

Das Sexualstrafrecht der Schweiz

Grundlagen und Reformbedarf

Diese Arbeit stellt eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung dar. Unter Berücksichtigung der Schlüsselkonzepte «Autonomie» und «Einwilligung» werden zunächst Inhalt, Dimensionen und Reichweite des Rechts bestimmt. Auf dieser Grundlage werden die Normen des schweizerischen Sexualstrafrechts einer kritischen Überprüfung unterzogen, alternative Auslegungsmöglichkeiten insbesondere der Art. 189 f. StGB aufgezeigt sowie der bestehende Änderungsbedarf herausgearbeitet.

Die zentrale These lautet, dass ein Sexualkontakt stets die gültige Einwilligung aller Beteiligten erfordert und dass umgekehrt das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung immer dann in erheblicher und strafwürdiger Weise verletzt ist, wenn eine solche Einwilligung fehlt. Die Autorin zeigt auf, dass der Umstand, dass das schweizerische Sexualstrafrecht keinen Tatbestand kennt, der das schlichte Handeln gegen bzw. ohne den Willen des Opfers angemessen bestraft, zu unbefriedigenden Ergebnissen führt. Sie argumentiert deshalb für die Einführung eines neuen Grundtatbestandes, der das schlichte Handeln ohne Einwilligung des Opfers angemessen bestraft.



Nomos ISBN 978-3-8487-5384-0



Stämpfli Verlag

Stämpfli ISBN 978-3-7272-5334-8



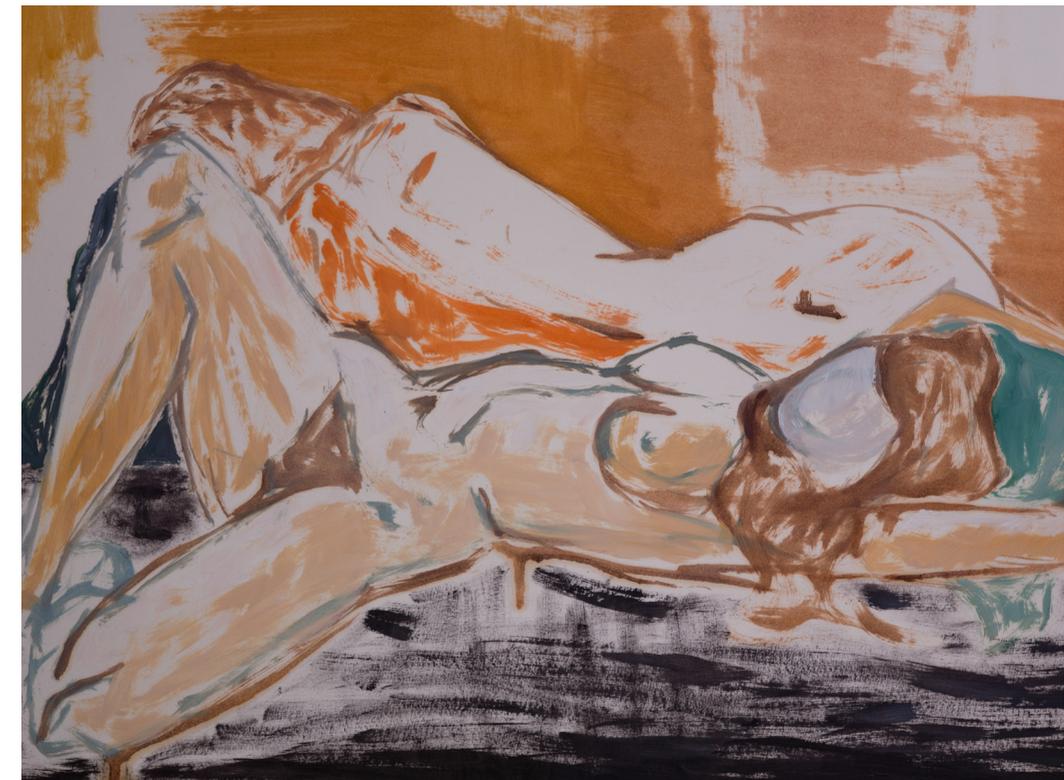
Nora Scheidegger

Das Sexualstrafrecht der Schweiz

Nora Scheidegger

Das Sexualstrafrecht der Schweiz

Grundlagen und Reformbedarf



Stämpfli Verlag



Nora Scheidegger

Das Sexualstrafrecht der Schweiz

Nora Scheidegger

Dr. iur.

Das Sexualstrafrecht der Schweiz

Grundlagen und Reformbedarf



Stämpfli Verlag

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden
ISBN 978-3-8487-5384-0

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2018
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-5334-8

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com sind zudem folgende Ausgaben erhältlich:

E-Book ISBN 978-3-7272-5335-5

Judocu ISBN 978-3-0354-1569-8



Für Magdalena

Vorwort

Zuallererst möchte ich mich bei meinem Doktorvater Prof. Martino Mona bedanken. Der Bezeichnung Doktorvater wurde Prof. Mona mehr als gerecht – seine zurückhaltende und doch stets spürbare akademische Begleitung, seine stete Förderung, aber auch sein Vertrauen in mich und meine Intuitionen zeugten tatsächlich von einer beinahe väterlichen Fürsorge, für die ich mich hiermit aus tiefstem Herzen bedanken möchte. Sein Mut, «abseits der gewohnten Pfade» zu denken und zu handeln, macht ihn zu einem unersetzlichen akademischen Vorbild. Obwohl wir uns nicht in allen Punkten vollständig einig wurden, haben mich die zahlreichen energischen Diskussionen jeweils sehr angespornt. Prof. Mona hat eine beneidenswert ausgeprägte Fähigkeit, Menschen zu motivieren und zu eigenständigem kritischem Denken anzuregen, die mich immer wieder aufs Neue beeindruckt.

Auch Prof. Marianne Johanna Hilf möchte ich von ganzem Herzen danken, nicht nur für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens, sondern auch für die zahlreichen Male, in denen sie mich mit kritischen Inputs zu weiterem Nachdenken animiert hat. Ihr Engagement für die Thematik und ihr Zuspruch haben mich oft in meinen Positionen bestärkt, wofür ich sehr dankbar bin. Grossen Dank verdient auch Prof. Judith Wyttenbach für die kritische Durchsicht des grund- bzw. völkerrechtlichen Teils.

Auch wenn es unüblich erscheinen mag, möchte ich mich auch bei mir (noch) nicht persönlich bekannten Wissenschaftlern bedanken, deren Werke diese Arbeit massgeblich geprägt haben. So haben Prof. Tatjana Hörnles klugen und reflektierten Beiträge mich nicht nur oft in meinen Intuitionen enorm bestärkt, sondern bisweilen auch dazu geführt, dass ich scheinbar unproblematische Punkte kritischer hinterfragt habe. Ihr wissenschaftlicher Beitrag zu einem kohärenten Sexualstrafrecht ist über die Grenzen Deutschlands hinaus von grosser Bedeutung. Zu grossem Dank verpflichtet bin ich auch Prof. Thomas Gutmann, der mir nicht nur im schriftlichen Austausch Fragen beantwortet, sondern mir auch unveröffentlichte Manuskripte überlassen und mir damit das Verständnis der Materie wesentlich erleichtert hat.

Besondere Erwähnung verdienen meine Kollegen aus dem D-325 Fabian Odermatt, Dr. Elias Moser, Gian Andri Färber und Nicolas Leu – dank ihnen habe ich eine wundervolle Assistenzzeit verbringen dürfen. Auch meinen sonstigen Institutskolleginnen und -kollegen möchte ich für die bereichernde Zeit danken, insbesondere der Programmleiterin des BGS Nora Ehrlich für die hervorragende Betreuung und Prof. Christopher Geth, Prof. Ineke Pruin, Prof. Jonas Weber und Prof. Anna Coninx dafür, dass sie mich immer wieder ermuntert und mit mir ihre Erfahrungen über die Höhen und Tiefen des Dissertierens geteilt haben.

Dario Waber und Linda Scheidegger haben das Manuskript kritisch auf Fehler kontrolliert und mir damit einen grossen Dienst erwiesen. Sehr wertvoll waren auch die zahlreichen Diskussionen mit Neil Mc Hale, der immer wieder kritische Fragen gestellt und die ganze Arbeit sorgfältig korrigiert und kommentiert hat.

Justin Zobel zum Trotz («Don't thank your parents or your cat unless they really helped with research.») möchte ich mich an dieser Stelle bei all den Menschen bedanken, die ich als meine Familie betrachte. Alle, die eine Dissertation geschrieben haben, wissen, wie bedeutsam die von Freunden und Familie geleistete vielfältige Unterstützung und der Rückhalt insbesondere in der letzten Phase der Arbeit ist. All jene, die sich so liebevoll und aufopfernd um meine Tochter gekümmert und mir damit den Rücken freigehalten haben, trugen massgeblich zum Gelingen dieser Arbeit bei. Insbesondere den Grosseltern meiner Tochter – Franca Scheidegger-Würsch, Rolf Stauffer, Christine Binggeli, Michael Scheidegger sowie Katharina und Heinz Leu – sei hier von ganzem Herzen für ihre vielfältige Unterstützung gedankt. Aber auch allen anderen – Magdalena und Linda Scheidegger, Fulvio Ferrarini, Michel Hadorn, Nicole Bieri, Julia Leu, Neil Mc Hale, Lauren Edwards, Jan Holger Engberg, Fanny Schicker, Franca Würsch-Zehnder und vielen weiteren – kann ich gar nicht genug danken.

Der wunderbaren Künstlerin Fabrizia Conti danke ich für die Erlaubnis, ihr Werk «a mood, a moment, two poses» von 2007 als Titelbild verwenden zu dürfen.

Mein allergrösster Dank gilt meinem *partner in crime* Nicolas Leu. Erstens, weil er die Betreuung unserer gemeinsamen Tochter phasenweise ohne mich geschultert hat, und dies mit einer Selbstverständlichkeit und Hingabe, die seinesgleichen sucht. Zweitens, weil sein kluger Verstand und sein enormes Wissen im Bereich des Strafrechts diese Arbeit massgeblich mitgeprägt haben. Es lässt sich nicht mit Worten ausdrücken, wie dankbar ich für die unzähligen Gespräche spätabends auf der Terrasse, die vielen wertvollen Anregungen und die aufmerksame Hinwendung bin, die je nach Bedarf zwischen harscher Kritik und warmherziger Fürsorge pendelte. Seine ausserordentlich schnelle Auffassungsgabe, seine kluge Denkweise und sein Vertrauen in mich haben mich stets angespornt und auch durch schwierige Zeiten getragen.

Die vorliegende Arbeit wurde im Februar 2018 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern als Dissertation angenommen. Publierte Literatur, Rechtsprechung und gesetzgeberische Aktivitäten wurden nach Möglichkeit bis Juli 2018 berücksichtigt.

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Quellenverzeichnis/Literatur	XXV
Einleitung	1
1. Teil: Grundlagen	3
§ 1 Sexuelle Selbstbestimmung	3
§ 2 Einwilligung in Sexualkontakte	34
§ 3 Völkerrechtliche Verpflichtungen	109
2. Teil: Das geltende Sexualstrafrecht	125
§ 1 Sexuelle Handlungen mit Kindern	126
§ 2 Sexuelle Handlungen mit Abhängigen	156
§ 3 Sexuelle Nötigung und Vergewaltigung	166
§ 4 Schändung	224
§ 5 Sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen	256
§ 6 Ausnützung der Notlage	261
§ 7 Weitere Sexualdelikte	275
§ 8 Zusammenfassende Betrachtung	289
3. Teil: Kritische Würdigung und Reformvorschläge	293
§ 1 Umsetzung der staatlichen Schutzpflichten durch das Strafrecht	293
§ 2 Unstimmigkeiten und Inkohärenzen	321
§ 3 Überlegungen hinsichtlich einer Neukonzeptualisierung	339
Zusammenfassung und Ausblick	351

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Quellenverzeichnis/Literatur	XXV
Einleitung	1
1. Teil: Grundlagen	3
§ 1 Sexuelle Selbstbestimmung	3
I. Autonomie und Selbstbestimmung	3
A. Autonomie – Begriffsklärungen	3
B. Autonomie als Recht auf Selbstbestimmung	5
1. Autonomie als Grundprinzip	5
2. Selbstbestimmung und Selbstverantwortung	7
3. Grenzen der Autonomie	8
a) Rechte Dritter	8
b) Paternalistische Interventionen	8
aa) Der «blinde Fleck» des weichen Paternalismus	10
bb) Autonomie als Schwellenkonzept	11
cc) Gefährdungspaternalismus	13
II. Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung	15
A. Dimensionen des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung	15
1. Einführung: Positive und negative Dimension	15
2. Die geschützte Sphäre	18
B. Grund- und menschenrechtlicher Rahmen	19
1. Erfüllung von Schutzpflichten als Aufgabe des Strafrechts	19
2. Zwischen Schutz und Bevormundung	21
3. Schutz der positiven Selbstbestimmungsfreiheit durch das Strafrecht	23
III. Einwilligung als Aktualisierung von Autonomie	24
A. Autonomie und Einwilligung	24
B. Exkurs: Die Zustimmungskategorien Einwilligung und Einverständnis	26
1. Unterschiedliche deliktssystematische Einordnung?	26
2. Unterschiedliche Wirksamkeitsvoraussetzungen?	30

§ 2 Einwilligung in Sexualkontakte	34
I. Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung	34
A. Faktische Einwilligung und wirksame Einwilligung	34
B. Autonomiedefizite – eine erste Annäherung	36
II. Vorliegen einer faktischen Einwilligung	38
A. Ein mentaler Zustand oder eine Willenserklärung?	38
B. Willenserklärung	43
III. Kompetenz	47
A. Kompetenz und Einwilligungsfähigkeit	47
B. Einwilligungsfähigkeit nach allgemeiner Einwilligungsdogmatik	47
1. Traditionelle Ansätze zur Bestimmung der Einwilligungsfähigkeit	47
2. Das zweistufige Konzept von Amelung	49
3. Relativität der Einwilligungsfähigkeit	51
4. Einwilligungsfähigkeit und feste Altersgrenzen	52
C. Besonderheiten mit Blick auf den sexuellen Kontext	52
1. Überlegungen zur Sexualität von Kindern und Jugendlichen	54
a) Kindliche Sexualität	54
b) Sexualität bei minderjährigen Jugendlichen	55
c) Überlegungen zur Sexualität von Menschen mit kognitiven Beeinträchtigungen	56
aa) Sexualität bei Menschen mit geistigen Beeinträchtigungen	56
bb) Absage an perfektionistische Ansprüche	58
cc) Sexualität an und mit urteilsunfähigen Personen	60
IV. Abwesenheit von Zwang	62
A. Theoretische Grundlegung	62
1. Freiwilligkeitseinschränkende Faktoren	62
2. Beschränkung auf vis compulsiva	63
3. Beschränkung auf Zwänge menschlichen Ursprungs	64
4. Drohungen und Angebote	65
a) Gemeinsamkeiten von Drohungen und Angeboten	65
b) Die Bestimmung der Basislinie	67
5. Die erforderliche Zwangsintensität	69
6. «Zwingende Angebote» und Ausbeutung	70
7. «Psychischer Druck» als untaugliches Kriterium	72
B. Die Behandlung von Zwang in der Einwilligungsdogmatik	72
1. Der Nötigungstatbestand als Massstab	73
a) Der in der Schweiz vertretene Nötigungsbegriff	74
b) Kritik am weiten Nötigungsbegriff – die normative Theorie der Nötigung	75
c) Würdigung	79

2. Das Ausnutzen von Zwangslagen	81
3. Dreieckskonstellationen	83
V. Irrtümer als Quelle von Autonomiedefiziten	84
A. Vorüberlegungen	84
B. Die Behandlung von Wissensdefiziten in der Willensmängeldogmatik	84
1. Das Kriterium der Rechtsgutbezogenheit.....	85
2. Kritik an dieser Auffassung.....	86
3. Erweiterung der massgeblichen Kriterien	88
4. Subjektive Wesentlichkeit als massgebliches Kriterium?	90
5. Fazit: Mehrstufige Prüfung	91
C. Übertragung der gewonnen Erkenntnisse auf den Sexualbereich.....	94
1. Eine erste Annäherung	94
2. Die Fallgruppen von Hörnle.....	95
a) Verschleierung der sexuellen Natur eines Körperkontakts.....	95
b) Täuschungen über die Intensität des Sexualkontakts (insbesondere «Stealthings»).....	98
c) Identitätstäuschungen.....	100
aa) Identitätstäuschung als rechtsgutbezogene Täuschung?.....	100
bb) Wann liegt eine Identitätstäuschung vor?.....	102
3. Fazit und eigene Auffassung	106
§ 3 Völkerrechtliche Verpflichtungen	109
I. Völkerrechtliche Verpflichtungen aus der EMRK	109
A. Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als mehrdimensionales Recht.....	109
B. Menschenrechtliche Schutzpflichten aus Art. 3 und 8 EMRK	111
1. Das Urteil X. und Y. gegen die Niederlande.....	111
2. Das Urteil M.C. gegen Bulgarien.....	111
a) Sachverhalt und Urteilsbegründung.....	111
b) Implikationen des Entscheids» M.C. gegen Bulgarien»	113
C. Verweise auf internationale Trends	115
II. Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention	118
A. Materielle Vorgaben hinsichtlich sexueller Gewalt.....	119
1. Wortlaut von Art. 36 IK	119
2. Auslegung von Art. 36 Istanbul-Konvention	119
3. Implikationen und Regelungsspielraum	120
B. Weitere Vorgaben betreffend sexuelle Gewalt	122
III. Zusammenfassung	123

2. Teil: Das geltende Sexualstrafrecht	125
§ 1 Sexuelle Handlungen mit Kindern	126
I. Art. 187 im Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung	126
A. Das «Rechtsgut» der «ungestörten sexuellen Entwicklung»?	126
B. Das Recht des Kindes auf sexuelle Selbstbestimmung.....	128
C. Gefährdungspaternalismus	131
II. Das Auslegungsverständnis von Art. 187	132
A. Kreis der geschützten Personen	132
1. Grundsätzliches	132
2. Die Drei-Jahres-Regel	133
3. Absehen von Verfolgung oder Bestrafung gemäss Ziff. 3	135
B. Der Begriff der sexuellen Handlung	136
1. Handlungen	136
2. Sexualbezogenheit und Erheblichkeit	137
a) Sexualbezogenheit	138
aa) Allgemeines.....	138
bb) Medizinische und pflegerische Handlungen.....	141
cc) Zärtlichkeiten zwischen Eltern und Kindern sowie Stillen.....	142
dd) Fazit	144
b) Erheblichkeit.....	145
C. Tathandlungen gemäss Art. 187	149
1. Vornahme einer sexuellen Handlungen mit einem Kind.....	149
2. Verleiten eines Kindes zu einer sexuellen Handlung	150
3. Einbeziehen eines Kindes in eine sexuelle Handlung	152
D. Subjektiver Tatbestand	154
§ 2 Sexuelle Handlungen mit Abhängigen	156
I. Art. 188 im Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung	156
II. Das Auslegungsverständnis von Art. 188	158
A. Geschützte Personen.....	158
B. Tathandlung	161
1. Vornahme oder Verleiten zu sexuellen Handlungen	161
2. Ausnützung.....	161
C. Subjektiver Tatbestand	164
D. Weitere Fragen	164

§ 3 Sexuelle Nötigung und Vergewaltigung	166
I. Art. 189 f. im Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung	166
II. Das Auslegungsverständnis der Art. 189 f.	167
A. Die abgenötigte Handlung	167
1. Art. 190 – Duldung des Beischlafs	167
2. Art. 189 – Duldung einer beischlafähnlichen oder anderen sexuellen Handlung	168
a) Allgemeines	168
b) Nötigung zur <i>Vornahme</i> einer sexuellen Handlung	169
c) Nötigung einer männlichen Person zum Beischlaf	169
B. Tathandlung der Art. 189 f. – Auslegung nach Lehre und Rechtsprechung	170
1. Handeln gegen den Willen	170
2. Nötigungshandlung: Einsatz eines Tatmittels	171
3. Konkretisierung der Nötigungsintensität	172
a) Das restriktive Verständnis der älteren Lehre	172
b) Exkurs: Der «traditionelle» Vergewaltigungsbegriff	173
c) Orientierung am allgemeinen Nötigungstatbestand	175
d) Der «Mittelweg» des Bundesgerichts	176
4. Die einzelnen Tatmittel	177
a) Gewalt	177
b) Bedrohung	180
c) Psychischer Druck	184
aa) Das Meinungsspektrum der Lehre	184
bb) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung	186
aaa) «Qualifiziertes» Ausnützen einer Abhängigkeit	186
bbb) Psychoterror, aggressives Verhalten und Klima der Gewalt	190
ccc) «Schutzlose Lage»	192
ddd) Drohungen mit ernstlichen Nachteilen	194
eee) Übergehen eines «Neins»	198
cc) Würdigung	200
d) Zum Widerstand unfähig machen	202
aa) Herkunft des Begriffs	202
bb) Bundesgerichtliche Rechtsprechung	203
cc) Täuschung als Herbeiführen der Widerstandsunfähigkeit?	204
5. Das Erfordernis des Kausalzusammenhanges – Überraschung als Nötigung?	206

C. Tathandlung der Art. 189 f. – Alternative Auslegung	208
1. «Nötigen» als «Gegen den Willen des Opfers handeln»	208
2. Kritische Einwände	212
3. Konsequenzen der alternativen Auslegung	215
D. Subjektiver Tatbestand	216
1. Allgemeines	216
2. Irrtümliche Annahme eines Einverständnisses	217
3. Folgen eines Irrtums – Fahrlässigkeitsstrafbarkeit?	219
E. Besonderheiten der Strafzumessung	221
§ 4 Schändung	224
I. Art. 191 im Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung	224
II. Das Auslegungsverständnis von Art. 191	226
A. Kreis der geschützten Personen	226
1. Urteilsunfähige	226
a) Allgemeines	226
b) Anwendbarkeit von Art. 191 auf Kinder	227
c) Verhältnis von Art. 187 und 191	230
2. Widerstandsunfähige	232
a) Allgemeines	232
b) Schlaf, Rausch, Narkose	233
c) Fehlende Vorhersehbarkeit und Abwehrmöglichkeit aufgrund der Position des Opfers	235
aa) Zur Anwendbarkeit von Art. 191	235
bb) Abgrenzung zur sexuellen Belästigung	237
d) Fehlende Abwehrmöglichkeit aufgrund Fixierung durch das Gewicht des Täters	239
3. Irrtum als (Mit-)Ursache für Widerstandsunfähigkeit?	242
a) Irrtum über die Identität des Partners	242
b) Irrtum über die medizinische bzw. therapeutische Notwendigkeit einer Handlung	244
aa) Bundesgerichtliche Rechtsprechung	244
bb) Anwendbarkeit von Art. 193 bei Irrtümern über medizinische Indikation einer Handlung?	246
c) Neuere Entwicklungen: «Stealthung» als Schändung?	247
d) Würdigung	248
B. Tathandlung	249
1. Sexuelle Handlung	249
2. Missbrauch	250
a) Urteilsfähige Opfer	250
b) Vorübergehend urteils- oder widerstandsunfähige Opfer	250
c) Dauerhaft oder originär urteilsunfähige Opfer	251
C. Subjektiver Tatbestand	255

§ 5 Sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen	256
I. Art. 192 im Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung	256
II. Das Auslegungsverständnis von Art. 192	257
A. Kreis der geschützten Personen	257
B. Tathandlung	258
C. Subjektiver Tatbestand	260
§ 6 Ausnützung der Notlage	261
I. Art. 193 im Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung	261
II. Das Auslegungsverständnis von Art. 193	266
A. Geschützte Personen	266
B. Tathandlung	269
1. Veranlassung zur Duldung oder Vornahme einer sexuellen Handlung	269
2. Ausnützen	270
a) Ausnützen und Einwilligung	270
b) Ausnützen eines Abhängigkeitsverhältnisses	271
c) Ausnützen einer Notlage	273
C. Subjektiver Tatbestand	274
§ 7 Weitere Sexualdelikte	275
I. Sexuelle Handlungen mit Minderjährigen gegen Entgelt Art. 196	275
A. Vorbemerkungen	275
B. Art. 196 im Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung	275
C. Auslegungsverständnis von Art. 196	277
1. Geschützter Personenkreis	277
2. Täterkreis	277
3. Tathandlung	277
a) Vornehmen oder vornehmen lassen von sexuellen Handlungen	277
b) Entgelt leisten oder versprechen	278
4. Subjektiver Tatbestand	280
5. Konkurrenzen	280
II. Tätliche sexuelle Belästigung 198 Abs. 2	281
A. Vorbemerkungen	281
B. Art. 198 Abs. 2 im Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung	281
C. Auslegungsverständnis von Art. 198 Abs. 2	284
1. Tätliche Belästigung	284
2. Das Merkmal der Belästigung	285
3. Subjektiver Tatbestand	288
§ 8 Zusammenfassende Betrachtung	289

3. Teil: Kritische Würdigung und Reformvorschläge	293
§ 1 Umsetzung der staatlichen Schutzpflichten durch das Strafrecht	293
I. Ausgangslage	293
II. Strafbarkeit von Sexualkontakten ohne faktische Einwilligung	295
A. Mangelhafte Erfassung von nichtkonsensuellen Sexualkontakten.....	295
B. Besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf?.....	301
1. Die völkerrechtliche Perspektive.....	301
a) Konflikte mit sekundären Bestimmungen der Istanbul-Konvention.....	301
b) Zwischenfazit.....	303
2. Generelle Überlegungen.....	304
a) Das Unrecht nichtkonsensueller sexueller Handlungen.....	304
b) Strafnormen als Verhaltensregeln.....	309
c) Fazit.....	310
III. Irrtumsbelastete Einwilligungen	312
A. Keine grundsätzliche Erfassung von täuschenden Verhaltensweisen.....	312
B. Besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf?.....	313
1. Die völkerrechtliche Perspektive.....	313
2. Generelle Überlegungen.....	314
a) Strafwürdigkeit von täuschenden Verhaltensweisen.....	314
b) Erforderlichkeit einer speziellen Regelung?.....	317
IV. Fazit	319
§ 2 Unstimmigkeiten und Inkohärenzen	321
I. Kritische Überlegungen zur Ausgestaltung von Art. 191	321
A. Abwehrrechte und paternalistische Verbote.....	321
B. Überlegungen zum Kreis der geschützten Personen.....	323
C. Problematische Terminologie.....	324
1. «Schändung».....	324
2. «Missbrauch».....	324
II. Art. 190: Die Sonderstellung des Beischlafs und des weiblichen Opfers	325
A. Täter, Opfer, Akt.....	325
B. Versuch einer Verteidigung des <i>status quo</i>	327
C. Erweiterung des Opferkreises.....	331
III. Neueste Entwicklungen – Art. 189 und 190 E-StGB	333
A. Art. 189 f. E-StGB – die Änderungen im Überblick.....	333

B. Würdigung der vorgeschlagenen Änderungen.....	334
1. Definition «beischlafsähnlich».....	334
2. Mindeststrafen und der Begriff der «Vergewaltigung».....	335
§ 3 Überlegungen hinsichtlich einer Neukonzeptualisierung.....	339
I. Ausgangslage: Schaffung eines Grundtatbestandes.....	339
II. Möglichkeiten zur Formulierung eines Grundtatbestandes	339
A. Variante «ohne Einwilligung».....	340
B. Variante «ohne Einverständnis» vs. «gegen den erklärten Willen»	343
III. Einwände gegen eine «consent-based-legislation»	345
A. Beweisschwierigkeiten	346
B. Missbrauchsgefahr.....	348
Zusammenfassung und Ausblick.....	351

Abkürzungsverzeichnis

a	alt (frühere Fassung eines Erlasses)
A	Österreich
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AB NR/SR	Amtliches Bulletin Nationalrat/Ständerat
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
abw.	abweichend
a.F.	alte Fassung (frühere Fassung eines Erlasses)
AJP	Allgemeine Juristische Praxis
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
bearb.	bearbeitet
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGH	Bundesgerichtshof (D)
BGHSt	Bundesgerichtshof in Strafsachen (D), Entscheidungen in Strafsachen
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (D)
BSK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel(e)
BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise

CH	Schweizerische Eidgenossenschaft
CHF	Schweizer Franken
d/D	deutsch/e/en/er/es, Deutschland
d.h.	das heisst
Ders.	Derselbe
Dies.	Dieselbe
diff.	differenzierend
Diss.	Dissertation
E	Entwurf
E.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
Entsch.	Entscheid
etc.	et cetera
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (D)
f./ff.	folgende
Fn.	Fussnote
FP	forumpoenale
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
ggf.	gegebenenfalls
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht (online-Zeitschrift)
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber

i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
IK	Übereinkommen des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11. Mai 2011
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
Jusletter	http://jusletter.weblaw.ch/
krit.	kritisch
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
Nr.	Nummer(n)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OGer	Obergericht
OLG	Oberlandesgericht (D)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches: Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
recht	recht: Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
s.o.	siehe oben
sog.	so genannt(en)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts

StGB	Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
u.a.	unter anderem
u.Ä.	und Ähnliche(s)
u.U.	unter Umständen
usw.	und so weiter
v.	vom/von/versus
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer(n)
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (D)
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend

Quellenverzeichnis

Literatur

Die nachfolgend aufgeführten Publikationen werden mit dem Namen des Verfassers oder der Verfasserin zitiert und gegebenenfalls mit dem in Klammern gesetzten Stichwort. Auf weiterführende, in diesem Verzeichnis nicht enthaltene Literatur wird in den Fussnoten an den einschlägigen Stellen verwiesen.

- Adamczak Bini, Come on. Über die Erfindung eines neuen Wortes, das sich aufdrängt – und unser Sprechen über Sex revolutionieren wird, online erschienen am 08.03.2016 auf <https://missy-magazine.de/blog/2016/03/08/come-on/> (zit. Adamczak, Über die Erfindung eines neuen Wortes)
- Amelung Knut, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes. Eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik, Berlin 1981 (zit. Amelung, Die Einwilligung)
- Amelung Knut, Die Einwilligung des Unfreien. Das Problem der Freiwilligkeit bei der Einwilligung eingesperrter Personen, in: ZStW 95, 1983, S. 1 ff. (zit. Amelung, Die Einwilligung des Unfreien)
- Amelung Knut, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil I), in: ZStW, 104, 1992, S. 525 ff. (zit. Amelung, Einwilligungsfähigkeit I)
- Amelung Knut, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil II), in: ZStW, 104, 1992, S. 821 ff. (zit. Amelung, Einwilligungsfähigkeit II)
- Amelung Knut, Willensmängel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem, in: ZStW 109, 1997, S. 490 ff. (zit. Amelung, Willensmängel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem)
- Amelung Knut, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, Berlin 1998 (zit. Amelung, Irrtum und Täuschung)
- Amelung Knut, Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm, in: GA 1999, S. 183 ff. (zit. Amelung, Freiheit und Freiwilligkeit)
- Amelung Knut, Statement, in: Hillenkamp/Tag (Hrsg.), Intramurale Medizin – Gesundheitsfürsorge zwischen Heilauftrag und Strafvollzug, Berlin 2005, S. 81 ff. (zit. Amelung, Statement)
- Amelung Knut/Eymann Frieder, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, in: JuS, 41, 10, 2001, S. 937 ff.
- Anderson Michelle, All-American Rape, in: St. John's Law Review, 79, 3, 2005, S. 625 ff. (zit. Anderson, All-American Rape)

- Anderson Scott A., Conceptualizing Rape as Coerced Sex, in: *Ethics* 127, 2016, S. 50 ff. (zit. Anderson, Rape as Coerced Sex)
- Anderson Peter/Struckman-Johnson Cindy, Coercion (by sexually aggressive women) in: Soble (Hrsg.), *Sex from Plato to Paglia, A Philosophical Encyclopedia*, Vol. 1, Westport 2006, S. 169 ff.
- Archard David, *Sexual Consent*, Westview 1998 (zit. Archard, Sexual Consent)
- Archard David, *Children: Rights & Childhood*, 2. Aufl., London 2004 (zit. Archard, Children)
- Archard David, The Wrong of Rape, *Philosophical Quarterly*, 57, 228, 2007, S. 374 ff. (zit. Archard, The Wrong of Rape)
- Arzt Gunther, *Willensmängel bei der Einwilligung*, Frankfurt a.M. 1971 (zit. Arzt, Willensmängel)
- Arzt Gunther, Das neue Sexualstrafrecht der Schweiz, in: *Kriminalistik* 5/1993, S. 347 ff. (zit. Arzt, Das neue Sexualstrafrecht)
- Ashworth Andrew/Horder Jeremy, *Principles of Criminal Law*, 7. Aufl., Oxford 2013 (zit. Ashworth/Horder, Principles of Criminal Law)
- Asp Petter, M.C. v. Bulgaria – A Swedish Perspective, in: *Scandinavian Studies in Law*, 54, 2009, S. 192 ff. (zit. Asp, A Swedish Perspective)
- Bancroft John, *Grundlagen und Probleme menschlicher Sexualität*, Stuttgart 1985, (zit. Bancroft, Grundlagen)
- Basler Kommentar, *Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO*, hrsg. von Niggli/Heer/Wiprächtiger, 2. Aufl., Basel 2014
- Basler Kommentar, *Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz*, hrsg. von Niggli/Wiprächtiger, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK-Bearbeiter)
- Basler Kommentar, *Strafrecht II, Art. 111-392 StGB*, hrsg. von Niggli/Wiprächtiger, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK-Bearbeiter)
- Basler Kommentar, *Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, hrsg. von Honsell/Vogt/Geiser, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK-Bearbeiter, ZGB I, Art.)
- Baumann Peter, *Die Autonomie der Person*, Paderborn 2000 (zit. Baumann, Autonomie der Person)
- Baumann Jürgen/Weber Ulrich/Mitsch Wolfgang, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Lehrbuch*, 11. Aufl., Bielefeld 2003
- Beauchamp Tom/Childress James, *Principles of biomedical ethics*, 7. Aufl., New York 2012 (zit. Beauchamp/Childress, Principles)
- Beckert Sandra, Einwilligung und Einverständnis, in: *JA*, 7, 2013, S. 507 ff.

- Berlin Isaiah, *Four Essays on Liberty*, Oxford 1969
- Blume Lara/Wegner Kilian, Reform des § 177 StGB? – Zur Vereinbarkeit des deutschen Sexualstrafrechts mit Art. 36 der «Istanbul-Konvention», in: HRRS 9/2014, S. 357 ff. (zit. Blume/Wegner, Reform)
- Bogart John, On the Nature of Rape, in: *Public Affairs Quarterly*, 5, 2, 1991, S.117 ff.
- Bommer Felix, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2005, in: ZBJV 144, 2008, S. 1 ff. (zit. Bommer, Rechtsprechung 2005)
- Bottke Wilfried, Zum Rechtsgut der §§ 174 STGB, in: Dannecker et al. (Hrsg.), *Festschrift für Harro Otto*, Köln 2007, S. 535 ff. (Bottke, Rechtsgut)
- Bourke Joanna, *Rape: a history from 1860 to the present*, London 2007 (zit. Bourke, Rape)
- Bratman Michael E., Planning Agency, Autonomous Agency, in: Taylor (Hrsg.), *Personal Autonomy, New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral Philosophy*, Cambridge 2005, S. 33 ff. (zit. Bratman, Planning Agency, Autonomous Agency)
- Braun-Hülsmann Katrin, Die Einwilligung als Zurechnungsfrage unter Parallelisierung zur Betrugsdogmatik – mit besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen auf den ärztlichen Heileingriff, Frankfurt a.M. 2012 (zit. Braun-Hülsmann, Einwilligung als Zurechnungsfrage)
- Brockmann Michael, Das Rechtsgut des § 176 StGB. Zugleich ein Beitrag zur Leistungsfähigkeit des Rechtsgutsbegriffs als Hilfsmittel der Auslegung, Berlin 2015 (zit. Brockmann, Das Rechtsgut des § 176 StGB)
- Brodsky Alexandra, »Rape-Adjacent«: Imagining Legal Responses to Non-consensual Condom Removal, *Columbia Journal of Gender and Law*, Vol. 32, 2, 2017, S. 183 ff. (zit. Brodsky, Rape-Adjacent)
- Brumlik Micha, Wie ein Kugelblitz? Die Rätsel der kindlichen Sexualität, in: Quindeau/Brumlik (Hrsg.), *Kindliche Sexualität*, Weinheim 2012, S. 13 ff. (zit. Brumlik, Kindliche Sexualität)
- Bryden David, Redefining Rape, *Buffalo Criminal Law Review*, 3, 2000, S. 317 ff. (zit. Bryden, Redefining Rape)
- Buist Carrie L./Lenning Emily, *Queer Criminology*, New York 2016 (zit. Buist/Lenning, Queer Criminology)
- Burgess-Jackson Keith, Statutory Rape: A Philosophical Analysis, in: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1, 1995, S. 139 ff. (zit. Burgess-Jackson, Statutory Rape)

- Casta-Kaufteil Andrew, *The Old & the Restless: Mediating Rights to Intimacy for Nursing Home Residents with Cognitive Impairments*, *Journal of Medicine and Law*, 8, 2003-2004, S. 69 ff., (zit. Casta-Kaufteil, *The Old & the Restless*)
- Chalmers James/Leverick Fiona, *Fair labelling in criminal law*, in: *Modern Law Review*, 71, 2, 2008, S. 217 ff. (zit. Chalmers/Leverick, *Fair labelling*)
- Cirullies Birgit, *Stellungnahme in der Anhörung zu dem Antrag «Artikel 36 der Istanbul-Konvention umsetzen – bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller Gewalt und Vergewaltigung schließen»*, BT-Drs. 18/1969 (Cirullies, *Stellungnahme*)
- Corboz Bernard, *Les infractions en droit suisse*, Volume I, 3. Aufl., Bern 2010 (zit. Corboz, *Infractions*)
- Coughlin Anne, *Sex and Guilt*, *Virginia Law Review*, 84, 1, 1998, S. 1 ff. (zit. Coughlin, *Sex and Guilt*)
- Dempsey Michelle Madden, *Victimless Conduct and the Volenti Maxim: How Consent Works*, *Criminal Law and Philosophy* 7, 2013, S. 11 ff. (zit. Dempsey, *How Consent Works*)
- Dempsey Michelle Madden/Herring Jonathan, *Why Sexual Penetration Requires Justification*, in: *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, 3, 2007, S. 467 ff. (Dempsey/Herring, *Why Sexual Penetration Requires Justification*)
- Dietlein Johannes, *Grundrechtliche Schutzpflichten*, Berlin 1992 (zit. Dietlein, *Grundrechtliche Schutzpflichten*)
- Donatsch Andreas, *Strafrecht III – Delikte gegen den Einzelnen*, 10. Aufl., Zürich 2013 (zit. Donatsch, *Strafrecht III*)
- Donatsch Andreas/Tag Brigitte, *Strafrecht I – Verbrechenslehre*, 9. Aufl., Zürich 2013
- Dougherty Tom, *Sex, Lies, and Consent*, in: *Ethics*, 123, 2013, S. 717 ff.
- Dougherty Tom, *No Way Around Consent: A Reply to Rubenfeld on »Rape-by-Deception.«* in: *Yale Law Journal Online*, 123, 2013, S. 321 ff. (zit. Dougherty, *No Way Around Consent*)
- Drerup Johannes, *Paternalismus, Perfektionismus und die Grenzen der Freiheit*, Paderborn 2013 (zit. Drerup, *Paternalismus*)
- Dripps Donald, *Beyond Rape: An Essay on the Difference Between the Presence of Force and the Absence of Consent*, in: *Columbia Law Review* 92, 1992, S. 1780 ff. (zit. Dripps, *Beyond Rape*)

- Dsouza Mark, *Undermining Prima Facie Consent in the Criminal Law, Law and Philosophy*, 33, 4, 2013, S. 489 ff. (zit. Dsouza, *Undermining Prima Facie Consent*)
- Dubinsky Karen, *Improper Advances: Rape and Heterosexual Conflict in Ontario, 1880–1929*, Chicago 1993 (zit. Dubinsky, *Improper Advances*)
- Dworkin Gerald, *Acting Freely*, *Noûs* 4, 1970, 367 ff. (zit. Dworkin, *Acting Freely*)
- Eisele Jörg, *Stellungnahme in der Anhörung zu dem Antrag «Artikel 36 der Istanbul-Konvention umsetzen – bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller Gewalt und Vergewaltigung schließen»*, BT-Drs. 18/1969 (zit. Eisele, *Stellungnahme*)
- Eisele Jörg, *Ist die «Einverständnislösung» zwingend vor dem Hintergrund der Istanbul-Konvention? Stellungnahme im Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht vom 19.07.2017*, S. 913 ff. (zit. Eisele, *Abschlussbericht*)
- Eisenhuth Gregor, *Stellungnahme in der Anhörung zu dem Antrag «Artikel 36 der Istanbul-Konvention umsetzen – bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller Gewalt und Vergewaltigung schließen»*, BT-Drs. 18/1969 (zit. Eisenhuth, *Stellungnahme*)
- Elsner Erich/Steffen Wiebke – *Vergewaltigung und sexuelle Nötigung in Bayern*, München 2005, abrufbar unter: https://www.polizei.bayern.de/content/4/3/7/vergewaltigung_und_sexuelle_n_tigung_in_bayern_bpfi.pdf (zit. Elsner/Steffen, *Studie Bayern*)
- Estrich Susan, *Real Rape*, Cambridge 1987 (zit. Estrich, *Real Rape*)
- Estrich Susan, *Rape*, in: *The Yale Law Journal*, 95, 6, 1986, S. 1087 ff. (zit. Estrich, *Rape*)
- Falk Patricia, *Rape by Fraud and Rape by Coercion*, *Brooklyn Law Review* 64, 1998, S. 39 ff. (zit. Falk, *Rape by Fraud*)
- Falk Patricia, *Not Logic, but Experience: Drawing on Lessons from the Real World in Thinking About the Riddle of Rape-by-Fraud*, in: *Yale Law Journal Online*, 123, 2013, S. 353 ff. (zit. Falk, *Not Logic, but Experience*)
- Fateh-Moghadam Bijan, *Die Einwilligung in die Lebendorganspende. Die Entfaltung des Paternalismusproblems im Horizont differenter Rechtsordnungen am Beispiel Deutschlands und Englands*, München 2008 (zit. Fateh-Moghadam, *Die Einwilligung in die Lebendorganspende*)
- Fateh-Moghadam Bijan, *Grenzen des weichen Paternalismus. Blinde Flecken der liberalen Paternalismuskritik*, in: Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossen-

- kuhl (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, Stuttgart 2009 (zit. Fateh-Moghadam, Grenzen des weichen Paternalismus)
- Fateh-Moghadam Bijan, Religiös-weltanschauliche Neutralität und Geschlechterordnung: Strafrechtliche Burka-Verbote zwischen Paternalismus und Moralismus, Preprints and Working Papers of the Center for Religion and Modernity, Münster 2013 (zit. Fateh-Moghadam, Burka-Verbote)
- Fateh-Moghadam Bijan/Gutmann Thomas, Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of «Soft Paternalism», Ethical Theory and Moral Practice, 17, 3, 2014, S. 383 ff. (zit. Fateh-Moghadam/Gutmann, Governing [through] Autonomy)
- Feinberg Joel, The Moral Limits of the Criminal Law 3: Harm to Self, Oxford 1986 (zit. Feinberg, Harm to Self)
- Fischer Thomas, Noch einmal: § 177 StGB und die Istanbul-Konvention. Entgegnung auf Hörnle, ZIS 2015, 206, in: ZIS 6/2015, S. 312 ff. (zit. Fischer, Entgegnung)
- Forst Rainer, Kontexte der Gerechtigkeit. Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus, Frankfurt/Main 2004 (zit. Forst, Kontexte der Gerechtigkeit)
- Frankfurt Harry, The Freedom of the Will and the Concept of a Person, in: The Importance of What We Care About, Cambridge 1988 (zit. Frankfurt, The Freedom of the Will)
- Frankfurt Harry, Coercion and Moral Responsibility, in: Honderich (Hrsg.), Essays on Freedom of Action, London 1973, S. 65 ff. (zit. Frankfurt, Coercion and Moral Responsibility)
- Freytag Tom, Bemerkung zum Entscheid des Bundesgerichts, Kassationshof, 4.5.1999, Staatsanwaltschaft des Kantons Waadt c. S. (6S.865/1998); Nichtigkeitsbeschwerde, in: AJP 2000, S. 121 ff. (zit. Freytag, AJP)
- Gardner John, Reasonable Reactions to the Wrongness of Rape, Oxford Legal Studies Research Paper No. 7/2016 (zit. Gardner, Reasonable Reactions)
- Gardner John, The Opposite of Rape, University of Oxford Legal Research Paper Series, Paper No. 6/2016 (zit. Gardner, The Opposite of Rape)
- Gardner John/Shute Stephen, The Wrongness of Rape, in: John Gardner (Hrsg.), Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law, Oxford 2007, S. 1 ff. (zit. Gardner/Shute, The Wrongness of Rape)
- Gatterer Gerald, Menschen mit Demenz sind auch Männer und Frauen, in: pflegen: Demenz. Zeitschrift für die professionelle Pflege von Personen mit Demenz, 8, 2008, S. 7 ff. (zit. Gatterer, Menschen mit Demenz)

- Gauthier Jeffrey, Consent, Coercion, and Sexual Autonomy, in: Burgess-Jackson (Hrsg.), *A most Detestable Crime*, New York 1999, S. 71 ff. (zit. Gauthier, Sexual Autonomy)
- Geerds Friedrich, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten*, Kiel 1953 (zit. Geerds, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten*)
- Göbel Alfred, *Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts*, Frankfurt a.M. 1992 (zit. Göbel, *Einwilligung*)
- Goedelt Katja, *Vergewaltigung und sexuelle Nötigung – Untersuchung der Strafverfahrenswirklichkeit*, Göttingen 2010 (zit. Goedelt, *Strafverfahrenswirklichkeit*)
- Graupner Helmut, *Der juristische Blick: Sexualität und Recht – zwischen Schutz und Bevormundung*, in: Busch (Hrsg.), *Sexuelle und reproduktive Gesundheit und Rechte*, Baden-Baden 2010, S. 169 ff. (zit. Graupner, *Sexualität und Recht*)
- Graven Philippe, *L’infraction pénale punissable*, 2. Aufl., aktualisiert durch Sträuli Bernhard, Bern 1995 (zit. Graven/Sträuli)
- Green Stuart, *Consent and the Grammar of Theft Law*, in: *Cardozo Law Review*, 28, 6, 2007, S. 2505 ff. (zit. Green, *Consent and the Grammar of Theft Law*)
- Green Stuart, *Lies, Rape, and Statutory Rape*, in: A. Sarat (Hrsg.), *Law and Lies: Deception and Truth-Telling in the American Legal System*, Cambridge 2015, S. 194 ff. (zit. Green, *Lies, Rape, and Statutory Rape*)
- Gross Aeyal, *Rape by Deception and the Policing of Gender and Nationality Borders*, in: *Tulane Journal of Law & Sexuality*, 24, 2015, S. 1 ff. (zit. Gross, *Rape by Deception*)
- Günter Michael, *Vortrag vor der Reformkommission zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des besonderen Teils des Strafgesetzbuches am 10.07.2015, Stellungnahme im Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht vom 19.07.2017*, S. 984 ff. (zit. Günter, *Abschlussbericht*)
- Gutmann Thomas, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, München 2001 (zit. Gutmann, *Freiwilligkeit*)
- Gutmann Thomas, *Zur philosophischen Kritik des Rechtspaternalismus*, in: Schroth/Schneewind/Fateh-Moghadam (Hrsg.), *Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende*, Göttingen 2006, S. 189 ff. (zit. Gutmann, *Rechtspaternalismus*)
- Gutmann Thomas, *Is «Autonomy Talk» Misleading*, unveröffentlichtes Manuskript (zit. Gutmann, *Autonomy Talk*)

- Gutmann Thomas, Voluntary Consent, in: Schaber/Müller (Hrsg.), The Routledge Handbook of the Ethics of Consent, London 2018, S. 211 ff. (zit. Gutmann, Voluntary Consent)
- Gutmann Thomas/Schroth Ulrich, Organlebenspende in Europa. Rechtliche Regelungsmodelle, ethische Diskussion und praktische Dynamik, Berlin 2002
- Gutwald Rebecca, Autonomie, Rationalität und Perfektionismus – Probleme des weichen Paternalismus im Rechtfertigungsmodell der Bounded Rationality, in: Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, Stuttgart 2009, S. 73 ff. (zit. Gutwald, Probleme des weichen Paternalismus)
- Gysi Jan, Fünf Konzepte zur Veranschaulichung komplexer Dynamiken bei sexualisierter Gewalt, in: Gysi/Rüegger (Hrsg.), Handbuch sexualisierte Gewalt. Therapie, Prävention und Strafverfolgung, Bern 2018, S. 75 ff. (zit. Gysi, Fünf Konzepte)
- Hampton Jean, Defining Wrong and Defining Rape, in: Burgess-Jackson (Hrsg.), A most Detestable Crime, New York 1999, S. 118 ff. (zit. Hampton, Defining Wrong and Defining Rape)
- Hangartner Peter, Selbstbestimmung im Sexualbereich – Art. 188 bis 193 StGB, St. Gallen 1998 (zit. Hangartner, Selbstbestimmung)
- Heinzl Kathrin, Prostitution im Schweizer Strafrecht. Die Strafbarkeit von Prostituierten, Zuhältern und Freiern, Zürich 2016 (zit. Heinzl, Prostitution)
- Henderson Lynne, Rape and Responsibility, in: Law and Philosophy, 11/2, 1992, S. 127 ff. (zit. Henderson, Rape and Responsibility)
- Herrath Frank, Menschenrecht trifft Lebenswirklichkeit: Was behindert Sexualität? in: Clausen/Herrath (Hrsg.), Sexualität leben ohne Behinderung. Das Menschenrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, Stuttgart 2012, S. 19 ff. (zit. Herrath, Lebenswirklichkeit)
- Herring Jonathan, Rape and the Definition of Consent, in: NLSI Rev., 26, 2014, S. 62 ff. (zit. Herring, Rape and the Definition of Consent)
- Herring Jonathan, Mistaken Sex, in: Criminal Law Review, 2005, S. 511 ff. (zit. Herring, Mistaken Sex)
- Herring Jonathan/Dempsey Michelle, Rethinking criminal law's response to sexual penetration: on theory and context, in: McGlynn/Munro (Hrsg.), Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives, New York 2010, S. 30 ff. (zit. Herring/Dempsey, Rethinking criminal law's response to sexual penetration)

- Herrmann Anne, Missbrauchsgefahr durch Falschanzeigen, Stellungnahme im Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht vom 19.07.2017, S. 1007 ff. (zit. Herrmann, Abschlussbericht)
- Hillgruber Christian, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München 1992
- Honneth Axel, Dezentrierte Autonomie. Moralphilosophische Konsequenzen aus der modernen Subjektkritik, in: Menke/Seel (Hrsg.), Zur Verteidigung der Vernunft gegen ihre Liebhaber und Verächter, Frankfurt a.M. 1993, S. 149 ff. (zit. Honneth, Dezentrierte Autonomie)
- Horn Eckhard, Die Drohung mit einem erlaubten Übel: Nötigung?, in: NStZ 1983, 11, S. 497 ff. (zit. Horn, Die Drohung mit einem erlaubten Übel)
- Hörnle Tatjana, Tatproportionale Strafzumessung, Berlin 1999 (zit. Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung)
- Hörnle Tatjana, Der Irrtum über das Einverständnis des Opfers bei einer sexuellen Nötigung, in: ZStW 112, 2000, S. 356 ff. (zit. Hörnle, Irrtum)
- Hörnle Tatjana, Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, Frankfurt a.M. 2005 (zit. Hörnle, Grob anstößiges Verhalten)
- Hörnle Tatjana, Sexueller Missbrauch von Kindern: Reges Interesse in der Politik und den Sozialwissenschaften; unzureichende Schutzzweckdiskussion in der Strafrechtswissenschaft, in: Müller/Sander/Válková (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg, München 2009, S. 321 ff. (zit. Hörnle, FS Eisenberg)
- Hörnle Tatjana, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention: Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB, Gutachten erstellt für das Deutsche Institut für Menschenrechte, 2015, http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/Menschenrechtliche_Verpflichtungen_aus_der_Istanbul_Konvention_Ein_Gutachten_zur_Reform_des_Paragraf_177_StGB.pdf (zit. Hörnle, Gutachten)
- Hörnle Tatjana, Sexuelle Selbstbestimmung. Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen, in: ZStW, 127, 4, 2015, S. 851 ff. (zit. Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung)
- Hörnle Tatjana, Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte, in: ZIS 2015, S. 206 ff. (zit. Hörnle, Warum § 177 ergänzt werden sollte)
- Hörnle Tatjana, Wie § 177 StGB ergänzt werden sollte, in: GA 2015, S. 313 ff. (zit. Hörnle, Wie § 177 ergänzt werden sollte)
- Hörnle Tatjana, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, in: NStZ 1/2017, S. 13 ff. (zit. Hörnle, Verbesserung)

- Hörnle Tatjana, Dogmatische Einordnung von § 179 StGB auch mit Blick auf den Strafraum, Stellungnahme im Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht vom 19.07.2017, S. 1036 ff. (zit. Hörnle, Abschlussbericht I)
- Hörnle Tatjana, Geschütztes Rechtsgut des 13. Abschnitts und Verhältnis zu den geschützten Rechtsgütern der einzelnen Vorschriften, Stellungnahme im Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht vom 19.07.2017, S. 1041 ff. (zit. Hörnle, Abschlussbericht II)
- Hörnle Tatjana, Rape as Non-Consensual Sex, in: Schaber/Müller (Hrsg.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, London 2018, S. 235 ff. (zit. Hörnle, Rape as Non-Consensual Sex)
- Hoven Elisa, Nötigung durch Bestechlichkeit? – Ein Beitrag zum Verständnis der Nötigung durch Drohung mit einem rechtmässigen Unterlassen, in: *ZStW* 128, 1, 2016, S. 173 ff. (zit. Hoven, Nötigung durch Bestechlichkeit)
- Hurtado Pozo, *Droit pénal. Partie générale. Nouvelle édition refondue et augmentée*, Zürich 2008 (zit. Hurtado Pozo, *Partie générale*)
- Isensee Josef, in: Ders. u.a. (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band IX, *Allgemeine Grundrechtslehren*, Heidelberg 2011 (zit. Isensee, *Handbuch Staatsrecht*)
- Isfen Osman, Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten. Ein Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen, in: *ZIS* 4/2015, S. 217 ff. (zit. Isfen, *Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen*)
- Jäger Christian, *Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht*, Heidelberg 2006 (zit. Jäger, *Kategorialprinzipien*)
- Jakobs Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Berlin 1991 (zit. Jakobs, *Strafrecht AT*)
- Jakobs Günther, *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem*, München 1998 (zit. Jakobs, *Tötung auf Verlangen*)
- Jakobs Günther, Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt, in: Baumann/Tiedemann (Hrsg.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts*, Festschrift für Karl Peters, 1974, S. 69 ff. (zit. Jakobs, *FS Peters*)
- Jakobs Günther, *Nötigung – Darstellung der gemeinsamen Wurzel aller Delikte gegen die Person*, Paderborn 2015 (zit. Jakobs, *Nötigung*)
- Jeannerat Eloi, Quelle (dé-)pénalisation des amours juvéniles par la justice? Urteilsbesprechung des Entscheids 6B_485/2016, in: *ex ante* 1/2017, S. 50 ff. (zit. Jeannerat, *ex ante* 2017)

- Jenny Guido, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1998, in: ZBJV, 124, 1999, S. 617 ff. (zit. Jenny, Rechtsprechung 1998)
- Jenny Guido, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2000, in: ZBJV 139/2003, S. 363 ff. (zit. Jenny, Rechtsprechung 2000)
- Jenny Guido, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2002, in: ZBJV, 140, 2004, S. 713 ff. (zit. Jenny, Rechtsprechung 2002)
- Jenny Guido, Angriffe auf die sexuelle Freiheit: Art. 187 und 188 des schweizerischen Strafgesetzbuches, Basel 1977 (zit. Jenny, Angriffe)
- Jenny Guido/Schubarth Martin/Albrecht Peter, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil. 4. Band. Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie. Art. 187-200, Art. 213-220 StGB, Bern 1997 (zit. Jenny, Art.)
- Jerouschek Günter, Der irrtumsgeneigte Vergewaltigungstäter. Überlegungen zum Verhältnis von § 177 und § 223 StGB und zur Auffangfunktion von § 230 StGB im Strafprozess, in: JZ 1992, S. 227 ff. (zit. Jerouschek, Der irrtumsgeneigte Vergewaltigungstäter)
- Jescheck Hans-Heinrich/Weigend Thomas, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996 (zit. Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil)
- Jositsch Daniel/Conte Martina, Mindeststrafen bei sexuellen Handlungen gegenüber Kindern, in: AJP 2017, S. 368 ff. (zit. Jositsch/Conte, Mindeststrafen)
- Kant Immanuel, Kritik der praktischen Vernunft. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Band VII, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Wiesbaden 1974 (zit. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten)
- Kant Immanuel, Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Band VIII, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Wiesbaden 1977 (zit. Kant, Metaphysik der Sitten)
- Kelman Mark, Thinking About Sexual Consent, Stanford Law Review, 58, 3, 2000, S. 935 ff. (zit. Kelman, Sexual Consent)
- Kendall-Tackett Kathleen/Meyer Williams Linda/Finkelhor David, Die Folgen von sexuellem Missbrauch bei Kindern: Review und Synthese neuerer empirischer Studien, in: Amann/Wipplinger (Hrsg.), Sexueller Missbrauch – Überblick zu Forschung, Beratung und Therapie. Ein Handbuch. Tübingen 2005, S. 179 ff. (zit. Kendall-Tackett/Meyer/Finkelhor, Folgen von sexuellem Missbrauch)
- Kern Walter, Die Nötigung nach Art. 181 des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Zürich 1942 (zit. Kern, Die Nötigung)

- Kieler Marita, Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen, Berlin 2003 (zit. Kieler, Tatbestandsprobleme)
- Kiener Regina/Kälin Walter, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013 (Kiener/Kälin, Grundrechte)
- Killias Martin, Jugend und Sexualstrafrecht, Eine rechtssoziologische und rechtsvergleichende Untersuchung über die Bestimmungsgründe des Jugendschutzes im Sexualstrafrecht, dargestellt anhand der Geschichte des Tatbestandes der Unzucht mit Kindern, Bern 1979 (zit. Killias, Jugend und Sexualstrafrecht)
- Kindhäuser Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit. Kindhäuser, Strafrecht AT 2017)
- Kindhäuser Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Baden-Baden 2005 (zit. Kindhäuser, Strafrecht AT 2005)
- Kindhäuser Urs, Zur Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung, in: Rogall et al. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi, Neuwied 2004, S. 135 ff. (zit. Kindhäuser, FS Rudolphi)
- Kindhäuser Urs, Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug, in: ZStW 103, 1991, S. 398 ff. (zit. Kindhäuser, Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug)
- Kirby Michael, Sexuality and International Law: The New Dimension, in: European Human Rights Law Review 2014, S. 350 ff. (zit. Kirby, Sexuality and International Law)
- Kirste Stephan, Harter und weicher Rechtspaternalismus unter besonderer Berücksichtigung der Medizinethik, in: JZ 2011, S. 805 ff. (zit. Kirste, Harter und weicher Rechtspaternalismus)
- Klimpel Paul, Bevormundung oder Freiheitsschutz? Kritik und Rechtfertigung paternalistischer Vorschriften über das Leben, den Körper und die Sexualität im deutschen Recht, Frankfurt a.M. 2003 (zit. Klimpel, Bevormundung oder Freiheitsschutz)
- Knodel Klaus Dieter, Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, München u.a. 1962 (zit. Knodel, Der Begriff der Gewalt)
- Kratzer-Ceylan Isabel, Finalität, Widerstand, «Bescholtenheit» – Zur Revision der Schlüsselbegriffe des § 177 StGB, Berlin 2015 (zit. Kratzer-Ceylan, Schlüsselbegriffe)
- Krumm Jürg, Die Zukunft des Prostitutionsstrafrechts – Eine Auseinandersetzung über die etablierte Lehre, die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die normative Kraft der einschlägigen Tatbestände, Zürich 2014 (zit. Krumm, Prostitutionsstrafrecht)

- Kühl Kristian, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München 2016
- Kuhlen Lothar, Drohen mit einem Übel und Versprechen eines Vorteils – Zum Verhältnis von Nötigung und Bestechungsdelikten, Heidelberg 2018 (zit. Kuhlen, Drohen mit einem Übel)
- Kummer Kathrin, Sexuelle Belästigung nach Art. 198 StGB, Bern 2001 (zit. Kummer, Sexuelle Belästigung)
- Kussmann Michael, Einwilligung und Einverständnis bei Täuschung, Irrtum und Zwang, Bonn 1988 (zit. Kussmann, Einwilligung und Einverständnis)
- Lagodny Otto, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, Tübingen 1996 (Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte)
- Laubenthal Klaus, Handbuch Sexualstraftaten: Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, Wiesbaden 2012 (zit. Laubenthal, Sexualstraftaten)
- Lautmann Rüdiger, Soziologie der Sexualität, Weinheim 2002 (zit. Lautmann, Soziologie der Sexualität)
- Lebedkin Max, Der Ehebruch nach schweizerischem, deutschem und französischem Strafrecht, Bern 1943 (zit. Lebedkin, Ehebruch)
- Leipziger Kommentar, Grosskommentar zum Strafgesetzbuch, hrsg. von Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, Band 6, 12. Aufl., Berlin 2009 ff. (zit. LK-Bearbeiter)
- Lembke Ulrike, Warum die «Reform» des Sexualstrafrechts keine ist, Beitrag im Verfassungsblog vom 22.04.2016, abrufbar unter <http://verfassungsblog.de/warum-die-reform-des-sexualstrafrechts-keine-ist/> (zit. Lembke, Beitrag Verfassungsblog)
- Lembke Ulrike, Vergebliche Gesetzgebung. Die Reform des Sexualstrafrechts 1997/1998 als Jahrhundertprojekt und ihr Scheitern in und an der sogenannten Rechtswirklichkeit, Zeitschrift für Rechtssoziologie 34, 2014, S. 253 ff. (zit. Lembke, Vergebliche Gesetzgebung)
- Lenz Hannah, Die Jugendschutztatbestände im Sexualstrafrecht. Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht Jugendlicher und paternalistische Intentionen, Berlin 2016 (zit. Lenz, Jugendschutztatbestände)
- Lindsay Jaye, The Need for More Specific Legislation in Sexual Consent Capacity Assessments for Nursing Home Residents – How Grandpa Got His Groove Back, Journal of Legal Medicine, 31, 3, 2010, S. 303 ff. (zit. Lindsay, Sexual Consent Capacity)

- Loetz Francisca, *Sexualisierte Gewalt 1500 – 1850. Plädoyer für eine historische Gewaltforschung*, Frankfurt a.M. 2012 (Loetz, *Historische Gewaltforschung*)
- Lovett Jo/Kelly Liz, *Different systems, similar outcomes? Tracking attrition in reported rape cases across Europe*, London 2009, abrufbar unter <http://kunskapsbanken.nck.uu.se/nckkb/nck/publik/fil/visa/197/different> (zit. Lovett/Kelly, Study)
- Mackenzie Catriona/Stoljar Natalie, «Introduction: Autonomy Refigured», in: Mackenzie/Stoljar (Hrsg.), *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*, New York 2000 (zit. Mackenzie/Stoljar, *Autonomy Refigured*)
- MacKinnon Catherine, *Sexuality, Pornography, and Method: «Pleasure under Patriarchy»*, in: *Ethics* 99/2, 1989, S. 314 ff. (zit. MacKinnon, *Pleasure under Patriarchy*)
- Maier Philipp, *Die strafrechtliche Qualifikation der sexuellen Ausbeutung von Kindern*, in: *AJP* 1997, S. 857 ff. (zit. Maier, *AJP* 1997)
- Maier Philipp, *Umschreibung von sexuellen Verhaltensweisen im Strafrecht. Konkretisierung strafrechtlich relevanten Verhaltens aus juristischer und sexualwissenschaftlicher Sicht*, in: *AJP* 1999, S. 1387 ff. (zit. Maier, *AJP* 1999)
- Maier Philipp, *Die Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht: die Tatbestände sexuelle Nötigung (Art. 189) und Vergewaltigung (Art. 190) unter besonderer Berücksichtigung von sexual- und sozialwissenschaftlichen Grundlagen*, Zürich 1994 (zit. Maier, *Nötigungsdelikte*)
- Mañalich Juan Pablo, *Nötigung und Verantwortung. Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, Baden-Baden 2009 (zit. Mañalich, *Nötigung und Verantwortung*)
- Maywald Jörg, *Sexualpädagogik in der Kita. Kinder schützen, stärken, begleiten*, 2. Aufl., Freiburg i.B. 2015 (Maywald, *Sexualpädagogik*)
- McGregor Joan, *Bargaining Advantages and Coercion in the Market*, *Philosophy Research Archives*, 14, 1988, S. 23 ff. (zit. McGregor, *Bargaining Advantages*)
- McGregor Joan, *Force, Consent, and the Reasonable Woman*, in: Coleman/Buchanan (Hrsg.), *In Harm's Way: Essays in Honor of Joel Feinberg*, Cambridge University Press 1994, S. 231 ff. (zit. McGregor, *Reasonable Woman*)
- McGregor Joan, *Why When She Says No She Doesn't Mean Maybe and Doesn't Mean Yes: A Critical Reconstruction of Consent, Sex, and The*

- Law, in: Legal Theory, 2, 3, 1996, S. 175 ff. (zit. McGregor, A Critical Reconstruction of Consent)
- McGregor Joan, Is it Rape? On Acquaintance Rape and Taking Women's Consent Seriously, Ashgate 2005 (zit. McGregor, Is it Rape?)
- Messmer Hans Rudolf, Die Notzucht im schweizerischen Strafrecht, Zürich 1950 (Messmer, Die Notzucht)
- Meyer Maria-Katharina, Ausschluss der Autonomie durch Irrtum – Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung, Köln 1984 (zit. Meyer, Ausschluss der Autonomie)
- Mitsch Wolfgang, Rechtfertigung und Opferverhalten, Hamburg 2004 (zit. Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten)
- Moggi Franz, Sexuelle Kindsmisshandlung: Typische Folgen und Traumatherapien, in: Amann/Wipplinger (Hrsg.), Sexueller Missbrauch. Überblick zu Forschung, Beratung und Therapie. Ein Handbuch. Tübingen 2005, S. 213 ff. (zit. Moggi, Sexuelle Kindsmisshandlung)
- Moggi Franz/Hercek Vedrana, Sexuelle Übergriffe in der Psychotherapie, in: Amann/Wipplinger (Hrsg.) Sexueller Missbrauch - Überblick zu Forschung, Beratung und Therapie. Ein Handbuch, 2005 Tübingen, S. 777 ff. (zit. Moggi/Hercek, Sexuelle Übergriffe in der Psychotherapie)
- Mona Martino, Die Einwilligung, unveröffentlichte Habilitationsschrift
- Mück Herbert, Sexualität und Demenz, Begleitmanuskript zum gleichnamigen Fachtag am 25.04.2013 in Dortmund, (zit. Mück, Sexualität und Demenz)
- Muggli Sandra, Im Netz ins Netz – Pädokriminalität im Internet und der Einsatz von verdeckten Ermittlern und verdeckten Fahndern zu deren Bekämpfung, Zürich 2014 (zit. Muggli, Pädokriminalität im Internet)
- Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch, hrsg. von Joecks/Miebach, München 2017 (zit. MK-Bearbeiter)
- Murmann Uwe, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, Berlin 2005 (zit. Murmann, Selbstverantwortung des Opfers)
- Murphy Jeffrie G., Consent, Coercion, and Hard Choices, Virginia Law Review, 67, 1, 1981, S. 79 ff. (zit. Murphy, Hard Choices)
- Murphy Jeffrie G., Some Ruminations on Women, Violence, and the Criminal Law, in: Coleman/Buchanan (Hrsg.), In Harm's Way. Essays in Honor of Joel Feinberg, Cambridge University Press 1994, S. 209 ff. (zit. Murphy, Some Ruminations)
- Nicod-Paschoud Annik, Le viol. Etude du droit suisse en vigueur et des propositions de revision, Mauraz 1983 (Nicod-Paschoud, Le viol)

- Niggli Marcel Alexander, Urteilsbesprechung von 6S.170/1992, in: AJP 1994, S. 109 f. (zit. Niggli, AJP 1994)
- Niggli Marcel Alexander/Maeder Stefan, Beischlaf, parlamentarische Vorstösse und andere erregende Dinge, in: AJP 2016/9, S. 1159 ff. (zit. Niggli/Maeder, Erregende Dinge)
- Noll Peter, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, Basel 1955 (zit. Noll, Rechtfertigungsgründe)
- Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, hrsg. von Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 4. Aufl., Baden-Baden 2013 (zit. NK-Bearbeiter)
- Novotny Patricia, Rape Victims in the (Gender) Neutral Zone: The Assimilation of Resistance?, in: Seattle Journal for Social Justice, 1, 3, 2002, S. 743 ff. (Novotny, Rape Victims)
- Nydegger Micha, «Sexting» bei Jugendlichen – eine strafrechtliche Analyse, in: recht 2015, S. 40 ff. (zit. Nydegger, Sexting)
- Oberlies Dagmar, Selbstbestimmung und Behinderung. Wertungswidersprüche im Sexualstrafrecht?, in: ZStW 114, 1, 2002, S. 130 ff. (zit. Oberlies, Selbstbestimmung und Behinderung)
- Oberlies Dagmar, Der Stellenwert der Selbstbestimmung behinderter Menschen im Sexualstrafrecht, in: Zinsmeister (Hrsg.), Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen und das Recht, Opladen 2003 (zit. Oberlies, Der Stellenwert der Selbstbestimmung)
- Odenwald Steffen, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht unter besonderer Hervorhebung ärztlichen Handelns, Frankfurt a.M. 2004 (zit. Odenwald, Einwilligungsfähigkeit)
- Ohly Ansgar, Einwilligung und «Einheit der Rechtsordnung», in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günter Jakobs, Köln 2007, S. 451 ff. (zit. Ohly, FS Jakobs)
- Ohly Ansgar, «Volenti non fit iniuria» – die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen 2002 (zit. Ohly, Volenti)
- Okami Paul/Olmstead Richard/Abramson Paul R., Sexual Experiences in Early Childhood: 18-Year Longitudinal Data from the UCLA Family Lifestyles Project, The Journal of Sex Research, 34, 4, 1997, S. 339 ff. (zit. Okami/Olmstead/Abramson, Sexual Experiences in Early Childhood)
- Omlin Esther, Intersubjektiver Zwang & Willensfreiheit: eine Darlegung strafrechtlicher Zwangs- und Tatmittel unter besonderer Berücksichtigung von Drohung, List und Gewalt, Basel 2002 (zit. Omlin, Intersubjektiver Zwang)

- Oswald Katja, Weicher Paternalismus und das Verbot der Teilnahme untergebrachter Personen an klinischen Arzneimittelprüfungen, in: Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, Stuttgart 2009, S. 94 ff. (zit. Oswald, Weicher Paternalismus)
- Pawlik Michael, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, Köln u.a. 1999 (zit. Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug)
- Pawlik Michael, Das Unrecht des Bürgers, Tübingen 2012 (zit. Pawlik, Das Unrecht des Bürgers)
- Peralta José Milton, Chantage als Ausbeutung – Über das Unrecht der bedingten Androhung erlaubter Taten, in: ZStW 124, 4, 2012, S. 881 ff. (zit. Peralta, Chantage als Ausbeutung)
- Pieth Mark, Strafrecht. Besonderer Teil, Basel 2014 (zit. Pieth, Strafrecht BT)
- Pitea Cesare, Rape as a Human Rights Violation and a Criminal Offence: The European Court's Judgment in M.C. v. Bulgaria, Journal of International Criminal Justice, 3, 2, 2005, S. 447 ff. (zit. Pitea, Rape as a Human Rights Violation)
- Plassmann Reinhard, Weshalb Opfer sexueller Gewalt manchmal erst spät Anzeige erstatten, in: Gysi/Rüegger (Hrsg.), Handbuch sexualisierte Gewalt. Therapie, Prävention und Strafverfolgung, Bern 2018, S. 245 ff. (zit. Plassmann, Anzeige erstatten)
- Pohling Andrea, Sexualpädagogik und Sexualerziehung, in: Fegert et al. (Hrsg.), Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen. Ein Handbuch zur Prävention und Intervention für Fachkräfte im medizinischen, psychotherapeutischen und pädagogischen Bereich, Berlin 2015 (zit. Pohling, Sexualpädagogik und Sexualerziehung)
- Pope Thaddeus Mason, Is Public Health Paternalism Really Never Justified? A Response to Joel Feinberg, in: Oklahoma City University Law Review, 30, 3, 2005, S. 121 ff. (zit. Pope, Paternalism)
- Praxiskommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, hrsg. von Trechsel/Pieth, 3. Aufl., Zürich 2017 (zit. PK-Bearbeiter)
- Pundik Amit, Coercion and Deception in Sexual Relations, in: Canadian Journal of Law and Jurisprudence, 1, 2015, S. 97 ff. (zit. Pundik, Coercion and Deception)
- Puppe Ingeborg, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 3. Aufl., Baden-Baden 2016
- Puschke Martina, Schutz vor sexualisierter Gewalt gegen Menschen mit Behinderung: Nicht weniger als ein Menschenrecht, in: Clausen/Herrath (Hrsg.), Sexualität leben ohne Behinderung. Das Menschenrecht auf se-

xuelle Selbstbestimmung, Stuttgart 2012, S. 135 ff. (zit. Puschke, Sexualisierte Gewalt)

Queloz Nicolas, Une «diversité culturelle» appelée à disparaître? Le viol d'une personne de sexe féminin (art. 190 CPS) comme *lex specialis* de la contrainte sexuelle (art. 189 CPS), in: Queloz/Niggli/Riedo (Hrsg.), *Droit pénal et diversités culturelles. Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo*, Genf 2012, S. 441 ff. (zit. Queloz, «Diversité culturelle»)

Rabe Heike/von Normann Julia, Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen. Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht, Gutachten vom Juni 2014 für das Deutsche Institut für Menschenrechte (zit. Rabe/von Normann, Schutzlücken)

Raz Joseph, *Practical Reason and Norms*, Princeton 1990 (zit. Raz, *Practical Reason and Norms*)

Reed Elizabeth, *Criminal Law and the Capacity of Mentally Retarded Persons to Consent to Sexual Activity*, *Virginia Law Review*, 83, 4, 1997, S. 799 ff.

Reeves Sanday Peggy, *A Woman Scorned: Acquaintance Rape on Trial*, New York 1996 (zit. Reeves, *Acquaintance Rape*)

Rehberg Jörg, Das revidierte Sexualstrafrecht, in: *AJP* 1/1993, S.16 ff. (zit. Rehberg, *Das revidierte Sexualstrafrecht*)

Reipschläger Christiane, *Die Einwilligung Minderjähriger in ärztliche Heileingriffe und die elterliche Personensorge*, Frankfurt a.M. 2004 (zit. Reipschläger, *Die Einwilligung Minderjähriger*)

Reitan Eric, *Rape as an Essentially Contested Concept*, 16:2 *Hypatia*, 16, 2, 2001, S. 43 ff. (zit. Reitan, *Rape as an Essentially Contested Concept*)

Remick Lani Anne, *Read Her Lips: An Argument for a Verbal Consent Standard in Rape*, *University of Pennsylvania Law Review*, 141, 3, 1993, S. 1103 ff. (zit. Remick, *Verbal Consent*)

Renzikowski Joachim, *Lücken beim Schutz der sexuellen Selbstbestimmung aus menschenrechtlicher Sicht, Stellungnahme in der Anhörung zu dem Antrag «Artikel 36 der Istanbul-Konvention umsetzen – bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller Gewalt und Vergewaltigung schließen»*, BT-Drs. 18/1969 (zit. Renzikowski, *Stellungnahme*)

Rigopoulou Maria, *Grenzen des Paternalismus im Strafrecht*, Berlin 2013 (zit. Rigopoulou, *Grenzen des Paternalismus*)

Robbers Gerhard, *Sicherheit als Menschenrecht*, Baden-Baden 1987 (zit. Robbers, *Sicherheit als Menschenrecht*)

- Rönnau Thomas, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen 2001 (zit. Rönnau, Willensmängel)
- Rönnau Thomas, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung – zum Grundgedanken und Wirkgrund der Einwilligung im Strafrecht, in: Jura, 9, 2002, S. 595 ff. (zit. Rönnau, Freiheitsbetätigung)
- Rönnau Thomas, Voraussetzung und Grenzen der Einwilligung im Strafrecht, in: Jura, 10, 2002, S. 665 ff. (zit. Rönnau, Voraussetzung und Grenzen der Einwilligung)
- Rothaug Martin, Sexuelle Selbstbestimmung bei schwerer Behinderung, in: Clausen/Herrath (Hrsg.), Sexualität leben ohne Behinderung. Das Menschenrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, Stuttgart 2012, S. 147 ff. (Rothaug, Schwere Behinderung)
- Roxin Claus, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, in: Hauser/Rehberg/Stratenwerth (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, S. 275 ff. (zit. Roxin, FS Noll)
- Roxin Claus, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, in: Böse/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung, Berlin 2009, S. 269 ff. (zit. Roxin, FS Amelung)
- Roxin Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., München 2006 (zit. Roxin, AT)
- Rubinfeld Jed, The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy, in: Yale Law Journal, 122, 2013, S. 1372 ff. (Rubinfeld, The Riddle of Rape-by-Deception)
- Rudolf Beate, Menschenrechtliche Massstäbe für die Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen, in: STREIT 2/2014, S. 51 ff. (zit. Rudolf, Menschenrechtliche Massstäbe)
- Rudolf Beate/Eriksson Andrea, Women's Rights under International Human Rights Treaties: Issues of Rape, Domestic Slavery, Abortion and Domestic Violence, International Journal of Constitutional Law, 5/2007, S. 507 ff. (zit. Rudolf/Eriksson, Women's Rights)
- Rudolphi Hans-Joachim, Literaturbericht, in: ZStW, 86, 1974, S. 68 ff. (zit. Rudolphi, ZStW 1974)
- Rumney Philip, In Defence of Gender Neutrality Within Rape, in: Seattle Journal for Social Justice, 6, 1, 2007, S. 481 ff. (zit. Rumney, Gender Neutrality)
- Ryser Büschi Nadine, Familiäre Gewalt an Kindern. Eine Untersuchung der Umsetzung der staatlichen Schutzpflicht im Strafrecht, Zürich 2012 (zit. Ryser, Familiäre Gewalt)

- Ryser Nadine, Urteilsbesprechung zum Entscheid 6B_7/2011, in: *forumpoenale* 4/2011, S. 200 ff. (zit. Ryser, *forumpoenale*)
- Sanyal Mithu, *Vergewaltigung. Aspekte eines Verbrechens*, Hamburg 2016 (zit. Sanyal, *Vergewaltigung*)
- Scheidegger Nora, Vernehmlassungsantwort im Rahmen der Vernehmlassung zur Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention), vom 29. Januar 2016, S. 175 ff., abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/gewaltschutz/stgn-organisationen.pdf> (zit. Scheidegger, *Vernehmlassungsantwort*)
- Schiedermaier Stephanie, *Der Schutz des Privaten als internationales Grundrecht*, Tübingen 2012 (zit. Schiedermaier, *Der Schutz des Privaten*)
- Schmidt Gunter, *Das Verschwinden der Sexualmoral*, Hamburg 1996 (zit. Schmidt, *Das Verschwinden der Sexualmoral*)
- Schönke Adolf/Schröder Horst, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl. 2014 (zit. S/S-Bearbeiter)
- Schroeder Friedrich-Christian, Nötigung und Erpressung durch Forderung von Gegenleistungen?, in: *Juristenzeitung*, 1983, S. 284 ff. (zit. Schroeder, *Nötigung und Erpressung*)
- Schwaibold Matthias, Eine folgenschwere Dummheit. Urteilsbesprechung von 6B_1040/2013, in: *forumpoenale* 4/2016, S. 237 ff. (zit. Schwaibold, *Eine folgenschwere Dummheit*)
- Schulhofer Stephen, *Unwanted Sex, The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Harvard 1998 (zit. Schulhofer, *Unwanted Sex*)
- Schulhofer Stephen, Rape in the Twilight Zone: When Sex is Unwanted but not Illegal, *Suffolk University Law Review*, 38, 2005, S. 415 ff. (zit. Schulhofer, *Rape in the Twilight Zone*)
- Schweizerische Alzheimervereinigung, 144'000 Menschen mit Demenz in der Schweiz, Factsheet, 2016, abrufbar unter <http://www.alz.ch/index.php/zahlen-zur-demenz.html> (zit. Schweizerische Alzheimervereinigung, *Factsheet* 2016)
- Schweizerische Alzheimervereinigung, *Sexualität und Demenz*, Infoblatt 2012, abrufbar unter <http://www.alzbb.ch/pdf/ALZCH-Broschueren/Sexualitaet-und-Demenz.pdf> (zit. Schweizerische Alzheimervereinigung, *Sexualität und Demenz*)
- Seelmann Kurt/Geth Christopher, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Basel 2016

- Sharpe Alex, Queering Judgment. The Case of Gender Identity Fraud, online abrufbar unter <http://eprints.keele.ac.uk/3293/3/A%20Sharpe%20-%20Queering%20Judgement.pdf> (zit. Sharpe, Queering Judgment)
- Sharpe Alex, We Must Not Uphold Gender Norms at the Expense of Human Dignity, *New Statesman*, vom 01.05.2013 (zit. Sharpe, Human Dignity)
- Sick Brigitte, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, Berlin 1993 (zit. Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht)
- Sick Brigitte, Zweierlei Recht für zweierlei Geschlecht. Wertungswidersprüche im Geschlechterverhältnis am Beispiel des Sexualstrafrechts, in: *ZStW*, 103, 1, 1991, S. 43 ff. (zit. Sick, Zweierlei Recht)
- Sick Brigitte/Renzikowski Joachim, Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, Heidelberg 2006, S. 603 ff. (Sick/Renzikowski, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung)
- Sigusch Volkmar, Kultureller Wandel der Sexualität, in: Sigusch (Hrsg.), *Sexuelle Störungen und ihre Behandlung*, Stuttgart 1996, S. 16 ff. (zit. Sigusch, Kultureller Wandel der Sexualität)
- Specht Ralf, Professionelle Sexualitätsbegleitung von Menschen mit Behinderung, in: Clausen/Herrath (Hrsg.), *Sexualität leben ohne Behinderung. Das Menschenrecht auf sexuelle Selbstbestimmung*, Stuttgart 2012, S. 165 ff. (zit. Specht, Professionelle Sexualitätsbegleitung)
- StGB-Kommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch und weitere einschlägige Erlasse mit Kommentar zu StGB, JStG, den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG, hrsg. von Donatsch, 20. Aufl., Bern 2018 (zit. StGB-Kommentar, Bearbeiter)
- Stemple Lara/Meyer Ilan, The Sexual Victimization of Men in America: New Data Challenge Old Assumptions, *American Journal of Public Health*, 104, 6, 2014, S. 19 ff. (Stemple/Meyer, The Sexual Victimization of Men in America)
- Sternberg-Lieben Detlev, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen 1997 (Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung)
- Stief Matthias, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht, Berlin 2012 (zit. Stief, Einwilligungsfähigkeit)
- Stooss Carl, Die Schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt und im Auftrage des Bundesrathes, 1890 (zit. Stooss, Strafgesetzbücher)

- Stooss Carl, Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts im Auftrage des Bundesrathes vergleichend dargestellt, Band II, 1893 (Stooss, Grundzüge II)
- Stratenwerth Günter, Prinzipien der Rechtfertigung, in: ZStW 68, 1956, S. 41 ff. (zit. Stratenwerth, Prinzipien der Rechtfertigung)
- Stratenwerth Günter, Gibt es eigenhändige Delikte?, in: ZStrR 115, 1997, S. 86 ff., 91 f. (zit. Stratenwerth, Gibt es eigenhändige Delikte?)
- Stratenwerth Günter, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011
- Stratenwerth Günter, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006 (zit. Stratenwerth, AT II)
- Stratenwerth Günter/Jenny Guido/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I, 7. Aufl., Bern 2010
- Stratenwerth Günter/Wohlens Wolfgang, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013
- Suter-Zürcher Stefania, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern, Zürich 2003 (zit. Suter-Zürcher, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern)
- Systematischer Kommentar, Strafgesetzbuch, hrsg. von Rudolphi et al., Köln 2012 ff. (zit. SK-Bearbeiter)
- Tenenbaum Evelyn, To Be or to Exist: Standards for Deciding Whether Dementia Patients in Nursing Homes Should Engage in Intimacy, Sex, and Adultery, Indiana Law Review, 42, 3, 2009, S. 675 ff. (zit. Tenenbaum, To Be or to Exist)
- Tenthoff Christian, Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips, Berlin 2008 (zit. Tenthoff, Tötung auf Verlangen)
- Timpe Gerhard, Die Nötigung, Berlin 1989 (zit. Timpe, Die Nötigung)
- Trebilcock Michael, The Limits of Freedom of Contract, Cambridge 1993 (zit. Trebilcock, The Limits of Freedom of Contract)
- Trechsel Stefan, Fragen zum neuen Sexualstrafrecht, in: ZBJV 129, 1993, S. 575 ff. (zit. Trechsel, Fragen)
- Trechsel Stefan/Noll Peter/Pieth Mark, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil. Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 7. Aufl., Zürich 2017
- Tschan Werner, Missbrauchtes Vertrauen. Sexuelle Grenzverletzungen in professionellen Beziehungen. Ursachen und Folgen, 2. Aufl., Basel 2005 (zit. Tschan, Missbrauchtes Vertrauen)

- Tuerkheimer Deborah, Sex Without Consent, Yale Law Journal Online, 123, 2013, S. 335 ff. (zit. Tuerkheimer, Sex Without Consent)
- von Arnould Andreas, Völkerrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2016
- Walter Tonio, Zu früh und zu weit – der aktuelle Referentenentwurf eines Gesetzes zur «Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung», in: JR 2016, S. 361 ff. (zit. Walter, Zu früh und zu weit)
- Wapler Friederike, Kinderrechte und Kindeswohl. Eine Untersuchung zum Status des Kindes im Öffentlichen Recht, Tübingen 2015 (zit. Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl)
- Weigend Thomas, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, in: ZStW 98 (1986), S. 44 ff. (zit. Weigend, Begründung der Straflosigkeit)
- Weissenberger Philippe, Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten gegen Leib und Leben, Bern 1996 (zit. Weissenberger, Die Einwilligung)
- Wertheimer Alan, Coercion, Princeton 1987 (zit. Wertheimer, Coercion)
- Wertheimer Alan, Exploitation, Princeton 1996 (zit. Wertheimer, Exploitation)
- Wertheimer Alan, Consent to Sexual Relations, Cambridge 2003 (zit. Wertheimer, Consent to Sexual Relations)
- Wertheimer Alan, What is Consent? And Is It Important?, in: Buffalo Criminal Law Review, 3, 2000, S. 557 ff. (zit. Wertheimer, What is Consent?)
- Wessels Johannes/Beulke Werner/Satzger Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 47. Aufl. 2017
- West Robin, Sex, Law, and Consent, in: Miller/Wertheimer (Hrsg.), The Ethics of Consent: Theory and Practice, Oxford 2009, S. 221 ff. (zit. West, Consent)
- Westen Peter, The Logic of Consent – The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct, Aldershot 2004 (zit. Westen, The Logic of Consent)
- Westen Peter, Some Common Confusions About Consent in Rape Cases, in: OSJCL, 2, Nr. 1, 2004, S. 332 ff. (zit. Westen, Common Confusions)
- Wiprächtiger Hans, Das geltende Sexualstrafrecht – eine kritische Standortbestimmung: (aktuelle Praxis des Bundesgerichts zum Sexualstrafrecht 1999-2006), in: ZStrR 125, 2007, S. 280 ff. (zit. Wiprächtiger, ZStrR 125)
- Young Cathy, Crying Rape: False rape accusations exist, and they are a serious problem, abrufbar unter http://www.slate.com/articles/double_x/

[doublex/2014/09/false_rape_accusations_why_must_be_pretend_they_never_happen.html?via=gdpr-consent](https://www.doublex.com/2014/09/false-rape-accusations-why-must-be-pretend-they-never-happen.html?via=gdpr-consent) (zit. Young, Crying Rape)

Yung Corey Rayburn, Rape Law Fundamentals, in: Yale Journal of Law and Feminism, 27, 2015, S. 1 ff. (zit. Yung, Rape Law Fundamentals)

Zemp Aiha, Sexualisierte Gewalt gegen Menschen mit Behinderung in Institutionen, Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie 51, 8, 2002, S. 610 ff. (zit. Zemp, Sexualisierte Gewalt)

Zinsmeister Julia, Hat der Staat den Bürger*innen Sexualität zu ermöglichen? in: Lembke (Hrsg.), Regulierungen des Intimen. Sexualität und Recht im modernen Staat, Wiesbaden 2016, S. 71 ff. (zit. Zinsmeister, Sexualität ermöglichen)

Zipf Heinz, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, Neuwied 1970 (zit. Zipf, Einwilligung und Risikoübernahme)

Materialien

«BBl 1985 1099 ff.»

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie) vom 26.06.1985 BBl 1985 1099 ff.

«BBl 2012 7571 ff.»

Botschaft 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) vom 04.07.2012 BBl 2012 7571 ff.

«BBl 2013 661 ff.»

Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 19.12.2012 BBl 2013 661 ff.

«BBl 2016 6115 ff.»

Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 123c BV) vom 03.06.2016 BBl 2016 6115 ff.

«BBl 2017 185 ff.»

Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention) vom 02.12.2016 BBl 2017 185 ff.

«BBl 2017 4275»

Bundesbeschluss über die Genehmigung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 16.06.2017.

«BBl 2018 2827 ff.»

Botschaft zur Harmonisierung der Strafraumen und zur Anpassung des Nebenstrafrechts an das geänderte Sanktionenrecht vom 25.04.2018 BBl 2018 2827 ff.

«BBl 2018 2959 ff.»

Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafraumen.

«Erläuternder Bericht zur Istanbul-Konvention»

Erläuternder Bericht zur Europaratskonvention gegen Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt, deutsche Übersetzung online abrufbar unter <https://rm.coe.int/1680462535>

«Erläuternder Bericht zur Harmonisierungsvorlage»

Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht vom September 2010.

Einleitung

Den Ausschlag für diese Untersuchung hat ein einzelner bundesgerichtlicher Entscheid gegeben, auf den ich eher zufällig gestossen war. Der dem Urteil 6B_912/2009 vom 22.02.2010 zugrundeliegende Fall betraf einen Mann, der mit seiner Bekannten gegen deren Willen Geschlechtsverkehr hatte und deshalb der Vergewaltigung beschuldigt wurde. Zu meinem Erstaunen bestätigte das Bundesgericht den vorinstanzlichen Freispruch. Ich war skeptisch: Ein Mann vollzieht gegen den explizit geäusserten Willen seiner weinenden Bekannten den Geschlechtsverkehr und wird dennoch vom Vorwurf der Vergewaltigung freigesprochen? Diese anfängliche Skepsis verstärkte sich bei einer näheren Auseinandersetzung mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung und führte letztlich zu einer eingehenden Auseinandersetzung mit dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung und dem geltenden Sexualstrafrecht.

Diese Untersuchung gliedert sich in drei Teile. Im ersten Teil sollen die theoretischen Grundlagen erarbeitet werden. Anhand einer Auseinandersetzung mit den Konzepten «Autonomie» und «Einwilligung» sollen Inhalt und Dimensionen des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung näher bestimmt werden, um anschliessend die völkerrechtlichen Verpflichtungen zum Schutz dieses Rechts genauer zu betrachten. Im zweiten Teil soll eine kritische Standortbestimmung vorgenommen werden. Zu diesem Zweck werden die Tatbestände des geltenden Schweizer Sexualstrafrechts näher betrachtet und dabei systematisch in den Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung gestellt. Dabei sollen Inkohärenzen und gewisse «Lücken» beim Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung sauber herausgearbeitet werden. Wo es vertretbar erscheint, werden auch alternative Auslegungsmöglichkeiten der geltenden Tatbestände vorgestellt, die einen umfassenderen strafrechtlichen Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung ermöglichen würden. Der dritte Teil bildet gewissermassen die Synthese der vorangegangenen Teile und kann als Plädoyer für eine Neuregelung des Sexualstrafrechts verstanden werden. Ausgehend von der Prämisse, dass das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung umfassenden strafrechtlichen Schutz verdient, wird eingehend dargelegt, inwieweit im geltenden Sexualstrafrecht Änderungsbedarf besteht. Es soll gezeigt werden, dass es sich sowohl aus grundsätzlichen Überlegungen als auch aufgrund der völkerrechtlichen Verpflichtungen anbietet, das schweizerische Sexualstrafrecht neu zu regeln bzw. zu ergänzen.

1. Teil: Grundlagen

§ 1 Sexuelle Selbstbestimmung

I. Autonomie und Selbstbestimmung

A. Autonomie – Begriffsklärungen

«Autonomie», «(Recht auf) Selbstbestimmung», «Freiheit» und «Freiwilligkeit» sind Begriffe, die in beinahe jeder Abhandlung zum Thema «Sexuelle Selbstbestimmung» auftauchen. Sie allesamt sind «schillernde» Begriffe, die in höchst unterschiedlichen Bedeutungen verwendet wurden und werden.¹ Dies gilt ganz besonders für den Terminus «Autonomie». Zur Klärung des Begriffs kann die Unterscheidung herangezogen werden, die Feinberg vorgenommen hat:² Autonomie kann einerseits die Bedeutung einer grundsätzlichen Fähigkeit (*capacity*) haben, d.h. die Fähigkeit einer Person, ihr Leben selbst zu bestimmen. Autonomie kann aber auch die Bedeutung als aktueller, tatsächlicher Zustand haben (*actual condition*), also als Zustand relativ zu einer konkreten Entscheidung. Drittens kann Autonomie auch als Ideal (*ideal*) gemeint sein oder aber viertens als (moralisches) Recht (*sovereign authority*). Von grosser Relevanz ist hier insbesondere die Unterscheidung der beiden letzten Bedeutungsvarianten. Gutmann weist darauf hin, dass hier die Einsicht wesentlich ist, dass es sich nicht um zwei unterschiedliche Dimensionen ein- und desselben Konzepts, sondern um voneinander unabhängige Konzepte mit unterschiedlichen normativen Funktionen handelt, die klar auseinandergehalten werden müssen.³ Der Begriff «Autonomie» dient in der Philosophie meist zur Umschreibung eines *Ideals*, dem sich die meisten Menschen nur annähern können.⁴ Dabei können prozeduralistische Modelle einerseits, die wertneutral auf die internen reflexiven Vorgänge und die Authentizität der getroffenen Entscheidungen abstellen, und substantivistische Modelle andererseits, die

¹ Vgl. Rönau, Willensmängel, 200; Gutmann, Freiwilligkeit, 201; Feinberg, Harm to Self, 27 ff.; Honneth, Dezentrierte Autonomie, 152 ff.; zur unterschiedlichen Verwendung des Begriffs «Autonomie»; vgl. auch Beauchamp/Childress, Principles, 137 f., und Pope, Paternalism, 181 f., in Bezug auf die unterschiedliche Verwendung des Begriffs «Freiwilligkeit».

² Feinberg, Harm to Self, 28 ff.

³ Gutmann, Autonomy Talk, 11.

⁴ Gutmann, Freiwilligkeit, 6; Fateh-Moghadam/Gutmann, Governing [through] Autonomy, 389; vgl. auch Gutwald, Probleme des weichen Paternalismus, 82 ff.

zusätzlich noch auf die Fähigkeit, das moralisch Richtige zu erkennen, abstellen, unterschieden werden.⁵

- 4 Autonomie als Zuschreibung *normativer Zuständigkeit* für Entscheidungen über den eigenen Lebensbereich meint hingegen, dass Personen, die ein Minimum an geistigen Fähigkeiten haben, auch dann ein Recht auf Selbstbestimmung in eigenen Angelegenheiten zugestanden wird, wenn ihre aktuellen Handlungen gerade nicht als Verwirklichung einer bestimmten Idealvorstellung eines autonomen Lebens (als Ideal) erscheinen.⁶ Insofern können die Konzepte Autonomie als Recht auf Selbstbestimmung und Autonomie als Ideal in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen.⁷ Gutmann veranschaulicht dies hervorragend an folgendem Beispiel:
- 5 «If, in one of my existentialist moods, I quit my job, sell my house, and leave my partner voluntarily, but in a manner that rejects my biographical narrative so far, my rational life plan, and the relational nexus of my autonomy, I nevertheless have to take moral (and legal) responsibility for the moral (and legal) consequences of my decisions and acts. And this is because «thick» concepts of autonomy, on the one hand, and the right to self-determination, on the other are functionally independent concepts with different normative functions and must be clearly distinguished.»⁸
- 6 Die Begriffe Selbstbestimmungsrecht und Autonomie können also nur dann synonym verwendet werden, wenn damit jeweils ein *Rechtsanspruch* gemeint ist.⁹
- 7 Das Recht auf Selbstbestimmung wird teilweise ausgehend vom Konzept des subjektiven Rechts ausdifferenziert in ein positives und in ein negatives Recht auf Selbstbestimmung,¹⁰ eine Unterscheidung, die der konzeptuellen Unterscheidung von negativer und positiver Freiheit,¹¹ d.h. der «Freiheit *zu* etwas» einerseits und der «Freiheit *von* etwas» andererseits nahekommt.¹²

⁵ Vgl. die Darstellung bei *Mackenzie/Stoljar*, *Autonomy Refigured*, 13 ff.

⁶ *Gutmann*, *Freiwilligkeit*, 9, unter Hinweis auf *Honneth*, *Dezentrierte Autonomie*, 153; ebenso *Gutmann*, *Autonomy Talk*, 11.

⁷ *Gutmann*, *Autonomy Talk*, 11 f.

⁸ *Gutmann*, *Autonomy Talk*, 13 f.

⁹ Vgl. *Gutmann*, *Autonomy Talk*, 8, der dafür plädiert, anstatt von «Autonomie» von Selbstbestimmungsrecht zu sprechen, sofern Autonomie in seiner Bedeutung als Recht gemeint ist.

¹⁰ So *Renzikowski* im Bezug auf das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung, *MK-Renzikowski*, Vor § 174 Rn. 7.

¹¹ Vgl. *Hörnle*, *Sexuelle Selbstbestimmung*, 859, unter Hinweis auf *Berlin*, 118 ff.

¹² Ebenso *Lenz*, *Jugendschutztatbestände*, 37.

Unterschiedlich verwendet und verstanden wird auch der Begriff der «Freiwilligkeit» bzw. dessen Verhältnis zur Autonomie (als *Recht* und als *Ideal*).¹³ Nach Feinbergs Konzeption ist erforderlich, dass bestimmte Bedingungen wie Kompetenz, Wissen und Abwesenheit von Zwang erfüllt sind, damit eine Entscheidung hinreichend freiwillig ist.¹⁴ Da nach Feinberg eine Entscheidung dann autonom ist, wenn sie (hinreichend) freiwillig ist, ist Freiwilligkeit bei ihm gewissermassen ein Synonym für Autonomie, freiwilliges Handeln entspricht autonomem Handeln.¹⁵ Andere verwenden den Begriff Freiwilligkeit hingegen enger und meinen damit lediglich die Abwesenheit von (normativ relevantem sozialen) Zwang¹⁶ und teilweise darüber hinausgehend auch die Freiheit von (bestimmten) Irrtümern.¹⁷ Nach dieser Auffassung ist Freiwilligkeit lediglich *eine* Bedingung neben der generellen *Fähigkeit* zur Autonomie, die erfüllt sein muss, damit eine Entscheidung als autonom (im rechtlichen Sinne) qualifiziert werden kann. Im Folgenden soll der Begriff «Freiwilligkeit» in diesem zweiten, engeren Sinne verwendet werden.

Freiwilligkeit nach diesem Verständnis und Autonomie (als Ideal) können wiederum in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen.¹⁸ So kann es beispielsweise sein, dass A sich in einer Situation findet, in der sie gegenüber B eine Einwilligung erteilt, die sie nicht als Ausdruck ihrer eigenen autonomen Wertungen und Präferenzen begreift, die ihr von der Rechtsordnung aber gleichwohl (jedenfalls im Verhältnis zum eingreifenden B) als freiwillige Handlung zugerechnet wird.¹⁹ Hierauf wird noch zurückzukommen sein.

B. Autonomie als Recht auf Selbstbestimmung

1. Autonomie als Grundprinzip

Es liegt noch nicht so weit zurück, dass das Sexualstrafrecht nicht primär dem Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung, sondern vielmehr dem Schutz bestimmter gesellschaftlicher Werte und Moralvorstellungen diene. So sollte etwa Art. 214 aStGB 1937 (Ehebruch) das «Rechtsgut» der «eheli-

¹³ Vgl. dazu auch *Gutmann*, Voluntary Consent, 211.

¹⁴ Vgl. Feinbergs Darstellung einer «perfectly voluntary choice», *Feinberg*, Harm to Self, 115.

¹⁵ So auch *Beauchamp/Childress*, Principles, 138, unter Hinweis auf *Feinberg* in Fn. 89: «If we were to adopt such a broad meaning, we would be equating voluntariness with autonomy.»

¹⁶ So offensichtlich *Wertheimer*, Consent to Sexual Relations, 164.

¹⁷ Vgl. *Rönnau*, Willensmängel, 200 ff.

¹⁸ Vgl. *Gutmann*, Freiwilligkeit, 149.

¹⁹ Ich danke Prof. Gutmann für diesen Hinweis.

chen Treue» schützen,²⁰ während Art. 194 aStGB 1937 unmündige Personen über das übliche Schutzalter hinaus vor der Verführung durch Homosexuelle schützen sollte,²¹ «sie also davor bewahren [sollte], dass sie in den Jahren, die für ihr ganzes Leben entscheidend sind, in das Treiben der Homosexuellen hineingezogen werden und dauernd auf Abwege geraten.»²² Mit der Revision von 1991 setzte sich schliesslich die Ansicht durch, dass sich ein derartiges Sittenstrafrecht nicht mit dem Gedanken einer liberalen Rechtsordnung vereinbaren lässt, was eine weitgehende Entmoralisierung und Liberalisierung des Sexualstrafrechts zur Folge hatte. Das neue Sexualstrafrecht sollte sich von nun an ausschliesslich am Selbstbestimmungsrecht und am Jugendschutz orientieren.²³ Dass allen Menschen ein Recht auf (sexuelle) Selbstbestimmung zugestanden wird, ist heutzutage weitgehend unbestritten. Dennoch könnte man sich kurz die Frage stellen, *weshalb* ein Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen in eigenen (sexuellen) Belangen anerkannt werden sollte.

- 11 Das Recht auf (sexuelle) Selbstbestimmung lässt sich aus der *personalen Autonomie* ableiten, die Kern jeder Legitimation von Staatlichkeit und Recht darstellt.²⁴ So wäre die in modernen Staatstheorien verankerte Vorstellung eines Gesellschaftsvertrages, wonach sich die Menschen zu einem Gemeinwesen zusammenschliessen und bestimmte Regeln aufstellen, ohne die Annahme der Autonomie des Einzelnen, der einem solchen Vertrag freiwillig zustimmt, gar nicht denkbar.²⁵ Würde der Staat die Autonomie seiner Bürger nicht anerkennen und schützen, würde er die Grundlage seiner eigenen Existenz aufheben.²⁶ Die Autonomie des Einzelnen ist damit «Prämisse staatlichen Denkens».²⁷

²⁰ Vgl. *Lebedkin*, Ehebruch, 12.

²¹ Für die heterosexuelle Verführung von jungen Frauen galt gemäss Art. 196 aStGB 1937 die Schutzaltersgrenze 18, bei der Verführung zu homosexuellen Handlungen hingegen gemäss Art. 194 aStGB 1937 das Schutzalter 20. Dies verkennen *Niggli/Maeder*, *Erregende Dinge*, 1171, wenn sie behaupten, dass unter früherem Recht Homosexualität nicht gesondert bestraft wurde.

²² Vgl. BGE 85 IV 221 E. 1.

²³ Vgl. BBl 1985 1064.

²⁴ *Klimpel*, Bevormundung oder Freiheitsschutz, 20.

²⁵ *Tenthoff*, Tötung auf Verlangen, 19 f., ähnlich *Klimpel*, Bevormundung oder Freiheitsschutz, 20.

²⁶ *Klimpel*, Bevormundung oder Freiheitsschutz, 20.

²⁷ Formulierung von *Tenthoff*, Tötung auf Verlangen, 20.

2. *Selbstbestimmung und Selbstverantwortung*

«Kehrseite» oder Korrelat der Selbstbestimmung ist die Selbstverantwortung. Wie Ohly zu Recht sagt: «Das Fehlen von Selbstverantwortung entwertet die Selbstbestimmung.»²⁸ Denn wer tun und lassen kann, was er will, die Folgen aber nicht zu tragen braucht, wird nicht ernst genommen, sondern infantilisiert und entmündigt.²⁹ Dieser Gedanke – Selbstbestimmung begründet Verantwortlichkeit – gilt nicht nur für das, was jemand einer andern Person antut, sondern auch für das, was er sich selber «antut» oder antun lässt.³⁰ Da ein liberales Strafrecht nur die Verletzungen fremder Belange unter Strafe stellen darf, dürfen Beeinträchtigungen einer rechtlich geschützten Sphäre, die auf dem vollverantwortlichen Willen des Berechtigten selber beruhen, nicht zum Anknüpfungspunkt strafrechtlicher Verbote und Sanktionen gemacht werden.³¹ Zum selbstbestimmten Umgang mit eigenen Rechtspositionen gehört auch die Möglichkeit, sich dabei der Unterstützung durch einen anderen zu bedienen. Dennoch handelt es sich strafrechtlich gesehen um Interna des «Verletzten».³² Wer freiwillig Umschichtungen innerhalb seiner Rechtssphäre vornimmt oder vornehmen lässt, ist für die daraus entstehenden Folgen und allfälligen Schäden selber verantwortlich bzw. zuständig.³³ Unterscheidungen nach der äusseren Gestalt selbstverfügender Entscheidungen fehlt insoweit die normative Relevanz.³⁴ Wie Feinberg sagt: «From the moral point of view, my consent to his action makes it as if it were my own.»³⁵ Die Eigenverantwortlichkeit einer selbstverfügenden Entscheidung bedarf allerdings dann einer genaueren Prüfung, wenn die Entscheidungsgrundlage des Betroffenen durch einen Willensmangel beeinträchtigt scheint. Insbesondere bei der Frage nach der Wirksamkeit von willensmängelbehafteten Einwilligungen muss aber die Selbstverantwortung als Korrelat der Selbstbestimmung wiederum berücksichtigt werden.

²⁸ Ohly, Volenti, 77.

²⁹ Ohly, Volenti, 77, ihm folgend Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 220.

³⁰ Vgl. Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 220.

³¹ Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 220.

³² Ebenda.

³³ Vgl. dazu Fateh-Moghadam, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 85 ff., der dies als die «Garantiefunktion» der Einwilligung bezeichnet, 105; Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 220.

³⁴ Für die Identität der Selbstschädigung und der einverständlichen Fremdschädigung Jakobs, Tötung auf Verlangen, 15 ff.; Göbel, Einwilligung, 99 f.; Murmann, Selbstverantwortung des Opfers, 315; Rönau, Willensmängel, 245 f.; Zipf, Einwilligung und Risikoübernahme, 29 f.

³⁵ Feinberg, Harm to Self, 100.

3. Grenzen der Autonomie

a) Rechte Dritter

- 13 Autonomie ist nicht schrankenlos. Vielmehr ist anerkannt, dass das Recht auf (positive) Selbstbestimmung einer Person durch die Rechte anderer begrenzt ist. Wie Yung für den Bereich der sexuellen Selbstbestimmung prägnant festhält: «Whereas autonomy for a solo activity might imply uninhibited freedom, sexual autonomy has built-in limits.»³⁶ Für Kant ist die Abstimmung der individuellen Freiheitsbereiche geradezu die Hauptaufgabe des Rechts: «Recht ist (...) der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.»³⁷ Insofern lässt sich leicht begründen, dass etwa Sexualekontakte, die ohne Zustimmung der anderen Person stattfinden, verboten werden können und müssen. Ein Recht *auf* Sexualität kann es nur insoweit geben, als nicht (Abwehr-)Rechte anderer Personen tangiert werden.³⁸
- 14 Es existieren nun aber bekanntlich auch strafrechtliche Verbote, die auch einen von allen Beteiligten gewollten Sexualekontakt untersagen.³⁹ Diese Beschränkung der Selbstverfügungsfreiheit der betroffenen Personen wirft die Frage auf, inwieweit der Staat zu einer solchen Beschränkung überhaupt berechtigt ist.

b) Paternalistische Interventionen

- 15 Bei der Frage nach der Legitimation paternalistischer Interventionen ist insbesondere die seit Feinberg geläufige Differenzierung zwischen hartem und weichem Paternalismus von Bedeutung,⁴⁰ zumal sich die entsprechenden Argumentationslinien ganz grundlegend unterscheiden. Harter Paternalismus liegt dann vor, wenn auch die freiverantwortliche selbstverfügende Entschei-

³⁶ Yung, Rape Law Fundamentals, 28.

³⁷ Kant, Metaphysik der Sitten, 337.

³⁸ Dies scheint *Rubinfeld*, The Riddle of Rape-by-Deception, 1372, zu verkennen: «But guaranteeing everyone a right to sexual <self-determination> is quite impossible...[O]ne person's sexual self-determination will inevitably conflict with others': John's will require that he sleep with Jane, but Jane's will require otherwise.» Er gelangt deshalb zur Auffassung, dass sexuelle Autonomie oder Selbstbestimmung «irrelevant to rape law» sei, vgl. 1425. Äusserst kritisch zu *Rubinfelds* «Ansatz», Yung, Rape Law Fundamentals, 1 ff.

³⁹ Etwa bei Art. 187 kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob das Kind mit dem Sexualekontakt einverstanden war oder nicht.

⁴⁰ Vgl. *Feinberg*, Harm to Self, 12 ff.

dung des Betroffenen übergangen wird, beispielsweise um Selbstschädigungen zu vermeiden, die mit einem bestimmten Menschenbild, der Menschenwürde oder dem gattungsethischen Selbstverständnis des Menschen scheinbar nicht zu vereinbaren sind.⁴¹ Ob harter Paternalismus im Bereich des Strafrechts in einer auf Selbstbestimmung ausgerichteten Rechtsordnung überhaupt zulässig ist, wird heftig diskutiert und zumeist vehement abgelehnt.⁴² Vor dem Hintergrund des normativen Individualismus bildet das subjektive Recht des Einzelnen (etwa auf sexuelle Selbstbestimmung) eine Schutzhülle um die Person, unter der sie beliebige Werte und Zwecke verfolgen kann, solange sie damit nicht in Rechte Dritter eingreift.⁴³ Soweit eine autonome Entscheidung vorliegt und keine Rechte Dritter betroffen sind, müssen daher auch objektiv unvernünftige⁴⁴ oder «schlechte» Entscheidungen akzeptiert werden, ohne die damit verfolgten Zwecke oder Motive ethisch zu bewerten.⁴⁵

Beschränkungen der Selbstverfügungsfreiheit sind hingegen zulässig und sogar geboten, wenn sie ihrerseits dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Verfügenden dienen.⁴⁶ Dabei handelt es sich um weichen – oder besser: autonomieorientierten – Paternalismus.⁴⁷ Ein solcher liegt dann vor, wenn die Beschränkung der Verfügungsfreiheit nur deshalb erfolgt, um tatsächlich nichtautonomes Handeln zu verhindern oder zumindest festzustellen, ob die Verfügung autonom erfolgt oder nicht.⁴⁸ Diese Form des Paternalismus wird bisweilen als die «liberale Lösung» und damit als prinzipiell zulässig erklärt.⁴⁹

⁴¹ *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 27 ff.

⁴² Vgl. etwa die Aufsatzsammlung bei *Gerald Dworkin* (Hrsg.), *Morality, Harm and the Law*, Westview Press, 1994; *Michael Anderheiden* (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, in memoriam Angela Augustin (1968-2004), Tübingen 2006; vgl. auch *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung, 33 ff.; *Murmann*, Selbstverantwortung des Opfers, 159 ff.

⁴³ Vgl. *Forst*, Kontexte der Gerechtigkeit, 51, 351; ihm folgend *Fateh-Moghadam*, *Burka-Verbote*, 11; *ders.*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 28.

⁴⁴ *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung, 45 mit Fn. 45, weist zutreffend darauf hin, dass «freiverantwortlich» nicht mit «verantwortungsbewusst» gleichzusetzen ist.

⁴⁵ *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 28.; vgl. auch bereits *Feinberg*, *Harm to Self*, 108 f.

⁴⁶ *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung, 45 f.; *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 28.

⁴⁷ *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 28; *ders.*, Grenzen des weichen Paternalismus, 27.

⁴⁸ *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 29.

⁴⁹ Vgl. etwa die Nachweise bei *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus, 32 f.

aa) Der «blinde Fleck» des weichen Paternalismus

- 17 Weicher Paternalismus liegt also vor, wenn lediglich festgestellt oder verhindert werden soll, dass eine defizitäre bzw. nicht autonome Entscheidung getroffen wird.⁵⁰ Die Logik des weichen Paternalismus ist, ein tatsächlich vorhandenes Wollen deshalb als unbeachtlich zu erklären, weil es eben nicht wirklich selbstbestimmt sei.⁵¹ Hierbei ist man sich weitgehend einig, dass autonomieorientierte paternalistische Interventionen nicht nur zulässig, sondern in bestimmten Fällen sogar geboten sind.⁵² Während insbesondere Feinberg weichen Paternalismus als unbedenklich einstuft,⁵³ werden Beschränkungen der Verfügungsfreiheit von Individuen, die mit weich-paternalistischen Argumenten begründet werden, mittlerweile kritischer betrachtet.⁵⁴ Dies liegt daran, dass das Hauptunterscheidungskriterium zwischen hartem und weichem Paternalismus – nämlich die Frage, ob sich die Einschränkung an der Autonomie des Einzelnen orientiert – in Wahrheit noch keine wirkliche Abgrenzung erlaubt. Denn je nachdem, von welcher Konzeption von Autonomie man ausgeht, verändert sich auch die Bewertung einer Beschränkung als weicher oder harter Paternalismus.⁵⁵ Das heisst: Je anspruchsvoller der Autonomiebegriff gefasst wird, umso eher erreichen Entscheidungen diesen Schwellenwert nicht und können damit – unter formell vollständiger Achtung des Autonomiegedankens – zum Anknüpfungspunkt paternalistischer Interventionen gemacht werden.⁵⁶ Je höher die Anforderungen an eine selbstbestimmte Entscheidung, desto weiter die Rechtfertigungsmöglichkeit von Paternalismus⁵⁷ und desto geringer letztlich auch der Unterschied zu hart paternalistischen Interventionen.⁵⁸ Insofern kann der Autonomiebegriff dazu einladen, als «trojanisches Pferd» verwendet zu werden, indem normative Zusatzannahmen in den Autonomiebegriff «hineingeschmuggelt» werden. Ein normativ aufgeladener Autonomiebegriff erleichtert es, bestimmte Ver-

⁵⁰ Feinberg, Harm to Self, 12.

⁵¹ So die Umschreibung von Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung, 860.

⁵² Ohly, Volenti, 87 f.

⁵³ Vgl. Feinberg, Harm to Self, 15, der statt «soft paternalism» lieber den Begriff «soft anti-paternalism» gewählt hätte.

⁵⁴ Vgl. insbesondere Fateh-Moghadam, Grenzen des weichen Paternalismus, 27; kritisch auch Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 361 f.

⁵⁵ Kirste, Harter und weicher Rechtspaternalismus, 806; Fateh-Moghadam/Gutmann, Governing [through] Autonomy, 8.

⁵⁶ Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 223.

⁵⁷ Kirste, Harter und weicher Rechtspaternalismus, 806.

⁵⁸ Vgl. Pope, Paternalism, 124 ff., der behauptet, Feinberg «blurs the line between hard paternalism and soft paternalism».

haltensweisen in unfreiwillige bzw. nichtautonome umzudefinieren und damit paternalistische Interventionen zu legitimieren.⁵⁹

bb) Autonomie als Schwellenkonzept

Wenn also dem Autonomiekonzept eine derart bedeutende Rolle zukommt, welches Autonomiekonzept ist folglich der Bewertung konkreter Entscheidungen zugrunde zu legen? Wie oben dargelegt, beschreibt Autonomie als Rechtsanspruch einerseits einen Zustand, in dem einer Person zugestanden wird, über ihr Wohl selbst zu bestimmen, in dem ihr Wille zur Selbstbestimmung grundsätzlich nicht durch paternalistisches Handeln übergangen werden darf.⁶⁰ Andererseits beschreibt er auch den Zustand, in dem einer Person Verantwortung für ihre Entscheidungen und ihr Handeln zugeschrieben wird.⁶¹ Hier ist wiederum die Unterscheidung zwischen Autonomie als Ideal und Autonomie als rechtlicher Anspruch auf Selbstbestimmung von zentraler Bedeutung. Der in der Philosophie verwendete Autonomiebegriff beschreibt in der Regel ein Ideal, dem sich Menschen höchstens annähern können.⁶² Selbst bei Zugrundelegung eines Begriffs von personaler Autonomie, der rein prozeduralistisch und damit werteneutral ausgerichtet ist, bleibt Autonomie graduell, d.h. fast alle Menschen können mehr oder weniger autonome Entscheidungen treffen.⁶³

Die Konzeption von Autonomie als etwas Graduelles kollidiert in normativen Systemen wie dem Recht mit ihrer Funktion als «Eintrittskarte» in ein selbstbestimmtes und selbstverantwortliches Leben.⁶⁴ Unter einem idealistischen Verständnis von Autonomie als graduelltem Konzept – beispielsweise im Sinne einer stets optimierbaren Rationalität – könnten die meisten Entscheidungen auch mündiger Personen als defizitär betrachtet werden, womit gleichzeitig ein grosser Raum für paternalistische Interventionen eröffnet und damit der Freiheitsraum, der in einer liberalen Rechtsordnung garantiert werden soll, erheblich verkleinert würde.⁶⁵

⁵⁹ Vgl. *Pope*, Paternalism, ihm folgend *Drerup*, Paternalismus, 162 ff. Eine eindrucksvolle Demonstration eines solchen – nach hier vertretener Ansicht verpönten – Vorgehens liefert etwa *Herring*, Rape and the Definition of Consent, 68 ff.

⁶⁰ *Gutmann*, Autonomy Talk, 8 f.

⁶¹ *Ohly*, Volenti, 77.

⁶² *Gutmann*, Freiwilligkeit, 6.

⁶³ *Gutmann*, Autonomy Talk, 12.

⁶⁴ Vgl. dazu auch *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 353.

⁶⁵ *Gutwald*, Probleme des weichen Paternalismus, 83.

- 20 Wenn die Frage entschieden werden muss, wer paternalistisch bevormundet werden darf bzw. wer seine eigenen Angelegenheiten eigenverantwortlich regeln kann und soll, wird einsichtig, dass Autonomie in diesem Sinne ein Schwellenkonzept bzw. ein «Alles-oder-Nichts»-Konzept darstellen muss.⁶⁶ Autonomie als Zuschreibung normativer Zuständigkeit für den eigenen Lebensbereich muss unabhängig davon erfolgen, ob der Betroffene ideale Vorstellungen eines autonomen Lebens erfüllt, es reicht, wenn er «hinreichend» autonom ist.⁶⁷ Die Zuschreibung von Rechten muss in einer liberalen Rechtsordnung ein möglichst inklusives Konzept sein, d.h. die Zuschreibung von Autonomiefähigkeit als «Eintrittskarte»⁶⁸ in ein selbstbestimmtes und selbstverantwortliches Leben sollte die meisten Personen erfassen.⁶⁹ Folglich dürfen die Voraussetzungen für die Einstufung einer Person als autonom nicht zu streng und voraussetzungsreich sein.⁷⁰ Dies ergibt sich auch aus der folgenden Überlegung: Mündigen Personen wird die Fähigkeit zur Autonomie im Wege einer Fiktion grundsätzlich unterstellt und ihnen damit das Recht auf Selbstbestimmung zugeschrieben, sofern keine Hinweise auf ein konstitutionelles oder entwicklungsbedingtes Defizit vorliegen.⁷¹ Es wäre ein Widerspruch, wenn der Gesetzgeber dem mündigen Bürger gerade das ihn ganz zentral betreffende Recht zur Selbstbestimmung über eigene Belange nur unter Vorbehalt einer vorherigen Prüfung rechtlich zugestehen würde.⁷² Bei einem voraussetzungsreichen Autonomiekonzept, das nicht nur minimale kognitive und volitionale Basiskompetenzen voraussetzt, sondern darüber hinaus auch verlangt, dass die Entscheidung beispielsweise von einem Mindestmass an Rationalität getragen ist,⁷³ oder dass der Handelnde seine Wünsche kritisch

⁶⁶ Gutmann, *Freiwilligkeit*, 9; Wapler, *Kinderrechte und Kindeswohl*, 353 f.; ebenso bereits Feinberg, *Harm to Self*, 28.

⁶⁷ Gutmann, *Freiwilligkeit*, 9; ders., *Autonomy Talk*, 11 f.

⁶⁸ Diesen Begriff verwendet Wapler, *Kinderrechte und Kindeswohl*, 353; Beauchamp/*Childress*, *Principles*, 114 f., nennen dies «The Gatekeeping Function of Competence Judgements».

⁶⁹ Gutmann, *Autonomy Talk*, 10: «Ascribing rights to persons (whether liberty rights or rights to democratic participation) has to be an extremely inclusive concept.»

⁷⁰ So auch Beauchamp/*Childress*, *Principles*, 101, allerdings mit Blick auf den Autonomiebegriff der Bioethik. Vgl. hingegen Herring, *Rape and the Definition of Consent*, 70, der ausgehend von einem voraussetzungsreichen Autonomiekonzept vom Partner eines Sexualkontakts verlangt, «to consider V's whole story and place it in the context of her values and relationship (...) So understood, the question becomes less «was there a yes» (...) and rather was an interaction marked by mutuality and respect? Was it tender or exploitative? Was D truly seeking to find out and respect what V wanted (...)?».

⁷¹ Wapler, *Kinderrechte und Kindeswohl*, 354.

⁷² Hillgruber, 125; ihm folgend Stief, *Einwilligungsfähigkeit*, 123.

⁷³ Vgl. dazu kritisch Gutwald, *Probleme des weichen Paternalismus*, 82.

reflexieren kann und sich daraufhin mit ihnen identifiziert,⁷⁴ oder dass der Handelnde ein Wissen um seine zeitlich ausgedehnte Existenz haben und sich zu dieser evaluativ verhalten können muss,⁷⁵ erscheint diese Zuschreibung aber nicht mehr sonderlich plausibel.⁷⁶ Diesen Erfordernissen würden – gerade im Sexualbereich – die wenigsten mündigen Menschen stets gerecht. Werden nun die Fähigkeiten von Personen, bei denen eine nähere Prüfung ihrer tatsächlichen Fähigkeiten zu autonomem Handeln aufgrund eines auf ein entwicklungsbedingtes oder konstitutionelles Defizit hinweisendes Eingangsmerkmals (z.B. einer psychischen Störung) angezeigt ist, an einem derart voraussetzungsreichen Autonomiekonzept gemessen, hiesse dies, mit zweierlei Mass zu messen.⁷⁷ Man würde dann an einen psychischen kranken oder geistig beeinträchtigten Menschen Erwartungen stellen, denen schon eine gesunde erwachsene Person in der Regel nicht gerecht werden kann.⁷⁸

cc) Gefährdungspaternalismus

Nicht unproblematisch sind auch weich-paternalistische Begründungsstrategien, die absolute Verfügungsschranken wie beispielsweise das Verbot der Tötung auf Verlangen (Art. 114)⁷⁹ mit dem Hinweis darauf rechtfertigen, dass nicht in jedem Einzelfall sichergestellt werden könne, dass kein Autonomie-defizit vorliegt.⁸⁰ 21

«When consent to a given kind of dangerous conduct is so rare and unlikely that it would hardly ever be given unless in ignorance, under coercive pressure or because of impaired faculties, then a legislature 22

⁷⁴ Vgl. etwa *Frankfurt*, *The Freedom of the Will*, 11 ff., dessen Ansatz etwa von *Lenz*, *Jugendschutztatbestände*, für eine Übertragung ins Sexualstrafrecht übernommen und modifiziert wurde.

⁷⁵ Vgl. dazu *Bratman*, *Planning Agency, Autonomous Agency*, 33 ff.; diesen Ansatz in ihr Modell integrierend *Lenz*, *Jugendschutztatbestände*, 150 ff.

⁷⁶ Dies erkennt auch *Lenz*, *Jugendschutztatbestände*, 169. Sie entgegnet diesem Einwand aber, dass es selbst in Bezug auf Minimalvoraussetzungen fraglich ist, ob diese Fähigkeiten jedem Erwachsenen grundsätzlich unterstellt werden können. Diese Zweifel sind berechtigt, m.E. allerdings kein überzeugendes Argument dafür, um einen noch voraussetzungsreichen Autonomiebegriff zu formulieren.

⁷⁷ *Stief*, *Einwilligungsfähigkeit*, 141.

⁷⁸ *Stief*, *Einwilligungsfähigkeit*, 141; auch *Gutmann*, *Autonomy Talk*, 13, kommt zum Schluss, dass «authenticity conditions can only play a very limited role in the concept of autonomy as right to self-determination.»

⁷⁹ Sofern der Artikel ohne Angabe des Gesetzes genannt wird, handelt es sich um eine Bestimmung aus dem Schweizerischen Strafgesetzbuch (StGB) vom 21.12.1937 (SR 311.0).

⁸⁰ So *Murmann*, *Selbstverantwortung des Opfers*, 495.

might simply ban it on the basis of the harm to others principle, assuming for all practical purposes that consent to that kind of agreement never is voluntary enough.»⁸¹

- 23 Indem ein bestimmtes Verhalten unter Hinweis auf das Risiko eines Autonomiedefizits generell verboten wird, nimmt man auch in Kauf, dass substantiell autonome Handlungen und Entscheidungen verhindert werden bzw. dass auch – ausnahmsweise – autonomen Entscheidungen die rechtliche Wirksamkeit abgesprochen wird.⁸² Aus der Perspektive derjenigen, die tatsächlich autonom handeln würden, besteht damit letztlich kein Unterschied zu hartem Paternalismus: Ihre im Einzelfall autonome Entscheidung wird durch das generelle Verbot übergangen.⁸³
- 24 Diese Argumentationslinie ist auch für das Sexualstrafrecht von nicht unerheblicher Bedeutung, insbesondere im Zusammenhang mit den starren Altersgrenzen bei Art. 187 und 196 (Sexuelle Handlungen mit Kindern bzw. Sexuelle Handlungen mit Minderjährigen gegen Entgelt). Die dem Gefährdungspaternalismus zugrundeliegende Begründung orientiert sich zwar grundsätzlich an der Autonomie, lässt aber paternalistische Einschränkungen in sehr weitem Umfang zu. Wie Fateh-Moghadam und Gutmann aufzeigen, kann die Berufung auf die Möglichkeit einer defizitären Entscheidung sogar weitergehende Eingriffe in die Verfügungsfreiheit der Einzelnen legitimieren als einige Spielarten des harten Paternalismus.⁸⁴ Ein theoretisches Beispiel wäre etwa ein generelles, mit dem Risiko defizitärer Entscheidungen begründetes Verbot von sexuellen Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern bzw. zwischen Personen, bei denen die eine gegenüber der anderen weisungsbefugt ist. Wenn der Gesetzgeber also in bestimmten praktischen Kontexten – um beim eben erwähnten Beispiel zu bleiben: bei Sexualkontakten innerhalb eines Subordinationsverhältnisses – zum Schluss kommt, dass ein erhöhtes Risiko für das Vorliegen defizitärer Entscheidungen besteht, so wäre ein entsprechendes umfassendes Verbot aus Sicht der Theorie des weichen Paternalismus nicht zu beanstanden,⁸⁵ d.h. das Verbot könnte durchaus als weich-paternalistisch «verkauft» werden.

⁸¹ So bereits *Feinberg*, Harm to Self, 174.

⁸² *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 29.

⁸³ *Lenz*, Jugendschutztatbestände, 198.

⁸⁴ *Fateh-Moghadam/Gutmann*, Governing [through] Autonomy, 392 f. Dies kann auch nicht mit dem Hinweis darauf entkräftet werden, dass beim weichen Paternalismus die Beschränkung grundsätzlich nur eine vorübergehende sein soll. Dies mag zwar grundsätzlich stimmen, viele weich-paternalistisch begründete Verbote von Selbstschädigungen (so etwa Art. 114) lassen aber gerade keine Ausnahmen zu und sind somit nicht nur vorübergehende Beschränkungen.

⁸⁵ Mit einem ähnlichen Beispiel *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 29 f.

Erforderlich ist daher eine Begrenzung derartiger Interventionen zunächst dahingehend, dass bei der Annahme von Indizien für ein mögliches Entscheidungsdefizit ein sachlicher Zusammenhang zwischen der Anknüpfungstatsache und einer allgemein anerkannten Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung besteht.⁸⁶ In unserem theoretischen Beispiel könnte etwa argumentiert werden, dass das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses ein Indiz für das Vorliegen des Willensmangels «Zwang» darstellt. Weiterhin müssen derartige paternalistische Interventionen – wie jedes staatliche Handeln – auch durch das Verhältnismässigkeitsprinzip begrenzt werden. Auf generelle bzw. absolute Verbote sollte soweit möglich verzichtet werden und stattdessen weniger eingriffsintensive Regelungen in Betracht gezogen werden.⁸⁷

II. Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung

A. Dimensionen des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung

1. Einführung: Positive und negative Dimension

Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als grund- und menschenrechtlich geschütztes subjektives Recht hat eine positive und eine negative Dimension und vermittelt dem Berechtigten zwei entsprechende Befugnisse.⁸⁸ Renzikowski veranschaulicht dies anhand eines Vergleichs mit einem anderen «Individualrechtsgut» – dem Eigentum:⁸⁹ Das Eigentum als Rechtsposition oder «Individualrechtsgut» vermittelt dem Berechtigten einerseits das positive Recht, über einen bestimmten Gegenstand nach eigenem Gutdünken zu verfügen, und andererseits das negative Recht, Unbefugte von der Einwirkung

⁸⁶ *Fateh-Moghadam/Gutmann*, *Governing [through] Autonomy*, 393, eingehender *Fateh-Moghadam*, *Die Einwilligung in die Lebendorganspende*, 128 ff.; *Oswald*, *Weicher Paternalismus*, 99 ff.

⁸⁷ *Fateh-Moghadam*, *Grenzen des weichen Paternalismus*, 37 ff.; *Oswald*, *Weicher Paternalismus*, 116.

⁸⁸ So bereits *Sick*, *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht*, 86: «Mit sexueller Selbstbestimmung kann einerseits ein freies Gestalten der Sexualsphäre als Ausprägung des Autonomieprinzips gemeint sein (status activus), andererseits (...) auch als ein Abwehrrecht verstanden werden im Sinne eines «Vor-Angriffen-bewahrt-bleibens», eines «Sich-verweigern-könnens», als Freiheit vor Fremdbestimmung auf sexuellem Gebiet.»

⁸⁹ *MK-Renzikowski*, Vor § 174 Rn. 7; ähnlich auch *Green*, *Lies, Rape, and Statutory Rape*, 207.

auf den Gegenstand auszuschliessen.⁹⁰ Dasselbe gilt nun auch für das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung: Es umfasst zum einen die positive Befugnis, nach eigenen Wünschen sexuelle Handlungen vornehmen zu können, und zum anderen die negative Freiheit, nicht willkürlich in Sexualkontakte anderer Menschen involviert zu werden.⁹¹ Auch der EGMR versteht das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als mehrdimensionales Recht, das «sowohl die Freiheit zu gewollter Sexualität als auch die Freiheit vor ungewollter Sexualität, von sexueller Gewalt und sexuellem Missbrauch» beinhaltet.⁹²

- 27 Ein positives Recht auf Selbstbestimmung setzt denn auch bereits denklogisch das negative Abwehrrecht voraus, zumal ein positives Recht auf Selbstbestimmung in einem bestimmten Bereich ja nur denkbar ist, wenn dieser Bereich bzw. diese Sphäre, auf die sich das Selbstbestimmungsrecht bezieht, für andere prinzipiell unantastbar ist.⁹³ Die Autonomie – und damit auch die Autonomie in sexuellen Belangen – als Kern der Persönlichkeit enthält deshalb in erster Linie das (negative) Recht eines Menschen, in seiner (körperlichen oder sexuellen) Integrität von äusseren Einwirkungen unbeeinträchtigt zu bleiben.⁹⁴ Dieses Recht besagt damit, dass Eingriffe in Güter und Interessen Dritter grundsätzlich nur zulässig sind, wenn der Berechtigte sein positives Selbstbestimmungsrecht wirksam ausgeübt hat, mithin eine wirksame Zustimmung erteilt hat. Erst in zweiter Linie erwächst aus der Autonomie auch das positive Recht, über diese Bereiche nach eigenem Willen zu disponieren und damit das Abwehrrecht zu suspendieren.⁹⁵

⁹⁰ Vgl. Art. 641 ZGB: ¹ Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen. ² Er hat das Recht, sie von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren.

⁹¹ Vgl. *Green*, Lies, Rape, and Statutory Rape, 207; zu negativer und positiver Sexualfreiheit auch *Sick/Renzikowski*, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, 604; *Botke*, Rechtsgut, 536 f.; *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 859 ff.; *LK-Hörnle*, Vor § 174 Rn. 28.

⁹² Vgl. dazu die Ausführungen unten Rz. 187 ff.

⁹³ Vgl. *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 180: «Eine Organisationsfreiheit, die nicht durch ein allgemeines Eingriffsverbot für Dritte abgesichert ist, würde sich unter freiheitstheoretischen Gesichtspunkten selber entwerten.»

⁹⁴ *Roxin*, FS Amelung, 281; das Abwehrrecht betonend auch *Botke*, Rechtsgut, 536; *Hörnle*, FS Eisenberg, 334 f.; *LK-Hörnle*, Vor § 174 Rn. 28; *Oberlies*, Selbstbestimmung und Behinderung, 146: «Wer keinen Willen gebildet hat, sexuelle Kontakte aufzunehmen, z.B. weil er oder sie scheinbar gar nicht in der Lage ist, irgendeinen oder einen entsprechenden Willen zu bilden (...), hat doch das Recht (und vielleicht auch den latenten Willen), nicht einfach als sexuelles Objekt gebraucht zu werden.»

⁹⁵ Vgl. zum Ganzen *Roxin*, FS Amelung, 281 f.; a.A. *Brockmann*, Das Rechtsgut des § 176 StGB, 224 ff., wenn er die sexuelle Selbstbestimmung nicht als durch § 176 D-StGB geschütztes Rechtsgut anerkennen will, da er die sexuelle Selbstbestimmung nur dann als verletzt betrachtet, wenn eine sexuelle Interaktion durch den Berechtigten abgelehnt wird.

Dies erklärt, weshalb auch Eingriffe in die sexuelle Sphäre eines Kindes oder einer schlafenden oder urteilsunfähigen Person eine Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung dieser Personen darstellen, obwohl sie zur *Ausübung* der positiven Freiheit momentan oder dauerhaft gar nicht in der Lage sind.⁹⁶ Das zentrale negative Recht auf den Schutz seiner Körper- oder Eigentumssphäre oder eben auch der sexuellen Sphäre haben alle Menschen qua ihrer Eigenschaft als Mensch und damit selbstverständlich auch der Schlafende, der Bewusstlose, der geistig Beeinträchtigte oder das Kind.⁹⁷ Solange ein Mensch lebt, schreiben wir ihm eine Personqualität zu, die unabhängig von seiner allfälligen Handlungs- oder Leidensfähigkeit besteht.⁹⁸ Abwehrrechte bestehen deshalb in vollem Umfang auch für diejenigen, die solche Rechte noch nicht selbst wirksam durchsetzen können.⁹⁹

Die positive Freiheit im Sinne einer Dispositionsfreiheit über die eigenen Güter hat nur – aber immerhin – die Bedeutung, dass sie den Tatbestand und damit das Unrecht ausschliesst, sofern von ihr in autonomer Weise Gebrauch gemacht wird.¹⁰⁰ Ein Kind, das keine normativ wirksame Zustimmung zu einem Sexualkontakt erteilen kann, d.h. sein positives Selbstbestimmungsrecht nicht wirksam ausüben kann, wird folglich in seinem *Abwehrrecht* gegen ungewollte Kontakte verletzt, wenn der Täter dennoch sexuelle Handlungen an oder mit ihm vornimmt.¹⁰¹ Wenn die Fähigkeit zur Selbstbestimmung momentan oder dauerhaft nicht besteht, ändert dies nichts am Bestehen des negativen Rechts und damit an der Unantastbarkeit der geschützten Sphäre.¹⁰² Insofern ist es auch nicht «formalistisch», sexuelle Handlungen mit dauerhaft Urteilsunfähigen als Verletzungen deren sexuellen Selbstbestimmung zu betrachten, «da diese Opfer ja zu keinem Zeitpunkt imstande sein würden, frei über sich selbst zu bestimmen».¹⁰³ Die negative Freiheit, das Abwehr-

⁹⁶ Die Schweizer Literatur sieht bei den Art. 187 und 188 und auch bei Art. 191 hingegen eher eine «terminologische» bzw. «mittelbare» Verbindung zum Selbstbestimmungsrecht, da diese Personen ja (noch) kein Selbstbestimmungsrecht bzw. keine positive Dispositionsfreiheit in sexueller Hinsicht besitzen. Insbesondere für Art. 187 und 188 wird deshalb teilweise auf das vermeintlich eigenständige Rechtsgut der «Gefährdung der Entwicklung von Unmündigen» bzw. den «Jugendschutz» abgestellt. Darauf wird in Teil 2 zurückzukommen sein.

⁹⁷ *Roxin*, FS Amelung, 281; im Zusammenhang mit dem Sexualstrafrecht auch *Bottke*, Rechtsgut, 536; ebenso *Hörnle*, FS Eisenberg, 334 f.

⁹⁸ *Roxin*, FS Amelung, 281.

⁹⁹ *Hörnle*, FS Eisenberg, 334 f.

¹⁰⁰ *Roxin*, FS Amelung, 281.

¹⁰¹ *Lenz*, Jugendschutztatbestände, 38 f.

¹⁰² *Roxin*, FS Amelung, 281.

¹⁰³ So aber *Hangartner*, Selbstbestimmung, 30 f.

recht, das sich aus dem Recht auf (sexuelle) Selbstbestimmung ergibt, steht eben gerade auch Einwilligungsunfähigen zu.¹⁰⁴

2. Die geschützte Sphäre

- 30 Für das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung bedeutet das Gesagte, dass sich auch hier das Selbstbestimmungsrecht auf eine Sphäre bezieht, die für andere prinzipiell unantastbar ist. Diese Sphäre umfasst nun sicherlich zunächst den eigenen Körper, soweit mit dem Einbezug in ein sexuelles Verhalten ein körperlicher Kontakt einhergeht. Da derartige körperliche Kontakte aber jeweils einen konkreten Sexualbezug aufweisen, erscheint eine Reduktion auf das Rechtsgut «physische Integrität» jedoch verkürzt.¹⁰⁵ Um die spezifisch sexuelle Komponente entsprechender Übergriffe besser zu berücksichtigen, die – wie noch zu zeigen sein wird – essentieller Bestandteil des Unrechts sexueller Grenzüberschreitungen ist, könnte man in diesem Sinne auch vom Selbstbestimmungsrecht über die «physische Sexualsphäre»¹⁰⁶ oder die «physische Intimsphäre»¹⁰⁷ sprechen, auf die sich das Selbstbestimmungsrecht bezieht. Wird das Selbstbestimmungsrecht in diesem spezifischen Bereich missachtet, indem ohne wirksame Zustimmung in diese Sphäre eingegriffen wird, liegt eine Verletzung der sexuellen Integrität vor.
- 31 Das geltende Strafrecht kriminalisiert nun aber unter dem «Schirm» des sexuellen Selbstbestimmungsrechts auch Verhaltensweisen, die nicht mit einem Körperkontakt einhergehen, also etwa die Vornahme von sexuellen Handlungen vor anderen, die das nicht erwarten (Art. 198 Abs. 1), so genannte exhibitionistische Handlungen, d.h. das Zeigen der Geschlechtssteile zwecks sexueller Erregung (Art. 194), das unerwünschte Konfrontieren mit Pornografie (Art. 197 Abs. 2) oder die nichtkörperliche sexuelle Belästigung durch Worte oder Gesten (Art. 198). Aus dem Recht auf Privatsphäre lässt sich nun grundsätzlich auch ein Recht ableiten, nicht unerwünschte Wahrnehmungen über sexuelle und intime Vorgänge im Leben anderer Menschen machen zu müs-

¹⁰⁴ So auch *Bottke*, Rechtsgut, 536: «Negative Sexualhoheit steht auch Einstimmungs- oder Stimmunfähigen zu.» Ähnlich *LK-Hörnle*, Vor § 174 Rn. 39: «Trotz der Unfähigkeit zu positiver Selbstbestimmung bleibt das Recht auf negative Selbstbestimmung, d.h. Abwehrrechte gegen Dritte, die Einwilligungsunfähige nicht in sexuelle Handlungen involvieren dürfen.»

¹⁰⁵ Vgl. auch *McGregor*, Is it Rape?, 224 ff.; ähnlich *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 863.

¹⁰⁶ *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, 86, verwendet den Begriff der «Sexualsphäre».

¹⁰⁷ *LK-Hörnle*, Vor § 174 Rn. 29, die das Recht auf Achtung der Intimsphäre als wichtige Basis des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung bezeichnet.

sen.¹⁰⁸ Auch Stratenwerth spricht von einem «Rechtsgut» der Freiheit, nicht wider Willen mit Sexualität konfrontiert zu werden.¹⁰⁹ Mit Blick auf dieses Recht auf sexuelle Selbstbestimmung in einem weiteren Sinne lassen sich entsprechende Verbotsnormen zwar legitimieren, wiewohl der Einsatz des Strafrechts jedenfalls teilweise unverhältnismässig erscheint. Da der Fokus dieser Arbeit aber hauptsächlich auf der sexuellen Selbstbestimmung im engeren, d.h. körperbezogenen Sinne liegt, soll dieser Aspekt nicht weiter vertieft werden. Einzig in Bezug auf die Frage, wie weit dieses sexuelle Selbstbestimmungsrecht i.w.S. von Kindern und Jugendlichen zu schützen ist, wird punktuell darauf zurückzukommen sein.

B. Grund- und menschenrechtlicher Rahmen

1. Erfüllung von Schutzpflichten als Aufgabe des Strafrechts

Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ist nach einhelliger Auffassung ein grund- und menschenrechtlich verankertes Recht. Es ist mittlerweile allgemein anerkannt, dass grund- und menschenrechtlich verankerte Rechte im Verhältnis Staat – Bürger verschiedene Dimensionen haben.¹¹⁰ Ursprünglich stand bei den Grund- und Menschenrechten die Abwehrfunktion im Vordergrund, wonach der Staat bzw. staatliche Akteure menschenrechtlich geschützte Rechte nicht selber verletzen dürfen.¹¹¹ Später traten in den nationalen Grundrechtskatalogen Ansprüche auf Leistungen des Staates hinzu.¹¹² Gewissermassen ebenfalls eine ursprüngliche Dimension der Grundrechte stellen die sich aus ihnen ergebenden Schutzpflichten des Staates dar.¹¹³ Der Staat ist also nicht nur verpflichtet, seinerseits die grundrechtlich geschützten Freiheitssphären der Bürger zu respektieren (abwehrrechtliche Dimension der Grundrechte), sondern muss darüber hinaus auch durch hoheitliche Schutzmassnahmen – etwa mittels Strafrecht – diese grundrechtlich vermittelten Freiheitssphären gegenüber Beeinträchtigungen durch Dritte bewahren (Schutzpflichtdimension).¹¹⁴ Mitunter wird sogar vertreten, dass die Umset-

¹⁰⁸ Hörnle, Grob anstössiges Verhalten, 149.

¹⁰⁹ Stratenwerth, Gibt es eigenhändige Delikte?, 91 f.

¹¹⁰ Vgl. Kiener/Kälin, Grundrechte, 29 ff.; Isensee, Handbuch Staatsrecht, § 191 Rn. 1, zum Grundrechtsschutz vor und durch den Staat.

¹¹¹ Kiener/Kälin, Grundrechte, 30.

¹¹² Ebenda.

¹¹³ Kiener/Kälin, Grundrechte, 31; Isensee, Handbuch Staatsrecht, § 191 Rn. 1, wonach das Abwehrrecht und die staatliche Schutzpflicht gegenläufige Funktionen eines Freiheitsgrundrechts sind.

¹¹⁴ Dietlein, Grundrechtliche Schutzpflichten, 231.

zung der grundrechtlichen Schutzpflichten nicht nur Aufgabe des Strafrechts, sondern das Strafrecht seine Legitimation gerade *durch* Erfüllung dieser Schutzpflichten erhalte.¹¹⁵

- 33 Die Gewährleistung von Schutz ist eine *Leistung*; sie setzt aktives Tätigwerden voraus, das in verschiedensten Handlungen bestehen kann: in gesetzgeberischen Tätigkeiten, rechtsprechenden Tätigkeiten und in faktischem Handeln.¹¹⁶ Schutz wird nicht gewährleistet durch bloße gesetzgeberische Tätigkeit, die erforderlichen Regelungen müssen auch durchgesetzt werden.¹¹⁷ Auch der EGMR leitet aus den Menschenrechten staatliche Schutzpflichten ab.¹¹⁸ So besteht nach der Rechtsprechung des EGMR u.a. eine Pflicht, gesetzgeberisch zum Schutz bestimmter Menschenrechte tätig zu werden und entsprechende Verletzungen dieser Rechte zu verfolgen.¹¹⁹ Teilweise – so insbesondere auch im Kontext von Verletzungen des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung – wird ein ausreichender Einsatz des Strafrechts gar als unerlässlich erachtet.¹²⁰ Dies wirft die notorische Frage auf, inwiefern der Einsatz des Strafrechts als Erfüllung einer *Schutzpflicht* denn überhaupt als Mittel zur Verhinderung von Rechtsverletzungen durch Private dienen kann, zumal die Untersuchung der Tat sowie die Bestrafung des Täters doch gar nichts mehr an der bereits eingetretenen Verletzung des Rechts ändern können. Die entsprechende Forderung muss also mit (positiven und/oder negativen) generalpräventiven Überlegungen begründet werden, was der EGMR im Bereich der sexuellen Übergriffe auch explizit offenlegt: «Effective deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions (...).»¹²¹ Die Wahrnehmung positiver Schutzpflichten in Form von Verfolgung und Bestrafung von Tätern dient also insofern dem Schutz der Menschenrechte, als die Bestrafung einerseits Genugtuungscharakter aufweist

¹¹⁵ Vgl. *Isensee*, Handbuch Staatsrecht, § 191 Rn. 219 ff.; deutlicher noch *ders.*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, Allgemeine Grundrechtslehren, Heidelberg 1992, § 111 Rn. 87: «Die grundrechtliche Schutzpflicht ist auf die Vermittlung des einfachen Rechts angewiesen. Dieses wird wiederum legitimiert durch die Schutzpflicht.»

¹¹⁶ *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 125.

¹¹⁷ *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 125.

¹¹⁸ Vgl. *Andrew Ashworth*, Positive Obligations in Criminal Law, Oxford 2013, 198.

¹¹⁹ Vgl. etwa Urteil des EGMR vom 26.03.1985 – 8978/80 (X. und Y. gegen die Niederlande), und vom 04.12.2003 – 39272/98 (M.C. gegen Bulgarien).

¹²⁰ Vgl. Urteil vom 26.03.1985 – 8978/80 (X. und Y. gegen die Niederlande), § 27.

¹²¹ Urteil des EGMR vom 26.03.1985 – 8978/80 (X. und Y. gegen die Niederlande), § 27, bestätigt im Urteil des EGMR vom 04.12.2003 – 39272/98 (M.C. gegen Bulgarien), § 150; kritisch zu diesem Fokus auf generalpräventive Aspekte *Pitea*, Rape as a Human Rights Violation, 455 f.

und andererseits der (positiven und/oder negativen) Generalprävention dient und damit *mittelbar* dem Schutz dieses Rechts.¹²²

2. *Zwischen Schutz und Bevormundung*

Aufgabe des Strafrechts ist also, «seinen Bürgern ein freies und friedliches Zusammenleben unter Gewährleistung aller verfassungsrechtlich garantierter Grundrechte zu sichern»¹²³ und folglich insbesondere Eingriffe in fremde Rechtspositionen zu verhindern und zu sanktionieren.¹²⁴ Eine (strafwürdige) Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung lässt sich ohne weiteres begründen, wenn sexuelle Handlungen an oder mit einer Person gegen oder ohne deren faktischen Willen vorgenommen werden.¹²⁵ In solchen Fällen ist das aus dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung fließende Abwehrrecht zweifellos verletzt, womit der dem Schutz des Einzelnen verpflichtete Staat grundsätzlich tätig werden sollte. Die Schutzpflicht des Staates endet allerdings dort, wo der Berechtigte damit einverstanden ist, seine eigenen Güter einzusetzen. «Weil die Schutzpflicht des Staates sich aus dem Recht des Einzelnen auf Schutz ergibt, bleibt der autonome Wille des Einzelnen für die Gewährleistung des Schutzes bestimmend.»¹²⁶ Das bedeutet, dass bei Verhaltensvorschriften, die Eingriffe in Rechtspositionen anderer selbst dann verbieten, wenn diese der Verletzung zustimmen, wiederum begründet werden muss, weshalb die erteilte Zustimmung nicht als wirksam respektiert wird. Denn dann wird nicht mehr nur der potentielle Täter eines Deliktes durch die Verbotsnorm eingeschränkt, sondern durch die Kriminalisierung des Eingreifenden möglicherweise auch das zu «schützende» Opfer.¹²⁷

Zur Veranschaulichung könnte der Tatbestand Art. 187 im Falle eines 14-jährigen Jugendlichen dienen, der einem Sexualkontakt mit seinem 21-jährigen Partner faktisch zustimmt. Diese strafrechtliche Norm, die sexuelle Handlungen mit Kindern und Jugendlichen unter 16 Jahren weitgehend verbietet, selbst wenn das zu schützende Opfer dem Kontakt faktisch zustimmt, stellt einerseits aus Perspektive des Täters eine Beschränkung seiner Freiheit dar, die es – wie jedes staatliche Handeln – zu rechtfertigen gilt.¹²⁸ Anderer-

¹²² Vgl. von *Arnauld*, § 9 Rn. 661, 290.

¹²³ *Roxin*, AT, § 2 Rn. 7.

¹²⁴ *MK-Renzikowski*, Vor § 174 Rn. 7.

