

05.030

Botschaft

über die Genehmigung des Fakultativprotokolls vom 25. Mai 2000 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes, betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie, und über die entsprechende Änderung der Strafnorm über den Menschenhandel

vom 11. März 2005

Sehr geehrte Frau Präsidentin,
sehr geehrter Herr Präsident,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir unterbreiten Ihnen mit dieser Botschaft den Entwurf eines Bundesbeschlusses über die Genehmigung des Fakultativprotokolls vom 25. Mai 2000 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes, betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie, und über die entsprechende Änderung der Strafnorm über den Menschenhandel (Art. 196 StGB) mit Antrag auf Zustimmung.

Wir versichern Sie, sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglicher Hochachtung.

11. März 2005

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Samuel Schmid

Die Bundeskanzlerin: Annemarie Huber-Hotz

Übersicht

Mit der vorliegenden Botschaft unterbreitet der Bundesrat den eidgenössischen Räten das Fakultativprotokoll vom 25. Mai 2000 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention), betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie, zur Genehmigung.

Das Fakultativprotokoll stellt eine Ergänzung und Weiterführung der Kinderrechtskonvention und namentlich von deren Artikeln 34 und 35 dar. Eigentliches Kernstück des Protokolls ist dessen Artikel 3, welcher Minimalanforderungen an das nationale Strafrecht aufstellt. Daneben enthält das Protokoll insbesondere Bestimmungen zur Zuständigkeit, zur Opferhilfe, zum Auslieferungsrecht, zur internationalen Kooperation und zum politischen Handlungsbedarf im Bereich des Verkaufs von Kindern, der Kinderprostitution und der Kinderpornografie.

Insgesamt vermag die schweizerische Rechtsordnung den Anforderungen des Fakultativprotokolls zu genügen. Einzige Ausnahme bildet der Straftatbestand des Menschenhandels. Während gemäss Artikel 196 StGB nur der Menschenhandel zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung des Opfers strafbar ist, verlangt das Fakultativprotokoll, dass auch der Kinderverkauf zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung, der kommerzielle Organhandel sowie die Zwangsarbeit unter Strafe gestellt werden. Um den Verpflichtungen des Fakultativprotokolls betreffend den Tatbestand des Menschenhandels nachzukommen, schlägt der Bundesrat mit vorliegender Botschaft die Revision von Artikel 196 StGB (Menschenhandel) vor, der neu in Artikel 182 E-StGB geregelt werden soll. Die Forderung des Fakultativprotokolls, die Vermittlung einer Adoption gegen einen unstatthaften Vermögensvorteil ebenfalls unter Strafe zu stellen, hat die Schweiz mit dem am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Umsetzungsgesetz zum Haager Adoptionsübereinkommen erfüllt.

Das vorliegende Fakultativprotokoll wurde bisher von 85 Staaten ratifiziert (Stand Oktober 2004). Die Schweiz, welche massgeblich an der Ausarbeitung des Protokolls beteiligt war, hat das Protokoll am 7. September 2000 unterzeichnet. Die baldige Ratifikation des Fakultativprotokolls ist ein vordringliches Anliegen der schweizerischen Menschenrechtspolitik.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	2808
1 Hintergründe der Vorlage und Vorverfahren	2811
1.1 Einleitung	2811
1.2 Nationale und internationale Bestrebungen zum verbesserten Schutz von Kindern vor Verkauf, Prostitution und Pornografie	2812
1.2.1 Internationale Bestrebungen	2812
1.2.1.1 Das internationale normative Umfeld	2812
1.2.1.2 Entwicklungen auf politischer Ebene	2813
1.2.2 Nationale Bestrebungen	2814
1.3 Entstehungsgeschichte des Fakultativprotokolls	2815
1.4 Die schweizerische Position	2815
1.5 Das Vernehmlassungsverfahren	2816
2 Inhalt und Anwendungsbereich des Fakultativprotokolls	2819
2.1 Einleitung	2819
2.2 Präambel	2819
2.3 Definitionen (Art. 1 und 2)	2820
2.3.1 Verkauf von Kindern	2820
2.3.2 Kinderprostitution	2821
2.3.3 Kinderpornografie	2822
2.3.4 Verhältnis zu anderen internationalen Verträgen	2822
2.4 Minimalanforderungen an die nationale Strafgesetzgebung (Art. 3)	2823
2.4.1 Strafbarkeit des Verkaufs von Kindern und der Vermittlung einer illegalen Adoption	2823
2.4.2 Strafbarkeit der Kinderprostitution und der Kinderpornografie	2824
2.5 Zuständigkeitsregeln (Art. 4)	2824
2.6 Auslieferung (Art. 5)	2825
2.7 Rechtshilfe und internationale Zusammenarbeit (Art. 6 und 10)	2826
2.8 Beschlagnahme und Einziehung (Art. 7)	2827
2.9 Opferhilfe (Art. 8, Art. 9 Ziff. 3 und 4)	2827
2.10 Weitere Verpflichtungen der Vertragsstaaten (Art. 9 Abs. 1, 2 und 5)	2828
2.11 Das internationale Kontrollverfahren (Art. 12)	2828
2.12 Schlussbestimmungen (Art. 13–17)	2829
3 Das Fakultativprotokoll und die schweizerische Rechtsordnung	2830
3.1 Art der völkerrechtlichen Verpflichtungen: direkt oder nicht direkt anwendbare Bestimmungen	2830
3.2 Geltungsbereich des Protokolls (Art. 1 und 2)	2831
3.3 Minimalanforderungen an die nationale Gesetzgebung (Art. 3)	2832
3.3.1 Strafbarkeit des Verkaufs von Kindern: Revision von Art. 196 StGB (Menschenhandel)	2832
3.3.1.1 Systematik	2834

3.3.1.2 Erweiterter Tatbestand des Menschenhandels, Art. 182 Abs. 1 E-StGB (<i>neu</i>)	2834
3.3.1.3 Qualifizierte Fälle des Menschenhandels, Art. 182 Abs. 2 E-StGB (<i>neu</i>)	2836
3.3.1.4 Vorbereitungshandlungen	2837
3.3.1.5 Androhung von Busse, Art. 182 Abs. 3 E-StGB (<i>neu</i>)	2837
3.3.1.6 Universalitätsprinzip, Art. 182 Abs. 4 E-StGB (<i>neu</i>)	2837
3.3.2 Strafbarkeit der Vermittlung einer illegalen Adoption	2837
3.3.3 Strafbarkeit der Kinderprostitution und der Kinderpornografie	2838
3.3.4 Verantwortlichkeit juristischer Personen	2839
3.4 Zuständigkeitsregeln (Art. 4 Fakultativprotokoll)	2839
3.5 Auslieferung (Art. 5 Fakultativprotokoll)	2840
3.6 Rechtshilfe und internationale Zusammenarbeit (Art. 6 und Art. 10 Fakultativprotokolls)	2841
3.7 Beschlagnahme und Einziehung (Art. 7 Fakultativprotokoll)	2843
3.8 Opferhilfe (Art. 8, Art. 9 Ziff. 3 und 4 Fakultativprotokoll)	2843
3.9 Weitere Verpflichtungen der Vertragsstaaten (Art. 9 Abs. 1, 2 und 5 Fakultativprotokoll)	2844
3.10 Zusammenfassung	2846
4 Finanzielle und personelle Auswirkungen auf Bund und Kantone	2846
5 Verhältnis zur Legislaturplanung	2846
6 Rechtliche Aspekte	2847
6.1 Verfassungsmässigkeit	2847
6.2 Verhältnis zum europäischen Recht	2847
6.2.1 Europäische Union	2847
6.2.2 Europarat	2848
6.2.3 Vereinbarkeit der Vorlage mit dem europäischen Recht	2848
Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Fakultativprotokolls vom 25. Mai 2000 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes, betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie (<i>Entwurf</i>)	2849
Fakultativprotokoll vom 25. Mai 2000 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie	2853

Botschaft

1 Hintergründe der Vorlage und Vorverfahren

1.1 Einleitung

Jedes Jahr werden weltweit schätzungsweise eine Million Kinder Opfer der kommerziellen sexuellen Ausbeutung.¹ Die Auswirkungen dieser Übergriffe wie auch die Folgen des Kinderverkaufs auf das Leben und die Entwicklung der betroffenen Kinder sind immens. Die physische und psychische Gesundheit der Kinder wird beeinträchtigt und sie leiden oft noch im Erwachsenenalter unter den Folgen der Übergriffe. Das Selbstwertgefühl und das Vertrauen in das soziale Umfeld werden zerstört und posttraumatische Stresssymptome wie Depressionen und Aggressionen gegen Dritte und gegen sich selbst sind häufig.²

Die Kinder sind oft beträchtlicher physischer und psychischer Gewalt seitens der Händler, Vermittler und Konsumenten ausgesetzt, wobei sich die Täter die Hilflosigkeit und die Ahnungslosigkeit des Opfers und gegebenenfalls seiner Familie zunutze machen. Drogenabhängigkeit und andere Süchte, Armut, die Diskriminierung von Frauen und Mädchen sowie ein auseinandergebrochenes familiäres und soziales Umfeld kann ein Kind besonders verletzlich gegen Übergriffe machen.

Des Weiteren sind einige neue Entwicklungen zu nennen. Auf Grund der rasanten Neuerungen im Bereich der Technologien und deren leichter und kostengünstiger Verfügbarkeit wächst die Menge kinderpornografischen Materials auf dem Internet schnell an. In den letzten Jahren wurde eine steigende Zahl von Kindern durch den Druck der Werbung und der gesellschaftlichen Erwartungen zur Prostitution verleitet, weil die Kinder hofften, sich so den Erwerb von teuren Konsumgütern zu ermöglichen.³ Dieses Phänomen existiert auch in der Schweiz. Andererseits führte die Angst vor HIV/Aids auf Seiten der Konsumenten teilweise zu einer erhöhten Nachfrage nach jüngeren Prostituierten (sog. «spiral factors»)⁴. Im Bereich des Verkaufs von Kindern und des Menschenhandels bestehen schliesslich Anzeichen, dass diese durch die organisierte Kriminalität gefördert werden.

In der Schweizerischen Polizeistatistik und in den Urteilsstatistiken des Bundesamtes für Statistik finden der Handel mit minderjährigen Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie nur im Rahmen von Einzelfällen Erwähnung.⁵ Da sich der Verkauf von Kindern und deren sexuelle Ausbeutung mehrheitlich im Versteck-

¹ UNICEF, profiling from abuse – an investigation into the sexual exploitation of our children, New York 2001, S. 20; vgl. auch: <http://www.unicef.org/events/yokohama/>.

² United Nations (Muntarhorn Vitit), human rights: study series Nr. 8 – sexual exploitation of children, S. 4. Vgl. zu den Folgen der sexuellen Ausbeutung: Bericht Kindesmisshandlung in der Schweiz, Bern 1995, S. 74 f. und 77.

³ United States Embassy Stockholm, Factsheets for the World Congress against the Commercial Sexual Exploitation of Children Stockholm 27.-31. August 1996, Overview, S. 1.

⁴ Ein Trugschluss, besteht doch für jüngere Prostituierte auf Grund des laufenden Wachstumsprozesses ein höheres Ansteckungsrisiko als für erwachsene Prostituierte.

⁵ Vgl. beispielsweise Bundesamt für Polizei, Dienst für Analyse und Prävention, Szene Schweiz, Lagebericht 2000, S. 68 f. Gemäss Schätzungen der Organisation für Migration (OIM) gelangen in Europa durchschnittlich nur 1 % der Fälle von Menschenhandel zur Anzeige, wobei bei diesen Fällen wiederum in nur 5 % der Fälle eine Verurteilung des Angeschuldigten erfolgt.

ten abspielen, muss jedoch davon ausgegangen werden, dass auch in der Schweiz beträchtliche Dunkelziffern existieren.⁶

1.2 Nationale und internationale Bestrebungen zum verbesserten Schutz von Kindern vor Verkauf, Prostitution und Pornografie

1.2.1 Internationale Bestrebungen

1.2.1.1 Das internationale normative Umfeld

Unter dem Eindruck des Sklavenhandels widmete sich die Staatengemeinschaft schon in ihren ersten internationalen Menschenrechtsverträgen der Aufgabe, Kinder besser vor der Ausbeutung durch Menschenhändler zu schützen. Zwischen 1904 und 1949 wurden daher gleich mehrere internationale Übereinkommen zur Bekämpfung des Mädchen- und Frauenhandels verabschiedet.⁷ Des Weiteren wurden 1910 und 1923 zwei Übereinkommen zur Bekämpfung der Verbreitung und des Vertriebes unzüchtiger Veröffentlichungen verabschiedet.⁸ Die Schweiz hat all diese völkerrechtlichen Verträge ratifiziert.

Seither traten zahlreiche Übereinkommen in Kraft, welche sich zumindest teilweise mit den Themen des Fakultativprotokolls befassen. Ein Meilenstein stellte die Verabschiedung der Kinderrechtskonvention (KRK)⁹ im Jahr 1989 dar, worin erstmals in einer umfassenden Art und Weise die Rechte des Kindes kodifiziert wurden. Die Artikel 34 und 35 KRK bildeten die Grundlage des vorliegenden Fakultativprotokolls. Die ILO-Übereinkommen über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung (Nr. 138)¹⁰ und über die schlimmsten Formen der Kinderarbeit (Nr. 182)¹¹ befassen sich mit dem Schutz des Kindes in der Arbeitswelt, während das Haager Übereinkommen im Bereich der internationalen Adoption¹² (nachfol-

⁶ Im Bericht der interdepartementalen Arbeitsgruppe Menschenhandel (Menschenhandel in der Schweiz, S. 17) wird von einer Zahl von 2200 bis 9200 Frauen und Kindern ausgegangen, welche jährlich in die Schweiz eingeschleust werden. Der Bundesrat erachtet diese Zahl als überschätzt. Im Bereich der kommerziellen sexuellen Ausbeutung ist auf eine qualitative Studie aus dem Jahr 1999 zu verweisen, welche 60 Einzelfälle von kommerzieller sexueller Ausbeutung von Kindern in der Schweiz aufzeigte (Studer Stefan/Peter Christina, Kommerzielle sexuelle Ausbeutung von Kindern und Jugendlichen in der Schweiz, März 1999, S. 37.).

⁷ Internationales Übereinkommen vom 18. Mai 1904 zur Gewährleistung eines wirksamen Schutzes gegen das unter dem Namen «Mädchenhandel» bekannte verbrecherische Treiben (SR **0.311.31**), Internationales Übereinkommen vom 4. Mai 1910 zur Bekämpfung des Mädchenhandels (SR **0.311.32**), Internationales Übereinkommen vom 30. September 1921 zur Unterdrückung des Frauen- und Kinderhandels (SR **0.311.33**), Internationales Übereinkommen vom 11. Oktober 1933 über die Unterdrückung des Handels mit volljährigen Frauen (SR **0.311.34**).

⁸ Internationales Übereinkommen vom 4. Mai 1910 zur Bekämpfung der Verbreitung unzüchtiger Veröffentlichungen (SR **0.311.41**), Internationales Übereinkommen vom 12. September 1923 zur Bekämpfung der Verbreitung und des Vertriebes von unzüchtigen Veröffentlichungen (SR **0.31.42**).

⁹ Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (SR **0.107**).

¹⁰ SR **0.822.723.8**

¹¹ SR **0.822.728.2**

¹² Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Internationalen Adoptionen vom 29.5.1993. Das Übereinkommen trat in der Schweiz am 1. Januar 2003 in Kraft. (SR **0.211.221.311**).

gend Haager Adoptionsübereinkommen) im Adoptionsbereich wesentliche Verbesserungen bewirken konnte. Die Schweiz hat die Kinderrechtekonvention sowie die letztgenannten Übereinkommen ratifiziert. Ergänzend ist zu erwähnen, dass – nebst zahlreichen weiteren Menschenrechtsverträgen¹³ – auch das humanitäre Völkerrecht bzw. Völkerstrafrecht Normen zum Schutze der Kinder vor sexueller Ausbeutung und Verkauf enthält. Dies gilt insbesondere für das von der Schweiz im Jahr 2000 ratifizierte Römer Statut zur Errichtung eines internationalen Strafgerichtshofes, in welchem die schwere sexuelle Gewalt und die Versklavung im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs als Verbrechen gegen die Menschlichkeit qualifiziert wurden.¹⁴

Abschliessend ist zu erwähnen, dass in jüngster Zeit einige Übereinkommen verabschiedet wurden, welche den aktuellsten Entwicklungen Rechnung tragen sollen. Zu nennen sind insbesondere die UNO-Zusatzprotokolle zur Konvention gegen die organisierte Kriminalität betreffend den Menschenhandel¹⁵ und den Menschen-schmuggel¹⁶ aus dem Jahr 2000 und die Europäische Konvention über die Cyberkriminalität von 2001, die alle drei von der Schweiz unterzeichnet wurden.

1.2.1.2 Entwicklungen auf politischer Ebene¹⁷

1996 trafen sich hohe Regierungsmitglieder, Nichtregierungsorganisationen und Vertreter zahlreicher Sonderorganisationen der UNO in Stockholm zu einem ersten Weltkongress gegen die kommerzielle sexuelle Ausbeutung von Kindern. Die Schweiz war am Kongress ebenfalls mit einer Delegation vertreten. Durch die Annahme einer Deklaration und eines Aktionsplanes erklärten die Konferenzteilnehmer ihre Entschlossenheit bei der Bekämpfung der kommerziellen sexuellen Ausbeutung von Kindern. Anlässlich des Folgeweltgipfels in Yokohama im Dezember 2001 wurde eine Bestandsaufnahme der erzielten Fortschritte gemacht und der Wille zur Bekämpfung der kommerziellen sexuellen Ausbeutung von Kindern bekräftigt. Es wurde festgestellt, dass auf internationaler und nationaler Ebene zwar zahlreiche Rechtsnormen verabschiedet und politische Programme erarbeitet wur-

¹³ Beispielsweise der Internationale Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Pakt I, SR **0.103.1**), der Internationale Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (Pakt II, SR **0.103.2**), das Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW, SR **0.108**), die Europäische Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR **0.101**).

