

TGNS · RECHTSBERATUNG · MONBIJOUSTR. 73 · 3007 BERN

Rechtskommission des Ständerates
christine.hauri@bj.admin.ch

Bern, 10.05.2021

18.043 s Strafraahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht.

Entwurf 3: Bundesgesetz über eine Revision des Sexualstrafrechts (Vorentwurf)

Guten Tag

Transgender Network Switzerland (TGNS), die Schweizer Organisation von und für trans Menschen, bedankt sich für die Möglichkeit, an oben referenzierter Vernehmlassung teilnehmen zu können.

In unserer Stellungnahme äussern wir uns nicht zu allen Aspekten der Vorlage, sondern primär zu denen von besonderer Relevanz für uns. Diese Fokussierung beinhaltet jedoch keine Aussage zu den weiteren Punkten.

Sexualisierte Gewalt gegen LGBTI-Menschen

Menschen, die bezüglich ihrer sexuellen Orientierung, ihrer Geschlechtsidentität, ihres Geschlechtsausdruckes oder ihrer Geschlechtsmerkmale von der Mehrheitsgesellschaft abweichen, sind **überproportional von sexualisierter Gewalt betroffen**. So zeigt beispielsweise eine Befragung von Jugendlichen im letzten Schuljahr in den Kantonen Waadt und Zürich, dass 8,7% der nicht-heterosexuellen Jugendlichen bereits sexualisierte Gewalt erlitten haben. Bei den Mädchen sind dies 2,4-mal mehr, bei den Knaben 15,7-mal mehr als ihre Altersgenoss_innen.¹

Innerhalb der Gruppe der LGBTI-Menschen weisen Studien nach, dass **trans und intergeschlechtliche Menschen am stärksten von Gewalt, inklusive sexualisierter Gewalt, betroffen** sind: So zeigt eine grossangelegte Studie der EU-Grundrechtsagentur, dass 11% der gesamten LGBTI-Community in den fünf Jahren vor der Befragung körperliche oder sexualisierte Angriffe erlebt haben, weil sie LGBTI sind. Dieselbe Frage beantworteten jedoch 17% der trans Teilnehmer_innen und 22% der intergeschlechtlichen Teilnehmer_innen mit Ja.²

Zu den Folgen dieser Gewalt zeigt selbige Befragung, dass 58% der betroffenen trans Personen infolge der sexualisierten Gewalt psychologische Probleme hatten und 36% Angst, auszugehen oder

¹ Lucia S, Stadelmann S, Amiguet M, Ribeaud D, Bize R. : Enquêtes populationnelles sur la victimisation et la délinquance chez les jeunes dans les cantons de Vaud et Zurich. Les jeunes non exclusivement hétérosexuel-le-s : populations davantage exposées ? Lausanne, Institut universitaire de médecine sociale et préventive, 2017 (Raisons de santé 279), S. 26 f.

² European Union Agency for Fundamental Right: A long way to go for LGBTI equality, Wien 2020, S. 39.

bestimmte Orte zu besuchen.³ Die EU-Grundrechtsagentur unterstreicht auch die strukturellen Folgen dieser Gewalt: **“By definition, hate-motivated violence has an impact on the entire LGBTI community, sending a message that they are not accepted.”**⁴

Als Grundsatz muss diese Erkenntnis ihren Niederschlag auch in der Generalprävention und damit dem Strafrecht finden, indem kein milderer Straftatbestand zur Anwendung kommen kann allein aufgrund von Geschlechtsidentität, -ausdruck, -merkmal oder sexueller Orientierung, als wenn die Person nicht LGBTI wäre.

Vergewaltigung, Art. 190 StGB

In die Vernehmlassung gegeben wurden zwei Varianten einer Neufassung des Vergewaltigungstatbestandes. **Zwischen diesen beiden Varianten überzeugt zwar die geschlechtsneutrale Variante 2 besser, grundsätzlich können wir aber die Stossrichtung beider Vorschläge nicht unterstützen, da sie nicht auf der fehlenden Einwilligung der vergewaltigten Person beruhen, sondern unverändert auf Gewaltanwendung, Druckausübung oder Widerstandsunfähigmachen.**

Geschlechtsneutrale Definition von Vergewaltigung

Gemäss geltendem Recht und vorgeschlagener Variante 1 können nur „Personen weiblichen Geschlechts“ vergewaltigt werden, und zwar nur durch erzwungenes vaginales Eindringen. Damit würde ein unpräziser Straftatbestand beibehalten und verschiedene Opfergruppen nicht als solche anerkannt.

