

**Vernehmlassung  
zur Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zum  
Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Lanza-  
rote-Konvention)**

von:  
Prof. Dr. Marcel Alexander Niggli  
MLaw Nadine Hagenstein

Lehrstuhl für Strafrecht und Rechtsphilosophie  
Universität Freiburg  
Beauregard 13  
1700 Freiburg

Mail: [lehrstuhl-niggli@unifr.ch](mailto:lehrstuhl-niggli@unifr.ch)

## Vernehmlassung

### zur Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Lanzarote-Konvention)

Sehr geehrte Damen und Herren

Am 17. August 2011 wurde die oben erwähnte Vorlage in die Vernehmlassung geschickt. Gerne nehmen wir die Möglichkeit wahr, im Folgenden dazu fristgerecht unsere Stellungnahme abzugeben.<sup>1</sup>

### Inhaltsverzeichnis

I.	Revisionsflut bei den strafbaren Handlungen gegen die sexuelle Integrität.....	2
II.	Begriffliches (Kind, sexuelle Mündigkeit, gesetzliches Alter für sexuelle Handlungen, Minderjährigkeit) .....	3
III.	Sexueller Missbrauch (Art. 18 der Konvention) .....	3
	1. Einvernehmlich vorgenommene sexuelle Handlungen zwischen Minderjährigen (Art. 18 Abs. 3 der Lanzarote-Konvention).....	3
IV.	Straftaten im Zusammenhang mit Kinderprostitution (Art. 19 der Konvention).....	5
	1. Anwerbung eines Kindes zur Prostitution.....	5
	2. Gewinnerzielung aus der Prostitution eines Kindes oder sonstige Ausbeutung.....	6
	3. Inanspruchnahme der Prostitution von Kindern (Art. 19 Abs. 1 lit. c der Konvention).....	6
V.	Straftaten im Zusammenhang mit Kinderpornographie (Art. 20 der Konvention) .....	8
	1. Vergleich mit dem aktuellen Recht.....	8
	A. Definition des Kindes .....	8
	B. Vorbehalt .....	9
	C. Übereinstimmung mit dem aktuellen Recht .....	10
	D. Übereinstimmung mit dem VE Harmonisierung.....	11
	2. Rechtfertigung (Art. 20 der Konvention).....	11
VI.	Straftaten betreffend die Mitwirkung eines Kindes an pornographischen Darbietungen (Art. 21 der Konvention) .....	11
VII.	Unsittliches Einwirken auf Kinder (Art. 22 der Konvention).....	13
VIII.	Kontaktanbahnung zu Kindern zu sexuellen Zwecken (sog. Grooming; Art. 23 der Konvention) .....	13
IX.	Beihilfe oder Anstiftung und Versuch (Art. 24 der Konvention).....	13
X.	Gerichtsbarkeit (Art. 25 der Konvention) .....	13
XI.	Verantwortlichkeit juristischer Personen (Art. 26 der Konvention).....	14
XII.	Allgemeine Schutzmassnahmen (Art. 31 der Konvention) .....	15
XIII.	Verjährung (Art. 33 der Konvention).....	15
XIV.	Internationale Zusammenarbeit (Art. 38 der Konvention).....	16
XV.	Conclusio .....	17

### I. Revisionsflut bei den strafbaren Handlungen gegen die sexuelle Integrität

Noch nicht ein Jahr ist es her, da die Vernehmlassungsfrist für das Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht abgelaufen ist und schon steht die nächste Gesetzesände-

<sup>1</sup> Artikel, auf die nachfolgend Bezug genommen wird, sind jeweils Normen des StGB, sofern nicht anderweitig angegeben. Allgemeine verwendete Literatur: M. A. NIGGLI/H. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.): Kommentar zum Strafgesetzbuch (StGB), Basler Kommentar (Bd. I und II), 2. Aufl., Basel 2007 wird jeweils wie folgt zitiert: BEARBEITER, BSK StGB Band, Art. N. STEFAN TRECHSEL ET AL., Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008 wird jeweils wie folgt zitiert: TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. N.

rung an. Noch bevor also überhaupt klar ist, ob der Vorentwurf, der grundlegende Änderungen (insbesondere Verschärfungen) im Bereich der Sexualdelikte einführen will, soll nun bereits über die nächsten Neuerungen befunden werden. Ob eine solche Halbwärtszeit der Normen überhaupt noch nachvollziehbar ist, mag dahingestellt bleiben. Durch die Ausweitung des Geflechts internationaler Netzwerke, die sich auch immer mehr auf die Gesetzgebung in Form internationaler Verträge niederschlägt, ist der Gesetzgeber gefordert, nicht nur den Vollzug der Staatsverträge zu sichern, sondern die Anforderungen auch in formell wie auch materiell korrekter Fassung in das nationale Recht zu übertragen, was offenbar gerade bei der Lanzarote-Konvention beachtliche Schwierigkeiten bereitet.

## **II. Begriffliches (Kind, sexuelle Mündigkeit, gesetzliches Alter für sexuelle Handlungen, Minderjährigkeit)**

Die Konvention (dt. Fassung) verwendet die unterschiedlichen Termini „Kind“, „minderjährig“ und „gesetzliches Alter für sexuelle Handlungen“ uneinheitlich. Die konsequente und einheitliche Verwendung der Begriffe wäre u.E. aber zentral, weil nach dem JStG beurteilt wird, wer im Zeitpunkt der Tat das 18. Altersjahr noch nicht vollendet hat (Art. 9 Abs. 2 StGB). Die Mündigkeit ist im schweizerischen Recht grundsätzlich bei Vollendung des 18. Lebens- resp. Altersjahres festgelegt (Art. 14 ZGB; Art. 3 JStG; Art. 9 Abs. 2 StGB). Abweichend davon tritt die Religionsmündigkeit<sup>2</sup> und die sexuelle Mündigkeit<sup>3</sup> mit 16 Jahren ein. Das Kind, wie es in Art. 3 lit. a der Konvention definiert wird, erfasst demgegenüber jede Person unter 18 Jahren, obschon in Art 18 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ausdrücklich den Vertragsparteien vorbehalten bleibt, das Alter festzusetzen, bis zu dem sexuelle Handlungen mit „Kindern“ nicht erlaubt sind.

Opfer einer strafbaren Handlung nach Art. 18 Abs. 1 lit. a der Konvention kann also jede (nach dem nationalen Recht) sexuell unmündige Person sein, d.h. nach schweizerischem Recht jede Person unter 16. Opfer gemäss Art. 18 Abs. 1 lit b<sup>4</sup> sollen demgegenüber grundsätzlich „Kinder“ sein können nach dem Begriff der Konvention, d.h. rechtlich Unmündige, also unter 18jährige, zumindest für eine lange Reihe von Straftaten. Damit wird der Unterschied von sexueller und rechtlicher Mündigkeit im Wesentlichen eingeebnet, obwohl an sich nach Art. 18 Abs. 2 Konvention jeder Vertragsstaat das sexuelle Mündigkeitsalter selbständig festlegen dürfte für alle Handlungen nach Abs. 1 desselben Artikels, also auch für Handlungen Art. 18 Abs. 1 lit. b Konvention.

Nicht erfasst sein sollen nach Art. 18 Abs. 3 der Konvention einvernehmliche sexuelle Handlungen unter Minderjährigen, wobei hier Minderjährigkeit offenbar sexuelle Mündigkeit meint und abhängig ist von der jeweiligen innerstaatlichen Regelung (in der Schweiz: 16 Jahre).

## **III. Sexueller Missbrauch (Art. 18 der Konvention)**

### **1. Einvernehmlich vorgenommene sexuelle Handlungen zwischen Minderjährigen (Art. 18 Abs. 3 der Lanzarote-Konvention)**

Nach Art. 18 Abs. 1 lit. a verlangt die Lanzarote-Konvention von den Vertragsparteien, dass sie mit Vorsatz begangene sexuelle Handlungen mit einem Kind, das nach den einschlägigen Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts noch nicht das gesetzli-

<sup>2</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz 432.

<sup>3</sup> MAIER, BSK StGB II, Art. 187 N 1.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu Bericht zur Konvention Rz. 122 und 128.

che Alter für sexuelle Handlungen erreicht hat, unter Strafe stellen. Aus Abs. 3 derselben Bestimmung geht hervor, dass davon nicht die zwischen minderjährigen Personen einvernehmlich vorgenommenen sexuellen Handlungen geregelt werden sollen.

