

Berlin, den 26.01.2015

### Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 28.01.2015 zu dem Antrag der Abgeordneten Ulle Schauws, Katja Keul, Katja Dörner, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Artikel 36 der Istanbul-Konvention – Bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller Gewalt und Vergewaltigung schließen.

BT-Drucksache 18/1969

von Rechtsanwältin Christina Clemm

*„Es war im Sommer. Es war heiß. Ich hatte einen Minirock, einen Tanga und ein knappes T-Shirt an. Damals habe ich so etwas noch getragen. Ich kam von der Arbeit. Wie meist um die Zeit war die U-Bahn voll. Ich fand keinen Sitzplatz. Es war gedrängt voll.*

*Zuerst habe ich mir dabei gar nichts gedacht, als ich immer wieder Berührungen an meinem Po spürte. Ich dachte, das ist halt so eng hier. Aber plötzlich, da spürte ich eine Hand unter meinem Rock. Blitzschnell bewegte die sich und schon hatte ich eine Hand an meiner Scheide. Eklig war das. Ich drehte mich um und sah in das Gesicht eines fremden Mannes. Der lächelte*

## ANWÄLTINNEN

**BARBARA WESSEL**

Rechtsanwältin

**CHRISTINA CLEMM**

Rechtsanwältin

Fachanwältin für Strafrecht

Yorckstrasse 80

10965 Berlin

Tel 030.62 20 17 48

Fax 030.62 20 17 49

büero@anwaeltinnen-kreuzberg.de

www.anwaeltinnen-kreuzberg.de

Bürozeiten

Mo bis Fr 10-13 Uhr

Mo, Di, Do 14-17 Uhr

Bankverbindung

Kto 409182107

Blz 100 100 10 Postbank Berlin

IBAN DE24 1001 0010 0409 1821 07

BIC PBNKDEFF

Steuer-Nr. 14 / 252 / 60729

Rechtsanwältin Barbara Wessel  
Aufenthalts- und Asylrecht,  
Familienrecht, Lebenspartnerschaften

Rechtsanwältin Christina Clemm  
Strafrecht, Familienrecht, Gewaltschutz

#### In Bürogemeinschaft mit

Rechtsanwältin Barbara Petersen  
Strafrecht, Aufenthaltsrecht,  
Familienrecht

Rechtsanwältin Inken Stern  
Aufenthalts- und Asylrecht, Sozialrecht

Rechtsanwältin Sigrun Krause  
Aufenthalts- und Asylrecht, Sozialrecht

*und griff mir auch noch an meine Brüste. Er sagte etwas wie: Du bist wunderschön. Dann endlich konnte ich schreien.*

*Er sagte ganz ruhig, dass ich mich nicht so haben soll, dann nahm er seine Hände von meiner Brust, strich mir noch einmal mit seiner Hand über meine Wange. Und dann steckte er auch noch seinen Finger in seinen Mund, warf mir eine Kusshand zu und ging. Bei der Polizei haben sie mich weggeschickt, weil das ja nicht strafbar ist. Ich bin monatelang nicht mehr U-Bahn gefahren. Jetzt mache ich das manchmal, wenn es gar nicht anders geht, wieder, aber ich ziehe mich anders an. Oft konnte ich aber gar nicht einsteigen, weil ich solche Panikfälle habe.“<sup>1</sup>*

## **Inhalt**

1. Zusammenfassung
2. Vorbemerkung
3. Bestehende Rechtslage
4. Reformbedarf
5. Schutzlücken: Fallbeispiele aus der anwaltlichen Praxis
6. Schutzlücken: Fallbeispiele aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
7. Änderungsvorschläge und Ausblick

### 1. Zusammenfassung

Das deutsche Sexualstrafrecht bedarf schon lange einer umfassenden Reform, da relevante Lücken des Schutzes des sexuellen Selbstbestimmungsrechts bestehen. Artikel 36 des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11.5.2011 (Istanbul-Konvention) zwingt jetzt zu gesetzlichen Neuregelungen.

Ein modernes Sexualstrafrecht hat die Aufgabe, das sexuelle Selbstbestimmungsrecht von allen Personen umfassend zu schützen.

---

<sup>1</sup> Bericht einer Mandantin im Jahr 2013. Die beschriebene Handlung ist nach derzeitiger Rechtslage unter keinem bestehenden rechtlichen Gesichtspunkt strafbar.

Unter sexueller Selbstbestimmung wird das Recht verstanden, die Freiheit zu haben, über Zeitpunkt, Art, Form und Partner sexueller Betätigung nach eigenem Belieben zu entscheiden.<sup>2</sup>

Entgegen der bestehenden Rechtslage sollte diese Freiheit auch dann geschützt werden, wenn eine Person sexuelle Handlungen erkennbar nicht möchte.

Derzeit ist aber nicht der Willen der betroffenen Person entscheidend, sondern allein der Umstand, ob Zwang zur Überwindung eines von ihr erfolgten oder erwarteten Widerstands ausgeübt wird.

Zentral wird in einem solchen neu zu schaffenden Sexualstrafrecht ein Grundtatbestand des sexuellen Übergriffs<sup>3</sup> sein, der auf sämtliche Nötigungsmittel verzichtet.

Dieser sollte allein auf den entgegenstehenden Willen des Opfers abstellen, der für den Täter erkennbar sein muss. Welche Formulierung hierzu am tauglichsten ist, wird genau zu diskutieren sein.

