

MAX-PLANCK-INSTITUT
ZUR ERFORSCHUNG VON
KRIMINALITÄT, SICHERHEIT UND RECHT



**«Nein heisst Nein +»
Revision von Art. 190 StGB**

Input 20.04.2023

Nora Scheidegger, PostDoc MPI

n.scheidegger@csi.mpg.de

«Ich wurde vor einem Kunie gefragt» – «Ich kann einfach Nein sagen»

INTERVIEW

«Wollen wir jede Unachtsamkeit zur sexuellen Gewalt erklären?» – Ein Gespräch über Sexualität und

Wollen die Anwälte, dass Ver ohne St

Freisprüche für Stealthing

Fehlende Gesetzesgrundlage: Kondom abziehen ist keine Schändung

Sexualstrafrecht

Nationalratskommission stimmt für «Ja
heisst Ja»

Revision des Sexualstrafrechts

Ständerat für «Nein heisst Nein» mit
Freezing-Kompromiss

Dienstag, 07.03.2023, 11:18 Uhr

Leitfragen

1. Warum ist eine Reform des Sexualstrafrechts nötig?
2. Welche Änderungen sind geplant?
3. Überzeugt die «neue» Lösung?
4. (Mit welchen Herausforderungen wird die Praxis konfrontiert sein?)

Leitfragen

1. Warum ist eine Reform des Sexualstrafrechts nötig?
2. Welche Änderungen sind geplant?
3. Überzeugt die «neue» Lösung?
4. (Mit welchen Herausforderungen wird die Praxis konfrontiert sein?)

Problematische Fälle I: Ein (wahres) Fallbeispiel



Vgl. Fall Nr. 1 in Scheidegger et al., Reformbedarf im schweizerischen Sexualstrafrecht, in: [sui-generis](#) 2020, S. 57 ff.

Problematische Fälle I: Ein (wahres) Fallbeispiel

Art. 190

¹ Wer eine Person weiblichen Geschlechts zur Duldung des Beischlafs nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.

- Schockstarre (oder Scham, Überforderung, objektiv «unbegründete» Furcht) als Ursache von Passivität → kein Nötigungsmittel notwendig → Art. 189/190 StGB nicht erfüllt
- Lösung über Nötigungsmittel «psychischer Druck»?

Sexuelle Übergriffe ohne Nötigung

«Die Tatbestandsvariante des Unter-Druck-Setzens stellt klar, dass sich die Ausweglosigkeit der Situation auch ergeben kann, ohne dass der Täter eigentliche Gewalt anwendet. (...). Durch Art. 189 StGB geschützt werden soll auch das Opfer, das durch Überraschungseffekt, Erschrecken, Verblüffung oder aufgrund einer **ausweglosen Lage** keinen Widerstand leistet. Eine Situation kann für das Opfer bereits aufgrund der sozialen und körperlichen Dominanz des Täters aussichtslos im Sinne der genannten Tatbestände sein.» - *Urteil BGer, 6B_83/2020, 18.6.2020*

Aber: Handeln ohne Einwilligung bzw. Nichtrespektieren des «Neins» führt nicht grundsätzlich, sondern nur unter bestimmten Umständen dazu, dass dies als «psychischer Druck» qualifiziert wird.

Sexuelle Übergriffe ohne Nötigung

«Der **blasse 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.»

- Urteil BGer, 6B_912/2009, 22.02.2010, E. 2.1.4

«Même si la jurisprudence ne pose pas des exigences très élevées en la matière (...), la **contrainte reste l'un des éléments constitutifs** des infractions précitées.»

- Urteil BGer, 6B_894/2021, 28.03.2022, E. 3.8

Problematische Fälle I: Ein (wahres) Fallbeispiel

Art. 191

Wer eine **urteilsunfähige** oder eine **zum Widerstand unfähige** Person **in Kenntnis ihres Zustandes** zum Beischlaf, zu einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung missbraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe bestraft.

- «Problem»: B. **weiss** i.d.R. **nicht**, dass Schockstarre vorliegt bzw. dass Opfer deshalb zum Widerstand unfähig ist → kein Vorsatz → Art. 191 StGB nicht erfüllt (?)

Problematische Fälle I: Ein (wahres) Fallbeispiel

Strafbarkeit des Verhaltens?

- Art. 189 StGB (-)
- Art. 191 StGB (-)
- Art. 193 StGB (-)
- Art. 188 StGB (-)
- Art. 198 StGB (-)

→ Verhalten des B. sei «verwerflich» und «persönlichkeitsverletzend», aber strafrechtlich nicht relevant

Problematische Fälle II: Täuschungen

Wegweisendes Urteil

Sex ohne Gummi war Schändung

«Stealthing» ist keine Schändung

Ein 20-jähriger Student wird nach einem Tinder-Date beschuldigt, beim einvernehmlichen Sex heimlich das Kondom entfernt zu haben. Das Gericht glaubt

GERICHTS URTEIL

**Eine Verwechslung mit Folgen vor Gericht:
Frau hat Sex mit falschem Mann**

Ein Mann schickt seiner Frau einen anderen Mann ins Schlafzimmer.

