



18.043

Strafraahmenharmonisierung und Anpassung des Neben- strafrechts an das neue Sanktionenrecht

Vorlage 3: Bundesgesetz über eine Revision des Sexual- strafrechts (Vorentwurf)

Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates

vom 28. Januar 2021



Übersicht

Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates schickt den Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über eine Revision des Sexualstrafrechts in die Vernehmlassung. Damit diese möglichst breit und ergebnisoffen durchgeführt werden kann, werden teilweise zwei Varianten je Bestimmung vorgelegt.

Ausgangslage

Im Jahre 2010 schickte der Bundesrat den Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht in die Vernehmlassung. In diesem Rahmen wurden auch im Bereich der Sexualdelikte wenige Änderungen vorgeschlagen.

Aus verschiedenen Gründen wurden die Botschaft und der Entwurf dazu erst im April 2018 verabschiedet, ohne dass eine zweite Vernehmlassung durchgeführt worden war. Im Entwurf schlug der Bundesrat weitere, auch materielle Änderungen im Sexualstrafrecht vor; teilweise aufgrund von parlamentarischen Vorstössen, die in der Zwischenzeit eingereicht worden waren.

Auch nach der Verabschiedung der Botschaft gab es in der Öffentlichkeit und den Medien Diskussionen zum Sexualstrafrecht. Namentlich ging es um die Frage, wie sexuelle Handlungen gegen den Willen beziehungsweise ohne das Einverständnis einer Person strafrechtlich behandelt werden sollen, wenn weder Gewalt noch Drohung vorliegen.

Um vertieft prüfen zu können, inwieweit im Sexualstrafrecht ein materieller Revisionsbedarf besteht, beschloss der Ständerat auf Antrag seiner Kommission für Rechtsfragen und der Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD), die Vorlage aufzuteilen und eine ordentliche Vernehmlassung zum Sexualstrafrecht durchzuführen. Die Zustimmung des Nationalrates zu diesem Beschluss steht noch aus.

Inhalt der Vorlage

Ziel der Vorlage ist es nicht, das Sexualstrafrecht von Grund auf neu zu gestalten. Es sollen lediglich punktuelle Änderungen vorgenommen werden. Folgende wesentlichen Änderungen im Strafgesetzbuch, die zur Diskussion gestellt werden, sind an dieser Stelle zu erwähnen:

- Bei den sexuellen Handlungen mit Kindern wird vorgeschlagen, für bestimmte Tathandlungen eine Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe einzuführen, falls das Opfer das 12. Altersjahr noch nicht vollendet hat. Gleichzeitig soll eine privilegierte Form für «leichte Fälle» eingeführt werden;

-
- es wird mit Artikel 187a ein neuer Grundtatbestand vorgeschlagen, der zur Anwendung gelangt, wenn kein spezifischer Tatbestand (Art. 188 bis 193) erfüllt ist und nicht nur eine sexuelle Belästigung im eigentlichen Sinn vorliegt. Namentlich kommt die neue Bestimmung zur Anwendung,
 - wenn der Täter / die Täterin am Opfer eine sexuelle Handlung vornimmt oder eine solche von diesem vornehmen lässt und sich dabei (eventual-) vorsätzlich über den entgegenstehenden, verbal und / oder nonverbal geäußerten Willen des Opfers hinwegsetzt, ohne dieses zu nötigen; oder
 - wenn der Täter / die Täterin am Opfer überraschend eine sexuelle Handlung vornimmt; oder
 - wenn der Täter / die Täterin bei der Ausübung einer Tätigkeit im Gesundheitsbereich an einer Person eine sexuelle Handlung vornimmt oder von ihr vornehmen lässt und dabei ihren Irrtum über den Charakter der Handlung ausnützt;
 - die Definition der «Vergewaltigung» soll ausgedehnt werden, so dass nicht nur der Beischlaf als erzwungene sexuelle Handlung darunterfällt und auch Opfer männlichen Geschlechts von diesem Tatbestand erfasst werden;
 - es soll möglich werden, beim Exhibitionismus lediglich eine Busse statt eine Geldstrafe auszusprechen;
 - pornografische Gegenstände oder Vorführungen, die sexuelle Handlungen mit Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen zum Inhalt haben, sollen nicht mehr als harte Pornografie gelten;
 - bei der Pornografie soll die Straflosigkeit von Personen erweitert werden, die von Minderjährigen pornografische Bilder / Filme herstellen, diese besitzen, konsumieren oder an die dargestellte Person weiterleiten. Voraussetzungen für die Straflosigkeit sind, dass die abgebildete Person darin eingewilligt hat, die herstellende Person dafür kein Entgelt leistet oder verspricht und der Altersunterschied zwischen den Beteiligten nicht mehr als drei Jahre beträgt.

Straflos sollen neu auch Minderjährige sein, die von sich selbst pornografische Bilder / Filme herstellen, besitzen oder konsumieren und allenfalls unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen weiterleiten;
 - mit Artikel 197a wird ein neuer Tatbestand vorgeschlagen, der ausdrücklich das Grooming im engeren Sinne unter Strafe stellt (siehe Parlamentarische Initiative 18.434 [Amherd] Bregy «Cybergrooming mit Minderjährigen endlich unter Strafe stellen»).

Ein Teil dieser Änderungen wird als eine von zwei Varianten zur Diskussion gestellt. Entgegen dem Entwurf des Bundesrates soll in den Artikeln 187 ff. die Geldstrafe als mögliche Sanktion nicht gestrichen werden. Ebenfalls soll darauf verzichtet werden, einen speziellen Tatbestand zum Posing einzuführen (siehe Motion 14.3022 Rickli «Kinderpornografie. Verbot von Posing-Bildern»).

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	2
1 Entstehungsgeschichte	8
1.1 Die Vorlage des Bundesrates	8
1.2 Die Arbeiten der Kommission und der Subkommission	8
1.3 Ausarbeitung einer Vernehmlassungsvorlage durch das Bundesamt für Justiz	9
2 Grundzüge der Vorlage	11
2.1 Die vorgeschlagenen Neuregelungen	11
2.2 Sprachliche Änderungen im französischen Gesetzestext	12
3 Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen im Strafgesetzbuch	13
3.1 Allgemeine Bestimmungen (Deliktskataloge)	13
3.2 Artikel 187 Sexuelle Handlungen mit Kindern	15
3.2.1 Variante 1	15
3.2.2 Variante 2	16
3.3 Gliederungstitel «Angriffe auf die sexuelle Freiheit und Ehre»	18
3.4 Artikel 187a Sexueller Übergriff	18
3.4.1 Ausgangslage: Geltendes Recht und Rechtsprechung bezüglich sexueller Nötigung und Vergewaltigung	18
3.4.2 Argumente für eine Reform	19
3.4.3 Argumente gegen eine Reform	21
3.4.4 Mögliche Umsetzung	22
3.4.4.1 Geschütztes Rechtsgut	22
3.4.4.2 Absatz 1 erste Tatvariante: Handeln «gegen den Willen einer Person»	22
3.4.4.3 Absatz 1 zweite Tatvariante: Überraschende sexuelle Übergriffe	26
3.4.4.4 Absatz 2: Ausnützen des Irrtums des Opfers über den Charakter der Handlung	28
3.5 Artikel 188 Sexuelle Handlungen mit Abhängigen	30
3.6 Artikel 189, 190 und 191 Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung und Schändung	31
3.6.1 Variante 1	31
3.6.1.1 Anpassung des abgenötigten Verhaltens an die Rechtsprechung	31
3.6.1.2 Keine Erhöhung der Mindeststrafe in Artikel 190 Absatz 1	32
3.6.1.3 Anpassung der Qualifikation «grausames Handeln»	32
3.6.1.4 Änderung des Randtitels von Artikel 191 («Schändung») im deutschen Gesetzestext	32

3.6.1.5	Streichung «in Kenntnis ihres Zustandes» in Artikel 191	33
3.6.1.6	Anpassung des französischen Gesetzestextes betreffend die Vornahme von sexuellen Handlungen durch das Opfer in Artikel 191	33
3.6.1.7	Keine Ausdehnung der Definition der «Vergewaltigung»	33
3.6.2	Variante 2	34
3.6.2.1	Ausdehnung der Definition der «Vergewaltigung»	34
3.6.2.2	Keine Erhöhung der Mindeststrafe in Artikel 190 Absatz 1, keine Senkung der Höchststrafe in Artikel 189 Absatz 1	35
3.6.2.3	Einführung einer Mindeststrafe in Artikel 191	35
3.7	Artikel 192 Sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen, Gefangenen, Beschuldigten	36
3.8	Artikel 193 Ausnützung der Notlage	36
3.9	Artikel 194 Exhibitionismus	36
3.9.1	Variante 1	36
3.9.2	Variante 2	38
3.10	Artikel 197 Pornografie	38
3.10.1	Absätze 4 und 5	38
3.10.2	Absätze 8 und 8 ^{bis}	39
3.10.2.1	Variante 1	41
3.10.2.2	Variante 2	42
3.11	Gliederungstitel «Anbahnung von sexuellen Kontakten mit Kindern»	43
3.12	Artikel 197a Anbahnung von sexuellen Kontakten mit Kindern (Grooming)	43
3.12.1	Ausgangslage	43
3.12.1.1	Parlamentarische Initiative 18.434 (Amherd) Bregy «Cybergrooming mit Minderjährigen endlich unter Strafe stellen»	43
3.12.1.2	Definitionen	44
3.12.1.3	Geltendes Recht	44
3.12.2	Variante 1	45
3.12.2.1	Systematik	45
3.12.2.2	Geschütztes Rechtsgut	46
3.12.2.3	Täterkreis und Angriffsobjekt	46
3.12.2.4	Anwendbarkeit von Artikel 187 Ziffern 2 und 3	46
3.12.2.5	Objektiver Tatbestand	47
3.12.2.6	Subjektiver Tatbestand	48
3.12.2.7	Rücktritt und Versuch bei Vorbereitungshandlungen	48
3.12.2.8	Strafdrohung	49

3.12.3	Variante 2	49
3.12.4	Übereinkommen des Europarats vom 25. Oktober 2007 zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch	50
3.12.5	Rechtsvergleich mit Österreich und Deutschland	50
3.13	Gliederungstitel «Übertretungen gegen die sexuelle Integrität»	51
3.14	Artikel 198 Sexuelle Belästigungen	51
3.14.1	Änderung des Randtitels im französischen Gesetzestext	51
3.14.2	Absatz 1	51
3.14.3	Absatz 2	52
3.14.3.1	Ausgangslage	52
3.14.3.2	Variante 1	52
3.14.3.3	Variante 2	54
3.15	Gliederungstitel «Gemeinsame Begehung»	55
3.16	Artikel 200 Gemeinsame Begehung	55
3.17	Artikel 264a Absatz 1 Buchstabe g Verbrechen gegen die Menschlichkeit Artikel 264e Absatz 1 Buchstabe b Ungerechtfertigte medizinische Behandlung, Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung und der Menschenwürde	55
4	Jugendstrafgesetz vom 20. Juni 2003	55
5	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927	56
5.1	Übereinstimmung zwischen MStG und StGB	56
5.2	Artikel 157 Ausnützung der militärischen Stellung	57
6	Strafprozessordnung	57
7	Militärstraßprozess vom 23. März 1979	57
8	Regelungsverzichte	58
8.1	Artikel 187 ff.: Beibehaltung der Geldstrafe als mögliche Sanktion	58
8.2	Motion 14.3022 Rickli «Kinderpornografie. Verbot von Posing- Bildern»	59
8.2.1	Ausgangslage	59
8.2.2	Probleme bei der Umsetzung der Motion	60
8.2.3	Änderung der Rechtsprechung	61
8.2.4	Ergebnis	62
8.3	Stealth	62
8.4	«Zustimmungsvariante»	63
9	Auswirkungen	64
9.1	Auswirkungen auf den Bund	64
9.2	Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden	64
10	Rechtliche Aspekte	64

10.1	Verfassungsmässigkeit	64
10.2	Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	65
10.2.1	Allgemeine internationale Verpflichtungen zum Strafrecht	65
10.2.2	Übereinkommen des Europarats	66
11	Tabellen: Artikel 187–200 StGB	67
	Literaturverzeichnis	79
	Verzeichnis verwendeter Materialien	81

Bericht

1 Entstehungsgeschichte

1.1 Die Vorlage des Bundesrates

Der vorliegenden Revision des Sexualstrafrechts im Strafgesetzbuch¹ (StGB) und im Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927² (MStG) geht eine längere Entstehungsgeschichte voraus: Nachdem am 30. Juni 2010 der Vorentwurf zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Änderungen des Sanktionenrechts) in die Vernehmlassung geschickt worden war, eröffnete der Bundesrat am 8. September 2010 die Vernehmlassung zum Vorentwurf über das Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht.³ Am 19. Dezember 2012 entschied der Bundesrat, die Arbeiten an der Harmonisierungsvorlage zurückzustellen und erst auf der Grundlage des neuen Sanktionenrechts, zu dem er am 4. April 2012 eine Botschaft⁴ verabschiedet hatte, weiterzuführen.⁵ Diese Vorlage wurde von den Räten in der Schlussabstimmung am 19. Juni 2015 angenommen. Zwei Änderungen im Jugendstrafgesetz vom 20. Juni 2003⁶ (JStG) traten auf den 1. Juli 2016, jene im Strafgesetzbuch und weiteren Gesetzen auf den 1. Januar 2018 in Kraft.⁷ Die Arbeiten an der Vorlage zur Strafrahmenharmonisierung wurden derweil weitergeführt. Am 25. April 2018 verabschiedete der Bundesrat die entsprechende Botschaft zuhanden der Bundesversammlung (18.043 s Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht).⁸ Die Vorlage umfasste zwei Gesetzesentwürfe: Während Entwurf 1 vor allem Änderungen der Strafrahmen, teilweise aber auch materielle Änderungen vorschlug, sah Entwurf 2 Anpassungen von Bestimmungen des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches vor. Die Büros der eidgenössischen Räte wiesen das Geschäft den Kommissionen für Rechtsfragen zur Vorberatung mit dem Ständerat als Erstrat zu.

1.2 Die Arbeiten der Kommission und der Subkommission

Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (RK-S) befasste sich an ihrer Sitzung vom 17./18. Januar 2019 zum ersten Mal mit dem Geschäft und führte Anhörungen durch. Angehört wurden Vertretungen der Kantone, der Staatsanwalt-

¹ SR **311.0**

² SR **321.0**

³ Unterlagen zu den Vernehmlassungen und Ergebnisberichte: www.admin.ch > Bundesrecht > Vernehmlassungen > Abgeschlossene Vernehmlassungen > 2010 > EJPD.

⁴ BBl **2012** 4721

⁵ www.admin.ch > Dokumentation > Medienmitteilungen > Medienmitteilung vom 19. Dez. 2012 «Harmonisierung der Strafrahmen auf der Grundlage des neuen Sanktionensystems».

⁶ SR **311.1**

⁷ AS **2016** 1249

⁸ BBl **2018** 2827

schaften, der Richterinnen und Richter, der Anwaltschaft, der Opferhilfe, der Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten sowie der universitären Lehre. Dabei zeigte es sich, dass die Vorlage insgesamt mehrheitlich kritisch aufgenommen wurde. Bemängelt wurde auch, dass die Vernehmlassung schon sehr lange zurücklag und dass zu gewissen Vorschlägen wie der Neuformulierung des Tatbestands der Vergewaltigung (Art. 190) nie eine Vernehmlassung durchgeführt worden war. Die RK-S beschloss daher am 18. Januar 2019, eine dreiköpfige Subkommission einzusetzen, die die Vorlage zuhanden der RK-S vorberaten sollte.⁹

Die Subkommission setzte sich aus den Ständeräten Caroni (AR) und Rieder (VS) zusammen und wurde von Ständerat Jositsch (ZH) präsiert. Sie traf sich zu fünf Sitzungen und präsentierte ihre Anträge der nach dem Legislaturwechsel neu zusammengesetzten RK-S an der Sitzung vom 17. Januar 2020. Die Subkommission beantragte der RK-S diverse Änderungen am Entwurf. Die RK-S beriet die Vorlage am 17. Januar und 11. Februar 2020; der Ständerat am 9. Juni 2020. Die Anträge der RK-S und die Beschlüsse des Ständerates lassen sich auf den jeweiligen Fahnen ersehen.¹⁰

Die Subkommission unterbreitete der RK-S auch materielle Anträge zum Sexualstrafrecht. Das Sexualstrafrecht war allerdings nach der Verabschiedung der Botschaft immer häufiger auch in den Medien thematisiert worden, wobei die Frage aufgeworfen wurde, inwiefern das seit dem 1. Oktober 1992 geltende Sexualstrafrecht lückenhaft sei. Im Einvernehmen mit der Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) kam die RK-S zum Schluss, dass sich die Vorlage zur Harmonisierung der Strafrahmen auf die Anpassung einzelner Strafrahmen beschränken und auf materielle Änderungen verzichtet werden sollte. Sie entschied deshalb, ihrem Rat eine Teilung des Entwurfs 1 zu beantragen und die Bestimmungen des Sexualstrafrechts in eine gesonderte Vorlage, einen Entwurf 3, auszugliedern.¹¹ Der Ständerat folgte diesem Antrag am 9. Juni 2020 ohne Gegenstimme.¹² Das gewählte Vorgehen erlaubt es nach Ansicht der RK-S, die Arbeiten an der eigentlichen Vorlage zur Strafrahmenharmonisierung zügig abzuschliessen, die Frage eines materiellen Revisionsbedarfs im Sexualstrafrecht vertieft zu prüfen und dazu eine ordentliche Vernehmlassung durchzuführen.

1.3 Ausarbeitung einer Vernehmlassungsvorlage durch das Bundesamt für Justiz

Das Bundesamt für Justiz (BJ) erarbeitete im Auftrag der RK-S unter Beizug der Wissenschaft einen Vorentwurf und einen Bericht, dies unter Berücksichtigung der Diskussion in der Subkommission. Dabei fanden drei Sitzungen mit einer Expertin und zwei Experten statt:

⁹ www.parlament.ch > Geschäft 18.043 > Medienmitteilung > Medienmitteilung der RK-S vom 18. Jan. 2019.

¹⁰ www.parlament.ch > Geschäft 18.043 > Ratsunterlagen > Anträge, Fahnen.

¹¹ www.parlament.ch > Geschäft 18.043 > Medienmitteilung > Medienmitteilung der RK-S vom 17. Jan. 2020.

¹² AB 2020 S 433

-
- Dr. iur. Nora Scheidegger, PostDoc am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht, Freiburg im Breisgau, Verfasserin «Das Sexualstrafrecht der Schweiz – Grundlagen und Reformbedarf», Dissertation 2018
 - Prof. Dr. iur. Felix Bommer, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät Universität Zürich
 - Dr. iur. Philipp Maier, Richter an den Bezirksgerichten Meilen und Uster, Verfasser «Die Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht», Dissertation 1994, sowie Autor Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Auflage, Basel 2019, Vor Artikel 187 und Artikel 187–193

Bei einer der Sitzungen standen der Arbeitsgruppe für Fragen, die ihren Tätigkeitsbereich betrafen, ausserdem zur Verfügung:

- Angela Weirich, Erste Staatsanwältin, Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft
- Dr. Maggie Schauer, Klinische Psychologie & Neuropsychologie, Direktorin des Kompetenzzentrums Psychotraumatologie, Universität Konstanz
- Dr. Werner Tschan, Psychiatrie + Psychotherapie FMH, Beratungszentrum Sexuelle Grenzverletzungen in professionellen Beziehungen, Institut für Psychotraumatologie, Basel

Weiter gab das BJ beim Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung, Lausanne, ein Gutachten in Auftrag. Darin werden die Regelungen in Belgien, Deutschland, England & Wales, Österreich und Schweden zu sexuellen Übergriffen gegen den Willen / ohne Einverständnis des Opfers, ohne dass Gewalt oder Drohung angewendet wird, dargelegt. Ausserdem wurde recherchiert, ob und wie in den genannten Ländern «Stealththing» bestraft wird.¹³

Auf Wunsch der RK-S erarbeitete das BJ bei einzelnen Bestimmungen zwei Varianten. Dabei bewegt sich in der Regel die erste Variante relativ nahe am geltenden Recht, während die zweite Variante weitergehende Neuerungen vorsieht.

Die RK-S verzichtete bewusst darauf, die Vorlage bereits vertieft zu diskutieren, um die Vernehmlassung möglichst breit und ergebnisoffen durchführen zu können. Sie entschied an ihrer Sitzung vom 28./29. Januar 2021, den Vorentwurf und den Erläuternden Bericht mit teilweise zwei Varianten je Bestimmung in die Vernehmlassung zu schicken. Sie verzichtete darauf, sich bereits für eine der Varianten auszusprechen oder weitere Varianten in die Vernehmlassungsvorlage aufzunehmen.

¹³ www.bj.admin.ch > Publikationen & Service > Berichte, Gutachten und Verfügungen > Berichte und Gutachten > Gutachten des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung vom 31. Mai 2020 über die rechtliche Einordnung sexueller Übergriffe ohne Einverständnis in Belgien, Deutschland, England & Wales, Österreich, Schweden.

Ziel der Vorlage ist es nicht, das Sexualstrafrecht – sowohl im StGB als auch im MStG – von Grund auf neu zu gestalten. Es sollen lediglich punktuelle Änderungen vorgenommen werden. Als wesentliche Änderungen, die zur Diskussion gestellt werden, erscheinen im StGB die folgenden:¹⁴

- Bei den sexuellen Handlungen mit Kindern (Art. 187) wird vorgeschlagen, für bestimmte Tathandlungen eine Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe einzuführen, falls das Opfer das 12. Altersjahr noch nicht vollendet hat. Gleichzeitig soll eine privilegierte Form für «leichte Fälle» eingeführt werden (Variante 2);
- bei den sexuellen Handlungen mit Kindern (Art. 187 Ziff. 3), den sexuellen Handlungen mit Abhängigen (Art. 188 Ziff. 2) und der Ausnützung der Notlage (Art. 193 Abs. 2) soll die Privilegierung, falls die verletzte Person mit dem Täter / der Täterin die Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft eingegangen ist, aufgehoben werden;
- mit Artikel 187a wird ein neuer Grundtatbestand vorgeschlagen, der zur Anwendung gelangt, wenn kein spezifischer Tatbestand (Art. 188 bis 193) erfüllt ist und nicht nur eine sexuelle Belästigung im eigentlichen Sinn vorliegt. Namentlich kommt die neue Bestimmung zur Anwendung,
 - wenn der Täter / die Täterin am Opfer eine sexuelle Handlung vornimmt oder eine solche von diesem vornehmen lässt und sich dabei (eventual-) vorsätzlich über den entgegenstehenden, verbal und / oder nonverbal geäußerten Willen des Opfers hinwegsetzt, ohne dieses zu nötigen, oder
 - wenn der Täter / die Täterin am Opfer überraschend eine sexuelle Handlung vornimmt, die über die Intensität einer sexuellen Belästigung hinausgeht, oder
 - wenn der Täter / die Täterin bei der Ausübung einer Tätigkeit im Gesundheitsbereich an einer Person eine sexuelle Handlung vornimmt oder von ihr vornehmen lässt und dabei ihren Irrtum über den Charakter der Handlung ausnützt;
- die Definition der «Vergewaltigung» soll ausgedehnt werden, so dass nicht nur der Beischlaf als erzwungene sexuelle Handlung darunterfällt und auch Opfer männlichen Geschlechts von diesem Tatbestand erfasst werden (Art. 190 Abs. 1, Variante 2);
- es soll möglich werden, beim Exhibitionismus (Art. 194) lediglich eine Busse statt eine Geldstrafe auszusprechen;
- pornografische Gegenstände oder Vorführungen, die sexuelle Handlungen mit Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen zum Inhalt haben, sollen nicht mehr als harte Pornografie gelten (Art. 197 Abs. 4 und 5);

¹⁴ Mit ihren jeweiligen Auswirkungen auf das MStG, vgl. Ziff. 5.

-
- bei der Pornografie (Art. 197 Abs. 8 und 8^{bis}) soll die Straflosigkeit von Personen erweitert werden, die von Minderjährigen pornografische Bilder / Filme herstellen, diese besitzen, konsumieren oder an die dargestellte Person weiterleiten. Voraussetzungen für die Straflosigkeit sind, dass die abgebildete Person darin eingewilligt hat, die herstellende Person dafür kein Entgelt leistet oder verspricht und der Altersunterschied zwischen den Beteiligten nicht mehr als drei Jahre beträgt.

Straflos sollen neu auch Minderjährige sein, die von sich selbst pornografische Bilder / Filme herstellen, besitzen oder konsumieren und allenfalls unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen weiterleiten;

- mit Artikel 197a wird ein neuer Tatbestand vorgeschlagen, der ausdrücklich das Grooming im engeren Sinne unter Strafe stellt (siehe parlamentarische Initiative 18.434 [Amherd] Bregy «Cybergrooming mit Minderjährigen endlich unter Strafe stellen», Variante 1);¹⁵
- neu soll auch gestützt auf Artikel 198 bestraft werden können, wer jemanden durch Bilder sexuell belästigt; und
- schliesslich wird vorgeschlagen, dass sexuelle Belästigungen von Amtes wegen verfolgt werden, wenn es sich beim Opfer um ein Kind unter 12 Jahren handelt (Art. 198 Abs. 2, Variante 1).

Ein Teil dieser Änderungen wird als eine von zwei Varianten zur Diskussion gestellt.

Weitere Änderungen werden in der Praxis kaum oder keine Auswirkungen haben, so zum Beispiel die Ergänzung der «Vornahme» als abgenötigtes Verhalten bei der sexuellen Nötigung und der Vergewaltigung, die Änderung des Randtitels und die Streichung der Passage «in Kenntnis ihres Zustandes» in Artikel 191 (Schändung).

Entgegen dem Entwurf des Bundesrates soll in den Artikeln 187 ff. die Geldstrafe als mögliche Sanktion nicht gestrichen, sondern beibehalten werden. Ebenfalls soll darauf verzichtet werden, einen speziellen Tatbestand zum Posing einzuführen (siehe Motion 14.3022 Rickli «Kinderpornografie. Verbot von Posing-Bildern»).¹⁶

2.2 Sprachliche Änderungen im französischen Gesetzestext

Die parlamentarische Redaktionskommission hat seinerzeit darauf verzichtet, für *französische Gesetzestexte* die Verwendung von geschlechtsneutralen Formulierungen oder Paarbildungen anstelle des sogenannten generischen Maskulinums (männliche Form zur Bezeichnung beider Geschlechter) vorzuschreiben, weil dies zu «unüberwindbaren Schwierigkeiten führt».¹⁷ Sie hat indessen den Gesetzgeber eingeladen, männliche Formen zu vermeiden und so weit als möglich eine geschlechtsneutrale Sprache zu verwenden. Im französischen Gesetzestext wird aus

¹⁵ www.parlament.ch > Geschäft 18.434.

¹⁶ www.parlament.ch > Geschäft 14.3022.

¹⁷ BB1 1993 I 129, hier 133.

diesem Grund – gleich wie in den Entwürfen 1 und 2 der Vorlage «Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht»¹⁸ – vorgeschlagen, «celui qui» (derjenige, der) durch den neutralen Ausdruck «quiconque» (wer) zu ersetzen. Ausserdem wird die Form des Futurs durch diejenige des Präsens ersetzt. Diese Änderung ist gerechtfertigt, weil sich das Präsens besser eignet, um Straftatbestände festzulegen. Der französische Text entspricht damit im Übrigen der deutschen Fassung, die ebenfalls diese Zeitform verwendet.

Es wird in den folgenden Erläuterungen darauf verzichtet, diese Änderungen einzeln zu kommentieren.

3 Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen im Strafgesetzbuch

3.1 Allgemeine Bestimmungen (Deliktskataloge)

Art. 5 Abs. 1 Bst. a Straftaten gegen Minderjährige im Ausland

Im deutschen Gesetzestext wird der neue Randtitel von Artikel 191 – «Missbrauch einer urteilsunfähigen oder zum Widerstand unfähigen Person» – eingefügt.