Gestützt auf Art. 187 StGB gilt als Opfer von sexuellen Handlungen mit Kindern ein Kind oder ein Jugendlicher unter 16 Jahren<sup>5</sup>, für die Strafbarkeit irrelevant ist der körperliche oder seelische „Reifegrad“ des Kindes.<sup>6</sup> Nach Ziff. 2 verlangt das schweizerische Recht überdies, dass der Täter mindestens drei Jahre älter als sein Opfer sein muss. Ferner sieht Ziff. 3 die Möglichkeit der Strafbefreiung vor, wenn der Täter zur Zeit der Tat das 20. Altersjahr noch nicht zurückgelegt hat und besondere Umstände vorliegen, oder die verletzte Person mit ihm die Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft eingegangen ist.

*Diese Differenzierungen und Privilegierungen (die ja gute Gründe haben) werden im erläuternden Bericht nicht thematisiert.*

Aus den Erläuterungen zur Lanzarote-Konvention zu Art. 18 Abs. 3 geht hervor, dass nicht die Absicht bestehe, mit der Konvention sexuelle Aktivitäten unter jungen Heranwachsenden zu bestrafen, die ihre Sexualität entdecken. Ebenfalls ausgenommen von der Strafbarkeit seien sexuelle Aktivitäten zwischen Personen ähnlichen Alters und Reife, weshalb in gegenseitigem Einverständnis durchgeführte sexuelle Aktivitäten zwischen Minderjährigen nicht unter die strafbaren Handlungen fallen sollen.<sup>7</sup>

Die Grenze der sexuellen Mündigkeit berücksichtigt indes die Reife gerade nicht, sondern ist eine reine Altersgrenze.<sup>8</sup> Dies bedeutet aber, dass nach der Lanzarote-Konvention ein 17-jähriger strafbar würde, der mit einer 15-jährigen sexuelle Handlungen vornimmt, die ähnlich reif ist wie er, ein 15-jähriger hingegen nicht. Durch den in Art. 187 Ziff. 2 StGB verlangten Altersunterschied zwischen den Beteiligten von mehr als drei Jahren für die Strafbarkeit der Tat soll allerdings das nämliche Ziel erreicht werden: Sexualität in partnerschaftlichen Beziehungen unter Jugendlichen soll nicht kriminalisiert werden.<sup>9</sup> Grosso modo ist damit Art. 187 Ziff. 2 StGB konform zur Konvention.

Dennoch bleiben Divergenzen: Wenn die Konvention in Art. 18 Abs. 3 den straffreien Bereich auf Handlungen „zwischen minderjährigen Personen“ beschränkt, dann führt das zu Widersprüchen mit dem Schweizer Recht. Damit setzt die Strafbarkeit nämlich ein, sobald eine der beteiligten Parteien nicht mehr minderjährig ist (im Sinne von sexuell mündig nach innerstaatlichem Recht, vgl. vorne II). Selbst wenn man im Sinne einer grosszügigen Auslegung und in Ahnlehnung an die Definition des Kindes von einer Altersgrenze von 18 Jahren ausginge, ergäben sich im Verhältnis zum nationalen Recht (Art. 187 Ziff. 2 und 3 StGB) Divergenzen. Einerseits bleibt bisher nach Ziff. 2 ein 18-jähriger und damit nicht nur sexuell Mündiger sondern sogar Volljähriger straflos, wenn er mit einer 15-jährigen sexuelle Handlungen vornimmt, sofern nur der Altersunterschied kleiner als drei Jahre ist. Andererseits bleibt nach Ziff. 3 bei besonderen Umständen auch trotz eines Altersunterschiedes von mehr als 3 Jahren derjenige Täter straflos, der zur Zeit der Tat das 20. Altersjahr noch nicht zurückgelegt hat. Beide Varianten widersprechen Art. 18 Abs. 3 der Konvention, obwohl sie ja durchaus sinnvoll scheinen.

<sup>5</sup> MAIER, BSK StGB II, Art. 187 N 6; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 187 N 2.

<sup>6</sup> MAIER, BSK StGB II, Art. 187 N 6; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 187 N 3.

<sup>7</sup> Vgl. Bericht zur Konvention Rz. 129.

<sup>8</sup> MAIER, BSK StGB II, Art. 187 N 6.

<sup>9</sup> MAIER, BSK StGB II, Art. 187 N 5; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 187 N 10.

Besondere Umstände im Sinn von Art. 187 Ziff. 3 StGB liegen bspw. vor, wenn zwischen Beteiligten eine partnerschaftliche Beziehung besteht, die Initiative zum sexuellen Kontakt vom Opfer ausgegangen ist, der Altersabstand zwischen den Beteiligten nur wenig mehr als 3 Jahre beträgt oder nur wenig weit gehende sexuelle Handlungen (z.B. Berührungen über den Kleidern) vorgenommen werden.<sup>10</sup> Ebenso liegt ein fakultativer Strafbefreiungsgrund vor, wenn das Opfer (die verletzte Person) mit dem Täter die Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft eingegangen ist. Erfasst sind damit Fälle, in denen der Gesetzgeber davon ausgeht, dass das Strafbedürfnis des Staates gegenüber dem Nachteil des Opfers nicht überwiegt, ähnlich also dem Fall, da zwei Minderjährige in gegenseitigem Einverständnis sexuellen Aktivitäten nachgehen (Art. 18 Abs. 3 der Konvention, vgl. III).

Der Sache nach (die sexuelle Entwicklung des Opfers wird nicht gestört), lässt sich vertreten, Art. 187 Ziff. 2 und 3 StGB seien konventionskonform. Dasselbe gilt auch für Art. 188 Ziff. 2, 192 Abs. 2 und 193 Abs. 3 StGB<sup>11</sup>. Formaliter ist das wohl kaum so.

Dem Resultat des Berichts, wonach das geltende schweizerische Strafrecht die Anforderungen von Art. 18 der Konvention erfülle<sup>12</sup>, kann man daher zustimmen, wenn man nicht allzu genau hinschaut.

#### **IV. Straftaten im Zusammenhang mit Kinderprostitution (Art. 19 der Konvention)**

##### **1. Anwerbung eines Kindes zur Prostitution**

Die Konvention verlangt nach Art. 19 Abs. 1 lit. a, dass die vorsätzliche Anwerbung eines Kindes zur Prostitution von den Vertragsparteien unter Strafe gestellt wird. Der erläuternde Bericht erklärt hierzu, dass die Tathandlung des „Anwerbens“ im Sinne der Konvention ebenfalls unter Art. 195 StGB zu subsumieren sei, weil bei jungen Opfern bereits das Motivieren oder Überreden (z.B. durch gezielte Ratschläge) zum tatbestandsmässigen Zuführen werden könne.<sup>13</sup>

Nach Auffassung der eben zitierten Autoren ist Zuführen mehr als bloss „Gelegenheit geben“ oder „Möglichkeiten aufzeigen“.<sup>14</sup> Die Erläuterungen zur Konvention präzisieren nicht, was unter Anwerbung resp. Zuführung zu verstehen ist und inwiefern sich die beiden Begriffe unterscheiden.

Obschon in der Lehre das bloss Motivieren oder Überreden unter den Begriff des Zuführens subsumiert wurde, wäre es angesichts des Wortlautes der Konvention, aber auch hinsichtlich des Legalitätsgrundsatzes in Art. 1 StGB wünschenswert, Art. 195 Abs. 1 StGB resp. Art. 195 Abs. 1 lit. a VE StGB um die Tathandlungsvariante des Anwerbens zu ergänzen.

---

<sup>10</sup> MAIER, BSK StGB II, Art. 187 N 20; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 187 N 13.

<sup>11</sup> Wird der VE Harmonisierung (Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafrecht und im Nebenstrafrecht [abrufbar unter: [www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/sicherheit/ref\\_gesetzgebung/ref\\_strafrahmenharmonisierung.html](http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/sicherheit/ref_gesetzgebung/ref_strafrahmenharmonisierung.html); 16.11.2011], nachfolgend VE Harmonisierung) jedoch Gesetz, wird die Fragestellung zumindest bezüglich Art. 188 Ziff. 2, 192 Abs. 2 und 193 Abs. 2 StGB überflüssig, da diese gestrichen werden sollen.

