

3. Strafrecht

3573

Unanständiges Benehmen (Art. 19 des Gesetzes über das kantonale Strafrecht; bGS 311): Die Kantone sind aufgrund von Art. 335 Abs. 1 StGB befugt, im Bereich der öffentlichen Sittlichkeit Strafbestimmungen zu erlassen. Strafbarkeit des sogenannten Nacktwanderns.

Sachverhalt:

Am Sonntag den 11. Oktober 2009 wanderte X. bei schönem Wetter zwischen 15.40 Uhr und 16.00 Uhr nackt im Naherholungsgebiet N. bei H. Dabei wanderte er unter anderem an einer von einer Familie mit Kleinkindern besetzten Feuerstelle und an einem christlichen Rehabilitationszentrum vorbei. Eine Passantin, die den Angeschuldigten bei seinem Tun beobachtete, stellte ihn zur Rede und zeigte den Vorfall bei der Polizei an.

Aus den Erwägungen:

1. b) Vor der Revision des Sexualstrafrechts im Jahr 1992 wurde die nicht sexuell motivierte Nacktheit in der Öffentlichkeit (Nacktbaden, Nacktrennen, Nacktgehen, Verrichten der Notdurft) auf Bundesebene unter Art. 203 aStGB (öffentliche unzüchtige Handlungen) subsumiert (vgl. *Jürg Schaufelberger*, Die „öffentlichen unzüchtigen Handlungen“, Eine kriminologische Darstellung, unter besonderer Berücksichtigung der in den Jahren 1967 und 1968 im Kanton Zürich strafrechtlich beurteilten Fälle, Diss., Zürich 1973, S. 2 ff.). Begründet wurde die Anwendbarkeit von Art. 203 aStGB damit, dass durch die Nacktheit das durchschnittliche sittliche Empfinden verletzt würde (vgl. BGE 89 IV 129).

Die Botschaft zum Entwurf des revidierten Sexualstrafrechts übernahm die in der Lehre geäusserte Kritik an dieser Rechtsprechung und verfolgte die Absicht, „den Strafrichter von der Pflicht, in solchen Fällen den Sittenrichter spielen zu müssen, zu befreien“ (BBl 1985 II, S. 1080). Sexuelles Verhalten sollte lediglich für strafbar erklärt werden, wenn es einen anderen schädigt oder schädigen könnte (BBl 1985 II, S. 1064). Aus dem Komplex der bei Art. 203 aStGB möglichen Handlungen wurde im Entwurf der Exhibitionismus herausgenommen und als selbständiger Tatbestand ausgestaltet. Keine exhi-

bitionistische Handlung sei, mangels der erforderlichen sexuellen Tendenz, das Entblößen zur Provokation oder zur Verrichtung der Notdurft. In solchen Fällen könne Art. 198 StGB eingreifen (BBI 1985 II, S. 1080).

Diese Anregungen fanden ihren Niederschlag in dem seit 1. Oktober 1992 geltenden revidierten Sexualstrafrecht (vgl. zum Ganzen *Philipp Maier*, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. A., Basel 2007, N 1 ff. der Vorbemerkungen zu Art. 187). So führte das Bundesgericht im Jahr 1999 aus, dass das bloss Unanständige, Unangebrachte, Anstössige, Geschmacklose, Unschamhafte, Widerwärtige aus dem Strafbaren ausscheiden solle (BGE 125 IV 58 E. 3).

