

**Alexander Brunner 2022, Neuer obligationenrechtlicher Typus des Sexvertrags.
Eingabe 2022 an den Nationalrat mit Empfehlung der Fassung des Ständerates:**

Vorbemerkung:

Bei der sehr umstrittenen Einführung des neuen obligationenrechtlichen Typus des Sexvertrags, womit auch die Konsensproblematik des allgemeinen Vertragsrechts betroffen ist (Art. 1 ff. OR, Art. 23 ff. OR, insbesondere Auslegung des Schweigens auf einen Antrag nach Art. 6 OR mit der Problematik konkludenten Verhaltens der Parteien sowie des fahrlässigen Irrtums nach Art. 26 OR) ist der klaren Lösung des Ständerates aus Sicht der Praxis der Vorzug zu geben. Dies ist vor allem deshalb indiziert, da menschliches Sexualverhalten bei allen Beteiligten regelmässig unbewusst-natürlichem Geschehen einerseits und bewusstem Handeln andererseits folgt. Aus diesem Grund ist die NEIN-Lösung des Ständerates für die Gerichtspraxis adäquater zu erfassen, womit sowohl der Abbruch natürlicher Verhaltensweisen als auch der Abbruch bewusster Handlungen durch das NEIN der Gegenseite klar erfasst wird. Die JA-Lösung des Nationalrates stellt damit mögliche Betroffene schlechter als die NEIN-Lösung des Ständerates. Es ist auf die beiliegende Vernehmlassung hinzuweisen.

**Aus diesem Grund erfolgte die Eingabe an die Mitglieder des Nationalrates
18.043 revStGB 189 Abs. 1 – Argumente für Lösung Ständerat**

«Sehr geehrte Nationalrätinnen und Nationalräte

Zum **problembeladenen Antrag RK-NR zu revStGB 189 Abs. 1** (mit unzutreffenden Annahmen und falschen Wertungen nach bewährter Gesetzgebungslehre) erlauben Sie die folgenden **sieben Hinweise**:

1. Unwissenschaftliches kriminologisches «Amnesty»-International-«Gutachten»
2. Politische «Pressure-Group-Gesetzgebung» mit Kriminalisierung der ganzen Gesellschaft
3. Gleichsetzung von Sexualverhalten per se mit Körperverletzung (analog Arzteingriff)
4. Gleichsetzung von Sexualverhalten mit Sado-Maso-Praktiken (sogenannte «Ja»-Verträge)
5. Falsche Anschuldigung ohne Folgen: «Kein Ja-Vertrag» mit stets mehrdeutiger Auslegung
6. Irreführung der Rechtspflege ohne Folgen: Kein «Ja»-Vertrag als reiner Auslegungsstreit
7. Beweiserhebung nicht objektivierbar für Rechtsanwendung der Gerichte

Zu weiteren detaillierten Argumenten vgl. Vernehmlassung Al. Brunner vom 10. Mai 2021 zum Gesetzesvorschlag des Ständerates in der Beilage:

In Verantwortung für richtiges Recht - i.f.

Prof. Dr. iur. Alexander Brunner

Oberrichter des Kantons Zürich a.D.
Ehemals nebenamtlicher Bundesrichter
Professor em. Universität St. Gallen
Ständiger Lehrbeauftragter Universität Zürich
alexander.brunner@uzh.ch
Privat: Autor Dozent Konsulent Mediator
Rebwiesstrasse 19B, CH-8702 Zollikon»

Vor der Debatte zu:

Zur:

18.043 Nationalrat Debatte 2022.12.05

18.043

Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht

Harmonisation des peines et adaptation du droit pénal accessoire au nouveau droit des sanctions

Zweitrat - Deuxième Conseil

CHRONOLOGIE

STÄNDERAT 09.06.2020 (ERSTRAT - PREMIER CONSEIL)NATIONALRAT

02.06.2021 (ZWEITRAT - DEUXIÈME CONSEIL)NATIONALRAT

02.06.2021 (FORTSETZUNG - SUITE)STÄNDERAT

15.09.2021 (DIFFERENZEN - DIVERGENCES)NATIONALRAT

29.11.2021 (DIFFERENZEN - DIVERGENCES)STÄNDERAT

08.12.2021 (DIFFERENZEN - DIVERGENCES)NATIONALRAT

13.12.2021 (DIFFERENZEN - DIVERGENCES)STÄNDERAT

14.12.2021 (DIFFERENZEN - DIVERGENCES)NATIONALRAT

15.12.2021 (DIFFERENZEN - DIVERGENCES)NATIONALRAT

17.12.2021 (SCHLUSSABSTIMMUNG - VOTE FINAL)STÄNDERAT

17.12.2021 (SCHLUSSABSTIMMUNG - VOTE FINAL)STÄNDERAT

07.06.2022 (ERSTRAT - PREMIER CONSEIL)STÄNDERAT

13.06.2022 (FORTSETZUNG - SUITE)NATIONALRAT

05.12.2022 (ZWEITRAT - DEUXIÈME CONSEIL)

Anmerkung

Die Eingabe an den Nationalrat ist erfolgt, damit beim Inkrafttreten der neuen Gesetzgebung zum Sexvertrag Argumente der inskünftig problembeladenen Praxis der Gerichte, 'man' habe die komplexen Sach- und Rechtsfragen nicht voraussehen und erfassen können, keine Entlastung der Verantwortungsträger bedeutet. Aus diesem Grund ist auch das Abstimmungsverhalten dokumentiert.

