



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)

SKMR Schanzeneckstrasse 1 Postfach CH-3001 Bern

An die
Kommission für Rechtsfragen
des Ständerats
3003 Bern

Bern, 10. Mai 2021

Vernehmlassungsantwort

18.043 Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht. Entwurf 3: Bundesgesetz über eine Revision des Sexualstrafrechts (Vorentwurf)

Sehr geehrter Kommissionspräsident
Sehr geehrte Mitglieder der Kommission

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit, zum Geschäft 18.043 Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht, Entwurf 3: Bundesgesetz über eine Revision des Sexualstrafrechts Stellung nehmen zu können. Das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) möchte in der Stellungnahme auf die menschenrechtlichen Grundlagen für die Revision des Sexualstrafrechts eingehen. Die Vernehmlassungsantwort nimmt dabei nur auf die Artikel 187a, 189 und 190 StGB neu Bezug (sexueller Übergriff, sexuelle Nötigung, Vergewaltigung).

Der erläuternde Bericht enthält einen Verweis auf das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention). Der Bericht prüft jedoch nicht vertieft die Vereinbarkeit der Anpassungen mit der Istanbul-Konvention und ob die vorgeschlagenen Änderungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und weiteren von der Schweiz ratifizierten Menschenrechtsverträgen konform sind. Eine Analyse der Revision aus Sicht der Menschenrechte schliesst deshalb auch eine wichtige Lücke im Gesetzgebungsprozess.

Wie eine Untersuchung der Rechtsprechung in der Schweiz zu Verurteilungen wegen Vergewaltigung und sexueller Nötigung (Art. 190 und 189 StGB) aufzeigt, wird vom Opfer stets «der ihm vermeintlich <zumutbare> Widerstand gefordert» damit die im Tatbestand vorgesehene Nötigung überhaupt erfüllt sein kann.¹ Das hier

¹ Scheidegger Nora, Lavoyer Agota und Stalder Tamara: Reformbedarf im schweizerischen Sexualstrafrecht. Egoistisch, rücksichtslos, kaltherzig – aber strafrechtlich nicht relevant?, in: sui-generis 2020, RZ 19.



angelegte Nötigungsprinzip schützt die sexuelle Selbstbestimmung nicht umfassend.² Die zur Vernehmlassung vorgelegten Art. 190 und 189 StGBneu verwenden hier den bisherigen Wortlaut («nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht»). Stimmt eine Person einer sexuellen Handlung nicht zu, wendet die Täterschaft aber nicht zusätzlich ein Nötigungsmittel an, ist davon auszugehen, dass auch unter dem revidierten Strafrecht dies weder als Vergewaltigung noch als sexuelle Nötigung strafbar ist.³ Stattdessen dürfte in solchen Fällen (in der Regel) der neu formulierte Straftatbestand des sexuellen Übergriffs anwendbar sein (Art. 187a StGBneu).

Die menschenrechtlichen Vorgaben zur Bekämpfung von sexueller Gewalt verpflichten die Vertragsstaaten wie die Schweiz dazu alle nicht einvernehmlichen sexuellen Handlungen, unabhängig davon ob zusätzlich Widerstand geleistet wurde oder nicht, *angemessen zu bestrafen*. Dabei lässt die EMRK den Mitgliedstaaten des Europarates einen erheblichen Spielraum bei der Umsetzung dieser menschenrechtlichen Verpflichtung. So schreibt die EMRK keine bestimmte *Systematik* des Sexualstrafrechts vor. Trotzdem dürfte die vorgeschlagene Lösung nicht vollständig den menschenrechtlichen Anforderungen genügen. Denn die menschenrechtlichen Vorgaben lehnen die Nötigung als ein *definierendes* Element des Straftatbestandes der Vergewaltigung ab. Im Zentrum sollte vielmehr die fehlende Zustimmung stehen und damit der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung. Im Einzelnen:

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) verpflichtet die Vertragsstaaten, Menschen vor ungewollter, sexueller Gewalt zu schützen – etwa, indem sie diese unter Strafe stellen. Je nach Schwere und Art der sexuellen Gewalt lassen sich aus Art. 8 (Recht auf Privatleben) und/oder Art. 3 (Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung) solche Verpflichtungen ableiten. Gleichzeitig ist das akzessorische Diskriminierungsverbot zu beachten (Art. 14 EMRK).

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat in einigen Urteilen diese menschenrechtlichen Verpflichtungen konkretisiert. In seinem Urteil «M. C. gegen Bulgarien» (39272/98) entschied der EGMR, dass die Mitgliedstaaten gestützt auf Artikel 3 und 8 EMRK eine Verpflichtung haben, Strafgesetze zur wirksamen Bestrafung von Vergewaltigungen zu erlassen.

