

MARC FORSTER
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt
Schweizerisches Bundesgericht
CH-1000 Lausanne 14

Tel.: 021 318 91 51
E-Mail: marc.forster@bger.ch

Gutachten zur Masterarbeit von Frau Bich Nguyet Phan

I. Kurzbeurteilung und Notenantrag

Es handelt sich um eine fleissige und themenfokussierte, auch formal sorgfältige Masterarbeit zu einem anspruchsvollen und aktuellen strafrechtlichen Thema. Über rein deskriptive sorgfältige Analysen hinaus finden sich Elemente einer eigenständigen Gedankenführung der Autorin. Diverse inhaltliche Fragen werden weiter unten im Gutachten (Ziffer IV) kapitelweise diskutiert und vertieft.

Der Referent beantragt die **Note 5,25** ("gut-sehr gut").

II. Thematik und Aufbau der Arbeit

Die Arbeit ist in *drei Hauptteile* gegliedert: Der *Einleitung* (Kap. I) und einem kurzen kriminalätiologischen Aufriss zur *Phänomenologie* und *Typologie* (Kap. II) des sogenannten **Cyber-Grooming** (virtuelle Anbahnung von strafbaren pädosexuellen Kontakten über digitale Kommunikationswege) folgen Analysen der einschlägigen *Strafnormen* (de lege lata et ferenda) (Kap. III) sowie der präventiven und repressiven Abwehr- und Strafverfolgungsmassnahmen im Rahmen der *verdeckten Fahndung* und *Ermittlung* (Kap. IV). Dabei streift die Bearbeiterin insbesondere praxisrelevante *Abgrenzungsfragen* (etwa im Zusammenhang mit sog. **Chat Room-Ermittlungen**) (IV/B), die Problematik der Verwertbarkeit von *Zufallsfunden* (IV/F) oder die strafprozessuale Tragweite der *Reformbestrebungen* im StGB (III/C-IV/G).

III. Arbeitstechnik

Die **Literatur-** und **Quellenauswahl** erscheint zielgerichtet und themengerecht und umfasst auch diverse *englischsprachige* Quellen. Die *Quellenverzeichnisse* und die *Zitiertechniken*

nik im Fussnotenapparat sind praktisch einwandfrei.¹ Auch **sprachlich** liest sich die Arbeit flüssig; sie weist nur wenige Schreibfehler auf.

IV. Inhaltliche vertiefende und kritische Bemerkungen

Kap. I-II:

Der Bearbeiterin ist (entgegen anderslautenden Auffassungen in der Literatur) darin zuzustimmen, dass eine Begriffsbeschränkung des *Grooming* auf "reale Kontakte" deutlich zu eng ausfiele.² Für den *Kindesbegriff* sind nicht die Erörterungen in der "Literatur" massgeblich, sondern normative Definitionen.³ Bei gewissen vagen *statistischen* Daten hätte eine Vertiefung erfolgen können.⁴ Bei den phänomenologischen Angaben auf S. 5-7 hätte sich ein Hinweis auf das im Anhang (S. 60-62) abgedruckte *Beispiel* eines einschlägigen Chats angeboten (wie z.B. auf S. 54 FN 289).

Kap. III:

Die Erörterung der einschlägigen **Straftatbestände** fällt *themenfokussiert* aus und enthält neben beschreibenden Literatur- und Judikaturauswertungen auch abwägende *eigene* Stellungnahmen der Bearbeiterin zu strittigen Fragen. Ihre Ansicht, für eine *Verleitung* eines *Kindes* zu *sexuellen Handlungen an sich selbst* oder an *Dritten* sei *keine* physische oder virtuelle (z.B. per Webcam) "*Anwesenheit*" der *Täterschaft* erforderlich, überzeugt (S. 18).⁵ Besonders differenziert fällt die Auseinandersetzung mit BGE 131 IV 100 aus (unvollendeter *Versuch* des Kindesmissbrauchs bei einer *Verabredung in einem Fastfood-Restaurant* nach intensivem *Grooming* gegenüber einem *verdeckten Fahnder*, S. 14-18).

