweisthemenverbot in der parlamentarischen Diskussion zwar erwogen, im Ergebnis aber verworfen wurde. Weil sich der Gesetzgeber in der Botschaft jedoch nicht explizit geäussert hat, wäre hier allenfalls eine Klärung vonnöten.

15.7. Einvernahme durch eine Person desselben Geschlechts

DuBois hat vorgeschlagen, für die Frage des Geschlechts der einvernehmenden Person eine ähnliche Regelung wie bei der Konfrontation mit dem Täter zu treffen:

„Es kann nicht überzeugen, dass betroffene Frauen gemäss OHG nur auf ihr ausdrückliches Verlangen von Personen des gleichen Geschlechts einvernommen werden sollen. Nicht jedes Opfer hat in der schwierigen psychischen Situation nach der Straftat ausreichend Kenntnis und auch genügend Selbstvertrauen, auf diesem Recht zu bestehen.“ (DuBois 1993, S. 1396)

Die von DuBois vorgeschlagene *Verpflichtung*, das Opfer von einer Person gleichen Geschlechts einvernehmen zu lassen, wurde in Luzern gesetzgeberisch realisiert (Art. 49 Abs. 5 LU-StP; vgl. die zweite CETEL-Studie, 1997, S. 24). Freilich hat in Luzern die Einvernahme von Kindern (beiderlei Geschlechts) grundsätzlich durch Frauen zu erfolgen.

Soweit DuBois' Argument auf der Möglichkeit fehlender Kenntnis beruht, wäre dem entsprechenden Missstand wohl ebenso durch eine Ausweitung der Informationspflicht nach Art. 6 Abs. 1 OHG abzuhelpen.

16. Art. 8, 9 OHG: Präzedenzentscheide und kantonale Praxis

ART. 8 VERFAHRENSRECHTE

1 Das Opfer kann sich am Strafverfahren beteiligen. Es kann insbesondere:

- a. seine Zivilansprüche geltend machen;
 - b. den Entscheid eines Gerichts verlangen, wenn das Verfahren nicht eingeleitet oder wenn es eingestellt wird;
 - c. den Gerichtsentscheid mit den gleichen Rechtsmitteln anfechten wie der Beschuldigte, wenn es sich bereits vorher am Verfahren beteiligt hat und soweit der Entscheid seine Zivilansprüche betrifft oder sich auf deren Beurteilung auswirken kann.
- 2 Die Behörden informieren das Opfer in allen Verfahrensabschnitten über seine Rechte. Sie teilen ihm Entscheide und Urteile auf Verlangen unentgeltlich mit.

ART. 9 ZIVILANSPRÜCHE

- 1 Solange der Täter nicht freigesprochen oder das Verfahren nicht eingestellt ist, entscheidet das Strafgericht auch über die Zivilansprüche des Opfers.
- 2 Das Gericht kann vorerst nur im Strafpunkt urteilen und die Zivilansprüche später behandeln.
- 3 Würde die vollständige Beurteilung der Zivilansprüche einen unverhältnismässigen Aufwand erfordern, so kann das Strafgericht die Ansprüche nur dem Grundsatz nach entscheiden und das Opfer im übrigen an das Zivilgericht verweisen. Ansprüche von geringer Höhe beurteilt es jedoch nach Möglichkeit vollständig.
- 4 Die Kantone können für Zivilansprüche im Strafmandatsverfahren sowie im Verfahren gegen Kinder und Jugendliche abweichende Bestimmungen erlassen.

16.1. Ist das Opfer zum Rekurs gegen die Sistierung des Verfahrens berechtigt?

Das Zürcher Obergericht verneinte am 5. 8. 1996 die Rekursmöglichkeit bei Sistierungsverfügungen, obwohl es gleichzeitig eingestand, dass die einstweilige Einstellung des Verfahrens für das Opfer dieselben materiellen Folgen haben könne wie die endgültige. Die Möglichkeit eines Rekurses an den Einzelrichter sei dennoch nur bei definitiver Verfahrenseinstellung durch die Bezirksanwaltschaft gegeben; bei Sistierungsentscheiden bleibe die kantonale Staatsanwaltschaft Rekursinstanz. Eine zu Unrecht erfolgende Sistierung des Verfahrens wäre als Rechtsverweigerung oder –verzögerung zu werten, worüber unbestrittenermassen weiterhin die Staatsanwaltschaft (also die Aufsichtsbehörde und nicht der Richter) zu befinden habe. Das Bundesgericht und einige kantonale Gerichte (das Zürcher Sozialversicherungsgericht am 18. 9. 1996 und das Luzerner Verwaltungsgericht am 20. 6. 1998) vertreten in dieser Frage eine andere Auffassung. Es bejaht die Beschwerdelegitimation bei Sistierungsverfügungen, die für das Opfer einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bedeuten können (z.B. BGE 121 II 116). Dies ist gemäss Bundesgericht in der Regel der Fall, insbesondere dann, wenn das Opfer ein vitales Interesse an einer baldigen Abklärung seiner Anspruchsberechtigung gemäss Art. 11 ff. OHG hat oder um einen Vorschuss ersucht. Alternativ wurde die Rekursberechtigung auch gegen Zwischenentscheide bejaht, die „tranchent des questions préalables de droit fédéral.“ (Bundesgerichtsentscheid vom 15. 6. 1993 = BGE 119 IV 168). Auch in diesem Punkt wäre eine gesetzliche Klärung zumindest hilfreich.

16.2. Wann hat ein Opfer seine Zivilansprüche geltend gemacht?

Das Aargauer Obergericht entschied am 28. 5. 1997, das Opfer könne sich auch dann nach Art. 8 Abs. 1 OHG am Strafverfahren beteiligen, wenn es seine Adhäsionsklage nicht geltend machen könne (bspw. wegen Ausschluss des direkten Klagerechts gegen Beamte). Corboz empfiehlt diese Lösung auch bei einer Verletzung von Art. 8 Abs. 2 (Corboz 1996, S. 77). Unbestritten ist in der kantonalen Rechtsprechung und auch vor Bundesgericht, dass dem Opfer die Nicht-Geltendmachung seiner Zivilansprüche jedenfalls dann nicht entgegengehalten werden darf, wenn ihm ihre Geltendmachung nicht hat zugemutet werden können:

„Wohl ist es dem Opfer freigestellt, ob es im Strafverfahren eine Zivilforderung geltend machen wolle oder nicht; verzichtet es aber auf die Geltendmachung von Zivilansprüchen im Strafprozess, obschon die Einbringung einer solchen Forderung im Hauptverfahren zumutbar wäre, dann ist es zur Ergreifung von Rechtsmitteln im Strafpunkt im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. c OHG nicht legitimiert. [...] Ob die Geltendmachung von Zivilansprüchen im Strafprozess zumutbar war oder nicht, hängt von den Umständen des konkreten Falles ab. Unter

Umständen steht während des Strafprozesses, und zwar auch noch im Hauptverfahren, noch nicht fest, ob infolge des Gegenstand des Verfahrens bildenden Verhaltens des Angeschuldigten überhaupt ein Schaden entstanden sei, oder lässt sich die Höhe des Schadens noch nicht zuverlässig abschätzen. In solchen Fällen beispielsweise kann die Legitimation des Opfers zur Ergreifung von Rechtsmitteln im Strafpunkt nicht davon abhängen, ob es im Strafverfahren adhäsionsweise Zivilansprüche geltend gemacht habe.“ (Bundesgerichtsentscheid vom 23. 2. 1994 = BGE 120 IV 44)

Sowohl Gomm, Stein und Zehntner (ad Art. 8, Rn. 18) als auch das Bundesgericht (23. 2. 1994 = BGE 120 IV 44) waren der Meinung, die Anfechtung eines strafprozessualen oder gerichtlichen Entscheides mit einer Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. c OHG auferlege dem Opfer eine Begründungspflicht: Das Opfer müsse darlegen, inwiefern sich der angefochtene Entscheid auf die Beurteilung seiner Zivilforderungen auswirken könne. Diese Meinung vertritt auch Corboz:

„Il incombe en principe à un recourant d’apporter les éléments qu’il détient et qui sont nécessaires pour statuer sur la recevabilité. Même si la loi ne l’exige pas expressément, la victime qui fonde sa qualité pour recourir directement sur l’art. 8 al. 1 lit. c LAVI serait bien inspiré d’expliquer dans son acte de recours en quoi chacune des conditions que nous venons de voir est réalisée.“ (Corboz 1996, S. 80)

Unklar bleibt, ob diese Begründungspflicht dahingehend zu verstehen ist, dass das Opfer *nachweisen muss*, dass es seine Zivilforderungen geltend gemacht hat bzw. ihm dies nicht hat zugemutet werden können, oder ob auch hier die blosse Möglichkeit oder die Glaubhaftmachung genügt.

16.3. Wie ist Art. 9 Abs. 1 OHG zu lesen?

Es ist unbestritten, dass Art. 9 Abs. 1 OHG eine Einschränkung des Grundsatzes enthält, wonach Zivilforderungen des Opfers im Strafverfahren beurteilt werden sollten. Offen und kantonal uneinheitlich gelöst ist aber die Frage, was dies konkret bedeutet. Rein sprachlich ist die Bedeutung von Art. 9 Abs. 1 OHG klar: der obige Grundsatz gilt uneingeschränkt nur unter zwei negativen Bedingungen, die kumulativ erfüllt sein müssen; er gilt nicht, wenn der Angeklagte freigesprochen oder das Verfahren eingestellt worden ist. Über den Fall, dass eine dieser beiden Bedingungen nicht erfüllt ist, schweigt sich das Gesetz aus. Dies entspricht auch der Erläuterung in der Botschaft:

„Eine erste Einschränkung enthält Absatz 1: Der Anspruch auf Beurteilung der Zivilforderung entfällt, wenn der Beschuldigte freigesprochen wird oder das Verfahren eingestellt wird. In diesem letzten Fall steht dem Opfer aber immerhin nach Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe b die Möglichkeit offen, einen Entscheid eines Gerichts zur Frage der Einstellung zu verlangen.“ (Botschaft, S. 988)

Nun haben aber schon Gomm, Stein und Zehntner mehr in Art. 9 Abs. 1 OHG hineinlesen wollen:

„Der Anspruch des Opfers auf Beurteilung seiner Zivilforderung durch das Strafgericht entfällt, wenn der Beschuldigte freigesprochen oder das Verfahren gegen ihn eingestellt ist. In diesen Fällen ist die Zivilforderung auf den Zivilweg zu verweisen. Dem Strafgericht ist es verwehrt, die Zivilforderung zu beurteilen, da diesfalls die Garantie des Wohnsitzrichters nach Art. 59 Abs. 1 BV wieder auflebt.“ (ad Art. 9, Rn. 3).

Diese Lesart, dass bei Freispruch oder Verfahrenseinstellung das Strafgericht über die Zivilansprüche *nicht entscheiden darf*, ist unter den Kantonen weit verbreitet. Sie wurde am 18. 9. 1995 vom Basellandschaftlichen Obergericht vertreten:

„Gemäss Art. 9 des OHG sind Zivilansprüche nur dann vom Strafrichter zu beurteilen, wenn der Täter nicht freigesprochen oder das Verfahren nicht eingestellt ist.“

Ebenso vom Zürcher Obergericht am 3. 4. 1997:

„Der Anspruch des Opfers auf Beurteilung seiner Zivilforderung durch das Strafgericht entfällt und diese ist auf den Zivilweg zu verweisen, wenn der Beschuldigte freigesprochen oder das Verfahren gegen ihn eingestellt wird. Der Grundgedanke dieser Bestimmung liegt darin, dass lediglich bei Zuständigkeit des Strafrichters zu einer materiellen Beurteilung eines strafbaren Verhaltens im Sinne von Art. 2 Abs. 1 OHG auch die sachliche Zuständigkeit zur Beurteilung der Zivilforderung des Opfers gegeben sei.“

Dies gilt nach mehrheitlicher Rechtsprechung indessen gerade nicht für Täter, die nur von Schuld und allein deshalb von Strafe freigesprochen werden. Ausserdem hält ein in dieser Hinsicht unmissverständliches Bundesgerichtsurteil vom 5. 2. 1996 (= BGE 122 IV 37) fest, dass der Strafrichter den vor ihm geltend gemachten Zivilanspruch *in jedem Fall* zumindest dem Grundsatz nach beurteilen muss. Diese grundsätzliche Beurteilung binde den Zivilrichter. Nur die Frage der Höhe des Zivilanspruchs könne unter den in Art. 9 Abs. 3 OHG genannten Bedingungen an den Zivilrichter verwiesen werden. Ein weiteres Bundesgerichtsurteil vom 12. 1. 1998 (= BGE 124 IV 13) entscheidet die Frage ebenfalls anders als die meisten kantonalen Gerichte:

„Die Bestimmung [Art. 9 Abs. 1 OHG] besagt indes nur, dass das Opfer bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens nicht mehr gestützt auf das OHG die Beurteilung seiner Zivilforderung im Strafurteil verlangen kann. Dass es dem Strafgericht von Bundesrechts wegen verwehrt sei, die Zivilforderung des Opfers bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens zu beurteilen, und es dieselbe in diesen Fällen auf den Zivilweg verweisen muss, lässt sich entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers der genannten Bestimmung nicht entnehmen.“

16.4. Unverhältnismässigkeit, Ansprüche von geringer Höhe

Zur Frage der Abgrenzung von Art. 9 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 3 OHG nahm das Bundesgericht am 7. 3. 1997 Stellung. Es folgte der in der Lehre vertretenen Auffassung (vgl. Bantli Keller / Weder / Meier, 1995, S. 37), bei blossem Fehlen wichtiger Unterlagen für die summenmässige Bestimmung der Zivilansprüche sei das Verfahren nach Art. 9 Abs. 2 OHG zweizuteilen. Der Beizug von drei Aktenstücken stelle keinen unverhältnismässigen Aufwand dar, der die Beschränkung auf eine Grundsatzbeurteilung der Zivilansprüche rechtfertigen könne.

Zur Frage, wann ein Aufwand im Sinne von Art. 9 Abs. 3 OHG unverhältnismässig ist, liegen drei Entscheide vor. Das Zürcher Obergericht beschloss am 30. 8. 1996, „Ansprüche von geringer Höhe“ seien Forderungen „von höchstens einigen tausend Franken“ (vgl. Botschaft, S. 988). Am 3. 4. 1997 betrachtete es Aufwendungen von dreimal 3000.- als verhältnismässig, ebenso das Bundesgericht am 5. 2. 1996 (= BGE 122 IV 37) eine Summe von 5000.-

16.5. Art. 9 Abs. 4 OHG: Wie weit reicht die kantonale Gesetzgebungsautonomie?

Mit einem Urteil vom 28. 2. 1996 (= BGE 122 IV 79) liegt ein bundesgerichtliches Präzedenzurteil zu Art. 9 Abs. 4 OHG vor. Das Bundesgericht war der Meinung, das Recht des Opfers auf gerichtliche Überprüfung der Legitimität einer Einstellungsverfügung dürfe nicht in Anwendung von Art. 9 Abs. 4 OHG beschnitten werden, da es in Art. 8 Abs. 1 lit. b OHG nicht um die Geltendmachung von Zivilansprüchen gehe.

16.6 Berufung des Opfers auch im Strafpunkt?

Das Thurgauer Obergericht verneinte am 16. 2. 1995 die Kompetenz des Strafrichters, bei einem Freispruch wegen Urteilsunfähigkeit des Täters im Unfallzeitpunkt die Zivilforderungen der Geschädigten auch nur dem Grundsatz nach zu beurteilen. Dies folgt in seinen Augen daraus, dass er – trotz Freispruch – das tatbestandsmässige Verhalten nicht materiell beurteilt habe:

„Der Grundgedanke von Art. 9 Abs. 1 OHG liegt darin, dass lediglich bei Zuständigkeit des Strafrichters zu einer materiellen Beurteilung eines strafbaren Verhaltens im Sinn von Art. 2 Abs. 1 OHG auch die sachliche Zuständigkeit zur Beurteilung der Zivilforderung des Opfers gegeben ist. [...] Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Unfall letztlich im Verantwortlichkeitsbereich des Berufungsklägers verursacht wurde. Dem Strafrichter ist indessen auch hier eine materielle Beurteilung des strafbaren Verhaltens des Berufungsklägers verwehrt, da das Verfahren wegen der medizinisch begründeten Zurechnungsunfähigkeit mit Freispruch endete.“

Bereits früher hatte das Thurgauer Obergericht die Ansicht vertreten, um die Verfahrensrechte nach Art. 8 OHG wahrzunehmen, müsse das Opfer die Möglichkeit erhalten, „Einfluss auf die [Entscheidung der] Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit und des strafrechtlichen Verschuldens des Schädigers zu nehmen, sofern der Entscheid darüber Auswirkungen auf den Zivilpunkt haben kann.“ (Entscheid vom 10. 5. 1994). Dies ist hochproblematisch, hätte doch das OHG gerade bei schuldlosen Tätern eine Besserstellung des Opfers erreichen sollen. Das Zürcher Obergericht entschied am 30. 8. 1996 denn auch völlig anders:

„Sie [die beiden Kinder des Getöteten] sind somit Opfer im Sinne von Art. 2 Abs. 2 OHG und haben unabhängig vom Geisteszustand und den wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters von Gesetzes wegen einen Anspruch darauf, dass über ihre Schadenersatz- und Genugtuungsforderung befunden wird.“

Derselben Auffassung war das Obergericht auch am 3. 4. 1997: Werde vom Gericht kein Schuldvorwurf erhoben und deshalb von Strafe abgesehen, so sei dies nicht als Freispruch zu werten, da das Verfahren entweder eingestellt werde oder die Untersuchungsbehörde die Akten dem Bezirksgericht mit einem die Unzurechnungsfähigkeit feststellenden Bericht unterbreite, aufgrund dessen das Gericht den Angeschuldigten nicht freizusprechen habe, sondern bloss festhalten müsse, dass von einer Strafe abgesehen werde. Bereits am 4. 5. 1994 hatte das Obergericht Zürich entschieden, die Anfechtung des Strafurteils im Strafpunkt (Freispruch) unter Berufung auf Art. 8 Abs. 1 lit. c OHG sei zulässig. Eine Verurteilung nach Art. 229 StGB statt einer für Art. 125 StGB tangiere die Zivilansprüche des Opfers, da die bloss Gefährdung keine Rechtsgutverletzung impliziere. Art. 397 Ziff. 3 StPO/ZH (Hinterlegung einer Kautions bei Berufung) sei demnach rechtswidrig.

17. Art. 8, 9 OHG: gesetzlicher Klärungsbedarf

17.1. Reichweite des Rechts auf Beteiligung am Verfahren

Zum ersten Satz von Art. 8 Abs. 1 OHG bemerkte das Freiburger Kantonsgericht am 16. 1. 1998, damit gewähre der Gesetzgeber dem Opfer nicht alle Rechte, die dem Täter zustehen, sondern nur die in den litt. a-c erwähnten. Am 22. 5. 1996 war das Freiburger Appellationsgericht freilich anderer Meinung: die Beschwerde gegen das vom Strafrichter gefällte Zivilurteil folge (in Freiburg) den Bestimmungen der Zivilprozessordnung; Art. 8 Abs. 1 OHG bezwecke nicht mehr, als dem Opfer *dieselben* Rechte wie dem Täter zuzugestehen, greife aber nicht weiter in die kantonalen Strafprozessordnungen ein. Dieselbe irrige Meinung findet sich auch in der Literatur:

„Die Geschädigte hat dieselbe prozessuale Stellung wie der Angeschuldigte.“ (DuBois 1993, S. 1397)

Die Botschaft zum OHG ist in diesem Punkt freilich unmissverständlich:

„Der Entwurf [des Gesetzes, d.i. des OHG] beschränkt sich daher auf einige wenige zentrale Minimalgarantien, denen das Prozessrecht des Bundes und der Kantone in Zukunft wird Rechnung tragen müssen. Der Katalog dieser Garantien wurde dabei gegenüber dem Vorentwurf in verschiedenen Punkten reduziert; insbesondere wurde darauf verzichtet, dem Opfer generell die gleichen prozessualen Rechte wie dem Angeklagten zuzuerkennen.“ (S. 973)

Am 31. 3. 1998 hat das Bundesgericht entschieden (= BGE 124 IV 37), dass trotz des exemplarischen Charakters der Aufzählung („insbesondere“) Art. 8 Abs. 1 OHG dem Opfer *kein* allgemeines Recht auf Teilnahme am ganzen Verfahren verleiht. Dieses Recht steht ihm vielmehr nur in den litt. a-c aufgezählten Fällen zu. Die Gewährung weitergehender Verfahrensrechte und die Präzisierung der Beteiligungsform des Opfers am Verfahren obliegt den Kantonen:

„La formule „en particulier“ figurant à l’art. 8 al. 1 LAVI n’a donc pas d’autre signification que de réserver les complètement apportés par la procédure cantonale. L’art. 8 al. 1 LAVI ne confère pas à la victime d’autres droits que ceux qu’il énonce précisément.“

Dieser Meinung ist auch Corboz:

„La victime ne peut pas déduire de la LAVI d’autres droits de participation que ceux qui lui sont expressément accordés.“ (1996, S. 55)

„Une interprétation littérale de l’art. 8 LAVI conduit à penser que l’alinéa 1 donne un droit de participer à la procédure pénale, indépendamment des hypothèses visées aux lettres a à c de cette disposition. Ainsi, du seul fait qu’elle s’intéresse à la procédure pénale, la victime aurait le droit d’y participer, ou même, selon le texte français, d’être reconnue comme partie. Une interprétation aussi large doit être rejetée.“ (1996, S. 72)

Mit Blick auf die Botschaft ist dieser Meinung beizupflichten. Die Formulierung im Gesetzestext ist somit zumindest missverständlich: „Insbesondere“ sollte im Sinn der Lesbarkeit und Verständlichkeit *gestrichen* werden.

Corboz hat im weiteren auch auf eine Diskrepanz zwischen der französischen und der deutschen Formulierungen von Art. 8 Abs. 1 lit. b OHG aufmerksam gemacht. Erstere verlange einen Parteistatus des Opfers, letztere nur eine Beteiligung am Verfahren (Corboz 1996, S. 77). Auch dies wäre gesetzgeberisch zu klären.

17.2. Voraussetzungen und Folgen von Art. 8 Abs. 1 lit. b OHG

Im Gegensatz zum Art. 8 Abs. 1 lit. c OHG wird in Abs. 1 lit. b nicht davon gesprochen, dass die Nichteinleitung oder Einstellung des Verfahrens die Zivilansprüche des Opfers betreffen müsse. Art. 8 Abs. 1 lit. b setzt auch nicht voraus, dass das Opfer seine Zivilansprüche bereits geltend gemacht hat:

„Der Anspruch von Buchstabe b steht allen Opfern im Sinne des Opferhilfegesetzes zu; er setzt nicht voraus, dass eine Zivilforderung eingereicht wird. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass im Zeitpunkt der Nichtanhandnahme oder der Einstellung des Verfahrens das Opfer oft noch gar keine Gelegenheit hatte, eine Zivilforderung einzureichen und überdies die Frist für die Einreichung noch nicht abgelaufen ist.“ (Botschaft, S. 986)

Dies ist im Grunde nur eine Anwendung des vom Bundesgericht befolgten Grundsatzes, dass die Einreichung von Zivilansprüchen dann nicht zur Vorbedingung von Opferrechten gemacht werden darf, wenn dem Opfer diese Einreichung nicht zugemutet werden konnte. Das Bundesgericht

jedoch zieht nun aus der zitierten Passage der Botschaft in seinem Entscheid vom 23. 2. 1994 (= BGE 120 IV 44) andere und weiter reichende Schlüsse:

„Das darin [in Art. 8 Abs. 1 lit. b] statuierte Recht des Opfers, den Entscheid eines Gerichts zu verlangen, wenn das Verfahren nicht eingeleitet oder wenn es eingestellt wird, setzt, anders als die Rechtsmittellegitimation nach Art. 8 Abs. 1 lit. c OHG, nicht voraus, dass sich der Einstellungsbeschluss auf die Beurteilung der Zivilforderung auswirken kann.“

Mit anderen Worten setzen die Rechte des lit. b i.G. zu denen des lit. c nicht nur keine Geltendmachung, sondern überhaupt keinen *Bezug* zu den Zivilansprüchen des Opfers voraus. Diese Gesetzesauslegung des Bundesgerichts e contrario ist abzulehnen. Denn das Interesse, welches ein Opfer hat, sich einer Einstellungsverfügung zu widersetzen, kann – wenn diese Verfügung seine Zivilansprüche nicht betrifft – nur ein solches an der Bestrafung des Täters sein, also gerade ein Interesse, das vom Bundesgericht in der bisherigen Praxis (mit guten Gründen) als bloss tatsächliches, nicht rechtliches eingeschätzt und folglich nicht geschützt wurde (BGE 120 Ia 157 / 160, Erw. 2, unter Berufung auf die Rechtsprechung zu Art. 88 OG). Zudem wird diese Anfechtungsmöglichkeit i.Z. von Art. 8 Abs. 1 lit. c in der Botschaft explizit ausgeschlossen:

„Ausgeschlossen ist die Anfechtung in bezug auf alle Fragen, die in keinem direktem [sic] Zusammenhang mit den Zivilansprüchen des Opfers stehen.“ (Botschaft, S. 987)

Das Zürcher Obergericht bemerkte am 29. 9. 1994, dass Art. 8 Abs. 1 lit. b OHG den Zuständigkeitsbereich des Richters vergrössere. Der über Rekurse wegen Nichtanhandnahme oder Einstellung eines Verfahrens entscheidende Richter nehme die Stellung der Staatsanwaltschaft als Rekursbehörde ein und sei im Sinne seiner Entscheide und im Rahmen seiner Entscheidungskompetenz befugt, der Untersuchungsbehörde Weisungen über die Fortführung, Ergänzung etc. der Untersuchung zu erteilen.

„Aus der Zuerkennung dieser Kompetenz an den Richter folgt aber nicht, dass dieser jedenfalls zwingend und verbindlich die einzelnen weiteren von der Untersuchungsbehörde durchzuführenden Untersuchungshandlungen zu bestimmen hätte, wiewohl ihm dies als Möglichkeit grundsätzlich unbenommen bleibt.“

Am 18. 1. 1994 vermerkte dasselbe Gericht, die durch das OHG begründete neue Zuständigkeitsregelung gelte nur insoweit, als es um Straftaten gehe, die unter das OHG fallen. Am 28. 1. 1994 kommentierte es, diese Weisungsbefugnis der richterlichen gegenüber der Verwaltungsbehörde durchbreche zwar das Prinzip der Gewaltentrennung, sei aber vom Gesetzgeber zu Opferschutzzwecken bewusst in Kauf genommen worden (diese Meinung wurde in Beschlüssen vom 28. 11. 1994 und 14. 3. 1995 bekräftigt). Am 5. 8. 1996 schliesslich meinte das Obergericht Zürich:

„Diese einen Einbruch in das Prinzip der Gewaltentrennung bedeutende Regelung gilt es, da vom Gesetzgeber so gewollt, zu akzeptieren. Überprüfte der Richter jedoch auch die einstweiligen Sistierungen, würde diese systemwidrige Lösung [Art. 8 Abs. 1 lit. b] auf dem Wege der Gesetzesauslegung noch ausgedehnt, was es zu vermeiden gilt.“

Corboz hat die Meinung vertreten, Art. 8 Abs. 1 lit. b OHG gebe dem Opfer nur das Recht auf *eine* gerichtliche Überprüfung des Einstellungsentscheides:

„L'art. 8 al. 1 lit. b LAVI prévoit seulement le droit à *une* décision judiciaire. Dès qu'un tribunal a statué que soit en première instance ou sur recours, le droit est épuisé. La disposition ne donne donc aucun droit à un recours devant une deuxième ou troisième autorité judiciaire.“ (Corboz 1996, S. 75)

Auch wenn dies vielleicht dem Buchstaben des Gesetzes entsprechen mag, so widerspricht es sicher seinem Sinn und Zweck. Ausserdem wäre es merkwürdig, gerade im Opferhilfebereich erstinstanzliche Gerichtsurteile zuzulassen, gegen die keine Rekursmöglichkeit mehr besteht.