¹⁴ Art. 7 Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998 (SR **0.312.1**); vgl. auch Fakultativprotokoll vom 25. Mai 2000 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten (SR **0.107.1**).

¹⁵ Zusatzprotokoll zum UNO-Übereinkommen gegen grenzüberschreitende organisierte Kriminalität zur Verhinderung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Handels mit Frauen und Kindern (nachfolgend Zusatzprotokoll Menschenhandel). Das Zusatzprotokoll Menschenhandel wurde von der Schweiz am 2. April 2002 unterzeichnet.

¹⁶ Zusatzprotokoll zum UNO-Übereinkommen gegen grenzüberschreitende organisierte Kriminalität gegen den Menschen-schmuggel auf dem Land-, Luft- und Seeweg. Das Zusatzprotokoll wurde von der Schweiz am 2. April 2002 unterzeichnet.

¹⁷ Zu den politischen Entwicklungen auf der UNO-Ebene vgl. auch hinten Ziff. 1.3.

den, dieses Netzwerk jedoch an einer ungenügenden und ungleichen Umsetzung leidet.¹⁸

Der Europarat organisierte im Hinblick auf Yokohama eine regionale Vorbereitungskonferenz in Budapest (20./21. November 2001). Hierbei wurden gestützt auf die eingereichten nationalen Berichte die Fortschritte auf europäischer Ebene diskutiert und ein Aktionsplan erarbeitet. Ebenfalls im Jahr 2001 verabschiedete der Europarat zudem eine neue Empfehlung zum Schutze von Kindern vor sexueller Ausbeutung.¹⁹ Die Umsetzung der Empfehlung soll durch die Errichtung eines geeigneten Überwachungsmechanismus gesichert werden.

1.2.2 Nationale Bestrebungen

Die Vorarbeiten zur Ratifikation der Kinderrechtskonvention und deren Ratifikation im Jahr 1997 schärfen in der Schweiz das Bewusstsein, dass für die Wahrung der Rechte und Interessen des Kindes besondere Massnahmen auf sämtlichen Ebenen und in sämtlichen Rechtsbereichen ergriffen werden müssen. Im Rahmen der Erarbeitung des ersten Berichtes der Schweiz zur Umsetzung der Kinderrechtskonvention an den Ausschuss für die Rechte des Kindes wurden erstmals eine gesamtschweizerische Bestandsaufnahme der Situation der Kinder erstellt und bestehende Lücken festgestellt. In der Folge wurden zahlreiche Massnahmen auf rechtlicher und politischer Ebene ergriffen. Zu erwähnen sind die Teilrevision des Opferhilfegesetzes²⁰, welche kinderspezifische Verbesserungen im Bereich des Strafverfahrens ermöglichte, die Teilrevisionen des Strafgesetzbuches betreffend die Verjährungsfristen von strafbaren Handlungen gegen Kinder und die Strafbarkeit des Erwerbes und Besitzes von Gewaltdarstellungen und harter Pornografie²¹ sowie die Revision des Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil vom 13. Dezember 2002²², welche für Sexualdelikte gegen Kinder das Universalitätsprinzip sowie eine subsidiäre Unternehmenshaftung vorsieht. Schliesslich bringt das Einführungsgesetz zum Haager Adoptionsübereinkommen zahlreiche Verbesserungen im Bereich der internationalen Adoptionen. Daneben wurden bedeutende organisatorische Vorkehrungen zu einem verbesserten Schutz der Kinderrechte ergriffen, indem auf Bundesebene beispielsweise eine zentrale Koordinationsstelle gegen Menschenhandel und Menschen schmuggel, eine Stelle für das Internetmonitoring und im Dienst für internationalen Kinderschutz eine Zentralbehörde für internationale Adoptionen geschaffen wurden. Das Eidgenössische Departement des Innern schliesslich übt über die Zentralstelle für Familienfragen Koordinationsfunktionen im Bereich des Kindsschutzes, insbesondere in der Prävention von Kindsmisshandlungen, aus. Auf kantonaler und regionaler Ebene wurde vor allem der Verbesserung des Kindesschutzes hohe Priorität eingeräumt, wozu insbesondere zahlreiche interdisziplinäre Beratungsgremien, Kommissionen und Kinderschutzgruppen gegründet wurden.

¹⁸ Muntarhorn Viti (general rapporteur), Report of the Second World Congress against Commercial Sexual Exploitation of Children, Yokohama 2001, S. 6.

¹⁹ Recommandation (2001) 16 sur la protection des enfants contre l'exploitation sexuelle, durch das Ministerkomitee verabschiedet am 31. Oktober 2001.

²⁰ BBl 2001 1341 ff.

²¹ AS 2002 2993 ff 3146; BBl 2000 2943

²² BBl 2002 8240

1.3 Entstehungsgeschichte des Fakultativprotokolls

Die UNO-Menschenrechtskommission setzte 1990 erstmals einen UNO-Sonderberichtersteller für Kinderverkauf, Kinderprostitution und Kinderpornografie ein. Dieser erhielt die Aufgabe, die weltweite Entwicklung in den drei Themengebieten zu beobachten, zuhanden der Menschenrechtskommission Empfehlungen abzugeben und mittels Besuchen in einzelnen Ländern und in Zusammenarbeit mit den jeweiligen Regierungen die Situation der Kinder konkret verbessern zu helfen. Im Jahr 1992 verabschiedete die Menschenrechtskommission einen Aktionsplan zu den drei Themen, welcher später zu einer wichtigen Grundlage bei der Ausarbeitung des Fakultativprotokolls wurde. 1994 setzte die UNO-Menschenrechtskommission schliesslich eine Arbeitsgruppe zur Ausarbeitung von Richtlinien eines möglichen Fakultativprotokolls ein, an der sich die Schweiz im Rahmen ihres Beobachterstatus beteiligte. Nach anfänglich heftigen Diskussionen über die Notwendigkeit eines weiteren internationalen Instruments in den betreffenden Themenbereichen äusserte sich die Arbeitsgruppe schliesslich positiv zur Frage, worauf 1995 die Menschenrechtskommission die Ausarbeitung des Protokolls beschloss.²³ Die erneut eingesetzte Arbeitsgruppe arbeitete eng mit dem Sonderberichtersteller für Kinderverkauf, Kinderprostitution und Kinderpornografie und dem Ausschuss für die Rechte des Kindes zusammen. Die Schweiz war wiederum als Beobachterin beteiligt. Die Verhandlungen dauerten sechs Jahre, nicht zuletzt deshalb, weil bei einigen Fragen eine Teilung in die Lager Nord und Süd eine Einigung erschwerte. Am 25. Mai 2000 wurde das Fakultativprotokoll schliesslich verabschiedet. Drei Monate nachdem Rumänien als zehnter Staat seine Ratifikationsurkunde hinterlegt hatte, trat das Protokoll am 18. Januar 2002 in Kraft.

1.4 Die schweizerische Position

Die Schweiz begrüsst und unterstützt die Ausarbeitung des Fakultativprotokolls. Wegen der Bedeutung der im Fakultativprotokoll erwähnten Straftatbestände, der darin vorgesehenen Etablierung einer internationalen Kooperation in der Strafverfolgung und aus Gründen der internationalen Rechtsharmonisierung und Solidarität erachtete sie das Fakultativprotokoll als wichtigen Fortschritt für die Kinderrechte. Inhaltlich setzte sich die Schweiz insbesondere für klar umschriebene Straftatbestände und für eine breite Definition des Kinderverkaufs ein.

Mit der Ratifizierung dieses Protokolls kann die Schweiz auch den im Rahmen des «Ersten Bericht der Schweizerischen Regierung zur Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte des Kindes» durch den Ausschuss für die Rechte des Kindes gemachten Schlussbemerkungen Rechnung tragen, in welchen die Förderung der Bekämpfung jeglicher Art der Gewalt gegen Kinder empfohlen wurde. Diese Empfehlung des Ausschusses entspricht den Schlussfolgerungen der Sondersession²⁴ der Generalversammlung der Vereinten Nationen im Mai 2002 in New York, wo beschlossen wurde, insbesondere den Kampf gegen den Menschenhandel zu fördern, was auch die Schweiz als prioritär erachtet.

²³ Resolution 1995/78 der UNO-Menschenrechtskommission.

²⁴ www.unicef.org/french/specialsession

Im Hinblick auf die Ausarbeitung der vorliegenden Botschaft ermächtigte der Bundesrat am 15. Oktober 2003 das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA), ein Vernehmlassungsverfahren zum Fakultativprotokoll zur Kinderrechtskonvention betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie, und zur entsprechenden Revision des Tatbestandes des Menschenhandels im Strafgesetzbuch, durchzuführen. Die Kantone, die politischen Parteien, die beiden Bundesgerichte, 10 Spitzenverbände der Wirtschaft und 57 andere interessierte Organisationen wurden eingeladen, sich zur Ratifikation und zur Änderung des Artikels 196 StGB zu äussern. Im Besonderen wurde die Frage gestellt, ob es zweckmässig wäre, die neue Strafvorschrift, auf Grund der Praxis und Erfahrungen in den Kantonen, durch das Einfügen präziserer Angaben zur Definition des Handels und zum besonderen Schutz der Kinder zu vervollständigen.

Das Vernehmlassungsverfahren dauerte bis am 1. Februar 2004. Insgesamt gingen beim EDA 66 Stellungnahmen ein, wobei 9 Stellungnahmen von nicht adressierten Vernehmlassungsteilnehmern kamen und einige Vernehmlassungsteilnehmer schriftlich mitteilten, dass sie auf eine Stellungnahme verzichten bzw. sich nicht formell an der Vernehmlassung beteiligen (die beiden Bundesgerichte, der Kanton Schwyz, der Evangelische Frauenbund der Schweiz, der kaufmännische Verband und der Zentralverband Staats- und Gemeindepersonal Schweiz).

Sowohl Economiesuisse wie auch das Netzwerk Kinderrechte Schweiz haben auf die Stellungnahme anderer Vernehmlassungsteilnehmer verwiesen. Sie werden nachfolgend nicht gesondert erwähnt. Somit haben insgesamt 58 Vernehmlassungsteilnehmer eine eigene, konkrete Stellungnahme eingereicht.

Ausser der SVP haben alle Vernehmlassungsteilnehmer die Ratifizierung des Fakultativprotokolls grundsätzlich gutgeheissen, insbesondere weil die Kinder auf den bestmöglichen Schutz angewiesen seien. In mehreren Stellungnahmen wurde deshalb ausdrücklich eine rasche Ratifizierung gefordert.

Die Erweiterung des bisherigen Artikels 196 StGB um die Straftatbestände der Zwangsarbeit und des Organhandels wurde mit Ausnahme der Konferenz der kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz gutgeheissen. Diverse Vernehmlassungsteilnehmer forderten sogar eine noch umfassendere Ausdehnung des Tatbestandes, beispielsweise auf den Ehefrauenhandel (Fraueninformationszentrum, Interkantonale Arbeitsgemeinschaft der Opferanwältinnen, Schweizerischer Evangelischer Kirchenbund, Terre des Hommes), auf medizinische Versuche (Kanton St. Gallen) oder auf technologische Forschung am Kind (Kinderlobby Schweiz). Im Weiteren wurde die Ausdehnung des im Fakultativprotokoll vorgesehenen Schutzes des Kindes auch auf die Erwachsenen, mit einer Ausnahme (Konferenz der kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz), begrüsst.

Nachdem im Vernehmlassungsverfahren die vorgenannten Fragen betreffend den neuen Artikel 182 E-StGB, welcher den bisherigen Artikel 196 StGB ersetzen soll, gestellt worden waren, hielten insgesamt 30 Vernehmlassungsteilnehmer (die Kantone AI; BE; BL; FR; GL; GR; LU; NE; NW; OW; SH; SO; TH; TI; UR; VS und ZG; die politischen Parteien CVP; FDP; SP; SVP und Jungfreisinnige sowie die Organisationen Amnesty International; Centre patronal; Lausanne – direction de la sécurité publique; Schweizerischer Gemeinnütziger Frauenverein; Schweizerischer Gewerbeverband; Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter; Tra-

vail Suisse und Verbandsleitung Blauring/Jungwacht) explizit oder konkludent fest, dass sie auch über das Thema der aufgeworfenen Fragen hinausgehend keinerlei Änderungswünsche oder Bedenken zum neuen Artikel 182 E-StGB haben.

In anderen Stellungnahmen wurden insbesondere folgende Punkte im Zusammenhang mit dem neuen Artikel 182 E-StGB geltend gemacht:

- Der Begriff «Menschenhandel» müsse genauer definiert werden. Der Begriff werfe im Weiteren die Frage auf, ob der Handel ein Dreiecksverhältnis voraussetze und ob eine wiederholte Transaktion zur Tatbestandserfüllung vorliegen müsse (BS, JU, ZH; Défense des Enfants International, Fraueninformationszentrum, Interkantonale Arbeitsgemeinschaft der Opferanwältinnen, Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft, Schweizerischer Evangelischer Kirchenbund, Schweizerisches Komitee für Unicef, Schweizerische Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten, Terre des hommes).
- Vereinzelt wurde auch die Definition weiterer Begriffe wie beispielsweise der «sexuellen Ausbeutung» (ZH) gefordert.
- Wiederholt wurde auch eine Sonderbehandlung der Kinder gewünscht, sei es durch eine entsprechende Strafverschärfung, wenn das Opfer ein Kind ist, sei es durch eine Ergänzung von Artikel 184 StGB, einen eigenen Absatz oder gar Artikel (Défense des Enfants International, Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz, Kinderschutz Schweiz, Menschenrechte Schweiz, Schweizerisches Komitee für Unicef, Pro Familia Schweiz, Pro Juventute, Terre des hommes).
- Im Zusammenhang mit dem Strafmass forderte die EVP eine grundsätzliche Erhöhung der Mindeststrafe, während andere eine Strafverschärfung wünschten, wenn die Tat in gemeinsamer Begehung vorgenommen wird, da mit der neuen Einordnung von Artikel 182 E-StGB der Artikel 200 StGB nicht mehr zur Anwendung kommt (Fraueninformationszentrum, Interkantonale Arbeitsgemeinschaft der Opferanwältinnen). Ferner wurde eine Strafverschärfung auch für den Fall der gewerbsmässigen Begehung vorgeschlagen (CSP, Fraueninformationszentrum, Interkantonale Arbeitsgemeinschaft der Opferanwältinnen).
- Betreffend das Strafmass machte schliesslich noch der Kanton Genf darauf aufmerksam, dass der neue Artikel 182 E-StGB den im neuen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches vorgesehenen Änderungen bezüglich der Strafe angepasst werden müsse.
- Die Ausdehnung der Verantwortlichkeit auf juristische Personen wurde vom Kanton Jura und von der Fédération des Entreprises Romandes gerügt.
- Ein Thema war auch die Frage einer allfälligen Einwilligung des Opfers und deren Auswirkung. Während einige Vernehmlassungsadressaten eine entsprechende Klarstellung forderten (Défense des Enfants International, Interkantonale Arbeitsgemeinschaft der Opferanwältinnen, Terre des hommes), hielt die Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft fest, dass eine ausdrückliche Erwähnung der Einwilligungsfrage nicht notwendig sei, weil ein minderjähriges Kind schon auf Grund der entsprechenden Bestimmungen des ZGB keine rechtswirksame Zustimmung abgeben könne und eine solche Zustimmung auch beim volljährigen Opfer sehr zurückhaltend angenommen werde.

Im Zusammenhang mit dem Fakultativprotokoll und der Botschaft waren schliesslich noch folgende Themen Gegenstand der Stellungnahmen:

- Diverse Vernehmlassungsteilnehmer wünschten für die Opfer von Menschenhandel eine vorübergehende oder dauernde Aufenthaltsbewilligung, mindestens bis zum Abschluss eines allfälligen Verfahrens in der Schweiz (SP, Fraueninformationszentrum, Interkantonale Arbeitsgemeinschaft der Opferanwältinnen, Schweizerischer Gemeinnütziger Frauenverein). Im Gegensatz dazu lehnte der Kanton Zürich die automatische Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ab, da die Erteilung mit der heutigen Gesetzgebung in Einzelfällen erfolgen könne.
- Die explizite Aufzählung der im Fakultativprotokoll enthaltenen Verfahrensrechte und Opferhilfeansprüche im Opferhilfegesetz bzw. in der zukünftigen eidgenössischen Strafprozessordnung wurde vom Fraueninformationszentrum, von der Interkantonalen Arbeitsgemeinschaft der Opferanwältinnen und von Pro Familia Schweiz vorgeschlagen.
- Wiederholt wurde das Bedauern geäussert, dass die nicht kommerzielle Ausbeutung des Kindes, insbesondere jene in der Familie oder im nahen Umfeld, im Fakultativprotokoll nicht erfasst werde (Défense des Enfants International, Interkantonale Arbeitsgemeinschaft der Opferanwältinnen, Schweizerischer Evangelischer Kirchenbund).
- Im Zusammenhang mit den Finanzen wurde festgehalten, dass der Bund mehr finanzielle Mittel für die Prävention, Information und Bekämpfung von Menschenhandel zur Verfügung stellen müsse (SG, Kinderlobby Schweiz, Kinderschutz Schweiz, Menschenrechte Schweiz, Pro Juventute, Pro Familia Schweiz). Die FDP und die CVP wünschten präzisere Ausführungen über mögliche Zusatzkosten für die Kantone.
- Die Vernehmlassung zum Fakultativprotokoll und zum neuen Artikel 182 E-StGB wurde schliesslich zum Anlass genommen, um die Revision anderer Artikel des Strafgesetzbuches (GE, ZH, Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz, Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft) bzw. des neuen Ausländergesetzes (Interkantonale Arbeitsgemeinschaft der Opferanwältinnen) vorzuschlagen.

