



---

**Schriftliche Stellungnahme für die öffentliche  
Anhörung des Ausschusses für Recht und  
Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages  
am 1. Juni 2016**

**Datum:**

31. Mai 2016

**Postanschrift:**

Humboldt-Universität zu Berlin  
Unter den Linden 6  
10099 Berlin  
Telefon +49 [30] 2093-3448  
Telefax +49 [30] 2093-3513

Tatjana.Hoernle@rewi.hu-berlin.de

---

**I. Die Notwendigkeit von Änderungen**

Die Tatbestandsfassung von § 177 StGB entspricht in ihrer Grundanlage der Fassung durch das Reichsstrafgesetzbuch von 1871, dessen Wurzeln ins Mittelalter reichen.<sup>1</sup> Die zentralen verfassungsrechtlichen Leitideen (Gleichberechtigung der Geschlechter und Recht auf Selbstbestimmung) stammen allerdings aus dem 20. Jahrhundert. Dass der Schutzzweck „sexuelle Selbstbestimmung“ eine Revision älterer Tatbestände

**Sitz:**

Bebelplatz 1  
Raum 127  
10117 Berlin

---

<sup>1</sup> S. zu den Wurzeln des RStGB *Kratzer-Ceylan*, Finalität, Widerstand, „Bescholtenheit“. Zur Revision der Schlüsselbegriffe des § 177 StGB, 2015, S. 81 ff. 1997 erfolgten einige, aber nur punktuelle Modernisierungen von § 177 StGB. Die Reduktion auf „außer-ehelichen Beischlaf“ und weibliche Opfer wurde aufgegeben, und als Tatmodalität die Ausnutzung einer schutzlosen Lage in § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB eingeführt (33. StrÄndG v. 1.7.1997, BGBl. I, S. 1607).

**Verkehrsverbindungen:**

S- und U-Bahnhof Friedrichstraße  
Bus: Linien 100, 200 und TXL,  
Haltestelle Staatsoper

erfordert, wurde in Deutschland lange Zeit wenig thematisiert. In anderen Ländern hat der Gesetzgeber die Erkenntnis umgesetzt, dass ein auf sexuelle Selbstbestimmung ausgerichtetes Strafrecht andere Verbotsnormen enthalten muss als das historisch gewachsene Recht.<sup>2</sup> In Deutschland wird ebenfalls eine *grundlegende Überarbeitung* gefordert, da Verhaltensweisen tatbestandlich nicht erfasst werden, die unbefangene Beobachter als Verletzung sexueller Selbstbestimmung einordnen würden. Ein Fall (im Folgenden „Arbeitsagentur-Fall“ genannt), den der BGH im Jahr 2015 entschieden hat, zeigt die Schutzlücken und Inkonsistenzen im StGB:

Der Angeklagte war Angestellter der Bundesagentur für Arbeit und als Fallmanager für Stellenvermittlung tätig. Er betreute u.a. die 27-jährige Frau W., die im Urteil als „sehr sensibel und wenig durchsetzungsfähig“ beschrieben wird. Bei einem Termin in seinem Büro fragte er sie, ob sie einen Freund habe, machte ihr Komplimente und forderte sie auf: „Komm, lass uns küssen.“ In der Hoffnung, dann gehen zu können, wehrte sich die Nebenklägerin nicht, als er ihr einen Zungenkuss gab. Der Angeklagte fragte nun aber, ob sie es ihm mit dem Mund machen würde. Obwohl die Nebenklägerin die Frage verneinte, entblößte er sein erigiertes Geschlechtsteil und führte es ihr, ohne dass sie Widerstand leistete, in den Mund ein. Er machte eine oder mehrere Vor- und Rückbewegungen, kam aber nicht zum Samenerguss. Der Angeklagte zog nach kurzer Zeit seinen Penis aus dem Mund der Nebenklägerin, stellte sich neben sie und befriedigte sich selbst.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> In England wurde mit dem Sexual Offences Act 2003 das Sexualstrafrecht grundlegend reformiert. Die Tatbestände mit den Überschriften „rape; assault by penetration; sexual assault“ sehen als zentrale Voraussetzung „ohne Einverständnis“ vor („does not consent“). Eine Änderung des American Model Penal Code ist in Arbeit. In Anlehnung an diese modernen Konzepte verlangt Art. 36 Abs. 1 des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention), dass die Vertragspartner alle nicht einverständlichen sexuellen Handlungen unter Strafe stellen. S. außerdem den neuen § 205a öStGB: (1) Wer mit einer Person gegen deren Willen, unter Ausnützung einer Zwangslage oder nach vorangegangener Einschüchterung den Beischlaf oder eine dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung vornimmt, ist, wenn die Tat nicht nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

<sup>3</sup> BGH, NSTz 2015, 337.

