

**UNIVERSITÄT
LUZERN**



RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

STRAFRECHT

**Der nicht oft beschrittene Weg in
der Revision des Sexualstrafrechts**

**Pornografietatbestand
und moderne Sexualmoral**

**Vortrag vor dem Luzerner
Juristenverein**

15. Februar 2022

ASS.-PROF. DR. IUR. ANNA CONINX

EINLEITUNG

Revisionsvorhaben: Streichung der Gewaltpornografie i.S.v. Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB

«Pornografische Gegenstände oder Vorführungen, die sexuelle Handlungen mit Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen zum Inhalt haben, sollen nicht mehr als harte Pornografie gelten.»

Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates zu einer Revision des Sexualstrafrechts vom 28. Januar 2021

EINLEITUNG

Mehr Pönalisieren vs. Entkriminalisieren – ein Widerspruch?

«Während am Fernsehen, in den sozialen Medien und den Leserbriefspalten seit Monaten heftig darüber debattiert wird, wie wichtig der Konsens beim Sex ist («Ja heisst Ja»), soll ausgerechnet jener Passus quasi abgeschafft werden, der es unter Strafe stellt, in Filmen insbesondere Frauen in einem sexuellen Zusammenhang Gewalt anzutun. Wie geht das zusammen?»

Bettina Weber, Sonntagszeitung, 21. Mai 2021

BGER 6B_149/2019 VOM 11. DEZEMBER 2019

Sachverhalt

- Das Kantonsgericht LU sprach A. des mehrfachen Herstellens von Pornografie zum eigenen Konsum schuldig (Art. 197 Abs. 5 StGB).
- Gegenstand des Strafverfahrens waren Filme, die der Beschwerdeführer auf eine Festplatte kopiert hatte. Auf den Filmen sind junge Frauen zu sehen, denen mit der Hand und mit Kochlöffeln, Stöcken und Ruten, Peitschen und Gürteln auf das nackte Gesäss geschlagen wird, wo sich während des Schlagens Hämatome, Striemen und teilweise auch blutende Wunden bildeten.
- Nach Ansicht beider Vorinstanzen erfüllten zahlreiche Videodateien die objektiven Tatbestandsvoraussetzungen nach Art. 197 Abs. 5 StGB (pornografische Ton- und Bildaufnahmen mit Gewaltdarstellungen). A. bestreitet dies.

BGER 6B_149/2019 VOM 11. DEZEMBER 2019

Art. 197 StGB: Vier Tatbestände mit unterschiedlichen Schutzrichtungen

1. Schutz von Jugendlichen unter 16 Jahren vor weicher Pornografie (Abs. 1).
2. Schutz vor unerwünschter Konfrontation mit weicher Pornografie (Abs. 2).
3. Verbotenes Anwerben von Minderjährigen zur Pornografie (Abs. 3).
4. Verbot von Herstellung, Besitz und Konsum harter Pornografie (Abs. 4 und 5):
Sexuelle Inhalte mit Gewalttätigkeiten, Tieren oder Kindern.

BGER 6B_149/2019 VOM 11. DEZEMBER 2019

Argumentation Beschwerdeführer

1. Bei den Spanking-Szenen liegt keine «Pornografie» i.S.v. Art. 197 Abs. 1 bzw. Abs. 2 StGB vor.
2. Bei den Spanking-Szenen liegen keine «Gewalttätigkeiten» unter Erwachsenen vor.

¹ Wer **pornografische Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen, Abbildungen, andere Gegenstände** solcher Art oder pornografische Vorführungen einer Person unter 16 Jahren anbietet, zeigt, überlässt, zugänglich macht oder durch Radio oder Fernsehen verbreitet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. [**weiche Pornografie**]

⁵ Wer **Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Absatz 1, die sexuelle Handlungen** mit Tieren oder **mit Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen** oder nicht tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt haben, konsumiert oder zum eigenen Konsum herstellt (...) wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft. [**harte Pornografie**]

