

REGIERUNGSRAT

Regierungsgebäude, 5001 Aarau
Telefon 062 835 12 40, Fax 062 835 12 50
regierungsrat@ag.ch
www.ag.ch/regierungsrat

A-Post Plus
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

28. April 2021

18.043 s Strafraahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht; Entwurf 3: Bundesgesetz über eine Revision des Sexualstrafrechts (Vorentwurf); Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 1. Februar 2021 wurden die Kantonsregierungen und Weitere eingeladen, sich zu obengenannter Angelegenheit vernehmen zu lassen. Wir bedanken uns für diese Gelegenheit.

1. Grundsätzliches

Angeichts der gesellschaftlichen Entwicklungen und des Alters der heutigen Bestimmungen ist eine Überprüfung und Revision der Sexualstraftatbestände angezeigt. Grundsätzlich werden die vorgeschlagenen Neuerungen begrüsst. Gleichzeitig ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass eine Revision des Sexualstrafrechts die bestehenden Beweisschwierigkeiten bei Sexualstraftaten nicht wird beseitigen können. Grundherausforderung in der Beweisführung ist, dass meistens lediglich zwei Personen, nämlich die Täterschaft und das Opfer, an der Tat beteiligt sind, so dass sich regelmässig die Situation "Aussage gegen Aussage" ergibt. Dies wird auch nach einer Revision des Sexualstrafrechts der Fall sein. Wir stellen fest, dass in der öffentlichen Diskussion teilweise eine zu hohe Erwartungshaltung an die Revision zu beobachten ist.

2. Zu den einzelnen Artikeln im Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB)

2.1 Art. 66a Abs. 1 Bst. h StGB (Obligatorische Landesverweisung)

Die Rücksichtnahme auf den Text der Verfassungsbestimmung von Art. 121 Abs. 3 Bst. a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV), der eine obligatorische Landesverweisung nur wegen schweren Sexualdelikte verlangt, erscheint richtig. Dementsprechend erscheint es gemäss Variante 2 des Entwurfs konsequent, auf eine Ergänzung von Art. 66a Abs. 1 Bst. h StGB mit den neu vorgeschlagenen Tatbeständen Art. 187a (Sexueller Übergriff) und Art. 197a (Anbahnung von sexuellen Kontakten mit Kindern) zu verzichten.

Bezüglich Art. 187 wird Variante 1 bevorzugt (vgl. unten 2.4). Dementsprechend ergeben sich diesbezüglich keine Änderungen in Art. 66a Abs. 1 Bst. h.

In der Praxis bereitet allerdings in der bisherigen Fassung von Art. 66a Abs. 1 Bst. h StGB die uneingeschränkte Auflistung des Art. 197 Abs. 4 zweiter Satz (Herstellung, Verbreitung etc. von Pornographie mit tatsächlichen Handlungen mit Minderjährigen) Probleme, da deswegen auch etwa ein Weitersenden von fast bloss als Internetscherze zu taxierende Videos statt eines einfachen Strafbefehlsverfahrens ein umfassendes ordentliches Strafverfahren mit notwendiger Verteidigung und Anklage nach sich ziehen, in denen die Gerichte, wie der Statistik zur Landesverweisung entnommen werden kann, regelmässig und zu Recht via Härtefallklausel (Art. 66a Abs. 2 StGB) die an sich obligatorische Landesverweisung wieder abwenden. Das heutige Vorgehen ist hochgradig ineffizient und bindet unnötig die ohnehin knappen Ressourcen der Strafbehörden. Diesbezüglich besteht ein erheblicher Korrekturbedarf, welcher mit der vorliegenden Revision des Sexualstrafrechts wahrgenommen werden sollte. Dazu weiter unten unter 2.13.

2.2 Art. 97 Abs. 2 StGB (Verfolgungsverjährung)

Die vorgeschlagenen Ergänzungen in Art. 97 Abs. 2 (Ausdehnung der Verjährung bis mindestens zum 25. Geburtstag des Opfers) um die Vergehenstatbestände Art. neu187a, 192 und 193 machen keinen Sinn, da gemäss herrschender Lehre alle drei Tatbestände durch Art. 187 konsumiert werden, wenn sie gegenüber einem unter 16jährigen Opfer begangen wurden.

Sodann wurde per 1. Januar 2014 die Verjährung für Vergehen mit einer Strafdrohung bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe auf 10 Jahre erhöht (Art. 97 Abs. 1 lit c). Für seither begangene Widerhandlungen gegen Art. 188 entfaltet Art. 97 Abs. 2 somit keine Wirkung, weil das Opfer ja zur Tatzeit schon 16jährig oder älter sein muss und damit die Verjährung auch nicht eintritt, bevor es 26 Jahre alt ist.

