

**Prof. Dr. Thomas Fischer**

Baden-Baden, 14. Januar 2015

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof

Email: [info@fischer-stgb.de](mailto:info@fischer-stgb.de)

Internet: [www.fischer-stgb.de](http://www.fischer-stgb.de)

**Betr.: Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen  
Bundestages**

**Anhörung zu dem Antrag „Artikel 36 der Istanbul-Konvention umsetzen –  
bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller Gewalt und Vergewaltigung  
schließen,**

**BT-Drs. 18/1969**

Zur Vorbereitung der Anhörung gebe ich zu dem genannten Antrag die folgende  
Stellungnahme ab:

**1) Zum Begriff der „Strafbarkeitslücke“**

Der Antrag BT-Drs. 18/1969 enthält in seinem Titel sowie in der Begründung  
die Aussage, dass hinsichtlich der sexuellen Selbstbestimmung erwachsener  
Personen derzeit „Strafbarkeitslücken“ (in der Diskussion vielfach auch  
„Schutzlücken“) bestehen, welche geschlossen werden müssen.

Ohne diese Aussage bereits zu werten, soll einleitend nur klargestellt werden,  
dass eine „Lückenhaftigkeit“ dem rechtsstaatlichen Strafrecht immanent ist  
und nicht als solche schon einen Mangel darstellt, dem abgeholfen werden  
muss. Das Strafrecht wäre nur dann frei von Lücken, wenn das gesamte  
menschliche Verhalten als grundsätzlich strafbar angesehen würde und  
Straffreiheit nur als Ausnahmefall konstruiert wäre. Dies wäre die glatte  
Umkehrung des rechtsstaatlichen Prinzips.

Hieraus folgt, dass stets denjenigen, der eine „Lücke“ schließen, den  
Freiheitsraum der Bürger also weiter beschränken will, eine  
Legitimationspflicht trifft, nicht denjenigen, der sich dagegen wendet.

## 2) Zur Systematik der Sexual-Straftaten

Der 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB (Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung) enthält

Missbrauchstatbestände:

§ 174 (Missbrauch von Schutzbefohlenen)

§ 174a (Missbrauch von Gefangenen und Untergebrachten)

§ 174b (Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung)

§ 174c (Missbrauch unter Ausnutzung von Behandlungs- usw.-Verhältnissen)

§§ 176, 176a (Missbrauch von Kindern),

§ 179 (Missbrauch von Widerstandsunfähigen)

§§ 180, 182 (Missbrauch von Jugendlichen)

Einen Nötigungstatbestand:

§ 177 (sexuelle Nötigung) mit Erfolgsqualifikation (§ 178)

Regelungen über Prostitution (§§b 180, 181; 184e, 184f),

zur öffentlichen Ordnung (§§ 183, 183a) sowie

Vorfeld-Tatbestände (zur Pornographie, §§ 184 bis 184d).

- a)** Anzumerken ist zunächst, dass die Terminologie der Missbrauchstatbestände verfehlt ist, soweit sie vom „Missbrauch von Personen“ sprechen und somit einen „*erlaubten Gebrauch*“ dieser Tatopfer implizieren. Hinter dieser Terminologie verbergen sich alte, gesellschaftlich längst überholte Vorstellungen eines sexuellen „Zugriffsrechts“ auf bestimmte Personen.

Tatsächlich geht es nicht um den Missbrauch von Personen, sondern um den Missbrauch von *Zugriffsmöglichkeiten* und *Schwächepositionen* Dritter. Dies zeigt, dass die in den §§ 174 ff., 176 f., 179, 182 StGB genannten Personengruppen vom Gesetz als *in höherem Maß schutzwürdig* angesehen werden als erwachsene Personen, die in ihrer Entscheidungsfreiheit über sexuelle Kontakte nicht in besonderem Maß eingeschränkt sind.

- b)** Die Höchststrafe für Taten nach §§ 174 ff., 182 StGB liegt bei fünf Jahren; für Taten nach § 176 und § 179 bei zehn Jahren.

Dagegen liegt schon bei der einfach sexuellen Nötigung (§ 177 Abs. 1 StGB) die Höchststrafe bei fünfzehn Jahren, obgleich der Tatbestand nicht auf eine besonders schutzwürdige Personengruppe beschränkt ist.

Der Grund hierfür kann nicht in der Form der sexuellen Handlung liegen, sondern allein in der Unterscheidung ihrer Herbeiführung. Es wäre aber offenkundig verfehlt und würde eine grobe Herabsetzung und Verkennung der Opfer-Position bedeuten, wenn man annehmen wollte, dass die Tatopfer der Missbrauchs-Tatbestände in die Vornahme der sexuellen Handlungen stets *einwilligen*. Tatsächlich ist das Gegenteil der Fall: Weder „wollen“ Kinder, dass sexuelle Handlungen von Erwachsenen an ihnen vollzogen werden, noch wollen dies Psychiatrie-Patienten, Kranke, Gefangene oder sonstige der genannten Personengruppen. Die Missbrauchs-Tat besteht vielmehr gerade darin, dass der Täter die Schwächeposition und Zugriffsmöglichkeit ausnutzt, um einen zur Duldung oder aktiven Handlung des Tatopfers ausreichenden „Druck“ zu erzeugen.

