

**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.