Aber auch für vor 2014 begangene Taten entfällt die Wirkung ebenfalls spätestens Ende 2022 und wird damit mutmasslich vor Inkrafttreten der vorgeschlagenen Gesetzesnovelle obsolet.

Somit kann Art. 188 aus der Aufzählung in Art. 97 Abs. 2 gestrichen werden.

2.3 Art. 101 Abs. 1 Bst. e StGB (Unverjährbarkeit)

Die Ausführungen oben unter 2.2 gelten sinngemäss auch hier. Bei Opfern unter 12 Jahren werden die Art. neu187a, 192 und 193 durch Art. 187 konsumiert. Auf eine Ergänzung um Art. 187a kann also verzichtet werden, und die Art. 192 und 193 können ganz gestrichen werden.

Bezüglich Art. 187 wird Variante 1 bevorzugt (unten 2.4). Dementsprechend ergeben sich diesbezüglich keine Änderungen in Art. 101 Abs. 1 Bst. e.

2.4 Art. 187 StGB (Sexuelle Handlungen mit Kindern)

Die Streichung des nachträglichen Eheschlusses oder des Eingehens einer eingetragenen Partnerschaft als Privilegierung in Ziffer 3 ist zu unterstützen. Ein Opfer könnte sich aufgrund dieser Regelung und dem familiären oder sozialen Umfeld gedrängt fühlen, eine Ehe oder eingetragene Partnerschaft einzugehen, was wiederum der gesetzlichen Absicht zur Bekämpfung von Zwangsheiraten (Art. 181a StGB) entgegenläuft.

Bezüglich allfälliger Mindeststrafen wird die Variante 1 unterstützt. Es macht effektiv wohl keinen Sinn, einerseits ein Strafminimum einzuführen und zugleich aber als erkennbar notwendige Korrekturmöglichkeit auch eine Privilegierung für leichte Fälle. Überdies widerspräche ein Strafraum von einem bis zu lediglich fünf Jahren Freiheitsstrafe krass den laufenden Bemühungen um Harmonisierung der Strafraum für das ganze Strafrecht.

2.5 Art. 187a (Grundtatbestand "Sexueller Übergriff")

2.5.1 Grundsätzliches

Die Schaffung eines Tatbestands, der die sexuelle Selbstbestimmung unabhängig von fehlender schwerer Nötigung umfassend schützt, liegt auch international im Trend und ist zu unterstützen, auch wenn im Einzelfall eine Abgrenzung zur Vergewaltigung schwierig sein kann. Eine Vergewaltigung setzt auch heute nicht voraus, dass sich das Opfer gewehrt hat. Es besteht die Gefahr, dass bei "Aussage gegen Aussage" vorschnell auf diesen Tatbestand ausgewichen wird. Eingriffe in ein hohes strafrechtlich geschütztes individuelles Rechtsgut ohne Einwilligung sind aus grundsätzlichen Überlegungen nicht zu tolerieren, von Amtes wegen zu verfolgen und nicht bloss als Übertretung zu sanktionieren.

Eine teils befürchtete Umkehr der Beweislast und Verletzung der Unschuldsvermutung liegt nicht vor. Es wird nach wie vor Pflicht der Strafverfolgungsbehörde sein, das Vorliegen aller objektiven und subjektiven Tatbestandselemente nachzuweisen, insbesondere also, dass überhaupt eine sexuelle Handlung erfolgt ist und dass dies mit Wissen und Willen der Täterschaft gegen den Willen des Opfers geschah. Überdies kommen dann auch die allgemeinen Beweisschwierigkeiten hinzu, wenn bei einer vermuteten Straftat einzig die beschuldigte Person und das Opfer aus eigener Wahrnehmung Aussagen zur Sache machen können.

2.5.2 Tatvarianten gemäss Absatz 1

Bei beiden Tatvarianten gemäss Absatz 1 (Handeln gegen den Willen einer Person oder überraschende sexuelle Übergriffe) wird sich als Hauptfrage in der Praxis die Abgrenzung gegenüber einer blossen sexuellen Belästigung gemäss Art. 198 StGB stellen. Für die Erfüllung des neuen Tatbestands wird eine gewisse Schwere der sexuellen Handlung zu fordern und die Bestimmung wird der Gerichtspraxis zu überlassen sein.

Unklar bleibt sodann, ob zur Erfüllung der ersten Tatvariante (Handeln gegen den Willen einer Person) erforderlich ist, dass das Opfer zumindest konkludent seine Ablehnung kundtun muss. Aufgrund der Erläuterungen im Bericht wäre dies so der Fall, während die vorgeschlagene Formulierung dies eigentlich nicht verlangt.

