



Wortprotokoll der 101. Sitzung

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Berlin, den 1. Juni 2016, 15:05 Uhr

Berlin, Paul-Löbe-Haus, Saal 2.600

Vorsitz: Renate Künast, MdB

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Einzigiger Tagesordnungspunkt

Seite 12

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung

BT-Drucksache 18/8210

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:

Innenausschuss

Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend

Ausschuss für Gesundheit

Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe

Gutachtlich:

Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

Berichterstatter/in:

Abg. Alexander Hoffmann [CDU/CSU]

Abg. Dr. Johannes Fechner [SPD]

Abg. Dirk Wiese [SPD]

Abg. Halina Wawrzyniak [DIE LINKE.]

Abg. Katja Keul [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



- b) Gesetzentwurf der Abgeordneten Halina Wawzy-
niak, Cornelia Möhring, Frank Tempel, weiterer
Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

**Entwurf eines ... Strafrechtsänderungsgesetzes zur
Änderung des Sexualstrafrechts**

BT-Drucksache 18/7719

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:

Innenausschuss

Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend

Berichterstatter/in:

Abg. Alexander Hoffmann [CDU/CSU]

Abg. Dr. Johannes Fechner [SPD]

Abg. Dirk Wiese [SPD]

Abg. Halina Wawzyzniak [DIE LINKE.]

Abg. Katja Keul [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]

- c) Gesetzentwurf der Abgeordneten Katja Keul, Ulle
Schauws, Renate Künast, weiterer Abgeordneter
und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

**Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Straf-
gesetzbuches zur Verbesserung des Schutzes vor
sexueller Misshandlung und Vergewaltigung**

BT-Drucksache 18/5384

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:

Innenausschuss

Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend

Berichterstatter/in:

Abg. Alexander Hoffmann [CDU/CSU]

Abg. Dr. Johannes Fechner [SPD]

Abg. Dirk Wiese [SPD]

Abg. Halina Wawzyzniak [DIE LINKE.]

Abg. Katja Keul [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



| | |
|--|-----------------|
| Anwesenheitslisten | Seite 4 |
| Anwesenheitsliste Sachverständige | Seite 9 |
| Sprechregister Abgeordnete | Seite 10 |
| Sprechregister Sachverständige | Seite 11 |
| Zusammenstellung der Stellungnahmen | Seite 37 |



**Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
(6. Ausschuss)
Mittwoch, 1. Juni 2016, 15:00 Uhr**

Anwesenheitsliste

gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes

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

Stand: 27. Mai 2016
Referat ZT 4-Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339

**Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz****(6. Ausschuss)**

Mittwoch, 1. Juni 2016, 15:00 Uhr

Anwesenheitsliste

gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes

| Ordentliche Mitglieder | Unterschrift | Stellvertretende Mitglieder | Unterschrift |
|------------------------------|--------------|---------------------------------|--------------|
| SPD | | SPD | |
| Dr. Fritz Felgentreu | | Barley Dr., Katarina | |
| Bartke Dr., Matthias | | Binding (Heidelberg), Lothar | |
| Brunner Dr., Karl-Heinz | | Franke Dr., Edgar | |
| Drobinski-Weiß, Elvira | | Hartmann (Wackernheim), Michael | |
| Fechner Dr., Johannes | | Högl Dr., Eva | |
| Flisek, Christian | | Lischka, Burkhard | |
| Groß, Michael | | Miersch Dr., Matthias | |
| Hakverdi, Metin | | Müller, Bettina | |
| Jantz-Herrmann, Christina | | Müntefering, Michelle | |
| Rode-Bosse, Petra | | Özdemir (Duisburg), Mahmut | |
| Rohde, Dennis | | Schieder, Marianne | |
| Steffen, Sonja | | Vogt, Ute | |
| Wiese, Dirk | | DIE LINKE. | |
| Rauert, Mechthild | | Jelpke, Ulla | |
| DIE LINKE. | | Lay, Caren | |
| Binder, Karin | | Pitterle, Richard | |
| Petzold (Havelland), Harald | | Renner, Martina | |
| Wawzyniak, Halina | | BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN | |
| Wunderlich, Jörn | | Beck (Köln), Volker | |
| BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN | | Kühn (Tübingen), Christian | |
| Keul, Katja | | Mihalic, Irene | |
| Künast, Renate | | Notz Dr., Konstantin von | |
| Maisch, Nicole | | | |
| Ströbele, Hans-Christian | | | |
| Schaub, Ulte | | | |

Stand: 27. Mai 2016

Referat ZT 4-Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339



Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz

(6. Ausschuss)

Mittwoch, 1. Juni 2016, 15:00 Uhr

| | Fraktionsvorsitz | Vertreter |
|-----------------------|------------------|-----------|
| CDU/CSU | _____ | _____ |
| SPD | _____ | _____ |
| DIE LINKE. | _____ | _____ |
| BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN | _____ | _____ |

Fraktionsmitarbeiter

| Name (Bitte in Druckschrift) | Fraktion | Unterschrift |
|------------------------------|------------|--------------|
| Korn Schubert | LINKE | |
| Schmitt Martina | SPD | |
| Krüger, Inke | CDU/CSU | |
| Gras, Ina | CDU/CSU | |
| Hege, Karl-Heinz | B 90/Grüne | |
| v. Falck, Katharina | CDU/CSU | |
| | | |
| | | |
| | | |
| | | |
| | | |

Stand: 23. Februar 2015
Referat ZT 4 – Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339



Tagungsbüro

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
(6. Ausschuss)
Mittwoch, 1. Juni 2016, 15:00 Uhr

Seite 3

Bundesrat

| Land | Name (bitte in Druckschrift) | Unterschrift | Amts-bezeichnung |
|------------------------|------------------------------|--------------|------------------|
| Baden-Württemberg | | | |
| Bayern | Pauer | | RD |
| Berlin | | | |
| Brandenburg | | | |
| Bremen | Abdel-Hosain, Senja | | Aospitantin |
| Hamburg | Plake, Bernd | | Ri |
| Hessen | Steinbach, Arvid | | RD |
| Mecklenburg-Vorpommern | | | |
| Niedersachsen | | | |
| Nordrhein-Westfalen | KLEINOD, SIMONE | | RinOLG |
| Rheinland-Pfalz | | | |
| Saarland | | | |
| Sachsen | Salz, Andreas | | RAli |
| Sachsen-Anhalt | | | |
| Schleswig-Holstein | | | |
| Thüringen | Bieder, Hendrike | | RLG |

Stand: 23. Februar 2015

Referat ZT 4 – Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339



Tagungsbüro





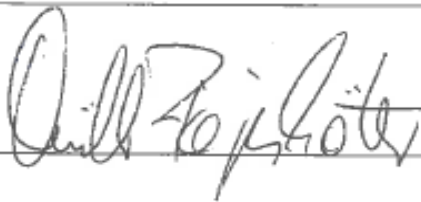


Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
(6. Ausschuss)
Mittwoch, 1. Juni 2016, 15:00 Uhr

Seite 4

| Ministerium bzw. Dienststelle (bitte in Druckschrift) | Name (bitte in Druckschrift) | Unterschrift | Amts-be- zeich- nung |
|---|------------------------------|------------------|----------------------------|
| BNTSFJ | Dr. Brigit Nohutleit | Brigit Nohutleit | CAAL'in |
| Bnj ✓ | Bunke | [Signature] | RDin |
| SMIV | Heselmann | [Signature] | |
| BnjV | Baumann | [Signature] | AD |
| BNTSFJ | Nillius | [Signature] | RDin |
| UTSKM | Sander | [Signature] | |
| BnjV | LAUBE | [Signature] | PSF. |
| BKant | Kang | [Signature] | SKINSE |
| BMI | Dicht | [Signature] | PR |
| | | | |
| | | | |
| | | | |
| | | | |
| | | | |
| | | | |
| | | | |
| | | | |
| | | | |
| | | | |
| | | | |
| | | | |

Anwesenheitsliste der Sachverständigen

zur Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
am Mittwoch, 1. Juni 2016, 15.00 Uhr

| Name | Unterschrift |
|---|--|
| Christina Clemm Rechtsanwältin, Berlin |  |
| Prof. Dr. Jörg Eisele Eberhard Karls Universität Tübingen Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsrecht und Computerstrafrecht |  |
| Dagmar Freudenberg Deutscher Juristinnenbund e. V. (djb), Berlin Vorsitzende der Kommission Strafrecht |  |
| Prof. Dr. Tatjana Hörnle Humboldt-Universität zu Berlin Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung |  |
| Roswitha Müller-Piepenkötter Weisser Ring e. V., Mainz Bundesvorsitzende, Staatsministerin a. D. |  |
| Erik Ohlenschlager Staatsanwaltschaft Bamberg Leitender Oberstaatsanwalt |  |
| Heike Rabe Deutsches Institut für Menschenrechte e. V., Berlin |  |