Derzeit scheint das von Frau Prof. Dr. jur. Hörnle in ihrem für das Deutsche Institut für Menschenrechte erstellte Gutachten<sup>4</sup> die tragfähigste Formulierung zu enthalten. Frau Prof. Hörnle schlägt vor, den Grundtatbestand wie folgt zu formulieren: "Wer gegen den erklärten Willen einer anderen Person oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist, sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder an sich vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung an oder mit einem Dritten bestimmt..."

## 2. Vorbemerkung

Die Unterzeichnerin ist als Fachanwältin für Strafrecht seit vielen Jahren sowohl als Strafverteidigerin, als auch als Nebenklagevertreterin forensisch tätig. In die anwaltliche Beratung kommen häufig Frauen und Kinder, selten auch Männer, die Opfer sexueller Übergriffe geworden sind.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> StGB- Kurzkomentar, Thomas Fischer, 62. Auflage, § 177 RZ 2

<sup>3</sup> Es geht bei den hier diskutierten Fällen nicht primär um Fälle sexueller Gewalt und Vergewaltigung (bei der begriffsnotwendig Gewalt erforderlich ist), denn die sexuelle Selbstbestimmung ist vor gewalttätigen Angriffen bei richtiger Rechtsauslegung im deutschen Strafrecht bereits hinreichend geschützt. Es geht vielmehr um solche sexuellen Übergriffe, die ohne Anwendung von Gewalt und Nötigung i.S. der §§177 und 240 StGB verübt werden. Deshalb werden hier die Begriffe „sexuelle Übergriffe“ oder „Sexualstraftaten“ verwendet.

<sup>4</sup> Prof. Dr. jur. Hörnle: Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2015

<sup>5</sup> Opfer von Sexualdelikten sind weiterhin ganz überwiegend Frauen. Nach PKS des BKA vom 23.1.2014 wurden für den Berichtszeitraum 2013 insgesamt 13.202 Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung registriert, davon waren 12345 weiblich, also 93 %. Täter sind hingegen vorwiegend männlich. PKS, Bundeskriminalamt, 2013 Von den im Jahr 2012 wegen Vergewaltigung (§ 177 Abs. 2 StGB) Abgeurteilten waren 747 männlich

Die Anzeigenbereitschaft ist insgesamt niedrig, zu groß ist die Angst vor den Tätern, der Polizei, dem Gericht, den Strafverteidigern oder der Konfrontation mit dem Geschehen. Oft berichten Mandantinnen anlässlich von Beratungsgesprächen in z.B. familienrechtlichen Verfahren von erlebten sexuellen Übergriffen, die jedoch weder angezeigt noch im familiengerichtlichen Verfahren vorgetragen werden.

Den Betroffenen, die sich zu einer Anzeige entschließen, geht es häufig weniger um eine bestimmte Bestrafung oder Strafhöhe als darum, dass ihnen Glauben geschenkt wird und dass das, was ihnen widerfahren ist, als Unrecht anerkannt wird. Häufig erstatten die Betroffenen nicht selbst Strafanzeige, sondern werden die Verfahren durch Polizei oder Bekannte eingeleitet, oft erstatten Betroffene Anzeigen, um lange gehaltene Geheimnisversprechen endlich zu brechen.

Nur selten handelt es sich bei den Tätern um Fremdtäter, meist sind es Freunde, Bekannte, Partner, Ex-Partner oder andere Verwandte, die sexuelle Übergriffe ausüben. Sehr selten gibt es eindeutige Beweise, wie etwa körperliche Spuren oder Videoaufnahmen.

Häufig kommen die Täter mit sehr wenig oder keiner Gewalt aus, da die Geschädigten aus unterschiedlichsten Gründen jedwede Gegenwehr unterlassen. Meist ist es Angst vor körperlicher Gewalt, häufig Todesangst, oft aber auch Angst vor sozialer Ächtung oder anderen Repressalien, die den Betroffenen jede Möglichkeit sich zu wehren verunmöglicht. Betroffene berichten von Todesangst, auch wenn nie eine konkrete Drohung ausgesprochen wurde oder tatsächlich keine Gewalt ausgeübt wurde.

Viele Betroffene sexueller Übergriffe erleiden erhebliche psychische und somatische Folgen. Viele sind nicht in der Lage sexuelle Beziehungen aufzunehmen oder Partnerschaften einzugehen, manche sind in ihrer gesamten Lebensführung beeinträchtigt und nicht arbeitsfähig.<sup>6</sup> Dabei berichten Betroffene oft, dass nicht die Gewalt oder körperliche Schmerzen das Schlimmste gewesen seien, sondern die besondere Erniedrigung.

### 3. Bestehende Rechtslage:

Das deutsche Strafgesetzbuch pönalisiert sexuelle Übergriffe gegen erwachsene, nicht widerstandsunfähige Personen außerhalb besonderer Abhängigkeitsverhältnisse nur dann, wenn sie gem. § 177 StGB mit Gewalt, qualifizierter Drohung oder unter Ausnutzung einer schutzlosen Lage durchgeführt werden. Gem.§ 240 Abs.4 Nr. 1 StGB auch dann, wenn die

---

und nur 4 weiblich, Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10 Reihe 3 (Rechtspflege – Strafverfolgung), Tabelle 2.1.