In Übereinstimmung mit der internationalen Tendenz, dass nur ein geäussertes Einverständnis in eine sexuelle Handlung eine mögliche Täterschaft entlastet (so etwa die Rechtsentwicklung in Deutschland, Frankreich und Skandinavien), wäre vom Erfordernis einer Ablehnung abzusehen und eine Verurteilung wäre schon dann möglich, wenn die Täterschaft das fehlende Einverständnis zumindest im Sinne eines Eventualvorsatzes in Kauf nimmt, wodurch eine gewisse Annäherung an die vom Bericht unter Ziffer 8.4 abgelehnte Zustimmungsvariante möglich wäre (unten Ziffer 5.4) und verschiedene andere Vergehenstatbestände (u.a. Art. 188, 192 und 193 StGB) obsolet würden.

2.5.3 Absatz 2 (Ausnützen des Irrtums des Opfers über den Charakter der Handlung)

Sofern man bei Absatz 1 schon ein Handeln gegen den mutmasslichen Willen des Opfers genügen lässt, wäre Absatz 2 wohl überflüssig.

Sodann ist andererseits auch nicht einsichtig, weshalb eine Täuschung des Opfers zur Erlangung sexueller Handlungen nur im medizinischen Umfeld explizit unter Strafe gestellt werden soll. Vergleichbare Situationen sind durchaus auch in religiösen oder sozialtherapeutischen Umfeldern denkbar.

Dieser Absatz ist darum entweder zu streichen oder dann weiter zu fassen und auf andere Personengruppen auszuweiten.

2.6 Art. 188 StGB (Sexuelle Handlungen mit Abhängigen)

Auf diese Bestimmung kann inskünftig ohne Weiteres verzichtet werden, da Art. neu187a und der bisherige Art. 193 (Ausnützen der Notlage) die gleiche Strafdrohung aufweisen und Art. 188 inskünftig auch keinen erhöhten Opferschutz bei der Verjährung mehr bietet (oben Ziffer 2.2). Dem Alter oder der Unerfahrenheit eines Opfers kann zudem im Rahmen der Strafzumessung bei den sonst anwendbaren Bestimmungen (Art. 187a oder 193) Rechnung getragen werden.

Sollte Art. 188 dennoch beibehalten werden, kann den beiden Änderungsvorschlägen (Anpassung des Wortlauts auf *mindestens* statt *mehr als* 16 Jahre und Streichung des Heiratsprivilegs) vorbehaltlos zugestimmt werden.

Beim Heiratsprivileg ist wenig einleuchtend, weshalb ein Opfer freiwillig mit einer Täterschaft eine Ehe oder eingetragene Partnerschaft (das heisst eine enge Lebens- und Geschlechtsgemeinschaft) eingehen sollte, wenn es doch zuvor von dieser Täterschaft sexuell ausgebeutet wurde, indem ihm sein Ablehnungswillen gegen sexuelle Kontakte mit der Täterschaft von dieser durch Ausnützung eines Abhängigkeitsverhältnisses gebrochen wurde. Vielmehr fördert ein Heiratsprivileg den Druck aus einem rückständigen familiären oder sozialen Milieu, eine angebliche Familienschande durch eine Heirat zu retten und läuft damit der gesetzlichen Absicht zur Bekämpfung von Zwangsheiraten (Art. 181a StGB) entgegen.

2.7 Art. 189, 190 und 191 StGB (Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung und Schändung)

2.7.1 Allgemeine Bemerkungen

Zentrale Anliegen müssen sein, dass einerseits alle Tatbestände geschlechtsneutral ausgestaltet sind, also neu in allen Fällen und anders als im geltenden Art. 190 Täterschaft und Opfer männlich oder weiblich sein können und andererseits der Wortlaut allgemein so angepasst wird, dass neben *Duldung* auch die *Vornahme* sexueller Handlungen in den Tatbeständen erwähnt wird. Im Weiteren wird den Varianten 2 der Vorzug gegeben

2.7.2 Art. 189 StGB (Sexuelle Nötigung)

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts sind nebst der Duldung auch die Vornahme einer sexuellen Handlung tatbestandsmässig (Absatz 1). Die vorgesehene Anpassung des Gesetzeswortlauts an diese Rechtsprechung erscheint sinnvoll und wird daher unterstützt. Zudem soll in Absatz 3 das Wort 'namentlich' gestrichen werden. Damit kann gemäss den Absichten des Gesetzgebers klar gestellt werden, dass die Verwendung einer Schusswaffe oder einer anderen gefährlichen Waffe in jedem Fall den Qualifikationsgrund erfüllt, und es braucht nicht geprüft zu werden, ob die Verwendung der Waffe das Kriterium der Grausamkeit erfüllt.

