

Dokument	<b>SJZ 115/2019 S. 675</b>
Autor	<b>Mohamad El-Ghazi</b>
Titel	<b>Die strafrechtliche Bewertung des sogenannten Stealthings</b>
Seiten	<b>675-682</b>
Publikation	<b>Schweizerische Juristen-Zeitung</b>
Herausgeber / Redaktion	<b>Omar Abo Youssef (Red.), Pascal Hachem (Red.), Pascal Pichonnaz (Red.), Meinrad Vetter (Red.)</b>
Frühere Herausgeber	<b>Gaudenz G. Zindel (Red.)</b>
ISSN	<b>0036-7613</b>
Verlag	<b>Schulthess Juristische Medien AG</b>

SJZ 115/2019 S. 675

## Die strafrechtliche Bewertung des sogenannten Stealthings

Dr. iur. Mohamad El-Ghazi, Privatdozent (Trier)

*Der «Sextrend» Stealthing ist im aktuellen Strafrecht nicht ausdrücklich geregelt. Unter welche Strafnorm der Tatbestand, bei dem einer der Sexualpartner während eines grundsätzlich konsensualen Geschlechtsverkehrs heimlich das Kondom abstreift, obwohl sein Gegenüber auf die Verwendung eines solchen ausdrücklich bestanden hat, zu subsumieren ist, darüber sind sich Lehre und Rechtsprechung uneinig. Der vorliegende Beitrag zeigt die Möglichkeiten auch anhand jüngster Entscheide auf und lässt eine deutliche Tendenz erkennen.*

*La «pratique sexuelle» du Stealthing n'est pas clairement réglée dans le droit pénal actuel. Doctrine et jurisprudence sont partagées sur la question de savoir à quelle norme pénale se rapporte le comportement qui consiste à ce que pendant l'acte sexuel consenti, l'un des partenaires sexuels enlève le préservatif à l'insu de l'autre, bien que ce dernier ait insisté sur le recours à celui-ci. Sur la base d'arrêts récents, cet article expose les diverses possibilités et fait apparaître une tendance évidente. P.P.*

### I. Einleitung

«Leider muss ich Sie freisprechen»: So soll der Vorsitzende Richter Marcus Müller am Bezirksgericht Bülach<sup>1</sup> seine Begründung für den Freispruch des Jus-Studenten laut NZZ eingeleitet haben.<sup>2</sup> Das Bezirksgericht beschreibt einen Sachverhalt zwischen zwei jungen Erwachsenen, für den sich die Bezeichnung Stealthing durchgesetzt hat.<sup>3</sup> Dieser Begriff wird verwendet, wenn einer der Sexualpartner während eines grundsätzlich konsensualen Geschlechtsverkehrs mit vaginaler oder analer Penetration heimlich das Kondom abstreift, obwohl sein Gegenüber auf die Verwendung eines solchen ausdrücklich

<sup>1</sup> Bezirksgericht Bülach, 13.2.2019, DG180 057.

<sup>2</sup> Tom Felber, Stealthing ist keine Schändung, in: Neue Zürcher Zeitung vom 13.2.2019, abrufbar unter <<https://www.nzz.ch/zuerich/stealthing-ist-keine-schaendung-ld.1459752>> zuletzt besucht am 12.8.2019.

<sup>3</sup> Vgl. Felix Herzog, «Stealthing»: Wenn Männer beim Geschlechtsverkehr heimlich das Kondom entfernen. Eine Sexualstraftat?, in: Stephan Barton/Ralf Eschelbach/Michael Hettinger/Eberhard Kempf/Christoph Krehl/Franz Salditt (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, München 2018, 351, der sich auf die Studie von Alexandra Brodsky, Rape-Adjacent: Imagining Legal Responses to Nonconsual Condom Removal, Columbia Journal of Gender and Law, Vol. 32, 2, 2017 183 ff., bezieht.



bestanden hat.<sup>4</sup> Im Bülacher Entscheid hatte der Angeklagte, ein zur Tatzeit 20-jähriger Student der Rechtswissenschaften, über das Datingportal Tinder eine 19-jährige Studentin kennengelernt. Nachdem sie gemeinsam den Abend verbracht hatten, lud die Studentin den Angeklagten zu sich nach Hause ein. Eine Rückenmassage führte zu einvernehmlichem Sex, zunächst mit Kondom. Nur insoweit sind die Aussagen der beiden Hauptprotagonisten miteinander vereinbar. Im Übrigen schenkte das Gericht in Bülach den Angaben der Studentin Glauben: Demnach soll die Zeugin dem Angeklagten von Anfang an klar gemacht haben, dass sie nur mit Kondom mit ihm geschlechtlich verkehren werde. Sie habe ihm das mehrfach deutlich gesagt. Zunächst habe sich der Angeklagte geziert, später habe er sich aber ein Kondom übergestreift. Erst als es sich anders angefühlt habe, bemerkte

#### SJZ 115/2019 S. 675, 676

die Studentin, dass sich der Angeklagte das Kondom wieder abgestreift haben muss. Zuerst sei sie verwirrt, dann schockiert gewesen.<sup>5</sup>

So ähnlich sollen sich auch die Fälle abgespielt haben, die vor dem Bezirksgericht Lausanne im Jahr 2017<sup>6</sup> und vor dem Baselbieter Strafgericht im Januar 2019<sup>7</sup> erstinstanzlich verhandelt und entschieden wurden. Während das Baselbieter Strafgericht und das Bezirksgericht Bülach das heimliche Abstreifen des Kondoms während eines an sich einvernehmlichen Geschlechtsverkehrs als straffrei bewerteten, kam das Bezirksgericht Lausanne zu einem anderen Ergebnis. Es verurteilte den Angeklagten wegen Vergewaltigung nach [Art. 190 StGB](#) zu einer zwölfmonatigen Freiheitsstrafe. Auch in diesem Verfahren wurde dem Angeklagten vorgeworfen, bei einem an sich einvernehmlichen Geschlechtsverkehr zwischen ihm und einer flüchtigen Bekanntschaft – entgegen der Absprache – heimlich das Kondom abgestreift zu haben. Die rechtliche Bewertung als Vergewaltigung hatte jedoch keinen Bestand. Auf das Rechtsmittel des Angeklagten hin änderte das Appellationsgericht im Kanton Waadt den Schuldspruch von Vergewaltigung zur Schändung im Sinne des [Art. 191 StGB](#).<sup>8</sup> Die zwölfmonatige bedingte Freiheitsstrafe hat es aufrechterhalten.