Gestützt auf die Ergebnisse der Vernehmlassung wurde insbesondere der Text des neuen Artikels 182 E-StGB nochmals überarbeitet. Die Definition wurde ergänzt und es wurde ein neuer Absatz betreffend Handel mit Kindern, mit einer entsprechend verschärften Strafdrohung, eingefügt. Betreffend die Frage, ob die Handelsdefinition, die im Zusatzprotokoll Menschenhandel der UNO-Konvention gegen die transnationale organisierte Kriminalität festgehalten ist, in den schweizerischen Gesetzestext übernommen werden sollte, ergab eine Studie des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, dass diverse europäische Staaten den Wortlaut übernommen haben, während andere ihn nur teilweise oder gar nicht übernahmen. Vorliegend wurde die Definition nach dem Vernehmlassungsverfahren noch ergänzt, ohne jedoch die aufzählende Definition des Zusatzprotokolls Menschenhandel zu übernehmen.

Die Botschaft wurde im Weiteren auf Grund diverser im Vernehmlassungsverfahren aufgeworfener Fragen ergänzt.

2 Inhalt und Anwendungsbereich des Fakultativprotokolls

2.1 Einleitung

In einzelnen Bereichen vermag die Kinderrechtskonvention zu wenig präzise Regelungen aufzustellen.²⁵ Das Fakultativprotokoll stellt daher eine normative Weiterentwicklung der Kinderrechtskonvention dar. Dies kommt auch in der Präambel zum Ausdruck, welche explizit auf mehrere Artikel der Kinderrechtskonvention verweist. Das Fakultativprotokoll muss daher im Lichte der Kinderrechtskonvention ausgelegt werden und deren grundlegenden Prinzipien der Nichtdiskriminierung, der Maxime des Kindeswohls und der Partizipation sind stets mitzuberücksichtigen.²⁶

Um einen internationalen Konsens herbeizuführen, bleibt das Fakultativprotokoll in seinem Anwendungsbereich jedoch eng begrenzt. Es beschränkt seinen Geltungsbereich in Artikel 1 auf den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie. Viele Formulierungen spiegeln Kompromisse wieder. Schliesslich behandelt das Protokoll im Bereich der Sexualdelikte hauptsächlich die kommerzielle sexuelle Ausbeutung, somit die sexuelle Ausbeutung des Kindes gegen eine Gegenleistung oder Zahlung im weiteren Sinne.²⁷ Die sexuelle Ausbeutung des Kindes innerhalb der Familie oder im Rahmen eines anderen persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses wird vom Fakultativprotokoll somit nicht erfasst, ausser sie enthalte ebenfalls eine kommerzielle Komponente.

2.2 Präambel

Die Präambel ist eine rechtlich unverbindliche Einleitung in die nachfolgenden Bestimmungen. Sie stellt das Fakultativprotokoll in sein internationales normatives Umfeld, indem sie einerseits explizit auf die für das Protokoll zentralen Bestimmungen der Kinderrechtskonvention verweist und deren weitere Verwirklichung fordert.²⁸ Andererseits hebt sie die Bedeutung des Haager Adoptionsübereinkommens²⁹ und weiterer Haager Übereinkommen sowie des ILO-Übereinkommens (Nr. 182) über die schlimmsten Formen der Kinderarbeit hervor³⁰.

²⁵ Vgl. auch Dorsch Gabriele, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, S. 227 f.

²⁶ Vgl. UNICEF, Optional Protocol to the Convention on the Rights of the child, S. 3.

²⁷ Der Begriff der kommerziellen sexuellen Ausbeutung ist heftig umstritten. Einige Experten fordern zu Gunsten der Opfer der kommerziellen sexuellen Ausbeutung eine enge Begriffsbestimmung (vgl. ECPAT Switzerland/arge kipro, Zwischen Stockholm und Yokohama, Bericht über den schweizerischen Handlungsbedarf im Bereich der kommerziellen sexuellen Ausbeutung von Kindern, S. 6 f.). Da das Fakultativprotokoll jedoch den Begriff der kommerziellen sexuellen Ausbeutung vermeidet und statt dessen drei typische Anwendungsfälle definiert, kann diese Definitionsfrage offen bleiben. Zur Begriffsbestimmung vgl. Julia O'Connell Davidson, Theme Papers for the 2nd World Congress against Commercial Sexual Exploitation Yokohama 17.–20. December 2001, the Sex Exploiter, S. 5 und Jane Warburton, Theme Papers for the 2nd World Congress against Commercial Sexual Exploitation Yokohama 17.–20. December 2001, Prevention, protection and recovery, S. 5.

²⁸ Es sind dies Art. 1, 11, 21, 32, 33, 34, 35 und 36 Kinderrechtskonvention.

²⁹ Vgl. Fussnote 12.

³⁰ Von der Schweiz am 28. Juni 2000 ratifiziert, (SR 0.822.728.2).

Die Präambel ordnet die nachfolgenden Bestimmungen aber vor allem inhaltlich ein. Sie verweist auf die Ursachen der drei Problemkreise und nennt dabei explizit Unterentwicklung, Armut, wirtschaftliche Ungleichheiten, ungerechte sozioökonomische Strukturen und gestörte Familienverhältnisse, fehlende Bildung, Landflucht, Diskriminierung auf Grund des Geschlechts, verantwortungsloses Sexualverhalten Erwachsener und schädliche traditionelle Praktiken sowie bewaffnete Konflikte. Ohne eine gleichzeitige Bekämpfung dieser Ursachen, so die Präambel, können der Kinderverkauf, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie nicht beseitigt werden. Wie die Präambel feststellt, muss die Nachfrage, die zum Verkauf von Kindern und ihrer kommerziellen Ausbeutung führt, vermindert werden – eine Forderung, welche insbesondere von den typischen Herkunftsländern der Opfer eingebracht wurde. Im Weiteren gilt es, die Nachfrage durch eine auf allen Ebenen verstärkte Kooperation mit den Behörden der Herkunftsländer und den Hilfswerken vor Ort zu reduzieren. Schliesslich verweist die Präambel auf einzelne Formen des Missbrauchs von Kindern, die von besonderer Bedeutung sind. Es handelt sich hier um den Sextourismus, welcher wiederum in Artikel 10 erwähnt wird, um das neue und rasant anwachsende Problem der Kinderpornografie im Internet und um die wirtschaftliche Ausbeutung von Kindern. Die Arbeitsgruppe zur Ausarbeitung des Protokolls ging davon aus, dass diese Sonderformen von den Begriffen des Kinderverkaufs, der Kinderpornografie und der Kinderprostitution erfasst werden und deshalb bei den Definitionen nicht explizit erwähnt werden müssen.

2.3 Definitionen (Art. 1 und 2)

Vorab sei festgestellt, dass der Begriff «Kind» im Rahmen des Fakultativprotokolls gleich definiert wird wie in der Kinderrechtekonvention. Dies ergibt sich aus dem Verweis der Präambel auf Artikel 1 KRK. Demnach gilt jeder Mensch bis zur Vollendung des 18. Lebensjahrs als Kind im Sinne des Fakultativprotokolls, es sei denn, das nationale Recht sehe ein früheres Mündigkeitsalter vor. Als Beispiel einer solchen Ausnahme ist das sexuelle Mündigkeitsalter (Schutzalter) zu nennen, da die sexuelle Mündigkeit in vielen Staaten für bestimmte sexuelle Aktivitäten vor Vollendung des 18. Lebensjahrs erreicht wird.

Die drei Begriffe Kinderverkauf, Kinderprostitution und Kinderpornografie werden in Artikel 2 des Fakultativprotokolls ausführlich definiert; sie bilden zusammen mit den Minimalanforderungen an die nationale Strafgesetzgebung in Artikel 3 das eigentliche Kernstück des Fakultativprotokolls. Sie sind vertragsautonom, aber unter Mitberücksichtigung der Kinderrechtekonvention auszulegen. Die Begriffsbestimmungen waren im Rahmen der Vertragsverhandlungen lange Zeit heftig umstritten. Man entschied sich am Ende für weit gefasste Definitionen, welche dann aber durch klar umgrenzte Minimalanforderungen an das nationale Strafrecht relativiert werden.

2.3.1 Verkauf von Kindern

Gemäss Fakultativprotokoll gilt jede Handlung oder jedes Geschäft als Verkauf von Kindern, mit denen ein Kind gegen Bezahlung oder für eine andere Gegenleistung von einer Person oder Personengruppe an eine andere übergeben wird. Der Begriff des Kinderverkaufs lehnt sich damit eng an das Zusatzübereinkommen von 1956

über die Abschaffung der Sklaverei, des Sklavenhandels und sklavenähnlicher Einrichtungen und Praktiken³¹ an.

In Übereinstimmung mit dem Zusatzübereinkommen über die Abschaffung der Sklaverei und mit Artikel 35 KRK ist der Begriff im Fakultativprotokoll nicht auf den Verkauf von Kindern zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung beschränkt, wenngleich dies in der Praxis der häufigste Anwendungsfall sein wird. Nebst dem Verkauf zum Zwecke des sexuellen Missbrauchs kann der Verkauf folgende Zweckbestimmungen aufweisen: Verkauf zur kommerziellen Adoption³², zum Zwecke des Bettelns und anderer Formen wirtschaftlicher Ausbeutung³³, zur Sklaverei oder zu sklavenähnlichen Formen, für medizinische Experimente oder Organtransplantationen. Anders als beim Zusatzübereinkommen über die Abschaffung der Sklaverei von 1956 sowie der Auffassung verschiedener Delegationen im Rahmen der Vertragsverhandlungen muss die Übergabe des Kindes nicht durch den Sorgeberechtigten erfolgen.

Kindesentführungen als solche sind – trotz entsprechenden Vorstössen in der Arbeitsgruppe – nicht im Begriff enthalten. Wenn das entführte Kind jedoch anschliessend verkauft wird, wird dieser Tatbestand erfasst.

2.3.2 **Kinderprostitution**

Gemäss der Definition des Fakultativprotokolls liegt Kinderprostitution vor, wenn ein Kind gegen Bezahlung oder jede andere Art der Gegenleistung bei einer sexuellen Handlung benutzt wird. Der Begriff der «Gegenleistung» ist auslegungsbedürftig. Während ein Teil der Lehre eine möglichst weite Definition befürwortet, verlangt ein anderer Teil der Lehre zum Schutze der betroffenen Kinder eine enge Auslegung. Eine vermittelnde Auffassung sieht fließende Übergänge zwischen der kommerziellen und der nicht kommerziellen Ausbeutung und stellt darauf ab, ob der kommerzielle oder der emotionale Aspekt im Vordergrund steht.³⁴ Der Begriff der Gegenleistung im Sinne des Fakultativprotokolls bedarf demnach der Auslegung im Einzelfall.

Wie oben ausgeführt, erfassen die Begriffe der Kinderprostitution und der Kinderpornografie auch den Sextourismus.³⁵

³¹ Von der Schweiz am 28. Juli 1964 ratifiziert, (SR **0.311.371**).

³² Vgl. den Verweis in der Präambel auf die Art. 11 und 21 Kinderrechtekonvention.

³³ Vgl. den Verweis in der Präambel auf den Art. 32 Kinderrechtekonvention.

³⁴ ECPAT Switzerland/arge kipro, Zwischen Stockholm und Yokohama, Bericht über den schweizerischen Handlungsbedarf im Bereich der kommerziellen sexuellen Ausbeutung von Kindern, Oktober 2001, S. 6.

³⁵ Vgl. vorne Ziff. 2.2.

2.3.3 Kinderpornografie

Das Fakultativprotokoll definiert die Kinderpornografie als jede Darstellung eines Kindes, gleichviel durch welches Mittel, bei wirklichen oder simulierten eindeutigen sexuellen Handlungen, oder jede Darstellung der Geschlechtsorgane eines Kindes zu vorwiegend sexuellen Zwecken. Während den Vertragsverhandlungen war es umstritten, ob der Begriff «simuliert» auch die virtuelle³⁶ Kinderpornografie erfasst. Die Mehrheit der Delegationen wollte dies bejahen; der verabschiedete Text lässt jedoch die Frage offen.³⁷ Für die Schweiz ist diese Frage irrelevant, weil unser Strafgesetzbuch auch den Tatbestand der virtuellen Kinderpornografie erfasst.³⁸

Hingegen verstehen die Verfasser des Fakultativprotokolls die Wendung «gleichviel durch welches Mittel» übereinstimmend in dem Sinne, dass diese nur visuelle und nicht auch auditive Darstellungen erfasst.

2.3.4 Verhältnis zu anderen internationalen Verträgen

Das Fakultativprotokoll weist in seinem Anwendungsbereich Überschneidungen vor allem mit zwei internationalen Übereinkommen auf, dem Zusatzprotokoll zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität zur Verhinderung, Unterdrückung und Bestrafung des Menschenhandels (nachfolgend Zusatzprotokoll Menschenhandel)³⁹ und dem Haager Adoptionsübereinkommen.⁴⁰

Während das Fakultativprotokoll den Verkauf von Kindern gegen Bezahlung oder andere Vorteile erfasst, regelt das Zusatzprotokoll Menschenhandel den Transfer von Kindern zwecks ihrer Ausbeutung. Anders als beim Zusatzprotokoll Menschenhandel fällt somit beispielsweise auch ein verkauftes Adoptionskind unter den Anwendungsbereich des Fakultativprotokolls zur Kinderrechtekonvention. Abgesehen davon überschneiden sich die Anwendungsbereiche der beiden Übereinkommen zu weiten Teilen.

Auch mit dem Haager Adoptionsübereinkommen weist das Fakultativprotokoll im Bereich des Verkaufs von Kindern Überschneidungen auf. Der Schwerpunkt des Fakultativprotokolls liegt jedoch in der Bekämpfung der illegalen Adoption, während das Haager Adoptionsübereinkommen vor allem ein Instrument intergouvernementaler Kooperation darstellt.

³⁶ Die Darstellung von kinderpornografischen Handlungen ohne dass ein Kind tatsächlich bzw. in der dargestellten Form misshandelt wird (z.B. mittels Trickfiguren).

³⁷ Vgl. John Carr, Theme Papers for the 2nd World Congress against Commercial Sexual Exploitation Yokohama 17.–20. December 2001, Child Pornography, S. 9 und 14.

³⁸ Vgl. hinten 3.3.3.

³⁹ Von der Schweiz am 2. April 2002 unterzeichnet.

⁴⁰ SR 0.211.221.311

2.4

Minimalanforderungen an die nationale Strafgesetzgebung (Art. 3)

Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, im Umfang der in Artikel 3 des Fakultativprotokolls formulierten Minimalanforderungen die Strafbarkeit im internen Recht sicherzustellen und angemessene Strafen vorzusehen (Abs. 1 und 3). Darüber hinaus steht es ihnen frei, eine weitergehende Strafbarkeit zu statuieren (Art. 11 Bst. a). Im Rahmen der Vertragsverhandlungen waren die Delegationen bestrebt, genaue Formulierungen zu finden und die Straftatbestände klar zu umgrenzen. Die Aufzählungen sind daher auch abschliessend.

Die Strafbarkeit gilt unabhängig davon, ob die Straftat im Inland oder grenzüberschreitend, von einem Einzelnen oder organisiert begangen wurde. Vorbehaltlich der innerstaatlichen Rechtsvorschriften eines Vertragsstaates sind auch der Versuch und die Teilnahme am Delikt strafbar (Art 3 Abs. 2). Schliesslich fordert das Fakultativprotokoll die Vertragsstaaten auf, die Verantwortlichkeit juristischer Personen für die in Artikel 3 genannten Straftaten einzuführen. Die Vertragsstaaten besitzen jedoch nicht nur ein Ermessen bei der Frage, ob die Verantwortlichkeit straf-, zivil- oder verwaltungsrechtlicher Natur sein soll, sondern auch, ob sie überhaupt eingeführt werden soll.

2.4.1

Strafbarkeit des Verkaufs von Kindern und der Vermittlung einer illegalen Adoption

Artikel 3 des Fakultativprotokolls stellt verschiedene Tathandlungen des Verkaufs von Kindern unter Strafe: Das Anbieten, Übergeben oder Annehmen des Kindes. Er schränkt daneben die weite Definition von Artikel 2 ein, indem nur der Verkauf zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung des Kindes, der gewinnorientierten Organtransplantation und der Zwangsarbeit unter Strafe gestellt werden muss.

Als Akt der Ausbeutung eines Menschen gilt das bewusste Ausnutzen einer bestehenden oder vermeintlichen Unterlegenheit, woraus ein übermässiger Vorteil gewonnen wird. Der Begriff der «sexuellen Ausbeutung» beschränkt sich nicht auf die Zuführung in die Prostitution und deutet – in Unterscheidung zum Begriff des «sexuellen Missbrauchs» – auf die kommerzielle Komponente des deliktischen Verhaltens hin.