Das LG Siegen sprach den Angeklagten frei. Der 4. Strafsenat des BGH hat das Urteil aufgehoben – aber nicht deshalb, weil eine sexuelle Nötigung verneint wurde. Beide Instanzen bestätigten: Sexuale Kontakt trotz erklärtem „Nein“ ist nicht strafbar. Der 4. Strafsenat monierte jedoch, dass die Selbstbefriedigung in Anwesenheit von Frau W. nicht als exhibitionistische Handlung (§ 183 StGB) eingeordnet worden war. Dieses Urteil zeigt, dass das deutsche Recht sexuelle Selbstbestimmung nicht in konsistenter Weise schützt. Die im Vergleich harmlosere exhibitionistische Handlung wird bestraft. Erlaubt ist es dagegen, einer anderen Person trotz deren erklärtem „Nein“ den Penis in den Mund zu stecken.

## II. Zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drucks. 18/8210)

Die Begründung führt Entscheidungen des BGH an, in denen eine Verletzung sexueller Selbstbestimmung straffrei blieb.<sup>4</sup> Der Entwurf zielt darauf, solche Konstellationen zu erfassen. Eine grundlegende Neuregelung oder große Lösung ist nicht vorgesehen, sondern eine *kleine Lösung*, die das geltende Recht ergänzt.<sup>5</sup>

### 1. Positive Elemente

Verglichen mit dem jetzigen Rechtszustand bedeutet der Gesetzentwurf eine *Verbesserung*. Erstens verzichtet er auf die Begriffe „Krankheit und Behinderung“. Der Zuschnitt des § 179 StGB wird teilweise als benachteiligende Sonderbehandlung behinderter und kranker Personen interpretiert.<sup>6</sup> Das ist keine zwingende Kritik,<sup>7</sup> aber es ist eine elegantere Lösung, dass der *Eindruck* einer Sonderbehandlung vermieden werden kann. Zweitens ist positiv hervorzuheben, dass § 179 Abs. 1 Nr. 2 StGB-GesE die überraschende Begehung eines Sexualdelikts erfasst. Es gibt unterschiedliche Konstellationen, in denen Täter

---

<sup>4</sup> BT-Drucks. 18/8210, S. 8-11.

<sup>5</sup> Auch in der Literatur wird eine „kleine Lösung“, d.h. eine punktuelle Erweiterung, gefordert, s. *Isfen*, ZIS 2015, 217 (231 f.), der auf den Vorschlag Bezug nimmt, den *Jörg Eisele* in einer Anhörung des Rechtsausschusses gemacht hat.

<sup>6</sup> *Reichenbach*, GA 2003, 557 ff.; *Zinsmeister*, in: dies. (Hrsg.), *Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen und das Recht*, 2003, S. 23 (25).

<sup>7</sup> Bei § 177 StGB wird beidseitig einverständlicher Sex nicht erfasst, während es § 179 StGB zulässt, unter bestimmten Umständen faktisch konsentierten Sexualkontakt mit einer geistig schwer behinderten Person zu bestrafen.

durch schnellen Zugriff überrumpeln (etwa in öffentlichen Verkehrsmitteln oder sonst im öffentlichen Raum, aber auch in anderen sozialen Kontexten<sup>8</sup>). Drittens schließt die subjektive Fassung („ein empfindliches Übel befürchtet“) in § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-GesE eine Reihe weiterer Schutzlücken. Bei vielen Sexualdelikten ist der Täter kein Fremder, sondern ein Bekannter, Angehöriger oder Lebenspartner, wobei diese Beziehungen oft durch wiederholte Gewalttätigkeiten geprägt sind. Bei einem etablierten „Klima der Gewalt“ wissen die Beteiligten, dass der Täter seine Launen und Bedürfnisse gewaltsam durchzusetzen pflegt und es bedarf keiner ausgesprochenen Drohung mehr.<sup>9</sup> Eine weitere Einengung der Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB ergibt sich aus dem (nicht im Gesetz vorgeschriebenen)<sup>10</sup> Dogma vom Finalzusammenhang. Damit werden Fälle ausgesondert, in denen das Opfer durch gewalttätiges Verhalten eingeschüchtert war, ohne dass der Täter schon bei der Gewaltanwendung die sexuelle Handlung geplant hatte (Gewalttäter handeln oft nicht geplant-zweckrational, sondern impulsiv).<sup>11</sup> Viertens ist es stimmig, die nur als einfache Nötigung in einem besonders schweren Fall (§ 240 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB) erfassbaren Verletzungen des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung in den 13. Abschnitt einzugliedern.

