# Strafgesetzbuch

Letzte Änderung: 03.11.2026

PDF erstellt am: 03.11.2026




ONLINEKOMMENTAR
DER FREI ZUGÄNGLICHE
RECHTSKOMMENTAR

# INHALTSVERZEICHNIS

Art. 28 StGB ..... 5
Art. 179quater StGB ..... 37
Art. 197a StGB ..... 73
Art. 305ter StGB ..... 123
Art. 321ter StGB ..... 155
Art. 322ter StGB ..... 169
Art. 322quater StGB ..... 193
Art. 322quinquies StGB ..... 201
Art. 322sexies StGB ..... 207
Art. 322septies StGB ..... 211
Art. 322decies StGB ..... 221
Art. 329 StGB ..... 231
Art. 331 StGB ..... 239

KOMMENTIERUNG ZU

# Art. 28 StGB

Eine Kommentierung von Lorena Gisler

ZITIERVORSCHLAG

Lorena Gisler, Kommentierung zu Art. 28 StGB, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (Hrsg.), Onlinekommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Gisler, Art. 28 StGB N. XXX.

**6. Strafbarkeit der Medien**

**Art. 28**

[1] Wird eine strafbare Handlung durch Veröffentlichung in einem Medium begangen und erschöpft sie sich in dieser Veröffentlichung, so ist, unter Vorbehalt der nachfolgenden Bestimmungen, der Autor allein strafbar.

[2] Kann der Autor nicht ermittelt oder in der Schweiz nicht vor Gericht gestellt werden, so ist der verantwortliche Redaktor nach Artikel 322$^{bis}$ strafbar. Fehlt ein verantwortlicher Redaktor, so ist jene Person nach Artikel 322$^{bis}$ strafbar, die für die Veröffentlichung verantwortlich ist.

[3] Hat die Veröffentlichung ohne Wissen oder gegen den Willen des Autors stattgefunden, so ist der Redaktor oder, wenn ein solcher fehlt, die für die Veröffentlichung verantwortliche Person als Täter strafbar.

[4] Die wahrheitsgetreue Berichterstattung über öffentliche Verhandlungen und amtliche Mitteilungen einer Behörde ist straflos.

# GLIEDERUNG

I. Sinn und Zweck von Art. 28 StGB ..... 7
II. Ausschliessliche Strafbarkeit des Autors (Abs. 1) ..... 9
A. Medienbegriff ..... 9
1. Begriffsverständnis im Kontext traditioneller Medienstrukturen ..... 9
2. Begriffsverständnis im Kontext sozialer Medien ..... 10
B. Veröffentlichung ..... 12
1. Notwendigkeit der Öffentlichkeit ..... 12
2. Beschränkung auf medienspezifische Mitwirkung ..... 14
C. Erschöpfung in der Veröffentlichung ..... 16
D. Zur Strafbarkeit des Autors ..... 18
III. Zweistufige subsidiäre Verantwortlichkeit (Abs. 2) ..... 19
A. Stufe 1: Haftung des verantwortlichen Redaktors ..... 20
B. Stufe 2: Haftung der für die Veröffentlichung verantwortlichen Person ..... 21
1. Veröffentlichung im Allgemeinen ..... 21
2. Veröffentlichung im Internet ..... 22
IV. Veröffentlichung ohne Zustimmung des Autors (Abs. 3) ..... 26
A. Veröffentlichung ohne Wissen ..... 27
B. Veröffentlichung gegen den Willen ..... 27
V. Straflosigkeit der wahrheitsgetreuen Berichterstattung (Abs. 4) ..... 28
A. Grund der Straflosigkeit ..... 28
B. Behördenbegriff ..... 28
C. Wahrheitsgetreue Berichterstattung ..... 29
D. Öffentliche Verhandlungen ..... 31
E. Amtliche Mitteilungen ..... 31
Literaturverzeichnis ..... 32
Materialienverzeichnis ..... 35

# I. SINN UND ZWECK VON ART. 28 STGB

Die medienstrafrechtliche Sonderbestimmung in Art. 28 StGB[1] trägt dem hohen Stellenwert der verfassungsrechtlich gewährleisteten **Kommunikationsgrundrechte** Rechnung, insbesondere der Meinungs- und Medienfreiheit.[2] 1

Jede Person hat nach der in Art. 16 Abs. 1 und 2 BV[3] verankerten **Meinungsfreiheit** das Recht, ihre Meinung frei zu bilden sowie ungehindert zu äussern und zu verbreiten. Zu den zentralen Aspekten der freien Meinungsäusserung zählt auch die Medienfreiheit.[4] 2

Die **Medienfreiheit** nach Art. 17 Abs. 1 BV gewährleistet den ungehinderten Informationsfluss und dient dem Schutz des freien Meinungsaustauschs. Erfasst sind neben der Recherchetätigkeit auch die Zugänglichmachung und Verbreitung von Informationen und Meinungen an eine unbestimmte Vielzahl von Adressaten.[5] Die damit verbundene **Freiheit des Medienschaffens** ist als «gesellschaftliche Grundressource»[6] strukturelle Voraussetzung eines demokratischen Rechtsstaats.[7] 3

Die Medien haben als Informationsträger die Funktion eines Bindeglieds zwischen dem Staat und der Öffentlichkeit.[8] In ihrer **Wächterrolle** sollen sie Missstände im Staat und in der Gesellschaft ungehindert aufdecken können und zur Kontrolle behördlicher Tätigkeiten beitragen.[9] Zudem soll durch die freie Meinungsäusserung und die damit verbundene Vielfalt an Publikationen der öffentliche Diskurs gewährleistet werden.[10] 4

1. Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. April 1937 (SR 311).
2. BGE 137 I 8, E. 2.5; Nobel/Weber, S. 416; Riklin, Medienstrafrecht, S. 67; Zimmerli, S. 14.
3. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).
4. BGE 147 IV 65, E. 5.2; BGE 137 I 209, E. 4.2.
5. BGE 137 I 209, E. 4.2; Kiener/Kälin/Wyttenbach, N. 997, 1109, 1011; Zimmerli, S. 14.
6. Salmina, S. 21.
7. BGE 147 IV 65, E. 5.2; BGE 137 I 209, E. 4.2; BGE 137 I 8, E. 2.5; Kiener/Kälin/Wyttenbach, N. 997; Riklin, Medienstrafrecht, S. 67; Zimmerli, S. 14.
8. BGE 147 IV 65, E. 5.2; BGE 137 I 209, E. 4.2; BGE 137 I 8, E. 2.5.
9. BGE 140 IV 108, E. 6.7; Nobel/Weber, S. 35, 411; Riklin, Medienstrafrecht, S. 67; Schwaibold, Facebook, N. 6; Schwarzenegger, Anwendungsbereich, S. 171.
10. Schwarzenegger, Anwendungsbereich, S. 166; vgl. BGE 74 IV 129, E. 2; vgl. Nobel/Weber, S. 208.

5 Aus dieser verfassungsrechtlichen Ausgangslage ergibt sich die Einsicht, dass Medien als **Träger öffentlicher Kritik und Kontrolle** auf besondere rechtliche Rahmenbedingungen angewiesen sind. Durch die **Kaskadenhaftung** in Art. 28 StGB und die damit einhergehende Konzentration auf eine primär verantwortliche Person wird das strafrechtliche Haftungsrisiko für die an der Herstellung und Verbreitung von Medienerzeugnissen Mitwirkenden gezielt reduziert.[11] Diese Modifikation bzw. Eingrenzung der Regeln über Eingrenzung der Regeln zur Teilnahme[12] verhindert eine «Verkettung» strafrechtlicher Verantwortlichkeit über sämtliche Stufen der medialen Herstellung und Verbreitung und schafft einen Ausgleich zwischen der Medienfreiheit und dem strafrechtlichen Sanktionsbedürfnis.[13]

6 Da sich bei Mediendelikten[14] oftmals nicht zuverlässig feststellen lässt, ob und in welchem Umfang eine Person an der strafbaren Veröffentlichung mitgewirkt hat, ist es zur Verhinderung von schwerfälligen und komplizierten Verfahren zur Feststellung der Verantwortlichkeiten zudem auch aus **strafprozessualer Sicht** geboten, dass sich die Strafverfolgung primär auf eine Person konzentriert.[15]

7 Ohne die zwingende und abschliessende Kaskadenhaftung[16] bestünde die Gefahr, dass die Mitwirkung an der Verbreitung neuer, potenziell kontroverser Gedanken eingeschränkt oder gar unterdrückt würde. Dies nähme den Medien ihre Grundlage als Institution der demokratischen Öffentlichkeit und ihre Funktion als Wächter der Gesellschaft.[17] Art. 28 StGB

11. Nobel/Weber, S. 415 f.; Riklin, Medienstrafrecht, S. 67; BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 2, 29; vgl. Schwarzenegger, Twibel, S. 220 f.
12. BGE 147 IV 65, E. 5.3; Niggli/Riklin/Stratenwerth, S. 11; Nobel/Weber, S. 414; Schwaibold, Facebook, N. 6; Schwarzenegger, Anwendungsbereich, S. 165 ff.; Schwarzenegger, Twibel, S. 221.
13. Nobel/Weber, S. 411 f.; vgl. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 1.
14. Zum Mediendelikt N. 29 ff.
15. BGE 128 IV 53, E. 5e; Musy, S. 15; Riklin, Kaskadenhaftung, S. 203; Riklin, Medienstrafrecht, S. 79; Riklin, Presserecht, § 5 N. 7; Riklin, Strafrecht, § 20 N. 11; Trechsel/Noll/Pieth/Simmler, S. 242; CR–Werly, Art. 28 StGB N. 23; vgl. PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 StGB N. 2.
16. HK–Wohlers, Art. 28 StGB N. 1.
17. BGE 147 IV 65, E. 5.4.2; Botschaft 1918, S. 11; Riklin, Kaskadenhaftung, S. 203; vgl. Riklin, Medienstrafrecht, S. 79 f.; vgl. PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 StGB N. 2.

dient daher der **Vermeidung repressiver Abschreckungseffekte** und dem Schutz der Meinungs- und Medienfreiheit.[18]

Der dargelegte Sinn und Zweck wirft die Frage auf, ob die für traditionelle Medien entwickelte Sonderbestimmung auch auf **soziale Medien** übertragbar ist bzw. sein sollte. Angesichts der allgemeinen Zugänglichkeit von Publikationsmöglichkeiten im Internet und der veränderten Medienstruktur erscheint eine Privilegierung im Rahmen von Art. 28 StGB nach geltendem Recht fraglich[19] und bedarf weiterer Forschung. 8

## II. AUSSCHLIESSLICHE STRAFBARKEIT DES AUTORS (ABS. 1)

### A. Medienbegriff

Art. 28 StGB setzt die Begehung einer strafbaren Handlung «durch Veröffentlichung in einem Medium» voraus. Die Anwendbarkeit knüpft somit an die **Nutzung eines Mediums** an. 9

#### 1. Begriffsverständnis im Kontext traditioneller Medienstrukturen

Der bei der Entstehung der Norm prägende Begriff der «Druckerpresse» erfasste sämtliche Erzeugnisse, die mittels eines mechanischen Verfahrens in unbegrenzter Anzahl **vervielfältigt** werden konnten, wie etwa Broschüren oder Plakate.[20] 10

Der Gesetzgeber legte der Revision des Medienstrafrechts 1996 durch eine «gesamtmediale Betrachtungsweise» ein weites und flexibles Verständnis des Medienbegriffs zugrunde, um den raschen technischen Entwicklungen Rechnung tragen zu können. Er sah dabei eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf alle zur Kommunikation einsetzbaren Mittel und damit «auf alle Medien» vor.[21] Auf eine normative Definition des Begriffs 11

18. Schwarzenegger, Anwendungsbereich, S. 170; Schwarzenegger, Twibel, S. 220 f.
19. Schwaibold, Twitter, N. 20; vgl. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 24. Zu den Kommunikationsfreiheiten abgeleiteten Ziele des Medienstrafrechts und ihre Angemessenheit im Internetzeitalter ausführlich Schwarzenegger, Anwendungsbereich, S. 169 ff., 187 f.
20. BGE 147 IV 65, E. 5.4.1; BGE 128 IV 53, E. 5c; BGE 74 IV 129, E. 2; PC–Dupuis/Moreillon/Piguet/Berger/Mazou, Art. 28 StGB N. 4; Riklin, Presserecht, § 5 N. 78.
21. Botschaft 1996, S. 549.

verzichtete er jedoch. Dadurch entsteht ein **offenes** und **dynamisches Begriffsverständnis**, dessen Konkretisierung der Lehre und Rechtsprechung überlassen bleibt.

12 Der Grossteil der heutigen Lehre sowie die Rechtsprechung gehen von einem **funktionalen Medienbegriff** aus, der sich nicht auf Massenmedien beschränkt[22], sondern alle für die Kommunikation einsetzbaren physischen und elektronischen Mittel umfasst.[23] Neben klassischen **Kommunikationsträgern**, etwa Zeitungen, Zeitschriften oder Radio gelten gemäss dem Bundesgericht auch elektronische **Kommunikationsmittel,** wie beispielweise Video, Teletext oder Videotext als Medium.[24] Eine Periodizität ist dabei nicht vorausgesetzt, sodass auch einmalige oder unregelmässige Medienerzeugnisse erfasst werden, insbesondere Publikationen in Büchern oder Kinofilme.[25] Ebenso ist es unerheblich, ob die Vervielfältigung innerhalb eines organisierten Betriebs oder ausserhalb erfolgt.[26]

### 2. Begriffsverständnis im Kontext sozialer Medien

13 Das Aufkommen sozialer Medien wirft die Frage auf, ob diese ebenfalls in den Anwendungsbereich von Art. 28 StGB fallen. Die überwiegende Mehrheit der Lehre geht basierend auf einem **weiten Begriffsverständnis** davon aus, dass soziale Medien unter den Begriff des Mediums fallen.[27] Es werden jedoch auch kritische Stimmen laut, die eine Begrenzung auf unternehmerisch organisierte Medienunternehmen fordern[28] oder soziale Medien wie Facebook oder Twitter grundsätzlich nicht als Medium i.S.v. Art. 28 StGB qualifizieren.[29]

14 Soziale Medien ist ein **Sammelbegriff** für eine Vielzahl digitaler, vernetzter Infrastrukturen und Technologien, die das onlinebasierte Erstellen,

22. BGE 147 IV 65, E. 5.4.3; statt Vieler Schwaibold, Twitter, N. 8; Stratenwerth/Bommer, § 13 N. 168.
23. Nobel/Weber, S. 414; Schwarzenegger, Twibel, S. 223; PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 StGB N. 3.
24. BGE 147 IV 65, E. 5.4.3; kritisch hierzu Schwaibold, Facebook, N. 14.
25. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 48.
26. BGE 147 IV 65, E. 5.4.1; BGE 74 IV 129, E. 2.
27. Nobel/Weber, S. 414; Riklin, Strafrecht, § 20 N. 2; Schwarzenegger, Anwendungsbereich, S. 173 f.; Schwarzenegger, Twibel, S. 223 f.; PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 StGB N. 3; a. M. in Bezug auf Twitter Schwaibold, Twitter, N. 1 ff.

Bearbeiten und Veröffentlichen von Inhalten ermöglichen, den Zugang zu Informationen und deren Verbreitung erleichtern sowie die aktive Partizipation und Beziehungspflege zwischen Menschen unterstützen.[30] Soziale Medien treten dabei in verschiedenen Ausprägungen auf. Neben sozialen Netzwerken, Mikroblogs, Newsgroups, Instant-Messaging-Diensten sowie audiovisuellen Medienseiten sind auch Mischformen möglich.[31]

Dieses Begriffsverständnis verdeutlicht, dass die Einordnung sozialer Medien als Oberkategorie noch keinen unmittelbaren Rückschluss darauf erlaubt, ob im konkreten Einzelfall ein medienstrafrechtlich relevantes Medienerzeugnis in einem von Art. 28 StGB erfassten Medium vorliegt. Das Bundesgericht betont, dass der weite Medienbegriff **nicht** dazu führt, dass soziale Medien **automatisch als Medium** zu qualifizieren sind. Es relativiert die eigenständige Voraussetzung des Mediums, indem es die Anwendbarkeit von Art. 28 StGB im Einzelfall darauf abstellt, ob «das Medienerzeugnis der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird.»[32] Die Abgrenzung des Anwendungsbereichs verschiebt sich damit vom blossen Begriff des Mediums hin zum Erfordernis der tatsächlichen öffentlichen Zugänglichmachung.[33] 15

Um diese Verschiebung zu verhindern, ist die Qualifikation als Medium daran zu knüpfen, ob durch ein Mittel gedankliche oder bildliche Inhalte einem grösseren, nicht persönlich verbundenen Personenkreis **zugänglich gemacht werden** *kann* und daher **zur öffentlichen Vermittlung** *geeignet* ist.[34] Das Erfordernis der Veröffentlichung hingegen umfasst die konkrete Verwendung des Mediums und ist als separate Voraussetzung zu prüfen. 16

29. Schwaibold, Facebook, N. 11 ff.; Schwaibold, Twitter, insbesondere N. 8 ff. Er schlägt vor, dass sich der Medienbegriff nach Art. 28 StGB an demjenigen von Art. 28a StGB orientieren sollte.
28. Schwaibold, Twitter, N. 20, 33; Schwarzenegger, Twibel, S. 231; a. M. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 47.
30. Nobel/Weber, S. 26 f.; Stumpp/Michelis, S. 21 f.
31. BGE 147 IV 65, E. 5.4.4.
32. BGE 147 IV 65, E. 5.4.4; Donatsch/Godenzi/Tag, S. 209; Trechsel/Noll/Pieth/Simmler, S. 243; HK–Wohlers, Art. 28 StGB N. 2.
33. Schwaibold, Twitter, N. 41; Stratenwerth/Bommer, § 13 N. 168.
34. Niggli/Schwarzenegger, S. 65; Trechsel/Noll/Pieth/Simmler, S. 243; HK–Wohlers, Art. 28 StGB N. 2; vgl. Donatsch/Godenzi/Tag, S. 209 f.

## B. Veröffentlichung

### 1. Notwendigkeit der Öffentlichkeit

17 Die strafbare Handlung muss durch Veröffentlichung begangen werden. Eine Veröffentlichung
liegt vor, wenn ein Inhalt in Verkehr gebracht und damit dem **Kontroll- oder Einflussbereich** des Autors **entzogen** wird, wodurch dieser den Zugriff der Adressaten nicht mehr steuern kann.[35]

18 Der Inhalt muss daher der **Öffentlichkeit zugänglich** sein, sodass er von einer unbestimmten Vielzahl von Personen oder einem grösseren Personenkreis wahrgenommen werden kann, der nicht durch persönliche Beziehungen verbunden ist.[36] Nicht als veröffentlicht gilt folglich ein Inhalt, der sich im privaten Rahmen hält, wobei das Private durch den Familien- und Freundeskreis oder ein besonderes Vertrauensverhältnis geprägt ist.[37] Darunter fällt insbesondere die Kommunikation zwischen Einzelpersonen per E-Mail oder SMS.[38] Mit diesem Erfordernis der öffentlichen Zugänglichmachung wird der Anwendungsbereich von der direkten Kommunikation abgegrenzt, welche nicht unter Art. 28 StGB fällt.[39]

19 Als Veröffentlichung gilt auch, wenn der Inhalt einem begrenzten Adressatenkreis zugänglich gemacht wird, sofern er grundsätzlich innerhalb dieses Kreises von **jeder interessierten Person zur Kenntnis genommen** werden kann.[40] Dies ist etwa dann der Fall, wenn in einer Gemeinde eine Broschüre in einer Auflage von zweihundert Exemplaren verteilt wird.[41]

20 Eine **tatsächliche Kenntnisnahme** des Inhalts ist **nicht vorausgesetzt**.[42] Die zeitliche Beschränkung der Zugänglichkeit hebt die Veröffentlichung

35. Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 615; Nobel/Weber, S. 415; Riklin, Kaskadenhaftung, S. 208; Schwarzenegger, Anwendungsbereich, S. 176; BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 51.
36. BGE 147 IV 65, E. 5.4.4; BGE 128 IV 53, E. 5c; BGE 82 IV 71, E. 4; BGE 74 IV 129, E. 2; Donatsch/Godenzi/Tag, S. 209; Nobel/Weber, S. 415; Riklin, Strafrecht, § 20 N. 4; Schwarzenegger, Anwendungsbereich, S. 175; CR–Werly, Art. 28 StGB N. 15.
37. Schwarzenegger, Anwendungsbereich, S. 176; vgl. in Analogie zu Art. 261$^{bis}$ StGB BGE 130 IV 111, E. 5.2.2.
38. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 53.
39. BGE 147 IV 65, E. 5.4.3; dem Bundesgericht zustimmend Schwaibold, Facebook, N. 18; Schwaibold, Twitter, N. 17; BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 44.
40. BGE 128 IV 53, E. 5c; BGE 82 IV 71, E. 4; BGE 74 IV 129, E. 2; Donatsch/Godenzi/Tag, S. 209; Schwarzenegger, Anwendungsbereich, S. 176.

nicht auf. Auch wenn Inhalte später zurückgerufen oder entfernt werden, gelten sie als veröffentlicht.[43]

Bei **Presseerzeugnissen** ist der Beginn der Zustellung, beispielweise durch die Übergabe an die Post, massgeblich für die Veröffentlichung.[44] Bei **elektronischen Medien** ist das Erfordernis der Öffentlichkeit neben Webseiten auch erfüllt bei Kommunikationen in Newsgroups, über Apps oder durch die Verbreitung via Mailinglisten, sofern sich diese an ein breites Publikum richten.[45] 21

Bei **Plattformen sozialer Medien** wird grundsätzlich angenommen, dass sie sich an die Öffentlichkeit richten. Eine Ausnahme liegt vor, wenn der Autor einen Beitrag durch individuelle Einstellungen bewusst nur einem beschränkten Personenkreis zugänglich macht.[46] Mitteilungen, die in geschlossenen, persönlich verbundenen Kommunikationskreisen verbreitet werden, fallen daher nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 28 StGB.[47] Ein Beitrag kann folglich dann als Veröffentlichung in einem Medium gelten, wenn er sich an einen **grösseren, nicht persönlich verbundenen Personenkreis** richtet.[48] Explizit als Veröffentlichung in einem Medium qualifiziert wurden bislang Beiträge auf dem weltweit grössten sozialen Netzwerk «Facebook»[49] sowie auf der Mikroblogging-Plattform «Twitter».[50] 22

42. Donatsch/Godenzi/Tag, S. 210; Schwarzenegger, Anwendungsbereich, S. 177; vgl. BGE 128 IV 53, E. 5d; vgl. Schwarzenegger, Twibel, S. 225.
41. BGE 74 IV 129, E. 2.
43. PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 StGB N. 6.
44. Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 615; Schwarzenegger, Anwendungsbereich, S. 176.
45. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 52.
46. BGE 147 IV 65, E. 5.4.4; Schwarzenegger, Twibel, S. 224 ff.; Trechsel/Noll/Pieth/Simmler, S. 243; BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 52a.
47. BGE 147 IV 65, E. 5.4.4; Donatsch/Godenzi/Tag, S. 209; Stratenwerth/Bommer, § 13 N. 168; HK–Wohlers, Art. 28 StGB N. 2.
48. BGE 147 IV 65, E. 5.4.4, 5.6; Stratenwerth/Bommer, § 13 N. 168; HK–Wohlers, Art. 28 StGB N. 2; kritisch hierzu Schwaibold, Facebook, N. 1 ff.
49. Vgl. zum Ganzen BGE 147 IV 65.
50. BezGer ZH 66150250 vom 26.1.2016, E. 4.3 (Infolge einer Einigung der Parteien vor Obergericht und dem damit verbundenen Rückzug des Strafantrags durch den Privatkläger wurde das Urteil aufgehoben. Angesichts der präjudizialen Qualität seiner Erwägungen wird das Urteil gleichwohl in die vorliegende Betrachtung einbezogen.). Dem Urteil zustimmend Roth, S. 293; ablehnend Schwaibold, Twitter, N. 1 ff.

## 2. Beschränkung auf medienspezifische Mitwirkung

23 Eine Veröffentlichung kann nicht nur die **Herstellung**, sondern auch die **Verbreitung** eines Medienerzeugnisses erfordern.[51] Die Anzahl der an diesem Prozess potenziell beteiligten Personen kann gross sein, da diese nicht zwingend Teil eines Medienunternehmens sein müssen.[52]

24 Um die Anwendbarkeit von Art. 28 StGB zu begrenzen, ist eine **medienspezifische Mitwirkung** an der Herstellung oder Verbreitung des Medienerzeugnisses erforderlich.[53] Wer an einer Veröffentlichung innerhalb der typischen Herstellungs- und Verbreitungskette mitwirkt, kann sich auf die ausschliessliche Strafbarkeit des Autors berufen. Bei einer Mitwirkung ausserhalb dieser Kette entfällt der medienspezifische Bezug und damit das Haftungsprivileg. In einem solchen Fall kommt die strafrechtliche Verantwortlichkeit für das betreffende Mediendelikt nach den allgemeinen Regeln über Täterschaft und Teilnahme in Betracht, da eine Berufung auf die Kaskadenhaftung nach Art. 28 StGB ausgeschlossen ist.[54]

25 Es ist jeweils im **Einzelfall** zu prüfen, was unter die medienspezifische Mitwirkung fällt. Dabei stellt sich die zentrale, medienabhängig unterschiedlich zu beantwortende Frage, wann eine Veröffentlichung als beendet gilt, da mit diesem Zeitpunkt die Möglichkeit weiterer medienspezifischer Mitwirkung entfällt.[55] Solange der Veröffentlichungsprozess noch gestoppt und damit Einfluss oder Kontrolle über den Inhalt ausübt werden kann, ist die Handlung nicht vollendet. Erst wenn die Äusserung für Dritte sichtbar und wahrnehmbar ist, gilt die Veröffentlichung als beendet.[56]

---

51. BGE 147 IV 65, E. 5.4.3; BGE 128 IV 53, E. 5e; BGE 73 IV 65, S. 67.
52. BGE 147 IV 65, E. 5.4.3; BGE 128 IV 53, E. 5e; BGE 74 IV 129, E. 2; BGE 73 IV 65, S. 67; Riklin, Strafrecht, § 20 N. 26.
53. BGE 147 IV 65, E. 5.5; BGE 128 IV 53, E. 5e; Riklin, Kaskadenhaftung, S. 208; Riklin, Strafrecht, § 20 N. 16.
54. BGE 147 IV 65, E. 5.5; BGE 128 IV 53, E. 5e; BGE 86 IV 145, E. 1; BGE 73 IV 65, S. 67 f.; Riklin, Strafrecht, § 20 N. 16; PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 StGB N. 9; Trechsel/Noll/Pieth/Simmler, S. 245; CR–Werly, Art. 28 StGB N. 24.
55. Donatsch/Godenzi/Tag, S. 210; Schwarzenegger, Anwendungsbereich, S. 178; Schwarzenegger, Twibel, S. 224 f.; BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 60.
56. Donatsch/Godenzi/Tag, S. 210 f.; Riklin, Kaskadenhaftung, S. 207; Schwarzenegger, Twibel, S. 224 f. Explizit zur Tatvollendung bei Ehrverletzungsdelikten BGE 146 IV 23, E. 2.2.4; BGE 102 IV 35, E. 2b; BGer 6B_440/2019 vom 18.11.2020, E. 2.4.1.

Die Anwendungsschwierigkeiten des Kriteriums der medienspezifischen Mitwirkung treten insbesondere bei **sozialen Medien** zutage. Das Bundesgericht hat sich zuletzt mit dieser Frage in einem Entscheid zu Facebook befasst, ohne dabei die typische Herstellungs- und Verbreitungskette ausdrücklich darzulegen.[57] 26

Während **Retweets** (Plattform X, früher Twitter) aufgrund des technischen Konzepts noch als Teil der medientypischen Verbreitung betrachtet werden[58], gilt ein mit **eigenem Kommentar versehener Repost** auf Facebook als eigenständige Veröffentlichung und fällt damit nicht mehr unter den Anwendungsbereich von Art. 28 StGB.[59] Zur Begründung führt das Bundesgericht an, dass der Ausgangspost durch den geteilten und kommentierten Beitrag der Kontrolle des ursprünglichen Autors entzogen ist. [60] Ein Repost, der mit einem eigenen Kommentar versehen ist, kann jedoch ausnahmsweise als medienspezifische Mitwirkung gelten, wenn er sich inhaltlich – vergleichbar mit einem Zitat – mit dem ursprünglichen Beitrag auseinandersetzt und die Absicht des Reposts nicht auf die blosse Weiterverbreitung der strafbaren Äusserung, sondern auf eine plattformspezifische Diskussion des Beitrags gerichtet ist.[61] 27

Nicht von der medienspezifischen Herstellungs- und Verbreitungskette erfasst werden weitere Verbreitungsformen wie beispielweise das **«Liken»**.[62] Das **Setzen eines Hyperlinks** gehört nur in Ausnahmefällen zur typischen Herstellungs- und Verbreitungskette, da der Linksetzer selten unmittelbar am Veröffentlichungsprozess beteiligt ist. In der Regel verweist ein Link lediglich auf bereits veröffentlichte Inhalte.[63] 28

57. BGer 6B_440/2019 vom 18.11.2020 (BGE 147 IV 65), insbesondere E. 5.6. Das Bundesgericht liess die Frage der Privilegierung nach Art. 28 StGB bezüglich des Weiterverbreitens von Beiträgen auf Facebook im Urteil 6B_1114/2018 vom 29.1.2020, E. 3, noch offen.
58. BGer 5A_195/2016 vom 4.7.2016, E. 5.3; BezGer ZH GG150250, E. 4.5; a. M. Schwaibold, Twitter, N. 37; Schwarzenegger, Twibel, S. 227 ff.; Sempach, N. 31. In der Lehre wird auf die Unterscheidung zwischen automatisierten und manuellen Retweets hingewiesen, Bähler, N. 31.
59. BGE 147 IV 65, E. 5.5 f.; kritisch zur Herleitung des Bundesgerichts Schwaibold, Facebook, insbesondere N. 36 ff.
60. BGE 147 IV 65, E. 5.6.
61. Vgl. Sempach, N. 31.
62. Riedo/Beglinger, S. 1261; Roth, S. 294; Sempach, N. 32; PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 StGB N. 9.
63. Schwarzenegger/Niggli, S. 30.

## C. Erschöpfung in der Veröffentlichung

29 Die strafbare Handlung muss sich in der Veröffentlichung erschöpfen. Der Anwendungsbereich ist folglich auf **Mediendelikte** beschränkt. Darunter sind Tatbestände zu verstehen, deren Deliktsvollendung sich **in der strafbaren Veröffentlichung** erschöpft. Diese Voraussetzung ist insbesondere bei Tätigkeitsdelikten erfüllt, die auf einer strafbaren Gedankenäusserung beruhen. Tatbestände, deren Vollendung einen weitergehenden Erfolg als die Veröffentlichung erfordern, sind demnach ausgeschlossen.[64]

30 Das Erfordernis, dass das strafbare Verhalten ausschliesslich durch die Veröffentlichung verwirklicht wird, erfüllen **Gedankenäusserungsdelikte**.[65] Der klassische Anwendungsfall sind die Ehrverletzungsdelikte nach Art. 173 ff. StGB.[66] Ebenfalls von Art. 28 StGB **erfasst** sind Art. 162 StGB (Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses), Art. 259 StGB (Öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit), Art. 276 StGB (Aufforderung und Verleitung zur Verletzung militärischer Dienstpflichten), Art. 293 StGB (Veröffentlichung amtlich geheimer Verhandlungen), Art. 320 f. StGB (Verletzung von Amts- und Berufsgeheimnissen) und Art. 3 i.V.m. Art. 23 UWG[67] (unlauterer Wettbewerb).[68]

31 Straftatbestände, deren Vollendung eine **aktive Mitwirkung** voraussetzt oder deren Erfolg von einer seelischen **Auswirkung beim Opfer** abhängt,

64. BGE 128 IV 53, E. 5c; Donatsch/Godenzi/Tag, S. 210; Nobel/Weber, S. 412 f.; Riklin, Kaskadenhaftung, S. 199; Riklin, Presserecht, § 5 N. 82; Schwarzenegger, Anwendungsbereich, S. 178 f.; Stratenwerth/Bommer, § 13 N. 169; Trechsel/Noll/Pieth/Simmler, S. 243 f.; vgl. PK-Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 StGB N. 7.
65. Riklin, Medienstrafrecht, S. 78; Riklin, Presserecht, § 5 N. 82; Riklin, Strafrecht, § 20 N. 5; Schultz, S. 275; PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 StGB N. 7.
66. A. M. bzgl. Art. 173 ff. StGB Donatsch/Godenzi/Tag, S. 211 f., Schwarzenegger, Anwendungsbereich, S. 181 ff.; Schwarzenegger, Twibel, S. 230.
67. Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241).
68. BGE 128 IV 53, E. 5c; BGE 125 IV 206, E. 3b; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 615; CR–Dupuis/Moreillon/Piguet/Berger/Mazou, Art. 322$^{bis}$ StGB N. 9; Nobel/Weber, S. 412; Riklin, Strafrecht, § 20 N. 7; Stratenwerth/Bommer, § 13 N. 169; PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 N. 7; Trechsel/Noll/Pieth/Simmler, S. 244; HK–Wohlers, Art. 28 N. 3. Werly geht von einem weiten Verständnis von Mediendelikten aus und zählt auch Art. 135 StGB, Art. 179 StGB, Art. 197 StGB, Art. 261 StGB, Art. 261$^{bis}$ StGB, Art. 266 StGB, Art. 266$^{bis}$ StGB, Art. 267 StGB, Art. 275$^{bis}$ StGB, Art. 296 StGB, Art. 297 StGB und Art. 329 StGB zu den Mediendelikten, CR–Werly, Art. 28 StGB N. 16.

sind vom Anwendungsbereich des Art. 28 StGB ausgeschlossen, weil die Deliktsvollendung nicht bereits durch die Veröffentlichung des Inhalts eintritt.[69] Art. 28 StGB findet folglich **keine Anwendung** auf Art. 146 StGB (Betrug), Art. 156 StGB (Erpressung), Art. 180 StGB (Drohung), Art. 181 StGB (Nötigung) sowie Art. 258 StGB (Schreckung der Bevölkerung).[70] Umstritten ist die Anwendbarkeit von Art. 28 StGB auf die Vorschriften des URG[71] (Urheberrechtsverletzungen).[72]

Das Bundesgericht hat zudem festgelegt, dass **Art. 28 StGB nur dann** greift, 32
wenn die Anwendung **nicht dem Zweck widerspricht**, den der Gesetzgeber mit der Sanktionierung der zugrunde liegenden Haupttat verfolgt.[73] Diese Einschränkung wird damit begründet, dass eine Strafnorm, die gerade darauf abzielt, die Veröffentlichung bestimmter Äusserungen oder Darstellungen – mithin illegaler Inhalte – zu verhindern, durch eine Beurteilung der Verantwortlichen nach Art. 28 StGB in ihrem gesetzgeberischen Zweck unterlaufen würde.[74] Gestützt auf diese Voraussetzung ist die Anwendung von Art. 28 StGB insbesondere auf Art. 135 StGB (Gewaltdarstellungen), Art. 197 Abs. 4 StGB (harte Pornographie) und Art. 261$^{bis}$ (Abs. 4) StGB (Diskriminierung und Aufruf zu Hass) ausgeschlossen.[75]

Diese durch das Bundesgericht eingeführte Einschränkung des 33
Anwendungsbereichs entgegen dem Wortlaut wird in der **herrschenden Lehre kritisiert,** da sie das Medienstrafrecht weitgehend aushöhlt.[76] Zur

69. BGE 125 IV 206, E. 3b; PC–Dupuis/Moreillon/Piguet/Berger/Mazou, Art. 28 StGB N. 8; Nobel/Weber, S. 412; Schultz, S. 275; Trechsel/Noll/Pieth/Simmler, S. 244; CR–Werly, Art. 28 StGB N. 16.
70. BGE 125 IV 206, E. 3b; Hafter, S. 138; Nobel/Weber, S. 412; Riklin, Presserecht, § 5 N. 82; Stratenwerth/Bommer, § 13 N. 170; PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 N. 7.
71. Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (SR 231.1).
72. Zustimmend BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 67; ablehnend Riklin, Strafrecht, § 20 N. 9; Schwarzenegger, Anwendungsbereich, S. 173; PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 StGB N. 7, da sich das Urheberstrafrecht gegen die Verfügung über fremde Geisteswerke und nicht gegen die Gedankenäusserung richte.
73. BGE 125 IV 206, E. 3c; Donatsch/Godenzi/Tag, S. 212; Niggli/Riklin/Stratenwerth, S. 12 f.; Schultz, S. 275.
74. BGE 125 IV 206, E. 3c; gl. M. Schultz, S. 278; PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 StGB N. 7, welche jedoch eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage fordern, weil es sich um eine «strafbarkeitserweiternde» Abweichung vom Gesetzeswortlaut handle.
75. BGE 126 IV 176, E. 2; BGE 125 IV 206, E. 3c; Donatsch/Godenzi/Tag, S. 212; Trechsel/Noll/Pieth/Simmler, S. 244.

Gewährleistung der Rechtssicherheit wird unter anderem verlangt, dass der Gesetzgeber eine abschliessende Liste der Mediendelikte gesetzlich verankert.[77]

## D. Zur Strafbarkeit des Autors

34 Sind die Voraussetzungen von Art. 28 Abs. 1 StGB erfüllt, haftet – vorbehaltlich der Absätze 2 bis 4 – **ausschliesslich der Autor**. Dies ergibt sich daraus, dass sowohl die inhaltliche Kontrolle als auch die Entscheidungsbefugnis über die Veröffentlichung bei ihm liegen, sofern die Publikation nicht ohne seine Zustimmung erfolgt ist (vgl. Art. 28 Abs. 3 StGB).[78]

35 Durch die ausschliessliche Strafbarkeit des Autors werden mit Ausnahme des Autors alle Personen privilegiert, die **medienspezifisch am Medienerzeugnis mitgewirkt** haben.[79] Sie unterliegen der Kaskadenhaftung und bleiben – abweichend von der Teilnahmelehre[80] – straflos oder können lediglich subsidiär zur Verantwortung gezogen werden.[81]

36 Als Autor gilt, wer den **Inhalt** des Medienerzeugnisses **bestimmt** und ihm die **äussere Form verleiht**. Dieses Erfordernis gilt auch dann als erfüllt, wenn der Inhalt in ein neues Dokument übernommen oder im Rahmen einer Website online veröffentlicht wird.[82] In diesem Sinne können auch Blogger und Verfasser von Leserbriefen oder Kolumnen als Autoren qualifiziert werden.[83] Die Autoreneigenschaft erfüllt ebenfalls, wer den Inhalt **durch einen Dritten verfassen** lässt oder sich **als Autor ausgibt** und die Verantwortung übernimmt.[84]

---

76. Bericht Expertenkommission, S. 62 f.; Schwarzenegger, Anwendungsbereich, S. 185 f.; Schwarzenegger, Twibel, S. 226; Stratenwerth/Bommer, § 13 N. 169; CR–Werly, Art. 28 StGB N. 20; HK–Wohlers, Art. 28 N. 3; ausführlich hierzu Riklin, Kaskadenhaftung, S. 199 ff.
77. Hafter, S. 150; Schwarzenegger, Anwendungsbereich, S. 187; Schwarzenegger, Twibel, S. 231.
78. Art. 28 Abs. 3 StGB; vgl. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 73.
79. BGE 147 IV 65, E. 5.5; BGE 128 IV 53, E. 5e; BGE 86 IV 145, E. 1; BGE 73 IV 65, S. 67; Stratenwerth/Bommer, § 13 N. 172; Trechsel/Noll/Pieth/Simmler, S. 244 f.
80. BGE 147 IV 65, E. 5.3; Niggli/Riklin/Stratenwerth, S. 11; Nobel/Weber, S. 414; Schwaibold, Facebook, N. 6; Schwarzenegger, Anwendungsbereich, S. 172; Schwarzenegger, Twibel, S. 221.
81. Trechsel/Noll/Pieth/Simmler, S. 245; HK–Wohlers, Art. 28 StGB N. 1.
82. BGE 128 IV 53, E. 5e; BGE 73 IV 218 E. 2; Riklin, Strafrecht, § 20 N. 13; PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 StGB N. 8; Trechsel/Noll/Pieth/Simmler, S. 244.
83. Nobel/Weber, S. 417; BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 80.

**Nicht** als Autor gilt die **übersetzende Person**, da sie den gedanklichen Gehalt nicht eigenständig prägt, sofern sie keine inhaltlichen Änderungen vornimmt und die Übersetzung keine sinnverändernden Fehler enthält.[85] Ebenfalls nicht erfasst ist, wer eine Agenturmeldung unter Quellenangabe weitergibt.[86] Auch ein Betreiber eines Internet-Diskussionsforums gilt nicht als Autor, da er keine eigene inhaltliche Gestaltung vornimmt und die Beiträge nicht gedanklich prägt.[87] 37

Liegt eine strafbare Handlung vor, die von mehreren Autoren gemeinschaftlich begangen wurde, können nach den Grundsätzen der Mittäterschaft alle Autoren als Täter strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.[88] 38

Im Unterschied zum Strafrecht besteht im **Zivilrecht** keine Regelung, welche die Verantwortlichkeit ausschliesslich auf den Autor beschränkt. Der geschädigten Person steht daher der zivilrechtliche Weg nach Art. 28 Abs. 1 ZGB offen, wonach gegen jede Person vorgegangen werden kann, die an der Persönlichkeitsverletzung mitwirkte.[89] 39

## III. ZWEISTUFIGE SUBSIDIÄRE VERANTWORTLICHKEIT (ABS. 2)

Art. 28 Abs. 2 StGB **beschränkt den Kreis an potenziell Verantwortlichen** auf eine gestufte Reihe subsidiär Haftender. Medienunternehmen sind gemäss Art. 322 Abs. 1 StGB verpflichtet, die Identität der nach Art. 28 Abs. 2 bzw. 3 StGB verantwortlichen Personen bekanntzugeben. Ein Teil der Lehre folgert daraus, dass als subsidiär verantwortliche Person nur in Betracht kommt, wer innerhalb des betreffenden Medienunternehmens tätig ist.[90] Das 40

84. BGE 128 IV 53, E. 5e; BGE 82 IV 71, E. 1; BGE 73 IV 218, E. 2; BGer 6B_683/2016 vom 14.3.2017, E. 2.3; Botschaft 1996, S. 550; Donatsch/Godenzi/Tag, S. 213; Nobel/Weber, S. 416; Riklin, Strafrecht, § 20 N. 13; CR–Werly, Art. 28 StGB N. 22.
85. BGE 128 IV 53, E. 5e; BGE 82 IV 71, E. 1.
86. Vgl. zum Ganzen BGE 82 IV 71; Stratenwerth/Bommer, § 13 N. 171.
87. BGer 6B_645/2007 vom 2.5.2008, E. 7.3.4.4.
88. BGE 128 IV 53, E. 5e; Riklin, Strafrecht, § 20 N. 16; PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 StGB N. 11 mit weiterführenden Ausführungen zur umstrittenen Frage, inwiefern bei Mediendelikten eine Teilnahme möglich ist. Die Teilnahme bejahend Trechsel/Noll/Pieth/Simmler, S. 245.
89. BGE 128 IV 53, E. 8; BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 10.

Bundesgericht hingegen erstreckt die Kaskadenhaftung auch auf Personen, die nicht einem Medienunternehmen angehören.[91]

41 Die subsidiär Verantwortlichen sind nicht für das Mediendelikt strafbar, sondern – dem Verschuldensprinzip Rechnung tragend – ausschliesslich nach Art. 322$^{bis}$ StGB wegen des echten Unterlassungsdelikts der **vorsätzlichen oder fahrlässigen Nichtverhinderung einer strafbaren Veröffentlichung**.[92] Dieses Verfahren tritt von Amtes wegen ein, wenn der Autor nicht ermittelt oder in der Schweiz nicht vor Gericht gestellt werden kann.[93]

42 Das **Nichtverhindern einer Veröffentlichung** ist zu bejahen, wenn eine Veröffentlichung trotz bestehender Möglichkeit zur Verhinderung nicht unterbunden wurde. Eine Pflicht, gegen bereits erfolgte Veröffentlichungen einzuschreiten, besteht hingegen nicht, da das Delikt zu diesem Zeitpunkt bereits vollendet ist.[94] Eine Teilnahme am Delikt ist folglich nicht mehr möglich, womit auch die Anwendung der Kaskadenhaftung nach Art. 28 StGB ausgeschlossen ist.

43 Ist das vom Autor begangene **Mediendelikt ein Antragsdelikt**, greift die subsidiäre Verantwortlichkeit gemäss Art. 322$^{bis}$ Abs. 3 StGB nur, wenn gegen den (un)bekannten Autor fristgerecht Strafantrag gestellt wurde.[95]

## A. Stufe 1: Haftung des verantwortlichen Redaktors

44 Kann der **Autor nicht ermittelt** oder in der Schweiz **nicht vor Gericht gestellt** werden, so haftet an seiner Stelle subsidiär der verantwortliche Redaktor.

45 Als verantwortlicher Redaktor gilt die Person, die sowohl die **inhaltliche Verantwortung** als auch die **tatsächliche Entscheidungsbefugnis** für die

90. Donatsch/Godenzi/Tag, S. 214; Niggli/Riklin/Stratenwerth, N. 18; Riklin, Medienstrafrecht, S. 82 f.
91. BGE 128 IV 53, E. 5e; BGE 74 IV 129, E. 2.
92. BGE 150 IV 433, E. 6.9; BGE 147 IV 65, E. 5.3; Canonica, S. 63; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 613; Niggli/Riklin/Stratenwerth, S. 11; Nobel/Weber, S. 418; PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 322$^{bis}$ StGB N. 1; BK–Zeller, Art. 322$^{bis}$ StGB N. 4, 8.
93. BGE 130 IV 121, E. 2.3.
94. PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 322$^{bis}$ StGB N. 4; CR–Werly, Art. 322$^{bis}$ StGB N. 6.
95. BGE 130 IV 121, E. 2.3; Canonica, S. 64; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 617.

zur Veröffentlichung bestimmten Inhalte innehat. Die Veröffentlichung muss ihrem Verantwortungsbereich unterliegen, wobei entscheidend ist, dass sie die tatsächliche Möglichkeit zur inhaltlich-redaktionellen Überarbeitung hat. Die subsidiäre Haftung des verantwortlichen Redaktors erstreckt sich ausschliesslich auf Veröffentlichungen des Medienunternehmens, für das er tätig ist.[96]

Gemäss Art. 322 Abs. 2 StGB müssen Zeitungen und Zeitschriften im **Impressum** einen verantwortlichen Redaktor nennen. Dieser muss jedoch nicht zwingend mit der im Impressum bezeichneten Person identisch sein. Massgeblich ist vielmehr, wer tatsächlich die Möglichkeit hatte, den strafrechtlich relevanten Inhalt abzuändern oder nicht zu veröffentlichen.[97] 46

## B. Stufe 2: Haftung der für die Veröffentlichung verantwortlichen Person

### 1. Veröffentlichung im Allgemeinen

Fehlt auch ein verantwortlicher Redaktor, was vor allem ausserhalb von Medienunternehmen der Fall ist, so wird in einem weiteren Schritt die für die Veröffentlichung **verantwortliche Person** nach Art. 322$^{bis}$ StGB haftbar. 47

Die Qualifikation der verantwortlichen Person setzt eine inhaltliche oder wirtschaftliche Mitwirkung an der Entscheidung über die Veröffentlichung voraus. Erfasst ist zudem, wer eine medienspezifische **Überwachungspflicht** innehat und die tatsächliche **Möglichkeit** besitzt, eine **Veröffentlichung zu verhindern**.[98] 48

96. BGer 6B_1033/2023 vom 8.7.2024, E. 6.8; Botschaft 1996, S. 551; Donatsch/Godenzi/Tag, S. 214 f.; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 615; PC–Dupuis/Moreillon/Piguet/Berger/Mazou, Art. 322$^{bis}$ StGB N. 12; Nobel/Weber, S. 418 f.; PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 322$^{bis}$ StGB N. 4; BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 96.
97. Donatsch/Godenzi/Tag, S. 214; PC–Dupuis/Moreillon/Piguet/Berger/Mazou, Art. 322$^{bis}$ StGB N. 5.
98. BGer 6B_1033/2023 vom 8.7.2024, E. 6.8; Botschaft 1996, S. 551; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 615; PC–Dupuis/Moreillon/Piguet/Berger/Mazou, Art. 322$^{bis}$ StGB N. 5; Niggli/Riklin/Stratenwerth, S. 18 ff.; Nobel/Weber, S. 419 f.; Riklin, Strafrecht, § 20 N. 26; PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 StGB N. 14; CR–Werly, Art. 322$^{bis}$ StGB N. 8; BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 93, 98.

## 2. Veröffentlichung im Internet

49 Bei einer Veröffentlichung im Internet sind regelmässig **mehrere Akteure** beteiligt, die als verantwortliche Personen in Betracht kommen können. Diese Mehrfachbeteiligung erschwert die Zurechnung von strafrechtlicher Verantwortung und wirft die Frage auf, ob auch Internetprovider i.S.v. Art. 28 Abs. 2 StGB subsidiär haftbar gemacht werden können.[99] Die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt diese Frage unbeantwortet.[100]

50 Im Unterschied zu Medienunternehmen, die eigene Inhalte herstellen, stellen **Internetprovider** in erster Linie technische Infrastruktur für Veröffentlichungen zur Verfügung.[101] Sie lassen sich grob wie folgt unterscheiden:[102]

- Content-Provider: bieten eigene Inhalte oder von Dritten übernommene Informationen an.
- Access-Provider: stellen den Zugang zum Web und anderen Internetdiensten sicher.
- Host-Provider: stellen Content-Providern auf vertraglicher Basis Speicherplatz und Serverinfrastruktur auf ihrem Web-Server zur Verfügung.

51 Ob diese Akteure als für die Veröffentlichung verantwortliche Personen qualifiziert werden können, ist umstritten und hängt von ihrem **Einfluss** auf den Inhalt sowie ihrer **Macht, die Veröffentlichung zu verhindern**, ab.[103] Da Provider zumeist juristische Personen sind, stellt sich die weiterführende Frage, anhand welcher Kriterien die verantwortliche natürlichen Person zu identifizieren ist.

52 Hinsichtlich **Content-Providern** besteht Einigkeit. Sie gestalten Inhalte und nehmen damit redaktionelle Entscheidungen vor. Es macht für die

99. Donatsch/Godenzi/Tag, S. 217.
100. Eine analoge Anwendung zum sogenannten «Teleskop-Entscheid» (BGE 121 IV 109) scheidet insbesondere aufgrund der unterschiedlichen funktionalen Rollen der Beteiligten aus, vgl. Bericht Expertenkommission, S. 67; Donatsch/Godenzi/Tag, S. 218; Niggli/Riklin/Stratenwerth, S. 22 ff.
101. Nobel/Weber, S. 420.
102. Bericht Expertenkommission, S. 28 f.; Donatsch/Godenzi/Tag, S. 216 f.; Niggli/Schwarzenegger, S. 61.

Verantwortlichkeit keinen Unterschied, ob sich eine Äusserung in traditionellen Medien oder auf einer Website befindet. Content-Provider gelten daher als **subsidiär verantwortliche Personen**.[104]

Demgegenüber stellen sich bei **Access- und Host-Providern** komplexe Fragen. Es ist umstritten, ob diese von der Kaskadenhaftung erfasst sind bzw. sein sollten. Geht man davon aus, dass Art. 322$^{bis}$ StGB die Verantwortlichkeit an die Zugehörigkeit zu einem Medienunternehmen knüpft, werden ausschliesslich Personen erfasst, die innerhalb eines solchen medientypisch tätig sind. Dies hat zur Konsequenz, dass Internetprovider grundsätzlich nicht unter den Anwendungsbereich der Kaskadenhaftung fallen, ausser sie üben parallel medientypische Funktionen aus.[105] Die Botschaft[106] und ein Bericht des Bundesamts für Justiz[107] haben die Qualifikation von Access- und Host-Providern als subsidiär verantwortliche Personen nach Art. 28 Abs. 2 StGB jedoch grundsätzlich bejaht. Die Lehre lehnt dies hingegen weitgehend ab und sieht Access- und Host-Provider zu Recht nicht vom Anwendungsbereich erfasst.[108] 53

**Access-Provider** stellen ausschliesslich den technischen Zugang zum Internet bereit und ermöglichen den Nutzern den Zugriff auf bereits veröffentlichte Inhalte, ohne selbst Einfluss darauf zu nehmen.[109] 54

Das Bundesamt für Justiz begründet die subsidiäre Verantwortlichkeit damit, dass Access-Provider ein «unabdingbares Glied in der Kette» sind, um die vom Autor erstellten Inhalte an den Endnutzer zu bringen.[110] Gleichzeitig schränkt es die Verantwortlichkeit ein: Access-Provider gelten nur dann als subsidiär verantwortlich, wenn sie **konkrete und zuverlässige Kenntnis** vom 55

103. Donatsch/Godenzi/Tag, S. 215 ff.; Niggli/Riklin/Stratenwerth, S. 18 f.; BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 100.
104. Bundesamt für Justiz, S. 14; Donatsch/Godenzi/Tag, S. 216; Niggli/Riklin/Stratenwerth, S. 42 f.; vgl. Riklin, Medienstrafrecht, S. 82.
105. Donatsch/Godenzi/Tag, S. 214 ff.; Niggli/Schwarzenegger, S. 62; BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 100.
106. Botschaft 1996, S. 552.
107. Bundesamt für Justiz, S. 15 ff.
108. Donatsch/Godenzi/Tag, S. 216 f.; Niggli/Riklin/Stratenwerth, S. 21; Stratenwerth/Bommer, § 13 N. 174; PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 StGB N. 14.
109. Donatsch/Godenzi/Tag, S. 216 f.; Niggli/Riklin/Stratenwerth, S. 21; Niggli/Schwarzenegger, S. 61, 72; BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 105.
110. Bundesamt für Justiz, S. 19 ff.

Bestehen eines bestimmten deliktischen Inhalts erlangt haben und es daraufhin vorsätzlich unterlassen haben, diesen zu entfernen.[111] Diese Argumentation verkennt jedoch, dass gemäss Art. 322$^{bis}$ Abs. 1 StGB auch fahrlässiges Unterlassen strafbar ist, was die Verletzung einer Sorgfaltspflicht voraussetzt.[112] Eine Pflicht zur flächendeckenden (vorgängigen) Kontrolle bzw. Überwachung von Inhalten besteht nicht[113] und ist abzulehnen. Die erforderliche Sorgfaltspflicht wird daher mangels spezifischer gesetzlicher Grundlage vom Bundesamt für Justiz wenig überzeugend vom **allgemeinen Gefahrensatz** abgeleitet, da Medien ein besonderes Gefährdungspotenzial aufweisen und strafrechtlich relevante Inhalte ohne den Access-Provider nicht an den Nutzer gelangen würden.[114] Aus der vermeintlichen Begründung der Eingrenzung der Verantwortlichkeit wird deutlich, dass Access-Provider aufgrund fahrlässigen Verhaltens in nahezu allen Fällen als subsidiär verantwortlich zu qualifizieren wären. Dem ist zu widersprechen.

56 Die subsidiäre Verantwortlichkeit setzt voraus, dass realistische Möglichkeiten bestehen, **Inhalte** zu **kontrollieren** und deren **Veröffentlichung** zu **verhindern.**[115] Bei Access-Providern ist dies jedoch gerade nicht der Fall. Das Bereitstellen des Zugangs dient allein den Nutzern und begründet keine Verantwortung für die veröffentlichten Inhalte.[116] Access-Provider üben **weder** eine **redaktionelle Tätigkeit** aus noch verfügen sie über aktive Filtermechanismen. Angesichts der enormen Datenmenge sind **Kontrollmöglichkeiten faktisch ausgeschlossen**. Ihnen fehlt daher die Möglichkeit, Inhalte zu überwachen oder deren Veröffentlichung zu verhindern. Technisch können sie lediglich den Zugang unterbrechen. Zudem besteht in der Regel keine unmittelbare oder vertragliche Beziehung zum Autor.[117] Access-Provider sind daher **nicht** als **subsidiär verantwortliche Personen** zu qualifizieren.[118]

111. Bundesamt für Justiz, S. 22 ff.
112. Niggli/Riklin/Stratenwerth, S. 5.
113. BGer 6B_645/2007 vom 2.5.2008, E. 7.3.4.4.2; BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 103; BSK–Zeller, Art. 322$^{bis}$ StGB N. 16; auf die Gefahr einer Übernahmefahrlässigkeit weisen Donatsch/Godenzi/Tag, S. 219 f. hin.
114. Bundesamt für Justiz, S. 22 f.
115. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 105.
116. Niggli/Schwarzenegger, S. 62 f.
117. Niggli/Riklin/Stratenwerth, S. 21; BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 100, 105; vgl. Donatsch/Godenzi/Tag, S. 216 f. Diesen Aspekt bejaht teilweise auch das Bundesamt für Justiz, S. 17.

**Host-Provider** betreiben die technische Infrastruktur und nehmen regelmässig eine automatisierte Aufschaltung von Inhalten vor. Dabei werden Daten des Content-Providers auf dem Server des Host-Providers gespeichert. [119] 57

Nach Auffassung des Bundesamts für Justiz stehen Host-Provider in der Übertragungskette zwischen Autor und Nutzer dem **Autor** funktional **am nächsten**. Aufgrund der vertraglichen Bindung an den Autor könnten sie sich Aufsichtsrechte über die von ihnen weitergeleiteten Inhalte vorbehalten. Folglich seien sie in der Lage, bei Bedarf die erforderlichen Sperrmassnahmen zu ergreifen. Unter diesen Umständen erscheine es sachgerecht, Hosting-Provider als subsidiär verantwortliche Personen zu qualifizieren.[120] 58

Host-Provider sind am Veröffentlichungsprozess **nicht überwachend beteiligt** und üben **keine redaktionelle Tätigkeit** aus.[121] Zwar verfügen sie über die technischen Möglichkeiten, eine Veröffentlichung durch Sperrmassnahmen zu verhindern. Eine Überwachungspflicht besteht hingegen nicht, da es keine Verpflichtung zur Verhinderung zukünftiger Rechtsverletzungen gibt.[122] Die Tätigkeit von Host-Providern beschränkt sich auf die Bereitstellung von Speicherplatz und die automatisierte Aufschaltung von Informationen. Eine Verantwortlichkeit für die Inhalte folgt daraus nicht. [123] Host-Provider sind daher **nicht** als **subsidiär verantwortliche Personen** zu qualifizieren.[124] 59

Aufgrund bestehender Unklarheiten hinsichtlich des Anwendungsbereichs von Art. 28 StGB bzw. Art. 322$^{bis}$ StGB beauftragte der Bundesrat 2004 in Erfüllung einer Motion[125] eine Expertenkommission mit der Ausarbeitung einer Revisionsvorlage. Im Zuge dieser Arbeiten wurde eine Verantwortlichkeitsregel für Provider vorgeschlagen, die sich klar vom 60

118. Riklin, Strafrecht, § 20 N. 28; vgl. Niggli/Riklin/Stratenwerth, S. 43. Eine Straflosigkeit für reine Access-Provider sieht auch die E-Commerce Richtlinie in Art. 12 vor.
119. Bericht Expertenkommission, S. 28 f.; Donatsch/Godenzi/Tag, S. 217.
120. Bundesamt für Justiz, S. 16.
121. Donatsch/Godenzi/Tag, S. 217; vgl. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 96, 103.
122. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 103.
123. Donatsch/Godenzi/Tag, S. 217; Niggli/Schwarzenegger, S. 62 f.
124. Eine Straflosigkeit für Hosting-Provider ist auch in Art. 14 der E-Commerce-Richtlinie vorgesehen, sofern diese keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information haben.

Anwendungsbereich von Art. 28 StGB abgrenzte.[126] Das Parlament **verzichtete** jedoch darauf, eine **entsprechende Regelung einzuführen**, da «auf der Grundlage des Medienstrafrechts (...) und der allgemeinen Grundsätze über Täterschaft und Teilnahme (...) sachgerechte Lösungen möglich» seien.[127]

61 Auch beim Betrieb von **Plattformen sozialer Medien** stellen sich spezifische Zurechnungsfragen. Plattformbetreiber gestalten die Kommunikationsumgebung und bestimmen die Möglichkeiten der Kommunikation und Verbreitung von Inhalten.[128] Das Bundesgericht hat jedoch eine grundsätzliche permanente Überwachungspflicht für Online-Diskussionsforen verneint.[129] Dennoch ist denkbar, dass Plattformbetreiber unter bestimmten Umständen zur Überwachung und Verhinderung von rechtswidrigen Inhalten verpflichtet sind. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn eine Rechtsverletzung aufgrund der Umstände vorhersehbar ist, etwa bei wiederholten Verstössen eines Nutzers.[130] Ob und unter welchen Voraussetzungen Plattformbetreiber sozialer Medien subsidiär belangt werden können, bleibt damit offen und ist im Einzelfall kontextabhängig zu beurteilen.

## IV. VERÖFFENTLICHUNG OHNE ZUSTIMMUNG DES AUTORS (ABS. 3)

62 Erfolgt eine Veröffentlichung ohne Wissen oder gegen den Willen des Autors, so ist der **verantwortliche Redaktor** und subsidiär die für die **Veröffentlichung verantwortliche Person** strafbar. Der Autor hingegen bleibt straflos, da er ohne Vorsatz zur Verwirklichung der Tat beigetragen hat.[131]

125. Motion 00.3714, Netzwerkkriminalität. Änderung der rechtlichen Bestimmungen, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20003714, besucht am 2.1.2026.
126. Donatsch/Godenzi/Tag, S. 219 f. Dass der Anwendungsbereich des Medienstrafrechts nicht auf Medienstrukturen im Internet übertragbar ist, wurde bereits 2003 festgestellt, siehe Bericht Expertenkommission, S. 65 f.
127. Bericht Bundesrat, Ziff. 3.1.
128. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 103a.
129. BGer 645/2007 vom 2.5.2008, E. 7.3.4.4.2.
130. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 103a.

Im Unterschied zu Art. 28 Abs. 2 StGB, der die Strafbarkeit aus einem Unterlassen im Sinne von Art. 322$^{bis}$ StGB ableitet, wird dem Täter bei einer Veröffentlichung ohne Zustimmung des Autors ein **aktives Mitwirken** zugeschrieben. Der Redaktor und subsidiär die verantwortliche Person gelten daher als Täter des Mediendelikts, womit eine Anwendung von Art. 322$^{bis}$ StGB entfällt. Diese auf dem Wortlaut von Art. 28 Abs. 3 StGB beruhende Auslegung wird in der Lehre mehrheitlich als gesetzgeberisches Versehen angesehen.[132] 63

## A. Veröffentlichung ohne Wissen

Eine Veröffentlichung ohne Wissen des Autors liegt vor, wenn diesem die **Kenntnis** von der Veröffentlichung im betreffenden Medium **vollständig fehlt**. Eine blosse Unkenntnis einzelner Modalitäten reicht hingegen nicht. Das fehlende Wissen des Autors kann sich ebenfalls auf **nachträgliche redaktionelle Eingriffe** beziehen, sofern diese den Sinngehalt des Inhalts in wesentlicher Weise verändern und sich nicht nur auf Kürzungen oder stilistische Veränderungen des Textes beziehen.[133] 64

## B. Veröffentlichung gegen den Willen

Von einer Veröffentlichung gegen den Willen des Autors ist auszugehen, wenn dieser **ausdrücklich** oder **konkludent** seine Ablehnung zur Veröffentlichung zum Ausdruck gebracht hat. Gegen den Willen des Autors erfolgt die Veröffentlichung auch in Fällen, in denen Missverständnisse hinsichtlich getroffener Vereinbarungen bestehen. Erfolgt die Veröffentlichung eines Entwurfs, bevor der Autor die vereinbarte Prüfung oder Anpassung vornehmen konnte, ist dies als **verabredungswidriges Verhalten** und damit als Veröffentlichung gegen seinen Willen bzw. ohne sein Wissen zu qualifizieren.[134] 65

131. LID-Corboz, Art. 322$^{bis}$ StGB N. 12; Nobel/Weber, S. 420; PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 StGB N. 17.
132. Riklin, Strafrecht, § 20 N 24; BSK–Zeller, Art. 28 StGB, N. 106; BSK–Zeller, Art. 322$^{bis}$ StGB N. 6 und die dort angeführten Literaturhinweise.
133. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 107.
134. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 107.

# V. STRAFLOSIGKEIT DER WAHRHEITSGETREUEN BERICHTERSTATTUNG (ABS. 4)

## A. Grund der Straflosigkeit

66 Der Rechtfertigungsgrund[135] der wahrheitsgetreuen Berichterstattung über öffentliche Verhandlungen und amtlicher Mitteilungen unterstreicht das Bestreben, die Medienfreiheit nach Art. 17 BV zu schützen. Im Interesse der **öffentlichen Meinungsbildung** und zur Förderung demokratischer Diskussionen müssen Medien die Befugnis haben, über Behördenaktivitäten zu berichten.[136] Die Straflosigkeit erfüllt eine **demokratische Schutzfunktion**, indem sie die Offenheit des öffentlichen Informationsflusses und den freien Diskurs gewährleistet und so die Kontrolle staatlicher Macht durch die Öffentlichkeit sicherstellt.[137]

## B. Behördenbegriff

67 Als Behörde gelten alle Organe, die gesetzlich mit **Amtsbefugnissen** ausgestattet sind. Die erfassten Behörden beschränken sich dabei nicht auf gesetzgebende Organe, sondern erstrecken sich auf alle Organe, die mit hoheitlicher Zuständigkeit staatliche Funktionen ausüben.[138] Hierzu gehören insbesondere die verfassungsmässigen Organe von Bund und Kantonen, Gerichte, Gemeinderäte, Gemeindeversammlungen, Landsgemeinden und Synoden.[139] Ebenfalls erfasst sind ausländische Behörden.[140]

68 Aufgrund der Anknüpfung an Amtsbefugnisse sind auch **hoheitlich handelnde Private** ohne eigene Verfügungskompetenz, etwa

135. BGE 120 IV 44, E. 10; BGer 6B_1242/2014 vom 15.10.2015, E. 2.5; Stratenwerth/Bommer, § 13 N. 174; Trechsel/Noll/Pieth/Simmler, S. 245; HK–Wohlers, Art. 28 StGB N. 6; a. M. Riklin, Strafrecht, § 20 N. 14; PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 StGB N. 20. Sie qualifizieren die Berichterstattung über öffentliche Verhandlungen und amtliche Mitteilungen als Strafausschliessungsgrund.
136. PC–Dupuis/Moreillon/Piguet/Berger/Mazou, Art. 28 StGB N. 21.
137. Trechsel/Noll/Pieth/Simmler, S. 245; CR–Werly, Art. 28 StGB N. 39; vgl. BGE 106 IV 161, E. 3b.
138. PC–Dupuis/Moreillon/Piguet/Berger/Mazou, Art. 28 StGB N. 24; vgl. BGE 119 IV 273, E. 3; vgl. BGE 114 IV 34, E. 2a.
139. BGE 119 IV 273, E. 3; PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 StGB N. 18; BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 112.
140. CR–Werly, Art. 28 StGB N. 46.

amtsgeheimnispflichtige Personen oder auf eidgenössischer Stufe alle Bundesorgane, die dem Datenschutzgesetz unterstehen, als Behörden zu qualifizieren. Zu denken ist dabei beispielweise an die SBB oder die SUVA.[141]

Die Anwendung der straflosen Berichterstattung auf **judikative Behörden** birgt die Gefahr, dass vertrauliche Informationen publik werden. Da in den einschlägigen Verfahren häufig keine umfassende Wahrheitspflicht besteht und Parteien mit unterschiedlichen prozessualen Rollen beteiligt sind, entsteht ein erhebliches Risiko für falsche Angaben und die Beeinträchtigung der Rechte von Verfahrensbeteiligten oder Dritten.[142] 69

## C. Wahrheitsgetreue Berichterstattung

Eine Berichterstattung liegt vor, sofern für das Publikum **erkennbar** ist, dass die wiedergegebenen Inhalte entweder in einer **öffentlichen Verhandlung gefallen** sind oder aus einer **amtlichen Mitteilung hervorgehen**. Bild- und Tonaufnahmen fallen ebenfalls unter den Begriff der Berichterstattung. Eine Straflosigkeit i.S.v. Art. 28 Abs. 4 StGB kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn deren Aufzeichnung im rechtlichen Rahmen zulässig ist.[143] 70

Wird die öffentliche Verhandlung oder amtliche Mitteilung nicht selbst zum Gegenstand des Medienberichts gemacht, sondern lediglich als **ergänzendes Argument** in einem Bericht über eine Person oder einen anderen Sachverhalt herangezogen, liegt **keine Berichterstattung** vor.[144] Diese Differenzierung bildet die Grundlage für die Anforderung der Wahrheitstreue. 71

Wahrheitsgetreu ist eine Berichterstattung, sofern die enthaltenen Äusserungen entweder **wörtlich** oder **sinngemäss** korrekt wiedergegeben werden. Eine materielle Prüfung der inhaltlichen Richtigkeit wird nicht verlangt.[145] 72

Für die Wahrheitstreue ist **keine lückenlose Wiedergabe erforderlich**. Entscheidend ist, dass die Berichterstattung dem Leser eine sachgerechte Vorstellung vom Inhalt vermittelt. Das Weglassen von einzelnen 73

141. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 113.
142. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 114.
143. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 121, 123.
144. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 121.
145. BGE 119 IV 273, E. 5; BGE 106 IV 171, E. 2c; BGE 106 IV 161, E. 5c; BGer 6B_1242/2014 vom 15.10.2015, E. 2.6.1.