Die Begriffe der Organtransplantation und der Zwangsarbeit werden vom Fakultativprotokoll nicht definiert. Für Letztere fehlt auch im ILO-Übereinkommen (Nr. 182) über die schlimmsten Formen der Kinderarbeit eine klare Definition. Es wird somit der Rechtsprechung obliegen, die Begriffe in Übereinstimmung mit dem Sinn und Zweck des Protokolls zu definieren. Ansätze für die Begriffsbestimmung finden sich in der Präambel und in Artikel 32 KRK.

Das Fakultativprotokoll verlangt des Weiteren, dass die Vermittlung einer Adoption unter Strafe gestellt wird, wenn die Zustimmung zur Adoption des Kindes unstatthaft herbeigeführt wurde. Der Begriff der «unstatthaften Herbeiführung» wird durch das Protokoll selbst nicht umschrieben, die Definition ergibt sich aber aus dem Verweis des Fakultativprotokolls auf die «anwendbaren internationalen Übereinkünfte», womit insbesondere das Haager Adoptionsübereinkommen gemeint ist. Gemäss dessen Artikel 32 dürfen den an der Adoption beteiligten Personen nur Kosten und Auslagen, einschliesslich angemessener Honorare, erstattet werden.

Alles, was darüber hinausgeht, gilt als unstatthaft. Gemäss der Botschaft zur Ratifikation des Haager Adoptionsübereinkommens sollen damit nicht nur Geldleistungen und sonstige geldwerte Zuwendungen, sondern auch andere Vorteile untersagt werden, sofern sie im Lichte von Artikel 32 Haager Adoptionsübereinkommen als unstatthaft anzusehen sind.⁴¹

Mit dem Verweis auf das Haager Adoptionsübereinkommen stellt das Fakultativprotokoll klar, dass es genügt, wenn die Adoption gegen unstatthaften Vermögensvorteil im internationalen Verhältnis unter Strafe gestellt wird. Die Adoption im nationalen Verhältnis ist somit nicht erfasst.

2.4.2 Strafbareit der Kinderprostitution und der Kinderpornografie

Auch bei der Kinderprostitution und der Kinderpornografie zählt das Fakultativprotokoll die möglichen strafbaren Tathandlungen abschliessend auf. Bei der Kinderprostitution handelt es sich um das Anbieten, Beschaffen, Vermitteln oder Bereitstellen eines Kindes zur Kinderprostitution im Sinne von Artikel 2 Buchstabe b. Es ist zu beachten, dass nach Meinung der Arbeitsgruppe auch die Zustimmung des Kindes die Kinderprostitution nicht straffrei werden lässt. Bei der Kinderpornografie verlangt das Fakultativprotokoll die Strafbarkeit der Herstellung, des Vertriebes, der Verbreitung, Einführung, Ausführung, der Anbietung, des Verkaufes oder Besitzes von Kinderpornografie im Sinne von Artikel 2 Buchstabe c zu den genannten Zwecken.

2.5 Zuständigkeitsregeln (Art. 4)

Artikel 4 sieht sehr weit gehende Zuständigkeitsregeln vor. Diese begründen sich insbesondere in der Forderung einiger Mitglieder der Arbeitsgruppe, den Sextourismus wirksam zu bekämpfen. Durch die vorliegenden Zuständigkeiten kann verhindert werden, dass einzelne Staaten sichere Zufluchtsorte für Täter werden.⁴² Die Regelungen sind aber auch für die Bekämpfung von internationalen Entführungen, Kinderhandel, internationalen illegalen Adoptionen und selbst für die Bekämpfung der Verbreitung von Kinderpornografie via Internet wichtig.

Das Fakultativprotokoll sieht zuerst einmal die Zuständigkeit des Begehungsortes vor, somit die Zuständigkeit des Staates, auf dessen Gebiet die Tat begangen wurde (Art. 4 Abs. 1). Daneben hat nach dem Protokoll jeder Vertragsstaat die notwendigen Massnahmen zu treffen, um seine Gerichtsbarkeit über die genannten Straftaten zu begründen, wenn der Verdächtige sich in seinem Hoheitsgebiet befindet und er ihn nicht an einen anderen Vertragsstaat ausliefert, weil die Straftat von einem seiner

⁴¹ Botschaft betreffend das Haager Übereinkommen vom 29. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption sowie das Bundesgesetz zum Haager Adoptionsübereinkommen und über Massnahmen zum Schutz des Kindes bei internationalen Adoptionen vom 19. Mai 1999, N. 226.3 (BBl 1999 V 5795 ff.).

⁴² Vgl. Geraldine Van Bueren, Theme Papers for the 2nd World Congress against Commercial Sexual Exploitation Yokohama, 17.–20. December 2001, Child Sexual Exploitation and the Law.

Staatsangehörigen begangen worden ist (Art. 4 Abs. 3). Damit verlangt das Fakultativprotokoll in einem begrenzten Bereich die Einführung des Universalitätsprinzips⁴³. Schliesslich kann sich derjenige Staat für die Strafverfolgung zuständig erklären, dessen Staatsbürger die Tat beging oder in dessen Staat der Täter seinen ständigen Aufenthalt hat (Art. 4 Abs. 2 Bst. a). Das Gleiche gilt für den Fall, dass das Opfer ein Angehöriger des Staates ist (Art. 4 Abs. 2 Bst. b). Die gewählte Formulierung der beiden letztgenannten Regelungen bringt zum Ausdruck, dass es den Staaten freigestellt sein soll, ob sie diese Zuständigkeitsregeln in ihrem internen Recht einführen wollen oder nicht.

Abschliessend stellt das Fakultativprotokoll fest, dass weiter gehende Zuständigkeitsregeln zulässig sind, so beispielsweise die Zuständigkeit des Erfolgsortes (Art. 4 Abs. 4).

2.6 Auslieferung (Art. 5)

Artikel 5 des Fakultativprotokolls enthält Regelungen, um die Auslieferung von Personen, die der Begehung einer unter das Fakultativprotokoll fallenden Straftat verdächtig werden, zu ermöglichen oder zu erleichtern.

Absatz 1 hat die Auswirkungen des Fakultativprotokolls auf die unter den Vertragsstaaten bereits bestehenden oder künftig zwischen ihnen abzuschliessenden völkerrechtlichen Auslieferungsinstrumente zum Gegenstand. Die in Artikel 3 Absatz 1 aufgeführten strafbaren Handlungen gelten als in zwischen den Vertragsstaaten bereits bestehende Verträge aufgenommene auslieferungsfähige Straftaten; beim Abschluss neuer Auslieferungsverträge müssen sie als auslieferungsfähige Straftaten aufgenommen werden. Die in den anwendbaren Auslieferungsverträgen festgelegten Auslieferungsbedingungen sind zu beachten.

Die Absätze 2 und 3 regeln die Fälle, in denen zwischen zwei Vertragsstaaten des Fakultativprotokolls kein Auslieferungsvertrag besteht. Erhält ein Staat, der die Auslieferung vom Bestehen eines Vertrages abhängig macht, ein Auslieferungsgesuchen, so kann das Fakultativprotokoll als Rechtsgrundlage für die Auslieferung wegen Straftaten nach Artikel 3 Absatz 1 herangezogen werden (Art. 5 Abs. 2). Staaten, welche die Auslieferung nicht von der Existenz eines Vertrages abhängig machen – dazu gehört auch die Schweiz –, anerkennen diese Straftaten als auslieferungsfähig (Art. 5 Abs. 3). Sowohl in Absatz 2 als auch in Absatz 3 werden ausdrücklich die im Recht des ersuchten Staates für die Auslieferung geltenden Voraussetzungen vorbehalten.

In Absatz 4 wird für die Zwecke der Auslieferung die Fiktion aufgestellt, dass das Delikt auch am Ort der Gerichtsbarkeit als begangen gilt. Diese Regelung will sicherstellen, dass sich Täter der Verfolgung einer der in Artikel 3 genannten Straftaten nicht entziehen können.

⁴³ Vgl. Ziffer 3.3.1.5.

Absatz 5 enthält den auf internationaler Ebene anerkannten Grundsatz «aut dedere aut judicare». Gibt der ersuchte Staat einem Ersuchen um Auslieferung eines eigenen Staatsangehörigen⁴⁴ im Zusammenhang mit einer unter das Fakultativprotokoll fallenden Straftat nicht statt, so ist er verpflichtet, ein eigenes Strafverfahren einzuleiten.

2.7 Rechtshilfe und internationale Zusammenarbeit (Art. 6 und 10)

In der Praxis weisen die Tathandlungen und die Tatbeteiligten oft einen engen Bezug zu mehreren Staaten gleichzeitig auf. Es stellt sich damit die Frage, welcher Staat für die Strafverfolgung zuständig ist beziehungsweise wie die gleichzeitige Vorgehensweise mehrerer Staaten gegen mehrere Tatbeteiligte koordiniert werden kann. Die Effizienz und der Erfolg der Ahndung der Straftaten des Fakultativprotokolls hängt somit wesentlich von der Qualität der internationalen Kooperation ab. Das Protokoll räumt dem Thema der internationalen Kooperation daher in seinen Artikeln 6 und 10 viel Platz ein.

Im Sinne einer Generalklausel haben die Vertragsstaaten alle notwendigen Schritte zur Stärkung der internationalen Zusammenarbeit zu unternehmen, um die im Fakultativprotokoll genannten Übergriffe auf Kinder zu verhüten, die für diese Handlungen Verantwortlichen aufzuspüren, gegen sie zu ermitteln, sie strafrechtlich zu verfolgen und zu bestrafen (Art. 10 Abs. 1). Dieses Ziel soll insbesondere durch den Abschluss von bilateralen, multilateralen oder regionalen Verträgen zwischen den Vertragsstaaten erreicht werden. Des Weiteren verlangt das Fakultativprotokoll die Förderung der Zusammenarbeit und Koordination zwischen den Behörden, den nationalen und internationalen nichtstaatlichen Organisationen sowie den internationalen Organisationen. Dies soll insbesondere bei den Ermittlungen, bei den Straf- und Auslieferungsverfahren (hier besteht gemäss Art. 6 Abs. 1 und 2 eine Verpflichtung zur Zusammenarbeit) sowie bei der Rehabilitation, Wiedereingliederung und Rückführung der Opfer (Art. 10 Abs. 2) gelten. Besonders hervorgehoben wird die Zusammenarbeit bei der Beschaffung der vorhandenen und für das Verfahren notwendigen Beweismittel (Art. 6 Abs. 1). Die in Artikel 6 Absatz 2 wiedergegebene Maxime «pacta sunt servanda» stellt ein grundlegendes Prinzip des internationalen Rechts dar. Sofern zwischen den Mitgliedsstaaten keine Rechtshilfevereinbarungen bestehen, wenden sie zur Erfüllung ihrer Pflichten nach Artikel 6 Absatz 1 ihre interne Gesetzgebung an.

Schliesslich verlangt das Fakultativprotokoll die Zusammenarbeit bei der Ursachenbekämpfung, wozu es insbesondere die Armut und die Unterentwicklung zählt. Die besser gestellten Vertragsstaaten sollen finanzielle, technische oder andere Hilfe zur Verfügung stellen (Art. 10 Abs. 3 und 4).

⁴⁴ Das schweizerische Recht lässt die Auslieferung von Schweizer Bürgern nur unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 7 IRSG zu (d.h. Vorliegen einer schriftlichen Zustimmung der betroffenen Person zu ihrer Auslieferung).

2.8 Beschlagnahme und Einziehung (Art. 7)

Vorbehaltlich ihres innerstaatlichen Rechts haben die Vertragsstaaten des Fakultativprotokolls die Beschlagnahme und Einziehung von Gütern vorzusehen, welche für die Tatbegehung verwendet wurden. Damit sind die so genannten Tatwerkzeuge angesprochen. Daneben sind auch die Erträge zu beschlagnehmen und einzuziehen, welche durch die Straftaten gemäss Fakultativprotokoll erwirtschaftet wurden. Schliesslich haben die Vertragsstaaten die Räumlichkeiten, welche zur Tatbegehung benutzt wurden, zu schliessen und Rechtshilfe bei der Beschlagnahme und Einziehung zu leisten.

2.9 Opferhilfe (Art. 8, Art. 9 Ziff. 3 und 4)

Die Arbeitsgruppe zur Ausarbeitung des Fakultativprotokolls hat der Regelung der Stellung des kindlichen Opfers eines kommerziellen sexuellen Missbrauchs oder eines Kinderverkaufs im Strafverfahren grosse Bedeutung beigemessen. Das Kind als das schwächste Glied der Gesellschaft soll im Rahmen des Strafverfahrens besonders geschützt und es soll so eine erneute Traumatisierung des kindlichen Opfers (Sekundärviktimisierung) verhindert werden.

Schwerpunkt der in den Artikeln 8 und 9 geregelten Bestimmungen über die Opferhilfe bildet eine Gruppe von verschiedenen Verfahrensrechten. Im Sinne eines Grundprinzips verlangt das Protokoll dabei, dass das Kind im Strafverfahren zu schützen ist, indem sein Wohl vorrangig berücksichtigt wird (Art. 8 Abs. 3). Diese Regelung stellt eine Fortführung der Prinzipien der Kinderrechtskonvention dar (vgl. Art. 3 KRK). Des Weiteren hat das Kind Anspruch auf Informationsrechte (Art. 8 Abs. 1 Bst. b) sowie Anspruch darauf, dass seine Ansichten, Bedürfnisse und Sorgen in Verfahren, die seine persönlichen Interessen berühren, in Übereinstimmung mit den Verfahrensvorschriften des innerstaatlichen Rechts vorgetragen und geprüft werden (Bst. c), und es sind unnötige Verzögerungen zu verhindern. Schliesslich sind ihm die geeigneten Hilfsdienste (Bst. d) zur Verfügung zu stellen und ist seine Privatsphäre sowie seine Identität zu schützen (Bst. e). Letzteres gilt auch für seine Familie und für Belastungszeugen. Als kinderspezifische Opferhilfe statuiert das Fakultativprotokoll schliesslich den Grundsatz, dass Unklarheiten über das Alter nicht zu einer Nichteröffnung bzw. Einstellung des Verfahrens führen dürfen (Art. 8 Abs. 2). Jedoch darf das Verfahren auf die Klärung dieses Punktes beschränkt werden. Abschliessend wird festgehalten, dass die Bestimmungen über die Opferhilfe nicht so ausgelegt werden dürfen, dass die Parteirechte des Täters beschränkt werden (Art. 8 Abs. 6). Die Strafverfolgungsbehörden haben somit einen angemessenen Ausgleich zwischen den Verteidigungsrechten des Täters und den Bestimmungen über die Opferhilfe zu finden.

Nebst diesen Verfahrensrechten des Opfers enthält das Fakultativprotokoll drei weitere Regelungen rund um das Strafverfahren und die Opferhilfe. Die Vertragsstaaten verpflichten sich zu einer geeigneten juristischen und psychologischen Ausbildung derjenigen Personen innerhalb der Strafverfolgungsbehörden, welche sich mit kindlichen Opfern einer Straftat nach dem Fakultativprotokoll beschäftigen (Art. 8 Abs. 4). Des Weiteren hat das Opfer das Recht, in einem gerichtlichen Ver-

fahren Schadenersatz zu verlangen (Art. 9 Abs. 4). Schliesslich hat das Opfer einen Anspruch auf Wiedereingliederung und vollständige körperliche und psychische Genesung (Art. 9 Abs. 3), wobei offengelassen wird, ob dies im Zielland oder im Herkunftsland zu erfolgen hat. Das Fakultativprotokoll verlangt aber, dass die Vertragsstaaten ihre internationale Zusammenarbeit fördern, um dieses Ziel zu erreichen (Art. 10 Abs. 2).

Das Fakultativprotokoll verlangt nicht, dass jeder Vertragsstaat den Opfern von Menschenhandel ein vorübergehendes oder dauerndes Aufenthaltsrecht gewährt. Aufenthaltsbewilligungen können jedoch im Einzelfall bereits nach geltendem Recht erteilt werden, wenn dies für die Dauer eines gerichtlichen Verfahrens oder in schwer wiegenden Härtefällen notwendig ist. Im Entwurf zum neuen Ausländergesetz wird diese Praxis fortgesetzt und ausdrücklich aufgenommen (Art. 30 Entwurf AuG⁴⁵). Bei minderjährigen Opfern werden den erhöhten Schutz- und Fürsorgebedürfnissen besonders Rechnung getragen.

Das Protokoll äussert sich nicht zum zivilrechtlichen Kinderschutz. Dieser erfolgt nach den Regelungen der Kinderrechtskonvention und dem nationalen Recht.

2.10 Weitere Verpflichtungen der Vertragsstaaten (Art. 9 Abs. 1, 2 und 5)

Die konsequente Verfolgung und Bestrafung von Personen, welche sich eines Übergriffes an Kindern im Sinne des Protokolls schuldig machen, hat zwar einen wichtigen präventiven und repressiven Effekt. Der Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie können jedoch nur dann wirksam bekämpft werden, wenn auch flankierende politische Massnahmen ergriffen werden. Artikel 9 zählt einige dieser Massnahmen auf. Die Vertragsstaaten haben demnach durch politische Massnahmen und mittels der Gesetzgebung Präventionsarbeit zu leisten (Art. 9 Abs. 1). Daneben haben sie Sensibilisierungs- und Informationskampagnen durchzuführen und zu fördern (Art. 9 Abs. 2). Und schliesslich haben sie jegliche Werbung für die verbotenen Handlungen zu verhindern (Art. 9 Abs. 5). Bei der Wahl der Mittel und des Vorgehens räumt das Fakultativprotokoll den Vertragsstaaten einen weiten Handlungsspielraum ein.