<sup>6</sup> Müller/Schröttle: Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland, Untersuchung im Auftrag des BMFSFJ, 2004.

sexuelle Handlung der Person durch Einsatz einer Drohung mit einem empfindlichen Übel erzwungen wird.<sup>7</sup>

Stets ist Voraussetzung, dass ein erfolgter oder erwarteter Widerstand der Betroffenen zur Durchführung der sexuellen Handlung überwunden werden muss.<sup>8</sup>

Voraussetzung ist also immer eine Nötigung.

Sexuelles Handeln am bzw. im Körper einer anderen Person ohne deren Einverständnis oder gegen ihren Willen ist nicht strafbar. Das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung wird von der Rechtsordnung somit nicht als grundsätzlich schützenswert angesehen, sondern nur dann, wenn das Rechtsgut aktiv verteidigt wird.

Die von einer Einwilligung nicht gedeckte Inanspruchnahme eines fremden Körpers zur eigenen Befriedigung wird als nicht sanktionswürdig angesehen und der Wille des Opfers für bedeutungslos erklärt.<sup>9</sup>

#### 4. Reformbedarf

Das Menschenrecht auf uneingeschränkte sexuelle Selbstbestimmung bedarf des weiteren Schutzes, als lediglich vor gewaltsamen Übergriffen und durch Nötigung erzwungenen Verhaltens.

Schon heute, also vor Ratifizierung der Istanbul-Konvention besteht die menschenrechtliche Verpflichtung Deutschlands, insbesondere aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, das Sexualstrafrecht zu ändern.<sup>10</sup> Bereits gemessen an den im Urteil des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in seiner Entscheidung M.C. gegen Bulgarien dargelegten Anforderungen an den menschenrechtlichen Schutz der sexuellen Selbstbestimmung reicht die heutige deutsche Strafrechtsslage nicht aus.<sup>11</sup>

Erst recht besteht Änderungsbedarf für die Ratifizierung der Istanbul-Konvention.

---

<sup>7</sup> § 240 Abs. 4 Nr. 1 StGB ist in der Praxis bereits deshalb irrelevant, da nach dem Wortlaut des Gesetzes dieser nur dann eingreift, wenn von der Person eine aktive sexuelle Handlung erzwungen wird.

<sup>8</sup> Gem. § 179 StGB sind sexuelle Handlungen auch dann strafbar, wenn sie unter Ausnutzung der Widerstandsunfähigkeit des Opfers erfolgen. Zur Kritik daran wird an späterer Stelle kurz eingegangen.

<sup>9</sup> Deutscher Juristinnenbund (djb): Stellungnahme vom 9.5.2014 zur grundsätzlichen Notwendigkeit einer Anpassung des Sexualstrafrechts (insbesondere § 177 StGB) an die Vorgaben der Konvention des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention) von 2011. <http://www.djb.de/Kom/K3/st14-07/>

<sup>10</sup> Rabe, Norman: Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen. Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht; Deutsches Institut für Menschenrechte, 2014

<sup>11</sup> EGMR, Urteil vom 4.12.2003, Beschwerde-Nr. 39272/98, M.C. gegen Bulgarien



Denn dort heißt es in Art. 36: die Vertragsstaaten verpflichten sich, alle nicht einverständlichen sexuellen Handlungen unter Strafe zu stellen und eine effektive Strafverfolgung zu gewährleisten.

Dabei muss nach Art. 36 Ziff. 2 das Einverständnis der Person freiwillig als Ergebnis des freien Willens, der im Zusammenhang der jeweiligen Begleitumstände beurteilt wird, erteilt werden.

Diese nun europarechtlich erforderlich gewordenen Änderungen sind auch längst überfällig, da es zahlreiche sexuelle Übergriffe gibt, die nicht unter die bisher bestehenden Vorschriften zu subsumieren sind, die aber aufgrund der Intensität des Eingriffs in das Schutzgut strafwürdig sind.

Dies gilt umso mehr, als die hier zu diskutierenden Übergriffe zumeist zu erheblichen Schäden bei den Betroffenen führen.<sup>12</sup>

#### 5. Schutzlücken: Fallbeispiele aus der anwaltlichen Praxis:

Im Folgenden werden zur Veranschaulichung neben dem anfangs zitierten Fall vier Beispiele<sup>13</sup> dargestellt, die nach bestehender deutscher Rechtslage nicht strafbar, jedoch strafwürdig sind:

*a. Eine 24-jährige Frau befindet sich bei einer Party in einer im Erdgeschoss befindlichen Privatwohnung, zu der sie von einem Bekannten mitgenommen wurde. Den Wohnungsinhaber kennt sie nicht. Sie unterhält sich angeregt mit einem ihr Unbekannten und beginnt im Laufe des Abends mit diesem Zärtlichkeiten auszutauschen. Sie bemerkt nicht, dass die meisten anderen Partygäste zwischenzeitlich gegangen sind. Erst als sich eine weitere männliche Person zu ihr setzt und beginnt, sie anzufassen, registriert sie, dass sie sich allein mit 5 ihr unbekanntem Männern in der Wohnung befindet. Ob im Nachbarzimmer Personen sind, weiß sie nicht, im Nachhinein wird sich herausstellen, dass dort 2 weibliche Personen geschlafen haben. Die Terrassentür ist geöffnet. Die betroffene Frau fordert die beiden Männer auf, die Berührungen zu unterlassen. Sie sagt, dass sie so etwas nicht möchte. Beide Männer lachen und streicheln sie weiter. Nun kommen*

---

<sup>12</sup> so u.a. Schröttle et al., Gewalt gegen Frauen – Eine sekundäranalytische Auswertung zur Differenzierung von Schweregraden, Mustern, Risikofaktoren und Unterstützung nach erlebter Gewalt, im Auftrag des BMFSFJ, 2009

<sup>13</sup> Es handelt sich dabei um Fälle, die entweder aus der eigenen anwaltlichen Praxis der Unterzeichnerin stammen oder von Kolleg/Innen berichtet wurden. Aus Gründen des Schutzes der Persönlichkeitsrechte der beteiligten Personen wurden diese teilweise verändert.