Variante 1 geht davon aus, dass klar ist, wer eine „Person weiblichen Geschlechts“ ist. Die bundesgerichtliche Auslegung setzt den Begriff gleich mit Menschen mit Vagina. Doch weder ist diese Gleichung richtig, noch ist „Person weiblichen Geschlechts“ ein ausreichend präziser Begriff für das Strafrecht. Denn: **Nicht alle Frauen haben eine Vagina und nicht alle Menschen mit Vagina sind Frauen.**

Das „Geschlecht“ einer Person ist nicht eindimensional klar, weshalb der Terminus „Person weiblichen Geschlechts“ in unterschiedlicher Weise interpretiert werden kann:

- Ist eine Person (auch? dann?) weiblichen Geschlechts, wenn dies ihrem Registereintrag entspricht – auch wenn sie keine Vagina hat? Darauf müsste geschlossen werden aufgrund der Aussagen des Gesetzgebers in der Beratung des Geschäfts „ZGB. Änderung des Geschlechts im Personenstandsregister“ (19.081), wonach „Geschlecht“ als im Personenstandsregister eingetragenes Geschlecht zu verstehen sei.
- Oder ist eine Person dann weiblichen Geschlechts, wenn die Tatperson sie aufgrund der äusseren Erscheinung als Frau wahrnimmt und daher überhaupt mit der Tathandlung beginnt – auch wenn die Person keine Vagina hat? Wie wäre strafrechtlich zu qualifizieren, wenn in diesem Fall die Person beispielsweise anal vergewaltigt wird, weil vaginales Eindringen mangels Vagina widererwarten nicht möglich ist? Wäre eine Vergewaltigung auch bereits ausgeschlossen, wenn beim Gericht Zweifel bestehen bleiben, ob die Tatperson beispielsweise jemand androgyn aussehendes überhaupt als Person weiblichen Geschlechts wahrgenommen hat?
- Oder ist eine Person weiblichen Geschlechts, wenn sie sich selbst so identifiziert – unabhängig ihrer Genitalien?
- Und: Qualifiziert auch als Vergewaltigung im Sinn von Variante 1, wenn ein trans Mann, der als männlich wahrgenommen und amtlich registriert ist, vaginal vergewaltigt wird?

³ European Union Agency for Fundamental Rights: A long way to go for LGBTI equality, Wien 2020, S. 43.

⁴ European Union Agency for Fundamental Rights: A long way to go for LGBTI equality, Wien 2020, S. 41.

Als Ratio Legis für die Begrenzung des Tatbestandes der Vergewaltigung auf „Personen weiblichen Geschlechts“ wird angeführt, „dass sich eine vergewaltigte Frau unter Umständen mit einer ungewollten Schwangerschaft und der Frage einer Abtreibung oder Adoption konfrontiert sieht.“ Auch wenn die enorme Belastung einer Schwangerschaft nach Vergewaltigung keinesfalls in Abrede gestellt werden soll, ist die Aussage, dass jede Frau – und nur Frauen – schwanger werden könnte, in doppelter Hinsicht falsch. Denn einerseits können auch trans Männer schwanger werden, sofern sie ihre entsprechenden Fortpflanzungsorgane nicht entfernen liessen und zwischen Menarche und Ende der Fortpflanzungsfähigkeit sind. Und andererseits können auch viele Frauen aus unterschiedlichen Gründen – unter anderem wenn sie ohne die entsprechenden Fortpflanzungsorgane zur Welt gekommen sind – nicht schwanger werden.