2.11 Das internationale Kontrollverfahren (Art. 12)

Das Fakultativprotokoll sieht wie die Kinderrechtskonvention ein Berichterstattungsverfahren als internationalen Kontrollmechanismus vor. Gemäss Artikel 12 ist der erste Staatenbericht zur Umsetzung des Fakultativprotokolls zwei Jahre nach dem Inkrafttreten für den betreffenden Vertragsstaat dem Ausschuss für die Rechte des Kindes, der auch über die Umsetzung der Kinderrechtskonvention wacht, zu unterbreiten. Dieser Bericht hat Aufschluss zu geben über die bestehenden Umstände sowie die Fortschritte und Schwierigkeiten bei der Umsetzung des Fakultativprotokolls (vgl. Art. 44 KRK). Nach diesem ersten umfassenden Bericht sind die weiteren Berichte in den alle fünf Jahre zu verfassenden Staatenbericht zur Umsetzung

⁴⁵ BBl 2002 3851 ff.

der Kinderrechtekonvention zu integrieren. Nichtvertragsstaaten⁴⁶ der Kinderrechtekonvention legen weiterhin einen separaten periodischen Staatenbericht vor.

Das Fakultativprotokoll äussert sich nicht zu den Kompetenzen des Ausschusses für die Rechte des Kindes. Es regelt einzig, dass der Ausschuss die Vertragsstaaten um weitere Angaben über die Umsetzung des Protokolls ersuchen kann (Art. 12 Abs. 3). Betreffend die weiteren Zuständigkeiten muss Artikel 43 KRK ergänzend herangezogen werden. Der Ausschuss kann somit im Rahmen der Schlussbemerkungen Empfehlungen an die Vertragsstaaten zur besseren Umsetzung des Fakultativprotokolls abgeben. Des Weiteren kann er Sonderorganisationen der UNO um Stellungnahmen zur Durchführung des Fakultativprotokolls bitten (vgl. Art. 45 Bst. b KRK).

2.12 Schlussbestimmungen (Art. 13–17)

Die Schlussbestimmungen regeln die Fragen der Ratifikation, des Inkrafttretens, der Kündigung, der Vertragsanpassung und der Sprachfassungen.

Das Fakultativprotokoll steht allen Staaten, welche die Kinderrechtekonvention ratifiziert oder unterzeichnet haben, offen (Art. 13). Damit soll auch den Nichtvertragsstaaten der Kinderrechtekonvention die Ratifikation des Fakultativprotokolls ermöglicht werden.

Während den Vertragsverhandlungen wurde wiederholt die Frage aufgeworfen, ob Vorbehalte angebracht werden können. Es wurde vorgebracht, dass kein Staat bei der Ratifikation der Kinderrechtekonvention einen Vorbehalt zu den Artikeln 34 und 35 KRK, welche Grundlage des vorliegenden Fakultativprotokolls sind, erklärt hat. In der Endfassung des Fakultativprotokolls fehlt nun aber ein entsprechender Artikel zur Frage der Vorbehalte, weil zwischen den Delegationen kein Konsens gefunden werden konnte. Daher sind Vorbehalte gemäss Artikel 19 des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge zulässig⁴⁷.

Das Fakultativprotokoll soll drei Monate nach der Hinterlegung der zehnten Ratifikations- oder Beitrittsurkunde in Kraft treten (Art. 14 Abs. 1). Dies geschah am 18. Januar 2002, drei Monate nach der Hinterlegung der Ratifikationsurkunde durch Rumänien als zehnten Vertragsstaat. Für jeden Staat, der das Protokoll fortan ratifiziert oder ihm beitrifft, tritt es einen Monat nach Hinterlegung seiner Ratifikations- oder Beitrittsurkunde in Kraft (Art. 14 Abs. 2).

Das Fakultativprotokoll kann von jedem Vertragsstaat jederzeit durch schriftliche Erklärung an den Generalsekretär der Vereinten Nationen gekündigt werden. Die Kündigungsfrist beträgt ein Jahr (Art. 15).

Jeder Vertragsstaat kann jederzeit eine Vertragsänderung vorschlagen. Befürwortet ein Drittel der Vertragsstaaten die Einberufung einer Konferenz zur Beratung über die Vertragsänderung, werden Vertragsverhandlungen aufgenommen (Art. 16).

⁴⁶ Zur Zeit sind einzig die Vereinigten Staaten von Amerika und Somalia der Kinderrechtekonvention noch nicht beigetreten.

⁴⁷ SR 0.111

Das Protokoll wurde in den sechs Sprachfassungen arabisch, chinesisch, englisch, französisch, russisch und spanisch verfasst (Art. 17). Die Fassungen sind gleichwertig.

3 Das Fakultativprotokoll und die schweizerische Rechtsordnung

3.1 Art der völkerrechtlichen Verpflichtungen: direkt oder nicht direkt anwendbare Bestimmungen

Die Schweiz gehört zu den Staaten mit einer monistischen Tradition. Daher wird das Fakultativprotokoll wie alle anderen völkerrechtlichen Verträge mit seinem Inkrafttreten automatisch Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung. Welche Wirkung die Bestimmungen im innerstaatlichen Verhältnis im Einzelnen entfalten, hängt jedoch vom Grade ihrer Bestimmtheit ab. Eine Bestimmung kann vor den Behörden direkt vorgebracht werden und von diesen unmittelbar angewandt werden, wenn sie inhaltlich hinreichend klar und bestimmt ist, um im Einzelfall Grundlage für einen Entscheid bilden zu können.⁴⁸ Die Norm muss zudem dem Einzelnen Rechte und Pflichten einräumen, somit seine Rechtsstellung regeln. Hingegen ist eine völkerrechtliche Bestimmung nicht direkt anwendbar und damit nicht justizierbar, wenn sie bloss ein Programm umschreibt, Richtlinien für die Gesetzgebung der Vertragsstaaten aufstellt oder sich ausschliesslich an die politischen Behörden wendet.

Es wird Sache der rechtsanwendenden Behörden sein, im konkreten Fall über die Justiziabilität der Bestimmungen des Fakultativprotokolls zu entscheiden. Allgemein kann gesagt werden, dass der Wortlaut von zahlreichen Bestimmungen des Fakultativprotokolls zu wenig bestimmt ist, um direkt anwendbar zu sein. Mehrere Bestimmungen wenden sich zudem ausdrücklich an die politischen Behörden, was deren Justiziabilität ebenfalls ausschliesst. Dies gilt beispielsweise für Artikel 3, welcher explizit eine Umsetzung der Bestimmung durch die Vertragsstaaten fordert («jeder Vertragsstaat stellt sicher») und es den Vertragsstaaten überlässt, das Strafmass festzulegen (vgl. den in Art. 1 StGB geregelten Grundsatz «nulla poena sine lege»). Ebenfalls nicht direkt anwendbar ist die Zuständigkeitsregel in Artikel 4 Absatz 2, da dem Vertragsstaat – anders als bei den anderen Absätzen von Artikel 4 – freigestellt wird, ob er die Zuständigkeit in den in diesem Absatz genannten Fällen begründen will («kann»-Bestimmung). Direkt anwendbar ist hingegen wohl Artikel 5 betreffend das Verhältnis des Fakultativprotokolls zum Auslieferungsrecht. Diese Bestimmung kann nur bei einer direkten Anwendbarkeit ihr Ziel erreichen, da sie Regelungen für den Fall aufstellt, dass keine anderen innerstaatlichen oder zwischenstaatlichen Rechtsregeln vorliegen.

⁴⁸ Pra 62 (1973) Nr. 88, S. 286 ff.

3.2

Geltungsbereich des Protokolls (Art. 1 und 2)

Artikel 1 des Fakultativprotokolls verlangt von den Vertragsstaaten, dass sie den Kinderverkauf, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie verbieten. Die Schweiz sieht ein Verbot der vom Fakultativprotokoll erfassten Ausbeutungstatbestände auf nationaler Ebene insbesondere im Strafrecht vor (Art. 195–197 Strafgesetzbuch [StGB]⁴⁹, Art. 23 f. des Umsetzungsgesetzes zum Haager Adoptionsübereinkommen⁵⁰). Auf diese Straftatbestände wird im Einzelnen unten eingegangen (Ziff. 3.3). Daneben werden die Missbräuche indirekt auf zivilrechtlichem Wege verfolgt, indem diese Fälle ein Kindesschutzverfahren nach Artikel 307 ff. Zivilgesetzbuch (ZGB)⁵¹ auslösen. Auf internationaler Ebene hat sich die Schweiz schliesslich durch die Ratifikation mehrerer völkerrechtlicher Verträge entsprechend verpflichtet.⁵²

Für die Definition des Begriffs des Kindes verweist das Fakultativprotokoll auf Artikel 1 KRK. Gemäss Artikel 14 ZGB gilt in Übereinstimmung mit Artikel 1 KRK jede Person als unmündig und somit als Kind, welche das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Der allgemeine Geltungsbereich des Übereinkommens und des Fakultativprotokolls für Kinder und Jugendliche bis 18 Jahren bedeutet allerdings nicht, dass einheitliche Regelungen gelten müssen.⁵³ Gemäss Artikel 1 KRK ist es zulässig, dass die Volljährigkeit nach dem auf das Kind anzuwendenden Recht in bestimmten Bereichen früher eintritt. Die Schweiz kennt für einzelne Bereiche denn auch ein früheres Mündigkeitsalter, welches den individuellen Bedürfnissen des Kindes seiner Reife entsprechend Rechnung tragen will.⁵⁴ Für den Anwendungsbereich des vorliegenden Fakultativprotokolls ist insbesondere das sexuelle Mündigkeitsalter von Bedeutung.

Gemäss Artikel 187 StGB tritt die sexuelle Mündigkeit mit 16 Jahren ein. Es wird davon ausgegangen, dass das Kind nach diesem Zeitpunkt befähigt ist, verantwortungsvoll in eine sexuelle Handlung einzuwilligen.⁵⁵ Verschiedene Tatbestände des Sexualstrafrechts weichen jedoch vom sexuellen Mündigkeitsalter ab und schützen stattdessen alle minderjährigen Personen. So werden ungeachtet der sexuellen Mündigkeit des Opfers die Förderung der Prostitution (Art. 195 StGB) und sexuelle Handlungen mit Abhängigen (Art. 188 StGB) strafrechtlich verfolgt, wenn das Opfer das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Missbrauchstatbestände wie sexuelle Nötigung und Vergewaltigung werden selbstverständlich unabhängig vom Alter des Opfers strafrechtlich geahndet. Das sexuell mündige Kind kann sich nach schweizerischer Lehre jedoch prostituieren und an der Herstellung von Pornografie

⁴⁹ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR **311.0**).

⁵⁰ Bundesgesetz vom 22. Juni 2001 zum Haager Adoptionsübereinkommen und über die Massnahmen zum Schutz des Kindes bei internationalen Adoptions (SR **211.221.31**).

⁵¹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR **210**).

⁵² Vgl. vorne, Ziff. 1.2.1.1.

⁵³ Vgl. die Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes vom 29. Juni 1994, Ziff. 321 (BBl **1994 V 1 ff.**).

⁵⁴ Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes vom 29. Juni 1994, Ziff. 321 (BBl **1994 V 1 ff.**).

⁵⁵ Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes vom 26. Juni 1985 (strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie), Ziff. 232.11 (BBl **1985 II 1009 ff.**).

mitwirken.⁵⁶ Voraussetzung ist, dass die sexuell mündige Person aus freiem Willen und in Kenntnis der gesamten Umstände in die Handlung eingewilligt hat. Es handelt sich dann um einverständliche sexuelle Handlungen zwischen sexuell mündigen Personen.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass für die Abgrenzung der legalen sexuellen Aktivität eines Minderjährigen von der strafbaren sexuellen Handlung mit einem Minderjährigen nicht nur das sexuelle Mündigkeitsalter (Schutzalter) von Bedeutung ist, sondern auch die Art der sexuellen Handlung sowie der Altersunterschied zwischen den Beteiligten und die Frage, ob die Einwilligung freiwillig und rechtsgültig erfolgte.⁵⁷ Es ist dabei zu beachten, dass ein Kind unter Druck gesetzt, verleitet oder sonst wie beeinflusst werden kann, um seine Einwilligung in eine sexuelle Beziehung zu erlangen.

3.3 Minimalanforderungen an die nationale Gesetzgebung (Art. 3)

In Bezug auf verfahrensrechtliche Fragen des Fakultativprotokolls kann auf den Vorentwurf der eidgenössischen Strafprozessordnung verwiesen werden⁵⁸, da die eidgenössische Strafprozessordnung inskünftig die prozessualen Themen einheitlich regeln wird. Fragen im Zusammenhang mit dem Ausländerrecht sind im Ausländergesetz geregelt, welches zurzeit revidiert wird⁵⁹.

3.3.1 Strafbarkeit des Verkaufs von Kindern: Revision von Art. 196 StGB (Menschenhandel)

Das Fakultativprotokoll verlangt, dass das Anbieten, Übergeben oder Annehmen eines Kindes zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung, der kommerziellen Übertragung von Organen oder der Zwangsarbeit unter Strafe gestellt wird (Art. 3 Abs. 1 Bst. a). Auch das Zusatzprotokoll gegen Menschenhandel⁶⁰ verlangt, dass die Anwerbung, Beförderung, Verbringung, Beherbergung oder Aufnahme von Personen⁶¹ zum Zwecke der Ausbeutung unter Strafe gestellt wird; dabei sollen unter Ausbeutung mindestens die sexuelle Ausbeutung, die Zwangsarbeit (bzw. Zwangs-

⁵⁶ Stratenwerth Günter, Strafrecht Besonderer Teil I, S. 179 und Bericht über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes vom 10. Mai 2000 (Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität/Verjährung bei Sexualdelikten an Kindern und Verbot des Besitzes harter Pornografie), Ziff. 2.2.4.4. (BBl 2000 III 2943 ff.).

⁵⁷ Julia O'Connell Davidson, Theme Papers for the 2nd World Congress against Commercial Sexual Exploitation Yokohama 17.–20. December 2001, the Sex Exploiter, S. 4.

⁵⁸ Unter www.ofj.admin.ch/d/index.html findet sich unter der Rubrik Rechtsetzung/Verfahren&Prozess der Vorentwurf.

⁵⁹ BBl 2002 3851 ff.

⁶⁰ Zusatzprotokoll zum UNO-Übereinkommen gegen grenzüberschreitende organisierte Kriminalität zur Verhinderung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Handels mit Frauen und Kindern.

⁶¹ Vgl. zum Menschenhandel auch den Bericht der interdepartementalen Arbeitsgruppe, Menschenhandel in der Schweiz, Bundesamt für Justiz, Bern 2001.

dienstbarkeit, Sklaverei oder sklavereiähnliche Praktiken, Leibeigenschaft) sowie die Entnahme von Körperorganen fallen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a).⁶²

Das geltende schweizerische Strafgesetzbuch geht demgegenüber von einem engeren Begriff des Menschenhandels aus, indem es in Artikel 196 lediglich den Handel mit Menschen zum Zwecke ihrer sexuellen Ausbeutung (Förderung der Unzucht) unter Strafe stellt⁶³. Menschenhandel zum Zwecke der Ausbeutung der Arbeitskraft oder Entnahme von Körperorganen wird von Artikel 196 StGB nicht erfasst. Auf diese Formen des Menschenhandels können andere Strafbestimmungen Anwendung finden, wie beispielsweise der Tatbestand der Nötigung oder der Körperverletzung. Diese erfassen allerdings nur Begleiterscheinungen des Menschenhandels, treffen aber nicht dessen Kern, das heisst die Behandlung von Menschen als Ware, welche beliebig gekauft und verkauft werden kann. Gegebenenfalls können Strafbestimmungen anderer Gesetze in Frage kommen (z.B. des Ausländerrechts, Arbeitsrechts oder des Gesundheitsrechts). Diese sind jedoch mit vergleichsweise niedriger Strafe bedroht und werden dem Unrechtsgehalt des Menschenhandels als solchem ebenfalls nicht gerecht.

Das geltende Strafrecht genügt folglich den Anforderungen des Fakultativprotokolls nicht in jeder Hinsicht. Entsprechend schlägt der Bundesrat eine Revision von Artikel 196 des Strafgesetzbuches vor, welcher durch den neuen Artikel 182 E-StGB ersetzt werden soll. Der Tatbestand des Menschenhandels soll auf den Handel zum Zwecke der Ausbeutung der Arbeitskraft und der Entnahme von Körperorganen ausgedehnt und auch die Anwerbung von Menschen zu diesen Zwecken explizit unter Strafe gestellt werden. Zudem soll explizit festgehalten werden, dass auch der Einmaltäter, der nur einen Menschen oder der nur einmal mit einem oder mehreren Menschen zu den vorgenannten Zwecken handelt, über den Tatbestand von Artikel 182 E-StGB erfasst werden kann.

Die Revision des Artikel 182 E-StGB führt zu einer formellen Anpassung der folgenden Gesetze und Verordnungen: Artikel 1 Ziffer 3 der Verordnung vom 10. November 2004⁶⁴ über die Mitteilung kantonaler Strafentscheide; Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe d der Verordnung vom 31. Mai 2000⁶⁵ über das DNA-Profil-Informationssystem; Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000⁶⁶ betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) sowie Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe a des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2003⁶⁷ über die verdeckte Ermittlung, welches am 1. Januar 2005 in Kraft getreten ist. Bei Inkrafttreten der Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches⁶⁸ wird zudem Artikel 5 angepasst werden müssen.