Art. 66a Abs. 1 Bst. h Obligatorische Landesverweisung

Im deutschen Gesetzestext wird der neue Randtitel von Artikel 191 eingefügt.

Variante 1

Die in Variante 1 zu Artikel 187 vorgesehenen Änderungen haben keine Auswirkung auf die vorliegende Bestimmung.

Variante 2

Die in Variante 2 zu Artikel 187 vorgeschlagenen materiellen Änderungen müssen im Deliktskatalog betreffend die obligatorische Landesverweisung nachvollzogen werden. In Buchstabe h wird Artikel 187 Ziffer 1^{bis} ergänzt.

Es wird jedoch darauf verzichtet, auch Artikel 187 Ziffer 1^{ter} (leichter Fall der sexuellen Handlungen mit Kindern), Artikel 187a (Sexueller Übergriff) und Artikel 197a (Anbahnung von sexuellen Kontakten mit Kindern) zu ergänzen: Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe a der Bundesverfassung¹⁹ (BV) verlangt eine obligatorische Landesverweisung nur wegen einer Vergewaltigung oder eines anderen *schweren* Sexualdelikts. Der Gesetzgeber hat entsprechend diesen Vorgaben nur Verbrechen (Art. 10 Abs. 2) in den Buchstaben h aufgenommen. Bei den Artikeln 187 Ziffer 1^{ter}, 187a und 197a handelt es sich hingegen um Vergehen (Art. 10 Abs. 3). Eine Verurteilung wegen eines leichten Falls der sexuellen Handlungen mit Kindern, eines sexuellen Übergriffs oder einer Anbahnung von sexuellen Kontakten mit Kindern kann aber zu einer nicht obligatorischen Landesverweisung nach Artikel 66a^{bis} führen.

¹⁸ BBl 2018 2827, hier 2846.

¹⁹ SR 101

Art. 67 Abs. 3 Bst. b und c, 4 Bst. a und 4^{bis} Bst. a Tätigkeitsverbot

Die materiellen Änderungen müssen in den drei Deliktskatalogen zum Tätigkeitsverbot nachvollzogen werden:

- Artikel 187a wird in den Aufzählungen von Artikel 67 Absätze 3 Buchstabe c und Absatz 4 Buchstabe a ergänzt;
- Im deutschen Gesetzestext wird in allen drei Aufzählungen der geänderte Randtitel von Artikel 191 eingefügt;
- Artikel 192 Absatz 1 wird aus den Aufzählungen von Artikel 67 Absätze 3 Buchstabe c und Absatz 4 Buchstabe a gestrichen, weil er aufgehoben werden soll;
- In den Aufzählungen von Artikel 67 Absätze 3 Buchstabe c und Absatz 4 Buchstabe a wird der Randtitel von Artikel 193 angepasst;
- Artikel 197a wird in die Aufzählung von Artikel 67 Absatz 3 Buchstabe b aufgenommen;
- Im französischen Gesetzestext wird in den Aufzählungen von Artikel 67 Absätze 3 Buchstabe c und Absatz 4 Buchstabe a der Randtitel von Artikel 198 angepasst.

Art. 97 Abs. 2 Verfolgungsverjährung

Artikel 187a wird in die Aufzählung der Verfolgungsverjährung aufgenommen. Zudem wird die Gelegenheit genutzt, um ein gesetzgeberisches Versehen zu korrigieren: Bei den Debatten um die Unverjährbarkeit sexueller und pornografischer Straftaten an Kindern vor der Pubertät hat das Parlament die Artikel 192 Absatz 1 und 193 Absatz 1 – entgegen dem Entwurf des Bundesrates – in die Aufzählung von Artikel 101 Absatz 1 Buchstabe e aufgenommen, es aber unterlassen, Artikel 97 Absatz 2 in gleicher Weise anzupassen. Der Bundesrat hatte unter Hinweis auf die herrschende Lehre darauf verzichtet, weil die beiden Strafbestimmungen durch Artikel 187 konsumiert werden.²⁰ Konsequenterweise sind die beiden Bestimmungen vorliegend in die Aufzählung aufzunehmen, wobei mit dieser Vorlage Artikel 192 aufgehoben werden soll.

Art. 101 Abs. 1 Bst. e Unverjährbarkeit

Im Deliktskatalog zur Unverjährbarkeit wird zum einen im deutschen Gesetzestext der neue Randtitel von Artikel 191 und in allen Gesetzestexten der geänderte Randtitel von Artikel 193 eingefügt. Zum andern wird Artikel 192 Absatz 1 aus der Aufzählung gestrichen und Artikel 187a aufgenommen (vgl. Erläuterungen zu Art. 97 Abs. 2).

Variante 1

Die in Variante 1 zu Artikel 187 vorgesehenen Änderungen haben keine Auswirkung auf die vorliegende Bestimmung.

²⁰ BBl 2011 5977, hier 6000.

Variante 2

Die in Variante 2 zu Artikel 187 vorgeschlagenen Änderungen haben zur Folge, dass Artikel 187 Ziffern 1^{bis} und 1^{ter} in die Aufzählung aufgenommen werden.

3.2 Artikel 187 Sexuelle Handlungen mit Kindern

3.2.1 Variante 1

In Variante 1 werden Änderungen in Ziffer 1 und 3 vorgeschlagen:

In Ziffer 1 dritter Absatz wird eine sprachliche Anpassung vorgenommen und die Formulierung von Artikel 156 Ziffer 1 dritter Absatz MStG übernommen.

In Ziffer 3 wird heute festgehalten, dass die zuständige Behörde von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung absehen kann, wenn die verletzte Person mit dem Täter die Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft eingegangen ist. Diese Privilegierung soll gestrichen werden. Sie führt zu einer Schlechterstellung von unverheirateten Tätern. Zudem könnte sich das Opfer aufgrund dieser Regelung gedrängt fühlen, eine Ehe / eingetragene Partnerschaft einzugehen – das sollte nicht sein. Allerdings könnte eine Eheschliessung, ein Zusammenleben oder allgemein eine Liebesbeziehung als «besonderer Umstand» betrachtet werden und so zu einem Absehen von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung führen – dies jedoch nur dann, wenn der Täter zur Zeit der Tat oder der ersten Tathandlung das 20. Altersjahr noch nicht zurückgelegt hat.

Auf die Einführung einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe, wenn das Kind das 12. Altersjahr noch nicht vollendet hat (siehe sogleich Variante 2), wird in Variante 1 verzichtet. Eine solche ist nicht notwendig, da auch mit dem geltenden Strafrahmen eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr ausgesprochen werden kann. Ohne Mindeststrafe bleibt dem Gericht ein grösserer Gestaltungsspielraum. Es erscheint widersprüchlich, einerseits eine Mindeststrafe einzuführen, gleichzeitig aber in «leichten Fällen» wieder eine Ausnahme vorzusehen. Der Mehrwert einer derartigen Regelung ist nicht ersichtlich.

Überdies scheint die Mindeststrafe gemäss Variante 2 mit Blick auf andere Tatbestände, die eine zwingende Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr vorsehen – so der Totschlag (Art. 113) und die Vergewaltigung (Art. 190) – nicht angemessen.

Zur in Artikel 187 Ziffer 1 angedrohten Höchststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe ist Folgendes auszuführen: Zwischen Artikel 187 und den Artikeln 189 bzw. 190 (Sexuelle Nötigung bzw. Vergewaltigung) wie auch – nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts – zwischen Artikel 187 und Artikel 191 (Schändung) besteht Idealkonkurrenz, da diese Bestimmungen verschiedene Rechtsgüter schützen. Das heisst, dass in Fällen, in denen eine sexuelle Handlung mit einem Kind gleichzeitig eine sexuelle Nötigung, eine Vergewaltigung oder aber eine Schändung darstellt, diese Bestimmungen gemeinsam mit Artikel 187 angewendet werden.²¹ Gemäss Artikel 49 Absatz 1 (Konkurrenz) kann im Grundtatbestand somit eine Höchststrafe von

²¹ Maier Philipp, 2019, Art. 187 N 57, Art. 189 N 82 und Art. 191 N 19.

15 Jahren Freiheitsstrafe ausgesprochen werden. Im Falle einer Vergewaltigung gilt aufgrund des dortigen Strafraumens zudem eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr. Wird das Opfer vom Täter nicht genötigt und liegt auch keine Schändung vor, so genügt die geltende Höchststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe. Die Umsetzung der parlamentarischen Initiative 03.424 Abate «Sexuelle Handlungen mit Kindern. Erhöhung des Strafmasses gemäss Artikel 187 StGB»,²² wonach in Artikel 187 Ziffer 1 die Höchststrafe auf zehn Jahre Freiheitsstrafe erhöht werden soll, erscheint vor diesem Hintergrund als nicht notwendig.

3.2.2 Variante 2

Auch in Variante 2 wird in Ziffer 1 eine sprachliche Anpassung vorgenommen und in Ziffer 3 die Privilegierung gestrichen, falls die verletzte Person mit dem Täter die Ehe / eingetragene Partnerschaft eingegangen ist.

In der neuen Ziffer 1^{bis} wird eine *Mindeststrafe* von einem Jahr Freiheitsstrafe eingeführt, falls das Kind das 12. Altersjahr noch nicht vollendet hat und der Täter mit ihm eine sexuelle Handlung *vornimmt* oder es zu einer sexuellen Handlung *mit einer Drittperson oder einem Tier verleitet*. Die Einführung einer Mindeststrafe entspricht einer Forderung der parlamentarischen Initiative 16.408 Jositsch «Mindeststrafen bei sexuellen Handlungen gegenüber Kindern unter 16 Jahren», der von den Kommissionen für Rechtsfragen beider Räte Folge gegeben wurde.²³

Mit der Einführung einer Mindeststrafe soll zum Ausdruck gebracht werden, dass ein Täter, der ein derart junges Kind missbraucht, besonders verwerflich handelt. Das Unrecht der Tat ist in der Regel höher, je jünger das Opfer ist.

Artikel 187 Ziffer 1 umfasst drei Tatbestandsvarianten:

- Bei der *Vornahme* einer sexuellen Handlung mit einem Kind muss es zu einem *körperlichen Kontakt zwischen dem Täter und dem Opfer* kommen, so dass der Täter das Kind oder das Kind den Täter berührt.²⁴
- Beim *Verleiten* zu einer sexuellen Handlung kommt es hingegen zu keinem Körperkontakt zwischen Täter und Opfer. Es sind nur solche Handlungen gemeint, die das Kind am eigenen Körper, am Körper eines anderen oder mit einem Tier vornimmt.²⁵
- Beim *Einbeziehen* in eine sexuelle Handlung kommt es ebenfalls zu keinen körperlichen Berührungen zwischen *dem Täter und dem Opfer*. Bei dieser Tatbestandsvariante wird das Kind als *Zuschauer* in eine sexuelle Handlung mit einbezogen.²⁶

²² www.parlament.ch > Geschäft 03.424. Die RK-N hat der pa. Iv. am 22. Sept. 2004 Folge gegeben.

²³ www.parlament.ch > Geschäft 16.408. Die RK-S hat der pa. Iv. am 30. Aug. 2016 Folge gegeben, die RK-N hat diesem Entscheid am 6. April 2017 zugestimmt.

²⁴ Maier Philipp, 2019, Art. 187 N 10.

²⁵ Maier Philipp, 2019, Art. 187 N 13.

²⁶ Maier Philipp, 2019, Art. 187 N 17.

Die Mindeststrafe soll für folgende Tatbestandsvarianten von Artikel 187 Ziffer 1 gelten, wenn:

- der Täter mit dem Kind eine sexuelle Handlung *vornimmt*; oder
- der Täter das Kind zu einer sexuellen Handlung *mit einer Drittperson oder einem Tier verleitet*.

Diese Tathandlungen rechtfertigen von ihrem Unrechtsgehalt her eine Mindeststrafe.

Ein *Verleiten* zu einer sexuellen Handlung *am eigenen Körper* rechtfertigt eine derartige Mindeststrafe hingegen nicht. Gemäss Bundesgericht²⁷ stellt die Aufforderung zum Onanieren, welcher das Kind nachkommt, ein Verleiten zu einer sexuellen Handlung an sich selbst dar. Die *Anwesenheit des Täters* bei den Handlungen ist *nicht erforderlich*. Eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr wäre in einer derartigen Konstellation zu hoch. Sie wird deshalb von Ziffer 1^{bis} nicht erfasst, sondern fällt unter Ziffer 1 oder 1^{ter}.

Nicht unter die neue Mindeststrafe fällt ausserdem die Tatvariante «*Einbeziehen in eine sexuelle Handlung*». Als Zuschauer wird das Kind in seiner normalen Entwicklung weit weniger gefährdet, als wenn es selbst körperlich beeinträchtigt wird.

Gleichzeitig mit der Mindeststrafe soll *eine privilegierte Form für «leichte Fälle»* eingeführt werden (Ziff. 1^{ter}). Ein «leichter Fall» ist namentlich deshalb angezeigt, da Artikel 187 Ziffer 1 sexuelle Handlungen sehr unterschiedlicher Intensität umfasst: Sie reichen von Beischlaf, oraler und analer Penetration bis zu weit weniger schwerwiegenden Handlungen wie dem Griff an das nackte Gesäss eines Kindes, wenn relativ stark zugepackt wird.

Um zu verhindern, dass sie wegen Mindeststrafen in leichten Fällen überhöhte Sanktionen aussprechen müssen, legen die Strafbehörden in der Praxis zuweilen unbestimmte Rechtsbegriffe restriktiver aus. Wird vorliegend keine privilegierte Form vorgesehen, könnte dies dazu führen, dass die Strafbehörden den Begriff der nach Artikel 187 strafbaren sexuellen Handlung enger definieren. Die Konsequenz wäre, dass es im unteren Bereich der gegenwärtig strafbaren Handlungen zu weniger Verurteilungen kommen würde. Mit dem Vorsehen eines «leichten Falls» soll dies verhindert werden.

Die *Strafurteilsstatistik* der letzten Jahre zeigt, dass bei rund 80 Prozent der Verurteilungen gegen Erwachsene ausschliesslich gestützt auf Artikel 187 Ziffer 1 *Strafen unter 12 Monaten* ausgesprochen wurden, wobei das Alter der Opfer nicht aus der Statistik hervorgeht. Diese tiefen Strafen sind entweder auf leichtere Tatumstände oder auf die Anwendung von Strafmilderungsgründen (Versuch, verminderte Schuldfähigkeit, Gehilfenschaft) zurückzuführen.

Der «leichte Fall» wird in Ziffer 1^{ter} geregelt und bezieht sich – wie sich aus der Systematik ergibt – auf *alle* Altersgruppen. Es könnte etwas seltsam anmuten, wenn nur bei den gravierenden Taten (mit unter 12-jährigen Opfern) ein «leichter Fall» vorgesehen würde, denn es ist davon auszugehen, dass grundsätzlich eher die Fälle mit älteren Opfern «leicht» sind. Die Strafandrohung für den «leichten Fall» ist Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

²⁷ Urteil des Bundesgerichts 6B_702/2009 vom 8. Jan. 2010, E. 7.4.

3.3

Gliederungstitel «Angriffe auf die sexuelle Freiheit und Ehre»

Im 2. Gliederungstitel «Angriffe auf die sexuelle Freiheit und Ehre», unter den nach geltendem Recht die Artikel 189 bis 194 und neu allenfalls die Artikel 187a (Sexueller Übergriff) und 188 (Sexuelle Handlungen mit Abhängigen) fallen, soll der Ausdruck «Ehre» gestrichen werden. Die sexuelle Ehre hat heute neben der sexuellen Freiheit keine eigenständige Bedeutung mehr.²⁸

Da der vorgeschlagene Artikel 187a die *sexuelle Selbstbestimmung* schützt, ist er systematisch unter den 2. Gliederungstitel einzureihen. Als Grundtatbestand soll er vor Artikel 188 platziert werden. Dies hat zur Folge, dass Artikel 188 nicht mehr unter den 1. Gliederungstitel «Gefährdung der Entwicklung von Minderjährigen», sondern neu ebenfalls unter den 2. Gliederungstitel «Angriffe auf die sexuelle Freiheit (und Ehre)» fällt. Im Ergebnis entspricht dies dem überwiegenden Teil der Lehre, der davon ausgeht, dass der Tatbestand in erster Linie nicht die ungestörte sexuelle Entwicklung, sondern das *sexuelle Selbstbestimmungsrecht* von Jugendlichen schützen soll.²⁹

3.4

Artikel 187a Sexueller Übergriff

3.4.1

Ausgangslage: Geltendes Recht und Rechtsprechung bezüglich sexueller Nötigung und Vergewaltigung

Gemäss dem Wortlaut des Gesetzes und der Rechtsprechung des Bundesgerichts reicht ein Handeln des Täters / der Täterin alleine gegen den Willen des Opfers nicht, damit der Tatbestand der sexuellen Nötigung oder Vergewaltigung als erfüllt erachtet wird. Das Bundesgericht führte aus, nicht jeder beliebige Zwang, nicht schon jedes den Handlungserfolg bewirkende kausale Verhalten, auf Grund dessen es zu einem ungewollten Geschlechtsverkehr, zu einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung komme, stelle eine sexuelle Nötigung dar. Kein ausreichender Druck oder Zwang im Sinne von Artikel 189 und Artikel 190 liege beispielsweise vor, wenn ein Mann seiner Frau androhe, nicht mehr mit ihr zu sprechen, alleine in die Ferien zu fahren oder fremdzugehen, falls sie die verlangten sexuellen Handlungen verweigere. Obschon auch diese in Aussicht gestellten Übel das Opfer einer seelischen Belastung aussetzten, erreichten sie die für die Sexualgewaltdelikte erforderliche Intensität nicht.³⁰ Das Ausnützen allgemeiner Abhängigkeits- oder Freundschaftsverhältnisse genüge für sich genommen in der Regel nicht, um einen relevanten psychischen Druck im Sinne von Artikel 189 (oder Artikel 190) zu begründen.³¹

²⁸ Maier Philipp, 1994, S. 255 f.; Jenny Guido/Schubarth Martin/Albrecht Peter, 1997, Art. 189 N 1.

²⁹ Maier Philipp, 2019, Art. 188 N 1 mit weiteren Hinweisen.

³⁰ BGE 131 IV 167 E. 3.1.

³¹ BGE 131 IV 107 E. 2.2.

Verlangt wird eine Nötigungshandlung: Der Täter / die Täterin muss das Opfer zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung nötigen, namentlich indem Gewalt angewendet oder das Opfer bedroht, unter psychischen Druck gesetzt oder zum Widerstand unfähig gemacht wird. Das Bundesgericht legt die Schwelle, ab der es eine Nötigung bejaht, nicht sehr hoch an. In Bezug auf die Anwendung von Gewalt hat es festgehalten, je nach den Umständen könne schon ein verhältnismässig geringer Kraftaufwand ausreichen; erforderlich sei jedoch, dass es dem Opfer unter den gegebenen Umständen und in Anbetracht seiner persönlichen Verhältnisse nicht möglich und zumutbar gewesen sei, sich der Einwirkung zu entziehen.³²

Eine Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung gegen bzw. ohne den Willen des Opfers, bei der es nicht genötigt wird (Art. 189 und 190), keine Abhängigkeit oder Notlage ausgenützt wird (Art. 188, 192 oder 193) und das Opfer auch nicht urteils- oder widerstandsunfähig ist (Art. 191), kann heute nach Artikel 198 zweiter Absatz erste Tatvariante als tätliche sexuelle Belästigung bestraft werden, sofern der Täter die sexuelle Handlung am Opfer vornimmt. Es besteht somit *keine Strafbarkeitslücke*. Allerdings ist Artikel 198 ein Antragsdelikt und eine Übertretung; die Sanktion beträgt somit lediglich Busse. Es stellt sich die Frage, ob dies angemessen ist – insbesondere dann, wenn es sich um eine intensive sexuelle Handlung wie einen Beischlaf oder eine andere sexuelle Handlung, bei der in den Körper des Opfers eingedrungen wird, handelt.³³ Zudem scheitert eine Bestrafung des Täters / der Täterin unter Umständen daran, dass nicht rechtzeitig ein Strafantrag gestellt wurde oder die Tat verjährt ist.

3.4.2 Argumente für eine Reform

Im November 2019 reichte Amnesty International bei der Vorsteherin des EJPD eine Petition «Gerechtigkeit für Betroffene sexueller Gewalt» ein, mit der unter anderem gefordert wurde, das Strafgesetzbuch derart zu revidieren, dass alle sexuellen Handlungen ohne Einwilligung angemessen bestraft werden können («Nur-Ja-heisst-Ja»-Lösung). Die Petition war von 37 Organisationen und fast 37'000 Personen unterzeichnet worden.³⁴

22 Strafrechtsprofessorinnen und -professoren schlossen sich der Petition von Amnesty International an. Sie erklärten, nicht konsensuale sexuelle Handlungen sollten unabhängig vom Geschlecht des Opfers angemessen bestraft werden können, namentlich solle Geschlechtsverkehr ohne Einwilligung als Vergewaltigung zu bestrafen sein. Die von ihnen unterstützte Reform lasse das Prinzip der Unschuldsvermutung völlig unangetastet. Sie führe nicht zu einer Umkehr der Beweislast.³⁵

Im Juni 2020 schliesslich lancierten Amnesty International und über 50 weitere Organisationen und 130 Persönlichkeiten aus Justiz, Politik und Kultur den nationalen «Appell für ein zeitgemässes Sexualstrafrecht». Sie riefen zu einer raschen und

³² Urteil des Bundesgerichts 6B_674/2011 vom 13. Feb. 2012, E. 3.

³³ Urteil des Bundesgerichts 6B_436/2010 vom 6. Dez. 2010; Urteil des Bundesgerichts 6B_630/2014 vom 20. Jan. 2015.

³⁴ stopp-sexuelle-gewalt.amnesty.ch.

³⁵ «Übergriffe angemessen bestrafen», Der Bund vom 3. Juni 2019.

umfassenden Gesetzesreform in der Schweiz auf, die einen besseren Schutz vor sexueller Gewalt garantiere.

Es wurde argumentiert, der heutige Vergewaltigungstatbestand gehe von einem stereotypen Sexualdelikt aus, das in keiner Weise der Realität von sexuellen Übergriffen entspreche. Dieses stereotype Delikt gehe vom fremden Täter aus, der das Opfer gewalttätig überfalle und Spuren hinterlasse. Das stereotype Opfer wehre sich, habe Verletzungsspuren und erstatte umgehend Anzeige. Die Realität sehe anders aus: In den meisten Fällen sei die Täterschaft den Betroffenen bekannt und es bestehe ein Vertrauensverhältnis. So geschähen die meisten Übergriffe in zunächst harmlosen Momenten. Zudem sei eine natürliche Reaktion von Betroffenen sexueller Gewalt ein Schockzustand oder eine Lähmung (das sogenannte Freezing). Nur in den wenigsten Fällen sei die Reaktion körperliche Gegenwehr. Das geltende Recht, das ein Nötigungsmittel voraussetze, werde somit der grossen Mehrheit der Übergriffe nicht gerecht. Die meisten Täter müssten keine Gewalt anwenden, da sie die Überforderung des Opfers und das Vertrauensverhältnis ausnutzten.

Im Appell wurde weiter ausgeführt, die beantragte Reform führe nicht zu einer Umkehr der Beweislast. Die Unschuldsvermutung bleibe unangetastet. Es sei weiterhin an der Staatsanwaltschaft zu beweisen, dass die beschuldigte Person ohne Einwilligung des Opfers gehandelt habe. Weiterhin gelte, dass jede Person unschuldig sei, bis der Staat ihr eine Schuld nachgewiesen habe. Blieben Zweifel am Tathergang, werde der / die Beschuldigte freigesprochen. Die Reform wolle einzig, dass in Fällen, in denen es das Gericht für erwiesen halte, dass sich die beschuldigte Person vorsätzlich über den Willen des Opfers hinweggesetzt habe, eine angemessene Bestrafung möglich sei. Das sei derzeit nicht immer der Fall.³⁶

Der oben erwähnte Schockzustand wird als «Freeze / Freezing» oder als «tonische Immobilität» bezeichnet. In der Fachliteratur wird dazu Folgendes ausgeführt: «In bedrohlichen Situationen sind wir zunächst biologisch gut darauf vorbereitet, uns entweder zu wehren ('Fight') oder die Flucht zu ergreifen ('Flight'). Wenn jedoch keine der beiden Reaktionen möglich oder erfolgsversprechend ist, bleiben uns immer noch die Möglichkeit des Totstellens und der Erstarrung ('Freeze') sowie das innere Aussteigen aus der Situation (peritraumatische Dissoziation). Freeze bedeutet Einfrieren in einer Lähmungsreaktion. Eine Flut von Endorphinen verhilft zu diesem 'geistigen Wegtreten' sowie der Neutralisierung akuter Todesangst. Zusätzlich zum Freeze kommt noch das Mittel des Fragmentierens dazu. Die Erfahrung wird zersplittet, und diese Splitter werden so weggedrückt, dass das äussere Ereignis nicht mehr zusammenhängend wahrgenommen oder erinnert werden kann.»³⁷

In einer schwedischen Studie aus dem Jahr 2017 wird «tonische Immobilität» (TI) bei Menschen als «unfreiwilliger, vorübergehender Zustand motorischer Beschränkung als Reaktion auf Situationen, die mit starker Angst einhergehen» umschrieben («In humans, TI has been described as an involuntary, temporary state of motor inhibition in response to situations involving intense fear»). Für die Studie wurden 298 Frauen, die innerhalb eines Monats nach dem Übergriff eine auf vergewaltigte

³⁶ www.stopp-sexuelle-gewalt.ch.

³⁷ Beckrath-Wilking Ulrike/Biberacher Marlene/Dittmar Volker/Wolf-Schmid Regina, 2013, S. 53.

Frauen spezialisierte Notfallklinik in Stockholm aufgesucht hatten, befragt. Davon gaben 70% an, sie hätten während des Übergriffs eine erhebliche tonische Immobilität erlebt, 48% berichteten von einer extremen tonischen Immobilität («Of the 298 women, 70% reported significant tonic immobility and 48% reported extreme tonic immobility during the assault»).³⁸

3.4.3 Argumente gegen eine Reform

Es gibt allerdings auch Stimmen, die sich gegen eine Revision in diesem Sinne aussprechen. So haben sich 32 auf Strafrecht spezialisierte Anwältinnen und Anwälte kritisch geäußert.³⁹ Sie erachten die geforderte Revision als nicht notwendig. Befürchtet werden vielmehr eine Umkehr der Beweislast und eine Verletzung der Unschuldsvermutung.