1 Bei den *neueren* Rechtsquellen (StPO, Lanzarote-Konvention) hätte sich noch ein Hinweis aufgedrängt, wann sie für die Schweiz *in Kraft* getreten sind. Für die Lanzarote-Konvention fehlt eine solche Angabe sowohl im Quellenverzeichnis als auch im Haupttext. Auch bei den einschlägigen neuen Art. 285a-298d StPO vermisst der Leser einen Hinweis auf das Inkrafttreten der Normen (vgl. S. 33 ff.).

2 S. 3. Die *Strafbarkeit* einzelner Verhaltensweisen ist (wie die Bearbeiterin durchaus erkennt) im materiellrechtlichen Kap. III zu begründen. Kriminalphänomenologisch und rechtsgutanalytisch muss z.B. das "blosse" Verleiten von Kindern per Internet zu sexuellen Handlungen vor der Webcam in den Fokus des *Grooming* fallen.

3 Insbesondere Kinderrechte-Konvention, StGB, JStGB.

4 Dass die Angaben darüber, wie viele Jugendliche sich "zu einem realen Treffen mit einer Online-Bekannntschaft entschliessen" (S.6), zwischen 10% und 70% stark oszillieren, dürfte vermutlich darauf zurückzuführen sein, dass nicht zwischen *harmlosen* Treffen (besonders mit Gleichaltrigen) und solchen mit *pädosexuellem* Hintergrund differenziert wird.

5 Entgegen einem Teil der Literatur ist nicht einzusehen, weshalb hier die Verletzung des *geschützten Rechtsgutes* davon abhängig sein sollte, dass der Täter physisch "anwesend" ist.

Die Kritik an dem Urteil erweist sich nach Ansicht des Referenten als fundiert.

Auch bei den Art. 189-191 StGB konzentriert sich die Arbeit auf groomingspezifische Fragen.⁶ Eine kleine Präzisierung liesse sich zu FN 92 anbringen: Wird ein Kind *gezwungen*, sexuelle Handlungen unter Dritten wahrzunehmen, kann *Konkurrenz* zwischen *einfacher Nötigung* und sexuellem Kindesmissbrauch vorliegen. Bei der *sexuellen Nötigung* (S. 18-21) wird der *subjektive Tatbestand* nur cursorisch erfasst. Zum Beispiel müssen für eine *Abhängigkeit* kausale *Prädispositionen* des Kindes (wie z.B. psychische Labilität, S. 20) für den Täter *erkennbar* sein. Beim Tatbestand der *Schändung* wird die Bedeutung des *Alters* des Opfers für die Annahme von *Urteilsfähigkeit* nicht ganz deutlich.⁷

Beim neuen Art. 197 Abs. 2 StGB (S. 26) hätte sich ein Hinweis zur *Konkurrenz* mit sexuellem Kindesmissbrauch aufgedrängt (wenn ein Kind zur Mitwirkung veranlasst wird). Mit überzeugender Begründung lehnt die Autorin die in einem Teile der Lehre (MENG, KUMMER) vertretene Auffassung ab, wonach *sexuelle Belästigung* nicht auch *schriftlich* (z.B. per SMS) erfolgen könne (S. 27 f.). De lege ferenda unterstützt sie (trotz Vorbehalten) eine *Ausdehnung* des Kataloges *strafbarer Vorbereitungshandlungen* auf den pädosexuellen Missbrauch.⁸ Die Einführung einer *Spezialstrafnorm* gegen *Grooming* beurteilt sie (gestützt auf die Ergebnisse in Kap. III) als nicht notwendig (S. 28 f.).