Stellungnahmen begründet dabei noch keine Verletzung der Wahrheitstreue.[146] Insbesondere bei der Berichterstattung über öffentliche Verhandlungen sind sowohl verkürzte Wiedergaben als auch eine Schwerpunktsetzung auf andere Aspekte als die Anklage häufig und begründen für sich allein noch keine Wahrheitswidrigkeit.[147] Die Berichterstattung über hängige Strafverfahren hat der Unschuldsvermutung jedoch zwingend Rechnung zu tragen.[148] Es muss hinreichend erkennbar sein, dass die dargestellten Sachverhalte noch nicht bewiesen sind und vom Gericht erst noch verbindlich festgestellt werden müssen. Dies kann beispielsweise durch Formulierungen wie «laut Staatsanwaltschaft» oder «gemäss Anklage» ausgedrückt werden.[149]

74 Die wahrheitsgetreue Berichterstattung umfasst auch **Kommentierungen und Kritik**. Als Meinungsäusserung dient Kritik der gesellschaftlichen Qualitätssicherung und fällt daher ebenfalls unter das Privileg der Straflosigkeit.[150] Da die Wahrheitstreue von Kommentierungen und Werturteilen dem Beweis nicht zugänglich ist, beurteilt sich deren Zulässigkeit danach, ob sie auf einer hinreichenden Tatsachengrundlage beruhen und vor diesem Hintergrund als vertretbar erscheinen.[151]

75 Erst **tendenziöse Verzerrungen**, die kein der Wirklichkeit entsprechendes Gesamtbild vermitteln, begründen eine rechtswidrige Berichterstattung.[152] Das Mass der für eine wahrheitsgetreue Berichterstattung erforderlichen Sorgfalt sowie der Umfang der journalistischen Darstellung richten sich nach den Besonderheiten des jeweiligen Mediums und den Erwartungen des Publikums.[153] Vor diesem Hintergrund können auch zugespitzte Aufmachung

146. BGE 119 IV 273, E. 5; BGE 106 IV 161, E. 5c; PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 StGB N. 19; CR–Werly, Art. 28 StGB N. 44.
147. BGer 6B_1242/2014 vom 15.10.2015, E. 2.6.1.
148. Art. 6 Ziff. 2 EMRK (Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)); Art. 10 Abs. 1 StPO (Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312)); BGer 6B_1242/2014 vom 15.10.2015, E. 2.6.2; PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 StGB N. 19.
149. BGer 6B_1242/2014 vom 15.10.2015, E. 2.6.2.
150. BGE 126 III 305, E. 4b; BGE 106 IV 161, E. 4a; CR–Werly, Art. 28 StGB N. 42; BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 122.
151. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 122; vgl. BGer 5A_195/2016 vom 4.7.2016, E. 5.1.
152. BGE 119 IV 273, E. 5; BGE 106 IV 161, E. 5c; PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 StGB N. 19.
153. BGer 6B_1242/2014 vom 15.10.2015, E. 2.6.1.

mit auffälligen Überschriften und Bildern zulässig sein.[154] Unzulässig ist es hingegen, nicht geäusserte Aussagen mittels Anführungszeichen als angebliche wörtliche Zitate darzustellen.[155] **Exzessive Werturteile** sind **unzulässig**, da sie dem Sinn und Zweck von Art. 28 Abs. 4 StGB widersprechen, der auf die Schilderung von Vorgängen abzielt, die theoretisch jede Person im Sitzungssaal mit «eigenen Augen und Ohren» wahrnehmen oder in amtlichen Mitteilungen lesen könnte.[156]

## D. Öffentliche Verhandlungen

Die Straflosigkeit über die Berichterstattung einer Verhandlung begründet sich durch die Öffentlichkeit.[157] Sie wird folglich nur dann gewährt, wenn eine Verhandlung einer **potenziell unbeschränkten Allgemeinheit** zugänglich ist. Dazu zählen auch Sitzungen von Behörden, selbst wenn sie nur einem begrenzten Teil der Öffentlichkeit zugänglich sind, sofern diese nicht der Geheimhaltungspflicht unterliegen.[158] Als öffentlich gilt eine Verhandlung auch dann, wenn einzelne Personen aus bestimmten Gründen von dieser ausgeschlossen sind.[159] Eine Bürgersammlung, die grundsätzlich allen offensteht, verliert folglich ihren öffentlichen Charakter nicht dadurch, dass eine einzelne Person nachträglich weggewiesen wird.[160] 76

Selbst wenn es an der allgemeinen Öffentlichkeit fehlt, bleibt die Privilegierung der wahrheitsgetreuen Berichterstattung bestehen, sofern nach Art. 70 Abs. 3 StPO **akkreditierte Medienschaffende** zur Verhandlung zugelassen sind und **kein** gesetzliches **Berichterstattungsverbot** besteht.[161] Daraus folgt im Umkehrschluss, dass die Berichterstattung über geheime Verhandlungen nicht von der Straflosigkeit erfasst ist (vgl. Art. 293 StGB). 77

## E. Amtliche Mitteilungen

Mitteilungen erfassen alle **mündlichen** und **schriftlichen Formen** behördlicher Kommunikation, einschliesslich offizieller Erklärungen, Reden 78

154. BGer 6B_1242/2014 vom 15.10.2015, E. 2.6.1.
155. PK–Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 28 StGB N. 19.
156. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 122.
157. BGE 119 IV 273, E. 3; BGE 106 IV 161, E. 3b; vgl. CR–Werly, Art. 28 StGB N. 39.
158. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 115.
159. BGE 119 IV 273, E. 4; PC–Dupuis/Moreillon/Piguet/Berger/Mazou, Art. 28 StGB N. 24.
160. BGE 119 IV 273, E. 4.

und Berichte, inklusive solcher über soziale Medien.[162] Von der Straflosigkeit erfasst sind jedoch nur Mitteilungen, welche amtlich sind.

79 Die Amtlichkeit orientiert sich an der rechtsgleichen, willkürfreien Informationspraxis der Behörden bei der Veröffentlichung amtlicher Sachverhalte und an den in Informations- und Öffentlichkeitsgesetzen enthaltenen Begriffsbestimmungen. Das zentrale Merkmal besteht folglich darin, dass eine Mitteilung der Erfüllung einer **öffentlichen Aufgabe** dient, die dem Gemeinwesen obliegt. Insbesondere Auskünfte zum Privatleben von Amtsträgern sind damit ausgeschlossen.[163]

80 Die Straflosigkeit greift ausschliesslich, wenn amtliche Mitteilungen einer potenziell unbeschränkten Allgemeinheit zugänglich gemacht werden, etwa durch die Publikation von Berichten, Studien oder Gutachten von Amtes wegen.[164] Mündliche Mitteilungen auf **Pressekonferenzen**, die sich an eine unbeschränkte (Medien-)Öffentlichkeit richten und an die Allgemeinheit übertragen werden können, fallen ebenfalls darunter.[165] Die Frage, ob **mündliche Auskünfte** und **Interviews** erfasst sind, ist in der Lehre umstritten, da sie nicht notwendigerweise öffentlich adressiert sind.[166]

81 Als amtliche Mitteilungen gelten auch Dokumente, die auf **individuelle Anfrage** hin zugänglich gemacht werden, sofern eine gesetzliche Pflicht oder das Gebot der Rechtsgleichheit die Behörden zur Einsichtsgewährung verpflichtet.[167]

## LITERATURVERZEICHNIS

Bähler Regula, Tweet und Retweet: Mitgegangen, mitgefangen – Aber nicht immer, Medialex 2017, S. 40–44.

Canonica Simon, Tücken der neuen Kaskadenhaftung, Medialex 2000, S. 63–64.

161. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 115.
162. CR–Werly, Art. 28 StGB N. 48; BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 118a.
163. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 117.
164. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 118.
165. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 120.
166. Zustimmend CR–Werly, Art. 28 StGB N. 48; ablehnend BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 120.
167. BSK–Zeller, Art. 28 StGB N. 118.

Corboz Bernard, Kommentierung zu Art. 322$^{bis}$ StGB, in: Corboz Bernard (Hrsg.), Les infractions en droit suisse, Volume II, Bern 2010.

Donatsch Andreas/Godenzi Gunhild/Tag Brigitte, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 10. Aufl., Zürich 2022.

Donatsch Andreas/Thommen Marc/Wohlers Wolfgang, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich 2017.

Dupuis Michel/Moreillon Laurent/Piguet Christophe/Berger Séverine/Mazou Miriam, Kommentierung zu Art. 28 StGB, in: Dupuis Michel/Moreillon Laurent/Piguet Christophe/Berger Séverine/Mazou Miriam/Rodigari Virginie (Hrsg.), Petit Commentaire, Code pénal, 2. Aufl., Basel 2017.

Dupuis Michel/Moreillon Laurent/Piguet Christophe/Berger Séverine/Mazou Miriam, Kommentierung zu Art. 322$^{bis}$ StGB, in: Dupuis Michel/Moreillon Laurent/Piguet Christophe/Berger Séverine/Mazou Miriam/Rodigari Virginie (Hrsg.), Petit Commentaire, Code pénal, 2. Aufl., Basel 2017.

Hafter Ernst, Umfang des Pressedelikts und strafrechtliche Sonderstellung der Presse, ZStrR 40 (1927), S. 134–153.

Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2024.

Musy Stéphanie, La répression du discours de haine sur les réseaux sociaux, SJ 2019, S. 1–22.

Niggli Marcel Alexander/Schwarzenegger Christian, Strafbare Handlungen im Internet, SJZ 98/2002, S. 61–73.

Nobel Peter/Weber Rolf H., Medienrecht, 4. Aufl., Bern 2021.

Riedo Christof/Beglinger Robin, Ehrverletzungen im Internet – insbesondere auf Facebook, AJP 2021, S. 1249–1262.

Riklin Franz, Kaskadenhaftung – quo vadis?, Medialex 2000, S. 199–208 (zit. Kaskadenhaftung).

Riklin Franz, Schweizerisches Medienstrafrecht, in: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie (Hrsg.), Medien, Kriminalität und Justiz, Chur et al. 2001, S. 67–90 (zit. Medienstrafrecht).

Riklin Franz, Schweizerisches Presserecht, Bern 1995 (zit. Presserecht).

Riklin Franz, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verbrechenslehre, 2. Aufl., Zürich 2002 (zit. Strafrecht).

Roth Simon, Urteilsbesprechung, Nr. 26 Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung – Einzelgericht, Urteil vom 26. Januar 2016 i.S. Hermann Lei gegen B., GG150250, forumpoenale 5 (2017), S. 290–294.

Salmina Edy, Medien. Die vierte Gewalt. Medienfreiheit | Medienverantwortung | Medienopfer, Einblicke eines Insiders, Bern 2018.

Schultz Hans, die unerlaubte Veröffentlichung – ein Pressedelikt?, ZStrR 109 (1991), S. 273–281.

Schwaibold Matthias, Lausanner Nebelpetarden zu Facebook, Anmerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 6B_440/2019 vom 18. November 2020, sui generis 2021, S. 1–11 (zit. Facebook).

Schwaibold Matthias, Warum «Twitter» kein Medium im Sinne des Strafrechts ist, sui generis 2017, S. 113–147 (zit. Twitter).

Schwarzenegger Christian, Der Anwendungsbereich des Medienstrafrechts (Art. 28, 322$^{bis}$ StGB), in: Cavallo Angela/Hiestand Eliane/Blocher Felix/Arnold Irene/Käser Beatrice/Caspar Milena/Ivic Ingo (Hsrg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Zürich et al. 2012, S. 165–188 (zit. Anwendungsbereich).

Schwarzenegger Christian, Twibel – «Tweets» und «Retweets» mit ehrrührigem Inhalt aus strafrechtlicher Sicht, in: Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich 2017, S. 217–231 (zit. Twibel).

Schwarzenegger Christian/Niggli Marcel Alexander, Über die Strafbarkeit des Hyperlink-Setzers – Zum Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 10. September 2002, Medialex 2003, S. 26–32.

Sempach Niklaus, Strafbarkeit von Gewaltaufrufen in sozialen Medien, Medialex 09 (2023), DOI: https://doi.org/10.52480/ml.23.13 .

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 5. Aufl., Bern 2024.

Stumpp Stefan/Michelis Daniel, Einführung in die Sozialen Medien, in: Stumpp Stefan/Michelis Denis/Schildhauer Thomas (Hrsg.), Social Media, 5. Aufl., Baden-Baden 2025, S. 21–34.

Trechsel Stefan/Jean-Richard-dit-Bressel Marc, Kommentierung zu Art. 28 StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark/Geth Christopher (Hrsg.), Praxiskommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Zürich 2025.

Trechsel Stefan/Jean-Richard-dit-Bressel Marc, Kommentierung zu Art. 322$^{bis}$ StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark/Geth Christopher (Hrsg.), Praxiskommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Zürich 2025.

Trechsel Stefan/Noll Peter/Pieth Mark/Simmler Monika, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 8. Aufl., Zürich et al. 2026.

Werly Stéphanie, Kommentierung zu Art. 28 StGB, in: Moreillon Laurent/Macaluso Alain/Queloz Nicolas/Dongois Nathalie (Hrsg.), Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1–110 CP, 2. Aufl., Basel 2021.

Werly Stéphane, Kommentierung zu Art. 322$^{bis}$ StGB, in: Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (Hrsg.), Commentaire romand, Code pénal II, Art. 111–392 CP, 2. Aufl., Basel 2025.

Wohlers Wolfgang, Kommentierung zu Art. 28 StGB, in: Wohlers Wolfgang/Godenzi Gunhild/Schlegel Stefan (Hrsg.), Handkommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Bern 2024.

Zeller Franz, Kommentierung zu Art. 28 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basel Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019.

Zeller Franz, Kommentierung zu Art. 322$^{bis}$ StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basel Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019.

Zimmerli Ulrich, Zur Medienfreiheit in der neuen Bundesverfassung, Medialex 1999, S. 14–23.

## MATERIALIENVERZEICHNIS

Bericht der Expertenkommission «Netzwerkkriminalität», Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Juni 2003, abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/

newsd/message/attachments/76014.pdf, besucht am 5.1.2026 (zit. Bericht Expertenkommission).

Bericht des Bundesrates, Netzwerkkriminalität, Strafrechtliche Verantwortung der Provider und Kompetenzen des Bundes bei der Verfolgung von Netzwerkdelikten, Februar 2008, abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/77468.pdf, besucht am 5.1.2026 (zit. Bericht Bundesrat).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch vom 23.7.1918, BBl 1918 IV 1, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1918/4_1_1_1/de, besucht am 1.1.2026 (zit. Botschaft 1918).

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Medienstraf- und Verfahrensrecht vom 17.6.1996, BBl 1996 IV 525 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1996/4_525_533_449/de, besucht am 1.1.2026 (zit. Botschaft 1996)

Bundesamt für Justiz, Gutachten vom 24.12.1999, Art. 27 und 322$^{bis}$ StGB. Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Internet-Access-Provider. JAAC 64.75, abrufbar unter https://entscheidsuche.ch/dok/CH_VB/CH_VB_003_JAAC-64-75--_1999-12-24.pdf, besucht am 2.1.2026 (zit. Bundesamt für Justiz).

Niggli Marcel Alexander/Riklin Franz/Stratenwerth Günter, Gutachten, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern, erstellt im Auftrag des Verbandes Inside Telecom (VIT), 2000 (zit. Niggli/Riklin/Stratenwerth).

Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt («Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr»), abrufbar unter https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031, besucht am 8.1.2026 (zit. E-Commerce Richtlinie).

KOMMENTIERUNG ZU

# Art. 179quater StGB

Eine Kommentierung von Marvin Stark

ZITIERVORSCHLAG

Marvin Stark, Kommentierung zu Art. 179quater StGB, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (Hrsg.), Onlinekommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Stark, Art. 179quater StGB N. XXX.

**Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte**

**Art. 179quater**

Wer eine Tatsache aus dem Geheimbereich eines andern oder eine nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsache aus dem Privatbereich eines andern ohne dessen Einwilligung mit einem Aufnahmegerät beobachtet oder auf einen Bildträger aufnimmt,

wer eine Tatsache, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie auf Grund einer nach Absatz 1 strafbaren Handlung zu seiner Kenntnis gelangte, auswertet oder einem Dritten bekannt gibt,

wer eine Aufnahme, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie durch eine nach Absatz 1 strafbare Handlung hergestellt wurde, aufbewahrt oder einem Dritten zugänglich macht,

wird, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

# GLIEDERUNG

I. Relevanz ..... 39
II. Geschütztes Rechtsgut ..... 39
III. Genesis und historisches Telos ..... 40
IV. Beobachten und Aufnehmen (Abs. 1) ..... 45
A. Objektiver Tatbestand ..... 45
1. Tatpersonenkreis ..... 45
2. Tathandlung ..... 47
a. Aufnahmegeräte ..... 47
b. Beobachten ..... 49
c. Aufnehmen ..... 50
3. Tatobjekt ..... 50
a. Tatsachen ..... 50
b. Geheimbereich ..... 51
c. Nicht jedermann ohne weiteres zugänglicher Privatbereich ..... 53
B. Subjektiver Tatbestand ..... 60
V. Anschlusshandlungen (Abs. 2 und 3) ..... 60
A. Objektiver Tatbestand ..... 60
1. Tatpersonenkreis ..... 60
2. Tathandlung ..... 61
a. Auswerten von Tatsachen (Abs. 2) ..... 61
b. Bekanntgabe von Tatsachen an eine Drittperson (Abs. 2) ..... 62
c. Aufbewahren von Aufnahmen (Abs. 3) ..... 62
d. Zugänglichmachen von Aufnahmen an eine Drittperson (Abs. 3) ..... 62
3. Tatobjekt ..... 62
B. Subjektiver Tatbestand ..... 64
VI. Rechtfertigungsgründe ..... 64
VII. Antrag und Sanktion ..... 65
VIII. Konkurrenzen ..... 66
Literaturverzeichnis ..... 67
Materialienverzeichnis ..... 70

## I. RELEVANZ

Art. 179quater StGB wurde in einer Zeit erlassen, in der er noch keine praktische Relevanz hatte:[168] In den ersten 20 Jahren der Geltung der Strafbestimmung (1969–1989) waren insgesamt nur acht Verurteilungen zu verzeichnen.[169] Ein Tatbestand, der das reine Fotografieren (und sogar das Beobachten) anderer unter Strafe stellt, war zu seiner Zeit eine gesetzgeberische Neuheit und dem Bundesrat aus keinem anderen Land bekannt.[170] In den letzten Jahrzehnten kam es allerdings zu einem **signifikanten Anstieg** der Anzeigen und Verurteilungen, was nicht zuletzt an den technischen Entwicklungen und der Allgegenwärtigkeit von Smartphones liegen mag.[171] Auch das Phänomen *Image-Based Sexual Abuse* – also das Erstellen und/oder Verbreiten von intimen Aufnahmen ohne die Einwilligung der abgebildeten Person[172] – wird regelmässig unter diesem Straftatbestand behandelt.[173] 1

## II. GESCHÜTZTES RECHTSGUT

Art. 179quater StGB schützt den **Geheim- und Privatbereich** vor dem Missbrauch durch optische Aufnahmegeräte.[174] Das Rechtsgut basiert auf dem Schutz der Privatsphäre nach Art. 13 BV, der sich insbesondere im zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz verfestigt.[175] Hinter dem Rechtsgut steht die «Überzeugung, dass der Einzelne sich nur dann zu einer Persönlichkeit entwickeln kann, wenn ihm hiefür ein freier Raum vor der Gemeinschaft und dem Staat sowie vor den andern Einzelnen gewährleistet 2

168. Riklin, FS Schürmann, S. 535.
169. Vgl. die Urteilsstatistiken des Bundesamts für Statistik.
170. Botschaft 1968, S. 590; vgl. auch Baumann, AB NR 1968 S. 339 f.
171. BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB Kriminalstatistik.
172. Statt vieler McGlynn/Rackley, S. 534 ff.
173. Vgl. die Sachverhalte in BGer 7B_630/2023 vom 20.8.2024; BGer 1B_504/2022 vom 20.12.2022; BGer 1B_662/2020 vom 20.10.2021; BGer 1B_488/2021 vom 16.9.2021; BGer 6B_432/2020 vom 30.9.2021 E. 1.1; BGer 6B_52/2020 vom 20.5.2020 E. 1.3.3; BGer 6B_131/2012 vom 21.6.2012; OGer ZH SB220659-O/U/bs vom 14.6.2023 E. 4.3.3a; OGer ZH SB210087-O/U/jv vom 24.3.2022; OGer ZH SB160351-O/U/ad vom 7.3.2017 E. II.2; OGer ZH SB160007-O/U/ad-cs vom 3.6.2016 E. 3.5.
174. PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 179quater StGB N. 1 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 1.
175. BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179bis StGB N. 3; vgl. auch BGE 118 IV 67 E. 3b/dd.

wird».[176] Die gesetzgebende Behörde sprach auch vom Recht jeder Person, sich an einem Ort, an dem sie glaubt, von niemandem gesehen zu werden, anders zu verhalten als in der Öffentlichkeit.[177] Diese Rückzugsräume, bzw. das dort stattfindende Geschehen, sollen insbesondere davor geschützt werden, in Form von (bewegten) Bildern an Dritte zu gelangen.[178] Der Schutz ist dabei unabhängig vom konkreten Lebensinhalt; es kann sich auch um völlig banale Tatsachen handeln.[179] Das Delikt ist entgegen seinem Randtitel (Verletzung des Geheim- und Privatbereichs durch Aufnahmegeräte) ein abstraktes Gefährdungsdelikt.[180]

## III. GENESIS UND HISTORISCHES TELOS

3 Die Einführung des Art. 179quater StGB erfolgte durch das «Bundesgesetz betreffend Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes des persönlichen Geheimbereichs» vom 20. Dezember 1968.[181] Die Strafbestimmung trat am 1. Mai 1969 zusammen mit fünf anderen Artikeln (Art. 179bis bis und mit Art. 179septies StGB) in Kraft. Das Bundesgesetz geht auf ein Postulat vom 1. Juli 1966 zurück, welches den strafrechtlichen Schutz der *Intim*sphäre vor *Abhör*geräten verlangte.[182] Die gesetzgebende Behörde hatte dabei vor allem

176. Botschaft 1968, S. 585; siehe auch Cadruvi, AB NR 1968 S. 336, 630; Cevey, AB NR 1968 S. 631.
177. Cadruvi, AB NR 1968 S. 336; Cevey, AB NR 1968 S. 339, 631, 669; vgl. hierzu auch Druey, FS Vischer, S. 5 f.; BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 3.
178. Bieri, AB NR 1968 S. 341; Corboz, Art. 179quater StGB N. 12; Hurtado Pozo, N. 2260; Legler, S. 149; BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 3; Trachsler, S. 168 Fn. 9; vgl. auch Cadruvi, AB NR 1968 S. 630.
179. Vgl. Donatsch, S. 433 i.V.m. S. 431 f.; PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 179quater StGB N. 6; so auch das Bundesgericht zum geschützten Privatbereich i.e.S. (hierzu N. 22): BGE 118 IV 41 E. 4f; BGer 6B_569/2018 vom 20.3.2019 E. 3.3 f.; vgl. auch Corboz, Art. 179quater StGB N. 4 und Hurtado Pozo, N. 2251, die festhalten, dass es nicht erforderlich ist, dass die fragliche Tatsache kompromittierend ist oder dass ihre Offenbarung «expose la victime à un dommage ou à un tort moral»; zum geschützten Bereich im Zivilrecht, wo dasselbe gilt, siehe Aebi-Müller, N. 491; Druey, FS Vischer, S. 6, 13; zum Pendant Art. 179bis StGB (N. 3), wo der Inhalt des Gesprächs auch keine Rolle spielt, da die Unbefangenheit der Worte in der Privatsphäre geschützt werden soll, siehe Erni, S. 107 f.
180. Gl.M. Niggli/Riedo/Fiolka/Muskens, N. 1012, die Art. 179 ff. StGB alle als abstrakte Gefährdungsdelikte verstehen.
181. Bundesgesetz betreffend Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes des persönlichen Geheimbereichs, siehe Botschaft 1968, S. 599 ff.
182. Postulat Nr. 9526 von NR Müller, eingereicht am 1. Juli 1966, vom NR angenommen am 28. September 1966, siehe Botschaft 1968, S. 585.

Minispione im Auge, also kleine Geräte zum Abhören fremder Gespräche.[183] Eine Ausnahme bildete Art. 179quater StGB, der das Beobachten und Abbilden durch Bildaufnahmegeräte unter Strafe stellt. Dennoch ist Art. 179quater StGB stets in der **Systematik** zu den übrigen Tatbeständen der Teilrevision zu verstehen, insbesondere zu Art. 179bis StGB, zu dem er – in den Worten der Gesetzgebenden – das «Gegenstück» bildet und der «im Prinzip gleich ausgestaltet» sei.[184] Art. 179bis StGB stellt das Abhören und Aufnehmen fremder, nichtöffentlicher Gespräche unter Strafe. Die gesetzgebende Behörde hatte stets das Ziel, nur Rechtsgutgefährdungen unter Strafe zu stellen, die in ihrer Schwere der Belauschung durch ein Abhörgerät gleichkommen.[185]

Die gesetzgebende Instanz hat sich in erster Linie auf Eingriffe durch die **Boulevardpresse** konzentriert, insbesondere auf die Gefahr der Aufnahme, Vervielfältigung und Verbreitung von Bildern durch Presseleute.[186] Die Bestrafung voyeuristischer oder neugieriger Personen wurde dabei nicht in Erwägung gezogen.[187] Dass der Tatbestand dennoch auf das blosse Beobachten mit Aufnahmegeräten (N. 12) ausgedehnt wurde, diente der Vermeidung von Beweisschwierigkeiten.[188] 4

Besonders die **Frage nach den geschützten Lebensbereichen** bzw. dem Tatobjekt (N. 15 ff.) führte in den Räten zu zahlreichen Diskussionen. Der aktuelle Gesetzeswortlaut («eine Tatsache aus dem Geheimbereich eines andern oder eine nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsache aus 5

183. Riklin, FS Schürmann, S. 544; Riklin, medialex, N. 14.
184. Botschaft 1968, S. 595; vgl. auch Cevey, AB NR 1968 S. 338.
185. Botschaft 1968, S. 595. Entsprechend sah der erste Gesetzesentwurf für Art. 179quater StGB noch die Bestrafung *versteckter* Bildaufnahmen vor (Botschaft 1968, S. 595, 600). Insb. alltägliches Fotografieren sollte von der Strafbestimmung nicht erfasst sein (Bolla, AB SR 1968 S. 187; Riklin, FS Schürmann, S. 544). Das Erfordernis der Versteckheit wurde im Laufe der parlamentarischen Diskussionen allerdings mit der Begründung gestrichen, Teleobjektive können praktisch gleich schwerwiegend wie versteckte Bildaufnahmegeräte, private Lebensbereiche offenlegen (Baechtold, AB NR 1968 S. 343 f., Bieri, AB NR 1968 S. 340, Bolla, AB SR 1968 S. 186 f.; Cevey, AB NR 1968 S. 338 f., 344).
186. Baechtold, AB NR 1968 S. 343; Bolla, AB SR 1968 S. 186; Cadruvi, AB NR 1968 S. 335; Cevey, AB NR 1968 S. 669; vgl. auch Aebi-Müller/Eicker/Verde, N. 92; Legler, S. 133, 149 f.; Metzger, S. 87; Riklin, FS Schürmann, S. 553 f.; CR-Henzelin/Massrouri, Art. 179quater StGB N. 3 bezeichnen die Bestimmung entsprechend als «anti-paparazzi»; so auch Corboz, Art. 179quater StGB N. 1; vgl. auch Hurtado Pozo, N. 2247.
187. Corboz, Art. 179quater StGB N. 1, 12.
188. Corboz, Art. 179quater StGB N. 13; vgl. auch BGE 117 IV 31 E. 2b.

dem Privatbereich eines andern») ist eine Kompromisslösung zwischen dem Ständerat, der nur den Geheimbereich schützen wollte,[189] und dem Nationalrat, der zusätzlich den gesamten Privatbereich erfassen wollte[190].[191] Die nun den Privatbereich einschränkende Zusatzformulierung («nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsache») ist missverständlich formuliert und kann auf verschiedene Arten interpretiert werden. Das historische Telos des Satzteiles lässt sich aus den Gesetzesmaterialien ableiten (zur Anwendung der Auslegung siehe N. 24 ff.):

1. «nicht [...] *zugängliche* Tatsache»: Gemäss dem deutschen Gesetzestext könnte darauf geschlossen werden, «nicht zugänglich» meine, dass kein (örtlicher) Zugang zur Tatsache besteht, also insbesondere keine Betretbarkeit. Für eine präzise Auslegung des Begriffs ist jedoch ein Vergleich mit der französischen und italienischen Gesetzesfassung erforderlich. Dort ist von einer nicht wahrnehmbaren oder nicht beobachtbaren Tatsache die Rede: «un fait ne pouvant être perçu» bzw. «un fatto, non osservabile». Ein systematischer Blick auf Art. 179bis StGB, zu dem Art. 179quater StGB nach dem Willen der Gesetzgebenden das Gegenstück für optische Aufnahmegeräte bildet (N. 3), führt zum selben Resultat: Art. 179bis StGB verlangt ein nichtöffentliches[192], fremdes Gespräch. Nichtöffentlich ist ein Gespräch, wenn die Gesprächsteilnehmenden es in der begründeten Erwartung führen, dass es ohne technische Hilfsmittel von der Allgemeinheit nicht mitgehört werden kann.[193] Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, wo das Gespräch

189. Der bevorzugte Wortlaut war: «Wer eine Tatsache aus dem Geheimbereich eines andern ohne dessen Einwilligung mit einem [...] Bildaufnahmegerät beobachtet oder auf einen Bildträger aufnimmt», siehe Botschaft 1968, S. 600; Bolla, AB SR 1968 S. 185 f., 187; BR von Moos, AB SR 1968 S. 190; vgl. auch die Ausführungen von Bodenmann, AB SR 1968 S. 301 der bis zum Schluss Bedenken bzgl. der Kompromisslösung hatte.

190. Der bevorzugte Wortlaut war: «Wer eine Tatsache aus dem Geheim- oder aus dem Privatbereich eines andern ohne dessen Einwilligung mit einem Bildaufnahmegerät beobachtet oder auf einen Bildträger aufnimmt», siehe AB NR 1968 S. 342; Bieri, AB NR 1968 S. 340.

191. Zum Ganzen Bolla, AB SR 1968 S. 300; Bodenmann, AB SR 1968 S. 301; Cadruvi, AB NR 1968 S. 630, 669; zusammenfassend auch Legler, S. 132 ff.; Metzger, S. 89 f.; Riklin, FS Schürmann, S. 545 ff.; Trachsler, S. 165 ff.

192. Dass die gesetzgebende Instanz dieselbe Abgrenzung für Art. 179quater StGB vorsah, zeigen auch folgende Ausführungen von Cadruvi, AB NR 1968 S. 336: «Vielleicht muss man überhaupt den Begriff des Privaten und des Geheimen negativ abgrenzen, indem man sagt: Was nicht öffentlich ist, das ist privat!».

stattfindet.[194] Unter Berücksichtigung der vorstehenden Definition hat die Formulierung in Art. 179quater StGB folgendes historisches Telos: «Nicht zugänglich» ist eine Tatsache, wenn die betroffene Person die begründete Erwartung an den Tag legen kann, dass sie für die Allgemeinheit nicht *einsehbar* ist. Die Gesetzesmaterialien legen nahe, dass auch die Gesetzgebenden von einem solchen Verständnis der Formulierung ausgegangen sind. Sie stellten regelmässig auf die Einsehbarkeit der Tatsachen und die Möglichkeit der betroffenen Person ab, sich vor den Blicken der Allgemeinheit zu schützen.[195]

2. «nicht *jedermann* [...] zugängliche Tatsache»: Die Tatsache darf nicht jedermann, also nicht für die Allgemeinheit, einsehbar sein. Mit Blick auf das Pendant Art. 179bis StGB (N. 3) sind Tatsachen allgemein einsehbar, wenn sie «für einen grösseren, nicht durch persönliche Beziehungen abgegrenzten Personenkreis wahrnehmbar sind».[196]

3. «nicht [...] *ohne weiteres* zugängliche Tatsache»: Mit dieser Formulierung meint die gesetzgebende Behörde, dass die Tatperson «besondere Vorkehren treffen muss»[197], um die fehlende Einsehbarkeit der Tatsachen zu überwinden, sei es durch den «Missbrauch von gewissen Geräten und Instrumenten» [198] oder «durch andere raffinierte Mittel» [199]. Ist eine

193. BGE 146 IV 126 E. 3.3–3.6; Donatsch, S. 424; Niggli/Riedo/Fiolka/Muskens, N. 1024; BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179bis StGB N. 12; Stratenwerth/Bommer, § 12 N. 24; PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 179bis StGB N. 4; vgl. auch Botschaft 1968, S. 593; BGE 118 IV 67 E. 3d/bb.

194. Ibid.

195. Bodenmann, AB SR 1968 S. 301: «Wenn jemand sich abschliesst, sich versteckt und damit offenkundig macht, dass er nicht gestört werden will, dann soll diese bereits von ihm selbst geschützte Privatsphäre strafrechtlichen Schutz geniessen.»; Cadruvi, AB NR 1968 S. 630: «Wer sich in die Öffentlichkeit begibt [...] hat damit zu rechnen, dass er auf ganz natürliche Art und Weise beobachtet werden kann. Er kann zum Beispiel ohne Absicht eines Dritten in ein Fernsehbild geraten. Er hat also die Möglichkeit, sich vor solchen Ereignissen zu schützen.»; Cevey, AB NR 1968 S. 339: «Ce qui doit être protégé, c'est le droit pour toute personne, dans un lieu privé où elle se croit hors de la vue de quiconque, d'avoir un comportement autre que celui qu'elle aurait en public.»; dieses Kriterium auch mitberücksichtigend, die kantonale Vorinstanz in BGE 117 IV 31 E. 2a; Corboz, Art. 179quater StGB N. 7; Schubarth, Art. 179quater StGB N. 12.

196. Botschaft 1968, S. 593.

197. Bodenmann, AB SR 1968 S. 301.

198. Cadruvi, AB NR 1968 S. 630; vgl. auch Cevey, AB NR 1968 S. 344, 669.

199. Cadruvi, AB NR 1968 S. 630.

Tatsache hingegen bereits allgemein einsehbar, genügt es nicht, dass für die Aufnahme nur eine moralische Hürde überwunden werden muss.[200]

6 Die Frage nach den geschützten Lebensbereichen wird regelmässig mit der **zivilrechtlichen Sphärentheorie** in Verbindung gebracht.[201] Die Theorie stammt aus dem Persönlichkeitsrecht und basiert auf dem Grundgedanken, dass sich die rechtliche Persönlichkeit in Sphären aufteilen lässt, die je nach ihrem Empfindlichkeitsgrad unterschiedlich grossen Rechtsschutzes bedürfen.[202] Die Sphärentheorie dürfte die gesetzgebende Instanz inspiriert haben, als sie 1968 die Begriffe Geheim- und Privatbereich in Art. 179quater StGB integrierte.[203] Mit Blick auf das geschützte Rechtsgut (N. 2) war es jedoch nie das Ziel, die Sphärentheorie zur Definition der geschützten Bereiche zu verwenden. Die Gesetzgebenden haben wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass sie die zivilrechtliche Lehre, wonach es auch in der Öffentlichkeit eine Privatsphäre gibt, die sich durch die Privatheit des konkreten Lebensinhalts auszeichnet, nicht auf das Strafrecht übertragen wollen.[204] Infolgedessen haben sie sich dafür entschieden, den Privatbereich begrifflich durch eine Zusatzformulierung einzuschränken. Die Ergänzung «eine nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsache» führt dazu, dass – im Gegensatz zum Zivilrecht – unabhängig vom Inhalt der fraglichen Lebensäusserung (N. 2) ausschliesslich auf die Einsehbarkeit der Tatsache abgestellt wird (N. 5).[205] Geschützt ist damit nur ein eigentlicher optischer

200. Anhand eines Beispiels, Bieri, AB NR 1968 S. 340: «Wenn sich ein Unglück ereignet, dann ist das natürlich nicht mehr die Privatsphäre, denn das Unglück spielt sich in der Öffentlichkeit ab. Wenn also hier Reporter Aufnahmen machen, ist das meines Erachtens grundsätzlich nicht strafbar. Es ist eine Frage des Geschmacks, wie weit man geht».

201. BGE 118 IV 41 E. 4; Hurtado Pozo, N. 2252, 2255; Metzger, S. 6 ff., S. 88 ff.; Niggli/Riedo/Fiolka/Muskens, N. 1032; BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 8; Riklin, FS Schürmann, S. 538.

202. Aebi-Müller, N. 514; Hausheer/Aebi-Müller, § 12 N. 667.

203. BGE 118 IV 41 E. 4; Druey, FS Vischer, S. 3 f. Die heutzutage geläufigen Begrifflichkeiten der zivilrechtlichen Sphärentheorie wurden von den Parlamentariern damals allerdings unterschiedlich verstanden und verwendet, vgl. z.B. Bieri, AB NR 1968 S. 340; Bolla, AB SR 1968 S. 186, 300; Cadruvi, AB BR 1968 S. 630. Ausserdem sprach die gesetzgebende Behörde anfangs noch vom «persönlichen Geheimbereich» (Botschaft 1968, S. 585, 599; Bodenmann, AB NR 1968 S. 339; Bolla, AB SR 1968 S. 186; Cevey, AB NR 1968 S. 339), der weiter verstanden wurde, als was man im Privatrecht unter Geheimbereich im traditionellen Sinn im Unterschied zum Privatbereich versteht (hierzu Riklin, FS Schürmann, S. 544).

204. Bolla, AB SR 1968 S. 300; vgl. auch Cadruvi, AB NR 1968 S. 630; Cevey, AB NR 1968 S. 631.

205. Druey, FS Vischer, S. 4 f.

Privatbereich, der grundsätzlich unabhängig davon ist, an welchem Ort sich der Lebenssachverhalt abspielt.[206] Entscheidend ist allein, dass die betroffene Person die fraglichen Tatsachen (deren Inhalt irrelevant ist), irgendwie vor den Blicken der Allgemeinheit geschützt hat. Auch der Unterschied zwischen dem Privat- und dem Geheimbereich wurde dadurch nahezu vollständig aufgehoben, da sich das Kriterium der Einsehbarkeit der Tatsachen (N. 5, N. 24 f.) und das Kriterium der Unbekanntheit der Tatsachen (N. 19) in der Regel überschneiden (zur Ausnahme siehe N. 19).[207]

## IV. BEOBACHTEN UND AUFNEHMEN (ABS. 1)

### A. Objektiver Tatbestand

#### 1. Tatpersonenkreis

Es ist umstritten, ob Tatperson nur der eigentliche **Eindringling** sein kann, also wer von aussen in den geschützten Bereich einfällt (Extraneus), oder auch, wer sich zwar mit Einwilligung der betroffenen Person im Schutzbereich aufhält, aber ohne Einwilligung eine Tathandlung vornimmt (Intraneus). Corboz erachtet ausschliesslich den Extraneus als strafwürdig.[208] Donatsch vertritt die Auffassung, dass Personen, die denselben Privatbereich teilen, untereinander keinen Schutz geniessen.[209] Nach Trachsler kommt im Geheimbereich auch der Intraneus als Tatperson in Betracht, sofern er die Tathandlung *heimlich* vornimmt.[210] Andere betrachten in sämtlichen Konstellationen sowohl den Extraneus als auch den Intraneus als mögliche Tatpersonen.[211] Die Rechtsprechung hat sich bisher nur am Rande mit der Frage auseinandergesetzt, wer Tatperson sein kann. Das Bundesgericht hat entschieden, dass in Bereichen von Liegenschaften, die von den 7

206. Jäggi, S. 229a i.V.m. S. 226a f.; Riklin, Diss., S. 196 f.
207. Vgl. Donatsch, S. 431 f.; Hurtado Pozo, N. 2254, der die Problematik im Kern auch thematisiert, sie aber umgeht, indem er bei der Geheimsphäre ausschliesslich auf den Geheimhaltungswillen abstellt; vgl. auch BGE 146 IV 126 E. 3.5 (zu Art. 179bis StGB): «Sous l'angle d'une interprétation téléologique, il importe donc peu de savoir si les propos se rapportent au domaine secret ou privé».
208. Corboz, Art. 179quater StGB N. 1.
209. Donatsch, S. 434.
210. Trachsler, S. 170 f., 174 ff.
211. Metzger, S. 97 f.; BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 6; vgl. auch Riklin, FS Schürmann, S. 554 f.; unentschlossen CR-Henzelin/Massrouri, Art. 179quater StGB N. 11.

Wohnparteien ohne ausschliessliches Hausrecht gleichermassen genutzt werden dürfen, die Parteien untereinander keinen Schutz ihres Privatbereichs geniessen.[212] Wer sich allerdings als Gast im Hausfriedensbereich einer anderen Person befindet, kann sich auch als Intraneus strafbar machen, selbst wenn die Aufnahme offen erfolgt.[213] In einem jüngeren Entscheid vertritt das Obergericht Zürich die Auffassung, dass der Intraneus Tatperson sein kann, wenn er in der eigenen privaten Wohnung andere Anwesende mit Hausrecht *heimlich* aufnimmt.[214]

8 Die Frage, ob Art. 179quater StGB nur Eindringlinge (Extranei) oder auch Personen, die sich bereits im Schutzbereich befinden (Intranei), als Tatpersonen erfasst, lässt sich durch eine **Auslegung** der Norm ermitteln. Eine historisch-systematische Auslegung von Art. 179quater StGB könnte zunächst darauf hindeuten, dass die Strafbestimmung nur Eindringlinge erfasst: Der Artikel ist als Analogon zu Art. 179bis StGB ausgestaltet (N. 3), der ausschliesslich Extranei für das Abhören und Aufnehmen von Gesprächen bestraft. Intranei werden hingegen durch Art. 179ter StGB erfasst, der eine geringere Strafandrohung aufweist. Diese Unterscheidung basiert darauf, dass die gesetzgebende Instanz das Unrecht von Intranei als weniger schwerwiegend einstufte als das von Extranei.[215] Daraus könnte geschlossen werden, dass Art. 179quater StGB ebenfalls nur das schwerere Unrecht von Eindringlingen abdeckt. Ein Blick auf das geschützte Rechtsgut und den historischen Zweck der Norm lässt jedoch an dieser Auslegung zweifeln: Ziel der Gesetzgebenden war es, den geschützten Personen einen Bereich zur freien Entfaltung zu gewährleisten und das Herauszerren von Tatsachen aus diesem Bereich in die Öffentlichkeit zu bestrafen (N. 2). Diese freie Entfaltung wird jedoch nicht nur durch Eindringlinge, sondern ebenso durch Vertrauenspersonen (Intranei) gefährdet, wenn diese ohne Einwilligung Aufnahmen anfertigen. Wer ständig befürchten muss, von Personen, mit denen man Privates teilt, aufgenommen zu werden, kann sich nicht frei entfalten. Das geschützte Rechtsgut ist daher unabhängig davon gefährdet, ob

212. BGer 6B_1171/2022 vom 19.10.2023 E. 2.3; BGer 6B_1149/2013 vom 13.11.2014 E. 1.3; zur Vermischung mit dem Hausfriedensbruch, siehe N. 22 f.
213. BGer 6B_569/2018 vom 20.3.2019 E. 3.3 f.; zur Vermischung mit dem Hausfriedensbruch, siehe N. 22 f.
214. OGer ZH SB 220052-O/U/ad vom 4.11.2022 E. 2.1.3; zur Vermischung mit dem Hausfriedensbruch, siehe N. 22 f.
215. Botschaft 1968, S. 594.

es sich bei der Tatperson um einen Intraneus oder einen Extraneus handelt. Auch der Wortlaut von Art. 179quater StGB spricht für diese Auslegung: Anders als Art. 179bis StGB schliesst er Intranei nicht ausdrücklich aus, sondern lässt ohne weiteres zu, beide Personengruppen zu erfassen. Die systematische Abgrenzung zwischen Art. 179bis und 179ter StGB, die beim gesprochenen Wort eine Unterscheidung zwischen Extranei und Intranei vorsieht, lässt sich nicht ohne weiteres auf Art. 179quater StGB übertragen, da dieses Delikt Bildaufnahmegeräte und nicht das Abhören von Gesprächen betrifft. Zusammenfassend spricht die historisch-teleologische Auslegung dafür, dass Art. 179quater StGB sowohl Extranei als auch Intranei als Tatpersonen erfasst.

## 2. Tathandlung

Nach Art. 179quater Abs. 1 StGB legt ein tatbestandsmässiges Verhalten an den Tag, wer ein Tatobjekt (N. 15 ff.) mit einem Aufnahmegerät (a.) beobachtet (b.) oder auf einen Bildträger aufnimmt (c.). 9

### a. Aufnahmegeräte

Als Tatmittel dient ein **Bildaufnahmegerät**,[216] das von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung als Vorrichtung definiert wird, die in der Lage ist, (bewegte) Bilder zwecks Übermittlung, Aufbewahrung oder Wiedergabe festzuhalten.[217] Diese Definition erweist sich als unzureichend: Sie würde beispielsweise auch Deepfake-Software[218] als Bildaufnahmegerät erfassen. Deepfake-Programme halten Bilder zur Übermittlung, Aufbewahrung oder Wiedergabe fest. Sie verwenden jedoch bereits vorhandene Bilder und/oder Videos, um ein neues Werk zu erschaffen,[219] nehmen aber nicht selbst auf, weshalb sie nicht als *Aufnahm*egerät verstanden werden können. Die Definition muss wie folgt lauten: Ein Bildaufnahmegerät ist eine Vorrichtung, 10

216. Dass *Bild*aufnahmegeräte gemeint sind, zeigen die französische und die italienische Gesetzesfassung, die von «appareil de prise de vues» bzw. von «apparecchi di presa d'immagini» (im Titel) sprechen, hierzu im Detail Schubarth, Art. 179quater StGB N. 3–7; siehe auch Legler, S. 131.
217. BGE 117 IV 31 E. 2b; AK-Abo Youssef, Art. 179quater StGB N. 9; Corboz, Art. 179quater StGB N. 14; PC-Dupuis/Moreillon/Piguet/Berger/Mazou/Rodigari, Art. 179quater StGB N. 10; Hurtado Pozo, N. 2260; Legler, S. 147; BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 18; ähnlich auch PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 179quater StGB N. 6.
218. Damit gemeint sind Programme, die mittels generativer künstlicher Intelligenz gefälschte Bilder herstellen, hierzu statt vieler Tag/Wyss, N. 3 ff. m.w.H. und Verw.
219. Tag/Wyss, N. 5 m.w.H. und Verw.

die ein reales Geschehen in Echtzeit[220] visuell abbildet und festhält. Die natürliche Sehleistung des menschlichen Auges wird hierbei durch das Aufnahmegerät ersetzt.[221] Zu den Aufnahmegeräten zählen insbesondere Kameras,[222] die Teil eines anderen Gerätes sein können, namentlich Smartphone-Kameras, Webcams, Kameradrohnen oder Smartglasses. Des Weiteren sind Fotokopierer oder Scanner Aufnahmegeräte.[223] Schliesslich können auch Programme Aufnahmegeräte sein. Das Bundesgericht hat in einer Bildschirmaufnahme eines E-Mails eine Tathandlung nach Art. 179quater Abs. 1 StGB gesehen.[224] Screenshots bilden ab und speichern, was auf dem Bildschirm zu sehen ist. Das Programm erstellt somit eine visualisierte Momentaufnahme eines realen Sachverhalts.[225] Ortungsgeräte oder -programme (Ortungsdienste, Funkpillen, Peilsender, Thermaldetektoren etc.) sind hingegen keine Aufnahmegeräte, da es sich bei der Ortung einer Person nicht um die Abbildung eines realen Geschehens handelt, sondern um die grafische Darstellung des Aufenthaltsortes einer Person.[226]

11 Reine **Beobachtungsgeräte** (z.B. Feldstecher, Fernrohr, Periskop, Nachtsichtgerät, Taschenlampe[227], Taucherbrille, Einwegspiegel[228], Handspiegel[229]) sind keine Aufnahmegeräte und gelten daher nicht als Tatmittel.[230] Diese Einschränkung ist im Hinblick auf die Tathandlung des

220. Hierbei genügt es, wenn das Gerät in Echtzeit aufnimmt, selbst wenn das Resultat zeitlich verfälscht ist (z.B. Zeitraffer- oder Zeitlupen-Aufnahmen).
221. Stratenwerth/Bommer, § 12 N. 56; gl.M. CR-Henzelin/Massrouri, Art. 179quater StGB N. 12; HK-Wohlers, Art. 179quater StGB N. 2; vgl. auch Jäggi, 230a: «Wer einen Menschen photographiert, sieht besser als das natürliche Auge [...]; ausserdem vergegenständlicht er das gewonnene Bild und kann es jederzeit wiedergeben».
222. BGE 117 IV 31 E. 2b; CR-Henzelin/Massrouri, Art. 179quater StGB N. 12; BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 18.
223. Fotokopierer: Niggli/Riedo/Fiolka/Muskens, N. 1034; BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 18.
224. BGer 6B_902/2019 vom 8.1.2020 E. 1.4.1.
225. Die Software kann indes nur zur Aufnahme auf einen Bildträger (N. 14) und nicht zur reinen Beobachtung (N. 12) verwendet werden, da sie erst im Moment aktiviert wird, in dem eine Bildschirmaufnahme erstellt wird.
226. Gl.M. (mit anderer oder ohne Begründung): CR-Henzelin/Massrouri, Art. 179quater StGB N. 12; Hurtado Pozo, N. 2261; Legler, S. 148; BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 18; Schubarth, Art. 179quater StGB N. 21 i.V.m. N. 3 ff.; PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 179quater StGB N. 6; HK-Wohlers, Art. 179quater StGB N. 2.
227. OGer ZH SB200053-O/U/cwo vom 15.10.2020 E. 4.2.3; vgl. auch BGE 117 IV 31 E. 2c.
228. BGE 117 IV 31 E. 3.
229. Wenn er verwendet wird, um über oder unter ein Hindernis zu schauen.

Beobachtens mit einem Aufnahmegerät (N. 12 f.) nur schwer nachvollziehbar. Für die Gefährdung des Rechtsguts ist es unerheblich, ob Tatsachen mit einem Beobachtungsgerät oder mit einem Aufnahmegerät ausgespäht werden: Der durch Art. 179quater StGB geschützte Rückzugsraum (N. 2) wird auch durch den Einsatz von Beobachtungsgeräten beeinträchtigt, da die betroffene Person sich nicht mehr so verhalten kann, als wäre sie unbeobachtet. Eine noch grössere Gefährdung des Rechtsguts liegt vor, wenn aus dem Schutzbereich erlangte Tatsachen ausgewertet oder verbreitet werden – ein Verhalten, das nach Abs. 2 nur bei Verwendung eines Bildaufnahmegeräts, nicht aber bei Verwendung eines Beobachtungsgeräts strafbar ist (hierzu N. 29 ff., N. 37).[231]

## b. Beobachten

Als Tathandlung gilt bereits die Verwendung eines Aufnahmegeräts zur Beobachtung von Tatobjekten (ohne die Anfertigung von Aufnahmen).[232] Von einem Beobachten ist die Rede, wenn die Tatperson das Angriffsobjekt aktiv visuell wahrnimmt. Das Aufnahmegerät fungiert hierbei als Mittel, durch das die Tatperson die fraglichen Tatsachen beobachtet. Wer sich etwa durch Hacking Zugriff auf die Webcam oder Smartphone-Kamera einer anderen Person verschafft (sog. Camfecting), kann beobachtend in deren geschützten Bereich eindringen, wenn die Kamera bloss aktiviert, das Geschehen aber nicht aufgezeichnet wird.[233] 12

Der Intraneus, der sich mit Einwilligung der betroffenen Person in deren geschützten Bereich befindet (hierzu N. 7 f.), hat die Tatsachen bereits zu Gesicht bekommen hat und kann das Rechtsgut der betroffenen Person höchstens noch gefährden, wenn er die Tatsachen ohne Einwilligung auf 13

230. BGE 117 IV 31 E. 2; AK-Abo Youssef, Art. 179quater StGB N. 9; Bieri, AB NR 1968 S. 340; Bolla, AB SR 1968 S. 190; Corboz, Art. 179quater StGB N. 10; Donatsch, S. 434; Legler, S. 147 f.; Riklin, FS Schürmann, S. 553; BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 18; Stratenwerth/Bommer, BT I, § 12 N. 56; PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 179quater StGB N. 6; **a.M. nur** Schubarth, Art. 179quater StGB N. 17–20.

231. Kritisch auch Corboz, Art. 179quater StGB N. 1; CR-Henzelin/Massrouri, Art. 179quater StGB N. 14; Legler, S. 152; Trachsler, S. 172.

232. **A.M. nur** Metzger, S. 98, der die Tatperson nur für strafbar hält, wenn «eine Aufnahme möglich und geplant ist» und sieht Straflosigkeit vor, wenn die Kamera wie einen Feldstecher verwendet wird.

233. Zum Phänomen siehe auch CR-Henzelin/Massrouri, Art. 179quater StGB N. 2.

einen Bildträger aufnimmt. Die Tathandlung des Beobachtens ist daher teleologisch zu reduzieren auf eigentliche **Eindringlinge** bzw. Extranei.

### c. Aufnehmen

14 Bei der zweiten Tatbestandsvariante wird das Aufnahmegerät verwendet, um Tatobjekte auf einem analogen oder digitalen Bildträger abzuspeichern.[234] Die Aufnahme muss das Angriffsobjekt **abbilden**, also visuell sichtbar machen. Ein Video, auf dem nur Schwärze zu erkennen ist und Stimmen und Lustgeräusche zu hören sind, ist somit kein Gegenstand von Art. 179quater StGB.[235] Ein strafbares Aufnehmen liegt auch vor, wenn ein bereits bestehendes Bild aus dem geschützten Bereich kopiert oder abgebildet wird. [236] Es spielt keine Rolle, ob die Aufnahme heimlich oder offen gemacht wird. [237] Es ist auch möglich, dass das Aufnahmegerät in Abwesenheit der Tatperson automatisch funktioniert.[238]

## 3. Tatobjekt

15 Das Tatobjekt der Bestimmung sind Tatsachen (a.) aus dem Geheimbereich eines anderen (b.) oder aus dem nicht jedermann ohne weiteres zugänglichen Privatbereich eines anderen (c.). Welcher Bereich betroffen ist, unterscheidet sich aufgrund der einschränkenden Zusatzformulierung beim Privatbereich meistens rein durch die dogmatische Begründung (vgl. hierzu N. 6).

16 Zu weit geht die Rechtsprechung des Bundesgerichtes, wonach auch **Verstorbene** den Schutz ihrer Geheim- oder Privatsphäre bis mindestens zu ihrem Begräbnis geniessen.[239]

### a. Tatsachen

17 Der Begriff der **Tatsachen** ist weit zu verstehen: Er umfasst alle gegenwärtigen oder vergangenen, mit dem geschützten Bereich der

234. Vgl. BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 17.
235. OG ZH SB210017-O/U/cs vom 7.9.2021 E. 2.2.2 f.; in Frage kommt eine Strafbarkeit nach Art. 179bis f. StGB.
236. Corboz, Art. 179quater StGB N. 15; PC-Dupuis/Moreillon/Piguet/Berger/Mazou/Rodigari, Art. 179quater StGB N. 13; CR-Henzelin/Massrouri, Art. 179quater StGB N. 15.
237. Donatsch, S. 434; PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 179quater StGB N. 6.
238. Corboz, Art. 179quater StGB N. 15; CR-Henzelin/Massrouri, Art. 179quater StGB N. 13; Hurtado Pozo, N. 2263.
239. BGE 118 IV 319 E. 2; kritisch auch Legler, S. 162 f.; Nobel/Weber, S. 447.

bespitzelten Person zusammenhängenden Ereignisse oder Zustände, die irgendeine optisch wahrnehmbare Form annehmen und dem Beweis zugänglich sind.[240] Die Beweisbarkeit impliziert, dass die Qualifikation als Tatsache nicht vom Wahrheitsgehalt des Vorgangs oder Zustandes abhängt.[241]

### b. Geheimbereich

Damit eine Tatsache dem Geheimbereich zugehörig ist, muss sie nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung ein **Geheimnis** im strafrechtlichen Sinne sein,[242] das sich durch drei kumulativ[243] zu erfüllende Merkmale auszeichnet: Es handelt sich um eine Sachlage, die relative Unbekanntheit geniesst, welche die Geheimnisträgerin geheim halten will und an der sie ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat.[244] Unter Berücksichtigung des eindeutigen Wortlauts in allen Sprachfassungen sowie der allgemeinen Gesetzessystematik[245] erscheint die Verknüpfung mit dem Geheimnisbegriff grundsätzlich sinnvoll. Dies gilt jedoch nur, solange sie im Einklang mit dem geschützten Rechtsgut bleibt, das Rückzugsorte unabhängig von ihrem Inhalt vor Eingriffen schützen möchte (N. 2). Da es beim berechtigten Geheimhaltungsinteresse um eine inhaltliche Frage geht, nämlich ob auch rechtswidrigen Handlungen oder Zuständen Geheimnisschutz zu gewähren ist,[246] darf dieses Kriterium nicht berücksichtigt werden bei der Frage, ob eine Tatsache aus dem Geheimbereich eines anderen vorliegt.[247] Ebenso wenig 18

240. Vgl. BGE 118 IV 41 E. 3; Hurtado Pozo, N. 2251; Legler, S. 136 f.; Metzger, S. 89, wonach «[n]icht nur die Verhaltensweisen und das Erscheinungsbild des Opfers, sondern auch Schriftstücke, Bilder, Photographien, Pläne etc.» Tatsachen darstellen können; BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 7; Schubarth, Art. 179quater StGB N. 9; zur Beweisbarkeit AK-Abo Youssef, Art. 179quater StGB N. 2.

241. Vgl. auch Metzger, S. 12, wonach Gegenstand eines Geheimnisses wahre oder falsche Tatsachen sein können; **a.M.** Tag/Wyss, N. 8.

242. BGE 118 IV 41 E. 4a; BGE 80 IV 22 E. 2a; BGer 6B_946/2013 vom 10.12.2013 E. 1.3; CR-Henzelin/Massrouri, Art. 179quater StGB N. 5; Hurtado Pozo, N. 2253; Legler, S. 139 f.; Metzger, S. 12 f. m.w.H.; Noll, S. 95; BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 9; Schubarth, Art. 179quater StGB N. 10; Stratenwerth/Bommer, § 12 N. 54 i.V.m. § 22 N. 3; PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 179quater StGB N. 3; vgl. auch Riklin, FS Schürmann, S. 539.

243. **A.M. nur** Hurtado Pozo, N. 2254, der ausschliesslich auf dem Geheimhaltungswillen abstellen will.

244. BGE 118 IV 41 E. 4a; Metzger, S. 12 f.; vgl. auch Riklin, FS Schürmann, S. 539.

245. So erscheint der Begriff «geheim» oder «Geheimnis» in diversen Bestimmungen des StGB, nämlich in den Artikeln 119, 162, 179, 179quater, 267, 273, 283, 293, 320, 321, 321bis, 321ter, 329 StGB.

246. BGE 142 II 268 E. 5.2.2.2.

darf die Intimität der fraglichen Tatsache eine Rolle spielen.[248] Zu berücksichtigen sind deshalb nur die Unbekanntheit der Tatsache sowie der Geheimhaltungswille.

19 Eine relative **Unbekanntheit** der Tatsache liegt vor, wenn ihr Inhalt nur wenigen genau bestimmten Personen bekannt ist.[249] Dieses Kriterium führt dazu, dass die Qualifikation einer Tatsache als dem Geheimbereich zugehörig, in den meisten Fällen, allein von ihrer Wahrnehmbarkeit abhängt: Sobald eine Tatsache – und mag sie noch so intim sein – aus irgendeinem Grund von einer unbestimmten Anzahl von Personen wahrgenommen werden kann, wird sie bekannt und ist kein Geheimnis im strafrechtlichen Sinne mehr.[250] Daraus folgt, dass es beim Geheimbereich – wie auch beim geschützten Privatbereich –
im Grunde letztlich oft nur um die Einsehbarkeit der Tatsachen geht (hierzu N. 5, N. 24 f.). Demgemäss kommt der Abgrenzung der beiden Bereiche untereinander häufig keine Bedeutung zu.[251] Es gibt jedoch Konstellationen, in denen die Abgrenzung zwischen dem geschützten Geheimbereich und dem geschützten Privatbereich von Relevanz ist: Eine Tatsache, von der die betroffene Person ausgehen muss, dass sie für die Allgemeinheit – also einen grösseren, nicht durch persönliche Beziehungen abgegrenzten Personenkreis – einsehbar ist (N. 24 f.), die im konkreten Fall aber nur von einer kleinen, genau bestimmten Gruppe von Personen wahrgenommen wird, zählt nur zum Geheimbereich, nicht aber zum Privatbereich.[252]

20 Der **Geheimhaltungswille** meint «die Kundgabe jener Bestrebungen [...], die darauf abzielen, eine Tatsache der Wahrnehmung und dem Wissen anderer zu

247. Pieth/Simmler, S. 151 f.

248. Vgl. Druey, Habil., S. 11. Dementsprechend hat sich auch die gesetzgebende Instanz im Laufe der Gesetzgebungsgeschichte explizit dagegen entschieden, den Begriff «sphère intime» zu verwenden, mit der Begründung, den Bereich nicht zu eng fassen zu wollen, siehe Bolla, AB SR 1968 S. 300. **A.M.** Noll, S. 95; Riklin, FS Schürmann, S. 539, vgl. auch S. 552; wohl auch Metzger, S. 14 sowie Schultz, S. 306.

249. BGE 126 IV 236 E. 2a; Metzger, S. 13; Riklin, Diss., S. 198; Riklin, FS Schürmann, S. 539; Jäggi, S. 227a, verlangt sogar, dass höchstens *eine* andere Person das Geheimnis kennen darf; letzteres ist zu weitgehend, so auch Metzger, S. 8 Fn. 39; vgl. auch BGE 64 II 162 E. 7 S. 171; Botschaft 1968, S. 593 (zum Pendant Art. 179bis StGB, N. 3).

250. CR-Henzelin/Massrouri, Art. 179quater StGB N. 5; Riklin, Diss., S. 197 f.; Riklin, FS Schürmann, S. 539; vgl. auch Hurtado Pozo, N. 2254, der das Problem zwar anerkennt, es jedoch dadurch löst, dass er ausschliesslich auf den Geheimhaltungswillen abstellt.

251. Gl.M. Donatsch, S. 431 f.

entziehen».[253] Er kann ausdrücklich[254] oder konkludent zum Ausdruck gebracht werden.[255] Gewisse Informationsträger sind «ihrer Natur nach einem beschränkten Kreis bestimmt»[256] – z.B. Tagebücher[257] oder Briefe[258] – und an gewissen Orten erwartet man im Verborgenen einer Tätigkeit nachgehen zu können – z.B. in Toiletten oder Garderoben. Zum Ausdruck gebracht oder verstärkt wird der Geheimhaltungswille regelmässig, wenn die Informationsträger oder Orte verschlossen sind.[259] Auch ein Kleidungsstück kann einen Willen zur Geheimhaltung des darunter Verborgenen darstellen.[260]

### c. Nicht jedermann ohne weiteres zugänglicher Privatbereich

Weil der **Privatbereich** nach zivilrechtlichem Verständnis für eine strafrechtliche Norm zu weit ist, wurde er im Gesetzgebungsprozess durch die Zusatzformulierung «nicht jedermann ohne weiteres zugänglicher» begrifflich eingeschränkt, was zu einer eigentlichen Aushöhlung des Begriffes geführt hat (N. 6). Die Auslegung der Zusatzformulierung ist umstritten: 21

Das **Bundesgericht** legt die Zusatzformulierung «nicht jedermann ohne weiteres zugänglicher» sehr weit aus: In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre beschränkt es den geschützten Bereich grundsätzlich auf den sogenannten Privatbereich im engen Sinne[261], also auf alle Räume und Örtlichkeiten, die gegen Einblick von aussen gesichert sind,[262] und wo «die 22

252. Beispielsweise wird in einer öffentlichen Umkleidekabine oder Sauna die eigene Nacktheit mit einer begrenzten Anzahl bestimmter Personen geteilt, nämlich denjenigen, die sich im selben Raum aufhalten. Die Aufnahme dieser Personen fällt unter den Geheim- nicht aber den Privatbereich.
253. Metzger, S. 13.
254. Z.B. durch die Aufschrift «geheim», siehe Riklin, FS Schürmann, S. 539.
255. Metzger, S. 13 m.w.H.; Riklin, Diss., S. 198; Riklin FS Schürmann, S. 539.
256. Druey, FS Vischer, S. 15.
257. So bereits Bolla, AB SR 1968 S. 186; siehe auch Druey, FS Vischer, S. 15.
258. Druey, FS Vischer, S. 15.
259. Vgl. Riklin, Diss., S. 198; Riklin, FS Schürmann, S. 539.
260. Was z.B. beim Upskirting – dem Fotografieren oder Filmen unter den Rock von anderen – von Relevanz ist.
261. Hierbei handelt sich um einen Begriff aus dem Zivilrecht, wo zwischen der Privatsphäre i.e.S. und der Privatsphäre in der Öffentlichkeit unterschieden wird. Letzteres erfasst (inhaltlich) persönliches Verhalten in der Öffentlichkeit (zum Ganzen, statt vieler und m.w.Verw., Riklin, Diss., S. 200 f.). Ob dieser Teil der Privatsphäre auch von Art. 179quater StGB erfasst wird, wurde vom Bundesgericht offengelassen (BGE 118 IV 41E. 4b–4d, 4f.).

streitigen Tatsachen faktisch nur durch nahe verbundene Personen ohne weiteres wahrgenommen werden können».[263] Allerdings erweitert es diesen Bereich: Tatsachen seien nicht *ohne weiteres* zugänglich, wenn sie nur wahrgenommen werden können, indem «körperliche [...] oder rechtlich-moralische Hindernisse» überwunden werden.[264] Letztere definiert es als «gedachte, also physisch nicht in Erscheinung tretende Grenze [...], die nach den hierzulande allgemein anerkannten Sitten und Gebräuchen ohne die Zustimmung der Betroffenen nicht überschritten wird».[265] Nach diesem Verständnis mache sich strafbar, wer in den «gemäss dem Tatbestand des Hausfriedensbruchs in Art. 186 StGB geschützte[n] private[n] Bereich» eindringe oder sich dort aufhalte, um eine Tathandlung zu begehen.[266] Diese örtliche Grenze des Hausfriedensbruchs müsse allerdings nicht zwingend physisch überschritten werden: Da bereits die Überwindung eines «rechtlich-moralischen Hindernisses» genüge, seien Personen selbst im nicht-umfriedeten Bereich vor diesem Raum geschützt.[267] Die Tatperson überschreite somit die psychologische Grenze eines anständigen Durchschnittsmenschen, wenn sie andere *vor* ihrem Haus mit einem Aufnahmegerät beobachte oder auf einen Bildträger aufnehme – dies gelte selbst dann, wenn die Person von einem für die Allgemeinheit zugänglichen Ort aus gesehen werden könne.[268]

23 An der Auslegung durch das Bundesgericht ist **Kritik** zu üben: Das Bundesgericht erweitert den Anwendungsbereich von Art. 179quater StGB durch Kriterien, die sich weder aus dem Gesetzestext ergeben noch dem Willen der Gesetzgebenden entsprechen (N. 5).[269] Was sich im nicht-umfriedeten Bereich vor einem Haus abspielt, ist allgemein einsehbar und bildet somit keinen vom Rechtsgut geschützten Bereich.[270] Die beiden

262. BGE 118 IV 41 E. 4d–4e; gl.M. Donatsch, S. 432; CR-Henzelin/Massouri, Art. 179quater StGB N. 7 f.; Hurtado Pozo, N. 2256; Legler, S. 140 f.; Metzger, S. 93; BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 11; Riklin, FS Schürmann, S. 550; Stratenwerth/Bommer, § 12 N. 55; HK-Wohlers, Art. 179quater StGB N. 1.
263. BGE 118 IV 41 E. 4d.
264. BGE 118 IV 41 E. 4e.
265. Ibid.
266. Ibid.
267. Ibid.
268. Ibid.
269. Gl.M. Riklin, medialex, N. 5, 14; kritisch auch CR-Henzelin/Massouri, Art. 179quater StGB N. 7 f.; Hurtado Pozo, N. 2249, 2256; Legler, S. 145 f.; Stratenwerth/Bommer, § 12 N. 55.

problematischen Kriterien, die zu dieser Auslegung führen, sind genauer zu beleuchten:

1. Die Verknüpfung mit dem *Hausfriedensbruch*: Dass sich der von Art. 179quater Abs. 1 StGB geschützte Bereich grundsätzlich mit demjenigen von Art. 186 StGB deckt, hat das Bundesgericht von Noll übernommen, der damals als Einziger diese Auffassung vertrat.[271] Bei alleiniger Betrachtung des deutschen Wortlauts von Art. 179quater Abs. 1 StGB erscheint eine Verbindung zum Hausfriedensbruch naheliegend: Der Begriff «zugänglich» impliziert eine Betretbarkeit des Bereichs (N. 5). Bei zusätzlicher Betrachtung der französischen und italienischen Sprachfassungen, des geschützten Rechtsguts und des historischen Telos (N. 2, N. 5) fällt indes auf, dass die Verknüpfung mit Art. 186 StGB jeglicher Begründung entbehrt. Der Hausfriedensbruch schützt das Hausrecht einer Person, also die Befugnis darüber zu entscheiden, wer sich in den eigenen Räumlichkeiten aufhalten darf.[272] Orte, an denen das Hausrecht gilt, sind in Art. 186 StGB abschliessend aufgezählt.[273] Art. 179quater StGB schützt dagegen ein ganz anderes Rechtsgut, nämlich den Geheim- und Privatbereich vor dem Missbrauch durch optische Aufnahmegeräte (N. 2). Art. 179quater Abs. 1 StGB enthält anders als Art. 186 StGB keine Aufzählung von Schutzbereichen. Der Schutzbereich von Art. 179quater StGB beschränkt sich nämlich nicht auf Personen, die ein Hausrecht innehaben.[274] Vielmehr steht grundsätzlich allen Personen, die sich an einem sichtgeschützten Ort aufhalten, Schutz durch die Bestimmung zu (N. 5, N. 24 f.). Schliesslich haben auch die Gesetzgebenden den Hausfriedensbruch an keiner Stelle erwähnt, obwohl der Tatbestand schon damals Bestandteil des StGB war. Eine direkte Beziehung zwischen den beiden Delikten kann daher nicht hergestellt werden.
2. Der Terminus *«rechtlich-moralisches Hindernis»*: Dieses Abgrenzungskriterium hat das Bundesgericht von Riklin übernommen,[275]

270. Gl.M. Riklin, medialex, N. 5; im Resultat entsprechend abzulehnen ist auch BGer 6B_56/2021 vom 24.2.2022 E. 2.2.2.
271. BGE 118 IV 41 E. 4b mit Verweis auf Noll, S. 95.
272. BGE 112 IV 31 E. 3; BGE 83 IV 154 E. 1; statt vieler Donatsch, S. 499.
273. Donatsch, S. 499 ff.
274. Nichtsdestotrotz nimmt das Bundesgericht auch in Fällen des Art. 179quater StGB teilweise auf das Hausrecht Bezug (siehe die Fälle in N. 7).
275. BGE 118 IV 41 E. 4e mit Verweis auf Riklin, FS Schürmann, S. 542.

dabei jedoch den Umstand verkannt, dass der Autor diesen Begriff im Kontext allgemeiner Ausführungen zur Sphärentheorie (N. 6) und unter Bezugnahme auf die privatrechtliche Literatur verwendet hat.[276] Beim engeren strafrechtlichen Privatbereich vertrat er selbst die Auffassung, dass ein körperlicher Blickschutz vorliegen muss.[277] Dies entspricht dem historischen Telos, wonach es insbesondere nicht ausreicht, wenn für die Aufnahme lediglich eine moralische Hürde überwunden wird, wenn eine Tatsache bereits allgemein einsehbar ist (N. 5). Folgerichtig hat auch Riklin die ausufernde Auslegung des Bundesgerichts kritisiert.[278] Es hängt nun praktisch allein von den moralischen Vorstellungen der Richterin oder des Richters ab, dem Straftatbestand hinreichend deutliche Konturen zu geben.[279] Dies zeigt sich bereits in der Praxis des Bundesgerichts: So wurde das Fotografieren eines Mannes vor seiner Haustür durch einen Journalisten als Aufnahme des geschützten Privatbereichs geahndet,[280] während die Observation einer staubsaugenden Frau auf ihrem Balkon durch einen Versicherungsdetektiv straffrei blieb.[281] Bei letzterem habe es sich um Tatsachen gehandelt, «die ohne Überwindung einer physischen oder psychologischen Schranke zugänglich waren».[282] Die offensichtliche Ungleichbehandlung der beiden Entscheidungen[283] wird noch durch die Begründung *ad absurdum* geführt, dass «keine besonders persönlichkeitsträchtige[n] Szenen, sondern freiwillig ausgeübte Alltagsverrichtungen»[284] vorliegen würden. Dem geschützten Rechtsgut

276. Riklin, FS Schürmann, S. 538 i.V.m. S. 542 Fn. 40 (u.a. Verweis auf Riklin, Diss., S. 197).
277. Riklin, FS Schürmann, S. 550 f.
278. Riklin, medialex, N. 4.
279. Hurtado Pozo, N. 2256; Stratenwerth/Bommer, § 12 N. 55; kritisch auch Hug, S. 699; Legler, S. 146.
280. BGE 118 IV 41. Entsprechendes gelte auch für das Begrüssen bzw. Empfangen von jemandem vor der Haustüre oder das Holen von Post aus dem Briefkasten (E. 4e); bestätigt in BGer 1B_28/2013 vom 28.5.2013 E. 2.2.2. Selbst das Innere eines mehrfach umfriedeten Schafstalls sei geschützt, auch wenn dieser allgemein einsehbar und lichtdurchflutet ist, siehe BGer 6B_56/2021 vom 24.2.2022 E. 2.2.2.
281. BGE 137 I 327.
282. BGE 137 I 327 E. 6.2.
283. AK-Abo Youssef, Art. 179quater StGB N. 8; Hug, S. 699; PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 179quater StGB N. 4. Die Diskrepanz lässt sich auch dadurch erklären, dass der Balkon-Entscheid von der I. sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts stammt, der Haustür-Fall dagegen von der IV. strafrechtlichen Abteilung. Nichtsdestotrotz hat die sozialrechtliche Abteilung über ihren Aufgabenbereich hinaus das Tatobjekt von Art. 179quater Abs. 1 StGB neu definiert (vgl. Hug, S. 699).

entsprechend (N. 2) erklärt das Bundesgericht sonst zu Recht: «Es ist nicht erforderlich, dass es sich beim beobachteten oder abgebildeten Verhalten um ein solches mit einem besonderen persönlichen Gehalt [...] handelt».[285]

Der **wahre Sinngehalt** der Zusatzformulierung lässt sich durch eine historisch-systematische und zugleich teleologische Auslegung ergründen (hierzu N. 5). Demnach liegt eine «nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsache» vor, wenn die betroffene Person *die begründete Erwartung* an den Tag legen kann, dass die fragliche Tatsache für die Allgemeinheit nicht einsehbar ist (N. 25 f.), ohne dass besondere Anstrengungen erforderlich sind (N. 27).[286] Der Begriff der Allgemeinheit bezeichnet hierbei einen grösseren, nicht durch persönliche Beziehungen abgegrenzten Personenkreis.[287] Auch bei dieser Auslegung nach dem wahren Sinngehalt der Bestimmung verbleibt ein Graubereich, der wohl durch moralische Wertungen der Richterin oder des Richters ausgefüllt werden muss. Er ist jedoch wesentlich kleiner als bei der Abgrenzung nach den Kriterien des Bundesgerichts. 24

Die begründete Erwartung, dass eine bestimmte Tatsache der Allgemeinheit nicht ohne weiteres zugänglich ist, entsteht, wenn die betroffene Person Vorkehrungen getroffen hat, um sich vor den Blicken eines grösseren, nicht durch persönliche Beziehungen abgegrenzten Personenkreises zu schützen. Ein solcher Rückzugsraum wird in der Regel durch einen **physischen Sichtschutz** zwischen der fraglichen Tatsache und der Allgemeinheit geschaffen, etwa durch eine Hecke, eine Mauer, Fensterläden, Türen,[288] Vorhänge, Schubladen,[289] ein Zelt, einen Briefumschlag oder ein Kleidungsstück.[290] Wer sich hingegen nicht ausreichend vor den Blicken der Öffentlichkeit schützt, verliert die berechtigte Erwartung, von der Allgemeinheit nicht gesehen zu werden. Tatsachen, die uneingeschränkt allgemein einsehbar sind, geniessen keinen Schutz.[291] Hingegen bleibt 25

284. BGE 137 I 327 E. 6.2.
285. BGE 118 IV 41 E. 4f; kritisch auch AK-Abo Youssef, Art. 179quater StGB N. 8.
286. Bzgl. fehlender Einsehbarkeit grundsätzlich gl.M. Donatsch, S. 431 f.; CR-Henzelin/Massouri, Art. 179quater StGB N. 7 f.; Riklin, FS Schürmann, S. 550; HK-Wohlers, Art. 179quater StGB N. 1; zur begründeten Erwartung ähnlich auch BGer 6B_946/2013 vom 10.12.2013 E. 1.3; die kantonale Vorinstanz in BGE 117 IV 31 E. 2a; Legler, S. 146.
287. Botschaft 1968, S. 593; Cevey, AB NR 1968 S. 337.
288. BGE 118 IV 41 E. 4e.
289. Ibid.
290. Vgl. Metzger, S. 93; Riklin, FS Schürmann, S. 550.

geschützt, was nur für einen durch persönliche Beziehungen abgegrenzten Personenkreis sichtbar ist, etwa vom Nachbarhaus aus. «Für jedermann ohne weiteres zugänglich» ist demnach beispielsweise, was von der öffentlichen Strasse aus gesehen werden kann, auch durch eine undichte Hecke oder durch ein Fenster hindurch. Sofern grundsätzlich ein wirksamer Sichtschutz besteht, dieser aber eine Lücke aufweist (z.B. ein Schlüsselloch) oder gegen den Willen der betroffenen Person vorübergehend aufgehoben wird, bleibt die berechtigte Erwartung, von der Allgemeinheit nicht gesehen zu werden, bestehen.

