



Deutscher Bundestag

Ausschuss für Recht und
Verbraucherschutz

Wortprotokoll der 39. Sitzung

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Berlin, den 28. Januar 2015, 16:05 Uhr

Berlin, Paul-Löbe-Haus, Saal 2.600

Vorsitz: Renate Künast, MdB

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Tagesordnungspunkt

Seite 10

Antrag der Abgeordneten Ulle Schauws, Katja Keul,
Katja Dörner, weiterer Abgeordneter und der
Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

**Artikel 36 der Istanbul-Konvention umsetzen -
Bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller
Gewalt und Vergewaltigung schließen**

BT-Drucksache 18/1969

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:

Innenausschuss

Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend

Berichterstatter/in:

Abg. Alexander Hoffmann [CDU/CSU]

Abg. Dirk Wiese [SPD]

Abg. Halina Wawzyniak [DIE LINKE.]

Abg. Katja Keul [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



Anwesenheitslisten	Seite 3
Anwesenheitsliste Sachverständige	Seite 7
Sprechregister Abgeordnete	Seite 9
Sprechregister Sachverständige	Seite 10
Zusammenstellung der Stellungnahmen	Seite 38



Tagungsbüro



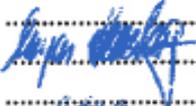
Deutscher Bundestag

Sitzung des Ausschusses Nr. 06 (Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz)

Mittwoch, 28. Januar 2015, 16:00 Uhr

Anwesenheitsliste

gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes

Ordentliche Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift
<u>CDU/CSU</u>		<u>CDU/CSU</u>	
Grindel, Reinhard	Bosbach, Wolfgang
Harbarth Dr., Stephan	Brandt, Helmut
Heck Dr., Stefan	Fabritius Dr., Bernd
Heil, Mechthild	Frieser, Michael
Heveling, Ansgar		Gutting, Olav
Hirte Dr., Heribert	Henrich, Michael
Hoffmann, Alexander		Jörrißen, Sylvia
Hoppenstedt Dr., Hendrik	Jung Dr., Franz Josef
Launert Dr., Silke	Lach, Günter
Luczak Dr., Jan-Marco	Lerchenfeld, Philipp Graf
Monstadt, Dietrich	Maag, Karin
Seif, Detlef	Noll, Michaela
Sensburg Dr., Patrick	Schipanski, Tankred
Steineke, Sebastian	Schnieder, Patrick
Sütterlin-Waack Dr., Sabine	Stritzl, Thomas
Ullrich Dr., Volker	Strobl (Heilbronn), Thomas
Wanderwitz, Marco	Weisgerber Dr., Anja
Wellenreuther, Ingo	Woltmann, Barbara
Winkelmeier-Becker, Elisabeth		

Stand: 23. Januar 2015

Referat ZT 4 - Zentrale Assistenzdienste - Luisenstr. 32-34 Tel.030227-32659 Fax: 030227-36339



011

Tagungsbüro

Seite 2

Sitzung des Ausschusses Nr. 06 (Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz)

Mittwoch, 28. Januar 2015, 16:00 Uhr

Anwesenheitsliste

gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes

Ordentliche Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder des Ausschusses	Unterschrift
SPD		<u>R.v. Sünke</u> SPD	<i>[Handwritten Signature]</i>
Barley Dr., Katarina	Binding (Heidelberg), Lothar
Bartke Dr., Matthias	<i>[Handwritten Signature]</i>	Crone, Petra
Brunner Dr., Karl-Heinz	Hartmann (Wackernheim), Michael
Drobinski-Weiß, Elvira	Högl Dr., Eva
Fechner Dr., Johannes	<i>[Handwritten Signature]</i>	Lischka, Burkhard
Flisek, Christian	Miersch Dr., Matthias
Franke Dr., Edgar	Müller, Bettina
Hakverdi, Metin	Özdemir (Duisburg), Mahmut
Jantz, Christina	Schieder, Marianne
Müntefering, Michelle	Vogt, Ute
Rohde, Dennis	<u>Schlegel, Dorothee</u>	<i>[Handwritten Signature]</i>
Wiese, Dirk	<i>[Handwritten Signature]</i>	<u>Gülstan Jüksel</u>	<i>[Handwritten Signature]</i>
<i>[Handwritten Signature]</i>	<i>[Handwritten Signature]</i>	DIE LINKE.	
Lay, Caren	Binder, Karin
<i>[Handwritten Signature]</i> Petzold (Havelland), Harald	<i>[Handwritten Signature]</i>	Jelpke, Ulla
Wawzyniak, Halina	<i>[Handwritten Signature]</i>	Pitterle, Richard
Wunderlich, Jörn	Renner, Martina
BÜ90/GR		BÜ90/GR	
Keul, Katja	<i>[Handwritten Signature]</i>	Beck (Köln), Volker
Künast, Renate	<i>[Handwritten Signature]</i>	Kühn (Tübingen), Christian
Maisch, Nicole	Mihalic, Irene
Ströbele, Hans-Christian	Notz Dr., Konstantin von
<i>[Handwritten Signature]</i>	<i>[Handwritten Signature]</i>		

Stand: 23. Januar 2015
Referat ZT 4 - Zentrale Assistenzdienste - Luisenstr. 32-34 Tel.030227-32659 Fax: 030227-36339



Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz (06)

off

Mittwoch, 28. Januar 2015, 16:00 Uhr

Fraktionsvorsitzende:

Vertreter:

CDU/ CSU

.....

.....

SPD

.....

.....

DIE LINKE.

.....

.....

BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN

.....

.....

Fraktionsmitarbeiter:

Fraktion:

Unterschrift:

(Name bitte in Druckschrift)

Keller, Dr.
Krieger, Ingo
n. Stalder

B90/Die Grünen
CDU/CSU
CDU/CSU

Zur Uhr
[Signature]
[Signature]

**Anwesenheitsliste der Sachverständigen**

zur Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
am Mittwoch, 28. Januar 2015, 16.00 Uhr

Name	Unterschrift
Birgit Cirullies Staatsanwaltschaft Dortmund Leitende Oberstaatsanwältin	
Christina Clemm Rechtsanwältin, Berlin	
Prof. Dr. Jörg Eisele Eberhard Karls Universität Tübingen Juristische Fakultät Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht	
Gregor Eisenhuth Staatsanwaltschaft München I Abteilung XVI – Straftaten Jugendlicher und Heranwachsender, Jugendschutz- und Sexualstrafsachen Oberstaatsanwalt	
Prof. Dr. Thomas Fischer Bundesgerichtshof, Karlsruhe Vorsitzender Richter	
Katja Grieger Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe Frauen gegen Gewalt e.V., Berlin Leiterin	
Prof. Dr. Joachim Renzikowski Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg Fakultät für Rechtswissenschaft Lehrstuhl für Strafrecht, Rechtsphilosophie/Rechtstheorie	



Sprechregister Abgeordnete

	Seite
Dr. Johannes Fechner (SPD)	27
Alexander Hoffmann (CDU/CSU)	20, 26
Sigrid Hupach (DIE LINKE.)	19, 26
Katja Keul (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	20, 27, 33
Vorsitzende Renate Künast (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	10, 11, 12, 13, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 31, 33, 34, 35, 37
Ulle Schauws (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	20, 27
Halina Wawzyniak (DIE LINKE.)	19, 26
Dirk Wiese (SPD)	20, 26



Sprechregister Sachverständige

	Seite
Birgit Cirullies Staatsanwaltschaft Dortmund Leitende Oberstaatsanwältin	10, 25, 28, 29
Christina Clemm Rechtsanwältin, Berlin	11, 24, 29, 33
Prof. Dr. Jörg Eisele Eberhard Karls Universität Tübingen Juristische Fakultät Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht	12, 30
Gregor Eisenhuth Staatsanwaltschaft München I Abteilung XVI – Straftaten Jugendlicher und Heranwachsender, Jugendschutz- und Sexualstrafsachen Oberstaatsanwalt	13, 23, 31
Prof. Dr. Thomas Fischer Bundesgerichtshof, Karlsruhe Vorsitzender Richter	15, 22, 23, 33, 34
Katja Grieger Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe Frauen gegen Gewalt e.V., Berlin Leiterin	16, 21, 35
Prof. Dr. Joachim Renzikowski Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg Fakultät für Rechtswissenschaft Lehrstuhl für Strafrecht, Rechtsphilosophie/Rechtstheorie	18, 21, 36



Die **Vorsitzende Renate Künast**: Ich begrüße die Abgeordneten, die ich heute zum ersten Mal sehe und diejenigen, die ich heute schon gesehen habe. Auch begrüße ich Frau Parlamentarische Staatssekretärin Ferner und unsere Sachverständigen. Herzlich willkommen! Wir haben jetzt ein Thema, das vorhin im Plenum auch schon kurz eine Rolle gespielt hat. Es handelt sich um die Vorlage „Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: Artikel 36 der Istanbul-Konvention umsetzen Strafbarkeitslücken bei sexueller Gewalt und Vergewaltigung schließen“. Deutschland hat am 11. Mai 2011 die Istanbul-Konvention unterzeichnet. Die Vertragsstaaten haben sich darin verpflichtet, alle Formen vorsätzlich nicht einverständlicher, sexueller Handlungen unter Strafe zu stellen. Das gilt auch dann, wenn das Opfer keinen sexuellen Kontakt will und nicht mit Worten widerspricht. Im Rahmen der Ratifikationen müssen die Tatbestände der sexuellen Selbstbestimmung geändert werden. Das heißt, dass tatsächlich alle Formen nicht einverständlicher Sexualakte umfasst werden. Den Antrag, den wir hier behandeln, will ich gar nicht weiter vorstellen. Er fordert nicht nur die Vorlage eines Gesetzesentwurfes, sondern auch die Förderung der Forschung und weitere Punkte. Darum geht es jetzt und dazu wollen wir diese Anhörung durchführen – insbesondere auch hinsichtlich der Forschungsbereiche. Ich weise noch einmal auf folgendes hin: Wir beginnen im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz mit kurzen Eingangsstatements von ca. fünf Minuten. Oben wird eine Uhr angezeigt. Wenn die Farbe auf „Rot“ wechselt, zählt die Uhr im Minusbereich weiter. Wir beginnen in alphabetischer Reihenfolge. Die Beantwortung der Fragen erfolgt dann in umgekehrter Reihenfolge. Ich will für alle Sachverständigen sagen: Natürlich sind wir hier, bis alle Fragen geklärt sind. Die offizielle Zeit geht bis 18.00 Uhr oder 19.00 Uhr. Für alle anwesenden Abgeordneten gilt folgendes: Jeder hat höchstens zwei Fragen, entweder an den/die gleiche Sachverständige oder an zwei unterschiedliche Sachverständige. Weitere Fragen können in der nächsten Runde gestellt werden. Wir sammeln die Fragen und führen dann die Antwortrunde in umgekehrter Reihenfolge durch. Die Anhörung ist öffentlich, deshalb sitzen auf der Tribüne lauter interessierte Zuschauer. Es gibt ein Wortprotokoll. Die Anfertigung von Bild und

Tonaufnahmen ist nicht gestattet. Ein Streaming wurde mehrheitlich abgelehnt. Frau Leitende Oberstaatsanwältin Cirullies hat als Erste das Wort.

SVe **Birgit Cirullies**: Vielen Dank, dass Sie mir Gelegenheit geben, zu diesem Reformvorschlag aus der Sicht der Praxis Stellung zu nehmen. Das eigentliche Ziel der Istanbul-Konvention ist der Schutz der Opfer sexueller Übergriffe. Ich bin der Meinung – um es gleich voraus zu schicken –, dass es hierfür es einer Reform des § 177 StGB nicht bedarf. Insbesondere sage ich: Wir brauchen keine Vorschrift, nach der alle Fälle nicht einverständlicher sexueller Handlungen des Täters unter Strafe gestellt werden. Mit einem derart weit gefassten und wenig konturierten Straftatbestand wäre das Risiko verbunden, dass Verhaltensweisen bestraft würden, die nach Sinn und Zweck des Strafrechts letztlich eine staatliche Sanktionierung nicht rechtfertigen. Abgesehen davon gibt es große Schwierigkeiten bei der Beweisführung. Zwar hat die sexuelle Selbstbestimmung des Menschen einen so hohen Stellenwert, dass das ernsthafte und fortbestehende „Nein“ akzeptiert werden muss. Aber bei der strafrechtlichen Bewertung einer Zuwiderhandlung muss die Lebenswirklichkeit berücksichtigt werden. Es sind kaum Fälle denkbar, in denen das erwachsene, nicht behinderte Opfer, wenn es nicht auf andere Weise genötigt wird, zwar entschieden „Nein“ sagt, aber sexuelle Handlungen hinnimmt, ohne sich körperlich zu wehren, sodass also nicht Gewalt angewendet werden muss. Dabei bedarf es ja nur eines geringen Widerstands des Opfers, denn der Gewaltbegriff des bisherigen § 177 Absatz 1 Nummer 1 StGB ist durchaus nicht allzu eng gefasst. Das Festhalten des Opfers sowie die Überwindung geringfügiger Gegenwehr stellen nach der BGH-Rechtsprechung bereits Gewalt dar. Häufiger treten aber andererseits Konstellationen auf, in denen zwar zunächst ein entgegenstehender Wille zum Ausdruck gebracht, letztlich aber dem Ansinnen des Täters nachgegeben wird. Es wäre fatal, wenn dann auf das ursprüngliche „Nein“ letztlich die Bestrafung des Täters gestützt würde. Bei der Würdigung des Reformvorschlages darf nicht außer Acht gelassen werden, dass es sich bei sexuellen Handlungen nicht generell um missbilligenswertes Verhalten handelt. Anders als etwa eine Körperverletzung oder eine Verletzung



fremden Eigentums sind sexuelle Handlungen nicht grundsätzlich unerwünschte Taten, die lediglich ausnahmsweise zu rechtfertigen wären. Deshalb ist es durchaus angebracht, sie nur dann für strafwürdig zu erachten, wenn weitere Voraussetzungen, wie etwa die Gewaltanwendung, erfüllt sind. Käme es allein auf die subjektive Einstellung des Opfers an, würde der strafrechtliche Verantwortungsbereich des Täters überdehnt und eine ausufernde Strafverfolgung wäre zu befürchten. Durch die Zusatzkriterien ergeben sich auch eher Anhaltspunkte zur Aufklärung des Sachverhalts. Es muss ja ein komplexerer Geschehensablauf geschildert werden, sodass leichter festgestellt werden kann, ob die Aussagen der Beteiligten der Wahrheit entsprechen. Bei Gewaltanwendung ergeben sich auch aus der Spurenlage objektivierbare Umstände. Wegen der Schwierigkeiten bei der Bewertung der Interaktionen der Beteiligten wird mit der vorgeschlagenen Reform eine praktische Verbesserung nicht eintreten. Insbesondere ist ein höherer Schutz der Opfer nicht zu erwarten. Vielmehr muss nämlich befürchtet werden, dass noch mehr Verfahren als bisher mit einer Einstellung oder einem Freispruch enden, weil Aussage gegen Aussage steht, ohne dass einer Version der Tatschilderung ein höherer Beweiswert beigemessen wird als der Gegenteiligen. Auch aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten heraus kann es durchaus hingenommen werden, dass letztlich einzelne Strafbarkeitslücken existieren, die nicht gut sind und nicht gebilligt werden können, aber die eben strafrechtlich nicht von Bedeutung sind. Das ist das, was ich auf jeden Fall zu sagen hätte. Ich könnte noch einiges zu den Strafbarkeitslücken ausführen, aber ich denke, dass dies im Verlauf der Diskussion geschehen kann. Ich hätte eine Anregung hinsichtlich der Fälle des überraschenden Angriffs zu machen, die nicht als Sexualstraftat im eigentlichen Sinne nach dem § 177 StGB zu bewerten sind, jedoch gleichwohl strafwürdig sind. Dies ist etwa der Fall, den Frau Clemm in ihrer Stellungnahme gebracht hat: Das überraschende „Busengrabschen“ oder sonstige „Grabschereien“, die bisher nicht bestraft werden können. Da wäre meiner Meinung nach ein Ansatz, gesetzgeberisch tätig zu werden.

Die **Vorsitzende**: Danke, Frau Cirullies. Dann hat als nächste Frau Clemm das Wort.

Sve **Christina Clemm**: Sehr geehrte Damen und Herren, ich möchte mich zunächst sehr dafür bedanken, dass Sie mich für diese Anhörung als Expertin eingeladen haben. Meine Expertise resultiert daraus, dass ich als Nebenklagevertreterin, aber auch als Strafverteidigerin tätig bin. Als Strafverteidigerin liegt mir sehr die Wahrung von Beschuldigtenrechten am Herzen. Als Nebenklagevertreterin versuche ich, die Menschen, die Opfer schwerer Straftaten geworden sind, bei der Durchsetzung ihrer Interessen zu unterstützen. Vielen meiner Mandantinnen kommt es viel mehr als auf eine Bestrafung der Täter darauf an, anerkannt zu bekommen, dass Ihnen Unrecht widerfahren ist, dass man ihnen etwas angetan hat, das gesellschaftlich nicht akzeptiert wird und deshalb auch verboten ist. Leider fallen zahlreiche sexuelle Übergriffe heute nicht unter das Strafgesetz. Die derzeitige Gesetzeslage geht bei erwachsenen, nicht widerstandsunfähigen Personen außerhalb von besonderen Abhängigkeitsverhältnissen von einer – meiner Ansicht nach – grundsätzlich falschen Prämisse aus. Diese heißt: Wenn keine Gewalt, keine erhebliche Drohung oder keine schutzlose Lage vorliegt, kann es eigentlich keine sexuelle Handlung gegen den Willen der Betroffenen geben, denn ansonsten würden diese sich ja wehren. Das ist falsch! Es gibt unzählige Situationen, in denen sich Menschen, meist Frauen, aus welchen Gründen auch immer, gegen sexuelle Handlungen nicht wehren, ohne dass Drohung, Gewalt oder eine schutzlose Lage vorliegen. Lassen Sie mich ein einziges Beispiel dafür benennen: Eine 24-jährige Frau befindet sich bei einer Party in einer Erdgeschosswohnung. Im Laufe des Abends beginnt sie, mit einem ihr bis dato Unbekannten Zärtlichkeiten auszutauschen. Sie bemerkt deshalb 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 nunmehr allein mit ihr unbekanntem Männer in einem Zimmer befindet. Ob im Nachbarzimmer Personen sind, weiß sie nicht. Im Nachhinein wird sich herausstellen, dass dort zwei 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 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 auch schon einmal ausprobieren und sie solle sich doch nicht so anstellen. Die Betroffene weint. Ein Mann, der sich im Raum befindet, distanziert sich und sagt den anderen, dass sie aufhören sollen: „Sie sehen doch, dass die Frau dies nicht will!“ Er wird ausgelacht, daraufhin verlässt er den Raum. Auch hierauf wird wieder mit Lachen und Feixen 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 oder wegzulaufen. Im Folgenden lässt sie es zu, dass vier Männer nacheinander mit ihr den vaginalen Geschlechtsverkehr ausüben. Sie weint während der gesamten Handlungen. Nach den sexuellen Handlungen wird weiter gescherzt. Die Betroffene zieht sich an und geht. Allen Männern war vollkommen klar, dass die Betroffene die sexuellen Handlungen nicht wollte. Diese Handlungen sind, wie im Allgemeinen sexuelles Handeln am bzw. im Körper einer anderen Person, wenn dies allein nur ohne deren Einverständnis oder gegen ihren Willen geschieht, nicht strafbar. Es gibt zahlreiche andere Beispiele. Wir haben das schon gehört, zum Beispiel die Überraschungsfälle, wo wir uns alle einig sind, dass hier eine Strafbarkeitslücke besteht. Die Istanbul-Konvention aber fordert nun endlich, dass alle nicht einverständlichen sexuellen Handlungen unter Strafe zu stellen sind. Wir brauchen ein modernes Sexualstrafrecht, in dem ganz klar zum Ausdruck kommt, dass Sexualität dann nicht erlaubt ist, wenn eine der beteiligten Personen die sexuellen Handlungen nicht will. Auch wenn ich aus zahlreichen Schilderungen weiß, dass es für Betroffene durchaus schwierig sein kann, auch nur ein „Nein“ zu formulieren, so muss dies aber meiner Ansicht nach für eine Strafbarkeit gefordert werden, denn auch künftig dürfen sexuelle Handlungen nur dann strafbar sein, wenn es für den Täter eindeutig erkennbar ist, dass er das sexuelle Selbstbestimmungsrecht der anderen Personen missachtet und er dennoch etwas unternimmt, was die andere Person nicht will. Dieser entgegenstehende, aber ausgedrückte Wille muss dann aber reichen, um eine

Strafbarkeit zu begründen. Eine Zustimmung also zu erfordern, ginge meines Erachtens zu weit, aber ein „Nein“ sollte endlich auch ein „Nein“ bedeuten. Ich halte insofern die von Frau Professor Hörnle in einer Stellungnahme angeregte Formulierung für einen neuen Straftatbestand für richtig, die heißt: „Wer gegen den erklärten Willen einer anderen Person oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist, eine sexuelle Handlung unternimmt, wird bestraft.“ Dass aber bei jeder Neuregelung sehr wohl und scharf zu unterscheiden sein wird zwischen strafrechtlich relevantem und lediglich moralisch zu missbilligendem Verhalten, versteht sich meiner Ansicht nach von selbst. Danke.

Die **Vorsitzende:** Danke, Frau Clemm. Und der nächste ist Herr Professor Dr. Eisele.

SV Prof. Dr. Jörg Eisele: Meine sehr geehrten Damen und Herren, auch von mir vielen Dank für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Als Strafrechtswissenschaftler möchte ich nochmal kurz näher auf die rechtlichen Rahmenbedingungen blicken. Hinsichtlich der Konvention ist der erläuternde Report zu beachten. Nach Nummer 191 heißt es, dass die Strafbarkeit nicht an physische Gegenwehr des Opfers geknüpft werden darf. Das ist ein Punkt, der zu beachten ist. Unter diesem Aspekt ist das gegenwärtige Recht möglicherweise problematisch. Andererseits sagt Nummer 193, dass der spezifische Gesetzeswortlaut und diejenigen Faktoren, die ein Einverständnis ausschließen, dem nationalen Gesetzgeber überlassen werden. Das sind sozusagen die zwei Punkte, zwischen denen man sich zu bewegen hat. Wo bestehen im geltenden Recht Lücken? § 177 Absatz 1 Nummer 3 StGB, „Ausnutzen einer schutzlosen Lage“, erfasst nicht alle Fälle, die nach der Konvention strafbar sein müssen oder unter Strafe zu stellen sind. Wir haben gehört, dass der überraschende Angriff nicht erfasst wird. Aber auch Fälle, in denen zwar keine schutzlose Lage gegeben ist, aber ein Klima der Gewalt, ein Druck auf das Opfer vorliegt, sodass das Opfer im Prinzip keine Wahlmöglichkeit mehr hat, werden nicht erfasst. Auch Fälle, in denen das Opfer nur irrig Gewalt befürchtet, der Täter dies aber ausnutzt, müssten unter Strafe gestellt werden und sind nicht strafbar. Welche Lösungsmöglichkeiten gibt es? Variante 1 wäre ein



weiterer Grundtatbestand, der alle Handlungen ohne Einverständnis pönalisiert. Diese Lösung wäre sicherlich mit der Konvention vereinbar. Sie müsste aber in eine größere Reform eingebettet werden, denn ein Einverständnis liegt auch nicht vor bei Kindern, § 176 StGB. Diese Fälle werden auch erfasst: § 179 StGB oder auch § 182 Absatz 3 StGB, das müsste man abstimmen. Diesen Weg, den ich bei der Umsetzung der europäischen Vorgaben zur Kinderpornografie selbst ins Spiel gebracht habe, stehe ich inzwischen etwas kritisch gegenüber. Ich möchte einige Ansatzpunkte nennen, warum ich Zweifel habe, ob eine solche weite Formulierung sinnvoll wäre. Zunächst sollte man festhalten: Das Einverständnis – das haben Sie auch gesagt, Frau Cirullies – muss den Tatbestand ausschließen, denn einverständliche, sexuelle Handlungen sind per se kein Unrecht. Da bedarf es keines Rechtfertigungsgrundes. Was muss man dann aber verlangen? Eine Lösung verlangt eine ausdrückliche Zustimmung. Diese Lösung nennt sich „Yes means yes“. Diese Lösung überzeugt aber nicht, denn dann müsste man zu jedem einzelnen Teil eines sexuellen Gesamtgeschehens Zustimmung einholen, was kaum praktikabel und von den Partnern wohl in der Regel auch nicht gewünscht ist. Die andere Lösung, die hatten Sie ins Spiel gebracht, Frau Clemm, ist die Lösung eines Widerspruchs: „No means no“, als ein erklärter Widerspruch. Auch gegen diese Lösung, das Verlangen eines expliziten Widerspruchs, habe ich Bedenken, denn die bloße Erklärung kann die Strafbarkeit nicht begründen. Andererseits ist diese Lösung auch zu eng. Als Beispiel ist der Ehemann, der am Ende eines Arbeitstages sagt: „Ich habe keine Lust.“, zu nennen. Die Frau stimuliert ihn dann und er macht freiwillig mit. Das kann nicht ernsthaft zur Pönalisierung führen. Die nachträgliche Teilnahme kann nicht rückwirkend das vorherige „Nein“ aufheben. Andererseits ist diese Lösung zu eng, denn wenn man die Frage stellt: „Du hast doch nichts dagegen?“ und man hat eine Drucksituation, und das Opfer sagt: „Nein, ich habe nichts dagegen“, kann das dennoch unfreiwillig sein. Auch werden die Probleme in die Wirksamkeit des Einverständnisses verlagert. Es stellt sich die Frage: Können betrunkene oder angetrunkene Partner etwa wirksam einwilligen? England hat bei einer solchen Konzeption aber in dem Punkt nicht unbedingt positive Erfahrungen gemacht. Auch

die Beweislage wird natürlich auf die Frage des Einverständnisses verkürzt. Meines Erachtens wäre eine positive Formulierung denkbar. Das finden Sie auch in der Formulierung in der schriftlichen Stellungnahme: „Wer unter Ausnutzung einer Lage, in der Widerstand nicht möglich ist (überraschender Angriff oder widerstandsunfähige Person) oder in einer Lage, in der dem Opfer ein erheblicher Nachteil droht oder das Opfer einen erheblichen Nachteil befürchtet, solche sexuellen Handlungen vornimmt, [...]“ Dann hätte man eine Situation, die beim Opfer eine Drucksituation auffängt. Die Erheblichkeitsgrenze müsste man wohl berücksichtigen, weil nicht jede Befürchtung des Opfers, also dass es etwa nachher einen Ehestreit gibt, selbstverständlich beachtlich ist. Bei einer solchen Lösung – ich komme jetzt zum Schluss – könnte man § 177 Absatz 1 Nummer 3 StGB streichen. Möglicherweise auch § 179 StGB und § 240 Absatz 4 Satz 2 Nummer 1 StGB, das Regelbeispiel. Eine solche Lösung hat den Vorteil, dass sozial-adäquate oder sozial-übliche Fälle nicht erfasst werden und daher diese Lösung nicht in Konflikt mit dem Schuldprinzip gerät. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Danke, Herr Professor Eisele. Und dann Herr Eisenhuth.

SV Gregor Eisenhuth: Vielen Dank. Auch ich darf für die Gelegenheit zur Stellungnahme und auch zur Beantwortung Ihrer anschließenden Fragen ganz herzlich danken. Artikel 36 der Istanbul-Konvention – Sie haben es schon gesagt, sehr geehrte Frau Vorsitzende – verpflichtet die Vertragsstaaten, also auch uns dazu, alle sexuellen Handlungen gegen den Willen einer Person unter Strafe zu stellen und einer effektiven Strafverfolgung zuzuführen. Letzterer Aspekt gerät in der politischen Diskussion immer mal wieder ein bisschen aus dem Blickfeld, aber gerade als Praktiker aus dieser Strafverfolgungspraxis möchte ich mich auf den Aspekt im Besonderen konzentrieren. Die Diskussion wird sehr viel unter Schlagwörtern geführt wie: Ein „Nein“ muss auch ein „Nein“ sein, oder: Jetzt müsse einfach auch die Gelegenheit genutzt werden, politisch das sexuelle Selbstbestimmungsrecht, insbesondere der Frauen, umfassend umzusetzen. Wer wollte dem, gerade politisch, widersprechen? Gleichwohl, meine Damen und Herren, muss man immer wieder fragen: Ist das Strafrecht der



richtige Ort, um Signale zu setzen? Oder ist es nicht doch etwas anderes? Das Strafrecht ist ja die ultima ratio unseres Rechtsprinzips. Es ist der Ort, wo die freiheitlich-demokratische Gesellschaft sagt: Wenn dieser Rubikon überschritten worden ist, dann wehren wir uns hiergegen, auch mit zum Teil empfindlichen Sanktionen. Das muss bei dem, was in diesem Bereich jetzt gemacht wird, immer wieder mit in Betracht gezogen werden. Denn das setzt zwingend voraus, dass in das Strafgesetzbuch nur Tatbestände aufgenommen werden, die auch einer effektiven Strafverfolgung nützen. Nicht selten fordern Opferfrauenverbände in dem Zuge dieser Diskussion, es sei vor allem wichtig, dass mal schwarz auf weiß im StGB dokumentiert werde, dass diese Handlungen nicht gewollt und dass sie in unserem Land strafbar sind. Das würde oft schon reichen. Diese Leute sind auch intelligent. Sie wissen auch, dass diese Verfahren dann nicht zu einer Verurteilung führen können, weil die in diesem Bereich Beweisschwierigkeiten enorm hoch sind. Gleichwohl würde das oft schon helfen. Ich bin mir da nicht so sicher, ob das wirklich helfen wird, wenn die ohnehin schon in diesem Bereich nicht allzu hohe Verurteilungsquote, die auch immer wieder in diesem Zusammenhang kritisiert wird, fast folgenreich weiter sinken wird, wenn man den Straftatbestand sehr weit fasst und uns damit in der Strafverfolgungspraxis vor fast unlösbare Schwierigkeiten stellt. Deswegen wird es die wichtigste Aufgabe, auch für den politischen Erfolg dieses Vorhabens sein, einen Kompromiss zu finden zwischen dem, was machbar ist und dem Schließen vorhandener Schutzlücken. Dass es diese gibt, das habe ich auch schon in der schriftlichen Stellungnahme erwähnt. Ich komme gleich drauf, möchte aber noch vor allem auf die Herausforderungen aus der Strafverfolgungspraxis, ganz kurz in wenigen Schlagworten, eingehen, die einfach immer wieder auftauchen. Es ist zum einen immer wieder erforderlich, wenn man sagt, allein der entgegenstehende Wille – das ist ja die Frage letztendlich – muss ausreichen. Wie weit soll dieser Begriff ausgelegt werden? Der muss für den Täter zum einen unmissverständlich erkennbar sein, denn nur dann komme ich dazu, dass ich den subjektiven Tatbestand, nämlich zumindest den Eventualvorsatz, in diesem Bereich nachweisen kann. Das heißt, er muss dieses fehlende Einverständnis zumindest irgendwie

erkennen können und ich muss ihm das nachweisen können. In der Regel sagen uns das die Beschuldigten nämlich nicht. Wir haben es typischerweise mit Zweierkonstellationen zu tun, wo die eine Aussage so lautet und die andere konträr entgegensteht. Mit dieser Situation muss man umgehen und da helfen uns auch die modernsten Ermittlungstechniken und Methoden gar nichts. Die DNA-Auswertung hilft uns zu beweisen, dass Geschlechtsverkehr stattgefunden hat. Aber das ist oft gar nicht das, was in diesen Verfahren im Streit steht, sondern viel häufiger steht natürlich die Frage des Einverständnisses, der Einvernehmlichkeit im Streit. Da helfen die modernen Ermittlungstechniken zunächst einmal gar nichts, sondern da haben wir zwei Aussagen, deren Glaubwürdigkeit aufgrund der vorhandenen Erkenntnisse beurteilt werden muss. Und deswegen brauche ich auch bei einem neu zu schaffenden Tatbestand unbedingt in der Praxis objektive Anknüpfungspunkte. Die Gewalt ist nun mal ein solcher Anknüpfungspunkt, genauso wie die 1997 eingeführte Zwangslage. Genauso muss man natürlich sehen, dass auch die Möglichkeit von Missbrauch – und den gibt es in diesem Bereich leider auch, je weiter ich den Tatbestand fasse, mit Anzeigen, die nicht durch die Strafverfolgungspraxis überprüfbar sind – auch ein Problem darstellen werden, mit dem man sich auseinandersetzen muss. Zum einen, wenn die Strafverfolgungsquote in diesem Bereich weiter sinkt, werden insbesondere Polizei und Strafverfolgungsbehörden erheblich weiteren Vorwürfen ausgesetzt sein. Es wird wesentlich mehr arbeitszeit- und kostenaufwendige Verfahren geben. Aber es werden nicht mehr Verurteilungen als Konsequenz folgen. Auch das bitte ich zu bedenken, die Kapazitäten der Länder – Polizei und Justiz – sind in diesem Bereich jetzt schon sehr angespannt und bedenklich. Im Übrigen – nur ganz kurz abschließend: Diese Istanbul-Konvention ist sehr stark durch das anglo-amerikanische Recht geprägt. Wir müssen einen Kompromiss für das kontinental-europäische Recht finden, denn man kann insbesondere in den USA Fehlentwicklungen, beobachten, wo tatsächlich inzwischen, insbesondere in Kalifornien, das ausdrückliche „Ja“ vereinbart werden muss, bevor es zum Geschlechtsverkehr kommt. Ich glaube nicht, dass dies die Entwicklung ist, die wir uns für Deutschland wünschen. Wir bräuchten keine



entsprechenden neuen Gesetze, wenn die Schutzlücken, die gegeben sind, durch die Auslegung der bestehenden Vorschriften schon geschlossen werden könnten. Wir brauchen sie deswegen, weil die Gerichte eben nicht das alles beseitigen. Deswegen schlage ich vor, dass wir drei Konstellationen, die auch machbar sind, aufgreifen und dass Sie diese umsetzen: Zum Einen dort, wo Gewalt gegenüber dem Opfer vom Täter ausgeht, insbesondere Überrumpelungsfälle, wo die Gewalt aber final zunächst auf einen Wegnahmeakt - zum Beispiel beim Raubdelikt - gerichtet ist und dann letztendlich in einen Geschlechtsverkehr ummündet. In diesen Situationen kann man nicht mehr von Einvernehmlichkeit ausgehen. Genauso verhält es sich, wenn in Form von lange vorausgehender häuslicher Gewalt eine Zwangslage geschaffen wird, die aber durch die enge Auslegung der Rechtsprechung nicht unter § 177 Absatz 1 Nummer 3 StGB gefasst wird. Diese Fälle der häuslichen Gewalt müssen künftig auch unter Strafe gestellt werden. Der Nötigungstatbestand des § 240 Absatz 4 StGB gehört systematisch auch ins Sexualstrafrecht und sollte dort als minderschwerer Fall im § 177 StGB geregelt werden. Die Einzelheiten können Sie auch dem schriftlichen Vorschlag entnehmen. Das ist natürlich nicht der Anspruch eines Gesetzgebungsvorhabens, aber zumindest ein Diskussionsbeitrag, der vielleicht weiterhilft. Herzlichen Dank.

Die **Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Eisenhuth. Dann spricht jetzt Herr Professor Dr. Fischer.

SV Prof. Dr. Thomas Fischer: Vielen Dank. Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete. Ich verweise zunächst auf meine schriftliche Stellungnahme, die ich eingereicht habe, und beziehe mich darauf. Ich bin im Ergebnis der Ansicht, dass eine Gesetzesänderung weder rechtspolitisch erforderlich noch von Artikel 36 der Istanbul-Konvention zwingend gefordert ist. Ich möchte fünf ganz kurze Anmerkungen machen.

In der öffentlichen Diskussion – auch in Materialien zu dieser Anhörung – ist eine Reihe von Gerichtsentscheidungen, Beispielfällen und Fallgruppen genannt worden. In ihnen werden als strafwürdig angesehene Handlungen als nicht, oder nicht ohne weiteres, strafbar angesehen oder als angeblich von den geltenden Regelungen des

StGB nicht erfasst. Dazu kann ich sagen: Ich habe persönlich die Diskussion und die Rechtsentwicklung seit 1997 sehr intensiv miterlebt und kenne auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Fragen der sexuellen Nötigung und des sexuellen Missbrauchs relativ genau. Auf der Grundlage dieser Erfahrungen kann ich sagen, dass der weitaus größte Teil der behaupteten Lücken nicht existiert. Ein sehr gutes Beispiel ist der Fall, den Frau Rechtsanwältin Clemm in ihrer kurzen Stellungnahme vorhin geschildert hat. Ich habe nicht den geringsten Zweifel, dass dieser Fall mit den vier Tätern und dem weinenden und angstvollen Opfer, der dort geschildert worden ist, als Fall des § 177 Absatz 1 Nummer 3 StGB strafbar wäre. Das ist ein glasklarer Fall der schutzlosen Lage und ich bezweifle, dass irgendein Gericht einen Freispruch daraus gemacht hat oder machen könnte. Es gibt selbstverständlich einzelne Ausrutscher und falsche Entscheidungen, aber aus falschen Gerichtsentscheidungen ergibt sich keine Gesetzeslücke. Das betrifft insbesondere auch die Fallgruppen der Ausnutzung eines sogenannten „Klimas der Gewalt“. Alle diese Fälle sind zuverlässig erfasst von § 177 Absatz 1 Nummer 3 StGB - auch die subjektiv empfundene Furcht einer Person vor der Anwendung von Gewalt. Auch diese Fälle werden vom Bundesgerichtshof in hunderten von Einzelentscheidungen regelmäßig als Fälle des § 177 Absatz 1 Nummer 3 StGB angesehen. Ich kenne einzelne – zwei oder drei – sehr problematische Bundesgerichtshofentscheidungen; es gibt natürlich auch fehlerhafte Instanzentscheidungen. Da kann man überhaupt nichts machen. Solche Entscheidungen rutschen immer mal durch. Manche der genannten Beispielfälle sind offenkundige Anwendungsfälle von Gewalt oder Drohung mit Gewalt, sodass sie den Bereich von § 177 Absatz 1 Nummer 3 StGB überhaupt nicht berühren. Das betrifft auch die sogenannte konkludente Drohung mit Gewalt, die in der heutigen Rechtsprechung als wesentlich weitergehend anerkannt wird als noch etwa vor zehn Jahren.

Zweitens darf man bei all dem im Übrigen nicht vergessen, dass die gesamte Diskussion, die hier geführt wird, nur einen ganz kleinen Teil der Tatbestände und der Fälle überhaupt betrifft. Nämlich nur eine von vier Tatvarianten des § 177 Abs. 1 Alternative 1 StGB, nämlich Handlungen des Täters am Opfer. Sämtliche Fälle, die mit



Handlungen des Opfers verbunden sind, lassen sich auf diese Weise nicht erfassen, denn wenn das Opfer „Nein“ aber der Täter „Ja“ sagt und nichts weiter passiert, gibt es für das Opfer keinerlei Grund, eigene Handlungen am Täter oder am Dritten vorzunehmen. Der Täter muss immer irgendetwas anderes tun, sei es auch nur drohend fragen, drohend gucken, die Tür abschließen oder sonst irgendetwas tun und schon ist irgendein Beispiel des § 177 Absatz 1 StGB erfüllt.

Drittens wird meistens ein Problem nicht gesehen. Herr Professor Eisele hat es angesprochen: Es ist offensichtlich, dass das Gesetz seit 130 Jahren zwischen Fällen der Nötigung und Fällen des Missbrauchs unterscheidet; also nicht des Missbrauchs von Personen, sondern von Drucksituationen, von Zwangsmöglichkeiten und der Schwächeposition einzelner, besonders geschützter Bevölkerungsgruppen. Diese Missbrauchsoffer allesamt als Personen anzusehen, die mit sexuellen Handlungen einverstanden sind, die Dritte unter Ausnutzung solcher Zwangspositionen an ihnen vornehmen, wäre absurd. Deshalb muss man davon ausgehen, dass der weitaus größte Teil der missbrauchten Personen die sexuellen Handlungen ebenfalls nicht will. Das würde dazu führen, dass alle Missbrauchshandlungen, alles, was wir heute von § 174 StGB bis § 182 StGB bestrafen, in Wirklichkeit als qualifizierte Nötigung angesehen werden müsste, weil die Opfer besonders geschützt sind. Es wäre es nicht unmöglich, würde aber – ich weise nur darauf hin – die Systematik des 13. Abschnitts vollständig umdrehen. Wir müssten uns ein komplett neues Sexualstrafrecht ausdenken. Ich habe erhebliche Zweifel, ob das erforderlich ist.

Noch ganz kurz zum Verfahren: Beweisfragen sind schon heute im Verfahren wegen Sexualstraftaten oft sehr schwierig. Nicht umsonst hat sich hier eine hochproblematische Kultur von Glaubwürdigkeitsgutachten entwickelt und ausgebreitet. Wenn man bei der sexuellen Nötigung und Vergewaltigung zukünftig von jeglicher Manifestation des Tatbestands in der Außenwelt absieht und die Verwirklichung ausschließlich in den inneren Vorstellungs- und Gedankenbereich der Personen verschieben würde, würde die Anzahl der Schwierigkeiten gewiss vermehrt. Zweifelloso gäbe es mehr

Verurteilungen, ob diese mehr tatsächliche Fälle erfassten und wie viele positiv falsche Verurteilungen es gäbe, wäre offen. Zu den Beweisschwierigkeiten im klassischen Sinne kommen überdies Phänomene der Ambivalenz und der nachträglichen Umdeutung, etwa nach gescheiterten Beziehungen und weit zurückliegenden Vorfällen, hinzu. Sehr viele dieser Anzeichen entstehen ja nicht unmittelbar nach der Tat oder der angeblichen Tat, sondern teilweise erst Jahre später. Man kann sich fast nicht vorstellen, wie solche Fälle aufgeklärt werden sollten. Man kann mit Gewissheit sagen, dass die Anzahl der Verurteilungen aufgrund einer Strafanzeige, die lautet, vor Jahren einmal eine sexuelle Handlung nicht gewollt oder eigentlich nicht gewollt zu haben, nicht sehr hoch wäre. Das Ergebnis wäre aber nicht mehr Rechtsicherheit, sondern neue Enttäuschung. Der Vorschlag von Frau Professor Hörnle, den Tatbestand um sogenannte Umstände, die den entgegenstehenden Willen nahelegen, zu ergänzen, würde unsere Rechtsordnung und auch allgemeine Grundsätze der Rechtsordnung ganz auf den Kopf stellen. Eine „fahrlässige“ ist letzten Endes nichts anderes als eine „leichtfertige“ Nötigung oder Vergewaltigung. Ein solcher Tatbestand ist dem deutschen Strafrecht vollkommen fernliegend. Ich denke, dass man doch zumindest am Vorsatz des Täters festhalten sollte und nicht leichtfertige Nötigung oder fahrlässige Nötigung unter Strafe stellen sollte. Eine Möglichkeit für eine Ergänzung sehe ich in dem Vorschlag, den ich gerade von Herrn Professor Eisele gehört habe. Ich hielte einen allgemeinen Missbrauchstatbestand, der § 177 StGB unberührt lässt und §§ 174 ff. StGB so umformuliert, dass eine persönliche oder objektive Schwäche einer Person oder Zugangsmöglichkeiten missbräuchlich ausgenutzt werden, für möglich. Ob dies die Rechtsicherheit und Verurteilungshäufigkeit steigert, vermag ich nicht zu erkennen. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Danke, Herr Fischer. Jetzt Frau Grieger.

SV **Katja Grieger**: Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete, sehr geehrte Zuhörerinnen und Zuhörer. Auch ich bedanke mich sehr herzlich für die Einladung. Ich bin die Geschäftsführerin des BFF. BFF steht für „Bundesverband Frauenberatungsstellen und



Frauennotrufe“. In diesem Verband sind 170 Fachberatungsstellen zusammengeschlossen, in denen gewaltbetroffene Frauen Unterstützung bekommen. An diese Beratungsstellen wenden sich sehr viele Betroffene, die sexuelle Übergriffe erlebt haben. Das ist auch die Perspektive, aus der ich heute berichten kann. Ich kann Ihnen berichten, was wir in der Beratung von diesen Frauen erfahren. Darüber, was die Auswirkungen der Rechtslage auf die Frauen bedeutet. Ich möchte mit einer kurzen Fallgeschichte beginnen. Es handelt sich um eine Studentin, die mit Kommilitoninnen und Kommilitonen zu einem Zeltwochenende verreiste. Ein junger Mann war in der Gruppe. Die beiden hatten einen sehr netten Abend, tranken und unterhielten sich den ganzen Abend und unterhielten sich auch noch weiter, als alle anderen schon zum Schlafen in die Zelte gegangen waren. Die Frau war jedoch völlig überrumpelt und fassungslos, als er plötzlich begann, ihr an die Brust zu fassen und seine Hose aufzuknöpfen. Sie sagte, er spinne ja wohl und dass er aufhören solle, sie würde ihn doch gar nicht kennen. Er hörte aber einfach nicht auf, machte weiter und sie wiederholte mehrfach, dass sie das nicht will. Er machte aber einfach weiter. Die beiden hatten Geschlechtsverkehr, währenddessen die Frau die gesamte Zeit über weinte. Sehr viele Wochen später kam die junge Frau in eine unserer Beratungsstellen, weil sie, Zitat: „Nicht mehr klar kam“. Sie hatte es seitdem nicht geschafft zur Uni zu gehen, sie war überhaupt kaum aus dem Haus gegangen und hatte kaum geschlafen. Sie quälte sich seit Wochen mit der Frage, warum es ihr nicht gelungen war, den Übergriff zu verhindern und warum sie sich so gelähmt gefühlt hat in der Situation. Anders als die allermeisten Betroffenen hat sie sich aber entschlossen, die Tat anzuzeigen. Sie schaffte es im Laufe der nächsten Monate, wieder in ihr altes Leben zurückzufinden. Sie konnte erkennen, dass sie selbst keine Schuld an dem Übergriff trug und konnte akzeptieren lernen, dass ihr in der Situation kein anderes Verhalten möglich war. Sie konnte sogar ihr Studium wieder aufnehmen. Dann kam aber der Bescheid der Staatsanwaltschaft. Das Verfahren wurde eingestellt, weil der Tatbestand der sexuellen Nötigung nicht erfüllt war. Es sei nicht ersichtlich, warum sie nicht einfach laut um Hilfe gerufen hätte. Sie hatte sich selbst ja monatelang genau mit exakt dieser Frage gequält. Jetzt war

genau das, nämlich ihre Unfähigkeit, in der Situation laut zu werden oder sich zu wehren, der Grund, warum das Verfahren eingestellt wurde. Am schlimmsten war für sie das Wort „einfach“. „Wenn es einfach gewesen wäre, hätte ich es doch getan“, hat sie gesagt. Wir haben in einer Fallanalyse 107 weitere solche Fälle analysiert. In all diesen Fällen hatten die Betroffenen deutlich gemacht, dass sie keinen Sexualkontakt wollen, hatten geweint, gefleht, versucht ihn zu überreden aufzuhören, ihn beschimpft, in vielen Fällen versucht sich abzuwenden. Mehreres davon erfolgte nacheinander oder auch gleichzeitig. In allen Fällen erfolgte die Einstellung oder der Freispruch wegen Nichterfüllung des Tatbestandes. Die Erkenntnis dieser Analyse ist: Das Verhalten der Betroffenen ist der zentrale Bezugspunkt bei der Prüfung der Strafbarkeit. Über den entgegenstehenden, geäußerten Willen dürfen sich Täter hinwegsetzen. Es liege keine Nötigung vor, weil der Beschuldigte keine Gewalt zur Überwindung ihres Widerstandes anwenden musste, weil sie sich nicht körperlich gewehrt habe. So steht es exakt in sehr vielen Bescheiden. Oder: Der Beschuldigte habe keine schutzlose Lage ausgenutzt, weil die Geschädigte hätte versuchen müssen, um Hilfe zu rufen. So steht es zum Beispiel in einem Fall: Frau X versuchte mehrfach, den Mann mit angewinkelten Armen von sich wegzudrücken. Diese Abwehr habe der Mann auch registriert. Allerdings stünde nicht fest, ob das Wegdrücken auch dazu führte, dass der Mann eine Krafteinwirkung zur Überwindung einsetzen musste. Deshalb war sein Verhalten nicht strafbar. Betroffene, die solche Sätze lesen, fragen uns dann hinterher in der Beratung meistens: Was hätte ich denn tun müssen, damit es strafbar gewesen wäre? Sie verstehen die staatliche Botschaft so, dass sie selbst sich falsch verhalten haben und nicht der Mann, den sie angezeigt haben. Sie machen sich Vorwürfe, dass es ihnen nicht möglich war, in der Situation anders zu reagieren. Es wird oft behauptet, dass eine Person, die einen sexuellen Kontakt wirklich nicht will, mehr unternehmen wird, als einfach nur „Nein“ zu sagen. Das stimmt nicht. Manche schaffen das, andere schaffen das nicht. Ob eine Betroffene sich zur Wehr setzt, einen Fluchtversuch unternimmt oder wie erstarrt alles über sich ergehen lässt, lässt keinen Rückschluss darauf zu, wie zuwider ihr der Kontakt war. Die letztlich geforderte körperliche Gegenwehr



widerspricht der weiblichen Sozialisation völlig. Bei diesem Delikt wird sie jedoch zum zentralen Bezugspunkt, dem ein Großteil der Frauen nicht nachkommen kann. Viele Frauen empfinden die Situation eines drohenden Übergriffs als ausweglos, sie fühlen sich ohnmächtig und hilflos. Sie befürchten lebensbedrohliche Verletzungen und haben Angst. Dies ist keine Situation, in der körperliche Gegenwehr selbstverständlich erwartet werden kann. Viele befinden sich in einem Schockzustand, der planvolles und zielgerichtetes Handeln unmöglich macht. Es ist keine bewusste Entscheidung der Betroffenen, wie sie reagieren. Niemand von uns kann sagen, wie er oder sie in einer solchen Situation morgen reagieren würde. Flucht, Gegenwehr, Lähmung, Passivität im Schock, alles sind natürliche, menschliche Reaktionen in solchen Situationen. Bislang gilt eine Person, die sich passiv verhält, als sexuell verfügbar. Diese Rechtslage muss sich dringend ändern. Die Studentin, von der ich Ihnen zu Beginn berichtet habe, bereut übrigens heute, dass sie die Tat angezeigt hat. Den Bescheid der Staatsanwaltschaft hat sie nicht verkräftet. Sie hat mittlerweile ihr Studium abgebrochen. Was sie nicht verkräftet hat, war nicht die Tatsache, dass das Verfahren eingestellt wurde. Sie weiß, dass das passieren kann, vor allem, wenn die Tat zum Beispiel nicht beweisbar ist. Es war die Tatsache, dass ihr bescheinigt wurde, dass der Übergriff rechtlich gesehen überhaupt keiner war. Das also alles rechtens war, was dieser Mann mit ihr gemacht hat. Der Mann, den sie angezeigt hat, hat mittlerweile sein Studium beendet und ist ein angehender, erfolgreicher Akademiker. Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Die **Vorsitzende**: Danke, Frau Grieger. Jetzt kommt Herr Professor Dr. Renzikowski.