<sup>12</sup> Vgl. Erläuternder Bericht S. 39.

<sup>13</sup> Bericht, S. 40 m. Hinw. auf MENG/SCHWAIBOLD, BSK StGB II, Art. 195 N 15.

<sup>14</sup> MENG/SCHWAIBOLD, BSK StGB II, Art. 195 N 11.

## 2. *Gewinnerzielung aus der Prostitution eines Kindes oder sonstige Ausbeutung*

Nach Art. 19 Abs. 1 lit. b der Konvention sollen die Nötigung eines Kindes zur Prostitution, Gewinnerzielung hieraus oder sonstige Ausbeutung zu solchen Zwecken als Straftaten erfasst werden. Hier soll gar über die Verpflichtungen der Konvention hinausgegangen werden. Der Bericht führt hierzu aus, dass – wenn schon die Freier Minderjähriger bestraft würden – konsequenterweise auch diejenigen zu bestrafen seien, welche die Prostitution Minderjähriger förderten, um daraus Vermögensvorteile zu erlangen, und will entsprechend eine neue lit. a in Art. 195 StGB einfügen.

Die neue lit. a soll den Passus enthalten „*oder in der Absicht, daraus Vermögensvorteile zu erlangen, ihre Prostitution fördert*“, womit die Anforderungen der Konvention erfüllt werden sollen. Zu unterscheiden ist im Konventionstext indes zwischen der Nötigung eines Kindes zur Prostitution, der Gewinnerzielung aus der Prostitution und der sonstige Ausbeutung zum Zwecke der Gewinnerzielung. Was unter „*sonstiger Ausbeutung*“ zu verstehen sei, geht aus dem Bericht zur Konvention nicht hervor. Unklar bleibt auch, wie dieser Passus im neuen Art. 195 lit. a StGB zu subsumieren wäre.

Der Begriff der Förderung, der in den neuen lit. a Eingang finden soll, wird lediglich in der Marginale verwendet und erfasst grundsätzlich alle im Art. 195 StGB umschriebenen Tatvarianten, weshalb wohl davon auszugehen ist, dass die Variante der „*sonstigen Ausbeutung*“ unter den Begriff des Förderns subsumiert werden soll.<sup>15</sup> Im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot bleibt indes durchaus Raum für Präzisierung durch den schweizerischen Gesetzgeber.

## 3. *Inanspruchnahme der Prostitution von Kindern (Art. 19 Abs. 1 lit. c der Konvention)*

Dem Sinn der Konvention nach soll sowohl die Nachfrage- als auch die Angebotsseite von Kinderprostitution bestraft werden.<sup>16</sup> Daher verlangt die Konvention von den Vertragsparteien, die Inanspruchnahme der Kinderprostitution unter Strafe zu stellen (Art. 19 Abs.1 lit. c). Dies soll gemäss Bericht für die Schweiz in Form des neuen Art. 196 VE StGB geschehen, wonach mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft wird, wer mit einer unmündigen Person gegen Entgelt sexuelle Handlungen vornimmt oder solche von ihr vornehmen lässt.

Einerseits stellt sich hinsichtlich des neuen Straftatbestandes die Frage nach der *Verhältnismässigkeit der Sanktion*. Mit Kindern (nach dem nationalen Recht, also Personen unter 16 Jahren) wird jeder sexuelle Kontakt von Art. 187 StGB erfasst, also auch die Kinderprostitution,<sup>17</sup> und mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe<sup>18</sup> bedroht. Demgegenüber sind sexuelle Handlungen mit (sexuell mündigen aber rechtlich) Unmündigen (also Personen zwischen 16 und 18 Jahren) nur strafbar, wenn Sie gegen Entgelt erfolgen. Geschieht dies aber, so wird eine Freiheitsstrafe bis drei Jahren angedroht.

Die Strafdrohung ist dieselbe wie bei Art. 188 StGB, wohingegen das Opfer der Straftat anders definiert wird: Während von Art. 196 VE StGB Unmündige, d.h. Personen weiblichen und männlichen Geschlechts unter 18 Jahren<sup>19</sup> erfasst werden sollen, sind

<sup>15</sup> Vgl. Erläuternder Bericht S. 43 (2.6.2.2).

<sup>16</sup> Bericht zur Konvention Rz. 131.

<sup>17</sup> Unter dem Vorbehalt, dass der Altersunterschied mehr als drei Jahre beträgt und der Täter das 20. Altersjahr zurückgelegt hat.

<sup>18</sup> Gemäss VE Harmonisierung Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren, aber keine Geldstrafe mehr.

<sup>19</sup> Vgl. Bericht, S. 44 (2.6.2.2).

es bei Art. 188 lediglich die unmündigen Personen über 16 Jahren. Ausgehend davon, dass beide „Opferkategorien“ (Unmündige bis und über 16 Jahre) in Art. 196 VE StGB zusammengefasst werden, wäre zumindest zu überdenken, ob die niedrigere Strafdrohung gerechtfertigt ist.

Angesichts der Formulierung der neuen Strafbestimmung bleibt unklar, ob nicht nur die *Unmündigen über 16 Jahren* (ähnlich wie bei Art. 188 StGB) erfasst werden sollen. Die Formulierung von Art. 196 VE StGB wirft zudem die Frage nach dem Verhältnis dieser Bestimmung zu Art. 187 StGB für Unmündige bis 16 Jahren auf. Der Bericht spricht diesbezüglich von Idealkonkurrenz<sup>20</sup>, geht also von echter Konkurrenz aus. Obschon der Bericht hierzu nicht näher Auskunft gibt, wäre zunächst das geschützte Rechtsgut von Art. 196 VE StGB zu bestimmen. Während Art. 188 StGB Opfer von 16-18 Jahren und deren sexuelles Selbstbestimmungsrecht schützt, soll Art. 187 StGB dem Schutz vor Gefährdung der sexuellen Entwicklung der Unmündigen bis 16 Jahre dienen.<sup>21</sup> Mit der Formulierung: „Wer mit einer unmündigen Person“, sind sowohl Unmündige bis 16 Jahre wie auch Unmündige im Alter von 16 und 17 Jahren erfasst – entsprechend müsste auch das geschützte Rechtsgut parallel zu Art. 187 resp. 188 StGB verstanden werden. Dies hätte aber zur Folge, dass Art. 187 resp. 188 StGB und Art. 196 VE StGB in Scheinkonkurrenz zueinander stünden, wobei wohl insbesondere Art. 187 StGB aufgrund des zusätzlichen Merkmals des Entgelts hinter 196 VE StGB zurücktreten würde. Damit wäre aber für den Fall, dass bspw. ein 23-jähriger mit einer 15-jährigen gegen Entgelt sexuelle Handlungen vornimmt lediglich eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren angedroht, während dieselbe Handlung ohne Gegenleistung mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bestraft werden könnte.

Die aktuell vorgeschlagene Fassung führte so zu einer *abgeschwächten Strafe im Bereich der sexuellen Handlungen mit Unmündigen unter 16 Jahren*, sofern sie gegen Entgelt vorgenommen würde. Anderes würde nur gelten, wollte man Vorrang von Art. 187 StGB postulieren, oder Sperrwirkung desselben. Beides keine vollständig überzeugenden Lösungen.

Auch *inhaltlich* wird die Schaffung der Norm schwierige Abgrenzungsfragen schaffen. Der erläuternde Bericht erklärt, dass Geschenke im Rahmen einer Liebesbeziehung keinen Entgeltcharakter tragen.<sup>22</sup> Nur – wie definiert sich eine Liebesbeziehung und nach welchen Kriterien bestimmt man, ob es sich um eine solche handelt? Es ist durchaus möglich, dass nur eine Partei das Verhältnis als Liebesbeziehung bezeichnen würde, die andere jedoch weit weniger darin sieht und trotzdem Geschenke entgegennimmt und es von Zeit zu Zeit zu sexuellen Interaktionen kommt. Würde man hier also von sexuellen Handlungen mit Unmündigen gegen Entgelt sprechen? Und was sind Vorteile, die gewährt werden, bevor eine solche Beziehung besteht (Bezahlen von Essen, Getränken, Einladungen verschiedener Art etc.)? Eine interessante *Auslegungshilfe* bietet der erläuternde Bericht: „*Es muss objektiv davon ausgegangen werden können, dass das (versprochene) Entgelt Grund für die sexuelle Handlung bzw. das Einverständnis des Opfers ist, und dass es sich nicht um eine Liebesbeziehung handelt.*“<sup>23</sup> Sind die eben erwähnten Vorteile, die gewährt werden, als „Geschenke“ zu qualifizieren oder als „Entgelt“? Bei Volljährigen zumindest ist diese Frage nicht ohne weiteres zu klären. Und wenn teilweise bereits zwischen den beteiligten Personen Uneinigkeit resp. Unklarheit darüber herrscht, ob es sich nun um eine Liebesbeziehung

---

<sup>20</sup> Bericht, S. 44 (2.6.2.2).