Auch in Deutschland gibt es eine erste Entscheidung, die sich mit Stealthing befasst. Das Amtsgericht Berlin-Tiergarten hat mit Urteil vom Dezember 2018<sup>9</sup> einen Polizeiobermeister bei der Bereitschaftspolizei für ein vergleichbares Geschehen wegen eines sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 dStGB verurteilt. Seit der neuerlichen Reform des deutschen Sexualstrafrechts<sup>10</sup> durch das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung<sup>11</sup> begehrt einen solchen sexuellen Übergriff (u.a.) «[w]er gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt [...]». Die Sexualpartnerin hatte dem Polizeiobermeister ebenfalls ohne Zweifel zu verstehen gegeben, dass sie nur mit Kondom mit ihm schlafen werde. Die vom Angeklagten vorgenommene sexuelle Handlung (in Form der Penetration) widerspricht, so zumindest das Amtsgericht Berlin-Tiergarten, damit dem «erkennbaren Willen» seiner Sexualpartnerin.<sup>12</sup>

Die Rechtslage in der Schweiz ist aber eine andere. Ein vergleichbarer Straftatbestand zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung existiert bisher nicht. Die schlichte Vornahme einer sexuellen Handlung gegen den Willen einer anderen Person kann darum nur als sexuelle Belästigung im Sinne von [Art. 198 StGB](#) und damit als Übertretung qualifiziert werden. Damit eine nicht einverständliche sexuelle Handlung als sexuelle Nötigung oder Schändung eingeordnet werden kann, müssen weitere Unrechtselemente zur Verletzung des Rechts der sexuellen Selbstbestimmung hinzukommen. Ob diese vom sexuellen Nötigungs- bzw. Schändungstatbestand vorausgesetzten Unrechtselemente im Falle des Stealthings einschlägig sind, haben die Gerichte in der Schweiz bis anhin unterschiedlich beurteilt. Diese divergierenden Beurteilungen bieten genug Anlass, sich mit der strafrechtlichen Einordnung des Stealthings zu befassen.

<sup>4</sup> Vgl. Wikipedia: <[https://de.wikipedia.org/wiki/Stealthing#cite\\_note-windmueller-1](https://de.wikipedia.org/wiki/Stealthing#cite_note-windmueller-1)> zuletzt besucht am 12.8.2019.

<sup>5</sup> So die Wiedergabe des Sachverhalts laut Neue Zürcher Zeitung vom 13.2.2019, *Felber* (Fn. 2).

<sup>6</sup> Bezirksgericht Lausanne, 9.1.2017, PE15.012315-LA.

<sup>7</sup> Vgl. z.B.: <[https://www.baselandschaftlichezeitung.ch/basel/basel\\_biet/freispruch-das-kondom-heimlich-abzustreifen-ist-keine-schaendung-133963964](https://www.baselandschaftlichezeitung.ch/basel/basel_biet/freispruch-das-kondom-heimlich-abzustreifen-ist-keine-schaendung-133963964)> zuletzt besucht am 12.8.2019.

<sup>8</sup> Appellationsgericht Waadt, 8.5.2017, PE15.012315-LAE/PBR.

<sup>9</sup> Amtsgericht Berlin-Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018, (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18); Anm. *Kim Philip Linoh*, jurisPR-Strafrecht 11/2019 Anm. 5.

<sup>10</sup> Überblick bei *Tatjana Hörnle*, NStZ 2017 13 ff.; *Elisa Hoven/Thomas Weigend* JZ 2017 182 ff.

<sup>11</sup> BGBl. I, 2460.

<sup>12</sup> Amtsgericht Berlin-Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018, (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18).

## II. Straftatbestände zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung

Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die Frage, inwieweit das heimliche Abziehen des Kondoms während des im Übrigen einvernehmlichen Geschlechtsverkehrs vom fünften Titel des zweiten Buches, also von den «strafbaren Handlungen gegen die sexuelle Integrität» erfasst sein kann. Nicht thematisiert werden sollen mögliche Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit des Sexualpartners, insbesondere vorsätzliche bzw. fahrlässige Körperverletzungen (in mittelbarer Täterschaft). Diese stehen in der Tat zur Diskussion, wenn sich der hinters Licht geführte Sexualpartner im Nachgang an das Stealthinggeschehen für die Einnahme der sogenannten Pille danach oder zur Durchführung einer HIV-Prophylaxe (mit all den Wirkungen und Nebenwirkungen) entscheidet. Dass ein solches selbstschädigendes Verhalten des Opfers<sup>13</sup> dem Stealther zuzurechnen ist, wird – wenn

**SJZ 115/2019 S. 675, 677**

auch ohne tiefgründige Auseinandersetzung – von einigen Autoren zu Recht angenommen.<sup>14</sup>