Eine der Unterzeichnerinnen, die Strafverteidigerin Tanja Knodel, erklärte, bei einer Strafandrohung wie bei der Vergewaltigung brauche es mehr als bloss ein plausibles Darlegen eines «Nein». Aus ihrer Sicht müsse die Nötigung im Straftatbestand der Vergewaltigung oder der sexuellen Nötigung daher zwingend vorliegen. Müsse das potentielle Opfer die Nötigung schildern, könne man nach Realitätskriterien suchen. Genüge ein blosses «Nein» für die Erfüllung des Tatbestands, sei dies nicht möglich. Damit würden die Verteidigungsmöglichkeiten von Beschuldigten ausgehebelt.⁴⁰

Tanja Knodel meinte weiter, schon nach dem geltenden Sexualstrafrecht sei ein Nein ein Nein. Die in der laufenden Diskussion vorgeschlagene Änderung sei unnötig und wecke falsche Hoffnungen. Sex müsse einvernehmlich sein; sonst liege eine Straftat vor. Nicht einvernehmlicher Sex beinhalte immer eine Form von Nötigung. Es gehe gar nicht anders. Wenn der eine Sexualpartner «Nein» sage, und der andere nehme sich den Sex trotzdem, dann werde mittels Gewalt oder mit psychischem Druck eine Grenze überschritten. Das könne ein Festhalten sein, vielleicht seien es verbale Äusserungen; auf jeden Fall setze sich jemand über den Willen des anderen, über das «Nein», hinweg, in irgendeiner Form. Zwischen dem Nein-Sagen und der dennoch vollzogenen sexuellen Handlung passiere etwas.⁴¹

Zwei weitere Unterzeichnende, Laura Jetzer und Diego R. Gfeller, führten unter anderem aus, die Revision wecke falsche Erwartungen. Ein neues Gesetz ändere nichts an den Beweisschwierigkeiten solcher Strafverfahren. Weder würden Opfer besser vor sexuellen Übergriffen geschützt, noch dürften sie auf mehr Verurteilungen hoffen. Auch inskünftig würden sie sich im Rahmen von Einvernahmen die Frage gefallen lassen müssen, wie es denn weitergegangen sei nach einem kommunizierten Nein.⁴²

Ablehnend äusserte sich ausserdem der ehemalige Bundesrichter Hans Wiprächtiger. Er hielt zusammenfassend fest, ein paternalistischer Schutz durch den Staat für

³⁸ Möller Anna/Söndergaard Hans Peter/Helström Lotti, 2017, S. 932–938.

³⁹ «Professorale Fake News zum Sexualstrafrecht», TagesAnzeiger vom 22. Juni 2019.

⁴⁰ Knodel Tanja/Scheidegger Nora, 2019, S. 6 ff.

⁴¹ «Wollen die Anwälte, dass Vergewaltiger ohne Strafe bleiben?», Republik, 12. Juli 2019.

⁴² Gastkommentar von Laura Jetzer und Diego R. Gfeller, «Die Revision weckt falsche Erwartungen», Neue Zürcher Zeitung vom 31. Jan. 2020.

gesunde, erwachsene und selbstbestimmungsfähige Menschen sei nicht nötig. Im Weiteren sei zu befürchten, dass der Beschuldigte in Zukunft bei Sexualdelikten seine Unschuld beweisen müsse, was sämtlichen rechtsstaatlichen Grundsätzen widerspreche. Eine derartige Ausweitung des Strafrechts würde zu vielen Fehlurteilen führen und sei deshalb abzulehnen.⁴³

3.4.4 Mögliche Umsetzung

Zu Beginn der Arbeiten lag der Fokus auf der Ausarbeitung einer Bestimmung, die das Anliegen der Petition von Amnesty International und des nationalen «Appells für ein zeitgemässes Sexualstrafrecht» aufnimmt. Im Laufe der Arbeiten zeigte sich ausserdem ein allfälliger Handlungsbedarf bei den überraschend vorgenommenen sexuellen Handlungen sowie in Konstellationen, in denen der Täter einen Irrtum des Opfers über den Charakter der Handlung ausnützt.⁴⁴

Sollte das StGB im geforderten Sinne revidiert werden, könnte eine Regelung wie nachfolgend dargelegt aussehen. Die neue Bestimmung soll als Grundtatbestand vor Artikel 188 (sexuelle Handlungen mit Abhängigen) platziert werden. Der Randtitel lautet «Sexueller Übergriff».

3.4.4.1 Geschütztes Rechtsgut

Artikel 187a schützt die *sexuelle Selbstbestimmung*.

3.4.4.2 Absatz 1 erste Tatvariante: Handeln «gegen den Willen einer Person»

Bei der neuen Bestimmung handelt es sich um einen Grundtatbestand. Davon erfasst werden sollen grundsätzlich sexuelle Übergriffe, bei denen der Täter / die Täterin das Opfer nicht nötigt (Art. 189 und 190), keine Abhängigkeit oder Notlage ausnützt (Art. 188, 192 und 193) und nicht im Sinne von Artikel 191 (Schändung) missbraucht. *Nicht erfasst* werden hingegen *wenig erhebliche* Übergriffe: Diese fallen als *tätliche sexuelle Belästigungen* weiterhin unter Artikel 198 zweiter Absatz erste Tatvariante. Der Anwendungsbereich des geltenden Artikel 198 zweiter Absatz erste Tatvariante wird mit der neuen Bestimmung stark eingeschränkt und es wird sich eine neue Rechtsprechung entwickeln und etablieren.

Erfasst werden von Absatz 1 erste Tatvariante namentlich Konstellationen, in denen es als erwiesen erachtet wird, dass sich der Täter / die Täterin (eventual-) vorsätzlich über den entgegenstehenden, verbal und / oder nonverbal geäusserten Willen des Opfers hinweggesetzt und an ihm eine sexuelle Handlung vorgenommen, es aber *nicht im Sinne von Artikel 189 und / oder 190 benötigt* hat. In derartigen Fällen

⁴³ Wiprächtiger Hans, 2020, S. 924 ff.

⁴⁴ Zum sog. Stealthing vgl. Ziff. 8.3.

ergeht heute eine Einstellung des Verfahrens oder ein Freispruch vom Vorwurf der sexuellen Nötigung und / oder Vergewaltigung.⁴⁵

Eine nonverbale Ablehnung kann beispielsweise durch Weinen, sich Wegdrehen oder Kopfschütteln zum Ausdruck gebracht werden.

Darunterfallen kann aber auch eine Konstellation, bei der eine Abhängigkeit, Notlage oder Widerstandsunfähigkeit verneint wird und die deshalb nicht zu einer Verurteilung gestützt auf Artikel 188, 191, 192 (sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen, Gefangenen, Beschuldigten) oder 193 (Ausnützung der Notlage) führt.

Da es der Grundgedanke der neuen Bestimmung ist, den *entgegenstehenden Willen* zu schützen, wird sie wohl vor allem bei *sexuell mündigen* Opfern zur Anwendung gelangen. Es ist davon auszugehen, dass bei jüngeren Opfern in aller Regel weiterhin die Tatbestände der Artikel 189–191 (in Verbindung mit Artikel 187) vorgehen oder ausschliesslich Artikel 187 – der eine höhere Strafandrohung als Artikel 187a Absatz 1 erste Tatvariante aufweist – zur Anwendung gelangt. Die neue Bestimmung soll nicht dazu führen, dass Kinder weniger geschützt werden als bisher, auch nicht in prozessualer Hinsicht.

Objektiver Tatbestand

Es wird eine Umsetzung der sogenannten «Veto»- bzw. «Nein-heisst-Nein»-Lösung⁴⁶ vorgeschlagen, bei der das Opfer verbal und / oder nonverbal kommunizieren muss, dass es die sexuelle Handlung nicht will. Als Formulierung wird «Wer gegen den Willen einer Person (...) eine sexuelle Handlung an dieser vornimmt oder von ihr vornehmen lässt ...» vorgeschlagen.⁴⁷

In aller Regel dürfte der Täter / die Täterin die sexuelle Handlung *am Opfer* vornehmen. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass eine bedrängte Person eine sexuelle Handlung (am Täter) *vornimmt*. Allerdings dürfte es in solchen Konstellationen schwierig sein zu beweisen, dass der Täter erkannt hat, dass das Opfer – obwohl es aktiv wurde – gegen seinen Willen handelte.

Zur Frage, warum sich ein Opfer nicht weitergehend wehrt, obwohl es nicht genötigt wird und auch kein Abhängigkeitsverhältnis, keine Notlage und keine Urteils- bzw. Widerstandsunfähigkeit vorliegen, führt Hörnle aus: «Es ist ein Bündel von unterschiedlichen Hintergründen und Beweggründen denkbar, die junge und auch erwachsene Frauen (und sicherlich auch Männer) dazu bringen können, nach Äusserung des entgegenstehenden Willens zu kapitulieren und sexuelle Handlungen über sich ergehen zu lassen (oder sogar Handlungsanweisungen zu befolgen). Es wäre abwegig anzunehmen, dass alle Menschen immer in geistesgegenwärtiger Weise situationsangemessen und effektiv ihre Interessen verteidigen können. Durchsetzungskraft kann temporär (z. B. wegen Trunkenheit) oder wegen der Persönlich-

⁴⁵ Siehe auch Scheidegger Nora/Lavoyer Agota/Stalder Tamara, 2020, S. 57 ff.; Urteil des Bundesgerichts 6B_912/2009 vom 22. Feb. 2010.

⁴⁶ Im Gegensatz zur «Zustimmungslösung» («Nur-Ja-heisst-Ja»), bei der das Opfer ausdrücklich oder konkludent seine Zustimmung / Einwilligung erteilen muss.

⁴⁷ An der in § 177 (1) D-StGB verwendeten Formulierung «Wer gegen den *erkennbaren* Willen einer anderen Person ...» wird kritisiert, dass darunter auch fahrlässiges Handeln falle: Fischer Thomas, «Zum letzten Mal: Nein heisst nein», Fischer im Recht, ZEIT online, 28. Juni 2016, Ziff. 5.

keitsstruktur der betroffenen Person geschwächt sein. Scheue, gehemmte oder unreife Menschen müssen nicht durch Nötigungsmittel oder Angst vor Körperverletzung daran gehindert werden, sich den Ansinnen oder den Befehlen anderer nachhaltiger zu widersetzen, wenn für das Gegenüber verbaler Protest, Weinen und sichtbares Leiden kein Hinderungsgrund sind. Eine grosse Altersdifferenz oder ein diffuses (nicht spezifisch auf Furcht vor Gewalt beruhendes) Gefühl der sozialen oder psychischen Unterlegenheit kann daran hindern, sich gegenüber dominant auftretenden Personen durchzusetzen. (...) Und schliesslich ist auch bei an sich konstitutionell und situativ durchsetzungsfähigen Personen ein Erstarren möglich, das ihnen nicht mehr als eine verbale Äusserung von Ablehnung erlaubt. Zum Beispiel kann es zu einem Erstarren nach erfolglosem Protest kommen, wenn die unerwartete Sexualisierung einer Situation als erschreckend und peinlich empfunden wird – vor allem, wenn Flucht oder die Schaffung von Aufmerksamkeit bei Dritten bedeuten würde, die peinliche Situation zu offenbaren.»⁴⁸

Als «sexuelle Handlungen» gelten – wie in Artikel 187, 188, 192 und 193 – der Beischlaf, beischlafsähnliche Handlungen und andere sexuelle Handlungen.

Subjektiver Tatbestand

Der Täter / die Täterin muss (eventual-) vorsätzlich handeln und somit erkennen, dass er / sie gegen den Willen des Opfers handelt bzw. dies in Kauf nehmen. Fahrlässigkeit genügt nicht.

Strafrahmen

Als Strafandrohung wird für die neue Bestimmung Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vorgeschlagen. Wie in den Artikeln 188, 192 und 193 wird auf eine Abstufung verzichtet. Eine Höchstfreiheitsstrafe von drei Jahren erscheint im Vergleich zu den Strafandrohungen insbesondere in den Artikeln 188, 192 und 193, wo der Täter eine Abhängigkeit oder Notlage des Opfers ausnützt, angemessen.

Kommt es zum Vollzug des Beischlafs oder einer beischlafsähnlichen Handlung, so kann dies bei der Strafzumessung strafferhöhend berücksichtigt werden. Bei Artikel 187a dürfte – anders als bei den Artikeln 188, 192 und 193, bei denen mehrere Elemente für das konkret auszusprechende Strafmass relevant sind – die sexuelle Handlung als solche entscheidend dafür sein, welche Strafe ausgesprochen wird.

Ausgestaltung als Officialdelikt

Die sexuellen Übergriffe (nicht aber die tätlichen sexuellen Belästigungen nach Artikel 198) werden von Amtes wegen verfolgt. Eine dreimonatige Antragsfrist erscheint für derartige Konstellationen – oder zumindest einen Teil davon – zu kurz. Namentlich ein Opfer, das davon ausgeht, vergewaltigt worden zu sein, benötigt womöglich länger, um sich zur Stellung eines Strafantrags zu entschliessen.

Keine Aufnahme im Deliktskatalog von Artikel 55a

Die neue Bestimmung wird nicht im Deliktskatalog von Artikel 55a ergänzt, der die Sistierung und Einstellung von Strafverfahren wegen leichter Gewalt in der

⁴⁸ Hörnle Tatjana, 2015, S. 211 f.

Paarbeziehung regelt. Mit einer Revision des StGB und MStG von 2004⁴⁹ wurden die Straftaten im Zusammenhang mit Gewalt in der Paarbeziehung zu Officialdelikten erklärt. Gleichzeitig wurde mit Artikel 55a (und Art. 46b MStG) aber eine neue prozessrechtliche Bestimmung eingeführt, die es ermöglichen sollte, bei einem bestimmten Kreis eher leichter Gewaltdelikte in der Paarbeziehung das Verfahren auf Antrag des Opfers zu sistieren und anschliessend definitiv einzustellen. Damit soll den Interessen jener Opfer Rechnung getragen werden, die keine Verfolgung und Bestrafung ihres Partners wünschen. Die Bestimmung wurde jüngst revidiert.⁵⁰ Im Katalog sind keine Straftaten gegen die sexuelle Integrität erfasst⁵¹ und eine Ergänzung mit Artikel 187a würde dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung widersprechen, eine Relativierung des Officialprinzips nur bei wenigen, eher leichteren Delikten zuzulassen.

Konkurrenzen

Bei der sexuellen Nötigung (Art. 189) und der Vergewaltigung (Art. 190) handelt es sich um *Gewaltdelikte*.⁵² Sie konsumieren nach einem Grossteil der Lehre leichte Körperverletzungen und Tötlichkeiten nach Artikel 123, 125 Absatz 1 und 126.⁵³ Trechsel / Bertossa⁵⁴ und Hurtado Pozo⁵⁵ nehmen zu Artikel 123 Konkurrenz an.

Artikel 187a hingegen ist nicht als Gewaltdelikt anzusehen, ausserdem weist diese Bestimmung eine niedrigere Höchststrafe als Artikel 189 und 190 auf. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Körperverletzungsdelikte *als Deliktsfolgen* – ausser allenfalls eine Tötlichkeit – nicht von Artikel 187a konsumiert werden.

Zu Artikel 187 (sexuelle Handlungen mit Kindern) dürfte Idealkonkurrenz bestehen, da verschiedene Rechtsgüter geschützt werden.

Artikel 188 bis 193 gehen Artikel 187a vor.

Von Artikel 187a *nicht erfasst* werden *wenig intensive sexuelle Übergriffe*: Diese fallen als tätliche sexuelle *Belästigungen* weiterhin unter Artikel 198 und werden mit Busse bestraft. Zu denken ist beispielsweise an das Betasten von den Geschlechtsteilen nahegelegenen Körperteilen (Oberschenkel, Unterbauch) über den Kleidern⁵⁶ oder ein Streicheln des nackten Rückens des minderjährigen Opfers mit der Hand unter dem T-Shirt⁵⁷.

⁴⁹ AS **2004** 1403; BBl **2003** 1909; BBl **2003** 1937.

⁵⁰ AS **2019** 2273; in Kraft seit 1. Juli 2020.

⁵¹ Die sexuelle Nötigung und Vergewaltigung wurden seinerzeit bewusst nicht in den Katalog aufgenommen, da in solchen Fällen angesichts der Schwere des Deliktes das öffentliche Interesse an einer Strafverfolgung mehr Gewicht hat als das Interesse des Opfers an einer Einstellung des Verfahrens (BBl **2003** 1909, hier 1923). Der gegenteilige Antrag einer Minderheit wurde im Nationalrat abgelehnt (AB **2003** N 795).

⁵² BGBl **133** IV 49 E. 4.

⁵³ Maier Philipp, 2019, Art. 189 N 80 m.w.H.

⁵⁴ Trechsel Stefan/Bertossa Carlo, 2018, Art. 189 N 17.

⁵⁵ Hurtado Pozo José, 2009, § 100 N 2951.

⁵⁶ Urteil des Bundesgerichts 6P_123/2003 vom 21. Nov. 2003: Griff an den Oberschenkel des Opfers verbunden mit anzüglichen Bemerkungen über dessen Festigkeit.

⁵⁷ BGBl **137** IV 263

Übereinkommen des Europarats vom 11. Mai 2011⁵⁸ zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention, IK)

Die Vertragsstaaten werden in Artikel 36 IK namentlich verpflichtet, nicht einverständliches, sexuell bestimmtes vaginales, anales oder orales Eindringen in den Körper einer anderen Person mit einem Körperteil oder einem Gegenstand oder sonstige nicht einverständliche sexuell bestimmte Handlungen mit einer anderen Person (Abs. 1 Bst. a und b) strafbar zu erklären. Im erläuternden Bericht zur Konvention⁵⁹ wird ausgeführt, dass Absatz 1 alle Formen von sexuellen Handlungen abdecke, die einem Dritten ohne dessen freiwillige Zustimmung vorsätzlich aufgezungen werden (Ziff. 189). Eine Verpflichtung zur Schaffung einer strafrechtlichen Regelung, die ausdrücklich die Vornahme nicht einverständlicher sexueller Handlungen unter Strafe stellt, ist damit nicht verbunden. Es bleibt den Vertragsstaaten überlassen, «über die genaue Formulierung in der Gesetzgebung sowie über die Faktoren zu entscheiden, die eine freie Zustimmung ausschliessen» (Ziff. 193).

Der Bundesrat kommt in der Botschaft zur Genehmigung der IK⁶⁰ zum Schluss, dass das schweizerische Recht diesen Anforderungen genügt. Die dort beschriebenen Verhaltensweisen sind nach dem 5. Titel des Strafgesetzbuches (strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität) strafbar, so namentlich als sexuelle Nötigung (Art. 189) und Vergewaltigung (Art. 190). Ergänzend kommen gegebenenfalls auch die Artikel 191, 192 und 193 in Frage. Das Einverständnis zu sexuellen Handlungen muss freiwillig sein, damit es tatbestandausschliessend wirkt. Der vorgeschlagene Artikel 187a ändert nichts an dieser Einschätzung (vgl. auch Ziff. 10.2.2).

3.4.4.3 Absatz 1 zweite Tatvariante: Überraschende sexuelle Übergriffe

Nach geltendem Recht werden *überraschend* vorgenommene sexuelle Handlungen entweder als Schändung (Art. 191) oder aber als tätliche sexuelle Belästigung (Art. 198 zweiter Absatz erste Tatvariante) bestraft. Eine Bestrafung lediglich als sexuelle Belästigung erscheint allerdings dann unbillig, wenn am Opfer eine erhebliche sexuelle Handlung vorgenommen wird, selbst wenn diese nur kurz dauert. So konnte ein Täter, der in einem Freizeitbad zwei Frauen massiv in ihrer sexuellen Integrität verletzt hatte, nur mit einer Busse bestraft werden. Er hatte in einem Becken einen Sturz vorgetäuscht, dabei mit seiner rechten Hand in die Badehose der ersten Frau gegriffen und während zwei bis drei Sekunden ihre Schamlippen betastet, bis diese seine Hand aus der Badehose ziehen konnte. Kurze Zeit später näherte sich der Täter von hinten tauchend der zweiten Frau, zog ihre Badehose zur Seite und führte mindestens einen Finger in ihre Scheide ein.⁶¹

⁵⁸ SR 0.311.35

⁵⁹ www.coe.int > Explorer > Bureau des Traités > Liste complète > 210 > Rapport explicatif.

⁶⁰ BBl 2017 185, hier 241.

⁶¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_630/2014 vom 20. Jan. 2015.

Der neue Tatbestand soll es ermöglichen, *erhebliche* überraschende sexuelle Übergriffe strenger und damit angemessen zu bestrafen.

Objektiver Tatbestand

Geht der Täter / die Täterin überraschend vor, so hat das Opfer keine Gelegenheit, einen entgegenstehenden Willen zu bilden. Bis es diesen gebildet und geäußert hat, ist der Übergriff unter Umständen bereits vorbei. Bei einem überraschenden Übergriff beabsichtigt der Täter / die Täterin, die Willensbildung beim Opfer zu verhindern, damit dieses sich nicht wehren oder die Flucht ergreifen kann. Die Formulierung «gegen den Willen einer Person» passt in diesen Konstellationen nicht. Demzufolge wird im Tatbestand ausdrücklich erwähnt, dass der Täter / die Täterin *überraschend* handelt.

Bei dieser Tatvariante nimmt der Täter / die Täterin die sexuelle Handlung *am Opfer* vor.

Subjektiver Tatbestand

Der Täter / die Täterin muss (eventual-) vorsätzlich handeln; Fahrlässigkeit genügt nicht.

Strafrahmen

Auch bei den überraschenden sexuellen Übergriffen soll die Strafandrohung Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe betragen. Dies mag verglichen mit den anderen Tatvarianten als etwas hoch anmuten. Andererseits erscheint eine tiefere Höchststrafe von Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder lediglich Geldstrafe vor allem dann als zu niedrig, wenn der Täter eine Vielzahl von Übergriffen (an verschiedenen Opfern) vornimmt. Es wird an den Gerichten sein, die unterschiedlichen Unrechtsgehalte der jeweiligen Tatvarianten von Artikel 187a bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.

Ausgestaltung als Offizialdelikt

Auch die überraschenden sexuellen Übergriffe werden von Amtes wegen verfolgt.

Keine Aufnahme im Deliktskatalog von Artikel 55a

Siehe Ausführungen zu Artikel 187a Absatz 1 erste Tatvariante (Ziff. 3.4.4.2).

Konkurrenzen

Auch bei der vorliegenden Tatvariante ist davon auszugehen, dass die Körperverletzungsdelikte *als Deliktsfolgen* – ausser allenfalls eine Tötlichkeit – von Artikel 187a nicht konsumiert werden.

Zu Artikel 187 dürfte Idealkonkurrenz bestehen, da verschiedene Rechtsgüter geschützt werden.

Artikel 191 geht Artikel 187a Absatz 1 zweite Tatvariante vor. Die neue Bestimmung könnte dazu führen, dass Tathandlungen, die heute unter Artikel 191 fallen, neu von Artikel 187a erfasst werden.⁶²

Von Artikel 187a *nicht erfasst* werden *wenig intensive überraschende sexuelle Übergriffe*: Diese fallen als tätliche sexuelle Belästigungen weiterhin unter Artikel 198 und werden mit Busse bestraft.

3.4.4.4 Absatz 2: Ausnützen des Irrtums des Opfers über den Charakter der Handlung

Im Urteil des Bundesgerichts 6B_453/2007 vom 19. Februar 2008 stellte sich die Frage, ob sich der Beschwerdegegner, der nach einer Akupunkturbehandlung eine Patientin an verschiedenen Stellen massiert und dabei sexuelle Übergriffe vorgenommen hatte, der Schändung und / oder der sexuellen Belästigung schuldig gemacht hatte. Kurz zusammengefasst ging es um folgenden Sachverhalt: Während die Patientin auf dem Bauch lag, massierte der Beschwerdegegner unter anderem ihre Klitoris, indem er mit dem Finger in die Scheide eindrang. Als sich die Geschädigte in der Rückenlage befand, begann er mit der einen Hand ihre linke Brustwarze zu stimulieren, während er mit der anderen Hand an der Schamgegend manipulierte und seinen Finger hinein- und hinauszog. Die Geschädigte hatte die Handlungen des Arztes nur in der Annahme geduldet, dieser führe die medizinisch indizierten Behandlungsschritte korrekt aus. Das Bundesgericht erkannte, während der ersten Phase (Bauchlage) sei die Geschädigte – wenn auch nur vorübergehend – widerstandsunfähig gewesen. Der Beschwerdegegner habe aufgrund der gesamten Behandlungssituation gewusst, dass die Geschädigte nicht mit sexuellen Handlungen rechnete und nicht damit einverstanden war. Somit habe er den Tatbestand der Schändung in dieser ersten Phase auch in subjektiver Hinsicht erfüllt (E. 3.4.2). Zur zweiten Phase, als sich die Geschädigte in der Rückenlage befand, führte das Bundesgericht aus (E. 3.4.3): «In dieser Phase war die Sicht der Geschädigten auf die Handlungen des Beschwerdegegners nicht eingeschränkt. Diese Übergriffe hat sie nur wegen ihres Irrtums über die medizinische Indikation geduldet. Dies allein reicht für die Annahme einer Widerstandsunfähigkeit nicht aus, womit der Beschwerdegegner den Tatbestand der Schändung nicht erfüllt hat. Entsprechend dem angefochtenen Entscheid hat er sich jedoch in dieser Phase der sexuellen Belästigung (Art. 198 Abs. 2 StGB) strafbar gemacht.»

⁶² In BGE 133 IV 49 hatte das Bundesgericht festgehalten, der (Physio-) Therapeut, der seine Patientin über den Behandlungsinhalt täusche und unvermittelt eine sexuelle Handlung (plötzliches Eindringen in die Vagina mit einem oder zwei Fingern) an ihr vornehme, begehe keine sexuelle Nötigung nach Art. 189 (E. 6.). Die Patientin sei zum Widerstand unfähig im Sinne von Art. 191, wenn sie aufgrund ihrer besonderen Körperlage den Angriff des Therapeuten auf ihre geschlechtliche Integrität nicht erkennen könne und überraschenderweise durch diesen sexuell missbraucht werde (E. 7.). Wiprächtiger meinte, es sei fraglich, ob das Bundesgericht hier nicht zu weit gegangen sei und ob dieser Tatbestand nicht eher als sexuelle Belästigung nach Art. 198 hätte eingestuft werden können (Wiprächtiger Hans, 2007, S. 300).

Wie bei einem überraschenden sexuellen Übergriff erscheint auch hier eine Bestrafung lediglich als sexuelle Belästigung dann unbillig, wenn am Opfer eine sexuelle Handlung von erheblicher Intensität – wie eine Massage der Klitoris oder ein Eindringen mit einem Finger in die Scheide – vorgenommen wird. Gerade im Gesundheitsbereich soll der Patient / die Patientin auf eine fachgerechte Behandlung vertrauen dürfen und nicht mit sexuellen Übergriffen rechnen müssen.

Die Ausnützung des Irrtums des Opfers wird nicht von Absatz 1 erste Tatvariante («gegen den Willen») erfasst. Das Opfer äussert hier keine Ablehnung, sondern willigt in die Handlungen ein, wenn auch nur deshalb, weil es *irrtümlich* davon ausgeht, dass sie medizinisch indiziert bzw. Teil der Behandlung sind.

Ebenfalls von Fällen der fehlerhaften Willensbildung infolge Irrtum zu unterscheiden ist die Überraschung des Opfers durch den Täter (Abs. 1 zweite Tatvariante): Mit einem überraschenden Angriff möchte der Täter die Willensbildung beim Opfer gerade verhindern, weil er so die Abwehr bzw. die Flucht verhindern will.

Die Strafbarkeit einer Ausnützung eines Irrtums des Opfers über den Charakter der Handlung soll deshalb in Absatz 2 neu ausdrücklich geregelt werden.⁶³

Objektiver Tatbestand

Als Täterin oder Täter kommt in Frage, wer eine solche Straftat bei der Ausübung einer *Tätigkeit im Gesundheitsbereich* (siehe Art. 67 Abs. 4) begeht.

Der Täter ist strafbar, wenn er ausnützt, dass das Opfer irrtümlich davon ausgeht, die vorgenommenen Berührungen gehörten zur Behandlung und nur deswegen in diese einwilligt bzw. sich nicht dagegen wehrt. Keine Rolle spielt, ob das Opfer diesem Irrtum aufgrund einer aktiven Täuschung durch den Täter erliegt oder ob es sich – wie im oben geschilderten Fall – wegen der gesamten Behandlungssituation und eines konkludenten Verhaltens des Täters irrt.

Der Täter nimmt die Handlungen entweder am Opfer vor oder aber er motiviert das Opfer, eine sexuelle Handlung an ihm, einem Dritten oder an sich selber vorzunehmen.

Subjektiver Tatbestand

Der Täter / die Täterin muss vorsätzlich handeln, Eventualvorsatz genügt. Der Täter / die Täterin muss aufgrund der gesamten Behandlungssituation wissen bzw. in Kauf nehmen, dass die geschädigte Person nicht mit sexuellen Handlungen rechnet und nicht damit einverstanden war. Die fahrlässige Begehung ist nicht strafbar.