Mit anderen Worten: Bei den Missbrauchs-Tatbeständen kommt es auf den „Willen“ der Tatopfer bzw. ihr Einverständnis nicht an. Hieraus ist aber keineswegs zu schließen, dass in diesen Fällen stets ein (wirksames) Einverständnis vorliegt.

Es muss also einen Grund geben, aus welchem sexuelle Handlungen, die an einer schwerkranken Psychiatrie-Patientin unter Ausnutzung von deren Abhängigkeit und verminderten Abgrenzungs-Fähigkeit ausgeführt werden (§ 174c StGB), obgleich sie dies erkennbar eigentlich nicht will, wesentlich geringer bestraft werden (drei Monate bis fünf Jahre) als dieselben Handlungen, die an einer gesunden erwachsenen Frau ausgeführt werden, der vom Täter zuvor zur Einschüchterung eine Ohrfeige gegeben wurde (ein Jahr bis fünfzehn Jahre).

Der Grund liegt, aus der Sicht des Gesetzes, in der Anwendung des Nötigungsmittels unmittelbarer Gewalt (oder deren Androhung). Dagegen entspricht der Strafraum zum Ausdruck kommende Unrechtsgehalt des

§ 174c StGB etwa dem einer Nötigung unter Androhung anderer Übel außer Gewalt (§ 240 Abs. 4 StGB: sechs Monate bis fünf Jahre).

- c) Wenn man der Ansicht wäre, dass sich aus Art. 36 der Istanbul-Konvention die Verpflichtung ergäbe, sämtliche Formen nicht (wirksam) einverständlicher sexueller Handlungen als „Nötigung“ anzusehen, also bereits in der Ausführung einer solchen Handlung – ohne jede die Duldung *erzwingende* Handlung – den Tatbestand einer § 177 Abs. 1 StGB entsprechenden „Nötigung“ als erfüllt anzusehen, so müsste dies zur Auflösung des gesamten bisherigen Gefüges des 13. Abschnitts führen. Denn es ist ausgeschlossen anzunehmen, dass Kinder oder andere in den §§ 174 ff. besonders geschützte Personengruppen regelmäßig in den sexuellen Missbrauch „einwilligen“. Daher wäre der ganz weit überwiegende Teil der Missbrauchs-Taten – wenn nicht beinahe alle – als sexuelle Nötigungen anzusehen und dies regelmäßig vom Gericht zu prüfen.

Die Handlung „gegen den Willen“ würde somit als alles überwölbende „Grund-Tatbestand“ den 13. Abschnitt beherrschen; die bisherigen Schutzvorschriften für besonders schutzwürdige Personengruppen verlören weitgehend ihre Funktion und erschienen nur noch im Rahmen der Konkurrenzen. Dann könnte man sie auch ganz streichen und die tatsächlichen Umstände nur noch als Zumessungs-Gründe bei der Strafzumessung nach § 177 behandeln. Rechtstechnisch ist das gewiss möglich; dass es systematisch und unter dem Gesichtspunkt der Außenwirkung sinnvoll wäre, erscheint zweifelhaft.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass eine solche Neukonstruktion der Nötigung im Bereich der sexuellen Selbstbestimmung in offenem Widerspruch etwa zu den Vorschriften über den Eigentums- und Vermögensschutz geraten würde: Die Wegnahme einer Sache *gegen den Willen* des Eigentümers (§ 242 StGB) würde selbstverständlich weiterhin als Diebstahl zu bestrafen sein und nicht zum Raub aufgewertet. Auch die einfache Erpressung (§ 253 StGB) könnte nicht ohne Weiteres zum Verbrechen hochgestuft werden.

Im Hinblick auf diese äußerst weit reichenden Konsequenzen ist kritisch zu fragen, ob eine Gesetzesänderung in diese Richtung erforderlich, geboten und kriminalpolitisch sinnvoll wäre.