SV Prof. Dr. Joachim Renzikowski: Auch vielen Dank, dass ich hier zum Schluss noch zu Wort komme. Das meiste ist schon gesagt worden, deswegen versuche ich, es möglichst kurz zu halten.

Erstens: Ich glaube, dass wir eine Lücke haben bzw. dass Artikel 36 der Istanbul-Konvention uns zu einer Gesetzesänderung in mindestens zwei Fallgruppen verpflichtet. Die sind hier teilweise aber auch schon fast unstrittig. Zum einen bei der Ausnutzung von Überraschungsmomenten, zum Anderen in dem Fall, in dem sich das Opfer

selber, aus welchen Gründen auch immer, keine Gegenwehr vorstellen kann, weil es zum Beispiel paralytisch ist und der Täter genau diese Situation ausnützt. Ein Kollege von mir hat die gegenteilige Rechtsprechung des 4. Senates etwas böse, aber doch treffend beschrieben als „die Vorstellung von einem objektiv besonnenen Vergewaltigungsopfer“. Das ist das Problem, dass in solchen Situationen nicht jeder so rational reagiert, wie man es vielleicht erwarten würde. Ich möchte ein bisschen mehr zum Beweisproblem sagen: Ich glaube, dass die Beweisprobleme bei allen Sexualdelikten die gleichen sind und weder vermindert noch gesteigert werden, egal welche Regelung wir finden. Auch, wenn wir gar nichts ändern würden. Das schönste Beispiel ist eigentlich § 177 Absatz 1 Nummer 3 StGB, die schutzlose Lage. Normalerweise nehmen wir alle unsere intimen Handlungen mit unseren Intimpartnern doch in geschützten Räumlichkeiten vor, also allein und ungestört. Das heißt also, wir gucken normalerweise darauf, dass diese Umgebung so schutzlos ist wie möglich. In der Umgebung eines Schlafzimmers allein in einem Einfamilienhaus habe ich die typischen objektiven Umstände einer schutzlosen Lage. Im Streitfall geht es ausschließlich darum: War das Opfer nicht einverstanden bzw. kann ich die fehlende Zustimmung beweisen, oder nicht? Das ist genau der Punkt, wenn wir die Istanbul-Konvention wörtlich nehmen. Die sogenannten objektiven Begleitumstände gibt es doch nur in den ganz krassen Fällen, in denen ein Opfer tatsächlich deutliche Verletzungsspuren aufweist. Selbst dann ist es nicht immer ganz klar, wie man im letzten prominenten Fall sehen konnte. Es ist klar, dass alle Sexualdelikte mit diesem Beweisproblem behaftet sind. Es wird sich weder verschlimmern, noch verändern, noch verbessern. In einem Strafprozess, egal, wann dieser stattfindet, wird immer Vergangenes berichtet. Sagt also jemand aus, er habe zu dem Zeitpunkt vor zwei, fünf, sieben oder zehn Jahren etwas Bestimmtes geglaubt, dann beweist dies noch nicht, dass er das damals auch tatsächlich geglaubt hat. Wenn irgendjemand sagt: „Ich dachte, das Opfer sei einverstanden“, dann ist das kein Beweis dafür, dass er das damals auch geglaubt hat. Wenn das Opfer sagt: „Ich war damals nicht einverstanden“, dann ist das auch kein Beweis dafür, dass es damals nicht



einverstanden war. Immer, wenn wir vor Gericht mentale Zustände feststellen wollen, brauchen wir dafür Umstände, die das erklären. Das heißt also, wenn jemand sagt: „Ich war damals dagegen“, es nach allen Umständen aber eher so aussieht, als habe er sich sehr aktiv an diesem Sexualkontakt beteiligt, dann werden wir im Zweifel dieser Beteuerung „Ich habe das nie gewollt“ keinen Glauben schenken und: Zweifel reichen aus. Von daher ist der Ansatzpunkt: „Wir haben zu wenig Verurteilungen, deswegen müssten wir das Sexualstrafrecht ändern“, falsch. Ich glaube, darum geht es auch gar nicht. Mein Problem ist, dass ich noch immer keine Formulierung weiß, mit der ich restlos zufrieden bin. „Objektive Umstände“, wie es Professor Eisele angesprochen hat, gefällt mir inzwischen am besten. Ich glaube aber, dass die Auswirkungen auf andere Tatbestände des Sexualstrafrechts relativ begrenzt sind und zwar aus folgendem Grund: § 179 StGB beschreibt eine Situation konstitutioneller Widerstandsunfähigkeit. Das ist etwas anderes als jemand, der in einer bestimmten Situation überrascht wird und hat größeres Gewicht. Solche Abstufungen haben wir in anderen Bereichen auch. Zum Beispiel bei den Missbrauchstatbeständen, §§ 174a StGB, 174c StGB usw. § 174 c) StGB, die sogenannten Scharlatanerie, ist der einzige Fall, bei dem eine Täuschung über das Erfordernis eines Sexualkontaktes zum Missbrauch führt. Zum Beispiel die Täuschung, der Sexualkontakt sei wichtig, um das Opfer von seiner Prüderie zu befreien. Alle BGH-Senate, bis auf einen, befürworten die Strafbarkeit dieses Verhaltens. Das muss auch nicht geändert werden.

Die **Vorsitzende**: Danke an alle Sachverständigen. Es gibt Wortmeldungen von Frau Wawzyniak, Frau Hupach und Herrn Wiese.

Abg. **Halina Wawzyniak** (DIE LINKE.): Ich glaube, dass die Mehrheit, wenn ich das richtig gelesen habe, eine Strafbarkeitslücke bejaht hat. Ohne dies zu bewerten, will ich das als mehrheitliche Meinung hier stehen lassen. Wir müssen die Frage beantworten, ob wir die mehrheitlich angenommene Strafbarkeitslücke über eine Änderung des § 177 StGB schließen können oder ob das Sexualstrafrecht grundlegend geändert werden soll. Ich tendiere im Moment dazu, dass man tatsächlich grundlegend an das

Sexualstrafrecht ran muss. Das haben auch die Schwierigkeiten deutlich gemacht, die in den Stellungnahmen aufgezeigt wurden, wie etwa die Verbindung zur Nötigung, die es noch gibt. Vielleicht kann man in der zweiten Fragerunde nochmal über die Unterscheidung zwischen „Ja meint Ja“ und „Nein meint Nein“ diskutieren. Das ist ja auch strafprozessual eine nicht ganz unwichtige Frage.

Ich will zunächst eine Frage an Frau Clemm und eine an Herrn Professor Fischer stellen. Die Frage an Frau Clemm wäre, ob die Vorschläge, die Herr Professor Eisele und Herr Eisenhuth in ihren Stellungnahmen gemacht haben, die von Ihnen im Wesentlichen vorgebrachten Fälle erfassen würden. Nach meiner Einschätzung würden die Vorschläge vom Bundesrat, von Frau Hörnle und vom DJB Ihre Fälle erfassen. Für meine Bewertung der Vorschläge wäre mir Ihre Einschätzung nochmal wichtig.

Die zweite Frage habe ich an Herrn Professor Fischer: Sie haben gesagt, und auch in Ihrer schriftlichen Stellungnahme nochmal darauf hingewiesen, dass fehlerhafte Gerichtsentscheidungen im Einzelfall keine Lücke im Gesetz begründen. Ich teile Ihre Einschätzung zu § 177 Absatz 1 Nummer 3 StGB, der schutzlosen Lage, ausdrücklich. Wenn ich aber diverse Entscheidungen, die vorliegen, richtig verstanden habe, ist die herrschende Rechtsprechung der Meinung, dass keine schutzlose Lage vorliegt, obwohl der Gesetzgeber etwas anderes wollte und es einschränkend ausgelegt worden ist. Jetzt sagen Sie, das begründe noch keine Lücke. Die rechtspolitische Frage ist: Wenn es eine herrschende Rechtsprechung gibt, die dies nicht als aussichtslose oder schutzlose Lage auslegt, dann werden Gerichte unterhalb des Bundesgerichtshofs sich auf diese Rechtsprechung beziehen. Deswegen würde ich Sie gerne nochmal fragen, ob nicht vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung, die Sie und ich anders sehen, nicht doch gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht?

Die **Vorsitzende**: Frau Hupach.

Abg. **Sigrid Hupach** (DIE LINKE.): Vielen Dank, Frau Vorsitzende, vielen Dank auch für die einführenden Statements an die Damen und Herren Sachverständigen. Ich habe zwei kurze Fragen an Frau Grieger. Wir haben darüber



gesprochen, dass viele angezeigte Vergewaltigungen nicht verurteilt werden. Ich möchte wissen, wie sich die Zahlen der angezeigten Vergewaltigungen in den letzten Jahren entwickelt haben und wie viele dieser Anzeigen zu Verurteilungen führten. Meine zweite Frage: Wie viele Urteile davon wurden aufgehoben und was waren die Gründe dafür? Danke.

Die **Vorsitzende**: Herr Wiese und dann Frau Keul.

Abg. **Dirk Wiese** (SPD): Ich hätte eine Frage an Herrn Professor Fischer, die sich an die Frage von Frau Wawzyniak anschließt. Vielleicht können sie anhand der Beispiele des Deutschen Juristinnenbundes, auch anhand des Beispiels, das Frau Grieger gerade nochmal geschildert hat, nochmal ausführen, ob es aus Ihrer Sicht aufgrund der fehlerhaften und undeutlichen Rechtsprechung vielleicht doch sinnvoll ist, etwas zu ändern. Die zweite Frage geht an Frau Cirullies: Wir haben den Vorschlag von Herrn Professor Eisele in seinem Gutachten auf Seite 11 vorliegen. Ist dieser aus Ihrer Sicht sinnvoll oder kann das auch zu Beweisschwierigkeiten führen? Das ist der Punkt, an dem wir stehen, möglicherweise Erwartungen zu wecken, aber dann auf der anderen Seite Beweisschwierigkeiten zu haben. Der Grundsatz „in dubio pro reo“ darf ja auch keinesfalls ausgehebelt werden. Vielleicht können Sie einmal aus der Praxis Stellung dazu nehmen? Danke.

Die **Vorsitzende**: Frau Keul, Frau Schauws und Herr Hoffmann.

Abg. **Katja Keul** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Auch von meiner Seite vielen Dank für Ihre Expertise. Ich habe eine Frage an Frau Clemm und eine Frage an Frau Grieger. Frau Clemm, Frau Cirullies hat in ihrer schriftlichen Stellungnahme gesagt, es seien kaum Fälle denkbar, in denen das erwachsene, mündige Opfer die Handlung hinnimmt ohne sich körperlich zu wehren. Genauso einen Fall haben Sie uns aber im Prinzip gerade geschildert. Herr Professor Fischer sagte daraufhin, das sei offensichtlich strafbar. Er könne sich nicht vorstellen, dass ein Gericht oder eine Staatsanwaltschaft das als nicht strafbar behandelt. Ich hatte verstanden, dass die Fälle, die Sie zusammengestellt hatten, aus der Praxis waren. Können Sie sagen, ob dieser Fall entweder freigesprochen oder eingestellt worden ist? Das

wäre wichtig. Sind die anderen 107 Fälle auch aus der Praxis? Sind diese eingestellt oder freigesprochen worden?

An Frau Grieger habe ich eine Frage zum Thema „Beweisprobleme“. Dazu hat Herr Professor Renzikowski gerade schon sehr viel gesagt. Habe ich Sie richtig verstanden, dass alle ihre Fälle, die Sie gesammelt haben, Fälle waren, in denen es keine Beweisschwierigkeiten gab, sondern lediglich die Frage der Tatbestandserfüllung Thema war? Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Frau Schauws.

Abg. **Ulle Schauws** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Danke auch nochmal von meiner Seite für Ihre Ausführungen. Ich hätte gerne von Herrn Eisenhuth und Herrn Professor Renzikowski eine Frage beantwortet, und zwar zu § 179 StGB. Wie beurteilen Sie die Entwicklung in der Rechtsprechung, was den Strafrahmen für die betroffenen Opfergruppen bei § 179 StGB angeht, insbesondere hinsichtlich der Abgrenzung zu § 177 StGB. Welche Konsequenzen halten Sie in diesem Fall für angebracht?

Die **Vorsitzende**: Herr Hoffmann, und dann machen wir eine umgekehrte Antwortrunde.

Abg. **Alexander Hoffmann** (CDU/CSU): Vielen Dank, Frau Vorsitzende, vielen Dank meine Damen und Herren Sachverständigen für Ihre Ausführungen. Ich habe die erste Frage an Herrn Professor Fischer, zu dem Fall, den Frau Clemm vorgetragen hat und den Sie kommentiert haben. Ich war von Ihrer Einschätzung hier und auch bei der Lektüre Ihrer schriftlichen Stellungnahme überrascht. Wo sehen Sie denn in diesem Fall die verobjektivierte Zwangslage? Die Terrassentür war offen, es ist eine Wohnung im Erdgeschoss gewesen und es waren zwei schlafende Frauen im Nachbarzimmer.

Zwischenruf: Das wusste sie nicht!

Abg. **Alexander Hoffmann** (CDU/CSU): Ja gut, aber die subjektive Seite ist ohnehin bei der Verobjektivierung auszublenden. Die zweite Frage würde ich gerne an Frau Cirullies stellen. Sie haben vorhin ausgeführt, dass es auf die subjektive Sicht des Opfers alleine nicht ankommen kann. Professor Eisele hat in seiner schriftlichen Stellungnahme sehr gut ausgeführt, dass die Aussage des Opfers „Ich wollte das nicht“ allenfalls ein Indiz sein kann und im



Strafprozess mit weiteren Indizien anzufüllen ist. In diesem Fall könnte der Ansatz von Frau Professor Hörnle vielleicht eine Lösungsmöglichkeit sein, nämlich die verobjektivierenden Indizien in den Tatbestand zu schreiben. Sehen Sie eine Möglichkeit, die Aussage „Nein, ich wollte das nicht“ des Opfers mit weiteren Indizien anzureichern?

Die **Vorsitzende**: Danke. Jetzt antworten bitte in umgekehrter Reihenfolge diejenigen, die eine oder mehrere Frage bekommen haben. Das sind erstmal Professor Renzikowski und Frau Grieger. Ihnen wurden Fragen von Frau Schauws gestellt.

SV Prof. Dr. Joachim Renzikowski: Ich wurde zu § 179 StGB gefragt. Die Diskussion ist bekannt: Die Unterscheidung zwischen § 179 StGB und § 177 StGB, was die Strafraumen betrifft, sei eine – vielleicht sogar verfassungswidrige – Diskriminierung von Behinderten, weil Behinderte nicht genötigt werden müssen, wenn sie widerstandsunfähig sind. Ich glaube, das ist nicht der Fall. Wenn man einen allgemeinen Missbrauchstatbestand unterhalb des § 177 StGB schafft, sähe man, wo die Unterschiede liegen. Die Steigerung des Unrechts liegt darin, dass sich jemand konstitutionell nicht zur Wehr setzen kann, aber es ist etwas ganz anderes, ob hierbei auch Gewalt und Nötigungsmittel, und zwar qualifizierte Nötigungsmittel, eingesetzt werden. Das ist nochmal eine Steigerung des Unrechts. So kann das Gesetz differenzieren. Das leuchtet mir auch ein. Deswegen habe ich diese Position nie geteilt. Interessant ist außerdem – das betrifft weniger die Rechtsprechung, sondern das Gesetz selbst – dass der Strafraumen der gleiche ist, sobald ich massive Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung habe. Je höher also das Gewicht des Eingriffs in die Sexualität ist, desto höher ist der Strafraumen. Da ist § 179 StGB sogar noch strenger, weil § 179 Absatz 4 StGB eine Qualifikation dafür vorsieht, während § 177 Absatz 2 StGB nur als Regelbeispiel ausgestaltet ist, was man bei der Gelegenheit auch ändern könnte.

Die **Vorsitzende**: Frau Grieger hatte eine Frage von Frau Keul.

Sve **Katja Grieger**: Zuerst die Frage zu den Zahlen. Grundsätzlich muss man sagen, dass wir aus der Dunkelfeld-Forschung wissen, dass jede

siebte Frau einmal in ihrem Leben nach der derzeitigen Rechtslage strafrechtlich relevante sexuelle Übergriffe erlebt. Nur fünf bis 15 Prozent dieser Frauen – da gibt es zwei verschiedene Studien – also die deutliche Minderheit – zeigt dies überhaupt an. Das heißt, nur der kleinste Teil wird überhaupt angezeigt. Die Verurteilungsquote durch das Verhältnis von Verurteilungen gemessen an den angezeigten Fällen errechnet. Sie lag im Jahr 2012 bei knapp unter zehn Prozent und ist in den Jahren davor kontinuierlich gesunken. Ich muss dazu aber sagen, dass es in Deutschland keine exakte Verlaufsstatistik für diese Fälle gibt. Das Bundesamt für Justiz, das dies für uns errechnet, bezieht die polizeiliche Kriminalstatistik auf die verschiedenen Strafverfolgungsstatistiken. Wirklich gut wäre eine vernünftige Verlaufsstatistik dieser Verfahren. Ich glaube, auch in dieser Hinsicht gibt es einen Bezug zur Istanbul-Konvention. Dies ist im Antrag auch erwähnt. Erst dann könnte man exakt sagen: Welche Verfahren gehen wie aus? Der Großteil – das sagen die Statistiken, die wir bisher haben – endet durch Einstellung durch die Staatsanwaltschaft.

Dann hatte ich die Frage zu den Beweisschwierigkeiten. Wir haben bewusst nur Fälle in diese Fallanalyse aufgenommen, in denen als Grund für die Einstellung oder den Freispruch die Nichterfüllung der Tatbestandsmerkmale aufgeführt war. Es kann sein, dass einige dieser Fälle irgendwann auch an Beweisschwierigkeiten gescheitert wären, wenn es zur Anklage gekommen wäre. Das wissen wir nicht. Wir haben eine ganze Reihe von Fällen in der Analyse, in denen die staatsanwaltschaftlichen Einstellungsbescheide Texte beinhalten wie: „Wir glauben der Frau. Das war mit Sicherheit so, aber weil die Rechtslage so ist wie sie ist, müssen wir einstellen.“ Das wird manchmal auch sehr bedauernd formuliert. Das ist das Eine. Es gibt auch andere Fälle in der Analyse, in denen es sogar ein „Geständnis“ gegeben hat. An einen Fall erinnere ich mich. Dort schrieb die Frau dem Mann am nächsten Tag eine SMS, ungefähr so: „Du Trottel hast mich gestern vergewaltigt– ich wollte das nicht“. Er schreibt zurück: „Ich weiß, dass Du das nicht wolltest. Es tut mir sehr leid.“ Das wäre der Beweis gewesen, wenn das Merkmal „gegen den Willen“ strafbar wäre. In diesem Fall war es aber nicht strafbar.



Die **Vorsitzende**: Dann geht es weiter mit Herrn Professor Fischer und Fragen von Frau Wawzyniak, Herrn Wiese und Herrn Hoffmann.

SV Prof. Dr. Thomas Fischer: Zur Frage der Frau Abgeordneten Wawzyniak zur herrschenden Rechtsprechung: Das ist gerade der springende Punkt. Ich möchte das stark bestreiten. Ich war Berichterstatter bei der Leitsatzentscheidung zum § 177 Absatz 1 Nummer 3 StGB, 50. Band BGHSt und kenne die Entscheidung wirklich sehr gut. Ich glaube, dass sich danach die Rechtsprechung der Senate des Bundesgerichtshofs in die Richtung geändert hat, die heute als „enge Rechtsprechung“ angesehen wird. Man muss freilich sehen, dass wir über einen Nötigungstatbestand sprechen. Die ursprüngliche Fassung des § 177 Absatz 1 Nummer 3 StGB ist ja zunächst mal vom 2. Strafsenat im 45. Band so ausgelegt worden als stünde dort nur „gegen den Willen“. Das führte zu merkwürdigen, auch sehr widersprüchlichen Entscheidungen. Im Laufe der Diskussion hat sich die Ansicht des Rechtsausschusses des Sächsischen Strafrechtsreformgesetzes, dass man eine Objektivierung brauche, um einen Nötigungstatbestand zu haben, auch im BGH verbreitet. Das hat mit dem Missbrauch und einer möglichen Lücke in den Missbrauchstatbeständen gar nichts zu tun. Ich stimme sowohl Herrn Professor Eisele als auch Herrn Professor Renzikowski durchaus zu, dass wir möglicherweise eine Lücke, die man beschreiben kann, in den Missbrauchstatbeständen haben oder eine Lücke, in der Fälle, wie diese überraschenden Angriffe stattfinden. Was die Frage des § 177 Absatz 1 Nummer 3 StGB betrifft, also die Nötigung unter Ausnutzung einer schutzlosen Lage, bin ich nach wie vor ganz fest der Ansicht, dass es keine entgegenstehende, herrschende Rechtsprechung gibt, die von der Definition, die ich geben würde, also von den Tatbestandsvoraussetzungen, wesentlich abweicht. Da bin ich mir ziemlich sicher. Es gibt natürlich einzelne Entscheidungen, die man aufgibt, es gibt welche, die darüber hinausgehen, es gibt welche, die dahinter zurückstehen. Was die Frage zu der schutzlosen Lage von Herrn Abgeordneten Hoffmann betrifft: Schutzlose Lage“ ist immer ein relationaler Begriff. Jeder Mensch ist jedem anderen Menschen, der sich in seiner Reichweite befindet, schutzlos ausgeliefert. Jeder Mensch kann an jedem anderen Menschen überraschende sexuelle Handlungen vornehmen.

Es kann unmöglich der Sinn eines strafrechtlichen Tatbestandsmerkmals sein, eine kriminogene Situation für ubiquitär zu erklären. Jeder von uns hier ist im Moment schutzlos, wenn irgendein anderer über ihn herfällt. Es liegt nicht sehr nahe, aber ich will damit sagen: Sie sind gegen Überraschungen nicht geschützt. Gegen Überraschungen ist niemand geschützt. Deshalb ist von Anfang an in der Rechtsprechung und auch in der strafrechtswissenschaftlichen Literatur ganz klar gemacht worden, dass die Bedeutung von Schutzlosigkeit im Sinne von § 177 Abs. 1 Nummer 3 StGB immer aus einem Zusammenspiel von objektiven und subjektiven Merkmalen besteht. Jemand kann ganz klein und schwach deshalb schutzlos sein. Wenn er aber Karate kann, ist er nicht schutzlos. Er kann sich schutzlos fühlen und der präsumtive Täter kann das so empfinden. Es kommt immer auf den Einzelfall an und es ist in einem ganz hohen Maße eine Frage vom subjektiven Empfinden objektiver Gegebenheiten. Ich weiß, es ist etwas kompliziert ausgedrückt, aber ich bin mir ganz sicher, jedenfalls in den letzten zwei oder drei Jahren, dass der Senat, dem ich vorsitze, in allen Fällen zu vernünftigen und richtigen Ergebnissen gekommen ist. Ich kann mich im Moment an keinen Fall erinnern, in dem man gesagt hat: „Da stand ein Fenster offen“ oder „Da schlief ein Kind im Nebenzimmer“ und deshalb sei das Tatopfer nicht schutzlos gewesen. Natürlich ist man schutzlos, wenn ein Kind im Nebenzimmer schläft und der Täter einem gewalttätig entgegentritt.

Was die beiden anderen Fragen, das Beispiel von Frau Clemm und die Frage des Herrn Abgeordneten Wiese betrifft: In der Zusammenstellung des Deutschen Juristinnenbundes findet sich zum Beispiel ein Fall, mit dem wir öfter schon konfrontiert wurden. Das ist der Fall mit dem überraschenden Eindringen und der Durchführung des Geschlechtsverkehrs bis zum Samenerguss. Das ist ein Fall, den in der Tat ein Senat des Bundesgerichtshofs entschieden hat. Ich bin mir ziemlich sicher, dass man der Sachverhaltsfeststellung dieses Falles mal dringend auf den Grund gehen müsste. Ich kann mir das nur ganz schwer vorstellen. Erstens steht in dem Fall immer drin: „Das Opfer hatte große Angst.“ Darin steht nicht, ob der Täter das wusste. Selbst, wenn das Opfer große Angst hat und der



Täter das weiß: Wovor hat es Angst? Natürlich vor Gewalttätigkeiten, vor Übergriffen des Täters. Schon wenn das Tatopfer große Angst hat und der Täter das weiß und ausnutzt, dass sie paralyisiert da steht und sich nicht bewegt, ist es ein klarer Fall von § 177 Absatz 1 Nummer 3 StGB.

Zwischenruf: Das haben Sie in der Kommentierung anders geschrieben!

SV Prof. Dr. Thomas Fischer: Das ist nicht wahr.

Die **Vorsitzende:** Wir machen ja noch zwei Fragerunden.

SV Prof. Dr. Thomas Fischer: Ich glaube, dass in dem Fall mit dem Geschlechtsverkehr bis zum Samenerguss nach mehreren Minuten Geschlechtsverkehr keine Überraschung mehr vorliegt. Überraschendes „Grabschen“, das ist ein klassischer, überraschender Übergriff. Das ist ein klarer Fall. Die Durchführung eines Geschlechtsverkehrs bis zum Samenerguss dauert nach menschlicher Erfahrung doch eine gewisse Zeit und da lässt die Überraschung schon nach. Dann stellt sich die Frage: Warum bleibt das Opfer weiterhin bewegungslos stehen und lässt diesen Geschlechtsverkehr über sich ergehen? Hat sie Angst? Ist sie paralyisiert? Ist sie krank? Fürchtet sie sich? Irgendwelche Gründe müssen es ja sein. All das ist in dem Sachverhalt überhaupt nicht festgestellt. Ich kann schon mit diesem Sachverhalt ganz wenig anfangen und hätte nur geringe Zweifel zu sagen: Auch dieser Fall könnte als konkludente Drohung oder als Ausdruck schutzloser Lage angesehen werden. Die Zwangslage in dem Fall von Frau Clemm ist relativ deutlich beschrieben. Die Frau fühlt sich vollkommen hilflos, sie ist vier Männern gegenüber ausgeliefert, weint die ganze Zeit, hat große Angst und unternimmt deshalb nichts. Alle vier Täter, die an der Tat beteiligt sind, erkennen das und nutzen genau das aus. Sie nutzen die Angst aus. Das ist der Fall des § 177 Absatz 1 Nummer 3 StGB. Es kommt nicht darauf an, dass irgendwo im Haus eine Tür offen steht, sondern es kommt darauf an: Aus welchen Gründen passiert das? Ich glaube, dass das ohne weiteres erfasst werden könnte. Ich bin gespannt, ob ein Gericht das anders gesehen hat.

Die **Vorsitzende:** Herr Eisenhuth, bitte.

SV Gregor Eisenhuth: Gerne. Sie hatten zur Entwicklung von § 177 StGB und § 179 StGB und

vor allem zum Verhältnis dieser Tatbestände zueinander gefragt. Zunächst sind dies grundsätzlich zwei unterschiedliche Dinge. Das Eine ist ein Nötigungstatbestand, das Andere ist ein Missbrauchstatbestand. Missbrauchstatbestände gibt es mehrere im 13. Abschnitt. Sie haben den gemeinsamen Nenner der darin besonders behandelten Personengruppen, die besonders schutzbedürftig sind. Kinder, Jugendliche, Schutzbefohlene und die aufgrund gewisser Defizite – geistige Behinderung usw. – in dem entsprechenden Tatbestand genannten Personengruppen. Es ist grundsätzlich konsequent, dass die Grundtatbestände im Strafraumen auseinandergehen. Nicht, weil diese Personengruppen weniger schutzwürdig gegenüber sexuellen Übergriffen wären, das wäre ein völliges Fehlergebnis, sondern weil der Täter beim § 177 StGB im Grundtatbestand mehr tun muss. In § 177 StGB sind die Frauen verortet, die als mündige Personen, grundsätzlich besser zur Gegenwehr besser in der Lage sind, als solche, die mit Defiziten ausgestattet sind. Da muss der Täter grundsätzlich mehr machen, auch wenn das „Nein“ schon explizit geäußert wurde. Sehr häufig ist das Gewalt, manchmal spricht der Täter auch eine Drohung aus oder die schutzlose Lage führt dazu, dass keine Gegenwehr geleistet werden kann. Das heißt, der Unrechtsgehalt des Handelns des Beschuldigten ist in diesen Fällen grundsätzlich höher, weswegen der höhere Strafraumen, auch gegenüber dem § 179 StGB, gerechtfertigt ist. Wenn gleichwohl dann der besonders schwere Fall des Beischlafs vollzogen wird, wandelt sich dieses Verhältnis. Wir haben es schon gehört, es gibt im § 179 StGB den höheren Strafraumen, was auch konsequent ist, wenn gegenüber besonders schutzbedürftigen Personengruppen qualifizierte Tathandlungen vorgenommen werden. Das ist in besonderem Maße strafwürdig. Zum praktischen Anwendungsbereich und zum Verhältnis dieser Vorschriften muss ich Ihnen sagen, dass der § 179 StGB noch problematischer in der praktischen Anwendung ist als der § 177 StGB in seiner jetzigen Fassung, weil dem Täter jedes Mal nachgewiesen werden muss, dass er die Widerstandsunfähigkeit der betroffenen Person erkennen konnte. Das Vorsatzproblem ist in diesem Tatbestand gravierend. Es gibt ganz wenige, rechtskräftige Verurteilungen nach § 179 StGB. In dieser Gruppe vermischt sich die Abgrenzung, die eigentlich



sonst ganz klar ist in der realen Wirklichkeit. Das sind beispielsweise die Alkoholiker-Fälle. Davon haben wir nicht wenige in der Anzeigenpraxis zu bewältigen. Oder Schlaf-Fälle, bei denen das Opfer tief schläft. Eigentlich leiden diese Personen nicht dauerhaft an diesen Widerstandsunfähigkeiten, sondern nur aufgrund der konkreten Situation. In diesen Fällen nachzuweisen, dass der Täter wirklich erkennen konnte, dass diese Widerstandsunfähigkeit gegeben ist, ist in der Praxis höchst problematisch. Gleichwohl brauchen wir den § 179 StGB als Auffangtatbestand immer wieder in der Strafverfolgungspraxis, gerade für diese Fälle, in denen § 177 StGB ausscheidet. In diesen Fällen wurde kein Widerstand geleistet. Da sind die Aussagen sogar konsequent und konstant zueinander. Das sagt auch die Geschädigte selbst: „Ich habe hier nichts gemacht, weil ich es entweder nicht konnte, weil ich zu stark alkoholisiert war oder weil ich tief geschlafen habe“. Diese Fälle, die trotz allem durchaus strafwürdig erscheinen, gibt es ganz selten. Sie sind selten, weil der § 179 StGB hier eben „schwach“ ist, weil er hier eine Schutzlücke aufweist. Deswegen sollte man § 179 StGB auf jeden Fall bei geistig behinderten Personen auch in die Überlegungen mit einbeziehen. Nach der jetzigen Formulierung müssen diese voll umfänglich widerstandsunfähig sein. Man müsste auch nochmal die Vorgaben der Istanbul-Konvention genauer anschauen, ob nicht auch schon geistige Beeinträchtigungen ausreichend sein können, um hier den § 179 StGB zu bejahen. Nach der aktuellen Rechtslage geht dies nicht, deswegen sollte man ihn in die Reformüberlegungen mit einbeziehen. Er wird aber nicht das Problem, das im § 177 StGB zu verorten ist, und das wir hier hören, einen umfassenden Schutz des sexuellen Selbstbestimmungsrechts der Frauen, lösen. Ich denke, man sollte es bei dieser grundsätzlichen Systematik belassen: Für besonders schutzwürdige Personen gelten Missbrauchstatbestände und die Schließung von Schutzlücken sollte im § 177 StGB geschehen. Dort kommen nämlich mündige, erwachsene Frauen als Opfer dieser Taten in Betracht.

Die **Vorsitzende**: Frau Clemm wurden noch zwei Fragen gestellt.

Sve **Christina Clemm**: Die erste Frage war, ob ich der Ansicht sei, dass die Vorschläge von Herrn

Professor Eisele und von Herrn Eisenhuth ausreichen, um die Schutzlücken zu schließen. Ich habe die Stellungnahme von Herrn Eisenhuth so verstanden, dass es noch keine abschließende Formulierung gebe. Eine Formulierung in dem Gutachten schlägt eine Veränderung des § 177 StGB vor. Da fehlen zum Beispiel, wenn ich das richtig sehe, die Überraschungsfälle. Die würde ich nicht darunter subsumieren. Dann geht es um die Fälle der fortwirkenden Gewalt. Da gibt es ja sogar Rechtsprechung, die sagt, wenn ein Klima der Gewalt herrsche, sei § 177 Absatz 1 StGB erfüllt. Ich glaube, an dieser Stelle brauchen wir gar nicht unbedingt eine Nachbesserung. Deswegen ist es nicht das, was ich mir vorstelle, weil ich denke, dass die Fälle, die wir geschildert haben, nicht alle darunter subsumiert werden könnten. Den Vorschlag von Herrn Professor Eisele verstehe ich eher als einen weiteren Versuch oder ein Ringen darum, wie man ein solches Gesetz formulieren könnte. Ich habe tatsächlich eine kleine Schwierigkeit damit, weil es hier [Ann.: *Schriftliche Stellungnahme Prof. Dr. Jörg Eisele, S. 11*] heißt: „...Lage, in der dem Opfer ein erheblicher Nachteil droht...“ – das ist Variante 2 – „...oder das Opfer einen erheblichen Nachteil befürchtet...“. Wie ist denn das nun zu objektivieren? Das verstehe ich nicht so richtig. Wie soll denn das von außen beurteilt werden? Müssen es also objektive Kriterien sein, aufgrund derer das Opfer einen erheblichen Nachteil befürchten darf, der für den Täter erkennbar sein muss? Das ist mir nicht ganz so klar. Deswegen finde ich die Formulierung auch nicht besser als die Formulierung von Frau Professor Hörnle. Ich finde, sie sind sich insoweit relativ ähnlich, als dass eine Zustimmung nicht erwartet werden könne. Deswegen würden alle diese Fälle darunter fallen. Ob das jetzt allerdings tatsächlich die Lösung ist, weiß ich noch nicht so richtig. Sowohl die Formulierungen des DJB und des Bundesrates, als auch diejenige von Professor Hörnle und auch von Professor Eisele würden ausreichen, um der Istanbul-Konvention zu genügen.

Die nächste Frage war, ob unsere Fälle alle tatsächliche Fälle seien. Ja, es waren alles tatsächliche Fälle. Auch der Fall, den ich hier heute vorgetragen habe, wurde eingestellt. Es kam noch nicht einmal zu einer Anklage. Als dieser Fall mir zur Kenntnis gelangt ist, waren alle Fristen schon längst vorüber. Ich gehe auch weiterhin – da muss ich Ihnen widersprechen –



davon aus, dass nach der herrschenden Rechtslage und Rechtsprechung auch dieser Fall nicht unter den § 177 Absatz 1 Nummer 3 StGB fiele. Nach der Kommentierung von Professor Fischer ist dies keine schutzlose Lage. Denn in dieser Konstellation fehlt der objektive Grund: Es gibt zwei Frauen im Nebenzimmer. Letztes Jahr gab es diesen ähnlichen Fall beim Landgericht Essen, glaube ich. Auch in diesem Fall gab es zwei Frauen, die vor der Tür waren und objektiv dazu in der Lage gewesen wären, hier einzuschreiten. Diese Frau hat auch nicht um Hilfe gerufen. Auch hier hieß es „keine objektiv schutzlose Lage“. Es gab auch die offenstehende Tür. Wir wissen ja nicht, ob irgendjemand etwas getan hätte, denn bedroht hat sie tatsächlich niemand. Ich verstehe die gesamte Rechtsprechung, auch die des BGH und der Kommentierungen so, dass allein dieses subjektive Gefühl der Angst eben nicht ausreicht. Deswegen würde ich Ihnen Recht geben, dass der Gesetzgeber das aber ursprünglich genau diese Fälle mit § 177 Absatz 1 Nummer 3 StGB gemeint hat. Wenn die Rechtsprechung sich anweisen ließe, das auch wieder so weit auszudeuten, dann wäre das gut. Aber ich denke, dass das im Moment nicht so ist. Sie sagen: Diese vielen Fehlurteile, gebe es eben und die müsse man hinnehmen. Das kann aus Sicht all derjenigen, die sich eine BGH-Rechtsprechung entgegen halten müssen, möglicherweise von anderen Senaten, nicht reichen. Natürlich halten sich die Staatsanwaltschaften auch daran, was der BGH entscheidet und der vertritt mittlerweile eine sehr enge Fassung der schutzlosen Lage.

Die **Vorsitzende**: Frau Cirullies wurden noch zwei Fragen gestellt.

Sve **Birgit Cirullies**: Zunächst zur Frage von Herrn Wiese. Ich habe die Ehre, mir diesen Vorschlag von Herrn Professor Eisele noch einmal anzuschauen. Ich bin der Meinung, was auf Seite 11 steht, ist recht weit gefasst: „Wer unter Ausnutzung einer Lage, in der Widerstand für das Opfer nicht möglich ist...“. Es müsste dann erst einmal festgestellt werden, wieso da kein Widerstand möglich ist. „...oder einer Lage, in der dem Opfer ein erheblicher Nachteil droht...“. Das ließe sich vielleicht leichter feststellen. „...oder das Opfer einen erheblichen Nachteil befürchtet...“. Da kommen wir jetzt wieder in die Situation, die innere Vorstellung des Opfers würdigen zu müssen. Sie bringen dann als

Beispiel den Fall: Der Vorgesetzte macht seiner Mitarbeiterin deutlich, dass er Interesse an einem sexuellen Kontakt hat. Die Mitarbeiterin widerspricht nicht und macht nur mit, weil sie Angst hat, ansonsten den Arbeitsplatz zu verlieren. Das spielt sich alles im Inneren der Mitarbeiterin ab. Wenn jetzt der Vorgesetzte gerade diesen Umstand ausnutzt bzw. dieser vom Vorsatz erfasst ist, ist das Verhalten strafwürdig. Ich meine, das geht zu weit. Diese sexuellen Interaktionen sind ja außerordentlich vielfältig und die Gründe, die jemand hat, mit jemand anderem sexuelle Handlungen auszuüben, müssen nicht gleich strafbar sein. Wenn direkt Druck ausgeübt wird und jemand mit der Behauptung, er verliere anderenfalls seinen Arbeitsplatz, gezwungen wird, wäre dies nicht nach § 177 StGB strafbar, sondern als Nötigung. Das wäre auch passend. Damit würde man dem Gewicht dieser Tat gerecht werden. Das nun so ausufern zu lassen, würde zu weit gehen.

Dann noch die Frage, die Sie, Herr Hoffmann, gestellt haben: Ich habe gesagt, nicht allein die subjektive Einstellung des Opfers könne dazu führen, dass man eine sexuelle Nötigung annimme. Es müssen weitere Umstände vorliegen. Gerade mit dieser subjektiven Einstellung müsste man sich eigentlich sehr schwer tun. Das Opfer sagt „Nein“, meint aber „Ja“. Das heißt, das „Nein“ ist entweder nicht ernst gemeint oder im Laufe der Interaktion nimmt das Opfer davon Abstand und ist doch bereit, sexuelle Handlungen auszuüben. Das ist ja ein möglicher Fall. Genauso ist es möglich, dass das Opfer, zum Beispiel die bedrängte Ehefrau, schließlich „Ja“ sagt, weil sie den ehelichen Frieden nicht gefährden will, in Wirklichkeit aber „Nein“ meint. Das heißt, diese rein subjektiven Empfindungen können nicht Grundlage für eine Strafbarkeit sein. In einem Fall, in dem tatsächlich gedroht wird, hätten wir das als Hintergrund. Im Fall einer konkludenten Drohung ist das eine fortdauernde Drohung. Diese Fälle haben wir oft in diesen Beispielfällen, auch vom Richterbund. Zum Beispiel hat die Ehefrau große Angst, dass der Mann wieder gewalttätig wird, wie er es schon früher war. Dann hat man einen Grund, zu sagen: Dieses subjektive Empfinden kann man auf etwas stützen. Es geht auch nicht darum, den Frauen einen Nachteil zuzufügen indem man sagt, wir nähmen der Empfindungen nicht ernst, sondern es geht darum, dass wir jemanden bestrafen wollen für



das, was er tut. Dann müssen wir auch konkrete Feststellungen treffen.

Die **Vorsitzende**: Wir beginnen jetzt mit der zweiten Fragerunde. Die erste ist Frau Hupach.

Abg. **Sigrid Hupach** (DIE LINKE.): Ich habe noch einmal eine Frage an Frau Grieger. Ich habe vorhin nur einen Teil meiner Frage beantwortet bekommen. Sie legten dar, wie sich die Zahlen entwickelt hätten. Je nach Statistik bringen bis zu 15 Prozent der Frauen eine von ihnen empfundene Vergewaltigung zur Anzeige und die Verurteilungsquote 2012 lag unter zehn Prozent. Ich fragte aber auch noch: Gibt es denn Zahlen, wie viele Urteile davon wieder aufgehoben wurden und welche Gründe dafür überwiegend angegeben wurden? Dann hätte ich jetzt noch eine zweite Frage: Hat ihr Verband irgendwann einmal eine Übersicht über die Gründe erstellt, warum so wenige Frauen Vergewaltigungen zur Anzeige bringen? Was sind da die Hauptgründe? Sind es vielleicht eher die, dass die Erfolgsquote einer Verurteilung sehr gering ist oder sind es andere Gründe, Ängste oder Schamgefühl? Danke.

Abg. **Halina Wawzyniak** (DIE LINKE.): Meine erste Frage geht an Herrn Eisenhuth. Mal angenommen, man würde sich auf eine Neuregelung des § 177 StGB verständigen. Da würde ich gerne von Ihnen wissen, wenn Sie oder die Hilfsbeamten ermitteln müssten, wie gingen Sie mit dem Tatbestandsmerkmal „offensichtlich fehlende Zustimmung“ – so lautet ja ein Vorschlag – um? Und wie gingen Sie mit dem schon angesprochenen Merkmal „ein erheblicher Nachteil befürchtet“ im Rahmen der Ermittlungen um? Beides sind ja am Ende nicht zwingend – oder vielleicht doch zwingend – nach außen getretene Handlungen.

Die zweite Frage geht an Professor Renzikowski. Ich fand in Ihrer Stellungnahme die Beschreibung der Schwierigkeiten mit dem Nötigungskonzept im Rahmen des sexuellen Missbrauchs und der Vergewaltigung relativ überzeugend. Dahingehend wollte ich jetzt noch einmal nachfragen, ob ich richtig verstanden habe, dass Sie einem Zustimmungskonzept tendenziell nähertreten würden. Dann ist ja immer noch die Frage, ob Sie „Ja meint ja“ oder „Nein meint nein“ präferieren? Könnten Sie da vielleicht noch einmal die Unterschiede in den Auswirkungen aufzeigen? Was bedeutet im Rahmen des ganzen strafrecht-

lichen Verfahrens „Ja meint ja“ und was meint im strafrechtlichen Verfahren „Nein meint nein“?

Abg. **Alexander Hoffmann** (CDU/CSU): Danke. Zunächst einmal eine Frage an Frau Cirullies. Sie hatten gerade die Fälle angesprochen, in dem das Fortwirken von Gewalt als Drohung unter Umständen ausreicht, im Gegensatz zu einem allgemeinen Klima der Gewalt in der Ehe, wo es früher einmal zu Übergriffen gekommen ist. Gibt es da nicht letztendlich genau dieselben Beweisschwierigkeiten, weil doch in jedem Fall dezidiert aufgearbeitet werden muss, ob es früher Übergriffe gab, wie viele es gab und ob diese heute noch wirken? Das Entscheidende ist ja: Sind diese Übergriffe irgendwo „verobjektiviert“ oder zumindest irgendwie dokumentiert?