17.3. Gerichtsort

Zur Frage des Gerichtsortes und dem Verhältnis zu Art. 8 OHG und Art. 59 Abs. 1 aBV nahm das Appellationsgericht Basel-Landschaft am 29. 6. 1994 wie folgt Stellung:

„... das in Art. 8 des OHG vorgesehene forum adhaesionis hält jedoch nur dann vor Art. 59 BV stand, wenn der nicht im Strafverfolgungskanton wohnende Angeklagte gestützt auf den Tatbestand, auf dem die Zivilansprüche gründen, strafrechtlich verurteilt wird.“

17.4. Umfang und Natur der Informationspflicht und die Folgen ihrer Verletzung

Das Obergericht Basel-Landschaft war am 6. 12. 1993 der Meinung, unter den „Rechten“ in Art. 8 Abs. 2 OHG sei auch das Aussageverweigerungsrecht aus Art. 7 Abs. 2 OHG zu subsumieren. Wie der Umfang der Informationspflicht der Polizei ist auch derjenige der Informationspflicht der Untersuchungsbehörden klärungsbedürftig. So ist etwa Corboz der Meinung, das Opfer müsse nicht auf sein Recht, eine Konfrontation mit dem Täter zu vermeiden (Art. 5 Abs. 4 OHG), hingewiesen werden (Corboz 1996, S. 64). Dasselbe gelte auch für das Recht, die Einvernahme durch eine Person des gleichen Geschlechts zu verlangen (Corboz 1996, S. 68). Dies wäre vom Gesetzgeber zu klären. Grundsätzlich führt eine Gewährung von Rechten erst dann zu einer Verbesserung der Stellung des Opfers im Strafverfahren, wenn das Opfer in der Lage ist, diese Rechte wahrzunehmen. Fehlt es schon an der Information, ist dies natürlich nicht möglich. Deckt also Art. 8 Abs. 2 OHG alle im zweiten Abschnitt des Gesetzes den Opfern zugestandenen Verfahrensrechte ab, wäre dies unmissverständlicher klar zu machen. Deckt es sie nicht, müsste die gesetzgeberische Lücke geschlossen werden.

Zudem stellt sich die Frage, ob nicht Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 OHG und Art. 8 Abs. 2 OHG zu einem umfassenden Recht des Opfers zusammengefasst werden könnten, auf jeder Stufe des Verfahrens alle für die Wahrnehmung seiner Rechte nützlichen Informationen zu erhalten. Es obläge dann den kantonalen Behörden, zwischen Polizei, Beratungsstellen und Untersuchungsbehörde eine Kompetenzverteilung vorzunehmen, die keine Lücken offenlässt.

Im oben zitierten Entscheid registrierte das Obergericht Basel-Landschaft auch eine Unsicherheit bezüglich der Folgen einer Verletzung der Informationspflicht von Art. 8 Abs. 2 OHG:

„Fraglich ist hingegen, ob die Verletzung der Belehrungspflicht zur Unverwertbarkeit der Aussagen führt.“

Das Appellationsgericht Basel-Stadt ergänzte am 24. 2. 1995, zumindest der Täter könne sich nicht auf eine Verletzung der Informationspflicht berufen.

17.5. Keine Berufung des Opfers im Strafpunkt!

Es wurde bereits im Abschnitt 17.1 gesagt, dass das Bundesgericht das Interesse des Opfers an einer Bestrafung des Täters nicht für rechtlich schützenswert hält (BGE 120 Ia 157). Nun bemerkte andererseits das Bundesgericht am 23. 2. 1994 (= BGE 120 IV 44), das Opfer sei insoweit zur Ergreifung von Rechtsmitteln legitimiert, als sich der Strafentscheid negativ auf die Beurteilung

der Zivilforderung auswirken könnte. Insbesondere sei dies bei Freisprüchen der Fall, die gestützt auf die Feststellung ergehen, der Angeklagte habe die schädigende Tat nicht begangen. Anfechten könne das Opfer nichts, was zu seinen Zivilansprüchen in keinem direkten Zusammenhang stehe. Am 18. 3. 1994 bejahte das Bundesgericht (= BGE 120 Ia 107) die hierzu notwendige rechtliche Bindung der Zivilforderung an den Strafscheid. Diese Auffassung stimmt mit derjenigen überein, die in der Botschaft zum Ausdruck gebracht wird (S. 987) – sie ist aber, wie zu zeigen sein wird, problematisch.

Es wurde bereits bemerkt, dass das Opfer sich nicht auf das OHG berufen können sollte, um sein Bedürfnis umzusetzen, den Täter (möglichst hart) bestraft zu sehen. Dies ist nun aber insoweit eben doch der Fall, als das Opfer über geeignete Zivilansprüche verfügt – eben solche, die von einem strafrechtlichen Freispruch tangiert werden könnten. Am 23. 2. 1995 äusserte das Aargauer Obergericht die Meinung, indem das Opfer das Urteil anfechten könne, wenn dadurch seine Zivilansprüche tangiert wurden, könne es indirekt auch Einfluss auf die Strafhöhe nehmen. Auch das Zürcher Obergericht war am 6. 12. 1996 unsicher, ob nicht Art. 8 Abs. 1 lit. c OHG eine Berufungsmöglichkeit auch im Strafpunkt erzwingen würde:

„Laut § 425 Abs. 3 StPO kann sich die Anschlussberufung des Geschädigten ausschliesslich auf den Schadenersatzanspruch erstrecken. Das Kassationsgericht hat – da Bundesrecht betreffend – die Frage offen gelassen, ob die Bestimmung insoweit, als sie vorsieht, das Opfer könne sich mittels einer Anschlussberufung lediglich in bezug auf die Schadenersatzforderung der Berufung des Angeklagten anschliessen, dem Angeklagten selber jedoch das Recht zugesteht, sich einer Anschlussberufung vollumfänglich (also bezüglich Strafpunkt und Schadenersatzforderung) anzuschliessen, mit Art. 8 Abs. 1 lit. c OHG vereinbar sei (KASSGZ, Beschluss vom 6. Juli 1995, Nr. 94/381 S, Erw. IV/3M S. 20/21).“

DuBois hat ein Recht des Opfers, Einfluss auf die gerichtliche Beurteilung des Strafpunkts zu nehmen, aus Art. 8 Abs. 1 Satz 1 OHG herleiten wollen:

„Die allgemeine Formulierung heisst nach meinem Dafürhalten, dass das Opfer im Untersuchungsverfahren neue Untersuchungshandlungen beantragen und Beweisanträge stellen kann. Ferner sollte das Opfer bzw. ihre Anwältin oder ihr Anwalt die Möglichkeit haben, in der Hauptverhandlung nach den Ausführungen der Anklagevertretung nicht nur zu den Zivilansprüchen, sondern auch zum Strafpunkt Ausführungen zu machen.“ (DuBois 1993, S. 1397, ablehnend Corboz 1996, S. 73)

Zusammenfassend wäre wohl eine Lösung zu empfehlen, die dem Opfer (und auch dem Opfer, das sich auf Zivilansprüche beruft) kein Recht zu einem Rekurs im Strafpunkt einräumt. Stattdessen wäre eine Modifikation des (ohnehin missverständlichen: vgl. 16.3) Art. 9 Abs. 1 OHG ins Auge zu fassen, dergestalt, dass das Opfer auch bei einem Freispruch seine Zivilansprüche geltend machen kann. Dies würde auch gut mit der vielzitierten „Opferperspektive“ des OHG zusammenstimmen: das Opfer hat Anspruch auf Entschädigung seines ihm durch eine Straftat verursachten Schadens, unabhängig davon, ob ein Strafverfahren überhaupt eröffnet ist; besteht nun aber ein Zivilanspruch, sollte er auch geltend gemacht werden können – und dies am besten dort, wo seine Beurteilung am schnellsten erfolgen kann. In wohl fast allen Fällen wird dies beim Gericht sein, das den Fall bereits zur Kenntnis genommen und beurteilt hat.

Auch Gomm, Stein und Zehntner halten fest (ad Art. 8, Rn. 12), die Verfahrensbeteiligung des Opfers diene der Wahrung seiner zivilrechtlichen Interessen, nicht der Durchsetzung seines Sühneanspruchs. Die Haltung des Bundesgerichts ist schwankend. In einem Urteil vom 12. 7. 1996 begründet es seine Meinung, die Bemühungen der Anwältin um eine Überführung des Täters seien ihr vom Kanton Schwyz zu vergüten, wie folgt:

„Die Strafverfolgung im engeren Sinne muss zwar in erster Linie Sache der Justizbehörden

sein. [...] Andererseits haben aber gerade die Opfer von Gewaltverbrechen ein eigenes schützenswertes Interesse an der Überführung des Täters. Zum einen ist bekannt, dass dessen Ermittlung und Bestrafung zur besseren und schnelleren psychischen Verarbeitung von Verbrechenstraumata beim Opfer beitragen kann. Zum andern kann die Eruiierung des Täters auch Auswirkungen auf die Zuspreehung von allfälligen Entschädigungs- und Genugtuungsansprüchen (bzw. auf deren Höhe) nach sich ziehen.“

Andererseits wurde die Berufungsmöglichkeit im Strafpunkt klar abgelehnt (21. 11. 1995 = BGE 121 IV 317):

„Comme le droit de punir n'appartient qu'à l'Etat, le lésé n'est pas atteint dans un droit qui lui soit propre – comme le requiert l'art. 88 OJ – par une décision pénale qu'il juge trop favorable à l'accusé; il n'a donc pas qualité pour se plaindre, sur la base de l'art. 88 OJ, de l'appréciation des preuves et des conséquences qui en ont été tirées.“

Trotz der klaren Aussage der Botschaft (vgl. das Zitat oben in Abschnitt 17.1) besteht in der Praxis bedeutender Vereinheitlichungsbedarf, was die Berufungsmöglichkeiten des Opfers im Strafpunkt angeht. Dieser Punkt ist für die theoretische Stringenz der staatlichen Opferhilfe zentral: Grundgedanke des OHG ist es gerade, dass dem Opfer geholfen werden kann, *ohne* dem Täter dadurch zu schaden. Die Opferhilfe soll nicht die eine von zwei Streit- und vielleicht sogar Prozessparteien bevorteilen, sondern einen Beitrag zur Beilegung des der Straftat zugrundeliegenden sozialen Zwists leisten und mithelfen, Täter und Opfer miteinander zu versöhnen (Botschaft, S. 964). Dazu ist es unabdingbar, dass die Opferhilfe nicht auf Täterkosten geht, zumal Täter und Opfer nicht *de re*, sondern nur *de jure* streng auseinanderzuhalten sind.

17.6. Verweisung auf den Zivilweg

In einem Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 26. 1. 1996 wird behauptet, für die Beurteilung von Entschädigungsansprüchen nach OHG sei in jedem Fall ein vom Strafverfahren unabhängiges Verfahren zu führen:

„En revanche, ni la loi [i.e. la LAVI] ni le décret d'application n'autorisaient le juge pénal à ordonner le paiement, directement par le canton, des indemnités fixées dans le cadre de la procédure pénale. Qu'elles aient été réquises ou non, les prestations de l'Etat demeurent l'objet d'une procédure séparée, indépendante de la poursuite pénale. Le juge pénal n'est pas compétent pour en connaître.“

Gomm, Stein und Zehntner halten den in den Strafprozessordnungen einzelner Kantone vorgesehenen Konnex zwischen der summenmässigen Spruchkompetenz des urteilenden Strafrichters und der Entscheidung zwischen Art. 9 Abs. 2 OHG und Art. 9 Abs. 3 OHG für bundesrechtswidrig (ad Art. 9, Rn. 10).

Das Bundesgericht entschied am 18. 3. 1994, der Strafrichter, der nach Art. 9 Abs. 2 OHG im Zivilpunkt entscheide, sei an seine Feststellungen im Strafpunkt ebenso gebunden wie das Zivilgericht bei einer Verweisung nach Art. 9 Abs. 3 OHG an die Feststellungen des Strafgerichts. Das Waadtländer Kantonsgericht hingegen urteilte am 31. 1. 1996, die Behörde, welche die Anspruchsvoraussetzungen von Art. 12 Abs. 2 OHG untersuche, sei an ein Straf- oder Zivilurteil in dieser Sache nicht gebunden.

18. Art. 10 OHG: gesetzlicher Klärungsbedarf

ART. 10 ZUSAMMENSETZUNG DES URTEILENDEN GERICHTS

Die Opfer von Straftaten gegen die sexuelle Integrität können verlangen, dass dem urteilenden Gericht wenigstens eine Person gleichen Geschlechts angehört.

Gomm, Stein und Zehntner vertreten die richtige Auffassung, dass Art. 10 OHG sich auch auf Einzelrichter beziehe (ad Art. 10, Rn. 2). Dieser Meinung ist auch Corboz:

„En pratique, l'exigence [Art. 10 LAVI] a été comprise dans un sens large et il faut considérer qu'elle s'applique devant toute autorité judiciaire appelée à statuer sur l'infraction.“ (Corboz 1996, S. 89)

Wünschenswert wäre eine gesetzliche Klarstellung, dass als urteilendes Gericht im Sinn von Art. 10 OHG auch eines mit nur einer urteilenden Person gilt. Zu klären wäre allenfalls auch das Vorgehen in Fällen, in denen mehrere Opfer unterschiedlichen Geschlechts von einer einzelnen richtenden Person beurteilt werden.

Die zweite CETEL-Studie kam zum Schluss, dass Art. 10 OHG keine unüberwindlichen organisatorischen Schwierigkeiten mit sich bringe (1997, S. 27). Allerdings führte er im Kanton Luzern, der nur über eine Untersuchungsrichterin verfügt, dazu, dass weibliche Opfer häufig von Gerichtsschreiberinnen angehört werden und ein Richter später allein aufgrund des angefertigten Dossiers entscheidet (1997, S. 26).

19. Art. 11 OHG: gesetzlicher Klärungs- und gegebenenfalls Änderungsbedarf

4. ABSCHNITT: ENTSCHÄDIGUNG UND GENUGTUUNG

ART. 11 BERECHTIGTE PERSONEN UND ZUSTÄNDIGKEIT

1 Die Opfer einer in der Schweiz verübten Straftat können im Kanton, in dem die Tat verübt wurde, eine Entschädigung oder Genugtuung geltend machen. Artikel 346 des Strafgesetzbuches gilt sinngemäss.

2 Ist der Erfolg der Straftat im Ausland eingetreten, so kann das Opfer eine Entschädigung oder eine Genugtuung nur dann geltend machen, wenn es nicht von einem ausländischen Staat eine genügende Leistung erhält.

3 Wird eine Person, die das Schweizer Bürgerrecht und Wohnsitz in der Schweiz hat, im Ausland Opfer einer Straftat, so kann sie im Kanton ihres Wohnsitzes eine Entschädigung oder eine Genugtuung verlangen, wenn sie nicht von einem ausländischen Staat eine genügende Leistung erhält.

19.1. Gerichtsort

Im Gesetz wird nicht geregelt, wo die *Angehörigen einer im Ausland getöteten Person* ihre Ansprüche geltend zu machen haben. Das Luzerner Verwaltungsgericht nahm in seinem Urteil vom 21. 9. 1998 das Vorliegen einer echten Gesetzeslücke an, die es insofern füllte, als es den letzten Wohnort des Getöteten auch für seine nach Art. 2 Abs. 2 OHG vorgehenden Angehörigen für verbindlich erklärte. Denn erstens folge aus der „Gleichstellung mit dem Opfer“ nicht eine eigene Opferstellung (diesfalls die Ansprüche im je verschiedenen Wohnortkanton geltend zu machen wären) und zweitens enthalte Art. 16 Abs. 2 OHG die Aufforderung an die zuständigen Richter, sich für einen gemeinsamen Zuständigkeitskanton zu entscheiden. Dieser Meinung war anscheinend auch das Waadtländer Kantonsgericht (das Urteil vom 19. 2. 1998 wurde leider nicht eingereicht) und wurde in der Folge vom Bundesgericht in seinem Urteil vom 15. 9. 1998 (= BGE 124 II 507) bestätigt. Aus der Botschaft gehe klar hervor, dass es die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, für jedes direkte Opfer einer Straftat einen einheitlichen Gerichtsstand zu bestimmen (Botschaft, S. 938). Auch bereits das Luzerner Verwaltungsgericht hätte sich zur Stützung seiner

Auffassung auf die Botschaft berufen können. Dort wird der Wohnsitz des Opfers nämlich zum Gerichtsort aller Verfahren erklärt, die im Ausland verübte Straftaten betreffen:

„Zuständig für Begehren, die im Ausland verübte Straftaten betreffen, ist der Wohnsitzkanton des Opfers.“ (Botschaft, S. 989)

Die Rekurskommission des Kantons Thurgau war in ihrem Urteil vom 18. 9. 1995 der Ansicht, die Materialien seien mit einer wörtlichen Lesart des Art. 11 Abs. 1 OHG nur schwer in Übereinstimmung zu bringen, denn in der Botschaft (S. 989) habe der Bundesrat ausgeführt, die örtliche Zuständigkeit für die Entschädigung stimme mit der für die Strafverfolgung überein, letztere decke sich aber nicht immer oder manchmal nur teilweise mit dem Ort der Tatverübung. Dennoch entschied sich die Thurgauer Rekurskommission im Sinn der Verfahrensökonomie für den Kanton, in dem das Schadensereignis stattfand, auch wenn in Anwendung von Art. 350 StGB die Strafverfolgung an einen anderen Kanton abgetreten wurde.

19.2. Ausländische Opfer von im Ausland begangenen Straftaten

Die Formulierung von Art. 11 Abs. 3 OHG schliesst ausländische Opfer von im Ausland begangenen Straftaten von jeder Entschädigung aus. Dies ist aus zwei Gründen störend: Erstens gewinnt so die Unterscheidung zwischen Entschädigung und Beratungshilfe – welche für in der Schweiz wohnhafte Ausländer zu erbringen ist – eine derart entscheidende Bedeutung, dass fraglich erscheint, ob sie in der Praxis derart stringent und prinzipienfest handhabbar ist, dass die Gefahr von Willkür eingedämmt werden kann. Zweitens ist auch aus Opferhilfegesichtspunkten nicht ohne weiteres einzusehen, warum in der Schweiz wohnhafte Ausländer gerade bezüglich im Ausland an ihnen begangener Straftaten schlechter gestellt werden sollten als Inhaber eines schweizerischen Bürgerrechts. Warum sollten die Angehörigen eines in Luxor getöteten Italieners der zweiten Generation auf die Entschädigung ihres Versorgerschadens verzichten müssen, der den Angehörigen der anderen getöteten Teilnehmer an der Reisegruppe zusteht? Bei einer Revision des Gesetzes sollte deshalb die Erfordernis eines Schweizer Bürgerrechts gestrichen werden: sicher genügte ein Abstellen auf die Niederlassungsbewilligung – oder besser noch überhaupt nur auf den Wohnsitz.¹⁹ Dem Sinn und Zweck des Opferhilfegesetzes am besten entsprechen würde aber wohl eine Lösung, die sich an die bundesgerichtliche Rechtsprechung anlehnte und allein darauf abstellte, ob die Hilfe in der Schweiz benötigt wird. Dies stimmt mit der Absicht des Gesetzgebers überein, Schweizer, die im Ausland wohnen und im Ausland Opfer einer Straftat wurden, von Entschädigungen auszuschliessen:

„Schweizer Staatsangehörige ohne Wohnsitz in der Schweiz, die im Ausland Opfer einer Straftat wurden, können dagegen keinen Anspruch auf eine finanzielle Leistung in der

¹⁹ Für das ausschliessliche Abstellen auf den Wohnsitz spricht vieles. Der soziale Grundgedanke des OHG darf nicht dadurch aufs Spiel gesetzt werden, dass Opfer befürchten müssen, durch die Inanspruchnahme von Beratungshilfe oder die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen Nachteile zu erleiden, die sogar noch gravierender als Fälle der sog. sekundären Viktimisierung sind. Dies ist bspw. dann der Fall, wenn Opfern die Aufenthaltsbewilligung entzogen wird (vgl. den Schwyzer Fall im Abschnitt 4.2.4.), oder wenn Ausländer, die sich illegal in der Schweiz aufhalten, Ausschaffung befürchten müssen und darum keine Opferhilfe beanspruchen können. Weil gerade solche Personen einem überdurchschnittlichen Viktimisierungsrisiko ausgesetzt sind, müssen auch sie vom OHG profitieren können: „Il semble que les personnes étrangères en situation illégale soient plus exposées aux risques de victimisation et en cas de problème ces personnes n’entament pas les démarches étant donné les suites possibles (expulsion). Cette situation est certainement aggravée par une méconnaissance de l’aide offerte.“ (CETEL 1995, S. 23). Die Anwendbarkeit der Schweigepflicht gemäss Art. 4 OHG müsste für diese Fälle wohl gesondert statuiert und ihre Übertragung auf das Entschädigungsverfahren geprüft werden.

Schweiz erheben. Es handelt sich bei Absatz 2 um einen Auffangtatbestand, um die Existenz des Opfers in der Schweiz sicherzustellen.“ (Botschaft, S. 989)

Klarerweise stellt hier auch der Gesetzgeber darauf ab, ob die Hilfe in der Schweiz benötigt wird. Das leuchtet nach den anfangs diskutierten Grundmotivationen des Opferschutzes auch durchaus ein: für die Anspruchsberechtigung eines Opfer, das Hilfe vom Staat erhält, weil es die Solidarität und die Hilfe der Gemeinschaft verdient, deren Teil es ist, kann das Bürgerrecht keine entscheidende Rolle spielen.

20. Art. 12 Abs. 1 OHG: Kriterien für Entschädigungen

ART. 12 VORAUSSETZUNGEN

1 Das Opfer hat Anspruch auf eine Entschädigung für den durch die Straftat erlittenen Schaden, wenn seine anrechenbaren Einnahmen nach Artikel 3c des Bundesgesetzes vom 19. März 1965 4 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG) das Vierfache des massgebenden Höchstbetrages für den allgemeinen Lebensbedarf nach Artikel 3b Absatz 1 Buchstabe a ELG nicht übersteigen. Massgebend sind die voraussichtlichen Einnahmen nach der Straftat.

Die gesetzliche Bestimmung der Höhe des Entschädigungsanspruchs wurde innerhalb der Berichtsperiode geändert. In der früheren Fassung wurde der Opferanspruch an die Bedingung geknüpft, dass die voraussichtlichen Einnahmen des Opfers nach der Straftat das Dreifache des ELG-Grenzbetrags nicht übersteigen. Aus dieser Änderung ergeben sich summenmässig allerdings keine weiteren Konsequenzen.

Die Anknüpfung an die ELG-Leistungen wurde auch als Indiz dafür interpretiert, dass bei minderjährigen Opfern von der Anspruchsberechtigung der Eltern auszugehen sei:

„Pour les mineurs, on prendra pour référence [...] la situation financière es parents, en examinant la limite de leur revenu fixée selon la LPC.“ (Bohnet 1998, S. 173)

Dies ist aber zumindest in jenen Fällen fragwürdig, wo die Eltern die Opferwerdung ihres Kindes verursacht oder zumindest teilweise mitzuverantworten haben. Problematisch sind auch Fälle, wo die Eltern nicht bereit sind, die im Interesse des Kindes gebotenen Auslagen zu machen.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes wird der Schaden entschädigt, den das Opfer durch eine Straftat erleidet hat, die es in seiner körperlichen, psychischen oder sexuellen Integrität beeinträchtigt hat. Demnach ist die Vermögensdifferenz abzugelten, die von der Integritätsbeeinträchtigung adäquat-kausal verursacht wurde. Wer beispielsweise seine Arbeit wegen einer Vergewaltigung auf dem nächtlichen Nachhauseweg aufgeben muss, kann demnach durchaus einen Schaden geltend machen. Lehre und Rechtsprechung operieren jedoch – dies als selbstverständlich voraussetzend – mit einem weit engeren Schadensbegriff. Auf die damit verbundenen Probleme wird weiter unten (Abschnitte 22.2 und 22.3) im Zusammenhang mit der Genugtuung noch zurückzukommen sein.

Gomm, Stein und Zehntner haben den durch das OHG abzugeltenden Schaden im Körper- und Versorgerschaden gesehen (ad Art. 13, Rn. 4). Reiner Sachschaden werde nicht gedeckt. Es sei aber unklar, ob der im Zusammenhang mit einer Integritätsverletzung entstandene Sach- und Vermögensschaden gedeckt werde. Sie argumentieren mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit dafür, dass alle Sachschäden von OHG-Entschädigungen ausgenommen werden (ad Art. 13, Rn. 7). Grundsätzlich folgt die kantonale Rechtsprechung diesen Überlegungen. Gegenüber dem Baselstädtischen Verwaltungsgericht bspw. machte am 29. 1. 1997 ein Rekurrent unter Berufung auf

Art. 11 Abs. 1 OHG Sachschäden geltend, die er im Zusammenhang mit einer Körperverletzung erlitten hatte:

„Dem Wortlaut des Gesetzes ist nicht zu entnehmen, ob der Begriff des zu entschädigenden Schadens neben dem Körper- und Versorgerschaden auch Sach- und reine Vermögensschäden mitumfasst. Der Begriff ist daher anhand der anerkannten Methoden auszulegen.“

Danach kommt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass Vermögensschäden nicht unter Art. 11 OHG entschädigt werden können, weil dies gegen das Rechtsgleichheitsgebot Art. 4 aBV verstosse.

In der Rechtsprechung der kantonalen Gerichte zeigt sich eine gewisse Ungleichbehandlung von Beeinträchtigungen der körperlichen und der psychischen Integrität. Einem Zürcher Posträuber, der geltend machte, die (durch eine vorbestehende MS-Erkrankung mitbedingte) bleibende Invalidität eines Opfers, dem er mit dem Knauf einer Schreckschusspistole auf den Kopf geschlagen hatte, sei von ihm nicht vorauszusehen gewesen und könne ihm deshalb strafrechtlich auch nicht angerechnet werden, hielt die erste Instanz entgegen, er habe keinen Anspruch auf ein kerngesundes Opfer. Diese Auffassung wurde am 26. 6. 98 in zweiter Instanz auch vom Appellationsgericht Basel-Stadt geteilt – mit der Begründung, auch bei gesunden Opfern liege die Wahrscheinlichkeit der Chronifizierung posttraumatischer Belastungsstörungen bei etwa 10%. Am 28. 2. 1997 hatte dasselbe Gericht einen grundsätzlich ähnlich gelagerten Fall zu beurteilen, wo eine Frau, die einen als Tötlichkeit zu qualifizierenden Schlag mit einer Tragtasche erlitt, noch Jahre nach dem Vorfall unter körperlichen Schmerzen litt und arbeitsunfähig war. In diesem Fall verneinte das Gericht die adäquat-kausale Verursachung aufgrund vorbestehender psychischer Disposition:

„Wie den ärztlichen Äusserungen entnommen werden kann, muss vielmehr davon ausgegangen werden, dass der eigentliche Ursprung der körperlichen Leiden in der psychischen Befindlichkeit und damit in der besonderen Disposition der Rekurrentin liegt. Dass sie in dieser Hinsicht in der Tat auffällig ist, kommt nicht zuletzt in ihren Schilderungen im Nachgang zur Tat zum Ausdruck. So fühlt sie sich sowohl vom Arzt der Notfallstation, vom Kriminalkommissariat wie auch von der Polizei in dieser Sache gleichermassen schlecht behandelt bzw. verletzt und erwartet von letzterer überdies eine Genugtuung als Entschuldigung.“

Abgesehen davon, dass hier der Rekurrentin in bedenklicher Weise bereits die *Beanspruchung* einer Opferstellung zur Last gelegt wird, ergibt sich bei dieser Argumentation eine gewisse Asymmetrie von körperlichen bzw. psychischen Prädispositionen. Sind psychische Leiden durch körperliche prädisponiert, zeigen sich die Gerichte relativ grosszügig, sind hingegen körperliche Leiden durch psychische prädisponiert, äussern sie den Verdacht eines Simulantentums. Die einfachste Lösung wäre wohl die, auf den Miteinbezug von Prädispositionen bei der Beurteilung der adäquaten Kausalität zwischen dem Schädigungsereignis und der Integritätsbeeinträchtigung überhaupt zu verzichten. Ebenso wie ein Täter keinen Anspruch auf ein gesundes Opfer erheben kann, geht es nicht an, Opfer zu benachteiligen, nur weil sie das Unglück hatten, von der Tat aufgrund bereits vorbestehender Leiden in höherem Mass in ihrer Integrität beeinträchtigt zu werden als andere Opfer, die ihre Opferwerdung vielleicht besser verkraften würden. Dies stimmt auch mit der Privilegierung gut zusammen, die in der Rechtsprechung der Gesichtspunkt der persönlichen Betroffenheit durch die Integritätsverletzung erfährt. Wird ein Opfer aufgrund seiner Konstitution von einer Tat stärker betroffen, muss ihm auch in grösserem Mass geholfen werden.