Strafrahmen

Bei sexuellen Handlungen, die durch Ausnützung des Irrtums des Opfers über den Charakter der Handlung erschlichen werden, gilt derselbe Strafrahmen wie bei den

⁶³ Nach einer Ansicht in der Lehre wäre zu überlegen, bei Irrtümern über die medizinische Indikation im (physio-) therapeutischen Kontext Art. 193 (Ausnützung der Notlage) anzuwenden – statt wie das Bundesgericht Art. 198 (sexuelle Belästigungen); siehe Scheidegger Nora, 2018, S. 246 Rz. 482 f.

Handlungen gegen den Willen des Opfers und den überraschenden sexuellen Handlungen nach Absatz 1.

Ausgestaltung als Officialdelikt

Artikel 187a Absatz 2 soll ein Officialdelikt sein. Dies ist deshalb gerechtfertigt, da oftmals nicht von Anfang an klar sein dürfte, ob eine Schändung (Art. 191), eine Ausnützung der Notlage (Art. 193) oder eben ein Ausnützen eines Irrtums nach Artikel 187a Absatz 2 vorliegt.

Keine Aufnahme im Deliktskatalog von Artikel 55a

Siehe Ausführungen zu Artikel 187a Absatz 1 erste Tatvariante (Ziff. 3.4.4.2). Eine Aufnahme im Deliktskatalog von Artikel 55a erübrigt sich auch deshalb, da eine Ausnützung eines Irrtums über den Charakter einer Handlung in einer Partnerschaft nicht typisch sein dürfte.

Konkurrenzen

Zu Artikel 187 dürfte Idealkonkurrenz bestehen, da verschiedene Rechtsgüter geschützt werden.

Artikel 188 bis 193 gehen Artikel 187a Absatz 2 vor. Die Bestimmung soll namentlich erhebliche Übergriffe erfassen, die weder von Artikel 191 (mangels Widerstandsunfähigkeit des Opfers) noch von Artikel 193 (mangels Abhängigkeit des Opfers) erfasst werden.

Nicht unter Artikel 187a Absatz 2 fallen *wenig intensive sexuelle Übergriffe*: Diese werden weiterhin als tätliche sexuelle Belästigungen mit Busse bestraft (Art. 198).

3.5 Artikel 188 Sexuelle Handlungen mit Abhängigen

Angesichts den geltenden Altersgrenzen in Artikel 187 («Kind unter 16 Jahren») und 188 («minderjährige Person von mehr als 16 Jahren») wird ein Kind bzw. eine minderjährige Person, das/die genau 16 Jahre alt ist, von keiner dieser Bestimmungen erfasst. Um diese Lücke zu schliessen, wird vorgeschlagen, in Ziffer 1 neu die Formulierung «Wer mit einer minderjährigen Person von *mindestens* 16 Jahren, die ...» zu verwenden.

Hingegen wird darauf verzichtet, eine *Streichung* von Artikel 188 vorzuschlagen, obwohl in der Lehre seit Langem die Ansicht vertreten wird, dass er – mit Blick auf Artikel 193 (Ausnützung der Notlage) – überflüssig sein dürfte.⁶⁴ Eine spezifische Bestimmung für Minderjährige, die sich in einer Abhängigkeit befinden, wird weiterhin als angebracht erachtet.

In Ziffer 2 wird die *Privilegierung für den Täter* aufgehoben, falls die verletzte Person mit ihm eine Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft eingegangen ist. Zur Begründung wird zunächst auf die Ausführungen zu Artikel 187 Variante 1 verwiesen. Die seinerzeit angebrachte Begründung für diese Privilegierung überzeugt nicht

⁶⁴ So u. a. bereits Jenny Guido/Schubarth Martin/Albrecht Peter, 1997, Art. 188 N 1.

mehr: In der Botschaft vom 26. Juni 1985⁶⁵ war argumentiert worden, je mehr sich das Opfer der Mündigkeit und damit dem normalen Heiratsalter nähere, desto mehr rechtfertige sich diese Strafbefreiung. Auch das damalige Bestreben des Gesetzgebers, der veränderten Beziehung zwischen Täter und Opfer Rechnung zu tragen und die Ehe bzw. eingetragene Partnerschaft nicht von Anfang an mit einem Strafverfahren zu belasten, überzeugt kaum. Zwar handelt es sich um einen fakultativen Strafbefreiungsgrund, doch ist zu bedenken, dass es bei den Artikeln 188, 192 (sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen, Gefangenen, Beschuldigten) und 193 unter Ausnutzung der Abhängigkeit bzw. Notlage des Opfers zu sexuellen Handlungen kommt. Im Übrigen kann eine Strafbefreiung allenfalls über Artikel 52 (fehlendes Strafbedürfnis) oder Artikel 53 (Wiedergutmachung) erreicht werden.

3.6 Artikel 189, 190 und 191
Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung und Schändung

3.6.1 Variante 1

3.6.1.1 Anpassung des abgenötigten Verhaltens an die
Rechtsprechung

In Variante 1 geht es zunächst um eine Anpassung des Gesetzeswortlauts an die Rechtsprechung des Bundesgerichts und die weitverbreitete Auffassung in der Lehre: Als abgenötigtes Verhalten soll in Artikel 189 Absatz 1 neben der «Duldung» auch wieder die «Vornahme» von sexuellen Handlungen im Tatbestand erwähnt werden.

Seit der Revision des Sexualstrafrechts per 1. Oktober 1992 wird in den Artikeln 189 und 190 als abgenötigtes Verhalten lediglich die «Duldung» einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung bzw. des Beischlafs genannt. Im alten Sexualstrafrecht war in der Vorgänger-Norm von Artikel 189, Artikel 188 aStGB («Nötigung zu einer andern unzüchtigen Handlung»), noch von «Duldung oder Vornahme einer andern unsittlichen Handlung» die Rede gewesen.

In BGE 127 IV 198 führte das Bundesgericht aus, für die sich aus dem Gesetzeswortlaut ergebende Beschränkung des Tatbestands von Artikel 189 auf die Nötigung zur Duldung von sexuellen Handlungen gebe es keine sachlichen Gründe und sie sei vom Gesetzgeber auch nicht gewollt. Aus den Materialien ergebe sich zweifelsfrei, dass ein offensichtliches Versehen des Gesetzgebers vorliege. Unter diesen Umständen sei eine berichtigende Auslegung durch die Rechtsprechung in dem Sinne, dass die Bestimmung über ihren Wortlaut hinaus auch die Nötigung zur Vornahme von sexuellen Handlungen erfasse, mit dem Legalitätsprinzip im Sinne von Artikel 1 vereinbar. Eine Anwendung der Bestimmung streng nach dem engen Wortlaut würde zu sachwidrigen und offenkundig stossenden Ergebnissen führen. Das Bundesgericht forderte den Gesetzgeber auf, sein Versehen bei Gelegenheit zu korrigieren.

⁶⁵ BBl 1985 II 1009, hier 1070.

Die vorliegende Revision bietet nun Gelegenheit, dieses Versehen zu berichtigen. Nicht nur bei der sexuellen Nötigung, sondern auch bei der Vergewaltigung (Art. 190 Abs. 1) ist eine Anpassung des Wortlauts angebracht.

3.6.1.2 Keine Erhöhung der Mindeststrafe in Artikel 190 Absatz 1

Die Mindeststrafe in Artikel 190 Absatz 1 soll nicht erhöht werden, sondern weiterhin bei einem Jahr Freiheitsstrafe bleiben. Eine höhere Mindeststrafe würde das richterliche Ermessen zu stark einengen und eine einzelfallgerechte Beurteilung erschweren. Bei einer höheren Mindeststrafe wäre nicht auszuschliessen, dass die Gerichte bei der Beweiswürdigung einen strengeren Massstab ansetzen würden und es deswegen zu weniger Verurteilungen käme.⁶⁶

3.6.1.3 Anpassung der Qualifikation «grausames Handeln»

In Absatz 3 von Artikel 189 und 190 wird festgehalten, der Täter handle grausam, wenn er namentlich eine gefährliche Waffe oder einen anderen gefährlichen Gegenstand verwende. Die Botschaft vom 26. Juni 1985⁶⁷ führt diesbezüglich aus: «Als grausam soll in jedem Falle die Begehung unter Verwendung einer Schusswaffe oder einer anderen gefährlichen Waffe gelten.» Gemäss Trechsel / Bertossa überzeugt dies nicht. Die Verwendung einer gefährlichen Waffe oder eines gefährlichen Gegenstands sei nicht zwingend grausam.⁶⁸ Der Ausdruck «namentlich» soll deshalb gestrichen werden. Dies bedeutet, dass in Zukunft die Verwendung einer gefährlichen Waffe oder eines anderen gefährlichen Gegenstands stets zur Anwendung der Qualifikation führt, unabhängig davon, ob der Täter grausam handelt oder nicht. Absatz 3 von Artikel 189 und 190 ist ausserdem erfüllt, wenn der Täter grausam handelt.⁶⁹

3.6.1.4 Änderung des Randtitels von Artikel 191 («Schändung») im deutschen Gesetzestext

In Artikel 191 wird der das Opfer stigmatisierende Randtitel «Schändung» in die neutrale Formulierung «Missbrauch einer urteilsunfähigen oder zum Widerstand unfähigen Person» abgeändert. Sie stimmt damit annähernd mit der französisch- und

⁶⁶ Die pa. Iv. 16.483 Rickli «Erhöhung des Strafmasses bei Vergewaltigungen» hingegen verlangt in Art. 190 Abs. 1 eine Mindestfreiheitsstrafe von drei Jahren und in Abs. 3 eine Mindestfreiheitsstrafe von fünf Jahren. Der Nationalrat hat der pa. Iv. am 11. Juni 2020 Folge gegeben. Siehe www.parlament.ch > Geschäft 16.483.

⁶⁷ BBl 1985 II 1009, hier 1075.

⁶⁸ Trechsel Stefan/Bertossa Carlo, 2018, Art. 189 N 15.

⁶⁹ Zur grausamen Tatbegehung siehe Maier Philipp, 2019, Art. 189 N 67 ff.

der italienischsprachigen Fassung überein.⁷⁰ Diese Fassungen werden nicht angepasst.

3.6.1.5 Streichung «in Kenntnis ihres Zustandes» in Artikel 191

In Artikel 191 wird ausserdem die Passage «in Kenntnis ihres Zustandes» gestrichen. Diese Formulierung soll sicherstellen, dass der Täter die Urteils- bzw. Widerstandsunfähigkeit des Opfers auch wahrgenommen hat. Ist die geistige Störung nicht offensichtlich und hat der Täter keine oder wenig Erfahrung im Umgang mit geistig behinderten Menschen, so darf nicht leichthin angenommen werden, der Täter sei sich des Missbrauchs bewusst gewesen.⁷¹ Es geht somit darum, dass der Täter (eventual-) vorsätzlich handeln muss. Dies entspricht den allgemeinen strafrechtlichen Regeln und muss nicht ausdrücklich erwähnt werden.

3.6.1.6 Anpassung des französischen Gesetzestextes betreffend die Vornahme von sexuellen Handlungen durch das Opfer in Artikel 191

Nach dem geltenden französischen Gesetzestext macht sich nur strafbar, wer *am Opfer* eine sexuelle Handlung vornimmt. Diese Formulierung ist zu eng gefasst.⁷² Aus der deutschen und italienischen Fassung ergibt sich, dass auch das Veranlassen des Opfers zur Vornahme einer sexuellen Handlung umfasst wird, z. B. orale Praktiken durch geistig behinderte Menschen.⁷³ Der französische Gesetzestext wird deshalb entsprechend angepasst.

3.6.1.7 Keine Ausdehnung der Definition der «Vergewaltigung»

Auf eine Ausdehnung der Definition der «Vergewaltigung» wird in Variante 1 verzichtet. Mit der geltenden Regelung in Artikel 189 und 190 werden sowohl weibliche als auch männliche Opfer sexueller Gewalt geschützt. Diese Regelung führt *insgesamt betrachtet* weder zu Strafbarkeitslücken noch weist sie hinsichtlich der Strafdrohungen Inkongruenzen auf. Das Bundesgericht hat in BGE 132 IV 120 E. 2. festgehalten, die Strafe für eine Nötigung zur Duldung einer beischlafsähnlichen Handlung dürfe nicht wesentlich niedriger sein als die Strafe, welche der Richter unter im Übrigen vergleichbaren Umständen für eine Vergewaltigung ausgesprochen hätte. Es bestehen auch keine internationalen *Verpflichtungen*, diesbezüg-

⁷⁰ «Actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance» bzw. «Atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere».

⁷¹ Maier Philipp, 2019, Art. 191 N 16.

⁷² Queloz Nicolas/Illànez Federico, 2017, Art. 191 N 5.

⁷³ Maier Philipp, 2019, Art. 191 N 13.

lich eine Änderung vorzunehmen.⁷⁴ Ein spezieller Vergewaltigungstatbestand ausschliesslich für Personen weiblichen Geschlechts lässt sich damit begründen, dass sich eine vergewaltigte Frau unter Umständen mit einer ungewollten Schwangerschaft und der Frage einer Abtreibung oder Adoption konfrontiert sieht.

3.6.2 Variante 2

3.6.2.1 Ausdehnung der Definition der «Vergewaltigung»

Zusätzlich zu den in Variante 1 dargestellten Änderungen wird in Variante 2 die Definition der «Vergewaltigung» erweitert. Dies entspricht der Forderung gemäss der Standesinitiative 14.311 Genf «Neudefinition des Rechtsbegriffs der Vergewaltigung in den Artikeln 189 und 190 des Strafgesetzbuchs», der von den Kommissionen für Rechtsfragen beider Räte Folge gegeben wurde.⁷⁵ Mit der Standesinitiative wurde von der Bundesversammlung gefordert, dass der Rechtsbegriff der Vergewaltigung erweitert wird und auch Personen männlichen Geschlechts als Opfer in den Tatbestand einschliesst, ebenso wie andere Formen der gewaltsamen sexuellen Penetration als den Beischlaf.⁷⁶ Zudem hat der Nationalrat am 17. September 2018 die Annahme der Motion 17.3992 Fehlmann Rielle «Definition von Vergewaltigung im Schweizer Recht. Das Gesetz muss geändert werden!», die ebenfalls eine breitere Definition des Begriffs «Vergewaltigung» verlangt, beschlossen. Im Ständerat wurde der Vorstoss noch nicht behandelt.⁷⁷

Neu werden neben dem Beischlaf auch abgenötigte *beischlafsähnliche Handlungen*, die mit einem Eindringen in den Körper des Opfers verbunden sind, in Artikel 190 geregelt; diese gelten somit als Vergewaltigung und unterstehen der gleichen Mindeststrafe. Konkret werden neu der Anal- und Oralverkehr (Fellatio) erfasst und es können auch Personen männlichen Geschlechts Opfer einer Vergewaltigung werden. Wie beim geltenden Recht ist nur das Eindringen in den Körper *des Opfers* tatbestandsmässig. Beischlafsähnliche Handlungen, bei denen das Opfer in den Körper des Täters / der Täterin oder einer Drittperson eindringen muss, fallen also weiterhin unter den Tatbestand der sexuellen Nötigung. Ebenfalls weiterhin von Artikel 189 erfasst werden beischlafsähnliche Handlungen, bei denen weder in den Körper des Täters / einer Drittperson noch in den Körper des Opfers eingedrungen wird (siehe sogleich Ziff. 3.6.2.2) sowie andere sexuelle Handlungen.

⁷⁴ Siehe auch Stellungnahmen des Bundesrates zur Ip. 13.3485 Hiltbold «Definition von Vergewaltigung im Strafgesetzbuch» und zur Mo. 14.3651 Hiltbold «Strafgesetzbuch. Schluss mit der Diskriminierung bei der Definition von Vergewaltigung».

⁷⁵ www.parlament.ch > Geschäft 14.311. Die RK-S hat der pa. Iv. am 10. Feb. 2015 Folge gegeben, die RK-N am 26. Juni 2015.

⁷⁶ Als «Beischlaf» gilt die Vereinigung des männlichen und weiblichen Geschlechtsteils.

⁷⁷ www.parlament.ch > Geschäft 17.3992. Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme vom 14. Febr. 2018 festgehalten, in der Botschaft zur Harmonisierung der Strafrahen, die im Frühjahr 2018 verabschiedet werden solle, werde eine Revision der Art. 189 und 190 im Sinne der Motion vorgeschlagen. Allerdings sollten nicht sämtliche abgenötigten sexuellen Handlungen, sondern nur die abgenötigten beischlafsähnlichen Handlungen neu vom Begriff «Vergewaltigung» erfasst werden.

Durch die verwendete Formulierung «beischlafsähnliche Handlungen, die mit einem Eindringen in ihren Körper (d. h. den Körper der genötigten Person) verbunden sind» wird verhindert, dass auch der Zungenkuss unter Artikel 190 fällt. Bei diesem wird zwar in den Körper des Opfers eingedrungen, es handelt sich aber *nicht* um eine *beischlafsähnliche* Handlung.

Mit dieser Änderung soll der Tatsache Rechnung getragen werden, dass aus viktimologischer Sicht andere Formen sexueller Gewalt das sexuelle Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Person gleich stark oder noch stärker verletzen als der erzwungene Beischlaf, auch wenn dieser mit dem Risiko einer ungewollten Schwangerschaft behaftet sein mag. Das Opfer wird durch anale oder orale Penetrationen oder sadistische Handlungen vielfach stärker traumatisiert als durch eine vaginale Penetration.⁷⁸

3.6.2.2 Keine Erhöhung der Mindeststrafe in Artikel 190 Absatz 1, keine Senkung der Höchststrafe in Artikel 189 Absatz 1

Auch in Variante 2 beträgt die Mindeststrafe bei der Vergewaltigung weiterhin Freiheitsstrafe von einem Jahr.

Die Höchststrafe in Artikel 189 Absatz 1 bleibt bei zehn Jahren Freiheitsstrafe. Die Formulierung «beischlafsähnliche Handlung, die mit einem Eindringen in ihren Körper (d. h. den Körper der genötigten Person) verbunden ist» erfasst nicht alle sexuellen Handlungen, die heute als «beischlafsähnlich» angesehen werden und deshalb gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich unter den gleichen Strafrahmen fallen wie eine Vergewaltigung.⁷⁹ Zu denken ist namentlich an die (aufgenötigte) orale Stimulation der *äusseren* weiblichen Geschlechtsorgane (Cunnilingus).⁸⁰ Diese dürfte somit auch in Zukunft von Artikel 189 erfasst werden. Aus diesem Grund ist es nicht angezeigt, die Höchststrafe in Artikel 189 Absatz 1 zu senken.

3.6.2.3 Einführung einer Mindeststrafe in Artikel 191

Schliesslich soll sich die Erweiterung der Definition der «Vergewaltigung» auch in Artikel 191 niederschlagen: Wie bei der Vergewaltigung soll der Missbrauch einer urteilsunfähigen oder zum Widerstand unfähigen Person zum Beischlaf oder zu einer beischlafsähnlichen Handlung, die mit einem Eindringen in ihren Körper verbunden ist, einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe unterliegen.

⁷⁸ Maier Philipp, 1994, S. 258, 287 f. m.w.H.

⁷⁹ BGE 132 IV 120 E. 2.

⁸⁰ BGE 84 IV 100

3.7 Artikel 192 Sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen, Gefangenen, Beschuldigten

Gemäss herrschender Lehre⁸¹ ist Artikel 192 eine Sonderbestimmung zu Artikel 193 (Ausnützung der Notlage): Alle Tathandlungen von Artikel 192 werden von Artikel 193 erfasst; die Strafandrohung ist bei beiden Bestimmungen identisch. In der Botschaft vom 26. Juni 1985⁸² wird ausgeführt, entscheidend für die Strafbarkeit sei, ob der Täter die Einwilligung des Opfers in eine geschlechtliche Handlung durch Ausnützen von dessen Abhängigkeit erlange. Artikel 192 kann somit ersatzlos aufgehoben werden.

3.8 Artikel 193 Ausnützung der Notlage

In Bezug auf Artikel 193 wird einerseits der Randtitel, der heute nicht beide in dieser Bestimmung enthaltenen Tatbestandsvarianten erfasst, angepasst. Er soll neu «Ausnützung einer Notlage oder Abhängigkeit» lauten. Andererseits soll – wie in Artikel 187 (sexuelle Handlungen mit Kindern) und 188 (sexuelle Handlungen mit Abhängigen) – die Privilegierung des Täters gestrichen werden, falls die verletzte Person mit ihm eine Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft eingegangen ist. Zur Begründung wird auf die Ausführungen zu Artikel 187 Variante 1 und Artikel 188 verwiesen.

3.9 Artikel 194 Exhibitionismus

Nach geltendem Recht beträgt die Strafandrohung beim Exhibitionismus Geldstrafe. Demgegenüber wird die sich mit Exhibitionismus überschneidende Tatvariante «unerwartete Vornahme einer sexuellen Handlung vor jemand anderem» bei den sexuellen Belästigungen (Art. 198 erster Abs.) nur mit Busse bestraft. Dies erscheint insbesondere angesichts der Tatsache, dass ein Exhibitionist nicht zwingend eine sexuelle Handlung vornimmt – die blossе Präsentation der entblösten Genitalien ist keine sexuelle Handlung⁸³ –, unbillig. Mit den folgenden Vorschlägen soll diese Ungleichbehandlung gemindert werden.

3.9.1 Variante 1

Die Strafandrohung im Grundtatbestand (Absatz 1) beträgt weiterhin Geldstrafe. Mit Absatz 2 wird ein «leichter Fall», der mit Busse bestraft wird, eingeführt. Als leichter Fall dürfte das blossе Präsentieren der nackten Genitalien gelten.

Nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann der objektive Tatbestand von Artikel 194 in Ausnahmefällen auch ohne gänzliche Entblössung der Ge-

⁸¹ Maier Philipp, 2019, Art. 193 N 20 m.w.H.

⁸² BBl 1985 II 1009, hier 1078.

⁸³ Isenring Bernhard, 2019, Art. 194 N 3a, 9d.

schlechtsorgane, das heisst auch ohne völlige Nacktheit im Genitalbereich, erfüllt werden.⁸⁴ Im fraglichen Urteil trug der Beschwerdeführer hautenge, beinahe durchsichtige Leggings; sein Glied hatte er medikamentös zur andauernden Erektion gebracht. Ob auch ein solcher Fall als «leicht» gelten kann, wird die Rechtsprechung zeigen.

Beim «leichten Fall» handelt es sich, da er als «ist»-Bestimmung formuliert ist, um eine Übertretung (Art. 103).⁸⁵

Je nachdem, ob das Delikt eine Übertretung oder ein Vergehen darstellt, bedeutet dies u. a.:

- Eintrag ins Strafregister:
 - Urteile wegen Vergehen sind im Strafregister aufzunehmen, sofern eine Strafe oder Massnahme ausgesprochen worden ist (Art. 366 Abs. 2 Bst. a).
 - Urteile wegen Übertretungen werden eingetragen, wenn:
 - eine Busse von mehr als 5000 Franken verhängt wird,
 - ein Tätigkeitsverbot oder ein Kontakt- und Rayonverbot verhängt wird, oder
 - die Übertretung Teil eines Urteils bildet, das einzutragen ist (Art. 366 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Bst. c und d VOSTRA-Verordnung vom 29. September 2006⁸⁶).
- Falls keine dieser Voraussetzungen erfüllt ist – bei Exhibitionismus ist nicht zwingend ein Tätigkeitsverbot auszusprechen (Art. 67 Abs. 4^{bis}) –, wird ein Urteil (allein) wegen Exhibitionismus, sofern ein «leichter Fall» angenommen bzw. eine Busse bis zu 5000 Franken ausgesprochen wird, nicht mehr ins Strafregister eingetragen.
- Die Verjährungsfrist beträgt bei einem mit Geldstrafe bedrohten Vergehen sieben Jahre (Art. 97 Abs. 1 Bst. d), bei einer Übertretung drei Jahre (Art. 109).
- Die Verurteilung wegen eines Vergehens, das nicht im Deliktskatalog von Artikel 66a (obligatorische Landesverweisung) erfasst wird, kann zu einer nicht obligatorischen Landesverweisung führen (Art. 66a^{bis}). Die Verurteilung wegen einer Übertretung führt zu keiner Landesverweisung (Art. 105 Abs. 1).

Auch der «leichte Fall» wird – wie der Grundtatbestand in Absatz 1 – nur auf Antrag verfolgt. Das ergibt sich aus der niedrigeren Strafandrohung und muss nicht ausdrücklich festgehalten werden.

Der *neue Absatz 3* entspricht inhaltlich dem bisherigen Absatz 2; er wird an die Strafprozessordnung⁸⁷ (StPO) angepasst. Auch wenn in der geltenden Regelung von

⁸⁴ Urteil des Bundesgerichts 6B_1037/2016 vom 19. Apr. 2017.

⁸⁵ BGE 125 IV 74 (in Bezug auf die Rechtslage vor Inkrafttreten der AT-Revision 2002).

⁸⁶ SR 331

⁸⁷ SR 312.0

«Einstellen» und «Wiederaufnehmen» des Strafverfahrens die Rede ist, sind damit eigentlich «Sistieren» (Art. 314 StPO) und «Wieder an die Hand nehmen» (Art. 315 StPO) gemeint. Das heisst, begibt sich der Täter in eine Therapie, wird das Verfahren sistiert; entzieht er sich der Behandlung, wird das Verfahren wieder an die Hand genommen. Die geltende Regelung lässt aber offen, wie das Verfahren *abgeschlossen* wird, falls der Täter erfolgreich behandelt wird. Dies soll korrigiert werden, indem klargestellt wird, dass das Verfahren *eingestellt* wird, wenn sich der Täter nach Massgabe der zuständigen Behörde einer ärztlichen Behandlung unterzieht.

Die Verfahrenshandlungen «Sistieren» und «wieder an die Hand Nehmen» müssen nicht ausdrücklich erwähnt werden, da in der StPO nicht abschliessend vorgeschrieben ist, unter welchen Umständen sie vorgenommen werden können.⁸⁸ Im Gegensatz dazu sind die Gründe, weshalb ein Verfahren *eingestellt* wird, in der StPO abschliessend aufgeführt (Art. 319 Abs. 1 Bst. a–d StPO).⁸⁹ Trifft keiner der in der StPO genannten Gründe zu, braucht es eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift (Art. 319 Abs. 1 Bst. e StPO). Mit dem neu formulierten Artikel 194 Absatz 3 wird diese Vorschrift geschaffen.

3.9.2 Variante 2

In Variante 2 wird der Fokus anders gelegt: Hier wird vorgeschlagen, die Strafandrohung im Grundtatbestand (Abs. 1) zu senken und nur – wie auch in Artikel 198 erster Absatz – Busse anzudrohen. Mit Absatz 2 wird ein «schwerer Fall», der mit Geldstrafe bestraft wird, eingeführt. Ein «schwerer Fall» einer exhibitionistischen Handlung dürfte vorliegen, wenn der Täter vor der Zielperson onaniert oder aber wenn es sich um einen Wiederholungstäter handelt.

Auch der «schwere Fall» soll – wie der Grundtatbestand in Absatz 1 – nur auf Antrag verfolgt werden können. Im Gegensatz zu Variante 1 muss dies an dieser Stelle ausdrücklich festgehalten werden, da angesichts der höheren Strafandrohung in Absatz 2 ansonsten davon ausgegangen werden dürfte, dass es sich um ein Offizialdelikt handelt.

Betreffend *Absatz 3* wird auf die Ausführungen zu Variante 1 verwiesen.