¹²⁵ So bereits *Hangartner*, Selbstbestimmung, 17.

¹²⁶ *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 221.

¹²⁷ Zum mittelbaren Grundrechtseingriff beim Opfer durch Pönalisierung des Täterverhaltens siehe *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung, 24 ff.; ebenso *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 74.

¹²⁸ Vgl. *BSK-Popp/Berkemeier*, Art. 1 Rn. 3.

seits ist möglicherweise auch aus Perspektive des faktisch zustimmenden Jugendlichen in einem solchen Verbot eine Beschränkung *seiner* positiven Selbstbestimmungsfreiheit zu sehen.¹²⁹ Da sich die Verbotsnorm nicht an den faktisch zustimmenden Jugendlichen, sondern an dessen erwachsenen «Partner» richtet, stellt sich die Norm für den Jugendlichen als indirekten Paternalismus dar – sein faktischer Wille wird für unbeachtlich erklärt, allerdings wird nicht der Jugendliche selber bestraft, sondern der Zustimmungsadressat.¹³⁰

- 36 Eine mögliche und zulässige Begründung für diese paternalistische Intervention ist, dass der vom Jugendlichen faktisch gewollte Sexualkontakt gerade nicht auf einer autonomen Entscheidung basiert, womit die Schutzpflicht des Staates wieder auflebt bzw. weiterwirkt.¹³¹ Denn wenn eine Person aufgrund eines entwicklungsbedingten oder geistigen Kompetenzdefizits oder aufgrund eines normativ relevanten Willensmangels nicht in der Lage ist, eine autonome Entscheidung zu treffen, dann muss ihr Verhalten, d.h. eine allenfalls faktische Zustimmung, vom Staat auch nicht als Ausdruck ihrer individuellen Selbstbestimmung respektiert werden.¹³² Aufgrund der Schutzfunktion der Grundrechte ist der Staat nicht nur berechtigt, sondern bisweilen sogar verpflichtet, den Einzelnen nicht nur vor nicht bewilligten Fremdverletzungen zu schützen, sondern auch vor solchen Eingriffen, denen nur eine scheinbar selbstbestimmte Einwilligung vorangeht.¹³³ Folglich ist der Staat sogar verpflichtet, Einwilligungen nur unter bestimmten Voraussetzungen anzuerkennen und insbesondere für die Wirksamkeit einer Einwilligung bestimmte mentale Kompetenzen und eine gewisse Freiwilligkeit vorauszusetzen.¹³⁴
- 37 Nach gängiger Terminologie handelt es sich dabei um weichen bzw. autonomieorientierten Paternalismus, der lediglich «defizitäre» Entscheidungen verhindern soll.¹³⁵ Kinder und teilweise auch Jugendliche – so wird zu Recht argumentiert – können aufgrund (noch) mangelnder Autonomiekompetenz ihr positives Selbstbestimmungsrecht nicht wirksam ausüben, weshalb der Eingriff ohne *wirksame* Zustimmung erfolgt und der Täter mithin das *Abwehr-*

¹²⁹ Vgl. *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 74: «Eine Beschränkung der Einwilligungsmöglichkeit greift nicht nur in den rechtlich geschützten Freiheitsbereich des Täters ein, sondern auch und vor allem in den Freiheitsbereich des Verfügenden.»

¹³⁰ *Lenz*, Jugendschutztatbestände, 190.

¹³¹ Vgl. *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung, 45.

¹³² *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung, 164.

¹³³ *Ohly*, Volenti, 87.

¹³⁴ *Ohly*, Volenti, 87 f.

¹³⁵ Vgl. vorne Rz. 15 ff.

recht des Kindes oder des Jugendlichen verletzt.¹³⁶ Das Unrecht solcher Fälle liegt also nicht darin, dass der Täter gänzlich ohne Zustimmung bzw. gegen den Willen gehandelt hat, sondern dass das Opfer nicht imstande war, einen normativ wirksamen Willen zu bilden.¹³⁷ Dadurch ergibt sich eine Verletzung des negativen Rechts, von nicht autonom gewollten Sexualkontakten freizubleiben. Die entscheidende Frage lautet nun also, unter welchen Bedingungen das Wollen einer Person als autonome Entscheidung und damit als rechtlich relevant im Sinne eines strafrechtswirksamen Willens zu respektieren ist und inwieweit eine Person vor sich selber geschützt werden darf bzw. muss.

Die (strafrechtliche) Regelung der Voraussetzungen, die an eine wirksame Einwilligung in Sexualkontakte zu stellen sind, konstituiert die Freiheit des Einzelnen einerseits, beschränkt sie aber unter Umständen auch.¹³⁸ Die Frage, welche Anforderungen an eine strafrechtlich wirksame, freiwillige Einwilligung zu stellen sind, mündet damit in das Paternalismusproblem.¹³⁹ Wichtig ist hier zu sehen, dass ein erhebliches Spannungsverhältnis besteht: Wenn der Gesetzgeber bei der Regelung der Voraussetzungen autonomen Entscheidens über das Ziel hinauschießt und dabei das Recht auf Selbstbestimmung übermäßig einschränkt (im Sinne der Freiheit zu gewollter Sexualität), beispielsweise wenn er eine allgemeine Altersgrenze von 20 Jahren für Sexualkontakte vorsehen würde, ist dies mit dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ebenso wenig zu vereinbaren, wie wenn er seinen Schutzpflichten in ungenügender Weise nachkommt.¹⁴⁰

3. *Schutz der positiven Selbstbestimmungsfreiheit durch das Strafrecht*

Das *positive* Recht auf sexuelle Selbstbestimmung für sich alleine kann (und soll) an sich nicht Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes sein.¹⁴¹ Wie Hörnle zutreffend festhält, ist es meist «eine Sache der glücklichen Zufälle, ob Menschen auf andere Menschen und Umstände treffen, die die Umsetzung

¹³⁶ Sick/Renzikowski, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, 606; Lenz, Jugendschutztatbestände, 192, 253.

¹³⁷ Sick/Renzikowski, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, 606; Lenz, Jugendschutztatbestände, 29.

¹³⁸ Vgl. Ohly, Volenti, 87; ähnlich bereits Amelung, Einwilligungsfähigkeit II, 825, wonach man sich vor Augen halten müsse, dass «die Abstempelung einer Person als einwilligungsunfähig eine Freiheitsbeschränkung enthält».

¹³⁹ Rigopoulou, Grenzen des Paternalismus, 271.

¹⁴⁰ Vgl. zu diesem Spannungsverhältnis auch Graupner, Sexualität und Recht, 169 ff.

¹⁴¹ Dripps, Beyond Rape, 1785; Yung, Rape Law Fundamentals, 28; Hangartner, Selbstbestimmung, 17.

ihrer persönlichen Bedürfnisse ermöglichen – das Strafrecht kann dazu nichts beitragen».¹⁴² Die positive Dimension der sexuellen Selbstbestimmung für sich alleine schützt es wie bei allen Individualrechtsgütern grundsätzlich nur im Rahmen der allgemeinen Freiheitsdelikte (etwa Nötigung oder Freiheitsberaubung).¹⁴³ Kein Sexualdelikt im eigentlichen Sinne, sondern «nur» eine gewöhnliche Nötigung begeht deshalb etwa, wer eine Person (gegen ihren Willen) an der sexuellen Betätigung *hindert*,¹⁴⁴ also etwa jemandem Schläge androht, damit dieser nicht mit einer bestimmten Person (einvernehmlichen!) Geschlechtsverkehr vollzieht. Im nichtstrafrechtlichen Bereich stellen sich hingegen durchaus Fragen zur Dimension staatlicher Gewährleistungspflichten. So wird bisweilen die Frage diskutiert, ob der Staat Grundbedingungen schaffen muss, damit etwa körperlich oder geistig beeinträchtigte Menschen ihr Recht auf sexuelle Selbstbestimmung verwirklichen können, indem ihnen beispielsweise Zugang zu Sexualassistenten ermöglicht und/oder finanziert wird.¹⁴⁵ Dem Strafrecht hingegen geht es vor allem darum, die negative Freiheit zu schützen bzw. die Missachtung der Ausschlussfunktion – oder traditioneller: Eingriffe in Rechtsgüter – zu verbieten und zu sanktionieren.¹⁴⁶

III. Einwilligung als Aktualisierung von Autonomie

A. Autonomie und Einwilligung

- 40 Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung besagt, dass die geschützte sexuelle Sphäre einer Person prinzipiell unantastbar ist und Eingriffe nur gestattet sind, wenn die berechtigte Person durch autonome Ausübung ihrer positiven Freiheit bzw. ihrer Dispositionsfreiheit einen Eingriff in ihre geschützte Sphäre gestattet. *Strafrechtlich* wird das grundrechtlich verankerte Selbstbestimmungsrecht über bestimmte Sphären – den eigenen Körper, die sexuelle Sphäre etc. – gemeinhin über das Erfordernis *und* die Möglichkeit der Einwilligung in entsprechende Eingriffe in diese Sphäre gewährleistet.¹⁴⁷ Selbstbestimmung und Einwilligung sind damit untrennbar miteinander verknüpft, wie auch die folgende Passage von Wertheimer veranschaulicht:

¹⁴² Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung, 860.

¹⁴³ Vgl. auch Mona, Die Einwilligung.

¹⁴⁴ Vgl. Hangartner, Selbstbestimmung, 17 mit Fn. 63.

¹⁴⁵ Vgl. dazu Zinsmeister, Sexualität ermöglichen, 71 ff.

¹⁴⁶ MK-Renzikowski, Vor § 174 Rn. 7.

¹⁴⁷ Vgl. für das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in Bezug auf Körperverletzungsdelikte Fateh-Moghadam, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 74.

«[Sexual A]utonomy refers to the *value* that is to be protected, whereas consent refers to the *means* for protecting and promoting that value: we protect a person's autonomy by prohibiting actions to which she does not consent and empowering her to engage in actions to which she does consent.»¹⁴⁸ 41

Mit Blick auf die Lehre der grundrechtlichen Schutzpflichten vermittelt das negative Recht des Berechtigten grundsätzlich einen grundrechtlichen Anspruch auf Schutz vor Eingriffen in die sexuelle Sphäre, zu denen er keine autonome Zustimmung erteilt hat.¹⁴⁹ Wann aber liegt eine autonome Zustimmung vor? Keine Theorie, die autonomen Entscheidungen eine zentrale Rolle zuweist, kommt ohne eine Regelung der Voraussetzungen aus, unter denen eine Entscheidung einer grundsätzlich autonomiekompetenten Person als Ausdruck von Autonomie angesehen werden kann.¹⁵⁰ Im Strafrecht ist vor allem im Bereich der Einwilligungsdogmatik bzw. der Willensmängeldogmatik nach Kriterien gesucht worden, einen Massstab für autonome bzw. rechtlich wirksame¹⁵¹ Entscheidungen zu definieren.¹⁵² Da der Einwilligung ein Konzept der Selbstbestimmung zugrunde gelegt wird und die Preisgabe eines strafrechtlich zu schützenden Guts überwiegend im Zusammenhang mit dem Institut der Einwilligung diskutiert wird, sind Erwägungen zu den Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung auch Erwägungen zum strafrechtlichen Autonomiebegriff.¹⁵³ 42

Die Aussage, dass sexuelle Selbstbestimmung und *Einwilligung* untrennbar miteinander verknüpft sind, könnte den Leser nun zunächst irritieren, zumal in der Literatur zur Unterscheidung von Einwilligung und Einverständnis typischerweise darauf hingewiesen wird, dass gerade die Art. 189 und 190 (Sexuelle Nötigung und Vergewaltigung) Anwendungsfälle der Zustimmung 43

¹⁴⁸ Wertheimer, Consent to Sexual Relations, 31.

¹⁴⁹ Vgl. Green, Lies, Rape, and Statutory Rape, 211: «One of the principal indicators for determining whether an individual's sexual autonomy is respected is consent.» Ähnlich auch Sick/Renzikowski, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, 606; Fateh-Moghadam, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 74. Zur Kritik an der Übertragung des Einwilligungskonzepts auf Sexualkontakte vgl. unten Rz. 412 ff.

¹⁵⁰ Ohly, Volenti, 66.

¹⁵¹ Vgl. Rönau, Willensmängel, 205 ff., der einen strafrechtlich relevanten Autonomiebegriff definiert, der ihm anschliessend als Wirksamkeitsmassstab für strafrechtliche Einwilligungen dient.

¹⁵² So auch Lenz, Jugendschutztatbestände, 44, in Bezug auf die Frage der Kompetenz, obwohl sie die sexuelle Selbstbestimmung nicht als «Unterfall der Einwilligung» betrachten möchte, vgl. a.a.O. 41.

¹⁵³ Vgl. Lenz, Jugendschutztatbestände, 48, mit Blick auf Amelungs Konzept der Einwilligungsfähigkeit.

mungskategorie «Einverständnis» seien.¹⁵⁴ Da es sich im Folgenden zunächst um eine konzeptuelle Annäherung an die Frage handelt, wann eine Zustimmung als autonom anzusehen ist, sollen die Voraussetzungen einer autonomen Zustimmung zu sexuellen Handlungen vorerst losgelöst von existierenden Tatbeständen und Zustimmungskategorien untersucht werden. Da im Bereich der Strafrechtsdogmatik mit der Einwilligungsdogmatik ein *allgemeiner* Massstab entwickelt wurde, wann eine Zustimmung als autonom und damit grundsätzlich rechtlich relevant zu betrachten ist, sollen deren Erkenntnisse für die hier interessierende Frage herangezogen werden. Da aber die Unterscheidung zwischen Einverständnis und Einwilligung später in der Untersuchung nochmals aufgegriffen wird, sollen die postulierten Unterschiede der beiden Zustimmungskategorien hier dennoch in der gebotenen Kürze diskutiert werden.

B. Exkurs: Die Zustimmungskategorien Einwilligung und Einverständnis

- 44 Nach der älteren strafrechtlichen Lehre werden für das Einverständnis eigene, von der allgemeinen Einwilligungsdogmatik abweichende Wirksamkeitsvoraussetzungen postuliert und darüber hinaus vertreten, dass das Einverständnis tatbestandsausschliessend wirke, während die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund ausgestaltet sei.¹⁵⁵

1. Unterschiedliche deliktssystematische Einordnung?

- 45 Unter der Annahme, dass die Einwilligung dogmatisch auf der Ebene der Rechtfertigung einzuordnen sei, wirkt die Aussage, dass jeder Sexualkontakt von einer wirksamen Einwilligung getragen werden muss, geradezu skurril.¹⁵⁶ Dies würde nämlich – in strafrechtsdogmatischen Kategorien gedacht – bedeuten, dass sexuelle Handlungen grundsätzlich als strafrechtlich relevantes, tatbestandsmässiges Handeln zu betrachten wären, die lediglich ausnahmsweise durch eine gültige Zustimmung gerechtfertigt bzw. «neutralisiert» werden könnten.¹⁵⁷ Dieser Einwand verliert jedoch an Bedeutung, sofern die

¹⁵⁴ Statt vieler *Stratenwerth*, § 10 Rn. 8 f.

¹⁵⁵ Vgl. der systematische Überblick bei *Roxin*, AT, § 13 Rn. 2 ff.

¹⁵⁶ So auch *Stratenwerth*, § 10 Rn. 9.

¹⁵⁷ So auch *Isfen*, Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen, 228; *Eisele*, Stellungnahme, 7; *Hörnle*, Gutachten, 16; *Lenz*, Jugendschutztatbestände, 40 f., die deshalb – m.E. fälschlicherweise – zum Schluss kommt, es sei nicht sinnvoll, die sexuelle Selbstbestimmung als

Einwilligung ebenso wie das Einverständnis als Tatbestandsausschlussgrund betrachtet wird.

Dass diese Einordnung auf Tatbestandsebene beim Einverständnis seit jeher unbestritten ist, liegt daran, dass das Einverständnis häufig als negative Umschreibung eines bestimmten Tatbestandsmerkmals verstanden wird, das mit einer Zustimmung des Berechtigten schon begrifflich gar nicht erst kompatibel ist.¹⁵⁸ Dies lässt sich am besten anhand der Nötigung gemäss Art. 181 beschreiben: Eine Nötigung setzt aufgrund der allseits konsentierten Auslegung des Begriffs «nötigen» bereits bei diesem Tatbestandsmerkmal ein Handeln gegen den natürlichen Willen voraus.¹⁵⁹ Das «Einverständnis» des Genötigten besagt daher nichts anderes, als dass in einem Fall, wo kein entgegengesetzter Wille vorhanden ist, eben nicht «genötigt» wurde – eine «einverständliche» Nötigung ist ein Widerspruch in sich selbst.¹⁶⁰ Ein Einverständnis schliesst damit notwendigerweise den Tatbestand aus, weil sich das Verhalten nicht mehr unter das Merkmal «nötigen» und damit unter den Deliktstatbestand subsumieren lässt.¹⁶¹ Ähnliches gilt auch für die «Wegnahme» bei Art. 139 (Diebstahl), die nach allgemein konsentierter Auslegung einen *Gewahrsamsbruch*, d.h. ein Handeln gegen den *natürlichen* Herrschaftswillen des Gewahrsamsinhabers, voraussetzt. Stimmt der Gewahrsamsinhaber dem Gewahrsamswechsel zu, liegt keine «Wegnahme» vor, weshalb das Verhalten nicht unter Art. 139 subsumiert werden kann.¹⁶²

Die ältere und wohl noch herrschende Meinung stellt sich nun auf den Standpunkt, dass die Einwilligung demgegenüber als Rechtfertigungsgrund einzuordnen sei,¹⁶³ während eine mittlerweile an Boden gewinnende Mindermeinung jede Zustimmung und damit auch die Einwilligung als Tatbestandsausschlussgrund einordnet.¹⁶⁴ Ausgangspunkt ist dabei zumeist die Vorfrage, ob und wie der Wille des Einwilligenden zum sachlichen Substrat des Individualrechtsguts steht. Wer das sachliche Substrat unabhängig vom Willen des Berechtigten als

«Unterfall der Einwilligung» zu betrachten. A.A. allerdings *Herring/Dempsey*, Rethinking criminal law's response to sexual penetration, 30: «We claim that when a man penetrates a woman's anus or vagina, he commits a prima facie moral wrong. Sexual penetration requires justification (...).»

¹⁵⁸ Vgl. *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung, 100 f., der vom Einverständnis als einer Subsumtionskategorie spricht.

¹⁵⁹ Vgl. dazu prägnant BVerfG 2 BvR 568/04 vom 01.07.2004 Rn. 9.

¹⁶⁰ *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung, 100 f.

¹⁶¹ *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung, 102.

¹⁶² *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung, 101 f.

¹⁶³ Vgl. *Stratenwerth*, § 10 Rn. 9; *Trechsel/Noll/Pieth*, 139; *Amelung*, Die Einwilligung, 29; auch *Murmann*, Selbstverantwortung des Opfers, 368 ff., allerdings nur aus pragmatischen Gründen einer «sinnvolle[n] Begriffsbildung», a.a.O., 374.

¹⁶⁴ Vgl. die zahlreichen Nachweise bei *Rönnau*, Willensmängel, 16 mit Fn. 21.

Rechtsgut schützt, sieht in der Einwilligung typischerweise einen Akt, der die tatbestandlich umschriebene Verletzung des Tatobjektes (also der Sache, des Körpers etc.) ausnahmsweise rechtfertigt.¹⁶⁵ In Rönnaus Terminologie handelt es sich dabei um das sog. Kollisionsmodell.¹⁶⁶ Die Vertreter des sog. Intergrationsmodells¹⁶⁷ betrachten hingegen nicht nur das im Tatbestand umschriebene sachliche Substrat (d.h. der menschliche Körper bei Art. 122 ff., die Sache bei Art. 144 etc.), sondern darüber hinaus auch die *darauf bezogene* Dispositionsfreiheit über das geschützte Objekt als integraler Bestandteil des Rechtsguts.¹⁶⁸ Diesem Rechtsgutskonzept zufolge beinhaltet das «Rechtsgut» also nicht nur den «Verfügungsgegenstand» (etwa den menschlichen Körper), sondern auch die dazugehörige Verfügungsbefugnis des Einzelnen über dieses Tatobjekt. Diese Dispositionsbefugnis umfasst auch bzw. insbesondere die Befugnis, durch Erteilung einer Einwilligung anderen Personen Eingriffe in den eigenen Körper zu gewähren.¹⁶⁹ Verfügungsbefugnis und Bezugsobjekt werden so zu einem einheitlichen Rechtsgut verbunden.¹⁷⁰

- 48 Das Integrationsmodell ist dem Kollisionsmodell vorzuziehen. Das Kollisionsmodell geht davon aus, dass der Verfügungsgegenstand zunächst unabhängig vom Willen des Inhabers im öffentlichen Interesse zu schützen ist, was die Trennung zwischen Tatbestandserfüllung und Rechtswidrigkeit plausibel macht.¹⁷¹ Die Vorstellung, dass die rechtfertigende Kraft der Einwilligung auf einer Abwägung zwischen einem objektiven (allenfalls staatlichen) Interesse an der Erhaltung des Rechtsguts und der Dispositionsfreiheit des Inhabers beruht, ist aus liberaler Perspektive allerdings unattraktiv.¹⁷² In einer liberalen Rechtsgutstheorie wird davon ausgegangen, dass die Rechtsgüter dem Einzelnen zu dessen freier Entfaltung zugewiesen werden und nicht für

¹⁶⁵ Eine Übersicht über die Vertreter eines solchen Ansatzes findet sich bei *Rönnau*, Willensmängel, 13 ff.

¹⁶⁶ Vgl. dazu kritisch *Rönnau*, Willensmängel, 34 ff.

¹⁶⁷ Diese Terminologie stammt von *Rönnau*, Willensmängel, 17.

¹⁶⁸ Vgl. dazu bereits *Rudolphi*, ZStW 1974, 87: «Rechtsgut und Verfügungsbefugnis über das Rechtsgut bilden nicht nur eine Einheit, sondern Verfügungsgegenstand und Verfügungsbefugnis sind in ihrem Auseinanderbezogenheit selbst das im Tatbestand geschützte Rechtsgut.» Gewissermaßen als «Begründer» des Integrationsmodells muss aber *Stratenwerth* gelten, vgl. *Stratenwerth*, Prinzipien der Rechtfertigung, 41 ff.

¹⁶⁹ *Rönnau*, Willensmängel, 17.

¹⁷⁰ Vgl. zum «Integrationsmodell» eingehend *Rönnau*, Willensmängel, 49 ff.

¹⁷¹ So *Jescheck/Weigend*, § 34 I 3, 375 f.

¹⁷² Siehe etwa *Roxin*, AT, § 13 Rn. 12 ff.; kritisch gegenüber «kollektivistischen Regelungsmodellen der Einwilligung» auch *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 97 ff.; vgl. auch *Dsouza*, Undermining Prima Facie Consent, 494, wonach nach einem liberalen Modell die Einwilligung den Tatbestand ausschließen müsse. Eine eingehende Begründung findet sich auch bei *Weigend*, Begründung der Straflosigkeit, 58 ff.

sich als schützenswert betrachtet werden¹⁷³ und die Dispositionsbefugnis folglich ein integraler Teil des Rechtsguts darstellt.¹⁷⁴ Daraus folgt, dass bei einer wirksamen Einwilligung schon gar keine Rechtsgutsverletzung vorliegt,¹⁷⁵ weil es an einer Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit des Rechtsträgers und damit an einer Rechtsgutsverletzung gerade fehlt.¹⁷⁶ Folglich wäre es widersinnig, die Einwilligung erst als Rechtfertigungsgrund zu sehen, obwohl es bereits an einer Verletzung des Rechtsguts fehlt.¹⁷⁷ Im Gegensatz zu den eigentlichen Rechtfertigungsgründen beruht die straffausschliessende Wirkung der Einwilligung strukturell gerade nicht auf einer Abwägung verschiedener Interessen, sondern ausschliesslich auf der Selbstbestimmung des Betroffenen.¹⁷⁸ Dies entspricht dogmatisch einem Ausschluss der objektiven Tatbestandszurechnung.¹⁷⁹

¹⁷³ *Roxin*, AT, § 13 Rn. 12.

¹⁷⁴ *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 91 f.

¹⁷⁵ Vgl. *Weigend*, Begründung der Straflosigkeit, 60 f.: «Wenn durch die strafrechtliche Bewehrung <individueller Rechtsgüter> (...) [die] Freiheit [des einzelnen Berechtigten] zur autonom gesteuerten Verfügung über sie geschützt wird, (...) dann lässt sich erklären, warum keine strafrechtsrelevante Rechtsgutbeeinträchtigung eintreten kann, wenn der Berechtigte in die <Verletzung> einwilligt: Er trifft dann ja gerade die Disposition, die ihm die Rechtsordnung freistellt.»

¹⁷⁶ Siehe auch *Weigend*, Begründung der Straflosigkeit, 60 f. Dies bedeutet nicht, dass umgekehrt eine Verletzung der Dispositionsfreiheit bereits eine hinreichende Bedingung für die Annahme einer Rechtsgutsverletzung ist. Erforderlich ist immer auch eine Verletzung bzw. Beeinträchtigung des tatbestandlichen Realobjekts, vgl. zu diesem Punkt eingehend *Roxin*, FS Amelung, 284.

¹⁷⁷ *Roxin*, AT, § 13 Rn. 14; *Jäger*, Kategorialprinzipien, 16 ff. und 22 ff., will die Frage nach der systematischen Einordnung der Einwilligung nicht nur an die Rechtsgutsdiskussion binden. Nach dem heutigen Stand der Lehre genüge es ohnehin nicht, dass ein – wie auch immer definiertes Rechtsgut – verletzt wird, vielmehr müsse diese Verletzung dem Täter auch zugerechnet werden können. Wenn nun schon die einverständliche Fremdgefährdung die Zurechnung des Erfolges ausschliessen könne, müsse dies für die einverständliche Fremdverletzung erst recht gelten. Erlaubnissätze, welche ihren Grund in Verhältnismässigkeitsabwägungen finden wie etwa der Notstand, seien der Rechtfertigungsebene zuzuordnen. Bestehe der Grund des Erlaubnissatzes hingegen in der Fremdverantwortung oder dem Fehlen von Verantwortung, so sei der Tatbestand betroffen. Da die Einwilligung als Verantwortungsübernahme des Opfers zu sehen ist, kommt *Jäger* zum Schluss, dass die Einwilligung ein Fall des Ausschlusses der objektiven Zurechnung und damit auf der Tatbestandsebene einzuordnen sei.

¹⁷⁸ So auch *Roxin*, AT, § 13 Rn. 22, wonach die Einwilligung im System der Rechtfertigungsgründe einen «Fremdkörper» darstellen würde, zumal es bei der Einwilligung gerade nicht um eine Interessenabwägung gehe; ebenso auch *Jäger*, Kategorialprinzipien, 23; ähnlich *Weigend*, Begründung der Straflosigkeit, 60 f.

¹⁷⁹ So noch *Kindhäuser*, Strafrecht AT 2005, § 12 Rn. 4, der allerdings neuerdings vertritt, die Einwilligung sei ein «tatbestandlicher Unrechtsausschluss eigener Art», vgl. *Kindhäuser*,

- 49 Die Argumente, die gegen die Einordnung der Einwilligung auf Tatbestands-ebene vorgebracht werden, sind hingegen nicht überzeugend. So ist es insbesondere nicht nötig, durch die Einordnung der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund den Ausnahmecharakter der Eingriffsrechtfertigung insbesondere bei Körperverletzungen zu bestätigen:¹⁸⁰ Gerade konsentierete Körperverletzungen sind bereits empirisch – in Gestalt von ärztlichen Heileingriffen – nicht die Ausnahme, sondern eher die Regel und dies wird von der Bevölkerung auch als vollkommen sozialadäquates Verhalten verstanden.¹⁸¹

2. *Unterschiedliche Wirksamkeitsvoraussetzungen?*

- 50 Während sich für die Einwilligung in Lehre und auch Rechtsprechung einigermaßen beständige Linien zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen herausgebildet haben, ist die Lage beim Einverständnis unklarer.¹⁸² Vor allem in der deutschen Literatur wird bisweilen noch vertreten, dass für das Einverständnis generell geringere Anforderungen gelten als für die Einwilligung.¹⁸³ So wird etwa eine Erklärung nach aussen für den Fall einer Einwilligung (teilweise) für erforderlich gehalten, während es beim Einverständnis keines kommunikativen Aktes bedürfe. Auch müssten nur bei der Einwilligung spezielle Wirksamkeitsvoraussetzungen wie Einwilligungsfähigkeit und Freiheit von Willensmängeln erfüllt sein, während beim Einverständnis die bloße faktische Zustimmung bzw. der natürliche Wille genüge und Täuschungen und Irrtümer grundsätzlich nicht zur Ungültigkeit führen könnten.¹⁸⁴
- 51 Hinsichtlich der Frage, ob ein Einverständnis kommuniziert werden muss, gibt es keinen Anlass, diese Frage anders als bei der Einwilligung zu regeln.¹⁸⁵ Die Argumente für oder gegen das Erfordernis einer Einwilligungserklärung gelten beim Einverständnis genauso wie bei der Einwilligung.¹⁸⁶ Auf die Frage, ob und weshalb eine Zustimmung erklärt werden muss, wird später

Strafrecht AT 2017, § 12 Rn. 5; die Einwilligung als Zurechnungsausschlussgrund begreifen etwa auch *Jäger*, Kategorialprinzipien, 16 ff. und 22 ff.; *Roxin*, FS Amelung, 273.

¹⁸⁰ So aber *Murmann*, Selbstverantwortung des Opfers, 375.

¹⁸¹ *Roxin*, AT, § 13 Rn. 19; *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 89 f.

¹⁸² So auch *Hörnle*, Gutachten, 16; *Rönnau*, Willensmängel, 182.

¹⁸³ Vgl. etwa *Wessels/Beulke/Satzger*, § 9 Rn. 367 f.; differenzierend *Kindhäuser*, Strafrecht AT 2017, § 12 Rn. 35 ff.

¹⁸⁴ Vgl. die entsprechende Darstellung der unterschiedlichen Voraussetzungen und die kritische Diskussion bei *Roxin*, AT, § 13 Rn. 2 ff.

¹⁸⁵ Konsequenter ist hierbei etwa *Roxin*, AT, § 13 Rn. 76 f., der sowohl beim Einverständnis als auch bei der Einwilligung am Erfordernis einer Kundgabe festhält.

¹⁸⁶ *Roxin*, AT, § 13 Rn. 76.

noch zurückzukommen sein. Festzuhalten bleibt aber, dass in diesem Punkt beim Einverständnis und bei der Einwilligung keine unterschiedlichen Voraussetzungen gelten sollten.

Richtig an der Unterscheidung zwischen Einwilligung und Einverständnis ist hingegen, dass nach geltendem Recht für ein wirksames Einverständnis nicht in jedem Fall die für die Einwilligung geltenden Wirksamkeitsvoraussetzungen wie Urteilsfähigkeit oder die Freiheit von Willensmängeln erfüllt sein müssen.¹⁸⁷ Vielmehr müssen die einzelnen Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Einverständnisses aus dem jeweiligen Tatbestand abgeleitet werden.¹⁸⁸ So ist etwa ein allfälliges Einverständnis beim allgemeinen Nötigungstatbestand nach Art. 181 nur dann ungültig, wenn es gerade aufgrund der im Gesetz genannten Nötigungsmittel zustande gekommen ist, in allen übrigen Fällen, die grundsätzlich zur Unwirksamkeit einer Einwilligung führen würden – beispielsweise bei einer Täuschung –, ist es hingegen in Bezug auf *diesen* Tatbestand gültig.¹⁸⁹ Dass dies so ist, beruht auf der gesetzgeberischen Entscheidung, das Rechtsgut der Willensfreiheit innerhalb des Nötigungstatbestandes nur in diesem bestimmten Umfang zu schützen und insbesondere keinen Schutz vor täuschenden Verhaltensweisen zu statuieren.¹⁹⁰ Ähnliches gilt auch für die Tatbestände des Sexualstrafrechts. So schliesst ein irrtumsbelastetes Einverständnis den Tatbestand von Art. 190 (Vergewaltigung) grundsätzlich aus (kurz: «wer getäuscht wird, wird nicht genötigt»), ebenso das Einverständnis einer urteilsunfähigen Person. Eine zur Bestrafung führende Gleichbehandlung des Einverständnisses mit der Einwilligung hinsichtlich der Wirksamkeitsvoraussetzungen würde also bereits am Gesetzeswortlaut als Auslegungsgrenze scheitern – obwohl das Geschehen durchaus strafwürdig erscheinen mag.¹⁹¹

Für den Bereich des Einverständnisses folgt hieraus, dass nicht entgegen dem Wortlaut des Tatbestandes immanente Schranken in den Anwendungsbereich des Einverständnisses «hineingelesen» werden dürfen und beispielsweise ein von der gesetzlichen Verhaltensbeschreibung eindeutig gefordertes Verhalten gegen den aktuellen Willen des Berechtigten weginterpretiert werden darf.¹⁹² Gerade beim Beispiel «durch Täuschung erschlichener Geschlechtsverkehr»

¹⁸⁷ *Jakobs*, Strafrecht AT, Abschn. 7 Rn. 108; *Trechsel/Noll/Pieth*, 139.

¹⁸⁸ Vgl. *Stratenwerth*, § 10 Rn. 10; ähnlich *Seelmann/Geth*, 50; *Roxin*, AT, § 13 Rn. 106 und 117; *Jakobs*, Strafrecht AT, Abschn. 7 Rn. 104.

¹⁸⁹ Vgl. *Jakobs*, Strafrecht AT, Abschn. 7 Rn. 104; *Roxin*, AT, § 13 Rn. 117.

¹⁹⁰ *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung, 102: «Die Verneinung der Tatbestandsverwirklichung wegen Einverständnisses beruht (...) allein auf der spezifischen Gestaltung des fraglichen Deliktstatbestands.»

¹⁹¹ *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung, 204; vgl. auch das Urteil des Kantonsgerichts Waadt vom 08.05.2017 E. 4.2.1.

¹⁹² *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung, 204.

mögen rechtlich schutzwürdige Interessen der getäuschten Person einer wirksamen Rechtsgutspreisgabe entgegenstehen bzw. für die Strafbarkeit des Eingreifenden sprechen. Der Grundsatz *nulla poena sine lege* untersagt es aber, diese Interessen im Wege einer strafbarkeitserweiternden und den Gesetzeswortlaut überschreitenden Interpretation des Art. 190 zu berücksichtigen, zumal Art. 189 und 190 durch das Tatbestandsmerkmal des «Nötigens» klarerweise ein Handeln gegen den aktuellen Willen fordern.¹⁹³

- 54 Allerdings ist damit regelmässig noch kein abschliessendes Urteil über die Erlaubtheit des Handelns des Eingreifenden gefällt.¹⁹⁴ Das faktische Einverständnis schliesst, auch wenn erschlichen, zwar den *Tatbestand* von Art. 189 und 190, nicht aber ohne weiteres auch die *Strafbarkeit* aus.¹⁹⁵ Ähnliches gilt auch für das durch einen Urteilsunfähigen erteilte Einverständnis. So stellen sexuelle Handlungen an einer faktisch zwar einwilligenden, aber urteilsunfähigen Person mangels Überwindung eines aktuell entgegenstehenden Willens zwar regelmässig keine sexuelle Nötigung oder Vergewaltigung dar, das Verhalten kann jedoch zumeist unter Art. 191 (Schändung) oder Art. 187 (Sexuelle Handlungen mit Kindern) subsumiert werden.¹⁹⁶ Jakobs definiert das Einverständnis deshalb richtigerweise als «tatbestandsausschliessende Einwilligung mit (...) durch den BT erzwungenen Besonderheiten».¹⁹⁷ Denn durch die konkrete Formulierung eines Tatbestandes entscheidet der Gesetzgeber, wie weit und umfassend er ein bestimmtes Rechtsgut innerhalb eines Tatbestandes schützen will,¹⁹⁸ gegebenenfalls eben auch abweichend von den allgemeinen Einwilligungsvoraussetzungen. Die spezifische Gestaltung eines Tatbestandes und damit auch der Gültigkeitsvoraussetzungen des jeweiligen Einverständnisses kann bezwecken, die Abgrenzung verschiedener Delikte voneinander zu ermöglichen (etwa Betrug, Erpressung, Diebstahl)¹⁹⁹ oder auch die Strafbarkeit einzugrenzen (keine «Nötigung» nach Art. 181 durch täuschendes Verhalten). Durch die Konzeption des Vergewaltigungstatbe-

¹⁹³ Vgl. *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung, 204; vgl. dazu auch das «Stealthings»-Urteil des Kantonsgerichts Waadt vom 08.05.2017 Nr. PE15.012315-LAE/PBRE.4.2.1.

¹⁹⁴ *Stratenwerth*, § 10 Rn. 9; ähnlich *Rönnau*, Willensmängel, 181: «Eine Aussage darüber, ob dasselbe Verhalten nicht andere Straftatbestände erfüllt, wird damit nicht getroffen.»

¹⁹⁵ *Graven/Sträuli*, Rn. 45 B, 68.

¹⁹⁶ So auch *Stratenwerth*, § 10 Rn. 9.

¹⁹⁷ *Jakobs*, Strafrecht AT, Abschn. 7 Rn. 104.

¹⁹⁸ *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung, 102: «Das Einverständnis stellt (...) eine Kategorie [dar], die den Umfang des Rechtsgutsschutzes in einem bestimmten Bereich unmittelbar betrifft.»

¹⁹⁹ Vgl. dazu *Green*, Consent and the Grammar of Theft Law, 108 ff., 112: «[T]he law cares not only about the fact that consent is prescriptively invalid but also about the specific causes of its invalidity.»

standes als Nötigungsdelikt hat der Gesetzgeber etwa entschieden, dass nur das Handeln *gegen den Willen* des Opfers unter den Tatbestand der Vergewaltigung zu subsumieren ist, nicht aber etwa das Handeln mit einer aufgrund Urteilsunfähigkeit defizitären Einwilligung.²⁰⁰ Wurde das Opfer nicht genötigt, liegt aber trotzdem eine ungültige Einwilligung vor, so wird das Verhalten entweder nach einem anderen Tatbestand bestraft (bei Einwilligungsunfähigkeit kommen etwa die Art. 187 und 191 infrage) oder es bleibt straflos (häufig bei irrtumsbelasteten Einwilligungen). Diese gesetzgeberische Entscheidung gilt es bei der Auslegung des *geltenden* Rechts zu berücksichtigen bzw. zu respektieren – so würde es etwa nicht angehen, auch das Erschleichen der Zustimmung zu einer sexuellen Handlung als sexuelle Nötigung zu qualifizieren.²⁰¹

Dennoch darf nicht verkannt werden, dass sich die entsprechende gesetzgeberische Entscheidung, wie weit das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung durch das Strafrecht bzw. innerhalb eines bestimmten Tatbestandes zu schützen ist, auch anders treffen liesse. Ein Blick nach England zeigt etwa, dass dort eine auf einem Irrtum beruhende Einwilligung des Opfers zu einer Strafbarkeit des Täters wegen «rape», also Vergewaltigung, führen kann, die Vergewaltigung dort also nicht als Nötigungsdelikt, sondern vielmehr als «penile Penetration ohne gültige Einwilligung» konzipiert ist.²⁰² Da es sich im Folgenden wie bereits erwähnt zunächst um eine konzeptuelle Annäherung an die Frage handelt, wann eine Zustimmung als autonom anzusehen ist, sollen die Erkenntnisse der allgemeinen Einwilligungsdogmatik, die einen *allgemeinen* Massstab für autonome Zustimmung entwickelt hat, herangezogen werden. Im Folgenden wird deshalb jeweils der Begriff «Einwilligung» verwendet. Auf die verschiedenen Möglichkeiten, wie das Sexualstrafrecht und insbesondere der Vergewaltigungstatbestand konzipiert werden können, soll im dritten Teil der Arbeit zurückgekommen werden.

²⁰⁰ Allerdings wird auch die Vornahme sexueller Handlungen an einem bewusstlosen Opfer unter Art. 189 f. subsumiert, sofern der Täter das Opfer durch die Anwendung von Gewalt bewusstlos gemacht hat.

²⁰¹ Vgl. dazu das «Stealththing»-Urteil des Kantonsgerichts Waadt vom 08.05.2017 E. 4.2.1, wonach das Verhalten des Beschuldigten zweitinstanzlich richtigerweise nicht mehr als Vergewaltigung qualifiziert wurde.

²⁰² Vgl. sect. 1 i.V.m. sect. 76 (2) des englischen Sexual Offenses Act 2003.

§ 2 Einwilligung in Sexualkontakte

I. Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung

A. Faktische Einwilligung und wirksame Einwilligung

- 56 Grundthese dieser Untersuchung ist, dass das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung dann (in *prima facie* strafwürdiger Weise) verletzt ist, wenn keine gültige bzw. wirksame Einwilligung zu einem Sexualkontakt vorliegt.²⁰³ Anlehnend an Westen soll zur Klarstellung die Unterscheidung zwischen faktischer Einwilligung und rechtlich wirksamer Einwilligung hervorgehoben werden.²⁰⁴
- 57 Die Einwilligung hat einerseits eine faktische Komponente, die sich auf bestimmte empirische Gegebenheiten bezieht, d.h. die Person muss – je nach Ansicht – innerlich oder gegen aussen mit Worten oder Gesten dem Eingriff bzw. der infrage stehenden Handlung zustimmen (dazu unten II.). Eine faktische Einwilligung ist allerdings nur eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Voraussetzung für die Rechtmässigkeit einer sexuellen Interaktion.²⁰⁵ Vielmehr ist erforderlich, dass die faktische Zustimmung unter Bedingungen erfolgt, die mit einer autonomen Entscheidung zu vereinbaren sind (dazu unten III. ff.).²⁰⁶ Die Notwendigkeit dieses zweiten Prüfschritts wird offensichtlich, sobald man sich der Tatsache gewahr wird, dass gerade die im Kontext des Sexualstrafrechts immer populärer werdenden Slogans «Nein-heisst-Nein!» oder «Nur-Ja-heisst-Ja!» für sich betrachtet nicht ausreichend sind. Dies meint auch Wertheimer, wenn er «No means No» als «unhelpful formula» bezeichnet: «It is not unhelpful because it is incorrect. It is unhelpful because there are many ways of <getting to yes>, and [No means No] does not help us distinguish between them.»²⁰⁷ Und auch Schulhofer fragt zu Recht: «We might say no means no, but does that mean that yes always means yes?»²⁰⁸

²⁰³ Insofern ähnlich *Green*, Lies, Rape, and Statutory Rape, 211; *Sick/Renzikowski*, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, 606; *LK-Hörnle*, Vor § 174 Rn. 31.

²⁰⁴ Vgl. *Westen*, The Logic of Consent, 1 ff.; vgl. auch *Dsouza*, Undermining Prima Facie Consent, 489 ff.

²⁰⁵ So auch *LK-Hörnle*, Vor § 174 Rn. 31; vgl. auch *Dsouza*, Undermining Prima Facie Consent, 489 ff.

²⁰⁶ Vgl. *Wertheimer*, Consent to Sexual Relations, 119 und 122: «[T]he principles of valid consent is the primary site of the philosophical action about consent.»

²⁰⁷ *Wertheimer*, Consent to Sexual Relations, 158.

²⁰⁸ *Schulhofer*, Rape in the Twilight Zone, 421.

Eine Verletzung des Abwehrrechts liegt nämlich, wie oben dargelegt, auch dann vor, wenn sich die Einwilligung als Folge einer nicht hinreichend autonomen Entscheidung des Berechtigten darstellt und ihr deshalb – ebenfalls unter dem Paradigma der sexuellen Selbstbestimmung – die Wirksamkeit aberkannt werden darf und muss.²⁰⁹ So ist etwa auch betreffend den geltenden Art. 190 (Vergewaltigung) in Rechtsprechung und Lehre anerkannt, dass aus fehlendem verbalen oder physischem Widerstand und selbst aus Äusserungen wie «De mach haut!» oder der Bitte um die Verwendung eines Kondoms keine gültige Einwilligung abgeleitet werden darf, wenn aufgrund der gesamten Begleitumstände ersichtlich wird, dass diese verbale Zustimmung durch ein Nötigungsmittel erzwungen wurde.²¹⁰ Es ist damit also im Prinzip anerkannt, dass es Vorgehensweisen eines «Täters» gibt, zu einer expliziten oder konkludenten faktischen Zustimmung zu gelangen, die mit der Autonomie des Einzelnen als unvereinbar betrachtet werden. So kann eine vom Eingreifenden mit Gewalt bedrohte Person zwar faktisch einwilligen, allerdings würde dieser Einwilligung die unrechtsausschliessende Wirkung entzogen, wenn die faktische Einwilligung aufgrund dieses Zwangs erteilt wurde. Ebenso kann eine 14-jährige Person in sexuelle Handlungen mit einem Erwachsenen zwar faktisch, aber nicht rechtlich gültig einwilligen.

Dieses Verhältnis zwischen faktischer und wirksamer Einwilligung ergibt eine zweistufige Prüfung:²¹¹ In einem *ersten Schritt* wird danach gefragt, ob überhaupt eine faktische Einwilligung des potentiellen Opfers vorliegt. Hierbei handelt es sich um eine tatsächliche Frage, die beispielsweise dann verneint werden kann, wenn das Opfer bewusstlos ist, schlicht keine Zustimmung erteilt oder den Sexualkontakt gar explizit ablehnt. Fehlt bereits eine solche faktische Einwilligung, liegt ohne weiteres eine Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung vor.

Nur falls eine faktische Einwilligung – sei es eine explizite Zustimmung oder ein entsprechendes konkludentes Verhalten – vorliegt, kann in einem *zweiten Schritt* die normative Frage gestellt werden, ob die faktische Einwilligung

²⁰⁹ Vgl. *Ohly*, *Volenti*, 87 f.; siehe auch *MK-Renzikowski* zu § 179 a.F. Rn. 1 in Bezug auf einwilligungsunfähige Personen: «Ein Angriff auf das sexuelle Selbstbestimmungsrecht, verstanden als Freiheit vor Fremdbestimmung auf sexuellem Gebiet, liegt aber auch vor, wenn das Opfer unfähig ist, in rechtserheblicher Weise über sein Sexualleben zu disponieren.»

²¹⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_278/2011 vom 16.06.2011 E. 3.3.2. Auf der subjektiven Seite wird dem Täter die Berufung auf eine solche faktische Zustimmung verwehrt, wenn ihm klar war (oder sein musste?), dass die entsprechende Äusserung («De mach haut») lediglich «aus Angst vor ihm und einer erneuten Eskalation der Situation» erfolgte, vgl. a.a.O. E. 3.3.3; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 6B_25/2018 vom 14.02.2018 E. 1.2.2.; *Hangartner*, *Selbstbestimmung*, 157.

²¹¹ Vgl. auch *Westen*, *Common Confusions*, 340.

unter Bedingungen erteilt wurde, die mit einer selbstbestimmten Entscheidung zu vereinbaren sind.²¹² Hier können Umstände wie Urteilsunfähigkeit, Irrtum, Zwang usw. berücksichtigt werden und gegebenenfalls dazu führen, dass einer faktischen Einwilligung die Gültigkeit versagt wird, was wiederum zur Folge hätte, dass eine Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung vorliegen würde.

B. Autonomiedefizite – eine erste Annäherung

- 61 Die entscheidende Frage lautet nun: Welche Anforderungen sind an eine wirksame, autonome Einwilligung zu stellen? Aufgrund der unserer Rechtsordnung zugrundeliegenden Annahme, dass die Individuen grundsätzlich für ihre Entscheidungen zuständig und damit zur Selbstbestimmung fähig sind,²¹³ wird die Frage der Wirksamkeit einer Einwilligung vorwiegend negativ beantwortet, d.h. über das Fehlen bestimmter Autonomiedefizite bestimmt.²¹⁴ Insbesondere im Bereich der rechtfertigenden Einwilligung hat sich in Lehre und Rechtsprechung ein gewisser Konsens herausgebildet, welche Umstände eine selbstbestimmte Entscheidung tendenziell ausschließen. Zu diesen Umständen können zunächst mentale Defizite gehören. Als nicht zu einer autonomen Entscheidung und damit auch nicht zu einer Einwilligung fähig werden insbesondere Personen betrachtet, die aufgrund eines pathologischen mentalen oder eines entwicklungsbedingten Defizits gar nicht in der Lage sind, Sinn und Zweck oder Tragweite und Bedeutung ihrer Entscheidung zu überblicken.²¹⁵
- 62 Eine Entscheidung kann aber auch dann als mangelhaft oder mangelbehaftet bezeichnet werden, wenn die einwilligende Person aufgrund eines Irrtums oder einer Zwangslage eine Entscheidung trifft, die nicht ihrem subjektiven Wertesystem bzw. ihren subjektiven Präferenzen entspricht.²¹⁶ Wenn eine

²¹² *Westen*, Common Confusions, 340: «Prescriptive consent», whether it is attitudinal or expressive in nature, is that of which imputed consent is a fiction – namely, instances of actual consent, whether attitudinal or expressive, that occur under such conditions of competence, knowledge, and freedom as suffice for the choices to themselves constitute defenses to rape.»

²¹³ Vgl. vorne Rz. 10 ff.

²¹⁴ *Gutmann*, Rechtspaternalismus, 227; in diesem Sinne sind zumeist auch die wissenschaftlichen Beiträge zur Einwilligung strukturiert, d.h., es werden die verschiedenen Faktoren diskutiert, die eine Zustimmung (zu einem Sexualkontakt) ungültig machen, vgl. etwa *Wertheimer*, Consent to Sexual Relations; ähnlich *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 875 ff.

²¹⁵ Vgl. *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 875 ff.

²¹⁶ Vgl. *Amelung*, Irrtum und Täuschung, 40 ff.

Person ihre Entscheidung etwa auf eine unrichtige oder unvollständige Entscheidungsgrundlage abstellt – dies wären die Konstellationen der Täuschung bzw. des Irrtums – oder aber ihr Willensbildungsprozess durch eine Zwangslage beeinflusst wird, die durch Naturereignisse, andere Menschen oder auf andere Art und Weise hervorgerufen wurde, kann dies durchaus dazu führen, dass die Einwilligung – nach dem Massstab der konkreten Person – als defizitär betrachtet werden kann.²¹⁷

Da die Einwilligung ein Akt rechtlich garantierter Selbstbestimmung ist, stellt das subjektive Wertesystem des Entscheidenden grundsätzlich den Massstab dar, an dem die konkreten Entscheidungen bzw. Einwilligungen *zunächst* zu messen sind.²¹⁸ Ein derartiges, nach Massstäben des subjektiven Wertesystems als solches bewertetes Defizit ist nun aber keine hinreichende Bedingung dafür, dass einem Defizit in moralischer oder rechtlicher Hinsicht Relevanz zukommt.²¹⁹ Da das Korrelat der Selbstbestimmung die Eigenverantwortung ist, kommt es auch wesentlich darauf an, wem die Verantwortung für die defizitäre Entscheidung zuzuschreiben ist.²²⁰ Wie Rönnau richtigerweise festhält, sind etwa Irrtümer und Zwang im Leben eines Menschen allgegenwärtig.²²¹ Würde man Einwilligungen an einem idealisierten Autonomiebegriff messen, müssten praktisch sämtliche Einwilligungen als mangelbehaftet betrachtet werden. Will das Recht dies vermeiden, muss es berücksichtigen, dass das Wissen der Menschen stets begrenzt ist und auch die sich aus Umweltbedingungen ergebenden Grenzen der Freiheit in sein System integrieren.²²² Deshalb sei hier wieder daran erinnert, dass die Voraussetzungen, die für die strafrechtliche Bewertung einer Entscheidung als «selbstbestimmt» gelten sollen, mit Bedacht gesetzt werden müssen.²²³ Werden Entscheidungen an einem (zu) idealisierten Autonomiebegriff gemessen, wären kaum mehr autonome und damit unrechtsausschliessende Entscheidungen möglich und (sexuelle) Interaktionen zwischen Personen deshalb praktisch immer als unerlaubt zu bewerten. Darauf weist auch Wertheimer nachdrücklich hin:

«The principles of consent are unlikely to insist that consent is morally transformative only when it approaches some ideal of consent that is fully competent, fully informed, and completely unpressured (...).

²¹⁷ Vgl. Rönnau, Willensmängel, 186 ff., 205 ff.

²¹⁸ Amelung/Eymann, 942; Murmann, Selbstverantwortung des Opfers, 267.

²¹⁹ Murmann, Selbstverantwortung des Opfers, 443; ähnlich auch Rönnau, Willensmängel, 209 ff.

²²⁰ Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 233 ff.; Rönnau, Willensmängel, 53 f., 228 ff.; Göbel, Einwilligung, 22, 97 ff.; Murmann, Selbstverantwortung des Opfers, 458 f.

²²¹ Rönnau, Willensmängel, 210.

²²² Rönnau, Willensmängel, 210, 220, 230.

²²³ So auch Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung, 874 f.

If we seek to promote the agent's control over her life, we must recognize that there is a deep tension between insuring that the agent's consent is not seriously defective and not depriving her of the ability to effect morally transformative consent within the circumstances in which she finds herself.»²²⁴

II. Vorliegen einer faktischen Einwilligung

A. Ein mentaler Zustand oder eine Willenserklärung?

- 65 Obwohl die zentralen und strittigen Fragen mehrheitlich um die Gültigkeitsvoraussetzungen kreisen, also um die Frage, wann eine rechtlich «gültige» Einwilligung vorliegt, muss in diesem Zusammenhang zunächst die Frage geklärt werden, was eine «faktische» Einwilligung im strafrechtlichen Sinne überhaupt ist. Ist die Einwilligung ein psychologisches Phänomen, also ein rein «seelischer Vorgang» (Willensrichtungstheorie²²⁵), oder bedarf es einer Willenskundgabe, wonach die Einwilligung durch ausdrückliches oder konkludentes Verhalten nach aussen hervorgetreten sein muss (Erklärungstheorie²²⁶)? Kurz: Ist «faktisch einwilligen» etwas, das man denkt, oder etwas, das man tut? Oder wie Westen es formuliert:
- 66 «Is [consent] something that S subjectively experiences in her mind? And, if so, how can something that S subjectively experiences operate to negate criminal responsibility of a third person, A, whose perceptions are confined to what he can observe? Or is it something that S objectively performs?»²²⁷

²²⁴ Wertheimer, *What is Consent?*, 564.

²²⁵ Vgl. *Jakobs*, *Strafrecht AT*, Abschn. 7, Rn. 115; *Göbel*, *Einwilligung*, 134 ff.; *Rönnau*, *Voraussetzung und Grenzen der Einwilligung*, 666. Dies entspricht in etwa dem, was in der englischsprachigen Literatur unter «subjective account» oder «attitudinal account» verstanden wird, vgl. beispielhaft dazu *Heidi Hurd*, *The Moral Magic of Consent*, *Legal Theory* 121, 2, 1996.

²²⁶ Statt vieler *Roxin*, *AT*, § 13 Rn. 71 ff. m. w. H., der eine «beschränkte Erklärungstheorie» vertritt, im Gegensatz zur engen Erklärungstheorie, wonach die Einwilligung dem Täter gegenüber erklärt werden muss, vgl. zu letzterem *Ernst Zitelmann*, *Ausschluss der Widerrechtlichkeit*, *AcP* 99, 1906, 1 ff., 51 ff. Die Erklärungstheorie entspricht in etwa dem, was in der englischsprachigen Literatur unter «performative account» verstanden wird, vgl. dazu *Archard*, *Sexual Consent*, 4: «Consent is an act rather than a state of mind. Consent is something I do rather than think or feel.»

²²⁷ *Westen*, *The Logic of Consent*, 139.

Die Frage, ob die Einwilligung ein innerer Willensakt ist oder ob es auf eine Willenskundgabe ankommt, spielt eine wesentliche Rolle insbesondere für zwei Problembereiche, nämlich einerseits für die Frage, wie es sich auf die Strafbarkeit des Täters auswirkt, wenn er eine allfällige innere Zustimmung oder Ablehnung nicht kennt, und andererseits auch für die Frage, was sich der Täter vorgestellt haben muss, um ohne Vorsatz zu handeln – die Kundgabe des Willens gegen aussen oder die Existenz einer «inneren Zustimmung»?²²⁸ Zur Veranschaulichung der Problematik soll der folgende Fall dienen:

Fall Bink

Ein Gefängnisinsasse wurde von seinem Mitinsassen Bink in der Vergangenheit sexuell genötigt. Nach Rücksprache mit der Gefängnisleitung will er Bink deshalb eine «Falle» stellen. Im Wissen darum, dass sie vom Personal beobachtet werden, lässt er Bink ein weiteres Mal sexuelle Handlungen vollziehen und tut so, als würde er die Handlungen abwehren und sich vor Bink fürchten. Während sich das Geschehen objektiv eindeutig als sexuelle Nötigung darstellt, ist das «Opfer» innerlich mit dem Geschehen einverstanden, zumal er damit bezweckt, Bink als Sexualstraftäter zu überführen.²²⁹

Nach der engen Willenserklärungstheorie²³⁰ müsste die Einwilligung gegenüber dem Eingreifenden nach aussen kundgegeben werden, sei es konkludent oder durch ausdrückliche Erklärung.²³¹ Geschieht dies nicht, müsste demnach von einem vollendeten Delikt ausgegangen werden, selbst bei innerlicher Billigung der Tat durch das Opfer.²³² Dies bedeutet, dass im Fall **Bink** von einer vollendeten sexuellen Nötigung ausgegangen werden müsste, da das

²²⁸ Vgl. dazu auch *Mitsch*, Rechtfertigung und Opferverhalten, 624 f.; *Stief*, Einwilligungsfähigkeit, 17. Diese Fragen werden in der h.L. vor allem im Bereich der – je nach Auffassung rechtfertigenden oder tatbestandausschliessenden – Einwilligung diskutiert, während für das Einverständnis fast einmütig der bloss innere Wille für genügend erachtet wird, vgl. etwa *Wessels/Beulke/Satzger*, § 9 Rn. 36. Zu Recht wird auf die diesbezügliche Inkonsistenz der Vertreter der Erklärungstheorie hingewiesen, die für Einwilligung und Einverständnis eine unterschiedliche Behandlung vorsehen, vgl. *Rönnau*, Voraussetzung und Grenzen der Einwilligung, 666. Eine unterschiedliche Behandlung von Einverständnis und Einwilligung drängt sich aber bei dieser Frage nicht auf, konsequent insofern *Roxin*, AT, § 13 Rn. 76 f.

²²⁹ Angelehnt an den Fall *New York v. Bink*, 84 App. Div. 2d 607, 44 N.Y.S.2d 237, 1981, zitiert nach *Westen*, The Logic of Consent, 140 mit Fn. 2.

²³⁰ Vgl. *Mitsch*, Rechtfertigung und Opferverhalten, 623 mit Fn. 34.

²³¹ Nach der beschränkten Willenserklärungstheorie wird grundsätzlich nicht verlangt, dass die Einwilligung zwingend dem Täter gegenüber erklärt werden muss, nur dass sie irgendwie in der Aussenwelt Ausdruck gefunden hat, vgl. *Roxin*, AT, § 13 Rn. 75. Im Fall *Bink* würde durch die Absprache mit der Gefängnisleitung das Erfordernis wohl als erfüllt betrachtet werden.

²³² In der englischsprachigen Literatur wird diese Frage ebenfalls strittig diskutiert, vgl. etwa *Wertheimer*, Consent to Sexual Relations, 144 m.w.H.

«Opfer» keine verbale oder konkludente Einwilligungserklärung erteilt hat.²³³ Die Willensrichtungstheorie hält hingegen bereits die innere Zustimmung für ausreichend, ohne dass diese zwingend gegen aussen erklärt werden muss. Im Fall Bink würde deshalb keine vollendete sexuelle Nötigung vorliegen. Da Bink aber davon ausgeht, dass sein Opfer nicht einwilligt, würde daher in einem Fall, in dem nur eine «innere Zustimmung» vorliegt, kein vollendetes Delikt, sondern nur ein (untauglicher) Versuch des Delikts angenommen werden.²³⁴

- 70 Die Vertreter der Willenserklärungstheorie behaupten nun, dass es nicht nur unmöglich sei, in das Innere eines Menschen zu schauen, sondern dass ein Entschluss des Berechtigten über seine geschützte Sphäre erst als solcher in der Welt ist, wenn er geäußert werde.²³⁵ Ein *innerliches Wollen* sei nicht dasselbe wie eine *Einwilligung*, oder in Roxins Worten, ein im *forum internum* verbleibender Gedanke sei keine rechtlich relevante Willensbetätigung.²³⁶ Eine Einwilligung sei vielmehr etwas, das vom Berechtigten getan werde, nicht etwas, das nur gedacht, gewünscht oder gewollt werde.²³⁷ Die Vertreter der Willensrichtungstheorie stellen sich hingegen unter Hinweis auf den Grundgedanken der Einwilligung auf den Standpunkt, dass dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen Genüge getan werde, wenn er die Gutsverletzung «innerlich» wolle. Demgegenüber sei sekundär, ob dieser Wille irgendwie in der Aussenwelt Ausdruck gefunden habe.²³⁸
- 71 Der Entscheidung für die eine oder andere Theorie ist insofern Bedeutung zuzumessen, als es um den subjektiven Tatbestand und die entsprechenden Irrtümer geht, d.h. um die Frage, was sich der Täter vorgestellt haben muss, um ohne Vorsatz zu handeln. Wird eine innere Zustimmung für das Entfallen des objektiven Tatbestandes für ausreichend gehalten, dann – so befürchten die Vertreter der Willenserklärungstheorie – laufe der Berechtigte Gefahr, zum Ziel blosser Mutmassungen zu werden.²³⁹ Denn wenn der Täter trotz Fehlens jeglicher Äusserungen des Berechtigten wirklich daran glaube, in dessen Sinne – also mit dessen inneren Zustimmung – zu handeln, müsse ihm auch dann ein vorsatzausschliessender Tatbestandsirrtum zugutegehalten

²³³ Nach der beschränkten Erklärungstheorie wie sie von *Roxin*, AT, § 13 Rn. 75, vertreten wird, dürfte hingegen genügen, dass Binks innerliche Billigung gegenüber der Anstaltsleitung zutage getreten ist.

²³⁴ Vgl. *Göbel*, Einwilligung, 134.

²³⁵ So für die Einwilligung im Allgemeinen *Puppe*, § 11 Rn. 1; ähnlich *Mitsch*, Rechtfertigung und Opferverhalten, 622; implizit auch *Trechsel/Noll/Pieth*, 141.

²³⁶ *Roxin*, AT, § 13 Rn. 73.

²³⁷ *Archard*, Sexual Consent, 4.

²³⁸ *Göbel*, Einwilligung, 135 f.

²³⁹ Vgl. *Mitsch*, Rechtfertigung und Opferverhalten, 626, und *Stief*, Einwilligungsfähigkeit, 17, jeweils in Bezug auf die rechtfertigende Einwilligung.

werden, wenn er dazu keinerlei plausiblen Anlass hatte.²⁴⁰ Insofern schütze das Erklärungserfordernis das Opfer vor aufgedrängten Einmischungen, zumal es dem Täter eine erfolgreiche Geltendmachung eines Erlaubnistatbestandsirrtums erschweren würde, denn «(...) die irrtümliche Annahme einer tatbefürwortenden Willensrichtung des Opfers lässt sich gewiss überzeugender dartun und schwerer widerlegen als die irrtümliche Vorstellung einer bestimmten Willensäußerung».²⁴¹ Als Beispiel für die Problematik könnte der folgende, etwas skurrile Fall dienen:

Fall Brautraub

72

Ein Mann entführt eine junge Frau laotischer Herkunft, um mit ihr den Geschlechtsverkehr zu vollziehen, und behauptet später, er habe lediglich gemäss dem traditionellen laotischen Brauch «zij poj niam» (Heirat durch Entführung) gehandelt. Gemäss diesem Brauch müsse ein Mann seine Stärke beweisen, indem er die Frau entführe, und die Frau müsse – zumindest scheinbar – Widerstand leisten, um ihre Tugendhaftigkeit zu demonstrieren.²⁴²

Nach der Willensrichtungstheorie – so wird befürchtet – müsste dem Täter in einem solchen Fall ein vorsatzausschliessender Tatbestandsirrtum zugutegehalten werden, da er tatsächlich an die innere Zustimmung des Opfers geglaubt hatte, womit lediglich eine allfällige Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit übrig bleiben würde.²⁴³ Es stellt sich nun die Frage, ob diese Befürchtungen berechtigt sind. Geht der Täter trotz ablehnendem Verhalten des Opfers ernsthaft – etwa aufgrund tiefverwurzelter Stereotypen²⁴⁴ – davon aus, dessen Ablehnung oder Widerstand sei nicht ernst gemeint bzw. es sei innerlich mit der sexuellen Handlung einverstanden, muss ihm dann konsequenterweise ein vorsatzausschliessender Tatbestandsirrtum zugestanden werden?²⁴⁵ Hätte die Willensrichtungstheorie gerade im Sexualstrafrecht die Konsequenz, dass jede Rechtssicherheit dahin wäre und «haltlosen Tatbestandsirrtümern des Täters ein viel zu weites Feld eröffnet» würde?²⁴⁶ Meines Erachtens sind diese Befürchtungen nicht berechtigt, zumal sich Konstellationen wie der Fall **Brautraub** befriedigend über das Institut des Eventualvorsatzes lösen lassen. Das Vorbringen, tatsächlich an eine innere Zustimmung des Berechtigten geglaubt zu haben, erscheint grundsätzlich nur dann plausibel, wenn eine

73

²⁴⁰ So *Stief*, Einwilligungsfähigkeit, 17. Ähnlich *Anderson*, Rape as Coerced Sex, 62.

²⁴¹ *Mitsch*, Rechtfertigung und Opferverhalten, 624 f.

²⁴² Sachverhalt inspiriert durch den Fall *People v. Moua*, Nr. 315972-0, Fresno Superior Ct. Cal., 1985; vgl. zum Brauch «zij poj niam»: *Placido G. Gomez*, The Dilemma of Difference: Race as a Sentencing Factor, *Golden Gate University Law Review*, 24, 2, 1994, S. 357 ff., 372.

²⁴³ Vgl. *Stief*, Einwilligungsfähigkeit, 17; *Roxin*, AT, § 13 Rn. 77.

²⁴⁴ Vgl. *Jenny*, Art. 190 Rn. 10.

²⁴⁵ Bejahend wohl *Jenny*, Art. 190 Rn. 10.

²⁴⁶ So ausdrücklich *Roxin*, AT, § 13 Rn. 77.

entsprechende ausdrückliche oder konkludente Willenskundgabe der Person vorliegt.²⁴⁷ Dies verdeutlicht auch die Istanbul-Konvention,²⁴⁸ die in Art. 36 Abs. 2 festhält, dass «consent must be given», das Einverständnis bzw. die Einwilligung also *erteilt* werden muss. Glaubt ein Täter nun – durch Gedankenlesen? – zu wissen, was das nicht zustimmende oder sogar ablehnende Opfer innerlich zu wollen scheint, muss er schlicht mit der Möglichkeit rechnen, dass seine Vermutung falsch ist. Es kommt nicht von ungefähr, dass das Institut der mutmasslichen Einwilligung denn auch auf jene dringlichen Fälle beschränkt ist, in denen eine Einwilligung nicht rechtzeitig eingeholt werden kann, was im Rahmen von sexuellen Handlungen wohl nie der Fall sein dürfte.²⁴⁹ Handelt der Täter nun trotz kommunizierter Ablehnung trotzdem aufgrund eigener Mutmassungen, so kann ihm dieses Verhalten nicht anders ausgelegt werden, als dass er einen Willensbruch in Kauf genommen hat.²⁵⁰ Aus der Perspektive des Eingreifenden muss denn auch strikt an der Sperrwirkung der einholbaren Erklärung gegenüber blossen Willensmutmassungen festgehalten werden.²⁵¹ Wie absurd die Ansicht von Stratenwerth/Jenny/Bommer ist, wonach beim Vergewaltigungstatbestand die Annahme des Täters, der Widerstand der Frau sei nicht ernst gemeint, mangels einer Fahrlässigkeitsstrafdrohung selbst dann zur Straflosigkeit führen müsse, wenn sie auf «gröbster Leichtfertigkeit» beruhe,²⁵² wird offensichtlich, wenn man sie in den Kontext des Vermögensstrafrechts überträgt.²⁵³

- 74 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es aus der Perspektive *des Eingreifenden* keine entscheidende Rolle spielt, ob man sich für die Willenserklärungs- oder Willensrichtungstheorie entscheidet – um gänzlich straflos zu bleiben, ist eine explizite oder konkludente Willenserklärung des Opfers ohnehin erforderlich.²⁵⁴ Allerdings ermöglicht es nur die Willensrichtungstheorie, dass der Fall, in dem das «Vergewaltigungsoffer» innerlich mit den Handlungen einverstanden war, dies dem Täter gegenüber aber nicht erklärt

²⁴⁷ Vgl. auch *Herring*, Rape and the Definition of Consent, 64 f.

²⁴⁸ Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention). Abgeschlossen in Istanbul am 11.05.2011.

²⁴⁹ Vgl. *Stratenwerth*, § 10 Rn. 30.

²⁵⁰ Vgl. auch *LK-Hörnle*, § 177 Rn. 127.

²⁵¹ *Mitsch*, Rechtfertigung und Opferverhalten, 626.

²⁵² *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 8 Rn. 15.

²⁵³ Vgl. auch *MK-Renzikowski*, § 177 n.F. Rn. 141, der folgende Überlegung vorschlägt: «Angenommen, es ginge um einen Raub bzw. eine Erpressung: Würde aus der Tätersicht dasselbe Opferverhalten als freiwillige Schenkung beurteilt werden?»

²⁵⁴ Vgl. *Gutmann*, Voluntary Consent, 212: «At least for legal purposes, consent must include a performative component, i.e. some token of consent, a verbal or non-verbal act of authorization.»

hat (Fall **Bink**), durch die Bewertung als untauglicher Versuch von einem Fall zu unterscheiden, in dem das Opfer auch innerlich *nicht* einverstanden war.²⁵⁵ Folglich liegt also bereits dann eine (zumindest versuchte) Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung vor, wenn ohne eine solche faktische Einwilligungskundgabe in die sexuelle Sphäre eines anderen eingegriffen wird.²⁵⁶ Ganz offensichtlich in die Kategorie «ohne faktische Einwilligung» gehören damit auch jene Fälle, in denen die sexuellen Handlungen *gegen* den ausdrücklich oder konkludent geäußerten Willen des Opfers vorgenommen werden.

B. Willenserklärung

Im vorherigen Abschnitt wurde dargelegt, dass unabhängig davon, ob die Einwilligung als mentaler Zustand oder als ein performativer Akt verstanden wird, eine entsprechende Willenskundgabe des Berechtigten erforderlich ist. Auch nach der Willensrichtungstheorie ist eine Kundgabe deshalb erforderlich, da ohne eine solche Kundgabe ein Täter nicht angeben kann, mit Einwilligung der berechtigten Person gehandelt zu haben.²⁵⁷ Anders gesagt: Handelt der Eingreifende nicht aufgrund einer Einwilligungskundgabe, so liegt zumindest eine versuchte Verletzung vor.²⁵⁸ Insofern muss geklärt sein, was als Einwilligungskundgabe zu werten ist. 75

Zunächst gibt es die klaren Fälle, nämlich jene, in denen die berechtigte Person einem Eingriff in ihre Güter ausdrücklich, d.h. verbal, zustimmt. Von einigen Autoren wird nun gefordert, dass im Bereich der sexuellen Handlungen lediglich eine solche explizite Zustimmung als rechtsgenügende Einwilligungserklärung zu werten ist.²⁵⁹ Ein berühmtes Beispiel dafür ist die «Sexual Offense Prevention Policy» des Antioch Colleges, das in seinem «Student Handbook» ausdrücklich festhält: 76

²⁵⁵ Vgl. *Westen*, The Logic of Consent, 161: «[D]efining consent as a mental state does not allow defendants like Bink to escape punishment altogether. Rather, it grades the level of their punishment in accord with the wrongful harms they inflict, at least in jurisdictions that also possess attempt statutes (...).»

²⁵⁶ Vgl. *Herring*, Rape and the Definition of Consent, 65: «D cannot infer from nothing that the victim has made any assesment of any kind. He might make guesses, but they do not provide him with a reason for determining the act is in the victim's best interests.»

²⁵⁷ Ähnlich *Herring*, Rape and the Definition of Consent, 64 f.; vgl. auch *Archard*, Sexual Consent, 14 ff.

²⁵⁸ So wohl auch *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 868, wonach der Täter auch bei einem nur innerlich zustimmenden Opfer «Rechte verletzt».

²⁵⁹ Vgl. *Reeves*, Acquaintance Rape, 284; *Remick*, Verbal Consent, 1105 ff.

- 77 «All sexual interactions at Antioch College must be consensual. Consent means verbally asking and verbally giving or denying consent for all levels of sexual behaviour. Non-consensual sexual behaviour, verbal and sexual harassment are not tolerated at Antioch College.»²⁶⁰
- 78 Diese Forderung erscheint allerdings überzogen und würde der in der Bevölkerung gelebten Sexualität diametral widersprechen: Empirische Untersuchungen zeigen, dass die Zustimmung gerade zu sexuellen Handlungen regelmässig und hauptsächlich nonverbal signalisiert wird.²⁶¹ Dies ist zwar kein normatives Argument gegen eine «Antioch»-Regel, zumal es auch ein erwünschter Nebeneffekt des Strafrechts sein kann, in der Gesellschaft verbreitete, aber unerwünschte Strukturen und Handlungsmuster zu verändern. Allerdings muss bedacht werden, dass die Forderung, zu jeder einzelnen sexuellen Handlung explizit eine Einwilligungserklärung einzuholen, sich derart weit von der gesellschaftlichen Realität entfernt, dass sie möglicherweise schlicht ignoriert und nicht umgesetzt wird.²⁶² Zwar würde eine «Antioch»-Regel und damit der «Zwang» zu eindeutiger Kommunikation durchaus für mehr Klarheit und folglich für weniger Missverständnisse sorgen, dies allerdings «at the cost of imposing a degree of formality and artificiality on human interactions in which spontaneity is especially important».²⁶³ Es ist denn auch nicht ersichtlich, weshalb im Sexualbereich nicht gelten sollte, was nach allgemeiner Einwilligungsdogmatik für andere Lebensbereiche unstreitig gilt, nämlich dass eine aus dem Kontext zu erschliessende *konkludente* Zustimmung ebenfalls genügt.²⁶⁴
- 79 Schwierig zu beantworten ist nun aber die daran anschliessende Frage, welche konkreten Verhaltensweisen als «tokens of consent», d.h. als konkludente Einwilligungserklärungen, zu werten sind. Offensichtlich lässt sich diese Frage nicht mit einer allgemeingültigen Liste von Verhaltensweisen (z.B. Nicken, Lächeln, Ausziehen, Fragen nach einem Kondom usw.) beantworten. Welche Verhaltensweisen als konkludente Einwilligungserklärungen gelten, ist einerseits «socially constructed»²⁶⁵ und andererseits auch stark kontextab-

²⁶⁰ Antioch College Student Handbook, Version 2014/2015, 42.

²⁶¹ Vgl. etwa Sarah A. Vannier/Lucia F. O'Sullivan, Communicating Interest in Sex: Verbal and Nonverbal Initiation of Sexual Activity in Young Adults' Romantic Dating Relationships, Archives of Sexual Behavior, 40, 5, 2011, 961 ff., 967.

²⁶² Schulhofer, Unwanted Sex, 272.

²⁶³ Schulhofer, Unwanted Sex, 272; a.A. Remick, Verbal Consent, 1149: «Not only is there no basis for the belief that silence is a necessary or desirable component of intimate encounters, but there is good reason to believe that the opposite is true.»

²⁶⁴ So auch Renzikowski, Stellungnahme, 12.

²⁶⁵ Wertheimer, Consent to Sexual Relations, 153.

hängig.²⁶⁶ So kann der Umstand, dass eine Person sich auszieht, in einem Fall aufgrund des Kontextes durchaus als konkludente Zustimmungserklärung zu (weitergehenden) sexuellen Handlungen zu werten sein, während dies in einem anderen Fall – beispielsweise anlässlich eines Arztbesuches – eine vollkommen unplausible Annahme wäre. Auch minimale oder gar unwillkürliche Körperbewegungen (wie Zittern u.Ä.) sollten tendenziell nicht als konkludente Einwilligungserklärungen gewertet werden, insbesondere dann nicht, wenn dem eine explizite Ablehnung des Sexualkontakts vorausging.

Besonders heikel ist die Frage, wie Passivität zu werten ist – kann passives Verhalten jemals bzw. auch bei eingriffsintensiven sexuellen Handlungen wie einer Penetration eine Einwilligungskundgabe darstellen? Einige Autoren verneinen dies vehement und betonen, dass ausschliesslich «unambiguous body language» als Einwilligungskundgabe genügen sollte, zumal Schweigen bzw. Passivität vielerlei Gründe haben könne – Verwirrung, subjektiv empfundene Angst oder schlicht Unentschlossenheit.²⁶⁷ Allerdings kann ein Schweigen vom Berechtigten bisweilen durchaus als Einwilligungskundgabe gemeint sein. Eine Regel, dass Passivität oder Schweigen *nie* als Einwilligungskundgabe gewertet werden kann, ist etwa auch dem Zivilrecht fremd. So wertet beispielsweise das Obligationenrecht Schweigen bzw. Passivität zwar grundsätzlich nicht als Willenserklärung, es statuiert aber Ausnahmeregelungen zu diesem Grundsatz.²⁶⁸ Meines Erachtens lässt sich die Frage, ob sich Passivität als Einwilligungskundgabe werten lässt, im hier interessierenden Zusammenhang ebenfalls nicht pauschal mit Ja oder Nein beantworten. Vielmehr ist auch hier auf die Umstände abzustellen, so etwa auf Ort und Zeit des Geschehens, die Art der fraglichen Handlung und weitere Umstände, namentlich ob sich Täter und Opfer fremd waren²⁶⁹ oder ob sich die Handlung ein «Netz einverständlicher, auf sexuelle Intimität zusteuender Interaktionen»²⁷⁰ einfügen lässt.

Wichtig erscheint festzuhalten, dass aber jedenfalls eine explizite oder konkludente Ablehnung sicherlich als Fehlen einer Einwilligungskundgabe zu werten ist. Der gegenüber dieser Forderung bisweilen vorgebrachte Einwand, dass die Aussage «Nein heisst Nein» empirisch falsch sei, dass nämlich Frau-

²⁶⁶ Kritisch auch *Archard*, *Sexual Consent*, 9.

²⁶⁷ *Schulhofer*, *Unwanted Sex*, 272; *Remick*, *Verbal Consent*, 1148 ff., die sogar für einen «verbal consent»-Standard plädiert.

²⁶⁸ Vgl. beispielsweise Art. 6 OR (Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht, vom 30.03.1911, SR 220), wonach Schweigen unter bestimmten Umständen als Annahme eines Antrags gewertet wird, sofern nicht binnen angemessener Frist eine Ablehnung erfolgt.

²⁶⁹ Vgl. dazu auch *Archard*, *Sexual Consent*, 28.

²⁷⁰ Vgl. *Hörnle*, *Irrtum*, 374; ähnlich auch *Kummer*, *Sexuelle Belästigung*, 79, in Bezug auf das Einverständnis bei Art. 198.

en in Studien angeben, manchmal «Nein» zu sagen, obwohl sie die sexuelle Handlung eigentlich wollen,²⁷¹ ist wenig sinnvoll: Zunächst bedeutet das Ergebnis der vielzitierten Studie, wonach 40 Prozent der Frauen angaben, manchmal «Nein» zu sagen, obwohl sie insgeheim Sex haben wollen, nicht, dass «Nein» nicht immer «Nein» bedeutet. Wie Wertheimer richtigerweise sagt: «It is one thing to say that a <no> at Time-1 is consistent with intending to say <yes> at Time-2, and quite another to say that a <no> at Time-1 is equivalent to a <yes> at Time-1.»²⁷² Überdies soll mit der Formel «Nein heisst Nein» typischerweise auch keine empirische Aussage gemacht, sondern eine normative Forderung aufgestellt werden, wonach ein «Nein» der berechtigten Person auch als solches rechtlich gewertet wird, gewissermassen als «default rule»,²⁷³ die so lange gilt, als nicht besondere Umstände (wie etwa die Verabredung eines Rollenspiels oder Ähnliches) hinzutreten. Wird nun eine solche Ablehnung, etwa unter Hinweis auf althergebrachte Vorstellungen über weibliche und männliche Sexualität, ignoriert,²⁷⁴ so verwirklicht der Handelnde selbst dann Unrecht, wenn seine Annahme zufällig zutreffen sollte,²⁷⁵ zumal die Verhaltenserwartung, wonach eine explizite Ablehnung zu respektieren sei, klarerweise missachtet wurde.

²⁷¹ Vgl. etwa *Charlene L. Muehlenhard/Lisa C. Hollabaugh*, Do women sometimes say no when they mean yes? The prevalence and correlates of women's token resistance to sex, *Journal of Personality and Social Psychology*, 54, 1988, 872 ff.

²⁷² *Wertheimer*, Consent to Sexual Relations, 159.

²⁷³ Ebenda.

²⁷⁴ Vgl. das *Charles Maurice de Talleyrand* (1754 – 1838) zugeschriebene Zitat: «Ein Diplomat, der <ja> sagt, meint <vielleicht>, der <vielleicht> sagt, meint <nein> und der, der <nein> sagt, ist kein Diplomat. Eine Dame, die <nein> sagt, meint <vielleicht>, die <vielleicht> sagt, meint <ja> und die <ja> sagt, ist keine Dame.» Dass solche Vorstellungen nach wie vor verbreitet sind, zeigt ein Vorfall an der Yale University 2011, wo Mitglieder einer Studentenverbindung auf dem Campus Parolen wie «No means Yes! Yes means Anal!» skandierten hatten, vgl. *Kelly Oliver*, There Is No Such Thing as Nonconsensual Sex. It's Violence, *The New York Times*, 21.11.2016.

²⁷⁵ Ob eine Strafbarkeit wegen vollendeter sexueller Nötigung oder nur wegen Versuch vorliegt, hängt davon ab, ob man Einwilligung als mentalen Zustand (dann Versuch) oder als performativen Akt begreift. *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 868, spricht etwas ungenau davon, dass ein Täter auch in einem solch «bizarren» Fall «Rechte verletzt» hätte.

III. Kompetenz

A. Kompetenz und Einwilligungsfähigkeit

Es ist unbestritten, dass eine autonome bzw. selbstbestimmte Entscheidung bestimmte mentale Kompetenzen voraussetzt. Da im Strafrecht die Preisgabe eines geschützten Rechts überwiegend unter dem Institut der Einwilligung diskutiert wird, sollen hier zunächst die Kriterien der *Einwilligungsfähigkeit* diskutiert werden. Auch hier könnte nun aber wieder eingewendet werden, dass es jedenfalls bei einigen Tatbeständen des *geltenden* Sexualstrafrechts nicht auf eine Einwilligung ankommt, sondern die Tatbestände bereits bei Vorliegen eines Einverständnisses ausgeschlossen sind, das – im Unterschied zur Einwilligung – gemäss h.L. nur einen «natürlichen» Willen voraussetzt.²⁷⁶ Dies ist insofern korrekt, als etwa die Vergewaltigung und die sexuelle Nötigung als Nötigungsdelikte konzipiert sind. Wenn also geistig beeinträchtigte Menschen oder Kinder in Eingriffe in ihre sexuelle Sphäre «einwilligen», werden sie offensichtlich nicht genötigt, da diese Tatbestände so konzipiert sind, dass der natürliche Wille, den auch Kinder oder geistig Beeinträchtigte bilden können, ausreicht, um eine Nötigung zu verneinen.²⁷⁷ Strafflos ist das Verhalten des Täters deshalb trotzdem nicht – es wird lediglich von einem anderen Tatbestand erfasst (etwa Art. 187 oder Art. 191).²⁷⁸ Wie oben bereits erwähnt, handelt es sich hier nun um eine konzeptuelle Betrachtung der Grundprinzipien, wann ein Sexualkontakt als Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung zu sehen ist. Deshalb sollen die Voraussetzungen der «Selbstbestimmungsfähigkeit» im Zusammenhang mit Zustimmungen zu Sexualkontakten ausgehend von der allgemeinen Einwilligungsdogmatik bestimmt werden.

B. Einwilligungsfähigkeit nach allgemeiner Einwilligungsdogmatik

1. *Traditionelle Ansätze zur Bestimmung der Einwilligungsfähigkeit*

Im Gegensatz zu der Frage der Verantwortlichkeit für die Schädigung fremder Rechtsgüter äussert sich das Strafrecht nicht zur Frage, wann jemand fähig ist, die Verantwortung für eine Einwilligungsentscheidung zu überneh-

²⁷⁶ Statt vieler *Stratenwerth*, § 10 Rn. 9.

²⁷⁷ Vgl. dazu auch *Stratenwerth*, § 10 Rn. 9.

²⁷⁸ *Stratenwerth*, § 10 Rn. 9.

men.²⁷⁹ Mittlerweile unbestritten ist aber jedenfalls, dass es für die Frage der Einwilligungsfähigkeit nicht auf die strafrechtliche Schuldfähigkeit ankommen kann.²⁸⁰ In der Strafrechtslehre zur Einwilligungsdogmatik ist heute herrschende Auffassung, dass zur Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit auf eine von der Schuld- und Handlungsfähigkeit losgelöste Einzelfallbetrachtung abgestellt werden müsse.²⁸¹

- 84 Häufig wird dabei die Formel verwendet, wonach derjenige einwilligungsunfähig sei, der nach seiner Einsichts- bzw. Urteilsfähigkeit nicht in der Lage sei, Bedeutung und Tragweite eines Eingriffs zu erkennen.²⁸² Diese Formel, wonach der Einwilligende über die notwendige (Einsichts- und) Urteilsfähigkeit verfügen muss, ist insofern problematisch, als sie ihrem Wortlaut nach die Autonomiefähigkeit nicht voraussetzt, sondern eigentlich jeweils eine positive Prüfung derselben verlangt.²⁸³ Diese Formel würde es damit prinzipiell auch ermöglichen, eine erwachsene, psychisch gesunde und nicht unter Drogeneinfluss stehende Person näher auf ihre Einwilligungsfähigkeit zu untersuchen und ihr gegebenenfalls die Einwilligungsfähigkeit abzusprechen.²⁸⁴ Insbesondere über das Merkmal der Urteilsfähigkeit, also der Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln,²⁸⁵ können relativ einfach Wertungen der Allgemeinheit hineingeschmuggelt werden. Um es an einem Beispiel zu erklären: Wenn diejenige Person, die ihr Leben beenden will, weil es ihr aufgrund bestimmter Umstände nicht mehr als lebenswert erscheint, mit Blick auf ihre (angeblich) verzerrte Wertewelt als defizitär bzw. nicht urteilsfähig definiert wird, kann das Problem des Bilanzsuizids nicht mehr als Frage personaler Selbstbestimmung diskutiert werden – wer sich gegen das Leben entscheidet, wäre *per se* urteilsfähig und deshalb nicht einwilligungsfähig.²⁸⁶ Es ist daher äusserst problematisch, von einer objektiv allenfalls grob unvernünftigen Entscheidung unmittelbar auf die fehlende Einsichts- und Urteils-

²⁷⁹ Vgl. Art. 19 f. StGB.

²⁸⁰ Vgl. *Amelung*, Einwilligungsfähigkeit I, 525 f.; *Stratenwerth*, § 10 Rn. 21; *Noll*, Rechtfertigungsgründe, 108; *Murmann*, Selbstverantwortung des Opfers, 465; *Odenwald*, Einwilligungsfähigkeit, 33.

²⁸¹ Vgl. etwa *Stratenwerth*, § 10 Rn. 21; *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 186.

²⁸² Vgl. *Stratenwerth*, § 10 Rn. 21; *Trechsel/Noll/Pieth*, 140; *Seelmann/Geth*, 52; *Graven/Sträuli*, Rn. 106 B, 154, wonach die einwilligende Person «capable de discernement» sein müsse.

²⁸³ *Stief*, Einwilligungsfähigkeit, 123.

²⁸⁴ *Stief*, Einwilligungsfähigkeit, 122 f.

²⁸⁵ *BSK-Bigler-Eggenberger/Fankhauser*, ZGB I, Art. 16 Rn. 3.

²⁸⁶ Vgl. *Murmann*, Selbstverantwortung des Opfers, 267 f.

fähigkeit zu schliessen.²⁸⁷ Denn das grundrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht sollte auch oder insbesondere denjenigen schützen, der diesen Schutz tatsächlich am nötigsten hat, nämlich den «Abweichler».²⁸⁸ Problematisch an der von einigen Autoren vertretenen traditionellen Formel ist auch, dass bisweilen das Element der *Steuerungsfähigkeit* oder eines artverwandten Kriteriums nicht erwähnt wird.²⁸⁹ Wie Stief zu Recht feststellt, irritiert dies, sind doch durchaus Fallgestaltungen denkbar, in denen der Einwilligende zwar die nötige Einsicht in Wesen und Tragweite eines Entscheids hat, aber nicht in der Lage ist, sein Verhalten danach zu richten bzw. seiner Einsicht gemäss zu handeln.²⁹⁰

2. Das zweistufige Konzept von Amelung

Diese Problematik erkennend hat Amelung eine eigene Definition der Einwilligungsfähigkeit entwickelt.²⁹¹ Die Besonderheit seines Konzepts liegt nun vor allem darin, dass er nicht danach fragt, wann jemand einwilligungsfähig ist, sondern wann jemand ausnahmsweise als nicht einwilligungsfähig anzusehen ist. Damit wird er dem Grundgedanken der Einwilligung besser gerecht, nämlich dass auch eigenwillige Lebensentwürfe vom Recht auf Selbstbestimmung geschützt werden.²⁹² Er geht dafür grundsätzlich von der Autonomiefähigkeit einer Person aus und will diese nur näher überprüfen, wenn bestimmte Eingangsmerkmale wie psychische Störungen oder Minderjährigkeit vorliegen, so dass nicht bereits aus einer blossen Abweichung vom Üblichen auf ein konstitutionelles Defizit geschlossen werden kann.²⁹³ Wie bei der

85

²⁸⁷ Insofern ist auch die Kritik am berühmten Zahnextraktionsfall berechtigt, vgl. zusammenfassend *Roxin*, AT, § 13 Rn. 87 ff.

²⁸⁸ Vgl. auch *Murmann*, Selbstverantwortung des Opfers, 267, ihm folgend *Stief*, Einwilligungsfähigkeit, 122.

²⁸⁹ Anders *Donatsch/Tag*, 260, welche dieses Erfordernis in ihre «Formel» integrieren.

²⁹⁰ *Stief*, Einwilligungsfähigkeit, 37.

²⁹¹ Vgl. grundlegend *Amelung*, Einwilligungsfähigkeit I, 544 ff.; *Amelung/Eymann*, 942.

²⁹² So auch *Stief*, Einwilligungsfähigkeit, 77. Wie oben bereits erwähnt, verlangt das Autonomieprinzip, dass mündigen Personen die Fähigkeit zur Autonomie im Wege einer Fiktion grundsätzlich unterstellt und ihnen damit das Recht auf Selbstbestimmung zugeschrieben werden muss, sofern keine Hinweise auf ein konstitutionelles oder entwicklungsbedingtes Defizit vorliegen.

²⁹³ Vgl. *Amelung*, Einwilligungsfähigkeit I, 553: «Für das Urteil der Einwilligungsunfähigkeit ist nicht schon massgeblich, dass das Wertsystem des Entscheidenden von einer «objektiv vernünftigen» Präferenzordnung abweicht, sondern erst der Nachweis, dass diese Abweichung auf einem Defekt beruht, der in der Person des Wertenden begründet ist.»

Prüfung der Schuldunfähigkeit²⁹⁴ verlangt er «biologische» Feststellungen oder «Eingangsmerkmale», um das Urteil der Einwilligungsunfähigkeit fällen zu können.²⁹⁵ Aufgrund der expliziten Zweistufigkeit seiner Prüfung stellt Amelung auch klar, dass das bloße Vorliegen eines solchen Eingangsmerkmals nicht für die Annahme der Einwilligungsunfähigkeit hinreicht.²⁹⁶ Über das Vorliegen eines solchen Merkmals hinaus verlangt er das Fehlen von mindestens einer der näher umschriebenen Fähigkeiten, die zur Entscheidungsfindung notwendig sind.

- 86 Nach Amelungs Verständnis erfordert Einwilligungsfähigkeit grundsätzlich die Fähigkeit zur vernünftigen Wertung.²⁹⁷ Was «vernünftig» ist, dürfe aber nicht an einem objektiven oder von Dritten definierten Vernunftsmassstab gemessen werden, sondern bestimme sich danach, ob die Entscheidung im Einklang mit der eigenen konsistenten subjektiven Werteordnung des Einwilligenden steht.²⁹⁸ Andernfalls wäre es möglich, einem Normabweichler bloss aufgrund seiner Andersartigkeit die Autonomie abzuerkennen.²⁹⁹ Als Tatsachenentscheidung erfordere die Einwilligung zudem gewisse intellektuelle Kapazitäten, da der Einwilligende in der Lage sein müsse, Tatsachen und Kausalverläufe zu erfassen, die für die Einwilligung von Bedeutung sind.³⁰⁰ An die prognostischen Fähigkeiten einer Person seien allerdings keine allzu hohen Anforderungen zu stellen.³⁰¹ Nach Amelung fehlt diese Fähigkeit aber jedenfalls dann, wenn der Betroffene an wahnhaftige Zusammenhänge glaubt.³⁰² Als letzte Voraussetzung nennt Amelung die Fähigkeit zur einsichtsgemässen Selbstbestimmung. So müsse der Einwilligende nicht nur Fakten zutreffend erfassen und subjektiv vernünftig würdigen können, sondern auch imstande sein, sich entsprechend dieser Einsicht und Wertung zu verhalten: «Wer richtig erkennen und defektfrei werten kann, muss ausserdem auch in der Lage sein, sich danach zu verhalten. Diese Fähigkeit ist mit den beiden anderen noch nicht notwendig gegeben.»³⁰³
- 87 Zusammenfassend umschreibt Amelung die Definition der Einwilligungsfähigkeit folgendermassen:

²⁹⁴ In Art. 19 StGB ist allerdings und im Gegensatz zum früheren Recht nicht mehr explizit vorgesehen, dass das Fehlen der Unrechtseinsicht oder der Steuerungsfähigkeit die Folge eines Defektzustandes zu sein hat; krit. dazu BSK-*Bommer/Dittmann*, Art. 19 Rn. 6 ff.

²⁹⁵ *Amelung*, Einwilligungsfähigkeit I, 553.

²⁹⁶ *Amelung*, Einwilligungsfähigkeit I, 558.

²⁹⁷ *Amelung*, Einwilligungsfähigkeit I, 551.

²⁹⁸ Ebenda.

²⁹⁹ Ebenda.

³⁰⁰ *Amelung*, Einwilligungsfähigkeit I, 553 f.

³⁰¹ *Amelung*, Einwilligungsfähigkeit I, 554.

³⁰² Ebenda.

³⁰³ *Amelung*, Einwilligungsfähigkeit I, 555.

1. Einwilligungsunfähig ist, wer wegen Minderjährigkeit, geistiger Behinderung oder psychischer Erkrankung nicht erfassen kann, 88

a) welchen Wert oder Rang die von der Einwilligungsentscheidung berührten Güter und Interessen für ihn haben,

b) um welche Tatsachen es bei der Entscheidung geht,

c) welche Folgen und Risiken sich aus der Einwilligungsentscheidung ergeben,

d) welche Mittel es zur Erreichung der mit der Einwilligung erstrebten Ziele gibt, die ihn möglicherweise weniger belasten.

2. Das Gleiche gilt, wenn der Minderjährige, geistig Behinderte oder psychisch Erkrankte zwar die erforderliche Einsicht hat, aber nicht in der Lage ist, sich nach ihr zu bestimmen.³⁰⁴

Amelungs Definition hat nun den Vorzug, dass sie sauber darlegt, dass nicht bereits das Vorliegen einer geistigen Beeinträchtigung oder eines Intelligenzmangels per se zur Einwilligungsunfähigkeit führt, sondern dass im Einzelfall geprüft werden muss, ob eine konkrete Entscheidung defizitär zustande gekommen ist, was bei Vorliegen eines konstitutionellen Mangels zwar sein kann, aber eben nicht zwingend sein muss.³⁰⁵ Durch das Erfordernis eines Eingangsmerkmals wird Amelungs Konzept auch der Forderung gerecht, dass die Einwilligungsfähigkeit bei psychisch gesunden Erwachsenen grundsätzlich vermutet werden muss.³⁰⁶ 89

3. *Relativität der Einwilligungsfähigkeit*

Allgemein anerkannt ist die Relativität der Einwilligungsfähigkeit.³⁰⁷ Dies bedeutet, dass bei ein und derselben Person mit einer geistigen Beeinträchtigung bei bestimmten Eingriffen – etwa komplizierten Operationen – Einwilligungsunfähigkeit vorliegen kann, hinsichtlich anderer, leichter Eingriffe hingegen nicht. 90

³⁰⁴ *Amelung/Eymann*, 942, inhaltlich praktisch identisch bereits bei *Amelung*, Einwilligungsfähigkeit I, 558.

³⁰⁵ So auch *Murmann*, Selbstverantwortung des Opfers, 434 f.: «[K]onstitutionelle Defizite [sind] lediglich ein Gesichtspunkt, aus dem sich der defizitäre Charakter einer Entscheidung ergeben kann (...).»

³⁰⁶ Vgl. *Archard*, Sexual Consent, 45.

³⁰⁷ So wird von der h.M. eine Einzelfallbetrachtung verlangt, vgl. die Nachweise bei *Odenwald*, Einwilligungsfähigkeit, 49.

4. *Einwilligungsfähigkeit und feste Altersgrenzen*

- 91 Feste Altersgrenzen sind der allgemeinen Einwilligungsdogmatik grundsätzlich fremd und werden deshalb in der Literatur auch mehrheitlich abgelehnt.³⁰⁸ Zur Begründung wird angeführt, dass es eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts wäre, wenn ein Jugendlicher, der im Hinblick auf die konkrete Rechtsgutverfügung bereits die notwendige Einsichts- und Urteilsfähigkeit hat und folglich zur Selbstbestimmung fähig ist, unter Hinweis auf eine feste Altersgrenze als einwilligungsunfähig abgestempelt wird.³⁰⁹ Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit dürfe nicht zu einer technisch einfachen Regelung führen, die dem individuellen Entwicklungsstand eines Minderjährigen nicht gerecht werde.³¹⁰ Wie in dieser Untersuchung dargelegt, können aber Überlegungen nach der Logik des Gefährdungspaternalismus die Festlegung fixer Altersgrenzen gegebenenfalls rechtfertigen.

C. **Besonderheiten mit Blick auf den sexuellen Kontext**

- 92 Angesichts der Tatsache, dass die oben erwähnten Grundsätze insbesondere vor dem Hintergrund von Körperverletzungen und ärztlichen Heileingriffen entwickelt wurden, muss die Frage aufgeworfen werden, ob diese telquel auf Zustimmungen im Sexualbereich übertragen werden können.³¹¹ Meines Erachtens spricht hier nichts dagegen,³¹² ist doch insbesondere Amelungs zwei-

³⁰⁸ Vgl. LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 195; Amelung, Einwilligungsfähigkeit II, 830; Stief, Einwilligungsfähigkeit, 189 f. m.w.N.

³⁰⁹ Stief, Einwilligungsfähigkeit, 190.

³¹⁰ Reipschläger, Die Einwilligung Minderjähriger, 79; ihr folgend Stief, Einwilligungsfähigkeit, 190.

³¹¹ Kritisch Lenz, Jugendschutztatbestände, 48 ff., zur Übertragung von Amelungs Konzept ins Sexualstrafrecht. Ihre Begründung ist aber nicht überzeugend. Weder wird bei Amelung Jugend pauschal mit Irrationalität gleichgesetzt, noch geht er davon aus, dass Erwachsene immer imstande sind, auch in Lebenskrisen vernünftige und plausible Entscheidungen zu treffen. Amelung nennt die Minderjährigkeit lediglich als einen möglichen «Defekt», der es erlaubt, die Fähigkeiten zur Selbstbestimmung genauer zu überprüfen, vgl. Amelung, Einwilligungsfähigkeit I, 552 f. Dass eine fehlende Fähigkeit bei Minderjährigen schneller angenommen werden darf als bei Erwachsenen, sieht Amelung nicht zuletzt in der Regelung zur elterlichen Sorge bestätigt, wonach davon ausgegangen werde, dass Minderjährige prinzipiell noch nicht in der Lage seien, ihr Dasein selbstständig zu gestalten, vgl. Amelung, Einwilligungsfähigkeit II, 829: «Für die Verneinung der Einwilligungsfähigkeit muss daher hier grundsätzlich jede Beeinträchtigung der Einsichts- und Selbstbestimmungsfähigkeit genügen, die auf die Unreife des Jugendlichen zurückzuführen ist.»

³¹² Siehe auch Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 701, der ebenfalls (implizit) auf die Kriterien der strafrechtlichen Einwilligungsfähigkeit abstellt, indem er intellektuelle (Erkenntnisfä-

stufiges Konzept dezidiert wertneutral und in gewisser Weise minimalistisch. Sie erinnern an die von Paternalismuskritikern vorgebrachten minimalen geistigen und voluntativen Kompetenzen, die für die Zuschreibung des Rechts auf positive³¹³ (sexuelle) Selbstbestimmung erforderlich sind. Grundlegende Voraussetzung ist demnach ein Minimum an Rationalität, d.h. das kognitive, mentale Vermögen, um Informationen zu verstehen, Präferenzen zu bilden, reflektiert zu entscheiden, logische Kalküle richtig auszuführen und schliesslich die Fähigkeit, diese Entscheidungen auch handlungswirksam werden zu lassen.³¹⁴

Im Bereich der rechtlichen Regulierung der Sexualität eröffnen sich allerdings verschiedene, für die Praxis nicht zu vernachlässigende Problemfelder. Eine strafrechtliche Regelung muss der Tatsache gerecht werden, dass ein Bedürfnis nach – auch zwischenmenschlicher – Sexualität nicht nur bei geistig gesunden Erwachsenen, sondern auch bei Menschen mit erheblichen, die Einwilligungsfähigkeit mitunter sogar ausschliessenden kognitiven Beeinträchtigungen besteht bzw. bestehen kann.³¹⁵ Ebenso ist auch den Besonderheiten der kindlichen und jugendlichen Sexualentwicklung Rechnung zu tragen. Gleichzeitig muss die Sexualität als höchstpersönlicher Bereich aber auch als stellvertretungsfeindlich gelten, weshalb die mangels Einwilligungsfähigkeit fehlende Einwilligungsmöglichkeit nicht durch eine stellvertretende Einwilligung des gesetzlichen Vertreters kompensiert werden kann.³¹⁶ Im Weiteren muss auch der Umstand berücksichtigt werden, dass Menschen mit entwicklungsbedingten oder durch eine geistige Beeinträchtigung verursachten mentalen Kompetenzdefiziten erhöht schutzbedürftig sind. Die Antwort auf die Fragen, wann eine Person im Sexualbereich als hinreichend selbstbestimmt zu betrachten ist, wie die Sexualität von urteilsunfähigen Personen rechtlich zu bewerten ist und wie eine entsprechende strafrechtliche Regelung ausgestaltet werden sollte, erfordert deshalb eine sorgfältige Abwägung sämtlicher relevanter Aspekte und aller einander mitunter zuwiderlaufenden Inte-

higkeit hinsichtlich der eigenen Veranlagung, der Tragweite und Bedeutung des Sexualkontakts) und voluntative Fähigkeiten (Fähigkeit, einsichtsgemäss zu handeln) verlangt.

³¹³ Wie oben dargelegt, haben alle Menschen das negative Recht auf Selbstbestimmung, d.h. das Abwehrrecht, und zwar unabhängig von ihren geistigen Kompetenzen.

³¹⁴ *Gutwald*, Probleme des weichen Paternalismus, 78; *Feinberg*, Harm to Self, 28. Ein Rückgriff auf ein voraussetzungsreicheres Autonomiekonzept ist m.E. weder notwendig noch sinnvoll.

³¹⁵ *Reed*, 805 f. m.w.N.: «Experts believe sexuality is an inherent need of humans and an integral part of the human personality, regardless of one's level of intelligence.» Wie hier auch *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 878.

³¹⁶ So auch *Hangartner*, Selbstbestimmung, 201; vgl. aber *Sick/Renzikowski*, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, 609, und *MK-Renzikowski*, § 179 a.F. Rn. 39.

ressen:³¹⁷ So ist einerseits zu berücksichtigen, dass Kinder, Jugendliche und geistig beeinträchtigte Menschen besonderen Schutzes bedürfen. Gleichzeitig sollte bedacht werden, dass gesetzliche Regelungen zum Schutz von Minderjährigen oder erwachsenen urteilsunfähigen Menschen ebendiesen Personen das Ausleben ihrer Sexualität durch die mögliche Kriminalisierung ihrer potentiellen Partner erheblich erschweren oder gar verunmöglichen können.³¹⁸

1. Überlegungen zur Sexualität von Kindern und Jugendlichen

a) Kindliche Sexualität

- 94 Lange Zeit galten Kinder in unserer Gesellschaft als asexuelle Wesen, die es vor jeglichem Kontakt mit Sexualität im weitesten Sinne fernzuhalten galt.³¹⁹ Mittlerweile besteht aber weitgehende Einigkeit darüber, dass die sexuelle Entwicklung in einem weiteren Sinn bereits im Säuglingsalter beginnt.³²⁰ Studien zeigen, dass Kinder bereits im Kleinkindalter ihre Sexualität nicht nur in Bezug auf ihren eigenen Körper entdecken, sondern auch im Rahmen von so genannten «Doktorspielen» sexuelles Verhalten mit und an andern Kindern ausführen, was zu der «normalen» Entwicklung von Kindern gehört.³²¹ So lassen sich bei empirischen Studien auch keine nachteiligen Folgen solcher sexuellen Spiele von Kindern mit Gleichaltrigen feststellen.³²² Dieses kindliche Sexualverhalten sollte allerdings nicht mit dem sexuellen Verhalten Erwachsener gleichgesetzt werden,³²³ vielmehr ist es als spielerische Art zu sehen, mit der sich Kinder mit der menschlichen Anatomie vertraut machen und erste «Grenzerfahrungen» erleben.³²⁴ Kindern ist bei derartigen Handlungen in der Regel der konkrete Sexualbezug noch gar nicht wirklich bewusst.

³¹⁷ Vgl. auch *Reed*, 806 f.

³¹⁸ Ähnlich auch *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 874 f.; in dieser Hinsicht äusserst kritisch *MK-Renzikowski* zur jüngsten Revision des deutschen Sexualstrafrechts, § 177 n.F. Rn. 69, der im Zusammenhang mit der neuen Regelung das Wort «Desaster» verwendet.

³¹⁹ Vgl. *Hörnle*, FS Eisenberg, 331 f., zu den religiös und ästhetisch geprägten Vorstellungen von unschuldiger, anmutiger und reiner Kindheit.

³²⁰ Vgl. den Überblick bei *Brumlik*, Kindliche Sexualität, 13 ff.; *Maywald*, Sexualpädagogik, 31.

³²¹ Vgl. *Bancroft*, Grundlagen, 19 f.; *Maywald*, Sexualpädagogik, 99 ff.

³²² *Okami/Olmstead/Abramson*, Sexual Experiences in Early Childhood, 339 ff.

³²³ So auch *Archard*, Children, 108.

³²⁴ Vgl. *Maywald*, Sexualpädagogik, 99: «Die Kinder lernen spielerisch ihren Körper kennen und geniessen im Rahmen der «Untersuchungen» die Aufmerksamkeit und zärtliche Berührung durch andere Kinder. Dabei erfahren sie ihre persönlichen Grenzen und lernen, diese Grenzen einzufordern und die der anderen Kindern zu achten.»

Im Verhältnis zu älteren Personen und insbesondere Erwachsenen fehlt jüngeren Kindern denn auch meist bereits das objektive Wissen über die Bedeutung und Konsequenzen der menschlichen Sexualität, so etwa hinsichtlich der Tatsache, dass Geschlechtsverkehr und Fortpflanzung zumindest eng zusammenhängen können (wenn auch diesem Punkt keine herausragende Bedeutung zukommen sollte), und insbesondere hinsichtlich der sozialen Bedeutung von Sexualität.³²⁵ So sagt auch Archard: «What matters is not just that one can have sex or even that, in addition, one knows what one is doing, but that one has also some appreciation of what it means to have sex.»³²⁶ Dieses für die Einwilligungsfähigkeit notwendige, zumindest rudimentäre Verständnis der – auch sozialen – Bedeutung von Sexualität und deren physischen und psychischen Konsequenzen dürfte bei kleineren Kindern jeweils noch fehlen. Dennoch sollte das Recht die Möglichkeit offenlassen, dass Kinder jedenfalls in harmlose Doktorspiele unter Gleichaltrigen «einwilligen» können, ansonsten aus psychologischer Sicht für die kindliche Entwicklung notwendige Verhaltensweisen gegebenenfalls kriminalisiert würden.

b) Sexualität bei minderjährigen Jugendlichen

Die Entwicklung der Fähigkeiten zur Selbstbestimmung verläuft bei Minderjährigen von Person zu Person verschieden.³²⁷ So lässt sich denn auch nicht von der Hand weisen, dass einige Jugendliche durchaus die nötige Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzen, die bei erwachsenen Personen generell vermutet wird. Andererseits dürfte es aber vielen Jugendlichen in Bezug auf sexuelle Handlungen mit Erwachsenen noch an den für die Zuschreibung von Einwilligungsfähigkeit erforderlichen Fähigkeiten fehlen.³²⁸ Die möglicherweise bereits vorliegende körperliche Reife lässt nicht zwingend auf Einwilligungsfähigkeit schliessen. Mit Archard lässt sich dies an einer Metapher veranschaulichen: «An ability to hold, aim and fire a gun should not fix the age at which a gun license may be issued.»³²⁹ Die für die Einwilligungsfähigkeit notwendige Fähigkeit von Jugendlichen, Situationen und Interessen – insbesondere im sexuellen Bereich – angemessen zu beurteilen und diese Erkenntnisse auch unter dem Einfluss Dritter durchzusetzen, entwickelt sich nämlich erst allmählich.³³⁰ Jugendliche sind deshalb eine Personengruppe, für die die

³²⁵ Lautmann, Soziologie der Sexualität, 9 ff.; Pohling, Sexualpädagogik und Sexualerziehung, 369.

³²⁶ Archard, Children, 108.

³²⁷ Sick/Renzikowski, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, 611.

³²⁸ Ähnlich LK-Hörnle, vor § 174 Rn. 40 und § 174 Rn. 3.

³²⁹ Archard, Children, 108.

³³⁰ Vgl. LK-Hörnle, vor § 174 Rn. 40; Archard, Children, 108.

Frage der Wirksamkeit einer Einwilligung in sexuelle Handlungen besonders schwierig zu beurteilen ist.³³¹ Ihrer im Verhältnis zu Erwachsenen häufig bestehenden kognitiven Unterlegenheit und ihren «fragilen Urteils- und Durchsetzungsfähigkeiten»³³² sollte bei der Ausgestaltung einer Strafrechtsordnung angemessen Rechnung getragen werden. Auch hier gilt wieder, dass diese Überlegungen wesentlich dem Verhältnis zwischen minderjährigen Jugendlichen und erwachsenen Personen gelten. Einvernehmliche Sexualkontakte zwischen Jugendlichen sind hingegen ein «normaler» Schritt auf dem Weg zum Erwachsenwerden und in den meisten Fällen auch nicht derart von einem Machtgefälle geprägt, dass eine strafrechtliche Reaktion erforderlich wäre.³³³ Dies sollte – und wird nach geltendem Recht – bei der strafrechtlichen Regelung der Sexualität von Minderjährigen berücksichtigt werden.

c) Überlegungen zur Sexualität von Menschen mit kognitiven Beeinträchtigungen

aa) Sexualität bei Menschen mit geistigen Beeinträchtigungen

- 96 Sexuelle Bedürfnisse sind bekanntlich nicht den geistig Gesunden vorbehalten, auch Menschen mit geistigen Einschränkungen haben sexuelle Wünsche und Bedürfnisse.³³⁴ Wird nun einzig auf kognitive Defizite abgestellt und diesen Menschen pauschal die Einwilligungsfähigkeit aberkannt, wird ihnen – zwar wohlmeinend und im Interesse des Schutzes ihres negativen Selbstbestimmungsrechts – das Recht auf positive Selbstbestimmung mehrheitlich abgesprochen und damit das Ausleben ihrer Sexualität erschwert oder gar verunmöglicht.³³⁵ Häufig wird im Kontext «Sexualität und Behinderung» auch auf die Behindertenrechtskonvention (BRK)³³⁶ verwiesen.³³⁷ Obwohl dort ein Recht auf Sexualität nicht explizit aufgeführt ist, kann dieses aber aus Art. 23 der Konvention abgeleitet werden, wo ein Recht auf Ehe und Fortpflanzung statuiert wird. Nach Art. 12 Abs. 2 BRK anerkennen die Vertragsstaaten zudem, «dass Menschen mit Behinderungen in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit anderen Rechts- und Handlungsfähigkeit genießen».

³³¹ Vgl. LK-Hörnle, vor § 174 Rn. 40.

³³² So LK-Hörnle, vor § 174 Rn. 40.

³³³ So auch MK-Renzikowski, § 176 Rn. 22.

³³⁴ Vgl. grundlegend Herrath, Lebenswirklichkeit, 31 ff.

³³⁵ Ähnlich Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung, 878 f.

³³⁶ Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13.12.2006 (SR 0.109), in Kraft getreten für die Schweiz am 15.05.2014.

³³⁷ Vgl. etwa Puschke, Sexualisierte Gewalt, 140 ff.; Rothaug, Schwere Behinderung, 158.

Beschränkungen der Dispositionsfreiheit sind zwar zulässig,³³⁸ im Bereich der Sexualität aber mit Blick auf das der Konvention zugrundeliegende Anliegen, Menschen mit Behinderungen ein möglichst gleichberechtigtes Leben zu ermöglichen,³³⁹ jedenfalls mit Bedacht zu setzen.

Schwierige Fragen hinsichtlich der Einwilligungsfähigkeit für sexuelle Handlungen ergeben sich auch bei Menschen, die aufgrund einer Erkrankung im Alter unter kognitiven Einschränkungen leiden. Im Jahr 2016 lebten in der Schweiz schätzungsweise 144 000 Menschen, die an Alzheimer oder einer anderen Form von Demenz erkrankt sind. Die Anzahl demenzerkrankter Personen wird aufgrund der Alterung der Bevölkerung künftig deutlich zunehmen.³⁴⁰ Bei Demenzkranken wurden und werden Fragen der Einwilligungsfähigkeit hauptsächlich im Zusammenhang mit der Einwilligung in medizinische Eingriffe, in lebensverlängernde oder lebensverkürzende Massnahmen oder aber in finanziellen Belangen diskutiert. Zum Bereich der Sexualität gibt es dazu soweit ersichtlich nur wenig (deutschsprachige) Literatur.³⁴¹ 97

Die meisten Menschen haben unabhängig vom Alter ein fundamentales und tiefgehendes Bedürfnis nach zwischenmenschlichen intimen Beziehungen. Diese stehen denn auch in einem starken Zusammenhang mit der generellen Lebensqualität: «Intimacy, passionate love, companionate love and satisfying sexual intimacy are strongly correlated with life satisfaction and psychological health.»³⁴² Das Bedürfnis nach Sexualität als eine natürliche Art und Weise, um Intimität auszuleben, begleitet die meisten Menschen ein Leben lang bis hin ins hohe Alter.³⁴³ Sexualität im Alter generell und erst recht bei Demenzkranken wird jedoch zwischen den Generationen (noch) weitgehend tabuisiert,³⁴⁴ die sexuellen Bedürfnisse alter und kranker Menschen werden bestenfalls ignoriert, schlimmstenfalls pathologisiert. Erst seit kurzem rückt die Sexualität von alten bzw. auch demenzerkrankten Menschen in den Blick der Öffentlichkeit.³⁴⁵ Es ist eine Tatsache, dass sich die gelebte Sexualität im Alter hinsichtlich Häufigkeit und Intensität zwar verändert, das Bedürfnis danach aber im Grundsatz bestehen bleibt und bei Demenzerkrankten sogar oft wieder neu bzw. verstärkt auflebt.³⁴⁶ Auch Menschen mit Demenz haben 98

³³⁸ Vgl. BBl 2013 661 ff., 689.

³³⁹ Vgl. Präambel und Art. 1 BRK.

³⁴⁰ Vgl. die Prognosen bei Schweizerische Alzheimervereinigung, Factsheet 2016, 4.

³⁴¹ Ähnlich *Tenenbaum*, To Be or to Exist, 675, und *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 877, die ebenfalls fordert, dass diese Konstellationen mehr Beachtung finden müssen.

³⁴² *Casta-Kaufteil*, The Old & the Restless, 73.

³⁴³ *Schweizerische Alzheimervereinigung*, Sexualität und Demenz, 1.

³⁴⁴ *Gatterer*, Menschen mit Demenz, 8.

³⁴⁵ Vgl. etwa auch die Kinofilme «Away from her» von Sarah Polley (2006) und «Wolke 9» von Andreas Dresen (2008).

³⁴⁶ *Gatterer*, Menschen mit Demenz, 8.

ein Bedürfnis nach Intimität, Körperkontakt und Berührungen, «[s]exual sensations are among the last of the pleasure-giving biological processes to deteriorate and are an enduring source of gratification at a time when pleasures are becoming fewer and fewer».³⁴⁷ Die Fähigkeit zu sinnlicher Kommunikation bleibe oft sehr viel länger erhalten als etwa die sprachliche Kompetenz.³⁴⁸ In rechtlicher Hinsicht stellen sich diesbezüglich verschiedene Fragen, so insbesondere, wie die sexuelle Interaktion zwischen einer schwer demenzkranken Person und ihrem gesunden Ehe- oder Lebenspartner zu beurteilen ist und ob bzw. inwieweit das Personal von Heimeinrichtungen zum Einschreiten verpflichtet ist, wenn demente Klienten sexuell miteinander verkehren.³⁴⁹

bb) Absage an perfektionistische Ansprüche

- 99 Bei Menschen mit geistigen Beeinträchtigungen scheinen nun einige Autoren besonders geneigt, der Prüfung der Kompetenz ein anspruchsvolles Autonomiekonzept zugrunde zu legen.³⁵⁰ So wurden mit Blick auf die Überprüfung der Einwilligungskompetenz von Demenzkranken teilweise Kriterien vorgeschlagen wie die folgenden: Ist das sexuelle Verhalten konsistent mit früheren Vorstellungen und Werten im Hinblick auf Sexualität? Ist dem Kranken bewusst, dass eine neue (sexuelle) Beziehung vielleicht nur vorübergehend ist, und kann er beschreiben, wie er auf ein Ende der Beziehung reagieren würde?³⁵¹ Hier wird offensichtlich, was oben bereits gegen die Zugrundelegung eines zu voraussetzungsreichen Autonomiekonzepts angeführt wurde.³⁵² Bei Menschen mit geistigen Beeinträchtigungen derart hohe Anforderungen an eine gültige Zustimmung zu stellen, würde bedeuten, deren Entscheidungen an einem Massstab zu messen, dem selbst gesunde Menschen oftmals nicht gerecht werden. Entscheidungen in Bezug auf sexuelle Handlungen werden auch von gesunden Menschen häufig nicht strukturiert-logisch und streng nach einer Pro-und-Contra-Liste abwägend getroffen.³⁵³ Ebenso vernachlässigt das Erfordernis, dass das sexuelle Verhalten mit früheren Überzeugungen und Vorstellungen konsistent sein müsse, die Tatsache, dass auch gesunde Menschen im Laufe ihres Lebens grundlegende Einstellungen ändern bzw.

³⁴⁷ *Tenenbaum*, To Be or to Exist, 685; ähnlich Schweizerische Alzheimervereinigung, Sexualität und Demenz, 2.

³⁴⁸ *Gatterer*, Menschen mit Demenz, 8.

³⁴⁹ *Mück*, Sexualität und Demenz, 10 f.

³⁵⁰ Vgl. etwa *Joller et al.*, Approach to Inappropriate Sexual Behaviour in People with Dementia, *Canadian Family Physician*, 59, 3, 2013, 255 ff., 256.

³⁵¹ Ebenda.

³⁵² Vgl. vorne Rz. 20.

³⁵³ Vgl. dazu *Lindsay*, Sexual Consent Capacity, 303 ff.

verwerfen können. Bei Demenzzkranken Konsistenz mit früheren Überzeugungen zu verlangen, heisst gleichzeitig, ihnen das Recht abzusprechen, ihre Meinung ändern zu können.³⁵⁴

Wie bei den Ausführungen zur allgemeinen Einwilligungsdogmatik aufgezeigt wurde, sollte die Frage der Einwilligungsfähigkeit überdies nicht bloss mit Blick auf ein mentales Defizit, sondern jeweils kontextspezifisch entschieden werden.³⁵⁵ Das mentale Defizit sollte lediglich das Eingangskriterium darstellen, aufgrund dessen die Einwilligungsfähigkeit näher geprüft wird. Dabei sollte insbesondere dem Rechnung getragen werden, was als «relative Einwilligungsfähigkeit» bezeichnet wird: So kann eine Person aufgrund ihrer Demenzerkrankung oder geistigen Beeinträchtigung zwar hinsichtlich vieler Lebensbereiche als urteilsunfähig bzw. einwilligungsunfähig eingestuft werden. Aus einer Einwilligungsunfähigkeit in medizinischen oder vermögensrechtlichen Belangen darf aber nicht automatisch auf Einwilligungsunfähigkeit in sexuellen Belangen geschlossen werden. Bei der Beurteilung der konkreten Einwilligungsfähigkeit sollte vielmehr auf ein Gesamtbild unterschiedlicher Faktoren abgestellt werden, wobei sowohl die eigenen sexuellen Bedürfnisse der geistig behinderten oder dementen Person, die möglichen Folgen und Gesundheitsrisiken der sexuellen Handlung sowie die Beziehung zwischen den Beteiligten berücksichtigt werden sollten.³⁵⁶ Hier ist aber wiederum besonderes Fingerspitzengefühl gefragt, um das Urteil nicht durch eigene subjektive Werthaltung in Bezug die Vorstellung von «richtiger» oder «würdiger» Sexualität zu beeinflussen,³⁵⁷ etwa der Vorstellung, dass Sexualität nur innerhalb einer liebevollen Beziehung stattzufinden habe. So hält Wertheimer zu Recht fest:

«We do not want to say that retarded persons are only permitted to have sexual relations with other retarded persons or, unlike non-retarded persons, that the retarded persons are only permitted to have sexual relations in the context of an enduring relationship.»³⁵⁸

Bei der Beurteilung, ob (erwachsene!) Menschen mit dauerhaften geistigen Beeinträchtigungen einwilligungsfähig sind, sollte kein zu strenger Massstab

³⁵⁴ Vgl. dazu auch eingehend *Tenenbaum*, To Be or to Exist, 713 ff.

³⁵⁵ So auch *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 878, unter Hinweis auf *Amelung*, Einwilligungsfähigkeit I, 555 f.

³⁵⁶ *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 879.

³⁵⁷ *MK-Renzikowski*, § 179 a.F. Rn. 39; ähnlich *Sick/Renzikowski*, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, 608.

³⁵⁸ *Wertheimer*, Consent to Sexual Relations, 225.

angelegt werden.³⁵⁹ Denn anders als bei Jugendlichen kann eine allfällige Beschränkung nicht mit dem Hinweis auf die später eintretende Möglichkeit zur freien sexuellen Betätigung gerechtfertigt werden.³⁶⁰ Gleichzeitig ist der Tatsache Rechnung zu tragen, dass Menschen mit geistigen Beeinträchtigungen erhöht schutzbedürftig sind. Aufgrund ihrer besonderen Lebenssituation sind sie – wie empirische Untersuchungen zeigen – einem erhöhten Risiko ausgesetzt, Opfer sexueller Ausbeutung zu werden.³⁶¹ Dies hat unterschiedliche Ursachen. Wesentlich ist zum einen, dass Menschen mit geistigen Behinderungen oft stark von anderen Menschen abhängig sind und oft ein Leben lang seit frühester Kindheit medizinische Untersuchungen, Therapien und Pflegehandlungen «erdulden» müssen, was es ihnen erschweren kann, ihren Körper als den eigenen wahrzunehmen und die eigenen Grenzen zu spüren.³⁶² Die ständigen, alltäglichen Überschreitungen ihrer Intimsphäre können es den Betroffenen erschweren, die Grenzziehung bei sexualisierten Übergriffen zu realisieren.³⁶³ Hinzu kommen die soziale Isolation und eingeschränkten Kommunikationsmöglichkeiten, die bei Menschen mit geistigen Beeinträchtigungen nicht selten vorzufinden sind.³⁶⁴ Ein weiterer Risikofaktor ist überdies gerade bei behinderten Jugendlichen das häufige Fehlen einer prozesshaften und individuell angepassten Sexualerziehung und Sexualaufklärung.³⁶⁵ All diese Aspekte gilt es bei der Ausgestaltung einer rechtlichen Regelung zu berücksichtigen.

cc) Sexualität an und mit urteilsunfähigen Personen

- 103 Auch wenn bei der Einwilligungsfähigkeit lediglich minimale Voraussetzungen verlangt werden, lässt sich nicht von der Hand weisen, dass einige Menschen mit erheblichen geistigen Beeinträchtigungen selbst diese minimale Grenze nicht erreichen. Bedeutet dies nun, dass Sexualität an und mit solchen Menschen ausnahmslos verboten werden sollte? Während bei Kindern ein derartiges umfassendes Verbot als relativ unproblematisch erachtet wird, weil die damit einhergehende paternalistische Beschränkung ihrer Sexualität ja nur

³⁵⁹ So auch das Bundesgericht im Urteil 6S.359/2002 vom 07.08.2003 E. 2, wonach eine generelle Urteilsunfähigkeit bei Menschen mit geistiger Behinderung nur mit Zurückhaltung anzunehmen sei.

³⁶⁰ Wertheimer, Consent to Sexual Relations, 224 f.

³⁶¹ Vgl. die Untersuchungen von Zemp, Sexualisierte Gewalt, 618.

³⁶² Puschke, Sexualisierte Gewalt, 137 f.; Rothaug, Schwere Behinderung, 147 ff.; vgl. eingehend auch Zemp, Sexualisierte Gewalt, 613 ff.

³⁶³ Puschke, Sexualisierte Gewalt, 137.

³⁶⁴ Zemp, Sexualisierte Gewalt, 613 f.

³⁶⁵ Ebenda.

eine temporäre ist, erscheint ein umfassendes Verbot für Menschen mit dauerhaften geistigen Beeinträchtigungen problematischer – anders als Kinder werden diese Menschen möglicherweise nie in der Lage sein, eine wirksame Einwilligung zu erteilen.³⁶⁶

«Minors get older. By contrast, to say that retarded [persons] cannot give transformative consent is to deny them permanently the opportunity to legitimately experience intimacy and sexual pleasure.»³⁶⁷ 104

Die Lösung muss deshalb darin liegen, dass das Recht unter bestimmten Umständen das bloss natürliche Wollen einer einwilligungsunfähigen Person genügen lässt.³⁶⁸ Dies erkennend ist man sich denn auch schon länger einig, dass es jedenfalls nicht Sinn des (Straf-)Gesetzes sein kann, geistig Behinderter oder «Personen mit geistigen Ausfallerscheinungen» jede sexuelle Erfahrung zu verwehren.³⁶⁹ Zwar kann nicht mit dem Recht auf (positive) sexuelle Selbstbestimmung argumentieren, wer erheblich geistig beeinträchtigten Menschen die Möglichkeit zu sexueller Betätigung gewährleisten will.³⁷⁰ Denn das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ist grundsätzlich verletzt, wenn eine Person keine wirksame Einwilligung erteilen kann – selbst dann, wenn die Person den Sexualkontakt faktisch «will».³⁷¹ Trotzdem kann es in bestimmten Fällen an der Strafwürdigkeit solcher Sexualkontakte fehlen.³⁷² Solche Ausnahmen müssen allerdings, wie Hörnle richtig sagt, mit hedonistischen Argumenten begründet werden: Körperlich und seelisch befriedigende Sexualität steigert die Lebensqualität und diese Möglichkeit sollte auch geistig erheblich beeinträchtigten Menschen nicht verschlossen bleiben.³⁷³ Wie noch zu zeigen sein wird, erlaubt nach der aktuellen Fassung von Art. 191 (Schändung) das Tatbestandsmerkmal des «Missbrauchs» diese notwendige Differenzierung.³⁷⁴ 105

³⁶⁶ Ähnlich Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung, 878.

³⁶⁷ Wertheimer, Consent to Sexual Relations, 225.

³⁶⁸ So auch LK-Hörnle, § 179 Rn. 55.

³⁶⁹ Vgl. BBl 1985 1077; zust. PK-Trechsel/Bertossa, Art. 191 Rn. 5; BSK-Maier, Art. 191 Rn. 5.

³⁷⁰ Vgl. LK-Hörnle, § 179 Rn. 3.

³⁷¹ So LK-Hörnle, § 179 Rn. 55: «[D]as Rechtsgut «sexuelle Selbstbestimmung» [ist] verletzt, weil Wollen, das nicht den Kriterien für eine wirksame Einwilligung entspricht, die Entscheidung nicht zu einer selbstbestimmten macht.»

³⁷² LK-Hörnle, § 179 Rn. 55.

³⁷³ LK-Hörnle, § 179 Rn. 3.

³⁷⁴ Für das frühere deutsche Recht LK-Hörnle, § 179 Rn. 3.

IV. Abwesenheit von Zwang

A. Theoretische Grundlegung

1. Freiwilligkeitseinschränkende Faktoren

106 Nach ganz herrschender Meinung³⁷⁵ muss eine Einwilligung nicht nur durch eine einwilligungsfähige Person erteilt worden sein, sondern auch *freiwillig* erfolgen.³⁷⁶ Man könnte nun argumentieren, dass eine autonome bzw. freiwillige Entscheidung nur dann vorliegt, wenn der Entscheidende aus einem akzeptablen Set von Optionen wählen kann oder dass nur dann eine autonome Entscheidung für X vorliegt, wenn der Entscheidende X aus Gründen tut, die ihm nicht widerstreben.³⁷⁷ Wie Rönnau nun zu Recht bemerkt, ist Zwang, der Menschen dazu veranlasst, sich von ihrem subjektiven Wertesystem abweichend zu verhalten, beinahe allgegenwärtig und in gewissem Sinne «ein ständiges Begleitphänomen menschlichen Daseins».³⁷⁸ Die Gründe, weshalb jemand aus einem Set unakzeptabler Optionen wählen oder eine Entscheidung aus Gründen treffen muss, die ihm widerstreben, können unterschiedliche Ursachen haben. So können innere Zwänge, Naturereignisse, Rechtsnormen oder soziale Konventionen, Drohungen durch andere Menschen, aber auch subtilere Erwartungen des sozialen Umfelds und nicht zuletzt eine unbefriedigende wirtschaftliche Situation dazu führen, dass eine von einem Individuum getroffene Entscheidung nicht mit dessen subjektivem Wertesystem im Einklang steht.³⁷⁹

³⁷⁵ *Donatsch/Tag*, 260; *Stratenwerth*, § 10 Rn. 22; *Graven/Sträuli*, Rn. 106, 154 i.V.m. Rn. 45 A, 68; *Trechsel/Noll/Pieth*, 141; vgl. auch *Dsouza*, *Undermining Prima Facie Consent*, 493: «As with any choice, in order for the chooser to truly have authorship over the choice, the choice must be hers, and not forced upon her by someone else.»

³⁷⁶ Einen anderen Ansatz liefert *Mitsch* mit seinem Prinzip der optimalen Interessenbefriedigung, wonach nach Möglichkeit sowohl das auf Beseitigung des Entscheidungsdrucks gerichtete Interesse als auch das damit konkurrierende Interesse an der Unversehrtheit des tatbestandlich geschützten Guts kumulativ befriedigt werden sollen, vgl. zum Ganzen *Mitsch*, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, 569 ff.

³⁷⁷ Vgl. *Dworkin*, *Acting Freely*, 381: «A does X freely iff [= if and only if] A does X for reasons which he doesn't mind acting from.»

³⁷⁸ *Rönnau*, *Willensmängel*, 228.

³⁷⁹ Vgl. *Feinberg*, *Harm to Self*, 151 f.; ähnlich *Gutmann*, *Freiwilligkeit*, 29 f.; *Rönnau*, *Willensmängel*, 228; vgl. zu den Grundtypen des Zwangs auch *Baumann*, *Autonomie der Person*, 211 ff.

2. Beschränkung auf *vis compulsiva*

Innere Zwänge interessieren im Kontext dieses Abschnitts nicht. Zwar können solche inneren Zwänge, die durch eine psychische Erkrankung oder eine Sucht o.Ä. verursacht sind, ab einer gewissen Schwere die Steuerungsfähigkeit des «Handelnden» durchaus in relevanter Weise beeinträchtigen. Allerdings werden solche Fälle bereits auf der kategorial vorgeschalteten Ebene der Einwilligungsfähigkeit erfasst.³⁸⁰ Mit anderen Worten: Fehlt es dem Einwilligenden bereits an der «Fähigkeit zu wollen», so ist die Autonomie seiner Entscheidung ohnehin ausgeschlossen.³⁸¹ Innerliche Zwänge sind also keine Frage des Zwangs im engeren Sinne, sondern der *Autonomiefähigkeit*.³⁸² 107

Auszuscheiden haben bei der Frage nach der Wirksamkeit einer Einwilligung auch die Fälle absoluten Zwangs.³⁸³ Autonomes Handeln setzt wie oben dargelegt voraus, dass der Handelnde imstande ist, eigenen Präferenzen gemäss handlungswirksame Intentionen zu bilden und zu realisieren.³⁸⁴ Bei absolutem Zwang liegt aber überhaupt keine Volition bzw. kein Willensakt mehr vor, der Wille des Opfers wird schlicht übergangen.³⁸⁵ Da hier bereits nicht mehr sinnvoll von einer Handlung bzw. von einer Einwilligung gesprochen werden kann, lässt sich *vis absoluta* auch nicht sinnvoll im Kontext der Frage nach der Gültigkeit einer Einwilligung behandeln.³⁸⁶ 108

Von Bedeutung ist damit einzig die *vis compulsiva*. Bei kompulsivem Zwang wird über die Psyche bzw. den Willen des Opfers auf dieses eingewirkt.³⁸⁷ In die Willensbildung des Opfers wird dahingehend eingegriffen, dass ihm konkrete Motive aufgedrängt werden, die den Entscheidungsprozess beeinflussen.³⁸⁸ Bei einer Drohung wirkt der Täter darauf hin, dass das Opfer die Entscheidung trifft, die er ihm vorgegeben hat, indem er die ihm unerwünschte Handlungsalternative mit Nachteilen verknüpft, so dass die Wahl dieser Alternative nur noch unter Inkaufnahme der damit verbundenen Kosten möglich ist.³⁸⁹ Drohungen «are ways of making [the victim] choose to do what the coercer wishes».³⁹⁰ 109

³⁸⁰ Gutmann, *Freiwilligkeit*, 71 f. und 162.

³⁸¹ Gutmann, *Freiwilligkeit*, 72.

³⁸² Gutmann, *Freiwilligkeit*, 68 f.

³⁸³ Ebenso Kussmann, *Einwilligung und Einverständnis*, 255.

³⁸⁴ Vgl. auch Mañalich, *Nötigung und Verantwortung*, 337.

³⁸⁵ Gutmann, *Freiwilligkeit*, 68.

³⁸⁶ Ähnlich Rönnau, *Willensmängel*, 232 f.

³⁸⁷ Vgl. Feinberg, *Harm to Self*, 192.

³⁸⁸ Knodel, *Der Begriff der Gewalt*, 12.

³⁸⁹ Rönnau, *Willensmängel*, 234.

³⁹⁰ Feinberg, *Harm to Self*, 192.

3. *Beschränkung auf Zwänge menschlichen Ursprungs*

- 110 Es lassen sich verschiedene Konstellationen unterscheiden, weshalb eine Person nur aus einem Set von unbefriedigenden Optionen wählen kann. Zunächst kann die Zahl und Qualität der Optionen durch Zufälle der Natur radikal beschränkt werden.³⁹¹ Ein Beispiel wäre das von Amelung zitierte Beispiel des Kranken, der zur Bekämpfung einer lebensgefährlichen Krankheit in eine äusserst gefährliche Operation einwilligen «muss».³⁹² Zweitens kann eine Person sich vor einer schwierigen Entscheidung wiederfinden, weil sie sich in Umständen befindet, die zwar sozialer Natur sind, die aber nicht dem Fehlverhalten einer oder mehrerer Personen zuzurechnen sind. Drittens kann sich eine Person in einer Zwangslage wiederfinden, für die eine andere Person verantwortlich ist bzw. die dieser anderen Person zurechenbar ist.³⁹³
- 111 Eine Person, die unter solchem Zwang entschieden hat, mag ihre Einwilligung zwar als defizitär empfinden. Das Vorliegen eines Defizits ist nun aber noch keine hinreichende Bedingung dafür, dass einem Defizit in moralischer oder rechtlicher Hinsicht Relevanz zukommt.³⁹⁴ Da das Korrelat der Selbstbestimmung die Eigenverantwortung ist, kommt es auch wesentlich darauf an, wem die Verantwortung für die defizitäre Entscheidung zuzuschreiben ist.³⁹⁵ Zu verlangen, dass die einwilligende Person von keinerlei Zwang beeinflusst wird und damit in einem absoluten Sinne frei entscheidet, wäre utopisch und würde dazu führen, dass in der realen Welt eine Einwilligung so gut wie nie als gültig bzw. wirksam zu betrachten wäre.³⁹⁶ Es gilt daher, die normative Relevanz von compulsiven Zwängen zu beschränken.
- 112 Die Beschränkung der normativen Relevanz auf *soziale* Zwänge ergibt sich zunächst mit Blick auf den instrumentellen Charakter der Einwilligung.³⁹⁷ Hierbei wird ersichtlich, dass Zwang aus der Natur anders behandelt werden muss als von Menschen verursachter Zwang.³⁹⁸ Würde man solche nicht von einem Menschen zurechenbar verursachte Zwänge – beispielsweise Krankheiten – als Hinderer einer wirksamen Einwilligung betrachten, so wäre der Einsatz dieses Instruments in seinem wichtigsten Anwendungsbereich, näm-

³⁹¹ Vgl. Amelung, Statement, 83 f.

³⁹² Vgl. Amelung, Einwilligungsfähigkeit II, 821 f.

³⁹³ Vgl. die Darstellung bei Gutmann, Freiwilligkeit, 30.

³⁹⁴ Murmann, Selbstverantwortung des Opfers, 204.

³⁹⁵ Rönnau, Willensmängel, 230; Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 233.

³⁹⁶ So auch Rönnau, Willensmängel, 230.

³⁹⁷ Amelung, Statement, 83 f.; für einen besonderen «einwilligungsdogmatischen Freiwilligkeitsbegriff» auch Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten, 554.

³⁹⁸ Amelung, Statement, 83 f.

lich demjenigen des medizinischen Heileingriffs, gerade nicht möglich.³⁹⁹ Wie Amelung richtigerweise sagt, lässt sich nicht an der Autonomie bzw. Freiwilligkeit desjenigen zweifeln, der zur Bekämpfung einer lebensgefährlichen Krankheit in eine gefährliche Operation einwilligt, «obgleich er dem stärksten Entscheidungsdruck ausgesetzt ist, den man sich denken kann.»⁴⁰⁰ Eine ähnliche Überlegung lässt sich nun auch im Hinblick auf soziale oder wirtschaftliche Zwangslagen anstellen.⁴⁰¹ So plädiert auch Rönnau dafür, den Entscheidungsdruck, der auf dem Entscheidenden bereits vor dem Auftreten des Täters lastete, bei der Qualifizierung der Einwilligung als autonom bzw. nicht autonom zu berücksichtigen.⁴⁰² Zwänge, welche bereits vorher auf dem Opfer lasteten – etwa wirtschaftlicher Druck u.ä. – fallen in dessen Verantwortungsbereich und können dem Täter nur im Falle einer besonderen Verpflichtung zugerechnet werden.⁴⁰³ Auch hier sei wiederum an den instrumentellen Charakter der Einwilligung erinnert: Erst das Bedürfnis, die eigene unbefriedigende Lage, etwa auch in wirtschaftlicher Hinsicht, zu verbessern, ist mit ein Grund für die *Notwendigkeit* des Einwilligungsinstituts: «If everybody possessed all the endowments he needed to pursue any life plan he wished, contracting would be unnecessary.»⁴⁰⁴

4. Drohungen und Angebote

a) Gemeinsamkeiten von Drohungen und Angeboten

Um einen gehaltvollen Begriff des Zwangs zu finden, müssen zunächst Drohungen und Angebote unterschieden werden. Bereits intuitiv würde man sagen, dass Zwang nur mittels Drohung ausgeübt werden kann, nicht aber mittels eines Angebotes, da ein Angebot ja letztlich die Freiheit des Opfers erweitert.⁴⁰⁵ Wie unterscheidet man nun aber Angebote und Drohungen? Angebote und Drohungen weisen nämlich zunächst eine Reihe von Gemeinsamkeiten auf.⁴⁰⁶ Beide können eine Person dahingehend beeinflussen, dass diese

³⁹⁹ Amelung, Statement, 84.

⁴⁰⁰ Amelung, Einwilligungsfähigkeit II, 821 f., ihm folgend Rönnau, Willensmängel, 230; ähnlich bereits Wertheimer, Consent to Sexual Relations, 173; ihm folgend auch Gutmann, Voluntary Consent, 215.

⁴⁰¹ Vgl. Rönnau, Willensmängel, 230.

⁴⁰² Ebenda.

⁴⁰³ Rönnau, Willensmängel, 230; ähnlich auch Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 233 ff.

⁴⁰⁴ Trebilcock, The Limits of Freedom of Contract, 79; ihm folgend Wertheimer, Consent to Sexual Relations, 191.

⁴⁰⁵ So auch Peralta, Chantage als Ausbeutung, 884.

⁴⁰⁶ Vgl. die Darstellung bei Gutmann, Freiwilligkeit, 87 ff.

etwas tut, das sie sonst, d.h. ohne die Drohung bzw. das Angebot, nicht tun würde.⁴⁰⁷ Beide lassen einer Person grundsätzlich die Wahl, eine Entscheidung zu treffen.⁴⁰⁸ Beide können einer Person – im umgangssprachlichen Sinne verstanden – «keine Wahl» lassen, zumal auch ein Angebot so bedeutsam sein kann, dass es von einer Person vernünftigerweise nicht abgelehnt werden kann.⁴⁰⁹ Und der psychische Entscheidungsdruck kann sowohl bei einer Drohung als auch einem Angebot als sehr hoch empfunden werden.⁴¹⁰

- 114 Auch formal sind sich die beiden «Ansinnen», «Vorschläge» oder «proposals»⁴¹¹ in wesentlichen Punkten ähnlich. Ein Vorschlag, den man intuitiv als Angebot qualifizieren würde – etwa: «Ich biete dir meine Uhr an, wenn du mir dafür 1000 Franken gibst» –, lässt sich unproblematisch in eine konditionale Androhung «übersetzen»: «Wenn du mir keine 1000 Franken gibst, gebe ich dir meine Uhr nicht.» Und auch der Vorschlag, den man intuitiv als Drohung versteht – etwa: «Wenn du mir nicht 1000 Franken gibst, dann töte ich dich» –, lässt sich in ein «Angebot» übersetzen: «Ich biete dir an, dich nicht zu töten, wenn du mir dafür 1000 Franken gibst.»⁴¹²
- 115 Die entscheidende Differenz liegt nun darin, in welche Richtung der «Drohende», der die Vornahme oder Unterlassung einer Handlung ankündigt, die Folgen verändert, die für das Opfer ohne das Dazwischentreten des Täters eingetreten wären.⁴¹³ Wenn das «Opfer» im Fall, dass es den Vorschlag des Täters nicht akzeptiert, schlechter dasteht als gemäss der relevanten «Basislinie», dann wird es bedroht. Steht es hingegen besser oder jedenfalls nicht schlechter da, handelt es sich um ein Angebot.⁴¹⁴ Um zu wissen, ob man nach dem Ansinnen des Täters besser- oder schlechtergestellt ist, muss man von einer Basislinie ausgehen, die bestimmen kann, was gewesen wäre, wenn der

⁴⁰⁷ Gutmann, Freiwilligkeit, 88.

⁴⁰⁸ Gutmann, Freiwilligkeit, 88; Rönnau, Willensmängel, 236 f.; Baumann, Autonomie der Person, 261 ff. Eine Person in einer Zwangssituation handelt zwar «gegen ihren Willen», entscheidet sich aber dennoch in einem bestimmten Sinne frei. Denn der Bedrohte hat trotz der Drohung durchaus noch die Freiheit, sich anders als vom Täter gewünscht zu entscheiden, lediglich der Preis dafür erscheint ihm zu hoch. Zur Auflösung dieses Problems vgl. Gutmann, Freiwilligkeit, 61 ff.

⁴⁰⁹ Gutmann, Freiwilligkeit, 88.

⁴¹⁰ Gutmann, Freiwilligkeit, 88 und 112 f.

⁴¹¹ Diese Begriffe werden in diesem Zusammenhang synonym gebraucht, vgl. der Reihe nach Baumann, Autonomie der Person, 230; Gutmann, Freiwilligkeit, 87; Wertheimer, Coercion, 204.

⁴¹² Ähnlich Peralta, Chantage als Ausbeutung, 884.

⁴¹³ Gutmann, Freiwilligkeit, 88; Peralta, Chantage als Ausbeutung, 884 f.

⁴¹⁴ Gutmann, Freiwilligkeit, 88; Peralta, Chantage als Ausbeutung, 884 f.; vgl. dazu auch Baumann, Autonomie der Person, 230 ff.

Täter das Ansinnen nicht unterbreitet hätte.⁴¹⁵ Die beiden soeben genannten Beispiele lassen sich bereits intuitiv relativ eindeutig als Drohungen oder Angebote klassifizieren. Wie liegt es nun aber etwa beim folgenden Fall?

Verletzter Wanderer

116

Ein verletzter Wanderer ist noch eine Weile vom nächsten Dorf entfernt, das er zwar trotz seines gebrochenen Beins erreichen könnte, dies aber nur unter grossen Schmerzen. Er bittet daher einen zufällig vorbeikommenden Autofahrer, ihn mitzunehmen. Dieser erklärt sich nur unter der Bedingung dazu bereit, dass der Wanderer ihm für die Fahrt 50 Franken bezahlt (oder, um in der Thematik der Untersuchung zu verbleiben: dass der Wanderer eine sexuelle Handlung an ihm vornimmt).⁴¹⁶

Droht der Autofahrer dem Wanderer, ihn nicht mitzunehmen, wenn dieser den verlangten Preis nicht zahlt, oder bietet er ihm an, ihn gegen die Leistung des verlangten Preises mitzunehmen? Die Beantwortung dieser Frage hängt erheblich davon ab, wie die Basislinie definiert wird. Sieht die relevante Basislinie vor, dass der Wanderer vom Autofahrer Hilfe umsonst erwarten darf, dann liegt eine Drohung vor, ansonsten ein Angebot.

117

b) Die Bestimmung der Basislinie

Gutmann zeigt auf, dass eine deskriptive Grundlinienbestimmung nicht zu halten ist,⁴¹⁷ nicht zuletzt, da es nicht zulässig ist, aus einer empirischen Gegebenheit einen normativen Schluss zu ziehen.⁴¹⁸ «Zwang ohne Rekurs auf die wechselseitigen normativen Ansprüche der Betroffenen definieren zu wollen, (...) bedeutet eine soziale Interaktion, die in der Realität in einem Geflecht von Rechten und Pflichten stattfindet, in einen Kontext zu versetzen, in dem künstlich die Abwesenheit solcher Relationen unterstellt wird.»⁴¹⁹ Eine normative Theorie des Zwangs setzt also voraus, dass der Vorschlag, den der Täter an das Opfer stellt, *unrecht* ist.⁴²⁰ Wertheimer schlägt in diesem Zusammenhang vor, Rawls' Theorie der Gerechtigkeit heranzuziehen, um

118

⁴¹⁵ *Peralta*, Chantage als Ausbeutung, 884.

⁴¹⁶ Fall angelehnt an *Wertheimers* Lehrbuchbeispiel des «Opportunistic Samaritan», *Consent to Sexual Relations*, 169; einen ähnlichen Fall verwendet auch *Horn*, Die Drohung mit einem erlaubten Übel, 497.

⁴¹⁷ *Gutmann*, Freiwilligkeit, 92 ff.; *ders.*, *Voluntary Consent*, 213 f.

⁴¹⁸ So auch *Wertheimer*, *Coercion*, 258; *Gutmann*, *Freiwilligkeit*, 106; *Peralta*, *Chantage als Ausbeutung*, 885 f.

⁴¹⁹ *Gutmann*, *Freiwilligkeit*, 106, mit Hinweis auf *Cheyney C. Ryan*, *The Normative Concept of Coercion*, *Mind* 89, 356, 1980, 481 ff., 492: «The State of Nature Fallacy underlies any attempt to explicate the notion of coercion in abstraction from the rights and obligations of the parties involved.»

⁴²⁰ Vgl. *Wertheimer*, *Coercion*, 172.

aufzuzeigen, inwiefern Freiwilligkeit und Gerechtigkeit zusammenhängen.⁴²¹ Er glaubt, dass Personen in Rawls fiktivem Urzustand hinter einem Schleier des Nichtwissens in Bezug auf ihre spezifischen Eigenschaften (Begabungen, sozialer Status, Interessen etc.) das Prinzip wählen würden, Willenserklärungen und Handlungen, die durch die Drohung mit einer *Rechtsverletzung* motiviert wurden, für nichtig zu halten.⁴²² «Although there might be occasional benefits (...) from a policy of enforcing such agreements, such a policy would seriously threaten the stability of the basic package of rights and liberties that serves the framework within social life (including agreements) takes place.»⁴²³ Umgekehrt seien sich die Menschen im Urzustand bewusst, dass sie Prinzipien für eine reale Welt wählen müssen, in der Krankheiten, Unfälle oder sogar ungerechte Hintergrundbedingungen sie zu Entscheidungen zwingen, die sie lieber nicht treffen würden.⁴²⁴ Folglich würden sie kaum das Prinzip wählen, das eine Person aus der Verantwortung für eine getroffene Entscheidung entlässt, weil sie sich in «unglücklichen» Entscheidungsumständen befunden hat.⁴²⁵ Dass Zufälle und Ungleichheiten des Lebens manche Menschen zu harten Entscheidungen zwingen, kann ein Argument dafür sein, die sozialen Bedingungen zu verändern, die zu solchen Entscheidungen führen.⁴²⁶ Die Menschen im Urzustand würden aber kaum dem Einwilligungsempfänger das Risiko auferlegen, dass der Partner eine erteilte Einwilligung unter Rekurs auf das Vorliegen von unglücklichen Umständen als unwirksam reklamiert, zumal so die Folgen sozialer Ungleichheit oder biographischer Notlagen auf den Einwilligungsempfänger überwältigt würden, obwohl er diese nicht zu verantworten hat.⁴²⁷ Demnach agiert der einwilligende B dann freiwillig, wenn er einem Vorschlag von A folgt, den A berechtigt ist zu machen, auch wenn B diesen Vorschlag unattraktiv findet und es ihm lieber wäre, ihn nicht zu erhalten.⁴²⁸ Weshalb? «Because B himself is committed to the principles which grant A the right to make the proposal.»⁴²⁹

- 119 Zusammenfassend ist für (nötigenden) Zwang also zunächst erforderlich, dass der Vorschlag, den der Täter A an das Opfer B stellt, unrecht ist bzw. Rechte

⁴²¹ *Wertheimer*, *Coercion*, 299 ff.