Besonders unklar ist der Schadensbegriff bei Verletzungen der sexuellen Integrität.²⁰ Es erscheint inkonsequent, sexuelle Integrität als selbständiges Rechtsgut eigens zu schützen, ihre Verletzung aber nur hinsichtlich ihrer psychischen oder physischen Begleiterscheinungen zu entschädigen. Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich vertrat in einem Urteil vom 3. Juni 1996 die Auffassung, die psychische Beeinträchtigung einer Frau, die 18 Monate nach einer versuchten Vergewaltigung durch eine Studienwoche über sexuelle Gewalt, die sie im Rahmen ihrer Ausbildung absolvierte, an die Tat erinnert wurde, komme kein „Krankheitswert im medizinischen Sinn“ zu, was sich aus der Umschreibung (Angstzustände, ständiges Gefühl des Gehetztseins, Depressionen, Kopf- und Rückenschmerzen, Schlafstörungen, Angstträume, sexuelle Schwierigkeiten) und dem Umstand ergebe, dass sie sich nicht medikamentös behandeln lasse. Ausserdem sei die Beeinträchtigung weder erheblich noch dauerhaft, denn es gelte in Betracht zu ziehen, „dass die Beschwerdeführerin in ihrem alltäglichen Leben und ihrer Erwerbstätigkeit nicht eingeschränkt [sei] und erst längere Zeit nach der Tat eine Therapeutin aufsuch[e].“ Da die Therapeutin des Opfers gleichzeitig der Meinung war, bei ihrer Patientin zeige sich ein „typischer Verlauf für Frauen, die sexuelle Gewalt erlitten hätten“, wäre es wünschenswert, wenn die SVK-OHG Weisungen aufstellte, wie der durch eine Verletzung des durch das OHG erstmals geschützten Rechtsguts der sexuellen Integrität bewirkte Schaden festzustellen und zu entschädigen sei.

Aber auch der Schaden bei Verletzungen der psychischen Integrität ist nicht unproblematisch. Zweifellos gehören etwa von der Beratungshilfe nicht bereits abgedeckte Therapiekosten unter Art. 12 Abs. 1 OHG abzugeltenden Schaden. Wir werden aber weiter unten (Abschnitt 22.3) die Frage aufwerfen, ob nicht die durch die Genugtuung auszugleichende „immaterielle Unbill“ in gewissem Sinn als ein aus einer Verletzung der psychischen Integrität resultierender Schaden aufgefasst werden könnte.

21. Art. 12 Abs. 2 OHG: Präzedenzentscheide

ART. 12 VORAUSSETZUNGEN

2 Dem Opfer kann unabhängig von seinem Einkommen eine Genugtuung ausgerichtet werden, wenn es schwer betroffen ist und besondere Umstände es rechtfertigen.

21.1. Kein Rechtsfolgeermessen bei Genugtuungsansprüchen

In der Botschaft zum OHG vertrat der Bundesrat die Auffassung, es bestehe kein Anspruch auf die Ausrichtung einer Genugtuung:

„Absatz 2 regelt die Voraussetzungen für die Zusprechung einer Genugtuung. Dem Opfer kann eine Genugtuung ausgerichtet werden, wenn es schwer betroffen ist und besondere Umstände es rechtfertigen. Diese Formulierung lässt der Behörde einen Ermessensspielraum. Es besteht kein Rechtsanspruch auf eine Genugtuung. Sie kann sich also an eine Entschädigung anfügen oder in Fällen zugesprochen werden, in denen keine Entschädigung gewährt wird. Sie ist nicht Bestandteil der Entschädigung [...] Die Begrenzung, welche für die Entschädigung besteht, gilt somit nicht für die Genugtuung. Die finanzielle Situation des Opfers wird indessen nicht bedeutungslos sein. Die Genugtuung soll die Möglichkeit geben, gewisse Härten zu lindern, die sich bei der Anwendung der Bestimmungen über die Entschädigung, insbesondere jener

²⁰ Dies wird auch deutlich anhand der in der zweiten CETEL-Studie wiedergegebenen Ansicht eines Richters, die Frage der Homosexualität eines männlichen Opfers einer Notzucht (mit männlichem Täter) sei deshalb relevant, weil homosexuelle Opfer durch solche Straftaten eine geringere Verletzung erleiden würden (1997, S. 30).

über die obere Einkommensgrenze, ergeben. Man wird auch jene Fälle berücksichtigen können, in denen der materielle Schaden nicht gross ist, sich aber die Bezahlung einer Geldsumme als Genugtuung rechtfertigt, beispielsweise bei Straftaten sexueller Natur.“ (Botschaft, S. 991)

Diese Passage ist in mehrfacher Hinsicht problematisch. Zum einen deshalb, weil die Frage, ob überhaupt eine Genugtuung ausgerichtet werde, in das Ermessen des Gerichts gestellt wird. Die im Gesetz genannten Bedingungen wären damit bloss notwendig, aber nicht hinreichend. Weil sie zudem aber derart offen formuliert sind, ergibt sich eine Situation, in der ein Richter summenmässig unlimitierte Beträge an alle Opfer ausrichten kann, deren Lage ihm besonders hart erscheint. Das widerspricht nicht nur dem Rechtsgleichheits-, sondern auch dem Bestimmtheitsgrundsatz.

Problematisch ist die zitierte Passage darüber hinaus aber insbesondere deshalb, weil das Rechtsfolgeermessen des Richters auf mögliche Härten des *Entschädigungssystems* ausgerichtet wird. Der Richter wird ermächtigt, in Fällen, in denen ihm eine Entschädigung gerechtfertigt scheint, die Bestimmung über die obere Einkommensgrenze zu umgehen und die seiner Ansicht nach geschuldete Entschädigung als Genugtuung zu gewähren. Diese Genugtuung würde dann aber zwangsläufig *dieselbe Integritätsbeeinträchtigung* ausgleichen, die dem Opfer (nach der Meinung des Richters) Anspruch auf eine Entschädigung gegeben hätte, wenn es nur weniger verdienen würde. Die Rechtsnaturen von Entschädigungen und Genugtuungen werden damit einerseits (aufgrund des Unterschieds im Rechtsfolgeermessen) voneinander abgegrenzt, gleichzeitig aber wiederum einander angeglichen, weil sie zum Ausgleich derselben Art von Beeinträchtigungen dienen sollen.

Die Bezugnahme auf „Straftaten sexueller Natur“ enthüllt noch ein weiteres Problem. Hier klingt der Gedanke an, dass es unbillig wäre, beispielsweise brutale Mehrfachvergewaltigungen, die von ihrem Unrechtsgehalt und vom Ausmass des dem Opfer dadurch verursachten Leides her schweren Körperverletzungen gleichzustellen sind, gegenüber solchen nicht einfach nur deshalb herabgewürdigt werden sollen, weil sie oft keine als Schaden i.e.S. über die Entschädigung abzugeltenden körperlichen Beeinträchtigungen hinterlassen. Dieser Gedanke leuchtet zwar ein, seine Umsetzung ist aber schwieriger, als sich dies der Bundesrat in der Botschaft offenbar gedacht hat. Denn erstens ist die sexuelle Integrität im OHG eigens geschützt. Deshalb ist die dem Gedanken zugrundeliegende Prämisse, Beeinträchtigungen der sexuellen Integrität könnten nicht entschädigt werden, falsch. Zweitens bemisst sich der Opferhilfeanspruch nach OHG nicht allein nach der medizinisch feststellbaren Schwere der Verletzung, sondern hat sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung am Ausmass der Betroffenheit zu orientieren (BGE 125 II 265). Brutale Vergewaltigungen und schwere Körperverletzungen sind demnach schon auf der Entschädigungsstufe grundsätzlich gleich zu behandeln. Drittens leuchtet aus dieser Perspektive nicht ein, warum Genugtuungen nicht an die Einkommensgrenzen von Art. 12 OHG gebunden sein sollten. Diese Grenzen schränken den Kreis der Anspruchsberechtigten insofern ein, als nur Opfer, die durch die Straftat in finanzielle Schwierigkeiten geraten, entschädigt werden sollen. Anerkennt man, dass die Grösse des Schadens nicht allein in den summenmässig festsetzbaren Kosten einer medizinischen Behandlung liegt, sondern sich am Ausmass der Betroffenheit orientiert, verliert die Ungleichbehandlung der Opfer von Delikten gegen Leib und Leben und der Opfer von Delikten gegen die sexuelle Integrität ihre Berechtigung. Zweifellos gelingt es reichen Opfern besser, Straftaten gegen ihre sexuelle Integrität zu verkraften. Ein reiches Vergewaltigungsoffer kann sich beispielsweise unbezahlte Ferien nehmen, zukünftig abends stets Taxi fahren etc., während einem armen Vergewaltigungsoffer weniger Möglichkeiten zur Bewältigung der psychischen und

psychosozialen Tatfolgen zur Verfügung stehen. Viertens stellt sich die Frage nach der summenmässigen Festsetzung von Genugtuungen. Offenbar hat der Bundesrat an viel geringere Summen gedacht, als in der Folge der Inkraftsetzung des OHG von Gerichten gesprochen wurden. Dies ist aber mit der zitierten Passage der Botschaft unverträglich. Sollen durch das Institut der Genugtuung Opfer von brutalen Vergewaltigungen denen schwerer Körperverletzungen *gleichgestellt* werden, dann wären zweifellos höhere Summen angebracht als bisher zugesprochen wurden.

Auf das erste der angesprochenen Probleme soll gleich im Anschluss eingegangen werden. Auf das zweite und dritte Problem werden wir in den Abschnitten 22.3 und 22.4 zu sprechen kommen.

Bereits am 27. 10. 1997 hat das Bundesgericht festgestellt (= BGE 118 II 404), dass auf Genugtuungen nach Art. 47 OR – wenn die Voraussetzungen erfüllt sind – ein Rechtsanspruch besteht:

„Zudem handelt es sich bei der Genugtuung um einen Anspruch, der sich ziffernmässig nicht errechnen lässt [...], sondern der vom Richter nach seinem Ermessen „unter Würdigung der besonderen Umstände“ bloss geschätzt werden kann. [...] Es bedarf deshalb nicht vieler Worte, dass der Tod von Reto W. den Hinterbliebenen seelisches Leid verursacht hat und dass eine Entschädigung für diese erlittene Unbill geschuldet ist.“

Diese bundesgerichtliche Praxis wurde auch auf die Opferhilfe übertragen: Im Bundesgerichtsentscheid vom 20. 12. 1995 (= BGE 121 II 369) wurde festgestellt, dass die „kann“-Bestimmung von Art. 12 Abs. 2 OHG der rechtsanwendenden Behörde zwar ein erhebliches Tatbestandsermessen, aber kein Rechtsfolgeermessen einräume.

„L'art. 12 al. 2 LAVI fixe les conditions à l'octroi d'une réparation morale. Se référant à des notions juridiques indéterminées, la prétention dépend dans une large mesure – quant à son principe et son étendue – du pouvoir d'appréciation de l'autorité; telle est la signification de l'expression potestative utilisée par la loi. Lorsque ces conditions sont remplies, le paiement de la somme d'argent à titre de réparation morale ne représente pas une libéralité de l'Etat, mais il correspond à un véritable droit du créancier que celui-ci peut exercer en justice.“

Aber auch die Position, die in der Botschaft des Bundesrates zum Ausdruck kommt, wurde vereinzelt von kantonalen Instanzen übernommen (so etwa vom Waadtländer Kantonsgericht in seinem Urteil vom 31. 1. 1996); es wurde betont, Genugtuungen dienten *einzig* dazu, Härten des Entschädigungssystems abzuschwächen (Kantonsgericht Waadt, 31. 1. 1996). Das Schwyzer Verwaltungsgericht sagte am 11. 5. 1995 zu dieser Frage:

„Der Regierungsrat bemerkt bei seinen grundsätzlichen Überlegungen, für die Ausrichtung von Genugtuungsleistungen im Rahmen der Opferhilfe sei Zurückhaltung angebracht. Eine Genugtuung soll lediglich als Korrektiv für ganz besondere Fälle zugesprochen werden. Nur bei Delikten, welche eine wirklich bedeutende Beeinträchtigung der körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität zur Folge habe[n], soll die Ausrichtung einer Genugtuung überhaupt in Erwägung gezogen werden.“

Dennoch wurde die Ansicht des Bundesgerichts in der Folge von den kantonalen Gerichten mehrheitlich übernommen (vgl. zum Beispiel Aargauer Verwaltungsgericht am 20. 6. 1996); ihr wird auch von den Kommentatoren beige pflichtet (Gomm / Stein / Zehntner, ad Art. 12, Rn. 26) und sie fand auch Eingang in die Empfehlungen der SVK-OHG:

„Trotz der „Kann-Formulierung“ in Art. 12 Abs. 2 OHG besteht ein Anspruch auf eine Genugtuung, wenn die Voraussetzungen dafür gegeben sind (BGE 118 II 408).“ (Rn. 68)

Dies wäre im Gesetz zu präzisieren. Im Blick auf die oben zitierte bundesrichterliche Begründung, in der die Genugtuung als *Entschädigung* bezeichnet wird, stellen sich allerdings auch grundsätzlichere Fragen, auf die weiter unten noch einzugehen sein wird.

21.2. Verzinsung von Genugtuungssummen

Gemäss den Entscheiden des Solothurner Verwaltungsgerichts (o.D. 1997), des Baselstädtischen Appellationsgerichts (26. 6. 1998) und des Bundesgerichts (BGE 123 II 216) und entgegen dem des Berner Verwaltungsgerichts (23. 2. 1998) sind Genugtuungsleistungen ab dem Zeitpunkt der Tatbegehung zu verzinsen.

21.3. Kriterien für Genugtuungen

Bereits am 20. 12. 1995 (= BGE 121 II 369) bemerkte das Bundesgericht, der Unterschied im Rechtsgrund könne im Entschädigungssystem des OHG zu Unterschieden zu jenem des OR führen. Im April 1998 wurde diese Ansicht (in einem unveröffentlichten Urteil) wie folgt konkretisiert:

„Diese Leistungen [Genugtuungen nach Art. 12 Abs. 2 OHG] unterscheiden sich zwar in ihrer Rechtsnatur von den zivilrechtlichen Ansprüchen gemäss Art. 47 OR. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind jedoch im Bereich der Opferhilfe die von den Zivilgerichten entwickelten Grundsätze zur Bemessung der Genugtuung sinngemäss heranzuziehen.“

Die kantonale Rechtsprechung ist sich mit dem Bundesgericht, der Lehre (Gomm, Stein, Zehntner, ad Art. 13, Rn. 5) und der Botschaft (S. 991) darin einig, dass sich die Ausrichtung von Genugtuungen gemäss OHG an den von Lehre und Rechtsprechung zu Art. 47 und Art. 49 OR entwickelten zivilrechtlichen Grundsätzen zu orientieren habe (zum Beispiel Appellationsgericht Basel-Stadt, 8. 5. 1996). Dennoch machte Neuenburg in seinem ersten Rechenschaftsbericht an den Bundesrat (vgl. erster OHG-Bericht des Bundesamtes für Justiz) geltend, die Voraussetzungen für Genugtuungsleistungen seien ungenügend formuliert. Zürich bemerkte, ihre Ausrichtung sei grundsätzlich fragwürdig (S. 30). Neuenburg schlug anlässlich des zweiten OHG-Berichts vor, Genugtuungen auf Opfer in wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu beschränken (S. 48). Daher müssen die zivilrechtlichen Grundsätze in dieser Frage auf ihre Tauglichkeit unter Opferschutzgesichtspunkten hin untersucht werden. In dieser Hinsicht ist generelle Skepsis am Platz. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und auch in der letztinstanzlichen kantonalen Rechtsprechung zum OHG finden sich immer wieder Erwägungen, die auf einem Verständnis der Genugtuung als Privatstrafe basieren. Obwohl diese Auffassung zumindest in der Lehre verworfen wird (vgl. Brehm ad Art. 47 OR, Rn. 36f. und 44f.) und auch in neuster Zeit zumindest vom Bundesgericht nicht mehr vertreten, ja sogar abgelehnt wurde,²¹ gilt es doch, die Begründungen von Herauf- wie Herabsetzungsgründen daraufhin zu betrachten, inwieweit sie von dieser überkommenen Auffassung her motiviert sind. Insofern sie davon motiviert sind, können sie keineswegs aus dem Privatrecht auf die Opferhilfe übertragen werden, sind sie doch dann wesentlich davon abhängig, dass der Täter *persönlich* die Genugtuung leistet:

„L'indemnité pour tort moral est quelque chose d'éminemment personnel. Le Tribunal fédéral a déjà jugé qu'elle ne peut pas être payée par n'importe qui, mais qu'il est au contraire souvent dans la nature de la satisfaction morale que ce soit l'auteur du dommage et non pas quelqu'un d'autre qui répare.“ (BGE 65 II 195)

Ist dieser Grundsatz schon im Privatrecht obsolet geworden, wo Genugtuungen häufig von Haftpflichtversicherungen übernommen werden, so erst recht im Bereich der Opferhilfe, wo der

²¹ So etwa in BGE 115 II 156: „Die Genugtuung bezweckt denn auch nicht die Bestrafung [...], sondern ausschliesslich den Ausgleich für die erlittene Unbill, indem das Wohlbefinden anderweitig gesteigert oder dessen Beeinträchtigung erträglicher gestaltet wird.“

Staat Genugtuungen ausrichtet. Im allgemeinen wird bei der Bemessung von Genugtuungen von der objektiv und subjektiv ermittelten **Schwere der Integritätsbeeinträchtigung** ausgegangen. Dies ist in zunehmendem Mass auch für privatrechtliche Genugtuungen der Fall:

„Die[se] [...] Überlegungen zeigen, dass der Strafgedanke bei der Genugtuung heute wohl allgemein abgelehnt wird [...], jedoch im Hintergrund immer noch mitwirkt. [...] Eine Genugtuung frei von jedem Strafgedanken kann somit nur eine solche sein, bei welcher nicht die Schwere des Verschuldens des Schädigers, sondern allein das Mass des Leidens des Geschädigten ausschlaggebend ist.“ (Brehm ad Art. 47 OR, Rn. 44-45)

Um so mehr gilt dies für Genugtuungen aus OHG. Denn das OHG ist ein Gesetz zur Hilfe an Opfer von Straftaten. Leistungen des Staates aufgrund des OHG haben sich demnach danach zu orientieren, wie stark ein Opfer Hilfe benötigt. Es benötigt Hilfe um so mehr als es durch eine Straftat in seiner Integrität beeinträchtigt wurde. Dies wird vom Bundesgericht und den kantonalen Instanzen denn auch weitgehend anerkannt.

Eine Grundmotivation des Gesetzgebers war es, durch das OHG die Entschädigungsberechtigung der Opfer von Straftaten von der Solvenz der Täter abzukoppeln. Die Stellung des Opfers soll nicht durch den von ihm nicht zu verantwortenden und gewissermassen zufälligen Umstand abhängen, Opfer eines ärmeren oder reicheren Täters geworden zu sein. In diesem Punkt ist deshalb der Hinweis sinnvoll, dass Genugtuungen nach OHG und nach OR grundsätzlich nach denselben Gesichtspunkten ausgerichtet werden sollten: der Staat schuldet nach OHG dem Opfer jene Genugtuungen, auf die es einen Anspruch hat, unabhängig davon, ob und zu welchem Teil dieser Anspruch gegen den Täter durchzusetzen wäre. Es ist deshalb schon im Ansatz verfehlt, mit Hütte zwischen Genugtuungen, für die ein Haftpflichtiger aufkam, und sog. „Ansprüchen nach OHG im engeren Sinn“, für die der Staat aufzukommen hat, zu unterscheiden (1998, S. 274). Einer solchen Unterscheidung fehlt die Berechtigung, weil der Staat in die Ansprüche des Opfers gegenüber dem Täter subrogiert und sogar eine privilegierte Gläubigerstellung erhält (Art. 14 Abs. 2 OHG). Sollte diese Subrogation zu einer wirklichen Rückerstattung führen, müssten nach Hüttes Modell die bereits gesprochenen Genugtuungen nachträglich massiv nach oben korrigiert werden.²²

Neben dem bundesrichterlich als allein massgebend statuierten Gesichtspunkt der Schwere der Integritätsbeeinträchtigung (BGE 120 Ia 157, 125 II 265) wurden in der Praxis aber immer auch wieder andere Kriterien, etwa die **Schwere** (d.i. rechtliche Qualifikation) **der Tat** herangezogen oder auf die Aussicht abgestellt, durch eine Geldzahlung die immaterielle Unbill zu lindern (dazu siehe unten). Exemplarisch kommen diese drei Gesichtspunkte in einem Urteil des Waadtländer Kantonsgerichts vom 6. 7. 1994 zum Ausdruck:

„L'ampleur de la réparation dépend avant tout de la gravité de l'atteinte, ou plus exactement de la gravité de la souffrance qui est résultée de cette atteinte, car celle-ci, quoique grave, peut n'avoir que des répercussions psychiques modestes suivant les circonstances, et de la possibilité d'adoucir de manière sensible, par le versement d'une somme d'argent, la douleur

²² Natürlich sind solche Fälle selten. Aber sowohl Sinn und Zweck des OHG als auch der Wortlaut des Art. 14 Abs. 2 OHG verpflichten zur Auffassung, dass *dieselben* Opferansprüche vom Staat wie vom Täter befriedigt werden: „L'Etat se substitue (même provisoirement) à l'auteur de l'infraction si celui-ci est défaillant afin de dédommager la victime et de réparer le tort moral.“ (CETEL 1995, S. 19) Die praktische Seltenheit, in der sich solche legalzedierten Forderungen einbringen lassen, ist – contra Hütte – kein Argument für eine solche Unterscheidung: „Was von den Tätern zurückerstattet werden muss bzw. wird, darüber fehlen Angaben. Viel wird das kaum sein. Vom Täter ist in der Regel nichts zu erwarten; er hat kein Geld oder er ist nicht bekannt oder flüchtig. Die Obergrenze der Genugtuung nach OHG muss unter solchen Voraussetzungen die Basisgenugtuung nicht übersteigen.“ (1998, S. 279) Es muss bei diesen Fragen ebenfalls im Auge behalten werden, dass in zwei Dritteln aller Fälle gar kein Verfahren gegen einen mutmasslichen Täter hängig ist oder angestrebt wird (vgl. dritter OHG-Bericht des Bundesamtes für Justiz).

morale.“

Grosse Unsicherheit zeigt sich in der kantonalen Rechtsprechung bei der Frage, welche Rolle das **Verschulden des Täters** für die Bemessung der Genugtuungssumme spielen soll. So erkannte das Berner Verwaltungsgericht am 24. 3. 1997 schweres Tätersverschulden als „besonderen Umstand“ an, der eine Genugtuung rechtfertige, durch das Mitverschulden des Opfers freilich ausgeglichen werden könne. In späteren Urteilen entschieden die Berner Gerichte freilich anders. Das Verwaltungsgericht war am 23. 2. 1998 der Meinung, nur Genugtuungsansprüche gegenüber dem Täter würden durch dessen Verschulden erhöht, solche gegenüber dem Staat jedoch nicht:

„Im Gegensatz zu Haftpflichtansprüchen nach Zivilrecht muss bei Genugtuungsleistungen nach OHG die Allgemeinheit für eine Tat eintreten, die sie nicht zu verantworten hat und für welche sie auch keine Risikoprämien bezogen hat. Im Sinne eines Aktes der Solidarität mit einem vom Schicksal besonders betroffenen Opfer ist dies vom Gesetz so gewollt, soweit es darum geht, Ausgleich für eine erlittene Rechtsgutverletzung, für die seelische Unbill zu gewähren. Geht es aber darum, das Verschulden des Täters abzugelten, so fehlt es gewissermassen an einer inneren Berechtigung für eine Erhöhung der Genugtuungssumme zulasten der Allgemeinheit. [...] Es ist nicht Aufgabe des Gemeinwesens, den besonderen Unrechtsgehalt der Tat auszugleichen...“

Bereits im Bereich des Privatrechts gibt es aber gute Gründe, das Verschulden des Täters *nicht* als Bemessungsfaktor für Genugtuungen anzusehen:

„Auffallend ist die Rolle, welche die Rechtsprechung auch dann der Grösse des Verschuldens des Täters beimisst, wenn dieses einseitig ist, d.h. wenn es nicht mit einem allfälligen Mitverschulden des Geschädigten kollidiert. Dies ist fehl am Platz, will man nicht die Genugtuung als Privatstrafe ansehen [...]. Grundsätzlich begründet schon ein leichtes Verschulden eine volle Genugtuung.“ (Brehm, ad Art. 47 OR, Rn. 19)

Um so mehr gilt dies natürlich für Genugtuungen aus Opferhilfegesetz: denn hier besteht der Genugtuungsanspruch völlig unabhängig vom Verschulden des Täters. Anderer Meinung freilich ist Hütte, der für die Festsetzung von Genugtuungssummen ein zweistufiges Modell empfiehlt, auf dessen zweiter Stufe der ermittelte Basisrahmen unter Miteinbezug des Unrechtsgehalts der Tat nach oben oder unten modifiziert werde:

„Es geht [bei der Anpassung der Basisgenugtuung an die Umstände des Einzelfalls] um Begleitumstände wie Schwere des Verschuldens, Selbstverschulden, Gefälligkeit, tätige Reue, um das Strafmass, um verwandtschaftliche Beziehungen zwischen Täter und Opfer, aber auch um die Besonderheiten der Beziehungen zwischen dem Verstorbenen und dem Angehörigen oder um die Berücksichtigung der besonderen Intensität und Dauer des Leidens in der Person des Anspruchstellers (z. B. jugendliches Alter), um Beeinträchtigungen im Berufsleben, der Freizeit, um die Abhängigkeit von Dritthilfe, um soziale Isolation, um psychische Beeinträchtigungen des Verletzten und seiner Angehörigen (OHG 2 II) usw., nicht zuletzt aber auch um den Schaden, den der Täter selbst erlitten hat und der für sich gesehen eine Sühnefunktion übernehmen kann.“ (S. 273-274)

Die Problematik eines solchen Katalogs von „Kriterien“ wird schon daraus ersichtlich, dass in manchen Fällen durchaus unklar ist, ob sie für eine Erhöhung oder für eine Reduktion der „Basisgenugtuung“ sprechen. Es ist keineswegs so, dass Opfer von reuigen oder mit ihnen verwandten Tätern generell stärker oder schwächer in ihrer Integrität beeinträchtigt würden. Vollends fehl am Platz ist schliesslich der letzte Gesichtspunkt, der wohl dahingehend zu verstehen ist, dass eine vom Täter selbst erlittene Schädigung dem Opfer als Teil seiner Genugtuung angerechnet werden soll. Zunächst ist fraglich, ob eine solche Schädigung den Opfern Wohlbefinden verschafft, was Hütte zufolge der Hauptzweck der Genugtuung sein soll (1998, S. 271). Selbst dann jedoch würde sich, wie wir weiter unten bei der Frage der Bestrafung der Täter sehen werden, die weitere Frage stellen, ob diese Art, dem Opfer Wohlbefinden zu verschaffen,

rechtlich geschützt und anerkannt werden soll. Diese Frage ist zu verneinen, ist es doch gerade Sinn und Zweck eines rechtsstaatlich organisierten Strafrechts, private Sühne- und Racheanliegen ausser Kraft zu setzen.

Am 24. 2. 1998 präzisierte das Berner Verwaltungsrecht seine oben ausgeführte Rechtsprechung: das Ausmass des Eingriffs in die Integrität des Opfers hänge nicht vom Unrechtsgehalt der Tat, sondern einzig vom **Umfang der Rechtsgutverletzung** ab. Dieser Auffassung ist beizupflichten: Eigenschaften der Tathandlung, die sich nicht in der Beeinträchtigung der Integrität des Opfers niederschlagen, müssen unter Opferschutzgesichtspunkten unberücksichtigt bleiben. Unbezweifelbar steht diese Überlegung hinter der Bestimmung des Opferhilfegesetzes, auch Opfern von schuldlosen Tätern zu helfen. Es wäre nun höchst inkonsequent, wenn zwar vermindertes oder sogar fehlendes Verschulden den Hilfsanspruch des Opfers nicht zu schmälern vermöchte, schweres Verschulden hingegen die Höhe dieser Ansprüche oder sogar ihre Berechtigung beeinflussen könnte.