### 3) Zur Umsetzungs-Anordnung der Istanbul-Konvention

a) Das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt (ETS 210) verlangt in Art. 36 Abs. 1 von den Mitgliedsstaaten, alle vorsätzlichen sexuellen Handlungen mit einer anderen Person sowie das Veranlassen einer Person zu einer nicht einverständlichen sexuellen Handlung unter Strafe zu stellen. Art. 41 Abs. 2 verpflichtet die Staaten, den Versuch solcher Handlungen unter Strafe zu stellen. Nicht einverständliche Handlungen sind nach Art. 36 Abs. 2 solche, denen kein „freiwillig als Ergebnis des freien Willens erteiltes Einverständnis“ zugrunde liegt. Der freie Wille ist „im Zusammenhang der Begleitumstände zu beurteilen“.

b) Bemerkenswert erscheint die Artikelüberschrift „sexuelle Gewalt“. Sie lässt zwei verschiedene Deutungen zu:

aa) Zum einen könnte der Begriff „sexuelle Gewalt“ gleichberechtigt *neben* die an anderer Stelle in der Konvention verwendeten Begriffe „Gewalt“, „körperliche Gewalt“ (Art. 35), „psychische Gewalt“ (Art. 33) treten. Durch diese Auslegung würde ein neuer, spezifischer Begriff der „Gewalt“ geschaffen, der allein an der (inneren) Intention einer Person (des Täters) anknüpft und eine körperliche oder psychische Zwangs-Wirkung nicht voraussetzt.

Denn es könnte kaum vertreten werden, körperliche Berührungen jeder Art zwischen Menschen *objektiv* als „Gewalt“ anzusehen, die nur im Einzelfall durch „erteilte“ Einwilligungen tatbestandslos oder gerechtfertigt würde. Wenn aber allein der Wille des „Opfers“ eine Handlung (des Täters) zur

strafbaren „Gewalt“ machen sollte, ließe sich diese dogmatische Konsequenz nicht vermeiden.

**bb)** Zum anderen könnte der Begriff „sexuelle Gewalt“ an die genannten anderen Gewalt-Begriffe der Konvention anknüpfen, diese jedoch um die Voraussetzung sexueller Intention ergänzen. Er wäre dann zu lesen als „körperliche / psychische Gewalt mit sexueller Intention“. In diesem Fall müsste die gem. Art. 36 Abs. 1 unter Strafe zu stellende Gewalt zunächst die Erfordernisse des Gewaltbegriffs im Allgemeinen – der auch die Drohung umfasst – erfüllen; erst dann käme es auf die Frage des „erteilten Einverständnisses“ an.

- c)** Es liegt auf der Hand, dass sich an dieser Frage die Meinungs- und Lösungswege teilen.

Vertreter einer allein auf den Willen des „Opfers“ abstellenden Deutung machen nach meiner Ansicht den Fehler, in die – hier vertretene – Gegenmeinung bei weitem zu viele Voraussetzungen hineinzudeuten. Das zeigt beispielhaft die Begründung zum Antrag BT-Drs. 18/1969, wenn dort ausgeführt wird:

Es werden „Fälle nicht geahndet, in denen das Opfer mit Worten widerspricht, vom Täter oder der Täterin überrascht wird, aus Angst erstarrt ist und sich nicht wehrt, körperlichen Widerstand als aussichtslos erachtet oder befürchtet, sich dadurch weitere (!) gravierende Verletzungen zuzuziehen.“

Hierauf stützt sich – folgerichtig – der Beschlusstext:

„Das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung muss schon geschützt werden, wenn das Opfer keinen sexuellen Kontakt will und mit Worten widerspricht. Es muss nicht die Bereitschaft nachweisen, dieses Rechtsgut aktiv zu verteidigen.“

Die zitierten Ausführungen gehen teilweise von unzutreffenden Voraussetzungen aus; teilweise verwenden sie wertende Unterstellungen,

die einer rationalen Prüfung nicht standhalten. Sie ist etwa die Behauptung, Tatopfer einer sexuellen Nötigung müssten nach geltender Rechtslage „ihre Bereitschaft zum aktiven Widerstand nachweisen“, gänzlich unzutreffend; das Gegenteil ist richtig. Dasselbe gilt für die Behauptung, es würden nach geltender Rechtslage von § 177 Abs. 1 StGB Fälle nicht erfasst, in denen die Duldung sexueller Handlungen darauf beruht, dass das Tatopfer „vor Angst erstarrt (usw.) ist“. Die Behauptung ist falsch; das glatte Gegenteil ist zutreffend (vgl. unten Ziffer 4).

Um die Fragestellung in einer für die Zwecke der Gesetzgebung erforderlichen Weise von emotionalen Anteilen zu befreien, muss die Grund-Konstellation zunächst frei von Unterstellungen betrachtet werden: Eine Person A will von einer Person B, dass diese entweder sexuelle Handlungen von A „duldet“ oder selbst sexuelle Handlungen an A ausführt (die Varianten mit dritten Personen zunächst ausgeblendet). A äußert diesen Wunsch ( was – grundsätzlich – nicht strafbar ist); B widerspricht („Nein“). – Was jetzt? Wie soll Person A Person B dazu bringen, gleichwohl zu tun, was sie will? Hierzu gibt es – abschließend – vier verschiedene Möglichkeiten (vgl. dazu auch ausführlich *Fischer*, StGB, 62. Auflage 2015, § 177 Rn. 38 ff.):

- Entweder Person A wendet körperliche Gewalt ein, um ihren Willen durchzusetzen;
- Oder Person A wirkt mittels Drohungen auf Person B ein, um diese gefügig zu machen; die Drohungen können sich auf die Anwendung körperlicher Gewalt oder auf andere Übel beziehen;
- Oder Person A weiß, dass Person B sich in einer Lage befindet, in welcher sie möglichen Gewalteinwirkungen nichts entgegensetzen könnte, und sich deshalb den Forderungen fügen wird.
- Oder – Möglichkeit vier – Person A „tut es einfach“ trotzdem.