⁴²² *Wertheimer*, *Coercion*, 300.

⁴²³ Ebenda.

⁴²⁴ Ebenda.

⁴²⁵ *Wertheimer*, *Coercion*, 300, der den Begriff «circumstantial forcings» verwendet; zust. *Gutmann*, *Freiwilligkeit*, 128.

⁴²⁶ *Gutmann*, *Freiwilligkeit*, 123.

⁴²⁷ Vgl. eingehend dazu *Gutmann*, *Freiwilligkeit*, 122 ff.

⁴²⁸ *Wertheimer*, *Coercion*, 301; zust. *Gutmann*, *Freiwilligkeit*, 129.

⁴²⁹ Ebenda.

von B verletzt.⁴³⁰ Die normative Theorie des Zwangs ist nun allerdings neutral gegenüber dem Inhalt dieser Rechte.⁴³¹ Um dies am oben genannten Fall des verletzten Wanderers zu veranschaulichen: Der Autofahrer droht dem Wanderer, wenn dieser ein bedingungsloses Recht hat, vom Autofahrer gerettet zu werden. Hat der Wanderer ein solches Recht, wäre das bedingte Hilfsangebot des Autofahrers also eine Drohung, genauer: Zwang durch die Drohung mit einem Unterlassen der rechtlich gebotenen Hilfeleistung. Falls aber kein solches Recht besteht, liegt ein Angebot vor.

5. Die erforderliche Zwangsintensität

Der Hinweis darauf, dass das Ansinnen unrecht ist, reicht für sich genommen nicht aus, vielmehr ist unbestritten, dass der Zwang eine gewisse Intensität annehmen muss.⁴³² Eine Drohung mit einem Ansinnen, das zwar Unrecht ist, vom Betroffenen aber als Bagatelle betrachtet wird, dürfte ihn denn in der Regel auch nicht davon abhalten, weiterhin nach eigenen Wertungsgesichtspunkten Entscheidungen zu treffen.⁴³³ Wie Rönnau nun aber zu Recht schreibt, haben die Menschen unterschiedliche Belastungs- und Schmerzgrenzen.⁴³⁴ Wo ist nun die Grenze festzulegen bzw. bis zu welchem Grad verlangen wir vom «Gezwungenen», dem Druck zu widerstehen? Wertheimer versucht, auch diese Frage gerechtigkeits-theoretisch zu rekonstruieren.⁴³⁵ Demnach handelt der Bedrohte dann unfreiwillig, wenn er aufgrund universalisierbarer normativer Prinzipien berechtigt ist, dem Ansinnen nachzugeben bzw. dem Druck nicht standzuhalten.⁴³⁶ Dabei muss auch der Kontext berücksichtigt werden, in dem die Person unter Rekurs auf ihre mangelnde Freiwilligkeit aus der Verantwortung für ihre Handlung oder Willenserklärung entlassen werden möchte.⁴³⁷ So würde im Urzustand vermutlich beschlossen werden, dass einer Person, die sich in einem Nötigungsnotstand befindet und

⁴³⁰ Vgl. auch *Horn*, Die Drohung mit einem erlaubten Übel, 497 ff.; *Dsouza*, Undermining Prima Facie Consent, 520, *Wertheimer*, Coercion, 204 ff.; *Jakobs*, FS Peters, 75 ff., der allerdings eine «wucherische Nötigung» anerkennt, vgl. auch *Jakobs*, Nötigung, 24 ff., wodurch seine Position von der hier vertretenen abweicht. Gegen eine konsequente normative Theorie der Nötigung *Kuhlen*, Drohen mit einem Übel, 47.

⁴³¹ *Wertheimer*, Coercion, 218.

⁴³² *Gutmann*, Freiwilligkeit, 138 ff., für den Kontext der Einwilligung ähnlich *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 234 f.

⁴³³ *Rönnau*, Willensmängel, 235.

⁴³⁴ Ebenda.

⁴³⁵ *Wertheimer*, Coercion, 302.

⁴³⁶ *Wertheimer*, Coercion, 302; ihm folgend *Gutmann*, Freiwilligkeit, 147.

⁴³⁷ *Gutmann*, Freiwilligkeit, 147.

in fremde Rechtsgüter eingreifen möchte, ein hohes Mass an Widerstand zugemutet werden kann, während bei der Frage der Wirksamkeit einer Einwilligung nicht zwingend derselbe Massstab angelegt werden muss.⁴³⁸

6. «Zwingende Angebote» und Ausbeutung

- 121 Gemäss einer normativen Theorie des Zwangs können Angebote keine Zwangswirkung entfalten, da sie nicht freiheitsmindernd, sondern freiheits-erweiternd sind. Zwang liegt vielmehr nur dann vor, wenn es sich um eine Form von Einflussnahme auf das Opfer handelt, die dessen Rechte verletzt.⁴³⁹ Bereits Kant hat betont, dass die «Befugnis, das gegen andere zu tun, was an sich das Ihre nicht schmälert, wenn sie sich dessen nur nicht annehmen wollen (...)», zu den angeborenen Befugnissen bzw. Rechten gehöre.⁴⁴⁰ Sowohl in der philosophischen als auch der juristischen Literatur wird nun aber vertreten, dass es auch «coercive offers», d.h. zwingende Angebote, geben könne.⁴⁴¹ Den Zwangscharakter versuchen einige Autoren etwa aus der ausbeutenden Natur bestimmter Angebote herzuleiten.⁴⁴² Als Beispiel könnte das in der wissenschaftlichen Diskussion beliebte Beispiel des «Lecherous Millionaire» dienen: B's Kind leidet an einer schweren Krankheit, deren Therapie nicht von der Krankenkasse bezahlt wird. B selber kann die Kosten für die Therapie nicht aufbringen. Der wohlhabende A bietet nun B an, die Therapiekosten zu übernehmen, wenn B dafür seine Geliebte wird.⁴⁴³ Etwa McGregor argumentiert nun dahingehend, dass Angebote Zwangscharakter annehmen, wenn A seine Verhandlungsvorteile gegenüber B ausnützt, die darin bestehen, dass er die Realisierung des Schadens für B kontrolliert.⁴⁴⁴ Gutmann hat jedoch überzeugend dargelegt, dass der Versuch, den Zwangscharakter von Angeboten aus ihrer ausbeutenden Natur herzuleiten, auf einer Uminterpretation wesentlicher Prinzipien unserer Rechtsordnung beruht, etwa auf der Statuierung einer allgemeinen Pflicht, andere Menschen von einem bedeutsamen

⁴³⁸ Vgl. die Darstellung bei *Gutmann*, *Freiwilligkeit*, 148.

⁴³⁹ *Gutmann*, *Freiwilligkeit*, 149.

⁴⁴⁰ Kant, *Metaphysik der Sitten*, 345 f.

⁴⁴¹ Vgl. etwa *Baumann*, *Autonomie der Person*, 248 ff.; Frankfurt, *Coercion and Moral Responsibility*, 65 ff.; *McGregor*, *Bargaining Advantages*, 38 ff.

⁴⁴² So etwa *McGregor*, *Bargaining Advantages*, 39.

⁴⁴³ Vgl. das Beispiel bei *Feinberg*, *Harm to Self*, 229; *McGregor*, *Bargaining Advantages*, 39; *Wertheimer*, *Consent to Sexual Relations*, 164; *Gutmann*, *Freiwilligkeit*, 180.

⁴⁴⁴ *McGregor*, *Bargaining Advantages*, 40.

Übel zu bewahren.⁴⁴⁵ Eine solche generelle Hilfespflicht existiert aber in den meisten Rechtsordnungen gerade nicht.⁴⁴⁶

Menschen in Notsituationen sind besonders empfänglich dafür, zum Nutzen anderer «schlechte» Angebote zu akzeptieren, sich also ausbeuten zu lassen.⁴⁴⁷ Die Intuition, dass Ausbeutung moralisch anstößig ist,⁴⁴⁸ ist überzeugend, aber dennoch kein Grund dafür, die Kategorien Zwang und Ausbeutung zu vermischen. «The moral problem of such an offer (...) does not lie in the fact that it undermines voluntary consent.»⁴⁴⁹ Freiwilligkeit und Ausbeutung sind vielmehr kompatibel, d.h., man kann sich freiwillig ausbeuten lassen.⁴⁵⁰ Ein Gesetz, das den Schutz vor Ausbeutung statuiert, lässt sich aber immerhin konsequentialistisch begründen.⁴⁵¹ Hierhin gehört das Argument, dass durch ein Ausbeutungsverbot die Gruppe der von Ausbeutung bedrohten Personen *insgesamt* bessergestellt wird.⁴⁵² Darauf wird insbesondere im Zusammenhang mit Art. 193 (Ausnützung der Notlage) noch zurückzukommen sein. Allerdings lässt sich die Tatsache nicht leugnen, dass auch ein so begründetes Ausbeutungsverbot die Freiheit des Einzelnen im konkreten Fall beschränkt, was bisweilen als «Paradoxie des Ausbeutungsschutzes» bezeichnet wird.⁴⁵³ Zur Veranschaulichung kann man hier wie Gutmann einen Fall von Organhandel als Beispiel zitieren: Ein junger Mann aus der Türkei will eine seiner Nieren an eine Londoner Privatklinik verkaufen, um damit das Geld aufzubringen, das er für eine dringend notwendige Therapie seiner Tochter benötigt.⁴⁵⁴ Wenn diese Transaktion nun als Ausbeutung qualifiziert und der Einwilligung deshalb die Wirksamkeit aberkannt wird, dann nimmt man dem Betroffenen eine der wenigen oder mitunter sogar die einzige Chance, sein Elend zu mindern.⁴⁵⁵

⁴⁴⁵ Gutmann, *Freiwilligkeit*, 177, 181.

⁴⁴⁶ Vgl. dazu die Pflicht zu einer allgemeinen Nothilfe in Art. 128, die allerdings nur bei unmittelbarer Lebensgefahr des Opfers gilt.

⁴⁴⁷ Gutmann, *Freiwilligkeit*, 181 f.

⁴⁴⁸ Vgl. auch Archard, *Sexual Consent*, 60 ff.

⁴⁴⁹ Gutmann, *Voluntary Consent*, 216. Ähnlich Jakobs, *Nötigung*, 28.

⁴⁵⁰ Gutmann, *Freiwilligkeit*, 182. Ebenso bereits Wertheimer, *Exploitation*, 14.

⁴⁵¹ So auch Gutmann, *Freiwilligkeit*, 183 f.; ähnlich Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken der Einwilligung*, 166, im Zusammenhang mit dem Individualwucher; kritisch dazu Peralta, *Chantage als Ausbeutung*, 905.

⁴⁵² Gutmann, *Freiwilligkeit*, 182 f.

⁴⁵³ Gutmann, *Freiwilligkeit*, 182.

⁴⁵⁴ Gutmann, *Freiwilligkeit*, 183.

⁴⁵⁵ NK-Pfaeffgen, § 228 Rn. 94, in Bezug auf Lebendorganspenden, wonach das Echauffement über den Organhandel und der Vorwurf zynischer Ausbeutung seinerseits etwas Zynisches an sich habe, als es den Spendern eine der wenigen verbleibenden Chancen verwehrt, das eigene Elend zu mindern. Ähnlich auch Gutmann, *Voluntary Consent*, 217, wo-

7. «Psychischer Druck» als untaugliches Kriterium

- 123 Zwang ist nach dem Gesagten keinesfalls zu verwechseln mit dem Vorliegen von «psychischem Druck» anlässlich einer Entscheidung.⁴⁵⁶ Zwar trifft es zu, dass Zwangssituationen regelmässig mit einem starken psychologischen Druck einhergehen.⁴⁵⁷ Umgekehrt stellt das Vorliegen von solchem Druck jedoch keine hinreichende Bedingung dar, um das Vorliegen von normativ relevantem, freiwilligkeitsverminderndem Zwang zu begründen,⁴⁵⁸ nicht jede «hard choice» beinhaltet notwendigerweise Zwang:⁴⁵⁹ «The difference between coercion (...) on the one hand and mere psychological pressure (no matter how strong) on the other is one of *kind*, not degree.»⁴⁶⁰ Der Begriff Zwang zielt darauf, dass eine Person auf *unrechtmässige* Weise in eine Situation gebracht wurde, in der ihre einzige Wahl darin besteht, ein unakzeptables Opfer zu erbringen, um nicht tun zu müssen, was von ihr verlangt wird.⁴⁶¹ Ein Freiheits- bzw. Zwangsbegriff, der einzig den beim Opfer vorgefundenen Druck betrachtet, ist daher unbrauchbar.⁴⁶²

B. Die Behandlung von Zwang in der Einwilligungsdogmatik

- 124 In der Schweizer Lehr- und Kommentarliteratur wird bei der Einwilligung oft relativ pauschal darauf verwiesen, dass die durch Drohung oder sonstigen Zwang herbeigeführte Einwilligung unwirksam ist.⁴⁶³ Spezifische Aussagen darüber, welche Drohungen als Zwang zu bewerten sind, und eine Aussage

nach auch ein ausbeuterisches Angebot immerhin eine zusätzliche Option und oftmals die beste *verfügbare* Option darstelle.

⁴⁵⁶ Vgl. dazu eingehend *Murphy*, *Hard Choices*, 83 ff.; und *Gutmann*, *Voluntary Consent*, 215.

⁴⁵⁷ *Gutmann*, *Freiwilligkeit*, 112 f.

⁴⁵⁸ *Gutmann*, *Freiwilligkeit*, 113. Dies wird auch daran deutlich, dass Entscheidungsdruck, d.h. Situationen, in denen es dem Individuum schwerfällt, sich zu entscheiden, auch bei einer Wahl zwischen zwei Alternativen auftreten können, die beide als positiv bewertet werden.

⁴⁵⁹ *Murphy*, *Hard Choices*, 84: «But true duress or coercion results when one's rights are violated by others – something not always present when one has a hard choice to make under pressure.»

⁴⁶⁰ *Murphy*, *Hard Choices*, 84 f.

⁴⁶¹ *Murphy*, *Hard Choices*, 84; ihm folgend *Gutmann*, *Freiwilligkeit*, 113.

⁴⁶² Vgl. *Gutmann*, *Freiwilligkeit*, 114.

⁴⁶³ *Seelmann/Geth*, 53; *Donatsch/Tag*, 260; *Stratenwerth*, § 10 Rn. 22; *Hurtado Pozo*, *Partie générale*, Rn. 659; *PK-Trechsel/Geth*, Art. 14 Rn. 11; *Trechsel/Noll/Pieth*, 141.

darüber, welche Intensität des Zwangs zu verlangen ist, fehlen vielerorts jedoch.⁴⁶⁴

I. Der Nötigungstatbestand als Massstab

Während eine Mindermeinung im deutschen Schrifttum die Ungültigkeit einer Einwilligung erst bei der Intensität der Druckausübung annimmt, die auch die Verantwortlichkeit für Fremdschädigungen ausschliessen würde und damit den Massstab des Nötigungsnotstandes heranzieht,⁴⁶⁵ orientiert sich die h.L. und ihr folgend auch ein Teil der Schweizer Lehre⁴⁶⁶ diesbezüglich ganz überwiegend am allgemeinen Nötigungstatbestand.⁴⁶⁷ Dies ist auch richtig. Denn durch die Notstandsregeln wird festgelegt, bis zu welchem Grad ein Mensch Gefahren für eigene Rechtsgüter hinnehmen muss, bis er zur Konfliktbewältigung in fremde Rechtsgüter eingreifen darf, also gewissermassen selber einen Tatbestand verwirklicht.⁴⁶⁸ Diese Konstellation ist mit der Einwilligungssituation nicht vergleichbar. Durch den Nötigungstatbestand hat der Gesetzgeber verdeutlicht, dass er derartige Angriffe auf die Willensbildungsfreiheit⁴⁶⁹ für strafrechtlich relevant hält und das davon betroffene Opfer als schutzwürdig einstuft.⁴⁷⁰ Es macht daher Sinn, im Kontext der Willensmängel auf den Nötigungstatbestand abzustellen, da hier die Frage geklärt werden muss, ob die Einwilligung noch als Ausdruck von Selbstbestimmung über die *eigenen* Güter zu sehen ist.⁴⁷¹ Zwang durch Drohungen, die nicht die Schwelle einer strafbaren Nötigung erreichen, sollten grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit einer Einwilligung führen, da ansonsten der Gesetzgeber seine Entscheidung für die Straffreiheit gewisser Drohungen konterkarieren würde, wenn diese zur Unwirksamkeit der Einwilligung und damit Strafbarkeit des Eingreifenden führen würden.⁴⁷²

⁴⁶⁴ Anders Mona, Die Einwilligung, der explizit auf die Nötigung als Massstab verweist; ebenso Weissenberger, Die Einwilligung, 89.

⁴⁶⁵ Rudolphi, ZStW 1974, 85; Meyer, Ausschluss der Autonomie, 160.

⁴⁶⁶ Vgl. etwa Weissenberger, Die Einwilligung, 89.

⁴⁶⁷ Vgl. Roxin, AT, § 13 Rn. 113 f.; Arzt, Willensmängel, 31 ff.; Kühl, § 9 Rn. 36; S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 Rn. 48; Murmann, Selbstverantwortung des Opfers, 452 f.

⁴⁶⁸ S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 Rn. 48; Rönnau, Willensmängel, 437 f.

⁴⁶⁹ Die Willensbetätigungsfreiheit durch absoluten Zwang ist im Zusammenhang mit der Einwilligung ohne Bedeutung, vgl. Rönnau, Willensmängel, 439 mit Fn. 109.

⁴⁷⁰ Roxin, AT, § 13 Rn. 113.

⁴⁷¹ Rönnau, Willensmängel, 438 f.

⁴⁷² Für das deutsche Recht Arzt, Willensmängel, 33; Rudolphi, ZStW 1974, 85; Kussmann, Einwilligung und Einverständnis, 286; a.A. Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten,

Die Frage, welche Drohungen für einen wirksamkeitshindernden Zwang ausreichen, ist damit aber noch nicht grundsätzlich geklärt, sondern verlagert sich lediglich in die Debatte um den richtig verstandenen Nötigungsbegriff.

a) Der in der Schweiz vertretene Nötigungsbegriff

- 126 Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz gehen von einem relativ weiten Nötigungsbegriff aus, der auf Ebene der Tatbestandsmässigkeit nur durch das Kriterium der «Ernstlichkeit» des angedrohten Nachteils eingegrenzt wird.⁴⁷³ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist jeder angedrohte Nachteil ein ernstlicher Nachteil, wenn er nach einem objektiven Massstab geeignet ist, auch eine besonnene Person in der Lage des Betroffenen gefügig zu machen.⁴⁷⁴ Ein Nachteil kann sowohl mit dem Inaussichtstellen eines bestimmten Handelns als auch eines Unterlassens angedroht werden.⁴⁷⁵ Durch Auslegung des Begriffs «Nachteil» werden lediglich jene Fälle der «Drohung mit einer Unterlassung» ausgesondert, in denen der Täter mit dem Unterlassen einer blossen Besserstellung, etwa einer besonderen Zuwendung, mit der der Betroffene ohnehin nicht rechnen konnte, droht.⁴⁷⁶ Andererseits werden aber auch Drohungen mit einem Unterlassen ohne das Vorliegen einer Garantstellung bzw. einer Rechtspflicht zum Handeln als ernstlicher Nachteil verstanden, sofern sich die Situation des Bedrohten durch die Unterlassung verschlechtern würde, gemessen an den rechtlichen Ansprüchen oder tatsächlichen (!) Aussichten, die er im Zeitpunkt der Drohung hat.⁴⁷⁷
- 127 Erst in einem zweiten Schritt auf Ebene der separaten Prüfung der Rechtswidrigkeit wird danach positiv begründet, ob und inwiefern die Nötigung auch rechtswidrig ist.⁴⁷⁸ Denn gemäss ständiger Praxis des Bundesgerichts und der h.L. indiziert die Tatbestandsmässigkeit der Nötigung die Rechtswidrigkeit noch nicht; vielmehr muss diese jeweils positiv begründet werden.⁴⁷⁹ Rechtswidrig ist eine Nötigung nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung

582 ff., hinsichtlich Einwilligungen in Körperverletzungen, Sachbeschädigungen und Ehrverletzungen; ebenso *Braun-Hülsmann*, Einwilligung als Zurechnungsfrage, 297 f.

⁴⁷³ Vgl. *BSK-Delnon/Rüdy*, Art. 181 Rn. 37 ff.

⁴⁷⁴ Vgl. u.a. *BGE 122 IV 322 E. 1b*; *120 IV 17 E. 2aa*.

⁴⁷⁵ *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 5 Rn. 8; *PK-Trechsel/Mona*, Art. 181 Rn. 6.

⁴⁷⁶ *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 5 Rn. 8.

⁴⁷⁷ *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 5 Rn. 8; etwas restriktiver *PK-Trechsel/Mona*, Art. 181 Rn. 6.

⁴⁷⁸ Statt vieler *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 5 Rn. 15 ff.

⁴⁷⁹ *Donatsch*, Strafrecht III, 412; *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 5 Rn. 15; *Corboz*, *Infractions*, Art. 181 Rn. 19 ff.; vgl. auch *BGE 129 IV 262 E. 2.1*; *129 IV 6 E. 3.4*.

dann, wenn das Mittel oder der Zweck⁴⁸⁰ unerlaubt sind oder wenn das Mittel zum erstrebten Zweck nicht im richtigen Verhältnis steht oder wenn die Verknüpfung zwischen einem an sich zulässigen Mittel und einem erlaubten Zweck rechtsmissbräuchlich oder sittenwidrig ist.⁴⁸¹ Letzteres wird vor allem dann angenommen, wenn zwischen dem Gegenstand der Drohung und der beabsichtigten Forderung keinerlei oder kein hinreichender Zusammenhang existiert.⁴⁸² Ein unerlaubter Zweck soll beispielsweise dann vorliegen, wenn der Drohende einen unrechtmässigen Vorteil zu erlangen versucht.

Das hier lediglich angedeutete Fehlen einer scharfen Abgrenzung zwischen Zwang und Ausbeutung führt denn bisweilen zu kaum nachvollziehbaren Ergebnissen. So wird im Bereich der Sexualdelikte vertreten, dass eine gemäss Art. 189 und 190 hinreichende Nötigung vorliegen könne, wenn dem Opfer beispielsweise nach dem Muster der «Chantage» die Bekanntgabe kompromittierender Situationen in Aussicht gestellt würde, falls es das sexuelle Ansinnen des Täters ablehnt.⁴⁸³ Das Drohen mit einer berechtigten Strafanzeige wird hingegen als Beispiel für den lediglich als Vergehen ausgestalteten Art. 193 genannt und damit gerade *nicht* als Nötigung qualifiziert,⁴⁸⁴ obwohl das Drohen mit einer berechtigten Strafanzeige bei fehlender Konnexität in anderen Bereichen durchaus als Nötigung bzw. als Erpressung eingestuft wird.⁴⁸⁵ 128

b) Kritik am weiten Nötigungsbegriff – die normative Theorie der Nötigung

Kern hat bereits 1942 in seiner Dissertation die m.E. überzeugende These entwickelt, dass das Tatbestandsmerkmal der Androhung eines Nachteils normativ zu bestimmen ist.⁴⁸⁶ Ausgehend vom Gedanken, dass der Nötigungstatbestand nicht eine absolute, sondern nur eine relative, d.h. von der 129

⁴⁸⁰ In diesem Zusammenhang wird in der Regel der Entscheid BGE 81 IV 101 zitiert. M.E. wurde die Strafbarkeit des Nötigungsversuchs dort nicht aus dem Zweck, sondern dem Nötigungsmittel hergeleitet. Hinsichtlich des rechtswidrigen Zwecks wurde lediglich klargestellt, dass nicht nur zu erlaubtem Verhalten, sondern auch zu rechtswidrigem Verhalten – im konkreten Fall sollte das Opfer genötigt werden, einer gerichtlichen Vorladung als Zeuge keine Folge zu leisten – möglich sei, vgl. insbesondere E. 2.

⁴⁸¹ Vgl. u.a. BGE 129 IV 262 E. 2.1.

⁴⁸² Vgl. u.a. BGE 120 IV 17 E. 2bb; 106 IV 125 E. 3b.

⁴⁸³ Rehberg, Das revidierte Sexualstrafrecht, 22; in diese Richtung geht auch das Urteil des Bundesgerichts 6B_1040/2013 vom 18.08.2014.

⁴⁸⁴ So implizit BSK-Maier, Art. 193 Rn. 6.

⁴⁸⁵ Vgl. BSK-Weissenberger, Art. 156 Rn. 23 m.w.N.

⁴⁸⁶ Vgl. Kern, Die Nötigung, 52 ff.

Rechtsordnung als solcher begrenzte Freiheit schützen könne,⁴⁸⁷ sei das Tatbestandsmerkmal des Nachteils nur dann erfüllt, wenn das vom Täter in Aussicht gestellte Verhalten rechtlich begründete Erwartungen enttäuscht.⁴⁸⁸ Eine Drohung mit rechtmässigem Verhalten könne daher grundsätzlich keine Androhung eines Nachteils sein: «Meine begründeten Erwartungen werden grundsätzlich niemals enttäuscht durch Ausübung oder Nichtausübung eines Rechts seitens eines Mitmenschen.»⁴⁸⁹

- 130 In Deutschland wird von einer Mindermeinung eine ähnliche Position vertreten.⁴⁹⁰ Diese sieht als Rechtsgut des Nötigungstatbestandes nicht die faktische, sondern nur die rechtlich garantierte Freiheit an. Eine Nötigung liegt nach dieser Ansicht nur dann vor, wenn der Täter rechtlich garantierte Verhaltensalternativen beschränkt.⁴⁹¹ Ansonsten, wenn also mit einem erlaubten Übel – beispielsweise einer berechtigten Strafanzeige – gedroht wird, werde dem Opfer keine rechtlich garantierte Freiheit genommen, selbst wenn die Drohung mit unlauteren Motiven verknüpft wird.⁴⁹² Horn verwendet dafür einen doppelten Erst-Recht-Schluss: Wenn die Zufügung eines Übels erlaubt ist, muss es erst recht auch seine vorherige Ankündigung sein und folglich erst recht die Ankündigung des Übels unter einer Bedingung, da damit die Freiheit des Opfers nicht beschnitten, sondern erweitert werde.⁴⁹³ Wenn also der Ladenbesitzer der auf frischer Tat ertappten Ladendiebin droht, einen Strafantrag zu stellen, sofern sie sich nicht sexuell «erkenntlich» zeigt, erweitere er gewissermassen ihre Freiheitssphäre.⁴⁹⁴ Oder wie Jakobs es ausdrückt: «Jetzt heisst es <Anzeige oder Zahlung [bzw. Leistung von sexuellen Gefälligkeiten]> und nicht mehr nur <Anzeige>.»⁴⁹⁵ Auch die Drohung mit einem Unterlassen wird nach diesen Gesichtspunkten beurteilt: Eine Nötigung kann nur vorliegen, wenn das Unterlassen einer Handlung angedroht wird, zu deren

⁴⁸⁷ Kern, Die Nötigung, 22.

⁴⁸⁸ Kern, Die Nötigung, 60.

⁴⁸⁹ Ebenda. Allerdings werden nach Ansicht Kerns begründete Erwartungen dann enttäuscht, wenn die Ausübung des Rechts rechtsmissbräuchlich sei, wodurch seine These ihre Radikalität bereits wieder verliert.

⁴⁹⁰ Horn, Die Drohung mit einem erlaubten Übel, 499; SK-Horn, § 240 Rn. 1; Rönnau, Willensmängel, 444 ff.; im Wesentlichen auch Gutmann, Freiwilligkeit, 282 ff.; Timpe, Die Nötigung, 149 ff.; Jakobs, FS Peters, 76; der allerdings eine «wucherische Nötigung» anerkennt, wodurch sein Ansatz wiederum an Klarheit verliert, vgl. Jakobs, Nötigung, 24 ff.

⁴⁹¹ Jakobs, FS Peters, 76; ähnlich Horn, Die Drohung mit einem erlaubten Übel, 497; Gutmann, Freiwilligkeit, 268 ff.; Hoven, Nötigung durch Bestechlichkeit, 192.

⁴⁹² Vgl. Rönnau, Willensmängel, 445 ff.

⁴⁹³ Vgl. Horn, Die Drohung mit einem erlaubten Übel, 498. Ihm zustimmend Hoven, Nötigung durch Bestechlichkeit, 182 f.

⁴⁹⁴ Rönnau, Willensmängel, 446.

⁴⁹⁵ Jakobs, Nötigung, 26.

Vornahme der Drohende verpflichtet ist. Besteht keine rechtliche Verpflichtung des Täters, sollte er sein Angebot zur freiwilligen Beseitigung der Zwangslage des andern an Bedingungen knüpfen dürfen, selbst wenn diese «inkonnex» sind.⁴⁹⁶

Für die offensichtlich strafwürdigen Fälle, in denen der Täter dem Betroffenen rechtswidriges Handeln oder ein – aufgrund Vorliegens einer Garantensstellung – rechtswidriges Unterlassen androht, ist der Streit nicht entscheidend. Hier ist – Bagatellfälle ausgenommen – unbestritten, dass eine rechtswidrige Nötigung vorliegt und eine aufgrund einer solchen Nötigung erteilte Einwilligung ungültig sein muss. Die entscheidende und umstrittene Frage ist vielmehr, ob der Täter dem Opfer mit einer ihm zustehenden, für das Opfer aber nachteilig wirkenden Handlung oder Unterlassung drohen darf, um einen bestimmten Zweck zu erreichen. Zu denken wäre hier etwa an das Beispiel, dass Nachbar A dem Nachbar B damit droht, einen von B begangenen Steuerbetrug anzuzeigen, wenn dieser nicht dem Fällen seines die Aussicht von A störenden Baums zustimmt.⁴⁹⁷ Die Mindermeinung ist nun der Ansicht, dass diese Einwilligung in die Sachbeschädigung gültig wäre, während die deutsche h.L. und auch die in der Schweiz vorherrschende Ansicht hier wohl eine strafbare Nötigung annehmen würde und die Einwilligung folglich unwirksam wäre.⁴⁹⁸ Ebenfalls häufig als Beispiel wird hierfür der reale Fall genannt, dass der Ladendetektiv die Ladendiebin mit der Meldung des Diebstahls bzw. mit dem Unterlassen des Rückzugs eines bereits erstatteten Strafantrags «bedroht», falls sie sich nicht «sexuell erkenntlich» zeige.⁴⁹⁹

Hier wird die Bedeutung der Frage, ob die Basislinie zur Unterscheidung zwischen Drohungen und Angeboten deskriptiv oder normativ zu bestimmen ist, offensichtlich. Ein Ansinnen nimmt nach der normativen Theorie des Zwangs dem Opfer nur dann Freiheit, wenn es ihm eine Option abschneidet,

⁴⁹⁶ So auch *Rönnau*, Willensmängel, 444 ff.

⁴⁹⁷ Angelehnt an Beispiel von *Rönnau*, Willensmängel, 441.

⁴⁹⁸ Vgl. BGE 101 IV 47 E. 2b 49: «Zwar ist die Androhung einer Strafanzeige an sich kein unerlaubtes Mittel, und auch der verfolgte Zweck – nämlich die Anerkennung einer Forderung – verstösst an sich nicht gegen die Rechtsordnung (...). Ein Verstoss gegen die Rechtsordnung ist aber gegeben, sobald die Verknüpfung zwischen dem zulässigen Mittel und dem erlaubten Zweck sich als rechtsmissbräuchlich oder sittenwidrig darstellt (...). Demzufolge hat der Kassationshof seit jeher die Drohung mit einer Strafanzeige dann als rechtswidrig betrachtet, wenn – wie im vorliegenden Fall – zwischen dem Straftatbestand, der angezeigt werden soll, und dem Gegenstand des gestellten Begehrens ein sachlicher Zusammenhang fehlt (...).»

⁴⁹⁹ Vgl. der Beschluss des BGHSt StR 737/8 vom 13.01.1983, wo eine sexuelle Nötigung gemäss § 240 Abs. 4 aStGB-D bejaht wurde, als ein Ladendetektiv einer (minderjährigen) Ladendiebin anbot, eine bereits erstattete Strafanzeige zurückzuziehen. Nach geltendem Schweizer Recht würde dieser Fall wohl von Art. 193 erfasst.

die ihm als rechtlich frei garantiert ist.⁵⁰⁰ Die Mindermeinung stellt sich nun auf den Standpunkt, dass bei der Frage der Freiwilligkeit einer Entscheidung die Rahmenbedingungen berücksichtigt werden müssten, unter denen die Menschen leben und ihre Entscheidungen treffen.⁵⁰¹ Bereits die Rechtsordnung gestehe dem Täter gewisse Betätigungs- und Freiheitsrechte zu Lasten anderer zu, wie etwa das Recht eines Arbeitgebers, Bewerber abzulehnen, das Recht, Verträge zu kündigen oder eine Straftat anzuzeigen.⁵⁰² Mit anderen Worten: Dem Opfer fehle es in solchen Konstellationen bereits an einem Recht, frei von diesen Zwängen zu sein.⁵⁰³ Daran ändere sich auch nichts, wenn der Täter, der sich diese faktische, von ihm nicht zu verantwortende Zwangslage zunutze macht, indem er sein Angebot, dem Opfer «aus der Krise zu helfen», an inkonexe Bedingungen knüpft wie etwa die Zahlung einer Geldsumme oder das «Leisten» einer sexuellen Gefälligkeit.⁵⁰⁴ Denn dem Täter steht es auch dann frei, eine berechtigte Strafanzeige einzureichen, wenn das Opfer sein Ansinnen abgelehnt hat.⁵⁰⁵ Folglich wird die rechtlich garantierte Freiheit des Opfers durch das Täterverhalten jedenfalls nicht weiter eingeschränkt.⁵⁰⁶ Insgesamt ist das unanständige Ausnutzen einer Zwangslage eines anderen seiner Struktur nach nicht Nötigung und damit auch kein Delikt gegen die Freiheit des Einzelnen,⁵⁰⁷ sondern «Wucher»⁵⁰⁸ bzw. «Ausbeutung».⁵⁰⁹ Die h.L. und Rechtsprechung, die auch Drohungen mit erlaubtem Verhalten als Nötigung interpretieren, machen deshalb aus der Nötigung zumindest teilweise auch ein «Ausbeutungsdelikt» nach der Art des Wuchers.⁵¹⁰

⁵⁰⁰ Gutmann, Freiwilligkeit, 274.

⁵⁰¹ Vgl. Rönnau, Willensmängel, 445.

⁵⁰² Ebenda.

⁵⁰³ Ebenda. A.A. Kuhlen, Drohen mit einem Übel, 47, unter Hinweis auf Pelke: «Auch wer eine Straftat (...) begangen hat, ist nicht «friedlos» gestellt.»

⁵⁰⁴ Eingehend zur fehlenden Bedeutsamkeit der Inkonnexität Gutmann, Freiwilligkeit, 275 ff.

⁵⁰⁵ Etwas komplizierter ist hier die Lage im Bereich der Kündigung, die aufgrund mangelnden sexuellen Entgegenkommens des Arbeitnehmers ausgesprochen wird. Eine solche Kündigung würde zwar sicherlich als missbräuchlich eingestuft, wodurch der Arbeitgeber schadenersatzpflichtig würde. Ungültig ist eine missbräuchliche Kündigung jedoch nicht. Ein Bestandesschutz für das Arbeitsverhältnis besteht – vorbehaltlich der Ausnahmeregelung in Art. 10 GlG (Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995, SR 151.1) – nicht, vgl. zum Ganzen Matthias Schwaibold, in: Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, 1. Aufl., Basel 2014, Art. 336 Rn. 1 ff.

⁵⁰⁶ Rönnau, Willensmängel, 445.

⁵⁰⁷ Jakobs, Nötigung, 26, der allerdings dennoch eine «wucherische Nötigung» anerkennt, deren Verbot freilich anders begründet werden müsse als bei der «gewöhnlichen» Nötigung, vgl. a.a.O., 28 ff.

⁵⁰⁸ Horn, Die Drohung mit einem erlaubten Übel, 499.

⁵⁰⁹ Vgl. Peralta, Chantage als Ausbeutung, 892 ff.

⁵¹⁰ Timpe, Die Nötigung, 159.

c) Würdigung

Der Vorteil des eng verstandenen Nötigungstatbestandes der Mindermeinung sei, so schreibt Rönnau, dass der Nötigungstatbestand durch die Beschränkung auf Beeinträchtigungen rechtlich garantierter Freiheiten erheblich schärfere Konturen gewinne.⁵¹¹ Auch wenn das Anliegen, einen schärfer konturierten Nötigungstatbestand zu erzielen, grundsätzlich Beifall verdient, ist diese Ansicht mit nicht unerheblichen Schwierigkeiten verbunden. Denn nach der Formulierung von Horn liegt eine tatbestandsmässige Drohung nur dann vor, wenn der Adressat die Zufügung bzw. Nichtabwendung des Übels seitens des damit Drohenden nicht aus Rechtsgründen hinzunehmen verpflichtet ist.⁵¹² Hierbei können sich bereits einige Schwierigkeiten bei der Bestimmung ergeben, wann mit einem *erlaubten* Verhalten gedroht wird bzw. wann der Drohungsadressat rechtlich verpflichtet ist, den Nachteil hinzunehmen. 133

Veranschaulichen lässt sich dies am Beispiel der so genannten Chantage, also der «Erpressung» mit Bekanntgabe kompromittierender – aber wahrer – Informationen wie beispielsweise von Vorstrafen o.Ä.⁵¹³ Denn zwar sieht das Schweizer Recht in Art. 173 Ziff. 2 grundsätzlich vor, dass der Täter nicht bestraft werden kann, wenn er beweist, dass die von ihm vorgebrachte oder weiterverbreitete Äusserung der Wahrheit entspricht oder dass er ernsthafte Gründe hatte, sie in guten Treuen für wahr zu halten. Allerdings wird der Ehrverletzer gemäss Art. 173 Ziff. 3 nicht zum Wahrheits- oder Gutgläubensbeweis zugelassen und ist strafbar für – auch wahre! – Äusserungen, «die ohne Wahrung öffentlicher Interessen und vorwiegend in der Absicht vorgebracht werden, jemandem Übles vorzuwerfen, insbesondere, wenn sich die Äusserungen auf das Privat- oder Familienleben beziehen». Insofern lässt diese differenzierte Regelung den Schluss gerade *nicht* zu, dass das Verbreiten nachweislich wahrer ehrwürdiger Tatsachen in jedem Fall (strafrechtlich) erlaubt bzw. zumindest nicht strafbar ist.⁵¹⁴ Im Übrigen ist auch fraglich, ob insbesondere die Drohung, Tatsachen aus der Intim- oder Privatsphäre einer Person einem grösseren Publikum zugänglich zu machen, angesichts der damit möglicherweise einhergehenden Persönlichkeitsverletzung gemäss Art. 28 ZGB⁵¹⁵ ernsthaft als erlaubte Handlung bezeichnet werden kann. Denn mit Blick auf Art. 28 ZGB können auch die Verbreitung wahrer Tatsachen wie länger zurückliegende Vorstrafen und die Ausbreitung intimer Details oder sonderbarer Vorlieben und Neigungen eine Verletzung darstellen, 134

⁵¹¹ Rönnau, Willensmängel, 447.

⁵¹² Horn, Die Drohung mit einem erlaubten Übel, 499.

⁵¹³ Vgl. dazu eingehend auch Peralta, Chantage als Ausbeutung, 881 ff.

⁵¹⁴ Anders ist die Rechtslage in Deutschland, vgl. § 186 D-StGB.

⁵¹⁵ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (SR 210).

falls dies ohne sachlichen Grund geschieht.⁵¹⁶ Unter Zugrundelegung des engen Nötigungstatbestandes würde die Qualifikation der Chantage als Nötigung also davon abhängen, ob sich die angedrohte Publikation kompromittierender wahrer Tatsachen als strafbare Ehrverletzung gemäss Art. 173 StGB oder zumindest als zivilrechtliche Persönlichkeitsverletzung erweisen würde. Ob derartige Differenzierungen angemessen sind, ist etwas fraglich. Nebst diesen Schwierigkeiten liegt der «Nachteil» eines engen Nötigungsbegriffs auch darin, dass viele Verhaltensweisen, die intuitiv durchaus als ernstliche Nachteile wahrgenommen werden, bei Zugrundelegung eines engen Verständnisses des Nötigungstatbestandes grundsätzlich ausscheiden müssten, so etwa die Drohung mit Suizid⁵¹⁷ oder auch die Drohung einer Frau gegenüber dem Vater ihres ungeborenen Kindes, die ihr im Rahmen der Fristenregelung erlaubte Abtreibung des gemeinsamen Kindes vorzunehmen.

- 135 Dennoch ist der normativen Theorie des Zwangs und damit auch der normativen Theorie der Nötigung den Vorzug zu geben. Wie Hoven richtig sagt, besteht zu einem restriktiven Verständnis der Nötigung keine überzeugende Alternative, «möchte man die Grenzfälle nicht um den Preis unbestimmter moralischer Wertungen» erfassen.⁵¹⁸ Im Übrigen ist schlicht nicht ersichtlich, inwiefern jemand die Freiheit einer anderen Person beschränkt, indem er ihm eine Handlung androht, die, wenn er sie tatsächlich vornehmen würde, die rechtliche Freiheit des Einzelnen gerade nicht einschränken würde.⁵¹⁹ Ein solches Verhalten ist seiner Struktur nach eben nicht Zwang, sondern Ausbeutung bzw. Wucher.⁵²⁰ Das Abstellen auf die Konnexität bzw. die Zweck-Mittel-Relation läuft hingegen letztlich nur auf die Frage hinaus, welcher

⁵¹⁶ BSK-Melli, ZGB I, Art. 28 Rn. 43.

⁵¹⁷ Vgl. für die Widerrechtlichkeit der Drohung mit einem Selbstmord aber offenbar *Gutmann*, Freiwilligkeit, 82 ff.; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 6B_192/2012 vom 10.09.2012 E. 2, wonach der Beschuldigte trotz eines Rechts auf Suizid kein Recht habe, mit einem Suizid zu drohen und damit Angehörige in Angst und Schrecken zu versetzen.

⁵¹⁸ *Hoven*, Nötigung durch Bestechlichkeit, 193. Die Konzeption von *Jakobs*, Nötigung, 25 ff., welcher der freiheitsbeschränkenden eine wucherische Nötigung zur Seite stellt, überzeugt nicht. Einerseits kommt er damit nicht um die bisweilen moralisierende Wertungsfrage herum, andererseits unterstellt er dem Nötigungstatbestand zwei ganz unterschiedliche Delikte. Kritisch deshalb auch *Kuhlen*, Drohen mit einem Übel, 48 f., der im Übrigen der strikt durchgehaltenen normativen Nötigungslehre *nicht* folgt, sondern eine «Vereinigungstheorie» postuliert, a.a.O., 51 ff.

⁵¹⁹ So auch *Rönnau*, Willensmängel, 445; ähnlich *Jakobs*, Nötigung, 26: «Ein Delikt gegen die Verhaltensfreiheit ist die Chantage (...) also gewiss nicht.»

⁵²⁰ *Horn*, Die Drohung mit einem erlaubten Übel, 498; *Schroeder*, Nötigung und Erpressung, 286; *Peralta*, Chantage als Ausbeutung, 892; *Rönnau*, Willensmängel, 447; *Hoven*, Nötigung durch Bestechlichkeit, 182.

Preis für eine rechtlich erlaubte Handlung bzw. Unterlassung gefordert werden darf – die Strafgerichte würden «zu Preisüberwachungsbehörden».⁵²¹

2. *Das Ausnutzen von Zwangslagen*

Nach der hier vertretenen Ansicht sind eine normative Theorie des Zwangs und damit auch eine normative Theorie der Nötigung vorzugswürdig. Damit ist im Prinzip auch bereits vorgezeichnet, wie mit dem Ausnutzen von Zwangslagen zu verfahren ist, für die der Eingreifende nicht zuständig ist.⁵²² Eine die Wirksamkeit der Einwilligung hindernde Nötigung liegt prinzipiell nur dann vor, wenn der Eingreifende zur Beseitigung der Zwangslage aufgrund des Gesetzes oder einer Garantenstellung verpflichtet ist.⁵²³ Hier könnte nun wieder das Beispiel des nicht lebensgefährlich verletzten Wanderers herangezogen werden, der einen zufällig vorbeikommenden Autofahrer bittet, ihn mitzunehmen. Dieser bietet ihm nun eine Mitfahrt an, allerdings nur unter der Bedingung, dass der Wanderer ihm eine sexuelle Gefälligkeit erweist. Nach der normativen Theorie des Zwangs liegt nur dann eine Drohung vor, wenn der Autofahrer verpflichtet wäre, dem Wanderer kostenlos zu helfen.

Nun lässt sich sicherlich nicht bestreiten, dass sich der Wanderer in einem schweren Entscheidungskonflikt befindet und sich in der Situation wiederfindet, zwischen *zwei* Übeln wählen zu müssen. Sicherlich wäre es für ihn angenehmer, wenn der Autofahrer die Hilfe ohne inkonexe Bedingung anbieten würde.⁵²⁴ Auch mag es moralisch tadelnswert sein, dass der Autofahrer «ungebeten Schicksal» spielt.⁵²⁵ Der springende Punkt ist nun aber, dass, sofern keine Garantenstellung vorliegt, ausser in den engen Grenzen von Art. 128 (Unterlassung der Nothilfe) keine allgemeine Pflicht zur Hilfeleistung besteht.⁵²⁶ Der Autofahrer darf also den Wanderer einfach seinem Schicksal überlassen. Weshalb sollte der Autofahrer dann nicht an den Wanderer herantreten können und ihm eine Möglichkeit aufzeigen, wie er sich aus seiner Zwangslage befreien könnte?⁵²⁷ Da der Wanderer ohnehin keinen rechtlichen

⁵²¹ *Schroeder*, Nötigung und Erpressung, 286.

⁵²² Ebenso *Rönnau*, Willensmängel, 449.

⁵²³ *Rönnau*, Willensmängel, 449.

⁵²⁴ *Rönnau*, Willensmängel, 446.

⁵²⁵ Vgl. *Volk*, Nötigung durch Drohung mit Unterlassen, in: JR 1981, 274.

⁵²⁶ Falsch deshalb die Ansicht von *BSK-Maier*, Art. 193 Rn. 12, wonach Art. 193 (Ausnutzung der Notlage) einschlägig sei, wenn die Lage eines unmittelbar in Lebensgefahr schwebenden, nicht mehr gehfähigen Verletzten ausgenutzt werde. Da in einem solchen Fall mit dem Unterlassen einer rechtlich gebotenen Leistung gedroht wird, sind vielmehr die Art. 189 f. einschlägig.

⁵²⁷ *Horn*, Die Drohung mit einem erlaubten Übel, 499; *Rönnau*, Willensmängel, 446.

Anspruch auf bedingungslose Hilfe hat, würde er nicht schlechter dastehen als vorher, wenn er das Angebot des Autofahrers ablehnt. Nimmt er das Angebot hingegen an, liegt deshalb nach der allgemeinen Einwilligungsdogmatik grundsätzlich eine gültige Einwilligung vor.⁵²⁸

138 Das Unbehagen, ein solch verwerfliches Verhalten straflos zu lassen, erscheint nachvollziehbar.⁵²⁹ Das moralische Problem mit Verhaltensweisen wie derjenigen des Autofahrers liegt aber nicht in der mangelnden Freiwilligkeit der nachfolgenden Entscheidungen. Wie Gutmann es prägnant ausdrückt:

139 «There are bad or even toxic offers – seductive offers, (...) exploitative, harassing, corrupting or even humiliating offers. They may be criticizable for being seductive, exploitative, corrupting or humiliating. But, as long as they are offers (i.e. as long as they do not threaten to violate a right of the recipient), they add to the range of options available to [the recipient] (...). All a (competent) recipient has to do is to reject such an offer without losing anything she is entitled to.»⁵³⁰

«Zwingende Angebote» können also durchaus verwerflich sein – das macht sie aber nicht zu Zwang, der eine Einwilligung ungültig machen würde.

140 Dem Gesetzgeber steht es aber prinzipiell frei, das Ausnutzen von Zwangslagen, d.h. die Ausbeutung von Menschen in schwierigen Lebenslagen, spezialgesetzlich unter Strafe zu stellen.⁵³¹ Hierbei ist insbesondere an den Wucheratbestand gemäss Art. 157 (in Form des Schwächewuchers) und – im Sexualstrafrecht – an Art. 193 (Ausnutzen von Zwangslagen) zu denken. Allerdings ist dabei zu bedenken, dass der Strafgrund solcher Verbote anders bestimmt werden muss als bei der gewöhnlichen Nötigung⁵³² und dass durch solche «Tauschverbote» der Ausbeutungsschutz auf der Opferseite zu einem Freiheitsverlust führen kann. Darauf wird noch zurückzukommen sein.⁵³³ Auch bei Personen, deren Fähigkeit zur Selbstbestimmung noch «fragil» ist, wie etwa bei minderjährigen Jugendlichen, kann der Gesetzgeber einen weitergehenden Schutz vorsehen und – wie bei Art. 188 (Sexuelle Handlungen

⁵²⁸ So auch *Rönnau*, Willensmängel, 446.

⁵²⁹ Vgl. insofern auch *Gutmann*, Freiwilligkeit, 287, der seine klare Position verlässt, wenn er schreibt, nur «die (nicht rechtsmissbräuchliche) Ankündigung eines rechtlich erlaubten Übels» sei keine Drohung i.S.v. § 240 D-StGB.

⁵³⁰ *Gutmann*, Voluntary Consent, 216.

⁵³¹ Darauf weist auch *Rönnau*, Willensmängel, 450, hin.

⁵³² Vgl. *Jakobs*, Nötigung, 28 ff., der diesen darin sieht, dass sich der wucherisch «Nötigende» gesellschaftlich dysfunktional verhalte. Die Gesellschaft käme seiner Ansicht nach nicht durch, wenn sie solche Exzesse zuliesse, weil dann ihr Freiheitsbegriff bis zum Zynischen verzerrt würde. Damit wird allerdings wiederum ein moralisierendes Element in die Theorie eingebracht.

⁵³³ Vgl. dazu auch unten die Ausführungen zu Art. 193.

mit Abhängigen) – weniger intensive Einflussnahmen als eigentlichen Zwang bereits für eine Strafbarkeit genügen lassen.

3. Dreieckskonstellationen

Fraglich ist, wie sich das Vorliegen von Zwang in sog. Dreieckskonstellationen auf die Wirksamkeit einer Einwilligung auswirkt. Um es an einem Beispiel zu veranschaulichen: Ein Vater droht seiner Tochter Prügel an, falls sie bei der bevorstehenden Hochzeit keine Jungfrau mehr sein sollte. Da die junge Frau bereits sexuell aktiv war, sucht sie einen plastischen Chirurgen auf, schildert ihre Notlage und bittet um die Vornahme einer Hymenrekonstruktion.⁵³⁴ Ist die Einwilligung der Patientin im Verhältnis zum Arzt gültig? Während in der Lehre nicht wenige davon ausgehen, dass die Einwilligung absolut oder zumindest relativ – d.h. abhängig vom Kenntnisstand des Eingreifenden – unwirksam ist,⁵³⁵ sprechen die überzeugenderen Gründe für die Annahme der Wirksamkeit.⁵³⁶ Denn eine mangelbehaftete Einwilligung, die im Rahmen von Dreieckskonstellationen erteilt wird, stellt sich für den Eingreifenden – also hier für den Arzt – prinzipiell als Konstellation des Ausnutzens einer vorbestehenden Zwangslage dar, d.h. einer Zwangslage, für die der Eingreifende nicht zuständig ist. Folglich ist die Einwilligung im Verhältnis Arzt – Patientin grundsätzlich wirksam, zumal der Arzt ja gerade versucht, die Zwangslage der Bedrohten abzubauen.⁵³⁷ Entsprechend kann das Verhalten des nicht nötigenden Eingreifenden nur dann als Ausnutzen einer Zwangslage erfasst werden, wenn das Strafrecht einen entsprechenden Spezialtatbestand vorsieht. Im Kontext des Sexualstrafrechts lässt sich eine solche Dreieckskonstellation insbesondere im Hinblick auf die Freier von Zwangsprostituierten denken. Der Zuhälter A schickt B unter Androhung von Schlägen auf den Strich. Der Freier C, der von B's Zwangslage weiss, nimmt ihre Dienste dennoch in Anspruch. Im Verhältnis B – C ist die Einwilligung nach der allgemeinen Einwilligungsdogmatik gültig. Es gibt aber bisweilen gute Gründe, derartiges Verhalten zu bestrafen. Nach geltendem Recht erlaubt Art. 193 (Ausnutzung der Notlage), als ein mit dem Wuchertatbestand vergleichbarer Spezialtatbestand, das Verhalten des Freiers zu bestrafen.

141

⁵³⁴ Beispiel angelehnt an dasjenige von *Rönnau*, Willensmängel, 257.

⁵³⁵ So etwa *Roxin*, AT, § 13 Rn. 116; *Arzt*, Willensmängel, 32.

⁵³⁶ *Rönnau*, Willensmängel, 261 f.; *Göbel*, Einwilligung, 131, der darlegt, dass nur so eine Haftung des Nötigenden für die eingetretene Verletzung stimmig begründet werden kann.

⁵³⁷ *Rönnau*, Willensmängel, 257; kritisch dazu *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung, 359 ff., der eine Obliegenheit zur Beseitigung der Zwangslage statuiert.

V. Irrtümer als Quelle von Autonomiedefiziten

A. Vorüberlegungen

- 142 Mangels positivrechtlicher Anknüpfungspunkte erstaunt es nicht weiter, dass Irrtümern und Täuschungen im Bereich der Einwilligung zu sexuellen Handlungen in der Literatur keine grosse Beachtung geschenkt wird. So wird soweit ersichtlich kaum diskutiert, ob das Erschleichen von Einwilligungen zu sexuellen Handlungen überhaupt strafwürdig ist und, falls ja, welche Täuschungen strafwürdig sind und welche nicht.⁵³⁸ Nach der allgemeinen Einwilligungsdogmatik ist jedoch unbestritten, dass Irrtümer in Form einer falschen Vorstellung über Tatsachen oder auch in Form von Nichtwissen betreffend relevante Tatsachen zu einem Defizit an Selbstbestimmung führen können, in dem Sinne, dass Personen eine Entscheidung treffen bzw. eine Einwilligung erteilen, die sie bei vollständiger Kenntnis der Lage nicht getroffen hätten.⁵³⁹ Wie beim Willensmangel «Zwang» muss aber auch hier gelten, dass nicht ein idealer Massstab – d.h. der umfassend informierte Allwissende – zum Vergleich herangezogen wird, um zu prüfen, ob in einem konkreten Fall ein normativ relevantes Defizit vorliegt.⁵⁴⁰ Das Strafrecht hat vielmehr zu berücksichtigen, dass Menschen ihre Selbstbestimmung immer im Rahmen einer zwangsläufig beschränkten Wissensbasis treffen müssen.⁵⁴¹ Auch hier ist zudem wieder das Korrelat der Selbstbestimmung, das Prinzip der Selbstverantwortung, zu berücksichtigen. Dieses Prinzip besagt in diesem Zusammenhang, dass sich jedermann selber um seine Informationsausstattung zu kümmern hat.⁵⁴²

B. Die Behandlung von Wissensdefiziten in der Willensmängeldogmatik

- 143 Hinsichtlich der Relevanz von Irrtümern für die Wirksamkeit von Einwilligungen besteht insbesondere im deutschen Schrifttum ein schier unüberschaubares Meinungsspektrum,⁵⁴³ wobei diese Meinungsvielfalt nicht zuletzt

⁵³⁸ Vgl. aber *Mona*, Die Einwilligung.

⁵³⁹ Vgl. *Stratenwerth*, AT I, § 10 Rn. 22; *Trechsel/Noll/Pieth*, 141; *Seelmann/Geth*, 53; *Graven/Sträuli*, Rn. 106 B, 154; *Roxin*, AT, § 13 Rn. 97 ff.; *Donatsch/Tag*, 260.

⁵⁴⁰ *Rönnau*, Willensmängel, 220.

⁵⁴¹ Ebenda.

⁵⁴² *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 234.

⁵⁴³ Vgl. etwa die kritische Übersicht bei *Braun-Hülsmann*, Einwilligung als Zurechnungsfrage, 190 ff., und bei *Rönnau*, Willensmängel, 264 ff.; hingegen findet sich in der Schweizer

einem unterschiedlichen Verständnis von der Funktion der Einwilligung geschuldet ist. Als Kriterien für die Beurteilung dienen dabei einerseits die Frage nach dem Inhalt, andererseits die Frage nach der Zuständigkeit des Irrtums. Bei der ersten Frage wird traditionellerweise zwischen rechtsgutbezogenen Irrtümern und Motivirrtümern unterschieden, während bei der Frage nach der Zuständigkeit typischerweise zwischen täuschungsbedingten und eigenerzeugten Irrtümern unterschieden wird.

1. Das Kriterium der Rechtsgutbezogenheit

Während das ältere Schrifttum Einwilligungen, die auf täuschungsbedingten Irrtümern beruhen, schlechthin als unwirksam einstufen wollte,⁵⁴⁴ hat seit der grundlegenden Untersuchung von *Arzt* der Gedanke Anhänger gefunden, dass der Kreis der für die Wirksamkeit der Einwilligung relevanten Irrtümer *inhaltlich* zu begrenzen ist.⁵⁴⁵ Nach dieser Auffassung, die in ihren Grundzügen in der deutschen Lehre immer noch weit verbreitet ist,⁵⁴⁶ sollen nur so genannt rechtsgutbezogene Irrtümer zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen. Einige Autoren gehen sogar noch weiter und gehen davon aus, dass in solchen Fällen überhaupt gar keine Einwilligung vorliege.⁵⁴⁷ 144

Als rechtsgutbezogen gilt ein Irrtum nach der ursprünglichen Definition von *Arzt*, wenn der Einwilligende sich über Art, Ausmass, Folgen und Gefährlichkeit der Rechtsgutsbeeinträchtigung irrt.⁵⁴⁸ Als Beispiel könnte etwa der Fall dienen, dass der Berechtigte in die Verabreichung einer Spritze nur deshalb einwilligt, weil der Täter ihm vorspiegelt, es handle sich um ein harmloses Beruhigungsmedikament, obwohl in Wahrheit beträchtliche gesundheitliche Nebenwirkungen eintreten werden.⁵⁴⁹ Irrt sich der Berechtigte hingegen über sonstige Umstände, insbesondere über eine versprochene (finanzielle) Gegenleistung, lässt der Irrtum die Wirksamkeit der Einwilligung unberührt, da der Irrtum lediglich das Motiv für die Einwilligungserteilung betrifft.⁵⁵⁰ Wird die Einwilligung zu einer Blutspende also durch das falsche Verspre- 145

Literatur oftmals nur der Hinweis, dass bei Täuschung und Irrtum keine gültige Einwilligung vorliege, ohne dass eine weitere Differenzierung vorgenommen würde, vgl. etwa *Donatsch/Tag*, 260; *Stratenwerth*, § 10 Rn. 22.

⁵⁴⁴ Vgl. die Nachweise bei *Kussmann*, Einwilligung und Einverständnis, 4.

⁵⁴⁵ *Arzt*, Willensmängel, 15 ff.

⁵⁴⁶ Vgl. die Nachweise bei *S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32 Rn. 46; vgl. auch *Weissenberger*, Die Einwilligung, 82 ff.

⁵⁴⁷ *Göbel*, Einwilligung, 86; *Rönna*, Willensmängel, 227.

⁵⁴⁸ *Arzt*, Willensmängel, 19 f.

⁵⁴⁹ Beispiel Nr. 3 von *Roxin*, AT, § 13 Rn. 98.

⁵⁵⁰ Vgl. das Beispiel Nr. 4 von *Roxin*, AT, § 13 Rn. 98.

chen einer Geldleistung oder das wahrheitswidrige Vorspiegeln, die Arbeitskollegen hätten auch Blut gespendet,⁵⁵¹ erlangt, ist die Einwilligung auch dann gültig, wenn der Berechtigte in Kenntnis der Wahrheit nicht eingewilligt hätte.⁵⁵²

- 146 Der Grund der Unterscheidung zwischen rechtsgutbezogenen und sonstigen (Motiv-)Irrtümern wird vornehmlich darin gesehen, dass die aufgrund einer wegen Irrtums unwirksamen Einwilligung eintretende Rechtsgutverletzung gegen die Verwirklichung anderer Tatbestände, insbesondere den Betrug, abzugrenzen sei.⁵⁵³ Der Tauschwert von Rechtsgütern sei abschliessend durch den Betrugstatbestand geregelt, ansonsten würden etwa die Körperverletzungstatbestände zu einer Art «Körperintegritätsbetrugsdelikte» umgewandelt bzw. der Strafrechtsschutz würde vom Rechtsgut selber (gemeint ist etwa bei den Körperverletzungsdelikten der Körper) auf die Tauschfreiheit verschoben.⁵⁵⁴ Dem über das Entgelt getäuschte Blutspender gehe es ja nicht um den Schutz seiner körperlichen Integrität, sondern um seinen Anspruch auf die versprochene Gegenleistung. Würde man das Vertrauen auf eine Gegenleistung über die durch den Betrugstatbestand gezogene Grenze über die verschiedenen Einzeltatbestände hinaus schützen, würde man «einer «Kommerzialisierung» höchstpersönlicher Rechtsgüter in einer Weise strafrechtlichen Vorschub leisten», die weder vom Gesetzgeber gewollt noch kriminalpolitisch wünschenswert sei.⁵⁵⁵

2. *Kritik an dieser Auffassung*

- 147 Gegen diese Auffassung wird von verschiedener Seite erhebliche Kritik vorgebracht. So ist zunächst relativ unbestritten, dass die Abgrenzung zwischen rechtsgutbezogenen und nichtrechtsgutbezogenen Irrtümern zuweilen recht schwierig ist und gewisse «Unsicherheitszonen» bestehen.⁵⁵⁶ Vieles hängt davon ab, was unter «rechtsgutsbezogen» überhaupt verstanden wird.⁵⁵⁷ Gemeinhin wird die Rechtsgutsbezogenheit mit Formeln wie «Art und Umfang»

⁵⁵¹ Beispiel angelehnt an dasjenige von *Mitsch*, Rechtfertigung und Opferverhalten, 523.

⁵⁵² Kritisch *Mitsch*, Rechtfertigung und Opferverhalten, 507 ff.

⁵⁵³ *Arzt*, Willensmängel, 17 ff.

⁵⁵⁴ So versteht *Rönnau*, Willensmängel, 280, die Ausführungen von *Arzt*, Willensmängel, 20 ff.

⁵⁵⁵ So *Roxin*, AT, § 13 Rn. 99, der jedenfalls Irrtümern über finanzielle Gegenleistungen keine Beachtung schenken will. Der Verweis in Fn. 160 auf *Amelung*, wonach dieser im Ergebnis zur gleichen Auffassung gelange wie *Roxin* und *Arzt*, ist m.E. unzutreffend. Kritische Würdigung des Kommerzialisierungseinwands bei *Rönnau*, Willensmängel, 296 f.

⁵⁵⁶ *Mitsch*, Rechtfertigung und Opferverhalten, 507 ff.

⁵⁵⁷ *Mitsch*, Rechtfertigung und Opferverhalten, 507.

des Eingriffs,⁵⁵⁸ «das Ob oder das Gewicht der durch die Eingriffshandlung mit dem Gut stattfindenden nachteiligen Veränderungen»⁵⁵⁹ oder «Bedeutung und Tragweite des Eingriffs»⁵⁶⁰ umschrieben. Rechtsgutbezogen irre jedenfalls, wer «sich nicht darüber im Klaren ist, was er preisgibt»⁵⁶¹ oder sich über Tatsachen irre, die seiner «Wert-, Prognose- oder Konfliktentscheidung» zugrunde liegen.⁵⁶² Dass die Abgrenzung zwischen relevanten und nicht relevanten Irrtümern mit solchen Begriffen und Formulierungen bisweilen äußerst schwierig ist, zeigt sich nicht zuletzt daran, dass sie bisweilen nicht einmal von ihren Vertretern konsequent durchgehalten wird.⁵⁶³

Der Begriff «rechtsgutbezogen» ist aber auch deshalb so unklar, weil bereits der darin enthaltene Begriff «Rechtsgut» stark umstritten ist.⁵⁶⁴ Der Konzeption von Arzt liegt denn auch ein statisches Rechtsgutsverständnis zugrunde, die Aufgabe des Strafrechts wird primär im «Bestandesschutz» dieser als statisch gedachten Rechtsgüter gesehen.⁵⁶⁵ Diese Auffassung verkennt aber, dass der Berechtigte vom materialen Substrat seiner Rechtsgüter doppelten Gebrauch machen kann – er kann es entweder als gegebenen Bestand behandeln oder es als Potential einsetzen, um andere Zwecke zu erreichen.⁵⁶⁶ Dieser dynamische Einsatz der eigenen Güter als Mittel der Lebensgestaltung ist ein ebenso schutzwürdiger Persönlichkeitsausdruck wie die statische Bewahrung eines Bestandes.⁵⁶⁷ Rönnau weist zu Recht darauf hin, dass rechtlich geschützte Güter einen Grossteil ihres Wertes überhaupt erst aus diesem Tauschwert, als Handlungschance für die persönliche Entfaltung des Berech-

148

⁵⁵⁸ Rönnau, Willensmängel, 195.

⁵⁵⁹ Göbel, Einwilligung, 87.

⁵⁶⁰ Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung, 532.

⁵⁶¹ Arzt, Willensmängel, 22.

⁵⁶² Rönnau, Willensmängel, 411, mit Verweis auf die Terminologie Amelungs, Irrtum und Täuschung, 46.

⁵⁶³ Vgl. zunächst den von Rönnau, Willensmängel, auf Seite 223 referierten Fall eines Tierarztes, der seine Lieblingsstute einschläfern lässt, weil er glaubt, sie sei unheilbar krank. Hätte er aber gewusst, dass kürzlich ein Medikament gegen diese Krankheit entwickelt wurde, hätte er das Tier nicht töten lassen. Hier wird darauf hingewiesen, dass die Selbstbestimmung des Tierarztes zwar unter diesem Motivirrtum leide, er aber selber für seine Entscheidungsgrundlagen verantwortlich sei. Auf Seite 411 findet sich unter dem Titel «Rechtsgutsbezogene Irrtümer» demgegenüber die folgende Passage: «Geht der Einwilligende irrtümlich davon aus, dass sein Pferd todkrank sei und stimmt er deshalb einer Notchlachtung zu, weiss er (...) nicht, dass er ein wertvolles statt eines wertlosen Tieres aufgibt, es fehlt daher bereits an einer Zustimmung.»

⁵⁶⁴ Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten, 508.

⁵⁶⁵ Rönnau, Willensmängel, 294 ff.; Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten, 509.

⁵⁶⁶ Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 235 mit Fn. 492.

⁵⁶⁷ Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 235 mit Fn. 492; Kindhäuser, Strafrecht AT 2017, § 12 Rn. 27.

tigten verstanden, beziehen.⁵⁶⁸ Wer ein personales Rechtsgutskonzept vertritt und insbesondere die Dispositionsfreiheit als integralen Bestandteil des Rechtsguts betrachtet, sollte an sich keine Schwierigkeiten damit haben, auch Täuschungen und Irrtümer über die Gegenleistung wenn auch nicht direkt als «rechtsgutsbezogen», so doch als möglicherweise wirksamkeitsrelevant zu betrachten.⁵⁶⁹ Das Wissen um die Rechtsgutspreisgabe sollte also nur eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung für die Wirksamkeit einer Einwilligung sein.

- 149 Im Weiteren wird zu Recht kritisiert, dass die Beschränkung auf rechtsgutsbezogene Irrtümer zu «unerträglichen» Strafbarkeitslücken führen würde.⁵⁷⁰ Insbesondere wird beanstandet, dass nach der h.L. Täuschungen über Gegenleistungen, die nicht unter den Betrugstatbestand fallen, straflos begangen werden können.⁵⁷¹ Als Beispiel wird häufig der Fall einer Mutter genannt, der vorgespiegelt wird, ihr Kind benötige wegen eines Unfalls eine Hornhauttransplantation. Die Mutter willigt daraufhin ein, eines ihrer Augen zu opfern, während der Täter in Wirklichkeit bloss der Mutter schaden will und das Transplantat einfach wegwirft.⁵⁷² Stellt man auf die ursprüngliche restriktive Formel von Arzt ab, handelt es sich hier mangels Rechtsgutsbezogenheit nicht um eine relevante Täuschung.⁵⁷³

3. *Erweiterung der massgeblichen Kriterien*

- 150 Viele – darunter auch diejenigen, die der ursprünglichen Lehre von Arzt dem Grundsatz nach folgen – sind der Meinung, dass die enge Begrenzung auf die Rechtsgutsbezogenheit zu das Rechtsgefühl empfindlich störenden Ergebnissen führt, weshalb sie den Kreis der relevanten Irrtümer mit unterschiedlichen Begründungsansätzen teilweise erheblich erweitert haben. Roxin hat etwa für den oben genannten Transplantations-Fall die Fallgruppe «Täuschungen über altruistische Zwecksetzungen» gebildet und plädiert trotz fehlender Rechtsgutsbezogenheit des Irrtums für die Unwirksamkeit einer so erschlichenen

⁵⁶⁸ Rönau, Willensmängel, 285; dies hatte eigentlich auch Arzt, Willensmängel, 42, erkannt, wodurch seine Position nicht mehr sonderlich plausibel erscheint.

⁵⁶⁹ Rönau, Willensmängel, 294.

⁵⁷⁰ Vgl. Roxin, AT, § 13 Rn. 104 ff.

⁵⁷¹ Rönau, Willensmängel, 306.

⁵⁷² Roxin, AT, § 13 Rn. 104 ff.; ihm folgend auch BSK-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 20.

⁵⁷³ Kritisch deshalb Roxin, AT, § 13 Rn. 104 ff. Arzt weitete den Bereich rechtsgutsbezogener Willensmängel denn in einer späteren Veröffentlichung auch sehr weit über seine ursprüngliche Position hinaus aus, vgl. Gunther Arzt, Heileingriffe aufgrund einer Blanko-Einwilligung bezüglich der Person des Arztes, in: Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, Bielefeld 1992, 201 ff., 209.

Einwilligung.⁵⁷⁴ Denn man könne nicht sagen, dass hier noch die Handlungsfreiheit der Mutter zum Ausdruck komme, vielmehr sei sie ein «beklagenswertes Opfer» und es sei notwendig, die Körperintegrität gegen derart «abgefeimte Anschläge» strafrechtlich zu schützen.⁵⁷⁵ Ebenso wird von Roxin und anderen die Unwirksamkeit einer Einwilligung aufgrund eines täuschungsbedingten Motivirrtums auch für den Fall angenommen, dass dem Einwilligenden eine *notstandsähnliche* Lage vorgespiegelt wird und dieser meint, das Erteilen einer Einwilligung sei zur Schadensabwendung notwendig.⁵⁷⁶ Als Beispiel hierfür wird jeweils der Fall genannt, dass A dem B vorspiegelt, er habe Kopfläuse, und dieser daraufhin einwilligt, sich sämtliche Haare abrasieren zu lassen.⁵⁷⁷

Diesem Ansatz zur Generierung verschiedener Gruppen von «Ausnahmen von der Regel» wird unterstellt, dass vom gewünschten Ergebnis einer bestimmten Konstellation ausgehend eine sachgerechte Begründung gesucht wird.⁵⁷⁸ Kritisiert wird überdies auch, dass am Grundsatz festgehalten wird, wonach Irrtümer über finanzielle Gegenleistungen und nach einem objektiven Massstab unwesentlich erscheinende Begleitumstände weiterhin unbeachtlich sein sollen.⁵⁷⁹ Mitsch identifiziert als wertendes Kriterium hinter der Ungleichbehandlung verschiedener Motivirrtümer das insbesondere bei Roxin mehrfach auftauchende Wort «vernünftig» bzw. «unvernünftig».⁵⁸⁰ Er kritisiert diese Auffassung dahingehend, dass es einer Rechtsordnung nicht zuzustehen könne, die objektive Vernünftigkeit eines Einwilligungsmotivs zum Anknüpfungspunkt für die Bewertung zu machen, ob die Einwilligung wirksam sei oder nicht. Entscheidendes Wirksamkeitskriterium müsse vielmehr der Sinn sein, den der Berechtigte der von ihm bewilligten Tat selbst gebe.⁵⁸¹

⁵⁷⁴ Roxin, AT, § 13 Rn. 104; ihm folgend auch BSK-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 20; Seelmann/Geth, 53; im Wesentlichen auch Weissenberger, Die Einwilligung, 82 ff.

⁵⁷⁵ Roxin, AT, § 13 Rn. 104; kritisch zu dieser «Begründung» Rönnau, Willensmängel, 307 ff.

⁵⁷⁶ So im Prinzip auch Jakobs, Strafrecht AT, Abschn. 7, Rn. 118 ff., der nichtrechtsgutbezogenen Täuschungen berücksichtigen will, wenn eine Situation vorgespiegelt wird, in der «ein Handlungsanlass besteht», wobei auch er insbesondere an Fälle denkt, in denen eine Notsituation vorgespiegelt wird. Allerdings besteht seine Herangehensweise an mangelbehaftete Einwilligungen im Wesentlichen darin, sie über die Figur der mittelbaren Täterschaft zu lösen, so dass er bei Motivirrtümern zunächst von der Wirksamkeit der Einwilligung ausgeht, den Eingreifenden aber als mittelbaren Täter behandelt.

⁵⁷⁷ Roxin, AT, § 13 Rn. 105; Jakobs, Strafrecht AT, Abschn. 7, Rn. 121.

⁵⁷⁸ Vgl. Amelung, Willensmängel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem, 506 f., wonach Autonomie und Selbstbestimmung für Roxin «nicht mehr als undefinierte Rahmenbedingungen für kasuistische Billigkeitserwägungen» seien; ihm folgend Rönnau, Willensmängel, 313 ff.

⁵⁷⁹ Rönnau, Willensmängel, 315; Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten, 512 ff.

⁵⁸⁰ Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten, 524 ff.

⁵⁸¹ Mitsch, Rechtfertigung und Opferverhalten, 530 ff.

«Diese Sinngebung ist ein Akt praktizierter Autonomie, der nicht in die aus dem Holz fremder Vernunft gezimmerten rechtlichen Schranken gewiesen werden darf.»⁵⁸² Die Rechtsordnung habe alle solchen Sinngebungen als gleichwertig zu behandeln, anstatt sie in vernünftige und unvernünftige einzuteilen und den Strafrechtsschutz nur der einen Gruppe zu gewähren.⁵⁸³ Auch *Rönnau* kritisiert die Fallgruppenbildung von Roxin dahingehend, dass damit lediglich die Verfolgung altruistischer oder sozial anerkannter Zwecke geschützt werde, womit mittelbar eine Verhaltensbeeinflussung erzeugt werde, die mit einem freiheitlich-liberalen Rechtsgutsverständnis nicht harmonisiere.⁵⁸⁴ Diese Kritik erscheint berechtigt. Richtig an Roxins Ansatz ist aber m.E. die Erkenntnis, dass das Kriterium der Rechtsgutbezogenheit zu eng ist, um relevante von nichtrelevanten Irrtümern abzuschichten.

4. *Subjektive Wesentlichkeit als massgebliches Kriterium?*

- 152 Aufgrund dieser Bedenken hat neuerdings wieder die Auffassung an Popularität gewonnen, wonach *jede* durch Täuschung erschlichene Einwilligung unwirksam sei.⁵⁸⁵ Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass das Kriterium der Rechtsgutsbezogenheit nicht geeignet sei, alle strafwürdigen Fälle zu erfassen, und die Abschichtung der sonstigen Irrtümer in beachtliche und unbeachtliche Irrtümer über eine kasuistische Behandlung des Themas zwar oft zu intuitiv befriedigenden Ergebnissen führe, eine sachliche Begründung für die unterschiedliche Behandlung der Motivirrtümer jedoch nicht ersichtlich sei.⁵⁸⁶ Der Rechtsgutininhaber könne mit seinen Gütern machen, was er wolle und unterlassen, was er wolle. Dieses «was» dürfe er selber bestimmen.⁵⁸⁷ Konsequenterweise sollen deshalb auch nach objektiven Vernunftskriterien als unwesentlich qualifizierte Motivirrtümer zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen können, so die neuere Auffassung.⁵⁸⁸
- 153 Die Orientierung am vom Einwilligenden verfolgten Zweck ist nun grundsätzlich überzeugend, als alleiniges Kriterium hingegen klarerweise zu weitgehend.⁵⁸⁹ Zunächst sprechen Rechtssicherheitsüberlegungen gegen die um-

⁵⁸² *Mitsch*, Rechtfertigung und Opferverhalten, 530.

⁵⁸³ *Mitsch*, Rechtfertigung und Opferverhalten, 530 f.

⁵⁸⁴ *Rönnau*, Willensmängel, 315.

⁵⁸⁵ Vgl. etwa *Baumann/Weber/Mitsch*, § 17 Rn. 109 ff.; *Rönnau*, Voraussetzung und Grenzen der Einwilligung, 674; *Mitsch*, Rechtfertigung und Opferverhalten, 532; *Kindhäuser*, FS Rudolphi, 146 f.; *ders.*, Strafrecht AT 2015, § 12 Rn. 27.

⁵⁸⁶ *Rönnau*, Willensmängel, 318.

⁵⁸⁷ *Mitsch*, Rechtfertigung und Opferverhalten, 530 f.

⁵⁸⁸ Vgl. *Amelung*, Irrtum und Täuschung, 46 ff.

⁵⁸⁹ Kritisch auch *Murmann*, Selbstverantwortung des Opfers, 457 f.

fassende Berücksichtigung aller Motivirrtümer: Zwar stellt das Erfordernis des Vorsatzes wohl zumeist sicher, dass der Eingreifende bei einem ihm unbekanntem Irrtum nicht haftet. Wie Murmann aber richtigerweise ausführt, wäre die in der Konzeption von Amelung praktisch nie ausräumbare Unsicherheit über die Wirksamkeit einer Einwilligung bisweilen ein Grund für den potentiell Eingreifenden, vom Eingriff dennoch Abstand zu nehmen.⁵⁹⁰ Überdies, und dies ist der entscheidende Grund, wird der Einwilligende als «eigenverantwortliche Rechtsperson» nicht angemessen gewürdigt, wenn seinen Erklärungen die rechtliche Wirksamkeit auch dann genommen wird, wenn das Defizit in seinen Verantwortungsbereich fällt.⁵⁹¹ Insofern ist jenem Teil der Lehre zuzustimmen, der primär auf die Zuständigkeit für den Irrtum abstellt und eine Strafhaftung des Eingreifenden selbst in denjenigen Konstellationen von vornherein ablehnt, in denen dieser zwar Kenntnis von einem eigenerzeugten (auch rechtsgutsbezogenen) Irrtum hat, jedoch nicht dafür *zuständig* ist.⁵⁹² Dies kann mit dem Selbstverantwortungsprinzip begründet werden, wonach der Eingreifende als lediglich «verlängerter Arm» des Einwilligenden nicht für dessen mangelhafte Organisation eigener Rechtsbereiche zuständig sei.⁵⁹³ Die bloße Kenntnis vom Irrtum als psychisches Faktum reiche nicht aus, um eine Zuständigkeit zu begründen, diese müsse sich vielmehr aus einer Garantstellung ergeben.⁵⁹⁴ Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Darüber hinausgehend ist entgegen Mitsch zu verlangen, dass die Relevanz von Motivirrtümern auch *inhaltlich* zu begrenzen ist.

5. Fazit: Mehrstufige Prüfung

Ausgehend von den Grundprinzipien Selbstbestimmung und Eigenverantwortung muss die Relevanz von Irrtümern zunächst nach der Zuständigkeit für das Wissensdefizit begrenzt werden. Da jeder prinzipiell für seine Informationsausstattung selber verantwortlich ist, kommt eine Verlagerung der Zuständigkeit und damit die Unwirksamkeit der Einwilligung nur in Betracht, wenn der Eingreifende den Entscheidungsspielraum des «Opfers» pflicht-

⁵⁹⁰ Murmann, Selbstverantwortung des Opfers, 458.

⁵⁹¹ Murmann, Selbstverantwortung des Opfers, 458; ähnlich auch Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 234.

⁵⁹² Jakobs, Strafrecht AT, Abschn. 7, Rn. 120; ähnlich auch Göbel, Einwilligung, 94 ff., Kussmann, Einwilligung und Einverständnis, 195, Kindhäuser, FS Rudolphi, 147; in Bezug auf Motivirrtümer auch Rönnau, Willensmängel, 252, nicht aber hinsichtlich rechtsgutbezogener Irrtümer. Kritisch zu dieser Ungleichbehandlung bei Rönnau vgl. Murmann, Selbstverantwortung des Opfers, 458 mit Fn. 558.

⁵⁹³ Göbel, Einwilligung, 95.

⁵⁹⁴ Ebenda.

widrig beeinträchtigt hat.⁵⁹⁵ Damit wird grundsätzlich der Meinung gefolgt, die eigenerzeugten Irrtümern keine rechtliche Relevanz zuschreibt, solange der Eingreifende keine Garantenstellung hat, wie sie etwa ein Arzt gegenüber seinen Patienten innehat und dem wohl deshalb eine umfassende Aufklärungspflicht zukommt.⁵⁹⁶ Selbst wenn man diese Aufklärungspflicht nicht aus einer Garantenstellung herleitet, erscheint im Verhältnis Arzt – Patient die Suspendierung des Eigenverantwortungsprinzips und damit die Umverteilung der Informationszuständigkeiten angesichts der sich aus dem erheblichen Wissensgefälle ergebenden strukturellen Unterlegenheit des Patienten angemessen.⁵⁹⁷ Damit kommen prinzipiell nur *täuschungsbedingte* Irrtümer als Hinderer einer wirksamen Einwilligung in Betracht.

155 Nicht bestritten werden soll, dass rechtsgutbezogene Täuschungen eine Einwilligung grundsätzlich unwirksam machen. Rönnau und Göbel ist sogar dahingehend zuzustimmen, dass zumindest in jenen Fällen nicht nur eine unwirksame, sondern gar keine Einwilligung vorliegt, in denen das Opfer über die Art des Eingriffs getäuscht wird, d.h. wenn sich die Einwilligung auf einen gänzlich *anderen* als den tatsächlich vorgenommenen Eingriff bezieht.⁵⁹⁸ Darüber hinaus kann aber auch Motivirrtümern grundsätzlich Relevanz zukommen.

156 Wichtig ist nun aber die Einsicht, dass – so wie auch nicht jede «Drohung» relevant ist⁵⁹⁹ – nicht jede Täuschung relevant sein kann, sondern nur eine solche, die einen freiheitsbeeinträchtigenden Charakter hat.⁶⁰⁰ So wie es erlaubte Drohungen gibt, muss es auch erlaubte Täuschungen bzw. Lügen geben. Mit anderen Worten: Eine Täuschung kann nur dann relevant sein, wenn sie einen Wahrheitsanspruch des Einwilligenden verletzt.⁶⁰¹ Denn eine Pflicht zur Wahrheit kann es nur geben, solange es ein korrespondierendes Recht auf Wahrheit gibt.⁶⁰² Auszuscheiden hätten m.E. hier deshalb Lügen über gehe-

⁵⁹⁵ Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 234.

⁵⁹⁶ Die Aufklärungspflicht des Arztes wird bisweilen relativ selbstverständlich vorausgesetzt, ohne diese Suspendierung des Verantwortungsprinzips als solche zu bezeichnen und eingehend zu begründen, vgl. etwa Stratenwerth, § 10 Rn. 22; Donatsch/Tag, 260.

⁵⁹⁷ Fateh-Moghadam, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 191 f.

⁵⁹⁸ Rönnau, Willensmängel, 227; Göbel, Einwilligung, 86; in diese Richtung auch Westen, The Logic of Consent, 195 f.

⁵⁹⁹ Vgl. vorne Rz. 120.

⁶⁰⁰ Vgl. im Zusammenhang mit dem Betrugstatbestand *Kindhäuser*, Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug, 399.

⁶⁰¹ Vgl. – allerdings im Zusammenhang mit dem Betrugstatbestand – *Kindhäuser*, Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug, 399; vgl. auch die Ausführungen bei Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 103 ff.

⁶⁰² Vgl. Benjamin Constant, Über politische Reaktion, in: Geismann/Oberer (Hrsg.), Kant und das Recht der Lüge, Würzburg 1986, 23 ff., 24.

me Tatsachen, die dem höchstpersönlichen Bereich des «Täters» zuzuordnen sind, d.h. Geheimnisse, an deren Bewahrung als Geheimnisse der «Täter» ein legitimes Interesse hat.⁶⁰³ Als Faustregel könnte etwa die Regelung des Arbeitsrechts über unzulässige Fragen beim Bewerbungsgespräch herangezogen werden.⁶⁰⁴ Demnach könnten etwa Fragen zu Vorstrafen, Zivilstand, Beziehungsverhalten, Nationalität, sexueller Orientierung und religiösen Überzeugungen als unzulässige Fragen bewertet werden, so dass der «Täter» wiederum berechtigt wäre, zu lügen – jedenfalls sofern kein sachlicher Zusammenhang mit dem konkreten Eingriff besteht.⁶⁰⁵

Wie auch beim Zwang erforderlich ist, dass er eine gewisse Intensität annimmt, damit er als Hinderer einer wirksamen Einwilligung anerkannt wird, so ist auch bei der Täuschung drittens zu fordern, dass ein gewisses objektivierendes Kriterium korrigierend eingreift. Dies fordert auch Pawlik:

«Wenn die getroffene Disposition lediglich unter Einbeziehung des unzutreffenden Informationspartikels als akzeptable Güterumschichtung erscheint, während sie sich bei seiner Ausserachtlassung als irrational darstellen würde, ist der erforderliche Zurechnungszusammenhang gegeben.»⁶⁰⁶

Mit anderen Worten: Wer seine Einwilligung in einen Eingriff von einem Umstand abhängig macht, dessen motivatorische Relevanz objektiv überhaupt nicht nachvollziehbar erscheint, wird nicht geschützt.⁶⁰⁷ Diese objektive «Kontrolle» ist deshalb erforderlich und berechtigt, weil bei der Frage der Wirksamkeit der Einwilligung und damit der potentiellen Strafbarkeit des Eingreifenden der rein private Bereich verlassen und vielmehr derjenige der Interpersonalität erreicht ist.⁶⁰⁸

⁶⁰³ Vgl. die Überlegung bei *Wertheimer*, Consent to Sexual Relations, 198.

⁶⁰⁴ Vgl. zum Ganzen *Thomas Pietruszak*, in: Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar Obligationenrecht, 1. Aufl., Basel 2014, Art. 328b Rn. 6.

⁶⁰⁵ Ebenda; unter Hinweis auf das sog. Notwehrrecht der Lüge.

⁶⁰⁶ *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 236.

⁶⁰⁷ Vgl. auch das Beispiel von *Göbel*, Einwilligung, 90: Wenn ein Patient eine Operation nur deshalb von Arzt A durchführen lassen wolle, weil er Arzt B den zu erwartenden medizinischen Erfolg missgönne, scheidet eine Strafbarkeit des dennoch operierenden Arztes B wegen Körperverletzung aus, da es nicht die Aufgabe des Körperverletzungstatbestandes sei, derartige Affektionsinteressen zu schützen.

⁶⁰⁸ *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 236.

C. Übertragung der gewonnenen Erkenntnisse auf den Sexualbereich

1. Eine erste Annäherung

160 Anders als in der englischsprachigen Rechtsgemeinschaft, wo aufgrund bereits bestehender positivrechtlicher Anknüpfungspunkte weniger darüber diskutiert wird, ob Irrtümer überhaupt berücksichtigt werden sollen, sondern vielmehr darüber, *welche* Irrtümer berücksichtigt werden sollten,⁶⁰⁹ gibt es in der deutschsprachigen Literatur nur wenige Autoren, die eine (künftige) Strafbarkeit des Erschleichens von Einwilligungen im Sexualbereich überhaupt in Erwägung ziehen.⁶¹⁰ Einer davon ist Mona, der – die Relevanz der Unterscheidung zwischen rechtsgutbezogenen Irrtümern und Motivirrtümern bestreitend – Täuschungen im Sexualbereich sehr weitgehend berücksichtigen möchte.⁶¹¹ Hörnle hingegen ist wesentlich zurückhaltender. Im Sexualbereich sei die Debatte um rechtsgutsbezogene Irrtümer von besonderer Bedeutung, täuschungsbedingten Motivirrtümern möchte sie die Relevanz hingegen gänzlich absprechen.⁶¹² Auch nach der hier vertretenen Ansicht sind insbesondere – aber nicht nur – rechtsgutbezogene Irrtümer von Bedeutung, um die Wirksamkeit bzw. das Vorliegen einer Einwilligung zu beurteilen. Nach der bereits erwähnten, auf Arzt zurückgehenden Auffassung liegt ein rechtsgutbezogener Irrtum dann vor, wenn der Einwilligende über «Art, Ausmass oder Gefährlichkeit» der Rechtsgutpreisgabe irrt, nicht aber wenn sein Irrtum sich nur auf die erwartete Gegenleistung bezieht. Hörnle zieht die Relevanz von täuschungsbedingten Irrtümern nun im Rahmen von einzelnen Fallgruppen in Betracht, die sie als rechtsgutsbezogene bzw. «normzweckrelevante» Irrtümer zu betrachten scheint.⁶¹³ Dabei fällt auf, dass sie sich bei der Bildung dieser Fallgruppen (Identitätstäuschungen, Täuschungen über die sexuelle Natur des Aktes) offenbar stark am englischen Recht orientiert. Diese Fallgruppen sollen nun als Ausgangspunkt für eine eingehendere Diskussion dienen.

⁶⁰⁹ So auch *Falk*, Rape by Fraud, 180.

⁶¹⁰ So etwa *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 880 f.; *Mona*, Die Einwilligung.

⁶¹¹ *Mona*, Die Einwilligung.

⁶¹² *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 880 f.

⁶¹³ *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 881.

2. Die Fallgruppen von Hörnle

a) Verschleierung der sexuellen Natur eines Körperkontakts

Als eine «möglicherweise» relevante Fallgruppe von Irrtümern nennt Hörnle die Konstellation, «dass (wegen Vortäuschen eines ausschliesslich medizinischen Kontextes) die sexuelle Natur des Körperkontaktes verschleiert wird, was ebenfalls eine normzweckrelevante Täuschung wäre».⁶¹⁴ Welche Fälle sie damit konkret meint, ist nicht eindeutig ersichtlich. In der Fussnote⁶¹⁵ verweist sie zwar auf einen Fall, der nicht in diese Kategorie gehöre (Täter behauptet, die «erotischen Impulse» seien notwendig, um *ihn* vor gesundheitlichen Schäden zu bewahren), dennoch bleibt unklar, wann denn nach Hörnles Ansicht ein ausschliesslich medizinischer Kontext vorgetäuscht würde.

Diese Fallgruppe erinnert an die traditionelle Unterscheidung zwischen *fraud in the factum* und *fraud in the inducement*, die in Staaten, die Täuschungen im Sexualbereich grundsätzlich für strafrechtlich relevant halten, typischer- bzw. traditionellerweise vorgenommen wird.⁶¹⁶ Als strafbar wurde und wird typischerweise nur *fraud in the factum* erachtet, während *fraud in the inducement* häufig als grundsätzlich irrelevant eingestuft wird.⁶¹⁷ Als *fraud in the inducement* werden jene Fälle bezeichnet, in denen dem Opfer bewusst ist, dass der Täter eine sexuelle Handlung vornimmt, es aber über entscheidungsrelevante Tatsachen getäuscht wird.⁶¹⁸ Als Beispiel hierfür wird oft der Fall «**Linekar**» genannt: Der Beschuldigte täuschte eine Prostituierte darüber, ihr für den Geschlechtsverkehr 25£ bezahlen zu wollen.⁶¹⁹

Als *fraud in the factum* werden hingegen jene Fälle bezeichnet, in denen das Opfer darüber getäuscht wird, dass *überhaupt* eine sexuelle Handlung stattfindet.⁶²⁰ Zur Veranschaulichung dient dabei oftmals der (tatsächlich stattgefundenen) Fall eines **Gynäkologen**, der einer Frau während einer Untersuchung sagte, er würde ein medizinisches Instrument einführen, in Wahrheit aber seinen Penis einführte.⁶²¹ Entsprechend wurde denn auch im «truth is

⁶¹⁴ Ebenda.

⁶¹⁵ Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung, 881 mit Fn. 116.

⁶¹⁶ Vgl. Wertheimer, Consent to Sexual Relations, 195 ff.; eingehend auch Falk, Rape by Fraud, 49 ff. Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung, 880 mit Fn. 113, verweist denn auch explizit auf diese Unterscheidung.

⁶¹⁷ Vgl. Wertheimer, Consent to Sexual Relations, 196.

⁶¹⁸ Statt vieler Falk, Rape by Fraud, 49 ff.

⁶¹⁹ R. v. Linekar, Court of Appeal, Criminal Division, (1995) 3 All ER 70.

⁶²⁰ Wertheimer, Consent to Sexual Relations, 195: «(...) where the target is unaware about what she is consenting to (...).»

⁶²¹ People v. Minkowski, California Court of Appeal, (1962) 23 Cal.Rptr. 92.

stranger than fiction»-Fall «**Boro**» in Kalifornien die Strafbarkeit verneint.⁶²² Ein Angestellter eines Krankenhauses rief eine Patientin an und erklärte ihr, dass ihre Blutwerte auf eine ernsthafte Erkrankung hindeuten würden. Diese Krankheit könne nun entweder durch eine äusserst teure und schmerzhaft Operation beseitigt werden oder aber durch Geschlechtsverkehr mit einem Arzt (als den sich der Angestellte anschliessend ausgab), der mit einem Serum infiziert worden sei und sie so gewissermassen durch Geschlechtsverkehr heilen könne.⁶²³ Hier entschied das Gericht, dem Opfer sei bewusst gewesen, dass es in eine sexuelle Handlung einwillige, es sei lediglich über den damit verfolgten Zweck getäuscht worden, also handle es sich um *fraud in the inducement* und müsse zum Freispruch führen. Das frühere englische Recht definierte hingegen den Kreis der relevanten Irrtümer dahingehend, dass das Opfer hinsichtlich «nature or quality of the act» getäuscht werden musste. Dadurch wurde der Kreis der relevanten Irrtümer etwas weiter gefasst. Ein Beispiel wäre der Entscheid **R v. Tabassum**,⁶²⁴ wo der Beschuldigte sich als Mitarbeiter eines Krankenhauses ausgab und unter dem erfundenen Vorwand, er sammle Daten für ein Krebsfrüherkennungsprogramm, die Brüste von drei Frauen betastete. Hier entschied das englische Gericht, die Opfer «were consenting to touching for medical purposes not to indecent behaviour, that is, there was consent to the nature of the act but not its quality».⁶²⁵

164 Seit Einführung des Sexual Offences Act 2003 (SOA 2003)⁶²⁶ wurde in England der Kreis der relevanten Irrtümer nochmals erweitert. Nach dem SOA 2003 ist grundsätzlich erforderlich, dass jede sexuelle Handlung von einer gültigen Zustimmung («consent») getragen wird.⁶²⁷ «Consent» wird nun zunächst in sec. 74 SOA 2003 definiert: «For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice.» Diese allgemeine Regel wird flankiert von widerlegbaren (sec. 75 SOA 2003) und unwiderlegbaren (sec. 76 SOA 2003) Beweisvermutungen. Hinsichtlich irrtumsbelasteten Einwilligungen ist insbesondere sec. 76 von Bedeutung. Dort werden zwei Konstellationen genannt, bei deren nachgewiesenem Vorliegen unwiderlegbar vermutet wird, dass keine (gültige) Zustimmung vorgelegen hat. Liegt eine Täuschung bzw. ein Irrtum vor,

⁶²² So die Formulierung von *Wertheimer*, *Consent to Sexual Relations*, 197.

⁶²³ *Boro v. Superior Court*, California Court of Appeal, (1985) Cal.App.3d 1224, 210 Cal.Rptr. 122.

⁶²⁴ *R. v. Tabassum*, Court of Appeal, (2000) 2 Cr App R 328.

⁶²⁵ Ebenda.

⁶²⁶ UK Sexual Offences Act vom 20.11.2003.

⁶²⁷ Vgl. etwa der Vergewaltigungstatbestand in sec. 1: «(1) A person (A) commits an offence if (a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis, (b) B does not consent to the penetration, and (c) A does not reasonably believe that B consents (...).»

der nicht unter sec. 76 SOA 2003 subsumiert werden kann, besteht die Möglichkeit, nach der allgemeinen Regel in sec. 74 SOA 2003 darzulegen, dass aufgrund des (täuschungsbedingten) Irrtums keine freie Zustimmung vorgelegen habe.⁶²⁸

Gemäss sec. 76 (2)(b) SOA 2003 wird also unwiderlegbar vermutet, dass bei Täuschungen «as to the nature or purpose of the act» keine wirksame Zustimmung vorgelegen hat. Darüber, *wann* eine Täuschung hinsichtlich Natur oder Zweck einer Handlung vorliegt, herrscht allerdings keine Klarheit.⁶²⁹ So wurde etwa auch im Fall **Assange**⁶³⁰ explizit erwähnt, dass die Problematik des abredewidrig weggelassenen Kondoms auch unter dem Aspekt «nature of the act» diskutiert werden könnte. Letztlich wurde der Fall des weggelassenen Kondoms aber unter die «Generalklausel» von sec. 74 subsumiert. Auch in der Literatur gehen die Meinungen stark auseinander, welche Fälle von Täuschungen von sec. 76 (2)(b) SOA 2003 erfasst werden sollten. Sehr weitgehend ist dabei die Ansicht von Herring, der die unwiderlegbare Vermutung bei *allen* Täuschungen über den mit der sexuellen Handlung verfolgten Zweck anwenden will: « (...) even a man who deceives a woman into thinking that he loves her and suggests sexual intercourse as a way of expressing their love is deceiving as to the purpose of the act.»⁶³¹

Nach Hörnles Formulierung soll aber nun nur das Verschleiern der sexuellen *Natur*, nicht aber des Zwecks des Körperkontakts durch das Vortäuschen eines ausschliesslich medizinischen Kontextes die Wirksamkeit einer Einwilligung hindern. Eindeutig erfasst wäre damit der Fall des Gynäkologen, der behauptet, er führe ein bestimmtes medizinisches Instrument in die Vagina des Opfers ein, tatsächlich aber seinen Penis einführt. Die Patientin stimmt in einem solchen Fall der Penetration durch einen Gegenstand zu, nicht aber der Penetration durch einen Penis, was als eine andere *Art* Eingriff zu werten ist. Nach der hier vertretenen Ansicht⁶³² würde es in diesem Fall folglich bereits an einer faktischen Einwilligung fehlen. Was aber würde für den Fall **Boro** (Geschlechtsverkehr, um eine Krankheit zu heilen) oder **Tabassum** (Betasten der Brüste im Rahmen eines vorgetäuschten Krebsfrüherkennungsprogramms) gelten? Zwar wird auch dort ein medizinischer Kontext vorgespiegelt. Kann aber in diesen Fällen tatsächlich gesagt werden, dass die sexuelle Natur des Körperkontaktes verschleiert wird? Denn die Opfer willigen in

⁶²⁸ Vgl. zum Ganzen eingehend *Ashworth/Horder*, Principles of Criminal Law, 347 ff.

⁶²⁹ *Ashworth/Horder*, Principles of Criminal Law, 347 f.

⁶³⁰ *Assange v. Swedish Prosecution Authority*, High Court of Justice, (2011) EWHC 2849.

⁶³¹ *Jonathan Herring*, Criminal Law: Text, Cases, and Materials, Oxford 2012, 429; *ders.*, Mistaken Sex, 511 ff.; a.A. *Ashworth/Horder*, Principles of Criminal Law, 348, die *Herrings* Ansatz als «unduly wide approach» bezeichnen.

⁶³² Vgl. auch *Rönnau*, Willensmängel, 227, und *Göbel*, Einwilligung, 86.

genau jene Handlungen ein (d.h. Geschlechtsverkehr bzw. Betasten der Brüste) die der Täter anschliessend tatsächlich vornimmt. Es ist nicht klar, ob diese Fälle nach Hörnles Ansicht erfasst werden müssten.

- 167 Hörnles Fallgruppe erscheint daher zu eng umrissen, zumal Konstellationen wie diejenigen in **Boro** und **Tabassum** durchaus strafwürdig erscheinen. Allerdings handelt es sich in beiden Fällen *nicht* um rechtsgutbezogene Irrtümer, sondern um – m.E. durchaus relevante – Motivirrtümer. Sicherlich als relevant eingestuft würden aber nach Hörnles Auffassung jene Täuschungen, in denen tatsächlich eine andere Handlung vorgenommen wird als vereinbart. Die Tatsache, dass derartige «bizarre Fälle» selten sind, darf im Übrigen nicht wie bei Hörnle zur Folgerung verleiten, dass deshalb kein kriminalpolitischer Handlungsbedarf besteht.⁶³³ Der Umstand, dass manche strafwürdigen Handlungen, und als solche bezeichnet Hörnle sie ja, nur selten auftreten, ändert schliesslich nichts an ihrer prinzipiellen Strafwürdigkeit. Es lässt sich denn auch nicht ausschliessen, dass solche Täuschungen durchaus häufiger als angenommen auftreten, mangels Strafbarkeit aber nicht öffentlich bekannt werden.

**b) Täuschungen über die Intensität des Sexualkontakts
(insbesondere «Stealthing»)**

- 168 Als weitere Fallgruppe nennt Hörnle jene Konstellationen, bei denen sich infolge der Täuschung die Intensität des Sexualkontaktes wesentlich ändere, wozu auch der Fall gehöre, dass absprachewidrig kein Kondom verwendet werde.⁶³⁴ Damit sind also auch die Fälle des so genannten «Stealthing» angesprochen.⁶³⁵ Hierbei könnte etwa der kürzlich vom Obergericht Waadt entschiedene Fall zur Veranschaulichung herangezogen werden.⁶³⁶ Das Opfer hatte dem Täter eindeutig klargemacht, nur geschützten Geschlechtsverkehr zu wollen. Im Laufe des Geschlechtsverkehrs entfernte der Täter aber dennoch und vom Opfer unbemerkt das Kondom und führte den Geschlechtsverkehr ungeschützt durch. Die Bewertung einer solchen (konkludenten) Täuschung als rechtsgutbezogener Irrtum lässt sich nun einerseits dahingehend begründen, dass Geschlechtsverkehr ohne Kondom als eine *andere Art* Handlung zu sehen ist als Geschlechtsverkehr mit Kondom, zumal mit ersterem ein unmittelbarer direkter physischer Kontakt einhergeht, beim anderen jedoch

⁶³³ So aber Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung, 881.

⁶³⁴ Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung, 881.

⁶³⁵ Vgl. zu diesem Phänomen eingehend Brodsky, Rape-Adjacent, 183 ff.

⁶³⁶ Urteil des Apellationsgerichts des Kantons Waadt vom 08.05.2017, Nr. PE15.012315-LAE/PBR.

nicht. Wie Brodsky es ausdrückt: «[T]he victim consented to touch by a condom, not touch by the skin of a penis.»⁶³⁷ Diese Überlegung erscheint bestehend, zumal allgemein anerkannt ist, dass die Einwilligung zu einer bestimmten Handlung nicht auch eine Einwilligung zu anderen Eingriffen beinhaltet. So ist etwa auch nach geltendem Recht anerkannt, dass eine Einwilligung in eine manuelle Manipulation der Geschlechtssteile nicht gleichzeitig eine Einwilligung in Oralverkehr darstellt.⁶³⁸ Brodsky ist zuzustimmen, dass «drawing clear lines between separate acts that may occur during the same sexual «event» is not always easy».⁶³⁹ So mag offensichtlich sein, dass eine Einwilligung in Vaginalverkehr keine Einwilligung in Analverkehr beinhaltet, wohingegen die Einwilligung in eine Berührung der einen Brust i.d.R. wohl auch die Einwilligung in die Berührung der anderen umfasst.⁶⁴⁰ «Stealththing» liegt irgendwo zwischen diesen Extremen und es erscheint m.E. vertretbar, Geschlechtsverkehr ohne Kondom als andere *Art* von Handlung zu bezeichnen. Aufgrund der hier vertretenen Position, dass in Fällen derartiger rechtsgutbezogenen Täuschungen schon gar keine Einwilligung vorliegt, wäre «Stealththing» folglich als Geschlechtsverkehr *ohne* (faktische) Einwilligung zu bewerten und nicht als Geschlechtsverkehr mit einer irrtumsbelasteten Einwilligung.

Eine andere Argumentationslinie liegt darin, dass nicht gesagt wird, es handle sich um eine gänzlich andere Art von Handlung als die vom Opfer bewilligte, sondern um eine gefährlichere bzw. folgenreichere *Version* der bewilligten Handlung.⁶⁴¹ Nach dieser zweiten Auffassung würde zwar eine Einwilligung vorliegen, diese wäre aber mit einem Irrtum belastet. Nach der Definition von Arzt handelt es sich auch dann um einen rechtsgutbezogenen Irrtum, wenn sich das Opfer über Gefährlichkeit, Ausmass und Folgen des Eingriffs irrt.⁶⁴² Dann aber wird die – wie es Hörnle ausdrückt – «Intensität» des Sexualkontakts nicht nur im Falle des absprachewidrigen Weglassens des Kondoms wesentlich verändert, sondern auch in sonstigen Fällen, in denen über die Gefährlichkeit oder potentiellen (physischen) Folgen des Sexualkontakts getäuscht wird. Man denke etwa an den Fall, dass ein Mann einer Frau wahrheitswidrig versichert, sich einer Vasektomie unterzogen zu haben, und sie so dem Risiko einer Schwangerschaft aussetzt. Oder umgekehrt, dass eine Frau abredewidrig und für den Mann nicht erkennbar ihr hormonelles Verhütungsmittel absetzt. Wenn aus einem reinen Sexualakt plötzlich ein Sexual- und Fortpflanzungsakt wird, ändert dies nicht auch die Intensität des Sexual-

169

⁶³⁷ Brodsky, Rape-Adjacent, 190 ff.

⁶³⁸ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6S.448/2004 vom 03.10.2005 E. 2.3.2.

⁶³⁹ Brodsky, Rape-Adjacent, 191.

⁶⁴⁰ Ebenda.

⁶⁴¹ So auch Brodsky, Rape-Adjacent, 191 f.

⁶⁴² Arzt, Willensmängel, 19 ff.

kontakts? Über die Gefährlichkeit und die möglichen Folgen wird auch getäuscht, wenn über eine Infektion mit einer ansteckenden Krankheit getäuscht wird und das Opfer deshalb in ungeschützte Sexualkontakte einwilligt. Hier wird die Nähe zur ersten Argumentationslinie offensichtlich: Die Intuition, Geschlechtsverkehr ohne Kondom als eine *andere* Handlung als Geschlechtsverkehr mit Kondom zu bewerten, wurzelt wohl nicht zuletzt auch in Überlegungen zu den unterschiedlichen Risiken der beiden Handlungen.⁶⁴³ In all diesen Konstellationen würde es sich folglich um einen relevanten Irrtum handeln, so dass die Einwilligung als ungültig anzusehen wäre, sofern der Eingreifende für den Irrtum beim Opfer auch zuständig ist.

c) Identitätstäuschungen

aa) Identitätstäuschung als rechtsgutbezogene Täuschung?

- 170 Ebenfalls als Konstellation eines «normzweckbezogenen» und damit relevanten Irrtums sind laut Hörnles knappen Erläuterungen Fälle von Identitätstäuschungen, zumal es von zentraler Bedeutung sei, wer der Sexualpartner sei.⁶⁴⁴ Man ist intuitiv geneigt, dem umgehend zuzustimmen und Identitätstäuschungen als rechtsgutbezogene Täuschungen zu bewerten. Bei näherer Betrachtung ergeben sich aber nicht unerhebliche Probleme. Zum einen ist bereits die Bewertung der Identitätstäuschung als rechtsgutbezogene Täuschung fraglich. Denn das Opfer einer Identitätstäuschung wird letztlich nicht über Art, Ausmass und Gefährlichkeit des konkreten Aktes getäuscht, sondern «nur» darüber, mit *wem* dieser Akt stattfindet. Hörnle ist zwar durchaus zuzustimmen, dass für die allermeisten Menschen ein zentraler entscheidungsrelevanter Faktor ist, *wer* die fragliche sexuelle Handlung an oder mit ihnen vornimmt. Dennoch handelt es sich letztlich um einen Motivirrtum und nicht um einen rechtsgutbezogenen Irrtum. Man wird über eine Tatsache getäuscht, die ein entscheidender Grund dafür ist, *weshalb* man in eine sexuelle Handlung einwilligt.⁶⁴⁵
- 171 Interessanterweise existiert nun aber selbst in Rechtsordnungen, die nur *fraud in the factum* als relevant erachten, vielerorts seit jeher eine explizite oder implizite Ausnahme von diesem Grundsatz, und zwar hinsichtlich «husband impersonation», wenn also ein Mann sich als Ehemann der Getäuschten aus-

⁶⁴³ Ähnlich auch *Brodsky*, Rape-Adjacent, 195, welche die Trennungslinie zwischen den beiden Argumentationslinien als «porös» bezeichnet.

⁶⁴⁴ *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 881.

⁶⁴⁵ Vgl. auch *Falk*, Rape by Fraud, 65 ff., wonach umstritten ist, ob «husband impersonation cases» als «fraud in the factum» oder als «fraud in the inducement» zu qualifizieren sind.

gibt und so die Einwilligung zum Geschlechtsverkehr erschleicht.⁶⁴⁶ Die Strafbarkeit von Sexualkontakten, die dank Identitätstäuschungen im Sinne von «husband impersonation» (und im Übrigen auch von Täuschungen im Sinne von «fraud as to the nature or quality of the act») zustande gekommen sind, hat in vielen Ländern eine sehr lange Tradition. Der Schluss, dass diese Länder das sexuelle Selbstbestimmungsrecht von Frauen eben besonders gut schützen wollten, erweist sich aber bei genauerer Betrachtung als unzutreffend.⁶⁴⁷ Vielmehr muss diese Tradition im Kontext des vormaligen Strafrechts gesehen werden, als Ehebruch vielerorts noch ein strafbares Delikt und darüber hinaus moralisch verpönt war.⁶⁴⁸ Eine Frau, die den Straftatbestand des Ehebruchs objektiv erfüllt hatte, konnte demnach einen Irrtum geltend machen, wonach sie entweder nicht erkannte, dass es sich um eine sexuelle Handlung handelte, oder aber nicht erkannte, dass der Partner nicht ihr Ehemann gewesen war, und damit darlegen, dass sie deshalb zumindest hinsichtlich eines *Ehebruchs* nicht vorsätzlich gehandelt hatte.⁶⁴⁹ Diese Logik lässt auch das kalifornische Gericht erkennen, wenn es erklärt, dass «husband impersonation» nach dem (damaligen) kalifornischen Gesetz als *fraud in the factum* zu beurteilen sei, «since the woman's consent is to an innocent act of marital intercourse while what is actually perpetrated upon her is an act of adultery».⁶⁵⁰ Da in solchen Konstellationen also kein Fall von Ehebruch und damit von geteilter Verantwortung vorlag, haftete der Täuschende alleine als «rapist» für den vorgefallenen ausserehelichen Geschlechtsverkehr.⁶⁵¹

Diese Figur der «husband impersonation» und deren Strafbarkeit hat sich nun in vielen Rechtsordnungen nicht nur bis in die heutige Zeit gehalten, sondern wurde teilweise sogar erweitert. Dies erscheint auch richtig. Denn für das

172

⁶⁴⁶ Vgl. etwa der Criminal Code des Bundesstaates Arizona, 13-1401 A.7.d, «The victim is intentionally deceived to erroneously believe that the person is the victim's spouse.»

⁶⁴⁷ In diese Richtung aber scheinbar *Green*, Lies, Rape, and Statutory Rape, 230, wonach das Sexualstrafrecht vor Verletzungen der «legally recognized sexual autonomy» der Frauen schützen sollte bzw. wollte.

⁶⁴⁸ *Coughlin*, Sex and Guilt, 19 ff., 32.

⁶⁴⁹ *Coughlin*, Sex and Guilt, 30 ff.

⁶⁵⁰ *Boro v. Superior Court*, California Court of Appeal, (1985) Cal.App.3d 1224, 210 Cal.Rptr. 122.

⁶⁵¹ *Coughlin*, Sex and Guilt, 32 f.; vgl. aber *Green*, Lies, Rape, and Statutory Rape, 229 f., der einwendet, dass diese Überlegung zwar erklären könne, weshalb die Frau aufgrund der Täuschung nicht des Ehebruchs schuldig befunden werden konnte, nicht aber, weshalb der Täter als Vergewaltiger bestraft wurde. Dem ist nicht zuzustimmen. Wenn die Frau in ausserehelichen Geschlechtsverkehr «verwickelt» wurde, dann lag nach damaliger Logik entweder «rape» oder Ehebruch vor, d.h., entweder einer oder beide der Beteiligten mussten für die «Entwertung» der Frau bzw. die Entehrung des Ehemannes geradestehen. Sofern bei der Frau ein Tatbestandsirrtum hinsichtlich des Ehebruchs vorlag, kam nach damaliger Logik nur noch eine Vergewaltigung infrage.

Recht auf sexuelle Selbstbestimmung kann es keinen Unterschied machen, ob man mit der Person, für die sich ein anderer ausgibt, verheiratet ist oder nicht. Ein relevanter Motivirrtum liegt auch dann vor, wenn das Opfer lediglich in einer Beziehung mit einer Person ist und der Täter sich für diese Person ausgibt. So wurde diese «Regel» etwa in England mit Einführung des SOA 2003 auf dem Opfer persönlich bekannte Personen ausgedehnt,⁶⁵² während es in Kalifornien nach dem Gesetz sogar ausreicht, dass der Täter sich als «someone known to the victim» ausgibt.⁶⁵³ Nach dem Wortlaut wäre damit prinzipiell auch strafbar, wer sich als jemanden ausgibt, der dem Opfer nicht persönlich bekannt ist, sich etwa als berühmter Schauspieler oder Sportler ausgibt. Dies führt uns zum zweiten Problem, das sich bei der Frage der rechtlichen Relevanz von Identitätstäuschungen stellt. Das Problem liegt darin, dass offensichtlich nicht ganz eindeutig zu bestimmen ist, *wann* eine Identitätstäuschung überhaupt vorliegt.

bb) Wann liegt eine Identitätstäuschung vor?

- 173 Auch wenn Hörnle dies nicht ausdrücklich erwähnt, wird hier unterstellt, dass sie mit «Identitätstäuschung» die Konstellation meint, dass Person A sich als die dem Opfer bekannte Person B ausgibt und so die Einwilligung in die sexuelle Handlung erschleicht. Weiteres Nachdenken führt allerdings zur Einsicht, dass der Begriff Identitätstäuschung ganz vielfältig verwendet werden kann. Mit Identitätstäuschung könnte eine Rechtsordnung auch die Konstellation meinen, dass A sich als eine dem Opfer unbekannte Person B (etwa eine berühmte Persönlichkeit) ausgibt und so die Einwilligung erschleicht, oder aber auch die Konstellation, dass Person A lediglich über bestimmte Aspekte ihrer eigenen Identität täuscht, die für das Opfer entscheidungsrelevant sind, wie etwa das biologische Geschlecht oder die ethnische Herkunft. Es scheint, als liessen sich diese verschiedenen Konstellationen mitunter nicht einmal trennscharf abgrenzen, wie ein Blick auf den Fall von Justine «Scott» McNally verdeutlicht.⁶⁵⁴ Justine McNally bzw. «Scott» wurde 2013 wegen «sexual assault» verurteilt, nachdem sie mit einem 16-jährigen Mädchen eine (auch) sexuelle Beziehung unterhielt, sich dabei als «Scott», d.h. als männlich, «ausgab» und das Mädchen mehrmals manuell und oral befriedigte. Hat sich «Scott» nun als eine andere Person ausgegeben oder nur über bestimmte Aspekte seiner Identität getäuscht?

⁶⁵² Vgl. sec. 76 (2) (b): «(...) that the defendant intentionally induced the complainant to consent to the relevant act by impersonating a person known personally to the complainant.»

⁶⁵³ Vgl. California Penal Code § 261 (5).

⁶⁵⁴ Justine McNally v. R. [2013] EWCA Crim 1051.

Der Court of Appeal gestand zwar ein, dass in physischer Hinsicht die manuelle Penetration der Vagina die gleiche bleibt, unabhängig davon, ob sie von einem Mann oder einer Frau vorgenommen wird. Trotzdem sei die Täuschung relevant: 174

«The sexual nature of the acts is, on any common sense view, different where the complainant is deliberately deceived by a defendant into believing that the latter is a male. Assuming the facts to be proved as alleged, [the victim] chose to have sexual encounters with a boy and her preference (her freedom to choose whether or not to have a sexual encounter with a girl) was removed by the appellants' deception.»⁶⁵⁵ 175

Die Frage, ob Personen, die gegenüber ihren Partnern ihr biologisches Geschlecht nicht offenlegen, eine (Identitäts-)Täuschung begehen, muss genauer untersucht werden. Die Verurteilungen von Transpersonen bzw. von «Gender-Nonkonformisten»⁶⁵⁶ wurden generell und m.E. zu Recht äußerst kritisch aufgenommen.⁶⁵⁷ Den Gerichten wird dabei mitunter unterstellt, mit diesen Urteilen Menschen für ihr Abweichen von der von der Gesellschaft vorgegebenen heteronormativen Ordnung zu bestrafen.⁶⁵⁸ 176

Es lässt sich wohl nicht bestreiten, dass Personen, die nicht über die «gender history» bzw. das biologische Geschlecht ihres Sexualpartners aufgeklärt werden, sich in ihrer Autonomie in einem weiteren Sinne verletzt fühlen und entsprechende negative Gefühle empfinden können. Diese negativen Gefühle dürften jedoch häufig u.a. mit trans- bzw. homophoben Ansichten verknüpft sein.⁶⁵⁹ Der strafrechtliche Schutz entsprechender Gefühle durch die Kriminalisierung von Transmenschen via einen Tatbestand, der das Erschleichen von sexuellen Handlungen bestraft, würde solche Ansichten aber zusätzlich gewissermassen staatlich legitimieren.⁶⁶⁰ Obwohl man diese Konsequenz intuitiv als Argument *gegen* eine Strafbarkeit einstufen würde, erscheint dieser Weg inkonsequent. Denn der Einzelne darf im Hinblick auf sein Sexualleben durchaus trans- bzw. homophobe Ansichten haben. Es gehört gewissermassen zum Recht auf sexuelle Selbstbestimmung, mit Transmenschen keinen Sex haben zu wollen.⁶⁶¹ Zielführender ist daher die folgende Überlegung: 177

⁶⁵⁵ A.a.O., Erwägung Nr. 26.

⁶⁵⁶ Die «gender identity» blieb bei McNally etwas unklar, vgl. *Sharpe*, Queering Judgment, 18, die deshalb von «gender non-conforming person» spricht.

⁶⁵⁷ Vgl. etwa *Buist Lenning*, Queer Criminology, 37; *Gross*, Rape by Deception, 1 ff.

⁶⁵⁸ Vgl. *Sharpe*, Human Dignity.

⁶⁵⁹ Vgl. dazu auch *Gross*, Rape by Deception, 33.

⁶⁶⁰ Ähnlich auch *Sharpe*, Human Dignity.

⁶⁶¹ Ich danke Prof. Mona für diesen Hinweis.

- 178 Es stellt sich nämlich bereits die ganz grundlegende Frage, ob das Verhalten von Transpersonen wie im Fall McNally überhaupt als (Identitäts-)Täuschung bewertet werden kann. Dies ist m.E. äusserst fraglich, zumal damit die Tatsache, dass sie ihrem empfundenen, wahren Geschlecht entsprechend zu leben versuchen, als täuschendes Verhalten qualifiziert wird. Dies hat nicht nur eine Abwertung ihrer Gender Identity zur Folge, sondern gleichsam eine Negation ebendieser.⁶⁶² Dabei wird nicht beachtet, dass vom Vorliegen einer Täuschung und der damit implizit vorausgesetzten Lüge ja überhaupt erst sinnvoll gesprochen werden kann, wenn eindeutig feststeht, was die Wahrheit, d.h. was das «wahre» Geschlecht einer Person, ist. Die Richter behielten sich in den entsprechenden Fällen offenbar die Deutungshoheit vor und entschieden sich dafür, als «wahres» Geschlecht das biologisch zugewiesene zu identifizieren. Da Transfrauen und Transmänner ihr biologisches Geschlecht aber eben regelmässig *nicht* als ihr wahres Geschlecht empfinden, kann schwerlich von einer Täuschung gesprochen werden, wenn sie ihren Namen, ihr Aussehen und Verhalten mit dem abstimmen, was sie als ihr wahres Geschlecht empfinden. Konsequenterweise läge in Konstellationen wie bei McNally auch kein Irrtum beim Opfer vor – das «Opfer» denkt, sein Sexualpartner sei ein Mann, und der Sexualpartner ist ja auch tatsächlich (wenn auch nicht strengbiologisch) ein Mann.⁶⁶³ Folglich kann dem Gender-Nonkonformisten einzig der Vorwurf gemacht werden, dass er oder sie ihrem Sexualpartner die eigene «gender history» verheimlicht oder diese bestritten hat.
- 179 Selbst wenn entgegen der hier vertretenen Ansicht eine Täuschung bejaht werden wollte, stellt sich als Nächstes die ganz grundlegende Frage, ob die «getäuschte» Person überhaupt Anspruch auf diese (vermeintliche) Wahrheit hat. Wie oben dargelegt, ist davon auszugehen, dass in Bezug auf bestimmte Geheimnisse, etwa solche, die dem höchstpersönlichen Bereich des Täters zuzuordnen sind, kein Recht des Opfers auf Wahrheit besteht und deshalb auch keine Pflicht zur Wahrheit auf Seiten des Täters. Die eigene «gender history» lässt sich unproblematisch dem absolut höchstpersönlichen Bereich eines Menschen zuordnen, über den es keine Rechenschaft abzulegen gilt. Entsprechende «Täuschungen», sofern man sie denn als solche bezeichnen möchte, haben deshalb als Hinderer einer wirksamen Einwilligung auszuscheiden.
- 180 Ähnliches gilt auch für Fälle, in denen eine Person über andere Aspekte ihrer Person täuscht, wie etwa über die eigene ethnische Herkunft. Geradezu berühmt-berüchtigt ist in diesem Zusammenhang insbesondere das Urteil aus Israel gegen Sabbar **Kashur**, der wegen «rape by deception» im Rahmen

⁶⁶² Ähnlich auch Gross, Rape by Deception, 12.

⁶⁶³ Ebenfalls kritisch zur Frage, ob im Fall «McNally» eine aktive Täuschung vorlag, vgl. Sharpe, Queering Judgment, 18.

eines *plea bargain* zunächst zu 18 Monaten Gefängnis verurteilt wurde, eine Strafe, die vom obersten Gerichtshof in Israel später um die Hälfte reduziert wurde.⁶⁶⁴ Dem arabischen Mann wurde vorgeworfen, sich gegenüber seinem jüdischen Opfer als unverheirateter Jude ausgegeben zu haben, der an einer langfristigen Beziehung interessiert sei, obwohl er in Wahrheit kein Jude und überdies bereits verheiratet war. Im Vorfeld des Berufungsverfahrens wurde schliesslich bekannt, dass Kashur ursprünglich vorgeworfen wurde, das Opfer nicht getäuscht, sondern brutal vergewaltigt zu haben. Da dem Opfer aber die psychische Belastung einer Verhandlung nicht habe zugemutet werden können, sei die Schuldigerklärung von Kashur bezüglich der weniger schwerwiegenden Straftatbestandvariante «rape by deception» akzeptiert worden.⁶⁶⁵ Selbst wenn dies der Wahrheit entspricht und es sich in Wahrheit um einen mit Gewalt erzwungenen Geschlechtsverkehr gehandelt haben sollte, ändert dies nichts an der Tatsache, dass dem gültigen Urteil ein anderer Sachverhalt zugrunde gelegt wurde. Diesem Urteil zufolge wurde ein Mann verurteilt, weil er eine Frau (konkludent) über seine ethnische Herkunft und (explizit) über seinen Zivilstand getäuscht und ihr vorgespiegelt hatte, an einer ernsthaften romantischen Beziehung interessiert zu sein. Das erstinstanzliche Gericht erklärte, es sei «obliged to protect the public interest from sophisticated, smooth-tongued criminals who can deceive innocent victims at an unbearable price – the sanctity of their bodies and souls».⁶⁶⁶

Auch dieses Urteil erntete m.E. zu Recht grosse Kritik. Nach der hier vertretenen Ansicht können falsche Aussagen über ethnische Zugehörigkeit, Zivilstand und allfällige «innere Tatsachen» wie Beziehungspläne oder Gefühle zwar gegebenenfalls als Täuschung qualifiziert werden. Allerdings hat der Täter im Hinblick auf solche Umstände keine Wahrheitspflichten – er darf also lügen. Anders zu entscheiden hätte zudem wieder die unschöne Konsequenz, dass, wie etwa im Fall Kashur, indirekt fremdenfeindliche und bisweilen rassistische Einstellungen staatlich legitimiert würden. So wurde in der Literatur insbesondere auf die soziale Bedeutung des Falls Kashur hingewiesen, wonach das Urteil nicht zuletzt in der gesellschaftlichen Ansicht gründet, wonach es gelte, «to protect «our» Jewish women from the Arab threat to them, particularly in light of the alleged Arab demographic threat.»⁶⁶⁷ Gross sieht in diesen Urteilen ein «Policing of Nationality Borders»: Kashur habe in diesem Sinne – wie auch die verurteilten Transmensen – eine doppelte

181

⁶⁶⁴ CrimA 5734/10 Kashur v. State of Israel (2012); zit. nach Gross, Rape by Deception, 1.

⁶⁶⁵ Zum Ganzen und mit weiteren Nachweisen zum Hintergrund des Falls Gross, Rape by Deception, 15 ff.

⁶⁶⁶ Zitiert nach Gross, Rape by Deception, 16.

⁶⁶⁷ Gross, Rape by Deception, 25.

Sünde begangen, und das Strafrecht habe in diesen Fällen als Instrument zur Wiederherstellung dieser Ordnung gedient:

- 182 «[B]oth did the unforgiveable act of crossing out of the roles – gender and nationality – that society had assigned them and moving into more privileged identities (...), and both had engaged in sexual relations that are perceived to be a threat to the dominant national-gender order.»⁶⁶⁸

3. *Fazit und eigene Auffassung*

- 183 Die Diskussion von Hörnles «Fallgruppen» unter Einbezug der englischsprachigen Literatur und Rechtsprechung hat gezeigt, dass die Debatte darüber, wie wirksamkeitsrelevante von unerheblichen Irrtümern abzugrenzen sind, bisweilen relativ schwierig ist. Die Schwierigkeiten, die sich bei diesem Unterfangen des «line-drawing» ergeben, verleitet manche Autoren sogar dazu, sich gänzlich vom Konzept der Selbstbestimmung und Einwilligung loszusagen.⁶⁶⁹ Dies ist aber weder zielführend noch notwendig. Ausgehend von den bei den Ausführungen zur allgemeinen Einwilligungsdogmatik dargelegten Prinzipien, bei denen sowohl das Recht auf Selbstbestimmung und die damit einhergehende Eigenverantwortung des Opfers sowie das Recht auf Privatsphäre des «Täters» hinreichend berücksichtigt werden, lassen sich auch im Sexualbereich relevante von nicht relevanten Irrtümern soweit ersichtlich befriedigend voneinander abgrenzen.

- 184 Zusammenfassend sind bei der Prüfung der Relevanz von Irrtümern daher mehrere Kriterien massgeblich:

1. Aufgrund des Prinzips der Eigenverantwortung, das vorsieht, dass jeder-mann selber für seine Informationsausstattung zuständig ist, sind grund-sätzlich nur *täuschungsbedingte* Irrtümer relevant. Ausnahmen von die-sem Grundsatz müssen sorgfältig begründet werden.
2. (Täuschungsbedingte) *rechtsgutsbezogene* Irrtümer haben entweder zur Folge, dass bereits von vornherein gar keine Einwilligung vorliegt (wenn sich die Einwilligung auf eine gänzlich andere Handlung bezieht), oder sie führt jedenfalls grundsätzlich zur Unwirksamkeit der Einwilligung. Die Unterscheidung zwischen rechtsgutsbezogenen und nichtrechtsgutbezoge-nen Irrtümern dürfte allerdings gerade im sexuellen Bereich erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Insbesondere in den Randbereichen wird das Kriterium etwas unscharf – dies ist aber kein Grund, es gänzlich zu ver-

⁶⁶⁸ Gross, Rape by Deception, 33.

⁶⁶⁹ Vgl. etwa *Rubinfeld*, The Riddle of Rape-by-Deception, 1372 ff.

werfen. Abzustellen ist auf die Frage, ob der Einwilligende in genau diese Handlung – verstanden in einem naturalistischen Sinne – eingewilligt hat.⁶⁷⁰ Im Fall **Linekar** ist dies der Fall – die Prostituierte hat in den Geschlechtsverkehr eingewilligt.

3. Täuschungsbedingte Motivirrtümer können zwar durchaus relevant sein, müssen aber einen *Wahrheitsanspruch* des Opfers verletzen.⁶⁷¹ Dies dürfte nach hier vertretener Ansicht zumindest in jenen Fällen, in denen es um Tatsachen geht, die – wie etwa die eigene «gender history», Beziehungsabsichten, Zivilstand u.Ä. – dem Privatbereich des Einzelnen zuzuordnen sind, nicht der Fall sein.⁶⁷² Dies deutet auch Wertheimer mit der folgenden Passage an: «[P]eople may be influenced by information to which they have no right or which others have a legitimate privacy-based interest in protecting.»
4. Als letztes korrigierend eingreifendes Kriterium ist sodann ein objektivierendes «*Nachvollziehbarkeitskriterium*» zu fordern, zumal die subjektive Wesentlichkeit des Irrtums als alleiniges Kriterium zu weitgehend ist. So ist auch beim Willensmangel «Zwang» relativ unbestritten, dass nicht jede Drohung mit einem beliebigen (rechtswidrigen) Nachteil zur Ungültigkeit einer Einwilligung führen kann, sondern wie bei der Nötigung nur die Drohung mit einem *ernstlichen* Nachteil.⁶⁷³ Wer also etwa mit der Zerstörung eines dem Berechtigten gehörenden Notizpapiers droht, um die Einwilligung in eine sexuelle Handlung zu erzwingen, droht zwar ein geringfügiges Vermögensdelikt und damit eigenes rechtswidriges Verhalten an. Dennoch würde hier – besondere Umstände vorbehalten, so etwa, wenn das Notizpapier aufgrund seines Inhalts einen besonderen Wert für den Eigentümer hat – wohl niemand eine relevante Nötigung und damit die Unwirksamkeit der Einwilligung annehmen wollen,⁶⁷⁴ da ein erhebliches Missverhältnis zwischen gewahrtem und verletztem Interesse vorliegt.⁶⁷⁵ Eine entsprechende Einschränkung sollte auch bei der Berücksichtigung von Irrtümern herangezogen werden, denn es erscheint inkonsequent, eine derartige Einschränkung ausschliesslich beim Willensmangel Zwang anzunehmen. Folglich sollten nur Irrtümer, die nach einem verallgemeinerten Massstab als vernünftigerweise einwilligungskausal erscheinen, be-

⁶⁷⁰ Vgl. auch *Westen*, *The Logic of Consent*, 195 ff., insb. 197.

⁶⁷¹ Vgl. auch *Wertheimer*, *Consent to Sexual Relations*, 198.

⁶⁷² Anders *Herring*, *Rape and the Definition of Consent*, 71.

⁶⁷³ Vgl. *Weissenberger*, *Die Einwilligung*, 89; *Mona*, *Die Einwilligung*; *Roxin*, AT, § 13 Rn. 113 f.; *Arzt*, *Willensmängel*, 31 ff.; *Kühl*, § 9 Rn. 36; *S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor §§ 32 Rn. 48; *Murmann*, *Selbstverantwortung des Opfers*, 452 f.

⁶⁷⁴ Vgl. aber *Mitsch*, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, 583 ff., der nicht die für die Erfüllung des Nötigungstatbestandes erforderliche Zwangsintensität fordert.

⁶⁷⁵ *Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers*, 235 f.

rücksichtigt werden. Mit anderen Worten: Die Relevanz des Irrtums für die Erteilung einer Einwilligung muss also objektiv zumindest grob nachvollziehbar sein. Dass dies naturgemäss eine wertende Einschränkung ist, lässt sich nicht bestreiten,⁶⁷⁶ allerdings ist auch das Kriterium der «Ernstlichkeit» bei der Nötigung unbestrittenermassen ein wertendes Kriterium. Wer aus der Verantwortung für eine erteilte Einwilligung entlassen werden will, muss es sich gefallen lassen, dass seine Entscheidung zumindest grob auf ihre allgemeine Nachvollziehbarkeit hin überprüft wird.⁶⁷⁷ Meines Erachtens liessen sich auf dieser letzten Stufe etwa jene Fälle ausscheiden, in denen eine Person eine Einwilligung bloss deshalb erteilt, weil der «Täter» sich als eine berühmte Persönlichkeit ausgibt.

⁶⁷⁶ Kritisch *Herring*, Rape and the Definition of Consent, 71.

⁶⁷⁷ *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 236 f.

§ 3 Völkerrechtliche Verpflichtungen

Wie bereits festgestellt, haben Grund- und Menschenrechte unterschiedliche Dimensionen.⁶⁷⁸ Hier interessiert nun insbesondere die Schutzpflichtdimension des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung. Im Folgenden soll untersucht werden, inwieweit Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung Gegenstand menschenrechtlicher Verpflichtungen sind, d.h., welche positiven Schutzpflichten für den Staat in diesem Bereich bestehen. 185

I. Völkerrechtliche Verpflichtungen aus der EMRK

Im institutionellen Rahmen der EMRK⁶⁷⁹ hat sich mittlerweile ein etablierter Standard zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung herausgebildet,⁶⁸⁰ der im Folgenden in der gebotenen Kürze nachgezeichnet werden soll. 186

A. Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als mehrdimensionales Recht

Auch der EGMR begreift Menschenrechte nicht nur als Abwehrrechte, sondern hat in fallbezogenen Auslegungsprozessen sukzessive auch staatliche Schutzpflichten entwickelt.⁶⁸¹ Für den sexuellen Bereich steht insbesondere Art. 8 EMRK im Zentrum, der das Privat- und Familienleben sowie Wohnung und Briefverkehr schützt. Relevant für diese Untersuchung ist in erster Linie der in Art. 8 EMRK gewährleistete Schutz des Privatlebens bzw. das daraus abgeleitete Recht auf sexuelle Selbstbestimmung.⁶⁸² Der EGMR versteht das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als mehrdimensionales Recht, das «sowohl die Freiheit zu gewollter Sexualität als auch die Freiheit vor ungewollter Sexualität, von sexueller Gewalt und sexuellem Missbrauch» beinhaltet.⁶⁸³ Art. 8 EMRK umfasst also zunächst eine «klassische» abwehrrechtliche Dimension, wonach Beeinträchtigungen des privaten Lebensbereiches durch 187

⁶⁷⁸ Vgl. von Arnould, § 9 Rn. 648 ff., 286 ff.; Rudolf, Menschenrechtliche Maßstäbe, 55 ff.

⁶⁷⁹ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04.11.1950 (SR 0.101).

⁶⁸⁰ Renzikowski, Stellungnahme, 2.

⁶⁸¹ Schiedermaier, Der Schutz des Privaten, 170, zu Art. 8 EMRK.

⁶⁸² von Arnould, § 9 Rn. 692 ff.

⁶⁸³ Post, Kampf gegen Menschenhandel, 111, unter Hinweis auf EGMR in EuGRZ 1985, 297 f.

staatliche Einflussnahme unterbleiben sollen.⁶⁸⁴ Daraus folgt ein Anspruch auf Unterlassung rechtswidriger staatlicher Eingriffe, wie sie etwa die Bestrafung oder bereits die Kriminalisierung einvernehmlicher homosexueller Handlungen darstellen.⁶⁸⁵ In diesen Fällen wird der positive Aspekt des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung tangiert, was einer besonderen Rechtfertigung bedarf. Der negative Aspekt der sexuellen Selbstbestimmung hingegen, nämlich das Recht, frei zu bleiben von nichtkonsentierten sexuellen Kontakten, löst eine staatliche Schutzpflicht aus: Der Staat muss tätig werden, um die Rechtsträger vor Verletzungen durch (private) Dritte zu schützen.⁶⁸⁶ Damit erhält Art. 8 EMRK auch eine schutzpflichtrechtliche Dimension, wie der EGMR in einem bereits etwas älteren Entscheid ausdrücklich festhielt:

188 «[A]lthough the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life (...). These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves.»⁶⁸⁷

189 Im Kontext von Angriffen auf die sexuelle Selbstbestimmung kann darüber hinaus auch Art. 3 (Folterverbot und Verbot der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung) tangiert sein. In seinem Entscheid M.C. gegen Bulgarien⁶⁸⁸ hat der EGMR erstmals Art. 3 und 8 EMRK gemeinsam angewendet und damit betont, dass eine Vergewaltigung sowohl die Verletzung der physischen und psychischen Integrität als auch des Rechts auf Selbstbestimmung enthält.⁶⁸⁹

⁶⁸⁴ *Schiedermaier*, Der Schutz des Privaten, 170.

⁶⁸⁵ Vgl. insbesondere Urteil des EGMR vom 22.10.1981 – 7525/76 (Dudgeon gegen Vereinigtes Königreich), § 41, 60 ff.; zur Entwicklung dieser Rechtsprechung *Kirby*, *Sexuality and International Law*, 358 ff.

⁶⁸⁶ Urteil des EGMR vom 04.12.2003 – 39272/98 (M.C. gegen Bulgarien), § 185.

⁶⁸⁷ Urteil des EGMR vom 26.03.1985 – 8978/80 (X. und Y. gegen die Niederlande), § 23.

⁶⁸⁸ Urteil des EGMR vom 04.12.2003 – 39272/98 (M.C. gegen Bulgarien).

⁶⁸⁹ *Rabe/von Normann*, Schutzlücken, 16; *Rudolf/Eriksson*, *Women's Rights*, 508 f.

B. Menschenrechtliche Schutzpflichten aus Art. 3 und 8 EMRK

1. Das Urteil X. und Y. gegen die Niederlande

In seiner älteren Rechtsprechung hat sich der EGMR ausführlich mit den aus Art. 8 (und Art. 3) EMRK ableitbaren Schutzpflichten befasst, die den Staat verpflichten, die Rechtsträger vor Beeinträchtigungen durch private Dritte zu bewahren.⁶⁹⁰ Im wegweisenden Entscheid X. und Y. gegen die Niederlande von 1985 hielt der EGMR zunächst fest, dass die positiven Schutzpflichten, die sich aus Art. 8 EMRK ergeben, von den Mitgliedstaaten auf unterschiedliche Art und Weise erfüllt werden können.⁶⁹¹ Allerdings beschränkte der EGMR den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten im Bereich von sexuellen Übergriffen wie im konkreten Fall – ein 16-jähriges, geistig beeinträchtigtes Opfer wurde vom Schwiegersohn der Heimleiterin, in dem das Mädchen wohnte, zum Geschlechtsverkehr gezwungen – erheblich und erklärte den Einsatz des Strafrechts für unerlässlich:

«This is a case where fundamental values and essential aspects of private life are at stake. Effective deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions; indeed, it is by such provisions that the matter is normally regulated.»⁶⁹²

2. Das Urteil M.C. gegen Bulgarien

a) Sachverhalt und Urteilsbegründung

Als Weiterentwicklung und Präzisierung dieser Rechtsprechung ist das Grundsatzurteil M.C. gegen Bulgarien von 2003 zu sehen.⁶⁹³ Der Fall betraf ein Mädchen von knapp 15 Jahren, das angab, von zwei oberflächlich bekannten Männern vergewaltigt worden zu sein. Der EGMR sah in der bulga-

⁶⁹⁰ Vgl. zur Schutzpflichtdimension allgemein vorne Rz. 26 ff. und 32.

⁶⁹¹ Vgl. Urteil des EGMR vom 26.03.1985 – 8978/80 (X. und Y. gegen die Niederlande), § 24: «(...) the choice of the means calculated to secure compliance with Article 8 in the sphere of the relations of individuals between themselves is in principle a matter that falls within the Contracting States' margin of appreciation. In this connection, there are different ways of ensuring <respect for private life>, and the nature of the State's obligation will depend on the particular aspect of private life that is at issue. Recourse to the criminal law is not necessarily the only answer».

⁶⁹² Urteil des EGMR vom 26.03.1985 – 8978/80 (X. und Y. gegen die Niederlande), § 27.

⁶⁹³ Urteil des EGMR vom 04.12.2003 – 39272/98 (M.C. gegen Bulgarien).

rischen Rechtspraxis, die *de facto* von Opfern körperlichen Widerstand als Nachweis für eine Vergewaltigung verlangte, eine Verletzung der Schutzpflichten aus Art. 3 und 8 EMRK.⁶⁹⁴ Der EGMR betonte wiederum den zwar grundsätzlich bestehenden Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Erfüllung ihrer Schutzpflichten, hielt aber klar fest: «[E]ffective deterrence against grave acts such as rape, where fundamental values and essential aspects of private life are at stake, requires efficient criminal-law provisions. Children and other vulnerable individuals, in particular, are entitled to effective protection.»⁶⁹⁵

- 193 Ausgehend von der grundsätzlichen Prämisse also, dass die Konventionsstaaten auf Grundlage von Art. 3 und 8 EMRK verpflichtet sind, Vergewaltigungen («rape») effektiv zu bestrafen und zu verfolgen,⁶⁹⁶ untersuchte der EGMR unter dem Titel «The modern conception of the elements of rape and its impact on the substance of member States' positive obligation to provide adequate protection», was eine Vergewaltigung überhaupt ist.⁶⁹⁷ Mittels einer rechtsvergleichenden Analyse, die auch die Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) in die Betrachtung miteinbezieht, zeigte der EGMR auf, dass der europäische und weltweite Trend dahin gehe, dass die fehlende Zustimmung («lack of consent») die zentrale Voraussetzung («constituent element») der Strafbarkeit wegen Vergewaltigung darstelle.⁶⁹⁸ Zwar sei der Vergewaltigungstatbestand nicht in allen nationalen Rechtsordnungen als Tatbestand konzipiert, der auf die fehlende Zustimmung des Opfers abstellt («consent-based legislation»), sondern sei teilweise noch traditionell als Nötigungstatbestand geregelt («forced-based-legislation»). Das Gericht weist darauf hin, dass zwar in einigen Ländern eine «consent-based-legislation» fehle, die Bestrafung aller nichtkonsensuellen Sexualakte aber durch eine weite Auslegung der Tatbestandsmerkmale der traditionellen Nötigungstatbestände erreicht werde.⁶⁹⁹ Es verweist dabei u.a. auf das amerikanische Grundsatzurteil *M.T.S.* gegen New Jersey,⁷⁰⁰ mit dem durch die äusserst weite Auslegung des Merkmals «force» eine «force-based-legislation» in eine «consent-based-legislation» umfunktionierte wurde. Der New Jersey Code of Criminal Justice, N.J.S.A. 2C:14-2c(1), der als «sexual assault» u.a. «sexual penetration (...) [if] the actor uses physical force or coercion» definiert, wurde vom New Jersey Supreme Court dahingehend ausgelegt, dass jede Penetration «without the affirmative and

⁶⁹⁴ A.a.O., § 182 ff.

⁶⁹⁵ A.a.O., § 150.

⁶⁹⁶ A.a.O., § 153.

⁶⁹⁷ A.a.O., § 154 ff.

⁶⁹⁸ A.a.O., § 159.

⁶⁹⁹ A.a.O., § 159 ff.

⁷⁰⁰ *State in the Interest of M.T.S.*, 609 A.2d 1266 (1992).

freely-given permission of the victim to the specific act of penetration» den Tatbestand erfüllt.⁷⁰¹ Unter Hinweis auf derartige Auslegungspraktiken, die Empfehlung Rec (2002)5 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten zum Schutz von Frauen vor Gewalt⁷⁰² und das internationale Strafrecht hielt der EGMR fest, dass die Entwicklung des Rechts bzw. dessen Anwendung insgesamt eine «evolution towards effective equality and respect for each individual's sexual autonomy» aufzeigen würde.⁷⁰³ Auf dieser Grundlage präzisiert das Gericht den eingangs aufgeworfenen Grundsatz: Der aus Art. 3 und Art. 8 EMRK ableitbaren Schutzpflicht der Konventionsstaaten werde nur Genüge getan, wenn alle nichteinverständlichen sexuellen Handlungen unter Strafe gestellt und effektiv verfolgt werden:

«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.»⁷⁰⁴ 194

Diese Forderung nach einer effektiven Strafverfolgung sämtlicher nicht-einverständlicher Sexualkontakte hat der EGMR seither in mehreren Folgeentscheidungen bekräftigt.⁷⁰⁵ 195

b) Implikationen des Entscheids «M.C. gegen Bulgarien»

Die Implikationen dieses Grundsatzurteils für die Mitgliedstaaten sind in der Lehre umstritten. So ist insbesondere unklar, ob das Urteil konkrete Vorgaben enthält, wie nationale Strafgesetzbücher formuliert werden müssen. Anders gewendet: Hält der EGMR die Mitgliedstaaten an, einen Vergewaltigungstatbestand etwa nach belgischem oder englischem Vorbild zu schaffen, der posi- 196

⁷⁰¹ Ebenda.

⁷⁰² Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats, Recommendation Rec(2002)5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence, vom 30.04.2002.

⁷⁰³ Urteil des EGMR vom 04.12.2003 – 39272/98 (M.C. gegen Bulgarien), § 165.

⁷⁰⁴ A.a.O., § 166.

⁷⁰⁵ Urteil des EGMR vom 24.05.2016 – 36934/08 (I.C. gegen Rumänien), § 52; Urteil des EGMR vom 15.03.2016 – 61495/11 (M.G.C. gegen Rumänien), § 59 und insb. auch 72: «The investigation and its conclusions must be centred on the issue of non-consent»; Urteil des EGMR vom 15.5.2012 – 53519/07 (I.G. gegen Moldawien), § 45; Urteil des EGMR vom 24.7.2012 – 42418/10 (D.J. gegen Kroatien), § 86; Urteil des EGMR vom 24.9.2013 – 13424/06 (N.A. gegen Moldawien), § 71.

tivrechtlich auf die fehlende Zustimmung abstellt?⁷⁰⁶ Oder reicht es aus, dass das nationale Strafrecht immerhin den *Effekt* hat, dass alle nichtkonsensuellen Sexualkontakte im Ergebnis unter Strafe gestellt sind und von den Strafverfolgungsbehörden verfolgt werden können?⁷⁰⁷

- 197 Meines Erachtens ist die Vorgabe des EGMR relativ eindeutig. Sie lautet, sämtliche sexuellen Handlungen ohne die gültige Zustimmung der Beteiligten strafrechtlich zu verfolgen und zu bestrafen. Eine spezifische Definition des Vergewaltigungstatbestandes wird hingegen nicht vorgeschrieben, und es wird auch nicht verlangt, dass alle nichtkonsensuellen Sexualakte als «Vergewaltigung» zu bestrafen sind. Im Übrigen wird explizit darauf hingewiesen, dass auch Staaten ohne eine «consent-based-legislation» des Vergewaltigungstatbestandes es bewerkstelligen, alle nichtkonsensuellen sexuellen Handlungen zu erfassen, namentlich indem sie die Tatbestandsmerkmale der Nötigungstatbestände weit auslegen.⁷⁰⁸ Die Art und Weise, wie die Mitgliedstaaten das Delikt der Vergewaltigung bzw. den Tatbestand formulieren, scheint an sich nicht entscheidend zu sein. Denn wenn ein Nötigungstatbestand ohnehin unzulässig wäre, dann hätte sich der EGMR gar nicht erst mit der Anwendung bzw. der Auslegung des bulgarischen Vergewaltigungstatbestandes – konzipiert als Nötigungstatbestand – auseinandersetzen müssen.⁷⁰⁹
- 198 Entscheidend ist vielmehr das *Ergebnis* der konkreten Anwendung und Auslegung des jeweiligen nationalen Tatbestandes – die Staaten sind lediglich, aber immerhin dazu verpflichtet, sämtliche sexuellen Handlungen, die nicht von einer gültigen Einwilligung der beteiligten Personen getragen sind, zu bestrafen und effektiv zu verfolgen. Ob sie diese Anforderungen per Gesetzesakt oder durch eine entsprechende gerichtliche Praxis umsetzen, steht den Konventionsstaaten grundsätzlich frei.⁷¹⁰ Hier sei aber immerhin angemerkt, dass nur schon mit Blick auf die Rechtssicherheit die gesetzliche Lösung vorzugswürdig ist. Denn eine gerichtliche Auslegung, die sich derart weit vom Wortlaut des Tatbestandes entfernt wie beim oben genannten Urteil aus New Jersey, provoziert jedenfalls in einem Land wie der Schweiz, wo das Gesetzesrecht im Vordergrund steht, ernstzunehmende Einwände betreffend Rechtssicherheit und den Grundsatz *nulla poena sine lege*.

⁷⁰⁶ So scheinbar *Pitea*, Rape as a Human Rights Violation, 454: «In other words, the Court has found that the Convention may be interpreted as requiring how domestic criminal law must be drafted, interpreted and applied, with a view to expanding the scope of substantive criminal law.» A.A. *Asp*, A Swedish Perspective, 207 ff.

⁷⁰⁷ So *Asp*, A Swedish Perspective, 205 f.; *Rabe/von Normann*, Schutzlücken, 20.

⁷⁰⁸ Urteil des EGMR vom 04.12.2003 – 39272/98 (M.C. gegen Bulgarien), § 161.

⁷⁰⁹ So auch *Asp*, A Swedish Perspective, 205 f.

⁷¹⁰ So auch *Rabe/von Normann*, Schutzlücken, 20.