Kap. IV:

Bei der Einführung in die strafprozessualen Rechtsinstitute der **verdeckten Ermittlung** (VE) und **Fahndung** (VF) bzw. bei deren Definition hätte sich eine kurze Abgrenzung gegenüber der (strafrechtsdogmatisch verwandten) Figur des "*agent provocateur*" als hilfreich erwiesen.⁹ Umstritten ist, ob für das zentrale Abgrenzungskriterium der "*Legende*" (durch Urkunden abgesicherte falsche Identität) auf einen strafprozessualen oder auf die

6 Etwa bei der Differenzierung zwischen (notwendig) *realer* sexueller *Handlung* und (möglicher) *virtueller Veranlassung/Anbahnung* (S. 19).

7 Der blosse Umstand, dass das Opfer noch nicht 16 Jahre alt ist, begründet noch keine Urteilsunfähigkeit. Falls keine weiteren Einschränkungen hinzu kommen, besteht eine solche in der Regel nur bei Kindern im Vor- bzw. Einschulalter. Bei Kleinkindern braucht es deshalb auch keine "sowohl altersbedingte als auch anderweitige" Urteilsunfähigkeit (S. 22).

8 Eine entsprechende Motion der Rechtskommission des Nationalrates hat der Ständerat unterdessen (auf Antrag des Bundesrates) *abgelehnt*.

9 Zu dieser Abgrenzung vgl. BSK StGB-FORSTER, Art. 24 N. 26-34; EGMR vom 23. Oktober 2014 i.S. *Furcht* c. Deutschland, 54648/09; s. aber immerhin die Hinweise der Bearbeiterin auf S. 54 f.

materiellstrafrechtliche *Urkundendefinition* abzustellen ist. Der strafprozessuale Ansatz würde dazu führen, dass auch bei Fahndungen unter blosser Verwendung von (fiktiven bzw. gefakten) *E-Mailadressen*, *Nicknames* oder *Profilen* von *sozialen Netzwerken* (sog. "Spruchlegenden") eine VE angeordnet werden müsste. Die Autorin spricht sich mit überzeugender (fahndungspragmatischer) Begründung für die Massgeblichkeit des *materiellstrafrechtlichen* Urkundenbegriffs aus.¹⁰ Bei der Frage, ob die Regeln der VE einzuhalten sind, wenn eine falsche Urkunde (z.B. Ausweis) dem Fahnder zwar *zur Verfügung* steht, aber *nicht konkret verwendet* wird, stellt sie sich demgegenüber (mit ebenso sachlicher Begründung) auf die Seite der "strengeren" Lehrmeinungen.¹¹ Mit Recht spricht sie sich¹² gegen einen Ausschluss der VE bei *Einzeltätern* aus.

Etwas verunglückt erscheint die Definition des *Anfangsverdacht* bei der Abgrenzung zwischen *repressiven* Massnahmen nach StPO und *rein präventiven*¹³ (polizeirechtlichen) Monitorings.¹⁴ Hilfreich ist die (farbige) *Abbildung 4* (S. 45) für die sich anschließende Erläuterung von verschiedenen *Fall-Konstellationen* präventiver bzw. repressiver **Chatroom-Ermittlungen** und deren Mischformen.

Die (vor allem von PIETH geführte) Diskussion, inwiefern Untersuchungsmassnahmen nach StPO auch *präventiven* Zwecken dienen dürfen (vgl. S. 46 f.), wirkt etwas künstlich: Dass die StPO keine (rein) präventiven Zwangsmassnahmen zulasse und solche allein dem kantonalen Polizeirecht vorbehalten seien, trifft de lege lata nicht zu (vgl. Art. 221 Abs. 2 StPO). Ob dies wünschenswert sei oder nicht, ist eine kriminalpolitische Diskussion. Nach der Praxis des Bundesgerichtes können repressive Massnahmen (neben der Verfolgung begangener Straftaten) *auch* der vorläufigen Verhinderung ständig *neuer* ein-