*auch die anderen hinzu, scherzen und feixen und sagen, wie schön es für sie sein wird, mit allen Sex zu haben. Das wollte sie doch sicher schon immer mal ausprobieren und sie solle sich nicht anstellen .Die Betroffene weint. Ein Mann, der sich im Raum befindet distanziert sich und sagt den anderen, dass sie aufhören sollen, sie sähen doch, dass die Frau dies nicht wolle. Er wird ausgelacht. Daraufhin verlässt er den Raum. Auch hierauf wird mit Lachen der anderen reagiert. Die verbliebenen Männer fassen die Betroffene weiterhin an. Niemand droht ihr, niemand hält sie fest. Sie weint weiter, sagt, dass sie das nicht will, wirklich nicht will und sie aufhören sollen.*

*Die Männer lachen und scherzen weiter. Sie hat große Angst. Sie wagt es aber nicht, sich zu wehren, nicht wegzulaufen. Im Folgenden lässt sie es zu, dass 4 Männer nach einander mit ihr den vaginalen Geschlechtsverkehr ausüben.*

*Sie weint fast während der gesamten Handlungen. Nach den sexuellen Handlungen wird weiter gescherzt. Die Betroffene zieht sich an und geht.*

Das Verhalten der 4 Männer ist nicht strafbar. Aufgrund des Umstandes, dass die Terrassentür offenstand und weitere Personen im Nebenzimmer waren, stellt sich die Lage nicht als schutzlos i.S.d. § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB dar. Objektiv wäre eine Fluchtmöglichkeit gegeben gewesen, möglicherweise hätte auch körperliche Gegenwehr zum Erfolg geführt. Obwohl allen Beteiligten unmissverständlich klar war, dass die Betroffene diese sexuellen Handlungen nicht wünschte, bleibt das Verhalten der Männer strafrechtlich unbeachtlich.

*b. Die Betroffene ist 18 Jahre alt. Sie besucht ein Gymnasium, ihre Noten sind schlecht. In 2 Fächern, die Lehrer x unterrichtet, steht sie auf 5. Lehrer x bittet sie nach dem Unterricht zu bleiben. Als sie allein mit ihm ist schließt er die Tür ab, der Schlüssel steckt. Er setzt sich ganz nah an sie, berührt sie am Arm und streichelt bis zu den Brüsten. Sie sagt, dass sie das nicht möchte. Er sagt, er wolle ja nur ein bisschen fummeln und das möge sie ja sonst auch, wie er in den Pausen beobachtet habe. Sie ekelt sich, zittert, weint, setzt sich jedoch nicht zur Wehr. Er berührt sie an den Brüsten unterhalb des BH und führt seinen Finger in ihre Scheide ein. Nach ca. 10 Minuten beendet er sein Handeln, bedankt sich für das Gespräch. Als sie schon an der Tür ist ruft er, dass er im Übrigen froh sei, ihr mitteilen zu können, dass sie nun doch noch eine 4 bekäme.*

Auch das Verhalten des Lehrers ist nicht strafbar. Eine Strafbarkeit nach § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB scheidet aus, da die Betroffene bereits 18 Jahre alt ist. Auch liegt keine Nötigung i.S.d. § 240 Abs. IV Nr.1 StGB vor, da insofern nur die Nötigung zu einer sexuellen Handlung, nicht

die zur Duldung sexueller Handlungen bestraft wird<sup>14</sup>, abgesehen davon, fehlt es bereits an einer Drohung i.S.d. § 240 StGB.

*c. Die Betroffene hat ihren Ehemann in ihrem Herkunftsland kennengelernt und ihn dort geheiratet. Ihre Familie war gegen die Heirat. Sie leben seit 1 Jahr in Deutschland zusammen. Der Ehemann verlangt jeden Abend Sex. Sie möchte dies nicht und teilt es ihm immer wieder mit. Dennoch besteht er darauf. Oft schließt sie sich abends stundenlang in der Toilette ein und wartet bis er eingeschlafen ist.*

*Manchmal haben sie einverständlichen Geschlechtsverkehr. Eines Abends eskaliert die Situation. Sie hat eine Blasenentzündung und möchte auf keinen Fall Geschlechtsverkehr haben. Sie weint.*

*Er teilt ihr mit, dass er, wenn sie heute keinen Sex mit ihm habe, sich –auch offiziell – trennen werde. Sie weiß, dass eine Trennung von ihrem Ehemann eine Beendigung ihrer Aufenthaltserlaubnis bedeutet und sie mit einer Abschiebung in ihr Herkunftsland rechnen muss. Sie lässt den Geschlechtsverkehr über sich ergehen. Ihr Mann weiß, dass sie dies nur deshalb zulässt, weil sie in ihrem Herkunftsland soziale Ächtung zu erwarten hat.*

Auch diese Handlung ist derzeit nicht strafbar. Ebenso wie oben geschildert liegt keine Drohung i.S.d. § 177 StGB und auch nicht i.S.d. § 240 StGB vor. Man könnte hier an eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung denken, da der Sex aufgrund ihrer Erkrankung schmerzhaft war. Die Stellung eines Strafantrags in der erforderlichen Frist war der Betroffenen aber unmöglich, da sie auch ansonsten mit der Trennung und damit der Abschiebung hätte rechnen müssen.