## **2. Aber: Der Konstruktionsfehler bleibt erhalten**

Der Gesetzentwurf weist wie das geltende Recht einen Konstruktionsfehler auf: Auch er basiert auf dem Paradigma, dass ein sexueller Übergriff *eigentlich* nur strafwürdig sei, wenn das Opfer Widerstand geleistet habe – wobei bei bestimmten Tatmodalitäten die Obliegenheit, Widerstand zu leisten, nicht besteht. Mittlerweile ist die Liste der Ausnahmen von der Widerstandsregel so gewachsen, dass vielen der Grundgedanke nicht mehr klar bewusst ist. Er ist aber in der historischen Entwicklung<sup>12</sup> und im Wortlaut von § 179 StGB und § 179

<sup>8</sup> S. für einen solchen Fall z.B. BGH, NStZ 2012, 268. Schutzlose Lage i.S.v. § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB wird von der Rechtsprechung so interpretiert, dass das Opfer Angst vor einer erheblichen Körperverletzung oder Tötung gehabt haben muss und *deshalb* auf Widerstand verzichtete, BGHSt 44, 228 (230); 45, 253 (259 f.); 50, 359 (365); 51, 280 (284). In den Überrumpelungsfällen macht es der schnelle Zugriff unnötig, Angst auszunutzen.

<sup>9</sup> Vorstellbar ist zwar, dass konkludent gedroht wird – die Rechtsprechung ist aber mit der Annahme einer konkludenten Drohung sehr zurückhaltend, s. z.B. BGH, NStZ 2015, 211.

<sup>10</sup> Hörnle, in: FS Puppe, 2011, S. 1143 ff.

<sup>11</sup> S. z.B. BGH, NStZ 2013, 279.

<sup>12</sup> Die historische Entwicklung kann als Ausweitung der Ausnahmen von einer Widerstandsobliegenheit beschrieben werden. Der mittelalterliche Kern des Vergewaltigungsparagraphen er-

StGB-GesE zu erkennen: Zentrale Bedeutung hat das Tatbestandsmerkmal „zum Widerstand unfähig“. Ein grundsätzliches Überdenken der Widerstandsobliegenheit ist erforderlich. Dass im Arbeitsagentur-Fall Frau W. dem Ansinnen des Behördenmitarbeiters ein „Nein“ entgegengesetzt hat, genügt, damit der Oralverkehr zum Unrecht wird. Die Suche nach Motiven wie Furcht etc. ist *unnötig*, wenn ein erklärtes „Nein“ vorliegt.

Anders aber die mit dem Gesetzentwurf der Bundesregierung verfolgte kleine Lösung, die es nach wie vor als relevant ansieht, *warum* das Opfer auf Widerstand verzichtet hat. Im Arbeitsagentur-Fall könnte ein Verteidiger des geltenden Systems argumentieren, dass eine energischere Frau sich selbst geschützt hätte und versucht, den ihr „Nein“ ignorierenden Sachbearbeiter von seinem weiteren Tun abzuhalten, etwa durch Schimpfen, Zurückstoßen oder Verlassen des Raumes. Fragwürdig ist es allerdings, Erwägungen zum Selbstschutz auf das Sexualstrafrecht zu beschränken. Ein beträchtlicher Teil aller Straftaten würde vermutlich verhindert, wenn sich die Opfer im Vorfeld vernünftiger verhalten hätten. Das Strafrecht sieht aber keine umfassenden Selbstschutzobliegenheiten vor. Diebstahl und Betrug sind strafbar, auch wenn die Tat nur durch die günstige Gelegenheit (ein offenes Fenster, naive Leichtgläubigkeit) zustande kam.<sup>13</sup> Auch bei Körperverletzungsdelikten gibt es keine Tatbestandsklauseln, die zur Folge haben, dass sich Täter nur strafbar machen, wenn dem Opfer Selbstschutz unmöglich oder unzumutbar war. Als *Minimalgehalt* einer Kritik am geltenden Sexualstrafrecht ist der Vorwurf der *Inkonsistenz* zu erheben.<sup>14</sup>

Außerdem gibt es *bei Sexualdelikten* (und vielen Körperverletzungsdelikten) Gründe, warum die Unterstellung einer Obliegenheit zu Widerstand oder zu Flucht besonders fragwürdig ist. Es muss nicht nur die *Möglichkeit* von Selbst-

---

forderte Gewaltanwendung, s. Nr. 119 in der *Constitutio Criminalis Carolina* v. 1532, dazu *Kratzer-Ceylan* (Fn. 1), S. 82 ff.; *Hörnle*, ZIS 2015, 206 (208). Im RStGB v. 1871 wurden Kernumstände des heutigen § 179 StGB (Bewusstlosigkeit, Geisteskrankheit, Willenlosigkeit, s. § 176 Abs. 1 Nr. 2 RStGB) als Gründe anerkannt, welche die Widerstandsobliegenheit negieren. Außerdem hatte sich die Einsicht durchgesetzt, dass die Bedrohung von Leib oder Leben Widerstand unzumutbar macht. Schließlich wurde Passivität des Opfers in bestimmten institutionellen Kontexten wie Gefangenschaft (s. § 174 Abs. 1 Nr. 2, 3 RStGB, nunmehr §§ 174a - 174c StGB) und ab 1997 in schutzlosen Lagen akzeptiert.