Täuschungen: Fallbeispiele

«**Stealthing**»: Opfer wird über Verwendung eines Kondoms getäuscht (Urteil BGer 6B_34/2020, 11.05.2022)



Identitätstäuschungen: Opfer wird in einen Irrtum über die Identität des Sexualpartners versetzt oder darin belassen (z.B. BGE 119 IV 230)



Täuschung über medizinische / **therapeutische Indikation** einer sexuellen Handlung (z.B. Urteil BGer, 6B_453/2007, 19.2.2008)



Strafrechtliche Relevanz von «Stealthing»?

«[D]er nach dem Entfernen des Kondoms fortgesetzte sexuelle Verkehr [ist] **kein einvernehmlicher** mehr. [D]as Entfernen des Kondoms gegen den Willen und ohne das Wissen der Partnerin eine Zäsur zum bisher einvernehmlichen Geschlechtsverkehr. Es begründet eine gesonderte, neue Handlung...»

Aber:

«(...) bleibt festzuhalten, dass **Wehrlosigkeit** im Sinn von Art. 191 StGB nach wie vor eine Situation meint, in der das Opfer infolge einer persönlichen Eigenschaft oder wegen eines vorübergehenden kognitiven oder physischen Schwächezustands dem Täter ausgeliefert ist. Ein solcher Zustand war bei der Privatklägerin **nicht** gegeben.»

- Urteil BGer, 6B_264/2020, 11.05.2022

Leitfragen

1. Warum ist eine Reform des Sexualstrafrechts nötig?
2. Welche Änderungen sind geplant?
3. Überzeugt die «neue» Lösung?
4. (Mit welchen Herausforderungen wird die Praxis konfrontiert sein?)

Art. 189 und 190 E-StGB (RK-S 2022)

Vergewaltigung

Art. 190

¹ Wer **gegen den Willen** einer Person den Beischlaf oder eine beischlafsähnliche Handlung, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden ist, an dieser vornimmt oder von dieser vornehmen lässt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.

= «Nein heisst Nein»

Minderheit (Mazzone, Baume-Schneider, Sommaruga Carlo, Vara)

¹ Wer **ohne die Einwilligung** einer Person den Beischlaf oder eine beischlafsähnliche Handlung, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden ist, an dieser vornimmt oder von dieser vornehmen lässt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.

= «Ja heisst Ja»

² Wer eine Person zur Vornahme oder Duldung des Beischlafs oder einer beischlafsähnlichen Handlung, 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 einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.

Art. 189 und 190 E-StGB (RK-S 2022)

Art. 193a

Täuschung über
den sexuellen Cha-
rakter einer Hand-
lung

Wer bei der Ausübung einer beruflichen oder organisierten ausserberuflichen Tätigkeit im Gesundheitsbereich an einer Person eine sexuelle Handlung vornimmt oder von ihr vornehmen lässt und sie dabei über den Charakter der Handlung **täuscht** oder ihren **Irrtum** über den Charakter der Handlung **ausnützt**, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.

Minderheit (Mazzone, Baume-Schneider, Sommaruga Carlo, Vara)

Art. 193a

Streichen

= überflüssig, falls
«Ja heisst Ja»

Problematische Fälle

Fallkonstellation «Nein»

Das Opfer wird nicht genötigt, kann aber ein «Nein» äussern oder sonst wie seine Ablehnung kommunizieren.

«Ablehnungslösung»: ✓

«Zustimmungslösung»: ✓

Fallkonstellation «Freezing»

Opfer wird nicht genötigt und vor dem Schockzustand ist *keine* Willensäusserung mehr möglich.

«Ablehnungslösung»: ✗, aber ev. Art. 191 StGB (?)

«Zustimmungslösung»: ✓

Problematische Fälle II

Fallkonstellation «Überraschender Angriff»

Am Opfer wird überraschend eine sexuelle Handlung vorgenommen, eine Nötigung liegt aber nicht vor.

«Ablehnungslösung»: ✓ (durch Auslegung)

«Der entgegenstehende Willen des Opfers [kann sich] auch aus den Umständen ergeben. Um dies zu beurteilen, müssen der Rahmen und die Situation, in denen der Täter gehandelt hat, berücksichtigt werden.»

- *BBl* 2022 33

«Zustimmungslösung»: ✓

Problematische Fälle III

Fallkonstellation «Stealthing»

Täter entfernt vor oder während GV heimlich das Kondom.

«Ablehnungslösung»: ✓ (durch Auslegung)

«Zustimmungslösung»: ✓ (durch Auslegung)

Fallkonstellation «Täuschung»

Opfer duldet sexuelle Handlung, weil es in einen Irrtum versetzt worden ist (z.B. über die medizinische Indikation der Handlung oder über die Identität des Partners)

«Ablehnungslösung»: ✗, aber ev. Art. 193a E-StGB?

«Zustimmungslösung»: ✓ (?)

Kompromisslösung SR: Nein heisst Nein +

Art. 190

¹ Wer **gegen den Willen** einer Person den Beischlaf oder eine beischlafähnliche Handlung, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden ist, an dieser vornimmt oder von dieser vornehmen lässt **oder zu diesem Zweck einen Schockzustand einer (sic!) Person ausnützt**, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft.

