



Täuschungen im Sexualbereich

Nora Scheidegger, PostDoc MPI Freiburg i. Brsg.
SKG-Tagung «Das revidierte Sexualstrafrecht», 06.06.2024

«Akademischer Unsinn» (?)

tjatsex

Substantiv

zusammengesetzt aus *tjat* (schwedisch für «Quengelei, Nörgelei») und *sex*

«Quengel-Sex»; mit jemandem Sex haben, der nicht in Stimmung ist und zuerst ablehnt, dann aber nach viel nervtötendem Bitten, Überreden und Quengeln nachgibt.

Freisprüche für Stealthing

Fehlende Gesetzesgrundlage: Kondom abziehen ist keine Schändung

Police detective who 'had sex with activists while undercover' could face prosecution

Ehemaliger US-Teamarzt Larry Nassar

„Er hat das Vertrauen der Sportlerinnen furchtbar missbraucht“

Leitfragen

1. Sind Täuschungen im Sexualbereich strafwürdig? Wenn ja, welche?

Sexuelle Selbstbestimmung und Einwilligung

«[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.»

- *Wertheimer, Consent to Sexual Relations, 31.*

- Selbstbestimmung und Einwilligung sind untrennbar miteinander verknüpft
- Jede sexuelle Handlung ohne (gültige) Einwilligung verletzt das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung auf strafwürdige Weise

Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung

Kommunikation / Einwilligungserklärung

- *plus* -

1. Kompetenz (~ Urteilsfähigkeit)
2. Freiwilligkeit (Abwesenheit von Zwang)
3. Wissen (Abwesenheit von Irrtümern)

«If the real question in rape law is victim consent, then it seems logical to look at **all factors** that undermine consent (...).» - *Falk, 154*

Welche Irrtümer sind relevant?

Rechtsgutsbezogene Irrtümer (immer relevant)

- Opfer wird über die Art / Umfang des «Eingriffs» getäuscht
- = es wird eine andere als die «bewilligte» Handlung vorgenommen

Beispiel: Arzt A sagt Patientin B, er werde ein Spekulum in B's Vagina einführen, worin B einwilligt. Tatsächlich führt A aber seinen Penis in B ein.

→ für die penile Penetration liegt *gar keine* Einwilligung vor

Welche Irrtümer sind relevant? II

Motivirrtümer (strittig, inwieweit relevant)

- Opfer weiss, dass es sein Rechtsgut «preisgibt», irrt aber über Umstände, die es zur Einwilligung motiviert haben

Beispiel: Arzt C sagt Patientin D, er habe «heilendes» Sperma und könne so ihre Krankheit heilen. D willigt daraufhin in den GV ein.*

→ für die penile Penetration liegt eine *irrtumsbelastete* Einwilligung vor

* Boro v. Superior Court (Kalifornien USA, 1985)

Welche Irrtümer sind relevant? III

Strafwürdigkeit von Motivirrtümern?

- «Deal-Breaker»-Theorie (Jonathan Herring)
- «Abwägungstheorie» (Nora Scheidegger)
- «Wer beim anderen eine falsche Vorstellung über Eigenschaften seiner Person oder über bestimmte Rahmenbedingungen des Geschlechtsverkehrs hervorruft (...), **beeinträchtigt** dadurch die strafrechtlich geschützte sexuelle Freiheit seines Gegenübers auch dann **nicht**, wenn klar ist, dass die getäuschte Person im Wissen um die wahren Verhältnisse dem Geschlechtsverkehr nicht zugestimmt hätte.» - BGE 148 IV 329 E. 4.2

«Stealththing» als strafwürdige Täuschungshandlung?

Rechtsgutsbezogener Irrtum oder Motivirrtum?

- Ist ungeschützter GV eine *andere* sexuelle Handlung als geschützter GV?
- Haut-zu-Haut-Kontakt, Kontakt mit Ejakulat, grössere Intensität...

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

- BGE 148 IV 329 E. 4.3

Leitfragen

1. Sind Täuschungen im Sexualbereich strafwürdig? Wenn ja, welche?
2. Sind täuschende Verhaltensweisen nach geltendem und nach neuem Recht strafbar?
 - a) «Stealth»
 - b) Täuschungen im Gesundheitsbereich
 - c) Identitätstäuschungen i.e.S. und i.w.S.