In seiner Analyse⁴ hielt der Gerichtshof fest, dass zwar historisch Gewalt oder aktiver Widerstand oft Teil der strafrechtlichen Definition der Vergewaltigung waren, aber in der Rechtsprechung und in der Rechtstheorie vieler europäischer Staaten inzwischen das Fehlen der Zustimmung aller (erwachsener und urteilsfähiger) an der sexuellen Handlung beteiligten Menschen entscheidend für die Definition von Vergewaltigung im Strafgesetz ist.⁵

Der EGMR führte insbesondere aus, das Erfordernis eines körperlichen Widerstands berge die Gefahr, dass bestimmte Arten von Vergewaltigungen straffrei bleiben (oder zumindest keine zur Handlung passende Bestrafung möglich ist). Dies stelle einen wirksamen Schutz der sexuellen Selbstbestimmung infrage. Gemäss EGMR verpflichten Artikel 3 und 8 EMRK die Mitgliedstaaten des Europarates in jedem Fall dazu, jede nicht

² Scheidegger, Nora: Das Sexualstrafrecht der Schweiz: Grundlagen und Reformbedarf, 1. Aufl., Bern/Baden-Baden 2018, RZ. 587 ff./ S. 295 ff. und Hörnle, Tatjana: #MeToo – Implications for Criminal Law?, Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice 2018, 115, 123.

³ Scheidegger Nora, Lavoyer Agota und Stalder Tamara: Reformbedarf im schweizerischen Sexualstrafrecht. Egoistisch, rücksichtslos, kalthertzig – aber strafrechtlich nicht relevant?, in: sui-generis 2020, RZ 35.

⁴ M. C. v. Bulgaria, App. no. 39272/98, 4.12.2003, Ziff. 154-166.

⁵ Ebd., Ziff. 159.



einvernehmliche sexuelle Handlung unter Strafe zu stellen, auch bei fehlendem körperlichem Widerstand des Opfers.⁶

In weiteren Urteilen führt der EGMR aus, die ungenügende Ahndung sexueller Handlungen ohne Zustimmung aller Beteiligten könne unter bestimmten Umständen sogar die Schwelle zur Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung überschreiten. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn ein besonders grosses Machtgefälle zwischen Täter und Opfer besteht oder im Freiheitsentzug oder in Situationen, die mit besonders gravierender physischer und psychischer Gewalt einhergehen.⁷ Die EMRK verpflichtet in diesen Fällen zu einer der Schwere der Tat und Menschenrechtsverletzung angemessenen Bestrafung. Das setzt einen passenden Strafrahmen voraus.⁸

Aus der EMRK sind die Mitgliedstaaten zudem verpflichtet, die strafrechtlichen Bestimmungen wirksam umzusetzen, etwa durch eine effektive Strafverfolgung, unabhängige Strafgerichtsbarkeit und dem Vollzug der Strafe. Die EMRK verpflichtet zudem die Behörden, gefährdete Menschen vor sexueller Gewalt zu schützen.⁹

Minister*innenkomitee des Europarates

Das Minister*innenkomitee des Europarates fordert, dass alle sexuellen Handlungen gegen den Willen von Personen, auch wenn diese keinen Widerstand leisten, bestraft werden.¹⁰ Zwang oder Androhung von Zwang sind nach Einschätzung des Minister*innenkomitees zwar ein klarer Beweis für eine fehlende Zustimmung, aber nicht *per se* ein Element einer Vergewaltigung.¹¹

Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention)

Unter dem Titel «Sexuelle Gewalt, einschliesslich Vergewaltigung» verpflichtet die Istanbul-Konvention die Vertragsstaaten, die gesetzgeberischen Massnahmen zu treffen, um «nicht einverständliches, sexuell bestimmtes vaginales, anales oder orales Eindringen in den Körper einer anderen Person mit einem Körperteil oder Gegenstand» oder «sonstige nicht einverständliche sexuell bestimmte Handlungen» unter Strafe zu stellen. Das Einverständnis aller Betroffenen muss dabei «als Ergebnis ihres freien Willens, der im Zusammenhang der jeweiligen Begleitumstände beurteilt wird, erteilt werden».¹²

Damit steht auch bei der Istanbul-Konvention die Zustimmung und die sexuelle Selbstbestimmung im Zentrum der Definition von Vergewaltigungen und weiteren nicht einvernehmlichen sexuellen Handlungen. Das unabhängige Expert*innengremium des Europarates, das für die Überwachung der Umsetzung der Istanbul-Konvention zuständig ist, begrüsst bspw. Anpassungen des Sexualstrafrechts in Schweden, die anstelle der Anwendung von Gewalt, von Drohungen oder weiterer Formen von Nötigung, das fehlende

⁶ Ebd., Ziff. 166.