26 **Sichterschwerende Faktoren** wie grosse Entfernung, Dunkelheit oder Wasser stellen per se keinen wirksamen Sichtschutz dar, der für die betroffene Person die begründete Erwartung schafft, von der Allgemeinheit nicht ohne weiteres gesehen zu werden. Die Überwindung dieser Hindernisse ist zwar mittels sichtverbessernder Funktionen von Aufnahmegeräten möglich,[292] jedoch existieren weit verbreitete Beobachtungsgeräte mit den gleichen Funktionen,[293] deren Verwendung straflos ist (N. 11). Folglich kann die betroffene Person nicht berechtigt davon ausgehen, dass der Sachverhalt für die Allgemeinheit nicht einsehbar ist. Sie muss damit rechnen, dass andere Personen Beobachtungsgeräte verwenden, um die Tatsachen sichtbar zu machen.[294] Grundsätzlich ist deshalb zusätzlich ein physischer Sichtschutz (N. 25) erforderlich, der von der Tatperson überwunden werden muss (N. 27). Es gibt jedoch Ausnahmen, in denen die betroffene Person berechtigterweise davon ausgehen kann, auch ohne physischen Sichtschutz nicht gesehen zu werden. Ein Ausnahmefall liegt vor, wenn die berechtigte Erwartung im konkreten Fall aufgrund der Umstände – etwa des spezifischen Ortes und/

291. I.d.S. auch Schultz, S. 306; HK-Wohlers, Art. 179quater StGB N. 1. Diese Kriterien entsprechen auch den Vorschriften bzgl. der Observation durch Versicherungsdetektive nach dem Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, siehe Art. 43a Abs. 4 ATSG.

292. Bei grosser Entfernung: Zoom/Teleobjektiv; bei Dunkelheit: Taschenlampe/Nachtsichtgerät; bei Wasser: Unterwasseraufnahmen.

293. Bei grosser Entfernung: Fernglas/Feldstecher; bei Dunkelheit: Blitz- oder Nachtaufnahme; bei Wasser: Taucher- oder Schwimmbrille.

294. Gl.M. bzgl. Entfernung, Riklin, medialex, N. 9; Schultz, S. 306 Anm. 11; **a.M.** Hurtado Pozo, N. 2260, der eine nicht ohne weiteres zugängliche Tatsache annimmt, sobald ein Teleobjektiv verwendet wird, nicht aber ein normales Objektiv (nach der Rechtsprechung Neuchâtels); **a.M.** auch noch die historische gesetzgebende Instanz: siehe zur Dunkelheit: Botschaft 1968, S. 592; zur Entfernung: Baechtold, AB NR 1968 S. 343; Bieri, AB NR 1968 S. 340; Bolla, AB NR 1968 S. 186 f., 300; Cevey, AB NR 1968 S. 338 f., 631.

oder der Tageszeit – besonders stark ausgeprägt ist.[295] In solchen Fällen muss beurteilt werden, ob eine durchschnittliche Person in der gleichen Situation damit hätte rechnen müssen, von der Allgemeinheit gesehen zu werden.

Die Formulierung «nicht ohne weiteres» bezieht sich im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte der Strafbestimmung auf die **Überwindung der fehlenden Einsehbarkeit** (N. 5). Ist die Tatperson ein Extraneus (N. 7 f.), so überwindet sie den physischen Sichtschutz zwischen der fraglichen Tatsache und der Allgemeinheit (N. 25) durch technische und/oder physische Anstrengungen.[296] Hierbei wird ein Aufnahmegerät (N. 10) entweder im sichtgeschützten Bereich versteckt,[297] durch Hacking im sichtgeschützten Bereich aktiviert (Camfecting),[298] über oder unter dem Sichtschutz positioniert,[299] oder nach dem gewaltsamen Entfernen oder Beseitigen des Sichtschutzes eingesetzt.[300] Wenn die betroffene Person trotz fehlendem physischem Sichtschutz aufgrund von Sichterschwernissen berechtigt davon ausgehen kann, nicht von der Allgemeinheit gesehen zu werden, überwindet der Extraneus diese Hindernisse, indem er sichtverbessernde Funktionen von Aufnahmegeräten nutzt (N. 26). Handelt es sich bei der Tatperson um einen Intraneus (N. 7 f.), muss zunächst geprüft werden, ob sie sich mit Einwilligung der betroffenen Person in deren Schutzbereich aufhält, wobei dieser Bereich entweder durch einen physischen Sichtschutz oder durch qualifizierte sichterschwerende Faktoren von der Allgemeinheit abgetrennt ist. Falls dies zutrifft, genügt es, wenn die Tatperson das Geschehen (offen oder heimlich) aufnimmt (N. 14). Weil das Unrecht in diesem Fall im Vertrauensbruch liegt (N. 8), sind keine weiteren technischen und/oder physischen Anstrengungen erforderlich. 27

295. Beispielsweise muss eine Person nicht damit rechnen, von der Allgemeinheit gesehen zu werden, wenn sie sich auf ihrem Privatgrundstück am See befindet und von der anderen Seeseite aus mit einem Teleobjektiv fotografiert wird, oder wenn sie sich abseits eines Weges in der Dunkelheit des nächtlichen Waldes befindet und mit einem Kamerablitz fotografiert wird.
296. I.d.S. auch PC-Dupuis/Moreillon/Piguet/Berger/Mazou/Rodigari, Art. 179quater StGB N. 9.
297. Wobei sich die Tatperson entweder selbst im geschützten Bereich verstecken kann oder eine versteckte Kamera in diesem Bereich installiert.
298. CR-Henzelin/Massrouri, Art. 179quater StGB N. 2.
299. Durch physisches Überwinden des Sichtschutzes oder auch durch technische Mittel wie z.B. Drohnen; vgl. auch BGE 118 IV 41 E. 4e («Fassadenkletterei»).
300. BGE 118 IV 41 E. 4e («z.B. durch Aufbrechen einer Türe oder einer Schublade»); vgl. auch Metzger, S. 93.

## B. Subjektiver Tatbestand

28 Im subjektiven Tatbestand wird **(Eventual-)Vorsatz** verlangt. Die Tatperson muss es mindestens für möglich halten und in Kauf nehmen, dass die Tatsache, die sie mit einem Aufnahmegerät beobachtet oder aufnimmt, geheim bzw. nicht für die Allgemeinheit ohne weiteres einsehbar ist.

# V. ANSCHLUSSHANDLUNGEN (ABS. 2 UND 3)

29 Die Absätze 2 und 3 stellen Anschlusshandlungen unter Strafe, die dazu führen, dass die Tatsachen (Abs. 2) oder Aufnahmen (Abs. 3) aus den geschützten Bereichen verwendet werden oder an weitere Personen gelangen. Dadurch wird eine grössere Gefahr für das geschützte Rechtsgut (N. 2) geschaffen als bei Abs. 1.

## A. Objektiver Tatbestand

### 1. Tatpersonenkreis

30 Die in den Absätzen 2 und 3 genannten Anschlusshandlungen sind **Allgemeindelikte**. Sie können daher sowohl von den Personen begangen werden, die die Tatsachen oder Bildaufnahmen durch eine Tat nach Absatz 1 erlangt haben, als auch von jeder anderen Person.[301] Diese Auslegung entspricht zwar dem Willen der gesetzgebenden Behörde,[302] führt aber zu ausufernden Ergebnissen, da sich uneingeschränkt strafbar machen kann, wer bereits öffentlich verbreitete Tatsachen oder Bildaufnahmen, die auf einer Straftat nach Abs. 1 beruhen, auswertet oder verbreitet.[303] Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, dass eine Strafbarkeit entfällt, sobald eine Tatsache allgemein bekannt geworden ist,[304] «da dann ein Bedürfnis für eine Bestrafung nicht mehr besteht».[305] Andere möchten *praeter legem* darauf abstellen, ob

301. Botschaft 1968, S. 594 (zum Pendant Art. 179bis StGB, N. 3). Die betroffene Person selbst kann grundsätzlich keine Tatperson sein, es sei denn, die Tatsachen oder Bildaufnahmen stammen zusätzlich aus dem geschützten Geheim- oder Privatbereich einer oder mehrerer anderer Personen.
302. Botschaft 1968, S. 594 (zum Pendant Art. 179bis StGB, N. 3).
303. Noll, S. 91, 94 f.; Schubarth, Art. 179quater StGB N. 28 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 51 f.; Stratenwerth/Bommer, § 12 N. 58 i.V.m. N. 35.
304. Erni, S. 148; BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 19 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 30; Schubarth, Art. 179quater StGB N. 28 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 52.

die betroffene Person im Moment der Verwertung noch ein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung der Tatsachen hat.[306]

## 2. Tathandlung

Die Anschlusshandlungen umfassen verschiedene Tathandlungen, die unterschiedliche Tatobjekte betreffen (vgl. hierzu N. 36 f.). Das Auswerten und die Bekanntgabe an einen Dritten (Abs. 2) beziehen sich auf Tatsachen, während sich das Aufbewahren und das Zugänglichmachen an einen Dritten (Abs. 3) auf Aufnahmen beziehen. 31

### a. Auswerten von Tatsachen (Abs. 2)

Wie der französische Gesetzestext («tire profit») besser zu erkennen gibt, bedeutet «auswerten», dass die Tatperson die Tatsachen zu ihrem **Vorteil** benutzt.[307] Der Vorteil muss nicht monetärer Natur sein.[308] Um die Tatvariante des Auswertens nach Abs. 2 zu erfüllen, würde es somit bereits genügen, wenn sich jemand durch die erworbene Tatsache amüsiert oder sie sonst irgendein positives Gefühl auslöst. Folglich wäre bei den allermeisten Kenntnisnahmen der Tatsache bereits ein Auswerten gegeben.[309] Für die beobachtende oder aufnehmende Tatperson fällt die reine Kenntnisnahme in der Regel mit der Tathandlung nach Abs. 1 zusammen und bildet eine straflose Nachtat.[310] Ist eine andere Person Tatperson als diejenige, die den Abs. 1 erfüllt hat, ist der Begriff sehr restriktiv auszulegen. Eine reine Kenntnisnahme der Tatsache kann hier ebenso wenig genügen.[311] 32

305. Schubarth, Art. 179bis StGB N. 52 (i.V.m. Art. 179quater StGB N. 28).
306. Donatsch, S. 434 i.V.m. S. 426; Noll, S. 91; Stratenwerth/Bommer, § 12 N. 58 i.V.m. N. 35.
307. Corboz, Art. 179bis StGB N. 19; Donatsch, S. 425; Metzger, S. 65; siehe auch Erni, S. 149; Legler, S. 151; BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 19 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 31; Schultz, S. 304; PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 179quater StGB N. 7 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 7; HK-Wohlers, Art. 179quater StGB N. 3 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 4.
308. Erni, S. 149; Legler, S. 151; Metzger, S. 65; BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 19 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 31; Schubarth, Art. 179quater StGB N. 28 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 57; PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 179quater StGB N. 7 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 7.
309. Metzger, S. 65; BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 19 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 31; Schubarth, Art. 179quater StGB N. 28 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 55–57.
310. Gl.M. Metzger, S. 66 f.
311. Gl.M. Metzger, S. 67.

### b. Bekanntgabe von Tatsachen an eine Drittperson (Abs. 2)

33 Die zweite Tatvariante des Abs. 2 liegt vor, wenn die Tatsache an eine Person weitergegeben wird, die weder Tatperson noch betroffene Person ist,[312] namentlich durch eine Erzählung oder eine Textnachricht.[313] Die Tathandlung ist vollendet, sobald die Drittperson die Möglichkeit hat, die weitergegebene Information zur Kenntnis zu nehmen, beispielsweise ab Eingang des Briefs, des E-Mails oder der Nachricht.[314]

### c. Aufbewahren von Aufnahmen (Abs. 3)

34 Das Aufbewahren bezieht sich auf die Bild- oder Videoaufnahmen, welche die geschützten Bereiche abbilden. Die Aufnahmen befinden sich hierbei auf irgendeinem körperlichen Gegenstand.[315] Ziel der Tatvariante ist es, die Möglichkeit zu unterbinden, dass der geheime oder private Bereich einer Person erneut in Gefahr gebracht wird.[316] Nach Legler bedarf es einer gewissen Dauer des Besitzes der Aufnahmen, damit von einem Aufbewahren die Rede sein kann.[317]

### d. Zugänglichmachen von Aufnahmen an eine Drittperson (Abs. 3)

35 Die Aufnahme wird einer Drittperson zugänglich gemacht, wenn sie dieser gezeigt, vorgespielt oder im Original oder als Kopie übergeben bzw. gesendet wird.[318]

## 3. Tatobjekt

36 Das Tatobjekt sind Tatsachen (Abs. 2, zur Definition siehe N. 17) oder Aufnahmen (Abs. 3, zur Definition vgl. N. 10, N. 14), die auf eine strafbare Handlung gemäss Abs. 1 zurückzuführen sind. Der Tatbestand muss hierbei vorsätzlich und ohne Rechtfertigung erfüllt worden sein,[319] die Tatperson

312. BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 19 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 32; Schubarth, Art. 179quater StGB N. 28 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 52.
313. Sobald jemandem jedoch die Aufnahme in Form eines Bildes oder Videos gezeigt wird, ist Abs. 3 Var. 2 einschlägig, siehe N. 35.
314. BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 19 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 32; Schubarth, Art. 179quater StGB N. 28 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 54.
315. BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 19 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 37.
316. Ibid.
317. Legler, S. 152.
318. Vgl. BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 19 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 37.

muss jedoch nicht schuldhaft gehandelt haben.[320] Die Aufnahmen (Abs. 3) können sowohl digital als auch physisch sein[321] und es kann sich zudem um Kopien handeln.[322]

Das Tatobjekt weist zwei **Gesetzeslücken** auf, die mit Blick auf das geschützte Rechtsgut (N. 2) nur schwer nachvollziehbar sind:[323] Zum einen dürfen durch Beobachtungsgeräte erlangte Tatsachen ohne strafrechtliche Konsequenzen ausgewertet oder an Dritte bekannt gegeben werden (N. 11).[324] Zum anderen bleibt gemäss Art. 179quater Abs. 2 oder 3 StGB straflos, wer Bildaufnahmen oder Tatsachen aus dem Geheim- oder Privatbereich einer anderen Person ohne deren Einwilligung verbreitet, sofern diese mit deren Einwilligung erlangt wurden.[325] Die Gesetzeslücken lassen sich durch die Entstehungsgeschichte der Norm erklären, die zeigt, dass die Gesetzgebenden vor allem Eingriffe durch die Boulevardpresse im Blick hatten (N. 4). Heute erscheinen diese Einschränkungen jedoch überholt, da Eingriffe durch die Presse an Bedeutung verloren haben, während die Strafverfolgungsbehörden zunehmend mit Tatpersonen konfrontiert sind, die aus voyeuristischen oder anderen schädigenden Absichten handeln und ihre Aufnahmen online verbreiten.[326] Besonders die Verbreitung solcher Inhalte im Internet hat die Bedrohungslage grundlegendend verändert – eine Entwicklung, die von den gesetzgebenden Behörden nicht vorhergesehen werden konnte. Als Reaktion auf die neu entstandene Problematik wurde immerhin eine der Lücken teilweise geschlossen: Seit der Einführung von Art. 197a StGB am 1. Juli 2024 wird das Verbreiten sexueller Inhalte, die ursprünglich mit Zustimmung der betroffenen Person aufgenommen wurden, unter Strafe gestellt.[327] 37

319. Donatsch, S. 434 i.V.m. S. 426; Legler, S. 153; Schubarth, Art. 179quater StGB N. 28 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 48; Stratenwerth/Bommer, § 12 N. 58 i.V.m. N. 34; **a.M.** Schultz, S. 304, wonach die Erfüllung des objektiven Unrechtstatbestandes genüge.
320. Corboz, Art. 179quater StGB N. 19; Donatsch, S. 434 i.V.m. S. 426; Stratenwerth/Bommer, § 12 N. 58 i.V.m. N. 34.
321. Vgl. BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 17 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 16.
322. Botschaft 1968, S. 594.
323. Legler, S. 152 ff.; Trachsler, S. 170 ff.
324. Legler, S. 152; Trachsler, S. 172.
325. Trachsler, S. 170 Fn. 16. Auch Legler erkennt die Problematik, vertritt jedoch die Auffassung, dass die Auslegung der Strafbestimmung es zulässt, einwilligungslose kommerzielle Nutzungen von (mit Einwilligung erstellten) Aufnahmen zu erfassen, siehe Legler, S. 153 f.
326. Vgl. die Beispiele in Fn. 6.
327. Bei Art. 197a StGB ist allerdings zusätzlich das Rechtsgut der sexuellen Integrität bzw. Selbstbestimmung betroffen.

## B. Subjektiver Tatbestand

38 Im subjektiven Tatbestand ist **(Eventual-)Vorsatz** erforderlich.[328] Der Satzteil «weiss oder annehmen muss» bedeutet, dass geringere Anforderungen an den Nachweis des Vorsatzes gestellt werden als üblich.[329] Es reicht aus, dass die Tatperson Verdachtsgründe kannte, aufgrund derer sich ihr die Überzeugung von der rechtswidrigen Herkunft der Tatsachen oder Aufnahmen hätte aufdrängen müssen.[330] Wann solche Umstände vorliegen, ist schwierig zu beantworten, insbesondere im (Soft-)Pornografie-Bereich, wo es eine Vielzahl von Aufnahmen gibt, deren heimliche Erstellung lediglich simuliert ist. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass eine Person häufig nicht mehr in der Lage ist zu erkennen, dass eine Tatsache oder eine Aufnahme strafbar erlangt wurde, wenn sie über mehrere Zwischenträger zu ihr gelangt ist.[331] Bei den Anschlusshandlungen nach Abs. 2 ist in vielen Fällen nicht erkennbar, ob die Tatsachen illegal erlangt wurden, da das Beobachten mit Beobachtungsgeräten nicht unter Strafe steht, während das Beobachten mit Aufnahmegeräten strafbar ist (N. 11 f.).[332]

## VI. RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE

39 Die Strafbestimmung kann mit den üblichen Rechtfertigungsgründen gerechtfertigt werden. Im Tatbestand ausdrücklich erwähnt ist die Einwilligung. Es kann offengelassen werden, ob es sich hierbei um ein tatbestandsausschliessendes Einverständnis[333] oder um einen Rechtfertigungsgrund handelt, da es für die praktische Anwendung unerheblich ist.[334] Darüber hinaus ist der Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen von praktischer Bedeutung.

328. Corboz, Art. 179quater StGB N. 22; CR-Henzelin/Massouri, Art. 179quater StGB N. 18; Schubarth, Art. 179quater StGB N. 28 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 58.
329. Stratenwerth/Bommer, § 12 N. 36.
330. BGE 119 IV 242 E. 2b (zu Art. 305bis StGB, wo dieselbe Formulierung zu finden ist); BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 21 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 33; Stratenwerth/Bommer, § 12 N. 36 i.V.m. § 20 N. 19.
331. Schubarth, Art. 179quater StGB N. 28 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 52. Es sei denn die Aufnahme ist z.B. offensichtlich voyeuristischer Natur.
332. PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. Art. 179quater StGB N. 7.
333. Legler, S. 156; Metzger, S. 109.
334. Schubarth, Art. 179quater StGB N. 27 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 36 f. i.V.m. N 33.

Die Differenzierung zwischen Extranei und Intranei (hierzu N. 7 f.) ist von entscheidender Bedeutung für die Beurteilung der Frage, ob eine **Einwilligung** vorliegt oder nicht. Bei Extranei liegt in aller Regel von vornherein keine Einwilligung der betroffenen Person vor. Allerdings bemerkt letztere die Tathandlung in der Regel auch gar nicht, da das Verhalten versteckt bzw. heimlich vorgenommen wird. Eine Tathandlung gemäss Abs. 1 wird häufig erst bemerkt, nachdem bereits eine Anschlusshandlung gemäss Abs. 2 stattgefunden hat. Dies trifft ebenfalls auf versteckte Aufnahmen von Intranei zu. Bei offenen Aufnahmen von Intranei wird in sehr vielen Fällen eine Rechtfertigung durch (konkludente) Einwilligung vorliegen.[335] Allerdings gilt dies nicht für alle Fälle: Gerade in schambesetzten Lebensbereichen regieren Betroffene auf unerwartete Übergriffe häufig mit einer passiven Reaktion oder gar einer tonischen Immobilität.[336] In diesem Fall sind sie nicht dazu in der Lage, eine Einwilligung zu erteilen.[337] Zudem ist zu beachten, worauf sich die Einwilligung bezieht: Das Einverständnis, dass eine andere Person eine Tatsache sehen darf, beinhaltet nicht auch die Einwilligung, dass sie fotografiert werden darf.[338] Ebenso umfasst das Einverständnis, dass eine Tatsache fotografiert werden darf, nicht auch die Videoaufzeichnung derjenigen.[339] 40

Der Rechtfertigungsgrund der **Wahrung berechtigter Interessen** kann in Fällen von Art. 179quater StGB als Rechtfertigung dienen, da sich Aufnahmen aus geschützten Bereichen regelmässig dazu eignen, berechtigte Interessen durchzusetzen, insbesondere wenn durch sie offengelegt wird, dass jemand rechtswidriges Verhalten an den Tag legt.[340] Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Rechtfertigungsgrund nicht anwendbar, falls eine zuständige Behörde hätte kontaktiert werden können.[341] 41

## VII. ANTRAG UND SANKTION

Art. 179quater StGB ist ein Antragsdelikt, weil «der Verletzte nicht immer ein Interesse daran hat, dass über seine persönlichen Dinge Akten oder Dossiers 42

335. Bolla, AB SR 1968 S. 187, 190; Botschaft 1968, S. 593 (zum Pendant Art. 179bis StGB, N. 3); Schubarth, Art. 179bis StGB N. 38; so in BGer 6B_946/2013 vom 10.12.2013 E. 1.4.
336. Zum Phänomen siehe Schleifer, N. 3 ff. m.w.H.
337. Schleifer, N. 1, 3 ff.
338. Jäggi, S. 231a.
339. BGer 1B_22/2012 vom 11.5.2012 E. 2.2.

angelegt werden, dass sie noch bekannter werden durch [das] Verfahren» [342]. Antragsberechtigt sind alle Personen, deren geschützter Geheim- oder Privatbereich betroffen ist. Sofern der geschützte Bereich mehrere Personen betrifft, ist jede einzelne berechtigt, einen Strafantrag zu stellen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes sind auch die Angehörigen einer verstorbenen Person, in deren Geheim- oder Privatbereich eingegriffen wurde, antragsberechtigt.[343]

43 Als Sanktion sieht das Gesetz die Vergehensstrafe (Art. 10 Abs. 2 StGB) von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vor. Die Richterin oder der Richter kann ferner die Einziehung oder Löschung der illegalen Aufnahmen anordnen (Art. 69 StGB).[344] Auch das Aufnahmegerät muss eingezogen oder zerstört werden, falls die Voraussetzungen von Art. 179sexies StGB erfüllt sind. [345] Wurde durch die Verwertungshandlungen nach Art. 179quater Abs. 2 StGB ein finanzieller Gewinn erzielt, so ist dieser gemäss Art. 70 StGB einzuziehen. [346]

## VIII. KONKURRENZEN

44 Wer Tatsachen aus dem geschützten Bereich beobachtet und dabei aufnimmt, erfüllt Art. 179quater Abs. 1 StGB nur einmal.[347] Bei mehrfachen Anschlusshandlungen nach Abs. 2 oder 3 wird der Tatbestand jedes Mal von neuem erfüllt.[348] Realkonkurrenz besteht auch zwischen den strafbewehrten Handlungen nach Art. 179quater Abs. 1 StGB und den Anschlussdelikten nach Abs. 2 sowie dem Zugänglichmachen an Drittpersonen nach Abs. 3.[349] Besteht die Tathandlung des Auswertens ausschliesslich in einer Kenntnisnahme, stellt

340. BGer 6B_225/2008 vom 7.10.2008 E. 2.5.1.
341. BGer 6B_56/2021 vom 24.2.2022 E. 2.4.1–2.4.3.
342. Cadruvi, AB NR 1968 S. 336; so auch Botschaft 1968, S. 594 (zum Pendant Art. 179bis StGB, N. 3).
343. BGE 118 IV 319 E. 2.
344. Legler, S. 164; BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 22 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 41; vgl. auch BGE 118 IV 41, wo das Negativ eingezogen wurde.
345. Legler, S. 164 f.; BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 22 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 41.
346. Legler, S. 165; BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179quater StGB N. 22 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 41.
347. Schubarth, Art. 179quater StGB N. 29 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 67.
348. BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179bis StGB N. 43; Schubarth, Art. 179quater StGB N. 29 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 67.
349. BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179bis StGB N. 43; PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 179bis StGB N. 10; vgl. auch Schubarth, Art. 179quater StGB N. 29 i.V.m. Art. 179bis StGB N. 67.

sie gegenüber Abs. 1 eine mitbestrafte Nachtat dar (hierzu N. 32). Auch das blosse Aufbewahren nach Abs. 3 ist gegenüber Abs. 1 sowie gegenüber den restlichen Tatbeständen von Art. 179quater StGB eine mitbestrafte Nachtat.[350]

Wenn bei einer Bildaufnahme nach Art. 179quater Abs. 1 StGB zugleich ein **nichtöffentliches Gespräch** nach Art. 179bis Abs. 1 StGB (**Abhören und Aufnehmen fremder Gespräche**) bzw. Art. 179ter Abs. 1 StGB (Unbefugtes Aufnehmen von Gesprächen) in Ton mitaufgezeichnet wird, stehen die beiden Delikte in echter Konkurrenz zueinander, da die Art. 179bis f. StGB mit der Unbefangenheit von mündlichen Äusserungen und der Vertraulichkeit des Gesprächs einen anderen Teilbereich des Geheim- und Privatbereichs schützen als Art. 179quater StGB.[351] Auch die Anschlusshandlungen gemäss den Absätzen 2 und 3 der Art. 179bis f. StGB stehen entsprechend den oben genannten Regeln (N. 44) in echter Konkurrenz zu den Anschlussdelikten nach Art. 179quater Abs. 2 und 3 StGB. 45

Wer Tatsachen aus dem geschützten Bereich ohne Einwilligung der betroffenen Person aufnimmt und diese Aufnahmen an Dritte weitergibt, erfüllt gegebenenfalls auch den Tatbestand des Art. 197a StGB (**Weiterleiten sexueller Inhalte**), sofern die Aufnahmen sexueller Natur sind. Es liegen in diesem Fall drei Tatbestände vor, die alle in echter Konkurrenz[352] zueinanderstehen: Art. 179quater Abs. 1 StGB (Aufnehmen), Art. 179quater Abs. 3 (Zugänglichmachen an eine Drittperson), Art. 197a StGB. Bei letztgenanntem Artikel ist je nach Verbreitungsgrad entweder Abs. 1 (Weiterleiten an eine Drittperson) oder Abs. 2 (Öffentlich-Machen) erfüllt. 46

## LITERATURVERZEICHNIS

Abo Youssef Omar, Kommentierung zu Art. 179quater StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), StGB, Annotierter Kommentar, Bern 2020.

Aebi-Müller Regina, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland, Habil. Bern, Bern 2005.

350. BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179bis StGB N. 43; PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 179bis StGB N. 10.
351. Zum geschützten Rechtsgut der Art. 179bis f. StGB siehe Erni, S. 46 ff., 111 f.; BSK-Ramel/Vogelsang, Art. 179bis StGB N. 3.
352. Echte Konkurrenz ist anzunehmen, da Art. 197a StGB mit der sexuellen Integrität bzw. Selbstbestimmung ein anderes Rechtsgut schützt als Art. 179quater StGB.

Aebi-Müller Regina/Eicker Andreas/Verde Michel, Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation – Grenzen aus Sicht des Privat-, des öffentlichen und des Strafrechts, Jusletter 3.5.2010.

Corboz Bernard, Les infractions en droit suisse, Volume I, 3. Aufl., Bern 2010.

Donatsch Andreas, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 11. Aufl., Zürich et al. 2018.

Druey Jean Nicolas, Privat-/Geheimsphäre – was liegt drin?, in: Böckli Peter/Eichenberger Kurt/Hinderung Hans/Tschudi Hans Peter (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, S. 3–15 (zit. Druey, FS Vischer).

Druey Jean Nicolas, Geheimsphäre des Unternehmens, Grundfragen des Persönlichkeitsrechts auf Geheimsphäre, untersucht mit dem Blick auf einen Sonderfall, Habil. Freiburg 1975, Basel 1977 (zit. Druey, Habil.).

Dupuis Michel/Moreillon Laurent/Piguet Christophe/Berger Séverine/Mazou Miriam/Rodigari Virginie, Petit commentaire CP, Code pénal, 2. Aufl., Basel 2017.

Erni Lorenz, Die Verletzung der «Vertraulichkeit des Wortes» als Straftat im deutschen und schweizerischen Strafrecht, Diss. Hamburg 1981, Diessenhofen 1981.

Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2020.

Henzelin Marc/Massrouri Maryam, Kommentierung zu Art. 179quater StGB, in: Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (Hrsg.), Commentaire Romand, Code pénal II, Art. 111–392 CP, Basel 2017.

Hug Markus, Observation durch Privatdetektive im Sozialversicherungsrecht, in: Cavallo Angela/Hiestand Eliane/Blocher Felix/Arnold Irene/Käser Beatrice/Caspar Milena/Ivic Ingo (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Zürich 2012, S. 681–702.

Hurtado Pozo José, Droit pénal, Partie spéciale, Zürich et al. 2009.

Jäggi Peter, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 79 (1960) II, S. 133a–261a.

Legler Thomas, Vie privée, image volée, La protection pénale de la personnalité contre les prises de vues, Diss. Genf 1996, Bern 1997.

McGlynn Clare/Rackley Erika, Image-Based Sexual Abuse, Oxford Journal of Legal Studies 37 (2017) III, S. 534–561.

Metzger Hubert Andreas, Der strafrechtliche Schutz des persönlichen Geheimbereichs gegen Verletzungen durch Ton- und Bildaufnahmegeräte, Diss. Bern 1971, Winterthur 1972.

Niggli Marcel Alexander/Riedo Christof/Fiolka Gerhard/Muskens Louis, Strafrecht BT, Basel 2023.

Nobel Peter/Weber Rolf H., Medienrecht, 4. Auflage, Bern 2021.

Noll Peter, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, Delikte gegen den Einzelnen, Zürich 1983.

Pieth Mark/Simmler Monika, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Basel 2024.

Ramel Raffael/Vogelsang André, Kommentierung zu Art. 179bis StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 137–392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2018.

Ramel Raffael/Vogelsang André, Kommentierung zu Art. 179quater StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 137–392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2018.

Riklin Franz, Strafloser «Kamerablick» in die Privatsphäre eines anderen, Ein Beitrag zur Tragweite von Art 179quater StGB, medialex 2019 I (zit. Riklin, medialex).

Riklin Franz, Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild, in: Dicke Detlev-Christian/Fleiner-Gerster Thomas (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, Festschrift für Leo Schürmann, zum 70. Geburtstag, Freiburg 1987, S. 535–556 (zit. Riklin, FS Schürmann).

Riklin Franz, Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Freiburg 1968 (zit. Riklin, Diss.).

Schleifer Sven, Tonische Immobilität und die Auslegung der neuen sexualstrafrechtlichen Tatbestände in Art. 189 und 190 StGB, sui generis 2024, S. 51–63.

Schubarth Martin, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 3. Band, Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit, Art. 173–186 StGB, Bern 1984.

Schultz Hans, Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre, SJZ 67 (1971) XX, S. 301–308.

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 8. Aufl., Bern 2022.

Tag Brigitte/Wyss Martin, Die strafrechtliche Einordnung von pornografischen Deepfakes, Jusletter 29.4.2024.

Trachsler Walter, Rechtliche Fragen bei der fotografischen Aufnahme, Diss. Zürich 1975.

Trechsel Stefan/Lehmkuhl Marianne Johanna, Kommentierung zu Art. 179$^{bis}$ StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

Trechsel Stefan/Lehmkuhl Marianne Johanna, Kommentierung zu Art. 179$^{quater}$ StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

Wohlers Wolfgang, Kommentierung zu Art. 179$^{quater}$ StGB, in: Wohlers Wolfgang/Gunhild Godenzi/Schlegel Stephan (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020.

## MATERIALIENVERZEICHNIS

Amtliches Bulletin, Band II, Sommersession, 11. Sitzung, Geschäft «9873. Persönlicher Geheimbereich. Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes», Nationalrat vom 26. Juni 1968, AB 1968, S. 335 ff.

Amtliches Bulletin, Band III, Herbstsession, 1. Sitzung, Geschäft «9873. Persönlicher Geheimbereich. Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes», Ständerat vom 17. September 1968, AB 1968, S. 185 ff.

Amtliches Bulletin, Band IV, Wintersession, 1. Sitzung, Geschäft «9873. Persönlicher Geheimbereich. Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes», Nationalrat vom 3. Dezember 1968, AB 1968, S. 629 ff.

Amtliches Bulletin, Band IV, Wintersession, 6. Sitzung, Geschäft «9873. Persönlicher Geheimbereich. Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes», Ständerat vom 16. Dezember 1968, AB 1968, S. 299 ff.

Amtliches Bulletin, Band IV, Wintersession, 7. Sitzung, Geschäft «9873. Persönlicher Geheimbereich. Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes», Nationalrat vom 17. Dezember 1968, AB 1968, S. 669.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes des persönlichen Geheimbereichs vom 21.2.1968, BBl 1968 585 ff., abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10043956&action=open.

Bundesamt für Justiz, Die Strafurteile in der Schweiz 1969–1984 (16 Dokumente).

Bundesamt für Justiz, Tabellen zu Verurteilungen nach Strafgesetzbuch, Erwachsene: Verurteilungen für ein Vergehen oder Verbrechen nach Artikeln des Strafgesetzbuches (StGB), Schweiz und Kantone (1984–2007).

KOMMENTIERUNG ZU

# Art. 197a StGB

Eine Kommentierung von Marvin Stark

ZITIERVORSCHLAG

Marvin Stark, Kommentierung zu Art. 197a StGB, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (Hrsg.), Onlinekommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Stark, Art. 197a StGB N. XXX.

**5. Unbefugtes Weiterleiten von nicht öffentlichen sexuellen Inhalten**

**Art. 197*a***

[1] Wer einen nicht öffentlichen sexuellen Inhalt, namentlich Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen, Abbildungen, Gegenstände oder Vorführungen, ohne Zustimmung der darin erkennbaren Person einer Drittperson weiterleitet, wird, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft.

[2] Hat der Täter den Inhalt öffentlich gemacht, so wird er mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

# GLIEDERUNG

I. Hintergründe ..... 75
A. Image-Based Sexual Abuse ..... 75
1. Begriff ..... 75
2. Phänomen ..... 78
B. Entstehungsgeschichte ..... 85
II. Geschütztes Rechtsgut ..... 88
III. Objektiver Tatbestand ..... 90
A. Tatpersonenkreis ..... 91
B. Tatobjekt ..... 92
1. Sexueller Inhalt ..... 92
2. Nicht öffentlich ..... 96
3. Erkennbarkeit ..... 99
4. Träger ..... 102
C. Tathandlung ..... 107
1. Weiterleiten (Abs. 1) ..... 107
2. Veröffentlichen (Abs. 2) ..... 108
D. Fehlende Zustimmung ..... 110
IV. Subjektiver Tatbestand ..... 111
V. Antrag (Abs. 1) und Sanktion ..... 112
VI. Konkurrenzen ..... 112
Literaturverzeichnis ..... 114
Materialienverzeichnis ..... 120

# I. HINTERGRÜNDE

## A. Image-Based Sexual Abuse

### 1. Begriff

Laut den Gesetzesmaterialien wurde Art. 197a StGB mit Blick auf das Phänomen des sogenannten *«Revenge Porn»* («Rachepornografie») geschaffen.[353] Ursprünglich bezeichnet dieser Begriff eine spezifische Situation, die nach dem Scheitern einer Paarbeziehung auftritt: Eine Person verbreitet ohne Einwilligung der anderen deren Nackt-, Sexting- oder Sexaufnahmen, die während der Beziehung einvernehmlich entstanden sind, um sie vor anderen blosszustellen und sich so an ihr – für ein impliziertes Fehlverhalten – zu rächen.[354] Im Laufe der Zeit hat sich der Begriff jedoch zu einer Art Sammelbezeichnung entwickelt, mit der auch andere, ähnlich gelagerte Sachverhalte beschrieben werden, etwa wenn Bildmaterial mit sexuellem Bezug durch Hacking erlangt, zur Erpressung verwendet oder heimlich in voyeuristischer Absicht aufgenommen und verbreitet wird.[355] Auch wurde er in zahlreichen Sprachen übernommen und ist international verbreitet.[356] Die Bezeichnung findet indes vor allem im medialen und politischen Diskurs Verwendung; in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung wird sie aufgrund ihrer Ungenauigkeit und problematischen Wertungen überwiegend abgelehnt.[357] Kritisch hinterfragt werden dabei beide Bestandteile der Begrifflichkeit: Der Ausdruck «Rache» greift zu kurz, da Tatpersonen in der Praxis häufig andere Motive verfolgen, etwa Machtausübung, das Aufwerten des eigenen 1

353. Bericht BJ, Ziff. 6.3., S. 40; Bericht RK-S 2022, S. 57; Stellungnahme BR 2022, S. 4.
354. Cancio Meliá, S. 197; Franklin, S. 1306; Franks, Handbook, S. 663; Greif, S. 44; McGlynn/Rackley, OJLS, S. 537; McGlynn/Rackley/Houghton, S. 29; Powell/Henry, Sexual Violence, S. 119; vgl. auch Bericht RK-S 2022, S. 57; Stellungnahme BR 2022, S. 4.
355. Vgl. Citron/Franks, S. 346; Maddocks, S. 346 f.; McGlynn/Rackley, OJLS, S. 535 f.
356. Maddocks, S. 446: Französisch (vengeance pornographique), Spanisch (pornovenganza), Chinesisch (□□□□), Japanisch (□□□□□□□). Auch im Deutschen ist der Begriff «Rachepornografie» verbreitet, siehe etwa Bericht BR 2022, S. 22; Greif, S. 44; Krumm/Gambino, S. 551 ff.; Stellungnahme BR 2022, S. 4; Tag/Wyss, N. 40 f.
357. Zum Ganzen McGlynn/Rackley, OJLS, S. 535 ff.; siehe auch DeKeseredy/Schwartz, S. 2; Franks, Handbook, S. 663 f.; Greif, S. 35 ff.; Kirchengast/Crofts, S. 3 ff.; McGlynn/Rackley/Houghton, S. 38 ff.; Powell/Henry, Sexual Violence, S. 119; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 194.

sozialen Status oder finanzielle Interessen.[358] Zudem impliziert dieser Begriff eine Reaktion auf ein Fehlverhalten der betroffenen Person und lenkt den Fokus damit auf die Perspektive der Tatperson statt auf die schädlichen Folgen für das Opfer.[359] Auch der Ausdruck «Pornografie» ist ungenau: Er bezeichnet die im Rahmen des Phänomens verbreiteten Inhalte fälschlicherweise als «pornografisch», obwohl dies im Sinne einer rechtlichen Definition des Begriffs regelmässig nicht zutrifft. Häufig handelt es sich um reine Nacktaufnahmen, deren Veröffentlichung aber ebenfalls eine erhebliche Blossstellung bewirken kann.[360] Darüber hinaus ist der Pornografie-Begriff moralisch vorbelastet und potenziell stigmatisierend.[361] In der Forschung wird für das Phänomen daher die Bezeichnung **«Image-Based Sexual Abuse»** vorgeschlagen.[362] Dieser Terminus ist weiter gefasst und beschreibt die nicht einvernehmliche Herstellung, Aufnahme oder Weitergabe von sexualisierten (N. 4) Bildern oder Videos, einschliesslich veränderter oder oder künstlich erzeugter Medien, sowie die Androhung der Verbreitung solchen Materials.[363] Wird die Androhung mit einer konkreten Forderung verknüpft – etwa der Herausgabe weiterer Aufnahmen, der Vornahme sexueller Handlungen oder der Zahlung von Geldbeträgen –, spricht man von *Sextortion*.[364]

2 Obwohl der Begriff «Rachepornografie» im Gesetzgebungsprozess teilweise kritisch hinterfragt wurde,[365] wurde er von den meisten Beteiligten kritiklos übernommen[366] oder mit der Sammelbezeichnung **«Cybermobbing»**

358. Siehe etwa Cancio Meliá, S. 197; DeKeseredy/Schwartz, S. 3 f.; Franks, FLR, S. 1257 f.; Franks, Handbook, S. 663 f.; McGlynn/Rackley, OJLS, S. 537 f.; McGlynn/Rackley/Houghton, S. 38; Powell/Henry, Sexual Violence, S. 122.
359. McGlynn/Rackley, OJLS, S. 535; vgl. auch Franks, Handbook, S. 664; Maddocks, S. 347.
360. Vgl. Franks, FLR, S. 1258; McGlynn/Rackley, OJLS, S. 536; McGlynn/Rackley/Houghton, S. 38 f.
361. Vgl. Cancio Meliá, S. 197 f.; Franks, Handbook, S. 664; Kirchengast/Crofts, S. 3 f.; McGlynn/Rackley, OJLS, S. 536; McGlynn/Rackley/Houghton, S. 38; zur Geschichte des Pornografiebegriffs im Recht und seiner Verbindung zur Moral siehe auch Schmidt, Sexual Autonomy, S. 103 ff.
362. McGlynn/Rackley, OJLS, S. 535 ff.; siehe auch etwa Greif, S. 37 ff.; McGlynn/Rackley/Houghton, S. 38 ff.; Powell/Henry, JIV, S. 3641 ff.; Powell/Henry, Sexual Violence, S. 119 ff.; Powell/Henry/Flynn; Scheidegger, Image-Based-Sexual-Abuse; AK-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 2.
363. Vgl. Rigotti/McGlynn, S. 454; vgl. auch McGlynn/Rackley, OJLS, S. 534; McGlynn/Rackley/Houghton, S. 40.
364. McGlynn/Rackley/Houghton, S. 34; Powell/Henry, Sexual Violence, S. 122 f.; Vuille/Perrier Depeursinge/Arnal, S. 44.

vermengt,[367] also «der systematischen Blossstellung einer Person unter Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel».[368] Die Verwendung von *Cybermobbing* bzw. *Cyberbullying* in Fällen von *Image-Based Sexual Abuse* wird zu Recht kritisiert, da Begriffe wie *Bullying* oder *Mobbing* häufig mit jugendlichem Fehlverhalten in Verbindung gebracht werden, was das Risiko birgt, die Schwere des Verhaltens zu verharmlosen.[369] Dies ist problematisch, da der missbräuchliche Umgang mit sexuellen Inhalten Personen aller Altersgruppen betrifft[370] und gravierende Folgen haben kann, die bis hin zum Suizid der Betroffenen reichen (N. 7).[371] Kritisiert wird auch, dass der Begriff mehrere komplexe Themen vermischt und dabei insbesondere von einem blossen Blossstellungs- oder Diffamierungskontext ausgeht, wodurch die sexuelle Dimension solcher Übergriffe in den Hintergrund tritt (dazu N. 4).[372] Dies zeigte sich auch in der politischen Debatte, in welcher der spezifisch sexualisierte Charakter solcher Übergriffe teilweise verkannt und sie als reine Rufschädigungsdelikte behandelt wurden (vgl. N. 8, 10). Zwar kann *Image-Based Sexual Abuse* im Einzelfall Teil einer *Cybermobbing*-Konstellation sein, doch ist das Phänomen weder darauf beschränkt noch begrifflich als blosser

365. Allgemein begriffskritisch nur Mahaim, AB 2023 NR S. 995 («mal nommé»). Zur Ungenauigkeit des Begriffs «Rache» siehe Bericht RK-S 2022, S. 57; Sommaruga, AB 2022 SR S. 499. Zur Ungenauigkeit des Begriffs «Pornografie» siehe Vara, AB 2022 SR S. 501.
366. Arslan, AB 2022 NR S. 2117; Bauer, AB 2022 SR S. 500; Baume-Schneider, AB 2023 NR S. 997; Bellaiche, AB 2022 NR S. 2114; Bericht BJ, Ziff. 6.3., S. 40; Bericht RK-S 2022, S 57; Bregy, AB 2022 NR S. 2116; Hurni, AB 2023 NR S. 996; Markwalder, AB 2023 NR S. 996; Sommaruga, AB 2022 SR S. 499, AB 2023 SR S. 442; Steinemann, AB 2023 NR S. 996 f.; Stellungnahme BR 2022, S. 4; Vara, AB 2022 SR S. 500; von Falkenstein, AB 2022 NR S. 2139; Jositsch, AB 2022 SR S. 501; gleiches gilt für Teile der Schweizer Lehre, siehe Donatsch/Jean-Richard-dit-Bressel/Graf, S. 647; Muggli, S. 357; Pieth/Simmler, S. 115; Tag/Wyss, N. 40.
367. Bericht BR 2022, S. 7; Stellungnahme BR 2022, S. 4; Bauer, AB 2022 SR S. 500; Engler, AB 2022 SR S. 502; Fehlmann, AB 2023 NR S. 999; Keller-Suter, AB 2022 SR S. 502; von Falkenstein, AB 2023 NR S. 998; **kritisch** Vara, AB 2022 SR S. 501.
368. Stellungnahme BR 2022, S. 4; vgl. auch die ausführlichere Definition in Bericht BR 2022, S. 10.
369. Dodge, Diss., S. 76 ff.; Dodge, CMC, S. 67; Fairbairn/Bivens/Dawson, S. 12.
370. Literaturübersicht in Greif, S. 70 f.; siehe etwa Henry/Flynn/Powell, S. 39. Im Gesetzgebungsprozess wurde dies weniger berücksichtigt und hauptsächlich von einem Phänomen gesprochen, das Jugendliche (Bericht RK-S 2022, S. 57; Arslan, AB 2022 SR S. 2117; Engler, AB 2022 SR S. 502; Hurni, AB 2023 NR S. 996; Jositsch, AB 2022 SR S. 501; Steinemann, AB 2023 NR S. 997) sowie Personen des öffentlichen Lebens (Bericht RK-S 2022, S. 57; Hurni, AB 2023 NR S. 996; Vara, AB 2022 SR S. 501) betrifft.
371. Dodge, CMC, S. 67; vgl. auch Crofts, S. 122.
372. Fairbairn/Bivens/Dawson, S. 4 ff., 32, 60 f.; gl.M. Dodge, CMC, S. 67.

Unterfall davon zu qualifizieren, zumal es regelmässig ausserhalb jugendlicher *Mobbing*-Situationen vorkommt und eine spezifische Form sexualisierter Übergriffe darstellt. Hinzu kommt, dass der Begriff *Cybermobbing* jegliche Handlungen ausschliesst, die ohne digitale Hilfsmittel stattfinden (vgl. N. 6).[373]

## 2. Phänomen

3 Internationale[374] Studienergebnisse legen nahe, dass das Phänomen *Image-Based Sexual Abuse* **geschlechtsspezifisch** ist: Es zeigt sich, dass insbesondere Frauen und LGBTQI+-Personen[375] betroffen sind[376] und diese in stärkerem Masse unter den Auswirkungen leiden.[377] Demgegenüber sind die Tatpersonen überwiegend männlich.[378] Dass weiblich gelesene Opfer

373. Dodge, Diss., S. 78; darauf hinweisend auch Bericht RK-S 2022, S. 57.

374. Vgl. Greif, S. 64, die festhält, dass Ergebnisse aus dem angelsächsischen Raum aufgrund «der vergleichbaren Lebensbedingungen sowohl in technologischer, wirtschaftlicher als auch sozialer Hinsicht» grösstenteils auf Deutschland übertragen werden können. Dasselbe gilt für die Schweiz.

375. «LGBTQI+ ist eine Abkürzung für Lesbian, Gay, Bi, Trans, Queer und Intersex. Auf Deutsch steht das also für lesbisch, schwul, bisexuell, trans, queer und intersexuell. Das + schliesslich steht für weitere Geschlechtsidentitäten.», siehe UNO-Flüchtlingshilfe.

376. Literaturübersicht in Greif, S. 68 ff.; siehe insb. Eaton/Jacobs/Ruvalcaba, S. 12 (USA); Henry et al., S. 177 (Australien, Neuseeland & USA); vgl. auch Franks, FLR, S. 1262 f. m.Verw.a. Cyber Civil Rights Initiative (USA); zur Erklärung, wieso andere Studien ähnliche Viktimierungsraten bei Männern und Frauen zeigen – z.B. Henry/Flynn/Powell, S. 39 (Australien) – siehe Greif, S. 69; Analysen zeigten auch, dass nicht-einvernehmlich verbreitete Aufnahmen auf einschlägigen Webseiten fast nur Frauen abbildeten, siehe die Literaturübersicht in Greif, S. 83; siehe auch die Studie aus dem Jahr 2019, Ajder/Patrini/Cavalli/Cullen, S. 1 f., welche die Verbreitung von Deepfakes im Internet untersuchte und feststellte, dass 96% aller identifizierten Deepfakes pornografischer Natur waren und auf den fünf meistbesuchten Webseiten für *Deepfake*-Pornografie 100% der dargestellten Personen weiblich waren; zur geschlechtsspezifischen Dimension von pornografischen *Deepfakes* siehe auch Chesney/Citron, S. 1773.

377. Literaturübersicht in Greif, S. 90 f., 92; siehe Henry et al., S. 177 (Australien, Neuseeland & USA); Powell/Henry/Flynn, S. 309 (Australien); Powell/Scott/Flynn/Henry, S. 5 (Australien, Neuseeland & Vereinigtes Königreich); Rackley et al., S. 299 (Vereinigtes Königreich, Australien & Neuseeland); vgl. auch Flynn/Cama/Powell/Scott, S. 8 f.; Henry et al., S. 34 ff.; Rigotti/McGlynn, S. 459; Schmidt, Sexual Autonomy, S. 117.

378. Mortreux/Kellard/Henry/Flynn, S. 13 (Beziehungsdelikte in Australien); Powell/Henry/Flynn, S. 309 (Australien); Powell/Scott/Flynn/Henry, S. 6 (Australien, Neuseeland & Vereinigtes Königreich); Rackley et al., S. 297 (Vereinigtes Königreich, Australien & Neuseeland); vgl. auch Henry/Flynn/Powell, S. 39 (Australien); siehe auch Bloom, S. 238 f.; Powell/Henry, Sexual Violence, S. 135 ff.; vgl. auch die Literaturübersicht zu den Webseitenanalysen, die ebenfalls darauf hindeuten, siehe Greif, S. 83.

besonders betroffen sind, wird als Ausdruck gesellschaftlicher Strukturen erklärt, in denen Frauen dafür stigmatisiert werden, wenn sie ihre Sexualität sichtbar leben.[379] Sie sind zudem besonders häufig von *Victim Blaming* betroffen – also einer Täter-Opfer-Umkehr, bei der nicht die Person kritisiert wird, welche eine Aufnahme ohne Einwilligung verbreitet hat, sondern die betroffene Frau selbst.[380] Ihr wird dann etwa vorgeworfen, sie trage die Verantwortung für die Verbreitung, weil sie überhaupt eine sexualisierte Aufnahme von sich erstellt habe – selbst wenn diese Aufnahme ohne ihr Wissen entstanden ist, gestohlen oder gehackt wurde (N. 5) und ihre Weitergabe ohne ihre Einwilligung erfolgte.[381] Gerade aus den genannten Gründen wirken solche Übergriffe als effektives Mittel der Einschüchterung, Bestrafung oder Kontrolle – und sind damit nicht nur individuelle Übergriffe, sondern auch Ausdruck struktureller Ungleichheit.[382]

Zentral beim Phänomen *Image-Based Sexual Abuse* ist, dass es sich um **sexuelle Grenzüberschreitungen** handelt. Wesentlich ist daher, die Definition auf sexuelle – genauer: sexualisierte[383] – Inhalte einzugrenzen, insbesondere auf Darstellungen von Nacktheit (vor allem der Genitalien und der weiblichen Brust[384])[385] und sexuellen Handlungen (zur Regelung in Art. 197a StGB, siehe N. 16 ff.).[386] Demgegenüber fallen Aufnahmen, die zwar private oder verletzliche Momente abbilden – etwa weinende Gesichter, Krankenhausaufenthalte oder private Gespräche –, aber kein vergleichbares sexualisierendes Potenzial aufweisen, nicht unter dieses Phänomen. Diese 4

379. Siehe u.a. Dodge, Diss., S. 134 ff.; Flynn/Cama/Powell/Scott, S. 8 f.; Rackley et al., S. 299 ff.
380. Zum Ganzen siehe etwa Flynn/Cama/Powell/Scott, S. 8 ff.: (Heterosexuelle) Männer neigen signifikant häufiger zu *Victim Blaming* und zur Verharmlosung der Tatfolgen von *Image-Based Sexual Abuse*. Frauen wurden besonders dann stigmatisiert, wenn sie selbst sexualisierte Aufnahmen von sich erstellt hatten; Mckinlay/Lavis, S. 386 ff.: Weibliche Opfer werden umso stärker als promiskuitiv wahrgenommen und für das Geschehen verantwortlich gemacht, je höher der Grad der Nacktheit auf dem Bild ist. Darüber hinaus zeigte sich, dass Personen mit traditionelleren Geschlechterrollen signifikant häufiger zu *Victim Blaming* und negativer moralischer Bewertung neigen; vgl. auch Bates, S. 25; Franklin, S. 1308 f.; Literaturübersicht in Greif, S. 93 f.
381. Ibid.
382. Entsprechend richtet sich *Image-Based Sexual Abuse* häufig gegen Frauen, die öffentlich sichtbar, beruflich erfolgreich oder in gesellschaftspolitischen Diskursen aktiv sind – mit dem Ziel, sie zu diskreditieren und mundtot zu machen. Siehe zum Ganzen Franks, Handbook, S. 667; vgl. auch die Beispiele in Bates, S. 30 ff.; Bloom, S. 240 ff.; zu *Deepfakes*: Chesney/Citron, S. 1774 ff.; Dunn Suzie, Women, Not Politicians, Are Targeted Most Often by Deepfake Videos, Centre for International Governance Innovation vom 3.3.2021.

inhaltliche Eingrenzung ist aus mehreren Gründen entscheidend: Zum einen erzielen sexualisierte Aufnahmen eine besonders grosse Reichweite im Internet, werden häufiger weiterverbreitet und sind Teil eines kommerziellen Verwertungsmarkts.[387] Zum anderen haben solche Aufnahmen für betroffene Personen besonders gravierende Konsequenzen, da ihre Veröffentlichung tief in den Kernbereich der Intimsphäre eindringt und *zugleich* die sexuelle Selbstbestimmung verletzt (vgl. N. 11). Die Verbreitung nicht-sexualisierter, sensibler Inhalte kann ebenfalls zu erheblichen Belastungen führen, bleibt hinsichtlich Reichweite und Eingriffsintensität jedoch deutlich hinter der Verbreitung sexualisierter Aufnahmen zurück. In der Forschung wird daher zunehmend betont, dass das nicht-einvernehmliche Verbreiten sexualisierter

383. Es ist sachgerechter von «sexualisiert» statt «sexuell» zu sprechen, da die im Rahmen von *Image-Based Sexual Abuse* verbreiteten Aufnahmen häufig keine sexuellen Handlungen zeigen, sondern primär auf Nacktheit beruhen. Nacktheit ist nicht per se sexuell, doch bestimmte entblösste Körperregionen sind gesellschaftlich stark sexuell konnotiert. Durch ihre kulturelle Verknüpfung mit Sexualität und Scham (vgl. N. 10) werden sie in der Regel nur im privaten oder intimen Rahmen mit ausgewählten Personen geteilt. Ihre ungewollte Sichtbarmachung oder Veröffentlichung wird daher häufig als sexuelle Grenzüberschreitung empfunden. Werden solche Aufnahmen ohne Einwilligung erstellt oder verbreitet und dabei in einen sexuellen Kontext gestellt, liegt nicht notwendigerweise eine Darstellung von Sexualität, wohl aber ein Akt der Sexualisierung vor – also eine sexuelle Bedeutungszuschreibung.

384. Dass neben den Genitalien auch die weibliche Brust unter die Definition fällt, ist in verschiedenen Rechtsordnungen anerkannt, vgl. etwa § 184k Deutsches Strafgesetzbuch («Verletzung des Intimbereichs durch Bildaufnahmen»); für New South Wales, Western Australia, Singapore, und Hong Kong, siehe Crofts, S. 126. Dieses Phänomen steht im Zusammenhang mit der gesellschaftlichen Sexualisierung der weiblichen Brust, siehe hierzu etwa Alisobhani, S. 300 ff.; Schmidt, Verfassungsblog.

385. Anderen, zwar ebenfalls potenziell sexualisierbaren Körperbereichen – wie etwa Füssen, Hüften oder Beinen – wird in der gesellschaftlichen Wahrnehmung in der Schweiz nicht die gleiche Kombination aus intensiver Sexualisierung und tief verwurzelten Schamgefühlen zugeschrieben. Entsprechend ist ihre regelmässige Sichtbarkeit im öffentlichen Raum – etwa durch gängige Kleidung – sozial akzeptiert und wird in der Regel nicht als sexuell konnotiert wahrgenommen.

386. McGlynn/Rackley/Houghton, S. 39; vgl. auch McGlynn/Rackley, IPJ, S. 43. Auch die EU-Richtlinie 2024/1385 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 14.5.2024 verpflichtet die EU-Mitgliedstaaten in Art. 5 Abs.1 lit. a, das «Zugänglichmachen für die Öffentlichkeit von Bildern, Videos oder vergleichbarem Material [...], die eindeutig sexuelle Handlungen oder intime Körperteile einer anderen Person darstellen, ohne Einverständnis der betreffenden Personen» unter Strafe zu stellen.

387. McGlynn/Rackley, IPJ, S. 43.

Abbildungen als eine Form der Sexualstraftat zu betrachten ist, deren Auswirkungen strukturell mit denen anderer sexueller Grenzüberschreitungen vergleichbar sind.[388] Diese Einschätzung wird durch die aktuelle Studienlage gestützt: Die Auswirkungen der Verbreitung sexualisierter Aufnahmen sind – im Gegensatz zur Verbreitung nicht-sexualisierter Inhalte – umfassend erforscht (vgl. N. 7) und weisen deutliche Parallelen zu den Folgen klassischer sexueller Übergriffe auf.[389] Auch die Betroffenen selbst nehmen diese Taten häufig als sexuelle Übergriffe wahr.[390]

Die **Herkunft der Inhalte**, die im Rahmen von *Image-based Sexual Abuse* verbreitet werden, ist vielfältig:[391] Teilweise handelt es sich um Aufnahmen, die im Kontext einer Paarbeziehung oder im Rahmen von Sexting einvernehmlich hergestellt wurden – sei es durch die betroffene Person selbst oder durch deren Partner oder Partnerin. Auch Aufnahmen, die ausschliesslich für ein zahlendes Publikum bestimmt waren (z.B. auf *OnlyFans*[392] geteilte Inhalte), können unbefugt weiterverbreitet werden (sog. *Content Leakage*[393], vgl. zur Strafbarkeit N. 19, 21). Daneben existieren Fälle, in denen die Inhalte durch Hacking erlangt wurden.[394] Nach bisherigen Studienerkenntnissen kommt es am häufigsten vor, dass die verbreiteten

388. Siehe insb. McGlynn/Rackley/Houghton, S. 27 ff., 36 ff. Die Autorinnen verstehen *Image-Based Sexual Abuse* als Teil eines Kontinuums sexualisierter Gewalt (nach Kelly, S. 74 ff.), das verschiedene Erscheinungsformen wie *«Revenge Porn»*, voyeuristische Aufnahmen oder *Deepfake*-Pornografie umfasst. Diese Praktiken haben gemeinsam, dass sie in die sexuelle Selbstbestimmung eingreifen (N. 11) und regelmässig eine geschlechtsbezogene Komponente aufweisen (N. 3). Auch ohne körperliche Gewalt wirken diese Handlungen auf das sexuelle Selbstverständnis der Betroffenen ein und werden von diesen häufig als Formen sexuellen Missbrauchs erlebt (N. 4). Siehe auch Bates, S. 25; Bloom, S. 278 ff.
389. Bates, S. 34; McGlynn/Rackley/Houghton, S. 36 ff.
390. Henry et al., S. 5 f.; McGlynn/Rackley/Houghton, S. 30.
391. Zum Ganzen siehe etwa Henry/Powell/Flynn, S. 3; Kirchengast/Crofts, S. 5; McGlynn/Rackley, IPJ, S. 40 ff.
392. *OnlyFans* ist eine Online-Plattform, auf der Personen eigene Inhalte, häufig mit sexuellem Bezug, exklusiv an zahlende Abonnent:innen vertreiben können, siehe Soneji/Hamilton/Doupé/McDonald/Redmiles, S. 1.
393. Auf *OnlyFans* ist vorgesehen, dass diese zahlenden Nutzer:innen die Inhalte ausschliesslich für den persönlichen Gebrauch verwenden dürfen. Eine Weiterverwertung, -verbreitung oder öffentliche Zugänglichmachung ohne ausdrückliche Einwilligung der Urheber:innen ist untersagt. Das Verbot soll gewährleisten, dass die Urheber:innen eine Kontrolle über die Distribution ihrer Inhalte behalten und so das Geschäftsmodell der Plattform geschützt wird. Siehe hierzu Soneji/Hamilton/Doupé/McDonald/Redmiles, S. 8.
394. Bloom, S. 238; Franklin, S. 1307; Henry/Powell/Flynn, S. 3.

Aufnahmen aus Situationen stammen, in denen sie bereits ohne Einwilligung erstellt wurden und somit selbst Ergebnis eines bildbasierten sexualisierten Übergriffs darstellen.[395] Die Bandbreite möglicher Entstehungskontexte ist gross: Opfer werden etwa ohne Einwilligung heimlich oder offen während einvernehmlicher oder nicht-einvernehmlicher[396] sexueller Handlungen aufgenommen (vgl. zur Strafbarkeit N. 16 f., 19 ff.). Regelmässig werden auch nackte Personen in privaten oder öffentlichen Räumen mit versteckten oder gehackten Kameras (*Spycams* bzw. *Camfecting*) aufgezeichnet (vgl. zur Strafbarkeit N. 18, 20).[397] Doch selbst bekleidete Personen – insbesondere Frauen – können im öffentlichen Raum sexualisiert abgebildet werden, etwa durch sogenannte *Creepshots*, bei denen gezielt die Genitalregion, das Gesäss oder die Brüste fotografiert oder gefilmt werden,[398] durch *Downblousing*, also das Aufnehmen in einen Ausschnitt, oder durch *Upskirting*, also das Fotografieren oder Filmen unter Röcke[399] (vgl. zur Strafbarkeit N. 18, 20). Darüber hinaus kommt es zur Erstellung und Verbreitung künstlich hergestellter Bilder, insbesondere sogenannter *Deepfake*-Pornografie (mit künstlicher Intelligenz erzeugte Videos oder Bilder, in denen Gesichter realer Personen in pornografische Szenen montiert werden)[400], *Deepnudes* (Bilder, bei denen die Kleidung der abgebildeten Personen durch künstliche Intelligenz digital entfernt wird) oder einfache Fotomontagen, bei denen reale Personen nachträglich in sexualisierte oder pornografische Kontexte eingefügt werden (vgl. zur Strafbarkeit N. 22, 30).[401] Die genannten Beispiele veranschaulichen ein typisches Merkmal des Phänomens: Alltägliche

395. Vgl. die Literaturübersicht in Greif, S. 64 f.; z.B.: Henry/Flynn/Powell, S. 35 (Australien); Henry/Powell/Flynn, S. 4 f. (Australien); Powell/Scott/Flynn/Henry, S. 3 (Australien, Neuseeland & Vereinigtes Königreich); Powell/Henry, JIV, S. 3648 (Australien).
396. Zur Aufnahme von Sexualstraftaten siehe Dodge, CMC, S. 65 ff.; Greif, S. 49 f.; McGlynn/Rackley/Houghton, S. 35 f.; Powell/Henry, Sexual Violence, S. 130 ff.
397. Greif, S. 46 ff.; McGlynn/Rackley/Houghton, S. 31 f.; Powell/Henry, Sexual Violence, S. 124 ff. In der Öffentlichkeit sind hierbei insbesondere Orte gefährdet, an denen man sich (halb-)nackt zeigt, beispielsweise Toiletten, öffentliche Umkleidekabinen, Saunen, Solarien oder Frauenschwimmbäder.
398. Siehe hierzu etwa Chan, S. 83 f.
399. Greif, S. 48; McGlynn/Rackley/Houghton, S. 32 f.; Powell/Henry, Sexual Violence, S. 124 ff.
400. Siehe im Detail Tag/Wyss, N. 3 ff.
401. Chesney/Citron, S. 1755 ff.; Greif, S. 51 ff.; McGlynn/Rackley/Houghton, S. 33 f.; zu *Deepnudes* siehe etwa Graber Michael, «Mit Nudify-Apps kann aus jedem harmlosen Porträt-Bild ein Aktfoto werden: Jetzt will die Politik handeln», Aargauer Zeitung vom 10.10.2024; siehe auch Motion 24.4025, «Verbreitung der entwürdigenden Nudify-Apps einschränken», eingereicht am 25.9.2024 von Fehr Düsel Nina.