2.7.3 Art. 190 StGB (Vergewaltigung)

Eine Erhöhung der Mindeststrafe beim Grundtatbestand der Vergewaltigung ist abzulehnen. Eine höhere Mindeststrafe würde das richterliche Ermessen zu stark einengen, und es wäre nicht auszuschliessen, dass die Gerichte bei der Beweiswürdigung einen strengeren Massstab ansetzen würden und es deswegen zu weniger Verurteilungen käme. Überdies widerspräche ein Strafraumen von mindestens zwei oder drei Jahren bis zu lediglich zehn Jahren Freiheitsstrafe diametral den laufenden Bemühungen um Harmonisierung der Strafraumen für das ganze Strafrecht. Entsprechend müsste also auch bei einer Erhöhung der Mindeststrafe auch der obere Strafraumen gestrichen und so entsprechend Art. 40 Abs. 2 StGB auf zwanzig Jahre ausgedehnt werden.

Die Anpassung des Wortlauts durch Streichung des Ausdrucks "namentlich" im dritten Absatz ist zu unterstützen. Damit kann gemäss den Absichten des Gesetzgebers klargestellt werden, dass die Verwendung einer Schusswaffe oder einer anderen gefährlichen Waffe in jedem Fall den Qualifikationsgrund erfüllt, und es braucht nicht geprüft zu werden, ob die Verwendung der Waffe das Kriterium der Grausamkeit erfüllt.

Gemäss Variante 1 soll der spezielle Vergewaltigungstatbestand zum ausschliesslichen Schutz weiblicher Opfer beibehalten werden, weil sich eine vergewaltigte Frau unter Umständen mit einer ungewollten Schwangerschaft und der Frage einer Abtreibung oder Adoption konfrontiert sieht. Diese Sichtweise, die beim Erlass des StGB vor gut achtzig Jahren vorherrschte, erscheint jedoch nicht mehr zeitgemäss. Seither sind vielmehr das Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter (Art. 8 Abs. 3 BV) sowie beim Schutz vor sexueller Gewalt die zumeist auftretende schwere Traumatisierung der Opfer und der Schutz vor gefährlichen sexuell übertragbaren Krankheiten (vor allem AIDS sowie Hepatitis B und C) mindestens gleichberechtigt hinzugekommen, was für eine geschlechtsneutrale Formulierung der einschlägigen Tatbestände spricht.

Wenig einleuchtend erscheint hingegen bei der Variante 2, dass neben dem Beischlaf nur beischlafsähnliche Handlungen, welche *mit einem Eindringen in den Körper des Opfers verbunden* sind, vom schwereren Tatbestand erfasst werden sollen. Diese Einschränkung auf das Eindringen in den Körper des Opfers sollte gestrichen werden, und es sollte stattdessen auf die jahrzehntelange konstante bundesgerichtliche Praxis zu den beischlafsähnlichen Handlungen (oral- und analgenitale Praktiken und Einführen des Penis zwischen die Oberschenkel des Opfers) abgestellt werden. Einerseits ist sonst nicht gesichert, dass (wie gemäss dem Bericht unter Ziffer 3.6.2.1 beabsichtigt) erzwungener Oralverkehr zwischen Täterschaft und Opfer in jedem Fall vom schwereren Tatbestand erfasst werden können, und andererseits ist auch nicht einleuchtend, weshalb der schwerere Tatbestand nicht auch diejenigen erzwungenen beischlafsähnlichen Handlungen erfassen soll, bei denen das Opfer in den Körper der Täterperson oder einer Drittperson eindringen muss.

Sinnvoller erscheint unter den genannten Prämissen, die Tatbestände der sexuellen Nötigung und der Vergewaltigung in einem einzigen Artikel zusammenzuführen (vgl. gleichlautende Ausführungen in der Vernehmlassung des Regierungsrats des Kantons Aargau vom 1. Dezember 2010 zur Gesetzesvorlage über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht, Seite 3, zu Art. 189 StGB).

Demnach wäre in Absatz 1 als Grundtatbestand die Nötigung einer Person zur Duldung oder Vornahme einer sexuellen Handlung mit Angabe der bisherigen Nötigungsmittel und dem bisherigen Strafrahmen von Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe aufzuführen, sodann in einem neuen Absatz 2 eine erste Qualifikationsstufe, wenn das abgenötigte Verhalten im Beischlaf oder in einer beischlafsähnlichen Handlung besteht mit dem Strafrahmen von einem bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe (wie bisher in Art. 190 Abs. 1), und schliesslich in Absatz 3 die gemäss oben Ziffern 2.7.2 und 2.7.3 leicht angepassten bisherigen Qualifikationen des grausamen Handelns und der Verwendung einer Schusswaffe oder einer anderen gefährlichen Waffe gemäss Absatz 3 der Art. 189 und 190 und deren unveränderten Strafrahmen von drei bis zu zwanzig Jahren Freiheitsstrafe, während Art. 190 StGB aufgehoben werden könnte.