Meine zweite Frage geht an Professor Fischer. Für mich ist eigentlich die Entwicklung der Rechtsprechung zu § 177 Absatz 1 Nummer 3 StGB nicht verwunderlich, wenn man versteht, dass die Norm in den Nötigungskontext eingebettet ist. Würde es Ihres Erachtens eine signifikante Veränderung geben, wenn es gelänge, die Norm aus diesem Nötigungskontext im Zuge einer Reform herauszubrechen? Würde das für die Rechtsprechung die Möglichkeit eröffnen, zu anderen Ergebnissen zu kommen? Von der Formulierung her finde ich die Norm nicht schlecht.

Abg. **Dirk Wiese** (SPD): Ich hätte zuerst eine Frage an Professor Eisele. Wir sind ja eigentlich zu der Grundfrage hier, ob die Istanbul-Konvention schon durch die bestehende Rechtslage gedeckt ist oder ob es einer Änderung der Rechtslage bedarf. Vielleicht können Sie noch einmal ein paar Ausführungen zu Ihrem Vorschlag, der jetzt gerade an der einen oder anderen Stelle auch kommentiert wurde, machen.

Die zweite Frage geht an Professor Fischer. Man sitzt heute hier und denkt bei bestimmten Fragen im Zusammenhang mit § 177 StGB wieder den alten Grundsatz: Zwei Juristen, drei Meinungen. Vielleicht können Sie noch einmal kurz auf die Ausführungen von Frau Clemm eingehen, gerade auch vor dem Hintergrund des Falles mit dem sogenannten Klima der Gewalt, den Sie in Ihrem Gutachten geschildert haben. Vielleicht erläutern Sie davon ausgehend bitte nochmal Ihre Auffassung, warum das, was bis jetzt geurteilt worden ist, unzutreffend sei.



Abg. **Katja Keul** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich habe relativ viel Sympathie für den Vorschlag von Herrn Eisele. Deswegen würde ich diesbezüglich gerne noch einmal nachfragen. Sie befreien § 177 Absatz 1 Nummer 3 StGB aus dem Nötigungszusammenhang heraus und formulieren ihn dann noch einmal neu. Ich kann mir vorstellen, dass das in der Tat die meisten der Fälle, natürlich nicht flächendeckend, aber trotzdem einen großen Teil, abdeckt. Was halten Sie von folgender Formulierung: „Wer bei der Tat die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ausnutzt oder dem Opfer eine aktive Abwehr der Handlung aus anderen Gründen unzumutbar ist...“. Das wäre ein Vorschlag von meiner Seite, der ähnlich ist wie Ihre Formulierung und zusätzlich auf die Rechtsprechung zur Arg- und Wehrlosigkeit, die es schon gibt, zurückgreift.

Herr Professor Fischer, jetzt muss ich mich doch auch noch mal an Sie wenden. Irgendwie kann ich es nicht mehr nachvollziehen. Wir haben hier eine Sammlung von 107, wirklich ja auch teilweise sehr erschütternden, schweren Fällen. Wenn ich Sie richtig verstehe, sollen das alles Fehlurteile sein, die alle zweifellos strafbar sind? Das übersteigt meine Vorstellungskraft. Da geht es ja nicht nur um Kleinigkeiten. Es sind sogar Mordfälle dabei, wo der Täter erst den Lebensgefährten ermordet und dann mit der Frau in ein anderes Gebäude geht und dann dort mit ihr Sex hat. Dort wurde entschieden, dass die Auswirkung der Gewalt nicht mehr andauert. Diese Fallsammlung, die uns hier vorliegt, enthält ja keine „Peanuts“. Das macht mich dann schon stutzig, dass das alles offensichtliche Fehlurteile sein sollen. Dann müssten wir uns ja die Frage stellen, ob in unserem Rechtsstaat irgendwas nicht funktioniert. Wenn das so gravierende Fälle sind, habe ich den Eindruck, dass doch gesetzgeberischer Klarstellungsbedarf besteht. Und Sie haben zu dem Fall mit dem Überraschungselement jetzt schon mehrfach gesagt, Sie könnten sich nicht vorstellen, dass Geschlechtsverkehr stattfindet und die ganze Zeit der Überraschungseffekt läuft. Es ist genau so ein Fall in dieser Fallsammlung vorhanden, in dem die Frau schläft, der Täter rein kommt, in sie während sie schläft eindringt, sie das merkt und sich erfolgreich wehrt, indem sie ihn wegschubst. Er war aber in sie eingedrungen – straffrei. Wie kann das sein? Das frage ich mich an der Stelle, an

welcher sie jetzt genau das tut, was sie tun soll, sich nämlich erfolgreich zur Wehr setzen. Hier ist das Eindringen in den Körper straffrei, weil keine Gewalt und keine Nötigung im Spiel waren. Sie müssten mir mal erklären, wie das Sinn ergeben soll.

Abg. **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Ich hätte eine Frage an Frau Clemm zu diesem Fall, den Sie gerade geschildert haben. Ist dieses Verfahren eingestellt worden, weil die Staatsanwaltschaft diesen Sachverhalt aus tatsächlichen Gründen nicht als erwiesen angesehen hat, oder war es so, dass die Staatsanwaltschaft den Sachverhalt als erwiesen angesehen hat, aber in der rechtlichen Subsumtion einen Fall des § 177 StGB abgelehnt hat? Das würde mich interessieren.

Herr Professor Fischer, an Sie hätte ich eine Frage. Wenn ich Sie richtig verstanden habe, haben Sie gesagt, wir hätten eine Strafbarkeitslücke bei Missbrauchsfällen im Zusammenhang mit dem Überraschungsmoment. Wo würden Sie dann Änderungen oder einen neuen Straftatbestand einführen? Wo würden Sie ansetzen?

Abg. **Ulle Schauws** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich habe eine Frage an Herrn Professor Eisele und eine an Frau Clemm. Herr Professor Eisele, ich würde doch noch einmal gerne etwas in Bezug auf § 179 StGB fragen. Nach der Rechtsprechung stellt, wie Herr Eisenhuth gerade ausgeführt hat, § 179 StGB einen Auffangtatbestand gegenüber § 177 StGB dar, wenn das Opfer keinen entgegenstehenden Willen bilden konnte. Das würde mich noch einmal interessieren. Wie begegnen Sie diesem Kritikpunkt, dass § 179 StGB eher als Ausweichtatbestand genutzt wird und reflexartig bei behinderten Opfern angewendet wird? Sehen Sie Reformbedarf bei § 179 StGB im Sinne eher punktueller Korrekturen, ähnlich wie Professor Renzikowski? Vielleicht können Sie in der Beantwortung noch etwas zum Strafraum sagen?

An Frau Clemm habe ich die Frage, ob sie bei der Praxis der Anwendung des § 177 StGB und des § 179 StGB Handlungsbedarf sehe, weil es dort häufig schwer falle, die Widerstandsunfähigkeit von der eingeschränkten Widerstandsfähigkeit zu unterscheiden und die schutzlose Lage zu beurteilen. Sollte dies der Fall sein, wäre es aus Ihrer Sicht notwendig, diese bestehenden Schwierigkeiten zu beseitigen?



Abg. **Renate Künast** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich habe zwei Fragen – an Frau Cirullies und an Professor Fischer. Ich will hinsichtlich der Ausführungen von Frau Cirullies mein Unwohlsein ausdrücken. Sie haben in Ihrem Eingangsstatement gesagt, dass es einer Änderung nicht bedürfe. Gleichzeitig hatten Sie die Sorge formuliert, dass am Ende nur Verfahren stünden, in denen Aussage gegen Aussage stehe. Seitdem denke ich darüber nach, dass das eigentlich für uns als Legislative nicht das Kriterium sein kann. Natürlich sollen wir uns auch um effektive Rechtsverfolgung kümmern. Aber das kann nicht das ausschlaggebende Argument sein. Das Strafgesetzbuch muss ausgewogene Tatbestände formulieren. Früher sah man bei den Strafraumen von Diebstahl und Körperverletzung eine Schiefelage. Bei der Verfassung des Strafgesetzbuches war die Interessenlage anders. Der Gutsherr machte sich mehr Gedanken darüber, dass geklaut werde, als darüber, dass es beim Bier zu Gewalttätigkeiten kommen könnte. In diesen beiden Deliktsgruppen hatte man ein vollkommenes Missverhältnis bei den Strafraumen. Es gibt natürlich auch andere Fälle und Konstellationen, in denen am Ende Aussage gegen Aussage steht. Dann gilt in dubio pro reo. Das halten wir aus. Der Unrechtsgehalt eines bestimmten Verhaltens muss deutlich werden. Bei den Fallgestaltungen, die wir hier gehört haben, fehlte es oft daran, dass die Frauen sich in einer bestimmten Art und Weise wehren. Frau Clemm oder Frau Grieger hatten vorhin etwas zu frauentypischen Verhaltensweisen gesagt – was sind eigentlich frauentypische Verhaltensweisen? Wir wissen, schon die Körpersprache von Frauen und Männern ist ganz anders. Sie hatten, glaube ich, gesagt, dass Frauen sich nicht gleichermaßen wehren. Männer verüben mehr nach außen gerichtete Straftaten und füllen mehr Haftplätze in der Bundesrepublik, während Frauen öfter in der Psychiatrie sind – relativ am Bevölkerungsanteil gemessen. Das ist so. Es gibt scheinbar den kleinen Unterschied. Vielleicht passt das Strafrecht an dieser Stelle nicht zu der spezifischen Verhaltensweise von Frauen. Beim Thema „Mordmerkmale“ erfüllen Frauen häufig das Mordmerkmal der Heimtücke, weil sie schon aus körperlichen Gründen andere Tatsituationen suchen. Sie wissen, dass sie bei einer körperlichen Auseinandersetzung zu 90 Prozent verlieren würden. Ich frage mich, ob man nicht

vor dem Hintergrund dieser Wertigkeit und mit dem Blick auf Frauen und deren spezifische Situation auf die Tatbestände blicken sollte. Mir ist unwohl bei dieser Schiefelage, weil sie auch eine gesellschaftliche Aussage beinhaltet. Das StGB beinhaltet auch eine Aussage darüber, was ein Verhalten ist, das die Gesellschaft nicht akzeptieren will. Ich gebe zu, dass man am Ende auch die Effizienz prüfen muss.

Meine Frage an Professor Fischer: Wenn wir nach der Rechtsprechung Ihres Senats lauter Fehlurteile haben, heißt das, dass wir auf die Selbstheilung der Justiz warten müssen, die das dann eines Tages alles nachvollzieht? Oder ist eine Klarstellung durch den Gesetzgeber nötig, weil man einen Missstand entdeckt hat? In diesem Fall muss der Gesetzgeber überlegen, wie er diesen beseitigt. Ein Beschluss des Deutschen Bundestages wäre möglich, der an alle Landgerichte und Oberlandesgerichte geschickt wird. Der Bundestag könnte darin die Feststellung äußern, dass die Gerichte nicht richtig auslegen. Das wäre dann ein Gewaltenteilungsproblem. Also ist unser Mittel ja eigentlich nur, einen Tatbestand zu bearbeiten und dafür Sorge zu tragen, dass dieser präziser und klarer ist und Schutzlücken schließt. Ich frage deshalb, weil Sie gesagt haben, dass man eigentlich keine Änderung brauche, wenn die Rechtsprechung anders auslegen würde.

Wir machen jetzt wieder in der ursprünglichen Reihenfolge weiter. Frau Cirullies hatte Fragen gestellt bekommen. Danach können wir überlegen, ob noch eine Fragerunde notwendig ist.

Sve **Birgit Cirullies**: Dann darf ich jetzt zunächst auf die Frage von Herrn Hoffmann antworten, wie das Fortwirken der Gewalt zu behandeln ist und ob da Beweisschwierigkeiten auftreten. Gerade, wenn fortwirkende Gewalt im Spiel sein soll, hat man Angriffspunkte. Zum Beispiel, wenn der Ehemann gegenüber seiner Ehefrau in der Vergangenheit gewalttätig war. Vielleicht hat es schon mal eine Strafanzeige gegeben, vielleicht ist in der Nachbarschaft oder im Freundeskreis so etwas bekannt. Da kann man Zeugen finden, die dann entsprechend aussagen können, während ja die eigentliche Handlung wieder nur im intimen Kreis stattgefunden hat. Da haben wir dann etwas weniger Beweisschwierigkeiten. Um auf Ihre Frage zu antworten, Frau Künast: Die Frage ist, wie geht man damit um, wenn die Frau



paralysiert ist und nichts tun kann? Dann gibt es zwei Möglichkeiten. Entweder man sagt, die Frau hat nichts gemacht, der Mann ist gleichwohl zu bestrafen. So einfach ist das nicht. Erst einmal muss man klären, was überhaupt geschehen ist. Stellt man sich eine Situation vor, in der es um eine Annäherung geht, bei der sexuelle Handlungen ausgeführt werden. Wenn die Frau nichts macht, kann das ja auch bedeuten, dass sie mit diesen Handlungen einverstanden ist. Es ist nicht sicher, dass das tatsächlich nur vor Schreck und Paralyse passiert, sondern es könnte auch sein, dass das gewollt war. Deswegen habe ich vorhin auch in meinen Ausführungen gesagt, sexuelle Handlungen als solche nichts darstellen, was per se zu verabscheuen ist, sondern zum menschlichen Leben dazugehören. Also muss man besonders gut prüfen, was der Grund gewesen ist, warum es dazu gekommen ist, ohne dass jemand etwas dagegen getan hat. Das könnte zum Beispiel eine konkludente Drohung sein. Dann hätten wir etwas, woran wir es festmachen können. Das könnte die schutzlose Lage sein. In diesem Fall müssen wir allerdings auch noch feststellen, dass der Täter diese schutzlose Lage wahrgenommen und sie ausgenutzt hat. Das war übrigens auch der springende Punkt in dieser BGH-Entscheidung, in der der BGH diese schutzlose Lage nicht angenommen hat. Er hatte nur zurückverwiesen an die Vorinstanz mit der Bitte, nähere Feststellungen zu treffen, wie der Täter das überhaupt sehen konnte. Da hätte man dann zum Beispiel wieder einen Ansatzpunkt. Man kann aber nicht generell sagen, die Frau sei paralysiert gewesen oder habe aus irgendeinem Grunde, etwa vor lauter Schreck, nichts gegen die sexuelle Handlung unternommen, weil die Frau dies nun behauptet. Das ist verhältnismäßig ungewöhnlich. Deswegen muss man nähere Umstände aufklären, um überhaupt jemanden zu einer erheblichen Strafe zu verurteilen.

Abg. **Renate Künast** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich mache einen Unterschied zwischen dem Tatbestand und der Frage der Beweislage.

SVe **Birgit Cirullies**: „Aussage gegen Aussage“ ist natürlich auch ein Problem. Die subjektive Seite kann man beiderseits leicht behaupten. Da hat man wenig, was man zum Beweis ins Feld führen kann.

Die **Vorsitzende**: Jetzt hat Frau Clemm das Wort. Ihr wurden eine Frage von Frau Schauws und von

Herrn Fechner gestellt.

SVe **Christina Clemm**: Die eine Frage war, warum der Fall, den ich beschrieben habe, eingestellt worden ist. In diesem Fall gab es auch eine „Aussage gegen Aussage“ – Konstellation. Die Staatsanwaltschaft war der Auffassung, dass selbst, wenn man der Aussage der Zeugin folge, dieser Tatbestand nicht erfüllt wäre. Das ist das, was ich geschrieben habe. Deswegen scheiterte es also an dem Tatbestand.

Die weitere Frage war die nach den §§ 177, 179 StGB. Der § 179 StGB weist ganz gravierende Probleme auf. Nehmen wir an, eine nicht qualifizierte, aber mit Gewalt ausgeübte Handlung gegen eine widerstandsunfähige Person nach § 179 Absatz 5 StGB fällt unter den geringeren Straftatbestand des § 179 StGB, weil hier keine Nötigung erforderlich ist und auch nicht genötigt wird, weil die Person überhaupt nicht zum Widerstand in der Lage ist. Deswegen wird bei Menschen mit erheblichen Behinderungen der § 179 StGB angewandt und nicht der § 177 StGB. Deswegen wird zu Recht diskutiert, dass der § 179 StGB im Verhältnis zu § 177 StGB diskriminierend ist. Der § 179 StGB ist insgesamt ein riesiges Problem, weil unsere deutsche Strafprozesslage überhaupt nicht darauf eingestellt ist, mit Menschen mit psychischen Beeinträchtigungen umzugehen, also Menschen, die bestimmte psychische Fähigkeiten nicht haben, wie in einem Gerichtsprozess auszusagen. Das ist äußerst schwierig und unsere Strafprozessordnung hat noch keine Wege, wie sie das lösen kann. Das ist ein weiteres Problem des § 179 StGB. Ebenso ist die Abgrenzung problematisch, wann jemand wirklich widerstandsunfähig ist und wann nicht. Wie in diesem Fall, den Sie zitiert haben. Die schlafende Person ist natürlich widerstandsunfähig – gar keine Frage. Wenn es aber nicht um eine schlafende Person geht, sondern um eine, die gerade aufgewacht ist, ist diese im Stadium des Aufwachens nicht mehr widerstandsunfähig, dann gilt § 177 StGB und nicht § 179 StGB. Der § 177 StGB ist immer dann anzuwenden, wenn keine Widerstandsunfähigkeit gegeben ist.

Mir ist nicht klar, warum das „Nein“ nicht ausreichen sollte. Natürlich kann man lange über diese ganzen Beweisprobleme reden. Ich bin auch der Ansicht, dass es keine neuen Beweisprobleme geben wird, die es nicht schon jetzt gibt. Aber



warum ein ausgesprochenes Nein nicht ausreichen sollte, wenn man es bewiesen hat – das ist die andere Frage. Dann gibt es überhaupt kein Problem damit, dass das in diesem Land strafbar ist. Deswegen plädiere ich unbedingt dafür. Danke.

SV Prof. Dr. Jörg Eisele: Ich beginne mit der ersten Frage von Herrn Wiese zur Istanbul-Konvention und meinem Vorschlag. Nach der Istanbul-Konvention muss eine „sexuelle Handlung ohne Einverständnis“ unter Strafe gestellt werden. Meine Lösung orientiert sich daran, Fälle positiv zu formulieren, die man im Sinne der Konvention als Fälle ohne Einverständnis erfassen kann. Das ist der wichtige Ausgangspunkt. Nach den Verpflichtungen der Konvention ist man gehalten, die Strafbarkeit auszudehnen, wenn man – wie ich – davon ausgeht, dass es gewisse Lücken gibt. Insofern wird man nicht darum herum kommen, die Strafbarkeit etwas auszuweiten. Was habe ich mir bei meinem Vorschlag gedacht? Ich habe es ausdrücklich aus dem Nötigungskontext gelöst und würde insofern auch Frau Cirullies widersprechen. Die klaren Fälle, bei denen Nötigung auch unterhalb der Schwelle des § 177 StGB vorliegt, sind strafwürdig und werden jetzt schon über das Regelbeispiel des § 240 Absatz 4 StGB pönalisiert. Auch ähnlich gelagerte Fälle können als unbenannter Fall erfasst werden. Das könnte man auch ins Sexualstrafrecht überführen. Aber die Fälle sind schon jetzt nicht problematisch.

Bei der Variante „Widerstand ... nicht möglich“ ist in meiner Stellungnahme, glaube ich, klar geworden, dass die Überraschungsfälle gemeint sind.

Eine Variante, bei der objektiv „ein erheblicher Nachteil droht“, ziehe ich gegenüber einer reinen Lösung ohne Einverständnis vor. Immerhin muss man den Nachteil darlegen. Er muss zur Sprache kommen und objektiv als erheblich qualifiziert werden, was ich etwa bei Gewalt usw. annehmen würde.

Problematischer mag die dritte Variante sein: „...einen erheblichen Nachteil befürchtet,...“. Damit wollte ich den Konstellationen, in denen das Opfer subjektiv einen erheblichen Nachteil befürchtet, der aber objektiv nicht gegeben ist, weil das Opfer in dieser Situation den subjektiven

Nachteil verkennt, Rechnung tragen. Das führt aber nicht zu einer zu weiten Ausdehnung der Strafbarkeit, weil der Täter diesen Umstand, je nachdem wie man es formuliert, in seinen Vorsatz aufgenommen haben oder diesen ausnutzen muss. Natürlich begegnet diese Variante unter Beweisgesichtspunkten Schwierigkeiten oder lässt Schwierigkeiten befürchten. Diese sind aber etwas geringer als bei den Lösungen ohne Einverständnis, denn auch hier muss zur Sprache kommen, welchen Nachteil das Opfer befürchtet hat. Gibt es dafür irgendwelche Anhaltspunkte? Hat der Täter dies erkannt? Der enge Zuschnitt wird etwas ausgedehnt. Ich glaube, so kann man zumindest die Beweislage, die Indizien etwas anfüttern. Der Vorschlag von Frau Hörnle ist nur von den Ergebnissen her ganz ähnlich gelagert. Sie möchte unter Strafe stellen, wenn das Opfer einen Widerspruch erklärt oder die Zustimmung offensichtlich nicht vorliegt. Mir ist nicht ganz klar, was mit „Zustimmung liegt offensichtlich nicht vor“ gemeint ist. Herr Fischer, Sie haben gesagt, das könnte in Richtung Leichtfertigkeit gehen. Die liegt offensichtlich nicht vor. Für mich ist die entscheidende Frage: Braucht der Täter auch Vorsatz hinsichtlich der Offensichtlichkeit? Dann wären die Anforderungen ganz hoch. Möglicherweise wären sie so hoch, dass es mit der Istanbul-Konvention nicht vereinbar ist, denn die Konvention verlangt nur „ohne Einverständnis“ und nicht „ohne offensichtliches Einverständnis“. Deshalb wäre ich da skeptisch.

Ich habe schon geklärt, dass einerseits reine Erklärungen des Opfers nicht ausreichen und andererseits auch nicht alle Fälle erfasst werden. Frau Keul, Sie haben eine Abwandlung vorgeschlagen: „Die Arg- und Wehrlosigkeit ausnutzen“. Da denken Sie wahrscheinlich an die Fälle, die ich mit der Variante „Widerstand nicht möglich“, also den Überraschungsfällen, erfassen wollte. Da kann man auf ein bekanntes Merkmal aus dem Mordtatbestand zurückgreifen, zu dem es sehr viel Rechtsprechung gibt. Im Einzelnen müsste ich das noch einmal durchdenken. Die gewissen Unsicherheiten, die es beim Mordtatbestand gibt, würden natürlich mit hineinragen. Man müsste abwarten, welche Gedanken sich die Kommission zu diesem Merkmal bei der Reform der Mordtatbestände macht und als wie gut dieses Merkmal angesehen wird. Ich könnte mir das Merkmal Arg- und Wehrlosigkeit aber vorstellen, das wären diese



überraschenden Angriffe. Auf Schlafende könnte man die Rechtsprechung übertragen: „Schlafende nehmen die Arglosigkeit mit in den Schlaf“ und ähnliches.

Im Übrigen haben Sie vorgeschlagen, darauf abzustellen, ob Widerstand zumutbar ist. Bei dem Wort „Widerstand“, oder auch „Abwehr“, wäre ich vorsichtig. Die Istanbul-Konvention sagt in den Erläuterungen ausdrücklich, man darf nicht an Abwehr oder Widerstand anknüpfen. Das Merkmal Zumutbarkeit hatte ich am Anfang auch in Betracht gezogen, bin aber davon abgekommen, weil ich es etwas unpräzise fand. Die Zumutbarkeit ist im Prinzip der Gedanke, der auch hinter meiner Lösung steht. Wir kennen das von der Nötigung, ein „empfindliches Übel“. Wenn das Opfer zumutbar ausweichen kann, dann ist das keine Nötigung. Bei der Freiheitsberaubung, wenn man im Erdgeschoss eingesperrt wird und durch das Fenster raus kann, ist das keine Freiheitsberaubung, weil Ausweichen möglich ist. So wollte ich es auch bei meiner Lösung verstanden wissen. Sie erfordert einen erheblichen Nachteil, um Bagatellfälle auszuschließen. Es gibt Befürchtungen, die so gering sind, dass sie nicht zur Strafbarkeit führen können. Ich wollte es nur im Hinblick auf Artikel 103 Grundgesetz präziser fassen.

Die letzte Frage von Frau Schauws: § 179 StGB – das ist ein schwieriges Feld. Sie haben mich gefragt, ob es ein Auffangtatbestand sei. Als Auffangtatbestand würde ich es nicht bezeichnen, denn die Abgrenzung zu § 177 StGB ist einerseits im Nötigungskontext und andererseits im Missbrauchskontext mehr oder weniger klar. Natürlich gibt es Grenzfälle, deshalb würde ich das eher als „entweder/oder“ ansehen. Was die Bewertung hinsichtlich der Strafrahmen anbelangt: Zunächst würde ich Herrn Eisenhuth zustimmen, der zu Recht gesagt hat, dass hier die Nötigungskomponente fehle. Der Täter muss sich nicht mit Gewalt oder Drohung über das Opfer hinwegsetzen. Allerdings greift dieses Argument möglicherweise nur bei körperlich Widerstandsunfähigen. Das würde ich eher dem Fall „überraschender Angriff“ gleichstellen. Bei geistig Behinderten ist es so, dass diese keinen gegenteiligen Willen bilden können und über diesen Willen hinweggegangen wird. Das könnte man vielleicht differenzieren. Wenn man an dieser Stelle größere Änderungen vornimmt,

müsste man sich aber vermutlich noch einmal alle Missbrauchstatbestände anschauen, um da eine sinnvolle Abstimmung zu haben. Für mich ist im Ergebnis auch nicht ganz überzeugend, dass hier dann die Qualifikation als Tatbestand ausgestaltet ist und die schwere Nötigungskomponente bei § 177 Absatz 2 StGB nur als Regelbeispiel. Da würde ich Herrn Renzikowski zustimmen. Da sind sicherlich Ungereimtheiten.

Die **Vorsitzende**: Danke. Herr Eisenhuth.

SV Gregor Eisenhuth: Frau Wawzyniak hatte mich gebeten, aus der praktischen Sicht zu einer möglichen Ergänzung des § 177 StGB Stellung zu nehmen. Hilft es uns in der Strafverfolgungspraxis weiter, wenn entweder die Variante der offensichtlich fehlenden Zustimmung oder die des zu befürchtenden, erheblichen Nachteils aufgenommen wird? Ich sage: Die Unterschiede zwischen diesen Varianten sind für die tatsächlichen Schwierigkeiten in der Praxis marginal. Ich möchte Ihnen diese noch einmal kurz schildern. Selbst wenn man die denkbar weiteste Variante wählen würde, wonach vorher wirklich die ausdrückliche Zustimmung erklärt worden sein muss, verändert es die Beweisschwierigkeiten in diesem Bereich letztendlich nur ganz marginal, weil die Grenzen da sehr schwimmend sind. Sie müssen sich das so vorstellen: Die Anzeige geht ein, die Geschädigte bzw. das Opfer schildert den Sachverhalt. Bald danach erhalten wir durch die Beschuldigtenvernehmung eine andere Variante des Tatgeschehens. Mit liebevoller Kleinarbeit muss man dann versuchen, dieses anhand objektiver Tatbestandsmerkmale zu werten. Selbst, wenn man sagen würde, vorab muss eine Zustimmung erklärt werden, wird der Beschuldigte in aller Regel sagen: „Da war doch ein Kopfnicken zu sehen!“ Wir haben genau die gleichen Beweisschwierigkeiten für die Frage: „Hat sie vorher nein gesagt?“ oder ist sogar ausdrücklich „Ja“ gesagt worden? Das ändert nichts an dem Problem. Das fehlende Einverständnis ist dem Tatbestand des § 177 StGB bereits jetzt immanent. Das ist eine Tatbestandsvoraussetzung – einvernehmlicher Geschlechtsverkehr ist ja gottlob nicht strafbar. Deswegen kommt es, wenn man ausweiten will, entscheidend darauf an, dass es objektive Anknüpfungspunkte gibt. Die gibt es bereits bei der Gewalt. Bei der Drohung gibt es sie nicht, weil das eine verbal geäußerte ist. Sie



werden in der Rechtspraxis sehr wenige Verurteilungen nach § 177 Absatz 1 Nummer 2 StGB finden, weil diese Drohung in der Regel ganz selten objektiv nachweisbar ist. Die Zwangslage, die man 1997 eingeführt hat, ist in dieser Hinsicht besser. Das sind meistens diese Fälle: Vier Uhr morgens, irgendwo an einem verlassenen Hafengrundstück, wo es dann zum Geschlechtsverkehr kommt. Aufgrund dieser Umstände, wenn man sich dort selber befinden würde, ist relativ leicht zu erkennen: Diese Lage ist jetzt wirklich unangenehm. Wenn man hier jetzt in der Bedrängnis ist, ist vielleicht die Angst vorhanden, dass man wirklich erhebliche Nachteile befürchten muss, wenn man sich gegen den Versuch des Geschlechtsverkehrs wehren würde, weil dann keiner zur Hilfe kommt.

Aus der Münchener Strafverfolgungspraxis kann ich leider nicht bestätigen, dass das eigene Schlafzimmer zurzeit als zwangslose Lage anerkannt wird. Das ist nicht so, sondern in der Verfolgungspraxis werden ganz andere Fälle hierunter subsumiert. Deswegen ist es nach wie vor auch für die Neuformulierung wichtig, etwas zu finden, wo man mit Ermittlungstechniken und -methoden weiterkommen kann, um das überprüfen zu können, wenn man diese Zwangslage ausweiten möchte. Für die Annahme von Gewalt ist es ja nicht so, dass ein Riesenkampf mit großen Verletzungen vorausgegangen sein muss. Da hilft uns wirklich die moderne DNA-Technik. Wir haben zwei entgegengesetzte Aussagen. Das Opfer sagt uns: „Der hat mich dahingegriffen und hat versucht, die Hose zu öffnen“ oder so ähnlich. Das ist überprüfbar. Und dann haben wir vielleicht Widersprüche in den beiden Aussagen. So muss es auch in den künftigen Tatbeständen bleiben. Wir brauchen etwas, das überprüfbar ist. Bei den Fällen häuslicher Gewalt ist ein großer Konsens erkennbar, diese aufzunehmen. Da werden Sie auch künftig fünf Anzeigen wegen häuslicher Gewalt, Nötigungen, Beleidigungen und Körperverletzungen aus der Vergangenheit haben. Das ist überprüfbar, wenn die Geschädigte im konkreten Fall sagt: „Bei uns ist ein solches Klima der Angst entstanden, bei dem konkreten Geschlechtsverkehr habe ich mich einfach nicht mehr getraut, nein zu sagen, weil ich Angst hatte, dass er mir wieder eine schieuert.“ Da habe ich als Staatsanwalt einen klaren Anhaltspunkt dafür, dass die Frau die Wahrheit

sagt, weil es in der Vergangenheit schon Vorfälle gab. Dann muss der Beschuldigte erst einmal etwas anderes sagen. Es kommt ganz entscheidend darauf an, dass wir Anknüpfungspunkte behalten, die wir unabhängig von dem, was uns die beiden Beteiligten sagen, überprüfen können. Bei der Gewaltanwendung zu anderen Zwecken kann man diesen Finalisierungszusammenhang weitgehend beseitigen. Diese Dinge bringen uns wirklich weiter. Frau Künast hat – aus Ihrer Sicht völlig zu Recht – gesagt: „Diese Beweisschwierigkeiten sind für uns als Bundesgesetzgeber nicht die oberste Maxime. Wir wollen das schon auch im Blick behalten, aber natürlich wollen wir hier auch rechtspolitisch unsere Meinung zum Ausdruck bringen.“ Völlig zu Recht, weil man sieht, dass die Rechtsprechung in dem Bereich eben nicht so folgsam ist, wie man es sich vielleicht 1997 vorgestellt hat. Ich als Praktiker sehe diese Schutzlücken auch, obwohl es mir in Zukunft mehr Arbeit machen wird. Aber man muss Gesetze so formulieren, dass sie noch umsetzbar bleiben, sonst schiebt man den schwarzen Peter letztendlich den Strafverfolgungsbehörden, der Polizei und der Justiz der Länder zu. Es geht nicht darum, dass wir es nicht verfolgen wollen, sondern dass wir es bei bestimmten Varianten nicht können. Die fehlende Zustimmung alleine, auch wenn sie erklärt worden ist, wird uns in den meisten Fällen trotzdem nicht reichen. Wir brauchen etwas, wo wir anknüpfen können, wie die Variante „offensichtlich fehlende Zustimmung“. Das kann man bei Betrachtung der Gesamtsituation bejahen. Das wird alles von der Polizei aufgezeichnet, dokumentiert und festgestellt. Es darf nicht allein auf die Erklärung abgestellt werden. Es muss auf die objektive, offensichtlich fehlende Zustimmung ankommen, die man aus den Gesamtumständen ableiten kann. Aber diese Variante birgt auch die erhebliche Gefahr der Rechtsunsicherheit. Denn es werden erst viele Urteile dazu ergehen müssen, bis klar ist, was denn eine offensichtlich fehlende Zustimmung ist. Denn wichtig ist, dass dies auch für den Täter, zumindest in Form eines Eventualvorsatzes, erkennbar sein muss, sonst kommen wir in dem Punkt auch nicht weiter. Deswegen noch einmal abschließend: Mein Plädoyer geht dahin, das Machbare zu machen, damit wir in der Praxis Anknüpfungspunkte, entweder aus vorangegangenen Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren haben, oder



zumindest leichteste Berührungs- oder Anknüpfungspunkte. Ich bin dafür, soweit auch dort die Möglichkeiten noch verbessert werden. Das Ganze wird noch effektiver, wenn Sie dem auch eine prozessuale Begleiterscheinung geben. Man kann in diesem Zusammenhang durchaus darüber nachdenken, auch in der Strafprozessordnung die Möglichkeiten zu verbessern, indem man zum Beispiel die Videovernehmung, die wir ja bei den Kindesmissbrauchsfällen schon als Regelatbestand haben, auch stärker bei den Sexualstraftaten gegen erwachsene Geschädigte zuließe. Das sichert das Verfahren in einem frühen Stadium. Das könnte hier helfen, Beweisschwierigkeiten in diesem Bereich zu vermindern. Dies hilft dann auch, die Schließung dieser Schutzlücken, die wir hier alle gemeinsam wollen, praktisch umzusetzen. Ein schwieriges Thema ist zurzeit auch das Thema der Vorratsdatenspeicherung, das darf man an dieser Stelle nicht völlig ausblenden. Ich weiß, es ist für Sie ein ganz schwieriges Thema, aber nichts desto trotz hilft es natürlich auch weiter, weil in einem SMS-Verkehr immer wieder Dinge mitgeteilt werden. Da wird behauptet: „Das war alles nicht einvernehmlich!“ und dann werden doch viele Liebesgrüße ausgetauscht und hin und hergeschickt. Das hilft uns einfach weiter, um zu vernünftigen Ergebnissen zu kommen. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Jetzt hat Professor Fischer das Wort.

SV Prof. Dr. Thomas Fischer: Ich habe fünf Fragen zu beantworten, die sich in drei Gruppen gruppieren. Zunächst glaube ich, dass alles etwas schwieriger ist, als zuletzt gesagt und wir uns das systematisch klar machen müssen. Zu der Frage von Frau Keul und Herrn Wiese vielleicht zusammenfassend: Was ich gar nicht verstanden habe, Frau Keul, war Ihre Empörung, mit der Sie den Fall vorgetragen haben. Dass jemand beginnt eine sexuelle Handlung auszuführen, das Opfer dann entweder erwacht oder es registriert, sich dann wehrt und der Täter dann aufhört. Ist das nicht genau das rechtstreue Verhalten, das wir von unseren Bürgern erwarten? Also, der fängt an, irgendwas zu machen. Ich weiß gar nicht, wo da zunächst die Opferstellung sein soll. Der Fall geht doch so: Mann und Frau liegen im Bett. Die Frau fasst den Mann an. Der Mann wacht auf und sagt: „Geh weg!“. Dann geht sie weg.

Zwischenbemerkung: Abg. **Katja Keul** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Der Fall geht ganz anders.

SV Prof. Dr. Thomas Fischer: Ich kenne diesen Fall nicht, Sie haben diesen doch geschildert.

Zwischenbemerkung: Abg. **Katja Keul** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Der ist aus dieser Fallsammlung. Die Frau schläft allein in ihrem Zimmer, nichts ahnend. Der Täter – irgendein fremder Mann – kommt in den Raum und dringt in diese schlafende Frau ein. Davon wacht sie auf und schubst ihn weg. Da hat er sich doch nicht wie ein normaler, bürgerlicher Mensch verhalten.

SV Prof. Dr. Thomas Fischer: Entschuldigen Sie, nein, ganz gewiss nicht.

Sve Christina Clemm: Der Fall geht ein klein wenig anders. Die Frau ist erwacht und im Zustand des Halbschlafes dringt er in sie ein.

SV Prof. Dr. Thomas Fischer: Wenn Sie mir erlauben, ich bin ja weder der Verteidiger der deutschen Rechtsprechung insgesamt, noch derjenige der Staatsanwaltschaften in der Republik. Ich bin auch nicht der Zensor dieser ganzen Strafverfolgungsbehörden. Ich muss gestehen, als Richter und vielleicht auch als Staatsanwalt, vielleicht sogar als Rechtsanwalt, hat man so eine gewisse Scheu, erzählte Fälle alsbald zu subsumieren. Sondern man denkt: Ich habe schon viele Fälle erzählt bekommen und in 99 Prozent der Fälle hat es sich ein klein wenig anders dargestellt, nachdem ich die Akte gelesen habe. Deswegen hat man immer so einen gewissen Reflex, erst einmal zu sagen: „Das kommt mir jetzt aber sehr kurzschlüssig vor“, oder „Wie war es denn und wie war denn die Beweislage? Woher weiß man das alles?“. Ich gestehe, diese 120 Fälle nicht gelesen zu haben; dass es sie gibt weiß ich nur aus Erzählungen. Ich möchte in diesem Zusammenhang nur darauf hinweisen: Frau Vorsitzende, ich meine nicht, dass alle Gerichte, außer dem Zweiten Strafsenat des Bundesgerichtshofes, ständig Fehlurteile produzieren. Ich glaube, dass die Polizeiliche Kriminalstatistik pro Jahr etwa 8.000 aufgeklärte Fälle von Sexualstraftaten enthält. Ungefähr relativ konstant zwischen 7.000 und 9.000, über den ganzen Zeitraum von 17 Jahren. Das wären also etwa 150.000 Fälle. Hätten wir 120 krasse Fehlurteile, wäre das weniger als ein Promille. Damit kann man bei sexuellem Missbrauch genauso gut leben wie beim Autodiebstahl.



So und so viele Prozent der Frauen geben an, im Erwachsenenalter einmal „vergewaltigt“ worden zu sein. Ich habe mir gestern mal aus Spaß so eine Bevölkerungsstatistik angesehen: Man kommt auf 1,2 Milliarden gelebte Frauenjahre in Deutschland. Wenn man die Zahlen dann wirklich runterrechnet, sind die relativ gering. Das muss man ehrlich sagen. Das klingt unglaublich viel, ist aber relativ gering. Auch 120 falsche Einstellungen – das sind doch nicht alles Urteile, das sind Einstellungen, das sind vorläufige Einstellungen, das sind Zurückverweisungen, bei denen beim zweiten Mal was ganz anderes rauskommt, usw. Das ist natürlich viel, aber wenn es die Substanz von Fehlentwicklungen oder Fehlentscheidungen oder zweifelhaften Entscheidungen aus fünf oder zehn Jahren ist, dann halte ich das für erträglich. Das klingt natürlich irgendwie zynisch, aber ich halte es für eine nur schwer zu steigernde Fehlerquote in unserer Rechtsordnung. Wir haben hunderte von Gerichten und hunderte von Staatsanwaltschaften sowie viele tausende von Fällen im Jahr. Da wird man es schwer vermeiden können, dass der ein oder andere 32-jährige Staatsanwalt irgendeine Einstellungsverfügung erlässt, die einem die Haare zu Berge stehen lässt.

Zwischenbemerkung: Die **Vorsitzende:** Die Vergewaltigung ist eben kein Autodiebstahl.

SV Prof. Dr. Thomas Fischer: Das ist ja gerade die Frage, ob es Vergewaltigung ist. Der Hinweis auf den Autodiebstahl ist ja insoweit gut, als wir da zwei Tatbestände gegen den Willen haben – den Diebstahl und den Raub. Wenn jetzt jemand sagt: „Es finden viel zu wenige Verurteilungen wegen Raubes statt, weil Leuten ständig etwas weggenommen wird, die sich nicht wehren.“ Dann würde man auch sagen: „Das ist ja strafbar als Diebstahl, dafür haben wir es ja“. Man kann jetzt nicht die Anzahl der Raube dadurch steigern, dass man sagt: „Jeder Diebstahl eines Autos wird von jetzt an als Raub bezeichnet.“ Das ist insoweit ein etwas überspitztes Beispiel. Was ich letzten Endes meine, und das meine ich mit dem systematischen Hinweis: Die ganzen Diskussionen, die wir jetzt hier führen über die Frage „Ja“ oder „Nein“ usw., spielen doch alle nur eine Rolle für den Tatbestand der Nötigung. Für den Tatbestand des Missbrauchs spielt das doch gar keine Rolle. Niemand verlangt doch zum Beispiel von einem Kind oder von einem

untergebrachten Menschen oder von einem Gefangenen, die nach §§ 174 ff. StGB missbraucht werden, dass sie vorher „Nein“ erklären, sondern wir gehen doch von „Nein“ aus. Insofern spielt doch diese ganze Frage der „Beweisbarkeit des entgegenstehenden Willens“ überhaupt keine Rolle, wenn wir uns im Bereich des Missbrauchs befinden. Wenn wir jetzt sagen könnten – wofür manches spricht, Herr Eisele und Herr Renzikowski hatten es mehrfach ausgeführt –, dass Situationen, in denen der Zugriff, die Rechtsgutsverletzung „ausschließlich“ darin besteht, dass ein entgegenstehender Wille nicht beachtet wird, sind das doch viel eher Missbrauchsfälle als Nötigungsfälle. Das bedeutet, die Konstruktion des § 177 Absatz 1 Nummer 3 StGB war doch schon vor 1997 und 1998 eher ein schwacher Kompromiss, der versucht hat, Missbrauchsfälle in den Nötigungstatbestand reinzuziehen. Deshalb ist man auf diese merkwürdige „schutzlose Lage“ gekommen und hat gar keine Handlung des Täters mehr vorausgesetzt. Wenn man das trennen und entscheiden würde, dass man die Frage des entgegenstehenden Willens und sonst nichts zum Anlass nähme, gebe es einen allgemeinen Missbrauchstatbestand. Es gibt natürlich qualifizierte Missbräuche. Der Missbrauch einer gesunden, widerstandsfähigen, nicht in einer Abhängigkeitssituation befindlichen, nicht ängstlichen usw. Person ist möglicherweise weniger schlimm, als der Missbrauch eines 4-jährigen Kindes oder der Missbrauch einer Psychiatricpatientin, der gesagt wird, dass man sie ansonsten nicht heile oder sie immer kränker werde oder so ähnlich. Das müsste man dann entsprechend formulieren. Herr Eisele hatte ja versucht, Fallgruppen zu formulieren. Ich würde ihm im Einzelnen nicht zustimmen, aber das müsste man sich genau anschauen. Mit einer solchen Trennung zwischen Nötigung und Missbrauch und der Zuordnung der Lücken im Bereich des entgegenstehenden Willens, nämlich überraschende Handlungen und ähnliche Dinge, wären doch die wesentlichen systematischen Schwierigkeiten des § 177 StGB weitestgehend gelöst. Dagegen hätte ich überhaupt nichts einzuwenden. Ich meine, dass viele Diskussionen und auch viele Streitpunkte, die jetzt hier aufgetaucht sind, sich immer darauf beziehen, dass angeblich der Fall des Nichtbeachtens eines entgegenstehenden Willens unbedingt ein



Nötigungstatbestand sein soll. Das muss er aber gar nicht sein. Er muss nur nach Artikel 36 der Istanbul-Konvention strafbar sein. Strafbar ist schon heute sowohl die tätliche Beleidigung, als auch die sexuelle Nötigung nach § 240 Absatz 4 Nummer 1 StGB. Das ist alles schon strafbar. Wir brauchen möglicherweise nur für einzelne Fälle einen Missbrauchstatbestand, der diese erfassen könnte. Ob diese Fälle dann in der Praxis, in der Wirklichkeit der Staatsanwaltschaft München, zu einer großen Anzahl von Verurteilungen führen oder bei Opferverbänden, Betroffenen oder Anzeigeerstattern zu einer großen Anzahl von Enttäuschungen, mag dahinstehen.

Die **Vorsitzende**: Jetzt antworten bitte erst Frau Grieger und dann Professor Renzikowski.

SVe **Katja Grieger**: Ich muss zunächst ganz kurz ein Missverständnis über die Fallanalyse aufklären, über die hier die ganze Zeit gesprochen wurde. Ich habe sie geschrieben, deshalb weiß ich ganz gut, was sie beinhaltet. Wir hatten nie den Anspruch, eine Vollerhebung aller Fälle zu machen, die in den letzten Jahren in Deutschland vorgekommen und am Tatbestandsmerkmal gescheitert sind. Wir haben eine qualitative Analyse gemacht und nach 107 aufgehört, weil wir schlicht und ergreifend keine Zeit mehr hatten. Wir hatten auch den Eindruck, dass damit alles gesagt war und die Schutzlücken qualitativ so beschrieben waren, wie es für uns ausreichte. Kein Mensch weiß, wie viele solcher Fälle es gibt. Wir wissen es schlicht und ergreifend nicht, das heißt, wir können nicht sagen, was das in Promille oder in Prozent bedeutet. Das hat diese Analyse auch nie behauptet. Das zweite Missverständnis ist, dass Herr Eisenhuth gerade sagte, nachts um vier Uhr am Hafen wäre die schutzlose Lage ganz klar. In der Fallanalyse haben wir tatsächlich einen Fall, genau nachts um vier Uhr, am Hafen, mit einem jungem Mädchen und zwei Männern. Dort war die schutzlose Lage war überhaupt nicht klar. Das wollte ich nur kurz erwähnen, das können Sie alles nachlesen.

Ich wurde nach den Urteilen gefragt. Das habe ich deswegen nicht beantwortet, weil ich es schlicht nicht weiß. Entschuldigung. Ich weiß auch nicht, ob es überhaupt jemand weiß. Eine bundesweite Statistik aufgehobener Urteile zu diesem Tatbestand – ich sehe Kopfschütteln – kenne ich nicht.

Zwischenruf: Die wäre sehr teuer!