*d. Die Betroffene Y lebt in einer Wohngemeinschaft. Sie kommt spät nachts gemeinsam mit X, dem Bruder ihres Freundes, nachhause. Sie unterhalten sich noch über ihre jeweiligen Beziehungen und tauschen sich darüber aus, wie glücklich sie jeweils sind. X übernachtet auf einer Isomatte neben ihrem Bett, da er ein wenig außerhalb der Kleinstadt lebt und kein Bus mehr fährt. Y erwacht, als sie eine merkwürdige Bewegung hinter sich spürt. Kurz darauf greift X mit einer Hand unter ihr Nachthemd an ihre unbedeckte Brust und streichelt diese, mit der anderen Hand manipuliert er an seinem Geschlechtsteil. Sie schubst ihn weg.*

*Später merkt sie, dass er schon vorher ihren Slip ausgezogen haben muss, denn dieser befindet sich nunmehr auf dem Fußboden.<sup>15</sup>*

---

<sup>14</sup> So Fischer, s.o. § 240 Rz 59



Bei dieser Handlung handelt es sich um eine sog. Überraschungstat, die ebenfalls straflos ist. Es liegt auch kein Fall des § 179 StGB vor, da die Vornahme der sexuellen Handlung erst erfolgte, als die Betroffene bereits erwacht war. Das Entkleiden an sich stellt keine sexuelle Handlung dar. Aufgrund der Überraschung war der Einsatz von Zwang nicht erforderlich.

Dies sind keine Einzelfälle. In einer Untersuchung des Bundesverbandes Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe (bff) wurden bundesweit mehr als 100 derart gelagerte Fälle analysiert, die entweder bereits im Ermittlungsverfahren eingestellt wurden oder in denen erstinstanzlich keine Verurteilung erfolgte.

Dabei mussten erhebliche Schutzlücken festgestellt werden.

Alle zitierten Fälle hatten gemein, dass die Betroffenen für den Täter erkennbar ausdrücklich die sexuellen Handlungen abgelehnt hatten.

Eine Strafbarkeit der angezeigten Fälle scheiterte u.a. daran, dass kein oder zu wenig Widerstand geleistet wurde, dass die eingesetzte Gewalt nicht zielgerichtet auf die Vornahme der sexuellen Handlung gerichtet war, dass sexuelle Handlungen vorgenommen wurden bevor die Betroffene sich wehren konnte, dass eine objektive schutzlose Lage nicht festgestellt werden konnte oder Drohungen erfolgten, die den strafrechtlich relevanten nicht genügen.<sup>16</sup>

#### 6. Schutzlücken: Fallbeispiele aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs:

Aber nicht nur Staatsanwaltschaften oder erstinstanzliche Gerichte, auch der BGH hat in den letzten Jahren immer wieder durch seine Entscheidungen deutlich gemacht, dass strafwürdige Sexualtaten nach deutschem Strafrecht nicht geahndet werden können.

Beispielhaft seien hier zwei Fälle aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dargestellt.

*a. In einem Fall suchte ein Ehemann seine getrennt lebende Ehefrau auf. Er erschoss zunächst den dort aufhältlichen guten Freund seiner Ehefrau und forderte sie auf mitzukommen, sonst sei sie die Nächste. Aus Angst, auch erschossen zu werden folgte sie ihm. Während der Fahrt bekundete sie auf seine Frage hin, dass sie ihn liebe. Er fuhr zu einem Hotel. Spätestens als sie gemeinsam das Hotelzimmer betraten, beschloss der Ehemann, mit seiner*

---

<sup>15</sup> Y trennt sich kurz darauf von ihrem Freund. Sie zieht aus der WG aus, weil sie die Örtlichkeit nicht mehr ertragen kann. Sie erwacht bei dem kleinsten Geräusch und leidet unter Panikattacken.

<sup>16</sup> bff, Frauen gegen Gewalt e.V.: „Was Ihnen widerfahren ist, ist in Deutschland nicht strafbar“. Fallanalyse zu bestehenden Schutzlücken in der Anwendung des deutschen Sexualstrafrechts bezüglich erwachsener Betroffener.

*Frau den Geschlechtsverkehr auszuüben, was sie, wie er erkannte, aus Angst im Folgenden zuließ.*

Der BGH hob die Verurteilung wegen sexueller Nötigung auf, da die Drohung, die der Angeklagte ausgesprochen hatte, nicht final mit der späteren sexuellen Handlung verknüpft war. Es bestand die Möglichkeit, dass er zunächst seine Ehefrau nur mitnehmen wollte und erst zu einem späteren Zeitpunkt den Entschluss fasste, nochmals den Geschlechtsverkehr mit ihr durchzuführen.