Eine weitere grundsätzliche Frage wird durch ein Urteil des Genfer Verwaltungsgerichts vom 24. 1. 1995 aufgeworfen: dort nämlich wurde sogar die **Nichtbestrafung der Täter** als genugtuungserhöhender Faktor berücksichtigt:

„Quant au fait invoqué par le recourant selon lequel les auteurs de l'infraction étant restés inconnus, il ne pourrait pas même avoir la satisfaction – atténuant sa souffrance – de les voir condamnés, il y a lieu d'admettre qu'une personne qui sait ses agresseurs impunis souffre davantage que celle qui les a vu châtiés. Ce facteur doit par conséquent également entrer dans l'appréciation globale du cas du recourant.“

Diese Auffassung ist klarerweise von der ersten der am Beginn erwähnten verschiedenen möglichen Grundmotivationen der Opferhilfe beeinflusst. Sie ist jedoch aus zwei Gründen unhaltbar: Zum einen wird wohl niemand bestreiten, dass der Anspruch auf staatliche Sicherheitsgewähr kein absoluter ist. Niemand wird vom Staat verlangen wollen, seine Bürger um jeden Preis und in jedem Fall vor Kriminalitätsfolgen schützen zu müssen. Genauso wie der Anspruch auf staatliche Sicherheitsgewähr ist auch der auf eine materiellen Durchsetzung des Strafrechts solchen Interessensabwägungen zugänglich. Die öffentliche Gewalt hat sich bei solchen Abwägungen am Wohle aller zu orientieren. Es ist deshalb unzulässig, einzelnen Opfern einen Anspruch auf den Einsatz eines Mindestmasses an Mitteln durch die Strafverfolgungsbehörden zuzusprechen. Zweitens ist – wie bereits festgestellt wurde (siehe oben, 17.5, und die dort zitierten Urteile) – die hier dem Opfer entgangene „Genugtuung“ („satisfaction“) seines Sühne- oder Bestrafungsverlangens keine, die ihm rechtlich zusteht. Das Interesse des Opfers an einer Bestrafung des Urhebers seiner Integritätsverletzung kann und darf von einem Rechtsstaat nicht geschützt werden. Auch wenn das Bundesgericht in seiner frühen Rechtsprechung noch der Meinung war, die (privatrechtliche) Genugtuung sei eine Strafe für den Täter (BGE 58 II 244) und eine Sühne des dem Opfer angetanen Unrechts („apaiser le désir de vengeance“: BGE 58 II 341), so ist diese Haltung im Zusammenhang der *Opferhilfe*, wo es nicht um eine Bestrafung des Täters gehen kann (sondern allenfalls um eine Bestrafung des Staates), klarerweise fehl am Platz. Ebensowenig kann es angehen, Genugtuungen deshalb zu reduzieren, weil das Opfer durch die Bestrafung des Täters bereits Genugtuung erhalten habe. Denn dies hiesse, den Rache- und Vergeltungszweck, der *nicht* Sinn der Strafe ist, vom Opfer vielleicht aber als Sinn der Strafe angesehen werden könnte, hinterrücks wieder zum Ziel staatlicher Strafverfolgung zu erklären. Die Unhaltbarkeit dieser Auffassung wurde vom Bundesgericht denn auch schon bereits in BGE 82 II 36 festgestellt.

In BGE 118 II 408 wurde als Kriterium für die Ausrichtung und Bemessung einer Genugtuung die **Aussicht auf Schmerzlinderung** herangezogen. Dies soll heissen, dass in einem konkreten Fall auf die Frage abzustellen sei, ob und in welchem Mass durch die Zahlung einer *Geldsumme* die immaterielle Unbill ausgeglichen werden könne. Dieses Kriterium ist nicht nur praktisch inpraktikabel, da für die Beantwortung der Frage keine Anhaltspunkte zur Verfügung stehen, sondern auch dogmatisch fragwürdig, weil damit ein Rechtsanspruch von notwendigerweise vagen individualpsychologischen Voraussagen bzw. Mutmassungen abhängig gemacht würde, die zudem (i.G. etwa zur prognostischen Beurteilung der Legalbewährungschance von Haftinsassen) in keiner Beziehung zur Rechtsnatur des Anspruchs stehen. Zudem würde ein Abstellen auf dieses Kriterium das gesamte Entschädigungssystem radikal in Frage stellen: bei konsequenter Anwendung müsste es dazu führen, reichen Personen höhere Genugtuungen ausbezahlen als armen – eine Konsequenz, die Brehm für akzeptabel hält:

„Das Gefühl des Wohlbefindens [das durch die Zahlung einer Genugtuung hervorgerufen werden soll] ist ein psychologischer Vorgang [...]. Deshalb hängt dieses Befinden von der Beziehung des Geschädigten zum Geld ab. [...] Somit sollte, will man den Zweck der Genugtuungssumme erfüllen, dem Reichen viel und dem Armen wenig Geld unter diesem Titel ausbezahlt werden [...] Diese Schlussfolgerung hat gewisse Autoren gestört [...] Zu Unrecht. Es geht hier nicht um soziale Gerechtigkeit, sondern um die Schaffung einer psychologischen Wirkung, die nun einmal beim begüterten Geschädigten mehr Aufwand erfordert als beim bescheidenen Opfer.“ (Brehm, ad Art. 47, Rn. 11)

Diese Auffassung ist skandalös. Nicht nur geht Brehms Analogie mit der Entschädigung fehl (der Totalschaden eines Luxuswagens komme dem Täter ja auch teurer zu stehen als der am Motorfahrrad des Lehrlings), denn es geht bei der Genugtuung eben gerade nicht um den *Ersatz*, sondern um den *Ausgleich* eines Schadens. Der Geschädigte, der einen immateriellen Schaden erleidet, hat keinen rechtlichen Anspruch auf Ersatz dieses Schadens, weil das „Gefühl des Wohlbefindens“ kein in unserer Rechtsordnung geschütztes Rechtsgut ist.²³ Zudem missverkennt Brehm, dass zur Erreichung eines rechtlich erwünschten Ziels (Ausgleich des immateriellen Schadens) nicht jedes Mittel rechtlich erlaubt ist. Auch wenn das Gefühl des Wohlbefindens beispielsweise durch die Implantation eines elektronischen Stimulators gesteigert werden könnte, wäre es absurd, Opfern einen gesetzlichen Anspruch auf eine solche Verletzung ihrer Persönlichkeit zuzusprechen. Im Endeffekt müsste der Staat sehr reichen Personen einen besonders guten Rechtsschutz gewähren, weil er sich allfällige Genugtuungen ihrer astronomischen Höhe wegen schlicht nicht leisten könnte.

Unter Opferhilfegesichtspunkten ist das Kriterium der Linderbarkeit des Schmerzes zudem noch aus zusätzlichen Überlegungen abzulehnen. Die Anerkennung eines Unrechts, die Brehm nur als „Nebenprodukt“ der (zivilrechtlichen) Genugtuung allenfalls noch berücksichtigen will (ad Art. 47, Rn. 11c), gewinnt im Bereich der Opferhilfe massiv an Bedeutung.²⁴ Es gehörte ausdrücklich zu

²³ Es ist sehr fraglich, was Brehm unter diesem „Gefühl des Wohlbefindens“ versteht. Denn er ist der Meinung, Genugtuungen seien auch für juristische Personen gerechtfertigt, könnten doch diese durch ihre Organe „Empfindungen – insbesondere Genugtuung“ empfinden (ad Art. 47, Rn. 23). Da juristische Personen sehr reich sein können, müssten die den Organen ausbezahlenden Genugtuungssummen seiner Meinung nach wohl solche in astronomischer Höhe sein.

²⁴ Gerade weil die geldwerte Entschädigung von Opfern für die von ihnen erlittene Integritätsbeeinträchtigung in einer ökonomisierten Gesellschaft wie der unseren ein grosser Teil der Anerkennung ausmacht, die Opfer vom Staat erhalten und erhalten können, leuchtet es nicht ein, wenn in der ersten CETEL-Studie die Einrichtung von Entschädigungsbehörden (i.G. zu derjenigen von Beratungsstellen) nicht auch unter die „aide morale“ als Teilziel des OHG subsumiert wird (1995, annexe I, S. I). Anerkennung und moralische Hilfe muss, wenn sie bemerkbar und wirksam sein soll, in genügendem Mass individualisiert sein. Ein Opfer wird wohl in den wenigsten Fällen allein schon die Möglichkeit, eine Beratungsstelle aufzusuchen, als Anerkennung seiner Viktimisierung empfinden. Der geldwerte

den Motivationen des Gesetzgebers, die Stellung des Opfers dahingehend zu verbessern, dass sie sich vom Rechtsapparat ernst genommen fühlen können. Die summenmässige Differenzierung der Genugtuungssummen und die damit einhergehende Hierarchie in der Schmerzintensität hat deshalb nicht (wie von Brehm behauptet) allein den Zweck, die (allenfalls empirisch widerlegbare) Vermutung des Gesetzgebers zum Ausdruck zu bringen, „dass sich das Wohlbefinden des Opfers umso mehr steigert, als der vom Haftpflichtigen zu bezahlende Betrag wächst“ (Brehm, ad Art. 47, Rn. 10). Insbesondere dann, wenn das Opfer einen Genugtuungsanspruch gegenüber dem Staat hat, wird durch die Abstufung der Genugtuungssummen ein Werturteil zum Ausdruck gebracht, dass die Integritätsbeeinträchtigung (nicht absolut, aber sehr wohl relativ, d.i. in Abgrenzung zu anderen Integritätsbeeinträchtigungen) quantifiziert.

Hier liegt demnach ein entscheidender Unterschied zwischen zivil- und opferhilferechtlichen Genugtuungsansprüchen: erstere sind täter-, letztere opferbezogen. Während bei ersteren der Schädigende dazu verurteilt wird, die durch eine von ihm zu verantwortende Handlung entstandene immaterielle Unbill auf eine Weise auszugleichen, die dem Unrecht dieser Handlung angemessen ist, ist bei letzterer allein auf das Ausmass der Beeinträchtigung des Opfers abzustellen.

Die Einschätzung des Ausmasses der Beeinträchtigung des Opfers unterliegt andererseits aber auch normativen Bedingungen. Es kann nicht angehen, Genugtuungsansprüche bspw. anhand des Alters der Opfers in einer Weise zu reduzieren, die auf sowohl wissenschaftlich wie rechtlich unbegründbare und unüberprüfbare Annahmen bzgl. der Leidens- oder Wahrnehmungsfähigkeit des Opfers abstellt. Hütte hat in einem Fallbeispiel bspw. die Basisgenugtuung von 100000.- für einen schwer verletzten Siebzigjährigen, der auf dem Fussgängerstreifen mit einem Auto kollidierte, unter Rekurs auf die beiden ‚Kriterien‘ „Alter (70 Jahre) 30% (= Ermessen)“ und „Eingeschränkte Fähigkeit, die Beeinträchtigung wahrzunehmen und fehlende Möglichkeit, sich ein Wohlbefinden zu verschaffen 30%“ um je 30000.- reduziert. An diesem Beispiel wird deutlich, wie naiv die Vorstellung ist, etwa durch psychiatrische Gutachten die „fehlende Möglichkeit, sich ein Wohlbefinden zu verschaffen“ rechtsgenügend zu belegen – denn bereits schon das Wissen darum, für das erlittene Unrecht (mit 100000.-) entschädigt zu werden, kann „Wohlbefinden verschaffen“.²⁵ Für die kumulative Berücksichtigung *beider* Reduktionsgründe bleibt uns Hütte zudem (wohl unvermeidlicherweise) eine Begründung schuldig.

Obwohl sich das Kriterium der Linderbarkeit des Schmerzes nach dem Gesagten mit Sinn und Zweck der Opferhilfe nur schlecht verträgt, wurde auch in der kantonalen OHG-Rechtsprechung darauf abgestellt, beispielsweise durch das Zürcher Sozialversicherungsgericht am 28. 5. 1996:

„Die Genugtuung bezweckt ausschliesslich eine finanzielle Abgeltung für erlittene Unbill, indem das Wohlbefinden anderweitig gesteigert wird oder dessen Beeinträchtigung erträglicher gemacht wird. Ob und in welcher Höhe eine Genugtuung auszusprechen ist, hängt neben der Schwere der Unbill von der Aussicht ab, dass die Zahlung eines Geldbetrages den körperlichen oder seelischen Schmerz spürbar lindern wird.“

Die sich aus dem Kriterium ergebende (und von Brehm gezogene: ad Art. 47, Rn. 11b) Konsequenz, Genugtuungssummen den **Lebenshaltungskosten** des Opfers anzupassen, wurde

Anspruch gegen den Staat hingegen, der ihm allein aufgrund seiner Opferstellung zustehen kann, ist ein viel fühlbareres und intersubjektivierbares Indiz und Symbol der öffentlichen Anerkennung. Zumindest implizit wird dies auch in der ersten CETEL-Studie deutlich: etwa dort, wo die Genfer Praxis, zwischen Opfern mit guten und solchen mit schlechten Entschädigungschancen eine Vorunterscheidung zu treffen, mit dem Ziel legitimiert wird, „de minimiser les risques psychologiques pour les victimes qui se verraient refuser l’indemnisation.“ (1995, S. 21, Fn. 18).

²⁵ Andere Varianten sind beliebig konstruierbar: Ein Wohlbefinden kann auch dadurch erzeugt werden, dass jemand eine hohe Geldsumme verschenken oder vererben kann.

vom Bundesgericht (BGE 121 II 252) und auch in der kantonalen Rechtsprechung (Entscheid des Verwaltungsgerichts Genf vom 28. 3. 1995) abgelehnt: Wohnt jemand, der Anspruch auf Genugtuung hat, in einem anderen Land als der Schweiz, dürfen die wirtschaftlichen Verhältnisse und Lebenshaltungskosten dieses Landes bei der Bemessung von Genugtuungssummen nicht berücksichtigt werden, ebenso wie die mögliche Verwendung der Genugtuungssumme gerichtlich ausser Betracht bleiben muss (BGE 108 II 422).²⁶ Das Geschworenengericht (Urteil vom 20./21. 9. 1995) und das Bezirksgericht des Kantons Zürich (Urteil vom 6. 2. 1996) hielten dem entgegen, dass sich die mit Geldleistungen zu erzielende Satisfaktion nach der Kaufkraft bemesse, deren Unterschiede je nach Wohnort des Geschädigten folglich zu berücksichtigen seien. Dieser Auffassung ist das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich auch in einem OHG-Urteil (28. 5. 1996) gefolgt. Sie kommt ebenfalls in den Empfehlungen der SVK-OHG zum Ausdruck:

„Das Bundesgericht geht davon aus, dass Genugtuungsleistungen an Opfer bzw. Angehörige des Opfers, welche im Ausland leben, an die dortigen Lebenshaltungskosten angepasst werden können, sofern sich diese von den unsrigen erheblich unterscheiden (BGE 123 III 10 ff.)“

Dabei wird von der SVK-OHG übersehen, dass diese Regelung in fraglichem Entscheid, der in der Regeste als „Weiterentwicklung der mit BGE 121 III 252 begründeten Rechtsprechung [in der die Lebenshaltungskosten-Indexierung von Genugtuungssummen abgelehnt wird]“ bezeichnet wird, ausdrücklich nur als Ausnahme zu verstehen ist:

„Nach der zitierten Rechtsprechung [BGE 121 II 252] ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Genugtuung in aller Regel nach dem am Gerichtsstand geltenden Recht festzusetzen und unerheblich ist, wo der Ansprecher leben und was er mit dem Geld machen wird. An dieser Rechtsprechung etwas zu ändern, besteht kein Anlass. [...] Im zu beurteilenden Fall liegen jedoch derart besondere Umstände vor, dass die genannte Rechtsprechung [BGE 121 II 252] den tatsächlichen Verhältnissen nicht angemessen ist und somit nicht unesehen angewendet werden kann. Dabei steht im Vordergrund, dass Ansprecher vorliegend nicht das unmittelbare Opfer ist, sondern die Genugtuung von dessen Eltern gefordert wird, die seit jeher in der Volksrepublik China leben, dort auch in Zukunft leben werden und keinerlei direkte Beziehungen zur Schweiz haben.“ (BGE 123 III 10)

Die zitierte Formulierung der SVK-OHG unterschlägt somit zwei wichtige Gesichtspunkte: Erstens waren für das Bundesgericht in erster Linie nicht die unterschiedlichen Lebenshaltungskosten, sondern das Fehlen einer Beziehung zur Schweiz und die Unwahrscheinlichkeit eines Wechsels des Aufenthaltsorts massgeblich für die Ausnahmeregelung des besagten Falles. Zweitens handelt es sich hier um Genugtuungen aus Art. 47 OR, die – wie bereits dargelegt – aus Täterperspektive zu betrachten sind, nicht aber um Genugtuungen gemäss OHG, wo das Tatortsprinzip vorherrscht und bspw. auch Entschädigungen nach den hier (und nicht in China) für den Ersatz des Schadens notwendigen Kosten bemessen werden. Drittens erscheint es doch als recht bedenklich, wenn sich die SVK-OHG gerade auf einen Bundesgerichtsentscheid beruft, der von dieser Instanz ausdrücklich als Abweichung von ihrer ansonsten konstanten Praxis gekennzeichnet wird.

Zumindest beim überwiegenden Teil der für die Opferhilfe relevanten Fälle, d.h. bei Genugtuungsansprüchen Angehöriger europäischer (inklusive osteuropäischer) Staaten, ist davon auszugehen, dass die besonderen Umstände von BGE 123 III 10 nicht erfüllt sind – und zwar nicht wegen einer zu geringen Differenz der Lebenshaltungskosten, sondern weil es nicht angehen kann,

²⁶ Dies ist auch die Ansicht A.K. Schnyders: „Bei der Bemessung der Genugtuung ist nicht auf die konkreten Lebenshaltungskosten der berechtigten Person abzustellen. Vielmehr ist die Geldsumme nach dem am Gerichtsstand geltenden Recht zu bemessen (i.e. schweizerisches Recht) – ohne Rücksicht darauf, ob die klagende Person im In- oder Ausland lebt.“ (Schnyder, ad Art. 47, Rn. 22)

die (faktische) Niederlassungsfreiheit von Angehörigen oder Hinterbliebenen durch ortsgebundene Genugtuungen einzuschränken.

Gegen die in Zürich und von der SVK-OHG vertretene Ansicht ist einzuwenden, dass die mit Geldleistungen zu erzielende Satisfaktion des immateriell Geschädigten auch davon abhängt, wieviel Geld er bereits zur Verfügung hat (s. oben). Dennoch werden Genugtuungen nach OR wie nach OHG ausdrücklich einkommens- und vermögensunabhängig ausgerichtet. Wie allerdings das Sozialversicherungsgericht Zürich richtig festhält, ergibt sich aus dem Art. 6 Abs. 1 OHV zumindest die Vermutung, dass Unterschiede in den Lebenshaltungskosten zu berücksichtigen sind. Im Sinne einer möglichst einheitlichen Lösung sollte deshalb entweder der bundesgerichtlichen Ansicht gefolgt werden und sowohl Entschädigungs- wie auch Genugtuungsleistungen grundsätzlich lebenshaltungskosten- und einkommensunabhängig ausgerichtet werden oder dann aber ein entsprechender Passus in Art. 12 Abs. 4 OHG aufgenommen werden.

Die hier vorgeschlagene Lösung entspricht einer konstanten Praxis des Bundesgerichts: Bereits in BGE 108 II 422 bejahte dieses einen Genugtuungsanspruch von 100'000.- auch und gerade im Fall eines vollständigen Bewusstseinsverlusts und bei Fehlen jeglicher Empfindungsfähigkeit. Dies wurde damit begründet, dass der Bewusstseinsverlust gerade Teil der über eine Genugtuung abzugeltenden Tatfolgen darstelle:

„Nel caso di A. bisogna tenere presente che gli aspetti oggettivi e soggettivi della lesione della personalità sono strettamente legati e possono a malapena essere distinti; l'eventuale incapacità della vittima di avere coscienza della propria condizione – carenza sostenuta dal convenuto – non è altro che una componente della lesione fisica della sua integrità corporale, ossia della lesione celebrale. [...] In definitiva, nei casi di danni all'integrità corporale, occorre quindi conferire preponderanza all'aspetto oggettivo della lesione dei diritti della personalità e riconoscere di conseguenza il diritto alla riparazione del torto morale anche in assenza di coscienza della vittima.“ (dt. Übersetzung in Pra 72, Nr. 30, S. 79)

Allenfalls könne das Fehlen jeglicher Wahrnehmungsfähigkeit als Herabsetzungsgrund der Genugtuung in Betracht gezogen werden. Das Bundesgericht bekennt sich hier zu einem normativen Massstab für Genugtuungssummen und privilegiert die objektive Seite des Genugtuungsanspruches gegenüber seinen subjektiven Aspekten. Damit wird klar, dass auch bei privatrechtlichen Genugtuungen nicht die Aussicht auf Schmerzenslinderung im Vordergrund steht, sondern durchaus auch die mit solidarischem Ausgleich verbundene staatliche Anerkennung eines Unrechts im Vordergrund stehen kann.²⁷ Umso mehr hat diese Gedanken in opferrechtlichen Angelegenheiten leitend zu sein. Scharf kritisiert wurde vom Zürcher Obergericht am 1. 12. 1996 eine bundesgerichtliche Anordnung vom 6. 10. 1995, drei Kindern eines getöteten Mannes je 30'000.- (statt je 15'000.-) Genugtuung zuzusprechen:

„Dazu ist zu bemerken, dass das Bundesgericht keinen Unterschied machte zwischen im Zeitpunkt des gewaltsamen Todes geborenen und ungeborenen Kinder [sic]. Wenn Genugtuung finanzieller Ausgleich für erlittene immaterielle Unbill sein soll, so ist diese unterschiedslose Behandlung bemerkenswert.“

Nach dem Gesagten ist dieser Kritik nicht beizupflichten. Auch andere Probleme stellten sich bei der Ausrichtung von Genugtuungssummen durch kantonale Instanzen.

²⁷ Dies wird in der ersten CETEL-Studie empirisch belegt: „D'autre part, les victimes cherchent à obtenir par ce biais [d'entreprendre une procédure d'indemnisation] une forme de reconnaissance du tort qu'elles ont subi, qui les aide moralement à se remettre de l'infraction.“ (1995, S. 40)

Obwohl Gefährdungsdelikte nach einhelliger Meinung nicht in den Anwendbarkeitsbereich des OHG fallen, berücksichtigte das Zürcher Obergericht am 28. 3. 1995 die Gefährdung von Opfern durch Geiselnahme, Todesdrohung und gefährliche Fahrmanöver bei der Bemessung der Genugtuung:

„Daneben bestand für beide Opfer aber auch Gefahr seitens der verfolgenden Polizei, wussten doch beide Opfer nicht, wie diese allenfalls reagieren würde, d. h. sie mussten auch von jener Seite damit rechnen, dass geschossen würde, um der Täterschaft habhaft zu werden.“

Dies wirft die Frage auf, ob Gefährdungsdelikte nicht allenfalls als eigenständige Beeinträchtigungen der psychischen Integrität aufzufassen sind. *Dieser*, vom OHG ausdrücklich rechtlich missbilligte Erfolg wird durch ein Gefährdungsdelikt ja nicht nur möglich gemacht, sondern verwirklicht. Auch nach Ansicht Gomms, Steins und Zehntners kann grundsätzlich die Verursachung einer Angst einen eigenständigen Entschädigungsanspruch rechtfertigen, auch wenn sich der befürchtete, u.U. angedrohte Sachverhalt nicht verwirklicht:

„Eine gewisse Zurückhaltung bei der Deckung von Vermögensschäden ist namentlich in Entführungsfällen gegeben, durch welche zweifellos die psychische Integrität des Opfers beeinträchtigt wird, da die Deckung von Lösegeldforderungen durch den Staat weitere Täter geradezu zu neuen Straftaten ermuntern würde.“ (ad Art. 13, Rn. 6)

Abgesehen von der generellen Misslichkeit, Entscheide über Gewährung oder Nicht-Gewährung von Opferhilfe im Einzelfall durch allgemein kriminalpolitische Überlegungen zu begründen, ist diese Passage darum bemerkenswert, weil hier die Entschädigung der psychischen Integritätsbeeinträchtigung in der staatlichen Entfernung ihrer Ursache, nicht in der Finanzierung der Bewältigung ihrer Folgen gesehen wird. Demnach wäre beispielsweise die Angst einer zuhause Vergewaltigten, sich alleine in ihrer Wohnung aufzuhalten, nicht durch die Bezahlung einer Psychotherapie zu entschädigen, sondern durch die Bezuschussung der Miete einer grösseren Wohnung, die sie mit anderen teilen könnte.

21.4. Fallsammlung: gesprochene Genugtuungen

Wie bereits festgestellt (Abschnitt 4.4) ist nachfolgende tabellarische Übersicht mit grösster Vorsicht zu geniessen. Die Nachteile, die jedes Abstellen auf einen ‚Tarif‘ gegenüber der Berücksichtigung der individuellen Momente des Einzelfalles hat, werden noch verstärkt, wenn man es wie hier mit einer unvollständigen Auswahl ihrerseits unvollständiger Gerichtsurteile zu tun hat, die zudem nur einen kleinen Teil der real geleisteten Opferhilfe repräsentieren. Will man eine bundesweite Vereinheitlichung der gesprochenen Summen erreichen, wird man nicht darum herumkommen, auf die Datensammlungen der Entschädigungsbehörden zurückzugreifen und diese national zu vereinheitlichen.

Kanton	Inстанz	Datum	Delikt und Deliktsfolgen; Kriterien	weitere Kosten	Genugtuung
	Bundesgericht (Aufhebung des Urteils des Genfer Verwaltungsgerichts vom 23. 5. 95)	20. 12. 1995	schwere Körperverletzung i.Z.m. Betäubungsmittelkauf führt zum Verlust eines Auges; Lebensführung des Opfers kann als Mitverschulden eine Reduktion, aber keinen Wegfall der Entschädigung rechtfertigen.		8000
	Bundesgericht	5. 11. 1997	versuchte Tötung		8000
	Bundesgericht	15. 9. 1998	Ermordung von Mutter und Bruder in Haiti		50000
AG	Entscheid des Regierungsrates	20. 12. 1995	schwere sexuelle Übergriffe im Kindesalter	8000	
AG	Entscheid des Regierungsrates	27. 3. 1996	sexuelle Übergriffe und Vergewaltigung im Kindesalter	4200	
AG	Verwaltungsgericht	20. 6. 1996	besonders brutale Vergewaltigung		4000

BE	Geschworenengericht	o. D. (1994)	Raub, Vergewaltigung etc.		25000
BE	Geschworenengericht	o. D. (1996)	Ermordung des Sohnes		65000
BE	Obergericht	o. D. (1996)	sexuelle Handlung mit Kind, sexuelle Nötigung		5000
BE	Obergericht	o. D. (1996)	einfache Körperverletzung, Nötigung		5000
BE	Verwaltungsgericht	4. 7. 1996	schwere Körperverletzung (mehrere Operationen, sechsmonatige Arbeitsunfähigkeit);		6000
BE	Verwaltungsgericht (vom Bundesgericht am 22. 2. 97 bestätigt)	19. 9. 1996	einfache, eventuell schwere Körperverletzung; Mitverschulden durch Teilnahme an unbewilligter Demonstration und Hausfriedensbruch wird berücksichtigt		2000
BE	Verwaltungsgericht (vom Bundesgericht am 19. 1. 1998 aufgehoben)	7. 3. 1997	Schleudertrauma aufgrund eines Verkehrsunfalls in Indien	Vorschuss 40000	
BE	Verwaltungsgericht (vom Bundesgericht am 5. 11. 1997 aufgehoben)	24. 3. 1997	mehrfache versuchte vorsätzliche Tötung, schwere Körperverletzung durch Bauchschuss, vier Monate 100% Arbeitsunfähigkeit; Genugtuung wird wegen überwiegendem Mitverschulden und dem Fehlen „besonderer Umstände“ verweigert. BGer: keine Verweigerung der Genugtuung wegen Mitverschuldens möglich	4800	
BE	Verwaltungsgericht	29. 3. 1997	Epilepsie als Langzeitfolge eines Raubüberfalls		5000
BE	Obergericht	o. D. (1998)	sexuelle Handlung mit Kind, Schändung		3000
BE	Verwaltungsgericht (vom Bundesgericht am 5. 3. 99 bestätigt)	23. 2. 1998	Ermordung der Mutter durch den Vater in der Wohnung des Sohnes vor den Augen der Tochter; Genugtuungen an hinterbliebene Kinder nach Alter und Wohnsituation innerhalb von 15000 bis 30000.		10000
BE	Verwaltungsgericht (erster Entscheid vom Bundesgericht am 5. 11. 1997 aufgehoben)	24. 3. 1997; 24. 2. 1998	einfache, versuchte schwere Körperverletzung; Umfang der Rechtsgutverletzung massgeblich, nicht Unrechtsgehalt der Tat. Mitverschulden berücksichtigt; bleibende Schmerzen, relativ komplikationsfreie Heilung.		3000
BE	Verwaltungsgericht	24. 4. 1998	Schleudertrauma durch Verkehrsunfall mit 25-50% Arbeitsunfähigkeit	Vorschuss 100000	
BS	Appellationsgericht	27. 5. 1994	versuchte eventualvorsätzliche Tötung, einfache Körperverletzung mit einer Waffe; schmerzhaftes Gesichtsverletzung; dreiwöchiger Spitalaufenthalt; ungünstige finanzielle Verhältnisse des Geschädigten		8000
BS	Verwaltungsgericht (vgl. Bundesgerichtsentscheid vom 6. 4. 1995)	15. 9. 1994; 20. 9. 1995	Stoss durch flüchtenden Einbrecher führt zu 100% Arbeitsunfähigkeit wegen posttraumatischer Epilepsie und posttraumatischer psychischer Belastungsstörung		10000
BS	Appellationsgericht	24. 2. 1995	mehrfache Vergewaltigung, sexuelle Nötigung, einfache Körperverletzung, Nötigung; Genugtuung wird von 12000 auf 6000 herabgesetzt, weil seitens des Opfers „eine seltsame Passivität in bezug auf die Unterbindung dieser Vorgänge festzustellen“ sei.		6000
BS	Appellationsgericht	6. 3. 1996	qualifizierte und mehrfache Vergewaltigung mit Traumatisierungsfolge, mehrfache sexuelle Nötigung		8000
BS	Appellationsgericht	8. 5. 1996	mehrfache sexuelle Handlung mit einem Kind; genugtuungserhöhend berücksichtigt werden Dauer und Intensität der Beziehung und der seelischen Belastung des Kindes, genugtuungsmindernd die Tatsache, dass keine Gewalt angewendet wurde und sich das Mädchen nicht widersetzte.		5000
BS	Appellationsgericht	3. 7. 1996	qualifizierte sexuelle Nötigung, mehrfache versuchte Vergewaltigung, Entführung; genugtuungserhöhend sind Brutalität des Täters und Wehr- und Hilflosigkeit des Opfers		7000
BS	Verwaltungsgericht	1. 11. 1996	sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz während 3.5 Jahren; nur ein geringer Teil der Beeinträchtigung durch Psychoterror des Vorgesetzten ist direkte und unmittelbare Folge der sexuellen Belästigungen; zudem psychische Prädisposition durch Kindheitstraumata.		1500