Ja, die wäre sehr teuer. Also, ich kenne keine. Zu der Frage: Warum zeigen so viele Betroffene nicht an? Uns sagen viele in der Beratung, sie wollten vergessen, sie würden am liebsten dieses Erlebnis in eine Schublade tun, diese nie wieder aufmachen und wollen nie wieder darüber sprechen. Das geht nicht, wenn man anzeigt. Aber ganz viele zeigen auch aus Angst nicht an. Sie haben Angst, dass ihnen nicht geglaubt wird. Viele machen auch, ich nenne es mal, einen Test. Sie erzählen es einer Freundin, ihrer Familie, wem auch immer. Viele nicht, aber viele tun es und die erleben dann leider keinen großen Ausbruch von Solidarität oder von unterstützendem Verhalten, sondern sie werden sehr häufig mit Vergewaltigungsmythen konfrontiert. Es wird ihnen sehr häufig eine Mitschuld unterstellt und das nehmen viele Betroffene als Lackmustest, ob sie es denn wagen können, das Ganze noch – sagen wir es mal juristisch – objektivieren zu lassen und trauen sich dementsprechend nicht. Wir raten in der Beratung weder zu einer Anzeige, noch raten wir davon ab, sondern wir informieren schlicht und ergreifend darüber, was passieren wird, wenn man anzeigt. Wir haben die Erfahrung gemacht, dass es ein unterstützendes Angebot ist, wenn man psychosoziale Prozessbegleitung zur Verfügung stellen kann. Das erwähne ich deswegen, weil sich das im Moment auch in einer rechtlichen Debatte befindet und wir fänden es sehr begrüßenswert, wenn das flächendeckend auch für erwachsene Betroffene als Rechtsanspruch eingeführt würde. Das wäre sehr wichtig. Wir haben auch eine Gruppe von Frauen, die nach einer anwaltlichen Beratung nicht anzeigen. Die hätten Anzeigebereitschaft, aber lassen sich anwaltlich beraten und bekommen dann von Nebenklagevertreterinnen und -vertretern zu hören, dass das, was sie erlebt haben, nach derzeitiger Rechtslage gar nicht strafbar ist und tun sich das dann gar nicht an. Aber auch da kennen wir keine Quantität. Wir wissen nichts über die Anteile, wie viele aus welchen Motiven heraus anzeigen oder nicht anzeigen.

Die **Vorsitzende**: Frau Cirullies, Sie müssen jetzt gehen, damit Sie Ihren Zug nicht verpassen, oder? Dann bedanke ich mich schon einmal ganz



herzlichen bei Ihnen für Ihre Anwesenheit. Als letzter in dieser Antwortrunde hat Professor Renzikowski das Wort.

SV Prof. Dr. Joachim Renzikowski: Ich möchte eine Bemerkung außer der Reihe machen: Es zeichnet sich ja hier eine vielleicht für die Außenstehenden überraschende Einigung ab. Sobald wir uns nicht mehr an § 177 StGB selbst festbeißen, sondern nach Alternativen zu § 177 StGB suchen, ist die Bereitschaft, darüber nachzudenken vorhanden und auch die Erkenntnis, dass man darüber nachdenken muss. Insofern hat es ja schon mit einem Nötigungs- bzw. Zustimmungskonzept zu tun. Der zweite Punkt ist ein bisschen weiter weg. Ich möchte gerne noch einmal die psychische Situation von Opfern sexueller Übergriffe ansprechen. Wenn jemand nicht damit gerechnet hat und so etwas nicht trainiert hat, gibt es im Grunde genommen drei Reaktionsmuster, von denen Psychiater oder Psychologen berichten. Das eine ist Wut, also Aggression, Widerstand. Das kann der Täter nur durch Nötigung überwinden. Insoweit gäbe es eine Strafbarkeit. Das zweite wäre Flucht, Wegrennen. Auch das kann der Täter nur durch Nötigung überwinden. Insoweit liegt auch hier eine Strafbarkeit vor. Die dritte mögliche Reaktion ist Totstellen. Bei diesem Totstellen haben wir ein Problem. Wir reden hier allgemein über Angst. Wenn wir das in den § 177 Absatz 1 Nummer 3 StGB übertragen, in der Auslegung des Zweiten Senats, die ich in diesem Punkt voll und ganz teile, dann ist die Angst vor Körperverletzungen gemeint, weil das das Nötigungselement dieser Alternative ist. Das heißt, diese Alternative hätte man sich eigentlich bei einer richtigen Auslegung der zweiten Alternative sparen können, denn alle diese Fälle sind eigentlich materiell betrachtet konkludente Drohungen. Man hat es halt reingeschrieben, aus den bekannten Gründen. Wenn wir jetzt also Nötigungskonzept und Zustimmungskonzept miteinander vergleichen, dann sind wir uns einig, dass wir es nicht beim Nötigungskonzept belassen dürfen. Die Idee des Nötigungskonzeptes besteht darin, dass die sexuelle Selbstbestimmung nur durch Zwang strafbar überwunden werden kann. Nehmen wir mal die ganzen Begleitattbestände – § 174 StGB usw. – raus. Das Zustimmungskonzept dreht das komplett um. Man fragt nicht mehr, wie es bestraft wird, sondern was dahinter steckt. Das Zustimmungskonzept sagt, dass wir in eine

Rechtsposition wie die sexuelle Selbstbestimmung nur eingreifen dürfen, wenn die Inhaberin oder der Inhaber dieses Rechts diesen Eingriff erlaubt. Das kennzeichnet übrigens jedes subjektive Recht. Ich mag den Vergleich mit dem Eigentum so gern, weil § 903 BGB diese Definition des subjektiven Rechts so wunderschön klar formuliert. Jetzt ist die Frage, was heißt Zustimmung? Was heißt „Ja“? Heißt „Ja“ „Nein“? Was heißt „Nein“? Da kann man natürlich mit hysterischer Moral anfangen, wie die Kalifornier. Darum geht es aber gar nicht, weil wir ja in unserer Rechtsordnung, in unserem Rechtsdenken, auch eine konkludente Zustimmung kennen. Und selbstverständlich kann keine denkbare Regelung von Sexualkontakten bei uns, egal auf welchem Rechtsgebiet, darauf hinauslaufen, dass ich vor jedem Küsschen fragen muss, ob ich das jetzt auch geben darf und wohin ich es geben darf, und das dann alles am besten noch schriftlich dokumentieren muss. So läuft das ja auch gar nicht und das verlangt auch keiner. Das ist ein Einwand, der das ganze Konzept lächerlich macht. Den kann man auch nicht ernst nehmen, sondern die Frage ist, ob ich die Zustimmung oder das Fehlen der Zustimmung aus den Umständen, die den gesamten Sachverhalt begleiten, ableiten kann. Ein ganz eindeutiges Zeichen von fehlender Zustimmung ist, wenn die betroffene Person in dem Zeltlager die ganze Zeit weint, weil niemand, der etwas schön findet, weint. Es gibt genug Zeichen für fehlende Zustimmung und deswegen meine ich, dass man das so formulieren kann.

Jetzt zurück: Herr Eisele hat ja etwas gemacht, was 1993 auch schon in der Doktorarbeit von meiner Frau „Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff“ in der Diskussion war, die ich nur empfehlen kann. Die Idee war, unterhalb der Tatbestände der Vergewaltigung und sexuellen Nötigung einen Straftatbestand zu schaffen, durch den sexuelle Kontakte, denen das Opfer sich nicht auf zumutbare Weise entziehen kann, bestraft werden. Herr Eisele hat versucht, die Varianten von Unzumutbarkeit näher zu konkretisieren. Das gefällt mir eigentlich ganz gut. Womit ich Schwierigkeiten habe, ist der Vorschlag von Tatjana Hörnle, der Umstände, in denen das Fehlen der Zustimmung offensichtlich ist, genügen lässt. Wenn ich Schutzbehauptungen verhindern will, kann das ja nur bedeuten, dass der Täter selbst diese Offensichtlichkeit nicht



nachvollziehen muss, sondern dass er nur die Umstände kennt, die dann der Richter als das offensichtliche Fehlen einer Zustimmung bewertet. Und damit kommen wir zu einer dritten Form des subjektiven Tatbestands, die wir bisher im deutschen Strafrecht noch nicht haben, indem nämlich Leichtfertigkeit plötzlich zu Vorsatz umdeklariert wird. Der Trick bei dieser Formulierung ist, dass man die Beweisregel des englischen Rechts in den Tatbestand des deutschen Rechts einbaut. Das kann man aber nicht machen. Das geht aus dogmatischen Gründen nicht. In der Sache sieht es aber auch gar nicht so unterschiedlich aus, weil der Richter bei entsprechender Beweislage sowieso nur bei Offensichtlichkeit von einer Zustimmung oder vom Fehlen einer Zustimmung ausgehen kann. Ist die Beweislage zweifelhaft, gilt in dubio pro reo. Die Variante von Frau Hörnle führt nur dazu, dass

sich jemand aus irgendwelchen kulturellen Gründen oder aus mangelnder Intelligenz oder Lebensuntüchtigkeit strafbar machen soll. Ich weiß nicht, ob diese Fälle häufig sind, aber als überzeugter AT-Dogmatiker würde ich diesen Preis nicht gerne zahlen. Ich glaube auch nicht, dass das notwendig ist.

Die **Vorsitzende**: Danke sehr. Auch das war noch mal eine sehr intensive Runde. Ich gehe davon aus, dass es zumindest jetzt keine weiteren Fragen mehr gibt. Vielleicht kommen wieder Fragen auf, wenn wir über eine Vorlage für einen Änderungsantrag reden. Ganz herzlichen Dank, dass Sie da waren. Sie haben uns eine Menge an Anregungen gegeben. Ich schließe hiermit die Sitzung.

Schluss der Sitzung: 18:31 Uhr

Renate Künast, MdB

Vorsitzende



Anlagen: Zusammenstellung der Stellungnahmen

Birgit Cirullies	Seite 39
Christina Clemm	Seite 44
Prof. Dr. Jörg Eisele	Seite 60
Gregor Eisenhuth	Seite 73
Prof. Dr. Thomas Fischer	Seite 80
Katja Grieger	Seite 98
Prof. Dr. Joachim Renzikowski	Seite 133

Stellungnahme

**zu dem Antrag der Abgeordneten Ulle Schauws, Katja Keul, Katja Dörner und weiterer Abgeordneter sowie der Fraktion des Deutschen Bundestags Bündnis 90 / Die Grünen:
Artikel 36 der Istanbul-Konvention umsetzen – Bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller Gewalt und Vergewaltigung schließen (BT-Drucksache 18/1969)**

Öffentliche Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des
Deutschen Bundestages am 28.01.2015

Um entsprechend dem Ziel der Istanbul-Konvention den Schutz der Opfer sexueller Übergriffe sicherzustellen, bedarf es einer Reform des § 177 StGB nicht. Insbesondere spreche ich mich gegen eine Vorschrift aus, nach der alle Fälle nicht einverständlicher sexueller Handlungen des Täters unter Strafe gestellt werden.

Mit der Schaffung eines derart weit gefassten, wenig konturierten Straftatbestandes wäre – neben Schwierigkeiten bei der Beweisführung – das Risiko verbunden, dass Verhaltensweisen bestraft würden, die nach Sinn und Zweck des Strafrechts eine staatliche Sanktionierung nicht rechtfertigen.

I. Auswirkungen der vorgeschlagenen Gesetzesfassung

Zwar ist der sexuellen Selbstbestimmung des Menschen ein so hoher Stellenwert zuzumessen, dass das ernsthafte fortbestehende „Nein“ zu sexuellen Handlungen akzeptiert werden muss.

Bei der Frage der strafrechtlichen Bewertung im Falle eines Handelns gegen diese Willensäußerung muss jedoch die Lebenswirklichkeit berücksichtigt werden.

Es sind kaum Fälle denkbar, in denen das erwachsene, mündige Opfer zwar ausdrücklich und entschieden "Nein" sagt, jedoch sexuelle Handlungen hinnimmt,

- ohne sich körperlich zu wehren – so dass also nicht Gewalt angewendet werden muss –
- oder ohne mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben bedroht zu sein
- oder ohne sich in einer schutzlosen Lage im Sinne des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu befinden.

Dabei ist der Gewaltbegriff des bisherigen § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB nach der höchst-richterlichen Rechtsprechung durchaus nicht allzu eng gefasst. So werden die nachfolgend aufgeführten Verhaltensweisen bereits als Gewaltanwendung qualifiziert: das Festhalten des Opfers ebenso wie die Überwindung geringfügiger Gegenwehr (BGH, NStZ-RR 2003, 42, 43), das Beiseitedrücken der abwehrenden Hand (BGH NJW 1988, 2054), das Auseinanderdrücken der Beine (BGH, NStZ 1990, 335). Weitere Beispiele finden sich bei Fischer, StGB, 61. Aufl., § 177 Rn. 7.

Häufiger treten Konstellationen auf, in denen zwar zunächst ein entgegenstehender Wille verbal oder durch Gestik und Mimik zum Ausdruck gebracht, letztlich aber dem Ansinnen des Täters nachgegeben wird

- etwa wegen eines Sinneswandels,
- nach Überredung oder Versprechungen
- oder wegen der Androhung von Nachteilen, die aber keine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben darstellen.

In diesen Fällen besteht eine Strafwürdigkeit des Täters wegen sexueller Nötigung oder Vergewaltigung nicht. Im letzteren Fall kommt eine Nötigung nach § 240 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB in Betracht. – Und eine entsprechende Ahndung würde dem Strafbedürfnis des Staates auch gerecht werden.

Bei der Würdigung des Reformvorschlags darf nicht außer Acht gelassen werden, dass es sich bei sexuellen Handlungen nicht generell um missbilligenswertes Verhalten handelt. Anders als etwa eine Körperverletzung oder eine Verletzung fremden Eigentums stellen sexuelle Handlungen nicht grundsätzlich unerwünschte Taten dar, die lediglich ausnahmsweise zu rechtfertigen wären.

Deshalb ist es durchaus angebracht, sexuelle Annäherungen nur dann für strafwürdig zu erachten, wenn weitere Voraussetzungen – wie etwa Gewaltanwendung – erfüllt sind. Es erscheint angemessen, einem mündigen erwachsenen Menschen zuzumuten, sein mangelndes Einverständnis eindeutig zum Ausdruck zu bringen und sich – vom Ausnahmefall der schutzlosen Lage oder der Drohung abgesehen – in besonnener Selbstbehauptung einer gewissen körperlichen Gegenwehr zu bedienen. Käme es allein auf die subjektive Einstellung des Opfers an, würde der strafrechtliche Verantwortungsbereich des Täters überdehnt und eine ausufernde strafrechtliche Verfolgung wäre zu befürchten.

Durch die bestehenden Zusatzkriterien, die über das Fehlen des Einverständnisses hinausgehen, ergeben sich zudem eher Anhaltspunkte, die eine Aufklärung des Sachverhalts ermöglichen. Es muss ein komplexerer Geschehensablauf geschildert werden, so dass leichter festgestellt werden kann, ob die Aussagen der Beteiligten der Wahrheit entsprechen.

Bei Gewaltanwendung ergeben sich aus der Spurenlage zudem objektivierbare Umstände, die die Aufklärung des Sachverhalts erleichtern. Wird hierauf verzichtet und lediglich die innere Tatsache des Nichteinverständnisses durch nachträgliche Deutung ermittelt, käme es zu einem solchen Maß an Unsicherheit, dass dies unter

rechtsstaatlichen Gesichtspunkten bei der Feststellung eines Verbrechenstatbestandes nicht hingenommen werden kann.

Sowohl im Rahmen einer bestehenden Partnerschaft als auch bei erster Kontaktaufnahme stellt die ausdrückliche vorherige Frage nach einem Einverständnis mit einer konkreten sexuellen Handlung die Ausnahme dar. Im Rahmen eines Strafverfahrens würde sich deshalb regelmäßig – vor allem in den deliktstypischen Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen – die schwierig zu beantwortende Frage ergeben, ob das Einverständnis oder das Nichteinverständnis schlüssig geäußert wurde.

Insoweit wäre es der Rechtsprechung überlassen, die Anforderungen an das konkludente Einverständnis festzulegen – ungeachtet der Frage, ob überhaupt mangels objektiver Beweismittel der Geschehensablauf festzustellen wäre. Bei der Frage nach dem Einverständnis müsste der Tatrichter etwa ein wohlwollendes Lächeln des „Opfers“ mit anschließendem passiven Verhalten gleichermaßen einer Deutung unterziehen wie ggf. ein unwilliges Verziehen des Gesichts.

Wenn die Strafbarkeit allein an die Frage des Einverständnisses des Opfers anknüpfte, könnte der Tatbestand des Delikts sogar dann erfüllt sein, wenn das Opfer „Ja“ sagt, aber innerlich die Handlung ablehnt. Umgekehrt dürfte der Täter ein „Nein“ missachten, wenn nach dem Verhalten des Opfers von dessen inneren Einverständnis auszugehen wäre.

Die aufgezeigten Schwierigkeiten bei der Feststellung der Straftat und der Bewertung der Interaktion der Beteiligten legen den Schluss nahe, dass mit der vorgeschlagenen Reform eine praktische Verbesserung nicht eintritt. Insbesondere ist ein höherer Schutz der Opfer nicht zu erwarten. Vielmehr muss nämlich befürchtet werden, dass (noch) mehr Verfahren als bisher mit einer Einstellung oder einem Freispruch enden, weil Aussage gegen Aussage steht, ohne dass einer Version der Tatschilderung ein höherer Beweiswert beigemessen werden kann als der gegenteiligen. Dann aber ließe sich das Fehlen des Einverständnisses des Opfers nicht feststellen.

II. Etwaige Strafbarkeitslücken bei der derzeitigen Rechtslage

Hierzu ist Folgendes zu bemerken:

1)

Wenn in Fällen vorangegangener Gewalttaten oder Drohungen zwischen dem früheren Verhalten des Täters und der nunmehr gewaltlosen sexuellen Handlung längere Zeit vergangen war, muss zur Feststellung einer sexuellen Nötigung ein fortbestehender Finalzusammenhang nachgewiesen werden. Es kommt hier auf die Beurteilung des Einzelfalles an.

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass ein Fortwirken früherer Gewaltanwendungen grundsätzlich möglich ist, wenn der Täter die noch andauernde Wirkung zu der Tat

nach § 177 StGB ausnutzt oder ein fortdauerndes „Klima der Gewalt“ schafft. Vielfach wird – bei entsprechenden Äußerungen oder entsprechendem Verhalten des Täters – auch eine konkludente Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben anzunehmen sein.

Derartige Einzelfallwürdigungen mit unterschiedlichen Ergebnissen dürfen aber nicht als Hinweise auf Strafbarkeitslücken angesehen werden, da in den aufgeführten Fällen durchaus Verurteilungen möglich sind.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Erfüllung des Tatbestands auch bei längerem Zeitabstand zwischen der Gewaltanwendung und der sexuellen Handlung gerade nicht stets ausgeschlossen (zu vgl. BGH, NStZ-RR 2006, 269).

2)

Bei Verzicht des Opfers auf Gegenwehr aus Angst vor Gewalt und aufgrund der Abwägung, dass die Tat auch bei Widerstand nicht zu verhindern sei, kann bereits nach geltendem Recht eine Strafbarkeit des Täters nach § 177 Abs.1 Nr. 2 StGB anzunehmen sein. Das Unterlassen der Gegenwehr beruht in diesen Fällen regelmäßig entweder auf zurückliegenden Gewalterfahrungen des Opfers mit dem Täter oder auf dessen konkludenter Drohung.

3)

Das Verhalten eines Ehemannes, dessen Frau nach vorheriger Weigerung seine sexuellen Handlungen schließlich zur Vermeidung ehelichen Unfriedens „über sich ergehen lässt“, ist nicht als strafwürdig einzustufen, da hier letztlich ein Einverständnis der Frau anzunehmen ist.

4)

Bei Drohungen, die sich nicht auf eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben des Opfers beziehen, sondern lediglich ein empfindliches Übel in Aussicht stellen, besteht – mangels Strafbarkeitslücke – kein Handlungsbedarf, weil in diesen Fällen die Nötigung zu sexuellen Handlungen als besonders schwerer Fall der Nötigung gemäß § 240 Abs. 1, 4 Satz 2 Nr. 1 StGB strafbar ist.

5)

Der Fall des Ausnutzens eines Überraschungsmoments durch den Täter, der mangels Gegenwehr des „wie paralysierten“ Opfers bei der Durchführung des Geschlechtsverkehrs nicht Gewalt anwenden müssen, ist schwer vorstellbar.

Es dürfte anzunehmen sein, dass das Opfer während der sexuellen Handlung seine Überraschung hätte überwinden und sodann Gegenwehr leisten können.

Der Bundesgerichtshof hielt in seiner entsprechenden Entscheidung eine Tat nach § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB für möglich – bei weiteren Feststellungen der Vorinstanz zur schutzlosen Lage des Opfers (zu vgl. BGH, NStZ 2012, 268).

Bedenkenswert erscheint es in diesem Zusammenhang, eine Strafandrohung zu schaffen für sexuelle Handlungen von geringem Gewicht, die unter Ausnutzung eines Überraschungsmoments vorgenommen werden.

Insoweit ist es wenig nachvollziehbar, dass verbale Beleidigungen auf sexueller Basis strafbewehrt sind, jedoch beispielsweise sogenannte Busengrapschereien – soweit nicht ehrverletzend „gemeint“ – straffrei bleiben.

Im Hinblick darauf, dass sexuelle Handlungen im Sinne eines Überrumpelns des Opfers vielfach eher geringfügiger Natur sind, wäre eine Implementierung in den Verbrechenstatbestand des § 177 StGB unverhältnismäßig. Eine Herabstufung des Tatbestandes der sexuellen Nötigung als Vergehen würde wiederum dem grundsätzlich schwerwiegenden Charakter der Straftat nicht gerecht werden und ihn entwerten.

So wäre zu überlegen, einen eigenständigen Straftatbestand zu schaffen, der überraschende Übergriffe sexueller Art unter Strafe stellt, auch wenn sie die Schwelle des § 184g StGB nicht überschreiten.

III. Fazit

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 177 StGB in der derzeitigen Fassung stehen in einem angemessenen Verhältnis zu der Schwere der Taten und den entsprechenden Strafandrohungen.

Da das Strafrecht wegen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht jedes zu missbilligende Sexualverhalten sanktionieren kann, ist es angezeigt, sexuelle Handlungen nur dann für strafbar zu erklären, wenn neben dem Fehlen des Einverständnisses des Opfers weitere – objektivierbare – Voraussetzungen erfüllt sind.

Würde die Strafbarkeit allein von der subjektiven Haltung des Opfers abhängig gemacht, käme es zwar möglicherweise zu einem Anstieg der Zahl der Verfahren, gleichzeitig wäre aber mangels objektiver Prüfungskriterien eine erhöhte Gefahr von Fehlentscheidungen zu befürchten.

Wegen des auch im Strafrecht geltenden Verhältnismäßigkeitsprinzips müssen letztlich aus rechtsstaatlichen Gründen etwaige Strafbarkeitslücken hingenommen werden.

Cirullies

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.“¹

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.

¹ 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.²

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 Übergriffs³ 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 Gutachten⁴ 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.⁵

² StGB- Kurzkomentar, Thomas Fischer, 62. Auflage, § 177 RZ 2

³ 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.

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

⁵ 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.⁶ 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.

⁶ 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.⁷

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

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.⁹

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.¹⁰ 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.¹¹

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

⁷ § 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.

⁸ 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.

⁹ 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/>

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

¹¹ 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.¹²

5. Schutzlücken: Fallbeispiele aus der anwaltlichen Praxis:

Im Folgenden werden zur Veranschaulichung neben dem anfangs zitierten Fall vier Beispiele¹³ 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

¹² 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

¹³ 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 wird¹⁴, 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.¹⁵

¹⁴ 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.¹⁶

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

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.¹⁷

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.¹⁸ 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.¹⁹

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

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

¹⁹ 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 wurde²⁰ oder die Gewalt nicht den Maßstäben des § 177 StGB genügte²¹.

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.²² 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.²³ Nicht die Reformierung einer bis ins Mittelalter zurückzuverfolgenden Struktur des Tatbestandes der Vergewaltigung, sondern deren Beibehaltung, ist illiberal.²⁴

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

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

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

²³ S.o. djb: Stellungnahme vom 9.5.2014

²⁴ 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 berechnigte 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.²⁵ 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):²⁶

Wer **ohne Einverständnis** einer anderen Person

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

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

²⁶ 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 :²⁷

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: ²⁸

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.

²⁷ Bundesrat Drucksache 422/1/14; http://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2014/0401-0500/422-1-14.pdf?__blob=publicationFile&v=1

²⁸ 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.²⁹
- 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.³⁰
- 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.

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

³⁰ 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 tauglich³¹.

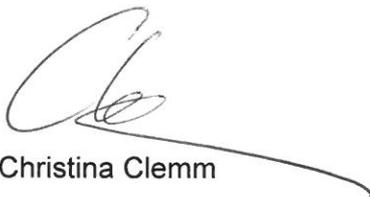
- der neue Grundtatbestand darf keinen Verbrechenstatbestand darstellen, vielmehr sind als Rechtsfolge durchaus kurze Freiheitsstrafen oder Geldstrafen angemessen.
- bisher vorhandene Tatbestandsmerkmale wie Anwendung von Gewalt und Drohungen, sowie Ausnutzen einer schutzlosen Lage i.S.d. § 177 StGB 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.

³¹ 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 horizontal line that extends to the right and then curves slightly downwards.

Christina Clemm
Rechtsanwältin



Tübingen, den 24. Januar 2015

Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages

Art. 36 der Istanbul-Konvention umsetzen –
Bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller Gewalt und Vergewaltigung schließen
(BT-Drs. 18/1969)

Den folgenden Überlegungen zur Umsetzung von Art. 36 der Istanbul-Konvention liegt ein dreistufiger, freilich nicht immer strikt zu trennender Gedankengang zu Grunde. Zunächst ist der durch die Konvention gespannte Rahmen zu skizzieren (dazu unter I.). Anschließend ist auf Umsetzungsdefizite im geltenden Recht einzugehen (II.). Schließlich ist auf verschiedene Lösungsmöglichkeiten einzugehen, die kritisch beleuchtet und gegeneinander abgewogen werden sollen (III.).

I. Rahmenbedingungen der Istanbul-Konvention

Nach Artikel 36 Abs. 1 der Konvention müssen nicht einverständlich vorgenommene sexuelle Handlungen pönalisiert werden:

Article 36 (Sexual violence, including rape)

(1) Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalised:

- a) engaging in **non-consensual** vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object;*
- b) engaging in other **non-consensual** acts of a sexual nature with a person;*
- c) causing another person to engage in **non-consensual** acts of a sexual nature with a third person.*

(2) Consent must be given voluntarily as the result of the person's free will assessed in the context of the surrounding circumstances.

(3) (...)

Nach Art. 36 Abs. 2 der Konvention muss das Einverständnis freiwillig gegeben sein, d.h. Ausdruck des in Kenntnis aller Umstände gefassten freien Willens der betroffenen Person sein. Von Bedeutung hierfür ist weiter Nr. 191 des erläuternden Reports (Explanatory Report), der auf die Wahrung der Grundsätze der EMRK in der Sache M.C. gegen Bulgarien¹ verweist und präzisierend festlegt, dass ein nicht einverständlicher sexueller Akt auch Fälle erfasst, in denen keine physische Gegenwehr des Opfers vorliegt:

Nr. 191 Explanatory Report: *When assessing the constituent elements of offences, the Parties should have regard to the case-law of the European Court of Human Rights. [...] In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member states' positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the **penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim**" (§ 166). [...]*

Nr. 193 Explanatory Report macht freilich deutlich, dass der spezifische Gesetzeswortlaut und diejenigen Faktoren, die ein freiwilliges Einverständnis ausschließen, dem nationalen Gesetzgeber überlassen bleiben und daher ein Spielraum besteht.² Das Einverständnis muss Ausdruck des in Kenntnis aller Umstände gefassten freien Willens der betroffenen Person sein.

Nr. 193 Explanatory Report: *In implementing this provision, Parties to the Convention are required to provide for criminal legislation which encompasses the notion of lack of freely given consent to any of the sexual acts listed in lit.a to lit.c. It is, however, left to the Parties to decide on the specific wording of the legislation and the factors that they consider to preclude freely given consent. **Paragraph 2 only specifies that consent must be given voluntarily as the result of the person's free will, as assessed in the context of the surrounding circumstances.***

Im Hinblick auf die Strafverfolgung ist nach Nr. 192 des Explanatory Report eine umsichtige Bewertung aller Beweise notwendig, um die Freiwilligkeit zu klären. Dabei ist die ganze Bandbreite möglicher Opferreaktionen zu berücksichtigen. Die Beweiswürdigung soll nicht auf Vermutungen über typisches Verhalten basieren. Die Auslegung der Sexualdelikte und die Strafverfolgung dürfen nicht von geschlechtsspezifischen Klischees und Gerüchten über männliche und weibliche Sexualität beeinflusst sein. Letzteres bedeutet, dass beispielsweise nicht unterstellt werden darf, dass sich Frauen „gerne“ von Männern (mit Gewalt) zu sexuellen Handlungen drängen lassen (*vis haud ingrata*). Und ebenso verboten ist es zu unterstellen, dass die Initiative zu sexuellen Handlungen grundsätzlich von Männern ausgeht oder Männer grundsätzlich schneller zu sexuellen Handlungen als Frauen gelangen möchten.

Nr. 192 des Explanatory Report: *Prosecution of this offence will require a context-sensitive assessment of the evidence in order to establish on a case-by-case basis whether the victim has freely consented to the sexual act performed. Such an assessment must recognise the wide range of behavioural responses to sexual violence and rape which victims exhibit and shall not be based on assumptions of typical behaviour in such situations. It is equally important to ensure that interpretations of rape legislation and the*

¹ EGMR, Beschwerdenummer 39272/98, Urteil v. 4.12.2003.

² So auch *Blume/Wegner*, HRRS 2014, 357, 358.

prosecution of rape cases are not influenced by gender stereotypes and myths about male and female sexuality.

II. Umsetzungslücken im deutschen Strafrecht

Weil die Konvention nicht an eine Gewaltausübung oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben anknüpft, stellt sich die Frage, ob die verbleibenden Fälle eines sexuellen Kontaktes ohne Zustimmung eines Beteiligten von § 177 Abs. 1 Nr. 3 und § 240 Abs. 1 und Abs. 4 StGB hinreichend aufgefangen werden.

§ 177 Abs. 1 StGB:

Wer eine andere Person

1. *mit Gewalt,*
2. *durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder*
3. ***unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist,***

nötigt, 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.

§ 240 Abs. 4 StGB:

*In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt **in der Regel vor**, wenn der Täter*

1. ***eine andere Person zu einer sexuellen Handlung nötigt (...)***

1. Fälle einer einfachen Drohung

Fälle einer einfachen Nötigung können zwar nicht von § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB, jedoch über § 240 Abs. 1 und Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB als besonders schwerer Fall einer Nötigung mit einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren geahndet werden. Das Regelbeispiel erfasst nach seinem Wortlaut nur Fälle, in denen der Täter eine andere Person zu einer sexuellen Handlung nötigt. Daher wird mitunter eingewendet, dass die bloße Duldung sexueller Handlungen durch das Opfer im Gegensatz zur Erzwingung aktiver Handlungen nicht erfasst wird und daher Lücken bestünden.³ Dies ist jedoch insoweit nicht zutreffend, als in diesem Fall der Richter – ganz im Sinne der flexiblen Regelbeispielstechnik – aufgrund des vergleichbaren Unrechtsgehalts einen sonstigen bzw. unbenannten besonders schweren Fall außerhalb der Regelbeispiele annehmen kann.

Bsp.:⁴ T droht seiner Bekannten O, ihre Katze aus dem vierten Stock zu werfen, wenn sie nicht den Beischlaf duldet. O gibt nach und verzichtet darauf, Hilfe zu rufen. – § 177 StGB scheidet aus, weil es an einer Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eines Menschen (Nr. 2) und an einer schutzlosen Lage (Nr. 3) fehlt. Das Regelbeispiel des § 240 Abs. 4

³ Hörnle, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Gutachten für das Deutsche Institut für Menschenrechte, 2015, S. 9; Rabe/von Normann, Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2014, S. 12.

⁴ Zu diesem Beispiel vgl. die Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes vom 9. Mai 2014 zur Istanbul-Konvention, S. 3.

S. 2 Nr. 1 StGB liegt nicht vor, weil O den Beischlaf nur duldet; jedoch kann hier ein sonstiger besonders schwerer Fall angenommen werden. Dass die Vornahme und Duldung sexueller Handlungen einen entsprechenden Unrechtsgehalt haben, bringt auch die Gleichstellung in § 177 Abs. 1 StGB zum Ausdruck.

2. Fälle „unterhalb“ der Drohungsschwelle

Mit der Einführung des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB sollten nach Ansicht des Gesetzgebers Strafbarkeitslücken in Fällen geschlossen werden, in denen „Frauen vor Schrecken starr oder aus Angst vor der Anwendung von Gewalt [...] sexuelle Handlungen über sich ergehen lassen“ und das Verhalten des Täters weder als Gewalt noch als konkludente Drohung mit gegenwärtiger Leibes- oder Lebensgefahr gewertet werden kann.⁵ Dabei wurde allerdings verkannt, dass durch den weiterhin erforderlichen Nötigungskontext die Vorschrift mit erheblichen Einschränkungen verbunden ist. Erforderlich ist nach dem eindeutigen Wortlaut, dass der Täter auch bei § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB das Opfer zur Duldung oder Vornahme einer sexuellen Handlung nötigt. Die Nötigung erschöpft sich daher nicht allein in der Vornahme der sexuellen Handlung gegen den Willen des Opfers.⁶ Zwar sind die Anforderungen, die an das *Nötigungselement* zu stellen sind, streitig, jedoch wird man mit der Rechtsprechung als Minimum verlangen müssen, dass das Dulden bzw. die Vornahme sexueller Handlungen auf einer dem Täter zurechenbaren Ausübung von Zwang, d.h. dem Einsatz von Furcht, beruht.⁷ Aufgrund des Nötigungselements wird ferner gefordert, dass das Opfer überhaupt in der Lage ist bzw. die *Fähigkeit besitzt, Widerstand zu leisten*.⁸ Im Übrigen ist auch bei § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB nach h.M. ein *Finalzusammenhang* zwischen dem Einsatz des Nötigungsmittels und der sexuellen Handlung erforderlich.⁹ Letztlich ist auch zu beachten, dass die schutzlose Lage restriktiv ausgelegt wird. Schutzlos ausgeliefert ist das Opfer nur, wenn es sich bei *objektiver Betrachtung* auf Grund physischer Unterlegenheit oder psychischer Hemmung nicht selbst verteidigen und keine entsprechende Hilfe Dritter erlangen kann und deshalb dem ungehemmten Einfluss des Täters preisgegeben ist.¹⁰ Dass sich das Opfer subjektiv nur schutzlos fühlt, weil es etwa Hilfsmöglichkeiten verkennt, genügt angesichts des Wortlauts nicht.¹¹

Daran gemessen, werden etwa folgende wichtige (und m.E. auch strafwürdige) Konstellationen nicht erfasst, in denen das Opfer mit der sexuellen Handlung nicht einverstanden ist:¹²

⁵ BT-Drs. 13/7324, S. 6.

⁶ So aber noch BGH NStZ 2004, 440; aufgegeben von BGHSt 50, 359, 364.

⁷ Näher etwa BGHSt 50, 359, 365 ff.; BGHSt 51, 280, 285 f.

⁸ Vgl. hierzu etwa *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 177 Rn. 11; *Folkers*, NStZ 2005, 181, 183.

⁹ BGHSt 50, 359, 368; *Folkers*, NStZ 2005, 181, 183; *Wolters*, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 8. Aufl., 143. Lfg., Juni 2014, § 177 Rn. 18; a.A. *Hörnle*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. 2009, § 177 Rn. 123 (bedingter Vorsatz genügt); *Renzikowski*, NStZ 1999, 377, 380 (Kenntnis genügt).

¹⁰ Vgl. BGHSt 44, 228, 231 f.; BGHSt 50, 359, 362; BGHSt 51, 280, 284; *Fischer*, ZStW 112, 75, 80 f.; *Renzikowski*, NStZ 1999, 377, 379.

¹¹ BGHSt 50, 359, 363; BGH NStZ 2012, 268; *Fischer*, StGB, 62. Aufl. 2015, § 177 Rn. 42; anders *Renzikowski*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 177 Rn. 44.

¹² Vgl. auch die Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes vom 9. Mai 2014 zur Istanbul-Konvention, S. 3; ferner *Blume/Wegner*, HRRS 2014, 357, 359; *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Gutachten für das Deutsche Institut für Menschenrechte, 2015, S. 8 ff.

a) Fälle, in denen es an einer schutzlosen Lage fehlt, das Opfer aber aufgrund früherer Gewalt, die zum Tatzeitpunkt freilich nicht ausgeübt oder zumindest konkludent angedroht wird (sonst § 177 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB), objektiv mit weiterer Gewalt rechnen muss.

Bsp.: T hat seine Freundin O in der Vergangenheit immer wieder verprügelt, weil diese sexuellen Kontakt verweigert hat. Als T erneut sexuelle Handlungen fordert und O „nein“ sagt, wird T wie auch bei den früheren Vorfällen wütend. Damit die Situation nicht weiter eskaliert, duldet O den Beischlaf und verzichtet darauf, zu fliehen oder mögliche Hilfe zu rufen.

b) Fälle, in denen das Opfer subjektiv nur Gewalt befürchtet, obgleich diese nicht droht und der Täter sich dies zunutze macht.¹³

Bsp.: T hat in der Beziehung mit O sporadisch Gewalt ausgeübt. Als T sexuelle Handlungen fordert und O „nein“ sagt, fragt T „ob das wirklich das letzte Wort“ sei. Daraufhin bekommt O Angst vor einem Gewaltausbruch des T und zittert deutlich. T, der keine Gewalt ausüben wollte, nutzt dies zur Vornahme sexueller Handlungen aus.

c) Fälle, in denen der Täter zwar Gewalt ausübt, droht oder das Opfer in schutzloser Lage nötigt, der Entschluss zur Vornahme sexueller Handlungen jedoch erst später gefasst wird, das Opfer jedoch aufgrund des Vorverhaltens weiterhin eingeschüchtert ist (fehlender Finalzusammenhang).

Bsp.: O wird von dem rasend eifersüchtigen T im Wege einer Auseinandersetzung schwer misshandelt. Nachdem T von O abgelassen hat, fasst er den Entschluss, sexuelle Handlungen von O zu fordern, ohne freilich erneut Gewalt anzuwenden oder zu drohen; eine schutzlose Lage besteht nicht. O beugt sich dem Ansinnen des T nur, weil sie weitere Gewalttätigkeiten befürchtet.

d) Fälle, in denen das Opfer – z.B. auf Grund einer Krankheit, Behinderung oder Schlaf – gar nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu betätigen,¹⁴ da dann eine Willensbeugung im Sinne einer Nötigung, die auch für § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB erforderlich ist, nicht möglich ist. Hier kann zwar im Einzelfall § 179 StGB (mit etwas geringerem Strafraum) einschlägig sein, jedoch unterliegt dieser Tatbestand vor allem im Hinblick auf eine „Sonderbehandlung“ von Menschen mit Behinderungen der Kritik.

Bsp.: T vollzieht sexuelle Handlungen an O, die in einem Pflegeheim im Bett fixiert ist. – Ungeachtet der Frage nach einer schutzlosen Lage ist § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB mangels Widerstandsfähigkeit zu verneinen.

e) Fälle, in denen das Opfer seinen Willen zwar grundsätzlich artikulieren kann, der Täter sich aber ohne Ausübung von Zwang durch schlichte Nichtbeachtung des gegenteiligen Willens – etwa im Wege eines überraschenden Angriffs – darüber hinwegsetzt.¹⁵ Dies betrifft auch Fälle eines zunächst einvernehmlichen

¹³ So auch BGHSt 50, 359, 368.

¹⁴ BGHSt 50, 359, 365; *Hörnle*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. 2009, § 177 Rn. 112.

¹⁵ Siehe etwa BGH NSTZ 2012, 268. Zu Einzelheiten *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 177 Rn. 11.

Sexualakts, bei dem der Täter durch den plötzlichen Übergang zu sexuellen Variationen den Willen des Opfers missachtet.¹⁶

Bsp.: O steht in einer Saunalandschaft unter der Dusche. T schleicht sich an und dringt – verbunden mit großen Schmerzen für O – in sie ein, bevor sich O überhaupt wehren kann. – Hier kann es sowohl an einer schutzlosen Lage als auch an einer Nötigung fehlen; denn die Zwangsausübung des Täters bei § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB darf sich nicht in der sexuellen Handlung selbst erschöpfen.

III. Lösungsmöglichkeiten

Die Anforderungen der Istanbul-Konvention werden – wie unter II. gezeigt – vom deutschen Recht nicht vollständig erfüllt, da vor allem § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB gewisse Lücken lässt. Zur Lösung dieser Umsetzungsdefizite sind prinzipiell zwei grundlegend voneinander abweichende Modelle denkbar und mit den internationalen Grundlagen vereinbar. Beide Modelle können in ihren Details selbstverständlich noch verfeinert werden. Bei der Bewertung dieser Modelle ist zu beachten, dass einerseits die als relevant anzusehenden Strafbarkeitslücken geschlossen werden müssen und andererseits aber auch nur strafwürdige Fälle erfasst werden dürfen, um Kollisionen mit dem Schuldprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG zu vermeiden.

1. Pönalisierung aller sexuellen Handlungen ohne Einverständnis

Der Vorschlag einer Pönalisierung von sexuellen Handlungen ohne Einverständnis ist nicht neu.¹⁷ Bereits der Gesetzentwurf BT-Drs. 10/6137 aus dem Jahr 1986 sah die Strafbarkeit für Fälle vor, in denen ein Handeln „gegen den Willen“ des Opfers vorliegt.¹⁸

a) Nach diesem Modell könnte ein weiter Grundtatbestand (Strafrahmen von drei bzw. sechs Monaten bis fünf bzw. zehn Jahren Freiheitsstrafe) geschaffen werden, der alle sexuellen Handlungen ohne Einverständnis pönalisiert. Die bisher in § 177 Abs. 1 StGB aufgenommenen Tathandlungen könnten dann als Qualifikation in einen neuen Abs. 2 verschoben werden. Der Vorteil einer solchen Lösung liegt auf der Hand: Sie ist ohne weiteres mit Art. 36 der Istanbul-Konvention kompatibel. Ein solcher Tatbestand erfordert aber zugleich eine umfassendere Reform des Sexualstrafrechts, da es zu weiten Überschneidungen mit speziell ausformulierten Tatbeständen kommt. So sind etwa Taten nach § 176 StGB (Kinder können nicht wirksam einwilligen), § 179 StGB oder § 182 Abs. 3 StGB dann bereits von einem solchen Grunddelikt erfasst, so dass es zu nicht unerheblichen Überschneidungen und Strafrahmenfraktionen kommen kann. Eine isolierte Änderung des § 177 StGB ist bei diesem Modell nicht sinnvoll.

¹⁶ Zu einem solchen Fall OLG Köln NStZ-RR 2004, 168; *Blume/Wegner*, HRRS 2014, 357, 358.

¹⁷ Gegen ein solches Modell ausdrücklich *Fischer*, StGB, 62. Aufl. 2015, § 177 Rn. 39a und Rn. 39b.

¹⁸ Näher hierzu *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 327 ff.

b) Ein solch weit gefasstes Grunddelikt würde zwar keinen Bedenken im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) begegnen, da das Unrecht noch hinreichend klar umrissen wäre.¹⁹ Jedoch müssten die Anforderungen und die Fälle einer Unwirksamkeit des Einverständnisses sorgfältig durchdacht werden, um nicht sozialadäquate Handlungen zu pönalisieren und um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Gewand des Schuldprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) Rechnung zu tragen.

aa) Das im Wortlaut der Konvention maßgebliche englische Wort „consent“ bezieht sich nicht auf eine besondere dogmatische Form der Zustimmung. Im englischen Recht ist damit lediglich ganz allgemein der lateinische Grundsatz „volenti non fit iniuria“ (dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht) angesprochen. Die Konvention überlässt daher die Einzelheiten dem nationalen Recht, nur Gegenwehr des Opfers darf nicht verlangt werden (Explanatory Report Nr. 191, 193).

Richtigerweise muss die Zustimmung der Beteiligten zu sexuellen Handlungen strafrechtsdogmatisch betrachtet bereits den Tatbestand ausschließen (tatbestandsausschließendes Einverständnis), da einvernehmliche sexuelle Handlungen bereits a priori kein Unrecht sind. Würde man nur von einer rechtfertigenden Einwilligung ausgehen, würde dieser Grundsatz in sein Gegenteil verkehrt. Sexuelle Handlungen über der Erheblichkeitsschwelle des § 184g StGB wären dann grundsätzlich (auch in Partnerschaften usw.) strafbar und bedürften im Einzelfall einer ausnahmsweise rechtfertigenden Einwilligung. Damit würde der Tatbestand aber auf einverständliche und damit sozialadäquate Handlungen ausgedehnt. Beide Figuren führen freilich zu Unterschieden im Einzelnen, die bei der Fassung eines Tatbestandes bedacht werden müssen: Das Einverständnis ist im Grundsatz auch bei Täuschung, nicht aber bei Zwang wirksam; ferner genügt die innere Zustimmung, so dass es keiner Erklärung nach außen bedarf. Bei der Einwilligung führen rechtsgutsbezogene Irrtümer hingegen zur Unwirksamkeit. Während das Einverständnis auch nur innerlich vorliegen kann, muss die Einwilligung vor der Tat ausdrücklich oder konkludent nach Außen erklärt werden.²⁰ Möchte man diese hohen Anforderungen der Einwilligung ganz oder teilweise auf das tatbestandsausschließende Einverständnis übertragen,²¹ bedarf dies jedenfalls einer Klarstellung. Identisch mit einer solchen Lösung ist auch der Ansatz von *Hörnle*, die den Begriff „ohne Zustimmung“ verwenden und in den Gesetzesmaterialien darauf hinweisen möchte, dass hierfür die Grundsätze der Einwilligung gelten, obgleich bei einer Zustimmung bereits der Tatbestand ausgeschlossen sein soll.²²

bb) Ferner stellt sich die Frage, ob und inwieweit positiv ein Einverständnis erklärt oder negativ ein entgegenstehender Wille geäußert werden muss.²³

(1) „*Yes means yes*“: Nach dieser für kalifornische Universitäten entwickelten Regel bedürfen sexuelle Handlungen einer eindeutigen Zustimmung der

¹⁹ Vgl. aber *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 334 ff.

²⁰ Zu Einzelheiten *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 29 ff.

²¹ Dass dies möglich ist, zeigt sich bei § 266 StGB, wo für das tatbestandsausschließende Einverständnis Einwilligungsregeln gelten; vgl. nur BGH NStZ 1997, 124; *Eisele*, Strafrecht Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2012, Rn. 865; *Fischer*, StGB, 62. Aufl. 2015, § 266 Rn. 92.

²² *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Gutachten für das Deutsche Institut für Menschenrechte, 2015, S. 16.

²³ Krit. zur Formulierung „ohne Einverständnis“ daher *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Gutachten für das Deutsche Institut für Menschenrechte, 2015, S. 14.