Letztlich konnte nicht festgestellt werden, dass der Angeklagte vor der Vornahme der sexuellen Handlungen in dem Hotelzimmer ausdrücklich oder zumindest konkludent auf die ursprüngliche Bedrohung Bezug nahm.<sup>17</sup>

*b. Nach einem Streit mit seiner Ehefrau drohte der Angeklagte seiner Ehefrau, sie umzubringen, was sie glaubte. Er schleifte sie ins Wohnzimmer warf sie auf eine Couch, auf der auch der verängstigte 6-jährige Sohn saß. Sie wehrte sich nicht, da er sie bereits einige Zeit vorher einmal so geschlagen hatte, dass sie sich stationär behandeln lassen müssen. Auf der Couch musste sie zunächst seinen Anweisungen folgen und unter anderem ihren Freund anrufen und die Beziehung beenden. Daraufhin schleifte er sie ins Schlafzimmer. Er forderte sie auf, sich auf das Bett zu legen. Sie sagte „Bitte nicht“ und begann zu weinen. Daraufhin vollzog er den Geschlechtsverkehr mit ihr.*

Auch hier hob der BGH eine Verurteilung nach § 177 StGB auf. Das Landgericht hatte das Vorliegen einer schutzlosen Lage angenommen. Der BGH fand es jedoch nicht hinreichend belegt, dass der Angeklagte sich der Ausnutzung der schutzlosen Lage bewusst war.<sup>18</sup> Zwar ließ der BGH in dieser Entscheidung offen und überließ es dem Landgericht, ob der § 177 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 StGB erfüllt sein könnte, wies aber darauf hin, dass dies nur dann zu prüfen sei, wenn sich ergebe, dass der Angeklagte bereits zum Zeitpunkt des Schleifens in das Schlafzimmer den Vorsatz zu sexuellen Handlungen gehabt habe.

Nur dann läge nämlich die finale Verknüpfung von Gewalt und Drohung und der erzwungenen sexuellen Handlung vor. Zwar hat der BGH mehrfach entschieden, dass auch ein sog. „Klima der Gewalt“ zur Verwirklichung des § 177 StGB führen könne, insofern sei aber erforderlich, dass der Täter bei Tatverwirklichung die Furcht des Opfers und deren Kausalität für den Verzicht auf möglichen Widerstand erkenne.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> BGH, Beschluss vom 16. Oktober 2012 – 3 StR 385/12

<sup>18</sup> BGH, Beschluss vom 27. Februar 2013 – 4 StR 544/12

<sup>19</sup> Fischer, s.o. § 177, Rz. 43 m.w.N.

Auch in zahlreichen anderen Entscheidungen hat der BGH die Anwendung des § 177 StGB verneint, so z.B. wenn aufgrund von Überraschungsangriffen keine Drohung oder Gewalt angewandt wurde<sup>20</sup> oder die Gewalt nicht den Maßstäben des § 177 StGB genügte<sup>21</sup>.

Entgegen der Intention des Gesetzgebers bei der Einführung der sog. schutzlosen Lage in den § 177 StGB hat der BGH darüber hinaus in ständiger Rechtsprechung den Tatbestand der schutzlosen Lage i.S.d. § 177 Abs. 1 Nr.3 StGB in den letzten Jahren so sehr eingeschränkt, dass nur in seltenen Fällen eine Anwendung des § 177 Abs.1 Nr. 3 StGB erfolgt.

So setzt der objektive Tatbestand des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB voraus, dass sich das Opfer in einer Lage befindet, in der es über keine effektiven Schutz- oder Verteidigungsmöglichkeiten mehr verfügt und deshalb der nötigen Gewalt des Täters ausgeliefert ist. Hiervon ist dann auszugehen, wenn das Opfer bei objektiver ex-ante-Betrachtung keine Aussicht hat, sich den als mögliche Nötigungsmittel in Betracht zu ziehenden Gewalthandlungen des Täters zu widersetzen, sich seinem Zugriff durch Flucht zu entziehen oder fremde Hilfe zu erlangen.<sup>22</sup> Objektiv ist die schutzlose Lage aber z.B. dann nicht gegeben, wenn in der Nachbarwohnung Menschen Schreie hören und zu Hilfe eilen könnten, selbst dann, wenn die Betroffene hiervon keine Kenntnis hat.

Nach alledem ist offensichtlich, dass Änderungsbedarf für das deutsche Sexualstrafrecht besteht.

In allen beschriebenen Fällen läge nach einer Neuformulierung entsprechend dem Vorschlag von Frau Prof. Hörnle künftig eine Straftat vor.

## 7. Änderungsvorschläge und Ausblick

Eine umfassende Strafrechtsänderung ist erforderlich, um den Werten einer modernen Gesellschaft zu genügen, in der sich Menschen selbstbestimmt und frei aufeinander zubewegen können, ohne Angst davor haben zu müssen, dass jederzeit sanktionslos in ihr Rechtsgut auf sexuelle Selbstbestimmung eingegriffen werden kann, solange sie es nicht selbst aktiv schützen, zu genügen.<sup>23</sup> Nicht die Reformierung einer bis ins Mittelalter zurückzuverfolgenden Struktur des Tatbestandes der Vergewaltigung, sondern deren Beibehaltung, ist illiberal.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> BGH, Beschluss vom 4.6.2013 – 2 StR 3/13; BGH, Beschluss vom 27.2.2013 – 4 StR 544/12

<sup>21</sup> BGH, Beschluss vom 22.6.2006 – 3 StR 172/06

<sup>22</sup> BGH, Beschluss vom 20. März 2012 – 4 StR 561/11

<sup>23</sup> S.o. djb: Stellungnahme vom 9.5.2014

<sup>24</sup> So auch Prof Hörnle: Plädoyer für eine sachlichere Debatte um den Vergewaltigungstatbestand, verfassungsblog vom 26.10.2014

Entsprechend dem Antrag der Grünen zu Artikel 36 der Istanbul-Konvention ist das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung strafrechtlich zu schützen, wenn das Opfer keinen sexuellen Kontakt will und mit Worten widerspricht. Insofern bedarf es einer gesetzlichen Neuregelung des Sexualstrafrechts.