<sup>21</sup> MAIER, BSK StGB II, Art. 187 N 1; ähnlich TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 187 N 1.

<sup>22</sup> S. 44 (2.6.2.2).

<sup>23</sup> S. 44 (2.6.2.2).

handelt, wie soll dann ein Aussenstehender „objektiv“ darüber urteilen können? Und handelt der Täter eventualvorsätzlich, wenn er dem Opfer ein Geschenk macht, obschon er weiss, dass das Opfer ihn zwar grundsätzlich mag, aber keine Liebe im Spiel ist und es trotzdem zu sexuellen Handlungen kommt?

All diese Fragen sind umso bedeutsamer, da der erläuternde Bericht erklärt, dass die Einwilligung des – u.U. doch immerhin sexuell mündigen - Opfers in die sexuelle Handlung keinerlei Auswirkung auf die Strafbarkeit des Täters habe.<sup>24</sup>

## V. Straftaten im Zusammenhang mit Kinderpornographie (Art. 20 der Konvention)

Etwas befremdend mutet der Hinweis an, dass sich die Ausführungen des erläuternden Berichts auf den Vorentwurf des Art. 197 revStGB stützten, obschon der Bundesrat das weitere Vorgehen bezüglich der Harmonisierungsvorlage überhaupt noch nicht festgelegt hat.<sup>25</sup> Noch ist nämlich - grundsätzlich und einzig - das Strafgesetzbuch in seiner aktuellen Form Gesetz! Stützt man sich hingegen auf möglicherweise künftiges Recht, nimmt man das Resultat der Vernehmlassung zum VE Harmonisierung bereits vorweg, was zumindest nicht dem formellen Gang der Gesetzgebung entspricht, zudem läuft man mit einer solchen Vorgehensweise Gefahr, dass eine erneute Vernehmlassung durchgeführt werden müsste, tritt der VE Harmonisierung nicht in Kraft. Wünschenswert, wenn auch sicher aufwendiger wäre gewesen, die Änderungen hinsichtlich der Lanzarote-Konvention sowohl mit dem aktuellen als auch mit dem allenfalls künftigen Recht zu vergleichen.

### 1. Vergleich mit dem aktuellen Recht

Die Konvention verlangt von den Vertragsparteien, dass Herstellen (Art. 20 Abs. 1 lit. a), Anbieten oder Verfügbarmachen (lit. b), Verbreiten oder Übermitteln (lit. c), Besitz (lit. e) sowie Beschaffen von Kinderpornographie für sich selbst oder einen andern (lit. d) und der wissentliche Zugriff darauf mit Hilfe der Informations- und Kommunikationstechnologien (lit. f) unter Strafe gestellt wird. Den Vertragsparteien steht gemäss Art. 20 Abs. 3 der Konvention das Recht zu, hinsichtlich des Herstellens und des Besitzes Vorbehalte anzubringen.

#### A. Definition des Kindes

Die Konvention definiert als Kinderpornographie jedes Material mit der bildlichen Darstellung eines Kindes (gemäss Art. 3 lit. a der Konvention ist damit jede unmündige Person, also jeder unter 18 Jahre gemeint) bei wirklichen oder simulierten eindeutig sexuellen Handlungen oder jede Abbildung der Geschlechtssteile eines Kindes zu vorwiegend sexuellen Zwecken.

Die Kinderpornographie ist im geltenden Recht von Art. 197 Ziff. 3 und 3<sup>bis</sup> StGB erfasst, wobei in der Lehre Unklarheit<sup>26</sup> darüber herrscht, wie weit der Begriff des Kindes im Zusammenhang mit der harten Pornographie zu fassen ist: MENG/SCHWAIBOLD erachten das Schutzalter von 16 Jahren nicht als das alleinige Kriterium, um die Frage zu beantworten, ob es sich um ein Kind im Sinne der Bestimmung handelt. Zwar würden Sexszenen zwischen körperlich weit entwickelten, aber noch knapp Minderjährigen in pornographischen Werken diese per se zu harter Pornographie machen, jedoch sei auch der Einbezug körperlich wenig entwickelter, aber bereits volljähriger Personen in sexuelle Handlungen ausgehend vom Rechts-

---

<sup>24</sup> S. 44 (2.6.2.2).

<sup>25</sup> Bericht, S. 45 (2.6.3.1).

<sup>26</sup> A.M. der Bericht, S. 47 (2.6.3.2).

schutzgedanken durchaus strafwürdig.<sup>27</sup> Ähnlich äussern sich auch TRECHSEL/BERTOSSA: „Der Begriff Kind entspricht nicht demjenigen in Art. 187; es geht darum, Darstellungen zu bekämpfen, welche sexuelle Vorgänge mit offensichtlich nicht geschlechtsreifen Menschen zum Gegenstand haben (...).“<sup>28</sup>

Dies heisst aber nichts anderes, als dass drei verschiedene Definitionen des Begriffes „Kind“ in der Kinderpornographie vorliegen:

- (1) der Kindsbegriff der Konvention (Unmündige bis 18 Jahre),
- (2) der Kindsbegriff nach Art. 187 StGB (Unmündige bis 16 Jahre) und
- (3) der Kindsbegriff nach Art. 197 Ziff. 3 StGB (keine absolute Altersgrenze).

Stützt man sich auf den Grundsatz, wonach Landesrecht staatsvertragskonform auszulegen ist<sup>29</sup>, hätte dies zur Folge, dass im Bereich der Kinderpornographie, unter Vorbehalt der vorbehaltenen Bestimmungen, gemäss Art. 3 lit. a der Konvention jede Person unter 18 Jahren als Kind gilt. Ob hierbei von einer zweckführenden Legiferierung gesprochen werden kann, ist zumindest zweifelhaft, wird doch dadurch gerade der Anwendungsbereich von Art. 197 StGB im Zusammenhang mit Kinderpornographie eingeschränkt. Daran änderte sich auch beim allfälligen Inkrafttreten des Art. 197 VE revStGB nichts.

Dennoch erscheint die im erläuternden Bericht vorgesehene sprachlich einheitliche Verwendung des Begriffes „unmündige Person“ und der damit verbundenen Streichung des Begriffs Kind in den Art. 197 Ziff. 3 und 3<sup>bis</sup> StGB resp. Art. 197 Ziff. 3, 3<sup>bis</sup> und 4 VE revStGB als sinnvoll.<sup>30</sup>

#### B. Vorbehalt

Die Schweiz hat einen Vorbehalt gemäss Art. 20 Abs. 3, 2. Lemma der Konvention angebracht und behält sich das Recht vor, Art. 20 Abs. 1 lit. a und e nicht anzuwenden auf die Herstellung und den Besitz pornographischer Materials, in dem Kinder dargestellt werden, die das länderspezifische Mündigkeitsalter erreicht haben, wenn diese Bilder mit ihrer Zustimmung und allein zu ihrem persönlichen Gebrauch hergestellt worden sind und sich in ihrem Besitz befinden. Dies bedeutet, dass das Herstellen und Besitzen von Pornographie mit 16- und 17-jährigen Personen unter den entsprechenden zusätzlichen Voraussetzungen nicht strafbar ist.

Der Vorbehalt ist rein formeller Natur und stellt wohl Augenwischerei dar, denn tatsächlich lassen sich wohl wenige Fälle denken, in denen 16- oder 17-Jährige zustimmen, pornographische Bilder von sich machen zu lassen, diese Bilder sich aber dann in ihrem Besitz befinden und lediglich zum persönlichen Gebrauch dienen.