BS	Verwaltungsgericht	15. 8. 1997	Prellungen und Beschädigung der Silikonimplantate i.Z.m. versuchtem Handtaschendiebstahl		2000
BS	Verwaltungsgericht	16. 10. 1997	vollständige Paraplegie aufgrund Fenstersturzes in Panik im Zusammenhang mit einer Brandstiftung		87500
BS	Appellationsgericht	5. 11. 1997	einfache Körperverletzung mit einem gefährlichen Gegenstand		1000
BS	Verwaltungsgericht	28. 11. 1997	einfache Körperverletzung mit geringer physischer und psychischer Integritätsbeeinträchtigung		500
BS	Appellationsgericht	26. 6. 1998	Traumatisierung durch qualifizierten Raub; Verlust nicht nur der Arbeitsfähigkeit, sondern der „Fähigkeit zum selbständigen Leben“.		50000
GE	Verwaltungsgericht	24. 1. 1995	sexuelle Nötigung; Angst vor HIV-Ansteckung und geringes Alter des Opfers und Nicht-Bestrafung der Täter werden genugtuungserhöhend mitberücksichtigt; seine Bisexualität bzw. die Frage, ob er Analverkehr schon vor der Vergewaltigung praktiziert hat, dürfen nicht berücksichtigt werden.		15000
GE	Verwaltungsgericht	28. 3. 1995	Vergewaltigung; Überraschungsmoment gewichtet.		20000
GE	Verwaltungsgericht	9. 5. 1995	einfache Körperverletzung bei versuchtem Raub mit nachfolgender Depression		8000
GE	Verwaltungsgericht	30. 5. 1995	versuchte grausame Vergewaltigung mit nachfolgendem Nervenschock		5000
SG	Versicherungsgericht	25. 6. 1995	schwere Körperverletzung bei Verkehrsunfall	4000	
SG	Versicherungsgericht	25. 6. 1998	einfache Körperverletzung (Bruch des Ringfingers); Erstattung von Haushaltshilfekosten bei 50% Arbeitsunfähigkeit		3000
SO	Verwaltungsgericht (bestätigt vom Bundesgericht im April 98)	o. D. (1997)	Mord; Kriterium: „Schwere der Verletzung der persönlichen Verhältnisse in ihrer Gesamtheit (Art, Intensität, Dauer)“; Basisrahmen für hinterbliebende Geschwister: 6000-7000		Mutter: 50000 Brüder: 5000 Sohn: 35000
SZ	Verwaltungsgericht	19. 10. 1995	sexueller Missbrauch des Kindes; Entschädigung einer Maltherapie für die Mutter; Genugtuung: schwer traumatisierende Wirkung des Missbrauchs, Therapie von 1,5 Jahren, Freudsche Langzeitwirkungen		5000
SZ	Verwaltungsgericht	21. 8. 1996	einfache Körperverletzung, Gefährdung des Lebens; wer von zwei bewaffneten Männern angegriffen wird, ist Opfer, auch wenn der Streifschuss als Tötlichkeit zu qualifizieren ist.		5000
TI	Versicherungsgericht	4. 3. 1998	Strangulationsversuch durch psychisch kranken Einbrecher		4000
TI	Versicherungsgericht	18. 3. 1998	Raubüberfall, Lähmung des linken Arms; genugtuungserhöhend: hohes Alter des Opfers (80)		10000
VD	Kantonsgericht	6. 7. 1994	Vergewaltigung, sexuelle Nötigung, einfache Körperverletzung		10000
VD	Kantonsgericht	31. 1. 1996	sexueller Missbrauch eines Kindes		10000
VD	Kantonsgericht	14. 4. 1997	sechsmonatiger sexueller Missbrauch eines Kindes; „Vu son manque de maturité psychologique, elle semble, dans un premier temps, n'avoir pas ressenti la gravité particulière de cette atteinte, ayant accepté sans beaucoup de réticence ces „jeux“ avec son parâtre...“		7000
ZH	Obergericht	25. 1. 1995	sexueller Missbrauch eines Kindes; Therapie auch für die Eltern (Elterngespräche mit der Therapeutin des Kindes).	1200	
ZH	Obergericht	14. 2. 1995	Vergewaltigung; Genugtuungsrahmen bei Vergewaltigungen: 10000 bis 25000.		7000
ZH	Obergericht	28. 3. 1995	Geiselnahme, Todesdrohung, Miterleben gefährlicher Fahrmanöver		15000
ZH	Obergericht	1. 12. 1995	Ermordung der Mutter durch den Vater; dadurch Verlust beider Elternteile		60000

ZH	Obergericht	30. 9. 1996	Vergewaltigung, sexuelle Nötigung, einfache Körperverletzung: „Auf der anderen Seite ist aber auch nicht zu übersehen, dass eine Person aus dem Drogenmilieu das brutale Umfeld in einem gewissen Mass gewohnt ist, was den Übergriff keineswegs entschuldigt, seine psychischen Folgen aber tendenziell doch in Grenzen zu halten geeignet ist.“		5000
ZH	Obergericht	28. 4. 1997	sexuelle Nötigung; genugtuungsmindernd sind kurze Dauer und das Fehlen übermässiger Gewalt.		8000
ZH	Sozialversicherungs-gericht	1. 9. 1997	Komplicationsfrei geheilte Rissquetschwunde am Kopf i.Z.m. einem Raubüberfall rechtfertigt die Ausrichtung einer Genugtuung nicht.		0
ZH	Obergericht	10. 7. 98	qualifizierte Erpressung		5000
ZH	Sozialversicherungs-gericht	6. 11. 99	vorsätzliche Tötung des Lebensgefährten und Vaters; 20% Reduktion der Genugtuungen wegen Mitverschulden (verbale und tätliche Provokation).		Frau: 12000 Tochter 16000

22. Art. 12 Abs. 2 OHG: gesetzlicher Klärungsbedarf

22.1. Anspruchsvoraussetzungen für Genugtuungen

Der Gesetzestext sieht Genugtuungen nur vor, wenn *gleichzeitig* erstens eine schwere Betroffenheit des Opfers und zweitens besondere Umstände vorliegen, die eine Genugtuung rechtfertigen. Diese Regelung hat sich in der kantonalen Rechtsprechung als missverständlich erwiesen. Einerseits wurden in Schwyz die beiden Voraussetzungen kurzerhand identifiziert (Verwaltungsgericht, 11. 5. 1995). Andererseits verstand das Verwaltungsgericht Basel-Stadt am 28. 11. 1997 „schwer betroffen“ und „besondere Umstände“ als disjunktive Merkmale:

„Das Amt [Amt für Sozialhilfe] hat zwar die schwere Betroffenheit mangels erheblicher Restfolgen verneint, indessen „besondere Umstände“ darin erkannt, dass der Rekurrent die Verletzung unvorbereitet erlitten hat und seitdem angeblich unter subjektiven Angstgefühlen leidet.“

Fraglich war auch, ob die finanzielle Lage des Opfers im Rahmen der besonderen Umstände berücksichtigt werden dürfe. Am 30. 5. 1995 bemerkte das Genfer Verwaltungsgericht, die finanzielle Lage des Opfers sei nicht ohne Einfluss auf die Ausrichtung einer Genugtuung. Diese Position wurde vom Bundesgericht am 2. 3. 1999 (= BGE 125 II 169) gestützt:

„Malgré la formulation de l’art 12 al. 2 LAVI, il n’est pas fait totalement abstraction de considérations matérielles, car la réparation morale peut, dans certains cas, permettre d’atténuer les rigueurs du système (notamment les limites de revenus), par exemple dans les cas où le dommage matériel n’est pas important, mais dans lesquels le versement d’une somme d’argent à titre de réparation se justifie, comme en cas d’infractions d’ordre sexuel.“

22.2. Genugtuungen aus Art. 2 Abs. 2 OHG

Es wurde bereits bemerkt (oben, Abschnitt 7.2), dass sich aus der Formulierung von Art. 2 Abs. 2 OHG die Vermutung ergibt, der Gesetzgeber habe Personen, die nicht in ihrer physischen oder sexuellen Integrität beeinträchtigt wurden, genau dann dem Opfer gleichstellen wollen, wenn sie *selbst* eine Beeinträchtigung ihrer *psychischen* Integrität erlitten haben. Dies entspricht auch der zivilrechtlichen Praxis der Ausrichtung von Genugtuungen an Hinterbliebene:

„Den nahen Angehörigen erwächst der Anspruch [auf Genugtuung aus Art. 47 OR] nicht in ihrer Eigenschaft als Rechtsnachfolger des Opfers, d.h. wegen der von diesem erlittenen

Schmerzen vor dem Tod, sondern sie erhalten ein selbständiges Anspruchsrecht für den selbst empfundenen Schmerz infolge des Verlustes eines Angehörigen.“ (Brehm, ad Art. 47 OR, Rn. 14)

Bereits am 11. 3. 1986 (= BGE 112 II 118) stellte das Bundesgericht fest, dass jemand, der durch die Opferwerdung eines andern in einem eigenen absoluten Recht (wie dem auf körperliche Unversehrtheit) verletzt werde, einen eigenständigen Schadenersatzanspruch geltend machen könne (Ersatz des sog. Schockschadens):

„La personne qui est elle-même victime d’une atteinte à un droit absolu, comme c’est le cas du demandeur, est donc directement lésée et peut demander réparation de son dommage à celui qui l’a causé. Peu importe à cet égard que la chaîne causale soit plus ou moins brève, que l’atteinte soit immédiate ou qu’elle frappe par contrecoup une personne qui était en relation avec la victime immédiate. Par ailleurs, le caractère limitatif de la réglementation de l’art. 45 CO [...] ne peut concerner que le dommage purement patrimonial dont une personne autre que la personne décédée demande réparation, et non pas le dommage lié à une atteinte à l’intégrité corporelle.“

In besagtem Urteil erhielt der Schockgeschädigte *neben und unabhängig von* der Genugtuung von 40000.- für den Tod zweier Kinder und dem Ersatz von 173000.- für den Schockschaden noch eine Genugtuung von 20000.- als Ausgleich der Beeinträchtigung seiner eigenen Integrität. Diese Praxis, auch Schockgeschädigten eigenständige Genugtuungsansprüche zuzugestehen, wurde vom Bundesgericht in der Folge mehrfach bestätigt (BGE 112 II 121, 112 II 220, 116 II 519):

„Im Bereiche des Deliktsrechts haben die nahen Angehörigen eines Verletzten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts Anspruch auf Genugtuung nach Art. 49 OR, wenn das schädigende Ereignis sie in ihren persönlichen Verhältnissen verletzt.“ (BGE 116 II 519)

Eine Verletzung in den persönlichen Verhältnissen bspw. durch die schwere Körperverletzung der Ehefrau tangiere ebenfalls ein absolutes Recht und begründe einen eigenständigen Genugtuungsanspruch (BGE 112 II 220).

Fasst man Genugtuungen in dieser Weise als eigenständig begründbare Ausgleichsleistung für die Beeinträchtigung der psychischen Integrität auf („empfundener Schmerz“, bzw. „Schwere der Betroffenheit“), so ändert sich die Rechtsnatur des damit gesetzlich anerkannten Anspruchs fundamental. Zunächst einmal hängt alles am Begriff der psychischen Integrität.

Fasst man die Beeinträchtigung der psychischen Integrität unter einen zivilrechtlichen Schadensbegriff, bleiben die Auswirkungen moderat. Obsolet wird nur die Abstützung des Genugtuungsanspruchs auf Art. 2 Abs. 2 OHG. Stattdessen wären solche Genugtuungen – nach Massgabe der persönlichen Betroffenheit – direkt aus Art. 2 Abs. 1 OHG geltend zu machen.

Fasst man die Beeinträchtigung der psychischen Integrität aber in einer Weise, in der sie sich nicht summenmässig quantifizieren lässt – und die bundesgerichtliche Sprachregelung von der „Schwere der Betroffenheit“ sowie das Abstellen der SVK-OHG auf die „nachteilige Veränderung des Alltags“ weisen zumindest in diese Richtung –, so erhält die Genugtuung Entschädigungscharakter. Im Blick auf Abschnitt 21, wo dafür argumentiert wurde, den opferhilferechtlichen Genugtuungsanspruch nicht wie den zivilrechtlichen täterorientiert am Unrechtsgehalt der Tathandlung, sondern opferbezogen an der Schwere der Betroffenheit anzubinden, ist nun allerdings die durch die Ausrichtung einer Genugtuung zu erzielende Entschädigung der Beeinträchtigung der psychischen Integrität nicht im (paradoxal anmutenden) Ersatz der immateriellen (und bereits damit unersetzbaren) Schadens zu sehen, sondern in der **Anerkennung eines Unrechts durch den Staat**. Auch von in der Beratungshilfe praktisch tätigen Personen wird dies immer wieder als Hauptlegitimation und –wirkung des Instituts der

Genugtuung hervorgehoben: dass damit der Staat dem Opfer gegenüber die Existenz eines Unrechts anerkenne, auch wenn er dieses Unrecht niemandem vorwerfen könne. M.a.W.: Das Opfer wird für die Beeinträchtigung seiner psychischen Integrität dadurch *entschädigt*, dass der Staat durch die Ausrichtung einer finanziellen Leistung anerkennt, dass ihm ein Unrecht angetan wurde.

22.3. Die Rechtsnatur von Genugtuungen

Welche Ansicht man über die Rechtsnatur von Genugtuungen aus Art. 12 Abs. 2 OHG vertritt, hängt stark davon ab, wie die verschiedenen im Abschnitt 4.2 skizzierten Grundmotivationen der Opferhilfe gewichtet werden.²⁸ Geht jemand davon aus, dass ein Opfer dem Staat die Verletzung seines Anspruchs auf Sicherheitsgewähr (siehe 4.2.1) entgegenhalten könne, wird er den Genugtuungsanspruch aus der Verletzung eines Rechtsgutes herleiten. Im Fall zivilrechtlicher Genugtuungen ist dies problematisch (siehe oben, Abschnitt 22.1). Bei Genugtuungen aus OHG leuchtet diese Argumentation hingegen viel eher ein, stellt doch die psychische Integrität im Gegensatz zum „Gefühl des Wohlbefindens“ ein Rechtsgut dar. Dennoch führt sie in eine Sackgasse: der Nachweis, dass der Staat seine Pflicht der Sicherheitsgewähr in einem gegebenen Viktimisierungsfall verletzt hat, kann nicht unabhängig von der Tatsache geführt werden, dass der Staat zur Erfüllung seiner Aufgabe (1) begrenzte Ressourcen zur Verfügung hat, die er (2) ihrerseits möglichst effizient einzusetzen hat, wobei er (3) allgemeine Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung seiner Bürger einhalten muss.

Viel näher liegt es, die Ausrichtung von Genugtuungen als Akt eines solidarischen Ausgleichs selektiv erlittener Ungerechtigkeit durch eine Verletzung in den „persönlichen Verhältnissen“ zu sehen (vgl. 4.2.2). Die Ungerechtigkeit, die dadurch entsteht, dass nur wenige Bürgerinnen und Bürger zu Opfern werden, kann durch jede Art von Opferhilfe nur teilweise behoben werden. Schon allein die Teilnahme an einem Verfahren ist u.U. eine grosse Belastung, von nicht-entschädigbaren Belastungen durch die Tat und die Tatfolgen gar nicht zu sprechen. Es scheint deshalb opportun, Opfern, die unter der von ihnen selektiv erlittenen Ungerechtigkeit besonders leiden, zusätzlich zur Entschädigung einen **Freibetrag** zuzuerkennen, der sie symbolisch des Mitgefühls der Gemeinschaft und der staatlichen Anerkennung des ihnen geschehenen Unrechts versichert. Dieser Freibetrag wäre wohl am ehesten durch die Beratungsstellen auszus zahlen, die dafür mit pauschalisierten Geldsummen ausgestattet werden könnten.²⁹

²⁸ Dies zeigt sich etwa in der merkwürdigen Argumentation Hüttes, der den Genugtuungsanspruch aus OHG durch den Hinweis darauf problematisiert, dass der Staat bzw. die Allgemeinheit für seine Leistungspflicht „nicht einmal“ eine Versicherungsprämie erhalten habe und an der Schädigung schliesslich nicht beteiligt gewesen sei (1998, S. 271). Die Leistungen des Staates werden allerdings durch die Allgemeinheit und damit auch durch die Opfer selbst finanziert. In diesem Sinn ist die Opferhilfe durchaus mit einer obligatorischen Versicherung vergleichbar. Die Allgemeinheit ist nicht, wie Hütte meint, ein „gänzlich unbeteiligter Dritter“ (1998, S. 271), denn sowohl Opfer wie Täter sind Mitglieder dieser Allgemeinheit.

²⁹ Die Ausschüttung solcher Freibeträge würde es erlauben, der Wichtigkeit einer relativen Quantifizierung der Integritätsbeeinträchtigung Rechnung zu tragen: die staatliche Anerkennung der Viktimisierung und der Leiden eines Opfers wird in erster Linie durch die Zahlung eines Geldbetrages spürbar und wirksam. Die absolute Höhe des Betrags ist dabei nicht allein entscheidend. Ergebnisse der ersten CETEL-Studie legen nahe, dass die relative Quantifizierung der Integritätsbeeinträchtigung sogar wichtiger als die absolute ist: „Le montant de l'aide financière d'urgence varie. Il est de 150.- Frs dans les cantons de Genève et Vaud, 500.- Frs à Zurich et de 1000.- Frs à St Gall. Malgré ces disparités nous n'avons relevé aucune différence de satisfaction entre canton. Par ailleurs, le jugement des victimes sur cette prestation est resté très global; aucune n'a remis en doute le montant alloué, ni les critères sur la base desquels l'aide

22.4. Die Entschädigung von Beeinträchtigungen der sexuellen Integrität

Das Bundesgericht hat sich am 30. 4. 1999 (= BGE 125 II 269) im Fall eines minderjährigen Opfers sexueller Handlungen intensiv mit den Kriterien einer staatlichen Ausgleichszahlung beschäftigt:

„L'ampleur de la réparation morale dépend avant tout de la gravité des souffrances physiques ou psychiques consécutives à l'atteinte subie par la victime et de la possibilité d'adoucir sensiblement, par le versement d'une somme d'argent, la douleur morale qui en résulte.“

Die damit als entscheidendes Kriterium betrachtete Schwere der Beeinträchtigung explizierte es dabei wie folgt:

„Il est vrai que ce montant est exceptionnellement élevé [100000.- für ein von seinem Vater über 10 Jahre auf verschiedenste Weise missbrauchtes Kind] et il convient de souligner qu'il représente sans doute le maximum qui puisse être alloué pour ce genre de cas. Il se justifie toutefois en l'espèce eu égard à l'extrême gravité du cas particulier, compte tenu notamment des éléments suivants: le genre des atteintes subies [...] ainsi que leur fréquence (quasi quotidienne) et leur durée (une dizaine d'années), la circonstance que ces atteintes ont été le fait du père de la victime, lequel a considéré et traité sa fille, qui se trouvait dans une situation d'isolement et d'impuissance totale par rapport à lui, comme un simple objet de plaisir qu'il s'appropriait; les actes de contrainte exercés sur la victime, qui a été menacée et même ligotée, et les humiliations qui lui ont été infligées; l'importance et l'irréversibilité hautement probable du préjudice subi par la victime, en particulier sur le plan psychique.“

Dieser umfassende Kriterienkatalog diente im vorliegenden Fall zur summenmässigen Festsetzung einer Genugtuung. Es ist aber aus der Formulierung ersichtlich, dass dabei versucht wurde, die rechtliche Qualifikation der Delikte der subjektiven Schwere der Betroffenheit möglichst anzugleichen: das Opfer sollte diejenige Summe erhalten, auf die es aufgrund des ihm Angetanen Anspruch hat. Es scheint deshalb ohne weiteres möglich, die dem Opfer zugesprochenen 100000.- auch als Entschädigung der Verletzung seiner sexuellen Integrität zu betrachten. Möglicherweise enthält damit das zitierte Urteil den Kernbestand eines zukünftigen Entschädigungssystems für solche Verletzungen, was aus Opferhilfeperspektive mehr als nur begrüssenswert wäre.

23. Art. 13 Abs. 1 OHG: Präzedenzentscheide und Klärungsbedarf

ART. 13 BEMESSUNG DER ENTSCHÄDIGUNG

1 Die Entschädigung richtet sich nach dem Schaden und den Einnahmen des Opfers. Liegen die Einnahmen unter dem massgebenden Höchstbetrag für den allgemeinen Lebensbedarf nach ELG, so erhält das Opfer vollen Schadenersatz; übersteigen die Einnahmen diesen Betrag, so wird die Entschädigung herabgesetzt.

23.1. Gerichtliche Vergleiche

Nach der Meinung des Bundesgerichts (Urteil vom 5. 11. 1997 = BGE 124 II 8) ist die Opferhilfebehörde an eine Vereinbarung zwischen Täter und Opfer über eine Genugtuungsleistung auch dann nicht gebunden, wenn es sich um einen *gerichtlichen* Vergleich

financière leur a été refusée.“ (1995, S. 38). Es ist allerdings zu vermuten, dass dieses Ergebnis zum Teil auf mangelndes Wissen über die in anderen Kantonen erhältlichen Beträge zurückzuführen ist. Ein Opfer, das dies wüsste, würde es wahrscheinlich bereuen, nicht von seinem Recht auf freie Wahl der Beratungsstellen (Art. 3 Abs. 5 OHG) Gebrauch gemacht zu haben. Auch wenn relative, nicht absolute Summen entscheidend sind, sollte die Regelung doch in der ganzen Schweiz dieselbe sein.

handelt. Dies wird dadurch begründet, dass es nicht angehe, Verträge zu Lasten Dritter zu billigen. Das ist sicher richtig. Mitzuberücksichtigen gilt es jedoch auch, dass zumindest durch gerichtliche Vergleiche, die richterlich geprüft, genehmigt und in die Urteils motive aufgenommen wurden, eine starke Erwartungshaltung des Opfers begründet wird, die ihm versprochene Geldsumme auch zu erhalten. Hier wären sicher eine Praxisänderung und gegebenenfalls auch eine gesetzgeberische Klärung (etwa in der Botschaft zu einem allfälligen revidierten Opferhilfegesetz) angebracht. Besteht wirklich ein entscheidender Unterschied zwischen zivilrechtlicher und opferhilferechtlicher Entschädigung (dazu siehe unten, Abschnitt 23.2), sollten Opfer und Täter auch darauf hingewiesen werden. Hat das Opfer die (an sich plausible) Vorstellung, das Opferhilfegesetz habe die Aufgabe, es in seinen zivilrechtlichen Ansprüchen gegenüber dem Täter zu schützen, wird es sonst bei einer Kürzung der im Vergleich zugesprochenen Summe herb enttäuscht.

23.2. Verhältnis zum Zivilrecht

Das Bundesgericht sah am 2. 3. 1999 (= BGE 125 II 169) den Unterschied zwischen den Entschädigungssystemen nach OHG und nach OR darin, dass in ersterem ein Höchstbetrag fixiert ist, „ce qui démontre encore que l'indemnisation fondée sur la LAVI n'a pas été voulue pleine et entière, contrairement au système découlant des art. 41 ss CO.“ Zumindest im Fall der Genugtuungen haben dies Gomm, Stein und Zehntner bestritten:

„Gerade bei schwersten Verletzungen ist nicht einzusehen, aus welchen Gründen die Genugtuungszahlung gemäss OHG geringer sein soll als der entsprechende zivilrechtliche Anspruch bei Erueierung bzw. Solvenz des Täters. Bei Para- bzw. Tetraplegien sind daher auch Genugtuungsansprüche bis 150000.- durchaus am Platz.“ (ad Art. 12, Rn. 12).

In der bundesrätlichen Botschaft zum OHG wird aber ausgeführt, dass unterhalb des Höchstbetrags das Opfer Anspruch auf eine vollständige Entschädigung hat:

„Das vorgeschlagene Entschädigungssystem sieht vor, dass das Opfer, dessen Einkommen eine bestimmte Grenze nicht überschreitet, einen *Rechtsanspruch* auf eine Entschädigung hat. [...] Es ist vorgesehen, dass die Entschädigung den Schaden bis zu einer bestimmten Höhe des Einkommens, die man als Existenzminimum betrachten kann, *vollständig* decken soll. Jenseits dieser Grenze soll sich der Deckungsgrad vermindern.“ (Botschaft, S. 976; Hv. v. uns)

Aus der Existenz eines Höchstbetrags allein kann nicht darauf geschlossen werden, dass in der Vollständigkeit der Schadensdeckung der entscheidende Unterschied von OR und OHG liege. Stattdessen ist er vielmehr in der unterschiedlichen Natur der Rechtsansprüche und in den unterschiedlichen Perspektiven zu verorten, in denen diese Ansprüche evaluiert werden müssen.

24. Art. 13 Abs. 2 OHG: Das Problem des Mitverschuldens

ART. 13 BEMESSUNG DER ENTSCHÄDIGUNG

2 Die Entschädigung kann herabgesetzt werden, wenn das Opfer den Schaden wesentlich mitverschuldet hat.

24.1. Anrechnung des Mitverschuldens

Die Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Opfers ist im Gesetz nur für Entschädigungen vorgesehen. Zudem sollte sie nach dem Willen des Gesetzgebers an weitere, strengere Voraussetzungen geknüpft werden als die privatrechtliche Anrechnung eines Mitverschuldens:

„Absatz 2 erlaubt es der Behörde, die Entschädigung herabzusetzen, wenn das Opfer den Schaden wesentlich mitverschuldet hat. Mit dem Mitverschulden wird ein Begriff verwendet, der aus dem Zivilrecht bekannt ist. Die Behörde kann sich daher an die vom Bundesgericht und den kantonalen Zivilgerichten entwickelte Rechtsprechung anlehnen. Die Formulierung „wenn das Opfer den Schaden wesentlich mitverschuldet hat“ geht allerdings weniger weit als die Herabsetzungsgründe nach Artikel 44 Absatz 1 OR. Überdies kann die Behörde die Entschädigung bei einem Mitverschulden des Opfers nur herabsetzen, sie aber nicht ganz verweigern.“ (Botschaft, S. 991)

Wir haben bereits festgestellt, dass der Bundesrat zum Zeitpunkt der Abfassung der Botschaft der Ansicht war, auf Genugtuungen bestehe kein Rechtsanspruch. In diesem Fall wäre die Ausrichtung von Genugtuungen ein reiner Ermessensentscheid gewesen, bei dem *jedes* Mitverschulden hätte berücksichtigt werden können. Mittlerweile wurde dies vom Bundesgericht richtiggestellt: auf Genugtuungen besteht, ebenso wie auf Entschädigungen, ein Rechtsanspruch (siehe Abschnitt 21.1). Deshalb können Genugtuungssummen, die an sich geschuldet wären, nur dann wegen Mitverschuldens reduziert werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 13 Abs. 2 OHG erfüllt sind. Dies entspricht auch weitgehend der kantonalen Rechtsprechung und der Praxis des Bundesgerichts (BGE 120 Ia 157, 121 II 369). Die Anwendbarkeit von Art. 13 Abs. 2 OHG auch auf die Kürzung von Genugtuungsansprüchen wurde auch in BGE 123 II 210 noch grundsätzlich bestätigt:

„Diese Erwägung [Anrechnung nur des *wesentlichen* Mitverschuldens] trifft nicht nur auf die (materielle) Entschädigung zu, sondern auch auf die Genugtuung. Für die Anwendbarkeit von Art. 13 Abs. 2 OHG auf die Genugtuung liesse sich auch die neuere Praxis des Bundesgerichts zu Art. 47 OR anführen, wonach sich die Kürzung der Genugtuung wegen Mitverschuldens grundsätzlich in der gleichen Grössenordnung bewegen sollte wie die Kürzung des materiellen Schadenersatzanspruchs.“ (Bundesgerichtsentscheid vom 22. 2. 1997 = BGE 123 II 210)

In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht hingegen ein Mitverschulden des Opfers bei der Ausrichtung von Genugtuungen (im Gegensatz zu der von Entschädigungen) auch dann mitberücksichtigt, wenn es nicht wesentlich i. S. v. Art. 13 Abs. 2 OHG war:

„Wie oben dargestellt, darf eine an sich geschuldete Genugtuung wegen Mitverschuldens des Opfers weder nach OR noch nach OHG ganz verweigert werden. Indessen kann ein (auch nur untergeordnetes) Mitverschulden zu einer Reduktion des Genugtuungsanspruchs führen.“ (Bundesgerichtsentscheid vom 5. 11. 1997 = BGE 124 II 8)

Diese Praxisänderung ist abzulehnen, da sie nicht nur mit Art. 13 Abs. 2 OHG schwer vereinbar ist, sondern auch dem Sinn des OHG zuwiderläuft. Ein leichtes Mitverschulden des Opfers wird im Zivilrecht typischerweise (zumindest in OHG-relevanten Fällen) durch ein höheres Täterschulden ausgeglichen. Im Zivilrecht wird ein Mitverschulden des Opfers bei der Beurteilung von Ansprüchen aus Art. 47 OR charakteristischerweise mit dem Verschulden des Täters verglichen. Überwiegt das Täterschulden das Opferschulden, so wird der Anspruch gekürzt; auch bei überwiegendem Mitverschulden bleibt er jedoch grundsätzlich auch bei Genugtuungen bestehen:

„Die geschichtliche Entwicklung der Genugtuung im schweizerischen Privatrecht stellt die Erklärung dar für die Frage, weshalb so lange die Ansicht vertreten wurde, dass das Mitverschulden im Rahmen von Art. 47 strengere Folgen haben sollte als im Rahmen des allgemeinen Schadenersatzes. Eine solche Praxis hat jedoch in der jetzigen Zeit, wo man die Persönlichkeitsrechte vermehrt schützen will, ihre Berechtigung verloren. Es leuchtet nicht mehr ein, weshalb der Geschädigte, ist er an seinem Unfall überwiegend schuldig, zwar eine reduzierte Entschädigung für seinen materiellen, nicht dagegen für den immateriellen Schaden erhalten soll.“ (Brehm, ad Art. 47, Rn. 83)

Auch das Bundesgericht erachtet in konstanter Rechtsprechung die Verweigerung einer Genugtuung wegen Mitverschuldens für unzulässig (vgl. BGE 123 II 210). Die Kürzungsquote ist bei Genugtuungsansprüchen deshalb grundsätzlich identisch mit derjenigen bei Schadenersatzansprüchen (Brehm, ad Art. 47, Rn. 78).