Die im fünften Titel des zweiten Buches genannten Tatbestände dienen hingegen dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung und der ungestörten sexuellen Entwicklung.<sup>15</sup> Die sexuelle Selbstbestimmung wird u.a. aus der Menschenwürde und der Autonomie abgeleitet.<sup>16</sup> Zu Ersterer zählt das Recht, frei darüber zu befinden, wann, wo und mit wem man sexuelle Handlungen vornimmt.<sup>17</sup> Damit besitzt dieses höchstpersönliche Recht sowohl eine positive als auch eine negative Dimension (mehrdimensionales Recht).<sup>18</sup> Solange Rechte Dritter nicht unangemessen tangiert werden, soll jeder «positiv» über seine Sexualität disponieren und seine sexuellen Bedürfnisse frei ausleben dürfen. Zur negativen Dimension zählt, von unerwünschten und aufgedrängten sexuellen Handlungen frei zu bleiben, also die Freiheit vor ungewollter Sexualität.<sup>19</sup> Die strafrechtliche Norm widmet sich – verständlicherweise – nur dem Schutz dieser negativen Freiheit. Sie erfährt im fünften Titel des zweiten Buches aber keinen universalen strafrechtlichen Schutz; dieser ist nur fragmentarisch ausgestaltet.

Ob darunter auch das sogenannte Stealthing fällt, bedarf näherer Betrachtung. Es lassen sich hier insbesondere zwei Tatbestände diskutieren: die sexuelle Nötigung und die Schändung.

## III. Stealthing als sexuelle Nötigung nach [Art. 189 StGB](#)

Im Zentrum des fünften Titels steht die sexuelle Nötigung gemäss [Art. 189 StGB](#). Auch diese Vorschrift schützt die sexuelle Selbstbestimmung,<sup>20</sup> den Träger dieses Rechts aber nicht vor jedem Angriff auf sie. In [Art. 189 StGB](#) verbirgt sich ein zweiaktiges Delikt: Durch einen ersten Unrechtsakt, nämlich den der Nötigung, wird das Opfer zur Duldung des Vollzugs der sexuellen Handlung (zweiter Akt) gebracht. Allein die blossе Vornahme einer beischlafähnlichen oder einer sonstigen sexuellen Handlung gegen den ausdrücklich geäußerten Willen genügt nicht für eine Verwirklichung von [Art. 189 StGB](#).<sup>21</sup> Was das Nötigungsmittel

<sup>13</sup> Zur Zurechnung von Selbstschädigungen vgl. *Claus Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. A., München 2006, § 11 Rn. 118 ff.

<sup>14</sup> Vgl. z.B. *Carola Göhlich*, [AJP 2019 522 ff.](#); auch *Nora Scheidegger* wird in einem Beitrag vom 19.12.2018 auf [https://www.nau.ch/life-style/gesundheit/laut-strafrechtlerin-sei-sex-ohne-gummi-korper-verletzung-65\\_465\\_918](https://www.nau.ch/life-style/gesundheit/laut-strafrechtlerin-sei-sex-ohne-gummi-korper-verletzung-65_465_918) zitiert.

<sup>15</sup> *Mark Pieth*, Strafrecht Besonderer Teil, 2. A., Basel 2018, 74; *Philipp Maier*, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar. Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 4. A., Basel 2019, Vorbem. Art. 187 Rn. 4.

<sup>16</sup> *Nora Scheidegger*, Das Sexualstrafrecht der Schweiz. Grundlagen und Reformbedarf, Bern 2018, 6; *Tatjana Hörnle*, in: Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 6, 12. A., Berlin 2010, Vorbem. § 174 Rn. 32.

<sup>17</sup> *Mohamad El-Ghazi*, Der neue Straftatbestand des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB n.F., Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 2017 157 (159).

<sup>18</sup> *Brigitte Sick/Joachim Renzikowski*, Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, in: Andreas Hoyer/Henning Ernst Müller/Michael Pawlik/Jürgen Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2006, 603 (604).

<sup>19</sup> *El-Ghazi* (Fn. 17) 157 (159); ausführlich *Scheidegger* (Fn. 16) 15 ff.

<sup>20</sup> [BGE 131 IV 169](#).

<sup>21</sup> BGer [6B 1078/2009](#) vom 13.12.2010.



anbelangt, ist [Art. 189 StGB](#) bewusst offen formuliert.<sup>22</sup> Es heisst: 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.

Trotz der offenen Ausgestaltung des sexuellen Nötigungstatbestandes lässt sich der als Stealthing beschriebene Vorgang nicht darunter subsumieren, ohne dadurch das Tatbestandsmerkmal des Nötigens zu unterminieren. Die Nötigungsmittel sind zwar nicht abschliessend genannt, sodass auch andere in Betracht zu ziehen sind. Stets muss das vom Täter zum Einsatz gebrachte Mittel jedoch auch Nötigungscharakter aufweisen. Nötigen verstehen Lehre und Rechtsprechung als «Überwindung und Beugung des entgegenstehenden Willens durch die Ausübung von Zwang durch ein bestimmtes Tatmittel».<sup>23</sup> Die Nötigung ist dabei eines der Zentralmerkmale in Art. 189;<sup>24</sup> gerade dieses Element macht sie zu einem anerkannten Gewalt- bzw. Aggressionsdelikt.<sup>25</sup> Sie setzt daher physischen oder psychischen Zwang voraus. An einem solchen fehlt es, wenn der Stealther seinen Sexualpartner allein durch List bzw. Täuschung unfähig macht, sich

#### **SJZ 115/2019 S. 675, 678**

gegen die sexuelle Handlung zu wehren.<sup>26</sup> Der Sexualpartner wird eben nicht gezwungen, die sexuelle Handlung zu dulden. Vielmehr verhindert die Täuschung überhaupt, dass ein entgegenstehender Wille im Moment der sexuellen Handlung entsteht. Das Opfer wirkt an der sexuellen Handlung mit, weil es nichts davon weiss, dass gerade etwas passiert, was seinem Willen widerspricht. Gerade dieses listige Vorgehen ermöglicht es dem Stealther, auf den Einsatz von Zwang zu verzichten. Sein Sexualpartner konnte gar keinen Gegenwillen bilden. Vielleicht drängt der Stealther seinem Sexualpartner eine sexuelle Handlung tatsächlich auf, er tut dies aber eindeutig nicht im Wege einer Nötigung, also mittels Zwangs!