BGER 6B_149/2019 VOM 11. DEZEMBER 2019

BGer präzisiert Tatbestandselemente im Zusammenhang mit Art. 197 Abs. 5

1. Art. 197 Abs. 5 StGB erfordert **keine «Pornografie» i.S.v. Art. 197 Abs. 1 StGB**: Je ausgeprägter die Gewaltanwendung ist, desto weniger hohe Anforderungen gelten für den pornografischen Charakter des sexuellen Kontextes.
2. «Gewaltdarstellungen» im Bereich der Sexualität nach Art. 197 Abs. 5 StGB erfordern aufgrund des Korrumpierungspotentials und der erniedrigenden Wirkung **nicht das gleiche exzessive Mass an Gewalt wie Art. 135 StGB.**

Bestätigt in 6B_1033/2021 vom 12.1.2022, E. 3.3.: «Gemäss bundesgerichtlicher Praxis können schon Darstellungen mit **minderschwerer Gewaltanwendung** unter Art. 197 StGB fallen.»

«UNERWÜNSCHTE MORALISCHE FÄRBUNG»?

Rechtskommission SR will Gewaltpornografie unter Erwachsenen abschaffen

«Es ist befremdlich, dass Artikel 197 Absätze 4 und 5 auch dann angewendet werden, wenn die pornographische Darstellung ohne die Gewaltkomponente (als weiche Pornographie) legal wäre bzw. – nach dem (...) Entscheid des Bundesgerichtes – die Darstellung nicht einmal als pornographisch gelten würde. **Die Bestrafung enthält dadurch eine unerwünschte moralische Färbung.**»

Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates zu einer Revision des Sexualstrafrechts vom 28. Januar 2021

- «Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen» in Art. 197 Abs. 4 StGB und Abs. 5 StGB soll deshalb gestrichen werden.
- Allenfalls liegt eine Strafbarkeit nach Art. 135 StGB oder Art. 197 Abs. 1 oder 2 StGB vor.

REAKTIONEN

Vernehmlassungsergebnis

- 27 Teilnehmende begrüßen die Entkriminalisierung.
- 15 Teilnehmende lehnen diese Streichung ab.
- BS und TI schlagen vor, den entsprechenden Passus in den beiden Absätzen stattdessen mit «nicht einvernehmlichen (Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen)» zu ergänzen.

Vgl. Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens zu einer Revision des Sexualstrafrechts vom 8. August 2021

KRIMINALISIERUNGSGRÜNDE BEI GEWALTPORNOGRAFIE

Schutz der betroffenen Personen vor sexuellen Übergriffen?

Schutz vor Korruption?

Schutz der Menschenwürde?

Jugendschutz?

KRIMINALISIERUNGSGRÜNDE BEI GEWALTPORNOGRAFIE

Schutz der betroffenen Personen vor sexuellen Übergriffen?

«Missstände in der pornographischen Industrie sind seit Jahren bekannt und werden regelmässig neu aufgedeckt. Darunter wird häufig von sexuellem Missbrauch, darunter auch Vergewaltigungen, der Pornodarsteller*innen vor den Kameras berichtet. Darstellungen von realem Missbrauch dürfen nicht aufgrund falsch verstandenen Wunsches nach Modernität legal gemacht und verbreitet werden. Solche Darstellungen sollten weiterhin zum Schutz der betroffenen Darsteller*innen verboten bleiben.»

Vernehmlassung des Schweizerischen Verbandes für Frauenrechte

KRIMINALISIERUNGSGRÜNDE BEI GEWALTPORNOGRAFIE

Schutz der betroffenen Personen vor sexuellen Übergriffen?

Bei Zwang zu sexuellen Handlungen bzw. Gewalttätigkeiten am Set, greifen grundsätzlich andere Straftatbestände (Art. 189, Art. 190, Art. 123, Art. 122, Art. 181 StGB) bzw. Anstiftung und Gehilfenschaft dazu.

«Wir begrüßen die Streichung des Ausdrucks "Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen". Geht man von Einvernehmlichkeit aus, hat der Staat diese Handlungen nicht unter Strafe zu stellen. Liegt keine Einvernehmlichkeit vor, greifen andere Strafbestimmungen.»