C. Verweise auf internationale Trends

Bei der Konkretisierung der völkerrechtlichen Verpflichtungen aus Art. 3 und 8 EMRK hat der EGMR auf verschiedene völkerrechtliche Quellen zurückgegriffen und insbesondere die Empfehlung 2002 des Ministerkomitees über den Schutz von Frauen vor Gewalt, Urteile des ICTY zu sexueller Gewalt in bewaffneten Konflikten und die Allgemeine Empfehlung Nr. 19 des UN-Frauenrechtsausschusses herangezogen.⁷¹¹ Wie der EGMR richtigerweise feststellte, zeigen all diese Dokumente einen internationalen Trend auf, wonach die fehlende Zustimmung («lack of consent») als zentrales Element der Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung betrachtet wird und im Mittelpunkt der Frage nach der Strafbarkeit von sexuellen Handlungen steht. 199

Besondere Beachtung fand dabei das ICTY-Urteil *Kunarac*, wo der Tatbestand der Vergewaltigung definiert wurde als sexuelle Penetration der Vagina oder des Anus des Opfers durch den Penis des Täters oder durch jeden anderen vom Täter verwendeten Gegenstand, wenn dies ohne das Einverständnis des Opfers geschieht.⁷¹² Obwohl diese Rechtsprechung im Kontext eines bewaffneten Konflikts entwickelt wurde, wurde sie vom EGMR im Entscheid *M.C. gegen Bulgarien* berücksichtigt, da es «a universal trend towards regarding lack of consent as the essential element of rape and sexual abuse» widerspiegelt.⁷¹³ 200

Ebenso wurde vom EGMR auch die UN-Frauenrechtskonvention CEDAW⁷¹⁴ herangezogen. Die UN-Frauenrechtskonvention CEDAW hat das Ziel, jede Form von Diskriminierung von Frauen zu beseitigen bzw. zu verhindern, und erstreckt sich auf alle Lebensbereiche.⁷¹⁵ Auf UN-Ebene wurde (sexuelle) Gewalt gegen Frauen lange Zeit als soziales Problem angesehen und lediglich als Gegenstand der Strafverfolgung einzelner Täter angegangen. Die Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen wurde jedenfalls zunächst nicht im Kontext der Gleichheit und Nichtdiskriminierung verortet.⁷¹⁶ Entsprechend behandelt CEDAW das Strafrecht und insbesondere das Thema Gewalt gegen Frauen nicht in einer eigenständigen Norm. Allerdings hat der CEDAW-Ausschuss, d.h. das zur Kontrolle der Einhaltung des Vertrages eingesetzte Sachverständigengremium, mit seiner autoritativen Auslegung der Konven- 201

⁷¹¹ Urteil des EGMR vom 04.12.2003 – 39272/98 (*M.C. gegen Bulgarien*), § 101 ff. mit den entsprechenden Nachweisen.

⁷¹² *Prosecutor v. Kunarac, Kovač and Vuković*, IT-96-23, Urteil vom 22.02.2001 Rn. 460.

⁷¹³ Urteil des EGMR vom 04.12.2003 – 39272/98 (*M.C. gegen Bulgarien*), § 163.

⁷¹⁴ Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18.12.1979 (SR 0.108), in Kraft getreten für die Schweiz am 26.04.1997.

⁷¹⁵ Art. 3 CEDAW.

⁷¹⁶ Eingehend zur Entwicklung vgl. *Rudolf*, Menschenrechtliche Massstäbe, 52 ff.

tion in der Allgemeinen Empfehlung Nr. 19 Gewalt gegen Frauen als geschlechtsspezifische Diskriminierung erklärt, weil sie Frauen überproportional trifft oder sich gegen Frauen richtet, weil sie Frauen sind.⁷¹⁷ Damit wurde geschlechtsspezifische Gewalt als Form der Diskriminierung und damit in den Anwendungsbereich der Konvention einbezogen.⁷¹⁸ 2017 wurde mit der Empfehlung Nr. 35 ein «Update» der Empfehlung betreffend Gewalt gegen Frauen publiziert.⁷¹⁹

- 202 Der UN-Frauenrechtsausschuss kann Individualbeschwerden (im Rahmen des so genannten «Mitteilungsverfahrens»⁷²⁰) zur Prüfung von Konventionsverletzungen entgegennehmen, sofern die Staaten das entsprechende Zusatzprotokoll ratifiziert haben. Im Gegensatz zur Rechtsprechung des EGMR sind die Entscheidungen dieses Ausschusses allerdings nicht unmittelbar völkerrechtlich verbindlich.⁷²¹ Allerdings ist der Vertragsstaat gehalten, die Auffassungen des Ausschusses «gebührend» in Erwägung zu ziehen und dem Ausschuss innert sechs Monaten eine schriftliche Antwort zu unterbreiten, die Angaben zu den getroffenen Massnahmen enthält.⁷²²
- 203 In seinen Entscheidungen forderte das Komitee wiederholt, Vergewaltigung als Geschlechtsverkehr «without consent» zu definieren.⁷²³ Für die vorliegende Arbeit ist insbesondere die Entscheidung Vertido gegen die Philippinen⁷²⁴ von Bedeutung, wo sich der Ausschuss eingehend mit den Anforderungen aus dem Übereinkommen für eine effektive Strafverfolgung von sexualisierter

⁷¹⁷ General Recommendation No. 19 (Violence against Women) 1992, Rn. 6.

⁷¹⁸ Rudolf, Menschenrechtliche Massstäbe, 53.

⁷¹⁹ General Recommendation No. 35 on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19.

⁷²⁰ Vgl. dazu Judith Wytenbach/Erika Schläppi, Die Bedeutung des Übereinkommens für die Schweiz und für Österreich, in: Schläppi/Ulrich/Wytenbach (Hrsg.), CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Bern 2015, 88 ff.

⁷²¹ Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 29.11.2006 über die Genehmigung des Fakultativprotokolls vom 06.10.1999 zum Übereinkommen vom 18.12.1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW-OP), BBl 2006 9787 ff., 9814, 9817.

⁷²² Vgl. Art. 7 Abs. 4 des Fakultativprotokolls vom 06.10.1999 zum Übereinkommen vom 18.12.1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (SR 0.108.1), in Kraft getreten für die Schweiz am 29.12.2008.

⁷²³ Siehe etwa CEDAW-Report A/55/38 (2000) Rn. 151 und CEDAW-Report A/57/38 Rn. 98.

⁷²⁴ CEDAW, Auffassung vom 16.07.2010, Mitteilung Nr. 18/2008, Karen Tayag Vertido gegen die Philippinen.

Gewalt auseinandergesetzt hat.⁷²⁵ In seinem Entscheid begnügte sich der Ausschuss nicht nur damit aufzuzeigen, dass «lack of consent» das entscheidende Merkmal darstellen sollte,⁷²⁶ sondern legte auch dar, inwiefern das in manchen nationalen Rechtspraktiken nach wie vor zu findende Widerstandserfordernis auf geschlechtsspezifischen Vorstellungen und Mythen basiert:

«[T]he Committee finds that to expect the author to have resisted in the situation at stake reinforces in a particular manner the myth that women must physically resist the sexual assault. In this regard, the Committee stresses that there should be no assumption in law or in practice that a woman gives her consent because she has not physically resisted the unwanted sexual conduct, regardless of whether the perpetrator threatened to use or used physical violence.»⁷²⁷ 204

Der Ausschuss machte überdies und unter Bezugnahme auf das UN-Handbuch zur Gesetzgebung bei Gewalt gegen Frauen⁷²⁸ konkrete Empfehlungen zur Ausgestaltung des nationalen Strafrechts. Er empfahl, Zwang und Gewalt als Merkmale aus dem Tatbestand zu entfernen und eine gesetzliche Definition von «sexuellen Übergriffen» einzuführen, die eine freiwillige und eindeutige Zustimmung der Betroffenen erfordert («unequivocal and voluntary agreement») sowie gleichzeitig hohe Sorgfaltsanforderungen an die Schritte stellt, die eine Person unternommen hat, um sich der Zustimmung zu versichern («requiring proof by the accused of steps taken to ascertain whether the complainant/survivor was consenting»). Alternativ schlug er einen Tatbestand vor, der eine grosse Bandbreite an «coercive circumstances» umschreibt.⁷²⁹ 205

In V.P.P. gegen Bulgarien⁷³⁰ kritisierte der Ausschuss die Tatsache, dass der Vertragsstaat den sexuellen Übergriff auf das Opfer als einfache sexuelle Belästigung behandelt hatte, obwohl die Beweislage eine Verfolgung wegen versuchter Vergewaltigung nahegelegt hätte. Der Ausschuss empfahl ausdrücklich, «to ensure that all acts of sexual violence against women and girls, 206

⁷²⁵ Vgl. auch *Simone Cusack/Alexandra Timmer*, Gender Stereotyping in Rape Cases: The CEDAW Committee's Decision in *Vertido v. the Philippines*, in: *Human Rights Law Review*, 11, 2, 2011, 329 ff.

⁷²⁶ CEDAW, Auffassung vom 16.07.2010, Mitteilung Nr. 18/2008, Karen Tayag Vertido gegen die Philippinen.

⁷²⁷ Ebenda, E. 8.5.

⁷²⁸ Vgl. *Handbook for legislation on violence against women*, Department of Economic and Social Affairs, Division for the Advancement of Women, United Nations Publication, New York, 2009, 26 f.

⁷²⁹ CEDAW, Auffassung vom 16.07.2010, Mitteilung Nr. 18/2008, Karen Tayag Vertido gegen die Philippinen E. 8.9.

⁷³⁰ CEDAW, Auffassung vom 12.10.2012, Mitteilung Nr. 31/2011, V. P. gegen Bulgarien E. 10.

especially rape, are defined in line with international standards and effectively investigated and that perpetrators are prosecuted and sentenced commensurately with the gravity of their crimes». Eine Verurteilung aufgrund von Tatbeständen, deren Strafrahmen nicht dem Unwertgehalt der Tat entsprechen, verstosse gegen die Anforderungen von CEDAW an die Strafverfolgung der entsprechenden Täter.

207 In der aktualisierten Empfehlung Nr. 35 von 2017 wurden insbesondere die Erwägungen aus Vertido gegen die Philippinen nochmals aufgegriffen und entsprechende gesetzgeberische Massnahmen gefordert:

208 «Ensure that sexual assault, including rape, is characterized as a crime against the right to personal security and physical, sexual and psychological integrity and that the definition of sexual crimes, including marital and acquaintance or date rape, is based on the lack of freely given consent and takes into account coercive circumstances.»⁷³¹

II. Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention

209 Die oben erwähnte Rechtsprechung des EGMR hat im Prinzip vorweggenommen, was das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt,⁷³² gemeinhin bekannt als Istanbul-Konvention (nachfolgend: IK), nun im Detail vorschreibt.⁷³³ Mit der 2011 in Istanbul ausgearbeiteten und in der Schweiz im Juni 2017 von den Räten⁷³⁴ genehmigten Konvention existiert nun im europäischen Raum die erste bindende Spezialkonvention betreffend Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt. Die Konvention verfolgt das Ziel, jegliche Form von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt zu verhüten, zu bekämpfen und zu verfolgen. Sie will zudem einen Beitrag zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau leisten und die Gleichstellung von Frau und Mann fördern. Im Zentrum stehen dabei die Rechte, der Schutz und die Unterstützung der Opfer.⁷³⁵

⁷³¹ General Recommendation No. 35 on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19, Rn. 29, S. 12.

⁷³² Übereinkommen des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11. Mai 2011.

⁷³³ So auch *Renzikowski*, Stellungnahme, 4.

⁷³⁴ BBl 2017 4275.

⁷³⁵ Vgl. Art. 1 IK.

A. Materielle Vorgaben hinsichtlich sexueller Gewalt

Neben verschiedenen Vorgaben betreffend Massnahmen zum Opferschutz und zur Prävention enthält die Konvention auch mehrere materielle Strafbestimmungen. Die Vertragsstaaten sind namentlich verpflichtet, psychische, physische und sexuelle Gewalt, Stalking, Zwangsheirat, die Verstümmelung weiblicher Genitalien sowie Zwangsabtreibung und Zwangssterilisierung als strafbar zu erklären.⁷³⁶ Für diese Untersuchung von besonderem Interesse ist dabei insbesondere Art. 36 der Konvention betreffend sexuelle Gewalt. 210

1. Wortlaut von Art. 36 IK

Im Rahmen von Art. 36 IK werden die Vertragsstaaten verpflichtet, bestimmte Angriffe auf die sexuelle Selbstbestimmung unter Strafe zu stellen:⁷³⁷ 211

¹Die Vertragsparteien treffen die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Massnahmen, um sicherzustellen, dass folgendes vorsätzliches Verhalten unter Strafe gestellt wird:

- a. nicht einverständliches, sexuell bestimmtes vaginales, anales oder orales Eindringen in den Körper einer anderen Person mit einem Körperteil oder Gegenstand;
- b. sonstige nicht einverständliche sexuell bestimmte Handlungen mit einer anderen Person;
- c. Veranlassung einer Person zur Durchführung nicht einverständlicher sexuell bestimmter Handlungen mit einer dritten Person.

² Das Einverständnis der Person muss freiwillig als Ergebnis ihres freien Willens, der im Zusammenhang der jeweiligen Begleitumstände beurteilt wird, erteilt werden.

³ Die Vertragsparteien treffen die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Massnahmen, um sicherzustellen, dass Absatz 1 auch auf Handlungen anwendbar ist, die gegenüber früheren oder derzeitigen Eheleuten oder Partnerinnen oder Partnern im Sinne des internen Rechts begangen wurden.

2. Auslegung von Art. 36 IK

Der zentrale Begriff aller drei Tatbestandsvarianten des Art. 36 Abs. 1 IK ist derjenige der «nicht einverständlichen sexuellen Handlung», bzw. im Original «non-consensual sexual act», wobei lit. a den Spezialfall der Penetration enthält und lit. b alle sonstigen sexuellen Handlungen erfasst. Lit. c wiederum 212

⁷³⁶ Vgl. Art. 33 ff. IK.

⁷³⁷ Nachfolgend wird die deutsche Übersetzung des französischen Originaltextes gemäss SR 0.311.35 wiedergegeben.

regelt jene Konstellationen, in denen eine Person von einer dritten Person veranlasst wird, gegen ihren Willen sexuelle Handlungen mit einer anderen Person durchzuführen. Nach Art. 36 Abs. 2 IK muss das Einverständnis⁷³⁸ in eine sexuelle Handlung «freiwillig» erteilt werden, wobei Freiwilligkeit «als Ergebnis des freien Willens der Person» definiert wird, «der im Zusammenhang der jeweiligen Begleitumstände beurteilt wird».

- 213 Dem Wortlaut nach ergeben die Art. 36 Abs. 1 und Abs. 2 IK damit zusammengefasst ein zweistufiges Regelungskonzept,⁷³⁹ wie es in dieser Untersuchung ebenfalls vertreten wird:⁷⁴⁰ Erste und notwendige Bedingung für die Straflosigkeit einer sexuellen Handlung ist das (faktische) Einverständnis aller Beteiligten. Zweite und hinreichende Bedingung ist, dass das Einverständnis freiwillig i.S.v. Art. 36 Abs. 2 IK erteilt worden ist. Alle sexuellen Handlungen, die diese zwei Bedingungen nicht erfüllen, müssen gemäss Art. 36 IK strafbar sein.⁷⁴¹

3. Implikationen und Regelungsspielraum

- 214 Bei der Auslegung von Art. 36 ist im Weiteren der erläuternde Bericht zur Istanbul-Konvention zu berücksichtigen.⁷⁴² Zwar handelt es sich hierbei nicht um einen Bestandteil des Vertragstexts, er ermöglicht aber als sogenanntes «soft law», den Willen der Staaten und die von ihnen getroffenen Wertungen bei der Konkretisierung von Vertragsverpflichtungen zu berücksichtigen.⁷⁴³ Der erläuternde Bericht hält die Vertragsstaaten nun an, im nationalen Strafrecht den Begriff der fehlenden Zustimmung zu den in den lit. a bis c aufgeführten sexuellen Handlungen aufzunehmen.⁷⁴⁴ So ist in Rn. 192 diesbezüglich vorgesehen, dass die Strafverfolgungsmassnahmen eine kontextabhängige Beurteilung der Beweise vorsehen sollen, um für jeden Fall gesondert zu entscheiden, ob das Opfer der vollzogenen sexuellen Handlung zugestimmt hat. Bei dieser Beurteilung müsse die gesamte Bandbreite von Verhaltensreaktionen auf sexuelle Gewalt und auf eine Vergewaltigung berücksichtigt

⁷³⁸ Im Rahmen der folgenden Ausführungen wird aufgrund der Übersetzung der dort gewählte Begriff Einverständnis verwendet. Der im Original verwendete Begriff «consent» liesse sich aber auch mit «Einwilligung» übersetzen.

⁷³⁹ So auch *Blume/Wegner*, Reform, 358.

⁷⁴⁰ Vgl. vorne Rz. 56 ff.

⁷⁴¹ So auch *Blume/Wegner*, Reform, 358, implizit auch *Hörnle*, Gutachten, 8; eingehend dazu bereits *Scheidtgeger*, Vernehmlassungsantwort, 5 ff.

⁷⁴² Erläuternder Bericht zur Europaratskonvention gegen Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt (nachfolgend: Erläuternder Bericht zur Istanbul-Konvention).

⁷⁴³ *Rabe/von Normann*, Schutzlücken, 14 m.w.N.

⁷⁴⁴ Erläuternder Bericht zur Istanbul-Konvention, Rn. 193.

werden, die das Opfer zeigen könne, und die Frage der Zustimmung dürfe nicht auf Vermutungen zum typischen Verhalten in einer solchen Situation begründet werden, insbesondere solle auch nicht auf Geschlechterstereotypen und Mythen zur männlichen bzw. weiblichen Sexualität abgestellt werden.⁷⁴⁵ Gemeint sein dürften damit wohl veraltete Konstrukte wie die *vis haud ingrata*, die «nicht unwillkommene Gewalt», wonach Frauen von Männern «erobert» und angeblich bewusst oder unbewusst zum Geschlechtsverkehr gezwungen werden wollen, um «einen scheinheiligen moralischen Anspruch zu wahren»⁷⁴⁶, also Vorstellungen, wonach Frauen häufig lediglich zum Schein «Nein» sagen oder sogar Widerstand leisten würden, obwohl sie sich den Geschlechtsverkehr insgeheim wünschen. Der Hinweis in Rn. 192 des Erläuternden Berichts zur Konvention ist also dahingehend zu verstehen, dass weder Gesetz noch Strafverfolgungsbehörden aufgrund derartiger Geschlechterstereotypen und falscher Vorstellungen bestimmte Verhaltensweisen des Opfers wie etwa Passivität oder «nur» verbalen Widerstand pauschal als Einverständnis werten dürfen.⁷⁴⁷

Dennoch wird den Vertragsstaaten ein gewisser Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung von Art. 36 IK eingeräumt. Im Bericht heisst es wörtlich: 215

«It is, however, left to the Parties to decide on the specific wording of the legislation and the factors that they consider to preclude freely given consent.»⁷⁴⁸

Die Vertragsstaaten haben folglich einen Spielraum betreffend die genaue Formulierung als auch hinsichtlich der normativen Festlegung, welche Umstände es ausschliessen, dass ein vorhandenes faktisches Einverständnis als *freiwillig* i.S.v. Art. 36 Abs. 2 IK zu gelten hat.⁷⁴⁹ Mit anderen Worten können die Vertragsstaaten in einem gewissen Rahmen eigenständig die Gültigkeitsvoraussetzungen einer Einwilligung festlegen. So könnte beispielsweise ein Vertragsstaat eine vorhandene faktische Einwilligung für unfreiwillig und damit rechtlich unwirksam erklären, wenn sie lediglich aufgrund einer wirtschaftlichen Notlage zustande gekommen ist.⁷⁵⁰ Ein anderer Staat könnte eine solche Einwilligung hingegen als gültig bzw. freiwillig werten. Dieses Beispiel verdeutlicht, weshalb den Vertragsstaaten ein gewisser Ausgestaltungs-

⁷⁴⁵ Erläuternder Bericht zur Istanbul-Konvention, Rn. 192.

⁷⁴⁶ Vgl. dazu das immerhin aus dem Jahre 1975 stammende Lehrbuch von *H.J. Schneider*, *Viktimologie*, Tübingen 1975, 126. Eingehend und kritisch zur Konstruktion der *vis haud ingrata* auch *Kratzer-Ceylan*, *Schlüsselbegriffe*, 249 ff.

⁷⁴⁷ Dies wird auch durch den expliziten Verweis in Rn. 101 auf die Rechtsprechung des EGMR im Urteil vom 04.12.2003 – 39272/98 (M.C. gegen Bulgarien) verdeutlicht.

⁷⁴⁸ Erläuternder Bericht zur Istanbul-Konvention, Rn. 193.

⁷⁴⁹ So auch *Blume/Wegner*, *Reform*, 358.

⁷⁵⁰ Beispiel angelehnt an dasjenige von *Blume/Wegner*, *Reform*, 358.

spielraum eingeräumt wurde: Es kann nämlich keineswegs von einer europaweit einheitlichen Praxis betreffend die Gültigkeitsvoraussetzungen einer Einwilligung gesprochen werden.⁷⁵¹ Auch die in einigen Rechtsordnungen bereits existierende Figur «rape by deception», wonach auch eine Täuschung eine Einwilligung zu einem Sexualkontakt ungültig machen kann,⁷⁵² dürfte (noch) nicht von einem allgemeinen Konsens getragen sein. Der den Vertragsstaaten eingeräumte Spielraum ist daher in diesem Kontext zu sehen, also lediglich hinsichtlich der zweiten Prüfungsstufe.

- 216 *Nicht* vom Ausgestaltungsspielraum der Vertragsstaaten erfasst ist dagegen die Behandlung von Situationen, in denen von vornherein keine (faktische) Einwilligung erteilt wurde – diese Fälle *müssen* strafrechtlich erfasst werden, unabhängig davon, ob weitere Umstände vorliegen, also etwa zusätzlich ein Nötigungsmittel angewendet wurde o.Ä.⁷⁵³ Geregelt werden darf wie erwähnt lediglich, dass in bestimmten Fällen ein faktisches Einverständnis rechtlich als fehlendes Einverständnis gewertet wird, weil bestimmte Voraussetzungen für die Erteilung einer gültigen Einwilligung nicht gegeben sind – plakativ ausgedrückt: «Nicht jedes Ja ist ein Ja!»⁷⁵⁴ Gemäss erläuterndem Bericht sollen die Vertragsparteien im Rahmen der Prüfung der Tatbestandsmerkmale auch die Rechtsprechung des EGMR berücksichtigen.⁷⁵⁵

B. Weitere Vorgaben betreffend sexuelle Gewalt

- 217 Im Zusammenhang mit den Verpflichtungen aus Art. 36 IK sind weitere Vorgaben zu berücksichtigen. So ist vorgesehen, dass die nationale Gesetzgebung, die das in Art. 36 definierte Verhalten erfasst, bestimmten Anforderungen genügt. Explizit Bezug genommen auf Art. 36 wird u.a. in Art. 45 IK (Sanktionshöhe), wonach für Delikte i.S.v. Art. 36 IK «wirksame, angemessene und abschreckende» Sanktionen vorzusehen sind. Weiter sind nach Art. 55 IK die in Art. 36 IK umschriebenen Taten von Amtes wegen zu verfolgen bzw. dürfen nicht vollständig von einer Meldung oder Anzeige des Opfers abhängig gemacht werden. Diesbezüglich ist zwar eine Vorbehaltsmöglichkeit vorgesehen,

⁷⁵¹ Ähnlich auch *Asp*, A Swedish Perspective, 207 f., allerdings in Bezug auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen aus M.C. gegen Bulgarien.

⁷⁵² Vgl. als Beispiel für eine Regelung von «rape by deception» das englische Strafrecht, Sexual Offences Act 2003, Sec. 1, Rape, i.V.m. Sec. 76, Conclusive presumptions about consent.

⁷⁵³ Ebenso *Blume/Wegner*, Reform, 358; wohl auch *Hörnle*, Gutachten, 8 f.; vgl. auch *Renzikowski*, Stellungnahme, 8 f.

⁷⁵⁴ So auch *Lembke*, Beitrag Verfassungsblog.

⁷⁵⁵ Erläuternder Bericht zur Istanbul-Konvention, Rn. 191.

allerdings nicht in Bezug auf Art. 36 IK, d.h. in Bezug auf nicht einverständliche sexuelle Penetrationen und andere sexuelle Handlungen.

Die Vertragsparteien müssen zudem gemäss Art. 41 IK die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Massnahmen treffen, um einerseits Beihilfe (Gehilfenschaft) und Anstiftung zur Begehung einer der in Art. 36 IK umschriebenen Taten als Straftat zu umschreiben und andererseits auch die Versuchsstrafbarkeit für Taten nach Art. 36 IK vorsehen. 218

III. Zusammenfassung

Nach dem Gesagten ist der völkerrechtliche Mindeststandard darin zu erblicken, dass sämtliche nichteinverständlichen sexuellen Handlungen strafrechtlich verfolgt werden müssen. Darunter werden jene Sexualkontakte verstanden, in die eine oder mehrere der beteiligten Personen nicht gültig eingewilligt haben, und damit erst Recht jene Sexualkontakte, die von einer oder mehreren Personen explizit abgelehnt wurden, d.h. die gegen den Willen der betroffenen Person stattgefunden haben. So müssen nach EGMR-Rechtsprechung auch jene Fälle strafrechtlich erfasst werden, in denen das nicht einwilligende Opfer keinen physischen Widerstand geleistet hat.⁷⁵⁶ Verbalen Widerstand zu leisten, wie das Opfer im Fall M.C. gegen Bulgarien im beurteilten Fall dies tat, schien dem Gericht ausreichend für eine strafrechtliche Sanktionierung. 219

Aus Art. 36 IK ergibt sich ein zweistufiges Regelungskonzept, wonach in einem ersten Schritt zu klären ist, ob überhaupt eine faktische Zustimmung vorliegt. Fälle, in denen bereits eine solche Zustimmung fehlt, müssen strafrechtlich erfasst werden. Liegt hingegen eine Zustimmung vor, so muss in einem zweiten Schritt geklärt werden, ob diese gültig bzw. «freiwillig» zustande gekommen ist. Verbindliche materielle Vorgaben dazu, welche Anforderungen an eine gültige Einwilligung zu stellen sind, existieren (noch) nicht. Art. 36 IK schreibt lediglich vor, dass die Zustimmung freiwillig erteilt worden sein muss bzw. das Ergebnis des freien Willens der Person darstellen muss. Gefordert wird, dass die Frage der Freiwilligkeit im Kontext der Begleitumstände beurteilt wird, was jedenfalls impliziert, dass gewisse Umstände das Erteilen einer gültigen Einwilligung ausschliessen. Bei der Ausgestaltung dieses zweiten Prüfschrittes wird den Konventionsstaaten ein gewisser Spielraum eingeräumt. 220

Im Übrigen existieren auch keine Vorgaben dazu, wie die Mitgliedstaaten ihr nationales Strafrecht konkret auszugestalten haben bzw. wie einzelne Tatbestände und insbesondere der Vergewaltigungstatbestand definiert werden müssen. So schreiben weder der EGMR noch die Istanbul-Konvention expli- 221

⁷⁵⁶ Urteil des EGMR vom 04.12.2003 – 39272/98 (M.C. gegen Bulgarien), § 166.

zit vor, dass Vergewaltigung als Geschlechtsverkehr bzw. Penetration «without consent» definiert (und bestraft) werden muss. Vorgeschrieben ist nur – aber immerhin – dass Geschlechtsverkehr bzw. Penetration «without consent» strafrechtlich verfolgt werden muss. Bei der Umsetzung wird den Vertragsstaaten also sowohl vom EGMR als auch von der Istanbul-Konvention ein gewisser Spielraum eingeräumt. Die Istanbul-Konvention verlangt allerdings, dass die entsprechenden Tatbestände als Officialdelikte ausgestaltet sind, eine angemessene Sanktionierung vorsehen und dass auch Versuch, Anstiftung und Gehilfenschaft zu einer solchen Tat bestraft werden.

- 222 Der internationale Trend zu einer einwilligungsbasierten Definition von Vergewaltigung ist allerdings unverkennbar: Im Kontext internationaler Verpflichtungen und Rechtsprechung – so etwa dem Inter-American Court on Human Rights,⁷⁵⁷ dem EGMR,⁷⁵⁸ dem Europarat,⁷⁵⁹ dem CEDAW-Ausschuss⁷⁶⁰ und dem ICTY⁷⁶¹ – wird stetig darauf hingewiesen, dass bei Sexualdelikten und insbesondere bei der Definition von Vergewaltigung die fehlende Einwilligung im Vordergrund stehen sollte. Insbesondere der CEDAW-Ausschuss forderte die Mitgliedstaaten explizit dazu auf, Vergewaltigung als «sexual intercourse without consent» zu definieren.⁷⁶²

⁷⁵⁷ Vgl. etwa das Gericht im Fall Miguel Castro-Castro Prison v. Peru; Urteil des Inter-American Court of Human Rights vom 25.11.2006, Rn. 310: «Sexual rape must (...) be understood as act of vaginal or anal penetration, without the victim's consent, through the use of other parts of the aggressor's body or objects, as well as oral penetration with the virile member.»

⁷⁵⁸ Vgl. vorne Rz. 190 ff.

⁷⁵⁹ Vgl. Art. 36 IK und bereits Art. 35 der Empfehlung Rec (2002)5 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten zum Schutz von Frauen vor Gewalt, wonach Vertragsstaaten «any sexual act committed against non-consenting persons, even if they do not show signs of resistance», strafbar erklären sollen.

⁷⁶⁰ Vgl. CEDAW-Report A/57/38 Rn. 98: «The Committee also urges the State party to amend the Criminal Code in order explicitly to define the offence of rape as sexual intercourse without consent.»

⁷⁶¹ Prosecutor v. Kunarac, Kovač and Vuković, IT-96-23, Urteil vom 22.02.2001 Rn. 460: «The Trial Chamber understands that the actus reus of the crime of rape in international law is constituted by: the sexual penetration, however slight: (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or (b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator; where such sexual penetration occurs without the consent of the victim. Consent for this purpose must be consent given voluntarily, as a result of the victim's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances.»

⁷⁶² Vgl. CEDAW-Report A/57/38 Rn. 98.

2. Teil: Das geltende Sexualstrafrecht

Nachdem im vorangegangenen Teil Inhalt und Reichweite des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung und die entsprechenden völkerrechtlichen Verpflichtungen zum strafrechtlichen Schutz dieses Rechts ausführlich dargelegt wurden, soll nun eine kritische Standortbestimmung vorgenommen werden. Zu diesem Zweck sollen im zweiten Teil der Untersuchung die Tatbestände des geltenden Schweizer Sexualstrafrechts näher betrachtet und in den Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung gestellt werden. 223

Nebst den Art. 187 bis 193 sollen noch die Art. 196 sowie Art. 198 Abs. 2 im Detail besprochen werden. Nicht Teil dieser Arbeit sind hingegen die Art. 182 (Menschenhandel), Art. 194 (Exhibitionismus), Art. 195 (Förderung der Prostitution), Art. 197 (Pornographie) und Art. 198 Abs. 1 (Belästigung durch Vornahme von sexuellen Handlungen vor einer Person) und Abs. 2 zweiter Satzteil (Belästigung durch Worte), obwohl auch diese dem Sexualstrafrecht zuzurechnen sind und den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung (i.w.S.) bezwecken. Dies hat mehrere Gründe: Zum einen würde eine eingehende Erörterung insbesondere der Art. 182 (Menschenhandel), Art. 195 (Förderung der Prostitution) und Art. 197 (Pornographie) den Umfang dieser Arbeit sprengen, zumal sie genügend Diskussionsstoff für eigenständige Monografien liefern.⁷⁶³ Zum anderen erfassen die oben genannten Delikte entweder Handlungen, die «nur» das sexuelle Selbstbestimmungsrecht i.w.S. betreffen (Exhibitionismus, Sexuelle Belästigung durch Worte oder Vornahme sexueller Handlungen vor anderen), oder aber sie erfassen typischerweise Handlungen bzw. Aktivitäten, die selbst nicht sexueller Natur sind, die sich aber auf das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung von anderen Personen auswirken können (so insbesondere die Art. 182, 195 und 197). Diese Arbeit beschränkt sich hingegen auf die strafrechtliche Erfassung von sexuellen Übergriffen mit Körperkontakt, welche die sexuelle Selbstbestimmung bzw. die sexuelle Integrität eines Opfers in der Regel unmittelbar verletzen. 224

⁷⁶³ Vgl. etwa *Caroline Baur-Mettler*, Menschenhandel und Zwangsprostitution in der Schweiz, Zürich 2014; *Kathrin Heinzl*, Prostitution im Schweizer Strafrecht. Die Strafbarkeit von Prostituierten, Zuhältern und Freiern, Zürich 2016; *Marco Bundi*, Der Straftatbestand der Pornografie in der Schweiz, mit rechtsvergleichendem Blick auf Deutschland und die USA, Bern 2008.

§ 1 Sexuelle Handlungen mit Kindern

I. Art. 187 im Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung

A. Das «Rechtsgut» der «ungestörten sexuellen Entwicklung»?

225 Gesetzgeber,⁷⁶⁴ h.L.⁷⁶⁵ und die bundesgerichtliche Rechtsprechung sehen als «Rechtsgut» des Art. 187 den Schutz der ungestörten sexuellen Entwicklung des Kindes, die es vor «anderen als altersspezifischen Formen sexueller Betätigung» zu schützen gilt, bis das Kind die notwendige Reife erreicht hat, die es zur verantwortlichen Einwilligung in sexuelle Handlungen befähigt.⁷⁶⁶ Im Vordergrund steht dabei die Annahme, dass die seelische, d.h. die psychisch-emotionale Entwicklung von Kindern und Jugendlichen durch verfrühte bzw. nicht altersgerechte Sexualität geschädigt wird.⁷⁶⁷ Da sich aber die Behauptung einer *zwangsläufigen* Schädigung empirisch nicht bestätigen lässt⁷⁶⁸ und es letztlich – insbesondere mit Blick auf Kausalitätsfragen und mögliche Langzeitfolgen⁷⁶⁹ – sehr schwierig bis unmöglich ist, die Frage der Schädlichkeit im Einzelfall zu beantworten, wird auf das Erfordernis einer konkreten Schädigung verzichtet und vielmehr auf die *Möglichkeit* einer Schädigung

⁷⁶⁴ Vgl. die Gesetzesmarginalie der Art. 187 f.: «Gefährdung der Entwicklung von Minderjährigen»; BBl 1985 1065. Ebenso neuerdings in BBl 2018 2869.

⁷⁶⁵ BSK-Maier, Art. 187 Rn. 1; *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 7 Rn. 2; *Hangartner*, Selbstbestimmung, 19; *Suter-Zürcher*, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern, 29 ff.; *Donatsch*, Strafrecht III, 488.

⁷⁶⁶ BBl 1985 1065.

⁷⁶⁷ BSK-Maier, Art. 187 Rn. 2; *Suter-Zürcher*, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern, 32; *PK-Trechsel/Bertossa*, Art. 187 Rn. 1; *Muggli*, Pädokriminalität im Internet, 47; *Pieth*, Strafrecht BT, 72.

⁷⁶⁸ Vgl. *Kendall-Tackett/Meyer/Finkelhor*, Folgen von sexuellem Missbrauch, 191, wonach Forscher, wenn sie dazu Schätzungen vornahmen, einen bedeutenden Anteil von Kindern fanden, die keine der gemessenen Symptome zeigten. Woran dies liege, sei unklar. Möglich sei, dass die Ursache in der Erhebungsmethode zu suchen sei, dass also allenfalls tatsächlich vorhandene Symptome schlicht nicht erkannt wurden. Andererseits bestehe auch die Möglichkeit, dass sich die Symptome erst zu einem späteren Zeitpunkt manifestieren und im Zeitpunkt der Untersuchung noch nicht zum Vorschein kamen. Die dritte Möglichkeit sei, dass symptomfreie Kinder tatsächlich weniger beeinträchtigt sind.

⁷⁶⁹ Vgl. auch *Moggi*, Sexuelle Kindsmisshandlung, 217, wonach aus rechtlichen und ethischen Gründen keine prospektiven Langzeitstudien durchgeführt werden können.

abgestellt.⁷⁷⁰ Aus diesem Grund soll es sich bei Art. 187 denn auch um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handeln.⁷⁷¹

Der empirische, auf mögliche Schäden abstellende Ansatz sieht sich zwei Einwänden ausgesetzt. Der erste Einwand betrifft den Referenzrahmen zur Beurteilung der Frage, wann denn eine Störung der Entwicklung vorliegt.⁷⁷² Anders gefragt: Was ist eine «normale» sexuelle Entwicklung überhaupt? Eine Bestimmung dessen, was als «normal» angesehen wird, weckt leicht den Verdacht, eine sozial-ethische Bewertung auf allgemein erwünschtes Sexualverhalten zu enthalten.⁷⁷³

Abgesehen von dieser Schwierigkeit, ist ein Begründungsansatz, der auf die möglicherweise schädlichen Folgen sexueller Übergriffe auf Kinder abstellt, darauf angewiesen, dass die ihm zugrunde liegende Annahme auch empirisch untermauert werden kann.⁷⁷⁴ Diesbezüglich wurde insbesondere in der älteren Literatur nicht selten Skepsis geäussert.⁷⁷⁵ Die Annahme, wonach sexuelle Übergriffe im Kindesalter häufig negative Auswirkungen für die psychische Entwicklung des Betroffenen haben, ist allerdings – trotz der vielfältigen Probleme bei diesbezüglichen empirischen Untersuchungen⁷⁷⁶ – empirisch einigermassen gesichert.⁷⁷⁷ Jedenfalls für den Kernbereich der sexuellen Übergriffe auf Kinder, nämlich bei erheblichen Eingriffen mit Körperkontakt, stützen die empirischen Befunde die Aussage, dass bei sexuell missbrauchten Kindern das Risiko von Folgeschäden wie kurz- und mittelfristigen psychi-

⁷⁷⁰ *Donatsch*, Strafrecht III, 488; *BSK-Maier*, Art. 187 Rn. 7.

⁷⁷¹ *BSK-Maier*, Art. 187 Rn. 7; *Donatsch*, Strafrecht III, 488; *Jenny*, Art. 187 Rn. 6; *Pieth*, Strafrecht BT, 71 f.

⁷⁷² *Lenz*, Jugendschutztatbestände, 33.

⁷⁷³ *Lenz*, Jugendschutztatbestände, 33.

⁷⁷⁴ *Hörnle*, FS Eisenberg, 326 f.

⁷⁷⁵ Vgl. etwa *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 7 Rn. 2: «Einigermassen gesicherte Erkenntnisse über die möglichen negativen Folgen früher Sexualkontakte gibt es, ausser in den krassen Fällen eindeutigen Missbrauchs, praktisch nicht.» Auch *Hangartner*, Selbstbestimmung, 39 mit Fn. 149, behauptet das Fehlen einer konkreten Gefahr für die ungestörte Entwicklung für die Mehrzahl der Fälle und sieht in vielen Fällen die grössere Gefahr im dem Missbrauch folgenden Strafverfahren. In diese Richtung auch *Jenny*, Art. 187 Rn. 2: «(...) Hinzu kommt, dass solche Folgen, ebenso sehr wie durch das sexuelle Geschehen selbst, auch erst durch die Reaktionen der Umwelt (einschliesslich des Eingreifens der Strafverfolgungsbehörden) hervorgerufen oder doch massiv verstärkt werden können.» *Kendall-Tackett/Meyer/Finkelhor*, Folgen von sexuellem Missbrauch, 198 f., weisen darauf hin, dass die Involvierung eines Kindes in ein Strafverfahren zwar gewisse Risiken berge, diese Risiken aber durch geeignete Massnahmen vermieden werden können und jedenfalls nicht als kategorisches Argument gegen die Strafverfolgung von sexuellen Übergriffen an Kindern interpretiert werden können.

⁷⁷⁶ Eingehend dazu *Brockmann*, Das Rechtsgut des § 176 StGB, 201 ff.

⁷⁷⁷ Vgl. die zahlreichen Nachweise bei *Hörnle*, FS Eisenberg, 329.

schen Problemen bis hin zu psychiatrisch diagnostizierbaren Störungen sowie Störungen des Sexual- und Bindungsverhaltens signifikant erhöht ist.⁷⁷⁸ Betont wird bei derartigen Forschungsarbeiten jeweils, dass die Schwere des Übergriffs eine wichtige Variable ist, die das Auftreten der möglichen Schäden beeinflusst.⁷⁷⁹ Übergriffe, die mit einer Penetration verbunden sind, ziehen typischerweise eher Symptome beim Opfer nach sich als Übergriffe ohne Penetration. Daneben spielen auch weitere Faktoren wie etwa die Dauer des Missbrauchs, das Mass der angewendeten Gewalt und weitere Umstände wie etwa die Identität des Täters eine wichtige Rolle.⁷⁸⁰ So scheinen Täter, die dem Opfer nahestehen, schwerwiegendere Folgen zu verursachen als solche, die dem Opfer weniger nahestanden.⁷⁸¹

- 228 Umgekehrt lässt sich aus diesen Erkenntnissen aber wohl auch ableiten, dass bei Übergriffen am anderen Ende der Schwereskala, bei denen die genannten Faktoren nicht oder nur schwach ausgeprägt sind, grössere Zweifel an der Möglichkeit eines Schadensnachweises verbleiben.⁷⁸² Der Ansatz, der das Unrecht sexueller Handlungen mit einwilligungsunfähigen Kindern ausschliesslich über den «Umweg» der möglicherweise später eintretenden kurz- oder langfristigen Schädigungen umschreiben will, ist folglich unzureichend⁷⁸³ und provoziert geradezu die nicht gänzlich unberechtigten Einwände, wonach die empirische Basis, die ein Verbot tragen könnte, zumindest an den Rändern, d.h. bei «geringfügigen» Übergriffen und Übergriffen ohne Körperkontakt, «dünn» wird.⁷⁸⁴ Es erscheint deshalb vorzugswürdig, auch das Verbot sexueller Handlungen mit Kindern mit dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung zu begründen.

B. Das Recht des Kindes auf sexuelle Selbstbestimmung

- 229 Der traditionelle Ansatz, wonach Art. 187 nicht direkt das Recht des Kindes auf sexuelle Selbstbestimmung schütze, wird oft dahingehend begründet, dass Kindern die Fähigkeit zur autonomen Selbstbestimmung eben gerade noch fehle: Wenn das Gesetz bei Kindern kein Recht auf Selbstbestimmung in

⁷⁷⁸ *Moggi*, Sexuelle Kindsmisshandlung, 214 ff.; vgl. auch die Nachweise bei *Brockmann*, Das Rechtsgut des § 176 StGB, 196 ff.

⁷⁷⁹ *Kendall-Tackett/Meyer/Finkelhor*, Folgen von sexuellem Missbrauch, 192.

⁷⁸⁰ *Kendall-Tackett/Meyer/Finkelhor*, Folgen von sexuellem Missbrauch, 192, ausführlich und m.w.N. dazu auch *Hörnle*, FS Eisenberg, 327 ff.

⁷⁸¹ Vgl. *Kendall-Tackett/Meyer/Finkelhor*, Folgen von sexuellem Missbrauch, 192.

⁷⁸² *Hörnle*, FS Eisenberg, 329 f.

⁷⁸³ So *Hörnle*, FS Eisenberg, 329 f., und *Sick/Renzikowski*, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, 606.

⁷⁸⁴ *Hörnle*, FS Eisenberg, 330.

sexuellen Belangen anerkenne, könne es auch nicht sein Zweck sein, dieses Recht zu schützen.⁷⁸⁵ Wer so argumentiert, übersieht jedoch einen gewichtigen Aspekt des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung.

Bei Kindern und Jugendlichen ist zwar tatsächlich davon auszugehen, dass sie (noch) nicht in der Lage sind, eigenverantwortlich über ihr Sexualleben zu disponieren, da ihnen typischerweise das für die Einwilligungsfähigkeit notwendige Wissen über Sexualität oder aber – auch aufgrund des Machtungleichgewichts⁷⁸⁶ – die Fähigkeit fehlt, ihre Interessen im Verhältnis zu älteren Jugendlichen oder Erwachsenen durchzusetzen.⁷⁸⁷ Allfällige «Einwilligungen» von ihnen müssen bzw. dürfen deshalb nicht als Ausdruck ihrer Autonomie respektiert werden.⁷⁸⁸ Die Tatsache, dass das Gesetz Kindern und Jugendlichen ausserhalb der «Drei-Jahres-Regel» keine positive Dispositionsbefugnis über ihre Sexualität zugesteht, steht aber nicht im Widerspruch dazu, dass Art. 187 trotzdem das sexuelle Selbstbestimmungsrecht von Kindern schützen soll.⁷⁸⁹ Wie im ersten Teil dargelegt, beinhaltet das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung in erster Linie das negative Recht, in seiner (körperlichen oder sexuellen) Integrität von äusseren Einwirkungen unbeeinträchtigt zu bleiben.⁷⁹⁰ Erst in zweiter Linie erwächst aus der Autonomie auch das positive Recht, über diese Bereiche nach eigenem Willen zu disponieren.⁷⁹¹ Wird jemandem also aufgrund mangelnder Autonomiekompetenzen zeitweilig oder dauerhaft die positive Freiheit im Sinne einer Dispositionsfreiheit über die eigenen Güter abgesprochen, ändert dies nichts daran, dass die geschützte Sphäre dieser Person grundsätzlich unantastbar ist.⁷⁹² Schutz der Selbstbestimmung und Schutz vor Fremdbestimmung sind folglich kein Gegensatz.⁷⁹³ Die im ersten Teil dargelegte Prämisse lautet, dass jeder sexuelle Kontakt die freiverantwortliche Zustimmung der Betroffenen erfordert. Wo

⁷⁸⁵ Vgl. *Hangartner*, Selbstbestimmung, 19.

⁷⁸⁶ *Hörnle*, FS Eisenberg, 334, ähnlich bereits *Schmidt*, Das Verschwinden der Sexualmoral, 11 f.

⁷⁸⁷ LK-*Hörnle*, § 176 Rn. 4; so bereits auch schon *Maier*, Nötigungsdelikte, 141 f.; ähnlich auch *Günter*, Abschlussbericht, 986.

⁷⁸⁸ *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung, 162, für das deutsche Recht.

⁷⁸⁹ So aber *Hangartner*, Selbstbestimmung, 19, wie hier auch *Hörnle*, FS Eisenberg, 335.

⁷⁹⁰ Vgl. vorne Rz. 27 f.

⁷⁹¹ Vgl. zum Ganzen *Roxin*, FS Amelung, 281 f.; a.A. *Brockmann*, Das Rechtsgut des § 176 StGB, 224 ff., wenn er die sexuelle Selbstbestimmung nicht als durch § 176 D-StGB geschütztes Rechtsgut anerkennen will, da er die sexuelle Selbstbestimmung nur dann als verletzt betrachtet, wenn eine sexuelle Interaktion durch den Berechtigten abgelehnt wird.

⁷⁹² So in Bezug auf sexuellen Kindesmissbrauch auch *Hörnle*, FS Eisenberg, 334 f.; ähnlich auch *Sick/Renzikowski*, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, 606.

⁷⁹³ *Sick/Renzikowski*, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, 606.

eine solche gültige Zustimmung fehlt, liegt eine Verletzung der negativen Selbstbestimmungsfreiheit, d.h. des Abwehrrechts, vor.⁷⁹⁴

- 231 Insgesamt erscheint es deshalb vorzugswürdig, einen sexuellen Übergriff auf ein Kind primär als aktuellen Eingriff in die sexuelle Sphäre bzw. in die Intimsphäre des Kindes und als Verletzung dessen sexuellen Selbstbestimmung zu beschreiben⁷⁹⁵ und nur in zweiter Linie als Gefährdung der sexuellen Entwicklung von Kindern und Jugendlichen. Hörnle geht sogar so weit, der «ungestörten Entwicklung» den Status als eigenständiges Rechts- bzw. Schutzgut gänzlich abzuspochen. Tatsächlich eintretende Schäden stellen ihrer Auffassung zufolge einen Strafzumessungsfaktor dar.⁷⁹⁶
- 232 Durch diesen normativen Ansatz wird klarer ersichtlich, dass sexuelle Handlungen mit einwilligungsunfähigen Kindern auch dann ein erhebliches Unrecht darstellen, wenn der sexuelle Übergriff überhaupt keine Folgen nach sich zieht.⁷⁹⁷ Kennzeichnend für jede Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung sind denn auch nicht in erster Linie die (möglicherweise) dadurch verursachten Schäden, sondern vielmehr – in Anlehnung an den kantischen Imperativ, den anderen nicht als Mittel zum Zweck zu gebrauchen⁷⁹⁸ – die Verletzung der Würde des Betroffenen im absolut höchstpersönlichen Bereich der Sexualität.⁷⁹⁹ Was Gardner und Shute in Bezug auf das zentrale Unrecht der Vergewaltigung schreiben, beansprucht auch Geltung für sexuelle Übergriffe auf einwilligungsunfähige Kinder und Jugendliche: Vergewaltigung sei «the sheer use of a person» und «a kind of objectification of a person» und damit eine Würdeverletzung.⁸⁰⁰ Dieses Zum-Objekt-Degradieren und Absprechen der Persönlichkeit liegt immer dann vor, wenn ohne gültige Einwilligung in die sexuelle Sphäre bzw. Intimsphäre einer Person eingegriffen wird, unabhängig von den allenfalls zusätzlich eintretenden Schädigungen beim

⁷⁹⁴ Ähnlich für das deutsche Recht MK-Renzikowski, vor § 174 Rn. 9.

⁷⁹⁵ MK-Renzikowski, § 176 Rn. 1; Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, Zweierlei Recht, 50; Sick/Renzikowski, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, 606; ähnlich bereits Freytag, AJP, 123: «Aus Art. 187 Ziff. 2 ergibt sich, dass auch das Verbot sexueller Handlungen mit Kindern vom Gedanken des Selbstbestimmungsrechts geprägt ist. (...) Als Rechtsgut von Art. 187 erscheint damit das Selbstbestimmungsrecht des Kindes (...)» Der Nachteil dieser Ansicht liegt allerdings darin, dass die Begründung für die Annahme echter Konkurrenz zwischen Art. 187 und 189 und 190 nicht in der Verschiedenheit der Rechtsgüter gesucht werden kann.

⁷⁹⁶ Hörnle, Abschlussbericht II, 1041.

⁷⁹⁷ Ebenso Sick/Renzikowski, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, 607; LK-Hörnle, § 176 Rn. 3.

⁷⁹⁸ Vgl. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 59 f.

⁷⁹⁹ So Gardner/Shute, The Wrongness of Rape, 24 ff.; ihnen folgend Sick/Renzikowski, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, 606 mit Fn. 22.

⁸⁰⁰ Gardner/Shute, The Wrongness of Rape, 24 ff.

Opfer.⁸⁰¹ So wenig wie bei einer Vergewaltigung oder Schändung das zentrale Unrecht *ausschliesslich* unter Hinweis auf möglicherweise eintretende Schäden oder Langzeitfolgen begründet werden sollte, so wenig ist dies im Kontext von sexuellen Handlungen mit einwilligungsunfähigen Kindern angebracht.

Zudem vermag die Bezugnahme auf die sexuelle Selbstbestimmung auch die Verbote eingriffsschwächerer sexueller Übergriffe besser zu legitimieren. 233 Denn wie im ersten Teil dargelegt, umfasst das sexuelle Selbstbestimmungsrecht im weiteren Sinne auch das Recht, nicht als Teilnehmer in ein sexuelles Geschehen einbezogen zu werden, selbst wenn dieser Einbezug nicht in einem körperlichen Sinne erfolgt, sondern sich auf die Rolle als Zuschauer beschränkt.⁸⁰²

C. Gefährdungspaternalismus

Allerdings ist zuzugeben, dass der Art. 187 *nicht* mit dem Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung der einzelnen betroffenen Jugendlichen begründet werden kann, sofern diese ausnahmsweise entgegen der gesetzlichen Vermutung hinsichtlich der infrage stehenden sexuellen Handlung einwilligungsfähig sind und dieser frei zustimmen.⁸⁰³ So ist nicht auszuschliessen, dass ein 14- oder 15-jähriger Jugendlicher entgegen der gesetzlichen Vermutung bereits über die notwendigen mentalen Fähigkeiten verfügt, die für eine selbstbestimmte Entscheidung erforderlich sind. Die – jedenfalls im Verhältnis zu älteren Erwachsenen – starre Altersgrenze kann nun gegenüber *diesem* Jugendlichen nicht damit begründet werden, dass er eben noch nicht über die erforderlichen Kompetenzen verfüge und deshalb gewissermassen vor sich selber geschützt werden müsse.⁸⁰⁴ 234

Die in der Lehre für eine starre Altersgrenze vorgebrachten Argumente vermögen allerdings zu überzeugen. Die Alternative zu starren Schutzaltersgrenzen wäre nämlich, wie teilweise unter früherem kantonalem Recht,⁸⁰⁵ auf die individuelle Reife (bzw. «Mannbarkeit»⁸⁰⁶) des Kindes bzw. des Jugendlichen 235

⁸⁰¹ Ebenso in Bezug auf das Rechtsgut der deutschen Jugendschutztatbestände *Sick/Renzikowski*, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, 607.

⁸⁰² So auch *Hörnle*, FS Eisenberg, 335.

⁸⁰³ Nach *Pieth*, Strafrecht BT, 72, wäre die gesetzliche Vermutung der Unreife bei einem tieferen Schutzalter von 14 Jahren wesentlich unproblematischer.

⁸⁰⁴ Vgl. vorne zum Gefährdungspaternalismus Rz. 21 ff.

⁸⁰⁵ Vgl. *Stooss*, Grundzüge II, 222 ff.

⁸⁰⁶ Vgl. etwa zum früheren Recht des Kantons Graubünden bei *Stooss*, Strafgesetzbücher, 446.

abzustellen. Eine praktikable und aus Opferschutzgesichtspunkten vorzugswürdige Lösung wäre dies aber nicht: Bereits die Festlegung einer allgemeingültigen Definition der «erforderlichen Reife» würde grosse Schwierigkeiten bereiten, ebenso die retrospektive Feststellung des Entwicklungsstandes zum Tatzeitpunkt,⁸⁰⁷ vom Nachweis eines entsprechenden Vorsatzes ganz zu schweigen.⁸⁰⁸ Den Stand der individuellen Entwicklung des Jugendlichen zum ausschlaggebenden Kriterium zu machen, wäre durch die dadurch häufig erforderliche Begutachtung des Opfers zwecks Feststellung seiner «Unreife» mit erheblichen Belastungen für die Jugendlichen verbunden⁸⁰⁹ und zudem ein Einfallstor für opferbeschuldigende Verteidigungsstrategien.⁸¹⁰ Aus diesem Grund handelt es sich bei dem Verbot um einen Fall von Gefährdungspaternalismus, wonach ein absolutes Verbot mit dem Hinweis darauf zu rechtfertigen ist, dass nicht in jedem Einzelfall und auf zumutbare Art und Weise sichergestellt werden kann, dass *kein* Autonomiedefizit vorliegt.⁸¹¹ Aus der Perspektive des betroffenen, ausnahmsweise zu selbstbestimmten Entscheidungen bereits fähigen Jugendlichen wirkt sich die starre Altersgrenze aber dennoch wie eine hart paternalistische Beschränkung seiner positiven Selbstbestimmungsfreiheit aus, zumal seine selbstbestimmte Entscheidung übergangen wird und seine erwachsenen Sexualpartner trotz Vorliegens einer selbstbestimmten Einwilligung bestraft werden können.⁸¹²

II. Das Auslegungsverständnis von Art. 187

A. Kreis der geschützten Personen

I. Grundsätzliches

236 Als Opfer des Art. 187 kommen alle Menschen unabhängig vom Geschlecht vor der Vollendung des 16. Lebensjahrs in Betracht, womit die Schutzaltersgrenze im europäischen Vergleich eher hoch liegt.⁸¹³ Wie bei allen starren

⁸⁰⁷ LK-Hörnle, vor § 174 Rn. 60.

⁸⁰⁸ So bereits Jenny, Art. 187 Rn. 3, ebenso Sick/Renzikowski, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, 611; Muggli, Pädokriminalität im Internet, 46.

⁸⁰⁹ Muggli, Pädokriminalität im Internet, 46.

⁸¹⁰ Jenny, Art. 187 Rn. 3, ebenso Sick/Renzikowski, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, 611.

⁸¹¹ Zu dieser Begründung für paternalistische Verbote Murmann, Selbstverantwortung des Opfers, 495.

⁸¹² Lenz, Jugendschutztatbestände, 198.

⁸¹³ Die Festlegung der Altersgrenze war denn auch ein in der Revision umstrittener Punkt, die Expertenkommission hatte das Schutzalter noch auf 14 Jahre herabgesetzt, vgl.

Altersgrenzen stellt sich auch hier die Frage, ob diese Regelung dem jeweiligen Einzelfall gerecht werden kann. Es ist offensichtlich, dass sich am 16. Geburtstag in der Regel kein entscheidender Entwicklungssprung vollzieht, vielmehr ist die – auch sexuelle – Entwicklung ein gradueller Prozess.⁸¹⁴ Die für die Einwilligungsfähigkeit notwendige Fähigkeit, Situationen angemessen beurteilen zu können, eigene Interessen abzuwägen und durchzusetzen, entwickelt sich unterschiedlich schnell⁸¹⁵ und mag bei einigen im Schutzalter stehenden Jugendlichen durchaus bereits gegeben sein. Ein Abstellen auf die individuelle Reife ist aber aus den oben genannten Gründen kein gangbarer Weg. Die Vorteile der starren Altersgrenze erlauben es, in Kauf zu nehmen, dass einzelne, tatsächlich selbstbestimmte Entscheide von Jugendlichen übergangen werden.⁸¹⁶ Die bestehenden Filterungsmöglichkeiten nach Art. 187 Ziff. 2 und 3 dürften die Problematik überdies erheblich entschärfen.

Das Gesetz erfasst seinem Wortlaut nach auch sexuelle Handlungen zwischen zwei im Schutzalter stehenden Kindern. Diesbezüglich wird in der Lehre darauf verwiesen, dass sich die Strafbarkeit, sofern diese nicht ohnehin gemäss Art. 187 Ziff. 2 ausgeschlossen ist, auf das ältere Kind beschränken müsse, da es widersinnig wäre, auch das jüngere Kind zu bestrafen.⁸¹⁷ 237

2. Die Drei-Jahres-Regel

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten Fälle von «Jugendliebe» bzw. partnerschaftlicher Sexualität unter annähernd Gleichaltrigen nicht kriminali- 238

BBl 1985 1065. Im Übrigen ist bei länderübergreifenden Betrachtungen aber immer auch zu berücksichtigen, dass eine niedrigere Schutzaltersgrenze oft von weitreichenden Jugendschutztatbeständen flankiert wird. So sind insbesondere in Deutschland Jugendliche innerhalb bestimmter Abhängigkeitsverhältnisse nicht nur bis zum 16. Lebensjahr, sondern sogar bis zum 18. Lebensjahr absolut geschützt, vgl. § 174 Abs. 1 Ziff. 3 D-StGB.

⁸¹⁴ Vgl. auch LK-Hörnle, vor § 174 Rn. 59.

⁸¹⁵ Vgl. auch Sick/Renzikowski, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, 611, ebenso LK-Hörnle, vor § 174 Rn. 59.

⁸¹⁶ Kritischer und eine tiefere Altersgrenze in Betracht ziehend Pieth, Strafrecht BT, 72.

⁸¹⁷ Jenny, Art. 187 Rn. 9, ihm folgend Suter-Zürcher, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern, 35 ff., ebenso Corboz, Infractons, Art. 187 Rn. 19 (differenzierend); BSK-Maier, Art. 187 Rn. 6; Rehberg, Das revidierte Sexualstrafrecht, 19; Donatsch, Strafrecht III, 489 f.; PK-Trechsel/Bertossa, Art. 187 Rn. 4. A.A. Nydegger, Sexting, 46 mit Fn. 46, wonach bei einvernehmlichen sexuellen Handlungen beide Kinder grundsätzlich straflos bleiben sollen. Sein Hinweis, wonach Suter-Zürcher, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern, 181, im Ergebnis diese Auffassung teile, ist allerdings nicht korrekt.

siert werden,⁸¹⁸ weshalb nach Art. 187 Ziff. 2 sexuelle Handlungen zwingend straflos bleiben, wenn der Altersunterschied zwischen den Beteiligten nicht mehr als drei Jahre beträgt.⁸¹⁹ Dieses tatbestandseinschränkende Merkmal sollte der normalen sexuellen Entwicklung von Kindern und Jugendlichen Rechnung tragen und Vorgänge von der Strafbarkeit ausschliessen, die hinsichtlich des geschützten Rechtsgutes der Entwicklung von Unmündigen offenbar als unbedenklich eingestuft werden.⁸²⁰ Aus entwicklungspsychologischer Sicht bedarf es eines (rechtlichen) Freiraumes, in dessen Rahmen Kinder und insbesondere auch Jugendliche ausprobieren und eine stabile sexuelle Identität entwickeln können.⁸²¹ Allerdings ist davon auszugehen, dass die sich entwickelnden Selbstbestimmungskompetenzen, insbesondere gegenüber deutlich älteren Jugendlichen, noch fragil sind.⁸²² Die Ausnahmeregelung wird deshalb richtigerweise auf praktisch gleichaltrige Jugendliche beschränkt.

- 239 Dass der Ausnahmeregelung als einziges Kriterium der Altersunterschied der Beteiligten zugrunde gelegt wurde, wird in der Literatur aber auch kritisiert.⁸²³ Denn erstaunlicherweise ist die Ausnahmeregelung dem Wortlaut nach nicht auf Fälle «einverständlicher» sexueller Handlungen beschränkt, also auf Handlungen, denen das zu schützende Kind zumindest faktisch zugestimmt hat.⁸²⁴ Auch bei nichteinverständlichen sexuellen Handlungen – etwa einer Vergewaltigung oder sexuellen Nötigung – kann der Täter, der nicht mehr als drei Jahre älter als das Opfer ist, nicht nach Art. 187, sondern nur gemäss der Art. 189 f. verurteilt werden, während bei einem älteren Täter zusätzlich eine Verurteilung gemäss Art. 187 ergehen würde.⁸²⁵ Mit dem Grundgedanken des Art. 187 Ziff. 2 – nämlich Fälle «partnerschaftlicher Sexualität» und «jugendlichen Probierverhaltens» von der Strafbarkeit auszunehmen – ist dies nicht zu vereinbaren.⁸²⁶ Da eine anderweitige Auslegung aber wohl gegen Art. 1 verstossen wür-

⁸¹⁸ BBI 1985 1068.

⁸¹⁹ Vgl. dazu bereits den Vorschlag von 1979 von *Killias*, Jugend und Sexualstrafrecht, 209 f.

⁸²⁰ *Muggli*, Pädokriminalität im Internet, 52.

⁸²¹ *Günter*, Abschlussbericht, 986.

⁸²² *Günter*, Abschlussbericht, 986; *LK-Hörnle*, § 176 Rn. 4.

⁸²³ *Muggli*, Pädokriminalität im Internet, 52 f.

⁸²⁴ *BSK-Maier*, Art. 187 Rn. 5; *ders.* AJP 1997, 862; *Muggli*, Pädokriminalität im Internet, 52 f.

⁸²⁵ Kritisch auch *Suter-Zürcher*, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern, 103 f.; *Muggli*, Pädokriminalität im Internet, 52 f.

⁸²⁶ Ebenso *Muggli*, Pädokriminalität im Internet, 53, mit Verweis auf Art. 18 Abs. 3 der Lanzarote-Konvention, wonach nur einvernehmliche sexuelle Kontakte zwischen Minderjährigen straflos sein sollen.

de,⁸²⁷ müsste der Missstand auf gesetzgeberischem Wege durch eine Umformulierung der Ziff. 2 behoben werden.⁸²⁸

3. *Absehen von Verfolgung oder Bestrafung gemäss Ziff. 3*

Art. 187 Ziff. 3 StGB sieht vor, dass die zuständige Behörde von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung absehen kann, wenn der Täter zur Zeit der Tat oder der ersten Tathandlung das 20. Altersjahr noch nicht zurückgelegt hat und besondere Umstände vorliegen oder die verletzte Person mit ihm die Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft eingegangen ist. Von besonderem Interesse und wohl auch grösserer praktischer Bedeutung ist die erste Variante und insbesondere die Frage, was unter besonderen Umständen zu verstehen ist. 240

Der Gesetzgeber hatte dabei vor allem das Ziel vor Augen, Fälle von Jugendliebe bzw. von Jugendsexualität unter mehr oder weniger Gleichaltrigen flexibel handhaben zu können.⁸²⁹ Als ein besonderer Umstand hat demnach der bereits in der Botschaft genannte nur geringfügige Altersunterschied zwischen den Beteiligten zu gelten,⁸³⁰ wenn also der Altersunterschied nur wenig mehr als drei Jahre beträgt. Ebenfalls berücksichtigt werden sollen nach der Lehre jene Fälle, in denen die Initiative klarerweise vom Opfer selber ausgegangen sei.⁸³¹ Als besonderer Umstand gilt indes auch das Vorliegen einer «Liebesbeziehung», wobei von Lehre und Rechtsprechung diesbezüglich keine langandauernde, eheähnliche Verbindung gefordert wird, sondern lediglich eine auf gegenseitige Zuneigung beruhende Beziehung, selbst wenn diese nur wenige Wochen gedauert hat.⁸³² Problematisch an diesen Kriterien ist, dass sie sich zu wenig am Grundgedanken des Art. 187 orientieren, wonach Kinder und Jugendliche vor Sexualkontakten bewahrt werden sollen, die nicht auf einer selbstbestimmten Entscheidung basieren. Das Ergreifen der Initiative durch das Opfer sowie das Vorliegen einer Liebesbeziehung kann, muss aber nicht ein Hinweis für eine bereits ausreichend vorliegende Fähigkeit zur Selbstbestimmung darstellen. Geprüft werden sollte deshalb in erster Linie, ob das «Opfer» bereits hinreichend selbstbestimmt ent- 241

⁸²⁷ So auch *Suter-Zürcher*, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern, 103 f.

⁸²⁸ Z.B. durch einen Vorbehalt, wonach kein anderer Tatbestand des Sexualstrafrechts gleichzeitig erfüllt sein darf.

⁸²⁹ BBl 1985 1068.

⁸³⁰ BBl 1985 1068.

⁸³¹ *Jenny*, Art. 187 Rn. 25; *Donatsch*, Strafrecht III, 497; *PK-Trechsel/Bertossa*, Art. 187 Rn. 13; *Rehberg*, Das revidierte Sexualstrafrecht, 19.

⁸³² Urteil des Bundesgerichts 6B_485/2016 vom 17.08.2016 E.1.4, wobei darauf hingewiesen wird, dass das Opfer nach eigenen Angaben «den Geschlechtsverkehr gewollt, gesucht und aktiv mitgestaltet habe», ähnlich bereits Urteil 6S.101/1994 vom 25. März 1994 E. 1c/bb.

scheiden konnte, ob es den Sexualkontakt wollte. Die genannten Kriterien können für diese Beurteilung lediglich Indizien darstellen. Wie Hörnle zu Recht bemerkt, muss sexualisiertes Verhalten des Opfers eben nicht zwingend als Indiz für einen selbstbestimmten Umgang mit Sexualität gewertet werden.⁸³³

B. Der Begriff der sexuellen Handlung

- 242 Das Gesetz definiert den Begriff der sexuellen Handlung nirgends, sondern setzt ihn – wie auch die weiteren im Sexualstrafrecht verwendeten Begriffe wie «Beischlaf», «beischlafähnliche Handlung», «sexuelle Belästigung» oder «pornografisch» – schlicht voraus. In der Literatur hat sich nun die Vorgehensweise eingebürgert, ausgehend von Art. 187 den Begriff der sexuellen Handlung zu definieren, um anschliessend bei anderen Tatbeständen des Sexualstrafrechts auf diesen zurückzukommen oder Abweichungen bzw. Präzisierungen zu statuieren.⁸³⁴ Dieses Vorgehen soll auch hier gewählt werden.

I. Handlungen

- 243 Eine erste Konkretisierung des Begriffs ist bereits über das Wort «Handlungen» möglich. Als sexuelle *Handlung* wird nur die körperliche Betätigung am eigenen Körper oder am Körper einer anderen Person verstanden.⁸³⁵ Ob es zu wechselseitigen Berührungen kommt, ist grundsätzlich unerheblich, kann aber bei einigen Tatbestandsvarianten erforderlich sein, so etwa bei Art. 187 Ziff. 1 Abs. 1, welche die Vornahme einer sexuellen Handlung *mit* einem Kind erfasst und folglich einen wechselseitigen körperlichen Kontakt erfordert.⁸³⁶ Bei anderen Bestimmungen ist hingegen vorausgesetzt, dass der Täter Handlungen ohne Körperkontakt vornimmt (Art. 187 Ziff. 1 Abs. 3; Art. 198 Abs. 1). Je nach Tatbestandsformulierung wird auch die Konstellation erfasst, dass das Opfer auf Geheiss des Täters sexuelle Handlungen an sich selbst oder einem Dritten vornimmt (z.B. bei Art. 191 StGB).

⁸³³ LK-Hörnle, § 174 Rn. 70. Kritisch zum Entscheid 6B_485/2016 vom 17.08.2016 deshalb auch Jeannerat, ex ante 2017, 53 ff.

⁸³⁴ Vgl. etwa Donatsch, Strafrecht III, 490 ff., 502, 505; Jenny, Art. 188 Rn. 9, Art. 189 Rn. 35, Art. 191 Rn. 6, Art. 192 Rn. 6, Art. 193 Rn. 3, Art. 198 Rn. 3.

⁸³⁵ PK-Trechsel/Bertossa, Art. 187 Rn. 6; Corboz, Infractions, Art. 187 Rn. 6.

⁸³⁶ Stratenwerth/Jenny/Bommer, § 7 Rn. 14; Jenny, Art. 187 Rn. 17; Donatsch, Strafrecht III, 459; PK-Trechsel/Bertossa, Art. 187 Rn. 7; BSK-Maier, Art. 187 Rn. 10; ders. AJP 1997, 862; Suter-Zürcher, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern, 6.

Keine sexuellen «Handlungen» sind hingegen blossе Gesten oder obszönes Reden,⁸³⁷ ebenso wenig das Vorzeigen sexueller Darstellungen,⁸³⁸ da ansonsten Redundanzen zu den Art. 197 und 198 bestehen würden, nach denen solche Verhaltensweisen beurteilt werden.⁸³⁹ Gegebenenfalls kann aber nach älterer bundesgerichtlicher Rechtsprechung durch solches Verhalten – etwa durch das Ansprechen eines Kindes und Auffordern zu sexuellen Handlungen – bereits die Versuchsschwelle bei Art. 187 überschritten werden.⁸⁴⁰ 244

Das Zeigen des eigenen nackten Körpers ist an sich noch keine sexuelle Handlung.⁸⁴¹ Wenn zusätzlich zur Darbietung des unbekleideten Körpers eine Handlung hinzutritt, die typischerweise auf die Erregung eigener oder fremder Lust gerichtet ist, liegt hingegen regelmässig eine sexuelle Handlung vor.⁸⁴² Beispiele wären etwa die – auch simulierte – Selbstbefriedigung, der Striptease oder die auf Geheiss des Täters erfolgte Darbietung des nackten Körpers in obszöner Stellung.⁸⁴³ Bei Kindern ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine besondere Betonung des Genitalbereichs nicht erforderlich: Wer ein Kind mit entblösstem Genitalbereich in einer nach den Umständen objektiv aufreizenden Stellung und unter Verwendung «aufreizender» Stilmittel wie roter Schminke und an Strapsen erinnernde Strümpfe posieren lässt, verleitet dieses zu einer sexuellen Handlung.⁸⁴⁴ 245

2. Sexualbezogenheit und Erheblichkeit

Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art. 187 gelten nur Verhaltensweisen als *sexuelle* Handlungen, die ihrem äusseren Erscheinungsbild nach einen eindeutigen sexuellen Bezug aufweisen und im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut erheblich sind. Dabei erschliesst sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mitunter nicht ganz eindeutig, ob es sich 246

⁸³⁷ Urteil des Bundesgerichts 6B_61/2010 vom 27.07.2010 E. 4.1 und 4.2.; vgl. aber Urteil des Bundesgerichts 6B_702/2009 vom 08.01.2010 E. 4.5.

⁸³⁸ *Hangartner*, Selbstbestimmung, 50.

⁸³⁹ Vgl. auch *Hangartner*, Selbstbestimmung, 50.

⁸⁴⁰ Vgl. BGE 80 IV 173 E. 2; *Suter-Zürcher*, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern, 164 m.w.H; keine – auch keine versuchte – sexuelle Handlung i.S.v. Art. 187 liegt bei blossen Chats mit Kindern im Internet vor, selbst wenn sie auf ein reales Treffen mit sexuellem Charakter gerichtet sind oder einen pornografischen Inhalt aufweisen, vgl. BGE 131 IV 100 E. 8.1; eingehend und detailliert zur Frage des Versuchsbeginns *Muggli*, Pädokriminalität im Internet, 72 ff.

⁸⁴¹ *Hangartner*, Selbstbestimmung, 58.

⁸⁴² *Hangartner*, Selbstbestimmung, 57 f.

⁸⁴³ Beispiele von *Hangartner*, Selbstbestimmung, 58.

⁸⁴⁴ BGE 131 IV 64 E. 11.2 und 11.3.2.

dabei um zwei eigenständige Prüfkriterien handelt.⁸⁴⁵ Richtigerweise ist aber davon auszugehen, dass sich die Erheblichkeitsfrage erst stellen kann, wenn überhaupt ein Sexualbezug vorliegt.

a) Sexualbezogenheit

aa) Allgemeines

247 Obwohl der Begriff der «sexuellen Handlungen» auf den ersten Blick relativ unproblematisch scheint und wohl auch dem juristischen Laien meist eine konkrete Vorstellung davon vermittelt, was damit gemeint sein dürfte, erscheint es äusserst schwierig, eine abstrakte Definition dafür zu finden, was eine Handlung zu einer sexuellen Handlung macht bzw. wann eine Handlung den erforderlichen «Sexualbezug» aufweist. Teilweise wird versucht, den Sexualbezug dahingehend zu definieren, indem danach gefragt wird, ob ein Verhalten nach allgemeinem Verständnis – wenn auch nicht notwendigerweise im konkreten Fall – dem Zweck dient, sich oder einen anderen sexuell zu erregen,⁸⁴⁶ bzw. ob ein Verhalten in Bezug auf den eigenen oder einen fremden Körper unter Berücksichtigung der sozialen und situativen Umstände typischerweise dazu bestimmt ist, bei sich oder einem anderen eine sexuelle Reaktion hervorzurufen.⁸⁴⁷ Ob solche oder ähnliche Formeln helfen könnten, gerade die besonders schwierigen Grenzfälle zu entscheiden, ist zweifelhaft. Die deutsche Autorin Hörnle schreibt denn auch dazu:

248 «Eine allgemeingültige Definition des Sexuellen ist (...) kaum möglich, weil sehr unterschiedliche Handlungen darunter fallen und die Einordnung kontextabhängig ist. Entscheidend ist, ob ein *den Vorgang wahrnehmender objektiver Beobachter* den Sexualbezug bejahen würde. Massgeblich ist ein mit sexuellen Vorgängen vertrauter Beobachter.»⁸⁴⁸

⁸⁴⁵ Unklar etwa die Ausführungen des Bundesgerichts im Entscheid 6S.239/2000 vom 30.08.2000 E. 3c.

⁸⁴⁶ *Hangartner*, Selbstbestimmung, 57 f., allerdings in Bezug auf sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt; ähnlich auch *Corboz*, Infractions, Art. 187 Rn. 6: «(...) il faut entendre une activité corporelle (...) qui tend à l'excitation ou à la jouissance sexuelle de l'un des participants au moins».

⁸⁴⁷ *Brockmann*, Das Rechtsgut des § 176 StGB, 305 f., wobei dieser unter «sexueller Reaktion» nicht nur die Herbeiführung von Lust und Steigerung von Erregung versteht, sondern auch emotional gegenläufige Reaktionen wie die Erzeugung von Ekel oder Scham, was wiederum etwas zu weit führen dürfte.

⁸⁴⁸ *MK-Hörnle*, § 184h Rn. 2; ihr offenbar folgend auch *Ryser*, Familiäre Gewalt, 162.

Ohne eine objektiv-deskriptive Festlegung der für den Sexualbezug entscheidenden Umstände grenzt auch das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung und unter Hinweis auf die Lehre sexuelle Handlungen nach der *Eindeutigkeit* ihres Sexualbezugs ab und bildet zunächst gewissermassen drei Gruppen – eindeutig sexualbezogene Handlungen, eindeutig neutrale Handlungen und Handlungen, die weder eindeutig neutral noch eindeutig sexualbezogen sind, wobei für die letzte Gruppe auch der Terminus «ambivalente Handlungen» benutzt wird.⁸⁴⁹ Diese letzte Gruppe bezieht sich auf die Schwierigkeit, dass viele stark mit Sexualität assoziierte Vorgänge wie Berührungen der primären oder sekundären Geschlechtsorgane, das Einführen von Gegenständen in Körperöffnungen oder zärtliche Berührungen des ganzen Körpers auch in einem «asexuellen Kontext» auftreten können, so etwa bei Säuberungshandlungen an den Genitalien von Kindern oder pflegebedürftigen Menschen, bei gynäkologischen oder urologischen Untersuchungen oder bei Zärtlichkeiten im Rahmen eines Eltern-Kind-Verhältnisses oder beim Stillen.⁸⁵⁰ Abgesehen von den *wirklich* eindeutig sexuellen Verhaltensweisen wie Geschlechts-, Anal- oder Oralverkehr und allenfalls Zungenküssen sind viele der infrage kommenden Handlungen also sowohl in einem intuitiv eindeutig als «sexuell» empfundenen Kontext wie auch in einem intuitiv eindeutig als «asexuell» wirkenden Kontext anzutreffen.

Um dieser Schwierigkeit zu begegnen, wird die Frage des Sexualbezugs, die im konkreten Fall letztlich nur binär entschieden werden kann, vom Bundesgericht und der Lehre jeweils über eine den Kontext und die Begleitumstände berücksichtigende Gesamtbeurteilung vorgenommen, wobei auf das «äussere Erscheinungsbild»⁸⁵¹ gemessen am Urteil eines aussenstehenden objektiven Betrachters unter Berücksichtigung der gesamten Umstände abgestellt wird.⁸⁵² Auf die Vorstellung und Absichten des Täters soll es – so wird insbesondere in der Lehre jeweils betont – hingegen nicht ankommen.⁸⁵³ So sollen äusserlich völlig «neutrale» Handlungen, also Handlungen ohne jeglichen erkennbaren Sexualbezug, nicht nur deshalb zu einer sexuellen Handlung werden, weil sie (ausnahmsweise) einem sexuellen Motiv entspringen. Als derartige neutrale Handlungen werden in der Lehre Nacktbaden, öffentliches

⁸⁴⁹ Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 6B_1008/2010 vom 08.09.2011 E. 3.2; BSK-Maier, Vor Art. 187 Rn. 35; *Donatsch*, Strafrecht III, 490; *Hangartner*, Selbstbestimmung, 53; *Jenny*, Art. 187 Rn. 14; *Maier*, AJP 1999, 1392 f., 1397; PK-Trechsel/Bertossa, Art. 187 Rn. 5; *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 7 N 12; *Wiprächtiger*, ZStrR 125, 281.

⁸⁵⁰ Ähnlich *Brockmann*, Das Rechtsgut des § 176 StGB, 300 f.

⁸⁵¹ *Donatsch*, Strafrecht III, 491.

⁸⁵² Urteil des Bundesgerichts 6B_1008/2010 vom 08.09.2011 E. 3; vgl. auch *Donatsch*, Strafrecht III, 491; PK-Trechsel/Bertossa, Art. 187 Rn. 5; *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 7 Rn. 10 f.; *Suter-Zürcher*, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern, 43.

⁸⁵³ *Corboz*, Infractions, Art. 187 Rn. 7.

Verrichten der Notdurft, das Vorzeigen des Gesässes zur Beschimpfung⁸⁵⁴ und das Verabreichen von Stockschlägen auf das Gesäss genannt, wobei Letzteres allerdings strittig ist.⁸⁵⁵ Umgekehrt wird betont, dass eine als objektiv sexualbezogen eingestufte Handlung nicht deshalb zu einer neutralen wird, weil der Täter damit keine sexuellen Interessen verfolgt.⁸⁵⁶ Auf die Beweggründe bzw. auf das subjektive Empfinden, die Motive oder die Bedeutung, die das Verhalten für den Täter oder das Opfer hat, komme es nicht an, solche Handlungen seien immer tatbestandsmässig.⁸⁵⁷

- 251 Etwas unklar ist, ob bei schwierig zuzuordnenden Fällen die subjektiven Motive und Absichten jedenfalls dann mitberücksichtigt werden dürfen, wenn sie sich objektiv eindeutig manifestieren, etwa aufgrund sichtbarer sexueller Erregung.⁸⁵⁸ Anhaltspunkte für eine solche Praxis sind in Literatur und Judikatur durchaus zu finden. So wird etwa das Schlagen eines Kindes dann als tatbestandsmässig qualifiziert, wenn «die dadurch erlangte sexuelle Erregung des Täters in klarer Weise zu Tage tritt»,⁸⁵⁹ oder es wird die Grenze zwischen neutralen und sexuellen Handlungen dort gesetzt, «wo die sexuelle Absicht im Verhalten so deutlich zum Ausdruck kommt, dass es nach den gesamten Umständen gar keine andere als eine sexuelle Bedeutung haben kann».⁸⁶⁰ Auch das Bundesgericht hat im eher skurrilen Fall 6B_727/2013, wo der Täter sich von verschiedenen Knaben mehrmals in Unterhosen mit Ketten an sein Bett fesseln und einmal im Wald pflocken liess, bei der äusserst knappen Diskussion der Sexualbezogenheit dieser Fesselungen zumindest auch auf die Tatsache rekurriert, dass die Fesselungen den Beschuldigten offensichtlich sexuell erregt hatten.⁸⁶¹ Um den Vorwurf eines Gesinnungsstrafrechts zu vermeiden, sollten derartige Elemente bei der Begründung jedenfalls nur vorsichtig gewählt und gewichtet werden.

⁸⁵⁴ Vgl. aber BGE 104 IV 258 E. 2: Entblössung des Gesässes durch einen Querschnitts- gelähmten mit für jedermann offensichtlicher sexueller Intention als sexuelle/unzüchtige Handlung qualifiziert.

⁸⁵⁵ Differenzierend *Muggli*, Pädokriminalität im Internet, 59.

⁸⁵⁶ *Donatsch*, Strafrecht III, 491.

⁸⁵⁷ *Donatsch*, Strafrecht III, 491; *PK-Trechsel/Bertossa*, Art. 187 Rn. 5; *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 7 Rn. 10 f.; *BSK-Maier*, Vor Art. 187 Rn. 32; *Hangartner*, Selbstbestimmung, 51 f., 56; *Jenny*, Art. 187 Rn. 12 f.

⁸⁵⁸ Vgl. *PK-Trechsel/Bertossa*, Art. 187 Rn. 5.

⁸⁵⁹ *Muggli*, Pädokriminalität im Internet, 58.

⁸⁶⁰ *Suter-Zürcher*, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern, 43; ihr folgend *Muggli*, Pädokriminalität im Internet, 56.

⁸⁶¹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_727/2013 vom 07.10.2014 E. 3.4.

bb) Medizinische und pflegerische Handlungen

Bei gynäkologischen und sonstigen medizinischen Handlungen stellen Bundesgericht und Lehre darauf ab, ob die Untersuchung bzw. die Behandlung erforderlich war und lege artis vorgenommen wurde.⁸⁶² Bejahendenfalls werden sie als «nicht sexuelle» Handlungen eingestuft. Dasselbe gilt auch für Berührungen der Geschlechtsteile, die zum Zweck der Körperpflege einer hilflosen Person erfolgen, soweit «das Gesamtgeschehen nach dem Urteil eines objektiven Beobachters als Säuberungshandlung, mithin nicht als sexuelle Handlung» erscheine.⁸⁶³ Soweit ein «äusserlich ersichtlicher Sexualbezug» fehle, sei das Waschen eines Kindes im Genitalbereich daher von vornherein nicht als sexuelle Handlung zu qualifizieren.⁸⁶⁴ Auch die Mehrheit der Lehrmeinungen will bei diesen Konstellationen auf ein subjektives Element verzichten und nur auf das äussere Geschehen abstellen.⁸⁶⁵ 252

Das Bedürfnis, notwendige oder vom Patienten sogar gewünschte und lege artis durchgeführte medizinische und pflegerische Handlungen von vornherein von der Strafbarkeit auszuschliessen, erscheint nachvollziehbar. Auch das Widerstreben, solche Handlungen überhaupt als sexuelle Handlungen bzw. als «sexualbezogen» zu bezeichnen, erstaunt angesichts der Tatsache, dass der Begriff «sexuelle Handlung» im juristischen Sinn eher negativ konnotiert ist, nicht weiter. Allerdings erscheint es einigermaßen bizarr, eine gynäkologische Untersuchung, die häufig mit dem Einführen von medizinischen Geräten oder Fingern in die Scheide und einem Betasten der Brüste einhergeht, im Ergebnis als sexuell neutrale Handlungen zu qualifizieren. Dogmatisch erscheint es vorzugswürdig, insbesondere bei medizinischen Untersuchungen und pflegerischen Handlungen mit eindeutig geschlechtlichem Bezug die zur Körperverletzung entwickelten Grundsätze anzuwenden. Diese im Hinblick auf «medizinische» sexuelle Handlungen auch von Maier vertretene Ansicht hätte zur Folge, dass jedes – auch lege artis durchgeführte – Manipulieren an den Genitalien einer fremden Person aus juristi- 253

⁸⁶² Vgl. BGE 105 IV 37; Urteil des Bundesgerichts 6S.355/2006 vom 07.12.2006 E. 3.1.

⁸⁶³ Urteil des Bundesgerichts 6S.355/2006 vom 07.12.2006 E. 3.1; vgl. auch BGE 105 IV 37; *Donatsch*, Strafrecht III, 490 f.; *Jenny*, Art. 187 Rn. 14.

⁸⁶⁴ *Donatsch*, Strafrecht III, 490; *Suter-Zürcher*, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern, 55; *Hangartner*, Selbstbestimmung, 52 f. Gemäss PK-*Trechsel/Bertossa*, Art. 187 Rn. 5, und *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 7 Rn. 12, kann aber in Zweifelsfällen ein Rückgriff auf die Motivation des Täters notwendig sein.

⁸⁶⁵ *Donatsch*, Strafrecht III, 491; *Hangartner*, Selbstbestimmung, 54; *Jenny*, Art. 187 Rn. 14; *Maier*, AJP 1999, 1397, wonach die Sexualwissenschaft heute davon ausgeht, dass sexuelles Verhalten vielfach nichtsexuellen Motiven entspringt; PK-*Trechsel/Bertossa*, Art. 187 Rn. 5; *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 7 Rn. 12, welche die Kategorie der ambivalenten Handlung sodann als überholte Kategorie betrachten; *Wiprächtiger*, ZStrR 125, 281.

scher Sicht in einem ersten Schritt als sexuelle Handlung zu qualifizieren wäre, die aber durch eine tatbestandsausschliessende Einwilligung oder eine Berufs- oder Fürsorgepflicht, die sich insbesondere bei Kindern am Kindeswohl orientiert, gedeckt wäre, wodurch im Ergebnis dieselbe Lösung erzielt würde wie nach herkömmlicher Ansicht.⁸⁶⁶

- 254 Unbestritten ist aber jedenfalls auch nach herkömmlicher Ansicht, dass bei nicht notwendigen bzw. pflegerisch oder medizinisch nicht indizierten Praktiken an den Geschlechtsorganen die Einstufung als sexuelle Handlungen keine Mühe bereitet.⁸⁶⁷ So ist etwa das Einführen eines Fingers in die Scheide anlässlich der Körperpflege der Tochter als sexuelle Handlung zu qualifizieren,⁸⁶⁸ ebenso das medizinisch nicht indizierte Reizen⁸⁶⁹ oder Betasten sowie erst recht das Berühren der Klitoris mit der Zunge⁸⁷⁰ durch einen Arzt. Auch die anlässlich einer Massage erfolgte Berührung der Scheide, Massage der Klitoris sowie das Eindringen mit einem Finger in die Scheide der Patientin stellen nach Ansicht des Bundesgerichts «offenkundig» eindeutig sexualbezogene Handlungen dar.⁸⁷¹

cc) Zärtlichkeiten zwischen Eltern und Kindern sowie Stillen

- 255 Bei alltäglichen und insbesondere bei zwischen erwachsenen Betreuungspersonen und ihnen anvertrauten Kindern üblichen Zärtlichkeiten, Umarmungen, Spielereien und Küssen wird regelmässig bereits der für das Vorliegen einer sexuellen Handlung erforderliche Sexualbezug verneint, sofern es aufgrund der Umstände an «jeglicher Erkennbarkeit des Bezugs zur Sexualität» fehlt. Die Abgrenzung kann dabei äusserst schwierig sein.⁸⁷² So hat das Bundesge-

⁸⁶⁶ Vgl. BSK-*Maier*, Vor Art. 187 Rn. 35. Kritisch *Brockmann*, Das Rechtsgut des § 176 StGB, 301 f.

⁸⁶⁷ Vgl. 6B_527/2008 vom 02.12.2008 E. 3.4.

⁸⁶⁸ Urteil des Bundesgerichts 6S.355/2006 vom 07.12.2006 E. 4.2.

⁸⁶⁹ BGE 105 IV 37.

⁸⁷⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6S_448/2004 vom 03.10.2005 E.1.2.3.

⁸⁷¹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_436/2010 vom 06.12.2010 E. 5.1.

⁸⁷² Vgl. auch den bei *Suter-Zürcher*, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern, 53, referierten Fall, wonach das Bundesgericht das Tatbestandsmerkmal der sexuellen Handlung als erfüllt erachtete, als bei vier Besuchen sowohl das ältere Mädchen (zur Zeit der Besuche sieben bis zehn Jahre alt) wie auch dessen jüngere Schwester (damals im Alter von sechs bis neun Jahren) abwechselnd mit dem Beschwerdeführer im gleichen Bett übernachteten mussten. Am Morgen zog er die Mädchen jeweils ohne ersichtlichen Anlass zu sich herüber, packte sie von hinten und drückte sie so fest an sich, dass sie seinen ganzen Körper spürten. Der enge körperliche Kontakt war dabei von einer gewissen Dauer. Von blossen Raufen lasse sich bei dieser Sachlage nicht mehr sprechen.

richt im Entscheid 6S.355/2006 unter Hinweis auf Fachliteratur festgehalten, dass Kinder entsprechend ihrer Entwicklungsstufe Interesse am Körper ihrer Eltern haben können, dies mithin normaler Bestandteil des Körpererkundungsprozesses sei.⁸⁷³ Während demzufolge spontane und spielerische Berührungen der elterlichen Geschlechtsteile bzw. das entsprechende Dulden der Eltern wohl nicht als strafrechtlich relevant zu betrachten wäre, liegt dies anders, wenn der Vater wie im oben erwähnten Entscheid die Tochter ins Badezimmer ruft und sie gezielt seinen Penis halten lässt. In diesem Kontext wurde ein objektiver Bezug zum Bereich des Geschlechtlichen bejaht und eine sexuelle Handlung im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 Abs. 1 angenommen. Die Relevanz der Begleitumstände für die Einordnung einer Handlung als sexualbezogen lässt sich auch am Beispiel verdeutlichen, dass ein Mann einem Kind einen feuchten Kuss auf den Mund drückt.⁸⁷⁴ Handelt es sich bei dem Mann um den Vater des Kindes, würde der Kuss objektiv eher nicht als sexualbezogen eingestuft werden.⁸⁷⁵ Handelt es sich bei dem Mann hingegen um eine dem Kind fremde oder kaum bekannte Person, liegt eine Einordnung des Kusses als sexualbezogen bereits näher.⁸⁷⁶ Unter Berücksichtigung der Begleitumstände und der Beziehungen der Beteiligten kann daher bei äusserlich identischen Handlungen die Beurteilung unterschiedlich ausfallen.

Schwierig zu beurteilen ist auch das Saugenlassen von jedenfalls älteren Kindern an der Brust einer Frau. Das Bundesgericht hatte einen Fall zu beurteilen, in dem eine Frau ihren siebenjährigen Sohn an ihrer Brust saugen liess und ihn dabei jeweils am ganzen Körper und u.a. auch an seinem Geschlechtsteil streichelte.⁸⁷⁷ Das Bundesgericht stellte sich auf den Standpunkt, dass das Saugenlassen eines kleinen Kindes an der Brust der Mutter grundsätzlich nicht als sexuelle Handlung zu sehen sei. Während zudem selbst das Saugenlassen nach dem Abstillen während einer gewissen Zeit ein «réflexe naturel» darstelle, sei dies aber bei einem siebenjährigen Jungen anders: «A cet âge, ce geste a totalement perdu sa signification originelle (...)» und erhalte insbesondere auch durch das gleichzeitig erfolgte Streicheln des Körpers eine sexuelle Bedeutung.⁸⁷⁸ Auch wenn der Entscheid im konkreten Fall – insbesondere aufgrund der Berührungen des Geschlechtsteils des Kindes –

256

⁸⁷³ Urteil des Bundesgerichts 6S.355/2006 vom 07.12.2006 E. 4.1.

⁸⁷⁴ Vgl. die Darstellung des Sachverhalts im Urteil des Bundesgerichts 6B_7/2011 vom 15.02.2011.

⁸⁷⁵ So auch *Ryser*, *forum*poenale, 204.

⁸⁷⁶ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_7/2011 vom 15.02.2011 E. 1 und E. 1.4, wonach ein solcher Kuss zwar sexualbezogen sei, aber die für Art. 187 erforderliche Erheblichkeit nicht erreiche.

⁸⁷⁷ Vgl. die Darstellung des Sachverhalts im Urteil des Bundesgerichts 6B_103/2011 vom 06.06.2011.

⁸⁷⁸ Urteil des Bundesgerichts 6B_103/2011 vom 06.06.2011 E. 1.2.

richtig sein mag, sollte m.E. beim Stillen bzw. Saugenlassen an der Brust eines Kindes nur mit grosser Zurückhaltung ein strafbares Verhalten angenommen werden und dieses nicht bereits aus der Tatsache geschlossen werden, dass das Saugen nicht mehr der Nahrungsaufnahme dient und von der Gesellschaft «nicht akzeptiert wird».⁸⁷⁹ Stillen dient bekanntlich nicht nur der Nahrungsaufnahme, sondern hat auch eine wichtige Beruhigungs- und Entspannungsfunktion für das Kind. In diesem Sinne verneinte etwa das deutsche OLG Oldenburg das Vorliegen einer sexuellen Handlung in einem Fall, in dem eine nicht mehr stillende Frau es zugelassen hatte, dass ihr 6-jähriger Sohn und ihre 9-jährige Nichte spielerisch ihre Brust entkleideten und daran saugten, um so bei ihr Geborgenheit zu suchen.⁸⁸⁰

- 257 Wie bei den medizinischen und pflegerischen Handlungen liessen sich aber auch diese Konstellationen dogmatisch zufriedenstellender lösen, indem man sie zunächst als sexuelle Handlungen einstufen würde, die aber so lange kein unerlaubtes Risiko darstellen, als sie der Erfüllung von am Kindeswohl orientierten Fürsorgepflichten dienen und damit nicht tatbestandsmässig wären.

dd) Fazit

- 258 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass im Sinne einer groben Regel jedenfalls Manipulationen an einer nackten Person und/oder der Einbezug primärer und sekundärer Geschlechtsmerkmale des Täters oder Opfers in eine Handlung immerhin starke Indizien für das Vorliegen des erforderlichen Sexualbezugs sind, wobei «sozialadäquate» bzw. dem Patienten- oder Kindeswohl dienende, medizinisch indizierte und lege artis durchgeführte Eingriffe sowie gültig bewilligte medizinische und pflegerische Eingriffe aus der Strafbarkeit ausgeschieden werden müssen. Diese notwendigen Differenzierungen können – wie dies das Bundesgericht tut – entweder bereits bei der Definition der «sexualbezogenen» Handlungen vorgenommen werden oder aber, was m.E. dogmatisch stimmiger wäre, über die objektive Zurechnung.
- 259 In den Randbereichen kann die Bestimmung, ob eine bestimmte Handlung noch einen Sexualbezug aufweist oder nicht, schwierig werden. Eine allgemeingültige und dennoch hinreichend präzise Formel zur Bestimmung des erforderlichen Sexualbezugs lässt sich aber nicht finden. Dies dürfte nicht zuletzt daran liegen, dass bereits der Begriff «Sexualität» als Bezugsrahmen alles andere als eindeutig ist, vielmehr handelt es sich dabei um ein äusserst

⁸⁷⁹ Vgl. aber das Bundesgericht in 6B_103/2011 vom 06.06.2011 E. 2.2.2.

⁸⁸⁰ Vgl. Entscheid des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 22.12.2009 Aktenzeichen 1 Ss 210/09, E. 12 f.

vielschichtiges Konzept.⁸⁸¹ Auch der vom Bundesgericht bemühte «Aussenstehende», der eine einigermaßen objektive Beurteilung ermöglichen soll, kann nicht verschleiern, dass bei der Frage, welches Verhalten bereits als sexualbezogen gilt, letztlich zumindest in den Randbereichen auf eine gesellschaftliche und kulturelle Wertung abgestellt wird.⁸⁸² Dies kann mitunter problematisch sein, hat doch etwa die «Händeschütteldebatte»⁸⁸³ eindrücklich aufgezeigt, dass je nach persönlicher Überzeugung die individuellen Grenzen, wann einer Handlung bereits eine sexuelle Bedeutung zugemessen wird, sehr unterschiedlich verlaufen können.

b) Erheblichkeit

Die weitere für die Qualifikation als strafrechtlich relevante sexuelle Handlung notwendige Komponente ist gemäss h.L.⁸⁸⁴ und ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts⁸⁸⁵ die Erheblichkeit der objektiv sexualbezogenen Verhaltensweise. Bedeutsam für die Beurteilung sind dabei qualitativ die Art und quantitativ die Intensität und Dauer der Handlung, wobei die gesamten Begleitumstände zu berücksichtigen sind.⁸⁸⁶ Durch das anders als etwa in Deutschland nicht explizit gesetzlich verankerte Merkmal⁸⁸⁷ sollen laut Bundesgericht «sozialadäquate Handlungen von solchen abgegrenzt werden, die tatbestandsmässig sind».⁸⁸⁸ Diesbezüglich bleibt allerdings unklar, inwiefern jedenfalls im Rahmen von Art. 187 StGB *hierfür* das Merkmal der Erheblichkeit noch notwendig sein sollte, da sozialadäquate Verhaltensweisen – so etwa übliche und alltägliche Zärtlichkeiten zwischen Eltern und Kindern oder lege artis vorgenommene Pflegehandlungen – regelmässig bereits auf der ersten Stufe mangels Sexualbezug ausgeschieden werden.⁸⁸⁹ Die im Zusam-

⁸⁸¹ Vgl. dazu auch BSK-Maier, Vor Art. 187 Rn. 13 ff.

⁸⁸² So auch Maier, AJP 1999, 1401.

⁸⁸³ Vgl. Valerie Zaslavski, Kein Händedruck trotz Rechtsgutachten, NZZ vom 22.08.2016, online abrufbar unter <https://www.nzz.ch/schweiz/fall-therwil-kein-handschlag-trotz-rechtsgutachten-ld.112342>.

⁸⁸⁴ Maier, Nötigungsdelikte, 276; BSK-Maier, Vor Art. 187 Rn. 23; Donatsch, Strafrecht III, 491 f.; Jenny, Art. 187 Rn. 16; PK-Trechsel/Bertossa, Art. 187 Rn. 6; Stratenwerth/Wohlers, Art. 187 Rn. 6; Wiprächtiger, ZStrR 125, 281.

⁸⁸⁵ BGE 125 IV 58 E. 3b; BGE 131 IV 100 E. 7.1; Urteil des Bundesgerichts 6S.355/2006 vom 07.12.2006 E. 3.1, nicht publ. in: BGE 133 IV 31.

⁸⁸⁶ Vgl. die Urteile des Bundesgerichts 6B_702/2009 vom 08.01.2009 E. 5.2 und 6B_1008/2010 vom 08.09.2011 E. 3.2.

⁸⁸⁷ Vgl. bereits Jenny, Art. 187 Rn. 16, mit Hinweis auf die deutsche Rechtslage.

⁸⁸⁸ Urteile des Bundesgerichts 6B_727/2013 vom 07.10.2014 E. 3.3. und 6S.355/2006 vom 07.12.2006 E. 3.2, nicht publ. in: BGE 133 IV 31.

⁸⁸⁹ So wohl auch Ryser, forumpoenale, 204.

menhang mit der Frage der Erheblichkeit bisweilen erwähnte Problematik blosser «Ungeschicklichkeiten»⁸⁹⁰ dürfte zudem eher auf Ebene des subjektiven Tatbestandes eine Rolle spielen.⁸⁹¹

- 261 Auch der Hinweis des Bundesgerichts, wonach das bloss «Unanständige, Unangebrachte, Anstössige, Geschmacklose, Unschamhafte, Widerwärtige (...) aus dem Strafbaren ausscheiden [soll]»,⁸⁹² ist m.E. zumindest teilweise missverständlich. Eine nähere Betrachtung der im Zusammenhang mit der Erheblichkeitsschwelle diskutierten bundesgerichtlichen Entscheide zeigt denn auch, dass das Merkmal der Erheblichkeit weniger dazu dient, strafbares von gänzlich straflosem Verhalten zu unterscheiden, als vielmehr dazu, eine Grenze zwischen sexueller Handlung i.S. der Art. 187 ff. und der tätlichen sexuellen Belästigung i.S.v. Art. 198 zu markieren.⁸⁹³ Stratenwerth/Jenny/Bommer sprechen diesbezüglich von «geringfügigen Entgleisungen», welche bei Art. 187 auszuscheiden haben.⁸⁹⁴ Derartige geringfügigere Zudringlichkeiten, die mangels Erheblichkeit noch nicht als sexuelle Handlungen erscheinen – wie etwa ein kurzer, feuchter, aber ohne Zunge vorgenommener Kuss gegenüber einem 11-jährigen Mädchen⁸⁹⁵ –, sind aber zumeist nicht etwa straflos, sondern stellen regelmässig sexuelle Belästigungen i.S.v. Art. 198 Abs. 2 dar.
- 262 Die Erheblichkeit einer sexuellen Handlung wird dabei nach bundesgerichtlicher Praxis insbesondere in Zweifelsfällen nach den Umständen des Einzelfalles relativ bestimmt, so etwa nach dem Alter des Opfers⁸⁹⁶ oder dem Altersunterschied zum Täter.⁸⁹⁷ Dies bedeutet nun zum einen, dass mitunter auch «geringfügige Entgleisungen» als tatbestandsmässige sexuelle Handlungen

⁸⁹⁰ Urteil des Bundesgerichts 6S.355/2006 vom 07.12.2006 E. 3. 1.

⁸⁹¹ Insofern nicht stringent Urteil des Bundesgerichts 6B_1008/2010 vom 08.09.2011 E. 4.2 ff.

⁸⁹² Vgl. BGE 125 IV 58 E. 3b. Das Bundesgericht seinerseits zitierte ursprünglich *Horn*, in *Rudolphi/Horn/Samson/Schreiber* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum StGB BT Band II, 4. Aufl., Bonn 1990, Art. 184c Rn. 12, der dort allerdings lediglich die Rechtsprechung wiedergibt und selber eine abweichende Meinung vertritt, wonach als unerheblich nur solche Handlungen ausscheiden sollen, wenn sie «absolut untauglich» zur Störung der geschlechtlichen Entwicklung eines Jugendlichen seien.

⁸⁹³ Vgl. etwa die Urteile des Bundesgerichts 6B_1008/2010 vom 08.09.2011 E. 3.3.2; 6P.224/2006 vom 16.02.2007 E. 7.2; 6B_7/2011 vom 15.02.2011 E. 1.2

⁸⁹⁴ *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 7 Rn. 10.

⁸⁹⁵ Urteil des Bundesgerichts 6B_7/2011 vom 15.02.2011 E. 1.4.

⁸⁹⁶ Kritisch zur Tendenz, bei jüngeren Kindern eher die Erheblichkeit zu bejahen *MK-Hörnle*, § 184h Rn. 26, wonach unter Umständen eine sexuelle Handlung für ein Kind in der Pubertät oder Vorpubertät bedeutsamer sein könne als für ein in sexuellen Dingen noch ganz unbefangenes jüngeres Kind.

⁸⁹⁷ Urteil des Bundesgerichts 6S.355/2006 vom 07.12.2006 E. 3.2; BGE 125 IV 62 E. 3b.

gen i.S. der Art. 187 und 188 qualifiziert werden, während das gleiche Verhalten bei erwachsenen Opfern tendenziell⁸⁹⁸ nicht mehr als sexuelle Handlung eingestuft würde, sondern allenfalls als sexuelle Belästigung.⁸⁹⁹

Die vom Bundesgericht praktizierte relative Bestimmung der Erheblichkeit führt aber auch dazu, dass bei im Schutzalter stehenden Opfern bei isolierter Betrachtung gleichartige Handlungen je nach den konkreten Umständen als erhebliche sexuelle Handlungen oder eben nur als sexuelle Belästigungen gewertet werden. So qualifizierte das Bundesgericht in einem Entscheid die flüchtigen Berührungen des Täters im Genitalbereichs (über den Kleidern) seiner Töchter u.a. während des Basketballspielens vor dem Hintergrund der Tatsache, dass dieser seine Töchter jahrelang sexuell ausgebeutet hatte, als sexuelle Handlungen im Sinne von Art. 187 und 188.⁹⁰⁰ In einem anderen Fall wurde der überraschende Griff des Täters in den Schritt eines Jugendlichen in der Öffentlichkeit, so dass es ebenfalls zu einer «flüchtigen Berührung über den Kleidern» kam, mangels Erheblichkeit hingegen lediglich als sexuelle Belästigung und nicht als versuchte sexuelle Handlung mit einem Kind qualifiziert.⁹⁰¹

Eine Mindermeinung in der Literatur vertritt nun die Ansicht, dass jedenfalls bei Art. 187 auf das Erfordernis der Erheblichkeit verzichtet werden sollte, da bereits die zur Klärung des Sexualbezugs erforderliche objektive Betrachtungsweise genüge, um Bagatelldfälle auszusondern.⁹⁰² Da bei sexuellen Hand-

⁸⁹⁸ Vgl. aber das Urteil des Bundesgerichts 6S.239/2000 vom 30.08.2000 E. 3d, wo das Berühren des Beines und Oberschenkels bzw. der Versuch einer Umarmung und eines Kusses bei einer erwachsenen Frau unter Berücksichtigung der gesamten Umstände als sexuelle Handlung i.S.v. Art. 193 StGB gewertet wurde.

⁸⁹⁹ PK-*Trechsel/Bertossa*, Art. 187 Rn. 6; vgl. dazu etwa Urteil des Bundesgerichts 6B_597/2007 E. 4.4.2: Der Beschwerdeführer zog dem Opfer u.a. das Oberteil herab und entblöste dessen Brust. Im Hinblick auf den erhöhten Unrechtsgehalt der Schändung und das Alter der Geschädigten wurde die Erheblichkeit des Verhaltens und damit das Vorliegen einer sexuellen Handlung i.S.v. Art. 191 verneint.

⁹⁰⁰ Urteil des Bundesgerichts 6B_1008/2010 vom 08.09.2011 E. 3.3.2.

⁹⁰¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_702/2009 vom 08.01.2010 E. 5.5.

⁹⁰² *Suter-Zürcher*, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern, 57, die teilweise wortwörtlich, allerdings ohne entsprechenden Verweis *Hangartner*, Selbstbestimmung, 59, zitiert, ihr folgend *Muggli*, Pädokriminalität im Internet, 57, und mit etwas eingehenderer Begründung auch *Ryser*, forumpoenale, 203 f., die den Verzicht auf die Erheblichkeitsschwelle dort als «Ansicht von *Suter-Zürcher*» deklariert. Interessanterweise würde aber gerade *Hangartner*, den *Suter-Zürcher* ihrerseits ja zitiert, den von *Ryser* besprochenen Fall (Kuss auf den Mund eines 11-jährigen Mädchens, vgl. das Urteil des Bundesgerichts 6B_7/2011 vom 15.02.2011) wohl eher nicht als sexuelle Handlung werten, vgl. *Hangartner*, 57: «(...) andere Küsse [als Zungenküsse] stellen dagegen keine sexuelle Handlung dar.»

lungen mit Kindern ohnehin nicht gesagt werden könne, ob und inwieweit sie die sexuelle Entwicklung tatsächlich gefährdeten, könne auch nicht gesagt werden, wann eine Handlung erheblich für eine solche Gefährdung sei.⁹⁰³ Dieser Mindermeinung ist zuzugestehen, dass die Ausgestaltung des Art. 187 tatsächlich erkennen lässt, dass Kinder und Jugendliche als schutzbedürftiger eingestuft werden als Erwachsene. So wird bei Kindern auch das direktvorsätzliche «Einbeziehen» als Zuschauer in eine vor ihnen vorgenommene sexuelle Handlung als Verbrechen unter Strafe gestellt, während bei erwachsenen Opfern bei vergleichbarem Verhalten des Täters allenfalls Art. 194 oder Art. 198 greifen würden.

- 265 Der Verzicht auf das Erheblichkeitskriterium würde allerdings dazu führen, dass eine tätliche, sexuelle Belästigung gegenüber einem Kind wohl nicht mehr möglich wäre und stattdessen immer Art. 187, ein als Verbrechen ausgestaltetes Delikt, zur Anwendung gelangen würde. Ob dies auch bei den erwähnten «leichteren Entgleisungen», d.h. bei geringfügigen Überschreitungen, noch mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu vereinbaren ist, dürfte zweifelhaft sein. Der Entwurf zur Harmonisierung der Strafraumen sieht allerdings vor, dass in «leichten Fällen» nicht nur von den neu zu schaffenden Mindeststrafen abgesehen, sondern sogar der Strafraumen auf lediglich ein Jahr Freiheitsstrafe gesenkt werden soll.⁹⁰⁴ Insofern wäre ein Verzicht auf das Erheblichkeitskriterium im Rahmen von Art. 187 E-StGB künftig nicht mehr als derart problematisch anzusehen wie nach geltendem Recht.
- 266 Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht die Erheblichkeitsschwelle bei kindlichen Opfern ohnehin bereits relativ tief ansetzt. So bejahte es etwa auch in folgenden Fällen eine i.S.v. Art. 187 ff. erhebliche sexuelle Handlung:
- Der 47-jährige Täter berührte die Hoden eines 12-Jährigen über den Kleidern und sagte währenddessen zu ihm: «J'ai 47 ans, laisse-moi faire, je connais», «lève-toi ou je t'encule» und schliesslich «tu veux que je te les suce ou que je te les lèche?»⁹⁰⁵
 - Ein Mann hob ein gut 10-jähriges, ihm völlig unbekanntes Mädchen hoch, umschlang es mit beiden Armen, presste es längere Zeit und immer wieder fest an sich, wobei er es auch mit beiden Händen am Gesäss fass-

⁹⁰³ *Ryser*, Familiäre Gewalt, 163 ff., mit Verweis auf die deutsche Literatur, insb. *MK-Renzikowski*, § 176 Rn. 3; siehe auch *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 488.

⁹⁰⁴ Vgl. Art. 187 Ziff 1^{ter} E-StGB, BBl 2018 2966 und die entsprechenden Ausführungen in der Botschaft BBl 2018 2870.

⁹⁰⁵ Urteil des Bundesgerichts 6B_820/2007 vom 14.03.2008 E. 3.2.

te, es wiederholt mehrmals auf den Mund küsste und dabei auch den Zungenkuss versuchte.⁹⁰⁶

- Ohne Diskussion um den Begriff der sexuellen Handlung wurde das Verhalten des Täters als tatbestandsmässige sexuelle Handlung nach Art. 191 qualifiziert, der einer Freundin seiner Tochter nach einer Massage mit den Händen unter der Pyjamahose etwa fünf- bis sechsmal über das Gesäss und die Oberschenkel strich.⁹⁰⁷
- Ein Mann berührte zwei zum Tatzeitpunkt 12- bzw. 13-jährige Jungen mit der Hand am Gesäss und an den Genitalien, jeweils für ein paar Sekunden und über den Kleidern.⁹⁰⁸

C. Tathandlungen gemäss Art. 187

I. Vornahme einer sexuellen Handlung mit einem Kind

Bei der Tatbestandsvariante der Vornahme von sexuellen Handlungen mit einem Kind i.S.v. Art. 187 Ziff. 1 Abs. 1 ist erforderlich, dass es zu einem körperlichen Kontakt zwischen Täter und Opfer kommt.⁹⁰⁹ Dies bedeutet, dass der Täter entweder das Kind oder das Kind den Täter berühren muss, wobei unerheblich ist, von wem die Initiative ausgeht.⁹¹⁰ Unerheblich ist auch, ob der Täter bei der Vornahme der eigentlichen Handlung durch das Kind passiv bleibt oder selbst eine aktive Rolle einnimmt.⁹¹¹ Auch unter dem Gesichtspunkt der Teilnahme bleibt das Kind, das den über 16 Jahre alten Täter zur Vornahme der sexuellen Handlung «angestiftet» hat, stets straflos.⁹¹² Es handelt sich hierbei um eine Form der so genannten notwendigen Teilnahme, wonach derjenige, der durch den entsprechenden Straftatbestand

⁹⁰⁶ BGE 125 IV 58.

⁹⁰⁷ Urteil des Bundesgerichts 6B_118/2012 vom 08.11.2012.

⁹⁰⁸ Urteil des Bundesgerichts 6B_180/2018 vom 12.06.2018.

⁹⁰⁹ BGE 131 IV 100 E. 7.1; *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 7 Rn. 14; *Jenny*, Art. 187 Rn. 17; *PK-Trechsel/Bertossa*, Art. 187 Rn. 7; *BSK-Maier*, Art. 187 Rn. 10; *Suter-Zürcher*, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern, 60; *Corboz*, Infractious, Art. 187 Rn. 21.

⁹¹⁰ *Jenny*, Art. 187 Rn. 17; *Donatsch*, Strafrecht III, 492; *Corboz*, Infractious, Art. 187 Rn. 21.

⁹¹¹ Vgl. auch *Suter-Zürcher*, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern, 60.

⁹¹¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_727/2013 vom 07.10.2014 E. 3.4 mit Hinweis auf *PK-Trechsel/Bertossa*, Art. 187 Rn. 7.

⁹¹² Vgl. auch *Suter-Zürcher*, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern, 181. Eingehend zur notwendigen Teilnahme im Sexualstrafrecht *Nydegger*, Sexting, 45 ff.

gerade geschützt werden soll, in jedem Fall unabhängig von der konkreten Mitwirkung bzw. deren Umfang straflos bleibt.⁹¹³

- 268 Die h.L. und Rechtsprechung gehen davon aus, dass es nicht auf das Erkennen der Handlung als eine sexuelle Handlung durch das Kind ankommt⁹¹⁴ und auch nicht, dass das Kind die sexuelle Handlung überhaupt wahrnimmt.⁹¹⁵ Da ein erheblicher Teil der Lehre und auch das Bundesgericht von Idealkonkurrenz zwischen Art. 187 und 191 ausgehen, kann die Tatsache, dass das Kind die Handlung nicht wahrnehmen oder nicht einordnen konnte, überdies für die Anwendung des Art. 191 sprechen.

2. *Verleiten eines Kindes zu einer sexuellen Handlung*

- 269 Der Täter verleitet das Kind zu einer sexuellen Handlung, wenn er es dazu anhält, solche Handlungen mit einem Dritten, einem Tier⁹¹⁶ oder am eigenen Körper vorzunehmen, ein eigentlicher Körperkontakt ist bei dieser Variante gerade nicht erforderlich.⁹¹⁷ Anders als bei Erwachsenen, bei denen in solchen Konstellationen grundsätzlich eine Nötigung oder zumindest ein Bestimmen unter Ausnützen einer Abhängigkeit oder Notlage vorausgesetzt wäre, wird bei Kindern konsequenterweise ein geringeres Ausmass an psychischer Beeinflussung für genügend erachtet. Die Rolle des Täters beschränkt sich hier auf eine Art Teilnahme an der durch das Kind selbst vorgenommenen «Tat», welche die Voraussetzungen einer zumindest psychischen Gehilfenschaft oder einer Anstiftung erfüllt.⁹¹⁸ Eine eigentliche Anstiftung wird indes nicht verlangt, insbesondere braucht das Kind keinen «Vorsatz» zu fassen und sich der sexuellen Bedeutung seines Tuns nicht bewusst zu sein.⁹¹⁹ Gefordert wird, dass der Täter das Opfer mittels Zwang, Täuschung, Versprechen von Belohnung, Überraschung oder Wecken von Neugier zu einem Verhalten veran-

⁹¹³ BSK-Forster, vor Art. 24 Rn. 58; *Stratenwerth*, § 13 Rn. 151; *Stratenwerth/Wohlens*, vor Art. 24 ff. Rn. 10.

⁹¹⁴ BGE 131 IV 64 E. 11.2 mit Nachweisen; *Muggli*, Pädokriminalität im Internet, 60; *Suter-Zürcher*, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern, 60; *Corboz*, Infractions, Art. 187 Rn. 8.

⁹¹⁵ Anders *Jenny*, Art. 187 Rn. 15, wonach erforderlich sei, dass das Kind den Vorgang überhaupt wahrgenommen habe. Bei tief schlafenden oder bewusstlosen Kindern komme nur der Tatbestand der Schändung in Betracht.

⁹¹⁶ *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 7 Rn. 15; BSK-*Maier*, Art. 187 Rn. 13.

⁹¹⁷ *Jenny*, Art. 187 Rn. 18.

⁹¹⁸ Ähnlich *Jenny*, Art. 187 Rn. 19, BSK-*Maier*, Art. 187 Rn. 13; teilweise wird das Verleiten auch als «wesentliche Beeinflussung» umschrieben, vgl. *Donatsch*, Strafrecht III, 493.

⁹¹⁹ PK-*Trechsel/Bertossa*, Art. 187 Rn. 8; *Donatsch*, Strafrecht III, 493.

lasst, zu dem es ohne die Einwirkung nicht gekommen wäre.⁹²⁰ Bei Kleinkindern wird gefordert, dass bereits das blosses Veranlassen genügen muss.⁹²¹

Erfasst wird auch das Verleiten des Kindes zu einer sexuellen Handlung an sich selbst.⁹²² Obwohl hier keine wechselseitige Berührung und damit kein durch den Täter vorgenommener Eingriff in die physisch-sexuelle Sphäre vorliegt, muss auch hier von einer Missachtung des Selbstbestimmungsrechts des betroffenen Kindes gesprochen werden. Denn eine solche Verletzung liegt auch dann vor, wenn eine Person ohne wirksame Einwilligung dazu gebracht wird, sich selbst mit sexuellen Handlungen zur Schau zu stellen.⁹²³ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verleitet ein Kind beispielsweise zu einer sexuellen Handlung, wer dieses mit entblösstem Genitalbereich in einer nach den Umständen objektiv aufreizenden Stellung posieren lässt.⁹²⁴

Gemäss Botschaft soll auch erfasst werden, wer das Kind zur Masturbation verleitet.⁹²⁵ Dies ist insofern berechtigt, als das Kind zur Vornahme onanistischer Handlungen vor anderen Personen verleitet wird, da es so dazu gebracht wird, sich im oben erwähnten Sinne zur Schau zu stellen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist die räumliche Gegenwart des Täters oder einer anderen Person allerdings nicht vorausgesetzt. Es ist fraglich und wird kontrovers diskutiert, ob der Täter oder jemand anderes den sexuellen Vorgang nicht zumindest optisch oder akustisch *wahrgenommen* haben muss. Während das Bundesgericht nicht verlangt, dass die sexuelle Handlung in Anwesenheit des Täters oder eines Dritten stattfindet oder dass der Täter die sexuelle Handlung zwingend in Bild und/oder Ton simultan wahrnimmt,⁹²⁶ spricht sich zumindest ein Teil der Lehre für das Erfordernis der Anwesenheit des Verleitenden oder zumindest eines Dritten aus, beim «Anstiften» zum heimlichen Onanieren solle die verleitende Person hingegen straflos bleiben.⁹²⁷

⁹²⁰ *Laubenthal*, Sexualstraftaten, Rn. 609; ihm folgend *Suter-Zürcher*, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern, 61; wobei bei Zwang allenfalls auch eine Bestrafung nach Art. 189 ff. infrage kommt.

⁹²¹ *Donatsch*, Strafrecht III, 493; *Suter-Zürcher*, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern, 61; *Muggli*, Pädokriminalität im Internet, 60.

⁹²² *Jenny*, Art. 187 Rn. 18.

⁹²³ Vgl. *LK-Hörnle*, § 174 Rn. 2.

⁹²⁴ BGE 131 IV 64 E. 11.2 und 11.3.2.

⁹²⁵ BBl 1985 1066.

⁹²⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_702/2009 vom 08.01.2011 E. 7.4.

⁹²⁷ *Jenny*, Art. 187 Rn. 20; ähnlich auch *BSK-Maier*, Art. 187 Rn. 14; einschränkend auch *Donatsch*, Strafrecht III, 493; weiter – anlehnend an Art. 197 – nach Art der onanistischen Handlung differenzierend, *Muggli*, Pädokriminalität im Internet, 61 ff. Sie erkennt dabei, dass das Verleiten zu sexuellen Handlungen mit Tieren ohnehin unstreitig erfasst wird, unabhängig davon, ob der Täter oder eine Drittperson zugegen ist.

- 272 Letztere Auffassung erscheint vorzugswürdig. So ist zunächst nicht erkennbar, inwiefern die sexuelle Entwicklung eines Kindes und insbesondere eines Jugendlichen gefährdet sein sollte, wenn es vom Täter dazu verleitet wird, alleine und übliche onanistische Handlungen an sich vorzunehmen. Will es dem Täter aus blosser Neugierde folgen, lässt sich eine Gefährdung nur schwerlich erkennen.⁹²⁸ Auch lässt sich darin keine für die Verletzung des Selbstbestimmungsrecht typischerweise erforderliche Verletzung der Intimsphäre erblicken.⁹²⁹ Man gewinnt beinahe den Eindruck, dass die Vertreter der weiteren Auffassung Masturbation bei Kindern und Jugendlichen skeptisch gegenüberstehen und nach wie vor dem idealisierten Bild des asexuellen Kindes, das es vor jeglichem Kontakt mit Sexualität zu bewahren gilt, verbunden scheinen.⁹³⁰ In Wahrheit dürften aber wohl eher präventive Überlegungen dahinterstehen, um etwa das verpönte Grooming im Internet strafrechtlich besser angehen zu können.⁹³¹

3. *Einbeziehen eines Kindes in eine sexuelle Handlung*

- 273 Diese Tatbestandsvariante betrifft sexuelle Handlungen vor einem Kind, die der Täter entweder an sich selbst oder an einem Dritten vornimmt. Auch hier fehlt es wiederum an einem körperlichen Kontakt zwischen Täter und Opfer, wobei bei dieser Variante der Täter sexuelle Handlungen an sich oder einem Dritten vornimmt. Zur Erfüllung des Tatbestandes ist notwendig, dass das Kind die Handlung als Ganzes unmittelbar sinnlich wahrnimmt,⁹³² selbst wenn es diese nicht versteht.
- 274 Einschlägig sind dabei vor allem onanistische Handlungen vor einem Kind. Dabei reicht aus, wenn der Täter vor einem Kind merkbar masturbiert bzw. am Geschlechtsorgan Reibe- oder Onanierbewegungen ausführt, selbst wenn das Glied dabei nicht sichtbar ist.⁹³³ Das blosses Präsentieren des Geschlechtsteils wird hingegen auch gegenüber Kindern ausschliesslich unter Art. 194

⁹²⁸ So auch *Muggli*, Pädokriminalität im Internet, 61 f.

⁹²⁹ Ebenso *LK-Hörnle*, § 176 Rn. 85.

⁹³⁰ Vgl. dazu etwa die Ausführungen zum Fall des Sexualkundelehrers bei *Suter-Zürcher*, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern, 62.

⁹³¹ Vgl. zu diesem Phänomen eingehend *Sandra Muggli*, Heisse Gespräche mit Minderjährigen – Von Cybergrooming und Möglichkeiten zu dessen Sanktionierung, in: Jusletter vom 11.06.2012.

⁹³² Vgl. BGE 129 IV 168 E. 3.2., wonach es nicht ausreicht, wenn Jugendliche einen masturbierenden Mann lediglich aus der Ferne beobachten konnten, aber weder dessen Penis noch die Masturbationshandlung genau erkennen konnten.

⁹³³ Urteil des Bundesgerichts 6B_596/2011 vom 19.01.2012 E. 2.2.

(Exhibitionismus) subsumiert.⁹³⁴ Dies liegt primär daran, dass in solchen Fällen bereits keine sexuelle *Handlung* vorliegt.⁹³⁵

Ob auch die bloss akustische Wahrnehmung genügt, erscheint zweifelhaft,⁹³⁶ wird diesfalls doch nicht mehr als ein Geräusch wahrgenommen. Wenn obszönes Reden keine sexuellen Handlung ist, dann erscheint es nicht ganz einleuchtend, bloss Geräusche und Stöhnen als sexuelle Handlungen zu bewerten.⁹³⁷ Man könnte sich auch fragen, ob selbst bei einer audiovisuellen Übertragung von onanistischen Handlungen des Täters, wenn das Kind räumlich vom Täter getrennt ist, nicht eher Art. 197 (Pornografie) einschlägig wäre.⁹³⁸ 275

Ebenfalls erfasst wird die Vornahme sexueller Handlungen mit einer dritten Person vor dem Kind. Dies erstreckt sich nach der Gerichtspraxis auch auf eine Person, die sexuelle Handlungen eines Dritten völlig passiv an sich vornehmen lässt.⁹³⁹ Bereits die Botschaft von 1985 hielt allerdings fest, dass von einem Einbeziehen nur die Rede sein könne, wenn der Täter die sexuelle Handlung *bewusst* vor dem Kind ausführt und will, dass dieses die sexuelle Handlung wahrnimmt.⁹⁴⁰ Damit übereinstimmend ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zur Tatvariante des Einbeziehens erforderlich, dass der Täter das Kind gezielt zum Zuschauer seiner sexuellen Handlungen macht, Eventualvorsatz genüge bei dieser Tatvariante nicht.⁹⁴¹ Vielmehr müsse der Täter die Wahrnehmung seiner sexuellen Handlung durch das Kind als eigentliches Handlungsziel verfolgen.⁹⁴² Als nicht strafwürdige Beispiele nennt die Botschaft etwa das zufällige oder aufgrund beengter Wohnverhältnisse unvermeidbare Wahrnehmen von sexuellen Handlungen der Eltern oder ältere- 276

⁹³⁴ Vgl. auch Bernhard Isenring, Der strafrechtlich relevante Exhibitionismus – eine kritische Auseinandersetzung mit Art. 194 StGB, in: AJP 2015, 329 ff., 336, mit Hinweis auf *Donatsch*, Strafrecht III, 494: «Das bloss Exhibitionieren vor einem Kind fällt ausschliesslich unter Art. 194.»

⁹³⁵ Urteil des Bundesgerichts 6B_324/2017 vom 08.03.2018 E. 2.2.3: «Les photographies figeant la nudité de la recourante et de son mari, de même que leurs postures lascives ou suggestives, relèvent de l'exhibition, mais ne constituent pas des actes d'ordre sexuel au sens de la loi.»

⁹³⁶ Bejaht im Urteil des Bundesgerichts 6B_702/2009 vom 08.01.2010 E. 4.5; kritisch dazu *Suter-Zürcher*, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern, 56, *Muggli*, Pädokriminalität im Internet, 64 f.

⁹³⁷ Ähnlich MK-*Renzikowski*, § 176 Rn. 37; ebenso *Muggli*, Pädokriminalität im Internet, 65.

⁹³⁸ Für die Anwendung von Art. 187 hingegen *Muggli*, Pädokriminalität im Internet, 65.

⁹³⁹ Vgl. dazu der in BBl 2016 6163 referierte Fall, bei dem eine Frau, die von ihrem Ehemann vor der minderjährigen Babysitterin demonstrativ begripscht wurde, mit einem Strafbefehl wegen sexuellen Handlungen mit Kindern (Art. 187 Abs. 1) verurteilt wurde.

⁹⁴⁰ BBl 1985 1067.

⁹⁴¹ Urteil des Bundesgerichts 6S.241/2002 vom 20.9.2002 E. 1.1.

⁹⁴² Urteil des Bundesgerichts 6S.241/2002 vom 20.9.2002 E. 1.2.

rer Geschwister mit deren Partner.⁹⁴³ Mit Blick auf die geschützten Rechtsgüter lässt sich diese strafbarkeitsbegrenzende Einschränkung freilich nicht sinnvoll erklären. So ist nicht ersichtlich, inwiefern die sexuelle Entwicklung oder das Selbstbestimmungsrecht weniger beeinträchtigt sein sollten, bloss weil der Täterin die Wahrnehmung durch das Kind schlicht gleichgültig oder allenfalls sogar unerwünscht ist.⁹⁴⁴ Das Bundesgericht setzt gemäss seiner jüngeren Rechtsprechung beim subjektiven Tatbestand denn auch nicht allzu strenge Massstäbe an.⁹⁴⁵

D. Subjektiver Tatbestand

- 277 Der subjektive Tatbestand verlangt zunächst mindestens Eventualvorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale, insbesondere auch hinsichtlich des Alters des Opfers und des Altersunterschieds von mehr als drei Jahren.⁹⁴⁶ Hält der Täter das Opfer irrtümlich für älter, kommt eine Strafbarkeit wegen Art. 187 Ziff. 4 infrage. Einzig bei Ziff. 1 Abs. 3 wird hinsichtlich des Einbeziehens Eventualvorsatz als ungenügend erachtet, vielmehr muss der Täter die Wahrnehmung durch das Kind als eigentliches Handlungsziel verfolgen. Eine besondere sexuelle Absicht des Täters ist hingegen nicht erforderlich, es kommt also nicht darauf an, ob er mit den Handlungen sexuelle Befriedigung für sich oder das Opfer erzielen will.⁹⁴⁷ Nicht entscheidend ist auch, ob der Täter davon ausgeht, dass sein Verhalten die sexuelle Entwicklung des Opfers beeinträchtigt oder nicht.⁹⁴⁸
- 278 Der Täter muss sich der sexuellen Bedeutung des Verhaltens bewusst sein, was zwar keine exakte Kenntnis der rechtlichen, wohl aber der ihr zugrunde gelegten sozialen Bewertung erfordert.⁹⁴⁹ Ist sich der Täter – etwa aufgrund

⁹⁴³ BBl 1985 1067.

⁹⁴⁴ So auch *Brockmann*, Das Rechtsgut des § 176 StGB, 321, der konsequenterweise verlangt, dass von diesem subjektiven Erfordernis Abschied zu nehmen ist.

⁹⁴⁵ Urteil des Bundesgerichts 6B_324/2017 vom 08.03.2018 E. 2.3.2.

⁹⁴⁶ Vgl. zu diesem Kriterium im Zusammenhang mit dem Internet eingehend *Muggli*, Pädokriminalität im Internet, 66 f.

⁹⁴⁷ *Corboz*, *Infractions*, Art. 187 Rn. 8; StGB-Kommentar-Weder, Art. 187 Rn. 30.

⁹⁴⁸ StGB-Kommentar-Weder, Art. 187 Rn. 30.

⁹⁴⁹ *Jenny*, Art. 187 Rn. 22; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 6B_103/2011 vom 06.06.2011 E. 2.2.2, wonach sich die Beschuldigte bewusst gewesen sei, dass ihr Verhalten (Stillen ihres siebenjährigen Jungen unter gleichzeitigem Streicheln des ganzen Körpers einschliesslich der Geschlechtsteile) von der Gesellschaft als sexualbezogen gewertet und nicht akzeptiert würde.

seines jungen Alters⁹⁵⁰ – des sexuellen Charakters seines Tuns nicht bewusst, ist der Vorsatz nicht gegeben.

Ziff. 4 regelt den Fall, dass sich der Täter in einem Tatbestandsirrtum hinsichtlich des Alters des Opfers befindet bzw. ihm in Bezug auf das Alter des Opfers von unter 16 Jahren nicht einmal Eventualvorsatz zur Last gelegt werden kann.⁹⁵¹ Nach der in der Lehre⁹⁵² teilweise als problematisch bezeichneten, da einzig der Vermeidung von Beweisschwierigkeiten dienenden, Regelung in Art. 187 Ziff. 4 macht sich ein irrender Täter strafbar, wenn er den Irrtum bei «pflichtgemässer Vorsicht» hätte vermeiden können. Massgebliche Beurteilungsgrundlagen für die Vermeidbarkeit des Irrtums im Sinne von Art. 187 Ziff. 4 sind primär das äussere Erscheinungsbild des jugendlichen Beteiligten, seine Grösse, die Gesichtszüge und seine körperliche Entwicklung.⁹⁵³ Ebenfalls von Bedeutung sein dürfte zudem der Ort der Begegnung.⁹⁵⁴ Bei der Bemessung der Sorgfaltspflichten ist der Altersunterschied zwischen den Beteiligten zu berücksichtigen, wonach bei grösserem Altersunterschied ein strengerer Massstab gilt als bei nahezu Gleichaltrigen.⁹⁵⁵

Keine Anwendung findet Art. 187 Ziff. 4 bei einem Irrtum über die Altersdifferenz. In solchen Fällen bleibt der Täter mangels Vorsatz straflos. Dies würde die Konstellation betreffen, dass der Täter zwar wusste, dass das Kind sich im Schutzalter befand, hingegen sorgfaltswidrig darauf vertraute, es sei nicht mehr als drei Jahre jünger als er selbst. Die Unterscheidung der beiden Irrtumskonstellationen wird bisweilen als nicht nachvollziehbar⁹⁵⁶ oder als gesetzgeberisches «Versehen»⁹⁵⁷ bezeichnet, andernorts aber richtigerweise als Ausdruck des gesetzgeberischen Gedankens gesehen, wonach die Anforderungen an die pflichtgemässe Vorsicht bei Jugendlichen und Heranwachsenden geringer anzusetzen sind.⁹⁵⁸ Auf jeden Fall sollte die Möglichkeit des Absehens von Strafe gemäss Ziff. 3 – entgegen der «sinnwidrigen Gesetzes-systematik» – auch bei Fällen, die nach Ziff. 4 zu beurteilen sind, gegeben sein.⁹⁵⁹

⁹⁵⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6S.137/2007 vom 07.08.2007, das den Fall eines zum Tatzeitpunkt zehn Jahre alten «Täters» betraf.

⁹⁵¹ StGB-Kommentar-*Weder*, Art. 187 Rn. 26.

⁹⁵² Vgl. insb. *Jenny*, Art. 187 Rn. 29 ff.

⁹⁵³ Urteil des Bundesgerichts 6B_214/2007 vom 13.11.2007 E. 3.3.

⁹⁵⁴ Vgl. *Jenny*, Art. 187 Rn. 29.

⁹⁵⁵ Urteil des Bundesgerichts 6B_214/2007 vom 13.11.2007 E. 3.3.; ebenso *Jenny*, Art. 187 Rn. 30.

⁹⁵⁶ *Muggli*, Pädokriminalität im Internet, 71.

⁹⁵⁷ *Trechsel*, Fragen, 591.

⁹⁵⁸ *Jenny*, Art. 187 Rn. 31.

⁹⁵⁹ *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 7 Rn. 22; *Jenny*, Art. 187 Rn. 32.

§ 2 Sexuelle Handlungen mit Abhängigen

I. Art. 188 im Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung

- 281 Gemäss Gesetzesmarginalie ist Art. 188 wie Art. 187 dem Schutz der ungestörten sexuellen Entwicklung von Jugendlichen verpflichtet. Im Unterschied zu Art. 187 geht die h.L. hier jedoch zutreffend davon aus, dass der Tatbestand in erster Linie das sexuelle Selbstbestimmungsrecht von Jugendlichen schützen soll.⁹⁶⁰ Im Gegensatz zu Art. 187 wird bei Art. 188 anerkannt, dass minderjährige Jugendliche grundsätzlich zur Selbstbestimmung fähig sind. Allerdings wird davon ausgegangen, dass nicht nur bei Kindern unter 16 Jahren, sondern auch bei älteren, aber noch minderjährigen Jugendlichen jedenfalls in bestimmten Abhängigkeitsverhältnissen ein eigenverantwortlicher Umgang mit der eigenen Sexualität durch das strukturell vorgegebene psychosoziale Machtgefälle erheblich erschwert ist.⁹⁶¹ Insbesondere die im Gesetz genannten Beziehungen sind zumeist durch ein hohes Machtungleichgewicht und essentielle Abhängigkeiten geprägt. In solchen Verhältnissen muss häufig nicht einmal ein Nachteil angedroht werden, um beim Jugendlichen die Furcht zu erzeugen, bei Ablehnung von sexuellen Annäherungen künftig benachteiligt zu werden und essentiell wichtige Bezugspersonen zu verlieren.⁹⁶²
- 282 Bei jugendlichen Minderjährigen erscheint das Errichten einer speziellen «Schutzzone» durchaus angezeigt, ist doch davon auszugehen, dass sie aufgrund ihrer noch nicht abgeschlossenen psychischen Entwicklung nicht im selben Ausmass wie Erwachsene in der Lage sind, ihre Wünsche und Bedürfnisse gegenüber älteren und insbesondere gegenüber weisungsbefugten Personen durchzusetzen.⁹⁶³ In Anlehnung an die Formulierungen von Rönnau⁹⁶⁴ und Amelung⁹⁶⁵ könnte man von einer erst «beschränkten» oder besser «fragilen»⁹⁶⁶ Einwilligungsfähigkeit bei diesen Personen sprechen, die es rechtfertigt, sie auch vor Formen der Willensbeeinflussung zu schützen, die nicht die

⁹⁶⁰ Vgl. BSK-Maier, Art. 188 Rn. 1; Jenny, Art. 188 Rn. 1; PK-Trechsel/Bertossa, Art. 188 Rn. 1; Stratenwerth/Jenny/Bommer, § 7 Rn. 27; implizit auch Donatsch, Strafrecht III, 500.

⁹⁶¹ Vgl. zum mit Art. 188 verwandten § 174 D-StGB MK-Renzikowski, § 174 Rn. 1.

⁹⁶² Ähnlich auch Lenz, Jugendschutztatbestände, 272.

⁹⁶³ Vgl. LK-Hörnle, § 174 Rn. 3; ähnlich auch PK-Trechsel/Bertossa, Art. 188 Rn. 1: «Der Tatbestand findet seine Rechtfertigung darin, dass bei einem Abhängigkeitsverhältnis die Bildung und Betätigung eines Abwehrwillens beim Opfer erschwert ist.»

⁹⁶⁴ Rönnau, Willensmängel, 451.

⁹⁶⁵ Amelung, Freiheit und Freiwilligkeit, 202.

⁹⁶⁶ Siehe auch LK-Hörnle, § 182 Rn. 66.

für eine Nötigung (oder gar eine sexuellen Nötigung bzw. Vergewaltigung) erforderliche Intensität erreichen.⁹⁶⁷

Häufig wird bei Art. 188 im Zusammenhang mit dem Merkmal des Ausnützens darauf hingewiesen, dass eine freiverantwortliche Zustimmung dieses Tatbestandsmerkmal bzw. den Tatbestand ausschliesse.⁹⁶⁸ Diese Aussage ist sicherlich korrekt, lädt aber auch zu Missverständnissen ein: Aktives oder zustimmendes Verhalten des Opfers – kurz: eine faktische Einwilligung – ist nicht mit einer wirksamen, gültigen Einwilligung gleichzusetzen.⁹⁶⁹ Art. 188 wie auch Art. 192 und 193 erfassen nicht nur das ablehnende oder gänzlich passive Opfer, sondern ebenso das sogar ausdrücklich zustimmende Opfer.⁹⁷⁰ Entscheidend ist einzig, ob der Jugendliche durch die Abhängigkeit zur Duldung oder Vornahme der sexuellen Handlung bestimmt wurde oder ob er unabhängig davon aus eigenem Antrieb eingewilligt hat.⁹⁷¹ Kurz: Nur bei einer vom Abhängigkeitsverhältnis nicht beeinflussten, wirklich selbstbestimmten Entscheidung des Jugendlichen liegt eine wirksame Einwilligung vor.⁹⁷²

In der deutschen Lehre wird in diesem Zusammenhang teilweise auch vertreten, dass bestimmte Überordnungs- und Betreuungsverhältnisse – also etwa die Eltern-Kind-Beziehung oder das Lehrer-Schüler-Verhältnis – um ihrer *sozialen Funktion* willen von sexuellen Kontakten freizuhalten sind.⁹⁷³ Dieser Gedanke hat durchaus seine Berechtigung, als dass minderjährige Opfer *zusätzlich* dadurch beeinträchtigt sein können, dass der Täter aufgrund der se-

⁹⁶⁷ Vgl. auch BBl 1985 1069, wonach Jugendliche des strafrechtlichen Schutzes vor sexuellem Missbrauch bedürfen, wenn sie in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen, das ihre Entscheidungsfreiheit derart beeinträchtigt, dass sie sich gegen sexuelle Zumutungen nicht genügend wehren können.

⁹⁶⁸ Urteil des Bundesgerichts 6B_858/2010 vom 10.02.2011 E. 6.1.1: «Kein Ausnützen liegt vor, wenn die Beteiligten freiwillig sexuelle Kontakte miteinander unterhalten oder eine Liebesbeziehung eingegangen sind, ohne dass der nicht-abhängige Partner seine Überlegenheit missbraucht hat.»

⁹⁶⁹ Vgl. bereits BGE 99 IV 161 E. 2: «Willigen die unmittelbar Beteiligten in die (...) Handlungen ein, geht der Täter grundsätzlich straflos aus. Um rechtlich beachtlich zu sein, muss aber die Einwilligung fehlerfrei sein.»

⁹⁷⁰ Missverstanden werden kann daher auch die Aussage in BGE 131 IV 114 E. 1: «Art. 193 StGB setzt die Einwilligung der betroffenen Person in die sexuellen Handlungen voraus.» Gemeint ist natürlich nur die faktische Einwilligung.

⁹⁷¹ Vgl. die Ausführungen in BGE 131 IV 114 E. 1 betreffend Art. 193, die auch für Art. 188 Gültigkeit beanspruchen.

⁹⁷² Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_858/2010 vom 10.02.2011 E. 6.1.1.

⁹⁷³ Dies ist nicht zuletzt dem Umstand geschuldet, dass im deutschen Recht bei bestimmten Varianten des «Missbrauchs von Schutzbefohlenen» ein Missbrauch nicht separat geprüft werden muss, vgl. etwa S/S-*Eisele*, § 174 Rn. 1.

xuellen Beziehungen die erzieherische, betreuende oder die durch das Arbeitsverhältnis begründete Funktion nicht mehr adäquat wahrnehmen kann.⁹⁷⁴ Darüber hinaus, wenn also etwa negative Wirkungen auf andere Personen – etwa Bevorzugung des sexuell entgegenkommenden Schülers gegenüber den Mitschülern – in der Umgebung verhindert oder das gesellschaftliche Ansehen einer bestimmten sozialen Rolle geschützt werden soll, kann es sich aber nur um berechtigterweise erwünschte Nebeneffekte der Norm handeln.⁹⁷⁵ Dies wird nicht zuletzt daran deutlich, dass auch innerhalb eines Abhängigkeitsverhältnisses gültig eingewilligt werden kann, Art. 188 also gerade nicht als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet ist.⁹⁷⁶ Aus dem Abhängigkeitsverhältnis unbesehen auf eine Strafbarkeit zu schliessen, würde denn auch das sexuelle Selbstbestimmungsrecht von Jugendlichen zu sehr einschränken.⁹⁷⁷

285 In der Literatur wird die «Daseinsberechtigung» von Art. 188 vor dem Hintergrund der allgemeineren Bestimmung Art. 193 (Ausnützung einer Zwangslage) kritisch hinterfragt, zumal sich die Minderjährigkeit des Opfers bei Art. 188 in der Strafandrohung nicht niederschlägt: Alle Ausnützungstatbestände drohen Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe an.⁹⁷⁸ Dass dieser Tatbestand eine besondere Personengruppe schützen soll, kann aber insoweit berücksichtigt werden, als hier geringere Anforderungen an das Abhängigkeitsverhältnis gestellt werden können.⁹⁷⁹

II. Das Auslegungsverständnis von Art. 188

A. Geschützte Personen

Geschützt sind zunächst Personen beiderlei Geschlechts im Alter von 16 bis 18 Jahren, die vom Täter oder von der Täterin aufgrund eines Erziehungs-, Betreuungs- oder Arbeitsverhältnisses oder auf andere Weise abhängig sind. Erforderlich ist also zunächst ein Abhängigkeitsverhältnis. Das Opfer gilt dann als abhängig im Sinne des Tatbestandes, wenn es aufgrund eines der im

⁹⁷⁴ LK-*Hörnle*, § 174 Rn. 5.

⁹⁷⁵ Vgl. LK-*Hörnle*, § 174 Rn. 5; so bereits auch schon *Hangartner*, Selbstbestimmung, 211.

⁹⁷⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_858/2010 vom 10.02.2011 E. 6.1.1: «Kein Ausnützen liegt vor, wenn die Beteiligten freiwillig sexuelle Kontakte miteinander unterhalten oder eine Liebesbeziehung eingegangen sind, ohne dass der nicht-abhängige Partner seine Überlegenheit missbraucht hat.»

⁹⁷⁷ So bereits BBl 1985 1070.

⁹⁷⁸ Vgl. PK-*Trechsel/Bertossa*, Art. 188 Rn. 1; *Jenny*, Art. 188 Rn. 1. Künftig sollen bei den Ausnützungsdelikten «aus kriminalpolitischen und generalpräventiven Gründen» keine Geldstrafen mehr ausgesprochen werden können, vgl. BBl 2018 2869 f.

⁹⁷⁹ PK-*Trechsel/Bertossa*, Art. 188 Rn. 1; a.A. *Freytag*, AJP, 123.

Gesetz genannten Strukturmerkmale – Erziehungs-, Betreuungs- oder Arbeitsverhältnis – oder aus anderen Gründen nicht ungebunden bzw. frei und damit auf den Täter angewiesen ist.⁹⁸⁰

Ein *Erziehungsverhältnis* liegt vor, wenn der Täter kraft seiner Stellung zum Jugendlichen massgebend auf seinen Sozialisierungsprozess einwirkt.⁹⁸¹ Dies ist insbesondere bei den natürlichen Eltern, den Gross-, Adoptiv- und Pflegeeltern, bei Lehrern und Heimleitern, einem Vormund der Fall.⁹⁸² Ebenso dürfen auch die jeweiligen Konkubinatspartner der Eltern erfasst sein. 286

Ein *Betreuungsverhältnis* liegt vor, wenn dem Erwachsenen eine Aufsicht über den Jugendlichen obliegt⁹⁸³ bzw. der Täter für das Opfer sorgt, ohne dass aber ein Erziehungsverhältnis vorliegt. Gedacht wurde etwa an Personen, die fürsorglerisch (z.B. in der Drogenhilfe) tätig sind, an Betreuer in einem Ferienlager oder auch an den Freund der Familie, dem die Tochter für eine Ferienerreise anvertraut wurde.⁹⁸⁴ 287

Bei jugendlichen *Arbeitnehmern*, vor allem bei Lehrlingen, kommt es neben den rechtlichen Beziehungen hauptsächlich darauf an, wem der oder die Jugendliche tatsächlich unterstellt ist; verlangt wird ein mindestens «faktisches Subordinationsverhältnis».⁹⁸⁵ Der Umstand, dass der Täter in einem Betrieb eine höhere Position als das Opfer bekleidet (der Fall betraf einen Küchenchef und die ihm nicht unterstellte Lernende in der Ausbildung zur Restaurationsfachfrau), genügt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für sich alleine noch nicht, um auf ein Abhängigkeitsverhältnis zu schliessen.⁹⁸⁶ Hierbei lässt sich nicht von der Hand weisen, dass diese Rechtsprechung der Situation von auszubildenden Jugendlichen nicht vollständig gerecht zu werden scheint. Ein jugendlicher Lernender wird sich praktisch immer in einer unterlegenen Situation fühlen, wenn der Täter innerhalb der betrieblichen Hierarchie erheblich höher gestellt ist oder gar eine unantastbare Stellung innehat.⁹⁸⁷ Insofern sollten Befürchtungen eines Lernenden, der ihm in der Hierarchie vorstehende Täter würde im Falle einer Weigerung subtil – wenn auch nicht aufgrund einer offiziellen Beurteilungsbefugnis – Einfluss auf die Situation des Lernenden nehmen, so etwa hinsichtlich Bewertungen oder den weiteren 288

⁹⁸⁰ Urteil des Bundesgerichts 6B_536/2010 vom 07.09.2010 E. 6.2.

⁹⁸¹ PK-Trechsel/Bertossa, Art. 188 Rn. 4.

⁹⁸² PK-Trechsel/Bertossa, Art. 188 Rn. 4.

⁹⁸³ BBl 1985 1070.

⁹⁸⁴ BBl 1985 1069.

⁹⁸⁵ *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 7 Rn. 30; *BSK-Maier*, Art. 188 Rn. 7; *Hangartner*, Selbstbestimmung, 217 ff. Auch das frühere Recht stellte nicht auf das rechtliche Verhältnis, sondern darauf ab, wer die «lehrherrliche Gewalt» faktisch ausübt, vgl. BGE 78 IV 39.

⁹⁸⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_536/2010 vom 07.09.2010 E. 6.3.

⁹⁸⁷ So auch der Einwand der Beschwerdeführerin im konkreten Fall, vgl. a.a.O. E. 6.

