

Tonische Immobilität und die Auslegung der neuen sexualstrafrechtlichen Tatbestände in Art. 189 und 190 StGB

Anhand von interdisziplinärer Literatur werden Erkenntnisse zum Phänomen der sog. «tonischen Immobilität» (TI) dargestellt, um das diesbezügliche Verständnis in der Praxis zu fördern und die Ausgestaltung der neuen Tatbestände von Art. 189 und 190 StGB kritisch zu analysieren. Dabei wird einerseits aufgezeigt, dass die Formulierung im Gesetz als «Schockzustand» potenziell missverständlich oder gar irreführend ist. Andererseits wird dargelegt, dass die explizite Verankerung dieses Phänomens innerhalb der gewählten Ablehnungslösung als Konkretisierung des Grundtatbestands «gegen den Willen» zu verstehen ist und die Anwendung eines weiten Kommunikationsbegriffs bei der Beurteilung der strafbarkeitsbegründenden Ablehnung von sexuellen Handlungen erfordert. Der Fokus ist dabei jeweils auf den subjektiven Tatbestand zu legen.

I. Ausgangslage und Zielsetzung	52
II. Immobilitätsreaktionen als evolutionäre Überlebensstrategie	52
1. Die Abwehrkaskade	53
2. Tonische Immobilität mit Blick auf sexuelle Übergriffe	56
3. Das Wichtigste in Kürze	57
III. Implikationen für die Auslegung der neuen Art. 189 und 190 StGB	58
1. Begriff des «Schockzustands»	58
2. Verhältnis zum Grundtatbestand	59
IV. Fazit	63

Zitiervorschlag:

SVEN SCHLEIFER, Tonische Immobilität und die Auslegung der neuen sexualstrafrechtlichen Tatbestände in Art. 189 und 190 StGB, *sui generis* 2024, S. 51

Sven Schleifer, MLaw, Doktorand am Lehrstuhl von Prof. Martino Mona an der Universität Bern (sven.schleifer@unibe.ch) und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Anna Coninx an der Universität Luzern (sven.schleifer@unilu.ch). Der Autor verfasst seine Doktorarbeit zum Thema «Sexuelle Kommunikation und ihre strafrechtliche Beurteilung» (Arbeitstitel). Ein besonderer Dank geht an Dr. Nora Scheidegger für die zahl- und hilfreichen Hinweise und Anregungen sowie die bereichernde Diskussion. Ebenfalls bedankt sich der Autor bei Prof. Anna Coninx, Prof. Martino Mona, Ass.-Prof. Ineke Pruin, Christoph Ammon, Jon Gashi, Adina Keller und Rafael Studer für ihr konstruktives Feedback zu einer früheren Version des Manuskripts sowie bei der anonymen Reviewperson für die Hinweise zum Feinschliff.

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.251>

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

I. Ausgangslage und Zielsetzung

- 1 Die aktuelle Revision des Sexualstrafrechts nimmt unter anderem eine Neuformulierung der Tatbestände der Vergewaltigung (Art. 190 StGB¹) und der sexuellen Nötigung (Art. 189 StGB) vor. National- und Ständerat waren sich lange uneinig, wie die neuen, konsensorientierten Tatbestände ausgestaltet werden sollen. Nachdem sich der Ständerat im Juni 2022² für die sog. Ablehnungslösung («Nein heisst Nein»³) ausgesprochen hat, stimmte der Nationalrat im Dezember 2022⁴ hingegen – relativ überraschend – für die sog. Zustimmungslösung («Nur Ja heisst Ja»⁵). Ein zentrales Thema der Debatte, das von den Befürworter:innen der Zustimmungsvariante durchgehend hervorgehoben wurde, war die Problematik des sog. *Freezing*. Es wurde diesbezüglich auf eine empirische Studie⁶ hingewiesen, die aufzeigen konnte, dass Opfer während eines sexuellen Übergriffes häufig erstarren und in diesem Zustand zu direkten, ablehnenden Willensäusserungen teilweise nicht mehr in der Lage sind.⁷ Es herrschte Skepsis gegenüber der Auffassung, dass Fälle von *Freezing* auch im Rahmen der Ablehnungslösung adäquat erfasst würden,⁸ wohingegen eine Zustimmungslösung solche Fälle sehr viel besser abdecken könne.⁹ Um Zweifel über die Erfassung von *Freezing*-Fällen auszuräumen, wurde im Rahmen der Differenzbereinigung schliesslich eine Kompromisslösung gefunden.¹⁰ Diese hält zwar

1 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

2 AB 2022 SR S. 387 ff.

3 Hierbei werden sexuelle Handlungen bzw. Beischlaf «gegen den Willen der betroffenen Person» unter Strafe gestellt.

4 AB 2022 NR S. 2111 ff.

5 Strafbar wären hier sexuelle Handlungen bzw. Beischlaf «ohne die Einwilligung der betroffenen Person».

6 Sinn gemäss referenziert wurde grossmehrheitlich ANNA MÖLLER / HANS PETER SÖNDERGAARD / LOTTI HELSTRÖM, Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression, Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica 2017.

7 Siehe etwa Votum Mazzone, AB 2022 SR S. 394; Votum Gmür-Schönenberger, AB 2022 SR S. 397; Votum Fehlmann, AB 2022 NR S. 2112 f.; Votum Funicello, AB 2022 NR S. 2123.

8 Siehe zu dieser Auffassung Votum Caroni, AB 2022 SR S. 402; Eintretensvotum von Falkenstein, AB 2022 NR S. 2111; Votum Keller-Sutter, AB 2022 NR S. 2127; auf Art. 191 und die bisherigen Art. 189 und 190 StGB hinweisend der Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 17. Februar 2022 zur Strafrahenharmonisierung und Anpassung des Nebenstrafrechts an das neue Sanktionenrecht, Vorlage 3: Bundesgesetz über eine Revision des Sexualstrafrechts (BB1 2022 687), S. 35 ff. (vgl. dazu auch Fn. 121 unten); dahingehend auch Votum Rieder, AB 2022 SR S. 403; Votum Keller-Sutter, AB 2022 SR S. 408; Votum Maitre, AB 2022 NR S. 2124 f.; skeptisch etwa Votum Mazzone, AB 2022 SR S. 394; Votum Vara, AB 2022 SR S. 403; Votum Funicello, AB 2022 NR S. 2123.

9 Vgl. etwa Votum Mazzone, AB 2022 SR S. 395; Votum Vara, AB 2022 SR S. 403; Votum Carobbio, AB 2022 SR S. 405; Votum Funicello, AB 2022 NR S. 2123.

10 AB 2023 SR S. 109 ff.; AB 2023 NR S. 985 ff.; vgl. insb. Votum Baume-Schneider, AB 2023 NR S. 989 und AB 2023 SR S. 110 («Brücke»); Votum Sommaruga, AB 2023 SR S. 111 («Les membres de la commission

an der Formulierung der Ablehnungslösung fest, ergänzt diese aber durch die explizite Verankerung des *Freezing* im Gesetz. Die verabschiedete Vorlage, welche per 1. Juli 2024 in Kraft treten wird,¹¹ liest sich in Art. 189 Abs. 1 StGB wie folgt:

«Wer gegen den Willen einer Person eine sexuelle Handlung an dieser vornimmt oder von dieser vornehmen lässt oder zu diesem Zweck einen Schockzustand einer Person ausnützt ...»¹²

Nachfolgend wird in einem ersten Teil (II.) eingehend untersucht, was unter *Freezing* zu verstehen ist, welche Vorgänge damit verbunden sind und was die möglichen Ursachen sind. Es wird damit einerseits angestrebt, das Verständnis dieses Phänomens für die Praxis zu fördern. Andererseits wird in einem zweiten Teil (III.) anhand dieser Erkenntnisse aufgezeigt, inwiefern die ins Gesetz aufgenommene Formulierung eines «Schockzustands» das Phänomen nicht treffend beschreibt und es wird dargelegt, wie dieser Begriff (III.1.) und die neuen Tatbestände in Art. 189 und 190 StGB (III.2.) auszulegen sind.

II. Immobilitätsreaktionen als evolutionäre Überlebensstrategie

Im Laufe der Evolution haben sich bei allen Lebewesen verschiedene defensive Strategien zum Schutz vor Prädatoren und anderen Gefahren herausgebildet, welche die Überlebenschancen des Individuums in entsprechenden Situationen erhöhen können. Diese Verhaltensweisen bleiben auch beim modernen Menschen tief in jenen alten Gehirnstrukturen verankert, welche bei Angst und Gefahr aktiviert werden und weitgehend die Verhaltenskontrolle übernehmen.¹³ Der zerebrale Schaltkreis, der die Abwehrreaktion steuert, ist über die Evolution hinweg weitestgehend unverändert geblieben.¹⁴ Das Grund-

soutenant la solution du consentement [...] se sont ralliés de manière pragmatique à la proposition de compromis»; so auch im Nationalrat, siehe Votum Fehlmann, AB 2023 NR S. 990 f.

11 Medienmitteilung des Bundesrats vom 10. Januar 2024 (Neues Sexualstrafrecht ab 1. Juli 2024).

12 Bundesgesetz über eine Revision des Sexualstrafrechts vom 16. Juni 2023 (BB1 2023 1521), S. 4 (Hervorhebungen durch den Autor); so auch der neue Art. 190 Abs. 1 StGB bzgl. Beischlaf usw. (S. 4 f.).

13 GIANCARLO CARLI / FRANCESCA FARABOLLINI, Defence from Invertebrates to Mammals: Focus on Tonic Immobility, Progress in Brain Research Vol. 271(1), Amsterdam et al. 2022, S. 51; DAVID BALDWIN, Primitive mechanisms of trauma response: An evolutionary perspective on trauma-related disorders, Neuroscience and Biobehavioral Reviews 2013, S. 1551 und 1558; BRIAN MARX / JOHN FORSYTH / GORDON GALLUP / TIFFANY FUSÉ / JENNIFER LEXINGTON, Tonic Immobility as an Evolved Predator Defense: Implications for Sexual Assault Survivors, Clinical Psychology: Science and Practice 2008, S. 78 m.w.V.

14 Vgl. BALDWIN (Fn. 13), S. 1551; D. CAROLINE BLANCHARD / GUY GRIEBEL / ROGER POBBE / ROBERT BLANCHARD, Risk assessment as an evolved threat detection and analysis process, Neuroscience and Biobehavioral Reviews 2011, S. 995 f.; CARLI / FARABOLLINI (Fn. 13), S. 56 f.; des halb auch die Bezeichnung «Eidechsenhirn».

repertoire von Reaktionen auf akute Gefahr ist bei Menschen und Tieren infolgedessen grundsätzlich ähnlich. Aus diesem Grund erscheint es möglich, von empirischen Erkenntnissen aus Tierversuchen in gewissem Umfang auch auf Vorgänge im Zusammenhang mit Abwehrreaktionen bei Menschen zu schliessen. Zudem gibt es Studien mit Opfern von sexuellen Übergriffen, welche sich mit individuellen Erfahrungsberichten der Betroffenen beschäftigen.¹⁵ Diese Erkenntnisse können sodann mit den aus der Tierforschung abgeleiteten Analogien abgeglichen werden, bzw. Letztere modifizieren.