3.10 Artikel 197 Pornografie

3.10.1 Absätze 4 und 5

Aus den Formulierungen im Gesetz und den Ausführungen in den Strafrechtskommentaren lässt sich schliessen, dass der Gewaltbegriff in Artikel 135 (Gewaltdarstellungen) enger gefasst ist als derjenige in Artikel 197 (Pornografie): Artikel 135 verlangt, dass die Gewalttätigkeiten grausam sind, eindringlich dargestellt werden,

⁸⁸ Omlin Esther, 2014, Art. 314 N 11.

⁸⁹ Grädel Rolf/Heininger Matthias, 2014, Art. 319 N 5.

keinen schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert haben sowie die elementare Würde des Menschen in schwerer Weise verletzen. In Artikel 197 hingegen ist lediglich von «Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen» die Rede. Dazu kommt die sexuelle Komponente.

Das Bundesgericht hat im Dezember 2019 in einem Entscheid zur Herstellung pornografischer Gewaltdarstellungen⁹⁰ festgehalten, durch die Verbindung von Sexualität und Gewalt sei die Schwelle, ab welcher die Menschenwürde angegriffen werde, nicht erst dann erreicht, wenn die Gewalt das in Artikel 135 geforderte exzessive Mass erreiche. Jedenfalls dann, wenn die Gewalttätigkeiten nicht offenkundig einvernehmlich stattfinden würden, sei die Tatbestandsmässigkeit nach Artikel 197 Absätze 4 und 5 weniger nach der Schwere der Gewalt als vielmehr nach ihrer erniedrigenden Wirkung zu beurteilen. Im vorliegenden Fall stehe ausser Zweifel, dass es sich bei den zu beurteilenden Filmszenen nicht um nach Artikel 135 verbotene Darstellungen handle. Die Gewaltschwelle nach Artikel 197 Absätze 4 und 5 werde aber deutlich überschritten. Entgegen dem Wortlaut des Gesetzes könne sich in Fällen (nicht einvernehmlicher) sexualisierter Gewalt eine Szene auch dann als besonders erniedrigend – und damit tatbestandsmässig – darstellen, wenn die allgemeinen Merkmale der Pornografie nicht vollständig gegeben seien. Je ausgeprägter die Gewaltanwendung sei, desto weniger hohe Anforderungen würden für den pornografischen Charakter des sexuellen Kontextes gelten.

Die Botschaft aus dem Jahre 1985⁹¹ erläutert nicht, aus welchem Grund und zu wessen Schutz Darstellungen pornografischer Gewalttätigkeiten bestraft werden. Es wird lediglich festgehalten, harte Pornografie solle verboten werden. Es ist befremdend, dass Artikel 197 Absätze 4 und 5 auch dann angewendet werden, wenn die pornografische Darstellung ohne die Gewaltkomponente (als weiche Pornografie) legal wäre bzw. – nach dem zitierten Entscheid des Bundesgerichts – die Darstellung nicht einmal als pornografisch gelten würde. Die Bestrafung erhält dadurch eine unerwünschte moralische Färbung.

Es wird deshalb vorgeschlagen, in den Absätzen 4 und 5 den Ausdruck «Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen» zu streichen. Damit sollen pornografische Gegenstände oder Vorführungen, die sexuelle Handlungen mit Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen zum Inhalt haben, nicht mehr unter diese Bestimmungen fallen. Allenfalls liegt eine Strafbarkeit nach den Artikeln 135 oder 197 Absätze 1 oder 2 vor.

3.10.2 Absätze 8 und 8^{bis}

Gemäss Artikel 197 Absätze 4 und 5 sind die Herstellung, die Verbreitung, der Besitz und der Konsum von pornografischem Material, auf dem Minderjährige abgebildet sind, strafbar. Dies entspricht der Regelung im Übereinkommen des Europarats vom 25. Oktober 2007⁹² zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeu-

⁹⁰ Urteil des Bundesgerichts 6B_149/2019 vom 11. Dez. 2019, E. 1.3.2., 1.3.3. und 1.4.2.

⁹¹ BB1 1985 II 1009, hier 1088 ff.

⁹² SR 0.311.40

tung und sexuellem Missbrauch (Lanzarote-Konvention, LK). Die LK sieht allerdings vor (Art. 20 Ziff. 1 Bst. a und e und Ziff. 3 LK), dass die Vertragsstaaten einen Vorbehalt anbringen und bestimmte Ausnahmen davon vorsehen können, wenn die dargestellten Personen das länderspezifische sexuelle Mündigkeitsalter erreicht haben. Die Schweiz hat von dieser Vorbehaltsmöglichkeit Gebrauch gemacht und im geltenden Artikel 197 Absatz 8 festgehalten, dass Minderjährige von mehr als 16 Jahren strafflos bleiben, wenn sie voneinander einvernehmlich pornografische Gegenstände oder Vorführungen herstellen, diese besitzen oder konsumieren. Das Weiterleiten des pornografischen Materials an unbeteiligte Dritte ist weiterhin strafbar. Ziel dieser Ausnahmeregelung war es, bestimmte Verhalten von Jugendlichen, für die kein Strafbedürfnis erkennbar ist, zu entkriminalisieren. Es wäre widersprüchlich, wenn über 16-jährige Minderjährige zwar einvernehmlich miteinander sexuell verkehren, sich dabei aber nicht fotografieren oder filmen dürften.

Es hat sich allerdings gezeigt, dass trotz dieser Ausnahmeregelung weiterhin Widersprüche bestehen und Kinder zwischen 10 und 16 Jahren – quasi zu ihrem eigenen Schutz – unnötig kriminalisiert werden. Artikel 197 Absatz 8 ist unter anderem aus dem folgenden Grund zu eng: Wenn zwei 16 und 17 Jahre alte Jugendliche voneinander pornografische Bilder / Filme herstellen, sind beide strafflos. Der / die Ältere ist aber für die gleiche Handlung strafbar, sobald er / sie 18 Jahre alt geworden ist (da der / die jüngere Beteiligte noch immer minderjährig ist). Unabhängig davon werden nach geltender Praxis Minderjährige, die von sich selbst ein pornografisches Bild herstellen («Selfie»), bestraft – obwohl das Verbot harter Pornografie gerade auch minderjährige Darsteller und Darstellerinnen schützen soll.

Die heutige Regelung ist daher zu überarbeiten und die Straflosigkeit zu erweitern. Nicht ausser Acht gelassen werden dürfen dabei jedoch der Jugendschutz, die Vorgaben der LK und die Tatsache, dass gemäss Artikel 197 Absätze 4 und 5 die Herstellung, die Verbreitung, der Besitz und der Konsum von pornografischem Material, auf dem Minderjährige abgebildet sind, grundsätzlich strafbar sind:

Die Vorbehaltsmöglichkeit gemäss LK beschränkt sich dem Wortlaut nach auf *sexuell mündige Minderjährige* nach nationalem Recht. Sexuell mündig bedeutet, dass Kinder und Jugendliche strafflos sexuelle Handlungen vornehmen dürfen. Nach schweizerischem Strafrecht liegt diese Altersgrenze bei 16 Jahren. Strafflos ist dieses Verhalten allerdings auch dann, wenn der Altersunterschied zwischen den Beteiligten nicht mehr als drei Jahre beträgt (Art. 187 Ziff. 2). Diese 3-Jahres-Regel macht die Betroffenen formal zwar nicht sexuell mündig, stellt sie aber in bestimmten Konstellationen den sexuell Mündigen gleich.

Inhaltlich davon zu unterscheiden ist der «Avis du Comité de Lanzarote sur les images et / ou vidéos d'enfants sexuellement suggestives ou explicites produites, partagées ou reçues par des enfants» vom 6. Juni 2019⁹³ («Avis»). Der «Avis» bezweckt «de guider les Parties dans la mise en œuvre de l'article 20 de la Convention de Lanzarote s'agissant des images et / ou vidéos sexuellement suggestives ou

⁹³ www.coe.int > Droits de l'homme > Droits des enfants > Violence sexuelle > Convention de Lanzarote > Comité de Lanzarote > Documents adoptés > Avis sur les images et / ou vidéos d'enfants sexuellement suggestives ou explicites produites, partagées ou reçues par des enfants.

explicites autoproduites par des enfants en identifiant les situations qui ne constituent pas des infractions pénales et celles qui n'appellent de poursuites pénales qu'en dernier ressort» (Bst. m). Kinder, die von sich selber pornografische Bilder und Videos herstellen, diese besitzen sowie diese freiwillig und einvernehmlich teilen, sollen sich nicht wegen Kinderpornografie strafbar machen, sofern die Bilder und Videos zum privaten Gebrauch bestimmt sind. Eine sexuelle Ausbeutung ist in solchen Konstellationen in der Regel nicht gegeben und es fehlt an einem zu schützenden Rechtsgut. Der «Avis» geht materiell über die LK hinaus, ist also rechtlich nicht bindend. Er zeigt aber eine (wünschbare) mögliche Rechtsentwicklung auf.

Besonders ist darauf hinzuweisen, dass die Weiterleitung solcher Fotos / Videos nicht generell entkriminalisiert werden soll. Auch Ziffer 5 des «Avis» sieht vor, dass das freiwillige und einvernehmliche Teilen pornografischer «Selfies» unter Kindern nur dann nicht strafbar sein soll, wenn diese nur für den *privaten* Gebrauch bestimmt sind. Davon zu unterscheiden ist das Weiterleiten an einen grösseren Personenkreis.

3.10.2.1 Variante 1

Absatz 8

In Absatz 8 wird geregelt, unter welchen Bedingungen jemand straflos bleibt, der von einer minderjährigen Person pornografische Bilder oder Filme herstellt, diese besitzt, konsumiert oder an die dargestellte Person weiterleitet. Konkret müssen folgende Bedingungen erfüllt sein:

- Die dargestellte Person muss eingewilligt haben;
- der Altersunterschied zwischen den Beteiligten beträgt nicht mehr als drei Jahre;
- die herstellende Person leistet oder verspricht dafür kein Entgelt.

Leistet oder verspricht der Hersteller für die Anfertigung des pornografischen Bildes oder Films ein *Entgelt*, so gilt für ihn die Ausnahmeregelung nicht. Analog zu Artikel 196 (Sexuelle Handlungen mit Minderjährigen gegen Entgelt), von dem die Formulierung «dafür kein Entgelt leistet oder verspricht» übernommen wird und gemäss dem nur der Freier / die Freierin, nicht aber die minderjährige Prostituierte kriminalisiert wird, macht sich die *dargestellte Person* hingegen nicht strafbar, selbst wenn sie in die Herstellung der Bilder eingewilligt hat.⁹⁴

Der Klarheit halber wird im Gesetzestext im zweiten Absatz ausdrücklich festgehalten, dass auch die *dargestellte Person* straflos bleibt, und zwar für die Herstellung, die Entgegennahme bzw. den Besitz des Bildes / des Films wie auch für dessen Konsum (der straflose Besitz und Konsum ergeben sich zudem aus Absatz 8^{bis}). Dies gilt selbst dann, wenn der Altersunterschied überschritten wird. Gemäss der Lehre der notwendigen Teilnahme hat eine minderjährige Person, von der ein pornografisches Bild hergestellt wird, straflos zu bleiben, auch wenn sie mit der Herstellung einverstanden ist. Als minderjährige Darstellerin wird sie ausserdem vom

⁹⁴ Isenring Bernhard/Kessler Martin A., 2019, Art. 196 N 14.

Verbot der Minderjährigenpornografie geschützt und soll nicht vom Opfer zur Täterin gemacht werden.

Die neuen Formulierungen in Absatz 8 stellen gegenüber dem geltenden Recht eine Verbesserung dar. Sie sind grundsätzlich mit den Vorgaben der LK vereinbar, auch wenn die dort festgehaltene Vorbehaltsmöglichkeit in Bezug auf das Alter der Beteiligten etwas erweitert wird: Die herstellende Person kann im Einzelfall auch 18 bis 20 Jahre alt und damit nicht mehr minderjährig sein.

Absatz 8^{bis}

In Absatz 8^{bis} wird festgehalten, dass Minderjährige, die ein pornografisches «Selfie» *herstellen, besitzen oder konsumieren*, straflos bleiben. Die Strafwürdigkeit dieser Handlungen ist nicht erkennbar; umso mehr, als die Straftatbestände, die damit erfüllt werden, die minderjährigen Darsteller und Darstellerinnen schützen sollen.

Das *Weiterleiten* bzw. die *Weitergabe* dieser Gegenstände ist jedoch nach Artikel 197 Absatz 4 strafbar. Damit soll die minderjährige Person geschützt werden. Insbesondere beim Weiterleiten über ein Mobilgerät oder das Internet («Sexting») besteht die Gefahr, dass die Bilder vom Empfänger / von der Empfängerin missbraucht werden. So kann die dargestellte Person mit der Drohung der Weiterverbreitung unter Druck gesetzt oder mit einer tatsächlichen Weiterverbreitung blossgestellt und dadurch in ihrer Persönlichkeit verletzt werden. Einmal verschickte Bilder und Filme entziehen sich der Kontrolle des Herstellers / der Herstellerin.

Auch Absatz 8^{bis} stellt gegenüber dem geltenden Recht eine Verbesserung dar. Allerdings stellt sich die Frage, ob das *absolute* Verbot des Weiterleitens in Absatz 8^{bis} sachgerecht ist: Immerhin ist das Weiterleiten nach Absatz 8 erlaubt; ausserdem könnte das «Selfie» an den Partner / die Partnerin weitergeleitet werden, der/die die minderjährige Person straflos fotografieren dürfte. In Variante 2 ist deshalb das Weiterleiten pornografischer «Selfies» unter gewissen Voraussetzungen straflos.

3.10.2.2 Variante 2

Absatz 8

Absatz 8 entspricht der Regelung in Variante 1. Es wird deshalb auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

Absatz 8^{bis}

Wie in Variante 1 wird zunächst festgehalten, dass Minderjährige, die ein pornografisches «Selfie» *herstellen, besitzen oder konsumieren*, straflos bleiben.

Da beim *Weiterleiten* pornografischer Bilder und Filme die Gefahr besteht, dass diese missbräuchlich verwendet werden, soll diese Tathandlung nur dann straflos sein, wenn gewisse Voraussetzungen erfüllt sind:

- Die Beteiligten müssen einander persönlich bekannt sein, das heisst, sie dürfen sich beispielsweise nicht nur über soziale Medien kennen. Damit soll die Gefahr, dass der Empfänger / die Empfängerin das Bild missbräuchlich verwenden wird, eingeschränkt werden;
- die Person, die das pornografische Bild erhält, muss eingewilligt haben. Niemand soll ungefragt mit pornografischen Bildern oder Filmen konfrontiert werden (siehe auch Art. 197 Abs. 2 für die weiche Pornografie);⁹⁵
- der Altersunterschied zwischen den Beteiligten darf – wie in Absatz 8 – nicht mehr als drei Jahre betragen.

Für den Empfänger der Bilder / Filme gilt Straflosigkeit, wenn er mit dem Versender persönlich bekannt ist, der Altersunterschied nicht mehr als drei Jahre beträgt, er für die Bilder / Filme kein Entgelt verspricht oder leistet und er die Bilder / Filme nur besitzt und konsumiert, nicht aber seinerseits weiterleitet.

Auch Variante 2 stellt gegenüber dem geltenden Recht eine Verbesserung dar.

3.11 Gliederungstitel «Anbahnung von sexuellen Kontakten mit Kindern»

Der Gliederungstitel bzw. der Randtitel zum neuen Artikel 197a lautet «5. Anbahnung von sexuellen Kontakten mit Kindern».

3.12 Artikel 197a Anbahnung von sexuellen Kontakten mit Kindern (Grooming)

3.12.1 Ausgangslage

3.12.1.1 Parlamentarische Initiative 18.434 (Amherd) Bregy «Cybergrooming mit Minderjährigen endlich unter Strafe stellen»

Mit der parlamentarischen Initiative 18.434 (Amherd) Bregy «Cybergrooming mit Minderjährigen endlich unter Strafe stellen»⁹⁶ wird gefordert, dass Cybergrooming unter Strafe zu stellen und als Offizialdelikt auszugestalten sei. In der Begründung wird ausgeführt, es sei zu diskutieren, ob ein eigener spezifischer Cybergrooming-Tatbestand geschaffen werden müsse, der allfällige Vorbereitungshandlungen für ein

⁹⁵ Siehe Smahel David/Machackova Hana/Mascheroni Giovanna/Dedkova Lenka/Staksrud Elisabeth/Ölafsson Kjartan/Livingstone Sonia/Hasebrink Uwe, 2020. Gemäss diesem Bericht fühlten sich 40 % der befragten 9–16-jährigen Schweizer Kinder und Jugendlichen bei ihrem letzten Kontakt mit einem sexuell konnotierten Bild «ziemlich oder sehr aufgebracht» («fairly or very upset»), S. 91 f.

⁹⁶ www.parlament.ch > Geschäft 18.434.

Treffen mit Minderjährigen unter Strafe stelle oder ob bereits bestehende Straftatbestände entsprechend ergänzt werden könnten. Sexuelle Belästigung von Kindern im Netz müsse zudem generell als Officialdelikt ausgestaltet werden.

Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates (RK-N) hat der parlamentarischen Initiative am 29. August 2019 mit 17 zu 6 Stimmen und einer Enthaltung Folge gegeben, und die RK-S hat ihr am 29. Oktober 2019 mit 9 zu 2 Stimmen mit zwei Enthaltungen zugestimmt. Die RK-N hat am 28. August 2020 mit 16 zu 2 Stimmen, mit 3 Enthaltungen, beschlossen, selber einen Vorentwurf ausarbeiten zu lassen.

3.12.1.2 Definitionen

Der Begriff Cybergrooming wird nicht einheitlich verwendet.⁹⁷

Als Cybergrooming i.e.S. wird das gezielte Anbahnen von sexuellen Kontakten mit Kindern und Jugendlichen durch Erwachsene mittels Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT) im Hinblick auf ein reales, physisches Treffen mit dem Ziel sexuellen Missbrauchs verstanden. Grooming umfasst lediglich die Vorbereitung des Missbrauchs im Sinne eines Hinarbeitens auf ein reales Treffen, nicht aber den Missbrauch selbst (nachfolgend Grooming i.e.S.).

Cybergrooming i.w.S. beschreibt demgegenüber Verhaltensweisen der sexuellen Belästigung mittels IKT, mit denen ein Täter Kontakt zu Kindern und Jugendlichen im Internet sucht und pflegt, ohne dass die Handlungen auf ein reales Treffen gerichtet sein müssen oder bereits die Schwelle von (versuchtem) sexuellen Kindesmissbrauch oder (versuchter) Herstellung von Kinderpornografie überschreiten (nachfolgend Grooming i.w.S.).

Der Begriff IKT steht im weiteren Sinne für jegliche Kommunikationsanwendung, darunter Radio, Fernsehen, Handys, Smartphones, Hardware und Software für Computer und Netzwerke, Satellitensysteme, sowie für die verschiedenen Dienstleistungen und Anwendungen, die damit verbunden sind.⁹⁸

3.12.1.3 Geltendes Recht

Grooming ist bereits nach geltendem Recht weitgehend strafbar.

Grooming i.e.S.

Spricht ein Erwachsener ein Kind oder einen Jugendlichen via IKT an mit dem Ziel, es später sexuell zu missbrauchen, kann ein strafbarer Versuch, sexuelle Handlungen mit Kindern vorzunehmen (Art. 187 Ziff. 1 erster Absatz i.V.m. Art. 22) oder Kinderpornografie herzustellen (Art. 197 Abs. 4 zweiter Satz i.V.m. Art. 22), vorliegen,

⁹⁷ Fontanive Karin/Simmler Monika, 2016, Ziff. A II 2; www.fedpol.admin.ch > Kriminalität > Gefahren im Internet > Betrugsarten > pädokriminelle Delikte > Merkblatt Grooming.

⁹⁸ de.wikipedia.org > Informations- und Kommunikationstechnologie.

sofern es zu einem Treffen kommt und dieses den letzten entscheidenden Schritt auf dem Weg zur Tatverwirklichung darstellt.

Das Bundesgericht hat sich verschiedentlich mit der Frage der *Abgrenzung der straflosen Vorbereitung vom Versuch* befasst. Einschlägig ist namentlich BGE 131 IV 100: Der Täter hatte im Chat-Room einer Internetseite mit einem vermeintlich 14-jährigen Knaben ein Treffen zur Vornahme sexueller Handlungen vereinbart und sich zur festgelegten Zeit am abgesprochenen Treffpunkt eingefunden. Das Bundesgericht führt aus, dass die Grenze zum Versuch der sexuellen Handlungen mit einem Kind bei der vorliegenden Konstellation nicht schon durch das «Chatten» als solches überschritten werde. Der letzte entscheidende bzw. der erste über die blossе Vorbereitung hinausführende Schritt und damit der Beginn des Versuchs liege darin, dass der Beschwerdeführer zur Tat entschlossen an den vereinbarten Treffpunkt gereist sei und sich dort eingefunden habe.

Grooming i.w.S.

Ein Täter macht sich schon beim Chatten im Internet, wo kein körperlicher Kontakt vorausgesetzt wird, strafbar wenn:

- er das Kind mit (auch eigenen) pornografischen Texten oder Abbildungen konfrontiert (Art. 197 Abs. 1);
- er das Kind zur Vornahme sexueller Handlungen an sich selber verleitet (Art. 187 Ziff. 1 zweiter Abs.); oder
- er das Kind in eine sexuelle Handlung einbezieht, indem er beispielsweise sexuelle Handlungen vor dem Kind vornimmt bzw. das Kind diese wahrnimmt (Art. 187 Ziff. 1 dritter Abs.).

Das blossе Chatten mit sexuellem Inhalt ohne eine der erwähnten Handlungen ist hingegen in den meisten Fällen nicht strafbar. Allenfalls kann es sich um sexuelle Belästigung durch Worte (Art. 198 zweiter Abs.) handeln. Für die Strafverfolgung der Tat ist nach geltendem Recht ein Antrag zu stellen.

3.12.2 Variante 1

3.12.2.1 Systematik

Es soll ein neuer, separater Tatbestand mit einem eigenen Gliederungstitel «Anbahnung von sexuellen Kontakten mit Kindern» geschaffen werden (analog der Regelung der Pornografie, Art. 197). Der Randtitel hat den gleichen Wortlaut. Die Alternative einer Einfügung in zwei bestehende Artikel (Art. 187 und 197), entsprechend den zwei unterschiedlichen Handlungszielen des Täters, nämlich die beabsichtigte sexuelle Handlung mit Kindern (Art. 187 Ziff. 1 erster Abs.) oder die beabsichtigte Herstellung von Kinderpornografie (Art. 197 Abs. 4 zweiter Satz), wäre umständlich und nicht anwenderfreundlich. Die Einfügung in einen anderen, bereits bestehenden Tatbestand erscheint nicht opportun.

3.12.2.2 Geschütztes Rechtsgut

Artikel 197a soll die *ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern und Jugendlichen* schützen. Er will die Gefährdung der sexuellen Entwicklung von Kindern und Jugendlichen, analog zu den Artikeln 187 und 197, verhindern. Grooming ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt, ob im Einzelfall ein Schaden entsteht oder nicht, ist nicht relevant.⁹⁹

3.12.2.3 Täterkreis und Angriffsobjekt

Wer Täter nach Artikel 197a sein kann, bestimmt sich danach, auf welche Straftat sich dessen Absicht richtet. Was für die Begehung einer Straftat nach den Artikeln 187 und 197 gilt, muss auch für diesbezügliche Vorbereitungshandlungen nach dem vorgeschlagenen Artikel 197a gelten.

Beabsichtigt der Täter eine Straftat nach Artikel 187 Ziffer 1 erster Absatz zu begehen, können Täter Frauen und Männer bzw. männliche und weibliche Jugendliche, die mehr als 3 Jahre älter sind als das Opfer (Art. 187 Ziff. 2), sein.¹⁰⁰ Beabsichtigt der Täter eine Straftat nach Artikel 197 Absatz 4 zweiter Satz zu begehen, kommt als Täter jedermann, auch ein Kind ab 10 Jahren, in Frage.¹⁰¹

Opfer im Fall von Artikel 187 Ziffer 1 erster Absatz sind Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren. Es handelt sich um eine absolute Altersgrenze.¹⁰² Beabsichtigt ein Täter, nach Artikel 197 Absatz 4 zweiter Satz Kinderpornografie herzustellen, bezieht sich der strafrechtliche Schutz auf Minderjährige, d. h. Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren.¹⁰³

3.12.2.4 Anwendbarkeit von Artikel 187 Ziffern 2 und 3

Artikel 187 (sexuelle Handlungen mit Kindern) ist gemäss dessen Ziffer 2 nicht anwendbar, wenn der Altersunterschied zwischen den Beteiligten nicht mehr als 3 Jahre beträgt. Praktizierte Sexualität in partnerschaftlichen Beziehungen unter Jugendlichen (sog. Jugendliebe) soll nicht kriminalisiert werden. Gemäss Ziffer 3 kann die zuständige Behörde von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung absehen, wenn der Täter zur Zeit der Tat oder der ersten Tathandlung das 20. Altersjahr noch nicht zurückgelegt und besondere Umstände vorliegen oder die verletzte Person mit ihm die Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft eingegangen ist (vgl. Ziff. 3.2¹⁰⁴). Diese Regeln sind auch auf Grooming gemäss Artikel 197a, selbstredend nur auf eine beabsichtigte Straftat nach Arti-

⁹⁹ Maier Philipp, 2019, Art. 187 N 1 ff.; Isenring Bernhard/Kessler Martin A., 2019, Art. 197 N 2 ff.

¹⁰⁰ Maier Philipp, 2019, Art. 187 N 1 m.w.H. sowie N 4 f.

¹⁰¹ Isenring Bernhard/Kessler Martin A., 2019, Art. 197 N 11 bzw. N 63a ff.

¹⁰² Maier Philipp, 2019, Art. 187 N 6 ff.

¹⁰³ Isenring Bernhard/Kessler Martin A., 2019, Art. 197 N 20 ff.

¹⁰⁴ Vorschlag auf Streichung der Privilegierung, falls die verletzte Person mit dem Täter die Ehe / eingetragene Partnerschaft eingegangen ist.

kel 187 Ziffer 1 erster Absatz, anzuwenden. Deshalb ist in Artikel 197a ein entsprechender Verweis anzubringen.

3.12.2.5 Objektiver Tatbestand

Wie oben dargestellt ist Grooming i.e.S. nach geltendem Recht als Vorbereitungshandlung straflos, wenn es nicht zu einem Treffen der Beteiligten kommt. Hier setzt die parlamentarische Initiative an, indem sie bereits Vorbereitungshandlungen für ein Treffen mit Minderjährigen unter Strafe stellen will. Der Vorentwurf eines (neuen) Grooming-Tatbestandes sieht entsprechend vor, dass Grooming nicht erst mit dem Treffen bzw. der Einfindung am Treffpunkt erfasst wird, sondern bereits Verhaltensweisen im Vorfeld eines solchen Treffens strafbar sind. Damit einher geht eine Vorverlagerung der Strafbarkeit vor den Versuch. Drei kumulative Elemente werden für die Strafbarkeit vorausgesetzt: die Absicht, eine Straftat nach Artikel 187 Ziffer 1 erster Absatz oder Artikel 197 Absatz 4 zweiter Satz zu begehen, der Vorschlag eines Treffens sowie dessen Vorbereitung. Die Tatbestandselemente «ein Treffen vorschlägt und Vorbereitungen für ein solches Treffen trifft» grenzt die Vorverlagerung der Strafbarkeit ein und wirkt der Gefahr eines Gesinnungsstrafrechts entgegen. Die explizite Nennung der Vorbereitungshandlung ist notwendig, damit die erforderliche Tatnähe erreicht werden kann. Ein Treffen vorbereiten könnte beispielsweise darin bestehen, dass der potenzielle Täter ein Zugbillet für die Fahrt an den vereinbarten Treffpunkt kauft oder mit dem Auto an den Treffpunkt losfährt. Die möglichen Straftaten, Artikel 187 Ziffer 1 erster Absatz oder Artikel 197 Absatz 4 zweiter Satz, werden explizit und abschliessend genannt. Dem Bestimmtheitsgebot wird damit Genüge getan.