⁶² Der Rahmenbeschluss des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung des Menschenhandels nennt als Handelszweck die Ausbeutung durch Arbeiten oder Dienstleistungen sowie die sexuelle Ausbeutung (Art. 1 Abs. 1 a.E. des Rahmenbeschlusses 629/2002 vom 19. Juli 2002 zur Bekämpfung des Menschenhandels [ABl. 2002 L 203, 1]).

⁶³ Vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie) vom 26. Juni 1985, BBl 1985 II 1088.

⁶⁴ SR 312.3

⁶⁵ SR 361.1

⁶⁶ SR 780.1

⁶⁷ AS 2004 1409

⁶⁸ BBl 2002 8240

3.3.1.1

Systematik

Da die revidierte Strafbestimmung nicht mehr allein die sexuelle Selbstbestimmung der Betroffenen schützt, wird sie neu unter dem vierten Titel des Strafgesetzbuches, Verbrechen und Vergehen gegen die Freiheit, aufgeführt. Geschütztes Rechtsgut ist die Selbstbestimmung der Betroffenen. Menschenhandel liegt vor, wo über Menschen wie über Objekte verfügt wird. Wann das zutrifft, muss im Einzelfall und anhand der gesamten Umstände beurteilt werden. Zu denken ist in erster Linie an die Androhung von Gewalt oder andere Formen der Nötigung. Die Einwilligung der Betroffenen schliesst die Tat nicht aus, vielmehr ist zu prüfen, ob die Willensäusserung dem tatsächlichen Willen der verletzten Person entsprach. So ist der Tatbestand des Menschenhandels nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung in der Regel erfüllt, wenn junge Frauen, die aus dem Ausland kommen, unter Ausnützung ihrer schwierigen Lage zur Ausübung der Prostitution in der Schweiz engagiert werden. Deren Einwilligung zu einer solchen Tätigkeit ist nicht wirksam, wenn sie durch die schwierigen wirtschaftlichen Verhältnisse bedingt ist⁶⁹. Die allfällige Zustimmung eines Kindes ist a priori unwirksam. Ein Kind kann zu den in Artikel 182 E-StGB umschriebenen Tathandlungen schon auf Grund der entsprechenden Bestimmungen des ZGB keine rechtswirksame Zustimmung geben. Eine entsprechende Legiferierung im StGB ausschliesslich für Kinder wäre nicht sinnvoll, weil daraus der unzutreffende Umkehrschluss für Erwachsene, deren Einwilligung wie ausgeführt den Tatbestand nicht zwingend ausschliesst, gezogen werden könnte.

3.3.1.2

Erweiterter Tatbestand des Menschenhandels, Art. 182 Abs. 1 E-StGB (*neu*)

Das durch den Tatbestand zu erfassende Unrecht besteht in der Ausnützung einer Machtposition durch den Täter und in der Aufhebung der Selbstbestimmung des Opfers. Mit Menschen handeln heisst insbesondere, in Anlehnung an die bisherige Auslegung des Strafartikels sowie unter Berücksichtigung der internationalen Rechtstexte⁷⁰, Personen anbieten, beschaffen, vermitteln, verkaufen und übernehmen. Unter den Begriff Handel sind auch weitere Akte zu subsumieren wie etwa das Befördern, Transportieren oder Liefern⁷¹. Mit der expliziten Nennung der Akteure des Menschenhandels soll klargestellt werden, dass alle als Täter am Geschäft Beteiligten und insbesondere auch der Abnehmer strafbar sind. Allfällige Unklarheiten in der Praxis werden damit beseitigt. Täter ist, wer die Tatherrschaft bezüglich des Handel Treibens hat, wer also eine tragende Rolle bei der Abwicklung eines solchen Geschäfts spielt. Untergeordnete Tatbeiträge sind demgegenüber als Gehilfenschaft strafbar.

Tatherrschaft bedeutet, dass beispielsweise der Organempfänger, der eine blosser Vermutung über die Herkunft des Organs hat, nicht nach Art. 182 E-StGB bestraft werden kann. Er kann selbst dann nicht nach diesem Artikel bestraft werden, wenn er – was ohnehin sehr unwahrscheinlich sein dürfte – die Herkunft des Organs mit Sicherheit kennt, denn sein Wissen allein stellt keinen kausalen Tatbeitrag dar.

⁶⁹ BGE 126 IV 225, 128 IV 117

⁷⁰ Z.B. Art. 3 des Zusatzprotokolls Menschenhandel.

⁷¹ vgl. auch Basler Kommentar StGB II, Schwaibold/Meng, N. 10 zu Art. 196 mit Hinweisen.

Anders sieht es natürlich aus, wenn der Organempfänger einen Geldbetrag in Aussicht gestellt hat, um das gewünschte Organ zu erhalten. In diesem Fall wäre er Teilnehmer, namentlich Anstifter. Ein Freier geht straffrei aus, solange er keinen kausalen Tatbeitrag zum Menschenhandel geleistet hat. Es kann nur derjenige bestraft werden, der sich an der Tat beteiligt hat.

Für die Erfüllung des Tatbestandes genügt es hingegen bereits, gemäss herrschender Lehre und Praxis, wenn der Täter den betreffenden Handelszweck lediglich in Kauf nimmt.

Bis vor kurzem fiel das bloss Anwerben (im Gegensatz zum Erwerben) einer Prostituierten durch einen Bordellbesitzer für das eigene Etablissement nicht unter den Begriff Menschenhandel⁷². In BGE 128 IV 117 hat das Bundesgericht nun entschieden, dass der Tatbestand des Menschenhandels auch anwendbar ist auf die Tätigkeit eines Geschäftsführers, der im Ausland Prostituierte für sein Bordell in der Schweiz anwirbt und verpflichtet. Angesichts dieser Änderung der Rechtsprechung sowie unter Berücksichtigung der internationalen Rechtstexte und der vorgeschlagenen Ausweitung des Zwecks auf die Ausbeutung der Arbeitskraft und Entnahme von Körperorganen erachtet es der Bundesrat als angezeigt, das Anwerben eines Menschen zu den genannten Zwecken dem eigentlichen Handel gleichzustellen und expressis verbis in den Gesetzestext einzufügen.

Neu soll auch der Täter über Artikel 182 E-StGB bestraft werden können, der nur einen Menschen oder der nur einmal mit einem oder mehreren Menschen handelt. Der Unrechtsgehalt der Norm wird nämlich bereits mit diesem Verhalten erfüllt. Die Strafdrohung wird in Artikel 182 Absätze 1 und 2 entsprechend abgestuft. Bei gewerbmässigem Handel wird der Täter gemäss Art. 182 Abs. 2 E-StGB folglich härter bestraft. Hinzu kommt, dass mit dieser Ausdehnung das Opfer eines Täters, dem nachweislich nur eine Einmaltat vorgeworfen werden kann, auch unter die Bestimmungen, die im neuen Ausländergesetz zum Schutz der Opfer von Menschenhandel und im Interesse ihrer Verfügbarkeit während des Strafverfahrens vorgesehen sind, fällt. Der Zweck der sexuellen Ausbeutung ersetzt die geltende, nicht mehr zeitgemässe Formulierung «um der Unzucht eines anderen Vorschub zu leisten». Formen der sexuellen Ausbeutung sind insbesondere die Zuführung zur Prostitution, die Ausbeutung zwecks pornografischer Darstellung oder zwecks Herstellung pornografischer Materials. Die Frage, ob der Handel zwecks Heirat auch unter den neuen Artikel 182 E-StGB subsumiert werden kann, muss grundsätzlich verneint werden, da der Heiratszweck keine Form der Ausbeutung darstellt. Eine Subsumption ist jedoch möglich, wenn jemand unter dem Vorwand der Heirat oder mittels einer von der Täterschaft arrangierten Scheinehe gehandelt wird, um sexuell oder auf andere Weise ausgebeutet zu werden, beispielsweise durch Zuführung zur Prostitution.

Die Ausbeutung der Arbeitskraft, das neue konstitutive Element des Menschenhandels, welches dem Text von Artikel 3 des Zusatzprotokolls Menschenhandel⁷³ entnommen wurde, umfasst namentlich die unter Zwang geleisteten Arbeiten oder Dienstleistungen, Sklaverei oder sklavereiähnliche Verhältnisse. Gemäss dem Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für einen Rahmenbe-

⁷² Ebenda.

⁷³ Zusatzprotokoll zum UNO-Übereinkommen gegen grenzüberschreitende organisierte Kriminalität zur Verhinderung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Handels mit Frauen und Kindern.

schluss des Rates zur Bekämpfung des Menschenhandels⁷⁴ ist von einer Ausbeutung der Arbeitskraft auszugehen, wenn jemand unter Verletzung von arbeitsrechtlichen Vorschriften und Bestimmungen über die Entlohnung, Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz fortwährend daran gehindert wird, seine Grundrechte auszuüben. Konkret kann es sich dabei namentlich um Nahrungsentzug, psychische Misshandlung, Erpressung, Isolation oder auch Körperverletzung, sexuelle Gewalt und Morddrohungen handeln.

Wie die Ausbeutung der Arbeitskraft stellt auch die Organentnahme ein neues konstitutives Element des Menschenhandels dar. Sowohl das Fakultativprotokoll wie auch das UNO-Übereinkommen zur Verhinderung und Bestrafung des Menschenhandels sehen die Bestrafung dieser Tathandlung vor.

Zwischen dem neuen Straftatbestand und den bestehenden Tatbeständen zum Schutze der körperlichen und sexuellen Integrität besteht echte Konkurrenz.

Mit der vorgeschlagenen Revision von Artikel 196 StGB, der zum neuen Artikel 182 E-StGB werden soll, wird der im Bericht des EJPD «Menschenhandel in der Schweiz» gemachten Forderung nach einer Ausdehnung des Tatbestandes auch auf den Handel zwecks Ausbeutung der Arbeitskraft und Entnahme menschlicher Organe entsprochen.

3.3.1.3 Qualifizierte Fälle des Menschenhandels, Art. 182 Abs. 2 E-StGB (neu)

Die Strafnorm stellt den Handel mit Menschen generell unter Strafe und ist nicht auf den Handel mit Kindern beschränkt. Trotz des weiten Strafrahmens – die Strafdrohung für Menschenhandel beträgt Zuchthaus von einem bis zwanzig Jahren oder Gefängnis von 3 Tagen bis drei Jahren sowie Busse⁷⁵ – ist es gerechtfertigt, den besonders abscheulichen Unrechtsgehalt des Handels mit schutzbedürftigen minderjährigen Personen einer verschärften Strafdrohung zu unterstellen. Die Strafe beträgt diesfalls stets Zuchthaus⁷⁶.

Die gleiche Strafdrohung besteht, wenn der Täter gewerbmässig handelt. Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung geht für die Umschreibung der Gewerbmässigkeit vom Begriff des berufsmässigen Handelns aus, welches regelmässig mit einer Mehrzahl von Opfern und einer beachtlichen Deliktsumme verbunden ist. Gestützt darauf zeichnet sich gewerbmässiges Handeln durch mehrfaches Delinquieren, die Absicht, ein Erwerbseinkommen zu erzielen und die Bereitschaft zur Verübung einer Vielzahl von Delikten der fraglichen Art aus⁷⁷.

⁷⁴ Rahmenbeschluss 629/2002 vom 19. Juli 2002 zur Bekämpfung des Menschenhandels [ABl. 2002 L 203, 1].

⁷⁵ Bei Inkrafttreten der Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 13.12.2002 (BBl 2002 8240) lautet die Strafdrohung für die Zuchthaus- und Gefängnisstrafe: «... wird mit Freiheitsstrafe oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen bestraft». Die Strafdrohung für die Busse lautet: «... ist auch auf Geldstrafe zu erkennen».

⁷⁶ Bei Inkrafttreten der Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 13.12.2002 (BBl 2002 8240) lautet die Strafdrohung: «... so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr».

⁷⁷ Basler Kommentar, StGB II, Schwaibold/Meng, N 78 ff. zu Art. 139 mit Hinweisen.

3.3.1.4 Vorbereitungshandlungen

Das Anstalten treffen zum Menschenhandel ist eine Vorbereitungshandlung, die nach altem Recht als vollendetes Delikt ausgestaltet war. Durch die Ausweitung der Strafnorm auf den Einmaltäter, die Erweiterung der Zwecksetzungen und insbesondere durch die Erfassung der Vorstufe des Anwerbens als vollendete Tathandlung ist es nicht länger angezeigt, auch das Anstalten treffen gesondert unter Strafe zu stellen. Vielmehr gelten die allgemeinen Regeln von Versuch und Teilnahme.

3.3.1.5 Androhung von Busse, Art. 182 Abs. 3 E-StGB (neu)

Gemäss Absatz 4 ist, wie bereits im bisherigen Recht, in jedem Fall auch auf Busse zu erkennen.

3.3.1.6 Universalitätsprinzip, Art. 182 Abs. 4 E-StGB (neu)

Die Unterstellung des Menschenhandels unter das Universalitätsprinzip durch die sinngemässe Anwendbarkeit von Artikel 6^{bis} StGB soll sicherstellen, dass ein ausländischer Täter, der sich in der Schweiz befindet und dessen Auslieferung für ein im Ausland begangenes Verbrechen aus rechtlichen oder sachlichen Gründen nicht möglich ist, nicht straflos bleibt. Durch die von Artikel 6^{bis} StGB aufgestellten Bedingungen wird indessen klargestellt, dass bei ausländischen Tätern, die im Ausland delinquent haben, der Auslieferung Priorität zukommt und dass in der Schweiz kein Abwesenheitsverfahren eröffnet und durchgeführt werden muss. Vorbehalten bleibt der Grundsatz, wonach das Verhalten auch im Tatortstaat strafbar sein muss (beidseitige Strafbarkeit). Letzterer gilt indessen nicht, wenn das Opfer des Menschenhandels noch nicht 18 Jahre alt ist. In solchen Fällen wird künftig Artikel 5 n-StGB gemäss Änderung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches vom 13. Dezember 2002⁷⁸ zur Anwendung kommen, der die beidseitige Strafbarkeit in solchen Fällen nicht voraussetzt. Der Verweis auf die Artikel 5 und 6 n-StGB, nach Inkrafttreten des revidierten Strafgesetzbuches, stellt klar, dass bei Unmündigen Artikel 5 und in den übrigen Fällen Artikel 6 Anwendung findet. In Artikel 5 n-StGB ist ausserdem Artikel 196 durch Artikel 182 E-StGB (rein redaktionell) zu ersetzen.

3.3.2 Strafbarkeit der Vermittlung einer illegalen Adoption

Des Weiteren verlangt das Fakultativprotokoll, dass der Vermittler einer Adoption strafrechtlich geahndet wird, wenn er die Zustimmung zur Adoption eines Kindes unstatthaft herbeiführt. Gemäss Artikel 23 des Umsetzungsgesetzes zum Haager Adoptionsübereinkommen⁷⁹ wird wegen Kinderhandel bestraft, wer gegen das Versprechen eines unstatthaften Vermögens- oder eines sonstigen Vorteils an die

⁷⁸ BBl 2002 8240

⁷⁹ Bundesgesetz vom 22. Juni 2001 zum Haager Adoptionsübereinkommen und über die Massnahmen zum Schutz des Kindes bei internationalen Adoptions (SR 211.221.31).

leiblichen Eltern oder andere Sorgeberechtigte des Kindes, an eine Behörde oder an eine am Adoptionsverfahren beteiligte Person bewirkt, dass ein Kind mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland einer Person mit gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz zum Zweck der Adoption anvertraut wird. Der Täter wird mit Gefängnis bestraft, bei gewerbs- oder bandenmässiger Begehung lautet die Strafe auf Zuchthaus in Verbindung mit einer Busse. Mit dieser Strafnorm erfüllt die Schweiz die Anforderungen des vorliegenden Fakultativprotokolls.

3.3.3 Strafbare Kinderprostitution und der Kinderpornografie

Artikel 195 StGB regelt unter anderem die Kinderprostitution. Gemäss dieser Bestimmung ist strafbar, wer eine unmündige Person der Prostitution zuführt, die Handlungsfreiheit einer sich bereits prostituierenden Person beschränkt oder sie in der Prostitution festhält. Die Handlungsfreiheit gilt als beschränkt, wenn der Täter die Tätigkeit des Opfers überwacht oder Ort, Zeit, Ausmass oder andere Umstände der Prostitution bestimmt. Der Prostitution führt zu, wer jemanden in dieses Gewerbe einführt und zu dessen Ausübung bestimmt. Angesichts der Beeinflussungsmöglichkeiten, die vom blossen Ratschlag bis zum massiven Druck reichen können, bedarf es zwar einer gewissen Intensität der Einwirkung, damit ein Zuführen angenommen werden darf.⁸⁰ Da die Fähigkeit zur Selbstbestimmung bei einem Unmündigen vielfach noch nicht voll entwickelt ist, genügt bei Minderjährigen jedoch ein blosses Überreden durch einen älteren oder sonstwie überlegenen Täter.⁸¹ Mit Artikel 195 StGB in Verbindung mit den Bestimmungen über die Teilnahme erfüllt die Schweiz die Anforderungen von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b Fakultativprotokoll, wonach sie das Anbieten, Beschaffen, Vermitteln oder Bereitstellen eines Kindes zur Prostitution im Sinne des Artikel 2 des Fakultativprotokolls unter Strafe stellen muss.