Situationen werden – oft völlig losgelöst vom ursprünglichen Kontext – in einen sexualisierten Zusammenhang überführt. Selbst Handlungen wie die Körperpflege, der Gang zur Toilette oder das Sonnenbaden können so zum Ausgangspunkt von *Image-Based Sexual Abuse* werden.[402]

Die **Verbreitung sexualisierter Aufnahmen** erfolgt auf verschiedene Arten, 6
wobei mit zunehmender Zahl empfangender Personen auch die Schwere der Rechtsgutsverletzung zunimmt.[403] So können einschlägige Aufnahmen zunächst ohne Einwilligung, etwa über den Bildschirm eines eigenen Geräts, anderen gezeigt werden (zur Strafbarkeit N. 34). Darüber hinaus werden einschlägige Bilder physisch, etwa per Post,[404] oder digital über Chat-Nachrichten, E-Mails oder Livestreams[405] verbreitet (zur Strafbarkeit N. 33 f.), [406] teilweise gezielt an das persönliche Umfeld des Opfers.[407] Besonders gravierend ist die Veröffentlichung, bei der die Inhalte einem grossen und unüberschaubaren Publikum zugänglich gemacht werden (zur Strafbarkeit N. 35), beispielsweise in sozialen Medien oder auf speziellen Online-Plattformen.[408] Dabei werden die Aufnahmen teils im Namen des Opfers veröffentlicht – etwa über Fake-Profile – um den Eindruck zu erwecken, dieses habe die Inhalte selbst geteilt.[409] Häufig geht das Verbreiten mit *Doxing*[410] – der Preisgabe persönlicher Daten – sowie beleidigenden und schuldzuweisenden Kommentaren einher.[411]

Bildbasierte sexualisierte Übergriffe können für die Betroffenen 7
schwerwiegende und langanhaltende **Auswirkungen** haben. Bei der Einführung von Art. 197a StGB hat die Gesetzgebung auch auf diese Folgen Bezug genommen und dabei Aussagen getroffen, die durch wissenschaftliche

402. Rigotti/McGlynn, S. 463, 472 f.
403. Vgl. Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 203.
404. Reale Beispiele in Citron/Franks, S. 350 und Powell/Henry, Sexual Violence, S. 121 Fn. 2.
405. Vgl. die Beispiele in McGlynn/Rackley/Houghton, S. 31; Powell/Henry, Sexual Violence, S. 126.
406. Vgl. Powell/Henry, Sexual Violence, S. 121.
407. Bates, S. 32; Bloom, S. 241.
408. Franklin, S. 1307 ff.; Greif, S. 80 f., 82 f.; Henry/Flynn, S. 1940 ff.; Powell/Henry, Sexual Violence, S. 121, 127 f.
409. Reale Beispiele in Bates, S. 32; Powell/Henry, Sexual Violence, S. 121.
410. Literaturübersicht Greif, S. 84 f.; siehe auch Bates, S. 30 ff.; Bloom, S. 238; Franks, FLR, S. 1263 m.Verw.a. Cyber Civil Rights Initiative (USA); Maddocks, S. 347.
411. Literaturübersicht Greif, S. 85 f.; siehe auch Bates, S. 23; Citron/Franks, S. 353; Franklin, S. 1324 f.

Studien bestätigt werden können:[412] Besonders betont wurde die Tatsache, dass sich einmal verbreitete Aufnahmen rasch und unkontrollierbar im Internet vervielfältigen. Meist lassen sie sich (durch zivilrechtliche Werkzeuge) nicht (vollständig) löschen und werden so zum dauerhaften Bestandteil der digitalen Identität der betroffenen Person[413] – insbesondere dann, wenn zusätzlich persönliche Daten offengelegt wurden (*Doxing*, siehe N. 6). Die Opfer verlieren die Kontrolle über ihr eigenes Bild und ihre (Selbst-)Darstellung nach aussen.[414] Diese Form des Übergriffs ist nicht an einen bestimmten Ort oder Zeitpunkt gebunden, sondern wirkt permanent, global und ist allgegenwärtig.[415] Geschädigte sehen sich in Folge der Viktimisierung zudem oft weiteren Belästigungen anderer ausgesetzt, die sich auch ausserhalb der Online-Sphäre abspielen (z.B. in Form von Stalking, sexueller Belästigung oder Drohungen).[416] Die Taten wirken sich häufig auch auf das Sozial- und Arbeitsleben der Opfer aus:[417] Einige verlieren ihre Arbeitsstelle oder verlassen sie freiwillig, andere berichten von erheblichen Schwierigkeiten, erneut eine Anstellung zu finden.[418] *Image-Based Sexual Abuse* hat somit auch eine verhaltenssteuernde Komponente: Betroffene sehen sich regelmässig gezwungen, drastische Massnahmen zu ergreifen, etwa ihren Namen oder ihr Aussehen zu ändern oder sich vollständig aus den sozialen Medien zurückzuziehen.[419] Entsprechend berichten viele Betroffene von einer als «lebenszerstörend» empfundenen Zäsur mit weitreichenden Auswirkungen auf ihr Selbstbild, ihre Beziehungen und ihren Alltag.[420] Fast alle Betroffenen berichten von intensiven negativen Gefühlen wie Wut, Hilflosigkeit, Demütigung, Schock, Angst sowie Schuld- und Schamgefühlen.

412. Wobei zu beachten ist, dass die Auswirkungen immer abhängig sind vom konkreten Inhalt der Aufnahmen und den Tatumständen, so Dodge, Diss., S. 116 f.
413. Vgl. Bericht RK-S 2022, S. 57; Vara, AB 2022 S 500 f.; siehe hierzu Bloom, S. 246; Dodge, CMC, S. 70; Dodge, Diss., S. 122 ff.; Franklin, S. 1310; Powell/Henry, Sexual Violence, S. 135, 138.
414. Vgl. Steinemann, AB 2023 NR S. 997; hierzu Bates, S. 33 f.; Maddocks, S. 347.
415. McGlynn et al., S. 552 f.; Rackley et al., S. 298.
416. Literaturübersicht in Greif, S. 87 f.; siehe auch Bloom, S. 243; Franks, FLR, S. 1263 m.Verw.a. Cyber Civil Rights Initiative (USA); Citron/Franks, S. 350 f.; vgl. auch die Beispiele in Bates, S. 30 ff.
417. Literaturübersicht in Greif, S. 92; vgl. auch die Beispiele in Bates, S. 30 ff.
418. Bloom, S. 240 ff.; Citron/Franks, S. 351 f.; Franks, FLR, S. 1264 m.Verw.a. Cyber Civil Rights Initiative (USA); Kirchengast/Crofts, S. 7; vgl. auch die Beispiele in Bates, S. 30 ff.
419. Siehe etwa Bloom, S. 244 f.; Franks, FLR, S. 1264 m.Verw.a. Cyber Civil Rights Initiative (USA).

421 Sie entwickeln Angststörungen, Depressionen, posttraumatische Belastungsstörungen und einen tiefgehenden Verlust des Selbstwertgefühls, in schweren Fällen kommt es zu selbstverletzendem Verhalten oder Suizidalität. 422 Die Taten haben zudem einen isolierenden Effekt, da viele Betroffene neben Vertrauensproblemen das Gefühl entwickeln, weder im Internet noch in der Öffentlichkeit sicher zu sein, weshalb sie bestimmte Webseiten und Orte meiden, ihr Verhalten verändern und ihre Bewegungsfreiheit bewusst einschränken.[423] Auch Betroffene pornografischer *Deepfakes* berichten von ähnlichen psychischen und sozialen Auswirkungen.[424] Eine besonders schwere Form des einwilligungslosen Verbreitens sexualisierter Aufnahmen liegt vor, wenn es sich um Bilder oder Videos tatsächlicher sexueller Gewalt handelt. Durch die Verbreitung dieser Aufnahmen werden die Ereignisse dauerhaft wiederholt, ihr demütigender und verletzender Charakter fortgesetzt und ein breiteres Publikum zur Teilnahme an der Verletzung eingeladen.[425] Dies kann beispielsweise durch Kommentare erfolgen, die die Tat billigen oder zusätzliche Beleidigungen enthalten. Dadurch wird das Trauma dieser sexuellen Übergriffe immer wieder erneut durchlebt und verstärkt.[426]

## B. Entstehungsgeschichte

Bereits in den Jahren 2010[427] und 2016[428] wurden im Nationalrat parlamentarische Vorstösse eingereicht, mit welchen der Bundesrat ersucht 8

420. McGlynn et al., S. 550 ff.; vgl. auch Franks, FLR, S. 1264 m.Verw.a. Cyber Civil Rights Initiative (USA); auch im Parlament sprach man vom «lebenszerstörenden» Potential der Taten, vgl. Engler, AB 2022 SR S. 502; Hurni, AB 2023 NR S. 996; Mahaim, AB 2023 NR S. 995; Vara, AB 2022 SR S. 500.
421. Literaturübersicht in Greif, S. 89 f.; siehe insb. McGlynn et al., S. 551.
422. Bates, S. 31 ff.; Bloom, S. 242; vgl. auch Franks, FLR, S. 1263 m.Verw.a. Cyber Civil Rights Initiative (USA).
423. Zum Ganzen McGlynn et al., S. 554 ff.; siehe auch Bates, S. 30 ff.; Bloom, S. 244 f.; Citron/Franks, S. 351; zum beeinträchtigten Sicherheitsgefühl siehe die Literaturübersicht in Greif, S. 91; Henry/Powell/Flynn, S. 6.
424. Literaturübersicht in Dunn, S. 402 ff.
425. Dodge, CMC, S. 67 ff.; Powell/Henry, Sexual Violence, S. 130 f.
426. Ibid.
427. Geschäft 10.3396, Interpellation «Eigenmächtige Verbreitung von Fotos oder Videos und Schutz der betroffenen Personen», eingereicht am 9.6.2010 von Hugues Hiltpold.
428. Geschäft 16.3162, Interpellation «Rachepornografie», eingereicht am 16.3.2016 von Feri Yvonne.

wurde, einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf im Hinblick auf das einwilligungslose Verbreiten intimer oder pornografischer Aufnahmen zu prüfen. In beiden Fällen verwies der Bundesrat auf die bestehenden Ehrverletzungsdelikte sowie den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz und verneinte die Notwendigkeit einer Gesetzesrevision ausdrücklich.[429] Im Rahmen der Vernehmlassung zur Revision des Sexualstrafrechts, die am 1. Juli 2024 in Kraft trat, forderten fünf Teilnehmende explizit die strafrechtliche Erfassung des Phänomens *«Revenge Porn»* (zur Begriffskritik und Phänomenologie vgl. N. 1 ff.).[430] Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerats nahm dieses Anliegen auf und ergänzte ihren Entwurf um einen neuen Art. 197a StGB, der das unbefugte Weiterleiten nicht öffentlicher sexueller Inhalte unter Strafe stellen sollte.[431] Beide Kammern waren sich grundsätzlich einig, dass es einer neuen gesetzlichen Regelung für die unzulässige Weitergabe gewisser nichtöffentlicher, intimer Inhalte bedarf. [432] Strittig war jedoch der konkrete Regelungsinhalt: Uneinigkeit bestand hinsichtlich des materiellen Umfangs, der systematischen Verortung im Gesetz sowie des Wortlauts der neuen Norm.[433] Die Mehrheit des Ständerats plädierte dafür, die Strafnorm auf sexuelle Inhalte zu beschränken und diese systematisch im Sexualstrafrecht zu verankern.[434] Demgegenüber trat die Mehrheit des Nationalrats für eine alternative Lösung ein: Sie wollte Art. 197a StGB streichen und einen Art. 179$^{undecies}$ im Dritten Titel («Strafbare Handlungen gegen die Ehre und den Geheim- oder Privatbereich») einfügen. [435] Dieser sollte die Verbreitung sämtlicher Inhalte unter Strafe stellen, welche

429. Vgl. Stellungnahme Bundesrat Geschäfte 10.3396, 16.3162.
430. Bericht BJ, Ziff. 6.3., S. 40; vgl. Bericht RK-S 2022, S. 12 f., 57 f.
431. AB 2022 SR S. 499 ff.; Bericht RK-S 2022, S. 12 f., 57 f.
432. Vgl. Baume-Schneider, AB 2023 SR S. 119, AB 2023 NR S. 997; Hurni, AB 2023 NR S. 996 Fehlmann, AB 2023 NR S. 999.
433. Ibid.
434. Bericht RK-S 2022, S. 12 f., 57 f.; vgl. auch Vara, AB 2022 SR S. 500; so auch die Minderheit im Nationalrat: Mahaim, AB 2023 NR S. 995. Auch der Bundesrat sprach sich zu einem späteren Zeitpunkt der Beratungen für dieses Vorgehen aus, obwohl er sich ursprünglich gegen die Schaffung eines neuen Straftatbestands ausgesprochen hatte, siehe Baume-Schneider, AB 2023 SR S. 119, AB 2023 NR S. 997 f.
435. AB 2022 NR S. 2144, 2146; vgl. auch Fehlmann Rielle, AB 2022 NR S. 2140; von Falkenstein, AB 2022 NR S. 2112, 2139, AB 2023 NR S. 998. Auch eine Minderheit im Ständerat unterstützte dieses Vorgehen, siehe Bauer, AB 2022 SR S. 500; vgl. Bericht RK-S 2022, S. 58. Zu einem frühen Zeitpunkt der Beratungen sprach sich auch der Bundesrat für ein solches Vorgehen aus, siehe Keller-Suter, AB 2022 SR S. 502; vgl. auch Bericht BR 2022, S. 24; Stellungnahme BR 2022, S. 4 f.

geeignet sind, den Ruf einer Person schwerwiegend zu beeinträchtigen – mithin auch anderweitig kompromittierende oder peinliche Aufnahmen ohne spezifisch sexuellen Charakter.[436] Der Ständerat hielt dezidiert an Art. 197a StGB fest und forderte die Streichung des neu vorgeschlagenen Art. 179undecies.[437] Letztlich gelang es der Minderheitsposition im Nationalrat,[438] eine Mehrheit für sich zu gewinnen.[439] Damit setzte sich die Auffassung durch, die Strafnorm auf sexuelle Inhalte zu beschränken und sie systematisch dem **Sexualstrafrecht** zuzuordnen.[440] Entsprechend entschied sich die gesetzgebende Instanz auch *gegen* eine Bestimmung, die den «Geheim- und Privatbereich» schützt. Angesichts des betroffenen Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung (N. 11) und der durch wissenschaftliche Studien belegten besonderen Schwere der Verletzung (N. 7), die wesentlich durch die sexualisierte Dimension des Phänomens geprägt ist (vgl. N. 4), erweist sich diese gesetzgeberische Entscheidung als sachgerecht und kohärent – eine, deren *ratio legis* es nun konsequent durch die Rechtsprechung umzusetzen gilt.

Zu beachten ist, dass Art. 197a StGB ausschliesslich das **unbefugte Verbreiten sexueller Inhalte** ohne Zustimmung der abgebildeten oder genannten Person unter Strafe stellt. Damit bleibt weiterhin eine nicht zu unterschätzende Schutzlücke bestehen, insbesondere im Hinblick auf das nicht einvernehmliche *Erstellen* solcher Inhalte. In Fällen der unbefugten Erstellung sexualisierter Aufnahmen findet zwar regelmässig auch Art. 179quater StGB Anwendung,[441] dieser ist jedoch zweifellos nicht auf das für *Image-Based Sexual Abuse* typische Unrecht zugeschnitten.[442] Seit der Sexualstrafrechtsrevision erfasst zudem Art. 198 Abs. 1 Var. 2 StGB auch die 9

436. AB 2022 NR S. 2146; Fehlmann Rielle, AB 2023 NR S. 999; Hurni, AB 2023 NR S. 996; vgl. auch Bericht BR 2022, S. 24; Baume-Schneider, AB 2023 NR S. 997; Keller-Suter, AB 2022 SR S. 502.
437. AB 2023 SR S. 110, 118; Sommaruga, AB 2023 SR S. 118.
438. AB 2023 NR S. 1000 f.: Mindermeinung Mahaim, Arslan, Berthoud, Bregy, Brenzikofer, Kamerzin, Lüscher, Maitre, Markwalder, von Falkenstein, Walder.
439. AB 2023 NR S. 1000 f.; vgl. auch die folgenden Voten, die die Minderheit unterstützten: Baume-Schneider, AB 2023 NR S. 997; Bellaiche, AB 2023 NR S. 995; Markwalder, AB 2023 NR S. 996; Steinemann, AB 2023 NR S. 997.
440. Sommaruga, AB 2023 SR S. 442.
441. OK-Stark, Art. 179quater StGB N. 1.
442. Gl.M. Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 196; vgl. auch OK-Stark, Art. 179quater StGB N. 37.

bildbasierte sexuelle Belästigung und damit gewisse Teilbereiche des Phänomens. Schliesslich stellt Art. 179decies StGB die Verwendung der Identität einer anderen Person unter Strafe, wenn dies mit Schädigungs- oder Vorteilsabsicht geschieht – was insbesondere bei der Verbreitung von *Deepfake*-Pornografie oder *Deepnudes* in Betracht kommen kann.

## II. GESCHÜTZTES RECHTSGUT

10 Obwohl das geschützte Rechtsgut im **Gesetzgebungsverfahren** zu Art. 197a StGB nie ausdrücklich benannt oder dogmatisch definiert wurde, drehte sich die politische Auseinandersetzung faktisch genau darum: Die zentrale Streitfrage war, ob das neue Delikt im Dritten Titel («Strafbare Handlungen gegen die Ehre und den Geheim- oder Privatbereich») oder im Fünften Titel («Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität») verortet werden sollte (N. 8). Damit wurde letztlich darüber gestritten, welches Rechtsgut im Vordergrund steht: Geht es um eine «Ruf»-[443] oder Ehrverletzung bzw. eine Verletzung des Intim- bzw. Geheimbereichs – also um Rechtsgüter des Dritten Titels –, oder liegt ein sexualbezogener Übergriff vor? Die Entscheidung des Gesetzgebers, die Norm dem Fünften Titel zuzuordnen, lässt daran keinen Zweifel: Geschützt werden soll nicht die Ehre bzw. der Geheim- und Privatbereich,[444] sondern die sexuelle Integrität[445] – und mit ihr die sexuelle Selbstbestimmung der betroffenen Person (hierzu N. 11). Daran ändern auch die in den politischen Debatten verwendeten Begrifflichkeiten «Intimsphäre»[446] und «(sexuelles) Schamgefühl»[447] nichts.[448] Zwar mögen diese

443. Dass mit dem «Ruf» ein neues, von der Ehre unabhängiges Rechtsgut geschützt werden sollte, zeigen Ausführungen von Baume-Schneider, AB 2023 NR S. 997 f. («le terme de ‹réputation› est volontairement différent des termes utilisés pour les infractions contre l'honneur. [...] Pour ce nouvel article, il faudrait définir quel est le bien juridique protégé, ce qui pourrait s'avérer complexe.»).
444. Vgl. zu dieser später überstimmten Gegenmeinung, Bericht BR 2022, S. 24; Fehlmann, AB 2023 NR S. 999.
445. Mahaim, AB 2023 NR S. 995; Baume-Schneider, AB 2023 NR S. 998.
446. Bericht RK-S 2022, S. 58; Vara, AB 2022 SR S. 501; vgl. auch Engler, AB 2022 SR S. 502 Sommaruga, AB 2022 SR S. 499; Steinemann, AB 2023 NR S. 997.
447. Bericht RK-S 2022, S. 58; Engler, AB 2022 SR S. 502; vgl. auch Vara, AB 2022 SR S. 501.
448. Diese unkritisch als Rechtsgut betrachtend Donatsch/Jean-Richard-dit-Bressel/Graf, S. 647; HK-Godenzi, Art. 197a StGB N. 1; Muggli, S. 357; Pieth/Simmler, S. 115.

Begriffe hilfreich sein, um die subjektiv empfundene Dimension des Unrechts zu beschreiben; als strafrechtliche Rechtsgüter taugen sie jedoch nicht:

1. Der Begriff «Intimsphäre» entstammt dem zivilrechtlichen Persönlichkeitsrecht und wird im strafrechtlichen Kontext häufig fälschlicherweise mit dem anerkannten Rechtsgut des Geheimbereichs gleichgesetzt.[449] Zwar kann dieser in den durch Art. 197a StGB erfassten Sachverhalten durchaus betroffen sein, er beschreibt jedoch lediglich eine allgemeinere Dimension der Persönlichkeitsverletzung, nicht aber den spezifischen Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung, den Art. 197a StGB durch seine systematische Stellung im Fünften Titel erfasst. Und selbst wenn man die «Intimsphäre» als neues, eigenständiges strafrechtliches Rechtsgut begreifen würde, spräche die Einordnung im Fünften Titel dagegen, dass dieses durch Art. 197a StGB geschützt wird. Denn nicht alles, was «intim» ist, ist notwendigerweise auch «sexuell».
2. Beim «(sexuellen) Schamgefühl» handelt es sich weder um ein anerkanntes Rechtsgut noch um ein strafrechtlich schutzwürdiges Interesse, sondern bloss um eine regelmässig beobachtbare emotionale Reaktion auf den Verlust von Kontrolle über die eigene Sexualität bzw. auf eine Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung.[450]

Art. 197a StGB schützt die **sexuelle Selbstbestimmung** der abgebildeten bzw. genannten Person.[451] Dieses Rechtsgut ist traditionell körperbezogen und umfasst einerseits die positive Freiheit, sexuelle Handlungen nach eigenen Wünschen vorzunehmen, und andererseits die negative Freiheit, nicht gegen den eigenen Willen in sexuelle Interaktionen einbezogen zu werden.[452] In der neueren strafrechtlichen Entwicklung wird jedoch zunehmend anerkannt, dass auch nicht-körperliche Formen der 11

449. OK-Stark, Art. 179$^{quater}$ StGB N. 18 Fn. 81.
450. Zur engen Verknüpfung von Sexualität und Scham sowie zur Beschreibung von Scham als typische emotionale Reaktion auf den Verlust von Kontrolle über die eigene Sexualität siehe etwa Balsam, S. 723 ff.; Gärtner, S. 96 ff.
451. Gl.M. Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 197 f.; vgl. Krumm/Gambino, die die sexuelle Selbstbestimmung mindestens zivilrechtlich tangiert sehen (S. 561), wohl auch strafrechtlich (S. 557); in eine ähnliche Richtung gehend Vuille/Perrier Depeursinge/Arnal, S. 41, wonach Art. 197a StGB das Recht jeder Person schützt, «à garder secret un aspect particulier de sa vie intime, à savoir sa vie sexuelle et les parties intimes de son corps (sexe, poitrine, fesses)».
452. Scheidegger, Diss., N. 26 ff.

Sexualisierung – wie sie insbesondere bei *Image-Based Sexual Abuse* vorkommen – Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung darstellen können und daher strafrechtlichen Schutz verdienen.[453] Das ist im schweizerischen Rechtsgutsverständnis nichts Neues: Bereits mehrere Sexualstraftaten schützen die sexuelle Selbstbestimmung vor nicht-körperlichen Eingriffen.[454] Im Anwendungsbereich von Art. 197a StGB konkretisiert sich das Rechtsgut im Schutz der Dispositionsbefugnis über sexualisierte Darstellungen.[455] Die betroffene Person soll selbst bestimmen können, ob, in welcher Form und gegenüber wem sie sexualbezogene Inhalte von sich preisgibt.[456] Die sexuelle Selbstbestimmung umfasst somit auch das Recht, über die Verbreitung oder öffentliche Zugänglichmachung sexueller Inhalte zu entscheiden. Hierzu gehören insbesondere Details zum eigenen Sexualleben, Aufnahmen davon sowie Abbildungen intimer Körperregionen (Genitalien, Gesäss, weibliche Brust).[457] Die gesetzgeberische Entscheidung, bei Art. 197a StGB auf eine Zustimmungslösung abzustellen, unterstreicht die zentrale Bedeutung des Rechtsguts: Im Gegensatz zu den körperlichen Sexualdelikten (Art. 189, 190 StGB), bei denen das Fehlen eines Widerspruchs genügt (Widerspruchslösung), setzt Art. 197a StGB eine ausdrückliche, informierte Einwilligung voraus (hierzu N. 36 f.).

## III. OBJEKTIVER TATBESTAND

12 Den objektiven Tatbestand erfüllt, wer (N. 13 f.) ein Tatobjekt (N. 15 ff.) weiterleitet oder veröffentlicht (N. 33 ff.) ohne die Zustimmung der abgebildeten Person (N. 36 f.).

453. Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 197 m.Verw.a. Valentiner, S. 399 ff., sowie ihr folgend Burghardt/Schmidt/Steinl, S. 502 ff.; siehe auch Citron, S. 1882 ff.; Schmidt, S. 114, 118.

454. Siehe hierzu Scheidegger, Diss., N. 31; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 197 f.: «Anerkannt ist dies insbesondere bei unerwünschtem *Aufdrängen* von Sexualität, wie dies etwa bei Exhibitionismus (Art. 194 StGB), der unerwünschten Konfrontation mit Pornografie (Art. 197 Abs. 2 StGB) oder bei nicht-körperlicher sexueller Belästigung durch Worte (Art. 198 StGB) der Fall ist»; siehe auch BGer 6B_1037/2016 vom 19.4.2017, E. 1.3.

455. AK-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 3; OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 7.

456. Valentiner, S. 399; gl.M. Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 198; vgl. auch Burghardt/Schmidt/Steinl, S. 503 ff.

457. Vuille/Perrier Depeursinge/Arnal, S. 41.

## A. Tatpersonenkreis

Bei Art. 197a StGB handelt es sich um ein **Allgemeindelikt**. Grundsätzlich ist dabei unerheblich, wie die Tatperson in den Besitz der Inhalte gelangt ist. Selbst wenn sie diese in belästigender Weise von einer anderen Person erhalten hat – beispielsweise ein sogenanntes *Dick Pic*[458] –, kann sie sich strafbar machen, wenn sie die Inhalte ohne Zustimmung der abgebildeten oder genannten Person an Dritte weiterverbreitet (hierzu N. 36). 13

Beim unbefugten Weiterleiten eines Tatobjekts nach Abs. 1 (N. 33 f.) kann sich eine **Verbreitungskette** bilden, oder der Inhalt wird von verschiedenen Personen wiederholt unbefugt veröffentlicht nach Abs. 2 (N. 35). Es stellt sich sodann die Frage, wer noch als Tatperson anzusehen ist und wo die strafrechtliche Verantwortlichkeit endet. Zu Recht wird in der Lehre vertreten, dass jede Person, die ein Tatobjekt ohne Zustimmung der betroffenen Person weiterleitet und dabei vorsätzlich handelt (hierzu N. 38), als eigenständige Tatperson zu qualifizieren ist.[459] Dies gilt grundsätzlich auch im Anwendungsbereich des Qualifikationstatbestands nach Abs. 2.[460] Die Tatbestandsmässigkeit bleibt somit auch dann bestehen, wenn ein ursprünglich nicht öffentlicher Inhalt (N. 19) bereits einmal veröffentlicht wurde. Eine solche Sichtweise ist unerlässlich, um die Schutzwirkung der Norm aufrechtzuerhalten: Andernfalls könnten bereits veröffentlichte Inhalte unbeschränkt weiterverbreitet werden.[461] Einschränkend ist jedoch zu verlangen, dass beim erneuten Weiterleiten oder Veröffentlichen eine potenziell *neue* Zielgruppe erreicht wird und sich die Tatperson dessen bewusst ist. Wer ein Tatobjekt im Freundeskreis weiterleitet, in dem es bereits zirkuliert, oder es auf einer Webseite publiziert, auf der es bereits häufig aufgerufen wurde, ist nicht als Tatperson zu qualifizieren. Sobald beim Weiterleiten hingegen gezielt Personen angesprochen werden, die den Inhalt noch nicht kennen, oder beim Veröffentlichen eine grössere neue Personengruppe erreicht wird – etwa durch das Hochladen auf einer anderen 14

458. Zur Strafbarkeit siehe Thommen/Stark.
459. OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 16; wohl gl.M. Vuille/Perrier Depeursinge/Arnal, S. 43.
460. AK-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 15; OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 20; **a.M.** HK-Godenzi, Art. 197a StGB N. 12 sowie Krumm/Gambino, S. 556, die eine Zweitveröffentlichung nie für tatbestandsmässig halten.
461. Zum Ganzen Vuille/Perrier Depeursinge/Arnal, S. 43.

Webseite –, kann die neu verbreitende Person als eigenständige Tatperson in Betracht kommen.

## B. Tatobjekt

15 Tatobjekt sind sexuelle Inhalte (N. 16 ff.), die nicht öffentlich sind (N. 19 ff.), auf einem bestimmten Träger platziert sind (N. 26 ff.) und auf denen die betroffene Person erkennbar ist (N. 23 ff.).

### 1. Sexueller Inhalt

16 Das Tatbestandsmerkmal des sexuellen Inhalts stellt eine zentrale Schwierigkeit von Art. 197a StGB dar und war zugleich das Element, das im Gesetzgebungsprozess die grössten Bedenken hervorrief.[462] Allgemein wurde festgehalten, dass der Begriff weiter zu verstehen sei als jener der Pornografie[463] und sämtliche Inhalte umfasse, die einen **sexuellen Bezug** bzw. *caractère sexuel* aufweisen.[464] In der Lehre wird zur Begriffsbestimmung teilweise auf die Kriterien der Pornografie-Definition nach Art. 197 StGB zurückgegriffen.[465] Eine solche Übernahme – etwa das Abstellen auf die sexuell aufreizende Wirkung für die Betrachtenden[466] – verfehlt jedoch den Normzweck, der auf den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung der abgebildeten Person zielt, und ist deshalb abzulehnen. Eine aufreizende Wirkung des Inhalts für andere ist für das Opfer irrelevant, dessen sexuelle Inhalte unbefugt verbreitet werden. Zwar ist jede pornografische Darstellung ein sexueller Inhalt nach Art. 197a StGB, doch nicht jeder sexuelle Inhalt ist Pornografie im Sinne von Art. 197 StGB. Für sexuelle Inhalte bedarf es einer eigenständigen, an der *ratio legis* orientierten Begriffsbildung. Die Materialien nennen zwei exemplarische Erscheinungsformen sexueller Inhalte: sexuelle Handlungen (N. 17) sowie (partielle) Nacktheit (N. 18).

17 Dass Darstellungen **sexueller Handlungen** vom Tatbestand erfasst sind, ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien[467] und wird auch in der Lehre

462. Bericht BR 2022, S. 23 f.; Stellungnahme BR 2022, S. 5; Bauer, AB 2022 SR S. 500; Baume-Schneider, AB 2023 NR S. 997; Keller-Suter, AB 2022 SR S. 502.
463. Bericht RK-S 2022, S. 57; Baume-Schneider, AB 2023 NR S. 997; Sommaruga, AB 2022 SR S. 499.
464. Bericht RK-S 2022, S. 58; Vara, AB 2022 SR S. 501.
465. Krumm/Gambino, S. 553 f., die voraussetzen, dass die Inhalte der sexuellen Aufreizung des Betrachters dienen, sowie primäre oder (anders als die Pornografie-Definition) sekundäre Geschlechtsmerkmale ins Zentrum gerückt werden.

einhellig vertreten.[468] Wann immer eine sexuelle Handlung vorliegt, genügt deren Abbildung oder Beschreibung, um einen sexuellen Inhalt anzunehmen – eine besondere Hervorhebung des Genitalbereichs ist nicht erforderlich.[469] Für die Auslegung des Begriffs «sexuelle Handlung» soll nach dem gesetzgeberischen Willen auf die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung abgestellt werden.[470] Demnach liegt eine sexuelle Handlung[471] vor, wenn eine Verhaltensweise nach ihrem äusseren Erscheinungsbild einen eindeutig erkennbaren sexuellen Bezug aufweist und im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut als erheblich einzustufen ist[472] – im vorliegenden Zusammenhang also mit Blick auf die sexuelle Selbstbestimmung hinsichtlich der sexualbezogenen Darstellung des eigenen Körpers (N. 11). Das Kriterium der Erheblichkeit[473] stellt sicher, dass schwerwiegendere Sexualdelikte, die den Charakter eines Verbrechens oder Vergehens aufweisen, klar von weniger gewichtigen Übertretungstatbeständen abgegrenzt werden[474] – hier von der verbalen oder bildbasierten sexuellen Belästigung nach Art. 198 Abs. 1 Var. 2 StGB. Problematisch ist vor allem das Erfordernis eines äusserlich eindeutig erkennbaren Sexualbezugs.[475] Indem bei der Definition von «sexuell» auf einen sexuellen Bezug abgestellt wird, bleibt die Begriffsbestimmung inhaltlich zirkulär; eine engere begriffliche

466. Krumm/Gambino, S. 554.

468. HK-Godenzi, Art. 197a StGB N. 4; AK-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 6; OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 9; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 199.

469. Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 199.

470. Vara, AB 2022 SR S. 501.

471. Der Begriffsteil «Handlung» wird als eine körperliche Betätigung am eigenen oder fremden Körper verstanden, wobei es grundsätzlich unerheblich ist, ob wechselseitige Berührungen erfolgen, siehe Scheidegger, Diss., N. 243. Negativ abgegrenzt wird der Begriff durch den Ausschluss obszöner Gesten oder verbaler Äusserungen, die nicht als Handlung im strafrechtlichen Sinne gelten, siehe Scheidegger, Diss., N. 244 m.Verw.a. BGer 6B_61/2010 vom 27.7.2010, E. 4.1 f.

472. BGE 125 IV 58, E. 3; BGer 6B_727/2013 vom 7.10.2014, E. 3.3. Dieser Begriff wird typischerweise anhand von Art. 187 StGB (Sexuelle Handlungen mit Kindern) definiert, um ihn bei anderen Sexualstraftatbeständen heranzuziehen und gegebenenfalls abweichende oder präzisierende Elemente festzulegen, siehe zum Ganzen Scheidegger, Diss., N. 242.

473. Die Erheblichkeit bestimmt sich qualitativ durch die Art der Handlung und quantitativ durch deren Intensität und Dauer, siehe BGer 6B_1008/2010 vom 8.9.2011, E. 3.2. Sie wird ausserdem relativ bestimmt, etwa nach dem Alter des Opfers oder dem Altersunterschied zum Täter, siehe BGE 125 IV 62, E. 3b; BGer 6S.355/2006 vom 7.12.2006.

474. Scheidegger, Diss., N. 261 m.Verw.a. BGer 6B_1008/2010 vom 8.9.2011, E. 3.3.2; BGer 6P. 224/2006 vom 16.2.2007, E. 7.2; BGer 6B_7/2011 vom 15.2.2011, E. 1.2.

475. Vgl. Scheidegger, Diss., N. 247 f. m.w.H.

Präzisierung erfolgt nicht. Dies ist insofern nachvollziehbar, als Sexualität ein komplexes, individuell verschiedenes und kulturell geprägtes Phänomen ist. Die Annahme einer vermeintlich «objektiven» Eindeutigkeit verkennt, dass solche Bewertungen letztlich gesellschaftlichen und zeitgebundenen Wertvorstellungen unterliegen – und damit stets auch von den individuellen Vorstellungen der urteilenden Person beeinflusst sind.[476] Das Bundesgericht versucht dem mit fallgruppenbasierten Konkretisierungen zu begegnen.[477] Als eindeutig sexuell gelten Geschlechts-, Anal- oder Oralverkehr.[478] Andere Verhaltensweisen, die mit dem Berühren primärer oder sekundärer Geschlechtsmerkmale oder dem Einführen von Gegenständen in Körperöffnungen verbunden sind, bedürfen hingegen einer sorgfältigen Abgrenzung, da sie auch im pflegerischen oder medizinischen Kontext vorkommen können.[479] Im Anwendungsbereich von Art. 197a StGB ist die hierzu entwickelte Rechtsprechung[480] allerdings nur eingeschränkt relevant – aus zwei Gründen: Erstens erfassen Darstellungen sexueller Handlungen nur den oberen Bereich des tatbestandlichen Spektrums; häufig genügen bereits visuelle Inhalte, die (partielle) Nacktheit zeigen (N. 18). Zweitens liegt der Fokus der Bewertung nicht auf einer Verletzung der sexuellen Integrität durch die Handlung selbst, sondern auf der Gefährdung der Entscheidungsfreiheit der betroffenen Person hinsichtlich ihrer sexuellen Selbstdarstellung.

18 Darstellungen von **(partieller) Nacktheit** gelten nach dem gesetzgeberischen Willen grundsätzlich ebenfalls als sexuelle Inhalte.[481] Reine Beschreibungen dürften in diesem Zusammenhang jedoch nicht genügen; erforderlich ist wohl eine visuelle Darstellung. Nach Auffassung des Bundesrats ist bei (partieller) Nacktheit sogar erforderlich, dass «zusätzlich etwa über die Körperhaltung oder die Darstellung ein sexueller Bezug hergestellt wird».[482] In der Lehre bleibt weitgehend offen, ob dieses Erfordernis Anwendung finden soll.[483] Es

476. Zum Ganzen Maier, S. 1387 ff., 1401; so auch Scheidegger, Diss., N. 259.
477. Scheidegger, Diss., N. 249 m.Verw.a. BGer 6B_1008/2010 vom 8.9.2011, E. 3.2.
478. Scheidegger, Diss., N. 249.
479. Ibid.
480. Vgl. BGE 105 IV 37; BGer 6S.355/2006 vom 7.12.2006, E. 3.
481. Bericht RK-S 2022, S. 57; Sommaruga, AB 2022 SR S. 499; Vara, AB 2022 SR S. 500 f.
482. Bericht BR 2022, S. 23 f.; Stellungnahme BR 2022, S. 5.
483. HK-Godenzi, Art. 197a StGB N. 4; OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 9; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 199 f.; sich am ehesten darauf beziehend, indem sie voraussetzen, das primäre oder sekundäre Geschlechtsmerkmale *ins Zentrum gerückt werden*, Krumm/Gambino, S. 554, gl.M. Donatsch/Jean-Richard-dit-Bressel/Graf, S. 648.

wird lediglich festgehalten, dass (partiell) entblösste primäre und sekundäre Geschlechtsmerkmale[484] – genauer: Genitalien, Gesäss und weibliche Brüste[485] – erfasst sind, sofern ein sexueller Bezug hergestellt werden kann.[486] Wann dies zutrifft, wird indes nicht näher ausgeführt. Eine Differenzierung nach Grad der Entblössung erscheint sachgerecht:

1. Bei *teilweiser* Entblössung – das Beispiel in den Gesetzesmaterialen ist ein «Bild, das eine Frau mit einem übergrossen, betonten Ausschnitt zeigt»[487] – bietet sich das Kriterium des Bundesrats als Unterscheidungsmerkmal an. Entscheidend ist die Bildgestaltung: Erst wenn durch Kameraperspektive, Körperhaltung oder sexuell konnotierte Kleidung der Fokus deutlich auf Genitalien, Gesäss oder weibliche Brüste gelenkt wird, erhält die Aufnahme ihren sexuellen Charakter. Dabei spielt es keine Rolle, ob dieser Fokus – etwa im Rahmen eines Selbstporträts – von der abgebildeten Person selbst gewählt oder gegen deren Willen durch eine Drittperson bestimmt wurde, wie es etwa bei *Creepshots*, *Downblousing* oder *Upskirting* der Fall ist (vgl. N. 5). Die bundesrätliche Vorgabe zur Kontextualisierung der Nacktheit erscheint hier sachgerecht und mit dem Schutzzweck von Art. 197a StGB vereinbar.
2. Bei *vollständiger* Entblössung von Genitalien, Anus oder weiblichen Brustwarzen spricht vieles dafür, dass auch eine neutral erscheinende Darstellung ausreicht, um als sexueller Inhalt qualifiziert zu werden – selbst ohne besonderen Fokus auf die entsprechenden Körperteile.[488] Es handelt sich dabei um Körperzonen, denen in der gesellschaftlicher Wahrnehmung eine sexuelle Bedeutung zugeschrieben wird, sodass ihre unbefugte Darstellung in entblösstem Zustand unabhängig vom konkreten

484. Donatsch/Jean-Richard-dit-Bressel/Graf, S. 648; Krumm/Gambino, S. 554. Der Begriff der sekundären Geschlechtsmerkmale ist in diesem Zusammenhang abzulehnen, da er zu breit ist und auch Körpermerkmale wie den Bart oder den Adamsapfel beim Mann erfasst, die offensichtlich nicht gemeint sind.
485. Vgl. HK-Godenzi, Art. 197a StGB N. 4; OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 9; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 199; Vuille/Perrier Depeursinge/Arnal, S. 41 («les parties intimes de son corps [sexe, poitrine, fesses]») i.V.m. S. 43 («photographies d'un corps nu»). Zur verbreiteten Einbeziehung der entblössten weiblichen Brust in die Definition sowie der Gründe hierzu, siehe oben N. 4, Fn. 32, 33.
486. Ohne Erwähnung der entblössten Körperteile, aber unter Berücksichtigung des vom Bundesrat vorgeschlagenen Kriteriums, Pieth/Simmler, S. 115.
487. Stellungnahme BR 2022, S. 5; so auch Bericht BR 2022, S. 24.
488. **A.M.** Krumm/Gambino, S. 554.

Kontext als Akt der Sexualisierung und potenziell als Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung erscheint (vgl. N. 4). Sofern zugleich die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind – insbesondere das Erfordernis der Nichtöffentlichkeit (vgl. N. 19 f.) –, kann bereits die ungewollte Sichtbarmachung dieser Körperregionen, unabhängig von der konkreten Darstellungsweise, eine Rechtsgutsverletzung darstellen. Exemplarisch zeigt sich dies bei voyeuristischen Aufnahmen in Umkleidekabinen, Solarien oder Saunas, bei denen die Nacktheit der Betroffenen zur sexuellen Konsumation durch Dritte instrumentalisiert wird. Eine restriktive Auslegung, die zusätzlich einen gezielten Fokus auf die entblössten Körperregionen verlangen würde, hätte hingegen zur Folge, dass solche Aufnahmen ohne fokussierenden Elemente nicht erfasst wären – trotz ihres klar übergriffigen Charakters und ihres offensichtlichen Potenzials, bei unbefugter Verbreitung die sexuelle Selbstbestimmung zu verletzen. Eine solche Sichtweise erschiene weder sachgerecht noch mit dem Schutzzweck von Art. 197a StGB vereinbar.

## 2. Nicht öffentlich

19 Der sexuelle Inhalt muss gemäss Art. 197a StGB «nicht öffentlich» sein, was nach dem gesetzgeberischen Willen insbesondere dann zutrifft, wenn der Inhalt «nach dem Willen der darin erkennbaren Person für rein private Verwendungen entstanden ist».[489] Daraus liesse sich ableiten, dass das Opfer zumindest mit der Erstellung einverstanden gewesen oder sich dieser bewusst gewesen sein müsste.[490] Das kann so nicht gemeint sein, zumal die Materialien anerkennen, dass das strafwürdige Phänomen auch das Weiterverbreiten von *nicht-einvernehmlich* erstellten Inhalten erfasst.[491] Überzeugender erscheint daher die von Scheidegger vorgeschlagene Auslegung, wonach entscheidend ist, ob die betroffene Person dem sexuellen Inhalt **keine öffentliche Zwecksetzung** beigemessen hat, ihn also «nicht einem potenziell unbestimmbaren Adressatenkreis zugänglich machen

489. Bericht RK-S 2022, S. 58.

490. AK-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 8; OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 11.

491. Bericht BR 2022, S. 22; gl.M. Donatsch/Jean-Richard-dit-Bressel/Graf, S. 647; ähnlich, sich aber nicht festlegend, OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 11.

wollte».[492] Nach dieser Ansicht soll im Zweifel davon auszugehen sein, dass sexuelle Inhalte «nicht öffentlich» sind.[493]

Bei **nicht-einvernehmlich hergestellten Inhalten** – etwa einer gefilmten Vergewaltigung oder voyeuristischen Aufnahmen – fehlt es definitionsgemäss immer an einer öffentlichen Zwecksetzung durch die abgebildete Person.[494] Mit Blick auf den Normzweck sollte es hierbei grundsätzlich keine Rolle spielen, ob sich der entsprechende Sachverhalt im öffentlichen Raum abgespielt hat oder nicht. Im Gesetzgebungsverfahren wurde explizit darauf hingewiesen, dass Art. 197a StGB in seiner Reichweite über Art. 179quater StGB hinausgehen könne, welcher grundsätzlich keinen Schutz in der Öffentlichkeit bietet.[495] Da Art. 197a StGB nicht den Geheim- oder Privatbereich, sondern die sexuelle Selbstbestimmung schützt, ist er nach anderen Massstäben zu beurteilen als Art. 179quater StGB. Wer sich (partiell) nackt in der (Halb-)Öffentlichkeit zeigt – etwa in einer Umkleidekabine, auf einer Badewiese oder in einer Toilette – sollte trotz der örtlichen Gegebenheiten mit Blick auf den Schutzzweck von Art. 197a StGB erwarten dürfen, dass keine Aufnahmen davon verbreitet werden.[496] Der Schutz der sexuellen 20

492. OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 11; vgl. auch Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 200.
493. Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 200 m.Verw.a. McGlynn/Rackley, OJLS, S. 535 f., 542.
494. OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 11; auf den materiellen Geheimnisbegriff abstellend, aber im Resultat ähnlich Krumm/Gambino, S. 554 f.
495. Baume-Schneider, AB 2023 NR S. 997 («On peut imaginer l'image d'une personne fortement alcoolisée, titubant dans la rue, qui harcèle des passants ou des passantes; ces derniers se trouvent donc dans un lieu public, mais la mise à disposition de cet enregistrement serait désormais possiblement punissable, contrairement à ce que prévoient les dispositions en vigueur qui visent à protéger le domaine secret ou le domaine privé.»).
496. Vgl. hierzu auch BGer 6B_180/2015 vom 18.2.2016, E. 3.3.1 zu Art. 197 StGB, wonach auch heimlich aufgenommene Bilder nackter Kinder korrumpierend wirken können, harte Pornografie jedoch nur dann vorliegt, wenn die Aufnahmen ausserhalb des sozial Üblichen und Akzeptierten stattfinden. Dieser Gedanke lässt sich auch auf Erwachsene im Kontext von Art. 197a StGB übertragen: Voyeuristische Aufnahmen, welche die abgebildete Person sexualisieren und primär der sexuellen Erregung der fotografierenden und die Inhalte später konsumierenden Personen dienen, bewegen sich nicht mehr im Rahmen sozialer Adäquanz. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei Erwachsenen ein anderer Massstab anzusetzen ist: Im Gegensatz zu Kindern verfügen sie über Urteilsfähigkeit in Bezug auf ihre sexuelle Selbstdarstellung, was zu einer höheren Schutzwürdigkeit ihrer Einwilligung und Kontrolle über sexualisierte Darstellungen führt. Zudem ist Nacktheit Erwachsener im öffentlichen Raum seltener und gesellschaftlich weniger akzeptiert als bei Kindern im Rahmen familiärer oder alltäglicher Situationen.

Selbstbestimmung endet nicht an der Schwelle zur Öffentlichkeit, solange keine bewusste oder konkludente Preisgabe an ein unbestimmbares Publikum erfolgt ist. Dies ist nur in Ausnahmefällen anzunehmen, beispielsweise beim «Flitzen» während eines öffentlichen Fussballspiels oder beim willentlichen Zurschaustellen der Brüste vor der Kamera während eines öffentlichen Konzerts.

21 Schwieriger gestaltet sich die Bewertung bei **einvernehmlich erstellten (und verbreiteten) Inhalten**.[497] Nach hier vertretener Auffassung ist in solchen Fällen eine kontextabhängige Gesamtabwägung erforderlich, die etwa die Grösse[498] und Anonymität des Adressiertenkreises sowie bestehende Zugangsschranken zwischen dem Inhalt und der Allgemeinheit berücksichtigt. Technische Hürden wie Paywalls, Passwortschutz oder Anti-Screenshot-Funktionen können hierbei als Indizien für eine private Verwendungsabsicht dienen. Dabei sollten nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden; selbst ein schlechter Schutz vor Weiterverbreitung der eigenen Inhalte ist ein Indiz für eine private Absicht.[499] Auch die Nutzung von Plattformen wie *OnlyFans* (N. 5) stellt deshalb keine schrankenlose Einwilligung in eine Weiterverbreitung dar, sondern ist als gezielte Offenlegung gegenüber einem begrenzten Nutzendenkreis zu verstehen.[500] Die eigentliche Öffentlichkeit beginnt erst jenseits dieser durch Zugangshürden und Nutzungsbedingungen geschützten Sphäre – etwa durch das Senden von Bildern an eine grosse Gruppe beliebiger Personen oder das Teilen eines Inhalts auf einem öffentlichen sozialen Netzwerk.[501]

22 Es wird diskutiert, ob auch **künstlich hergestellte sexuelle Inhalte** – insbesondere pornografische *Deepfakes* bzw. *Deepnudes* (N. 5) – unter das Merkmal des «nicht öffentlichen» Inhalts im Sinne von Art. 197a StGB fallen,

497. Vgl. hierzu auch OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 11; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 200.
498. Auf die Grösse des Empfängerkreises als relevantes Abgrenzungskriterium verweist auch HK-Godenzi, Art. 197a StGB N. 5.
499. Der strafrechtliche Schutz darf nicht davon abhängen, ob die betroffene Person über das notwendige technische Wissen oder die finanziellen Mittel verfügte, um eine Weiterverbreitung ihrer sexuellen Inhalte aktiv zu verhindern. Eine derartige Sichtweise würde den Schutz von individuellen Ressourcen abhängig machen, sekundäres *Victim Blaming* fördern (vgl. N. 3) und letztlich den Schutzzweck der Norm unterlaufen.
500. Gl.M. Vuille/Perrier Depeursinge/Arnal, S. 43; zu Privatnachrichten auf *OnlyFans* siehe OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 11.
501. Vgl. Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 200.

wenn sie aus ursprünglich öffentlich zugänglichen Aufnahmen generiert wurden.[502] Eine Formulierung in den Gesetzesmaterialien, wonach das Opfer in den sexuellen Inhalten «abgebildet», «genannt» oder durch diese *«anvisiert»* wird,[503] spricht dafür, dass auch künstlich manipulierte Darstellungen erfasst werden sollten.[504] Zudem deutet der gesetzliche Wortlaut, der neben «Bildaufnahmen» ausdrücklich auch «Abbildungen» nennt, auf einen bewussten Einbezug künstlich erzeugter Inhalte hin.[505] Zwar stammen die Ausgangsbilder bei *Deepfake-Pornografie* regelmässig aus öffentlich zugänglichen Quellen – etwa aus sozialen Netzwerken oder beruflichen Webseiten. Vor dem Hintergrund des Schutzzwecks sollte jedoch nicht die Öffentlichkeit des ursprünglichen Bildmaterials entscheidend sein, sondern vielmehr die fehlende öffentliche Zwecksetzung des daraus generierten Endprodukts mit sexuellem Inhalt.[506] Bei solchen Kunstprodukten handelt es sich um eigenständige, in der Regel nicht-einvernehmlich hergestellte Erzeugnisse, deren sexueller Gehalt dem erkennbaren Willen der betroffenen Person klar zuwiderläuft. Diese hatte keinerlei Anlass, davon auszugehen, dass die sie zeigende Aufnahme in einen sexualisierten Kontext überführt und entsprechend zweckentfremdet wird. Aus diesem Grund erscheint es sachgerecht, *Deepfake*-Pornografie und *Deepnudes* grundsätzlich als «nicht öffentlich» im Sinne von Art. 197a StGB zu qualifizieren.

### 3. Erkennbarkeit

Nach dem Gesetzeswortlaut muss die geschädigte Person im Tatobjekt «erkennbar» sein (Art. 197a Abs. 1 StGB). In der Literatur wird dieser Begriff häufig mit «identifizierbar» gleichgesetzt, woraus gefolgert wird, dass eine Strafbarkeit nur dann vorliege, wenn Dritte das konkrete Opfer anhand des sexuellen Inhalts bestimmen können.[507] Verpixelte oder anderweitig 23

502. **Dafür:** Donatsch/Jean-Richard-dit-Bressel/Graf, S. 647; Vuille/Perrier Depeursinge/Arnal, S. 44; **dagegen:** HK-Godenzi, Art. 197a StGB N. 7; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 201 f.; Tag/Wyss, N. 41 ff.
503. Bericht RK-S 2022, S. 58 (Hervorhebung durch den Verfasser).
504. Gl.M. Vuille/Perrier Depeursinge/Arnal, S. 44; auch gl.M., aber mit anderer Begründung: Donatsch/Jean-Richard-dit-Bressel/Graf, S. 647.
505. Gl.M. Donatsch/Jean-Richard-dit-Bressel/Graf, S. 648.
506. Diesbezüglich gl.A. Donatsch/Jean-Richard-dit-Bressel/Graf, S. 648; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 201 Fn. 49; **a.M.** Tag/Wyss, N. 41 ff., die die Anwendung von Art. 197a StGB auf pornografische *Deepfakes* generell ausschliessen; **a.A.** wohl auch Krumm/Gambino, S. 555, die *Deepfake*-Pornografie i.d.R. für öffentlich halten.

anonymisierte Darstellungen seien demnach nicht tatbestandsmässig.[508] Diese Gleichsetzung von «erkennbar» und «identifizierbar» ist jedoch kritisch zu hinterfragen. «Erkennbar» und «identifizierbar» sind nämlich keine Synonyme: Während die Identifizierbarkeit voraussetzt, dass die betroffene Person für Dritte bestimmbar ist,[509] genügt für eine Erkennbarkeit, dass die Person im Tatobjekt als solche wahrnehmbar ist – etwa durch einen sichtbaren Körper oder eine Stimme –, selbst wenn keine Rückschlüsse auf ihre konkrete Identität gezogen werden können.[510] Zwar gibt es Hinweise darauf, dass die Gesetzgebenden eine enger gefasste Identifizierbarkeit im Sinn hatten: So verwendet die französische Sprachfassung den Begriff «identifiable», und auch Äusserungen des Bundesrats deuten auf ein restriktiveres Begriffsverständnis hin.[511] Demgegenüber spricht die italienische Fassung von «riconoscibile» – ein Begriff, der dem deutschen «erkennbar» eher entspricht. Entscheidend sind jedoch die systematische und teleologische Auslegung: Bei den meisten in Art. 197a Abs. 1 StGB genannten Trägern ist eine eindeutige Identifizierung der betroffenen Person regelmässig nicht möglich,[512] wohl aber deren Wahrnehmbarkeit als Darstellung einer realen, nicht bloss fiktiven Person. Ein Grossteil strafwürdiger Fälle wäre ausgeschlossen, wenn man die Strafbarkeit davon abhängig machte, dass das Opfer anhand des Inhalts durch Dritte bestimmt werden kann. Bei Bildaufnahmen (N. 28) etwa ist eine Identifizierbarkeit regelmässig ausgeschlossen, wenn lediglich der Körper, nicht aber das Gesicht oder andere individualisierende Merkmale, sichtbar sind. Zu denken ist an Sexting-Bilder einzelner Körperpartien (z.B. Brüste, Penis), an Aufnahmen sexueller Handlungen, bei denen lediglich der Körper nicht aber das Gesicht oder andere individuelle Merkmale sichtbar sind, an

507. HK-Godenzi, Art. 197a StGB N. 8; vgl. Krumm/Gambino, S. 556; AK-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 9 f.; OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 12; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 201.

508. HK-Godenzi, Art. 197a StGB N. 8; vgl. AK-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 9 f.; OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 12; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 201.

509. Duden «identifizierbar»: «sich identifizieren (1) lassend»: «identifizieren» (1): «genau wiedererkennen; die Identität, Echtheit einer Person oder Sache feststellen».

510. Duden «erkennbar»: «[deutlich] zu erkennen; nahe, hell oder deutlich genug, um erkannt zu werden»: «erkennen» (1): «so deutlich sehen, dass jemand weiss, wen oder was er vor sich hat».

511. Bericht BR 2022, S. 23 f.; Stellungnahme BR 2022, S. 5.

512. Vgl. OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 12; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 201. Insbesondere bei Schriften (N. 27), Tonaufnahmen (N. 29) oder Gegenständen (N. 31) ist eine eindeutige Identifizierung häufig nicht möglich.

*Upskirting*-Aufnahmen oder *Spycam*-Videos aus Toilettenschüsseln. Ein striktes Identifizierbarkeitskriterium würde solche wesentlichen Fallgruppen ausklammern und liefe der gesetzgeberischen Intention zuwider. Die Erkennbarkeit verlangt somit keine Identifizierbarkeit, sondern lediglich die **Wahrnehmbarkeit einer realen Person**. In welchem Umfang darüber hinaus eine plausible Zuordnung zur betroffenen Person erforderlich ist, ergibt sich erst aus den jeweiligen Tatbestandsvarianten (zum Weiterleiten nach Abs. 1, vgl. N. 24, zum Veröffentlichen nach Abs. 2, vgl. N. 25).

Beim **Weiterleiten** (N. 33 f.) gemäss Art. 197a Abs. 1 StGB handelt es sich um ein Antragsdelikt (N. 39). Der strafrechtliche Schutz entfaltet sich somit nur, wenn sich die betroffene Person im Tatobjekt selbst wiedererkennt und Strafantrag stellt.[513] Hierbei genügt es, wenn die Zuordnung des sexuellen Inhalts zur konkreten betroffenen Person aufgrund der Gesamtumstände der Verbreitung plausibel erscheint – sei es durch das sichtbare Gesicht des Opfers, einen begleitenden Text, der das Opfer namentlich nennt, oder durch Hinweise aus dem sozialen Umfeld.[514] Dies gilt grundsätzlich auch, wenn die betroffene Person fälschlich mit einem sexuellen Inhalt in Verbindung gebracht wird, der tatsächlich einer anderen Person zuzuordnen ist[515] – eine Konstellation, die von der gesetzgebenden Behörde ausdrücklich erwähnt wurde.[516] Zu denken ist etwa an *Deepfake*-Pornografie oder an Bilder, die mit dem Namen einer anderen Person beschriftet wurden. Voraussetzung ist allerdings, dass die falsche Zuschreibung nach aussen eine gewisse Glaubwürdigkeit entfaltet.[517] Denn die Wirkung auf das Opfer kann unabhängig von der tatsächlichen Identität der abgebildeten Person gleich belastend sein, solange Dritte davon ausgehen, es handle sich um die betroffene Person (vgl. N. 30). Die Identität der dargestellten Person muss daher nicht mit Sicherheit festgestellt werden – zumal dies in der Praxis 24

513. Ibid.
514. Diesbezüglich gl.M. Donatsch/Jean-Richard-dit-Bressel/Graf, S. 647; AK-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 9 f.; OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 12; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 201; Vuille/Perrier Depeursinge/Arnal, S. 44.
515. Gl.M. Donatsch/Jean-Richard-dit-Bressel/Graf, S. 647.
516. Siehe dazu den Bericht RK-S 2022, S. 58, wonach die «Person [geschützt wird], die auf der Aufnahme abgebildet ist bzw. im Zusammenhang mit dem sexuellen Inhalt genannt oder anvisiert wird.».
517. Gl.M. Donatsch/Jean-Richard-dit-Bressel/Graf, S. 647; vgl. auch OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 10 (**a.M.**), die täuschend echt wirkende Inhalte wie *Deepfakes* über Art. 179$^{decies}$ StGB behandeln möchte und einfachere Fälschungen über Art. 173 ff., 197, 198 StGB.

häufig gar nicht möglich ist. Ist die Zuschreibung hingegen offensichtlich unzutreffend – etwa, weil die abgebildete Person eindeutig eine andere ist oder es sich klar erkennbar um eine Fälschung handelt –, wäre stattdessen eine Strafbarkeit nach Art. 198 Abs. 1 Var. 2 StGB (verbale oder bildbasierte sexuelle Belästigung) zu prüfen.[518]

25 Beim **Veröffentlichen** (N. 35) gemäss Art. 197a Abs. 2 StGB handelt es sich um ein Offizialdelikt (N. 40). Dementsprechend sollte es auch genügen, wenn Behörden durch Dritte auf die Veröffentlichung aufmerksam gemacht werden. Ist nachweisbar oder offenkundig, dass der Inhalt ohne Zustimmung der dargestellten oder namentlich genannten Person veröffentlicht wurde,[519] kann der Tatbestand auch dann erfüllt sein, wenn die betroffene Person selbst nie davon erfährt. Erforderlich bleibt jedoch in jedem Fall eine plausible Zuordnung zu einer realen, nicht zwingend konkret bestimmbaren Person, selbst wenn deren Identität nicht bekannt ist. Die Veröffentlichung von eindeutig erkennbaren Fälschungen ist hingegen nicht tatbestandsmässig im Sinne von Art. 197a StGB.[520]

### 4. Träger

26 Die in Art. 197a StGB genannten möglichen Träger sexueller Inhalte orientieren sich an der Aufzählung in Art. 197 StGB (Pornografie)[521] und

518. Wird etwa das Bild eines weiblichen Oberkörpers verbreitet mit der Behauptung, es handle sich um die Brüste von Person A, obwohl tatsächlich die Brüste von Person B abgebildet sind, sollen grundsätzlich beide Personen antragsberechtigt sein – sofern die Verbreitung ohne deren Zustimmung erfolgt: Person B, weil sie tatsächlich ohne Einwilligung sexualisiert dargestellt wird, und Person A, weil sie durch die fälschliche Zuschreibung als Akteurin der abgebildeten Sexualität adressiert wird. Die Antragsberechtigung von Person A entfällt nur dann, wenn für Dritte offensichtlich ist, dass es sich nicht um sie handeln kann – etwa aufgrund deutlich abweichender körperlicher Merkmale wie Hautfarbe.

519. Dies ist insbesondere bei nicht-einvernehmlich hergestellten Inhalten regelmässig der Fall – etwa wenn die Bildaufnahme aus einem Sachverhalt stammt, in dem sich die Tatperson nachweislich nach Art. 179$^{quater}$ Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat, oder bei Veröffentlichungen voyeuristischer Aufnahmen ohne erkennbare Gesichter, etwa bei *Upskirting*-Fotos. Es kann aber auch bei einvernehmlich hergestellten Inhalten zutreffen, insbesondere wenn diese auf Plattformen erscheinen, die sich auf die unbefugte Weitergabe sexualisierter Inhalte spezialisiert haben.

520. Zurzeit wäre eine Veröffentlichung solcher Fälschungen allerdings auch nicht tatbestandsmässig nach Art. 198 Abs. 1 Var. 2 StGB, da das Bundesgericht für diese Bestimmung das Erfordernis der zeitlichen Unmittelbarkeit der Wahrnehmung verlangt, siehe hierzu Thommen/Stark, N. 30 f., 40 m.Verw.a. BGer 6B_69/2019 vom 4.5.2019, E. 2.3.4.

umfassen insbesondere Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen, Abbildungen, Gegenstände sowie Vorführungen. Soweit keine abweichende Schutzrichtung im Hinblick auf das Rechtsgut besteht, kann grundsätzlich auf die zu Art. 197 StGB entwickelte Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen werden. Zwar ist die Aufzählung nicht abschliessend, doch dürfte sie die in der Praxis relevanten Träger weitgehend erfassen. Zu beachten ist, dass ein sexueller Inhalt auch gleichzeitig in mehreren Trägertypen verkörpert sein kann – etwa bei einer Bildaufnahme (N. 28) eines schriftlichen Chats (N. 27). Erfasst sind sowohl physische wie auch digitale Tatobjekte.[522] Entscheidend ist stets, dass der
sexuelle Inhalt plausibel einer realen Person zugeordnet werden kann (vgl. N. 24 f.): Während beim Weiterleiten nach Abs. 1 eine glaubwürdige Zuordnung zur konkret betroffenen Person erforderlich ist, genügt beim Veröffentlichen nach Abs. 2 eine plausible Zuordnung zu einer realen, jedoch nicht zwingend bestimmbaren Person. In letzterem Fall muss zudem aus den Umständen hervorgehen, dass die anvisierte Person der Veröffentlichung nicht zugestimmt hat (vgl. N. 25).

An erster Stelle nennt das Gesetz nicht öffentliche **Schriften** sexuellen Inhalts. Diese Kategorie entfernt sich klar vom *bild*basierten Kontext[523] und ist meines Erachtens restriktiv auszulegen. Eine weite Auslegung könnte dazu führen, dass bereits schriftlich übermittelte Gerüchte über das Sexualleben einer Person – etwa im Rahmen eines Chats – tatbestandsmässig wären. Eine solche Ausweitung entspricht jedoch nicht der gesetzgeberischen Intention. Als Tatobjekte kommen daher nur schriftliche Inhalte in Betracht, die entweder vom Opfer selbst verfasst wurden oder bei denen der glaubwürdige Anschein besteht, das Opfer habe sie selbst verfasst (vgl. N. 24 f.). Leichtere Formen der schriftlichen Bezugnahme auf die Sexualität einer Person können allenfalls unter Art. 198 Abs. 1 Var. 2 StGB (verbale sexuelle Belästigung) 27

521. Vara, AB 2022 SR S. 501.
522. Während Art. 197 StGB mit der Formulierung «andere Gegenstände» dem Wortlaut nach nur physische Träger umfasst (vgl. Thommen/Stark, N. 21 ff.), wurde diese Einschränkung im Wortlaut von Art. 197a StGB korrigiert.
523. Kritisch bzgl. der weiten Umschreibung der Darstellungsformen auch OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 8. Das Problem zeigt sich auch darin, dass man sich im Gesetzgebungsverfahren nur auf Bilder fokussierte und andere Darstellungsformen nicht thematisierte, siehe etwa Bericht RK-S 2022, S. 57 f. Stellungnahme BR 2022, S. 4 f.; Engeler AB 2022 SR S. 502 («Bildmaterial»); kritisch auch HK-Godenzi, Art. 197a StGB N. 3; OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 8; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 199.

subsumiert werden. Ein typisches Beispiel für die Anwendung von Art. 197a StGB ist das Verbreiten echter oder gefälschter Sexting-Chatprotokolle zwischen dem Opfer und einer Drittperson.[524]

28 Das Kernstück der Bestimmung bilden **Bildaufnahmen des Opfers**. Gemeint sind mit einem Bildaufnahmegerät erzeugte und gespeicherte visuelle Aufzeichnungen realer Ereignisse in Echtzeit, insbesondere Fotos und Videos.[525] Letztere beinhalten regelmässig auch eine Tonspur, weshalb sie zugleich Tonaufnahmen (N. 29) sein können. Für die Strafbarkeit gemäss Abs. 1 ist nicht erforderlich, dass die betroffene Person für Dritte identifizierbar ist. Es genügt, wenn sie sich selbst wiedererkennt und glaubhaft als Adressatin des dargestellten sexuellen Inhalts erscheint. Die Erkennbarkeit kann sich entweder aus dem Bild selbst ergeben – etwa durch die sichtbare Abbildung der betroffenen Person – oder aus der Art und Weise der Verbreitung, insbesondere wenn durch begleitende Angaben eine glaubwürdige Zuordnung zur betroffenen Person hergestellt wird (vgl. N. 24). Bei Veröffentlichungen nach Abs. 2 genügt es demgegenüber, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass die Bildaufnahmen offensichtlich ohne Zustimmung der abgebildeten Person publiziert wurden (vgl. N. 25). Dies zeigt sich etwa bei der Publikation von voyeuristischen Aufnahmen aus einer Umkleidekabine oder Toilette eines bekannten öffentlich zugänglichen Ortes oder bei der Veröffentlichung von ursprünglich nur für eine geschlossene Nutzergruppe bestimmter *OnlyFans*-Aufnahmen.

29 Auch **Tonaufnahmen** sind als mögliche Träger sexuellen Inhalts erfasst. Darunter fallen insbesondere akustische Aufzeichnungen sexueller Geräusche (z.B. Stöhnen[526]) oder Gespräche mit sexuellem Inhalt (z.B. Telefonsex) zwischen dem Opfer und einer Drittperson. Erfasst sind damit nur auditive Repräsentationen sexueller Handlungen sowie Tonaufnahmen ihrer verbalen Beschreibung.[527] Die Erkennbarkeit des Opfers (N. 23 ff.) ergibt sich hier insbesondere aus einer dem Opfer akustisch ähnlichen Stimme oder aus einer

524. Vgl. OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 9.

525. Hierzu OK-Stark, Art. 179$^{quater}$ StGB N. 10.

526. Wie z.B. im Sachverhalt in OGer ZH SB210017-O/U/cs vom 7.9.2021, E. 2.2.2 f., wo es um eine Videoaufnahme ging, auf der nur Schwärze zu erkennen war, aber Stimmen und Lustgeräusche zu hören waren.

527. So etwa der Sachverhalt in OGer BE SK 17 13 vom 13.7.2017, wo es um ein verbreitetes Video ging, das ein Gespräch zwischen Teenagern zeigte, in dem ein Opfer gestand, an einem erwachsenen Mann Fellatio vorgenommen zu haben.

anderweitig glaubwürdigen Zuordnung zur betroffenen Person, etwa durch die Nennung ihres Namens oder die Umstände der Verbreitung.

Die in Art. 197a StGB genannte Darstellungsform der «**Abbildungen**» macht deutlich, dass auch künstlich erzeugte Inhalte vom Tatbestand erfasst sein können. Zu denken ist insbesondere an pornografische *Deepfakes* oder *Deepnudes*, die ein fiktives Geschehen darstellen. In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, eine systematische Auslegung spreche gegen die Einbeziehung solcher Darstellungen, da Art. 197a StGB – anders als Art. 197 StGB – keine Unterscheidung zwischen der Wiedergabe «tatsächlicher» und «nicht tatsächlicher» Handlungen vornehme.[528] Diese Argumentation überzeugt jedoch nicht. Denn die beiden Bestimmungen verfolgen unterschiedliche Schutzrichtungen: Das Verbot harter Pornografie in Art. 197 Abs. 4 und 5 StGB dient bei *realen* Darstellungen insbesondere dem Schutz der abgebildeten Minderjährigen, die durch die Herstellung der Inhalte konkret gefährdet werden können, der Verhinderung von Marktstrukturen sowie einem allgemeinen Schutz vor einer «korrumpierenden» Wirkung der Inhalte.[529] Letzteres beruht auf der Annahme, dass harte Pornografie bei den Betrachtenden die Bereitschaft zur Nachahmung des dargestellten Geschehens erhöht.[530] Bei *fiktiven* Darstellungen – beispielsweise Zeichnungen oder Animationen – entfällt aufgrund des Fehlens realer Beteiligter der Schutz der abgebildeten Person; ein Schutz tatsächlich involvierter Personen wird nicht verfolgt.[531] Art. 197a StGB verfolgt demgegenüber einen gänzlich anderen Ansatz: Geschützt wird hier die sexuelle Selbstbestimmung der dargestellten Person, also jener konkreten Person, deren Erscheinungsbild ohne Zustimmung in einem sexuellen Kontext verwendet wird. Angesichts der mit realen Aufnahmen vergleichbaren Auswirkungen bei der unbefugten Verbreitung von *Deepfake*-Pornografie (vgl. N. 7) und der empirisch belegten Schwierigkeit in der Schweizer Bevölkerung, *Deepfakes* zuverlässig von echten Aufnahmen zu unterscheiden,[532] wäre eine Beschränkung der Schutzwirkung auf reale Bildaufnahmen sachlich nicht vertretbar. Der Begriff «Abbildungen» wurde

30

528. AK-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 6; OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 10; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 202; Tag/Wyss, N. 42 f.
529. BSK-Isenring/Kessler, Art. 197 N. 8; vgl. BGE 128 IV 25, E. 3a; BGE 124 IV 106, E. 3c/aa.
530. Ibid.
531. Vgl. Scheidegger, ZStrR, S. 331, 337.
532. Vogler/Rauchfleisch/De Seta, S. 145 ff.

wohl gerade für solche künstlich erzeugten Inhalte geschaffen (vgl. N. 22). Eine gegenteilige Auslegung würde sowohl dem Wortlaut als auch dem Normzweck widersprechen. Damit das Erkennbarkeitskriterium (N. 23 ff.) erfüllt ist, genügt eine objektiv plausible und nach aussen glaubwürdige Zuordnung zu einer realen Person; eine Identifizierbarkeit ist nicht erforderlich. Für das Weiterleiten nach Abs. 1 ist entscheidend, dass die betroffene Person sich selbst wiedererkennt und glaubhaft als Adressatin des sexuellen Inhalts erscheint (N. 24). Beim Veröffentlichen nach Abs. 2 genügt es demgegenüber, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass die Darstellung offensichtlich ohne Zustimmung der abgebildeten realen Person, die nicht zwingend konkret bestimmbar sein muss, veröffentlicht wurde (N. 25). Für die Glaubwürdigkeit der Zuordnung ist eine sehr realitätsnahe Fälschung erforderlich. Das ist insbesondere bei pornografischen *Deepfakes* oder *Deepnudes* denkbar, kann aber auch bei sehr realistischen sexualisierten Fotomontagen der Fall sein. Fehlt es hingegen an einer nach aussen glaubwürdigen Zuordnung – etwa bei offensichtlich unechten oder erkennbar manipulierten Abbildungen – ist stattdessen Art. 198 StGB zu prüfen (vgl. N. 24).