Geschäft / Objet:

18.043-3 Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht: Bundesgesetz über eine Revision des Sexualstrafrechts (Entwurf der RK-S vom 17.02.2022)
 Harmonisation des peines et adaptation du droit pénal accessoire au nouveau droit des sanctions: Loi fédérale portant révision du droit pénal en matière sexuelle (Projet de la CAJ-E du 17.02.2022)

Gegenstand / Objet du vote:

Art. 189 (Modell) (gilt für eine Reihe von weiteren Bestimmungen)

Abstimmung vom / Vote du: 05.12.2022 19:50:05

Addor	-	V	VS	Fischer Benjamin	-	V	ZH	Kutter	0	M-E	ZH	Romano	-	M-E	TI
Aebi Andreas	-	V	BE	Fischer Roland	+	GL	LU	Landolt	+	M-E	GL	Rösti	-	V	BE
Aebischer Matthias	+	S	BE	Fivaz Fabien	+	G	NE	Locher Benguerel	+	S	GR	Roth Franziska	+	S	SO
Aeschi Thomas	-	V	ZG	Flach	+	GL	AG	Lohr	-	M-E	TG	Roth Pasquier	+	M-E	FR
Amaudruz	+	V	GE	Fluri	-	RL	SO	Lüscher	-	RL	GE	Ruch	-	RL	VD
Amoos	+	S	VS	Fridez	+	S	JU	Mäder	0	GL	ZH	Rüegger	-	V	OW
Andrey	+	G	FR	Friedl Claudia	+	S	SG	Mahaim	+	G	VD	Rutz Gregor	-	V	ZH
Arslan	+	G	BS	Friedli Esther	-	V	SG	Maillard	+	S	VD	Ryser	+	G	SG
Atici	+	S	BS	Funicello	+	S	BE	Maitre	-	M-E	GE	Sauter	-	RL	ZH
Badertscher	+	G	BE	Gafner	0	V	BE	Marchesi	-	V	TI	Schaffner	+	GL	ZH
Badran Jacqueline	+	S	ZH	Geissbühler	-	V	BE	Markwalder	+	RL	BE	Schilliger	-	RL	LU
Barrile	+	S	ZH	Giacometti	+	RL	GR	Marra	+	S	VD	Schläpfer	-	V	ZH
Baumann	+	G	BE	Giezendanner	-	V	AG	Marti Min Li	+	S	ZH	Schlatter	+	G	ZH
Bäumle	+	GL	ZH	Girod	+	G	ZH	Marti Samira	+	S	BL	Schneeberger	-	RL	BL
Bellaiche	+	GL	ZH	Glanzmann	-	M-E	LU	Martullo	-	V	GR	Schneider Meret	+	G	ZH
Bendahan	+	S	VD	Glanner	-	V	AG	Masshardt	+	S	BE	Schneider Schüttel	+	S	FR
Berthoud	+	RL	VD	Glättli	+	G	ZH	Matter Michel	+	GL	GE	Schneider-Schneiter	-	M-E	BL
Bertschy	+	GL	BE	Gmür Alois	-	M-E	SZ	Matter Thomas	-	V	ZH	Schwander	-	V	SZ
Binder	-	M-E	AG	Gössi	-	RL	SZ	Mettler	E	GL	BE	Seiler Graf	+	S	ZH
Bircher	-	V	AG	Graber	-	V	VS	Meyer Mattea	+	S	ZH	Siegenthaler	-	M-E	BE
Birrer-Heimo	+	S	LU	Graf-Litscher	+	S	TG	Michaud Gigon	+	G	VD	Silberschmidt	-	RL	ZH
Bourgeois	-	RL	FR	Gredig	+	GL	ZH	Molina	+	S	ZH	Sollberger	-	V	BL
Bregy	-	M-E	VS	Grin	-	V	VD	Moser	+	GL	ZH	Stadler	-	M-E	UR
Brenzikofer	+	G	BL	Grossen Jürg	+	GL	BE	Müller Leo	-	M-E	LU	Steinemann	-	V	ZH
Brunner	=	GL	SG	Grüter	-	V	LU	Müller-Altermatt	E	M-E	SO	Storni	+	S	TI
Büchel Roland	-	V	SG	Gschwind	-	M-E	JU	Munz	+	S	SH	Strupler	-	V	TG
Buffat	-	V	VD	Gugger	+	M-E	ZH	Nantermod	-	RL	VS	Studer	+	M-E	AG
Bulliard	-	M-E	FR	Guggisberg	-	V	BE	Nicolet	0	V	VD	Suter	+	S	AG
Burgherr	-	V	AG	Gutjahr	-	V	TG	Nidegger	-	V	GE	Töngi	+	G	LU
Candinas	P	M-E	GR	Gysi Barbara	+	S	SG	Nordmann	+	S	VD	Trede	+	G	BE
Cattaneo	-	RL	TI	Gysin Greta	+	G	TI	Nussbaumer	+	S	BL	Tuena	-	V	ZH
Christ	+	GL	BS	Haab	-	V	ZH	Paganini	-	M-E	SG	Umbricht Pieren	-	V	BE
Clivaz Christophe	+	G	VS	Heer	-	V	ZH	Page	-	V	FR	Vincenz	+	RL	SG
Cottier	E	RL	NE	Heimgartner	-	V	AG	Pasquier-Eichenberger	+	G	GE	von Falkenstein	+	RL	BS
Crottaz	+	S	VD	Herzog Verena	-	V	TG	Pfister Gerhard	=	M-E	ZG	von Siebenthal	-	V	BE
Dandrès	+	S	GE	Hess Erich	-	V	BE	Piller Carrard	+	S	FR	Walder	+	G	GE
de Courten	-	V	BL	Hess Lorenz	=	M-E	BE	Pointet	+	GL	VD	Walliser	-	V	ZH
de la Reussille	+	G	NE	Huber	-	V	AG	Porchet	+	G	VD	Walti Beat	-	RL	ZH
de Montmolin	+	RL	GE	Humbel	-	M-E	AG	Portmann	-	RL	ZH	Wasserfallen Christian	-	RL	BE
de Quattro	+	RL	VD	Hurni	+	S	NE	Prelicz-Huber	+	G	ZH	Wasserfallen Flavia	+	S	BE
Detting	-	V	SZ	Hurter Thomas	-	V	SH	Prezioso	+	G	GE	Weber	0	GL	VD
Dobler	-	RL	SG	Imark	-	V	SO	Pult	+	S	GR	Wehrli	+	RL	VD
Egger Kurt	+	G	TG	Imboden	+	G	BE	Python	+	G	VD	Weichelt	+	G	ZG
Egger Mike	-	V	SG	Jauslin	-	RL	AG	Quadri	-	V	TI	Wermuth	+	S	AG
Estermann	-	V	LU	Jost	+	M-E	BE	Rechsteiner Thomas	-	M-E	AI	Wettstein	+	G	SO
Farinelli	-	RL	TI	Kälin	+	G	AG	Regazzi	-	M-E	TI	Widmer Céline	+	S	ZH
Fehlmann Rielle	+	S	GE	Kamerzin	-	M-E	VS	Reimann Lukas	-	V	SG	Wismer Priska	+	M-E	LU
Feller	+	RL	VD	Keller Peter	-	V	NW	Riniker	+	RL	AG	Wobmann	-	V	SO
Feri Yvonne	+	S	AG	Klopfenstein Broggin	+	G	GE	Ritter	-	M-E	SG	Wyss	+	S	BS
Fiala	E	RL	ZH	Köppel	-	V	ZH	Roduit	-	M-E	VS	Zuberbühler	-	V	AR