2.8 Art. 191 StGB (Missbrauch einer urteilsunfähigen oder zum Widerstand unfähigen Person)

Die Änderung des für Opfer stigmatisierenden Randtitels "Schändung" in die neutrale Formulierung "Missbrauch einer urteilsunfähigen oder zum Widerstand unfähigen Person" im deutschen Gesetzestext wird ausdrücklich begrüsst. In Art. 191 kann ausserdem die Passage "in Kenntnis ihres Zustandes" gestrichen werden. Das Wissen der Täterschaft ist bei jedem Strafverfahren im Rahmen der Prüfung des subjektiven Tatbestands zu klären (vgl. Art. 12 StGB). Schliesslich kann zur Angleichung an die sexuelle Nötigung beziehungsweise Vergewaltigung einer Erhöhung der Mindeststrafe auf ein Jahr Freiheitsstrafe gemäss Variante 2 zugestimmt werden, wenn die Täterschaft das Opfer zum Beischlaf oder zu einer beischlafsähnlichen Handlung missbraucht. Allerdings sollte auch hier (wie oben Ziffer 2.7.3 dargelegt) auf die Einschränkung betr. Eindringen in den Körper des Opfers verzichtet werden.

2.9 Art. 192 StGB (Sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen, Gefangenen, Beschuldigten)

Die Revision schlägt vor, Art. 192 StGB ersatzlos zu streichen, da alle Tathandlungen bereits von Art. 193 StGB erfasst sind. Dem kann vollumfänglich zugestimmt werden.

2.10 Art. 193 StGB (Ausnützung einer Notlage oder Abhängigkeit)

Die Streichung der Privilegierung von Absatz 2 wird ebenso unterstützt wie die Anpassung des Randtitels an den Inhalt des Tatbestandes.

2.11 Art. 194 StGB (Exhibitionismus)

Die Möglichkeit, weniger schwere Vorfälle als blosser Übertretung zu sanktionieren (beide Varianten), lässt sich unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit schwer in Einklang bringen mit der nicht in Frage gestellten Möglichkeit, den Beschuldigten zu einer bessernden Massnahme (ärztliche Behandlung) zu verpflichten. Zu begrüssen ist hingegen die Anpassung des Massnahmenabschnitts an die Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO), indem klargestellt wird, wie das Verfahren nach einer erfolgreichen Behandlung zu erledigen ist.

2.12 Art. 197 StGB (Pornografie)

Das Anliegen, dass Darstellungen von schweren Gewalttätigkeiten unabhängig von einem sexuellen Bezug allein gestützt auf Art. 135 StGB unter Strafe stehen sollen, wird unterstützt. Die Anpassung beseitigt Abgrenzungsprobleme zwischen Art. 197 und 135 StGB, und es wird vermieden, dass eigentlich erlaubte und gesellschaftlich akzeptierte weiche Pornographie allein deswegen strafbar wäre, weil ein milder Gewaltbezug (zum Beispiel durch Verwendung von Fesselungsinstrumenten) gegeben ist.

Weiter sieht die Revision in Absatz 8 vor, dass wer von einer minderjährigen Person mit deren Einwilligung pornografische Gegenstände oder Vorführungen herstellt, diese besitzt, konsumiert oder an die dargestellte Person weiterleitet, straflos bleibt, wenn er dafür kein Entgelt leistet oder verspricht und der Altersunterschied zwischen den Beteiligten nicht mehr als drei Jahre beträgt. Zudem soll die dargestellte Person ebenfalls straflos bleiben. Die Erfahrung hat gezeigt, dass die geltende Regelung verbesserungswürdig ist. So kann es zum Beispiel nicht sein, dass zwei 16 und 17 Jahre alte Jugendliche straflos sind, wenn sie voneinander pornografische Bilder/Filme herstellen, der ältere Jugendliche jedoch bestraft wird, sobald er 18 Jahre alt geworden ist. Der neu vorgesehene Absatz 8 wird daher begrüsst.

Neu soll ein Absatz 8^{bis} eingefügt werden, wonach Minderjährige straflos bleiben, welche von sich selber pornografische Gegenstände oder Vorführungen herstellen, besitzen oder konsumieren. Es wird weiter vorgeschlagen, das Weiterleiten solcher pornografischer 'Selfies' entweder weiterhin unter Strafe zu stellen oder unter bestimmten Bedingungen für straflos zu erklären. Um die minderjährige Person bestmöglich zu schützen wird die Variante 1 bevorzugt, wonach das Weiterleiten solcher pornografischer 'Selfies' weiterhin strafbar bleibt.