Diese Quellen lassen den Schluss zu, dass der historische Gesetzgeber die obenerwähnten nicht sexuell motivierten Handlungsweisen unter dem Vorbehalt von Art. 198 StGB (sexuelle Belästigung) straffrei lassen wollte und mit der herrschenden Lehre ist davon auszugehen, dass die nicht sexuell motivierte Nacktheit in der Öffentlichkeit nach wie vor nicht unter das Sexualstrafrecht in Art. 187 ff. StGB fällt (vgl. *Philipp Maier*, a.a.O., N 25 zu Vor Art. 187; *Meng/Schwaibold*, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. A., Basel 2007, N 13 zu Art. 194 sowie N 9 zu Art. 198; *Daniel Kettiger*, Nackte Rechts- (Tatsachen) zur strafrechtlichen Verfolgung des Nacktwanderns, in: Jusletter vom 23. Februar 2009, N 7; *Stefan Meichssner*, Im Adamkostüm durch den Alpstein? Anmerkungen zum Appenzeller Nacktwandererverbot, in: Jusletter vom 20. September 2010, N 7 ff.).

1. c) Fraglich ist indessen, ob das Fehlen einer eidgenössischen Strafnorm als qualifiziertes Schweigen des Bundesgesetzgebers auszulegen ist, der den Kantonen kraft Art. 335 Ziff. 1 StGB verbietet, das Nacktwandern zu sanktionieren.

Die Gesetzgebungskompetenz der Kantone auf dem Gebiet des Strafrechts beschränkt sich auf jene Gebiete, die nicht Gegenstand der Bundesgesetzgebung bilden (Art. 123 Abs. 1 BV). Regelt die Bundesgesetzgebung den strafrechtlichen Schutz bestimmter Rechtsgüter durch ein geschlossenes System von Normen, ist bei Vorliegen einer Strafbarkeitslücke von einem qualifizierten Schweigen des Bundesgesetzgebers auszugehen (vgl. *Franz Riklin*, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 3. A., Zürich 2007, S. 40; *Günter Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 3. A., Bern 2005, S. 15; BGE 129 IV 276 E. 2.1). Nach herrschender Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht bezüglich sexueller Betätigungen kein Raum für kantonales Übertretungsstrafrecht (vgl. *Trechsel/Lieber*, in: Trechsel et al. [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St.Gallen 2008, N 9 zu Art. 335; *Franz Riklin*, a.a.O., S. 40; *Günter Stratenwerth*, a.a.O., S. 15 f. sowie BGE 81 IV 124 E. 3).

Unter der Prämisse, dass der Bundesgesetzgeber bloss sittlich anstössige Verhaltensweisen und insbesondere die Nacktheit in der Öffentlichkeit von der strafrechtlichen Verfolgung ausklammern wollte und andererseits von einem

geschlossenen Normensystem im Bereich des Sexualstrafrechts auszugehen ist, stellt sich aufgrund der derogatorischen Wirkung des Bundesrechts die Frage, ob der Angeklagte gestützt auf eine kantonale Übertretungsstrafnorm wegen Nacktwanderns verurteilt werden kann.

Bereits vor der Revision des Sexualstrafrechts existierten im Bereich der öffentlichen Sittlichkeit bundesstrafrechtliche Regelungen (insbesondere Art. 203 aStGB) und kantonales Polizeirecht nebeneinander (vgl. *Jürg Schaufelberger*, a.a.O., S. 7 f.). Zur Abgrenzung von kantonalem Polizeirecht und Art. 203 aStGB bemerkte Stratenwerth, dass Art. 203 aStGB auf „Fälle schwerer Missachtung des Sittlichkeitsgefühls beschränkt werden sollte, und das sind ausschliesslich solche der geschlechtlichen Betätigung in der Öffentlichkeit. Der Rest ist eine Angelegenheit des kantonalen Polizeirechts“ (*Günter Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, Bern 1974, S. 367; vgl. auch *Ernst Hafer*, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Berlin 1937, S. 164; BGE 103 IV 167 in: Pra 1977 Nr. 210).