	Fraktion / Groupe / Gruppo	S	GL	V	RL	M-E	G	Tot.
+ Ja / oui / si		39	12	1	11	6	30	99
- Nein / non / no					52	16		88
= Enth. / abst. / ast.			1			2		3
E Entschuldigt gem. Art. 57 Abs. 4 / excusé selon art. 57 al. 4 / scusato sec. art. 57 cps. 4			1		2	1		4
0 Hat nicht teilgenommen / n'a pas participé au vote / non ha partecipato al voto			2	2		1		5
P Die Präsidentin/der Präsident stimmt nicht / La présidente/le président ne prend pas part aux votes						1		1

Bedeutung Ja / Signification du oui: Antrag der Mehrheit

Bedeutung Nein / Signification du non: Antrag der Minderheit I Bregy

Alexander Brunner

Von: Alexander Brunner
Gesendet: Sonntag, 4. Dezember 2022 15:55
An: 'Alexander Brunner' (zuhanden Mitglieder Nationalrat)

Betreff: 18.043 revStGB 189 Abs. 1- Sieben Argumente für Lösung Ständerat
Anlagen: Alexander Brunner - Beitrag zur VL RK-SR insb. 187a VE.pdf

Sehr geehrte Nationalrätinnen und Nationalräte

Zum strittigen problembeladenen Antrag RK- NR zu revStGB 189 Abs. 1 (mit unzutreffenden Annahmen und falschen Wertungen nach bewährter Gesetzgebungslehre) erlauben Sie **folgende sieben Argumente:**

1. Unwissenschaftliches kriminologisches "Amnestyl" - International - "Gutachten"
2. Politische «Pressure-Group-Gesetzgebung» mit **Kriminalisierung der Gesellschaft**
3. Gleichsetzung von Sexualverhalten per se mit **Körperverletzung (analog Arzteingriff)**
4. Gleichsetzung von Sexualverhalten mit Sado-Maso-Praktiken (**sogenannte «Ja»-Verträge**)
5. Falsche Anschuldigung ohne Folgen: "Kein JA-Vertrag" mit **stets mehrdeutiger Auslegung**
6. Irreführung der Rechtspflege ohne Folgen: "Kein JA-Vertrag als **reiner Auslegungstreit**"
7. Beweiserhebung strafrechtlich **nicht objektivierbar für Rechtsanwendung der Gerichte**

Zu weiteren detaillierten Argumenten vgl. Vernehmlassung Al. Brunner vom 10. Mai 2021 zum Gesetzesvorschlag des Ständerates in der Beilage:

*In Verantwortung für richtiges Recht
i.f.*

Prof. Dr. iur. Alexander Brunner
Oberrichter des Kantons Zürich a.D.
Ehemals nebenamtlicher Bundesrichter
Professor em. Universität St. Gallen
Ständiger Lehrbeauftragter Universität Zürich
alexander.brunner@uzh.ch
Privat: Autor Dozent Konsulent Mediator
Rebwiesstrasse 19B, 8702 Zollikon-Zürich

Geltendes Recht	Entwurf der Kommission des Ständerates	Stellungnahme des Ständerat	Kommission des Nationalrates
Art. 190 Vergewaltigung	Art. 190 Vergewaltigung		Art. 190
<p>1 Wer eine Person weiblichen Geschlechts zur Duldung des Beischlafs nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.</p>	<p>1 Wer gegen den Willen einer Person den Beischlaf oder eine beischlaf-sähnliche Handlung, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden ist, an dieser vornimmt oder von dieser vornehmen lässt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.</p>		<p>1 Wer ohne die Einwilligung einer Person ...</p> <p>(siehe Art. 189 Abs. 1, ...)</p> <p>... wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft.</p> <p>(siehe Ziff. 3: Art. 154 Abs. 1)</p>
		<p>Minderheit I (Bregy, ...)</p> <p>1 Wer gegen den Willen einer Person ...</p> <p>(siehe Art. 189 Abs. 1, ...)</p>	<p>Minderheit II (Nidegger, ...)</p> <p>1 Wer, sich über die verbale oder nonverbale Ablehnung einer Person hinwegsetzend, ...</p> <p>(siehe Art. 189 Abs. 1, ...)</p>
			<p>Minderheit III (Reimann Lukas, ...)</p> <p>1 ... 1 Streichen</p>
			<p>Minderheit IV (von Falkenstein, Arslan, Berthoud, Brenzikofer, de Montmollin, Flach, Mahaim, Markwalder, Walder)</p> <p>1 ...</p>
			<p>Minderheit V (Geissbühler, Ador, Guggisberg, Nidegger, Reimann Lukas, Schwander, Steinemann)</p> <p>1 ...</p> <p>... wird mit Freiheitsstrafe von einem bis zu fünf Jahren bestraft.</p> <p>(siehe Ziff. 3: Art. 154 Abs. 1)</p>