Beteiligten. Freilich lässt sich eine explizite Befragung des Partners, die sich auf alle Variationen eines sexuellen und nicht immer vorhersehbaren Gesamtgeschehens beziehen müsste, kaum sinnvoll umsetzen und wäre daher lebensfremd. Verlangt man eine ausdrückliche positive Zustimmung nach außen, müsste diese nach dem Gesagten für jede sexuelle Variante innerhalb eines zusammenhängenden sexuellen Gesamtgeschehens eingeholt werden. Denn wer etwa mit oralem Verkehr einverstanden ist, stimmt selbstverständlich noch nicht ohne weiteres vaginalem Verkehr zu. Kaum ein Paar dürfte es nicht als störend empfinden, vor oder während der sexuellen Handlungen Absprachen über den Ablauf und Fortgang treffen zu müssen. Solange der Partner sich dem Übergang zu einer weiteren Variante aber nicht versperrt, wird man in der Regel von einer konkludenten Zustimmung ausgehen dürfen, sofern nicht das Gegenteil zum Ausdruck gebracht wird oder jedenfalls früher im Sinne eines generellen Widerspruchs zum Ausdruck gebracht wurde. Auch Handlungen, die zwischen Paaren üblich sind, bedürfen nicht in jedem Einzelfall einer Zustimmung, da man hier von einem generellen Einverständnis ausgehen kann, soweit keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorliegen.²⁴

(2) „*No means no*“: Etwas mehr Spielraum belässt die häufiger vorgeschlagene Variante, wonach eine Strafbarkeit dann anzunehmen ist, wenn das Opfer ausdrücklich widersprochen hat. Fälle, in denen sich das Opfer am Sexualkontakt freiwillig beteiligt, ohne ausdrücklich zuzustimmen oder zu widersprechen, sind grundsätzlich nicht strafbar. Der verbale Widerspruch stellt nach dieser Lösung die entscheidende Grenze dar. Einer aktiven Verteidigung des Rechtsguts (Widerstand) bedarf es nicht (in diesem Sinne auch der Antrag BT-Drs. 18/1969, S. 2). Im Ergebnis vermag auch diese Lösung nicht zu überzeugen, da sie einerseits zu weit geht, andererseits aber auch zu eng ist und damit dem Anliegen eines besseren Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, den ihre Befürworter gerade erreichen möchten, nicht gerecht wird.

Zu weit geht eine solche Lösung deshalb, weil eine ausdrückliche Äußerung als „Nein“ dann nicht strafbarkeitsbegründend wirken sollte, wenn der Betreffende sich schließlich doch freiwillig an sexuellen Kontakten beteiligt. Strafbar wäre es ansonsten beispielsweise, wenn der Ehemann nach Hause kommt und ein sexuelles Ansinnen seiner Frau mit Hinweis auf seine Müdigkeit ablehnt (ebenso mit vertauschten Rollen), diese ihn aber – da er sich dem Geschehen auch nicht entzieht – durch die Vornahme sexueller Handlungen über der Grenze des § 184g StGB stimuliert, so dass es anschließend zum einverständlichen Geschlechtsverkehr kommt. Da die spätere Zustimmung im Strafrecht keine Rückwirkung entfaltet, müsste man nach einer strengen „no means no“-Lösung zu einer Strafbarkeit im Hinblick auf die ersten Handlungen gelangen. Damit würden sozialübliche Situationen pönalisiert, wobei de facto auch Frauen deutlich stärker in den Täterkreis aufrücken würden.

Diese Lösung ist aber auch zu eng. Das Erfordernis eines ausdrücklichen Widerspruchs würde nicht die eigentlichen Probleme der Ausnutzung von Zwangssituationen lösen. Denn soweit etwa in sog. Gewaltbeziehungen die eindringliche Frage des Täters „Du bist doch einverstanden?!“ oder „Du hast doch nichts dagegen?!“ gestellt wird, wird diese ein eingeschüchtertes Opfer, das zu Widerstand nicht in der Lage ist, kaum verneinen. Gerade die als problematisch angesehen Konstellationen würden durch eine solche Lösung also nicht erfasst.

²⁴ Ähnlich Hörnle, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Gutachten für das Deutsche Institut für Menschenrechte, 2015, S. 17.

(3) Zwischenfazit: Für eine Lösung, die alle sexuellen Handlungen ohne Einverständnis pönalisieren möchte, kann letztlich nur ausschlaggebend sein, ob das Opfer sich „freiwillig“ am Sexualkontakt beteiligt oder nicht. Auf bloß äußerliche Erklärungen, die gerade in Zwangssituationen nicht dem inneren Willen entsprechen müssen, kann es jedenfalls nicht entscheidend ankommen.

cc) Steht allein die Freiwilligkeit der Beteiligung am Sexualkontakt im Vordergrund, so kann man jedoch nicht bei den Überlegungen des Vorschlags zu § 175 Abs. 1 StGB des Deutschen Juristinnenbundes vom 25. Juli 2014 stehenbleiben, der auf die „freie Willensbildung“ abstellt. Die Kernfrage bei einer solchen Konzeption ist nämlich gerade, in welchen Fällen (abgesehen von den spezifischen Fällen des § 175 Abs. 2 bis Abs. 5 des Vorschlags) eine freie Willensbildung vorliegt. Möchte man sich nicht dem Vorwurf aussetzen, dass zwar Strafbarkeitslücken geschlossen werden, man aber nicht bedacht habe, dass auch nicht pönalisierungswürdige Verhaltensweisen einbezogen werden, besteht hier noch einiger Klärungsbedarf. So wären etwa nicht rechtsgutsbezogene Willensmängel im Hinblick auf die sexuelle Handlung auszuklammern, so dass etwa die Vorspiegelung einer späteren Heirat nicht zur Unwirksamkeit des Einverständnisses in einen einzelnen Sexualkontakt führen kann. Ebenso muss eine Alkoholisierung, die die Einsichtsfähigkeit der Beteiligten hinsichtlich der sexuellen Handlung nicht ausschließt, irrelevant sein. Andernfalls würden sich zwei angetrunkene Partner, deren Hemmungen zu sexuellen Handlungen alkoholbedingt herabgesetzt sind, durch die Vornahme der sexuellen Handlung beidseitig strafbar machen. Es müssten also vielfältige Konstellationen durchdacht werden, möchte man diesen Bereich nicht vollständig der Rechtsprechung überlassen.

dd) Beweisfragen sollten in diesem Zusammenhang nicht überbetont werden, spielen aber doch eine gewisse Rolle. Es gilt selbstverständlich auch bei einer solch „großen Lösung“ der Grundsatz „in dubio pro reo“. Wenn der Handelnde ein Einverständnis bzw. ein Nichtvorliegen eines Widerspruchs behauptet oder angibt, zumindest subjektiv davon ausgegangen zu sein (dann kein Vorsatz), muss diese Einlassung widerlegt werden. Häufig wird hier Aussage gegen Aussage stehen. Ob die Zahl der Verurteilungen steigt, bleibt daher fraglich.

Freilich könnte auf Grundlage dieser Lösungen zunächst die Anzahl der eingeleiteten Ermittlungsverfahren steigen, wenn der Sexualkontakt erwiesen ist, da die Frage der Strafbarkeit dann nur noch am Erfordernis des Vorliegens eines wirksamen Einverständnisses hängt und damit a priori eine Strafbarkeit durchaus in Betracht kommen kann. Selbst wenn das Ermittlungsverfahren dann (möglicherweise vorhersehbar) aufgrund des Zweifelsatzes wieder eingestellt oder der Täter freigesprochen wird, ist er im Einzelfall doch einem belastenden Strafverfahren ausgesetzt. Eine Konzeption, die nur an das fehlende Einverständnis anknüpft, erschwert den Strafverfolgungsbehörden die Arbeit, da der Kreis der objektiven Indizien für ein tatbestandliches Verhalten auf den Aspekt des Einverständnisses verkürzt wird; andere Merkmale existieren ja nicht.

Verfehlt ist im Übrigen der für diese Lösung mitunter angeführte Hinweis auf Parallelen zum Einverständnis beim Diebstahl. Abgesehen davon, dass es hier um die Wahrung der sexuellen Selbstbestimmung als höchstpersönliches Rechtsgut geht und daher der Vergleich mit dem Gewahrsamsbruch an einer Sache geradezu banalisierend wirkt (was von den Befürwortern einer solchen Lösung nicht gemeint sein kann), handelt es sich in solchen Fällen um eine ganz andere Tatsituation. Bei der Wegnahme bieten sich regelmäßig deutlich mehr objektive

Anhaltspunkte an, die auf einen gegenteiligen Willen schließen lassen. Auch muss der Diebstahl nicht unter Anwesenheit von zwei Personen stattfinden. Der Regelfall dürfte vielmehr die „heimliche“ Wegnahme unter Abwesenheit des Gewahrsamsinhabers sein (z.B. Wohnungseinbruchdiebstahl), so dass häufig schon deshalb ein Einverständnis fernliegt. Daher verwundert es auch nicht, dass die Frage des Vorliegens oder der Wirksamkeit eines Einverständnisses beim Diebstahl kein größeres Problemfeld der Rechtsprechung wurde. Im Übrigen bleibt zu beachten, dass es beim Diebstahl als weitere, die Strafbarkeit einengende Voraussetzung einer Zueignungsabsicht bedarf.

ee) Soweit teilweise auf Regelungen in anderen Staaten (etwa England) verwiesen wird, die ein Handeln ohne Einverständnis pönalisieren,²⁵ muss man sehen, dass die dortige Lösung durch abweichende prozessuale Regelungen beeinflusst wird und gerade auch die heiklen Fragen der Freiwilligkeit des Einverständnisses nicht geklärt sind.²⁶

ff) Eine modifizierte Lösung vertritt *Hörnle*, die in Kombination einzelner Elemente die Formulierung vorschlägt „*gegen den erklärten Willen oder unter Umständen, in denen die fehlende Zustimmung offensichtlich ist*“. Richtig ist an dieser Lösung, dass sie Restriktionen vorsieht; in den Ergebnissen kommt sie häufig auch zu identischen oder ähnlichen Lösungen wie der unten folgende Vorschlag (sogleich 2.). Bedenken bestehen – wie bereits gezeigt – jedoch insoweit, als auf den erklärten Willen abgestellt wird, weil hierdurch nicht strafwürdige Handlungen in Partnerschaften kriminalisiert werden würden. Soweit der Partner sich dem Sexualekontakt durch bloße Nichtteilnahme in solchen Situationen ganz unproblematisch entziehen kann (sogleich 2.), stattdessen aber trotz erklärtem „Nein“ teilnimmt, bedarf es keiner Kriminalstrafe. Auch bleibt nach diesem Ansatz die Frage unbeantwortet, in welchen Fällen die Zustimmung wirksam bzw. unwirksam ist. Das Problem wird immerhin dadurch etwas entschärft, dass die fehlende Zustimmung offensichtlich sein muss. Dies ist auch im Übrigen zu begrüßen, weil ansonsten bei (ambivalenten) Handlungen, bei denen keine Erklärungen erfolgt sind, für die Beteiligten ein nicht sachgerechtes Pönalisierungsrisiko eintreten würde. Ausgeschieden werden so vor allem Fälle, in denen der entgegenstehende Wille nach außen nicht ersichtlich ist.²⁷ Zweifelhaft ist allerdings, ob dieses Erfordernis mit der Konvention vereinbar ist, weil demnach nicht nur Fälle einer offensichtlich fehlenden Zustimmung zu pönalisieren sind (zweifelhaft könnte zudem sein, ob Offensichtlichkeit schon bei bloßer Erkennbarkeit gegeben ist²⁸). Um die inhaltlich zutreffenden Gedanken dieses Ansatzes umzusetzen, empfiehlt sich aus meiner Sicht eine positive Formulierung (vgl. nun 2.).

²⁵ Hierzu näher *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Gutachten für das Deutsche Institut für Menschenrechte, 2015, S. 11 f.; *Rabe/von Normann*, Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2014, S. 12 f.

²⁶ Zutreffend *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Gutachten für das Deutsche Institut für Menschenrechte, 2015, S. 12.

²⁷ *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Gutachten für das Deutsche Institut für Menschenrechte, 2015, S. 18 ff.

²⁸ *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Gutachten für das Deutsche Institut für Menschenrechte, 2015, S. 18.

2. Positive Regelung der strafbaren Handlungen

Die zweite Option besteht – in Anlehnung an das geltende Recht – in einer positiven Regelung aller Handlungen, die aus Sicht des nationalen Rechts nicht freiwillig sind. De facto bestehen derzeit vor allem deshalb Strafbarkeitslücken, weil § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu eng gefasst ist oder die Vorschrift von der Rechtsprechung aus Sicht der Kritiker in Einzelfällen zu eng ausgelegt wird. Eine Erweiterung der bestehenden Vorschriften wäre ausreichend, wenn damit alle strafwürdigen Fälle einer nicht einverständlichen sexuellen Handlung erfasst würden. Die Konvention verlangt insoweit nicht eine Formulierung „ohne Einverständnis“ usw. Hierbei wäre m.E. an Folgendes zu denken:

a) Zunächst müsste man § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB aus dem Nötigungskontext lösen und eine Formulierung finden, die kein Nötigungselement des Täters voraussetzt. In diese Richtung ging bereits die Intention des Gesetzgebers bei der Neufassung des § 177 Abs. 1 Nr. 3, dessen „erfolgreiche“ Umsetzung durch die unglückliche Aufnahme in den Nötigungstatbestand des § 177 Abs. 1 StGB scheiterte. Mustert man die als problematisch angesehenen Fälle durch (oben II. 2.), so geht es entweder darum, dass dem Opfer (z.B. wegen eines Überraschungseffektes) Widerstand (auch in Form des Ausweichens) nicht möglich ist oder dass das Opfer wegen einer – wie auch immer gearteten Drucksituation (Fälle des Gewaltklimas usw.) – Widerstand unzumutbar ist, d.h. von einer Person in der objektiven und subjektiven Situation des Opfers ein Standhalten gegenüber dem Ansinnen des Täters nicht erwartet werden kann. Als Diskussionsgrundlage eines Tatbestandes, der die Missachtung der sexuellen Selbstbestimmung bzw. den sexuellen Missbrauch zum Gegenstand hat, könnte man an folgende Formulierungen denken:

Wer unter Ausnutzung einer Lage [alternativ: Wer in einer Lage], in der Widerstand für das Opfer nicht möglich ist [Var. 1] oder einer Lage, in der dem Opfer ein erheblicher Nachteil droht [Var. 2] oder das Opfer einen erheblichen Nachteil befürchtet [Var. 3], dieses dazu bringt, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren [alternativ: sechs Monaten bis zu zehn Jahren] bestraft.

aa) *Ausnutzung einer Lage, in der Widerstand für das Opfer nicht möglich ist* [Var. 1]: Damit werden alle Fälle erfasst, in denen Widerstand nicht möglich ist. Erfasst sind also Fälle, in denen der Täter das Opfer überrascht oder sein Ansinnen durch Täuschung verbirgt. Auch Schlafende und widerstandsunfähige Personen i.S.d. § 179 StGB sind einbezogen. Soweit man für diese Vorschrift ebenfalls Strafschärfungen nach dem Vorbild von § 177 StGB und § 179 StGB vorsieht, könnte § 179 StGB sogar ggf. aufgehoben werden, so dass es für solche Personen keiner – z.T. als diskriminierend empfundener – Sondervorschrift mehr bedarf. Möchte man zur engeren Anlehnung an die Konvention (die sich freilich zur subjektiven Tatseite nicht näher äußert) nicht an ein Ausnutzen anknüpfen, das voraussetzt, dass der Täter die Lage subjektiv erkennt und sich zunutze macht,²⁹ könnte man auch formulieren: „*Wer in einer Lage, in der Widerstand (...)*“; insoweit wäre dann Eventualvorsatz hinsichtlich der Opfersituation ausreichend.

²⁹ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 177 Rn. 10; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 177 Rn. 26.

bb) *Ausnutzung einer Lage, in der dem Opfer ein erheblicher Nachteil droht* [Var. 2] oder *das Opfer einen erheblichen Nachteil befürchtet* [Var. 3]: Erfasst werden damit nicht nur Fälle, in denen dem Opfer tatsächlich ein Nachteil droht, sondern auch solche, in denen das Opfer dies nur subjektiv befürchtet, sofern der Täter dies ausnutzt bzw. zumindest sein Vorsatz darauf gerichtet ist (zu dieser Alternative vgl. schon oben aa).³⁰

Bsp.: Der Vorgesetzte macht seiner Mitarbeiterin deutlich, dass er Interesse an einem sexuellen Kontakt hat. Die Mitarbeiterin widerspricht nicht und macht nur mit, weil sie Angst hat, ansonsten den Arbeitsplatz zu verlieren. – Soweit der Vorgesetzte gerade diesen Umstand ausnutzt bzw. dieser vom Vorsatz erfasst ist, ist das Verhalten strafwürdig, da dem Opfer mit einer Kündigung ein erheblicher Nachteil drohen würde. Der Vorgesetzte darf nicht darauf vertrauen, dass das Einverständnis seiner Mitarbeiter im Sinne der Konvention wirksam ist. Anders wäre mangels subjektiver Komponente zu entscheiden, wenn der Chef aufgrund der Gesamtsituation von einer solchen Furcht nicht ausgehen konnte und für ihn eine Zwangslage nicht ersichtlich ist.

Weil erwartete Gewalt stets als erheblicher Nachteil anzusehen ist, wären ferner alle Fälle eines Klimas der Gewalt einbezogen; die subjektive Tatseite ist in solchen Situationen dann auch i.d.R. unproblematisch, da dem Täter die Vorgeschichte bekannt ist. Fälle, in denen das Opfer notwendige Hilfe durch Dritte aus Scham nicht in Anspruch nehmen möchte, sind somit ebenfalls einbezogen, sofern nur ein erheblicher Nachteil in Rede steht. Erfasst sind letztlich auch Konstellationen, in denen es derzeit an einem Finalzusammenhang zwischen Nötigung und Ausnutzen der schutzlosen Lage fehlt.

Als einschränkendes Kriterium sollte die Erheblichkeit aufgenommen werden, um Bagatellfälle auszuschneiden. Hinsichtlich des Erheblichkeitskriteriums, das u.a. auch bei § 223 StGB und § 303 StGB von Bedeutung ist, könnte auf die für § 240 StGB entwickelten Grundsätze für ein „empfindliches Übel“ zurückgegriffen werden. Im oben genannten Beispiel, in dem ein Ehepartner zunächst keine Lust auf sexuelle Handlungen hat, der andere ihn jedoch durch sexuelle Handlungen so stimuliert, dass er in dessen Folge einverständlich teilnimmt, wäre der Tatbestand schon deshalb zu verneinen, weil ein Nachteil weder droht noch befürchtet wird. Aber auch drohende oder befürchtete Diskussionen über das Sexualleben in der Partnerschaft oder alltägliche Streitigkeiten ohne Gewaltbezug vermögen mangels Erheblichkeit eine Strafbarkeit nicht zu begründen, wenn der Partner sich zur Vermeidung solcher Streitigkeiten an sexuellen Handlungen beteiligt. Aus Sicht der Istanbul-Konvention liegt in der Beteiligung an den sexuellen Handlungen dann eine Zustimmung, die nach nationalem Recht nicht deshalb unwirksam ist, weil auf Opferseite unerhebliche Nachteile drohen oder befürchtet werden. Wünscht der Beteiligte in diesen Fällen explizit keinen sexuellen Kontakt, so kann er sich der Situation durch bloße Nichtbeteiligung, Wegdrehen usw. leicht entziehen, da Drohungen oder Gewalt nicht im Raum stehen. Diese Sichtweise steht auch mit der Istanbul-Konvention und der Rechtsprechung des EGMR in Einklang, da

³⁰ Vgl. auch den Vorschlag von Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 345 f., wonach das Ausnutzen einer hilflosen Lage strafbar sein soll. Eine hilflose Lage soll dabei vorliegen, „wenn das Opfer sich nach seiner Vorstellung der Tatsituation nicht oder nicht risikolos entziehen kann und ein Ausweichen unzumutbar ist“. Erfasst werden demnach auch Fälle „subjektiver Hilflosigkeit“, jedoch bleiben Fälle des überraschenden Angriffs problematisch. Auch dürfte das Merkmal der Zumutbarkeit zu unscharf sein, wenngleich dahinter materiell ein zutreffender Gedanke steckt.

aktiver Widerstand gerade nicht erforderlich ist. Akzeptiert der Täter die Nichtbeteiligung des Opfers, die als klares „Nein“ zu verstehen ist, nicht, so kann er nur dann zum Ziel gelangen, wenn er in den Bereich der Gewalt (Festhalten), Drohung, Schaffung von Furcht beim Opfer usw. übergeht, sich folglich in den strafbaren Bereich bewegen muss.

Für eine solche Lösung spricht vor allem, dass es in Partnerschaften generell oder situationsspezifisch (die Richtung kann zwischen Partnern je nach Situation wechseln) häufig zumindest zu leichten Machtgefällen kommt. Daher können die Situationen, weshalb sich eine Person (Frau oder Mann) einem sexuellen Ansinnen „beugt“, vielfältig sein. Ohne eine Erheblichkeitsgrenze müsste man auch die Furcht – „wenn ich mich nicht beteilige, wird sich mein Partner beim nächsten Mal nicht beteiligen“ – für pönalisierungswürdig erklären. Dass aber der verweigerte Sexualkontakt gerade in Partnerschaften zu Verweigerungen des anderen Partners in anderer Hinsicht oder Verstimmungen führen kann, liegt auf der Hand, führt aber nicht zur Strafbarkeit.

cc) Das Merkmal des Dazubringens erfasst jede kausale Verursachung³¹ und führt in der Verbindung mit den sexuellen Handlungen zu keinen weiteren Nachweisschwierigkeiten. Möchte man dieses Merkmal nicht verwenden, kann man auch formulieren: *Wer unter Ausnutzung [...] sexuelle Handlungen am Opfer vornimmt [...]*

dd) Da Var. 2 und Var. 3 den bisherigen § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB mitumfassen, kann auf eine entsprechende Tatvariante verzichtet werden. Möchte man daran ergänzend festhalten, könnte man dies unter Verzicht auf eine Nötigungskomponente wie folgt ergänzen: *„unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist“*.

b) Zu überlegen ist, ob § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB dann zu streichen³² oder in das Sexualstrafrecht zu verschieben ist. Für eine Streichung spricht, dass Fälle einer einfachen Nötigung bereits durch die Neuregelung erfasst wären. In das Sexualstrafrecht verschoben werden könnte diese Regelung, wenn man aufgrund des Nötigungselements einen höheren Strafrahmen vorsehen möchte. In diesem Fall sollte das Regelbeispiel in einen Tatbestand umgewandelt werden. Dabei ist die Formulierung an § 177 StGB anzupassen, da die Beschränkung auf aktive Handlungen des Opfers („zu einer sexuellen Handlung nötigt“) bei der Umwandlung in einen Tatbestand Fälle der Duldung nicht mehr erfassen würde.

c) Fazit: Bei diesem Modell, das aus meiner Sicht die relevanten strafwürdigen Fälle erfasst, besteht eine geringere Gefahr, dass die Strafe in Konflikt mit dem Schuldprinzip gerät, weil hier sozialadäquate Alltagssituationen ausgeklammert werden können. Die Frage des Einverständnisses mit all ihren Unsicherheiten verliert hier an Bedeutung, weil die fehlende Möglichkeit des Widerstandes oder die drohenden bzw. befürchteten erheblichen Folgen usw. die Pönalisierung tragen. Selbstverständlich lassen sich auch bei einer solchen Lösung Abgrenzungsfragen nicht ganz vermeiden. Diese lassen sich aber leichter lösen als bei einer Einverständnislösung.

³¹ BGH NStZ 2011, 157; OLG Hamm BeckRS 2010, 14137.

³² So etwa Hörnle, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Gutachten für das Deutsche Institut für Menschenrechte, 2015, S. 22.

Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 28. Januar 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 umsetzen - Bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller Gewalt und Vergewaltigung schließen"

BT-Drucksache 18/1969

Stellungnahme von Oberstaatsanwalt Gregor Eisenhuth, Leiter der Abteilung für Sexualstrafsachen bei der Staatsanwaltschaft München I

Das derzeit geltende Sexualstrafrecht weist bei der Strafbewehrung nicht einvernehmlicher sexueller Handlungen Schutzlücken auf. Mit der Einführung der Tatbestandsvariante "Ausnutzen einer schutzlosen Lage" in § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB im Jahr 1997 hat der Gesetzgeber bereits klar zu erkennen gegeben, dass nicht einvernehmlicher Geschlechtsverkehr auch ohne die Überwindung von aktiver Gegenwehr mittels Zwang strafbar sein soll. Gleichwohl werden mit der genannten Erweiterung des Straftatbestandes strafwürdige Verhaltensweisen nicht umfassend erfasst: Insbesondere können vorausgegangene massive Einwirkungen des Täters auf das Opfer ebenfalls dazu führen, dass der Täter sexuelle Handlungen ohne Einverständnis der betroffenen Person vornehmen kann, ohne in der konkreten Situation vor dem Geschlechtsverkehr Zwang anwenden zu müssen, weil sich das Opfer bereits aufgrund der Vorgeschichte nicht mehr zur Ausübung von Gegenwehr in der Lage sieht bzw. diese für aussichtslos erachtet. Gerade wer den Willen von unterlegenen Personen durch den Einsatz massiver körperlicher Gewalt effektiv gebrochen hat (charakteristisch insbesondere für Fälle schwerer häuslicher Gewalt), kann derzeit u.U. bei nachfolgenden Übergriffen gleichwohl nicht wegen sexueller Nötigung verurteilt werden. Ferner können Drohungen mit empfindlichen Nachteilen für das Opfer, wie etwa der Verlust des Arbeitsplatzes, derzeit nicht umfassend als Sexualstraftat verfolgt werden.

Aber auch bei geistig behinderten Personen auf Opferseite bestehen Schutzlücken, wenn diese nicht vollumfänglich widerstandsunfähig i.S.d. § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB sind und bei ihnen auch keine schutzlose Lage i.S.d. § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB ausgenutzt wird.

Die Ankündigung der Bundesjustizministers, im ersten Halbjahr 2015 einen Geszentwurf vorlegen zu wollen, mit dem Schutzlücken im Gesetz geschlossen und Frauen (Opfer) besser vor sexueller Gewalt geschützt werden sollen, ist daher grundsätzlich zu begrüßen.

Gleichwohl wird es gerade auch für den politischen Erfolg des Vorhabens entscheidend darauf ankommen, dass die Umsetzung durch den Gesetzgeber den Bedürfnissen und den Herausforderungen der Strafverfolgungspraxis hinreichend Rechnung trägt, um nicht nur neue Straftatbestände auf dem Papier zu schaffen, sondern die genannten Schutzlücken mit verfolgbaren, insbesondere nachweisbaren Tatbeständen geschlossen werden. Andernfalls ist zu besorgen, dass in der Öffentlichkeit eine Erwartungshaltung geschaffen wird, der die Strafverfolgungsbehörden und die Gerichte nicht gerecht werden können. Die bereits derzeit vielfach als zu gering kritisierte Verurteilungsquote im Bereich der Sexualstraftaten würde nochmals sinken, wenn die angekündigte Gesetzesänderung über das Ziel hinaus schießt und den ohnehin diesen Deliktsbereich charakterisierenden Nachweisschwierigkeiten nicht ausreichend Rechnung trägt. Insoweit sollte bereits der Gesetzgeber bei der erforderlichen Abwägung der Vor- und Nachteile der Erweiterung einzelner Sexualstraftatbestände nicht unterschätzen, dass die derzeit in der Öffentlichkeit sicherlich vorhandene Zustimmung zu dem Vorhaben, einen besseren Schutz der Opfer von Sexualdelikten herbeizuführen, selbst bei unvermeidbaren Umsetzungsschwierigkeiten in der polizeilichen, staatsanwaltschaftlichen und gerichtlichen Praxis schnell in Enttäuschung umschlagen kann.

Auf folgende Herausforderungen aus der Strafverfolgungspraxis möchte ich daher besonders aufmerksam machen:

- In Fällen sexueller Handlungen ohne Einsatz von Nötigungsmitteln kann die allein entscheidende Frage des Opferwillens zum praktischen Problem werden: Ein entgegenstehender Wille des Opfers muss bereits zum Nachweis des subjektiven Tatbestands dem Beschuldigten gegenüber unmissverständlich zum Ausdruck gebracht worden sein bzw. sich diesem zumindest unmissverständlich aus den Gesamtumständen erschließen. Denn dem Täter muss nachgewiesen werden, dass er mit einem fehlenden Einverständnis zumindest rechnete und es billigend in Kauf nahm (sonst Tatbestandsirrtum nach § 16 StGB). Insbesondere in subjektiver Hinsicht berufen sich bereits bei der geltenden Rechtslage Täter häufig in nicht widerlegbarer Weise auf das Einverständnis des Opfers mit den sexuellen Handlungen. Moderne Ermittlungsmethoden bzw. -techniken, wie etwa die DNA-Auswertung, ermöglichen zwar regelmäßig Feststellungen zur Durchführung des Geschlechtsverkehrs. Für die ebenfalls entscheidende Frage des Einvernehmens kommt es jedoch zunächst allein auf die regelmäßig konträren Aussagen der beiden am Tatgeschehen Beteiligten an. Lediglich bei der Überprüfung des Wahrheitsgehalts dieser Aussagen können wiederum die durch die Ermittlungstechniken gewonnenen Erkenntnisse zusätzliche Aufschlüsse bringen. Entscheidend für die Möglichkeit, einen Tatnachweis zu führen,

bleibt somit auch im Hinblick auf neue Straftatbestände, dass diese Tatbestandsvoraussetzungen objektive Anknüpfungspunkte besitzen. Nachdem allein verbale Äußerungen in den nahezu ausschließlich von Zweierkonstellationen geprägten Tathandlungen bei den sich anschließend erwartungsgemäß widersprechenden Angaben regelmäßig nicht nachweisbar sind, bleiben objektiv feststellbare Begleiterscheinungen wie die Anwendung von Zwangshandlungen oder jedenfalls ebenso empirisch feststellbare, die aktive Gegenwehr ausschließende bzw. beeinträchtigende Tatumstände, wie etwa die schutzlose Lage, unverzichtbar.

- Insgesamt begründet jede weitere Ausdehnung der Sexualstraftatbestände die Gefahr, dass - nur theoretisch - weitere Verhaltensweisen potenzieller Täter unter Strafe gestellt, aber die Nachweisbarkeit und damit die Verfolgbarkeit der Täter dadurch nicht effektiver werden. Im Gegenteil: Die Schaffung erweiterter Straftatbestände in diesem Bereich eröffnet auch neue Missbrauchsmöglichkeiten in Form von vermehrten Anzeigen lediglich vermeintlicher Opfer. Bereits jetzt ist die Strafverfolgungspraxis im Bereich der Sexualstraftaten nicht unerheblich von Anzeigen geprägt, die erst nach dem Scheitern einer Beziehung als Druckmittel zur Durchsetzung insbesondere familien- und sorgerechtlicher Streitigkeiten erhoben werden. Im Hinblick auf die insoweit häufig bereits lange zurückliegende Tatzeit und die zweifelhafte Motivlage für die Anzeige zeichnen sich diese Fälle durch besondere Beweisschwierigkeiten aus und münden daher nicht selten in Verfahrenseinstellungen bzw. Freisprüche.
- Wenn dann aufgrund rechtlicher Vorgaben oder Beweisschwierigkeiten die Staatsanwaltschaft letztlich nicht in der Lage ist, aufgrund tragfähiger Beweise eine Anklage zu erheben, oder aber das Gericht das Hauptverfahren aus ähnlichen Gründen nicht eröffnen kann oder im Ergebnis zu einem Freispruch kommen muss, wird dies dazu führen, dass Opfer oder Medien Vorwürfe gegen Polizei und Justizbehörden erheben werden. Erst 2014 hat das Kriminologische Forschungsinstitut Niedersachsen (KFN) erneut sehr öffentlichkeitswirksam die geringe Verurteilungsquote im Bereich der Sexualstraftaten und damit freilich auch die vermeintlich defizitäre Arbeit der Strafverfolgungsorgane der Länder angeprangert. Die geplante Ausweitung der Strafbarkeit wird denkbareweise zu einem weiteren Anstieg der entsprechenden Anzeigen und diese wiederum zu deutlich mehr arbeits-, zeit- und kostenaufwänden Ermittlungsverfahren und Hauptverhandlungen führen, jedoch kaum zu einer signifikanten Erhöhung der rechtskräftig werdenden Verurteilungen wegen Sexualdelikten. Umzusetzen werden die neuen Gesetze jedenfalls mit den ohnehin bereits äußerst angespannten

Personal- und Sachressourcen bei Polizei und Justiz in den Ländern sein.

- Ein Tatbestandsmerkmal des fehlenden Einverständnisses ohne weitere Voraussetzungen des Zwangs bringt ferner den Nachteil mit sich, dass der Fokus im Prozess auf dem Opferverhalten liegt. Denn es wird hauptsächlich aus dem Verhalten des Opfers sein Wille abgeleitet. Dies hat in den USA dazu geführt, dass Strafverteidiger jede Möglichkeit nutzten, das Opfer so darzustellen, als wenn es die sexuelle Handlung gewollt oder sogar provoziert hatte. Das sexuelle Vorleben, die Kleidung, ein erotisches Verhalten vor der Tat wurden im Prozess ausgeschlachtet, womit das Opfer ein zweites Mal im Prozess viktimisiert wurde. Diese Vorgehensweise diene allein dazu, das Opfer zu diffamieren, seinen Ruf zu schädigen und die Laienrichter zu einer das Opfer ablehnenden Haltung zu motivieren. Eine entsprechende Gefahr ließe sich trotz unterschiedlicher Voraussetzungen auch im hiesigen Strafprozess für das erwachsene Opfer bei entsprechender Ausweitung der Strafbarkeit nicht von der Hand weisen. Denn während die Verteidiger in Fällen des sexuellen Missbrauchs von Kindern mit einer "aggressiven" Zeugenbefragung eher zurückhaltend sind, ist dies bei erwachsenen Tatopfern nicht zu erwarten, zumal wenn den Beschuldigten höhere Strafen drohen.
- Die Strafbewehrung von Fällen "einfacher sexueller Nötigung" bringt zudem die Gefahr mit sich, dass die Ausweitung des strafrechtlichen Schutzes in private, ja sogar intimste Beziehungen hineinwirkt und ein Klima schafft, in dem auch unbescholtene Bürger, insbesondere Jugendliche und junge Erwachsene, aus Angst vor Strafbarkeit kein unbefangenes sexuelles Verhalten mehr entwickeln können. Auch insoweit machen insbesondere Entwicklungen in den USA nachdenklich. So wurde etwa in Kalifornien im September 2014 ein Gesetz erlassen, wonach Studenten an staatlich finanzierten Universitäten vor dem Geschlechtsverkehr künftig eindeutig Ja sagen müssen. Ungeachtet der Tatsache, dass selbst bei einer derart massiv in die Privatsphäre und in die Freiheitsgrundrechte eingreifenden Regelung die bereits genannten Beweisschwierigkeiten in entsprechendem Umfang auch weiterhin bestehen (bedeutete das vom Beschuldigten erkannte, zumindest so von ihm behauptete Nicken des Opfers eine Zustimmung zum Geschlechtsverkehr?), schaffen Opt-In-Lösungen im Strafrecht anders als im Verbraucherschutzrecht kaum mehr Sicherheit für die potentiellen Opfer, würden aber sicher zu mehr Verunsicherung im Hinblick auf Rechtsgüter von allerhöchstem Gewicht, nämlich der Ausgestaltung zwischenmenschlicher Beziehungen und der Entwicklung junger Menschen, führen. Auch wenn vielleicht vereinzelt Rechtsanwälte bzw. Notare aufgeschlossen ein neues Ge-

schäftsfeld - den Einwilligungsvertrag vor dem Geschlechtsverkehr - erahnen, sollte der deutsche Gesetzgeber bereits Ansätzen zu der genannten Fehlentwicklung eine klare Absage erteilen.

Grundsätzlich erschiene eine Gesetzesänderung nicht zwingend erforderlich, um die eingangs genannten Schutzlücken im Sexualstrafrecht zu schließen. Ursache hierfür ist vorrangig die äußerst restriktive Auslegung bzw. Anwendung der derzeit in § 177 Abs. 1 StGB genannten Zwangshandlungen. Im Sexualstrafrecht wird der Gewaltbegriff aufgrund dogmatisch hoher Anforderungen an die finale Verknüpfung von Gewalt und Nötigungserfolg deutlich enger ausgelegt als in anderen Delikten des Strafgesetzbuches, die diesen ebenfalls als Tatbestandsmerkmal aufweisen. Gerade dies führt in der Praxis häufig zu für die Opfer entwürdigenden und erneut viktimisierenden Beweisaufnahmen, wenn in einer gerichtlichen Hauptverhandlung ein einheitliches Lebensgeschehen aus dem intimsten Bereich in kleinste Einzelheiten zerlegt wird, nur um den Nachweis zu erbringen, dass sich eine unstreitig vom Beschuldigten geschaffene Zwangslage auch noch bei Durchführung des Geschlechtsverkehrs auswirkt.

Auch die erst später hinzugefügte Variante des Ausnutzens einer Zwangslage hat das Schicksal einer sehr restriktiven Auslegung durch die Gerichte erfahren. Würden die bestehenden Vorschriften von der staatsanwaltschaftlichen und gerichtlichen Praxis weiter ausgelegt werden (können), würden die immer noch vorhandenen Schutzlücken wohl gar nicht bestehen. So aber fordern insbesondere Frauen- und Opferschutzverbände nachvollziehbar ein erneutes Tätigwerden des Gesetzgebers und erzeugen hiermit zugleich erheblichen politischen Handlungsdruck, solche von der Mehrheit in der Gesellschaft wohl ebenso als strafwürdig empfundene Fallkonstellationen als eigenständige Tatbestände in das Gesetz mit aufzunehmen. Dies gilt insbesondere

- für vom Täter gegen das Opfer ausgeübte, ursprünglich jedoch nicht auf den Geschlechtsverkehr gerichtete, danach jedoch hierzu ausgenutzte Gewalt, sowie
- das Handeln im Bewusstsein, dass lediglich aufgrund von Ängsten vor neuer Gewalt, die der Täter insbesondere im häuslichen Bereich über längere Zeit mitgeschaffen hat, vom Opfer dem Geschlechtsverkehr nicht widersprochen wird, und nicht zuletzt
- für Konstellationen, in den eine Drohung mit empfindlichen Übeln für das Opfer ausgenutzt wird und aufgrund dieser Drohung der Geschlechtsverkehr geduldet wird.

Gleichwohl sollten die Änderungen des Gesetzes so moderat wie möglich ausfallen, um zwar die genannten Fallkonstellationen künftig strafrechtlich verfolgen zu können, gleichzeitig jedoch im Hinblick auf die genannten Bedenken keine überzogenen Erwartungen geweckt

werden. Konkret könnten für den zu erstellenden Referentenentwurf folgende Änderungen näher geprüft werden:

- § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB erhält zwei Tatbestandsvarianten, die etwa wie folgt formuliert werden könnten:

"Wer eine andere Person

.

.

3. unter Ausnutzung einer Lage,

a) in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, oder

b) die vom Täter durch vorausgegangene Gewalt gegenüber dem Opfer geschaffen worden ist,

nötigt, ...".

Auf diese Weise könnten zwei wesentliche, bereits genannte Schutzlücken geschlossen werden und es blieben gleichwohl die für eine effiziente Strafverfolgung unerlässlichen objektiven Anknüpfungspunkte hinreichend gewahrt. Erfasst würden insbesondere künftig sämtliche Fälle, in denen das Opfer von einer vom Täter ausgeübten Gewalthandlung, die etwa auf die Wegnahme einer Sache gerichtet ist, überrascht bzw. in Angst versetzt worden ist und einem diese Situation ausnutzenden Täter keinen Widerstand beim Vollzug des Geschlechtsverkehrs leistet. Ferner würden, als vermutlich wichtigste zu schließende Schutzlücke, Fälle von nachhaltiger vorausgegangener häuslicher Gewalt erfasst, auch wenn dem Geschlechtsverkehr selbst im konkreten Fall keine unmittelbare Gewalt vorausgegangen ist. Auch eine über einen längeren Zeitraum durch den Täter ausgeübte häusliche Gewalt kann für das Opfer eine der schutzlosen Lage entsprechende Zwangslage schaffen.

Nicht erfasst wären allerdings im Sinne eines Kompromisses zwischen den genannten gewichtigen Bedenken gegen ein Ausufern der Sexualstrafbarkeit und dem gebotenen Schließen bedenklicher Schutzlücken etwa sämtliche Fallgestaltungen, in denen lediglich gewaltfreie Streitigkeiten zwischen den Beteiligten vorausgegangen sind oder etwa unbefriedigende sexuelle Erlebnisse, die bei einem Beteiligten das Einverständnis zu weiterem Geschlechtsverkehr haben entfallen lassen.

- Der systematisch unglücklich verortete § 240 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB wird anstatt eines Regelbeispiels für einen besonders schweren Fall der Nötigung in den dreizehnten Abschnitt des StGB verlegt und künftig als Regelbeispiel für einen minder

schweren Fall in dem neu zu schaffenden § 177 Abs. 5 Satz 2 StGB aufgeführt sowie um die Variante der (sexuellen) Nötigung auch zur Duldung der sexuellen Handlungen erweitert.

Hiermit würden auch Drohungen mit einem empfindlichen Übel, wie etwa dem Verlust des Arbeitsplatzes, der Veröffentlichung von kompromittierenden Aufnahmen bzw. Unterlagen über das Opfer, etc. als Sexualdelikt erfasst. Der derzeit eindeutige Wortlaut des § 240 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB lässt nur die Verfolgung von Nötigungen zu (aktiven) sexuellen Handlungen des Opfers zu, erfasst aber nicht die Fälle, in denen das Opfer aus Angst, dass die Drohung wahr gemacht wird, sexuelle Handlungen des Täters über sich ergehen lässt.

**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 Nötigungsoffern 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 Beispielfall 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 Anzeigeerstatteerin behauptet, der Täter habe anlässlich einer Betriebsfeier versucht, ihr einen Zungenkuss zu geben. Sie habe sich seinem Zugriff aber entwunden.

Beispiel 5:

Die Anzeigeerstatteerin 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.

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung 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 umsetzen – Bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller
Gewalt und Vergewaltigung schließen**

am 28. Januar 2015

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages

von

Katja Grieger

Leiterin Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe

Frauen gegen Gewalt e.V.

Petersburger Str. 94
10247 Berlin

„WAS IHNEN WIDERFAHREN IST, IST IN DEUTSCHLAND NICHT STRAFBAR“

Fallanalyse zu bestehenden Schutzlücken in der
Anwendung des deutschen Sexualstrafrechts bezüglich
erwachsener Betroffener

Katja Grieger, Christina Clemm, Anita Eckhardt und Anna Hartmann

Berlin, Juli 2014



Danksagung

Der bff dankt dem Deutschen Institut für Menschenrechte für die große Unterstützung bei der Sammlung der Einstellungsbescheide und Freisprüche. Ein großer Dank gilt den Rechtsanwältinnen und Beraterinnen für die Zusendung der Fälle sowie die vielen hilfreichen Gespräche. Der größte Dank aber geht an die Betroffenen, die sich dazu bereit erklärt haben, dass ihr Fall für diese Analyse verwendet werden darf.

Inhaltshinweis und Triggerwarnung

Der folgende Text enthält Schilderungen von sexualisierten Gewalthandlungen, die belastend und retraumatisierend wirken können.

Impressum

Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe (bff)

Frauen gegen Gewalt e.V.

Petersburgerstr. 94

10247 Berlin

Tel.: 030 322 995 00

Fax: 030 322 99 501

info@bv-bff.de

www.frauen-gegen-gewalt.de

Satz: Danjel Kläger

Juli 2014

© 2014 Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe bff

Alle Rechte vorbehalten



Zusammenfassung

In einer Analyse des bff von 107 Fällen schwerer sexueller Übergriffe konnten anhand von Einstellungsbescheiden und Freispruchsbegründungen Strafverfolgungshindernisse der materiellen Rechtslage bei sexualisierter Gewalt herausgearbeitet werden. Die Ausformulierung und Auslegung des Sexualstrafrechts bezogen auf Erwachsene führt systematisch dazu, dass nicht alle Fälle, in denen sexuelle Handlungen gegen den Willen einer Person geschehen, strafrechtlich verfolgt werden können.

In allen analysierten Fällen geschahen sexuelle Übergriffe gegen den eindeutigen, und dem Täter verbal zur Kenntnis gebrachten, Willen des Opfers. Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft oder Verurteilung durch das Gericht blieben in allen analysierten Fällen aus. Die gefundenen Strafverfolgungshindernisse lassen sich zu drei Hauptkennnissen bündeln:

- Täter dürfen sich wissentlich über den erklärten Willen hinwegsetzen. „Nein“ sagen reicht für eine Strafbarkeit nicht aus.
- Die Widerstandsleistung der Betroffenen ist der zentrale Bezugspunkt für eine Strafbarkeit. Die sexuelle Selbstbestimmung muss aktiv verteidigt werden, sie ist nicht voraussetzungslos geschützt.
- Die deutsche Rechtslage wird den realen Situationen, in denen die Übergriffe stattfinden, nicht gerecht.

Diese Erkenntnisse sind in ihren strukturellen Bedingungen untereinander, aber auch mit den gesellschaftlichen Vorstellungen von sexualisierter Gewalt und von idealtypischem Opferverhalten verknüpft.

Anhand der Analyse lässt sich belegen, dass das bestehende Sexualstrafrecht in Deutschland keinen ausreichenden Schutz vor sexualisierter Gewalt gegen erwachsene Personen bietet. Eine Veränderung der materiellen Rechtslage ist daher dringend geboten.



Inhalt

1. Einleitung	05
2. Beschreibung des Projektes	07
3. Deutsches Sexualstrafrecht, insbesondere § 177 StGB	09
4. Ergebnisse der Fallanalyse	10
a. Widerstand muss vorsätzlich mit Gewalt gebrochen werden. Wurde kein oder zu wenig Widerstand geleistet, verhindert dies die Strafverfolgung	12
b. Jede sexuelle Handlung vor der ersten Widerstandsleistung des Opfers ist straflos	17
c. Das Tatbestandsmerkmal der ‚schutzlosen Lage‘ ist kaum erfüllbar	20
d. Es werden nicht alle relevanten Drohungen erfasst	23
e. Widerstandsunfähigkeit muss grundsätzlich und objektiv sein	24
f. Die Verfahren weisen neben denen der Tatbestandserfüllung sehr viele Schwierigkeiten auf, die für die Betroffenen belastend sind	26
5. Erkenntnisse und Fazit	27
6. Schlussfolgerungen	31
Literatur und Studien	33



1. Einleitung

Nur die wenigsten sexuellen Übergriffe werden in Deutschland strafrechtlich geahndet. Das belegen vorliegende Studien und Statistiken sowie die alltägliche Erfahrung der Beratungspraxis mit gewaltbetroffenen Frauen.

Aus der Dunkelfeldforschung ist bekannt, dass nur der geringste Teil der sexuellen Übergriffe überhaupt zur Anzeige gelangt¹. Aber auch die Statistiken über den weiteren Verlauf der angezeigten Verfahren – hier Vergewaltigung – sprechen eine deutliche Sprache:

- 2001-2012 wurden jährlich ca. 8.000 Vergewaltigungen angezeigt.²
- Aus den 8.000 Anzeigen folgten zwischen 2001-2012 durchschnittlich 1.314 Anklagen pro Jahr. Trotz einer gestiegenen Zahl an Anzeigen gibt es seit den 1980er Jahren keinen Anstieg der Anklagen. Das bedeutet: die meisten Anzeigen enden mit einer Einstellung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft und gelangen gar nicht zu einem Prozess.³
- Zwischen 2001 und 2012 gab es jährlich durchschnittlich nur 986,5 Verurteilungen.⁴
- Die Verurteilungsquote im Jahr 2012, gemessen an den Anzeigen, lag bei nur 8,4%⁵. Gemessen an den Tatverdächtigen lag sie bei 10%.⁶

¹ Unterschiedliche Studien kommen zu den Ergebnissen, dass sich der Anteil der Frauen, die eine erlebte Vergewaltigung NICHT anzeigen zwischen 95% und 84,5% bewegt. Quellen: Müller und Schröttle (2004): Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland, Langfassung der Untersuchung. Herausgegeben vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend. Hellmann, D.F. (2014): Repräsentativbefragung zu Viktimisierungserfahrungen in Deutschland. Hannover: KFN

² Statistik: Meldungen, Anklagen und Verurteilungen von Vergewaltigung in Deutschland. Bundesamt für Justiz, Bonn.