1. Die Abwehrkaskade¹⁶

- 4 Zunächst sind die Immobilitätsreaktionen in der Gesamtsystematik der Verteidigungsstrategien einzuordnen. Bereits DARWIN hat erwogen, dass menschliche Emotionsausdrücke jenen von «niedereren Tieren» gleichen, wobei negative Emotionen – insbesondere Angst – defensive Reaktionen auslösen.¹⁷ Im 20. Jahrhundert hat der Verhaltensbiologe RATNER ein Kontinuum von Reaktionen auf bedrohliche Reize beschrieben,¹⁸ welches später von LANG et al. präzisiert und als «Abwehrkaskade» (*Defense Cascade*) beschrieben wurde.¹⁹ Seither gibt es einen wachsenden Bestand an Literatur, die Abwandlungen und Präzisierungen an diesem Modell – insbesondere auch im Hinblick auf die Abwehrkaskade beim Menschen – vornimmt.²⁰ Die in dieser Abwehrkaskade verankerten Strategien sind Freeze-Alert, Flucht, Kampf, tonische Immobilität und kollabierte Immobilität. Der Ablauf der Kaskade ist nach einhelliger Ansicht eine Funktion der subjektiv wahrgenommenen Distanz zur Gefahr

15 Siehe etwa MARX et al. (Fn. 13); SUNDA FRIEDMAN TEBOCKHORST, I still have to overcome just being captured inside myself: The experience and meaning of peritraumatic tonic immobility among survivors of sexual violence, *Digital UNC. Dissertations Paper* 127, 2012; MÖLLER/SÖNDERGAARD/HELSTRÖM (Fn. 6); DOOSHIMA DOROTHY GBAHABO / SINEGUGU EVIDENCE DUMA, «I just became like a log of wood – I was paralyzed all over my body»: women's lived experiences of tonic immobility following rape, *Heliyon* Vol. 7 Article e07471, 2021; eingehend unten Rz. 16 ff.

16 Vgl. auch bereits hierauf eingehend VÉRONIQUE JAQUIER / CAMILLE MONTAVON / CHARLOTTE ISELIN, *Rapports sexuels non consentis en droit pénal suisse: pourquoi und telle «résistance»?* 1^{re} partie, *ZStr* 2023, S. 31 ff.

17 Vgl. KASIA KOZLOWSKA / PETER WALKER / LOYOLA MCLEAN / PASCAL CARRIVE, *Fear and the Defense Cascade: Clinical Implications and Management*, *Harvard Review of Psychiatry* 2015, S. 263 mit Hinweis auf Primärquelle.

18 STANLEY RATNER, *Comparative Aspects of Hypnosis*, in: Gordon (Hrsg.), *Handbook of Clinical and Experimental Hypnosis*, New York et al. 1967, S. 581.

19 PETER LANG / MICHAEL DAVIS / ARNE ÖHMAN, *Fear and anxiety: animal models and human cognitive psychophysiology*, *Journal of Affective Disorders* 2000, S. 149.

20 Siehe etwa STEFAN BRACHA, *Freeze, Flight, Fight, Fright, Faint: Adaptationist Perspectives on the Acute Stress Response Spectrum*, *CNS Spectrums* 2004; KOZLOWSKA/WALKER/MCLEAN/CARRIVE (Fn. 17), jeweils m.w.V.

(«*Defensive Distance*»)²¹ Dieser Begriff ist zunächst kurz zu erörtern, bevor die Kaskade mit ihren einzelnen Strategien im Detail beschrieben wird.

a) Defensive Distanz

Defensive Distanz bezieht sich auf die *subjektiv wahrgenommene Nähe zur Gefahr*. Sie stellt keine metrische, sondern eine überwiegend psychologische Skala dar.²² Wie ein konkretes Individuum eine Gefahr wahrnimmt, hängt abgesehen von objektiven Begebenheiten der Situation wie der Art der Gefahrquelle, der räumlichen Entfernung oder dem Vorhandensein von Fluchtmöglichkeiten stark von individuellen Variablen ab. Beispiele dafür sind Alter, Persönlichkeit (mutig vs. scheu), erreichbare Fluchtgeschwindigkeit, eigene Körpergrösse im Verhältnis zur Gefahrenquelle oder frühere Erfahrungen mit dem spezifischen Reiz.²³ Eine subjektiv als sehr gefährlich beurteilte Situation benötigt beispielsweise eine grössere räumliche Entfernung, um dieselbe defensive Distanz wie eine weniger gefährliche Situation zu erreichen. Hingegen benötigt dieselbe Situation für ein sehr mutiges Individuum eine geringere räumliche Entfernung, um dieselbe defensive Distanz wie für ein weniger mutiges Individuum zu erreichen.²⁴ Mit abnehmender defensiver Distanz – oder anders gesagt mit steigender subjektiv wahrgenommener Unmittelbarkeit der Gefahr – schreitet die Abwehrkaskade voran.

b) Die Abwehrkaskade im Detail

Nachfolgend wird, ausgehend vom Normalzustand (ohne Wahrnehmung einer Gefahr), der Ablauf der Abwehrkaskade mit ihren verschiedenen defensiven Strategien dargestellt. Es ist vornewegzunehmen, dass diese Kaskade nicht als lineare «Checkliste» zu verstehen ist. Vielmehr können die verschiedenen Verhaltensweisen abwechselnd auftreten bzw. ineinander übergehen.²⁵ Kampf kann beispielsweise in tonische Immobilität umschlagen, diese Immobilität wiederum in Flucht. Je nach Situation und Individuum können gewisse Strategien auch von Beginn weg gar nicht erst in Frage kommen.

aa) Normalzustand

Im Zustand der Sicherheit bzw. in Abwesenheit von bedrohlichen Reizen dominiert das entwicklungsgeschichtlich junge Grosshirn (genauer der präfrontale Kortex) die

21 RATNER (Fn. 18), S. 581; LANG/DAVIS/ÖHMAN (Fn. 19), S. 148 ff.; MICHAEL FANSELOW / LAURIE LESTER, *A functional behavioristic approach to aversively motivated behavior: Predatory imminence as a determinant of the topography of defensive behavior*, in: Bolles/Beecher (Hrsg.), *Evolution and Learning*, New Jersey 1988, S. 187 ff. (sprechen von «predatory imminence»).

22 Vgl. FANSELOW/LESTER (Fn. 21), S. 186.

23 RATNER (Fn. 18), S. 581; CARLI/FARABOLLINI (Fn. 13), S. 38.

24 CARLI/FARABOLLINI (Fn. 13), S. 38.

25 Vgl. MARX et al. (Fn. 13), S. 75; FANSELOW/LESTER (Fn. 21), S. 205.

Verhaltenssteuerung und ermöglicht bewusste, rationale Denk- und Handlungsprozesse.²⁶ Die alten Gehirnregionen, die instinktives Verhalten bei Gefahr steuern, werden in diesem Zustand vom übergeordneten Grosshirn reguliert.²⁷ Gleichwohl sind diese untergeordneten Strukturen jederzeit bereit, bei genügend intensiven Reizen einzuschreiten, da sie grundsätzlich besser als das vergleichsweise träge operierende Grosshirn für den Umgang mit akuter Gefahr ausgestattet sind.²⁸

bb) Freeze-Alert

- 8 Wird eine potenzielle Gefahr wahrgenommen und als genügend erheblich beurteilt, um das aktuelle Verhalten zu unterbrechen, wird automatisch der als «Freeze-Alert»²⁹ bezeichnete erste Abwehrzustand aktiviert. Fundamentale Veränderungen treten im Körper auf: Die Atmung verändert sich, die Herzfrequenz steigt und Adrenalin wird ausgeschüttet, um den Körper mit der Bereitstellung zusätzlicher Energie auf eine allfällige aktive Reaktion vorzubereiten.³⁰ Der Körper erstarrt und verharrt regungslos an Ort und Stelle, um der Entdeckung durch die Gefahrenquelle zu entgehen, da Bewegungen Aufmerksamkeit erregen.³¹ Dadurch wird Zeit gewonnen, die Umgebung zu beobachten und die tatsächliche Gefahr zu beurteilen. Es findet ein komplexer, zum Teil unbewusster Prozess der Risikoeinschätzung statt, in dem die Gefahrenquelle, mögliche Fluchtmöglichkeiten oder Verstecke sowie die eigene Position in Relation zu diesen analysiert werden. Diese erste Einschätzung gibt allfällige weitere Abwehrstrategien vor, sollten solche erforderlich werden.³² Erfolgreich ist diese Strategie, wenn die Entdeckung durch die Gefahrenquelle ausbleibt. Auf der anderen Seite ist die Strategie gescheitert, wenn das bedrohte Individuum entdeckt wird. In diesem Fall schreitet die Abwehrkaskade voran, wobei in dieser direkten

26 Eingehend FRANK RÖSLER, Psychophysiologie der Kognition. Eine Einführung in die Kognitive Neurowissenschaft, Heidelberg 2011, S. 307 ff.

27 RÖSLER, S. 307 ff.; vgl. auch KRISTEN CUEVAS / JANE BALBO / KRISTA DUVAL / ELIZABETH BEVERLY, Neurobiology of Sexual Assault and Osteopathic Considerations for Trauma-Informed Care and Practice, Journal of the American Osteopathic Association 2018, e3.

28 DEAN MOBBS / JENNIFER MARCHANT / DEMIS HASSABIS / BEN SEYMOUR / GEOFFREY TAN / MARCUS GRAY / PREDRAG PETROVIC / RAYMOND DOLAN / CHRISTOPHER FRITH, From Threat to Fear: The Neural Organization of Defensive Fear Systems in Humans, Journal of Neuroscience 2009, S. 12241.

29 Zu Gunsten einer klareren Abhebung wird für diese Reaktion die Terminologie von BALDWIN (Fn. 13), S. 1558 verwendet; in der Literatur dominiert jedoch die Bezeichnung (nur) als «Freeze» bzw. «Freezing», vgl. etwa RATNER (Fn. 18), S. 581; BRACHA (Fn. 20), S. 679; MARX et al. (Fn. 13), S. 75; KOZLOWSKA/WALKER/MCLEAN/CARRIVE (Fn. 17), S. 267.

30 BALDWIN (Fn. 13), S. 1559; KOZLOWSKA/WALKER/MCLEAN/CARRIVE (Fn. 17), Supplemental Text Box 1.

31 Vgl. BRACHA (Fn. 20), S. 679: Die Augen von Prädatoren sind primär auf die Wahrnehmung von Bewegung spezialisiert; siehe auch FANSELOW/LESTER (Fn. 21), S. 202.