Sprechregister Abgeordnete

| | Seite |
|--|---|
| Dr. Johannes Fechner (SPD) | 22 |
| Dr. Eva Högl (SPD) | 12, 21, 33 |
| Alexander Hoffmann (CDU/CSU) | 20, 28, 34 |
| Katja Keul (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN) | 21, 28, 34 |
| Vorsitzende Renate Künast (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN) | 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36 |
| Dr. Silke Launert (CDU/CSU) | 22 |
| Karin Maag (CDU/CSU) | 22 |
| Cornelia Möhring (DIE LINKE.) | 23 |
| Elisabeth Winkelmeier-Becker (CDU/CSU) | 21, 29, 31 |
| Dirk Wiese (SPD) | 28 |
| Halina Wawzyniak (DIE LINKE.) | 21 |



Sprechregister Sachverständige

| | Seite |
|--|---------------------------|
| Christina Clemm Rechtsanwältin, Berlin | 12, 27, 35 |
| Prof. Dr. Jörg Eisele Eberhard Karls Universität Tübingen Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsrecht und Computerstrafrecht | 13, 26, 29, 33 |
| Dagmar Freudenberg Deutscher Juristinnenbund e. V. (djb), Berlin Vorsitzende der Kommission Strafrecht | 15, 35 |
| Prof. Dr. Tatjana Hörnle Humboldt-Universität zu Berlin Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechts- vergleichung | 16, 25, 30, 31, 34 |
| Roswitha Müller-Piepenkötter Weisser Ring e. V., Mainz Bundesvorsitzende, Staatsministerin a. D. | 17 |
| Erik Ohlenschlager Staatsanwaltschaft Bamberg Leitender Oberstaatsanwalt | 18, 23, 31 |
| Heike Rabe Deutsches Institut für Menschenrechte e. V., Berlin | 19, 23, 32, 34 |



Die **Vorsitzende Renate Künast**: Wir kommen heute zu der Anhörung zum Sexualstrafrecht zusammen. Ausgangspunkt hierfür ist die sogenannte Istanbul-Konvention des Europarates, die als Zielstellung hat, soweit es Erwachsene betrifft, jede nicht einvernehmliche sexuelle Handlung unter Strafe zu stellen. Zu diesem Komplex liegen drei Gesetzentwürfe vor. Ich zähle sie in der chronologischen Reihenfolge ihrer Einbringung auf: Der älteste Gesetzentwurf stammt von der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN aus dem vergangenen Jahr. Danach gab es einen Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE. und einen Gesetzentwurf der Bundesregierung. Zum letzteren wurde heute ein Eckpunktepapier verteilt. Eigentlich führen wir zu Eckpunktepapieren keine Anhörungen durch. Wir sind heute so verfahren. Dann müssen wir es aus Gründen der Gleichbehandlung in Zukunft auch in anderen Fällen machen. Ich weiß nicht, inwieweit noch Zeit war, einen Blick auf die entscheidenden Punkte zu werfen.

Meine Damen und Herren Sachverständige, wir bitten Sie jetzt mit Ihrem Sachverstand zu unseren Beratungen bei einem höchst sensiblen Thema beizutragen. Wir haben in diesem Themenkomplex eine extrem spannende Diskussion. Vielleicht kann man die Debatte mit der um die Frage der Vergewaltigung in der Ehe vergleichen. Das war ein großer Paradigmenwechsel mit einer gewissen Kraft an gesellschaftlicher Aussage. Ich wage die These, dass es heute um einen ähnlichen Umfang und auch Paradigmenwechsel geht. In der Debatte geht es um die Frage, ob sich Opfer wehren müssen oder ob ein erkennbar entgegenstehender Wille reicht. Manche nennen es: „Nein heißt Nein“.

Wir führen unsere Anhörungen im Ausschuss stets so durch, dass wir die Einleitungsstatements in alphabetischer Reihenfolge hören. Das bedeutet: Frau Clemm beginnt und Frau Rabe endet mit dem Eingangsstatement. Wir bitten darum, sich auf fünf Minuten zu beschränken. Sie sehen über sich eine Uhr, die rückwärts läuft. So können Sie sich die Zeit einteilen. Wir führen dann die Fragerunde der Abgeordneten durch. Auch Abgeordnete aus mitberatenden Ausschüssen können Fragen stellen. Wir haben im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz die Regel, dass jeder in einer Fragerunde zwei Fragen an die gleiche sach-

verständige Person oder eine Frage an zwei unterschiedliche stellen kann. Bitte sagen Sie es am Anfang Ihrer Frage, an wen Sie sich richten. Es folgen dann einige Fragerunden und wir notieren uns, an wen die Fragen gerichtet werden. Die Antwortreihenfolge ist dann umgekehrt. Diese Anhörung ist öffentlich. Es gibt eine Tonaufzeichnung. Das Sekretariat fertigt ein Wortprotokoll an. Es sind aber keine Bild- und Tonaufnahmen von der Tribüne gestattet. Jetzt beginnen wir mit Frau Clemm. Frau Högl meldet sich. Eigentlich haben wir keine Eingangsstatements. Bitte.

Abg. **Dr. Eva Högl** (SPD): Ich wollte nur eine kurze Bemerkung machen. Herzlichen Dank, liebe Frau Vorsitzende. Zu dem Eckpunktepapier: Es ist ausdrücklich nicht beabsichtigt gewesen, es zum Gegenstand der Anhörung zu machen. Weder die Sachverständigen konnten das Eckpunktepapier in einer angemessenen Zeit zur Kenntnis nehmen, noch war damit intendiert, dass sie dazu Stellung nehmen sollen. Es liegt hier als Tischvorlage aus, weil es Bewegung in der Debatte gibt. Es ist ausschließlich zur Kenntnisnahme gedacht, aber es sollte nicht Gegenstand dieser Anhörung werden.

Die **Vorsitzende**: Da Sie es alle haben, und wir es verteilt haben: Schauen wir mal, wie die Reaktionen sind. Ignorieren kann man es auch nicht, wenn es auf dem Tisch liegt. Jetzt hat Frau Clemm als erste das Wort. Bitte.

Sve **Christina Clemm**: Meine Damen und Herren, vielen Dank für die Gelegenheit vor Ihnen sprechen zu dürfen. Ich bin seit zwanzig Jahren auf dem Gebiet des Sexualstrafrechts tätig und erlebe fast täglich Menschen, vor allem Frauen, die Opfer sexualisierter Gewalt geworden sind. Ich habe selten eine Betroffene erlebt, die sich nicht selbst die Schuld für das Geschehene gegeben hat. Viele Frauen, die ich familienrechtlich vertrete und die mir von sexuellen Übergriffen berichten, haben die Taten niemals angezeigt und werden sie auch nicht anzeigen. Ich habe viele Betroffene gesprochen, die Opfer sexualisierter Angriffe wurden, die sich jedoch nicht gewehrt haben, obwohl sie bedroht worden sind oder Gewalt ausgeübt wurde, die „Nein“ gesagt oder geweint oder auch geschrien haben, aber keinen Widerstand geleistet haben. Vielen Betroffenen gelingt es in solchen Situationen Widerstand zu leisten oder sich aus



der Situation herauszubewegen. Dies ist aber leider nicht selbstverständlich. Manche haben ihren Widerstand schwer verletzt erst aufgegeben. Andere hatten diffuse Ängste, einige erinnerten sich an bereits erlebte Vergewaltigungen oder befanden sich in einer Schockstarre als sie erlebten, dass es ihrem Gegenüber gleichgültig war, was sie wollten. Ich habe Frauen mit Behinderungen erlebt, die sich nicht gewehrt haben, weil sie wussten, dass sie in diesem Moment keine Chancen hatten. Immer fand ich es angesichts der drohenden Gefahr nachvollziehbar und oft sinnvoll, keinen Widerstand zu leisten. Diese betroffenen Personen sind fassungslos, wenn sie von mir hören, dass die sexuellen Übergriffe nicht strafbar sind. Meine Damen und Herren, es ist richtig und wichtig, dass jetzt endlich die Gelegenheit genutzt wird, das Sexualstrafrecht umfassend zu reformieren. Nun nehme ich noch einen kleinen Bezug auf das Eckpunktepapier. Ich gehe davon aus, dass es nun möglicherweise so weit kommt, dass endlich eine umfassendere Reform unter dem Stichwort „Nein-heißt-Nein“-Regelung erfolgen wird. Strafwürdig ist eine sexuelle Handlung immer dann, wenn sie gegen den Willen einer anderen Person ausgeführt wird. Wenn der Wille klar ausgedrückt wird, ist es einfach zu formulieren. Rechtlich etwas schwieriger sind die Fälle, in denen betroffene Personen keinen eigenen Willen bilden können oder nur eingeschränkt dazu in der Lage sind, oder Personen, die der sexuellen Handlung zustimmen, da sie bedroht werden oder Gewalt ausgeübt wird. Insofern sind meines Erachtens die Vorschläge von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und DIE LINKE. zu bevorzugen. In dem Eckpunktepapier geht es darum, einen Grundtatbestand zu schaffen, in dem klar wird, dass Grundlage der Strafbarkeit eine sexuelle Handlung ist, die gegen den Willen der anderen Personen ausgeübt wird. Ich kann gerne nachher Stellung zu dem Eckpunktepapier nehmen. An dieser Stelle möchte ich aber noch zu einigen wenigen Punkten etwas sagen, die mir bei dieser Reform wichtig erscheinen. Die Frage der Falschbeschuldigung: Von Kritikern wird immer wieder befürchtet, man habe bei einer sogenannten „Nein-heißt-Nein“-Lösung mit zahlreichen Falschbeschuldigungen zu rechnen. Es ist die gleiche Sorge, die schon bei der Einführung der Vergewaltigung in der Ehe vorgebracht wurde und sich nicht bestä-