Vernehmlassung der Schweizerischen Staatsanwälte-Konferenz SSK

KRIMINALISIERUNGSGRÜNDE BEI GEWALTPORNOGRAFIE

Schutz vor Korrumpierung?

«Die Artikel 135 und 197 Abs. 4 und 5 (...) richten (...) sich gegen die abstumpfende (korrumpierende) Wirkung von Gewaltdarstellungen, die geeignet sind, beim Betrachter die Bereitschaft zu erhöhen, selbst gewalttätig zu agieren oder doch die Gewalttätigkeit anderer gleichgültig hinzunehmen.»

BGer 6B_149/2019 vom 11. Dezember 2019, E. 1.3.2.

«Pornography is the theory, and rape is the practice.»

Robin Morgan

KRIMINALISIERUNGSGRÜNDE BEI GEWALTPORNOGRAFIE

Schutz vor Korrumpierung?

«Beim **überwältigend grossen Teil von Männern**, die viel Pornografie konsumiert, hat das **keine Verhaltensänderung zur Folge**. Nur bei einer sehr kleinen Gruppe, die bereits vorbelastet ist, macht sich das bemerkbar.»

Jérôme Endrass (2021)

KRIMINALISIERUNGSGRÜNDE BEI GEWALTPORNOGRAFIE

Schutz vor Korrumpierung?

«Die **Fantasie** ist das eine, die **Handlungsschwelle zu überschreiten** das andere
– es sind zwei **sehr unterschiedliche Dinge**.»

Jérôme Endrass (2021)

Einschränkungen von individuellen Freiheiten sollten nicht durch Appelle an diffuse und nicht greifbare Schäden gerechtfertigt werden.

KRIMINALISIERUNGSGRÜNDE BEI GEWALTPORNOGRAFIE

Schutz der Menschenwürde?

«Es ist uns klar, dass das Strafrecht nicht jede Handlung erfassen kann, die einem Teil der Bevölkerung widerstrebt, Andere aber als „normal“ betrachten. Hingegen müssen Sachverhalte bestraft werden, die **die Würde und die körperliche Integrität des Menschen ernsthaft bedrohen und klar gegen unsere Werteordnung verstossen.**»

Vernehmlassung Schweizerischer Verband für Frauenrechte

KRIMINALISIERUNGSGRÜNDE BEI GEWALTPORNOGRAFIE

Schutz der Menschenwürde?

- «Zwergenwerfen»: Conseil d'Etat, Commune de Morsang-sur-Orge und Ville d'Aix-en-Provence, 27. Oktober 1995
- Mensch als Ware → Menschenwürdeverletzung → Verbot des Schauspiels

KRIMINALISIERUNGSGRÜNDE BEI GEWALTPORNOGRAFIE

Schutz der Menschenwürde?

«(...) human dignity represents an 'objective value' or good (reaching beyond the individual) such that, if an act violates this value, **human dignity is compromised irrespective of whether the party so acting freely agrees to perform the act in question** (...) where human dignity **so conceived** is at stake, **free choice is irrelevant.**»

Deryck Beyleveld / Roger Brownsword (2001)

«Ihre Darstellung straffrei zu machen, **schädigt das gesunde Empfinden**, dass Gewaltanwendung etwas grundsätzlich Negatives ist.»

Vernehmlassung Stiftung zukunft.ch

KRIMINALISIERUNGSGRÜNDE BEI GEWALTPORNOGRAFIE

Schutz der Menschenwürde?

Problem: **Menschenwürde** als **zweischneidiges Schwert**.

- Um zu bestimmen, was zum Fundamentalsten des Menschen gehört, müssen wir ein bestimmtes Menschenbild voraussetzen.
- Dies aber bedingt, dass ein **gesellschaftliches Ideal für allgemeingültig** erklärt wird, was der **Selbstbestimmung widerspricht**.

KRIMINALISIERUNGSGRÜNDE BEI GEWALTPORNOGRAFIE

Schutz der Menschenwürde?