32 Vgl. zur Risikoeinschätzung BLANCHARD/GRIEBEL/POBBE/BLANCHARD (Fn. 14), S. 992 f.

Konfrontation mit der Bedrohung sowohl aktive als auch passive Strategien in Frage kommen.

cc) Flucht und Kampf

Flucht und Kampf stellen die beiden aktiven Strategien dar. Bei Tieren wird Flucht bei entsprechender Gelegenheit grundsätzlich bevorzugt. Fehlt es hingegen an der Fluchtmöglichkeit oder ist die Flucht versucht worden und gescheitert, bleibt einzig Kampf als aktive Strategie. Die beiden aktiven Strategien können sich dynamisch abwechseln: Wenn sich beispielsweise während des Kampfes eine entsprechende Möglichkeit bietet, kann sofort auf die Fluchtreaktion gewechselt werden.³³ Allerdings ist hervorzuheben, dass aktive Strategien nicht immer die besten Überlebenschancen bieten. Flucht kann beispielsweise einen Verfolgungsreflex auslösen und Kampf kann zur Eskalation von Aggression führen.³⁴ In gewissen Situationen bevorzugen Tiere deshalb teilweise von Beginn weg passive (Immobilitäts-) Strategien.³⁵ Interessanterweise gibt es Studien, die implizieren, dass die Wahl zwischen aktiven und passiven Abwehrstrategien (auch) bei Tieren signifikant von der individuellen Persönlichkeit («coping style») des spezifischen Tieres beeinflusst wird.³⁶

dd) Tonische Immobilität

Die tonische Immobilität (TI) ist die erste passive Abwehrstrategie und beschreibt jenes Phänomen, auf welches der Gesetzgeber mit der Formulierung des «Schockzustandes» in den neuen Tatbeständen des Sexualstrafrechts hinweisen wollte.³⁷ Werden Flucht oder Kampf entweder von Beginn weg subjektiv als aussichtslos beurteilt oder sind diese bereits erfolglos versucht worden, verfällt der Organismus mit dieser Reaktion in einen katatonischen, regungslosen Zustand. Explizit hervorzuheben ist, dass es sich hierbei nicht um eine bewusste Entscheidung handelt: Die Reaktion geht von den zuvor erwähnten primitiven Gehirnstrukturen aus und wird vom autonomen Nervensystem umgesetzt.³⁸ Jegliche Bewegung sowie Reaktionen auf äussere Stimuli werden blockiert, während weiterhin die körperliche Bereitschaft für einen schnellen Wechsel zu einer aktiven Strategie (insb. Flucht) aufrechterhalten wird.³⁹ Es resultiert ein Zustand von «wächserner» («waxy») Immobilität, einhergehend mit Steifheit der Muskeln, Verringerung der Körpertemperatur, Zittern, unterdrücktem Vokalverhalten sowie

33 Vgl. zum Ganzen MARX et al. (Fn. 13), S. 75.

34 Vgl. BALDWIN (Fn. 13), S. 1557.

35 KOZLOWSKA/WALKER/MCLEAN/CARRIVE (Fn. 17), S. 270 f.

36 CARLI/FARABOLLINI (Fn. 13), S. 42 f. und 46 f., untersucht wurden Nagetiere (Mäuse und Ratten), Nutztiere (Schweine und Legehennen) und Wildvögel (Tahaweber und Feldsperling).

37 Vgl. unten Rz. 22 ff.

38 MARX et al. (Fn. 13), S. 80: «TI is more akin to a hardwired response, a response that can be quite frightening itself».

39 BALDWIN (Fn. 13), S. 1559.

abwechselnd geschlossenen Augen und einem fixierten, unkonzentrierten Blick.⁴⁰

- 11 Evolutionär betrachtet kann TI insbesondere deshalb einen Selektionsvorteil⁴¹ bieten, weil bewegungslose Ziele weniger auffallen und für Prädatoren weniger interessant sind.⁴² Zudem vermeiden viele Raubtiere den Verzehr von Tieren, die sie bereits tot vorfinden.⁴³ Es ist auch wahrscheinlicher, dass ein Raubtier von einem Beutetier ablässt, wenn es denkt, dass es tot ist, wodurch sich Fluchtmöglichkeiten eröffnen können.⁴⁴ Bei Tieren wird TI namentlich durch die folgenden Umstände und Einwirkungen hervorgerufen: Verringerung der defensiven Distanz bei fehlender Fluchtmöglichkeit,⁴⁵ physischer Kontakt bzw. physisches Festhalten⁴⁶ und auf den Rücken legen («*inversion*»)⁴⁷. Die Kombination der beiden letzten Umstände (Festhalten und Inversion) stellt dabei den effektivsten Stimulus zur Herbeiführung von TI dar, was jedoch nicht bedeutet, dass diese nicht auch bei anderen Körperpositionen oder anderen äusseren Einflüssen auftreten kann.⁴⁸ Von zentraler Bedeutung scheint in jedem Fall das subjektive Gefühl der Ausweglosigkeit in Kombination mit grosser Angst aufgrund einer als unmittelbar wahrgenommenen Bedrohung.
- 12 TI geht in der Regel mit körpereigener Schmerzunterdrückung einher, welche auf zwei Arten umgesetzt werden kann. Einerseits durch die Ausschüttung von körpereigenen Opioiden (Endorphine) und andererseits durch die Blockierung der entsprechenden Nervensignale.⁴⁹

40 MARX et al. (Fn. 13), S. 75; vgl. etwa auch TIFFANY FUSÉ / JOHN FORSYTH / BRIAN MARX / GORDON GALLUP / SCOTT WEAVER, Factor structure of the Tonic Immobility Scale in female sexual assault survivors: An exploratory and Confirmatory Factor Analysis, *Journal of Anxiety Disorders* 2007, S. 266; CUEVAS/BALBO/DUVAL/BEVERLY (Fn. 27), e4.

41 Nicht zu verwechseln mit freiwilliger Entscheidung und betreffend Vorteil auch nicht übertragbar auf den Kontext von sexuellen Übergriffen, vgl. MARX et al. (Fn. 13), S. 79 f. Es geht hier einzig um die Frage, weshalb TI überhaupt eine evolutionär verankerte Reaktion darstellt.

42 CARLI/FARABOLLINI (Fn. 13), S. 313: In einem Experiment wurde eine Katze in einen Raum mit zwei Wachteln gelassen, wobei sich eine der Wachteln frei bewegen konnte und die andere sich in einem künstlich hervorgerufenen Zustand von TI befand. In 14 von 16 Fällen hat die Katze die beweglichen Wachteln angegriffen; vgl. auch MARX et al. (Fn. 13), S. 76.

43 KOZLOWSKA/WALKER/MCLEAN/CARRIVE (Fn. 17), S. 271.

44 CARLI/FARABOLLINI (Fn. 13), S. 311 ff.: In einem Experiment überlebten Enten in 58% der Fälle den Fang durch einen Rotfuchs, indem sie in TI verfielen. Der Fuchs liess sie jeweils los, um weitere Enten zu jagen; siehe auch BRACHA (Fn. 20), S. 680.

45 CARLI/FARABOLLINI (Fn. 13), S. 39 f.

46 CARLI/FARABOLLINI (Fn. 13), S. 44; KOZLOWSKA/WALKER/MCLEAN/CARRIVE (Fn. 17), S. 269; RATNER (Fn. 18), S. 562 f.

47 RATNER (Fn. 18), S. 562 f.

48 CARLI/FARABOLLINI (Fn. 13), S. 332; siehe auch MARX et al. (Fn. 13), S. 76 f. m.w.V.

49 Zu Opioiden siehe eingehend CARLI/FARABOLLINI (Fn. 13), S. 257 ff.; siehe auch KOZLOWSKA/WALKER/MCLEAN/CARRIVE (Fn. 17), S. 272; FANSELOW/LESTER (Fn. 21), S. 203 f.

Letztere Variante steuert der Thalamus, der die Funktion hat, Sinneswahrnehmungen zu filtern und an das Grosshirn weiterzuleiten, wo sie dann Gegenstand der bewussten Wahrnehmung werden.⁵⁰ Freilich wird die Umgebung weiterhin auf hervorstechende Reize (insb. Fluchtmöglichkeiten) abgesucht und zur Nutzung einer wahrgenommenen Fluchtmöglichkeit kann die TI abrupt unterbrochen werden.⁵¹ Auch hier handelt es sich um Vorgänge, die weitgehend vom autonomen Nervensystem gesteuert und unbewusst ausgelöst werden.

ee) Kollabierte Immobilität

Bleibt die tonische Immobilität erfolglos, dauert die Aggression also weiterhin an, kann mit der kollabierten Immobilität («*collapsed immobility*»)⁵² noch eine weitere Reaktion ausgelöst werden. Diese Immobilitätsreaktion unterscheidet sich in Erscheinungsform und Somatik von der tonischen Immobilität. Das autonome Nervensystem stellt die zuvor noch bestehende Bereitschaft für einen Wechsel zu einer aktiven Strategie ein, indem es den Zugang zu Energiereserven unterbindet. Die Muskulatur entspannt sich und es entsteht ein Zustand von schlaffer («*flaccid*») Immobilität, die teilweise mit den Begriffen «Aufgeben» («*giving up*») und «mentale Besiegung» («*mental defeat*») in Verbindung gebracht wird.⁵³ Erneut ist hervorzuheben, dass es sich um eine vollständig autonome Reaktion handelt, die vom Individuum nicht bewusst gesteuert werden kann. Durch die Ausschüttung von körpereigenen Opioiden wird auch hier physischer sowie psychischer Schmerz unterdrückt. Bisweilen wird dieser Zustand als Vorbereitung des Organismus auf unausweichliche Verletzung und Tod interpretiert, der bei Menschen auch einen über die Dauer der Immobilität fortbestehenden Zustand emotionaler Abstumpfung («*flat effect*») bewirken kann.⁵⁴ Ein Verständnis (auch) dieser weiteren Immobilitätsreaktion und ihrer möglichen Auswirkungen ist insbesondere im Hinblick auf den tatnahen Umgang der Strafverfolgungsbehörden mit Opfern von Bedeutung: Eine scheinbare Teilnahmslosigkeit von Opfern im Anschluss an einen sexuellen Übergriff kann damit erklärt werden und sollte weder auf Unverständnis stossen, noch nachteilige Konsequenzen für die Beurteilung der Glaubhaftigkeit nach sich ziehen.⁵⁵ Zu beachten ist dabei auch, dass die Betroffenen

50 Vgl. CARLI/FARABOLLINI (Fn. 13), S. 253 ff.; der Thalamus wird auch als «Tor zum Bewusstsein» bezeichnet; vgl. entfernt auch die Ausführungen zur «peritraumatischen Dissoziation» unten Rz. 16 ff.

51 Vgl. KOZLOWSKA/WALKER/MCLEAN/CARRIVE (Fn. 17), Supplemental Text Box 3.

52 KOZLOWSKA/WALKER/MCLEAN/CARRIVE (Fn. 17), S. 273; siehe hierzu auch JAQUIER/MONTAVON/ISELIN (Fn. 16), S. 34 («immobilité hypotonique»).

53 BALDWIN (Fn. 13), S. 1559; CUEVAS/BALBO/DUVAL/BEVERLY (Fn. 27), e5.

54 CUEVAS/BALBO/DUVAL/BEVERLY (Fn. 27), e5.

55 CUEVAS/BALBO/DUVAL/BEVERLY (Fn. 27), e5: «This lack of emotion is often confused with apathy or indifference.»

die Gründe für ihren Immobilitätszustand in der Regel selber nicht verstehen.⁵⁶

2. Tonische Immobilität mit Blick auf sexuelle Übergriffe

14 Ausgehend von den vorgehenden, weitgehend auf Tierversuche bezogenen Erkenntnissen, wird nachfolgend der Erkenntnisstand zu TI bei Menschen und speziell im Zusammenhang mit sexuellen Übergriffen skizziert. Diese stellen traumatische Situationen dar, die starke Parallelen zum evolutionären Modell von Prädation aufweisen und in der Regel fast alle Elemente beinhalten, die auch im Zusammenhang mit dem Auftreten von TI bei Tieren von Bedeutung sind.⁵⁷ Eine Studie kam zum Schluss, dass jegliche Art von traumatischen Erlebnissen Symptome von TI bei Menschen hervorrufen können, wobei sexuelle Übergriffe die höchste Frequenz sowie die höchste Intensität von Symptomen aufweisen.⁵⁸ Unter anderem könnte das daran liegen, dass der offenbar effektivste Stimulus zur Herbeiführung von TI (Angst in Verbindung mit Kontakt, Inversion und Festhalten, vgl. oben Rz. 10 ff.) bei sexuellen Übergriffen – und zumindest Kontakt und Inversion sogar bei Sexualkontakten ganz allgemein – sehr häufig präsent ist.