Auch wenn bei einer Mehrheit der Bevölkerung Geschlechtsidentität, -ausdruck, -merkmale und -eintrag übereinstimmen, ist dies bei mehreren Prozent nicht der Fall. Und diese sind, wie einleitend gezeigt, überproportional von sexualisierter Gewalt betroffen. Variante 1 hat aber zur Folge, dass es der Rechtsauslegung des einzelnen Gerichts überlassen bleibt, welche trans Personen als Opfer von Vergewaltigung anerkannt werden – und wer aufgrund der (Fremd)Beurteilung ihres Geschlechts durch das Strafgericht nicht. **Damit sendet der Gesetzgeber das Signal aus, dass Vergewaltigungen von trans Menschen nicht in jedem Fall als gleich schwerwiegend gewertet werden müssen wie Vergewaltigungen von cis Frauen. Und dass diese Wertung von den persönlichen Vorstellungen des zuständigen Gerichts, woran sich Geschlecht festmache, abhängt.** Variante 1 würde damit wider besseres Wissen einen krass unklaren Wortlaut, der direkt zu diskriminierender Anwendung führen kann, beibehalten.

Hinzu kommt, dass damit im Strafverfahren auch „das Geschlecht“ des Opfers verhandelt werden müsste. Dies ist eine extreme psychische Belastung für die trans Person, ganz besonders nach erlebter Vergewaltigung und damit in einer Situation, in der sie von staatlicher Seite Schutz und Unterstützung erhalten müsste und nicht weiteren massiven Belastungen und Verletzungen ausgesetzt werden darf.

Variante 1, die Begrenzung auf „Personen weiblichen Geschlechts“, ignoriert aber auch, dass nicht-weibliche Personen ohne Vagina genauso an den Folgen analen oder oralen Eindringens ohne ihre Zustimmung leiden. **Insbesondere bei homo- und bisexuellen Männern kann ein homosexuellenfeindliches Motiv die Vergewaltigung begleiten und deren negative Folgen verstärken.** Wird in dem Strafverfahren beschieden, die Vergewaltigung sei keine solche, da ein (cis schwuler) Mann gar nicht vergewaltigt werden könne, signalisiert der Staat dem Opfer, das ihm angetane Leid wiege weniger schwer, und der Täterschaft, eine Vergewaltigung schwuler Männer sei nicht so schlimm wie eine „richtige“ Vergewaltigung.

Wir fordern daher, dass der Tatbestand der Vergewaltigung ohne Referenz auf „Geschlecht“ formuliert und ohne Referenz auf körperliche Geschlechtsmerkmale interpretiert wird. Dies gilt sowohl für Art. 190 StGB als auch für Art. 264a Abs. 1 lit. g StGB, Art. 264e Abs. 1 lit. b StGB, Art. 109 Abs. 1 lit. g MStG, Art. 112a Abs. 1 lit. b MStG und Art. 154 MStG.

Jedes Eindringen als Vergewaltigung anerkennen

Um allen Opfern einer Vergewaltigung gerecht zu werden, ist der Vergewaltigungsbegriff so zu definieren, dass jedes sexuell bestimmte vaginale, anale oder orale Eindringen mit einem Körperteil oder Gegenstand erfasst wird. Dies auch unabhängig davon, ob die Tatperson in den Körper des

Opfers eindringt, oder ob die vergewaltigte Person gegen ihren Willen in den Körper einer anderen Person eindringt (z.B. Oralverkehr gegen den Willen der Person, die mit dem Penis oral eindringt). Denn das Leid der Opfer verringert sich nicht, wenn gegen ihren Willen in eine andere Körperöffnung als die Vagina eingedrungen wurde. Dem gilt es beim Vergewaltigungsbegriff Rechnung zu tragen, nicht zuletzt, da die strafrechtliche Anerkennung der erlebten Gewalt als Vergewaltigung eine hohe psychologische Relevanz für die Opfer hat.

Wir fordern daher, dass der Tatbestand der Vergewaltigung jedes anale, orale oder vaginale Eindringen umfasst und nicht mehr nur vaginale Penetration durch einen Penis.