Sollte Variante 2 der Vorzug gegeben werden, stellt sich die Frage, ob auf Buchstabe a (die Beteiligten sind einander persönlich bekannt) nicht verzichtet werden sollte. Viele Jugendliche pflegen Internetbekanntschaften, Internetfreundschaften und sogar Liebesbeziehungen und sind einander zumindest im Zeitpunkt des Austauschs von Bildern (noch) nicht persönlich bekannt. Diese Bedingung könnte zu stossenden Ergebnissen führen, da Jugendliche privilegiert wären, die einander bloss flüchtig kennen, weil sie sich vielleicht ein- bis zweimal kurz gesehen haben. Aus unserer Sicht genügen die Voraussetzungen in Buchstabe b (Einwilligung) und c (Altersunterschied), so dass Buchstabe a gänzlich weggelassen werden könnte.

2.13 Weiterer Anpassungsbedarf bei Art. 197 Abs. 4 zweiter Satz StGB

Es wurde schon oben unter Ziffer 2.1 dargelegt, dass die bisherige Fassung von Art. 197 Abs. 4 zweiter Satz (Herstellung, Verbreitung etc. von Pornographie mit tatsächlichen Handlungen mit Minderjährigen) in der Praxis zum Erwachsenenstrafrecht Probleme bereitet, weil auch eigentliche Bagatelldfälle als Verbrechen und gemäss Art. 66a Abs. 1 Bst. h StGB als Ausschaffungsdelikt ausgestaltet sind.

Dies erscheint vor allem als Folge einer überaus strengen Rechtsprechung, welche die Anwendung der Bestimmungen über die Kinder- beziehungsweise Minderjährigenpornographie weit über den eigentlichen Pornographiebegriff (*eindringliche, auf sich selbst reduzierte Darstellung von Sexualität mit Fokussierung auf primäre Geschlechtsorgane*) hinaus ausdehnt auf Darstellungen und sogar blossen Andeutungen praktisch jeglicher sexueller Betätigung von Minderjährigen. Erfasst werden dabei in der Praxis insbesondere auch eher als Scherze zu verstehende Videos etwa mit windelbewehrten Babies oder Kleinkindern, welche an einer anderen Person Kopulationsbewegungen ausführen oder das bekannte Eselvideo, wo ein Bub hinter einem Esel Kopulationsbewegungen ausführt, ohne dass überhaupt ersichtlich ist, ob der Bub im Unterleib entblösst ist, geschweige denn, ob das Tier irgendwie penetriert wird.

Wenn aber ein Ausländer oder eine Ausländerin in der Schweiz ein solches Video aus Jux von seinem Handy weiterleitet, sind die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet, statt eines einfachen Strafbefehlsverfahrens ein umfassendes ordentliches Strafverfahren mit notwendiger Verteidigung und Anklage einzuleiten, in dem dann erst das Gericht regelmässig und zu Recht via die Härtefallklausel von Art. 66a Abs. 2 StGB die an sich obligatorische Landesverweisung wieder abwenden muss. Diesbezüglich besteht ein erheblicher Korrekturbedarf, welcher mit der vorliegenden Revision des Sexualstrafrechts wahrgenommen werden sollte.

Sinnvoll erscheint deshalb, die Qualifikation als Verbrechen und die Einstufung als Ausschaffungsdelikt gemäss Art. 197 Abs. 4 zweiter Satz auf schwere oder eindringliche Fälle sexueller Handlungen mit Minderjährigen zu beschränken oder aber für leichte Fälle eine Privilegierung als Vergehen und ohne Aufnahme in den Katalog der Ausschaffungsdelikte vorzusehen.

2.14 Art. 197 Ziffer 6 (Einzug von Gegenständen)

In der Praxis ist es in leichten Fällen oft unverhältnismässig, wegen eines zum Beispiel über WhatsApp erhaltenen tierpornographischen Bildes ein ganzes Gerät einzuziehen und zu vernichten. Es wäre wünschenswert, wenn für diese leichteren Fälle eine rechtliche Grundlage für die Rückgabe des Geräts (in der Regel Mobiltelefone, Laptops etc.) geschaffen würde. Dies könnte in einer Kann-Vorschrift oder über eine Privilegierung für leichte Fälle gesetzgeberisch umgesetzt werden.

2.15 Art. 197a; Anbahnung von sexuellen Kontakten mit Kindern

Die Schaffung eines Groomingtatbestands im Sinne einer strafbaren Vorbereitungshandlung zu sexuellem Missbrauch von Kindern entspricht dem internationalen Trend im Strafrecht, um Kinder und Jugendliche im Rahmen internationaler Zusammenarbeit, vor allem vor Kontakten mit möglichen Straftäterinnen oder Straftätern via Internet, zu schützen. Einer entsprechenden Regelung im Sinne der Variante 1 kann zugestimmt werden. Zudem wird begrüsst, dass dieser Tatbestand als Officialdelikt ausgestaltet ist.