Geltendes Recht	Entwurf der Kommission des Ständerates	Stellungnahme des Bundesrates	Ständerat	Kommission des Nationalrates	Mehrheit	Minderheit (Steinemann, Addor, Bregy, Geissbühler, Guggisberg, Kamerzin, Nidegger, Reimann Lukas, Schwander)
2 ...	<p>² Wer eine Person zur Vornahme oder Duldung des Beischlafs oder einer beischlafsähnlichen Handlung, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden ist, benötigt, 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.</p>		<p>2 ...</p> <p>... unfähig macht, wird mit Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren bis zu zehn Jahren bestraft.</p> <p>(siehe Ziff. 3: Art. 154 Abs. 2)</p>	<p>² Gemäss Bundesrat (= gemäss Entwurf der Kommission)</p>	<p>² Gemäss Ständerat</p>	
<p>³ Handelt der Täter grausam, verwendet er namentlich eine gefährliche Waffe oder einen anderen gefährlichen Gegenstand, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.</p>	<p>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.</p>				<p>³ ...</p>	<p>Minderheit (Geissbühler, Addor, Guggisberg, Nidegger, Reimann Lukas, Schwander, Steinemann)</p>
						<p>..., so ist die Strafe Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren.</p> <p>(siehe Ziff. 3: Art. 154 Abs. 3)</p>



18.043

Strafraahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht

Vorlage 3: Bundesgesetz über eine Revision des Sexualstrafrechts

Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates

vom 17. Februar 2022

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit diesem Bericht unterbreiten wir Ihnen den Entwurf zu einem Bundesgesetz über eine Revision des Sexualstrafrechts. Gleichzeitig erhält der Bundesrat Gelegenheit zur Stellungnahme.

Die Kommission beantragt, dem beiliegenden Entwurf zuzustimmen.

17. Februar 2022

Im Namen der Kommission

Der Präsident: Carlo Sommaruga

Von: alexander.brunner@uzh.ch
An: christine.hauri@bj.admin.ch
Cc: alexander.brunner
Betreff: Beitrag Vernehmlassung RK-SR Sexualstrafrecht, insb. VE 187a
Datum: Montag, 10. Mai 2021 23:23:08
Anlagen: [Alexander Brunner - Beitrag zur VL RK-SR insb. 187a VE.pdf](#)

Sehr geehrte Frau Hauri

Gerne anbei noch ein Beitrag im Rahmen der VL.
Die Frist von heute ist damit gewahrt.

Mit besten Grüßen
Al. Brunner

Prof. em. Dr. iur. Alexander Brunner

Richter Eidg. Schiedskommission ESchK

Oberrichter a.D. Handelsgericht Zürich

CEDR Accredited Mediator (London)

Ständiger Lehrbeauftragter UZH

alexander.brunner@uzh.ch

Privatbüro

Autor Dozent Konsulent Mediator

Rebwiesstrasse 19B, CH-8702 Zollikon

alexander_brunner@bluewin.ch

Kontakt: mobil 0041 79 430 43 74

<https://sjwz.ch>

Beitrag Rubrik Rechtswissenschaft zur VL der RK-SR, insb. 187a VE

Vorlage Revision des Sexualstrafrechts
Vernehmlassungs-Frist: 10.05.2021
eingereicht von

PROF. DR. ALEXANDER BRUNNER

Titularprofessor emeritus an der Universität St. Gallen
Oberrichter a.D. Handels- und Obergericht Zürich
CEDR Accredited Mediator (London)

Inhalt

I. Vorbemerkungen	2
1. <i>Zur Person des Unterzeichneten.....</i>	2
2. <i>Vernehmlassungsverlauf, Anlass und Einhaltung der Frist.....</i>	2
II. Zum Kontext des Vorentwurfs.....	3
1. <i>Anmerkungen zur intermediären Politik.....</i>	3
a) Amnesty International	3
b) Unausgegorene Strafrechtsthesen.....	3
c) Unvollständiger rechtsgeschichtlicher Bezug.....	4
2. <i>Anmerkungen zur Gesetzgebungslehre</i>	5
III. Zum rechtspolitischen Postulat «Ja ist Ja».....	6
1. <i>Zur Funktion des objektiven Tatbestands von Strafnormen.....</i>	6
a) Tatbestand und Rechtsfolge.....	6
b) „Gewalt“ – Begriff und Terminus	6
2. <i>Zu einem objektiven Tatbestand «Ja ist Ja».....</i>	7
a) Qualifikation nach Vertragsrecht.....	7
b) Überwindung von Statusverträgen	7
c) Autonomie im Vertragsrecht	8
3. <i>Zur Anknüpfung an einen Willen als solchen.....</i>	8
a) «Wille» als inneres Phänomen im Vertragsrecht.....	8
b) „Wille“ und seine Verabsolutierung (Willensprinzip).....	8
c) „Wille“ und seine Relativierung (Vertrauensprinzip).....	9
4. <i>Fazit zum Postulat «Ja ist Ja».....</i>	10
IV. Zum rechtspolitischen Postulat «Nein ist Nein».....	10
1. <i>Vorschlag des Vorentwurfs – Sexueller Übergriff (187a VE).....</i>	10
a) Erster Tatbestand «gegen den Willen»	10
b) Zweiter Tatbestand «überraschend»	10
2. <i>Systematische Einordnung in das Vertragsrecht.....</i>	10
a) Beide Tatbestandsvarianten als vorvertragliches Verhalten	10
b) Probleme des Vertragsschlusses – Konsens und (versteckter) Dissens	11
V. Fazit.....	11

I. Vorbemerkungen

1. Zur Person des Unterzeichneten

Der unterzeichnete ist Titularprofessor em. an der Universität St. Gallen für Handels, Konsum- und Verfahrensrecht, ständiger Lehrbeauftragter an der Universität Zürich für Wirtschafts- und Konsumrecht. Nach dem Studium der **Rechtswissenschaften** (1970-1975) und einem Postgraduate in **Philosophie und Politologie** (1975-1978) begann die Laufbahn in der Justiz, u.a. als Gerichtschreiber am Bezirksgericht Zürich (1978-1980), am Handelsgericht, an der I. Strafkammer und der Wirtschaftsstrafkammer des Obergerichts (1980-1982). Von 1982-1994 Arbeit als **Bezirksrichter (u.a.) in Strafsachen**, von **1994-2001 als Zürcher Obergerichter an der I. Strafkammer** und von 2001-2019 als Obergerichter am Handelsgericht und von 2004-2017 zusätzlich als nebenamtlicher Bundesrichter in Lausanne.