Verbleib bei diesem Arbeitgeber, jedenfalls nicht von vornherein als abwegig oder realitätsfremd betrachtet werden. Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich aber jedenfalls entnehmen, dass derartige Querbeziehungen oder Interdependenzen, falls sie rechtsgenügend nachgewiesen werden können, berücksichtigt werden könnten.⁹⁸⁸

- 289 Mit Blick auf die Generalklausel können *weitere Abhängigkeitsverhältnisse* erfasst werden, die sich nicht als Erziehungs-, Betreuungs- oder Arbeitsverhältnis charakterisieren lassen. Laut Bundesgericht und Lehre kann sich eine solche Abhängigkeit etwa aus dem Verhältnis zwischen Psychotherapeut und jungem Patienten ergeben, aber auch innerhalb von Religionsgemeinschaften oder im Sektenmilieu sowie im Verhältnis von Jugendlichen zu eigentlichen «Mentoren» im sportlichen, musikalischen oder kulturellen Bereich, wobei aber nach der Rechtsprechung der bloße private Musikunterricht in der Regel für die Begründung eines solchen Verhältnisses noch nicht genügt.⁹⁸⁹ Ob ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des Art. 188 vorliegt, ist laut Bundesgericht anhand einer umfassenden Würdigung der gesamten konkreten Umstände zu entscheiden.⁹⁹⁰
- 290 Auch Notlagen finanzieller Natur können unter Art. 188 fallen, obwohl das Gesetz im Gegensatz zu Art. 193 diesen Umstand nicht separat auführt,⁹⁹¹ wobei in diesem Zusammenhang auch der neue Art. 196 zu beachten ist. Ebenfalls unter die Generalklausel subsumiert wurde der Fall eines engen Familienfreundes mit einer «göttlichen» Stellung, der als Autoritätsperson in der Familie anerkannt war.⁹⁹² Ein Abhängigkeitsverhältnis bejaht wurde auch in dem Fall, in dem das Opfer dem ihr vorgesetzten Täter («administrateur président») ihre familiären Probleme und ihren Wunsch, zuhause auszuziehen, anvertraute, worauf dieser ihr anbot, ihr gratis eine kleine Wohnung zur Verfügung zu stellen. Das Opfer sei von ihm abhängig gewesen, um bei ihren Eltern ausziehen zu können, was der Täter zu sexuellen Zwecken ausgenutzt habe.⁹⁹³
- 291 Hinsichtlich der Intensität des Abhängigkeitsverhältnisses wird verlangt, dass die Abhängigkeit über die gegenüber Erwachsenen immer bestehende Unterlegenheit eines Jugendlichen hinausgeht und sich der Jugendliche gerade

⁹⁸⁸ Urteil des Bundesgerichts 6B_536/2010 vom 07.09.2010 E. 6.3.

⁹⁸⁹ Vgl. BGE 102 IV 24 E. 1b; *Jenny*, Art. 188 Rn. 6 f.; *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 7 Rn. 30; *BSK-Maier*, Art. 188 Rn. 8; *Corboz*, Infractions, Art. 188 Rn. 13.

⁹⁹⁰ BGE 125 IV 129 E. 2b.

⁹⁹¹ *Donatsch*, Strafrecht III, 501 f.; *Freytag*, AJP, 124; *Jenny*, Art. 188 Rn. 6; *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 7 Rn. 52; a.A. *BSK-Maier*, Art. 188 Rn. 9.

⁹⁹² Urteil des Bundesgerichts 6B_151/2011 vom 20.06.2011 E. 1.4.

⁹⁹³ Urteil des Bundesgerichts 6B_1091/2014 vom 24.11.2015 E. 1.3.2.

deshalb nicht zu widersetzen wagt.⁹⁹⁴ Das Bundesgericht lässt genügen, dass der Jugendliche aufgrund der konkreten Umstände keine andere Möglichkeit gesehen hat, als sich für die Zulassung oder Vornahme der sexuellen Handlung zu entscheiden.⁹⁹⁵

B. Tathandlung

1. Vornahme oder Verleiten zu sexuellen Handlungen

Den Tatbestand erfüllt, wer unter Ausnützung der Abhängigkeit mit der geschützten Person eine sexuelle Handlung vornimmt oder sie zu einer solchen Handlung verleitet. Dies entspricht grundsätzlich den beiden ersten Tatvarianten von Art. 187. Hinsichtlich der dritten Variante von Art. 187 (Einbeziehen in eine sexuelle Handlung) wird bei über 16-Jährigen der allgemeine Schutz der Art. 194 und 198 für ausreichend erachtet.⁹⁹⁶ 292

2. Ausnützung

Sexuelle Beziehungen mit Minderjährigen innerhalb von Abhängigkeitsverhältnissen sind in der Schweiz nicht *per se* verboten. Erforderlich ist neben dem Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses also stets das Ausnützen dieser Abhängigkeit, wobei das Ausnützen ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal darstellt.⁹⁹⁷ Bereits in der Botschaft wurde darauf hingewiesen, dass das Ausnützen in jedem Fall nachgewiesen werden müsse und sich nicht *a priori* aus dem Abhängigkeitsverhältnis ergebe.⁹⁹⁸ 293

Hierbei dürfte aber offensichtlich sein, dass dieses Erfordernis bei sich aus familiären oder damit vergleichbaren Strukturen ergebenden Abhängigkeitsverhältnissen nicht zu streng gehandhabt werden sollte und jedenfalls bei sexuellen Handlungen zwischen jugendlichen Minderjährigen und deren (Adoptiv- bzw. Pflege-)Eltern wenn auch nicht generell unterstellt, so doch zumindest stark vermutet werden sollte.⁹⁹⁹ Ähnliches sollte für das psychothe- 294

⁹⁹⁴ *Jenny*, Art. 188 Rn. 7.

⁹⁹⁵ BGE 125 IV 129 E. 2a.

⁹⁹⁶ *Jenny*, Art. 188 Rn. 9.

⁹⁹⁷ Urteil des Bundesgerichts 6B_858/2010 vom 10.02.2011 E. 6.4.1.

⁹⁹⁸ BBl 1985 1070.

⁹⁹⁹ Vgl. auch *Jenny*, Art. 188 Rn. 10, der die Tatsache, dass die Einschränkung durch das Merkmal «Ausnützen» auch bei sexuellen Beziehungen innerhalb einer Familie zum Tragen komme, als «kaum sehr sinnvolle Konsequenz» bezeichnet. Strenger diesbezüglich die

rapeutische Verhältnis gelten. Das für solche Beziehungen charakteristische Machtgefälle, der mit einer Therapie typischerweise einhergehende Autonomie- und Kontrollverlust und das damit verbundene emotionale Ausgeliefertsein des Opfers¹⁰⁰⁰ können gerade bei Jugendlichen die noch «fragilen» Selbstbestimmungsfähigkeiten derart beeinträchtigen, dass auf das Erfordernis des Ausnützens in solchen Beziehungen gänzlich verzichtet bzw. jeder Sexualkontakt innerhalb eines solchen Verhältnisses gleichzeitig als Ausnützen erachtet werden könnte.¹⁰⁰¹ Jedenfalls aber wäre ein Ausnützen zu bejahen, wenn der Täter die geforderten sexuellen Handlungen als notwendiger Bestandteil der benötigten Therapie darstellt,¹⁰⁰² etwaige Widerstände des Opfers gegen die sexuellen Handlungen mit angeblichen psychischen Problemen des Opfers begründet¹⁰⁰³ oder sonst wie manipulativ eingreift. Der Übergang zum «Unter-psychischen-Druck-Setzen» gemäss Art. 189 und 190 ist – wie noch zu zeigen sein wird – fließend.

295 Erforderlich für ein «Ausnützen» ist nach h.L. und ständiger Rechtsprechung, dass das Opfer dem Ansinnen des Täters innerlich abgeneigt ist, den Sexualkontakt also «eigentlich nicht will», sich aber entgegen dieser inneren Widerstände «unter dem Eindruck der Autorität des anderen fügt».¹⁰⁰⁴ Da das Gesetz aber nicht das Ausnützen einer Autoritätsstellung, sondern vielmehr das Ausnützen eines Abhängigkeitsverhältnisses verlangt, könnten grundsätzlich auch andere Mechanismen als Furcht vor Nachteilen oder Gehorsamsbereitschaft berücksichtigt werden. Auch das Bedürfnis nach nichtsexueller menschlicher Wärme, Nähe und Zuneigung eines Jugendlichen kann insbesondere von Personen mit einer elternähnlichen Rolle für sexuelle Zwecke ausgenutzt werden.¹⁰⁰⁵ Ein Ausnützen wäre lediglich dann zu verneinen, wenn

deutsche Regelung in § 174 D-StGB, die Jugendliche im Verhältnis zu ihren Eltern bis zum 18. Lebensjahr unabhängig von einem eigentlichen Missbrauch schützt.

¹⁰⁰⁰ Vgl. *Tschan*, Missbrauchtes Vertrauen, 114 f.

¹⁰⁰¹ In eine ähnliche Richtung tendiert wohl auch *Hangartner*, Selbstbestimmung, 233 ff., der vorschlägt, für genau definierte Beziehungen wie etwa das psychotherapeutische Vertrauensverhältnis auf Individualgerechtigkeit zu verzichten und den Tatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt auszugestalten. Vgl. auch für das deutsche Recht LK-*Hörnle*, § 174c Rn. 40: «Im Kontext einer psychotherapeutischen Behandlung bedeutet jeder Sexualkontakt einen Missbrauch des Behandlungsverhältnisses.»

¹⁰⁰² *Donatsch*, Strafrecht III, 502 f.

¹⁰⁰³ Vgl. den Sachverhalt bei BGE 124 IV 13 E. 2b, der allerdings ein erwachsenes Opfer und deshalb Art. 193 betrifft.

¹⁰⁰⁴ Vgl. etwa *Jenny*, Art. 188 Rn. 11; StGB-Kommentar-*Weder*, Art. 188 Rn. 10; PK-*Trechsel/Bertossa*, Art. 188 Rn. 9; ebenso Urteil des Bundesgerichts 6S.219/2004 vom 01.09.2004 E. 5.1.2.

¹⁰⁰⁵ So LK-*Hörnle*, § 174 Rn. 33, und MK-*Renzikowski*, § 174 Rn. 34, für das deutsche Recht; ähnlich auch Urteil des Bundesgerichts 6B_151/2011 vom 20.06.2011 E. 1.4, wonach der Beschuldigte «seine Stellung innerhalb der Familie und gegenüber dem Beschwerdegegner

die sozialen Rollen von Täter und Opfer – also beispielsweise Lehrer und Schüler – den Sexualkontakt *überhaupt* nicht beeinflusst haben.¹⁰⁰⁶

Unproblematisch ist ein Ausnützen zu bejahen, wenn das Opfer seine Ablehnung 296 äusserte und der Täter diesen «Widerstand» mittels offener oder konkludenter Drohungen überwinden musste, sofern dadurch nicht bereits der Anwendungsbereich von Art. 189 f. eröffnet wird.¹⁰⁰⁷ Eine versteckte Machtausübung kann aber auch bereits darin erblickt werden, dass der Täter Einwände des Opfers gegen sexuelle Handlungen schlicht ignoriert.¹⁰⁰⁸ Im Weiteren kann auch ohne «drohungsähnliche» Einwirkung ein Ausnützen bejaht werden, wenn die abhängige Person aufgrund ihrer unterlegenen Stellung ernstliche Nachteile befürchtet und sich deswegen bereits nicht zu widersetzen wagt.¹⁰⁰⁹ Der befürchtete Nachteil muss nach dem oben Gesagten nicht in einer Furcht vor einer eigentlichen Bestrafung liegen. So kann etwa in Bezug auf das zu (Adoptiv- oder Pflege-)Eltern bestehende Abhängigkeits- und Vertrauensverhältnis aufgrund dessen existenzieller Bedeutung für den Jugendlichen davon ausgegangen werden, dass je nach Umständen bereits der im Falle einer Verweigerung sexueller Handlungen drohende Verlust von Geborgenheit und Nähe als ernstlicher Nachteil zu werten wäre.¹⁰¹⁰

Auch im Versprechen von Vorteilen kann ein Abhängigkeitsverhältnis betont 297 und ausgespielt werden,¹⁰¹¹ vor allem dann, wenn darin in den Augen des Opfers gleichzeitig eine Drohung mit einem Nachteil für den Fall einer Weigerung gegen das sexuelle Ansinnen mitschwingt.¹⁰¹² So kann etwa das «In-Aussicht-Stellen» einer milden Prüfung oder einer Beförderung den Eindruck

sowie dessen freundschaftlichen Gefühle und Zuneigung zur Vornahme der sexuellen Handlungen ausgenützt» habe. Zu eng hingegen die Definition des Ausnützens im Urteil des Bundesgerichts 6S.219/2004 vom 01.09.2004 E. 5.1.2 f., wo hauptsächlich auf angeandrohte oder befürchtete Nachteile abgestellt wird.

¹⁰⁰⁶ Vgl. für das deutsche Recht ebenso MK-Renzikowski, § 174 Rn. 35.

¹⁰⁰⁷ Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 6B_858/2010 vom 10.02.2011 E. 6.4.1, wo der Täter seiner Adoptivtochter u.a. versprach, ihre Zwillingsschwester nicht mehr zu schlagen, was durchaus auch als Drohung gesehen werden könnte, diese im Falle einer Weigerung weiterhin zu schlagen und damit prinzipiell bereits den Anwendungsbereich von Art. 189 f. eröffnet hätte.

¹⁰⁰⁸ Vgl. LK-Hörnle, § 174 Rn. 31.

¹⁰⁰⁹ Jenny, Art. 188 Rn. 11; Donatsch, Strafrecht III, 502; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 6S.219/2004 vom 01.09.2004 E. 5.1.2.

¹⁰¹⁰ Vgl. auch die im Urteil des Bundesgerichts 6B_858/2010 vom 10.02.2011 in E. 6.2.1 und 6.2.2 wiedergegebenen Erwägungen der Vorinstanz.

¹⁰¹¹ LK-Hörnle, § 174 Rn. 32.

¹⁰¹² Ähnlich wie hier Jenny, Art. 188 Rn. 11, differenzierend Hangartner, Selbstbestimmung, 231.

erwecken, bei Ablehnung der verlangten sexuellen Handlungen eine besonders schwierige Prüfung zu erhalten oder degradiert zu werden.¹⁰¹³

- 298 Nicht erforderlich ist, dass der Jugendliche die Ausnützung der Abhängigkeit in jedem Fall erkennt. Denn gerade jene Minderjährigen, die aufgrund ihrer Unreife, ihrer Persönlichkeitsstruktur und kognitiver Unterlegenheit nicht einmal erkennen, dass der Täter ihre Abhängigkeit missbraucht, sind besonders schutzbedürftig.¹⁰¹⁴

C. Subjektiver Tatbestand

- 299 Subjektiv ist Vorsatz bezüglich der Handlung, des Abhängigkeitsverhältnisses und des Ausnützens erforderlich, wobei Eventualvorsatz genügt. Es genügt, wenn der Täter mit der Möglichkeit rechnete, dass das Abhängigkeitsverhältnis als Triebfeder¹⁰¹⁵ für die sexuelle Gefügigkeit des Opfers spielt und er dies in Kauf nahm.¹⁰¹⁶ Der Vorsatz muss sich darüber hinaus auch auf das jugendliche Alter des Täters beziehen. Bei einem Irrtum über das Alter scheidet zwar Art. 188 aus, nicht aber der gegebenenfalls auch erfüllte Art. 193.

D. Weitere Fragen

- 300 Nach Art. 188 Ziff. 2 (und ebenso bei Art. 192 und 193) besteht aktuell noch die Möglichkeit, bei späterer Heirat bzw. Eintragung der Partnerschaft von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung abzusehen. Gemäss Harmonisierungsentwurf ist ersatzlose Streichung von Ziff. 2 sowohl bei Art. 188 als auch bei den Art. 192 f. vorgesehen.¹⁰¹⁷ Von Art. 188 erfasste sexuelle Übergriffe sollten nicht «durch die Möglichkeit der

¹⁰¹³ Vgl. *Jenny*, Art. 188 Rn. 11; so auch bereits *McGregor*, *Is it Rape?*, 175 f.

¹⁰¹⁴ So auch *LK-Hörnle*, § 174 Rn. 35. Dies anerkennt auch das Bundesgericht, vgl. dazu das Urteil 6B_858/2010 vom 10.02.2011 E. 6.4.2, wonach das Opfer, das nach eigenen Aussagen ihren Adoptivvater gern habe und am liebsten mit ihm allein leben möchte, aufgrund des im Kindesalter begonnenen jahrelangen sexuellen Missbrauchs nicht mehr in der Lage gewesen sei, zwischen Vaterliebe und einer «richtigen» Liebesbeziehung zu unterscheiden.

¹⁰¹⁵ So *Hangartner*, *Selbstbestimmung*, 236.

¹⁰¹⁶ Urteile des Bundesgerichts 6B_858/2010 vom 10.02.2011 E.6.1.2; 6S.219/2004 vom 01.09.2004 E. 5.1.2; a.A. wohl *Donatsch*, *Strafrecht III*, 503, der ein «Bewusstsein» des Täters verlangt. Weshalb dies so sein sollte, wird allerdings nicht erläutert.

¹⁰¹⁷ Vgl. Art. 188 Ziff. 2 E-StGB des Harmonisierungsentwurfs BBl 2018 2966 f.

Strafbefreiung bei einer nachträglichen Eheschliessung bzw. Eintragung der Partnerschaft verharmlost und legitimiert werden können».¹⁰¹⁸

Hinsichtlich der Konkurrenzen ist insbesondere das Verhältnis zum neuen Art. 196 unklar. Während für das Verhältnis von Art. 187 und 196 echte Konkurrenz gelten soll,¹⁰¹⁹ äussert sich die Botschaft zu Art. 188 nicht. Ohne die Frage letztlich zu entscheiden, geht Heinzl davon aus, dass Fälle, bei denen gleichzeitig Art. 188 und Art. 196 erfüllt sind, ohnehin nur schwer vorstellbar seien.¹⁰²⁰ Dem ist nicht zuzustimmen. So nahm das Bundesgericht in einem Entscheid eine Abhängigkeit im Sinne von Art. 188 Ziff. 1 an, als der Täter sich die Drogensucht einer 17-jährigen Frau und in zwei Fällen deren Flucht aus dem Erziehungsheim zunutze machte und sie dazu verleitete, bei ihm zu wohnen. Er hielt sie praktisch gefangen, versorgte sie mit Drogen und dem sonst noch zum Leben Notwendigen und hielt sie dafür an, ihn regelmässig sexuell zu befriedigen. Dies tat sie ausdrücklich nur als Gegenleistung für die Finanzierung von Drogen und Lebensunterhalt.¹⁰²¹ Die Botschaft zu Art. 196 erwähnt nun explizit, dass die für Art. 196 erforderliche Gegenleistung in jedem wirtschaftlich messbaren Vorteil, wie namentlich Drogen, Unterkunft oder Essen, bestehen könne.¹⁰²² Es sind also durchaus Fälle denkbar, in denen sowohl Art. 188 als auch Art. 196 erfüllt sind. Beide Tatbestände schützen indes grundsätzlich dasselbe Rechtsgut, was gegen die Annahme von Idealkonkurrenz spricht.¹⁰²³ Angesichts der Tatsache, dass Art. 188 das Ausnutzen eines Abhängigkeitsverhältnisses erfordert und damit als die speziellere Norm erscheint, dürfte Art. 188 vorgehen.

¹⁰¹⁸ Erläuternder Bericht zur Harmonisierungsvorlage, 24. Ähnlich auch BBl 2018 2872.

¹⁰¹⁹ BBl 2012 7615.

¹⁰²⁰ Heinzl, Prostitution, 239.

¹⁰²¹ Vgl. *Wiprächtiger*, ZStrR 125, 130 mit Fn. 28, unter Hinweis auf den Entscheid des Kassationshofs vom 16. November 1994.

¹⁰²² BBl 2012 7614.

¹⁰²³ A.A. StGB-Kommentar-*Weder*, Art. 196 Rn. 12.

§ 3 Sexuelle Nötigung und Vergewaltigung

- 302 Da sich die Art. 189 und 190 im Prinzip nur durch den Kreis potentieller Opfer und der Art der sexuellen Handlung, zu der das Opfer genötigt wird, unterscheiden, werden die beiden Tatbestände auch nur in diesen Bereichen separat dargestellt, während im Weiteren auf eine gesonderte Darstellung der beiden Tatbestände verzichtet wird.¹⁰²⁴

I. Art. 189 f. im Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung

- 303 Die Art. 189 und 190 sollen nach ganz einhelliger Auffassung das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung schützen, präziser das Recht des Einzelnen, nicht *gegen* den eigenen Willen sexuelle Körperkontakte mit anderen dulden oder sexuelle Handlungen vornehmen zu müssen.¹⁰²⁵ Jedem Menschen soll die Möglichkeit offenstehen, sich nach eigenen Präferenzen für oder gegen einen Sexualkontakt zu entscheiden.¹⁰²⁶
- 304 Bei genauerer Betrachtung erfassen die Art. 189 f. zweierlei Konstellationen, wobei hier wiederum die Unterscheidung zwischen faktischer Einwilligung und gültiger Einwilligung in Erinnerung gerufen werden muss.¹⁰²⁷

Zunächst erfassen die Art. 189 f. die Fälle, die als *Handeln gegen den Willen* im engeren Sinne bezeichnet werden können, d.h. jene Fälle, in denen das Opfer keine Zustimmung erteilt bzw. den Sexualkontakt ablehnt und folglich nicht einmal eine faktische Einwilligung vorliegt. Das Übergehen des Opferwillens ist allerdings – obwohl *jeder* nicht von einer Zustimmung getragene Sexualkontakt das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung erheblich verletzt – nicht stets nach den Art. 189 f. strafbar.¹⁰²⁸ Dies liegt daran, dass die Art. 189 f. als Nötigungsdelikte ausgestaltet sind und nicht als Delikte wider den Willen des Opfers.¹⁰²⁹ Sie werden nach h.L. und Rechtsprechung dahingehend verstanden, dass das Übergehen des entgegenstehenden Opferwillens

¹⁰²⁴ Auch nach Art. 189 f. E-StGB sollen sich die Tatbestände nur durch die Art der sexuellen Handlung, zu der genötigt wird, unterscheiden, vgl. BBl 2018 2967.

¹⁰²⁵ Statt vieler BSK-*Maier*, Art. 189 Rn. 1, mit Hinweis auf *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, 86.

¹⁰²⁶ Vgl. *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, 87.

¹⁰²⁷ Vgl. dazu vorne Rz. 56 ff.

¹⁰²⁸ Vgl. auch *Pieth*, Strafrecht BT, 77; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 6B_912/2009 vom 22.02.2010 E. 2.1.4.

¹⁰²⁹ Vgl. dazu etwa den neuen § 177 D-StGB, der das Handeln gegen den «erkennbaren Willen» des Opfers ausreichen lässt.

für sich genommen nicht ausreicht, vielmehr ist darüber hinaus der Einsatz eines bestimmten Tatmittels, d.h. eine über die Vornahme der ungewollten sexuellen Handlung hinausgehende Nötigungshandlung, erforderlich. Wie noch zu zeigen sein wird, ist diese Auslegung nicht zuletzt mit Blick auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen in diesem Bereich problematisch.

Die Art. 189 und 190 erfassen zudem auch jene Konstellationen, in denen zwar eine faktische Einwilligung vorliegt, diese aber lediglich aufgrund eines der im Gesetz genannten Nötigungsmittel erteilt wurde und deshalb keine *gültige* Einwilligung darstellt. Als Beispiel könnte etwa der dem Urteil 6B_278/2011 zugrundeliegende Sachverhalt genannt werden. Das Opfer sagte gegenüber dem drängenden Täter «de mach haut» und bat ihn, wenigstens ein Kondom zu benutzen.¹⁰³⁰ Diese Äusserungen könnten für sich allein betrachtet durchaus als faktische Zustimmung gewertet werden. Allerdings ist eine faktische Einwilligung nur eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung für eine wirksame Einwilligung. Über eine faktische Einwilligung hinaus wird auch verlangt, dass diese unter Umständen zustande kommt, die sich mit einer selbstbestimmten Entscheidung vereinbaren lassen. Dies war im vorliegenden Fall nicht gegeben. Da die faktische Einwilligung lediglich aus Angst vor einer erneuten Eskalation und unter dem Eindruck vorangegangener Grenzüberschreitungen erteilt wurde, wertete das Bundesgericht sie nicht als tatbestandsausschliessende *gültige* Einwilligung und gestand dem Täter auch keinen entsprechenden Tatbestandsirrtum zu.¹⁰³¹ Insofern statuieren die Art. 189 und 190 auch Faktoren, welche das Zustandekommen einer *gültigen* Einwilligung ausschliessen. Im Vergleich zu den Ausnützungstatbeständen erfassen die Art. 189 und 190 die intensiveren Einflussnahmen, was durch die entsprechend höheren Strafandrohungen widergespiegelt wird.

II. Das Auslegungsverständnis der Art. 189 f.

A. Die abgenötigte Handlung

1. Art. 190 – Duldung des Beischlafs

Art. 190 erfasst einzig die Nötigung zur «Duldung des Beischlafs». Beischlaf wird verstanden als die «Vereinigung des männlichen und weiblichen Geschlechtsteils», wobei das Einführen des männlichen Gliedes in den so genannten Scheidenvorhof ausreicht.¹⁰³² Opfer kann hier naturgemäss nur eine

¹⁰³⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_278/2011 vom 16.06.2011 E. 3.3.2.

¹⁰³¹ A.a.O. E. 3.3.3.

¹⁰³² Maier, Nötigungsdelikte, 287.

weibliche Person sein. Auch wenn das Gesetz von der «Duldung» des Beischlafs spricht, kann nicht vorausgesetzt werden, dass sich das Opfer vollkommen passiv verhalten muss. Wenn der Täter das Opfer zwingt, eine Position einzunehmen, die zumindest eine gewisse Mitwirkung des Opfers erfordert, ist der Tatbestand gleichwohl erfüllt.

2. *Art. 189 – Duldung einer beischlafähnlichen oder anderen sexuellen Handlung*

a) **Allgemeines**

307 Die Rechtsprechung zum Begriff der beischlafähnlichen Handlung wurde im Rahmen des früheren Rechts entwickelt, und zwar in Bezug auf Art. 191 aStGB («Wer ein Kind unter sechzehn Jahren zum Beischlaf oder zu einer ähnlichen Handlung missbraucht, ...»). Seit jeher befand das Bundesgericht, dass der so genannte Schenkelverkehr als beischlafähnliche Handlung und nicht als milder zu bestrafende «andere unzüchtige Handlung» i.S.v. Art. 191 Ziff. 2 aStGB zu qualifizieren ist.¹⁰³³ Eine Beschränkung der beischlafähnlichen Handlungen auf Anal- oder Oralverkehr lehnte das Bundesgericht in späteren Entscheiden ausdrücklich ab.

308 Die spezielle Erwähnung der beischlafähnlichen Handlungen im aktuellen Art. 189 wäre eigentlich nicht notwendig gewesen, zumal diese vom in anderen Tatbeständen einzig verwendeten Begriff der sexuellen Handlung selbstverständlich mit umfasst wären.¹⁰³⁴ Durch die separate Erwähnung sollte nach dem Willen der nationalrätlichen Kommission allerdings zum Ausdruck gebracht werden, dass die Intensität der sexuellen Handlungen bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sei.¹⁰³⁵ Denn anders als Art. 190 kennt Art. 189 keine Mindeststrafe, was aber bloss darin begründet ist, dass der Tatbestand eben auch weniger intensive sexuelle Handlungen als beischlafähnliche Handlungen erfasst. Der Auffassung der Literatur,¹⁰³⁶ dass folglich bei Nötigung zur Duldung oder Vornahme einer beischlafähnlichen Handlung die Strafe grundsätzlich nicht niedriger sein sollte als bei der Vergewaltigung, dass mithin bei der Nötigung zu einer beischlafähnlichen Handlung die Mindeststrafe grundsätzlich ein Jahr Freiheitsstrafe betragen sollte, schloss sich

¹⁰³³ Vgl. das in BGE 71 IV 191 in E. 3 zitierte Urteil vom 14.07.1944 i.S. Peter.

¹⁰³⁴ So auch *Maier*, Nötigungsdelikte, 289; *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 8 Rn. 29.

¹⁰³⁵ Vgl. *Hangartner*, Selbstbestimmung, 61 f. mit entsprechenden Nachweisen.

¹⁰³⁶ *PK-Trechsel/Bertossa*, Art. 189 Rn. 9, 13; *BSK-Maier*, Art. 189 Rn. 32; *Hangartner*, Selbstbestimmung, 62.

das Bundesgericht in seinem Leitentscheid BGE 132 IV 120 ausdrücklich an.¹⁰³⁷

Die aktuellen Revisionsbestrebungen gehen dahin, dass neu zwischen beischlafähnlichen Handlungen (Art. 190 E-StGB) und anderen sexuellen Handlungen (Art. 189 E-StGB) unterschieden werden soll, wobei unterschiedliche Strafrahmen vorgesehen sind. Dies dürfte der Frage der genauen Definition von «beischlafähnlichen Handlungen» künftig noch mehr Brisanz verleihen, zumal beim neuen Art. 190 E-StGB eine Mindeststrafe von zwei Jahren vorgesehen ist.¹⁰³⁸

b) Nötigung zur *Vornahme* einer sexuellen Handlung

Der Tatbestand erwähnt aktuell nur die «Duldung» einer sexuellen Handlung, so dass nach wortgetreuer Auslegung der Zwang zur *Vornahme* einer sexuellen Handlung, etwa zur Vornahme des Oralverkehrs am Täter, nicht erfasst wäre. Lehre und Rechtsprechung gehen aber einhellig davon aus, dass diese Lücke vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt war, sondern offensichtlich ein gesetzgeberisches Versehen darstellte.¹⁰³⁹ Art. 189 wird deshalb über die Grenzen des Wortlauts dahingehend ausgelegt, dass auch der Zwang zur Vornahme einer sexuellen Handlung erfasst wird. Vor dem Hintergrund des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung rechtfertigt sich eine solche Auslegung nicht nur,¹⁰⁴⁰ die gegenteilige Auffassung wäre vielmehr widersinnig und schlicht nicht vertretbar. Der Entwurf des Bundesrates zur Harmonisierung der Strafrahmen sieht denn auch vor, das gesetzgeberische Versehen zu berichtigen, so dass künftig auch der Wortlaut sowohl die Nötigung zur Vornahme als auch zur Duldung erfasst.¹⁰⁴¹

c) Nötigung einer männlichen Person zum Beischlaf

Nicht wenige Stimmen in der Literatur vertreten die Ansicht, dass die heterosexuelle Vergewaltigung eines Mannes durch eine Frau weder unter Art. 189 noch unter Art. 190 subsumiert werden könne,¹⁰⁴² da Art. 190 nur weibliche Opfer erfasse und Art. 189 nur den Zwang zur Duldung einer beischlafähn-

¹⁰³⁷ Rechtsprechung bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 6B_78/2017 vom 06.09.2017 E. 2.

¹⁰³⁸ Zur Würdigung des Reformvorhabens vgl. unten Rz. 664 ff.

¹⁰³⁹ Statt vieler *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 8 Rn. 30.

¹⁰⁴⁰ So *Donatsch*, Strafrecht III, 506.

¹⁰⁴¹ BBl 2018 2873 f.

¹⁰⁴² Vgl. *Niggli/Maeder*, Erregende Dinge, 1175 mit Fn. 46; *Trechsel*, Fragen, 594; *Han-gartner*, Selbstbestimmung, 159; *Nicod-Paschoud*, Le viol, 76.

lichen oder *anderen* sexuellen Handlung, zu denen der Beischlaf nicht gehöre.¹⁰⁴³ Dem ist selbstverständlich nicht zuzustimmen. Der Begriff «sexuelle Handlung» umfasst grundsätzlich alle sexuellen Handlungen, einschliesslich des Beischlafs und der beischlafähnlichen Handlungen, was u.a. daran deutlich wird, dass einige Tatbestände – so etwa die Art. 187, 188, 192 und 193 – ausschliesslich diesen Begriff verwenden und damit den Beischlaf selbstverständlich mitmeinen.¹⁰⁴⁴ Grundsätzlich wäre also auch der erzwungene Beischlaf an einem weiblichen Opfer von Art. 189 erfasst, allerdings geht in diesen Fällen Art. 190 als *lex specialis* vor. Sofern Art. 190 mangels der erforderlichen Opfereigenschaft nicht greifen kann, bleibt aber selbstredend Art. 189 anwendbar. Künftig sollen die Tatbestände geschlechterneutral gefasst werden, so dass sich diese Problematik nicht mehr stellen sollte.¹⁰⁴⁵

B. Tathandlung der Art. 189 f. – Auslegung nach Lehre und Rechtsprechung

1. Handeln gegen den Willen

- 312 Erforderlich ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zunächst, dass der Sexualkontakt gegen den Willen des Opfers stattfindet.¹⁰⁴⁶ Bereits die Semantik des Begriffs «nötigen» setzt ein Handeln gegen den (zumindest potentiellen) Willen des Genötigten voraus.¹⁰⁴⁷ Einen solchen entgegenstehenden Willen können auch Urteilsunfähige bzw. Einwilligungsunfähige bilden, erforderlich ist lediglich, dass das Opfer das Verhalten des Täters als etwas ihm Unerwünschtes beurteilen kann.¹⁰⁴⁸ Falsch wäre es hingegen, vorauszusetzen, dass es die sexuellen Handlungen versteht oder in Bezug auf sexuelle Handlungen gar urteilsfähig ist.¹⁰⁴⁹ Zur Erfüllung der beiden Tatbestände reicht ein

¹⁰⁴³ So ausdrücklich *Hangartner*, Selbstbestimmung, 159; *Trechsel*, Fragen, 594; *Maier*, Nötigungsdelikte, 348.

¹⁰⁴⁴ So nun auch PK-*Trechsel/Bertossa*, Art. 189 Rn. 9; vgl. auch bereits *Jenny*, Art. 189 Rn. 35.

¹⁰⁴⁵ Vgl. BBl 2018 2872 ff.

¹⁰⁴⁶ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_1149/2014 vom 16.07.2015 E. 5.7.2: «[Die Vorinstanz] hätte in einem ersten Schritt (...) prüfen müssen, ob die sexuellen Handlungen gegen den Willen [des Opfers] erfolgten und alsdann, ob diese[s] dazu genötigt wurde.»

¹⁰⁴⁷ *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung, 100 f.

¹⁰⁴⁸ Vgl. auch LK-*Hörnle*, § 177 Rn. 19.

¹⁰⁴⁹ So aber *Muggli*, Pädokriminalität im Internet, 98 ff., wenn sie die Urteilsfähigkeit des Kindes im Hinblick auf sexuelle Handlungen als Voraussetzung dafür sieht, dass sich das Kind einen Willen bezüglich der sexuellen Handlungen bilden und der Täter sich i.S.v. Art. 189 und 190 diesem gebildeten Willen des Opfers widersetzen kann. Insofern geht

fehlendes Einverständnis bzw. ein Handeln gegen den Willen jedoch nicht aus, wie das Bundesgericht in mehreren Entscheiden ausdrücklich festhielt:

«Der blosser Vollzug des Geschlechtsverkehrs gegen den vorgängig geäusserten Willen [des Opfers] bzw. eine nur geringfügige Kraftaufwendung genügt aufgrund des unbeeinträchtigten physischen und psychischen Zustands [des Opfers] demzufolge nicht für den Tatbestand der Vergewaltigung.»¹⁰⁵⁰

313

«Zur Erfüllung der beschriebenen Tatbestände [Art. 189 und 190 StGB] reicht ein fehlendes Einverständnis (...) nicht aus. So könnte sich [das Opfer] (...) dem Willen des Beschwerdeführers und der anderen Teilnehmer (wenn auch vielleicht widerwillig) gefügt haben.»¹⁰⁵¹

Neben der Feststellung des fehlenden Einverständnisses muss nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung also in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob das Opfer zu den sexuellen Handlungen i.S.v. Art. 189 und 190 *genötigt* wurde. Wurde das Opfer nicht genötigt, so scheidet eine Strafbarkeit nach Art. 189 und 190 gemäss Lehre und Rechtsprechung aus.¹⁰⁵² Das Bundesgericht umschreibt diese Konstellation wie gesehen dahingehend, dass sich das Opfer dem Täter, wenn auch vielleicht widerwillig, «fügt». Diese Terminologie erscheint etwas verwirrend. So ist darauf hinzuweisen, dass das vom Bundesgericht genannte «sich fügen» – wohl gemeint im Sinne von «keinen Widerstand leisten» – nicht mit einer wirksamen Einwilligung zu verwechseln ist, so dass allenfalls eine Strafbarkeit nach einem anderen Tatbestand möglich bleibt.

314

2. Nötigungshandlung: Einsatz eines Tatmittels

Lehre und Rechtsprechung interpretieren die Art. 189 f. dahingehend, dass «nötigen» die *Überwindung* oder *Beugung* des entgegenstehenden Willens durch die Ausübung von Zwang durch ein bestimmtes Tatmittel bedeutet.¹⁰⁵³ Die begriffliche Fassung des Tatbestandes spreche dafür, dass von einer logischen Differenz zwischen der Nötigung und dem Vollzug der sexuellen

315

auch ihre Kritik am bundesgerichtlichen Entscheid fehl, in dem bei einem sechsjährigen Jungen eine sexuelle Nötigung statt Schändung angenommen wurde.

¹⁰⁵⁰ Urteil des Bundesgerichts 6B_912/2009 vom 22.02.2010 E. 2.1.4.

¹⁰⁵¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_1078/2009 vom 13.12.2010 E. 3.4.4.

¹⁰⁵² Vgl. auch *Pieth*, Strafrecht BT, 77.

¹⁰⁵³ Vgl. *Hangartner*, Selbstbestimmung, 78: «Nötigung bedeutet Überwindung des – tatsächlich oder vermutlich – entgegenstehenden Willens.»

Handlung auszugehen sei, wonach die sexuelle Handlung *aufgrund* der Nötigung geduldet werden müsse.¹⁰⁵⁴ Dies bedeutet, dass das «Nötigen» als aktives und über die Vornahme der ungewollten sexuellen Handlung hinausgehendes Täterverhalten verstanden wird. Es wird mit anderen Worten vorausgesetzt, dass zu einer Nötigung der Einsatz eines der im Gesetz genannten Nötigungsmittel erforderlich ist.¹⁰⁵⁵ So hielt das Bundesgericht in einem Entscheid explizit fest, dass die Nötigung das «zentrale Element» der Art. 189 f. sei und namentlich darin bestehe, dass der Täter das Opfer bedroht, Gewalt anwendet, es unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht.¹⁰⁵⁶ Dabei wird grundsätzlich anerkannt, dass nach dem Wortlaut des Gesetzes («namentlich») weitere Tatmittel denkbar wären, mit denen das Opfer in eine Zwangslage versetzt werden könnte, solche weiteren Tatmittel seien aber «kaum denkbar».¹⁰⁵⁷

3. *Konkretisierung der Nötigungsintensität*

- 316 Die Frage, wie die einzelnen Tatmittel zu interpretieren sind und auch welche Zwangsintensität zu fordern sei, wurde insbesondere in Bezug auf das neue Nötigungsmittel des psychischen Drucks sowie das Tatmittel der Bedrohung strittig diskutiert. Eindeutig klargestellt wurde mit der beispielhaften Erwähnung des letzten Nötigungsmittels «zum Widerstand unfähig machen» immerhin, dass die erstgenannten Verhaltensweisen auch ausreichen sollen, wenn sie nicht zur vollständigen Widerstandsunfähigkeit führen.¹⁰⁵⁸

a) **Das restriktive Verständnis der älteren Lehre**

- 317 Ein gewichtiger Teil der (älteren) Lehre stellt sich unter Bezugnahme auf die gegenüber Art. 181 «eklatant» höhere Strafdrohung der Art. 189 f., die Mindeststrafe bei Art. 190 sowie die systematische Stellung der Art. 189 f. zu den Ausnützungsdelikten mit einiger Vehemenz auf den Standpunkt, dass ein Grad an Zwangsintensität zu fordern sei, der über das für die gewöhnliche

¹⁰⁵⁴ BGE 133 IV 49 E. 6.2.

¹⁰⁵⁵ Vgl. BGE 131 IV 167 E. 3 implizit: «Die Tatbestände erfassen alle erheblichen Nötigungsmittel, auch solche ohne unmittelbaren Bezug zu physischer Gewalt.»

¹⁰⁵⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_1078/2009 vom 13.12.2010 E. 3.4.4.

¹⁰⁵⁷ *Omlin*, *Intersubjektiver Zwang*, 150; *Maier*, *Nötigungsdelikte*, 325.

¹⁰⁵⁸ BGE 122 IV 97 E. 2b; in diesem Sinne auch schon BBl 1985 1071.

Nötigung notwendige Mass hinausgehe.¹⁰⁵⁹ Sich bewusst¹⁰⁶⁰ über den Gesetzeswortlaut und die Intentionen des Gesetzgebers hinwegsetzend, forderten diese Stimmen teilweise dazu auf, die Tatbestandsmerkmale der Art. 189 f. äusserst eng auszulegen und damit gleichzeitig eine hohe Zwangsintensität zu verlangen.¹⁰⁶¹

Unter Berufung auf das «traditionelle» Verständnis davon, was eine Vergewaltigung ausmache – nämlich das Erzwingen von Sex mittels Ausübung oder Androhung von Gewalttätigkeiten –, wurde den unter einem neuen Paradigma geschaffenen Art. 189 f. nach wie vor unterstellt, deren spezifisches Unrecht sei das eines Gewalt- oder Aggressionsdelikts. Von diesem festen Kern solle sich die Auslegung nicht zu weit entfernen.¹⁰⁶² Entsprechend wurde und wird von diesem Teil der Lehre gefordert, entgegen der expliziten gesetzgeberischen Intention¹⁰⁶³ als Bedrohung nur die Drohung mit physischer Gewalt anzuerkennen und beim psychischen Druck zu fordern, dass das Nachgeben des Opfers die einzig zumutbare Alternative ist, was eigentlich nur bei der Bedrohung von dem Opfer nahestehenden Personen gegeben sei sowie dann, wenn aus der Situation heraus Gewalttätigkeiten gegen das Opfer selbst erwartet werden müssen.¹⁰⁶⁴ Jedenfalls dürfe das Tatbestandsmerkmal «psychischer Druck» aber nicht dahingehend missbraucht werden, um das Androhen leichterer Nachteile, die nicht als Bedrohung qualifiziert werden, trotzdem tatbestandsgenügend zu lassen.¹⁰⁶⁵

b) Exkurs: Der «traditionelle» Vergewaltigungsbegriff

Die Vertreter des engen Auslegungsverständnisses der Art. 189 verweisen wie gezeigt jeweils darauf, dass insbesondere die Vergewaltigung «schon immer» ein Gewaltdelikt gewesen sei, «gekennzeichnet dadurch, dass das

¹⁰⁵⁹ Vgl. etwa *Hangartner*, Selbstbestimmung, 108 ff.; *Jenny*, Art. 189 Rn. 4 ff.; *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 8 Rn. 6 ff.; *PK-Trechsel/Bertossa*, Art. 189 Rn. 3; *Donatsch*, Strafrecht III, 507.

¹⁰⁶⁰ Vgl. dazu *Trechsel*, Fragen, 593: «[*Jenny*] fordert schlechthin dazu auf, die Auslegung von Art. 190 nicht nach dem Wortlaut des Gesetzes, schon gar nicht nach den Intentionen des Gesetzgebers, sondern nach dem traditionellen Begriff der Vergewaltigung auszurichten.»

¹⁰⁶¹ So insbesondere *Jenny*, Art. 189 Rn. 14; *Hangartner*, Selbstbestimmung, 120 ff.; *Trechsel*, Fragen, 593.

¹⁰⁶² So ausdrücklich *Jenny*, Art. 189 Rn. 14.

¹⁰⁶³ Vgl. etwa BBl 1985 1071.

¹⁰⁶⁴ *Jenny*, Art. 189 Rn. 25; *Hangartner*, Selbstbestimmung, 144; *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 8 Rn. 10.

¹⁰⁶⁵ *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 8 Rn. 10; *Hangartner*, Selbstbestimmung, 142; *Omlin*, Intersubjektiver Zwang, 96.

Opfer nicht aus irgendwelcher Bedrängnis nachgibt, sondern aufgrund tatsächlich verübter oder befürchteter Gewalttätigkeiten».¹⁰⁶⁶ Tatsächlich war die Vergewaltigung bzw. die «Notzucht» nach altem Recht stets so konstruiert, dass einerseits der Täter Gewalt ausüben oder zumindest androhen musste und das Opfer andererseits ernsthaften Widerstand leisten musste.¹⁰⁶⁷ Anstatt bloss auf diese unbestrittene Tatsache zu verweisen, könnte man sich alternativ auch einmal fragen, *weshalb* dies seit jeher so war.

- 320 Ein interessanter Ansatz ist deshalb, den ursprünglichen Vergewaltigungstatbestand nicht losgelöst, sondern im Kontext des früheren Rechts und der früher geltenden Moralvorstellungen zu betrachten.¹⁰⁶⁸ Der «traditionelle» Vergewaltigungstatbestand bzw. das traditionelle Verständnis davon, was eine Vergewaltigung ist, auf das immer wieder verwiesen wird, stammt aus einer Zeit, in der das Strafrecht nicht den Schutz der freien sexuellen Selbstbestimmung bezweckte, sondern gerade das Gegenteil: Im Vordergrund stand die Durchsetzung einer bestimmten Sexualmoral mit den Mitteln des Strafrechts.¹⁰⁶⁹ Das traditionelle Verständnis von «Vergewaltigung» muss also im historischen Kontext gesehen werden, als vielerorts vor- und insbesondere ausserehelicher Geschlechtsverkehr noch strafbar waren.¹⁰⁷⁰ Ein Gericht – oder zumindest die soziale Gemeinschaft als wertende Instanz – hatte also bei einem Vergewaltigungsfall nicht nur zu beurteilen, ob es sich um Vergewaltigung oder einvernehmlichen Geschlechtsverkehr handelte. Die Aufgabe lag darin, zu entscheiden, ob sich Frau und Mann als Ehebrecher oder wegen vorehelichen Geschlechtsverkehrs strafbar gemacht hatten oder ob nur der Mann als Vergewaltiger zu bestrafen war.¹⁰⁷¹ «[T]he woman's nonconsent distinguished the man's crime (rape) from the couple's crime (fornication or adultery) for which both the man and the woman shared criminal responsibility (...).»¹⁰⁷² Wenn Corboz schreibt, früher hätte sich das weibliche Opfer bisweilen über eine Rollenvertauschung beklagt, «qu'elle avait l'impression d'être elle-même accusée d'avoir mal défendu sa vertu (...)»,¹⁰⁷³ kommt er der Sache also schon sehr nahe. Tatsächlich hatten die Gerichte allen Grund,

¹⁰⁶⁶ *Jenny*, Art. 189 Rn. 14.

¹⁰⁶⁷ Zur Entwicklung des Vergewaltigungstatbestandes vgl. *Kieler*, Tatbestandsprobleme, 8 ff.; *Kratzer-Ceylan*, Schlüsselbegriffe, 81 ff.

¹⁰⁶⁸ Vgl. zu diesem Ansatz *Coughlin*, Sex and Guilt, 7.

¹⁰⁶⁹ Vgl. *Pieth*, Strafrecht BT, 66. Gemeint ist nicht das Strafrecht vor der Revision 1992, sondern weiter zurückliegende Rechtsordnungen, vgl. dazu eingehend *Kratzer-Ceylan*, Schlüsselbegriffe, 81 ff.

¹⁰⁷⁰ *Coughlin*, Sex and Guilt, 7.

¹⁰⁷¹ Vgl. *Coughlin*, Sex and Guilt, 27.

¹⁰⁷² *Coughlin*, Sex and Guilt, 27.

¹⁰⁷³ *Corboz*, Infractions, Art. 189 Rn. 10, der dies allerdings auf die Verhältnisse des alten Schweizer Sexualstrafrechts bezieht.

das Opfer selber als Angeklagte zu behandeln, denn das war es gewissermaßen auch.¹⁰⁷⁴ Nur wenn das weibliche Opfer ausreichend Widerstand geleistet hatte, konnte es sich gewissermaßen durch einen Nötigungsnotstand rechtfertigen und nicht wegen Ehebruchs oder vorehelichem Geschlechtsverkehr belangt werden und damit auch der sozialen Ächtung entgehen.¹⁰⁷⁵ Selbst wenn das Opfer nicht immer selber strafrechtliche Konsequenzen zu fürchten hatte: Sich entschieden gegen sexualisierte Gewalt zu wehren, bedeutete nicht nur eine moralische Verpflichtung zu erfüllen, sondern auch seine Ehre zu schützen.¹⁰⁷⁶ Dies erklärt auch, weshalb früher die gerichtsnotorischen Fälle oft nur den Versuch einer Notzucht betrafen. Dadurch wurde klargestellt, dass die Ehre der Frau nicht angetastet worden sei, sie sich eben ausreichend gewehrt hatte.¹⁰⁷⁷

Nach dem Gesagten erscheint es damit einigermaßen bizarr, sich auf das «traditionelle» Verständnis einer Vergewaltigung berufen zu wollen.

c) Orientierung am allgemeinen Nötigungstatbestand

Eine andere Möglichkeit als die von der älteren Lehre vorgeschlagene war bzw. ist, sich aufgrund der Verwendung des Begriffs «nötigen» hinsichtlich der Intensität der Nötigung am allgemeineren Art. 181 zu orientieren.¹⁰⁷⁸ Hinsichtlich der Zwangsintensität wäre dann analog zur allgemeinen Nötigung danach zu fragen, ob die Nötigungshandlung auch eine verständige bzw. besonnene Person in der Lage des Opfers gefügig gemacht hätte, wobei jeweils die Umstände und die Persönlichkeit des Opfers miteinzubeziehen wären.¹⁰⁷⁹ Für diesen Massstab sprach sich insbesondere auch Maier aus. Genügender Zwang ist ihm zufolge bereits dann gegeben, wenn das Kapitulieren des Opfers unter den gegebenen Umständen als «verständlich» erscheint.¹⁰⁸⁰ Maier stellte sich auf den Standpunkt, dass bei den sexuellen Nötigungsdelikten kein strengerer Massstab anzulegen und der strafrechtliche Schutz «zumindest» im gleichen Umfang zu gewähren sei wie bei der allgemeinen Nötigung. Die höhere Strafdrohung sei kein Argument, die Strafbarkeit einzuschränken, da

¹⁰⁷⁴ Vgl. auch *Loetz*, Historische Gewaltforschung, 76 f., wonach Gerichtsverfahren wegen sexueller Gewalt früher nicht nur mit dem Risiko eines Ehrverlusts verknüpft waren, sondern auch auf das Opfer selbst in Form von Bestrafungen zurückfallen konnten.

¹⁰⁷⁵ *Coughlin*, Sex and Guilt, 36.

¹⁰⁷⁶ *Loetz*, Historische Gewaltforschung, 72 ff.

¹⁰⁷⁷ Ebenda.

¹⁰⁷⁸ So etwa *Rehberg*, Das revidierte Sexualstrafrecht, 21; *Maier*, Nötigungsdelikte, 314; so wohl auch *Arzt*, Das neue Sexualstrafrecht, 348.

¹⁰⁷⁹ *Rehberg*, Das revidierte Sexualstrafrecht, 21.

¹⁰⁸⁰ *Maier*, Nötigungsdelikte, 322.

die Nötigung zu einer sexuellen Handlung ein schwereres Unrecht darstelle als die Nötigung zu einem beliebigen Handeln, Dulden oder Unterlassen.¹⁰⁸¹

- 322 Nach diesem weniger restriktiven Verständnis bereitet allerdings das Tatbestandsmerkmal des «Unter-psychischen-Druck-Setzens» erhebliche Schwierigkeiten, zumal dieses im allgemeinen Nötigungstatbestand nicht verwendet wird. Wie im ersten Teil dargelegt, ist «psychischer Druck» als mentaler Zustand kein geeignetes Kriterium, um freiwillige Handlungen von unfreiwilligen Handlungen abzugrenzen.¹⁰⁸² Der «Täter» kann ein Opfer auf vielfältige Weise unter psychischen Druck – im umgangssprachlichen Sinne verstanden – setzen: Er kann seine Hilfeleistung bei einem sich in einer Notlage befindlichen Opfer von der Gewährleistung sexueller Gefälligkeiten abhängig machen und dieses damit vor eine «harte» Entscheidung stellen. Er kann ein Opfer aber auch unter psychischen Druck setzen, wenn er es mit einer absoluten Bagatelle bedroht – die Schmerzgrenzen der Menschen sind schliesslich verschieden. Mitunter kann sich auch ein Opfer unter psychischen Druck gesetzt fühlen, dem der Täter eine Handlung androht, die vorzunehmen ihm unbestrittenermassen erlaubt ist – etwa «den Kopf zu machen».¹⁰⁸³
- 323 Der Unterschied zwischen Zwang und psychischem Druck ist wie im ersten Teil dargelegt ein kategorialer, kein gradueller: Das Vorliegen von Zwang hat zwar regelmässig zur *Folge*, dass das Opfer auch unter psychischen Druck gesetzt wird, umgekehrt ist psychischer Druck aufgrund einer bestimmten Handlung des Täters aber nicht hinreichend für die Annahme von freiwilligkeitsbeschränkendem Zwang.¹⁰⁸⁴ Um die Art. 189 f. insbesondere von den Ausnützungsdelikten abgrenzen zu können, forderte Maier und ihm folgend das Bundesgericht, dass unter Einsatz eines der im Gesetz genannten Zwangsmittel eine «tatsituative Zwangswirkung» durch den Täter geschaffen werden müsse. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

d) Der «Mittelweg» des Bundesgerichts

- 324 Das Bundesgericht hat in der Frage gewissermassen einen Mittelweg beschritten. So hält es zwar in ständiger Rechtsprechung fest, dass die sexuellen Nötigungstatbestände als Gewaltdelikte und damit «prinzipiell» als Akte

¹⁰⁸¹ *Maier*, Nötigungsdelikte, 314.

¹⁰⁸² Vgl. vorne Rz. 123.

¹⁰⁸³ Vgl. zu diesem Beispiel *Hangartner*, Selbstbestimmung, 143 f. Ein ähnliches Beispiel verwendet auch *Arzt*, Das neue Sexualstrafrecht, 348: «Küss mich zum Abschied oder ich gehe traurig heim.»

¹⁰⁸⁴ *Murphy*, Hard Choices, 84 f.

physischer Aggression zu verstehen seien.¹⁰⁸⁵ Hinsichtlich der Tatvariante psychischer Druck wird denn auch jeweils darauf hingewiesen, dass die vom Täter geschaffene Zwangslage mit Blick auf die «gewaltdeliktische Natur» von Art. 189 Abs. 1 und Art. 190 Abs. 1 von besonderer Intensität zu sein habe, die Einwirkung mithin eine der Gewaltanwendung oder Bedrohung vergleichbare Intensität erreichen müsse.¹⁰⁸⁶

In der Sache ist das Bundesgericht der restriktiven Auffassung allerdings insbesondere mit Blick auf das Tatbestandsmerkmal des psychischen Drucks nie gefolgt,¹⁰⁸⁷ vielmehr stellt es wie Maier darauf ab, ob vom Opfer unter den gegebenen Umständen und in Anbetracht seiner persönlichen Verhältnisse «verständlicherweise» Widerstand erwartet werden könne bzw. ob ihm ein solcher zuzumuten sei. Wie Jenny schon früh kritisiert hat, ist also die vom Bundesgericht jedenfalls prinzipiell für richtig gehaltene Charakterisierung der sexuellen Nötigungsdelikte als «Gewaltdelikte» und als «Akte physischer Aggression» bisweilen als blosses Lippenbekenntnis zu qualifizieren,¹⁰⁸⁸ hat es doch (richtigerweise) Sachverhalte als Vergewaltigung oder sexuelle Nötigung qualifiziert, die mit dem von Jenny propagierten traditionellen Verständnis von Vergewaltigung kaum mehr etwas gemeinsam haben.¹⁰⁸⁹

4. Die einzelnen Tatmittel

Im Folgenden soll nun die Auslegung der einzelnen im Gesetz genannten Tatmittel in der gebotenen Kürze dargelegt und besprochen werden.

a) Gewalt

In der Schweizer Lehre wird in Bezug auf die Art. 189 f. soweit ersichtlich einhellig an einer Definition der Gewalt festgehalten, welche eine *physische* bzw. *chemisch oder physikalisch fassbare* Einwirkung auf das Opfer erfordert, wobei die Definitionen teilweise in einzelnen Aspekten voneinander abweichen.¹⁰⁹⁰ Das Bundesgericht definiert Gewalt i.S. der Art. 189 f. in Anlehnung an die h.L. ebenfalls als physische Einwirkung auf das Opfer, stellt

¹⁰⁸⁵ BGE 131 IV 167 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_1040/2013 vom 18.08.2014 E. 3.

¹⁰⁸⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_1040/2013 vom 18.08.2014 E. 3.

¹⁰⁸⁷ So *Bommer*, Rechtsprechung 2005, 14.

¹⁰⁸⁸ So ausdrücklich *Jenny*, Rechtsprechung 2000, 376.

¹⁰⁸⁹ Vgl. etwa das Urteil des Bundesgerichts 6B_1040/2013 vom 18.08.2014.

¹⁰⁹⁰ *Hangartner*, Selbstbestimmung, 81 ff.; *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 8 Rn. 8; *Jenny*, Art. 189 Rn. 16; *BSK-Maier*, Art. 189 Rn. 20.

aber klar, dass es einer körperlichen Misshandlung nicht bedarf. Je nach den Umständen könne auch ein verhältnismässig geringer Kraftaufwand ausreichen.¹⁰⁹¹

- 328 Das Problem an dieser Definition der Gewalt liegt nun darin, dass die Vornahme einer sexuellen Handlung, insbesondere einer Handlung, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden ist, bereits für sich gesehen eine physische Einwirkung auf den Körper des Opfers darstellt.¹⁰⁹² Nach älterer bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird deshalb verlangt, dass der Täter ein grösseres Mass an Kraft aufwenden muss, als unter gewöhnlichen Umständen zum Vollzug der jeweiligen Handlung erforderlich sei, dass dafür aber je nach den Umständen bereits ein geringer Kraftaufwand genügen könne.¹⁰⁹³ Dabei sind bei der Beurteilung des Ausmasses der Gewaltanwendung auch Opfergesichtspunkte mit zu berücksichtigen.¹⁰⁹⁴ Eine ganz geringfügige Kraftaufwendung solle aber dann nicht genügen, wenn dem Opfer weitergehender Widerstand zumutbar gewesen wäre. Erwachsenen mit entsprechenden individuellen Fähigkeiten sei im Allgemeinen eine stärkere Gegenwehr zuzumuten als Kindern.¹⁰⁹⁵
- 329 Das Tatmittel der Gewalt und der Widerstand des Opfers sind damit prinzipiell zwei Seiten ein und derselben Medaille, wie an folgendem Zitat des Bundesgerichts deutlich wird:
- 330 «Der entgegenstehende Wille muss unzweideutig manifestiert werden. Die von der Rechtsprechung geforderte Widersetzlichkeit des Opfers ist nichts anderes als eine tatkräftige und manifeste Willensbezeugung, mit welcher dem Täter unmissverständlich klargemacht wird, den Geschlechtsverkehr oder die sexuelle Handlung nicht zu wollen. Unter dem Nötigungsmittel der Gewalt ist nicht mehr verlangt als das Mass an körperlicher Kraftentfaltung, das notwendig ist, um sich über diese entgegenstehende Willensbetätigung hinwegzusetzen.»¹⁰⁹⁶
- 331 Es ist dem Bundesgericht zuzugestehen, dass es die Schwelle nicht sehr hoch anlegt, ab der es das Tatmittel der Gewalt als gegeben erachtet. Irritierend ist aber zunächst der in mehreren Entscheiden verwendete Satz: «(...) Es genügt diejenige Gewalt, die erforderlich ist, um den Willen des konkreten Opfers zu

¹⁰⁹¹ Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 6S_170/2006 vom 29.06.2006 E. 5.3.

¹⁰⁹² Vgl. *Jenny*, Art. 189 Rn. 17.

¹⁰⁹³ Vgl. BGE 87 IV 66 E. 1.

¹⁰⁹⁴ Vgl. Urteile des Bundesgerichts 6B_619/2011 vom 01.11.2011 E. 2; 6B_267/2007 vom 03.12.2007 E. 6.3; 6S_170/2006 vom 29.06.2006 E. 5.3.

¹⁰⁹⁵ BGE 131 IV 167 E. 3.1; 128 IV 97 E. 2b/aa, E. 3a/bb.

¹⁰⁹⁶ Vgl. etwa das Urteil des Bundesgerichts 6B_385/2012 vom 21.12.2012 E. 3.3.

brechen.»¹⁰⁹⁷ Damit würde das Bundesgericht im Ergebnis einzig auf die Opferperspektive abstellen und müsste eine äusserst geringfügige Kraftaufwendung immer dann genügen lassen, wenn dadurch der Wille des konkreten Opfers gebrochen wurde und das Opfer folglich auf (weiteren) Widerstand verzichtet hatte – dies selbst dann, wenn objektiv betrachtet weiterer Widerstand zumutbar gewesen wäre. Diese Interpretation ist vom Bundesgericht aber offensichtlich nicht beabsichtigt, lässt es eine geringfügige Kraftanstrengung doch dann nicht genügen, wenn dem Opfer nach Lage der Dinge Widerstand möglich und zumutbar ist. Geringfügige Kraftaufwendungen lässt es nur genügen, wenn zusätzliche Umstände hinzutreten, die das Fehlen eines weitergehenden Widerstands des Opfers (und damit einer allfälligen weitergehenden Gewaltanwendung) «nachvollziehbar» erklären.¹⁰⁹⁸ Erforderlich ist nach dieser Rechtsprechung, dass es dem Opfer nach dem Lauf der Dinge nicht möglich oder zumutbar war, sich der Einwirkung zu widersetzen.¹⁰⁹⁹ Dies kann sich aus in der Persönlichkeit oder dem Zustand des Opfers liegenden Umständen als auch aus situativen Begebenheiten ergeben, wie die folgenden Beispiele zeigen sollen:

- Der Täter drückte den Kopf des Opfers zumindest mit einer Hand derart herunter, dass er mit seinem Penis in ihren Mund eindringen konnte. Das 15-jährige Opfer war im Tatzeitpunkt erheblich alkoholisiert und ausserdem auf sich alleine gestellt. Sie schlug das Verlangen des Täters nach Oralverkehr ab, rief «Tue nid!» und wandte sich an einen weiteren Anwesenden vergeblich um Hilfe. Die sich in ihrer Nähe befindlichen Jugendlichen leisteten ihr keinen Beistand. Damit befand sie sich gemäss Bundesgericht in einer ausweglosen Situation.¹¹⁰⁰ 332
- Der 38-jährige Täter zerrte die 17-jährige Lehrtochter kraftvoll in die Toilette, drückte ihren Oberkörper nach unten und drang anal und vaginal in sie ein, obwohl sie ihm im Vorfeld mehrfach deutlich zu verstehen gab, mit sexuellen Zudringlichkeiten und Berührungen nicht einverstanden zu sein. Dass sie die sexuellen Übergriffe als solche letztlich in einer Art Lähmungszustand passiv erduldet, sei aufgrund ihres Alters, ihrer hierarchisch untergeordneten Stellung und ihrer körperlichen Unterlegenheit nachvollziehbar.¹¹⁰¹ 333
- Der Täter packte das 15-jährige Opfer, das sich seinen Annäherungsversuchen zunächst entziehen konnte, im Korridor an beiden Händen, drückte es gegen die Wand und küsste es im Gesicht, obwohl es dies klar ab- 334

¹⁰⁹⁷ Vgl. etwa das Urteil des Bundesgerichts 6B_304/2012 vom 08.11.2012 E. 2.2.

¹⁰⁹⁸ Vgl. BGE 133 IV 49 E. 4; 131 IV 167 E. 3.1.

¹⁰⁹⁹ Urteil des Bundesgerichts 6S.200/2004 vom 14.12.2009 E. 9.1.

¹¹⁰⁰ Urteil des Bundesgerichts 6B_834/2013 vom 14.07.2014.

¹¹⁰¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_494/2012 vom 21.02.2013.

lehnte. Auch das anschliessende an-der-Hand-ins-Schlafzimmer-Führen sowie das stete Festhalten während des Entkleidens und während des Geschlechtsakts wurden vom Bundesgericht als physische Einwirkungen im Sinne des Tatbestands der Vergewaltigung gewürdigt. Das Opfer sei nach der Überrumpelung durch den Täter aufgrund des Altersunterschieds, ihrer körperlichen Unterlegenheit und der Schwächung durch die Alkoholisierung zu einem Widerstand nicht mehr in der Lage gewesen.¹¹⁰²

- 335 – Das von der Hüfte abwärts gelähmte Opfer gab dem Täter unmissverständlich zu verstehen, keinen Geschlechtsverkehr zu wollen. Dieser setzte sich darüber hinweg, liess mit der Fernbedienung den Fussteil des Bettes herunter und brachte die gelähmten Beine des auf dem Rücken liegenden Opfers in eine angewinkelte Position. Ungeachtet der dem Opfer dadurch verursachten Schmerzen, seiner Schreie und seiner Versuche, ihn mit den Händen nach hinten wegzustossen, vollzog er an der Frau den Geschlechtsverkehr.¹¹⁰³
- 336 – Der erwachsene Täter hielt ein sechs Jahre altes, unbekleidetes Kind fest, um ihm das Gesäss einzucremen und anschliessend seinen Penis in den After des Kindes einzuführen. Angesichts der ungleichen Kräfteverhältnisse wurde dieses Vorgehen als Gewalt qualifiziert.¹¹⁰⁴
- 337 Liegen hingegen keine solchen besonderen Umstände vor, lässt das Bundesgericht eine geringfügige Kraftaufwendung nicht genügen. Im Entscheid 6B_311/2011 vom 19.07.2011 etwa taxierte das Bundesgericht die geringfügige Kraftaufwendung des Täters – er brachte das auf dem Bett sitzende Opfer in eine liegende Position, indem er ihr die Hand auf den Mund drückte,¹¹⁰⁵ und schob, allerdings nicht gewaltsam, ihre geschlossenen Beine auseinander – offensichtlich nicht als ausreichend und wies auf die zusätzlichen Widerstands- bzw. Fluchtmöglichkeiten des Opfers hin.

b) Bedrohung

- 338 Entsprechend der von einem grossen Teil der (älteren) Lehre geforderten Reduktion des Tatbestandes auf ein Gewaltdelikt und der daraus folgenden engen Auslegung der Tatbestandsmerkmale soll unter der Bedrohung nur die

¹¹⁰² Urteil des Bundesgerichts 6B_267/2007 vom 03.12.2007 E. 6.3 und 6.4.

¹¹⁰³ Urteil des Bundesgerichts 6B_619/2011 vom 01.11.2011 E. 2.

¹¹⁰⁴ Vgl. *Wiprächtiger*, ZStrR 125, 289, mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 6S.585/2006 vom 06.03.2007.

¹¹⁰⁵ Urteil des Bundesgerichts 6B_311/2011 vom 19.07.2011.

Drohung mit (körperlicher) Gewalt gegen das Opfer verstanden werden.¹¹⁰⁶ Andere Drohungen sollen dieser engen Auffassung zufolge nur unter Art. 181 fallen, während Drohungen mit Gewalt gegen dem Opfer nahestehende Personen als psychischer Druck gemäss Art. 189 f. zu werten wären.¹¹⁰⁷

Für diese Auslegung spricht der von Art. 181 abweichende Wortlaut bzw. die Verwendung des Begriffs «bedrohen», der auch gemäss Duden in erster Linie «jemandem mit Gewaltanwendung drohen» bedeutet.¹¹⁰⁸ Allerdings hat der Gesetzgeber eine solche Auslegung gerade nicht vorgesehen.¹¹⁰⁹ Sogar zum Entwurf, der noch eine «schwere Drohung» voraussetzte, wurde in der Botschaft festgehalten, dass anders als beim Raub, der die Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben voraussetze, bei den Art. 189 f. keine so weitgehende Drohung vorausgesetzt sei. Als Beispiel für eine ausreichende «Bedrohung» wurde sogar der Fall genannt, dass der Arbeitgeber dem Opfer mit der Entlassung drohe.¹¹¹⁰ 339

Die angebliche Absurdität, unter die Bedrohung nach Art. 189 f. auch das Androhen weniger weitgehender Nachteile zu subsumieren, wurde von den Vertretern der restriktiven Auffassung regelmässig anhand verschiedener Beispiele aufzuzeigen versucht.¹¹¹¹ So wird jeweils darauf hingewiesen, dass wohl keiner ernsthaft denjenigen wegen Vergewaltigung zu mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe verurteilen möchte, der seiner Frau oder Freundin mit Liebesentzug drohe, oder damit, die Beziehung abzubrechen, die Scheidung einzureichen, fremdzugehen, alleine in die Ferien zu fahren oder kein Wort mehr mit ihr zu sprechen.¹¹¹² Interessanterweise sind diese Beispiele nun aber mehrheitlich überhaupt nicht geeignet, die Notwendigkeit eines im Vergleich zu Art. 181 strengeren Massstabs aufzuzeigen, jedenfalls sofern der Nötigungstatbestand nach Art. 181 genügend restriktiv ausgelegt wird.¹¹¹³ 340

¹¹⁰⁶ Jenny, Art. 189 Rn. 21: «nur die Drohung mit (körperlicher) Gewalt»; Hangartner, Selbstbestimmung, 133 ff.; Pieth, Strafrecht BT, 78.

¹¹⁰⁷ Vgl. Hangartner, Selbstbestimmung, 134 f.; Jenny, Art. 189 Rn. 25.

¹¹⁰⁸ Vgl. Duden, online abrufbar unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/bedrohen>.

¹¹⁰⁹ Vgl. auch die italienische und französische Version, die darauf hindeuten, dass eine inhaltliche Differenzierung zur Drohung wohl nicht beabsichtigt war, so bereits Hangartner, Selbstbestimmung, 133.

¹¹¹⁰ Vgl. BBl 1985 1071.

¹¹¹¹ Vgl. insbesondere Stratenwerth/Jenny/Bommer, § 8 Rn. 9.

¹¹¹² Stratenwerth/Jenny/Bommer, § 8 Rn. 9. Die zwei bei Hangartner, Selbstbestimmung, 111, genannten Beispiele (Täter zerbricht zur Einschüchterung Geschirr oder bespritzt die zukünftige Schwiegermutter mit kaltem Wasser) sind m.E. unproblematisch als Nötigung durch konkludente Drohung mit eigenem rechtswidrigen Verhalten zu sehen, da solches Verhalten durchaus eine aggressive Tendenz manifestiert oder beim Opfer zumindest diesen Eindruck erwecken kann.

¹¹¹³ Vgl. zum richtig verstandenen Nötigungsbegriff vorne Rz. 129 ff.

Denn entweder liegt in diesen Beispielen bereits keine Drohung mit einem *erheblichen* Nachteil gemäss Art. 181 vor oder aber die Drohungen wären zwar als «wirkungsvoll» zu betrachten, ohne dass sie aber rechtswidriges Handeln in Aussicht stellen. So steht es jedem frei, die Weiterführung einer Ehe oder Beziehung, sexuelle Treue in einer Beziehung oder die Gewährung von in einer Beziehung üblichen Verhaltensweisen (Gespräche, Zärtlichkeiten) von nahezu beliebigen Bedingungen abhängig zu machen.¹¹¹⁴

- 341 Auch Trechsels wohl scherzhaft gemeintes Beispiel des «unwillkommenen Liebhabers, der mit einer Maus in der Falle ankommt und droht, er würde das schreckerregende Tierchen herauslassen»,¹¹¹⁵ ist nicht geeignet, die Notwendigkeit einer engen Auslegung aufzuzeigen. Denn leidet jemand tatsächlich an einer Phobie vor Nagetieren, einer nach ICD-10 und DSM-5 anerkannten (Angst-)Störung,¹¹¹⁶ und setzt der darum wissende Täter diese Person mit dem angstauslösenden Reiz gezielt unter Druck, ist m.E. nicht ersichtlich, weshalb in solchen Fällen nicht von einer tatbestandsmässigen (sexuellen) Nötigung gesprochen werden sollte.
- 342 Etwas fragwürdig ist die Argumentation von Hangartner, der die Notwendigkeit einer Begrenzung des Merkmals Bedrohung auf die Androhung psychischer Gewalt dahingehend begründet, dass erst damit der angestrebte verbesserte Schutz der sexuellen Selbstbestimmung ermöglicht werde.¹¹¹⁷ Der Gedankengang dieser etwas abenteuerlichen Argumentation geht dahin, dass Hangartner davon ausgeht, dass kein Gericht der Schweiz «gewillt» sei, bei Drohungen mit anderen Nachteilen als Gewalt – er nennt als Beispiele u.a. Drohungen mit Suizid, Kündigung, Bekanntgabe ausserehelicher Beziehungen, Strafanzeige wegen Ladendiebstahls – eine Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe auszusprechen. Wenn sich nun aber die erforderliche Nötigungsintensität für Art. 181 und 189 decke, könne das Gericht nicht anstatt Art. 189 f. nur Art. 181 zur Anwendung bringen und eine «angemessene

¹¹¹⁴ Vgl. dazu auch das Urteil des Zürcher Obergerichts UE140075 vom 25.07.2014 E.6.4, wonach die Drohung mit Scheidung, falls der Partner einer künstlichen Befruchtung nicht zustimmt, keine rechtswidrige Nötigung darstelle: «Erfüllt ein Ehegatte die Erwartungen des anderen Ehegatten nicht, ist es nicht rechtswidrig, nach Ausbleiben einer erwarteten Eigenschaft bzw. eines erwünschten Verhaltens die Scheidung anzustreben. Sowohl das Mittel (Androhung der Scheidung) als auch der Zweck (Erfüllung des Kinderwunsches) sind nicht rechtswidrig. Das Verhältnis und die Verbindung von Mittel und Zweck sind ebenfalls nicht rechtswidrig. Dem Beschwerdeführer hätte es frei gestanden, sich scheiden zu lassen, wenn die Beschwerdegegnerin 1 nicht seinen Erwartungen entsprochen hatte.»

¹¹¹⁵ *Trechsel*, Fragen, 592; kritisch auch *Hangartner*, Selbstbestimmung, 117 f. mit Fn. 161.

¹¹¹⁶ Vgl. Angststörung gemäss F40.2 der International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-10) bzw. gemäss 300.29 des Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5).

¹¹¹⁷ *Hangartner*, Selbstbestimmung, 135 f.

tiefer» Strafe aussprechen. Dem Gericht bliebe deshalb nur, auf sexuelle Belästigung zu erkennen oder freizusprechen. Durch die restriktivere Auslegung werde das Androhen anderer Nachteile «immerhin» von Art. 181 erfasst.¹¹¹⁸ Damit legitimiert Hangartner seine restriktive Auslegung des Merkmals «Bedrohen» letztlich mit der von ihm vermuteten Weigerung der Gerichte, den Willen des Gesetzgebers umzusetzen, was nicht sonderlich überzeugend ist.

Maier hat sich indessen zu Recht gegen die restriktive Auslegung gewendet und darauf hingewiesen, dass die Begrenzung auf Drohungen mit physischer Gewalt nicht nur dem Wortlaut des Gesetzes, sondern auch dem Willen des historischen Gesetzgebers widerspreche.¹¹¹⁹ Auch Rehberg stellt sich deshalb zu Recht auf den Standpunkt, dass sich die Drohung nicht auf Leib und Leben des Opfers beziehen, sondern dem Opfer Nachteile in Aussicht stellen muss, die zumindest wie bei Art. 181 als «ernstliche Nachteile» zu qualifizieren wären.¹¹²⁰ 343

Das Bundesgericht hat soweit ersichtlich nie explizit Stellung zu der Frage bezogen. Andere Drohungen als solche mit physischer Gewalt gegen das Opfer subsumiert es aber regelmässig nicht unter die Bedrohung, sondern unter die Tatvariante des psychischen Drucks.¹¹²¹ Insofern ist dem Streit keine entscheidende praktische Bedeutung zuzumessen. 344

Einig ist man sich indes, dass die Drohung (mit Gewalt) nicht ausdrücklich ausgesprochen werden muss, sondern auch konkludent erfolgen kann. Eine konkludente Drohung mit Gewalt wäre etwa darin zu sehen, dass der Täter auf frühere, allenfalls auch nicht im sexuellen Kontext ausgeübte Gewalttätigkeiten anspielt.¹¹²² Eine Drohung könnte auch bereits darin erblickt werden, dass sich der Täter auf bedrohliche Art und Weise vor ein körperlich unterlegenes Opfer stellt, wenn dadurch der Eindruck entsteht, dass er nötigenfalls Gewalt anwenden würde.¹¹²³ Eine Besonderheit stellen Konstellationen dar, die als so genanntes «Klima der Gewalt» bezeichnet werden können, das sich hauptsächlich bei Tätern ergibt, die sich über einen längeren Zeitraum hin an ihren Opfern – häufig Lebenspartner oder Kinder – vergreifen. Gelingt es 345

¹¹¹⁸ *Hangartner*, Selbstbestimmung, 136.

¹¹¹⁹ *Maier*, Nötigungsdelikte, 317 und 324, wobei nicht ganz klar wird, ob er Drohungen mit einem anderen Übel als körperlicher Gewalt unter die «Bedrohung» oder unter den psychischen Druck subsumieren will.

¹¹²⁰ *Rehberg*, Das revidierte Sexualstrafrecht, 22.

¹¹²¹ Vgl. etwa BGE 131 IV 167 E. 3.1, wo Drohungen, die Gewaltakte gegen dem Opfer nahestehende Personen befürchten lassen, als psychischer Druck qualifiziert wurden.

¹¹²² So LK-*Hörnle*, § 177 Rn. 86.

¹¹²³ So LK-*Hörnle*, § 177 Rn. 79, vorausgesetzt ist natürlich, dass der Täter sich dieser Wirkung bewusst ist.

dem Täter, durch sein aggressives und gewalttätiges Auftreten oder seine harschen «Erziehungsmethoden» ein Klima der Angst zu schaffen, so sind im Moment der Tat Drohungen meist gar nicht mehr nötig.¹¹²⁴ Bundesgericht und Lehre subsumieren solche Fälle unter die Tatvariante des psychischen Drucks, obwohl sich solche Konstellationen häufig auch als konkludente Bedrohung mit Gewalt begreifen lassen können. Dies wäre jedenfalls dann der Fall, wenn der Täter auf die früher ausgeübte Gewalt explizit anspielt. Allerdings kann auch in einer gewalttätigen Praxis an sich bereits die konkludente Drohung mitschwingen, dass bei Missachtung der Täterwünsche Gewalt eingesetzt wird.¹¹²⁵

c) Psychischer Druck

aa) Das Meinungsspektrum der Lehre

346 Die dritte und wohl problematischste und umstrittenste Tatvariante der Art. 189 f. ist das Unter-psychischen-Druck-Setzen. Der Begriff war im Entwurf des Bundesrates noch nicht vorgesehen, sondern wurde erst in zweiter Lesung durch die nationalrätliche Kommission eingefügt.¹¹²⁶ Bereits die Frage, ob der Gesetzgeber dabei an bestimmte Konstellationen gedacht hat, ist in der Lehre umstritten.¹¹²⁷ Im Schrifttum ist die im Gesetz verwendete Formulierung m.E. teilweise zu Recht auf grosse Kritik gestossen.¹¹²⁸ Wie oben bereits dargelegt, ist «Unter-psychischen-Druck-Setzen» keine sinnvolle Kategorie, um freiwilligkeitsmindernden Zwang zu erfassen. Diejenigen Vertreter, die an der Charakterisierung der Vergewaltigung als Gewaltdelikt festhielten, wollten in Umsetzung des ihrer Ansicht nach «richtig verstandenen» gesetzgeberischen Motivs die Anwendung auf einige wenige Konstellationen beschränken, die im Prinzip auch als «konkludente Drohungen» gewertet werden könnten.¹¹²⁹ Dazu gehören etwa die Bedrohung von Sympathieperso-

¹¹²⁴ Vgl. auch *Donatsch*, Strafrecht III, 513. Vgl. dazu auch das Urteil des Bundesgerichts 6B_25/2018 vom 14.02.2018, wobei dort allerdings «Psychischer Druck» angenommen wurde.

¹¹²⁵ *LK-Hörnle*, § 177 Rn. 85 ff.

¹¹²⁶ *Hangartner*, Selbstbestimmung, 138, mit entsprechenden Nachweisen.

¹¹²⁷ Vgl. *Hangartner*, Selbstbestimmung, 138, der davon ausgeht, dass nicht diskutiert wurde, was unter dem Begriff zu verstehen ist.

¹¹²⁸ Statt vieler *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 8 Rn. 6.

¹¹²⁹ So ausdrücklich auch *Bommer*, Rechtsprechung 2005, 14: «Die Entstehungsgeschichte zeigt, dass [mit psychischem Druck], zur Hauptsache jedenfalls, Konstellationen hätten erfasst werden sollen, in denen <Widerstand dem Opfer nicht zumutbar ist, weil er aussichts-

nen mit Gewalt, fortwährender Psychoterror bzw. das «Klima der Gewalt», in dem es ihm Einzelfall keiner erneuten Drohung oder Gewaltanwendung bedarf,¹¹³⁰ sowie die Konstellation, die an die im deutschen Recht als «Ausnutzen einer schutzlosen Lage des Opfers» bekannte Tatvariante erinnert, wenn sich das Opfer also «mit unsicheren Aussichten auf eine erfolgreiche Flucht oder rechtzeitige Hilfe Dritter mit einem ihm kräftemässig überlegenen Täter konfrontiert sieht».¹¹³¹ Als «ausgesprochener» Grenzfall wird von Jenny zudem die Drohung des dem Opfer nahestehenden Täters mit Suizid oder Selbstverstümmelung als Anwendungsfall des psychischen Drucks genannt. Jedenfalls müsse der Druck gross genug sein, um die Zumutbarkeit von Widerstand oder Flucht auszuschliessen.¹¹³² Die Beurteilung, ob Widerstand zumutbar war, solle auch in Berücksichtigung der Person des Betroffenen erfolgen, wobei bei Kindern geringere Anforderungen zu stellen sind als bei Erwachsenen.¹¹³³

Die Anhänger einer weiten Auslegung bejahen psychischen Druck demgegenüber bereits dann, «wenn vom Täter für das Opfer eine Zwangssituation geschaffen wird, in der dem Opfer keine zumutbaren Selbstschutzmöglichkeiten mehr zur Verfügung stehen, eine konkrete Gefahr für sein sexuelles Selbstbestimmungsrecht besteht und das Tatmittel der Gewalt nicht gegeben ist».¹¹³⁴ Als mögliche Anwendungsfälle werden genannt: «Handlungen» des Täters gegen Sachen und Drittpersonen, Eingriffe in die Freiheit des Opfers, die keiner Freiheitsberaubung gleichkommen, Übergehen eines «Nein» durch den Täter,¹¹³⁵ die Drohung mit Selbstmord,¹¹³⁶ das Drohen mit Bekanntgabe kompromittierender Umstände nach dem Muster einer «Chantage»¹¹³⁷ oder

347

los oder gefährlich wäre) (...), es handelt sich um nichts anderes als die Situation einer konkludenten Drohung.»

¹¹³⁰ Vgl. *Jenny*, Art. 189 Rn. 24 ff.; einschränkender *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 8 Rn. 10, wonach erforderlich sei, dass der Täter seinen Begehren damit auch im Einzelfall Nachdruck verleihe.

¹¹³¹ Nach *Jenny*, Art. 189 Rn. 24, hatte der Gesetzgeber denn auch einzig diese Fälle vor Augen.

¹¹³² *Jenny*, Art. 189 Rn. 26 f.

¹¹³³ *Jenny*, Rechtsprechung, 639 ff.

¹¹³⁴ *Maier*, Nötigungsdelikte, 320, der diese Formel offensichtlich von *Sick* übernommen hat; vgl. *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, 336, wonach Strafrechtsschutz dort erforderlich sei, «wo das Rechtsgut intensiv gefährdet ist und nur geringe Selbstschutzmöglichkeiten vorhanden sind».

¹¹³⁵ Alle bei *Maier*, Nötigungsdelikte, 321.

¹¹³⁶ *Rehberg*, Das revidierte Sexualstrafrecht, 22; prinzipiell zustimmend auch *Jenny*, Art. 189 Rn. 26.

¹¹³⁷ *Rehberg*, Das revidierte Sexualstrafrecht, 22; die Konstellation, dass der Täter das Opfer mit der Bekanntgabe nachteiliger Informationen «bedroht», wurde früher unter Art. 197 aStGB (Missbrauch der Notlage oder Abhängigkeit einer Frau) subsumiert, vgl. etwa Haf-

die Drohung mit Abbruch der Beziehungen bei einem psychisch abhängigen Opfer.¹¹³⁸ Bei der Beurteilung, ob eine Tatsituation eine genügende Zwangswirkung entfaltet, sollten nach Maier auch die räumlich und zeitlich unmittelbar mit ihr zusammenhängenden Umstände massgebend sein. Es müsse aber genügen, dass unter diesen Umständen das Kapitulieren des Opfers verständlich war.¹¹³⁹ Ob das letztgenannte Kriterium tatsächlich ein hilfreiches Abgrenzungskriterium – insbesondere gegenüber den Ausnützungsdelikten – darstellt, darf allerdings bezweifelt werden.¹¹⁴⁰ Letztlich bleibt – abgesehen von der ungefähren Richtung, die sich der kasuistischen Darstellung möglicher Anwendungsfälle entnehmen lässt – vollends unklar, wann ein hinreichender psychischer Druck zu bejahen ist. Eine abstrakte Definition dessen, was einen tatbestandsgenügenden psychischen Druck kennzeichnet, lässt sich jedenfalls nicht finden.

bb) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung

- 348 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Tatvariante Unter-psychischen-Druck-Setzen orientiert sich eher an der letztgenannten, weiteren Konzeption und lässt sich folglich ebenfalls nur über eine kasuistische Beschreibung fassen. Sie kann als von einer starken Auseinandersetzung mit der strafrechtlichen Lehre geprägt bezeichnet werden. Im Folgenden sollen die einzelnen Rechtsprechungslinien der Übersichtlichkeit halber inhaltlich grob gruppiert werden.

aaa) «Qualifiziertes» Ausnützen einer Abhängigkeit

- 349 In seinen frühen Entscheiden zur Tatvariante psychischer Druck hat das Bundesgericht noch vertreten, dass bereits die bei Kindern typische «kognitive Unterlegenheit und emotionale wie soziale Abhängigkeit einen ausserordentlichen psychischen Druck erzeugen» können.¹¹⁴¹ Ein hinreichender psychischer Druck könne bereits die Ausnützung der «vaterähnlichen Autorität»

ter, StGB BT I, 137 mit Fn. 3 zum sog. «Ehrennotstand». Kritisch gegenüber der Subsumtion solcher Fälle unter Art. 189 f. offenbar *Schwaibold*, Eine folgenschwere Dummheit, 237 ff.

¹¹³⁸ *Donatsch*, Strafrecht III, 511.

¹¹³⁹ *Maier*, Nötigungsdelikte, 322.

¹¹⁴⁰ Kritisch zu Recht auch *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 8 Rn. 10: «Verständlich ist es auch, wenn eine Frau auf Widerstand verzichtet, weil ihr Partner sonst «den Kopf macht» oder weil sie von einem Mann in einer therapeutischen Beziehung emotional abhängig ist.»

¹¹⁴¹ BGE 124 IV 154 E. 3b.

sowie der freundschaftlichen Gefühle und der Zuneigung des Kindes durch den nicht im selben Haushalt lebenden Freund der Mutter, der dem Kind ein Schweigegebot auferlegte, darstellen.¹¹⁴² Trotz erheblicher Kritik aus der Lehre, wonach das blosser Ausnützen einer Abhängigkeit noch kein Nötigen darstelle, wurde an dieser Rechtsprechung zunächst festgehalten¹¹⁴³ und darauf hingewiesen, dass es an der Rechtsprechung sei, im Einzelnen zu bestimmen, wann eine von den Art. 188, 192 und 193 erfasste Abhängigkeit oder Notlage in einen psychischen Druck i.S.v. Art. 189 und 190 übergehe.¹¹⁴⁴

Im Entscheid BGE 131 IV 107 setzte sich das Bundesgericht mit der fortwährenden Kritik aus der Lehre auseinander und präzierte, dass kognitive Unterlegenheit und emotionale sowie soziale Abhängigkeit einen psychischen Druck begründen könnten, *sofern* der Täter aus ihnen eine Zwangssituation erzeuge, er also «diesen Druck in ein Nötigungsmittel für seine sexuelle Zielsetzung umfunktioniert».¹¹⁴⁵ Vorausgesetzt wird gemäss Bundesgericht eine Instrumentalisierung «struktureller Gewalt»,¹¹⁴⁶ was bedeute, dass die vorgefundene oder vom Täter geschaffene soziale Situation als Druckmittel eingesetzt wird.¹¹⁴⁷ Dies sei beispielsweise der Fall, wenn der Täter – ohne physische Gewalt anzuwenden oder zu drohen – in seiner Funktion als Erzieher mit den ihm zur Verfügung stehenden Erziehungsmitteln und Machtbefugnissen das Opfer in die Enge treibt, so dass es kapitulieren müsse. Die alleinige Tatsache, dass der Täter von den Opfern als Vaterfigur, Vorbild und Mentor wahrgenommen worden sei, genüge für die Annahme des psychischen Drucks hingegen noch nicht. Erforderlich sei überdies, dass das Opfer die

350

¹¹⁴² BGE 124 IV 154 E. 3c.

¹¹⁴³ BGE 128 IV 97.

¹¹⁴⁴ BGE 128 IV 97 2b/aa.

¹¹⁴⁵ BGE 131 IV 107 E. 2.4.

¹¹⁴⁶ So bereits BGE 124 IV 154 3b. Die Definition des Begriffs der strukturellen Gewalt geht auf *Johan* Galtung, *Strukturelle Gewalt, Beiträge zur Friedensforschung*, Reinbek 1975, zurück und meinte ursprünglich etwas anderes. Der Begriff «strukturelle Gewalt» bezeichnet in dieser ursprünglichen Verwendungsweise eine Form von Gewalt gerade jenseits vom destruktiven Handeln eines individuellen Täters. So wäre etwa die Vergewaltigung oder die Drohung mit Vergewaltigung selber direkte Gewalt, hingegen die abstrakte Möglichkeit, vergewaltigt zu werden, eine Form von struktureller Gewalt, da die durch überfallartige Vergewaltigungen ausgelösten Bedrohungsgefühle bei Frauen in der Gesellschaft generell eine verhaltenssteuernde Wirkung entfalten – wie etwa das Vermeiden von dunklen Gassen und einsamen Orten. Strukturelle Gewalt nach diesem Konzept meint auch die durch gewachsene oder traditionelle Strukturen verübte Gewalt, wozu etwa auch die Lohnungleichheit zwischen Männern und Frauen gehören könnte.

¹¹⁴⁷ BGE 131 IV 107 E. 2.3.

sexuellen Handlungen ablehne und sein Widerstand durch den Täter überwunden wird.¹¹⁴⁸

- 351 Damit übernahm das Bundesgericht das bereits von Maier herangezogene Kriterium des «tatsituativen Zwangs», um Art. 189 f. von den Ausnützungs- und Missbrauchsdelikten abzugrenzen. Dieser Auffassung zufolge genügt das «blosse Ausnützen von Abhängigkeitsverhältnissen» nicht zur Bejahung eines hinreichenden psychischen Drucks. Das Nötigen mittels psychischem Druck habe eine *tatsituative Zwangswirkung*, weil das Nötigungsmittel vom Täter im Moment der Tat «erzeugt» werde, um den Widerstand des Opfers zu brechen bzw. um zu verhindern, dass sich das Opfer überhaupt zur Wehr setzt.¹¹⁴⁹ Die Tatbestandsmerkmale «Abhängigkeit» und «Notlage» würden hingegen eine *nicht tatsituative Zwangswirkung* beschreiben, die bereits auf das Opfer wirke, wenn der Täter seinen Tatentschluss fasst, einen sexuellen Übergriff auf das Opfer auszuführen.¹¹⁵⁰ Entsprechend fordert auch das Bundesgericht in BGE 131 IV 107, dass der Täter strukturelle Verhältnisse als Nötigungsmittel für seine sexuellen Ziele einsetze, wobei eine «Instrumentalisierung» dieser strukturellen Gewalt erforderlich sei.
- 352 Bei näherem Besehen trägt das Unterscheidungskriterium des «tatsituativen Zwangs» zur Lösung der Abgrenzungsschwierigkeiten allerdings nicht sonderlich viel bei. Denn auch bei Fällen, die selbst von Maier als Ausnützen einer Notlage qualifiziert werden, wird bisweilen «tatsituativer Zwang» geschaffen. So nützt der Arbeitgeber, der seiner Arbeitnehmerin mit einer Kündigung droht, falls sie sich seinem sexuellen Ansinnen widersetzt, doch eindeutig nicht bloss ein Abhängigkeitsverhältnis aus, sondern instrumentalisiert dieses gezielt und übt damit tatsituativen Zwang aus. Trotzdem subsumiert auch Maier dieses Beispiel explizit unter Art. 193 StGB.¹¹⁵¹
- 353 Wie auch das Bundesgericht mit Blick auf Übergriffe innerhalb therapeutischer Abhängigkeitsverhältnisse bereits früher explizit festgehalten hat, ist

¹¹⁴⁸ A.a.O. E. 2.4. In einer Neuurteilung des Falls wurde der Täter teilweise vom Vorwurf der sexuellen Nötigung freigesprochen, in einem Fall jedoch verurteilt, was vom Bundesgericht bestätigt wurde, vgl. den Entscheid 6S.465/2005 vom 08.02.2006.

¹¹⁴⁹ BSK-Maier, Art. 189 Rn. 10.

¹¹⁵⁰ BSK-Maier, Art. 189 Rn. 10.

¹¹⁵¹ BSK-Maier, Art. 193 Rn. 7: «Es geht dabei z.B. um Fälle, bei denen der Vorgesetzte mit Entlassung (...) droht, falls sich das Opfer dem sexuellen Ansinnen des Arbeitgebers oder Vorgesetzten widersetzt.» Diese Problematik der fehlenden Abgrenzung hatte *Arzt*, Das neue Sexualstrafrecht, 348 f., bereits früher erkannt. Er wies darauf hin, dass sich die Nötigungs- und Ausnutzungstatbestände «nicht nur in Ausnahmefällen» überlagern würden und verwendete exakt dieses Beispiel: «Wie soll es (...) der Arbeitgeber nach Art. 193 eigentlich anstellen, wenn er mit (...) einem Arbeitnehmer unter Ausnutzung dessen Abhängigkeit eine sexuelle Handlung vornehmen möchte, ohne diesen (...) zu nötigen i.S. von Art. 189?»

neben der über ein Ausnützen hinausgehenden Einwirkung deshalb insbesondere die «Schwere» dieser Beeinflussung entscheidend.¹¹⁵² Wo die Grenze liegt zwischen dem Einsatz einer vorgefundenen Situation als Druckmittel und dem blossen Ausnützen, das für Art. 189 f. nicht genügt, bleibt damit aber weitgehend unklar. Auch das Bundesgericht stellte einmal fest: «Wann eine therapiebedingte Abhängigkeit in einen psychischen Druck übergeht, der unter die Art. 189 und 190 fällt, lässt sich nicht allgemein beantworten.»¹¹⁵³ Je nach Intensität des Abhängigkeitsverhältnisses wird ein ausreichendes Unter-Psychischen-Druck-Setzen verneint¹¹⁵⁴ oder bejaht.¹¹⁵⁵

354 Während das Bundesgericht bei erwachsenen Opfern einen etwas strengeren Massstab anlegt und darauf hinweist, dass Erwachsenen mit entsprechenden individuellen Fähigkeiten eine stärkere Gegenwehr zuzumuten ist als Kindern,¹¹⁵⁶ bejaht es bei kindlichen Opfern trotz der Präzisierung in BGE 131 IV 107 nach wie vor relativ grosszügig das Vorliegen eines psychischen Drucks. So wurde etwa im Entscheid 6B_623/2015 wiederum das Vorliegen eines tatbestandsgenügenden psychischen Drucks bejaht, obwohl sich der Sachverhalt wie beim viel kritisierten BGE 124 IV 154 eher als Ausnützen eines Abhängigkeitsverhältnisses unter Auferlegung eines Schweigegebots darstellt: Der 63-jährige Täter drohte der 12-jährigen Tochter seiner Freundin, «qu'il arrêterait tout», d.h., er würde die Beziehung zur Mutter beenden, falls sie sich jemandem anvertrauen sollte.¹¹⁵⁷ Das Mädchen, das sah, wie glücklich seine Mutter in der Beziehung war, geriet durch diese Drohung in einen schwerwiegenden Loyalitätskonflikt, weshalb es schwieg und der Beschuldigte weitere Übergriffe vornehmen konnte. Ohnehin wird in ständiger Rechtsprechung dem Auferlegen eines Schweigegebots und den bei einem Bruch desselben angedrohten Konsequenzen jedenfalls bei kindlichen Opfern eine besondere Bedeutung zugemessen,¹¹⁵⁸ wobei dies im eben erwähnten Entscheid offensichtlich als das entscheidende Kriterium zur Bejahung des psychischen Drucks erscheint. Mit der nach h.L. und Rechtsprechung geforderten Kausalität zwischen Nötigungshandlung und dem Dulden sexueller Handlungen lässt sich dies allerdings nicht vollständig vereinbaren, denn das Opfer wird durch die Drohung gerade nicht zur Duldung der sexuellen Handlung, sondern vielmehr zum Schweigen darüber motiviert.¹¹⁵⁹ Das Bundesgericht ist offensichtlich anderer Meinung, so auch im oben genannten

¹¹⁵² Urteil des Bundesgerichts 6S.143/2002 vom 11.06.2002 E. 1b.

¹¹⁵³ BGE 128 IV 106 E. 3b.

¹¹⁵⁴ Vgl. BGE 128 IV 106 E. 3d.

¹¹⁵⁵ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6S.143/2002 vom 11.06.2002 E. 3b.

¹¹⁵⁶ BGE 122 IV 97 E. 2b.

¹¹⁵⁷ Vgl. das Urteil des Bundesgerichts 6B_623/2015 vom 26.11.2015 E. 2.2 und 2.3.

¹¹⁵⁸ Urteile des Bundesgerichts 6B_983/2008 vom 03.02.2009; 6B_891/2009 vom 13.01.2010.

¹¹⁵⁹ *Hangartner*, Selbstbestimmung, 140.

Fall: «La menace de «tout arrêter» n'avait pas seulement réduit l'enfant au silence, mais avait également permis la continuation des actes.»¹¹⁶⁰

bbb) Psychoterror, aggressives Verhalten und Klima der Gewalt

- 355 Einige Fälle, die vom Bundesgericht entschieden wurden, lassen sich in eine Gruppe fassen, die man «Psychoterror, aggressives Verhalten und Klima der Gewalt» nennen könnte. Diese Fälle zeichnen sich dadurch aus, dass die Opfer entweder fortlaufend drangsaliert wurden, bis sie sich dem ungewollten Sexualkontakt nicht mehr widersetzen oder aber aufgrund vorangehender Gewalttätigkeiten des Täters keinen nennenswerten Widerstand leisteten.
- 356 Der erste derartige Entscheid war BGE 126 IV 124, wo das Bundesgericht den psychischen Druck aufgrund einer Vielzahl von Druckmitteln bejahte, wie das stets wiederholte Drängen und Fordern des Ehemanns auf Geschlechtsverkehr, die zermürbenden Streitereien und das tagelange Schweigen, das Wüten und Demolieren, die subtilen psychischen Verletzungen, das gezielte Zerstören von Gegenständen mit Erinnerungs- oder anderweitigem Affektionswert, die Drohungen sowie das provozierende Sich-Betrinken. Diese vielfältigen Druckmittel und das wiederkehrende, an Psychoterror grenzende Drangsaliere sei besonders geeignet gewesen, die 18-jährige, unsichere, anfangs hörige und in Liebesbeziehungen verletzte Frau ohne tragendes soziales Netz zu ängstigen und zu zermürben.¹¹⁶¹
- 357 Ebenfalls bejaht wurde ein tatbestandsgenügender psychischer Druck im Urteil 6B_983/2008.¹¹⁶² Der Stiefvater des Opfers hatte in seiner Familie mit einem Gewaltregime geherrscht, Erniedrigungen hätten zur Tagesordnung gehört, und Widerspruch sei nicht geduldet worden. Hand und Gürtel seien locker gesessen. Er habe ihr ein Schweigegebot auferlegt und erklärt, wenn sie etwas erzähle, komme er ins Gefängnis, die Familie gehe kaputt, er könne nicht mehr für die Geschwister sorgen, und ohne ihn seien sie nichts. Das Opfer habe jeweils genau gewusst, was geschehen würde, wenn sie sich seinem Willen nicht unterordnen würde. Sie sei zu ihm gegangen, weil er ihr sonst «die Hölle heiss» gemacht hätte.¹¹⁶³
- 358 Auch das Urteil 6B_1084/2015 liesse sich in diese Gruppe einordnen. Ein zu Beginn der Vorfälle 12-jähriges Mädchen wird von ihrem Onkel sexuell angegangen. Wenn sie sich ihm entziehen wollte, belästigte er sie per Telefon

¹¹⁶⁰ Urteil des Bundesgerichts 6B_623/2015 vom 26.11.2015 E. 2.2.

¹¹⁶¹ BGE 126 IV 124 E. 3c.

¹¹⁶² Urteil des Bundesgerichts 6B_983/2008 vom 03.02.2009.

¹¹⁶³ A.a.O. E. 3.3; wobei hier wohl auch eine konkludente Drohung mit Gewalt hätte angenommen werden können, zumal Hand und Gürtel «locker gesessen» seien.

und Internet oder über seinen Bruder bzw. den Vater des Mädchens. Das Opfer wusste sich nicht zu helfen, befürchtete, dass man ihr nicht glauben würde und dass der Täter sich an ihrer Schwester vergreifen würde, sollte sie sich ihm verweigern. Ebenso drohte der Täter dem Mädchen mit Selbstmord, falls sie sich weigern sollte, und befahl ihr, keinem etwas zu erzählen, da er ansonsten ins Gefängnis komme.¹¹⁶⁴

Psychischer Druck wurde ebenfalls bejaht im Entscheid 6B_278/2011, wo es innerhalb einer langjährigen Partnerschaft, in der jedoch kein Geschlechtsverkehr mehr vollzogen wurde, zu häufigen Auseinandersetzungen und eines Abends zu einem «Gerangel» in der Küche kam. Nachdem die Frau auf den Boden gestürzt war, beugte sich der Ehemann über sie und liess sie nicht sofort aufstehen. Um sie am Schreien zu hindern, hielt er ihr den Mund mit der Hand zu. Er trug sie daraufhin ins Schlafzimmer. Dort legte er sie auf das Bett und begann, sie auszuziehen. Das Opfer bat ihn, sie gehen zu lassen, worauf er erneut zunehmend aggressiv wurde und sich äusserte, er habe «es» jetzt ein letztes Mal «zguet» und sie solle nicht «so» tun. Auf sein starkes Drängen hin verzichtete sie angesichts seines aggressiven Verhaltens und unter dem Eindruck der Grenzüberschreitungen in der Küche aus Angst vor einer erneuten Eskalation auf Widerstand und sagte «de mach haut», worauf es zum ungeschützten Geschlechtsverkehr kam, obwohl sie ihn gebeten hatte, wenigstens ein Kondom zu benutzen.¹¹⁶⁵

Zur Begründung des psychischen Drucks zog das Bundesgericht im Entscheid 6B_710/2012 das aggressive Verhalten des Täters heran, wiederum ohne es als eigentliche Bedrohung zu qualifizieren. Nach dem Vollzug des mit dem Opfer vereinbarten Oralverkehrs zog sich der Täter komplett aus und sagte, er wolle nun Geschlechtsverkehr. Er verlangte vom Opfer, dass es sich ebenfalls ausziehe, und stiess es aufs Bett. Aufgrund dieses aggressiven Verhaltens und weil der Täter gegenüber dem Opfer Äusserungen über seine angebliche Vergangenheit als Häftling und über seine psychiatrischen Probleme machte, gab das Opfer seinem Ansinnen nach und liess ihn machen. Nach dem Geschlechtsverkehr diskutierte er zunächst mit dem Opfer über das Entgelt, verlangte ein zweites Mal Geschlechtsverkehr und stiess das Opfer abermals aufs Bett und nahm ein zweites Mal den Geschlechtsverkehr am verängstigten Opfer vor. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass das Verhalten des Täters das Opfer eingeschüchtert habe und es verständlich (compréhensible) sei, dass dieses nicht mehr in der Lage gewesen sei, sich dem ungewollten Sexualkontakt zu widersetzen.¹¹⁶⁶

¹¹⁶⁴ Urteil des Bundesgerichts 6B_1084/2015 vom 18.04.2016 E. 2.2.

¹¹⁶⁵ Urteil des Bundesgerichts 6B_278/2011 vom 16.06.2011.

¹¹⁶⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_710/2012 vom 03.04.2013.

- 361 Der Fall 6B_883/2014 lässt sich als typisches Beispiel für ein regelrechtes Klima der Gewalt sehen. Als sich das Opfer anfänglich noch verbal sowie körperlich gegen die sexuellen Übergriffe ihres Ehemannes wehrte, wurde dieser aggressiv und schlug sie teilweise. Überdies drohte er ihr, er schicke sie zurück in den Kosovo und bleibe mit der Tochter in der Schweiz. Das Opfer war finanziell abhängig und sozial isoliert. Unter diesen Umständen sei es ihr nicht mehr zuzumuten gewesen, sich den sexuellen Übergriffen zu widersetzen, habe sie doch andernfalls damit rechnen müssen, vom Täter geschlagen zu werden. Solche Beziehungen, die durch eine fortlaufende Einschüchterung und andauernde Tyrannisierung geprägt sind, wurden denn selbst von den Vertretern einer engen Auslegung als geradezu typisches Anwendungsbeispiel für die Tatvariante «Psychischer Druck» gesehen.¹¹⁶⁷
- 362 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass bei näherer Betrachtung dieser Entscheide aufgrund des Vorverhaltens oder des generell aggressiven Verhaltens des Täters zumeist eine (konkludente) Bedrohung oder sogar eine aktuelle Gewalthandlung hätte angenommen werden können. Ein Täter, der gegenüber dem Opfer bereits mehrmals gewalttätig geworden ist, wenn sich dieses ihm verweigert hatte, etabliert dadurch ein Verhaltensmuster, womit explizite Drohungen aufgrund der stets konkludent im Raum stehenden Drohung geradezu überflüssig werden.¹¹⁶⁸

ccc) «Schutzlose Lage»

- 363 Als weitere Gruppe lassen sich jene Entscheide zusammenfassen, in denen sich das Opfer in einer schutzlosen Lage befindet und ihm Widerstand deshalb nicht zuzumuten ist, es sich also in einer Lage befindet, in denen es dem oder den überlegenen Tätern mehr oder weniger hilflos ausgeliefert ist. Das Bundesgericht hält in ständiger Rechtsprechung fest, dass eine Situation für das Opfer bereits aufgrund der sozialen und *körperlichen* Dominanz des Täters aussichtslos im Sinne der Art. 189 f. sein könne, ohne dass diese notwendigerweise mit der Furcht des Opfers vor körperlicher Gewalt verknüpft sein müsse.¹¹⁶⁹
- 364 Als Beispiel wäre hierfür etwa der Entscheid 6B_28/2013 zu sehen, in dem der psychische Druck damit begründet wurde, dass der Täter das junge und

¹¹⁶⁷ Urteil des Bundesgerichts 6B_883/2014 vom 23.06.2015; vgl. zu einer solchen Konstellation bereits *Jenny*, Art. 189 Rn. 25. Einen ähnlichen Fall betrifft das relativ neue Urteil des Bundesgerichts 6B_25/2018 vom 14.02.2018.

¹¹⁶⁸ So LK-*Hörnle*, § 177 Rn. 85 f.

¹¹⁶⁹ So bereits in BGE 128 IV 106 E. 3bb; jüngst bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 6B_302/2017 vom 25.10.2017 E. 1.2.1.

psychisch fragile Opfer, das einen Sexualkontakt mit ihm zuvor bereits abgelehnt hatte, zunächst mit beruhigenden Reden eingelullt habe, ihm anschliessend den Arm auf die Schulter gelegt und es in einen Teil eines Lokals geführt habe, von wo aus es nicht einfach hätte flüchten können, zumal zwei Kollegen des Täters ihnen gefolgt waren.¹¹⁷⁰

Auch im Entscheid 6B_129/2013 wurde der psychische Druck primär damit begründet, dass der Täter das Opfer mittels List in eine abgeschiedene Lokalität (ein Solarium) verbracht hatte, wo sie sich dem Täter hilflos ausgeliefert fühlte. Dort zog er sie teilweise aus, drückte sie auf die Knie und versuchte erfolglos, von ihr Oralverkehr zu erlangen. Daraufhin vollzog er an ihr den Geschlechtsverkehr. Das Bundesgericht hielt fest: «Le recourant a usé d'un subterfuge pour isoler l'intimée dans un local où elle ne pouvait guère espérer de secours. En procédant de la sorte, il a généré une situation dans laquelle celle-ci s'est sentie à sa merci. Il a ainsi provoqué chez elle une pression suffisante pour parvenir à ses fins et sous l'effet de laquelle il est compréhensible qu'une jeune fille ne se soit pas sentie en mesure de lui résister et se soit soumise à la relation qu'il lui a imposée.»¹¹⁷¹

Ebenfalls in der Untergruppe «schutzlose Lage» lässt sich der Entscheid 6B_95/2015 einordnen. Nachdem das Opfer zu vier jungen Männern ins Auto stieg, führen sie mit ihm auf einen abgelegenen Parkplatz in einem Industriequartier. Auf der Rückbank des Wagens nahmen daraufhin zwei der Männer sexuelle Handlungen an ihr vor. Dabei beachteten sie weder die nonverbale («Wegrücken», «Gerade-Hinsetzen», «Wegstossen») noch die verbale Zurückweisung des Opfers. Die beiden anderen Männer befanden sich zu Beginn ebenfalls im Auto, später verliessen sie es zwar, blieben aber immer in Reichweite. Das Bundesgericht stützte die Annahme der Vorinstanz, dass die junge Frau unter psychischen Druck im Sinne der Art. 189 f. gesetzt wurde. Die jungen Männer hätten sie in eine ausweglose Zwangssituation gebracht. So seien ihr die Täter anzahlmässig und körperlich überlegen gewesen. Zudem sei sie auf engem Raum von zwei Männern gleichzeitig bedrängt worden, ihre Abwehrversuche seien erfolglos geblieben. Es habe keine Hoffnung bestanden, dass ihr jemand auf dem abgelegenen Parkplatz zu Hilfe kommt, zumal ihr auch die beiden anderen Männer im Auto nicht geholfen hätten.¹¹⁷²

¹¹⁷⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_28/2013 vom 13.06.2013 E. 5.3.1: «Face à la force physique du recourant, mais aussi vu l'environnement (local, d'où la fuite était rendue difficile, notamment en raison de la présence des deux amis du recourant dans la pièce voisine), la jeune fille, épuisée psychiquement et physiquement, n'a pas pu résister au recourant; il lui était en outre difficile de lui dire non au vu de sa psychopathologie. Compte tenu de l'ensemble de ces circonstances, la soumission de la jeune fille était compréhensible.»

¹¹⁷¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_129/2013 vom 14.01.2014 E. 2.2.

¹¹⁷² Urteil des Bundesgerichts 6B_95/2015 vom 25.01.2016 E. 7.2.

ddd) Drohungen mit ernstlichen Nachteilen

- 367 Diverse bundesgerichtliche Entscheide lassen sich unter den weiten Oberbegriff «Drohungen mit ernstlichen Nachteilen» gruppieren. Im Entscheid BGE 131 IV 167 bemühte sich das Bundesgericht zunächst einmal mehr um eine Präzisierung der Rechtsprechung zum psychischen Druck und hielt fest, dass der psychische Druck, welchen der Täter durch die Schaffung einer Zwangslage erzeugen muss, im Blick auf die «gewaltdeliktische Natur» von Art. 189 und Art. 190 von besonderer Intensität zu sein habe.¹¹⁷³ Die Einwirkung auf das Opfer müsse immerhin erheblich sein und eine der Gewaltanwendung oder Bedrohung vergleichbare Intensität erreichen. Das Gericht hielt explizit fest, dass «jedenfalls» solche Verhaltensweisen von der Tatbestandsvariante des Unter-psychischen-Druck-Setzens erfasst sind, die «Gewaltakte gegen das Opfer oder Drittpersonen befürchten lassen».¹¹⁷⁴ Im konkreten Fall hatte der Täter seiner Ehefrau und sich selbst anonym SMS geschickt, in denen den beiden angedroht wurde, dass der anonyme Absender die Tochter verschwinden lassen, den Sohn drogenabhängig machen und den Ehemann (d.h. den Täter) töten würde, falls das Paar nicht die verlangten sexuellen Handlungen ausführen würde. Derartige Drohungen, die Gewalttätigkeiten gegen Sympathiepersonen des Opfers befürchten liessen, seien angesichts ihrer gewaltdeliktischen Natur «unzweifelhaft» geeignet, beim Opfer einen ausserordentlichen psychischen Druck zu erzeugen.¹¹⁷⁵
- 368 Ebenfalls unter die Gruppe «Drohung mit ernstlichen Nachteilen» lässt sich wohl auch der Entscheid 6B_385/2012 vom 21.12.2012 fassen. Der Täter, welcher der Lehrmeister des knapp dem Schutzalter entwachsenen Opfers war, setzte dieses unter erheblichen Druck, als er dem Opfer erklärte, er werde dafür sorgen, dass die kleine Schwester wieder ins Heim müsse, zu der das Opfer eine sehr enge Bindung hatte. Um ihrer Schwester eine Heimplatzierung zu ersparen, gab sie dem Druck nach. Sie wurde mit Ausgrenzung und Schikanierungen bestraft, wenn sie den Wünschen des Täters nicht entsprach. Da sie bei Sohn und Schwiegertochter des Täters wohnte, hingen ihr damaliges Zuhause, ihre Berufsausbildung und damit ihre Zukunft vom Täter ab. So reagierte er auf ihre Zurückweisungen jeweils verärgert, wodurch die Familienangehörigen annahmen, das Opfer habe sich wieder falsch benommen. Solches Drangsalieren ist laut Bundesgericht geeignet, einen jungen, unsiche-

¹¹⁷³ BGE 131 IV 167 E. 3.1.

¹¹⁷⁴ BGE 131 IV 167 E. 3.1, wobei Drohungen mit Gewaltakten gegenüber dem Opfer selbst allerdings richtigerweise als «Bedrohung» i.S. der Art. 189 f. gelten müssten.

¹¹⁷⁵ BGE 131 IV 167 E. 3.3.

ren Menschen, der kein soziales Auffangnetz hat, zu zermürben und damit unerträglichem Druck auszusetzen.¹¹⁷⁶

Diese wohl noch auf der «Linie» der Vertreter einer engen Auslegung liegende Rechtsprechung wurde mit dem jüngeren Entscheid 6B_1040/2013 vom 18.08.2014 ausgedehnt auf die von Rehberg bereits 1993 vorgeschlagene Konstellation, in welcher der Täter dem Opfer mit der Bekanntgabe kompromittierender Informationen nach dem Muster der Chantage droht.¹¹⁷⁷ Im konkreten Fall drohten zwei junge Männer einer 17-jährigen Frau, im Internet ein angeblich existierendes Video zu veröffentlichen, welches sie beim (zu einem früheren Zeitpunkt einvernehmlich erfolgten) Oralverkehr mit einem der Täter zeige. Unter dem Druck der Drohung fuhr die junge Frau zu ihnen, wo die Täter mehrmals Oral- und Vaginalverkehr mit ihr ausübten.

Auch in diesem Entscheid hielt das Bundesgericht nach wie vor an seiner ständigen Rechtsprechung fest, wonach die Einwirkung auf das Opfer eine mit einer «Gewaltanwendung oder Bedrohung vergleichbare Intensität» erreichen müsse und sah dieses Erfordernis im konkreten Fall als gegeben an. Im Internet verbreitete kompromittierende Bilder könnten die beruflichen und sozialen Perspektiven der Betroffenen erheblich beeinträchtigen, dies umso mehr, wenn das Opfer erst am Anfang der beruflichen Laufbahn stehe. Hinzu komme, dass der Ruf des Opfers bereits geschädigt gewesen sei, nachdem der eine Täter den stattgefundenen Oralverkehr bereits mündlich propagiert hatte. Dem Opfer sei auch keine Gegenwehr zuzumuten gewesen, da es doch sowohl der Polizei als auch ihren Eltern die für sie peinlichen und ihr Fortkommen erschwerenden Geschehnisse hätte offenbaren müssen, wenn es sich geweigert und stattdessen die Polizei eingeschaltet hätte.¹¹⁷⁸

Der etwas knappen Begründung zum Trotz ist das Urteil im Ergebnis richtig. Dennoch ist der Entscheid auf massive Kritik gestossen. So qualifiziert Schwaibold, der das Urteil sogar als «krass falsch»¹¹⁷⁹ bezeichnet, das Vorgehen der beiden Täter als «unanständiges Angebot», das allenfalls als gewöhnliche Nötigung hätte bestraft werden können.¹¹⁸⁰ Er fragt:

¹¹⁷⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_385/2012 vom 21.12.2012 E. 3.4.

¹¹⁷⁷ Vgl. Rehberg, Das revidierte Sexualstrafrecht, 22; Urteil des Bundesgerichts 6B_1040/2013 vom 18.08.2014.

¹¹⁷⁸ Urteil des Bundesgerichts 6B_1040/2013 vom 18.08.2014 E. 4.

¹¹⁷⁹ Schwaibold, Eine folgenschwere Dummheit, 241.

¹¹⁸⁰ Schwaibold, Eine folgenschwere Dummheit, 238 und 241.

«Warum fährt eine – immerhin 17-jährige und sexuell offenbar aktive – junge Frau um 22 Uhr alleine mit der Bahn zu zwei Männern, wenn sie seit über zwei Stunden weiss, dass die mit ihr Sex haben wollen und werden, und lässt es – wenn man so will: wie abgemacht – auch geschehen, ohne offenbar noch einmal vor Ort den geringsten physischen und verbalen Widerstand zu leisten? Wer sich unter den vorliegenden örtlichen und zeitlichen Umständen auf einen Deal einlässt <Sex gegen Nichtpublikation>, der handelt zwar unter Druck, aber wird weder vergewaltigt noch sexuell genötigt. Der trifft eine Wertentscheidung, die er auch anders hätte treffen können (um nicht zu sagen: müssen), die aber nicht zulasten der Täter ausgelegt werden darf.»¹¹⁸¹

- 372 Dieser Kritik muss hier mit aller Deutlichkeit widersprochen werden. Wer ohne Einwilligung sämtlicher Berechtigten audiovisuelle Aufnahmen sexueller Handlungen erstellt und solche Aufnahmen verbreitet, erfüllt den Straftatbestand von Art. 179^{quater} (Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte).¹¹⁸² Wer nun, wie der Täter in diesem Fall, mit einer Handlung droht, die zu verwirklichen ihm sogar strafrechtlich verboten ist, unterbreitet dem Opfer selbstredend kein «unanständiges Angebot»¹¹⁸³ und begeht auch keine «relativ harmlose Dummheit»¹¹⁸⁴, sondern eindeutig eine strafbare Nötigung.¹¹⁸⁵
- 373 Nun stellt nach wohl h.L. und Rechtsprechung zwar nicht jede Nötigung zu einer sexuellen Handlung gleichzeitig eine sexuelle Nötigung oder Vergewaltigung im Sinne der Art. 189 f. dar. Dem Bundesgericht ist aber klarerweise zuzustimmen, dass die Drohung mit der Verbreitung von kompromittierenden und rechtswidrig erstellten intimen Aufnahmen durchaus geeignet ist, einen erheblichen und für die Art. 189 hinreichenden psychischen Druck zu erzeugen. Die Folgen der Verbreitung derartiger Videos und Fotos sind in unserer Gesellschaft gerade für junge Frauen oftmals erheblich. Alleine die Tatsache, dass eine unbestimmte Zahl von Menschen intimste Vorgänge des Opfers zur

¹¹⁸¹ *Schwaibold*, Eine folgenschwere Dummheit, 241.

¹¹⁸² Der angeblich gefilmte Oralverkehr fand gemäss Sachverhalt im Auto statt. Die Innenräume von Fahrzeugen werden der durch Art. 179^{quater} geschützten Privatsphäre zugeordnet, vgl. BSK-von *Ins/Wyder*, Art. 179^{quater} Rn. 11. Wäre der geltende Art. 197 zum Tatzeitpunkt bereits in Kraft gewesen und hätte das Video tatsächlich existiert, hätten sich die beiden Täter zudem auch wegen Herstellung und Verbreitung echter Kinderpornografie nach Art. 197 Abs. 4 strafbar gemacht, zumal das Opfer erst 17 Jahre alt war.

¹¹⁸³ So aber *Schwaibold*, Eine folgenschwere Dummheit, 238.

¹¹⁸⁴ So der Titel des Aufsatzes von *Schwaibold*, Eine folgenschwere Dummheit, 237.

¹¹⁸⁵ Was *Schwaibold* eigentlich auch anzuerkennen scheint, vgl. *Schwaibold*, Eine folgenschwere Dummheit, 239.

Kenntnis nehmen könnte, löst bei den Opfern regelmässig schwere Betroffenheit aus. Nicht selten geht mit der Publikation solcher Filme ein Cybermobbing einher, das manche der Opfer in schwere Depressionen oder sogar in den Suizid treibt.¹¹⁸⁶ Das von den jungen Männern angedrohte Szenario ist damit von seiner Intensität her durchaus mit der Androhung von Gewalttätigkeiten zu vergleichen. Für die Tatbestandsmässigkeit einer (sexuellen) Nötigung ist denn auch nicht entscheidend, dass sich die Folgen des angedrohten Verhaltens in jedem Fall verwirklichen müssen, es reicht aus, wenn dies als plausibles Szenario erscheint.¹¹⁸⁷ Angesichts der immer wieder auftretenden Fälle von Teenagern, die aufgrund von Nacktfilmen oder -fotos richtiggehenden Hetzkampagnen ausgesetzt sind, kann dem Opfer jedenfalls nicht vorgeworfen werden, dass es ein solches Szenario um jeden Preis verhindern wollte. In diesem Zusammenhang ist auch die Aussage des Bundesgerichts zu sehen, dass es dem Opfer nicht zuzumuten gewesen sei, stattdessen die Polizei zu informieren, musste es doch davon ausgehen, dass dies keine Option zur Verhinderung des angedrohten Übels gewesen wäre.¹¹⁸⁸ Zudem wäre es gerade von einem minderjährigen Opfer doch gar viel verlangt, in einer derart aufwühlenden Situation die im Nachhinein immer offensichtlich erscheinenden Abwehrmassnahmen zu ergreifen. Inwiefern im Übrigen die Tatsache, dass das Opfer «sexuell offenbar aktiv»¹¹⁸⁹ gewesen sei, für die Beurteilung irgendeine Relevanz entfalten sollte, bleibt ebenfalls unklar.

Die dem Entscheid implizit zu entnehmende Tatsache, dass der Film in Wahrheit offenbar gar nicht existierte, verleitet Schwaibold im Weiteren zu folgender Aussage: «Dass sie einer Lüge von X. und Y. aufgesessen ist, darf dann aber auch nicht zum Problem für die beiden werden.»¹¹⁹⁰ Was Schwaibold mit dieser Aussage bezweckt, bleibt schleierhaft. Denn nach absolut einhelliger Lehre und Rechtsprechung spielt es weder bei Art. 181 noch bei den Art. 189 f. eine Rolle, ob die Täterschaft ihre Androhung wahr machen

374

¹¹⁸⁶ Beispielhaft genannt werden können hier der Fall der 31-jährigen Italienerin, die aufgrund eines im Internet publizierten privaten Sexvideos öffentlich verspottet wurde und letztlich Suizid beging, vgl. den Beitrag in der NZZ vom 16.09.2016, Der Selbstmord von Tiziana erschüttert Italien, online abrufbar unter <https://www.nzz.ch/panorama/cybermobbing-und-sexismus-der-selbstmord-von-tiziana-erschuettert-italien-ld.117203>, oder auch den Fall der 15-jährigen Amanda Todd, die mit Nacktfotos erpresst wurde und aufgrund des damit einhergehenden Mobbings am Ende ebenfalls Suizid beging, vgl. Bernadette Calengo, Suizid nach Cybermobbing, Tagesanzeiger vom 25.10.2012, online abrufbar unter <https://www.tagesanzeiger.ch/leben/gesellschaft/Suizid-nach-Cybermobbing/story/24184753>.

¹¹⁸⁷ Vgl. auch BGE 131 IV 167 E. 3.3, wonach auch das Inaussichtstellen von nicht unmittelbar bevorstehenden Handlungen ausreichen kann.

¹¹⁸⁸ Urteil des Bundesgerichts 6B_1040/2013 vom 18.08.2014 E. 4.

¹¹⁸⁹ Schwaibold, Eine folgenschwere Dummheit, 241.

¹¹⁹⁰ Schwaibold, Eine folgenschwere Dummheit, 240.

will, ob sie dazu überhaupt in der Lage ist oder ob sie sich dabei einer Täuschung bedient.¹¹⁹¹ Erforderlich ist nur, dass das Opfer die Täuschung nicht durchschaut.¹¹⁹²

- 375 In einem jüngeren Entscheid hat das Bundesgericht den Schuldspruch wegen Vergewaltigung bestätigt, weil der Täter das Opfer in eine ausweglose Situation gebracht habe.¹¹⁹³ Er drohte der Frau mit «Konsequenzen» und «Schmerzen», wenn sie ihn nicht oral befriedige. Zusätzlich wurden auch die massiven, im Vorfeld des Treffens in verschiedenen Chatnachrichten erfolgten Drohungen berücksichtigt, die der Täter teilweise von einem «fake-account» aus verschickte. Angesichts der Tatsache, dass der Täter der Frau zusätzlich einen Plastiksack über den Kopf stülpte und am Hals zuzog, angeblich um zu testen, wie lange sie die Luft anhalten könne, und sich rittlings über sie setzte und körperlich fixierte, hätte man unproblematisch auch eine Drohung mit physischer Gewalt oder sogar die Anwendung von Gewalt annehmen können.

eee) Übergehen eines «Neins»

- 376 Bereits Maier wies unter Hinweis auf die gesetzgeberischen Intentionen darauf hin, dass in Fällen, in denen der Täter ein «Nein» des Opfers übergehe, das Vorliegen eines psychischen Drucks zu prüfen sei.¹¹⁹⁴ Der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich entnehmen, dass das Bundesgericht das bloße Übergehen eines «Nein» nicht prinzipiell als «psychischen Druck» qualifiziert, sondern nur, wenn besondere Umstände vorliegen.
- 377 Ein Beispiel für eine solche «Ausnahme» wäre der Entscheid 6B_298/2008 vom 01.07.2008, wo das Bundesgericht die Verurteilung des Täters wegen Vergewaltigung bestätigt hat.¹¹⁹⁵ Täter und Opfer lernten sich als Patienten im Rahmen eines Aufenthalts einer Klinik kennen. Eines Abends besuchte der Täter das Opfer in seinem Zimmer und schaute sich dort einen Film an. Das Opfer war aufgrund der bereits eingenommenen, teilweise sedierend wirkenden Medikamente stark ermüdet und schläfrig. Der Täter zog das Opfer plötzlich an sich und begann, sie am Arm, Oberschenkel und Bauch zu streicheln. Dieses sagte ihm, er solle damit aufhören, drückte seine Hände wiederholt

¹¹⁹¹ Vgl. etwa BSK-*Delnon/Rüdy*, Art. 181 Rn. 30; explizit auch *Jenny*, Art. 189 Rn. 22.

¹¹⁹² Vgl. auch BGE 131 IV 167 E. 3.3: «Dass der Beschwerdegegner bei der Tatausführung auch eine List benutzte, so dass ihn die Beschwerdeführerin nicht als Verfasser der fraglichen SMS identifizieren konnte, ändert nichts daran, dass er zur Erreichung seines Ziels im Wesentlichen Nötigungsmittel einsetzte.»

¹¹⁹³ Urteil des Bundesgerichts 6B_1408/2016 vom 20.02.2018 E. 1.5.1 f.

¹¹⁹⁴ *Maier*, Nötigungsdelikte, 321 und 303 ff.

¹¹⁹⁵ Urteil des Bundesgerichts 6B_298/2008 vom 01.07.2008 E. 6.

weg und sagte immer wieder «nein». Der Täter setzte sich darüber hinweg und fasste ihr mit der Hand zwischen die Beine, unter der Bemerkung, sie sei «vollgeil». Sie wiederholte, er solle damit aufhören, und wendete in der Hoffnung, er werde dann von ihr ablassen, ein, sie kenne Sex – als Opfer sexuellen Missbrauchs – nur als brutalen Übergriff, sei eigentlich Jungfrau und habe noch nie normalen Sex gehabt. Der Täter liess dennoch nicht von ihr ab. Als er sich ein Präservativ überstreifte, erstarrte das Opfer vor Angst, war wie versteinert und gab ihre Abwehr auf. Er legte sich auf sie und vollzog den Geschlechtsverkehr an ihr.¹¹⁹⁶

Ausgangspunkt für die Beurteilung als Vergewaltigung bildete für das Bundesgericht die durch die ausserordentliche Müdigkeit, die Medikamente sowie die psychischen Probleme bedingte physische und psychische Angeschlagenheit des Opfers, um die der Täter wusste. Als eigentliche Ausübung bzw. Anwendung psychischen Drucks erscheine hier, dass der Täter, nachdem er das Opfer überraschend an sich gezogen und am Körper zu streicheln begonnen hatte, sich über die wiederholte und klare verbale sowie körperliche Kundgabe ihrer Ablehnung hinwegsetzte und mit «gleichsam gesteigertem, situativ eingesetztem Druck» sein Tun systematisch fortsetzte, so dass das Opfer damit habe rechnen müssen, er würde sein Ansinnen ungeachtet ihres Widerwillens in jedem Fall umsetzen. Ihre Wehrfähigkeit sei aufgrund ihrer starken psychischen und physischen Belastung deutlich herabgesetzt gewesen, weshalb ihr weiterer Widerstand nicht mehr zuzumuten gewesen sei.¹¹⁹⁷

Ähnlich entschied das Bundesgericht im Falle einer jungen Frau, die noch Jungfrau war, erheblich alkoholisiert war, im Schlaf überrascht wurde und sich alleine gegenüber zwei Männern widerfand, die ihre verbale Abwehr schlicht übergingen.¹¹⁹⁸

In einem früheren Entscheid liess das Bundesgericht hingegen den blossen Vollzug des Geschlechtsverkehrs gegen den vorgängig geäusserten Willen des Opfers für eine Verurteilung wegen Vergewaltigung *nicht* genügen.¹¹⁹⁹ Dem kräftemässig mit dem Beschuldigten ebenbürtigen Opfer, das mit dem Beschuldigten auch nach Beendigung ihrer Paarbeziehung gelegentlich sexuelle Kontakte pflegte, sei zuzumuten gewesen, sich weitergehend zu wehren, befand das Bundesgericht.¹²⁰⁰ Dies habe sie im Übrigen auch durch ihr Ver-

¹¹⁹⁶ Vgl. a.a.O. E. 4.

¹¹⁹⁷ A.a.O. E. 6.

¹¹⁹⁸ Urteil des Bundesgerichts 6B_502/2017 vom 16.04.2018 E. 1.3: «Dans ces conditions, la cour cantonale pouvait, sans violer le droit fédéral, retenir que le recourant avait usé d'une pression psychique suffisamment intense dont il a profité pour faire subir à l'intimée l'acte sexuel, en passant outre à l'absence de consentement.»

¹¹⁹⁹ Urteil des Bundesgerichts 6B_912/2009 vom 22.02.2010 E. 2.1.4.

¹²⁰⁰ A.a.O.

halten gezeigt, indem sie sich gegen die ersten Annäherungsversuche sowie beim späteren, dem Geschlechtsverkehr folgenden, Analverkehr erfolgreich zur Wehr setzte. Die Frau sei weder überrascht noch völlig schockiert oder gelähmt und im Gegensatz zum Beschuldigten nicht angetrunken gewesen.¹²⁰¹

- 381 Ähnlich entschied das Bundesgericht im Entscheid 6B_311/2011 vom 19.07.2011. Der Beschuldigte, der Vorgesetzte des Opfers, vollzog den Geschlechtsverkehr am Opfer, nachdem dieses ihn dreimal hintereinander gebeten hatte, sie in Ruhe zu lassen. Das Bundesgericht befand, «[q']on pouvait attendre de la recourante, âgée de 39 ans, qu'elle tente de s'opposer au projet clair de l'intimé, reconnu comme tel par elle, plus que par la seule requête, une fois assise sur le lit, de la laisser tranquille. Elle aurait ainsi pu lui demander de sortir, lui dire sans ambiguïté qu'elle refusait d'entretenir avec lui une relation sexuelle, le repousser physiquement, se débattre, sortir de la chambre ou encore crier, l'épouse de l'intimé dormant au même étage».¹²⁰²

cc) Würdigung

- 382 Durch seine Unbestimmtheit ist das Tatbestandsmerkmal des Unter-Psychischen-Druck-Setzens als problematisch zu beurteilen, zumal sein Rahmen letztlich nicht sinnvoll abgesteckt werden kann. Es macht beinahe den Anschein, als diene dieses Tatbestandsmerkmal den Gerichten und Strafverfolgungsbehörden bisweilen lediglich als Plattform für einzelfallbezogene Billigkeitserwägungen und würde bisweilen für Fälle verwendet, in denen der Sexualekontakt zwar klarerweise gegen den Willen der Opfer stattgefunden hatte, der mangelnde Widerstand dieser Opfer aber eine «klassische» bzw. eigentliche Nötigungshandlung des Täters gerade überflüssig machte, die Umstände der Tat aber trotzdem die Bewertung als massives Unrecht zu erfordern schienen. Es wird also letztlich bewertet, ob das Ausbleiben von (mehr als verbalem) Widerstand von Seiten des Opfers angemessen bzw. nachvollziehbar erscheint. Es sei hier bereits angedeutet, dass diese nachträgliche richterliche Bewertung, wann einem den Sexualekontakt eindeutig ablehnendes Opfer noch weitergehenden «Widerstand» zumutbar erscheint, mit Blick auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen problematisch erscheint.
- 383 Im Übrigen ist die zu wenig klare, um nicht zu sagen fehlende Abgrenzung zu Art. 193 und den anderen Ausnützungsdelikten problematisch. Dies wurde

¹²⁰¹ A.a.O.

¹²⁰² Urteil des Bundesgerichts 6B_311/2011 vom 19.07.2011 E. 5.4.1.

denn auch in der Lehre stets kritisiert.¹²⁰³ Mit dem Kriterium der «instrumentalisierten strukturellen Gewalt» lässt sich die Abgrenzung – wie Jenny zu Recht sagt – nicht vornehmen. «Das soziale Machtgefälle, das der Begriff bezeichnet, ist – trivial gesagt – stets schon da, lässt sich also nie herstellen, sondern eben immer nur instrumentalisieren, d.h. dem eigenen Nutzen dienstbar machen.»¹²⁰⁴

Wie im ersten Teil der Untersuchung ausführlich dargelegt wurde, lässt sich Zwang von Ausbeutung bzw. dem Ausnutzen von Notlagen einzig dann sinnvoll abgrenzen, wenn auf einen normativen Zwangsbegriff abgestellt wird.¹²⁰⁵ Das blosse Vorliegen von – selbst erheblichem – psychischem Druck ist noch keine hinreichende Bedingung dafür, das Vorliegen von normativ relevantem, freiwilligkeitsverminderndem Zwang zu begründen.¹²⁰⁶ Es sei hier nochmals erwähnt: Der Unterschied zwischen Zwang und psychologischem Druck ist ein kategorialer, kein gradueller.¹²⁰⁷ Der Begriff «Zwang» zielt darauf, dass eine Person auf *unrechtmässige* Weise in eine Situation gebracht wurde, in der ihre einzige Wahl darin besteht, ein unakzeptables Opfer zu erbringen, um nicht tun zu müssen, was von ihr verlangt wird.¹²⁰⁸ Nur wenn der Täter den Freiheitsbereich des Opfers also unrechtmässig verkleinert, ist von Zwang (auch im Sinne der Art. 189 f.) auszugehen. In anderen Fällen liegt strukturell nicht Zwang, sondern allenfalls Ausbeutung vor, der von Art. 193 erfasst werden könnte.

Es mag unbefriedigend erscheinen, Konstellationen, in denen Bezugspersonen die zum (allenfalls noch kindlichen) Opfer bestehende Abhängigkeit ausgenutzt haben, um deren Einwilligung zu Sexualkontakten zu erhalten, «nur» nach Art. 193 oder Art. 187 bestrafen zu können. Dies ist aber kein Grund, die Kategorien «Zwang» und «Ausbeutung» miteinander zu vermengen.¹²⁰⁹ Vielmehr ist darin ein Grund zu sehen, die Strafraumen bei den entsprechenden Delikten zu überdenken. Gerade bei Art. 193, den man auch als «Sexualwucher» bezeichnen könnte, erscheint die Einstufung als blosses Vergehen fragwürdig, ist doch der «gewöhnliche» Wucher nach Art. 157 als Verbrechen ausgestaltet. Der Entwurf zur Harmonisierung der Strafraumen

¹²⁰³ Vgl. etwa *Jenny*, Rechtsprechung 2002, 726 ff.; äusserst kritisch auch bereits *Arzt*, Das neue Sexualstrafrecht, 348: «Weil die sexuelle Nötigung so total überdehnt worden ist, verfließen die Grenzen zwischen ganz verschiedenen Tatbestandstypen.»

¹²⁰⁴ *Jenny*, Rechtsprechung 2002, 727; ähnlich bereits *Jenny*, Rechtsprechung 1998, 639 ff.

¹²⁰⁵ Vgl. vorne Rz. 113 ff., 121 ff., 133 ff.

¹²⁰⁶ *Gutmann*, Freiwilligkeit, 113.

¹²⁰⁷ *Murphy*, Hard Choices, 84 f.

¹²⁰⁸ *Murphy*, Hard Choices, 84; ihm folgend *Gutmann*, Freiwilligkeit, 113.

¹²⁰⁹ Vgl. *Gutmann*, Freiwilligkeit, 182.

sieht allerdings keine Erhöhung der Strafrahmen, sondern lediglich die Streichung der Geldstrafe vor.¹²¹⁰

d) Zum Widerstand unfähig machen

aa) Herkunft des Begriffs

- 386 Das Herbeiführen der Widerstandsunfähigkeit stellte unter früherem Recht zunächst eine qualifizierte Tatbegehung gemäss Art. 187 Abs. 2 aStGB (Notzucht) dar. Verlangt wurde diesbezüglich aufgrund der hohen Mindeststrafe von drei Jahren Zuchthaus die Herbeiführung einer mit der Bewusstlosigkeit vergleichbare absolute Wehrlosigkeit der Frau.¹²¹¹ In Art. 188 aStGB (Nötigung zu einer anderen unzüchtigen Handlung) fungierte «auf andere Weise zum Widerstand unfähig machen» hingegen als eine Art Generalklausel, welche die anderen Nötigungsmittel Gewalt und schwere Drohung ergänzte. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung bezog bei dieser Variante von Art. 188 aStGB auch das blosser Ausnützen von Überraschung bzw. das Ausnützen von Verblüffung oder Schrecken über einen unvermuteten Angriff mit ein.¹²¹²
- 387 Bei der Revision 1992 wurde «zum Widerstand unfähig machen» bei beiden Nötigungstatbeständen als eine Art Generalklausel beibehalten, was wohl der «traditionellen, obschon unbegründeten Besorgnis» geschuldet war, die Aufzählung der Nötigungsmittel könnte sonst lückenhaft sein.¹²¹³ Gedacht wurde jedenfalls gemäss Botschaft an den Täter, der das Opfer «durch Narkotika, Drogen usw. bewusstlos oder sonst wie gänzlich am Widerstand gehindert hat».¹²¹⁴ Dass das (heimliche) Verabreichen von Drogen allerdings bereits unter den Gewaltbegriff fällt, war man sich zwar bewusst, war sich jedoch nicht sicher, ob die Gerichte den Gewaltbegriff entsprechend auslegen wür-

¹²¹⁰ Vgl. BBl 2018 2869 f. und 2876.

¹²¹¹ Vgl. zum Ganzen eingehend und kritisch *Jenny*, Angriffe, 109 f.

¹²¹² Sehr «opferfreundlich» insofern BGE 70 IV 207: «Diese Bestimmung [Art. 188 aStGB] verlangt weder nach ihrem Wortlaut noch nach ihrem Sinn, dass der Täter einen Widerstand überwinden müsse. Bestraft wird er nicht, weil er hartnäckig sein Ziel verfolgt, sondern weil er seinen Willen ohne das Einverständnis des Opfers, das er zum Widerstand unfähig macht, durchsetzt. Gelingt es ihm, den Widerstand der Angegriffenen auszuschalten, noch ehe sich diese zur Wehr setzen kann, so ist er nicht weniger strafwürdig, als wenn er des Opfers erst nach und nach, unter Überwindung eines Widerstandes, Herr wird.» In BGE 78 IV 37 erachtete das Bundesgericht das Opfer als «zum Widerstand unfähig», das vom ersten Übergriff des Täters derart überrascht und erschrocken war, dass es einen zweiten Übergriff widerstandslos duldete.

¹²¹³ *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 8 Rn. 11.

¹²¹⁴ BBl 1985 1071.

den.¹²¹⁵ Als verbleibender Anwendungsbereich wird in der Lehre folglich bloss noch die Hypnose oder die Schrecklähmung gesehen.¹²¹⁶

bb) Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat in seiner früheren Rechtsprechung eine Widerstandsunfähigkeit gemäss Art. 189 mit der Ausnützung des Altersunterschiedes, der körperlichen Überlegenheit und der Autorität eines Trainers im Verhältnis zu seinen etwa 13 Jahre alten Schülern begründet.¹²¹⁷ Dieser Entscheid stiess in der Lehre auf Kritik: Dass sich das Opfer nicht zu wehren wage, sei nicht gleichbedeutend mit seiner Unfähigkeit zum Widerstand.¹²¹⁸ Im konkreten Fall hätte denn auch unproblematisch eine Bedrohung bzw. eine konkludente Drohung mit physischer Gewalt angenommen werden können, zumal der Trainer auf das Wimmern des Jungen mit dem Satz «ta gueule» reagiert hatte.¹²¹⁹ Das Bundesgericht hält mittlerweile selber in ständiger Rechtsprechung fest, dass der Tatvariante Widerstandsunfähigkeit «kaum eigenständige Bedeutung zukommt».¹²²⁰ Offensichtlich noch unter die Tatvariante subsumiert wurde der Fall eines Freiers, der die Prostituierte, mit der er Oralverkehr vereinbart hatte, mit Rohhypnol betäubte und das bewusstlose Opfer an der Scheide betastete¹²²¹ – richtigerweise wäre dies als Gewaltanwendung zu qualifizieren gewesen.¹²²²

¹²¹⁵ *Hangartner*, Selbstbestimmung, 146 m.w.N.

¹²¹⁶ *Hangartner*, Selbstbestimmung, 147 f.; vgl. dazu auch den Sachverhalt im Urteil des Bundesgerichts 6B_626/2007 vom 19.02.2008: Der Täter versetzt das Opfer während einer therapeutischen Behandlung in eine Art Trance, so dass sich das Opfer gegen die sexuellen Übergriffe nicht zur Wehr setzen kann. Der Täter habe seine Patientin mental herabgefahren. Die rechtliche Würdigung des Sachverhalts wurde allerdings vom Beschwerdeführer gar nicht angefochten, weshalb das Bundesgericht nicht näher darauf einging.

¹²¹⁷ BGE 119 IV 309 7b; vgl. kritisch dazu *Jenny*, Art. 189 Rn. 30; *Hangartner*, Selbstbestimmung, 149 f.

¹²¹⁸ *Jenny*, Art. 189 Rn. 30.

¹²¹⁹ So auch *Hangartner*, Selbstbestimmung, 150.

¹²²⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_1149/2014 vom 16.07.2015 E. 5.1.2; BGE 131 IV 167 E. 3.

¹²²¹ Urteil des Bundesgerichts 6P.12/2006 vom 29.03.2006 E. 6.

¹²²² Kritisch auch PK-*Trechsel/Bertossa*, Art. 189 Rn. 7, die diesen Entscheid aus nicht näher erläuterten Gründen als «Grenzfall» bezeichnen.

cc) Täuschung als Herbeiführen der Widerstandsunfähigkeit?

- 389 In einer später als «Stealth-Fall» bekanntgewordenen Konstellation täuschte ein Mann seine Sexualpartnerin absichtlich über die Verwendung eines Kondoms.¹²²³ Er entfernte dieses entgegen einer expliziten Absprache heimlich unmittelbar vor der Penetration und vollzog mit dem nichtsahnenden Opfer den Geschlechtsverkehr. Dieses bemerkte das Fehlen des Kondoms erst hinterher. Man könnte sich nun fragen, ob der Mann durch seine Täuschung die Frau zum Widerstand unfähig gemacht hat und wegen Vergewaltigung zu verurteilen wäre.¹²²⁴
- 390 Nicht zu verwechseln mit der hier interessierenden Frage ist die unbestrittene Tatsache, dass das Opfer *mithilfe* einer Täuschung genötigt werden kann. Irrtümer können unbestrittenermassen im Rahmen von Art. 189 und 190 Bedeutung erlangen, wenn die Täuschung der Durchführung der bei Art. 189 und 190 erforderlichen Nötigung dient bzw. diese erst ermöglicht. So lassen Lehre und Rechtsprechung denn auch bei Art. 189 und 190 täuschungsgestützte Drohungen zur Tatbestandsverwirklichung genügen. Es reicht aus, wenn der Drohende nach den Befürchtungen des Bedrohten Herr des Geschehens ist und die Herbeiführung oder Verhinderung des angekündigten Übels zumindest scheinbar in seiner Macht steht. Es spielt hingegen keine Rolle, ob der Täter die Drohung tatsächlich wahr machen kann oder will, solange das Opfer nur davon ausgeht, er meine es ernst.¹²²⁵ Dies ist auch richtig so. Denn für die drohende Wirkung spielt es keine Rolle, ob der Täter die Drohung wahr machen kann oder nicht, solange das Opfer die Täuschung nicht durchschaut. Im Fall 6B_1040/2013 erkannte das Bundesgericht denn auch eine nach Art. 189 und 190 ausreichende Drohung darin, dass die beiden Täter dem Opfer mit der Veröffentlichung eines offenbar nur vermeintlich existierenden Videos drohten, welches das Opfer bei früher stattgefundenen sexuellen Handlungen zeigen sollte.¹²²⁶

¹²²³ Vgl. Urteil des Bezirksgerichts Lausanne PE15.012315-LA vom 09.01.2017.

¹²²⁴ Aus dem Entscheid geht nicht ganz klar hervor, unter welche Variante von Art. 190 das Verhalten des Beschuldigten subsumiert wurde, vgl. a.a.O. S. 12 f.

¹²²⁵ Vgl. *Jenny*, Art. 189 Rn. 22.

¹²²⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_1040/2013 vom 18.08.2014. Etwas anders gelagert, aber dennoch vergleichbar ist BGE 131 IV 167. Dort sandte der Täter seiner Ex-Frau sowie an sich selber SMS-Botschaften, die sie beide unter massiven Drohungen zur Vornahme bestimmter sexueller Handlungen im Schlafzimmer bei aufgezogenen Vorhängen oder im Wald aufforderten. Den so gelagerten Fällen ist gemeinsam, dass die Täuschung lediglich zur Unterstützung oder Aufrechterhaltung einer Drohung diene. Das entscheidende unrechtskonstituierende Merkmal liegt also nicht in der Täuschung, sondern vielmehr in der damit ermöglichten Drohung.

Die hier interessierende Frage ist jedoch, ob das Erschleichen von sexuellen Handlungen durch eine Täuschung den objektiven Tatbestand der Art. 189 f. erfüllen könnte. Meines Erachtens könnte man sich durchaus fragen, ob jemand mittels List oder Täuschung zum Widerstand unfähig gemacht werden kann. Hinzuweisen wäre aber wohl zunächst noch auf die Tatsache, dass in Tatbeständen, bei denen die List als Tatmittel ausreicht, dies im Tatbestand häufig explizit erwähnt wird. Als Beispiel zu nennen wäre etwa der Art. 183 (Freiheitsberaubung und Entführung), der ausdrücklich festhält, dass eine Entführung auch mittels List begangen werden kann. Ob die Auslegung, dass ein Irrtum oder zumindest eine Täuschung zur Widerstandsunfähigkeit führen kann, vertretbar ist oder nicht, soll später bei den Ausführungen zu Art. 191 diskutiert werden. Denn selbst wer dies bejaht, stösst bei Art. 189 und 190 spätestens beim Tatbestandsmerkmal «nötigen» an eine unüberwindliche Grenze.

Wiewohl die eigenständige Bedeutung des Merkmals «nötigen» in den Art. 189 f. nicht oft diskutiert wird, ist dem deutschen BGH dahingehend zuzustimmen, als es «nötigen» unabhängig von allfälligen im Gesetz genannten Tatmitteln interpretiert als «einem anderen ein von ihm nicht gewolltes Verhalten aufzuzwingen, ihn gegen seinen Willen zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen zu bestimmen».¹²²⁷ Das getäuschte Opfer wird aber gerade nicht «gegen seinen Willen» zu einer bestimmten Handlung gezwungen, vielmehr dient die Täuschung dem Täter dazu, den potentiell entgegenstehenden Willen auszuschalten. Nötigen setzt also zumindest ein Bewusstsein des Opfers von dem Willenskonflikt¹²²⁸ und folglich ein Handeln gegen den aktuellen, tatsächlichen Willen des Opfers voraus. Ein Handeln gegen den hypothetischen Willen reicht hierfür nicht aus.¹²²⁹ Anders ausgedrückt: Wer getäuscht wird, wird nicht genötigt; die List bzw. eine blossе Täuschung ist kein Zwangsmittel und deshalb kein taugliches Mittel, um eine Nötigung zu begehen.¹²³⁰

¹²²⁷ Vgl. Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs 2 StR 248/99 vom 20.10.1999 E. III. 2a.

¹²²⁸ Vgl. *Thomas Fischer*, Sexuelle Selbstbestimmung in schutzloser Lage, in: ZStW 112, 2000, 82.

¹²²⁹ Vgl. eingehend und m.w.N. auch *Omlin*, Intersubjektiver Zwang, 241 f.

¹²³⁰ So auch *Knodel*, Der Begriff der Gewalt, 21; *Murmann*, Selbstverantwortung des Opfers, 206.