tigt hat. Diese Befürchtung gründet auf Vorurteilen, nicht auf wissenschaftlichen Erkenntnissen. Zahlen gibt es lediglich dahingehend, dass sich die Höhe der Falschanzeigen im Bereich der Sexualdelikte in einem unteren Bereich von drei bis sieben Prozent bewegt und sich damit nicht von anderen Deliktsbereichen unterscheidet. Der zweite Kritikpunkt sind die sogenannten Beweisschwierigkeiten. In der öffentlichen Diskussion werden diesbezüglich immer wieder Bedenken formuliert. Wir Rechtsanwenderinnen kennen dies bereits. Bei den meisten Sexualdelikten, aber auch in vielen anderen Bereichen, besteht häufig eine „Aussage-gegen-Aussage-Konstellation“ und es gibt keine objektiven Beweismittel. Selbst Spuren wie DNA-Treffer oder Gewaltspuren beweisen noch nicht, dass Sexualdelikte begangen worden sind. Bei einer „Nein-heißt-Nein“-Regelung wird man in den Strafverfahren künftig gründlich zu erörtern haben, ob und wie der entgegenstehende Wille ausgedrückt wurde und zu erkennen war. Dies bedarf der Schilderung eines Sachverhalts, der sich ebenso überprüfen lässt wie zum Beispiel die Schilderung der Drohung mit dem Tode. Als letzten Punkt wird immer wieder die befürchtete Pönalisierung sozial erwünschten Verhaltens angeführt. Immer wieder heißt es, dass die Gefahr bestehe, die freie Entfaltung der Sexualität einzuschränken. Das Gegenteil ist der Fall. Alle Menschen können ihre Sexualität frei und ungestört leben, wenn sie davon ausgehen können, dass sie selbst nur die sexuellen Handlungen ausführen, die die andere Person auch möchte und umgekehrt. Wenn die betroffene Person eine sexuelle Handlung erkennbar nicht möchte, dann sind diese Handlungen zu unterlassen. Menschen, die die Erfahrung gemacht haben, dass ihr Wille unbeachtlich ist, werden künftig in ihrer Sexualität erheblich eingeschränkt. Menschen, die sich bewusst über den Willen der anderen Person hinwegsetzen, wünschen keine freie Sexualität, sondern üben Macht und sexualisierte Gewalt aus. Dagegen ist eine umfassende Reform, bei der allein auf den entgegenstehenden Willen abzustellen ist, unbedingt zu schaffen. Dankeschön.

Die **Vorsitzende:** Danke, Frau Clemm. Nun hat Herr Professor Dr. Eisele das Wort.

SV Prof. Dr. Jörg Eisele: Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren, ich



möchte Frau Clemm hinsichtlich der Reformbedürftigkeit der Vorschriften voll zustimmen und mich im Folgenden darauf konzentrieren, die Vorschläge, die hier vorgelegt wurden, zu analysieren. Ich habe dies bereits umfassend in meiner schriftlichen Stellungnahme getan und hieraus einige Leitlinien für einen zu schaffenden Tatbestand entwickelt. Es stehen sich zwei Regelungsmodelle gegenüber. Das Regelungsmodell im Entwurf der Bundesregierung ist eine positive Regelung, die insbesondere in § 177 Absatz 1 Nr. 3 des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Änderung des Strafgesetzbuchs (StGB-E) darauf abstellt, ob das Opfer einen empfindlichen Nachteil befürchtet. Damit sollen derzeit bestehende Lücken geschlossen werden, wenn das Opfer dem sexuellen Ansinnen aus subjektiver Furcht nachgibt. Was den Schutz anbelangt, geht der Gesetzentwurf der Bundesregierung weiter als Tatbestände, die auf ein Handeln gegen den Willen abstellen. Das muss man sich klar machen. Ich habe Ihnen ein Beispiel aus der Praxis mitgebracht: Die Anzeigerstatterin besuchte den Beschuldigten in seiner Wohngemeinschaft. Der Mitbewohner war anwesend, sodass keine schutzlose Lage im Sinne des geltenden Rechts besteht. Der Beschuldigte forderte sexuelle Kontakte, die Anzeigerstatterin lehnte ab. Der Beschuldigte begann sie ausziehen, sie wehrte sich nicht. Es kam zu sexuellen Kontakten, bei denen sich die Frau nicht vollständig regungslos verhielt. Der Mitbewohner betrat versehentlich das Zimmer. Sie rief nicht um Hilfe. Würde man auf ein Handeln gegen den Willen abstellen, so haben mir die Praktiker gesagt, würden sie das Geschehen wie folgt beurteilen: Zunächst einmal hat die Frau zwar ihren ablehnenden Willen erklärt. Für den Zeitpunkt der Vornahme der sexuellen Handlungen muss der Rechtsanwender allerdings interpretieren, ob dies noch der Fall ist. Da die Frau sich aktiv beteiligt hat, sei dies als Zustimmung zu werten. Ob man dem folgt, möchte ich offen lassen. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung hilft insofern, als er immerhin eine Strafbarkeit annimmt, wenn das Opfer ein empfindliches Übel befürchtet und der Täter dies ausnutzt. Wie das Verhalten zu interpretieren ist, spielt hier keine Rolle. Ein zweiter Punkt, den man bei einer weiten Fassung, also einer Fassung, die „gegen den Willen“ als Tatbestandsmerkmal normiert, beachten muss, ist, dass hier in weitem Umfang eine Freierstrafbarkeit bei

Prostitution eingeführt wird – bei Zwangsprostituierten jedenfalls, wenn der Freier dies erkennen kann. Ich möchte nur darauf hinweisen, dass diesbezüglich möglicherweise Abstimmungsbedarf zur Anhörung in der nächsten Woche zum Menschenhandel besteht, in der dies auch Gegenstand ist. Dort ist eine Kronzeugenregelung vorgesehen, die möglicherweise obsolet wird, wenn der Tatbestand des Sexualstrafrechts einschlägig ist. Möchte man eine Fassung im Sinne einer „Nein-heißt-Nein“-Lösung, würde ich es bevorzugen, auf den erkennbar entgegenstehenden Willen abzustellen, wie es die Gesetzentwürfe von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und der Fraktion DIE LINKE. tun. Man kann dann an gängige Kategorien des tatbestandsausschließenden Einverständnisses anknüpfen und hat keine Sonderdogmatik für Sexualstraftaten. Aus meiner Sicht überzeugt es nicht, auf den erklärten Willen abzustellen, denn die Erklärung nach außen kann etwas anderes bedeuten als das, was das Opfer wirklich meint. Der Täter ist gewalttätig und fragt: „Du bist doch einverstanden?“ Dann wird das Opfer „ja“ sagen und dann hilft diese Formulierung nicht weiter. Das Merkmal „erkennbar“ dient dazu, dass der Täter sich ein Bild machen kann, und dass man auch nicht zur Pönalisierung von sozial-adäquaten Handlungen kommt.

Zu weitgehend ist das Eckpunktepapier, das nur auf ein Handeln gegen den Willen abstellt. Nach gängiger Dogmatik bedeutet dies, dass der innere Wille genügt und er nicht nach außen treten muss. Auch die Formulierung „unter Umständen, in denen eine fehlende Zustimmung offensichtlich ist“ halte ich nicht für zielführend. Wenn man eine Zustimmung verlangt, benötigt man eine positive Einwilligung im Sinne einer „Ja-heißt-Ja-Lösung“. Wenn das Opfer nichts sagt, wird die Zustimmung immer fehlen. Das erscheint mir nicht ganz ausgereift. Im Übrigen würde ich es bevorzugen, die sexuelle Nötigung in § 240 Strafgesetzbuch (StGB) wie in den beiden anderen Gesetzentwürfen in das Sexualstrafrecht zu überführen und die Überraschungsfälle als typisierten Fall gesondert hervorzuheben. Ob man eine Regelung zur sexuellen Belästigung schafft, hängt davon ab, wie man mit § 184h StGB umgeht. Ich schlage vor, dort die Worte „von einiger Erheblichkeit“ zu modifizieren und „nicht unerheblich“ zu formulieren. Dann könnte man Zugriffe auf Geschlechtsorgane und Brust auch nach



dem geltenden Recht erfassen und bräuchte möglicherweise keinen gesonderten Tatbestand.

Die Vorsitzende: Danke, Herr Professor Eisele. Dann geht es weiter mit Frau Freudenberg.

SVe Dagmar Freudenberg: Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete, ich bedanke mich zunächst im Namen des Deutschen Juristinnenbundes für die Einladung. Es ist mir eine Ehre, hier sprechen zu dürfen. Der Deutsche Juristinnenbund hat die Diskussion um die Reform des Sexualstrafrechts schon seit Jahrzehnten begleitet. Die Vorsitzende hat es angesprochen: Auch die Vergewaltigung in der Ehe war ein Paradigmenwechsel, der viele Diskussionen gebracht hat und letztendlich erfolgt ist.