(Cyber-) Grooming bedeutet definitionsgemäss das gezielte Ansprechen von Kindern und Jugendlichen mittels IKT mit dem Ziel der Anbahnung von sexuellen Kontakten über ein reales, physisches Treffen. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob es angezeigt ist, die beschriebene Tathandlung lediglich dann strafbar zu erklären, wenn sie online begangen wird. Es gilt als gesetzgeberisches Prinzip, Straftatbestände wenn immer möglich (technologie-) neutral zu formulieren, d. h. unabhängig vom benutzten Werkzeug, Medium oder Hilfsmittel. Ausnahmeregelungen, das heisst spezifische IKT-Regelungen, werden nur dort getroffen, wo der Tatbestand nur via IKT begangen werden kann, z. B. Computerbetrug statt Betrug. Es lässt sich kaum begründen, weshalb Grooming nur dann strafbar sein soll, wenn es mittels IKT begangen wird. Es darf grundsätzlich keine Rolle spielen, ob eine solche Tat online oder offline begangen wird. Als Vorbereitungshandlung offline könnte man sich vorstellen, dass der potenzielle Täter ein Kind (wiederholt) auf der Strasse oder auf dem Spielplatz anspricht, sein Vertrauen erschleicht und sich irgendwann mit ihm verabredet, um ihm etwas zu zeigen, zusammen Kuchen zu essen oder ähnlich. Die Absicht des späteren sexuellen Missbrauchs bleibt verborgen. Ein solches Verhalten ist kaum weniger strafwürdig als wenn es online stattfindet.

Von Absicht wird dann gesprochen, wenn der Täter einen bestimmten, jenseits des objektiven Tatbestandes liegenden Zweck erreichen will, sei es den Eintritt eines Erfolges, sei es die Möglichkeit zur Vornahme einer weiteren (deliktischen) Hand-

lung. Zum Teil wird dabei eine Vorverlagerung der Strafbarkeit bewirkt auf Akte, die sich sachlich, vom eigentlichen Angriff auf das geschützte Rechtsgut her gesehen, erst als dessen Versuch oder Vorbereitung darstellen.¹⁰⁵ Für die Abgrenzung zwischen erlaubtem und strafbarem Verhalten ist die (innere) Absicht des Täters entscheidend, das Kind später zu missbrauchen bzw. Kinderpornografie herzustellen. In der Praxis ist eine solche Absicht nicht leicht zu beweisen. Bei der Tatbegehung online können immerhin die Chats für die Beweisführung herangezogen werden.

3.12.2.6 Subjektiver Tatbestand

Die Vorbereitungshandlungen müssen (eventual-) vorsätzlich getroffen werden. Ausserdem ist erforderlich, dass der Täter die Vorbereitungshandlungen in der Absicht begeht, ein Kind zu missbrauchen bzw. Pornografie herzustellen.

3.12.2.7 Rücktritt und Versuch bei Vorbereitungshandlungen

Rücktritt

Rücktritt und tätige Reue mit entsprechender Strafmilderung oder Absehen von Strafe sind nach Artikel 23 nur beim Versuch möglich. Da es vorliegend um die Strafbarerklärung einer Vorbereitungshandlung geht, ist der Rücktritt des Täters vor der strafbaren Tätigkeit separat zu regeln. Analog zu Artikel 260^{bis} Absatz 2 (strafbare Vorbereitungshandlungen) wird folgender Wortlaut vorgeschlagen: «Führt der Täter aus eigenem Antrieb die Vorbereitungshandlung nicht zu Ende, so bleibt er strafflos».

Handeln aus eigenem Antrieb bedeutet, dass sich der Täter aus freien Stücken entschliesst, sein Vorhaben aufzugeben, also aus inneren Motiven, unabhängig von äusseren Gegebenheiten, seinen Plan nicht weiterverfolgt. Dabei kommt es auf die sittliche Qualität der Beweggründe, aus denen der Täter zurücktritt, nicht an; auch die Furcht vor Strafe, Scham oder Mitleid mit dem potentiellen Opfer schliessen den Rücktritt nicht aus. Nicht aus eigenem Antrieb handelt jedoch, wer sich aufgrund einer äusseren Gegebenheit zur Aufgabe seines Planes gelangt. Der Rücktritt führt zu obligatorischer Straffreiheit, wenn der Täter auf sein Vorhaben zu einem Zeitpunkt verzichtet, in welchem er die Schwelle zum strafbaren Versuch noch nicht betreten hat, unabhängig davon, ob die Vorbereitungshandlungen abgeschlossen sind oder nicht.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Niggli Marcel Alexander/Maeder Stefan, 2019, Art. 12 N 76.

¹⁰⁶ Engler Marc, 2019, Art. 260^{bis} N 14 f. m.w.H.

Versuch

Die Vorbereitungshandlungen befinden sich im Geschehensablauf vor dem strafbaren Versuch. Entsprechend soll es keinen strafbaren Versuch zu einer Vorbereitungshandlung geben.¹⁰⁷

3.12.2.8 Strafdrohung

Die Strafdrohung beträgt Geldstrafe. Damit bildet der Tatbestand ein Vergehen. Die Strafdrohung ist im Verhältnis zu den Strafdrohungen der versuchten oder vollendeten Haupttat angemessen.

3.12.3 Variante 2

Als Alternative in Erwägung zu ziehen ist der Verzicht auf die Schaffung eines separaten Tatbestandes des Groomings i.e.S. Folgende Gründe lassen sich für einen Verzicht aufführen:

Das geltende Recht erfasst Grooming i.e.S. zu einem weiten Teil bereits über den Versuch der entsprechenden Tathandlungen (vgl. Ziff. 3.12.1.3). Die Kodifizierung dieser Rechtslage in einem neuen, separaten Tatbestand ginge kaum über das hinaus, was bereits strafbar ist, und der praktische Zusatznutzen ist fraglich. Ein solcher separater Tatbestand könnte sich primär auf symbolische Gesetzgebung beschränken.¹⁰⁸

Der vorgeschlagene Grooming-Tatbestand erfasst gegenüber dem geltenden Recht auch Vorbereitungshandlungen. Solche werden im geltenden Strafrecht jedoch nur in Ausnahmefällen für strafbar erklärt. Materiell würden vorliegend Vorbereitungshandlungen kriminalisiert, die nach geltendem Recht nur für besonders schwere, einzeln aufgeführte Straftaten wie Mord, Raub, Geiselnahme oder Völkermord strafbar sind (Art. 260^{bis}, strafbare Vorbereitungshandlungen). Anders als in Artikel 260^{bis} lassen sich zudem beim Grooming kaum «planmässig konkrete technische oder organisatorische Vorkehrungen» definieren. Die Festlegung einer objektiven Schwelle der Strafbarkeit bleibt daher vage, womit sich das Gewicht auf die subjektive Seite, d. h. auf die Absicht verlagert.

Der Nachweis der Absicht dürfte einerseits in der Praxis nicht einfach zu führen sein. Andererseits droht die Norm durch das Abstellen auf die Absicht in die Nähe des verpönten Gesinnungsstrafrechts zu geraten. Das Strafrecht soll nur dann eingreifen, wenn ein Rechtsgut verletzt worden ist oder ernsthaft gefährdet wird.

¹⁰⁷ Analog zu Art. 260^{bis}, vgl. dazu Engler Marc, 2019, Art. 260^{bis} N 17 m.w.H.

¹⁰⁸ BB1 2012 7571, hier 7627.

Vgl. auch Fontanive Karin/Simmler Monika, 2016, Ziff. IV I 2. mit Hinweisen, die sich gegen einen speziellen Grooming-Tatbestand aussprechen.

3.12.4

Übereinkommen des Europarats vom 25. Oktober 2007¹⁰⁹ zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch

Die Schweiz erfüllt die Anforderungen von Artikel 23 LK (Kontaktanbahnung zu Kindern zu sexuellen Zwecken), wonach die Vertragsstaaten den Vorschlag eines Erwachsenen, ein Kind mit dem Ziel zu treffen, eine sexuelle Handlung mit Kindern zu begehen (Art. 18 Abs. 1 Bst. a LK) oder Kinderpornografie herzustellen (Art. 20 Abs. 1 Bst. a LK), strafbar erklären, wenn diesem Vorschlag konkrete Handlungen für das Treffen folgen und das Opfer sexuell noch nicht mündig ist (Art. 18 Abs. 2 LK), bereits nach geltendem Recht (vgl. Ziff. 3.12.1.3).

Es steht jedem Mitgliedstaat frei, materiell weiter zu gehen, als es die Konvention vorschreibt. Ein separater Tatbestand des Grooming i.e.S., der bereits Vorbereitungshandlungen strafbar erklärt, wie er vorstehend vorgeschlagen wird, geht über die Anforderungen der LK hinaus und ist in der vorgeschlagenen Form konventionskonform. Es besteht jedoch keine Verpflichtung, einen separaten Grooming-Tatbestand vorzusehen oder das reine Chatten strafbar zu erklären¹¹⁰.

3.12.5

Rechtsvergleich mit Österreich und Deutschland

§ 208a A-StGB Anbahnung von Sexualkontakten zu Unmündigen¹¹¹

Mit der Anbahnung von Sexualkontakten zu Unmündigen werden im österreichischen Strafrecht Verhaltensweisen kriminalisiert, die sich im Vorfeld der eigentlichen Tat abspielen. Es handelt sich um ein Vorbereitungsdelikt.

§ 176 D-StGB Sexueller Mißbrauch von Kindern¹¹²

Das deutsche Strafrecht stellt die Kontaktaufnahme, welche eine Vorbereitungshandlung darstellt und deshalb noch im Vorfeld der eigentlichen Versuchsstrafbarkeit liegt, unter Strafe. Der Straftatbestand ist in der deutschen Literatur auf Kritik gestossen. Kritisiert wird u. a. die Vorverlagerung der Strafbarkeit, so dass das Delikt bereits mit dem Einwirken des Täters auf das Kind vollendet sei und nicht vorausgesetzt werde, dass der Täter das Kind auch tatsächlich treffe. Zudem erstau-ne diese Vorverlagerung umso mehr, als die Verabredung zu einem Treffen unter Anwesenden straflos bleibe.¹¹³

¹⁰⁹ SR 0.311.40

¹¹⁰ Vgl. BBl 2012 7571, hier 7625 ff.

¹¹¹ www.ris.bka.gv.at > Bundesrecht > Bundesrecht konsolidiert > StGB.

¹¹² www.gesetze-im-internet.de > Gesetze / Verordnungen > StGB.

¹¹³ Fontanive Karin/Simmler Monika, 2016, Ziff. I. 1. a mit Hinweisen.

3.13 **Gliederungstitel «Übertretungen gegen die sexuelle Integrität»**

Da vor Artikel 197a ein Gliederungstitel eingefügt wird, ist der Gliederungstitel zu Artikel 198 und 199 «Übertretungen gegen die sexuelle Integrität» neu zu nummerieren.

3.14 **Artikel 198 Sexuelle Belästigungen**

3.14.1 **Änderung des Randtitels im französischen Gesetzestext**

Im französischen Gesetzestext von Artikel 198 lautet der Randtitel nach geltendem Recht «*Désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel*». Dieser Titel ist umständlich und deckt nicht alle in dieser Bestimmung enthaltenen Tatvarianten ab. Er soll deshalb in «*Nuisances sexuelles*» abgeändert werden. Damit stimmt er mit den Randtiteln im deutschen («Sexuelle Belästigungen») bzw. italienischen Gesetzestext («*Molestie sessuali*») überein.

3.14.2 **Absatz 1**

Es wird vorgeschlagen, im geltenden zweiten Absatz zweite Tatvariante von Artikel 198 den Ausdruck «Bilder» zu ergänzen. Das bedeutet, dass neu jemand nicht nur tätlich oder in grober Weise durch Worte, sondern auch (in grober Weise) durch *Bilder* sexuell belästigt werden kann. Damit wird namentlich das elektronische Versenden sexuell konnotierter Bilder, das nach geltendem Recht nicht unter Artikel 198 zweiter Absatz fällt,¹¹⁴ neu erfasst. Das Versenden oder Zeigen *pornografischer* Bilder fällt weiterhin unter Artikel 197 (Pornografie).

Entgegen der Forderung in der Motion 18.4049 Reynard «Sexuelle Belästigung. Gravierende Lücken müssen geschlossen werden»¹¹⁵ soll hingegen der Ausdruck «Schriften» nicht ergänzt werden. Der Bundesrat führte in seiner Stellungnahme vom 30. November 2018 aus, das unerwünschte Zustellen einer SMS mit sexuellem Inhalt falle nach der herrschenden Lehre nicht unter den Tatbestand von Artikel 198, weil dieser nach ihrer Auslegung nur das gesprochene Wort erfasse. Die Frage werde allerdings von einem Teil der Lehre anders beurteilt und sei auch noch nie Gegenstand der höchstrichterlichen Rechtsprechung gewesen. Insofern könne heute nicht eindeutig gesagt werden, Artikel 198 finde in diesen Fällen keine Anwendung.

In der Zwischenzeit hat sich die Situation geändert: Das Bundesgericht hat in seinem Urteil 6B_69/2019 vom 4. November 2019 festgehalten, der Wortlaut von Artikel 198 zweiter Absatz spreche von «Worten» und umfasse aufgrund seiner Mehrdeutigkeit nicht nur Ausgesprochenes, sondern auch schriftliche oder bildliche Tatobjekte (E. 2.3.2.).

¹¹⁴ Isenring Bernhard, 2019, Art. 198 N 24; Kummer Kathrin, 2002, S. 83.

¹¹⁵ www.parlament.ch > Geschäft 18.4049. Der Vorstoss wurde am 25. Sept. 2020 abgeschrieben.

Dies entspricht auch neueren Entwicklungen in der Rechtswissenschaft. Im Basler Kommentar, Strafrecht II, wird in der im Jahre 2018 erschienenen 4. Auflage von einem neuen Autor eine andere Meinung als noch in der Voraufgabe aus dem Jahre 2013 vertreten. Es wird nun davon ausgegangen, dass es jedenfalls nicht vom vornherein ausgeschlossen erscheine, dass im Einzelfall auch Briefe, E-Mails oder SMS den Tatbestand erfüllen. «Worte» könnten zweifelsohne geschrieben oder gesprochen werden.¹¹⁶ Donatsch hatte schon vorher die Auffassung vertreten, dass auch schriftlich geäußerte «Worte» tatbestandsmässig sein können.¹¹⁷

Unter diesen Umständen ist die Ergänzung des Ausdrucks «Schriften» nicht erforderlich; es ist angesichts dieser Entwicklung klar geworden, dass «Worte» mündlich oder schriftlich geäußert werden können.

3.14.3 Absatz 2

3.14.3.1 Ausgangslage

In der parlamentarischen Initiative 18.434 (Amherd) Bregy «Cybergrooming mit Minderjährigen endlich unter Strafe stellen» wird gefordert, dass die sexuelle Belästigung von Kindern im Netz generell als Officialdelikt ausgestaltet werden soll.

Officialdelikte werden von Amtes wegen verfolgt, d. h. die Strafverfolgungsbehörden sind unabhängig vom Willen des oder der Verletzten verpflichtet, ihnen bekannt gewordene Delikte zu verfolgen und allenfalls zu ahnden. Bei Antragsdelikten hingegen erfolgt die Strafverfolgung nicht ohne eine entsprechende Willenserklärung des Antragsberechtigten, den Strafantrag.

Unterschiede zwischen Official- und Antragsdelikten bestehen vor allem in zwei Punkten: Zum einen ist der Strafantrag an eine Frist und an eine strengere Form gebunden. Zum anderen ist zur Erstattung einer Anzeige jedermann befugt, derweil nur bestimmte Personen berechtigt sind, einen Strafantrag zu stellen.¹¹⁸

3.14.3.2 Variante 1

Es wird vorgeschlagen, Artikel 198 mit einem Absatz 2 zu ergänzen, wonach die sexuelle Belästigung von Amtes wegen verfolgt wird, wenn es sich beim Opfer um ein Kind unter 12 Jahren handelt.

Artikel 198 schützt Personen davor, gegen ihren Willen mit sexuellen Handlungen anderer konfrontiert zu werden. Mit Artikel 198 soll, anders als bei Artikel 187 (sexuelle Handlungen mit Kindern), nicht die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern und Jugendlichen geschützt werden. Das geschützte Rechtsgut ist in beiden Absätzen die sexuelle Integrität und die sexuelle Selbstbestimmung.

¹¹⁶ Isenring Bernhard, 2019, Art. 198 N 24.

¹¹⁷ Donatsch Andreas, 2018, § 65 S. 588.

¹¹⁸ Riedo Christof, 2019, Vor Art. 30 N 1, 2, 5 mit weiteren Hinweisen.

Im Chat liegt zwar eine räumliche Trennung der Gesprächspartner vor; trotzdem ist eine Beeinträchtigung der sexuellen Integrität eines Kindes durch Text, Bild oder Audio, ohne Körperkontakt, möglich. Die sexuelle Integrität eines Kindes kann bei einem sexualisierten Dialog zumindest psychisch beeinträchtigt sein. Eine sexuelle Belästigung (durch Worte) kann jedoch, wie bereits erwähnt, in aller Regel nur vorliegen, wenn das Verhalten *unerwünscht* ist.¹¹⁹ Verbale Belästigungen (zweiter Abs. zweite Tatvariante) sind nur strafbar, wenn sie in grober Weise erfolgen. Strafwürdig ist einzig die Verwendung stark vulgärer Ausdrücke, welche eine grobe Zumutung darstellen.¹²⁰ Die Schwelle für die Annahme einer sexuellen Belästigung ist damit in diesem Bereich relativ hoch. Zudem werden solche Taten nach geltendem Recht nur auf Antrag verfolgt. Den Tatbestand von Artikel 198 zweiter Absatz zweite Tatvariante erfüllen können auch Schriften, namentlich Briefe, E-Mails, SMS, und neu auch Bilder (vgl. Ziff. 3.14.1).

Es gilt als gesetzgeberisches Prinzip, Straftatbestände wenn immer möglich (technologie-) neutral zu formulieren, d. h. unabhängig vom benutzten Werkzeug, Medium oder Hilfsmittel (vgl. Ziff. 3.12.2.5). Nach allgemeinen Auslegungsregeln steht der Wortlaut von Artikel 198 – namentlich des zweiten Absatzes zweite Tatvariante (sexuelle Belästigung in grober Weise durch Worte) – der Anwendung auf Dialoge über IKT als Tatmittel demnach nicht entgegen.¹²¹ Deshalb besteht grundsätzlich keine Notwendigkeit, IKT explizit einzufügen.

Für eine Officialisierung des Tatbestandes der sexuellen Belästigung, wenn die Opfer Kinder sind, kann mit einer Verbesserung des Kinder- und Jugendschutzes argumentiert werden. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass Kinder gemäss Artikel 187 Ziffern 1 und 2 ab 16 Jahren sexuell mündig sind. Wenn der Altersunterschied zwischen den Beteiligten nicht mehr als drei Jahre beträgt, dürfen zudem auch jüngere Kinder legal sexuelle Handlungen aneinander vornehmen. Entsprechend erscheint es denkbar, älteren Kindern auch insoweit eine gewisse Selbstverantwortung zuzubilligen, als sie selber sollen entscheiden können, ob eine sexuelle Belästigung zur Anzeige kommen soll oder nicht. Anders ist die Sachlage bei Kindern unter 12 Jahren (vgl. dazu auch Ziff. 3.2.2) zu beurteilen. In diesem Alterssegment besteht ein erhöhtes Schutzbedürfnis betreffend sexueller Integrität. Aus diesen Gründen ist eine Strafverfolgung wegen sexueller Belästigung von Kindern unter 12 Jahren von Amtes wegen vorstellbar. Dieser Vorschlag weicht insofern von der parlamentarischen Initiative ab, als diese eine weitergehende Officialisierung vorschlägt, nämlich für die Strafverfolgung von sexuellen Belästigungen, wenn die Opfer Kinder, also unter 18-jährige Personen, sind.

¹¹⁹ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf sich auch belästigt im Sinne von Art. 198 zweiter Absatz fühlen, wer sich im Irrtum über die tatsächliche Eigenart einer Handlung befindet: Eine Patientin, die sich im Intimbereich berühren lässt, weil sie glaubt, dies sei zur Heilbehandlung nötig, wird Opfer einer sexuellen Belästigung, wenn die «Behandlung» – auch nur phasenweise – durch Handlungen erfolgt, die rein sexuell motiviert sind und keine therapeutische Notwendigkeit aufweisen (Urteil des Bundesgerichts 6B_453/2007 vom 19. Feb. 2008); vgl. Isenring Bernhard, 2019, Art. 198 N 19.

¹²⁰ Isenring Bernhard, 2019, Art. 198 N 4, 5, 8, 22 m.w.H.; BGE 137 IV 263 E. 3.1.

¹²¹ Vgl. auch Mo. Schmid-Federer 12.3476 «Anpassung des Tatbestandes sexueller Belästigung von Minderjährigen», wonach der Tatbestand auch bei Internet-Chats erfüllt sein dürfte.

Es sollen nicht nur sexuelle Belästigungen durch Worte, sondern auch tätliche sexuelle Belästigungen sowie allenfalls sexuelle Belästigungen durch Bilder von Amtes wegen verfolgt werden, wenn die Opfer Kinder unter 12 Jahren sind, unabhängig davon, ob sie online oder offline begangen werden (können).

3.14.3.3

Variante 2

Eine sexuelle Belästigung stellt eine geringfügige Zuwiderhandlung gegen die sexuelle Integrität dar. Es besteht in der Regel kaum die Gefahr einer schweren psychischen Verletzung der Betroffenen. Der Tatbestand ist dementsprechend als Übertretung ausgestaltet und wird bloss auf Antrag verfolgt. Erwachsene und Kinder sind gleichermassen geschützt.

Gemäss Variante 2 soll bezüglich Grooming i.w.S. bzw. sexueller Belästigung von Kindern (im Netz) auf eine Revision von Artikel 198 verzichtet werden, da sich eine solche Änderung hinsichtlich ihrer Wirkung primär auf symbolische Gesetzgebung beschränken könnte. Der Bundesrat hat sich zur Frage, ob Artikel 198 für Kinder und Jugendliche als Officialdelikt auszugestalten sei, in seiner Stellungnahme auf die Motion 14.3666 der RK-N «Artikel 198 StGB. Von Antrags- zu Officialdelikt»¹²² ablehnend geäussert. Die RK-S hatte in ihrem Bericht vom 23. April 2015 ihre ablehnende Haltung im Wesentlichen damit begründet, dass es sich bei Artikel 198 in der Regel um geringfügige Taten handle, die nicht unabhängig vom Willen des Verletzten verfolgt werden sollten. Vorliegend seien zwar Kinder betroffen. Die Eltern könnten aber jederzeit Strafantrag stellen und ein Verfahren einleiten. Diese Lösung erscheine zweckmässiger, zumal ein Strafverfahren für Kinder auch eine zusätzliche Belastung sein könne. Die Eltern sollten deshalb entscheiden, ob ein Strafverfahren in Gang gesetzt werden solle oder nicht. Es sei zudem unverhältnismässig, bei jeder unanständigen Wortwahl ein Strafverfahren von Amtes wegen zu eröffnen. Der Ständerat ist am 18. Juni 2015 einstimmig seiner vorberatenden Kommission für Rechtsfragen gefolgt.

Es wäre zudem praktisch schwierig, solche Strafverfahren (sexuell motivierte Chats im Internet, die mit keinen weiteren Handlungen verbunden sind) von Amtes wegen durchzuführen. Aufgrund des Deliktstyps – Dialoge über IKT – ist nämlich davon auszugehen, dass die Strafverfolgungsbehörden nicht infolge eigener Wahrnehmung ein Strafverfahren einleiten, sondern erst wenn das Kind oder seine Eltern ihnen gegenüber Mitteilung (Strafantrag oder Strafanzeige) machen. *Im Resultat* unterscheidet sich der Strafantrag nicht wesentlich von der Strafanzeige, denn in mehr als 90 Prozent aller Fälle erhält die Behörde über Hinweise aus der Bevölkerung Kenntnis von einer Straftat. Unterbleibt eine Anzeige, kommt es also in aller Regel genauso wenig zu einem Strafverfahren wie bei fehlendem Strafantrag.¹²³ Ein Wechsel vom Antrags- zum Officialdelikt dürfte sich somit auf die Strafverfolgung kaum auswirken. Die Beibehaltung des Antragsdelikts hat den wesentlichen Vorteil, dass keine Strafverfolgung gegen den Willen der Betroffenen durchgeführt werden kann.

¹²² www.parlament.ch > Geschäft 14.3666 sowie 12.3476.

¹²³ Riedo Christof, 2019, Vor Art. 30 N 5 m.w.H.

3.15

Gliederungstitel «Gemeinsame Begehung»

Da vor Artikel 197a ein Gliederungstitel eingefügt wird, ist der Gliederungstitel zu Artikel 200 «Gemeinsame Begehung» neu zu nummerieren.

3.16

Artikel 200 Gemeinsame Begehung

Diese Regelung wird einerseits redaktionell angepasst, indem der Ausdruck «Richter» durch den geschlechtsneutralen Begriff «Gericht» ersetzt wird. Andererseits wird die «kann»-Formulierung in eine «ist»-Formulierung umgewandelt, sodass das Gericht bei einer gemeinsamen Begehung der Tat die Strafe erhöhen muss, um den erhöhten Unrechtsgehalt Rechnung zu tragen. In der Praxis dürfte sich dadurch kaum etwas ändern, da sich die Tatsache, dass mehrere Täter / Täterinnen gemeinsam handeln, bei der Bemessung der Strafe ohnehin strafe erhöhend auswirkt.

3.17

Artikel 264a Absatz 1 Buchstabe g Verbrechen gegen die Menschlichkeit

Artikel 264e Absatz 1 Buchstabe b Ungerechtfertigte medizinische Behandlung, Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung und der Menschenwürde

Aufgrund der in den Artikeln 189 und 190 vorgenommenen Änderungen müssen Artikel 264a Absatz 1 Buchstabe g sowie Artikel 264e Absatz 1 Buchstabe b angepasst werden. Es kann grundsätzlich auf die Ausführungen zu den Artikeln 189 und 190 verwiesen werden.

Bei beiden Varianten wird der Begriff «Vornahme» eingefügt und bei Variante 2 der Begriff der Vergewaltigung erweitert, indem die Ausdrücke «weibliche» bzw. «weiblichen Geschlechts» gestrichen werden.

4

Jugendstrafgesetz vom 20. Juni 2003¹²⁴

Art. 36 Abs. 2 und 3

Mit Bezug auf die Aufnahme der Artikel 187a und 193 StGB in die Aufzählung zur Verfolgungsverjährung in Artikel 36 Absatz 2 JStG kann auf die Ausführungen zu Artikel 97 Absatz 2 StGB verwiesen werden. Zusätzlich wird ein gesetzgeberisches Versehen korrigiert, indem ebenfalls die Artikel 124 und 197 Absatz 3 StGB in die Aufzählung aufgenommen werden. Artikel 36 Absatz 2 JStG lehnt sich sehr stark an die Regelung von Artikel 97 Absatz 2 StGB an, wobei die Artikel 187 und 188 StGB vom Gesetzgeber ausdrücklich weggelassen wurden.