Dieser Kompetenzaufteilung entspricht, dass auch die jeweiligen Schutzzwecke von kantonalem Polizeirecht und Bundesstrafrecht im Bereich der Sittlichkeit nicht als kongruent beurteilt wurden: „Das Polizeigut der öffentlichen Sittlichkeit ist“, so das Bundesgericht in BGE 106 Ia 267 E. 3, „mit dem strafrechtlich geschützten Rechtsgut der Sittlichkeit nicht notwendig identisch und kann auch ein Verhalten erfassen, das zwar nicht mit Strafe bedroht ist, jedoch den üblichen Massstäben zulässigen Verhaltens in eindeutiger Weise widerspricht.“

Die Rechtslage vor der Revision des Sexualstrafrechts kann also dahingehend zusammengefasst werden, dass sittlich anstössiges Verhalten in der Öffentlichkeit sowohl nach kantonalem Recht als auch nach Bundesrecht strafbar war, wobei „geringfügige, nicht in das Gebiet des Sexuellen fallende Verstösse gegen den Anstand und die guten Sitten“ tendenziell nach kantonalem Strafrecht oder Gemeindereglementen geahndet wurden (vgl. BGE 103 IV 176 in: Pra 1977 Nr. 210 S. 518).

1. d) Fraglich ist daher weiter, ob nach der Revision des Sexualstrafrechts die aufgezeigte Kompetenz der Kantone zur Bestrafung geringfügiger Verstösse gegen den Anstand und die guten Sitten beibehalten wurde oder ob die Legalisierung von nicht sexuell motivierten Verstössen gegen die Sittlichkeit durch den Bundesgesetzgeber im Sinne eines qualifizierten Schweigens auch für die kantonalen Gesetzgeber präjudizierend wirkte.

Hierzu ist vorab zu bemerken, dass sich die Frage, ob ein geschlossenes System von Normen bzw. ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt, nur mit Blick auf das tangierte Rechtsgut beantworten lässt (vgl. BGE 117 Ia 472 E. 2b). Die Nacktheit in der Öffentlichkeit kann zwar allenfalls einen Eingriff in die sexuelle Integrität bedeuten; nämlich dann wenn sie aufgrund besonderer Umstände die Grenze zur sexuellen Belästigung nach Art. 198 StGB überschreitet. In der Regel wird durch die Nacktheit in der Öff-

fentlichkeit aber nicht die sexuelle Integrität einzelner Personen angegriffen, sondern das Rechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit.

Fest steht, dass der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit nach der Revision des Sexualstrafrechts aus dem Diskurs des Bundesstrafrechts weitgehend ausgeschieden ist (vgl. dazu in Bezug auf den Pornographietatbestand *Meng/Schwaibold*, a.a.O., N 5 zu Art. 197). Es kann aber entgegen der Auffassung der Verteidigung kein Zweifel daran bestehen, dass die öffentliche Sittlichkeit als Polizeigut des kantonalen Rechts nach wie vor wirksam ist (vgl. die Bestandesaufnahme bei *Pierre Tschannen*, „Öffentliche Sittlichkeit“: Sozialnorm als polizeiliches Schutzgut, in: *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor*, Bern 2005, S. 554).

1. e) Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist zum einen festzuhalten, dass auf Bundesrechtsstufe kein geschlossenes Normensystem im Hinblick auf das Rechtsgut der öffentlichen Sittlichkeit besteht. Zum anderen bedeutet der Umstand, dass die Nacktheit in der Öffentlichkeit seit der Revision des Sexualstrafrechts nicht mehr bundesstrafrechtlich verfolgt wird, aufgrund der Verschiedenheit der geschützten Rechtsgüter nicht, dass damit eine diesbezügliche Strafkompetenz der Kantone mit Blick auf die öffentliche Sittlichkeit hinfällig geworden ist. Es ist daher mit Meichssner zusammenfassend davon auszugehen, dass den Kantonen im Zuge der Revision des Sexualstrafrechts die Kompetenz, die nicht sexuell motivierte Nacktheit mit Übertretungsstrafnormen zu sanktionieren, nicht genommen wurde (vgl. *Stefan Meichssner*, a.a.O., S. 4).