31 Weniger praxisrelevant, aber gesetzlich ausdrücklich erwähnt, sind **Gegenstände**, die sexuelle Inhalte darstellen. Gemeint sind damit insbesondere sexuell konnotierte Objekte, die mit dem Opfer in Verbindung gebracht werden können – etwa eine Sammlung von Sexspielzeug oder Fetischgegenstände. Auch in diesem Zusammenhang ist eine glaubhafte Zuordnung zum Opfer erforderlich (vgl. N. 23 ff.).

32 Die Kategorie der **Vorführungen** umfasst Live-Darbietungen sexueller Handlungen oder (teilweiser) Nacktheit. Klassische Beispiele sind Striptease oder Live-Sexshows.[533] Für den Anwendungsbereich von Art. 197a StGB sind vor allem Livestreams relevant, bei denen sexuelle Inhalte in Echtzeit übertragen werden. Mangels Speicherung handelt es sich dabei nicht um Bildaufnahmen im engeren Sinn, doch erfüllen sie den Begriff der «Vorführung». Es gelten hinsichtlich der Erkennbarkeit des Opfers grundsätzlich dieselben Anforderungen wie bei Bildaufnahmen (vgl. N. 28); die Wahrnehmung und damit die plausible Zuordenbarkeit (N. 24 f.) erfolgt hier jedoch in Echtzeit.

533. BSK-Isenring/Kessler, Art. 197 N. 32.

## C. Tathandlung

### 1. Weiterleiten (Abs. 1)

Eine Tathandlung nach Art. 197a Abs. 1 StGB begeht, wer ein Tatobjekt ohne Zustimmung der erkennbaren Person (N. 23 ff.) an mindestens[534] eine Drittperson weiterleitet. Nicht tatbestandsmässig nach Art. 197a StGB ist die Handlung hingegen, wenn der Inhalt ausschliesslich der abgebildeten oder beschriebenen Person selbst zugestellt wird.[535] Der Begriff «weiterleiten», wie er im deutschen Gesetzestext verwendet wird, ist sprachlich unglücklich gewählt. Er könnte den unzutreffenden Eindruck erwecken, dass nur solche Inhalte erfasst seien, welche die Tatperson zuvor von einer anderen Person (z.B. direkt vom Opfer) erhalten hat.[536] Eine derartige Einschränkung entspricht jedoch nicht der gesetzgeberischen Intention. Erfasst werden sollten nämlich auch von der Tatperson selbst erstellte Inhalte, auf denen das erkennbare Opfer abgebildet oder beschrieben ist. Die französische und die italienische Sprachfassung («transmet» bzw. «trasmette») sind zwar ebenfalls nicht ideal, geben den gesetzgeberischen Willen jedoch zutreffender wieder: Gemeint ist jede Form des **visuellen oder akustischen Zugänglichmachens** sexueller Inhalte gegenüber Dritten, unabhängig davon, ob dies physisch (z.B. durch Ausdrucke oder Datenträger) oder digital (z.B. via Messenger-Dienste, soziale Netzwerke, Livestreams oder Cloud-Speicher) erfolgt.[537] Das Weiterleiten ist mit dem Abschluss der Übermittlungshandlung beendet. Dies gilt auch, wenn die adressierte Person bereits im Besitz der fraglichen Inhalte war (vgl. N. 34). Nicht erforderlich ist, dass die Drittperson den Inhalt tatsächlich empfängt oder zur Kenntnis nimmt.[538] Auch ein wiederholtes Weiterleiten im Rahmen einer Kettenverbreitung kann tatbestandsmässig sein (hierzu N. 14). 33

534. HK-Godenzi, Art. 197a StGB N. 9.
535. Krumm/Gambino, S. 555; gl.M. HK-Godenzi, Art. 197a StGB N. 9. Es könnte hier aber eine Strafbarkeit nach Art. 198 Abs. 1 Var. 2 StGB vorliegen.
536. Duden «weiterleiten»: «etwas, das man erhalten hat, an eine andere Person oder Stelle zu übermitteln».
537. Bericht RK-S 2022, S. 57 f.; Stellungnahme BR 2022, S. 4; vgl. auch Donatsch/Jean-Richard-dit-Bressel/Graf, S. 648; HK-Godenzi, Art. 197a StGB N. 9; Krumm/Gambino, S. 556; Pieth/Simmler, S. 116; AK-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 11; OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 15; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 202.
538. Donatsch/Jean-Richard-dit-Bressel/Graf, S. 648; Pieth/Simmler, S. 116; OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 15.

34 In der Literatur umstritten ist, ob auch das **blosse Zeigen** sexueller Inhalte – ohne Übertragung der Verfügungsgewalt – ein «Weiterleiten» darstellt.[539] Gemeint sind etwa Livestreams, selbstlöschende Nachrichten oder das Betrachtenlassen einer Aufnahme auf dem eigenen Gerät. Wie Scheidegger zutreffend hervorhebt, ist diese Frage mit Blick auf den Wortlaut und die Systematik der Norm zu bejahen. Art. 197a StGB erfasst ausdrücklich auch Vorführungen (N. 32), bei denen es begrifflich ausgeschlossen ist, dass ein Besitz- oder Verfügungswechsel über das gezeigte Bild- oder Tonmaterial stattfindet. Daraus folgt konsequenterweise, dass auch das blosse Zeigen eines Inhalts eine mögliche Tathandlung im Sinne von Art. 197a Abs. 1 StGB bildet.[540]

### 2. Veröffentlichen (Abs. 2)

35 In Art. 197a Abs. 2 StGB ist eine Qualifizierung vorgesehen, wenn die Tathandlung in einem Veröffentlichen des Tatobjektes liegt, das heisst insbesondere, wenn es «etwa über [das] Internet einer unbestimmten Anzahl von Personen zugänglich gemacht» wird.[541] Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich namentlich dort, wo Inhalte einer grösseren, aber dennoch nicht unbegrenzten Personengruppe zugänglich gemacht werden, da «mit den neuen Technologien eine Vielzahl von ‹Halb-Öffentlichkeiten› entstanden sind».[542] Die Grenzen zwischen nicht öffentlicher und öffentlicher Zugänglichmachung sind dadurch fliessend geworden, sodass sich eine abschliessende Definition des Begriffs «Veröffentlichen» kaum sinnvoll formulieren lässt. Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, das Teilen in einem Gruppenchat mit 30 Personen könne bereits als Veröffentlichung im Sinne der Bestimmung gelten.[543] Andere Stimmen schlagen hingegen vor, stärker auf den Schutzzweck der Norm abzustellen. Danach soll die strafrechtliche Qualifikation davon abhängen, wie gross und beliebig der Adressatenkreis ist – denn je grösser, anonymer und unkontrollierbarer dieser

539. **Dafür:** AK-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 12; OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 15; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 202; **dagegen:** Donatsch/Jean-Richard-dit-Bressel/Graf, S. 648; HK-Godenzi, Art. 197a StGB N. 9; Krumm/Gambino, S. 555 f.; Vuille/Perrier Depeursinge/Arnal, S. 41 f.

540. Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 202; vgl. auch OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 15.

541. Bericht RK-S 2022, S. 58.

542. Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 203; so bereits OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 17.

Kreis ist, desto schwerer wiegt die Rechtsgutverletzung für die betroffene Person (hierzu auch N. 6).[544] Systematisch erscheint es zudem sachgerecht, sich an den Abgrenzungskriterien zu orientieren, die auch im Rahmen der Bestimmung des Tatbestandselements «nicht öffentlich» bei einvernehmlich erstellten und verbreiteten Inhalten herangezogen werden (vgl. N. 19, 21). Danach muss die Tatperson beim Verbreiten des (ursprünglich nicht öffentlichen) Inhalts eine **öffentliche Zwecksetzung** verfolgen. Entscheidende Faktoren sind insbesondere die Anzahl der empfangenden Personen, deren Bekanntheitsgrad oder Anonymität gegenüber der Tatperson sowie das Vorhandensein oder Fehlen von (technischen) Zugangsschranken. Zurückkommend auf das Beispiel eines Gruppenchats mit 30 Teilnehmenden ist dessen Bewertung daher stark kontextabhängig: Handelt es sich um eine geschlossene *WhatsApp*-Gruppe mit persönlich bekannten Personen, dürfte eine Veröffentlichung in der Regel zu verneinen sein. Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn ein *Telegram*-Chat vorliegt, dem jede Person ohne Zugangsbeschränkung beitreten kann – hier ist von einem potenziell öffentlichen Raum auszugehen.[545] Ein bloss abstraktes Risiko, dass ein ursprünglich nicht öffentlicher Inhalt unkontrolliert weiterverbreitet wird – etwa, weil jemand eine Bildschirmaufnahme des Inhalts machen könnte – genügt *nicht* für die Qualifikation.[546] Die qualifizierte Tathandlung ist jedoch bereits dann beendet, wenn die Tatperson die konkrete Möglichkeit schafft, dass der Inhalt öffentlich aufrufbar ist – unabhängig davon, ob auch auf ihn zugegriffen wurde.[547] Auch eine mehrfache Veröffentlichung desselben

543. Pieth/Simmler, S. 116; noch weiter gehend Vuille/Perrier Depeursinge/Arnal, S. 42 m.w.H., die das Veröffentlichen mit Blick auf die Rechtsprechung zu Art. 261$^{bis}$ StGB sehr weit auslegen und selbst das Senden an eine begrenzte Anzahl von Personen, die nicht zu Familien- oder Freundeskreis gehören oder ausserhalb eines persönlichen oder besonders vertrauenswürdigen Beziehungsumfelds liegen, für tatbestandsmässig halten.
544. OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 18; vgl. auch Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 203.
545. Ähnlich Muggli, S. 357, die eine Veröffentlichung annimmt, beim Teilen in «einem geschlossenen Gruppenchat mit einer objektiv bestimmbaren Personenanzahl [...], sofern sich darin eine Vielzahl lose verbundener Personen befinden».
546. Hierzu OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 19; vgl. auch Krumm/Gambino, S. 556 (**a.A.**), die in einer Echtzeitübertragung auf einem Streaming-Portal «aufgrund der abstrakten Möglichkeit einer Bildschirmaufnahme» ein Veröffentlichen sehen. Diesen Notbehelf benötigen sie allerdings nur aufgrund der von ihnen geforderten (und hier abgelehnten, N. 34) Übergabe der Verfügungsmacht, siehe hierzu Krumm/Gambino, S. 555 f.
547. Krumm/Gambino, S. 556.

Tatobjekts, etwa durch eine Zweitveröffentlichung auf einer anderen Plattform, kann tatbestandsmässig sein (hierzu N. 14).

## D. Fehlende Zustimmung

36 Zentrales Tatbestandsmerkmal von Art. 197a StGB ist das Fehlen einer Zustimmung zur konkreten Verbreitungshandlung. Anders als bei den körperlichen Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung gemäss Art. 189 f. StGB kommt es nicht auf das Vorliegen eines entgegenstehenden Willens der betroffenen Person an (Widerspruchslösung), sondern darauf, ob eine ausdrückliche oder zumindest konkludente Zustimmung zur Weitergabe des Inhalts erteilt wurde (**Zustimmungslösung**).[548] Die Zustimmung muss sich stets auf die konkrete Verbreitungshandlung beziehen. Dass eine Person einer Aufnahme zugestimmt oder diese freiwillig einer bestimmten Person oder Personengruppe übermittelt hat, genügt nicht, um daraus eine Zustimmung zu einer darüberhinausgehenden Verbreitung abzuleiten.[549] Dies gilt selbst dann, wenn die Erstübermittlung in aufdringlicher oder belästigender Weise erfolgte, wie etwa im Fall eines unaufgefordert versandten *Dick Pics*.[550] Die Zustimmung muss stets kontextbezogen erfolgen.[551] Tatpersonen, die im Einvernehmen einen sexuellen Inhalt zugesendet erhalten und irrigerweise davon ausgehen, dies «erlaube» ihnen auch eine Weiterleitung an Dritte, unterliegen keinem Sachverhaltsirrtum, sondern einem Verbotsirrtum nach Art. 21 StGB.[552]

37 In Übereinstimmung mit einem Teil der Lehre ist «Zustimmung» im Sinne von Art. 197a StGB als **Einwilligung** zu verstehen, die Urteilsfähigkeit, Freiwilligkeit und ein Mindestmass an Informiertheit voraussetzt.[553] Eine unter Zwang, durch Täuschung oder unter Ausnützung eines

548. OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 13; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 203.
549. AK-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 13; OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 14; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 203 f.
550. Hierzu bereits Thommen/Stark, N. 40. Es kommt höchstens eine Rechtfertigung durch Wahrung berechtigter Interessen in Frage. Vgl. hierzu auch OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 14. Deshalb ist die Ansicht problematisch von Pieth/Simmler, S. 116, wonach durch die Unerwünschtheit eines erhaltenen *Dick Pics* eine mutmassliche Einwilligung betreffend eine allfällige Weiterverbreitung konstruiert werden könnte.
551. Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 204.
552. Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 204. Besonders in Konstellationen fraglicher Nichtöffentlichkeit eines sexuellen Inhalts (N. 20 f.) kann hingegen durchaus ein Sachverhaltsirrtum nach Art. 13 StGB vorliegen.

Abhängigkeitsverhältnisses erwirkte Zustimmung ist demnach unwirksam.[554] Eine nachträgliche Einwilligung vermag das Unrecht der bereits erfolgten Verbreitung nicht zu beseitigen.[555] Umgekehrt ist ein Widerruf einer zuvor erteilten Zustimmung zu berücksichtigen, sofern er der verbreitenden Person zum Zeitpunkt der Weitergabe bekannt war.[556] Sind in einem nicht öffentlichen sexuellen Inhalt mehrere Personen abgebildet oder genannt, so ist das Weiterleiten oder Veröffentlichen nur dann tatbestandslos, wenn alle erkennbaren Personen wirksam in die konkrete Verbreitung eingewilligt haben.[557]

## IV. SUBJEKTIVER TATBESTAND

38 Für die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes von Art. 197a StGB ist Vorsatz erforderlich, wobei Eventualvorsatz genügt.[558] Der Vorsatz muss sich insbesondere darauf beziehen, dass keine Zustimmung des Opfers zur konkreten Verbreitungshandlung vorliegt.[559] Beim Qualifikationstatbestand des Veröffentlichens (Abs. 2) muss die Tatperson zumindest in Kauf nehmen, dass der Inhalt einer unbestimmten[560] oder zumindest erheblichen[561] Anzahl von Personen zugänglich wird, sie bzw. «die Kontrolle über den Wirkungskreis des Inhalts bewusst aufgibt».[562] Ein besonderes Motiv wie etwa

553. HK-Godenzi, Art. 197a StGB N. 9; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 204 f.; unklar erscheint die Auffassung von Krumm/Gambino, S. 556, wonach die Zustimmung einerseits die Tatbestandsmässigkeit ausschliessen, andererseits jedoch als Rechtfertigungsgrund im Sinne einer Einwilligung behandelt werden soll, so Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 203 Fn. 61.
554. AK-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 13; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 205.
555. HK-Godenzi, Art. 197a StGB N. 9; AK-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 13; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 203.
556. Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 205.
557. HK-Godenzi, Art. 197a StGB N. 9.
558. Bericht RK-S 2022, S. 59; OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 23.
559. Bericht RK-S 2022, S. 59; OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 23.
560. Bericht RK-S 2022, S. 59.
561. HK-Godenzi, Art. 197a StGB N. 10; OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 18 i.V.m. N. 23; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 205.
562. Krumm/Gambino, S. 556.

Rache, Bereicherungs- oder Diffamierungsabsicht ist nicht vorausgesetzt,[563] kann aber allenfalls bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.[564]

## V. ANTRAG (ABS. 1) UND SANKTION

39 Der Grundtatbestand des Weiterleitens nach Art. 197a Abs. 1 StGB ist ein **Antragsdelikt**. Die Antragsfrist beginnt mit dem Tag, an dem der antragsberechtigten Person die Tatperson bekannt wird (Art. 31 StGB).[565] Es handelt sich um ein Vergehen (Art. 10 Abs. 2 StGB), das mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft wird.

40 Der Qualifikationstatbestand des Veröffentlichens nach Art. 197a Abs. 2 StGB stellt demgegenüber ein **Offizialdelikt** dar.[566] Auch hierbei handelt es sich um ein Vergehen gemäss Art. 10 Abs. 2 StGB, jedoch mit einer erhöhten Strafdrohung von Freiheitsstrafe bis zu *drei* Jahren oder Geldstrafe.

## VI. KONKURRENZEN

41 Die **Rechtskommission des Ständerats** hat im Rahmen ihres Berichtes zwar auf mögliche Konkurrenzverhältnisse hingewiesen, dies jedoch lediglich in verkürzter und ungenauer Weise sowie ohne Bezugnahme auf die jeweils geschützten Rechtsgüter. Nach der Aufzählung diverser Tatbestände, die in einschlägigen Sachverhalten ebenfalls zur Anwendung gelangen könnten, hielt sie summarisch fest: «In solchen Fällen gehen die spezielleren Tatbestände vor und konsumieren den Unrechtsgehalt der Tat. Sie sehen zumeist auch eine höhere Strafdrohung vor».[567] Diese Aussage ist aus mehreren Gründen kritisch zu beurteilen: Erstens bilden Straftatbestände anderer Titel gegenüber Art. 197a StGB keine *lex specialis*, da sie andere Rechtsgüter schützen: Während Art. 197a StGB den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung der abgebildeten Person bezweckt (N. 11), erfassen

563. Bericht RK-S 2022, S. 59; Donatsch/Jean-Richard-dit-Bressel/Graf, S. 648; Krumm/Gambino, S. 557; OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 18 i.V.m. N. 23; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 205.

564. Krumm/Gambino, S. 557; AK-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 14; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 205.

565. Vuille/Perrier Depeursinge/Arnal, S. 41.

566. Bericht RK-S 2022, S. 59; AK-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 16; OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 21; **kritisch** Pieth/Simmler, S. 116; **a.A.** Vuille/Perrier Depeursinge/Arnal, S. 42.

567. Bericht RK-S 2022, S. 59.

beispielsweise Ehrverletzungs- oder Vermögensdelikte andere Unrechtsdimensionen. Tatbestände mit unterschiedlichen Schutzrichtungen stehen grundsätzlich in echter Konkurrenz zueinander, sofern keiner von ihnen das gesamte Unrecht umfassend abdeckt.[568] Die sexuelle Selbstbestimmung im Sinne einer Dispositionsbefugnis über eigene sexuelle Inhalte ist nicht bereits durch die Rechtsgüter anderer Titel mitumfasst. Zweitens stellt eine höhere Strafdrohung für sich allein keinen Grund für die Annahme einer unechten Konkurrenz oder Konsumtion dar.[569] Solange unterschiedliche Rechtsgüter betroffen sind, lässt sich aus der Strafhöhe keine Aussage über die Reichweite des Unrechts oder dessen vollständige Erfassung ableiten. Vor dem Hintergrund der Gesetzgebungsgeschichte von Art. 197a StGB, die auf eine eigenständige Sanktionierung eines spezifischen Unrechts – nämlich der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung durch Verbreitung sexueller Inhalte – abzielt, erweist sich die pauschale Feststellung der Rechtskommission als nicht tragfähig.[570] Eine differenzierte Analyse der denkbaren Konkurrenzverhältnisse zeigt vielmehr ein anderes Bild:

Werden Aufnahmen vor ihrer Verbreitung durch **Delikte gegen das Vermögen** (insb. Art. 139 StGB und Art. 143 StGB) erlangt oder wird anhand eines sexuellen Inhalts um einen Geldbetrag erpresst (Art. 156 StGB) und dieser anschliessend verbreitet, ist aufgrund der unterschiedlichen geschützten Rechtsgüter echte Konkurrenz zu Art. 197a StGB anzunehmen.[571] 42

Zusätzlich zu Art. 197a StGB werden regelmässig – wenn auch nicht zwingend – **Delikte aus gegen die Ehre und den Geheim- oder Privatbereich** vorliegen, also Ehrverletzungsdelikte (Art. 173 ff. StGB), unbefugte Abhör- bzw. Aufnahmedelikte (Art. 179$^{bis}$ ff. StGB) oder Identitätsdiebstahl (Art. 179$^{decies}$ StGB). Da diese Normen unterschiedliche Rechtsgüter schützen, steht Art. 197a StGB zu sämtlichen Tatbeständen aus diesem Titel in echter Konkurrenz.[572] Die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung stellt ein eigenständiges Unrecht dar, das von den genannten Bestimmungen nicht erfasst wird. 43

568. Donatsch/Godenzi/Tag, S. 428.; in diesem Fall wohl **a.M.** HK-Godenzi, Art. 197a StGB N. 14, die darauf hinweist, dass «die Betroffenheit eines anderen Rechtsguts der Annahme unechter Konkurrenz nicht zwingend entgegen[steht]».
569. Wohl **a.M.** bzgl. Art. 179$^{quater}$ StGB, OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 27.
570. Diesbezüglich gl.A. Donatsch/Jean-Richard-dit-Bressel/Graf, S. 649; Muggli, S. 357.
571. Gl.M. OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 28.

44 Auch **Delikte gegen die Freiheit**, wie sie typischerweise im Zusammenhang mit *Sextortion* (N. 1) begangen werden – insbesondere Drohung (Art. 180 StGB) oder Nötigung (Art. 181 StGB) – sind keine mitbestraften Vortaten im Verhältnis zu Art. 197a StGB, wenn sie zeitlich vor der Bildverbreitung erfolgen. Erfolgt die Veröffentlichung des Bildmaterials nach einer solchen Drohung oder werden im Anschluss daran bestimmte Handlungen im Austausch für die Löschung verlangt, liegt eine eigenständige Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung vor. In diesen Fällen steht Art. 197a StGB in echter Konkurrenz zu den Freiheitsdelikten.[573] Die freiheitseinschränkende Komponente intensiviert das Gesamtunrecht, sie absorbiert es jedoch nicht.

45 Sofern es sich bei den verbreiteten Inhalten um **Pornografie** im Sinne von Art. 197 StGB handelt, kommt es zu einem Konkurrenzverhältnis zwischen Art. 197a und Art. 197 StGB. Da sämtliche Tatbestandsvarianten von Art. 197 StGB eine andere Schutzrichtung verfolgen (vgl. N. 30), stehen die beiden Tatbestände in echter Konkurrenz zueinander.[574] Teilen Jugendliche untereinander eigene pornografische Inhalte, kann bei denjenigen Jugendlichen, die im Hinblick auf Art. 197a StGB urteilsfähig sind, auf deren Einwilligung oder das Fehlen derselben abgestellt werden. Selbst wenn urteilsfähige Jugendliche der Verbreitung zustimmen und damit eine Strafbarkeit nach Art. 197a StGB entfällt, kann dennoch eine Strafbarkeit nach Art. 197 Abs. 4 StGB gegeben sein.[575]

## LITERATURVERZEICHNIS

Ajder Henry/Patrini Giorgio/Cavalli Francesco/Cullen Laurence, Deeptrace, The State of Deepfakes: Landscape, Threats, and Impact, Amsterdam 2019.

572. Zu Art. 179quater StGB bereits OK-Stark, Art. 179quater StGB N. 46; gl.M. zumindest für Ehrverletzungsdelikte: Muggli, S. 357; gl.M. zu Art. 179quater StGB: Vuille/Perrier Depeursinge/Arnal, S. 44; **a.M.** zu Art. 179quater StGB, OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 27; zu Art. 179decies StGB wohl gl.M. Vuille/Perrier Depeursinge/Arnal, S. 32.
573. Gl.M. Donatsch/Jean-Richard-dit-Bressel/Graf, S. 649; Vuille/Perrier Depeursinge/Arnal, S. 44 f.; **a.M.** OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 26.
574. Gl.M. Krumm/Gambino, S. 557; AK-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 18; OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 25; Vuille/Perrier Depeursinge/Arnal, S. 44; bgzl. Art. 197 Abs. 1 und Abs. 2 StGB gl.M. HK-Godenzi, Art. 197a StGB N. 14, mit der Begründung, dass hier andere Rechtsgutsträger:innen betroffen sind, ihr folgend Muggli, S. 357; auch gl.M. bzgl. Art. 197 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 StGB, Krumm/Gambino, N. 557.
575. OH-Scheidegger, Art. 197a StGB N. 13; Scheidegger, Image-Based Sexual Abuse, S. 205.

Alisobhani Nassim, Female Toplessness: Gender Equality's Next Frontier, UC Irvine Law Review 8 (2018) II, S. 299–329.

Balsam Rosemary H., Sexuality and Shame, Journal of the American Psychoanalytical Association 57 (2009) III, S. 723–739.

Bloom Sarah, No Vengeance for ‹Revenge Porn› Victims: Unraveling Why this Latest Female-Centric, Intimate-Partner Offense is Still Legal, and Why We Should Criminalize It, Fordham Urban Law Journal 41 (2014) I, S. 233–289.

Burghardt Boris/Schmidt Anja/Steinl Leonie, Der strafrechtliche Schutz der sexuellen Selbstbestimmung vor nicht-körperlichen Beeinträchtigungen, JuristenZeitung 77 (2022), S. 502–511.

Cancio Meliá Manuel, Patterns of Criminalization of Intimate Image Abuse, Continental Approaches and Foundations, in: Caletti Gian Marco/Summerer Kolis (Hrsg.), Criminalizing Intimate Image Abuse, A Comparative Perspective, Oxford 2024, S. 193–217.

Chan Ryan, Creepshots – A Persistent Difficulty in the Australian Privacy Landscape, University of Tasmania Law Review 39 (2020) II, S. 83–98.

Chesney Bobby/Citron Danielle, Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security, California Law Review 107 (2019) VI, S. 1753–1820.

Citron Danielle Keats, Sexual Privacy, The Yale Law Journal 128 (2019) VII, S. 1870–1960.

Citron Danielle Keats/Franks Mary Anne, Criminalizing Revenge Porn, Wake Forest Law Review 49 (2014) I, S. 345–391.

Crofts Thomas, Refining the Contours of Intimate Image Abuse Offences, in: Caletti Gian Marco/Summerer Kolis (Hrsg.), Criminalizing Intimate Image Abuse, A Comparative Perspective, Oxford 2024, S. 121–140.

Cyber Civil Rights Initiative, End Revenge Porn, A Campaign of the Cyber Civil Rights Initiative, Inc., Revenge Porn Statistics, Coral Gables 2014, https://www.cybercivilrights.org/wp-content/uploads/2014/12/RPStatistics.pdf, besucht am 20.6.2025.

DeKeseredy Walter S./Schwartz Martin D., Thinking Sociologically About Image-Based Sexual Abuse: The Contribution of Male Peer Support Theory, Sexualization, Media, & Society 2 (2016) IV, S. 1–8.

Dodge Alexa, Punishing «Revenge Porn»: Legal Interpretations of and Responses to Non-Consensual Intimate Image Distribution in Canada, Diss. Ottawa 2019 (zit. Diss.).

Dodge Alexa, Digitizing rape culture: Online sexual violence and the power of the digital photograph, Crime Media Culture 12 (2016) I, S. 65–82 (zit. CMC).

Donatsch Andreas/Godenzi Gunhild/Tag Brigitte, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 10. Aufl., Zürich et al. 2022.

Donatsch Andreas/Jean-Richard-dit-Bressel Marc/Graf Damian K, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 12. Aufl., Zürich et al. 2025.

Dunn Suzie, Legal Definitions of Intimate Images in the Age of Sexual Deepfakes and Generative AI, McGill Law Journal 69 (2024) IV, S. 395–416.

Eaton Asia A./Jacobs Holly/Ruvalcaba Yanet, Cyber Civil Rights Initiative, 2017 Nationwide Online Study of Nonconsensual Porn Victimization and Perpetration, A Summary Report, Miami 2017.

Fairbairn Jordan/Bivens Rena/Dawson Myrna, Sexual violence and social media: Building a framework for prevention, Technical Report, Ottawa 2013.

Flynn Asher/Cama Elena/Powell Anastasia/Scott Adrian J., Victim-blaming and image-based sexual abuse, Journal of Criminology 56 (2023) I, S. 7–25.

Franklin Zak, Justice for Revenge Porn Victims: Legal Theories to Overcome Claims of Civil Immunity by Operators of Revenge Porn Websites, California Law Review 102 (2014) V, S. 1303–1335.

Franks Mary Anne, The Crime of «Revenge Porn», in: Alexander Larry/Kessler Ferzan Kimberly (Hrsg.), The Palgrave Handbook of Applied Ethics and the Criminal Law, Cham 2019, S. 661–692 (zit. Handbook).

Franks Mary Anne, Redefining «Revenge Porn» Reform: A View From the Front Lines, Florida Law Review 69 (2017) V, S. 1251–1337 (zit. FLR).

Gärtner Kathrin, Sexualität, Sexpositivität und Scham, Journal für Psychologie 32 (2024) I, S. 95–116.

Godenzi Gunhild, Kommentierung zu Art. 197a StGB, in: Wohlers Wolfgang/Godenzi Gunhild/Schlegel Stephan (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 5. Aufl., Bern 2024.

Greif Jessica, Strafbarkeit von bildbasierten sexualisierten Belästigungen, Eine phänomenologische und strafrechtsdogmatische Betrachtung des sog. Image-based sexual abuse, Diss. München 2022, Berlin 2023.

Henry Nicola/Flynn Asher, Image-Based Sexual Abuse: Online Distribution Channels and Illicit Communities of Support, Violence Against Women 25 (2019) XVI, S. 1932–1955.

Henry Nicola/Flynn Asher/Powell Anastasia, Responding to ‹revenge pornography›: Prevalence, nature and impacts, Report to the Criminology Research Advisory Council, Grant: CRG 08/15-16, Canberra 2019.

Henry Nicola/McGlynn Clare/Flynn Asher/Johnson Kelly/Powell Anastasia/Scott Adrian J., Image-based Sexual Abuse, A Study on the Causes and Consequences of Non-consensual Nude or Sexual Imagery, Abingdon et al. 2021.

Isenring Bernhard/Kessler Martin A., Kommentierung zu Art. 197 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 137–392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2018.

Kelly Liz, Surviving Sexual Violence, Minneapolis 1988.

Kirchengast Tyrone/Crofts Thomas, The Legal and Policy Contexts of «Revenge Porn» Criminalization: The Need for Multiple Approaches, Oxford University Commonwealth Law Journal 19 (2019) I, S. 1–29.

Krumm Jürg/Gambino Luca, Unbefugtes Weiterleiten von nicht öffentlichen sexuellen Inhalten (Art. 197a revStGB), AJP 33 (2024) VI, S. 551–563.

Maddocks Sophie, From Non-consensual Pornography to Image-based Sexual Abuse: Charting the Course of a Problem with Many Names, Australian Feminist Studies 33 (2018) XCVII, S. 345–361.

Maier Philipp, Umschreibung von sexuellen Verhaltensweisen im Strafrecht, Konkretisierung strafrechtlich relevanten Verhaltens aus juristischer und sexualwissenschaftlicher Sicht, AJP 8 (1999) XI, S. 1387–1401.

McGlynn Clare/Johnson Kelly/Rackley Erika/Henry Nicola/Gavey Nicola/Flynn Asher/Powell Anastasia, ‹It's Torture for the Soul›: The Harms of Image-Based Sexual Abuse, Social & Legal Studies 30 (2021) IV, S. 541–562.

McGlynn Clare/Rackley Erika, Image-Based Sexual Abuse, Oxford Journal of Legal Studies 37 (2017) III, S. 534–561 (zit. OJLS).

McGlynn Clare/Rackley Erika, More than «Revenge Porn»: Image-Based Sexual Abuse and the Reform of Irish Law, Irish Probation Journal 14 (2017), S. 38–51 (zit. IPJ).

McGlynn Clare/Rackley Erika/Houghton Ruth, Beyond «Revenge Porn»: The Continuum of Image- Based Sexual Abuse, Feminist Legal Studies 25 (2017) I, S. 25–46.

Mckinlay Tahlee/Lavis Tiffany, Why did she send it in the first place? Victim blame in the context of ‹revenge porn›, Psychiatry, Psychology and Law 27 (2020) III, S. 386–396.

Mortreux Colette/Kellard Karen/Henry Nicola/Flynn Asher, Understanding the attitudes and motivations of adults who engage in image-based abuse, Melbourne 2019.

Muggli Sandra, Sexualdelikte im und über das Internet, insb. «Sexting», «Revenge Porn» und «Cyber Grooming», forumpoenale 5 (2025), S. 353–360.

Pieth Mark/Simmler Monika, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Basel 2024.

Powell Anastasia/Henry Nicola, Technology-Facilitated Sexual Violence Victimization: Results From an Online Survey of Australian Adults, Journal of Interpersonal Violence 34 (2019) XVII, S. 3637–3665 (zit. JIV).

Powell Anastasia/Henry Nicola, Sexual Violence in a Digital Age, London 2017 (zit. Sexual Violence).

Powell Anstasia/Henry Nicola/Flynn Asher, Image-based sexual abuse, in: DeKeseredy Walter S./Dragiewicz Molly, Routledge Handbook of Critical Criminology, 2. Aufl., Abingdon et al. 2018, S. 305–315.

Powell Anastasia/Scott Adrian J./Flynn Asher/Henry Nicola, Image-Based Sexual Abuse: An International Study of Victims and Perpetrators, A Summary Report, Melbourne et al. 2020.

Rackley Erika/McGlynn Clare/Johnson Kelly/Henry Nicola/Gavey Nicola/Flynn Asher/Powell Anastasia, Seeking Justice and Redress for Victim-Survivors of Image-Based Sexual Abuse, Feminist Legal Studies 29 (2021), S. 293–322.

Rigotti Carlotta/McGlynn Clare, Towards an EU criminal law on violence against women: The ambitions and limitations of the Commission's proposal to criminalise image-based sexual abuse, New Journal of European Criminal Law 13 (2022) IV, S. 452–477.

Scheidegger Nora, Kommentierung zu Art. 197a StGB, in: Gomm Peter/Weber Jonas/Lehmkuhl Marianne/Pruin Ineke (Hrsg.), Opferhilferecht, 5. Aufl., Bern 2025 (zit. OH).

Scheidegger Nora, Kommentierung zu Art. 197a StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), StGB, Annotierter Kommentar, 2. Aufl., Bern 2025 (zit. AK).

Scheidegger Nora, Image Based Sexual Abuse, Kontextualisierung und Analyse des neuen Art. 197a StGB, in: Wenk Jan/Lehmkuhl Johanna Marianne (Hrsg.), Cybercrime und Strafrecht, Zürich et al. 2025, S. 191–208 (zit. Image-Based Sexual Abuse).

Scheidegger Nora, Das Sexualstrafrecht der Schweiz, Grundlagen und Reformbedarf, Diss. Bern 2018, Baden-Baden et al. 2018 (zit. Diss.).

Scheidegger Nora, Ist das noch Kinderpornografie?, ZStrR 132 (2014) III, S. 318–343 (zit. ZStrR).

Schmidt Anja, The Abuse of Sexual Images between Liberal Criminal Law and the Protection of Sexual Autonomy, in: Caletti Gian Marco/Summerer Kolis (Hrsg.), Criminalizing Intimate Image Abuse, A Comparative Perspective, Oxford 2024, S. 103–120 (zit. Sexual Autonomy).

Schmidt Anja, «Die nackte weibliche Brust als Sittlichkeits- und Rechtsproblem», Verfassungsblog, 19.7.2021, DOI: 10.17176/20210719-140024-0 (zit. Verfassungsblog).

Soneji Ananta/Hamilton Vaughn/Doupé Adam/McDonald Allison/Redmiles Elissa M., «I feel physically safe but not politically safe»: Understanding the Digital Threats and Safety Practices of OnlyFans Creators, Proceedings of the 33rd USENIX Security Symposium, Philadelphia 2024.

Stark Marvin, Kommentierung zu Art. 179quater StGB, in: Lehmkuhl Marianne Johanna/Wenk Jan (Hrsg.), Onlinekommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch – Version: 21.12.2024: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/stgb179quater (besucht am 20.6.2025), DOI: 10.17176/20241221-073942-0 .

Tag Brigitte/Wyss Martin, Die strafrechtliche Einordnung von pornografischen Deepfakes, in: Jusletter 29.4.2024.

Thommen Marc/Stark Marvin, Ist das Versenden von «Dick Pics» strafbar?, sui generis 2024, S. 1–10, https://doi.org/10.21257/sg.246 .

Valentiner Dana-Sophia, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, Zugleich eine gewährleistungsdogmatische Rekonstruktion des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit, Diss. Hamburg 2020, Baden-Baden 2021.

Vogler Daniel/Rauchfleisch Adrian/de Seta Gabriele, Wahrnehmung von Deepfakes in der Schweizer Bevölkerung, in: Karaboga Murat/Frei Nula/Puppis Manuel/Vogler Daniel/Raemy Patric/Ebbers Frank/Runge Greta/Rauchfleisch Adrian/de Seta Gabriele/Gurr Gwendolin/Friedewald Michael/Rovelli Sophia (Hrsg.), Deepfakes und manipulierte Realitäten, Technologiefolgenabschätzung und Handlungsempfehlungen für die Schweiz, Bern 2024, S. 125–151.

Vuille Joëlle/Perrier Depeursinge Camille/Arnal Justine, Cybercriminalité et infractions pénales, in: Perrier Depeursinge Camille/Métille Sylvain/Vuille Joëlle (Hrsg.), Lutter contre la cybercriminalité en Suisse, Bern 2024, S. 27–53.

## MATERIALIENVERZEICHNIS

Bundesamt für Justiz BJ, Bundesgesetz zu einer Revision des Sexualstrafrechts, Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom 8.8.2021, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/documents/de/bericht-ergebnis-vernehmlassungsverfahren-revision-des-sexualstrafrechts-d.pdf, besucht am 20.6.2025 (zit. Bericht BJ 2021).

Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht, Vorlage 3: Bundesgesetz über eine Revision des Sexualstrafrechts, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 17.2.2022, BBl 2022 687 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2022/687/de, besucht am 20.6.2025 (zit. Bericht RK-S 2022).

Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht, Vorlage 3: Bundesgesetz über eine Revision des Sexualstrafrechts, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 17.2.2022, Stellungnahme des Bundesrates vom 13.4.2022, BBl 2022 1011 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2022/1011/de, besucht am 20.6.2025 (zit. Stellungnahme BR 2022).

Amtliches Bulletin, Sommersession 2022, 5. Sitzung, Geschäft 18.043 «Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht», Ständerat vom 13.6.2022, AB 2022 S 498 ff., abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=57459, besucht am 20.6.2025.

Bundesrat, Ergänzungen betreffend Cybermobbing im Strafgesetzbuch, Bericht des Bundesrates vom 19.10.2022, in Erfüllung des Postulats 21.3969, Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, vom 25.6.2021, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2021/20213969/Bericht%20BR%20D.pdf, besucht am 20.6.2025 (zit. Bericht BR 2022).

Amtliches Bulletin, Wintersession 2022, 8. Sitzung, Geschäft 18.043 «Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht», Nationalrat vom 5.12.2022, AB 2022 N 2111 ff., abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=59063, besucht am 20.6.2025.

Amtliches Bulletin, Frühjahrssession 2023, 6. Sitzung, Geschäft 18.043 «Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht», Ständerat vom 7.3.2023, AB 2023 S 109 ff., abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=59905, besucht am 20.6.2025.

Amtliches Bulletin, Sommersession 2023, 3. Sitzung, Geschäft 18.043 «Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht», Nationalrat vom 1.6.2023, AB 2023 N 985 ff., abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=60744, besucht am 20.6.2025.

Amtliches Bulletin, Sommersession 2023, 5. Sitzung, Geschäft 18.043 «Strafrahmenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das

neue Sanktionenrecht», Ständerat vom 5.6.2023, AB 2023 S 441 ff., abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=60787, besucht am 20.6.2025.

KOMMENTIERUNG ZU

# Art. 305ter StGB

Eine Kommentierung von André Tanner / Madeleine von Rotz

ZITIERVORSCHLAG

André Tanner/Madeleine von Rotz, Kommentierung zu Art. 305ter StGB, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (Hrsg.), Onlinekommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Tanner/von Rotz, Art. 305ter StGB N. XXX.

**Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften und Melderecht**

**Art. 305$^{ter}$**

[1] Wer berufsmässig fremde Vermögenswerte annimmt, aufbewahrt, anlegen oder übertragen hilft und es unterlässt, mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die Identität des wirtschaftlich Berechtigten festzustellen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft.

[2] Die von Absatz 1 erfassten Personen sind berechtigt, der Meldestelle für Geldwäscherei im Bundesamt für Polizei Wahrnehmungen zu melden, die darauf schliessen lassen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen nach Artikel 305$^{bis}$ Ziffer 1$^{bis}$ herrühren.

# GLIEDERUNG

I. Abs. 1 – Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften ..... 125
A. Einleitung ..... 125
1. Zweck ..... 125
2. Deliktstypus ..... 126
3. Praktische Bedeutung ..... 126
B. Objektiver Tatbestand ..... 128
1. Tatsubjekt ..... 128
2. Tathandlung ..... 130
C. Subjektiver Tatbestand ..... 133
D. Strafandrohung und Verjährung ..... 133
E. Konkurrenz ..... 134
II. Abs. 2 – Melderecht ..... 134
A. Einleitung ..... 134
1. Zweck ..... 134
2. Praktische Bedeutung ..... 135
B. Meldeberechtigte Personen ..... 136
C. Ein die Meldung rechtfertigender Verdacht ..... 137
1. Gegenstand des Verdachts ..... 137
2. Untere Schwelle und der «einfache Verdacht» ..... 138
3. Obere Schwelle und der «begründete Verdacht» ..... 138
a. BGer zum «simple doute» ..... 138
b. Parlamentarische Beratung zur Aufnahme einer Definition ..... 140
c. Definition gemäss Art. 9 Abs. 1quater revGwG ..... 141
d. Einschätzung der Rechtssicherheit der neu statuierten Definition ..... 142
D. Informationsverbot ..... 142
E. Meldung bei Abbruch der Geschäftsbeziehung ..... 143
F. Adressat und Form der Meldung ..... 145
G. Frist für Analyse der Meldungen ..... 146
Literaturverzeichnis ..... 146
Materialienverzeichnis ..... 150

# I. ABS. 1 – MANGELNDE SORGFALT BEI FINANZGESCHÄFTEN

## A. Einleitung

### 1. Zweck

Um die Bekämpfung der Geldwäscherei nicht von vornherein ins Leere laufen zu lassen, bedarf es einer Norm, die den im Finanzsektor tätigen Personen durchsetzbare Identifizierungs-, Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten auferlegt. Seit 1990 ist mit **Art. 305ter Abs. 1 StGB** eine für die Geldwäschereibekämpfung **zentrale Pflicht** – jene zur Feststellung der Identität des wirtschaftlich Berechtigten – strafrechtlich geschützt. Mit Inkrafttreten des Geldwäschereigesetzes 1998 wurden weitere Pflichten unter Androhung von strafrechtlichen Sanktionen gesetzlich normiert.[576] 1

Die Einführung des Geldwäschereistraftatbestands (Art. 305bis StGB) erfolgte im selben Jahr wie Art. 305ter Abs. 1 StGB und führte für Finanzintermediäre zu einem potentiellen Dilemma. Wurden aufgrund eines Geldwäschereiverdachts Konten gesperrt und Strafanzeige erstattet, riskierte der Finanzintermediär eine **Verletzung der Geheimhaltungspflicht**.[577] In der Folge wurde 1994 mit dem in **Art. 305ter Abs. 2 StGB** normierten Melderecht hierfür ein Rechtfertigungsgrund geschaffen. Damit wurde für die im Finanzsektor tätigen Personen die Möglichkeit eröffnet, bedenkenlos Strafanzeige zu erstatten, wenn sich beispielsweise im Zusammenhang mit Abklärungen nach Art. 305ter Abs. 1 StGB ein Geldwäschereiverdacht ergibt.[578] 2

Historisch betrachtet wurde Art. 305ter StGB nicht zum Zweck der Bekämpfung der Geldwäscherei ins Strafgesetzbuch aufgenommen. Obwohl Art. 305ter StGB im Rahmen der Geldwäschereigesetzgebung eingeführt wurde, sollte er der Durchsetzung eines zentralen finanzaufsichtsrechtlichen Anliegens (*Know Your Customer*, *KYC*) dienen.[579] Der Nexus zur Bekämpfung 3

576. Zum Ganzen Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 513.
577. Zum Ganzen BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 38; BSK-Pieth, Kriminalstatistik zu Art. 305bis StGB.
578. Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 521.

der Geldwäscherei wurde erst später durch die FATF[580] hergestellt, indem die Identifikationspflicht als globaler Mindeststandard zur Geldwäschereibekämpfung qualifiziert wurde.[581]

## 2. Deliktstypus

4 Bei Art. 305ter Abs. 1 StGB handelt es sich um ein **abstraktes Gefährdungsdelikt**[582], das der Durchsetzung der Identifikationspflicht und somit der Wahrung des *paper trails* dient. Entsprechend handelt es sich bei Art. 305ter Abs. 1 StGB seinem Wesen nach nicht um ein Geldwäschereidelikt im engeren Sinne.[583] Ob die mit der Feststellungspflicht zusammenhängenden Vermögenswerte legaler oder illegaler Natur sind, spielt hinsichtlich der Strafbarkeit nach Art. 305ter Abs. 1 StGB keine Rolle.[584]

5 Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung stellt **die Rechtspflege** das durch Art. 305ter Abs. 1 StGB zu schützende Rechtsgut dar, da eine fehlende Identifikation des wirtschaftlich Berechtigen den staatlichen Einziehungsanspruch gefährdet.[585] Pieth verneint dies und qualifiziert den Straftatbestand zu Recht als eine «atypischerweise ins StGB eingerückte verwaltungsstrafrechtliche Norm zur Durchsetzung der Transparenz in der Kundenbeziehung».[586]

## 3. Praktische Bedeutung

6 Die Themen Steuerrecht und Geldwäschereibekämpfung gewannen, nicht zuletzt aufgrund diverser Enthüllungen durch das internationale Konsortium

579. BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 1.
580. Financial Action Task Force on Money Laundering.
581. BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 1; Zuberbühler, S. 65 ff.
582. BGE 125 IV 142; BGE 136 IV 128; BGer 6B_729/2010 vom 8.12.2011 E. 3.1; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 513; PK-Pieth/Schultze, Art. 305ter StGB N. 1; BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 6; Arzt, S. 190; Cassani, Art. 305ter StGB N. 2; Kistler, S. 167; Botschaft StGB 1989, S. 1087. Zur Problematik hinsichtlich abstrakter Gefährdungsdelikte im Generellen siehe Ackermann, § 4 N. 61 ff.
583. Zum Ganzen BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 6; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 513.
584. BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 6; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 513; Stratenwerth/Bommer, § 57 N. 46.
585. Trechsel, Art. 305ter StGB N. 1; Arzt, S. 190; BGE 125 IV 142; PK-Pieth/Schultze, Art. 305ter StGB N. 1; Botschaft StGB 1989, S. 1080 f.; Cassani, Art. 305ter StGB N. 2; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 512 f.; a.M. BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 6.
586. BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 6.

investigativer Journalisten[587],[588] in der jüngsten Vergangenheit vermehrt an Brisanz. Die stark mit diesen beiden Themenfeldern verbundene Frage nach den effektiv an den Vermögenswerten wirtschaftlich Berechtigten rückte damit ebenfalls in den Vordergrund.[589] Die **Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten** gelte als wichtigstes Instrument in der Missbrauchsbekämpfung von Offshore-Finanzplätzen.[590] Vor diesem Hintergrund kommt einer Strafnorm zur Durchsetzung dieser Identifikationspflicht aus kriminalpräventiver Sicht eine wohl nicht zu unterschätzende Bedeutung zu.

7 Jedoch wird mit Blick auf die im GwG geregelten Sorgfaltspflichten betreffend die Identifikation und Feststellung klar, dass die in Art. 305ter Abs. 1 StGB normierte Pflicht auch ausschliesslich mit finanzaufsichtsrechtlichen und verwaltungsstrafrechtlichen Mitteln hätte durchgesetzt werden können.[591] Art. 305ter Abs. 1 StGB stellt jenen unter Strafe, welcher der in Art. 4 GwG statuierten Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person nicht nachkommt.[592] Dass die Strafbarkeit der unterlassenen Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten dennoch seit 1990 im StGB normiert ist, hat mit dem damals fehlenden allgemeinen Finanzaufsichtsrecht zu tun und der durch den Bundesrat vorgeschlagenen Lösung, anstatt die von einem Teil der Lehre geforderte fahrlässige Geldwäscherei unter Strafe zu stellen,[593] die Feststellungspflicht selbständig strafrechtlich durchzusetzen. Entsprechend handelt es sich bei Art. 305ter Abs. 1 StGB um eine «**Lückenbüssernorm**».[594] Gemäss dem ersten Bericht der interdepartementalen Koordinationsgruppe zur nationalen Beurteilung der Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierungsrisiken in der Schweiz von 2015 haben sich die Verurteilungen aufgrund Art. 305ter Abs. 1 StGB im Vergleich zu jenen nach Art. 305bis Ziff. 1 StGB auf einem sehr niedrigen Stand eingependelt.[595]

587. International Consortium of Investigative Journalists, ICIJ.
588. Panama Papers, Pandora Papers, FINCEN Files, Swiss Leaks, etc.
589. BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 3a.
590. Stiglitz/Pieth, S. 9 f.
591. BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 5; Tanner, S. 7.
592. Im Zuge der jüngsten GwG-Revision wurde in Art. 4 GwG die formelle Feststellungspflicht um die systematische materielle Überprüfung der Identität erweitert, womit die Schweiz den Empfehlungen der FATF nachgekommen ist und die bestehende Praxis sowie Rechtsprechung gesetzlich verankert hat (Botschaft GwG Revision 2019, S. 5474 f., 5546).
593. Namentlich Paolo Bernasconi (siehe Beratung des Nationalrats vom 27.11.1989); vgl. Botschaft StGB 1989, S. 1076 ff.
594. Zum Ganzen und mit weiteren Ausführungen BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 4 f.; Tanner, S. 7.

## B. Objektiver Tatbestand

### 1. Tatsubjekt

8 Nach Art. 305ter Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer «berufsmässig fremde Vermögenswerte annimmt, aufbewahrt, anlegen oder übertragen hilft», sprich wer als Finanzintermediär auftritt. Entsprechend handelt es sich um ein **echtes Sonderdelikt**, das die gesamte Finanzbranche zu demselben Identifikationsniveau verpflichten soll.[596] Gemäss Gesetzgeber und Rechtsprechung sollen nicht beliebige Geschäftsleute von Art. 305ter StGB erfasst werden, welche im Rahmen ihrer Berufsausübung beispielsweise fremde Vermögenswerte annehmen. Der Anwendungsbereich sei typischerweise auf missbrauchsanfällige Branchen beschränkt, wozu Geschäfte mit liquiden oder sehr leicht liquidierbaren Werten gehören.[597] Massgebend sei, ob die Berufstätigkeit dem Finanzsektor zuzurechnen ist, was sich auch aus der Marginalie von Art. 305ter StGB – «Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften» – ergebe.[598]

9 Zur Klärung der Frage, welche Tätigkeit konkret als Finanzintermediation gilt, kann nach herrschender Lehre Art. 2 GwG herangezogen werden, wobei die nicht abschliessende Aufzählung in Art. 2 Abs. 3 GwG jedoch nicht für die notwendige Klarheit zu sorgen vermag.[599] Ferner führt die 1989 publizierte Botschaft zur StGB-Revision in Bezug auf die Einführung von Art. 305ter Abs. 1 StGB aus, dass neben Banken auch Treuhänder, Anlageberater, Finanzverwalter, Geldwechsler, Edelmetallhändler und Geschäftsanwälte zum Täterkreis gehören. Zudem fügte der Bundesrat an, dass die Rechtsprechung die Randzonen des Täterfeldes umschreiben müsse.[600] Die **Unschärfe der Täterdefinition** wird von der Lehre kritisiert.[601] So bietet beispielsweise

595. Bericht KGGT 2015. Der zweite – und bislang letzte – nationale Bericht über die Risiken der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, publiziert am 29.10.2021, greift Art. 305ter Abs. 1 StGB nicht mehr auf, siehe Bericht KGGT 2021.

596. Botschaft StGB 1989, S. 1088; PK-Pieth/Schultze, Art. 305ter StGB N. 2; Grüninger, S. 48.

597. Zum Ganzen BGE 129 IV 338 E. 2.1 ff.; Botschaft StGB 1989, S. 1088.

598. BGE 129 IV 341; Trechsel, Art. 305ter StGB N. 2; Cassani, Art. 305ter StGB N. 8; Kistler, S. 142 ff.; Schmid, Anwendungsfragen, S. 125.

599. PK-Pieth/Schultze, Art. 305ter StGB N. 3; Egger Tanner, S. 271; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 514 f.; BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 9.

600. Zum Ganzen mit Botschaft StGB 1989, S. 1088. Gemäss Rechtsprechung erfasst Art. 305ter in gewisser Konstellation auch Geldkuriere (BGE 129 IV 339; BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 8).

bereits die Abgrenzung vom Geschäftsanwalt zur traditionellen Anwaltstätigkeit Schwierigkeiten.[602] Nicht von Art. 305ter Abs. 1 StGB erfasst werden gemäss Pieth und Schultze Juweliere hinsichtlich ihrer Verkaufstätigkeit, Immobilien-, Antiquitäten-, Münzhändler und Galeristen.[603]

Nach Stratenwerth und Bommer wird mit der Umschreibung des tatbestandsmässigen Verhaltens «Annehmen», «Aufbewahren», «Anlegen» oder «Übertragen», welche typische Handlungen eines Finanzintermediärs darstellen,[604] der Täterkreis nicht weiter eingegrenzt.[605] Demgegenüber stellt das Kriterium «**berufsmässigen**» eine solche Eingrenzung dar. Der Botschaft von 1989 zur StGB-Revision ist zu entnehmen, dass es sich um eine haupt- oder nebenberufliche Tätigkeit handeln muss, wobei die daraus resultierenden regelmässigen Einkünfte nicht nur unbedeutende Nebeneinkünfte darzustellen haben.[606] Mit Art. 7 GwV hat der Bundesrat den Begriff «Berufsmässigkeit» konkretisiert.[607] So übt der Finanzintermediär eine solche Tätigkeit aus, wenn eine der vier in Art. 7 Abs. 1 GwV genannten Voraussetzungen erfüllt ist. Als berufsmässig wird eine Tätigkeit klassifiziert, wenn pro Kalenderjahr ein Bruttoerlös von mehr als 50'000 Franken erzielt wird oder eine unbefristete Verfügungsmacht über fremde Vermögenswerte besteht, die zu einem beliebigen Zeitpunkt 5 Millionen Franken überschreiten. Ferner qualifiziert eine Tätigkeit als berufsmässig, wenn ein Finanzintermediär pro Kalenderjahr mit mehr als 20 Vertragsparteien Geschäftsbeziehungen aufnimmt, die sich nicht auf eine einmalige Tätigkeit beschränken, oder pro Kalenderjahr mindestens 20 solche Beziehungen unterhält. Schliesslich ist von Berufsmässigkeit auszugehen, wenn Transaktionen durchgeführt werden, deren Gesamtvolumen 2 Millionen Franken pro Kalenderjahr überschreiten. 10

601. Cassani, Art. 305ter StGB N. 7; Stratenwerth/Bommer, § 57 N. 48; BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 8a.
602. BGE 115 Ia 199; BGE 114 III 105; BGE 112 Ib 608; eingehend BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 8a; PK-Pieth/Schultze, Art. 305ter StGB N. 2.
603. PK-Pieth/Schultze, Art. 305ter StGB N. 2. Der als Edelmetallhändler auftretende Juwelier fällt in den Täterkreis.
604. Cassani, Art. 305ter StGB N. 14.
605. Stratenwerth/Bommer, § 57 N. 51; BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 13.
606. Botschaft StGB 1989, S. 1088.
607. Für Kreditgeschäfte gelten besondere Regeln, normiert in Art. 8 GwV.

## 2. Tathandlung

11 In der Lehre herrscht Uneinigkeit darüber, ob Art. 305ter Abs. 1 StGB als echtes Unterlassungsdelikt oder schlichtes Tätigkeitsdelikt zu qualifizieren ist,[608] wobei diese Problematik nach Pieth und Arzt praktisch kaum eine Rolle spielt.[609] Von Bedeutung ist gemäss diversen Lehrmeinungen vielmehr die Konkretisierung der Voraussetzungen des Straftatbestands, denn diesem fehle es an der nötigen Schärfe.[610] So ergeben sich Unklarheiten im Zusammenhang mit dem Begriff des «**wirtschaftlich Berechtigten**»,[611] welcher der VSB entnommen ist.[612] Ausschlaggebend bei der Zuordnung der Vermögenswerte ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise.[613] Gemäss Zulauf steht im Fokus, wer «ein feststellbares und dauerndes Interesse» an den in Frage stehenden Vermögenswerten hat.[614] Gemäss Botschaft ist der «**wirtschaftlich Berechtigte**» in Art. 305ter Abs. 1 StGB im weiteren Sinne zu verstehen, sprich über den Wortlaut der Bestimmung hinausgehend besteht die Pflicht zur Identifizierung des Vertragspartners und – falls nicht identisch – des von ihm vertretenen effektiv an den Vermögenswerten Berechtigten.[615] Diesem Ansatz folgend argumentiert Pieth, dass das GwG und die VSB die Identifikation des Vertragspartners als Selbstverständlichkeit voraussetzen und daher angenommen werden darf, dass die Identifikation des Vertragspartners der *ratio legis* folgend von Art. 305ter StGB mitumfasst ist.[616] Nach der hier vertretenen Meinung ist im Lichte der Rechtssicherheit und

608. Botschaft StGB 1989, S. 1089; BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 16; Graber, S. 186 f.; Kistler, S. 169 f.; Arzt, S. 190 f.; Cassani, Art. 305ter StGB N. 11; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 514; Stratenwerth/Bommer, § 57 N. 21; PK-Pieth/Schultze, Art. 305ter StGB N. 7.

609. BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 16; Arzt, S. 190.

610. BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 16; Dietzi, S. 76; Graber, S. 192; Kistler, S. 186; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 516.

611. Nicht zu verwechseln mit dem 2016 eingeführten Begriff des «Kontrollinhabers» über operativ tätige juristische Personen oder Personengesellschaften nach Art. 2 und 56 ff. GwV-FINMA.

612. Art. 27 ff. VSB 20; Botschaft StGB 1989, S. 1089.

613. Botschaft StGB 1989, S. 1089; Cassani, Art. 305ter StGB N. 16; Zulauf, S. 483 f.; BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 18; PK-Pieth/Schultze, Art. 305ter StGB N. 9; De Capitani, S. 25f.; Kistler, S. 172 ff.

614. Zulauf, S. 484; PK-Pieth/Schultze, Art. 305ter StGB N. 9.

615. Botschaft StGB 1989, S. 1089; Kistler, S. 195; BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 18 f.; Zulauf, S. 483 f.; Graber, S. 187; Zwiefelhofer, S. 182; a.M. Cassani, Art. 305ter StGB N. 17; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 516; Egger Tanner, S. 276 f.

616. BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 19.

unter Einbezug der wirtschaftlichen Betrachtungsweise als ausschlaggebendes Kriterium den Ausführungen von Zulauf zu folgen.

Die Sorgfaltspflicht richtet sich «**nach den Umständen**». Dies dient der Durchsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips und regelt damit die Grenze der zumutbaren Abklärungen.[617] Der geltende Mindeststandard zur Identifikation von Kunden und Kundinnen wird durch das für Strafgerichte bindende verwaltungs- und privatrechtliche Geldwäschereirecht – primär GwG, GwV, GwV-FINMA und VSB 20 – geregelt.[618] Wie bereits erwähnt, bezweckt Art. 305$^{ter}$ Abs. 1 StGB die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten. Nach bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung fällt der Finanzintermediär, der den wirtschaftlich Berechtigten **korrekt** feststellt, aber keine genügende Sorgfalt walten lässt, nicht unter Art. 305$^{ter}$ StGB.[619] Die Feststellungspflicht gemäss Art. 305$^{ter}$ Abs. 1 StGB beschränkt sich lediglich auf die Basiselemente (Name, Vorname, Geburtsdatum, Nationalität).[620] Die Basiselemente sind zu plausibilisieren. Keine genügende Sorgfalt lässt walten, wer sich trotz Ungereimtheiten mit den Erklärungen des Vertragspartners zufrieden gibt und keine weiteren Abklärungen vornimmt.[621] 12

Im Rahmen der jüngsten GwG-Revision[622] dürfte die Frage geklärt worden sein, ob im Zusammenhang mit Art. 305$^{ter}$ Abs. 1 StGB eine über die reine Feststellungspflicht hinausgehende Pflicht zur **Verifizierung der Identität** besteht.[623] Gemäss revidiertem Art. 4 Abs. 1 GwG muss der Finanzintermediär zusätzlich zur Feststellung der Identität diese neuerdings auch überprüfen, «um sich zu vergewissern, wer die wirtschaftlich berechtigte Person ist.»[624] 13

617. Botschaft StGB 1989, S. 1089; BGE 125 IV 139 E. 3c. Gemäss BGer kommt dem Formular A in Bezug auf die Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten erhöhte Glaubwürdigkeit und somit Urkundenqualität zu (BGer 6B_731/2021 vom 24.11.2022; BGer 6B_737/2021 vom 24.11.2022 E. 6.4.4.).
618. PK-Pieth/Schultze, Art. 305$^{ter}$ StGB N. 10 ff.
619. BGE 129 IV 329 E. 2.5; BGer 6B_729/2010 vom 8.12.2011.
620. BGer 6B_729/2010 vom 8.12.2011 E. 3 unter Hinweis auf BGE 136 IV 127 E. 3.1.3.2.
621. BGE 125 IV 139 E. 4.
622. Mit der jüngsten GwG-Revision sind das revidierte Geldwäschereigesetz (GwG) sowie die angepasste Geldwäschereiverordnung (GwV) gemeint, welche per 1.1.2023 in Kraft gesetzt wurden.
623. PK-Pieth/Schultze, Art. 305$^{ter}$ StGB N. 10; BSK-Pieth, Art. 305$^{ter}$ StGB N. 27.
624. Art. 4 Abs. 1 GwG; vgl. Fassung bis 31.12.2022: «Der Finanzintermediär muss die wirtschaftlich berechtigte Person mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt feststellen. [...]».

Zur jüngst kodifizierten Verifizierungspflicht ist der Botschaft Folgendes zu entnehmen: «Mit der Einforderung lediglich einer Ausweiskopie der wirtschaftlich berechtigten Person für die Akten wird die genannte Pflicht nicht erfüllt».[625]

14 Neu sind somit die vom Vertragspartner[626] erhaltenen Erklärungen nicht nur bei Ungereimtheiten zu plausibilisieren[627], sondern stets (materiell und risikobasiert) zu verifizieren[628]. Den VSB-Formularen kommt gemäss Bundesgericht zwar eine erhöhte Glaubwürdigkeit zu.[629] Sie stellen **Urkunden** im Sinne von Art. 110 Ziff. 4 dar.[630] Der Vertragspartner kann sich entsprechend der Urkundenfälschung nach Art. 251 StGB schuldig machen, wenn er gegenüber dem Finanzintermediär bezüglich der Herkunft der Gelder falsche Angaben macht.[631] Trotzdem darf sich der Finanzintermediär nicht darauf verlassen, dass die vom Vertragspartner erhaltenen Angaben inhaltlich korrekt sind. Zu beachten gilt jedoch, dass von ihm nicht dieselbe Abklärungstiefe wie von Strafverfolgungsbehörden erwartet werden darf, zumal die verantwortlichen Mitarbeitenden eines Finanzintermediärs einen anderen Aufgabenkatalog als die Staatsanwaltschaft haben.[632]

---

625. Botschaft GwG Revision 2019, S. 5508.
626. «Eine Verifizierung der wirtschaftlichen Berechtigung hat bei sämtlichen Geschäftsbeziehungen, auch bei Normalrisikokunden, zu erfolgen» (Erläuterungsbericht zur Teilrevision der GwV-FINMA 2017, S. 16).
627. Mit «Plausibilisieren» ist in diesem Kontext gemeint, dass überprüft wird, ob die vom Vertragspartner auf einem VSB-Formular angegebene Person auf den ersten Blick, oder umso mehr bei Ungereimtheiten, als plausibel erscheint.
628. Mit «Verifizieren» ist in diesem Kontext gemeint, dass überprüft wird, ob die vom Vertragspartner auf einem VSB-Formular angegebene Person wirklich die wirtschaftlich Berechtigte bzw. die Kontrollinhaberin ist. Hierfür kann bspw. bei operativen Aktiengesellschaften das Aktienbuch herbeigezogen werden, um nachzusehen, welche Personen 25% oder mehr Anteile besitzen, um dadurch zu verifizieren, ob die richtigen Personen auf dem VSB-Formular (Formular K) aufgeführt sind.
629. BSK-Boog, Art. 251 StGB N. 130; BGer 6B_37/2013 vom 15.4.2013 E. 1.2.2; BGer 6B_574/2011 vom 20.2.2012 E. 2.2.1; BGer 6S.293/2005 vom 24.2.2006 E. 8.2.1.
630. BGE 139 II 404 E. 9.9.2.; vgl. auch BGer 1C_370/2012 vom 3.10.2012 E. 2.7; BGer 6P.144/2005 vom 15.6.2006 E. 7.2.2.
631. PK-Pieth/Schultze, Art. 305ter StGB N. 10; BGer 6S_293/2005 vom 24.2.2006; BGer 6S_346/1999 vom 30.11.1999.
632. Tanner, S. 12.

## C. Subjektiver Tatbestand

Strafbar macht sich lediglich, wer **vorsätzlich** handelt. Der Täter muss 15
bewusst die Feststellungspflicht verletzen, wobei Eventualvorsatz genügt.[633] Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung lässt sich aus dem Mangel an professioneller Sorgfalt auf Vorsatz schliessen. Vorsätzlich handle, wer die Massnahmen zur Klärung der Identität, welche sorgfältige Bankangestellte aufgrund konkreter Umstände getroffen hätten, nicht trifft.[634] Zu beachten gilt, dass sich der Vorsatz auf sämtliche objektive Tatbestandselemente beziehen muss. Der Täter muss sich daher seiner Funktion bewusst sein als Person, die einer Feststellungspflicht untersteht, und erkennen, dass er diese Pflicht aufgrund der konkreten Situation wahrnehmen muss. Zudem muss der Täter trotz erkannter Handlungsmöglichkeit vorsätzlich die Feststellungspflicht verletzen.[635]

## D. Strafandrohung und Verjährung

Das Gesetz sieht eine Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr oder Geldstrafe 16
vor (**Vergehen**).[636] Im Falle einer Verurteilung wird der Täter im Strafregister erfasst.[637]

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich bei Art. 305$^{ter}$ Abs. 17
1 StGB um ein **Dauerdelikt**. Die Verjährungsfrist beginnt zu laufen, sobald das strafbare Verhalten endet. Dies ist an jenem Tag der Fall, an dem die Geschäftsbeziehung beendet wird oder an welchem der Finanzintermediär dem rechtswidrigen Zustand durch Feststellung der Identität des an den Vermögenswerten wirtschaftlich Berechtigten ein Ende gesetzt hat.[638]

---

633. Zum Ganzen Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 519; PK-Pieth/Schultze, Art. 305$^{ter}$ StGB N. 15; BSK-Pieth, Art. 305$^{ter}$ StGB N. 29; Ackermann Geldwäscherei, S. 120; Arzt, S. 190; Cassani, Art. 305$^{ter}$ StGB N. 24; Egger Tanner, S. 284; Graber, S. 204; Kistler, S. 220; Stratenwerth/Bommer, § 57 N. 55.
634. Zum Ganzen BGE 125 IV 147.
635. BSK-Pieth, Art. 305$^{ter}$ StGB N. 230.
636. Art. 10 Abs. 3 StGB.
637. Art. 18 Abs. 1 StReG.
638. Zum Ganzen BGE 134 IV 307; BSK-Pieth, Art. 305$^{ter}$ StGB N. 35; PK-Pieth/Schultze, Art. 305$^{ter}$ StGB N. 7a.

## E. Konkurrenz

18 Grundsätzlich geht Art. 305bis StGB vor,[639] wobei das BStGer in einem Fall echte Konkurrenz angenommen hat. Obwohl beide Straftatbestände dasselbe Rechtsgut schützten, richte sich Art. 305ter StGB an einen engeren Personenkreis und sanktioniere die Verletzung bestimmter Sorgfaltspflichten unabhängig von der Frage, ob die Vermögenswerte legalen oder illegalen Ursprungs sind. Entsprechend sei diese mangelnde Sorgfalt als solche zu bestrafen und nicht als eine Art straflose Vorbereitungshandlung für Geldwäscherei anzusehen.[640] Unter Einbezug der Entstehungsgeschichte der Norm erscheint die Entscheidung des Gerichts folgerichtig.[641] Echte Konkurrenz besteht auch zu Art. 160 StGB und Art. 305 StGB.[642]

# II. ABS. 2 – MELDERECHT

## A. Einleitung

### 1. Zweck

19 Wie einleitend erwähnt, stellt das in Art. 305ter Abs. 2 StGB kodifizierte Melderecht einen strafrechtlichen **Rechtfertigungsgrund** für die Verletzung beruflicher Geheimhaltungspflichten dar, unter welchem verdachtsbegründende Informationen an die MROS[643] weitergeleitet werden können.[644]

20 Damit komplementiert das Melderecht die Meldepflicht. Gemäss dieser muss der Finanzintermediär der MROS unverzüglich Meldung erstatten, wenn er weiss oder den begründeten Verdacht hat, dass die in die Geschäftsbeziehung involvierten Vermögenswerte im Zusammenhang mit einer strafbaren

639. BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 36; PK-Pieth/Schultze, Art. 305ter StGB N. 26; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 521; Botschaft StGB 1989, S. 1090; Cassani, Art. 305bis StGB N. 65; Graber, S. 213; Kistler, S. 239; Stratenwerth/Bommer, § 57 N. 57.
640. Zum Ganzen BStrGer SK.2010.10 vom 1.6.2010, E. 3.4.
641. Siehe oben Rz. 3.
642. BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 37 f.; PK-Pieth/Schultze, Art. 305ter StGB N. 26; Cassani, Art. 305ter StGB N. 26; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 521. A.M hinsichtlich Art. 305 Kistler, S. 240.
643. Meldestelle für Geldwäscherei.
644. Botschaft Melderecht 1993, S. 324; BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 39; Cassani, 305ter StGB N. 30; Kistler, S. 263; PK-Pieth/Schultze, Art. 305ter StGB N. 16.