«Stealththing» strafbar (bisher) ?

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.

- «Die Täuschung (...) liess sie irrtümlich glauben, der Geschlechtsverkehr erfolge durchgehend geschützt. Allein deshalb war ihr die *Gelegenheit* genommen, abwehrend zu reagieren. Entscheidend ist jedoch, dass die *Fähigkeit* zur Abwehr als solche intakt blieb.» - *BGE 148 IV 329 E. 5.5*
- Art. 198 StGB als Auffangtatbestand

«Stealthing» strafbar (künftig)?

Art. 190 (ab. 01.07.2024)

- ¹ Wer **gegen den Willen** einer Person eine Handlung, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden ist, vornimmt oder von dieser vornehmen lässt oder sich einer Person ausnützt, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft, wenn die Handlung 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.
- ² Wer eine Person zur Vornahme oder zur Unterlassung einer 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.

«Unter dem Konzept der Ablehnungslösung muss (...) nicht unmittelbar auf den Übergriff reagiert werden; die Ablehnung kann aus einer vorgängigen Willensbekundung oder aus den Umständen abzuleiten (...) sein.»
- BGE 129 IV 329 E. 5.4.2

«Stealthing» strafbar (künftig)? II

- Entgegenstehender Wille bezüglich der «neuen» bzw. «anderen» sexuellen Handlung ergibt sich *implizit* aus der Vereinbarung betreffend Kondom
- → Merkmal «gegen den Willen» bei «Stealthing» erfüllt
- Art. 189 Abs. 1 oder Art. 190 Abs. 1 nStGB erfüllt?
 - BGE 148 IV 329: «Die Normkonkurrenz zwischen den Artikeln 189 Abs. 1 und Art. 190 Abs. 1 E-StGB ist anhand der Frage aufzulösen, ob der entgegenstehende Wille auch auf die Penetration als solche zu beziehen ist, obwohl diese nach Entfernung des Kondoms einvernehmlich bleibt.»
- **Aber:** «[Der] nach dem Entfernen des Kondoms fortgesetzte sexuelle Verkehr [ist] kein einvernehmlicher mehr.» → *widersprüchlich*?

Täuschungen im Gesundheitsbereich strafbar? (bisher)

- Fallbeispiel: Therapeut A erschleicht sich Patientin Bs Zustimmung, indem er ihr wahrheitswidrig sagt, er könne ihre Rückenschmerzen durch eine «transvaginale» Massage behandeln.
- Strafbarkeit nach **Art. 191 StGB** wird nur bejaht, wenn Opfer von Vornahme der sexuellen Handlung überrumpelt wird bzw. die konkrete Handlung «unerwartet» erfolgt (vgl. z.B. Urteil 6B_210/2022 v. 02.08.2023 [vaginale Untersuchung]).
- **Aber:** «[Ein Irrtum über die medizinische Indikation] allein reicht für die Annahme einer Widerstandsunfähigkeit nicht aus (...).» (BGer 6B_453/2007 v. 19.02.2008)

Täuschungen im Gesundheitsbereich strafbar (künftig)?

Art. 193a Täuschung über den sexuellen Charakter einer Handlung

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.