⁷ Vgl. Bspw. Aydin v. Turkey, App. no. 23178/94, 25.9.1997; O’Keeffe v. Ireland, Appl. no. 35810/09, 28.1.2014 und I.G. v. the Republic of Moldova, Appl. no. 53519/07, 15.5.2012.

⁸ Siehe dazu Rechtsprechung des EGMR zu Polizeigewalt. Verstösse gegen das Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe werden als schwerwiegende Verletzungen erachtet (vgl. Z.B. EGMR, Zontul v. Greece, App. no. 12294/07, 17.01.2012, Ziff. 88.). Ebenfalls entscheidend für die Strafzumessung ist die Vulnerabilität des Opfers (EGMR, Okkali v. Turkey, App. no. 52067/99, 17.10.2006, Ziff. 70; EGMR, Zontul v. Greece, App. no. 12294/07, 17.01.2012, Ziff. 88.), vgl. Sturm Evelyne: Untersuchung von polizeilicher Gewaltanwendung. Menschenrechtliche Vorgaben und ihre Umsetzung in der Schweiz, 2019, S. 108f.

⁹ Vgl. P.M. v. Bulgaria, App. no. 49669/07, 24.1.2012 und I.G. v. the Republic of Moldova, Appl. no. 53519/07, 15.5.2012.

¹⁰ Recommendation Rec(2002)5 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the protection of women against violence; Ziff. 101.

¹¹ Ebd., Ziff. 107.

¹² Istanbul-Konvention (SR 0.311.35), Artikel 36 Abs. 1, <https://fedlex.data.admin.ch/eli/cc/2018/168>



Einvernehmen als entscheidendes Straftatbestandselement einer Vergewaltigung (und weitere Arten von sexuellem Missbrauch) eingeführt. Solche Änderungen brächten die Strafgesetzgebung in volle Übereinstimmung mit Artikel 36 der Konvention und stellten eine gute Praxis dar, die den Weg für ähnliche Reformen in anderen Ländern ebnen sollte. Hingegen wurden die in Österreich vorgenommenen Anpassungen, die vergleichbar mit den hier vorgeschlagenen sind, als nicht in Übereinstimmung mit der Konvention qualifiziert.¹³

CEDAW

Der UNO-Frauenrechtsausschuss hält in einem Kommentar fest, dass bei geschlechtsspezifischer Gewalt, wie zum Beispiel bei einer Vergewaltigung, unter bestimmten Umständen die Schwelle zu Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung überschritten sein kann.¹⁴ Bestimmungen die sexuelle Gewalt unter Strafe stellen, sollen die fehlende Zustimmung ins Zentrum stellen. Der Beweis von Zwang oder physischer Gewalt oder der Penetration sind gemäss UNO-Frauenrechtsausschuss als zwingende Erfordernisse aus dem Gesetz zu entfernen.¹⁵

Folgerungen für die Ausgestaltung der Straftatbestände und deren Abgrenzung (Art. 187a, 189 und 190)

Erstens: Die in Variante 1 Art. 190 StGBneu vorgelegte Formulierung sieht vor, dass einzig Frauen, aber nicht Männer sowie trans und inter Menschen (sofern sie nicht amtlich als weiblich registriert sind), Opfer einer Vergewaltigung sein können. Dies widerspricht insbesondere den Erfahrungen von Männern, die zum Beispiel im Gefängnis, in einer Kriegssituation, aber auch in der Partnerschaft sexuelle Gewalt erlebt haben.¹⁶ Einen sachlichen Grund für eine Unterscheidung zwischen amtlich als weiblichen und bzw. nicht weiblichen registrierten Personen ist nicht ersichtlich. Die Bestimmung verletzt deshalb nach Einschätzung des SKMR das Recht auf Privatleben (Art. 8 EMRK) oder des Verbots von unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung (Art. 3 EMRK) in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK) und ist folglich abzulehnen.

Zweitens: Unter Variante 2 zu Art. 190 StGBneu können Menschen unabhängig von ihrem Geschlecht Opfer einer Vergewaltigung werden. Positiv an der Bestimmung ist auch, dass nicht nur vaginale, sondern auch andere Penetrationen neu als Vergewaltigung strafbar sind. Unter Variante 2 bleibt eine Nötigung jedoch als notwendiges Element des Straftatbestands bestehen. Wenn es an der Zustimmung aller Beteiligten fehlt, aber keine Nötigung vorliegt, ist die nicht konsensuale sexuelle Handlung im schweizerischen Strafrecht trotzdem *in keinem Fall* als Vergewaltigung oder sexuelle Nötigung strafbar. Damit bleibt das Nötigungselement weiterhin ein zentraler Bestandteil der Vergewaltigungsdefinition.