Eindringen ohne Einwilligung als Vergewaltigung anerkennen

Beide vorgeschlagenen Varianten beruhen darauf, dass die Tatperson das Opfer bedrohen, Gewalt anwenden, unter psychischen Druck setzen oder zum Widerstand unfähig machen muss. Wehrt sich das Opfer nicht (ausreichend), ist der Tatbestand der Vergewaltigung nicht erfüllt. Diese Voraussetzung ignoriert einerseits die Tatsache, dass in vielen Situationen Bedrohung, Gewalt oder Druck nicht notwendig sind (z.B. bei einem Vertrauensverhältnis oder Überraschung), sowie, dass viele Opfer erstarren und keinerlei Möglichkeit zur Gegenwehr haben. Andererseits wird der vergewaltigten Person damit signalisiert, sie habe ihre Mitverantwortung, die Vergewaltigung zu verhindern, nicht wahrgenommen, respektive trage sie eine Mitschuld an der erlittenen Gewalt, da sie sich nicht (ausreichend) zur Wehr gesetzt habe.

Sexuelle Handlungen müssen aber immer auf dem klaren Einverständnis aller Beteiligten beruhen. Nur so kann die sexuelle Freiheit, was wann mit wem wie gemacht wird, geschützt werden. **Ein Straftatbestand, der von der verletzten Person zwingend verlangt, sich gegen die Gewalt zu wehren, schützt Täter_innen, nicht aber die sexuelle Autonomie.**

Aus diesen Gründen überzeugt auch der Vorschlag des neuen Straftatbestandes „sexueller Übergriff“ (Art. 187a E-StGB), der gegen den Willen der Person oder überraschend ausgeübte sexualisierte Gewalt pönalisieren würde, nicht. Denn Vergewaltigungsoffer müssen alle als solche erkannt werden können, unabhängig ihrer Reaktion(smöglichkeiten) in der Gewaltsituation. Mit dem vorgeschlagenen Art. 187a E-StGB wird hingegen zementiert, dass eine Vergewaltigung im Sinne des Strafrechts Gewalt oder Druck und entsprechende Gegenwehr voraussetzt. Und ansonsten „nur“ ein sexueller Übergriff verübt wurde.

Zudem soll, wer eine Vergewaltigung begeht, nicht von der Widerstandsunfähigkeit des Opfers profitieren können, indem die Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr wegfällt, die Höchstfreiheitsstrafe von zehn auf drei Jahre reduziert wird oder allenfalls auch nur eine Geldstrafe ausgesprochen wird, und dass die Tat bereits nach zehn statt nach 15 Jahren verjährt.

Wir fordern daher, den Tatbestand der Vergewaltigung auf dem Grundsatz „Nur Ja heisst Ja“ neu zu fassen. Dass Vergewaltigung also als auf fehlender Einwilligung beruhend definiert wird und nicht länger vom Opfer Widerstand gegen Gewalt oder Drohung gefordert wird.

Nötigung, Art. 189 StGB

Hierzu verweisen wir auf die obenstehenden Ausführungen, dass wir einen grundsätzlichen Wandel im Sexualstrafrecht fordern, weg von der Pflicht der Opfer, sich zur Wehr zu setzen, hin zum Verständnis, dass rechtmässige sexuelle Handlungen die Zustimmung aller Beteiligten

voraussetzen. Dies muss ebenso für sexualisierte Handlungen unter der Schwelle der Vergewaltigung gelten.
Selbstredend ist in dem Sinne, bei Wegfall der Nötigungshandlung, auch die Marginale anzupassen.

Missbrauch einer urteilsunfähigen oder zum Widerstand unfähigen Person, Art. 191 StGB

Grundsätzlich begrüßen wir die Abkehr vom bisherigen Begriff der „Schändung“. Jedoch erscheint uns der Terminus „Missbrauch“ wenig geeignet für das Sexualstrafrecht (dies betrifft sowohl Marginale als auch Tatbestand von Art. 191 StGB). Denn „Missbrauch“ impliziert, dass es auch einen zulässigen sexuellen Gebrauch einer Person geben kann - was mit der Würde des Menschen nicht vereinbar ist, dass er von anderen gebraucht und damit quasi zum Objekt degradiert wird. **Wir machen daher beliebt, den Terminus „Missbrauch“ respektive „missbrauchen“ zu ersetzen durch „Ausnutzung“ respektive „ausnutzen“.**

Die Streichung der Voraussetzung „in Kenntnis ihres Zustandes“ in Art. 191 StGB begrüßen wir klar.