Die Kinderpornografie wird in der Schweiz durch Artikel 197 Ziffer 3 und 3^{bis} StGB⁸² (harte Pornografie) unter Strafe gestellt. Strafrechtlich erfasst werden insbesondere auch virtuelle Darstellungen von pornografischen Handlungen mit Kindern, womit für die Schweiz die Frage offen bleiben kann, ob das Fakultativprotokoll diese Darstellungen ebenfalls unter Strafe stellen will. Die Aufzählung der strafbaren Handlungen in Artikel 197 StGB, wonach Strafbarekeit bei der Herstellung, Einführung, Lagerung, beim Inverkehrbringen, Anpreisen, Ausstellen, Anbieten, Zeigen, Überlassen oder Zugänglichmachen sowie beim Besitz von Kinderpornografie vorliegt, stimmt mit der Regelung in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe c des Fakultativprotokolls überein. Die Ausfuhr wird zwar im schweizerischen Strafrecht nicht explizit erwähnt. Dies ist jedoch nicht nötig, weil alle ausgeführten Objekte in der Schweiz hergestellt oder vorgängig in die Schweiz eingeführt wurden und somit auch erfasst werden. Es besteht daher keine Lücke. Die Schweiz erfüllt damit die Anforderungen des Protokolls.

⁸⁰ Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie) vom 26. Juni 1985 (BBl 1985 II 1009 ff.).

⁸¹ Stratenwerth Günter, Strafrecht Besonderer Teil I, S. 191.

⁸² BG vom 5. Oktober 2001 (Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität; Verbot des Besitzes harter Pornografie), in Kraft seit 1. April 2002 (BBl 2000 2943).

Nebst den genannten Bestimmungen sind in Fällen von Kinderpornografie und -prostitution insbesondere auch die Artikel 187 StGB (sexuelle Handlungen mit Kindern), Artikel 188 StGB (sexuelle Handlungen mit Abhängigen) sowie die arbeitsrechtlichen Normen (beispielsweise Art. 29 Abs. 2 und 3 ArG⁸³) zu prüfen.

3.3.4 Verantwortlichkeit juristischer Personen

Das Fakultativprotokoll verpflichtet die Vertragsstaaten, für die im Protokoll genannten Straftaten, soweit angemessen, die Verantwortlichkeit juristischer Personen einzuführen. Innerstaatliche Rechtsvorschriften können vorbehalten bleiben. Die Verantwortlichkeit kann straf-, zivil- oder verwaltungsrechtlicher Natur sein. Die Schweiz kennt die Verantwortlichkeit juristischer Personen im Zivilrecht. Die Unternehmen haften gemäss Artikel 55 ZGB als juristische Personen für ihre Organe und gemäss Artikel 55 OR⁸⁴ als Geschäftsherren für ihre Hilfspersonen. Daneben kommen gegebenenfalls die vertragsrechtlichen Haftungstatbestände zur Anwendung.

Bei der verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeit steht die Möglichkeit des Bewilligungsentzuges im Vordergrund; nichtstaatliche Adoptionsvermittlungsstellen sind bewilligungspflichtig. Die Bewilligung kann vom Bundesamt für Justiz beispielsweise entzogen werden, wenn sich eine Vermittlungsstelle die Vermittlung von Adoptionen gegen unstatthafte Vermögensvorteile zuschulden kommen liess⁸⁵.

Im Rahmen der Vorlage betreffend die internationalen Übereinkommen zur Bekämpfung des Terrorismus (BBl 2003 2847) wurde sodann per 1. Oktober 2003 die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens in die neuen Artikel 100^{quater} und 100^{quinquies} StGB eingeführt. Artikel 100^{quater} Absatz 1 sieht vor, dass ein Unternehmen mit Busse bestraft werden kann, wenn ein Verbrechen oder ein Vergehen durch seinen Betrieb verübt wird und diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann (subsidiäre Unternehmenshaftung). Durch diese straf-, zivil- und verwaltungsrechtlichen Massnahmen wird den Anforderungen des Fakultativprotokolls Genüge getan.

3.4 Zuständigkeitsregeln (Art. 4 Fakultativprotokoll)

Das Fakultativprotokoll verlangt von den Vertragsstaaten, dass sie für den Anwendungsbereich des Protokolls die Zuständigkeit des Begehungsortes und das aktive Personalitätsprinzip einführen. Die Zuständigkeit des Begehungsortes ist in der Schweiz in Artikel 3 StGB geregelt. Das Delikt gilt auch dort als begangen, wo der strafrechtliche Erfolg eintritt (Art. 7 Abs. 1 StGB). Bei der Bestimmung des Begehungsortes berücksichtigt das Bundesgericht darüber hinaus den Schaden, um dessen willen die Handlung unter Strafe gestellt ist, auch wenn er sich, wie bei einem schlichten Tätigkeits- oder Unterlassungsdelikt, vom Verhalten selbst nicht abhebt

⁸³ Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, SR 822.11).

⁸⁴ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Obligationenrecht, SR 220).

⁸⁵ Art. 18 Abs. 1 Bst. c der Verordnung vom 29. November 2002 über die Adoptionsvermittlung (SR 211.221.36).

und deshalb auch im Tatbestand nicht erwähnt ist.⁸⁶ Die Schweiz ist somit beispielsweise auch dann zuständig zur Strafverfolgung, wenn das Kind zum Zwecke des Kinderverkaufs in die Schweiz überführt wurde oder wenn kinderpornografische Bilder in der Schweiz aus dem Internet heruntergeladen wurden. Mit diesen Bestimmungen erfüllt die Schweiz die Anforderungen von Artikel 4 Absatz 1 Fakultativprotokoll.

Artikel 6 StGB regelt das aktive Personalitätsprinzip, indem der Schweizer, welcher im Ausland ein Verbrechen oder Vergehen verübt, dem schweizerischen Strafrecht unterworfen ist, wenn er sich in der Schweiz befindet oder der Eidgenossenschaft ausgeliefert wird.

Gemäss Artikel 4 Absatz 2 Fakultativprotokoll kann schliesslich – nebst dem aktiven und passiven Personalitätsprinzip (vgl. Art. 5 und 6 StGB) – die Zuständigkeit des Gerichtes des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Täters eingeführt werden. Gemäss Revision des Strafgesetzbuches vom 13. Dezember 2002 (BBl 2002 8240) wird bei Sexualdelikten und anderen schweren Delikten (u.a. Menschenhandel) gegen Unmündige im Ausland und bei der sog. stellvertretenden Strafrechtspflege fortan auch in denjenigen Fällen ein Strafverfahren in der Schweiz eingeleitet werden können, in welchen der Verdächtige sich in der Schweiz befindet (vgl. Art. 5 und 7 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 n-StGB).⁸⁷ Sind bei einem Verdächtigen einer unstatthaften Adoption mit gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz die Voraussetzungen der stellvertretenden Strafverfolgung jedoch nicht erfüllt, kann in der Schweiz kein Ermittlungsverfahren eingeleitet werden. Trotzdem genügt die Schweiz den Anforderungen des Protokolls, wird doch die Frage der Umsetzung von Artikel 4 Absatz 2 Fakultativprotokoll durch dessen offene Formulierung in das Ermessen der Vertragsstaaten gestellt («kann-Bestimmung»).

3.5 Auslieferung (Art. 5 Fakultativprotokoll)

Das Bundesgesetz vom 20. März 1981 (IRSG)⁸⁸ über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen regelt unter anderem die Auslieferung. Das Rechtshilfegesetz kommt jedoch nur zur Anwendung, soweit internationale Vereinbarungen nichts anderes bestimmen (Art. 1 Abs. 1 IRSG). Da die internationalen Rechtshilfe- und Auslieferungsinstrumente in der Regel keine Verfahrensbestimmungen enthalten, richtet sich der Vollzug auch bei Vorhandensein von multilateralen Instrumenten hauptsächlich nach dem IRSG und kantonalen Vorschriften.⁸⁹

⁸⁶ Stratenwerth Günter, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: die Straftat, Bern 1982, S. 89, mit Verweis auf BGE 91 IV 231 ff.

⁸⁷ Vgl. die Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998 (BBl 1999 III 1979 ff.)

⁸⁸ SR 351.1

⁸⁹ Art. 16 und 17 IRSG regeln die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen.

Die Regelung von Artikel 5 des Fakultativprotokolls stimmt inhaltlich mit zahlreichen Übereinkommen überein, denen die Schweiz angehört⁹⁰; sie wirft in Bezug auf das schweizerische Recht keine Probleme auf. So ist die Bestimmung von Artikel 5 Absatz 1 Fakultativprotokoll analog in mehreren der vorgenannten Übereinkommen enthalten. Die in den Auslieferungsverträgen und -übereinkommen statuierten Voraussetzungen für die Auslieferung sowie die Verweigerungsgründe behalten auch im Anwendungsbereich des Fakultativprotokolls weiterhin ihre Geltung.

Die Kann-Vorschrift von Artikel 5 Absatz 2 Fakultativprotokoll ist für die Schweiz bedeutungslos, da gestützt auf das IRSG auch ohne das Bestehen eines Auslieferungsvertrages Auslieferungen erfolgen können.

Sowohl Absatz 2 als auch der in der Schweiz anwendbare Absatz 3 von Artikel 5 Fakultativprotokoll behalten die im innerstaatlichen Recht⁹¹ geltenden Auslieferungsbedingungen vor. Zu den Voraussetzungen, von welchen die Schweiz die Auslieferung abhängig macht, zählen unter anderem die doppelte Strafbarkeit⁹² und die Einhaltung der Garantien, welche insbesondere in der EMRK und im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte festgeschrieben sind⁹³. Einem Auslieferungsgesuch wird nicht entsprochen, wenn es sich auf eine politische, militärische oder fiskalisch strafbare Handlung bezieht⁹⁴.

Eine Regelung, wie sie Artikel 5 Absatz 4 Fakultativprotokoll vorsieht, existiert ebenfalls in mehreren der oben erwähnten internationalen Instrumente, die für die Schweiz Geltung haben. Auch das in Absatz 5 geregelte Institut der stellvertretenden Strafverfolgung ist für die Schweiz nicht neu. Sie hat nach innerstaatlichem Recht⁹⁵ bereits heute die Möglichkeit, eine Straftat auf Ersuchen des Tatortstaates an dessen Stelle zu verfolgen.

3.6 **Rechtshilfe und internationale Zusammenarbeit (Art. 6 und Art. 10 Fakultativprotokoll)**

Artikel 6 Fakultativprotokoll hält fest, dass für die Gewährung von Rechtshilfe für die unter das Fakultativprotokoll fallenden Straftaten die zwischen seinen Mitgliedstaaten bestehenden Rechtshilfeverträge anzuwenden sind. Fehlen solche Verträge, so kommt das innerstaatliche Recht, für die Schweiz das oben erwähnte Bundesgesetz vom 20. März 1981⁹⁶ über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG), zum Zuge.⁹⁷

⁹⁰ So z.B. das Europäische Übereinkommen vom 27. Januar 1977 zur Bekämpfung des Terrorismus (SR **0.353.3**), das Übereinkommen vom 14. Dezember 1973 über die Verhütung, Verfolgung und Bestrafung von Straftaten gegen völkerrechtlich geschützte Personen, einschliesslich Diplomaten (SR **0.351.5**), das Internationale Übereinkommen vom 17. Dezember 1979 gegen Geiselnahme (SR **0.351.4**), das Übereinkommen vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (SR **0.105**).

⁹¹ Das Auslieferungsverfahren wird in der Schweiz in den Art. 32 ff. IRSG geregelt. Diese Bestimmungen gelten im Rahmen der allgemeinen Vorschriften der Art. 1 ff.

⁹² Vgl. Art. 35 IRSG.

⁹³ Vgl. Art. 2 Bst. a IRSG.

⁹⁴ Vgl. Art. 3 IRSG.

⁹⁵ Vgl. Art. 85 ff. IRSG.

⁹⁶ SR **351.1**; Art. 1–31 und Art. 63–80q IRSG.

⁹⁷ Vgl. vorne unter Ziff 3.5.

Weitere Verpflichtungen zur internationalen Zusammenarbeit enthält Artikel 10 Fakultativprotokoll. Die Aktivitäten der Direktion für Entwicklungszusammenarbeit und humanitäre Hilfe (DEZA) konzentrieren sich auf die Armutsbekämpfung und die nachhaltige Entwicklung und haben dadurch einen indirekten positiven Einfluss auf die vorliegende Problematik. Zudem haben zahlreiche Projekte der DEZA, so z.B. solche im Bereich der Erziehung oder der Gesundheit, zum zentralen Ziel, einige der Hauptursachen für Kinderverkauf, Kinderpornografie und Kinderprostitution zu bekämpfen. Solche Projekte setzen an bei der Prävention sowie beim Schutz, bei der Rehabilitation und der Reintegration von (potenziellen) Opfern und peilen Risikogruppen wie Strassenkinder, Heimkinder oder Mädchen aus armen Familien an. Als Beispiel dazu sei ein Projekt zur Rehabilitation von Strassenkindern in drei albanischen Städten angeführt, bei dem den Mädchen Priorität gegeben wird, um die Risiken von Frühheirat, Prostitution oder Bettelei zu vermindern.

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) seinerseits unterstützt die Kooperation und Koordination sowohl auf der internen, d.h. kantonalen und Bundesebene, als auch auf internationaler Ebene. In Fällen von Päd-Kriminalität, in denen mehrere Ämter (BJ, fedpol, BFF, IMES) des Departements berührt sind, ist das EJPD besorgt, dass alle interessierten Ämter miteinander in Kontakt stehen (Koordinationsstelle) und dass die Kantone, welche mit der Angelegenheit betraut sind, eine Ansprechperson haben. Auf internationaler Ebene erlaubt die zentrale Behörde für den Kinderschutz im Sinne der Haager Übereinkommen die Streuung der Informationen und die Absprache von gemeinsamen Strategien für den Kinderschutz. Diese Kooperation beim internationalen Kinderschutz basiert auf dem Vertrauensprinzip zwischen den Vertragsstaaten, auf der Gegenseitigkeit sowie dem Respekt der internationalen Legalität. Die zentralen Behörden (BJ) können die Strafbehörden ihrer jeweiligen Staaten, sogar die Minister, sensibilisieren und so den Kampf gegen die sexuelle Ausbeutung von Kindern auf verschiedenen Ebenen sowie in diversen Sektoren des Landes verstärken.

Seit mehreren Jahren sichert das Bundesamt für Polizei (Fedpol), gestützt auf einen «letter of intent», die Zusammenarbeit mit verschiedenen schweizerischen und ausländischen Nichtregierungsorganisationen sowie den Austausch von Informationen, vorallem im Bereich der Pädophiliebekämpfung und des Sextourismus. Im Weiteren wird auch aktiv mit Interpol, Europol und anderen ausländischen Strafverfolgungsbehörden zusammengearbeitet.

Die Schweiz engagiert sich auch auf multilateraler Ebene im Rahmen der Vereinten Nationen, des Europarats und anderer internationaler Organisationen, die sich unter anderem dem vorliegenden Thema annehmen: Allen voran durch die finanzielle Unterstützung von UNICEF, dem Kinderhilfsfonds der Vereinten Nationen, an welche die Schweiz seit Jahren namhafte jährliche Beiträge leistet (18 Millionen CHF im Jahr 2002), aber auch in der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE), der Internationalen Organisation für Migration (IOM; rund 2,6 Mio. Fr. im Jahr 2001) und der International Labour Organization (ILO; fast 4 Mio. pro Jahr).

Auf europäischer Ebene beteiligt sich die Schweiz am STOP-Programm (Stop trafficking of persons) der Europäischen Union.

Bei all ihren Bestrebungen lässt sich die Schweiz leiten durch den Aktionsplan der Sondersession der UNO-Generalversammlung zum Thema Kind vom Mai 2002, der den Titel «Eine kindergerechte Welt» trägt und einen wichtigen Schwerpunkt beim

Schutz des Kindes vor Missbrauch, Ausbeutung und Gewalt setzt. Die Schweiz war in die Verhandlungen aktiv involviert.

3.7 Beschlagnahme und Einziehung (Art. 7 Fakultativprotokoll)

Die Artikel 58–60 StGB regeln auf Bundesebene die Einziehung und Verwendung von Gegenständen und Vermögenswerten, welche für die Begehung einer Straftat bestimmt waren, dazu verwendet wurden oder aus einer Straftat hervorgebracht wurden. Diese Regelungen werden durch kantonale Bestimmungen über das Strafverfahren ergänzt. Die Rechtshilfe im Rahmen von Beschlagnahme und Einziehung ist in Artikel 63 ff. IRSG⁹⁸ geregelt.