Während des UZH-Studiums (u.a.) **Arbeit im Sozialdienst der Strafanstalt Pöschwies** (damals Regensdorf, 1971/72-1973) mit Zuteilung an Gruppen mit sehr langem Strafvollzug. Grund: Interesse an den Sach- und Rechtsfragen von Schuld und Strafe im Rechtssystem «ausserhalb des universitären Elfenbeinturms». Kontakte mit **Peter Noll** (Strafrecht, **Gesetzgebungslehre** 1973/74) und **Manfred Reh binder** (**Rechtssoziologie**), mit letzterem langjährige Teilnahme am Institut für **Rechtspsychologie**. Teilnahme an unzähligen Strafrechtsfällen als Richter.

2. Vernehmlassungsverlauf, Anlass und Einhaltung der Frist

In der Presse fand sich gestern die Mitteilung (NZZaS 09.05.2021), wonach das von der Rechtskommission des Ständerates eröffnete **Vernehmlassungsverfahren über 10'000 Eingaben** generiert hat. Offenbar handelt es sich dabei um eine gut orchestrierte Aktion. Das ist Anlass, eine Meinung zu äussern und zu versuchen, einen Beitrag aus der Sicht eines Richters zu leisten, der als «Emeritus» davon ausgehen darf, eine möglichst sachgerechte Perspektive zu repräsentieren.

Der vorliegende Rahmen lässt sodann nur **punktueller und vorläufiger Hinweise** zu, denn eine vertiefende Analyse der Revisionsthematik wäre indiziert.

Mit der heutigen Eingabe per Email-Beilage ist die **Frist gewahrt**. Die Stellungnahmen sind in elektronischer Form einzureichen an: christine.hauri@bj.admin.ch.

II. Zum Kontext des Vorentwurfs

1. Anmerkungen zur intermediären Politik

Intermediäre Akteure sind in der Demokratie nicht wegzudenken. Sie leisten einen wichtigen Beitrag zur Verbesserung der Gesetzgebung und das Zusammenleben in der Gesellschaft.

a) *Amnesty International*

Nun hat – im Gefolge des Istanbul-Abkommens – die Schweizer Sektion von **Amnesty International** es übernommen, das Schweizer Sexualstrafrecht in einer bestimmten Richtung zu revidieren. Es geht dabei nicht etwa um eine Revision in Richtung «*Amnesty*», sondern um eine *Verschärfung von Normen für das Sexualverhalten von Beteiligten ohne Gewalt und Gewaltandrohung*. Der grosse Strafrechtsprofessor +**Peter Noll** hat den Studierenden seinerzeit **AI** nahegelegt und motiviert, diese wichtige NGO zu unterstützen. Diskutiert wurde in diesem Kontext auch eine «**Abschaffung des Strafrechts**» – aus dem einfachen Grund, weil Strafrecht im Verlauf seiner Rechtshistorie immer wieder vom gerade herrschenden Zeitgeist missbraucht worden ist und missbraucht werden kann.

Heute ist keine Rede mehr von einer Abschaffung des Strafrechts – zu Recht; aber es erscheint seltsam, dass die NGO AI nun stracks in die Gegenrichtung läuft. Die vorliegende VL kann darauf verzichten, Bekanntes zu wiederholen. Die Unterlagen des VL-Verfahrens sind vorausgesetzt.

b) *Unausgegorene Strafrechtsthesen*

Die Begründung für eine Verschärfung in Richtung «Ja ist Ja» - Norm stützt sich zum grossen Teil auf die Arbeit(en) am Lehrstuhl für Strafrecht an der Universität Bern. Das geltende Sexualstrafrecht genüge nicht¹, was ein Entscheid des Bundesgerichts offenbart habe.

¹ *Nora Scheidegger*, Das Sexualstrafrecht der Schweiz, Grundlagen und Reformbedarf, Bern 2018, Diss. am Lehrstuhl Prof. *Martino Mona*.

Bei der Kritik der Rechtsprechung handelt es sich um das **Urteil 6B_912/2009** vom 22.02.2010². Wer sich die Mühe nimmt, dieses Urteil in der vollen Länge zu lesen, stellt fest, dass ein gegenseitiges und rückgekoppeltes Verhalten vorliegt im Rahmen einer längeren, auch sexuellen Liebesbeziehung, die in der Endphase des Streits über Ende und Neuanfänge der an sich gewollten Partnerschaft und der gegenseitigen Schuldzuweisungen über das Scheitern stand; der inkriminierte Vorfall ereignete sich im gleichen Schlafzimmer und Bett, womit erfahrungsgemäss die tatsächliche Vermutung gerechtfertigt ist anzunehmen, die Beteiligten hätten beide auf eine Besserung ihrer Beziehung gehofft, mithin eine **Situation, in der sich die halbe Schweizer Bevölkerung konstant befindet** (vgl. Scheidungsraten) – und «beauftragt» ist, sich damit auseinanderzusetzen. In diesem vom Bundesgericht beurteilten Fall lag **beim Sexualverkehr keinerlei Gewalt oder Gewaltandrohung** vor.

Es wäre daher Seins-vergessen, würde der Gesetzgeber diesen Fall als Präjudiz qualifizieren, um das geltende Recht dringend zu verschärfen. – Zugegeben polemisch formuliert: Soll die **halbe Schweiz kriminalisiert** werden, insbesondere der beträchtliche Teil der unbedarften und naturgemäss unerfahrenen Menschen in jungen Jahren?

c) Unvollständiger rechtsgeschichtlicher Bezug

Eine weitere These – diesmal Geschichts-vergessen – wird mit dem Argument geführt, das Erfordernis, dass ein Mensch sich gegenüber dem anderen merkbar wehren, mithin dies klar und deutlich auch körperlich ausdrücken und zeigen müsse, sei im überholten «Ehr»-Begriff zu sehen und der damaligen Strafbarkeit des Ehebruchs³. Das vorgenannte Urteil sei daher auf einer überholten Gesetzes-Grundlage ergangen.