1. f) Damit ergibt sich, dass der kantonale Gesetzgeber aufgrund von Art. 335 Ziff. 1 StGB grundsätzlich befugt ist, das Nacktwandern zu sanktionieren.

[...]

2.2 c) Nach einer aktuellen, auf dem zitierten Aufsatz von Tschannen gründenden, Begriffsbestimmung des Bundesgerichts umfasst die Sittlichkeit ausserrechtliche Normen aufgrund sozialemischer Vorstellungen, welche in der Gesellschaft allgemeine Anerkennung geniessen, für das Zusammenleben in einer pluralistischen Gemeinschaft wesentlich sind und vor öffentlichen Widerhandlungen geschützt werden sollen (BGE 133 II 136 E. 5.3.1; vgl. auch die Aufstellung bei *Pierre Tschannen*, a.a.O., S. 560 f.). Als Referenzfigur für die Erfassung dieser Normen wird der „normal empfindliche Durchschnittsbürger“ herangezogen (BGE 106 Ia 267 E. 3b), wobei als anerkannt gilt, dass der Begriff von den herrschenden sozialen und den wesentlichen verfassungsimmanenten gesellschaftlichen Werten abhängt und er deshalb örtlich verschieden und zeitlich wandelbar ist (vgl. BGE 133 II 136 E. 5.3.1 sowie *Pierre Tschannen*, a.a.O., S. 557 f. mit Hinweis auf BGE 106 Ia 267 E. 3a). Was daher zu einem gegebenen Zeitpunkt in einem bestimmten Kanton noch als sittlich zulässig gilt, kann in anderen Regionen die Toleranzgrenze sittlichen Empfindens überschreiten (BGE 106 Ia 267 E. 3a).

2.2 d) Mit Blick auf die in der Region geltenden Normen des Zusammenlebens kommt das Obergericht zur Auffassung, dass das Verhalten des Angeklagten geeignet ist, in weiten Teilen der Bevölkerung Anstoss zu erregen. Das Nacktsein in der Öffentlichkeit und das damit zusammenhängende Präsentieren der primären Geschlechtsorgane wird von der Allgemeinheit nach wie vor als äusserst anstössig und als Tabubruch empfunden. Gerade hinsichtlich des Schutzzwecks von Art. 11 BV erscheint es für das Obergericht als inakzeptabel, allenfalls sich auf Wanderwegen befindliche Kinder und Jugendliche unfreiwillig dem Anblick entblösster Geschlechtsteile auszusetzen.

Zwar trifft es in gewissem Mass zu, dass ein durchschnittlicher Medienkonsument an Bilder von nackten Menschen gewohnt ist. Neben der Tatsache, dass die unzensurierte Darstellung der primären Geschlechtsorgane in den allgemein zugänglichen Medien weiterhin keineswegs an der Tagesordnung ist, gilt es dazu weiter zu bemerken, dass es einen Unterschied macht, ob man einem nackten Menschen in den Medien oder in der Wirklichkeit begegnet. Der Ansicht der Verteidigung, dass die Medien und die Werbung „Ausdruck der vorherrschenden Kulturauffassung“ seien, kann nicht gefolgt werden.

Im Übrigen erscheint es als verfehlt, aus der Monte-Verità- bzw. Freikörperkulturbewegung des frühen 20. Jahrhunderts eine schweizerische „Nacktsporttradition“ zu konstruieren. Auch der Hinweis, dass der sportliche Bezug des Nacktwanderns dessen Anstössigkeit ausschliesse, schlägt fehl, nachdem es nicht der sportliche Aspekt ist, der dem Angeklagten zum Vorwurf gereicht, sondern der Umstand, dass er seinen Sport nackt in der Öffentlichkeit betreibt.