³ ebd.

⁴ ebd.



Insgesamt muss festgestellt werden, dass von einer effektiven Strafverfolgung bei sexualisierter Gewalt in Deutschland nicht die Rede sein kann. Die Erfahrungen der Fachberatungsstellen bestätigen diese Erkenntnis. Täglich sind Fachberaterinnen in ganz Deutschland mit den Auswirkungen dieser Situation konfrontiert. Sie erleben die negativen Auswirkungen, die es für Betroffene hat, wenn ihr Verfahren eingestellt wird oder ein Freispruch erfolgt und wie belastend die Strafverfahren – so sie denn stattfinden – für die Betroffenen sind. Dabei, so die Erfahrung der Fachberaterinnen, könnten eine polizeiliche Anzeige und ein Strafverfahren für Betroffene von sexualisierter Gewalt durchaus wichtige Schritte für ihren Bewältigungsprozess bedeuten – sofern die Realität dieser Verfahren eine andere wäre.

Dieser bisher unbefriedigenden Situation gegenüber stehen jedoch die Anforderungen des Europaratsübereinkommens zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention): In Artikel 36 verpflichten sich die Vertragsstaaten, alle nicht-einverständlichen sexuellen Handlungen unter Strafe zu stellen und eine effektive Strafverfolgung zu gewährleisten. Die Konvention wurde von Deutschland bereits gezeichnet und steht nun zur Ratifizierung an. Deutschland muss gemäß Artikel 36 der Konvention sicherstellen, dass vorsätzliches nicht einverständliches sexuell bestimmtes vaginales, anales oder orales Eindringen in den Körper einer anderen Person mit einem Körperteil oder Gegenstand sowie sonstige vorsätzliche nicht einverständliche sexuell bestimmte Handlungen mit einer anderen Person unter Strafe gestellt werden. „Das Einverständnis muss freiwillig als Ergebnis des freien Willens der Person, der im Zusammenhang der jeweiligen Begleitumstände beurteilt wird, erteilt werden.“ (Art. 36 Ziff. 2)⁷

Ziel der vorliegenden Recherche und Fallanalyse war es herauszufinden, ob die materielle Strafrechtsslage eine der Ursachen für Verfahrenseinstellungen und Freisprüche in diesen Verfahren ist. Während Urteile des Bundesgerichtshofes weithin veröffent-

⁵ Pfeiffer, C. und Hellmann, D. (2014): Vergewaltigung Die Schwächen der Strafverfolgung – das Leiden der Opfer. Presseerklärung 17.04.2014, KFN.

⁶ Bundesamt für Justiz, Bonn (2014): Polizeilich registrierte Fälle, ermittelte strafmündige Tatverdächtige, Anklagen und Verurteilungen in Deutschland 1977 bis 2012. Bundesamt für Justiz, Bonn; Daten aus: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Strafverfolgung; Bundeskriminalamt (Hrsg.), Polizeiliche Kriminalstatistik.

⁷ Konvention des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11. Mai 2011, CETS No. 210.



licht zugänglich sind, gab es bislang keine Sammlung und Auswertung von staatsanwaltschaftlicher und untergerichtlicher Praxis in Verfahren sexueller Nötigung.

Die vorliegende Analyse zielt darauf ab, systematische Lücken in der Strafverfolgbarkeit von sexualisierter Gewalt zu identifizieren und zu beschreiben, welche Fallkonstellationen typischerweise von dieser Nicht-Verfolgbarkeit betroffen sind.

Ein eindrückliches Ergebnis der vorliegenden Fallanalyse sei an dieser Stelle vorweggenommen: ganz offensichtlich entspricht die Rechtslage nicht mehr dem Wertesystem vieler, weshalb sich auch nicht wenige Staatsanwält/innen in ihren Bescheiden dazu veranlasst sahen, hierzu etwas anzumerken. In zahlreichen dem bff vorliegenden Einstellungsbescheiden wird das Verhalten des Beschuldigten durchaus als verwerflich bewertet. Zitate wie diese sind keine Seltenheit:

"Zusammengefasst bedeutet dies, dass das Verhalten des Beschuldigten - obwohl es für Sie sehr belastend und jedenfalls moralisch höchst fragwürdig war - strafrechtlich nicht geahndet werden kann." (Fall 48, 2013)

„Für eine Anklageerhebung ist dann trotz des gewissenlosen und moralisch scharf zu missbilligenden Verhaltens der Beschuldigten kein Raum.“ (Fall 32, 2011)

2. Beschreibung des Projekts

Der bff hat zur Gewinnung des Fallmaterials sowohl die Fachberatungsstellen als auch spezialisierte Rechtsanwältinnen und -anwälte angeschrieben und um die Zusendung von Fallbeschreibungen gebeten. Zugesendet werden sollten Fälle, in denen von Expertinnen und Experten eine Strafbarkeitslücke gesehen wird.

Zur Verfügung gestellt wurden vorwiegend Kopien von Einstellungsbescheiden bzw. von Freisprüchen. In etwa der Hälfte der Fälle konnte das justizielle Schriftstück durch eine Fallbeschreibung und -einschätzung der Anwältin und / oder Beraterin ergänzt werden.

Insgesamt wurden von Rechtsanwältinnen und Beratungsstellen 107 Fälle aus den Jahren 2004 bis 2014 zugesandt. Darunter befanden sich neben einzelnen Einstellungsbescheiden auch Entscheidungen über mehrere Instanzen sowie umfangreiche Fallbeschreibungen, die den Verfahrensverlauf und individuelle Belastungen für Frauen sehr gut kontextualisieren.



Alle Fälle wurden einzeln gesichtet und in Fachgesprächen mit Beraterinnen und Anwältinnen analysiert. Sie wurden im Einzelnen daraufhin untersucht, welche Strafverfolgungshindernisse in den justiziellen Schreiben und allgemeinen Fallbeschreibungen deutlich werden und inwiefern sich diese in anderen Einstellungsbescheiden und Freispruchsbegründungen wiederfinden lassen.

Durch die vorgelegte Fallanalyse sollen weder einzelne Staatsanwaltschaften oder Gerichte kritisiert werden, noch sollen die betroffenen Klientinnen und Mandantinnen erneut belastet werden. Deshalb wurden die Bescheide und Urteile zunächst durch Beratungsstellen oder Rechtsanwältinnen anonymisiert. Danach wurde durch den bff für die Darstellung in diesem Papier nochmals eine Bearbeitung derart vorgenommen, dass keine Rückschlüsse auf die betreffende Region oder Stadt möglich sind.

Durch das Kondensieren und Zusammenfassen der Einzelanalysen konnten typische Strafverfolgungshindernisse identifiziert werden. Die Relevanz dieser herausgearbeiteten Hindernisse konnte durch Erfahrungsberichte weiterer Rechtsanwältinnen und Beraterinnen bestätigt werden. Viele gaben an, dass die Einstellungsgründe, welche in der Analyse herausgefiltert wurden, ihre Erfahrungen in der Nebenklagevertretung und bei der Beratung von Mandantinnen und Klientinnen widerspiegeln.

Die vorliegende Analyse kann nicht repräsentativ sein, ihre Aussagekraft ist dennoch hoch. Die Ergebnisse entsprechen den Erfahrungen aus anwaltlicher und beraterischer Fachpraxis und sie bilden die öffentlich zugängliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) ab. In der Analyse befinden sich Fälle aus dem gesamten Bundesgebiet. Der Mehrwert dieser Analyse besteht darin, dass die sich aus der materiellen Rechtslage ergebenden Problematiken detailliert und praxisnah anhand von Beispielen beschrieben werden.

Aus dieser Fallanalyse lässt sich jedoch keine Aussage darüber ableiten, in wie vielen Fällen jährlich die Strafverfolgung an den hier identifizierten Schutzlücken scheitert. Nach der Befragung von Anwältinnen und Anwälten lässt sich allerdings weiterhin feststellen, dass diese hier beschriebenen Strafverfolgungshindernisse dazu führen, dass solche Fälle nach anwaltlicher Beratung meist gar nicht angezeigt werden, nachdem den Betroffenen die Rechtslage dargelegt wurde. Es ist zu vermuten, dass das Dunkelfeld sehr hoch ist.



3. Deutsches Sexualstrafrecht, insbesondere § 177 StGB

Nach geltendem materiellen deutschen Strafrecht ist bei erwachsenen Menschen eine sexuelle Handlung ohne Einverständnis nur entweder als sexuelle Nötigung⁸ oder als sexueller Missbrauch Widerstandsunfähiger⁹ strafbar.¹⁰ Hinzu kommt der als Auffangtatbestand geschaffene § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB, der aber in der Praxis kaum eine Rolle spielt.¹¹ Denn insofern sind ‚nur‘ abgenötigte sexuelle Handlungen der Betroffenen strafbar, nicht die Duldung sexueller Handlungen an sich.¹²

Die sexuelle Nötigung nach § 177 StGB ist dann strafbar, wenn der Täter das Opfer mit

- Gewalt
- Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder
- unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist,

nötigt, sexuelle Handlungen an sich zu dulden oder an dem Täter oder Dritten vorzunehmen.

Dabei werden alle Nötigungsmittel dafür eingesetzt, um gerade geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden bzw. die schutzlose Lage ausgenutzt wird, in der das Opfer aufgrund der Schutzlosigkeit keinen Widerstand leistet.

⁸ §§ 177, 178 StGB

⁹ § 179 StGB

¹⁰ Anders ist dies bei Kindern und Jugendlichen oder in besonderen Abhängigkeitsverhältnissen (§ 174 bis 176b StGB, 180 StGB): hier ist der sexuelle Missbrauch strafbar, unabhängig davon, ob die geschädigte Person eingewilligt hat oder Gewalt gegen sie angedroht oder angewandt wird.

¹¹ So wurde auch in keiner uns übersandten Entscheidung die Anwendung des § 240 Abs. 4 StGB geprüft

¹² Eine eigenständige Relevanz gibt es aber bei Handlungen, bei denen von der Betroffenen eine sexuelle Handlung an sich ohne Körperkontakt mit dem Täter abgenötigt wird. Siehe Laubenthal, K. (2012): Handbuch des Sexualstrafrechts. Springer-Verlag: Berlin Heidelberg.



Beim Missbrauch Widerstandsunfähiger nach § 179 StGB ist eine sexuelle Handlung dann strafbar, wenn das Opfer aufgrund bestimmter körperlicher oder seelischer Verfassung nicht in der Lage ist, Widerstand zu leisten und der Täter dies ausnutzt.

Nicht strafrechtlich erfasst sind all diejenigen sexuellen Übergriffe, bei denen ‚lediglich‘ sexuelle Handlungen gegen den ausdrücklich erklärten Willen der geschädigten Person durchgeführt werden.

Inwiefern sich dies als systematische und veränderungswürdige Schutzlücke im Bereich der sexuellen Selbstbestimmung erwachsener Menschen darstellt und in welchen Fällen diese typischerweise auftritt, soll im Folgenden anhand der Fallanalyse erläutert werden.

4. Ergebnisse der Fallanalyse

Anhand der übersandten Fälle sowie Gesprächen mit Rechtsanwältinnen und Beraterinnen konnten unterschiedliche rechtliche Problemlagen herausgearbeitet werden, an denen Strafverfolgung sexueller Übergriffe systematisch scheitern kann.

An dieser Stelle gilt es noch einmal hervorzuheben: in sämtlichen dieser Analyse zugrundeliegenden Fällen haben die Betroffenen ihren entgegenstehenden Willen ausgedrückt und die Täter¹³ haben dies wahrgenommen. Es handelt sich nicht im Geringsten um Bagatellfälle oder Fälle, die sich im Graubereich zwischen sexueller Spielerei und Straftat befinden. Auch geht es hier ausdrücklich nicht um Fallkonstellationen, bei denen eine Betroffene zunächst sexuelle Handlungen abgelehnt hat, im Laufe des Geschehens dann aber ihre Einstellung revidiert hat.

Zur Veranschaulichung wird zunächst ein einzelner Fall ausführlich beschrieben.

Es geht um einen Fall (Fall 86) aus dem Jahr 2012, in dem der Freund der Betroffenen mit ihr schlafen will. Die Frau gibt verbal eindeutig zu verstehen, dass sie dies nicht will. Daraufhin wird sie von ihm von der Couch hochgezogen und ins Schlafzimmer geschubst, worauf sie zu Boden fällt. Da ihr Freund zuvor bereits öfter aggressiv war, die schwangere Frau mehrfach geschubst und Gewalt gegen ihre Katze und Gegenstände ausübte und sie zusätzlich Angst um ihr ungeborenes Kind hat,

¹³ Sexualisierte Gewalt gegen Erwachsene wird in den meisten Fällen von Männern gegen Frauen verübt. In allen dieser Analyse zugrundeliegenden Fällen handelte es sich um männliche Täter bzw. Beschuldigte und mehrheitlich um weibliche Opfer. Deshalb wird in diesem Text diese Geschlechterkonstellation zugrunde gelegt. Damit sollen in keiner Weise sexualisierte Gewalterfahrungen von Männern verharmlost werden.



wehrt sie sich nicht und zieht sich, nachdem sie von ihm aufgefordert wird, ‚freiwillig‘ aus, um anschließend sexuelle Handlungen über sich ergehen zu lassen. Währenddessen wiederholt sie mehrfach verbal, dass sie keinen Sex will, Schmerzen hat und er aufhören soll. Um deutlich zu machen, dass sie den Geschlechtsverkehr nicht möchte, hat sie ihren Freund sowohl angefleht als auch angeschrien.

Alle für die Erfüllung des Tatbestands erforderlichen Merkmale nach § 177 StGB wurden hier von der Staatsanwaltschaft ausführlich geprüft. Das Verfahren wurde eingestellt.

So heißt es im Einstellungsbescheid:

„Den Angaben Ihrer Mandantin zufolge hat der Beschuldigte jedoch weder Gewalt angewendet, um ihren (nicht geleisteten) Widerstand zu überwinden, noch hat er ihr in irgendeiner Form gedroht.“

Die Prüfung der Staatsanwaltschaft ergibt weiter:

„Auch unter Berücksichtigung und Zugrundelegung der Angaben Ihrer Mandantin, wonach es zuvor zu einem Schubsen, dem Sturz gegen das Bett oder auch Drohungen für den Fall, dass sie ihn verlässt, gegeben habe, ist vorliegend nicht von einem sogenannten ‚Klima der Gewalt‘ und damit von einer fortwirkenden Drohwirkung auszugehen. Insoweit fehlt es auch schon an der finalen Verknüpfung mit der in Rede stehenden Tat.“

Und auch das dritte Tatbestandsmerkmal, die schutzlose Lage, konnte nicht anerkannt werden. Dazu die Staatsanwaltschaft:

„Unter Zugrundelegung der Angaben Ihrer Mandantin befand sich diese auch nicht in einer schutzlosen Lage im Sinne der Strafnorm. Eine solche liegt nur dann vor, wenn die Schutz- und Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers in einem solchen Maße verringert sind, dass es dem ungehemmten Einfluss des Täters preisgegeben ist. Ferner muss sich der Täter die sein Tatvorhaben ermöglichende oder erleichternde schutzlose Lage des Opfers bewusst zunutze gemacht haben, um dessen entgegenstehenden Willen zu überwinden. Dabei beruht die schutzlose Lage regelmäßig auf äußeren Umständen, wie insbesondere der Einsamkeit des Tatortes und dem Fehlen von Fluchtmöglichkeiten. Eine tatbestandsmäßige schutzlose Lage ergibt sich aber noch nicht allein daraus, dass sich der Täter mit dem Opfer allein in der eigenen Wohnung befindet. Vielmehr müssen dann regelmäßig weitere Umstände hinzutreten, wie



etwa das Abschließen der Tür durch den Täter mit der Folge, dass dem Opfer jegliche Fluchtmöglichkeit abgeschnitten wird.“

Dieser Fall steht beispielhaft für zahlreiche Fälle aus der vorliegenden Sammlung. Die Betroffenen sahen sich in einer ausweglosen Lage, fühlten sich bedrängt, genötigt und gezwungen. Sie haben ihren entgegenstehenden Willen geäußert, über den sich der oder die Täter hinwegsetzte/n. Trotzdem lag keine Strafbarkeit vor.

Im Folgenden werden die einzelnen Strafverfolgungshindernisse, die im Rahmen der Fallanalyse herausgearbeitet werden konnten, beschrieben und mit Beispielen unterlegt.

a. Widerstand muss vorsätzlich mit Gewalt gebrochen werden. Wurde kein oder zu wenig Widerstand geleistet, verhindert dies die Strafverfolgung.

In der Mehrheit der ausgewerteten Fälle zeigt sich besonders deutlich, was im deutschen Sexualstrafrecht geahndet wird: Nach § 177 Abs. 1 StGB sind sexuelle Handlungen dann strafbar, wenn physische Gewalt zur Überwindung physischen Widerstands eingesetzt wird. Das bedeutet letztlich, dass der Grad der Widerstandsleistung des Opfers bestimmt, wie viel Gewalt der Täter einsetzen muss, um zu der gewünschten sexuellen Handlung zu gelangen.

Viele Fälle sind dadurch gekennzeichnet, dass die Einstellung des Verfahrens oder der Freispruch damit begründet wurden, dass das Tatbestandsmerkmal ‚Gewalt‘ nicht erfüllt sei. Es handelt sich um Fälle, in denen der Täter sexuelle Handlungen im Bewusstsein des entgegenstehenden Willens des Opfers durchgeführt hat.

Die Staatsanwaltschaften und Gerichte haben sich in diesen Fällen – teilweise ausführlich – mit der Gewaltanwendung im Sinne des § 177 Abs. 1 StGB auseinandergesetzt. In der Fallsammlung befinden sich Bescheide, die zu folgenden 4 Schlüssen gekommen sind:

- Das Verfahren wird eingestellt, weil kein Widerstand seitens der Betroffenen geleistet wurde;
- Das Verfahren wird eingestellt, weil zu wenig Widerstand seitens der Betroffenen geleistet wurde;



- Das Verfahren wird eingestellt, weil vom geringem Widerstand der Betroffenen darauf geschlossen wird, dass der Täter diesen nicht vorsätzlich brechen wollte;
- Das Verfahren wird eingestellt, weil die Gewalt seitens des Täters nicht zielgerichtet war.

Kein körperlicher Widerstand der Betroffenen

Dass vom Gesetz Widerstand des Opfers erwartet wird, damit eine Tat als strafwürdig gilt, wird in vielen Bescheiden ausdrücklich formuliert:

„[...] jedoch wird von dem Gesetzgeber erwartet, dass das Opfer dem Täter einen Widerstand entgegensetzt, den dieser mit den genannten Nötigungsmitteln brechen muss.“ (Fall 41, 2013)

In einem Einstellungsbescheid aus dem Jahr 2012 (Fall 2), in dem das Ermittlungsverfahren gem. § 170 Abs. 2 StPO eingestellt wurde, heißt es:

„Der Beschuldigte ist nach den Angaben der Geschädigten gegen ihren Willen nach einem gemeinsamen Diskothekenbesuch in ihre Scheide eingedrungen. Gewehrt habe sie sich, indem sie versucht habe, den Beschuldigten von sich wegzudrücken, sie habe wiederholt geäußert, dass sie den Geschlechtsverkehr nicht wolle und dass der Beschuldigte aufhören solle. Der Täter muss, um den Tatbestand der Vergewaltigung zu erfüllen, zur Überwindung des geleisteten oder erwarteten Widerstands Gewalt einsetzen.“

Es folgen weitere Ausführungen in dem Bescheid, um letztlich mit dem Satz zu enden:

„Das Ausüben des Geschlechtsverkehrs gegen den Willen des anderen ist grob anstößig und geschmacklos, aber ohne den Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels nicht strafbar.“

Auch im folgenden Fall aus dem Jahr 2013 (Fall 41) wurde der entgegenstehende Wille mehrfach verbal bekundet. Der Täter setzt sich u.a. auf die Frau, um Oralverkehr zu erzwingen. Die Staatsanwaltschaft stellt fest, dass das Opfer sich durch das Körpergewicht zwar nicht wehren konnte, eine Gewaltanwendung zur Durchführung der sexuellen Handlung aber durch das auf Auf-den-Körper-Setzen nicht vorliege. Die Staatsanwaltschaft begründet ihre Entscheidung aber auch damit, dass das Auf-Den-



Körper-Setzen Teil der sexuellen Handlung war, da der Täter diese Position für den Oralverkehr einnehmen musste:

„Selbst wenn ich Ihre Schilderung von dem Oralverkehr zugrunde lege, ist dem Beschuldigten ein strafbares Verhalten hier nicht hinreichend nachzuweisen. Dem Beschuldigten ist nämlich nicht hinreichend nachzuweisen, dass er Gewalt angewandt hat, um eine sexuelle Handlung zu erzwingen. Sie haben angegeben, dass Sie aus Angst, dass Ihre Töchter von diesem Vorfall etwas mitbekommen könnten, mitgemacht haben. Der Beschuldigte musste daher keine Gewalt zur Durchsetzung des Oralverkehrs anwenden. **Zwar hat er sich zuvor auf Sie gesetzt, so dass Sie nach Ihren Angaben aus dieser Lage sich aufgrund seines Körpergewichtes nicht befreien konnten, jedoch stellt dieses Auf-Sie-Raufsetzen keine Gewalt zur Durchsetzung der sexuellen Handlung dar. Der Beschuldigte musste diese Position einnehmen, um den Oralverkehr durchführen zu können, so dass diese auch als Teil der sexuellen Handlung anzusehen ist.** Zwar haben Sie Ihren entgegenstehenden Willen ihm gegenüber geäußert, jedoch ist - wie bereits oben angesprochen - die bloße Vornahme einer sexuellen Handlung gegen den Willen einer Person nicht unter Strafe gestellt.“

Das Fehlen von Nötigungsmitteln wie sie § 177 StGB verlangt, wird in diesem Einstellungsbescheid explizit angesprochen. Das vorrangige Problem hierbei war, dass die gemeinsamen Kinder im Haus waren und die Tür des Zimmers, in dem sich Täter und Opfer befanden, ein wenig offen stand. Um die Aufmerksamkeit der Kinder nicht auf sich zu ziehen, äußerte die Betroffene zwar verbal Gegenwillen, wehrte sich aber nicht physisch. Weiter aus dem Bescheid:

„Dem Beschuldigten wäre letztlich nicht hinreichend nachzuweisen, dass er bewusst und gewollt Gewalt angewandt hat, um den Oralverkehr durchzusetzen, da Sie durch Ihr Mitbewegen und auch Öffnen des Mundes keinen Widerstand gezeigt haben, den der Beschuldigte hätte brechen müssen. Das an den Tag gelegte Verhalten des Beschuldigten mag für Sie sehr erniedrigend gewesen sein und es ist auch nachvollziehbar, aus welcher Motivation heraus Sie mitgemacht haben, jedoch wird von dem Gesetzgeber erwartet, dass das Opfer dem Täter einen Widerstand entgegensetzt, den dieser mit den genannten Nötigungsmitteln brechen muss. Eine sexuelle Nötigung ist vorliegend daher nicht hinreichend nachzuweisen.“



Zu wenig Widerstand der Betroffenen

Dass ein vom Opfer geleisteter physischer Widerstand als zu schwach gewertet wird, wenn der Täter diesen nicht mit Gewalt brechen muss, zeigt folgendes Zitat von einem Fall aus dem Jahr 2005 (Fall 87):

„Entsprechend versuchte nunmehr Frau X auch mehrfach, den Angeklagten während des Geschlechtsverkehrs durch Rückwärtsbewegung mit ihren angewinkelten Armen von sich „wegzudeuten“. Diese Abwehr seines Opfers registrierte der Angeklagte auch. Indessen steht nicht fest, ob und in welchem Maße dieses Verhalten von Frau X ihn gehindert hat, sein Vorhaben durchzusetzen, insbesondere ob er diese Behinderung durch Krafteinwirkung überwinden musste.“

Die meisten sexuellen Übergriffe finden bekanntermaßen im sozialen Nahraum statt. Durch die enge Bekanntschaft wissen die Betroffenen nicht selten um die potenzielle Gefährlichkeit und haben schon wiederholt bedrohliche und gefährliche Situationen mit dem Täter erlebt. Dass sie sich dann in einer Situation eines sexuellen Übergriffs nicht oder nur schwach physisch zur Wehr setzen, geschieht häufig aufgrund des Wissens um die Bedrohlichkeit des Täters.

Zu wenig Widerstand der Betroffenen für den Vorsatz

Eine weitere Variante stellen die Fälle dar, in denen die Betroffene neben dem ausdrücklichen ‚Nein‘ Widerstand leistet, dieser aber als verhältnismäßig gering eingeschätzt wird. In diesen Fällen gehen Staatsanwaltschaften davon aus, dass der Täter möglicherweise den Widerstand nicht erkannt haben könnte und somit keinen Vorsatz gehabt habe, diesen mit Gewalt zu brechen.

Hier ein Fall aus dem Jahr 2012 (Fall 25):

„Zureichende Anhaltspunkte für eine vorsätzliche sexuelle Nötigung (§ 177 StGB) liegen nicht vor. Dieser Straftatbestand setzt u.a. voraus, dass der Täter Gewalt als Mittel zur Überwindung von Widerstand gegen die Vornahme von sexuellen Handlungen anwendet oder mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht. Ihrer Mandantin können keine konkreten Tatsachen entnommen werden, aus denen sich eine derartige vorsätzliche Handlungsweise des Beschuldigten ergibt. Sie gibt an, dass der Beschuldigte sie in seiner Wohnung zunächst oberhalb der Kleidung im Intimbereich berührt und dann versucht habe, sie zu küssen. Sie habe ihm zu verstehen gegeben, dass sie dies nicht



wolle. Daraufhin habe er sie ausgezogen, einen Finger in ihren Anus eingeführt und den vaginalen Geschlechtsverkehr an ihr vollzogen. Sie habe sich zwar gegen seine Handlungen gewehrt; die Gegenwehr sei jedoch nicht so stark gewesen, weil sie sich in einem Schockzustand befunden habe. Dieser Schilderung kann nicht mit der erforderlichen Sicherheit entnommen werden, dass der Beschuldigte vorsätzlich Gewalt zur Überwindung des Widerstandes Ihrer Mandantin einsetzte. Denn es ist jedenfalls nicht feststellbar, dass er eine Gegenwehr von Frau X durch den von ihm eingesetzten körperlichen Zwang brechen wollte.“

Fehlende Zielgerichtetheit der eingesetzten Gewalt

Fälle, die aufgrund fehlender Zielgerichtetheit der Gewaltanwendung eingestellt oder freigesprochen werden, folgen häufig dem Muster, dass vor den sexuellen Handlungen bereits Gewalt angewendet wurde – etwa der Freund, der seine Freundin mit einer Waffe bedroht oder häufig schlägt, aus allen möglichen Gründen, nicht aber um sexuelle Handlungen vorzunehmen. Nun verlangt er von der Betroffenen Sexualverkehr, den diese widerstandslos über sich ergehen lässt, da sie davon ausgeht, dass der Täter sie, wie aus anderem Grund auch, ansonsten schlagen würde.¹⁴

So begründete die Staatsanwaltschaft im eingangs beschriebenen Fall (schwängere Frau wird von ihrem Freund in der Wohnung zunächst geschubst, fällt hin und lässt dann sexuelle Handlungen über sich ergehen, weil sie um ihr ungeborenes Kind fürchtet) die Einstellung des Verfahrens unter anderem damit, dass durch das „freiwillige Ausziehen“ der Betroffenen die vorangegangene Gewalt nicht fortwirke, da eine „Zäsur“ entstanden sei. Die angewendete Gewalt stand damit aus Sicht der Staatsanwaltschaft nicht in einem direkten Zusammenhang mit dem Erzwingen der sexuellen Handlung¹⁵. Aus der Sicht der Betroffenen war der Zusammenhang jedoch naheliegenderweise gegeben.

¹⁴ Ausnahmsweise kann auch bei alleiniger vorheriger Gewaltanwendung dann von einer Verwirklichung des § 177 StGB ausgegangen werden, wenn diese so massiv war, dass eine Gesamtschau der Umstände ergibt, dass der Täter gegenüber dem Opfer durch häufige Schläge ein Klima der Angst und Einschüchterung geschaffen hat. Dabei muss der Täter in subjektiver Hinsicht die von seinem Vorverhalten ausgehende latente Androhung weiterer Misshandlung in ihrer aktuellen Bedeutung für das Opfer erkennen und als Mittel zur Erzwingung der sexuellen Handlungen einsetzen. (BGH, Beschluss vom 20.3.2012, 4 StR 561/11).

¹⁵ Die gleiche Problematik liegt vor, wenn die Gewalt gegen andere Personen angewandt wurde, die die Betroffene zwar wahrgenommen hat, die aber nicht gegen sie gerichtet war. So hatte der BGH einen Fall zu entscheiden, bei dem der Täter zunächst vor den Augen der



b. Jede sexuelle Handlung vor der ersten Widerstandsleistung des Opfers ist straflos.

In nicht wenigen der vorliegenden Fälle scheiterte die Strafverfolgbarkeit daran, dass der Angriff so überraschend erfolgte, dass kein Widerstand der Betroffenen möglich war. Es geht also um Situationen, in denen die Betroffenen keinen Angriff auf ihre sexuelle Selbstbestimmung erwarteten und schon deshalb keinerlei Widerstand oder Gegenwehr erfolgte – oder zu spät erfolgte. In diesen Fällen braucht es zunächst keinerlei Gewalt des Täters, da er das Opfer, das keinen Angriff erwartet, durch seine Handlung plötzlich überfällt. Hierzu gehören auch solche Fallkonstellationen, in denen die Betroffenen – eben zumeist aufgrund der Überraschung des Angriffs – den Übergriff in einer Schockstarre über sich ergehen ließen.

Gerade im persönlichen Nahbereich, wenn besondere Vertrauensverhältnisse bestehen, wird in der Regel kein Angriff erwartet, die Betroffenen geraten unvorbereitet in eine solche Situation und befinden sich dann häufig zunächst in einer Schockstarre.

Die Fallanalyse hat ergeben, dass von justizieller Seite teilweise durchaus auf das Phänomen der Schockstarre Bezug genommen wird. Die Anerkennung dieses Zustandes als häufige und übliche Reaktion auf eine bedrohliche Übergriffssituation führt jedoch keinesfalls zu der Anerkennung, dass damit auch eine Handlungsunfähigkeit der Betroffenen vorliegt. Zitat aus einem Einstellungsbescheid von 2013 (Fall 49):

"Nachvollziehbar schildert [die Zeugin] zwar, dass sie sich in einer Art Schockzustand befunden und angesichts der verschlossenen Tür sowie der körperlichen Überlegenheit des Beschuldigten aus Angst den Oralverkehr vorgenommen hat. Andererseits konnte sie auf Nachfrage der Vernehmungs-

Geschädigten deren Freund erschoss. Daraufhin wies er sie an, mit ihm ins Auto zu steigen, begab sich zu einem Hotel und forderte sie auf mit ihm Geschlechtsverkehr zu haben und legte die Pistole beiseite. Die Geschädigte hatte weiterhin Angst, was der Täter erkannte, und ließ deshalb den Geschlechtsverkehr zu. Hierzu führte der BGH aus: Das angewendete Nötigungsmittel muss nach dem Willen des Täters der Herbeiführung der sexuellen Handlung und ihrer Durchführung tatsächlich dienen, mithin "final" verknüpft sein. Vorausgegangene Gewalt, die der Täter ursprünglich aus anderen Gründen angewendet hatte, kann zwar später in der Weise als Drohung aktualisiert werden, dass der Täter durch sein Verhalten ausdrücklich oder zumindest konkludent zum Ausdruck bringt, er werde die Gewaltanwendung wiederholen, sollte ihm das Opfer nunmehr nicht sexuell zu Willen sein. Nur wenn das Opfer auf eine solche aktuelle Drohung hin vom Widerstand gegen das sexuelle Ansinnen absieht und der Täter dies zumindest für möglich hält und billigend in Kauf nimmt, sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllt. (BGH, Beschluss vom 16.10.2012, 3 StR 385/12).



beamtin nicht erklären, warum sie nicht einfach laut um Hilfe gerufen hat, zumal sich in einem Zelt neben dem Gartenhaus ja zwei Freunde aufhielten.“

Hier wird sehr anschaulich deutlich, wie groß – und für viele Frauen unerfüllbar – die Handlungserwartungen an ihr Verhalten in solchen Übergriffssituationen sind, wenn eine Strafbarkeit des Übergriffs anerkannt werden soll.

Gegenstand der staatsanwaltschaftlichen oder gerichtlichen Prüfung ist in diesen Fällen häufig der Zeitpunkt, zu dem die Betroffene Widerstand geleistet hat. Gerade dann, wenn Betroffene nach einigen Minuten der Schockstarre oder Überraschung doch noch in die Lage kommen, Widerstand zu leisten und sich aus der Situation zu befreien, verhindert dies in der Regel die Strafbarkeit. Denn es wird regelmäßig angenommen, dass die Betroffene ihre Widerstandsfähigkeit unter Beweis gestellt hat und dementsprechend auch schon zu einem früheren Zeitpunkt hätte körperlichen Widerstand leisten können.

So wird auch die Einstellung eines Verfahrens im Jahr 2014 (Fall 88) begründet:

„Zudem war es der Anzeigerstatterin nach eigenen Angaben möglich, sich nach etwa 2 Minuten durch eine ruckartige Bewegung dem Beschuldigten zu entziehen. Frühere erfolglose Bemühungen, die sexuellen Handlungen aktiv zu unterbinden, schildert die Anzeigerstatterin nicht. Vielmehr hatte sie sich nach Angaben des Zeugen X selbst Vorwürfe gemacht, dass sie ‚die Situation nicht sofort begriff und zu spät reagierte‘“.

Die Tatsache, dass die Betroffene „die Situation nicht sofort begriff und zu spät reagierte“ führte in diesem Fall zur Verfahrenseinstellung. Solche Begründungen tragen maßgeblich dazu bei, dass Betroffene den Übergriff sowie ihr eigenes vermeintliches Versagen nur schwer bewältigen können.

Auch wenn der überraschende Übergriff an der Betroffenen im Halbschlaf vollzogen wird, kann sie in der Regel nicht ‚schnell genug‘ reagieren. In der vorliegenden Fall-sammlung befinden sich mehrere solcher Fälle, als Beispiel ein Fall aus dem Jahr 2014 (Fall 84). Die Betroffene befand sich zunächst im tiefen Schlaf, war jedoch durch ein Geräusch gerade im Zustand des Erwachens. Ehe sie sich versah, war der Beschuldigte, der zuvor im Nebenraum geschlafen hatte und der sich bewusst war, dass die Frau keinerlei sexuelle Kontakte wünschte, in sie eingedrungen. Da der Beschuldigte von ihr abließ, nachdem sie nach einiger Zeit in der Lage war, ihn wegzuschubsen, bleibt das erste Eindringen straflos.



„Bereits nach der Schilderung der Geschädigten hat der Beschuldigte zur Vornahme der sexuellen Handlungen kein sogenanntes Nötigungsmittel - nämlich Gewalt oder Drohung oder die Ausnutzung einer schutzlosen Lage - angewandt. Die Vornahme sexueller Handlungen allein gegen den Willen einer Person hat der Gesetzgeber nicht unter Strafe gestellt. Auch scheidet eine Strafbarkeit wegen sexuellen Missbrauchs einer Widerstandsunfähigen aus. Die Geschädigte war zwar zunächst eingeschlafen, aufgrund eines Geräusches war sie jedoch zu dem Zeitpunkt, als der Beschuldigte in sie eingedrungen ist, bereits wach. Deshalb war sie auch nicht aufgrund eines Schlafes widerstandsunfähig. Sie war zwar zunächst geschockt und hat deshalb erst einige kurze Zeit später den Beschuldigten weggeschubst. Das verdeutlicht, dass die Geschädigte durchaus in der Lage war, sich gegen den Beschuldigten zur Wehr zu setzen und somit nicht widerstandsunfähig war.“

Fälle, in denen Betroffene ‚zu spät‘ auf den Angriff reagieren können, weil sie keinen Angriff erwarten, kommen aber nicht nur in Vertrauensverhältnissen des sozialen Nahraums vor, sondern häufig auch in der Öffentlichkeit. Plötzlich wird einer Geschädigten beispielsweise in einer Menschenansammlung von hinten an die Brust oder in den Schambereich gefasst. Alle Handlungen bis zum Zeitpunkt der ersten Abwehrreaktion sind nach derzeitiger Rechtslage nicht strafbar¹⁶.

Solche Überraschungsangriffe kommen in alltäglichen Situationen häufig vor. Auch gerade junge Frauen erleben Situation, in denen sie sexuelle Handlungen des Täters nicht erwarten und in der konkreten Situation zunächst völlig überfordert sind. Täter wissen in dieser Situation, dass die Betroffenen in sexuelle Handlungen nicht eingewilligt haben oder gar vorher ausdrücklich mitgeteilt haben, dass sie diese nicht wünschen, nutzen aber die Überraschungssituation aus.

¹⁶ Früher diskutierte man in diesen Fällen eine Strafbarkeit wegen Beleidigung nach § 185 StGB. Wegen des nicht feststellbar degradierenden Charakters des Angriffs wird dies aber mittlerweile nach herrschender Meinung verneint. Das Ausüben sexueller Handlungen gegen den erklärten Willen einer Person erfüllt nicht die für eine Beleidigung nötige Degradierungsabsicht.



c. Das Tatbestandsmerkmal der ‚schutzlosen Lage‘ ist kaum erfüllbar.

Die sogenannte schutzlose Lage wurde bei der großen Reform des Sexualstrafrechts 1997 eingeführt, um Fälle zu erfassen, bei denen wegen fehlender Gewaltanwendung oder qualifizierter Drohung zuvor Straflosigkeit gegeben war. Im Laufe der Jahre hat die Rechtsprechung des BGH dieses Kriterium aber soweit eingegrenzt, dass es in der Praxis fast unbedeutend geworden ist.

Häufig kommt es allerdings vor, dass Betroffene sich lediglich subjektiv in einer schutzlosen Lage befanden, objektiv war diese aber nicht gegeben. Unter schutzloser Lage ist nach der derzeitigen materiellen Rechtslage Folgendes zu verstehen:

„Der objektive Tatbestand des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB setzt voraus, dass sich das Opfer in einer Lage befindet, in der es über keine effektiven Schutz- oder Verteidigungsmöglichkeiten mehr verfügt und deshalb nötiger Gewalt des Täters ausgeliefert ist. Hiervon ist 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. Dazu ist eine Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände vorzunehmen, bei der neben den äußeren Gegebenheiten, auch das individuelle Vermögen des Tatopfers zu wirksamem Widerstand oder erfolgreicher Flucht und die Fähigkeit des Täters zur Anwendung von nötiger Gewalt in den Blick zu nehmen sind.“¹⁷

Eine schutzlose Lage muss objektiv bestehen, damit eine Strafbarkeit besteht. Es kommt dabei gerade nicht auf die Wahrnehmung der Betroffenen und nicht auf die Wahrnehmung des Täters an, sondern auf die des objektiven Betrachters, der z.B. feststellt, dass das Parkhaus zum Tatzeitpunkt noch geöffnet war und andere Personen durchaus in der Nähe gewesen sein konnten, dass andere Bewohnerinnen und Bewohner des Mietshauses aufgrund des schlechten Schallschutzes durch Schreie durchaus hätten aufmerksam werden können oder dass eine Flucht über den Balkon einer Hochparterrewohnung objektiv möglich gewesen wäre.

Diese Objektivität ist daran gekoppelt, dass die Betroffene nicht fliehen kann oder eine Flucht aussichtslos erscheint. Gleiches gilt für unterlassene Hilfeschreie, in der Annahme keine weiteren Personen seien in der Nähe. Beispielhaft geht die Geschä-

¹⁷ So BGH, Beschl. vom 20.3.2012, 4 StR 561/11 m.w.N.



digte davon aus, sie würde es bei Gegenwehr nicht rasch genug schaffen, aus der Wohnung des Täters zu flüchten. Tatsächlich aber wären in dem Mietshaus Personen gewesen, die möglicherweise Schreie hätten hören können und zur Hilfe hätten eilen können.¹⁸

Häufigste Tatorte sexueller Übergriffe sind die Wohnungen des Täters oder des Opfers. Gerade in solchen Fällen ist der Gegenstand justizieller Prüfung in der Regel die Frage, ob die Wohnungstür objektiv abgeschlossen war und wo sich der Schlüssel befand. Hier ein Beispiel aus dem Jahr 2004 (Fall 46) in dem die Staatsanwaltschaft das Verfahren nach §170 Abs. 2 StPO einstellt, weil die objektive Schutzlosigkeit nicht zweifelsfrei nachweisbar war:

„Insbesondere ist dem Beschuldigten nicht hinreichend sicher nachzuweisen, dass er die Haustür abgeschlossen und den Schlüssel für Sie unerreichbar aufbewahrt hat.“

Das bedeutet: nur bei objektiv unerreichbar aufbewahrtem Schlüssel wäre die Betroffene schutzlos gewesen. Alle anderen Gründe, warum sie annahm, die Wohnung nicht schnell genug verlassen zu können, sind irrelevant.

Zu solchen oder ähnlichen Fallkonstellationen gab es in den vergangenen Jahren zahlreiche Urteile¹⁹ und BGH- Entscheidungen²⁰, in denen die Rechtsprechung die Kriterien der schutzlosen Lage immer wieder enger gesteckt hat.

Aus der Fallsammlung ein Fall aus dem Jahr 2011 (Fall 1), in dem der Angeklagte insgesamt freigesprochen wurde. Die Rechtsanwältin berichtete uns folgendes:

¹⁸ Hierbei wird scheinbar grundsätzlich angenommen, dass das Rufen nach Hilfe erfolgreich sein müsste. Sozialpsychologische Forschung zeigt, dass Menschen keineswegs automatisch zur Hilfe eilen, wenn sie Hilfeschreie hören und noch weniger, wenn andere Menschen auch Zeuginnen und Zeugen des Vorfalls werden (Bystander-Effekt). Die psychologische Forschung hierzu wurde vor allem von einem Vorfall 1960 in New York angestoßen. Eine Frau wurde in einem Durchgang ihres Apartmenthauses überfallen und ermordet. Die Frau schrie um Hilfe und der Angriff dauerte 45 Minuten. 38 Bewohner und Bewohnerinnen gaben später zu, dass sie aufgrund der Hilfeschreie zum Fenster liefen. Aber niemand versuchte der Frau zu helfen, und niemand kam auf die Idee, die Polizei zu rufen (vgl. Cialdini, R. 2003: Die Psychologie des Überzeugens. Bern: Verlag Hans Huber)

¹⁹ So u.a. das überregional bekannt gewordene Urteil des LG Essen vom 10.09.2012, 25 Kls 10/12.

²⁰ Z.B. BGH, Beschl.v. 30.03.2012, 4 StR 561/11 juris m.w.B.



„Die Geschädigte hatte eine Vergewaltigung angezeigt. Sie war nach einem Discobesuch spontan noch mit einem ihr gut bekannten Freund zu einem Spaziergang aufgebrochen. Das Verhältnis zwischen den beiden war geklärt, es stand keinerlei sexuelle Beziehung im Raum. Die Geschädigte vertraute dem guten Freund. Beim gemeinsamen Spaziergang in einsamer Gegend zog er die arglose Frau plötzlich hinter ein Häuschen und drückte sie an dessen Wand. Sie hat mehrfach verbal mitgeteilt, dass sie keine sexuelle Handlung mit ihm wolle und mehrfach versucht, ihre Hose zu sichern, dies ist ihr aber nicht gelungen. Sie weinte und drehte ihren Kopf weg, damit er sie nicht küssen konnte. Letztlich hat sie die sexuellen Handlungen über sich ergehen lassen, da sie ansonsten erhebliche Verletzungen erwartete. Das Gericht kam zu dem Schluss, sie habe den Geschlechtsverkehr über sich ergehen lassen in der Hoffnung, dass alles möglichst bald vorbei sein würde und stellte keine Gewaltanwendung fest. Auch eine schutzlose Lage wurde durch das Gericht verneint, da die Betroffene offenbar objektiv die Chance gehabt hätte wegzurennen. Unberücksichtigt bleibt, dass aus Sicht der Geschädigten aufgrund der Situation nachts in einsamer Gegend eine weitergehende Gegenwehr gefährlich und aussichtslos erschien, so dass sie sich schutzlos fühlte.“

In der Praxis kommen Fälle, in denen eine schutzlose Lage anerkannt wird, aufgrund der hohen Anforderung die die Rechtsprechung gesetzt hat, nicht häufig vor.

Ein Fall aus dem Jahr 2011 (Fall 32) aus der Sammlung zeigt, dass sogar bei Anerkennung einer Lage als objektiv schutzlos dies nicht immer ausreichend ist. Denn der Täter, der die Schutzlosigkeit der Lage des Opfers erkannt hat, muss dann auch noch davon ausgehen, dass sich die Betroffene nur deshalb nicht wehrt, da die Lage eine schutzlose ist. Im vorliegenden Fall war eine 17-jährige Betroffene mit zwei Männern an einen abgelegenen Ort gegangen, dort führten die beiden Männer sexuelle Handlungen mit ihr aus. Da die Betroffene selbst und ohne Zwang zu dem Ort gegangen war, wurde das Verfahren letztlich eingestellt. Im Einstellungsbescheid der Staatsanwaltschaft heißt es:

„Objektiv ist eine schutzlose Lage im Sinne dieser Vorschrift wohl anzunehmen. Den Beschuldigten müsste dann aber zweifelsfrei nachgewiesen werden, dass sie den entgegenstehenden Willen der Zeugin erkannt haben, und dass ihnen bewusst war, dass diese lediglich aus Furcht angesichts ihrer Schutzlosigkeit auf möglichen Widerstand verzichtete.“



d. Es werden nicht alle relevanten Drohungen erfasst.

Nach § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB sind nur solche Drohungen relevant, in denen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gedroht wird. Die Drohung mit anderen Übeln, wie z.B. damit, anderen von einer vorhergehenden intimen Beziehung zu berichten oder den Hund aus dem Fenster zu werfen, sind strafrechtlich nicht erfasst, wenn durch sie die Duldung einer sexuellen Handlung erzwungen wird.

Diese Fälle werden meist nicht angezeigt, kommen aber in der Beratungspraxis in Beratungsstellen und bei Rechtsanwältinnen häufig vor. Nichtsdestotrotz werden solche sexuellen Übergriffe von den Betroffenen ebenfalls als extrem degradierend empfunden und führen häufig zu erheblichen psychischen Folgebeschwerden.

Mehrfach teilten uns Rechtsanwältinnen Fallkonstellationen mit, in denen ausländische Frauen von ihren deutschen Ehemännern mit der Drohung, bei Weigerung werde man sie abschieben lassen, zum Geschlechtsverkehr gezwungen werden.

In diesen Fällen erfolgen in der Regel keine Strafanzeigen, da die Betroffenen zu große Angst vor aufenthaltsrechtlichen Konsequenzen haben.