Handlung nach Art. 305bis StGB stehen (Art. 9 Abs. 1 GwG). Bei Sachverhalten, welche die Schwelle des begründeten Verdachts einstweilen (noch) nicht erreicht haben, würde sich die meldeberechtigte Person ohne das Melderecht in einem **Dilemma** befinden, denn wenn sie keine Meldung erstatten würde, dann könnte sie sich der Geldwäscherei (durch Unterlassen) schuldig machen, sofern der Sachverhalt im Nachgang als meldepflichtig bewertet würde. Die Schwelle zur fahrlässigen oder gar eventualvorsätzlichen Unterlassung einer Meldung (Art. 37 Abs. 1 und 2 GwG) wäre aufgrund der weiten Auslegung des Begriffs des begründeten Verdachts schneller erreicht. Wenn die meldeberechtigte Person jedoch einen Verdacht melden würde, welcher die Schwelle des begründeten Verdachts tatsächlich nicht erreicht, dann könnte sie ihre berufliche Geheimhaltungspflicht verletzen (Bankkundengeheimnis gemäss Art. 47 BankG, Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB, Geschäftsgeheimnis gemäss Art. 162 StGB oder Postgeheimnis gemäss Art. 321ter StGB).[645] Dieses Dilemma löst das Melderecht.

## 2. Praktische Bedeutung

Die praktische Bedeutung des Melderechts ergibt sich nicht nur aufgrund der Rechtfertigung der Geldwäschereimeldung. In der Rechtswirklichkeit erstarkt das Melderecht zu einer Meldepflicht für den Finanzintermediär, denn es geht für ihn nicht nur um den Vorwurf der eventualvorsätzlichen Entgegennahme verbrecherisch erlangter Mittel,[646] sondern auch um den Schutz vor möglichen **verwaltungsstrafrechtlichen Folgen** mit Blick auf Art. 37 GwG, welche resultieren können aus dem Fehlen einer Meldung, einer verspäteten Meldung oder einer unvollständigen Meldung an die MROS.[647] 21

**Fehlen einer Meldung**: Würde das Melderecht abgeschafft, so wie während der Beratungen zur jüngsten GwG-Revision diskutiert, dann fiele die meldeberechtigte Person einfacher unter die Strafbestimmungen von Art. 37 GwG. Die Schwelle zur fahrlässigen Unterlassung einer Meldung gemäss Art. 37 Abs. 2 StGB wäre dann nämlich aufgrund der weiten Auslegung des Begriffs des «begründeten Verdachts» schneller erreicht.[648] 22

645. Botschaft Melderecht 1993, S. 315 und 324; PK-Pieth/Schultze, Art. 305ter StGB N. 16; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 521; Cassani, 305ter StGB N. 30; Kistler, S. 263; BSK-Pieth, Art. 305ter StGB N. 39; Tanner, S. 9.
646. Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 522.
647. OFK-Ordolli, Art. 37 GwG N. 1.
648. Tanner, S. 9.

23 **Verspätete Meldung**: Im Gegensatz zur Meldepflicht ist eine Meldung nach Melderecht gemäss Wortlaut der Bestimmung nicht unverzüglich zu erstatten. Hat der Finanzintermediär jedoch fälschlicherweise eine Meldung unter dem Titel des Melderechts nicht unverzüglich abgesetzt, obwohl er diese Meldung unter dem Titel der Meldepflicht hätte absetzen sollen, dann kann ihm der Vorwurf der Meldepflichtverletzung i.S.v. Art. 37 GwG gemacht werden. Deshalb empfiehlt es sich, auch eine Meldung gemäss Art. 305$^{ter}$ Abs. 2 StGB so rasch wie möglich zu erstatten.[649]

24 **Unvollständige Meldung**: Eine unvollständige Geldwäschereimeldung kann ebenfalls eine Verletzung der Meldepflicht im Sinne von Art. 37 GwG bedeuten.[650] Welche Informationen und Unterlagen an die MROS zu übermitteln sind, regelt Art. 3 MGwV.

25 Die Eigenständigkeit des Melderechts gegenüber der Meldepflicht ergibt sich nur dann, wenn sich die jeweiligen Verdachtsschwellen deutlich unterscheiden lassen.[651] Die Abgrenzung zwischen Melderecht und Meldepflicht ist jedoch unscharf.[652]

26 Die praktische Bedeutung des Melderechts ist gegeben. Es wäre jedoch begrüssenswert, das Melderecht vom Strafgesetzbuch ins Geldwäschereigesetz zu verschieben.[653] Im Rahmen der jüngsten GwG-Revision wurde dieser Vorschlag nicht umgesetzt, jedoch einige Lücken zwischen Melderecht und Meldepflicht geschlossen.

## B. Meldeberechtigte Personen

27 Der Kreis der meldeberechtigten Personen gemäss Art. 305$^{ter}$ Abs. 2 StGB ist identisch mit dem **Täterkreis gemäss Abs. 1**. In der Praxis sind dies Compliance Officer von Banken und anderen Finanzintermediären, Treuhänder(innen), Anlageberater(innen), Finanzverwalter(innen), Geldwechsler(innen) oder Edelmetallhändler(innen).[654]

649. Komm. Kriminelles Vermögen-Hutzler, Art. 9 GwG N. 166.
650. Botschaft GwG Revision 2019, S. 5479.
651. Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 522.
652. Kuster, S. 6; OFK-Thelesklaf, Art. 9 GwG N. 1.
653. Stellungnahme SBVg, S. 12; Tanner, S. 9.
654. Botschaft Melderecht 1993, S. 325; BSK-Pieth, Art. 305$^{ter}$ StGB N. 41; PK-Pieth/Schultze, Art. 305$^{ter}$ StGB N. 18.

**Rechtsanwältinnen** und Rechtsanwälten, die auch als Finanzintermediäre tätig sind, droht in der Praxis eine Strafbarkeitsfalle. Denn ergibt sich ein Geldwäschereiverdacht aus einer anwaltlichen Tätigkeit, welche somit durch das Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB geschützt ist, haben sie weder eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 2 GwG noch ein Melderecht gemäss Art. 305ter Abs. 2 StGB. Eine Geldwäschereimeldung darf nur erfolgen, sofern die Annahme der potentiell inkriminierten Vermögenswerte in einer Tätigkeit erfolgte, welche nicht dem Berufsgeheimnis untersteht.[655] Eine solche nicht berufsspezifische Tätigkeit ist beispielsweise die Vermögensverwaltung und Geldanlage.[656] 28

**Händlerinnen** und Händler gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. b GwG haben kein Melderecht, sondern lediglich eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1bis GwG, da sie explizit nicht dem Kreis der Finanzintermediäre angehören.[657] 29

## C. Ein die Meldung rechtfertigender Verdacht

### 1. Gegenstand des Verdachts

Gemäss Gesetzeswortlaut bezieht sich der Verdacht (lediglich) auf die Herkunft der Vermögenswerte aus einem Verbrechen (Art. 10 Abs. 2 StGB) oder aus einem qualifizierten Steuervergehen nach Art. 305bis Ziff. 1bis StGB. Die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 GwG kennt weitere Verdachtsgegenstände (strafbare Handlung nach Art. 260ter StGB oder Art. 305bis StGB; Verfügungsmacht einer kriminellen oder terroristischen Organisation; Terrorismusfinanzierung nach Art. 260quinquies Abs. 1 StGB). 30

Als **qualifiziertes Steuervergehen** gilt ein Steuerbetrug i.S.v. Art. 186 DBG (direkte Bundessteuer) und Art. 59 StHG (direkte Steuer der Kantone und Gemeinden). Dieser setzt sich zusammen aus einer Steuerhinterziehung mithilfe eines Urkundendelikts. Der hinterzogene Steuerbetrag muss zudem mindestens 300‘000 Franken pro Steuerperiode betragen.[658] Der 31

655. Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 523 f.; PK-Pieth/Schultze, Art. 305ter StGB N. 18; Graber/Oberholzer, Art. 9 GwG N. 17 ff.; Cassani, Art. 305ter StGB N. 31.
656. OFK-Thelesklaf, Art. 9 GwG N. 25; BGE 132 II 103; Schmid EOVG-II-Schmid, Art. 305ter StGB N. 133 ff.; Schmid EOVG-II-De Capitani, Art. 9 GwG N. 77 f.
657. Komm. Kriminelles Vermögen-Hutzler, Art. 9 GwG N. 159; BSK-Ivell, Art. 9 GwG N. 159.
658. Lutz/Kern, S. 99; Schauwecker, S. 100 ff.; Art. 305bis Ziff. 1bis StGB.

Finanzintermediär hat somit die bei ihm deponierten Vermögenswerte entsprechend auch in steuerlicher Hinsicht zu überprüfen.

32 Wurde die Vortat im **Ausland** begangen, so muss sie dort strafbar und im Inland ein Verbrechen oder ein qualifiziertes Steuervergehen darstellen, damit sie als Vortat zur Geldwäscherei qualifiziert werden kann.[659]

### 2. Untere Schwelle und der «einfache Verdacht»

33 Gemäss Gesetzeswortlaut dürfen «**Wahrnehmungen**» gemeldet werden. Doch was bedeutet dies? Laut Botschaft sind Unterstellungen oder vage Eindrücke nicht ausreichend. Es geht vielmehr um Anhaltspunkte, Bedenken oder Ungereimtheiten, schlicht um Indizien, die auf eine kriminelle Herkunft der Vermögenswerte hindeuten und geeignet sind, von den Strafverfolgungsbehörden erhärtet zu werden.[660]

34 Das Melderecht sollte nicht beliebig gedehnt und interpretiert werden. Betreffend die fraglichen Vermögenswerte muss zumindest der **Anschein** entstehen, dass sie verbrecherischer Herkunft sein könnten.[661]

35 Bereits bei einem **Anhaltspunkt** für Geldwäscherei darf das Melderecht in Anspruch genommen werden.[662] Es müssen sich nicht mehrere solcher Anhaltspunkte zu einem «begründeten Verdacht» oder gar zur Gewissheit ergeben. Ein «einfacher Verdacht» genügt auch gemäss Praxis der MROS.[663]

### 3. Obere Schwelle und der «begründete Verdacht»

#### a. BGer zum «simple doute»

36 Das Bundesgericht sorgte mit seinem Entscheid vom 27. November 2008 für fortwährende Verwirrung und Kritik.[664] Es hielt fest, dass für eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 GwG bereits ein einfacher Verdacht beziehungsweise Zweifel («**simple doute**») ausreiche: «*De l'avis de la doctrine, un soupçon est fondé s'il repose sur des circonstances insolites qui*

659. OFK-Thelesklaf, Art. 9 GwG N. 13.
660. Botschaft Melderecht 1993, S. 326.
661. Komm. Kriminelles Vermögen-Hutzler, Art. 9 GwG N. 161; Schmid EOVG-II-Schmid, Art. 305ter StGB N. 294 ff.
662. Kuster, S. 10 und 11; Tanner, S. 19.
663. Praxis MROS 2016, S. 29.
664. BSK-Ivell, Art. 9 GwG N. 22; SHK-Luchsinger, Art. 9 GwG N. 33; Kuster, S. 8 f.

*ont été recueillies avec soin par l'intermédiaire financier. Si ce dernier a un simple doute que, par exemple, les valeurs patrimoniales proviennent d'un acte criminel, il doit tout de même faire une communication au MROS*»[665].

37 Sorgfältiger Weise wäre für das deutsche Wort «Verdacht» der französische Begriff «**soupçon**» und nicht «doute» zu verwenden, wenn man sich am Wortlaut der französischen Fassung des Art. 9 GwG orientiert.[666] Auch die **Quellen**, auf welche sich das Bundesgericht stützt, wurden nicht sorgfältig interpretiert, denn die vom Bundesgericht gewählte Argumentation wird von De Capitani und Thelesklaf gar nicht so aufgebracht. Wie Kuster festhält, ist gemäss Thelesklaf ein Verdacht erst dann begründet, wenn dieser auf sorgfältigen Abklärungen gemäss Art. 6 Abs. 2 GwG beruht. Luchsinger weist darauf hin, dass sich aus der Empfehlung der vom Bundesgericht zitierten Autoren, im Zweifel eine Meldung nach Art. 9 GwG abzusetzen, eine Herabsetzung der Schwelle der Meldepflicht nicht ableiten lässt.[667]

38 Mit Urteil vom 18. März 2015 hat das Bundesstrafgericht das Auslösen der Meldepflicht dahingehend präzisiert, dass ein Verdacht immer dann begründet ist, wenn die besonderen Abklärungen gemäss Art. 6 GwG die Vermutung, dass die Vermögenswerte mit einer Straftat in Zusammenhang stehen, nicht widerlegen können. Denn nach erfolgten Abklärungen ergibt sich: Entweder ist die verdächtig erscheinende Transaktion plausibilisiert und in Ordnung, oder der Verdacht des Finanzintermediärs ist begründet und gemäss Meldepflicht an die MROS zu übermitteln.[668] Das Bundesgericht stützte sich in seinem Urteil vom 21. März 2018 auf diese Präzisierung des Bundesstrafgerichts: «*Wenn im Rahmen von Hintergrundabklärungen nach Art. 6 Abs. 2 GwG … der Verdacht nicht ausgeräumt werden kann, so gilt er ohne weiteres als begründet*»[669]. Diese **jüngste Rechtsprechung klärt das Missverständnis**, welches durch das Urteil vom 27. November 2008 entstanden ist. Mit Urteil vom 11. Januar 2021 hielt das Bundesgericht zwar fest, dass der Begriff des «begründeten Verdachts» durchaus diskussions- und auslegungsbedürftig ist und nicht bestritten werden kann, dass die

665. BGer 4A_313/2008 vom 27.11.2008 E. 4.2.2.3; BSK-Ivell, Art. 9 GwG N. 22.
666. Kuster, S. 8 (Fn. 34).
667. Kuster, S. 8 f.; SHK-Luchsinger, Art. 9 GwG N. 33; BSK-Ivell, Art. 9 GwG N. 22; Schmid EOVG-II-De Capitani, Art. 9 GwG N. 37 und 43 ff.; OFK-Thelesklaf, Art. 9 GwG N. 10.
668. BStGer SK.2014.14 vom 18.3.2015 E. 4.5.1.1 und 4.5.2.1.
669. BGer 1B_433/2017 vom 21.3.2018 E. 4.9.

Rechtsprechung den Wortlaut von Art. 9 GwG progressiv ausgelegt hatte. Das Bundesgericht besann sich jedoch auf die ursprüngliche Konzeption und wies ebenfalls darauf hin, dass bereits in der Botschaft zum GwG von 1996 der Gedanke zum Ausdruck gebracht wurde, dass Verdachtsmomente, die nach Abschluss des Abklärungsverfahrens nicht ausgeräumt werden können, zu melden sind. Dieser Ansatz entspricht der Logik des GwG, insbesondere mit Blick auf Art. 6 GwG, sowie dem Zweck des Gesetzes, die Aufdeckung und Einziehung der betroffenen Vermögenswerte zu ermöglichen.[670]

39 Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts deckt sich (nun) auch mit der **Interpretation der FINMA** gemäss ihrem Jahresbericht 2017: «*Ein begründeter Verdacht besteht, wenn die Ergebnisse dieser besonderen Abklärungen [gemäss Art. 6 Abs. 2 GwG] die Vermutung nicht entkräften können, dass die Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren. Der Finanzintermediär muss solche Geschäftsbeziehungen bei der Meldestelle für Geldwäscherei melden (Meldepflicht nach Art. 9 GwG; siehe Entscheide des Bundesstrafgerichts SK 2017.54 vom 19. Dezember 2017 und SK.2014.14 vom 18. März 2015, E. 4.5.1.1). Sind die Voraussetzungen für eine Meldepflicht unklar, darf der Finanzintermediär trotzdem eine Meldung erstatten (Melderecht nach Art. 305ter Abs. 2 StGB).*»[671]

### b. Parlamentarische Beratung zur Aufnahme einer Definition

40 In der eidgenössischen parlamentarischen Beratung wurde darauf hingewiesen, dass die vorsätzliche Missachtung der Meldepflicht für den betroffenen Finanzintermediär zu einer Busse von bis zu 500‘000 Franken (Art. 37 Abs. 1 GwG) oder einem Berufsverbot (Art. 33 FINMAG) führen kann. Gerade deshalb müsse der begründete Verdacht vom Gesetzgeber definiert werden. Im Zweifelsfall habe sich der Finanzintermediär jeweils für eine Geldwäschereimeldung an die MROS entschieden, wodurch die Meldestelle überlastet wurde.[672]

41 Betreffend die konkrete Definition wurden verschieden strenge **Varianten** diskutiert. Schliesslich hat man sich an der geltenden Bundesgerichtspraxis orientiert. Der Finanzintermediär müsse bei Vorliegen konkreter Hinweise

670. BGer 6B_786/2020 vom 11.1.2021 E. 2.1.3 und 2.3.2; vgl. auch BGE 144 IV 391 E. 3.4 sowie BGE 142 IV 276 E. 5.4.2.
671. Jahresbericht FINMA 2017, S. 31.
672. Siehe Beratungen des Nationalrats vom 1.3.2021.

eine Meldung erstatten, wenn er seinen begründeten Verdacht mittels zusätzlicher Abklärungen nicht ausräumen kann. Dabei ginge es um die Entkräftung des Anhaltspunkts oder des konkreten Hinweises auf Geldwäscherei.[673]

Es wurde betont, dass der Finanzintermediär angemessene Abklärungen zu treffen hat, im Rahmen der ihm zur Verfügung stehenden **Mittel und Ressourcen**, denn er hätte keine polizeilichen oder untersuchungsrichterlichen Befugnisse.[674] Dem ist zuzustimmen. Er muss einschlägige Beobachtungen weitergeben. Gleichwohl ist von ihm nicht dieselbe Abklärungstiefe wie von Strafverfolgungsbehörden zu erwarten. Der Finanzintermediär beziehungsweise der bei ihm tätige Compliance Officer ist kein Staatsanwalt.[675] 42

### c. Definition gemäss Art. 9 Abs. 1$^{quater}$ revGwG

Die Lehre war sich im Vorfeld der jüngsten GwG-Revision einig, dass die unscharfe Abgrenzung zwischen Melderecht und Meldepflicht sowie die verschiedenen Verdachtsstufen einer Klärung bedürfen. Betreffend die Umsetzung dieser Klärung wurden verschiedene Ansätze präsentiert. Thelesklaf forderte, den in Art. 9 GwG kodifizierten Begriff «begründet» zu streichen.[676] Gemäss Luchsinger sei eine neue, klare Definition der Voraussetzungen der Meldepflicht sowie gegebenenfalls auch des Melderechts unabdingbar.[677] Zulauf und Hutzler sprachen sich für die Abschaffung des Melderechts und eine Aufteilung der Meldepflicht in Primär- und Sekundärmeldungen auf.[678] 43

Schliesslich wurde das Melderecht beibehalten und der folgende neue Abs. 1$^{quater}$ **kodifiziert**: 44

*In den Fällen nach Absatz 1 liegt ein begründeter Verdacht vor, wenn der Finanzintermediär einen konkreten Hinweis oder mehrere Anhaltspunkte hat,*

673. Siehe Beratungen des Ständerats vom 10.3.2021.
674. Siehe Beratungen des Ständerats vom 10.3.2021.
675. Bommer, S. 352; Tanner, S. 12 f. Das Bundesgericht äusserte sich in BGE 136 IV 188 erstmals zur Frage, ob Geldwäscherei von Finanzintermediären auch durch Unterlassung begangen werden kann und bejahte diese.
676. OFK-Thelesklaf, Art. 9 GwG N. 1.
677. SHK-Luchsinger, Art. 9 GwG N. 35.
678. Zulauf/Hutzler, recht 2019, S. 235 ff.

*dass für die in die Geschäftsbeziehung involvierten Vermögenswerte Absatz 1 Buchstabe a erfüllt sein könnte, und dieser Verdacht aufgrund zusätzlicher Abklärungen gemäss Artikel 6 nicht ausgeräumt werden kann.*

### d. Einschätzung der Rechtssicherheit der neu statuierten Definition

45 Mit der jüngsten GwG-Revision ist nun **kodifiziert**, dass ein Verdacht, welcher auf einem konkreten Hinweis oder mehreren Anhaltspunkten basiert, dann zu einer Meldepflicht führt, sofern der Verdacht mittels zusätzlicher Abklärungen nicht ausgeräumt werden kann.

46 Tatsächlich führt eine genügende gesetzliche Grundlage zu mehr **Rechtssicherheit** für den Finanzintermediär, weshalb eine an Art. 20 Abs. 1 GwV angelehnte Definition zu begrüssen ist.[679]

47 Hingegen ist der Finanzintermediär weiterhin zu einer Meldung gemäss Art. 305ter Abs. 2 StGB **berechtigt**, wenn die Voraussetzungen für eine Meldepflicht unklar sind und in diesem Sinne ein gewisses Unbehagen bleibt.[680] Mit der neu statuierten Definition und der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts hat die Bedeutung des Melderechts abgenommen.

## D. Informationsverbot

48 Die jüngste GwG-Revision betraf auch das Informationsverbot gemäss **Art. 10a GwG**. Der revidierte Absatz 3 lautet wie folgt:

*Der Finanzintermediär darf einen anderen diesem Gesetz unterstellten Finanzintermediär ebenfalls darüber informieren, dass er eine Meldung nach Artikel 9 dieses Gesetzes oder nach Artikel 305ter Absatz 2 StGB erstattet hat, soweit dies zur Einhaltung der Pflichten gemäss diesem Gesetz erforderlich ist und sofern beide Finanzintermediäre:*

*a. für einen Kunden aufgrund einer vertraglich vereinbarten Zusammenarbeit gemeinsame Dienste im Zusammenhang mit dessen Vermögensverwaltung erbringen; oder*

*b. dem gleichen Konzern angehören.*

49 Neu wird auch die Meldung gemäss Art. 305ter Abs. 2 StGB explizit erwähnt. Der Finanzintermediär darf somit unter gewissen Umständen sowohl über

679. Tanner, S. 9 f.

Meldungen gestützt auf die Meldepflicht als auch gestützt auf das **Melderecht** informieren.[681]

Mit der Ergänzung des Melderechts wurde eine aus praktischer Sicht relevante Lücke geschlossen. Bei Finanzintermediären innerhalb des **gleichen Konzerns** herrschte stets Unsicherheit darüber, ob, wie und welche Informationen sie im Falle einer Meldung nach Art. 305$^{ter}$ Abs. 2 StGB teilen dürfen. 50

## E. Meldung bei Abbruch der Geschäftsbeziehung

Aus praktischer Sicht stellt sich oft die Frage, welchen **Handlungsspielraum** der Finanzintermediär hat, um sich von seinem Vertragspartner zu trennen, ohne gegen die Meldepflicht oder das Melderecht zu verstossen. 51

In Folge der jüngsten GwG-Revision wurden auch die GwV und die GwV-FINMA betreffend die Pflichten bei Verdacht auf Geldwäscherei entsprechend revidiert. Dabei wurden die Bestimmungen über den Abbruch der Geschäftsbeziehung gemäss Art. 32 aGwV-FINMA vom Bundesrat auf **Stufe GwV**[682] festgehalten.[683] 52

Nach erfolgter Meldung darf der Finanzintermediär die Geschäftsbeziehung nicht von sich aus abbrechen (Art. 12a Abs. 1 GwV, Art. 32 Abs. 3 aGwV-FINMA) und hat Kundenaufträge weiter auszuführen (Art. 9a Abs. 1 GwG). Erst sofern die MROS dem Finanzintermediär nicht innert 40 Arbeitstagen mitteilt, dass sie die gemeldeten Informationen einer Strafverfolgungsbehörde übermittelt, darf die Geschäftsbeziehung abgebrochen werden (Art. 9b Abs. 1 GwG i.V.m. Art. 12a Abs. 1 GwV). Der Abbruch der Geschäftsbeziehung und das Datum des Abbruchs sind der Meldestelle unverzüglich mitzuteilen (Art. 9b Abs. 3 GwG). Der **Rückzug bedeutender Vermögenswerte** ist dann nur in einer Form zu gestatten, die es den Strafverfolgungsbehörden erlaubt, deren Spur weiterzuverfolgen (Art. 9b Abs. 2 GwG). Auch im Falle einer Nichtmeldung nach Melderecht besteht diese Pflicht (Art. 12b Abs. 2 GwV). 53

Dem Finanzintermediär ist es zudem untersagt, sowohl eine zweifelhafte Geschäftsbeziehung (für welche er entscheidet, das Melderecht nicht in 54

680. Jahresbericht FINMA 2017, S. 31.

681. Botschaft GwG Revision 2019, S. 5516.

682. Art. 1 lit. a$^{bis}$ GwV: Diese Verordnung regelt die Pflichten bei Geldwäschereiverdacht (Art. 9–11 GwG), welche die Finanzintermediäre nach Artikel 2 Absätze 2 und 3 erfüllen müssen.

Anspruch zu nehmen, obwohl die Voraussetzungen erfüllt sind) abzubrechen, wie auch den Abzug bedeutender Vermögenswerte zuzulassen, wenn konkrete Anzeichen bestehen, dass **behördliche Sicherstellungsmassnahmen** unmittelbar bevorstehen (Art. 12a Abs. 2 GwV; Art. 32 Abs. 2 aGwV-FINMA).

55 Die Erstellung eines sogenannten **No-AML Reports** ist neu in Art. 22a Abs. 2 GwV-FINMA geregelt (Art. 31 aGwV-FINMA): Erstattet der Finanzintermediär keine Verdachtsmeldung basierend auf dem Melderecht (Art. 305ter Abs. 2 StGB), weil er den Verdacht aufgrund zusätzlicher Abklärungen gemäss Art. 6 GwG ausräumen konnte, so dokumentiert er die durchgeführten Abklärungen und seine Schlussfolgerungen in geeigneter Weise (Art. 7 GwG). Dabei hat er festzuhalten, weshalb er den Verdacht ausgeräumt und auf sein Melderecht verzichtet hat.[684] Neu ist ein solcher No-AML Report für alle zweifelhaften Geschäftsbeziehungen zu erstellen, nicht nur für solche mit bedeutenden Vermögenswerten.

56 Nach Abbruch der Geschäftsbeziehung stellt sich die Frage, ob die Meldepflicht und das Melderecht andauern und falls ja, wie lange.

57 Mit der Geschäftsbeziehung **endet** auch die Pflicht zur Meldung gemäss Art. 9 Abs. 1 GwG.[685] Ivell weist diesbezüglich zu Recht auf den Wortlaut der Norm und «die in die Geschäftsbeziehung involvierten Vermögenswerte» hin. Demnach bedürfte eine Meldepflicht nach Beendigung der Geschäftsbeziehung einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage.[686] Zudem würde gemäss Reinle ein anderes Ergebnis mit Blick auf Art. 37 Abs. 2 GwG (Fahrlässige Verletzung der Meldepflicht) zu einer unzumutbaren Belastung für den Finanzintermediär und damit einem stossenden Ergebnis führen.[687]

58 Das Melderecht gemäss Art. 305ter Abs. 2 StGB **besteht hingegen** auch nach Abbruch der Geschäftsbeziehung (zeitlich unbeschränkt) weiter. Auch hier ist zunächst auf den Wortlaut der Norm abzustellen. Die Vermögenswerte müssen nicht in eine Geschäftsbeziehung involviert sein.[688] Ivell weist zudem

683. Erläuternder Bericht zur Änderung der GwV 2021, S. 9 ff.
684. Erläuterungsbericht zur Teilrevision der GwV-FINMA 2022, S. 13 f.
685. BSK-Ivell, Art. 9 GwG N. 100 f.; Reinle, Rz. 341; Lutz/Kern, S. 97 und 105; Schmid EOVG-II-De Capitani, Art. 9 GwG N. 50; Macaluso/Garbarski, S. 1318 und 1326; a. M.: OFK-Thelesklaf, Art. 9 GwG N. 8.
686. BSK-Ivell, Art. 9 GwG N. 100 f.; a.M. OFK-Thelesklaf, Art. 9 GwG N. 8.
687. Reinle, Rz. 341.

darauf hin, dass zeitliche Vorgaben mit dem Konzept einer freiwilligen Meldung nicht vereinbar wären.[689]

## F. Adressat und Form der Meldung

Adressat der Meldung ist die **MROS** im Bundesamt für Polizei (fedpol). Sie nimmt Meldungen der verschiedenen Finanzmarktakteure entgegen, führt Abklärungen zu den gemeldeten Vorgängen durch und entscheidet, ob und welche der gemeldeten Informationen an die Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden (Art. 23 GwG; Art. 1 Abs. 2 MGwV). 59

Per 1. Januar 2020 hat die MROS für den Verkehr mit der Meldestelle (bspw. das Einreichen von Geldwäschereimeldungen) das Online-Portal «**goAML**» eingeführt. Wer Meldungen nicht über dieses Informationssystem übermittelt, hat das bereitgestellte Formular zu verwenden und die Meldung gesichert zu übermitteln (Art. 3a Abs. 3 MGwV).[690] Meldeformulare per Post sind somit nach wie vor möglich, aber bei Nachmeldung von Informationen (Art. 11a GwG) ist goAML zu verwenden. In den Erläuterungen zur Teilrevision MGwV wird dem Finanzintermediär empfohlen, auch zur Einreichung der initialen Meldung goAML zu verwenden.[691] 60

Im Rahmen der **nächsten GwG-Revision**[692] schlägt der Bundesrat einen neuen Art. 23 Abs. 7 GwG vor, mit folgendem Wortlaut: *«Der Verkehr mit der Meldestelle erfolgt über das Datenbearbeitungssystem nach Absatz 3. Das Bundesamt für Polizei (fedpol) bestimmt den Datenstandard der Informationen, welche über das Datenbearbeitungssystem übermittelt werden»*.[693] Um die Datenqualität weiter zu verbessern, soll ausschliesslich goAML verwendet werden und die MROS soll dabei den Datenstandard festlegen dürfen.[694] 61

688. Komm. Kriminelles Vermögen-Hutzler, Art. 9 GwG N. 160; Reinle, Rz. 358 f.; Schmid EOVG-II-Schmid, Art. 305ter StGB N. 293; Schmid EOVG-II-de Capitani, Art. 9 GwG N. 18 und N. 50 (Fn. 92a); BSK-Ivell, Art. 9 GwG N. 101.
689. BSK-Ivell, Art. 9 GwG N. 124.
690. OFK-Thelesklaf, Art. 9 GwG N. 5.
691. Erläuterungen Teilrevision MGwV 2019, S. 15; BSK-Ivell, Art. 9 GwG N. 163.
692. Mit der nächsten GwG-Revision ist der Gesetzesentwurf zur Stärkung der Geldwäschereibekämpfung des Bundesrats vom 30.8.2023 gemeint, welcher sich aktuell in der Vernehmlassung befindet.
693. Vernehmlassungsvorlage Transparenzregister 2023, S. 38.
694. Jahresbericht MROS 2022, S. 13 f.; Erläuternder Bericht Transparenzregister 2023, S. 135 f.

## G. Frist für Analyse der Meldungen

62 Das **alte Recht** sah unterschiedliche Fristen für die Analyse der Meldungen durch die MROS vor. Dies führte bei den Finanzintermediären zu Unsicherheiten beim (weiteren) Umgang mit Geschäftsbeziehungen, bei welchen sie das Melderecht in Anspruch genommen hatten.

63 Der Art. 23 Abs. 5 aGwG sah vor, dass die MROS den Finanzintermediär innert **20 Arbeitstagen** darüber informiert, ob sie die Meldung nach Art. 9 Abs. 1 lit. a GwG an eine Strafverfolgungsbehörde weiterleitet oder nicht. Gemäss Art. 23 Abs. 6 aGwG hatte die MROS für die Analyse einer Meldung nach Art. 305$^{ter}$ Abs. 2 StGB jedoch keine Frist.

64 Auch seitens der MROS war die damalige Regelung **nicht zufriedenstellend**. Die Antwortzeit der MROS betrug im Schnitt 27 Arbeitstage, ohne die Zeit für die Vorbereitung und Auswertung. Darüber hinaus ist zu beachten, dass die MROS allenfalls zusätzliche Informationen gemäss Art. 11a GwG einholen muss, gegebenenfalls sogar bei Gegenstellen im Ausland.[695]

65 Um der Realität besser Rechnung zu tragen und der MROS den notwendigen Spielraum zu verschaffen, damit sie gravierende Verdachtsmeldungen priorisieren kann, wurde, auch vor dem Hintergrund der steigenden Zahl der Meldungen pro Jahr, die Frist auf **40 Arbeitstage** verlängert.[696] Gleichzeitig wurden die Unsicherheiten der Finanzintermediäre mit Blick auf das Melderecht beseitigt, indem neu die MROS auch für die Analyse einer Meldung nach Art. 305$^{ter}$ Abs. 2 StGB eine Frist von 40 Arbeitstagen hat (Art. 9b Abs. 1 GwG i.V.m. Art. 23 Abs. 5 GwG).

*Die vorliegende Kommentierung gibt lediglich die Interpretationen und Ansichten der Autorenschaft wieder. Es können keine Rückschlüsse auf die Praxis der Arbeitgeberinnen der Autorenschaft gezogen werden.*

## LITERATURVERZEICHNIS

Ackermann Jürg-Beat, Teil 2, Allgemeiner Teil des Wirtschaftsstrafrechts / § 4 Tatbestandsmässigkeit / V.–VI. / A.–B., in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2021, S. 129–142.

695. Botschaft GwG Revision 2019, S. 5479; Jahresbericht MROS 2017, S. 21.
696. Botschaft GwG Revision 2019, S. 5480.

Ackermann Jürg-Beat, Geldwäscherei – Money Laundering, Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz, Zürich 1992 (zitiert Ackermann Geldwäscherei).

Arzt Gunther, Zur Rechtsnatur des Art. 305ter StGB, SJZ 1990, S. 189–192.

Beuret Arnaud, Das Bankkundengeheimnis und die Geldwäschereibekämpfung, in: Jusletter 16.4.2018.

Bommer Felix, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010, ZBJV 151 (2015), S. 350–374.

Boog Markus, Kommentierung zu Art. 251 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019.

Cassani Ursula, Kommentierung zu Art. 305ter, Commentaire du droit pénal suisse, Code pénal suisse, partie spéciale, Vol. 9, Crimes ou délits contre l'administration de la justice: Art. 303–311 CP, Bern 1996.

de Capitani Werner, Kommentierung zu Art. 9 GwG, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, Zürich 2002.

de Capitani Werner, Zum Identifikationsverfahren bei Kontoeröffnungen aus dem Ausland, SJZ 89 (1993), S. 21–27.

Dietzi Hanspeter, Der Bankangestellte als eidgenössisch konzessionierter Sherlock Holmes? – Der Kampf gegen die Geldwäscherei aus der Optik des Ersten Rechtskonsulenten einer Grossbank, in: Pieth Mark (Hrsg.), Bekämpfung der Geldwäscherei – Modellfall Schweiz?, Basel et al. 1992.

Donatsch Andreas/Thommen Marc/Wohlers Wolfgang, Art. 305ter StGB, in: Jositsch Daniel (Hrsg.), Zürcher Grundrisse des Strafrechts, Strafrecht IV, 5. Aufl., Zürich et al. 2017.

Egger Tanner Christine, Die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei, Zürich 1999.

Graber Christoph K., Geldwäscherei: ein Kommentar zu Art. 305bis und 305ter StGB, Bern 1990.

Graber Christoph K./Oberholzer Dominik, Das neue GwG, 3. Aufl., Zürich 2009.

Grüninger Philippe, Die Strafbarkeit der Verletzung von Sorgfaltspflichten bei Finanzgeschäften: Art. 305ter Abs. 1 StGB, Zürich 2005.

Hutzler Doris, Kommentierung zu Art. 9 GwG, in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen: Einziehung – Kriminelle Organisation – Finanzierung des Terrorismus – Geldwäscherei, 2 Bd., Zürich 2018.

Ivell Katrin, Kommentierung zu Art. 9 GwG, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar zum Geldwäschereigesetz, Basel 2021.

Kistler Marlène, La vigilance requise en matière d'opérations financières, Lausanne 1994.

Kunz Michael, Die strafrechtliche Garantenstellung von Bankorganen bei der Geldwäscherei, in: Jusletter 14.2.2011.

Kuster Matthias, Zur Abgrenzung des Melderechts nach Art. 305er Abs. 2 StGB von der Meldepflicht nach Art. 9 GwG, in: Jusletter 26.6.2017.

Luchsinger Roland J., Kommentierung zu Art. 9 GwG, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Geldwäschereigesetz (GwG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2017.

Lutz Peter/Kern Martin, Geldwäscherei und das qualifizierte Steuervergehen von Art. 305bis Ziff. 1bis StGB, SJZ 2017, S. 97–106.

Macaluso Alain/Garbarski Andrew, Pratique juridique actuelle, AJP 2016, S. 1318–1326.

Ordolli Stiliano, Kommentierung zu Art. 37 GwG, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), GwG Kommentar (AMLA Commentary), Schweizerisches Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen (Swiss Anti-Money Laundering Act with other Laws), 3. Aufl., Zürich 2019.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 305ter StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019.

Pieth Mark/Schultze Marlen, Kommentierung zu Art. 305ter StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021.

Reinle Michael, Die Meldepflicht im Geldwäschereigesetz, Zürich/St. Gallen 2007.

Schauwecker Marc-André Beat, Steuerdelikte als Vortaten zur Geldwäscherei und deren Konsequenzen für Finanzintermediäre, Basel 2016.

Schmid Niklaus, Kommentierung zu Art. 305ter StGB, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, Zürich 2002.

Schmid Niklaus, Anwendungsfragen der Straftatbestände gegen die Geldwäscherei, vor allem StGB Art. 305bis, in: SAV (Hrsg.), Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht, Zürich 1991, S. 111–130 (zitiert Schmid, Anwendungsfragen).

Stiglitz Joseph E./Pieth Mark, Die Schattenwirtschaft überwinden, Berlin Januar 2017, https://library.fes.de/pdf-files/iez/13083.pdf, besucht am 14.10.2023.

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 7. Aufl., Bern 2013.

Tanner André, Der bankinterne Compliance Officer, in: Jusletter 30.9.2019.

Thelesklaf Daniel, Kommentierung zu Art. 9 GwG, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), GwG Kommentar (AMLA Commentary), Schweizerisches Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen (Swiss Anti-Money Laundering Act with other Laws), 3. Aufl., Zürich 2019.

Trechsel Stefan, Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937: Kurzkommentar, Zürich 1997.

von Rotz Madeleine, Die Garantenstellung und die Garantenpflicht des Compliance Officers einer Bank, Zürich 2019.

Zuberbühler Daniel, Pflichten der Banken und Finanzinstitute zur Bekämpfung der Geldwäscherei, Konsequenzen aus den Empfehlungen der FATF, in: SAV (Hrsg.), Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht, Zürich 1991, S. 65–91.

Zulauf Urs, Gläubigerschutz und Vertrauensschutz – Zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz, Bern/Basel 1994.

Zulauf Urs/Hutzler Doris, Der begründete und der einfache Verdacht – Ein Vorschlag zur Reform des Geldwäschereimeldewesens in der Schweiz, recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 2019, S. 221–239.

Zwiefelhofer Thomas, Die Sorgfaltspflichten des liechtensteinischen Geldwäschereirechts verglichen mit den entsprechenden Bestimmungen des schweizerischen Rechts, St. Gallen/Zürich 2007.

## MATERIALIENVERZEICHNIS

Beratungen des Ständerats vom 10.3.2021, abrufbar unter: https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=52177, besucht am 18.10.2023 (zitiert Beratungen des Ständerats vom 10.3.2021).

Beratungen des Nationalrats vom 1.3.2021, abrufbar unter: https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=51792, besucht am 18.10.2023 (zitiert Beratungen des Nationalrats vom 1.3.2021).

Beratung des Nationalrats vom 27.11.1989, abrufbar unter: https://www.parlament.ch/centers/documents/de/verhandlungen-89043-1989-d-f.pdf, besucht am 11.4.2024 (zitiert Beratung des Nationalrats vom 27.11.1989).

Erster nationaler Bericht über die Risiken der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, Bericht der interdepartementalen Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung (KGGT) vom 5.6.2015, abrufbar unter: https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-57750.html, besucht am 4.2.2024 (zitiert Bericht KGGT 2015).

Zweiter nationaler Bericht über die Risiken der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, Bericht der interdepartementalen Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung (KGGT) vom 29.10.2021, abrufbar unter: https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/dokumentation/fachinformationen/bericht_kggt.html, besucht am 4.2.2024 (zitiert Bericht KGGT 2021).

Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 26.6.2019, BBl 2019 5451 ff., abrufbar unter: www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/1932/de, besucht am 18.10.2023 (zitiert Botschaft GwG Revision 2019).

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Einziehungsrechts, Strafbarkeit der kriminellen Organisation, Melderecht des Financiers) vom 30.06.1993, BBl 1993 III 277 ff., abrufbar unter: www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1993/3_277_269_193/de, besucht am 18.10.2023 (zitiert Botschaft Melderecht 1993).

Botschaft über die Änderung des schweizerischen Strafgesetzbuches (Gesetzgebung über Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften) vom 12.6.1989, BBl 1989 II 1061, abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1989/2_1061_961_837/de, besucht am 18.10.2023 (zitiert Botschaft StGB 1989).

Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens betreffend das Bundesgesetz über die Transparenz juristischer Personen und die Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Personen, 30.8.2023, abrufbar unter: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/82297.pdf, besucht am 18.10.2023 (zitiert Erläuternder Bericht Transparenzregister 2023).

Erläuterungsbericht der FINMA zur Teilrevision GwV-FINMA, 8.3.2022, abrufbar unter: https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerungen/laufende-anhoerungen/20220308---gwv---finma/20220308_anhoerung_gwv_finma_erlaeuterungsbericht.pdf?sc_lang=de&hash=15FE08B10BBB36D0162234C261E4B949, besucht am 18.10.2023 (zitiert Erläuterungsbericht zur Teilrevision der GwV-FINMA 2022).

Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage zur Änderung der GwV, 1.10.2021, abrufbar unter: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/68406.pdf, besucht am 18.10.2023 (zitiert Erläuternder Bericht zur Änderung der GwV 2021).

Erläuterungen zur Teilrevision der MGwV, 27.11.2019, abrufbar unter: https://www.ejpd.admin.ch/dam/fedpol/de/data/kriminalitaet/geldwaescherei/vo-

anpassung/erlaeuterungen-mgwv-d.pdf.download.pdf/erlaeuterungen-mgwv-d.pdf, besucht am 18.10.2023 (zitiert Erläuterungen Teilrevision MGwV 2019).

Erläuterungsbericht der FINMA zur Teilrevision der GwV-FINMA, 4.9.2017, abrufbar unter: https://www.finma.ch/de/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/anhoerungen/laufende-anhoerungen/rs-gwv/20170904-eb-gwv-finma.pdf?sc_lang=de&hash=1E297912C77FB5F8594C2B1A86E6D26B, besucht am 18.10.2023 (zitiert Erläuterungsbericht zur Teilrevision der GwV-FINMA 2017).

Jahresbericht der MROS 2022, abrufbar unter: https://www.fedpol.admin.ch/dam/fedpol/de/data/kriminalitaet/geldwaescherei/jabe/jb-mros-2022.pdf.download.pdf/jb-mros-2022-d.pdf, besucht am 18.10.2023 (zitiert: Jahresbericht MROS 2022).

Jahresbericht der FINMA 2017, abrufbar unter: https://www.finma.ch/~/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/geschaeftsbericht/20180327-jahresbericht-2017.pdf, besucht am 1.5.2024 (zitiert: Jahresbericht FINMA 2017).

Jahresbericht der MROS 2017, abrufbar unter:https://www.fedpol.admin.ch/dam/fedpol/de/data/kriminalitaet/geldwaescherei/jabe/jb-mros-2017-d.pdf.download.pdf/jb-mros-2017-d.pdf, besucht am 18.10.2023 (zitiert: Jahresbericht MROS 2017).

Praxis der MROS, Eine Zusammenfassung der Praxis seit 2004, März 2016, abrufbar unter: https://www.fedpol.admin.ch/dam/fedpol/de/data/kriminalitaet/geldwaescherei/praxis-berichte/mros-die-praxis-d.pdf.download.pdf/mros-die-praxis-d.pdf, besucht am 18.10.2023 (zitiert: Praxis MROS 2016).

Stellungnahme der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) zur Änderung des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (GwG) vom 14.9.2018, abrufbar unter: https://www.swissbanking.ch/_Resources/Persistent/d/c/6/3/dc634cc6fd7cd84dc93989e67f3d253a6584b5dd/SBVg_Stellungnahme_Revision_GwG.pdf, besucht am 18.10.2023 (zitiert Stellungnahme SBVg).

Vernehmlassungsvorlage betreffend das Bundesgesetz über die Transparenz juristischer Personen und die Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Personen (Gesetz über die Transparenz juristischer Personen; TJPG), 30.8.2023, abrufbar unter: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/82295.pdf, besucht am 18.10.2023 (zitiert Vernehmlassungsvorlage Transparenzregister 2023).

KOMMENTIERUNG ZU

# Art. 321ter StGB

Eine Kommentierung von Aaron Steiner / Peter Szabo

ZITIERVORSCHLAG

Aaron Steiner/Peter Szabó, Kommentierung zu Art. 321ter StGB, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (Hrsg.), Onlinekommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Steiner/Szabó, Art. 321ter StGB N. XXX.

**Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses**

**Art. 321ter**

1 Wer als Beamter, Angestellter oder Hilfsperson einer Organisation, die Post- oder Fernmeldedienste erbringt, einem Dritten Angaben über den Post-, Zahlungs- oder den Fernmeldeverkehr der Kundschaft macht, eine verschlossene Sendung öffnet oder ihrem Inhalt nachforscht, oder einem Dritten Gelegenheit gibt, eine solche Handlung zu begehen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

2 Ebenso wird bestraft, wer eine nach Absatz 1 zur Geheimhaltung verpflichtete Person durch Täuschung veranlasst, die Geheimhaltungspflicht zu verletzen.

3 Die Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses ist auch nach Beendigung des amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses strafbar.

4 Die Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses ist nicht strafbar, soweit sie zur Ermittlung des Berechtigten erforderlich ist.

[5] Vorbehalten bleiben Artikel 179$^{octies}$ sowie die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde.

# GLIEDERUNG

I. Allgemeines ... 158
A. Entstehungsgeschichte ... 158
B. Geschütztes Rechtsgut ... 158
C. Verhältnis zu verwandten Normen ... 162
II. Objektiver Tatbestand ... 162
A. Täterkreis ... 162
B. Tathandlung (Abs. 1) ... 163
C. Mittelbare Täterschaft (Abs. 2) ... 164
III. Subjektiver Tatbestand ... 164
IV. Rechtswidrigkeit (Abs. 4) ... 164
V. Konkurrenzen und Vorbehalte (Abs. 5) ... 165
A. Konkurrenzen ... 165
B. Vorbehalt zugunsten Art. 179octies und der Zeugnis-/Auskunftspflicht ... 166
VI. Sanktion ... 166
Literaturverzeichnis ... 166
Materialienverzeichnis ... 167

# I. ALLGEMEINES

## A. Entstehungsgeschichte

1 Art. 321ter StGB wurde mit Erlass des neuen Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 ins **Kernstrafrecht** des StGB eingefügt.[697] Bis zum 1. Januar 1998 fand sich der strafrechtliche Schutz des Post- und Fernmeldegeheimnisses im Nebenstrafrecht: das Postgeheimnis war in Art. 57 des Postverkehrsgesetzes vom 2. Oktober 1924 (aPVG) verankert, das Fernmeldegeheimnis seit 1991 in Art. 53 i.V.m. Art. 15 des damaligen Fernmeldegesetzes (aFMG).[698] Mit der Liberalisierung des Post- und Fernmeldemarktes wurden die einschlägigen Strafnormen ohne wesentliche materielle Änderung in das Kernstrafrecht überführt. Der Bundesrat begründete diesen Wechsel mit der «steigenden Bedeutung des Fernmeldegeheimnisses».[699]

2 Mit dem Wegfall des PTT-Monopols und der Zulassung privater Anbieter musste die Geheimhaltungspflicht – und ihre Strafbewehrung – auf einen erheblich erweiterten **Adressatenkreis** ausgedehnt werden. Die Bestimmung erfasst denn auch sämtliche Mitarbeitenden konzessionierter wie nicht konzessionierter Anbieter, soweit diese Post- oder Fernmeldedienste erbringen.[700] Im Verhältnis zum Berufsgeheimnis stellt Art. 321ter StGB eine spezialisierte Erweiterung dar, die den Schutz des Fernmeldeverkehrs strafrechtlich auf einer dem Art. 321 StGB vergleichbaren Schutzhöhe ansiedelt.[701]

## B. Geschütztes Rechtsgut

3 Art. 321ter StGB sichert sowohl den **institutionellen** Schutz des Post- und Fernmeldeverkehrs als Einrichtung als auch die Privatsphäre der einzelnen

697. Eingefügt durch Anhang Ziff. 2 des Fernmeldegesetzes vom 30.4.1997, in Kraft seit 1.1.1998 (AS 1997 2187; BBl 1996 III 1405).
698. Vgl. Art. 57 des Postverkehrsgesetzes vom 2.10.1924 (aPVG; in Kraft bis 31.12.1997) sowie Art. 53 i.V.m. Art. 15 des Fernmeldegesetzes vom 21.6.1991 (aFMG); dazu Rehberg, AJP 1998, S. 562 f.
699. Botschaft 1996, S. 1453.
700. Botschaft 1996, S. 1441.
701. BSK-Oberholzer, Art. 321ter StGB N. 1; OFK-Isenring, Art. 321ter StGB N. 1; PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 321ter StGB N. 1; CR CP II-Werly, Art. 321ter StGB N. 4.

Kommunikationsteilnehmenden. Das Bundesgericht hält in BGer 6B_182/2018 explizit fest, die Bestimmung schütze «in Anlehnung an Art. 321 StGB [...] auch die Privatsphäre» der Kommunizierenden.[702]

**Schutzobjekt** sind «Angaben über den Post-, Zahlungs- oder den Fernmeldeverkehr der Kundschaft». Die Formulierung umfasst Informationen über Inhalte und über das Kommunikations- bzw. Zahlungsverhalten gleichermassen. Mit dem Einbezug des postalischen Zahlungsverkehrs hat der Gesetzgeber – über den verfassungsrechtlichen Kerngehalt des Fernmeldegeheimnisses (Art. 13 Abs. 1 BV) hinaus – eine Annäherung an das Bankgeheimnis nach Art. 47 BankG vorgenommen.[703] 4

Die Strafnorm gibt dem in Art. 13 Abs. 1 BV verbürgten Schutz des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs ein strafrechtliches Pendant.[704] Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung zur strafprozessualen Überwachung klargestellt, dass das verfassungsmässige Fernmeldegeheimnis auch den **E-Mail-Verkehr** erfasst und dass Eingriffe – namentlich die Erhebung von Randdaten – einer gesetzlichen Grundlage und einer richterlichen Genehmigung bedürfen.[705] In BGE 144 I 126 hat das Bundesgericht diese Grundsätze für die Telekommunikations-Randdaten bestätigt und festgehalten, geschützt sei «nicht nur der Inhalt der Kommunikation; vielmehr werden auch die Randdaten des Kommunikationsvorgangs erfasst».[706] 5

Vom Schutz des Art. 321ter erfasst sind zunächst und unstreitig die **Inhaltsdaten** der Kommunikation und der finanziellen Transaktion.[707] Ebenso eindeutig erfasst sind die Randdaten – also Angaben zum Kommunikationsvorgang selbst (Absender, Empfänger, Art, Dauer und Häufigkeit der Kontakte).[708] Bereits Rehberg hat aus der Wendung «Angaben über den [...] verkehr der Kundschaft» abgeleitet, dass auch Verbindungs- bzw. 6

---

702. BGer 6B_182/2018 vom 8.11.2018, E. 4 (mit Verweis auf BSK-Oberholzer, Art. 321ter StGB N. 2); CR CP II-Werly, Art. 321ter StGB N. 6.
703. Art. 13 Abs. 1 BV; vgl. BSK-Oberholzer, Art. 321ter StGB N. 2; SHK-Wohlers, Art. 321ter StGB N. 1; PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 321ter StGB N. 1; CR CP II-Werly, Art. 321ter StGB N. 24.
704. CR CP II-Werly, Art. 321ter StGB N. 9.
705. BGE 126 I 50, Regeste sowie E. 6a–c; CR CP II-Werly, Art. 321ter StGB N. 8 f.
706. BGE 144 I 126, E. 4 f.
707. BSK-Oberholzer, Art. 321ter StGB N. 6; OFK-Isenring, Art. 321ter StGB N. 2; PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 321ter StGB N. 2; SHK-Wohlers, Art. 321ter StGB N. 1; CR CP II-Werly, Art. 321ter StGB N. 11.

Zusatzdaten unter die Strafnorm fallen.[709] Die neuere Lehre folgt dieser Sichtweise einhellig,[710] und das Bundesgericht hat die verfassungsrechtliche Anbindung in BGE 144 I 126, E. 4.1 ausdrücklich bestätigt.

7 Herausfordernder ist die Behandlung der **Bestandsdaten** (Teilnehmeridentifikation, Anschlussinhaberschaft, statischer Adressbestand). Hansjakob und Simmler zufolge sind Bestandsdaten vom Fernmeldegeheimnis und somit von Art. 321ter StGB nicht erfasst, sofern es sich nicht um Daten über den eigentlichen Fernmeldeverkehr, i.e. eine Kommunikation, sondern lediglich um solche über die Vertragsbeziehung des Betroffenen mit einer Fernmeldedienstanbieterin handelt.[711] Diese Abgrenzung kann in der Praxis Schwierigkeiten bereiten. Simmler zeigt dies am Beispiel von IP-Adressen auf: Die zur Registrierung bei einer Fernmeldedienstanbieterin verwendete IP-Adresse ist ein Bestandsdatum, während es sich bei der für eine anschliessende Kommunikation mit einem Dritten über den Fernmeldedienst verwendeten IP-Adresse um ein Randdatum handelt. Daneben gibt es aber noch den dritten Fall, über welche IP-Adresse eine Person zuletzt auf den Fernmeldedienst zugegriffen hat: Steht der Zugriff in Zusammenhang mit der Verwaltung des Nutzerkontos, liegt ein Bestandsdatum vor, im Falle einer Kommunikation mit einem Dritten hingegen ein Randdatum. Massnahmen der Fernmeldeüberwachung, welche Auskünfte über die Daten des letzten Zugriffs verlangen, indirekt aber zu einer Randdatenüberwachung ohne richterliche Genehmigung führen, sind daher in Zusammenhang mit dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses problematisch.[712]

8 Der Differenzierung von Simmler folgend vertreten wir folgende Position: Soweit Bestandsdaten lediglich die Zuordnung eines Anschlusses oder einer Sendung zur Person betreffen, ohne Aufschluss über einen konkreten Kommunikationsvorgang zu geben, fallen sie aus dem in Art. 321ter geschützten «Verkehr der Kundschaft» heraus und ihr Schutz erfolgt in erster

708. BSK-Oberholzer, Art. 321ter StGB N. 6; OFK-Isenring, Art. 321ter StGB N. 2; PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 321ter StGB N. 2; SHK-Wohlers, Art. 321ter StGB N. 1; CR CP II-Werly, Art. 321ter StGB N. 11.
709. Rehberg, AJP 1998, S. 564.
710. BSK-Oberholzer, Art. 321ter StGB N. 6; OFK-Isenring, Art. 321ter StGB N. 2; PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 321ter StGB N. 2; SHK-Wohlers, Art. 321ter StGB N. 1; CR CP II-Werly, Art. 321ter StGB N. 11.
711. Hansjakob, N. 300, 1518 und 1615; Simmler, S. 6.
712. Simmler, S. 37 ff.

Linie über das allgemeine Datenschutzrecht im DSG. Sobald Bestandsdaten jedoch mit einem konkreten Kommunikationsvorgang verknüpft werden – wer Absender einer bestimmten Sendung oder Teilnehmer einer identifizierten Verbindung ist –, schlagen sie in ein **Randdatum** um und werden vom Schutz des Art. 321ter erfasst.

In diesem Zusammenhang sei auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtes in BGE 144 I 126 bzgl. der Verfassungskonformität der anlasslosen sechsmonatigen **Randdatenspeicherung** nach BÜPF hinzuweisen. Das Bundesgericht führt aus, dass mit der blossen Erfassung und Aufbewahrung der Daten durch die Mitwirkungspflichtigen noch keine richterlich zu bewilligende Überwachung im Sinne der StPO vorliege; die Strafverfolgungsbehörden könnten «auf die von den Fernmeldedienstanbieterinnen erfassten Daten nicht unmittelbar zugreifen», sondern erst auf der nachgelagerten Stufe der eigentlichen Überwachung – und dort dann unter Richter:innenvorbehalt.[713] Diese Trennung zwischen privater Datensammlung und staatlichem Zugriff ist kritikwürdig: Die Mitwirkungspflicht hat ihren Ursprung in einer staatlichen Anordnung, sodass der grundrechtliche Eingriff dem Staat bereits ab der Sammlungsphase zuzurechnen ist – eine Verlagerung des Schutzbeginns auf den späteren Zugriffsakt blendet diese Zurechnung aus. Die endgültige Klärung dürfte das vor dem EGMR hängige Verfahren Nr. 47351/18 (Glättli und andere gegen die Schweiz) von Mitgliedern des Vereins Digitale Gesellschaft bringen.[714] Für die strafrechtliche Anwendung von Art. 321ter folgt aus dieser Reservation indes keine Einschränkung: Solange die Anbieterinnen aufgrund hinreichender gesetzlicher Grundlage sammeln, ist die Aufbewahrung selbst tatbestandslos; eine Weitergabe der erhobenen Randdaten an Dritte ausserhalb der gesetzlichen Auskunftsregeln verletzt aber unverändert Art. 321ter StGB. Es bleibt festzuhalten: Vom Schutz von Art. 321ter StGB sind nur Inhalts- und

9

713. Vgl. BGE 144 I 126, E. 8.3.2.

714. Hintergrund dieses Verfahrens vor dem EGMR ist eine Beschwerde gegen den Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr (ÜPF) vom 20.2.2014 gegen die im heutigen Art. 26 Abs. 5 BÜPF (damals Art. 15 Abs. 3 aBÜPF) geregelte anlasslose sechsmonatige Speicherung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs. Die Beschwerdeführer machen geltend, dass es sich bei der anlasslosen Randdatenspeicherung um einen Verstoss gegen die Grund- und Menschenrechte handelt, insbesondere gegen Art. 8 EMRK über das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Ein Verstoss gegen Art. 13 BV oder Art. 8 EMRK wurde in der Schweiz zuvor letztinstanzlich vom Bundesgericht im Urteil BGer Urteil 1C_598/2016 vom 2.3.2018, E. 8.4 verneint.

Randdaten erfasst. Daran ändern auch die Bestimmungen des BÜPF zu Bestandsdaten nichts, auch wenn deren Beauskunftung besonderen Verfahren nach Art. 15, 21 und 22 BÜPF unterliegt.

## C. Verhältnis zu verwandten Normen

10 Art. 321ter StGB steht in einem engen Verhältnis zu weiteren Geheimnis- und **Eingriffsnormen**. Innerhalb des StGB bilden Art. 320 StGB (Amtsgeheimnis), Art. 321 StGB (Berufsgeheimnis), Art. 179 StGB (Verletzung des Schriftgeheimnisses) sowie Art. 179bis ff. StGB (technische Überwachung) die wichtigsten Bezugspunkte. Im Bereich des Nebenstrafrechts treten Art. 43 sowie Art. 49 f. FMG und die Bestimmungen des BÜPF hinzu. Die Geheimhaltungspflicht des Art. 43 FMG begründet die berufliche Pflichtenstellung für den Fernmeldebereich, das Postgesetz kennt eine solche Geheimhaltungspflicht nicht, diese Verletzungen werden dennoch beide in Art. 321ter StGB pönalisiert.[715]

# II. OBJEKTIVER TATBESTAND

## A. Täterkreis

11 Art. 321ter StGB ist ein echtes **Sonderdelikt**. Tauglicher Täter ist nur, wer Beamter, Angestellter oder Hilfsperson einer Organisation ist, die Post- oder Fernmeldedienste erbringt.[716] Der Wortlaut differenziert nicht zwischen konzessionierten oder meldepflichtigen Anbietern einerseits und rein privaten Dienstleistungserbringern andererseits, sodass die Strafnorm nach herrschender Lehre auf alle Mitarbeitenden im Bereich der Post- und Fernmeldedienste zur Anwendung gelangt – unbesehen der rechtlichen Qualifikation des Unternehmens.[717]

12 Rehberg hat darauf hingewiesen, dass die Erstreckung des Postgeheimnisses auf das Personal von Organisationen, die nicht reservierte Dienste anbieten und keiner Konzessions- oder Meldepflicht unterstellt sind,

715. CR CP II-Werly, Art. 321ter StGB N. 9, 15.
716. BSK-Oberholzer, Art. 321ter StGB N. 3; SHK-Wohlers, Art. 321ter StGB N. 2; OFK-Isenring, Art. 321ter StGB N. 3.
717. BSK-Oberholzer, Art. 321ter StGB N. 3; SHK-Wohlers, Art. 321ter StGB N. 2; PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 321ter StGB N. 3; OFK-Isenring, Art. 321ter StGB N. 3; CR CP II-Werly, Art. 321ter StGB N. 10, 16.

verfassungsrechtlich (Art. 36 Abs. 4 aBV; heute Art. 13 Abs. 1 BV) heikel sei. Namentlich für Mitarbeitende privater **Kurierdienste** und von Verteilerorganisationen für unadressierte Sendungen sei die strafrechtliche Geheimhaltungspflicht zweifelhaft.[718] Die wohl überwiegende neuere Lehre folgt dieser einschränkenden Lesart nicht und greift auf den weiten Wortlaut zurück.[719]

In Übereinstimmung mit den übrigen strafrechtlich geschützten Geheimhaltungspflichten ist die Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses auch nach **Beendigung** des amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses strafbar.[720] 13

## B. Tathandlung (Abs. 1)

Abs. 1 erfasst (i) das **Mitteilen** von «Angaben [...] der Kundschaft» an einen Dritten, (ii) das Öffnen einer verschlossenen Sendung oder das Nachforschen ihres Inhalts und (iii) das Verschaffen einer entsprechenden Gelegenheit für einen Dritten.[721] Auf welche Weise die Informationsweitergabe erfolgt – mündlich, schriftlich, elektronisch, durch Vorlegen von Akten oder durch Einräumen eines Zugriffs auf IT-Systeme – ist unerheblich. 14

Aus der zweiten Tatvariante («Öffnen einer verschlossenen Sendung») darf nicht abgeleitet werden, die Bekanntgabe des Inhalts einer offenen Sendung – etwa einer **Postkarte** – durch Mitarbeitende einer Postorganisation sei straffrei. Diese Konstellation wird vielmehr von der ersten Tatvariante (Bekanntgabe von «Angaben über den [...] verkehr der Kundschaft») erfasst.[722] 15

Die dritte Tatvariante («oder einem Dritten Gelegenheit gibt») erfasst nach zutreffender Lehre auch das **Unterlassen** des Einschreitens gegen Geheimniserforschungen Dritter. Insoweit weist Art. 321ter StGB eine in Art. 320 StGB und Art. 321 StGB fehlende Erfassung pflichtwidriger Untätigkeit auf.[723] 16

718. Krit. Rehberg, AJP 1998, S. 563 f., der eine Beschränkung auf Organisationen verlangt, die reservierte Dienste anbieten oder einer Konzessions- oder Meldepflicht unterstellt sind.
719. BSK-Oberholzer, Art. 321ter StGB N. 3; CR CP II-Werly, Art. 321ter StGB N. 10, 16.
720. BSK-Oberholzer, Art. 321ter StGB N. 4; CR CP II-Werly, Art. 321ter StGB N. 26a.
721. BSK-Oberholzer, Art. 321ter StGB N. 7 f.; SHK-Wohlers, Art. 321ter StGB N. 3; CR CP II-Werly, Art. 321ter StGB N. 24 ff.
722. PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 321ter StGB N. 2.

## C. Mittelbare Täterschaft (Abs. 2)

17 Bei echten Sonderdelikten kann ein Aussenstehender (**Extraneus**), dem die Sonderpflicht fehlt, regelmässig nicht als unmittelbarer Täter strafbar werden. Bei echten Sonderdelikten kann der Aussenstehende (Extraneus) auch dann nicht als mittelbarer Täter bestraft werden, wenn er den geheimhaltungspflichtigen Intraneus – etwa durch Täuschung – als nicht vorsätzlich handelndes Werkzeug einsetzt; ihm fehlt die für den Tatbestand vorausgesetzte Sondereigenschaft. Anders als Art. 320 StGB und Art. 321 StGB schliesst Abs. 2 diese Lücke ausdrücklich für die Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses: Wer den Geheimhaltungspflichtigen durch Täuschung zur Geheimnisverletzung veranlasst, untersteht der gleichen Strafdrohung wie der Intraneus.[724]

18 Wird der nach Abs. 1 verpflichtete Täter zu einer vorsätzlichen Tat veranlasst liegt eine **Anstiftung** vor, die nach den allgemeinen Regeln (Art. 24 i.V.m. Art. 321ter StGB) zu beurteilen ist. Abs. 2 greift erst, wenn die Täuschung den Vorsatz des Intraneus ausschliesst und der Extraneus damit als mittelbarer Täter handelt.[725]

## III. SUBJEKTIVER TATBESTAND

19 Strafbar ist nur die vorsätzliche Begehung, wobei **Eventualvorsatz** genügt.[726]

## IV. RECHTSWIDRIGKEIT (ABS. 4)

20 Abs. 4 erklärt die Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses für nicht strafbar, soweit sie zur Ermittlung des **Berechtigten** erforderlich ist. Praktischer Hauptanwendungsfall ist das Öffnen unzustellbarer Sendungen, deren Empfänger oder Absender sonst nicht ermittelt werden können.[727]

---

723. PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 321ter StGB N. 3, unter Verweis auf den Wortlaut «oder einem Dritten Gelegenheit gibt»; CR CP II-Werly, Art. 321ter StGB N. 26a; Rehberg, AJP 1998, S. 564.
724. BSK-Oberholzer, Art. 321ter StGB N. 5.
725. SHK-Wohlers, Art. 321ter StGB N. 2; bestätigt aus der Praxis BStGer SK.2017.36 vom 27.10.2017.
726. BSK-Oberholzer, Art. 321ter StGB N. 9; OFK-Isenring, Art. 321ter StGB N. 4; SHK-Wohlers, Art. 321ter StGB N. 4; CR CP II-Werly, Art. 321ter StGB N. 27; PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 321ter StGB N. 5 mit Hinweis auf BStGer BB.2015.72 vom 15.9.2015, E. 2.6.
727. BSK-Oberholzer, Art. 321ter StGB N. 10; PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 321ter StGB N. 6; CR CP II-Werly, Art. 321ter StGB N. 21.

Bis zum 30. Juni 2023 erfasste Abs. 4 zusätzlich die «Verhinderung von Schäden». Diese Erweiterung war in der Lehre als systemfremd und zu unbestimmt kritisiert worden, weil sie eine pauschale Rechtfertigungsklausel jenseits der allgemeinen **Notstandsregeln** (Art. 17 f. StGB) etablierte. Mit der Harmonisierung der Strafrahmen 2021/2023 hat der Gesetzgeber diese Klausel gestrichen und damit die Kritik der Lehre aufgenommen – der Bundesrat hatte in der Botschaft ausdrücklich festgehalten, einschlägige Konstellationen seien «bereits durch die allgemeinen Notstandsregeln (Art. 17 und 18 StGB) abgedeckt».[728] Soweit Sachverhalte ausserhalb dieser engen Berechtigtenklausel von Abs. 4 in Betracht kommen, ist auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe und die dazu entwickelte Interessenabwägung zurückzugreifen.[729] 21

## V. KONKURRENZEN UND VORBEHALTE (ABS. 5)

### A. Konkurrenzen

Als spezialisierte Erweiterung des Briefgeheimnis-Schutzes geht Art. 321ter StGB dem allgemeinen Tatbestand der Verletzung des **Schriftgeheimnisses** (Art. 179 StGB) vor, sofern der Täter als Mitarbeiter einer Post- oder Fernmeldeorganisation handelt. Anders als bei Art. 179 StGB setzt Art. 321ter StGB zudem nicht voraus, dass die Sendung mit der Absicht der Kenntnisnahme geöffnet wird.[730] 22

Handelt es sich beim Täter um einen Beamten im Sinne von Art. 110 Abs. 3 StGB, geht Art. 321ter StGB dem **Amtsgeheimnis** (Art. 320 StGB) als lex specialis vor.[731] 23

**Echte Konkurrenz** herrscht mit Art. 162 (Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses), 179novies (Unbefugtes Beschaffen von Personendaten) und 283 StGB (Verletzung des Abstimmungs- und Wahlgeheimnisses) sowie den Aneignungsdelikten.[732] 24

728. Botschaft 2018, S. 2896
729. BSK-Oberholzer, Art. 321ter StGB N. 10; PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 321ter StGB N. 6.
730. BSK-Oberholzer, Art. 321ter StGB N. 8; SHK-Wohlers, Art. 321ter StGB N. 6; PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 321ter StGB N. 8; CR CP II-Werly, Art. 321ter StGB N. 34.
731. PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 321ter StGB N. 8; CR CP II-Werly, Art. 321ter StGB N. 33.

## B. Vorbehalt zugunsten Art. 179$^{octies}$ und der Zeugnis-/Auskunftspflicht

25 Abs. 5 stellt klar, dass Art. 179$^{octies}$ sowie die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnis- und Auskunftspflicht vorbehalten bleiben. Für die staatliche Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs gelten Art. 269 ff. StPO sowie das BÜPF; das Bundesgericht hat in BGE 126 I 50 die zentrale Trennung zwischen den staatlichen Eingriffsbefugnissen und dem auf Berufspflichten zielenden Schutz des Art. 321$^{ter}$ StGB betont.[733] Der **Vorbehalt** entfaltet keine selbständige rechtfertigende Wirkung; er verweist lediglich auf die einschlägigen prozessrechtlichen Eingriffsregelungen.[734]

# VI. SANKTION

26 Es handelt sich um ein Vergehen mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe (Abs. 1). Art. 321$^{ter}$ StGB ist ein **Offizialdelikt**, ein Strafantrag ist somit nicht erforderlich und die Strafverfolgung erfolgt von Amts wegen.[735] Versuch und Teilnahme richten sich nach Art. 22 ff. StGB.[736]

# LITERATURVERZEICHNIS

Hansjakob Thomas, Überwachungsrecht der Schweiz, Kommentar zu Art. 269 ff. StPO und zum BÜPF, Zürich et al. 2018.

Isenring Bernhard, Kommentierung zu Art. 321$^{ter}$ StGB, in: Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan (Hrsg.), StGB JStG. Kommentar zum StGB, JStG und OBG sowie in Auszügen zum SVG, BetmG und AIG, 22. Aufl., Zürich 2026 (zit.: OFK-Isenring, Art. 321$^{ter}$ StGB N. yy).