Die Möglichkeiten eins bis drei sind von § 177 Abs. 1 StGB zuverlässig erfasst (unten Ziffer 4). Der Streit geht also nur um die Möglichkeit vier. Insoweit gibt es wiederum – abschließend – nur drei Möglichkeiten:

- Wenn der Täter *Handlungen des „Opfers“* will, dieses aber „Nein“ sagt, ist der Täter mit seinem Latein am Ende. Alles, was er jetzt noch tun kann, um das „Nein“ zu überwinden, müsste zwangsläufig in die Varianten oben eins bis drei fallen. Daher betrifft die ganze Diskussion – was häufig nicht gesehen wird – überhaupt nur *eine von vier* Tatvarianten des § 177 Abs. 1 StGB.
- Wenn der Täter eigene Handlungen am Opfer ausführen will, die eine auch nur minimale Zeitdauer von „Duldung“ erfordern, kann er das „Nein“ des Opfers gleichfalls nur überwinden, wenn er eines der drei Nötigungsmittel einsetzt.
- Übrig bleibt allein die letzte aller Möglichkeiten: Das „überraschende“ Vornehmen einer sexuellen Handlung des Täters am Opfer.

Was kann dies sein? In gewiss mehr als 95 Prozent der Fälle wird es sich um Unverschämtheiten und Grenzüberschreitungen handeln (Berührungen, „Grapschereien“), die schon durch Überwindung der ersten, reflexhaften Gegenbewegung zu „Gewalt“-Handlungen im Sinn von § 177 Abs. Nr. 1 werden. Ein Tatopfer, dass sich *nicht* vor Gewalt durch den Täter fürchtet, *nicht* eingeschüchtert oder angststarr ist und sich dennoch gegen körperliche Zudringlichkeiten des „Täters“ über einen nennenswerten Zeitraum in keiner Weise sträubt, wird sich in der Tat fragen lassen (müssen), worauf seine „Opfer“-Position beruht haben könnte.

Die Annahme, eine Person (die *nicht* eingeschüchtert, *nicht* krank, *nicht* abhängig, *nicht* bedroht usw. ist) könne während der gesamten Dauer eines „Sexualverkehrs bis zum Samenerguss“ ununterbrochen so „überrascht“ sein, dass ihr zur Abwendung des Ereignisses nichts als ihr „entgegenstehender Wille“ bleibe (BGH, 4 StR 445/11), begründet eher Zweifel an der Genauigkeit der Feststellungen (vgl. dazu auch unten S. 10).

Ausdrücklich will ich hier feststellen, dass die von mir vorgenommene Wertung selbstverständlich nicht zwingend ist. Es handelt sich insgesamt, wenn man in der oben dargestellten Weise die Fragen

abgeschichtet hat, nicht um Entscheidungen der Logik, sondern der rechtspolitischen Bewertung. Hierauf ist unten zurückzukommen.

#### **4) Zur Anwendung des § 177 Abs. 1 StGB in der Praxis**

**a)** Der deutsche Juristinnenbund (DJB) hat in einer Stellungnahme vom 9. Mai 2014 („Zur grundsätzlichen Notwendigkeit einer Anpassung des Sexualstrafrechts [insb. § 177 StGB] an die Vorgaben der [Istanbul-Konvention])“ ausgeführt, es bestünden erhebliche „Regelungslücken“ in insgesamt acht beispielhaft genannten Fällen (vgl. Stellungnahme DJB vom 9. Mai 2014, Seite 3 f.).

**aa)** Davon sind vier allerdings Beispielsfälle schlicht falsch gelöst:

- Nr. 1: Gewaltbeziehung;
- Nr. 2: Gewalttätiger Ehemann
- Nr. 5: Angst des Tatopfers von körperlicher Gewalt
- Nr. 6: Schutzlose Lage.

Es ist nach meiner Ansicht unzutreffend, aus dem Umstand, dass solche Fälle existieren oder möglicherweise unzutreffend entschieden worden sind, auf eine „Lücke“ im Gesetz zu schließen. Die genannten Fälle sind vielmehr von § 177 Abs. 1 erfasst. Fehlerhafte Gerichtsentscheidungen im Einzelfall begründen keine „Lücke“ im Gesetz.