10 S. 39, mit Verweisungen auf HANSJAKOB und MUGGLI; entgegen KNODEL und weiteren Lehrmeinungen.

11 S. 40, mit Hinweisen auf KNODEL, HANSJAKOB, JOSITSCH und SCHMID.

12 S. 41, gestützt auf die BGer-Praxis und entgegen HANSJAKOB und DONATSCH.

13 Vgl. z.B. BSK StGB-FORSTER, Art. 24 N. 33

14 S. 44: "Anhaltspunkte (...), die auf eine begangene Straftat oder Straftathandlung hindeuten und aufgrund deren **eine geringe Wahrscheinlichkeit für die Verurteilung** des Täters spricht". -- Gemeint wäre hier wohl (recte) eine **zumindest** geringe Wahrscheinlichkeit. Aber selbst diese extensive Definition wäre noch fragwürdig, da bei geringer Verurteilungswahrscheinlichkeit (insbesondere geringer Wahrscheinlichkeit der Täterschaft der beschuldigten Person) ein Anfangsverdacht eher zu verneinen ist. -- Und wie sollte eine praktikable Abgrenzung von "vagen Gerüchten" erfolgen können, wenn bei Letzteren zwar der "**erforderliche Wahrscheinlichkeitsgrad** eines Anfangsverdacht" fehle, für diesen aber eine "**geringe**" Wahrscheinlichkeit bereits genügen soll? Auch die Abgrenzung zwischen *Anfangsverdacht* (auch bei "geringer" Verurteilungswahrscheinlichkeit) und *hinreichendem* Tatverdacht als Voraussetzung für VF/VE (bei einer "**gewissen** Wahrscheinlichkeit für die Verurteilung des Täters", S. 46) lässt noch Fragen offen. FN 250 enthält immerhin einen knappen Literaturhinweis zu den "Verdachtsgraden".

schlägiger Delikte dienen (z.B. bei U-Haft wegen Wiederholungsgefahr). Wie die Bearbeiterin zutreffend erkennt, stellt sich bei "gemischt" präventiven und repressiven Ermittlungen primär die Frage der Verwertbarkeit von *Zufallsfunden*.

Auf den S. 48 ff. (Anordnungsvoraussetzungen der VE/VF) hätte noch stärker auf die Vermeidung von gewissen *Wiederholungen* und Redundanzen aus früheren Abschnitten geachtet werden können. Inkonsequent ist es, bei der VF anzukündigen, es werde "ausschliesslich auf die Unterschiede im Vergleich zur VE hingewiesen" (S. 50), um dann sogleich die (schon bei der VE behandelte) Voraussetzung des hinreichenden Tatverdachts *nochmals* zu thematisieren. Themenspezifisch hätte demgegenüber noch die Frage *vertieft* werden können, wie die VE in Chatrooms von der *Fernmeldeüberwachung* abzugrenzen ist (z.B. Teilnehmeridentifikation, IP-Adressen-Ermittlung) und inwieweit sich diese Massnahmen ergänzen können bzw. miteinander "konkurrieren" (auch im Hinblick auf die *Subsidiarität* beider Zwangsmassnahmearten).

Die für die Praxis besonders wichtige und heikle Thematik der *zulässigen Einwirkung* des verdeckten Ermittlers auf das Verhalten der beschuldigten Person wird mit einschlägigen *Fallbeispielen* (in Anlehnung an MUGGLI) erläutert (S. 53-56). Bei der Besprechung der Thematik der *Zufallsfunde* hat sich ein sinnentstellender Schreibfehler eingeschlichen.¹⁵ Im Übrigen ist die Sprachfehlerquote in der ganzen Masterarbeit erfreulich tief. Abgerundet wird die formal sorgfältige und inhaltlich verlässliche und fleissige Arbeit mit einer kurzen Analyse der möglichen strafprozessualen Auswirkungen von (in Kap. III/C behandelten) materiellstrafrechtlichen *Reformvorhaben* (S. 57 f.) und mit einem zusammenfassenden *Fazit* (S. 59).

Prof. Dr. Marc Forster/1. Juli 2015

¹⁵ S. 56: "angeordneten Straftat", anstatt recte: *abzuklärenden* Straftat (vgl. Art. 243 Abs. 1 StPO).