Eine Beschränkung der Strafdrohung bloss auf Geldstrafe erscheint hingegen unter der internationalen Sichtweise nicht sinnvoll. Stattdessen sollte auch Freiheitsstrafe mit einer Obergrenze von mindestens einem Jahr vorgesehen werden, um diesen neuen Tatbestand international auslieferungs- und rechtshilfefähig zu machen (vgl. Art. 35 IRSG).

2.16 Art. 198 (Sexuelle Belästigung)

2.16.1 Ergänzung des Tatbestands um Bilder

Aus dem erläuternden Bericht (Ziffer 3.14.2) ist nicht nachvollziehbar, welche Strafbarkeitslücke geschlossen werden soll, wenn jemand nebst Worten auch durch sexuell konotierte Bilder in grober Weise sexuell belästigt würde. Ein solches Verhalten dürfte auch heute schon von Art. 197 Abs. 2 Satz 1 StGB erfasst sein. Auf die vorgeschlagene Ergänzung kann darum verzichtet werden. Sie würde bloss Abgrenzungsprobleme zu Art. 197 schaffen.

2.16.2 Officialisierung bei Opfern unter 12 Jahren

Bei sexuellen Belästigungen handelt es sich um leichteste Formen sexueller Übergriffe auf die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung. Beim Tatbestand handelt es sich um eine blosser Übertretung. Das Strafantragsrecht steht bei den im Fokus stehenden Kindern unter 12 Jahren primär den gesetzlichen Vertreterinnen und Vertretern (Eltern, Erziehungsberechtigte) zu (Art. 30 Abs. 2 StGB). Die Frist für diese zur Stellung des Strafantrags läuft erst seit Kenntnis der Tat und der Täterschaft (Art. 31 StGB). Es stellt sich die Frage, was mit einer Officialisierung der Taten gewonnen werden kann. Trotz dieser Zweifel wird aus Gründen des Kinder- und Jugendschutzes der Ausgestaltung dieses Tatbestands als Officialdelikt und damit Variante 1 zugestimmt. In der Praxis muss der Vorfall der Strafbehörde zur Kenntnis gelangen. Vermutlich wird dies auch in Zukunft in erster Linie über den Strafantrag der Eltern erfolgen. Dabei sollte man sich bewusst sein, dass die Eltern oft auch eigene Interessen haben. Gerade bei kindlichen Opfern ist die Täterschaft oft in der Verwandtschaft oder im Freundeskreis der Eltern zu finden.

2.17 Art. 200 StGB (Gemeinsame Begehung)

Gemäss Vorschlag muss neu das Gericht die Strafe erhöhen, wenn eine strafbare Handlung dieses Titels gemeinsam von mehreren Personen ausgeführt wird. Die Abkehr von der geltenden Kann-Bestimmung wird aus Gründen des Opferschutzes begrüsst.

2.18 Art. 264a Ab. 1 Bst. g und Art. 264e Abs. 1 Bst. b StGB

Aufgrund der in den Art. 189 und 190 vorzunehmenden Änderungen müssen richtigerweise auch Art. 264a Ab. 1 Bst. g und Art. 264e Abs. 1 Bst. b StGB redaktionell angepasst werden. Es kann grundsätzlich auf die Ausführungen zu den Art. 189 und 190 verwiesen werden (oben Ziffern 2.7.2 und 2.7.3).

Sofern dort die Begriffe 'Vergewaltigung' beziehungsweise 'vergewaltigen' nicht mehr verwendet würden, wäre dies ebenfalls in den betreffenden beiden Art. 264a und 264e durch eine andere Umschreibung (zum Beispiel 'Nötigung zum Beischlaf oder einer beischlafähnlichen Handlung') zu ersetzen.

3. Zu den einzelnen Artikeln im Bundesgesetzes über das Jugendstrafrecht (Jugendstrafgesetz, JStG)

3.1 Art. 36 Abs. 2 und 3 (Verjährung im Jugendstrafrecht)

Die vorgesehene Korrektur ist sehr zu begrüßen. Allerdings sollte ebenfalls Art. 187 StGB (sexuelle Handlungen mit Kindern) in die Aufzählung aufgenommen werden – auch wenn es der Gesetzgeber damals bewusst weggelassen hat. Es ist stossend, dass sexuelle Handlungen mit Kindern aufgrund der eingetretenen Verjährung nur noch als "Schändung" qualifiziert werden können, was nach dem 12. Altersjahr des Opfers oft schwierig zu begründen ist (die Schwelle, damit Urteilsunfähigkeit aufgrund von Unmündigkeit in Sachen der Schändung angenommen werden kann liegt gemäss Gerichtspraxis bei 12/13 Jahren). Das Opfer erkennt aber oft erst während oder nach der Pubertät, dass

das Erlebte ein sexueller Übergriff war. Oft muss das Opfer dann auch noch ein gewisses Alter erreichen, bis es sich einem Strafverfahren aussetzen mag. Die Problematik wird in Zukunft etwas entschärft sein, wenn die Vergewaltigung auch an männlichen Personen möglich ist. Es ist zu berücksichtigen, dass im Kindesalter die Hälfte der Opfer von Sexualdelikten männlich ist.