Historisch ist dies unvollständig und ungenügend. Was aus dem Blickfeld ausgeschlossen wird, ist die Tatsache, dass Vaterschafts-Gutachten der heutigen Medizin noch unbekannt waren. In Ehen als Statusverträgen und natürlichen Beziehungen zwischen den Geschlechtern wusste stets nur die weibliche Person mit Gewissheit, wer der tatsächliche Erzeuger eines Nachkommen ist (*mater semper certa*). Das

² *Scheidegger*, a.a.O., (Fn 1), S. 1, Zitat: «Den Ausschlag für diese Untersuchung hat ein einzelner bundesgerichtlicher Entscheid gegeben, auf den ich eher zufällig gestossen war. Der dem Urteil 6B_912/2009 vom 22.02.2010 zugrundeliegende Fall betraf einen Mann, der mit seiner Bekannten gegen deren Willen Geschlechtsverkehr hatte und deshalb der Vergewaltigung beschuldigt wurde. Zu meinem Erstaunen bestätigte das Bundesgericht den vorinstanzlichen Freispruch. ...»

³ *Scheidegger*, a.a.O. (Fn 1), S. 175 oben.

vormalige **Vaterschaftsrecht** musste daher eine höchst **komplizierte Vermutungs-Ordnung** vorsehen. Der Drang, die Menschheit nicht untergehen zu lassen, besteht bei allen (auch bei nicht-binären) Menschen und am günstigsten dafür sind stets die eigenen Nachkommen (Stichwort Kuckuckskinder als verbreitetes Phänomen). Es ist der **interne Vertrauensbruch einer Beziehung**, der eine grosse Rolle spielt, viel weniger die äussere «Ehre» und die Strafbarkeit des Ehebruchs. Dieser Vertrauensbruch, der auch finanzielle Auswirkungen hat (Sorge für die Nachkommen) ist auch heute noch ein gesellschaftliches Faktum, den ein Gesetzgeber nicht ausser Acht lassen kann - davon abgesehen, dass klare verbale und nonverbale Äusserungen einen inneren Willen ohnehin zwingend begleiten müssen (vgl. nachfolgend).

2. Anmerkungen zur Gesetzgebungslehre

Der Strafrechtsdogmatik wird gelegentlich vorgeworfen, eine gewisse Distanz zur Lebenswirklichkeit⁴ zu pflegen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn Normen des Sollens den Realitäten mit vehementer Vorstellungs- und Gestaltungskraft davoneilen. Die jeweilige «Avantgarde des Zeitgeistes» aller Formen und Farben stützt sich dabei nicht immer auf das Gemeinsame, sondern verfolgt Partikularinteressen. So lässt sich mit guten Gründen fragen: «Gibt es» eine «feministische» Strafrechtsdogmatik? – Lässt sich das begründen und wie? Oder lauern bei einer Einlassung auf Partikular-Perspektiven «kriminalpolitisch verfehlte Tatbestände»? Dies jedenfalls ist die gut begründete Meinung von *Tonio Walter*⁵.

In der laufenden Revision des Sexualstrafrechts müsste von wissenschaftlichen Ergebnissen aus **empirischer Psychologie, Soziologie sowie biologischer und ethologischer Anthropologie** ausgegangen werden können. Ein von einer NGO in Auftrag gegebenes Gutachten genügt hier in keiner Weise (Schweizer Kampagne «Ja/Ja» 2020). Postmoderne Narrative und ihre Konstrukte orientieren sich nicht primär an der Realität. Deren Erforschung, in der alle leben und leben können, bleibt eine unendliche Aufgabe.

⁴ *Peter Albrecht*, Die wissenschaftliche Strafrechtsdogmatik – mehr als ein Glasperlenspiel?, in: Stefan Berg/ Hartmut von Saas (Hrsg.), *Spielzüge – zur Dialektik des Spiels*, Freiburg/ München 2014, 64 ff., insb. 73 ff.

⁵ *Tonio Walter*, Feministische Kriminalpolitik?, <https://doi.org/10.1515/zstw-2017-0025>; ZSTW 2017; 129(2): 492–512.

III. Zum rechtspolitischen Postulat «Ja ist Ja»

1. Zur Funktion des objektiven Tatbestands von Strafnormen

a) *Tatbestand und Rechtsfolge*

Nachdem Anstand, Sitte und Moral als «Regulatoren» des natürlichen Sexualverhaltens verblasen, ist es für die Akteure sexuellen Verhaltens (das im Übrigen präziser – Zeugung ist statistisch Ausnahme! - mit dem Terminus **erotisches Spiel** zu belegen ist) viel komplexer geworden, einen Kompass für das eigene Handeln zu finden. Dieser unbestreitbare Mangel an Orientierung will das Postulat «Ja/Ja» durch Strafrecht beseitigen und trifft wohlmeinend und wohl unabsichtlich jene Gruppe der Bevölkerung, die das erotische Spiel erst als Lehrlinge erproben. Kurz: **Lernen durch Strafen.**

Aber wenn schon dieser eigenartige Konnex: Dann nach der bewährten Gesetzgebungslehre (Begründer: **Peter Noll**). Es braucht **klare objektive Tatbestände**, die jedem Rechtssubjekt unmittelbar einleuchten.

b) *„Gewalt“ – Begriff und Terminus*

Das Wort «Gewalt» ist schillernd geworden. Der wissenschaftliche **Terminus** «Gewalt» sollte den juristischen **Begriff** erfassen, wonach eine Person eine andere Person verletzt und schädigt. Das Wort «strukturelle Gewalt» ist häufig in Gebrauch, bezeichnet aber an sich «Macht».

Das Wort «Gewalt» ist aber unbrauchbar für ein Verhalten, das eine Person nicht verletzt und schädigt, von dieser Person aber *einseitig* dahingehend nur *interpretiert* wird. Eine einseitig mögliche Interpretation kann kein objektiver Tatbestand einer Strafnorm sein.