**bb)** Die Beispielsfälle

- Nr. 3: Drohung mit zukünftigen Übeln gegen die Eltern
- Nr. 4: Drohung mit Gewalt gegen die Katze
- Nr. 8: Drohung mit Abschiebung

sind offenkundig von § 240 Abs. 4 Nr. 1 StGB (Freiheitsstrafe sechs Monate bis fünf Jahre) erfasst. Das verstößt schon nach dem Wortlaut nicht gegen Art. 36 der Konvention und erscheint auch im Ergebnis zutreffend. Es ist daran zu erinnern, dass die ständige Rechtsprechung Nötigungsopfern jeder Art (Nötigung; Erpressung), sofern nicht

unmittelbare Gewaltanwendung droht, durchweg weite Widerstandspflichten zumutet, insbesondere die Inanspruchnahme staatlicher Hilfe. Warum für eine Person, der mit späteren Repressionen oder ungesetzlichen Maßnahmen gedroht wird, falls sie nicht sexuelle Handlungen duldet, etwas anderes gelten sollte, ist nicht ersichtlich).

**cc)** Übrig bleibt, wie stets, die Fallgruppe des „Überraschungsmoments“ (Beispiel 7).

Der DJB zitiert hierfür die Entscheidung 4 StR 445/11 des Bundesgerichtshofs. Dort forderte ein „Akt-Maler“ sein Modell auf, sich an die Wand zu stellen. Dann führte er „überraschend den Geschlechtsverkehr bis zum Samenerguss“ durch. Das Tatopfer war „wie paralysiert“; der Täter nutzte „planmäßig aus, dass er mit dem Opfer allein in dem Anwesen war“.

Auch dieser Beispielsfall taugt im Ergebnis nicht zum Beleg einer „Lücke“: Von permanenter „Überraschung“ kann bei einem – doch immerhin minutenlangen – Geschehen kaum (noch) die Rede sein; vor allem aber beruhte die Duldung schon nach den Feststellungen auf dem – dem Täter bekannten – „paralysiertem“ Zustand des Tatopfers und seiner Vorstellung, mit dem Opfer „allein zu sein“. Dies ist ein Fall des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB.

**b)** Ähnlich verhält es sich durchweg mit anderen Entscheidungen – etwa der Entscheidung 4 StR 561/11 (= NStZ 2012, S. 466) des Bundesgerichtshofs, aber auch Entscheidungen, auf welche etwa in einer viel beachteten Veröffentlichung des Deutschen Instituts für Menschenrechte hingewiesen wurde (vgl. *Rabe/von Normann*, Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen. Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht, Hrsg. Deutsches Institut für Menschenrechte Berlin, 2014, S. 9 ff.).

An dieser Publikation ist zu kritisieren, dass sie spezifisch (straf)rechtliche Kompetenz außer Betracht lässt. Die Wiedergabe einzelner Entscheidungen als „die Rechtsprechung des BGH“ (S. 11) sowie einzelner Fundstellen aus

der wissenschaftlichen Literatur erfüllt m. E. nicht die Aufgabe einer *Prüfung*, ob „Schutzlücken“ bestehen, sondern legt den Eindruck nahe, dass diese These nur bestätigt werden sollte. Es zeigt sich, bei Analyse der zitierten und kommentierten Fälle, eine durchweg sehr stark interessen-geleitete Interpretation, die ich aus meiner Erfahrung nicht bestätigen kann.

Beispielhaft ist etwa die Feststellung:

„Die objektive Betrachtungsweise der schutzlosen Lage verlangt von Betroffenen, dass sie in der Situation einer Vergewaltigung geistesgegenwärtig und unter Umständen auch risikobereit sein, Gegenwehr leisten und aktiv nach Hilfe rufen“ (*Rabe/Normann aaO*, S. 11/12).

Das ist in jeder Hinsicht unzutreffend. Es zeigt überdies ein substantielles Unverständnis der und vermischt Prüfungsgegenstand und erwünschtes Ergebnis, indem die „*Situation der Vergewaltigung*“, deren Vorliegen ja doch erst zu prüfen wäre, schon vorausgesetzt wird.

**c) Sexuelle Nötigung durch Ausnutzen einer schutzlosen Lage“ (§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB):**

Wenn man die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von BGHSt 45, 253 bis zu BGHSt 50, 359, 368 (vgl. dazu auch ausführlich *Fischer StGB*, 62. Auflage 2015, § 177 Rn. 23 bis 41) sowie die praktische Umsetzung dieser von allen Strafsenaten des BGH geteilten Rechtsprechung betrachtet, lassen sich die Behauptungen von „Schutzlücken“ nicht bestätigen (vgl. die Nachweise dort). Das würde selbst dann gelten, wenn die Schilderungen von Sachverhalten und Ergebnissen, welche in der öffentlichen Diskussion zurzeit – häufig äußerst verkürzt – diskutiert werden, zuträfen. Aus dem Umstand, dass in mehr als 15 Jahren einige Dutzend fehlerhafte Entscheidungen von Gerichten in Einzelfällen aufgetreten sind, folgt keine gesetzliche „Schutzlücke“.