Ist das Bundesgericht schon im Zivilrecht generell zurückhaltend in der Mitberücksichtigung des Mitverschuldens des Opfers (BGE 117 II 50, 116 II 735), so hat dies um so mehr für die Opferhilfe zu gelten. Denn erstens hat hier das Täterschulden, das mit dem Opferschulden aufzuwiegen wäre, generell ausser Betracht zu fallen, insofern es allein auf die Schwere der Integritätsbeeinträchtigung und nicht auf die rechtliche Qualifikation der Tathandlung ankommen soll (siehe Abschnitt 21.3). Zweitens hat der Billigkeitsmassstab, an dem die Ausrichtungswürdigkeit von Genugtungen zu überprüfen ist, in den beiden Fällen ganz anderen Charakter. Im Zivilrecht ist die Grundüberlegung die, dass es unbillig wäre, eine Person A zu verpflichten, den immateriellen Schaden einer Person B zu entgelten, wenn B ganz oder zu einem Teil selbst für diesen immateriellen Schaden einzustehen hat. Die Kürzung der Genugtuung ist in diesem Fall vom Gedanken motiviert, sich in einem sozialen Zwist nicht ungerechterweise auf die eine Seite zu schlagen und damit zusätzlichen Zwist zu säen.³⁰ Bei der Opferhilfe präsentiert sich das Bild grundsätzlich anders: hier hat es die Entschädigungsbehörde nicht mit beiden Streitparteien zu tun, sondern mit einem einzelnen Opfer, dessen Anspruchsberechtigung ohne Rückgriff auf einen mutmasslichen Täter abzuklären ist. Hier hat die Kürzung eines erhobenen Anspruchs auf Genugtuung nicht schlichtende, sondern das Opfer desavouierende Auswirkungen. Das Opfer wird als Nicht-Opfer hingestellt, das von ihm angeprangerte Unrecht wird staatlich für nichtexistent erklärt (vgl. für die Funktion der Genugtuung als Anerkennung eines Unrechts Abschnitt 22.3). Drittens ist das der Kürzungsmotivation zugrundeliegende Bild eines ganz und gar unschuldigen, ‚reinen‘ Opfers ein Vexierbild, das sich in der Realität nicht wiederfindet. Wenn die Grundmotivation des OHG, das Opfer nicht zum Täter zu machen, Hoffnung auf Erfolg haben soll, sollte eine verschuldensorientierte Trennung der beiden Rechtskategorien nicht Platz greifen: Opfer i.S. des OHG ist, wer eine Verletzung erleidet, nicht nur, wer ein in jeder Hinsicht rechtskonformes Vorleben vorweisen kann.

Auch in seinem Urteil vom 22. 2. 1997 (= BGE 123 II 210) hat das Bundesgericht einen Unterschied der Entschädigungssysteme von OR und OHG darin gesehen, dass bei ersterem gemäss Art. 44 OR jegliches Mitverschulden eine Reduktion der Entschädigung oder Genugtuung rechtfertigt, im OHG-Verfahren nur qualifiziertes, d.i. wesentliches Mitverschulden dem Opfer anzulasten sei. Der Gesetzgeber habe bewusst eine Formulierung gewählt, die restriktiver sei als die der Herabsetzungsgründe von Art. 44 OR. Auch wenn dies letztere stimmt, ist die Differenzierung der Entschädigungssysteme nach der Anrechenbarkeit des Mitverschuldens wohl unhaltbar. Denn sie lässt ausser acht, dass zivilrechtlich das Mitverschulden des Opfers nur in Betracht gezogen wird, um es mit dem Verschulden des Täters zu vergleichen. M.a.W.: Im Zivilrecht werden die Gesamtkosten eines Streits nach dem Anteil des Verschuldens auf die Beteiligten verteilt. Opferhilferechtlich hingegen hat die Berücksichtigung des Mitverschuldens in der Praxis der kantonalen Gerichte eine autonome anspruchskürzende Funktion. Opferhilferechtlich auch leichtes Mitverschulden dem Opfer anzulasten, würde bedeuten, es damit

³⁰ Das Selbstverschulden des Geschädigten wird denn auch dem Verschulden des Schädigers gleichgestellt: „Selbstverschulden ist gegeben, wenn ein für den Schaden ursächliches Verhalten vorliegt, ‚das bei anderer Rollenverteilung ein Verschulden darstellen würde‘.“ (Schnyder, ad Art. 44, Rn. 7; unter Berufung auf Oftinger)

schlechter zu stellen als es dies zivilrechtlich verdiente. Trotzdem vertritt auch die SVK-OHG diese Meinung:

„Eine Herabsetzung [der Entschädigung] kann erfolgen, wenn das Opfer den Schaden wesentlich mitverschuldet hat; es genügt demnach nicht jegliches Verschulden des Opfers. [...] Kommentar: Bei der Bemessung der *Genugtuung* kann jedes Verschulden des Opfers berücksichtigt werden. Die urteilende Behörde muss sich nicht darauf beschränken, nur das wesentliche Mitverschulden des Opfers zu berücksichtigen (BGE 123 II 210).“ (Rn. 59 der Empfehlungen und der Kommentar dazu)

Dieselbe Meinung findet sich auch bei Gomm:

„Für den Bereich der Genugtuung nach Art. 12 Abs. 2 OHG ergeben sich hinsichtlich der Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Opfers weniger Probleme. Im Gesetzestext findet sich keine Einschränkung, dass ein allfälliges Mitverschulden bei der Bemessung der Genugtuung nicht berücksichtigt werden dürfe.“ (1998, S. 678-679)

Dies ist ein merkwürdiges Argument: wenn ein Gesetz keine Kriterium nennt, unter denen sich der Anspruch auf staatliche Leistungen reduziere, folgt daraus noch nicht, dass sie ohne Kriterien reduziert werden dürfen. Stattdessen ist davon auszugehen, dass Genugtuungen ohnehin nur dann wegen Mitverschuldens reduziert werden dürfen, wenn dieses Mitverschulden die beiden (einzigen) Voraussetzungen des Genugtuungsanspruchs, d.i. die schwere Betroffenheit und das Vorliegen besonderer Umstände, tangiert.

Im zitierten Entscheid (BGE 123 II 210) war das Bundesgericht zudem der Meinung, die Herabsetzungsklausel von Art. 13 Abs. 2 OHG dürfe nicht unesehen analog auf Genugtuungen angewendet werden. Nur bei Entschädigungen, nicht aber bei Genugtuungen sei eine Kürzung bei Mitverschulden vorgeschrieben, im ersten, aber nicht im zweiten Fall würde es dem sozialen Zweck des OHG widersprechen, der Verschuldenskürzung zu viel Raum zu geben. Ein rechtswidriges Verhalten des Opfers (wie bspw. die Teilnahme an einer unbewilligten Demonstration) dürfe aber dennoch anspruchsmindernd berücksichtigt werden, weil die Ausrichtung einer Genugtuung insgesamt Ausdruck eines Billigkeits- und Ermessensentscheides sei:

„Unter diesem Gesichtspunkt erschiene es inkonsequent, wenn eines dieser [bei der Bemessung einer Genugtuung berücksichtigbaren] Kriterien (nämlich das Opfersverschulden) nicht bzw. erst ab einem bestimmten („wesentlichen“) Verschuldensgrad berücksichtigt werden dürfte, mit der Folge, dass keinerlei Abstufung mehr möglich wäre zwischen demjenigen, den überhaupt kein Verschulden trifft[,] und demjenigen, den zumindest ein leichtes bis mittleres Mitverschulden trifft.“

Das Mitverschulden dürfe deshalb mitberücksichtigt werden, auch wenn es sich in casu nicht als adäquat kausal für die Integritätsverletzung erweise. Auch diese Begründung ist abzulehnen. Den Billigkeitsentscheid des Richters über den Bestand eines Genugtuungsanspruchs an der Mitverschuldensfrage auszurichten heisst, ihn dazu zu ermuntern, ein unkritisches und der gesellschaftlichen Realität nicht entsprechendes Bild vom unschuldigen „reinen“ Opfer zu reproduzieren: damit wird die Entscheidung, die er fällt, eine letztlich rechtspolitische und nicht eine rechtliche sein. Ausserdem ist die Auffassung falsch, die Ausschüttung von Genugtuungen tangiere den „sozialen Zweck“ des OHG nicht. Die staatliche Anerkennung des dem Opfer widerfahrenen Unrechts ist geeignet, dessen Vergeltungsbedürfnis zu stillen und damit einen Beitrag zur Versöhnung von Opfer und Täter zu leisten (vgl. Botschaft, S. 964). Insofern erfüllen auch Genugtuungen durchaus einen „sozialen Zweck“.

Vorzuziehen wäre eine Lösung, die die beiden im Urteil vom 5. 11. 1997 (= BGE 124 II 8) vom Bundesgericht abschliessend aufgezählten Faktoren, die zu einer Verweigerung der Genugtuung führen können, auch für die *Kürzung* von Genugtuungen für verbindlich erklärte:

„Von einer den Kausalzusammenhang der Ereignisse unterbrechenden Handlung kann [...] nicht die Rede sein. Da der Beschwerdeführer auch nicht in seine Verletzung eingewilligt hat, sind die beiden möglichen Voraussetzungen für den Ausschluss einer Genugtuung vorliegend nicht erfüllt. Wie oben dargestellt, darf eine an sich geschuldete Genugtuung wegen Mitverschuldens des Opfers weder nach OR noch nach OHG ganz verweigert werden.“

Das Bundesgericht gibt in nämlichen Entscheid dann auch noch gleich ein Kriterium für die Unterbrechung des Kausalablaufs:

„Wie bereits das Verwaltungsgericht festgehalten hat, ist das provokative Verhalten des Beschwerdeführers vorliegend nicht dermassen gravierend, dass die Straftaten des Täters als zwingend bzw. als ohne weiteres voraussehbar qualifiziert werden müssten. Von einer den Kausalzusammenhang der Ereignisse unterbrechenden Handlung kann somit nicht die Rede sein.“

24.2. Lebensführungsschuld als Mitverschulden

Selbst wenn man wie das Bundesgericht in BGE 123 II 210 der Meinung ist, bei der Ausrichtung von Genugtuungen dürfe dem Opfer Mitverschulden jeden Grades angerechnet werden, kann sich dies nur auf ein Mitverschulden beziehen, das Teil der adäquat-kausalen Verursachung der Integritätsbeeinträchtigung ist. Die Kürzungsmöglichkeit wegen Mitverschulden wurde aber von den kantonalen Gerichten auch dazu missbraucht, eigene Werturteile über das Opfer zum Massstab der Opferhilfe zu machen, indem ihm auch angebliches Fehlverhalten angerechnet wurde, das mit der mutmasslichen Straftat in keinem Zusammenhang steht. Es ist deshalb gerechtfertigt, hier von einer Lebensführungsschuld zu sprechen.

So liess etwa das Zürcher Obergericht am 27. 12. 1994 die Frage offen, ob die Illegalität des Aufenthaltes in der Schweiz hinreichender Grund sein könnte, das OHG-Verfahren, in dem es um die Erstattung der Kosten eines Frauenhausaufenthaltes wegen sexueller Nötigung und Vergewaltigung ging, bis zum Vorliegen einer Aufenthaltsgenehmigung auszusetzen.

Das Genfer Verwaltungsgericht war in seinem Urteil vom 23. 5. 1995 der Meinung, es könne einem Opfer, dem im Zusammenhang mit einem Betäubungsmittelkauf eine schwere Körperverletzung zugefügt wurde, die Genugtuung aufgrund seines Lebenswandels verweigern:

„L'agression est en effet intervenue dans le cadre d'une activité prohibée, l'achat de stupéfiants, pour laquelle le recourant a été déclaré en contravention à maintes reprises, avant et après l'agression. Vu le contexte, il y a lieu d'admettre qu'évoluant dans le milieu des toxicomanes et des vendeurs de drogue depuis 1989, le recourant a pris le risque délibéré de s'exposer à la violence qui règne dans cette frange de la population.“

Ausserdem führt das Verwaltungsgericht noch zwei weitere Gründe an: Erstens die Tatsache, dass sich das Opfer an der von seinem Bruder aus Rache an der Wohnung des Täters durchgeführten Zerstörungsaktion beteiligt habe, und zweitens „le peu de respect des règles de la vie en société dont fait preuve le recourant“. Auch anderswo in der kantonalen Rechtsprechung wurde dem Opfer sein soziales Umfeld zur Last gelegt. In einem Fall, den das Berner Verwaltungsgericht am 24. 3. 1997 zu beurteilen hatte, wurde dem Opfer einer versuchten vorsätzlichen Tötung eine Genugtuung ebenfalls mit dem Hinweis auf sein Mitverschulden verweigert:

„Der Beschwerdeführer griff den Täter verbal in massiver Art und Weise an [„Ich reisse dir den Schnauz aus“]. Dieser fühlte sich durch ... [ihn] ernsthaft bedroht. Die Erfahrung zeigt,

dass in den Kreisen des Beschwerdeführers [gemeint sind Angehörige des ehemaligen Staates Jugoslawien] oft heftig auf Provokationen reagiert wird.“

Es scheint sehr zweifelhaft, Lebensführung und frühere Straftaten dem Opfer als Mitverschulden anzurechnen: Nicht nur fehlt der adäquat-kausale Zusammenhang mit der Integritätsbeeinträchtigung, sondern damit wird auch explizit der Grundmotivation des Opferhilfegesetzes zuwidergehandelt, das Opfer nicht zum Täter zu machen. Lebensführung als Mitverschulden zu konstruieren ist ein Rückfall in ein einem Rechtsstaat schlecht anstehendes „Bewertungsrecht“. Im Zusammenhang mit einem Tatstrafrecht, auf welches sich das OHG bezieht, erscheint die Berücksichtigung der Lebensführungsschuld bei Täter wie Opfer als inkonsequent.

Problematisch ist der vorerwähnte Berner Entscheid auch deshalb, weil der Putativnotwehrexzess, der dem Täter vom Geschwornengericht Bern aufgrund der Provokation des Opfers zugebilligt wurde, nur einen Schuldminderungs- und keinen Rechtfertigungsgrund darstellt. Dem Opfer wird damit zur Last gelegt, dass man die Straftat dem Täter aufgrund von Umständen, die es zu vertreten habe, nur bedingt bzw. in geringerem Masse vorwerfen könne. Nach dem deutlichen Willen des Gesetzgebers, konstanter Gerichtspraxis und der herrschenden Lehre soll es für die Opferhilfe indessen gerade keine Rolle spielen, ob die Tat dem Täter auch vorgeworfen werden könne – aus der richtigen Überlegung, dass dieser Gesichtspunkt für die Beurteilung der Integritätsverletzung des Opfers keine Rolle zu spielen habe. Der Genfer Entscheid wurde vom Bundesgericht am 20. 12. 1995 (= BGE 121 II 369) teilweise geschützt, war es doch der Meinung, auch Mitverschuldensfaktoren, die dem Täter nicht zugute kommen können, dürften dem Opfer angerechnet werden:

„... elle [la disposition de l’art. 12 al. 2 LAVI] permet en tout cas à l’autorité cantonale d’opposer à la victime l’exception de faute concurrente, même si cette exception n’est pas opposable par auteur de l’infraction; c’est tout particulièrement le cas lorsque le risque réside dans la (mauvaise) fréquentation de l’auteur par la victime.“

Die Mitschuld des die Drogenszene frequentierenden Opfers wurde vom Bundesgericht dabei nicht auf bestimmte Delikte eingeschränkt, sondern ganz im allgemeinen als erwiesen hingestellt:

„... par ailleurs, la victime qui appartient au monde du crime organisé (par exemple au trafic de stupéfiants) ou à des organisations se livrant à des actes de violence (organisations terroristes) s’aliène la sympathie et se prive de la solidarité de la société, et peut ainsi se voir refuser l’indemnisation en tout ou partie.“

Das Bundesgericht beruft sich dabei auf die entsprechenden Stellen im Kommentar von Gomm, Stein und Zehntner (ad Art. 13, Rn 33). Es übersieht dabei erstens, dass es an besagter Stelle nur um Opferhilfeansprüche aus *gewolltem* Drogenkonsum geht, und zweitens, dass sich diese Autoren selbst widersprechen, wenn sie einerseits die Nicht-Übernahme des dritten Absatzes von Art. 8 des Europäischen Übereinkommens mit guten Gründen begrüßen,³¹ andererseits die *pauschale* Verweigerung von Opferhilfe für Drogenkonsumenten durch Billigkeitserwägungen ebensolcher Art rechtfertigen. Im zitierten Entscheid trug das Bundesgericht der Milieuzugehörigkeit des

³¹ Art. 8 Abs. 3 des Europäischen Übereinkommens lautet: „Die Entschädigung kann auch gekürzt oder versagt werden, wenn eine volle oder teilweise Entschädigung im Widerspruch zum Gerechtigkeitsempfinden oder zur öffentlichen Ordnung (ordre public) stünde.“ Gomm, Stein und Zehntner sagen zur Nicht-Übernahme dieser Passage ins Bundesrecht: „Dagegen wurde mit guten Gründen darauf verzichtet, den „Widerspruch“ zum Gerechtigkeitsempfinden ins schweizerische Gesetz zu übernehmen, mahnen doch diese Wendungen zu sehr an da ominöse „gesunde Volksempfinden“ und sind im Rechtsstaat kaum praktikabel.“ (ad Art. 13, Rn. 26).

Opfers nicht nur dadurch Rechnung, dass es sie ihm als Mitverschulden anrechnete, sondern es war ausserdem der Meinung, es liege eine Einwilligung ins Risiko vor:

„Pour les motifs indiqués ci-dessus, la participation volontaire à une activité illicite, comportant le risque certain d’actes de violence et de propre justice, est une circonstance que le canton peut en soi opposer au requérant en tant que faute concurrente ou acceptation du risque.“

Von einer Einwilligung ins Risiko einer schweren Körperverletzung kann aber bei Drogenkäufern keine Rede sein: Die Rechtfertigung schwerer Körperverletzungen durch Einwilligung ist nur unter Einschränkungen möglich, die auf das wohlverstandene Interesse des Opfers abstellen. Zudem fehlt es bereits am Wissen (sowohl des Einwilligenden wie auch des Täters) dort, wo es um eine Einwilligung in das Risiko *irgendwelcher*, für das Drogenmilieu mutmasslich charakteristischer, Delikte geht. Die angebliche „Einwilligung“ stellt dann erst recht nicht einen „Akt wirklicher Selbstbestimmung“ dar (Stratenwerth, Strafrecht AT, § 10 RN 19) und liegt deshalb in Wahrheit nicht vor.

Eine weitere Begründungsvariante des anscheinend verbreiteten Anliegens, blosse Milieuzugehörigkeit als Verschuldensform zu konstituieren, findet sich in einem Urteil des Zürcher Obergerichts vom 30. 9. 1996. Dort wurde eine Genugtuung wegen Vergewaltigung, sexueller Nötigung und einfacher Körperverletzung mit der Begründung von 15000.- auf 5000.- reduziert, die Milieuzugehörigkeit lasse sich auf das Ausmass der psychischen Folgen umrechnen:

„Auf der anderen Seite ist aber auch nicht zu übersehen, dass eine Person aus dem Drogenmilieu das brutale Umfeld in einem gewissen Mass gewohnt ist, was den Übergriff keineswegs entschuldigt, seine psychischen Folgen aber tendenziell doch in Grenzen zu halten geeignet ist.“

Solche dogmatisch waghalsigen Konstruktionen, den Lebenswandel dem Opfer als Mitverschulden anzurechnen, sind abzulehnen. Es läuft dem Sinn und Zweck des Opferhilfegesetzes eklatant zuwider, ganze Kategorien möglicher Opfer *von vornherein* von der Opferhilfe auszuschliessen oder diese für sie zu beschneiden. Es ist nicht nur kriminal-, sondern auch staatspolitisch und menschenrechtlich unerträglich, ganzen Bevölkerungsteilen Rechtsansprüche dadurch zu versagen oder zu kürzen, dass man ihnen *in toto* wegen ihrer Lebensführung eine Mitschuld an der Straftat zuschreibt bzw. annimmt, die Folgen der Straftat träfen sie minder schwer.

In einem in vielerlei Hinsicht bedenklichen Urteil des Zürcher Sozialversicherungsgerichts vom 4. 9. 1997 wurde versucht, die Finanzen des Kantons durch eine fragwürdige Herabsetzung der Beweisanforderungen für die *Herabsetzung* von Genugtuungen zu schonen:

„Für die Entstehung des Anspruchs auf Opferhilfe ist weder erforderlich, dass der Straftäter strafrechtlich verfolgt oder verurteilt worden ist, noch dass er bekannt oder identifiziert ist [...]. Soll diese Zielsetzung nicht verunmöglicht werden, kann nach Auffassung dieses Gerichts hinsichtlich der den Anspruch auf Opferhilfe begründenden Straftat *und eines allfälligen Selbstverschuldens des Opfers* nicht der in Zivil- und Strafverfahren übliche volle Beweis verlangt werden, sondern es muss der im Sozialversicherungsverfahren übliche Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit [...] genügen.“ (Hv. von uns)

Diese Konstruktion erlaubte es dem Sozialversicherungsgericht, dem Bruder des Getöteten eine Genugtuung zu verweigern, obwohl er im Strafprozess vom Vorwurf des Raufhandels freigesprochen worden war. Ausserdem berücksichtigte das Sozialversicherungsgericht Zeugenaussagen, die im Strafprozess wegen fehlender Konfrontation mit dem (getöteten) Täter nicht verwertet werden konnten, und stellte darauf gestützt fest, dass dieser den Straftatbestand des Raufhandels erfüllt habe und folglich an seinem Tod ein Selbstverschulden trage. Deshalb

verweigerte das Sozialversicherungsgericht den Angehörigen des angeblich selbstverschuldet ums Leben gekommenen Opfers jede Genugtuung.

Hier werden rechtsstaatliche Verfahrensgarantien ausser Kraft gesetzt und das Opferhilfegesetz ad absurdum geführt: wenn die Beweisvoraussetzungen für das Vorliegen einer Straftat i.S. des OHG tiefer liegen als die für eine Straftat i.S. des StGB, so liegt dies *allein* an den unterschiedlichen Perspektiven von Opferhilfe und Strafrecht. Auch für das Vorliegen von die Opferstellung schmälern dem Selbstverschulden solche tieferen Voraussetzungen zu fordern, hiesse, Eigenheiten der sog. Opferperspektive *gegen* das Opfer zu verwenden. Werden sowohl an das Vorliegen einer Straftat wie an das eines Mitverschuldens in Opferhilfebelangen schwächere Voraussetzungen geknüpft, reduziert sich die Anwendung eines Gesetzes, das der Stärkung der Opferstellung hätte dienen sollen, darauf, eine rechtlich und staatspolitisch nicht begründbare, ermessensabhängige Scheidung von „guten“ und „bösen“ Opfern vorzunehmen und ersteren, nicht aber letzteren, das Mitgefühl und die Solidarität der rechtschaffenen Bürger zu versichern.

24.3. Wem kann wessen Mitverschulden angerechnet werden?

Die Ausweitung des Anwendungsbereichs des Opferhilfegesetzes in Art. 2 Abs. 2 OHG wird übereinstimmend mit der Überlegung begründet, dass die Angehörigen und nahen Freunde einer Person durch ihre Viktimisierung selbst in einem gewissen Sinn zu Opfern werden, denen es zu helfen gelte. Damit unterscheiden sich Genugtuungs- und Entschädigungsansprüche aus Art. 2 Abs. 2 OHG in diesem Punkt grundsätzlich von zedierten zivilrechtlichen Forderungen gegenüber dem Täter. Es ist nicht vertretbar, Genugtuungsansprüche der Kinder einer getöteten Person damit zu begründen, dass diese dieser Person selbst zustünden, wäre diese nicht gestorben. Stattdessen begründet gerade die Tötung des Vaters bzw. der Mutter den unmittelbaren Genugtuungsanspruch der Kinder. Die vom Schädigungsereignis in ihrer körperlichen oder psychischen Integrität beeinträchtigten Personen haben einen eigenständigen Genugtuungsanspruch (Abschnitt 22.2). Deshalb kann es nicht angehen, ihnen ein Mitverschulden des Getöteten anzurechnen, welches sie als in eigener Person Anspruchsberechtigte nicht verantworten müssen. Der Gesetzgeber hat bei der Ausweitung der Anspruchsgrundlage hauptsächlich an den Fall des Versorgerschadens gedacht. Auf dem Feld des Zivilrechts begründet nun aber der Tod eines Menschen *selbständige* Genugtuungsansprüche der Angehörigen:

„Der Anspruch der Angehörigen auf Genugtuung entsteht nicht aufgrund eines vom Verstorbenen geerbten Rechts. Das Gesetz hat hier dem Dritten ein selbständiges Recht für den Ausgleich eines immateriellen Reflexschadens gewährt.“ (Brehm, ad Art. 47, Rn. 132)

Es liegt nahe, diese zivilrechtlichen Grundsätze auch auf das OHG zu übertragen und den Angehörigen des Opfers dessen Mitverschulden nicht anzulasten.

Besonders delikat sind Fälle, in denen sowohl eine generelle Lebensführungsschuld unter dem Titel des Mitverschuldens eine Reduktion der Genugtuungen rechtfertigen soll als auch dieses Mitverschulden nicht dem Opfer selbst (das schliesslich allein für sein Mitverschulden einzustehen hat), sondern ebenfalls den nach Art. 2 Abs. 2 OHG vorgehenden Angehörigen angelastet wird. Wie stark man sich in solchen Fällen auf in der Luft hängende Billigkeitsüberlegungen abzustützen bereit ist, mag ein Zitat von Hütte verdeutlichen:

„Oder warum sollen die Eltern des verstorbenen Drogensüchtigen nach OHG eine Genugtuung beanspruchen können, nur weil der „Drogen-Kollege“ dem Verstorbenen auf dessen Wunsch hin geholfen hatte, sich die (tödliche) Spritze zu setzen? [...] Es fällt schwer, zu verstehen, dass die Eltern unter solcher Voraussetzung überhaupt Genugtuung begehren. In diesem Sinne

müsste man prüfen, ob die Stadt Bern, die mit blauer Beleuchtung das gezielte Setzen einer Spritze verunmöglicht und damit dazu beiträgt, dass der Betroffene die Spritze falsch setzt, nicht allein aus diesem Tatbestand heraus all denen hafte, die die Spritze mangels Beleuchtung nicht richtig setzen können und sich dadurch schädigen. Das kann doch nicht rechtens sein.“ (1998, S. 270)

Es kann hier nicht darum gehen, die Qualität des Urteils zu beurteilen, auf das Hütte hier anspielt.³² Wichtig ist nur, dass (i) der Umstand, dass Integritätsbeurteilungen im Drogenmilieu stattfinden, nicht für oder gegen eine Genugtuung sprechen darf, (ii) die Eltern eine eigenständige Integritätsbeurteilung geltend machen können, die sie selbst nicht mitverschuldet haben, und (iii) der Rekurs auf nicht explizierte Gefühle darüber, was rechtens und unrechtens sind, in Rechtsstaaten nicht Grundlage der Beurteilung von individuellen Anspruchsberechtigungen gegenüber der Allgemeinheit bilden sollten.

