

Nora Scheidegger  
Dr. iur.

# **Das Sexualstrafrecht der Schweiz**

**Grundlagen und Reformbedarf**



Stämpfli Verlag

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Inhaltsübersicht .....	IX
Inhaltsverzeichnis .....	XI
Abkürzungsverzeichnis .....	XXI
Quellenverzeichnis/Literatur .....	XXV

Einleitung .....	I
<b>1. Teil: Grundlagen .....</b>	<b>3</b>
§ 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
<b>V. Irrtümer als Quelle von Autonomiedefiziten .....</b>	<b>84</b>
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 «Stealthing») .....	98
c) Identitätstäuschungen .....	100
aa) Identitätstäuschung als rechtsgutbezogene Täuschung? .....	100
bb) Wann liegt eine Identitätstäuschung vor? .....	102
3. Fazit und eigene Auffassung .....	106
<b>§ 3 Völkerrechtliche Verpflichtungen .....</b>	<b>109</b>
<b>I. Völkerrechtliche Verpflichtungen aus der EMRK .....</b>	<b>109</b>
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
<b>II. Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention .....</b>	<b>118</b>
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
<b>III. Zusammenfassung .....</b>	<b>123</b>

<b>2. Teil: Das geltende Sexualstrafrecht.....</b>	<b>125</b>
<b>§ 1 Sexuelle Handlungen mit Kindern .....</b>	<b>126</b>
<b>I. Art. 187 im Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung....</b>	<b>126</b>
A. Das «Rechtsgut» der «ungestörten sexuellen Entwicklung»? .....	126
B. Das Recht des Kindes auf sexuelle Selbstbestimmung.....	128
C. Gefährdungspaternalismus .....	131
<b>II. Das Auslegungsverständnis von Art. 187.....</b>	<b>132</b>
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
<b>§ 2 Sexuelle Handlungen mit Abhängigen .....</b>	<b>156</b>
<b>I. Art. 188 im Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung....</b>	<b>156</b>
<b>II. Das Auslegungsverständnis von Art. 188.....</b>	<b>158</b>
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

<b>§ 3 Sexuelle Nötigung und Vergewaltigung .....</b>	<b>166</b>
<b>I. Art. 189 f. im Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung .....</b>	<b>166</b>
<b>II. Das Auslegungsverständnis der Art. 189 f. ....</b>	<b>167</b>
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
<b>§ 4 Schändung .....</b>	<b>224</b>
<b>I. Art. 191 im Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung .....</b>	<b>224</b>
<b>II. Das Auslegungsverständnis von Art. 191 .....</b>	<b>226</b>
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: «Stealththing» 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

<b>§ 5 Sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen .....</b>	<b>256</b>
<b>I. Art. 192 im Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung....</b>	<b>256</b>
<b>II. Das Auslegungsverständnis von Art. 192 .....</b>	<b>257</b>
A. Kreis der geschützten Personen .....	257
B. Tathandlung .....	258
C. Subjektiver Tatbestand .....	260
<b>§ 6 Ausnützung der Notlage .....</b>	<b>261</b>
<b>I. Art. 193 im Kontext des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung....</b>	<b>261</b>
<b>II. Das Auslegungsverständnis von Art. 193 .....</b>	<b>266</b>
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
<b>§ 7 Weitere Sexualdelikte .....</b>	<b>275</b>
<b>I. Sexuelle Handlungen mit Minderjährigen gegen Entgelt Art. 196....</b>	<b>275</b>
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
<b>II. Tätliche sexuelle Belästigung 198 Abs. 2 .....</b>	<b>281</b>
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
<b>§ 8 Zusammenfassende Betrachtung.....</b>	<b>289</b>



<b>3. Teil: Kritische Würdigung und Reformvorschläge</b>	<b>293</b>
<b>§ 1 Umsetzung der staatlichen Schutzpflichten durch das Strafrecht</b>	<b>293</b>
<b>I. Ausgangslage</b>	<b>293</b>
<b>II. Strafbarkeit von Sexualkontakten ohne faktische Einwilligung</b>	<b>295</b>
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
<b>III. Irrtumsbelastete Einwilligungen</b>	<b>312</b>
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
<b>IV. Fazit</b>	<b>319</b>
<b>§ 2 Unstimmigkeiten und Inkohärenzen</b>	<b>321</b>
<b>I. Kritische Überlegungen zur Ausgestaltung von Art. 191</b>	<b>321</b>
A. Abwehrrechte und paternalistische Verbote	321
B. Überlegungen zum Kreis der geschützten Personen	323
C. Problematische Terminologie	324
1. «Schändung»	324
2. «Missbrauch»	324
<b>II. Art. 190: Die Sonderstellung des Beischlafs und des weiblichen Opfers</b>	<b>325</b>
A. Täter, Opfer, Akt	325
B. Versuch einer Verteidigung des <i>status quo</i>	327
C. Erweiterung des Opferkreises	331
<b>III. Neueste Entwicklungen – Art. 189 und 190 E-StGB</b>	<b>333</b>
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
<b>§ 3 Überlegungen hinsichtlich einer Neukonzeptualisierung.....</b>	<b>339</b>
<b>I. Ausgangslage: Schaffung eines Grundtatbestandes.....</b>	<b>339</b>
<b>II. Möglichkeiten zur Formulierung eines Grundtatbestandes .....</b>	<b>339</b>
A. Variante «ohne Einwilligung» .....	340
B. Variante «ohne Einverständnis» vs. «gegen den erklärten Willen» .....	343
<b>III. Einwände gegen eine «consent-based-legislation» .....</b>	<b>345</b>
A. Beweisschwierigkeiten .....	346
B. Missbrauchsgefahr.....	348
<b>Zusammenfassung und Ausblick.....</b>	<b>351</b>