5. *Das Erfordernis des Kausalzusammenhanges –
Überraschung als Nötigung?*

- 393 Obwohl der Wortlaut der Art. 189 f. dies nicht zwingend vorschreibt,¹²³¹ verlangt die h.L., dass die in Art. 189 f. genannten Tatmittel und das Dulden bzw. die Vornahme der unerwünschten sexuellen Handlung durch das «ungeschriebene Tatbestandsmerkmal» der Kausalität verknüpft sein müssen.¹²³² Vorausgesetzt sei, dass das Opfer die sexuellen Handlungen nur deshalb dulde bzw. vornehme, weil der Täter es bedroht, Gewalt angewendet, es unter psychischen Druck gesetzt oder zum Widerstand unfähig gemacht habe, ansonsten komme nur Versuch in Betracht.¹²³³ Das Bundesgericht hatte nun allerdings bereits unter früherem Recht (Art. 188 aStGB) Überraschung bzw. das Ausnützen von Verblüffung und Schrecken als Nötigungsmittel gelten lassen, und auch unter geltendem Recht betonte das Bundesgericht im Entscheid BGE 122 IV 97 noch, dass von Art. 189 – neuerdings aber über die Variante des psychischen Drucks – auch Konstellationen erfasst werden sollen, in denen das Opfer «wegen Überraschung, Schrecken oder einer hoffnungslosen Situation widerstandsunfähig gemacht wurde».¹²³⁴ Entsprechende Verweise finden sich auch in aktuelleren Entscheiden nach wie vor.¹²³⁵
- 394 Die Lehre hat diese Rechtsprechung seit jeher kritisiert, u.a. auch deswegen, weil bei überraschend ausgeführten Übergriffen das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Kausalität zwischen Nötigungshandlung und abgenötigtem Dulden fehle.¹²³⁶ Wenn der Täter die Nötigungshandlung durch ein Überraschungsmoment substituiere, das die Bildung eines sexuellen der Handlung entgegenstehenden Willens vereitelt, nötige er gerade nicht.¹²³⁷ Entsprechend verweist denn auch Donatsch auf die Parallele zum Verhältnis zwischen Entreisssdiebstahl und Raub: Für die Annahme eines Raubes wie auch einer sexuellen Nötigung genüge nicht, dass der Täter einen allfälligen Widerstand bloss durch Ausnützen eines Überraschungsmoments unterlaufe. Im sexuellen

¹²³¹ Vgl. sogleich unten zur alternativen Auslegung der Art. 189 f., Rz. 397 ff.

¹²³² Vgl. etwa *Maier*, Nötigungsdelikte, 327 ff.

¹²³³ Vgl. *Corboz*, Infractioins, Art. 189 Rn. 21; *Jenny*, Art. 189 Rn. 31; *Maier*, Nötigungsdelikte, 327 ff., *Donatsch*, Strafrecht III, 513; *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 8 Rn. 12.

¹²³⁴ BGE 122 IV 97 E. 2b.

¹²³⁵ Vgl. die Urteile des Bundesgerichts 6B_71/2015 vom 19.11.2015 E. 2.1.2 sowie 6B_710/2012 vom 03.04.2013 E. 3.1: «Les pressions d'ordre psychique visent les cas où l'auteur provoque chez la victime des effets d'ordre psychique, tels que la surprise, la frayeur ou le sentiment d'une situation sans espoir, propres à la faire céder.»

¹²³⁶ *Jenny*, Angriffe, 115 f.; *ders.*, Art. 189 Rn. 32; *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 8 Rn. 27; *Hangartner*, Selbstbestimmung, 106 f.

¹²³⁷ *Donatsch*, Strafrecht III, 513.

Kontext soll gemäss Lehre in solchen Konstellationen jeweils der Art. 198 einschlägig sein.¹²³⁸

Wohl diesem Gedanken folgend hat das Bundesgericht in BGE 133 IV 49 eine sexuelle Nötigung verneint. Der Täter war anlässlich einer Massage plötzlich mit einem oder zwei Fingern in die Vagina des Opfers eingedrungen. Das plötzliche und gewaltsame Einführen der Finger in die Vagina könne nicht die für Art. 189 erforderliche Nötigungshandlung (d.h. nicht Nötigen mit Gewalt) darstellen. Die begriffliche Fassung des Tatbestandes spreche vielmehr dafür, dass von einer «logischen Differenz» zwischen der Nötigung und dem Vollzug der sexuellen Handlung auszugehen sei, wonach die sexuelle Handlung aufgrund der Nötigung geduldet werden müsse. Die Vornahme der sexuellen Handlung kann also nicht gleichzeitig das Nötigungsmittel zu ihrer eigenen Duldung sein.¹²³⁹ 395

Allerdings sieht das Bundesgericht in derartigen Fällen, in denen es dem Opfer unmöglich war, den «Angriff auf die geschlechtliche Identität» abzuwehren, weil es aufgrund seiner körperlichen Lage den drohenden Angriff gar nicht erkennen konnte, regelmässig den Tatbestand der Schändung nach Art. 191 als erfüllt an.¹²⁴⁰ Art. 191 soll bekanntlich diejenigen Personen schützen, die einen zur Abwehr ausreichenden Willen zum Widerstand gegen sexuelle Übergriffe nicht oder nicht sinnvoll bilden, äussern oder betätigen können. Das Bundesgericht weist nun darauf hin, dass die Möglichkeit zur Willensbetätigung bzw. eine «willensmässige Reaktion» voraussetze, dass der drohende Übergriff überhaupt als solcher erkannt werde, was eine vorgängig durch die Sinne vermittelte äussere Wahrnehmung erfordere. Kann das Opfer nicht erkennen, dass der Täter sich anschickt, eine sexuelle Handlung vorzunehmen, ist es gemäss dieser Rechtsprechung widerstandsunfähig i.S.v. Art. 191.¹²⁴¹ 396

¹²³⁸ *Donatsch*, Strafrecht III, 513; StGB-Kommentar-*Weder*, Art. 189 Rn. 21.

¹²³⁹ Vgl. BGE 133 IV 49 E. 6.2. So bereits im Urteil 6P.194/2001 vom 03.12.2002 E. 6.2.1 angetönt, aber letztlich offengelassen: «Die Vorinstanz erblickt die Nötigung zunächst in der gewaltsamen, die Beschwerdegegnerin in der Scheide verletzenden Penetration und in der die Beschwerdegegnerin überraschenden Art und Weise, mit welcher die Penetration vollzogen wurde. Es ist fraglich, ob der Beschwerdeführer damit den Tatbestand bereits erfüllte, zumal die «Nötigung» mittels Überraschung und Gewaltsamkeit der Penetration *in actu* mit der Penetration selbst erfolgte. Die begriffliche Fassung des Tatbestandes spricht jedoch dafür, dass von einer logischen Differenz auszugehen ist zwischen der Nötigung und dem Vollzug des Geschlechtsverkehrs, der in der Folge auf Grund der Nötigung geduldet werden müsste.»

¹²⁴⁰ Vgl. dazu die Ausführungen unten bei Art. 191.

¹²⁴¹ Vgl. BGE 133 IV 49 E. 7.3 f.

C. Tathandlung der Art. 189 f. – Alternative Auslegung

1. «Nötigen» als «gegen den Willen des Opfers handeln»

397 Wie bereits aufgezeigt, werden die sexuellen Nötigungsdelikte von h.L. und Rechtsprechung dahingehend verstanden, dass von einer «logischen Differenz» zwischen der Nötigung und dem Vollzug der sexuellen Handlung ausgegangen wird, wonach die sexuelle Handlung *aufgrund* der Nötigung geduldet werden müsse.¹²⁴² Im Zusammenhang mit dem Tatbestandsmerkmal «nötigen» wird also grundsätzlich die Überwindung oder – allenfalls prophylaktische – Beugung eines entgegenstehenden Willens und damit ein über die Nichtbeachtung des Willens des Opfers hinausgehendes *aktives Täterverhalten*, d.h. der Einsatz eines der im Gesetz genannten Nötigungsmittel, vorausgesetzt.¹²⁴³ Der blosse Vollzug des Geschlechtsverkehrs oder einer anderen sexuellen Handlung gegen den vorgängig geäusserten oder implizit kundgegebenen Willen des Opfers genügt hingegen nicht, sofern nicht eine darüber hinausgehende «Nötigungshandlung» des Täters vorliegt. Dies hielt das Bundesgericht in einem Entscheid ausdrücklich fest:

398 «Der blosse Vollzug des Geschlechtsverkehrs gegen den vorgängig geäusserten Willen der Beschwerdeführerin bzw. eine nur geringfügige Kraftaufwendung genügt aufgrund des unbeeinträchtigten physischen und psychischen Zustands der Beschwerdeführerin demzufolge nicht für den Tatbestand der Vergewaltigung.»¹²⁴⁴

399 Da im genannten Entscheid keines der im Gesetz genannten Tatmittel gegeben war, schützte es den vorinstanzlichen Freispruch des Mannes vom Vorwurf der Vergewaltigung, obwohl dieser unstreitig gegen den Willen des Opfers mit diesem den Geschlechtsverkehr vollzog. Das Bundesgericht ist also offensichtlich der Meinung, dass eine sexuelle Nötigung (bzw. eine Vergewaltigung) nur durch den Einsatz eines Tatmittels möglich ist. So definiert es die Nötigungshandlung als «zentrales Element» der Art. 189 f. folgendermassen: «Die Nötigungshandlung besteht gemäss den Art. 189 und 190 namentlich darin, dass der Täter das Opfer bedroht, Gewalt anwendet, es unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht.»¹²⁴⁵ Wenn das Gericht lediglich nachweisen könne, dass das Opfer nicht eingewilligt habe,

¹²⁴² BGE 133 IV 49 E. 6.2.

¹²⁴³ Vgl. etwa die Ausführungen bei *Hangartner*, Selbstbestimmung, 78 ff.

¹²⁴⁴ Urteil des Bundesgerichts 6B_912/2009 vom 22.02.2010 E. 2.1.4.

¹²⁴⁵ Urteil des Bundesgerichts 6B_1078/2009 vom 13.12.2010 E. 3.4.4.

reiche dies nicht aus: «Zur Erfüllung der beschriebenen Tatbestände reicht ein fehlendes Einverständnis (...) nicht aus.»¹²⁴⁶

Entgegen der diesbezüglichen Einigkeit in der Schweizer Literatur ist eine solche Auslegung des Begriffs «nötigen» indes nicht zwingend. Eine Mindermeinung im deutschen Schrifttum vertritt nun die Ansicht, dass «nötigen» stattdessen als «den Willen des Opfers missachten» interpretiert werden sollte.¹²⁴⁷ Das restriktivere Verständnis der h.L., welche unter «nötigen» ein weitergehendes aktives Verhalten des Täters fordere, sei darauf zurückzuführen, dass – insbesondere in Bezug auf den allgemeinen Nötigungstatbestand (in der Schweiz also Art. 181) – nicht hinreichend präzise zwischen «Nötigung» als Tatbestandsüberschrift und «nötigen» als Tatbestandsmerkmal differenziert würde.¹²⁴⁸ Spreche ein Jurist von einer «Nötigung», beziehe er sich meist auf den Nötigungstatbestand als Gesamtes und damit auf eine Gesamtbeschreibung eines Geschehens, zu dem *zwingend* («Wer jemanden *durch* Gewalt (...) nötigt») ein bestimmtes Tatmittel (Gewalt, Drohung mit einem ernstlichen Nachteil oder andere Beschränkung der Handlungsfreiheit) und ein davon zu trennender Nötigungserfolg (Tun, Dulden oder Unterlassen) gehören.¹²⁴⁹ Das Tatbestandsmerkmal «nötigen» innerhalb des Nötigungstatbestandes sei hingegen ein Tatbestandsmerkmal, das unabhängig von den genannten Tatmitteln auszulegen sei. Innerhalb der Tatbestände der Vergewaltigung und sexuellen Nötigung bedeute «nötigen» lediglich, dass die Handlung des Täters gegen den Willen des Opfers erfolge.¹²⁵⁰

¹²⁴⁶ A.a.O.

¹²⁴⁷ Vgl. LK-Hörnle, § 177 Rn. 14 ff., an deren Argumentation sich die folgenden Ausführungen orientieren. Dieses weite Verständnis begründet im Übrigen keinen Widerspruch zum eng verstandenen Nötigungsbegriff vorne im ersten Kapitel. Denn nachfolgend geht es um die Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale, während vorne der Tatbestand der Nötigung insgesamt gemeint ist.

¹²⁴⁸ LK-Hörnle, § 177 Rn. 16.

¹²⁴⁹ Vgl. LK-Hörnle, § 177 Rn. 16.

¹²⁵⁰ So LK-Hörnle, § 177 Rn. 16, u.a. mit Verweis auf das Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs 2 StR 248/99 vom 20.10.1999 E. III. 2: «Nötigen bedeutet nach herrschender Meinung seinem Wortsinn nach, einem anderen ein von ihm nicht gewolltes Verhalten aufzuzwingen, ihn gegen seinen Willen zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen zu bestimmen (...) § 240 Abs. 1 StGB stellt das Nötigen nur bei Einsatz bestimmter, umschriebener Nötigungshandlungen unter Strafe. So definiert § 240 Abs. 1 StGB die Nötigung als mittels Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel erfolgender Willenszwang. Danach macht erst die tatbestandliche Verknüpfung mit den Tatmitteln Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel in § 240 Abs. 1 StGB das Nötigen zur strafbaren Nötigung. Dies lässt den Schluss zu, dass der Begriff des Nötigens im Kontext anderer Vorschriften in seinem Bedeutungsgehalt nicht mit einer Nötigung im Sinne des § 240 Abs. 1 StGB gleichzusetzen, sondern ein weiterreichender Sinngehalt zu Grunde zu legen ist.»

- 401 Diese Sichtweise bzw. Interpretation des Begriffs «nötigen» bietet eine interessante Implikation für die sexuellen Nötigungsdelikte, wie ein aufmerksamer Blick in das geltende Gesetz zeigt. Denn anders als beim allgemeinen Nötigungstatbestand, der ja bekanntlich verlangt, dass der Täter jemanden «*durch* Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile oder durch andere Beschränkung der Handlungsfreiheit nötigt», verlangen die Art. 189 f. im Prinzip lediglich ein «Nötigen», ohne – und dies ist der entscheidende Unterschied zu Art. 181 – zwingend den Einsatz eines bestimmten Tatmittels zu fordern.
- 402 Anders als man zunächst denken könnte, ist dies gerade kein gesetzgeberisches Versehen, sondern Folge der vom Gesetzgeber bewusst getroffenen Entscheidung, der Aufzählung der Tatmittel das Wort «namentlich» voranzustellen. Der Einfügung des Wortes «namentlich» wurde insbesondere bei Art. 190 eine entscheidende Bedeutung zugemessen und erschien den Parlamentariern derart wichtig, dass sie bereit waren, als «Gegenleistung» dafür auf die Nennung der «beischlafähnlichen Handlungen» in Art. 190 zu verzichten.¹²⁵¹ Mit dem Wort «namentlich» sollte einerseits zum Ausdruck gebracht werden, dass die Aufzählung der Nötigungsmittel nicht abschliessend sei,¹²⁵² zum anderen sollte damit auch klargestellt werden, dass in einem Strafprozess *unabhängig* vom Einsatz eines bestimmten Tatmittels alleine darauf abgestellt werden müsse, ob der Wille des Opfers gebrochen worden sei. Wie die nachfolgende Wiedergabe der entsprechenden Voten verdeutlichen soll, wurde der Begriff «nötigen» zumindest von einigen Parlamentariern analog der oben dargelegten alternativen Auslegungsmöglichkeit schlicht als «Gegen-den-Willen-des-Opfers-Handeln» verstanden:¹²⁵³
- 403 «Wir gehen davon aus, dass jedes von der Frau nicht gewollte Eindringen in die Körperöffnungen eine Vergewaltigung ist. (...) Das Kriterium der Willensäußerung sollte massgebend sein für die Beurteilung des Willensbruches der Frau durch den Mann und nicht ein von uns festgelegtes Mass an Gewalt. (...) Auch im sexuellen Bereich gibt es die Pflicht des Partners, das Nein der Partnerin zu respektieren. (...) Es würde den Nachweis der Tat erschweren, wenn (...) un-

¹²⁵¹ Vgl. u.a. Votum *Rechsteiner*, AB NR, 1990, 2326: « Wir sind deshalb bereit (...) die Formulierung «beischlafähnliche Handlung» bei Artikel 190 fallenzulassen, um eine Brücke zu bauen, insbesondere auch im Hinblick auf das Differenzbereinungsverfahren. Das zentrale Moment für die Umschreibung des Tatbestandes ist der Einbau des Wortes «namentlich», und damit sind Sprecher bürgerlicher Parteien einverstanden. Wir wären bereit, hier zu einem Kompromiss Hand zu bieten.»

¹²⁵² *Maier*, Nötigungsdelikte, 305 mit Nachweisen.

¹²⁵³ Vgl. auch AB NR 1990, 2324.

bedingt zusätzliche Tatbestandsmerkmale gegeben sein müssten, damit der Tatbestand erfüllt wird.»¹²⁵⁴

«(...) Das heisst nichts anderes, als dass der Wille der Frau respektiert werden muss; ihr Nein ist ein Nein. Das bedeutet, dass der Tatbestand erfüllt ist, sobald der Wille der Frau nicht respektiert wurde, bzw. – wie es der Gesetzestext sagt – die Frau genötigt wurde. (...) Die einzig sinnvolle Lösung ist deshalb, mit dem «namentlich» deutlich zu machen, dass bei der Vergewaltigung die Nötigungshandlung, das «Gegen-den-Willen-der-Frau-Handeln» ausschlaggebend ist und nicht die Tatmittel.»¹²⁵⁵

404

Diese Auslegungsmöglichkeit, wonach einzig der vorsätzliche Willensbruch, das Übergehen eines «Neins» des Opfers über die Strafbarkeit gemäss Art. 189 f. entscheiden solle, wurde nicht von allen Parlamentariern geteilt¹²⁵⁶ und fand (bisher) auch keinen Eingang in die Lehre und Rechtsprechung.

405

In diesem Zusammenhang gilt es denn auch zu berücksichtigen, dass die alternative Auslegungsmöglichkeit nur bei einem Teil der sexuellen Übergriffe berücksichtigt werden könnte, nämlich bei jenen Fällen, in denen der Täter gegen den Willen des passiv bleibenden Opfers Handlungen an diesem vornimmt.¹²⁵⁷ Soll das Opfer hingegen gegen seinen Willen aktiv tätig werden, soll es beispielsweise aktiv Oralverkehr am Täter praktizieren, so ist der Einsatz eines konkreten Tatmittels gerade nicht obsolet. Vielmehr muss der Täter dem Opfer einen Grund dafür geben, die Handlung vorzunehmen, es also unter Einsatz eines Tatmittels nötigen, denn es wäre in sich widersprüchlich zu behaupten, dass eine Person eine sexuelle Handlung aktiv vornimmt, und gleichzeitig, dass sie dies nur gegen ihren Willen tut, obwohl die Selbstbestimmung nicht durch irgendein Nötigungsmittel tangiert wurde.¹²⁵⁸ Wenn gegen das Opfer keine Gewalt ausgeübt wird, es nicht bedroht oder unter psychischen Druck gesetzt wird, kann es die Vornahme der sexuellen Handlung ja schlicht unterlassen.

406

¹²⁵⁴ Votum *Fankhauser*, AB NR, 1990, 2323.

¹²⁵⁵ Votum *Bär*, AB NR, 1990, 2324.

¹²⁵⁶ Vgl. etwa Votum *Spoerry*: «Aber es ist ebenso wichtig zu sagen, dass das schwere Verbrechen der Vergewaltigung nur dann erfüllt sein kann, wenn der Mann mit Zwang oder durch die Hilflosigkeit des Opfers aus der Situation heraus seinen Willen durchsetzt und den Willen der Frau bricht.»; AB NR, 1990, 2326; Votum *Weber*: «Nötigen bedeutet einen Zwang und soll ein Oberbegriff sein und heisst eigentlich: zur Duldung zwingen», AB SR, 1991, 83.

¹²⁵⁷ Dies hat m.E. *Jenny* verkannt, Art. 189 Rn. 5 ff., indem er diese Aussagen auch auf das Zwingen zur Vornahme einer Handlung bezogen interpretierte.

¹²⁵⁸ So auch *MK-Renzikowski* zu § 177 n.F. Rn. 50.

- 407 Anders liegt es jedoch in jenen Fällen, in denen der Täter eine sexuelle Handlung *am* passiv bleibenden Opfer vornimmt. In diesen Konstellationen ist der Einsatz eines Nötigungsmittels grundsätzlich nicht erforderlich, das Opfer kann den ungewollten Eingriff in seine sexuelle Sphäre aus verschiedenen Gründen passiv bzw. ohne Widerstand zu leisten erdulden, ohne dass dafür der Einsatz eines Nötigungsmittels zwingend erforderlich wäre. Meines Erachtens waren die Voten der Parlamentarierinnen auf ebensolche Fälle gemünzt. In solchen Konstellationen wäre die hier vorgestellte alternative Auslegungsmöglichkeit durchaus vorzuzugswürdig.

2. *Kritische Einwände*

- 408 Bereits in der nationalrätlichen Kommission wurde der Idee, den Willensbruch als das entscheidende Kriterium zu betrachten, mit Kritik begegnet, die in der Literatur denn auch etwa von Hangartner aufgegriffen wurde. So wurde etwa vertreten, das bloße Übergehen eines «Neins» genüge nicht zur Erfüllung des Tatbestandes der Vergewaltigung. Denn wenn ein Mann bei der Frau bettelt, ihr Versprechungen mache oder andere nichtnötigende Verhaltensweisen anwende, um sie «zum Geschlechtsverkehr zu bewegen», so sei dies auch eine Missachtung des «Neins», aber noch keine Vergewaltigung.¹²⁵⁹ Diesem Einwand liegt m.E. nicht zuletzt ein ganz grundlegendes Missverständnis über das Verhältnis von nichtkonsensueller Sexualität und («innerlich») ungewollter Sexualität und damit eine Fehlvorstellung davon zugrunde, was unter einem Willensbruch bzw. einem Handeln gegen den Willen zu verstehen ist.
- 409 Es ist wohl eine unbestreitbare Tatsache, dass nicht wenige Menschen bisweilen sexuellen Handlungen mit ihren Partnern zustimmen, obwohl sie diese Sexualkontakte innerlich bzw. insgeheim eigentlich lieber nicht haben möchten. Die Gründe dafür sind mannigfaltig: Die einen «fügen» sich den Wünschen ihres Partners, weil sie ihm einen Gefallen tun wollen, andere fühlen sich aus Mitleid oder aufgrund ihrer religiösen oder kulturellen Überzeugungen «verpflichtet», ihren Partner oder ihre Partnerin die gewünschten sexuellen Handlungen an sich vornehmen zu lassen.¹²⁶⁰ Gewissermassen befinden sich diese Personen jeweils gleichzeitig in einem Zustand von «eigentlich wollen» als auch «eigentlich nicht wollen». Ausgehend vom Recht auf sexuelle Selbstbestimmung muss aber ausschlaggebend sein, ob die Person letzt-

¹²⁵⁹ Hangartner, Selbstbestimmung, 146. Hingegen Arzt, Das neue Sexualstrafrecht, 348 mit Fn. 5, hat den gesetzgeberischen Willen richtig gedeutet, aber dennoch kritisiert.

¹²⁶⁰ Vgl. dazu auch West, Consent, 236; Archard, Sexual Consent, 20; ähnlich jüngst auch Hörnle, Rape as Non-Consensual Sex, 243.

lich ihrem Partner trotz allfälliger innerer Widerstände eine gültige – nicht durch Nötigungsmittel beeinträchtigte – Einwilligung erteilt hat. Ist dies der Fall, so liegt trotz allfälliger innerer «Rest-Ablehnung» kein Willensbruch vor. Hat eine Person nun aber eine solche Einwilligungserteilung nicht bloss verweigert, sondern sogar eine Ablehnung explizit oder konkludent geäussert, so wäre das darauf folgende Vornehmen einer sexuellen Handlung an dieser Person ein klarer Willensbruch. Diese Überlegungen sollen kurz an drei Beispielen erläutert werden:

A bringt explizit oder konkludent zum Ausdruck, eine bestimmte sexuelle Handlung an B ausführen zu wollen. B sagt «Nein». 410

1. A bittet B eindringlich, es doch zumindest einmal zu versuchen. B hat zwar keine grosse Lust, will A aber nicht enttäuschen und sagt deshalb: «Also gut, dann mach halt!»
2. A verspricht B, als Gegenleistung für das «Dulden» die Wohnungsmiete für den kommenden Monat zu übernehmen. Daraufhin sagt B: «In Ordnung.»
3. A nimmt die sexuelle Handlung einfach an B vor.

Wie an diesen drei kurzen Beispielen deutlich wird, ist das Übergehen eines «Neins» auf keinen Fall mit Überreden, Verführen oder Betteln gleichzusetzen.¹²⁶¹ Wer mit seinem Verhalten auf das Erteilen einer Einwilligung «hinarbeitet», ohne den Partner unzulässig unter Druck zu setzen, macht lediglich von seinem eigenen Recht auf sexuelle Selbstbestimmung Gebrauch. Denn auch im sexuellen Bereich muss es zulässig sein, über Art und Ausmass der gemeinsamen Aktivitäten zu verhandeln. Wer ein «Nein» seines Partners als Anlass nimmt, dessen Ablehnung zu diskutieren und in eine Zustimmung zu verwandeln, bezeugt damit gleichzeitig, dass ihm Konsensualität wichtig ist und dass er seinen Sexualpartner als Verhandlungspartner und nicht bloss als willenloses Sexualobjekt wahrnimmt.¹²⁶² Sofern dabei nicht die Grenzen zu einer Drohung oder zu einem Unter-psychischen-Druck-Setzen überschritten werden, ist es an sich zulässig, seinen Sexualpartner umzustimmen bzw. dies zumindest zu versuchen. Derartige Konstellationen sind *nicht* als «Übergehen eines Neins» zu werten. Wer seinen Partner durch Überreden, Betteln oder durch Versprechungen umstimmt, bricht seinen Willen also gerade nicht.¹²⁶³ Denn in den Konstellationen 1 und 2 liegt trotz der anfänglichen Ablehnung letztlich eine durch Überreden bzw. durch Versprechungen erzeugte Einwilligung vor, so dass von einem Willensbruch keine Rede mehr sein kann. Wer

¹²⁶¹ Dies impliziert aber *Hangartner*, Selbstbestimmung, 146.

¹²⁶² Vgl. *Anderson*, All-American Rape, 644: «Communication is a mechanism of treating one's partner as fully human, as a separate and valuable person with his or her own desires and needs.»

¹²⁶³ So zutreffend auch *Jenny*, Art. 189 Rn. 9.

hingegen wie in Beispiel 3 eine geäußerte, hinreichend klare Ablehnung schlicht ignoriert und die sexuelle Handlung in Kenntnis des nach wie vor entgegenstehenden Willens seines Partners vornimmt, bricht dessen Willen und verletzt dessen Recht auf sexuelle Selbstbestimmung.

- 412 Ein anderer und substantiellerer Einwand ist allerdings derjenige, dass die gewichtige Unterscheidung zwischen «Dulden» und «Vornehmen» einer sexuellen Handlung nicht (immer) einfach getätigt werden kann. Wie oben erwähnt, kann sich die alternative Auslegung nur auf Fälle beziehen, in denen etwas *am* Opfer vorgenommen wird, während der Einsatz eines konkreten Tatmittels gerade nicht obsolet ist, wenn das Opfer etwas tun soll, d.h. aktiv eine Handlung vornehmen soll.¹²⁶⁴ Man könnte nun kritisch fragen, ob sich die entsprechende Unterscheidung in eine aktive und passive Rolle im Bereich der sexuellen Handlungen überhaupt praktisch durchführen lässt, und weiter, ob diese Unterscheidung möglicherweise vorsintflutliche, überholt geglaubte Vorstellungen von Sexualität – etwa von der Frau, die das Eindringen des Penis erduldet, und des Mannes, der das Eindringen vornimmt – ungewollt weiter zementiert.¹²⁶⁵ Dieses Unbehagen lässt sich sogar auf das Konzept der Einwilligung in Sexualkontakte insgesamt übertragen. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass das Institut der Einwilligung hauptsächlich in Kontexten verwendet wird, in denen ein aktives «Agens» eine Handlung an seinem passiven «Patiens» ausführt.¹²⁶⁶ Gardner zeichnet denn auch ein eher negatives Bild von der Ideologie, die seiner Meinung nach hinter dem Einwilligungskonzept steckt:

- 413 «Our cultural preoccupation with sexual consent is a preoccupation with women as those whose consent is called for, and men as those to whom the consent is to be given. As thus imagined, sex is something in respect of which men are active and women are passive. (...) Our fixation with sexual consent tends to affirm that women are sexual commodities, sex objects, available on certain terms for men to act upon.»¹²⁶⁷

- 414 Selbstverständlich ist einzugestehen, dass das Gegenteil einer Vergewaltigung im Idealfall nicht bloss «gegenseitig bewilligte sexuelle Handlungen» sein sollte, sondern dass Sexualität vom jeweiligen Teilnehmenden als etwas

¹²⁶⁴ Vgl. oben Rz. 406 f. Diese Unterscheidung betont auch MK-Renzikowski zu § 177 n.F. Rn. 50.

¹²⁶⁵ Ich danke Prof. Mona, dass er mich an diesen Aspekt erinnert hat.

¹²⁶⁶ In den Sprachwissenschaften bezeichnet «Agens» die Rolle desjenigen, der eine Handlung ausführt bzw. eine Zustandsveränderung herbeiführt, «Patiens» hingegen das einer Handlung oder Zustandsveränderung unterworfenen «Objekt», vgl. zum Ganzen Gardner, *The Opposite of Rape*, 13 ff.

¹²⁶⁷ Gardner, *The Opposite of Rape*, 31 f.

empfundener wird, das nicht *an* ihm, sondern mit ihm bzw. das gemeinsam ausgeführt wird, in dem Sinne, dass beide Beteiligten aktive Agenten sind. Dennoch lässt sich die Problematik von Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung im strafrechtlichen Kontext am treffendsten mit dem Institut der Einwilligung erfassen. Denn wie auch Gardner sagt, ist es in vielen Fällen von «schlechtem» – oder besser: das Recht auf Selbstbestimmung verletzendem – Sex eben doch tatsächlich so, dass eine Person der anderen etwas *antut*, dass einer eben (eher) aktiv und einer (eher) passiv ist.¹²⁶⁸ Dass Sex im Idealfall mehr als bloss gegenseitig bewilligter Geschlechtsverkehr ist oder sein sollte, ändert daran nichts.

Der Einwand kann aber immerhin als konstruktive Kritik an der (deutschen) Sprache gelesen werden. So wird Sexualität bereits sprachlich häufig als etwas beschrieben, das Männer (Subjekt) *an* Frauen (Objekt) machen: Der Mann «penetriert» die Frau. Umgekehrt gibt es für die *aktive* Rolle einer Frau beim heterosexuellen Geschlechtsverkehr noch nicht einmal einen anerkannten Begriff, also gewissermassen ein Gegenstück zur Penetration, das denselben Prozess aus der entgegengesetzten Perspektive beschreibt.¹²⁶⁹ Adamczak schlägt deshalb den Begriff «Zirklosion» vor.¹²⁷⁰ Damit wird es sprachlich möglich, der Person, die penetriert wird, den Status eines handelnden *Subjekts* und nicht nur den eines *Objekts* zu verleihen. Dies erscheint aber nur dann passend, wenn sie die Handlung *aktiv* ausführt.¹²⁷¹ 415

3. *Konsequenzen der alternativen Auslegung*

Die in diesem Abschnitt vorgestellte alternative Auslegung der sexuellen Nötigungsdelikte hätte zur Folge, dass sämtliche Handlungen, die gegen den implizit oder explizit geäusserten Willen einer Person an dieser vorgenommen würden, als Vergewaltigung oder sexuelle Nötigung qualifiziert werden könnten, unabhängig davon, ob eines der genannten Tatmittel vorgelegen hat oder nicht. So hätte etwa auch im Entscheid 6B_912/2009 vom 22.02.2010 eine Vergewaltigung bejaht werden können. Das Bundesgericht bestätigte in diesem Entscheid den vorinstanzlichen Freispruch, weil der Täter zwar gegen den explizit und implizit geäusserten Willen des Opfers den Geschlechtsverkehr vollzogen hatte, dieses aber nicht mit einem der in Art. 190 genannten Tatmittel genötigt 416

¹²⁶⁸ Gardner, The Opposite of Rape, 31: «In much bad sex, that's indeed how it is.»

¹²⁶⁹ Eingehend dazu Sanyal, Vergewaltigung, 31.

¹²⁷⁰ Adamczak, Über die Erfindung eines neuen Wortes (online).

¹²⁷¹ Vgl. auch Adamczak, Über die Erfindung eines neuen Wortes (online): «Das Wort Circlusion (eingedeutscht Zirklosion) ermöglicht uns, über *manchen* Sex anders zu sprechen.» (Hervorhebung durch die Autorin).

hatte, d.h. keine Gewalt angewendet, das Opfer nicht bedroht hatte und auch das Vorliegen eines psychischen Drucks nicht bejaht werden konnte.¹²⁷²

- 417 Mit Blick auf das ursprüngliche gesetzgeberische Motiv, das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung umfassend zu schützen, und auch vor dem Hintergrund der völkerrechtlichen Verpflichtung in diesem Bereich ist diese Rechtsprechung von vornherein nicht akzeptabel. Nicht zuletzt wird dem Opfer mit der aktuellen, gängigen Auslegung der Art. 189 f. zumindest in einzelnen Fällen letztlich die Verantwortung dafür zugeschoben, den Angriff auf seine sexuelle Sphäre nicht selber verhindert zu haben. Dies wird nicht zuletzt deutlich an den in den Begründungen gewählten Formulierungen. Im oben erwähnten Fall hielt das Bundesgericht beispielsweise fest, dass es der «kräftemässig mit dem Beschwerdegegner ebenbürtigen Beschwerdeführerin, welche auch nach Beendigung ihrer Paarbeziehung gelegentlich mit ihm sexuelle Kontakte pflegte und am Übernachtungsort auch schon Geschlechtsverkehr mit ihm hatte, zuzumuten war, sich zu wehren».¹²⁷³ Unter dem Schirm der hier vorgeschlagenen alternativen Auslegung wären solche Ausführungen obsolet.
- 418 Es lässt sich allerdings nicht von der Hand weisen, dass durch die alternative Auslegung der Nötigungsdelikte gewisse Überschneidungen mit Art. 191 entstehen könnten. Denn es dürfte wohl als konsensfähig gelten, dass bei jeder Person ein grundsätzlicher, spontaner sexueller Kontakt entgegenstehender Wille existiert.¹²⁷⁴ Wenn nun etwa ein Masseur, ein Physiotherapeut oder gar ein Passant überraschend eine sexuelle Handlung am Opfer vornimmt, so wird dessen latent vorhandener, derartigen Übergriffen entgegenstehender Wille gebrochen. Bekanntlich werden solche Übergriffe nach geltendem Recht aber regelmässig als Schändung gemäss Art. 191 qualifiziert. Lässt man nun unter dem «Schirm» der alternativen Auslegung auch das Brechen eines latent vorhandenen, spontanen Sexualkontaktes entgegenstehenden Willens für die Erfüllung der Art. 189 f. genügen, würde der Schändungstatbestand in seinem Anwendungsbereich erheblich beschränkt.

D. Subjektiver Tatbestand

1. Allgemeines

- 419 Auf der subjektiven Seite erforderlich ist Vorsatz hinsichtlich aller Tatbestandselemente, wobei Eventualvorsatz genügt. Der Täter muss zudem um die Bedeutung des auf- bzw. abgenötigten Verhaltens wissen. Der Vorsatz des

¹²⁷² Urteil des Bundesgerichts 6B_912/2009 vom 22.02.2010.

¹²⁷³ A.a.O. E. 2.1.4.

¹²⁷⁴ Vgl. Hörnle, Irrtum, 374.

Täters muss sich auch auf das Merkmal nötigen beziehen, er muss also wissen oder für möglich halten und in Kauf nehmen, dass er sich über den entgegenstehenden Willen des Opfers hinwegsetzt.¹²⁷⁵ Bei den Art. 189 f. kann der subjektive Tatbestand gemäss Bundesgericht regelmässig als erfüllt erachtet werden, wenn das Opfer «a donné des signes évidents et déchiffrables de son opposition, reconnaissables pour l’auteur – tels des pleurs, des demandes d’être laissée tranquille, le fait de se débattre, de refuser des tentatives d’amadouement ou d’essayer de fuir».¹²⁷⁶

Laut Bundesgericht sind an das Wissen um die fehlende Einwilligung insbesondere dann keine hohen Anforderungen zu stellen, wenn es sich bei den erzwungenen sexuellen Handlungen um ungewöhnliche bzw. besondere Praktiken handelt.¹²⁷⁷ Das Vorverhalten des Opfers (z.B. freiwilliges Einsteigen in das Auto der späteren Täter oder selbst ein vorangegangener Austausch von Zärtlichkeiten) gibt einem Täter hingegen noch keinen hinreichenden Grund, von einem Einverständnis des Opfers zu den sexuellen Handlungen auszugehen.¹²⁷⁸ 420

2. Irrtümliche Annahme eines Einverständnisses

Der irrtümliche Glaube, das Opfer sei mit den sexuellen Handlungen einverstanden gewesen, ist ein Tatbestandsirrtum und führt grundsätzlich zum Freispruch.¹²⁷⁹ Allerdings muss dabei beachtet werden, dass neben der Behauptung, das Opfer sei tatsächlich einverstanden gewesen, auch das Vorbringen, den nachweislich entgegenstehenden Willen des Opfers nicht erkannt zu haben, eine beliebte Verteidigungsstrategie ist. Entsprechende Vorbringen der Täter sind deshalb mit Sorgfalt zu prüfen. 421

Ist ein verbaler Widerstand des Opfers nachgewiesen bzw. vom Opfer glaubhaft dargelegt worden, so ist die Behauptung des Täters, er hätte trotzdem an ein Einverständnis des Opfers geglaubt, regelmässig als Schutzbehauptung zu 422

¹²⁷⁵ Donatsch, Strafrecht III, 513 f.; Jenny, Art. 189 Rn. 38; Maier, Nötigungsdelikte, 332 ff.; Stratenwerth/Jenny/Bommer, § 8 Rn. 32; PK-Trechsel/Bertossa, Art. 189 Rn. 12.

¹²⁷⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_267/2016 vom 15.02.2017 E. 5.2.

¹²⁷⁷ Vgl. Urteile des Bundesgerichts 6B_95/2015 vom 25.01.2016 E. 6.7. (Oral- und Vaginalverkehr durch zwei Männer an einem ihnen kaum bekannten beinahe 17 Jahre alten Mädchen in Anwesenheit zwei weiterer Männer in einem Auto) und 6B_1149/2014 vom 16.07.2015 E. 5.11 (Oral- und Analverkehr durch mehrere Männer gleichzeitig an einem 17 Jahre alten Mädchen).

¹²⁷⁸ Urteil des Bundesgerichts 6B_95/2015 vom 25.01.2016 E. 6.7, wonach der Einwand der Beschuldigten, das Opfer habe Signale ausgesandt, weshalb sie davon hätten ausgehen dürfen, es sei auf ein Erlebnis mit ihnen aus, als «abwegig» bezeichnet wird.

¹²⁷⁹ Donatsch, Strafrecht III, 514.

werten. Auch das Bundesgericht hielt explizit fest, dass verbaler Widerstand ernst zu nehmen sei.¹²⁸⁰ Die in der heutigen Lehre nach wie vor vertretene Auffassung, wonach die Annahme, der Widerstand des Opfers sei nicht ernst gemeint, mangels einer Fahrlässigkeitsstrafdrohung selbst dann zur Straflosgigkeit führe, wenn sie auf gröbster Leichtfertigkeit beruhe, kann heutzutage nicht mehr ernsthaft verfochten werden.¹²⁸¹ Denn jede Person weiss, dass ein «Nein» jedenfalls in den meisten Fällen tatsächlich «Nein» bedeutet, und muss deshalb ernsthaft mit der Möglichkeit rechnen, dass der Widerstand im konkreten Fall tatsächlich ernst gemeint sein könnte. Wer einen verbalen Widerstand des Opfers erkennt und die sexuelle Handlung trotzdem vornimmt, dem ist es folglich gleichgültig, ob er mit oder ohne Willen seines Sexualpartners handelt.

- 423 Nicht nachvollziehbar ist deshalb der Entscheid 6B_311/2011 vom 19.07.2011, in dem nicht nur der objektive, sondern auch der subjektive Tatbestand als nicht gegeben erachtet wurde.¹²⁸² Die Frau hatte den Beschuldigten mehrmals gebeten, sie in Ruhe zu lassen, sich aber anschliessend nicht weiter zur Wehr gesetzt, sondern sich während der Vornahme der sexuellen Handlung still und reglos verhalten. Das Bundesgericht schützte nun die Ansicht der Vorinstanz, «qu’au vu du comportement de la recourante, l’intimé avait pu croire qu’elle acceptait finalement d’entretenir une relation sexuelle furtive avec lui. Il n’était partant pas conscient de l’absence de consentement de la recourante, respectivement cette absence de consentement n’était pas reconnaissable par lui».¹²⁸³ Nach der Logik dieses Entscheides durfte der Täter also annehmen, dass die anfängliche Ablehnung verschwunden und ein Einverständnis an deren Stelle getreten war. Es erscheint befremdlich, dass das Bundesgericht bei der Beurteilung des subjektiven Tatbestandes indirekt den Vergewaltigungsmythos, wonach ein «richtiges» Opfer einer Vergewaltigung sich wehren oder fliehen würde, weiter zementiert, indem es im konkreten Fall festhält, das Opfer hätte den Täter ja physisch abwehren, das Zimmer verlassen oder die im Gebäude ebenfalls anwesende Ehefrau des Beschuldigten (!) um Hilfe rufen können.¹²⁸⁴

- 424 Körperlicher Widerstand des Opfers spricht ebenfalls für die Qualifikation des Vorbringens eines irrtümlich angenommenen Einverständnisses als reine Schutzbehauptung. Häufig macht gerade dieser körperliche Widerstand den Einsatz eines Nötigungsmittels überhaupt erst erforderlich, so dass die Be-

¹²⁸⁰ Urteil des Bundesgerichts 6B_1149/2014 vom 16.07.2015 E. 5.11.

¹²⁸¹ *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 8 Rn. 15; ähnlich *Donatsch*, Strafrecht III, 514.

¹²⁸² Urteil des Bundesgerichts 6B_311/2011 vom 19.07.2011 E. 5.5.

¹²⁸³ Vgl. a.a.O. E. 4.4.2.

¹²⁸⁴ Vgl. a.a.O. E. 5.4.1.

hauptung, an ein Einverständnis geglaubt zu haben, schlechterdings unhaltbar ist.¹²⁸⁵

Auch ohne explizite oder konkludente Ablehnung des Opfers dürfte das Vorbringen des Täters, er habe an ein Einverständnis geglaubt, regelmässig als Schutzbehauptung qualifiziert werden, wenn der Einsatz eines Nötigungsmittels nachgewiesen werden konnte. Denn dass der Täter mit einem Nötigungsmittel auf das Opfer einwirkt, schliesst es in der Regel aus, dass dieser vernünftigerweise gleichzeitig ein Einverständnis angenommen hat, es sei denn, es liegen besondere äussere Umstände wie etwa ein von beiden Seiten gewählter sadomasochistischer Kontext vor.¹²⁸⁶ Selbst wenn das Opfer aufgrund der eingesetzten Nötigungsmittel resigniert und verbal «einlenkt», wird dem Täter jeweils bewusst sein, dass diese «faktische» Zustimmung mit grosser Wahrscheinlichkeit erzwungen und damit unwirksam ist.¹²⁸⁷ Jedenfalls wenn das Opfer zuvor das Ansinnen explizit abgelehnt hat und erst nach Einsatz eines Nötigungsmittels «zustimmt», wird das Vorbringen des Täters, er habe an einen echten Gesinnungswandel geglaubt, regelmässig als blosser Schutzbehauptung zu qualifizieren sein.

Das Vorbringen eines Irrtums kann höchstens dann plausibel sein, wenn das Opfer sich passiv oder gar widersprüchlich verhalten und der Täter tatsächlich nicht erkannt hat, dass sich das Opfer durch sein Verhalten bedroht oder unter Druck gesetzt gefühlt und sich bloss deshalb gefügt hat. Als Beispiel könnte etwa die Konstellation dienen, dass der Täter sich seines bedrohlich wirkenden Auftretens nicht bewusst ist oder dem Opfer nur im Scherz «gedroht» und nicht erkannt hat, dass dieses die Drohung ernst genommen hat.¹²⁸⁸

3. Folgen eines Irrtums – Fahrlässigkeitsstrafbarkeit?

In der Lehre wird dargelegt, dass Irrtümer über das Vorliegen eines Einverständnisses mangels Fahrlässigkeitsstrafdrohung unausweichlich zum Freispruch führen müssten. Dies ist indes nicht zwingend. So wurde im deutschen Schrifttum aufgrund der unter altem Recht grosszügigen Haltung der Gerichte

¹²⁸⁵ So auch Hörnle, Irrtum, 357.

¹²⁸⁶ Hörnle, Irrtum, 357.

¹²⁸⁷ Vgl. dazu die Urteile des Bundesgerichts 6B_834/2013 vom 14.07.2014 E. 2.2 und 6B_278/2011 vom 16.06.2011 E. 3.3.3.

¹²⁸⁸ Vgl. dazu beispielsweise der dem Entscheid des Zürcher Obergerichts SB110706 vom 23.04.2012 zugrunde liegende Sachverhalt, wonach der Beschuldigte «spasseshalber» zu seiner Bekannten gesagt haben soll: «Wenn ich dich da [auf einem Parkplatz] vergewaltigen würde, würde dich niemand hören.»

gegenüber Angeklagten, die erklärten, sogar explizite Ablehnungen des Opfers als nicht ernst gemeint verstanden zu haben, nach Alternativen gesucht.¹²⁸⁹ Interessant ist dabei die Lösung, bei einem fahrlässigen Irrtum über die Einwilligung des Opfers eine Bestrafung wegen fahrlässiger Körperverletzung in Betracht zu ziehen.¹²⁹⁰

428 Ausgangspunkt dieser Überlegung ist die unbestreitbare Tatsache, dass die Vornahme von sexuellen Handlungen, insbesondere von solchen, die mit einer Penetration verbunden sind, mit erheblichen Schmerzen einhergehen kann, wenn sie gegen den Willen des Opfers erfolgen, teilweise treten sogar Damm- oder Scheidenrisse oder Analfissuren auf. Eine – auch fahrlässig begangene – Missachtung der sexuellen Selbstbestimmung kann das Opfer überdies auch psychisch erheblich beeinträchtigen.¹²⁹¹ Eine solche Beeinträchtigung der psychischen Integrität kann für die Annahme einer Körperverletzung genügen, soweit sie ein gewisses Ausmass annimmt.¹²⁹² So ist mit Jerouschek anzunehmen, dass bei *jeder* Vergewaltigung bzw. Penetration wider Willen, ob vorsätzlich oder fahrlässig begangen, die psychophysische Integrität des Opfers erheblich beeinträchtigt wird, mithin jede Vergewaltigung oder sexuelle Nötigung zu einer beischlafähnlichen Handlung gleichzeitig eine mindestens einfache Körperverletzung darstellt.¹²⁹³ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung können schwerwiegende und andauernde krankhafte psychische Störungen, die durch Handlungen gegen die sexuelle Integrität verursacht oder gesteigert werden, sogar eine schwere Körperverletzung im Sinne von Art. 122 darstellen.¹²⁹⁴ Obwohl das Bundesgericht diese Aussage in seinem Entscheid nur auf vorsätzliche Angriffe auf die sexuelle Integrität bezieht, ist nicht einzusehen, weshalb diese nicht auch für fahrlässige «Angriffe» Geltung beanspruchen sollte.

429 In der Literatur wird nun weitgehend die Auffassung vertreten, dass die Tatbestände der sexuellen Nötigung und Vergewaltigung zumindest geringfügige leichte Körperverletzungen und Tätlichkeiten nach Art. 123, Art. 125 Abs. 1 und Art. 126 als «typische Begleitdelikte» konsumieren, wohingegen zu einem schweren Körperverletzungsdelikt (Art. 122, Art. 125 Abs. 2) echte Konkurrenz bestehe.¹²⁹⁵ In einem unpublizierten Urteil übernahm das Bun-

¹²⁸⁹ Vgl. etwa Hörnle, Irrtum, 370, die damals für die Schaffung einer besonderen Strafbarkeit bei einer leichtfertigen Situationsverknennung plädierte.

¹²⁹⁰ Jerouschek, Der irrtumsgeneigte Vergewaltigungstäter, 229 f.

¹²⁹¹ Ebenda.

¹²⁹² BSK-Roth/Berkemeier, Art. 123 Rn. 5.

¹²⁹³ Jerouschek, Der irrtumsgeneigte Vergewaltigungstäter, 230.

¹²⁹⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_498/2008 vom 09.07.2009 E. 6.2.

¹²⁹⁵ Vgl. etwa PK-Trechsel/Bertossa, Art. 189 Rn. 17; Stratenwerth/Jenny/Bommer, § 8 Rn. 22.

desgericht diese Auffassung.¹²⁹⁶ Fällt nun infolge eines Tatbestandsirrtums mangels Vorsatz die Strafbarkeit wegen Art. 189 f. ausser Betracht, gilt dies regelmässig auch für die damit einhergehende vorsätzliche, *nicht* aber für die fahrlässige (einfache oder schwere) Körperverletzung nach Art. 125.¹²⁹⁷

Folgt man diesem Weg, wäre alsdann entscheidend, ob der irrende Täter bei gehöriger Wahrnehmung seiner Sorgfaltspflichten hätte erkennen können, dass kein Einverständnis vorlag.¹²⁹⁸ Dies würde erfordern, für den Bereich der sexuellen Interaktionen Sorgfaltspflichten zu statuieren, deren Nichtbeachtung eine Bestrafung wegen fahrlässiger Körperverletzung rechtfertigen würde.¹²⁹⁹ In einem derart sensiblen Bereich wie demjenigen der zwischenmenschlichen Sexualität darf von den Beteiligten m.E. verlangt werden, den Reaktionen ihres Partners ein Minimum an Aufmerksamkeit entgegenzubringen und gerade in ambivalenten Situationen allenfalls nachzufragen. Unzweifelhaft sorgfaltswidrig dürfte aber jedenfalls derjenige handeln, der im Vorfeld der sexuellen Handlung «spasseshalber» droht und nicht erkennt, dass das Opfer die Drohung ernst nimmt und nur deshalb kooperiert. Insbesondere, wenn das Opfer die sexuelle Handlung zunächst verbal abgewehrt hat, nach der «scherzhaft» gemeinten Drohung aber einlenkt, dürfte vom Täter wohl verlangt werden, sich zu vergewissern, dass das Opfer die Drohung tatsächlich nur als Scherz aufgefasst hat. Auch in jenen Fällen, in denen das Opfer die Handlung abgelehnt hat, sich anschliessend aber passiv verhält, kann es dem Täter zugemutet werden, kurz nachzufragen.¹³⁰⁰ In derartigen Konstellationen dürfte aber ohnehin zumeist von einem Eventualvorsatz des Täters ausgegangen werden.

E. Besonderheiten der Strafzumessung

Gemäss Art. 48 lit. b kann das Gericht die Strafe mildern, wenn der Täter durch das Verhalten der verletzten Person ernsthaft in Versuchung geführt worden ist. Wenig überraschend hat dieser Strafmilderungsgrund vor allem im Bereich der Delikte gegen die sexuelle Integrität Bedeutung erlangt.¹³⁰¹

¹²⁹⁶ Urteil des Bundesgerichts 6S.710/1999 vom 01.12.1999 E. 4a, zitiert in IC_498/2008 vom 09.07.2009.

¹²⁹⁷ So für das deutsche Recht auch *Jerouschek*, Der irrtumsgeneigte Vergewaltigungstäter, 230.

¹²⁹⁸ *Jerouschek*, Der irrtumsgeneigte Vergewaltigungstäter, 230 f.

¹²⁹⁹ Vgl. *Hörnle*, Irrtum, 371, allerdings in Bezug auf einen künftig zu schaffenden Fahrlässigkeitstatbestand im Bereich der Sexualdelikte.

¹³⁰⁰ A.A. wohl *Hörnle*, Irrtum, 374.

¹³⁰¹ Siehe die Kasuistik bei *BSK-Wiprächtiger/Keller*, Art. 48 Rn. 22; vgl. auch *Pieth*, Strafrecht BT, 77 mit Fn. 475.

Dies weckt die Befürchtung, der Strafmilderungsgrund könnte als «Plattform antiquierter Schuldzuschreibungen»¹³⁰² an das Opfer missbraucht werden. So wird in der Lehre denn auch bisweilen behauptet, dass «einwilligungsnahes» Opferverhalten gerade bei Sexualdelikten eine nicht unbedeutende Rolle spiele und den Täter dann in gewissem Umfang entlasten müsse.¹³⁰³ Was mit «einwilligungsnahem Verhalten» konkret gemeint ist, wird nicht näher ausgeführt. Das Bundesgericht hat allerdings seit jeher und insbesondere bei den sexuellen Nötigungsdelikten eher Zurückhaltung bei der Annahme dieses Strafmilderungsgrundes an den Tag gelegt. So hat es eine ernstliche Versuchung in einem Fall verneint, in dem sich das Opfer mit seinem späteren Vergewaltiger zu einem Flirt getroffen hatte und später mit diesem freiwillig auf dessen Zimmer ging. Angesichts der klaren Haltung der Frau könne von einer ernstlichen Versuchung nicht die Rede sein. Daran ändere auch nichts, dass sie – anlässlich der Fastnachtszeit – recht freizügig gekleidet gewesen sei.¹³⁰⁴ Diese vom Bundesgericht praktizierte restriktive Anwendung von Art. 48 lit. b im Bereich der Sexualdelikte erscheint richtig. Denn das Gewähren einer Strafmilderung aufgrund des Opferverhaltens enthält implizit und unausweichlich auch eine Aussage über das Opfer. Wird der Verantwortungsbereich des Täters wegen des Verhaltens des Opfers verkleinert, ist damit eine Zuweisung von Verantwortung an das Opfer verbunden,¹³⁰⁵ die nur schwierig zu rechtfertigen ist. Ein Flirt, die Wahl der Kleidung oder die Annahme einer Einladung sind keine tauglichen Anknüpfungspunkte für eine Anwendung von Art. 48 lit. b, da es sich um vollkommen sozialübliche Verhaltensweisen handelt.¹³⁰⁶ So käme schliesslich auch niemand auf die Idee, eine Strafmilderung wegen ernstlicher Versuchung zu beantragen, weil das Raubopfer seine wertvolle Uhr offen am Handgelenk trug oder weil der Inhaber eines Uhrengeschäfts den späteren Räuber zuerst zum Betrachten der Verkaufsobjekte eingeladen hatte.

- 432 Problematisch erscheint diesbezüglich hingegen der Entscheid 6P.194/2001 vom 03.12.2002, wonach u.a. dem Umstand, dass die vergewaltigte junge Frau sich (zuvor) auf weitgehende sexuelle Handlungen einliess und nur den Geschlechtsverkehr nicht wollte, bei der Strafzumessung Rechnung zu tragen sei und deshalb eine 2½-jährige Freiheitsstrafe angesichts der gesamten Tat-

¹³⁰² Die Formulierung stammt von *Kratzer-Ceylan*, Schlüsselbegriffe, 384.

¹³⁰³ *Stratenwerth*, AT II, § 6 Rn. 100.

¹³⁰⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6S.378/2005 vom 20.12.2005 E. 2.4. Es scheint, als würden BSK-*Wiprächtiger/Keller* dies implizit als «einwilligungsnahes Verhalten» ausweisen, da sie diese Rechtsprechung als «strenger» als die von *Stratenwerth* vertretene Lehrmeinung bezeichnen.

¹³⁰⁵ *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 293 f.

¹³⁰⁶ Vgl. eingehend dazu, allerdings zum deutschen Recht, *Kratzer-Ceylan*, Schlüsselbegriffe, 399 ff.

umstände als übersetzt erscheine.¹³⁰⁷ Auch wenn die Überlegung im konkreten Fall nicht unter dem Titel der «ernstlichen Versuchung» angestellt wurde, scheint doch die (laienpsychologische) Vorstellung der Vergewaltigung als eines durch das Opferverhalten provozierten, beinahe unkontrollierbaren Triebdeliktes hindurchzuschimmern. Derartige Deutungen und darauf basierende Strafmilderungen sind deshalb entschieden abzulehnen.

¹³⁰⁷ Urteil des Bundesgerichts 6P.194/2001 vom 03.12.2002 E. 7.4.2.

§ 4 Schändung

I. Art. 191 im Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung

- 433 Art. 191 bezweckt den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung von Personen, die aufgrund physischer oder psychischer Beeinträchtigungen momentan oder dauerhaft nicht in der Lage sind, einen Widerstandswillen gegen sexuelle Übergriffe zu bilden, zu äussern oder zu betätigen.¹³⁰⁸ Die zentralen Begriffe dabei sind die Urteilsunfähigkeit sowie die Widerstandsunfähigkeit des Opfers, wobei Letztere ihre Ursache in einer physischen oder psychischen Gegebenheit oder einer Kombination aus physischen und psychischen Elementen haben kann.¹³⁰⁹ Somit werden von Art. 191 sehr unterschiedliche Konstellationen erfasst:
- 434 Art. 191 wird einerseits auf Fälle angewandt, in denen das an sich urteilsfähige Opfer zwar einen entgegenstehenden Willen bildet, diesen aber aufgrund einer physisch bedingten Widerstandsunfähigkeit – beispielsweise einer Lähmung oder Fesselung – nicht realisieren kann. Da der Täter in solchen Konstellationen keinen Widerstand überwinden muss, er also ohne Anwendung von Nötigungsmitteln zum Ziel kommen kann, scheiden die sexuellen Nötigungsdelikte aus. Der Umstand, dass das Opfer den Übergriff als solchen wahrnimmt und den Täter allenfalls sogar verbal zurückweist, hindert die Annahme der Widerstandsunfähigkeit nicht, solange eine körperliche Abwehrreaktion vollständig ausgeschlossen ist.¹³¹⁰ In solchen Situationen liegt mithin ein *Handeln gegen den Willen*, aber ohne Anwendung von Nötigungsmitteln vor.
- 435 Zweitens werden von Art. 191 die Konstellationen erfasst, in denen das Opfer aufgrund der in Art. 191 genannten Gründe gar nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden bzw. zu betätigen. Als Beispiele wären etwa Bewusstlosigkeit, hochgradige Intoxikation oder schwere geistige Beeinträchtigungen zu nennen.¹³¹¹ Ebenfalls in diese Gruppe gehören jene Fälle, in denen das Opfer aufgrund seiner momentanen körperlichen Lage – etwa aufgrund der besonderen Lage in einem gynäkologischen Stuhl – den bevorstehenden Angriff nicht erkennen kann und es ihm deshalb auch nicht möglich ist, den Angriff auf seine sexuelle Integrität abzuwehren.¹³¹² Diese Fälle

¹³⁰⁸ Urteil des Bundesgerichts 6S.217/2002 vom 03.04.2003 E. 3.

¹³⁰⁹ Ähnlich PK-*Trechsel/Bertossa*, Art. 191 Rn. 1.

¹³¹⁰ Urteil des Bundesgerichts 6S.217/2002 vom 03.04.2003 E. 4.

¹³¹¹ PK-*Trechsel/Bertossa*, Art. 191 Rn. 4.

¹³¹² BGE 133 IV 49 E. 7.3.

liessen sich auf den ersten Blick als *Handeln ohne Einwilligung* beschreiben, wobei man sich fragen könnte, ob diese Fälle nicht eher der Gruppe *Handeln gegen den Willen* zuzuordnen sind. Denn man wird davon ausgehen können, dass Personen den generellen latenten Willen haben, nicht in beliebiger Weise von anderen Menschen sexuell angegangen zu werden.¹³¹³ Wegen dieses generellen latenten entgegenstehenden Willens erscheint es falsch, Schlafende, Bewusstlose oder geistig Behinderte pauschal als «ohne Willen» zu beschreiben,¹³¹⁴ denn wie Oberlies zu Recht schreibt, verschwindet der Wille zur sexuellen Selbstbestimmung nicht mit dem Schlaf oder der Bewusstlosigkeit.¹³¹⁵

Die ältere Literatur tat sich teilweise etwas schwer damit, Fälle mit dauerhaft urteilsunfähigen Opfern ebenfalls als Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung dieser Personen zu qualifizieren. So wurde etwa von Hangartner vertreten, das Selbstbestimmungsrecht könne bei Personen, die zu keiner Zeit imstande seien, frei über sich zu bestimmen, nicht als zentrales Rechtsgut betrachtet werden.¹³¹⁶ Zu sagen, Art. 191 schütze die sexuelle Selbstbestimmung, mute deshalb «formalistisch» an. Dem ist nicht zuzustimmen. Die Normen des Sexualstrafrechts schützen bekanntlich nicht die positive Gestaltungsfreiheit, sondern dienen dem Schutz von Abwehrrechten, die auch für diejenigen bestehen, die konstitutionsbedingt solche Rechte nicht selber durchsetzen können.¹³¹⁷ Diese Abwehrrechte haben alle Menschen gleichermaßen qua ihrer Eigenschaft als Mensch. Die positive Freiheit im Sinne einer Dispositionsfreiheit über die eigene Sphäre hat nur – aber immerhin – die Bedeutung, dass sie den Tatbestand und damit das Unrecht ausschliesst, sofern von ihr in autonomer Weise Gebrauch gemacht wird.¹³¹⁸ Ohne eine solche gültige Zustimmung hingegen wird das Opfer durch den Einbezug in eine sexuelle Interaktion vom Täter wie eine Sache zur Befriedigung sexueller Bedürfnisse gebraucht. Dieses Zum-Objekt-Degradieren stellt das zentrale Unrecht einer jeden Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung dar. Im Ergebnis sieht das denn auch Hangartner ähnlich, wenn er schreibt, dass der Schutzzweck von Art. 191 darin gesehen werden könne, geistig Behinderte davor zu behüten, zum «blossenen Objekt sexueller Wünsche degradiert zu

436

¹³¹³ So auch LK-*Hörnle*, § 179 Rn. 4.

¹³¹⁴ Ebenso LK-*Hörnle*, 179 Rn. 4, und *Zinsmeister*, Sexualität ermöglichen, 37: «Alle Menschen haben einen Willen, diesen muss das Recht unterstellen, auch wenn er nicht aktualisierbar ist.»

¹³¹⁵ *Oberlies*, Der Stellenwert der Selbstbestimmung, 32.

¹³¹⁶ *Hangartner*, Selbstbestimmung, 30; ein ähnlicher «Denkfehler» unterlief auch *Amelung*, vgl. dazu *Roxin*, FS Amelung, 280 ff.

¹³¹⁷ So auch *Hörnle*, FS Eisenberg, 335.

¹³¹⁸ Vgl. zum Ganzen *Roxin*, FS Amelung, 281 f.

werden, sie vor Missbrauch zu schützen, um ihre Menschenwürde auf diese Weise zu bewahren».¹³¹⁹

- 437 Drittens wird Art. 191 auch auf Handlungen angewendet, die dem Willen der betroffenen Person zwar faktisch entsprechen, der Person aber mangels Urteilsfähigkeit die Fähigkeit abgesprochen wird, in rechtserheblicher Weise über ihr Sexualleben zu disponieren.¹³²⁰ Insofern liegt in diesen Fällen ein Handeln mit zwar faktischer, aber mangels Einwilligungsfähigkeit *ungültiger* Einwilligung vor.¹³²¹
- 438 Im ersten Teil dieser Untersuchung ist bereits die Notwendigkeit angesprochen worden, Menschen mit geistigen Beeinträchtigungen das Ausleben ihrer intimen und sexuellen Bedürfnisse nicht durch die Kriminalisierung ihrer Partner gänzlich zu verunmöglichen, sie aber gleichzeitig aufgrund ihrer erhöhten Schutzbedürftigkeit vor sexueller Ausbeutung zu bewahren.¹³²² Die besondere Problematik liegt nun darin, dass auch Personen, die in sexuellen Belangen als nicht urteilsfähig bzw. als nicht einwilligungsfähig gelten müssen, ein Bedürfnis nach Nähe und Intimität haben können. Aus diesem Grund ist nicht die Vornahme einer sexuellen Handlung mit einer urteilsunfähigen, aber faktisch zustimmenden Person *per se* unter Strafe gestellt, sondern nur der «Missbrauch» einer solchen Person. Das Merkmal des «Missbrauchs» soll die notwendigen Differenzierungen erlauben und sicherstellen, dass nicht schlechthin jeder sexuelle Umgang mit Menschen mit permanenten geistigen Beeinträchtigungen pönalisiert wird.¹³²³

II. Das Auslegungsverständnis von Art. 191

A. Kreis der geschützten Personen

1. Urteilsunfähige

a) Allgemeines

- 439 Zum Kreis der geschützten Personen gehören zunächst urteilsunfähige Personen. Bereits in der Botschaft wurde diesbezüglich auf das Zivilrecht verwiesen, wonach urteilsunfähig ist, wem wegen seines Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die

¹³¹⁹ *Hangartner*, Selbstbestimmung, 31.

¹³²⁰ Ähnlich MK-*Renzikowski*, § 179 a.F. Rn. 1.

¹³²¹ Vgl. BBI 1985 1077.

¹³²² Vgl. vorne Rz. 96 ff., insbes. Rz. 103 ff.

¹³²³ Vgl. bereits BBI 1985 1077.

Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.¹³²⁴ Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung enthält die Urteilsfähigkeit zwei Elemente: Die intellektuelle Komponente besteht in der Fähigkeit, Sinn, Zweckmässigkeit und Wirkungen einer bestimmten Handlung zu erkennen; das Willenselement im Vermögen, gemäss der vernünftigen Erkenntnis nach freiem Willen zu handeln und allfälliger fremder Willensbeeinflussung in normaler Weise Widerstand zu leisten.¹³²⁵ Zu berücksichtigen ist weiter, dass Urteils(un)fähigkeit in zeitlicher und sachlicher Hinsicht relativ ist. Das heisst, sie ist in Bezug auf eine konkrete Handlung in einem bestimmten Zeitpunkt zu prüfen.¹³²⁶ Je nach Handlung sind unterschiedliche Anforderungen an Vernunft, Bewusstsein und Entschlusskraft zu stellen; es ist denkbar, dass eine Person mit allgemeiner Beeinträchtigung der Urteilsfähigkeit betreffend die eine Handlung als urteilsfähig gilt, betreffend eine andere aber urteilsunfähig ist.¹³²⁷

Gemäss Bundesgericht ist bei Menschen mit geistigen Beeinträchtigungen eine generelle Urteilsunfähigkeit in sexuellen Belangen nur mit Zurückhaltung anzunehmen.¹³²⁸ Für die Kenntnis der Tragweite der sexuellen Handlungen genügt es, wenn das Opfer in der Lage ist, die ungefähre Bedeutung der sexuellen Handlung und ihrer Folgen zu erfassen, und es einen Willen bezüglich des fraglichen sexuellen Kontakts bilden und äussern kann.¹³²⁹ 440

b) Anwendbarkeit von Art. 191 auf Kinder

Nach Art. 16 ZGB gilt u.a. als urteilsunfähig, wer aufgrund seines *Kindesalters* nicht über die Fähigkeit verfügt, vernunftgemäss zu handeln. Folglich erfasst Art. 191 seinem Wortlaut nach grundsätzlich auch Kinder. Insbesondere in der älteren Literatur war umstritten, ob Art. 191 auch auf Kinder zugeschnitten ist und, falls ja, in welchem Verhältnis die Art. 187 und 191 zueinander stehen.¹³³⁰ Einigkeit herrscht insofern, als nicht (mehr¹³³¹) vertreten wird, Art. 187 müsse Art. 191 ausnahmslos vorgehen, darüber hinaus sind die Lösungsansätze jedoch äusserst verschieden. 441

¹³²⁴ BBl 1985 1077.

¹³²⁵ Vgl. BGE 124 III 5 E. 1a f. mit Hinweisen.

¹³²⁶ BGE 134 II 235 E. 4.3.2 S. 239; 124 III 5 E. 1a.

¹³²⁷ BGE 124 III 5 E. 1a.

¹³²⁸ Urteil des Bundesgerichts 6S.359/2002 vom 07.08.2003 E. 4.

¹³²⁹ *Hangartner*, Selbstbestimmung, 186 f.; *BSK-Maier*, Art. 191 Rn. 5; Urteil des Bundesgerichts 6S.359/2002 vom 07.08.2003 E. 4.

¹³³⁰ Vgl. die Diskussion bei *Jenny*, Art. 191 Rn. 15.

¹³³¹ Vgl. *Günter Stratenwerth*, StGB BT I: Straftaten gegen Individualinteressen, 4. Aufl., Bern 1993, § 8 Rn. 41.

- 442 In der Botschaft wurde die Problematik zwar bedacht, allerdings weder umfassend diskutiert noch abschliessend gelöst. So wird zunächst die Konstellation thematisiert, dass ein «irgendwie geistig behindertes Kind» sexuell missbraucht wird, und diesbezüglich die Ansicht verworfen, dass Art. 187 ausnahmslos als *lex specialis* dem Art. 191 vorgehen sollte. Vielmehr sollte nach Ansicht des Bundesrates zwischen den beiden Tatbeständen ein Verhältnis des *wechselseitigen Ausschlusses* bestehen: «Beruht die Urteilsunfähigkeit des Opfers vor allem darauf, dass es das 16. Altersjahr noch nicht vollendet hat, soll Artikel 187 (...) anwendbar sein; tritt dagegen der eigentliche Missbrauch einer Urteils- oder Widerstandsunfähigkeit in den Vordergrund, soll die Tat von der Bestimmung über die Schändung gefasst werden.»¹³³² Nach dem Willen des ursprünglichen Gesetzgebers sollte also Art. 191 auf Kinder angewendet werden können, unklar bleibt aber, inwieweit. Die in der Botschaft genannten Beispiele – geistig behindertes Kind, bewusstlose bzw. sich im Drogenrausch befindliche Jugendliche – lassen die Interpretation zu, dass ausschliesslich in Konstellationen, die unabhängig vom Alter bzw. auch bei Erwachsenen zur Anwendung von Art. 191 führen würden (geistige Behinderung, Bewusstlosigkeit, körperliche Widerstandsunfähigkeit etc.), eine Verurteilung wegen Art. 191 *anstatt* 187 erfolgen soll.¹³³³ Auch Stratenwerth et al. interpretieren die Ausführungen in der Botschaft dahingehend, dass eine Schändung bei einem Kind nur angenommen werden kann, wenn sich die Urteils- oder Widerstandsunfähigkeit aus anderen Gründen als dem Alter des Kindes ergibt, und schliesst sich dieser Auffassung an, da damit die «sinnwidrige Verdoppelung» der Strafbestimmungen beim sexuellen Missbrauch von Kleinkindern vermieden würde.¹³³⁴ Hangartner¹³³⁵ und Trechsel¹³³⁶ schliessen sich dieser Interpretation im Ergebnis an, plädieren aber in jenen Fällen, in denen die Schändung bei Kindern aus anderen als altersbedingten Gründen anwendbar ist – etwa beim Missbrauch eines bewusstlosen, schlafenden, körperlich widerstandsunfähigen oder geistig behinderten Kindes –, für Idealkonkurrenz zwischen Art. 187 und 191.
- 443 Dass Art. 191 bei allein altersbedingter Urteilsunfähigkeit nicht angewendet werden sollte, wird jeweils ähnlich begründet, und zwar hauptsächlich mit Schutzüberlegungen zugunsten des Kindes.¹³³⁷ Der Gesetzgeber habe mit der unabhängig von der individuellen Reife des Kindes pönalisierten sexuellen Handlung mit Kindern gemäss Art. 187 nicht zuletzt bezweckt, eingehende Befragungen des Kindes im Strafverfahren und eine damit möglicherweise

¹³³² BBI 1985 1078.

¹³³³ BBI 1985 1078.

¹³³⁴ *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 8 Rn. 37; so auch *Jenny*, Art. 191 Rn. 15.

¹³³⁵ *Hangartner*, Selbstbestimmung, 198.

¹³³⁶ *PK-Trechsel/Bertossa*, Art. 187 Rn. 23.

¹³³⁷ Vgl. etwa *Hangartner*, Selbstbestimmung, 197; *Jenny*, Art. 191 Rn. 5.

verbundene Sekundärviktimsierung zu vermeiden.¹³³⁸ Soll Art. 191 bei allein altersbedingter Urteilsunfähigkeit angewendet werden können, müsste nun doch im Einzelfall abgeklärt werden, ob das Kind als urteilsunfähig zu gelten hat. Bei Kindern in einem gewissen Alter wäre die individuelle Reife jeweils mittels entsprechender Befragungen zu prüfen, ein Vorgehen, das der Gesetzgeber eigentlich gerade vermeiden wollte.¹³³⁹

Diese Problematik bedenkend hat Maier eine eigene Lösung entwickelt, der sich mittlerweile weitere Vertreter angeschlossen haben.¹³⁴⁰ Dieser Ansicht zufolge soll die Urteils- und Widerstandsunfähigkeit nach Art. 191 bei Kindern unter sechzehn Jahren vermutet werden, wenn das Kind im Tatmoment

- unter vier Jahre alt ist,¹³⁴¹
- das Kind älter als vier Jahre ist, aber in der geistigen oder körperlichen Entwicklung zurückgeblieben;
- geistig bzw. körperlich behindert oder in einer Situation ist, die auch bei einer erwachsenen Person zur Annahme einer Widerstandsunfähigkeit i.S.v. Art. 191 führen würde.¹³⁴²

Eine nur altersbedingte Urteilsunfähigkeit soll nach dieser Lösung also nur in den ganz offensichtlichen Fällen zur Anwendbarkeit von Art. 191 führen, wobei bei gleichzeitiger Anwendbarkeit von Art. 187 und Art. 191 von Idealkonkurrenz auszugehen sei.

In BGE 120 IV 194 hat sich das Bundesgericht mit dem Verhältnis von Art. 187 und 191 beschäftigt und dort sowohl die Frage der Anwendbarkeit von Art. 191 bei allein altersbedingter Urteilsunfähigkeit als auch die Frage der Konkurrenz geklärt. In der Begründung des Urteils werden diese beiden Fragen aber nicht sauber auseinandergelassen. Denn will man Art. 191 auch bei allein altersbedingter Urteilsunfähigkeit anwenden, so muss in einem zweiten Schritt entschieden werden, ob zwischen diesen beiden Tatbeständen Idealkonkurrenz vorliegt oder ob in jenen Fällen, in denen mangels Urteilsfähigkeit des Kindes Art. 191 anwendbar ist, der gleichzeitig verwirklichte Art. 187 hinter Art. 191 zurücktritt.

Das Bundesgericht hat in BGE 120 IV 194 kurz und knapp entschieden, dass Art. 191 auch bei «nur» altersbedingt urteilsunfähigen Kindern Anwendung

¹³³⁸ So *Jenny*, Art. 191 Rn. 5.

¹³³⁹ *Hangartner*, Selbstbestimmung, 197.

¹³⁴⁰ BSK-*Maier*, Art. 191 Rn. 11; *ders.*, AJP 1997, 866; ihm folgend *Suter-Zürcher*, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern, 247 f.; dem Grundsatz nach auch *Ryser*, Familiäre Gewalt, 179 f.

¹³⁴¹ In seiner Dissertation vertrat er hingegen noch, dass eine Schändung anzunehmen sei, wenn das Kind noch nicht gehen könne; vgl. *Maier*, Nötigungsdelikte, 384.

¹³⁴² Vgl. BSK-*Maier*, Art. 191 Rn. 11.

findet, hat allerdings festgehalten, dass eine allein altersbedingte Urteilsunfähigkeit nur zurückhaltend angenommen werden dürfe; zumal sexuelle Handlungen das Kind in seiner körperlichen und intimen Sphäre berühren würden, in welcher es «eher als in anderen Gebieten zum Bewusstsein und zu einer (Abwehr-)Reaktion fähig» sei.¹³⁴³ Diese grundsätzliche Entscheidung verdient Zustimmung, denn es erscheint nicht angemessen, Personen vom Anwendungsbereich von Art. 191 auszuschliessen, die aufgrund ihres Alters – im konkreten Fall ging es um ein Kind von knapp fünf Jahren – in sexuellen Belangen offensichtlich noch nicht urteilsfähig sind. Die blosser Anwendung von Art. 187 ginge mit einer Privilegierung des Missbrauchs eines urteilsunfähigen Kleinkindes gegenüber dem Missbrauch einer urteilsunfähigen erwachsenen Person einher, was – allen Bedenken bezüglich Sekundärviktimisierung zum Trotz – nicht gesetzgeberisches Motiv sein konnte.¹³⁴⁴

- 448 Das Bundesgericht hat eine altersbedingte Urteilsunfähigkeit im Sinne von Art. 191 bislang etwa bei Kindern im Alter von knapp fünf Jahren¹³⁴⁵ bzw. sieben Jahren¹³⁴⁶ angenommen. Dies wurde jeweils damit begründet, dass die Kinder offensichtlich Bedeutung und Tragweite der sexuellen Handlungen nicht verstanden hatten. Auch der Umstand, dass sich das Kind nicht gegen die Handlungen gewehrt, sondern diese erduldet hatte, wertete das Bundesgericht offensichtlich als Indiz für die Urteilsunfähigkeit des Kindes.¹³⁴⁷ Im Falle des siebenjährigen Mädchens wurde die Urteilsunfähigkeit durch die Vorinstanz wesentlich damit begründet, dass das Kind die Berührungen durch ihren Grossvater als «schön» beschrieben habe und ihn trotz dieser Vorfälle lieber gehabt habe als die Grossmutter.¹³⁴⁸ Die Tatsache, dass das Kind «faktisch» zugestimmt hatte, kam dem Täter also nicht etwa zugute, sondern wurde als Indiz für die mangelnde Urteilsfähigkeit des Kindes verwendet.

c) Verhältnis von Art. 187 und 191

- 449 Die der grundsätzlichen Frage der Anwendbarkeit von Art. 191 nachfolgende Frage des Verhältnisses der Art. 187 und 191 beantwortete das Bundesgericht dahingehend, dass Idealkonkurrenz zwischen den beiden Tatbeständen anzunehmen sei.¹³⁴⁹ Es stützte sich dafür wesentlich auf die Überlegung, dass

¹³⁴³ BGE 120 IV 194 E. 2c.

¹³⁴⁴ Vgl. aber *Hangartner*, Selbstbestimmung, 196, wonach diese Privilegierung zwar unberechtigt, vom Gesetzgeber aber so gewollt sei.

¹³⁴⁵ BGE 120 IV 194.

¹³⁴⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_1194/2015 vom 03.06.2016.

¹³⁴⁷ BGE 120 IV 194 E. 2d.

¹³⁴⁸ Urteil des Bundesgerichts 6B_1194/2015 vom 03.06.2016 E. 1.1.

¹³⁴⁹ BGE 120 IV 194 E. 2b.

Art. 187 und 191 verschiedene Rechtsgüter schützen. Ersterer wolle die ungestörte Entwicklung von Unmündigen gewährleisten, bis diese die notwendige Reife für Sexualkontakte erlangt haben. Art. 191 hingegen solle vor «Angriffen auf die sexuelle Freiheit und Ehre» bewahren, d.h. Personen schützen, die «seelisch oder körperlich nicht in der Lage sind, sich gegen sexuelle Zumutungen zu wehren».¹³⁵⁰

Ob diese beiden «Rechtsgüter» tatsächlich derart verschieden sind, lässt sich mit Fug bezweifeln.¹³⁵¹ Im Prinzip geht es doch vielmehr bei beiden Tatbeständen um den Schutz von Menschen, die nicht imstande sind, frei bzw. eigenverantwortlich darüber zu befinden, ob und mit wem sie Sexualkontakte haben wollen oder nicht.¹³⁵² 450

Der Einwand des Bundesgerichts, dass «es stossend [wäre], wenn die Unzucht mit einem kleinen (urteilsunfähigen) Kind nicht gleich streng bestraft werden könnte wie der Beischlaf mit einer (erwachsenen) urteilsunfähigen Person»,¹³⁵³ ist durchaus berechtigt und m.E. ein zwingendes Argument dafür, Art. 191 auch bei allein altersbedingter Urteilsunfähigkeit anzuwenden. Wenn das Bundesgericht aber anschliessend schreibt: «Deshalb ist in solchen Fällen zwischen den Art. 187 und 191 grundsätzlich echte Konkurrenz (Idealkonkurrenz) anzunehmen»,¹³⁵⁴ ist dies allerdings irreführend. Anders als das Bundesgericht mit dem Wort «deshalb» andeutet, ist die Forderung, sexuelle Übergriffe bei urteilsunfähigen Kindern gleich streng bestrafen zu können wie bei urteilsunfähigen Erwachsenen, *kein* zwingendes Argument für die Annahme von Idealkonkurrenz zwischen den beiden Tatbeständen. Mit dem Leitgedanken, den Missbrauch von urteilsunfähigen Personen unabhängig vom Alter «gleich streng» bestrafen zu können, wäre durchaus auch die Ansicht kompatibel, beim Missbrauch einer (nur zurückhaltend anzunehmenden) altersbedingten Urteilsunfähigkeit den Art. 191 dem Art. 187 vorgehen zu lassen.¹³⁵⁵ Wie Jenny zu Recht schreibt, spräche für eine solche «Alternativität» nicht zuletzt der Gesichtspunkt, dass beide Bestimmungen Angriffe auf einander «mindestens sehr ähnliche Rechtsgüter» pönalisieren.¹³⁵⁶ Trechsel/Bertossa gehen sogar so weit, die bundesgerichtliche Annahme von Ideal- 451

¹³⁵⁰ Aa.a.O.

¹³⁵¹ Vgl. vorne Rz. 225 ff.

¹³⁵² Ähnlich *Jenny*, Art. 191 Rn. 15.

¹³⁵³ BGE 120 IV 194 E. 2b.

¹³⁵⁴ A.a.O.

¹³⁵⁵ Ähnlich auch *Jenny*, Art. 191 Rn. 15.

¹³⁵⁶ *Jenny*, Art. 191 Rn. 15.

konkurrenz als Verstoss gegen das Doppelverwertungsverbot zu bezeichnen,¹³⁵⁷ was nicht ganz unberechtigt erscheint.

2. *Widerstandsunfähige*

a) **Allgemeines**

- 452 Widerstandsunfähigkeit wird in der Literatur soweit ersichtlich einhellig als bereits vorbestehende «physische Widerstandsunfähigkeit» verstanden, also als mangelnde Fähigkeit, einen körperlichen Widerstand gegen ein sexuelles Ansinnen zu leisten.¹³⁵⁸ Dies kann einerseits daran liegen, dass das Opfer einen entsprechenden Widerstandswillen bereits nicht bilden kann – etwa, weil es den drohenden Angriff nicht wahrnehmen und damit auch keinen Widerstandswillen bilden kann – oder aber weil es seinen Widerstandswillen nicht betätigen, sich also nicht wehren kann.¹³⁵⁹
- 453 Diese mangelnde Fähigkeit kann seine Ursache in einem Umstand haben, der auch eine Urteilsunfähigkeit begründet, insofern überschneiden sich die beiden Begriffe in einem gewissen Bereich.¹³⁶⁰ Mit anderen Worten kann die Urteilsunfähigkeit aufgrund schwerer Rauschzustände gleichzeitig eine Widerstandsunfähigkeit bewirken. Die fehlende Fähigkeit, sich zu wehren, kann sich aber auch aus physischen Gründen ergeben, so etwa aufgrund körperlicher Invalidität oder schwerer Erschöpfung.¹³⁶¹ Eine besondere praktische Bedeutung erlangt haben die Fälle, in denen es dem grundsätzlich urteils- und körperlich widerstandsfähigen Opfer aufgrund seiner Körperlage bzw. Position nicht möglich ist, den Angriff vorherzusehen, wodurch konsequenterweise auch die Fähigkeit, den Angriff abzuwehren, zumindest vorübergehend verneint werden muss.¹³⁶²

¹³⁵⁷ Vgl. PK-*Trechsel/Bertossa*, Art. 187 Rn. 23. Entgegen der hier vertretenen Ansicht plädieren *Trechsel/Bertossa* allerdings für den Vorrang von Art. 187 bei allein altersbedingter Urteilsunfähigkeit.

¹³⁵⁸ *Hangartner*, Selbstbestimmung, 188; PK-*Trechsel/Bertossa*, Art. 191 Rn. 4; *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 8 Rn. 37; *Corboz*, Infracctions, Art. 191 Rn. 4.

¹³⁵⁹ *Corboz*, Infracctions, Art. 191 Rn. 5.

¹³⁶⁰ *Hangartner*, Selbstbestimmung, 188; *Corboz*, Infracctions, Art. 191 Rn. 5.

¹³⁶¹ *Donatsch*, Strafrecht III, 520 f.

¹³⁶² Vgl. etwa BGE 103 IV 165 und Urteil des Bundesgerichts 6S.448/2004 vom 03.10.2005.

b) Schlaf, Rausch, Narkose

Das Bundesgericht bejaht regelmässig die Widerstandsunfähigkeit von vom Alkohol- oder Drogenkonsum benommenen und allenfalls in einer Art Schlafzustand befindlichen Personen.¹³⁶³ In ständiger Rechtsprechung wird dabei betont, dass die Widerstandsunfähigkeit keine Bewusstlosigkeit im Sinne eines komatösen Zustandes voraussetze.¹³⁶⁴ «Gewöhnlicher» Schlaf reicht aus, eine eigentliche Alkoholintoxikation oder ein grösserer Schlafmangel sind nicht zwingende Voraussetzungen für die Annahme einer Widerstandsunfähigkeit.¹³⁶⁵ Blosser – auch relativ erheblicher – Betrunkener reicht allerdings nicht aus.¹³⁶⁶ 454

Diese Rechtsprechung erscheint prinzipiell richtig. Wenn sich eine Person freiwillig berauscht, kann es grundsätzlich nicht darauf ankommen, ob sie den Sexualkontakt auch in nüchternem Zustand gewollt hätte.¹³⁶⁷ Es ist deshalb zielführend, wie Wertheimer zwischen «substance-affected consent» und «intoxicated consent» zu unterscheiden.¹³⁶⁸ Wo aber liegt die Grenze auf dem Kontinuum zwischen «beschwipst» und «komatös»? Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann Widerstandsunfähigkeit jedenfalls auch dann vorliegen, wenn das Opfer nicht bewusstlos ist, aber aufgrund von Alkohol- oder Drogenkonsum derart benommen ist, dass es im Hinblick auf einen sexuellen Kontakt keinen Willen bilden oder kundtun kann.¹³⁶⁹ Die Menge des konsumierten Alkohols bzw. der konsumierten Drogen und damit die exakte Ursache der Widerstandsunfähigkeit muss nicht zwingend eruiert werden, wenn sich die Widerstandsunfähigkeit des Opfers auch anderweitig bzw. aus dessen Verhalten (im vom Bundesgericht beurteilten Fall etwa: mehrfaches Hinfallen und Überschlagen auf dem Heimweg, Hinsetzen auf urinverschmutzten Boden, Weinen und Schreien nach Ankunft in der Wohnung) 455

¹³⁶³ Vgl. die Urteile des Bundesgerichts 6B_140/2007 vom 30.07.2007; 6B_60/2015 vom 25.01.2016; 6B_1175/2015 vom 19.04.2016.

¹³⁶⁴ Vgl. die Urteile des Bundesgerichts 6B_316/2012 vom 01.11.2012 E. 3.3; 6B_128/2012 vom 21.06.2012 E. 1.5.

¹³⁶⁵ Urteil des Bundesgerichts 6B_128/2012 vom 21.06.2012 E. 1.5; 6B_1142/2017 vom 23.03.2018 E. 2.1.

¹³⁶⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_1083/2014 vom 09.07.2015 E. 3.4, wo die Frau zwar offensichtlich recht betrunken war, stolperte und Mühe hatte, den Code bei der Eingangstüre ihres Hauses einzugeben. Sie sagte aber einem Zeugen, dass es ihr gut gehe, und konnte dem Beschuldigten erklären, wo sie die Kondome aufbewahrte.

¹³⁶⁷ So auch Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung, 879.

¹³⁶⁸ Wertheimer, Consent to Sexual Relations, 235.

¹³⁶⁹ Urteil des Bundesgerichts 6B_316/2012 vom 01.11.2012 E. 3.3; ähnlich 6B_194/2012 vom 17.07.2012 E. 1.5.

ableiten lässt.¹³⁷⁰ Die Grenze lässt sich wohl nicht abstrakt festlegen. Hörnle ist aber zuzustimmen, wenn sie dafür plädiert, Zurückhaltung bei der Annahme einer unwirksamen Zustimmung zu üben, zumal Personen in solchen Fällen *insgesamt* durchaus selbstbestimmt handeln können, da dazu eben auch die Freiheit gehöre, zum Abbau der im nüchternen Zustand bestehenden sozial geprägten oder persönlichkeitsbedingten Hemmungen Alkohol einzusetzen.¹³⁷¹ Wenn eine Person aber kaum mehr gehen und sprechen kann, sich übergeben muss und die sexuellen Handlungen passiv über sich ergehen lässt, dürfte die Grenze sicherlich erreicht sein.¹³⁷²

- 456 Die Tatsache, dass ein junger, unter dem Einfluss von Alkohol und Cannabis schlafender Mann während der an ihm vorgenommenen sexuellen Handlung eine Erektion hat, spricht nicht zwingend dafür, dass er wach bzw. widerstandsfähig war. Wie das Bundesgericht zu Recht festhält, «(c)et élément n'est toutefois pas déterminant, dès lors que l'érection n'est pas toujours liée à un désir sexuel. Il arrive ainsi que les hommes aient des érections durant leur sommeil, sans qu'il soit pour autant conscient (réflexe dans le sommeil paradoxal)».¹³⁷³
- 457 Als widerstandsunfähig wurden auch Patientinnen qualifiziert, die nach einer Operation unter Narkose im Aufwachraum gelegen und mit unterschiedlich vielen medizinischen Gerätschaften verbunden gewesen sind, welche ihre Mobilität eingeschränkt haben. Als ein Krankenpfleger sie an den Geschlechtsteilen und Brüsten eingecremt und gestreichelt hatte, seien sie völlig überrumpelt, teilweise ganz perplex, teilweise aber auch wieder weggetreten gewesen.¹³⁷⁴
- 458 Insbesondere in der älteren Lehre wurde jeweils darauf hingewiesen, dass die Widerstandsfähigkeit jeweils gänzlich aufgehoben sein müsse und nicht nur in irgendeinem Grad beeinträchtigt oder eingeschränkt sein dürfe.¹³⁷⁵ Das

¹³⁷⁰ Urteil des Bundesgerichts 6B_96/2015 vom 20.08.2015 E. 2.3.

¹³⁷¹ Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung, 879, unter Hinweis auf *Archard*, Sexual Consent, 45 f. Vgl. dazu auch *Wertheimer*, Consent to Sexual Relations, 257, und dessen pragmatische Begründung: «First, the pleasures of alcohol and sex are so closely intertwined for some that to require contemporaneous sober consent would be unduly restrictive. (...) Third, to insist on sober ex ante consent to subsequent intoxicated consent would preclude many women from doing precisely what they want to do, namely, not to be required to consent before they become intoxicated.»

¹³⁷² Vgl. dazu auch das Urteil des Bundesgerichts 6B_1142/2017 vom 23.03.2018 E. 1.3.1. ff., wo auch die Art der sexuellen Handlung als Indiz für eine Widerstandsunfähigkeit gewertet wurde (ungeschützter Anal- und Vaginalverkehr mit einem fast unbekanntem Mann).

¹³⁷³ Urteil des Bundesgerichts 6B_140/2007 vom 30.07.2007 E. 7.4.

¹³⁷⁴ Urteil des Bundesgerichts 6B_232/2016 vom 21.12.2016 E. 2.3.

¹³⁷⁵ Vgl. *Günter Stratenwerth*, StGB BT I: Straftaten gegen Individualinteressen, 4. Aufl., Bern 1993, § 8 Rn. 35.

Bundesgericht hat diese Aussage zwar ebenfalls in seine Rechtsprechung aufgenommen,¹³⁷⁶ bejaht allerdings wie im Entscheid BGE 119 IV 230 eine Schändung auch in Fällen, in denen von einer gänzlichen Widerstandsunfähigkeit des Opfers nicht wirklich die Rede sein kann.¹³⁷⁷ Aufgrund seiner Komplexität soll dieser Fall weiter unten noch im Detail erörtert werden. Auch Maier konstatiert, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung «streng» sei und auch bei Schläfrigkeit des Opfers relativ schnell die Anwendbarkeit des Tatbestandes bejaht werde.¹³⁷⁸

c) Fehlende Vorhersehbarkeit und Abwehrmöglichkeit aufgrund der Position des Opfers

aa) Zur Anwendbarkeit von Art. 191

Bereits unter altem Recht war anerkannt, dass sich die Widerstandsunfähigkeit auch aus der Position des Opfers ergeben kann. Das Bundesgericht bejahte in einem Entscheid von 1977 die Widerstandsunfähigkeit von auf einem Untersuchungsstuhl liegenden Patientinnen, die wegen ihrer Lage (gegenüber Kopflage erhöhte Beckenlage) keinen Einblick in die Handlungen des Beschwerdeführers nehmen konnten und wegen des besonderen Vertrauensverhältnisses nicht damit rechneten, dass der Beschwerdeführer sich an ihnen vergehen könnte.¹³⁷⁹ Diese Rechtsprechung, wonach die besondere Lage in einem gynäkologischen Untersuchungsstuhl zur Widerstandsunfähigkeit führen kann, wurde unter neuem Recht wiederum bestätigt.¹³⁸⁰ 459

Mit dem Leitentscheid BGE 133 IV 49 wurde diese Argumentation auch auf eine auf dem Bauch liegende Patientin eines Physiotherapeuten übertragen. Der Therapeut führte anlässlich der Behandlung überraschend zwei Finger in die Vagina des Opfers ein. Die nackte und auf dem Bauch liegende Patientin habe wegen ihrer Lage auf dem Behandlungstisch ebenfalls nicht sehen können, was mit ihr geschah. Den sexuellen Übergriff habe sie erst wahrnehmen können, als sie seine Finger an ihrem Geschlechtsteil spürte und sich verkrampfte, also zu einem Zeitpunkt, als der Täter bereits begonnen hatte, sie zu missbrauchen.¹³⁸¹ 460

¹³⁷⁶ Vgl. BGE 119 IV 232 E. 3a.

¹³⁷⁷ So auch *Hangartner*, Selbstbestimmung, 193.

¹³⁷⁸ BSK-*Maier*, Art. 191 Rn. 8.

¹³⁷⁹ BGE 103 IV 165.

¹³⁸⁰ Urteil des Bundesgerichts 6S.448/2004 vom 03.10.2005.

¹³⁸¹ BGE 133 IV 49 E. 7.4.

- 461 In weiteren Entscheiden wurde diese Rechtsprechung bestätigt und präzisiert¹³⁸² und auch ausgedehnt auf Konstellationen, in denen sich das Opfer nicht in Bauch-, sondern in Rückenlage befand.¹³⁸³ In einer Konstellation folgte auf den Übergriff in Rückenlage ein weiterer Übergriff, nachdem sich das Opfer wieder auf den Bauch gedreht hatte. Diesen zweiten Übergriff in Bauchlage wertete das Bundesgericht wie die Vorinstanz allerdings nicht mehr als Schändung, sondern als sexuelle Belästigung, da dieser nicht mehr dermassen überraschend erfolgt sei, dass Widerstandsunfähigkeit angenommen werden könnte.¹³⁸⁴ Diese Argumentation ist etwas befremdlich. Denn damit wird die Widerstandsunfähigkeit letztlich deshalb verneint, weil das Opfer aufgrund des vorangegangenen Übergriffs damit habe rechnen müssen, dass der Täter nochmals übergriffig werden könnte. Es ist fraglich, ob der Situation des Opfers damit genügend Rechnung getragen wird. Denn wie das Bundesgericht ja selber ausführt, sollte kein Patient anlässlich einer Behandlung mit sexuellen Übergriffen rechnen müssen.¹³⁸⁵ Dass ein Therapeut sich bereits an einem Opfer vergriffen hat, sollte denn auch kein «Freipass» sein für weitere Übergriffe, die dann nur noch als sexuelle Belästigungen und damit als blossе Übertretungen gewertet werden können. Häufig dürfte ein Opfer nach dem ersten Übergriff derart perplex und verunsichert sein, dass es nicht die Geistesgegenwart besitzt, zu protestieren und die Behandlung abubrechen. Es ist nicht auszuschliessen, dass die Patientin im konkreten Fall auch vom zweiten Übergriff überrascht wurde, zumal sie nicht damit rechnen musste, dass der Täter im Rahmen einer Massage seinen Finger in ihre Scheide einführen würde.
- 462 Insofern ist der Entscheid 6B_376/2009 vom 31.08.2009 deutlich überzeugender, dem der folgende Sachverhalt zugrunde lag: Eine junge Frau begab sich in die Physiotherapie. Nach wiederholten verbalen Grenzüberschreitungen holte der Täter sein Glied aus der Hose. Als das Opfer dies bemerkte, sagte sie zu ihm «nein». Dieser brachte sie dazu, sich auf die Seite zu drehen. Er hob das Bein der Patientin an und drang mit einer schnellen Bewegung in sie ein.

¹³⁸² Vgl. die Urteile des Bundesgerichts 6B_453/2007 vom 19.02.2008; 6B_206/2009 vom 21.07.2009 und jüngst wieder in 6B_1004/2017 vom 22.01.2018 sowie in 6B_69/2018 vom 11.06.2018.

¹³⁸³ Urteil des Bundesgerichts 6B_527/2008 vom 02.12.2008, wobei sich der Entscheid nicht explizit zur Körperlage der Opfer äussert. Aufgrund der dem Täter vorgeworfenen Handlungen (u.a. Berühren der Brüste) ist aber anzunehmen, dass sich die Patientinnen in Rückenlage befanden. Klargestellt im Urteil 6B_436/2010 vom 06.12.2010.

¹³⁸⁴ Urteil des Bundesgerichts 6B_436/2010 vom 06.12.2010 E. 5.3.

¹³⁸⁵ Urteil des Bundesgerichts 6B_436/2010 vom 06.12.2010 E. 5.3.

Das Bundesgericht schützte den Schuldspruch der Vorinstanz wegen Schändung mit der Begründung, dass das Opfer «se trouvait, au moment de l'acte sexuel, allongée sur le côté, dos contre son agresseur. Installée dans cette position, la victime, qui était en outre abasourdie et sidérée par le tour pris par les événements, n'était plus en mesure de percevoir les gestes du recourant. Sa situation n'était donc guère différente de celle des patientes installées sur une chaise d'examen gynécologique et l'on ne saurait reprocher aux autorités cantonales d'avoir retenu qu'elle était ainsi, fût-ce momentanément, dans l'incapacité totale de s'opposer aux agissements du recourant durant le bref laps de temps nécessaire à ce dernier pour consommer l'acte sexuel». ¹³⁸⁶ 463

Obwohl also das Opfer durchaus erkannte, dass ein weitergehender sexueller Übergriff bevorstand – immerhin erkannte es, dass der Täter seinen Penis aus der Hose geholt hatte und leistete sogar verbalen Widerstand – bejahte das Bundesgericht die Widerstandsunfähigkeit nicht zuletzt auch mit dem Hinweis auf die Verblüffung des Opfers über das vorangegangene übergriffige Verhalten des Täters. Hier wäre m.E. sogar eine nähere Prüfung von Art. 190 angezeigt gewesen. Jedenfalls nach der hier vorgestellten alternativen Auslegungsmethode hätte man in diesem Fall durchaus eine Vergewaltigung bejahen können. 464

Im Übrigen ist all diesen Fällen gemeinsam, dass der Täter ohne (gültige) Einwilligung eine sexuelle Handlung am Opfer vornahm und das Opfer zusätzlich nicht einmal die Möglichkeit hatte, sich körperlich gegen diesen Angriff zu wehren. 465

bb) Abgrenzung zur sexuellen Belästigung

Es ist also nach der Rechtsprechung unbestritten, dass die besondere Körperlage des Opfers eine Widerstandsunfähigkeit begründen kann, wenn es deswegen den sexuellen Angriff nicht erkennen und folglich auch keinen Widerstandswillen bilden kann. Da die Gerichte den Begriff der sexuellen Handlung im Rahmen von Art. 191 relativ weit auslegen, wurde der Vorwurf angebracht, dass der Anwendungsbereich von Art. 198 völlig verdrängt würde, wenn jedes Anfassen gewisser Körperteile bereits als Schändung qualifiziert werde, weil «der sexuelle Übergriff bereits geschehen war, als die Patientin sich dessen gewahrt wurde». ¹³⁸⁷ In einem neueren Entscheid wurde sogar das Streichen über Gesäss und Oberschenkel unter der Pyjamahose anlässlich einer Massage als sexuelle Handlung i.S.v. Art. 191 qualifiziert, wobei hier 466

¹³⁸⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_376/2009 vom 31.08.2009 E. 3.4.

¹³⁸⁷ Vgl. die Vorbringen des Beschwerdeführers im Urteil des Bundesgerichts 6B_527/2008 vom 02.12.2008 E. 3.3.

eine Rolle gespielt haben dürfte, dass das Opfer, eine Freundin der Tochter des Täters, offenbar unter 16 Jahre alt war. Im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung zu sexuellen Übergriffen bei sich in Bauchlage befindlichen Opfern bejahte das Bundesgericht auch in diesem Fall eine Schändung.¹³⁸⁸

- 467 Auch in diesem Fall kritisierte der Täter, damit sei bei «jedem Griff an das Gesäss einer Frau, ob sie auf dem Bauch liege oder möglicherweise dem Täter nur den Rücken zudrehe, nicht nur von einer sexuellen Belästigung, sondern sogleich von einer Schändung auszugehen», was nicht richtig sei.¹³⁸⁹ Bezeichnenderweise habe die erste Instanz den Vorfall, bei dem er dem Opfer im Hallenbad von hinten an deren Brüste gegriffen haben soll, als er ihr beim Zusammenbinden des Bikinioberteils geholfen habe, nicht zusätzlich zum Vorwurf der sexuellen Handlung mit einem Kind auch noch als Schändung gewertet.¹³⁹⁰
- 468 Aufgrund dieser nicht ganz unberechtigten Kritik zur unklaren Abgrenzung zwischen sexueller Belästigung (bzw. im Falle eines Kindes: sexuellen Handlungen mit einem Kind) und einer Schändung sah sich das Bundesgericht offenbar bemüssigt, zumindest implizit klarzustellen, dass nicht jedes Ausnützen eines Überraschungsmomentes gleichzeitig eine Schändung darstellt.¹³⁹¹ Bei der Konstellation, in welcher der Täter dem Opfer beim Zusammenbinden ihres Bikinioberteils an die Brüste gefasst habe, sei das Überraschungsmoment im Vordergrund gestanden und nicht das Ausnützen einer vorbestehenden Widerstandsunfähigkeit, so das Bundesgericht. Bei der Massage hingegen habe sich das Mädchen aufgrund seiner Position in Bauchlage und dem Vertrauen darauf, dass eine Massage nicht seine sexuelle Integrität tangieren würde, in einer «Situation des Ausgeliefertseins» befunden.
- 469 Inwiefern diese Ausführungen mit der früheren Rechtsprechung zu Art. 191, bei der teilweise sehr stark auf das Überraschungsmoment abgestellt wurde, in Einklang gebracht werden kann, ist fraglich.¹³⁹² Im Übrigen überzeugt die Argumentation auch im konkreten Fall nicht sonderlich: Ein minderjähriges Mädchen darf doch wohl nicht bloss bei einer Massage, sondern auch im Falle, dass der Vater einer Freundin ihr beim Zusammenbinden des Bikinis hilft, darauf vertrauen, dass ihre sexuelle Integrität nicht verletzt wird. Da das Mädchen beim «Bikini-Vorfall» dem Täter offenbar den Rücken zugekehrt

¹³⁸⁸ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_118/2012 08.11.2012.

¹³⁸⁹ A.a.O. E. 1.4.

¹³⁹⁰ Aa.a.O. E. 1.4.

¹³⁹¹ Vgl. die Ausführungen a.a.O. E. 1.5.

¹³⁹² Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 6B_436/2010 vom 06.12.2010 E. 5.3.

hatte,¹³⁹³ könnte man im Übrigen durchaus auch bei diesem Vorfall argumentieren, dass es dem Täter aufgrund seiner Körperposition ausgeliefert war. Im Ergebnis erscheint daher die vom Bundesgericht vorgenommene «Klarstellung» zur Abgrenzung zwischen einer Schändung und einer sonstigen überraschend vorgenommenen sexuellen Handlung nicht sonderlich überzeugend bzw. hilfreich.

d) Fehlende Abwehrmöglichkeit aufgrund Fixierung durch das Gewicht des Täters

Eine nähere Betrachtung verdienen auch die Entscheide 6S.217/2002 vom 03.04.2003 und 6B_445/2015 vom 29.01.2016, die m.E. unzutreffenderweise unter Art. 191 subsumiert wurden. Dem ersten Fall lag der folgende Sachverhalt zugrunde:¹³⁹⁴ Das spätere Opfer begab sich in die Wohnung eines Bekannten und legte sich, nachdem sie mehrere Medikamente eingenommen und Bier konsumiert hatte, in ihren Kleidern zum Schlafen hin. In den frühen Morgenstunden erwachte sie und bemerkte, dass der Täter ihr die Hosen heruntergezogen, den Slip beiseitegeschoben und sein Glied in ihre Vagina eingeführt hatte. Sie beehrte dagegen auf und sagte zu ihm, er solle sie in Ruhe lassen, sie müsse am nächsten Morgen «zügeln». Dieser erwiderte, er wolle «diesen Schuss loshaben» und fuhr fort. Körperlich wehrte sich das Opfer nicht. Der Täter lag so schwer auf der Frau, dass sie sich nicht bewegen konnte. Ausserdem war sie gerade erst aus dem Schlaf erwacht und stand zudem unter dem Einfluss der eingenommenen Medikamente. Nachdem der Beschwerdeführer zum Samenerguss gekommen war, legte er sich auf die Matratze und schlief ein. 470

Das Bundesgericht qualifizierte das Vorgehen des Täters als vollendete Schändung. Während sich die Widerstandsunfähigkeit in der ersten Phase unproblematisch aus dem Umstand ergibt, dass das Opfer geschlafen hatte, sei die Widerstandsunfähigkeit *nach* dem Erwachen aufgrund der durch Alkohol- und Medikamentenkonsum verstärkten Schläfrigkeit und infolge des Gewichts des auf dem Opfer liegenden Täters gegeben, da das Opfer keine körperlichen Abwehrreaktionen tätigen konnte. Das Bundesgericht schlussfolgerte: «In der ersten Phase des Tatvorgangs war die Willensbildung der 471

¹³⁹³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_118/2012 vom 08.11.2012 E. 1.4, wonach der Täter ihr von hinten an die Brüste fasste, was die Vermutung nahelegt, dass er hinter ihr gestanden hatte.

¹³⁹⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6S.217/2002 vom 03.04.2003.

Geschädigten somit wegen ihres tiefen Schlafs, in der zweiten Phase aber aus körperlichen Gründen vollständig ausgeschlossen.»¹³⁹⁵

- 472 Mit Blick auf die folgenden Überlegungen erscheint dies nicht korrekt: Der Tatbestand der Schändung verlangt, dass das Opfer im Moment der Tat absolut wehrlos ist, wobei dieser Zustand *nicht* durch den Täter herbeigeführt worden sein darf.¹³⁹⁶ Führt der Täter den Zustand der Wehrlosigkeit durch sein eigenes Verhalten herbei, sind vielmehr die Art. 189 und 190 einschlägig. Wenn ein Täter das erwachende Opfer wie hier durch sein eigenes Körpergewicht fixiert und ihm damit jede Abwehr- und Ausweichmöglichkeit nimmt, nutzt er nicht mehr eine vorbestehende Widerstandsunfähigkeit aus, sondern *macht* das Opfer (weiterhin) widerstandsunfähig bzw. wendet Gewalt an.¹³⁹⁷ Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist denn auch grundsätzlich anerkannt, dass als Gewaltanwendung i.S.v. Art. 189 f. ausreichen kann, dass sich der physisch überlegene Täter mit seinem Körpergewicht auf das Opfer legt.¹³⁹⁸ Dies müsste bei einem durch Medikamenteneinnahme und Alkoholkonsum geschwächten Opfer doch erst recht gelten. Die Vorinstanz hatte in dem Fall die Anwendbarkeit von Art. 190 verneint, da dem Täter ein entsprechender Vorsatz nicht nachgewiesen werden könne. Zu seinen Gunsten müsse angenommen werden, dass nicht ausgeschlossen sei, dass er die wegen des Zustands des Opfers höchstens schwach erfolgte bzw. wahrnehmbare Abwehr nicht erkannt habe bzw. diese nicht habe erkennen oder richtig einordnen können.¹³⁹⁹ Diese Argumentation erscheint beinahe grotesk. Dass der Täter auf die verbale Gegenwehr der Frau entgegnete, er müsse «diesen Schuss loshaben»,¹⁴⁰⁰ zeigt doch mehr als deutlich, dass er ihren Widerwillen zur Kenntnis genommen und in der Folge schlicht übergangen hatte.
- 473 Auch beim etwas anders gelagerten Entscheid 6B_445/2015 vom 29.01.2016 ist fraglich, ob die Einordnung als Schändung zutreffend ist. Der Täter vollzog mit seiner damaligen Partnerin zunächst einvernehmliche sexuelle Handlungen. Er bat sie, sich auf den Bauch zu legen. Da sie in dieser Stellung oft vaginalen Geschlechtsverkehr praktizierten, nahm die Frau die verlangte Haltung ein. Der Täter nutzte die Position der Frau aus, um sie überraschend anal zu penetrieren, ohne sie vorgängig zu informieren oder sie darauf vorzu-

¹³⁹⁵ A.a.O. E. 4.

¹³⁹⁶ Vgl. BSK-*Maier*, Art. 191 Rn. 1.

¹³⁹⁷ Vgl. BSK-*Maier*, Art. 189 Rn. 43.

¹³⁹⁸ Vgl. die Urteile des Bundesgerichts 6B_718/2013 vom 27.02.2014; 6B_674/2011 vom 13.02.2012; 6B_619/2011 vom 01.11.2011; 6B_267/2007 vom 03.12.2007; 6P.74/2004 vom 14.12.2004; 6S.558/1996 vom 02.12.1996.

¹³⁹⁹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6S.217/2002 vom 03.04.2003 E. 4.

¹⁴⁰⁰ A.a.O. E. 1.

bereiten, zumal sie noch nie zuvor Analverkehr praktiziert hatten. Trotz ihrer Schreie und der mit dem Analverkehr verursachten Schmerzen machte der Täter bis zum Höhepunkt weiter. Aufgrund des Gewichts des auf ihr liegenden Täters konnte sich die Frau nicht gegen den mehrere Minuten dauernden Angriff wehren. Sie weinte und schrie während des gesamten Aktes. Nach der Tat stellte sie auf der Toilette erhebliche anale Blutungen fest, unter denen sie anschliessend noch während zehn Tagen litt. Auch hier wurde das Verhalten des Täters unter Art. 191 subsumiert, was wohl für die überraschende erste Penetration zutreffend ist, m.E. aber nicht für den darauf folgenden Vollzug des Analverkehrs, bei dem das Opfer durch das Körpergewicht des Täters weiterhin im Zustand der Widerstandsunfähigkeit gehalten wurde.¹⁴⁰¹

Folgt man der hier vertretenen Ansicht, dass in Konstellationen wie den soeben beschriebenen neben der Schändung jedenfalls für die zweite Phase des Geschehens auch eine sexuelle Nötigung anzunehmen ist, stellt sich die Frage der Konkurrenzen. Gemäss Bundesgericht ist der Tatbestand der Schändung gegenüber den Art. 189 f. grundsätzlich subsidiär. Diese gingen vor, sobald der Täter einen Rest von Widerstand überwinde, um das Opfer sexuell zu missbrauchen.¹⁴⁰² Ob dies auch für Fälle zutrifft, in denen das Opfer zunächst widerstandsunfähig ist, beispielsweise weil es schläft, im Verlaufe der sexuellen Handlung aber zu Bewusstsein kommt und sich zu wehren versucht, aufgrund des Täterverhaltens – etwa Festhalten oder Fixieren durch das Körpergewicht – die Handlung aber dulden muss, ist nicht ganz klar. Im Schrifttum zum bisherigen deutschen Recht wurde diesbezüglich dafür plädiert, dass von Idealkonkurrenz zwischen § 177 a.F. D-StGB (Vergewaltigung und sexuelle Nötigung) und § 179 a.F. D-StGB (Missbrauch widerstandsunfähiger Personen) auszugehen ist, wenn ein zunächst schlafendes oder bewusstloses Opfer aufwacht und der Täter die sexuellen Handlungen unter Einsatz eines Nötigungsmittels fortsetzt.¹⁴⁰³

¹⁴⁰¹ Vgl. dazu den einen ähnlichen Fall betreffenden Entscheid des Zürcher Obergerichts SB170194 vom 21.12.2017 E. 8: «Die verzögert einsetzende Reaktionsfähigkeit eines Opfers darf nicht als Widerstandsunfähigkeit missdeutet werden. Ist ein Akt der körperlichen Kraftentfaltung, der zugleich die sexuelle Handlung beinhaltet, dagegen das Mittel dazu, einen tatsächlichen oder erwarteten Widerstand für weitere sexuelle Handlungen zu brechen, liegt eine Nötigung (in Bezug auf die weiteren sexuellen Handlungen) vor. (...) Letztere ist vorliegend anzunehmen. Der Beschuldigte legte sich gemäss dem Beweisergebnis überraschend auf die Privatklägerin und penetrierte sie in der Folge anal, bevor sie reagieren konnte. Ihre Reaktion setzte erst mit der analen Penetration ein, wobei sie auf dem Bauch liegend der körperlichen Dominanz des Beschuldigten ausgeliefert war und den weiteren Vollzug des Analverkehrs dulden musste.»

¹⁴⁰² Vgl. BGE 133 IV 49 E. 4.

¹⁴⁰³ Vgl. MK-*Renzikowski*, § 179 a.F. Rn. 72; LK-*Hörnle*, § 179 Rn. 96.

3. *Irrtum als (Mit-)Ursache für Widerstandsunfähigkeit?*

475 Nach der h.L. ist widerstandsunfähig, wer nicht im Stande ist, einen *körperlichen* Widerstand gegen das sexuelle Ansinnen des Täters zu leisten.¹⁴⁰⁴ In der Praxis tauchen nun bisweilen Fälle auf, in denen ein Opfer lediglich aufgrund eines Irrtums sexuelle Handlungen durch die Täterschaft duldet. Es stellt sich daher die Frage, ob und gegebenenfalls wie solche Konstellationen nach geltendem Recht angemessen erfasst werden können. Das Bundesgericht hat mehrmals Konstellationen mit irrumsbehafteten Einwilligungen unter Art. 191 subsumiert. Diese Rechtsprechung und die entsprechenden Überlegungen des Bundesgerichts sollen im Folgenden kurz nachgezeichnet werden.

a) **Irrtum über die Identität des Partners**

476 Eine Erwähnung verdient zunächst insbesondere der Leitentscheid BGE 119 IV 230, bei dem das Bundesgericht annahm, die Widerstandsunfähigkeit des Opfers habe sich aus der «Summierung» aus Alkoholisierung, Schläfrigkeit und Irrtum über die Identität des Täters ergeben. Dieser Entscheidung vermag mit Blick auf die Begründung nicht zu überzeugen,¹⁴⁰⁵ wenn auch die Verurteilung und Bestrafung des Täters wegen eines erheblichen Sexualdelikts als durchaus berechtigt erscheint. Denn zum Zeitpunkt des zu beurteilenden Geschlechtsverkehrs spielte der Irrtum, der die Widerstandsunfähigkeit zumindest mitverursacht haben soll, gar keine Rolle mehr. Nachdem der Täter nämlich seinen Finger in die Scheide des Opfers eingeführt hatte, kamen dem Opfer offenbar Zweifel an der Identität des Mannes, weshalb es nachfragte, «wer das sei». Daraufhin führte der Mann sein Glied ein und sagte «bitte, bitte».¹⁴⁰⁶ Dieses Verhalten ist nicht als Ausnützen eines «Irrtums» zu sehen, zumal ja gar keine irrumsbehaftete Einwilligung (mehr) vorlag. Das Verhalten des Täters lässt sich vielmehr als *Überrumpelung* des wohl erheblich verwirrten, schläfrigen und alkoholisierten Opfers beschreiben, das zwar wohl nur beschränkt widerstandsfähig, allerdings nicht wie von h.L. und Rechtsprechung gefordert gänzlich widerstandsunfähig war.¹⁴⁰⁷ Deshalb hätte das Verhalten des Täters zum Schluss des Geschehens eigentlich nicht mehr unter Art. 191 subsumiert werden dürfen. Gemäss ganz h.L. wird das Überumpeln eines *nicht* widerstandsunfähigen Opfers vom Auffangtatbestand

¹⁴⁰⁴ Statt vieler *Hangartner*, Selbstbestimmung, 187.

¹⁴⁰⁵ Kritisch auch *Hangartner*, Selbstbestimmung, 193.

¹⁴⁰⁶ BGE 119 IV 230 E. 3a.

¹⁴⁰⁷ Vgl. *Hangartner*, Selbstbestimmung, 192, wonach sich die Frau im «Graubereich» zwischen Urteilsfähigkeit und Urteilsunfähigkeit befunden habe.

Art. 198 erfasst, da weder die Voraussetzungen einer sexuellen Nötigung noch diejenigen einer Schändung erfüllt sind.¹⁴⁰⁸

Die Frage der irrtumsbelasteten Einwilligung hätte sich richtigerweise eigentlich nur in Bezug auf die der Penetration vorangegangenen, am halbweisen Opfer vollzogenen Handlungen gestellt. Das Bundesgericht ging davon aus, dass das Opfer in die dem Beischlaf vorangegangenen Handlungen zwar eingewilligt habe, dabei aber einem Irrtum unterlegen sei, weshalb die Einwilligung den Tatbestand nicht ausschliessen könne.¹⁴⁰⁹ Die Frage einer allfälligen tatbestandsausschliessenden Einwilligung kann sich bei Art. 191 aber eigentlich erst stellen, wenn die Widerstandsunfähigkeit bereits bejaht worden ist.¹⁴¹⁰ Sofern nicht der Irrtum selbst die Widerstandsunfähigkeit der Frau begründen kann, hätte sie eigentlich anderweitig, d.h. unabhängig vom Irrtum, begründet werden müssen. Das Bundesgericht ging offenbar davon aus, dass das Opfer aufgrund Alkoholisierung und Schläfrigkeit zwar eingeschränkt, aber nicht – wie nach Aussage des Bundesgerichts erforderlich – vollständig widerstandsunfähig war, ansonsten die Thematisierung der in diesem Zustand abgegebenen Einwilligung überflüssig gewesen wäre und höchstens nach einer vorgängigen oder generellen Einwilligung hätte gefragt werden können.¹⁴¹¹ Es ist denn auch offensichtlich, dass nicht die Alkoholisierung oder die Müdigkeit für das Dulden der sexuellen Handlungen verantwortlich waren, sondern der Irrtum über die Identität des Mannes, ein Irrtum,

¹⁴⁰⁸ Vgl. *Donatsch*, Strafrecht III, 513; *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 8 Rn. 27; *PK-Trechsel/Bertossa*, Art. 189 Rn. 6; *Jenny*, Art. 189 Rn. 32. Dass der Täter allerdings bewusst und willentlich ohne den Willen des Opfers handelte, ist in dieser Phase des Geschehens eindeutig. Wie *Hangartner* zu Recht schreibt, bittet bzw. fleht man nicht, wenn man sich des Einverständnisses seines Gegenübers sicher ist. Anders sieht es offenbar *Niggli*, *AJP* 1994, 110, der die Auffassung vertritt, das «bitte, bitte»-Sagen des Täters könne ebenso gut für die gegenteilige Argumentation sprechen, bitte man doch im Allgemeinen nur dann, wenn man sich nicht selbst einfach nehmen wolle, was man begehre. Diese Überlegung erscheint allerdings vor dem Hintergrund der Tatsache, dass der Täter seinen Penis bereits eingeführt hatte und erst dann «bitte, bitte» sagte, geradezu grotesk. Wem es tatsächlich auf eine Antwort des Gebetenen und damit auf Einvernehmlichkeit ankommt, der wartet die Antwort ab, bevor er handelt.

¹⁴⁰⁹ BGE 119 IV 230 E. 3a: «Soweit sie in die Handlungen des Beschwerdeführers einwilligte, geschah dies nur in der Annahme, der Beschwerdeführer sei ihr Ehemann. Schon deshalb konnte ihre Einwilligung den Tatbestand nicht ausschliessen.»

¹⁴¹⁰ So auch *Hangartner*, *Selbstbestimmung*, 187 mit Fn. 19: «Die fehlende Einwilligung ist aber nicht Merkmal der Widerstandsunfähigkeit, sondern des Missbrauchs.»

¹⁴¹¹ Ähnlich *Hangartner*, *Selbstbestimmung*, 192 mit Fn. 37; vgl. auch *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 8 Rn. 40, wonach eine vor Eintritt der temporären Urteils- oder Widerstandsunfähigkeit erteilte Einwilligung den Tatbestand ausschliesst; so auch *Corboz*, *Infractions*, Art. 191 Rn. 12.

der allerdings eine *Folge* der alkohol- und müdigkeitsbedingt eingeschränkten Widerstandsfähigkeit des Opfers war.¹⁴¹²

b) Irrtum über die medizinische bzw. therapeutische Notwendigkeit einer Handlung

aa) Bundesgerichtliche Rechtsprechung

478 Weitere, ebenfalls durchaus praxisrelevante Konstellationen sind jene, in denen das Opfer irrtümlich – aufgrund einer eigenen Fehlvorstellung oder als Folge entsprechender Aussagen des Täters – annimmt, die vom Täter vorgenommenen sexuellen Handlungen seien medizinisch indizierte Behandlungsmethoden. Interessant ist diesbezüglich zunächst der Entscheid 6S.448/2004 vom 03.10.2005. Der Fall betraf einen Arzt, der an einer jungen Patientin medizinisch nicht indizierte Manipulationen an ihren Geschlechtsteilen und damit sexuelle Handlungen vornahm. In diesem Entscheid liess das Bundesgericht die Frage explizit offen, «ob die irrtümliche Annahme einer Patientin, dass eine bestimmte Handlung des Frauenarztes medizinisch begründet sei, generell oder wenigstens unter gewissen Voraussetzungen Widerstandsunfähigkeit im Sinne von Art. 191 begründet und ob daher eine sexuelle Handlung in Ausnützung eines solchen Irrtums den Tatbestand der Schändung erfüllt».¹⁴¹³ Denn im konkreten Fall konnten sich die Vorinstanz und das Bundesgericht damit behelfen, dass jedenfalls im ersten Moment der Berührung eine Widerstandsunfähigkeit der Patientin vorgelegen hatte: Da die Patientin aufgrund ihrer Position die Berührung ihrer Klitoris erst wahrnehmen konnte, nachdem der Beschuldigte bereits damit begonnen hatte, *hätte* sie sich auch erst gegen die sexuelle Handlung wehren können, nachdem der Täter bereits damit begonnen hatte, was sie anschliessend aufgrund des Irrtums aber nicht tat. Da die Schändung in diesem Moment aber bereits vollendet war, spielte es keine Rolle, dass sich die Patientin anschliessend aufgrund des Irrtums nicht wehrte. Interessant dabei ist, dass diese Argumentation nicht hätte aufrechterhalten werden können, wenn der Arzt der Patientin vor der Berührung wahrheitswidrig erzählt hätte, er müsse sie nochmals an der Klitoris berühren, und sie daraufhin noch vor der ersten Berührung ein – wenn auch irrumsbe-

¹⁴¹² Vgl. *Hangartner*, Selbstbestimmung, 193: «Um eine konsistente Begründung zu erreichen, hätte das Bundesgericht damit nur die Wahl gehabt, am Kriterium einer vollständigen Widerstandsunfähigkeit festzuhalten und damit die Strafbarkeit zu verneinen, oder aber es zu relativieren und darauf zu erkennen, dass eine nur teilweise (...) Widerstandsfähigkeit genügt, wenn dadurch ein Willensmangel provoziert wird, der dazu führt, dass das Opfer auf Widerstand vollends verzichtet.»

¹⁴¹³ Urteil des Bundesgerichts 6S.448/2004 vom 03.10.2005 E. 1.2.4.

haftetes – Einverständnis erteilt hätte. So wie sich der Fall aber zugetragen hatte, kam das Bundesgericht um die Klärung der Frage herum, ob einzig das Ausnutzen eines Irrtums unter gewissen Umständen als Schändung qualifiziert werden könnte.

Auch betreffend den zweiten Vorfall mit derselben Patientin konnte das Bundesgericht dieser heiklen Frage ausweichen. Bei diesem Vorfall erzählte der Arzt ihr wahrheitswidrig, sie leide an Syphilis, weshalb er ihre Orgasmusfähigkeit prüfen müsse. Daraufhin liess sie zu, dass der Täter mit einem Finger seiner Hand in ihre Scheide eindrang und mit einem andern Finger ihre Klitoris berührte. Schliesslich beugte der Arzt sich mit seinem Gesicht zur Klitoris und berührte diese kurz mit der Zunge. Die Patientin erschrak und wich ruckartig nach hinten zurück. Das Bundesgericht hielt dazu Folgendes fest: «Es ist offensichtlich und war auch für den Beschwerdeführer ohne weiteres erkennbar, dass sich das Einverständnis der Zivilklägerin, sofern ein solches überhaupt angenommen werden kann, unter den gegebenen Umständen höchstens darauf bezog, dass der Beschwerdeführer ihre Fähigkeit zum Orgasmus unter Einsatz seiner Finger teste.»¹⁴¹⁴ Ihr «Einverständnis» habe sich aber sicherlich nicht auf eine orale Befriedigung erstreckt. Aufgrund ihrer Lage im gynäkologischen Untersuchungsstuhl habe die Patientin die Berührung mit der Zunge erst wahrnehmen können, als der Täter bereits damit begonnen hatte, sie sei folglich jedenfalls hinsichtlich der Berührung mit der Zunge widerstandsunfähig gewesen.¹⁴¹⁵ Da also bei beiden Vorfällen jeweils zumindest eine Handlung überraschend erfolgte, welche für die Patientin aufgrund der Lage im Untersuchungsstuhl nicht vorhersehbar war, konnte für beide Ereignisse eine Verurteilung wegen Schändung erfolgen, ohne die hier interessierende Frage klären zu müssen.¹⁴¹⁶

In 6B_453/2007 vom 19.02.2008 beschäftigte sich das Bundesgericht erneut mit der Frage, ob ein Irrtum über die medizinische Notwendigkeit einer Handlung zur Widerstandsunfähigkeit führen kann. Der Täter hatte seiner Patientin, als diese sich anlässlich einer Massage in Bauchlage befand, zunächst einen Finger in die Scheide eingeführt. Nach etwa zehn Minuten forderte er sie auf, sich auf den Rücken zu legen. Er begann, 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

¹⁴¹⁴ A.a.O. E. 2.3.2.

¹⁴¹⁵ A.a.O. E. 2.4.

¹⁴¹⁶ Auch im dem Urteil 6B_376/2009 vom 31.08.2009 zugrundeliegenden Fall duldete das Opfer Berührungen des Täters zwischen den Beinen, weil dieser ihr weisgemacht hatte, damit ihre Rückenschmerzen lindern zu können. Die Frage, ob dieses Verhalten den Tatbestand der Schändung oder gegebenenfalls einen anderen Tatbestand erfüllen könnte, wurde im Entscheid jedoch nicht thematisiert.

Patientin wehrte sich nicht dagegen, weil sie dachte, dies gehöre zur medizinisch indizierten Behandlung. Das Bundesgericht stützte nun die Annahme der Vorinstanz, dass das Opfer in Bezug auf den ersten Übergriff aufgrund ihrer Körperlage widerstandsunfähig gewesen sei. Die weiteren Übergriffe, die am auf dem Rücken liegenden Opfer ausgeführt wurden, subsumierte das Bundesgericht allerdings nicht mehr unter Art. 191. Es hielt dazu fest: «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.»¹⁴¹⁷ Für diese weiteren Handlungen erachtete das Bundesgericht stattdessen Art. 198 Abs. 2 (Sexuelle Belästigung) als einschlägig.

- 481 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht also dahin, dass ein Irrtum über die medizinische Indikation einer bestimmten Handlung *für sich alleine* noch keine Widerstandsunfähigkeit begründet und das Ausnutzen dieses Irrtums folglich den objektiven Tatbestand der Schändung nicht erfüllt.

bb) Anwendbarkeit von Art. 193 bei Irrtümern über medizinische Indikation einer Handlung?

- 482 Wie oben dargelegt, können Konstellationen, in denen der Patient aufgrund einer expliziten Aussage des Arztes bzw. des Therapeuten oder aufgrund der Umstände davon ausgeht, die sexuellen Handlungen gehörten zur medizinischen bzw. therapeutischen Behandlung, nicht unter Art. 191 subsumiert werden. Es wäre nun zu überlegen, ob im therapeutischen Kontext anstatt – wie es das Bundesgericht tut¹⁴¹⁸ – bloss Art. 198 möglicherweise Art. 193 anzuwenden. Das Bundesgericht hat die Anwendbarkeit von Art. 193 im Verhältnis zwischen einem Physiotherapeuten und seiner Patientin zwar mit der Begründung verneint, dass die Beziehung zwischen Therapeut und Patient bei einer medizinischen Pflegebehandlung, namentlich der Physiotherapie, nicht geeignet sei, ein hinreichend starkes Abhängigkeitsverhältnis im Sinne von Art. 193 zu begründen.¹⁴¹⁹ Bei der «in anderer Weise» (als durch ein Arbeitsverhältnis oder eine Notlage) begründeten Abhängigkeit steht nach Ansicht des Bundesgerichts der sexuelle Missbrauch durch Psychotherapeuten im Vordergrund. Die Ausführungen des Bundesgerichts legen nun den Schluss nahe, dass sexuelle Übergriffe durch Medizinpersonen nur unter Art. 193 subsumiert werden sollen, wenn das Abhängigkeitsverhältnis zum

¹⁴¹⁷ Urteil des Bundesgerichts 6B_453/2007 vom 19.02.2008 E. 3.4.3.

¹⁴¹⁸ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_453/2007 vom 19.02.2008 E. 3.4.3.

¹⁴¹⁹ BGE 133 IV 49 E. 5.3.

Patienten eine vergleichbare Intensität annimmt wie es zwischen Psychotherapeut und Klient regelmässig anzutreffen ist.¹⁴²⁰

Dies widerspricht allerdings dem Willen des Gesetzgebers. Diesem zufolge sollte mit der Formulierung «in anderer Weise» bei Art. 193 zum Ausdruck gebracht werden, dass eine Abhängigkeit durch «irgendeine Therapieform»¹⁴²¹ ausgelöst werden könne. Ganz ausdrücklich wurde bei der Beratung im Parlament festgehalten: «Das kann eine medizinische, eine psychische oder auch eine physische Therapieform sein, die den Patienten oder Kunden während der Dauer der Behandlung in ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis bringt.»¹⁴²² Rein physische Therapieformen wie eine Physiotherapie wurden also gerade nicht vom Anwendungsbereich von Art. 193 ausgenommen. Dies ist auch richtig so. Denn auch ausserhalb einer Psychotherapie oder eines seelsorgerischen Beratungsverhältnisses kann zwischen Patient und Therapeut ein ausgeprägtes Vertrauensverhältnis bestehen, das mit einer «gewissen» Abhängigkeit jedenfalls in medizinischen bzw. therapeutischen Fragen einhergehen kann. Täuscht ein Therapeut nun über die medizinische Notwendigkeit einer bestimmten Handlung, so nutzt er dieses ihm entgegengebrachte Vertrauen und die jedenfalls in medizinischen Belangen bestehende Abhängigkeit aus. Meines Erachtens wäre deshalb jedenfalls in Konstellationen, in denen Art. 191 mangels Widerstandsunfähigkeit keine Anwendung findet, Art. 193 in Betracht zu ziehen.

c) Neuere Entwicklungen: «Stealthing» als Schändung?

Besondere Beachtung verdient auch die Problematik des so genannten «Stealthings». Als «Stealthing» wird umgangssprachlich die Praktik bezeichnet, trotz expliziter oder impliziter Vereinbarung über die Verwendung eines Kondoms, dieses heimlich vor oder während des Geschlechtsverkehrs wieder zu entfernen.¹⁴²³ Die Opfer eines solchen Vorgehens fürchten sich in der Regel nicht nur vor ungewollten Schwangerschaften oder der Ansteckung mit Geschlechtskrankheiten, sondern empfinden die «Tat» auch als eine erhebliche, einer Vergewaltigung nicht unähnlichen Verletzung ihres Selbstbestimmungsrechts und als «a dignitary harm»¹⁴²⁴. In der Schweiz erfolgte 2017 erstmals eine Verurteilung wegen Stealthing. Während die erste Instanz den

¹⁴²⁰ BGE 133 IV 49 E. 5.3.

¹⁴²¹ Vgl. Votum *Spoerry*, AB NR 1991, 858.

¹⁴²² Ebenda.

¹⁴²³ Vgl. dazu eingehend *Brodsky*, Rape-Adjacent, 183 ff.

¹⁴²⁴ *Brodsky*, Rape-Adjacent, 187.

Mann noch wegen Vergewaltigung verurteilte,¹⁴²⁵ subsumierte die zweite Instanz das Verhalten unter Art. 191:¹⁴²⁶

485 «Si le prévenu n'a pas contraint la plaignante à l'acte sexuel en lui-même, il a en revanche sciemment profité de la situation pour lui imposer de fait un rapport sexuel non protégé et passer ainsi outre sa volonté. D'une part, comme indiqué précédemment, il savait qu'elle n'accepterait pas un tel acte et d'autre part il savait, ou tout au moins s'en est largement accommodé, qu'elle était incapable de se rendre compte qu'il ne portait plus de préservatif et qu'elle ne pourrait s'en apercevoir que le fait accompli. Ainsi dupée, la plaignante a été privée de toute possibilité de résistance.»

486 Wiewohl die Bestrafung eines solchen Verhaltens angemessen erscheint, ist die Subsumtion unter Art. 191 m.E. problematisch, wie sogleich aufgezeigt werden soll. Die Tatsache, dass das Schweizer Recht die Strafbarkeit von täuschenden Verhaltensweisen nicht vorsieht, sollte nicht dazu verleiten, diese Lücke durch eine den Wortlaut derart strapazierende Auslegung der bestehenden Tatbestände zu schliessen. Eine alternative Möglichkeit wäre denn auch, das Verhalten des Täters als eventualvorsätzliche (versuchte) einfache bzw. sogar schwere Körperverletzung zu bestrafen.

d) Würdigung

487 Nach der herrschenden Lehre ist wie dargelegt widerstandsunfähig, wer nicht im Stande ist, einen *körperlichen* Widerstand gegen das sexuelle Ansinnen des Täters zu leisten. Anders als im früheren § 179 D-StGB wird dies allerdings nicht explizit im Gesetz genannt.¹⁴²⁷ Man könnte sich deshalb – wie das Obergericht Waadt – überlegen, ob sich das Tatbestandsmerkmal «widerstandsunfähig» dahingehend interpretieren liesse, dass auch eine Täuschung Widerstandsunfähigkeit bewirken kann.¹⁴²⁸ Es liesse sich wohl durchaus argumentieren, dass jemand, der über eine wesentliche bzw. einwilligungsrelevante Tatsache getäuscht wird und deshalb in die sexuellen Handlungen einwilligt, aufgrund des fehlenden Wissens nicht in der Lage ist, sich dem – bei

¹⁴²⁵ Vgl. das Urteil des Bezirksgerichts Lausanne PE15.012315-LA vom 09.01.2017.

¹⁴²⁶ Vgl. Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Waadt vom 08.05.2017, Nr. PE15.012315-LAE/PBR.

¹⁴²⁷ Vgl. § 179 Abs. 1 a.F. D-StGB: «Wer eine andere Person, die 1. wegen einer geistigen oder seelischen Krankheit, Behinderung (...) oder einer tiefgehenden Bewusstseinsstörung oder; körperlich; zum Widerstand unfähig ist (...).

¹⁴²⁸ Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Waadt vom 08.05.2017, Nr. PE15.012315-LAE/PBR E. 4.3.

Kenntnis der relevanten Tatsachen unerwünschten – Sexualekontakt zu wider-
setzen. Anders formuliert: Würde das Opfer nicht über einwilligungsrelevante
Tatsachen getäuscht, würde es sich dem Sexualekontakt widersetzen. Da es
aber die für das Ausüben von Widerstand notwendigen Informationen nicht
besitzt, ist es auch nicht in der Lage, seinen «wahren» Willen umzusetzen und
Widerstand zu leisten. Man könnte sogar geneigt sein, das irrende Opfer mit
einem Opfer zu vergleichen, das aufgrund seiner Position (z.B. in einem gy-
näkologischen Stuhl) widerstandsunfähig ist.¹⁴²⁹

Ob ein Irrtum des Opfers aber tatsächlich eine Widerstandsunfähigkeit bewir- 488
ken kann, erscheint aber doch zweifelhaft.¹⁴³⁰ Während dem physisch wider-
standsunfähigen, dem schlafenden oder bewusstlosen Opfer bereits die ganz
grundsätzliche *Möglichkeit* fehlt, überhaupt Widerstand zu leisten, trifft das
getäuschte Opfer die – wenn auch irrtumsbelastete – *Entscheidung*, keinen
Widerstand zu leisten. Anders gesagt: Das irrende Opfer *könnte* Widerstand
leisten, will bzw. tut es aber aufgrund des Irrtums nicht. Das körperlich wider-
standsunfähige Opfer *könnte* hingegen *nicht* Widerstand leisten, selbst
wenn es wollte. Insofern erscheint es nicht sachgerecht, ein irrendes bzw.
getäushtes Opfer als widerstandsunfähig zu beschreiben und damit mit einer
gelähmten, betäubten oder schlafenden Person zu vergleichen.

B. Tathandlung

1. Sexuelle Handlung

Der objektive Tatbestand ist erfüllt, wenn eine urteilsunfähige oder wider- 489
standsunfähige Person «zum Beischlaf, zu einer beischlafähnlichen oder einer
anderen sexuellen Handlung missbraucht» wird. Die Nennung der verschiede-
nen sexuellen Verhaltensweisen soll klarstellen, dass die Intensität der
sexuellen Handlung bei der Strafzumessung berücksichtigt werden muss.¹⁴³¹
Im Unterschied zu Art. 189 fehlt hier die sinnwidrige Beschränkung auf die
Duldung einer sexuellen Handlung, umfasst wird daher auch das Veranlassen
zur Vornahme einer sexuellen Handlung. In der Literatur wird nun vereinzelt

¹⁴²⁹ In diesem Sinne wohl *Eisele*, Stellungnahme, 11, der Widerstandsunfähigkeit dahingehend
versteht, dass damit «alle Fälle erfasst [werden können], in denen Widerstand nicht mög-
lich ist. Erfasst sind also Fälle, in denen der Täter das Opfer überrascht oder sein Ansinnen
durch Täuschung verbirgt.»

¹⁴³⁰ Entschieden ablehnend auch *Hangartner*, Selbstbestimmung, 192: «Der Irrtum beeinflusst
allenfalls das Urteil über das Vorliegen eines Missbrauchs; er vermag niemals eine Wider-
stands- bzw. Urteilsfähigkeit (mit) zu bewirken.»

¹⁴³¹ *Jenny*, Art. 191 Rn. 6.

die Ansicht vertreten, dass der Fall, wonach das Opfer veranlasst werde, an sich selber oder mit einer Drittperson geschlechtliche Handlungen vorzunehmen, nicht von Art. 191 erfasst werde.¹⁴³² Eine Begründung hierfür wird nicht vorgebracht und ist im Übrigen auch nicht ersichtlich. Mit Blick auf das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung wäre eine Einschränkung auf Handlungen mit Körperkontakt geradezu widersinnig. Dem Wortlaut des Gesetzes ist eine derartige Beschränkung zwischen Täter und Opfer im Übrigen auch nicht zu entnehmen.¹⁴³³

2. *Missbrauch*

490 Eine wichtige Filterfunktion nimmt das Tatbestandsmerkmal des «Missbrauchs» ein, wenn auch der Begriff äusserst unglücklich gewählt ist.¹⁴³⁴ Das Merkmal soll sicherstellen, dass nicht jeder Sexualkontakt mit einer urteils- oder widerstandsunfähigen Person kriminalisiert wird. Dabei ist zwischen den verschiedenen Konstellationen, die von Art. 191 erfasst werden, zu unterscheiden.

a) **Urteilsfähige Opfer**

491 Bei urteilsfähigen bzw. bei einwilligungsfähigen Personen ist ein Missbrauch zunächst immer dann zu verneinen, wenn die geschützte Person wirksam eingewilligt hat.¹⁴³⁵ Bei bloss körperlicher Widerstandsunfähigkeit ist die frei erteilte Einwilligung ohne weiteres beachtlich und schliesst das Tatbestandsmerkmal des Missbrauchs und damit den Tatbestand ohne weiteres aus. Umgekehrt lässt sich aber auch sagen, dass ein Missbrauch immer dann vorliegt, wenn ohne Einwilligung der physisch widerstandsunfähigen Person eine sexuelle Handlung vorgenommen wird.

b) **Vorübergehend urteils- oder widerstandsunfähige Opfer**

492 Bei bloss vorübergehender Urteils- oder Widerstandsunfähigkeit – etwa bei Schlaf oder Drogenrausch – ist zu prüfen, ob die geschützte Person entweder

¹⁴³² Vgl. etwa *Donatsch*, Strafrecht III, 522.

¹⁴³³ So auch *Hangartner*, Selbstbestimmung, 200: «Sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt werden vom Wortlaut mitumfasst.»

¹⁴³⁴ Darauf wird im dritten Teil der Arbeit zurückzukommen sein.

¹⁴³⁵ *Corboz*, Infractons, Art. 191 Rn. 12; *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 8 Rn. 40.

vor Eintritt der Störung einzelfallbezogen eingewilligt hat¹⁴³⁶ oder aber ob die sexuellen Handlungen von einer generellen Einwilligung getragen sind.¹⁴³⁷ Eine solche generelle Einwilligung kann – zurückhaltend – dann angenommen werden, wenn eine Partnerschaft so beschaffen ist, dass auch sexuelle Handlungen im Schlaf oder Rausch zum etablierten Beziehungsmuster gehören.¹⁴³⁸ Keinesfalls ist dieses Institut der generellen Einwilligung aber dahingehend zu interpretieren, dass ausserhalb einer solchen Beziehung aus gemeinsamem Alkoholkonsum und der Akzeptanz eines Übernachtungsbesuchs eine irgendwie geartete konkludente Zustimmung zu sexuellen Handlungen im urteils- oder widerstandsunfähigen Zustand abgeleitet werden könnte.¹⁴³⁹ Fehlt eine solche vorgängig erteilte oder generelle Einwilligung, so ist die Vornahme der sexuellen Handlung automatisch als Missbrauch einzustufen. Ebenso lebt der Tatbestand wieder auf, wenn Handlungen ausgeführt werden, die von der erteilten Einwilligung nicht gedeckt sind.¹⁴⁴⁰

c) Dauerhaft oder originär urteilsunfähige Opfer

Bei dauerhaft oder originär urteilsunfähigen, oder besser: einwilligungsunfähigen Personen ist ein Missbrauch sicherlich dann zu bejahen, wenn die zu schützende Person den Sexualkontakt abgelehnt hat, sofern dadurch nicht bereits der Anwendungsbereich der sexuellen Nötigung bzw. Vergewaltigung eröffnet ist. Auch wenn das Opfer dem sexuellen Anliegen mit Indifferenz begegnet, dürfte ein Missbrauch jeweils zu bejahen sein.¹⁴⁴¹ Einer eingehenderen Prüfung des Merkmals «Missbrauch» bedürfen damit einzig diejenigen Fälle, in denen das Opfer den sexuellen Handlungen zugestimmt oder sogar die Initiative dazu ergriffen hat. 493

Dauerhaft – in Bezug auf die infrage stehende sexuelle Handlung – urteilsunfähige bzw. einwilligungsunfähige Personen können definitionsgemäss nicht gültig in die sexuelle Handlung einwilligen. Bei einer Norm, die unter anderem gerade einwilligungsunfähige Personen vor Missbrauch schützen will, liegt es auf der Hand, dass es nicht ausreichen kann, dass die urteilsunfähige Person den Sexualkontakt faktisch will, d.h. das blossе faktische Wollen des Sexualkontakts schliesst einen Missbrauch noch nicht aus.¹⁴⁴² Es ist lediglich eine notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung, um einen Missbrauch 494

¹⁴³⁶ *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 8 Rn. 40.

¹⁴³⁷ Vgl. dazu *LK-Hörnle*, § 179 Rn. 50; ähnlich auch *Donatsch*, Strafrecht III, 521 f.

¹⁴³⁸ *LK-Hörnle*, § 170 Rn. 50; tendenziell auch *Donatsch*, Strafrecht III, 522.

¹⁴³⁹ *LK-Hörnle*, § 170 Rn. 50.

¹⁴⁴⁰ *Hangartner*, Selbstbestimmung, 201.

¹⁴⁴¹ Vgl. *LK-Hörnle*, § 170 Rn. 53.

¹⁴⁴² Vgl. *LK-Hörnle*, § 170 Rn. 3.

auszuschliessen. Allerdings soll das Merkmal des Missbrauchs auch sicherstellen, dass nicht jeder Sexualkontakt mit einer dauerhaft urteilsunfähigen Person automatisch eine Schändung darstellt, zumal der Tatbestand nicht dazu dienen soll, die sexuelle Betätigung von urteilsunfähigen Personen generell zu unterbinden.¹⁴⁴³ Es gilt also, über das Tatbestandsmerkmal des Missbrauchs den Ausgleich zwischen zwei einander mitunter zuwiderlaufenden Interessen zu finden. Besonders schutzbedürftigen Personen soll ein angemessener Schutz vor sexueller Ausbeutung zuteilwerden, gleichzeitig darf dieser Schutz nicht so weit gehen, dass die zu Schützenden jeder Möglichkeit beraubt werden, überhaupt zwischenmenschliche Sexualität zu erleben. Die richterliche Urteilsfindung in diesem Bereich darf deshalb zu Recht als «Gratwanderung» bezeichnet werden.¹⁴⁴⁴

- 495 Die Frage, welche Kriterien zur Prüfung, ob im konkreten Fall trotz faktischer Zustimmung der urteilsunfähigen Person ein Missbrauch vorliegt, herangezogen werden sollen, ist nicht einfach zu beantworten. Im Schweizer Schrifttum wurde und wird dieser Frage trotz nicht unerheblicher praktischer Relevanz bisher wenig Aufmerksamkeit geschenkt. Die meisten folgen der von Hangartner vertretenen Ansicht, der seinerseits auf das deutsche Schrifttum Bezug nimmt. Dieser Ansicht zufolge ist ein Missbrauch dann anzunehmen, wenn der Täter den Urteilsunfähigen allein als Objekt oder Werkzeug seiner sexuellen Wünsche benutzt, ihn nicht als Sexualpartner anerkennt, wobei diese Haltung regelmässig durch fehlende Zuneigung oder allein sexuell motiviertes Vorgehen bekundet werde.¹⁴⁴⁵ Als Indiz für einen Missbrauch wird im Schrifttum etwa gewertet, wenn der Sexualkontakt unter «entwürdigenden» Bedingungen oder Umständen stattgefunden hat.¹⁴⁴⁶ Ein unter Umständen als «pervers» empfundenen Sexualverhalten könne ebenfalls ein Indiz dafür sein, dass der Urteilsunfähige als blosses Objekt benutzt wird. Auch die Dauer einer sexuellen Beziehung könne in die Wertung miteinflussen.¹⁴⁴⁷ Hangartner relativiert diese Kriterien allerdings sogleich wieder dahingehend,

¹⁴⁴³ BBl 1985 1077.

¹⁴⁴⁴ So explizit *Hangartner*, Selbstbestimmung, 203.

¹⁴⁴⁵ *Hangartner*, Selbstbestimmung, 202. Dies entspricht einer im (insb. älteren) deutschen Schrifttum weitverbreiteten Formel, wonach Sexualkontakte mit faktisch zustimmenden geistig behinderten Personen dann als strafwürdig zu qualifizieren seien, wenn «der Täter den psychisch oder physisch Gestörten allein als Geschlechtsobjekt oder als Werkzeug zur Befriedigung seiner sexuellen Wünsche benutzt, ihn also nicht auch als Geschlechtspartner in gewisser Hinsicht anerkennt (...). Diese <Haltung> (...) kann z.B. darin zum Ausdruck kommen, dass der Sexualkontakt unter Umständen stattgefunden hat, unter denen sich der Täter mit einem geistig Gesunden nicht eingelassen hätte», vgl. *SK-Wolters*, 4. Aufl., Bonn und Kiel 1989, Art. 159 Rn. 11.

¹⁴⁴⁶ *BSK-Maier*, Art. 191 Rn. 14; *Hangartner*, Selbstbestimmung, 202.

¹⁴⁴⁷ *Hangartner*, Selbstbestimmung, 202 f.

wonach mitunter auch pervers anmutende Praktiken nicht zwingend auf einen Missbrauch deuten müssten und dass auch einmalige sexuelle Kontakte durchaus auf gegenseitiger Zuneigung beruhen können. Gegen einen Missbrauch spreche hingegen, wenn die Initiative vom Urteilsunfähigen ausgegangen sei. Dasselbe gelte auch bei einem Gefühl «psychischer Verwandtschaft» oder wenn der Gesunde für den Kranken Sorge.¹⁴⁴⁸ Hierbei ist allerdings zu differenzieren: Die Haltung des Täters gegenüber dem Opfer kann zwar in die Wertung miteinfließen, sollte aber bei der strafrechtlichen Wertung nicht als allein entscheidendes Kriterium fungieren.¹⁴⁴⁹ Das Verhalten des Täters wird nicht alleine dadurch akzeptabel, dass er das Opfer – angeblich – liebt.¹⁴⁵⁰

Das Bundesgericht erachtet bei dauerhaft Urteilsunfähigen den Tatbestand jedenfalls dann als erfüllt, wenn der Täter die betroffene Person «als Objekt zur Befriedigung seiner sexuellen Wünsche benutzt», ohne allerdings abstrakt oder durch verallgemeinerbare Kriterien zu präzisieren, wann dies der Fall wäre.¹⁴⁵¹ Im Fall eines Pflegers, der mit einer geistig beeinträchtigten und als in sexuellen Belangen urteilsunfähig eingestuften Patientin sexuelle Handlungen vornahm bzw. von ihr an sich vornehmen liess, schützte es die Verurteilung des Pflegers und die entsprechende Begründung der Vorinstanz. Diese kam zum Schluss, dass von einer «eigentlichen Partnerschaft» zwischen Täter und Opfer keine Rede sein könne. Die beiden seien sich nicht in einer gleichberechtigten Situation begegnet, vielmehr habe die Frau in einem Abhängigkeits- und Betreuungsverhältnis zum Täter gestanden. Dieses Gefälle sei noch zusätzlich dadurch unterstrichen worden, dass der Täter ihr nach den Übergriffen jeweils verboten hat, jemandem von den sexuellen Kontakten zu erzählen. Insgesamt würden die sexuellen Handlungen, die im Rahmen des Anstaltsaufenthaltes des Opfers erfolgt sind, als «rein sexuell motivierte Übergriffe» erscheinen.¹⁴⁵²

Damit werden im Ergebnis ähnliche Kriterien herbeigezogen wie bei Hangartner. Zentral erscheint demnach, ob der Täter das Opfer als (Sexual-) Partner wahrgenommen und behandelt hat. Damit wird allerdings das Problem aufgeworfen, dass irgendwie festgelegt werden muss, was denn eine «ausreichende Anerkennung» des Opfers beinhaltet. Ähnliches gilt auch für den in der Lehre vertretenen Vorschlag, wonach die Hingabe unter «entwürdigenden» Umständen auf einen Missbrauch hindeuten würde. Angesichts der Abs-

¹⁴⁴⁸ Ebenda.