<sup>13</sup> S. zum Schutz leichtgläubiger Opfer durch § 263 StGB BGH, NJW 1987, 388 (389); NJW 2003, 313 (314).

<sup>14</sup> S. dazu auch *Isfen*, ZIS 2015, 217 (227); *Lembke*, KJ 2016, 3 (8).

schutz, sondern auch die *Zumutbarkeit*<sup>15</sup> berücksichtigt werden. Der Maßstab für das Zumutbare sollte nicht am Ideal einer schnell, besonnen und energisch reagierenden Person ausgerichtet werden, schon weil die Betroffenen besonders intensivem Stress ausgesetzt sind. Der Arbeitsagentur-Fall weist ein typisches Merkmal auf: Der Täter gibt einer asexuellen sozialen Situation plötzlich eine andere Bedeutung. Das Opfer hat sich nicht bewusst und gewollt einer riskanten Lage ausgesetzt, in der man eventuell besondere Umsicht verlangen könnte.<sup>16</sup> Außerdem spricht gegen Widerstand und Flucht, dass damit die Gefahr der Selbstverletzung und die Gefahr einer Eskalation verbunden sind. Widerstand kann Aggressionen des Täters weiter schüren.

Die Tatbestandsvariante „im Fall ihres Widerstandes ein empfindliches Übel befürchtet“ (§ 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-GesE) ist *nicht geeignet*, alle praktisch relevanten Fälle der Missachtung sexueller Selbstbestimmung zu erfassen. Im Arbeitsagentur-Fall wäre § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-GesE einschlägig, wenn die betroffene Frau angibt, befürchtet zu haben, dass der Sachbearbeiter sie in Zukunft bei der Arbeitsvermittlung oder bei finanziellen Leistungen schikanieren würde. Es ist aber auch damit zu rechnen, dass Opfer in aller Aufrichtigkeit nur sagen: „Ich war vollkommen perplex und schockiert über dieses unanständige Verhalten“, „Ich habe doch ‚Nein‘ gesagt“, „Ich wusste nicht, was ich tun sollte, ich war mit der Situation überfordert“, „Ich habe einfach zu spät geschaltet“ usw. Das sind stimmige Erklärungen.<sup>17</sup> § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-GesE geht davon aus, dass rationale Akteure schnell Situationen und Optionen bewerten, drohende Nachteile erkennen und abwägen, und Überlegungen folgerichtig in Handlungen umsetzen. Das ist *kein vollständiges Modell* menschlichen Verhaltens: Nicht jede Person denkt sofort an mögliche zukünftige Übel; Gefühle der Überforderung und Hilflosigkeit können im Vordergrund stehen.

---

<sup>15</sup> Hörnle, GA 2009, 626 (629 ff.).

<sup>16</sup> Zum Selbstschutz beim Betrug *Hefendehl*, in: Münchener Kommentar, 2. Aufl. (2014), § 263 Rn. 28.

<sup>17</sup> S. dazu auch Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe (bff), STREIT 2016, 8 f.

### 3. Weitere Probleme

(1) Das Merkmal „psychischer Zustand“ in § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB-GesE wirft *Auslegungsfragen* auf.<sup>18</sup> In der Begründung heißt es: „Das Wort ‚psychisch‘ stellt klar, dass die Vorschrift nur Zustände meint, die mit *medizinisch-psychologischen Kriterien* zu fassen sind.“<sup>19</sup> Was „medizinisch-psychologisch“ bedeutet, ist allerdings nicht einfach zu erschließen. Ein „psychischer Zustand“ liegt nach unserem Alltagssprachverständnis vor, wenn intensive affektive Zustände (große Aufregung, Schock oder Stress, starke Niedergeschlagenheit usw.) bestanden – anders aber die Entwurfsbegründung, die „psychische Disharmonien“ ausnimmt. Es ist schwer zu prognostizieren, wie Staatsanwaltschaften und Gerichte mit der Divergenz zwischen dem weiten Alltagsverständnis von „psychischem Zustand“ und der engeren Gesetzesbegründung umgehen würden.