Denn dass in Einzelfällen, warum auch immer, *unzutreffende* Einzelfalls-Entscheidungen von Instanz- oder auch Revisionsgerichten ergehen können,

ist dem rechtsstaatlichen Rechtssprechungssystem immanent. Es mag dann im Einzelfall Anlass zur Kritik bestehen. Hieraus ergibt sich aber keine „Lücke“ des Gesetzes. Es gibt keine „Schutzlücke“ des Eigentums-Schutzes und keine Ergänzungsbedürftigkeit des § 249 StGB, nur weil in fünfzehn Jahren deutsche Gerichte dreißig Mal im Einzelfall unzutreffend entschieden haben, es habe keine „konkludente“ Gewaltandrohung vorgelegen.

Auf der dogmatischen Ebene gilt: Alle Fälle der Fallgruppe „Angst vor Gewalt“, der Fallgruppe „Starrsein vor Angst“, der Fallgruppe „Ausnutzens eines Klimas der Gewalt“ sind seit fast 17 Jahren von § 177 Abs. 1 StGB und sind seither viele tausend Mal abgeurteilt worden. Es besteht insoweit keine „Lücke“.

**d)** Eine andere Frage ist, ob man die geltende Rechtslage noch einmal ausweiten will oder gar muss, um die Anzahl der möglicherweise fehlerhaften Entscheidungen zu mindern.

**aa)** Hier ist selbstverständlich auf die Probleme der Beweislage hinzuweisen. Sie haben mehrere Ebenen, die seit langem bekannt sind und daher im Einzelnen nicht mehr dargestellt werden müssen. Sie liegen im Tatbestand, in der Feststellung sowie im Prozess.

Offensichtlich ist: Wenn der (bloße) „entgegenstehende Wille“ zum entscheidenden objektiven Tatbestandmerkmal würde, müsste ihm **im Verfahren** auch (noch) mehr Aufmerksamkeit zugewandt werden. Da das Merkmal an nichts „Äußeres“ mehr anknüpft, also an Geschehnisse in der äußeren Welt, die von Zeugen gesehen und geschildert, von Sachverständigen beurteilt, von Staatsanwaltschaften behauptet und von Gerichten „festgestellt“ werden kann, schrumpft alles zu einer Feststellung über das Erkennen (Erkennbarkeit reicht nicht!) von „Willens“-Meinungen bei einem Geschehen zusammen, das zum Zeitpunkt der Beweiserhebung meist geraume Zeit zurück lag und – tatspezifisch – keine Zeugen hatte.

**Konkret:****Beispiel 1:**

Das „Tatopfer“ behauptet in der Strafanzeige, der Beschuldigte habe vor vier Jahren in der Endphase der (inzwischen gescheiterten) Beziehung mehrfach sexuelle Handlungen ausgeführt oder verlangt, obwohl er gewusst habe, dass die Anzeige-Erstatterin dies nicht wollte.

**Beispiel 2:**

Das „Tatopfer“ behauptet, die Beschuldigte habe vor sieben Monaten im Rahmen einer „Aussprache“ über die Beziehung überraschend ihre Hand auf seinen Penis gelegt und gesagt: „Ach komm doch!“, obwohl er das nicht wollte.

**Beispiel 3:**

Das „Tatopfer“ behauptet, nach einem Beziehungsstreit sei es zu sexuellen Handlungen mit dem Täter oder der Täterin gekommen. Diese(r) habe sicher gewusst, dass das Opfer „eigentlich“ nicht gewollt, sondern nur in der von Alkoholkonsum und Sentimentalität geprägten Situation „mitgemacht“ habe, um keinen Streit zu provozieren.

**Beispiel 4:**

Die Anzeigeerstatte(r) behauptet, der Täter habe anlässlich einer Betriebsfeier versucht, ihr einen Zungenkuss zu geben. Sie habe sich seinem Zugriff aber entwunden.

**Beispiel 5:**

Die Anzeigeerstatte(r) behauptet, sie sei vor zwei Wochen zwischen Freitag Abend 23.00 Uhr und Sonntag morgen 04.30 Uhr von sieben verschiedenen Beschuldigten in einem Dance-Club überraschend mit sexueller Intention

angefasst und von einem Freund ihres früheren Verlobten auf dem Weg nachhause auf dem Rücksitz eines Kfz an der Brust berührt worden, obwohl sie das nicht wollte.