Oberholzer Niklaus, Kommentierung zu Art. 321$^{ter}$ StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Strafrecht. Basler Kommentar, Bd. II:

732. PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 321$^{ter}$ StGB N. 8; CR CP II-Werly, Art. 321$^{ter}$ StGB N. 33 ff.; BStGer SK.2007.1 vom 25.6.2027; BezGer Martigny und St-Maurice vom 28.6.2005, RVJ 2006 S. 327–332, E. 2.
733. BGE 126 I 50, E. 2.
734. BSK-Oberholzer, Art. 321ter StGB N. 11; OFK-Isenring, Art. 321$^{ter}$ StGB N. 5; CR CP II-Werly, Art. 321$^{ter}$ StGB N. 22 ff.
735. CR CP II-Werly, Art. 321$^{ter}$ StGB N. 29, 31.
736. BStGer SK.2017.36 vom 27.10.2017; BStGer SK.2024.9 vom 19.6.2024.

Art. 137–392 StGB, JStG, 4. Aufl., Basel 2019 (zit.: BSK-Oberholzer, Art. 321ter StGB N. yy).

Rehberg Jörg, Änderungen im Strafgesetzbuch durch das neue Fernmeldegesetz, AJP 1998, Heft 5, S. 562–568.

Simmler Monika, Working Paper VÜPF Revision, Universität St. Gallen, November 2025, https://www.doi.org/20.500.14171/124767, besucht am 28.4.2026.

Trechsel Stefan/Lehmkuhl Marianne Johanna, Kommentierung zu Art. 321ter StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich et al. 2021 (zit.: PK-Trechsel/Lehmkuhl, Art. 321ter StGB N. yy).

Wohlers Wolfgang, Kommentierung zu Art. 321ter StGB, in: Wohlers Wolfgang/Godenzi Gunhild/Schlegel Stephan, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 5. Aufl., Bern 2024 (zit.: SHK-Wohlers, Art. 321ter StGB N. yy).

Werly Stéphane, Kommentierung zu Art. 321ter StGB, in: Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (Hrsg.), Commentaire romand, Code pénal II, 2. Aufl., Basel 2025 (zit.: CR CP II-Werly, Art. 321ter StGB N. yy).

## MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10.6.1996, BBl 1996 III 1405, abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1996/3_1405_1361_1297, besucht am 27.8.2026 (zit.: Botschaft 1996, S. xxx).

Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Harmonisierung der Strafrahmen und Anpassung des Nebenstrafrechts an das geänderte Sanktionenrecht) vom 25.4.2018, BBl 2018 2827, abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2018/1154, besucht am 27.8.2026 (zit.: Botschaft 2018, S. xxx).

KOMMENTIERUNG ZU

# Art. 322ter StGB

Eine Kommentierung von Loris Baumgartner / Marco Hurni

ZITIERVORSCHLAG

Loris Baumgartner/Marco Hurni, Kommentierung zu Art. 322ter StGB, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (Hrsg.), Onlinekommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch

Kurzzitat: Baumgartner/Hurni, Art. 322ter StGB N. XXX.

**Neunzehnter Titel: Bestechung**

**1. Bestechung schweizerischer Amtsträger.**

**Bestechen**

**Art. 322$^{ter}$**

Wer einem Mitglied einer richterlichen oder anderen Behörde, einem Beamten, einem amtlich bestellten Sachverständigen, Übersetzer oder Dolmetscher, einem Schiedsrichter oder einem Angehörigen der Armee im Zusammenhang mit dessen amtlicher Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung zu dessen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten einen nicht gebührenden Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.

# GLIEDERUNG

I. Geschütztes Rechtsgut ... 171
II. Beteiligte Personen ... 172
A. Bestechende Person (Täterschaft) ... 172
1. Natürliche Person ... 172
2. Juristische Person ... 172
B. Bestochene Person (Tatobjekt) ... 173
1. Mitglied einer richterlichen oder anderen Behörde ... 173
2. Beamtenbegriff ... 174
3. Amtlich bestellte Sachverständige ... 176
4. Amtlich bestellte Übersetzer und Dolmetscher ... 176
5. Angehörige der Armee ... 176
III. Ungebührlicher Vorteil ... 177
A. Vorteil ... 177
1. Materieller Vorteil ... 177
2. Immaterieller Vorteil ... 178
3. Weitere Anmerkungen ... 178
B. Ungebührlichkeit ... 180
IV. Tathandlung ... 180
A. Anbieten, Versprechen oder Gewähren ... 181
B. Versuch ... 182
V. Gegenleistung ... 184
A. Zusammenhang mit der Amtstätigkeit ... 184
B. Gegenleistung im engeren Sinne ... 185
1. Pflichtwidrige Entscheide oder Unterlassungen ... 185
2. Ermessensentscheide ... 185
C. Äquivalenzverhältnis ... 186
VI. Subjektiver Tatbestand ... 187
VII. Konkurrenzen ... 187
Literaturverzeichnis ... 188
Materialienverzeichnis ... 191

# I. GESCHÜTZTES RECHTSGUT

Die Straftatbestände der Amtsträgerbestechung schützen das **Vertrauen der Allgemeinheit** in die Objektivität und die Sachlichkeit amtlicher Tätigkeiten.[737] 1

Teilweise wird in Lehre und Rechtsprechung die Ansicht vertreten, dass die Straftatbestände der Amtsträgerbestechung weitere Rechtsgüter schützen. So führte bspw. das Bundesstrafgericht auch den Menschenrechtsschutz als Teilgehalt des geschützten Rechtsgutes der Amtsträgerbestechung an.[738] Auch der Schutz des Wettbewerbs wird teilweise als (mit-)geschütztes Rechtsgut gezählt.[739] So äussert sich namentlich Pieth im Zusammenhang mit dem staatlichen Vergabewesen, wonach es unbestritten sei, dass gemäss den erhöhten Anforderungen und dem gesteigerten Konkurrenzdruck im staatlichen Vergabewesen mit den Korruptionsstraftatbeständen auch der faire Wettbewerb geschützt werden muss.[740] 2

Diese Meinungen mögen im praktischen Anwendungsfall zwar häufig zutreffend sein, gehen nach der hier vertretenen Auffassung aber am Ziel vorbei: So ist bspw. der Schutz der Menschenrechte faktisch untrennbar mit einer objektiven und sachlichen Ausübung staatlichen Handelns verbunden. In anderen Worten dürfte eine Verletzung der Menschenrechte stets mit einer rechtsungleichen oder diskriminierenden Tätigkeit einhergehen.[741] Sofern dies zugleich mit einer Bestechungsleistung (vgl. N. 21 ff.) einhergeht, ist der Bereich des geschützten Rechtsgutes auch mit einer engen Definition tangiert. Dasselbe gilt für den fairen Wettbewerb: Sofern eine amtliche Tätigkeit objektiv und sachlich ausgeübt wird, kann der Wettbewerb durch die staatliche Macht nicht beeinträchtigt sein. Eine weitergehende Beeinträchtigung des freien und fairen Wettbewerbs muss sodann durch das Wettbewerbsrecht und nicht das Bestechungsrecht geschützt werden. 3

737. BGE 141 IV 329 E. 1.4.2; OGer ZH SB.130.325 vom 22.8.2014 E. III. 5.3; Pieth, Wirtschaftsstrafrecht, § 22 N. 18; Jositsch, Korruptionsstrafrecht, S. 307; Balmelli, S. 60 ff.; vgl. auch Botschaft Revision, S. 5525.
738. BStGer RR.2019.172/173 vom 28.1.2020 E. 4.3.2; siehe dazu auch Perrin, S. 99 f.
739. Cassani, S. 44; siehe dazu auch Jositsch, Korruptionsstrafrecht, S. 305; Pieth, Wirtschaftsstrafrecht, § 22 N. 19.
740. Pieth, Wirtschaftsstrafrecht, §22 N. 19 m.w.H.
741. AK-Hilti, Art. 322ter StGB N. 2.

4 Vor diesem Hintergrund wird vorliegend die Auffassung vertreten, dass die Straftatbestände der (inländischen) Amtsträgerbestechung **ausschliesslich** das Vertrauen der Allgemeinheit in die Objektivität und die Sachlichkeit amtlicher Tätlichkeiten schützen.

## II. BETEILIGTE PERSONEN

5 Die an der Amtsträgerbestechung beteiligten Personen werden in die bestechende Person und die bestochene Person, bzw. den Amtsträger, eingeteilt. Im Rahmen der aktiven Amtsträgerbestechung gemäss Art. 322ter StGB ist einzig die bestechende Person ein tauglicher Täter.

### A. Bestechende Person (Täterschaft)

#### 1. Natürliche Person

6 Täter der aktiven Amtsträgerbestechung ist die bestechende Person, welche durch das Anbieten oder Gewähren eines ungebührlichen Vorteils bewirken will, dass die bestochene Person die ihr obliegenden (Amts-)Pflichten verletzt. Bestechender und somit Täter der aktiven Bestechungsdelikte kann **jedermann**, also jede natürliche Person, sein.[742]

#### 2. Juristische Person

7 Differenzierter ist die Situation bezüglich juristischer Personen zu betrachten. Gemäss Art. 102 Abs. 2 StGB können sich juristische Personen im Rahmen der sogenannten konkurrierenden Unternehmensstrafbarkeit grundsätzlich strafbar machen (vgl. zur subsidiären Unternehmensstrafbarkeit, OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322quater StGB N. 4 f.). Die *konkurrierende* Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 Abs. 2 StGB liegt vor, wenn dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Massnahmen getroffen hat, um gerade die Begehung einer Katalogstraftat zu verhindern.[743] Da es sich bei der aktiven Amtsträgerbestechung nach Art. 322ter StGB um eine solche Katalogstraftat handelt, ist die Möglichkeit der konkurrierenden Bestrafung des

742. BSK-Pieth, Art. 322ter StGB N. 1.
743. Niggli/Mäder, § 8 N. 81 ff.

Unternehmens **unabhängig** von der Strafbarkeit einer natürlichen Person möglich.[744]

Anzumerken bleibt an dieser Stelle einzig, dass es sich bei der konkurrierenden Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 Abs. 2 StGB nicht um ein eigenständiges Delikt, sondern um eine Zurechnungsnorm handelt.[745] Dies bedeutet, dass bei einem Vorliegen der Tatbestandsmerkmale von Art. 102 Abs. 2 StGB das Unternehmen dennoch nicht zum "Bestechenden" qualifiziert wird. Der Bestechende ist stets die natürliche Person. Der Vorwurf an die Adresse des Unternehmens gestützt auf Art. 102 Abs. 2 StGB lautet sodann auch nicht, dass das Unternehmen als Bestechender den Tatbestand der Amtsträgerbestechung erfülle, sondern vielmehr, dass es nicht sämtliche zumutbaren Handlungen vorgenommen hat, um zu verhindern, dass eine natürliche Person innerhalb der Unternehmensorganisation in Ausübung geschäftlicher Verrichtungen eine Bestechungshandlung vornimmt.[746] 8

## B. Bestochene Person (Tatobjekt)

Eine etwaige Strafbarkeit einer Amtsträgerbestechung kann nur dann vorliegen, sofern die Bestechungsmitteilung (vgl. N. 39 ff., wonach es sich der hier vertretenen Meinung nach bei einem Bestechungsdelikt um ein Kommunikationsdelikt handelt) **gegenüber einem Amtsträger** vorgenommen wird.[747] Als Amtsträger gelten Beamte im Sinne von Art. 110 Abs. 3 StGB sowie die weiteren, in Art. 322$^{ter}$ StGB aufgezählten Funktionsträger.[748] Es handelt sich dabei um eine abschliessende Auflistung. 9

### 1. Mitglied einer richterlichen oder anderen Behörde

Als Mitglied einer richterlichen oder anderen Behörde gilt, wer in einem Organ der legislativen, exekutiven oder judikativen Staatsgewalt Einsitz nimmt.[749] Unerheblich ist es, ob es sich bei diesem Organ um ein Kollegialorgan handelt oder nicht.[750] Nach der hier vertretenen Auffassung 10

744. BSK-Pieth, Vor Art. 322$^{ter}$ StGB N. 1 f.
745. BGE 146 IV 68 E. 2.3.3 S. 72 f.; gl M. Pieth, Unternehmenshaftung, N. 11 f.; Weber/Baumgartner, S. 442.
746. Arzt, Unternehmensstrafbarkeit, S. 215; BSK-Niggli/Gfeller, Art. 102 StGB N. 245.
747. BGer 6B_972/2017 vom 26.2.2018 E. 2.3.1.
748. Pieth, Wirtschaftsstrafrecht, § 22 N. 28.
749. Jositsch, Korruptionsstrafrecht, S. 317.

bedeutet dies, dass die Terminologie des "Mitglieds" untechnisch zu verstehen ist und sich die Mitgliedschaft bei einer richterlichen Behörde auf die Mitgliedschaft auf das Gesamtgericht und nicht auf einen einzelnen Spruchkörper bezieht. So ist gewährleistet, dass bspw. auch ein Einzelrichter als Mitglied einer richterlichen Behörde qualifiziert und folglich bestochen werden kann. Unter diesen Begriff fallen deshalb bspw. Richter, Parlamentarier, Magistratspersonen sowie Mitglieder von Kirchen-, Schul- und anderen Räten.[751]

11 Häufig dürfte diese Gattung von Amtsträgern auch den Beamtenbegriff gemäss Art. 110 Abs. 3 StGB erfüllen.[752]

## 2. Beamtenbegriff

12 Art. 110 Abs. 3 StGB definiert Beamte als Angestellte einer öffentlichen Verwaltung und der Rechtspflege sowie als Personen, welche provisorisch ein Amt bekleiden oder provisorisch bei einer öffentlichen Verwaltung oder der Rechtspflege angestellt sind oder vorübergehend amtliche Funktionen ausüben. Für die Annahme einer Beamtenstellung ist es deshalb zentral, dass die übertragene Funktion amtlicher Natur ist.[753] Eine solche amtliche Funktion liegt immer dann vor, wenn die Funktion zur Erfüllung einer dem Gemeinwesen obliegenden öffentlichen Aufgabe übertragen worden ist.[754] Im Fall Pierre Maudet hielt das Bundesgericht sodann fest, dass ein "Amtsträger-Kandidat" nicht mit einem Amtsträger im Amt gleichgesetzt werden kann. Sofern eine Person einen doppelten Status bekleidet und als Amtsträger fungiert sowie sich bei einer zukünftigen Wahl aufstellen lässt, muss unterschieden werden, ob der Vorteil mit dem Status als Amtsträger oder dem Status als Kandidat einer zukünftigen Wahl verknüpft wird.[755]

---

750. BGE 114 IV 134 E. 2.a; auch Einzelrichter sind als Mitglieder einer richterlichen Behörde zu sehen.
751. BSK-Pieth, Art. 322$^{ter}$ StGB N. 16; Jositsch, Korruptionsstrafrecht, S. 317.
752. Stratenwerth/Bommer, § 59 N. 7; BSK-Pieth, Art. 322$^{ter}$ StGB N. 17.
753. AK-Mausbach/Straub, Art. 110 StGB N. 6.
754. BGE 141 IV 329 E. 1.3.
755. BGE 149 IV 57 E. 4 ff., in welchem das Bundesgericht prüft, ob Zahlungen zur Finanzierung einer politischen Umfrage durch einen gemeinnützigen Verein sich auf die Stellung als Amtsträger beziehen oder mit der Stellung als Kandidat einer zukünftigen Wahl verknüpft werden müssen. Die Unterscheidung muss im Hinblick auf alle Umstände vorgenommen werden, insb. ob es sich bei dem in Frage stehenden Vorteil um einen sog. "Wahlvorteil" handelt.

Privatpersonen, die öffentliche Aufgaben erfüllen, werden den Amtsträgern gleichgestellt (vgl. Art. 322$^{decies}$ Abs. 2 StGB). Diese Gleichstellung ergibt sich bereits aus der Auslegung des Beamtenbegriffs nach Art. 110 Abs. 3 StGB, wonach das schweizerische Strafgesetzbuch von einem **institutionellen und einem funktionalen Beamtenbegriff** ausgeht.[756] 13

Als **institutionelle Amtsträger** haben alle Organe zu gelten, die kraft dem jeweils massgebenden Recht mit hoheitlichen Befugnissen öffentliche Aufgaben erfüllen.[757] Dies beinhaltet insbesondere sämtliche Organe des Gemeinwesens, welche die Staats- und Verwaltungsorganisation gegen aussen repräsentieren.[758] 14

Als **funktionale Amtsträger** gelten hingegen sämtliche Personen, welche unabhängig von der Rechtsform des Vertrags- oder Bindungsverhältnisses zum Staat mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betraut sind.[759] Zumeist handelt es sich dabei um Personen, welche bei einem staatsnahen Unternehmen angestellt sind, welches mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betraut ist. Als Indizien für die Annahme einer funktionalen Amtsträgerschaft gelten deshalb beispielsweise eine staatliche Aktienmehrheit am Konzern, die Kontrolle über die Stimmenmehrheit sowie ein staatlicher Einfluss über die Nomination der Leitungsorgane dieser Gesellschaft.[760] Im sogenannten "Gazprom-Entscheid" hat das Bundesstrafgericht zudem festgestellt, dass für die Beurteilung, ob ein Unternehmen öffentliche Aufgaben ausübt, auch das Recht ausländischer Staaten berücksichtigt werden muss.[761] Die strafrechtliche Erfassung von Beamten geht folglich relativ weit. 15

Als Beamte gelten auch ausserstaatliche, **mittels Parteiabsprache** zur Schlichtung oder Entscheidung von (privatrechtlichen) Streitigkeiten 16

756. Pieth, Wirtschaftsstrafrecht, § 22 N. 30; vgl. auch BGE 123 IV 75 E. 1b.
757. BSK-Pieth, Art. 322$^{ter}$ StGB N. 6; Jositsch, Korruptionsstrafrecht, S. 313 f.; Stratenwerth/Bommer, § 59 N. 5.
758. BSK-Oberholzer, Art. 110 Abs. 3 StGB N. 9 f.
759. BSK-Oberholzer, Art. 110 Abs. 3 StGB N. 12; Stratenwerth/Bommer, § 59 N. 5; siehe auch BGE 135 IV 198 E 3.3; BGE 71 IV 139 E. 1; BGer 6B_972/2017 vom 26.2.2018 E. 2.3.1.
760. BStGer TPF 2016 95 vom 24.11.2016 E. 2.5.2.3 (Gazprom-Entscheid); vgl. zudem: BSK-Pieth, Art. 322$^{septies}$ StGB N. 14.

eingesetzte private Richter.[762] Die explizite Nennung der Schiedsrichter im Wortlaut des Art. 322ter StGB ist notwendig, da die Schiedsrichter selbst bei einem vollstreckbaren Schiedsspruch nicht hoheitlich tätig sind.[763] Die "Unparteiischen" bei Sportwettkämpfen zählen nicht als Schiedsrichter im Sinne von Art. 322ter StGB; gegebenenfalls können bei der Gewährung ungebührlicher Vorteile an Unparteiische aber die Straftatbestände der Privatbestechung gemäss Art. 322octies f. StGB erfüllt sein.[764]

### 3. Amtlich bestellte Sachverständige

17 Unter den amtlich bestellten Sachverständigen werden **Fachleute** verstanden, die aufgrund ihrer besonderen Kenntnisse in einem bestimmten Fachgebiet den Justizbehörden zur Feststellung von rechtserheblichen Tatsachen Hilfe leisten.[765]

### 4. Amtlich bestellte Übersetzer und Dolmetscher

18 Als amtlich bestellte Übersetzer und Dolmetscher gelten die Hilfspersonen der Behörden und Gerichte, die fremdsprachige Aussagen und Dokumente übersetzen. Genaueres bestimmt das kantonale und eidgenössische Prozessrecht.[766]

### 5. Angehörige der Armee

19 Als Angehörige der Armee gelten alle Personen, die aufgrund der allgemeinen Wehrpflicht oder freiwillig **Militärdienst** leisten.[767] Darunter fallen sämtliche Offiziere, Unteroffiziere, Gefreite und Soldaten der Armee, des militärischen Frauendienstes und des Rotkreuzdienstes.[768]

---

761. BStGer TPF 2016 95 vom 24.11.2016 E. 2.5.2.3 (Gazprom-Entscheid), in welchem das Bundesstrafgericht prüft, ob eine russische Rechtsgrundlage betreffend die Ausübung öffentlicher Aufgaben durch Private besteht und ob das Unternehmen selbst einem engmaschigen regulatorischen Kontrollsystem unterliegt.
762. Balmelli, S. 106; Jositsch, Korruptionsstrafrecht, S. 319; BSK-Pieth, Art. 322ter StGB N. 17.
763. Jositsch, Korruptionsstrafrecht, S. 319 f.
764. BSK-Pieth, Art. 322ter StGB N. 17; Jositsch, Korruptionsstrafrecht, S. 320.
765. Jositsch, Korruptionsstrafrecht, S. 318; Kaiser, S. 101; BSK-Pieth, Art. 322ter StGB N. 18.
766. Balmelli, S. 106; Jositsch, Korruptionsstrafrecht, S. 318 f. m.w.H.
767. Jositsch, Korruptionsstrafrecht, S. 320.
768. Kaiser, S. 102; BSK-Pieth, Art. 322ter StGB N. 20.

Die Angehörigen der Armee werden nur bei den aktiven Bestechungsdelikten genannt, da die Strafbarkeit der passiven Bestechung durch Angehörige der Armee ausschliesslich gemäss Art. 142 f. MStG geregelt ist.[769] 20

## III. UNGEBÜHRLICHER VORTEIL

### A. Vorteil

Das **Tatmittel** der Bestechungsdelikte ist der ungebührliche Vorteil, den die bestechende Person an die bestochene Person gewährt. Es sind sowohl Vorteile zugunsten der bestochenen Person selbst als auch zu Gunsten eines Dritten erfasst. 21

Als nicht gebührende Vorteile gelten sämtliche unentgeltliche Zuwendungen sowohl **materieller**[770] **als auch immaterieller Natur**.[771] 22

#### 1. Materieller Vorteil

Materiell ist der Vorteil, wenn er eine objektiv messbare, wirtschaftliche oder rechtliche **Besserstellung** bewirkt.[772] Zu denken ist in erster Linie an Geldleistungen, Sachleistungen oder Nutzzuwendungen mit einem bestimmten Marktwert, ebenso ein Verzicht auf Forderungen.[773] Als rechtliche Besserstellung kommt unter anderem das Vermeiden einer Strafe wie auch die Erstreckung einer Frist in Frage.[774] In der Praxis wird häufig versucht, die Unentgeltlichkeit der Zuwendung durch den Abschluss von Scheingeschäften zu tarnen. Gängig sind fiktive Beraterverträge, überhöhte 23

769. Vgl. dazu anstatt vieler: Jositsch, Korruptionsstrafrecht, S. 320 und S. 473 f. m.w.H.
770. BGer 6B_972/2017 vom 26.2.2018 E. 2.3.1; BGer 6B_988/2017 vom 26.2.2018 E. 1.3.2; BGer 6P.39/2004 vom 23.7.2004 E. 6.3; PK-Trechsel/Jean-Richard, Vor Art. 322ter StGB N. 6; für eine Auflistung der Kasuistik siehe: AK-Hilti, Art. 322ter StGB N. 19.
771. Botschaft Revision, S. 5527; BGE 135 IV 198 E. 6.3 S. 203 f.; BGE 100 IV 56 E. 2a S. 57 f.; BSK-Pieth, Art. 322ter StGB N. 24; vgl. zur Aufzählung der immateriellen Vorteile: Vasella, S. 80; OGer ZH SB170227 vom 30.1.2018 E. 4d; siehe für eine Auflistung der Kasuistik auch: AK-Hilti, Art. 322ter StGB N. 22.
772. BSK-Pieth, Art. 322ter StGB N. 22; siehe auch Gfeller, S. 146. Die Materialisierung des Vorteils kann sich auf unterschiedlichste Arten ergeben. Neben der direkten Geld- oder Sachleistung ist bspw. auch an eine rasche Beförderung (BGE 100 IV 58 E. 2a) oder das Zurverfügungstellen eines Autos zu denken (ZR 51 [1952] Nr. 107) BStGer SK.2015.12 vom 15.9.2015 E. 4.1.
773. Gfeller, S. 145 ff., insb. S. 147.
774. Siehe auch: AK-Hilti, Art. 322ter StGB N. 17 ff.

Rechnungen oder die Gewährung nicht marktkonformer Darlehen.[775] Derartige Geschäfte werden dann als Vorteil qualifiziert, wenn sich Leistung und Gegenleistung wirtschaftlich nicht entsprechen. Als Massstab sollen dann die marktüblichen Konditionen herangezogen werden.[776]

### 2. Immaterieller Vorteil

24 Immateriell ist ein Vorteil dann, wenn es sich um gesellschaftliche oder berufliche Vorteile, Wahlunterstützung, vorteilhafte Heirat, eine Beförderung und Ehrungen oder sexuelle Zuwendungen handelt.[777] Dies wird in der Lehre **als zu weit kritisiert**, da faktisch alles als immaterieller Vorteil subsumiert werden kann. Zudem seien die meisten immateriellen Vorteile mindestens mittelbar materiell messbar.[778]

25 Nicht als immaterielle Vorteile gelten die Zustimmung zu einem gemeinsamen Grillabend oder einem Ausgang.[779]

26 Nach der hier vertretenen Auffassung ist es für die Bejahung des Vorliegens eines Vorteils nicht entscheidend, ob dieser Vorteil zwingend als materieller oder immaterieller Vorteil qualifiziert werden kann. Massgeblich ist vielmehr, dass der Zuwendungsempfänger eine objektiv messbare rechtliche, wirtschaftliche oder persönliche Besserstellung durch die Gewährung dieses Vorteils spürt.[780]

### 3. Weitere Anmerkungen

27 Keinen Vorteil stellt das blosse **Ausgleichen von Auslagen** dar, die dem Empfänger durch die Vornahme einer pflichtwidrigen oder im Ermessen stehenden Handlung entstehen, da hier weder eine rechtliche noch eine faktische Besserstellung erfolgt. Keine tatbestandsmässige Zuwendung ist somit der (nachträgliche) Ersatz von tatsächlich angefallenen, vom Empfänger

775. AK-Hilti, Art. 322ter StGB N. 17 ff.
776. AK-Hilti, Art. 322ter StGB N. 17 ff.
777. BSK-Pieth, Art. 322ter StGB N. 23; Gerber, S. 249; Jositsch, Korruptionsstrafrecht, S. 332; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 514; Tercier, S. 228; Perrin, S. 265.
778. BSK-Pieth, Art. 322ter StGB N. 25; siehe insbesondere Balmelli, S. 145 f., 149.
779. OGer ZH SB170227 vom 30.1.20218 E. 4d; AK-Hilti, Art. 322ter StGB N. 22.
780. BGer 6B_339/2011 vom 05.9.2011 E. 6.2.1; BStGer SK.2006.18 vom 31.5.2007 E. 6.3; OGer ZH SB170160 vom 19.10.2017 E. 9.3; siehe auch: AK-Hilti, Art. 322ter StGB N. 17; Meili, S. 86; Kaiser, S. 122.

selbst zu tragender Spesen, auch nicht anlässlich einer pflichtwidrigen Amtshandlung.[781] Übersteigt jedoch die Zuwendung des Gebers die Auslagen des Empfängers auch nur minimal, so muss dies als Vorteil betrachtet werden. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die nachträgliche Gewährung eines Vorteils für eine vorgängig begangene Pflichtwidrigkeit keine Bestechung darstellt.[782]

Dies ergibt sich aufgrund des sogenannten **Künftigkeitserfordernisses**[783]. Dies bedeutet, dass die Gewährung des ungebührlichen Vorteils auf eine erst künftig stattfindende pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung des Amtsträgers gerichtet sein muss. In der Lehre ist die Frage, ob die Amtsträgerbestechung ein Künftigkeitserfordernis benötigt, umstritten; während ein Teil der Lehre ein Künftigkeitserfordernis ablehnt,[784] wird diese Ansicht durch weitere Stimmen in Lehre und Rechtsprechung stark kritisiert.[785] 28

Art. 135 Abs. 1 aStGB regelte noch ausdrücklich, dass es sich bei der pflichtwidrigen Amtshandlung um eine zukünftige Amtshandlung handeln muss. Obwohl diese ausdrückliche Regelung mit der Revision des Korruptionsstrafrechts aufgehoben wurde, ist der hier vertretenen Auffassung nach weiterhin zwingend am Künftigkeitserfordernis **festzuhalten**. Eine nachträgliche Belohnung einer erfolgten pflichtwidrigen Handlung oder Unterlassung des Amtsträgers vermag das vorliegend geschützte Rechtsgut nicht zu tangieren, da das Vertrauen der Allgemeinheit in die Sachlichkeit der amtlichen Tätigkeit gerade nicht durch eine Bestechungshandlung angegriffen wird. 29

Bei einer Abkehr von der Voraussetzung des Künftigkeitserfordernis wäre es zudem fraglich, ob überhaupt ein **Äquivalenzverhältnis** vorliegen kann (vgl. 30

781. Siehe bspw. ZR 54 [1955] Nr. 142.
782. Gfeller, S. 150 ff.
783. Jositsch, Korruptionsstrafrecht, S. 357 ff.; Arzt, Moral, S. 46; Gfeller, S. 193.
784. Jositsch, Tatbestand, S. 836; siehe auch: Jositsch, Korruptionsstrafrecht, S. 357; BSK-Pieth, Art. 322ter StGB N. 46; PK-Trechsel/Jean-Richard, Art. 322ter StGB N. 3; siehe auch: OGer ZH SB130234 vom 22.8.2014 E. 5.4.4 ff. (rechtl. Würdigung).
785. Arzt, Moral, S. 46; Gerber, S. 215; Gfeller, S. 192 ff.; siehe zum alten Gesetzestext gemäss Art. 315 aStGB, wonach der Vorteil für «eine *künftige*, pflichtwidrige Amtshandlung» gewährt werden musste: BGE 118 IV 309 E. 2a f. S. 315 f.; siehe auch: BG ZH vom 21.8.1995, publ. in SJZ 91/1996, S. 13 ff.; OGer LU vom 06.3.1990, LGVE 1990 I Nr. 52; KGer GB SB 159/89 vom 27.5.1981, PKG 1981, Nr. 30, S. 95 ff.

dazu N. 49 ff.; u.U. ist eine Strafbarkeit aufgrund der Vorteilsgewährung gemäss Art. 322quinquies StGB denkbar, vgl. OK-Baumgartner-Hurni, Art. 322quinquies N. 6 ff.).

31 Den Anforderungen des Künftigkeitserfordernisses genügt es, wenn eine pflichtwidrige Tätigkeit zwar ohne die Gewährung eines ungebührlichen Vorteils erfolgt, ein solcher aber bereits **vereinbart** wurde. Diese Fallkonstellation erfüllt die Tathandlung des Versprechens eines ungebührlichen Vorteils (vgl. N. 37).

### B. Ungebührlichkeit

32 Damit die Gewährung eines Vorteils im Rahmen der Amtsträgerbestechung strafbar ist, muss es sich um einen ungebührlichen Vorteil handeln.

33 Ungebührlich ist ein Vorteil dann, wenn der Vorteilsempfänger zur Annahme des Vorteils **nicht berechtigt** ist.[786] «Ungebührlich» und «unrechtmässig» können somit als Synonym verwendet werden.[787]

34 Es ist hingegen für die Annahme eines rechtmässigen Vorteils nicht zwingend erforderlich, dass der Amtsträger einen direkten gesetzlichen Anspruch auf die Annahme des Vorteils besitzt. So sind insbesondere auch Vorteile gebührlich, die gestützt auf einen Vertrag erfolgen, solange das Gesetz oder die administrativen Regeln der Behörden (sog. Code of Conducts) dafür Raum lassen.[788] Des Weiteren enthält Art. 322decies Abs. 1 StGB spezielle Bestimmungen zu den von einem Dritten genehmigten bzw. geringfügigen und sozialüblichen Vorteilen, die nie ungebührlich sind (vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322decies N. 2 ff.).

## IV. TATHANDLUNG

35 Die Tathandlung im engeren Sinne besteht schliesslich im Anbieten, Versprechen oder Gewähren des nicht gebührlichen Vorteils durch den Bestechenden an den Amtsträger zu dessen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten.[789] Die Tathandlung kann explizit oder implizit erfolgen.[790]

---

786. Vasella, S. 81; AK-Hilti, Art. 322ter StGB N. 23; Gfeller, S. 154.
787. PK-Trechsel, Vor Art. 322ter StGB N. 6 ff.; Mingard, S. 203 f.
788. BStGer SK.2017.52 vom 4.4.2018 E. 6.4.2; BStGer SK.2006.18 vom 31.5.2007 E. 6.3.
789. BSK-Pieth, Art. 322octies StGB N. 11.

## A. Anbieten, Versprechen oder Gewähren

Unter der Handlungsvariante des **Anbietens** versteht man den Antrag zum Abschluss eines Bestechungsvertrages.[791] Es handelt sich mithin um eine einseitige Willenserklärung des Bestechenden mit dem Erklärungsgehalt, dass dem Empfänger ein nicht gebührender Vorteil für eine pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung des Amtsträgers gewährt wird.[792] Beim Anbieten des ungebührlichen Vorteils handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung;[793] der Bestechende wird durch die Zustimmung zum Angebot zur Leistung des Vorteils verpflichtet.[794] Ob die vertraglich vereinbarte Leistung eines ungebührlichen Vorteils durch Zustimmung zum Angebot durch den Amtsträger in zivilrechtlicher Hinsicht (zwangs-)vollstreckt werden kann, ist nicht entscheidend.[795] 36

Die Tathandlungsalternative des **Versprechens** stellt dasjenige Vertrags(verhandlungs-)stadium dar, in welchem der ungebührliche Vorteil *angeboten* und durch den potentiellen Vorteilsempfänger auch *angenommen* wurde.[796] Die Parteien haben mithin das korrumpierende Verpflichtungsgeschäft vereinbart.[797] Auf den abstrakten Strafrahmen hat das fortgeschrittene Bestechungsstadium zur Tathandlungsvariante des Anbietens des ungebührenden Vorteils keinen Einfluss.[798] Allenfalls wird das fortgeschrittene Deliktsstadium im Rahmen der objektiven Schwere der Tatkomponente straferhöhend berücksichtigt.[799] 37

790. Gfeller, S. 166.
791. Gfeller, S. 166; Arzt, Moral, S. 45, welcher zugespitzt davon spricht, dass es sich bei dieser Tatbestandsvariante eigentlich um die versuchte Anstiftung (das Anbieten) zu einer versuchten Anstiftung einer Straftat (der passiven Bestechung) handelt.
792. BGE 135 IV 198 E. 6.3 S. 203 ff.; Gfeller, S. 166 m.w.H. auf die Tatbestandsvariante des Anbietens.
793. Balmelli, S. 154; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 515; BSK-Pieth, Art. 322$^{ter}$ StGB N. 32.
794. Gfeller, S. 167.
795. Gemäss Art. 20 Abs. 1 OR sind Verträge nichtig, wenn sie einen unmöglichen oder rechtswidrigen Inhalt aufweisen oder gegen die guten Sitten verstossen. Ein Vertragsinhalt ist unter anderem dann rechtswidrig, wenn der Vertragsinhalt gegen öffentlich-rechtliche Normen, worunter auch Straftatbestände fallen, verstösst. Folglich könnte der als ungebührlich qualifizierte Teil des synallagmatischen Leistungsversprechens zivilrechtlich nicht vollstreckt werden. Siehe anstatt vieler: BSK-Meise/Huguenin, BSK OR I, N 21 zu Art. 19/20 OR.
796. Kaiser, S. 171.
797. So auch Gfeller, S. 169.
798. Gfeller, S. 169.

38 Von der Tathandlungsvariante des **Gewährens** eines ungebührlichen Vorteils wird schliesslich gesprochen, wenn nach dem Stadium des *Versprechens* eines ungebührlichen Vorteils ebendieser Vorteil auch übergeben wird. Der Bestechende erfüllt mithin seine unter dem Bestechungsvertrag mit dem Amtsträger vereinbarte und geschuldete Leistung zu Gunsten des Amtsträgers oder einer Drittperson.[800] Bereits die Botschaft zur Revision des Korruptionsstrafrechts zählt ungebührliche Vorteile an nahe Angehörige eines Amtsträgers als taugliche Tathandlung auf. Abgrenzungsschwierigkeiten gibt es insbesondere dort, wo der ungebührliche Vorteil einer gesellschaftlichen oder ideellen Organisation angeboten, versprochen oder gewährt wird, welcher der Amtsträger nicht nahesteht.[801] Nach der hier vertretenen Ansicht, muss der Begriff der Drittperson zwingend weit ausgelegt werden. So ist das Vertrauen der Allgemeinheit in die Sachlichkeit amtlicher Tätigkeiten auch dann verletzt, wenn der Amtsträger eine im Ermessen liegende Entscheidung aufgrund unsachlicher Anreize zugunsten einer ideellen Organisation trifft, welcher der Amtsträger ohne objektive Gründe nahesteht. Hier ist beispielsweise an eine Vereinbarung zu denken, wonach der Amtsträger als grosser Fan eines Fussballclubs eine im Ermessen stehende Handlung zugunsten einer bestechenden Person vornimmt, welche dafür diesem Fussballclub eine Geldsumme zukommen lässt. Es handelt sich hierbei um einen ungebührlichen Vorteil zugunsten einer gesellschaftlichen Organisation, welche dem Amtsträger nicht aus objektiven Gründen nahesteht.

## B. Versuch

39 Es ist nicht restlos geklärt, wie sich eine versuchte Amtsträgerbestechung zu konzipieren hat, bzw. in welcher Intensität oder Genauigkeit der Amtsträger das Bestechungsangebot empfangen haben muss. Die Tatbestandsvarianten des Anbietens und des Versprechens stellen beide das Inaussichtstellen eines Vorteils dar, ohne dass der Vorteil (bereits) übermittelt worden ist.[802] Die Annahme des Angebots durch den Amtsträger ist zur Deliktsvollendung nicht notwendig; es reicht aus, wenn das Angebot den Amtsträger tatsächlich erreicht hat.[803] Das Delikt ist mit dem Anbieten und dem Eintreffen des

799. Siehe Art. 47 StGB.
800. Anstatt vieler: Gfeller, S. 169; BSK-Pieth, Vor Art. 322$^{ter}$ StGB N. 36.
801. Botschaft Revision, S. 5528 f.
802. Vasella, S. 83.
803. Anstatt vieler: BSK-Pieth, Vor Art. 322$^{ter}$ StGB N. 34 f. m.w.H.

Angebots **vollendet**.[804] Umstritten ist hingegen, ob der Amtsträger das Angebot auch tatsächlich zur Kenntnis genommen haben muss.[805] [806] Nach der hier vertretenen Ansicht existieren keine überzeugenden Argumente, weshalb für die Vollendung der Tathandlungsalternative des Anbietens eine Kenntnisnahme des Angebotes durch den Amtsträger notwendig sein sollte. Vielmehr muss es ausreichen, wenn das Bestechungsangebot in den Zugangsbereich des Amtsträgers gelangt, um die Vollendung der Tathandlungsalternative des Anbietens zu erfüllen; in diesem Fall hat der Bestechende alles getan, was auf seiner Seite zur Deliktsverwirklichung notwendig ist.[807] Bei den Bestechungsdelikten handelt es sich folglich um ein **Kommunikationsdelikt**.

Dies bedeutet, dass nach Ansicht der Autoren ein Versuch der aktiven Amtsträgerbestechung nur dann möglich sein kann, wenn das abgegebene Angebot den Amtsträger, aus welchen Gründen auch immer, **nicht erreicht** bzw. nicht in den Zugangsbereich des Amtsträgers vordringen konnte.[808] Sobald das Bestechungsangebot den Zugangsbereich des Amtsträgers erreicht hat, ist die Tathandlung des Bestechenden vollendet, und dieser ist wegen einer vollendeten aktiven Amtsträgerbestechung zu bestrafen. Bei den Tathandlungsalternativen des Versprechens und des Gewährens hat der Amtsträger das Angebot des Bestechenden zwingendermassen zur Kenntnis genommen und dem sogar zugestimmt, weshalb sich die oben erörterte Frage betreffend diese Handlungsalternativen gar nicht stellt. Es liegt bei der 40

804. BSK-Pieth, Vor Art. 322ter StGB N. 34 f.

805. Zustimmend: Gfeller, S. 167; Kaiser, S. 165; Steinbeisser, S. 15; Arzethauser, S. 105; ablehnend: BSK-Pieth, Art. 322ter StGB N. 35; Jositsch, Korruptionsstrafrecht, S. 341; UWG-Kommentar-Baudenbacher/Glöckner, Art. 4a UWG N. 48.

806. Weiterer Erörterung bedarf die Argumentation von Gfeller, S. 167, welcher sich auf BGE 135 IV 198 E. 6.3 S. 203 ff., abstützt. Im rubrizierten Urteil erwog das Bundesgericht, dass für die Erfüllung des Tatbestandes der Vorteilsannahme gemäss Art. 322sexies StGB die Forderung den Adressaten *erreichen* muss. Aus dem Terminus *erreichen* kann nach der hier vertretenen Ansicht jedoch nicht hergeleitet werden, dass zwingend eine Kenntnisnahme erfolgen muss. Unter *erreichen* kann genauso gut der Zugang des korrumpierenden Angebotes in den Machtbereich des Empfängers verstanden werden, was nicht notwendigerweise mit einer Kenntnisnahme einhergeht.

807. Jositsch, Korruptionsstrafrecht, S. 442; BSK-Pieth, Art. 322ter StGB N. 35 m.w.H.

808. Zustimmend: BSK-Pieth, Art. 322ter StGB N. 33 ff.; Balmelli, S. 154; Jositsch, Korruptionsstrafrecht, S. 341; a.M. Kaiser, S. 165, der die tatsächliche Kenntnisnahme des Bestechungsangebots durch den Amtsträger für notwendig hält.

Bejahung dieser Tathandlungsalternativen stets ein vollendetes (und beendetes) Delikt vor.

41 Solange mit der Kommunikation des ungebührlichen Vorteils vom Bestechenden an den Amtsträger noch nicht begonnen wurde, liegt lediglich eine **straflose Vorbereitungshandlung** vor.[809] Zu denken ist bspw. an den Fall, bei welchem der Bestechende einen Brief mit dem Angebot eines ungebührlichen Vorteils an den Amtsträger geschrieben und unterzeichnet, diesen aber noch nicht versandt hat. In diesem Fall liegt eine straflose Vorbereitungshandlung vor. Sobald der Bestechende den Brief versandt hat, die Post diesen jedoch verliert, liegt eine versuchte aktive Amtsträgerbestechung vor. Stellt die Post den Brief zu und der Amtsträger nimmt diesen in Empfang, so liegt in diesem Falle eine vollendete strafbare aktive Amtsträgerbestechung vor; dies gilt auch dann, wenn der Amtsträger den Brief ungeöffnet ins Altpapier legt.

## V. GEGENLEISTUNG

42 Das Versprechen, Anbieten oder Gewähren des ungebührlichen Vorteils muss im Zusammenhang mit einer Gegenleistung des Amtsträgers erfolgen, welche sich aus seiner Amtstätigkeit ergibt.

### A. Zusammenhang mit der Amtstätigkeit

43 Die Gegenleistung des Amtsträgers muss im Zusammenhang mit seiner Amtstätigkeit stehen, ansonsten kann keine Amtsträgerbestechung vorliegen. Zu prüfen wäre in einem solchen Fall allenfalls die Privatbestechung, sofern der Amtsträger in einem zusätzlichen, privatrechtlichen Verhältnis zu einem Prinzipal steht.

44 Die herrschende Lehre verfolgt einen weiten Amtshandlungsbegriff.[810] Ein Zusammenhang mit der Amtstätigkeit liegt folglich nicht immer nur dann vor, wenn der Amtsträger **im Rahmen seines eigentlichen Zuständigkeitsbereichs** handelt,[811] sondern kann bereits dann gegeben sein, wenn die Handlung des Amtsträgers auch bloss aufgrund dessen amtsinterner Stellung möglich ist.[812] Folglich reicht es zur Annahme eines Zusammenhangs

809. AK-Hilti, Vor Art. 322ter StGB N. 6.
810. Balmelli, S. 163 ff.; Kaiser, S. 189 ff.; BSK-Pieth, Art. 322ter StGB N. 38.
811. BGer 6B_986/2017 vom 26.2.2018 E. 4.3; OGer ZH SB130235 vom 22.8.2014 E. 5.4.2.

zu der Amtstätigkeit aus, wenn die Handlungen ausserhalb des Zuständigkeitsbereichs des Amtsträgers erfolgen, sofern eine Zurechenbarkeit zu "seiner" Behörde möglich ist.[813] Eine eigentliche Entscheidungskompetenz des Amtsträgers in einer konkreten Angelegenheit ist nicht erforderlich.[814]

## B. Gegenleistung im engeren Sinne

Die vom Amtsträger ausgeführte bzw. geforderte Handlung oder Unterlassung muss entweder **pflichtwidrig sein oder im Ermessen** des Amtsträgers stehen. 45

### 1. Pflichtwidrige Entscheide oder Unterlassungen

Eine Handlung oder Unterlassung eines Amtsträgers ist pflichtwidrig, sofern gegen eine (öffentlich-rechtliche) **Norm verstossen** wird, die das pflichtgemässe Verhalten des Amtsträgers umschreibt.[815] Auch der Verstoss gegen eine dienstliche Weisung oder eine Verwaltungsverordnung kann die Pflichtwidrigkeit begründen.[816] Rein ausserdienstliche Tätigkeiten stellen hingen keine Pflichtverletzungen dar.[817] 46

Ein Sonderfall liegt mit Blick auf die **Schiedsrichter** vor, da sich deren pflichtgemässes Verhalten ausschliesslich aus privatrechtlichen Normen bzw. aus vertraglichen Bestimmungen ergibt. In diesem Fall sind die privatrechtlichen Normen und die vertraglichen Bestimmungen als Amtspflichten zu betrachten und ein Verstoss dagegen stellt eine bestechungsrechtlich-relevante Pflichtwidrigkeit durch den Schiedsrichter dar.[818] 47

### 2. Ermessensentscheide

Von der Amtsträgerbestechung werden auch Handlungen oder Unterlassungen erfasst, die im **Ermessen des Amtsträgers** liegen. 48

812. AK-Hilti, Art. 322ter StGB N. 28; BGer 6B_986/2017 vom 26.2.2018 E. 4.3; BGer 6S.108/1999 vom 28.9.2000 E. 2a; BStGer SK.2006.10 vom 19.12.2006 E. 3.2.2.
813. Kaiser, S. 199; Balmelli, S. 168, BSK-Pieth, Art. 322ter StGB N. 39.
814. AK-Hilti, Art. 322ter StGB N. 28 m.w.H. auf BGer 6B_916/2008 vom 21.8.2009 E. 7.5.
815. Balmelli, S. 176; Kaiser, S. 208 ff.; BSK-Pieth, Art. 322ter StGB N. 42; BStGer SK.2006.10 vom 19.12.2006 E. 3.2.2.
816. BGE 72 IV 179 E. 2; BStGer SK.2006.10 vom 19.12.2006 E. 3.2.2; OGer ZH SB130235 vom 22.8.2014 E. 3.3.5.

Ermessensentscheide werden in jedem Fall von der Amtsträgerbestechung umfasst und dies auch dann, wenn der Ermessensentscheid sachlich nicht zu beanstanden ist; das Vorliegen einer Ermessensüberschreitung, -unterschreitung oder -missbrauchs oder Unangemessenheit ist nicht erforderlich.[819] Der Ermessensentscheid gilt folglich immer dann als korruptionsstrafrechtlich relevant, sobald er auf sachfremden Motiven oder fehlerhaftem Verfahren beruht.[820]

## C. Äquivalenzverhältnis

49 Korruption im strafrechtlichen Sinne kann schliesslich nur dann vorliegen, wenn ein Äquivalenzzusammenhang zwischen dem nicht gebührenden Vorteil des Bestechenden an den Vorteilsempfänger und der Gegenleistung durch den Amtsträger besteht.[821] Der Amtsträger soll gerade aufgrund der Leistung des Bestechenden seine Gegenleistung, also seine amtliche Tätigkeit, erbringen. Es muss somit **eine eigentliche Unrechtsvereinbarung**[822] zwischen dem Bestechenden und dem Amtsträger vorliegen.

50 Ein Äquivalenzverhältnis liegt vor, wenn der ungebührliche Vorteil gerade für die pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung des Amtsträgers geboten wird.[823] Das heisst: Der Vorteil muss **im Austausch** gegen eine hinreichend bestimmte oder bestimmbare Pflichtverletzung oder Ermessensentscheidung erfolgen. Diese pflichtwidrige Handlung muss jedoch nicht zwingend bereits im Einzelnen konkret feststehen.[824]

51 Für den Nachweis eines Äquivalenzverhältnisses wird nicht verlangt, dass die Unrechtsvereinbarung für jeden Vorteil und jede pflichtwidrige Handlung konkret bestimmt wird. Ausreichend ist es, wenn die Handlung des Amtsträgers **ihrer Art nach** durch die Unrechtsvereinbarung bestimmt ist.[825] Diese Ansicht wird auch von der herrschenden Lehre getragen, welche eine

817. Jositsch, Korruptionsstrafrecht, S. 362.
818. Jositsch, Korruptionsstrafrecht, S. 362 f.; AK-Hilti, Art. 322ter StGB N. 29.
819. BGE 129 II 462 E. 4.5; Urteil des BGer 6S.180/2006 vom 14.7.2007 E. 3.2.2; BStGer SK. 2006.25 vom 12.6.2007 E. 2.1; OGer ZH SB130235 vom 22.8.2014 E. 3.3.3.
820. Anstatt vieler: BSK-Pieth, Art. 322ter StGB N. 45 m.w.H.
821. Balemlli, S. 209 ff.; PK-Trechsel, Art. 322ter StGB N. 3.
**822. Jositsch, Korruptionsstrafrecht, S. 352.**
823. BSK-Pieth, Art. 322ter StGB N. 47; AK-Hilti, Art. 322ter StGB N. 33.
824. AK-Hilti, Art. 322ter StGB N. 33 ff.; OFK-Isenring, Art. 322ter StGB N. 8 f.; BStGer SK.2015.12 vom 15.9.2015 E. 4.1.

Bestimmbarkeit, eine hinreichend bestimmte oder eine in ihrem sachlichen Gehalt mindestens in groben Zügen bekannte Gegenleistung verlangt.[826]

Freundschaftliche Beziehungen zwischen der bestechenden Person und dem Amtsträger schliessen eine Bestechung infolge der Gewährung eines ungebührlichen Vorteils nicht aus.[827] Ein Äquivalenzverhältnis kann auch in einer derartigen Konstellation vorliegen. 52

## VI. SUBJEKTIVER TATBESTAND

Die aktive Amtsträgerbestechung ist ein Vorsatzdelikt, wobei auch Eventualvorsatz ausreicht.[828] Das Wissen und Wollen des Bestechenden muss sich auf die Erfüllung aller objektiven Tatbestandsmerkmale beziehen,[829] darunter fällt insbesondere auch das Äquivalenzverhältnis.[830] 53

## VII. KONKURRENZEN

Gegenüber Art. 168 StGB (Bestechung bei Zwangsvollstreckung) geht Art. 322$^{ter}$ StGB vor.[831] 54

Art. 322$^{ter}$ StGB schliesst Art. 322$^{quniquies}$ StGB als Auffangtatbestand aus.[832] 55

Art. 322$^{ter}$ StGB und Art. 322$^{quater}$ StGB sind spiegelbildlich ausgestaltet, weshalb keine Teilnahme oder Mittäterschaft am Gegendelikt begründet werden kann.[833] Begeht der Bestochene als Folge der Bestechung eine strafbare Handlung, so steht die Bestechung in echter Idealkonkurrenz zur Anstiftung zur strafbaren Handlung. Als denkbare strafbare Handlungen kommen Art. 293 StGB (Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen), 56

825. BGE 118 IV 309 E. 2a S. 315 f. («lien suffisant entre l'avantage et uno u plusieurs actes futurs du fonctionnaire, déterminables de manière générique»).
826. Balmelli, S. 215 ff.; Jositsch, Anfüttern, S. 55; Kaiser, S. 253; PK-Trechsel/Jean-Richard, Art. 322$^{ter}$ StGB N. 3; BSK-Pieth, Art. 322$^{ter}$ StGB N. 47 ff.
827. BGer 6B_988/2017 vom 26.2.2018 E. 1.4.
828. BSK-Pieth, Art. 322$^{ter}$ StGB N. 49.
829. Balmelli, S. 218.
830. BGE 100 IV 56 E. 2a; BStGer SK.2016.5 vom 06.12.2016 E. IV.1.2; OGer BE SK 1645 vom 24.11.2016 E. 1.4.
831. Vgl. BSK-Pieth, Art. 322$^{ter}$ StGB N. 55 mit dem Hinweis, dass Art. 322$^{ter}$ schon nur aufgrund der höheren Strafdrohung vorgehen muss.
832. AK-Hilti, Art. 322$^{ter}$ StGB N. 39.
833. BSK-Pieth, Art. 322$^{ter}$ StGB N. 56; PK-Trechsel/Jean-Richard, Art. 322$^{ter}$ StGB N. 7 m.w.H.

Art. 305 StGB (Begünstigung), Art. 307 StGB (Falsches Zeugnis), Art. 312 StGB (Amtsmissbrauch), Art. 314 StGB (Ungetreue Amtsführung), Art. 317 StGB[834] (Urkundenfälschung im Amt), Art. 319 StGB (Entweichenlassen von Gefangenen) und Art. 320 StGB (Verletzung des Amtsgeheimnisses) in Frage.[835]

57 Das Verhältnis von Art. 322$^{ter}$ StGB und der Bestechung fremder Amtsträger bzw. der Bestechung Privater ist in der Lehre umstritten. So nimmt Pieth aufgrund der verschiedenen Rechtsgüter echte Konkurrenz an.[836] Demgegenüber liegt nach Hilti keine Konkurrenz vor, da sich die Tatbestände gegenseitig ausschliessen.[837] Dieser Ansicht ist zu folgen. So liegt entweder die Bestechung eines inländischen oder eines ausländischen Amtsträgers vor. Falls sich die an der Bestechung beteiligte Person nicht unter den Amtsträgerbegriff subsumieren lässt, so liegt die Bestechung einer Privatperson vor.

## LITERATURVERZEICHNIS

Arzethauser Martin, Die Vorteilsgewährung bzw. die Vorteilsannahme nach dem revidierten Schweizerischen Korruptionsstrafrecht unter besonderer Berücksichtigung der unteren Begrenzung der Strafbarkeit im Rahmen der Sozialadäquanz und der freiwilligen Mitfinanzierung öffentlicher Aufgaben, Basel, 2001.

Arzt Gunther, Über Korruption, Moral und den kleinen Unterschied, recht 2001, S. 41-50 (zit. Arzt, Moral).

Arzt Gunther, Unternehmensstrafbarkeit, Fernwirkungen im materiellen Strafrecht, recht 2004, S. 213-223 (zit.: Arzt, Unternehmensstrafbarkeit).

834. BGE 93 IV 53; vgl. PK-Trechsel/Jean-Richard, Art. 322$^{ter}$ StGB N. 7, wonach eine echte Konkurrenz besteht, da die Bestechungshandlung nicht notwendigerweise eine strafbare Handlung anstrebt.
835. Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 613; PK-Trechsel/Jean-Richard, Art. 322$^{ter}$ StGB N. 7; vgl. zudem die Aufzählung bei OFK-Isenring, Art. 322$^{ter}$ StGB N. 19.
836. BSK-Pieth, Art. 322$^{ter}$ StGB N. 57; PK-Trechsel/Jean-Richard, Art. 322$^{ter}$ StGB N. 7.
837. AK-Hilti, Art. 322$^{ter}$ StGB N. 40.

Balmelli Marco, Die Bestechungstatbestände des schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 1996.

Baudenbacher Carl/Glöckner Jochen, Kommentierung zu Art. 4 UWG, in: Baudenbacher Carl (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, Kommentar zum UWG, Basel 2001.

Cassani Ursula, Le droit pénal suisse face à la corruption de fonctionnaires, plädoyer 3(1997), S. 44-48.

Donatsch Andreas/Thommen Marc/Wohlers Wolfgang, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich 2017.

Frick Tanja, Auswirkungen einer Bestechung auf ein Vertragsverhältnis, Zürich 2004.

Gerber Rudolf, Zur Annahme von Geschenken durch Beamtete des Bundes, ZStrR 1979, S. 243-263.

Gfeller Diego R., Die Privatbestechung, Art. 4a UWG, Konzeption und Kontext, Basel 2010.

Hilti Martin, Kommentierung zu Art. 322$^{ter}$ StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Isenring Bernhard, Kommentierung zu Art. 322$^{ter}$ StGB, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, StGB, 21. Aufl., Zürich 2022.

Jositsch Daniel, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht, Zürich 2004 (zit.: Jositsch, Korruptionsstrafrecht).

Jositsch Daniel, Der Tatbestand des Anfütterns im Korruptionsstrafrecht, ZStrR 2000, S. 53-66 (zit. Jositsch, Anfüttern).

Jositsch Daniel, Der Tatbestand der Privatbestechung, sic! 2006, S. 829-838 (zit.: Jositsch, Tatbestand).

Kaiser Rudolf, Drittmittel, Sponsoring und Fundraising, ZStStr Band 49, Zürich et al. 2008 (zit. Kaiser, Sponsoring).

Mausbach Julian/Straub Peter, Kommentierung zu Art. 110 StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Meili Raffael, Strafrechtliche Bekämpfung der Privatbestechung, Zürich 2018.

Meise Barbara/Huguenin Claire, Kommentierung zu Art. 19/20 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, OR I, 7. Aufl., Basel 2020.

Mingard Roxanne, L'avantage indu dans les infractions relatives à la corruption, ZStrR 2 (2010), Zürich 2010.

Müller Christof, Die Bestechung gemäss Art. 4 lit. b UWG, Bamberg 1997.

Niggli Marcel Alexander/Gfeller Diego R., Kommentierung zu Art. 102 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB I, 4. Aufl., Basel 2019.

Niggli Marcel Alexander/Mäder Stefan, Unternehmensstrafrecht, in: Ackermann Jürg (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2021, S. 195-238.

Oberholzer Niklaus, Kommentierung zu Art. 110 Abs. 3 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB I, 4. Aufl., Basel 2019.

Perrin Bertrand, La répression de la corruption d'agents publics étrangers en droit pénal suisse, Basel 2008.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322$^{ter}$ StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322$^{octies}$ StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

Pieth Mark, Korruptionsstrafrecht, in: Ackermann Jürg (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2021, S. 803-846 (zit.: Pieth, Wirtschaftsstrafrecht).

Pieth Mark, Plädoyer für die Reform der strafrechtlichen Unternehmenshaftung, Jusletter 19.2.2018 (zit. Pieth, Unternehmenshaftung).

Steinbeisser Adrian, Die Bestechung von Bediensteten in obligationen-, arbeits- und wettbewerbs-rechtlicher Hinsicht, Basel 1977.

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil Bd. 2, 7. Aufl., Bern 2013.

Tercier Pierre, La corruption et le droit des contrats, SJ 1999 II, S. 225-271.

Trechsel Stefan, Kommentierung zu Vor Art. 322ter StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar, StGB, 4. Aufl., Zürich et al. 2021.

Trechsel Stefan/Jean-Richard Marc, Kommentierung zu Art. 322ter StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar, StGB, 4. Aufl., Zürich et al. 2021.

Vasella Juana, Zivilrechtlicher Schutz vor Korruption im Privatsektor, in: Vasella Juana (Hrsg.), Von A wie Arbitration über T wie Transport bis Z wie Zivilprozess, Liber discipulorum für Prof. Dr. Andreas Furrer zum 55. Geburtstag, Bern 2018, S. 71-102.

Weber Daniel S./Baumgartner Loris, Zur Schutznormqualität von Art. 102 Abs. 2 StGB, AJP 2023, S. 437-445.

## MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Korruptionsstrafrechts) sowie über den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 19.4.1999, BBl 1999 5497 ff., abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1999/1_5497_5045_4721/de, besucht am 20.11.2023, (zit. Botschaft Revision).

KOMMENTIERUNG ZU

# Art. 322quater StGB

Eine Kommentierung von Loris Baumgartner / Marco Hurni

ZITIERVORSCHLAG

Loris Baumgartner/Marco Hurni, Kommentierung zu Art. 322quater StGB, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (Hrsg.), Onlinekommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch

Kurzzitat: Baumgartner/Hurni, Art. 322quater StGB N. XXX.

**Sich bestechen lassen**

**Art. 322$^{quater}$**

Wer als Mitglied einer richterlichen oder anderen Behörde, als Beamter, als amtlich bestellter Sachverständiger, Übersetzer oder Dolmetscher oder als Schiedsrichter im Zusammenhang mit seiner amtlichen Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung für sich oder einen Dritten einen nicht gebührenden Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.

# GLIEDERUNG

I. Vorbemerkungen ..... 195
II. Geschütztes Rechtsgut ..... 195
III. Täterschaft ..... 195
IV. Ungebührlicher Vorteil ..... 196
V. Tathandlung ..... 197
VI. Gegenleistung ..... 198
VII. Subjektiver Tatbestand ..... 198
VIII. Konkurrenzen ..... 198
Literaturverzeichnis ..... 199

## I. VORBEMERKUNGEN

Die passive Amtsträgerbestechung ist der **spiegelbildliche Tatbestand** zur aktiven Amtsträgerbestechung und stellt den Amtsträger unter Strafe, welcher im Gegenzug für eine pflichtwidrige oder im Ermessen stehende Amtshandlung einen ungebührlichen Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt.[838] 1

## II. GESCHÜTZTES RECHTSGUT

Das geschützte Rechtsgut ist **identisch** mit demjenigen der aktiven Amtsträgerbestechung (vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 1 ff.). 2

## III. TÄTERSCHAFT

Täter der passiven Amtsträgerbestechung ist der Amtsträger (vgl. die Auflistung bei OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 10 ff.). Der passiven Amtsträgerbestechung kann sich nur strafbar machen, wer ein Amt innehat. Bei Art. 322quater StGB handelt es sich folglich um ein **Sonderdelikt**.[839] 3

Im Rahmen der subsidiären **Unternehmensstrafbarkeit** ist es theoretisch denkbar, dass sich auch ein Unternehmen der passiven Amtsträgerbestechung im Sinne von Art. 102 Abs. 1 StGB strafbar machen kann, namentlich dann, wenn es sich dabei um staatliche oder gemischtwirtschaftliche Unternehmen handelt.[840] Entscheidend für die Qualifikation als staatliches oder gemischtwirtschaftliches Unternehmen ist es, dass das Gemeinwesen die Kontrolle über das Unternehmen ausübt und das Unternehmen eine öffentliche Funktion wahrnimmt.[841] Als Beispiele ist unter anderem an öffentlich-rechtliche Anstalten wie die SUVA[842] oder spezialgesetzliche Gesellschaften wie die Schweizerische Bundesbahnen SBB,[843] Die 4

838. BGer 6B_986/2017 vom 26.2.2018 E. 4.2; BGer 6B_391/2017 vom 11.1.2018 E. 5.2; BSK-Pieth, Art. 322quater StGB N. 1.
839. BSK-Pieth, Art. 322quater StGB N. 1.
840. Pieth, Wirtschaftsstrafrecht, § 22 N 30 m.w.H.
841. Pieth, Wirtschaftsstrafrecht, § 22 N 30.
842. BGE 135 IV 198 E. 3.4.1.
843. Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20.3.1998 (SR 742.31).

Schweizerische Post AG[844], Swisscom AG[845] oder obligationenrechtliche Aktiengesellschaften, in welchen das Gemeinwesen die Gesellschaft kontrolliert, wie bspw. die Flughafen Zürich AG, zu denken.[846] Nach aktueller Rechtsprechung des Bundesgerichts dürften hingegen die Kantonalbanken, trotz spezialgesetzlicher Grundlage, nicht als Staatsunternehmen gelten.[847]

5 Selbstverständlich sind in einem solchen Fall die (strengen) Voraussetzungen der subsidiären Unternehmensstrafbarkeit gemäss Art. 102 Abs. 1 StGB zu prüfen. Diese Voraussetzungen sind erfüllt, wenn eine natürliche Person bei der Verrichtung geschäftlicher Tätigkeiten im Rahmen des Unternehmenszwecks für das Staatsunternehmen ein Delikt begeht und aufgrund eines **Organisationsmangels** die Zurechnung dieses Deliktes bzw. der Tathandlung oder -unterlassung zu einer konkreten natürlichen Person nicht möglich ist.[848] Die Anwendung der subsidiären Unternehmensstrafbarkeit ist theoretisch also auch für die passive Amtsträgerbestechung gemäss Art. 322$^{quater}$ StGB denkbar. Praktisch hingegen dürfte die subsidiäre Unternehmensstrafbarkeit kaum je zur Anwendung gelangen, da die Anforderungen an den Nachweis der Deliktsbegehung durch eine (unbekannte) natürliche Person als objektive Strafbarkeitsbedingung für die Strafverfolgungsbehörden faktisch unmöglich zu beweisen sind.[849]

## IV. UNGEBÜHRLICHER VORTEIL

6 Der Begriff des ungebührlichen Vorteils entspricht demjenigen der aktiven Amtsträgerbestechung (vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322$^{ter}$ N. 21 ff.).

---

844. Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Organisation der Schweizerischen Post vom 17.12.2010 (SR 783.1).
845. Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes vom 30.4.1997 (SR 784.11).
846. Vgl. bspw. Art. 21 Abs. 4 der aktuell gültigen Statuten der Flughafen Zürich AG vom 24.4.2023, wonach dem Kanton Zürich das Recht zusteht, drei von sieben oder acht bzw. vier von neun Sitzen des Verwaltungsrates mit seinen Vertretern zu besetzen.
847. BGer 6B_539/2014 vom 14.7.2015 E. 2.2; BStGer SK.2013.32 vom 4.2.2014 E. 9; BStGer SK. 2015.24 vom 30.1.2017 E. 4; dazu krit. BSK-Pieth, Art. 322$^{ter}$ StGB N 13a.
848. Anstatt vieler: Weber/Baumgartner, S. 441.
849. BGE 142 IV 333 E. 4.1 (Postfinance-Entscheid); in der Sache zustimmend: Niggli/Mäder, § 8 N 26 ff. Im Ergebnis muss festgestellt werden, dass eine natürliche Person das Delikt innerhalb des Unternehmens begangen hat, ohne jedoch zu identifizieren, welche Person konkret das Delikt begangen hat.

## V. TATHANDLUNG

Die Tathandlung besteht im Fordern, Sich versprechen Lassen oder im Annehmen des nicht gebührlichen Vorteils durch den Amtsträger. 7

Das **Fordern** ist eine einseitige Willenserklärung des Amtsträgers, wonach dieser den Bestechenden zur Leistung eines ungebührlichen Vorteils auffordert.[850] Die Mitteilung einer solchen Aufforderung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen.[851] Das Delikt ist vollendet, sobald die Forderung den Empfänger erreicht hat.[852] Ein Versuch kann folglich nur dann vorliegen, wenn der Amtsträger die Aufforderung an den Empfänger versandt hat, diese den Empfänger jedoch, aus welchen Gründen auch immer, nicht erreicht bzw. nicht in dessen Zugangsbereich gelangt (vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 39 ff.). 8

Unter der Tathandlung des **Sich versprechen Lassens** versteht man die ausdrückliche oder konkludente Annahme eines Bestechungsangebots.[853] Der ungebührliche Vorteil wird zu einem späteren Zeitpunkt geleistet.[854] 9

Die Tathandlung der **Annahme** eines ungebührlichen Vorteils liegt dann vor, wenn der Amtsträger den ungebührlichen Vorteil entgegen genommen hat.[855] Denkbar ist die Situation, dass der Amtsträger erst nach der Annahme realisiert, dass es sich um einen ungebührlichen Vorteil handelt. In einer solchen Situation wird in der Lehre die Ansicht vertreten, dass das Tatbestandsmerkmal der Annahme eines ungebührlichen Vorteils erfüllt ist, sofern der Beamte daraus einen Nutzen zieht.[856] Der hier vertretenen Meinung nach, handelt es sich bei sämtlichen Bestechungsdelikten um Kommunikationsdelikte (vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter StGB N. 39). Mit der Annahme eines ungebührlichen Vorteils ist die Tat vollendet. Entsprechend muss es der hier vertretenen Ansicht nach bereits ausreichen, dass die bestochene Person subjektiv einen Nutzen aus dem ungebührlichen Vorteil ziehen will oder die bestochene Person subjektiv davon ausgeht, dass 10

850. BSK-Pieth, Art. 322quater StGB N. 4; AK-Hilti, Art. 322quater StGB N. 9.
851. AK-Hilti, Art. 322quater StGB N. 9.
852. Balmelli, S. 153; Jositsch, S. 344.
853. Jositsch, S. 344; BSK-Pieth, Art. 322quater StGB N. 5.
854. BGE 135 IV 198 E. 3.2; BGer 6B_988/2017 vom 26.2.2018 E. 1.3.2.
855. Jositsch, S. 344; AK-Hilti, Art. 322quater StGB N. 9; BGE 135 IV 198 E. 3.2.
856. Balmelli, S. 155; Kaiser, S. 170; siehe auch BSK-Pieth, Art. 322quater StGB N. 6.

er einen Nutzen aus dem ungebührlichen Vorteil ziehen kann, auch wenn dies objektiv gar nicht möglich ist. Dies ist folglich der Fall, wenn der Amtsträger den Charakter der Leistung als ungebührlichen Vorteil erkennt und diesen daraufhin weder zurück- noch an die Amtsleitung abgibt, sondern gestützt darauf beabsichtigt, in der Folge eine pflichtwidrige Amtshandlung zu vollziehen. Sollte der Amtsträger jedoch weiterhin von der Zulässigkeit der Annahme des Vorteils überzeugt sein, so ist ein solcher Sachverhalt nach den Regeln des Sachverhaltsirrtums gemäss Art. 13 StGB zu prüfen.

## VI. GEGENLEISTUNG

11 Die Tatbestandsmerkmale der pflichtwidrigen Handlung im Zusammenhang mit der Amtstätigkeit, bzw. das Äquivalenzverhältnis, entsprechen denjenigen der aktiven Amtsträgerbestechung (vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 42 ff.).

## VII. SUBJEKTIVER TATBESTAND

12 In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz erforderlich, wobei Eventualvorsatz ausreicht.[857] Denkbar ist Eventualvorsatz bspw. in denjenigen Fällen, in welchen der Amtsträger die Bestechungsofferte bzw. die Bestechungsbereitschaft an die bestechende Person in einem Gespräch nur beiläufig äussert, der Amtsträger es aber in Kauf nimmt, dass die bestechende Person diese Äusserungen wahrnimmt. Ob der Amtsträger eine Absicht aufweist, sich tatsächlich vom ungebührlichen Vorteil beeinflussen zu lassen, spielt keine Rolle,[858] da eine tatsächliche Ausführung der pflichtwidrigen Handlung für die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale nicht notwendig ist (vgl. N. 6 ff.).

## VIII. KONKURRENZEN

13 Vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 56 zum Verhältnis zu Art. 322quater.

14 Art. 322sexies wird als Auffangtatbestand durch Art. 322quater verdrängt.[859]

857. BGer 6B_988/2017 vom 26.2.2018 E. 1.3.2.
858. BGE 118 IV 309 E. 2a; BStGer SK.2009.15 vom 12.5.2010 E. 4.2.
859. BStGer SK.2009.15 vom 12.5.2010 und 24.9.2010 E. 4.11; AK-Hilti, Art. 322quater StGB N. 15.