So schilderte eine Rechtsanwältin folgenden Fall aus dem Jahr 2013:

„Meine Mandantin berichtete mir, dass sie, nachdem sie 7 Monate mit ihrem deutschen Mann zusammenlebte, unzählige sexuelle Übergriffe erlebt hatte. In den ersten Monaten sei die Beziehung ganz gut verlaufen, dann habe ihr Ehemann vermehrt Alkohol getrunken und sich gehen lassen. Sie durfte keine sozialen Kontakte pflegen, nicht einmal allein einkaufen gehen. Jeden Abend verlangte er von ihr „ihren ehelichen Pflichten“ nachzukommen und mit ihm Geschlechtsverkehr zu haben, häufig mit Varianten, die sie abstoßend empfand. Sie teilte ihm mit, dass sie dies nicht wollte. Wenn sie sich weigerte, sagte er zu ihr, dass er sich dann sofort trennen würde, sie aus der Wohnung werfen werde und die Ausländerbehörde darüber informieren werde, dass sie jetzt abgeschoben werden könne. Sie habe deshalb, meist weinend, die sexuellen Handlungen mitgemacht. Denn sie könne nicht zurück in ihr Herkunftsland, da ihre Eltern eine Scheidung nie akzeptieren würden und nicht bereit wären, sie im elterlichen Haushalt wieder aufzunehmen.

Meine Mandantin war durch die über mittlerweile einen langen Zeitraum andauernden sexuellen Übergriffe psychisch schwer beeinträchtigt. Sie hatte, als sie in meine Kanzlei kam, endlich hinreichend Zeit mit ihrem Ehemann zusammengelebt, um ein eigenständiges Aufenthaltsrecht zu erlangen. Ich



musste ihr mitteilen, dass sie aufenthaltsrechtlich möglicherweise auch bei einer Trennung in der früheren Situation Chancen auf einen Verbleib in Deutschland gehabt hätte, das Verhalten ihres Ehemannes aber unter dem Gesichtspunkt der Sexualdelikte nicht strafbar war.“

Auch Fälle wie das folgende Beispiel aus dem Jahr 2012 kommen offensichtlich in der Praxis häufig vor:

„Eine junge Frau, 17 Jahre alt, berichtet mir von ihrem Volleyballtrainer. Er ist um die 40 Jahre alt, trainiert die Frauenmannschaft seit mehreren Jahren. Die Betroffene spielt sehr gerne, ist engagiert, trainiert hart. Es liegt ihr viel daran, bei den Turnieren mitspielen zu können, ihr gesamtes soziales Umfeld spielt in der Volleyballmannschaft. Ihr Trainer weiß genau, wie wichtig für sie die Teilnahme an Volleyballturnieren ist. Am Vorabend eines wichtigen Turnieres in ihrer Gruppe ist sie als Letzte in der Kabine. Der Trainer kommt, was er häufig macht, während die jungen Frauen sich umziehen, in die Umkleide. Diesmal ist sie allein. Er beginnt sie zu streicheln, berührt ihre Brüste. Als sie ihm deutlich zu verstehen gibt, dass sie dies nicht möchte, gibt er ihr ebenso deutlich zu verstehen, dass sie dann wohl nicht an dem Turnier teilhaben können und auch die Teilnahme an weiteren Turnieren sehr fraglich sei. Sie lässt daraufhin – weinend, was der Trainer sehr genau bemerkt und ihr mehrfach mitteilt, sie solle sich nicht so anstellen – weitere sexuelle Handlungen des Trainers an ihr zu.“

Das Tatbestandsmerkmal der Drohung erfasst ganz augenscheinlich viele Drohpotenziale nicht, die in der jeweiligen Situation aber für die Betroffenen einer Drohung mit Gefahr für Leib oder Leben gleichkommen. Aus der Beratungspraxis gut bekannt ist die Drohung, die Betroffene bei ihrem Arbeitgeber zu verleumden, zum Beispiel im Falle einer Verkäuferin, sie habe Geld aus der Kasse genommen oder Ware gestohlen.

e. Widerstandsunfähigkeit muss grundsätzlich und objektiv sein.

In der Praxis kommen häufig Fälle vor, in denen die Widerstandsunfähigkeit nicht objektiv feststellbar ist bzw. zwar grundsätzlich das Opfer in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden und Widerstand zu leisten, in der konkreten Situation hierzu aber nicht in der Lage war. Hier sollte eigentlich § 179 StGB, sexueller Missbrauch Widerstandsunfähiger, greifen. Aber auch dabei gibt es zahlreiche Schwierigkeiten.



So handelt es sich um Fälle, bei denen sexuelle Handlungen z.B. im Halbschlaf vorgenommen worden sind oder in be- aber nicht volltrunkenem Zustand der Betroffenen oder in denen das Opfer zwar in der Lage ist einen Willen zu bilden, aber aufgrund der psychischen Situation nicht davon auszugehen ist, dass sie in der Lage ist, die Einwilligung wirksam zu erteilen.

Nur der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Frage der Widerstandsunfähigkeit im Schlaf zwar grundsätzlich dahingehend entschieden ist, dass die schlafende Person widerstandsunfähig ist und damit eine strafbare Handlung vorliegt. Während einer intimen Beziehung der Beteiligten aber hat der BGH²¹ erst jüngst entschieden, dass jedenfalls aus Tätersicht von einem grundsätzlichen Einverständnis in sexuelle Handlungen in der Regel ausgegangen werden kann, so dass dann eine Strafbarkeit entfällt.

So erreichte uns z.B. ein Fall aus dem Jahr 2011 (Fall 106), in dem ein Mann von dem Vorwurf des sexuellen Missbrauchs Widerstandsunfähiger freigesprochen wurde. Hintergrund war eine sich in Trennung befindliche Paarbeziehung, die Betroffene lebte noch in der Wohnung des Beschuldigten.

Die Betroffene ging davon aus, dass sie deshalb nicht von den sexuellen Handlungen sofort vollständig erwacht war, weil der Beschuldigte ihr etwas in ihr Getränk getan habe. Dies ließ sich jedoch nicht mit Sicherheit feststellen. Es existierte aber eine Videoaufnahme, auf der sich der Beschuldigte aufgenommen hatte, während er mit der Betroffenen sexuelle Handlungen durchgeführt hatte. In dem Urteil heißt es:

„Die Nebenklägerin befand sich während der Filmaufnahme, die 9 Minuten und 34 Sekunden dauerte, in einem schläfrigen, nicht vollständig wachen Zustand, ohne dass eine tiefe Bewusstlosigkeit vorlag. (...) Die Beweisaufnahme hat den Vorwurf, dass der Angeklagte der Nebenklägerin eine Substanz verabreicht habe, wodurch die Nebenklägerin in einen schweren Rauschzustand versetzt worden sei, in dem sie über einen längeren Zeitraum widerstandsunfähig gewesen sei, und dass der Angeklagte diesen Zustand ausgenutzt habe, um mit der Geschädigten in verschiedenen Positionen den ungeschützten Geschlechtsverkehr zu vollziehen und mit einer Videokamera zu filmen, nicht ergeben.“

Obwohl die Betroffene vehement bestritten hatte, dass es ein grundsätzliches Einverständnis ihrerseits zu sexuellen Handlungen im Schlaf gegeben habe und dies auch

²¹ BGH, Beschluss vom 19.2.2013, 5 StR 613/12 juris.



nicht durch den Beschuldigten behauptet wurde, reichte dem Gericht der Zustand der Betroffenen im Halbschlaf nicht aus, um einen sexuellen Übergriff zu bestrafen.

In einem anderen Fall hatte der soziale Vater seinen mittlerweile 25-jährigen Ziehsohn mit Lernschwierigkeiten (sogenannte geistige Behinderung), zu zahlreichen sexuellen Handlungen bewegt, bis hin zu Oral- und Analverkehr. Der Betroffene führte die sexuellen Handlungen aus, da ihm sein Stiefvater ankündigte, ihn ansonsten nicht mehr zu besuchen und auch keine Ausflüge mehr mit ihm zu unternehmen. Hier erging keine Verurteilung wegen eines vollendeten Sexualdeliktes, da das Gericht nicht entscheiden konnte, ob der Betroffene, „der sehr auf den Angeklagten fixiert war und dessen Vorbild und dessen Vorgaben immer wieder zu folgen suchte, in der Lage war, dem Willen des Angeklagten überhaupt einen eigenen Willen entgegen zu setzen oder nicht.“ Denn möglicherweise sei der Geschädigte den Anweisungen des Angeklagten gefolgt, weil er den Kontakt zu der von ihm geschätzten Bezugsperson nicht verlieren wollte und auf die geliebten Ausflüge nicht verzichten wollte.

In der aktuellen Praxis kommen sehr häufig Fälle vor, in denen das Opfer subjektiv keinen Widerstand leisten konnte, dies objektiv aber nicht nachgewiesen werden kann. Nur am Rande sei hier das große Problemfeld der heimlich verabreichten KO-Tropfen erwähnt, bei denen ein Nachweis in den seltensten Fällen erbracht werden kann.

f. Die Verfahren weisen neben denen der Tatbestandserfüllung sehr viele Schwierigkeiten auf, die für die Betroffenen belastend sind.

Die intensive Auswertung der vorliegenden Einstellungsbescheide, Freisprüche und Fallbeschreibungen sowie die Praxiserfahrungen der Fachberatungsstellen zeigen das Ergebnis, dass neben der materiellen Rechtslage noch zahlreiche weitere Hemmnisse einer effektiven Strafverfolgung von sexuellen Übergriffen vorliegen.

Beispielhaft sei auf folgende Problemkreise hingewiesen²²:

- Lange Verfahrensdauer: Häufig vergeht allein von der Anzeigenerstattung bis zum Beginn der ersten Hauptverhandlung 1 Jahr oder mehr, bei einem streitigen Verfahren ist mit einem rechtskräftigen Urteil erst nach mehreren Jahren zu rechnen.

²² Dazu ausführlicher: bff (Hrsg.) (2010), Streitsache Sexualdelikte: Frauen in der Gerechtigkeitslücke. Berlin: Selbstverlag.



- Mehrfachvernehmungen: Eine Geschädigte hat bei einem streitig geführten Strafverfahren mit zahlreichen Vernehmungen zu rechnen. So gibt es häufig mehrere Vernehmungen im Ermittlungsverfahren, beim Ermittlungsrichter, bei der psychologischen Exploration und oft mehrfach in der Gerichtsverhandlung in jeder Instanz. Eine Einführung einer Videoaufzeichnung der Erstvernehmung ist nur in den wenigsten Fällen möglich.
- Traumatisierung durch Strafverfahren: Für viele Betroffene wirken die Befragung im Ermittlungsverfahren und insbesondere während der Gerichtsverhandlung retraumatisierend. Neben dem Umstand, dass sie gezwungen sind, den traumatisierenden sexuellen Übergriff möglichst genau und detailreich zu berichten, erleben viele Betroffene die Vernehmungssituation als sehr belastend. Besonders häufig berichten Betroffene davon, dass sie das Gefühl haben, selbst als Beschuldigte wahrgenommen zu werden und dass sie zu beweisen hätten, dass der sexuelle Übergriff stattgefunden habe.

5. Erkenntnisse und Fazit

Aus den im vorigen Abschnitt dargestellten Ergebnissen der Fallanalyse lassen sich in der Gesamtschau drei Haupterkenntnisse zur derzeitigen Rechtslage bei sexualisierter Gewalt ableiten.

1. Täter dürfen sich wissentlich über den erklärten Willen hinwegsetzen.
„Nein“ sagen reicht für eine Strafbarkeit nicht aus.

Die deutsche Rechtslage erlaubt es nicht, dass alle nicht-einvernehmlichen sexuellen Handlungen strafverfolgt werden. Die betreffenden systematisch straflosen Fälle sind gekennzeichnet von einem klar ausgedrückten und offensichtlich entgegenstehenden Willen des Opfers und einer Situation, in der sich der Täter über diesen Willen hinwegsetzt, während die Umstände oder die Mittel nicht ausreichen, um eine Strafbarkeit nach § 177 StGB zu implizieren. Die vorliegenden Fälle und die strukturelle Beschaffenheit der Einstellungs- und Freispruchsbegründungen zeigen eindeutig, dass eine umfassende Strafbarkeit von sexuellen Handlungen gegen den Willen einer Person an der Ausformulierung des § 177 StGB scheitert.

Viele Einstellungsbescheide von Staatsanwaltschaften drücken diese Tatsache deutlich aus:



„Wegen sexueller Nötigung oder Vergewaltigung wird bestraft, wer das Opfer zu sexuellen Handlungen mit Gewalt, Drohungen für Leib und Leben oder in schutzloser Lage zwingt. Es reicht hierfür nicht, dass die sexuellen Handlungen lediglich gegen den Willen der Geschädigten stattfinden.“ (2013, Fall 48)

„Die Vornahme sexueller Handlungen gegen den Willen des Opfers ohne das Hinzutreten von Nötigungsmitteln hat der Gesetzgeber nicht unter Strafe gestellt. Ein bloßes Handeln gegen den Willen des Opfers reicht zur Tatbestandserfüllung nicht.“ (2007, Fall 64)

2. Die Widerstandsleistung der Betroffenen ist der zentrale Bezugspunkt für eine Strafbarkeit. Die sexuelle Selbstbestimmung muss aktiv verteidigt werden, sie ist nicht voraussetzungslos geschützt.

Zentraler Fokus staatsanwaltschaftlicher und gerichtlicher Prüfung ist das Verhalten der Betroffenen. Die sexuelle Selbstbestimmung ist nicht von selbst und grundsätzlich geschützt, sondern sie muss von der betroffenen Person wehrhaft verteidigt werden.²³

So kann eine Bestrafung nur erfolgen, wenn der Täter aufgrund erfolgter oder zu erwartender physischer Gegenwehr der Betroffenen Gewalt anwendet oder damit droht. Geht der Täter „nur“ davon aus, dass die Betroffene keine sexuellen Handlungen mit ihm möchte, muss er dies ohne deren Widerstand nicht beachten und kann sich darüber hinwegsetzen, bis sie Widerstand leistet²⁴.

Frauen sind weit häufiger von sexualisierter Gewalt betroffen als Männer. Die von den Frauen letztlich geforderte körperliche Gegenwehr entspricht i.d.R. nicht deren Sozialisation, sie gilt in anderen Situationen noch immer als ‚unweiblich‘ und für Frauen unangemessen. Bei diesem Delikt wird sie jedoch zum zentralen Bezugspunkt, dem ein Großteil der Frauen nicht nachkommen kann. Viele Betroffene empfinden die Situation einer drohenden Vergewaltigung als ausweglos, sie fühlen sich ohnmächtig und hilflos. Sie befürchten, nicht selten durchaus berechtigt, lebensbedrohliche Ver-

²³ Es sei denn, sie ist i.S.d. § 179 StGB objektiv Widerstandsunfähig oder befindet sich in einer objektiv schutzlosen Lage.

²⁴ Völlig anders ist dies zum Beispiel bei Eigentumsdelikten, die unabhängig vom Verhalten der betroffenen strafbar sind. Siehe dazu auch Deutscher Juristinnenbund (djb) 09.05.2014: Stellungnahme 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. Berlin.



letzungen und haben Angst. Dies ist keine Situation, in der körperliche Gegenwehr selbstverständlich erwartet werden kann. Es wird regelhaft verkannt, dass physische Gegenwehr oder auch Flucht in solchen Situationen keineswegs natürliche Reaktionen sind. Typische psychische Reaktionen wie Schockstarre oder Lähmung führen jedoch regelhaft zur Straflosigkeit der Übergriffe. „Auch Bewegungsunfähigkeit, Erstarren, Widerstandslosigkeit oder aus ‚objektiver‘ Perspektive gänzlich unlogische Handlungen sind weit verbreitete, ‚natürliche‘, nämlich empirisch vorkommende Reaktionen.“²⁵ Dieser Tatsache wird die materielle Rechtslage in keiner Weise gerecht.

Erfolgt die physische Gegenwehr erst spät, verbleiben mindestens alle vorigen Handlungen straflos, zumeist aber die gesamte Tat. Denn die Betroffenen belegen durch die späte Gegenwehr, dass sie grundsätzlich in der Lage waren, sich zu widersetzen, nur keinen sofortigen Widerstand geleistet haben.

Sexuelle Übergriffe sind sehr häufig Beziehungstaten, in wenigen Fällen sind die Täter den Frauen unbekannt. In solchen Konstellationen faktisch die Strafverfolgung an eine sofortige Gegenwehr der Betroffenen zu koppeln, erscheint geradezu widersinnig. Denn Studien zeigen: Üben Intimpartner sexualisierte Gewalt aus, besteht ein hohes Gewalt- und Bedrohungspotential.²⁶ Keine physische Gegenwehr zu zeigen kann demnach eine gut begründete Überlebensstrategie sein, um schwere Verletzungen zu vermeiden. Faktisch wird jedoch von Betroffenen erwartet, das Risiko in Kauf zu nehmen, schwere Verletzungsfolgen davon zu tragen.

Die Strafbarkeitslücken werden auch nicht hinreichend durch die Tatbestände der sog. schutzlosen Lage und des sexuellen Missbrauchs Widerstandsunfähiger geschlossen. Denn eine objektiv schutzlose Lage wie sie die Rechtsprechung definiert, kommt in der Praxis äußerst selten vor. Und die Widerstandsunfähigkeit erfasst all die Fälle nicht, in denen die Betroffenen subjektiv widerstandsunfähig sind, was die Täter auch erkennen, objektiv aber grundsätzlich in der Lage wären, sich zu wehren. Fälle, in denen die Betroffene angetrunken ist, dem anscheinend hilfsbereiten Bekannten den Wohnungsschlüssel übergibt und sich dann dessen sexuellen Handlungen nicht erwehren kann oder auch die gesamte Fallgruppe von Geschädigten mit Lernschwierig-

²⁵ Lembke, Ulrike (2014): Vergebliche Gesetzgebung. Die Reform des Sexualstrafrechts 1997/98 als Jahrhundertprojekt und ihr Scheitern in und an der sog. Rechtswirklichkeit. In: Thorsten Benkel/Rüdiger Lautmann (Hg.), Strafrecht: Genese und Gestalt. Schwerpunktheft der Zeitschrift für Rechtssoziologie (im Erscheinen, S. 18. Vgl. auch: Schellong (2010): Anforderungen im Strafverfahren und sexuell traumatische Erlebnisse. In: bff (Hrsg.), Streitsache Sexualdelikte: Frauen in der Gerechtigkeitslücke. Berlin: Selbstverlag, S.21 – 29.

²⁶ Vgl. Müller und Schröttle 2004, S. 206. Lembke 2014, S.27.



keiten (so genannter geistiger Behinderung) bleiben strafrechtlich weitgehend unbeachtet.

Diese Rechtslage bedeutet konkret für (potenzielle) Betroffene von sexuellen Übergriffen: die Verantwortung dafür, was als strafwürdiger sexueller Übergriff gewertet wird, wird nicht dem Täter, sondern dem Opfer übertragen. Diese fühlen sich dadurch schuldig und verantwortlich, dass es zu dem Übergriff gekommen ist und sie ihn zugelassen haben. Es findet eine erneute Viktimisierung statt.

3. Die deutsche Rechtslage wird den realen Situationen, in denen die Übergriffe stattfinden, nicht gerecht.

Der materiellen Rechtslage liegt ein idealtypisches Tatbild sexueller Übergriffe zugrunde, das sich keinesfalls mit den realen Situationen dieser Übergriffe deckt. Weicht das tatsächliche Geschehen vom idealtypischen Bild ab, kann der Übergriff häufig nicht als strafrechtlich relevante sexualisierte Gewalt identifiziert werden.

Idealtypisch wird von folgendem Bild ausgegangen: Es handelt sich um eine sexuelle Handlung durch einen Fremden bei Nacht in einem einsamen Gebiet. Der Täter wendet Gewalt an oder droht damit. Das Opfer wehrt sich heftig oder versucht vergeblich zu fliehen. Die Tat wird sofort angezeigt, Verletzungsspuren sind nachweisbar. Idealtypisch zugrunde gelegt werden zwei mögliche Opferreaktionen: Flucht oder physischer Widerstand.

Die Realität zeigt jedoch: Die Übergriffe finden zumeist in zunächst harmlosen sozialen Alltagssituationen statt, die Betroffenen wännen sich in keiner Gefahr. Sexualisierte Gewalt wird häufig durch bekannte Täter ausgeübt, zu denen ein Vertrauensverhältnis besteht. Betroffene reagieren in der Regel gerade nicht mit Flucht oder Widerstand. Tatort ist häufig die eigene Wohnung.

Die zu erfüllenden Tatbestandsmerkmale des §177StGB gehen insgesamt völlig an der realen Situation vorbei, in der die Angriffe typischerweise stattfinden.

Das Tatbestandsmerkmal ‚Gewalt‘ ist häufig nicht erfüllt, weil Betroffene typischerweise keinen oder zu wenig Widerstand leisten (s.o.).

Das Tatbestandsmerkmal der schutzlosen Lage greift generell selten, in einer Wohnung regelhaft nicht. Eine objektiv schutzlose Lage liegt eigentlich gemäß der Rechtslage nur in vollkommen abgelegenen oder verschlossenen und schalldichten Tatorten vor. Die Bedingungen zur Objektivierung der schutzlosen Lage legen potentiellen Betroffenen quasi auf, in einer jeden Situation zunächst objektiv die Lage einzuschätzen



und zu prüfen, ob Gegenwehr oder Flucht erfolgsversprechend sein könnten. Das regelhaft erwartete Rufen um Hilfe ist ein unrealistischer Maßstab, wenn man bedenkt, dass sehr viele Frauen einen sexuellen Übergriff genau deswegen nicht polizeilich anzeigen, weil sie sich schämen oder den Vorfall als zu intim betrachten.²⁷ Das Tatbestandsmerkmal der ‚Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben‘ greift in den realen Tatsituationen regelmäßig nicht. Gerade Täter aus dem nahen sozialen Umfeld kennen die Lebensumstände der Betroffenen gut und sind deshalb in der Lage, mit völlig anderen – für die Betroffenen individuell ebenso schwer wiegenden – Übeln zu drohen, so z.B. das Weitererzählen intimer Geheimnisse. Der „Grundsatz, dass der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung als hochrangiges Rechtsgut nur der Bewahrung gleichrangiger Rechtsgüter weichen darf, ist Maßstab *staatlichen* Handelns, nicht der Opferreaktion.“²⁸

6. Schlussfolgerungen

Zusammengefasst stellt sich die Situation in Deutschland derzeit folgendermaßen dar: „Nein“ sagen reicht für eine Strafbarkeit sexueller Übergriffe nicht aus. Täter dürfen sich derzeit in Deutschland straflos wissentlich über den erklärten Willen des Opfers hinwegsetzen.

Bei der staatsanwaltlichen und gerichtlichen Prüfung von Vergewaltigungsdelikten steht nicht das Verhalten des Täters, sondern das Verhalten des Opfers im Vordergrund. Der zentrale Bezugspunkt für eine Strafbarkeit ist die Widerstandsleistung der Betroffenen. Anders als beispielsweise bei Eigentumsdelikten, die unabhängig vom Verhalten der Betroffenen strafbar sind, muss die sexuelle Selbstbestimmung aktiv verteidigt werden und ist nicht voraussetzungslos geschützt. Dies bedeutet, dass die Verantwortung dafür, was als sexueller Übergriff strafbar ist, nicht beim Täter, sondern beim Opfer liegt.

Darüber hinaus entsprechen die zu erfüllenden Tatbestandsmerkmale des §177 StGB insgesamt nicht den realen Situationen, in denen sexuelle Übergriffe typischerweise geschehen. Die Angriffe geschehen häufig im sozialen Nahraum und gehen von den Betroffenen bekannten Personen aus, nicht selten in der eigenen Wohnung. Der materiellen Rechtslage hingegen liegt ein völlig anderes Tatbild zugrunde, das von einem Angriff eines Fremden an einem unsicheren Ort ausgeht.

²⁷ Vgl. auch: Müller, Schröttle 2004, S.210

²⁸ Lembke 2014, S. 19



Letztlich muss konstatiert werden, dass ein effektiver Schutz des Gutes der sexuellen Selbstbestimmung in Deutschland derzeit nicht gegeben ist. Täter müssen nur dann mit Strafe rechnen, wenn sich Opfer ihnen wehrhaft widersetzen. Ein klar formuliertes „Nein“ kann vom Täter unbeachtet bleiben.

Es stellt sich die Frage, ob diese Situation für einen modernen Staat, der sich der Gleichberechtigung und Chancengleichheit seiner Bürgerinnen und Bürger verschrieben hat, noch länger tragbar ist. Es ist nicht länger hinnehmbar, dass Betroffene nach Übergriffen vor einer Anzeigeerstattung zurückschrecken, weil sie keine Chance darin sehen, dass der Täter zur Verantwortung gezogen wird.

Der bff hält sowohl aus menschenrechtlicher²⁹ als auch aus gesellschaftspolitischer Perspektive folgende Veränderungen für unabdingbar:

- Die bestehenden Schutzlücken sollten vom Gesetzgeber zeitnah geschlossen werden. Die Verantwortung für eine Strafbarkeit eines sexuellen Übergriffs darf nicht länger bei der Betroffenen liegen. Jede sexuelle Handlung ohne Einverständnis der Betroffenen muss strafbar sein, wenn der Täter das fehlende Einverständnis vorsätzlich missachtet. Eine solche Veränderung entspräche den Anforderungen der Istanbul-Konvention und würde gleichzeitig gewährleisten, dass die materielle Rechtslage die empirisch belegte Realität sexueller Übergriffe abdeckt.
- Aufgrund der zahlreichen über die materielle Rechtslage hinausgehenden Schwierigkeiten in Sexualstrafverfahren und der großen Belastung für die betroffenen Opferzeuginnen und -zeugen sind weitere flankierende Maßnahmen dringend nötig. Bewährt hat sich das Instrument der Psychosozialen Prozessbegleitung, durch das die Zeuginnen und Zeugen stabilisiert werden.³⁰ Ein Rechtsanspruch auf Psychosoziale Prozessbegleitung sollte eingeführt werden.

²⁹ Siehe auch: Policy Paper Deutsches Institut für Menschenrechte, Heike Rabe und Julia von Normann (2014): Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen. Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht.

³⁰ Die Bedeutung Psychosozialer Prozessbegleitung wurde erst kürzlich vom Strafrechtsausschuss der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister bekräftigt. Das Instrument umfasse die „qualifizierte Betreuung, Informationsvermittlung und Unterstützung im Strafverfahren mit dem Ziel, ihre individuelle Belastung zu reduzieren, eine Sekundärviktimsierung weitestgehend zu vermeiden und die Aussagetüchtigkeit als Zeuginnen und Zeugen zu fördern. (...) Dadurch entsteht ein Nutzen für die betroffenen Zeuginnen und Zeugen und die Justiz.“ (Mindeststandards der psychosozialen Prozessbegleitung vorgelegt



Literatur und Studien

Arbeitsgruppe des Strafrechtsausschusses der Justizministerkonferenz (2014). *Mindeststandards der psychosozialen Prozessbegleitung* (Stand: 25. Juni 2014). Berlin: Strafrechtsausschuss JuMiKo.

Bundesamt für Justiz (Hrsg.) (2014). *Statistik: Meldungen, Anklagen und Verurteilungen von Vergewaltigung in Deutschland*. Bonn: Bundesamt für Justiz.

Cialdini, R. 2003: *Die Psychologie des Überzeugens*. Bern: Verlag Hans Huber.

djb (2014). *Stellungnahme 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*. Berlin: djb 09.05.2014.

Hellmann, D.F. (2014). *Repräsentativbefragung zu Viktimisierungserfahrungen in Deutschland*. Hannover: KFN.

Konvention des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11. Mai 2011, CETS No. 210.

Laubenthal, K. (2012). *Handbuch des Sexualstrafrechts*. Springer-Verlag: Berlin Heidelberg.

Lembke, Ulrike (2014). *Vergebliche Gesetzgebung. Die Reform des Sexualstrafrechts 1997/98 als Jahrhundertprojekt und ihr Scheitern in und an der sog. Rechtswirklichkeit*. In: Thorsten Benkel/Rüdiger Lautmann (Hg.), *Strafrecht: Genese und Gestalt*. Schwerpunktheft der Zeitschrift für Rechtssoziologie (im Erscheinen).

Müller, Ursula und Schröttle, Monika (2004). *Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland*, Langfassung der Untersuchung. Berlin: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend.

Schellong, Julia (2010). *Anforderungen im Strafverfahren und sexuell traumatische Erlebnisse*, S. 21-29 in bff (Hrsg.), *Streitsache Sexualdelikte: Frauen in der Gerechtigkeitslücke*. Berlin: Selbstverlag.

Rabe, Heike und von Normann, Julia (2014). Policy Paper: *Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen. Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht*. Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte.

von einer Arbeitsgruppe des Strafrechtsausschusses der Justizministerkonferenz (Stand: 25. Juni 2014)), S.2.



Quellen: Rechtsprechung

Bundesgerichtshof Beschluss vom 20.3.2012, 4 StR 561/11 juris

Bundesgerichtshof Beschluss vom 30.03.2012, 4 StR 561/11 juris m.w.N.

Bundesgerichtshof Beschluss vom 16.10.2012, 3 StR 385/12 juris

Bundesgerichtshof Beschluss vom 19.2.2013, 5 StR 613/12 juris

Landgericht Essen Urteil vom 10.09.2012, 25 Kls 10/12 juris



MARTIN-LUTHER-UNIVERSITÄT HALLE-WITTENBERG

JURISTISCHE FAKULTÄT

FRANZ-VON-LISZT-HAUS

Prof. Dr. Joachim Renzikowski
Professur für Strafrecht und Rechtsphilosophie/Rechtstheorie

Prof. Dr. Joachim Renzikowski
Jur. Fakultät, Martin-Luther-Univ., 06099 Halle



26. Januar 2015

Lücken beim Schutz der sexuellen Selbstbestimmung aus menschenrechtlicher Sicht

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

- * Aus Art. 36 der Istanbul-Konvention ergibt sich die völkerrechtliche Verpflichtung, jeden nicht-einverständlichen Sexualkontakt unter Strafe zu stellen (II.).
- * Das geltende Strafrecht in Deutschland enthält Schutzlücken bei überraschenden Sexualangriffen sowie im Hinblick auf die eingeschränkte Auslegung der schutzlosen Lage (§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB) durch die Rechtsprechung (III.).
- * Der Vorwurf der Diskriminierung behinderter Personen durch § 179 StGB ist unberechtigt, was nichts daran ändert, dass diese Vorschrift wegen zahlreicher Ungereimtheiten reformbedürftig ist (IV.).

I. Einleitung

Seit einiger Zeit steht § 177 StGB unter öffentlicher Kritik. So beklagt die Frauenrechtsorganisation Terre des Femmes die geringe Zahl der Verurteilungen wegen sexueller Nötigung oder Vergewaltigung und fordert: „Schluss mit der Straflosigkeit“.¹ Obwohl nach Dunkelfeldforschungen in Deutschland etwa alle drei Minuten eine Frau vergewaltigt werde, würden nur etwa fünf Prozent der Vorfälle bei der Polizei angezeigt und nur 13 % aller Ermittlungsverfahren endeten mit einer Verurteilung.² Das Vertrauen auf ein faires Verfahren, bei

¹ Unter: www.frauenrechte.de/online/images/downloads/hgewalt/gegen-vergewaltigung/Unterschriftenaktion-gegen-Vergewaltigungen-Positionspapier.pdf – abgerufen am 14. 1. 2015.

² Terre des Femmes schätzt die jährliche Zahl auf 160.000. Die von Terre des Femmes herangezogene Studie von *Schrötte/Müller*, Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit in Deutschland. Eine repräsentative Untersuchung zur Gewalt gegen Frauen in Deutschland im Auftrag des BMFSFJ von 2005 nennt eine Anzeigequote 11 % (S. 208 f.). Die Verurteilungsquote liegt bei 2 % aller Vorfälle (S. 216 f.). Die Opferbefragung des KFN nennt ähnliche Zahlen: 15,5 % aller Vorfälle werden angezeigt, aber nur in 2,1 % aller Vorfälle stehe am Ende eine Verurteilung (*Hellmann*, Repräsentativbefragung zu Viktimisierungserfahrungen in Deutschland, KFN-Forschungsbericht Nr. 122 [2014], S. 147 f., 150). Bemerkenswerterweise hat sich die Verurteilungsquote in den letzten 20 Jahren mehr als halbiert – obwohl die Strafbarkeit nach § 177 StGB erweitert wurde (s. Presseerklärung des KFN „Vergewaltigung: Die

dem Opfer geschützt und unterstützt würden und das dann auch zu einer Verurteilung führe, sei bei vielen Frauen erschüttert. Eine vergleichende internationale Studie von 2009 scheint diesen Befund zu bestätigen. Obgleich in Deutschland – wie in den verglichenen Ländern auch – seit 1997 die Bereitschaft gestiegen sei, sexuelle Nötigungen und Vergewaltigungen anzuzeigen, sei die Verurteilungsrate im europäischen Vergleich die sechsniedrigste.³ Allerdings halten die Autorinnen divergierende gesetzliche Bestimmungen nicht für stichhaltig, um die unterschiedliche Strafverfolgungspraxis in den untersuchten Ländern zu erklären.⁴

Nun ist vor dem Hintergrund der Unschuldsvermutung eine hohe Verurteilungsziffer kein Wert an sich und schon gar kein Beleg für ein perfektes Strafrecht. Häufig schrecken Opfer vor einer Strafanzeige zurück, weil sie die damit verbundenen Belastungen fürchten. Während die Verdrängung des Unsagbaren der Gefühlslage des Opfers entspricht, wird es – oft mehrmals von Polizei, Staatsanwalt, Richter – als wichtigste Zeugin bis in die kleinsten Details zu dem sexuellen Übergriff befragt und so immer wieder mit dem schrecklichen Ereignis konfrontiert.⁵ Hinzu kommt, dass die allermeisten Sexualstraftaten ohne Zeugen begangen werden, so dass das Opfer das entscheidende, wenn nicht sogar das einzige Beweismittel ist. Dadurch bereitet die Beweiswürdigung bei Sexualdelikten besondere Probleme,⁶ wobei unterschiedliche Spekulationen über Falschbeschuldigungen⁷ – auf welcher Basis auch immer – nicht weiterhelfen.

Es ist nicht die Aufgabe des Strafrechts, Beweisprobleme zu minimieren, sondern Rechtspositionen zu schützen. Angesichts dessen stellt sich permanent die Frage, ob das deutsche Strafrecht die sexuelle Selbstbestimmung ausreichend schützt, und zwar umso dringlicher vor dem Hintergrund (gewandelter) internationaler Standards des Menschenrechtsschutzes.

II. Internationale Schutzstandards

Im institutionellen Rahmen der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten hat sich inzwischen ein weit reichender Standard zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung herausgebildet.

Schwächen der Strafverfolgung – das Leiden der Opfer“, abgerufen am 18. 9. 2014 unter: http://www.kfn.de/versions/kfn/assets/Presseerklaerung_Vergewaltigung.pdf. Die angekündigte Studie ist noch nicht veröffentlicht.).

³ Lovett/Kelly, Different systems, similar outcomes? Tracking attrition in reported rape cases across Europe, 2009, S. 20 ff., 57 f.

⁴ Lovett/Kelly (Fn. 3), S. 111.

⁵ Zur sog. „sekundären Viktimisierung“ näher *Feldmann/Westenhöfer*, Vergewaltigung und ihre Folgen. Ein Beitrag zur posttraumatischen Belastungsreaktion, 1992, S. 28 f.; *Schneider*, Die Situation des Vergewaltigungsopfers, in: Albrecht u.a. (Hrsg.), Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag, 1998, S. 377.

⁶ Zu den Anforderungen bei der Beweiswürdigung, wenn Aussage gegen Aussage steht, s. BGH, NStZ 2002, 94, 446; 2009, 107 f.; zu den Standards der Glaubhaftigkeitsbegutachtung s. BGHSt 54, 164, 167 ff.; *Jansen*, Zeuge und Aussagepsychologie, 2. Aufl. 2012, Rn. 297 ff.

⁷ Die Untersuchung von *Elsner/Steffen*, Vergewaltigung und sexuelle Nötigung in Bayern, 2005, S. 176 ff., gelangt aufgrund einer Auswertung der PKS und der „dazugehörigen“ Akten sowie einer Expertenbefragung zu einer Fehlbeurteilungsquote von 7,4 %. Das Dunkelfeld bleibt dabei freilich unberücksichtigt. Demgegenüber behauptet *Frauen*, Vorgetäuschte Sexualdelikte, 2008, S. 17 ff. eine sehr hohe Falschbeurteilungsrate und Strafverteidiger beklagen sich über eine faktische Bereitschaft der Strafverfolgungsorgane, Beschuldigte wegen eines Sexualdelikts grundsätzlich nicht freizusprechen, s. *Geipel*, Handbuch der Beweiswürdigung, 2008, S. 329 ff.

1. Das Urteil des EGMR in der Beschwerdesache *M.C. gegen Bulgarien*

Das Grundsatzurteil des EGMR in der Beschwerdesache *M.C. gegen Bulgarien* von 2003⁸ zur Strafverfolgung sexueller Gewalt kann als Ausgangspunkt für die weitere Entwicklung genommen werden.

Die zum Zeitpunkt der sexuellen Übergriffe 14 Jahre alte Beschwerdeführerin hatte zwei junge Männer angezeigt, die sie nach einem Diskothekenbesuch vergewaltigt haben sollten. Sie hätte die beiden jeweils zurückgewiesen, geweint und gebeten, aufzuhören. Die beiden Männer dagegen gaben an, sie seien vom Einverständnis der Beschwerdeführerin ausgegangen. Die Strafverfolgungsbehörden stellten schließlich das Verfahren ein, da die Voraussetzungen einer Vergewaltigung nach § 152 Abs. 1 des bulgarischen Strafgesetzbuchs⁹ nicht nachgewiesen werden könnten, weil die Beschwerdeführerin keinen Widerstand geleistet oder um Hilfe gerufen habe.¹⁰

Würde man den angezeigten Sachverhalt nach deutschem Recht beurteilen, so stellte sich die Frage, ob die Voraussetzungen von § 177 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 3 StGB vorliegen. Die Entscheidung des EGMR ist aber deshalb besonders interessant, weil er sich nicht damit begnügt, die bulgarische Rechtspraxis dafür zu kritisieren, dass sie als Nachweis für eine Vergewaltigung vom Opfer körperlichen Widerstand verlangt.¹¹ Vielmehr geht der EGMR weit darüber hinaus und betont die fehlende Zustimmung („lack of consent“) als die zentrale Voraussetzung („constituent element“) der Strafbarkeit.¹² Ein effektiver Schutz von Frauen vor Gewalt gebiete die Bestrafung nicht-einverständlicher Sexualkontakte („non-consensual acts“).¹³ Zu diesem Ergebnis gelangt der EGMR aufgrund einer rechtsvergleichenden Analyse, die auch die Rechtsprechung des ICTY in die Betrachtung einbezieht.¹⁴ Sein Fazit ist jedenfalls eindeutig: „In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member States’ positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim.“¹⁵ Diese Forderung nach einer effektiven Strafverfolgung nicht-einverständlicher Sexualkontakte hat der EGMR in mehreren Folgeentscheidungen bekräftigt.¹⁶

⁸ EGMR 4.12.2003 – 39272/98 (*M.C. gegen Bulgarien*); näher dazu *Pitea*, Rape as a Human Rights Violation and a Criminal Offence, *Journal of International Criminal Justice* 2 (2005), 447 ff.

⁹ Die Vorschrift definiert Vergewaltigung als „Geschlechtsverkehr mit einer Frau, die 1. widerstandsunfähig ist und nicht eingewilligt hat, oder 2. durch Gewalt oder Drohungen gezwungen wurde, oder 3. durch den Täter in eine hilflose Lage versetzt wurde.“ Vgl. dazu EGMR, Fall *M.C.* (Fn. 8), §§ 74–85.

¹⁰ S. die Sachverhaltsdarstellung bei EGMR, Fall *M.C.* (Fn. 8), §§ 11–68.

¹¹ EGMR, Fall *M.C.* (Fn. 8), §§ 170–174.

¹² EGMR, Fall *M.C.* (Fn. 8), §§ 159, 163.

¹³ EGMR, Fall *M.C.* (Fn. 8), §§ 162, 166.

¹⁴ Der EGMR, Fall *M.C.* (Fn. 8), §§ 102–107, bezieht sich auf die Entscheidung des ICTY (Trial Chamber) 10.12.1998 – IT-95-17/1-T (*Furundžija*), § 185, in der ein enger Vergewaltigungsbegriff, vergleichbar dem deutschen Recht vertreten wurde, und die Entscheidung des ICTY (Trial Chamber II) 22.2.2001 – IT-96-23-T (*Kunarac, Kovač und Vuković*), §§ 457–460, die weitergehend das Fehlen einer wirksamen Zustimmung betonte. Die Rspr. der Ad-hoc-Tribunale und des ICC hat sich jedoch nicht so eindeutig entwickelt, wie der EGMR suggeriert. Eingehend dazu *Adams*, Der Tatbestand der Vergewaltigung im Völkerstrafrecht, 2013, S. 218 ff., 312 ff.

¹⁵ EGMR, Fall *M.C.* (Fn. 8), § 166.

¹⁶ Vgl. EGMR 15.5.2012 – 53519/07 (*I.G. gegen Moldawien*), § 45; EGMR 24.7.2012 – 42418/10 (*D.J. gegen Kroatien*), § 86; EGMR 24.9.2013 – 13424/06 (*N.A. gegen Moldawien*), § 71.

2. Art. 36 der Istanbul-Konvention

Die Entscheidung des EGMR im Fall *M.C. gegen Bulgarien* hat vorweggenommen, was Art. 36 des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11. 5. 2011¹⁷ nun im Detail vorschreibt. Die Vorschrift mit der Überschrift „Sexual violence, including rape“ lautet:

- (1) Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalised:
 - a. engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object;
 - b. engaging in other non-consensual acts of a sexual nature with a person;
 - c. causing another person to engage in non-consensual acts of a sexual nature with a third person.
- (2) Consent must be given voluntarily as the result of the person's free will assessed in the context of the surrounding circumstances.
- (3) Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the provisions of paragraph 1 also apply to acts committed against former or current spouses or partners as recognised by internal law.

Aus der Vorschrift geht klar hervor, dass jede Form nicht einverständlicher Sexualkontakte strafbar sein soll.¹⁸ Die Erläuterungen verweisen dabei auf die Forderung nach einem umfassenden Schutz der sexuellen Selbstbestimmung in der Leitentscheidung des EGMR.¹⁹ Allerdings steht den Unterzeichnerstaaten ein gewisser Spielraum offen, um unter Beachtung der Grundsätze des EGMR die Voraussetzungen zu konkretisieren, unter denen eine Zustimmung nicht als frei i.S.v. Art. 36 Abs. 2 der Istanbul-Konvention angesehen werden kann.²⁰

III. Schutzlücken im geltenden Recht

1. Systematik des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung

Sexuelle Selbstbestimmung bedeutet, über das „Ob“ einer sexuellen Begegnung, die Art und Weise der sexuellen Handlung, die konkreten Umstände wie Zeit und Ort und nicht zuletzt über die Auswahl des konkreten Sexualpartners zu entscheiden. Wie Art. 2 Abs. 1 GG zeigt, kann es ein Recht auf freie Entfaltung der eigenen Sexualität nur geben, soweit nicht die Freiheit anderer betroffen ist. Sexuelle Interaktion setzt die Zustimmung der Sexualpartner voraus. Andernfalls handelt es sich nicht um die Verwirklichung eines Rechts, sondern um Usurpation, und es ist die Aufgabe des Strafrechts, derartige Rechtsverletzungen durch die Androhung von Sanktionen zu verbieten. Daher steht hier die negative Seite des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung im Vordergrund: die Freiheit davor, zum Objekt fremdbestimmter sexueller Übergriffe herabgewürdigt

¹⁷ CETS No. 210 – sog. „Istanbul-Konvention“. Die Bundesrepublik hat die Konvention am 11. 5. 2011 gezeichnet, s. BT-Drs. 17/12996, 2.

¹⁸ S. auch Explanatory Report (unter: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/210.htm> – abgerufen am 14. 1. 2015), § 190: „all acts of a sexual nature without the freely given consent of one of the parties involved“; ebenso § 194.

¹⁹ Explanatory Report (Fn. 18), § 191.

²⁰ Explanatory Report (Fn. 18), § 193: „It is, however, left to the Parties to decide on the specific wording of the legislation and the factors that they consider to preclude freely given consent.“

zu werden.²¹ Damit ist die sexuelle Selbstbestimmung ein Teilaspekt der durch Art. 2 Abs. 1 GG garantierten persönlichen Freiheit und letztlich auch der Menschenwürde.²² Wegen der hohen Wertigkeit der betroffenen Rechtsposition sind aufgedrängte erhebliche sexuelle Handlungen ohne Einverständnis des anderen daher grundsätzlich strafwürdig.

Am handgreiflichsten wird die sexuelle Selbstbestimmung einer Person verletzt, wenn sie mit einem Sexualkontakt nicht einverstanden ist. Klassische Straftatbestände sind sexuelle Nötigung und Vergewaltigung (§ 177 StGB), qualifizierter Menschenhandel zur Ausbeutung der Sexualität (§ 232 Abs. 4 Nr. 1 StGB) sowie als Auffangtatbestand die „einfache“ Nötigung (§ 240 StGB). Zwang schließt Freiwilligkeit aus. Aber auch jenseits von Zwang kann die sexuelle Selbstbestimmung durch andere Formen unangemessener Beeinflussung beeinträchtigt werden. Freie Selbstbestimmung setzt zudem voraus, dass eine Person eine gewisse verstandesmäßige Kompetenz hat, die zur Auswahl stehenden Alternativen kennt und über hinreichende Informationen verfügt, um eine den eigenen Präferenzen angemessene Wahl treffen zu können. Selbst bei Vorliegen eines faktischen Einverständnisses werden etwa bestimmte Motive wie das Streben nach einer günstigen Entscheidung in einem Straf- oder Unterbringungsverfahren (§ 174 b StGB), die „Übertragungsliebe“ (§ 174 c StGB) oder die Erlangung einer Gegenleistung (§§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 1 StGB) als mit einer freien Entscheidung unvereinbar bewertet. Diese Einschränkungen der „Selbstbestimmung“ beruhen ebenso auf einer normativen Setzung wie etwa die abgestuften Schutzaltersgrenzen der Jugendschutztatbestände (§§ 174, 176, 180, 182 StGB) oder der Begriff der Widerstandsunfähigkeit (§ 179 StGB).²³ Die sexuelle Selbstbestimmung ist also nicht erst dann verletzt, wenn überhaupt keine Zustimmung vorliegt, sondern auch dann, wenn die Zustimmung vom Recht nicht als wirksam bewertet wird.