Indes erscheinen Formulierung genauso wie Begründung verfehlt, mit der dieser Vorbehalt Eingang ins StGB finden soll: Straflos bleiben sollen nach Art. 197 Ziff. 4<sup>ter</sup> VE StGB nämlich 16- und 17-Jährige, wenn sie voneinander einvernehmlich Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Ziff. 1 herstellen, besitzen oder konsumieren. Gerade das Beispiel, das im Bericht angeführt wird (ein 17-Jähriger stellt von seiner 16-jährigen Freundin mit deren Einverständnis ein Foto pornographischen Charakters her und betrachtet es anschliessend) lässt dies offenbar werden.<sup>31</sup> Ent-

<sup>27</sup> BSK StGB II, Art. 197 N 22.

<sup>28</sup> TRECHSEL ET AL., Art. 197 N 11.

<sup>29</sup> Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Rz. 162.

<sup>30</sup> Bericht, S. 47 (2.6.3.2).

<sup>31</sup> Vgl. Bericht, S. 48 (2.6.3.2).

scheidendes Kriterium des Vorbehaltes (im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut der sexuellen Integrität und Selbstbestimmung) ist der Besitz durch den Darsteller. Kann dieser aber nicht mehr alleine über die Aufnahme verfügen, besteht – ganz im Sinne der Ausgestaltung von Art. 197 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt<sup>32</sup> – zumindest latent die Gefahr, dass der Täter diese Bilder auch andern Personen zeigt. Von sexueller Selbstbestimmung dürfte hier kaum mehr gesprochen werden können. Eine neuer Abs. 4<sup>ter</sup> des Art. 197 StGB müsste entsprechend sämtliche Elemente des Vorbehaltes enthalten; nicht weniger, aber auch nicht mehr! Fehlt aber eine der Voraussetzungen (Zustimmung, Besitz und persönlicher Gebrauch), ist die Herstellung und der Besitz von Kinderpornographie mit 16- und 17-jährigen Darstellern gemäss Konvention verboten.

### C. Übereinstimmung mit dem aktuellen Recht

Das *Herstellen* von Kinderpornographie (lit. a) ist derzeit durch den Anwendungsbereich von Art. 197 Ziff. 3 StGB abgedeckt, ebenso das *Anbieten oder Verfügbarmachen und das Verbreiten oder Übermitteln* von Kinderpornographie. Alle diese Tatvarianten sind derzeit mit einer Strafdrohung von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe belegt.

Das *Beschaffen* von Kinderpornographie und deren *Besitz* sind derzeit in Art. 197 Ziff. 3<sup>bis</sup> StGB geregelt.

Der *wissentliche Zugriff auf Kinderpornographie mit Hilfe der Informations- und Kommunikationstechnologien* (lit. f) ist zwar nicht explizit im Gesetzestext unter Strafe gestellt, doch ist diese Tatvariante gestützt auf die Rechtsprechung des BGer mit Art. 197 Ziff. 3<sup>bis</sup> StGB unter den Besitz zu subsumieren. Das BGer hatte bereits in BGE 131 IV 16<sup>33</sup> entschieden, dass Herunterladen von Bildern ein Herstellen sei im Sinne von Art. 197 StGB. Kurz darauf hatte es (in Kenntnis dieses Entscheides) in BGer 6P.117/2004, vom 11. Oktober 2004 lustigerweise vertreten, dass ein Herunterladen ein Einführen im Sinne derselben Strafnorm sei. Jüngst hat es nun diese Rechtsprechung gar noch erweitert:<sup>34</sup> Obschon das angefochtene Urteil schliesslich aufgrund des Mangels der erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen aufgehoben und zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen wurde,<sup>35</sup> stellt das Bundesgericht zum Cache-Speicher bzw. den abrufbaren Daten fest: „*Wer hingegen um die automatische Speicherung der strafbaren pornographischen Daten weiss und diese im Nachgang an eine Internetsitzung nicht löscht, manifestiert dadurch seinen Besitzwillen, selbst wenn er darauf nicht mehr zugreift. (...) Das bewusste Belassen von verbotenen pornographischen Daten im Cache fällt somit unter den Tatbestand des Besitzens nach Art. 197 Ziff. 3<sup>bis</sup> StGB. Insoweit kann an der bisherigen unpublizierten Rechtsprechung, welche den Besitz an Daten im Cache-Speicher ungeachtet der objektiven und subjektiven Komponenten des Besitzes grundsätzlich verneinte (Urteil 6S.254/2006, a.a.O.) nicht festgehalten werden.*“<sup>36</sup> Vorliegend bedeutet es, dass die Tatvariante von Art. 20 Abs. 1 lit. f Konvention unter den Besitz nach dem aktuellen Art. 197 Ziff. 3<sup>bis</sup> StGB zu subsumieren ist.

<sup>32</sup> MENG/SCHWAIBOLD, BSK StGB II, Art. 197 N 7.

<sup>33</sup> Vgl. dazu kritisch M. A. NIGGLI: Gezieltes Abspeichern ist Herstellen. BGE 6S.186/2004 vom 5. Oktober 2004, in: Jusletter 1. November 2004 ([www.weblaw.ch/jusletter/artikel.asp?ArticleNr=3502&Language=1](http://www.weblaw.ch/jusletter/artikel.asp?ArticleNr=3502&Language=1)).

<sup>34</sup> BGer, StA, 12.5.2011, 6B\_744/2010 E. 4.2.2.

<sup>35</sup> BGer, StA, 12.5.2011, 6B\_744/2010 E. 5.

<sup>36</sup> BGer, StA, 12.5.2011, 6B\_744/2010 E. 4.2.2.

Die verschiedenen Tathandlungen sind also grundsätzlich vom geltenden Recht bereits abgedeckt.

Grundsätzlich problematisch bleibt die Definition der Kinderpornographie, die nicht nur wirkliche, sondern auch simulierte sexuelle Handlungen erfassen soll.<sup>37</sup> Die Schweiz hat die Möglichkeit nicht wahrgenommen, einen Vorbehalt nach Art. 20 Abs. 3, 1. Lemma der Konvention anzubringen, wonach das Herstellen und der Besitz von pornographischem Material, das ausschliesslich simulierte Darstellungen oder wirklichkeitsnahe Abbildungen eines nichtexistenten Kindes enthält, von der Strafbarkeit auszunehmen. Vom geltenden Recht ist jedoch sowohl die Real-, wie die Fiktivpornographie erfasst<sup>38</sup>, weshalb eine Änderung des geltenden StGB nicht notwendig erscheint.

#### D. Übereinstimmung mit dem VE Harmonisierung

Die Neuerungen, die im VE Harmonisierung vorgebracht wurden, sollen die aktuell in Art. 197 Ziff. 3 und 3<sup>bis</sup> StGB enthaltenen Tathandlungen in Art. 197 Ziff. 3 revStGB vereinen. Eingeführt werden soll auch eine Unterscheidung zwischen tatsächlichen und fiktiven Darstellungen, womit auch unterschiedliche Strafdrohungen einhergehen sollen. Wie bereits ausgeführt, sind diese Änderungen ganz unnötig, weil das geltende Recht die Konvention bereits erfüllt.

#### 2. Rechtfertigung (Art. 20 der Konvention)

Keinerlei Beachtung wird im Bericht dem Umstand geschenkt, dass Art. 20 der Konvention *anders als die anderen Strafbestimmungen in Art. 18-23 ausdrücklich die Rechtswidrigkeit verlangt*.<sup>39</sup> Gemäss dem erläuternden Bericht zur Konvention ist den Parteien erlaubt, Rechtfertigungsgründe künstlerischer, medizinischer, wissenschaftlicher o.ä. Natur vorzusehen. Ebenso sind staatlich genehmigte (polizeiliche) Operationen in diesem Bereich erlaubt. Auch weitere Rechtfertigungsgründe seien nicht ausgeschlossen.<sup>40</sup> *Unklar bleibt indes, ob die explizite Hervorhebung der Möglichkeit der Rechtfertigung in Art. 20 der Konvention gleichzeitig bedeutet, dass, fehlt ein solcher Hinweis, jegliche Rechtfertigung ausgeschlossen ist*. Wie dieser Hinweis auf die Rechtfertigung zu interpretieren ist, wäre insofern von grosser Relevanz, als das StGB in den Art. 14 ff. StGB Rechtfertigungsgründe aufzählt, die auf sämtliche Tatbestände des Besonderen Teils anwendbar sind und damit auch auf jene Tatbestände, welche die Art. 18 und 19, sowie Art. 21-23 der Konvention unter Strafe stellen.