Die vorliegenden Gesetzentwürfe sind ein wichtiger Meilenstein für eine Reform. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung ist ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung. Er schließt Schutzlücken, die wir in den vergangenen Diskussionen bereits identifiziert haben. Die Verbände haben sie identifiziert, die Politikerinnen und Politiker haben dazu Stellung bezogen. Aus Sicht des Deutschen Juristinnenbundes ist dieser Schritt aber leider zu kurz geraten. Der Gesetzentwurf schließt nur einige Schutzlücken, bringt aber nicht den von Artikel 36 der Istanbul-Konvention geforderten Paradigmenwechsel, den wir brauchen. Die Sorge des Deutschen Juristinnenbundes ist, dass eine Befassung mit der in der Gesetzesbegründung vorgesehenen Gesamtreform nach Abschluss der vom Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz eingerichteten Kommissionsarbeit in der nächsten Legislaturperiode nicht mehr erfolgt, wenn jetzt mit diesem Gesetzentwurf eine Reform durchgeführt würde. Wir haben seit der letzten Reform in den neunziger Jahren – Stichwort: Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe – fast zwanzig Jahre warten müssen, bis wir das Thema nun wieder in einer großen Reform angehen können. Dem Deutschen Juristinnenbund ist es sehr wichtig, jetzt auch den Gesetzentwurf so zu gestalten, dass das Thema nicht in der nächsten Legislaturperiode wieder angefasst werden muss. Diese Umsetzung ist ein Paradigmenwechsel, das ist richtig. Es ist bereits angesprochen worden: „Nein heißt Nein“, die Strafbarkeit, die Artikel 36 der Istanbul-Konvention verlangt, ist, dass ein „Nein“ akzeptiert und ein Verstoß dagegen unter Strafe gestellt werden

muss. Die Würde des Menschen umfasst das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung. Dieses Recht muss voraussetzungslos geschützt werden. Das heißt: Jede Person muss bestimmen können, wer wann welche sexuelle Handlungen an ihr vornimmt. Die bedauerlichen Ereignisse in Köln haben einen wesentlichen Diskussionsschub in der Gesellschaft und auch in den Medien mit sich gebracht. Es ist deutlich geworden, dass die Bürgerinnen und Bürger überrascht sind, dass dieses „Nein heißt Nein“ in unserer Gesetzessituation noch gar nicht enthalten ist. Ich denke, wir tun gut daran, jetzt umzusetzen, was von der Bevölkerung bereits als strafbar angesehen wird: dass ein „Nein“ ausreicht, um das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung zu schützen. Diese Umsetzung ist möglich. Das zeigen die Gesetzentwürfe der Fraktion DIE LINKE. und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN sowie das Eckpunktepapier. Der Deutsche Juristinnenbund hat bereits 2014 in einer seiner ersten Stellungnahmen zu dieser Reformdiskussion selbst einen Diskussionsentwurf vorgelegt und darin gezeigt, dass die Umsetzung möglich ist. Es ist also keine Frage des Könnens, sondern des Willens, ob man das Prinzip „Nein heißt Nein“ umsetzt. Wir haben in unserer Stellungnahme verschiedene Gesichtspunkte aufgeführt, die dafür grundsätzlich erforderlich sind. Aus Zeitgründen werde ich nicht alle aufzählen. Ich möchte nur im Hinblick auf die Gesetzentwürfe noch einmal darauf hinweisen, dass die verschiedenen Fallkonstellationen, die auch schon von Frau Clemm angesprochen worden sind, in einem Grundtatbestand mit beachtet werden müssen. Es muss überlegt werden, welche Regelung für minderschwere Fälle geschaffen wird. Aus Sicht des Deutschen Juristinnenbundes würde die Möglichkeit eines minderschweren Falls bezogen auf den Grundtatbestand in der Praxis zu Schwierigkeiten führen. Das Verteidigungsverhalten der Beschuldigten ist auch nach meiner Erfahrung als Staatsanwältin darauf ausgerichtet, dann möglichst einen minderschweren Fall beweisen zu können – unter Umständen sogar durch Blaming des Opfers. Deswegen halte ich eine solche Lösung für unglücklich und würde den minderschweren Fall auf die schwerwiegenden Strafschärfungstatbestände beschränken.

Zur Frage der Streichung des § 184h StGB kann ich gerne auf Rückfrage Stellung nehmen. Der Deutsche Juristinnenbund und ich halten eine



Streichung nicht für richtig. In § 184h StGB ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zum Ausdruck gekommen, der von der Rechtsprechung restriktiv gehandhabt wird. Eine Streichung könnte dazu führen, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Praxis möglicherweise anders angewendet wird, sodass dann beispielsweise das „Grab-schen“ als zumutbare Belästigung gewertet und nicht bestraft würde. Zu der Frage der begleitenden Maßnahmen kann ich gerne auf Nachfrage Stellung nehmen. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Dann hat Frau Professor Dr. Hörnle das Wort.

SVe **Prof. Dr. Tatjana Hörnle**: Sehr geehrte Damen und Herren, gegenüber der jetzigen Rechtslage bedeutet der Gesetzentwurf der Bundesregierung eine Verbesserung. Aber er enthält einen Konstruktionsfehler, weil nach wie vor der Widerstand des Opfers im Zentrum steht und es auf die Erforschung der Motive des Opfers ankommt, auch wenn das Opfer „Nein“ gesagt hat. Erfreulicherweise zeichnet sich nun ein politischer Konsens für ein „Nein-heißt-Nein“-Modell ab. Ich werde mich deshalb im Wesentlichen darauf beschränken, wie sich dies in sinnvoller Weise umsetzen lässt.

Klar ist, dass es neuer Grundtatbestände bedarf, an die dann Qualifikationen anknüpfen. Weil es unterschiedliche Fallgruppen gibt, sind mehrere Grundtatbestände notwendig. Einer dieser Grundtatbestände wird ein Merkmal wie „gegen den erklärten Willen“ – das wäre mein Vorschlag – oder „gegen den erkennbaren Willen“ – ebenfalls ein nachvollziehbarer und umsetzbarer Vorschlag – enthalten. Dies wäre ein zentrales Tatbestandsmerkmal, um Fallgruppen zu erfassen. Es kann aber nicht das einzige Tatbestandsmerkmal sein, das kommt auch in allen Entwürfen gut zum Ausdruck. Wir müssen auch die anderen Fallgruppen abdecken. Die Frage ist, wie dies gesetzestech-nisch am sinnvollsten geschehen soll. Die im Eck-punktepapier vorgesehene Formulierung „unter Umständen, in denen eine fehlende Zustimmung offensichtlich ist“ stammt von mir. Insofern bin ich nicht die richtige Person, um Kritik zu üben. Aber ich muss ehrlichkeitshalber darauf hinwei-sen, dass in der Literatur Kritik geübt wurde. Von Kollegen wurde dies in strafrechtlichen Stellung-nahmen zum Teil als Hinweis auf Fahrlässigkeit missverstanden. So ist es nicht gemeint. Wenn

daraus ein Gesetz werden sollte, müsste man da-her in den Gesetzesmaterialien deutlich machen, dass es nicht um Fahrlässigkeit geht. Es geht da-rum, dass der Täter vorsätzlich handelt – er muss wissen, dass diese Umstände vorliegen. Es würde sich auch empfehlen, ein paar Beispielsfälle zu nennen. Es geht um Taten, die von Fremden und in völlig asexuellen Kontexten begangen werden, bei denen klar ist, dass die andere Person offen-sichtlich nicht zugestimmt hat. Ernsthaft erwägt werden sollte auch die im Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN enthaltene Formulierung „unter Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit“. Diese Formulierung, genauer ge-sagt „Arg- oder Wehrlosigkeit“, gefällt mir gut. Damit werden die Fallgruppen abgedeckt, in de-nen Opfer nicht mit derartigen Vorfällen rechnen. Wenn Sie tatsächlich einen Gesetzestext entwer-fen, wäre „Ausnutzung der Arg- oder Wehrlosig-keit“ durchaus eine bedenkenswerte Alternative. Pragmatisch gedacht stoßen Sie bei den Rechtsan-wendern, bei den Verbänden aus der Juristen-schaft, auf weniger Widerstand, wenn Sie ein Tat-bestandsmerkmal wählen, das jeder Jurist kennt, weil es das zentrale Auslegungsmerkmal bei den Mordmerkmalen ist. Das Merkmal „fehlende Zu-stimmung offensichtlich“ ist unvertraut; deshalb auch die Kritik der Kollegen.

Gut gelungen ist § 177 Absatz 5 des Vorschlags im Eckpunktepapier. Er sieht vor, dass auf Frei-heitsstrafe nicht unter einem Jahr zu erkennen ist, wenn der Täter gegenüber dem Opfer Gewalt an-wendet. Damit haben Sie das Problem des Final-zusammenhangs gelöst. Wenn „mit Gewalt“ oder „durch Gewalt“ im Gesetz stehen würde, wäre man mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts-hofs (BGH) konfrontiert, wonach ein Finalzusam-menhang erforderlich ist. Wenn er nicht besteht, ist zumindest die Qualifikation nicht anwendbar. Dieses Problem des Finalzusammenhangs wird mit dieser Formulierung schön vermieden.