Einen weiteren Grund, warum listiges Vorgehen nicht als Nötigung interpretiert werden darf, verrät ein Vergleich mit anderen Bestimmungen des Strafgesetzbuches, die auf die Merkmale Gewalt, Drohung und List abstellen. Art. 183 Abs. 1 (Freiheitsberaubung durch Entführen); [Art. 271 StGB](#) (Verbotene Handlungen für einen fremden Staat) und Art. 310 (Gefangenenbefreiung) sind Straftatbestände, die nicht zu den Nötigungsdelikten zählen.<sup>27</sup> Alle drei kennen die Tatmittel Gewalt und Drohung und darüber hinaus das Tatmittel der List. So kann jemand laut [Art. 183 Abs. 1 StGB](#) zum Beispiel durch Gewalt, List oder Drohung entführt werden. Immer aber, wenn neben Gewalt oder Drohung auch der Erfolg der Nötigung im Tatbestand einer Strafnorm auftaucht (zum Beispiel Art. 181 [Nötigung]; Art. 181a [Zwangsheirat], Art. 280 [Eingriff in das Stimm- oder Wahlrecht]; Art. 311 [Gefangenenmeuterei]), findet das Tatmittel der List gerade keine Verwendung. Dies ist meines Erachtens ein deutlicher Anhaltspunkt, dass der Gesetzgeber die Ansicht teilt, List könne grundsätzlich kein Nötigungsmittel darstellen.

Nach alledem kommt im Falle des Stealthings eine sexuelle Nötigung nicht in Betracht; damit scheidet auch die hierauf aufbauende Qualifikation der Vergewaltigung aus. Mit Recht hat das Appellationsgericht im Kanton Waadt im Jahr 2017 den Entscheid des Bezirksgerichts Lausanne wegen Vergewaltigung revidiert.<sup>28</sup> Der Ansicht des Appellationsgerichts, das Verhalten des Stealthers lasse sich jedoch unter den Verbrechenstatbestand der Schändung fassen, muss allerdings widersprochen werden.

<sup>22</sup> [BGE 131 IV 170](#); *Ulrich Weder*, in: Andreas Donatsch/Stefan Heimgartner/Bernhard Isenring et. al. (Hrsg.), [StGB](#) Kommentar. Schweizerisches Strafgesetzbuch mit V-[StGB](#), MStGB und JStGB, 20. A., Zürich 2018, Art. 189 Rn. 8; näher *Philipp Maier*, Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht, Zürich 1994, 325.

<sup>23</sup> So *Scheidegger* (Fn.16) 171 unter Verweis auf *Peter Hangartner*, Selbstbestimmung im Sexualbereich, St. Gallen 1998, 78; *Stefan Trechsel/Carlo Bertossa*, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar, 3. A., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 189 Rn. 3.

<sup>24</sup> BGer [6B 1078/2009](#) vom 13.12.2010.

<sup>25</sup> [BGE 133 IV 52](#); BGer [6B 983/2008](#) vom 3.2.2009; BGer [6B 304/2012](#) vom 8.11.2012 E. 2.2; BGer [6B 210/2013](#) vom 13.1.2014 E. 3.2.2.

<sup>26</sup> [BGE 133, IV 49](#); *Pieth* (Fn. 15) 85; Andreas Donatsch, Strafrecht III, 11. A., Zürich 2018, 277; *Trechsel/Bertossa* (Fn. 23) Art. 189 Rn. 5 f.; Günter Stratenwerth/Guido Jenny/Felix Bommer, Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I, 7. A., Bern 2010, 187; eingehend *Scheidegger* (Fn. 16) 205; *Hangartner* (Fn. 23) 106 ff.; *Esther Omlin*, Intersubjektiver Zwang und Willensfreiheit, Basel 2002, 219 ff.

<sup>27</sup> *Stratenwerth/Jenny/Bommer* (Fn. 26) 138 zum Entführen.

<sup>28</sup> Appellationsgericht Waadt, 8.5.2017, PE15.012315-LAE/PBR.



## IV. Stealthing als Schändung nach [Art. 191 StGB](#)

Wegen [Art. 191 StGB](#) macht sich strafbar, wer eine urteilsunfähige oder eine zum Widerstand unfähige Person in Kenntnis ihres Zustandes zum Beischlaf, zu einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung missbraucht. Nach Auffassung des Appellationsgerichts Waadt sei das Stealthingopfer in dem damals zu beurteilenden Fall als widerstandsunfähig anzusehen gewesen. Die Widerstandsunfähigkeit muss bereits physisch vorbestehen; sie wird demnach gemeinhin als mangelnde physische Fähigkeit, einen Widerstand gegen ein sexuelles Ansinnen zu leisten, verstanden.<sup>29</sup> Sie kann dauernd oder vorübergehend, chronisch oder bloss situationsbedingt sein.<sup>30</sup> Das Appellationsgericht begründete die Widerstandsunfähigkeit im konkreten Fall damit, dass die Frau auf dem Rücken gelegen habe und daher nicht sehen konnte, dass der Stealther das Präservativ heimlich abgestreift hat. Der Angeklagte habe die Frau ihrer Widerstandsfähigkeit beraubt.<sup>31</sup>