### VI. Straftaten betreffend die Mitwirkung eines Kindes an pornographischen Darbietungen (Art. 21 der Konvention)

Unter dem Titel „Straftaten betreffend die Mitwirkung eines Kindes an pornographischen Darbietungen“ umschreibt die Konvention in Art. 21 Abs. 1, dass die Anwerbung eines Kindes zur Mitwirkung an pornographischen Darbietungen oder Veranlassung der Mitwirkung eines Kindes an solchen Darbietungen (lit. a), die Nötigung

<sup>37</sup> Ausführlich zur Problematik NIGGLI/HAGENSTEIN, Virtualität, Realität, Sexualität und Konsum, Zur geplanten Revision der Pornographie-Strafnorm (Art. 197 StGB) und den Schwierigkeiten mit Schein und Sein, FS Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, S. 1109-1131 (nachfolgend Niggli/Hagenstein, FS Schwander).

<sup>38</sup> MENG/SCHWAIBOLD, BSK StGB II, Art. 197 N 28.

<sup>39</sup> Art. 20 Abs. 1: „(...) um folgende Handlungen, wenn vorsätzlich und rechtswidrig begangen, als Straftaten zu umschreiben“. So auch im englischen („the following intentional conduct, when committed without right“ und französischen Text („les comportements intentionnels suivants, lorsqu'ils sont commis sans droit“).

<sup>40</sup> Bericht zur Konvention, Rz. 141.

zur Mitwirkung an pornographischen Darbietungen oder Gewinnerzielung hieraus oder sonstige Ausbeutung eines Kindes zu solchen Zwecken (lit. b) sowie der wissentliche Besuch pornographischer Darbietungen, an denen Kinder mitwirken unter Strafe zu stellen sind.

Unklar ist, weshalb der erläuternde Bericht die Nötigung zur Mitwirkung an pornographischen Darbietungen (lit. b) nicht unter *Art. 181 StGB (Nötigung)* subsumiert. Dort wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht, wer jemanden durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile oder durch andere Beschränkung seiner Handlungsfreiheit nötigt, etwas zu tun, zu unterlassen oder zu dulden. Als Nötigung gilt „die rechtswidrige Verletzung der Freiheit von Willensbildung oder -betätigung durch Gewalt, Drohung oder ähnliche Mittel“.<sup>41</sup> Dies liegt vor, wenn der Täter das Kind zu (sexuellen) Handlungen treibt, die es nicht vornehmen will oder es zur Anwesenheit bei sexuellen Handlungen zwingt. Alternativ ist auch die Anwendung von *Art. 189 resp. 190 StGB* in Erwägung zu ziehen. Anders als im erläuternden Bericht ausgeführt, bedarf es keiner Konstruktionen mit Mittäterschaft oder Gehilfenschaft: Integriert man das Anwerben in *Art. 197 Ziff. 2<sup>bis</sup> VE StGB*, so reicht *Ziff. 4* des bestehenden *Art. 197 StGB* vollkommen aus, um den Passus „Gewinnerzielung hieraus“ zu erfassen. Der beschlägt Tathandlungen mit Gewinnsucht und verlangt, dass mit Freiheitsstrafe eine Geldstrafe zu verbinden sei.

Schwierig scheint hingegen die *Abgrenzung zwischen der Nötigung zur Mitwirkung (lit. b) und dem Veranlassen zur Mitwirkung (lit. a)*. Geht man davon aus, dass mit dem Veranlassen nicht zwingend eine Verletzung der freien Willensbildung und -betätigung einhergeht und die Mittel zur Veranlassung auch weniger einschneidend als Gewalt, Drohung oder ähnliche Mittel sein können, ist eine separate Erfassung des Veranlassens in *Art. 197 Ziff. 2<sup>bis</sup> VE StGB* auch mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot begrüssenswert.

Die *Abgrenzungen zwischen Tathandlungen im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB im Verhältnis zum Veranlassen oder Anwerben* mögen schwierig sein, nichtsdestotrotz erscheint es stossend, dass die Strafdrohung des neu vorgeschlagenen *Art. 197 Ziff. 2<sup>bis</sup> VE StGB* dieselbe Strafdrohung enthält, wie *Art. 197 Ziff. 3 StGB*. Demjenigen, der sich diesfalls des Versuchs zu *Art. 197 Ziff. 3 StGB* strafbar macht, steht gemäss *Art. 22 Abs. 1 StGB* eine fakultative Strafmilderung zu, d.h. es kann auf eine andere als die angedrohte Strafart erkannt (*Art. 48a Abs. 2 StGB*) werden, wohingegen *Art. 197 Ziff. 2<sup>bis</sup> VE StGB* zwingend Freiheits- oder Geldstrafe vorsieht.

Merkwürdig quer steht *Art. 21 Abs. 1 lit. c* der Konvention, nach welchem der vorsätzliche (wissentliche) Besuch pornographischer Darbietungen, an denen Kinder mitwirken, unter Strafe zu stellen sei. Im VE Harmonisierung ist ein neuer *Art. 197 Ziff. 3<sup>bis</sup> VE revStGB* vorgesehen, der den (besitzlosen) Konsum<sup>42</sup> unter Strafe stellt. Nach aktuellem Recht gilt hingegen der besitzlose Konsum als straflos.<sup>43</sup> Sehr grosse Zweifel haben kann man daran, ob der besitzlose Konsum, m.a.W. das vorsätzliche Wahrnehmen strafwürdig sein kann,<sup>44</sup> ganz abgesehen davon, dass mit der Bestimmung ein Popanz aufgebaut wird, dürfte doch in den wenigsten Fällen das nötige Wissen überhaupt nachweisbar sein. Nachweisen lassen wird sich eben nicht die Wahrnehmung, sondern die Vorbereitung hierzu, also z.B. der Besuch eines besonderen Ortes etc.

<sup>41</sup> TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 181 N 1; ähnlich DELNON/RÜDY, BSK StGB II, Art. 181 N 7.

<sup>42</sup> Vgl. hierzu der erläuternde Bericht zur VE Harmonisierung, S. 27.

<sup>43</sup> MENG/SCHWAIBOLD, BSK StGB II, Art. 197 N 57; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 197 N 16.

<sup>44</sup> NIGGLI/HAGENSTEIN, FS Schwander, passim.

## VII. Unsittliches Einwirken auf Kinder (Art. 22 der Konvention)

Die Lanzarote-Konvention verlangt in Art. 22, dass die Vertragsstaaten als strafbar erklären, wenn vorsätzlich ein Kind, das noch nicht die sexuelle Mündigkeit nach innerstaatlichem Recht erlangt hat, aus sexuellen Gründen veranlasst wird, bei sexuellem Missbrauch oder sexuellen Handlungen zugegen zu sein, selbst wenn es sich nicht daran beteiligen muss.

Das ist nach schweizerischem Recht mit Art. 187 StGB in der Variante des Miteinbeziehns bereits erfasst.

## VIII. Kontaktabbauung zu Kindern zu sexuellen Zwecken (sog. Grooming; Art. 23 der Konvention)

Art. 23 der Konvention verlangt, dass Handlungen von Erwachsenen, die mit Hilfe der Informations- und Kommunikationstechnologien ein Treffen mit einem Kind, das noch nicht sexuell mündig ist, vorschlagen (Grooming), um diesem gegenüber eine Straftat nach Art. 18 Abs. 1 lit. a (sexuelle Handlungen mit einem Kind) oder Art. 20 Abs. 1 lit. a (Herstellen von Kinderpornographie) zu begehen, unter Strafe zu stellen sind, sofern auf ein solches Treffen hinführende konkrete Handlungen folgen.

Den Ausführungen, wonach das aktuelle schweizerische Strafgesetzbuch die Anforderungen des Art. 23 der Konvention bereits erfüllt (vgl. insbesondere Art. 187 i.V.m. Art. 22 StGB), ist zuzustimmen.

## IX. Beihilfe oder Anstiftung und Versuch (Art. 24 der Konvention)

Die Schweiz hat konsequenterweise die Möglichkeit wahrgenommen, den Versuch des Groomings straffrei zu lassen<sup>45</sup>, „da ein versuchter Versuch nicht strafbar ist.“<sup>46</sup> Anstiftung, Beihilfe und Versuch sind nach StGB strafbar, sofern es sich bei der Haupttat um ein Vergehen oder Verbrechen handelt, was für die Straftatbestände der Konvention zutrifft. Die Anforderungen des Art. 24 Konvention sind demnach erfüllt.