4. Zu den einzelnen Artikeln im Militärstrafgesetz (MStG)

4.1 Übereinstimmung zwischen MStG und StGB

Die Änderungen im StGB müssen konsequenterweise im MStG nachvollzogen werden. Bezüglich des neuen Groomingtatbestands soll offenbar die Strafbarkeit via die Generalklausel von Art. 8 MStG erfolgen. Nach dieser Sichtweise könnten allerdings auch die meisten anderen Tatbestände des MStG ersatzlos aufgehoben werden.

4.2 Art. 157 MStG (Ausnützung der militärischen Stellung)

Die Angleichung des Strafrahmens an Art. 193 StGB beziehungsweise den diesen allenfalls ersetzenden neuen Art. 187a StGB (vgl. oben Ziffer 2.5) macht Sinn. Eine Mindeststrafe vom 30 Tagessätzen Geldstrafe soll zur Harmonisierung der Strafrahmen im ganzen Strafrecht aufgehoben werden.

4.3 Art. 269 Abs. 2 Bst. a und 286 Abs. 2 Bst. a StPO und Art. 70 Abs. 2 MStG

Die Deliktskataloge für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und die verdeckte Ermittlung müssen richterweise an die materiellen Änderungen im StGB und MStG angepasst werden. Zu streichen ist sicher Art. 192 Abs. 1 StGB, während der allenfalls beizubehaltende Art. 193 StGB im geltenden Recht aus nicht ersichtlichen Gründen in beiden Katalogen gar nicht enthalten ist.

5. Regelungsverzichte

5.1 Art. 187 ff. StGB; Beibehaltung der Geldstrafe als mögliche Sanktion

Die Geldstrafe soll im bisherigen Rahmen als mögliche Sanktion beibehalten werden. Ein Verzicht würde dem allgemeinen Bestreben um Harmonisierung der Strafrahmen im gesamten Strafrecht völlig zuwiderlaufen.

5.2 Motion 14.3022 Rickli "Kinderpornografie. Verbot von Posing-Bildern"

Der Bericht legt ausführlich dar, dass ein Posing-Tatbestand rechtlich heikel wäre und auch in der Praxis zu kaum lösbaren Schwierigkeiten führen müsste.

5.3 Stealthing

Der Bericht legt zum Thema "Stealthing" (heimliches Entfernen oder absprachewidriges Nichtverwenden eines Kondoms während des Beischlafs oder Analverkehrs) ausführlich dar, dass derzeit aufgrund der Entwicklung der Rechtsprechung nicht klar abschätzbar ist, ob unter dem geltenden Recht überhaupt ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht.

Mit Einführung des neuen Art. 187a StGB dürfte aber ohnehin eine allfällige entsprechende Strafbarkeitslücke geschlossen werden, so dass auf eine weitere Regelung verzichtet werden kann.

5.4 "Zustimmungsvariante"

Die Zustimmungsvariante wird unter Ziffer 8.4 des Berichts eigentlich nur unter dem Aspekt der sexuellen Nötigung beziehungsweise Vergewaltigung diskutiert und entsprechend zu Recht abgelehnt. Die Einordnung eines Geschlechtsverkehrs ohne Einwilligung unter den Begriff der Vergewaltigung oder der sexuellen Nötigung – welche beide eine erhebliche Nötigung voraussetzen – und unter die gleiche Strafandrohung überzeugt nicht.

Wie oben unter Ziffer 3.5.1 dargelegt, sind zwar Eingriffe in ein hohes strafrechtlich geschütztes individuelles Rechtsgut ohne Einwilligung aus grundsätzlichen Überlegungen nicht zu tolerieren, von Amtes wegen zu verfolgen und nicht bloss als Übertretung zu sanktionieren. Der entsprechende Unrechtsgehalt wiegt aber weit weniger schwer, wenn dazu nicht noch erhebliche Nötigungsmittel wie Gewalt, Drohung, psychischer Druck oder eine zu diesem Zweck herbeigeführte Widerstandsunfähigkeit verwendet werden.

Eine Gleichstellung eines blossen sexuellen Übergriffs (neu Art. 187a StGB) mit einer sexuellen Nötigung oder Vergewaltigung (Art. 189/190 StGB) ist analog zu Abstufung von Diebstahl und Raub (Art. 139 und 140 StGB) im Vermögensstrafrecht abzulehnen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Vernehmlassung.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrats

Stephan Attiger
Landammann

Urs Meier
Staatsschreiber i.V.

Kopie

- christine.hauri@bj.admin.ch