Bezüglich der strafbaren Handlungen gegen die Amts- und Berufspflicht besteht aufgrund der unterschiedlichen geschützten Rechtsgüter eine echte Konkurrenz (vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 56).[860] 15

Das Verhältnis zwischen Art. 168 Abs. 3 und Art. 322quater ist umstritten[861], wobei grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, dass Art. 322quater aufgrund der höheren Strafdrohung vorgeht. 16

## LITERATURVERZEICHNIS

Balmelli Marco, Die Bestechungstatbestände des schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 1996.

Hilti Martin, Kommentierung zu Art. 322quater StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Isenring Bernhard, Kommentierung zu Art. 322quater StGB, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, StGB, 21. Aufl., Zürich 2022.

Jositsch Daniel, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht, Zürich 2004.

Kaiser Rolf, Die Bestechung von Beamten unter Berücksichtigung des Vorentwurfs zur Revision des schweizerischen Korruptionsstrafrechts, Zürich 1999.

Niggli Marcel Alexander/Mäder Stefan, Unternehmensstrafrecht, in: Ackermann Jürg (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2021, S. 195-238.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322quater StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

Pieth Mark, Korruptionsstrafrecht, in: Ackermann Jürg (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2021, S. 803-846 (zit. Pieth, Wirtschaftsstrafrecht).

Weber Daniel S./Baumgartner Loris, Zur Schutznormqualität von Art. 102 Abs. 2 StGB, AJP 2023, S. 437-445.

860. Vgl. auch die Rechtsprechung in AK-Hilti, Art. 322quater StGB N. 15.

861. AK-Hilti, Art. 322quater StGB N. 16 mit Verweis auf weitere Autorenmeinungen; OFK-Isenring, Art. 322quater StGB N. 8.

KOMMENTIERUNG ZU

# Art. 322quinquies StGB

Eine Kommentierung von Loris Baumgartner / Marco Hurni

ZITIERVORSCHLAG

Loris Baumgartner/Marco Hurni, Kommentierung zu Art. 322quinquies StGB, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (Hrsg.), Onlinekommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch

Kurzzitat: Baumgartner/Hurni, Art. 322quinquies StGB N. XXX.

**Vorteilsgewährung**

**Art. 322$^{quinquies}$**

Wer einem Mitglied einer richterlichen oder anderen Behörde, einem Beamten, einem amtlich bestellten Sachverständigen, Übersetzer oder Dolmetscher, einem Schiedsrichter oder einem Angehörigen der Armee im Hinblick auf die Amtsführung zu dessen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten einen nicht gebührenden Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

# GLIEDERUNG

I. Vorbemerkungen ..... 203
II. Geschütztes Rechtsgut ..... 203
III. Beteiligte Personen ..... 203
IV. Ungebührlicher Vorteil ..... 203
V. Tathandlung ..... 203
VI. Im Hinblick auf die Amtsführung ..... 203
VII. Subjektiver Tatbestand ..... 204
VIII. Konkurrenzen ..... 204
Literaturverzeichnis ..... 205

## I. VORBEMERKUNGEN

Die Straftatbestände der Vorteilsgewährung und -annahme gemäss Art. 322quinquies f. StGB regeln das sogenannte **Anfüttern** durch unspezifische "Geschenke" und "Goodwill-Zahlungen", welche nicht direkt mit einer Amtshandlung in Verbindung stehen, sondern lediglich im Hinblick auf eine solche gewährt werden.[862] 1

## II. GESCHÜTZTES RECHTSGUT

Das geschützte Rechtsgut ist **identisch** mit demjenigen der aktiven Amtsträgerbestechung (vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 1 ff.). 2

## III. BETEILIGTE PERSONEN

Täter der Vorteilsgewährung kann **jedermann** sein (vgl. die Auflistung bei OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 6 ff.). Taugliche Vorteilsadressaten sind wiederum die Amtsträger (vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 10 ff.). 3

## IV. UNGEBÜHRLICHER VORTEIL

Der Begriff des ungebührlichen Vorteils entspricht demjenigen der aktiven Amtsträgerbestechung (vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 24 ff.). 4

## V. TATHANDLUNG

Die Tathandlung besteht aus einem Anbieten, Versprechen oder Gewähren des ungebührlichen Vorteils (vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 38 ff.) 5

## VI. IM HINBLICK AUF DIE AMTSFÜHRUNG

Im Rahmen des Tatbestands der Vorteilsgewährung ist ein modifiziertes Äquivalenzverhältnis vorausgesetzt:[863] Die Vorteilsgewährung muss nicht in Bezug zu einer konkreten Amtshandlung stehen (vgl. OK-Baumgartner/Hurni, 6

862. Vgl. dazu BSK-Pieth, Art. 322quinquies StGB N. 1 ff.; siehe auch Pieth, § 22 N. 56; Jositsch, S. 248.

863. BGer 6B_391/2017 vom 11.1.2018 E. 5.3.1; BSK-Pieth, Art. 322quinquies StGB N. 9.

Art. 322ter N. 52 ff.), sondern es reicht aus, wenn der ungebührliche Vorteil **im Hinblick auf die Amtsführung** erfolgt.[864] Ein ungebührlicher Vorteil wird im Hinblick auf die Amtshandlung gewährt, wenn die Gewährung dieses Vorteils geeignet ist, die zukünftige Amtsführung des Amtsträgers zu beeinflussen.[865]

7 Mit anderen Worten bezweckt der Tatbestand der Vorteilsgewährung, die **Klimapflege** zu einem Amtsträger unter Strafe zu stellen. Eine solche liegt vor, wenn der gewährte Vorteil das Ziel hat, den Amtsträger allgemein dem Vorteilsabsender gewogen zu machen.[866] Vor diesem Hintergrund dient die Vorteilsgewährung als Auffangtatbestand zur aktiven Amtsträgerbestechung gemäss Art. 322ter StGB.[867] Dies ist insbesondere dann praktisch relevant, wenn der Nachweis einer Unrechtsvereinbarung misslingt (vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 54).

8 Der gewährte Vorteil muss geeignet sein, auf die zukünftige Amtsführung Einfluss zu nehmen.[868] Sozialübliche Geschenke scheiden vor diesem Hintergrund zur Begründung einer Strafbarkeit aus (vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322decies N. 7 ff.).

## VII. SUBJEKTIVER TATBESTAND

9 In subjektiver Hinsicht ist **Vorsatz** erforderlich, wobei Eventualvorsatz ausreicht.[869]

## VIII. KONKURRENZEN

10 Art. 322quinqiues und Art. 322sexies sind spiegelbildlich ausgestaltet, daher ist eine Teilnahme oder Mittäterschaft am Gegendelikt nicht möglich.[870]

---

864. BSK-Pieth, Art. 322quinquies StGB N. 9.
865. BGE 135 IV 198 E. 6.2; BGer 6B_391/2017 vom 11.1.2018 E. 5.3.1; BGer 6P.39/2004 vom 23.7.2004 E. 6.3; BStGer SK.2019.25 vom 04.6.2019 E. 2.1.1; AK-Hilti, Art. 322quinquies StGB N. 11.
866. BStGer SK.2015.12 vom 15.9.2015 E. 5.1.
867. AK-Hilti, Art. 322quinquies StGB N. 11.
868. BSK-Pieth, Art. 322quinquies StGB N. 9 m.w.H.
869. BStGer SK.2015.12 vom 15.9.2015 E. 5.1.
870. AK-Hilti, Art. 322quinquies N. 18.

Vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 58 bezüglich Verhältnis zu Art. 322quinquies. 11

## LITERATURVERZEICHNIS

Hilti Martin, Kommentierung zu Art. 322quinquies StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Jositsch Daniel, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht, Zürich 2004.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322quinquies StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

Pieth Mark, Korruptionsstrafrecht, in: Ackermann Jürg (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2021, S. 803-846.

KOMMENTIERUNG ZU

# Art. 322sexies StGB

Eine Kommentierung von Loris Baumgartner / Marco Hurni

ZITIERVORSCHLAG

Loris Baumgartner/Marco Hurni, Kommentierung zu Art. 322sexies StGB, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (Hrsg.), Onlinekommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch

Kurzzitat: Baumgartner/Hurni, Art. 322sexies StGB N. XXX.

**Vorteilsannahme**

**Art. 322$^{sexies}$**

Wer als Mitglied einer richterlichen oder anderen Behörde, als Beamter, als amtlich bestellter Sachverständiger, Übersetzer oder Dolmetscher oder als Schiedsrichter im Hinblick auf die Amtsführung für sich oder einen Dritten einen nicht gebührenden Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

# GLIEDERUNG

I. Vorbemerkungen ..... 209
II. Geschütztes Rechtsgut ..... 209
III. Beteiligte Personen ..... 209
IV. Ungebührlicher Vorteil ..... 209
V. Tathandlung ..... 209
VI. Im Hinblick auf die Amtsführung ..... 209
VII. Subjektiver Tatbestand ..... 210
VIII. Konkurrenzen ..... 210
Literaturverzeichnis ..... 210

## I. VORBEMERKUNGEN

Bei der Vorteilsannahme gemäss Art. 322sexies StGB handelt es sich um den **spiegelbildlichen Tatbestand** der Vorteilsgewährung gemäss Art. 322quinquies StGB.[871] 1

## II. GESCHÜTZTES RECHTSGUT

Das geschützte Rechtsgut ist **identisch** mit demjenigen der aktiven Amtsträgerbestechung (vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 1 ff.). 2

## III. BETEILIGTE PERSONEN

Tauglicher Täter der Vorteilsannahme gemäss Art. 322sexies StGB ist ausschliesslich der Amtsträger (vgl. die Auflistung bei OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 10 ff.). Es handelt sich mithin um ein Sonderdelikt.[872] 3

## IV. UNGEBÜHRLICHER VORTEIL

Der Begriff des ungebührlichen Vorteils entspricht demjenigen der aktiven Amtsträgerbestechung (vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 24 ff.). 4

## V. TATHANDLUNG

Die Tathandlung besteht aus einem Fordern, Sich versprechen Lassen oder Annehmen des ungebührlichen Vorteils (vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322quater N. 38 ff.). 5

## VI. IM HINBLICK AUF DIE AMTSFÜHRUNG

Die Vorteilsannahme muss wiederum im Hinblick auf die Amtsführung gefordert, versprochen oder angenommen werden; es handelt sich bei diesem Tatbestandsmerkmal mithin um ein modifiziertes Äquivalenzverhältnis (vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322quniquies N. 6 ff.). 6

871. BSK-Pieth, Art. 322sexies StGB N. 1.
872. BSK-Pieth, Art. 322sexies StGB N. 1.

## VII. SUBJEKTIVER TATBESTAND

10 In subjektiver Hinsicht ist **Vorsatz** erforderlich, wobei Eventualvorsatz ausreicht.[873]

## VIII. KONKURRENZEN

11 Vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322quinquies StGB N. 11 f. bezüglich Verhältnis zu Art. 322sexies StGB.

12 Vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322quater StGB N. 12 bezüglich Verhältnis zu Art. 322sexies StGB.

## LITERATURVERZEICHNIS

Hilti Martin, Kommentierung zu Art. 322sexies StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322sexies StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

873. AK-Hilti, Art. 322sexies StGB N. 11 m.w.H. auf BGE 118 IV 309 E. 2a; BStGer SK.2015.12 vom 15.9.2015 E. 5.1.

KOMMENTIERUNG ZU

# Art. 322septies StGB

Eine Kommentierung von Loris Baumgartner / Marco Hurni

ZITIERVORSCHLAG

Loris Baumgartner/Marco Hurni, Kommentierung zu Art. 322septies StGB, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (Hrsg.), Onlinekommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch

Kurzzitat: Baumgartner/Hurni, Art. 322septies StGB N. XXX.

**2. Bestechung fremder Amtsträger**

**Art. 322$^{septies}$**

Wer einem Mitglied einer richterlichen oder anderen Behörde, einem Beamten, einem amtlich bestellten Sachverständigen, Übersetzer oder Dolmetscher, einem Schiedsrichter oder einem Angehörigen der Armee, die für einen fremden Staat oder eine internationale Organisation tätig sind, im Zusammenhang mit dessen amtlicher Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung zu dessen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten einen nicht gebührenden Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt,

wer als Mitglied einer richterlichen oder anderen Behörde, als Beamter, als amtlich bestellter Sachverständiger, Übersetzer oder Dolmetscher, als Schiedsrichter oder als Angehöriger der Armee eines fremden Staates oder einer internationalen Organisation im Zusammenhang mit seiner amtlichen Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung für sich oder einen Dritten einen nicht gebührenden Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.

# GLIEDERUNG

I. Vorbemerkungen ..... 214
A. Aktive Bestechung fremder Amtsträger ..... 214
B. Passive Bestechung fremder Amtsträger ..... 218
II. Konkurrenzen ..... 218
Literaturverzeichnis ..... 218
Materialienverzeichnis ..... 219

# I. VORBEMERKUNGEN

1 Art. 322septies StGB schützt die **identischen Rechtsgüter** wie die inländische Amtsträgerbestechung (vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 1 ff.). Der Anwendungsbereich ist jedoch auf fremde Staaten und internationale Organisationen erweitert.[874]

2 Mit Ausnahme der Erweiterung der zu bestechenden Person auf Personen, welche für einen fremden Staat oder eine internationale Organisation tätig sind, entspricht Art. 322septies Abs. 1 StGB dem Wortlaut von Art. 322ter StGB. Der Abs. 2 von Art. 322septies StGB entspricht Art. 322quater StGB. Entsprechend wird unter Vorbehalt der nachfolgenden Ausführungen auf die Kommentierung dieser Artikel verwiesen (vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter und 322quater StGB).

## A. Aktive Bestechung fremder Amtsträger

3 Tauglicher Täter der aktiven Bestechung fremder Amtsträger ist jede natürliche Person.

4 Neben natürlichen Personen stellen auch juristische Personen im Rahmen der Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 Abs. 2 StGB taugliche Sanktionssubjekte dar und stehen im Fokus der Strafverfolgungsbehörden, namentlich der Bundesanwaltschaft. Ausgangspunkt waren die Ermittlungen der Bundesanwaltschaft gegen die ALSTOM SA sowie die ALSTOM Network (Schweiz) AG im Jahre 2009. Das Verfahren gegen die Schweizerische Tochtergesellschaft, die ALSTOM Network (Schweiz) AG, wurde im November 2011 mittels Strafbefehls abgeschlossen, wobei die Anlasstat die Bestechung fremder Amtsträger nach Art. 322septies StGB war.[875] Die Unternehmensstrafbarkeit kommt dann in Frage, wenn die Gesellschaft nicht sämtliche erforderlichen und notwendigen organisatorischen Vorkehrungen zur Verhinderung von Bestechungsdelikten trifft und die Anlasstat gerade aufgrund dieser fehlenden Vorkehrungen möglich wird. An die Voraussetzung der erforderlichen und notwendigen organisatorischen Vorkehrungen sind

874. Vgl. AK-Hilti, Art. 322septies StGB N. 1; Botschaft Revision, S. 5523.

875. Medienmitteilung der Bundesanwaltschaft betreffend Verfahrensabschuss gegen die beiden Alstom-Gesellschaften: https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-42300.html.

strengere Anforderungen zu stellen, je höher das Bestechungsrisiko in der jeweiligen Branche und dem ausländischen Staat ist, in welchen das Unternehmen seine Tätigkeiten führt.[876] Im Laufe der Jahre hat die Bundesanwaltschaft diverse weitere Strafverfahren gegen juristische Personen geführt, welche Art. 322septies StGB zur Anlasstat hatten.[877] Es ist davon auszugehen, dass die Anzahl dieser Verfahren auch in Zukunft zunehmen wird.

Die Tathandlung muss gegenüber einem fremden Amtsträger erfolgen. Die 5
Bestechung **fremder Amtsträger** hat ihre Grundlage in der OECD-Konvention über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr.[878] Die OECD überprüft die Einhaltung dieses Übereinkommens regelmässig mittels "*monitoring mechanisms*"[879]. Dabei handelt es sich um ein Instrumentarium, bei dem sich Staaten jeweils gegenseitig überprüfen und Verbesserungsvorschläge anbringen können. Dadurch entsteht eine Art politischer Gruppendruck, welcher die Einhaltung des Übereinkommens durch die Staaten sicherstellen soll.[880] Gemäss Art. 1 Ziff. 4 lit. a der OECD-Konvention gilt als ausländischer Amtsträger (i) eine Person, die in einem anderen Staat durch Ernennung oder Wahl ein Amt im Bereich der Gesetzgebung, Verwaltung oder Justiz innehat, (ii) eine Person, die für einen anderen Staat einschliesslich einer Behörde oder eines öffentlichen Unternehmens öffentliche Aufgaben wahrnimmt, oder (iii) ein Amtsträger oder Bevollmächtigter einer internationalen Organisation. Bereits die Botschaft spricht davon, dass eine wortwörtliche Übernahme des Konventionstexts nicht sinnvoll ist und die Auslegung des Amtsträgerbegriffs den Tatbeständen der inländischen Amtsträgerbestechung nachzubilden ist.[881] Der Begriff des fremden Amtsträgers wird dementsprechend nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung autonom und im Einklang mit dem Begriff des Amtsträgers nach schweizerischen Recht ausgelegt.[882] Entsprechend fallen

876. Lenz/Mäder, S. 34.
877. Vgl. zu den erlassenen Strafbefehlen der Bundesanwaltschaft gegen diverse Gesellschaften PK-Trechsel/Betz, Art. 322septies StGB N. 5.
878. OECD-Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr (SR 0.311.21, Stand vom 25.3.2015).
879. Vgl. zum Begriff BSK-Pieth, Art. 322septies StGB N. 6 m.w.H.
880. BSK-Pieth, Art. 322septies StGB N. 6; Pieth, S. 477 ff.; Rochow, S. 16; vgl. dazu die Evaluations- und Konformitätsberichte der GRECO: https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/korruption/greco.html.
881. Botschaft Revision, S. 5538.

unter den Begriff des Amtsträgers sowohl institutionelle als auch funktionale Beamte und Mitglieder richterlicher oder anderer Behörden.[883] Eine Auslegung des Begriffs des fremden Amtsträgers nach schweizerischem Recht hat zur Folge, dass auch Personen als Amtsträger qualifiziert werden, die in ihrem Land nach nationalem Recht den Beamtenbegriff nicht erfüllen würden.[884] Der Amtsträgerbegriff umfasst nach der Rechtsprechung des Bundesstrafgerichts zudem Parlamentarier eines fremden Staates, und zwar unabhängig davon, ob die Bestechung eines Amtsträgers im fremden Land unter Strafe gestellt ist oder nicht.[885]

6 Als **internationale Organisationen** gelten intergouvernementale Organisationen und Organisationen, die von anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften geschaffen werden.[886] Nicht als internationale Organisation gilt nach der aktuellen Rechtslage ein Sportdachverband.[887] Entsprechend können Bestechungshandlungen gegenüber Funktionären der in der Schweiz ansässigen internationalen Sportdachverbände nicht unter die Amtsträgerbestechungstatbestände subsumiert werden. Gegebenenfalls können aber die Tatbestandsmerkmale der Privatbestechung gemäss Art. 322$^{octies}$ f. StGB erfüllt sein.

7 Die **Tathandlung und das Tatmittel** von Art. 322$^{septies}$ StGB entsprechen denjenigen von Art. 322$^{ter}$ StGB. Im Hinblick auf den nicht gebührenden Vorteil werden bestimmte vom ausländischen Recht vorgesehene und

882. Botschaft Revision, S. 5538; BStGer SK.2015.77 vom 01.4.2016 E. 2.5; BSK-Pieth, Art. 322$^{septies}$ StGB N. 11 ff.; PK-Trechsel/Betz, Art. 322$^{septies}$ StGB N. 1; OFK-Isenring, Art. 322$^{septies}$ StGB N. 4; entsprechend wird auch auf den Begriff des fremden Amtsträgers die Legaldefinition nach Art. 110 Abs. 3 StGB angewendet.

883. BSK-Pieth, Art. 322$^{septies}$ StGB N. 11.

884. BStGer SK.2014.24 vom 01.10.2014 E. 4.1.1, in welchem das Bundesstrafgericht den Sohn eines Diktators aufgrund seiner Stellung als funktionalen Beamten einstuft. Vgl. AK-Hilti, Art. 322$^{septies}$ StGB N. 7 für weitere Urteile des Bundesstrafgerichts bezüglich der Qualifizierung funktionaler Beamten.

885. BStGer BB.2014.181 vom 14.10.2015 E. 4.6.

886. Botschaft Revision, S. 5539, welche ausdrücklich die Europäische Union als internationale Organisation erwähnt.

887. BSK-Pieth, Art. 322$^{septies}$ StGB N. 16; PK-Trechsel/Betz, Art. 322$^{septies}$ StGB N. 2; vgl. zudem Pieth/Zerbes, S. 620 f., wonach im Zuge der Vergabeskandale um FIFA-Weltmeisterschaften und weitere Sportgrossanlässe die Forderung laut wurde, Art. 322$^{septies}$ StGB auf die Bestechung von Funktionären internationaler Sportverbände zu erweitern. Entsprechend der Botschaft Änderung, S. 3592, wurde dieses Problem erkannt und durch die Schaffung der Tatbestände zur Privatbestechung entschärft.

notwendige Zahlungen von diesem Begriff ausgenommen.[888] Hingegen sind lokale Bräuche, welche nicht die Form von Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht annehmen, nicht ausreichend, um einen Rechtfertigungsgrund für die Gewährung eines Vorteils darzustellen.[889] Dies führt insbesondere dort zu Abgrenzungsschwierigkeiten, wo eine Person sog. Beschleunigungszahlungen (sog. *facilitation payments*) gewährt, um die Vornahme einer ihr zustehenden Amtshandlung zu fördern.[890] Die Begriffe der Amtspflichtverletzung und der im Ermessen stehenden Handlung sind weit gefasst. Dies führt dazu, dass eine Beschleunigungszahlung zwar im Hinblick auf eine zustehende Amtshandlung erbracht wird, diese Amtshandlung jedoch im Ermessen des ausführenden Beamten liegt. Entsprechend fallen solche Beschleunigungszahlungen ebenfalls unter Art. 322septies StGB, sofern sie nach ausländischem Recht nicht explizit erlaubt sind.[891]

Die Tathandlung im engeren Sinne umfasst das Anbieten, Versprechen und Gewähren eines ungebührlichen Vorteils (OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 21 ff.). Zudem muss ein Äquivalenzverhältnis zwischen dem angebotenen, versprochenen oder gewährten ungebührlichen Vorteil und der erhofften Gegenleistung vorliegen (OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 49 ff.). Eine **grenzüberschreitende Vorteilsgewährung** bzw. Vorteilsannahme, die sich nicht auf eine bestimmte Amtshandlung bezieht, ist nicht von Art. 322septies erfasst und bleibt daher straflos.[892] 8

Zum subjektiven Tatbestand ist auf die Ausführungen zu Art. 322ter StGB zu verweisen (OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter N. 53). 9

888. Botschaft Revision, S. 5539 f.; OFK-Isenring, Art. 322septies StGB N. 3a; PK-Trechsel/Betz, Art. 322septies StGB N. 3.

889. Botschaft Revision, S. 5539 f.; BSK-Pieth, Art. 322septies StGB N. 18 m.w.H; vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322decies StGB N. 3.

890. Zu denken ist bspw. an eine Zollabfertigung oder das Ausstellen einer Arbeitsbewilligung, die nach einer Zahlung von CHF 10.00–CHF 20.00 vorgenommen wird. Wäre eine entsprechende Zahlung ausgeblieben, so hätte man die Amtshandlung, auf die ein Anspruch besteht, nicht oder nur mit grosser Verspätung vorgenommen. Vgl. Lengnauer/Ruckstuhl, S. 156 f.

891. Botschaft Änderung, S. 3605; OFK-Isenring, Art. 322septies StGB N. 3b.

892. PK-Trechsel/Betz, Art. 322septies StGB N. 3; BSK-Pieth, Art. 322septies StGB N. 30 und 39 m.w.H.

## B. Passive Bestechung fremder Amtsträger

10 Der Tatbestand der passiven Bestechung fremder Amtsträger ist spiegelbildlich zur aktiven Begehungsvariante aufgebaut. Demnach kommt auch bei der passiven Begehungsvariante der identische Amtsträgerbegriff zur Anwendung.[893] Daraus ergibt sich die Problematik, dass eine Person durch die Anwendung des autonomen Amtsträgerbegriffs als fremder Amtsträger gelten kann, obwohl sie im eigenen Land und nach dessen Rechtsordnung gerade nicht als Amtsträger gilt.[894]

# II. KONKURRENZEN

11 Art. 322$^{septies}$ Abs. 1 und Abs. 2 StGB sind spiegelbildlich ausgestaltet. Daher kann jeweils keine Mittäterschaft oder Teilnahme am Gegendelikt begründet werden.[895]

# LITERATURVERZEICHNIS

Hilti Martin, Kommentierung zu Art. 322$^{septies}$ StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Isenring Bernhard, Kommentierung zu Art. 322$^{septies}$ StGB, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, StGB, 21. Aufl., Zürich 2022.

Lengauer Daniel/Ruckstuhl Lea, Compliance, Zürich et al. 2017.

Lenz Stefan/Mäder Walter, Grenzüberschreitende Korruption, Die Anwendbarkeit des schweizerischen Unternehmensstrafrecht aus Sicht der Praktiker, forumpoenale 1 (2013), S. 33-38.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322$^{septies}$ StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

893. Botschaft Genehmigung, S. 7004; AK-Hilti, Art. 322$^{septies}$ StGB N. 17 m.w.H.

894. BSK-Pieth, Art. 322$^{septies}$ StGB N. 34 f.; AK-Hilti, Art. 322$^{septies}$ StGB N. 17 mit dem Hinweis auf BStGer BB.2014.181-186 vom 14.10.2015 E. 8, in welchem das Bundesstrafgericht auf einen ausländischen Parlamentarier den schweizerischen Amtsträgerbegriff anwendet, obwohl der Beschuldigte nach seinem Heimatrecht nicht unter den Begriff des Amtsträgers fallen würde.

895. AK-Hilti, Art. 322$^{septies}$ StGB N. 16; vgl. BGer 6B_402/2008 vom 6.11.2008 E. 2.2.2 m.w.H.

Pieth Mark, Funktionale Äquivalenz, Praktische Rechtsvergleichung und internationale Harmonisierung von Wirtschaftsstrafrecht, ZSR 119 (2000), S. 477-489.

Pieth Mark/Zerbes Ingeborg, Sportverbände und Bestechung: Sachgerechte Grenzen des Korruptionsstrafrechts?, ZIS 9 (2016), S. 619-625.

Rochow Marius, Die Massnahmen von OECD und Europarat zur Bekämpfung der Bestechung, Beiträge zum transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 56, Halle 2006.

Trechsel Stefan/Betz Kathrin, Kommentierung zu Art. 322$^{septies}$, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar, StGB, 4. Aufl., Zürich et al. 2021.

## MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Korruptionsstrafrechts) sowie über den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 19.4.1999, BBl 1999 5497 ff., abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1999/1_5497_5045_4721/de, besucht am 20.11.2023, (zit. Botschaft Revision).

Botschaft über die Genehmigung und die Umsetzung des Strafrechts-Übereinkommens und des Zusatzprotokolls des Europarates über Korruption (Änderung des Strafgesetzbuches und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb) vom 10.11.2004, BBl 2004 6983 ff., abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2004/1217/de, besucht am 20.11.2023, (zit. Botschaft Genehmigung).

Botschaft über die Änderung des Strafgesetzbuchs (Korruptionsstrafrecht) vom 30.04.2014, BBl 2014 3591 ff. abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/787/de, besucht am 20.11.2023, (zit. Botschaft Änderung).

Strafbefehl der Bundesanwaltschaft im Verfahren Nr. EAII.04.0325-LEN vom 22.11.2011 betreffend Alstom Network (Schweiz) AG.

KOMMENTIERUNG ZU

# Art. 322decies StGB

Eine Kommentierung von Loris Baumgartner / Marco Hurni

ZITIERVORSCHLAG

Loris Baumgartner/Marco Hurni, Kommentierung zu Art. 322decies StGB, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (Hrsg.), Onlinekommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch

Kurzzitat: Baumgartner/Hurni, art. 322decies StGB N. XXX.

**4. Gemeinsame Bestimmungen**

**Art. 322$^{decies}$**

[1] Keine nicht gebührenden Vorteile sind:

a. dienstrechtlich erlaubte oder vertraglich vom Dritten genehmigte Vorteile;

b. geringfügige, sozial übliche Vorteile.

[2] Private, die öffentliche Aufgaben erfüllen, sind Amtsträgern gleichgestellt.

# GLIEDERUNG

I. Abgrenzung nicht strafbaren Verhaltens ..... 223
A. Dienstrechtlich erlaubte Vorteile ..... 223
B. Vertraglich genehmigte Vorteile ..... 224
C. Geringfügige, sozial übliche Vorteile ..... 226
II. Gleichstellung Privater mit Amtsträgern ..... 227
Literaturverzeichnis ..... 228
Materialienverzeichnis ..... 228

# I. ABGRENZUNG NICHT STRAFBAREN VERHALTENS

Art. 322decies StGB wurde anlässlich der letzten Revision des Korruptionsstrafrechts im Jahr 2016 geschaffen. Das Ziel dieser **Revision** war es, Lücken im Korruptionsstrafrecht zu schliessen, welche in der Schweiz als Sitzstaat diverser internationaler Sportgrossverbände sowie als globalisierter Wirtschaftsstandort noch vorhanden waren.[896] Durch die Einführung der Tatbestände der Vorteilsgewährung bzw. Vorteilsannahme wuchs gleichzeitig das Bedürfnis, bestimmte Handlungen von der Strafbarkeit in jedem Fall auszunehmen.[897] Diesem Bedürfnis wurde mit den gemeinsamen Bestimmungen gemäss Art. 322decies StGB Rechnung getragen. 1

## A. Dienstrechtlich erlaubte Vorteile

Der Gesetzgeber hat mit Art. 322decies Abs. 1 lit. a StGB einen Ausnahmetatbestand geschaffen, der **dienstrechtlich erlaubte Vorteile** von der Strafbarkeit ausnimmt. Ein Vorteil ist von lit. a erfasst, wenn die Annahme gestützt auf eine generell-abstrakte Norm des öffentlichen Dienstrechts erlaubt ist.[898] Im Zuge der Revision des Korruptionsstrafrechts wies die Botschaft darauf hin, dass solche generell-abstrakten Normen bereits vor der Tathandlung in Kraft getreten sein müssen.[899] Zu denken ist dabei etwa an administrative Normen bezüglich der Meldung, Bewilligung oder Ablieferung von Geschenken oder anderen Vorteilszuwendungen, wie sie beispielsweise in Art. 21 Abs. 3 des Bundespersonalgesetzes und in Art. 93 und 93a der Bundespersonalverordnung vorgesehen sind.[900] 2

Liegt der Verdacht auf eine **Bestechung fremder Amtsträger** vor, sind zur Beurteilung der generell-abstrakten Norm die Verhältnisse im betreffenden Land entscheidend. So stellen Zahlungen an fremde Amtsträger, welche nach 3

896. Botschaft Änderung, S. 3595; BSK-Pieth, Vor Art. 322ter StGB N. 24; Jositsch/Drzalic, S. 349 ff.
897. Botschaft Revision, S. 5550; vgl. Jositsch, S. 413.
898. Botschaft Revision, S. 5550; BStGer, SK.2015.12 vom 15.9.2015 E. 5.7.2.
899. Botschaft Änderung, S. 3611.
900. Botschaft Revision, S. 5528; BStGer SK.2019.25 vom 4.6.2019 E. 2.1.2; BStGer SK.2015.12 vom 15.9.2015 E. 5.7.2, wobei es jeweils um die Regelung dienstrechtlich erlaubte Vorteile handelt, welche im Bundespersonalgesetz vom 24.3.2000 (SR 172.220.1) sowie der Bundespersonalverordnung vom 3.7.2001 (SR 172.220.111.3) geregelt sind.

dem jeweiligen lokalen geschriebenen Recht oder einem gefestigten Fall- oder Gewohnheitsrecht erlaubt oder gar vorgeschrieben sind, keinen nicht gebührenden Vorteil dar.[901]

## B. Vertraglich genehmigte Vorteile

4 Mit der Regelung der Bestechung im Privatsektor im StGB wurde in Art. 322$^{decies}$ Abs. 1 lit. a StGB das Pendant zu den dienstrechtlich erlaubten Vorteilen geschaffen.[902] Keine nicht gebührenden Vorteile sind demnach auch **vertraglich vom Dritten genehmigte** Vorteile. Als Dritter gilt der Vertrauensgeber, welcher mit dem Vertrauensnehmer in einem vertraglichen Verhältnis steht.[903]

5 In der Lehre umstritten ist die Frage, ob die Einwilligung **vor oder nach der Tathandlung** zu erfolgen hat. Folgt man der Botschaft, so muss bereits vor der betreffenden Handlung klar sein, welche Vorteile genehmigt sind.[904] Demgegenüber gibt es Lehrmeinungen, die dem Wortlaut von Art.322$^{decies}$ Abs. 1 lit. a, 2. Satzteil folgen und darin die Möglichkeit einer nachträglichen Bewilligung dieses Vorteils sehen.[905] Der hier vertretenen Meinung nach muss diese Thematik differenziert betrachtet werden. Eine tatbestandsmässige Handlung ist bereits dann vollendet, wenn das Angebot den Amtsträger bzw. die Privatperson erreicht.[906] In einem nachträglichen Zeitpunkt kann zwar eine Genehmigung erteilt werden, die (strafbare) Tat ist mithin jedoch bereits vollendet. Eine nachträgliche Genehmigung eines Vorteils kann daher lediglich eine strafverfolgungsausschliessende Wirkung im Sinne einer Desinteresseerklärung bewirken. Da die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale jedoch bereits vollendet war, kann die Genehmigung kein tatbestandsausschliessendes Einverständnis darstellen.

---

901. AK-Hilti, Art. 322$^{septies}$ StGB N. 9; OFK-Isenring, Art. 322$^{decies}$ StGB N. 3.
902. Botschaft Änderung, S. 3611; BSK-Pieth, Art. 322$^{decies}$ StGB N. 5.
903. AK-Hilti, Art. 322$^{decies}$ StGB N. 2.
904. Botschaft Änderung, S. 3611; vgl. PK-Betz, Art. 322$^{octies}$ StGB N. 14 m.w.H; AK-Hilti, Art. 322$^{decies}$StGB N. 3 mit dem Hinweis auf BGE 124 IV 258 E. 3, wonach eine tatbestandsausschliessende Einwilligung, grundsätzlich vor der Tatbegehung erfolgen muss, um Gültigkeit in Anspruch nehmen zu können.
905. OFK-Isenring, Art. 322$^{decies}$ StGB N. 1a; Donatsch/Wohlers/Thommen, S. 660, welche die nachträgliche Einwilligung gerade aus dem Wortlaut "Genehmigung" entnehmen, welche per se immer erst im Nachhinein erfolgen kann.
906. Vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322$^{ter}$ StGB N. 39 f.; anstatt vieler: BSK-Pieth, Art. 322$^{ter}$ StGB N. 36 m.w.H.

Vordergründig für die Privatbestechung gemäss Art. 322$^{octies}$ StGB stellt sich des Weiteren die Frage, ob die Leistung eines Vorteils an eine Drittperson, und folglich nicht an den Vertrauensnehmer, durch den Vertrauensgeber (sog. Prinzipal) genehmigt werden kann.[907] Zu beachten ist, dass der Vertrauensgeber in aller Regel nicht in einem vertraglichen Verhältnis zu dieser Drittperson steht und entsprechend auch keine Loyalitätspflichten zwischen der Drittperson und dem Vertrauensgeber bestehen. Bei der Privatbestechung steht jedoch immer eine **Verletzung der Loyalitätspflichten** zwischen dem Vertrauensnehmer und dem Vertrauensgeber im Vordergrund. Ob die bestechende Person einen Vorteil an eine Drittperson oder an den Vertrauensnehmer leistet, ist aus Sicht des Vertrauensnehmers unerheblich, da der Vertrauensnehmer seine Loyalitätspflichten auch dann verletzt, wenn die bestechende Person auf Anweisung des Vertrauensnehmers einen Vorteil an eine Drittperson leistet. Daher scheint es stossend, wenn eine Genehmigung ausschliesslich dann erfolgen kann, wenn der Vertrauensnehmer den Vorteil selbst einbehält, nicht jedoch, wenn der Vorteil an eine Drittperson gerichtet ist. 6

Zur Vereinfachung ein Beispiel: Ein Arbeitnehmer, welcher als Leiter Einkauf für seinen Arbeitgeber tätig ist, steht in einem freundschaftlichen Verhältnis zu einem möglichen Lieferanten des Arbeitgebers. Der Arbeitnehmer kann sich im Rahmen der Privatbestechung strafbar machen, wenn er sich dadurch bestechen lässt, dass der Lieferant einen Vorteil an den vom Arbeitnehmer bevorzugten Sportverein gewährt, damit der Arbeitnehmer zukünftige Zuschläge diesem Lieferanten zuteilt. Da der Arbeitgeber die Auftragserteilung an den Lieferanten als Folge einer direkten Gewährung eines Geschenks vom Lieferanten an den Arbeitnehmer genehmigen kann, erscheint es nur als logisch, wenn der Arbeitgeber auch die Auftragserteilung an den Lieferanten als Folge der Zuwendung an den Sportverein genehmigen kann. 7

907. Zu denken ist an eine Konstellation, in welcher der Bestechende der Ehefrau des Bestochenen eine teure Uhr schenkt. Der Bestochene ist ein wichtiger Angestellter in einer leitenden Position eines zentralen Verkaufspartners des Bestechenden. Durch die Schenkung an die Ehefrau des Bestochenen erhofft sich der Bestechende bessere Verkaufskonditionen oder mehr Aufträge.

## C. Geringfügige, sozial übliche Vorteile

8 Nach Art. 322$^{decies}$ Abs. 1 lit. b StGB sind geringfügige, sozial übliche Vorteile von der Strafbarkeit ausgenommen, wobei die Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen.[908] Ob sich ein Vorteil im Bereich der Geringfügigkeit und sozialer Üblichkeit bewegt, muss anhand einer **Gesamtbetrachtung** beurteilt werden.[909]

9 Als **sozial üblich** werden Vorteilsleistungen angesehen, wenn sie auf gesellschaftlichen Übereinkünften basieren und von der Gesellschaft als Ganzes nicht als ungebührlich angesehen werden.[910] Eine Strafbarkeit wird dann nicht angenommen, wenn es sich um Vorteile handelt, die beim Empfänger keine Befangenheit hervorrufen können und entsprechend keine Beeinflussung durch den Absender möglich ist.[911] Die Botschaft spricht hier von Fällen im absoluten Bagatellbereich, wie beispielsweise einem Kaffee während einer Besprechung oder dem Schenken eines Taschenkalenders.[912] Von solchen absoluten Bagatellfällen muss man denjenigen Fall abgrenzen, bei dem zwar ein geringfügiger Vorteil ausgerichtet wird, dies jedoch im direkten Zusammenhang bzw. mit dem Ziel geschieht, eine Bestechungshandlung vorzunehmen.[913] Wird der Vorteil im Hinblick auf eine Bestechungshandlung erbracht, so fehlt die soziale Üblichkeit.[914] Bei der Geringfügigkeit und der Sozialüblichkeit handelt es sich folglich um kumulative Voraussetzungen, um eine Strafbarkeit ausschliessen zu können.

10 Ab wann eine Vorteilsleistung nicht mehr **geringfügig** ist, lässt sich aufgrund des Fehlens einer gesetzlichen Höchstgrenze nicht genau definieren. Die Grenze der Geringfügigkeit muss an der Schwelle angesetzt werden, ab welcher eine Beeinflussung möglich wird. Diese Schwelle ist in der Lehre

908. Botschaft Revision, S. 5528; AK-Hilti, Art. 322$^{decies}$ StGB N. 4 m.w.H.
909. BStGer SK.2015.12 vom 15.9.2015 E. 5.7.1; OFK-Isenring, Art. 322$^{decies}$ StGB N. 3.
910. Jositsch, S. 339.
911. BGE 135 IV 197 E. 6.3; BStGer SK.2015.12 vom 15.9.2015 E. 5.7.1; AK-Hilti, Art. 322$^{decies}$ StGB N. 4; OFK-Isenring, Art. 322$^{decies}$ StGB N. 4; Blattner, S. 39, der sinngemäss vom Tatbestandselement der sozialen Adäquanz spricht.
912. Botschaft Revision, S. 5497; vgl. für weitere Kasuistik: AK-Hilti, Art. 322$^{decies}$ N. 6.
913. Zu denken ist beispielsweise an eine Übergabe von CHF 10.00 an einen Polizeibeamten, damit dieser von der Rapportierung in Zusammenhang mit einem Verkehrsunfall absieht; OGer ZH SB100547 vom 16.11.2010, in: forumpoenale, 2/2011, S. 66; BSK-Pieth, Art. 322$^{decies}$ StGB N. 6 m.w.H.
914. BStGer SK.2016.5 vom 6.12.2016 E. IV.1.1; AK-Hilti, Art. 322$^{decies}$ StGB N. 4 m.w.H.

umstritten und wurde vom Bundesgericht bis anhin noch nicht beurteilt. So analysiert bspw. Hilti die unterschiedlichen Lehrmeinungen und stellt die mögliche Beeinflussung in den Vordergrund. Seiner Ansicht nach muss die Schwelle der Geringfügigkeit tief angesetzt werden, um eine Beeinflussung zu verhindern.[915] Andere Stimmen der Lehre wenden die Rechtsprechung zu Art. 172ter StGB analog auch auf die Schwelle der Geringfügigkeit an, wonach die Geringfügigkeit bei einem Höchstwert bei CHF 300.00 liegen würde.[916] Der hier vertretenen Meinung nach ist diesem Wert gemäss der Rechtsprechung zu Art. 172ter StGB im Sinne einer absoluten Höchstgrenze zuzustimmen. Ob jedoch ein Höchstbetrag von CHF 300.00 noch ein passender Richtwert für die obere Wertgrenze gemäss Art. 172ter StGB darstellt, ist in der Lehre umstritten.[917] Des Weiteren bleibt anzumerken, dass durchaus auch tiefere Beträge als nicht mehr geringfügig gelten können. Dies ist dann der Fall, wenn das Kriterium der sozialen Üblichkeit stärker gewichtet wird.[918] Entsprechend ergibt sich die Antwort auf die Frage, was ein geringfügiger und sozial üblicher Nachteil ist, immer aus einer Gesamtbetrachtung der beiden kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen. Dabei ist auch die Häufigkeit des gewährten Vorteils zu berücksichtigen, wobei eine mehrfache Gewährung eines in der Einzelbetrachtung sozialüblich und geringfügig erscheinenden Vorteils dessen Tauglichkeit als Tatmittel bewirken kann.

## II. GLEICHSTELLUNG PRIVATER MIT AMTSTRÄGERN

Gemäss Abs. 2 sind Private, die öffentliche Aufgaben erfüllen, Amtsträgern gleichgestellt. Diese Gleichstellung ergibt sich bereits aus der **Auslegung des Beamtenbegriffs** nach Art. 110 Abs. 3 StGB, wonach das schweizerische Strafgesetzbuch sowohl von einem institutionellen als auch einem 11

915. AK-Hilti, Art. 322decies StGB N. 5 mit weiteren Verweisen auf Werte zwischen CHF 100.00 und CHF 300.00; vgl. OFK-Isenring, Art. 322decies StGB N. 4, der darauf hinweist, dass die Sozialadäquanz wohl im Bereich zwischen CHF 100.00 und CHF 150.00 liegen dürfte.
916. BGE 121 IV 261 E. 2.d.; bestätigt in BGer 6B_472/2011 vom 14.5.2012 E. 13.5; vgl. Mingard, S. 213.
917. Vgl. dazu AK-Hilti, Art. 322decies StGB N. 5 mit Hinweisen auf unterschiedliche Lehrmeinungen betreffend die Richtwerte für die obere Wertgrenze der Geringfügigkeit.
918. Zu denken ist an eine vermögende Familie, welche mehr finanzielle Mittel hat und die Schwelle der Beeinflussung möglicherweise erst bei CHF 300.00 anstatt CHF 100.00 erfüllt ist.

funktionalen Beamtenbegriff ausgeht (vgl. OK-Baumgartner/Hurni, Art. 322ter StGB N. 14 ff.).

## LITERATURVERZEICHNIS

Betz Kathrin, Kommentierung zu Art. 322octies StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar, StGB, 4. Aufl., Zürich et al. 2021.

Blattner Lucius Richard, Der leichte Fall der Privatbestechung, forumpoenale 1 (2017), S. 39-45.

Donatsch Andreas/Thommen Marc/Wohlers Wolfgang, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich 2017.

Hilti Martin, Kommentierung zu Art. 322septies StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Hilti Martin, Kommentierung zu Art. 322decies StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Annotierter Kommentar StGB, Bern 2020.

Isenring Bernhard, Kommentierung zu Art. 322decies StGB, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, StGB, 21. Aufl., Zürich 2022.

Jositsch Daniel, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht, Zürich 2004.

Jositsch Daniel/Drzalic Jana Johanna, Die Revision des Korruptionsstrafrechts, AJP 2016, S. 349-358.

Mingard Roxanne, L'avantage indu dans les infractions relatives à la corruption, ZStrR 2 (2010), Zürich 2010.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322ter StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 322decies StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB II, 4. Aufl., Basel 2019.

## MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Korruptionsstrafrechts) sowie über den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen über die Bekämpfung der

Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 19.4.1999, BBl 1999 5497 ff., abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1999/1_5497_5045_4721/de, besucht am 20.11.2023, (zit. Botschaft Revision).

Botschaft über die Änderung des Strafgesetzbuchs (Korruptionsstrafrecht) vom 30.4.2014, BBl 2014 S. 3591 ff. abrufbar unter: https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2014/787/de, besucht am 20.11.2023, (zit. Botschaft Änderung).

KOMMENTIERUNG ZU

# Art. 329 StGB

Eine Kommentierung von Jan Imhof

ZITIERVORSCHLAG

Jan Imhof, Commentary of art. 329 SCC, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (eds.), Online Commentary of the Swiss Criminal Code

Kurzzitat: OK-Imhof, Art. 329 StGB N. XXX.

**Verletzung militärischer Geheimnisse**

**Art. 329**

1. Wer unrechtmässig:

in Anstalten oder andere Örtlichkeiten eindringt, zu denen der Zutritt von der Militärbehörde verboten ist,

militärische Anstalten oder Gegenstände abbildet, oder solche Abbildungen vervielfältigt oder veröffentlicht,

wird mit Busse bestraft.

2. Versuch und Gehilfenschaft sind strafbar.

# GLIEDERUNG

I. Allgemeines ..... 233
II. Objektiver Tatbestand ..... 233
A. Tathandlungen ..... 233
1. Eindringen ..... 233
2. Abbilden, Vervielfältigen oder Veröffentlichen ..... 234
B. Unrechtmässigkeit ..... 234
1. Grundlage der Einschränkungen und Verbote (Klassifizierung) ..... 234
2. Aktualität der Einschränkungen und Verbote (Klassifizierung) ..... 235
III. Subjektiver Tatbestand ..... 235
IV. Versuch und Gehilfenschaft ..... 236
V. Konkurrenzen ..... 236
Literaturverzeichnis ..... 237

# I. ALLGEMEINES

Art. 329 StGB schützt das Rechtsgut der Landesverteidigung und gemäss Marginalie militärische Geheimnisse im Speziellen. Trotz identisch lautender Marginalie ist der Tatbestand aber nicht mit Art. 106 MStG gleichzusetzen, denn Letzterer schützt einzig *materielle* Geheimnisse. Im Unterschied dazu stellt Art. 329 StGB bereits die Beeinträchtigung *formeller* Geheimnisse, d.h. Dokumente usw., welche ungeachtet ihrer tatsächlichen Geheimniswürdigkeit nach den besonderen Bestimmungen des Verwaltungsrechts als vertraulich oder geheim klassifiziert sind, und damit das Vorfeld militärischer Geheimnisse unter Strafe.[919] Es handelt sich somit um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.[920] Das Bundesgericht bestätigte die herrschende Lehre und führte aus, dass Art. 329 StGB schon dann erfüllt sei, wenn durch das verpönte Verhalten keine im Interesse der Landesverteidigung zu wahrenden militärischen Geheimnisse beeinträchtigt wurden.[921] 1

Gleichzeitig schützt Absatz 1 das Hausrecht der Militärbehörden[922] als Offizialdelikt. 2

Gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. k StPO besteht für Art. 329 StGB Bundesgerichtsbarkeit. 3

# II. OBJEKTIVER TATBESTAND

## A. Tathandlungen

### 1. Eindringen

Den Tatbestand erfüllt, wer in eine Einrichtung unrechtmässig *eindringt*. Absatz 1 nennt hierzu *Anstalten* und *andere Örtlichkeiten*. Er schützt damit 4

919. Botschaft 1918, S. 74. Ebenso Corboz, Art. 329 StGB N. 1; CR-Délèze, Art. 329 StGB N. 1 und 7; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 688 als auch PC-Dupuis et al., Art. 329 StGB N. 1. Kritisch BSK-Omlin, Art. 329 StGB N. 3 ff.
920. Stratenwerth/Bommer, § 45, N. 44.
921. BGE 112 IV 85, S. 87 mit Hinweisen.
922. Strittig. Vgl. die nachfolgenden Ausführungen II.B.2 «Kasernenfriedensbruch» sowie V. Konkurrenzen.

umfriedete Anlagen, wie bspw. ein Kasernengelände, aber auch offenes Übungsgelände oder Autoparks[923] (sog. «Kasernenfriedensbruch»[924]).

### 2. Abbilden, Vervielfältigen oder Veröffentlichen

5 Den Tatbestand erfüllt, wer eine Abbildung erstellt oder eine (nachgelagerte) Handlung wie das Vervielfältigen oder Veröffentlichen vornimmt. Zu denken ist hier an Publikationen in Zeitschriften,[925] an Posts in den sozialen Medien oder an das Erstellen von Printscreens oder Kopien. Es ist nicht notwendig, dass die Abbildung bereits Dritten bekannt gegeben wurde.

6 Inhalt der Abbildung können als vertraulich oder geheim klassifizierte militärische Anstalten oder Gegenstände wie Dokumente, Pläne, Funkgeräte, Teile von Waffensystemen usw. sein.

## B. Unrechtmässigkeit

7 Der Tatbestand verlangt, dass die Tathandlung unrechtmässig, d.h. generell ohne Recht oder ohne konkrete Bewilligung, erfolgt.[926] Die Unrechtmässigkeit muss daher positiv bejaht werden.

### 1. Grundlage der Einschränkungen und Verbote (Klassifizierung)

8 Bei Einrichtungen nach dem Bundesgesetz über den Schutz militärischer Anlagen ist jedes unbefugte Betreten, Abbilden usw. verboten (Art. 4 Bundesgesetz über den Schutz militärischer Anlagen, SR 510.518). Vorbehalten bleibt eine Bewilligung nach den Bestimmungen der Verordnung über den Schutz militärischer Anlagen. Diese erlaubt generell, *das ohne besondere Hilfsmittel oder spezielle Vorkehren wahrnehmbare Äussere* einer Anlage abzubilden. Eine Veröffentlichung darf jedoch keine Rückschlüsse auf den Standort oder die Zweckbestimmung der Anlage erlauben (Art. 4 Abs. 5 Anlagenschutzverordnung, SR 510.518.1). Unter diesen Voraussetzungen sind auch Luftaufnahmen von militärischen Anlagen erlaubt (Art. 80 Verordnung über die Luftfahrt, SR 748.01).

9 Weitere Einschränkungen und Verbote finden sich in der Bundesgesetzgebung zur Informationssicherheit (E-ISG[927]), welche die Bearbeitung von als

923. Thormann/von Overbeck, S. 484.
924. Begriff gemäss PK-Trechsel/Ogg, Art. 329 StGB N. 1.
925. BGE 112 IV 85 S. 86.

«vertraulich» oder «geheim» klassifizierten Dokumenten usw. regelt. Die Klassifizierung muss für die Täterschaft erkennbar sein, bspw. durch einen entsprechenden Aufdruck oder Stempel.

Ein Verbot, eine militärische Anlage zu betreten, kann sich auch auf das allgemeine Hausrecht der Militärbehörden stützen, wie sich aus dem Gesetzeswortlaut ableiten lässt.[928] In Frage kommen (Haus-)Verbote der Militärbehörden des Bundes (die Gruppe Verteidigung, das Bundesamt für Rüstung und das Oberauditorat) inkl. der Armee, der Militärbehörden der Kantone sowie von mit militärischen Aufgaben beliehenen Dritten. Ein solches Verbot muss für die Täterschaft erkennbar sein, bspw. durch eine entsprechende Beschilderung. 10

### 2. Aktualität der Einschränkungen und Verbote (Klassifizierung)

Da Art. 329 StGB bereits formelle Geheimnisse schützt, ist nach hier vertretener Ansicht unbeachtlich, ob zum Tatzeitpunkt die spezialgesetzlichen Voraussetzungen (etwa gemäss E-ISG) für die Klassifizierung (noch) erfüllt waren. Ebenso ist eine Entklassifizierung unbeachtlich, sofern sie im Tatzeitpunkt noch nicht bekannt war. Solange eine Klassifizierung für die Täterschaft erkennbar war, greift Art. 329 StGB. Ausgenommen davon sind nichtige Klassifizierungen oder solche, welche offensichtlich keinen Geheimhaltungszweck (mehr) verfolgen können, bspw. ein Lageplan der Kaserne Bern. Dasselbe muss gelten, wenn die Täterschaft mit Sicherheit wusste, dass die Klassifizierung zum Tatzeitunkt aufgehoben war. Eine nachträgliche Entklassifizierung entlastet die Täterschaft nicht von ihrer strafrechtlichen Verantwortung. 11

## III. SUBJEKTIVER TATBESTAND

Der Tatbestand verlangt Vorsatz, wobei Eventualvorsatz genügt. Die subjektive Seite setzt insbesondere voraus, dass die Täterschaft um die Unrechtmässigkeit wusste.[929] Gemäss Bundesgericht ist die sichtbare Klassifizierung «vertraulich» oder «geheim» ein bedeutendes Indiz für ein 12

926. CR-Délèze, Art. 329 StGB N. 10. Ebenfalls Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 689.
928. So wohl auch Stratenwerth/Bommer, § 45 N. 45.
929. BSK-Omlin, Art. 329 StGB N. 18. So auch CR-Délèze, Art. 329 StGB N. 13; Donatsch/Thommen/ Wohlers, S. 689 und PC-Dupuis et al., Art. 329 StGB N.9.

materielles Geheimnis.[930] Dies muss erst recht für formelle Geheimnisse gelten. Das Wissen über die Unrechtmässigkeit kann auch anderweitig, bspw. aufgrund von Sonderwissen der Täterschaft oder anhand der Gesamtumstände, als gegeben betrachtet werden.

13 Eine verräterische Absicht ist nicht erforderlich.[931]

## IV. VERSUCH UND GEHILFENSCHAFT

14 Der Versuch und die Gehilfenschaft sind nach Ziffer 2 unter Strafe gestellt, so bspw. das Anbieten von klassifizierten Dokumenten an Medienschaffende zwecks Veröffentlichung. Das In-Aussicht-Stellen, klassifizierte Dokumente an die Medien zu übergeben, mit dem Ziel, die militärischen Behörden zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen zu bewegen, stellt zudem ein rechtswidriges Nötigungsmittel dar.[932]

## V. KONKURRENZEN

15 Art. 329 StGB ist subsidiär zu Art. 267 StGB (diplomatischer Landesverrat), Art. 274 StGB (militärischer Nachrichtendienst), Art. 86 MStG (Spionage und landesverräterische Verletzung militärischer Geheimnisse), Art. 106 MStG (Verletzung militärischer Geheimnisse) und Art. 7 Bundesgesetz über den Schutz militärischer Anlagen.[933] Es handelt sich jeweils um eine mitbestrafte Vortat.[934]

16 Generell gilt zu beachten, dass Art. 86 und 106 MStG auch auf Zivilpersonen anwendbar sind (Art. 3 Abs. 1 Ziff. 7 MStG). Dasselbe gilt für Widerhandlungen gegen das Bundesgesetz über den Schutz militärischer Anlagen (Art. 9 Bundesgesetz über den Schutz militärischer Anlagen).

---

930. So würdigte das Bundesgericht in BGE 97 IV 111 E. 2. S. 117 die Klassifizierung als wichtiges Indiz für die Beurteilung eines materiellen Geheimnisses.
931. Botschaft 1918, S. 74.
932. Urteil PEN 21 172 vom 24.11.2022 des Regionalgerichts Bern-Mittelland.
933. BGE 112 IV 85 S. 86 mit Hinweisen. Einhellig die Lehre: BSK-Omlin, Art. 329 StGB N. 22; Corboz, Art. 329 StGB N. 7; CR-Délèze, Art. 329 StGB N 14; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 689; Hauri, Art. 86 MStG N. 49 und Art. 106 MStG N. 13 f.; PC-Dupuis et al., Art. 329 StGB N. 11 sowie PK-Trechsel/Ogg, Art. 329 StGB N. 1. Ebenso im erläuternden Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht, S. 48.
934. BSK-Omlin, Art. 329 StGB N. 2.

Für Handlungen von Armeeangehörigen im Militärdienst, welche die Schwelle zu Art. 86 und 106 MStG noch nicht erreichen, gehen die Bestimmungen des MStG Art. 329 StGB vor (Art. 9 Abs. 1 StGB).[935] Zu denken ist dabei an Art. 61 MStG (Ungehorsam) oder Art. 72 MStG (Nichtbefolgen von Dienstvorschriften) i.V.m. dem Veröffentlichungsverbot von Bildern, Film- und Videosequenzen oder den Regeln über Zutritts-, Aufnahme- und Mitnahmebewilligungen für militärische Anlagen (Ziff. 309 ff. Organisation der Ausbildungsdienste, ODA). 17

Ob Art. 329 Abs. 1 StGB das Hausrecht i.S.v. Art. 186 StGB mitschützt, ist umstritten.[936] Nach hier vertretener Auffassung trifft dies zu, da sowohl der Hausrechtsinhaber als auch der Inhaber eines formellen Geheimnisses ein vergleichbares Interesse haben, über den Zugang zum privaten bzw. nicht öffentlichen oder halb-öffentlichen Raum zu verfügen. Folglich besteht Alternativität zwischen den beiden Straftatbeständen. Der Vergehenstatbestand von Art. 186 StGB geht bei einem entsprechenden Strafantrag dem Übertretungstatbestand von Art. 329 StGB vor. 18

Aufgrund der zahlreichen, konkurrierenden Strafnormen, die Art. 329 StGB grundsätzlich vorgehen, ist der praktische Anwendungsbereich dieser Bestimmung klein, weswegen die Streichung in Erwägung gezogen wurde.[937] Die Existenz rechtfertigt sich aber insbesondere durch den strafrechtlichen Schutz formeller Geheimnisse. 19

## LITERATURVERZEICHNIS

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch vom 23.7.1918, BBl 1918 IV 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1918/4_1_1_1/de, zuletzt besucht am 28.11.2022.

Corboz Bernard, Les infractions en droit suisse, Volume II, 3. Aufl., Bern 2010.

935. A.M. BSK-Omlin, Art. 329 StGB N. 15.

936. Stratenwerth/Bommer, § 45 N. 45, sprechen sich für die Subsidiarität von Art. 329 gegenüber Art. 186 StGB aus. Wohl auch PK-Trechsel/Ogg, Art. 329 StGB N. 1, welche vom quasi «Kasernenfriedensbruch» als Offizialdelikt sprechen. Echte Konkurrenz erblicken BSK-Omlin, Art. 329 StGB N. 22, Corboz, Art. 329 StGB N. 8 sowie CR-Délèze, Art. 329 StGB N. 15.

937. Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht, S. 49.

Délèze Julien, in: Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (Hrsg.), Commentaire romand Code pénal II, Basel 2017.

Donatsch Andreas/Thommen Marc/Wohlers Wolfgang, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich 2017.

Dupuis Michel, et al. (Hrsg.), Petit commentaire Code pénal, 2. Aufl., Basel 2017.

Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht, aufrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/sicherheit/gesetzgebung/strafrahmenharmonisierung/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf, zuletzt besucht am 28.11.2022.

Hauri Kurt, Kommentar Militärstrafgesetz, Bern 1983.

Omlin Esther, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2018.

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., Bern 2013.

Thormann Philipp/von Overbeck Alfred, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Zweiter Band, Besonderer Teil, Zürich 1941.

Trechsel Stefan/Ogg Marcel, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

KOMMENTIERUNG ZU

# Art. 331 StGB

Eine Kommentierung von Jan Imhof

ZITIERVORSCHLAG

Jan Imhof, Kommentierung zu Art. 331 StGB, in: Marianne Johanna Lehmkuhl/Jan Wenk (Hrsg.), Onlinekommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch

Kurzzitat: OK-Imhof, Art. 331 SCC N. XXX.

**Unbefugtes Tragen der militärischen Uniform**

**Art. 331**

Wer unbefugt die Uniform des schweizerischen Heeres trägt, wird mit Busse bestraft.

# GLIEDERUNG

I. Allgemeines ..... 241
II. Objektiver Tatbestand ..... 242
A. Die Uniform des schweizerischen Heeres ..... 242
B. Unbefugtes Tragen ..... 242
III. Subjektiver Tatbestand ..... 243
IV. Persönlicher Geltungsbereich und Konkurrenzen ..... 243
Literaturverzeichnis ..... 244

# I. ALLGEMEINES

Art. 331 StGB schützt das Rechtsgut der Landesverteidigung. Die Uniform verfügt dabei einerseits über eine **Repräsentationsfunktion**: «Die Uniform ist Ausdruck der Zugehörigkeit zur Armee. [...]» (Art. 58 Abs. 1 Dienstreglement der Armee). Der Gedanke staatlicher Repräsentation spiegelt sich so auch in der Bewilligungspflicht für das Tragen ausländischer Militäruniformen in der Schweiz und Schweizer Militäruniformen im Ausland wider (Verordnung über das Tragen ausländischer Uniformen in der Schweiz und Schweizerischer Militäruniformen im Ausland, SR 125). 1

Anderseits hat die Uniform eine **Unterscheidungsfunktion** zwischen Zivil- und Militärpersonen[938] und begründet damit die Vermutung, dass letztere zu hoheitlichen Handlungen legitimiert sind.[939] Weiter dient die Uniform im internationalen bewaffneten Konflikt als Unterscheidungsmerkmal zwischen geschützten Personen und Kombattanten (vgl. Art. 44 Ziff. 3 Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte, Protokoll I). Sie ist auch hier Indiz dafür, rechtmässig an Kampfhandlungen teilnehmen sowie Kriegsgefangenenstatus beanspruchen zu können. 2

Schliesslich soll mit dem Straftatbestand die **ständige Einsatzbereitschaft** des der Armee dienenden Materials sichergestellt werden.[940] Dagegen ist einzuwenden, dass der Tatbestand auf Nichtdienstpflichtige zugeschnitten ist.[941] Es ist nur schwer denkbar, dass uniformierte Nichtdienstpflichtige die Einsatzbereitschaft der Armee effektiv gefährden könnten. 3

Gemäss Art. 23 Abs. 1 lit. k StPO besteht für Art. 331 StGB Bundesgerichtsbarkeit. 4

938. Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 691.
939. Vergleichbare Übertretungstatbestände für das *unbefugte Tragen der Polizeiuniform* finden sich in: § 8 Abs. 1 Gesetz des Kantons Basel-Landschaft vom 21.4.2005 über das kantonale Übertretungsstrafrecht (ÜStG, SGS 241); Art. 11 Abs. 1 Ziff. 2 Gesetz des Kantons Nidwalden vom 29.6.2016 über das kantonale Strafrecht (kStG; NG 251.1); Art. 7 Abs. 1 Gesetz vom 2.5.1965 über die Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches im Kanton Glarus (EG StGB, GS III E/1).
940. BSK-Omlin, Art. 331 StGB N. 1.
941. Botschaft 1918, S. 74.

## II. OBJEKTIVER TATBESTAND

### A. Die Uniform des schweizerischen Heeres

5 Der Begriff der *Heeres*uniform ist weit auszulegen wie auch die französische und italienische Version zeigen («*l'uniform de l'armée*» | «*l'uniforme dell'esercito svizzero*»). Der Tatbestand umfasst alle offiziellen Tenüs der Schweizer Armee (Heer *und Luftwaffe*).[942] Die Uniform kann echt oder nachgemacht sein.[943] Somit fallen nach hier vertretener Auffassung auch ausserdienstgestellte Uniformen in den Geltungsbereich soweit sie der aktuellen stark ähneln. Uniformen mit einem klaren historischen Bezug sind hingegen ausgenommen.[944]

6 Mit Blick auf das geschützte Rechtsgut fallen nicht alle Uniformbestandteile (Gürtel, T-Shirt usw.) unter den strafrechtlichen Schutz.[945] Massgeblich dürfte das Gesamterscheinungsbild des Täters bzw. der Täterin und der damit generierte Bezug zur Schweizer Armee sein. Dies trifft bei der Ausgangsuniform und regelmässig bei Uniformbestandteilen mit Tarndruck zu. Letztere dürfen denn auch ausscheidenden Armeeangehörigen nicht zum Eigentum überlassen werden (Art. 27 Abs. 1 lit. b Verordnung über die persönliche Ausrüstung der Armeeangehörigen, VPAA, SR 514.10).

### B. Unbefugtes Tragen

7 Dienstpflichtigen ist die Verwendung der Uniform für private Zwecke grundsätzlich untersagt (Art. 114 Abs. 4 Militärgesetz, MG, SR 510.10). Art. 21 VPAA regelt die Ausnahmen und nennt bspw. die Teilnahme an ausserdienstlichen Tätigkeiten der militärischen Gesellschaften, Aktivitäten des Militärsports, Arbeitnehmende der Gruppe Verteidigung, politische Veranstaltungen (lit. a-c) sowie mit Bewilligung der Gruppe Verteidigung: Offiziersbälle, historische Umzüge und Veranstaltungen, Messen, Hochzeiten und Trauerfeiern (lit. d).

---

942. Vgl. Corboz, Art. 331 StGB N. 2 mit einer Aufzählung sowie CR-Délèze, Art. 331 StGB N. 5.
943. BSK-Omlin, Art. 331 StGB N. 5; Corboz, Art. 331 StGB N. 3; CR-Délèze, Art. 331 StGB N. 6; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 691 sowie PC-Dupuis et al., Art. 331 StGB N. 7.
944. Corboz, Art. 331 StGB N. 2; CR-Délèze, Art. 331 StGB N. 8.
945. BSK-Omlin, Art. 331 StGB N. 5; Donatsch/Thommen/Wohlers, S. 691; PC-Dupuis et al., Art. 331 StGB N. 7.

Für Nichtdienstpflichtige existiert kein solch genereller Erlaubnistatbestand wie Art. 21 Abs. 1 lit. a-c VPAA. Sie haben für die Verwendung, bspw. für Filmaufnahmen oder Theateraufführungen, immer vorgängig eine Bewilligung einzuholen.[946] 8

Zur Erfüllung des Tatbestands wird vorausgesetzt, dass die Uniform in der Öffentlichkeit getragen[947] und wahrgenommen[948] wird. Diese Voraussetzung kann auch im digitalen Raum erfüllt sein. Das Tragen im privaten Rahmen tangiert hingegen das geschützte Rechtsgut nicht und ist straffrei. 9

## III. SUBJEKTIVER TATBESTAND

Der Tatbestand kann nur vorsätzlich begangen werden, wobei Eventualvorsatz genügt. 10

## IV. PERSÖNLICHER GELTUNGSBEREICH UND KONKURRENZEN

Art. 331 StGB ist kein Sonderdelikt. Soweit der Täter bzw. die Täterin aber der Militärgerichtsbarkeit untersteht, gehen die Bestimmungen des MStG Art. 331 StGB vor (Art. 9 Abs. 1 StGB).[949] Konkret machen sich Dienstpflichtige durch das unerlaubte Tragen der persönlichen Uniform oder jener anderer Schweizer Armeeangehöriger[950] der missbräuchlichen Verwendung von Armeematerial strafbar (Art. 73 Ziff. 1 MStG).[951] Die Dienstpflichtigen unterstehen in diesem Fall sowohl im als auch ausserhalb des Dienstes der Militärgerichtsbarkeit (Art. 3 Abs. 1 Ziff. 1 und 4 MStG). 11

Das unbefugte Tragen der Uniform kann in einem internationalen bewaffneten Konflikt als verbotene Heimtücke gewertet werden (Art. 37 Ziff. 1 Zusatzprotokoll I zu den Genfer Abkommen über den Schutz der Opfer 12

946. PK-Trechsel/Ogg, Art. 331 StGB N. 1. A.M. CR-Délèze, Art. 331 StGB N. 11 sowie Corboz, Art. 331 StGB N. 7.
947. BSK-Omlin, Art. 331 StGB N. 6; Donatsch/Thommen/Wohlers; S. 691, Corboz, Art. 331 StGB N. 5.
948. PC-Dupuis et al., Art. 331 StGB N. 8; CR-Délèze, Art. 331 StGB N. 9.
949. Botschaft 1918, S. 74, wobei der Begriff «Dienstpflichtige» in der Botschaft aus heutiger Sicht zu eng gefasst ist.
950. Wohl a.M. Stratenwerth/Bommer, § 54 N. 9.
951. Hauri, Art. 72 MStG N. 61 mit weiteren Hinweisen.

internationaler bewaffneter Konflikte, SR 0.518.521, und Art. 23 lit. f Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs, SR 0.515.112). Art. 264g Abs. 1 lit. d StGB bzw. Art. 112c Abs. lit. d MStG gehen Art. 331 StGB jeweils als *lex specialis* vor.

13 Nimmt der Täter bzw. die Täterin während des unbefugten Tragens der Uniform eine (unberechtigte) Amtshandlung vor, so geht Art. 287 StGB vor,[952] soweit der Täter bzw. die Täterin mit dem Tragen der Uniform nicht noch bei weiteren Personen den Eindruck vermittelte, zur Amtshandlung berechtigt gewesen zu sein.

14 Angesichts des persönlichen Geltungsbereichs hat Art. 331 StGB keine grosse praktische Bedeutung, weswegen die Streichung in Erwägung gezogen wurde.[953] Es erscheint jedoch gerechtfertigt, das unbefugte Tragen sowohl durch Dienstpflichtige als auch durch Nichtdienstpflichtige gleichermassen unter Strafe zu stellen.

## LITERATURVERZEICHNIS

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch vom 23.7.1918, BBl 1918 IV 1 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1918/4_1_1_1/de zuletzt besucht am 28.11.2022.

Corboz Bernard, Les infractions en droit suisse, Volume II, 3. Aufl., Bern 2010.

Délèze Julien, in: Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (Hrsg.), Commentaire romand Code pénal II, Basel 2017.

Donatsch Andreas/Thommen Marc/Wohlers Wolfgang, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich 2017.

Dupuis Michel, et al. (Hrsg.), Petit commentaire Code pénal, 2. Aufl., Basel 2017.

Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht, aufrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/

952. BSK-Heimgartner, Art. 287 StGB N. 12.

953. Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht, S. 49.

sicherheit/gesetzgebung/strafrahmenharmonisierung/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf zuletzt besucht am 28.11.2022.

Hauri Kurt, Kommentar Militärstrafgesetz, Bern 1983.

Heimgartner Stefan, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2018.

Omlin Esther, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2018.

Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., Bern 2013.

Trechsel Stefan/Ogg Marcel, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.