a) Besonderheiten beim Menschen

15 In einem ersten Schritt ist auf Besonderheiten im Zusammenhang mit der Abwehrkaskade beim Menschen einzugehen, welche im Tiermodell nicht untersucht werden können und sich primär aus dem weit entwickelten Gehirn und der – wahrscheinlich – komplexeren Bewusstseinsstruktur des Menschen im Vergleich zu Tieren ergeben. Menschen haben insbesondere die Fähigkeit entwickelt, interne Repräsentationen von Gefahr – sowohl retrospektiv als auch prospektiv – zu generieren, welche

genau wie externe Stimuli die Abwehrkaskade auslösen können. Mit anderen Worten hängt die Aktivierung von Reaktionen aus der Abwehrkaskade nicht zwingend von einer tatsächlich vorliegenden objektiven Gefahrensituation ab, sondern auch davon, wie eine Situation vom primitiven «Überlebenssystem» in seine rudimentären Kategorien eingeordnet wird.⁵⁹ Von diesen internen Stimuli sind ebenfalls nicht alle der bewussten Prozessierung zugänglich, jedoch interagieren sie gleichwohl mit den zuvor beschriebenen, evolutionär entstandenen Prozessen.⁶⁰ Sie beeinflussen die Risikoeinschätzung, die für den Ablauf der Abwehrkaskade ausschlaggebende defensive Distanz und die Wahrnehmung von Ausweglosigkeit.⁶¹

b) Empirische Erkenntnisse

Die Umstände, die TI bei Menschen hervorrufen können, werden in der Literatur weitgehend deckungsgleich beschrieben wie im Tiermodell: TI ist folglich möglich, wenn sich das Individuum in die Enge getrieben fühlt und weder Flucht noch Kampf als möglich wahrnimmt; als letzte Möglichkeit bei physischem Kontakt, wenn Flucht und Kampf unmöglich oder bereits gescheitert sind; oder als primäre Abwehrreaktion entweder aufgrund vergangener Erfahrungen mit demselben Gefahrenreiz («*priming*») oder wegen anderen individuellen Besonderheiten.⁶² Neben dem Kontext von sexuellen Übergriffen wurde TI bei Menschen etwa im Zusammenhang mit Gewalttaten, Angriffen durch wilde Tiere, Flugzeugabstürzen und Verkehrsunfällen sowie bei Kriegsveteranen empirisch untersucht.⁶³

Die typischen Symptome wurden in einer Skala erfasst, mit deren Hilfe anhand von Selbstberichten das Auftreten von TI diagnostiziert wird, wobei es individuelle Unterschiede in Art und Intensität dieser Symptome gibt.⁶⁴ TI

56 Vgl. MARX et al. (Fn. 13), S. 84 (Betroffene empfinden die Symptome als extrem beängstigend) und S. 86 (ein verbreiteteres Verständnis von TI kann Betroffene ermutigen, über die Aspekte ihrer Erfahrung zu berichten); ferner für den klinischen Kontext CUEVAS/BALBO/DUVAL/BEVERLY (Fn. 27), e5.

57 Vgl. etwa MARX et al. (Fn. 13), S. 78 f. m.w.V.; FUSÉ et al. (Fn. 40), S. 267; MÖLLER/SÖNDERGAARD/HELSTRÖM (Fn. 6), S. 933; vgl. auch BRACHA (Fn. 20), S. 680; CARLI/FARABOLLINI (Fn. 13), S. 324 f.

58 JULIANA KALAF / EVANDRO COUTINHO / LILIANE VILETE / MARIANA LUZ / WILLIAM BERGER / MAURO MENDLOWICZ / ELIANE VOLCHAN / SERGIO ANDREOLI / MARIA QUINTANA / JAIR DE JESUS MARI / IVAN FIGUEIRA, Sexual Trauma is more strongly associated with tonic immobility than other types of trauma – A population based study, *Journal of Affective Disorders* 215, 2017, S. 73, wobei sexuelle Übergriffe nur einen relativ kleinen Teil der Gesamtstichprobe ausmachten und das Ergebnis daher mit Vorsicht zu interpretieren sei; anders noch bzgl. Frequenz (keine signifikanten Unterschiede), jedoch ohne repräsentative Gesamtstichprobe MURRAY ABRAMS / R. NICHOLAS CARLETON / STEVEN TAYLOR / GORDON ASMUNDSON, *Human Tonic Immobility: Measurement and Correlates, Depression and Anxiety* 26, 2009, S. 553; siehe auch die Ergebnisse in MÖLLER/SÖNDERGAARD/HELSTRÖM (Fn. 6), S. 935 f.; FUSÉ et al. (Fn. 40), S. 278; vgl. auch JAQUIER/MONTAVON/ISELIN (Fn. 16), S. 33.

59 Vgl. etwa die Ausführungen zu kollabierter Immobilität im Zusammenhang mit Injektionsphobie bei BRACHA (Fn. 20), S. 680 f.

60 Vgl. zum Ganzen LANG/DAVIS/ÖHMAN (Fn. 19), S. 150 f.; MARX et al. (Fn. 13), S. 81 ff.; KOZLOWSKA/WALKER/MCLEAN/CARRIVE (Fn. 17), S. 267.

61 Siehe insb. MARX et al. (Fn. 13), S. 82: «Human cognitive-verbal-symbolic representation capabilities also make it possible for humans to construe a wide range of stimuli and contexts as suggestive of restraint or inescapability.»

62 KOZLOWSKA/WALKER/MCLEAN/CARRIVE (Fn. 17), S. 272 f.; siehe auch MARX et al. (Fn. 13), S. 78 f.; TEBOCKHORST (Fn. 15), S. 95 f.; CARLI/FARABOLLINI (Fn. 13), S. 46 mit einem Beispiel zu «*priming*» aus dem Tiermodell; vgl. zu «*priming*» auch MÖLLER/SÖNDERGAARD/HELSTRÖM (Fn. 6), S. 936: «[TI] was associated with earlier trauma.»

63 Siehe KOZLOWSKA/WALKER/MCLEAN/CARRIVE (Fn. 17), *Supplemental Text Box 3* m.w.V.

64 Sog. «*tonic immobility scale*», siehe FUSÉ et al. (Fn. 40): Das Auftreten von TI wird in empirischen Studien anhand von Punktescores bei den jeweiligen Symptomen gemessen, wobei eine Gesamtpunktzahl ab 21 von 42 möglichen Punkten einer «signifikanten Immobilität» und ab 28 von 42 möglichen Punkten einer «extremen Immobilität» entspricht (a.a.O.), S. 273; siehe auch bereits JAQUIER/MONTAVON/ISELIN (Fn. 16), S. 34 mit Fn. 209.

ist bei Menschen daher nicht als ein «Alles-Oder-Nichts»-Phänomen zu verstehen.⁶⁵ Die Erfahrungsberichte von Betroffenen decken sich jedoch weitgehend mit den Beobachtungen bei Tieren: Das Gefühl der Lähmung, selbst ohne physische Zwangseinwirkung, sowie die Unfähigkeit, nach Hilfe zu rufen oder zu schreien entsprechen der bei Tieren beobachteten Immobilität und dem unterdrückten Vokalverhalten. Ebenfalls berichten Betroffene von unkontrollierbarem Zittern sowie abschnittsweise geschlossenen Augen, was mit den Beobachtungen in der Tierwelt übereinstimmt. Dasselbe gilt für das häufig beschriebene Kältegefühl (übereinstimmend mit der Verringerung der Körpertemperatur bei Tieren) und die verringerte Schmerzempfindlichkeit (übereinstimmend mit der Schmerzunterdrückung bei Tieren).⁶⁶ Die emotionalen Komponenten der Erfahrungsberichte umfassen Gefühle der Angst bzw. Panik, des Gefangenseins, der Unausweichlichkeit, der Sinnlosigkeit und der Hoffnungslosigkeit.⁶⁷

18 Häufig werden Gefühle der Depersonalisation und Derealisation (auch «peritraumatische Dissoziation») berichtet.⁶⁸ Gemeint ist damit ein emotionales und mentales «Ausstreten» aus der Situation. Bisweilen existiert die Vermutung, dass es sich dabei um eine (Neben-)Folge der Ausschüttung körpereigener Opioide zwecks Schmerzunterdrückung handeln könnte.⁶⁹ Eine Studie impliziert jedoch, dass es sich (zumindest in einigen Fällen) um eine bewusste und aktive Bemühung zur emotionalen Distanzierung von den Geschehnissen handelt («*Check Out*»)⁷⁰. Auch das Schliessen der Augen wurde als bewusste Reaktion beschrieben, verknüpft mit dem grossen Bedürfnis, den visuellen Kontakt mit den Geschehnissen und insbesondere der Tatperson zu vermeiden.⁷¹ Freilich sind ähnliche Verhaltensweisen auch bei Tieren zu beobachten. CARLI und FARABOLLINI beschreiben unter dem Begriff «*Cut-Off*» eine Reaktion im Kontext einer unausweichlichen Bedrohung, die durch Schliessen der Augen und Abwenden des Kopfes dem Zweck dient, die bedrohlichen Reize auszublenden und damit die Aufregung («*arousal*»)

65 Der Autor dankt Dr. Nora Scheidegger für den Anstoss, diesen Punkt explizit hervorzuheben.

66 Vgl. zum Ganzen GBABO/DUMA (Fn. 15), S. 4; CUEVAS/BALBO/DUVAL/BEVERLY (Fn. 27), e5; MÖLLER/SÖNDERGAARD/HELSTRÖM (Fn. 6), S. 934f.; KOZLOWSKA/WALKER/MCLEAN/CARRIVE (Fn. 17), S. 273; TEBOCKHORST (Fn. 15), S. 91ff.; MARX et al. (Fn. 13), S. 80f.; FUSÉ et al. (Fn. 40), S. 267f. und 274.

67 KOZLOWSKA/WALKER/MCLEAN/CARRIVE (Fn. 17), S. 273; TEBOCKHORST (Fn. 15), S. 91; vgl. zum Ganzen auch JAQUIER/MONTAVON/ISELIN (Fn. 16), S. 34 m.w.V.

68 ABRAMS/CARLETON/TAYLOR/ASMUNDSON (Fn. 58), S. 554f.; TEBOCKHORST (Fn. 15), S. 101ff.; siehe bzgl. Dissoziation auch JAQUIER/MONTAVON/ISELIN (Fn. 16), S. 35f., die insbesondere auch auf mögliche Auswirkungen auf Gedächtnisprozesse und die häufig folgenden posttraumatischen Symptome hinweisen.

69 Siehe KOZLOWSKA/WALKER/MCLEAN/CARRIVE (Fn. 17), S. 273 m.w.V.

70 TEBOCKHORST (Fn. 15), S. 44f.

71 TEBOCKHORST (Fn. 15), S. 45 und 96 ff.

zu reduzieren.⁷² Wird Flucht trotz starker diesbezüglicher Motivation als unmöglich wahrgenommen, fungiert diese Reaktion als psychologischer Ersatz für tatsächliche Flucht.⁷³ Diese Konstellation wird auch von den Betroffenen in der Studie von TEBOCKHORST geschildert.⁷⁴

In derselben Studie wurden noch weitere Erfahrungen 19 berichtet, die sich nicht aus der Tierwelt ableiten lassen. Als besonders bedeutsam beschrieben alle Betroffenen ein Gefühl von überwältigender *Verwirrung* in den Anfangsphasen der Übergriffe, einhergehend mit erfolglosen Versuchen, die Geschehnisse in vertraute Kategorien einzuordnen. Dieser Verwirrung wurde durchgehend eine zentrale Rolle in Verbindung mit dem Auftreten von TI beigemessen. Die Betroffenen fühlten sich mitunter durch ihre Unfähigkeit, die Geschehnisse zu verstehen, gelähmt. Diese Verwirrung und die verzweifelten Versuche des Verstehens gingen gemäss den Berichten nach einer Weile in die zuvor beschriebene Distanzierung über.⁷⁵

3. Das Wichtigste in Kürze

- Bei der tonischen Immobilität handelt es sich um 20 eine evolutionäre Abwehr- bzw. Überlebensstrategie, die auch beim heutigen Menschen noch tief im «Überlebenssystem» des Gehirns verankert bleibt. Sie ist Teil einer Kaskade von aktiven und passiven Strategien, die im Laufe der Evolution entstanden ist und verschiedene Reaktionen auf akute Gefahr beinhaltet (sog. Abwehrkaskade).
- Der Ablauf dieser Kaskade ist eine Funktion der defensiven Distanz. Defensive Distanz bezeichnet die subjektiv wahrgenommene Nähe zur Gefahr und ist individuell unterschiedlich. Die subjektive defensive Distanz in einer Situation wird sowohl von objektiven (Art der Gefahr; tatsächliche Entfernung; Fluchtmöglichkeiten) als auch von individuellen (Persönlichkeit; frühere Erfahrungen) Faktoren beeinflusst.
- TI tritt zumeist auf, wenn sich das Individuum subjektiv mit einer grossen Gefahr konfrontiert sieht und Kampf oder Flucht entweder subjektiv als aussichtslos wahrgenommen werden oder bereits erfolglos versucht wurden. Zudem können vergangene Erfahrungen mit dem spezifischen Gefahrenreiz die TI als bevorzugte Reaktion des «Überlebenssystems» in ähnlichen Situationen verankern («*priming*»). TI wird vom autonomen Nervensystem eingeleitet und die Reaktion ist weder freiwillig, noch kann sie bewusst gesteuert werden.