(2) Bei einer Umgestaltung von § 179 StGB würde es sich anbieten, Probleme zu berücksichtigen, die nach geltendem Recht auftreten können. Dazu gehören *Auslegungsfragen*, die bei *sexuellen Beziehungen mit hochgradig dementen oder geistig schwerst behinderten Personen* entstehen, wenn der Sexualkontakt *beiderseits faktisch gewollt* war.<sup>20</sup> Der Gesetzentwurf zitiert die etablierte Auslegung von „zum Widerstand unfähig“: Danach sind nicht nur Schwierigkeiten bei der Willensdurchsetzung erfasst, sondern bereits *Probleme bei der Willensbildung*.<sup>21</sup> An einem hinreichend kompetent gebildeten Willen fehlt es bei gravierenden kognitiven Defekten – da aber den Betroffenen die Möglichkeit eines Sexuallebens nicht verschlossen bleiben sollte, muss es Auslegungsoptionen geben. Für Rechtsanwender wäre es hilfreich, wenn anlässlich einer Änderung von § 179 StGB solche Konstellationen in die Überlegungen einbezogen würden.

<sup>18</sup> S. die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum Referentenentwurf Nr. 7/2016 v. März 2016, S. 8, zu finden unter: <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2016/maerz/stellungnahme-der-brak-2016-7.pdf>.

<sup>19</sup> BT-Drucks. 18/8210, S. 14.

<sup>20</sup> In den USA gab es jüngst zwei aufsehenerregende Strafverfahren gegen den Ehemann einer an Alzheimer erkrankten Frau und gegen die Bekannte eines schwer geistig behinderten Mannes, wobei es keine Indizien gab, dass Sexualität in diesen Beziehungen den „Opfern“ unerwünscht war, *Hörnle*, ZStW 127 (2016), 851 (877 f.).

<sup>21</sup> S. dazu Schönke/Schröder/Eisele § 179 Rn. 3; LK/Hörnle § 179 Rn. 28.

(3) Es bleiben Lücken bei *überraschenden sexuellen Übergriffen*. Sachverhalte, wie sie um den Jahreswechsel Gegenstand intensiver Medienberichterstattung waren (sexuelle Übergriffe auf Passantinnen im öffentlichen Raum) wären auch nach der geplanten Gesetzesänderung nur teilweise strafbar. Die Rechtsprechung setzt die Schwelle für eine „erhebliche sexuelle Handlung“ (§ 184h Nr. 1 StGB) hoch an. Insbesondere seien „kurze Griffe über der Kleidung an Brust oder Gesäß“ nicht erheblich,<sup>22</sup> es sei denn, dass der Täter in brutaler Weise gewalttätig geworden ist.<sup>23</sup> Um Grapschereien zu erfassen, wäre ein neuer Tatbestand gegen tätliche sexuelle Belästigungen zu erwägen<sup>24</sup> oder (was die einfachere Lösung wäre) die Streichung von § 184h Nr. 1 StGB, s. unten III. 3.

(4) Das geltende Recht unterscheidet nicht zwischen Krankheit und Behinderung. In der Entwurfsbegründung wird aber beim Regelfall für einen besonders schweren Fall (§ 179 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB-GesE) darauf abgestellt, dass das Ausnutzen einer Behinderung schwerer wiege als das Ausnutzen einer temporär bestehenden Widerstandsunfähigkeit. Das leuchtet nicht unmittelbar ein. Unter dem Aspekt „verwirklichtes Unrecht“ macht es keinen Unterschied, ob das Opfer z.B. wegen eines Beinbruchs oder einer dauerhaften Querschnittslähmung hilflos war.

### **III. Alternativen (BR-Drs. 162/16; BT-Drs. 18/5384, 18/7719)**

#### **1. Tatbestandsformulierungen für neue Grundtatbestände**

Wenn man von einem „Nein heißt Nein“-Modell ausgeht, für das sich politischer Konsens abzuzeichnen scheint, müssen neue Grundtatbestände formuliert werden. Dabei müssen (1. Fallgruppe) die *Fälle eines erklärten „Nein“* tatbestandlich beschrieben werden. Außerdem müssen Umstände erfasst werden (2. Fallgruppe), die es *unmöglich machen, einen Willen zu bilden oder auszudrücken*. Das betrifft zum einen Überraschungsfälle. Zum anderen müssen Fälle eingeschlossen werden, in denen Unmöglichkeit auf temporäre körperliche Zustände

<sup>22</sup> BGH, NStZ 1983, 553; Urteil v. 20.3.2012, 1 StR 447/11, BeckRS 2012, 11487.

<sup>23</sup> BGH, NStZ 2012, 269 (270); im Ergebnis auch BGH, Urteil vom 20.3.2012 (Fn. 22).

<sup>24</sup> Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe (bff), STREIT 2015, 189 f.; Hörnle, STREIT 2016, 3 ff.; Lembke, KJ 2016, 3 (8).