### **Beurteilung:**

Die vorgenannten Beispiele sind selbstverständlich sämtlich willkürlich. Ihre Konstruktion versucht, typische Situationen des Alltagslebens zu imaginieren. Es ist ohne Zweifel möglich, zahllose andere Beispiele zu bilden oder aus Akten zu extrahieren. Die entscheidende Frage ist: Was muss, was kann der Rechtsstaat damit tun, und was kann – vernünftigerweise – als Ergebnis erwartet werden?

- e) An den in der öffentlichen Diskussion genannter Beispielfällen ist auffällig, dass die „Antwort“ / „Lösung“ meist bereits im geschilderten Sachverhalt vorausgesetzt ist; umgekehrt aber „offene“ Sachverhalte fehlen. Dies ist ein Resultat der überaus emotional besetzten Problematik.

Beispielhaft zeigt sich dies etwa auch im Titel der genannten Publikation des Deutschen Instituts für Menschenrechte: „Schutzlücken bei der Verfolgung von Vergewaltigungen“: Nicht nur wird das Bestehen von „Schutzlücken“ (vgl. dazu oben) im Sinn einer These behauptet, sondern diese wird mit einer rechtlichen Wertung bereits ausgefüllt, die allenfalls Ergebnis, nicht aber Voraussetzung einer Untersuchung sein könnte. Denn *ob* „Vergewaltigungen“ vorliegen, wo die Autorinnen der Studie die „Schutzlücken“ verorten, ist gerade die Frage. Wenn man die Antwort vorwegnimmt und in der Untersuchung dann nurmehr bestätigend wiederholt (vgl. etwa ebenda, S. 11), entsteht ein sich selbst tragendes Konstrukt, durch das Wissenschaft nicht betrieben, sondern nur nachahmt wird. Dass die Autorinnen dies tun, zeigt sich an vielen Stellen der Studie. Beispielhaft ist auf S. 12/13 hinzuweisen, wo unter der Überschrift „Blick in andere Länder“ dargelegt wird, dass in Norwegen auch „fahrlässige Vergewaltigung“ strafbar sei. Es ist offenkundig, dass der hier verwendete Begriff der „Vergewaltigung“ mit dem in Deutschland verwendeten Begriff nicht

kompatibel ist. Wird er gleichwohl ohne weiteres „übertragen“, so kann dabei von vornherein nur die Bestätigung der Vorgabe herauskommen.

- f)** Wenn man die Vor-Beurteilungen und in emotional besetzten Begriffen der Sachverhalts-Bildung enthaltenen Befangenheiten herausnimmt, stellt sich eine für die Rechts-*Wirklichkeit* zentrale Frage: Wie soll die Rechtspraxis einen „bloß“ entgegenstehenden Willen feststellen, wenn es auf keine sonstigen objektiven und subjektiven Voraussetzungen mehr ankommt?

Es ist offenkundig, dass ein Strafverfahren solcher Art auf eine fast unlösbare Aufgabe spekulativer „Glaubwürdigkeits“-Begutachtung hinausliefere: Person A zeigt Person B an, weil er oder sie vor zwei Jahren einmal „nicht wollte“ und der/die jeweils andere die „erkennen musste/erkannt hat“. Dabei muss man Beispiele solcher Art gar nicht an den Grenzen der inzwischen außerordentlich langen Verjährungsfristen ansiedeln, um die Schwierigkeiten darzustellen.

In diesem Zusammenhang ist auf zwei Besonderheit hinzuweisen, die die genannten Beweisprobleme von anderen Konstellationen unterscheiden:

**aa)** Es ist eine in der Hirnforschung und der Psychologie gesicherte Erkenntnis, dass Gedächtnisleistungen nicht etwa wie ein „Spiegel“ des Vergangenen, also wie eine Art Computer-Speicher funktionieren. Vielmehr wird in dem Moment des Sich-Erinnerns die Wirklichkeit immer wieder neu zusammengesetzt, rekonstruiert und bewertet. Erinnerungen an vergangene Vorgänge verändern sich daher ständig; das gilt namentlich für innerpsychische Vorgänge ohne Fixpunkte in der Außenwelt. Insoweit fließen nachträgliche Bewertungen und Veränderungen der Sichtweisen beinahe zwangsläufig in Gedächtnisleistungen ein, ohne dass die als bewusste Abweichung („Lüge“) oder als Unsicherheit wahrgenommen wird.

**bb)** Eine weitere Schwierigkeit beruht auf dem Umstand, dass sexuelles Verhalten in vielen Fällen (auch) von Ambivalenzen und inneren wie äußeren Unklarheiten geprägt ist. Grenzüberschreitungen werden – rollen- und persönlichkeitspezifisch – unterschiedlich wahrgenommen; eigenes Erleben wird unter situative Vorbehalte gestellt; eine offene Kommunikation über

Fragen der sexuellen Aktivität ist – entgegen der gesellschaftlich allgemein demonstrierten Libertinage – keineswegs selbstverständlich und in manchen sozialen Schichten eher die Ausnahme als die Regel.