## X. Gerichtsbarkeit (Art. 25 der Konvention)

Nach Art. 25 Abs. 1 lit. d der Konvention sollen die Vertragsparteien ihre Gerichtsbarkeit begründen, wenn die Straftat von einem ihrer Staatsangehörigen begangen wurde.

Der erläuternde Bericht führt hierzu aus, dass diese Fälle von Art. 7 Abs. 1 lit. a StGB (aktives Personalitätsprinzip) abgedeckt seien.<sup>47</sup> Grundsätzlich zutreffend ist, dass das aktive Personalitätsprinzip in Art. 7 Abs. 1 StGB zur Begründung der Schweizer Strafrechtshoheit an die Schweizer Staatsbürgerschaft des Täters anknüpft.<sup>48</sup> Allerdings müssen sämtliche Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 lit. a-c StGB erfüllt sein, damit die Gerichtsbarkeit begründet wird.<sup>49</sup>

Die Konvention verlangt u.a. in Art. 25 Abs. 4, dass die Gerichtsbarkeit der Vertragsparteien begründet wird, wenn die *Straftat von einem ihrer Staatsangehörigen begangen wird, unabhängig von der Frage, ob die Handlungen am Tatort strafbar sind.*

<sup>45</sup> Vorbehalt gemäss Art. 24 Abs. 3 der Konvention; vgl. Bericht, S. 54 (2.6.7).

<sup>46</sup> Bericht, S. 43 (2.6.7).

<sup>47</sup> Bericht, S. 54 (2.6.8).

<sup>48</sup> POPP/LEVANTE, BSK StGB I, Art. 5 N 2; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 7 N 1.

<sup>49</sup> Vgl. G. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, § 5 N 22.

Grundsätzlich ist den Ausführungen im erläuternden Bericht zuzustimmen. Allerdings stellt sich gerade im vorliegenden Zusammenhang die Frage, ob die Regelung in Art. 5 Abs. 1 lit. b StGB konventionskonform ist, sieht doch das Übereinkommen grundsätzlich vor, dass als Kinder alle Personen unter 18 Jahren gelten. Zwar ist es richtig, dass in Art. 18 Abs. 3 der Konvention den Vertragsparteien das Recht eingeräumt wird, das Alter der sexuellen Mündigkeit selbst zu bestimmen.<sup>50</sup> Dies hat die Schweiz auch getan und erklärt, dass Personen mit 16 Jahren sexuell mündig sind. Zweifelhaft ist aber, ob die Existenz dreier verschiedener Altersgrenzen, 14, 16 und 18 sinnvoll ist.

### **XI. Verantwortlichkeit juristischer Personen (Art. 26 der Konvention)**

Die Konvention setzt nach Art. 26 voraus, dass die Vertragsstaaten juristische Personen bestrafen, die gegen die im Übereinkommen umschriebenen Straftaten verstossen, die zu *ihren Gunsten von einer natürlichen Person begangen* werden, die entweder allein oder als Teil eines Organs der juristischen Person handelt und die Führungsposition innerhalb der juristischen Person innehat (Abs. 1). Neben diesen Fällen sollen juristische Personen auch verantwortlich gemacht werden können, wenn *mangelnde Überwachung oder Kontrolle* durch eine in Abs. 1 genannte natürliche Person die Begehung einer Straftat im Sinne der Konvention zu Gunsten der juristischen Person durch eine ihr unterstellte natürliche Person ermöglicht hat (Abs. 2). Die *Verantwortlichkeit berührt nicht die strafrechtliche Verantwortlichkeit der natürlichen Personen, welche die Straftat begangen haben* (Abs. 4).

Seit dem 1. Oktober 2003 ist in der Schweiz das Unternehmensstrafrecht in Kraft getreten. Die subsidiäre Strafbarkeit nach Art. 102 Abs. 1 StGB setzt einerseits einen Organisationsmangel (a) voraus, der ursächlich (b) dafür sein muss, dass der Täter, d.h. die natürliche Person nicht eruiert werden kann. Zudem muss das Vergehen oder Verbrechen im Unternehmen und in Ausübung einer geschäftlichen Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszweckes begangen worden sein.<sup>51</sup> Grundsätzlich stellt sich die Frage, ob die subsidiäre Unternehmensstrafbarkeit annähernd konventionskonform sei. Insbesondere könnte man lediglich Art. 26 Abs. 2 unter die subsidiäre Strafbarkeit des Unternehmens subsumieren, da der Zusatz in Abs. 4 – entgegen den Aussagen im erläuternden Bericht<sup>52</sup> – deutlich macht, dass die Konvention eine originäre bzw. kumulative Strafbarkeit der Unternehmen anstrebt<sup>53</sup>. Eine solche ist aber im schweizerischen Recht lediglich für die in Art. 102 Abs. 2 StGB aufgezählten Katalogtaten vorgesehen und umfasst die in der Konvention aufgezählten Straftaten nicht.

Die Ausführungen im erläuternden Bericht sind diffus, wenn behauptet wird, dass die subsidiäre Verantwortlichkeit der Unternehmen der Strafbarkeit der natürlichen Personen nicht entgegenstehe. Vielmehr kann Art. 102 Abs. 1 StGB gerade erst zur Anwendung gelangen, wenn nach einlässlichen Abklärungen das Misslingen der Ermittlung des Täters feststeht.<sup>54</sup>

Merkwürdig mutet denn auch der Hinweis im erläuternden Bericht an, wonach Sexualdelikte typischerweise Delikte von Einzeltätern oder allenfalls von kleinen

---

<sup>50</sup> Bericht, S. 55 f. (2.6.8).

<sup>51</sup> Vgl. zum Ganzen NIGGLI/GFELLER, BSK StGB I, Art. 102 N 51 ff.; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 102, insbesondere N 7 ff.

<sup>52</sup> Bericht, S. 57 (2.6.9).

<sup>53</sup> Vgl. Bericht zur Konvention, Rz. 181, der ein Beispiel nennt, in dem sowohl das Unternehmen als auch die natürliche Person strafrechtlich verantwortlich wird.

<sup>54</sup> Vgl. NIGGLI/GFELLER, BSK StGB I, Art. 102 N 105; TRECHSEL ET AL., Praxiskommentar, Art. 102 N 16.

Gruppen seien und die Strafbarkeit des Unternehmens könne in diesem Zusammenhang – unter Vorbehalt der Bereiche der Produktion von Pornographie und im Zusammenhang mit pornographischen Darbietungen – kaum praktische Bedeutung erlangen. Aber gerade dieser Sektor wäre wohl anvisiert. Kaum zutreffen dürfte denn auch der Schluss aus den Erläuterungen, dass zusammenfassend davon ausgegangen werden könne, dass das schweizerische Recht den Anforderungen von Art. 26 der Konvention gerecht werde. Dies dürfte strafrechtlich jedenfalls einzig dann richtig sein, wenn Art. 102 Abs. 2 StGB modifiziert bzw. ergänzt würde.

## **XII. Allgemeine Schutzmassnahmen (Art. 31 der Konvention)**

Die Konvention verlangt in Art. 31 Abs. 1 lit. b, dass die Rechte und Interessen der Opfer in allen Abschnitten der Ermittlungen und des Strafverfahrens zu schützen seien, insbesondere sei sicherzustellen, dass zumindest in den Fällen, in denen die Opfer und ihre Familien in Gefahr sein könnten, diese sofern erforderlich, *über eine vorübergehende oder endgültige Freilassung der verfolgten oder verurteilten Person unterrichtet* werden.

Diese Anforderung erfüllt das schweizerische Recht nicht vollständig. Nach Art. 214 Abs. 4 StPO wird das Opfer, nicht aber dessen Angehörigen<sup>55</sup> über die Anordnung und die Aufhebung der Untersuchungs- oder der Sicherheitshaft sowie über eine Flucht der beschuldigten Person orientiert, es sei denn, das Opfer habe ausdrücklich darauf verzichtet. Ferner kann die Orientierung unterbleiben, wenn die beschuldigte Person dadurch einer ernsthaften Gefahr ausgesetzt würde (2. Satz). Da die Konvention ausdrücklich vorschreibt, dass auch die Familien der Opfer, sofern erforderlich, unterrichtet werden können, wäre diesbezüglich Art. 214 Abs. 4 StPO wohl zu ergänzen.