Das Gericht stützt sich in seiner Entscheidung auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts: Eine vorübergehende Widerstandsunfähigkeit wurde vom Bundesgericht zum Beispiel in Fällen bejaht, in denen das Opfer auf einem Gynäkologenstuhl lag<sup>32</sup> oder auf dem Bauch bzw. in Seitenlage auf einer Massageliege positioniert war.<sup>33</sup> Auch hier hatte das Opfer eine Körperposition eingenommen, in der es den Übergriff nicht wahrnehmen konnte und von diesem daher vollkommen überrascht wurde. *Carola Göhlich* hat in ihrem Beitrag in der AJP<sup>34</sup> zu Recht darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht in den erwähnten Judikaten entscheidend auf das Überraschungsmoment abgestellt hat. Weder auf dem Gynäkologenstuhl noch auf der Massageliege musste das Opfer mit einem Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung rechnen. Dies sei in den typischen Stealthingfällen aber anders zu bewerten.<sup>35</sup> Die sexuelle Handlung komme für das Opfer von Stealthing keineswegs überraschend. Die Begründung des Entscheids des Appellationsgerichts Waadt über-

### SJZ 115/2019 S. 675, 679

zeugt meines Erachtens nicht. Das Merkmal der Widerstandsunfähigkeit darf nicht überstrapaziert werden. Man muss sich vergegenwärtigen, welche grundsätzliche Funktion [Art. 191 StGB](#) gerade im Verhältnis zum archetypischen Tatbestand der sexuellen Nötigung einnimmt. Mitnichten dient diese Bestimmung dazu, Menschen zu schützen, die von einem Angriff auf ihre sexuelle Integrität überrascht werden.

Im System des schweizerischen Sexualstrafrechts kommt [Art. 191 StGB](#) eine ganz klare Funktion zu. Bei [Art. 189 StGB](#) überwindet der Täter den Willen des Opfers durch Nötigung. Hinter dem Tatbestand der sexuellen Nötigung verbirgt sich eine gewisse Erwartung an den Rechtsgutsträger: Wer mit einem Sexualkontakt nicht einverstanden ist, der wird sich gegen diesen zur Wehr setzen.<sup>36</sup> Der Angreifer wird daher zu einer Nötigung greifen müssen, um sein Anliegen gegen den Willen des Opfers durchzusetzen. Nicht für alle Rechtsgutsträger lässt sich aber eine solche (normative) Erwartung zur Gegenwehr formulieren. Es gibt Menschen, die gerade deshalb als besonders schutzbedürftig anzusehen sind, weil sie aufgrund ihrer persönlichen körperlichen oder psychischen Konstitution oder Situation nicht in der Lage sind, überhaupt einen Gegenwillen zur sexuellen Handlung des Täters zu bilden oder einen solchen ablehnenden Willen, auch wenn sie ihn bilden können, zu artikulieren oder ihn durch Gegenwehr zu verteidigen. Insbesondere zum Schutze dieser Menschen existiert der Schändungstatbestand. Menschen, die im Koma liegen, geistig oder körperlich eingeschränkt sind, Bewusstlose oder jene, die sich in einem erheblichen Rauschzustand befinden, sind dem Angreifer weitestgehend ausgeliefert. Ihre sexuelle Integrität verdient daher einen weitergehenden Schutz. Sexuelle Nötigung und Schändung unterliegen beide einem Strafraum von einer Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren, was eine gewisse Aussage birgt. Das Gesamtunrecht einer sexuellen Nötigung ergibt sich essenziell aus dem Einsatz des Nötigungsmittels. Dieser Unrechtsanteil fehlt bei der Schändung. Der zusätzliche Vorwurf folgt bei [Art. 191 StGB](#) aus der besonderen Schutzbedürftigkeit des Opfers. Den Täter trifft ein erhöhter Vorwurf, weil er sich an einer besonders schutzbedürftigen Person vergeht. Erst diese Besonderheit rechtfertigt es, den Schändungstäter

<sup>29</sup> [BGE 133 IV 49](#); *Günter Stratenwerth/Wolfgang Wohlers*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3. A., Bern 2013, Art. 191 Rn. 2; *Trechsel/Bertossa* (Fn. 23) Art. 189 Rn. 4.

<sup>30</sup> *Trechsel/Bertossa* (Fn. 23) Art. 189 Rn. 4.

<sup>31</sup> Appellationsgericht Waadt, 8.5.2017, PE15.012315-LAE/PBR.

<sup>32</sup> [BGE 103 IV 165](#); BGer [6S.448/2004](#) vom 3.10.2005; BGer [6S.171/2006](#) vom 15.2.2007.

<sup>33</sup> [BGE 133 IV 49](#); [BGE 119 IV 232](#); ausführlich zu diesen Fällen und zur Rechtsprechung: *Scheidegger* (Fn. 16) 235 f.

<sup>34</sup> *Carola Göhlich*, Stealthing als Eingriff in die sexuelle Integrität?, [AJP 2019 522 \(526\)](#).

<sup>35</sup> *Göhlich* (Fn. 34) 522 (526).

<sup>36</sup> Vgl. *El-Ghazi* (Fn. 17) 157 (158).



dem gleichen Sanktionsrahmen zu unterstellen wie den Täter, der sein sexuelles Anliegen durch Gewalt oder Aggression zu erreichen sucht.

Auch mit Blick auf den Strafrahmen des Schändungstatbestands müssen an die Widerstandsunfähigkeit daher gewisse Anforderungen gestellt werden. Ein bloss unerwarteter bzw. überraschend erfolgreicher Angriff auf die sexuelle Integrität oder die Erzeugung eines Irrtums auf Opferseite können vor diesem Hintergrund nicht genügen, um eine besondere Schutzbedürftigkeit des Rechtsgutsträgers zu begründen.<sup>37</sup> Das heisst nicht, man kann die Widerstandsunfähigkeit nicht mit einer speziellen Körperposition des Opfers begründen. Will man aber an die körperliche Position anknüpfen, dann muss – mit Blick auf den hohen Strafrahmen und die Funktion des Schändungstatbestandes – die vom Opfer eingenommene Position jedoch so ausgestaltet sein, dass sie es ihm zumindest erheblich erschwert, sich effektiv zur Wehr zu setzen. Das Stealthingopfer, auch wenn es sich in Rückenlage befindet, unterlässt nicht deshalb die Gegenwehr, weil es widerstandsunfähig wäre, sondern deshalb, weil es aufgrund des listigen Vorgehens des Täters widerstandsunwillig ist. Würde es die Vorgehensweise des Stealthers erkennen, könnte es sich wehren, daran ist es durch die Rückenlage keineswegs gehindert. Daher ist im typischen Fall des Stealthings auch der Tatbestand der Schändung nach [Art. 191 StGB](#) nicht einschlägig.<sup>38</sup>