¹⁴⁴⁹ So auch LK-*Hörnle*, § 179 Rn. 53.

¹⁴⁵⁰ MK-*Renzikowski*, § 179 a.F. Rn. 40; LK-*Hörnle*, § 179 Rn. 53.

¹⁴⁵¹ Urteil des Bundesgerichts 6S.359/2002 vom 07.08.2003 E. 4.2 unter Hinweis auf die Literatur.

¹⁴⁵² Urteil des Bundesgerichts 6S.359/2002 vom 07.08.2003 E. 4.2.

trakttheit dieser Begrifflichkeiten besteht die Gefahr, dass subjektive Werthaltungen der urteilenden Person das Urteil erheblich beeinflussen.¹⁴⁵³

- 498 Mit Blick auf die grundlegende Überlegung, wonach auch einwilligungsunfähige Personen ein legitimes Interesse an zwischenmenschlicher Sexualität haben, in solche Kontakte aber nicht gültig einwilligen können, stellt sich die Frage, womit diese Einwilligung ersetzt werden könnte. Im deutschen Schrifttum wurde die Ansicht vertreten, dass ein Missbrauch bzw. ein Ausnutzen dann auszuschliessen ist, wenn die betroffene Person dem Kontakt *erstens* faktisch zugestimmt hat und *zweitens* eine ausschliesslich dem physischen und psychischen Wohl verpflichtete Person – ein verständnisvoller Betreuer oder Sorgeberechtigter – die Zustimmung erklärt *hätte*.¹⁴⁵⁴ Erforderlich sei, dass der Sexualkontakt nicht nur dem körperlichen, sondern auch dem psychischen Wohlbefinden der behinderten Person dienlich und mit ihren längerfristigen Interessen zu vereinbaren ist.¹⁴⁵⁵
- 499 Auch bei einem solchen «Ausweichen» auf eine mutmassliche oder stellvertretende Einwilligung besteht natürlich die Gefahr, dass subjektive Werthaltungen von «würdiger» Sexualität in das Urteil einfließen. Allerdings wird hier klarer ersichtlich, dass sich das Urteil am Wohlbefinden und den Interessen der zu schützenden Person zu orientieren hat und nicht etwa an einem mehr oder weniger vagen Konzept von «würdiger» oder «sinnvoller» Sexualität. Vor diesem Hintergrund lässt sich auch gut begründen, dass der Schuldanspruch im oben erwähnten Entscheid richtig sein dürfte: Bei Sexualkontakten zwischen Pflegenden und der zu schützenden Person ist trotz faktischer Zustimmung zu berücksichtigen, dass solche Beziehungen in der Regel durch ein erhebliches Machtgefälle und Abhängigkeitsgeflecht geprägt sind und dass die Vermischung der Rollen «Pfleger» und «Sexualpartner» den längerfristigen Interessen der zu schützenden urteilsunfähigen Person nicht zuträglich sind.
- 500 Als gewichtiges Indiz *für* einen Missbrauch wäre auch zu werten, wenn die zu schützende Person durch (falsche) Versprechungen oder durch eine Täuschung dazu gebracht wird, ihre faktische Zustimmung zum Sexualkontakt zu erteilen. Als Beispiel hierfür wäre etwa der bei Wertheimer referierte Lehrbuchfall zu nennen, in dem ein Junge einem geistig beeinträchtigten Mädchen vorspielt, sie würde seine Freundin, wenn sie mit ihm Geschlechtsverkehr habe und all seine Freunde dabei zuschauen liesse. Angenommen, die Person

¹⁴⁵³ Kritisch auch MK-Renzikowski, § 179 a.F. Rn. 39.

¹⁴⁵⁴ LK-Hörnle, § 179 Rn. 56; ähnlich MK-Renzikowski, § 179 a.F. Rn. 39; dagegen Hangerter, Selbstbestimmung, 201 mit Fn. 72 und 73.

¹⁴⁵⁵ LK-Hörnle, § 179 Rn. 56.

würde in sexuellen Belangen als einwilligungsunfähig eingestuft, wäre ein Missbrauch hier unproblematisch zu bejahen.¹⁴⁵⁶

C. Subjektiver Tatbestand

Subjektiv vorausgesetzt ist vorsätzliches Handeln. Die Ursache für die Widerstandsunfähigkeit muss dem Täter oder der Täterin nicht im Detail bekannt sein. Vielmehr muss der Täter aufgrund des Verhaltens des Opfers für möglich halten, dass dieses widerstandsunfähig ist. Dies ist nach Ansicht des Bundesgerichts etwa dann der Fall, wenn das bekanntermassen betrunkene Opfer «était apparue vaseuse et n'avait pas réagi lors des actes d'ordre sexuel perpétrés en commun (...)».¹⁴⁵⁷ 501

¹⁴⁵⁶ *Wertheimer*, Consent to Sexual Relations, 224.

¹⁴⁵⁷ Urteil des Bundesgerichts 6B_1175/2015 vom 19.04.2016 E. 3.2.

§ 5 Sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen

I. Art. 192 im Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung

- 502 Art. 192, der ohne grosse praktische Bedeutung ist, schützt die *sexuelle Selbstbestimmung* von Personen, die aufgrund eines andauernden (Gefangene und Verhaftete) oder allenfalls drohenden Freiheitsentzugs (Beschuldigte) oder ihrer Krankheit und/oder Hilfs- und Pflegebedürftigkeit (Anstaltspflegling) in ihrer Entscheidungs- und Handlungsfreiheit eingeschränkt sind.¹⁴⁵⁸ Vor dem Hintergrund des soziologischen Konzepts der «totalen Institution»¹⁴⁵⁹ und der damit typischerweise einhergehenden Abhängigkeiten lässt sich bei diesen in besonderen Lebensumständen befindlichen Personen ein erweiterter Schutz vor ungewollten Sexualkontakten gut rechtfertigen.¹⁴⁶⁰ Denn häufig sind die genannten Personengruppen in ihrer Entscheidungs- und Fortbewegungsfreiheit und damit auch der Möglichkeit, Zudringlichkeiten auszuweichen, erheblich beschränkt.¹⁴⁶¹ Bei Gefangenen oder Verwahrten besteht aufgrund ihres Status häufig eine existenzielle Abhängigkeit zu potentiellen Tätern bereits im Hinblick auf die kleinen Dinge des alltäglichen Lebens.¹⁴⁶² Bei hospitalisierten Personen bzw. «Anstaltspfleglingen» dürfte neben einer geschwächten Fähigkeit zur Abwehr auch im Vordergrund stehen, dass das Opfer sich häufig in einer physisch und psychisch belastenden Ausnahmesituation befindet und zudem ein Machtungleichgewicht zum professionellen Helfer besteht.¹⁴⁶³
- 503 Aufgrund der Tatsache, dass auch hier eine gültige Einwilligung möglich ist, sofern sie nicht durch das Abhängigkeitsverhältnis beeinflusst wurde, wird deutlich, dass andere Effekte der Norm, wie etwa das ordnungsgemässe Funktionieren einer Anstalt oder die Gleichbehandlung von Anstaltsinsassen

¹⁴⁵⁸ Vgl. *Jenny*, Art. 192 Rn. 1.

¹⁴⁵⁹ Vgl. zu diesem Konzept *Erving Goffman*, *Asyle – Über die soziale Situation psychiatrischer Patienten und anderer Insassen*, Frankfurt a.M. 1973; diese Idee aufgreifend *Amelung*, *Die Einwilligung des Unfreien*, 4 ff.

¹⁴⁶⁰ *Hörnle*, *Sexuelle Selbstbestimmung*, 882.

¹⁴⁶¹ Ähnlich bereits BGE 102 IV 250, 252; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 6B_1010/2013 vom 17.02.2014 E. 3.1.

¹⁴⁶² *Amelung*, *Die Einwilligung des Unfreien*, 5, unter Hinweis auf *Goffmann*: «Schon die Befriedigung von kleinsten Normalwünschen, die man sich (...) in der Freiheit gewohnheitsmässig selbst erfüllt, kann dadurch zum «Privileg» werden, über dessen Vergabe das Personal entscheidet.»

¹⁴⁶³ Vgl. *LK-Hörnle*, § 174a Rn. 5 f.

lediglich erwünschte Nebeneffekte sein können.¹⁴⁶⁴ Wie bei Art. 188 wird im Übrigen auch bei Art. 192 die Existenzberechtigung mit Blick auf Art. 193 infrage gestellt.¹⁴⁶⁵

II. Das Auslegungsverständnis von Art. 192

A. Kreis der geschützten Personen

Der Kreis der geschützten Personen umfasst zunächst den «Anstaltspflegling», wobei die französische Fassung «personne hospitalisée» deutlicher macht, was gemeint ist. Der Begriff ist weit zu verstehen, erfasst wird jede Person, die stationär behandelt oder gepflegt wird, sei es in einem Spital, einer psychiatrischen Klinik, in einem Heim für körperlich oder geistig beeinträchtigte Personen, aber auch in einem Altersheim.¹⁴⁶⁶ Belanglos ist, ob sich die Person freiwillig in der «Anstalt» befindet oder behördlich eingewiesen wurde.¹⁴⁶⁷ Als Anstaltsinsassen werden insbesondere Personen bezeichnet, die behördlich verwahrt werden. Beschuldigte sind nicht nur jene Personen, die sich in Untersuchungshaft befinden, zumal das Machtungleichgewicht zwischen Strafverfolgungsorganen und beschuldigter Person auch nicht bloss während der Untersuchungshaft besteht.¹⁴⁶⁸ Denn nicht nur ein bereits bestehender, sondern auch die Furcht vor einem drohenden Freiheitsentzug sowie die Furcht vor der stigmatisierenden Wirkung eines Strafurteils können einen ausserordentlichen Druck begründen, der die Fähigkeit zu einer selbstbestimmten Entscheidung beeinträchtigen kann.¹⁴⁶⁹ Die genauere Abgrenzung des geschützten Personenkreises ist aber mit Blick auf Art. 193 nicht von grosser praktischer Bedeutung, zumal nicht von Art. 192 erfasste Abhängigkeitsverhältnisse gegebenenfalls unter Art. 193 subsumiert werden können.¹⁴⁷⁰

Erforderlich ist sodann, dass die einer dieser Gruppen zugehörige Person sich in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Täter befindet. Der Täter muss sich dem Opfer gegenüber in einer dominanten Position befinden.¹⁴⁷¹ Dafür reicht aus, dass das Opfer auf die Dienste des anderen angewiesen ist. Dies kann etwa im Verhältnis zu einem Sozialarbeiter der Fall sein, oder – in einem

¹⁴⁶⁴ Vgl. für das deutsche Recht LK-Hörnle, § 174a Rn. 4.

¹⁴⁶⁵ Stratenwerth/Jenny/Bommer, § 7 Rn. 38.

¹⁴⁶⁶ Vgl. Donatsch, Strafrecht III, 524.

¹⁴⁶⁷ BBl 1985 1078.

¹⁴⁶⁸ Vgl. Hangartner, Selbstbestimmung, 215 f.

¹⁴⁶⁹ Vgl. auch LK-Hörnle, § 174b Rn. 1.

¹⁴⁷⁰ Stratenwerth/Jenny/Bommer, § 7 Rn. 41.

¹⁴⁷¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_1010/2013 vom 17.02.2014 E. 3.1.

Spital – die für den Patienten verantwortliche Person, aber auch ein spezialisierter Mitarbeiter bzw. eine Pflegefachperson bzw. die mit der Pflege der Patienten betreuten Personen.¹⁴⁷² Eine Abhängigkeit besteht zweifellos auch dann, wenn der Täter oder die Täterin in wesentlichen Beziehungen über die betroffene Person verfügen kann, etwa was die «Entlassung, die ärztliche Versorgung, Vergünstigungen in der Anstalt, den Gang eines Strafverfahrens»¹⁴⁷³ u.Ä. betrifft.

B. Tathandlung

- 506 Die tatbestandsmässige Handlung besteht im «Veranlassen», eine sexuelle Handlung vorzunehmen oder zu dulden, wobei hier auch der Beischlaf sowie die beischlafähnlichen Handlungen mitgemeint sind. Das Merkmal «Veranlassen» wird teilweise bereits einschränkend dahingehend verstanden, dass der Täter nicht *veranlasst*, wenn das Opfer die Initiative ergreift.¹⁴⁷⁴ Ob dies der Situation der von Art. 192 erfassten Personengruppen angemessen Rechnung trägt, darf wohl bezweifelt werden. Stratenwerth et al. ist zuzustimmen, dass trotz der von Art. 188 abweichenden Formulierung der Tathandlung bei Art. 192 «in der Sache» Deckungsgleichheit bestehen dürfte,¹⁴⁷⁵ dies umso mehr, als ursprünglich ein mit Art. 188 vergleichbarer Wortlaut vorgesehen war.¹⁴⁷⁶
- 507 Im Gegensatz zum früheren Recht wird nicht mehr von Gesetzes wegen vermutet, dass das vorausgesetzte Abhängigkeitsverhältnis derart intensiv ist, dass eine gültige Einwilligung in jedem Fall ausgeschlossen ist.¹⁴⁷⁷ Vielmehr muss das Ausnutzen der Abhängigkeit durch den Täter jeweils separat geprüft und begründet werden. Von einer Ausnützung ist analog zu Art. 188 und 193 dann auszugehen, wenn das Opfer dem Ansinnen des Täters zwar innerlich ablehnend gegenübersteht, sich aufgrund seiner Unterlegenheit jedoch nicht

¹⁴⁷² Ebenda.

¹⁴⁷³ *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 7 Rn. 43.

¹⁴⁷⁴ *Hangartner*, Selbstbestimmung, 231.

¹⁴⁷⁵ *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 7 Rn. 42.

¹⁴⁷⁶ Vgl. BBl 1985 1115: Art. 192 E-StGB: «Wer mit einem Anstaltspflegling, Anstaltsinsassen, Gefangenen, Verhafteten oder Beschuldigten unter Ausnützung der Abhängigkeit des Verletzten eine geschlechtliche Handlung vornimmt oder ihn zu einer solchen Handlung verleitet, wird mit Gefängnis bestraft.»

¹⁴⁷⁷ Vgl. BGE 102 IV 252 zum Art. 193 aStGB: «Wo ein solches Aufsichts- oder Abhängigkeitsverhältnis vorliegt, wird es von Gesetzes wegen als so intensiv betrachtet, dass die abhängige Person einem geschlechtlichen Angriff nicht angemessen Widerstand entgegenzusetzen vermag.» Kritisch zu dieser «Neuerung» *Arzt*, Das neue Sexualstrafrecht, 348 f.

zu widersetzen wagt und so zwischen Abhängigkeit und sexueller Handlung ein Motivationszusammenhang besteht.¹⁴⁷⁸

In der Lehre wird teilweise verlangt, dass der Täter in jeden Fall offen oder verdeckt die Abhängigkeit als Druckmittel eingesetzt haben müsse¹⁴⁷⁹ und der Tatbestand jedenfalls ausscheide, wenn das Opfer die Initiative zum Sexualkontakt ergriffen hat.¹⁴⁸⁰ Dies erscheint zu pauschal. In Anlehnung an die frühere Rechtslage sollte vielmehr davon ausgegangen werden, dass das Bestehen der in Art. 192 geforderten Abhängigkeitsverhältnisse – die von Hangartner jedenfalls für die Gruppe der Gefangenen zu Recht als «Abhängigkeitsverhältnisse in reinsten Form»¹⁴⁸¹ bezeichnet werden – ein Ausnutzen geradezu indizieren, jedenfalls wenn der Täter mit weitgehenden Befugnissen gegenüber dem Opfer ausgestattet ist.¹⁴⁸² Wie bei Art. 188 und 193 muss natürlich auch hier gelten, dass selbst bei einer ausdrücklichen (faktischen) Einwilligung des abhängigen Opfers keine gültige tatbestandsausschliessende Einwilligung vorliegt, wenn erst die Abhängigkeit die Person gefügig gemacht hat und das Opfer somit eben nicht «aus freien Stücken» zugestimmt hat.¹⁴⁸³ Selbst wenn die Initiative vom abhängigen Opfer ausgeht, kann ein Ausnutzen vorliegen, wenn dieses durch das Angebot versucht, allenfalls drohende Nachteile zu verhindern, und der Täter sich dieses Zusammenhanges bewusst ist.¹⁴⁸⁴ Nur wenn die institutionelle Abhängigkeit bzw. die Stellung des Täters beim Zustandekommen des Sexualkontaktes in den Hintergrund tritt und die Entscheidung des Opfers nicht beeinflusst hat, sondern andere Motive wie etwa Zuneigung oder sexuelles Interesse ausschlaggebend waren, wäre ein Ausnutzen zu verneinen.¹⁴⁸⁵ Umgekehrt kann die Tatsache, dass der Täter die Initiative für das Zustandekommen des Sexualkontaktes ergriffen hat, eher als Indiz für ein Ausnutzen und damit gegen eine gesetzlich wirksame Einwilligung gewertet werden.¹⁴⁸⁶

¹⁴⁷⁸ BSK-Maier, Art. 192 Rn. 10.

¹⁴⁷⁹ Stratenwerth/Jenny/Bommer, § 7 Rn. 43; vgl. aber Urteil des Bundesgerichts 6B_1010/2013.

¹⁴⁸⁰ BSK-Maier, Art. 192 Rn. 10.

¹⁴⁸¹ Hangartner, Selbstbestimmung, 215.

¹⁴⁸² Vgl. LK-Hörnle, § 174a Rn. 26 ff.

¹⁴⁸³ So wohl auch Stratenwerth/Jenny/Bommer, § 7 Rn. 43; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 6B_1010/2013 vom 17.02.2014 E. 3.1 mit Hinweis auf BGE 131 IV 114 E. 1.

¹⁴⁸⁴ Ähnlich Hangartner, Selbstbestimmung, 231, der in solchen Fällen allerdings das Erfordernis des «Veranlassens» als nicht gegeben sieht.

¹⁴⁸⁵ Vgl. auch LK-Hörnle, § 174a Rn. 30.

¹⁴⁸⁶ Vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 6B_1010/2013 vom 17.02.2014 E. 3.2.1.

C. Subjektiver Tatbestand

- 509 Die Tat muss vorsätzlich begangen werden, wobei Eventualvorsatz genügt. Der Täter muss gewusst oder zumindest vermutet und in Kauf genommen haben, dass das Opfer nur deshalb in die Duldung bzw. Vornahme von sexuellen Handlungen eingewilligt hat, weil dessen Entscheidungsfreiheit durch das Abhängigkeitsverhältnis beeinträchtigt war.¹⁴⁸⁷ Hat der Täter das Abhängigkeitsverhältnis gezielt instrumentalisiert, so wird er sich nicht darauf berufen können, er habe an eine wirksame Einwilligung des Opfers geglaubt.

¹⁴⁸⁷ Urteil des Bundesgerichts 6B_1010/2013 vom 17.02.2014 E. 3.1; *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 7 Rn. 4; *Jenny*, Art. 192 Rn. 9.

§ 6 Ausnützung der Notlage

I. Art. 193 im Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung

Art. 193 soll nach einhelliger Auffassung die sexuelle Selbstbestimmung besonders verletzlicher Personen schützen.¹⁴⁸⁸ Dies verdient insofern Zustimmung, als mit Art. 193 derzeit auch Fälle erfasst werden, in denen das Opfer die sexuellen Handlungen explizit oder konkludent abgelehnt hat und in der Folge lediglich duldet bzw. aufgrund des Abhängigkeitsverhältnisses keinen Widerstand leistet und somit den Einsatz eines Nötigungsmittels obsolet macht.¹⁴⁸⁹ Als Beispiel wäre der Fall zu nennen, bei dem der Beschuldigte bei einer an Parkinson erkrankten und psychisch angeschlagenen Bekannten seine Hilfe von ihrem sexuellen Entgegenkommen abhängig machte. Zwar lag im konkreten Fall durchaus ein Abhängigkeitsverhältnis vor.¹⁴⁹⁰ Meines Erachtens aber stellte sich das Handeln des Täters am konkreten Abend letztlich als schlichtes Handeln gegen den Willen des Opfers dar. So wurde der Beschuldigte im Verlaufe des Abends mehrmals und trotz Protesten des Opfers sexuell zudringlich. Als er schliesslich verkündete, er wolle nun Geschlechtsverkehr haben, blieb das Opfer, dessen Ablehnungen im Verlaufe des Abends stets ignoriert wurden, passiv: «Lasse de ses avances malgré ses refus, elle ne lui a pas répondu. X lui a retiré le bas de son pyjama. Elle s'est laissée faire, restant immobile et passive. Il a défait sa ceinture, ôté son pantalon et l'a pénétrée sans préservatif.»¹⁴⁹¹

Wie im ersten Teil der Untersuchung eingehend dargelegt wurde, erfordert eine sexuelle Handlung jeweils die gültige Zustimmung sämtlicher Beteiligten. Fehlt bereits eine faktische Zustimmung, liegt zweifellos eine Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung vor. Im eben erwähnten Fall lag ganz offensichtlich keine Zustimmung vor, hatte das Opfer doch sämtliche Annäherungsversuche und Zudringlichkeiten entschieden zurückgewiesen. In einer solchen Konstellation ist das anschliessende passive Verhalten schlicht als Resignation zu werten und sicherlich nicht als konkludente Zustimmung.¹⁴⁹²

¹⁴⁸⁸ BSK-Maier, Art. 193 Rn. 1; Hangartner, Selbstbestimmung, 211; Jenny, Art. 193 Rn. 2; PK-Trechsel/Bertossa, Art. 193 Rn. 1; Corboz, Infractions, Art. 193 Rn. 1.

¹⁴⁸⁹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_1076/2015 vom 13.04.2016. Vgl. allerdings Urteil des Bundesgerichts 6B_69/2018 vom 11.06.2018 E. 5.1.

¹⁴⁹⁰ A.a.O. E. 2.1.

¹⁴⁹¹ A.a.O., Darstellung des Sachverhalts.

¹⁴⁹² Erstinstanzlich wurde das Verhalten denn auch noch als Vergewaltigung beurteilt. Nach der in dieser Untersuchung vertretenen alternativen Auslegungsmöglichkeit von Art. 189 f.

Insofern erscheint die Subsumtion solcher Fälle unter Art. 193 nicht ganz korrekt, soll der Tatbestand doch eigentlich Fälle erfassen, in denen eine durch Abhängigkeit oder Notlage *belastete* Einwilligung vorliegt: «L'art. 193 CP est réservé aux cas où on discerne un consentement. Il faut que ce consentement apparaisse motivé par la situation de détresse ou de dépendance dans laquelle se trouve sa victime.»¹⁴⁹³

- 512 Ob Art. 193 auch mit dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung der einzelnen Person begründet werden kann, wenn sie aufgrund einer Notlage oder eines Abhängigkeitsverhältnisses in einen Sexualkontakt einwilligt, ist nun näher zu hinterfragen. Im ersten Teil wurde festgehalten, dass nach der allgemeinen Einwilligungsdogmatik eine faktisch erteilte Einwilligung dann als ungültig anzusehen ist, wenn die Beeinflussung des Täters das Ausmass einer strafbaren Nötigung erreicht hat. Viele der nach der h.L. unter Art. 193 zu subsumierenden Verhaltensweisen des Täters – Drohung mit Kündigung, Drohung mit Schikanierung am Arbeitsplatz u.Ä. – überschneiden sich mit dem Anwendungsbereich des Art. 181,¹⁴⁹⁴ so dass selbst bei Vorliegen einer faktischen Einwilligung nicht von einer gültigen, den Tatbestand ausschliessenden Einwilligung gesprochen werden kann.¹⁴⁹⁵ Richtigerweise wären solche Fälle aber m.E. unter Art. 189 f. zu subsumieren.¹⁴⁹⁶
- 513 Nicht ganz eindeutig liegt der Fall beim Ausnutzen von Abhängigkeitsverhältnissen, die nicht mit einer Nötigung im eigentlichen Sinne einhergehen. Wohl auch mit dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung kann in jenen von Art. 193 erfassten Fällen argumentiert werden, in denen sexuelle Übergriffe im Rahmen einer psychotherapeutischen Behandlung vorgenommen werden. Wie bereits erwähnt, ist die Beziehung zwischen Patient und Psychotherapeut häufig geprägt von einem erheblichen Vertrauensverhältnis, das bis zu einer psychischen Abhängigkeit reichen kann. Dies kann mitunter die *Fähigkeit* des Patienten zu selbstbestimmten Entscheidungen in einem Ausmass beeinträchtigen, dass trotz Vorliegens einer faktischen Einwilligung von einer wirksamen Einwilligung zu sexuellen Handlungen nicht wirklich die Rede sein kann.¹⁴⁹⁷

wäre eine Subsumtion dieses Falls unter Art. 190 problemlos möglich gewesen, vgl. dazu vorne Rz. 397 ff.

¹⁴⁹³ Urteil des Bundesgerichts 6B_69/2018 vom 11.06.2018 E. 5.1.

¹⁴⁹⁴ So auch *Jenny*, Art. 193 Rn. 6.

¹⁴⁹⁵ Vgl. etwa das Urteil des Bundesgerichts 6B_145/2011 vom 12.09.2011 E. 2. 2.1, wo der Täter seiner früheren Partnerin drohte, er werde sie auf die Strasse stellen und ihr die Kinder wegnehmen, wenn sie ihr «Sexualleben» nicht weiterführten.

¹⁴⁹⁶ Vgl. auch den Vorschlag einer Neuformulierung der Art. 189 f. bei *Hangartner*, Selbstbestimmung, 178 ff.

¹⁴⁹⁷ Vgl. BGE 131 IV 114 E. 2.5, wo von der «eingeschränkten Steuerungsfähigkeit» der Patientin die Rede ist.

Bei sonstigen Abhängigkeitsverhältnissen dürfte eher ein anderer Gedanke im Vordergrund stehen: «The traditional distinction between offers and threats poses a large problem here. When one holds power over another, an offer to confer a benefit in exchange for sexual favors may disguise an implied threat to interfere and inflict harm if the favors are refused.»¹⁴⁹⁸ Ein Student etwa, der den von seiner Professorin vorgeschlagenen Deal «bessere Bewertung oder bevorzugte Behandlung im Tausch gegen sexuelle Handlungen» ablehnt, muss mitunter befürchten, dass seine Unwilligkeit eventuell nicht nur mit dem Ausbleiben des Vorteils, sondern mit einer Schlechterbehandlung oder allenfalls sogar einer ungerechtfertigten schlechteren Bewertung «sanktioniert» werden könnte.¹⁴⁹⁹ Bereits das *Fordern* einer sexuellen Gefälligkeit erscheint problematisch in jenen Verhältnissen, in denen derjenige, der fordert, nicht nur die Möglichkeit hat, den Status quo zu verbessern, sondern ihn auch (unrechtmässig) zu verschlechtern.¹⁵⁰⁰ 514

Fraglich erscheint aber die Behauptung, Art. 193 schütze das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung, im Zusammenhang mit Notlagen und dem Phänomen der Zwangsprostitution, sofern die Betroffenen zumindest faktisch in den Sexualkontakt eingewilligt haben. Zwar dürfte bei Zwangsprostituierten die von Seiten Dritter geschaffene Zwangslage regelmässig das Ausmass einer strafbaren (sexuellen) Nötigung annehmen. Wie im ersten Teil aber dargelegt wurde, beeinträchtigt dies nach der allgemeinen Einwilligungsdogmatik die Wirksamkeit im Verhältnis zum *nichtnötigenden* Einwilligungsadressaten prinzipiell nicht.¹⁵⁰¹ Derartige Dreieckskonstellationen stellen sich im Grundsatz gleich dar wie jene anderen – allenfalls unter Art. 193 zu subsumierenden – Fälle, in denen der Täter für die (natürliche, finanzielle, «berufliche» ...) Zwangslage des Opfers nicht zuständig ist. Als Beispiel könnte etwa der Fall eines Arbeitgebers dienen, der eine alleinerziehende Mutter nur gegen Gewährung sexueller Handlungen einstellen will. Unter Bezugnahme auf dieses Beispiel wurde bereits in der Botschaft darauf hingewiesen, dass mit Art. 193 Fälle erfasst werden sollen, die über die (sexuelle) Nötigung nicht zu fassen wären.¹⁵⁰² Gerade die Variante des Ausnützens einer wirtschaftlichen Notlage – das Fordern einer sexuellen Gefälligkeit als Gegenleistung für die Einstellung beispielsweise – stellt eher eine mit dem Wucher (Art. 157) vergleichbare Konstellation dar.¹⁵⁰³ Hier wie dort könnte nun kritisch gefragt werden, ob 515

¹⁴⁹⁸ *Schulhofer*, *Unwanted Sex*, 135 f.

¹⁴⁹⁹ Vgl. dazu *McGregor*, *Is it Rape?*, 175 f.: «[T]he so-called offer could reasonably be understood to entail an implicit threat – «Have sex with me or I'll give you a grade you don't deserve.»»

¹⁵⁰⁰ *McGregor*, *Is it Rape?*, 176.

¹⁵⁰¹ Vgl. vorne Rz. 141.

¹⁵⁰² BBl 1985 1079.

¹⁵⁰³ Ebenso *Hangartner*, *Selbstbestimmung*, 225.

sich die Strafbarkeit solcher Konstellationen tatsächlich mit Blick auf die Freiheit und Selbstbestimmung des Opfers begründen lässt oder ob eine derartige Strafvorschrift nicht eher eine mitunter problematische paternalistische Intervention darstellt.

- 516 Man könnte nun intuitiv einwenden, dass Personen in solchen Not- bzw. Zwangslagen gerade nicht frei einwilligen können, man im Prinzip sogar eine Vergewaltigung annehmen könnte.¹⁵⁰⁴ Dieser Einwand setzt allerdings die Annahme voraus, dass eine freiwillige Entscheidung erfordert, dass man aus mehreren «akzeptablen» Optionen wählen können muss, damit eine Entscheidung als genuin autonom gelten kann. Wie im ersten Teil dargelegt, ist die Annahme, dass alles andere als die bevorzugte Wahl eine erzwungene bzw. unfreiwillige Wahl ist, falsch. Wie Hörnle zu Recht anmerkt, sind «Selbstbestimmung und Eigenverantwortung grundsätzlich nicht auf sorgenfreie Tage beschränkt», weshalb auch Entscheidungen von Menschen in schwierigen Lebenssituationen als selbstbestimmt zu werten sind.¹⁵⁰⁵ Mangelnde Freiwilligkeit ist nun aber nicht der einzige Grund, potentielle «Nutzniesser» möglichst daran zu hindern, Vorteile aus einer Not- oder Zwangslage zu ziehen.¹⁵⁰⁶ Eine Bestrafung kann auch angemessen erscheinen, wenn nicht Zwang, sondern eben Ausbeutung von besonders verletzlischen oder verzweifelten Menschen vorliegt.
- 517 Ausnutzungsverbote wie Art. 193 lassen sich primär konsequentialistisch mit dem Schutz von Drittinteressen begründen.¹⁵⁰⁷ Wertheimers Schluss, wonach Personen in Notlagen oder schwierigen Situationen nicht geholfen sei, wenn lediglich «the transformative power of their consent» verneint werde,¹⁵⁰⁸ trifft zwar auf den jeweiligen konkreten Fall zu. Berechtigt ist auch die Forderung, dass gesamtgesellschaftlich drauf hingearbeitet werden sollte, die Lebensumstände von Personen in schwierigen Lebenslagen dahingehend zu verändern, dass sie sich gar nicht in der Situation wiederfinden, derart verzweifelt auf fremde Hilfe angewiesen zu sein.¹⁵⁰⁹ Allerdings kann auch ein strafrechtliches

¹⁵⁰⁴ Vgl. etwa *Burgess-Jackson*, Statutory Rape, 149: «Consent under conditions of inequality (...) is worthless, a sham, and should not provide the touchstone for what distinguishes intercourse and rape.»

¹⁵⁰⁵ *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 884.

¹⁵⁰⁶ *Gutmann*, Freiwilligkeit, 181 f.

¹⁵⁰⁷ Kritisch dazu *Peralta*, Chantage als Ausbeutung, 906 mit Fn. 98, allerdings in Bezug auf die Chantage, wonach konsequentialistische Argumente das Verbot lediglich «erklären», nicht aber begründen könnten.

¹⁵⁰⁸ *Wertheimer*, Consent to Sexual Relations, 191.

¹⁵⁰⁹ Vgl. auch *West*, Consent, 230: «We do need to address the conditions, states of mind, and social structures that so overwhelmingly prompt, suggest, or compel women to consent to sex they don't desire or want. (...) That sex however, is not rape, and we don't come any closer to addressing it by calling it what it is not.»

Ausbeutungsverbot mitunter dazu beitragen, die Situation *aller* Personen in Notlagen zu verbessern. Zum Wohl der Gesamtheit aller potentieller Opfer soll deren Chance, in einer Notlage Hilfe oder eine bestimmte Leistung zu fairen Bedingungen zu erhalten, dadurch gewahrt werden, dass auch dem Opfer die Inanspruchnahme der Hilfe zu unfairen Bedingungen, gleichsam die «Korrumpierung des Verteilungssystems», versagt wird.¹⁵¹⁰ Ähnlich, wenn auch aus einem entschieden feministischen Blickwinkel, formuliert es Gauthier:

«If some willing women are permitted to consent to the commodification of their sexuality under conditions in which men hold economic, emotional, and physical power over them, this will make it more difficult for all women to lead sexual lives in accord with their own interests and desires.»¹⁵¹¹ 518

Um es an einem Beispiel zu verdeutlichen: Eine Person ist dringend auf eine Arbeitsstelle angewiesen und der potentielle Arbeitgeber verlangt als Gegenleistung für die Einstellung sexuelles Entgegenkommen. Der Arbeitnehmer, der sich widerstrebend auf diesen «Deal» einlässt, hat also offensichtlich die folgende Präferenzenordnung:¹⁵¹² 519

- Erste Wahl: Einstellung, ohne sexuelle Gefälligkeiten zu leisten
- Zweite Wahl: Einstellung und Leisten des sexuellen Entgegenkommens
- Dritte Wahl: Keine sexuellen Handlungen und keine Einstellung

Damit möglichst viele (verzweifelte) Arbeitssuchende ihre erste Wahl verwirklichen können, liegt eine Möglichkeit darin, dem Arbeitgeber zu verbieten, die Einstellung von sexuellem Entgegenkommen abhängig zu machen. Arbeitgeber haben dann nur noch die Möglichkeit, Personen einzustellen, ohne sexuelle Gefälligkeiten zu verlangen – also ein faires Angebot zu machen –, oder auf die Einstellung von Personen ganz zu verzichten. Da Letzteres selten infrage kommen dürfte, würden mit einem Verbot mehr potentielle Arbeitnehmer von fairen Angeboten profitieren können, so die These.¹⁵¹³ Würden wir umgekehrt solche Verhaltensweisen erlauben – so die Befürchtung – würden derartige Angebote häufiger gemacht werden und damit die Situation *aller* Personen erschwert, die dringend auf Hilfe angewiesen sind.¹⁵¹⁴

¹⁵¹⁰ Vgl. *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung, 166, allerdings in Bezug auf das Wucherverbot.

¹⁵¹¹ *Gauthier*, Sexual Autonomy, 84.

¹⁵¹² Angelehnt an die Ausführungen bei *Kelman*, Sexual Consent, 968 ff.

¹⁵¹³ Vgl. *Kelman*, Sexual Consent, 968 f.

¹⁵¹⁴ Vgl. *Gutmann*, Freiwilligkeit, 183.

- 520 Problematisch ist aber, dass mit einem Ausnutzungsverbot einzelnen Personen ein potentieller Ausweg aus der Notlage abgeschnitten wird, da die potentiellen «Ausnutzer» zumindest in einigen Fällen auf die Hilfeleistung verzichten, wenn sie diese nicht von der Gewährung eines Sexualkontakts abhängig machen dürfen.¹⁵¹⁵ Letztlich wird Personen in einer Notlage also durch das Verbot in Art. 193 mitunter auch ein möglicher Ausweg aus ihrer (nicht vom Täter verursachten) Notlage abgeschnitten, wobei dies zum Wohle der Gruppe der von Ausbeutung Bedrohten insgesamt geschieht.¹⁵¹⁶ Insofern könnte man sogar von einer Instrumentalisierung des in der Notlage Befindlichen zugunsten potentieller Opfer sprechen. Folgt man dieser Ansicht, wäre der Zweck von Art. 193 bezogen auf derartige Konstellationen darin zu sehen, indirekt dafür zu sorgen, dass Menschen in Notlagen eine intakte Chance auf ein faires Hilfsangebot haben,¹⁵¹⁷ und das in Art. 193 statuierte Verbot damit gewissermassen eine sozialpolitische Massnahme ist.
- 521 Eine andere Begründungslinie wäre die «moralisierende» mit Blick auf den Ausbeuter.¹⁵¹⁸ Demnach wäre der Zweck von Art. 193 auch darin zu sehen, dass derartige, von der Gesellschaft als hochgradig unanständig und verwerflich empfundene Verhaltensweisen, nämlich vorbestehende Zwangslagen auszunutzen bzw. «Hilfe» nur gegen Sex anzubieten, generell unterbunden werden sollen.¹⁵¹⁹

II. Das Auslegungsverständnis von Art. 193

A. Geschützte Personen

- 522 Vereinfacht gesagt sollen nach Art. 193 alle Personen, die sich in einer schwierigen Situation befinden, ungeachtet ihres Geschlechts oder Alters davor bewahrt werden, dass diese Situation zu sexuellen Zwecken ausgenutzt wird.¹⁵²⁰ Erforderlich ist, dass sich die Person entweder in einer Notlage oder

¹⁵¹⁵ Vgl. *Kelman*, Sexual Consent, 969.

¹⁵¹⁶ So auch *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung, 165 f., allerdings im Zusammenhang mit dem Wuchertatbestand. Die Norm als «bevormundend» kritisierend auch *Arzt*, Das neue Sexualstrafrecht, 349.

¹⁵¹⁷ *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung, 166.

¹⁵¹⁸ *Gutmann*, Freiwilligkeit, 182.

¹⁵¹⁹ Vgl. die Ausführungen zum Schwächewucher *MK-Pananis*, § 291 Rn. 2: «Daher ist davon auszugehen, dass das Rechtsgut des Wuchers neben dem Vermögen auch eine überindividuelle Schutzausrichtung aufweist. Geschützt wird also auch das Vertrauen der am rechtsgeschäftlichen Verkehr beteiligten Personen darauf, dass Verhaltensweisen, die auf die materielle Ausbeutung einer Schwächesituation gerichtet sind, unterbunden werden.»

¹⁵²⁰ Vgl. *BSK-Maier*, Art. 193 Rn. 1 f.

einem durch ein Arbeitsverhältnis oder sonstwie begründeten Abhängigkeitsverhältnis befindet.

Eine *Notlage* kann als ernste persönliche oder wirtschaftliche Zwangssituation umschrieben werden, die der Täter zwar nicht verursacht hat, in der das Opfer aber auf eine bestimmte Leistung des Täters angewiesen ist.¹⁵²¹ Als Beispiel diene bereits in der Botschaft der Fall einer alleinerziehenden Mutter mit «drückenden Familienpflichten», die auf eine Arbeitsstelle derart dringend angewiesen ist, dass sie sich sexuellen Zudringlichkeiten des künftigen Arbeitgebers fügt.¹⁵²² In der Lehre wird zu Recht einschränkend darauf hingewiesen, dass nicht jede Person, die mit den gegenwärtigen Umständen unzufrieden ist und diese verbessern möchte, sich in einer Notlage befindet.¹⁵²³ Zu weit gehen dürfte deshalb das Urteil 6B_69/2018 vom 11.06.2018. Dort bejahte das Bundesgericht das Vorliegen einer Notlage («détresse») bei einem Mann, der aufgrund seiner Erektionsstörungen derart verzweifelt war, dass er sich von einem Amateurmasseur im Rahmen einer «Therapie» den Penis masturbieren liess.¹⁵²⁴ Die Drohung, einen «unmittelbar in Lebensgefahr schwebenden, nicht mehr gehfähigen Verletzten» seinem Schicksal zu überlassen, ist hingegen entgegen Maier nicht unter Art. 193, sondern unter die Art. 189 f. zu subsumieren, zumal das Unterlassen der Nothilfe gemäss Art. 128 und damit rechtswidriges Verhalten angedroht wird.¹⁵²⁵ Praxisrelevant sind im Übrigen v.a. Konstellationen mit Zwangsprostituierten oder drogensüchtigen Prostituierten geworden.¹⁵²⁶ Zu denken wäre auch an drogenabhängige Menschen im Verhältnis zu ihrem Dealer bzw. Lieferanten.¹⁵²⁷

Eine *Abhängigkeit* kann sich aus einem Arbeitsverhältnis,¹⁵²⁸ aber auch aus anderen Gründen ergeben, so etwa bei Personen in psychiatrischer bzw. psychotherapeutischer Behandlung, wobei hier insbesondere die Dauer und Intensität der Therapie sowie des Vertrauensverhältnisses berücksichtigt werden

¹⁵²¹ Vgl. BSK-Maier, Art. 193 Rn. 4 und 12; Hangartner, Selbstbestimmung, 225 f.; Jenny, Art. 193 Rn. 6; Maier, AJP 1997, 863.

¹⁵²² BBl 1985, 1079.

¹⁵²³ Hangartner, Selbstbestimmung, 227, wobei seine Beschränkung auf Situationen, in denen das Opfer auf lebensnotwendige Leistungen angewiesen ist, etwas zu streng sein dürfte.

¹⁵²⁴ Vgl. a.a.O. E. 5.3: «L'intimé 3, qui est hétérosexuel, n'a quant à lui accepté ces gestes masturbatoires qu'en raison de son désespoir et car il était convaincu que le recourant – à qui il faisait confiance – pourrait éventuellement l'aider. Il apparaît donc que si l'intimé 3 ne s'était pas trouvé dans la situation de souffrance qu'il connaissait à l'époque, il n'aurait pas laissé le recourant le masturber.»

¹⁵²⁵ BSK-Maier, Art. 193 Rn. 12.

¹⁵²⁶ Vgl. eingehend Heinzl, Prostitution, 185 ff.

¹⁵²⁷ Vgl. dazu das Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt, SB.2016.99 vom 28.06.2017 E. 4.3.1 f.

¹⁵²⁸ Vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 6S.239/2000 vom 30.8.2000.

müssen.¹⁵²⁹ Obwohl auch anderen Angehörigen der Medizin- und Pflegeberufe wie Physiotherapeuten, Chiropraktikern oder Zahnärzten vielfach grosses Vertrauen entgegengebracht wird und der Patient durchaus aufgrund seines Leidens auf eine bestimmte Fachperson angewiesen sein kann, hielt das Bundesgericht fest, dass jedenfalls die «übliche» Beziehung zwischen einem Physiotherapeuten und dessen Patientin kein hinreichend starkes Abhängigkeitsverhältnis im Sinne von Art. 193 zu begründen vermöge.¹⁵³⁰ Hingegen bejahte es in einem neueren Entscheid ein Abhängigkeitsverhältnis im Verhältnis einer an Parkinson erkrankten und psychisch angeschlagenen Frau zu ihrem Bekannten, der ihr während Monaten jeweils zu Hilfe eilte, wenn sie Unterstützung benötigte, und der schliesslich seine Hilfe von ihrem sexuellen Entgegenkommen abhängig machte.¹⁵³¹ In der Literatur werden als weitere Beispiele die Hörigkeit des Opfers gegenüber Autoritätspersonen genannt, z.B. bei Sekten und religiösen Gemeinschaften.¹⁵³² Schliesslich weist die Lehre darauf hin, dass nicht jedes sich aus der Komplexität des menschlichen Zusammenlebens ergebende «Aufeinander-Angewiesen-Sein» *eo ipso* eine Abhängigkeit im Sinne dieser Bestimmung zu begründen vermöge.¹⁵³³

- 525 Ob eine hinreichend intensive Notlage oder ein hinreichend intensives Abhängigkeitsverhältnis vorliegt, ist nach Ansicht der Lehre analog der Nötigung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und nach einem objektiv-individuellen Massstab zu prüfen.¹⁵³⁴ Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung liefert keine präzise Umschreibung: Soweit es um ein Abhängigkeitsverhältnis gehe, müsse dieses die Entscheidungsfreiheit wesentlich einschränken, wobei für die Bestimmung des Ausmasses der Abhängigkeit die «konkreten Umstände des Einzelfalles» massgebend seien. Erforderlich ist nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass das Opfer aufgrund der Notlage oder des Abhängigkeitsverhältnisses in seiner Entscheidungsfreiheit nicht ungebunden bzw. frei und damit objektiv oder auch nur in seiner Vorstellung auf den Täter angewiesen sei.¹⁵³⁵ Wie das Bundesgericht bereits unter früherem Recht festgehalten hat, muss die Zwangslage nicht objektiv tatsächlich vorliegen, es genügt, wenn das Opfer sich diese Lage auch nur irrtümlich vorstellt.¹⁵³⁶ Es wies darauf hin, dass auch die nur vermeintlich gefährdete Person in ihrer eigenständigen Entscheidungsfreiheit ebenso ge-

¹⁵²⁹ BGE 131 IV 114 E. 1.

¹⁵³⁰ BGE 133 IV 49 E. 5.3, vgl. allerdings oben Rz. 482 f.

¹⁵³¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_1076/2015 vom 13.04.2016.

¹⁵³² BSK-*Maier*, Art. 193 Rn. 5.

¹⁵³³ *Donatsch*, Strafrecht III, 526.

¹⁵³⁴ *Donatsch*, Strafrecht III, 526; *Jenny*, Art. 193 Rn. 5; *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 7 Rn. 52.

¹⁵³⁵ BGE 133 IV 49 E. 5.2.

¹⁵³⁶ BGE 99 IV 161 E. 1.

hemmt sei wie eine Person, die sich wirklich in Gefahr oder Not befindet, und nur darauf komme es bei diesem Tatbestand an. Fehle die objektive Notlage, welche die Frau sich irrtümlich vorgestellt habe, so bedeute dies lediglich, dass besonders sorgfältig geprüft werden muss, ob der Täter hinsichtlich der Bedrängnis des Opfers vorsätzlich gehandelt hat.¹⁵³⁷

B. Tathandlung

1. *Veranlassung zur Duldung oder Vornahme einer sexuellen Handlung*

Gemäss dem Wortlaut der Bestimmung wird verlangt, dass der Täter das Opfer zur Duldung oder Vornahme einer sexuellen Handlung «veranlasst», worin bereits ein strafbarkeitseinschränkendes Kriterium erblickt werden kann.¹⁵³⁸ Bei der Ausnützung von Abhängigkeitsverhältnissen sollte dieses Erfordernis jedoch nicht zu streng gehandhabt werden. Der im Zusammenhang mit dem Tatbestandsmerkmal «veranlassen» in der Botschaft 1985 geäusserte Hinweis, wonach Personen, welche sich «leichtthin durch Vergebung sexueller Gunst aus ihren Schwierigkeiten befreien oder gar die Initiative ergreifen», nicht als Opfer in Frage kommen sollten, war denn auch vielmehr auf die Konstellation des Ausnützens einer Notlage gemünzt, nicht auf die erst später eingefügte Variante des Ausnützens einer Abhängigkeit.¹⁵³⁹ 526

In Bezug auf die Konstellation des Ausnützens einer Notlage wird dem Merkmal «veranlassen» in der Lehre nach wie vor eine strafbarkeitsbegrenzende Funktion zugeschrieben, so dass etwa Kunden von sich allenfalls durchaus in einer Notlage befindlichen Drogenprostituierten diese nicht «veranlassen», sofern sie nur auf deren «übliches» Angebot eingehen.¹⁵⁴⁰ Dies ist nicht zuletzt dem Gedanken geschuldet, dass eine pauschale Kriminalisierung der Freier von drogenabhängigen Prostituierten deren soziale Position noch weiter verschlechtern würde und das Motiv einer Sexarbeiterin für ihre Tätig- 527

¹⁵³⁷ Vgl. BGE 99 IV 161 E. 1, wonach sich der Täter der – wenn auch nur vermeintlichen – Notlage der Frau bewusst sein müsse.

¹⁵³⁸ *Hangartner*, Selbstbestimmung, 231; *Krumm*, Prostitutionsstrafrecht, 147; *Heinzl*, Prostitution, 187. Vgl. dazu die anderslautende Formulierung in Art. 188: «Wer (...) eine sexuelle Handlung vornimmt, (...), wer (...) zu einer sexuellen Handlung verleitet, (...)» (Hervorhebung durch die Autorin).

¹⁵³⁹ Bei Art. 192 E-StGB, der das Ausnützen von bestimmten Abhängigkeitsverhältnissen bestrafen sollte, war denn ursprünglich auch eine Formulierung ohne das einschränkende Merkmal «veranlassen» vorgesehen, vgl. BBl 1985 1115.

¹⁵⁴⁰ *Jenny*, Art. 193 Rn. 5; *Krumm*, Prostitutionsstrafrecht, 147.

keit alleine noch keine strafrechtlichen Konsequenzen für ihren Freier haben dürfe.¹⁵⁴¹ Eine entsprechende Einschränkung über das Merkmal «veranlassen» wird hingegen bei Freiern von Zwangsprostituierten soweit ersichtlich nirgends explizit thematisiert.

2. *Ausnützen*

a) **Ausnützen und Einwilligung**

528 Im Zusammenhang mit dem Merkmal des Ausnützens wird in der Literatur bisweilen erwähnt, dass kein Ausnützen vorliege, wenn das Opfer «freiverantwortlich» in sexuelle Handlungen einwillige oder gar die Initiative dazu ergreife.¹⁵⁴² Dieser Hinweis lädt zu Missverständnissen ein. Wie im ersten Teil der Untersuchung dargelegt, führt das Ausbeuten einer Zwangslage grundsätzlich *nicht* dazu, dass von der Unwirksamkeit der Einwilligung auszugehen ist.¹⁵⁴³ Allerdings hat der Gesetzgeber mit der Schaffung von Art. 193 gewissermassen in Abweichung von der allgemeinen Regel entschieden, dass eine durch Ausnützen einer Abhängigkeit oder Notlage zustande gekommene Einwilligung trotzdem *nicht* den Anforderungen genügt, die das Schweizer Strafrecht an eine wirksame Einwilligung in Sexualkontakte stellt.¹⁵⁴⁴ Das Bundesgericht hat dies kürzlich folgendermassen formuliert:

529 «L'art. 193 CP envisage donc une situation qui se situe entre l'absence de consentement et le libre consentement qui exclut toute infraction. On vise un consentement altéré par une situation de détresse ou de dépendance dont l'auteur profite.»¹⁵⁴⁵

530 Kommt die Einwilligung also nur durch das Ausnützen der Abhängigkeit zustande, schliesst diese den Tatbestand also nicht aus. Die allenfalls vorhandene faktische Einwilligung (serklärung) ist in solchen Fällen folglich nicht als wirksame bzw. «freiverantwortliche» Einwilligung zu werten und daher hinsichtlich Art. 193 im Prinzip bedeutungslos. Der Umstand, dass das Opfer die Initiative ergreift, lässt im Übrigen nicht per se auf eine wirksame Einwil-

¹⁵⁴¹ Vgl. Entscheid des Zürcher Obergerichts I. StrK 17.6.1993, in: SJZ 89/1993, 324 f.

¹⁵⁴² Vgl. etwa PK-*Trechsel/Bertossa*, Art. 193 Rn. 3.

¹⁵⁴³ Vgl. vorne Rz. 136 ff.

¹⁵⁴⁴ PK-*Trechsel/Bertossa*, Art. 193 Rn. 3, verweist denn auch auf BGE 124 IV 13, 18 f., wo der Zusammenhang präziser dargestellt wird: «Zwar trifft zu, dass der Tatbestand des Missbrauchs der Abhängigkeit einer Frau nicht zur Anwendung gelangt, wenn die betroffene Frau nicht infolge der Abhängigkeit, sondern aus anderen Gründen in den Geschlechtsverkehr eingewilligt oder gar die Initiative ergriffen hat.»

¹⁵⁴⁵ Urteil des Bundesgerichts 6B_69/2018 vom 11.06.2018 E. 5.1.

ligung schliessen. Dass der Tatbestand dennoch ausgeschlossen werden kann, wenn das Opfer die Initiative ergreift, ist vielmehr der *Formulierung* des Tatbestandes geschuldet, wonach der Täter das Opfer zur sexuellen Handlung «veranlassen» muss.¹⁵⁴⁶

b) Ausnützen eines Abhängigkeitsverhältnisses

Ein Ausnützen der Notlage oder der Abhängigkeit liegt dann vor, wenn zwischen der Notlage bzw. dem Abhängigkeitsverhältnis und der Vornahme respektive der Duldung der sexuellen Handlung ein Motivationszusammenhang besteht.¹⁵⁴⁷ Ein Ausnützen kann folglich nur vorliegen, wenn das Opfer gerade *wegen* seiner Abhängigkeit die geforderte sexuelle Handlung vornimmt oder die vom Täter vorgenommene Handlung zumindest erduldet. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt deshalb kein Ausnützen vor, wenn der Täter überraschend eine sexuelle Handlung am Opfer vornimmt. Da der Täter dem Opfer gar keine Zeit lässt, einen Willen bezüglich der sexuellen Handlungen zu bilden, könne auch kein Kausalzusammenhang zwischen Abhängigkeit und «Einwilligung» bzw. Dulden der Handlung gegeben sein.¹⁵⁴⁸

Das Bundesgericht scheint insbesondere beim durch eine psychotherapeutische Behandlung begründeten Abhängigkeitsverhältnis relativ geringe Anforderungen an das Merkmal des Ausnützens zu stellen. So wird vom Bundesgericht betont, dass der Täter selbst bei ausdrücklicher Zustimmung und Mitwirkung der Patientin strafbar bleibt, wenn die Einwilligung durch eine ausgeprägte Abhängigkeit zum behandelnden Arzt beeinflusst wurde. In BGE 131 IV 114 wird deutlich, dass im konkreten Fall letztlich die *Einwilligungsfähigkeit* des Opfers infrage gestellt wurde, wenn darauf hingewiesen wird, dass bei der von ihrem Therapeuten abhängigen Patientin aufgrund ihrer erheblich eingeschränkten Steuerungsfähigkeit eine freiverantwortliche Zustimmung ausgeschlossen gewesen sei.¹⁵⁴⁹ In diesem Entscheid wurde nach sorgfältiger Begründung des Abhängigkeitsverhältnisses das Tatbestandsmerkmal des Ausnützens relativ knapp als gegeben erachtet und festgehalten, der Beschuldigte habe das Abhängigkeitsverhältnis für sexuelle Zwecke ausgenützt, «indem er während der Behandlung gleichwohl sukzessive Grenzverletzungen beging und sich schliesslich seiner Patientin auch sexuell näher-

¹⁵⁴⁶ So auch *Hangartner*, Selbstbestimmung, 235.

¹⁵⁴⁷ BSK-*Maier*, Art. 193 Rn. 14; *Hangartner*, Selbstbestimmung, 234; PK-*Trechsel/Bertossa*, Art. 193 Rn. 3.

¹⁵⁴⁸ Urteil des Bundesgerichts 6P_224/2006 vom 16.02.2007 E. 8.3.

¹⁵⁴⁹ BGE 131 IV 114 E. 2.5.

te».¹⁵⁵⁰ Worin genau das Ausnützen bestand, welches ja im Prinzip über die blossе Vornahme der sexuellen Handlung innerhalb des Abhängigkeitsverhältnisses hinausgehen müsste, wird jedenfalls in dieser Entscheidung nicht ersichtlich.

533 Da dem Psychotherapeuten besondere Sorgfaltspflichten hinsichtlich seiner Patienten obliegen,¹⁵⁵¹ sexuelle Handlungen zu psychisch abhängigen Patienten als schwere Kunstfehler zu qualifizieren sind¹⁵⁵² und bei den meisten Betroffenen zu schweren psychischen Schäden führen,¹⁵⁵³ wäre es durchaus vertretbar, bei durch psychotherapeutischen Behandlungen begründeten Abhängigkeitsverhältnissen gänzlich auf das Merkmal des Ausnützens zu verzichten.¹⁵⁵⁴ Unproblematisch zu bejahen ist ein Ausnützen aber sicherlich dann, wenn der Täter die sexuellen Kontakte als notwendigen oder hilfreichen Bestandteil der Therapie deklariert,¹⁵⁵⁵ das Opfer dazu überredet oder sogar unter Druck setzt.

534 Bei sonstigen, weniger intensiven Abhängigkeitsverhältnissen dürfte eine Ausnützung regelmässig dann bejaht werden, wenn dem Opfer ausdrücklich oder konkludent irgendwelche dieses Verhältnis betreffende Nachteile in Aussicht gestellt werden, so etwa die Entlassung, Verschlechterung der Arbeitsbedingungen oder der Ausschluss aus einer religiösen Gemeinschaft.¹⁵⁵⁶ Erforderlich ist dies aber nicht, eine Abhängigkeit kann auch ausgenutzt werden, wenn der Täter nicht einmal konkludent Nachteile «androht». Gemäss Bundesgericht genügt, dass der Täter seine überlegene Position ausnützt, um ein sexuelles Entgegenkommen zu erlangen, «unabhängig davon, ob er die berufliche Abhängigkeit offen oder verdeckt als Druckmittel einsetzt».¹⁵⁵⁷ Hier dürften sich allerdings mit Blick auf den Vorsatz des Täters nicht unerhebliche Schwierigkeiten ergeben, während bei einer gezielten Instrumentalisierung des Abhängigkeitsverhältnisses kein Raum für die Behauptung des Täters bleibt, er habe an eine freie Zustimmung des Opfers geglaubt. Ein Ausnützen liegt auch vor, wenn das abhängige Opfer auf eine Hilfeleistung

¹⁵⁵⁰ Ebenda.

¹⁵⁵¹ Vgl. *Tschan*, Missbrauchtes Vertrauen, 68.

¹⁵⁵² Vgl. *Moggi/Hercek*, Sexuelle Übergriffe in der Psychotherapie, 790.

¹⁵⁵³ Siehe *Tschan*, Missbrauchtes Vertrauen, 87.

¹⁵⁵⁴ Ähnlich *Hangartner*, Selbstbestimmung, 233, der aus anderen Gründen dafür plädiert, für bestimmte Beziehungen auf Individualgerechtigkeit zu verzichten und den entsprechenden Tatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt auszugestalten.

¹⁵⁵⁵ Vgl. *Moggi/Hercek*, Sexuelle Übergriffe in der Psychotherapie, 786, wonach übergriffige Therapeuten häufig zur Begründung des sexuellen Kontakts therapeutische Argumente ins Feld führen und diesen als für den Therapieprozess nützliche oder «korrigierende» emotionale Massnahme bezeichnen.

¹⁵⁵⁶ Vgl. *Donatsch*, Strafrecht III, 527.

¹⁵⁵⁷ Urteil des Bundesgerichts 6P_224/2006 vom 16.02.2007 E. 8.2.

des Täters angewiesen ist und dieser seine Hilfe von sexuellem Entgegenkommen abhängig macht. Dafür ist nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht erforderlich, dass die sexuelle Handlung zeitlich *vor* der Hilfeleistung stattfindet.¹⁵⁵⁸

c) Ausnützen einer Notlage

Ein Ausnützen der *Notlage* wird darin erblickt, dass der Täter seine Hilfe zur Beseitigung oder Abschwächung der Notlage von sexuellem Entgegenkommen abhängig macht.¹⁵⁵⁹ Dies kann nicht nur in Form eines «Angebots», sondern erst recht auch in Form einer Drohung geschehen, wenn also der Täter damit droht, die Situation des Opfers im Falle einer Weigerung zu verschlechtern, wobei in solchen Fällen aber immer auch die Art. 189 f. zu prüfen sind. In diesem Sinne ist noch einmal auf die im ersten Teil dargelegte Unterscheidung zwischen Drohungen und Angeboten zu verweisen.¹⁵⁶⁰ Das Ankündigen von eigenem rechtswidrigem Verhalten ist i.d.R. eine «Nötigung», womit eher die Art. 189 f. einschlägig sind. Das Bundesgericht bejahte etwa das Vorliegen einer Notlage bei einer Sozialhilfebezügerin und alleinerziehenden Mutter gegenüber ihrem im gleichen Mehrfamilienhaus, aber in einer anderen Wohnung lebenden Ex-Partner, der nach aussen als Mieter beider Wohnungen in Erscheinung trat. Der Mann drohte seiner früheren Partnerin, er werde sie auf die Strasse setzen und ihr die Kinder wegnehmen, wenn sie ihr «Sexualleben» nicht weiterführten, worin das Gericht ein tatbestandsmässiges Ausnützen einer Notlage erblickte.¹⁵⁶¹ Richtigerweise wäre darin allerdings eine sexuelle Nötigung bzw. Vergewaltigung zu erblicken, da die Drohung, der Frau die Kinder «wegzunehmen», als Ankündigung eigenen rechtswidrigen Verhaltens verstanden werden kann. Damit ist die Drohung als «echte» Drohung im Sinne einer Androhung ernstlicher Nachteile zu qualifizieren und wäre richtigerweise unter Art. 189 zu subsumieren gewesen (wohl als «Unter-psychischen-Druck-setzen»). Das Androhen von erlaubtem Verhalten oder Unterlassen hingegen ist nicht als Nötigung zu qualifizieren. Entsprechende Verhaltensweisen sind daher gegebenenfalls unter Art. 193 zu subsumieren.

In Bezug auf Drogenprostituierte wird dem Merkmal «Ausnützen» besonderes Gewicht beigemessen und dieses jedenfalls verneint bei einer drogenabhängigen Prostituierten, die mit einem Freier gegen übliches Entgelt «ge-

¹⁵⁵⁸ Urteil des Bundesgerichts 6B_1076/2015 vom 13.04.2016.

¹⁵⁵⁹ *Donatsch*, Strafrecht III, 527.

¹⁵⁶⁰ Vgl. vorne Rz. 113 ff.

¹⁵⁶¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_145/2011 vom 12.09.2011 E. 2. 2.1.

wöhnlichen» sexuellen Verkehr vornimmt.¹⁵⁶² Bejaht wird die Notlage hingegen bei Drogenprostituierten, wenn der Täter die Gelegenheit wahrnimmt, um besonders tiefe Preise oder gefährliche bzw. unerwünschte Sexualpraktiken durchzusetzen.¹⁵⁶³ Der Lehre folgend hielt das Bundesgericht in einem Entscheid fest, dass sich der Verdacht auf eine qualifizierte Notlage aufdränge, wenn sich eine Prostituierte im Hinblick auf ein hohes Entgelt zu ihr unerwünschten, aussergewöhnlichen oder gefährlichen Sexualpraktiken bereit erkläre, welche sie sonst nicht vornehme, bzw. wenn sie übliche Dienstleistungen zu einem auffällig tiefen Preis anbiete. Erkenne ein Freier eine derartige Situation und nütze er sie zu seinem Vorteil aus, mache er sich nach Art. 193 Abs. 1 strafbar.¹⁵⁶⁴ Art. 193 in Bezug auf Notlagen ist nach hier vertretener Ansicht als Schutz vor Ausbeutung konzipiert. Entsprechend ist ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zu fordern und der vom Bundesgericht geforderten Differenzierung insofern beizupflichten.

C. Subjektiver Tatbestand

- 537 Gefordert wird Vorsatz, wobei Eventualvorsatz genügt.¹⁵⁶⁵ Der Täter muss wissen oder zumindest damit rechnen, dass sich die betroffene Person nur deshalb auf die sexuellen Handlungen einlässt, weil sie von ihm abhängig ist oder sich in einer Notlage befindet.

¹⁵⁶² Vgl. Entscheid des Zürcher Obergerichts I. StrK 17.6.1993, in: SJZ 89/1993, 324 f.

¹⁵⁶³ Vgl. etwa BSK-Maier, Art. 193 Rn. 12; *Donatsch*, Strafrecht III, 527.

¹⁵⁶⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_445/2009 vom 06.10.2009 E. 8.5; m.E. nicht ganz nachvollziehbar ist die Bezugnahme auf das Verhältnis zwischen finanziellem Gewinn im Einzelfall im Vergleich zum Gesamterwerb. Ebenfalls kritisch zu dieser Überlegung *Heinzl*, Prostitution, 193, wonach es sich eine Prostituierte u.U. auch nicht leisten könne, einen Standardkunden abzulehnen. Kritisch zum Entscheid und insb. zu dieser Argumentation auch *Krumm*, Prostitutionsstrafrecht, 149 ff.

¹⁵⁶⁵ A.A. wohl *Donatsch*, Strafrecht III, 528 f., der ein «Bewusstsein» des Täters um die Notlage oder Abhängigkeit und ihre Auswirkung auf die Entscheidungsfähigkeit des Opfers fordert sowie ein «Wille», diese Gegebenheit auszunutzen.

§ 7 Weitere Sexualdelikte

I. Sexuelle Handlungen mit Minderjährigen gegen Entgelt (Art. 196)

A. Vorbemerkungen

Die Lanzarote-Konvention,¹⁵⁶⁶ die in Art. 19 lit. c ein strafrechtliches Verbot für die Inanspruchnahme der Prostitution von Kindern – d.h. Personen unter 18 Jahren¹⁵⁶⁷ – verlangt, erforderte eine Anpassung des Schweizer Strafrechts. Zwar konnten bereits vorher viele Fälle von Kinderprostitution über die Art. 187, 188, 189, 190 und 193 erfasst werden. An sich waren jedoch einvernehmliche bezahlte sexuelle Kontakte mit Minderjährigen, die älter als 16 Jahre alt und damit sexuell mündig sind, nicht per se strafbar. Art. 196 sollte diese Lücke schliessen. 538

B. Art. 196 im Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung

Gemäss Botschaft ist geschütztes Rechtsgut des Art. 196 «der Schutz vor sexueller Ausbeutung und gleichzeitig der Schutz vor dem Abgleiten in die Prostitution».¹⁵⁶⁸ Die Schaffung insbesondere des zweitgenannten, etwas kuriosen «Rechtsguts» wäre grundsätzlich nicht notwendig gewesen. Denn letztlich kann auch dieser Tatbestand direkt dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung der Jugendlichen zugerechnet werden, sofern das Verbot als weich paternalistische Intervention betrachtet wird, also mit Autonomiedefiziten der betroffenen Jugendlichen begründet wird.¹⁵⁶⁹ Ansonsten wäre ehrlicher Weise klarzustellen, dass es sich um eine moralistisch-paternalistische Intervention handelt: «It is better to be clear that we are overriding the choice of a competent person when that is, in fact, what we are doing.»¹⁵⁷⁰ 539

Untersuchungen haben gezeigt, dass Minderjährige, die sich prostituieren, häufig aus zerrütteten familiären Verhältnissen stammen, in denen sie nicht selten selber sexuellen Missbrauch und/oder Vernachlässigung erfahren ha- 540

¹⁵⁶⁶ Übereinkommen des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch vom 25.10.2007 (SR 0.311.40).

¹⁵⁶⁷ Art. 3 lit. a Lanzarote-Konvention.

¹⁵⁶⁸ BBl 2012 7614.

¹⁵⁶⁹ Vgl. zum weichen Paternalismus vorne Rz. 15 ff.

¹⁵⁷⁰ Pope, Paternalism, 192 f.

ben. Häufig seien die ersten Prostitutionserfahrungen auch mit Drogenkonsum verbunden.¹⁵⁷¹ Es erscheint plausibel anzunehmen, dass viele dieser minderjährigen Jugendlichen noch nicht fähig sind, die Bedeutung und potentiellen (gesundheitlichen) Folgen der Entscheidung, sich zu prostituieren, hinreichend einzuschätzen und gegen die kurzfristigen (monetären) Vorteile abzuwägen.¹⁵⁷²

541 Allerdings ist nicht auszuschließen, dass einige 16- oder 17-Jährige durchaus in der Lage sind, eine hinreichend selbstbestimmte Entscheidung hinsichtlich Prostitution zu treffen. Insofern ist Art. 196 als weich paternalistische Intervention im Sinne des «Gefährdungspaternalismus» zu sehen: Da eine Personengruppe, hier die minderjährigen potentiellen Sexarbeiter, als besonders gefährdet erscheint, eine nicht hinreichend selbstbestimmte Entscheidung zu treffen, wird ein generelles Verbot erlassen und dabei in Kauf genommen, dass davon auch Personen erfasst werden, die entgegen der Vermutung durchaus zu einer reflektierten Entscheidung fähig sind.¹⁵⁷³ Der Eingriff in deren Recht auf positive Selbstbestimmung wird aufgrund der Vorteile, die sich aus einer festen Altersgrenze ergeben, in Kauf genommen.

542 Ob damit auch das Verbot für einmalige oder gelegentliche Vorfälle, bei denen ein Jugendlicher einen ihm angebotenen Vorteil akzeptiert, ohne deshalb in ein durch Prostitution geprägtes Milieu abzurutschen, legitimiert werden kann, ist etwas fraglich.¹⁵⁷⁴ Hier lässt sich nicht ernsthaft abstreiten, dass zumindest auch moralistisch-paternalistische Erwägungen miteinfließen:¹⁵⁷⁵ Das Erleben von Sexualität als «käuflicher Ware» berge Gefahren für die sexuelle Entwicklung des Opfers, wird hier bisweilen argumentiert.¹⁵⁷⁶ Man könnte sich nun aber etwa fragen, ob Jugendliche denn generell, d.h. auch in Bezug auf andere, nichtmonetäre kurzfristige Vorteile, die sie für das Eingehen eines Sexualkontakts erhalten – so etwa die Anerkennung ihrer Peer-Gruppe –, in der Lage sind, diese gegen langfristige Konsequenzen abzuwägen, zumal sich gesundheitliche Risiken nicht nur aus der Tätigkeit als Prostituierte, sondern aus einem sonstigen promiskuitiven Lebensstil ergeben können. Dass mit Art. 196 eine klare Einteilung in «gute» und «schlechte» Moti-

¹⁵⁷¹ Eingehend zu Hintergrund und Motivation von minderjährigen Prostituierten *Lenz*, Jugendschutztatbestände, 364 ff. m.w.N.

¹⁵⁷² So auch *MK-Renzikowski*, § 180 Rn. 4; *LK-Hörnle*, § 182 Rn. 4; ähnlich auch *Heinzl*, Prostitution, 236; *Lenz*, Jugendschutztatbestände, 367 ff.

¹⁵⁷³ Vgl. *Lenz*, Jugendschutztatbestände, 198.

¹⁵⁷⁴ Vgl. *LK-Hörnle*, § 182 Rn. 5.

¹⁵⁷⁵ Vgl. *LK-Hörnle*, § 182 Rn. 5.

¹⁵⁷⁶ Vgl. Begründung zum Gesetzentwurf der deutschen Bundesregierung vom 18.03.1993, BT-Drucksache 12/4584, 8; dieser Einschätzung folgend auch *LK-Hörnle*, § 182 Rn. 5; *MK-Renzikowski*, § 182 Rn. 7.

ve für das Eingehen sexueller Beziehungen vorgenommen wurde, lässt sich nicht von der Hand weisen.

C. Auslegungsverständnis von Art. 196

1. Geschützter Personenkreis

Erfasst werden sollen minderjährige Personen, d.h. Personen, welche das 18. Altersjahr noch nicht vollendet haben.¹⁵⁷⁷ 543

2. Täterkreis

Der Täterkreis ist nach dem Gesetzeswortlaut nicht auf volljährige Personen beschränkt.¹⁵⁷⁸ Grundsätzlich können deshalb auch Minderjährige Täter von Art. 196 sein. Der Hinweis in der Botschaft, wonach Minderjährige selber straflos blieben,¹⁵⁷⁹ bezieht sich m.E. darauf, dass die sich prostituierenden minderjährigen Personen nicht als Teilnehmer (z.B. als Anstifter) bestraft werden können, da es sich um einen Fall der notwendigen Teilnahme handelt. 544

3. Tathandlung

a) Vornehmen oder vornehmen lassen von sexuellen Handlungen

Obwohl das Gesetz von sexuellen Handlungen in der Mehrzahl spricht, genügt auch eine einmalige sexuelle Handlung.¹⁵⁸⁰ Gemäss Botschaft ist auch nicht erforderlich, dass sich die minderjährige Person regelmässig prostituiert. Es spielt keine Rolle, welcher Art die sexuelle Handlung ist, insbesondere ist der Vollzug des Geschlechtsaktes nicht vorausgesetzt. Unerheblich ist auch, ob die sexuelle Handlung aktiv geleistet oder passiv erduldet wird. Erfasst wird im Übrigen auch die Konstellation, dass die Täterin das Opfer eine sexuelle Handlung an einem Dritten oder am Opfer selber vornehmen lässt.¹⁵⁸¹ 545

¹⁵⁷⁷ BBI 2012 7614.

¹⁵⁷⁸ Anders § 182 Abs. 2 D-StGB.

¹⁵⁷⁹ BBI 2012 7614.

¹⁵⁸⁰ BBI 2012 7614.

¹⁵⁸¹ BBI 2012 7614.

b) Entgelt leisten oder versprechen

- 546 Die Täterin muss dem Opfer für die geleisteten «Dienste» ein Entgelt erbringen oder zumindest versprechen. Der Begriff des Entgelts wird im Gesetz nicht definiert, gemäss Botschaft ist aber darunter eine «Gegenleistung» für die sexuellen Dienste zu verstehen, die in Geld oder jedem anderen materiellen Wert, mithin jedem wirtschaftlich messbaren Vorteil, wie beispielsweise Drogen, Unterkunft, Essen, Markenartikel, Kleider, Ferien usw., bestehen kann.¹⁵⁸² Die Höhe des Vermögensvorteils ist offensichtlich nicht entscheidend. Gemäss deutscher Rechtsprechung können auch bloss geringfügige Zuwendungen wie etwa Süßigkeiten genügen.¹⁵⁸³ Nach der Botschaft gelten nur materielle Vorteile als Entgelt, womit immaterielle Vorteile – wie etwa das Mitspielen in einer bestimmten Jugendsportmannschaft – implizit ausgeschlossen werden. Ob dies sachgerecht ist, bleibt fraglich, zumal gerade derartige immaterielle Vorteile eine grosse motivierende Kraft bei Jugendlichen haben können.¹⁵⁸⁴ Allerdings würde die Berücksichtigung aller immaterieller Vorteile zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten führen.¹⁵⁸⁵ Sofern im Rahmen solcher immaterieller Versprechungen ein Abhängigkeitsverhältnis ausgenutzt wird, könnte aber immerhin Art. 188 greifen.
- 547 Bereits umgangssprachlich bedeutet Entgelt «Vergütung als Gegenleistung für geleistete Arbeit»¹⁵⁸⁶ und sollte in diesem Sinne auch von sonstigen Geschenken an Minderjährige abgegrenzt werden. Wenn Jugendliche einander einladen oder sich Geschenke machen, soll das nicht strafbar sein, selbst wenn damit insgeheim die Hoffnung auf sexuelle Handlungen verbunden ist.¹⁵⁸⁷ Vorausgesetzt wird also ein «do-ut-des»-Verhältnis, das Entgelt muss nach einer ausdrücklichen oder impliziten Vereinbarung die Gegenleistung für sexuelle Handlungen bilden.¹⁵⁸⁸ Bei Geschenken innerhalb von (Liebes-)Beziehungen dürfte es an diesem Erfordernis fehlen.
- 548 Entscheidend ist gemäss Botschaft, dass zwischen der Gewährung der Dienstleistung und dem Entgelt ein Kausalzusammenhang besteht.¹⁵⁸⁹ Damit wird implizit auch statuiert, dass die Entgeltvereinbarung vor oder spätestens während der sexuellen Handlung getroffen werden muss, ansonsten es am erfor-

¹⁵⁸² BBI 2012 7614.

¹⁵⁸³ Vgl. Entscheidung des BGH 1 StR 410/0513.12.2005.

¹⁵⁸⁴ *Laubenthal*, Sexualstraftaten, Rn. 694; *MK-Renzikowski*, § 182 Rn. 51.

¹⁵⁸⁵ Vgl. *LK-Hörnle*, § 182 Rn. 38.

¹⁵⁸⁶ Duden, online abrufbar <https://www.duden.de/rechtsschreibung/Entgelt>.

¹⁵⁸⁷ BBI 2012 7614.

¹⁵⁸⁸ *LK-Hörnle*, § 182 Rn. 32.

¹⁵⁸⁹ BBI 2012 7614.

derlichen Kausalzusammenhang fehlt.¹⁵⁹⁰ Damit der Täter strafbar sei, muss das Opfer laut Botschaft die sexuellen Kontakte nur deshalb zulassen, weil es eine vermögenswerte Gegenleistung dafür erhält. Damit wird gefordert, dass die Entgeltvereinbarung der ausschlaggebende Grund für die Bereitschaft zum Sexualkontakt gewesen ist. Überzeugender erscheint es aber zu fordern, dass der geleistete oder versprochene Vorteil den Jugendlichen immerhin «mitmotiviert» hat.¹⁵⁹¹ Denn häufig dürften beim Jugendlichen mehrere Beweggründe vorliegen, und neben der Aussicht auf einen Vorteil allenfalls auch Neugierde, Zuneigung oder Schüchternheit für die Bereitschaft zum Sexualkontakt mitverantwortlich sein.¹⁵⁹² Es erscheint nicht sachgerecht, in solchen Fällen die Strafbarkeit des Freiers gänzlich auszuschliessen.

Der Wortlaut des Gesetzes erfordert, dass das Leisten oder Versprechen eines Entgelts gegenüber dem Minderjährigen zu erfolgen hat.¹⁵⁹³ Streng genommen wäre der Tatbestand folglich nicht erfüllt, wenn das Entgelt nicht dem Minderjährigen zufließt oder versprochen wird, sondern einem Dritten, beispielsweise einem Zuhälter. Dies erscheint unbefriedigend,¹⁵⁹⁴ nicht zuletzt auch mit Blick auf Art. 19 Abs. 2 der Lanzarote-Konvention, wonach es keine Rolle spielen sollte, ob die Vergütung bzw. das Versprechen gegenüber dem Kind oder einem Dritten erfolgt.

Die Einwilligung des Minderjährigen schliesst den Tatbestand nicht aus,¹⁵⁹⁵ sofern sie von der Aussicht auf einen vermögenswerten Vorteil mitbeeinflusst wurde. Diese vom Täter beeinflusste «Einwilligung» ist vielmehr gerade ein Tatbestandsmerkmal des Art. 196. Deshalb kann die Einwilligung des Minderjährigen anders als Heinzl dies vorschlägt auch nicht bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.¹⁵⁹⁶ Nicht nur würde das Sinn und Zweck der Bestimmung widersprechen, vielmehr setzt die von Art. 196 zu erfassende *Grundkonstellation* ja gerade voraus, dass der Minderjährige aufgrund des geleisteten oder versprochenen Vermögensvorteils einwilligt. War die Einwilligung hingegen nicht von der Aussicht auf ein Entgelt mitbeeinflusst, fehlt es bereits am erforderlichen Kausalzusammenhang und der Täter bleibt ohnehin

¹⁵⁹⁰ MK-Renzikowski, § 182 Rn. 52.

¹⁵⁹¹ LK-Hörnle, § 182 Rn. 36.

¹⁵⁹² Ähnlich LK-Hörnle, § 182 Rn. 36.

¹⁵⁹³ Vgl. Wortlaut von Art. 196: «Wer mit einer minderjährigen Person sexuelle Handlungen vornimmt oder solche von ihr vornehmen lässt und ihr dafür ein Entgelt leistet oder verspricht, (...)».

¹⁵⁹⁴ Vgl. dazu die anderslautende Regelung im deutschen Recht in § 182 D-StGB.

¹⁵⁹⁵ So explizit BBl 2012 7614.

¹⁵⁹⁶ Heinzl, Prostitution, 240.

straflos. Bei der Strafzumessung zu berücksichtigen ist vielmehr, wie intensiv der Täter das Opfer in die Prostitution verstrickt hat.¹⁵⁹⁷

- 551 Keine Rolle spielt jedenfalls gemäss Gesetzestext und Sinn der Vorschrift auch, wer die Frage des Entgelts thematisiert hat. Selbst wenn der Minderjährige die Leistung eines Entgelts vorschlägt, macht sich der vorsätzlich handelnde Freier strafbar. Eine Strafbarkeit des Minderjährigen wegen Anstiftung scheidet aus, zumal es sich hier um einen Fall der notwendigen Teilnahme handelt. In diesem Sinne ist der Hinweis in der Botschaft zu verstehen, wonach die Minderjährigen selber straflos bleiben würden.¹⁵⁹⁸

4. *Subjektiver Tatbestand*

- 552 In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz erforderlich, wobei Eventualvorsatz ausreicht.¹⁵⁹⁹ Um strafbar zu sein, muss der Täter wissen oder zumindest in Kauf nehmen, dass die Prostituierte minderjährig ist. Anders als bei Art. 187 ist die fahrlässige Begehung hier nicht strafbar.

5. *Konkurrenzen*

- 553 Ist die sich prostituierende Person weniger als 16 Jahre alt, so kommt gemäss Botschaft Art. 187 neben Art. 196 zur Anwendung (Idealkonkurrenz). Eine Begründung für diese Annahme wird nicht genannt, ist aber wohl darin zu sehen, dass die dem Art. 187 inhärente Missachtung des Rechtes auf sexuelle Selbstbestimmung «unter erschwerenden Umständen» stattfindet.¹⁶⁰⁰
- 554 Zwischen Art. 196 und den Art. 189 f. dürfte wohl grundsätzlich Idealkonkurrenz bestehen, da das Opfer sowohl durch eine Drohung als auch die Aussicht auf ein Entgelt zur Duldung oder Vornahme einer sexuellen Handlung motiviert werden kann.¹⁶⁰¹ Ausgeschlossen ist eine Anwendung von Art. 196 wohl aber bei der Anwendung von vis absoluta, zumal dann der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen Leisten bzw. Versprechen eines Entgeltes und der Duldung oder Vornahme einer sexuellen Handlung fehlt.¹⁶⁰²

¹⁵⁹⁷ So auch LK-*Hörnle*, § 182 Rn. 46.

¹⁵⁹⁸ BBl 2012 7615.

¹⁵⁹⁹ Vgl. dazu eingehend *Heinzl*, Prostitution, 238.

¹⁶⁰⁰ So auch LK-*Hörnle*, § 182 Rn. 52; anders *Heinzl*, Prostitution, 239.

¹⁶⁰¹ Auch *Heinzl*, Prostitution, 240, nimmt echte Konkurrenz zwischen Art. 196 und den Art. 189 f. an, ohne aber weitergehend zu differenzieren.

¹⁶⁰² So auch LK-*Hörnle*, § 182 Rn. 51.

Überschneidungen sind auch mit dem Art. 197 denkbar. Wer eine minderjährige Person dafür bezahlt, dass sie an einer pornografischen Darbietung mitwirkt, erfüllt sowohl den Tatbestand von Art. 197 Abs. 3 (Anwerben und Veranlassen einer minderjährigen Person zur Mitwirkung an einer pornografischen Vorführung) als auch von Art. 196. Als speziellere Norm dürfte Art. 197 Abs. 3 vorgehen. 555

II. Tätliche sexuelle Belästigung (Art. 198 Abs. 2)

A. Vorbemerkungen

Art. 198 erfasst grundsätzlich drei verschiedene Verhaltensweisen. Abs. 1 erklärt denjenigen für strafbar, der vor jemandem, der dies nicht erwartet, eine sexuelle Handlung vornimmt und dadurch Ärgernis erregt und erfasst somit rein visuelle Belästigungen. Nach Abs. 2 macht sich strafbar, wer jemanden tätlich oder in grober Weise durch Worte sexuell belästigt. Da der Fokus dieser Untersuchung auf körperlichen Angriffen auf die sexuelle Integrität liegt, wird auf die rein visuellen und akustischen Belästigungen im Folgenden nicht weiter eingegangen. 556

B. Art. 198 Abs. 2 im Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung

Art. 198 Abs. 2 erster Satzteil schützt die sexuelle Selbstbestimmung und damit das Recht, frei über das «Ob», das «Wann» und das «Wie» einer sexuellen Interaktion zu entscheiden.¹⁶⁰³ Der Tatbestand hat zwei grundlegende Anwendungsbereiche: 557

Zunächst soll er jene sexualbezogenen Übergriffe erfassen, die allenfalls unter einen der Vergehens- oder Verbrechenstatbestände des Sexualstrafrechts fallen könnten, mangels Erheblichkeit der Handlung aber keine sexuellen Handlungen i.S. dieser Tatbestände darstellen.¹⁶⁰⁴ Als Beispiel wäre etwa ein kurzer Kuss auf den Mund oder eine flüchtige Berührung über den Kleidern im Schritt eines Kindes zu nennen. Das Bundesgericht subsumierte diese Verhaltensweisen mangels Erheblichkeit der Handlung nicht unter Art. 187, sondern qualifizierte sie als bloße sexuelle Belästigung i.S.v. Art. 198 Abs. 2. Ähnliches gilt für erzwungene Küsse oder Berührungen der weiblichen Brust über den Kleidern. Mangels Erheblichkeit würden diese Verhaltensweisen 558

¹⁶⁰³ Ebenso für das (neue) deutsche Recht MK-Renzikowski, § 184i Rn. 1.

¹⁶⁰⁴ Ebenso Maier, AJP 1999, 1400.

nicht als sexuelle Nötigung, sondern bloss als tätliche sexuelle Belästigungen gelten.¹⁶⁰⁵

- 559 Es erscheint richtig, auch solche geringfügigen Übergriffe strafrechtlich zu erfassen, zumal das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung auch durch unerwünschte sexuell konnotierte Körperberührungen beeinträchtigt wird,¹⁶⁰⁶ welche die Erheblichkeitsschwelle der übrigen Tatbestände nicht erreichen. Denn Untersuchungen haben gezeigt, dass auch solche «geringfügigen» Übergriffe von den Betroffenen häufig als bedrohlich empfunden werden¹⁶⁰⁷ und mit erheblichen Konsequenzen für die psychische Gesundheit und die Lebensgestaltung des Opfers verbunden sein können: «[S]exual harassment, even at relatively low frequencies, exerts a significant negative impact on women's psychological well-being and, particularly, job attitudes and work behaviors.»¹⁶⁰⁸ Gerade sexuelle Belästigungen am Arbeitsplatz können erhebliche Auswirkungen auf die psychische Gesundheit sowie die weitere berufliche Laufbahn des betroffenen Opfers haben.¹⁶⁰⁹
- 560 Ob die Einstufung als Übertretung und Antragsdelikt angesichts dieser neueren Erkenntnisse – insbesondere im Kontext der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz – tatsächlich angemessen erscheint, kann kritisch hinterfragt werden. Noch wesentlich zweifelhafter erscheint diese Bewertung aber für den zweiten Anwendungsbereich von Art. 198 Abs. 2, wo dieser für sexuelle Übergriffe als Auffangtatbestand fungiert, die zwar erhebliche sexuelle Handlungen beinhalten, aus anderen Gründen aber von keinem anderen Tatbestand

¹⁶⁰⁵ Vgl. vorne Rz. 260 f.

¹⁶⁰⁶ Kritisch dazu das Bundesgericht im Urteil 6B_966/2016 vom 26.04.2017 E. 1.3: «Gemäss Art. 198 Abs. 2 macht sich der sexuellen Belästigung schuldig, wer jemanden tätlich oder in grober Weise durch Worte sexuell belästigt. Die Bestimmung erfasst geringfügigere Beeinträchtigungen der sexuellen Integrität. Ob sie eine Verletzung der Selbstbestimmung darstellen, kann zweifelhaft sein. Sie sind aber mit solchen Eingriffen vergleichbar, indem sie die betroffene Person jedenfalls ohne ihren Willen mit Sexualität konfrontieren.»

¹⁶⁰⁷ Vgl. *Ursula Müller/Monika Schöttle*, Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland. Eine repräsentative Studie zur Gewalt gegen Frauen in Deutschland im Auftrag des BMFSFJ, 2005, 94.

¹⁶⁰⁸ Vgl. *Kimberly Schneider/Suzanne Swan/Louise Fitzgerald*, Job-Related and Psychological Effects of Sexual Harassment in the Workplace: Empirical Evidence From Two Organizations, *Journal of Applied Psychology* 82, 1997, 401 ff.

¹⁶⁰⁹ Vgl. *Amy Blackstone/Christopher Uggen/McLaughlin Heather*, The Economic and Career Effects of Sexual Harassment on Working Women, *Gender & Society*, 31, 3, 2017, 333 ff.; *Jason Houle/Jeremy Staff/Jeylan Mortimer/Christopher Uggen/Amy Blackstone*, The Impact of Sexual Harassment on depressive Symptoms during the Early Occupational Career, *Society and Mental Health*, 1, 2011, 89 ff.

des Sexualstrafrechts erfasst werden können.¹⁶¹⁰ Beispiele dafür lassen sich unschwer finden:

- Ein Therapeut nimmt anlässlich einer Behandlung weitgehende sexuelle Handlungen an seiner Patientin vor, die irrtümlich annimmt, diese gehörten zur therapeutisch indizierten Behandlung. Da ein blosser Irrtum nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine Widerstandsunfähigkeit i.S.v. Art. 191 begründet, werden diese Übergriffe lediglich als sexuelle Belästigung qualifiziert.¹⁶¹¹ 561
- Ein Therapeut nimmt nach der ersten überraschend vorgenommenen und als Schändung qualifizierten sexuellen Handlung eine weitere sexuelle Handlung an der Patientin vor, die sich aus nicht näher beschriebenen Gründen – Überraschung bzw. Überrumpelung? – nicht dagegen wehrt. Da diese zweite Handlung gemäss Bundesgericht angesichts des kurz zuvor erfolgten Übergriffs nicht mehr «dermassen überraschend» erfolgt sei, dass Widerstandsunfähigkeit hätte angenommen werden können, erachtet es Art. 198 Abs. 2 als einschlägig.¹⁶¹² 562
- Ein Mann vollzieht mit seiner weinenden und ihn verbal abweisenden Exfreundin den Geschlechtsverkehr, ohne jedoch ein Nötigungsmittel gemäss Art. 190 einzusetzen. Da nach Lehre und Rechtsprechung der blosser Vollzug des Geschlechtsverkehrs gegen den Willen des Opfers nicht für die Erfüllung des Vergewaltigungstatbestandes ausreicht, fungiert im Prinzip auch in solchen Konstellationen Art. 198 als Auffangtatbestand.¹⁶¹³ 563

All diesen Fällen ist gemeinsam, dass es sich zwar um erhebliche sexuelle Handlungen handelt, die ohne gültige Einwilligung der betroffenen Person vorgenommen wurden, allerdings unter keinen der Verbrechens- oder Vergehenstatbestände des Sexualstrafrechts subsumiert werden können. Der Grund liegt darin, dass die spezifischen Tatbestandselemente dieser Delikte nicht erfüllt sind: In den ersten beiden Fällen ist das Tatbestandsmerkmal «widerstandsunfähig» nicht gegeben, im letzten fehlt der Einsatz eines Nötigungsmittels. Dennoch handelt es sich bei allen Fällen um erhebliche Angriffe auf die sexuelle Selbstbestimmung der betroffenen Personen. Derartige Verhaltensweisen durch ihre Einstufung als Übertretung als bloss geringfügiges Unrecht zu bezeichnen, ist nicht angemessen. Darauf wird noch zurückzukommen sein. 564

¹⁶¹⁰ Auf diesen zweiten Anwendungsbereich ebenfalls hinweisend *Maier*, AJP 1999, 1400.

¹⁶¹¹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_453/2007 vom 19.02.2008 E. 3.4.3, nach hier vertretener Ansicht wäre aber allenfalls Art. 193 StGB zu prüfen, vgl. vorne Rz. 482 f.

¹⁶¹² Urteil des Bundesgerichts 6B_436/2010 vom 06.12.2010 E. 5.3.

¹⁶¹³ Urteil des Bundesgerichts 6B_912/2009 vom 22.02.2010 E. 2.2.3. Art. 198 wurde im Entscheid allerdings nicht thematisiert.

C. Auslegungsverständnis von Art. 198 Abs. 2

1. Tätliche Belästigung

565 Die Lehre geht einheitlich davon aus, dass die tätliche sexuelle Belästigung auf Fälle körperlichen Kontakts beschränkt ist, lässt aber bereits wenig intensive Annäherungsversuche oder Zudringlichkeiten genügen, solange sie nur nach ihrem äusseren Erscheinungsbild eine sexuelle Bedeutung haben.¹⁶¹⁴ Darunter fallen neben erheblichen sexuellen Handlungen und dem (überraschenden) Anfassen einer Person an den Geschlechtsteilen auch weniger aufdringliche Berührungen wie das Antasten an der Brust oder am Gesäss, das Betasten von Bauch und Beinen auch über den Kleidern, das Anpressen oder Umarmungen.¹⁶¹⁵ Auch das Streichen über den nackten Rücken eines Praktikanten durch den Vorgesetzten wurde als tatbestandmässige sexuelle Belästigung qualifiziert. Hingegen stellen Berührungen an den Oberschenkeln im Kniebereich und über den Jeans keine inkriminierten Handlungen dar, selbst wenn diese in einer Atmosphäre permanenter Annäherungsversuche erfolgen.¹⁶¹⁶ Keine *tätliche* Belästigung sind sexuelle oder sexistische Belästigungen ohne körperliche Kontaktaufnahme wie Anstarren, Nachpfeifen oder Gestikulieren.¹⁶¹⁷

566 Der blosser Versuch einer sexuellen Belästigung wäre mangels Versuchsstrafbarkeit streng genommen nicht strafbar. Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid nun aber explizit festgehalten, dass gewissermassen auch der Versuch einer körperlichen Berührung unter bestimmten Umständen bereits als tätliche Belästigung gelten könne.¹⁶¹⁸ Können sich die betroffene Person nämlich der beabsichtigten und unmittelbar bevorstehenden sexuell motivierten körperlichen Kontaktaufnahme – im konkreten Fall dem Versuch eines Vorgesetzten, dem geistig leicht behinderten Opfer, das einen Schnuppertag bei ihm absolvierte, an die Brüste zu fassen, sie zu küssen und ihr die Hosen zu öffnen – nur durch eine tätliche Abwehrhandlung entziehen, liege eine qualifiziert unerwünschte Annäherung bzw. eine physische Zumutung sexueller Art i.S.v. Art. 198 Abs. 2 vor.¹⁶¹⁹ Die Überlegung des Bundesgerichts geht dahin, dass von der betroffenen Person in einer solchen Situation nicht ver-

¹⁶¹⁴ *Jenny*, Art. 189 Rn. 10.

¹⁶¹⁵ Vgl. BBI 1985 1093; BSK-Meng/Schwaibold, Art. 198 Rn. 17; *Maier*, AJP 1999, 1401; *Donatsch*, Strafrecht III, 557; *Jenny*, Art. 198 Rn. 10; PK-Trechsel/Bertossa, Art. 198 Rn. 6.

¹⁶¹⁶ BGE 137 IV 263.

¹⁶¹⁷ Eingehend *Kummer*, Sexuelle Belästigung, 71.

¹⁶¹⁸ Urteil des Bundesgerichts 6B_966/2016 vom 26. April 2017.

¹⁶¹⁹ A.a.O. E. 1.4.2.

langt werden könne, den drohenden sexuellen Übergriff zu dulden, damit der strafrechtliche Schutz einsetzt.¹⁶²⁰ Warum das Verhalten erst- bzw. zweitinstanzlich nicht ohnehin als versuchte sexuelle Nötigung oder zumindest als versuchte Ausnützung einer Abhängigkeit bewertet wurde, ist m.E. nicht nachvollziehbar. Damit wäre auch die etwas gewagte Auslegung von Art. 198 Abs. 2 nicht notwendig gewesen.

2. *Das Merkmal der Belästigung*

Eine (konkludente) Einwilligung der betroffenen Person schliesst das Tatbestandsmerkmal der Belästigung aus.¹⁶²¹ Aus dem Merkmal der Belästigung ergibt sich damit umgekehrt prinzipiell nichts weiter, als dass die Berührung gegen oder ohne den Willen des Opfers erfolgen muss. Erfasst werden insbesondere auch Situationen, in denen dem Opfer überraschend bzw. plötzlich an die Geschlechtssteile gegriffen wird, d.h. an überfallartige Angriffe, die keinen aktuell entgegenstehenden Willen brechen, sondern «nur» dem derartigen körperlichen Berührungen latent entgegenstehenden Willen zuwiderlaufen oder zumindest ohne Willen des Opfers erfolgen.¹⁶²² Teilweise wird darüber hinaus auch gefordert, dass das Opfer die Berührung wahrnehmen und zumindest rudimentär verstehen müsse.¹⁶²³ Dies ist abzulehnen. Da Art. 191 eine erhebliche sexuelle Handlung erfordert und damit eine gewisse Intensität der Handlung verlangt, würde die diese Schwelle nicht erreichende sexuelle Belästigung von Menschen, die die sexuelle Konnotation eines Übergriffs nicht begreifen, etwa Schwerstbehinderte, straflos bleiben.¹⁶²⁴ Dieses Ergebnis erscheint stossend. Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als Abwehrrecht kommt allen Menschen qua ihrer Eigenschaft als Mensch zu, unabhängig davon, ob sie ihr positives Recht auf Selbstbestimmung überhaupt ausüben oder verstehen können.

Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist weiter zu berücksichtigen, ob dem Opfer zugemutet werden könne, sich der Belästigung zu entziehen, was am Arbeitsplatz oder ähnlichen Örtlichkeiten in der Regel weniger einfach sei als etwa in öffentlichen Lokalitäten.¹⁶²⁵ Das Bundesge-

¹⁶²⁰ Ebenda.

¹⁶²¹ BSK-Meng/Schwaibold, Art. 198 Rn. 19.

¹⁶²² Ähnlich Kummer, Sexuelle Belästigung, 76 ff.

¹⁶²³ Kummer, Sexuelle Belästigung, 76 f.; ebenso BSK-Meng/Schwaibold, Art. 198 Rn. 19.

¹⁶²⁴ Für diese Lösung Kummer, Sexuelle Belästigung, 78: «Diese Lücke ist solange nicht stossend, wie es um ein Opfer geht, das vom sexuellen Gehalt der Handlung gar nichts mitbekommen hat.»

¹⁶²⁵ BGE 137 IV 263 E. 3.1 S. 265 ff. mit Hinweisen.

richt teilt damit eine in der Literatur vertretene Ansicht, wie das folgende Zitat aus dem Basler Kommentar zeigt:

- 569 «Aber auch hier gilt (...) *«volenti non fit iniuria»*: Es kommt also auch darauf an, ob sich das Opfer mit Leichtigkeit dem Angriff hätte entziehen können oder ob es ihn gar provoziert hat. Dabei darf jedoch nicht etwa aus dem Einverständnis des Opfers zu einer Tathandlung auf ein konkludentes Einverständnis zu anderen, allenfalls weitergehenden Handlungen geschlossen werden. Im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut der Selbstbestimmung ist im Einzelfall zu beurteilen, ob die tätliche Zudringlichkeit in einer Umgebung und auf eine Art und Weise erfolgt, welche für sexuelle Annäherungen erkennbar keinen Raum lassen, was vermutlich am Arbeitsplatz etwas anders als im Nachtclub zu beurteilen ist.»¹⁶²⁶
- 570 Hintergrund der entsprechenden Ausführungen in Literatur und Rechtsprechung dürfte wohl die Überlegung sein, dass im Vorfeld sexueller Interaktion einer der Beteiligten jeweils den ersten bzw. den nächsten Schritt machen können muss und das Einholen einer ausdrücklichen Zustimmung vor jeder Berührung nicht gerade eine sozialübliche Vorgehensweise ist. Wie Kummer schreibt, muss es, wenn es zum Austausch von Zärtlichkeiten kommt, einen gewissen Spielraum geben, der es den Beteiligten erlaubt, einen nächsten Schritt zu machen – auch auf das Risiko hin, dass der Partner oder die Partnerin diesen ablehnen wird.¹⁶²⁷ Kummer schlägt deshalb vor, Handlungen, die im Bereich des sozial Üblichen sind, als sozialadäquat aus dem Tatbestand auszuschneiden. Als sozialadäquat erscheinen ihr insbesondere Handlungen, die sich zwanglos in einen vorbestehenden Kontext wechselseitiger Interaktionen einfügen, die keinen abrupten Themenwechsel darstellen, sondern vor dem Hintergrund des bisherigen Geschehens als dessen *«normale»* Fortsetzung erscheinen.¹⁶²⁸ Meines Erachtens ist dieses *«Problem»* nicht über die Sozialadäquanz, sondern über die Einwilligung als Tatbestandsausschlussgrund sowie über den subjektiven Tatbestand zu lösen.¹⁶²⁹ Die Einwilligung des Opfers schliesst selbstredend das Tatbestandsmerkmal *«belästigen»* aus. Dass sich das Opfer dem Angriff mit *«Leichtigkeit»* hätte entziehen können, hat damit aber grundsätzlich nichts zu tun und schliesst eine fehlende Einwilligung und damit eine Belästigung jedenfalls nicht per se aus.

¹⁶²⁶ BSK-Meng/Schwaibold, Art. 198 Rn. 19.

¹⁶²⁷ Kummer, Sexuelle Belästigung, 78 f.

¹⁶²⁸ Kummer, Sexuelle Belästigung, 79.

¹⁶²⁹ Auch Kummer, Sexuelle Belästigung, 79, sieht, dass sich die meisten dieser nicht strafwürdigen Fälle befriedigend dadurch lösen lassen, dass der Täter aufgrund eines Irrtums über das Vorliegen einer Einwilligung ohne Vorsatz handelt.

Es scheint hier im Wesentlichen um die Frage zu gehen, wie Passivität des «Opfers» rechtlich zu werten ist. Dies lässt sich nicht pauschal festlegen, sondern erfordert eine kontextspezifische Betrachtung. In jenen Konstellationen, die Kummer beschreibt, lässt sich Passivität des Opfers durchaus als konkludente Einwilligung deuten, d.h. in Situationen, in denen die Durchführung der sexuell konnotierten Handlung nach den «zeit- und kulturspezifischen Gepflogenheiten»¹⁶³⁰ nicht als ungewöhnlich erscheint, kann ein passives Verhalten bzw. eine fehlende «Abwehr» durchaus einer faktischen Einwilligung gleichkommen. Sollte die betroffene Person allerdings tatsächlich nicht einverstanden sein, gibt sie dies aber – obwohl es ihr möglich wäre – ihrem Gegenüber nicht zu verstehen, so müsste dem «Täter» zumindest ein vorsatzausschliessender Tatbestandsirrtum zugestanden werden, wonach er an eine konkludente Einwilligung des Opfers geglaubt habe. Dies erscheint jedenfalls in den erwähnten Konstellationen plausibel, in denen die Durchführung der Handlung vor dem Hintergrund des bisherigen Geschehens als dessen «normale» bzw. sozialübliche Fortsetzung erscheint. 571

Wenn das Opfer seinen Widerwillen hingegen explizit oder konkludent durch Wegrücken o.Ä. ausdrückt und der Täter dennoch nicht von ihm ablässt, ist das Vorbringen eines Irrtums allerdings nicht mehr zu hören. 572

In anderen Konstellationen, wenn sich Täter und Opfer zuvor überhaupt nicht gekannt haben oder wenn sich das Geschehen in einem Kontext abspielt, der für sexuelle Interaktionen grundsätzlich keinen Raum lässt – so etwa während der Arbeit, bei ärztlichen Besuchen oder in einer Ausbildungsstätte –, kann passives Verhalten regelmässig nicht als konkludente Einwilligung gewertet werden. Entsprechend sind auch die Vorbringen der Täter, sie hätten aufgrund des passiven Verhaltens an eine Einwilligung geglaubt, zu bewerten. Eine Bereitschaft zu spontanen sexuellen Interaktionen innerhalb eines professionellen Verhältnisses oder zwischen Unbekannten kann selbstverständlich nicht vorausgesetzt werden, vielmehr ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sexuell konnotierte, körperliche Berührungen durch unbekannte oder wenig bekannte Personen regelmässig *nicht* erwünscht sind.¹⁶³¹ In solchen Fällen darf passives Verhalten nicht als konkludente Einwilligung gewertet werden – auch dann nicht, wenn eine «Fluchtmöglichkeit» bestanden hätte. Wie Untersuchungen zeigen, gibt es in Europa im Übrigen einen erstaunlich breiten Konsens darüber, an welchen Körperzonen sich Menschen von anderen gerne berühren lassen und an welchen nicht, wobei die Art und Intensität der Beziehung zum berührenden Menschen eine entscheidende 573

¹⁶³⁰ Vgl. auch Hörnle, Irrtum, 374 f., die allerdings in diesem Zusammenhang die Sorgfaltpflichten für ein *de lege ferenda* zu schaffendes Fahrlässigkeitsdelikt konturiert.

¹⁶³¹ Vgl. Hörnle, Irrtum, 374.

Rolle spielen.¹⁶³² Um es mit Renzikowski zu sagen: «Es gibt durchaus einen gewissen sozialen Standard für Flirts (...). Wildfremde Personen oder Arbeitskolleginnen in den Hintern zu kneifen gehört definitiv nicht dazu.»¹⁶³³

3. *Subjektiver Tatbestand*

- 574 Für den subjektiven Tatbestand ist Vorsatz erforderlich, wobei Eventualvorsatz genügt. Dem Täter muss die sexuelle Bedeutung seines Verhaltens bewusst sein, eine entsprechende Motivation – eine «unzüchtige Absicht»¹⁶³⁴ – ist nach geltendem Recht nicht mehr erforderlich. Die irrtümliche Annahme einer Einwilligung schliesst wie bereits erwähnt den Vorsatz aus.

¹⁶³² Vgl. *Juulia Suvilehto/Enrico Glereana/Robin Dunbar/Riitta Haria/Lauri Nummenmaa*, Topography of social touching depends on emotional bonds between humans, in: *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 112, 45, 2015, 13811 ff.

¹⁶³³ MK-Renzikowski, § 184i Rn. 11.

¹⁶³⁴ Vgl. BGE 87 IV 126.

§ 8 Zusammenfassende Betrachtung

Die Revision des Sexualstrafrechts 1992 war erheblich von der sich im 20. Jahrhundert allmählich wandelnden gesellschaftlichen Sexualmoral geprägt, wonach nicht mehr die sexuellen Praktiken an sich moralisch bewertet werden sollten, sondern der so genannten «Konsensmoral» zum Durchbruch verholfen werden sollte.¹⁶³⁵ Entscheidendes Bewertungskriterium sexueller Interaktionen sollte nicht mehr der Inhalt, sondern die Form ihres Zustandekommens sein.¹⁶³⁶ Diese veränderte gesellschaftliche Sichtweise sowie das Bewusstsein für die Anliegen Opfer sexueller Übergriffe prägte denn auch das Gesetzgebungsverfahren. Es ist offensichtlich, dass der Gesetzgeber das sexuelle Selbstbestimmungsrecht der Frauen erheblich besser schützen wollte.¹⁶³⁷ Wie verschiedene Voten im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zu den Art. 189 f. zeigen, hatte der aus den USA kommende «No means No»-Diskurs auch die Schweiz erreicht. So verlangten mehrere Kommissionsmitglieder etwa die Klarstellung, sei, dass ein «Nein» einer Frau auch wirklich «Nein» bedeute.¹⁶³⁸ Auch in den Beratungen des Nationalrates zu den Art. 189 f. wurde ausdrücklich betont, dass das Kriterium der Willensäusserung des Opfers massgebend sein sollte für die Beurteilung des Willensbruchs und nicht ein vom Gesetzgeber festgelegtes Mass an Gewalt.¹⁶³⁹ Die einfache Missachtung des Willens einer Frau solle zur Erfüllung des Tatbestandes von Art. 190 genügen.

Es ist damit offensichtlich, dass an die Revision im Allgemeinen, die nicht mehr abschliessende Aufzählung der Nötigungsmittel in Art. 189 f. und insbesondere an das neue Tatmittel des «psychischen Drucks» hohe Erwartungen geknüpft wurden.¹⁶⁴⁰ Die Erfüllung dieser Erwartungen hing und hängt nun aber ganz entscheidend von der Auslegung der einzelnen Bestimmungen durch die Gerichte ab. Denn wie insbesondere die Ausführungen zu Art. 189 f. gezeigt haben, lassen sich die Bestimmungen sowohl äusserst eng

¹⁶³⁵ Vgl. *Pieth*, Strafrecht BT, 66.

¹⁶³⁶ Vgl. dazu auch *Schmidt*, Das Verschwinden der Sexualmoral, 11 f.; vgl. auch *Sigusch*, Kultureller Wandel der Sexualität, 16 ff.

¹⁶³⁷ So auch *BSK-Maier*, Art. 189 Rn. 7; *Hangartner*, Selbstbestimmung, 117 ff.; *Maier*, Nötigungsdelikte, 301 ff.

¹⁶³⁸ Vgl. *Maier*, Nötigungsdelikte, 303, mit entsprechenden Nachweisen; vgl. auch *Votum Bär*, AB NR, 1990, 2324. Die entsprechende Vorarbeit leisteten u.a. die demokratischen Juristinnen Basel, vgl. *Susanne Bertschi/Barbara Fischer/Elisabeth Freivogel/Lisa Stärkle*, Sexualstrafrecht aus feministischer Sicht. Straftaten gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung der Frau, 3. Aufl. 1990.

¹⁶³⁹ *Votum Fankhauser*, AB NR 1990, 2323.

¹⁶⁴⁰ So auch *Hangartner*, Selbstbestimmung, 146.

als auch derart weit auslegen, dass bereits das Handeln gegen den explizit geäußerten Willen genügen könnte.¹⁶⁴¹

- 577 Das Bundesgericht hat in Bezug auf die Art. 189 f. gewissermassen einen Mittelweg beschritten und zumindest die von der älteren Lehre propagierte restriktive Auslegung nie übernommen. Die Analyse der Rechtsprechung zeigt insbesondere, dass das Bundesgericht das Tatmittel des psychischen Drucks getreu dem Willen des Gesetzgebers weit auszulegen pflegt. Besonders eindrücklich wird dies aufgezeigt am Fall 6B_298/2008 vom 01.07.2008, wo das Bundesgericht die Nötigungshandlung darin erblickte, dass der Täter, nachdem er erste körperliche Annäherungen überraschend vorgenommen hatte, sich über die wiederholte und klare verbale sowie körperliche Kundgabe der Ablehnung seines Opfers hinwegsetzte und systematisch fortsetzte, so dass das Opfer damit rechnen musste, er würde sein Ansinnen ungeachtet ihres Widerwillens in jedem Fall umsetzen. Auch die Auslegung des Nötigungsmittels «Gewalt» wird nicht restriktiv gehandhabt. Wie sich gezeigt hat, lässt das Bundesgericht geringfügige Kraftaufwendungen des Täters genügen, wenn dem Opfer aufgrund der Umstände kein weitergehender Widerstand zumutbar erscheint.
- 578 Allerdings werden nicht alle Fälle, in denen der Täter sich über den explizit geäußerten Willen des Opfers hinwegsetzt und sexuelle Handlungen an diesem vornimmt, als sexuelle Nötigung oder Vergewaltigung qualifiziert. Die an das Tatmittel des psychischen Drucks bzw. an die gesamte Revision geknüpften hohen Erwartungen wurden damit nicht vollständig erfüllt. Man könnte sich fragen, ob durch die konkrete Ausgestaltung der Art. 189 f. als Nötigungsdelikte dem Wunsch des Gesetzgebers, den Willensbruch zum entscheidenden Kriterium für die Strafbarkeit zu machen, überhaupt nachgekommen werden kann. Wie in dieser Untersuchung gezeigt wurde, wäre eine entsprechende Auslegung zwar prinzipiell möglich, sofern man – wie es in dieser Untersuchung vorgeschlagen wird – «nötigen» lediglich als «gegen den Willen handeln» interpretiert und den Einsatz eines Tatmittels nur dann für notwendig erachtet, wenn das Opfer zur aktiven Vornahme einer Handlung gezwungen werden soll, in Fällen, in denen der Täter hingegen am Opfer Handlungen gegen dessen Willen vornimmt, den Willensbruch genügen lassen würde.
- 579 Mit einem neu zu schaffenden Tatbestand, der explizit auf das Handeln gegen bzw. ohne den Willen abstellt, würde allerdings wesentlich deutlicher klargestellt, dass der Willensbruch das entscheidende Kriterium für die Bewertung einer solchen Tat als erhebliches Unrecht darstellt. Zudem wäre dann die Möglichkeit zu einer angemessenen Bestrafung aller Sexualkontakte, die

¹⁶⁴¹ Vgl. die alternative Auslegungsmöglichkeit vorne Rz. 397 ff.

ohne Einwilligung des Opfers an diesem vorgenommen werden, nicht in so starkem Ausmass von der gerichtlichen Auslegung des Tatbestandes abhängig.

Die Vorstellung davon, was wahrhaftig einvernehmliche und damit legitime Sexualität ist, hat sich in den letzten Jahrzehnten erheblich gewandelt. Infolge der verstärkten Auseinandersetzung mit dem Inhalt und den Dimensionen des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung wird denn auch zunehmend die gesetzliche Entscheidung infrage gestellt, täuschendes Verhalten im Sexualbereich grundsätzlich straflos zu lassen. So erstaunt denn auch nicht, dass die Rechtsprechung sich bemüht, zumindest auf besonders verwerfliche täuschende Verhaltensweisen angemessen zu reagieren. Obwohl das Gesetz heute¹⁶⁴² und im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen¹⁶⁴³ – nebst dem Auffangtatbestand von Art. 198 Abs. 2 – augenscheinlich keinen Tatbestand kennt, um Sexualkontakte zu erfassen, die durch eine irrtumsbelastete Einwilligung zustande gekommen sind, werden diese Konstellationen häufig nach Art. 191 bestraft. Dies erweckt aber bisweilen den Anschein einer dogmatisch wenig sauberen Verlegenheitslösung.¹⁶⁴⁴ Auch die Qualifikation von Irrtumskonstellationen wie «Stealthung» als Schändung gemäss Art. 191 erweist sich m.E. als dogmatisch unstimmg.

Nicht nur ist es bereits höchst fraglich, ob man das irrende bzw. getäuschte Opfer sinnvollerweise als «widerstandsunfähig» i.S.v. Art. 191 ansehen kann, vielmehr erscheint die Bewertung solcher Taten als Verbrechen nicht angemessen. Damit werden bestimmte täuschende Verhaltensweisen mit derselben Strafe bedroht wie eine sexuelle Nötigung. Das Unrecht von täuschenden Verhaltensweisen erscheint aber nicht derart hoch wie das Unrecht, das einem

¹⁶⁴² Der frühere Art. 196 aStGB (Verführung) bestrafte denjenigen, der eine Unmündige von mehr als 16, aber weniger als 18 Jahren durch Missbrauch ihrer Unerfahrenheit und ihres Vertrauens zum Beischlaf verführt. Ein solcher Missbrauch des Vertrauens wurde nun insbesondere darin gesehen, dass sich ein Täter durch «Hinterlist oder täuschende Versprechungen» das Zutrauen des Mädchens erschlichen hatte. Ein umfassender Schutz vor Täuschungen sollte damit allerdings auch nicht statuiert werden, vielmehr sollten nur Täuschungen im Hinblick auf eine partnerschaftliche Bindung (Eheversprechen) erfasst werden. Ansonsten, so befürchtete *Stratenwerth*, könnte auch derjenige strafbar sein, der «eine jugendliche Prostituierte prellt», vgl. *Günter Stratenwerth*, BT II 1984, § 25 Rn. 80. Im Zuge der Revision 1992 wurde der Verführungstatbestand gestrichen, was u.a. mit der erhöhten Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung begründet wurde, die Jugendlichen ab 16 Jahren zuzubilligen sei, vgl. BBl 1985 1088.

¹⁶⁴³ Vgl. beispielsweise den englischen Sexual Offenses Act 2003.

¹⁶⁴⁴ Vgl. die Ausführungen oben zu BGE 119 IV 230, dessen Begründung *Hangartner*, Selbstbestimmung, 193, sogar als inkonsistent und widersprüchlich bezeichnet.

Willensbruch zugrunde liegt.¹⁶⁴⁵ Es wäre daher zu überlegen, ob für Täuschungskonstellationen ein eigenständiger Tatbestand mit einem angepassten, tieferen Strafraumen vorzugswürdig wäre.

- 582 Ausgehend von diesen Beobachtungen soll im nachfolgenden dritten Teil dieser Arbeit eingehend untersucht werden, ob und inwiefern im geltenden Sexualstrafrecht Änderungsbedarf besteht, und gleichzeitig ein Weg aufgezeigt werden, wie den sich aus dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ergebenden Prinzipien nachdrücklich Geltung verschafft werden könnte.

¹⁶⁴⁵ Auch *Green*, *Lies, Rape, and Statutory Rape*, 252, spricht sich für eine differenzierte Betrachtungsweise aus: «We should not assume that obtaining consent to sex by means of force is necessarily equivalent, morally or legally, to obtaining consent to sex by means of deception or incapacity.» Zumindest im Hinblick auf täuschende Verhaltensweisen ist dem uneingeschränkt zuzustimmen.

3. Teil: Kritische Würdigung und Reformvorschläge

§ 1 Umsetzung der staatlichen Schutzpflichten durch das Strafrecht

I. Ausgangslage

Wie im ersten Teil dieser Untersuchung ausführlich dargelegt, enthält das grund- und menschenrechtlich verankerte Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als subjektives Recht eine «doppelte Befugnis»:¹⁶⁴⁶ Zum einen enthält es die positive Selbstbestimmung als Dispositionsbefugnis, zu anderen die negative Selbstbestimmungsfreiheit, d.h. ein Abwehrrecht. Im ersten Teil wurde eingehend dargelegt, dass sowohl die allgemeine Einwilligungslehre als auch die sich aus der Istanbul-Konvention ergebenden Verpflichtungen, wonach sämtliche nichtkonsensuellen Sexualakte zu bestrafen sind, ein zweistufiges Konzept beinhalten. 583

So müssen zunächst alle Verhaltensweisen bestraft werden, in welche die betroffene Person von vornherein nicht eingewilligt hat. In diesem ersten Schritt werden etwa Kontakte mit schlafenden oder bewusstlosen Personen erfasst. Auch ein Sexualkontakt, den das Opfer explizit abgelehnt hat, wird bereits auf dieser Stufe als strafwürdige Konstellation erfasst. 584

In einem zweiten Schritt müssen auch jene Sexualkontakte strafrechtlich erfasst werden können, in welche die betroffene Person zwar faktisch eingewilligt hat, diese Einwilligung jedoch nicht als selbstbestimmte Entscheidung zu werten ist. Dieser Prüfschritt wird in Art. 36 Abs. 2 IK in einem eigenständigen Absatz normiert: «Das Einverständnis [im Original: «consent»] muss freiwillig als Ergebnis des freien Willens der Person, der im Zusammenhang der jeweiligen Begleitumstände beurteilt wird, erteilt werden.» Keine solchen freiwilligen Einwilligungen sind sicherlich solche, die unter Androhung von Gewalt oder sonstigen ernstlichen Nachteilen erteilt wurden, aber auch jene, bei denen das Opfer mangels Einwilligungsfähigkeit gar nicht zu einer selbstbestimmten Entscheidung fähig ist.¹⁶⁴⁷ Ein gewisser Spielraum scheint zu bestehen in Konstellationen, in denen (bei gesunden Erwachsenen) eine (wirt- 585

¹⁶⁴⁶ MK-*Renzikowski*, Vor § 174 Rn. 7.

¹⁶⁴⁷ Vgl. Urteil des EGMR vom 24.05.2016 – 36934/08 (I.C. gegen Rumänien), § 55 ff., wonach bei geistig beeinträchtigten Personen der Frage der «validity» einer allfälligen Einwilligung besondere Aufmerksamkeit geschuldet sei.

schaftliche) Abhängigkeit ausgenutzt wurde¹⁶⁴⁸ oder das Opfer getäuscht wurde.¹⁶⁴⁹ Es ist nicht klar, ob bzw. inwieweit diesbezüglich eine völkerrechtliche Verpflichtung zur Kriminalisierung besteht.

586 Wichtig erscheint zu betonen, dass die menschenrechtlichen Verpflichtungen lediglich eine grundsätzliche Pflicht zur Bestrafung solcher Sexualkontakte vorsehen. Nicht zuletzt aufgrund der schier unendlichen Möglichkeiten, wie diese grundlegende Pflicht im Einzelnen gesetzgeberisch umgesetzt werden kann (und auch wird), schreiben weder der EGMR noch die Istanbul-Konvention den Mitgliedstaaten vor, wie sie diese Verpflichtung konkret umzusetzen haben bzw. wie die Tatbestände im Einzelnen zu formulieren sind.¹⁶⁵⁰ Ob also die Vornahme einer sexuellen Handlung an einer Person, die diesen Kontakt explizit ablehnt, im nationalen Recht nun als Vergewaltigung, als sexueller Übergriff oder als ein sonstiges (Sexual-)Delikt bestraft wird; ob das Vornehmen einer sexuellen Handlung an einer schlafenden Person als «Vergewaltigung» oder als anderes Delikt qualifiziert wird; ob das Erzwingen einer sexuellen Handlung unter Androhung von erheblichen Nachteilen den Tatbestand der Vergewaltigung erfüllt oder einen sonstigen Tatbestand, scheint unerheblich zu sein.¹⁶⁵¹ Zentral ist einzig, dass sichergestellt wird, dass Sexualkontakte nur dann strafrechtlich irrelevant sind, wenn sie von einer faktischen Zustimmung getragen werden *und* diese Zustimmung das Ergebnis des freien Willens einer Person darstellt. Wie im ersten Teil dargelegt, erstreckt sich der Ermessensspielraum der Staaten aber nur so weit, als nicht zuletzt besonders vulnerable Personen wirksam geschützt und potentielle Täter abgeschreckt werden.¹⁶⁵²

¹⁶⁴⁸ Vgl. *Blume/Wegner*, Reform, 358, wonach die Einwilligung einer Person für ungültig erklärt werden *könne*, «weil der Empfänger des Einverständnisses ihr die Zufügung wirtschaftlicher Nachteile in Aussicht gestellt hatte».

¹⁶⁴⁹ Vgl. *Renzikowski*, Stellungnahme, 12, wonach die Istanbul-Konvention keine Strafbarkeit von Sexualkontakten gebiete, die durch eine Täuschung erschlichen werden.

¹⁶⁵⁰ Ähnlich *Asp*, A Swedish Perspective, 207 f.

¹⁶⁵¹ Der CEDAW-Ausschuss hingegen fordert dazu auf, Vergewaltigung als Geschlechtsverkehr «without consent» zu definieren, vgl. CEDAW-Report A/57/38, Rn. 98.

¹⁶⁵² Vgl. Urteil des EGMR vom 04.12.2003 – 39272/98 (M.C. gegen Bulgarien), § 150: «[E]ffective deterrence against grave acts such as rape, where fundamental values and essential aspects of private life are at stake, requires efficient criminal-law provisions. Children and other vulnerable individuals, in particular, are entitled to effective protection.»

II. Strafbarkeit von Sexualkontakten ohne faktische Einwilligung

A. Mangelhafte Erfassung von nichtkonsensuellen Sexualkontakten

Die Schutzpflichten aus Art. 3 und 8 EMRK und auch Art. 36 IK gebieten, alle nichtkonsensualen Sexualkontakte unter Strafe zu stellen, d.h. zunächst all jene Sexualkontakte, zu denen die betroffene Person keine Einwilligung erteilt hat oder die sie sogar explizit abgelehnt hat.¹⁶⁵³ Anders als in anderen Ländern existiert in der Schweiz nun aber kein Verbrechen- oder Vergehens-tatbestand, der das Vornehmen einer sexuellen Handlung ohne Einwilligung (oder das Handeln gegen den explizit ausgedrückten oder offensichtlichen Willen) des Opfers für sich gesehen ausdrücklich unter Strafe stellt. Auch wird «Vergewaltigung» in der Schweiz anders als in anderen Ländern nicht als «Geschlechtsverkehr ohne Einwilligung»¹⁶⁵⁴ oder immerhin «Geschlechtsverkehr gegen den Willen»¹⁶⁵⁵ definiert, sondern – restriktiver – als durch Nötigungsmittel erzwungenen vaginalen Geschlechtsverkehr, ein Konstrukt, dem der EGMR eher skeptisch gegenüberzustehen scheint.¹⁶⁵⁶ Bedeutet dies nun, dass die Schweiz die völkerrechtlichen Anforderungen im Gebiet des Sexualstrafrechts nicht erfüllt? 587

Dieser Schluss wäre voreilig. Denn wie bereits mehrfach erwähnt, machen grundsätzlich weder der EGMR noch die Istanbul-Konvention Vorgaben zur konkreten Ausgestaltung der Tatbestände und schreiben etwa auch nicht vor, dass Vergewaltigung als «sex without consent» definiert werden muss.¹⁶⁵⁷ Deshalb muss das gesamte Sexualstrafrecht in den Blick genommen werden, um die Frage zu beantworten, ob die Schweiz ihre menschenrechtlichen Verpflichtungen erfüllt.¹⁶⁵⁸ Die Konvention regelt nur das «Ob» der Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens, nicht aber das «Wie» bzw. dessen legislatorische Umsetzung.¹⁶⁵⁹ 588

¹⁶⁵³ So auch *Blume/Wegner*, Reform, 358; *Renzikowski*, Stellungnahme, 5 ff.

¹⁶⁵⁴ Vgl. die englische Regelung in Sec. 1 des Sexual Offences Act 2003.

¹⁶⁵⁵ Vgl. die neue Regelung in § 177 D-StGB.

¹⁶⁵⁶ Urteil des EGMR vom 04.12.2003 – 39272/98 (M.C. gegen Bulgarien), § 161, wo der EGMR herausstreicht, dass trotz «force-based-legislation» bzw. dank extensiver Auslegung solcher Bestimmungen sichergestellt werden könne, dass alle nichtkonsensualen Sexualkontakte bestraft werden können.

¹⁶⁵⁷ So auch *Eisele*, Abschlussbericht, 916.

¹⁶⁵⁸ So für das schwedische Recht auch *Asp*, A Swedish Perspective, 208.

¹⁶⁵⁹ *Eisele*, Abschlussbericht, 916.

589 Verschiedene Autoren sind nun der Ansicht, dass ein nationales Strafrecht nicht unbedingt einen solchen «consent-based» (Vergewaltigungs-)Tatbestand benötige, um alle nichtkonsensuellen sexuellen Kontakte angemessen zu erfassen.¹⁶⁶⁰ Es gebe Rechtsordnungen, in denen «non-consensual sexual acts» gewissermassen negativ definiert würden, und zwar durch die verschiedenen Tatbestände, welche in ihrer Gesamtheit die Faktoren und Einflussnahmen umschreiben, die eine gültige Zustimmung ausschliessen.¹⁶⁶¹ Die Überlegung geht laut Asp dahin, dass «consent is to a large extent the reflection of the non-use of means, or non-existence of factors, that negate consent».¹⁶⁶² Insofern sei es zulässig, anstatt eines «consent-based-Tatbestandes» bzw. einer «Einverständnis-Lösung» alle Verhaltensweisen und Umstände positiv zu normieren, die aus Sicht des nationalen Rechts mit einer freiwilligen Entscheidung nicht kompatibel sind.¹⁶⁶³ Auch im UN-Handbuch zur Gesetzgebung bei Gewalt gegen Frauen wird dieses Vorgehen als eine akzeptable Alternative dargestellt: «[S]ome countries have developed definitions of rape which rely on the existence of certain circumstances, rather than demonstrating a lack of consent.»¹⁶⁶⁴

590 Diese Überlegung verkennt allerdings die Zweistufigkeit des in der Istanbul-Konvention statuierten Regelungskonzeptes. Zwar ist durchaus zutreffend, dass durch die verschiedenen Nötigungs-, Ausnützungs- und Missbrauchstatbestände im Schweizer Sexualstrafrecht auch umschrieben wird, wann eine faktische Zustimmung zu einem konkreten Sexualkontakt ungültig und daher unbeachtlich ist, nämlich dann, wenn die Zustimmung

- durch ein Nötigungsmittel erzwungen wurde (Art. 189 und 190);
- von einer Person erteilt wurde, die urteilsunfähig ist (Art. 191);
- aufgrund eines Abhängigkeitsverhältnisses oder einer Notlage erteilt wurde (Art. 188, 192, 193);
- von einer Person erteilt wurde, die sich noch im Schutzalter befindet (Art. 187);
- von einer minderjährigen Person nur aufgrund einer versprochenen Gegenleistung erteilt wurde (Art. 196).

¹⁶⁶⁰ Vgl. etwa die Nachweise bei *Isfen*, Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen, 222; dezidiert dieser Auffassung etwa *Eisele*, Abschlussbericht, 919, und *Asp*, A Swedish Perspective, 211, Letzterer allerdings nicht in Bezug auf die Istanbul-Konvention, sondern in Bezug auf die völkerrechtlichen Vorgaben aus M.C. gegen Bulgarien.

¹⁶⁶¹ *Asp*, A Swedish Perspective, 210.

¹⁶⁶² *Isfen*, Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen, 232.

¹⁶⁶³ Vgl. den Vorschlag von *Eisele*, Stellungnahme, 11.

¹⁶⁶⁴ Handbook for legislation on violence against women, Department of Economic and Social Affairs, Division for the Advancement of Women, United Nations Publication, New York, 2009, 27.

Vor dem Hintergrund der eingangs beschriebenen zweistufigen Prüfung be- 591
 trifft dies aber nun den zweiten Prüfschritt, d.h. die Frage, welche Umstände
 es *ausschliessen*, dass eine faktische Einwilligung als hinreichend selbstbe-
 bestimmte Entscheidung gewertet wird. Auch Asp erkennt, dass eine gültige
 Einwilligung eben nur «to a large extent», also nur zu einem grossen Teil, in
 der Abwesenheit bestimmter Umstände oder Faktoren besteht.¹⁶⁶⁵ Eine gültige
 Einwilligung setzt aber wie gesehen zuallererst und als notwendige Bedin-
 gung voraus, dass *überhaupt* eine (faktische) Einwilligung vorliegt. Ein Sex-
 ualkontakt kann aber auch nichtkonsensuell bzw. ohne faktische Einwilli-
 gung erfolgen, ohne dass zwingend zusätzlich ein Faktor oder Umstand vor-
 liegen muss, der eine allfällige faktische Einwilligung ungültig machen und
 eine Subsumtion unter einen der bestehenden Vergehens- oder Verbrechenst-
 atbestände erlauben würde.¹⁶⁶⁶ Um es an einem Beispiel zu verdeutlichen: A
 erklärt, keinen Sexualkontakt mit B haben zu wollen. B kann nun an A gegen
 dessen Willen eine sexuelle Handlung vornehmen, ohne A zu nötigen, ohne
 eine Widerstandsunfähigkeit, Abhängigkeit oder Notlage auszunutzen.¹⁶⁶⁷
 Sofern A sich nicht mehr im Schutzalter befindet oder urteilsunfähig ist, wäre
 keiner der Vergehens- oder Vergehenstatbestände des geltenden Sexual-
 strafrechts erfüllt.¹⁶⁶⁸

Mit anderen Worten: Aufgrund der Systematik des Schweizer Sexualstraf- 592
 rechts bzw. des Fehlens eines Auffang- oder Grundtatbestandes, der das
 schlichte Handeln ohne (faktische) Einwilligung des Opfers angemessen er-
 fasst, können nichtkonsensuelle Sexualkontakte nur dann als erhebliches
 Unrecht qualifiziert werden, wenn über die fehlende Einwilligung hinaus
 zusätzliche Umstände vorliegen:

- Art. 189 f., wenn das Opfer zusätzlich durch ein Tatmittel genötigt wur-
 de;
- Art. 188, 192 oder 193, wenn ein Abhängigkeitsverhältnis oder eine Not-
 lage ausgenutzt wurde;¹⁶⁶⁹
- Art. 191, wenn das Opfer widerstands- oder urteilsunfähig war;
- Art. 187, wenn sich das Opfer noch im Schutzalter befindet.

Liegt hingegen keiner dieser zusätzlichen Umstände vor, kann die Vornahme 593
 einer sexuellen Handlung – selbst wenn es sich dabei um Geschlechtsverkehr

¹⁶⁶⁵ Asp, A Swedish Perspective, 210.

¹⁶⁶⁶ Zu diesem Ergebnis scheint auch *Renzikowski*, Stellungnahme, 8, zu gelangen.

¹⁶⁶⁷ Nicht plausibel ist hingegen, dass das Opfer ohne kompensativen Zwang dazu gebracht
 werden kann, aktiv eine Handlung am Täter vorzunehmen.

¹⁶⁶⁸ Vgl. dazu das bereits mehrfach zitierte Urteil des Bundesgerichts 6B_912/2009 vom
 22.02.2010.

¹⁶⁶⁹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_1076/2015 vom 13.04.2016, wo neben dem Übergehen
 des Opferwillens zusätzlich ein Ausnützen eines Abhängigkeitsverhältnisses bejaht wurde.

handelt – an einer Person, die nicht eingewilligt hat bzw. die den Sexualkontakt explizit abgelehnt hat, nicht als Verbrechen oder Vergehen eingestuft werden.¹⁶⁷⁰

- 594 Der Präzision halber soll hier noch einmal ausdrücklich festgehalten werden, dass sich die Kritik des ungenügenden Schutzes nur auf einen bestimmten Teil der denkbaren Fälle bezieht. Wenn Hörnle schreibt, der Vergewaltigungstatbestand als zweiaktiges Delikt sei fehlerkonstruiert,¹⁶⁷¹ hat sie zwar Recht, allerdings nur in Bezug auf nicht konsentierende Handlungen, die vom Täter *am* Opfer vorgenommen werden.¹⁶⁷² Dies wurde in der deutschen Debatte während der Reformbestrebungen m.E. zu wenig deutlich klargestellt und führte wohl nicht zuletzt deshalb zu einer fehlerhaften neuen Regelung.¹⁶⁷³ Wenn der Täter hingegen vom Opfer will, dass dieses eine bestimmte sexuelle Handlung *aktiv* vornimmt, dann muss er dem Opfer im Falle einer Weigerung einen Grund dafür geben – es also namentlich durch Nötigungsmittel zwingen oder durch Instrumentalisierung eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Vornahme der Handlung bewegen.¹⁶⁷⁴ Wenn der Täter dies alles nicht tut, das Opfer die gewünschte Handlung aber trotzdem «widerwillig» ausführt, dann ist nicht ersichtlich, weshalb in dieser aktiven Vornahme der verlangten Handlung keine konkludente faktische Einwilligung zu erblicken sein sollte. Mit anderen Worten: Wenn das Opfer die Handlung nicht vornehmen möchte und nicht gezwungen oder sonst in strafrechtlich relevanter Weise unter Druck gesetzt wird, dann kann es die Vornahme der Handlung schlicht unterlassen.¹⁶⁷⁵ Anders liegt es aber in Konstellationen, in denen der Täter *am* Opfer eine sexuelle Handlung ausführt.

¹⁶⁷⁰ Kritisch wohl auch *Pieth*, Strafrecht BT, 77.

¹⁶⁷¹ *Hörnle*, Warum § 177 StGB ergänzt werden sollte, 208.

¹⁶⁷² Insofern lag dem heftigen Schlagabtausch insb. zwischen *Hörnle* und *Thomas Fischer* wohl zumindest partiell ein Missverständnis zugrunde. *Fischer* verwendete fast immer Beispiele, bei denen das Opfer gezwungen wird, etwas aktiv zu tun, vgl. *Fischer*, Die Schutzlückenkampagne, *Die Zeit* vom 03.02.2015: «A sagt zu B: Iss diese Suppe! B sagt: Nein. Jetzt wird es spannend. Wenn A sich durchsetzen will, muss er/sie B «nötigen», das heisst «zwingen». Dazu gibt es, liebe Mütter und Väter, nach aller menschlichen Lebenserfahrung, nur zwei Möglichkeiten: Gewalt oder Drohung, anders gesagt: das Ausnutzen unmittelbarer physischer Überlegenheit oder das Ausnutzen von Angst.»

¹⁶⁷³ Vgl. § 177 Abs. 1 D-StGB: «Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.» *Renzikowski* betrachtet es als Missverständnis, dass der Gesetzgeber glaubte, bei Abs. 1 ohne Nötigung auszukommen, vgl. *MK-Renzikowski*, § 177 Rn. 50.

¹⁶⁷⁴ Vgl. auch *MK-Renzikowski*, § 177 Rn. 50.

¹⁶⁷⁵ Ebenda. Vgl. zur Kritik an dieser Unterscheidung vorne Rz. 412 ff.

Beispiele für solche Fälle wurden in dieser Untersuchung bereits mehrfach genannt: 595

- Eine weinende Frau, die den Täter als «Arschloch» bezeichnet, erteilt klarerweise keine faktische Einwilligung. Dies hat auch das Bundesgericht erkannt. Da aber keines der im Gesetz genannten Nötigungsmittel vorlag, musste ein Freispruch vom Vorwurf der Vergewaltigung erfolgen.¹⁶⁷⁶
- Eine Frau verhält sich, nachdem der Beschuldigte dreimal ihre klare Abweisung ignoriert hatte, passiv und reglos und lässt den Geschlechtsverkehr über sich ergehen.¹⁶⁷⁷ Dieses Verhalten ist angesichts der Umstände sicherlich nicht als faktische Einwilligung zu werten. Besonders störend an diesem Fall erscheint, dass hier nicht einmal Art. 198 als Auffangtatbestand hätte greifen können, da dem Täter ein Tatbestandsirrtum zugutegehalten wurde.¹⁶⁷⁸ Denn wird einem Beschuldigten im Hinblick auf Art. 189 und 190 betreffend das Vorliegen eines Einverständnisses ein Irrtum zugestanden, so müsste ihm dieser Irrtum auch im Hinblick auf die sexuelle Belästigung zugutegehalten werden, wodurch das Verhalten im Ergebnis gänzlich straflos bliebe.¹⁶⁷⁹

Man könnte nun geneigt sein, sich zu fragen, weshalb sich die Opfer denn nicht weitergehend gewehrt haben, wenn doch keine Nötigungsmittel angewendet wurden und kein Abhängigkeitsverhältnis und keine Widerstandslosigkeit vorgelegen haben.¹⁶⁸⁰ Im Urteil 6B_912/2009 vom 22.02.2010 kam dieser Gedanke denn auch deutlich zutage: «Die Vorinstanz hält zu Recht fest, dass es der kräftemässig mit dem Beschwerdegegner ebenbürtigen Beschwerdeführerin (...) zuzumuten war, sich zu wehren.»¹⁶⁸¹ Dies widerspiegelt denn auch den wohl hartnäckigsten Vergewaltigungsmythos, wonach ein «richtiges» Vergewaltigungsoffer sich entweder wirksam zu wehren versu- 596

¹⁶⁷⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_912/2009 vom 22.02.2010. Nach der in dieser Untersuchung vorgeschlagenen alternativen Auslegung der Nötigungsdelikte hätte allerdings kein Freispruch erfolgen müssen, vgl. vorne Rz. 397 ff.

¹⁶⁷⁷ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_311/2011 vom 19.07.2011.

¹⁶⁷⁸ Ebenda, E. 5.5.

¹⁶⁷⁹ Denkbar wäre aber wie in dieser Untersuchung dargelegt zumindest eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung, vgl. vorne Rz. 427 ff.

¹⁶⁸⁰ Vgl. die Ausführungen bei *Eisele*, Stellungnahme, 12: «Wünscht der Beteiligte in diesen Fällen explizit keinen sexuellen Kontakt, so kann er sich der Situation durch blosser Nichtbeteiligung, Wegdrehen usw. leicht entziehen, da Drohungen oder Gewalt nicht im Raum stehen.»

¹⁶⁸¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_912/2009 vom 22.02.2010 E. 2.1.4.

chen oder zumindest einen Fluchtversuch unternehmen bzw. um Hilfe rufen würde.¹⁶⁸²

- 597 Hörnle weist nun zu Recht darauf hin, dass es viele Gründe geben kann, weshalb Menschen, deren explizite oder konkludente Ablehnung ignoriert wird, schlicht kapitulieren bzw. sich nicht widersetzen,¹⁶⁸³ wie etwa schlicht durch Persönlichkeit, Stress oder andere situative Faktoren bedingte Überforderung. Erstarren oder sonstige aus «objektiver» Perspektive unlogische Handlungen stellen durchaus weit verbreitete Reaktionen auf sexualisierte Übergriffe dar, die beim Opfer häufig enorme Schamgefühle auslösen können.¹⁶⁸⁴ Wenn Estrich schreibt, vom Opfer (körperlichen) Widerstand zu erwarten bedeute, eine «typisch männliche» Reaktion als normal und vernünftig vorauszusetzen,¹⁶⁸⁵ mag dies etwas radikal erscheinen, zumal zumindest in unserer Rechtsordnung das Bundesgericht keinen besonders strengen Massstab an die «Widersetzlichkeit» des Opfers anlegt. Dennoch lässt sich nicht bestreiten, dass das – nachträglich von den Mitgliedern der Strafverfolgungsbehörden als zumutbar deklarierte – Widerstandserfordernis eine unfaire Verhaltensanforderung an die Adresse des Opfers darstellt.¹⁶⁸⁶ In einer Situation, die regelmässig durch akuten Stress für das Opfer gekennzeichnet ist, erscheint es unfair, rationales Verhalten von diesem zu verlangen und allenfalls ohnehin schon bestehende Scham- und Schuldgefühle dadurch noch weiter zu verstärken.¹⁶⁸⁷ Mehr noch: Es erscheint sogar unvernünftig, vom Opfer zu verlangen, sich in einer solchen Situation zu wehren, riskiert es doch u.U. damit ein noch

¹⁶⁸² Vgl. zum Ganzen *Lembke*, Vergebliche Gesetzgebung, 267 ff.

¹⁶⁸³ *Hörnle*, Wie § 177 StGB ergänzt werden sollte, 314 mit Fn. 10.

¹⁶⁸⁴ vgl. *Lembke*, Vergebliche Gesetzgebung, 253 und *Gysi*, Fünf Konzepte, 79.

¹⁶⁸⁵ *Estrich*, Real Rape, 65: «[This] version of a reasonable person is one who does not scare easily, one who does not feel vulnerable, one who is not passive, one who fights back, not cries. The reasonable woman, it seems, is not a schoolboy «sissy»; she is a real man.»

¹⁶⁸⁶ Vgl. hierzu Urteil des Zürcher Obergerichts Nr. SB160355 vom 09.03.2017. Ohne den Entscheid *im Ergebnis* kritisieren zu wollen, erscheint die Begründung in E. 3.1.6. problematisch: «Die Begründung der Privatklägerin dagegen, wieso sie nicht um Hilfe geschrien habe, ist mit der Vorinstanz einerseits widersprüchlich und andererseits nicht nachvollziehbar (...). Mit der Vorinstanz hätte sie angesichts der Umgebung des Tatorts Chancen gehabt, dass ihr jemand zu Hilfe gekommen wäre, wenn sie geschrien hätte. Ebenso wenig einleuchtend erscheint weiter die Erklärung der Privatklägerin für das Unterlassen von Hilferufen, nämlich dass sie Angst gehabt habe, dass sie jemand hätte sehen können; das würde niemand wollen (...). Dass die Privatklägerin in einer solchen Situation Scham empfunden und deshalb Hilferufe unterlassen haben will, erscheint nicht lebensnah.» Die Entwicklung von Schamgefühlen bei Opfern sexueller Gewalt erscheint oft rational nicht nachvollziehbar, nichtsdestotrotz ist sie sogar eine äusserst typische Reaktion, vgl. *Plassmann*, Anzeige erstatten, 245.

¹⁶⁸⁷ Vgl. *Gysi*, Fünf Konzepte, 77; *Hörnle*, Warum § 177 StGB ergänzt werden sollte, 212; kritisch wohl auch *Pieth*, Strafrecht BT, 77.

brutaleres Vorgehen des Täters.¹⁶⁸⁸ Und auch aus einer ganz grundlegenden Betrachtung erscheint es nicht nachvollziehbar, dass sich das Opfer einem unerwünschten Angriff zu entziehen oder diesen gar abzuwehren hat, der doch eigentlich von vornherein – unter dem Vorbehalt einer Einwilligung – gar nicht gestattet ist.

B. Besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf?

1. Die völkerrechtliche Perspektive

a) Konflikte mit sekundären Bestimmungen der Istanbul-Konvention

Grundsätzlich werden sämtliche denkbaren Sachverhalte, welche unter Art. 36 IK zu subsumieren sind, durch das schweizerische Strafrecht erfasst, wodurch die primäre Anforderung der Konvention (und des EGMR) erfüllt wird. Die aktuelle Ausgestaltung und Auslegung der sexuellen Nötigungsdelikte führt jedoch dazu, dass manche eindeutig nichteinverständlichen sexuellen Handlungen nicht als sexuelle Nötigung oder Vergewaltigung, sondern lediglich hilfsweise als Ausnützung einer Notlage nach Art. 193¹⁶⁸⁹ oder sogar nur als sexuelle Belästigung nach Art. 198 erfasst werden können. Letzteres ist als Antragsdelikt und Übertretung ausgestaltet. Es stellt sich daher die Frage, ob sich daraus Verstöße gegen weitere Bestimmungen der Istanbul-Konvention ergeben. Denn wie im ersten Teil dargelegt wurde, schreibt die Istanbul-Konvention vor, dass in Bezug auf Taten, welche *materiell* unter Art. 36 IK zu subsumieren sind, weitere Vorgaben einzuhalten sind. 598

So verpflichtet Art. 41 IK, die Gehilfenschaft, die Anstiftung und den Versuch zur Begehung von Delikten i.S.v. Art. 36 IK als Straftat zu umschreiben. 599 Wie oben ausgeführt, ist diese Vorgabe in all jenen Fällen nicht erfüllt, in denen sexuelle Handlungen, die zwar nicht einverständlich erfolgt sind, aber ohne Anwendung eines eigentlichen Nötigungsmittels vollzogen wurden und nur hilfsweise über den Auffangtatbestand der sexuellen Belästigung nach Art. 198 erfasst werden können. Während nun die Anstiftung zu einer Übertretung grundsätzlich strafbar ist,¹⁶⁹⁰ werden Versuch und Gehilfenschaft zu Übertretungen nur in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen bestraft.¹⁶⁹¹ Mangels Sondervorschrift sind Versuch und Gehilfenschaft zu einer

¹⁶⁸⁸ Ich danke Neil Mc Hale, dass er mich an diesen Punkt erinnert hat.

¹⁶⁸⁹ Vgl. etwa das Urteil des Bundesgerichts 6B_1076/2015 vom 13.04.2016.

¹⁶⁹⁰ Art. 104.

¹⁶⁹¹ Art. 105 Abs. 2.

sexuellen Belästigung folglich nicht strafbar. Insofern ergibt sich daraus möglicherweise ein Verstoß gegen Art. 41 IK.¹⁶⁹²

600 Art. 45 der Konvention verpflichtet die Vertragsstaaten, für Delikte i.S.v. Art. 36 IK wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen vorzusehen, die ihrer Schwere Rechnung tragen, wobei den Staaten ein gewisser Umsetzungsspielraum überlassen wird. Jene Taten i.S.v. Art. 36 IK, die nach geltendem StGB lediglich als sexuelle Belästigung erfasst werden können, werden aber bloss mit Busse bedroht. Ob dies als «angemessene» Sanktion i.S.v. Art. 45 IK gelten kann, ist höchst fraglich. Die Vertragsparteien sind zudem gemäss Art. 55 IK verpflichtet, sicherzustellen, dass Ermittlungen oder die Strafverfolgung von Straftaten i.S.v. Art. 36 IK nicht vollständig von einer Meldung oder Anzeige des Opfers abhängig gemacht werden und das Verfahren fortgesetzt werden kann, auch wenn das Opfer seine Aussage oder Anzeige zurückzieht. Problematisch sind hier wiederum die Fälle der schlichten Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung, welche unter Art. 36 IK zu subsumieren sind, im Schweizer Strafrecht aber nur hilfsweise als sexuelle Belästigung gemäss Art. 198 erfasst werden können. Da Art. 198 als Antragsdelikt ausgestaltet ist, ergeben sich hier Spannungen mit Art. 55 IK.

601 Man könnte nun einwenden, dass die Art. 41, 45 und 55 IK bei den oben genannten Fällen von nichtkonsensuellen erheblichen sexuellen Handlungen, die aber «nur» als sexuelle Belästigungen qualifiziert werden können, eben gerade nicht greifen, zumal die Konvention in Art. 40 die sexuelle Belästigung eigens regelt und den Vertragsparteien dort sehr viel Spielraum belässt.¹⁶⁹³ Diesem möglichen Einwand liegt allerdings ein Missverständnis zugrunde. Denn es gilt zu berücksichtigen, dass Konstellationen wie diejenige in Entscheid 6B_912/2009 vom 22.02.2010, wo eine nichteinverständliche *Penetration* des Opfers stattfand, nur «formell», d.h. nach geltendem Schweizer Recht, eine sexuelle Belästigung darstellen würden. Dies bedeutet nun aber nicht, dass er auch im Lichte der Istanbul-Konvention als bloss sexuelle Belästigung nach Art. 40 der Konvention betrachtet werden würde. *Materiell* stellen solche Fälle vielmehr ein Verhalten dar, das zweifelsohne unter

¹⁶⁹² Vgl. dazu allerdings das neuere Urteil des Bundesgerichts 6B_966/2016 vom 26.04.2017 E. 1.4.2: «Dass es letztlich zu keinen Berührungen im Intimbereich der Geschädigten gekommen ist und der Beschwerdeführer sie nicht küsste, ist (...) einzig darauf zurückzuführen, dass die Geschädigte die versuchten Übergriffe abzuwehren vermochte. Dabei ist es demnach durchaus zu körperlichen Kontaktnahmen gekommen. Dies ist für die Erfüllung des Tatbestands der tätlichen sexuellen Belästigung gemäss Art. 198 Abs. 2 StGB ausreichend.»

¹⁶⁹³ Vgl. die Ausführungen des Bundesrates in der Botschaft zur Istanbul-Konvention, BBl 2017 244; wobei allerdings nicht klar ist, ob er dabei auch die hier gemeinten Konstellationen vor Augen hatte.