Nach meiner ersten vorläufigen Lektüre ist das Problem der „Klima-der-Gewalt-Fälle“ nicht er-fasst. Das sind Konstellationen, in denen die Be-teiligten wissen, dass der Täter seine Bedürfnisse durchsetzen wird. Er hat das Opfer schon öfter verprügelt und in der konkreten Situation – typi-scherweise Familienkonstellationen – hören Be-troffene auf, „Nein“ zu sagen, weil sie ohnehin wissen, dass ihr „Nein“ wieder ignoriert werden



wird. Darüber, wie diese „Klima-der-Gewalt-Fälle“ am besten in den Griff zu bekommen sind, wird noch einmal nachzudenken sein. Dieses Element spricht für die subjektive Fassung im Gesetzentwurf der Bundesregierung, dem auch ich erst skeptisch gegenüber stand. Tatsächlich bietet er aber im Hinblick auf diese Fälle die eleganteste Lösung. Zu den Bedenken, ob man dies während des Verfahrens im Vorsatz des Täters abbilden und nachweisen kann: In vielen Fällen wird das nicht möglich sein. Aber bei extrem gewalttätigen Beziehungen wird auch dem Täter klar sein, dass die Frau nur deshalb nichts sagt, weil sie mit Gewalt rechnet.

Ich plädiere auch noch einmal dafür, die §§ 174a bis 174c StGB nicht zu vergessen. In einem Gesetzentwurf sollten Sie klären, wie sich das Konkurrenzverhältnis gestaltet, wenn jemand zum Beispiel gegenüber seinem Psychotherapeuten „Nein“ sagt: Tritt dann § 174c StGB zurück oder besteht ein Konkurrenzverhältnis? Wahrscheinlich wäre es am besten, von Tateinheit auszugehen. Aber solche Dinge sollten vorher bedacht und in einem Gesetzentwurf enthalten sein.

Bezüglich der Erheblichkeitsklausel in § 184h Nummer 1 StGB habe ich mich für eine Streichung ausgesprochen, man kann aber sicher auch eine andere Lösung finden.

Ich könnte auch noch etwas zu § 179a des Vorschlags im Eckpunktepapier sagen.

Die **Vorsitzende**: Danke, Frau Professor Hörnle. Jetzt hat Frau Müller-Piepenkötter das Wort.

Sve Roswitha Müller-Piepenkötter: Herzlichen Dank. Ich danke aus der Sicht des Opferschutzes für die Einladung und die Gelegenheit, hier Stellung zu nehmen. Frau Clemm hat eindrucksvoll und anschaulich geschildert, wie die geltende Rechtslage Opfer beeinträchtigt. Das wird auch durch die Zahlen belegt: Nur ein kleiner Bruchteil erstattet Anzeige und davon führen weniger als zehn Prozent zur Verurteilung. Wie ich den verschiedenen Gesetzentwürfen und dem Eckpunktepapier entnehme, besteht bei den Abgeordneten in der Analyse jedenfalls weitgehend Einigkeit. Das Defizit liegt zum einen in der finalen Verknüpfung und zum anderen in der Erheblichkeitschwelle des § 184h StGB. Diesen letzten Fall hat der Regierungsentwurf überhaupt nicht berücksichtigt und von der finalen Verknüpfung hat sich

der Regierungsentwurf nicht wirklich entfernt. Somit bleiben die bisher existierenden Probleme in vielen Fällen bestehen. Es würde also nur ein ganz geringer Teil der Fälle überhaupt einer Lösung zugeführt werden. Unser Vorschlag war, § 179 StGB als Anknüpfungspunkt zu wählen. Das kann man gesetzestechnisch unterschiedlich handhaben. Hintergrund dafür war, dass die Regierung angekündigt hat, sich noch einmal mit dem ganzen Sexualstrafrecht, dem 13. Abschnitt des StGB, zu befassen. Ich möchte möglichst nah am Regierungsentwurf bleiben und mich nur mit ihm beschäftigen. Sicherlich ist es sinnvoll, den Grundtatbestand erst noch zu schaffen. Wenn wir nur von dem „erklärten Willen“ oder der Formulierung „erkennbar entgegenstehender Wille“, die dann noch ausgelegt werden müsste, ausgehen, haben wir ein Problem: Dann verbleibt eine ganze Anzahl von Fällen, insbesondere die der Gewaltbeziehung, in der es auch immer wieder gewaltfreie Zeiten gibt und das Opfer nichts sagt. Nach Ansicht der Rechtsprechung hat die Gewalt nicht mehr gewirkt, wenn sie ein paar Monate zurückliegt. Außerdem werden damit die Überraschungsfälle nicht gelöst. Deswegen meine ich, dass wir trotz aller Bedenken bei der Formulierung „nach den Umständen erkennbarer Wille“ bleiben sollten.

Das Thema „Arg- und Wehrlosigkeit“ wäre ein großes Problem, weil diese Begriffe aus dem Mordtatbestand bekannt sind und die Wehrlosigkeit dabei aus der Arglosigkeit folgen muss. Ob man diese Fälle über das Merkmal der „Arg- oder Wehrlosigkeit“ lösen kann, ist fraglich. Ist eine Frau in einer Gewaltbeziehung arglos? War sie wehrlos, wenn sie sich nicht gewehrt hat und nichts sagt? Da verbleiben sehr viele offene Fälle.

Aus meiner Sicht kann man § 184h StGB streichen, wenn man sich an dem Eckpunktepapier der beiden Regierungsfractionen orientiert. Die unterschiedliche Erheblichkeit würde über § 177 Absatz 1 und 2 des Vorschlags im Eckpunktepapier und die Abstufungen aufgefangen. Jetzt soll diese Norm dafür sorgen, dass der erhöhte Strafrahmen nicht auf alles angewandt werden muss. Ich halte es auch nicht für angemessen, in § 177 Absatz 1 und 2 des Vorschlags im Eckpunktepapier dieselbe Strafe vorzusehen. Der Strafrahmen in Absatz 1 müsste deutlich abgesenkt werden, weil andernfalls dieselbe Strafandrohung für ein



Handeln gegen den Willen und für die zusätzliche Verknüpfung mit dem Nötigungsmittel bestünde.

Ich tue mich außerdem mit dem Antragsanfordernis schwer. Anders als bei anderen Antragsdelikten – Beleidigung, Hausfriedensbruch usw. – besteht bei Sexualdelikten ein deutliches Machtgefälle. Zudem ist die Justiz überlastet.

Sehr gut gefällt mir § 179 des Vorschlags im Eckpunktepapier, der die tätliche sexuelle Belästigung sanktioniert. Ich habe aber Zweifel, ob der Begriff „Tätlichkeit“ gut gewählt ist. Man könnte zum Beispiel auch den Begriff der „sexuell bestimmten körperlichen Berührung“ aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) übernehmen. Die „Tätlichkeit“ kennt das Strafrecht bisher nicht. Im Sport und im schweizerischen Strafrecht wird darunter eine Handlung verstanden, die das körperliche Wohlbefinden beeinträchtigt, aber noch nicht an die Körperverletzung heranreicht.

Die **Vorsitzende**: Danke. Dann hat jetzt Herr Ohlenschlager das Wort.

SV Erik Ohlenschlager: Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete, ich möchte in meinem ersten Statement auf den Entwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eingehen. Dazu wurden Stellungnahmen der bayerischen Justiz eingeholt. Ich möchte gerne kurz darauf hinweisen, welchen Eindruck die Leitenden Oberstaatsanwälte und die Präsidenten von diesem neuen Entwurf haben. Ich gehe gerne später noch einmal auf das Thema „Nein-heißt-Nein“ ein. Zunächst begrüßen wir den Gesetzentwurf der Bundesregierung allesamt. Er schließt Lücken, die dringend geschlossen werden müssen – es gibt allerdings auch Bereiche, in denen wir eine Regelung vermissen.

Zunächst wird in dem Gesetzentwurf und in dem Eckpunktepapier nur die Widerstandsunfähigkeit angesprochen. Die eingeschränkte Widerstandsfähigkeit ist jedoch vernachlässigt worden. Wir meinen, dass man an dieser Stelle nachbessern sollte. Es gibt psychisch beeinträchtigte, geistig eingeschränkte Opfer, die einen eigenständigen Willen zwar noch in Grundzügen bilden und auch einfach artikulieren können, sich dem domi-

nanten Willen des Täters aber nicht zu widersetzen vermögen. Das sollte nicht strafflos bleiben. In der Praxis haben die Gutachter häufig große Probleme damit, die absolute Widerstandsunfähigkeit zu begründen. Wir könnten etwas für die Opfer tun, die sich in diesem Zwischenbereich befinden.