Identitätstäuschungen

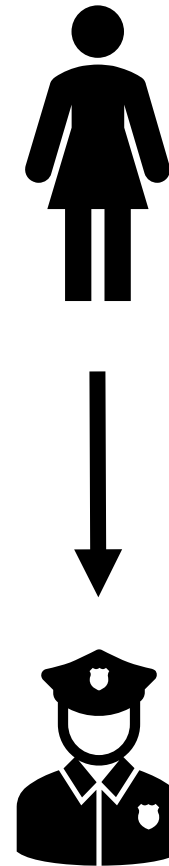
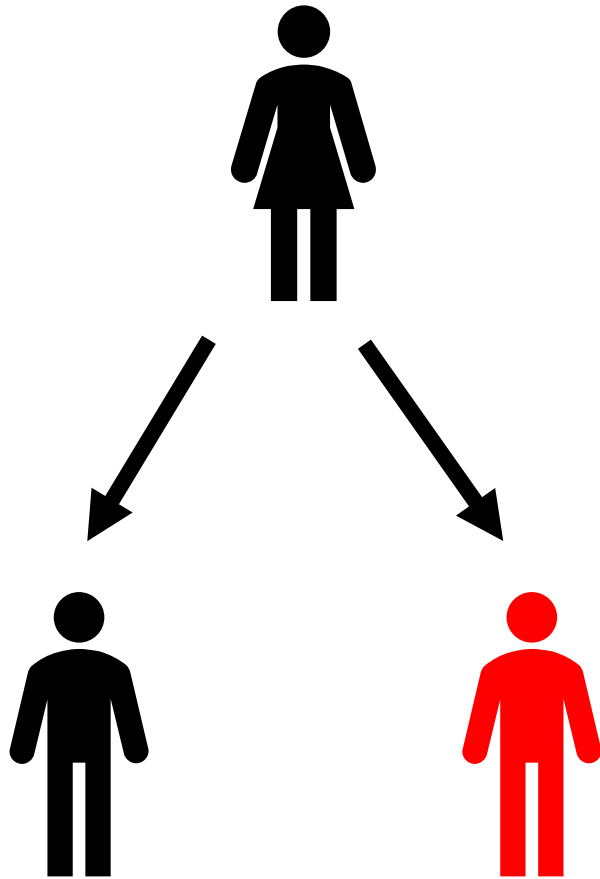
«**Falscher Ehemann**»: A schlüpft bei seiner Bekannten B ins Bett. Die angetrunkene und schläfrige B, die ihren Ehemann C erwartet, macht bei den sexuellen Handlungen mit, bis sie ihren Irrtum bemerkt (vgl. BGE 119 IV 230).

«**Gender**»: A, ein trans Mann, befriedigt seine Freundin B manuell. B weiss nicht, dass A trans ist. Nachdem sie es herausfindet, ist sie empört und sagt, sie hätte sich niemals von A berühren lassen, wenn sie gewusst hätte, dass A «in Wirklichkeit» eine Frau ist (angelehnt an McNally v. R 2013 UK).

«**Undercover**»: Polizist A soll sich in eine «radikale» Aktivistengruppe einschleusen. Dafür geht er eine auch sexuelle Beziehung mit Aktivistin B ein (angelehnt an Fall «James Boyling», UK).



Identitätstäuschungen i.e.S. und i.w.S.



Identitätstäuschungen i.e.S. strafbar (bisher/künftig)?

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.

- «Verlegenheitslösung» (?): Trunkenheit + Schläfrigkeit + Irrtum = Widerstandsunfähigkeit - *BGE 119 IV 230*
- «Nur» Identitätstäuschung? - *BGer 7B_260/2022 v. 15.01.2024*

Identitätstäuschungen i.w.S. strafbar (künftig)?

Art. 189 Abs. 1 oder Art. 190 Abs. 1 nStGB?

Art. 191 StGB?

BGer:

«Wer beim anderen eine falsche Vorstellung über **Eigenschaften seiner Person** oder über bestimmte Rahmenbedingungen des Geschlechtsverkehrs hervorruft (...), **beeinträchtigt** dadurch die strafrechtlich geschützte sexuelle Freiheit seines Gegenübers auch dann **nicht**, wenn klar ist, dass die getäuschte Person im Wissen um die wahren Verhältnisse dem Geschlechtsverkehr nicht zugestimmt hätte.» - *BGE 148 IV 329 E. 4.2*

Danke für die Aufmerksamkeit!

Literaturhinweise

Brodsky, “Rape-Adjacent”: Imagining Legal Responses To Nonconsensual Condom Removal, *Columbia Journal of Gender and Law* 32, 2017

Falk, Rape by Fraud and Rape by Coercion, 64 *Brooklyn Law Review* 39, 1998

Herring, Mistaken Sex, *Criminal Law Review* 511, 2005

Scheidegger, Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy: Principles for Criminalizing Sex by Deception, *GLJ* 2021 (open access)

Scheidegger, *Das Sexualstrafrecht der Schweiz*, 2018

Wertheimer, *Consent to Sexual Relations*, 2003