Art. 36 IK zu subsumieren ist, weshalb auch die weiteren Vorgaben u.a. in Art. 41, 45 und 55 IK zu berücksichtigen sind.

b) Zwischenfazit

Die Konvention schreibt den Vertragsstaaten *nicht* vor, den nationalen Vergewaltigungstatbestand dahingehend zu erweitern, dass jede nichtkonsensuelle sexuelle Handlung den Tatbestand der Vergewaltigung erfüllt, verlangt wird genau genommen nicht einmal, dass diese Verhaltensweisen als Sexualdelikte bestraft werden. Gefordert wird lediglich, aber immerhin, dass sämtliche nichtkonsensuellen sexuellen Handlungen unter Strafe gestellt und angemessen bestraft werden. Da wie bereits erwähnt einige Konstellationen nur aushilfsweise als Übertretungen bestraft werden können, ergeben sich zumindest Spannungen mit weiteren Bestimmungen der Konvention, so insbesondere mit Art. 41 (Strafbarkeit von Gehilfenschaft und Versuch), Art. 45 (Sanktionshöhe) und Art. 55 (Offizialisierung der Strafverfolgung). Um den Anforderungen aus der Konvention vollumfänglich gerecht zu werden, müsste daher das schweizerische Strafrecht entsprechend angepasst werden. 602

Ein kurzer Blick in unsere Nachbarstaaten bestätigt diese Einschätzung: Insbesondere in Österreich, dessen Sexualstrafrecht bis 2016 ähnlich ausgestaltet war wie das Schweizerische, wurde wie hier die Meinung vertreten, dass die absoluten Minimalanforderungen zwar grundsätzlich erfüllt werden.¹⁶⁹⁴ Allerdings wurde die Einführung eines neuen Tatbestandes – § 205a A-StGB Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung¹⁶⁹⁵ – explizit damit begründet, dass die «Einordnung oder Bezeichnung der Tathandlung sowie die Strafdrohung für manche der bisher nur als sexuelle Belästigung erfassten unfreiwilligen Sexualkontakte als nicht angemessen angesehen werden können, ebenso das bei diesem Tatbestand gegebene Ermächtigungserfordernis».¹⁶⁹⁶ Dies entspricht in etwa der hier vertretenen Ansicht, wonach zumindest Konflikte mit weiteren Vorgaben der Istanbul-Konvention entstehen, wenn auch die primäre Pflicht der Konvention in Bezug auf sexuelle Übergriffe erfüllt wird. 603

¹⁶⁹⁴ Vgl. die Erläuterungen zum Ministerialentwurf des österreichischen Strafrechtsänderungsgesetzes 2015, 98/ME XXV.GP, 26.

¹⁶⁹⁵ Vgl. § 205a A-StGB, in Kraft seit 01.01.2016.

¹⁶⁹⁶ Vgl. Erläuterungen zum Ministerialentwurf des österreichischen Strafrechtsänderungsgesetzes 2015, 98/ME XXV.GP, 26.

2. Generelle Überlegungen

a) Das Unrecht nichtkonsensueller sexueller Handlungen

604 Anders als unter früherem Recht in Deutschland fallen jene Konstellationen, die zwar als Handeln ohne faktische Zustimmung zu qualifizieren sind, jedoch kein als Verbrechen oder Vergehen ausgestaltetes Sexualdelikt erfüllen, in der Schweiz nicht gänzlich in den «rechtsleeren» Raum.¹⁶⁹⁷ Denn jede unfreiwillige sexuelle Handlung mit Körperkontakt wäre grundsätzlich – und unabhängig von Alter und Situation – immerhin als tätliche sexuelle Belästigung strafbar, sofern der Täter vorsätzlich gehandelt hat.¹⁶⁹⁸ Unabhängig von völkerrechtlichen Verpflichtungen erscheint es allerdings unangemessen, Übergriffe, die erhebliche sexuelle Handlungen zum Inhalt haben, als sexuelle Belästigung zu bezeichnen und lediglich mit Busse zu bedrohen.¹⁶⁹⁹ Denn mit der Einordnung eines Deliktes als eine Übertretung geht eine Wertung des Gesetzgebers über die grundsätzliche Schwere eines bestimmten Eingriffs in das Rechtsgut einher. Übertretungen werden generell als Bagatelldelikte qualifiziert, weil der Gesetzgeber entsprechende Taten als derart geringfügig betrachtet, dass ihm als Sanktion nur die mildeste Strafart angemessen erscheint.¹⁷⁰⁰

605 Dass die aushilfsweise Bestrafung von erheblichen sexuellen Übergriffen als sexuelle Belästigung und damit als Bagatelle nicht angemessen ist, setzt allerdings als Prämisse voraus, dass sexuelle Handlungen ohne faktische Einwilligungen *immer* als erhebliches Unrecht zu werten sind. Ist diese These richtig? Inwiefern stellt die Vornahme einer nichtkonsensuellen sexuellen Handlung immer ein erhebliches Unrecht dar?¹⁷⁰¹ Um diese Frage zu beantworten, soll teilweise auf die englischsprachige Literatur zurückgegriffen werden, die sich ausführlich mit dieser Frage befasst hat. In der Tradition des «Harm Principles» liegt es zunächst nahe, auf die durch nichtkonsensuelle sexuelle Handlungen verursachten physischen und psychischen Schäden für das Opfer wie körperliche Verletzungen, Geschlechtskrankheiten, das Risiko von ungewollten Schwangerschaften, posttraumatische Belastungsstörungen, Depressionen und weitere mögliche Folgeschäden abzustellen, um zu begründen, weshalb nichtkonsensuelle sexuelle Handlungen ein erhebliches

¹⁶⁹⁷ Auch in Deutschland wurde eine Erfassung zumindest als Beleidigung vorgeschlagen, was von *Lembke*, Beitrag Verfassungsblog, zu Recht als «absurd» bezeichnet wurde.

¹⁶⁹⁸ Vgl. *Maier*, AJP 1999, 1400.

¹⁶⁹⁹ Vgl. auch Erläuterungen zum Ministerialentwurf des österreichischen Strafrechtsänderungsgesetzes 2015, 98/ME XXV.GP, 26.

¹⁷⁰⁰ Zum Ganzen BSK-*Heimgartner*, Vor Art. 103 Rn. 12 f.

¹⁷⁰¹ Auch *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 860 ff., widmet sich ausführlich dieser Frage.

Unrecht darstellen.¹⁷⁰² Gardner und Shute greifen nun aber den Schwachpunkt dieser Begründung an und setzen ihr den Fall des «harmless rape» entgegen.¹⁷⁰³ Sie verweisen damit auf die grundsätzlich denkbaren Fälle, in denen eine Person zwar Opfer einer nichtkonsensuellen sexuellen Handlung wird, diese Person aber nicht im engeren Sinne geschädigt wird, da sie bewusstlos ist und sich nie an die Tat erinnern können und auch nie damit konfrontiert werden würde.¹⁷⁰⁴ Ähnliche Überlegungen könnte man, wie Hörnle zu Recht anmerkt,¹⁷⁰⁵ auch anstellen für sexuelle Handlungen an Kleinkindern, falls sicher wäre, dass die Kinder sich niemals würden daran erinnern können und keine körperlichen Schäden eingetreten wären.¹⁷⁰⁶

Der Begründungsansatz von Gardner und Shute zielt deshalb in eine andere Richtung: Sie wollen nicht auf die vom Opfer (allenfalls) erlebten physischen und psychischen Folgen bzw. Schäden abstellen, da diese das Unrecht nicht konstituieren, sondern lediglich das eigentlich zugrundeliegende Unrecht, d.h. «the basic, or essential, wrongness of rape», widerspiegeln würden.¹⁷⁰⁷ Die Begründungslinie von Gardner und Shute ist nach eigenen Angaben vage an Kants Kritik¹⁷⁰⁸ an der Benutzung einer anderen Person als blosses Mittel

606

¹⁷⁰² Vgl. zu diesem Ansatz *Wertheimer*, Consent to Sexual Relations, 102 ff.

¹⁷⁰³ Vgl. *Gardner/Shute*, The Wrongness of Rape, 3 ff.

¹⁷⁰⁴ *Gardner/Shute*, The Wrongness of Rape, 5. Noch extremer spielt der Regisseur Pedro Almodóvar mit diesem Gedankenexperiment, wenn er in seinem 2002 erschienenen Film «Hable con ella» die nach der Schändung durch ihren Pfleger schwanger gewordene Wachkomapatientin Alicia aufgrund der darauffolgenden Totgeburt aus dem Koma erwachen lässt. Hier bewirkt das Sexualdelikt sogar eine Verbesserung des gesundheitlichen Zustandes des Opfers.

¹⁷⁰⁵ *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 861.

¹⁷⁰⁶ *Wertheimer*, Consent to Sexual Relations, 103 ff., lässt diesen Einwand nicht gelten. Auch er sieht als Grundlage für eine wahlweise konsequentialistische oder gesellschaftsvertragliche Begründung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung die Tatsache, dass Vergewaltigungen jedenfalls von einem grossen Teil der betroffenen Personen als «special harms» erlebt werden. Seiner Ansicht nach ist gar nicht erforderlich, dass in jedem Fall eine Schädigung eintritt. Er hebt hierbei die Unterscheidung zwischen «harm» und «wrong» hervor und betont, dass man das Verhalten des Täters trotz Fehlens einer Schädigung im Einzelfall dennoch als «wrong» bezeichnen könne, «because it is likely to result in harm to [the victim] without having to insist that [the victim] was harmed in this case», vgl. a.a.O. 111.

¹⁷⁰⁷ Vgl. *Gardner*, Reasonable Reactions, 2: «(...) shadow the the basic, or essential, wrongness of rape.» Ähnlich auch *Archard*, The Wrong of Rape, 381: «(...) the hurtfulness of a rape is evidence of, but not constitutive of, the essential wrongfulness of a rape.»

¹⁷⁰⁸ Vgl. *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 59 f.: «Nun sage ich: der Mensch, und überhaupt jedes vernünftige Wesen, existiert als Zweck an sich selbst, nicht bloss als Mittel zum beliebigen Gebrauche für diesen oder jenen Willen, sondern muss in allen seinen, sowohl auf sich selbst, als auch auf andere vernünftige Wesen gerichteten Handlungen jederzeit zugleich als Zweck betrachtet werden. (...)»

angelehnt:¹⁷⁰⁹ Vergewaltigung bzw. «sex without consent» wird von ihnen als «the sheer use of a person», als «a kind of objectification of a person» und damit als Würdeverletzung definiert.¹⁷¹⁰ Auch McGregor sieht als eigentliches Unrecht einer Vergewaltigung die damit vom Täter zugefügte «moral injury»:¹⁷¹¹

«The rapist, whether the violent rapist or the subtler «date rapist», sends the message that the woman is for his enjoyment, an object to be used for his pleasure. His actions express her inferiority to him since he does not feel the need to bother to investigate whether she is really consenting, even in the face of evidence that she was not or may not be. (...) For him, her wishes and desires are irrelevant. He is superior to her, his desires matter and hers do not, making her an object rather than an equal person. Sending this message is the expressive moral injury of rape.»¹⁷¹²

607 Warum aber sind Missachtungen des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung als besonderes und gravierendes Unrecht einzustufen? Dass diese Meinung nicht von allen geteilt wird, zeigen Ansichten wie die von Murphy, der schreibt, dass eine Vergewaltigung kein besonderes Unrecht darstelle, sondern vielmehr einfach eine Form der Verletzung der physischen Integrität darstelle, dass «there is nothing intrinsic about sexual assault that makes it objectively more serious than nonsexual assault».¹⁷¹³ Er geht sogar so weit, erzwungenen Sex mit erzwungenem Sushi-Essen zu vergleichen, das ja auch «a normally pleasurable exercise if not forced upon the person» sei.¹⁷¹⁴ Teilweise wurde auch vertreten, es sei sexistisch, eine Vergewaltigung als besonderes Unrecht zu betrachten, weil dann davon ausgegangen werde, dass

¹⁷⁰⁹ Gardner, *Reasonable Reactions*, 15 mit Fn. 36. Interessanterweise vertrat Kant eine äußerst rückständige Sexualethik: Geschlechtsverkehr sei streng an die Ehe gebunden und Masturbation wird als «wohllüstige Selbstschändung» abgelehnt. Sie sei eine Verletzung der Pflicht des Menschen gegen sich selbst, weil er seine eigene Persönlichkeit aufgebe, indem er sich selbst als reines Mittel zur Befriedigung seiner Triebe gebrauche, vgl. Kant, *Metaphysik der Sitten*, 556; eingehend zu Kants Sexualethik *Elizabeth Brake*, Kant, in: Soble (Hrsg.), *Sex from Plato to Paglia*, A Philosophical Encyclopedia, Vol. 1, Westport 2006, 543 ff.

¹⁷¹⁰ Gardner/Shute, *The Wrongness of Rape*, 24 ff.

¹⁷¹¹ McGregor, *Is it Rape?*, 226 ff.; ähnlich bereits Hampton, *Defining Wrong and Defining Rape*, 123.

¹⁷¹² McGregor, *Is it Rape?*, 230.

¹⁷¹³ Murphy, *Some Ruminations*, 214.

¹⁷¹⁴ Murphy, *Some Ruminations*, 214.

Vergewaltigungsoffer Personen seien, «whose most important interests are connected to the genital area and the reproductive area».¹⁷¹⁵

Die meisten Autoren hingegen sind zu Recht der Ansicht, dass Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung ein gegenüber sonstigen Eingriffen besonderes Unrecht darstellen. Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung sei «a fundamental liberty right, one that is at the heart of our integrity, happiness and self-fulfillment as human beings, and whose denial is the source of a special, damaging kind of misery».¹⁷¹⁶ Wertheimer begründet die Annahme, dass nichtkonsensuelle sexuelle Handlungen «special harms» seien, ganz simpel damit, dass insbesondere Frauen Vergewaltigungen aus evolutionspsychologischen Gründen als «special harms» erleben: «I (...) think it likely that the distress to woman caused by sexual violations is deeply implanted in the human psyche, that it is not «essentially cultural», nor is it principally a «second» order or theoretically loaded form of distress.»¹⁷¹⁷ 608

Etwas schwieriger gestaltet sich die Begründung, weshalb die Instrumentalisierung gerade im sexuellen Bereich immer ein besonderes Unrecht ist, für die Ansätze, die auf den Instrumentalisierungsaspekt abstellen. Denn man könnte einwenden, dass das Selbstbestimmungsrecht in vielerlei Lebensbereichen häufig missachtet wird und dies unbestrittenermaßen nicht immer als erhebliches Unrecht zu werten ist.¹⁷¹⁸ Gardner verweist diesbezüglich nun auf etwas, das er selbst die «sex is special-card» nennt:¹⁷¹⁹ «Rape takes an important and socially influential ideal of subject-subject relations – human sexual relations – and turns it on its head. This gives a special social meaning to rape that other sheer uses do not share.»¹⁷²⁰ Andere vertreten die Ansicht, dass eine Missachtung des Rechts auf Selbstbestimmung als umso schlimmer zu erachten ist, je näher der infrage stehende Bereich dem «innersten Bereich einer Person» zuzurechnen ist, wobei das «sexually embodied self» ganz im Zentrum platziert wird.¹⁷²¹ Ähnlich drückt es auch McGregor aus, wenn sie schreibt, dass das Unrecht nichtkonsensueller sexueller Handlungen im Umstand zu sehen sei, «that the victim's consent is overridden in an area that is central to one's identity and personhood».¹⁷²² Auch Ashworth und Horder 609

¹⁷¹⁵ *Harriet Baber*, How Bad is Rape?, in: *Hypatia. A Journal of Feminist Philosophy*, 2, 1987, 125; a.A. *McGregor*, Is it Rape?, 222 f.

¹⁷¹⁶ *Archard*, Children, 105; ähnlich *ders.*, Sexual Consent, 20 f.

¹⁷¹⁷ *Wertheimer*, Consent to Sexual Relations, 103.

¹⁷¹⁸ Diese Problematik erkennend auch *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 862.

¹⁷¹⁹ *Gardner*, Reasonable reactions, 16.

¹⁷²⁰ *Gardner*, Reasonable reactions, 16, unter Hinweis auf *Gardner/Shute*, The Wrongness of Rape, 22; ähnlich auch *McGregor*, Is it Rape?, 225.

¹⁷²¹ *Carolyn Shafer/Marilyn Frye*, Rape and Respect, in: *Vetterling-Bragg et al. (Hrsg.), Feminism and Philosophy*, Totowa 1977, 333 ff., 337.

¹⁷²² *McGregor*, A Critical Reconstruction of Consent, 191; ähnlich *dies.*, Is it Rape?, 221 ff.

halten fest, dass Sexualität «an intrinsic part of one's personality» sei und nichtkonsensueller Sex «invades a deeply personal zone.»¹⁷²³

- 610 Missachtungen des sexuellen Selbstbestimmungsrechts sind also deshalb immer als gravierendes Unrecht zu sehen, weil sie das Selbstbestimmungsrecht in einem absolut höchstpersönlichen Bereich missachten, einem Bereich, dem wir als Gesellschaft und auch als Individuen eine zentrale, identitätsstiftende Bedeutung zumessen.¹⁷²⁴ Vor diesem Hintergrund lässt sich die Instrumentalisierung einer Person im sexuellen Bereich, also das Gebrauchen des Körpers einer Person ohne deren Zustimmung für eine sexuelle Handlung, auch «müheles»¹⁷²⁵ als Verletzung der Menschenwürde charakterisieren.¹⁷²⁶ Nicht zu folgen wäre im Übrigen dem Einwand, der aufgrund der in jüngerer Zeit erfolgten Liberalisierung des Sexualverhaltens oder der so genannten «Übersexualisierung» der Gesellschaft dem (negativen) sexuellen Selbstbestimmungsrechts die Bedeutung absprechen möchte.¹⁷²⁷ Denn aus der Tatsache, dass von der positiven sexuellen Freiheit mehr Gebrauch gemacht wird als früher, lässt sich keineswegs ableiten, dass damit auch die Missbilligung unerwünschter Sexualkontakte abgenommen hätte.¹⁷²⁸ Ein solcher Fehlschluss war bereits die Grundlage für die frühere, mittlerweile nirgends mehr (offen) vertretene Auffassung, wonach die Vergewaltigung einer Prostituierten kein oder zumindest ein geringeres Unrecht darstellen würde.¹⁷²⁹ Wie Archard richtigerweise sagt, bedeutet die Tatsache, dass jemand von seiner positiven Freiheit regen (oder umgekehrt: gar keinen) Gebrauch macht, nicht, dass Sexualität keine zentrale Bedeutung für diese Person hat.¹⁷³⁰

¹⁷²³ *Ashworth/Horder*, Principles of Criminal Law, 338.

¹⁷²⁴ Vgl. auch *McGregor*, Is it Rape?, 224: «Much of our personal identity is tied to our gender and sexual expression and hence to our sexual self-determination.» Kritisch zu diesem Ansatz *Anderson*, Coerced Sex, 63 f.: «(...) it remains unclear why one event of limited duration and possibly no residual physical harms can be such a threat to that identity (...).»

¹⁷²⁵ So *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 863.

¹⁷²⁶ *Archard*, Sexual Consent, 20 f.; ihm folgend *LK-Hörnle*, Vor § 174 Rn. 32; *dies.*, Sexuelle Selbstbestimmung, 863.

¹⁷²⁷ Vgl. die Auseinandersetzung mit diesem Einwand bei *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 865 f.

¹⁷²⁸ *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 865 f.

¹⁷²⁹ Insofern fortschrittlich *Jenny*, Angriffe, 71 f.: «Unterstellt man auch einmal, dass die Prostituierte – wenigstens während ihrer <Arbeitszeit> – prinzipiell bereit ist, gegen Entgelt mit jedem zu verkehren, kann sie im Einzelfall einer Einlassung aus einer Reihe von Gründen äusserst abgeneigt gegenüberstehen. Dass hier, setzt sich der Täter nötigend durch, das Selbstbestimmungsrecht allemal massiv verletzt wird, steht ausser Frage.» Vgl. aber noch *Messmer*, Die Notzucht, 41 f.; zur Entwicklung des Vergewaltigungstatbestandes eingehend *Kratzer-Ceylan*, Schlüsselbegriffe, 81 ff.

¹⁷³⁰ *Archard*, The Wrong of Rape, 386 ff.

Das zentrale unrechtsbegründende Element selbst einer Vergewaltigung ist also die Missachtung des Willens des Opfers, nicht die Modalitäten dieser Missachtung. Vergewaltigung ist kein «Gewaltdelikt», dessen primäres Unrecht in der Anwendung oder Androhung von physischer Gewalt liegt. Der Kern des Unrechts liegt in der Vornahme von nicht konsentierten sexuellen Handlungen, das Erzwingen mittels Gewalt erhöht das Unrecht lediglich.¹⁷³¹ 611

Die Anwendung der in Art. 189 und 190 genannten Nötigungsmittel *erhöht* also lediglich das bereits vorhandene erhebliche Unrecht, welches in der Vornahme von nicht konsentierten sexuellen Handlungen liegt.¹⁷³² Der Wille des Opfers wird nun aber sowohl bei einer Vergewaltigung unter Anwendung eines Nötigungsmittels als auch in Fällen «schlichter» Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung missachtet, wenn also offenkundig nichteinverständlicher Geschlechtsverkehr ohne Anwendung eines eigentlichen Nötigungsmittels vollzogen wird. Mit anderen Worten liegt auch in diesen Fällen eine erhebliche Verletzung des geschützten Rechtsguts dar, die mit einer Busse nicht angemessen abgegolten wird. Es erscheint inkonsistent, das eine lediglich als Bagatelle zu qualifizieren und mit einer Busse zu bedrohen, während das andere zu Recht als Verbrechen mit einer Strafandrohung von mindestens einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft wird. Die Einstufung solcher Übergriffe als Bagatellen hält auch aus intrasystematischer Sicht nicht Stand: So wird etwa der Konsum von Tierpornografie (Art. 197, Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr), ein Delikt, das nicht einmal die Beeinträchtigung eines Menschen voraussetzt,¹⁷³³ und auch das Exhibitionieren (Art. 194, Geldstrafe bis zu 180 Tagessätze) grundsätzlich als grösseres Unrecht betrachtet als Geschlechtsverkehr, der zwar nicht unter Anwendung eines Nötigungsmittels oder unter Ausnützung einer Abhängigkeit oder Notlage, aber dennoch ohne Einwilligung des Opfers vollzogen wird. 612

b) Strafnormen als Verhaltensregeln

Die einzelnen Tatbestände des Sexualstrafrechts lassen sich wie jede andere Strafnorm nicht nur als Sanktionsnorm, sondern auch als Verhaltensnorm interpretieren. Demnach formuliert die Rechtsordnung auch Erwartungen an das Verhalten sämtlicher Rechtsunterworfenen.¹⁷³⁴ Die Strafnormen als Verhaltensnormen legen fest, welche Verhaltensweise vom Standpunkt des 613

¹⁷³¹ So auch *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 885 f.; *dies.*, Warum § 177 StGB ergänzt werden sollte, 209.

¹⁷³² Ebenso für das deutsche Recht *Hörnle*, Warum § 177 StGB ergänzt werden sollte, 209.

¹⁷³³ Der menschliche Darsteller eines tierpornografischen Erzeugnisses kann in diese Handlung durchaus einwilligen.

¹⁷³⁴ *S/S-Lenckner*, Vor §§ 13 Rn. 48 f.

Rechts aus richtig oder falsch ist.¹⁷³⁵ Zusätzlich spiegeln die Strafdrohungen des Strafrechts auch die (gesellschaftlichen) Wertungen über das Ausmass des geschehenen Unrechts wider.

- 614 Vor dem Hintergrund dieser Überlegung ist das Fehlen einer Norm, die angemessen auf nichtkonsensuelle Sexualkontakte reagiert, äusserst problematisch. Denn das geltende Strafrecht statuiert damit nicht klar und deutlich die aus Grund- und Menschenrechten ableitbare Verhaltensregel, dass eine explizite oder konkludente Ablehnung in jedem Fall ernst zu nehmen sei, geschweige denn, dass Sexualkontakte von einer zumindest konkludenten Zustimmung aller Beteiligten getragen sein müssen. Ebenso wenig ist dem Gesetz die Aussage zu entnehmen, dass die Missachtung dieser Regel *immer* ein erhebliches Unrecht darstellt. Durch die Einstufung bestimmter Fallkonstellationen als blosser Übertretung geht notwendigerweise eine Bewertung solcher Taten als blosser Bagatellen einher. Diese autoritative Wertung, wonach das Erlebte lediglich ein geringfügiges Unrecht darstellt, kann auch für das Opfer erhebliche Konsequenzen haben. Aus der Opferforschung ist bekannt, dass das Opfer ein starkes Interesse an einer öffentlichen Reaktion auf die an ihm begangene Tat hat, an der autoritativen Feststellung und Entscheidung, «wer sich recht und wer sich unrecht verhalten hat, wer sich zu Recht schuldig fühlt oder fühlen sollte und wer keine Schuldgefühle entwickeln sollte».¹⁷³⁶ Wenn die Gesellschaft in Form der Strafjustiz nicht anerkennt, dass dem Opfer eines nicht konsentierten Sexualkontakts ein erhebliches Unrecht widerfahren ist, kann dies dem Opfer wiederum Anlass geben, «to distrust society, the legal system, and possibly even fellow human beings».¹⁷³⁷

c) Fazit

- 615 Die Rechtsprechung des EGMR und die Istanbul-Konvention, aber auch grundlegende Überlegungen zum Recht auf sexuelle Selbstbestimmung legen nahe, eine «consent-based»-Regelung einzuführen, d.h. einen als Verbrechen oder Vergehen ausgestalteten Straftatbestand, der als relevanter Anknüpfungspunkt einzig auf die fehlende Einwilligung der beteiligten Personen abstellt. Wie gesehen äussern sich der EGMR und die Istanbul-Konvention nur über das «Ob» der Strafbarkeit, nicht aber über das «Wie». Gerade der

¹⁷³⁵ *Ivo Appel*, Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafsens, Berlin 1998, 450.

¹⁷³⁶ *Cornelius Prittwitz*, Opferlose Straftheorien?, in: Schünemann/Dubber (Hrsg.), Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem. Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA, Köln 2000, 51 ff., 73.

¹⁷³⁷ *Christian Diesen/Eva Diesen*, Sex crime legislation: Proactive and anti-therapeutic effects, in: International Journal of Law and Psychiatry, 33, 2010, 329 ff., 331.

EGMR weist sogar darauf hin, dass Rechtsordnungen den Anforderungen genügen können, wenn sie ihre (Nötigungs-, Ausnützungs- und Missbrauchs-)Tatbestände so weit auslegen, dass alle nichteinverständlichen Sexualkontakte angemessen bestraft werden können.

Wie in dieser Untersuchung gezeigt wurde, lassen sich nach geltendem Recht 616 einige Konstellationen nicht befriedigend lösen. Es bleibt hier anzumerken, dass einige der besonders störenden «Lücken» durch eine extensive Auslegung der geltenden Tatbestände geschlossen werden könnten. So würde die in dieser Arbeit vorgeschlagene alternative Auslegungsmöglichkeit der Nötigungsdelikte dazu führen, dass alle Handlungen, die gegen den eindeutig erklärten Willen des Opfers vorgenommen werden, als Vergewaltigung oder sexuelle Nötigung bestraft werden könnten.¹⁷³⁸ Wer die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Sexualstrafrecht eingehend analysiert, stellt denn auch fest, dass das Bundesgericht bereits jetzt die Tatbestände des Sexualstrafrechts derart weit auslegt, dass die meisten Verletzungen des sexuellen Selbstbestimmungsrechts angemessen bestraft werden können.¹⁷³⁹

Allerdings erscheint es nicht zuletzt auch aus rechtsstaatlichen Gründen unbefriedigend, derartige Fragen der Rechtsprechung zu überlassen. Hierzu ein 617 Beispiel: In Deutschland wurden im Zuge der letzten Reform viele so genannte «Schutzlücken» identifiziert, d.h. strafwürdige Fallkonstellationen, die aufgrund des materiellen Rechts bzw. der Rechtsprechung nicht unter einen der Tatbestände des Sexualstrafrechts subsumiert werden konnten.¹⁷⁴⁰ Eine dieser Schutzlücken, die nach deutscher h.M. und Rechtsprechung unter keinen Tatbestand subsumiert werden konnten, stellten die so genannten «Überumpelungsfälle» dar. Als Beispiel dafür wurde häufig ein Fall genannt, bei dem der Täter eine Jugendliche zunächst fragte, ob er sie als Modell für ein Tattoo zeichnen dürfe. Nachdem das Mädchen sein Einverständnis erklärt hatte, forderte er es auf, sich mit auseinander gestellten Beinen und an der Wand abgestützten Armen mit dem Gesicht zur Wand zu stellen. Nachdem das Mädchen dieser Aufforderung nachgekommen war, trat kurze Zeit später der Täter – von der Jugendlichen unbemerkt – hinter sie, zog ihr plötzlich und für sie völlig unerwartet die Jogginghose und den Slip herunter und drang von hinten mit seinem erigierten Penis ohne Kondom in ihre Scheide ein und führte den Geschlechtsverkehr bis zum Samenerguss durch. Er wusste, dass dies gegen den Willen des «paralysierten Mädchens» geschah.¹⁷⁴¹ In der Schweiz wäre in einem solchen Fall dank der relativ «grosszügigen» Ausle-

¹⁷³⁸ Vgl. vorne Rz. 397 ff.

¹⁷³⁹ Vgl. vorne Rz. 331 ff. und Rz. 348 ff.

¹⁷⁴⁰ Vgl. die Besprechung dieser Schutzlücken bei *Isfen*, Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen, 218 ff.

¹⁷⁴¹ Sachverhalt gemäss Urteil des BGH, Beschluss vom 08.11.2011 – 4 StR 445/11.

gungspraxis des Bundesgerichts vermutlich eine Verurteilung des Mannes wegen Art. 191 (Schändung) möglich gewesen. Nach deutschem Recht bzw. dessen Auslegung erfolgte jedoch ein Freispruch vom Vorwurf der Vergewaltigung, während der mit unserem Schändungstatbestand verwandte § 179 a.F. D-StGB (Missbrauch widerstandsunfähiger Personen) nicht einmal in Betracht gezogen wurde.¹⁷⁴² Dieses Beispiel veranschaulicht, wie unterschiedlich Rechtsnormen ausgelegt und angewendet werden können, und zeigt damit auch das Risiko auf, das besteht, wenn das Ausmass des strafrechtlichen Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung weitgehend von der gerichtlichen Auslegung abhängig gemacht wird.

- 618 Im Übrigen verbietet es sich aus Gründen der Gewaltenteilung, der Judikative konkrete Vorgaben in Sachen «zutreffender» Gesetzesauslegung zu machen.¹⁷⁴³ Insofern kann der Gesetzgeber seiner Verpflichtung aus Art. 36 IK, «nicht einverständliche sexuell bestimmte Handlungen mit einer anderen Person» umfassend und angemessen unter Strafe zu stellen, ohnehin nur durch eine entsprechende Gesetzesänderung nachkommen. Meines Erachtens ist eine Neukonzeptualisierung des Sexualstrafrechts angezeigt, um bereits auf Gesetzesstufe Wertungswidersprüche zu vermeiden und klarzustellen, dass durch das Sexualstrafrecht ein möglichst umfassender Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung angestrebt wird. Dadurch sollen angemessene und gerechtere Urteile gefällt werden und Rechtssicherheit gewährleistet werden können.

III. Irrtumsbelastete Einwilligungen

A. Keine grundsätzliche Erfassung von täuschenden Verhaltensweisen

- 619 Der Gesetzgeber hat, anders als etwa im Vermögensstrafrecht, im Rahmen des 5. Titels täuschende Verhaltensweisen nicht explizit in einer speziellen Norm pönalisiert. Auch kennt das Schweizer Recht keinen mit § 108 A-StGB vergleichbaren Grundtatbestand,¹⁷⁴⁴ der täuschendes Verhalten generell unter Strafe stellt, so dass täuschende Verhaltensweisen im Sexualbereich grundsätzlich straflos bleiben. Durch die Ausgestaltung des Sexualstrafrechts in

¹⁷⁴² Dies kritisierend MK-Renzikowski, § 179 a.F. Rn. 28 mit Fn. 69.

¹⁷⁴³ So auch Isfen, Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen, 227.

¹⁷⁴⁴ Vgl. Erläuterungen zum Ministerialentwurf des österreichischen Strafrechtsänderungsgesetzes 2015, 98/ME XXV.GP, 26: «Für sonstige unfreiwillige geschlechtliche Handlungen sollen weiterhin § 108 StGB (im Falle einer Täuschung) mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr (...) zur Verfügung stehen.»

seiner aktuellen Fassung hat der Gesetzgeber also entschieden, dass er nicht jede Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts – namentlich wenn eine Einwilligung aufgrund einer relevanten Täuschung unwirksam ist – für strafwürdig befundet. Auch Maier weist darauf hin, dass die strafrechtlichen Normen nur einen Schutz bei bestimmt gearteten Angriffen sowie qualifizierten Formen der Machtausübung böten,¹⁷⁴⁵ wobei er dies folgendermassen zusammenfasst: «Dass das Sexualstrafrecht nicht alle Verletzungen des sexuellen Selbstbestimmungsrechts ahndet, liegt daran, dass das Rechtsgut weiter reicht als dessen strafrechtlicher Schutz.»¹⁷⁴⁶ Diese «Begründung» ist in Wahrheit natürlich keine, vielmehr ist es gerade umgekehrt: Das «Rechtsgut» reicht weiter als dessen strafrechtlicher Schutz, weil das Sexualstrafrecht nicht alle Verletzungen des sexuellen Selbstbestimmungsrechts ahndet. Im Folgenden soll nun untersucht werden, inwiefern täuschende Verhaltensweisen im Sexualbereich als strafwürdige Verletzungen des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung zu betrachten sind und in einem zweiten Schritt, ob überhaupt gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Letzteren könnte man nämlich verneinen, wenn die entsprechenden Konstellationen trotz Fehlens eines expliziten Verbotes auf zufriedenstellende Art und Weise gelöst werden können.

B. Besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf?

1. Die völkerrechtliche Perspektive

Weder der EGMR noch die Istanbul-Konvention äussern sich explizit zur Frage, ob eine irrtumsbelastete Einwilligung zu sexuellen Handlungen als wirksam betrachtet werden sollte oder nicht. Freilich liesse sich die Formulierung in Art. 36 Abs. 2 IK dahingehend interpretieren, dass eine irrtumsbelastete Einwilligung eben nicht der «Ausdruck» bzw. das Ergebnis des *freien* Willens der Person sei. Allerdings dürfte gerade bei dieser Frage der den Mitgliedstaaten gewährte Spielraum bei der Nennung von Ungültigkeitsfaktoren von grosser Bedeutung sein. Renzikowski ist deshalb zuzustimmen, dass Art. 36 IK keine Strafbarkeit von Sexualkontakten gebietet, die durch eine Täuschung erschlichen werden.¹⁷⁴⁷ 620

¹⁷⁴⁵ Maier, Nötigungsdelikte, 257 f.

¹⁷⁴⁶ Maier, Nötigungsdelikte, 259, der sich aber damit vermutlich einerseits darauf bezieht, dass der Schutz der positiven Freiheit nicht Aufgabe des Strafrechts ist und andererseits darauf, dass gewisse sozialadäquate Zwänge geduldet werden müssen.

¹⁷⁴⁷ Renzikowski, Stellungnahme, 12.

2. Generelle Überlegungen

a) Strafwürdigkeit von täuschenden Verhaltensweisen

- 621 Nach der allgemeinen Einwilligungsdogmatik ist eine Einwilligung als ungültig anzusehen, sofern sie auf einem Irrtum basiert, wobei allerdings umstritten ist, welche Irrtümer die Gültigkeit einer Einwilligung beeinträchtigen sollen. Wie im ersten Teil dargelegt wurde, sind nach hier vertretener Ansicht Sexualkontakte, die lediglich aufgrund eines täuschungsbedingten und qualifizierten Irrtums der betroffenen Person stattfinden, als Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung der irrenden Person zu werten.¹⁷⁴⁸ Damit ist aber erst dargelegt, dass eine Person in ihrem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung verletzt worden ist. Es stellt sich nun in einem zweiten Schritt die Frage, ob der Gesetzgeber diese Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung strafrechtlich verbieten und sanktionieren sollte. Denn man könnte sich auch überlegen, derartige täuschende Verhaltensweisen straflos zu lassen. Die Transferierung der Irrtumsregeln der allgemeinen Einwilligungsdogmatik in den Kontext des Sexualstrafrechts wird denn auch im schweizerischen und deutschen Schrifttum mehrheitlich entweder gar nicht in Betracht gezogen oder als abwegig oder unerwünscht bezeichnet.¹⁷⁴⁹ Täuschende Verhaltensweisen werden generell häufig im Kontext von «romantischer Verführung» thematisiert¹⁷⁵⁰ und als deren unvermeidliches «Nebenprodukt» betrachtet.¹⁷⁵¹
- 622 Jene Autoren hingegen, die sich für eine Strafbarkeit von täuschenden Verhaltensweisen im Sexualbereich einsetzen, argumentieren häufig mit folgendem Syllogismus:¹⁷⁵²
1. Jeder vorsätzliche nichtkonsensuelle bzw. nicht von sämtlichen Teilnehmern bewilligte Sexualkontakt ist eine strafwürdige Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung.¹⁷⁵³

¹⁷⁴⁸ Für die Berücksichtigung immerhin von rechtsgutbezogenen Irrtümern auch *Eisele*, Stellungnahme, 9.

¹⁷⁴⁹ *Renzikowski*, Stellungnahme, 11 f.; ablehnend auch *Thomas Fischer*, Interview in Legal Tribune Online v. 19.8.2014: <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/interview-bgh-fischer-frommel-sexualstrafrecht>.

¹⁷⁵⁰ Vgl. etwa *Rubinfeld*, *The Riddle of Rape-by-Deception*, 1416 ff.

¹⁷⁵¹ Vgl. das Urteil des kanadischen Supreme Court R. v. Cuerrier, 162 D.L.R. 4th 513 (1998): «Deceptions, small and sometimes large, have from time immemorial been the by-product of romance and sexual encounters. They often carry the risk of harm to the deceived party. Thusfar in the history of civilization, these deceptions, however sad, have been left to the domain of song, verse and social censure.»

¹⁷⁵² Vgl. auch *Rubinfeld*, *The Riddle of Rape-by-Deception*, 1376.

¹⁷⁵³ So etwa *McGregor*, *Reasonable Woman*, 250: «Rape should be conceptualized as unconsented-to sexual intercourse (...).»

2. Nicht nur Kindesalter, Behinderungen, Bewusstlosigkeit oder Zwang, sondern auch (bestimmte) Irrtümer führen dazu, dass eine Einwilligung ungültig ist und der Sexualkontakt als nichtkonsensuell zu werten ist.¹⁷⁵⁴
3. Also kann (bestimmtes) täuschendes Verhalten eine strafwürdige Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung bewirken.

Insbesondere im englischsprachigen Raum wird die grundsätzliche Richtigkeit dieser Prämissen kaum angezweifelt.¹⁷⁵⁵ Gerade die Richtigkeit der zweiten Prämisse ist generell¹⁷⁵⁶ und auch im sexuellen Kontext¹⁷⁵⁷ grundsätzlich akzeptiert. Gestritten wird lediglich darüber, welche Arten von Täuschungen die Gültigkeit einer Einwilligung beeinträchtigen.¹⁷⁵⁸ Während die einen wenig überzeugend dafür plädieren, dass *alle* einwilligungskausalen Täuschungen zur Ungültigkeit einer Einwilligung führen sollen, möchten sich die meisten auf bestimmte Fallgruppen beschränken.¹⁷⁵⁹ Letzterer Ansicht, wonach nur qualifizierte (und täuschungsbedingte) Irrtümer berücksichtigt werden sollen, wurde auch in dieser Untersuchung der Vorzug gegeben. 623

In vielen Bereichen des Strafrechts ist denn auch in unserer Rechtsordnung anerkannt, dass jedenfalls bestimmte Täuschungen zur Unwirksamkeit von Einwilligungen und damit zur Strafbarkeit des Täters führen, so insbesondere im Bereich der Körperverletzungen, des Vermögensstrafrechts und – je nach Lehrmeinung – sogar beim Hausfriedensbruch nach Art. 186.¹⁷⁶⁰ Warum täuschendes Verhalten gerade im Sexualbereich, einem derart intimen und höchstpersönlichen Bereich, nicht strafwürdig sein sollte, ist deshalb schwierig zu begründen, jedenfalls soweit der Kreis der relevanten Irrtümer vernünftig begrenzt wird. Wie Falk zu Recht sagt: «If the real question in rape law is 624

¹⁷⁵⁴ So explizit *Herring*, *Mistaken Sex*, 511.

¹⁷⁵⁵ Vgl. dazu die von *Rubinfeld's* Beitrag «The Riddle of Rape-by-Deception» ausgelöste Kontroverse mit Beiträgen von *Dougherty*, *No Way Around Consent*, 321 ff.; *Tuerkheimer*, *Sex Without Consent*, 335 ff.; *Yung*, *Rape Law Fundamentals*, 1 ff.; *Falk*, *Not Logic, but Experience*, 353 ff.

¹⁷⁵⁶ *Feinberg*, *Harm to Self*, 269: «Coercive force is by no means the only kind of factor that can reduce or vitiate the voluntariness of consent. Deficient or mistaken information is another.»

¹⁷⁵⁷ Vgl. *Herring*, *Rape and the Definition of Consent*, 72: «Enormous suffering has and is caused because men who believe the (seduction game) has no rules.»

¹⁷⁵⁸ *Falk*, *Rape by Fraud*, 180: «[T]he crucial question is no longer whether to criminalize rape by fraud (...) but rather when (or under what circumstances) to do so.»

¹⁷⁵⁹ Vgl. dazu vorne Rz. 160 ff.

¹⁷⁶⁰ So etwa *Schubarth*, der Hausfriedensbruch annimmt, wenn eine Person, die Hausverbot erhalten hat, sich verkleidet, den Hausherrn über seine Identität täuscht und so Einlass erhält, vgl. *Martin Schubarth*, *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht. Besonderer Teil. Band 3: Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit*, Art. 173-186 StGB, Bern 1983, Art. 186 Rn. 19 ff.

victim consent, then it seems logical to look at all factors that undermine consent», wozu eben auch Täuschungen gehören.¹⁷⁶¹

- 625 Viele Einwände gegen die Strafbarkeit von täuschenden Verhaltensweisen im Sexualbereich verlieren bei der in dieser Untersuchung vertretenen Beschränkung auf einige wenige Irrtumskonstellationen ihre Durchschlagskraft.¹⁷⁶² Da (täuschungsbedingte) Fehlvorstellungen hinsichtlich Gefühlen, Beziehungsplänen und Kinderwünschen des Partners nicht berücksichtigt werden sollen, entfallen auch die damit verbundenen erheblichen Schwierigkeiten bei der Beurteilung, ob in einem konkreten Fall tatsächlich eine Täuschung vorlag oder lediglich «a mere change of mind»¹⁷⁶³ des Täters. Ebenso entfallen auch die Befürchtungen einer «massive governmental intrusion into our romantic lives»¹⁷⁶⁴ oder einer Überkriminalisierung in «an area as personal and intimate as sexual conduct».¹⁷⁶⁵ Es lässt sich schlicht kein legitimes und überzeugendes Interesse ausmachen, das etwa gegen eine Kriminalisierung von bestimmten Identitätstäuschungen¹⁷⁶⁶, Täuschungen über die Intensität des Sexualkontakts («Stealthings»)¹⁷⁶⁷ oder Täuschungen über die medizinische oder therapeutische Notwendigkeit einer sexuellen Handlung (Fall Boro) sprechen würde. Auch der von Bryden thematisierte «Wertungswiderspruch», der entstehen würde, wenn Täuschungen über eheliche Treue zur Ungültigkeit einer Einwilligung in sexuelle Handlungen führen würden, obwohl der Ehebruch längst nicht mehr als strafwürdiges Verhalten betrachtet wird, muss hier nicht näher diskutiert werden, zumal derartige Täuschungen nach der hier vertretenen Ansicht nicht erfasst würden.¹⁷⁶⁸
- 626 Ein weiteres Argument *für* die prinzipielle Bejahung der Strafwürdigkeit ist m.E. im Übrigen darin zu sehen, dass bestimmte täuschende Verhaltensweisen im Sexualbereich – wenn auch unter anderen «Vorzeichen» – bereits nach geltendem Recht bestraft werden können, und dies sogar im Rahmen eines als Verbrechen ausgestalteten Delikts. Die Rede ist von der «geprellten» Prostituierten.¹⁷⁶⁹ So wurde bereits 1969 gerichtlich entschieden, dass sich der Frei-

¹⁷⁶¹ Falk, Rape by Fraud, 154.

¹⁷⁶² Vgl. vorne Rz. 183 f.

¹⁷⁶³ Bryden, Redefining Rape, 466.

¹⁷⁶⁴ Bryden, Redefining Rape, 469.

¹⁷⁶⁵ Green, Lies, Rape, and Statutory Rape, 220.

¹⁷⁶⁶ Vgl. vorne Rz. 170 ff.

¹⁷⁶⁷ Wobei nach hier vertretener Auffassung im Falle des Stealthings im Übrigen keine irrtumsbelastete, sondern gar keine Einwilligung vorliegt, vgl. vorne Rz. 168 ff.

¹⁷⁶⁸ Vgl. Bryden, Redefining Rape, 466: «It would be perverse to eliminate sanctions for the greater offense while creating sanctions for the derivative and lesser offense of lying about it.»

¹⁷⁶⁹ Interessanterweise verwendet Renzikowski, Stellungnahme, 12, dies als Argument *gegen* die Berücksichtigung von täuschenden Verhaltensweisen.

er, der die Leistung der Prostituierten entgegengenommen hat und diese anschliessend um die zugesicherte Zahlung prellt, des Betruges (Art. 146) schuldig macht.¹⁷⁷⁰ Die wohl h.L. spricht sich denn auch überwiegend *für* die Strafbarkeit des «Dirnenbetrugs» aus.¹⁷⁷¹

b) Erforderlichkeit einer speziellen Regelung?

Ausgehend von der Annahme, dass zumindest bestimmte täuschende Verhaltensweisen strafwürdig sind, soll nun untersucht werden, ob ein Tatbestand, der explizit täuschende Verhaltensweisen untersagt, überhaupt notwendig ist. Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf könnte jedenfalls dann verneint werden, wenn sämtliche täuschenden Verhaltensweisen in Bezug auf als relevant eingestufte Irrtümer bereits vom geltenden Strafrecht erfasst werden könnten. 627

Einige Irrtumskonstellationen werden wie im zweiten Teil dargelegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung denn auch bereits erfasst. So ist in Bezug auf Identitätstäuschungen mit Hinweis auf den bundesgerichtlichen Entscheid BGE 119 IV 230 festzuhalten, dass Irrtümer über die Identität des Geschlechtspartners jedenfalls in Kombination mit einer eingeschränkten Widerstandsfähigkeit aufgrund von Alkohol und Schläfrigkeit zu einer Widerstandsunfähigkeit i.S.v. Art. 191 führen können.¹⁷⁷² Abgesehen von Fällen mit eineiigen Zwillingsgeschwistern¹⁷⁷³ dürfte es in der Natur der Sache liegen, dass mittels einer Identitätstäuschung – im Sinne von: Person A gibt sich als die dem Opfer bekannte Person B aus – erschlichene Sexualkontakte nur stattfinden können, wenn die Person aus anderen Gründen zumindest teilweise widerstandsunfähig ist, d.h. betrunken oder sonst wie betäubt ist oder sich im Halbschlaf befindet. Sofern das Bundesgericht an seiner Rechtsprechung festhält und Art. 191 dahingehend interpretiert, dass in solchen Irrtumsfällen kein vollständiges Fehlen der Widerstandsfähigkeit verlangt wird, sondern auch Menschen erfasst werden, die «nur» eingeschränkt widerstandsunfähig sind und deren Irrtum ausgenutzt wird, könnten solche Fälle vermutlich zu meist über Art. 191 gelöst werden. Liegen allerdings zusätzlich zur Identitätstäuschung keine solchen Umstände vor, wäre eine Subsumtion unter Art. 191 wohl nicht möglich, übrig bleiben würde vermutlich wiederum nur Art. 198 Abs. 2. 628

¹⁷⁷⁰ Urteil des Strafgerichts des Kantons Basel (BS) vom 28.8.1968 in Sachen A.B. und Konsorten, publiziert in BJM 1969, 80; zustimmend PK-*Trechsel/Crameri*, Art. 146 Rn. 21.

¹⁷⁷¹ Vgl. die Nachweise bei *Stratenwerth/Jenny/Bommer*, § 15 Rn. 48 mit Fn. 93 ff.

¹⁷⁷² BGE 119 IV 230 E. 3a.

¹⁷⁷³ Vgl. das Urteil *People of the State of New York v. Hough*, 159 Misc.2d 997, 607 N.Y.S.2d 884 (1994).

- 629 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht als widerstandsunfähig nach Art. 191 gelten Opfer, die (konkulent) über die medizinische Notwendigkeit einer sexuellen Handlung getäuscht werden, stattdessen soll dort lediglich Art. 198 Anwendung finden.¹⁷⁷⁴ Mitunter könnte m.E. auch Art. 193 greifen, sicherlich dort, wo ein Psychotherapeut sexuelle Handlungen als notwendige Therapiemethode deklariert, nach hier vertretener Auffassung aber auch in sonstigen therapeutischen Verhältnissen.¹⁷⁷⁵
- 630 Hinsichtlich des Phänomens «Stealththing», d.h. des konkulenten Täuschens über die Verwendung eines Kondoms, ist fraglich, ob sich das Bundesgericht dieser neueren Entwicklung,¹⁷⁷⁶ wonach «Stealththing» als Schändung qualifiziert wird, anschliessen wird. Die bisherige, diesbezüglich doch eher restriktive Rechtsprechung spricht eher dagegen.
- 631 Nach geltender bundesgerichtlicher Praxis können also Sexualekontakte, die durch bestimmte Täuschungen zustande gekommen sind, in begrenztem Umfang über Art. 191, eventuell auch über Art. 193 und ansonsten über Art. 198 Abs. 2 erfasst werden. In anderen Konstellationen greifen nach bundesgerichtlicher Praxis u.U. die Bestimmungen über die Körperverletzung, namentlich dann, wenn der Täter seinen Sexualpartner nicht darüber aufklärt oder sogar darüber täuscht, dass er Träger einer ansteckenden Geschlechtskrankheit wie HIV ist und trotzdem ungeschützte Sexualekontakte hat.¹⁷⁷⁷ Und nicht zuletzt sind bestimmte täuschende Verhaltensweisen wie erwähnt im Zusammenhang mit dem so genannten «Dirnenbetrug» nach Art. 146 strafbar. Wenn auch die letztgenannten Tatbestände nicht den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung bezwecken, sondern vielmehr den Schutz der körperlichen Integrität bzw. des Vermögens, so bleibt dennoch festzuhalten, dass auf den ersten Blick eine separate Erfassung von täuschenden Verhaltensweisen nicht erforderlich scheint, zumal die meisten als strafwürdig zu erachtenden Konstellationen mit dem aktuell zur Verfügung stehenden Instrumentarium erfasst werden können.
- 632 Unbefriedigend ist aber, dass je nach Inhalt des Irrtums unterschiedliche Tatbestände angewendet werden. In Fällen, in denen das Bundesgericht lediglich Art. 198 für anwendbar hält, gilt wiederum, dass damit das Unrecht der Verhaltensweise nicht hinreichend abgegolten wird. Die Subsumtion von Irr-

¹⁷⁷⁴ Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 6B_453/2007 vom 19.02.2008 E. 3.4.3: «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.»

¹⁷⁷⁵ Vgl. vorne Rz. 482 f.

¹⁷⁷⁶ Vgl. Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Waadt vom 08.05.2017, Nr. PE15.012315-LAE/PBR.

¹⁷⁷⁷ Vgl. etwa BGE 125 IV 242; 131 IV 1; 134 IV 193.

tumskonstellationen unter den Schändungstatbestand erweckt überdies den Anschein einer «Verlegenheitslösung», zumal ein irrendes Opfer nicht ernsthaft als widerstandsunfähig bezeichnet werden kann und der Unrechtsgehalt nicht jenen Fällen entspricht, die unbestrittenermassen von Art. 191 erfasst werden sollen.¹⁷⁷⁸

IV. Fazit

Das geltende Sexualstrafrecht verfügt über ein abgestuftes und aufeinander abgestimmtes System von Nötigungs-, Missbrauchs- und Ausnützungsdelikten, welches fast alle vorsätzlich begangenen Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung – verstanden als Vornahme oder Vornehmenlassen von sexuellen Handlungen ohne wirksame Einwilligung des Opfers – erfassen kann bzw. könnte.¹⁷⁷⁹ Struktur und Terminologie lassen aber erkennen, dass das geltende Sexualstrafrecht noch stark von früheren Regelungen und ausserrechtlichen Vorstellungen geprägt ist. So «schimmert» an verschiedenen Orten immer noch die grundsätzliche Verhaltensanforderung durch, dass Opfer von unerwünschten sexuellen Annäherungen dem Angreifer gegenüber Widerstand zu leisten haben und ihr Rechtsgut soweit zumutbar selber zu verteidigen haben. Dies erklärt auch die Ausgestaltung und Abstufung des geltenden Sexualstrafrechts. Die Typisierung und Abstufung hängt wesentlich vom Ausmass der «Widerstandsfähigkeit» des Opfers ab und damit zusammenhängend wird die Grenze der zulässigen Beeinflussung gezogen.¹⁷⁸⁰

Bei als widerstandsfähig eingestuften Personen wird nach h.L. und Rechtsprechung vorausgesetzt, dass der Täter ein Nötigungsmittel einsetzt, was indirekt voraussetzt, dass das Opfer den ihm (vermeintlich) zumutbaren Widerstand leistet.¹⁷⁸¹ Bei Personen, die aufgrund ihres Alters oder ihrer besonderen Situation als «eingeschränkt widerstandsfähig» gelten, werden die Anforderungen an die strafrechtlich relevante Intensität der Druckausübung der verminderten Widerstandsfähigkeit angepasst: Die Grenze zulässiger Beeinflussung wird gesenkt, wie die Art. 188, 192 und 193 verdeutlichen.¹⁷⁸² Aller-

¹⁷⁷⁸ Vgl. dazu vorne Rz. 487 f.

¹⁷⁷⁹ Vgl. dazu insb. vorne die alternative Auslegungsmöglichkeit der Art. 189 f. vorne Rz. 397 ff.

¹⁷⁸⁰ Vgl. auch *Hangartner*, Selbstbestimmung, 26.

¹⁷⁸¹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_912/2009 vom 22.02.2010 E. 2.1.4: «Die Vorinstanz hält zu Recht fest, dass es der kräftemässig mit dem Beschwerdegegner ebenbürtigen Beschwerdeführerin, welche auch nach Beendigung ihrer Paarbeziehung gelegentlich mit ihm sexuelle Kontakte pflegte und am Übernachtungsort auch schon Geschlechtsverkehr mit ihm hatte, zuzumuten war, sich zu wehren.»

¹⁷⁸² *Hangartner*, Selbstbestimmung, 26.

dings werden solche Übergriffe durchgehend als unrechtsärmer eingestuft, was durch den Strafrahmen bzw. die Qualifikation als Vergehen verdeutlicht wird. Bei als urteils- oder widerstandsunfähig eingestuften Personen wird grundsätzlich bereits die Vornahme der sexuellen Handlung verboten, eine besondere Einwirkung wird weder in Art. 187 noch in Art. 191 verlangt.¹⁷⁸³

Vor dem Hintergrund des zugrunde gelegten Konzepts macht dies auch Sinn: Es wäre sinnwidrig, von einer widerstandsunfähigen Person Widerstand zu verlangen, der dann durch ein Nötigungsmittel gebrochen werden müsste.

- 635 Dieses System wird ergänzt durch einen Auffangtatbestand Art. 198, der zum einen alle nichterheblichen sexuellen Handlungen erfassen soll, und zum anderen jene erheblichen sexuellen Handlungen auffangen soll, die zwar eindeutig nicht von einer gültigen Einwilligung getragen sind, aber keinen anderen Tatbestand des Sexualstrafrechts erfüllen.
- 636 Eine Norm, die – gewissermassen als Grundtatbestand – systematisch das Unrecht einer sexuellen Handlung erfasst, die gegen oder ohne den Willen des Opfers erfolgt, und *angemessen* bestraft, existiert im geltenden Strafrecht nicht, sofern man den Auffangtatbestand der tätlichen sexuellen Belästigung in Art. 198 Abs. 2 nicht gelten lässt. Auch jene täuschenden Verhaltensweisen, die klarerweise eine Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung darstellen, können nur teilweise erfasst werden.

¹⁷⁸³ Das Merkmal des «Missbrauchs» soll lediglich verhindern, dass bei jedem Sexualkontakt mit einer urteilsunfähigen Person automatisch eine Schändung angenommen werden müsste, vgl. *Hangartner*, Selbstbestimmung, 200.

§ 2 Unstimmigkeiten und Inkohärenzen

I. Kritische Überlegungen zur Ausgestaltung von Art. 191

A. Abwehrrechte und paternalistische Verbote

Mit Blick auf Inhalt und Dimensionen des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung behandelt Art. 191 äusserst heteronome und teilweise kaum vergleichbare Konstellationen: 637

So erfasst Art. 191 sowohl einwilligungsunfähige («urteilsunfähige»), einem Sexualkontakt aber allenfalls zustimmende Personen als auch einwilligungsfähige Personen, die nur körperlich widerstandsunfähig sind und den Sexualkontakt ablehnen. Mit dem Merkmal «zum Widerstand unfähig» ist Art. 191 damit nach wie vor einer Prämisse verhaftet, die einem modernen Sexualstrafrecht nicht angemessen ist.¹⁷⁸⁴ Denn mit Blick auf das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ist prinzipiell bedeutungslos, ob eine Person physisch widerstandsunfähig ist oder nicht, entscheidend ist, ob die Person in der konkreten Situation *einwilligungsfähig* war und eine entsprechende Einwilligung erteilt hat oder nicht. Mit anderen Worten: Das zentrale Unrecht liegt auch bei körperlich widerstandsunfähigen, aber ansonsten einwilligungsfähigen Personen in der Missachtung des aktuellen Willens – dass die Person aufgrund ihrer Konstitution von vornherein nicht in der Lage ist, unerwünschte Kontakte abzuwehren, erhöht das Unrecht lediglich, konstituiert es jedoch nicht. 638

Im Weiteren differenziert das Recht bei dauerhaft urteilsunfähigen Personen grundsätzlich nicht danach, ob diese den Sexualkontakt gewollt oder aber abgelehnt bzw. jedenfalls keine – wenn auch nur faktische – Zustimmung erteilt haben.¹⁷⁸⁵ Beide Konstellation werden unter denselben Tatbestand subsumiert, die fehlende oder vorliegende Zustimmung wird lediglich beim Urteil, ob ein *Missbrauch* der Urteilsunfähigkeit vorlag, berücksichtigt. Bei jenen Fällen, in denen nicht einmal eine faktische Zustimmung vorliegt, wird allerdings das sich aus dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ergebende *Abwehrrecht* direkt verletzt.¹⁷⁸⁶ Damit nicht hinreichend vergleichbar sind jene Fälle, in denen eine in sexuellen Belangen urteilsunfähige Person *mit* 639

¹⁷⁸⁴ So auch zum früheren deutschen Recht *Hörnle*, Gutachten, 22.

¹⁷⁸⁵ Die Relevanz der Unterscheidung zwischen paternalistischen Verboten und Abwehrrechten herausstreichend auch *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 886.

¹⁷⁸⁶ Vgl. vorne Rz. 27 ff., wonach das Abwehrrecht selbstverständlich auch einwilligungsunfähigen Personen zukommt.

ihrer Erlaubnis in einen Sexualkontakt involviert wird und dieser Kontakt im Sinne einer weich paternalistischen Intervention verboten wird.¹⁷⁸⁷

640 In Art. 191 werden also sowohl Eingriffe «gegen den Willen» des Opfers (z.B. an einer ans Bett fixierten Patientin) erfasst als auch Handlungen, die sich als «Eingriffe ohne faktische Einwilligung» beschreiben lassen, weil gar keine Einwilligung vorliegt (z.B. bei einer schlafenden Person), und auch Handlungen, die als «Eingriffe ohne wirksame Einwilligung» bezeichnet werden können, weil zwar eine Einwilligungserklärung vorliegt, diese aber den Anforderungen an eine gültige Einwilligung nicht genügt (z.B. bei einer geistig erheblich beeinträchtigten, aber faktisch zustimmenden Person). Es sei hier die Frage aufgeworfen, ob es mit Blick auf den Anspruch, ein systematisches, dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung verpflichtetes Sexualstrafrecht zu statuieren, überzeugend ist, derart unterschiedliche Konstellationen über den gleichen Kamm bzw. Tatbestand zu scheren.¹⁷⁸⁸ Die Vornahme einer sexuellen Handlung an einer Person *gegen deren Willen* stellt unabhängig vom Einsatz eines Nötigungsmittels ein spezifisches Unrecht dar, das es auch entsprechend – nämlich als ein Willensbruchsdelikt – zu kennzeichnen gilt.

641 Dieses besondere Unrecht ist darin zu erblicken, dass sich das Opfer im Falle eines Willensbruchs zum Tatzeitpunkt regelmässig bewusst ist, dass sein Wille gebrochen und missachtet wird, es diesen Angriff auf seine Intimsphäre und Würde gleichsam unmittelbar miterleben muss, während der Täter angesichts dieses Leidens unbeeindruckt bleibt.¹⁷⁸⁹ Wie Pundik es ausdrückt: «Being faced with the suffering one causes to another human being and yet remaining unmoved by it is sheer cruelty.»¹⁷⁹⁰ Dem Willensbruch ist damit ein besonderes Grausamkeitsmoment eigen, das bei den anderen Konstellationen fehlt, die derzeit unter Art. 191 subsumiert werden. Zwar besteht durchaus die Möglichkeit, dies im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen. Dennoch erscheint unbefriedigend, dass nach dem geltenden Recht der wichtige Unterschied zwischen Abwehrrechten gegen ungewollte Sexualkontakte und paternalistischen Verboten trotz vorliegender (faktischer) Zustimmung nicht ausreichend erkennbar ist.¹⁷⁹¹

¹⁷⁸⁷ Auch *Jenny*, Angriffe, 17 f., implizierte bereits, dass die letztgenannten Fälle nicht wirklich mit Konstellationen eines bloss körperlich oder vorübergehend widerstandsunfähigen Opfers vergleichbar sind.

¹⁷⁸⁸ Vgl. auch *Hörnle*, Abschlussbericht I, 1037 ff.

¹⁷⁸⁹ Vgl. dazu auch *Pundik*, Coercion and Deception, 109 ff.

¹⁷⁹⁰ Vgl. *Pundik*, Coercion and Deception, 109, der sich allerdings in diesem Zusammenhang auf den unterschiedlichen Unrechtsgehalt von Täuschung und Nötigung bezieht. Seine Aussage kann aber allgemein auf Fälle übertragen werden, bei denen die sexuelle Handlung gegen den Willen des Opfers vollzogen wird.

¹⁷⁹¹ So auch *Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, 886, in Bezug auf das deutsche Recht.

B. Überlegungen zum Kreis der geschützten Personen

Nach dem Wortlaut des Gesetzes gehören nur gänzlich urteilsunfähige Personen zum Kreis der von Art. 191 geschützten Personen. Eine solche gänzliche Urteilsunfähigkeit soll nun gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei Menschen mit geistigen Beeinträchtigungen nur zurückhaltend angenommen werden.¹⁷⁹² Die dahinterstehende, nachvollziehbare Überlegung ist, dass Menschen mit geistigen Beeinträchtigungen das Ausleben ihrer Sexualität nicht durch eine drohende Kriminalisierung ihrer Geschlechtspartner faktisch verunmöglicht werden soll. Es stellt sich hier aber trotzdem die Frage, ob damit den besonderen Bedürfnissen von Menschen mit dauerhaften geistigen Beeinträchtigungen ausreichend Rechnung getragen wird. Denn manche Menschen mit geistigen Beeinträchtigungen können zwar nicht als gänzlich urteilsunfähig eingestuft werden, erscheinen aber dennoch als erhöht schutzbedürftig. 642

Menschen mit Behinderungen haben häufig erlernt, das zu tun, was andere von ihnen verlangen, da sie existentiell auf das Wohlwollen und die Zuwendung anderer Menschen angewiesen sind.¹⁷⁹³ Menschen mit geistigen Beeinträchtigungen dürften daher, auch wenn sie nicht gänzlich urteilsunfähig sind, wie minderjährige Jugendliche teilweise nur über «fragile Urteils- und Durchsetzungsfähigkeiten» verfügen. Diese Besonderheit wird vom geltenden Strafrecht nicht widerspiegelt. Zwar dürfte im Verhältnis von urteilsfähigen Menschen mit geistigen Beeinträchtigungen zu ihren Betreuern, Lehrern, Verwandten etc. häufig eine nach den Art. 188, 192 oder 193 fassbare Abhängigkeit herrschen, die, wenn sie ausgenutzt wird, zu einer Strafbarkeit der betreffenden Personen führen kann. Dies gilt aber längst nicht für alle Menschen, die sich die Tatsache zunutze machen, dass Menschen mit geistigen Beeinträchtigungen teilweise besonders vertrauensselig und leicht zu manipulieren sind.¹⁷⁹⁴ Es wäre deshalb de lege ferenda zu überlegen, ob jenen Menschen, die zwar in sexuellen Belangen nicht vollständig urteilsunfähig, aufgrund ihrer besonderen Situation aber doch erhöht schutzbedürftig sind, ein weitergehender Schutz vor Ausnutzung und Manipulation zu gewährleisten wäre. 643

¹⁷⁹² Urteil des Bundesgerichts 6S.359/2002 vom 07.08.2003 E. 2.

¹⁷⁹³ *Specht*, Professionelle Sexualitätsbegleitung, 181.

¹⁷⁹⁴ Vgl. auch *MK-Renzikowski*, § 177 n.F. Rn. 75.

C. Problematische Terminologie

1. «Schändung»

644 Es ist erstaunlich, dass der vorsintflutlich erscheinende Begriff «Schändung» sich bis ins dritte Jahrtausend hinein im StGB halten konnte. Der Begriff stammt vom mittelhochdeutschen *schenten* bzw. vom althochdeutschen Wort *scenten* ab und bedeutet «in Schande bringen»¹⁷⁹⁵ und ist damit stark mit der früher vorherrschenden Vorstellung verknüpft, dass die Geschlechterehre durch eine sexuelle Handlung beschädigt wird und eben Schande über das Opfer bzw. dessen Familie und Ehepartner bringt.¹⁷⁹⁶ Sexuelle Übergriffe beschädigen nun aber nach modernem Verständnis weder die Ehre des Opfers noch bringen sie Schande über dieses. Die – übrigens nur in der deutschen Fassung verwendete – Bezeichnung des Tatbestandes als Schändung ist folglich einerseits nicht mehr zeitgemäss. Zum andern kann die Bezeichnung des Opfers als «geschändete Person» von diesem als entwürdigend und beleidigend empfunden werden und sollte deshalb ersetzt werden.

2. «Missbrauch»

645 Das Tatbestandsmerkmal «Missbrauch» dient als tatbestandliches Korrektiv, um nicht jegliche Sexualkontakte mit urteilsunfähigen bzw. widerstandsunfähigen Personen zu kriminalisieren, was ein durchaus berechtigtes Anliegen darstellt. Die Wendung «Wer eine (...) Person (...) missbraucht» in Art. 191 ist zwar insofern naheliegend, als Art. 191 verbietet, eine Person zum «blosen Objekt sexueller Wünsche» zu degradieren.¹⁷⁹⁷ Sie suggeriert aber auch, dass es einen «sachgemässen sexuellen *Gebrauch* von Menschen» geben könne.¹⁷⁹⁸ Insofern erschiene es vorzugswürdig, auf andere Weise dieses durchaus notwendige Korrektiv zu verwirklichen, das kognitiv eingeschränkten Personen Möglichkeiten zur sexuellen Entfaltung zugesteht, ohne dabei auf den fragwürdigen Terminus «missbrauchen» zurückgreifen zu müssen.

¹⁷⁹⁵ Vgl. Duden, online abrufbar unter www.duden.de/rechtschreibung/schaenden.

¹⁷⁹⁶ Vgl. Loetz, Historische Gewaltforschung, 72 ff., zum «Ehrverlust» durch sexuelle Gewalt.

¹⁷⁹⁷ Hangartner, Selbstbestimmung, 202.

¹⁷⁹⁸ Vgl. zu diesem Einwand auch Fischer, Entgegnung, 316, der den Begriff «Missbrauch» als «verfehltete Terminologie» bezeichnet.

II. Art. 190: Die Sonderstellung des Beischlafs und des weiblichen Opfers

An der gesonderten Erfassung der Nötigung zur Duldung des Beischlafs als Vergewaltigung, die im Gegensatz zu sonstigen sexuellen Nötigungen mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht wird, wird bereits seit langem Kritik geübt.¹⁷⁹⁹ Die Änderungsvorschläge gehen dabei grundsätzlich in zwei Richtungen. Die einen plädieren dafür, den Art. 190 zu streichen bzw. diesen mit Art. 189 zusammenzulegen,¹⁸⁰⁰ während andererseits und insbesondere in jüngster Zeit im Rahmen parlamentarischer Vorstösse wieder gefordert wird, dass jede erzwungene Penetration einer natürlichen Körperöffnung, d.h. der erzwungene Vaginal-, Oral- und Analverkehr, und darüber hinaus auch andere Formen der erzwungenen sexuellen Penetration unabhängig vom Geschlecht des Opfers oder des Täters von Art. 190 als Vergewaltigung erfasst werden.¹⁸⁰¹ 646

A. Täter, Opfer, Akt

Bei näherer Betrachtung insbesondere der Motion Hiltbold 14.3651 zeigt sich, dass die Kritik an der Sonderstellung des Beischlafs eng, aber nicht 647

¹⁷⁹⁹ Vgl. etwa *Maier*, Nötigungsdelikte, 258, 288; *Queloz*, «Diversité culturelle», 457 f.

¹⁸⁰⁰ So *Maier*, Nötigungsdelikte, 288. Bereits im Rahmen der Vorarbeiten zur Revision von 1992 wurde diskutiert, ob Art. 190 mit Art. 189 zu vereinen sei. Letztlich wurde der Vergewaltigungsartikel aber als selbstständiger Tatbestand beibehalten, was der Überlegung geschuldet war, dass das neue Sexualstrafrecht im Falle eines Referendums bessere Chancen habe, wenn die Vergewaltigung als eigenständiger Tatbestand erhalten bleibe, vgl. dazu die Nachweise bei *Maier*, Nötigungsdelikte, 288, und *Hangartner*, Selbstbestimmung, 60.

¹⁸⁰¹ In diese Richtung bereits *Nicod-Paschoud*, *Le viol*, 77 f., vgl. auch Interpellation «Definition von Vergewaltigung im Strafgesetzbuch,» eingereicht von Hiltbold Hugues am 19. Juni 2013, Geschäftsnummer 13.3485; Standesinitiative «Neudefinition des Rechtsbegriffs der Vergewaltigung in den Artikeln 189 und 190 des Strafgesetzbuches», eingereicht vom Kanton Genf am 21. Mai 2014, Geschäftsnummer 14.311; Motion «Strafgesetzbuch. Schluss mit der Diskriminierung bei der Definition von Vergewaltigung», eingereicht von Hiltbold Hugues am 20. Juni 2014, Geschäftsnummer 14.3651. Kritisch zu dieser Forderung *Niggli/Maeder*, *Erregende Dinge*, 1159. Im Übrigen wurde bereits im Rahmen der Revision 1992 teilweise die Ansicht vertreten, dass Art. 190 neben dem Beischlaf auch die beischlafähnlichen Handlungen erfassen sollte, womit die in Art. 190 statuierte Mindeststrafe auch für beischlafähnliche Handlungen – verstanden als orale und anale Penetrationen – gegolten hätte. Diese Erweiterung des Vergewaltigungsbegriffs fand letztlich aber doch nicht statt, da der diesbezügliche Antrag der Minderheit zurückgezogen wurde, vgl. dazu AB NR 12.12.1990, 2324 ff.

untrennbar mit der Kritik am gesetzlich definierten Kreis der Opfer einer Vergewaltigung verbunden ist.¹⁸⁰² Genau besehen enthält Art. 190 nämlich eine doppelte Einschränkung, zunächst nach der Art der Penetration und zweitens mit Blick auf den Kreis möglicher Opfer. Als Opfer einer Vergewaltigung kommt nach dem (noch) geltenden Recht lediglich eine weibliche Person in Betracht. Zudem erfasst der Tatbestand lediglich den Beischlaf, verstanden als Vereinigung der männlichen und weiblichen Geschlechtsteile. Die anale «Vergewaltigung» stellt also sowohl bei einem männlichen wie bei einem weiblichen Opfer «nur» eine sexuelle Nötigung dar, wohingegen der erzwungene Beischlaf bei einer Frau eine Vergewaltigung darstellt, während dies bei einem Mann als sexuelle Nötigung gilt. Es geht also letztlich um die drei folgenden grundlegenden Fragen:

- Ist jede Penetration einer natürlichen Körperöffnung eine Vergewaltigung?
- Können Männer auch Opfer einer Vergewaltigung sein?
- Können Frauen auch *unmittelbare* Täterinnen einer Vergewaltigung (an einem Mann) sein?

648 Nach geltendem Schweizer Recht müssen diese Fragen, die eng, aber nicht untrennbar zusammenhängen,¹⁸⁰³ prinzipiell mit Nein beantwortet werden. Mit Blick auf das bei Art. 190 m.E. einzig relevante Kriterium, nämlich das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung, mutet die gesetzlich vorgesehene Unterscheidung nach der Art der Penetration und dem Geschlecht des Opfers äusserst merkwürdig an.¹⁸⁰⁴ Im Übrigen ist auch weltweit ein Trend auszumachen, wonach die Tatbestände des Sexualstrafrechts ganz (d.h. mit Blick auf Täter und Opfer) oder jedenfalls teilweise, d.h. mit Blick auf die Opfer, geschlechterneutral definiert werden.¹⁸⁰⁵

¹⁸⁰² So könnte das Gesetz auch dahingehend geändert werden, dass beischlafähnliche Handlungen zwar von Art. 190 erfasst werden, der Kreis der potentiellen Opfer sich aber weiterhin nur auf weibliche Personen beschränken würde.

¹⁸⁰³ Vgl. etwa Sec. 1 des englischen SOA 2003, wonach jede Penetration einer Körperöffnung als «rape» qualifiziert werden kann und Männer somit auch Opfer einer Vergewaltigung sein können. Da «rape» gemäss Sec. 1 SOA 2003 allerdings eine Penetration mit einem Penis voraussetzt, kommen prinzipiell nur Männer als Täter in Betracht. Die englische Vergewaltigungsnorm ist damit nicht vollständig geschlechterneutral.

¹⁸⁰⁴ So auch *Niggli/Maeder*, *Erregende Dinge*, 1169.

¹⁸⁰⁵ Vgl. *Rumney*, *Gender Neutrality*, 486, mit Hinweisen auf die entsprechenden Rechtskreise.

B. Versuch einer Verteidigung des *status quo*

Die Argumente für die Beibehaltung des *status quo* erscheinen eher dürftig. So zitierte der Bundesrat in einer Stellungnahme,¹⁸⁰⁶ in der er einen gesetzgeberischen Änderungsbedarf in Abrede stellte, die Ausführungen des Erläuternden Berichts 1981, wonach die der Vergewaltigung entsprechende Notzucht «seit Langem ein nur an einer Frau begehbare Delikt ist und nur als solche Tat verstanden wird».¹⁸⁰⁷ Es ist offensichtlich, dass diese Aussage einerseits kein tragfähiges Argument zur Rechtfertigung der geltenden Regelung ist, zumal dies ein klassischer Sein-Sollens-Fehlschluss darstellt. Überdies dürfte die Aussage heutzutage auch empirisch nicht mehr zutreffen. Das gesellschaftliche Bewusstsein für männliche Opfer sexueller Übergriffe ist erheblich gewachsen und (zumindest) erzwungener Analverkehr an einem Mann wird umgangssprachlich von vielen längst als Vergewaltigung bezeichnet bzw. verstanden. 649

Die frühere Regelung im US Model Penal Code, der den von einer Frau erzwungenen Beischlaf an einem Mann überhaupt nicht erfasste,¹⁸⁰⁸ wurde unverblümt mit dem Hinweis begründet, dass die heterosexuelle Vergewaltigung eines Mannes weniger schwerwiegend sei als die eines weiblichen Opfers: 650

«[T]he potential consequences of coercive intimacy do not seem so grave. For one thing there is no prospect of unwanted pregnancy. And however devalued virginity has become for the modern woman, it would be difficult to believe that its loss constitutes comparable injury to the male.»¹⁸⁰⁹ 651

Das Argument über die potentiellen Folgen einer Vergewaltigung wurde auch in der Botschaft 1985 zumindest vorsichtig angetönt, diesmal allerdings im Kontext der Frage, weshalb Art. 190 auf den erzwungenen Beischlaf beschränkt werden und nicht auch andere Formen der Penetration erfassen soll. Gegen eine Gleichbehandlung der gleichgeschlechtlichen (gemeint sein dürfte wohl die anale) Vergewaltigung würden «vor allem physiologische Gründe» sprechen.¹⁸¹⁰ Was mit diesen «physiologischen Gründen» konkret gemeint war, wurde nicht erläutert. Niggli und Maeder ist aber dahingehend zuzu- 652

¹⁸⁰⁶ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates zur Interpellation Hiltbold 13.3485 vom 13.09.2013.

¹⁸⁰⁷ Erläuternder Bericht zu den Vorentwürfen der Expertenkommission für die Revision des Strafgesetzbuches für die Änderung des Strafgesetzbuches betreffend die Strafbaren Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie und der entsprechenden Bestimmungen des Militärstrafgesetzes, Bern 1981, 40.

¹⁸⁰⁸ Vgl. die Nachweise bei *Estrich*, Rape, 1149.

¹⁸⁰⁹ Zit. nach *Estrich*, Rape, 1150.

¹⁸¹⁰ BBl 1985 1072.

stimmen, dass das entscheidende Kriterium für die Sonderstellung des Beischlafs die Möglichkeit der biologischen Reproduktion gewesen sein dürfte, die hauptsächlich dem heterosexuellen Beischlaf inhärent ist.¹⁸¹¹ Nach Ansicht von Niggli und Maeder ist das Abstellen auf die biologische Fortpflanzung aus wirtschaftlichen Gründen angezeigt gewesen, zumal durch (erzwungenen) ausserehelichen Beischlaf Kinder entstehen konnten, für die wirtschaftlich niemand zuständig war bzw. für die die Rechtsgemeinschaft aufkommen musste. Dies erkläre das höhere Strafmass, das bei fast allen Tatbeständen des früheren Sexualstrafrechts vorgesehen war, wenn die sexuelle Handlung im Vollzug des Geschlechtsverkehrs an einer Frau bestand.¹⁸¹²

653 Diese Überlegungen mögen zutreffend sein, vermögen allerdings nur zu erklären, weshalb *früher* dem vaginalen Geschlechtsverkehr eine derart herausragende, durch höhere Strafen verdeutlichte Bedeutung zugemessen wurde. Sie erklären aber nicht, weshalb dem Beischlaf auch heutzutage noch – wenn auch nur noch formell – eine Sonderstellung zukommt, zumal sich diese Sonderstellung in der Höhe der Strafe ja gerade nicht mehr niederschlägt. Denn dass es letztlich einzig um das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung geht und nicht um irgendwelche volkswirtschaftlichen Überlegungen, zeigt sich darin, dass Gerichte gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Beurteilung von beischlafähnlichen Handlungen an die bei Art. 190 statuierte Mindeststrafe gebunden sind.¹⁸¹³ Auch materiell dürfte das Argument, die Allgemeinheit werde von durch Vergewaltigungen gezeugte Kinder belastet, heutzutage nicht mehr verfangen, zumal der durch moderne Testverfahren ermittelbare biologische Vater eines Kindes grundsätzlich unabhängig von den Umständen der Zeugung für dieses unterhaltspflichtig ist.

654 Man könnte überlegen, ob der Hinweis in der Botschaft anders gemeint war und – neben dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung – anstelle gesamtwirtschaftlicher «Interessen» vielmehr das Recht einer Frau über das Ob und Wann einer Schwangerschaft mitgeschützt werden soll, es also nicht nur um das sexuelle Selbstbestimmungsrecht i.e.S. geht, sondern auch um die reproduktiven Rechte einer Frau.¹⁸¹⁴ Ob dies im Zeitalter der hormonellen Verhütung noch ein überzeugender Grund für die Sonderstellung des vaginalen Geschlechtsverkehrs ist, dürfte fraglich sein. Hangartner hat im Übrigen richtig erkannt, dass die Tatsache, dass auch präpubertäre, menopausale oder sonst unfruchtbare Frauen vergewaltigt werden können, aufzeigt, dass das

¹⁸¹¹ Niggli/Maeder, *Erregende Dinge*, 1171 f.

¹⁸¹² Vgl. Niggli/Maeder, *Erregende Dinge*, 1172 ff.

¹⁸¹³ Vgl. BGE 132 IV 120; Rechtsprechung bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 6B_78/2017 vom 06.09.2017 E. 2.1.

¹⁸¹⁴ Vgl. dazu Sick, *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht*, 225.

Risiko der Schwangerschaft nicht von überragender Bedeutung sein kann.¹⁸¹⁵ Zudem ist die Wahrscheinlichkeit einer Schwangerschaft bei anderen Formen sexueller Handlungen zwar gering, aber dennoch nicht gänzlich ausgeschlossen.¹⁸¹⁶ Sollte mit Art. 190 tatsächlich die Selbstbestimmung hinsichtlich Fortpflanzung (mit)geschützt werden, so wäre überdies das Fehlen entsprechender Strafschärfungen für den *Beischlaf* mit Widerstandsunfähigen (Art. 191), Abhängigen (Art. 188, 192 und 193) sowie mit Kindern (Art. 187) unverständlich. Im Weiteren haben nicht nur Frauen reproduktive Rechte, sondern selbstverständlich auch Männer, so dass unter diesem Blickwinkel zumindest die Beschränkung auf weibliche Opfer bei Art. 190 wenig Sinn ergibt.¹⁸¹⁷

Eine Gleichbehandlung aller Penetrationsformen lehnen Niggli und Maeder hingegen ab. Da nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ohnehin für alle erzwungenen beischlafähnlichen Handlungen gleich hohe Strafen ausgesprochen werden müssen, gehe es den «Gegnern» der heutigen Regelung lediglich noch um die Bezeichnung der beischlafähnlichen Handlungen als Vergewaltigung, was nach Ansicht von Niggli und Maeder «reine Kosmetik» ist.¹⁸¹⁸ Angesichts der Tatsache, dass es immerhin eines bundesgerichtlichen Entscheids zur Feststellung bedurfte, dass eine dreimonatige Freiheitsstrafe keine angemessene Strafe für erzwungenen Oralverkehr darstellt,¹⁸¹⁹ erstaunt diese Aussage doch ein wenig. Es erscheint denn auch aus einer rechtsstaatlichen Perspektive unbefriedigend, dass eine derart wichtige Frage nicht wie in anderen Ländern bereits auf Gesetzesstufe geregelt ist, sondern letztlich vom Urteil der rechtsprechenden Behörden abhängt. Angesichts der nicht ausschliessbaren «Gefahr» einer Änderung der in BGE 132 IV 120 begründeten Rechtsprechung¹⁸²⁰ erscheint es durchaus berechtigt, diese Frage bereits auf Gesetzesebene klären zu wollen und sie damit dem richterlichen Ermessensspielraum und damit der Möglichkeit einer möglichen Praxisänderung zu entziehen. Das Anliegen als Zwängerei zu bezeichnen, ist daher nicht angemessen.¹⁸²¹

Eine Begründung, weshalb weiterhin an der bisherigen Kategorisierung festgehalten werden soll, wenn (dank bundesgerichtlicher Praxis) *materiell* ohne-

¹⁸¹⁵ *Hangartner*, Selbstbestimmung, 60.

¹⁸¹⁶ So etwa, wenn Finger, an denen sich frisches Spermium befindet, in die Scheide eingeführt werden.

¹⁸¹⁷ Diesen Aspekt kritisieren auch *Niggli/Maeder*, *Erregende Dinge*, 1175 mit Fn. 46.

¹⁸¹⁸ *Niggli/Maeder*, *Erregende Dinge*, 1173.

¹⁸¹⁹ BGE 132 IV 120.

¹⁸²⁰ Bisher waren entsprechende Versuche nicht von Erfolg gekrönt, vgl. das Urteil des Bundesgerichts 6B_78/2017 vom 06.09.2017 E. 2.1, wo die in BGE 132 IV 120 begründete Rechtsprechung bestätigt wurde.

¹⁸²¹ *Niggli/Maeder*, *Erregende Dinge*, 1169.

hin alle erzwungenen Penetrationen bereits gleich behandelt werden (sollten), liefern Niggli und Maeder im Übrigen nicht. Die Argumente, die traditionellerweise für die Schaffung verschiedener Tatbestände vorgebracht wurden, überzeugen nicht und werden von der Rechtsprechung, die für alle beischlafähnlichen Handlungen annähernd gleich hohe Strafen fordert, denn auch nicht anerkannt. Wenn also an dieser für die Bemessung der Strafe – zumindest nach bundesgerichtlicher Praxis – unerheblichen unterschiedlichen Kategorisierung derart vehement festgehalten wird, liegt es nicht so fern anzunehmen, dass eben alleine der *Bezeichnung* eine bestimmte Bedeutung zukommt oder jedenfalls zugemessen wird, so als ob der Begriff «Vergewaltigung» irgendwie doch für ein ganz besonders schweres Unrecht reserviert ist, ansonsten die separate Erfassung und Bezeichnung des vaginalen Geschlechtsverkehrs als Vergewaltigung nicht notwendig wäre.¹⁸²² So schreibt auch der Philosoph Reitan: ««Rape» is a potent word, a word laden with emotive and evaluative significance. To call a sexual act «rape» is to attach to it the harshest sort of condemnation.»¹⁸²³ Dies trifft zweifelsohne auch auf den deutschen Begriff der Vergewaltigung zu.

- 657 Insofern ist die Forderung verständlich, dass sämtliche – aus Perspektive des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung – mit einer vaginalen Vergewaltigung vergleichbaren Handlungen dieses «Label» als besonders schweres Unrecht erhalten sollen oder aber zumindest gänzlich auf dieses «Label» verzichtet werden sollte.¹⁸²⁴ Sofern die Beibehaltung des Begriffs der Vergewaltigung und damit eine Qualifikation als notwendig erachtet wird, sollte diese nach dem Gesagten neben dem Vaginalverkehr auch den Oral- und Analverkehr sowie alle sexuellen Handlungen erfassen, die mit einer Penetration natürlicher Körperöffnungen verbunden sind, da all diese Übergriffe eine massive Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung darstellen.
- 658 Fraglich ist, ob auch weitere Handlungen, wie etwa der durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung als beischlafähnlich qualifizierte Schenkelverkehr, als qualifizierte sexuelle Nötigung zu gelten haben, zumal dadurch erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen würden.¹⁸²⁵ Ganz generell ist einzuwenden, dass die Fokussierung auf «Penetrationen» und deren Bewertung als besonders gravierende Eingriffe doch von einer starren heteronormativen

¹⁸²² In diesem Lichte sind wohl auch die Überlegungen in der Begründung der Standesinitiative «Neudefinition des Rechtsbegriffs der Vergewaltigung in den Artikeln 189 und 190 des Strafgesetzbuches», eingereicht vom Kanton Genf am 21. Mai 2014, Geschäftsnummer 14.311, zu sehen, welche von *Niggli/Maeder*, *Erregende Dinge*, 1164, kritisiert werden.

¹⁸²³ *Reitan*, *Rape as an Essentially Contested Concept*, 43.

¹⁸²⁴ Vgl. auch den Vorschlag von *Queloz*, «Diversité culturelle», 458.

¹⁸²⁵ Vgl. zu dieser Problematik *Niggli/Maeder*, *Erregende Dinge*, 1174.

Sichtweise zeugt¹⁸²⁶ – auch andere sexuelle Handlungen bzw. deren Modalitäten können für das Opfer als besonders traumatisierend und erniedrigend erlebt werden. Es wäre daher zu überlegen, ob nicht eine mit dem deutschen Recht vergleichbare Lösung in Betracht gezogen werden sollte, wonach eine Qualifikation für all jene sexuellen Handlungen vorgesehen ist, die mit einer besonderen Erniedrigung des Opfers einhergehen.¹⁸²⁷

C. Erweiterung des Opferkreises

Sollte entgegen der hier vertretenen Ansicht an der Sonderstellung des Beischlafs festgehalten werden, so sollte zumindest der auf weibliche Personen begrenzte Kreis der Opfer einer Vergewaltigung überdacht werden.¹⁸²⁸ Der Vergewaltigungstatbestand wurde traditionellerweise auf die Konstellation «männlicher Täter – weibliches Opfer» beschränkt.¹⁸²⁹ Diese geschlechtsspezifische Fassung des Vergewaltigungstatbestandes wird sowohl verteidigt als auch kritisiert. So befürchten die einen, dass ein geschlechtsneutraler Tatbestand nicht mit der Wahrnehmung von Vergewaltigungen als geschlechtsspezifische Diskriminierung und Folge der patriarchalisch geprägten Gesellschaft kompatibel sei.¹⁸³⁰ Eine geschlechterneutrale Fassung würde verschleiern, dass Vergewaltigungen ein «gegendertes» Verbrechen und Frauen die Hauptbetroffenen von sexueller Gewalt seien:

«Not only are women directly victimized, they are incidentally constrained by this reality, burdened with an awareness of their potential victimization. Simply and significantly, that awareness does not follow men down a dark street in the same way. Does degendering the victim category distract from this material reality and from efforts to change it?»¹⁸³¹

Überzeugender ist m.E. das Argument, dass gerade die geschlechterspezifische Fassung des Vergewaltigungstatbestandes im Grunde genommen sexistisch und diskriminierend ist. Unter der oben erwähnten Annahme, dass mit der Qualifikation als Vergewaltigung auch ein besonderes «Label» einhergeht, suggeriert die unterschiedliche juristische Qualifikation je nach Geschlecht des Opfers nämlich, dass Frauen verletzbarer und deshalb schutzbe-

¹⁸²⁶ Diesen Gedanken verdanke ich Fabian Odermatt.

¹⁸²⁷ Vgl. dazu MK-*Renzikowski*, § 177 n.F. Rn. 48; LK-*Hörnle*, § 177 Rn. 221.

¹⁸²⁸ So im Prinzip auch *Niggli/Maeder*, *Erregende Dinge*, 1175.

¹⁸²⁹ *Novotny*, *Rape Victims*, 743; *Sick*, *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht*, 222.

¹⁸³⁰ Vgl. etwa *Novotny*, *Rape Victims*, 749 f.

¹⁸³¹ *Novotny*, *Rape Victims*, 750.

dürftiger als Männer sind: «A legal system that treats women as uniquely vulnerable necessarily sends a message that they are not equal to men.»¹⁸³²

- 662 In der Literatur wird diese Ungleichbehandlung zwar gesehen, der Behebung dieses Problems allerdings keine grosse Bedeutung zugemessen. Offensichtlich wird davon ausgegangen, dass «female-on-male»-Vergewaltigungen entweder so gut wie nie vorkommen¹⁸³³ oder – weitergehend – dass erzwungener Geschlechtsverkehr ohne Mitwirkung des Mannes gar nicht möglich sei.¹⁸³⁴ Die Vorstellung, dass sexuelle Gewaltkriminalität vordringlich ein «Problem der Männer» sei¹⁸³⁵ und dass folglich Frauen nicht als unmittelbare Täterinnen und Männer konsequenterweise nicht als Opfer weiblicher Täterinnen in Betracht kommen, scheint in der Gesellschaft noch tief verwurzelt zu sein. Eng damit verbunden sind die Vorstellungen, dass Männer ohnehin immer Geschlechtsverkehr haben wollen und männliche Opfer derartige Übergriffe als weniger schwerwiegend erleben.¹⁸³⁶ Ein Blick in populärkulturelle Erzeugnisse bestätigt diese Vermutung. Wird sexuelle Gewalt an Männern in Filmen als ernsthaftes Thema dargestellt, sind die Täter meist männlich.¹⁸³⁷ Sexuelle Übergriffe von Frauen an Männern werden hingegen in Hollywoodfilmen wie «Forty Days and Forty Nights» (2002) und «Wedding Crashers» (2005) gewissermassen als komödiantische Höhepunkte präsentiert. Die Tatsache, dass sich kaum jemand an diesen das Thema der Lächerlichkeit preisgebenden Darstellungen von sexueller Gewalt an Männern zu stören scheint, bestätigt die Annahme, dass der Mythos, wonach Frauen Männer nicht vergewaltigen bzw. zum Geschlechtsverkehr zwingen können, in der Gesellschaft weit verbreitet ist.
- 663 Angesichts dieser Tatsache ist die Furcht männlicher Opfer verständlich, dass auch die Strafverfolgungsbehörden entsprechende Anzeigen nicht genügend ernst nehmen würden, weshalb die Taten vermutlich nur selten angezeigt werden.¹⁸³⁸ Dies wiederum führt dazu, dass entsprechende Täterinnen nicht in den Statistiken erscheinen und der Mythos weiter zementiert wird, wonach

¹⁸³² *Bryden*, Redefining Rape, 432.

¹⁸³³ Vgl. etwa *Hangartner*, Selbstbestimmung, 159, der von einer «theoretisch denkbaren» Situation spricht.

¹⁸³⁴ Siehe etwa *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, 222, wonach die Beischlafserzwingung eines Mannes kaum denk- bzw. vorstellbar sei und derartige Fälle, über die gelegentlich berichtet würde, eher den Fantasien mancher Männer entspringen, denn auf realen Vorkommnissen beruhen würden.

¹⁸³⁵ So ausdrücklich *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, 223.

¹⁸³⁶ *Stemple/Meyer*, The Sexual Victimization of Men in America, 20 ff.

¹⁸³⁷ Vgl. etwa *American History X* (1998); *The Kite Runner* (2007); *Pulp Fiction* (1994).

¹⁸³⁸ Vgl. zur Situation von männlichen Opfern häuslicher Gewalt: *Aline Wüst*, Für Männer ist die Opferrolle nicht vorgesehen, in: *Aargauer Zeitung* vom 22.10.2014, wonach männliche Opfer bisweilen von Polizisten ausgelacht würden.

Sexualkriminalität vordringlich ein männliches Problem sei. Wissenschaftliche Untersuchungen haben allerdings mittlerweile aufzeigen können, dass es Zeit ist, «to move past the male perpetrator and female victim paradigm».¹⁸³⁹ Die Zahl weiblicher Täterinnen von Sexualdelikten ist wissenschaftlichen Erkenntnissen zufolge wesentlich höher, als dies gemeinhin angenommen wird.¹⁸⁴⁰ Männliche Opfer von Sexualstraftäterinnen sollten nicht weniger ernst genommen werden, nur weil das Geschlecht der Akteure nicht dem gängigen Dogma entspricht. Ein wichtiger Schritt bei der Anerkennung dieser Opfer wäre, dass Vergewaltigung nicht länger juristisch so definiert wird, dass die Vergewaltigung eines Mannes durch eine Frau bereits begrifflich ausgeschlossen ist.

III. Neueste Entwicklungen – Art. 189 und 190 E-StGB

A. Art. 189 f. E-StGB – die Änderungen im Überblick

Die anhaltende Kritik aus Literatur und Politik aufgreifend hat der Bundesrat in seinem Entwurf zur Harmonisierung der Strafrahmen Änderungen vorgeschlagen, die in der Vernehmlassungsvorlage noch nicht enthalten sind. Die Art. 189 f. sollen wie folgt geändert werden: 664

Art. 189 Abs. 1 E-StGB

¹Wer eine Person zur Vornahme oder Duldung einer 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 fünf Jahren bestraft.

Art. 190 Abs. 1 E-StGB

¹Wer eine Person zur Vornahme oder Duldung des Beischlafs oder einer beischlafsähnlichen Handlung, insbesondere einer solchen, die mit einem Eindringen in den 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 zwei bis zu zehn Jahren bestraft.

Durch die vorgeschlagene Änderung sollen diverse Anliegen aufgenommen werden. So soll zunächst bei beiden Tatbeständen der Gesetzeswortlaut dahingehend angepasst werden, dass sowohl zur Vornahme als auch zur Duldung einer (beliebigen) sexuellen Handlung genötigt werden kann.¹⁸⁴¹ Dadurch wird das gesetzgeberische Versehen im aktuellen Art. 189 korrigiert, 665

¹⁸³⁹ *Stemple/Meyer*, The Sexual Victimization of Men in America, 25.

¹⁸⁴⁰ Vgl. *Barbara Krahé/Eva Weizenhöfer/Ingrid Möller*, Women's Sexual Aggression Against Men: Prevalence and Predictors, *Sex Roles*, 49, 2003, 219 ff. m.w.N.

¹⁸⁴¹ BBl 2018 2872 f.

der dem Wortlaut nach nur die Nötigung zur Duldung einer sexuellen Handlung erfasst.

- 666 Zweitens sollen die Tatbestände – trotz der bisherigen ablehnenden Haltung des Bundesrates – vollständig geschlechterneutral ausgestaltet werden. Begründet wird dies im Wesentlichen mit der internationalen Rechtspraxis und damit, dass das Anliegen im Parlament auf Sympathien gestossen sei. Künftig sollen mit dem Beischlaf vergleichbare Handlungen allesamt als Vergewaltigung bestraft werden, für die neu auch eine höhere Mindeststrafe gelten soll.¹⁸⁴²
- 667 Alle anderen sexuellen Handlungen sollen fortan unter die «Sexuelle Nötigung» subsumiert werden. Da somit nur noch weniger eingriffsintensive Handlungen unter den neuen Art. 189 E-StGB fallen können, wurde dort einerseits auf eine Mindeststrafe verzichtet und andererseits der Strafrahmen auf fünf Jahre gesenkt.

B. Würdigung der vorgeschlagenen Änderungen

1. Definition «beischlafähnlich»

- 668 Die neue, dezidiert geschlechterneutrale Fassung der beiden Tatbestände ist aus den oben genannten Gründen zu begrüßen. Schwierigkeiten dürfte hingegen die künftig bedeutsame Abgrenzung zwischen beischlafähnlichen und anderen sexuellen Handlungen bereiten, zumal für erstere eine relativ hohe Mindeststrafe gelten soll. Der Bundesrat spricht diese Schwierigkeit in der Botschaft denn auch an.¹⁸⁴³ Allerdings sind die entsprechenden Ausführungen nicht gänzlich überzeugend. So werden die Grundsätze, die für die Qualifizierung einer Handlung als «sexuelle Handlung» massgeblich sind – also der objektive Sexualbezug und die Erheblichkeit – als Massstab herangezogen: Bei der Beurteilung, ob das abgenötigte Verhalten gleich oder ähnlich gravierend (oder gar gravierender) wie der erzwungene Beischlaf ist, sollen laut Botschaft ebendiese Grundsätze massgebend sein. Das geschützte Rechtsgut und die hohe Mindeststrafe seien dabei stets im Auge zu behalten.¹⁸⁴⁴
- 669 Es ist nun nicht ganz ersichtlich, inwiefern die genannten Kriterien irgendeine Hilfe bei der Abgrenzung zwischen beischlafähnlichen und anderen sexuellen Handlungen sein sollen. Denn die beiden genannten Kriterien – objektiver Sexualbezug und Erheblichkeit – müssen sowohl bei beischlafähnlichen als

¹⁸⁴² BBl 2018 2873 ff.

¹⁸⁴³ BBl 2018 2874.

¹⁸⁴⁴ Ebenda.

auch bei anderen sexuellen Handlungen ohnehin erfüllt sein, ansonsten die Handlungen, wenn überhaupt, bloss als sexuelle Belästigungen gewertet werden könnten.¹⁸⁴⁵

Hilfreicher sind insofern die in der Botschaft genannten weiteren Überlegungen wie die hohe Mindeststrafe sowie die Ausführungen zum Regelbeispiel, wo beispielhaft verschiedene mit dem Beischlaf vergleichbare, besonders eingriffsintensive Handlungen genannt werden. Es sind dies der Anal- und Oralverkehr sowie die Penetration von Vagina und Anus mit anderen Körperteilen oder Gegenständen.¹⁸⁴⁶ Der nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung als «beischlafsähnlich» qualifizierte Schenkelverkehr wird hingegen nicht explizit im Haupttext, sondern lediglich in einer Fussnote erwähnt.¹⁸⁴⁷ Da aber darauf hingewiesen wird, dass Verhaltensweisen vom künftigen Art. 190 E-StGB erfasst werden sollen, «bei denen das primäre Geschlechtsteil einer der beteiligten Personen mit dem Körper der anderen Person in enge Berührung kommt»,¹⁸⁴⁸ und als Beispiele für «andere sexuelle Handlungen» klarerweise eingriffsschwache Handlungen genannt werden wie blosser Berührungen der Geschlechtsteile oder Zungenküsse, sollte der Schenkelverkehr auch künftig als beischlafähnliche Handlung qualifiziert werden. Schliesslich handelt es sich dabei nicht nur um eine Handlung, bei der der Penis des Täters äusserst eng mit dem Körper des Opfers in Berührung kommt, sondern er stellt auch gewissermassen eine Simulation des Geschlechtsverkehrs dar, was gerade für kindliche Opfer äusserst bedrohlich wirken kann.

2. *Mindeststrafen und der Begriff der «Vergewaltigung»*

Gemäss Harmonisierungsentwurf sollen künftig alle erzwungenen sexuellen Handlungen, die eine mit dem Beischlaf vergleichbare Eingriffsintensität aufweisen, als «Vergewaltigung» bestraft werden, wofür eine Mindeststrafe von zwei Jahren vorgesehen ist. Hier sind nun zunächst Bedenken hinsichtlich der vorgesehenen Mindeststrafen anzubringen. Wie der Bundesrat an anderer Stelle anmerkt, haben Mindeststrafen bisweilen die Folge, dass in der Praxis bestimmte Rechtsbegriffe restriktiver ausgelegt werden.¹⁸⁴⁹ So ist zu befürchten, dass die verlangte Nötigungsintensität bei Art. 190 E-StGB strenger gehandhabt würde, zumal eine Abstufung nur hinsichtlich der *Art* der sexuellen Handlung vorgesehen ist. Wie im zweiten Teil erwähnt, stellt das

¹⁸⁴⁵ Vgl. vorne Rz. 242 ff.

¹⁸⁴⁶ BBl 2018 2875.

¹⁸⁴⁷ BBl 2018 2875 mit Fn. 110.

¹⁸⁴⁸ BBl 2018 2875.

¹⁸⁴⁹ BBl 2018 2871.

Bundesgericht aktuell keine hohen Anforderungen an die Widersetzlichkeit des Opfers.¹⁸⁵⁰ Ob diese Praxis aufrechterhalten wird, wenn eine Mindeststrafe von zwei Jahren verhängt werden muss, ist ungewiss. Allerdings könnte die Problematik insofern entschärft werden, als das Gericht gemäss Art. 48a nicht an die Mindeststrafe gebunden ist, sofern es wegen Vorliegens eines Strafmilderungsgrundes die Strafe mildern kann. Hier gilt es aber wiederum zu bedenken, dass die Strafmilderungsgründe als «Plattform antiquierter Schuldzuschreibungen»¹⁸⁵¹ an das Opfer missbraucht werden könnten. Insofern sind die geplanten Mindeststrafen tendenziell kritisch zu beurteilen.

- 672 Eine zweite Kritik ist hinsichtlich des Begriffs «Vergewaltigung» anzubringen. Wie oben dargelegt wurde, ist die Bezeichnung einer Tat als «Vergewaltigung» mit einem besonderen Unwertsurteil verbunden.¹⁸⁵² Die Forderung erscheint zwar nachvollziehbar, dass sämtliche mit erzwungenem Beischlaf vergleichbaren Handlungen dieses besondere «Label» und die entsprechenden Opfer den «Status eines Opfers von Vergewaltigung»¹⁸⁵³ erhalten sollen, jedenfalls sofern an diesem «Label» festgehalten werden soll. Vielleicht sollte aber die Verwendung dieses «Labels», d.h. die Verwendung des Begriffs «Vergewaltigung», überhaupt überdacht werden, da alleine mit dieser Bezeichnung einer Tat der Fokus zu sehr auf den Gewaltaspekt gelenkt wird.
- 673 Diese Position mag erstaunen, zumal auch Feministinnen immer wieder darauf hinweisen, dass es bei der Vergewaltigung eben gerade um Gewalt und nicht um Sex gehe.¹⁸⁵⁴ Dieser «Gewalt, nicht Sex»-Ansatz hatte historisch gesehen eine wichtige Funktion, wurde er doch insbesondere verwendet, um die Vergewaltigung von «gewöhnlichem» Sex abzugrenzen und die Bevölkerung – vor allem Männer – zur Einsicht zu bringen, dass Vergewaltigung ein ernstzunehmendes Verbrechen ist. Insbesondere sollte der früher herrschenden Meinung entgegengewirkt werden, wonach Vergewaltigung ein «crime of passion» sei, ausgelöst durch unkontrollierbare, überwältigende Triebe des Täters, welche wiederum als eine blosser Reaktion auf die sexuelle Attraktivität oder sogar das provozierende Verhalten des Opfers angesehen wurden. Um den damit verbundenen Tendenzen zum «Victim-Blaming» entgegenzuwirken, haben deshalb Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen mit einem feministischen Fokus die gewaltspezifischen Aspekte der Tat – Wut und

¹⁸⁵⁰ Vgl. vorne insbes. Rz. 331 ff. und Rz. 348 ff.

¹⁸⁵¹ Die Formulierung stammt von *Kratzer-Ceylan*, Schlüsselbegriffe, 384; vgl. dazu ausführlicher vorne Rz. 431 f.

¹⁸⁵² Vgl. vorne Rz. 656.

¹⁸⁵³ BBl 2018 2873.

¹⁸⁵⁴ Vgl. zu diesem Ansatz statt vieler *Susan Brownmiller*, *Against our Will: Man, Women and Rape*, New York 1975.

das Bedürfnis nach Dominanz und Kontrolle – hervorgehoben und betont.¹⁸⁵⁵ Demnach ist ein Vergewaltiger ein Gewaltverbrecher wie jeder andere Gewaltverbrecher auch und nicht bloss ein Mann, der seinem Bedürfnis nach Sex etwas zu stürmisch nachgeht. Der Ansatz sollte auch die Einsicht fördern, dass Vergewaltigungsopfer «richtige» Opfer sind und eben nicht bloss die Geschlechtspartner eines etwas stürmischen Liebhabers.¹⁸⁵⁶ Durch die Umdeutung der Vergewaltigung in ein Gewaltverbrechen wurde das Aussehen des Opfers, dessen Kleidung und Verhalten weniger relevant. «Kurz: Es war egal, wie «sexy» die Frau war, da es ja gar nicht um Sex ging.»¹⁸⁵⁷

Dennoch erscheint der «Gewalt, nicht Sex»-Ansatz problematisch, zumal dabei die sexuelle Natur dieses Delikts vernachlässigt wird, die gerade für die Opfer durchaus zentral ist.¹⁸⁵⁸ Wenn es einem Täter angeblich nur um Dominanz und Kontrolle geht, wieso wählt er dann den Weg über die Sexualität? Oder wie MacKinnon sich fragt: «[I]f it's violence not sex why didn't he just hit her?»¹⁸⁵⁹ Es mag zwar zutreffen, dass es einigen Tätern bloss um Dominanz und Kontrolle geht, einigen dürfte es aber tatsächlich schlicht um die (rücksichtslose) Befriedigung eigener sexueller Bedürfnisse gehen und noch häufiger wohl werden beide Aspekte eine Rolle spielen. Die sexuelle Komponente auszublenden, dürfte deshalb nicht angemessen sein, zumal die Tatsache, dass bei einer Vergewaltigung das Selbstbestimmungsrecht im Bereich der eigenen Sexualität übergangen bzw. verletzt wird, für die Opfer eine besondere Bedeutung hat. Wie bereits erwähnt, lenkt der «Gewalt, nicht Sex»-Ansatz zudem den Blick zu sehr auf den Aspekt «Gewalt», der nicht bei jeder Vergewaltigung vorhanden sein muss, und weg vom zentralen Unrecht der fehlenden Konsensualität.¹⁸⁶⁰ Man könnte sich überdies auch fragen, ob der «Gewalt, nicht Sex»-Ansatz Tätern einer (nicht mit zusätzlich körperlicher Gewalt verbundenen) Vergewaltigung die Erkenntnis erschwert, dass ihr Verhalten eine krasse Missachtung der sexuellen Selbstbestimmung darstellt:

«In calling rape «violence», feminists have enabled many men to distinguish what they have done from what rapists do, because they haven't caused external physical damage that they can understand as violence. If the victim has no bruises, broken bones, or other physical injuries, it is hard for men to «see» the violence.»¹⁸⁶¹

¹⁸⁵⁵ Vgl. *Henderson*, Rape and Responsibility, 156 f., und *Bourke*, Rape, 406.

¹⁸⁵⁶ Ebenda.

¹⁸⁵⁷ *Sanyal*, Vergewaltigung, 41.

¹⁸⁵⁸ Kritisch auch *MacKinnon*, Pleasure under Patriarchy, 323.

¹⁸⁵⁹ *MacKinnon*, Pleasure under Patriarchy, 323; ähnlich *Dubinsky*, Improper Advances, 34.

¹⁸⁶⁰ Ähnlich *Hörnle*, Verbesserung, 20.

¹⁸⁶¹ *Henderson*, Rape and Responsibility, 157.

- 676 Insofern erscheint der «Gewalt, nicht Sex»-Ansatz an sich problematisch. Einige dieser Kritikpunkte lassen sich durchaus auch auf den blossen Begriff der *Vergewaltigung* übertragen. Insofern wäre es m.E. wünschenswert, von diesem Begriff Abschied zu nehmen und für das qualifizierte Delikt auf eine Bezeichnung wie z.B. «schwere sexuelle Nötigung» zurückzugreifen.

§ 3 Überlegungen hinsichtlich einer Neukonzeptualisierung¹⁸⁶²

I. Ausgangslage: Schaffung eines Grundtatbestandes

Als wichtigstes Ergebnis dieser Untersuchung ist die Feststellung zu sehen, dass zur Erfüllung der völkerrechtlichen Pflichten aus Art. 36 IK und zur angemessenen und gerechten Ahndung von Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung eine Gesetzesänderung erforderlich ist. Als vorzugswürdige Lösung wurde dabei die Schaffung eines Grundtatbestandes in Erwägung gezogen, der sich – grob gesprochen – zur Vergewaltigung so verhält wie der Diebstahl bzw. die unrechtmässige Aneignung zum Raub.¹⁸⁶³ Im Folgenden soll nun überlegt werden, wie ein solcher Grundtatbestand auszugestalten wäre. 677

II. Möglichkeiten zur Formulierung eines Grundtatbestandes

Ein Sexualstrafrecht kann auf mannigfache Weise ausgestaltet werden. Auch ein Blick in andere Rechtsordnungen bestätigt, dass unterschiedlichste Lösungen gefunden wurden, um das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung umfassend schützen zu können. Wichtig erscheint dabei, dass bei der Ausgestaltung neu zu schaffender Tatbestände immer das gesamte Sexualstrafrecht im Auge behalten wird, um Überschneidungen und Wertungswidersprüche zu vermeiden.¹⁸⁶⁴ Für die Formulierung eines Grundtatbestandes ist die im ersten Teil angesprochene Unterscheidung zwischen Einwilligung und Einverständnis in Erinnerung zu rufen.¹⁸⁶⁵ 678

¹⁸⁶² Die folgende Gliederung ist an die grundlegende Überlegung von *Bogart*, 117 f., angelehnt, wonach «rape» auf verschiedene Arten konzeptualisiert werden könne, nämlich als «forcible», «coerced», «nonvoluntary» oder «nonconsensual» Geschlechtsverkehr. *Hörnle*, Gutachten, 13 ff.; *Eisele*, Stellungnahme, 7 ff.; *Isfen*, Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen, 227 ff., haben ihre Ausführungen ähnlich gegliedert.

¹⁸⁶³ So bereits *Scheidegger*, Vernehmlassungsantwort, 16.

¹⁸⁶⁴ Vgl. auch *Eisele*, Stellungnahme, 6.

¹⁸⁶⁵ Vgl. vorne Rz. 45 ff.

A. Variante «ohne Einwilligung»

- 679 Aufgrund der Tatsache, dass in dieser Arbeit der Fokus stets auf der Einwilligung lag, würde es natürlich naheliegen, für den Grundtatbestand die Formulierung «ohne Einwilligung» zu wählen, also einen Tatbestand zu formulieren, der in etwa lauten würde: «Wer ohne Einwilligung einer Person sexuelle Handlungen an dieser vornimmt, wird (...) bestraft.»
- 680 Der Vorteil einer solchen Lösung ist offensichtlich: Mit einem einzigen Tatbestand wären die Vorgaben aus Art. 36 IK ohne weiteres erfüllt und das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung zumindest theoretisch umfassend geschützt.¹⁸⁶⁶ Denn zur allgemeinen Einwilligungsdogmatik und den Wirksamkeitsvoraussetzungen haben sich in Lehre und Rechtsprechung klare Linien herausgebildet, die sich in den sexuellen Kontext übertragen liessen. So ist weitestgehend unstrittig, dass die Einwilligung nicht nur eine faktische, sondern auch eine normative Komponente hat. Wie im ersten Teil ausführlich dargelegt, ist nicht nur eine faktische Einwilligung (und je nach Ansicht eine entsprechende Erklärung) erforderlich, sondern auch, dass sie von einer einwilligungsfähigen Person erteilt wurde und frei von Willensmängeln ist.
- 681 Gegen eine Formulierung, die eine fehlende Einwilligung vorsieht, wurde insbesondere im deutschen Diskurs zunächst eingewendet, dass der Gesetzgeber dadurch nach (noch) überwiegender Auffassung einen Rechtfertigungsgrund normieren würde, die Zustimmung zu sexuellen Handlungen aber bereits tatbestandsausschliessende Wirkung haben sollte.¹⁸⁶⁷ Wird die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund verstanden, dann wäre der hier diskutierte Vorschlag tatsächlich kurios, zumal damit die Aussage verbunden wäre, dass alle Sexualkontakte zunächst per se einen Unrechtstatbestand erfüllen, der auf der zweiten Stufe allenfalls durch eine Einwilligung gerechtfertigt wäre.¹⁸⁶⁸ Da nach hier vertretener Ansicht jedoch jeder Zustimmung, d.h. auch der Einwilligung, tatbestandsausschliessende Wirkung zukommt, muss auf dieses Argument nicht weiter eingegangen werden.¹⁸⁶⁹
- 682 Eine berechtigtere Überlegung wäre allerdings der Einwand, dass die Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung lediglich in Lehre und Rechtspre-

¹⁸⁶⁶ Ähnlich *Eisele*, Stellungnahme, 6, der aber Einverständnis und Einwilligung synonym zu gebrauchen scheint.

¹⁸⁶⁷ *Isfen*, Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen, 227 f.; ähnlich *Lenz*, Jugendschutztatbestände, 41.

¹⁸⁶⁸ So auch bereits *Stratenwerth*, § 10 Rn. 9; a.A. allerdings *Herring/Dempsey*, Rethinking criminal law's response to sexual penetration, 30: «We claim that when a man penetrates a woman's anus or vagina, he commits a prima facie moral wrong. Sexual penetration requires justification (...).»

¹⁸⁶⁹ Vgl. vorne Rz. 48 f.

chung weitgehend geklärt sind, nicht aber vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber festgelegt wurden. Darüber hinaus kann vom durchschnittlichen von diesem Gesetz betroffenen Bürger wohl nicht erwartet werden, dass er Lehre und Rechtsprechung zu den Einwilligungsvoraussetzungen im Detail kennt und folglich sein Verhalten danach richten kann. Hörnle wendet dagegen ein, dass es im praktisch mindestens ebenso wichtigen Fall der ärztlichen Heileingriffe auch Lehre und Rechtsprechung überlassen wird, zu definieren, unter welchen Umständen eine erteilte Einwilligung als unwirksam zu erklären ist.¹⁸⁷⁰ Allerdings gilt es hierbei zu bedenken, dass Sexualkontakte einerseits und Heileingriffe andererseits Ereignisse sind, die sich mit Blick auf das betroffene Rechtsgut, den Kontext, in dem sie stattfinden und nicht zuletzt auch hinsichtlich der Häufigkeit, mit der ein durchschnittlicher Mensch in ein solches Ereignis involviert ist, ganz erheblich unterscheiden. Man könnte sich daher zumindest überlegen, die Voraussetzungen für eine gültige Zustimmung zu Sexualkontakten bereits im Gesetz präziser zu umschreiben und gegebenenfalls mittels Beispielen zu verdeutlichen, wann eine allfällige Einwilligung nicht gültig ist.¹⁸⁷¹

Durch die Verwendung des Begriffes «Einwilligung» in einem Grundtatbestand würden weite Überschneidungen mit den bisherigen, auf spezifische Konstellationen gemünzten Tatbeständen des Sexualstrafrechts entstehen. So wären Taten nach Art. 187 und 191 – Kinder und andere urteilsunfähige Personen können bekanntlich nicht wirksam einwilligen – bereits vollständig von einem solchen Grundtatbestand erfasst. In diesem Zusammenhang wäre es durchaus denkbar, sämtliche Tatbestände, die vom Grundtatbestand bereits erfasst werden, zu streichen – ungewöhnlich wäre dies nicht: Bei den Körperverletzungstatbeständen spielt es schliesslich auch keine Rolle, ob der Täter ganz ohne Einwilligung handelte oder aufgrund einer ungültigen, etwa irrtumsbelasteten, Einwilligung einen ärztlichen Eingriff vornahm – in beiden Fällen wird die Tat schlicht als Körperverletzung qualifiziert. Analog könnte man im Sexualstrafrecht nun argumentieren, dass ein *einzig*er Tatbestand, der an eine fehlende gültige Einwilligung anknüpft, genügen würde und die spezifischeren Tatbestände wie etwa Art. 191 (Schändung), Art. 187 (Sexuelle Handlungen mit Kindern) oder Art. 189 f. (Sexuelle Nötigung) allesamt ersetzen könnte.¹⁸⁷² Warum sollten wir danach differenzieren, ob ein nichtkonsensueller Sexualkontakt durch Androhen von Gewalt oder durch Ausnutzen von Urteilsunfähigkeit oder durch täuschende Verhaltensweisen zustande

683

¹⁸⁷⁰ So auch Hörnle, Gutachten, 20.

¹⁸⁷¹ Vgl. etwa den neuen § 177 Abs. 2 D-StGB.

¹⁸⁷² So zumindest teilweise das englische Recht. Etwa «Rape» wird – verkürzt gesagt – als «penile Penetration ohne Einwilligung» definiert und erfasst damit Sachverhalte, die nach Schweizer Recht unter Art. 191 zu subsumieren wären, so etwa Geschlechtsverkehr an einer bewusstlosen Person, vgl. sec. 1 i.V.m. sec. 75 des SOA 2003.

gekommen ist? Ebenso könnte man sich fragen, weshalb in Bezug auf die unrechtmässige Aneignung einer Sache je nach Vorgehensweise des Täters Art. 156 (Erpressung), Art. 139 (Diebstahl), Art. 140 (Raub) und Art. 146 (Betrug) angewendet werden – man könnte die unterschiedlichen «Modalitäten» der Aneignung ja auch bloss im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigen.¹⁸⁷³

- 684 Die Antwort dürfte darin liegen, dass es ein Bedürfnis nach «fair labeling» zu geben scheint, wonach «widely felt distinctions between kinds of offences and degrees of wrongdoing are respected and signaled by the law, and that offences should be divided and labeled so as to represent fairly the nature and magnitude of the law-breaking.»¹⁸⁷⁴ «Fair Labelling» ist deshalb notwendig, weil es für Täter, Opfer und die gesamte Rechtsgemeinschaft nicht nur eine Rolle spielt, ob oder dass ein Täter überhaupt verurteilt wird, sondern auch, *weswegen* er verurteilt wird, da bereits die Bezeichnung der Tat Auskunft über das Ausmass des begangenen Unrechts gibt.¹⁸⁷⁵ Dass überdies auch bereits der juristischen Bezeichnung einer Tat eine gewichtige symbolische Funktion zukommt, wird nicht zuletzt daran ersichtlich, dass immer wieder heftig debattiert wird, welche Taten als «Vergewaltigung» bestraft werden sollen, ob der Begriff nur für einige wenige Verhaltensweisen reserviert sein oder sogar gänzlich abgeschafft werden sollte. Würde also für einen neuen Grundtatbestand die hier diskutierte Variante «ohne Einwilligung» gewählt, so müssten also jedenfalls die Auswirkungen des neuen Grundtatbestandes auf andere Delikte sorgfältig bedacht und geklärt werden.¹⁸⁷⁶
- 685 Letztlich wird gegen die hier diskutierte Formulierung, welche die Wendung «ohne Einwilligung» beinhalten würde, auch eingewendet, dass beim Institut der Einwilligung grundsätzlich unbestritten ist, dass – zumindest bestimmte – Irrtümer zur Unwirksamkeit einer erteilten Einwilligung führen. Die Übertragung der allgemeinen Einwilligungsregeln via die Formulierung «ohne Einwilligung» ins Sexualstrafrecht würde somit dazu führen, dass zumindest das Erzeugen oder Ausnutzen von bestimmten Täuschungen zu einer Strafbarkeit des Täters führen müsste. Die «Rückkehr» zu einem strafrechtlichen Schutz vor Täuschungen im Sexualbereich wird bisweilen nicht befürwortet.¹⁸⁷⁷ Diese Ablehnung wird hier nicht geteilt. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass täuschende Verhaltensweisen nicht denselben Unrechtsgehalt aufweisen wie Vorgehensweisen, die sich als Willensbruch charakterisieren lassen: «[N]ot

¹⁸⁷³ Vgl. *Green*, Consent and the Grammar of Theft Law, 112 ff.

¹⁸⁷⁴ *Ashworth/Horder*, Principles of Criminal Law, 77; dieser Auffassung folgend auch *Green*, Consent and the Grammar of Theft Law, 113.

¹⁸⁷⁵ Vgl. zum Ganzen *Chalmers/Leverick*, Fair labelling, 226.

¹⁸⁷⁶ So auch *Eisele*, Stellungnahme, 6.

¹⁸⁷⁷ Kritisch insofern *Renzikowski*, Stellungnahme, 11 f.

all nonconsensual ‹lovemaking› should be viewed as morally or legally equivalent.»¹⁸⁷⁸ Eine separate Erfassung dieser Verhaltensweisen in einem eigenen Tatbestand mit einem angemessenen niedrigeren Strafrahmen wäre deshalb vorzugswürdig. Aus diesem Grunde sollten auch bei Einführung eines Grundtatbestandes die Art. 189 (Sexuelle Nötigung) und Art. 191 (Schändung) gewissermassen als Qualifikationen beibehalten werden.

B. Variante «ohne Einverständnis» vs. «gegen den erklärten Willen»

Im Rahmen der deutschen Reformdebatte wurden insbesondere zwei Vorschläge prominent diskutiert. Die einen favorisierten einen Grundtatbestand, der auf das fehlende Einverständnis bzw. die fehlende Zustimmung abstellen sollte, wobei die Begriffe «Einverständnis» bzw. «Zustimmung» absichtlich gewählt wurden, um nicht die umfangreichen Voraussetzungen der Einwilligung zu implementieren, präziser: um die Strafbarkeit von Irrtumskonstellationen auszuschliessen.¹⁸⁷⁹ Das andere Lager, insbesondere Hörnle, plädierte hingegen für einen Tatbestand, der lauten sollte:

«Wer gegen den erklärten Willen einer anderen Person oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist, sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder an sich vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung an oder mit einem Dritten bestimmt (...).»¹⁸⁸⁰

Die Präzisierung bzw. Ergänzung «oder unter Umständen, in denen eine fehlende Zustimmung offensichtlich ist» bei Hörnles Vorschlag ist notwendig, damit auch jene Fälle von ihrem Grundtatbestand erfasst werden könnten, in denen (ablehnende) Kommunikation objektiv unmöglich war, etwa wenn der Täter das Opfer schlicht überrumpelt hat.¹⁸⁸¹

Der zentrale Unterschied der beiden Ansätze lässt sich auf eine einfache Frage herunterbrechen: Welcher der beiden Grundsätze soll gesetzlich verankert werden: «Nur Ja heisst Ja» oder «Nein heisst Nein»? Für sehr viele Fälle –

¹⁸⁷⁸ Green, Lies, Rape, and Statutory Rape, 220.

¹⁸⁷⁹ Vgl. Renzikowski, Stellungnahme, 11 f.; ähnlich auch der Vorschlag von Dagmar Freudenberg/Martina Lörsh, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV), Stellungnahme im Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht vom 19.07.2017, 967 ff., 970.

¹⁸⁸⁰ Hörnle, Gutachten, 18; dies., Wie § 177 StGB ergänzt werden sollte, 326 ff.

¹⁸⁸¹ Hörnle, Wie § 177 StGB ergänzt werden sollte, 326.

nämlich jene, bei denen ein allfällig fehlendes «Nein» oder eine allfällig geäußerte Zustimmung nicht das Ergebnis einer selbstbestimmten Entscheidung darstellen – spielt diese Frage keine Rolle. Wenn der Täter das Opfer etwa mit einer Waffe bedroht und es dann vor dem Geschlechtsverkehr fragt: «Du hast doch nichts dagegen, oder?», dann spielt es keine Rolle, ob das Opfer nun ein erzwungenes «Ja» äussert oder sich nicht wagt, «Nein» zu sagen. Die beiden Lager unterscheiden sich lediglich, aber immerhin darin, dass Hörnle mit ihrem «Veto-Modell»¹⁸⁸² zumindest in bestimmten Fällen ein Obliegenheit des Opfers statuieren will, «sich zu den erkannten sexuellen Intentionen des Gegenübers explizit zu äussern»,¹⁸⁸³ während das andere Lager verlangt, dass eine Zustimmung zu sexuellen Handlungen zumindest konkludent erteilt worden sein muss.¹⁸⁸⁴

- 690 Generelle Überlegungen zum Selbstbestimmungsrecht und auch Art. 36 Abs. 2 IK sprechen dafür, dass grundsätzlich zu fordern ist, dass eine Zustimmung erteilt werden muss («consent must be given»), und nicht, dass auf der Ebene des Tatbestandes festgelegt werden sollte, dass eine Ablehnung erklärt werden muss.¹⁸⁸⁵ Damit wird nicht etwa Sexualität als etwas grundsätzlich Unerwünschtes bewertet, das ausnahmsweise durch eine Zustimmung «neutralisiert» würde.¹⁸⁸⁶ Vielmehr ist damit die Wertung verbunden, dass Sexualität nicht mehr weiter ein Gut ist, das man nutzen kann, solange niemand widerspricht, sondern man sich jeweils der Zustimmung des Partners versichern muss.¹⁸⁸⁷ Renzikowski bezeichnet dies als Paradigmenwechsel, allerdings nicht im negativen Sinn: «So gehen wir (...) mit allen anderen Rechtspositionen um, insbesondere auch dem Eigentum, und es leuchtet kaum ein, weshalb es bei der sexuellen Selbstbestimmung anders sein sollte.»¹⁸⁸⁸ Im Ergebnis dürften sich die beiden Positionen denn auch nicht wesentlich unterscheiden. Denn aus dem Erfordernis einer Zustimmung folgt ja keineswegs, dass die Zustimmung ausdrücklich erteilt werden muss. Vielmehr kann eine Zustimmung auch konkludent erteilt werden, und wie im ersten Teil dargelegt wurde, kann unter bestimmten Umständen selbst passivem Verhalten ein Erklärungswert zukommen, so dass jedenfalls aus Perspektive des Täters kein Handeln ohne Zustimmung vorliegt.¹⁸⁸⁹

¹⁸⁸² Hörnle, Rape as Non-Consensual Sex, 238 ff.

¹⁸⁸³ Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung, 871.

¹⁸⁸⁴ So etwa Renzikowski, Stellungnahme, 12.

¹⁸⁸⁵ Renzikowski, Stellungnahme, 12.

¹⁸⁸⁶ So aber Lenz, Jugendschutztatbestände, 39 ff.

¹⁸⁸⁷ Renzikowski, Stellungnahme, 12; vgl. auch Archard, Sexual Consent, 15 f.

¹⁸⁸⁸ Renzikowski, Stellungnahme, 12.

¹⁸⁸⁹ Vgl. vorne Rz. 75 ff.

Sowohl gegen die hier bevorzugte «Zustimmungslösung» als auch gegen das «Nein-heisst-Nein»-Modell von Hörnle wurde ein Einwand vorgebracht, der intuitiv bestechend erscheint. Und zwar wurde die Frage aufgeworfen, ob das Verhalten auch in jenem Fall strafwürdig sei, in dem das Opfer den Sexualkontakt zunächst ablehne, der Täter aber trotzdem weitermache und das Opfer anschliessend seine Meinung ändere und freiwillig mitmache. Insbesondere Eisele bestreitet die Strafwürdigkeit der Konstellation, dass «ein Ehepartner zunächst keine Lust auf sexuelle Handlungen hat, der andere ihn jedoch durch sexuelle Handlungen so stimuliert, dass er in dessen Folge einverständlich teilnimmt».¹⁸⁹⁰ Hörnle hat auf diesen Einwand erstaunlich defensiv reagiert¹⁸⁹¹ und erklärt, dass in solchen Fällen das Verfahren wegen geringer Schuld einzustellen wäre.¹⁸⁹² Entschärfen liesse sich dieses «Problem» beispielsweise dadurch, dass der entsprechende Grundtatbestand, der auf die fehlende Zustimmung des Partners abstellt, auf Beischlaf und ähnlich eingriffsintensive Handlungen begrenzt würde.¹⁸⁹³ Allerdings liesse sich mit einiger Berechtigung vertreten, dass eben auch Ehepartner ihre gegenseitigen Grenzen respektieren und auf eine Ablehnung nicht mit hartnäckigen Zudringlichkeiten reagieren sollten.

Der Vorzug der Einverständnis- bzw. Zustimmungslösung wäre zudem darin zu sehen, dass der Grundtatbestand die Irrtumskonstellationen nicht mitumfassen würde und diese somit in einem separaten Tatbestand mit einem tieferen Strafrahmen geregelt werden könnten.

III. Einwände gegen eine «consent-based-legislation»

Seit jeher wurden Bestrebungen, einen (Vergewaltigungs-)Tatbestand zu schaffen, der einzig den Willen des Opfers zum entscheidenden Kriterium vorsehen sollte, mit vielerlei Einwänden begegnet,¹⁸⁹⁴ von denen zwei im Folgenden kurz besprochen werden sollen.

¹⁸⁹⁰ Eisele, Abschlussbericht, 964.

¹⁸⁹¹ Vgl. Interview mit *Tajana Hörnle*, «Kopfschütteln oder Weinen genügt», taz online, 05.07.2016, abrufbar unter <http://www.taz.de/!5315782/>. Mit einem entsprechenden Fall konfrontiert antwortete *Hörnle*: «Ich bitte Sie, welcher Mann zeigt seine Partnerin nach einer solchen Situation an?»

¹⁸⁹² Ebenda.

¹⁸⁹³ Vgl. dazu den neuen § 205a (1) A-StGB: Wer mit einer Person gegen deren Willen, unter Ausnützung einer Zwangslage oder nach vorangegangener Einschüchterung den Beischlaf oder eine dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung vornimmt, ist, wenn die Tat nicht nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

¹⁸⁹⁴ *Lembke*, Beitrag Verfassungsblog.

A. Beweisschwierigkeiten

694 Eine beliebte Argumentation in diesem Zusammenhang war und ist der Hinweis darauf, dass die Implementierung eines einwilligungsbasierten Tatbestandes die ohnehin schon vorhandenen Beweiswürdigungsschwierigkeiten bei Sexualdelikten erheblich verschärfen würde.¹⁸⁹⁵ Bereits jetzt werden die Sexualdelikte als typische «Vier-Augen-Delikte» aus dieser Perspektive als problematisch empfunden.¹⁸⁹⁶ Gegen einen einwilligungsbasierten Tatbestand wird nun vorgebracht, dass bei den Nötigungs-, Missbrauchs- und Ausnützungstatbeständen durch ihre im Vergleich zu einem einwilligungsbasierten Tatbestand umfangreicheren Tatbestandsvoraussetzungen der Beweisgegenstand erweitert und dadurch die Beweiswürdigung erleichtert werde.¹⁸⁹⁷ Dem ist nun aber entgegenzuhalten, dass diese Wirkung, d.h. die Eignung der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen, über die Aussagen der Beteiligten hinausgehende Beweise zu generieren, generell überschätzt wird.¹⁸⁹⁸ Dies gilt insbesondere für die Varianten Bedrohung und psychischer Druck bei den sexuellen Nötigungsdelikten nach Art. 189 f.: Eine Drohung – sofern sie nicht gerade aufgezeichnet oder von Dritten beobachtet wurde – lässt sich nicht anders als durch die Aussagen der Betroffenen nachweisen. Bestreitet der Beschuldigte, eine Drohung ausgesprochen zu haben, steht auch insoweit Aussage gegen Aussage. Selbst für die Nötigungsvariante «Gewalt» ergibt sich nichts anderes. Abgesehen davon, dass viele Formen der Gewaltanwendung (Festhalten, Niederdrücken, an den Haaren ziehen, leichtere Schläge) oftmals keine attestierbaren Spuren hinterlassen, das Fehlen von Gewaltspuren also noch kein Beweis für das Nichtvorliegen einer Straftat ist, können auch allenfalls vorhandene Verletzungen nicht als eindeutiger Beweis für das Vorliegen einer Straftat, sondern lediglich als Indiz dafür dienen.¹⁸⁹⁹ So können bestimmte Verletzungen – etwa Hämatome an der Innenseite der Oberschenkel – allenfalls darauf hindeuten, dass der Geschlechtsverkehr nicht einvernehm-

¹⁸⁹⁵ Vgl. etwa *Eisenhuth*, Stellungnahme, 2 ff.; ausführlich dazu auch *Bryden*, Redefining Rape, 376 ff.

¹⁸⁹⁶ So auch *BSK-Maier*, Art. 189 Rn. 74.

¹⁸⁹⁷ So ausdrücklich *Eisenhuth*, Stellungnahme, 3: «Nachdem allein verbale Äusserungen in den nahezu ausschliesslich von Zweierkonstellationen geprägten Tathandlungen bei den sich anschliessend erwartungsgemäss widersprechenden Angaben regelmässig nicht nachweisbar sind, bleiben objektiv feststellbare Begleiterscheinungen wie die Anwendung von Zwangshandlungen oder jedenfalls ebenso empirisch feststellbare, die aktive Gegenwehr ausschliessende bzw. beeinträchtigende Tatumstände, wie etwa die schutzlose Lage, unverzichtbar.»

¹⁸⁹⁸ So auch *Hörnle*, Warum § 177 StGB ergänzt werden sollte, 212 f.

¹⁸⁹⁹ Vgl. *Hörnle*, Warum § 177 StGB ergänzt werden sollte, 212 f.

lich war, umgekehrt sind solche Verletzungen aber auch bei einvernehmlichem Geschlechtsverkehr möglich.¹⁹⁰⁰

Man könnte das eingangs genannte Argument nun allerdings auch dahingehend verstehen, dass durch die bestehenden Zusatzkriterien, die über das Fehlen einer Zustimmung hinausgehen, die Glaubhaftigkeitseinschätzung der Aussagen erleichtert wird.¹⁹⁰¹ Aufgrund der Konstruktion der Tatbestände als Nötigungsdelikte müsse ein komplexerer Geschehensablauf geschildert werden, so dass leichter festgestellt werden könne, ob die Aussagen der Beteiligten der Wahrheit entsprechen oder nicht.¹⁹⁰² Die Plausibilität dieses Arguments ist zunächst nicht von der Hand zu weisen. Allerdings muss auch hier der Einwand vorgebracht werden, dass diese Beweisschwierigkeiten auch beim aktuellen Tatbestand bereits existieren. Eine Drohung etwa kann aus einem einzigen Satz bestehen und ihr Vorliegen folglich ebenso schwierig zu beweisen sein wie das Vorliegen eines unzweideutigen «Neins» oder das Fehlen einer Zustimmung.

Im Übrigen sind Beweisschwierigkeiten kein grundsätzliches Argument, um auf einen bestimmten Tatbestand zu verzichten: «Es ist nicht die Aufgabe des Strafrechts, Beweisprobleme zu minimieren.»¹⁹⁰³ Auch Wirtschaftsdelikte sind oft enorm schwierig nachzuweisen, was aber dort nicht regelmässig als Argument für eine Streichung dieser Tatbestände vorgebracht wird. Die Beweisschwierigkeiten, die sich aus einem neu zu schaffenden Grundtatbestand ergeben könnten, sind allerdings nicht von der Hand zu weisen. Ein Grundtatbestand könnte die Beweisschwierigkeiten und damit die ohnehin schon hohe Einstellungs- und Freispruchrate im Bereich der Sexualdelikte nochmals erhöhen, das soll hier nicht bestritten werden. Um es mit Bryden zu sagen: «Perhaps this price is worth paying but it should at least be acknowledged.»¹⁹⁰⁴ Auch ist es denkbar, dass trotz eines solchen Grundtatbestandes das Widerstandserfordernis in vielen Fällen *faktisch* erhalten bleibt. Wie Wertheimer zu Recht sagt:

¹⁹⁰⁰ Vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts 6B_111/2012 vom 15.05.2012 E. 2.3: «Die Geschädigte hat eine Schürfung am Knie sowie äusserlich an Anus und Vagina je einen kleinen Kratzer erlitten. Diese Verletzungen sind nicht derart gravierend, dass daraus zwingend auf eine Vergewaltigung geschlossen werden müsste. Auch bei einvernehmlichem, heftigem Geschlechtsverkehr können derartige Verletzungen entstehen. Schliesslich bedeutet die grundsätzliche sexuelle Neigung der Geschädigten nicht, dass diese ausschliesslich homosexuelle Kontakte pflegte.»

¹⁹⁰¹ Cirullies, Stellungnahme, 2.

¹⁹⁰² Ebenda.

¹⁹⁰³ Renzikowski, Stellungnahme, 2.

¹⁹⁰⁴ Bryden, Redefining Rape, 478.

«And so even if we reject (...) the <force resistance rule> as a defining condition of a sexual offense, something like it will frequently rear its ugly head as a practical matter.»¹⁹⁰⁵

Aus den oben genannten Gründen sollte aber dennoch nicht darauf verzichtet werden.

B. Missbrauchsgefahr

697 Eng mit der Frage der Beweiswürdigung und Beweisproblematik verknüpft ist das Argument, dass mit der Implementierung eines einwilligungsbasierten Tatbestandes das Risiko für Falschaussagen erheblich steigen würde.¹⁹⁰⁶ Diese Befürchtungen sind Ausdruck eines traditionellen grundlegenden Misstrauens gegenüber mutmasslichen – insbesondere weiblichen – Opfern von Sexualdelikten.¹⁹⁰⁷ Ein eindrückliches Beispiel dafür liefert die noch bis in die 1980er Jahre in vielen Ländern praktizierte «cautionary instruction», gewissermassen ein offizieller Warnhinweis des Richters an die Jury, um sie für die Gefahr von Falschanschuldigungen bei Vergewaltigungen zu «sensibilisieren», und die in etwa so lautete:

698 «A charge such as that made against the defendant in this case is one which is easily made and, once made, difficult to defend against, even if the person accused is innocent. Therefore, the law requires that you examine the testimony of the female person named in the information with caution.»¹⁹⁰⁸

699 Während dieses generelle Misstrauen gegenüber mutmasslichen Opfern in einer Zeit, in der auf Vergewaltigung vielerorts noch die Todesstrafe stand, moderne Ermittlungsmethoden noch unbekannt waren und ein mutmassliches Opfer aufgrund des ihm möglicherweise vorgeworfenen Ehebruchs oder ausserhelichen Geschlechtsverkehrs einen empfindlichen Ehrverlust zu befürchten und deshalb bisweilen gute Gründe hatte, zu lügen, noch als berechtigt oder zumindest verständlich erscheinen mag,¹⁹⁰⁹ so muss heutzutage der Frage nachgegangen werden, ob dieses Misstrauen nach wie vor berechtigt ist.

700 Die Quote von Falschbeschuldigungen bei Vergewaltigungen und sexuellen Nötigungen wurde noch Anfang des 20. Jahrhunderts auf 80-90 Prozent ge-

¹⁹⁰⁵ Vgl. auch *Wertheimer*, What is Consent?, 559.

¹⁹⁰⁶ *Walter*, Zu früh und zu weit, 367; *Eisenhuth*, Stellungnahme, 3.

¹⁹⁰⁷ Eingehend zu den Hintergründen dieses Misstrauens *Coughlin*, Sex and Guilt, 20 ff.

¹⁹⁰⁸ California Jury Instructions – Criminal No, 10.22, 3. Auflage 1970.

¹⁹⁰⁹ Vgl. auch *Wertheimer*, Consent to Sexual Relations, 14 f. m.w.N.

schätzt.¹⁹¹⁰ Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass zu den Gewissheiten der damaligen Gerichtsmedizin die Erkenntnis gehörte, dass insbesondere Frauen als Hysterikerinnen zur Lüge, Falschaussage und Denunziation neigen, erstaunt dieser «Befund» nicht.¹⁹¹¹ Neuere Studien aus unserem Rechtskreis nennen bei Vergewaltigung bzw. sexueller Nötigung Quoten von 4-7 Prozent Falschanzeigen, wobei dies aber in der Regel nur die Fälle darstellen, in denen deswegen ein Verfahren gegen das «Opfer» eingeleitet wurde.¹⁹¹² Die tatsächliche Zahl von falschen Anzeigen dürfte deshalb sicherlich höher liegen. Die Missbrauchsgefahr eines einwilligungs-basierten Tatbestandes wird deshalb häufig mit anderen Studien oder Untersuchungen untermauert, die von weit höheren Zahlen ausgehen. Um deren Resultate und ihre Aussagekraft korrekt einordnen zu können, muss aber jeweils genau betrachtet werden, was in den jeweiligen Untersuchungen überhaupt als Fall einer Falschanschuldigung gewertet wird. Ein schlechtes Beispiel hierfür liefert Walter, behauptet er doch unter Bezugnahme auf die Aussagen eines *einzigsten* Gerichtsmediziners und etwas eigener Rechnerei eine Falschbeschuldigungsquote von 50 Prozent.¹⁹¹³ Auch eine häufig zitierte Schätzung, wonach die Zahl der Falschbeschuldigungen bei einem Drittel aller angezeigten Straftaten liege, ist mit Vorsicht zu genießen. Diese Quote basierte lediglich auf der *Einschätzung* der zuständigen polizeilichen Sachbearbeiter, die mehr oder weniger akkurat sein kann.¹⁹¹⁴

Was lässt sich aus dem Gesagten schliessen? Weder die ganz hohen noch die ganz tiefen Werte sind verlässlich. Wie so häufig dürfte die Wahrheit irgendwo in der Mitte liegen. Die Gefahr von Falschanschuldigungen ist also durchaus ernst zu nehmen. Mehrere Untersuchungen haben aber gezeigt, dass – anders als gemeinhin vermutet – gezielte und geplante Falschanzeigen aus Rache eher die Ausnahme darstellen, vielmehr sind massive psychische Störungen die häufigste Ursache von falschen Anschuldigungen.¹⁹¹⁵ Im Übrigen ist denn auch nicht zu erwarten, dass sich diese Problematik durch die Einführung einer einwilligungs-basierten Regelung grundlegend ändern würde: Vermeintliche Opfer geben ohnehin meistens an, dass der Täter Gewalt gegen sie angewendet oder sie bedroht habe,¹⁹¹⁶ vermutlich in der Annahme, dass ihnen

701

¹⁹¹⁰ Bourke, Rape, 392 m.w.N.

¹⁹¹¹ Tshan, Missbrauchtes Vertrauen, 15; Kratzer-Ceylan, Schlüsselbegriffe, 66 ff.

¹⁹¹² Vgl. Elsner/Steffen, Studie Bayern, 176, 181 f.; Lovett/Kelly, Study, 93.

¹⁹¹³ Walter, Zu früh und zu weit, 367.

¹⁹¹⁴ Elsner/Steffen, Studie Bayern, 282. Die Autoren der Studie gaben an, dass nach einer Bereinigung der Fallauswahl die ermittelnden Beamten «nur» noch jeden fünften Fall für «sehr zweifelhaft» hielten.

¹⁹¹⁵ Elsner/Steffen, Studie Bayern, 186 f. und 284. m.w.N.; Goedelt, Strafverfahrenswirklichkeit, 141.

¹⁹¹⁶ Elsner/Steffen, Studie Bayern, 244 f.

dann eher geglaubt würde. Es ist deshalb zu erwarten, dass sich die Falschanzeigen auch nach Einführung eines allfälligen Grundtatbestandes vor allem daran orientieren würden, was den Anzeigerstattern aus ihrer Sicht am ehesten geglaubt würde.¹⁹¹⁷

702 In diesem Zusammenhang sollte im Übrigen nicht der Fehler gemacht werden, den durchaus ernstzunehmenden Falschbeschuldigungsquoten die relativ tiefen Verurteilungsraten bei sexuellen Übergriffen oder die hohe Dunkelziffer bei sexueller Gewalt entgegenzuhalten. Um es mit Youngs Worten zu sagen:

703 «We are still far from the day when every woman who makes a rape accusation gets a proper police investigation and a fair hearing. But seeking justice for female victims should make us more sensitive, not less, to justice for unfairly accused men. In practical terms, that means finding ways to show support for victims of sexual violence without equating accusation and guilt, and recognizing that the wrongly accused are real victims too. It means not assuming that only a conviction is a fair outcome for an alleged sex crime.»¹⁹¹⁸

704 Abschliessend lässt sich sagen, dass die Furcht vor Falschbeschuldigungen durchaus verständlich ist, dies umso mehr, als alleine der Verdacht bzw. der Vorwurf, ein Vergewaltiger zu sein, bereits erhebliche soziale Konsequenzen haben kann. Trotzdem sollte diese nachvollziehbare Furcht nicht als Argument gegen ein angemesseneres und gerechteres Sexualstrafrecht ins Feld geführt werden, sondern eher zum Anlass genommen werden, unseren (gesellschaftlichen und medialen) Umgang mit Sexualdelinquenz allgemein und auch mit (mutmasslichen) Sexualstraftätern kritisch zu hinterfragen.

¹⁹¹⁷ Herrmann, Abschlussbericht, 1015.

¹⁹¹⁸ Young, Crying Rape.

Zusammenfassung und Ausblick

Die vorliegende Untersuchung hatte zum Ziel, ausgehend vom Recht auf sexuelle Selbstbestimmung das geltende Strafrecht einer kritischen Überprüfung zu unterziehen und anschliessend – mit der notwendigen Bescheidenheit eher als Ausgangspunkt für künftige Reformdiskussionen gedachte – Lösungsvorschläge zu formulieren. Die wichtigsten Erkenntnisse sollen deshalb hier in der gebotenen Kürze nochmals dargelegt werden. 705

Ausgehend von einer normativen Konstruktion der sexuellen Selbstbestimmung wurde dargelegt, dass jeder Sexualkontakt die gültige Einwilligung aller beteiligter Personen erfordert. Nach allgemeiner Einwilligungsdogmatik und den völkerrechtlichen Verpflichtungen insbesondere aus Art. 36 IK setzt eine gültige Einwilligung voraus, dass erstens eine faktische Einwilligung vorliegt, die zweitens unter Bedingungen erteilt wurde, die mit einer selbstbestimmten Entscheidung zu vereinbaren sind. 706

Das geltende Sexualstrafrecht verfügt grundsätzlich über ein abgestuftes und aufeinander abgestimmtes Instrumentarium aus Nötigungs-, Missbrauchs- und Ausnützungsdelikten, welches praktisch alle vorsätzlich begangenen Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung – verstanden als Vornahme oder Vornehmenlassen von sexuellen Handlungen ohne wirksame Einwilligung des Opfers – erfassen kann. Allerdings führt der Umstand, dass das Schweizer Sexualstrafrecht keinen Tatbestand kennt, der das schlichte Handeln gegen bzw. ohne den Willen des Opfers angemessen bestraft, zu unbefriedigenden Ergebnissen und wirft die Frage auf, ob die Schweiz ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen vollumfänglich erfüllt. Es wird deshalb vorgeschlagen, unter Beibehaltung der bisherigen Tatbestände einen Grundtatbestand einzuführen, der das schlichte Handeln ohne Einverständnis des Opfers angemessen bestraft. Dabei wird eine Formulierung vorgeschlagen, die das fehlende Einverständnis zum Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit macht. Darüber hinaus ist zu erwägen, ob zusätzlich ein separater Tatbestand eingeführt werden sollte, der zumindest qualifizierte täuschende Verhaltensweisen eigens unter Strafe stellt. 707

Mit Blick auf die bisherigen Tatbestände wird vorgeschlagen, den Art. 191 (Schändung) zu reformieren, um insbesondere den wichtigen Unterschied zwischen Abwehrrechten gegen ungewollte Sexualkontakte und paternalistischen Verboten deutlich zu machen. Im Weiteren wird dafür plädiert, auf die rechtliche Sonderstellung der vaginalen Vergewaltigung künftig zu verzichten. Angesichts der Tatsache, dass das zentrale Unrecht des Verhaltens, das zurzeit als «Vergewaltigung» bezeichnet wird, in der Missachtung des Opferwillens liegt, wird an dieser Stelle sogar vorgeschlagen, ganz auf den Begriff «Vergewaltigung» zu verzichten, da damit der Fokus zu sehr auf Um- 708

stände gelenkt wird, die bei der Unrechtsbewertung weniger bedeutsam sind.¹⁹¹⁹

709 Den einen mag der in dieser Untersuchung vertretene Ansatz aus verschiedenen Gründen zu weit gehen, während andere ihn umgekehrt als zu restriktiv empfinden mögen. So könnte man etwa einwenden, dass das Abstellen auf eine gültige Einwilligung nach den hier vertretenen Prinzipien unzureichend ist. Es könnte angeführt werden, dass Menschen oft in Sexualkontakte einwilligen, ohne dass diese Einwilligung auf einem genuinen Wollen oder Verlangen beruht, sondern vielmehr das Ergebnis eines mehr oder weniger subtilen sozialen Drucks darstellt. Die Tatsache, dass wohl nicht wenige Menschen eine Einwilligung zu einem Sexualkontakt nur deshalb erteilen, um Unstimmigkeiten mit dem Partner aus dem Wege zu gehen, die Anerkennung ihrer Freunde und Bekannten zu erhalten oder sich anderweitig Vorteile zu verschaffen, mag einen durchaus nachdenklich stimmen. Und West ist wohl auch zuzugestehen, dass solche zwar freiwilligen, aber dennoch «unerwünschten» Sexualkontakte das Risiko beinhalten, «[to] alienate us from our bodies, from our subjective pains and pleasures, from our needs, our interests, our true preferences, our histories and our futures».¹⁹²⁰ Insofern ist denn auch einzuzugestehen, dass die Einwilligung nur bedingt ein «reliable marker» dafür ist, ob ein Sexualkontakt dem längerfristigen Wohlergehen der einwilligenden Person zuträglich ist.¹⁹²¹ Dennoch: Es ist nicht Aufgabe des Strafrechts, unter Suspendierung des Autonomie- und Verantwortungsprinzips das Wohlergehen des Einzelnen zu maximieren. Die Aufgabe des Strafrechts ist es, die Verletzung von Abwehrrechten zu verbieten und zu sanktionieren. Diese Untersuchung soll ein Beitrag zu dieser Aufgabe sein.

¹⁹¹⁹ Vgl. Hörnle, Verbesserung, 20.

¹⁹²⁰ West, Consent, 245.

¹⁹²¹ West, Consent, 245.