Bei der **Ja/Ja-Regel** bleibt es immer bei einer **Interpretation**. Sie ist auch schon beschrieben worden als allgemeine Einführung des **Sexvertrags**. Diese Regel betrifft nur die *Auslegung eines Sexvertrags* (d.h., eine Vereinbarung zum gegenseitigen erotischen Spiel mit Körpereinsatz ohne jegliche Gewalt). Das Wort «Gewalt» oder «Vergewaltigung» trifft daher auf den realen Sachverhalt nicht zu (kein «Gewaltdelikt»). *Der Vorentwurf (Begründung Seite 25 Mitte) hat dies zutreffend eingeordnet.*

2. Zu einem objektiven Tatbestand «Ja ist Ja»

a) *Qualifikation nach Vertragsrecht*

Das Problem ist die Auslegung des Vertrags. – Nach der hier vertretenen Meinung handelt es sich beim Postulat zur Einführung der «Ja/Ja»-Regel um die Etablierung eines neuen Vertragstypus im Schweizer Recht. Dagegen ist an sich nichts einzuwenden, im Gegenteil, wenn dies im Rahmen des Privat- und Obligationenrechts verbleibt. Dann wären das (1) der *unentgeltliche Sexvertrag* zwischen Personen mit dem reinen Vertragszweck des erotischen Spiels (bspw. «Dating») und (2) der *entgeltliche Sexvertrag* zwischen Personen, bei dem die eine Seite die andere Seite bezahlt («Sexwork»). Letzterer Vertragstypus hat das Bundesgericht in einem Strafurteil soeben grundsätzlich anerkannt.

Die «Ja/Ja»-Regel ist aber **kein objektiver Tatbestand**, der direkt justiziabel wäre. Denn dieser ergäbe sich nicht durch die Umschreibung der Tatbestands-Elemente, sondern nur durch die Auslegung des Verhaltens selbst. Das Verhalten aber wäre das, was unter die Norm des Tatbestandes subsumiert werden müsste.

b) *Überwindung von Statusverträgen*

Interessant ist in diesem Zusammenhang der Typus des **Statusvertrags**. Einer der häufigsten ist «**die Ehe**». Grundlage ist – wie bei allen Verträgen! – das gegenseitige Vertrauensverhältnis. Durch die Einführung der Strafbarkeit der «Vergewaltigung in der Ehe», wurde aus dem *General-Konsens bei der Eingehung* des Statusvertrags die jederzeitige sexuelle Verfügbarkeit beider Partner ausgeklammert. Zuvor galt die «Ja/Ja»-Regel mit dem grossen Ja-Wort ab Beginn der Eheschliessung. Dieses Konstrukt wurde zu Recht überwunden⁶.

Aber daraus ergibt sich eine weitere Rechtsfrage: Würde die «Ja/Ja»-Regel zur Strafnorm, müsste innerhalb «der Ehe» aus Klugheits-Argumenten nicht das Grund-Vertrauen, sondern das Grund-Misstrauen Platz greifen: «Hat er/sie «Ja» gesagt?» oder war das nur meine Annahme? Bei einem solchen Konstrukt würde eine «Ehe» obsolet.

⁶ Vgl. zum Ganzen: *Susan Emmenegger*, Feministische Kritik des Vertragsrechts, Freiburg 1999, Diss. bei Peter Gauch.

c) *Autonomie im Vertragsrecht*

Zutreffend ist, dass es auch für den Sexvertrag die gegenseitige übereinstimmende Willensäußerung braucht (**OR 1**).

Das aber ist nicht das Problem, das mit der «Ja/Ja»-Regel verbunden ist. Es ist die Frage nach dem inneren Willen und dem geäußerten Willen. Das ist immer Interpretation. Bei jedem Vertrag bestehen Unsicherheiten der Auslegung. Es ist das Hauptgeschäft der Richterschaft im Vertragsrecht.

3. Zur Anknüpfung an einen Willen als solchen

a) *«Wille» als inneres Phänomen im Vertragsrecht*

Die «Ja/Ja»-Regel will einen Straf-Tatbestand schaffen und diesen im Ergebnis an die Interpretation des **inneren Willens der Person** anknüpfen. Der innere Wille aber ist ein inneres Phänomen, das ohne «Äusserung» völlig unbekannt bleibt.

Nun gibt es die Meinung, der innere Wille als **Verpflichtungsgeschäft** (wir sind im Vertragsrecht!) könne vor dem **Erfüllungsgeschäft** abgesichert werden durch die Form der **Schriftlichkeit**.

Die Parteien unterzeichnen ein Papier, beschreiben den Inhalt des Sexvertrags und unterzeichnen diesen. Mangels Papiers etc. steht noch die App auf dem Mobil zur Verfügung. Dann wäre eine einwandfreie «Ja/Ja»-Regel erfüllt. Unsicher bleibt hier: Wurde die App unter Nötigung betätigt? Das wäre dann für die durch den Inhalt des Sexvertrags verletzte Person beweisrechtlich ein missliches Ergebnis.

Nun ist aber der Sexvertrag über das erotische Spiel keine statische Angelegenheit, vielmehr mit einer **rollenden Planung** zu vergleichen. Wie wäre dann vorzugehen? Unterbruch der Vorstellung, an den Tisch setzen, neu verhandeln und mit der «Ja/Ja»-Regel besiegeln. Ist diese Vorstellung real?

b) *„Wille“ und seine Verabsolutierung (Willensprinzip)*

Ein weiteres Problem ist in der Vertragstheorie seit langem bekannt. Gilt beim Willen der **innere Wille** oder gilt der **geäußerte Wille**? Denn «Ja» sagen kann die Person nicht nur ausdrücklich, sondern auch «konkludent».

Es scheint, dass das Postulat der «Ja/Ja»-Regel vom **Willensprinzip** ausgeht, was bedeutet, dass ein Vertrag ausschliesslich durch den Willen einer Person gilt. Diese

Meinung wird mit der Autonomie der Person begründet, die über sich und ihre Verhältnisse entscheiden können soll. Die Vertragsrechtstheorie hat indessen zu Recht das Willensprinzip überwunden, denn sie entspricht nicht dem realen Leben wie Personen miteinander verkehren.

Der innere Wille ist denn auch kein objektives Kriterium für den faktischen Vertragsschluss.