Dritte werden durch Nacktwanderer unfreiwillig mit deren Nacktheit konfrontiert. In der Regel ist es für einen Passanten aufgrund der engen Geländeverhältnisse nicht möglich, einer Begegnung auszuweichen. Denjenigen Passanten, die sich am Anblick eines Nackten stören, bleibt nur die Möglichkeit, den Anblick zu erdulden oder sich abzuwenden, was für diese eine unnötige Einschränkung ihrer persönlichen Freiheit bedeutet. Die Begegnung erfolgt zudem beim Wandern, also in einem Rahmen, in dem mit nackten Menschen aufgrund der allgemeinen Erfahrung schlechthin nicht zu rechnen ist. Eine Begegnung mit Nacktwanderern wird für einige belustigend sein; andere sind Nacktwanderern gegenüber indifferent; für eine Mehrzahl ist sie aber abstossend und beklemmend oder wird als Provokation empfunden. Ein Indiz für die skizzierte allgemeine Ablehnung des Nacktwanderns durch die Bevölkerung des Kantons Appenzell Ausserrhoden bildet der Kanton Appenzell Innerrhoden, dessen Bevölkerung in dieser Beziehung eine ähnliche Mentalität besitzt und das Nacktwandern im Frühjahr 2009 bekanntlich unter Strafe gestellt hat. Es ist an dieser Stelle ebenfalls darauf hinzuweisen, dass auch im Kanton Bern die Nacktheit in der Öffentlichkeit als strafbarer Verstoss gegen Sitte und Anstand im Sinne von Art. 15 des bernischen EG StGB bewertet wird (vgl.

das Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 6. März 2006, SK-Nr. 2005/437/KND).

2.2 e) Berücksichtigt man weiter den Umstand, dass der Angeklagte seine Aktivität als Ortskundiger an einem sonnigen Sonntagnachmittag auf einem auch von Familien frequentierten öffentlichen Wanderweg im Naherholungsgebiet von H. betrieben hat, so spricht dies für die qualifizierte Rücksichtslosigkeit seines Verhaltens, weshalb von einem groben Verstoß gegen Sitte und Anstand im Sinne von Art. 19 Abs. 2 des kantonalen Strafrechts auszugehen ist.

OGer, 17.01.2011

Eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde in Strafsachen hat das Bundesgericht am 17. November 2011 abgewiesen (BGE 138 IV 13).

3574

Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht (Art. 219 StGB). Lehre und Rechtsprechung setzen den Massstab für eine Verurteilung gestützt auf Art. 219 Abs. 1 StGB hoch an. Ein (fahrlässiger) Irrtum reicht für eine Verurteilung nach Art. 219 StGB durch Unterlassung nicht aus.

Sachverhalt:

Der Angeklagte A. führt zusammen mit seiner ebenfalls angeklagten Ehefrau B. eine therapeutische Grossfamilie. Sie betreuen in dieser Funktion verschiedene Pflegekinder. Von August 2000 bis November 2004 kam es zwischen den Pflegekindern, G. (Geschädigte), geboren 1993, und F., geboren 1987, wiederholt zu sexuellen Kontakten. F wurde deswegen mit Strafverfügung vom 28. Januar 2008 unter anderem wegen mehrfachen sexuellen Handlungen mit einem Kind sowie mehrfacher Schändung bestraft. A. und B. wird vorgeworfen, als Pflegeeltern die Kinder häufig ohne Aufsicht allein gelassen zu haben sowie keine genügende Vorkehr gegen nächtliches Fernsehen und somit auch gegen das Anschauen von Werbesendungen, die Sexszenen enthielten, getroffen zu haben. Bezüglich letzterem wurde zu Beginn der Strafuntersuchung noch davon ausgegangen, dass die Pflegeeltern den Fernsehempfang eines Senders, der nur pornographische Filme ausstrahlt, eingerichtet hätten, was sich aber als falsch herausstellte.

Aus den Erwägungen:

1. Die Anklage wirft den Pflegeeltern A. und B. vor, sie hätten gegenüber ihren Pflegekindern F. und G. von August 2000 bis November 2004 die Auf-