72 CARLI/FARABOLLINI (Fn. 13), S. 39.

73 CARLI/FARABOLLINI (Fn. 13), S. 40.

74 TEBOCKHORST (Fn. 15), S. 46: «a desire to move was experienced along with the realization that volitional movement was not occurring.»

75 Vgl. zum Ganzen TEBOCKHORST (Fn. 15), S. 43 und 94 f.

- Empirische Untersuchungen zeigen, dass sexuelle Übergriffe eine relativ häufige Ursache für TI bei Menschen darstellen.⁷⁶ Erfahrungsberichte von Betroffenen beschreiben Gefühle der Lähmung, selbst ohne physische Zwangseinwirkung; Unfähigkeit, nach Hilfe zu rufen oder zu schreien; unkontrollierbares Zittern sowie abschnittsweise geschlossene Augen; Gefühle der Angst bzw. Panik, des Gefangenseins, der Unausweichlichkeit, der Sinnlosigkeit und der Hoffnungslosigkeit. Diese Beschreibungen decken sich weitgehend mit den Erkenntnissen aus Untersuchungen mit Tieren, wobei bei Menschen die Art und Intensität der Symptome individuell variieren kann.

III. Implikationen für die Auslegung der neuen Art. 189 und 190 StGB

- 21 Es ist nun zu untersuchen, wie sich die soeben dargelegten Erkenntnisse auf die Auslegung der revidierten Tatbestände von Art. 189 und 190 StGB auswirken. Es werden die potenziellen Probleme der konkreten Ausgestaltung dieser Tatbestände aufgezeigt und die nach hier vertretener Ansicht richtige teleologische Auslegung erörtert. Dabei ist sowohl der Begriff des «Schockzustands» als auch das Verhältnis dieser speziellen Konstellation zum Grundtatbestand in den Blick zu nehmen.

1. Begriff des «Schockzustands»

- 22 Wie eingangs bereits angedeutet ist die im Gesetz gewählte Terminologie bezüglich der Immobilitätsreaktion irreführend: Aus den vorangehenden Ausführungen geht hervor, dass es sich bei TI streng genommen nicht um einen «Schockzustand» handelt. Der Duden definiert «Schock» folgendermassen: «durch ein außergewöhnlich belastendes Ereignis bei jemandem ausgelöste seelische Erschütterung [aufgrund deren die Person nicht mehr fähig ist, ihre Reaktionen zu kontrollieren]». ⁷⁷ Ein Schockzustand setzt demnach voraus, dass das aussergewöhnlich belastende Ereignis bereits stattgefunden hat. ⁷⁸

76 MÖLLER/SÖNDERGAARD/HELSTRÖM (Fn. 6), S. 935 f. («common»; 70% mit «significant immobility» (dazu oben Fn. 64) und 48% mit «extreme immobility» [n = 298]) auch mit Hinweis auf frühere Studien (Häufigkeiten zwischen 37% und 52% [S. 936]); FUSÉ et al. (Fn. 40), S. 278 («relatively common»; 42% mit «significant immobility» und 10-13% mit «extreme immobility» über zwei Studien [n = 279]); vgl. auch KALAF et al. (Fn. 58), S. 73 («highly associated»); siehe auch bereits NORA SCHEIDEGGER / AGOTA LAVOYER / TAMARA STALDER, Reformbedarf im schweizerischen Sexualstrafrecht, *sui generis* 2020, S. 71 N 36; JAQUIER/MONTAVON/ISELIN (Fn. 16), S. 33.

77 Duden.de, Schock.

78 Vgl. aber CAMILLE MONTAVON / HADRIEN MONOD, La révision des infractions de contrainte sexuelle et de viol: quelle place pour le consentement?, *AJP* 2022, S. 618, die auf den Angriff («l'agression») als auslösendes Ereignis abstellen, wobei «Schock» («choq», ebd.) auch so als Beschreibung der tonischen Immobilität nicht ganz zu treffend scheint.

Eine rein grammatikalische und an dieser Definition anknüpfende Auslegung würde am Willen des Gesetzgebers, nämlich das Phänomen des *Freezing* zu berücksichtigen, vorbeigehen.⁷⁹ Es könnten nur Fälle erfasst werden, in denen ein belastendes Ereignis im Vorfeld von sexuellen Handlungen stattfindet und beim Opfer einen Schockzustand bewirkt. Damit würde die Anwendung jedoch weitgehend auf jene Konstellationen beschränkt bleiben, die bereits vor der Revision erfasst werden konnten, nämlich Nötigungen. Es kann kein Zweifel bestehen, dass der in den neuen Tatbeständen des Sexualstrafrechts verankerte Begriff des «Schockzustands» auf die hiervoor beschriebene tonische Immobilität (TI) hinweisen soll.⁸⁰ Diese autonome Stress- bzw. Angstreaktion tritt entgegen der Definition des «Schockzustands» *zeitlich vor dem belastenden Ereignis* auf. Als evolutionäre Überlebensstrategie verfolgt sie ja gerade den Zweck, das belastende Ereignis zu vermeiden.

Akteur:innen der Praxis sollten bei der Auslegung des Gesetzes von Beginn weg vom Konzept der TI ausgehen und nicht auf das allgemeine Verständnis von Schock zurückgreifen: TI ist gemäss den obigen Ausführungen die letzte Schutzreaktion, wenn Kampf oder Flucht subjektiv entweder als aussichtslos wahrgenommen werden oder bereits gescheitert sind.⁸¹ Die für rationales Denken zuständigen Gehirnbereiche sind mit der Situation überfordert und primitive Gehirnstrukturen übernehmen die Verhaltenskontrolle. Kommt es sodann zur TI, ist die Situation auch für das auf rudimentärste Operationen beschränkte «Überlebenssystem» nicht zu bewältigen. Es handelt sich um einen Zustand von totaler kognitiver und emotionaler *Überforderung*.⁸² Dabei ist ein *individueller Massstab* anzulegen, da wie oben beschrieben die

79 Kritisch auch bereits VÉRONIQUE JAQUIER / CAMILLE MONTAVON, *Rapports sexuels non consentis en droit pénal suisse: pourquoi une telle «résistance»? 2^e partie*, *ZStrR* 2023, S. 183.

80 Siehe explizit Bericht zur Revision des Sexualstrafrechts (Fn. 8), S. 35 f.; explizit auch *Votum Baume-Schneider*, *AB* 2023 SR S. 113 und *AB* 2023 NR S. 988; *Votum Mazzone*, *AB* 2022 SR S. 394; *Votum Gmür-Schönenberger*, *AB* 2022 SR S. 397; *Votum Fehlmann*, *AB* 2022 NR S. 2113; sinngemäss («Freezing») etwa *Votum Rieder*, *AB* 2022 SR S. 403 und *AB* 2023 SR S. 111; *Votum Keller-Sutter*, *AB* 2022 SR S. 408 und *AB* 2022 NR S. 2127; *Eintretensvotum von Falkenstein*, *AB* 2022 NR S. 2111; *Votum Funicello*, *AB* 2022 NR S. 2123; *Votum Bellaiche*, *AB* 2023 NR S. 985; *Votum Bregy*, *AB* 2023 NR S. 987; *Votum Markwalder*, *AB* 2023 NR S. 987; *Votum Arslan*, *AB* 2023 NR S. 988.

81 Bei gescheitertem Kampf bzw. Flucht ist die strafrechtliche Problematik weniger ausgeprägt, da in solchen Fällen wohl regelmässig eine einschlägige Nötigungshandlung vorhanden ist.

82 Vgl. auch JAQUIER/MONTAVON/ISELIN (Fn. 16), S. 33: «confusion cognitive et émotionnelle», häufig verstärkt durch den Umstand, dass es sich bei der Tatperson um einen Menschen aus dem sozialen Umfeld des Opfers handelt. Auch mit Hinweis auf mögliche Einflüsse der Sozialisation bei Frauen, vgl. dazu auch STEFAN BRACHA / TYLER RALSTON / JENNIFER MATSUKAWA / SPARK MATSUNAGA / ANDREW WILLIAMS / ADAM BRACHA, *Does Fight or Flight Need Updating?*, *Psychosomatics* 2004, S. 448: «Overcoming the biological predisposition to act one way when sociocultural norms demand another type of action complicates an already overwhelming scenario».

subjektive Beurteilung der defensiven Distanz – selbst in objektiv identischen Situationen – je nach Individuum stark variieren kann.⁸³

2. Verhältnis zum Grundtatbestand

24 Die Formulierung in den neuen Art. 189 und 190 StGB kann dahingehend verstanden werden, als erfolge die Vornahme von sexuellen Handlungen an einer sich im Zustand von TI befindlichen Person nach dem Verständnis des Gesetzgebers nicht gegen deren Willen («oder»). Eine streng grammatikalische Auslegung könnte zum Irrtum führen, dass es sich bei der «Ausnutzung des Schockzustands» im Verhältnis zum Grundtatbestand (Handeln gegen den Willen) um eine – und zwar die einzige – mit erfasste Ausnahme handeln soll.⁸⁴ Nachfolgend wird dargelegt, wieso dieser Auffassung vorderhand zu widersprechen ist. Dazu wird zunächst die Auslegung des Grundtatbestands diskutiert und anschliessend die Konstellation des «Ausnutzens eines Schockzustands» zu diesem ins Verhältnis gesetzt.

a) Der Grundtatbestand «gegen den Willen»

25 Der Grundtatbestand der neuen Art. 189 und 190 Abs. 1 StGB erfasst die beschriebenen Handlungen⁸⁵ «gegen den Willen einer Person». Fraglich ist, wie das zentrale Tatbestandselement des entgegenstehenden Willens auszulegen ist. Zu klären ist insbesondere, worauf sich dieses Tatbestandselement überhaupt bezieht: Ist damit der *innere* Wille als mentaler Zustand (sog. Willensrichtungstheorie)⁸⁶, oder der *kommunizierte* Wille (sog. Willenserklärungstheorie)⁸⁷ des Opfers gemeint? Die Beantwortung dieser Frage kann substantielle Auswirkungen auf die Anwendung der neuen Normen in der Praxis haben. Besonders im Hinblick auf die Frage, worauf sich der Vorsatz beziehen muss und damit zusammenhängend auch die Frage, welche Tatbestandsirrtümer in Betracht kommen können.