25. Art. 14 OHG: Präzedenzentscheide und Klärungsbedarf

ART. 14 SUBSIDIARITÄT DER STAATLICHEN LEISTUNG

1 Leistungen, die das Opfer als Schadenersatz erhalten hat, werden von der Entschädigung abgezogen. Ausgenommen sind Leistungen (insbesondere Renten und Kapitalabfindungen), die bereits bei der Berechnung der anrechenbaren Einnahmen berücksichtigt worden sind (Art. 12 Abs. 1). In gleicher Weise werden Genugtuungsleistungen von der Genugtuung abgezogen.

2 Hat die Behörde eine Entschädigung oder Genugtuung zugesprochen, so gehen die Ansprüche, die dem Opfer aufgrund der Straftat zustehen, im Umfang der Entschädigung oder der Genugtuung an den Kanton über. Diese Ansprüche haben Vorrang vor den verbleibenden Ansprüchen des Opfers und den Rückgriffsansprüchen Dritter.

3 Der Kanton verzichtet darauf, seine Ansprüche gegenüber dem Täter geltend zu machen, wenn es für dessen soziale Wiedereingliederung notwendig ist.

25.1. Was heisst Subsidiarität?

Im Abschnitt 12.1 wurde bereits festgestellt, dass in der kantonalen Praxis wie auch in der letztinstanzlichen kantonalen Rechtsprechung auch die Abgeltung „weiterer Kosten“ unter Art. 3 OHG wie selbstverständlich als subsidiär im Sinn von Art. 14 OHG gilt. Dort wurde auch zwischen zeitlicher, sachlicher und materieller Subsidiarität unterschieden. Eine Leistung ist zeitlich subsidiär, wenn sie erst dann ausgerichtet wird, nachdem alle anderen Möglichkeiten ausprobiert wurden und fehlgeschlagen sind. Sachlich subsidiär ist sie dann, wenn sie nur ausgerichtet wird, wenn dem Opfer keine andere (erfolgsversprechende) Möglichkeit zur Verfügung steht. Materielle Subsidiarität bedeutet, dass Leistungen nur denjenigen Opfern ausgerichtet werden, die sie aufgrund ihrer finanziellen Situation benötigen.

Die Frage, welche Leistungen der Opferhilfe in welchem Sinn als subsidiär zu gelten haben, ist trotz der gesetzlichen Bestimmung in Art. 14 OHG als im wesentlichen offen zu betrachten. Auch die Botschaft bringt in diesem Punkt keine Klärung:

„Absatz 1 [von Art. 14 OHG] sieht vor, dass von der Entschädigung alle Leistungen in Abzug gebracht werden, die das Opfer bereits als Schadenersatz erhalten hat. Von der

³² Das Genugtuungsbegehren der Eltern erklärt sich wohl aus ihrer Überzeugung, dass ihr Sohn durch eine Straftat ums Leben kam. Die Haftung der Stadt Bern scheitert wohl an fehlender adäquater Kausalität.

Genugtuungssumme sind jene Leistungen abzuziehen, die dem Opfer bereits als Genugtuung gewährt worden sind.“ (Botschaft, S. 993)

So formuliert bedeutet Subsidiarität nichts weiter als den im übrigen selbstverständlichen Grundsatz, dass bereits entschädigte Schadensposten von der Opferhilfe nicht ein weiteres Mal entschädigt werden sollen. Dies folgt im Grunde schon aus dem Schadenbegriff: eine bereits ausgeglichene Vermögensdifferenz kann nicht ein zweites Mal ausgeglichen werden. Aufschluss über die Frage, die in der Rechtsprechung unter dem Titel „Subsidiarität“ abgehandelt wird, erhalten wir eher aus dem Subrogationsgrundssatz von Art. 14 Abs. 2 OHG. Dieser lässt sich so interpretieren, dass die Entschädigungsbehörde *in jedem Fall* vorleistungspflichtig ist und in die Gläubigerstellung des Opfers gegenüber allfälligen leistungspflichtigen Dritten eintritt. Dies steht nun aber in einer gewissen Spannung zu der Bestimmung von Art. 1 OHV:

ART. 1 VORKEHREN DES OPFERS

Das Opfer muss glaubhaft machen, dass es keine oder nur ungenügende Leistungen von Dritten (Täter, Versicherungen usw.) erhalten kann.

Diese Bestimmung verpflichtet das Opfer zu einer Offenlegung seiner finanziellen Verhältnisse. Dies ist für das Opfer unangenehm, für die Durchsetzung materieller Subsidiarität aber ohnehin notwendig. Problematisch ist, wenn darüber hinaus vom Opfer eine Tätigkeit verlangt wird, die es in vielen Fällen ohne fremde Hilfe nicht leisten kann. Es wird oft auf die Mithilfe der Beratungsstelle angewiesen sein. Vorzugswürdig wäre deshalb in solchen Situationen eine verwaltungsinterne Lösung, die die Beratungsstelle verpflichtete, die Erhältlichkeit entschädigungshalber geschuldeter Leistungen mit dem Opfer gemeinsam abzuklären.

Die besagte Spannung zwischen Art. 1 OHV und Art. 14 Abs. 2 OHG liegt nun darin, dass die Subrogation dann, wenn die Ausrichtung von Entschädigungen und Genugtuungen von Art. 1 OHV abhängig gemacht würde, gar nicht mehr stattfände. Zudem ist fraglich, ob die Erfüllung der durch Art. 1 OHV dem Opfer auferlegten Beweislast als zeitliche oder als sachliche Voraussetzung der Entschädigung zu interpretieren ist. Ersterer Meinung war das Solothurner Verwaltungsgericht am 17. 12. 1997:

„Genugtuungsleistungen sind grundsätzlich vom Täter zu erbringen. Erst wenn das Opfer glaubhaft gemacht hat, dass es von diesem keine oder nur ungenügende Leistungen erhalten kann (Art. 1 OHV), setzt das Departement die Genugtuungssumme im Opferhilfeverfahren fest und richtet sie aus (Par. 25 Abs. 2 EVO).“

Man könnte aber auch mit Blick auf Art. 14 Abs. 2 OHG die Auffassung vertreten, dass eine Entschädigung, die dem Opfer zugesprochen wurde, bei ausbleibender Glaubhaftmachung ihrer Notwendigkeit wie ein überhöhter Vorschuss (Art. 5 OHV) zurückgefordert werden könnte. In diesem Fall wäre Art. 1 OHV als Mitwirkungspflicht des Opfers bei der Subrogation des Staates in seine Gläubigerstellung zu interpretieren. Da Art. 1 OHV sonst in keinen Zusammenhängen von den kantonalen Gerichten herangezogen wurde, muss die Frage wohl gesetzgeberisch geklärt werden. Problematisch ist zudem auch das Verhältnis von Art. 1 OHV zu Art. 16 Abs. 2 OHG, der die Behörden verpflichtet, den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Fraglich ist dabei, ob „Sachverhalt“ so weit zu interpretieren ist, dass auch die Erbringlichkeit anderweitiger Leistungen durch das Opfer unter den Begriff fällt.

Dabei muss im Auge behalten werden, dass eine strenge Form zeitlicher Subsidiarität dem Sinn und Zweck des Opferhilfegesetzes zuwiderliefe. Es ist dem Opfer nicht zuzumuten, zuerst alle anderen Entschädigungsmöglichkeiten auszuprobieren, bevor es sich an eine Entschädigungsbehörde wenden kann, insbesondere dann, wenn die Verwirkungsfrist des Entschädigungsanspruchs nur zwei Jahre beträgt. Aus den Empfehlungen der SVK-OHG wird

ersichtlich, dass Entschädigungsgesuche in vielen Fällen zur Wahrung der Ansprüche zu einem Zeitpunkt eingereicht werden, wo der Schaden noch keineswegs substantiiert ist (Rn. 75). Dies entspricht wohl kaum dem, was der Gesetzgeber mit der kurzen Verwirkungsfrist intendierte (vgl. Abschnitt 30.2).

Andererseits wäre auch eine grosszügige Vorleistungspflicht der Entschädigungsbehörden wohl unangebracht. Würden alle Versicherungsleistungen vom Staat dem Opfer vorgestreckt, bedeutete dies nicht nur eine nicht-legitimierbare Entlastung der Versicherungen (die sich in diesem Fall nicht mehr um eine speditive und kundenfreundliche Entschädigungspraxis zu kümmern bräuchten), sondern (gerade bei der grossen Zahl von Strassenverkehrsdelikten) einen immensen Aufwand.

Angebracht wäre vielmehr ein vermehrtes Zurückgreifen auf die Möglichkeit, gestützt auf Art. 15 OHG einen Vorschuss zu verlangen. Ein Opfer einer Straftat sollte zunächst ein Gesuch um Entschädigung und/oder Genugtuung einreichen können. Dabei wäre die Möglichkeit einer sofortigen Ausrichtung eines Vorschusses zu gewähren. Gegebenfalls mit Hilfe der Beratungsstelle wäre dann die Versicherungssituation des Opfers abzuklären und Ansprüche gegenüber Dritten geltend zu machen. Gestützt auf einen Bericht der Beratungsstelle könnte dann die Entschädigungsbehörde die Höhe einer allfälligen Entschädigung und/oder Genugtuung grob abschätzen und darauf einen Vorschuss ausrichten. Allenfalls wäre zur Vereinfachung des Verfahrens die Vorschussausschüttung auch den Beratungsstellen selbst zu übertragen (siehe Abschnitt 28). Die Opferhilfe wäre damit dann materiell und sachlich, aber nicht zeitlich, subsidiär, was ihrem doppelköpfigen Charakter als Soforthilfe *und* ultima ratio gut entspräche.

Die oben zitierte Passage der bundesrätlichen Botschaft präsentiert zudem noch ein weiteres Problem. Schon aufgrund des Gesetzestexts und jedenfalls aufgrund seiner Paraphrasierung in der zitierten Passage der Botschaft, kann der Eindruck entstehen, als seien unter Subsidiaritätsgesichtspunkten Entschädigungen und Genugtuungen strikt getrennt voneinander zu betrachten. Gegen den Einwand einer Beschwerdeführerin, sie habe von ihrer Versicherung zwar Schadenersatz, aber keine Genugtuung für ihren immateriellen Schaden erhalten, stellte das Bundesgericht am 2. 3. 1999 (= BGE 125 II 169) allerdings fest, bei der Ausrichtung von Genugtuungen sei die gesamte Entschädigungssituation miteinzubeziehen: es gehe nicht an, die Subsidiarität der Opferhilfe nach Art der verschiedenen Ansprüche aufzuteilen, d.i. Entschädigung und Genugtuung separat zu behandeln:

„Malgré la formulation de l’art. 12 al. 2 LAVI, il n’est pas fait abstraction de considérations matérielles, car la réparation morale peut, dans certains cas, permettre d’atténuer les rigueur du système (notamment les limites de revenus)... [...] En définitive, le versement d’une indemnité LAVI pour tort moral se rapproche d’une allocation ex aequo et bono, et justifie qu’on tienne compte de la situation dans son ensemble.“

Hier stellt sich damit ein weiteres Mal die Frage, wie gut sich Genugtuung und Entschädigung in der Praxis wirklich auseinanderhalten lassen. Auch dies spricht für eine Deutung der Genugtuung als einer Entschädigung des nicht weiter bezifferbaren ‘Schadens’ (vgl. Abschnitt 22.3).

25.2. Kompetenzkonflikte zwischen Kantonen und Gemeinden

Das Zuger Verwaltungsgericht kam am 7. 5. 1998 zum Schluss, der Zusammenhang von Opfer- und Sozialhilfe, insbesondere den Fremdplazierungs- und Therapiekosten, die nach Vormundschaftsrecht der Gemeinde anfallen, sei ungeklärt.

„Insofern trifft der subsidiäre Charakter des Opferhilfegesetzes zu, nämlich insbesondere im

Verhältnis zu Haftpflichtigen oder zu Versicherungsbehörden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Opferhilfe hinter die Sozialhilfe zurücktritt. Vielmehr hat der Gesetzgeber die Opferhilfe als gesetzlichen Anspruch konzipiert, welcher nach Anspruchsvoraussetzungen und Höhe normiert ist. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so steht dem Opfer der Anspruch gemäss OHG zu.“

Subsidiarität der staatlichen Leistung bedeute nicht, dass ein Opfer, dessen „Hilfe“ (im Sinne fürsorglich angeordneter Kinderschutzmassnahmen) von der Gemeinde bezahlt werde, nicht einen eigenständigen Anspruch auf die Übernahme dieser Kosten durch den Kanton gemäss OHG habe. Dieser Meinung war auch das Solothurner Verwaltungsgericht am 17. 12. 1997: Obwohl die Pflicht zur Rückzahlung im Rahmen familienrechtlicher Kinderschutzmassnahmen ausgerichteter Entschädigungen rein hypothetisch ist, hätten die Opfer ein schutzwürdiges Interesse, sie nicht übernehmen zu müssen. Deshalb seien auch hier die Kosten vom Kanton und nicht der Gemeinde zu übernehmen. Das Bundesgericht äusserte sich zu dieser Frage – ob die Opferhilfe Kosten von Massnahmen übernehmen müsse, die von anderen Behörden angeordnet wurden – am 16. 4. 1999 (= BGE 125 II 230). Erstens stellte es fest, dass sich der Subsidiaritätsgrundsatz von Art. 14 OHG nur auf Entschädigungs- und Genugtuungsansprüche beziehe. Zweitens bestehe dann, wenn die angeordneten Massnahmen des familienrechtlichen Kinderschutzes einen im Sinne des OHG hinreichenden Opferschutz bewirken, gar keine Notwendigkeit mehr für Opferhilfe.

Diese Lösung, die unter Rekurs auf die Binsenwahrheit, dass über das OHG nur bestehende (im Gegensatz zu bereits entschädigten) Schadensposten abzugelten seien, einzig und alleine auf die zeitliche Subsidiarität abstellt, befriedigt zwar im Einzelfall, klärt die grundsätzliche Frage nach dem Verhältnis von Sozial- und Opferhilfeleistungen aber nicht. Es kann nicht darauf ankommen, ob die Opferhilfe- oder die Vormundschaftsbehörde zuerst aktiv wird; vielmehr braucht es eine klare Hierarchisierung der beiden Leistungserbringer.

Eine Klärung dieser Frage im Zuge einer Revision des OHG ist um so nötiger, als das Bundesgericht in BGE 123 II 425 ff. entschieden hat, dass die Kantone zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Entscheide, die sie zur Zahlung einer Entschädigung an das Opfer einer Straftat verpflichten, nicht legitimiert sind. Nach einem unveröffentlichten Entscheid vom 7. 1. 1999 gilt dies ebenfalls für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Entscheide, welche die Gemeinden für befugt erklären, etwa Kosten von Kinderschutzmassnahmen via OHG auf den Kanton zu überwälzen.

26. Art. 14 OHG: gesetzlicher Änderungsbedarf

26.1. Anrechnung von wegen Mitverschuldens gekürzten Leistungen

Gomm, Stein und Zehntner haben darauf hingewiesen, dass es wegen Art. 14 Abs. 1 Satz 2 OHG für das Opfer finanziell eine Rolle spielen kann, ob der Täter vor oder nach der Entschädigungsbehörde leistet (ad Art. 14, Rn. 2ff. mit Beispielen). Werden Drittleistungen wie etwa Versicherungsbeiträge wegen Mitverschuldens des Opfers gekürzt, so ist diese Drittleistung unter Art. 14 Abs. 1 OHG „nur in dem Ausmasse anzurechnen, in dem sie tatsächlich erbracht worden ist“ (Gomm, Stein, Zehntner, ad Art. 14, Rn. 19).

26.2. Der Regress auf den Täter

Zum Regressrecht des Staates auf den Täter gibt es keine kantonalen Urteile. Vermutlich werden gemäss OHG zugesprochene Summen nur in den allerwenigsten Fällen dem Täter gegenüber geltend gemacht. Möglicherweise liegt dies an der in den meisten Kantonen gewählten institutionellen Lösung, die Opferhilfebehörden mit dem Regress auf den Täter zu beauftragen. Es wäre wohl praxisnäher (sollte man die Täter wirklich in Regress nehmen wollen), diese Aufgabe einer anderen Behörde zu übertragen.

Im Geist von Art. 14 Art. 3 OHG – ohne ihn freilich zu erwähnen – handelte das Obergericht Zürich auch in seinem Urteil vom 14. 2. 1995, als es die Gutsprache einer Genugtuung von 10000.- für das Opfer einer Vergewaltigung zwar bestätigte, den Bestand der legalzedierten Forderung, die von der Justizdirektion dem Täter gegenüber geltend zu machen ist, aber auf 7000.- beschränkte, da letzterer in „ausgesprochen bescheidenen“ wirtschaftlichen Verhältnissen lebe.

27. Art. 15 OHG: Präzedenzentscheide und kantonale Praxis

ART. 15 VORSCHUSS

Aufgrund einer summarischen Prüfung des Entschädigungsgesuches wird ein Vorschuss gewährt, wenn:

- a. das Opfer sofortige finanzielle Hilfe benötigt, oder
- b. die Folgen der Straftat kurzfristig nicht mit hinreichender Sicherheit festzustellen sind.

In den OHG-Berichten des Bundesamtes für Justiz wurde festgestellt, dass die Ausrichtung von Vorschüssen relativ selten ist. Dies überrascht, wurde in der Vergangenheit die Notwendigkeit der Opferhilfe doch gerade darin gesehen, dem Opfer schnell und unbürokratisch die finanziellen Folgen seiner Viktimisierung abzunehmen. Es ist deshalb angebracht, Sinn und Zweck der Vorschussmöglichkeit nach Art. 15 OHG zu evaluieren. Dazu äusserte sich das Bundesgericht am 6. 4. 1995:

„Der Vorschuss soll eine sofortige Hilfe gewähren und die Wartezeit bis zum endgültigen Entscheid über das Entschädigungsgesuch überbrücken. Er nimmt in diesem Sinne nicht die Antwort für einen einzelnen Aspekt des Entschädigungsentscheides voraus, wie das für einen Teilentscheid zuträfe.“

Für die Gutsprache eines Vorschusses genüge eine summarische Prüfung des Opferhilfegesuches (Einhaltung des Termins, nicht offensichtlich fehlende Opferstellung):

„Bedürfen hingegen die Fragen der grundsätzlichen Anspruchsvoraussetzung genauerer Abklärung, weil das Gesuch nicht zum vornherein aussichtslos ist, so ist auf das Gesuch um Vorschuss einzutreten.“

Am 19. 1. 1998 ergänzte das Bundesgericht, bei der Bemessung des Vorschusses dürfe eine Limitierung auf die medizinisch indizierten Kosten erfolgen, auch wenn eine Entschädigung allenfalls noch zusätzliche Kosten abdecken würde.

Am 15. 9. 1993 stellte das Verwaltungsgericht Basel-Stadt fest, die Nichterwähnung der Genugtuung in Art. 15 OHG und Art. 5 OHV stelle keine echte Gesetzeslücke dar. Vorschussleistungen seien deshalb nur auf Entschädigungen möglich. Die Thurgauer Rekurskommission behauptete am 18. 9. 1997, die Gewährung eines Vorschusses setze die Einreichung einer Strafanzeige voraus. Weiter ging das Verwaltungsgericht Basel-Stadt am 15. 9.

1994: es war der Meinung, die Gewährung eines Vorschusses sei nur bei Bestehen eines Entschädigungsanspruchs möglich:

„Voraussetzung einer Bevorschussung sind somit einerseits eine gewisse zeitliche Dringlichkeit und andererseits das Bestehen eines Entschädigungsanspruchs.“

Anderer Meinung war das Sankt Galler Versicherungsgericht am 17. 4. 1997:

„Bedürfen hingegen die Fragen der grundsätzlichen Anspruchsvoraussetzungen genauerer Abklärung, weil das Gesuch nicht von vornherein aussichtslos ist, so ist auf das Gesuch um Vorschuss einzutreten. Die Behörde muss alsdann – und zwar nicht bloss summarisch – prüfen, ob eine der beiden alternativen Voraussetzungen gemäss Art. 15 OHG erfüllt ist. Fraglich und demgemäss zu prüfen ist demgemäss, da das Gesuch rechtzeitig eingereicht worden ist, ob die Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 12 OHG – insbesondere die Opferstellung des Rekurrenten – vorliegen.“

Dieser Buchstabe und Sinn des Gesetzes entsprechenden Auslegung ist zuzustimmen.

28. Art. 15 OHG: gesetzlicher Klärungs- und Änderungsbedarf

Die Prüfung der Opfereigenschaft des bzw. der Geschädigten in Vorschussangelegenheiten sollte den Beratungsstellen überantwortet werden.

Wir haben bereits oben (Abschnitt 8.1) gesehen, dass die Entschädigungsbehörden strengere Auflagen an die Zuschreibung der Opfereigenschaft knüpfen als die Beratungsstellen. Zudem liegt die Vermutung nahe, dass Entschädigungsbehörden die Prüfung der Opferstellung weitgehend auf die Prozessakten abstützen und nur in den allerseltensten Fällen eigene Nachforschungen anstellen. Solche Prozessakten stehen zum Zeitpunkt eines allfälligen Vorschusses charakteristischerweise aber noch nicht zur Verfügung. Deshalb wäre es angebrachter, wenn die Beratungsstellen selbständig Vorschüsse i.S. finanzieller Soforthilfen zusprechen könnten. Auch das Bundesgericht ist der Meinung, dass Vorschüsse nach Art. 15 OHG den Charakter einer Soforthilfe haben oder zumindest haben sollten; zudem knüpft es die Gewährung von Vorschüssen explizit an die (weniger strengen) Bedingungen des Anspruchs auf Beratungshilfe: auch für Vorschüsse sollte es genügen, wenn „eine die Opferstellung begründende Straftat in Betracht fällt“ (30. 5. 1996 = BGE 122 II 211). Auch Gomm, Stein und Zehntner haben bemerkt (ad Art. 15, Rn. 10f.), das Dringlichkeitserfordernis rücke den Vorschuss durch die Entschädigungsbehörde in die Nähe der finanziellen Soforthilfe durch die Beratungsstelle.

Zudem haben sie vorgeschlagen (ad Art. 15, Rn. 22), „hinreichende Sicherheit“ durch den in bundesgerichtlicher Rechtsprechung hinlänglich fixierten Begriff der „genügenden Kenntnis vom Schaden“ zu ersetzen (BGE 108 Ib 99, 112 II 123).

29. Art. 16, 17 OHG: Präzedenzentscheide und kantonale Praxis

ART. 16 VERFAHREN UND VERWIRKUNG

1 Die Kantone sehen ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren vor.

2 Die Behörde stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest.

3 Das Opfer muss die Gesuche um Entschädigung und Genugtuung innert zwei Jahren nach der Straftat bei der Behörde einreichen; andernfalls verwirkt es seine Ansprüche.

ART. 17 RECHTSSCHUTZ

Die Kantone bestimmen eine einzige, von der Verwaltung unabhängige Beschwerdeinstanz; diese hat freie Überprüfungsbefugnis.

Zunächst waren verschiedene Gerichte der Meinung, der Kostenlosigkeitsgrundsatz gelte nur für das erstinstanzliche Verfahren (so das Berner Obergericht am 20. 11. 1995, das Berner Verwaltungsgericht am 4. 7. 1996 und am 24. 3. 1997, das Kassationsgericht Zürich am 24. 5. 1993). Diese Auffassung wurde vom Berner Verwaltungsgericht am 18. 7. 1996 wie folgt begründet:

„Der in Art. 16 OHG verankerte Grundsatz der Kostenlosigkeit des Verfahrens kann sich aufgrund der Systematik des OHG und mit Blick auf die Entstehungsgeschichte von Art. 126 und 17 OHG nur auf das erstinstanzliche Verfahren beziehen. Der Entwurf des OHG hatte in Art. 16 OHG die Schaffung einer eidgenössischen Rekurskommission vorgesehen, bei welcher gegen Entscheide der erstinstanzlichen Behörde hätte Beschwerde geführt werden können; erst bei der Beratung des Opferhilfegesetzes im Ständerat wurde eine föderalistische Lösung vorgeschlagen und angenommen, welcher auch der Nationalrat zustimmte. Als Art. 16 OHG formuliert wurde, war folglich nur eine einzige kantonale Instanz vorgesehen; wenn Art. 16 OHG von einem kostenlosen Verfahren spricht, meint er deshalb nur das erstinstanzliche kantonale Verfahren.“

Das Bundesgericht hat in einem Entscheid vom 30. 5. 1996 (= BGE 122 II 211) beide Auslegungen für zulässig gehalten:

„Wenn die Kantone für die Zuspreehung von Entschädigung und Genugtuung nach Art. 16 Abs. 1 OHG ein kostenloses Verfahren vorzusehen haben, kann dies vom Wortlaut der Gesetzesbestimmung und ihrer systematischen Einordnung her sowohl als allein für das erstinstanzliche Verfahren als auch für das in Art. 17 OHG vorgeschriebene kantonale Beschwerdeverfahren gültig angesehen werden.“

Ein Opfer, das aufgrund seiner persönlichen Verhältnisse berechtigt wäre, eine Erstattung der Verfahrens- und Parteikosten nach Art. 3 Abs. 4 OHG einzufordern, und dessen Entschädigungs- oder Genugtuungsgesuch „nicht im vorneherein offensichtlich ohne Aussicht auf Erfolg ist“, könnte deshalb Kosten des kantonal- oder bundesrechtlichen Prozesses auf die Kantone überwälzen. Dies erachtete das Bundesgericht für nicht sinnvoll:

„Es ist jedoch in keiner Weise sinnvoll, zugunsten des Staates Kosten zu erheben, um sie unter einem anderen Titel doch wieder der öffentlichen Hand zu belasten. Aus diesen Gründen muss nach dem Sinn und Zweck des Opferhilfegesetzes sowohl das kantonale Beschwerdeverfahren nach Art. 17 OHG als auch eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde in diesem Bereich an das Bundesgericht grundsätzlich kostenlos sein; vorbehalten bleibt eine Kostenaufgabe bei leichtsinniger oder mutwilliger Prozessführung, wie dies im übrigen auch einem allgemeinen, hier analog anwendbaren Grundsatz des Bundessozialversicherungsrechts entspricht.“ (BGE 122 II 211)

Indem das Bundesgericht in casu die finanzielle Leistungsfähigkeit der Rekurrenten nicht weiter berücksichtigte, machte es klar, dass der Kostenlosigkeitsgrundsatz für alle Opfer im Sinn von Art. 2 OHG zu gelten habe. Am 3. 10. 1996 hat sich das Bundesgericht dann festgelegt:

„Wie das Bundesgericht vor kurzem dargelegt hat, ergibt eine am Sinn und Zweck orientierte Auslegung von Art. 16 Abs. 1 OHG, dass der in dieser Bestimmung vorgesehene Grundsatz der Kostenlosigkeit auch für das Verfahren vor kantonalen und eidgenössischen Rechtsmittelinstanzen gilt. Möglich ist eine Kostenaufgabe einzig bei unsinniger und mutwilliger Prozessführung.“

In einem (unveröffentlichten) Bundesgerichtsentscheid vom 22. 2. 1997 wurde noch einmal bestätigt, dass der Kostenlosigkeitsgrundsatz von Art. 17 OHG auch für das Verfahren vor kantonalen und eidgenössischen Rechtsmittelinstanzen gelte.

Der Meinung Gomm, Stein und Zehntners, Kostenlosigkeit gelte auch bzgl. der Vertretungskosten, bspw. Anwaltskosten (ad Art. 16, Rn. 6), wurde vom Bundesgericht in seinem bereits zitierten Urteil vom 30. 5. 1996 (= BGE 122 II 211) widersprochen:

„Ein kostenloses Verfahren, wie es in Art. 16 Abs. 1 OHG [...] vorgeschrieben ist, bedeutet nicht zugleich auch die unentgeltliche Verbeiständung durch einen Rechtsvertreter.“

Das Opfer müsse seine Anwaltskosten bei der Beratungsstelle aufgrund von Art. 3 Abs. 4 OHG oder allenfalls als Soforthilfe geltend machen.