Ein formalisierter „Code“ – bis hin zu beinahe skurril erscheinenden Formalisierungen einer Stufenfolge von Zustimmung und Aktivitäten sexueller Beziehungen, wie sie etwa in den USA im Bereich der Hochschulen und in der Arbeitswelt üblich sind – existiert in Deutschland nicht.

**cc)** Beispielhaft lassen sich die genannten Probleme in den Fällen des „Eigentlich-nicht-Wollens“ erkennen. Situationen, in denen eine Person „eigentlich“ einen sexuellen Kontakt nicht anstrebt oder will und lieber vermeiden würde, ihn jedoch „hinnimmt“ oder jedenfalls bis zu einem gewissen Punkt duldet, sind nach der Lebenserfahrung – und nach forensischer Erfahrung – außerordentlich häufig (man denke etwa an körperliche Zudringlichkeiten im Grenzbereich der Sozialadäquanz unter Jugendlichen und Heranwachsenden oder im Bereich der Tanzclub-Szene).

**dd)** Potenziert werden diese Schwierigkeit durch die Strafbarkeit des Versuchs. Dieser setzt nach § 22 StGB allein das „Ansetzen zu Tat“ bei entsprechender Vorsatzlage voraus; ausreichend ist bedingter Vorsatz. Es ist schwer vorstellbar, wie ein „Versuch“ des Verbrechens der sexuellen Nötigung durch bloße verbale Frage einerseits ausgeschieden, andererseits bewiesen werden sollte, wenn der „Täter“ hierbei „in Kauf nimmt“, dass das „Tatopfer“ vielleicht „nicht will“. Dogmatisch könnte es sich, wenn die befragte Person „Nein“ sagt, auch um einen „fehlgeschlagenen Versuch“ handeln, der als Verbrechen (Mindeststrafe ein Jahr) strafbar wäre; die Abgrenzung zum strafbefreienden Rücktritt wäre jedenfalls diffizil und einzelfall-abhängig.

**ee)** Es soll an dieser Stelle keineswegs auf angeblich „unüberwindliche Beweisschwierigkeiten“ abgehoben werden, auf welche bei Vorschlägen von Gesetzesänderungen häufig hingewiesen wird. Im Gegenteil kann man nach allen Erfahrungen der Vergangenheit davon ausgehen, dass sich die

Rechtspraxis mit einem Tatbestand „sexuelle Handlungen gegen den Willen“ (oder: „ohne Zustimmung“) irgendwie zu arrangieren versuchen und zu Anklagen, Freisprüchen und Verurteilungen gelangen würde.

Fraglich ist aber, ob dies eine erhöhte Gewähr von „Richtigkeit“ beinhalten und ob es zu einer Befriedigung des rechtspolitischen Verlangens führen würde, das dem Antrag zugrunde liegt.

Die Wahrscheinlichkeit ist außerordentlich groß, dass entsprechende Strafverfahren, wenn man nicht Prinzipien unserer Strafrechtskultur aufgeben wollte, in sehr vielen Fällen im Ungewissen, d.h. im Freispruch oder einer Eistellung oder einer überaus „zweifelhaften“ Verurteilung enden würden, für deren „Richtigkeit“ kaum jemand die Verantwortung übernehmen könnte.

## **5) Fazit:**

a) Das geltende Strafrecht bietet mit seiner differenzierten Behandlung von „Missbrauch“ (von Machtpositionen) und Ausnutzen (von spezifischen Schwäche-Positionen einerseits, einer auf Gewalt, Drohung oder „latenter Drohung“ beruhenden Zwang-Ausübung (Nötigung)) eine außerordentlich weite Möglichkeit, nicht konsentierete sexuelle Kontakte strafrechtlich zu verfolgen.

b) Die Behauptung, nach derzeitiger Rechtslage und nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs könnten Fälle eines „Klimas der gewalt“, einer allgemeinen Einschüchterung oder von strukturell bedrohlichen Situationen des Ausgeliefertseins nicht erfasst werden, ist unzutreffend. Sie beruht auf einer interessengeleiteten, einseitigen Auslegung einzelner Gerichtsentscheidungen.

c) Die „Istanbul-Konvention“ verlangt zur Umsetzung keinen Straftatbestand der sexuellen Nötigung/Vergewaltigung, welcher sich objektiv in der Vornahme einer sexuellen Handlung (oder der Aufforderung dazu) und dem Fehlen einer (ausdrücklichen oder konkludenten) Zustimmung erschöpft.

d) Die Einführung eines solchen Tatbestands in das Strafgesetzbuch würde zu einer hohen Unsicherheit der Rechtsanwendung führen und daher vermutlich eher das Gegenteil dessen bewirken, was bezweckt ist.