## **XIII. Verjährung (Art. 33 der Konvention)**

Die Verjährungsregel in Art. 33 Konvention verlangt von den Mitgliedstaaten, dass sie sicherstellen, dass die Verjährungsfrist für die Einleitung der Strafverfolgung wegen den in Übereinstimmung mit den Artikeln 18 (Sexueller Missbrauch), 19 Abs. 1 lit. a und b (Anwerbung und Zuführung eines Kindes zur Prostitution und Nötigung eines Kindes hierzu, Gewinnerzielung hieraus oder sonstige Ausbeutung eines Kindes zu solchen Zwecken) und Art. 21 Abs. 1 lit. a und b (Anwerbung eines Kindes zur Mitwirkung an pornographischen Darbietungen oder Veranlassung der Mitwirkung) umschriebenen Straftaten ausreichend lang ist, um die *tatsächliche Einleitung der Strafverfolgung zu ermöglichen, nachdem das Opfer volljährig geworden ist*, und im Verhältnis zur Schwere der betreffenden Straftat steht.

Das geltende StGB sieht in Art. 97 Abs. 2 vor, dass bei sexuellen Handlungen mit Kindern (Art. 187 StGB) und unmündigen Abhängigen (Art. 188 StGB) sowie bei Straftaten u.a. nach den Art. 189-191 und 195, die sich gegen ein Kind unter 16 Jahre richten, die Verfolgungsverjährung in jedem Fall mindestens bis zum vollendeten 25. Lebensjahr des Opfers dauert. Darunter fallen die Straftaten i.S.v. Art. 18 der Konvention, da Art. 18 Abs. 2 vorsieht, dass die Vertragsparteien die sexuelle Mündigkeit selbständig festsetzen können, was die Schweiz getan hat (16 Jahre).

Problematisch ist die aktuelle Fassung von Art. 97 Abs. 2 StGB hinsichtlich der Straftaten im Zusammenhang mit Kinderprostitution (Art. 19 Abs. 1 lit. a und b) und betreffend die Mitwirkung eines Kindes an pornographischen Darbietungen (Art. 21 Abs. 1 lit. a und b), da beide Bestimmungen Kinder im Sinne von Art. 3 lit. a der

---

<sup>55</sup> N. SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009 (nachfolgend Schmid, Praxiskommentar, Art. N), Art. 214 N 13.

Konvention schützen, d.h. unmündige Personen bis 18 Jahre. Was die Straftaten in Art. 19 Abs. 1 lit. a und b der Konvention betrifft, sieht Art. 97 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 189 resp. 195 StGB eine Strafverfolgungsverjährungsfrist von 15 Jahren vor.

Als Konsequenz zu den vorangegangenen Ausführungen (vgl. vorn VI) scheint angezeigt, Art. 197 Ziff. 2<sup>bis</sup> VE StGB in den Katalog von Art. 97 Abs. 2 StGB aufzunehmen.

#### **XIV. Internationale Zusammenarbeit (Art. 38 der Konvention)**

Die Konvention führt in Art. 38 die *Grundsätze der internationalen Zusammenarbeit* auf. Durch Abs. 2 soll insbesondere erleichtert werden, dass Opfer Anzeige bei ihrem Wohnsitzstaat erstatten können, auch wenn die Straftat im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei begangen wurde.

Verwirrend ist der Hinweis im Bericht auf Art. 118 StPO, der den Begriff und die Voraussetzungen für die Privatklägerschaft umschreibt. Ein Kind, an dem eine der in der Konvention aufgezählten Straftaten begangen wurde, ist i.d.R. ein Opfer im Sinne von Art. 116 StPO, dem die in Art. 117 StPO umschriebenen Rechte zustehen. Gleichzeitig gilt es auch als geschädigte Person nach Art. 115 StPO und kann sich gestützt auf Art. 118 StPO als Privatkläger konstituieren. Weil zur Abgabe der Erklärung, als Privatkläger am Verfahren teilnehmen zu wollen, lediglich Urteilsfähigkeit gefordert wird<sup>56</sup>, können sich auch Unmündige am Verfahren beteiligen.

Was allerdings die Form der Beteiligung mit der Möglichkeit, Anzeige im Wohnsitzstaat zu erstatten resp. mit der Verfahrenseröffnung, zu tun hat, ist nicht ersichtlich. Das *strafprozessuale Legalitätsprinzip* besagt doch (Art. 7 StPO), dass die Strafbehörden (Strafverfolgungsbehörden und Gerichte) verpflichtet sind, im Rahmen ihrer Zuständigkeit ein Verfahren einzuleiten und durchzuführen, wenn ihnen Straftaten oder auf Straftaten hinweisende Verdachtsgründe bekannt werden. Die Zuständigkeit ergibt sich bei internationalen Sachverhalten primär aus dem betroffenen Staatsvertrag. Die StPO ist gemäss Art. 54 nur anwendbar für die Gewährung von internationaler Rechtshilfe und das Rechtshilfeverfahren, sofern andere Gesetze des Bundes und völkerrechtliche Verträge dafür keine Bestimmungen enthalten. Die Lanzarote-Konvention regelt die Zuständigkeit in Art. 25, wobei die Vertragsstaaten die entsprechenden Anforderungen im jeweiligen nationalen Recht umsetzen müssen, d.h. für die Schweiz in den Art. 3 ff. StGB.

Das *Anzeigerecht* ist in Art. 301 StPO formuliert und besagt, dass jede Person berechtigt ist, Straftaten bei einer Strafverfolgungsbehörde schriftlich oder mündlich anzuzeigen.

In Art. 38 Abs. 3 bestimmt die Konvention, dass die Vertragsparteien berechtigt seien, die *Konvention als Rechtsgrundlage für die Rechtshilfe in Strafsachen oder die Auslieferung* in Bezug auf die im Übereinkommen umschriebenen Straftaten anzusehen. Hierzu ist für die Schweiz insbesondere das IRSG beachtlich, das alle Verfahren der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit in Strafsachen regelt, soweit andere Gesetz oder internationale Vereinbarungen nicht anderes bestimmen. Insbesondere regelt es die Auslieferung, die Rechtshilfe zur Unterstützung von Strafverfahren im Ausland, die stellvertretende Verfolgung und Ahndung strafbarer Handlungen sowie die Vollstreckung ausländischer Strafentscheide (vgl. zum Ganzen Art. 1 Abs. 1 IRSG).

---

<sup>56</sup> G. MAZZUCHELLI/M. POSTIZZI, in: M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger, Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011, BSK StPO, Art. 118 N 10; SCHMID, Praxiskommentar, Art. 118 N 2.

## **XV. Conclusio**

Der Beitritt zu dieser Konvention scheint höchst fragwürdig. Der gute Wille, der die Arbeiten und Regelungen trägt, führt leider nicht zu guten rechtlichen Regelungen. Im Bestreben, möglichst alle Sachverhaltskonstellationen zu erfassen, schießt die Konvention über ihr Ziel hinaus (und wird dann noch durch den nationalen Gesetzgeber gar überboten). Verkannt wird dabei, dass gute Gesetzgebung essentiell von guter Begrifflichkeit abhängt. Leider wird gerade hier massiv gesündigt, etwa wenn alle Unmündigen Kinder heissen oder sich Normen verschiedener Ausrichtung überschneiden, ohne dass dies durchdacht worden wäre.

Gerade im Gebiet der Sexualdelikte wäre angezeigt gewesen, einerseits mit viel Präzision, andererseits aber auch mit grösstmöglicher Zurückhaltung die Konformität des aktuellen (!) StGB mit dem Konventionstext zu überprüfen. Bei der Lektüre des Vorentwurfs und seiner Erläuterungen überkommt einen das Gefühl, dass das Übereinkommen als Grund (wenn nicht Vorwand) dient, die primär politischen und medialen Vorstellungen von Strafrecht in das Gesetz einfliessen zu lassen, ganz so, als könnte man mit dem Strafrecht Kinder schützen oder – noch viel grundsätzlicher – Sicherheit herstellen. Zu bedenken ist aber, dass der – wenn nicht schon heute, dann doch wohl bald unüberschaubare - Dickicht, der mit all diesen Gesetzesrevisionen geschaffen wird, auch dem Gesetzgeber selbst zum Verhängnis werden kann.