- Es ist **kein Widerspruch**, wenn einerseits ein **Konsensprinzip** im Sexualstrafrecht verankert wird, und andererseits **Gewaltpornografie entkriminalisiert** wird.
- Beide Male geht es letztlich um **Selbstbestimmung** in Fragen des Umgangs mit der eigenen Sexualität.
- Die Voraussetzung ist allerdings, dass die Zustimmung der Pornodarstellerinnen zu einer Spanking-Szene **freiwillig erfolgt**.

KRIMINALISIERUNGSGRÜNDE BEI GEWALTPORNOGRAFIE

Schutz der Menschenwürde?

Die **Freiwilligkeit** von Darstellenden wird allerdings regelmässig **in Frage gestellt**:

«Die IKAGO erachtet harte Pornos weiterhin als strafwürdig. Solche Videos werden regelmässig unter Bedingungen hergestellt, die dem Tatbestand einer Vergewaltigung oder sexuellen Nötigung gleichkommen. Auch wird die finanzielle Not der Darstellenden ausgenutzt, so dass **regelmässig keine freie Einwilligung vorliegt**, wie dies Art. 36 Abs. 1-2 der Istanbul-Konvention verlangt.»

Vernehmlassung Interkantonale Arbeitsgruppe Geschädigten- und Opfervertretung

KRIMINALISIERUNGSGRÜNDE BEI GEWALTPORNOGRAFIE

Jugendschutz?

«Darüber hinaus ist zu bedenken, dass pornographische Darstellungen nicht nur ein Abbild von bereits existierenden Vorlieben sind, sondern durch ihre visuelle Kraft auch eine modellierende Wirkung, **besonders auf die weniger erfahrenen, jüngeren Zuschauer und Zuschauerinnen besitzen.**»

Vernehmlassung Schweizerischer Verband für Frauenrechte

KRIMINALISIERUNGSGRÜNDE BEI GEWALTPORNOGRAFIE

Jugendschutz?

Art. 197 Abs. 1 StGB verbietet jede Form des Zugänglichmachens von weicher und harter Pornografie an Jugendliche.

KRIMINALISIERUNGSGRÜNDE BEI GEWALTPORNOGRAFIE

Fazit

1. Beim **Schutz der Darstellerinnen** greifen andere Strafnormen.
2. Die **Korrumpierungsthese** ist wissenschaftlich nicht hinreichend belegt.
3. Die **Argumentation mit der Menschenwürdeverletzung** führt zu einer Geringschätzung des Individuums und seiner Selbstbestimmung.
4. Der **Jugendschutz** wird durch Art. 197 Abs. 1 StGB bereits erfüllt.

Die **Gewaltpornografie nach Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB** sollte deshalb, wie von der Rechtskommission des Ständerates vorgeschlagen, **abgeschafft werden**.

KRIMINALISIERUNGSGRÜNDE BEI GEWALTPORNOGRAFIE

Zwei abschliessende Gedanken:

1. Art. 135 StGB (Gewaltdarstellungen) als Auffangtatbestand?
2. Modifizierung des Tatbestandes?

«Wir sind der Ansicht, dass der Passus ‘oder mit Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen’ nicht gestrichen werden sollte. Vielmehr schlagen wir vor, den entsprechenden Passus in den beiden Absätzen mit ‘... nicht einvernehmlichen [Gewalttätigkeiten unter Erwachsenen]’ zu ergänzen.»

Vernehmlassung Regierungsrat Kanton Basel-Stadt

Entscheidend sollte nur sein, ob Darstellerinnen faktisch eingewilligt haben, gewisse Szenen darzustellen, nicht ob in den Szenen, die sie spielen, eine Einwilligung vorliegt.

SCHLUSS

Moralischer Zerfall wegen Liberalisierung und moralischem Pluralismus?

«No society has yet solved the problem of how to teach morality without religion. So the law must base itself on Christian morals and to the limit of its ability enforce them (...) for the compelling reason that without the help of Christian teaching the law will fail.»

Lord Devlin (1959)

Heute wissen wir:

- Säkularisierte Staaten sind nicht zusammengebrochen!
- Zunehmender **moralischen Pluralismus** und Toleranz gegenüber unkonventionellen Lebensstilen führt zu einer **Stärkung gemeinsamer Werte**.