Im Gegensatz zu meiner Vorrednerin bin ich ein Fan des Antragsdelikts. Der Unrechtsgehalt erfasst auch flüchtige Berührungen und damit keine allzu gravierenden, aber trotzdem die Erheblichkeitsgrenze überschreitenden Taten. Jedem Opfer sollte daher die Autonomie gegeben werden, selbst zu entscheiden, ob es das große Prozedere des justizgemäßen Verfahrens über sich ergehen lassen möchte. Die gerichtlichen Verfahren sind für die Opfer kein „Zuckerschlecken“. Es liegt nicht daran, dass die Justiz unsensibel ist, sondern an der Unschuldsvermutung. Nach unserer Rechtsordnung müssen wir dem Täter seine Handlungen nachweisen. Deswegen müssen wir den Sachverhalt im Detail erforschen. Das ist für das Opfer äußerst schwierig, manchmal sogar traumatisch. Es sollte selbst entscheiden können, ob es Angriffe von Verteidigern, die die Rechte des Beschuldigten wahren müssen, über sich ergehen lassen will, ob es befragt werden und dem Täter begegnen möchte oder ein Glaubwürdigkeitsgutachten erstellt werden soll. Das ist eine grundlegende Entscheidung, die ich gerne der Autonomie des Opfers überlassen würde. Dies betrifft nur niederschwellige Fälle, in denen keine Nötigungsmittel, insbesondere keine Gewalt angewendet wird. Bei Verbrechenstatbeständen geht das hingegen nicht. Wegen der Machtstruktur zwischen Opfer und Täter, die gerade auch in sozialen Nahbereichen besteht, sehe ich das öffentliche Interesse, das die Staatsanwaltschaft bejahen kann, als Korrektiv. Die bayerische Justiz würde solche Fälle jedenfalls verfolgen. Da gibt es auch kein Problem mit der Überlastung. Wir verfolgen jede Straftat, die verfolgungswürdig ist. Deswegen kann ich die Kollegen vor dem Verdacht in Schutz nehmen, dass sie die Tür des Antragsdelikts nur nutzen würden, um Arbeit zu vermeiden.

Ich halte minderschwere Fälle für wichtig, weil die Rechtsprechung darauf flexibler reagieren kann. Sie kann dann im Einzelfall entscheiden, ob wirklich eine Freiheitsstrafe verhängt werden



muss, oder ob man auch mit einer Geldstrafe auskommt. Mir wäre aber wichtig, dass darüber hinaus auch bei der rein subjektiven Lage – wenn das Opfer meint, dass es ein empfindliches Übel zu erwarten hat – noch etwas genauer differenziert wird. Wir haben zwar das Ausnutzungsbewusstsein als Korrektiv. Aber ich würde mir noch eine andere Formulierung wünschen und könnte dazu auch gerne einen Vorschlag machen.

Aufgrund meiner Praxiserfahrung ist mir auch die Thematisierung des „Grabschens“ ein Anliegen. Mit dem Tatbestand der Beleidigung haben wir kein wirklich brauchbares Mittel zur Hand. Es gibt Frauen, die durch die Erfahrung fremder Hände an ihren Geschlechtsteilen oder im Schritt hochgradig belastet sind. Dann erfahren sie von der Justiz, dass sie leider nichts machen können, weil die Erheblichkeitsschwelle nicht überschritten sei und sie sich daher an den Beleidigungstatbestand halten müssten. Der BGH stuft aber nicht jede sexuelle Handlung per se als Beleidigung ein, sondern verlangt darüber hinaus eine Herabwürdigung der Ehre. Ich kann also nicht unbedingt davon ausgehen, dass das Opfer bei der Tat auch beleidigt wird. Das sind sehr schwierige Hürden. Man stelle sich einen Täter vor, der völlig fehlsozialisiert ist und es lustig und besonders charmant findet, Frauen an die Brust oder die Geschlechtsorgane zu greifen – etwa, weil er das für eine Liebeserklärung hält. Dann kämen wir mit dem Beleidigungstatbestand gar nicht mehr weiter, weil das ehrwürdige Element völlig wegfielen. Das geht nicht. Deswegen wünsche ich mir als Praktiker einen Tatbestand, der die tätlichen, körperlich-sexuellen Belästigungen unter Strafe stellt. Diesen würde ich dann als Antragsdelikt – gerne auch als relatives Antragsdelikt – ausgestalten.

Zum Schluss möchte ich noch ein weiteres Problem ansprechen: Zu den Vorfällen auf dem Musikfest in Darmstadt liegen wieder zwanzig Anzeigen vor. Dieses Gruppenphänomen, das offensichtlich häufiger von Tätern mit Migrationshintergrund ausgeht als von Deutschen, ist eine Realität in unserer Gesellschaft. Wir müssen etwas gegen diese Horden, die Frauen aus der Gruppe heraus angreifen, unternehmen. Ich würde mir wünschen, dass wir einen Beteiligungstatbestand schaffen, der dem der Schlägerei ähnlich ist. Das kann man auch gut begründen. Dazu gebe ich

gerne Auskunft, wenn entsprechende Fragen an mich gestellt werden. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende:** Frau Rabe ist die letzte in der Runde.

SVe **Heike Rabe:** Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrte Damen und Herren, vielen Dank für die Einladung. Da die aktuelle Beschlusslage der Regierungskoalition in dem Eckpunktepapier zusammengefasst ist, werde ich mich darauf konzentrieren, soweit eine Auseinandersetzung damit in der Kürze der Zeit möglich war.

Begrüßenswert ist die Grundentscheidung, die strafbare Handlung an die Missachtung des entgegenstehenden Willens zu knüpfen. Dies entspricht auch den Entwürfen der Fraktionen DIE LINKE. und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN. Ich stimme Herrn Eisele zu, dass in der Formulierung des Eckpunktepapiers auf den inneren, nicht ausgedrückten Willen abgestellt wird. Aus Gründen der Rechtsklarheit wäre es aber vorzugswürdig, den zum Ausdruck gebrachten Willen zugrunde zu legen. Dies könnte mit der Formulierung „gegen den erklärten Willen“, „gegen den zum Ausdruck gebrachten Willen“ oder – entsprechend dem Entwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – „gegen den erkennbar zum Ausdruck gebrachten Willen“ umgesetzt werden.

Ich habe ein Problem mit dem Strafraumen: Sechs Monate bis zu zehn Jahre – das entspricht der gefährlichen Körperverletzung. Die Breite der Tat handlung, die hier abgedeckt werden soll, nämlich heftiges, die Erheblichkeitsschwelle überschreitendes „Grabschen“, ist nicht vergleichbar mit einer gefährlichen Körperverletzung.

Im Sinne der UN-Behindertenrechtskonvention und der Istanbul-Konvention ist es sehr begrüßenswert, was in § 177 Absatz 4 des Vorschlags im Eckpunktepapier formuliert wurde. Dort wird strafscharfend berücksichtigt, wenn sich sexuelle Handlungen gegen Menschen mit starken Behinderungen richten. Diese Grundidee bzw. dieses Werturteil ist auch im Regierungsentwurf und in dem Entwurf der Fraktion DIE LINKE. zu finden. Diese Entwürfe knüpfen an den Begriff der Behinderung an. Das ist nicht günstig, weil „Behinderung“ ein sehr breiter Begriff ist. Zum Beispiel gelten symptomlos HIV-Infizierte nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts als behindert. Das ist hier aber nicht gemeint. Diese Form



von Behinderung ist nicht das, was einen gesteigerten Unrechtsgehalt begründet und damit auch einen höheren Strafrahmen rechtfertigt. Hier handelt es sich – und das gefällt mir an der Formulierung im Eckpunktepapier – um Personen, die zur Willensbildung und zur Willensäußerung unfähig sind. Einen durchaus erhöhten Unrechtsgehalt sehe ich zum Beispiel in Wachkoma-Fällen, die man mit der Formulierung des Eckpunktepapiers dann nicht nur bei Behinderung, sondern auch bei der Verwendung von K.O.-Tropfen mit einbeziehen kann. Damit würden auch Personen geschützt, die nur kurzfristig zur Willensbildung und -äußerung unfähig sind.

Auch die Aufnahme von Personen, die in ihrer Willensbildung und -äußerung erheblich eingeschränkt sind, ist begrüßenswert. Das betrifft Fälle, in denen Täter gezielt in Bars gehen, um junge Mädchen oder Frauen aufzusuchen, die erheblich alkoholisiert sind, stark unter Drogen stehen oder geistig beeinträchtigt sind. Es ist eine gute Idee, vorzusehen, dass sich der Täter in diesen Fällen zunächst erkundigen muss: Ist es ein „Ja“ oder ein „Nein“? Ist das, was auch immer er bekommt, wirklich eine Zustimmung zur sexuellen Handlung?

Unklar ist mir, warum § 240 Absatz 4 Nummer 1 StGB in dem Eckpunktepapier nicht gestrichen wurde. So verstehe ich das Verhältnis von § 240 Absatz 4 Nummer 1 StGB zu § 177 Absatz 2 Nummer 3 des Vorschlags im Eckpunktepapier nicht. In beiden Vorschriften ist die Drohung mit einem empfindlichen Übel enthalten.

Für sehr schwierig und in dieser Runde diskussionswürdig halte ich den neu eingeführten § 179a des Vorschlags im Eckpunktepapier, der den sexuellen Missbrauch aus der Gruppe heraus sanktioniert. Die strafbare Handlung knüpft an die Beteiligung an einer Gruppe an. Es wird gesagt, dass diese Formulierung an § 231 StGB angelehnt sei. Dort verlangt das Gesetz aber die Beteiligung an der Schlägerei oder an einem Angriff und lässt es nicht genügen, nur Teil einer Gruppe zu sein. Was meinen Sie damit? Waren alle Männer auf der Domplatte in Köln die Gruppe? Sollen alle, die dabei gestanden haben, strafbar sein? Hier wird es sehr schwer, sozialadäquates von strafbarem Verhalten abzugrenzen. Daher muss eine

irgendwie geartete Beteiligung an einem Angriff oder einer Schlägerei wie in § 231 StGB vorgesehen werden. Das zweite Problem ist der extrem hohe Strafrahmen von bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. Demgegenüber enthält § 231 StGB eine Strafandrohung von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. § 231 StGB setzt aber voraus, dass Folge der Tat der Tod oder eine schwere Körperverletzung ist. Ich denke, das steht in einem Missverhältnis zu dem, was hier geplant ist. Danke.