(Schlaf, Vollnarkose, Volltrunkenheit) oder anhaltende Zustände (Koma, schwerste geistige Behinderung, permanente Kommunikationsunfähigkeit) zurückzuführen ist. Schließlich sind Überlegungen für die 3. Fallgruppe erforderlich, wenn die von sexuellen Handlungen Betroffenen *nichts oder sogar Zustimmung erklärt* haben. Letzteres bedeutet natürlich in der Regel, dass dies kein Fall für das Strafrecht ist. Anders ist aber ein „Ja“ oder „Ok“ zu beurteilen, wenn dem Opfer ein Messer an den Hals gehalten wurde oder wenn ein Kontext vorliegt, der in den §§ 174a-174c StGB beschrieben wird (z.B.: innerhalb einer psychotherapeutischen Behandlung, § 174c Abs. 2 StGB).

Für die 1. Fallgruppe („Nein-Fälle“) ist es vergleichsweise einfach, eine treffgenaue Formulierung in einer Strafnorm zu finden, nämlich mit Tatbestandsmerkmalen wie „gegen den erklärten Willen der anderen Person“ (so mein Vorschlag und die Stellungnahme des Bundesrats) oder „entgegenstehender Wille erkennbar zum Ausdruck gebracht“ (Gesetzentwurf Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN). In der Gesetzesbegründung ist klarzustellen, dass eine solche Erklärung in unterschiedlicher Weise (nicht nur durch Worte, sondern auch durch Gesten) erfolgen kann.<sup>25</sup>

Mit Blick auf die 2. Fallgruppe (unmöglich, einen Willen zu bilden oder auszudrücken) sind zwei unterschiedliche Modelle in der Diskussion. Ein Ansatz versucht, die relevanten Lebensumstände allgemein, mit *einer Generalklausel* zu umschreiben. Ich selbst hatte 2015 die Tatbestandsformulierung „unter Umständen, unter denen die fehlende Zustimmung offensichtlich ist“ vorgeschlagen.<sup>26</sup> Die Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzentwurf der Bundesregierung greift diesen Gedanken auf. Der Gesetzentwurf Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN verwendet das Merkmal „die Arg- oder Wehrlosigkeit des Opfers ausnutzt“ – diese Formulierung greift Elemente auf, die beim Mordmerkmal „Heimtücke“ anerkannte Auslegungskriterien sind. Der Vorteil einer allgemeinen Klausel ist, dass damit Fälle erfasst sind, über deren Strafwürdigkeit im Ergeb-

---

<sup>25</sup> In der BT-Drucks. 18/7719 (Gesetzentwurf DIE LINKE) wird für die 1. Fallgruppe das Tatbestandsmerkmal „gegen den erkennbaren Willen“ vorgeschlagen. Der Sache nach dürften keine Unterschiede bestehen, allerdings ist „erkennbar“ etwas schwächer als „erklärt“.

<sup>26</sup> Hörnle, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention. Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB, hrsg. vom Deutschen Institut für Menschenrechte, 2015; *dies.*, GA 2015, 313 (326 f.). Krit. *Isfen*, ZIS 2015, 217 (229 f.).

nis Einigkeit bestehen dürfte: etwa die Übergriffe auf Passantinnen aus Gruppen heraus. Wenn Fremde im öffentlichen Raum sexuelle Übergriffe begehen, ist das Fehlen einer Zustimmung offensichtlich. Der zweite Ansatz strebt dagegen eine *detailliertere Beschreibung der relevanten Umstände* an (s. die Formulierungsvorschläge für § 179 Abs. 1 Nr. 1, 2 im Gesetzentwurf der Bundesregierung und in § 177 Gesetzentwurf Fraktion DIE LINKE). Für diese Herangehensweise kann folgender Grund angeführt werden: das Gebot der Bestimmtheit eines Straftatbestandes (Art. 103 Abs. 2 GG). Zwar ist die Verwendung von Generalklauseln auch im Strafrecht unvermeidbar, sodass weder für meinen Vorschlag noch den Formulierungsvorschlag im Gesetzentwurf Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN von einem Verstoß gegen Verfassungsrecht auszugehen ist. Aber auch *unterhalb* der Schwelle der Verfassungswidrigkeit ist zu erwägen, ob es eine Lösung gibt, die das strafrechtlich Verbotene bereits im Gesetzestext klarer erkennbar macht. Dies spricht dafür, die Bedingungen, die der Bildung oder dem Ausdruck eines Willens entgegenstehen, im Tatbestand etwas detaillierter zu beschreiben.

