



Prof. Dr. Jörg Eisele

Universität Tübingen · Juristische Fakultät · Prof. Dr. Eisele ·
Geschwister-Scholl-Platz · 72074 Tübingen

Lehrstuhl für Deutsches und
Europäisches Straf- und
Strafprozessrecht,
Wirtschaftsstrafrecht und
Computerstrafrecht

Geschwister-Scholl-Platz
72074 Tübingen
Telefon +49 7071 29-72548
Telefax +49 7071 29-5067
eisele@jura.uni-tuebingen.de
www.jura.uni-tuebingen.de

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. Wohnungseinbruchsdiebstahl), 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 Gewalklimas 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.