Auch den mit **Variante 2 vorgeschlagenen Absatz 2**, den Strafraumen für Tathandlungen mit Eindringen in den Körper analog zum Strafraumen der Vergewaltigung festzusetzen, **unterstützen wir**. Dies erhöht die Kohärenz innerhalb des Sexualstrafrechts.

Sexuelle Belästigung, Art. 198 StGB

Wir befürworten die Ergänzung des Straftatbestandes der sexuellen Belästigung um den Begriff «Bild», um allen Formen von Belästigungen gerecht zu werden. Ebenso vertreten wir die Ansicht, dass der Tatbestand **um den Zusatz «Schriften» ergänzt werden soll**, weil in der Rechtspraxis noch nicht durchgehend anerkannt ist, dass Worte sowohl geschriebene als auch gesprochene sein können.

Art. 198 deckt in der aktuellen Version nicht alle Formen von sexueller Belästigung ab. Im Gegensatz zum Gleichstellungsgesetz (GlG), das Belästigungen am Arbeitsplatz verbietet, müssen die Belästigungen im strafrechtlichen Sinn „tätlich oder in grober Weise“ ausgeübt werden. Dies hat zur Folge, dass beispielsweise anzügliche Blicke und Gesten nicht als strafrechtlich relevant eingestuft werden und entsprechend nicht verfolgt werden können. Aus diesem Grund muss der Straftatbestand der sexuellen Belästigung weiter gefasst werden (siehe dazu auch Art. 4 GlG „strafbar ist jedes belästigende Verhalten sexueller Natur oder anderes Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, das die Würde von Personen beeinträchtigt“). **Wir regen daher an, dass der Straftatbestand der sexuellen Belästigung so weit gefasst wird, dass alle Formen von sexualisierter Belästigung erfasst werden.** Es ist zu prüfen, ob dies durch die Streichung von «tätlich oder in grober Weise» aus dem Art. 198 erreicht wird oder ob Art. 198 ganz neu formuliert werden muss.

Die Officialisierung von sexueller Belästigung an Minderjährigen unterstützen wir, schlagen aber eine Altersgrenze von 16 Jahren statt 12 Jahren vor. Damit wird eine Übereinstimmung mit sexuellen Handlungen mit Kindern erreicht.

Findet die sexuelle Belästigung überdies in einem **(andauernden) Abhängigkeitsverhältnis** statt, wie dies beispielsweise bei Studienverhältnissen, Mietverhältnissen, Pflegeverhältnissen oder in Heimen der Fall ist, so wird dem Aspekt dieser Abhängigkeit nicht gesondert Rechnung getragen (dazu auch untenstehend, Sexualisierte Gewalt gegen Menschen mit Behinderungen). Dies ist nur im Falle eines Arbeitsverhältnisses insb. aufgrund des Gleichstellungsgesetzes der Fall. Es drängt sich daher auf, Artikel 198 StGB in diesem Sinn zu ergänzen. Damit wird auch eine Kongruenz mit dem Gleichstellungsgesetz und Art. 193 StGB („eine durch ein Arbeitsverhältnis oder eine in anderer Weise begründete Abhängigkeit“) erreicht.

Sprachliche Änderungen im französischen Gesetzestext

Den Vorschlag, die französische Version geschlechtsneutral zu formulieren, **begrüssen wir sehr und ausdrücklich**. Denn mit «celui qui», also der maskulinen Form, wird der Grossteil der von sexualisierter Gewalt betroffenen Menschen nicht inkludiert, während der geschlechtsneutrale Term «quiconque» Gewähr bietet, dass kein Mensch bereits durch den Wortlaut ausgeschlossen wird.