Die Anknüpfung an den reinen inneren Willen hat sodann etwas willkürliches an sich. Es gibt kein objektives Kriterium mehr für das Verhalten. Alles wird möglich. Das aber ist der **Begriff der Willkür**. So wird im BDSM-Phänomen⁷ seltsamerweise jede Art von Gewalt möglich. Einziges Kriterium ist der Wille, der allerdings klar festgelegt wird. Es ist der Wille zur «selbstbestimmten Unterwerfung». Es ist die Legitimation von Gewalt durch Einverständnis (BDSM-Phänomen).

Die Anknüpfung an den inneren **Willen als reines Prinzip** (Willkür) offenbart eine Inkohärenz des Konzepts und kann kein richtiges Recht sein. So kann **strafbar** werden eine Person, die *ohne jegliche Gewalt und im Vertrauen* auf ein Einverständnis sexuelle Handlungen während des erotischen Spiels vornimmt, wenn die andere Person im Nachhinein das Gegenteil als ihren konkludenten («Ja») Willen behauptet, während eine andere Person **straflos** bleibt, die massive Gewalt ausgeübt hat und die andere Person damit schädigt, verletzt oder gar tötet («rough sex gone bad»-Tatbestände), solange es *nur ihr Wille* war. Die Kriminologie hat hier noch klärungsbedarf.

c) „Wille“ und seine Relativierung (Vertrauensprinzip)

Damit ist nach der hier vertretenen Meinung offenkundig, dass das «Willkürprinzip» notwendig einer Objektivierung bedarf. Im Vertragsrecht ist dies das seit langem etablierte Vertrauensprinzip. Das erotische Spiel als implizite «rollende Planung» der Beteiligten ist stets auslegungsbedürftig; vorerst durch die Akteure selbst bei der **Interpretation von verbalen und nonverbalen (!) Äusserungen** des inneren Willens und hernach im Auslegungstreit im Gericht.

⁷ Nach der hier vertretenen Meinung ist das *Phänomen von «Fifty-Shades»* mit 300 Millionen Leserinnen (!) wissenschaftlich nicht ausreichend erforscht worden. Die bisherigen Einordnungen vermögen jedenfalls den *Erklärungsbedarf* nicht zu befriedigen.

4. Fazit zum Postulat «Ja ist Ja»

Das Postulat «Ja ist Ja» ist untauglich für richtiges Recht. Schwerwiegend fällt die **normlogische Fehlkonstruktion** ins Gewicht.

Es würde ein Straftatbestand geschaffen, bei dem der objektive **Tatbestand** und die Tathandlung des **Sachverhalts** als **identisch** zu bezeichnen sind. Sie fallen inhaltlich zusammen. Eine Subsumption ist real nicht möglich bzw. Fiktion.

IV. Zum rechtspolitischen Postulat «Nein ist Nein»

1. Vorschlag des Vorentwurfs – Sexueller Übergriff (187a VE)

a) *Erster Tatbestand «gegen den Willen»*

Anderes gilt für den Vorschlag des «sexuellen Übergriffs» (187a VE). Hier muss eine «Äusserung» in allen Fällen vorliegen, die damit auch erkennbar ist.

b) *Zweiter Tatbestand «überraschend»*

Das Gleiche gilt für die Tathandlung der «Überraschung».

2. Systematische Einordnung in das Vertragsrecht

a) *Beide Tatbestandsvarianten als vorvertragliches Verhalten*

Beide Tatbestandsmerkmale knüpfen an ein objektiv feststellbares Verhalten an. Bei beiden liegt auch eine offensichtliche Verletzung der Vertrags-Autonomie vor. Und beide liegen im **vorvertraglichen Bereich des Vertragsrechts**.

Das vorvertragliche Verhalten begründet eine partnerschaftliche Beziehung (Regel auch in der Geschäftswelt. Es wird durch das Prinzip von Treu und Glauben nach ZGB 2 und UWG 2 erfasst. Verlangt wird schon vorvertraglich gegenseitige Rücksichtnahme und Vertrauen der Beteiligten. Das gilt umso mehr im sensiblen Bereich des Sexvertragsrechts.

Das vorvertragliche Verhalten der «Überraschung» verletzt ohne weiteres das Prinzip der Autonomie. Angestrebt ist kein Vertrag, sondern eine direkte Angriffshandlung auf den Körper einer anderen Person. Der Terminus «sexueller Übergriff» ist damit einwandfrei gewählt.

b) Probleme des Vertragsschlusses – Konsens und (versteckter) Dissens

Allerdings bleiben auch im Sexvertragsrecht die gleichen Probleme virulent bei der Auslegung «gegen den Willen» einer passiven Person. Immerhin ist hier davon auszugehen, dass damit ein klares und deutliches Verhalten umschrieben ist. Es handelt sich dabei nicht um das Problem «negativa non sunt probanda». Denn die Verneinung muss **geäußert** werden. Der alte Satz «qui tacet consentire videtur» (vgl. OR 6) gilt nur bei Vertrauenstatbeständen; liegt ein solcher aber vor, was durch die Schilderung der konkreten Umstände gezeigt werden kann, darf Schweigen als Zustimmung interpretiert werden: Abschluss des Sexvertrags durch Schweigen als Spezialfall konkludenten Verhaltens.

Aber auch hier ist trotz äusserem Vertragsschluss aufgrund des **Vertrauensprinzips** die Möglichkeit eines (versteckten) Dissenses gegeben. Dieser liegt nicht in den *essentialia* (Abschluss des Sexvertrag als solchen, siehe oben), sondern in den *accidentalialia* des Vertrags. Welche konkreten Handlungen sind erfasst durch den Konsens, und welche nicht? Es ist hier wieder die «rollende Planung», die Realität des erotischen Spiels ist und Fragen aufwirft. Auch beim Spiel selbst ist es möglich, dass ein Verhalten plötzlich «überraschend» ist, womit nicht gerechnet wurde.

V. Fazit

«Ja/Ja»-Regel untauglich als Strafnorm und inkohärent mit Bezug auf Gewalt.

187a VE taugliche Strafnorm.

i.f. / Al. Brunner



10.05.2021