Die **Vorsitzende**: Danke. Wir sehen alle mit einem gewissen Vergnügen, dass das Eckpunktepapier nun doch Gegenstand der Anhörung ist. Ich habe mir für die erste Fragerunde zehn Personen notiert. Wir beginnen mit Herrn Hoffmann, dann geht es weiter mit Frau Wawzyniak, Frau Keul, Frau Winkelmeier-Becker und Frau Högl.

Abg. **Alexander Hoffmann** (CDU/CSU): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Meine Damen und Herren Sachverständige, ich darf mich bei Ihnen für die schon sehr breit gefächerten Statements zu den vorliegenden Entwürfen bedanken. Ich habe zwei Fragen: Die erste Frage geht an den Leitenden Oberstaatsanwalt Ohlenschlager und die zweite Frage an Herrn Professor Eisele.

Herr Ohlenschlager, Sie haben es schon angedeutet – die Debatte um „Nein heißt Nein“ hat die Detail-Debatte über den Entwurf der Bundesregierung deutlich überlagert. Sie hatten angekündigt, etwas zu diesem „Nein heißt Nein“ sagen zu können. Welche Herausforderungen muss eine Formulierung in der Praxis bewältigen können, um „Nein heißt Nein“ strafrechtlich sauber in Form zu gießen?

Herr Professor Eisele, Sie haben § 240 StGB angesprochen. Der Entwurf der Bundesregierung sieht die Streichung des § 240 Absatz 4 Satz 2 Nummer 1 StGB vor. Mich würde interessieren, ob Sie die Streichung uneingeschränkt befürworten. Ich stelle die Frage vor dem Hintergrund, dass § 240 Absatz 4 Satz 2 Nummer 1 StGB auch die Nötigung zur sexuellen Handlung an sich selbst beinhaltet. Das ist eine praktische Frage, die im Bereich des Sextings und des Cyber-Groomings relevant wird. Danke.

Die **Vorsitzende**: Danke. Jetzt bitte Frau Wawzyniak.



Abg. **Halina Wawzyniak** (DIE LINKE.): Danke. Frau Rabe, ich finde Ihre Ausführungen zu § 177 Absatz 4 des Vorschlags im Eckpunkt Papier ausgesprochen richtig und teile Ihre Auffassung durchaus. Ich möchte aber darauf hinweisen, dass wir in § 177 des Entwurfs des StGB der Fraktion DIE LINKE. versucht haben, explizit nicht auf Behinderungen Bezug zu nehmen. Wir haben Formulierungen wie „aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustandes zur Bildung eines erkennbaren Willens außer Stande“ etc. verwendet.

Meine Frage richtet sich aber an Frau Clemm und Frau Hörnle und betrifft § 184h Nummer 1 StGB: Wir vertreten die Auffassung, dass „Grabschen“ nach der Rechtsprechung des BGH eigentlich eine sexuell erhebliche Handlung darstellen müsste, und formulieren das in unserem Gesetzentwurf entsprechend. § 179 des Vorschlags im Eckpunkt Papier verstehe ich so, dass er genau dieses „Grabschen“ regeln soll. Wir zitieren in unserem Gesetzentwurf ein BGH-Urteil aus dem Jahr 2011, wonach bei der Bestimmung einer „sozial nicht mehr hinnehmbaren Handlung“ die Begleitumstände der Handlung und die Beziehung zwischen den Beteiligten zu berücksichtigen seien. Nach einem weiteren BGH-Urteil vom 10. März 2016, das auch im Eckpunkt Papier erwähnt wird, muss das Opfer den sexuellen Charakter der zu bewertenden Handlung nicht erkannt haben. Es müsse sich aber um ein nach Art, Intensität und Dauer sozial nicht mehr hinnehmbares Verhalten handeln. Aus meiner Sicht heißt das aber, dass das klassische „Grabschen“ gerade eine sozial nicht mehr hinnehmbare Handlung ist. Ich würde gerne von Ihnen – auch zur Selbstvergewisserung, wie wir mit unserem Gesetzentwurf umgehen – eine Einschätzung haben, wie Sie das „Grabschen“ im Hinblick auf § 184h StGB bewerten.

Die **Vorsitzende**: Danke. Frau Keul und dann Frau Winkelmeier-Becker.

Abg. **Katja Keul** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Auch von meiner Seite vielen Dank. Ich habe zwei Fragen an Frau Hörnle: Ich teile Ihre Auffassung, § 184h StGB zu streichen. Wie wirkt sich eine Streichung dann auf die Notwendigkeit eines gesonderten Paragraphen zum „Grabschen“ aus? Meiner Meinung nach stellt das „Grabschen“ bei einer Streichung des § 184h StGB eine sexuelle

Handlung dar, die automatisch erfasst sein müsste.

Die zweite Frage bezieht sich auf den Regierungsentwurf. Sie hatten § 179 Absatz 1 Nummer 3 StGB-E, der die Befürchtung eines empfindlichen Übels betrifft, positiv erwähnt. Mir ist nicht ganz klar, welche Konstellation damit gemeint ist. Soll diese Regelung eine Situation erfassen, die in dem Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN durch die Formulierungen „entgegenstehender Wille“, „Arglosigkeit“ und „Wehrlosigkeit“ noch nicht abgedeckt ist?

Die **Vorsitzende**: Frau Winkelmeier-Becker.

Abg. **Elisabeth Winkelmeier-Becker** (CDU/CSU): Vielen Dank auch von meiner Seite an alle Sachverständigen. Ich hätte zwei Fragen an Herrn Ohlenschläger. Zum einen auch noch einmal zu § 184h StGB: Wie ist das Verhältnis zu einem eigenen Tatbestand des „Grabschens“, wenn wir die Norm streichen? Wie sehen Sie die Problematik, dass wir dann möglicherweise einen durchgehenden großen Strafraum für alle möglichen Kategorien von sexuellen Handlungen schaffen? Diese Frage beschäftigt mich auch vor dem Hintergrund der teilweise regional unterschiedlichen Praxis der Gerichte. Muss ich mir Sorgen machen, dass ein relativ liberales Amtsgericht in Köln auch bei Taten, die schon eine gewisse Erheblichkeit besitzen, am unteren Rand des Strafraums bleibt, während etwa ein bayerisches Gericht eine höhere Strafe verhängt? Ist es dann nicht besser, zwei unterschiedliche Tatbestände mit jeweils eigenem Strafraum vorzusehen, um die Höhe der Strafen besser steuern zu können?

Die zweite Frage betrifft die Möglichkeit, Handlungen aus einer Gruppe heraus zu bestrafen. Wir könnten einen Tatbestand des „Grabschens“ implementieren und darauf die allgemeinen Regeln von Täterschaft und Teilnahme anwenden. Oder wir schaffen eine parallele Regelung zu § 231 StGB. Könnten Sie bitte darlegen, welche praktischen Unterschiede sich auch hinsichtlich der Beweisbarkeit ergeben, wenn man die Täter nach der einen oder der anderen Variante bestrafen möchte? Danke.

Die **Vorsitzende**: Frau Högl.

Abg. **Dr. Eva Högl** (SPD): Herzlichen Dank, Frau Vorsitzende. Ich habe zwei Fragen an



Frau Professor Hörnle: Zunächst geht es um das Thema „gegen den Willen“, „gegen den erkennbaren Willen“, „gegen den erklärten Willen“. Sie haben zum Ausdruck gebracht, dass Sie die Formulierung „gegen den erklärten Willen“ oder „gegen den erkennbar erklärten Willen“ favorisieren. Würde nicht auch die Formulierung „gegen den Willen“ genügen? Im Rahmen des Vorsatzes stellt sich ja ohnehin die Frage, ob der Wille erklärt wurde und für den Täter erkennbar war.

Dann wüsste ich von Ihnen auch gerne noch etwas zu dem Thema „Handlungen aus der Gruppe heraus“. Reichen unsere bisherigen Regeln zu Täterschaft und Teilnahme auch in Fällen wie auf der Domplatte in Köln, bei Ansammlungen in S- und U-Bahnen, Konzerten, Fußballspielen usw. oder brauchen wir eine gesonderte Regelung für Taten „aus der Gruppe heraus“? Dankeschön.

Die **Vorsitzende**: Danke sehr. Jetzt geht es für die erste Runde weiter mit Herrn Fechner, Frau Maag, Frau Launert und Frau Möhring.