² Wer eine Person zur Vornahme oder Duldung des Beischlafs oder einer beischlafähnlichen Handlung, 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 einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.

³ Handelt der Täter nach Absatz 2 grausam, verwendet er eine gefährliche Waffe oder einen anderen gefährlichen Gegenstand, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.

Leitfragen

1. Warum ist eine Reform des Sexualstrafrechts nötig?
2. Welche Änderungen sind geplant?
3. Überzeugt die «neue» Lösung?
4. (Mit welchen Herausforderungen wird die Praxis konfrontiert sein?)

«Nein heisst Nein +»: Unklarheiten

- Formulierung unklar / missverständlich
- Was bedeutet «Schockzustand»?
- «Vorsatzhürde» bei TI bleibt identisch (Art. 191 StGB)
- Verhältnis zu Art. 191 StGB?

Danke für die Aufmerksamkeit

Leitfragen

1. Warum ist eine Reform des Sexualstrafrechts nötig?
2. Welche Änderungen sind geplant?
3. Überzeugt die «neue» Lösung?
4. (Mit welchen Herausforderungen wird die Praxis konfrontiert sein?)

Erfahrungen anderer Länder: Deutschland

§ 177 StGB Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung, Vergewaltigung

(1) 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.

(...)

- Effekte: Mehr Anzeigen und Verurteilungen insgesamt; «Verurteilungsquote» nicht gestiegen
- Offizielle Evaluation fehlt (noch)

Erfahrungen anderer Länder: Deutschland

- Beweisprobleme?
 - *«Genau genommen hat sich gar nichts verändert. Die Nachweisbarkeit einer Vergewaltigung ist genauso schwierig wie vorher.» - Strafverteidiger Ulrich Dost-Roxin*

- Aber: gestiegene Bedeutung der Opferaussage

- Wichtig:
 - Umfassende Aufklärung des Kommunikationskontextes
 - Angemessene Vernehmungsgestaltung (freier Bericht)
 - Adäquate Dokumentation der Zeugenaussagen (idealerweise Aufzeichnungen)

- vgl. etwa Biedermann/Volbert 2020

Erfahrungen anderer Länder: Schweden

Ch. 6, Sec. 1 Brottsbalken

A person who performs vaginal, anal or oral intercourse, or some other sexual act that in view of the seriousness of the violation is comparable to sexual intercourse, **with a person who is not participating voluntarily** is guilty of rape (...)

- Zusätzlich: Tatbestand für grobfahrlässige Vergewaltigung
- Effekte: Mehr Anzeigen, mehr Verurteilungen (von 190 in 2017 auf 333 in 2019 = +75%)
- 2019: 76 Fälle von «Ja heisst Ja»-Konstellationen

Erfahrungen anderer Länder: Schweden

- Beweisprobleme wurden eher überschätzt
- (Beweis-)Probleme v.a. beim Fahrlässigkeitstatbestand
- Einschätzung des neuen Gesetzes:

StA /NGO	Gerichte	Polizei	StrafV
----------	----------	---------	--------
- Die «neuen» Fälle:
 - Bekanntschaftsgrad Täter-Opfer
 - Konsensuell → nichtkonsensuell
 - «Schockstarre»



Anhang: Der Weg zur Revision

- Aktuelles Recht erfüllt IK nicht vollständig
- Forderung nach Konsenstatbestand seit 2018
 - [Interpellation](#) 18.3889 Munz; [Interpellation](#) 19.3587 Moret
 - www.stopp-sexuelle-gewalt.ch; Offener [Brief](#) 22 Professor:innen
 - [Auslegeordnung](#) Coninx/Scheidegger 2019
- 2020: Auskoppelung Sexualstrafrecht aus Harmonisierungsvorlage
- 2021: Vorentwurf in Vernehmlassung
 - [Vorentwurf](#) Sexualstrafrecht 2021 (separater Tatbestand Art. 187a VE)
 - Erläuternder [Bericht](#) zum VE 2021
 - Vernehmlassung ([Bericht](#))
 - [Entwurf](#) und [Bericht](#) RK-S: «Nein heisst Nein»

Andere Täuschungen?

«Es ist offenkundig nicht Aufgabe des Staats, sämtliche persönlichen, individuell gesetzten Bedingungen für einen sexuellen Kontakt unter strafrechtlichen Schutz zu stellen (...).

Unerheblich sind beispielsweise ein **gebrochenes Eheversprechen** (...), die entgegen erfolgter Zusicherungen unterbliebene Einnahme von **Verhütungsmitteln** (...) sowie falsche Erklärungen zu Vorbedingungen eines Partners, was etwa den **Beziehungsstatus** oder die **Religionszugehörigkeit** des anderen angeht (...).

In solchen Fällen von Motiv- resp. "Hintergrundirrtümern" (...) scheidet eine Schändung bereits deswegen aus, weil die **sexuelle Selbstbestimmung nicht tangiert** ist.

- Urteil BGer, 6B_264/2020, 11.05.2022