## V. Stealthing als nicht einverständliche sexuelle Handlung im Lichte von Art. 36 Istanbul-Konvention

Mit Blick auf die Tatbestandsmerkmale Nötigung in [Art. 189 StGB](#) und Widerstandsunfähigkeit in [Art. 191 StGB](#) konnte eines der Kernprobleme der strafrechtlichen Bewertung des Stealthings offenbleiben. Der Sexualpartner des Stealthers ist grundsätzlich mit der (vaginalen oder analen) Penetration einverstanden. Er besteht eben nur auf die Nutzung eines Kondoms. Kann man in solchen Fällen überhaupt von einer nicht einverständlichen sexuellen Handlung sprechen?

Die Antwort auf diese Frage ist instruktiv für die Behandlung des Stealthings. Unabhängig davon, ob man von der Einschlägigkeit einer sexuellen Nötigung, Schändung oder sexuellen Belästigung sprechen möchte, eine Strafbarkeit nach diesen Bestimmungen scheidet aus, wenn es sich um einen einvernehmlichen Sexualkontakt handelt.<sup>39</sup> Folglich wäre der verbliebene Übertretungstatbestand der tätlichen sexuellen Belästigung nach [Art. 198 Abs. 2 StGB](#) zu verneinen, wenn die sexuelle Handlung des Stealthers vom Einverständnis (bzw. einer wirksamen Einwilligung) des Rechtsgutsinhabers gedeckt wäre. Dann nämlich fehlt es an einer Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung. Im Falle der genannten De-

### SJZ 115/2019 S. 675, 680

likte schliesst die Zustimmung des Rechtsgutsträgers bereits die Tatbestandsmässigkeit aus. Wer mit einer sexuellen Handlung seines Gegenübers einverstanden ist, der wird (schon deshalb) nicht genötigt, geschändet oder sexuell belästigt. Die Frage zielt demnach auf das Vorliegen eines tatbestandsausschliessenden Einverständnisses und nicht einer rechtfertigenden Einwilligung ab.<sup>40</sup>

Ob Einvernehmlichkeit bzw. Nichteinvernehmlichkeit ist auch mit Blick auf die Verpflichtungen des im Jahr 2017 von der Schweiz ratifizierten Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (sogenannte *Istanbul-Konvention*) von entscheidender Bedeutung.<sup>41</sup> Art. 36 der Istanbul-Konvention verlangt, dass jede nicht einverständliche sexuelle Handlung mit einer Person (Abs. 1 Buchstabe a und b) unter Strafe zu stellen ist.<sup>42</sup> Entsprechende Vorgaben folgen auch aus der Europäischen Menschenrechtskonvention. In seiner Entscheidung M.C. gegen Bulgarien aus dem Jahr 2003 hat der EGRM klargestellt, dass die [Art. 3 und 8 EMRK](#) eine Bestrafung jedes nicht

<sup>37</sup> *Hangartner* (Fn. 23) 192; *Scheidegger* (Fn. 16) 249.

<sup>38</sup> Ebenso zum Stealthing: *Göhlich* (Fn. 34) 522 (526); *Scheidegger* (Fn. 16) 249.

<sup>39</sup> So zu Recht auch *Göhlich* (Fn. 34) 522 (523 f.).

<sup>40</sup> Zur Unterscheidung vgl. nur *Stefan Trechsel/Peter Noll/Mark Pieth*, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 7. A., Zürich 2017, 138 f.

<sup>41</sup> BBI 2017, 4275.

<sup>42</sup> Zur Auslegung dieser Vorgaben vgl. *Lara Blume/Kilian Wegner*, Reform des § 177 StGB? – Zur Vereinbarkeit des deutschen Sexualstrafrechts mit Art. 36 der «Istanbul-Konvention», HRRS 2014 357 ff.; ausführlich auch *Scheidegger* (Fn. 16) 119 ff.



einverständlichen Geschlechtsverkehrs verlangen.<sup>43</sup> Die Istanbul-Konvention belässt den Vertragsstaaten den Spielraum «über die genaue Formulierung in der Gesetzgebung sowie über die Faktoren zu entscheiden, die eine freie Zustimmung ausschliessen».<sup>44</sup> Das Übereinkommen selbst macht den Vertragsstaaten keine Vorgaben darüber, wann und unter welchen Bedingungen von Nichteinverständnis bzw. Freiwilligkeit auszugehen ist. Dies ist mithin nach den tradierten strafrechtlichen Regeln des jeweiligen Vertragsstaates zu beantworten.