Es wird keine leichte Aufgabe sein, die bestehenden Schutzlücken zu schließen. Unabhängig von einer Änderung des § 177 StGB im Lichte der Istanbul-Konvention erscheint es erforderlich, das gesamte Sexualstrafrecht zu überarbeiten.

So besteht u.a. schon lange die berechtigte Forderung, den § 179 StGB zu reformieren.

Die Regelungen des Strafgesetzbuches sind im Hinblick auf Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung von Menschen mit Beeinträchtigungen nicht ausreichend. Dabei ist die Betroffenheit besonders hoch, denn etwa jede zweite Frau mit Behinderung erlebt sexualisierte Übergriffe in Kindheit, Jugend oder als Erwachsene.<sup>25</sup> So wird bei Frauen mit Beeinträchtigungen häufig Anklage „nur“ wegen sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen, nicht aber wegen sexueller Nötigung angeklagt, da die Betroffene zwar grundsätzlich in der Lage sei, einen Willen zu bilden und zu äußern, diesen infolge ihrer Beeinträchtigung jedoch nicht im Sinne einer Gegenwehr durchzusetzen vermag. Dann aber ist die angewandte Gewalt auch nicht zur Überwindung des Widerstands erforderlich, so dass die Straftat lediglich nach dem erheblich geringeren Strafraumen des § 179 StGB verfolgt werden kann.

Zur Zeit liegen drei erste Formulierungsvorschläge für einen neu zu schaffenden Grundtatbestand vor. Allen gemeinsam ist, dass im Grundtatbestand den Vorgaben des Art. 36 der Istanbul-Konvention gefolgt und auf sämtliche Nötigungsmittel verzichtet wird. Dabei werden jedoch drei unterschiedliche Formulierungen vorgeschlagen.

Formulierungsvorschlag des Deutschen Juristinnenbundes (djb):<sup>26</sup>

Wer **ohne Einverständnis** einer anderen Person

a) sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder an sich von der Person vornehmen lässt oder

---

<sup>25</sup> Schröttle u.a.: „Lebenssituation und Belastungen von Frauen mit Beeinträchtigungen und Behinderungen in Deutschland, im Auftrag des BMFSFJ, 2012

<sup>26</sup> djb: Stellungnahme vom 25.7.2014 zum Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV), <http://www.djb.de/Kom/K3/14-14/>

b) diese Person zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung an oder mit einem Dritten bestimmt,

wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft.

Formulierungsvorschlag aus dem Bundesrat vom 29.9.2014 :<sup>27</sup>

Wer eine andere Person **gegen ihren Willen** dazu bringt, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.

Formulierungsvorschlag von Frau Prof. Dr. jur. Hörnle: <sup>28</sup>

Wer **gegen den erklärten Willen einer anderen Person oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist**, sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder an sich vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung an oder mit einem Dritten bestimmt....“

Welcher der nunmehr vorliegenden Formulierungen der Vorzug gegeben werden sollte, kann und soll an dieser Stelle nicht abschließend diskutiert werden.

Wie bereits oben dargestellt wird nach hier vertretener Auffassung der Vorschlag von Frau Prof. Hörnle bevorzugt, da er am besten auf die Schwierigkeit der Erkennbarkeit des Willens für den Täter eines sexuellen Übergriffs eingeht.

Alle zur Zeit bestehenden Schutzlücken können hiermit gelöst werden. Sowohl die Fälle, die ohne Zwang ausgeführt werden, als auch die sog. Überraschungsfälle werden erfasst. Andererseits wird ausreichend berücksichtigt, dass für den Täter der entgegenstehende Wille der Geschädigten erkennbar sein muss. Fallkonstellationen, die zwar möglicherweise unschön, nicht aber strafwürdig sind, werden weiterhin strafrechtlich nicht verfolgt.

---

<sup>27</sup> Bundesrat Drucksache 422/1/14; [http://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2014/0401-0500/422-1-14.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](http://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2014/0401-0500/422-1-14.pdf?__blob=publicationFile&v=1)

<sup>28</sup> Prof. Dr. jur. Hörnle: Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2015



Abschließend sollen nur schlagwortartig einige Gesichtspunkte hervorgehoben werden, die bei einer Neuregelung des Sexualstrafrechts Beachtung zu finden haben:

- bei allen Formulierungen muss darauf geachtet werden, dass die bestehenden Schutzlücken unter Wahrung der Beschuldigtenrechte geschlossen werden.
- wichtig wird sein, sehr genau zwischen strafrechtlich relevantem und „lediglich“ moralisch zu missbilligendem Verhalten zu unterscheiden.  
Es wird auch weiterhin moralisch verwerfliches Verhalten geben, das strafrechtlich nicht zu verfolgen ist.
- sozialadäquates sexuelles Anbahnungsverhalten soll auch künftig nicht den objektiven Tatbestand eines sexuellen Übergriffs erfüllen. In Situationen, in denen sich ein potentieller Sexualpartner zögerlich und ambivalent oder anfangs sogar klar ablehnend verhält, bleiben Verführen, Überreden und Versuche des Umstimmens erlaubt – nicht nur verbal, sondern auch physisch durch das Herstellen von körperlicher Nähe (den Arm um den anderen legen, die Hand auf das Bein etc.). Dass aber ein Gesetz es verbietet, bei anhaltender, erklärter Ablehnung Geschlechtsverkehr und andere Formen des Sexualkontakts zu vollziehen, ist weder eine unverständliche Grenzziehung noch eine unzumutbare Einschränkung sexueller Selbstverwirklichung.<sup>29</sup>
- einem möglichen Einwand, das Erfordernis der Herstellung eines Einverständnisses beschränke die freie spielerische Sexualität, ist entgegen zu halten, dass allenfalls die Freiheit beschränkt wird, einseitig zu definieren, wie Sexualität zu funktionieren hat. Kommen zwei Personen überein, dass zu ihrem Sexualleben ein Spiel gehören soll, bei dem eine Person so tut, als habe sie keinen Spaß daran, liegt ein Einverständnis vor.<sup>30</sup>
- auch künftig dürfen sexuelle Handlungen nur dann strafbar sein, wenn es für den Täter erkennbar ist, dass er das sexuelle Selbstbestimmungsrecht der anderen Person missachtet und er dennoch etwas unternimmt, was die andere Person nicht will.

---

<sup>29</sup> Siehe Prof. Hörnle: Plädoyer für eine sachlichere Debatte um den Vergewaltigungstatbestand, verfassungsblog vom 26.10.2014

<sup>30</sup> s.o. djb: Stellungnahme vom 9.5.2014

- nicht zu befürchten ist, dass es bei einer Neuregelung des Sexualstrafrechts zu weiteren Beweisschwierigkeiten kommen wird.

Schon jetzt ist die Beweislage häufig schwierig und besteht meist eine sog. Aussage-gegen-Aussage-Konstellation. Meist liegen keine eindeutigen Spuren oder andere Beweismittel vor, so dass es allein auf die Qualität der Aussage der Betroffenen ankommt. Dabei unterscheidet sich der Bericht über eine sexuelle Handlung, die beispielsweise mit der Drohung, die Betroffene umzubringen, erzwungen wurde oder der Bericht, in dem die Betroffene darstellt, wie für den Täter erkennbar wurde, dass sie die sexuelle Handlung nicht wollte, nicht grundlegend.

Die bereits entwickelten und praktizierten Methoden zur Einschätzung der Glaubhaftigkeit von Aussagen sind für beide Schilderungen gleichermaßen tauglich<sup>31</sup>.

- der neue Grundtatbestand darf keinen Verbrechenstatbestand darstellen, vielmehr sind als Rechtsfolge durchaus kurze Freiheitsstrafen oder Geldstrafen angemessen.
- bisher vorhandene Tatbestandsmerkmale wie Anwendung von Gewalt und Drohungen, sowie Ausnutzen einer schutzlosen Lage i.S.d. § 177 StGB sollten künftig Qualifikationen des Straftatbestandes darstellen. Die Beurteilung der Strafwürdigkeit von sexuellen Übergriffen bei sog. Beziehungstaten wird grundlegend zu überdenken sein.  
Denn entgegen der derzeitigen herrschenden Rechtsprechung, die eine sexuelle Nötigung innerhalb einer Beziehung häufig als minder schweren Fall bewertet, verlangt Art. 46 Ziff. a der Istanbul-Konvention den Umstand strafschärfend zu berücksichtigen, dass eine Straftat gegen frühere oder derzeitige Ehegatten, Partner oder Partnerinnen begangen wird.
- Menschen mit Behinderungen haben ein Recht auf selbstbestimmte Sexualität. Bei einer Neuregelung wird neben dem Schutz vor Eingriffen in das sexuelle Selbstbestimmungsrecht auch darauf zu achten sein, Sexualität von Menschen mit Beeinträchtigungen nicht grundsätzlich einzuschränken.

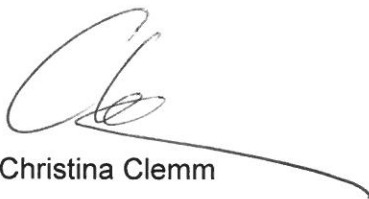
---

<sup>31</sup> Oder ebenso untauglich. Zur Kritik z.B. Malte Meißner: Der Stand der Wissenschaft ? Zur Relevanz von Trauma und Aussagepsychologie nach sexuellem Missbrauch, 15.3.2012. <http://www-brs.ub.ruhr-unibochum.de/netahtml/HSS/Diss/MeissnerMalte2/diss.pdf>

Selbstbestimmte sexuelle Handlungen sind wünschenswert und sollen auch dann nicht eingeschränkt werden, wenn sie den Wertvorstellungen der Mehrheitsgesellschaft möglicherweise widersprechen.

Die Wahrung freier und lustvoller, weil selbstbestimmter Sexualität zwischen Menschen aller Geschlechter sollte Leitbild eines modernen Sexualstrafrechts sein.

Von der antiquierten Vorstellung, dass sexuelle Handlungen auch gegen den Willen einer der Beteiligten erlaubt sein dürften, ist endlich Abstand zu nehmen.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'C' followed by a smaller 'l' and 'e', with a long horizontal stroke extending to the right.

Christina Clemm

Rechtsanwältin