26 Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Blick nach Deutschland, wo das Sexualstrafrecht bereits 2016 revidiert wurde und diese Thematik ein Gegenstand der Debatte bildete.⁸⁸ Seither sind in Deutschland gem. §177

83 Siehe oben Rz. 5; siehe auch die Ausführungen zu individuellen Unterschieden im «coping style» (Rz. 9) und zum «priming» (Rz. 16 ff. mit Fn. 62).

84 Vgl. wie hier auch Votum Bellaiche, AB 2023 NR S. 985; eingehend unten Rz. 34 f.

85 Art. 190: Beischlaf und beischlafähnliche Handlungen, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind; Art. 189: andere sexuelle Handlungen.

86 NORA SCHEIDEGGER, Das Sexualstrafrecht der Schweiz. Grundlagen und Reformbedarf, Bern 2018, Rn. 65 m.w.V.

87 SCHEIDEGGER, Rn. 65.

88 Siehe JÖRG EISELE, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Kommentar, 30. Aufl., München 2019, §177 dStGB N 12 m.w.V. (zit. Schönke/Schröder dStGB-BEARBEITERIN).

Abs. 1 d-StGB⁸⁹ sexuelle Handlungen «gegen den *erkennbaren* Willen einer Person» strafbar. Aus dieser Formulierung ergeben sich folgende Konsequenzen:

Im objektiven Tatbestand der deutschen Norm ist zunächst ein aktueller *innerer Willen* beim Opfer erforderlich, der sich gegen die konkret in Frage stehende sexuelle Handlung richtet.⁹⁰ Verschiedene Konstellationen, in denen das Opfer etwa wegen Überrumpelung oder anderer körperlicher oder psychischer Zustände zur Bildung eines aktuellen Willens gar nicht in der Lage ist, werden in Abs. 2 der Norm separat geregelt und mit der gleichen Strafe bedroht.⁹¹ Weiter muss der innere Widerwille *aus der Sicht eines objektiven Dritten erkennbar*, also im Tatzeitpunkt entweder ausdrücklich oder konkludent kommuniziert worden sein.⁹² Es ist bereits im objektiven Tatbestand vorausgesetzt, dass das Verhalten des Opfers «bei losgelöster Betrachtung im eigentlichen Tatzeitpunkt»⁹³ für einen nicht an der Interaktion und deren Entstehung beteiligten «objektiven Dritten» klar als Ablehnung erkennbar ist, wobei ein strenger Massstab anzulegen sei.⁹⁴ Gemäss den Materialien sei es «dem Opfer zuzumuten, dem entgegenstehenden Willen zum Tatzeitpunkt eindeutig Ausdruck zu verleihen».⁹⁵ In diesen Voraussetzungen bereits im objektiven Tatbestand leben genau jene Traditionen weiter, mit denen man anlässlich der Revision eigentlich brechen wollte: Es werden allgemeine objektive Massstäbe für das Verhalten des Opfers gesetzt, anstatt den Fokus auf den subjektiven Tatbestand der

89 Deutsches Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 (d-StGB).

90 MOHAMAD EL-GHAZI, Der neue Straftatbestand des sexuellen Übergriffs nach §177 Abs. 1 StGB n.F., ZIS 2017, S. 163; WOLFGANG MITSCH, Die erkennbare Willensbarriere gem. §177 Abs. 1 StGB, KriPoZ 2018, S. 335; TATJANA HÖRNLE, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 13. Aufl., Berlin 2023, §177 dStGB N 29 ff. (zit. LK dStGB-BEARBEITERIN); Schönke/Schröder dStGB-EISELE, §177 N 19.

91 Für eine Übersicht zur ganzen Norm mit kritischer Perspektive siehe JOACHIM RENZIKOWSKI, in: Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3, §§80-184k, 4. Aufl., München 2021, §177 dStGB N 32 ff. (zit. MüKo dStGB-BEARBEITERIN); siehe auch INEKE PRUIN, «Nein heisst Nein» und «Ja heisst Ja». Zur Einführung eines konsensorientierten Ansatzes im Sexualstrafrecht in der Schweiz und in Deutschland, ZStrR 2021, S. 139 ff.

92 Deutscher Bundestag, Drucksache 18/9097, S. 22f.; siehe auch THOMAS FISCHER, Kommentar. Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 70. Aufl., München 2023, §177 dStGB N 11 (zit. Komm. dStGB-BEARBEITERIN).

93 Urteil des Deutschen Bundesgerichtshofs 1StR 290/19 vom 21. November 2018 E. 18.

94 SO EL-GHAZI (Fn. 90), S. 166, demzufolge der entgegenstehende Wille für einen Dritten «auf der Hand liegen» müsse; differenzierend LK dStGB-HÖRNLE, §177 N 40 ff.; kritisch ELISA HOVEN / THOMAS WEIGEND, «Nein heisst Nein» – und viele Fragen offen, JZ 2017, S. 187; MüKo dStGB-RENIKOWSKI, §177 N 48 erkennt richtig, dass es bei konkludenter Kommunikation auf den Kontext ankommt (vgl. auch unten); siehe auch Schönke/Schröder dStGB-EISELE, §177 N 19, demzufolge «darauf abzustellen [sei], dass dem Dritten die relevanten Fakten der gesamten Situation bekannt sind».

95 Deutscher Bundestag, Drucksache 18/9097, S. 23; so auch TATJANA HÖRNLE, Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen, ZStW 2015, S. 871; zustimmend PRUIN (Fn. 91), S. 155.

Tatperson zu legen und Begrenzungen der Strafbarkeit dort vorzunehmen.⁹⁶

28 Wie verfehlt die Voraussetzung der Erkennbarkeit für einen objektiven Dritten im objektiven Tatbestand ist, zeigt sich auch in ihren Konsequenzen für den subjektiven Tatbestand: Es genügt dort nicht, dass die beschuldigte Person selber den entgegenstehenden Willen erkannt hat. Vielmehr musste sie darüber hinaus erkannt haben, dass die Ablehnung – bei isolierter Betrachtung im Tatzeitpunkt – auch für eine unbeteiligte Drittperson erkennbar gewesen wäre.⁹⁷ Eine mögliche Verteidigung kann demnach also theoretisch lauten: «Ich wusste zwar, dass die sexuelle Handlung gegen den Willen des Opfers verstösst, aber bin davon ausgegangen, dass dies für eine Drittperson nicht erkennbar gewesen wäre.» Das kann nicht die richtige Lösung sein.⁹⁸

29 Für die Auslegung der neuen Tatbestände im schweizerischen Sexualstrafrecht sollte daher auf die Rechtslage in Deutschland höchstens punktuell, aber nicht allgemein als Referenzpunkt abgestellt werden. Es bedarf einer eigenen Konzeption des zentralen Tatbestandselements «gegen den Willen». Aus der Debatte und den Materialien wird ersichtlich, dass der Gesetzgeber auf den *kommunizierten* ablehnenden Willen abstellen wollte, wobei dieser auch nonverbal und konkludent geäussert werden könne.⁹⁹ Problematisch ist dabei der bereits erwähnte Umstand, dass damit die Strafbarkeit bereits im objektiven Tatbestand auf den ersten Blick wiederum von der Erfüllung allgemeiner Verhaltensanforderungen seitens des Opfers abhängig gemacht werden soll.¹⁰⁰ Es scheint, als müsste die Rechtsprechung gewissermassen einen *numerus clausus* der allgemein «genügenden» Kommunikationen von Ablehnung entwickeln. Dabei bestünden

96 Kritisch auch Komm. dStGB-FISCHER, §177 N 12, der zu Recht darauf hinweist, dass das Opfer damit mit der Aufgabe belastet wird, «ein Beweisindiz herzustellen, das für das Tatumrecht (vorsätzliche Verletzung der Selbstbestimmung) materiell ohne Belang ist»; ebenfalls kritisch zur «Veto-Obliegenheit» NORA SCHEIDEGGER, Revision des Sexualstrafrechts, in: Juristinnen Schweiz (Hrsg.), Recht und Geschlecht. Herausforderungen der Gleichstellung – Quelques réflexions 50 ans après le suffrage des femmes, Zürich 2021, S. 199; JAQUIER/MONTAVON (Fn. 79), S. 180; a.M. HÖRNLE (Fn. 95), S. 871.

97 EL-GHAZI (Fn. 90), S. 167; MITSCH (Fn. 90), S. 337; Komm. dStGB-FISCHER, §177 N 17; Schönke/Schröder dStGB-EISELE, §177 N 22; a.M. LK dStGB-HÖRNLE, §177 N 52; MüKo dStGB-RENZIKOWSKI, §177 N 62.

98 Kritisch auch HOVEN/WEIGEND (Fn. 94), S. 187; RALF ESCHELBACH, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Kommentar, 2. Aufl., München 2020, §177 dStGB N 29.

99 Bericht zur Revision des Sexualstrafrechts (Fn. 8), S. 31 f. («verbal und / oder nonverbal geäussert»); Votum Jositsch, AB 2022 SR S. 401 («explizit oder implizit manifestiert»); Votum Markwalder, AB 2022 NR S. 2115 («offensichtlich oder konkludent ablehnend»); Eintretensvotum von Falkenstein, AB 2022 NR S. 2111 («es genüge, wenn die Ablehnung stillschweigend, also konkludent, geäussert werde»); vgl. auch Votum Keller-Sutter, AB 2022 SR S. 407 f.; anders offenbar Votum Caroni, AB 2022 SR S. 402 («Es reicht der negative Wille»).

100 So auch MONTAVON/MONOD (Fn. 78), S. 617.

erhebliche Fallstricke, insbesondere mit Blick auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention (IK).¹⁰¹ Der erläuternde Bericht hält zu Art. 36 IK fest:

«Die Strafverfolgungsmaßnahmen für dieses Vergehen erfordern eine kontextabhängige Beurteilung der Beweise, um für jeden Fall gesondert zu entscheiden, ob das Opfer der vollzogenen sexuellen Handlung zugestimmt hat. Bei einer solchen Beurteilung muss die gesamte Bandbreite von Verhaltensreaktionen auf sexuelle Gewalt und auf eine Vergewaltigung berücksichtigt werden, die das Opfer zeigen kann, und sie darf nicht auf Vermutungen zum typischen Verhalten in einer solchen Situation begründet werden.»¹⁰²

Es ist bereits nicht ohne Weiteres klar, ob die gewählte Ablehnungslösung an sich der Verpflichtung aus Art. 36 IK tatsächlich gerecht wird.¹⁰³ Demzufolge sind «nicht einverständliche» sexuelle Handlungen verschiedener Art (Abs. 1)¹⁰⁴ unter Strafe zu stellen und «[d]as Einverständnis der Person muss freiwillig [...] erteilt werden» (Abs. 2).¹⁰⁵ Die Frage der grundsätzlichen Vereinbarkeit der neuen materiellen Tatbestände des Sexualstrafrechts mit diesen Vorgaben kann an dieser Stelle offenbleiben. Klar scheint jedenfalls, dass sich die Auslegung daran orientieren und die Erfassung von allen nicht einverständlichen sexuellen Handlungen grundsätzlich ermöglichen muss, um als konventionskonform betrachtet werden zu können.¹⁰⁶ Wenn nun im Gesetz also nicht auf das Einverständnis, sondern auf den entgegenstehenden Willen abgestellt wird, wäre die Abhängigkeit der Strafbarkeit von der Erfüllung allgemeiner Pauschalanforderungen an die *konkrete Ablehnungskommunikation* bereits im objektiven Tatbestand vor diesem Hintergrund wenn nicht schlechthin konventionswidrig, so zumindest äusserst heikel und daher abzulehnen. Dies gilt umso mehr, wenn die Beurteilung auf die Kommunikation im eigentlichen Tatzeit-

101 Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention) vom 11. Mai 2011 (IK; SR 0.311.35), in Kraft getreten für die Schweiz am 1. April 2018.