3.8 Opferhilfe (Art. 8, Art. 9 Abs. 3 und 4 Fakultativprotokoll)

Gemäss Artikel 124 BV⁹⁹ sind Bund und Kantone für die Opferhilfe zuständig. Mit dem Opferhilfegesetz (OHG)¹⁰⁰, das zurzeit total revidiert wird, stellte der Bund einen Mindeststandard auf, wie Opfern von Straftaten gegen die körperliche, sexuelle oder psychische Integrität Hilfe und Entschädigung geleistet und wie ihre Rechtsstellung geregelt werden soll. Das Opferhilfegesetz findet bei den meisten Straffällen gemäss Fakultativprotokoll Anwendung, da die Delikte fast immer zu einer unmittelbaren Beeinträchtigung in der körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität gemäss Artikel 2 OHG führen. Die kindlichen Opfer nach Fakultativprotokoll können somit – gemäss den drei Pfeilern des Opferhilfegesetzes – Beratung und gewisse Verfahrensrechte in Anspruch nehmen und adhäsionsweise im Strafverfahren vom Täter bzw. der Täterin oder im Verfahren und unter den Voraussetzungen von Artikel 11 ff. OHG vom Staat Entschädigung sowie Genugtuung fordern. Die Gesetzgebung über die obligatorische Krankenversicherung deckt die Behandlung der Folgen von Missbrauch von Kindern wie auch von Erwachsenen.¹⁰¹

In Erfüllung der parlamentarischen Initiative Goll trat am 1. Oktober 2002 eine Teilrevision des Opferhilfegesetzes in Kraft, welche die Stellung von kindlichen Opfern verbesserte¹⁰². Damit gilt neu das Verbot, das kindliche Opfer mit dem oder der Angeschuldigten zu konfrontieren, wenn es um eine Straftat gegen die sexuelle Integrität geht oder wenn die Gegenüberstellung für das Kind zu einer schweren psychischen Belastung führen könnte (Art. 10b OHG). Das Kind darf des Weiteren während des gesamten Verfahrens in der Regel nicht mehr als zweimal einvernommen werden, wobei die Einvernahme von einem speziell ausgebildeten Beamten oder einer Beamtin durchzuführen ist. Zudem hat bei der Einvernahme ein Spezialist oder eine Spezialistin für Kinderfragen anwesend zu sein und die Befragung ist auf Video aufzuzeichnen. Des Weiteren kann eine Vertrauensperson aus dem Verfahren

⁹⁸ Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (SR 351.1).

⁹⁹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

¹⁰⁰ Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Hilfe von Opfern von Straftaten (SR 312.5).

¹⁰¹ Rapport de la Suisse, Mesures prises depuis 1996 contre l'exploitation sexuelle des enfants à des fins commerciales.

¹⁰² AS 2002 2997

ausgeschlossen werden, wenn diese einen bestimmenden Einfluss auf das Kind ausüben könnte (Art. 10c OHG). Schliesslich darf die kantonale zuständige Behörde das Strafverfahren ausnahmsweise einstellen, wenn dies das Kindeswohl erfordert und die Zustimmung des Kindes vorliegt (Art. 10d OHG).

Nach geltendem Recht (Art. 13 Bst. f BVO¹⁰³) können Aufenthaltsbewilligungen an Opfer des Menschenhandels erteilt werden (siehe auch Ziff. 2.9. und Rundschreiben des Bundesamtes für Zuwanderung, Integration und Auswanderung vom 25. August 2004 über die Aufenthaltsregelung für die Opfer von Menschenhandel¹⁰⁴). Im Entwurf zum neuen Ausländergesetz wird diese Praxis fortgesetzt und ausdrücklich aufgenommen (Art. 30 Entwurf AuG¹⁰⁵). Das geltende Recht und die im neuen Ausländergesetz vorgeschlagene Lösung tragen den Anliegen des Fakultativprotokolls damit vollumfänglich Rechnung.

Mit dem OHG erfüllt die Schweiz die Anforderungen des Fakultativprotokolls. Das Privatleben wird ergänzend nach Artikel 28 ff. ZGB geschützt. Das OHG enthält hingegen keine spezielle Regelung zum Schutze der Familie des Opfers und zum Schutz von Belastungszeugen (Art. 8 Abs. 1 Bst. f in fine Fakultativprotokoll). Der Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung schlägt für beide (wie auch für andere) Fallgruppen spezielle Schutzbestimmungen vor (Art. 160 ff. VE StPO¹⁰⁶). Obwohl die meisten der derzeit noch geltenden kantonalen wie auch eidgenössischen Strafprozessordnungen keine entsprechenden Bestimmungen enthalten, können schon heute pragmatische Lösungen gefunden werden, soweit solche erforderlich sind.

3.9 Weitere Verpflichtungen der Vertragsstaaten (Art. 9 Abs. 1, 2 und 5 Fakultativprotokoll)

Das Fakultativprotokoll fordert in seinem Artikel 9, dass die Vertragsstaaten politische Massnahmen ergreifen sowie Informations- und Präventionskampagnen durchführen, um Kinder besser vor sexueller Ausbeutung und Verkauf zu schützen.

Der Bericht «Kindesmisshandlung in der Schweiz» von 1992 und die dazugehörige Stellungnahme des Bundesrates von 1995¹⁰⁷ bilden in der Schweiz die Grundlagenpapiere für die Informations- und Präventionsarbeit der Behörden. Diese Arbeit erfolgt dabei nicht nur auf die Problematik der sexuellen Ausbeutung von Kindern beschränkt, sondern vielmehr auch gesamtgesellschaftlich zum Thema Misshandlung von Kindern und zu den Kinderrechten.

Auf Bundesebene ist gegenwärtig die Zentralstelle für Familienfragen mit Koordinationsaufgaben im Bereich der Prävention von Kindesmisshandlungen und des Kinderschutzes betraut. Sie unterstützt und initiiert Aktionen und Projekte zur Sensibilisierung und Prävention unter anderem im Bereich der kommerziellen sexuellen

¹⁰³ Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (SR **823.21**).

¹⁰⁴ www.imes.admin.ch/rechtsgrundlagen/rechtsquellen/weitere/opfer_menschenhandel/25_08_04_d.pdf

¹⁰⁵ BBl **2002** 3851 ff.

¹⁰⁶ Unter www.ofj.admin.ch/d/index.html findet sich unter der Rubrik Rechtsetzung/Verfahren&Prozess der Vorentwurf.

¹⁰⁷ Arbeitsgruppe Kindesmisshandlung, Bericht Kindesmisshandlungen in der Schweiz, Bern, Juni 1992 mit Stellungnahme des Bundesrates vom 27. Juni 1995.

Ausbeutung von Kindern, oft in enger Zusammenarbeit mit den spezialisierten Nichtregierungsorganisationen. Im Jahr 2002 hat die Zentralstelle beispielsweise eine Informationskampagne des Kinderschutzes Schweiz in öffentlichen Verkehrsmitteln zum Thema Gewalt gegen Kinder und gewaltfreie Erziehung finanziell unterstützt. Anfangs 2003 hat die Zentralstelle auch die von ECPAT Switzerland initiierte Präventionskampagne in den Schweizer Kinos zum Thema Sextourismus finanziert sowie das von ECPAT Switzerland organisierte internationale Kolloquium zur Kinderpornografie auf dem Internet, welches im Juni 2002 stattfand, mitfinanziert. Schliesslich ist an dieser Stelle auch die Telefonhilfe 147 für Kinder und Jugendliche zu erwähnen, welche finanziell vom Bund unterstützt wird.

Im Bereich der politischen Massnahmen war die Schweiz in den letzten Jahren vor allem auf institutioneller Ebene aktiv. Im Rahmen des Ratifikationsverfahrens des Haager Adoptionsübereinkommens haben der Bund und die Kantone Zentralstellen für den Vollzug und die Überwachung von internationalen Adoptionen errichtet, welche auf Grund ihres Kontaktnetzes eine nützliche Rolle bei der Sensibilisierung und Information spielen können, ohne oder mit minimalen Zusatzkosten für die öffentliche Hand. Des Weiteren wurden die Koordinationsstelle gegen Menschenhandel und Menschenschmuggel (KSMM) und das Internetmonitoring auf Bundesebene geschaffen. Das Internetmonitoring wird von der Koordinationsstelle zur Bekämpfung der Internet-Kriminalität (KOBIK)¹⁰⁸ verwaltet. Die Aufnahme der Arbeit der Koordinationsstelle anfangs 2003 stellt einen wichtigen Schritt in der Bekämpfung jeglicher Missbräuche auf dem Internet, insbesondere im Kampf gegen die Kinderpornografie, dar. Die Koordinationsstelle wird vom Bund und den Kantonen gemeinsam geführt, um gegen die Internet-Kriminalität anzukämpfen, strafbare Missbräuche auf dem Internet aufzudecken, die Untersuchungsvorgänge zu koordinieren und Analysen der Internet-Kriminalität vorzunehmen. Die Koordinationsstelle gegen Menschenhandel und Menschenschmuggel (KSMM) nahm ihre Arbeit ebenfalls anfangs 2003 auf. Einerseits ist sie die Drehscheibe für Information, Kooperation und Analyse des Bundes und der Kantone und andererseits die Kontakt- und Koordinationsstelle für die internationale Kooperation. Sowohl die KOBIK wie auch die KSMM sind im Bundesamt für Polizei eingegliedert. Auf Kantonsebene wurden vor allem Verbesserungen im Bereich des Vormundschaftsrechts erzielt. So haben viele Kantone Kinderschutzgruppen oder Kommissionen, welche sich auf den Kinderschutz spezialisiert haben, errichtet, da diese auf Grund ihrer Kompetenz und ihrer Bürgernähe bei den Betroffenen und in der Öffentlichkeit gezielter intervenieren können als der Bund. Eine nationale Kooperation ist hier nichtsdestotrotz besonders wichtig, um einen effizienten Kinderschutz zu gewährleisten.

Die bereits ergriffenen Massnahmen müssen fortgesetzt und durch weitere Massnahmen ergänzt werden. Artikel 9 des Fakultativprotokolls ist in seiner Abstraktheit zwar kaum justizierbar, er ist jedoch als programmatische Leitlinie bei der Formulierung der künftigen Politik heranzuziehen.

¹⁰⁸ Internetseite der KOBIK: <http://www.cybercrime.admin.ch>

3.10 Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die geltende schweizerische Rechtsordnung bis auf den Tatbestand des Menschenhandels die Anforderungen des Fakultativprotokolls erfüllt. Der Bundesrat beantragt aus diesem Grunde die Revision des Strafgesetzbuches hinsichtlich des Tatbestandes des Menschenhandels. Mit dieser Revision und auf Grund der Kompatibilität der schweizerischen Rechtsordnung mit den restlichen Bestimmungen des Protokolls kann die Schweiz das Fakultativprotokoll ratifizieren, ohne einen oder mehrere Vorbehalte anbringen zu müssen.

4 Finanzielle und personelle Auswirkungen auf Bund und Kantone

Die Kosten des Ausschusses für die Rechte des Kindes werden gemäss Artikel 43 Absatz 11 und 12 KRK durch das allgemeine Budget der UNO bezahlt. Da die Schweiz schon im heutigen Zeitpunkt einen entsprechenden Beitrag an die allgemeinen Verwaltungskosten der UNO leistet¹⁰⁹, entstehen diesbezüglich durch die Ratifikation des Fakultativprotokolls keine zusätzlichen Aufwendungen.

Die Umsetzung des Fakultativprotokolls sollte auf Bundesebene keine direkten finanziellen Folgen bewirken. Die Kosten für den Aufwand des Bundes für die Berichterstattung an den Ausschuss für die Kinder sind durch das Budget des zuständigen Departements gedeckt. Hinzu kommt, dass es sich vorliegend um das Fakultativprotokoll zur Kinderrechtekonvention handelt. Letztere wurde von der Schweiz ratifiziert, so dass die Schweiz bereits entsprechende Grundpflichten hat. Die zahlreichen programmatischen Bestimmungen lassen im Weiteren den zuständigen Behörden einen beträchtlichen Handlungsspielraum bei der Frage, wie sie die Bestimmungen umsetzen wollen.

Die Umsetzung des Fakultativprotokolls sollte keine Auswirkungen auf den Personalbestand des Bundes haben.

Es ist möglich, dass die Anwendung des Fakultativprotokolls für die Kantone zusätzliche Kosten mit sich bringt, was jedoch keine finanziellen Konsequenzen für den Bund haben sollte. Die programmatischen Bestimmungen lassen aber auch den Kantonen einen beträchtlichen Handlungsspielraum. Zudem sollten die Kantone bereits über Erfahrungswerte verfügen, da das Fakultativprotokoll lediglich eine Ergänzung zur Kinderrechtekonvention ist, welche die Schweiz schon vor mehreren Jahren ratifiziert hat.

5 Verhältnis zur Legislaturplanung

Die Vorlage ist im Bericht des Bundesrates über die Legislaturplanung 2003–2007 angekündigt¹¹⁰.

¹⁰⁹ Für das Jahr 2003 betrug der Pflichtbeitrag der Schweiz für das reguläre Budget der UNO (d.h. ohne «Capital Master Plan», ohne die internationale Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda und ohne Massnahmen für die Friedenserhaltung und -sicherung) US\$ 17 200 598.

¹¹⁰ BBl 2004 1149, Beilage 1

6 Rechtliche Aspekte

6.1 Verfassungsmässigkeit

Die Verfassungsmässigkeit des Bundesbeschlusses zur Genehmigung des Fakultativprotokolls beruht auf Artikel 54 Absatz 1 BV, welcher den Bund ermächtigt, völkerrechtliche Verträge abzuschliessen. Die Bundesversammlung ist nach Artikel 166 Absatz 2 BV zuständig, die Verträge zu genehmigen und zur Ratifizierung zu ermächtigen. Die Änderung des Strafgesetzbuches stützt sich auf Artikel 123 Absatz 1 BV.

Laut Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe d BV werden völkerrechtliche Verträge dem fakultativen Referendum unterstellt, wenn sie unbefristet und unkündbar sind (Ziff. 1), den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen (Ziff. 2) oder wenn sie wichtige rechtssetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert (Ziff. 3). Das Fakultativprotokoll ist kündbar (Art. 15 Fakultativprotokoll) und impliziert keinen Beitritt zu einer internationalen Organisation. Es stellt sich somit einzig die Frage, wie es sich mit Ziffer 3 verhält.

Um den Verpflichtungen des Fakultativprotokolls betreffend den Tatbestand des Menschenhandels nachzukommen, muss Artikel 196 StGB, welcher von einem engen Begriff des Menschenhandels ausgeht, revidiert werden, was die formelle Anpassung weiterer Gesetzesartikel¹¹¹ mit sich zieht. Mit der Revision von Artikel 196 StGB soll der Tatbestand des Menschenhandels auf den Handel zum Zwecke der Ausbeutung der Arbeitskraft und der Entnahme von Körperorganen ausgedehnt werden.

Da die Umsetzung des Fakultativprotokolls einige Gesetzesänderungen erforderlich macht, ist der Bundesbeschluss zur Genehmigung des Fakultativprotokolls dem fakultativen Staatsvertragsreferendum nach Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe d Ziffer 3 BV zu unterstellen.

6.2 Verhältnis zum europäischen Recht

6.2.1 Europäische Union

Die meisten Mitglieder der europäischen Union haben das Fakultativprotokoll unterzeichnet, neun davon haben es bereits ratifiziert.

Seit 1996 hat die Europäische Union eine Reihe von Programmen im Bereich Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Kindern eingeleitet. Dazu gehören das Programm «STOP» und das Programm «Daphne» zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und Kinder. An ihnen wirken Behörden und Nichtregierungsorganisationen mit. An den Tagungen von Tampere und Santa Maria de Feira forderten die Staats- und Regierungschefs die Mitgliedstaaten auf, in diesem Bereich konkrete Massnahmen zu beschliessen.

¹¹¹ Vgl. vorne Ziff. 3.3.1.

Im Dezember 2000 legte die EU-Kommission zwei Vorschläge für Rahmenbeschlüsse vor (Rahmenbeschluss zur Bekämpfung des Menschenhandels; Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie). Die Kommission stützte sich bei der Ausarbeitung der beiden Vorschläge auf die Arbeiten, welche auf internationaler Ebene in diesem Bereich durchgeführt worden waren. Der Rahmenbeschluss des Rates zur Bekämpfung des Menschenhandels trat am 1. August 2002 in Kraft; den Mitgliedstaaten wurde eine Frist bis zum 1. August 2004 für die Umsetzung gesetzt.

Am 25. März 2003 beschloss die Kommission die Einrichtung einer beratenden Gruppe mit der Bezeichnung «Sachverständigengruppe Menschenhandel». Die Gruppe soll der Europäischen Kommission Gutachten in Form von Stellungnahmen und Berichten zur Prävention und Bekämpfung des Menschenhandels liefern.

Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass sich die Europäische Union mit der Problematik des Menschenhandels befasst und zur Bekämpfung des Menschenhandels wie auch zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie bereits verbindliche Rahmenbeschlüsse gefasst hat, welche von den Mitgliedstaaten umzusetzen sind.

6.2.2 Europarat

Auf Stufe Europarat wurde das «Comité ad hoc sur la lutte contre la traite des êtres humains (CAHTEH)» einberufen mit dem Ziel, eine Konvention auszuarbeiten unter dem Titel «Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains». Bei der Ausarbeitung dieser Konvention gilt es insbesondere die Grundrechte der Opfer von Menschenhandel zu betonen und einen Rahmen festzulegen, um den Opfern den nötigen Schutz und die nötige Unterstützung zukommen zu lassen. Im Weiteren ist ein Kontrollmechanismus vorzusehen, und bei der Ausarbeitung sind die bereits bestehenden Normen des Europarates zu berücksichtigen. Schliesslich sollen auch die internationalen Rechtsinstrumente im Zusammenhang mit Menschenhandel beachtet werden. So soll das CAHTEH beispielsweise davon absehen, die im Zusatzprotokoll Menschenhandel¹¹² enthaltene Definition des Menschenhandels zu ändern.

Die Schweiz ist an der Ausarbeitung dieser Konvention mitbeteiligt.

6.2.3 Vereinbarkeit der Vorlage mit dem europäischen Recht

Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass die Bekämpfung des Menschenhandels auf verschiedenen Stufen erfolgt. Zahlreiche Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben das Fakultativprotokoll unterzeichnet und teilweise bereits ratifiziert. Die Vorlage ist somit mit europäischem Recht vereinbar.

¹¹² Zusatzprotokoll zum UNO-Übereinkommen gegen grenzüberschreitende organisierte Kriminalität zur Verhinderung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Handels mit Frauen und Kindern.