Ob man ein wirksames Einverständnis zur Penetration annimmt, hängt von der Beurteilung dessen ab, dass der Stealther dem Opfer vorgetäuscht hat, durchgängig ein Kondom zu verwenden. Welche Bedeutung hat das listige Vorgehen für das Einverständnis? Ein Teil der Lehre meint, eine solche Täuschung dürfe die Wirksamkeit des Einverständnisses bzw. die der Einwilligung nicht entfallen lassen.<sup>45</sup> Andernfalls müsse nämlich auch eine unwahre Behauptung einer Frau gegenüber ihrem männlichen Sexualpartner, sie würde ein hormonelles Verhütungsmittel einsetzen, zur Unwirksamkeit des Einverständnisses führen. In beiden Fällen bleibe der Beischlaf einvernehmlich, auch wenn sich der hintergangene Partner geirrt habe. Insbesondere *Göhlich* begründet dies in ihrem AJP-Beitrag damit, dass (wenn überhaupt) nur rechtsgutsbezogene Irrtümer die Wirksamkeit des Einverständnisses tangieren könnten. Im Stealthing-Fall habe sich die Frau aber mit der Penetration einverstanden erklärt, ohne sich dabei über einen rechtsgutsbezogenen Umstand zu irren. Die Nutzung des Kondoms bleibe ohne Bedeutung für die sexuelle Selbstbestimmung. Es gehe der Frau allein um den Schutz vor Schwangerschaft oder Geschlechtskrankheiten.<sup>46</sup> Diesen Aspekten fehle aber der Bezug zu dem vom Sexualstrafrecht geschützten Rechtsgut, nämlich der sexuellen Selbstbestimmung. Diese Einschätzung vermag aus mehreren Gründen nicht zu überzeugen: Bei genauem Hinsehen geht es beim Stealthing nämlich gar nicht darum, welche Auswirkungen ein Irrtum auf die Wirksamkeit eines vorliegenden Einverständnisses hat, sondern darum, ob überhaupt ein Einverständnis für die konkret vollzogene sexuelle Handlung vorliegt. Hier muss sauber unterschieden werden, und zwar zum einen zwischen einem beschränkt erteilten Einverständnis, mit dem sich der Rechtsgutsträger nur für ein gewisses «Ausleben» seiner sexuellen Selbstbestimmung entscheidet, und zum anderen einem unbeschränkt erteilten Einverständnis, auch wenn dieses durch Täuschung erlangt worden ist. Am Fehlen eines Einverständnisses hätte wohl keiner Zweifel, wenn der Sexualpartner anstelle des abgesprochenen vaginalen Geschlechtsverkehrs plötzlich eine anale Penetration unternimmt.<sup>47</sup> Diese sexuelle Handlung bewegt sich eindeutig ausserhalb der beschränkt erteilten Einwilligung. Es geht in diesem Beispiel aber nicht um deren Wirksamkeit, sondern bereits um ihre Reichweite.

Solch beschränkte Zustimmungen, deren rechtliche Anerkennungsfähigkeit nicht in Zweifel steht, kennt man im Bereich der rechtfertigenden Einwilligung: Hat ein Patient seinem Arzt eine Einwilligung für einen Heileingriff *lege artis* erteilt, dann bewegt sich der nicht kunstgerechte Eingriff ausserhalb dieser beschränkt erteilten Einwilligung. Auch für den Fall, dass der Arzt seinen Patienten von Anfang an über

#### **SJZ 115/2019 S. 675, 681**

seine Absicht getäuscht hätte, kunstgerecht operieren zu wollen, bräuchte man die Wirksamkeit der Einwilligung nicht zu diskutieren. Der ärztliche Eingriff ist schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil es eben nie eine Einwilligung in einen nicht kunstgerechten Eingriff gab. An diesem Beispiel lässt sich weiterhin gut aufzeigen, worin der Unterschied zu einer unbeschränkten, mangelbehafteten Einwilligung besteht. Erschleicht ein Arzt eine Einwilligung seines Patienten dadurch, dass er ihn über ein bestimmtes Risiko eines ärztlichen Heileingriffs bewusst im Unklaren lässt, und stimmt der Patient nur deshalb zu, weil er dieses Risiko nicht kennt, so bewegt sich der Arzt, solange er zumindest *lege artis* hantiert, nicht ausserhalb der Einwilligung seines Patienten. Der Eingriff erfolgt genau in der Weise, wie der Patient ihn gestattet, obwohl er ihn nicht gestattet hätte, wenn er das Risiko gekannt hätte. Hier ist der Eingriff von der Einwilligung gedeckt. Zu analysieren bleibt, ob diese Einwilligung wirksam ist. Hieran bestehen mit Blick auf den rechtsgutsbezogenen Wissensmangel des Patienten erhebliche Zweifel.

Im Falle des Stealthings handelt es sich meines Erachtens um einen Fall des beschränkt erteilten Einverständnisses. Wer sagt, dass er nur mit einer Penetration mit Kondom einverstanden ist, der hat eben nie eine Penetration ohne Kondom gestattet. Die Handlung des Stealthers bewegt sich ausserhalb des

<sup>43</sup> EGMR, 4.12.2003, 39 272/98 – M.C. gegen Bulgarien, Rn. 166: «In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member States' positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim».

<sup>44</sup> Erläuternder Bericht zur Istanbul-Konvention, 80 Rn. 193.

<sup>45</sup> *Göhlich* (Fn. 34) 522 (524 f.).

<sup>46</sup> *Göhlich* (Fn. 34) 522 (524).

<sup>47</sup> Auch *Göhlich* (Fn. 34) 522 (524); vgl. *Scheidegger* (Fn. 16) 99.

beschränkten Einverständnisses.<sup>48</sup> Es stellt eine andere Form der Penetration und damit eine andere Art von sexueller Handlung dar.<sup>49</sup> Bei einer solchen Penetration kommt es zu einem Hautkontakt; der Geschlechtsverkehr werde, so *Alexandra Brodsky* von der Yale Law School, dadurch intensiver und als intimer erlebt.<sup>50</sup> Die Verwendung eines Kondoms führt neben dem Ausschluss von Schwangerschafts- und Krankheitsrisiken zu einer gesteigerten sexuellen Intimität, die einer der Partner gerade beim ersten Date vielleicht noch nicht zulassen möchte. *Felix Herzog* verweist schliesslich darauf, dass es für Frauen und Männer auch etwas mit dem sexuellen Erlebnis selbst zu tun habe, ob sie es gestatten, dass in ihren Körper ejakuliert wird.<sup>51</sup> Es betrifft nicht nur das Schwangerschaftsrisiko, sondern den Sex an sich und damit die sexuelle Selbstbestimmung. Im Falle der Täuschung über die Einnahme der Pille stimmt der Sexualpartner der Penetration hingegen unbeschränkt zu, auch wenn er sich über eine für ihn wesentliche Bedingung geirrt hat. Die Handlung, die der Täuschende vornimmt, bewegt sich im «Pillenfall» innerhalb dessen, was der Rechtsgutsträger aufgrund seines Irrtums erlaubt hat. Und das macht tatsächlich einen Unterschied. Beide Sexualpartner gestatten den Haut-zu-Haut-Kontakt, aber nur einer mit allen Konsequenzen.