Das Bezirksgericht Sitten war in seinem Urteil vom 31. 1. 1996 der (kaum vertretbaren) Meinung, der Kostenlosigkeitsgrundsatz schliesse eine Parteientschädigung für das Opfer grundsätzlich aus:

„La procédure d'indemnisation prévue par la LAVI est gratuite (art. 16 LAVI). Cela signifie, d'une part, que l'autorité ne saurait facturer ses débours, et, d'autre part, que la victime ne peut réclamer de dépens pour les frais de représentation par un avocat (Gomm/Stein/Zehntner, op. cit., ad art. 16 LAVI).“

Der Kanton Waadt wurde am 15. 9. 1998 vom Bundesgericht (= BGE 124 II 507) einer Verletzung von Art. 16 Abs. 1 OHG gerügt, weil er unterlegenen Beschwerdeführern die Ausrichtung einer Parteientschädigung an den Kanton auferlegt hatte.

Ob der Kostenlosigkeitsgrundsatz von den kantonalen Gerichten befolgt wird, ist nur sehr schwer abzuschätzen, da der hierfür massgebliche letzte Urteilsteil in vielen von den Kantonen eingereichten Urteilen fehlt. Auf jeden Fall ist die Praxis sehr uneinheitlich. In den Kantonen AR wurden z.T. auch die Kosten von Verfahren unter expliziter Berufung auf Art. 16 OHG erlassen, die sich nicht mit Entschädigungs- oder Genugtuungsansprüchen befassen, sondern Rekurse gegen Verfahrenseinstellungen, Verweigerung der Opferhilfe u.ä. darstellten. In den Urteilen von BE, BL, BS, FR, GE, JU, TI finden sich keine Hinweise auf den Kostenlosigkeitsgrundsatz. Konsequenterweise wird Art. 16 OHG in LU und SG. Uneinheitlich ist die Praxis in SH, TG und ZH.

In welchem Mass Opferschutzüberlegungen bei der Erlassung der Parteikostenerstattungspflicht eine Rolle spielen, ist ebenfalls nicht abzuschätzen. Ebenso wenig transparent ist die Zahl der Fälle, in denen Parteikosten vor oder nach dem Urteilsspruch von Beratungsstellen übernommen wurden.

30. Art. 16, 17 OHG: gesetzlicher Klärungs- und Änderungsbedarf

30.1. Reichweite der beiden Artikel

Obwohl die Artikel 16 und 17 des Opferhilfegesetzes in seinem vierten Abschnitt stehen und somit systematisch nur auf das Entschädigungs- und Genugtuungsverfahren anwendbar wären, wurde in der letztinstanzlichen kantonalen Rechtsprechung verschiedentlich die Ansicht vertreten, dem Sinn des Gesetzes entsprechend seien sie auf das gesamte OHG anzuwenden (vgl. die keine diesbezüglichen Einschränkungen statuierenden Bundesgerichtsurteile aus Abschnitt 29). Für den Art. 16 OHG vertritt diese Meinung insbesondere auch der Kommentar von Gomm, Stein und Zehntner (ad Art. 16, Rn. 1). Für den Art. 17 OHG wurde die Ansicht, er betreffe das gesamte OHG-Verfahren, insbesondere vom Obergericht Zürich vertreten, so bspw. in einem Urteil vom 6. 7. 1995:

„Für die Überprüfung von Entscheiden, welche die Justizdirektion in Anwendung von Art. 3 Abs. 4 OHG trifft, fehlt es heute somit an einer gesetzlichen Grundlage für einen Rekurs. Um

den Anforderungen eines in jeder Hinsicht rechtsstaatlichen und völkerrechtskonformen Verfahrens nachzukommen, erscheint es jedoch gerechtfertigt, dass eine gerichtliche Instanz auch Entscheide betreffend der Übernahme der weiteren Kosten im Sinne von Art. 3 Abs. 4 OHG überprüfen kann, soweit diese die Rechtsstellung des Gesuchstellers betreffen.“

Das Bundesgericht hielt hingegen in seinem Urteil vom 17. 6. 1999 (= BGE 125 II 265) fest, der Kostenlosigkeitsgrundsatz von Art. 16 OHG gewähre dem Opfer keinen Anspruch auf ein kostenloses kantonales Rechtsmittelverfahren im Bereich der Beratungshilfe. Dies wird jedoch (wie oben, Abschnitt 29, festgestellt) nicht von allen Kantonen so gesehen.

30.2. Die Verwirkungsfrist

Im Entscheid vom 3. 6. 1997 (= BGE 123 II 241) kam das Bundesgericht zum Schluss, dass es, wenn die Polizei ihrer Informationspflicht nach Art. 6 OHG nicht nachgekommen ist, die Billigkeit verbiete, dem Opfer den Ablauf der Verwirkungsfrist aus Art. 16 Abs. 3 OHG entgegenzuhalten. Weil das Bundesgericht diese Billigkeitserwägung mit dem Sinn des OHG begründet, die Stellung des Opfers im Strafverfahren zu stärken, und auch weil die kurze Dauer gerade bei Fällen zu Problemen führt, die (wie zum Beispiel sexueller Missbrauch von Kindern) unbestritten zum Kernbestand der vom OHG betroffenen Delikte gehören, empfiehlt sich in diesem Bereich eine Revision.³³ Wenn die Frist nicht überhaupt abgeschafft werden sollte (was die auf Antrag des Bundesrates als Postulat überwiesene Motion Goll 94.3574 verlangt), wäre eine Formulierung wie „ab dem frühestmöglichen Zeitpunkt einer Gesuchseinreichung“ empfehlenswert, wobei klargestellt werden müsste, dass sich dieser Zeitpunkt spätestens mit der polizeilichen Benachrichtigung über die Opferrechte oder der Kontaktnahme mit einer Opferhilfestelle realisiert.³⁴ Anhand der OHG-Berichten des Bundesamtes für Justiz wird deutlich, dass die gesetzgeberische Motivation, mit der Verwirkungsfrist für eine rasche Gesuchseinreichung und damit für eine Verkürzung des Verfahrens zu sorgen, ohnehin hinfällig geworden ist. Die Dauer der Opferhilfeverfahren hängt nicht in erster Linie von säumigen Opfern sondern vielmehr von der Überlastung der Entschädigungsbehörden ab, die nur etwa zwei Drittel der eingereichten Gesuche innerhalb eines Jahres zu bearbeiten vermögen.

Eine Formulierung, die auf den frühestmöglichen Zeitpunkt der Gesuchseinreichung und nicht auf den Zeitpunkt der Integritätsbeeinträchtigung abstellt, steht im Einklang mit den Billigkeitserwägungen des Bundesgerichts im oben zitierten Entscheid:

„... la brièveté du délai de péremption de deux ans selon l’art. 16 al. 3 LAVI ne peut être opposée à la victime que si, en contrepartie, celle-ci a été effectivement en mesure de faire valoir ses droits, comme le souligne le Conseil fédéral dans son Message.“

Sie vermeidet zudem den hauptsächlichen Nachteil dieser Lösung, dass nämlich einem verspätet informierten Opfer oder einem Opfer, das erst Jahre nach der Tat Hilfesuch in der Lage ist, *keine* Frist mehr zur Verfügung steht. Gomm hat denn auch eine solche Handhabung der Verwirkungsfrist bereits auf der geltenden gesetzlichen Grundlage für vertretbar gehalten:

³³ Dies wird auch in der ersten CETEL-Studie der Universität Genf hervorgehoben (1995, S. 20).

³⁴ Die Thurgauer Rekurskommission stellte am 10. 1. 1994 fest, die Verwirkungsfrist werde durch die Einreichung eines amtlichen Formulars gewahrt, auf dem sich der Geschädigte als Opfer bezeichnet und seinen Entschädigungsanspruch beziffert. Auch die SVK-OHG sieht die frühzeitige Einreichung von Gesuchen zwecks Fristwahrung vor (Rn. 75). Damit verliert die rigide Regelung der Verwirkungsfrist, die das Verfahren hätte beschleunigen sollen, ihren Sinn. Das Opfer wird damit nur unter einen zusätzlichen Termindruck gesetzt, es wird ihm eine zusätzliche Belastung auferlegt, zumal eine, die sich besonders bei hilflosen und unkundigen Opfern verhängnisvoll auswirken kann.

„Die Verknüpfung der Verwirkungsfrist mit der polizeilichen Informationspflicht liesse grundsätzlich die Argumentation zu, die zweijährige Verwirkungsfrist von Art. 16 Abs. 3 OHG beginne erst dann zu laufen, wenn das Opfer über sein Recht, eine Entschädigungsforderung einzureichen, informiert sei. Eine solche Regelung würde sich indessen zu weit von der gesetzlichen Ordnung der Verwirkungsfrist, die an die Straftat als solche knüpft, entfernen.“ (1998, S. 689)

Auch wenn Gomm mit diesem letzten Punkt recht hat, wäre die Einführung einer *relativen* Frist zumindest im Hinblick auf eine Gesetzesrevision prüfenswert.³⁵

Das Genfer Verwaltungsgericht hat am 21. 4. 1998 aus Billigkeitsüberlegungen im Fall einer Kindesmisshandlung bei abgelaufener Verwirkungsfrist auf eine komplizierte Konstruktion zurückgegriffen, derzufolge ein Interessenskonflikt von Eltern und Kinder im Sinne von Art. 306 Abs. 2 ZGB bestanden habe, also eine Vertretungsbeistandschaft für die Kinder hätte bestellt werden sollen und damit die Verwirkung ihres Rechts auf Beratung nicht als gültige Rechtshandlung zu betrachten sei. Die Frist sei erst mit der Bestellung eines Beirats angelaufen. Obwohl diese Konstruktion sicher das im Blick auf den Grundgedanken des OHG richtige Resultat ergibt, ist sie doch daran gebunden, dass die Mutter zur Zeit ihrer Begehung kein Interesse daran hatte, die Straftaten zu unterbinden. Es ist aber doch sicher unangebracht, ein misshandeltes Kind erst dann zu schützen, wenn es nicht nur von seinem Vater misshandelt, sondern zusätzlich auch noch von seiner Mutter im Stich gelassen wird.

Die vorgeschlagene Lösung, die Verwirkungsfrist mit dem frühestmöglichen Zeitpunkt einer Gesuchseinreichung beginnen zu lassen, stünde in Einklang mit der im Kanton Zürich befolgten Praxis, bei minderjährigen Opfern die Frist erst mit dem Eintritt der Volljährigkeit beginnen zu lassen (vgl. Urteil des Sozialversicherungsgerichts Zürich vom 21. 8. 1996). Auch die Motivation dieses Kantons, die Frist bei Inzest und Vergewaltigung in der Ehe erst mit dem Verlassen der Hausgemeinschaft mit dem Täter anzusetzen, würde mit dieser flexiblen Lösung Rechnung getragen. Der gewichtigste Nachteil des zürcherischen Modells – dass bei einer Verletzung der Informationspflicht die den Opfern nach der verspäteten Aufklärung über ihre Rechte noch zustehende Frist nicht zwei Jahre, sondern nur zehn Tage beträgt – würde durch die vorgeschlagene flexible Lösung ebenfalls behoben. Sie entspricht damit auch den bundesgerichtlichen Überlegungen, mit denen im Urteil vom 8. 12. 1997 ein Urteil des Sozialversicherungsgerichts Zürich vom 30. 6. 1997 aufgehoben wurde, in dem es den Opfern den Ablauf der zehntägigen Frist zur Wiederherstellung der Verwirkungsfrist entgegenhielt:

„Sie [die Opfer] wurden [...] erst nach Ablauf der Verwirkungsfrist über ihre Opferrechte informiert. Zwar hat dies nicht zur Folge, dass automatisch erst ab dem Zeitpunkt der Information eine neue Verwirkungsfrist von zwei Jahren lief, welche nach freiem Belieben der Opfer ausgeschöpft werden könnte. Anders zu entscheiden hiesse, die vom Gesetz grundsätzlich vorgesehene zeitliche Beschränkung für die Geltendmachung von Opferhilfeansprüchen faktisch ausser Kraft zu setzen. Die verzögerte Information hat aber immerhin zur Folge, dass den Opfern ab dem Zeitpunkt der Information eine angemessene Nachfrist einzuräumen ist, von welcher sie allerdings nach Treu und Glauben – soweit nach den Umständen zumutbar – ohne Verzug Gebrauch machen müssen, um die Verwirkung ihrer Ansprüche zu vermeiden.“

³⁵ Er selbst will unter Berufung auf einen in plädoyer 1/1998, S. 64ff. publizierten Bundesgerichtsentscheid das verspätet informierte Opfer zur Gesuchseinreichung innert „zumutbarer“ Frist verpflichten. Es scheint naheliegend, die zumutbare Frist gerade als die von zwei Jahren zu bestimmen und nicht wie Gomm als eine „von einigen Wochen bis Monaten“ (S. 690), zumal das Bundesgericht ja der Meinung ist, dem Opfer sollten aus der polizeilichen Verletzung der Informationspflicht keine Nachteile erwachsen. Die Verkürzung der Frist ist zweifellos ein solcher Nachteil.

Das Bundesgericht übersieht in dieser Begründung freilich, dass die zeitliche Beschränkung des Gesetzes durch seine eigene Praxis, wonach bei Nicht-Information der Opfer diesen die Verwirkungsfrist überhaupt nicht entgegengehalten werden könne, bereits „faktisch ausser Kraft“ gesetzt ist (BGE 123 II 241).

Auch in der Botschaft wird herausgestellt, dass die Verwirkungsfrist (nur) deshalb so kurz angesetzt worden sei, damit die Opfer sich rasch entscheiden, ob sie Entschädigungs- bzw. Genugtuungsansprüche erheben wollen:

„Mit einer relativ kurzen Verwirkungsfrist verpflichtet man die Opfer, sich bald zu entscheiden. Ziel der Entschädigung ist es ja, die unmittelbar nach der Straftat auftretenden Schwierigkeiten zu überwinden.“ (Botschaft, S. 993)

Freilich ist die hier gegebene Begründung fragwürdig. Ziel der Entschädigung ist es, den durch die Straftat adäquat-kausal verursachten Schaden zu decken. Die in der Botschaft als Ziel der Entschädigung bezeichnete Motivation der Opferhilfe passt viel eher auf die Beratungshilfe, insbesondere auf die Soforthilfe, für deren Inanspruchnahme die Übergangsbestimmungen aber gerade *keine* Frist vorsehen. Unabhängig von der Begründung kann vom Opfer auf jeden Fall nicht verlangt werden, sich zu entscheiden, *bevor* es überhaupt die Möglichkeit dazu hat. Diese Möglichkeit fehlt gerade in den problematischen Fällen, wo das Opfer zu jung, zu unwissend oder zu hilflos ist, um seine Ansprüche geltend zu machen. Deshalb wäre die vorgeschlagene Lösung, die Frist erst mit dem Eintreten der Möglichkeit, Ansprüche geltend zu machen, einsetzen zu lassen, auch mit dem Willen des Gesetzgebers zu vereinbaren.

31. Schlussbemerkungen

Es wurde festgestellt und belegt, dass die Umsetzung des OHG in den letztinstanzlichen kantonalen Urteilen sehr uneinheitlich ist. Dieser Mangel ist nur zum Teil den Kantonen anzulasten. Angesichts oft unklarer Regelungen und der Verwendung vager Begriffe ist auch der Gesetzgeber in die Pflicht zu nehmen. Er hat es versäumt, wichtige Unterscheidungen und Abgrenzungen vorzunehmen. Im Blick auf die einzelnen Artikel des OHG präsentiert sich grob folgendes Bild:

Art. 1 OHG lässt die Frage offen, warum die Opferhilfe eine Staatsaufgabe zu sein hat. Diese Frage ist wichtig, weil sich gerichtliche Argumentationslinien an ihr ausrichten könnten.

Art. 2 Abs. 1 OHG verwendet zu viele allzu vage Begriffe. Die Legaldefinition von „Opfer“ ist nicht geeignet, als Klammer alle drei disparaten Wirkungsfelder des OHG unter einen Hut zu bringen. Stattdessen müssen die Anspruchsberechtigungen nach den drei Abschnitten des Gesetzes abgestuft werden. Das Unmittelbarkeitserfordernis ist zu streichen, insoweit dadurch nicht mehr als adäquat-kausale Verursachung gefordert wird. Dient sie hingegen dem Ausschluss bestimmter Delikte, so sind andere Formulierungen weniger missverständlich (Verletzung statt blosser Beeinträchtigung der Integrität, Angriff statt Straftat etc.). Der Begriff der Straftat bietet besondere Probleme, sollte er doch im Rechtsstaat nicht auf Handlungen angewendet werden, bevor diese durch ein letztinstanzliches Gerichtsurteil als Straftaten charakterisiert wurden. Für den Anspruch auf Beratungshilfe und die Verfahrensrechte ist der Begriff ohnehin entbehrlich, für den Entschädigungs- und Genugtuungsanspruch wäre stattdessen auf gerichtlich feststellbare Tatbestandsmässigkeit abzustellen. Die Natur des durch das OHG geschützten Rechtsguts der sexuellen Integrität ist ungeklärt; offen ist insbesondere die Frage, wie seine Verletzung *entschädigt* werden soll.

Art. 2 Abs. 2 OHG ist überflüssig, können doch dem Opfer gleichgestellte Personen in der Regel eine eigenständige Beeinträchtigung ihrer eigenen psychischen Integrität geltend machen. Die Abgeltung des Versorgerschadens wäre einer spezialgesetzlichen Regelung vorzubehalten. Der Genugtuungsanspruch erwächst den Angehörigen des Opfers nach zivilrechtlicher Rechtsprechung aufgrund einer Verletzung ihrer eigenen Persönlichkeit. Deshalb kann es – gerade unter dem Gesichtspunkt der Opferhilfe – nicht angehen, den Angehörigen ein Mitverschulden des Opfers entgegenzuhalten.

In **Art. 3 OHG** sollte zur besseren Abgrenzung der Soforthilfe von der Übernahme weiterer Kosten das Merkmal der „Dringlichkeit“ in den Gesetzestext aufgenommen werden. Die Unabhängigkeit der Soforthilfe von der Indikation der persönlichen Verhältnisse kann nur bedeuten, dass es den Beratungsstellen beim Erbringen dringlicher erster Hilfe faktisch unmöglich ist abzuklären, inwieweit diese aufgrund der persönlichen Verhältnisse des Opfers angezeigt ist. Entgegen der kantonalen Praxis ist festzuhalten, dass das geltende Recht den Opfern einen Anspruch auf Vergütung ihrer Anwaltskosten nach Massgabe ihrer persönlichen Verhältnisse gewährt, der vom Institut der unentgeltlichen Rechtspflege unabhängig ist. Ebenfalls erst durch eine Gesetzesänderung könnte die in den Kantonen verfolgte Praxis legalisiert werden, die Übernahme weiterer Kosten als subsidiär zu behandeln. Die Abgrenzung von Beratungshilfe und Entschädigung sollte mit Blick auf die unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen erfolgen. Grundsätzlich sind an die Entschädigungsberechtigung höhere Anforderungen zu knüpfen als an den Anspruch auf Beratungshilfe.

Auch **Art. 4 OHG** wird entgegen dem Gesetzeswortlaut gehandhabt. Entgegen der Auffassung der Verbindungsstellen-Konferenz OHG sind Ausnahmen von der Schweigepflicht nach geltendem Recht nur bei Einwilligung des Opfers, nicht schon bei einem Gewissenskonflikt des Beratungsstellen-Personals erlaubt.

Die in **Art. 5 OHG** den Opfern gewährten Rechte stehen nur dann einer Interessensabwägung offen, wenn diese Möglichkeit wie in Abs. 2 oder Abs. 4 explizit erwähnt wird.

Art. 6 OHG sollte (zusammen mit Art. 3 Abs. 1 lit. b OHG und Art. 8 Abs. 2 OHG) zu einer umfassenden Pflicht zur Information des Opfers ausgebaut werden, um Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden.

Die kantonalen Strafprozessordnungen sollten auf ihre Verträglichkeit mit dem in **Art. 7 OHG** statuierten Aussageverweigerungsrecht hin überprüft werden.

Bei **Art. 8 OHG** sollte verhindert werden, dass ein über Zivilansprüche verfügendes Opfer diese zu einer Berufung im Strafpunkt missbrauchen kann, die einzig seiner Rache gegenüber dem Täter dient. Das Recht, eine gerichtliche Überprüfung des Einstellungsentscheids der Untersuchungsbehörden zu verlangen, ist auf Sistierungen des Verfahrens auszudehnen. „Insbesondere“ ist zu streichen, da die Aufzählung der Verfahrensrechte in Art. 8 Abs. 1 OHG vollständig ist.

Bei **Art. 9 OHG** gilt es zu beachten, dass Abs. 1 dem Strafrichter nicht verwehrt, auch bei Freispruch oder Verfahrenseinstellung über die Zivilansprüche des Opfers zu befinden.

Art. 10 OHG bezieht sich nach seinem Wortlaut auch auf Einzelrichter.

Es widerspricht Sinn und Zweck der Opferhilfe, in **Art. 11 OHG** in der Schweiz wohnhafte Ausländer von der Entschädigung der Folgen im Ausland begangener Taten auszuschliessen. Stattdessen ist darauf abzustellen, ob die Hilfe in der Schweiz benötigt wird.

Problematisch an **Art. 12 Abs. 1 OHG** ist der Schadensbegriff. Unklar ist namentlich, ob durch die Straftat erlittene Kollateralschäden am Vermögen des Opfers auch entschädigt werden, und zweitens, worin genau der Schaden bei Verletzungen der sexuellen Integrität besteht.

Trotz der „kann“-Formulierung in **Art. 12 Abs. 2 OHG** haben schwer betroffene Opfer einen Rechtsanspruch auf Genugtuung, wenn besondere Umstände dies rechtfertigen. Weil Genugtuungen in der Praxis oft als *Entschädigungen* für Verletzungen der sexuellen Integrität zugesprochen werden, sollten sie auch als Entschädigungen bezeichnet werden. Eine nach OHG zustehende Genugtuung ist mehr als ein blosser Ausgleich des immateriellen Schadens, sondern bemisst sich am Ausmass der Betroffenheit und der Schwere der Integritätsbeeinträchtigung. Der für die Opferhilfe massgebliche Zweck der Genugtuung liegt in der Anerkennung eines Unrechts. Mit ihr bringt der Staat *finanziell* zum Ausdruck, dass er die Opferstellung einer hilfeschuchenden Person anerkennt, und leistet so einen Beitrag zur Stiftung von Rechtsfrieden.

Im Zusammenhang mit **Art. 13 Abs. 1 OHG** ist darauf zu achten, dass mit der gerichtlichen Anerkennung privatrechtlicher Vergleiche nicht eine Erwartungshaltung des Opfers begründet wird, als ob diese den Strafrichter binden würden, was nicht der Fall ist.

Art. 13 Abs. 2 OHG wurde, obwohl ausschliesslich für Entschädigungen formuliert, analog auch auf die Mitverschuldenskürzung von Genugtuungen angewendet. Die verschiedentlich geäusserte Auffassung, Genugtuungen dürften im Gegensatz zu Entschädigungen auch bei nicht-wesentlichem Mitverschulden gekürzt werden, geht fehl. Ohnehin scheitert die Übertragung privatrechtlicher Grundsätze auf das OHG in diesem Bereich. Während es im Privatrecht um die Lastenverteilung zwischen Streitparteien geht, wird mit einer Mitverschuldenskürzung der OHG-Genugtuung nicht ein Streit geschlichtet, sondern ein Opfer desavouiert und zum Täter gemacht. Inakzeptabel ist der Vorwurf einer Lebensführungsschuld, welcher der oder dem Geschädigten anlastet, nicht dem Klischeebild des „reinen“ Opfers zu entsprechen. Mit Blick auf die gesellschaftliche Realität ist diese Praxis verfehlt. Wie die Beratungshilfe sollten auch Genugtuungen grundsätzlich mitverschuldensunabhängig ausgerichtet werden, da Integritätsbeeinträchtigungen in solchen Fällen nicht minder schwer als in andern Fällen wiegen.

In Bezug auf **Art. 14 OHG** besteht Klärungsbedarf. Verschiedene Formen der Subsidiarität sind auseinanderzuhalten und nach den verschiedenen Leistungen abzustufen. Unangemessen ist es, Opferhilfe erst dann zu leisten, wenn die Versuche des Opfers, Entschädigung zu erhalten, überall sonst bereits fehlgeschlagen sind.

Das Recht, gestützt auf **Art. 15 OHG** Vorschüsse zu leisten, sollte zur besseren Ausnutzung dieses Instituts den Beratungsstellen überantwortet werden.

Der Umfang des in **Art. 16 OHG** verankerten Kostenlosigkeitsgrundsatzes ist unklar. Dieser Grundsatz ist entsprechend der bundesgerichtlichen Praxis weit zu verstehen. Die Verwirkungsfrist von zwei Jahren ist zu kurz und sollte flexibler ausgestaltet werden, um vorsorgliche Gesuchseinreichungen einerseits, unbillige und stossende Verweigerungen der Opferhilfe andererseits zu verhindern. Opfer sollten ihre Ansprüche geltend machen müssen, sobald sie faktisch dazu in der Lage sind – aber nicht früher.

32. Literaturverzeichnis

- Bantli Keller / Weder / Meier: Anwendungsprobleme des Opferhilfegesetzes. In: plädoyer 5/1995, S. 30 ff.
- Bantli Keller Ruth: Überblick über das Opferhilfegesetz. In: Kriminalistik 1/1995, S. 65 ff.
- Boggio / Kellerhals / Mathey / Maugué: Le point de vue des victimes sur l'application de la LAVI. CETEL, Université de Genève, 1995
- Bohnet François: L'avocat, l'indigent et la victime – L'aide juridique fondée sur la LAVI au regard de l'assistance judiciaire. In: Fellmann / Huguenin / Poledna, Schwarz, Hrsg.: Schweizerisches Anwaltsrecht, Bern, 1998, S. 161 ff.
- Botschaft OHG, Bundesblatt 142 (1990), Bd. II, 90.030, S. 961 ff.
- Brehm Roland: Berner Kommentar, Bd. VI: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR. Stämpfli, Bern, 1998
- Caritas Schweiz Berichte 1/88: Opfer von Gewaltverbrechen: Realitäten, Bedürfnisse, Reformen.
- Corboz Bernard: Les droits procéduraux découlant de la LAVI. In: SJ 118 (1996), S. 53 ff.
- Dominik Zehntner Dominik: Der Opferbegriff gemäss OHG. In: plädoyer 2/1995, S. 28 ff.
- DuBois Jeanne: Das Opferhilfegesetz (OHG). In: AJP 11/93, S. 1395 ff.
- Gomm / Stein / Zehntner: Kommentar zum Opferhilfegesetz. Stämpfli, Bern, 1995
- Gomm, Peter: Einzelfragen bei der Ausrichtung von Entschädigung und Genugtuung nach dem Opferhilfegesetz. In: Solothurner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1998, Solothurn, 1998, S. 264 ff.
- Hütte, Klaus: Genugtuung – eine Einrichtung zwischen Zivilrecht, Strafrecht, Sozialversicherungsrecht und Opferhilfegesetz. In: Collezione Assista, Genève, 1998, S. 264 ff.
- Killias Martin: La LAVI comme fruit de recherches sur les attentes et les difficultés des victimes d'infractions criminelles. In: ZStrR 111 (1993), S. 397 ff.
- Kuhn Andre: L'aide aux victimes: pourquoi et pour qui? In: AJP 8/1992, S. 992 ff.
- Kunz Karl-Ludwig: Kriminologie. 2. Aufl., UTB, Haupt, Bern, 1998
- Maurer Thomas: Das Opferhilfegesetz und die kantonalen Strafprozessordnungen. In: ZStrR 111 (1993), S. 375 ff.
- Rippmann Peter: Zur rechtlichen Vertretung von Opfer von Straftaten. In: plädoyer 3/1993, S. 35
- Roth / Kellerhals / Leroy / Mathey: La protection de la victime dans la procédure pénale. CETEL, Université de Genève, 1997
- Schneider / Spoeri: Opferhilfe: So wird die Entschädigung berechnet. In: plädoyer 3/1993, S. 32 ff.
- Schnyder Anton K.: Obligationenrecht I, Zweite Auflage (Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Hgg. Honsell, Vogt, Wiegand). Helbing&Lichtenhahn, Basel u. Frankfurt a.M., 1992
- Weder Ulrich: Das Opfer, sein Schutz und seine Rechte im Strafverfahren, unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich. In: ZStrR 113 (1995), S. 39 ff.
- Weishaupt Eva: Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Opferhilfegesetzes (OHG). Schulthess (Zürcher Studien zum Strafrecht), Zürich, 1998