102 Erläuternder Bericht zum Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, S. 80 Rn. 192 (Hervorhebungen durch den Autor); dazu auch JAQUIER/MONTAVON/ISELIN (Fn. 16), S. 36 f.

103 Vgl. die ausführliche Auseinandersetzung (mit Blick auf das bisherige Recht) bei SCHEIDEGGER (Fn. 86), Rn. 587 ff.; siehe auch JAQUIER/MONTAVON/ISELIN (Fn. 16), S. 25 ff.; SCHEIDEGGER (Fn. 96), S. 200.

104 Nicht einverständliches, sexuell bestimmtes vaginales, anales oder orales Eindringen in den Körper einer anderen Person (Abs. 1 lit. a) und sonstige nicht einverständliche sexuell bestimmte Handlungen mit einer anderen Person (Abs. 1 lit. b).

105 Eingehend SCHEIDEGGER (Fn. 86), Rn. 209 ff.

106 Diese Verpflichtung ergibt sich auch aus Art. 8 und Art. 3 EMRK (Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 [EMRK; SR 0.101]), vgl. Urteil des EGMR 39272/98 vom 4. Dezember 2003 (M.C. gegen Bulgarien), dazu JOHANNES SUTER, Tatbestandsfassung und Beweisschwierigkeiten bei Vergewaltigungen: de lege lata und de lege ferenda, Zürich 2019, Rn. 41.

punkt beschränkt bleiben und aus der Perspektive eines «objektiven Dritten» erfolgen soll. Worauf sonst als auf Vermutungen von typischem Verhalten kann eine solche Beurteilung basieren?

- 31 Diese Problematik lässt sich nur durch die Anwendung eines *weiten Kommunikationsbegriffs* entschärfen, und zwar gleich in zweierlei Hinsicht: Einerseits hinsichtlich der Frage, was überhaupt als (konkludente) Kommunikation in Frage kommt und andererseits hinsichtlich der Frage, innerhalb welchen Zeithorizonts entsprechende Kommunikationen zu berücksichtigen sind. Als Ausgangspunkt kann die Auffassung von WATZLAWICK et al. herangezogen werden. Dieser zufolge kommt in einer zwischenpersönlichen Situation *jedem* – also auch nicht bewusst gesteuertem – Verhalten Informations- bzw. Kommunikationscharakter zu:

«[D]as «Material» jeglicher Kommunikation [sind] keineswegs nur Worte [...], sondern [umfasst] auch alle paralinguistischen Phänomene [...], Körperhaltung, Ausdrucksbewegungen (Körpersprache) usw. innerhalb eines bestimmten Kontextes [...] – kurz, Verhalten jeder Art. [...] Verhalten hat vor allem eine Eigenschaft, die so grundlegend ist, dass sie oft übersehen wird: Verhalten hat kein Gegenteil, oder um dieselbe Tatsache noch simpler auszudrücken: Man kann sich nicht nicht verhalten. Wenn man also akzeptiert, dass alles Verhalten in einer zwischenpersönlichen Situation Mitteilungskarakter hat, d.h. Kommunikation ist, so folgt daraus, dass man, wie immer man es auch versuchen mag, nicht nicht kommunizieren kann.»¹⁰⁷

- 32 Diese allgemeine Ausgangsthese bedarf weiterer Konkretisierung im Hinblick auf die Kernthematik der vorliegenden Untersuchung – die Kommunikation eines sexuellen Willens –, insbesondere mit Blick auf den Kontext, innerhalb dessen das Verhalten stattfindet. Eine Grundvoraussetzung dafür, dass eine Kommunikation hinsichtlich eines konkreten sexuellen Willens angenommen werden kann, ist zunächst das Vorliegen einer Interaktion zwischen (mindestens) zwei konkret bestimmbar Personen, in der für die Beteiligten grundsätzlich erkennbar – wenn auch zunächst evtl. eher subtil – über einen allfälligen gemeinsamen Sexualkontakt kommuniziert wird.¹⁰⁸ Alle Verhaltensweisen der Beteiligten, die ausserhalb einer solchen gemeinsamen Interaktion liegen, sollten als mögliche Kommunikationen grundsätzlich ausgeschlossen werden. Dazu gehören etwa vorhergehende sexuelle Interaktionen mit anderen Personen oder

¹⁰⁷ PAUL WATZLAWICK / JANET BEAVIN / DON JACKSON, *Menschliche Kommunikation. Formen Störungen Paradoxien*, 11. Aufl., Bern 2007, S. 51.

¹⁰⁸ Vgl. KARL LENZ, *Sexuelle Interaktion von Paaren*, in: Benkel/Akalin (Hrsg.), *Soziale Dimensionen der Sexualität*, Giessen 2010, S. 226 («Korrespondenz der Situationsdefinitionen»).

die getragene Kleidung, wie auch immer diese beschaffen sein mag.¹⁰⁹

Weiter kann es sein, dass sich die inhaltliche Bedeutung von nonverbalen und konkludentem Verhalten aus dem Kontext der Interaktion ergibt, was bei der konkludenten Anbahnung von Sexualkontakten sogar regelmässig der Fall sein dürfte.¹¹⁰ Diese Interaktion ist in ihrer Gesamtheit als ein einziges (selbstreferentielles!)¹¹¹ System von wechselseitigen und aufeinander aufbauenden Reaktionen auf das Verhalten der jeweils anderen Person zu betrachten.¹¹² Die Beurteilung von konkludentem Verhalten erfordert daher eine Gesamtwürdigung der Interaktion und deren Dynamik, wobei nach hier vertretener Ansicht im objektiven Tatbestand keine strengen Pauschalanforderungen an die Ablehnungskommunikation im eigentlichen Tatzeitpunkt gestellt werden sollten (vgl. oben).¹¹³ Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um die erste sexuelle Interaktion zwischen den jeweiligen Personen handelt. Vorhergehende sexuelle Interaktionen zwischen denselben Personen können jedoch (aber auch nur) insofern von Bedeutung sein, als sie Teil eines gemeinsamen sexuellen Kommunikationssystems geworden sind und – Einvernehmlichkeit vorausgesetzt –¹¹⁴ die Bedeutung von konkludentem Verhalten gewissermassen in Form einer gemeinsamen «Routine» etabliert haben.¹¹⁵

¹⁰⁹ Ausnahmen bzgl. Kleidung kommen einzig dann in Betracht, wenn diese offensichtlich im Hinblick auf eine konkrete zwischenpersönliche Situation getragen wird und unmissverständlich interpretiert werden kann, was nur äusserst zurückhaltend angenommen werden sollte. Ein Beispiel wäre etwa, wenn im Rahmen einer intimen Beziehung die eine Person im gemeinsamen Bett in Reizwäsche auf die andere Person wartet; zu vorhergehenden sexuellen Interaktionen zwischen denselben Personen siehe sogleich unten.

¹¹⁰ Vgl. auch MüKo dStGB-RENIKOWSKI, §177 N 48.

¹¹¹ Siehe zu diesem Begriff NIKLAS LUHMANN, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, 15. Aufl., Frankfurt a. M. 2012, S. 58: «Der Begriff Selbstreferenz bezeichnet die Einheit, die ein Element, ein Prozess, ein System für sich selbst ist. «Für sich selbst» – das heisst: unabhängig vom Zuschnitt der Beobachtung durch andere».

¹¹² «[J]ede Mitteilung wird zu einem Bestandteil des Kontextes und bedingt die nachfolgenden Interaktionen» (WATZLAWICK/BEAVIN/JACKSON (Fn. 107), S. 126; vgl. auch LUHMANN (Fn. 111), S. 199: «In jedem Falle ist jede Einzelkommunikation (...) in den Verstehensmöglichkeiten und Verstehenskontrollen eines Anschlusszusammenhangs weiterer Kommunikationen rekursiv abgesichert»; sinngemäss auch Votum Jositsch, AB 2022 SR S. 401.

¹¹³ Vgl. sinngemäss LENZ (Fn. 108), S. 227: «[D]ie Lusterlebnisse [nehmen] vielfach nur einen begrenzten Zeitraum der andauernden und meist auch bereits vorher begonnenen Interaktion in Anspruch»; vgl. bzgl. Gesamtwürdigung auch JAQUIER/MONTAVON (Fn. 79), S. 207.

¹¹⁴ Auch bezogen auf Ablehnung: Interaktionen, in denen sexuelle Handlungen von einer Person abgelehnt und von der anderen Person daraufhin unterlassen werden, sind nach vorliegender Auffassung auch als einvernehmliche sexuelle Interaktionen zu qualifizieren. Einvernehmlichkeit ist daher nicht deckungsgleich mit Einverständnis.

¹¹⁵ Vgl. LUHMANN (Fn. 111), S. 61: «[Soziale Systeme] müssen daher ihre spezifische Operationsweise definieren [...], um regeln zu können, welche Sinneinheiten intern die Selbstreproduktion des Systems ermöglichen»; konkreter und eingehend LENZ (Fn. 108), S. 237 ff.;

34 Wegen dieser starken Intersubjektivität sexueller Kommunikation ist der Schwerpunkt der Untersuchung jeweils auf den *subjektiven Tatbestand* zu legen. Es ist zu untersuchen, ob *die beschuldigte Person* das Verhalten des Opfers im Kontext der Interaktion als Ablehnung erkannt, oder dies zumindest für möglich gehalten und in Kauf genommen hat. Insbesondere bei Konstellationen, in denen das Verhalten unmittelbar vor der in Frage stehenden sexuellen Handlung von aussen auf den ersten Blick ambivalent erscheint, ist eine Würdigung der gesamten Interaktion erforderlich.¹¹⁶ Anders liegt die Sache hingegen, wenn die Ablehnung direkt und unmissverständlich (verbales «Nein», Wegstossen und dergleichen) kommuniziert wird. Die Bedeutung von «Nein» gehört wohl für gewöhnlich zu jenem Wissensbestand, der bereits in den frühesten Phasen der sozialen Entwicklung vermittelt wird und kann daher nicht offen sein für Interpretation.¹¹⁷

b) Das «Ausnutzen eines Schockzustands» in Relation

35 Der möglichen Auffassung, dass es sich beim «Ausnutzen des Schockzustands» im Verhältnis zum Grundtatbestand (Handeln gegen den Willen) um eine separate Tatbestandsvariante handeln soll, kann nicht gefolgt werden: Es ist mit Blick auf die Erkenntnisse zur TI offensichtlich, dass eine Person in diesem Zustand regelmässig einen entgegenstehenden Willen hat, jedoch in der Möglichkeit eingeschränkt ist, diesem aktiv und offensichtlich Ausdruck zu verleihen.¹¹⁸ Auf der anderen Seite ist jedoch auch zu bedenken, dass vergangene Erfahrungen mit einem spezifischen Gefahrenreiz das Auftreten von TI begünstigen können, indem diese gewissermassen als Standardreaktion abgespeichert wird («*priming*», vgl. oben Rz. 16 ff.). Dies kann bei Betroffenen sogar dazu führen, dass Symptome von tonischer Immobilität auch im Rahmen von einverständlichen Sexualkontakten auftreten.¹¹⁹ Bereits damit wird deutlich, dass es nicht einzig

siehe empirisch etwa MALACHI WILLIS / KRISTEN JOZKOWSKI, *Sexual Precedent's Effect on Sexual Consent Communication*, *Archives of Sexual Behavior* 2019, S. 1230 f.; wie hier auch bereits MüKo dStGB-RENNIKOWSKI, §177 N 48 («übliche Praxis»).

116 Ähnlich LK dStGB-HÖRNLE, §177 N 44; zu ambivalentem Verhalten siehe auch HÖRNLE (Fn. 95), S. 870.