Auch wenn man die Unterscheidung zwischen dem beschränkten Einverständnis und dem unbeschränkten, aber irrumsbelasteten nicht wie dargelegt vornehmen möchte, lässt sich mit der oben genannten Begründung zumindest die Rechtsgutsbezogenheit eines Irrtums über die Nutzung eines Kondoms bejahen. Ob der Irrtum dann zur Unwirksamkeit des Einverständnisses führen würde, kann man nicht abstrakt sagen. Weitestgehend einhellig wird die Auffassung vertreten, dass die Relevanz von Irrtümern für ein tatbestandsausschliessendes Einverständnis tatbestandsspezifisch zu bewerten ist.<sup>52</sup> Es kommt auf den jeweiligen Tatbestand an.

## VI. Schlussbetrachtung – Strafbarkeit wegen tätlicher sexueller Belästigung nach [Art. 198 Abs. 2 StGB](#)

Was bedeutet dies nun für die strafrechtliche Bewertung: Die Istanbul-Konvention verpflichtet die Unterzeichnerstaaten dazu, jede nicht einverständliche sexuelle Handlung unter Strafe zu stellen. Beim Stealthing nimmt der eine Partner ohne das Einverständnis seines Gegenübers eine sexuelle Handlung an diesem vor. Um den Vorgaben der Istanbul-Konvention zu genügen, könnte man nun tatsächlich auf den Übertretungstatbestand der tätlichen sexuellen Belästigung zurückgreifen. Eine sexuelle Belästigung nach [Art. 198 Abs. 2 StGB](#) begeht, wer jemanden durch tätliches Handeln sexuell belästigt.<sup>53</sup> Natürlich handelt es sich bei der Penetration ohne Kondom um eine sexuell konnotierte Handlung. Diese belästigt den Rechtsgutsträger auch, wenn er auf die Benutzung eines Kondoms bestanden hat und seine Forderung durch List hintergangen worden ist. Die Anforderungen an eine sexuelle Belästigung sind freilich nicht hoch. Dafür handelt es sich auch nur um einen Übertretungstatbestand.

Weil sich aber das Stealthing meines Erachtens unter diesen Übertretungstatbestand subsumieren lässt, ist es tatsächlich nicht notwendig, den Schändungstatbestand in Art. 191 und das Merkmal der Widerstandsunfähigkeit mit Blick auf Art. 36 Istanbul-Konvention weit zu interpretieren, um eine

**SJZ 115/2019 S. 675, 682**

Konformität mit dem Völkerrecht herzustellen.<sup>54</sup> Diese Auslegung des Schändungstatbestandes wäre wohl – zumindest, wenn man die bisherige weite Auslegung der Widerstandsunfähigkeit durch das Bundesgericht weiterverfolgt (siehe oben) – eine vertretbare Lösung, würde der Übertretungstatbestand der sexuellen Belästigung nicht existieren. Stealthing ist strafbar; aktuell aber eben nur als Übertretung. Der fünfte Titel des zweiten Buches schützt den Rechtsgutsträger auch in dieser Dimension. Dieser entscheidet wann, wo, mit wem und wie er sexuelle Handlungen vornehmen möchte!

<sup>48</sup> Wohl auch *Scheidegger* (Fn. 16) 99.

<sup>49</sup> *Herzog* (Fn. 3) 351 (356 f.); *Scheidegger* (Fn. 16) 99; beide unter Verweis auf *Brodsky* (Fn. 3) 183 (191 f.); jetzt auch Amtsgericht Berlin-Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018, (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), mit zustimmender Anm. *Linoh* (Fn. 9) Anm. 5.

<sup>50</sup> *Brodsky* (Fn. 3) 183 (195).

<sup>51</sup> *Herzog* (Fn. 3) 351 (354).

<sup>52</sup> *Günter Stratenwerth*, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I, 4. A., Bern 2011, § 10 Rn. 10; *Roxin* (Fn. 13) § 13 Rn. 106.

<sup>53</sup> Näher dazu *Trechsel/Bertossa* (Fn. 23) Art. 198 Rn. 5 f.

<sup>54</sup> Zum Verhältnis zwischen Völker- und Landesrecht und zur völkerrechtskonformen Auslegung und deren Grenzen beispielsweise: *Helen Keller/Natalie Balazs-Hegedüs*, Paradigmenwechsel im Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht?, [AJP 2016 712 \(715 ff.\)](#).





Wer die hier vorgenommene Einordnung des Stealthings als nicht einverständliche Penetration teilt, empfindet eine Bestrafung allein nach [Art. 198 Abs. 2 StGB](#) vielleicht als unbefriedigend. Tatsächlich stellt der neue «Sextrend» Stealthing aktuell nicht das Hauptproblem des geltenden Sexualstrafrechts dar.<sup>55</sup> Vielleicht hilft die Auseinandersetzung damit aber, einen gewissen Reformbedarf im Sexualstrafrecht herauszuarbeiten – dieser wird in der Literatur mit Blick auf die Istanbul Konvention angenommen.

Nutzung ausschliesslich  
zu universitären Zwecken

---

<sup>55</sup> Instruktiv *Scheidegger* (Fn. 16) 295 ff.