2. Schutzlücken

a) Objektive oder subjektive Schutzlosigkeit bei § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB

§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB setzt voraus, dass der Täter eine Lage ausnutzt, in der das Opfer seiner Einwirkung schutzlos ausgeliefert ist. Der Gesetzeswortlaut lässt offen, aus welcher Perspektive sich die Schutzlosigkeit des Opfers beurteilt. Dazu zwei Beispiele aus der neueren Rechtsprechung:

Fall 1: F erschien auf Vorladung zu einer Zeugenaussage auf der Polizeidienststelle, in der Polizeihauptkommissar P am Nachmittag allein seinen Dienst verrichtete. Nach Abschluss der Vernehmung lud P die F auf eine Tasse Kaffee in den angrenzenden Sozialraum ein. Im Verlauf des folgenden Gesprächs ergriff P die Hand von F und küsste sie zuerst auf die Wange, später auch auf den Mund. F erkannte die sexuellen Absichten von P, mit denen sie nicht einverstanden war, hatte aber den Eindruck, sie käme nicht aus dem Raum. Sie war unsicher, ob sie die Dienststelle ohne weiteres Zutun von P würde verlassen können, und befürchtete zudem, dass dieser bei einer Gegenwehr zornig werden und sie unter Anwendung roher Gewalt vergewaltigen könnte. Sie versuchte, P abzulenken und beschränkte sich deshalb auf sanfte Abwehrbewegungen sowie die Mahnung, P solle „nicht so stürmisch“ sein oder er „solle das lieber lassen“. Als P ihr wiederholt den Reißverschluss der Jacke herunterzog und ihr unter das T-Shirt an die Brust griff, schubste sie ihn „nun deutlich energischer mit den Worten ‚Schluss jetzt!‘ und ‚Ich muss jetzt los.‘ weg, bot ihm aber

²¹ S. Sick/Renzikowski, Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, in: Hoyer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 603, 604 ff.

²² S. auch McGregor, Is it Rape? On Acquaintance Rape and Taking Women's Consent Seriously, 2005, S. 226 ff.

²³ Näher dazu Amelung, Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm, GA 1999, S. 182, 201 f.

gleichzeitig aus Angst, die Situation könne eskalieren, und in der Hoffnung, ihn dadurch besänftigen zu können, ein Treffen zu einem späteren Zeitpunkt an.“ Daraufhin ließ P von ihr ab, und F konnte die Polizeidienststelle ohne weiteres verlassen.

Der 3. Strafsenat erklärte, es reiche für die schutzlose Lage nach § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht aus, dass sich das Opfer „schutzlos fühlt“. Vielmehr komme es allein darauf an, ob das Opfer nach objektiver ex ante-Prognose etwaigen Gewaltanwendungen des Täters schutzlos ausgeliefert wäre. Zudem habe P nicht mit dem erforderlichen Ausnutzungsbewusstsein gehandelt.²⁴ Noch deutlicher tritt diese Auslegung im folgenden Fall zum Vorschein.

Fall 2: An einem Sommerabend äußerte A gegenüber seiner Ehefrau E in der gemeinsamen Ehwohnung den Wunsch, mit ihr den Analverkehr auszuüben. Obwohl sie sein Ansinnen entschieden ablehnte, holte A eine Fettcreme aus dem Badezimmer und begab sich zu E, die sich bereits auf einer Schlafcouch im Wohnzimmer zum Schlafen hingelegt hatte. Eine erneute Aufforderung des A lehnte E ab und fügte hinzu, dass Analverkehr gegen ihren Willen eine Vergewaltigung sei. A meinte, E solle sich nicht so anstellen und zog ihr die Schlafanzughose herunter. E sah in dieser Situation keine Möglichkeit mehr, sich dem Willen von A zu widersetzen. Für den Fall einer Gegenwehr rechnete sie mit Schlägen. Außerdem befürchtete sie, dass dann die beiden gemeinsamen Kinder erwachen und ebenfalls Opfer von Tätlichkeiten des A werden könnten. A vollzog mit der weinenden und sich vor Schmerzen windenden E den Analverkehr bis zum Samenerguss. Dabei drückte er sie so an eine Wand, dass sie sich aus ihrer Position nicht befreien konnte. Bei alledem ging A davon aus, dass E den Analverkehr nur deshalb ohne Gegenwehr erduldet, weil sie unter dem Eindruck der regelmäßig stattfindenden Übergriffe keine Chance sah, sich seinem Willen zu widersetzen und Angst um die eigene körperliche Unversehrtheit und die ihrer Kinder hatte. Im Fall einer Gegenwehr wäre A auch gewillt gewesen, sein Vorhaben mit Gewalt durchzusetzen. – Wenige Monate nach diesem Vorfall kehrten A und E von einem gemeinsamen Restaurantbesuch in die Ehwohnung zurück. Während des gesamten Tages herrschte eine harmonische und ausgelassene Stimmung. Nachdem sich E bereits schlafen gelegt hatte, trat A zu ihr an die Schlafcouch und kündigte an, ein weiteres Mal den Analverkehr mit ihr ausführen zu wollen. E begann zu weinen und lehnte unter Hinweis auf die damit für sie verbundenen Schmerzen ab. A erwiderte, dass Sex wehtun müsse, zog E die Schlafanzughose aus und vollzog mit ihr den Analverkehr. E verzichtete auf eine Gegenwehr, weil sie auch diesmal – trotz des harmonischen Tages – mit Gewalttätigkeiten des A rechnete. A war bewusst, dass er nur deshalb keinen Widerstand zu erwarten hatte, weil ihn E als einen Menschen kennengelernt hatte, der seine Wünsche notfalls unter Zuhilfenahme von Gewalt durchsetzt.

Der 4. Strafsenat stellte die tatrichterlichen Feststellungen nicht in Frage, hielt aber gleichwohl die Voraussetzungen des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB für nicht belegt und verwies den Fall daher zu erneuter Verhandlung und Entscheidung zurück. Für den BGH kommt es nicht maßgeblich darauf an, ob sich die Geschädigte schutzlos gefühlt hat, sondern darauf, „ob und inwieweit ihre Befürchtungen tatsächlich berechtigt waren und sie deshalb ... auch bei objektiver Betrachtung ... keine Möglichkeit hatte, fremde Hilfe in Anspruch zu nehmen.“²⁵ Dieser Ansicht liegt, wie *Maiwald* ebenso prägnant wie ironisch formuliert, der Idealtypus des „besonnenen Vergewaltigungsopfers“ zugrunde.²⁶ Hierbei werden viktimodogmatische Erkenntnisse vernachlässigt, wonach sexuelle Übergriffe das Opfer regelmäßig in eine psychische Ausnahmesituation versetzen, die es unfähig macht, überlegt zu

²⁴ BGH, NStZ 2012, 268, 269 mit Verweis auf BGHSt 50, 359, 362. Nach Zurückverweisung kam das LG Oldenburg 17.4.2012 – 4 KLS 2/12 im zweiten Anlauf zu einem Freispruch.

²⁵ BGH, NStZ 2013, 466, 467 m. abl. Anm. *Renzikowski/Sick*; in der Literatur ebenso dezidiert *Fischer*, StGB, 62. Aufl. 2015, § 177 Rn. 41; *Eisele* in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 177 Rn. 9 m.w.N.

²⁶ *Maiwald*, Viktimodogmatik und das Prinzip der Zumutbarkeit – am Beispiel der §§ 176 Abs. 1 Nr. 3 und 240 StGB, in: Heger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, S. 539, 546.

handeln. Gerade aus dieser Erwägung heraus führte der Gesetzgeber § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB ein, um mit der schutzlosen Lage die Opferperspektive besser zu berücksichtigen. Offenbar soll die Verobjektivierung der schutzlosen Lage eine Ausuferung des Tatbestandes vermeiden. Jedoch findet sich das notwendige Korrektiv im subjektiven Tatbestand: Kennt der Täter die Verängstigung nicht, dann handelt er ohne Vorsatz. Anders aber sind die Fälle zu würdigen, in denen der Täter die Einschüchterung des Opfers bewusst für seinen Übergriff ausnutzt. Auch das Opfer, das eine tatsächlich bestehende Hilfsmöglichkeit mangels psychischer Kompetenz nicht erkennen kann, ist „schutzlos“ i.S.v. § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Mit dieser Auslegung wird keineswegs sachwidrig die Rechtssicherheit für die Irrationalität aufgegeben.²⁷

b) Überraschende sexuelle Übergriffe

Überraschende sexuelle Übergriffe gelten nach h.L. nicht als sexuelle Nötigung i.S.v. § 177 Abs. 1 StGB, und zwar selbst dann nicht, wenn gegen das Opfer unzweifelhaft körperliche Gewalt angewendet wird. So schlug etwa in einem derartigen Fall der Täter dem Opfer unvermittelt mit seiner Faust gegen die Brust. Wenn das Opfer aufgrund des völlig überraschenden Angriffs keinen Abwehrwillen mehr bilden kann, soll es an einer Willensbeugung durch Gewalt fehlen.²⁸ In seiner früheren Rechtsprechung zu § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB hat der BGH angenommen, dass der Täter hier die schutzlose Lage des Opfers für seinen Übergriff ausnutzt.²⁹ Das dem zugrunde liegende Verständnis der Nötigung als jedes Bestimmen des Opfers gegen seinen Willen³⁰ wurde in der Literatur kontrovers diskutiert.³¹ Im Jahr 2006 hat der BGH diese weite Auslegung von § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB aufgegeben: Nötigung ist Willensbeugung durch „Ausüben von Zwang“.³² Seitdem verlangt die Rechtsprechung einschränkend, dass der Täter die – objektiv begründete (s.o.) – Furcht des Opfers vor Anwendung von Gewalt ausnutzt.³³

Um einen überraschenden Sexualangriff ohne jegliche Gewaltanwendung ging es im folgenden

Fall 3: B sprach die 14-jährige K darauf an, ob er sie als Modell für ein Tattoo zeichnen dürfe. Nachdem das Mädchen sein Einverständnis erklärt hatte, forderte er K auf, „sich mit auseinander gestellten Beinen und an der Wand abgestützten Armen mit dem Gesicht zur Wand zu stellen.“ K kam dieser Aufforderung nach. Kurze Zeit später trat B – von K unbemerkt – hinter sie, zog ihr plötzlich und für sie völlig unerwartet die Jogginghose und den Slip herunter. Er drang von hinten mit seinem erigierten Penis in ihre Scheide ein und führte den Geschlechtsverkehr bis zum Samenerguss durch. Dabei wusste B, dass dies gegen den Willen des „paralisierten Mädchens“ geschah. Hierbei nutze er plangemäß den Umstand, dass beide in dem Anwesen allein waren, sowie das Überraschungsmoment aus.

²⁷ So aber *Fischer*, § 177 Rn. 28a.

²⁸ S. BGHSt 31, 76; BGH, NStZ-RR 2007, 12, 13; NStZ 2010, 698; *Eisele* in: Schönke/Schröder, § 177 Rn. 5 m.w.N.; krit. *Renzikowski* in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 177 Rn. 31.

²⁹ BGH, NStZ 2004, 440 f.

³⁰ S. BGHSt 45, 253, 258 ff.; BGH, NStZ-RR 2003, 42, 44 mit Billigung des BVerfG, NJW 2004, 3768, 3769 f.

³¹ Zum Ganzen s. *Renzikowski* in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 47 f. m.w.N.

³² BGHSt 50, 359 (365 f.) m. zust. Anm. *Renzikowski*, NStZ 2006, 397 ff.

³³ S. BGH, NJW 2007, 2341, 2344; NStZ 2009, 443; 2010, 149; 2012, 34; ebenso die h.L., z.B. *Eisele* in: Schönke/Schröder, § 177 Rn. 11 m.w.N.; anders *Hörnle* in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl., Bd. 6, 2010, § 177 Rn. 14 ff.

Wie der BGH ausführt, ist das bloße Ausnutzen des Überraschungsmoments keine Nötigung i.S.v. § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB.³⁴ Zu § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB verliert der Senat kein Wort, obwohl die „tiefgreifende Bewusstseinsstörung“ auch die Fälle erfassen soll, in denen das Opfer infolge Überraschung, Schreck oder Schock keinen Widerstandswillen bilden oder äußern kann.³⁵ Allerdings hat die neuere Rechtsprechung nicht mehr auf § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB zurückgegriffen, wenn der sexuelle Übergriff durch die Passivität einer überraschten und überforderten Person ermöglicht wurde.³⁶ Aber auch in derartigen Konstellationen kann, wie Fall 3 zeigt, die betroffene Person ihre sexuelle Selbstbestimmung nicht wahrnehmen.³⁷

3. Konsequenzen

Die Ratifizierung der Istanbul-Konvention steht zwar noch aus, aber schon jetzt müssen sich die deutschen Gerichte mit Art. 36 befassen, denn die dort formulierten staatlichen Schutzpflichten hat der EGMR im Fall *M.C.* aus Art. 3 EMRK (Folterverbot) und Art. 8 EMRK (Schutz des Privatlebens) abgeleitet. Insoweit besteht bereits nach dem geltenden Recht die Verpflichtung zur konventionskonformen Auslegung, und das bedeutet einen Wechsel der Blickrichtung auf die Perspektive des Opfers, von dem nicht mehr verlangt werden kann, dass es sich wehrt oder nach Hilfe sucht. Wie das BVerfG in ständiger Rechtsprechung festgestellt hat, sind insbesondere die Gerichte bei der Rechtsanwendung gehalten, die EMRK in der autonomen Interpretation des EGMR zu beachten und sie in die Auslegung der Gesetze zu integrieren, so lange nicht der eindeutige Wortlaut entgegensteht.³⁸ Künftig wird sich die Rechtspraxis also bei der Anwendung von § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB mit dem EGMR auseinandersetzen müssen. Ob allerdings alle Schutzlücken durch eine konventionskonforme Auslegung geschlossen werden können, erscheint doch zweifelhaft.³⁹

Die Ratifikation der Istanbul-Konvention wird deshalb ohne eine Anpassung des Sexualstrafrechts nicht möglich sein. Aus Art. 36 der Istanbul-Konvention folgt dabei noch nicht die Pflicht, den Straftatbestand der sexuellen Nötigung/Vergewaltigung selbst zu erweitern. Nicht jede Missachtung des Willens einer anderen Person ist schon eine Nötigung.⁴⁰ Vielmehr setzt Nötigung Zwang voraus. Dem Opfer wird vom Täter die Wahl zwischen zwei unerwünschten Verhaltensalternativen aufgedrängt.⁴¹ Die schlichte Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung, deren Bestrafung Art. 36 der Istanbul-Konvention verlangt, erfordert daher keine Änderung des Begriffs der Nötigung.

³⁴ BGH, NStZ 2012, 268; s. auch BGHR StGB § 177 Abs. 1 Gewalt 16; abw. Hörnle in: LK, § 177 Rn. 21.

³⁵ Vgl. BGHSt 36, 145, 146 f.; BGH, NStZ 2011, 210; skeptisch Gössel, Das neue Sexualstrafrecht, 2005, § 3 Rn. 9.

³⁶ Vgl. BGH, StV 2005, 439, 440; NStZ 2009, 324, 325.

³⁷ Daher für eine Gesetzesänderung Hörnle in: LK, § 179 Rn. 22.

³⁸ BVerfGE 74, 358, 370; 111, 307, 317, 323, 327 ff.; 128, 326.

³⁹ Ebenso Blume/Wegner, Reform des § 177 StGB? – Zur Vereinbarkeit des deutschen Sexualstrafrechts mit der „Istanbul-Konvention“, HRRS 2014, 357, 360 ff.; Rabe/von Norman, Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen. Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht, Deutsches Institut für Menschenrechte, Policy Paper Nr. 24 (Mai 2014), S. 20 f.; dezidiert gegen die Notwendigkeit einer Änderung Fischer, § 177 Rn. 39 b.

⁴⁰ So aber Hörnle in: LK, § 177 Rn. 14, 16 f.; früher auch BGHSt 45, 253, 258 ff. (zu § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB), diese Rechtsprechung ist inzwischen überholt, vgl. Renzikowski in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 49 f.

⁴¹ Hruschka, Die Nötigung im System des Strafrechts, JZ 1995, 737, 738; Kargl, Zur objektiven Bestimmung der Nötigung, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, 905, 914 f.

Vielmehr bietet sich für das dadurch verwirklichte Unrecht eine Strafvorschrift „unterhalb“ des § 177 StGB mit einem niedrigeren Strafraumen an.⁴²

Vorbilder für eine derartige Vorschrift finden sich bereits in der Diskussion zu einer Neufassung der Sexualdelikte der 80er Jahre bis zu den grundlegenden Änderungen durch das 33. StrÄndG von 1997. So schlug etwa der Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes der GRÜNEN vom Oktober 1986 eine weite Strafbarkeit von Vergewaltigung und sexueller Nötigung vor, für die es ausreichen sollte, dass jemand eine andere Person „gegen ihren Willen dazu bestimmt“, bestimmte, näher bezeichnete sexuelle Handlungen vorzunehmen oder zu dulden.⁴³

Für einen (subsidiären) weiten Tatbestand, der die Tathandlung allein als Missachtung des entgegenstehenden Willens beschreibt, spricht zunächst der Vorteil eines umfassenden Schutzes potentieller Opfer vor fremdbestimmten Sexualkontakten. Dieser Schutz umfasst dann vor allem solche Personen, die Schwierigkeiten haben, ihre Ablehnung auszudrücken. Ein zustimmungsorientiertes Konzept drückt einen grundlegenden Paradigmenwechsel vom Täter hin zum Opfer aus. Während im Nötigungskonzept eine Frau grundsätzlich für sexuelle Kontakte verfügbar erscheint – denn der Strafrechtsschutz greift erst dann ein, wenn sie alle Möglichkeiten zu Abwehr oder Flucht genutzt hat –, ist das im Zustimmungskonzept anders. Hier ist die Frau nicht jederzeit verfügbar, weil sie in einen Sexualkontakt einwilligen muss – und der Täter muss sich dessen vergewissern.⁴⁴ Eine derartige Vorschrift verfehlt keineswegs die Lebenswirklichkeit sexueller Interaktion, indem sie schon jeden Flirt kriminalisiert. Die in § 184 g Nr. 1 StGB normierte Erheblichkeitsschwelle wird von bloßen Zudringlichkeiten oder Belästigungen noch nicht erreicht. Damit ist selbst eine grob unhöfliche, mit körperlichen Berührungen verbundene „Anmache“ noch nicht strafbar. Ein Freiraum auf Kosten anderer für darüber hinausgehende sexuelle Übergriffe ist jedoch nicht gerechtfertigt. Eine Vorschrift, die Sexualkontakte „gegen den Willen“ des Opfers pönalisiert, wäre auch nicht zu unbestimmt (s. Art. 103 Abs. 2 GG)⁴⁵, weil gerade darin die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung liegt. Ob es gelingen könnte, die Fallgruppen fehlender Zustimmung in einer Vorschrift aufzuzählen, die möglichst vollständig und gleichzeitig noch lesbar sein sollte, scheint dagegen zweifelhaft.

Die Schwierigkeiten scheinen auch weniger in der theoretischen Begründung einer weiten Vorschrift als in ihrer praktischen Anwendung zu liegen. Kritiker sehen den Vorteil des Nötigungskonzepts darin, dass das Fehlen der Zustimmung aus objektiven Umständen (Gewaltanwendung, Bedrohung usw.) abgeleitet werden könne.⁴⁶ Dagegen würden vor allem bei ambivalenten Situationen die schon bisher bestehenden Beweisprobleme zunehmen, weil der Richter allein aus dem Verhalten des Opfers darauf schließen müsse, ob es einverstanden war oder nicht – und auch dem Täter nachgewiesen werden müsse, dass er das Verhalten des Opfers richtig gedeutet hat.⁴⁷ Wenn es zudem für die Strafbarkeit maßgeblich darauf ankommen soll, ob das Opfer

⁴² Demgegenüber für eine Erweiterung des § 177 StGB *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention. Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2015, S. 21 f.

⁴³ BT-Drs. 10/6137, 9; erneut BT-Drs. 11/5153, 3; BR-Drs. 422/1/14, 4; zu weiteren Vorschlägen des Deutschen Juristinnenbundes und des BMJFFG s. die Synopse von *Frommel*, Das klägliche Ende der Reform der sexuellen Gewaltdelikte, ZRP 1988, 233, 239 f.

⁴⁴ *Diesen/Diesen*, Sex crime legislation: Proactive and anti-therapeutic effects, International Journal of Law and Psychiatry 33 (2010), 329, 330 f.

⁴⁵ So aber *Adams* (Fn. 14), S. 512 f.

⁴⁶ Dahingehend wohl auch *Fischer*, § 177 Rn. 38.

⁴⁷ *S. Adams* (Fn. 14), S. 514 ff.

mit dem Sexualkontakt einverstanden war, werde sich die Beweiserhebung mehr als bisher auf sein Verhalten konzentrieren, weil – nur – daraus das Fehlen der Zustimmung abgeleitet werden könne. Damit aber würden opferbeschuldigende Verteidigungsstrategien geradezu provoziert.⁴⁸ Diese Einschätzung erscheint jedoch zweifelhaft, denn der Nachteil eines Nötigungskonzepts liegt auch in der opferbelastenden Beweiserhebung über (fehlende) Abwehrmöglichkeiten. Darauf kommt es bei einem Zustimmungskonzept jedoch nicht an, wenn das Fehlen des Einverständnisses feststeht.⁴⁹

4. Exkurs: Der Vergewaltigungsbegriff des Common Law

Einige europäische Länder stellen bereits jetzt das fehlende Einverständnis in den Mittelpunkt des Begriffs der Vergewaltigung.⁵⁰ Generell lassen sich zwei Konzepte unterscheiden. Während die kontinentalen Rechtsordnungen für eine Vergewaltigung üblicherweise eine wie auch immer geartete Nötigungshandlung verlangen⁵¹, knüpft das Common Law seit jeher an das fehlende Einverständnis des Opfers an.⁵² Die Umstände, bei denen ein fehlendes Einverständnis angenommen wurde, entwickelte das Case Law. Der Sexual Offences Act von 2003 sollte die Voraussetzungen des fehlenden Einverständnisses gesetzlich klarstellen und damit die unübersichtlich gewordene Kasuistik klären.⁵³

Rechtsvergleichend ist die Systematik der englischen Regelung interessant. Der in Sec. 1 (Rape), Sec. 2 (Assault by Penetration) und Sec. 4 (Causing a person to engage in sexual activity without consent) unterschiedlich beschriebene Sexualkontakt ist durchweg unter zwei Voraussetzungen strafbar, nämlich wenn das Opfer nicht zugestimmt hat („does not consent“) und wenn der Täter keinen vernünftigen Grund hatte, von einem Einverständnis auszugehen („does not reasonable believe that B [das Opfer] consents“). Ob die Annahme des Einverständnisses plausibel ist, muss im jeweiligen Einzelfall unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände einschließlich der Maßnahmen festgestellt werden, die der Täter unternommen hat, um sich der Zustimmung des Opfers zu versichern. Sec. 74 verlangt für ein wirksames Einverständnis, dass die Person die Freiheit und die Fähigkeit zur Wahl hatte („... a person consents if he or she agrees by choice and has the freedom and capacity to make that choice“). Sec. 76 enthält eine unwiderlegbare Vermutung für ein fehlendes Einverständnis bei einer Täuschung über die Natur der sexuellen Handlung oder über die Identität des Sexualpartners. Die in Sec. 75 aufgeführten Umstände wie Fortsetzungsfälle, bedrohliche Situationen, Schlaf und Bewusstlosigkeit, körperliche Widerstandsunfähigkeit oder Drogenkonsum sind ebenfalls geeignet, das Fehlen eines Einverständnisses zu beweisen, aber in diesen Fällen ist ein Gegenbeweis möglich, was faktisch zu einer Beweislastumkehr führt. Bei einer Anklage wegen einer Vergewaltigung geht der Ankläger somit in drei Stufen vor: Wenn die in Sec. 76 genannten Umstände bewiesen worden sind, steht die Verurteilung fest. Wenn die in Sec. 75 genannten Umstände bewiesen worden sind, kehrt sich die Beweislast um und die Verteidigung muss den Gegenbeweis antreten. Erst wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen, muss die Anklage subsidiär beweisen, dass der Sexualkontakt nicht freiwillig i.S.v. Sec. 74

⁴⁸ So *Adams* (Fn. 14), S. 516 ff.

⁴⁹ *Diesen/Diesen*, *International Journal of Law and Psychiatry* 33 (2010), 331 f.

⁵⁰ Vgl. Art. 375 Code Pénal (Belgien); sec. 2 Criminal Law (Rape) Act, 1981 (Irland).

⁵¹ Wobei die Nötigungsmittel durchaus weiter gefasst sein können als in § 177 Abs. 1 StGB, vgl. etwa Kap. 6, § 1 Brottsbalk (Schweden); Kap. 20, sec. 1 Rikoslaki (Finnland); Art. 178 Código Penal (Spanien).

⁵² Eingehend *Adams* (Fn. 14), S. 429 ff., 449.

⁵³ Zu den Einzelheiten s. *Adams* (Fn. 14), S. 472 ff.

stattgefunden hat. Aber weil darüber eine Jury entscheidet, bleibt es letztlich bei der bisherigen Kasuistik, wie in der englischen Literatur selbstkritisch angemerkt wird.⁵⁴

Als Vorbild taugt das englische Modell nur bedingt. Gesetzliche Beweisregeln mögen in einem adversatorischen Prozessmodell möglich sein. In Deutschland gilt jedoch der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 261 StPO). Hinsichtlich der Wirkung sind beide Modelle allerdings sehr ähnlich: Die Beweisvermutungen des englischen Rechts erfüllen dieselbe Funktion wie die Tatbestandsmerkmale im deutschen Recht, etwa in §§ 177 Abs. 1 und 179 StGB. Die Strafvorschriften nach Sec. 1, 2 und 4 des SOA sind letztlich nur Auffangtatbestände.

5. Einige dogmatische Probleme und ein Formulierungsvorschlag

a) Voraussetzungen einer wirksamen Zustimmung

In der Strafrechtsdogmatik wird überwiegend zwischen tatbestandsausschließendem Einverständnis und rechtfertigender Einwilligung unterschieden.⁵⁵ So sollen etwa bestimmte Handlungen nur gegen den Willen des Rechtsinhabers möglich sein. Beispielsweise setzt ein Gewahrsamsbruch voraus, dass der Inhaber seine Sache behalten – und gerade nicht hergeben – will. Das Paradebeispiel für eine rechtfertigende Einwilligung ist die Einwilligung in einen ärztlichen Heileingriff. Gelegentlich wird die Zuordnung zu unterschiedlichen Deliktsebenen auch bestritten.⁵⁶ Wichtiger als diese Einordnungsproblematik sind die unterschiedlichen Anforderungen an die Wirksamkeit eines Einverständnisses und einer Einwilligung, wobei auch hier vieles strittig ist. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert insbesondere die Bewertung von Täuschungen. So ist weitgehend anerkannt, dass ein Motivirrtum und selbst eine arglistige Täuschung ein Einverständnis noch nicht unwirksam machen.⁵⁷ Ansonsten kommt es maßgeblich auf den einzelnen Tatbestand an (z.B. Unwirksamkeit des Einverständnisses bei einer qualifizierten Drohung nach § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB oder bei jeder Drohung mit einem empfindlichen Übel nach § 240 Abs. 1 StGB). Bei der Einwilligung ist umstritten, ob nur rechtsgutsbezogene Fehlvorstellungen zu ihrer Unwirksamkeit führen⁵⁸, ob zusätzlich auch eine durch eine Täuschung des Täters veranlasste Fehlvorstellung⁵⁹ oder ob schon jeder Motivirrtum ein wesentlicher Willensmangel ist.⁶⁰

Einen umfassenden Schutz vor Täuschungen kennt das deutsche Sexualstrafrecht jedoch aus guten Gründen nicht mehr. Bis zum Jahr 1969 bestrafte § 179 StGB a.F. denjenigen, der „eine Frauensperson zur Gestattung des Beischlafs dadurch verleitet, daß er eine Trauung vorspiegelt, oder einen anderen Irrtum in ihr erregt oder benutzt, in welchem sie den Beischlaf für einen ehelichen hielt“. Eine Nachwirkung dieses Straftatbestandes war das sog. „Kranzgeld“ nach § 1300 BGB a.F., wonach eine „unbescholtene Verlobte“, die ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattet hatte, Schadensersatz verlangen konnte, wenn es nicht zum Eheschluss kam. Derartige

⁵⁴ Vgl. Ormerod, Smith & Hogan Criminal Law, 12. Aufl. 2011, S. 673 ff.; *Loveless*, Complete Criminal Law, 4. Aufl. 2014, S. 550 ff.

⁵⁵ Zum Streitstand s. statt vieler *Lenckner/Sternberg-Lieben* in: Schönke/Schröder, Vorbem §§ 32 ff. Rn. 29 ff.

⁵⁶ So etwa von *Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 11; demgegenüber *Engländer* in: Matt/Renzikowski, StGB, 2013, Vor § 32 Rn. 15.

⁵⁷ Vgl. *Lenckner/Sternberg-Lieben* in: Schönke/Schröder, Vorbem §§ 32 ff. Rn. 32 f.

⁵⁸ So die h.L., vgl. *Lenckner/Sternberg-Lieben* in: Schönke/Schröder, Vorbem §§ 32 ff. Rn. 46.

⁵⁹ So *Rönnau*, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 410 ff.

⁶⁰ So etwa *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 17 Rn. 109 ff.

Vorstellungen sind überholt und sollten nicht mehr restauriert werden. Die täuschungsbedingte Zustimmung zu einem Sexualkontakt ist nunmehr lediglich nach § 174 c StGB strafbar, wenn dem Opfer vom Täter vorgespiegelt wird, die sexuelle Handlung sei zur Linderung einer körperlichen oder geistigen Krankheit usw. angeraten. Das ist ein typischer Fall des Missbrauchs eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses.⁶¹ Ebenso wenig liegt ein Sexualdelikt vor, wenn etwa jemand eine Prostituierte um ihr Entgelt betrügt.⁶²

Art. 36 der Istanbul-Konvention gebietet keine Strafbarkeit von Sexualkontakten, die durch eine Täuschung erschlichen werden. Deshalb sollte eine Tatbestandsformulierung, die eine fehlende Einwilligung („ohne Einwilligung“) vorsieht, nicht gewählt werden.⁶³

b) Ausdrückliche Erklärung?

Fraglich ist, welche Anforderungen an die Kommunikation zwischen den Beteiligten gestellt werden sollten. Die zunächst einleuchtende Vorstellung, man solle seine Ablehnung erklären – ein „Nein“ ist ein „Nein“ –, läuft bei überraschenden Sexualangriffen (s. Fall 3) ins Leere.⁶⁴

Demgegenüber spricht Art. 36 Abs. 2 der Istanbul-Konvention dafür, dass die Zustimmung erklärt werden muss (vgl. Art. 36 Abs. 2 „consent must be given“) – also: nur ein „Ja“ ist ein „Ja“. Damit ist ein grundlegender Paradigmenwechsel verbunden. Sexualität ist nicht mehr weiter ein Gut, das man nutzen kann, so lange niemand widerspricht, sondern man muss sich der Zustimmung des Sexualpartners versichern. So gehen wir jedoch mit allen anderen Rechtspositionen um, insbesondere auch dem Eigentum, und es leuchtet kaum ein, weshalb es bei der sexuellen Selbstbestimmung anders sein sollte. Daraus folgt keineswegs, dass die Zustimmung ausdrücklich erteilt werden muss, und es wäre ebenso lebensfremd, in einer Abfolge sexueller Aktivitäten für jede sexuelle Handlung eine gesonderte Zustimmung zu verlangen. Vielmehr ist anerkannt, dass ein Einverständnis auch konkludent geäußert werden kann.⁶⁵

c) Ein Formulierungsvorschlag und Auswirkungen auf andere Strafvorschriften

Der Deutsche Juristinnenbund schlägt vor, Sexualkontakte mit einer anderen Person „ohne Einverständnis“ mit einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren zu bestrafen.⁶⁶ Äquivalent ist der Ausdruck „ohne Zustimmung“, wenn man das Erfordernis eines „Einverständnisses“ für problematisch hält, weil die Voraussetzungen eines wirksamen Einverständnisses noch ungeklärt seien.⁶⁷ Ungeachtet dessen sollte aus den bereits genannten Gründen (5.a) allein das faktische Einverständnis maßgeblich sein. Für eine derartige Gesetzesformulierung spricht die enge Orientierung an den Wortlaut von Art. 36 der Istanbul-Konvention („without consent“).

⁶¹ S. Sick/Renzikowski, Festschrift für F.-C. Schroeder, S. 611.

⁶² Vgl. LG Bad Kreuznach v. 4.12.2012 - 1025 Js 18093/10 Ns.

⁶³ Die von Hörnle in ihrem Gutachten (Fn. 42), S. 15 f. genannten Gründe erscheinen dagegen eher sekundär, weil sich Beweisprobleme durch keine Variante vermeiden lassen.

⁶⁴ S. auch Hörnle (Fn. 42), S. 17 f.

⁶⁵ Hörnle (Fn. 42), S. 17 f.

⁶⁶ Stellungnahme des djb vom 25. 7. 2014, S. 4.

⁶⁷ So Hörnle (Fn. 42), S. 14.

Demgegenüber kritisiert *Hörnle*, dass eine derartige Tatbestandsformulierung eine zu weitgehende Pflicht zur Aufmerksamkeit impliziere.⁶⁸ Außerdem begünstige sie Schutzbehauptungen des Angeklagten, er habe an ein Einverständnis geglaubt.⁶⁹ Nach ihrem Vorschlag sollen Sexualkontakte „gegen den erklärten Willen einer anderen Person oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist“, strafbar sein.⁷⁰ Die Diskussion dieses Vorschlags zeigt die Probleme auf, die sich durch keine Tatbestandsformulierung vermeiden lassen.

Beweisschwierigkeiten sind bei den Sexualdelikten, wenn Aussage gegen Aussage steht, die Regel. Die Aussage einer Geschädigten, sie sei mit dem Sexualkontakt nicht einverstanden gewesen, ist nicht mehr als ein Indiz, denn es kommt nicht darauf an, wie die Zeugin jetzt über den Sexualkontakt denkt, sondern ob sie zum Tatzeitpunkt – konkludent – zugestimmt hat oder nicht. Das Gericht muss den Angaben der Zeugin keineswegs glauben. Insoweit unterscheidet sich seine Aufgabe nicht von der Frage, ob es dem Angeklagten die Behauptung abnimmt, er sei von einem Einverständnis ausgegangen. Insoweit stellt sich das gleiche Problem für die Feststellung aller inneren Einstellungen wie Vorsatz, besondere Absichten usw. im selben Maß: Sie werden immer aus den äußeren Umständen abgeleitet, d.h. sie sind Ergebnisse einer Zuschreibung.⁷¹ Das bedeutet konkret, dass die Behauptung des fehlenden (inneren) Einverständnisses zu den festgestellten (äußeren) Tatumständen, insbesondere zum Verhalten des Opfers „passen“ muss – ebenso wie der Angeklagte seine Behauptung einer Zustimmung plausibel machen muss. Die von *Hörnle* in die Diskussion gebrachten „äußeren Umstände, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist“, sind also genau diese Kriterien für die Feststellung eines fehlenden Einverständnisses. Ambivalenzen sind aber genau das Gegenteil von „offensichtlich“ – und damit werden in den durchaus vorkommenden ambivalenten Situationen die Unschuldsvermutung und der Zweifelsgrundsatz nicht überstrapaziert. Die oben beschriebenen Beispielsfälle 1 bis 3 waren allerdings keineswegs ambivalent.

Hörnles Vorschlag hat daher auch eine andere Zielrichtung. Wenn Schutzbehauptungen vermieden werden sollen, dann kann es für die Frage des Vorsatzes nur darum gehen, ob der Täter die fraglichen Umstände gekannt hat. Ihre Bewertung als Indiz für eine offensichtlich fehlende Zustimmung muss er nicht selbst nachvollziehen. Vielmehr handelt es sich dann strafrechtsdogmatisch um einen unbeachtlichen Subsumtionsirrtum, der allenfalls einen vermeidbaren Verbotsirrtum (§ 17 StGB) nach sich zieht.⁷² Materiell entspricht diese Lösung dem englischen Recht, denn bei offensichtlichem Fehlen des Einverständnisses ist die gegenteilige Annahme des Täters „not reasonable“. Dadurch wird aber die Dogmatik des subjektiven Tatbestands verändert. Grobe Fahrlässigkeit und Unvernunft wird zu bedingtem Vorsatz umdeklariert. Man fragt sich, warum diese Sonderkonstruktion auf das Sexualstrafrecht beschränkt sein sollte. Nicht zuletzt läuft *Hörnles* Vorschlag ebenfalls auf die von ihr zuvor kritisierte Pflicht zur Aufmerksamkeit hinaus.

Es zeigt sich, dass das Beweisproblem durch keine Variante vermindert werden kann. Letztlich geht es immer um die Reichweite der sexuellen Selbstbestimmung und um die Frage, ob

⁶⁸ *Hörnle* (Fn. 42), S. 17.

⁶⁹ So etwa *Hörnle* (Fn. 42), S. 15, 17.

⁷⁰ *Hörnle* (Fn. 42), S. 18 ff.

⁷¹ Grundlegend zum „dolus ex re“ *Hruschka*, Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, in: Gössel/Kaufmann (Hrsg.), Strafverfahren im Rechtsstaat. Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag, 1985, S. 191 ff.

⁷² Vgl. dazu *Roxin*, AT-1 (Fn. 56), § 12 Rn. 101 ff.

Anzeichen dafür vorliegen, dass der betreffende Sexualkontakt nicht dem Willen des Opfers entsprochen hat und ob der Täter diesen Umstand gekannt hat. Man sollte im Sexualstrafrecht jedenfalls keine strafrechtsdogmatischen Sonderkonstruktionen verwenden.

Als Strafraumen bietet sich jedoch eine Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren an.⁷³ Diesen Strafraumen sehen auch die §§ 174, 174 a, 174 b, 174 c StGB vor, die bestimmte Situationen und Abhängigkeitsverhältnisse zwischen Täter und Opfer beschreiben, bei denen von Rechts wegen grundsätzlich keine wirksame Zustimmung vorliegt. Aus diesem Grund sollten diese Tatbestände beibehalten werden.⁷⁴ Für gravierendere Beeinträchtigungen des sexuellen Selbstbestimmungsrechts durch Handlungen, die mit einem Eindringen verbunden sind oder das Opfer besonders erniedrigen oder für gemeinschaftliche sexuelle Übergriffe (vgl. §§ 176 a Abs. 2, 177 Abs. 2, 179 Abs. 5 StGB) kann die Mindeststrafe erhöht werden, wobei eine Obergrenze von zehn Jahren angemessen ist.⁷⁵ Bei dieser Gelegenheit sollten die Formulierungen in §§ 176 a Abs. 2 Nr. 1, 179 Abs. 5 Nr. 1 StGB einerseits sowie § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB andererseits angepasst werden. Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, muss § 177 Abs. 2 StGB endlich als Qualifikation ausgestaltet werden, zumal Art. 46 lit. a der Istanbul-Konvention einer Privilegierung von Tätern, die mit dem Opfer verheiratet sind oder mit ihm in einer engen Lebensgemeinschaft leben, entgegensteht.⁷⁶ Im Gegenteil muss strafscharfend berücksichtigt werden, dass

the offence was committed *against a former or current spouse or partner* as recognised by internal law, by a member of the family, a person cohabiting with the victim or a person having abused her or his authority.

§ 179 StGB sollte beibehalten werden.⁷⁷ Der Vorwurf einer Diskriminierung durch das geltende Recht (dazu sogleich) würde weiter an Gewicht verlieren, wenn die konstitutionell bedingte Widerstandsunfähigkeit als qualifizierender Umstand bewertet wird. Eine vergleichbare Abstufung – auch wenn die Parallele von manchen sehr kritisch gesehen wird – findet sich im Eigentumsschutz: § 242 StGB bestraft den schlichten Gewahrsamsbruch, d.h. den Gewahrsamswechsel ohne Einverständnis einer Person. Wenn das Opfer hilflos ist, sieht § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB einen höheren Strafraumen vor. Erst bei Einsatz von qualifizierten Nötigungsmitteln wird der erzwungene Gewahrsamswechsel zum Raub (§ 249 StGB) und damit zum Verbrechen.

IV. Die Reformbedürftigkeit von § 179 StGB

1. Völkerrechtliche Vorgaben

Zweck des UN-Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. 12. 2006⁷⁸ ist die Beseitigung jeglicher Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen (vgl. Art. 4

⁷³ Ebenso Hörnle (Fn. 42), S. 23 f.; anders der djb (Fn. 66).

⁷⁴ Was eine Reform und systematische Überarbeitung natürlich nicht ausschließt, s. auch Hörnle (Fn. 42), S. 22 f.

⁷⁵ S. auch Hörnle (Fn. 42), S. 23, insoweit allerdings für eine Obergrenze von 15 Jahren.

⁷⁶ Zur wenig überzeugenden Strafzumessungspraxis vgl. BGH, StV 2001, 453; 2006, 523 f.; NStZ-RR 2002, 9; 2003, 168; 2009, 308; 2010, 9 f.; berechnigte Kritik an der Bewertung als strafmindernd bei Hörnle in: LK, § 177 Rn. 241 und 242 m.w.N.

⁷⁷ Anders Hörnle (Fn. 42), S. 22.

⁷⁸ BGBI. 2008 II, 1419.

und 5 CRPD). Art. 16 CRPD verpflichtet die Vertragsstaaten, behinderte Menschen vor jeder Form von Ausbeutung, Missbrauch und Gewalt zu schützen. Art. 17 CRPD betont den Schutz der Unversehrtheit der Person. Einzelheiten zum Sexualstrafrecht enthält die Konvention, anders als Art. 36 der Istanbulkonvention, nicht. Gleichwohl versteht es sich von selbst, dass die sexuelle Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen ebenso effektiv geschützt werden muss wie die sexuelle Selbstbestimmung von Menschen ohne Behinderung. Die entscheidende Frage für jegliches Vorliegen einer Diskriminierung ist jedoch, ob es im geltenden Sexualstrafrecht eine Ungleichbehandlung gibt und ob sie auf sachlichen Erwägungen beruht.

2. Diskriminierung durch das geltende Recht

Der Streit zwischen einer Verbrechenslösung⁷⁹ und einer Vergehenslösung für § 179 StGB hat sich längst zu einem Glaubenskrieg mit verhärteten Fronten entwickelt. Dahinter verbirgt sich der Vorwurf der Diskriminierung von Behinderten.⁸⁰ Gerade die besonders schwachen und daher auch besonders schutzbedürftigen Opfer würden durch das geltende Sexualstrafrecht diskriminiert, weil sexuelle Übergriffe ohne den in diesen Fällen überflüssigen Einsatz von Gewalt oder Drohungen nicht wie in § 177 StGB als Verbrechen eingestuft würden. Von einer verfassungswidrigen „Privilegierung“⁸¹ von Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung behinderter Menschen kann jedoch keine Rede sein. Das Unrecht einer Tat ist höher, wenn das Opfer genötigt wird.⁸²

Im Übrigen hat der Vorwurf durch das SexualdelÄndG vom 27. 12. 2003⁸³ erheblich an Gewicht verloren. Als Zugeständnis gegenüber der Verbrechenslösung wurde mit § 179 Abs. 3 StGB ein unbenannter schwerer Fall eingeführt und zugleich der minder schwere Fall des Grunddelikts gestrichen.⁸⁴ Für den qualifizierten Missbrauch wurde die Mindeststrafe auf zwei Jahre erhöht. Dadurch tritt die Differenz des Handlungsunrechts zwischen § 177 StGB (Nötigung) und § 179 StGB (Missbrauch) in den Hintergrund. Je intensiver der sexuelle Übergriff selbst ausfällt, desto mehr bestimmt das höhere Erfolgsunrecht über die Strafzumessung.

3. Bestehende Ungereimtheiten

Die unterschiedliche Formulierung der qualifizierten, mit einem Eindringen in den Körper verbundenen sexuellen Handlung in §§ 179 Abs. 5 Nr. 1, 176 a Abs. 2 Nr. 1 StGB einerseits und § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB andererseits schafft überflüssige Auslegungsprobleme. § 179 Abs. 5 Nr. 1 StGB erfasst den Beischlaf und „ähnliche sexuelle Handlungen“, „die mit einem Eindringen

⁷⁹ Dafür BT-Drs. 13/4571; 13/8548, 6.

⁸⁰ BT-Drs. 18/1969, 2; ebenso *Helmken*, § 179 StGB – letzter Stolperstein der Vergewaltigungsreform?, ZRP 1996, 241, 242 f.; *Mildenberger*, Schutzlos – Hilflos – Widerstandsunfähig, 1998, S. 83; *dies.*, Änderungen des 13. Abschnitts des StGB durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts, Streit 1999, 3, 15; *Oberlies*, Selbstbestimmung und Behinderung, ZStW 114 (2002), 130, 130, 142 ff.; *Reichenbach*, Der strafrechtliche Schutz behinderter Menschen vor sexuellem Mißbrauch, GA 2003, 550, 564 ff.; *Wetzel*, Die Neuregelung der §§ 177 – 179 StGB unter besonderer Berücksichtigung des ehelichen Bereichs und ausländischer Rechtsordnungen, 1998, S. 207 ff.; *Zinsmeister*, Werden behinderte Frauen durch das Sexualstrafrecht diskriminiert? – Eine Einführung in die gegenwärtige Reformdiskussion, in: *dies.* (Hrsg.), Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen und das Recht, 2003, S. 23, 24 f.

⁸¹ *Reichenbach*, GA 2003, 551.

⁸² *Hörnle* in: LK, § 179 Rn. 9; s. auch BGHSt 45, 260 f.; ebenso BT-Drs. 13/9064, 13.

⁸³ BGBl. I 3007.

⁸⁴ Krit. *Fischer*, § 179 Rn. 25.

in den Körper verbunden sind“. Dagegen spricht § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB von „ähnlichen sexuellen Handlungen“, die das Opfer „besonders erniedrigen“, und benennt die Penetration lediglich als ein Beispiel dafür. Das führt zu überflüssigen Auslegungsproblemen. So verlangen einige höchstrichterliche Entscheidungen des BGH grundsätzlich eine wertende Betrachtung des Einzelfalles⁸⁵, die schon nach dem Gesetzeswortlaut für § 179 Abs. 5 Nr. 1 StGB entbehrlich ist. Auf der anderen Seite fallen sonstige, „schlicht“ erniedrigende sexuelle Handlungen⁸⁶ nicht unter § 179 Abs. 5 Nr. 1 StGB. Ein sachlicher Grund für diese Differenzierung ist nicht ersichtlich.⁸⁷

Weiterhin überzeugt es nicht, dass die Gleichstellung von Sexualkontakten mit Dritten nach § 179 Abs. 2 StGB nicht für den qualifizierten Missbrauch nach Abs. 5 Nr. 1 gilt. Auf diese Weise entsteht ein systemwidriger Wertungswiderspruch für den Fall, dass etwa ein widerstandsunfähiges Opfer zum Beischlaf mit einer anderen, ebenfalls widerstandsunfähigen Person bestimmt wird.⁸⁸

Unverständlich ist auch, weshalb die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung in § 179 Abs. 5 Nr. 3 StGB nur der gemeinschaftlichen Tatbegehung gleichgestellt wird, während sie in § 177 Abs. 3 Nr. 3 StGB als schwereres Unrecht gewertet wird.⁸⁹

⁸⁵ S. BGH, NJW 2000, 672; 2001, 2185, 2186; NStZ 2000, 255; ebenso *Fischer*, § 177 Rn. 67; *Eisele* in: Schönke/Schröder, § 179 Rn. 20; anders dagegen BGH, NStZ 2001, 598.

⁸⁶ Z.B. sog. „Fäkalerotik“ oder sadistische, auf eine Demütigung des Opfers gerichtete Rollenspiele, vgl. *Renzikowski* in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 69.

⁸⁷ Ebenso *Hörnle* in: LK, § 179 Rn. 79.

⁸⁸ S. auch *Hörnle* in: LK, § 179 Rn. 85.

⁸⁹ *Reichenbach*, GA 2003, 560; *Hörnle* in: LK, § 179 Rn. 81.