Gliederungstitel «Angriffe auf die sexuelle Freiheit»

Der Vorschlag, im Gliederungstitel die Referenz auf die „sexuelle Ehre“ zu streichen (also neu: „Angriff auf die sexuelle Freiheit“), **findet unsere volle Zustimmung**. Denn das schützenswerte Rechtsgut ist die sexuelle Autonomie des Individuums, nicht eine – wie auch immer verstandene – Ehre. Für LGBTI-Menschen ist diese Klärung von besonderer Bedeutung, da LGBTI-feindliche sexualisierte Gewalt teils auch im Namen der eigenen oder der Familien-Ehre ausgeübt wird.

Eingetragene Partnerschaft oder Ehe zwischen Opfer und Tatperson

Bei den Straftatbeständen „Sexuelle Handlungen mit Kindern“ (Art. 187 Abs. 3 StGB), „Sexuelle Handlungen mit Abhängigen“ (Art. 188 Abs. 2 StGB) und „Ausnützung der Notlage“ (Art. 193 Abs. 2 StGB) **soll künftig die zuständige Behörde auch dann nicht mehr von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung absehen können, wenn Opfer und Tatperson eine Ehe oder eingetragene Partnerschaft eingegangen sind. Diese Streichung unterstützen wir**. Denn unabhängig davon, ob eine Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft eingegangen wurde, trägt diese Privilegierung das Risiko in sich, dass die verletzte Person nach und zusätzlich zu der bereits überlebten Gewalt auch noch zu einem Eheschluss oder zu einer Partnerschaftseintragung gedrängt wird. Auch die bisherige Schlechterstellung unverheirateter / nicht eingetragener Täter_innen rechtfertigt sich nicht.

Darüberhinausgehend würden wir es begrüßen, wenn **sexualisierte Gewalt innerhalb einer aktuellen Beziehung oder gegenüber einer früheren Partner_in als Strafschärfungsgrund** aufgenommen würde. Dies entspricht einerseits der Verpflichtung aus Art. 46 lit. a IK (Istanbul-Konvention) und trägt andererseits der Tatsache Rechnung, dass Gewalt – auch sexualisierte Gewalt – in einer „Beziehung“ oft das zusätzliche Element des Ausnützens eines Abhängigkeitsverhältnisses in sich trägt.

Sexualisierte Gewalt gegen Menschen mit Behinderung

Dass Menschen mit Behinderung übermässig von sexualisierter Gewalt betroffen sind, ist eine mehrfach belegte Tatsache. Die Istanbul-Konvention verpflichtet die Schweiz zur diskriminierungsfreien Umsetzung, auch aufgrund von Behinderung (Art. 4 Abs. 3 IK). Dies beinhaltet unter anderem, dass der besonderen Schutzbedürftigkeit von Menschen mit Behinderung, dem Bestehen von Abhängigkeitsverhältnissen und Machtpositionen sowohl in der Rechtsetzung als auch der Rechtsanwendung systematisch Rechnung getragen wird. Es bestehen jedoch erheblich Zweifel, ob das Schweizer Sexualstrafrecht dieser Verpflichtung de lege lata sowie mit dem vorliegenden Revisionsvorhaben vollumfänglich nachkommt.

Vor diesem Hintergrund unterstützen wir die Forderung nach einer vertieften, zeitnahen wissenschaftlichen Überprüfung der Vereinbarkeit des Schweizer Sexualstrafrechts, inklusive dieses Revisionsvorhabens, mit den Anforderungen der Istanbul-Konvention hinsichtlich sexualisierter Gewalt gegen Menschen mit Behinderungen, und dass der daraus folgende Handlungsbedarf aufgenommen wird.

Wir hoffen, der Rechtskommission des Ständerates sowie dem Parlament mit diesen Ausführungen gedient zu haben und würden uns insbesondere freuen, wenn der Schutz von LGBTI-Menschen vor sexualisierter Gewalt durch einen geschlechtsneutralen Vergewaltigungsbegriff verbessert würde.

Für Rückfragen stehe ich Ihnen unter der E-Mailadresse alecs.recher@tgns.ch gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse,

Alecs Recher, MLaw & dipl. klin. Heilpäd.
Leitung Rechtsberatung & Advocacy