Die Stellungnahme des Bundesrats schließt die Bitte ein, bei Überraschungsfällen eine Ausnahme vorzusehen, wenn *Handlungen in einer intimen Beziehung* begangen wurden. Der Gedanke, dass das materielle Strafrecht alle möglichen Konstellationen von Straftaten in Intimbeziehungen mit Ausnahmeklauseln regulieren müsse, ist allerdings nichts umsetzbar. Innerhalb von engen Beziehungen werden täglich vielzählige Straftaten begangen (von der Beleidigung bis zur Unterschlagung), von denen die überwältigende Mehrheit nie zur Kenntnis der Strafjustiz gelangt. Berechtigt ist zwar der Hinweis in der Stellungnahme des Bundesrats, dass im Trennungsfall die Waffe „Strafanzeige“ eingesetzt werde. Aber das ist kein Sonderproblem des Sexualstrafrechts. Trennungsbedingter Streit über die Verteilung des Hausrats oder Unterhalt führt z.B. dazu, dass Strafanzeigen wegen Unterschlagung erstattet werden. Wenn es sich um geringfügige Vergehen aller Art aus der Zeit des Zusammenlebens handelt, für das aus strategischen Gründen nachträglich das Strafrecht instrumentalisiert wird, ist beim Prozessrecht anzusetzen (Verfahrenseinstellung nach § 153 StPO).

Schließlich bleibt die Aufgabe, bei der 3. Fallgruppe (erklärtes „Ja“ und Schweigen) die strafwürdigen Umstände (und nur solche!) in Tatbestandsformulierungen zu fassen. Eine Generalklausel bietet sich nicht an. Vielmehr müssen die Lebensumstände, die *ausnahmsweise* das Erklären eines „Nein“ unzumutbar machen, beschrieben werden. Über diese Konstellationen wird bisher noch zu wenig diskutiert. Kleine Lösungen, die sich nur auf die §§ 177, 179 StGB konzentrieren, verkennen, dass die §§ 174a-174c StGB in eine Reform einbezogen werden müssen. Insbesondere sollten die in den §§ 174a-174c StGB angeführten Umstände kritisch überprüft werden (z.B.: Es ist zweifelhaft, ob jede Behandlung wegen einer körperlichen Erkrankung, § 174c Abs. 1 StGB, es unzumutbar macht, einen entgegenstehenden Willen zu äußern). Neben den institutionellen Kontexten, die in den §§ 174a-174c StGB angeführt werden, müssen Fälle einer abgenötigten Zustimmung erfasst werden.

Zu diesem Punkt ist eine nicht unwichtige Frage, ob die „Klima der Gewalt“-Fälle eingeschlossen werden sollen. Das ist nur mit einer *subjektiven Formulierung* wie in § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-GesE Bundesregierung möglich. Ein Tatbestandsmerkmal „erklärter Wille“ würde nach den Maßstäben der bereits etablierten Rechtsprechung verneint, wenn Opfer aufgehört haben, zeitnah vor erneuten sexuellen Übergriffen nochmals (wie sie wissen, vergeblich) ihren Willen zu kommunizieren.<sup>27</sup> Gegen eine subjektive, auf Furcht der Betroffenen vor einem empfindlichen Übel abstellende Formulierung wird zwar vorgebracht, dass die notwendige Spiegelung im Vorsatz des Täters äußerst selten nachweisbar wäre. Das dürfte eine realistische Annahme sein. Allerdings sollten Gesetzesänderungen nicht von Verurteilungszahlen abhängig gemacht werden. In ausgeprägt gewalttätigen Verhältnissen ist es nicht ausgeschlossen, dem Täter nachzuweisen, gewusst zu haben, dass die „Partnerin“ oder Kinder aus Furcht vor Schlägen auf weitere Versuche verzichtet haben, ihren entgegenstehenden Willen zu äußern.

---

<sup>27</sup> Ob ggf. das Merkmal „wehrlos“ bejaht würde (s. § 177 Abs. 2 Gesetzentwurf Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), ist bei der im Sexualstrafrecht besonders restriktiv auslegenden Rechtsprechung unklar.

## 2. Reihung, Strafraumen, Qualifikationen, Definitionen, Beteiligung bei Gruppen

Bei einer Reform des 13. Abschnitts sollte erstens eine *sinnvolle Reihenfolge der Tatbestände* gewählt werden. Es empfiehlt sich, wie im Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE vorgeschlagen, die hier erörterten Tatbestände an den Anfang des 13. Abschnitts zu stellen. Zweitens muss über die *Strafraumen* nachgedacht werden. Bei identischen sexuellen Handlungen besteht zwischen der 1. Fallgruppe (gegen den erklärten Willen) und der 2. Fallgruppe (Willensbildung oder Erklärung waren unmöglich) kein relevanter Unrechtsunterschied, der zu unterschiedlichen Strafraumen führen müsste.<sup>28</sup>

Die Forderung in der Stellungnahme des Bundesrates, Raum für *Geldstrafe* zu lassen, stößt auf keine grundlegenden Bedenken. Allerdings sollte Geldstrafe nur innerhalb eines Sonderstrafrahmens für minder schwere Fälle ermöglicht werden, um zu verdeutlichen, dass dies nur dann eine angemessene Sanktion ist, wenn die Schwelle zur Strafbarkeit lediglich knapp überschritten wurde. Setzt der Täter eine Drohung ein, um dem Opfer ein „Ja“ abzunötigen, sollte eine höhere Strafe als für die 1. und 2. Fallgruppe vorgesehen werden.<sup>29</sup>