¹²⁴ SR 311.1

Die übergangsrechtliche Regelung im geltenden Artikel 36 Absatz 2 zweiter Satz JStG wird in einen neuen *Absatz 3* verschoben und ergänzt. Diese Auftrennung entspricht dem gleichen Vorgehen wie in Artikel 97 StGB. Die übergangsrechtliche Bestimmung befindet sich dort ebenfalls in einem separaten Absatz (Abs. 4), während die längere Verfolgungsverjährungsfrist für Straftaten gegen Kinder in Artikel 97 Absatz 2 StGB enthalten ist. Das JStG ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten. Entsprechend werden die zu diesem Zeitpunkt in Kraft gewesenen Straftatbestände in Absatz 3 explizit aufgeführt. Dieses Vorgehen hat betreffend die übergangsrechtliche Regelung keine materielle Änderung zur Folge. Es ermöglicht aber die Ergänzung der Aufzählung in Absatz 2, ohne dass die übergangsrechtliche Regelung in Absatz 3 betroffen ist.

5 **Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927¹²⁵**

5.1 **Übereinstimmung zwischen MStG und StGB**

Der Besondere Teil des MStG entspricht im Wesentlichen dem Besonderen Teil des StGB; Abweichungen gibt es lediglich dort, wo die spezifischen Bedürfnisse des Militärstrafrechts es erfordern. Die vorliegende Revision des MStG verfolgt wie frühere Teilrevisionen das Ziel, diese Übereinstimmung so weit als möglich zu bewahren. Folglich gelten die Erläuterungen zum Besonderen Teil des StGB in gleicher Weise für das MStG.

Folgende Bestimmungen werden miteinander in Übereinstimmung gebracht:

VE-MStG	Art. 49a Abs. 1 Bst. f	und	VE-StGB	Art. 66a Abs. 1 Bst. h
	Art. 50 Abs. 3 Bst. a, 4	und		Art. 67 Abs. 3 Bst. b und c,
	und 4 ^{bis} Bst. a			4 Bst. a und 4 ^{bis} Bst. a
	Art. 55 Abs. 2	und		Art. 97 Abs. 2
	Art. 59 Abs. 1 Bst. e	und		Art. 101 Abs. 1 Bst. e
	Art. 109 Abs. 1 Bst. g	und		Art. 264a Abs. 1 Bst. g
	Art. 112a Abs. 1 Bst. b	und		Art. 264e Abs. 1 Bst. b
	Art. 153	und		Art. 189
	Art. 154	und		Art. 190
	Art. 155	und		Art. 191
	Art. 156 Ziff. 1–1 ^{ter} und 3	und		Art. 187 Ziff. 1–1 ^{ter} und 3
	Art. 158	und		Art. 187a
	Art. 159	und		Art. 194
	Art. 159a	und		Art. 198
	Art. 159b	und		Art. 200

Artikel 197a StGB (Anbahnung von sexuellen Kontakten mit Kindern) wird nicht in das MStG aufgenommen. Es sind keine spezifischen Bedürfnisse dafür ersichtlich; überdies wird im MStG kein Pornografietatbestand aufgeführt – auf diesen aber

¹²⁵ SR 321.0

wird in Artikel 197a StGB verwiesen. Die dem Militärstrafrecht unterstehenden Personen bleiben für strafbare Handlungen, die in diesem Gesetz nicht vorgesehen sind, dem zivilen Strafrecht unterworfen (Art. 8 MStG).

5.2 Artikel 157 Ausnützung der militärischen Stellung

Artikel 157 MStG ist eine militärspezifische Norm, weist allerdings – indem der Täter / die Täterin auch bei diesem Tatbestand eine vorbestehende Zwangssituation ausnützt – Parallelen zu Artikel 188, 192 und 193 StGB auf. Diese sehen bei der Geldstrafe keine Mindeststrafe vor; in Artikel 157 MStG hingegen beträgt die Mindeststrafe 30 Tagessätze Geldstrafe. Eine Mindeststrafe dieser Höhe erscheint nicht sinnvoll. Es wird deshalb vorgeschlagen, sie hier zu streichen.

6 Strafprozessordnung¹²⁶

Art. 269 Abs. 2 Bst. a und 286 Abs. 2 Bst. a

Die materiellen Änderungen im StGB müssen in den beiden Deliktskatalogen nachvollzogen werden. So wird Artikel 192 Absatz 1 StGB aus den beiden Aufzählungen gestrichen und Artikel 187a StGB eingefügt. Auf die Einfügung von Artikel 197a StGB wird aufgrund mangelnder Schwere der Tathandlung (strafbare Vorbereitungshandlung) verzichtet.

7 Militärstrafprozess vom 23. März 1979¹²⁷

Art. 70 Abs. 2

Eine materielle Änderung im MStG muss im Deliktskatalog von Artikel 70 Absatz 2 des Militärstrafprozesses vom 23. März 1979¹²⁸ (MStP) nachvollzogen werden. So wird Artikel 158 MStG in die Aufzählung aufgenommen.

Anzumerken ist, dass in der Botschaft vom 28. August 2019¹²⁹ zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383 RK-S «Anpassung der Strafprozessordnung»¹³⁰) vorgeschlagen wird, die beiden Deliktskataloge betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Art. 70 Abs. 2 MStP) und die verdeckte Ermittlung (Art. 73a Abs. 1 Bst. a MStP) an diejenigen der Strafprozessordnung (Art. 269 Abs. 2 Bst. a und 286 Abs. 2 Bst. a StPO) anzugleichen. Diese Vorlage wird gegenwärtig im Parlament beraten (19.048). Je nach Ausgang der parlamentarischen Beratungen ist vorgesehen, Artikel 158 MStG in den neuen

¹²⁶ SR **312.0**

¹²⁷ SR **322.1**

¹²⁸ SR **322.1**

¹²⁹ BBl **2019** 6697

¹³⁰ www.parlament.ch > Geschäft 14.3383.

Deliktskatalog betreffend die verdeckte Ermittlung (Art. 73a Abs. 1 Bst. a E-MStP) aufzunehmen.

8 Regelungsverzichte

8.1 Artikel 187 ff.: Beibehaltung der Geldstrafe als mögliche Sanktion

Entgegen dem Entwurf des Bundesrates soll in den Artikeln 187 ff. die Geldstrafe als mögliche Sanktion nicht gestrichen werden. Folgende Gründe sprechen für die Beibehaltung der Geldstrafe:

- **Widerspruch zum Konzept des (neuen) Sanktionenrechts**
Dem Anliegen, dass gerade auch bei Sexualdelikten vermehrt Freiheitsstrafen anstelle von Geldstrafen ausgefällt werden, tragen die Änderungen des Sanktionenrechts (in Kraft seit 1. Januar 2018) bereits in doppelter Hinsicht Rechnung: Zum einen durch die Reduktion des Anwendungsbereichs der Geldstrafe allgemein (Halbierung von 360 auf 180 Tagessätze), zum anderen durch die Möglichkeit, aus spezialpräventiven Gründen eine kurze Freiheitsstrafe statt einer Geldstrafe auszusprechen. Das heisst, das Gericht kann auf Freiheitsstrafe statt Geldstrafe erkennen, wenn eine solche geboten erscheint, um den Täter / die Täterin von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 41 Abs. 1 Bst. a). Würde man nun darüber hinaus bei Sexualdelikten generell nur Freiheitsstrafen vorsehen, würde das in zweifacher Hinsicht im Widerspruch zu den Beschlüssen des Parlaments stehen: Zum einen würde der nach intensiver Diskussion beibehaltene Grundsatz des Vorrangs der Geldstrafe durchbrochen. Zum anderen würde es im Widerspruch zu der vom Parlament verworfenen Absicht stehen, jemanden im Bereich von bis zu sechs Monaten einzig aus generalpräventiven Gründen mit Freiheits- statt mit Geldstrafe zu bestrafen.
- **Ein genereller Verzicht ist unnötig und unbillig**
Wie dargelegt drängt das neue Sanktionenrecht den Anwendungsbereich der Geldstrafe erheblich zurück. Bereits dies stellt eine Verschärfung gegenüber dem alten Recht dar, da der Gesetzgeber und auch das Bundesgericht davon ausgehen, dass die Geldstrafe objektiv eine mildere Strafe darstellt als die Freiheitsstrafe.¹³¹ Eine weitere Verschärfung erscheint deshalb nicht nötig, zumal selbst dann eine Freiheitsstrafe ausgesprochen werden kann, wenn eigentlich eine Geldstrafe Vorrang hätte. Das neue Sanktionenrecht lässt genügend Spielraum für gerechte Lösungen; es lässt auch zu, dass kein Täter / keine Täterin «zu billig» davonkommt.

¹³¹ BGE 134 IV 97 E. 4.2.2.: «Geldstrafe und gemeinnützige Arbeit sind gegenüber der Freiheitsstrafe weniger eingriffsintensive Sanktionen und gelten somit als mildere Strafen». Dies schliesst nicht aus, dass Verurteilte in der Praxis oftmals eine Freiheitsstrafe der Geldstrafe vorziehen.

-
- *Gefahr des Einbruchs im System*
Mit einem beinahe generellen Ausschluss der Geldstrafe bei den Sexualdelikten geschähe bereits ein unnötiger Einbruch ins System. Es bestünde zudem die Gefahr, dass sich dieser nach und nach auf weitere Delikte (z. B. bei Körperverletzungen zum Nachteil von Kindern oder älteren Personen) ausdehnen und so letztlich ohne Not das Sanktionensystem als solches untergraben würde.
 - *Anwendungspraxis abwarten*
Das neue Sanktionenrecht ist erst drei Jahre in Kraft. Bevor man Grundsatzentscheide punktuell ändert, ist es angezeigt abzuwarten, wie sich die Änderungen des Sanktionenrechts auswirken. Sollte sich herausstellen, dass Regelungsbedarf besteht, könnte dies später diskutiert werden. Zunächst jedoch sollte die Rechtsprechung gerade in diesem Bereich abgewartet und analysiert werden.

Auf eine Streichung der Geldstrafe wird deshalb verzichtet, zumal von einer solchen auch keine Verbesserung des abschreckenden Effekts der Normen zu erwarten wäre.

8.2 Motion 14.3022 Rickli «Kinderpornografie. Verbot von Posing-Bildern»

8.2.1 Ausgangslage

Die *Motion Rickli 14.3022 «Kinderpornografie. Verbot von Posing-Bildern»*¹³² beauftragt den Bundesrat, eine Gesetzesrevision vorzubereiten, um den gewerbsmässigen Handel mit Nacktfotos und entsprechenden Filmaufnahmen von Kindern unter Strafe zu stellen. Die Motion ist vom Parlament angenommen und am 6. Dezember 2016 überwiesen worden. Der Bundesrat hatte die Annahme beantragt: Er unterstützte die Stossrichtung, wies aber auch auf heikle Abgrenzungsschwierigkeiten hin.

Hintergrund der Motion ist ein konkreter Fall: 2014 sprengte die kanadische Polizei nach dreijährigen Ermittlungen einen internationalen Kinderpornoring (sog. «*Operation Spade*»). Die kanadische Internetfirma *Azov Films* hatte in Osteuropa Filme hergestellt, in denen Knaben im Alter zwischen etwa zehn und sechzehn Jahren nackt beim Spielen zu sehen waren. Die Polizei beschlagnahmte mehrere hunderttausend Internet-Filme und stellte Namen und Adressen der fast ausschliesslich männlichen Käufer aus der ganzen Welt sicher. Rund 150 Käufer stammten aus der Schweiz. Gemäss dem Bundesamt für Polizei (fedpol) zeigten die Filme weder sexuelle Handlungen noch eine Fokussierung auf die Geschlechtsteile der Knaben. Daraus schloss man, dass es sich nicht um strafbares Material handle. Allerdings wurden in verschiedenen Kantonen Strafverfahren wegen Verdachts auf Kinderpornografie eingeleitet.¹³³

¹³² www.parlament.ch > Geschäft 14.3022.

¹³³ Zum Ganzen siehe die Begründung der Mo.; Grossermittlung wegen Kinderpornographie, Neue Zürcher Zeitung vom 30. Nov. 2014.

In *Deutschland* kam es in der Folge zur Affäre um den damaligen Bundestagsabgeordneten Edathy, der zugab, solche Filme heruntergeladen zu haben. Das Verfahren wurde eingestellt.¹³⁴ Doch wurde, auch als Reaktion darauf, das deutsche *Sexualstrafrecht verschärft*. Ziel der (kontrovers diskutierten)¹³⁵ Revision war es zu verhindern, dass mit dem Körper von Kindern Geld verdient werde. Dazu wurde die Legaldefinition der kinder- bzw. jugendpornografischen Schrift in den § 184b und 184c D-StGB erweitert – etwa um Schriften, welche die Wiedergabe ganz oder teilweise unbekleideter Kinder oder Jugendlicher in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung zum Gegenstand haben.¹³⁶ Zudem wurde § 201a D-StGB betreffend die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen angepasst.¹³⁷

8.2.2 Probleme bei der Umsetzung der Motion

Bereits in der Begründung zur Motion zeigen sich einige Unklarheiten – insbesondere, was das Tatobjekt und die Tathandlung des geforderten Tatbestandes betrifft. Bei näherer Betrachtung wird klar, dass die Probleme kaum gelöst werden könnten und zu einer unbefriedigenden Regelung führen müssten, welche die Praxis vor grosse Schwierigkeiten stellen würde. Sie werden im Folgenden dargelegt.

Ausgangspunkt einer jeden Strafnorm ist das zu schützende Rechtsgut. Die Bestimmung des Rechtsguts eines Posing-Tatbestandes wirft *schwierige Fragen* auf, da Posing-Aufnahmen nicht im klassischen Sinn (kinder-) pornografisch sind.

Hinzu kommt, dass hinsichtlich des Tatobjekts in der Motion einerseits von «Nacktfotos und entsprechenden Filmaufnahmen» (eingereichter Text), andererseits von «Posing-Bildern» (Titel) die Rede ist. Diese Begriffe werden unterschiedlich definiert: Mit *Nackt-Aufnahme* ist eine (Foto- oder Film-) Aufnahme gemeint, auf der das Kind *unbekleidet* ist – wobei sich fragt, ob es völlig unbekleidet sein muss und ob die Geschlechtsteile sichtbar sein müssen. Dagegen ist eine *Posing-Aufnahme* typischerweise eine *gestellte* Aufnahme, bei deren Herstellung klar auf das Kind eingewirkt wurde, dieses in der Regel aber noch teilweise bekleidet ist.

Unklar ist die Motion auch bezüglich der Tathandlung. Wird der eingereichte Text als massgebend erachtet,¹³⁸ bleibt die Strafbarkeit auf den *gewerbsmässigen Handel* beschränkt. Gemäss Begründung zielt die Motion dagegen auch auf den *Konsum*:

¹³⁴ Edathys Geständnis ohne Schuldgefühle, Neue Zürcher Zeitung vom 2. März 2015.

¹³⁵ Zum Ganzen Eisele Jörg/Franosch Rainer, 2016, S. 519 ff.

¹³⁶ Daneben ist neu auch die Verbreitung einer Schrift strafbar, die die sexuell aufreizende Wiedergabe der unbekleideten Genitalien oder des unbekleideten Gesässes eines Kindes zum Gegenstand hat.

¹³⁷ Diese Änderung darf aufgrund rechtssystematischer Unterschiede jedoch nicht in eine strafrechtsvergleichende Betrachtung einbezogen werden: Anders als im deutschen Recht wird in der schweizerischen Systematik das Recht am eigenen Bild nicht über das Strafrecht geschützt, sondern über den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz.

¹³⁸ AB 2016 S 1036, Sommaruga Simonetta, Bundesrätin: «Aber Sie wissen, für den Bundesrat ist immer der Motionstext relevant. In diesem Sinne geht es hier um den gewerbsmässigen Handel mit Nacktfotos und entsprechenden Filmaufnahmen von Kindern, der unter Strafe gestellt werden soll.».

Die Motionärin störte im Fall «Azov», dass die Käufer bzw. Konsumenten der Filme in der Schweiz nicht bestraft werden konnten.

Den Konsum nicht pornografischer Aufnahmen für strafbar zu erklären, würde *allzu weit* gehen.¹³⁹ Stossend wäre aber auch die Beschränkung der Strafbarkeit auf den gewerbmässigen Handel: Die Gewerbmässigkeit wurde bisher im StGB als *reiner Qualifikationsgrund* verwendet. Das heisst, die Gewerbmässigkeit an sich begründet in aller Regel die Strafbarkeit nicht, sondern qualifiziert allenfalls die Strafbarkeit eines Handelns, das grundsätzlich als strafwürdig eingestuft wurde.

Nicht strafbar sollen *private Aufnahmen* sein, wie etwa Fotos für das Familienalbum. Die Motion will aber verhindern, dass solche Aufnahmen später zur Erfüllung sexueller Interessen konsumiert werden bzw. zu diesem Zweck gewerbmässig verkauft werden. Der Tatbestand müsste also auf *sexuelle Verwendungszwecke* eingegrenzt werden.

8.2.3 Änderung der Rechtsprechung

Seit Einreichung der Motion hat sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Pornografie massgebend geändert: Mit dem Urteil 6B_180/2015 vom 18. Februar 2016 hat das Bundesgericht die Definition der Kinderpornografie ausgeweitet. Gegenstand dieses Urteils sind unter anderem «Aufnahmen von (halb-) nackten Kindern beim Spielen am Strand», aus denen der Beschwerdeführer Standbilder angefertigt hat.¹⁴⁰ Nach der neuen Rechtsprechung ist nicht zwingend erforderlich, dass auf das Kind im Sinne eines eigentlichen Posieren-Lassens direkt eingewirkt wurde; auch heimlich aufgenommene Bilder von nackten Kindern können eine korrumpierende Wirkung im Sinne des Tatbestandes haben. Weiterhin straflos bleiben nach dieser Rechtsprechung bloss Schnappschüsse von Szenen des alltäglichen Lebens (etwa Fotos nackter Kinder am Strand oder in der Badeanstalt). Abgrenzungskriterium ist gemäss Bundesgericht die *Sozialadäquanz*: «Sind die Bilder ausserhalb des sozial üblichen und akzeptierten Rahmens anzusiedeln und lassen diese keine andere Interpretation zu, als dass sie der sexuellen Erregung pädosexuell veranlagter Personen dienen sollen, handelt es sich um verbotene kinderpornografische Darstellungen (...). Kinderpornografischen Charakter aufweisen können demnach nicht nur Aufnahmen vollständig nackter Kinder, sondern auch solche teilweise nackter Personen im Kindesalter, soweit die Bilder aufgrund von Pose, Darstellung, Blickwinkel, Ausschnitt oder weiterer Elemente eindeutig sexualbezogen und sozial inadäquat erscheinen.» Bei nur teilweise nackten bzw. im Genitalbereich nicht vollständig entkleideten Kindern seien allerdings höhere Anforderungen an die Sexualbezogenheit zu stellen.¹⁴¹

¹³⁹ Die Motion wurde von den Räten auch in dem Sinne verstanden, dass nicht jeglicher Konsum, sondern Gewerbmässigkeit bestraft werden soll: vgl. etwa AB 2016 S 1035, Jositsch Daniel (S, ZH).

¹⁴⁰ Urteil des Bundesgerichts 6B_180/2015 vom 18. Feb. 2016, Sachverhalt A.

¹⁴¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_180/2015 vom 18. Feb. 2016, E. 3.3.1.

Nach dieser neuen, den Anwendungsbereich von Artikel 197 ausdehnenden Rechtsprechung dürfte der geltende Pornografietatbestand auch das Grundanliegen der Motion erfassen.¹⁴²

8.2.4 Ergebnis

Zusammenfassend ergibt sich, dass ein Posing-Tatbestand rechtlich heikel wäre und auch in der Praxis zu kaum lösbaren Schwierigkeiten führen müsste. Mit der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird aufgenommen, was die Motion im Kern verlangt.

8.3 Stealthing

In den letzten Jahren ist in den Medien vermehrt über Strafurteile zum Thema «Stealthing» (engl. stealth = Heimlichkeit, List) berichtet worden. Beim Stealthing entfernt der Mann während des Beischlafs oder Analverkehrs heimlich und ohne Einwilligung des Sexualpartners / der Sexualpartnerin das Kondom (oder er verwendet absprachewidrig von Anfang an kein Kondom).

In der Schweiz hat es in letzter Zeit mehrere Urteile dazu gegeben; zu erwähnen sind die folgenden Entscheide:

- Am 9. Januar 2017 verurteilte das Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne einen Beschuldigten wegen Vergewaltigung (Art. 190) zu einer bedingten Freiheitsstrafe von einem Jahr. Das Kantonsgericht Waadt bestätigte am 8. Mai 2017 den Schuldspruch sowie das Strafmass, verurteilte den Beschuldigten jedoch wegen Schändung (Art. 191).¹⁴³ Dieses Urteil ist rechtskräftig.
- Am 15. Januar 2019 sprach das Strafgericht Basel-Landschaft einen Beschuldigten von der Anschuldigung der Schändung frei.¹⁴⁴ Das Kantonsgericht Basel-Landschaft bestätigte den Freispruch in seinem Entscheid vom 6. Juni 2019.¹⁴⁵ Das Urteil ist an das Bundesgericht weitergezogen worden; dessen Entscheid steht noch aus.¹⁴⁶
- Am 13. Februar 2019 sprach das Bezirksgericht Bülach ZH einen Beschuldigten ebenfalls vom Vorwurf der Schändung frei. Das Obergericht des Kan-

¹⁴² AB **2016** S 1034, Caroni Andrea (RL, AR) zur neuen Bundesgerichtspraxis: «Aus dieser Gerichtspraxis ergibt sich, dass der Pornografiebegriff in diesen Bereichen sehr, sehr weit gefasst wird und eigentlich – mit Ausnahme eines zufälligen Familienschnappschusses am Strand – schon so ziemlich alles erfasst. Ich habe mit der Motionärin einmal kurz darüber gesprochen, und sie hat mir gesagt, ihr eigentliches Anliegen sehe sie materiell weitgehend erfüllt. (...)».

¹⁴³ Urteil des Tribunal Cantonal Canton de Vaud, Cour d'appel pénale, vom 8. Mai 2017 (PE15.012315).

¹⁴⁴ Urteil des Strafgerichts Basel-Landschaft vom 15. Jan. 2019 (300 18 65).

¹⁴⁵ Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Strafrecht, vom 6. Juni 2019 (460 19 68).

¹⁴⁶ BGer Geschäfts-Nr. 6B_34/2020 (Entscheid ausstehend, Stand 17. Dez. 2020).

tons Zürich bestätigte dieses Urteil am 28. November 2019.¹⁴⁷ Dieser Entscheidung ist ebenfalls an das Bundesgericht weitergezogen worden, das Urteil wurde jedoch bisher nicht gefällt.¹⁴⁸

Ob beim Stealthing ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, kann erst abgeschätzt werden, wenn sich das Bundesgericht dazu geäußert hat.

8.4 «Zustimmungsvariante»

Im Zusammenhang mit der Erarbeitung von Artikel 187a (Sexueller Übergriff) wurde überlegt, ob nur die «Veto»- bzw. «Nein-heisst-nein»-Variante oder auch die in der Öffentlichkeit ebenfalls diskutierte «Zustimmungs»- bzw. «Nur-Ja-heisst-Ja»-Variante vorgeschlagen werden solle (siehe Ziff. 3.4, insbesondere Ziff. 3.4.2). Die «Zustimmungsvariante», bei der die Person ausdrücklich oder konkludent seine Zustimmung zur sexuellen Handlung erteilen muss, wurde aus folgenden Gründen nicht weiterverfolgt:

- Nach dem geltenden Sexualstrafrecht findet eine sexuelle Handlung, die mittels Nötigung begangen wird (Art. 189 und 190), stets gegen den Willen des Opfers statt. Dies ergibt sich auch aus der folgenden Umschreibung des Bundesgerichts: «Der entgegenstehende Wille muss unzweideutig manifestiert werden. Die von der Rechtsprechung geforderte Gegenwehr des Opfers ist nichts anderes als eine tatkräftige und manifeste Willensbezeugung, mit welcher dem Täter unmissverständlich klargemacht wird, mit Geschlechtsverkehr oder sexuellen Handlungen nicht einverstanden zu sein».¹⁴⁹
- Eine «Zustimmungsvariante» wird zwar breit in der Öffentlichkeit diskutiert, ist auf wissenschaftlicher Ebene aber kaum vertieft geprüft und weiterentwickelt worden. Ablehnende Stimmen warnen vor grösseren Beweisschwierigkeiten, einer möglichen Umkehr der Beweislast und einer Verletzung der Unschuldsvermutung (zu den Argumenten gegen eine Reform siehe vorne Ziff. 3.4.3). Es wird vorgebracht, dieses Konzept sei nicht praktikabel.

Die Vorstellung, dass Geschlechtsverkehr ohne Einwilligung unter den Begriff der Vergewaltigung – welche Nötigung voraussetzt – und unter die gleiche Strafandrohung fallen soll, ist abzulehnen.

¹⁴⁷ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 28. Nov. 2019 (SB190282).

¹⁴⁸ BGer Geschäfts-Nr. 6B_265/2020 (Entscheid ausstehend, Stand 17. Dez. 2020).

¹⁴⁹ Urteil des Bundesgerichts 6B_718/2013 vom 27. Feb. 2014, E. 2.3.2.

9 Auswirkungen

9.1 Auswirkungen auf den Bund

Da die Sexualdelikte nur in Ausnahmefällen der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen (vgl. Art. 23 Abs. 1 Bst. a StPO), hat die Vorlage keine finanziellen und personellen Auswirkungen auf den Bund.

9.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden

Mit Bezug auf die der kantonalen Gerichtsbarkeit und der Militärgerichtsbarkeit unterstehenden Straftaten – für diese Verfahren tragen die Kantone die Kosten des Vollzugs von Strafen und Massnahmen (vgl. Art. 215 Abs. 1 MStP) – lassen sich die unmittelbaren finanziellen und personellen Auswirkungen nur schwer abschätzen und schon gar nicht betragsmässig bestimmen. Einige der vorgeschlagenen Änderungen dürften für die Kantone zu Mehraufwand führen, andere dagegen zu Entlastungen. Da sich die beiden Seiten wegen zahlreicher Unbekannter nicht quantifizieren lassen, lässt sich vorgängig nicht sagen, ob die Änderungen letztlich zu einer Mehr- oder Minderbelastung führen oder im Ergebnis sogar keine Veränderung zu gewärtigen sein wird.

Zu Mehraufwand dürften folgende Änderungen führen:

- Der sexuelle Übergriff (Art. 187a) wird als Vergehen und Officialdelikt ausgestaltet. Im geltenden Recht können diese Handlungen als sexuelle Belästigungen (Art. 198) bestraft werden. Dabei handelt es sich um einen Übertretungstatbestand, der auf Antrag verfolgt wird. Der neue Tatbestand kann zu nicht obligatorischen Landesverweisungen führen (Art. 66a^{bis}).
- Die Strafbarkeit des Groomings (Art. 197a) wird ausgedehnt.
- Eine sexuelle Belästigung (Art. 198) kann neu durch das Versenden sexuell konnotierter Bilder begangen werden. Ausserdem wird der Tatbestand von Amtes wegen verfolgt, wenn Kinder unter 12 Jahren Opfer sind.

Auf der anderen Seite dürfte die Erweiterung der Strafflosigkeit in Artikel 197 Absätze 4, 5, 8 und 8^{bis} (Pornografie) zu einem Minderaufwand führen.

10 Rechtliche Aspekte

10.1 Verfassungsmässigkeit

Nach Artikel 123 BV ist der Bund zur Gesetzgebung im Bereich des Strafrechts und des Strafprozessrechts befugt.

Die Freiheit darf einer Person nur in den vom Gesetz selbst vorgesehenen Fällen und nur auf die im Gesetz vorgeschriebene Weise entzogen werden (Art. 31 Abs. 1 BV).

10.2

Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

10.2.1

Allgemeine internationale Verpflichtungen zum Strafrecht

Internationale Übereinkommen im Bereich des Strafrechts schreiben die Höhe der anzudrohenden Strafen bzw. die Strafraumen in der Regel nicht vor. Sie enthalten aber meistens Bestimmungen, welche die Vertragsstaaten verpflichten, für die massgeblichen Straftaten wirksame, verhältnismässige und abschreckende Strafen und Massnahmen vorzusehen.¹⁵⁰ Bei der Umsetzung von internationalen Übereinkommen wurde diesen Vorgaben jeweils Rechnung getragen. Die Vorlage stimmt mit den genannten internationalen Vorgaben vollständig überein.