117 So auch SCHEIDEGGER (Fn. 86), Rn. 422; *Votum Keller-Sutter*, AB 2022 SR S. 408; Ausnahmen hiervon kommen nur in ganz besonderen Fällen in Betracht. Beispielsweise wenn gemeinsam vereinbart wurde, dass die eine Person im Rahmen eines Rollenspiels so tun soll, als würde sie die (eigentlich einverständliche) sexuelle Handlung ablehnen. Aus kommunikationstheoretischer Sicht handelt es sich hierbei um eine sog. «Modulation», vgl. ERVING GOFFMAN, *Rahmen-Analyse. Ein Versuch über die Organisation von Alltagserfahrungen*, 1. Aufl., Frankfurt a. M. 1980, S. 52 ff.

118 Vgl. auch *Votum Funicello*, AB 2023 NR S. 986.

119 Vgl. TEBOCKHORST (Fn. 15), S. 95 f., dort metaphorisch beschrieben als «shadow of TI» (S. 96); siehe mit Blick auf den Freeze-Alert-Zustand auch BALDWIN (Fn. 13), S. 1559: «A history of unresolved traumatizing experiences could easily sensitize individuals to the common aspects of these incidents, producing a default state of freeze-alert that looks or feels like anxiety.»

um das Vorliegen von TI gehen kann, sondern dass es vielmehr darum gehen muss, ob das daraus resultierende passive Verhalten im Kontext der Interaktion Ablehnung signalisiert.¹²⁰ Dies sollte insbesondere dann ernsthaft in Betracht gezogen werden, wenn die vorangegangene Interaktion keinerlei Elemente von Zustimmung seitens des Opfers beinhaltet. Es gibt keinen einleuchtenden Grund, diese Fälle als separate Tatbestandsvariante zu behandeln und das Vorsatzerfordernis damit auf das Vorliegen eines spezifischen, gemeinhin wenig bekannten, psychologisch-physiologischen Zustands zu beziehen.¹²¹

Aus dem Gesetzgebungsprozess lässt sich ableiten, dass mit der expliziten Nennung des «Schockzustands» die Erfassung von Fällen ermöglicht werden soll, in denen das Opfer ohne vorgängige explizite Ablehnung des Sexualkontakts in den Zustand der TI verfällt.¹²² Es handelt sich nicht um eine Ausnahme, sondern um eine *Konkretisierung des Tatbestandselements «gegen den Willen»*: Damit sollte klargestellt werden, dass auch passives Verhalten unter gewissen Umständen eine Ablehnung signalisieren kann und nicht in jedem Fall eine direkt und unmissverständlich kommunizierte Ablehnung – im Sinne einer verbalen oder nonverbalen «Gegenwehr» – erforderlich ist.¹²³ Mit anderen Worten wird damit m.E. die oben skizzierte Auslegung des Grundtatbestands bestätigt, wonach im objektiven Tatbestand ein weiterer Kommunikations-

120 Vgl. auch bereits ANNA CONINX / NORA SCHEIDEGGER, *Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht – Auslegeordnung*, 2019, S. 3.

121 Vgl. auch SCHEIDEGGER (Fn. 96), S. 196 f. mit Fn. 14; JAQUIER/MONTAVON (Fn. 79), S. 183; *Votum Baume-Schneider*, AB 2023 SR S. 113; liegt ein solcher Vorsatz vor, wären – zumindest bei Fällen von extremer tonischer Immobilität auf der Symptomskala (siehe oben Rz. 16 ff. mit Fn. 64) – ohnehin entweder Art. 191 StGB (bisher «Schändung», neu «Missbrauch einer urteilsunfähigen oder zum Widerstand unfähigen Person») oder sogar die Tatbestände in Art. 189 bzw. 190 Abs. 2 StGB (bisher Abs. 1) in der Variante «zum Widerstand unfähig machen» einschlägig. Da sich insbesondere der Vorsatz bei Art. 191 StGB aber auf eine *vollständige Widerstandsunfähigkeit* (siehe BGE 133 IV 49 E. 7.2: «Widerstandsfähigkeit gänzlich aufgehoben») und bei den Art. 189 und 190 Abs. 2 StGB zusätzlich noch auf die eigene kausale Verursachung beziehen muss, ist ein entsprechender Nachweis beim gemeinhin wenig bekannten Phänomen der tonischen Immobilität wohl in aller Regel kaum genügend zu erbringen. Deshalb ist auch die Auffassung nicht überzeugend, dass solche Fälle bereits nach bisherigem Recht sanktioniert werden könnten (vgl. Fn. 8 oben).

122 *Votum Baume-Schneider*, AB 2023 NR S. 988; siehe auch den Bericht zur Revision des Sexualstrafrechts (Fn. 8), S. 36, demzufolge diese Konstellation explizit vom Anwendungsbereich der (einfachen) Ablehnungslösung ausgenommen sei.

123 *Votum Baume-Schneider*, AB 2023 NR S. 989: «Im Ständerat war umstritten, ob ein rein passives Verhalten als nonverbale Ablehnung gelten kann. Um diesbezügliche Zweifel auszusräumen, hat sich der Ständerat dafür entschieden, den Schockzustand explizit im Gesetz aufzuführen» (anders DIES. aber noch im Ständerat [AB 2023 SR S. 113], wo sinngemäss von einer eigenen Tatbestandsvariante ausgegangen wurde); siehe auch *Votum Rieder*, AB 2023 SR S. 111: «Das Freezing ist daher ein explizites Beispiel eines nonverbalen Neins»; *Votum Bauer*, AB 2023 SR S. 112; *Votum Gmür-Schönenberger*, AB 2023 SR S. 112; vgl. auch *Votum Bellaiche*, AB 2023 NR S. 985 in Verbindung mit dem folgenden Rückzug ihres Minderheitsantrags (S. 991 f.); *Votum von Falkenstein*, AB 2023 NR S. 989 f.

begriff zur Anwendung gelangen soll. Darüber hinaus kommt diesem Tatbestandselement nach hier vertretener Ansicht im Grunde keine eigenständige Bedeutung zu. Da der entgegenstehende Wille des Opfers auch konkludent zum Ausdruck kommen kann, muss ohnehin regelmässig das Gesamtbild der vorangegangenen Interaktion gewürdigt werden. Als allgemeine Formel ist für die Bejahung der Strafbarkeit nach einem Gesamtbild zu suchen, welches einzig von der Durchsetzung eigener Bedürfnisse durch die beschuldigte Person und von durchweg fehlender Rücksicht für die Selbstbestimmung des Gegenübers geprägt ist.¹²⁴ Dies auch in Fällen von TI, zumal die Umstände deren Auftretens im Allgemeinen gut mit einem solchen Verhalten beschrieben werden können.

IV. Fazit

- 37 Der Begriff des «Schockzustands» in den neuen Art. 189 und 190 StGB soll auf die *tonische Immobilität* verweisen, wobei der gewählte Begriff nicht ganz zutreffend ist. Ein Schockzustand tritt per Definition zeitlich nach einem belastenden Ereignis auf. Hingegen handelt es sich bei der tonischen Immobilität um eine evolutionär verankerte Überlebensstrategie, die bei einer (subjektiv wahrgenommenen) Bedrohung grundsätzlich dem Zweck dienen soll, ein belastendes Ereignis zu vermeiden. Die Auslegung des «Schockzustands» in der Praxis muss sich am hier dargelegten Konzept der tonischen Immobilität orientieren, da eine streng grammatikalische Auslegung Gefahr laufen könnte, den Willen des Gesetzgebers zu untergraben.
- 38 Im Verhältnis zum Grundtatbestand sollte das «Ausnutzen eines Schockzustands» keine eigenständige Tatbestandsvariante darstellen. Vielmehr ist Letzteres lediglich als eine beispielhafte Konkretisierung des zentralen Tatbestandselements «gegen den Willen» anzusehen. Es soll bereits im Gesetz deutlich machen, dass der entgegen-

124 Es geht hier ausschliesslich um die Frage des (Eventual-)Vorsatzes und es soll damit keine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit entstehen. Irgendwie werden aber auch geltend gemachte Tatbestandsirrtümer von Schutzbehauptungen unterschieden werden müssen, wobei diese Formel nach hier vertretener Ansicht hilfreich sein kann.

stehende Wille je nach Kontext auch aus passivem Verhalten ersichtlich werden kann und eine direkte verbale oder nonverbale «Gegenwehr» zur Erfüllung des Tatbestands nicht zwingend vorausgesetzt ist. Freilich würde sich diese Auslegung aufgrund der Vorgaben der Istanbul-Konvention ohnehin aufdrängen: Gemäss dem erläuternden Bericht zu deren Art. 36 muss bei der Beurteilung der *Einverständlichkeit* von sexuellen Handlungen das breite Spektrum der möglichen Verhaltensweisen von Opfern berücksichtigt werden und es darf dabei nicht auf Vermutungen von typischem Verhalten in solchen Situationen abgestellt werden. Allgemeine Pauschalanforderungen an die *Ablehnungskommunikation* bereits im objektiven Tatbestand sind mit dieser völkerrechtlichen Verpflichtung nach hier vertretener Ansicht nicht vereinbar. Daher sollte die Kommunikation der Ablehnung im objektiven Tatbestand noch nicht zu skeptisch unter die Lupe genommen werden, zumal damit auch unnötigerweise sekundäre Viktimisierungen in Kauf genommen würden. Es ist immer vor Augen zu behalten, dass in akuten Stress- bzw. Bedrohungssituationen eine rationale Abwägung der Situation und der gesamten Handlungsmöglichkeiten immer bis zu einem gewissen Grad inhibiert ist.¹²⁵

Entsprechend ist der Hauptfokus bei der Anwendung der neuen Tatbestände von Art. 189 und Art. 190 StGB auf den *subjektiven Tatbestand* der beschuldigten Person zu legen. Dieser ist nachzuweisen, dass sie zumindest mit der Möglichkeit gerechnet hat, dass das Verhalten des Opfers Ablehnung signalisiert und dies billigend in Kauf genommen hat. An dieser Stelle kommt offensichtlich der Kommunikation im Vor- und Umfeld der sexuellen Handlung die tragende Bedeutung zu, wobei der entgegenstehende Wille gemäss den Gesetzesmaterialien auch konkludent zum Ausdruck kommen kann. Da insbesondere die konkludente Anbahnung von Sexualkontakten in der Regel eine dynamische, auf vergangenen Kommunikationen aufbauende Interaktion von gewisser Dauer darstellt, wird in solchen Fällen häufig eine Gesamtwürdigung der vorangegangenen Interaktion erforderlich sein.

125 CUEVAS/BALBO/DUVAL/BEVERLY (Fn. 27), e4; vgl. auch JAQUIER/MONTAVON/ISELIN (Fn. 16), S. 32 und oben Rz. 3 erster Absatz und e contrario Rz. 7.

Résumé

Basé sur la littérature interdisciplinaire, cet article présente le phénomène dit de l'«immobilité tonique» (ou catalepsie) dans le but de comprendre ses implications pratiques et d'analyser de manière critique les nouveaux éléments constitutifs des infractions prévues aux articles 189 CP et 190 CP. Il est ainsi démontré, d'une part, que la formulation «état de sidération» figurant dans la loi est potentiellement ambiguë, voire trompeuse. D'autre part, que l'ancrage explicite de ce phénomène en tant que manifestation du refus doit être compris comme une concrétisation de l'infraction «contre la volonté» (art. 189 al. 1 CP) et nécessite, au moment de l'examen de punissabilité, d'admettre une conception large de la manière de signifier le refus d'actes sexuels. L'accent devant systématiquement être mis sur l'élément subjectif de l'infraction.