¹³ GREVIO, 1st General Report on GREVIO's Activities, April 2020, para 62.

¹⁴ Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (A/HRC/31/57); report of the Special Rapporteur (A/HRC/7/3), para. 36; concluding observations of the Committee against Torture on the following periodic reports of States parties under the Convention against Torture: Burundi (CAT/C/BDI/CO/1); Guyana (CAT/C/GUY/CO/1); Mexico (CAT/C/MEX/CO/4); Peru (CAT/C/PER/CO/5 6); Senegal (CAT/C/SEN/CO/3); Tajikistan (CAT/C/TJK/CO/2); and Togo (CAT/C/TGO/CO/1); Human Rights Committee, general comment No. 28 (2000) on the equality of rights between men and women; concluding observations of the Human Rights Committee on the following periodic reports of States parties under the International Covenant on Civil and Political Rights: Slovakia (CCPR/CO/78/SVK); Japan (CCPR/C/79/Add.102); and Peru (CCPR/CO/70/PER); zitiert nach CEDAW: General recommendation No. 35 on gender based violence against women, updating general recommendation No. 19, Ziff. 16.

¹⁵ CEDAW: Communication No. 34/2011, R. P. B. v. the Philippines, Ziff. 9.

¹⁶ Siehe bspw.: Stemple Lara: Male Rape and Human Rights, Hastings Law Journal, 1-2009, S. 606 ff.



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)

Das zentrale Element für die strafrechtliche Ahndung der Vergewaltigung ist jedoch gemäss menschenrechtlichen Bestimmungen und Rechtsprechung die fehlende Zustimmung. Aus menschenrechtlicher Sicht erfordern nicht alle Formen von Vergewaltigungen Widerstand des Opfers bzw. den Einsatz eines Nötigungsmittels. Unter Variante 2 könnten deshalb unter Umständen Handlungen, die gemäss internationalen Menschenrechtsorganen als Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung qualifiziert werden, nur als sexueller Übergriff (Art. 187a StGBneu) strafbar sein. Dies erscheint insb. angesichts der Einstufung dieses Tatbestands als blosses Vergehen nicht angemessen.

Zusammenfassend:

- Das Element der Nötigung als *definierendes* Element des strafrechtlichen Vergewaltigungsbegriffs ist aus menschenrechtlicher Sicht abzulehnen. Ins Zentrum sollte die fehlende Zustimmung gestellt werden.
- Art. 187a StGB knüpft an der Zustimmung aller Beteiligten an. Das SKMR begrüsst deshalb die Stossrichtung dieser Bestimmung. Allerdings:
- Art. 189 und 190 StGBneu setzen eine Nötigung voraus. Damit stellen die beiden Strafbestimmungen nicht den fehlenden Konsens und somit die sexuelle Selbstbestimmung ins Zentrum des jeweiligen Straftatbestandes.
- Wenngleich die EMRK den Mitgliedstaaten einen Spielraum bei der Umsetzung der Verpflichtung einer wirksamen Bestrafung von nicht konsensualen sexuellen Handlungen lässt, muss die Bestrafung jedoch der *Schwere* der Tat und Verletzung der EMRK (insb. Art. 3) entsprechen. Dies gilt auch für sexuelle Handlungen ohne Zustimmung, ohne dass zusätzlich eine Nötigung vorliegt.
- In Anbetracht der grossen Divergenz der Strafraumen (Art. 187a vs. Art. 189neu und 190 StGBneu) ist es fraglich, ob die vorgeschlagene Formulierung der Überprüfung durch den EGMR und anderer internationaler Menschenrechtsorgane standhalten würde.

Das SKMR empfiehlt daher bei den Straftatbeständen insbesondere von Art. 189neu und 190 StGBneu die fehlende Zustimmung ins Zentrum zu rücken und die übrigen Bestimmungen des Sexualstrafrechts soweit notwendig dieser Systematik entsprechend anzupassen. Damit kann der menschenrechtlichen Verpflichtung nachgekommen werden, alle Arten von nicht konsensualen sexuellen Handlungen *wirkungsvoll* zu bestrafen.

Freundliche Grüsse

Evelyn Sturm
Geschäftsführerin

Lukas Heim
Co-Autor

Luisa Jakob
Co-Autorin