Die Vertragsstaaten werden in internationalen Übereinkommen teilweise dazu verpflichtet, freiheitsentziehende Sanktionen vorzusehen, die zur Auslieferung führen können.¹⁵¹ Gemäss Artikel 35 Absatz 1 des Rechtshilfegesetzes vom 20. März 1981¹⁵² ist eine Auslieferung dann zulässig, wenn die Tat sowohl nach dem Recht der Schweiz als auch nach dem des ersuchenden Staates mit einer freiheitsbeschränkenden Sanktion im Höchstmass von mindestens einem Jahr oder mit einer schwereren Sanktion bedroht ist und nicht der schweizerischen Gerichtsbarkeit unterliegt. Es sind keine Änderungsvorschläge ersichtlich, welche mit Bestimmungen der genannten Art kollidieren würden.

Eine eigentliche Rechtsetzungstätigkeit des Unionsgesetzgebers im Bereich des Strafrechts hat sich erst mit dem Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags (1. Mai 1999) etabliert. Wurden die Mitgliedstaaten vorher lediglich darauf verpflichtet, «wirksame, angemessene und abschreckende Strafen» vorzusehen, so finden sich in späteren Sekundärrechtsakten auch konkrete strafrechtliche Inhalte, welche neben der Festlegung von Tatbestandselementen teilweise auch die vorzusehenden Strafraumen betreffen.¹⁵³ Mit dem Lissabonner Vertrag (in Kraft seit 1. Dezember 2009) wurden die Kompetenzen der EU zum Erlass von Mindestnormen in Bezug auf Straftatbestände und Strafen im Bereich der Schwerestrafkriminalität, wozu explizit auch die sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern gehört, konsolidiert (Art. 83 AEUV¹⁵⁴). Die heute in dem uns interessierenden Bereich des Sexualstrafrechts massgebenden sekundärrechtlichen Vorgaben sind primär in der Richt-

¹⁵⁰ Z. B. Art. 27 Ziff. 1 LK; Art. 45 Abs. 1 IK; Art. 19 Abs. 1 des Strafrechtsübereinkommens vom 27. Jan. 1999 über Korruption, SR **0.311.55**; Art. 13 Abs. 1 des Übereinkommens vom 23. Nov. 2001 über Cyberkriminalität, SR **0.311.43**; ähnlich Art. 11 Ziff. 2 des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 15. Nov. 2000 gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität, SR **0.311.54**; Art. 30 Ziff. 3 des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 31. Okt. 2003 gegen Korruption, SR **0.311.56**.

¹⁵¹ Z. B. Art. 19 Abs. 1 des Strafrechtsübereinkommens über Korruption; Art. 24 Abs. 2 des Übereinkommens über Cyberkriminalität.

¹⁵² SR **351.1**

¹⁵³ Zu diesen gehört etwa der Rahmenbeschluss 2004/68/JI des Rates vom 22. Dez. 2003 zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie, ABl. L 13 vom 20.1.2004, S. 44.

¹⁵⁴ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung), ABl. C 326 vom 26. Okt. 2012, S. 47.

linie 2011/93/EU,¹⁵⁵ die sich der Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern widmet, sowie (zumindest punktuell) in der Richtlinie 2011/36/EU¹⁵⁶ zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer enthalten. Beide Richtlinien definieren u.a. die im jeweiligen Bereich unter Strafe zu stellenden Vorsatzhandlungen und legen die dabei vorzusehenden Mindesthöchststrafen fest. Allerdings sind diese EU-Richtlinien für die Schweiz mangels Übernahme nicht rechtsverbindlich. Die vorgeschlagenen Änderungen sind somit mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz gegenüber der EU vereinbar.

10.2.2 Übereinkommen des Europarats

Übereinkommen des Europarats vom 25. Oktober 2007 zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch

Art. 20 LK Kinderpornografie

Die Revision von Artikel 197 Absatz 8 StGB steht nicht im Widerspruch zu Artikel 20 Ziffer 1 Buchstaben a und e LK (Herstellung und Besitz von Kinderpornografie) sowie zu Artikel 20 Ziffer 3 zweites Lemma (diesbezügliche Vorbehaltsmöglichkeit). Vgl. Ziffer 3.10.2.

Art. 23 LK Kontaktabbahnung zu Kindern zu sexuellen Zwecken

Der Entwurf eines neuen Artikels 197a StGB, der bereits Vorbereitungshandlungen strafbar erklärt, und der damit weiter geht, als es Artikel 23 LK vorschreibt, erfüllt die (Minimal-) Anforderungen der LK. Dasselbe gilt für die Alternative des Verzichts auf eine Regelung, da bereits das geltende Recht die Anforderungen von Artikel 23 LK erfüllt. Vgl. Ziffer 3.12.3.

Übereinkommen des Europarats vom 11. Mai 2011 zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt

Art. 36 IK Sexuelle Gewalt

Der vorgeschlagene Artikel 187a StGB ist mit dieser Bestimmung kompatibel. Vgl. Ziffer 3.4.4.2.

¹⁵⁵ Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dez. 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates, ABl. L 335 vom 17.12.2011, S. 1.

¹⁵⁶ Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI des Rates, ABl. L 101 vom 15.4.2011, S. 1.

Geltendes Recht	Variante 1 Ziffer 1: Sprachliche Anpassung Ziffer 3: Streichung Privilegierung	Variante 2 Ziffer 1: Sprachliche Anpassung Ziffer 1 ^{bis} : Mindeststrafe Ziffer 1 ^{ter} : «Leichter Fall» für alle Altersgruppen Ziffer 3: Streichung Privilegierung
1. Wer mit einem Kind unter 16 Jahren eine sexuelle Handlung vornimmt, es zu einer solchen Handlung verleitet oder es in eine sexuelle Handlung einbezieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.	1. Wer mit einem Kind unter 16 Jahren eine sexuelle Handlung vornimmt, es zu einer solchen Handlung verleitet oder es in eine sexuelle solche Handlung einbezieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.	1. Wer mit einem Kind unter 16 Jahren eine sexuelle Handlung vornimmt, es zu einer solchen Handlung verleitet oder es in eine sexuelle solche Handlung einbezieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.
		1^{bis}. Hat das Kind das 12. Altersjahr noch nicht vollendet und nimmt der Täter mit ihm eine sexuelle Handlung vor oder verleitet es zu einer solchen mit einer Drittperson oder einem Tier, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren.
		1^{ter}. In leichten Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.
2. Die Handlung ist nicht strafbar, wenn der Altersunterschied zwischen den Beteiligten nicht mehr als drei Jahre beträgt.		
3. Hat der Täter zur Zeit der Tat oder der ersten Tathandlung das 20. Altersjahr noch nicht zurückgelegt und liegen besondere Umstände vor oder ist die verletzte Person mit ihm die Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft eingegangen, so kann die zuständige Behörde von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung absehen.	3. Hat der Täter zur Zeit der Tat oder der ersten Tathandlung das 20. Altersjahr noch nicht zurückgelegt und liegen besondere Umstände vor oder ist die verletzte Person mit ihm die Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft eingegangen , so kann die zuständige Behörde von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung absehen.	3. Hat der Täter zur Zeit der Tat oder der ersten Tathandlung das 20. Altersjahr noch nicht zurückgelegt und liegen besondere Umstände vor oder ist die verletzte Person mit ihm die Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft eingegangen , so kann die zuständige Behörde von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung absehen.

(Art. 187)		
Geltendes Recht		
4. Handelte der Täter in der irrigen Vorstellung, das Kind sei mindestens 16 Jahre alt, hätte er jedoch bei pflichtgemässer Vorsicht den Irrtum vermeiden können, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.		

2. Angriffe auf die sexuelle Freiheit ~~und Ehre~~

Artikel 187a Sexueller Übergriff

Vorschlag
¹ Wer gegen den Willen einer Person oder überraschend eine sexuelle Handlung an dieser vornimmt oder von ihr vornehmen lässt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.
² Ebenso wird bestraft, wer bei der Ausübung einer Tätigkeit im Gesundheitsbereich an einer Person eine sexuelle Handlung vornimmt oder von ihr vornehmen lässt und dabei ihren Irrtum über den Charakter der Handlung ausnützt.

Geltendes Recht	Vorschlag
1. Wer mit einer minderjährigen Person von mehr als 16 Jahren, die von ihm durch ein Erziehungs-, Betreuungs- oder Arbeitsverhältnis oder auf andere Weise abhängig ist, eine sexuelle Handlung vornimmt, indem er diese Abhängigkeit ausnützt, wer eine solche Person unter Ausnützung ihrer Abhängigkeit zu einer sexuellen Handlung verleitet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.	1. Wer mit einer minderjährigen Person von mehr als mindestens 16 Jahren, die von ihm durch ein Erziehungs-, Betreuungs- oder Arbeitsverhältnis oder auf andere Weise abhängig ist, eine sexuelle Handlung vornimmt, indem er diese Abhängigkeit ausnützt, wer eine solche Person unter Ausnützung ihrer Abhängigkeit zu einer sexuellen Handlung verleitet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.
2. Ist die verletzte Person mit dem Täter eine Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft eingegangen, so kann die zuständige Behörde von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung absehen.	2. Aufgehoben

Artikel 189	Sexuelle Nötigung
Artikel 190	Vergewaltigung
Artikel 191	Schändung

Geltendes Recht	Variante 1	Variante 2
	Art. 189 Abs. 1 und 190 Abs. 1: Ergänzung «Vornahme» Art. 189 Abs. 3 und 190 Abs. 3: Streichung «namentlich» Art. 191: - Änderung des Randtitels im deutschen Gesetzestext - Streichung «in Kenntnis ihres Zustandes»	Zusätzlich zu Variante 1: Art. 189 Abs. 1 und 190 Abs. 1: Ausdehnung der Definition der «Vergewaltigung» Art. 191: Einführung einer Mindeststrafe
Art. 189 Sexuelle Nötigung ¹ Wer eine Person zur Duldung einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe bestraft. ² ... ³ Handelt der Täter grausam, verwendet er namentlich eine gefährliche Waffe oder einen anderen gefährlichen Gegenstand, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.	Art. 189 Sexuelle Nötigung ¹ Wer eine Person zur Vornahme oder Duldung einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe bestraft. ² ... ³ Handelt der Täter grausam, verwendet er nammentlich eine gefährliche Waffe oder einen anderen gefährlichen Gegenstand, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.	Art. 189 Sexuelle Nötigung ¹ Wer eine Person zur Vornahme oder Duldung einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe bestraft. ² ... ³ Handelt der Täter grausam, verwendet er namentlich eine gefährliche Waffe oder einen anderen gefährlichen Gegenstand, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.
Art. 190 Vergewaltigung ¹ Wer eine Person weiblichen Geschlechts zur Duldung des Beischlafs nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.	Art. 190 Vergewaltigung ¹ Wer eine Person weiblichen Geschlechts zur Vornahme oder Duldung des Beischlafs nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.	Art. 190 Vergewaltigung ¹ Wer eine Person weiblichen Geschlechts zur Vornahme oder Duldung des Beischlafs oder einer beischlafsähnlichen Handlung, die mit einem Eindringen in ihren Körper verbunden ist, nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht, wird mit

		Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.
(Art. 190)	(Art. 190)	(Art. 190)
Geltendes Recht	Variante 1	Variante 2
² ... ³ Handelt der Täter grausam, verwendet er namentlich eine gefährliche Waffe oder einen anderen gefährlichen Gegenstand, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.	² ... ³ Handelt der Täter grausam, verwendet er na- mentlich eine gefährliche Waffe oder einen anderen gefährlichen Gegenstand, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.	² ... ³ Handelt der Täter grausam, verwendet er na- mentlich eine gefährliche Waffe oder einen anderen gefährlichen Gegenstand, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.
Art. 191 Schändung Wer eine urteilsunfähige oder eine zum Widerstand unfähige Person in Kenntnis ihres Zustandes zum Beischlaf, zu einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung missbraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe bestraft.	Art. 191 Missbrauch einer urteilsunfähigen oder zum Widerstand unfähigen Person Wer eine urteilsunfähige oder eine zum Widerstand unfähige Person in Kenntnis ihres Zustandes zum Beischlaf, zu einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung missbraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe bestraft.	Art. 191 Missbrauch einer urteilsunfähigen oder zum Widerstand unfähigen Person ¹ Wer eine urteilsunfähige oder eine zum Widerstand unfähige Person in Kenntnis ihres Zustandes zu einer sexuellen Handlung missbraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe bestraft. ² Wird eine Person nach Absatz 1 zum Beischlaf oder zu einer beischlafsähnlichen Handlung, die mit einem Eindringen in ihren Körper verbunden ist, missbraucht, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.

Artikel 192 Sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen, Gefangenen, Beschuldigten

Geltendes Recht	Vorschlag
¹ Wer unter Ausnützung der Abhängigkeit einen Anstaltspflegling, Anstaltsinsassen, Gefangenen, Verhafteten oder Beschuldigten veranlasst, eine sexuelle Handlung vorzunehmen oder zu dulden, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.	Aufgehoben
² Hat die verletzte Person mit dem Täter die Ehe	

geschlossen oder ist sie mit ihm eine eingetragene Partnerschaft eingegangen, so kann die zuständige Behörde von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung absehen.	
---	--

Artikel 193 Ausnützung der Notlage

Geltendes Recht	Vorschlag
Ausnützung der Notlage ¹ Wer eine Person veranlasst, eine sexuelle Handlung vorzunehmen oder zu dulden, indem er eine Notlage oder eine durch ein Arbeitsverhältnis oder eine in anderer Weise begründete Abhängigkeit ausnützt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.	Ausnützung einer Notlage oder Abhängigkeit
² Ist die verletzte Person mit dem Täter eine Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft eingegangen, so kann die zuständige Behörde von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung absehen.	² Aufgehoben

Artikel 194 Exhibitionismus

Geltendes Recht	Variante 1	Variante 2
¹ Wer eine exhibitionistische Handlung vornimmt, wird, auf Antrag, mit Geldstrafe bestraft.	¹ Wer eine exhibitionistische Handlung vornimmt, wird, auf Antrag, mit Geldstrafe bestraft.	¹ Wer eine exhibitionistische Handlung vornimmt, wird, auf Antrag, mit Geldstrafe Busse bestraft.
	² In leichten Fällen ist die Strafe Busse.	² In schweren Fällen ist die Strafe Geldstrafe. Die Tat wird auf Antrag verfolgt.
² Unterzieht sich der Täter einer ärztlichen Behandlung, so kann das Strafverfahren eingestellt werden. Es wird wieder aufgenommen, wenn sich der Täter der Behandlung entzieht.	³ Unterzieht sich der Täter nach Massgabe der zuständigen Behörde einer ärztlichen Behandlung, wird das Verfahren eingestellt.	³ Unterzieht sich der Täter nach Massgabe der zuständigen Behörde einer ärztlichen Behandlung, wird das Verfahren eingestellt.

Geltendes Recht	Vorschlag		
	Absätze 4, 5 und 8		
¹ Wer pornografische Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen, Abbildungen, andere Gegenstände solcher Art oder pornografische Vorführungen einer Person unter 16 Jahren anbietet, zeigt, überlässt, zugänglich macht oder durch Radio oder Fernsehen verbreitet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.			
² Wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Absatz 1 öffentlich ausstellt oder zeigt oder sie sonst jemandem unaufgefordert anbietet, wird mit Busse bestraft. Wer die Besucher von Ausstellungen oder Vorführungen in geschlossenen Räumen im Voraus auf deren pornografischen Charakter hinweist, bleibt straflos.			
³ Wer eine minderjährige Person anwirbt, damit diese an einer pornografischen Vorführung mitwirkt, oder wer sie zur Mitwirkung an einer derartigen Vorführung veranlasst, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.			
⁴ Wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Absatz 1, die sexuelle Handlungen mit Tieren oder mit Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen oder nicht tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt haben, herstellt, einführt, lagert, in Verkehr bringt, anpreist, ausstellt, anbietet, zeigt, überlässt, zugänglich macht, erwirbt, sich über elektronische Mittel oder sonst wie beschafft oder besitzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Haben die Gegenstände oder Vorführungen tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.	⁴ Wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Absatz 1, die sexuelle Handlungen mit Tieren oder mit Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen oder nicht tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt haben, ...		

(Art. 197) Geltendes Recht	(Art. 197) Vorschlag Absätze 4, 5 und 8		
⁵ Wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Absatz 1, die sexuelle Handlungen mit Tieren oder mit Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen oder nicht tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt haben, konsumiert oder zum eigenen Konsum herstellt, einführt, lagert, erwirbt, sich über elektronische Mittel oder sonst wie beschafft oder besitzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft. Haben die Gegenstände oder Vorführungen tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.	⁵ Wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Absatz 1, die sexuelle Handlungen mit Tieren oder mit Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen oder nicht tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt haben, ...		
⁶ Bei Straftaten nach den Absätzen 4 und 5 werden die Gegenstände eingezogen.			
⁷ Handelt der Täter mit Bereicherungsabsicht, so ist mit Freiheitsstrafe eine Geldstrafe zu verbinden.			

(Art. 197) Geltendes Recht	(Art. 197) Vorschlag Absätze 4, 5 und 8		
⁸ Minderjährige von mehr als 16 Jahren bleiben straflos, wenn sie voneinander einvernehmlich Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Absatz 1 herstellen, diese besitzen oder konsumieren.	⁸ Wer von einer minderjährigen Person mit deren Einwilligung Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Absatz 1 herstellt, diese besitzt, konsumiert oder an die dargestellte Person weiterleitet, bleibt straflos, wenn: a. er dafür kein Entgelt leistet oder verspricht und b. der Altersunterschied zwischen den Beteiligten nicht mehr als drei Jahre beträgt. Die dargestellte Person bleibt ebenfalls straflos.		
		Variante 1 Absatz 8^{bis} Weiterleiten pornografischer «Selfies» bleibt strafbar	Variante 2 Absatz 8^{bis} Weiterleiten pornografischer «Selfies» unter bestimmten Voraussetzungen neu straflos
		^{8bis} Straflos bleiben Minderjährige, die von sich selber Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Absatz 1 herstellen, besitzen oder konsumieren.	^{8bis} Straflos bleiben Minderjährige, die von sich selber Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Absatz 1 herstellen, besitzen oder konsumieren. Das Weiterleiten der von sich selber hergestellten Gegenstände oder Vorführungen ist straflos, wenn: a. die Beteiligten einander persönlich bekannt sind, b. die empfangende Person darin eingewilligt hat und c. der Altersunterschied zwischen den Beteiligten nicht mehr als drei Jahre beträgt.

			Die empfangende Person bleibt ebenfalls straflos, wenn sie für die weitergeleiteten Gegenstände oder Vorführungen kein Entgelt leistet oder verspricht, diese besitzt oder konsumiert, die Beteiligten einander persönlich bekannt sind und der Altersunterschied zwischen ihnen nicht mehr als drei Jahre beträgt.
(Art. 197) Geltendes Recht			
⁹ Gegenstände oder Vorführungen im Sinne der Absätze 1–5 sind nicht pornografisch, wenn sie einen schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert haben.			

5. Anbahnung von sexuellen Kontakten mit Kindern

Artikel 197a Anbahnung von sexuellen Kontakten mit Kindern

Variante 1	Variante 2
Wer einem Kind unter 16 Jahren mit der Absicht, eine Straftat nach Artikel 187 Ziffer 1 erster Absatz oder Artikel 197 Absatz 4 zweiter Satz zu begehen, ein Treffen vorschlägt und Vorbereitungen für ein solches Treffen trifft, wird mit Geldstrafe bestraft. Artikel 187 Ziffern 2 und 3 sind anwendbar. Führt der Täter aus eigenem Antrieb die Vorbereitungen nicht zu Ende, so bleibt er straflos.	Keine neue Regelung

~~5.~~ 6. *Übertretungen gegen die sexuelle Integrität*

Artikel 198 Sexuelle Belästigungen

Geltendes Recht	Vorschlag		
	Absatz 1		
Wer vor jemandem, der dies nicht erwartet, eine sexuelle Handlung vornimmt und dadurch Ärger- nis erregt, wer jemanden tätlich oder in grober Weise durch Worte sexuell belästigt, wird, auf Antrag, mit Busse bestraft.	¹ Wer vor jemandem, der dies nicht erwartet, eine sexuelle Handlung vornimmt und dadurch Ärger- nis erregt, wer jemanden tätlich oder in grober Weise durch Worte oder Bilder sexuell belästigt, wird, auf Antrag, mit Busse bestraft.		
		Variante 1 Absatz 2	Variante 2 Absatz 2
		² Handelt es sich beim Opfer um ein Kind unter 12 Jahren, so wird die Tat von Amtes wegen verfolgt.	Keine neue Regelung

~~6.~~ 7. *Gemeinsame Begehung*

Artikel 200 Gemeinsame Begehung

Geltendes Recht	Vorschlag
Wird eine strafbare Handlung dieses Titels ge- meinsam von mehreren Personen ausgeführt, so kann der Richter die Strafe erhöhen, darf jedoch das höchste Mass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte überschreiten. Dabei ist er an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden.	Wird eine strafbare Handlung dieses Titels ge- meinsam von mehreren Personen ausgeführt, so erhöht das Gericht die Strafe. Es darf jedoch das höchste Mass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte überschreiten. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden.

Literaturverzeichnis

Beckrath-Wilking Ulrike/Biberacher Marlene/Dittmar Volker/Wolf-Schmid Regina, 2013, Traumafachberatung, Traumatherapie & Traumpädagogik: Ein Handbuch für Psychotraumatologie im beratenden, therapeutischen & pädagogischen Kontext, Paderborn 2013.

Donatsch Andreas, 2018, Strafrecht III, 11. Auflage, Zürich 2018.

Eisele Jörg/Franosch Rainer, 2016, Posing und der Begriff der Kinderpornografie in § 184b StGB nach dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz, in: ZIS 2016.

Engler Marc, 2019, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Auflage, Basel 2019.

Fontanive Karin/Simmler Monika, 2016, Gefahr im Netz: Die unzeitgemässe Erfassung des Cybergroomings und des Cyberharassments im schweizerischen Sexualstrafrecht – Zur Notwendigkeit der Modernisierung von Art. 198 StGB, in: ZSR 5/2016.

Grädel Rolf/Heininger Matthias, 2014, in: M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014.

Hörnle Tatjana, 2015, Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte, in: ZIS 4/2015.

Hurtado Pozo José, 2009, Droit pénal, Partie spéciale, Genf/Zürich/Basel 2009.

Isenring Bernhard, 2019, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Auflage, Basel 2019.

Isenring Bernhard/Kessler Martin A., 2019, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Auflage, Basel 2019.

Jenny Guido/Schubarth Martin/Albrecht Peter, 1997, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, StGB BT, 4. Band: Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie, Art. 187–200, Art. 213–220 StGB, Bern 1997.

Knodel Tanja/Scheidegger Nora, 2019, «Respekt vor dem ‘Nein’ gehört ins Gesetz», in: plädoyer 6/2019.

Kummer Kathrin, 2002, Sexuelle Belästigung aus strafrechtlicher Sicht, Diss. Bern 2002.

Maier Philipp, 1994, Die Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht – Die Tatbestände sexuelle Nötigung (Art. 189) und Vergewaltigung (Art. 190) unter besonderer Berücksichtigung von sexual- und sozialwissenschaftlichen Grundlagen, Diss. Zürich 1994.

Maier Philipp, 2019, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Auflage, Basel 2019.

Möller Anna/Söndergaard Hans Peter/Helström Lotti, 2017, Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression, Acta Obstet Gynecol Scand 96/2017.

Niggli Marcel Alexander/Maeder Stefan, 2019, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Auflage, Basel 2019.

Omlin Esther, 2014, in: M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014.

Queloz Nicolas/Illànez Federico, 2017, in: A. Macaluso/L. Moreillon/N. Queloz (Hrsg.), Commentaire romand, Code pénal II, Basel 2017.

Riedo Christof, 2019, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Auflage, Basel 2019.

Scheidegger Nora, 2018, Das Sexualstrafrecht der Schweiz – Grundlagen und Reformbedarf, Diss. Bern 2018.

Scheidegger Nora/Lavoyer Agota/Stalder Tamara, 2020, Reformbedarf im schweizerischen Sexualstrafrecht, in: *sui generis* 2020.

Smahel David/Machackova Hana/Mascheroni Giovanna/Dedkova Lenka/Staksrud Elisabeth/Ólafsson Kjartan/Livingstone Sonia/Hasebrink Uwe, 2020, EU Kids Online 2020, Survey results from 19 countries, 2020, unter: www.eukidsonline.ch > Internationaler Ergebnisbericht.

Trechsel Stefan/Bertossa Carlo, 2018, in: S. Trechsel/M. Pieth, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2018.

Wiprächtiger Hans, 2007, Das geltende Strafrecht, Eine kritische Standortbestimmung, in: *ZStrR* 3/2007.

Wiprächtiger Hans, 2020, Neuer Tatbestand für sexuelle Handlungen ohne Konsens?, in: *AJP/PJA* 7/2020.

Verzeichnis verwendeter Materialien

BBl 1985 II 1009, Botschaft vom 26. Juni 1985 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie).

BBl 1993 I 129, Sprachliche Gleichbehandlung der Geschlechter in der Gesetzes-sprache, Bericht der parlamentarischen Redaktionskommission vom 22. September 1992.

BBl 2003 1909, Parlamentarische Initiative 96.464. Gewalt gegen Frauen als Offizi-
aldelikt. Revision von Artikel 123 StGB und Parlamentarische Initiative 96.465.
Sexuelle Gewalt in der Ehe als Officialdelikt. Revision von Artikel 189 und 190
StGB. Bericht vom 28. Oktober 2002 der Kommission für Rechtsfragen des Natio-
nalrates.

BBl 2003 1937, Parlamentarische Initiative 96.464. Gewalt gegen Frauen als Offizi-
aldelikt. Revision von Artikel 123 StGB und Parlamentarische Initiative 96.465.
Sexuelle Gewalt in der Ehe als Officialdelikt. Revision von Artikel 189 und 190
StGB. Bericht vom 28. Oktober 2002 der Kommission für Rechtsfragen des Natio-
nalrates. Stellungnahme des Bundesrates vom 19. Februar 2003.

BBl 2011 5977, Botschaft vom 22. Juni 2011 zum Bundesgesetz zur Umsetzung von
Artikel 123b der Bundesverfassung über die Unverjährbarkeit sexueller und porno-
grafischer Straftaten an Kindern in der Pubertät (Änderung des Strafgesetzbuches,
des Militärstrafgesetzes und des Jugendstrafgesetzes).

BBl 2012 4721, Botschaft vom 4. April 2012 zur Änderung des Strafgesetzbuchs
und des Militärstrafgesetzes (Änderungen des Sanktionenrechts).

BBl 2012 7571, Botschaft vom 4. Juli 2012 zur Genehmigung des Übereinkommens
des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem
Missbrauch (Lanzarote-Konvention) sowie zu seiner Umsetzung (Änderung des
Strafgesetzbuchs).

BBl 2017 185, Botschaft vom 2. Dezember 2016 zur Genehmigung des Überein-
kommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen
und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention).

BBl 2018 591, Botschaft vom 22. November 2017 zur Änderung des Urheberrechts-
gesetzes sowie zur Genehmigung zweier Abkommen der Weltorganisation für
geistiges Eigentum und zu deren Umsetzung.

BBl 2018 2827, Botschaft vom 25. April 2018 zur Harmonisierung der Strafrahen
und zur Anpassung des Nebenstrafrechts an das geänderte Sanktionenrecht.

BBl 2019 6697, Botschaft vom 28. August 2019 zur Änderung der Strafprozessord-
nung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständ-
erats, Anpassung der Strafprozessordnung).