Drittens müssen den Grundtatbeständen *Qualifikationen* mit dem Unrecht angepassten Strafraumen zugeordnet werden. Hierfür kann auf die in den §§ 177, 179 StGB vorhandenen unrechtserhöhenden Umstände zurückgegriffen werden. Für den Fall der Gewaltanwendung ist darauf zu achten, dass die Tatbestandsformulierung nicht zum Dogma vom Finalzusammenhang führt. Gewaltanwendung sollte auch dann zur Anwendung eines Qualifikationstatbestandes mit erhöhter Strafe führen, wenn der Täter sich nach der Gewaltanwendung spontan entscheidet, die Situation für sexuelle Handlungen auszunutzen. Weder „mit Gewalt“ (so der Gesetzentwurf der Bundesregierung, der § 177 Abs. 1 Nr. 1 unverändert lässt) noch „durch Gewalt“ (Gesetzentwurf Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Fraktion DIE LINKE) sind vor dem Hintergrund der verfestig-

---

<sup>28</sup> Die erhebliche Strafraumendifferenz zwischen § 174 Abs. 1 und § 177 Abs. 1 im Gesetzentwurf Fraktion DIE LINKE ist nicht einleuchtend.

<sup>29</sup> Anders der Gesetzentwurf Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: Dort wird für § 177 Abs. 1 und Abs. 2 derselbe Strafraumen vorgesehen.

ten deutschen Rechtsprechung zum Finalzusammenhang geeignete Formulierungen.

Dann ist zu erwägen, inwieweit es bei der *Umschreibung der sexuellen Handlungen* (am Täter, vor dem Täter, an einem Dritten, an sich selbst etc.) möglich wäre, zur Straffung der Tatbestände auf eine Definition für alle oder mehrere Tatbestände im 13. Abschnitt zu verweisen (die z.B. Handlungen des Opfers an Dritten Handlungen des Opfers am Täter gleichstellen könnte). Dies setzt ebenfalls eine Durchsicht *aller* Normen im 13. Abschnitt voraus.

Schließlich wird darüber diskutiert, ob es einer weiteren Ergänzung des 13. Abschnitts bedarf, um die *Beteiligung an Angriffen aus einer Gruppe heraus* zu erfassen. Vorstellbar wäre folgender Tatbestand in Anlehnung an die Konstruktion in § 231 StGB: „Wer sich an einem von mehreren verübten Angriff auf eine andere Person beteiligt, wird schon wegen dieser Beteiligung mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn durch den Angriff die sexuelle Selbstbestimmung der anderen Person missachtet worden ist.“ Die zum Merkmal „Angriff“ in § 231 StGB entwickelte Definition „in feindseliger Willensrichtung unmittelbar auf den Körper eines anderen abzielende Einwirkung durch mindestens zwei Personen“<sup>30</sup> könnte übernommen werden. Nicht zu erfassen sind allerdings Personen, für die nur zu ermitteln ist, dass sie Teil einer Gruppe waren, ohne dass nachweisbar wäre, dass sie selbst unmittelbar auf den Körper zielend aktiv eingewirkt haben. Da das bloße Dabeistehen kein Unrecht ist, kann mittels eines objektiven Merkmals „sexuelle Selbstbestimmung (durch andere) missachtet“ kein Unrecht begründet werden.

### **3. § 184h Nr. 1 StGB streichen**

Es ist zu empfehlen, § 184h Nr. 1 StGB zu streichen, wenn neue Grundtatbestände mit niedrigerem Strafraumen eingeführt werden. Es ist nicht zu befürchten, dass deshalb Taktlosigkeiten und unerwünschte Annäherungsversuche unterhalb der Schwelle sexueller Handlungen strafbar werden. Mit dem Tatbestandsmerkmal „sexuelle Handlung“ ist bereits eine Eingrenzung verbunden.

Wer z.B. den Arm um eine andere Person legt, auf das Knie fasst oder den Oberschenkel tätschelt, macht sich nicht strafbar – das sind keine sexuellen Handlungen, sondern nur Anbahnungshandlungen. Anders zu beurteilen wären aber alle Berührungen der weiblichen Brust und der Genitalien. Wenn eine sexuelle Handlung vorliegt, dann ist auch das Rechtsgut „sexuelle Selbstbestimmung“ betroffen. Eine weitere Einschränkung ist nicht geboten. Die Existenz von § 184h Nr. 1 StGB nach geltendem Recht hängt mit dem *hohen Strafrahmen* in § 177 Abs. 1 StGB zusammen, während neue Grundtatbestände niedrigere Strafrahmen vorsehen würden.

---

<sup>30</sup> S. z.B. BGH, NJW 1983, 581 (582).