Abg. **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Ich hätte eine Frage an Herrn Professor Eisele und an Frau Rabe: Mir geht es auch um § 184h StGB. Wir haben alle erkannt und sind uns einig, dass wir eine Regelung für das „Grabschen“ finden müssen. Meine Frage betrifft die technische Umsetzung. Der Sinn des 184h StGB besteht ja auch darin, eine Erheblichkeitsschwelle einzuführen, weil § 177 StGB ein vergleichsweise hohes Strafmaß vorsieht. Wenn wir von der Erheblichkeitsschwelle abweichen und beispielsweise wie von Ihnen, Herr Professor Eisele, vorgeschlagen „nicht ganz unerheblich“ formulieren, habe ich die Sorge, ob dies bestimmt genug ist. Das könnte in der Rechtsprechung wieder zu Unsicherheiten oder ganz unterschiedlichen Entscheidungen führen. Es war ja schon einmal so, dass eine Sexualstrafrechtsreform von den Gerichten nicht so umgesetzt wurde, wie es der Gesetzgeber gerne gehabt hätte. Sollte man nicht eher – wie im Eckpunktepapier vorgesehen – einen neuen Tatbestand schaffen und klarstellen, dass die Erheblichkeitsschwelle des 184h StGB dort – anders als bei den anderen Vorschriften – nicht gelten soll?

Die **Vorsitzende**: Frau Maag.

Abg. **Karin Maag** (CDU/CSU): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Ich habe zwei Fragen, die sich jeweils auf das Eckpunktepapier beziehen.

Die erste Frage richtet sich an Herrn Ohlenschlager. Sie hatten sich schon zu § 179a des Vorschlags im Eckpunktepapier, also der Beteiligung an einer Gruppe, geäußert. Frau Rabe hat gesagt, dass die Definition der Gruppe sehr unklar sei, und hatte den Bahnhofsvorplatz in Köln als Beispiel herangezogen. Was müssen wir tun, damit die Definition rechtssicher wird?

Die zweite Frage geht an Herrn Professor Eisele. Es wurde gesagt, dass die Formulierung „gegen den Willen“ nicht genüge, sondern auf den erklärten oder erkennbaren Willen abgestellt werden sollte. Die Mehrheit der Gutachter hat sich wohl auf den erkennbaren Willen geeinigt. Sind dann alle Fälle der Strafbarkeit in verschiedenen Beziehungen erfasst? Wenn sich zwei völlig Fremde als Täter und Opfer begegnen, erwarte ich – und ich würde mich als Laiin bezeichnen – einen deutlich weniger artikulierten Willen, um klarzumachen, dass ich eine Handlung nicht möchte. Es muss reichen, dass ich fremd bin. Bei der Anbahnung einer Beziehung – Stichwort: Flirt in der Bar – muss man einen entgegenstehenden Willen vielleicht schon deutlicher äußern. Wenn ich mich in einer Beziehung, in einer Ehe oder langjährigen Partnerschaft, bedrängt fühle, würde ich persönlich erwarten, dass man den entgegenstehenden Willen sehr deutlich äußert. Werden all diese Konstellationen von dem Begriff „erkennbarer Wille“ erfasst? Dankeschön.

Die **Vorsitzende**: Frau Dr. Launert.

Abg. **Dr. Silke Launert** (CDU/CSU): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Die erste Frage ist an Herrn Professor Eisele gerichtet und betrifft den Kreis der Personen, die in ihrer Willensbildung erheblich eingeschränkt sind. Diesbezüglich finden sich im Regierungsentwurf und im Eckpunktepapier zwei verschiedene Lösungen. Der ursprüngliche Entwurf des Prostitutionsschutzgesetzes sah im Rahmen des Anmeldeverfahrens vor, dass die Einsichtsfähigkeit geprüft wird. Diese Regelung wurde jetzt herausgenommen. Angenommen, einer Person wird die „Eignung zur Prostitution“ bescheinigt, obwohl sie offensichtlich – etwa, weil sie erkennbar geistig behindert ist – in ihrer Fähigkeit zur Willensbildung und -äußerung eingeschränkt ist. Ist es dann schwieriger, eine Straftat nachzuweisen und zu einer Verurteilung zu kommen, wenn das Opfer diese Bescheinigung vorlegt? Kann das Einfluss auf den Vorsatz des



Täters haben?

Die andere Frage geht an Frau Professor Hörnle und an Herrn Ohlenschlager: Können Sie uns – insbesondere unter Berücksichtigung der Kritik von Frau Rabe – Formulierungsvorschläge für einen Tatbestand zu Angriffen aus der Gruppe heraus nennen? Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Jetzt hat als letzte in der Runde Frau Möhring das Wort.

Abg. **Cornelia Möhring** (DIE LINKE.): Vielen Dank. Ich habe eine Frage an Frau Professor Hörnle und Frau Clemm: Teilen Sie die von Frau Müller-Piepenkötter geäußerte Kritik an dem in § 179 des Vorschlags im Eckpunktepapier vorgesehenen Begriff der „Tätlichkeit“? Wenn ja, warum? Wenn nein, warum nicht?

Die **Vorsitzende**: Dann beginnen wir jetzt mit der Antwortrunde in umgekehrter Reihenfolge. Frau Rabe beginnt und hat eine Frage von Herrn Dr. Fechner.

SVe **Heike Rabe**: Die Frage war, ob man § 184h StGB streicht oder einen neuen Tatbestand der sexuellen Belästigung einführt. Wie bereits gesagt wurde, kann man beides machen. Aus meiner Sicht hätte es Vorteile, die sexuelle Belästigung in einen neuen Tatbestand zu fassen. Wenn man § 184h StGB streicht, müsste man den Strafrahmen in dem gesamten 13. Abschnitt überall dort, wo „sexuelle Handlungen“ genannt sind, in den Grundtatbeständen wie in den Qualifikationen anpassen. Das ist noch einmal ein riesiger Umwälzungsschritt. Wenn man einen neuen Tatbestand „Sexuelle Belästigung“ schafft, hätte das zwei Vorteile: a) muss man keine Anpassung vornehmen, er kann also für sich stehen und b) kann man auf eine jahrelange Rechtsprechung zum AGG zurückgreifen, wenn man ihn „Sexuelle Belästigung“ nennt. Was ist sexuelle Belästigung? Das ist ein Begriff, der im Strafrecht neu ist, aber nicht im AGG. Da wird gerade sehr viel über all diese Begriffe, also Tathandlungen unterhalb der Erheblichkeitsschwelle, womit sich das Strafrecht im Gegensatz zum AGG bisher nicht so befasst hat, gesprochen. Jede Form von „Angrabschen“ ist in diesem Bereich sehr kleinteilig über die Rechtsprechung geregelt. Dann müssten auch die Strafgerichte nicht neu anfangen darüber nachzudenken, was eine sexuelle Belästigung ist.

Die **Vorsitzende**: Danke. Dann geht es weiter mit Herrn Ohlenschlager. Sie haben mehrere Fragen von Herrn Hoffmann, Frau Winkelmeier-Becker, Frau Maag und Frau Launert.

SV **Erik Ohlenschlager**: Danke, Frau Vorsitzende. „Nein ist nein“ – das ist eine Formulierung, der in Pauschalität und Allgemeingültigkeit nur wenig entgegengesetzt werden kann. Das klingt außerordentlich einprägsam und logisch. Da kann ich meinen Vorrednern nur zustimmen. Das ausgesendete und klare Signal, mit einem anderen keine sexuell motivierten Kontakte haben zu wollen, ist – und da bin ich bei all meinen Vorrednern – grundsätzlich zu respektieren und zwar ganz egal, unter welchen Umständen es gegeben ist. Dieser Fakt ist Teil des gesellschaftlichen Konsenses. Es gehört zum normgerechten Verhalten und zur Sozialisation, dass man sich diesem Selbstbestimmungsrecht der Frau oder des Mannes – je nachdem, wer gerade der Sexualpartner ist – auch fügt. Das ist die eine Seite. Aber auf der anderen Seite müssen wir – und insbesondere auch der Gesetzgeber – bedenken, dass solche Äußerungen als Ausdruck der sexuellen Selbstbestimmung in einem gesellschaftlichen Kontext gesehen werden müssen. In der Praxis haben wir das Problem bei der Umsetzung, was uns als Gerichte und Staatsanwaltschaften immer wieder beschäftigt. Ich war lange Strafkammervorsitzender und hatte mit Sexualdelikten zu tun. Deswegen kann ich meine eigenen Erfahrungen mit einbringen. In diesen Bereichen ist bei der Würdigung und der Interpretation auch immer die konkrete Lebenssituation, in der diese Äußerungen fallen, von ganz ausschlaggebender Bedeutung. Ich möchte grundsätzlich – auch, wenn ich mich damit nicht beliebt mache – darauf hinweisen, dass es einen Unterschied macht, ob es sich um fremde Personen handelt oder nicht. Die klare Ablehnung der Frau, das klare Nein zu sexuell motivierten Kontakten zwischen völlig fremden Personen in einem öffentlichen Raum, der für sexuelle Kontakte völlig ungewöhnlich und untypisch ist, muss in der Regel von jedem normgerecht sozialisierten Menschen unmissverständlich erkannt werden. Das heißt: Wenn eine Frau in diesem Rahmen „nein“ sagt, ist die Situation völlig klar. Diese Deutungsinhalte des Neins – damit kämpfen wir in der Praxis immer wieder – wird ein anderer aber möglicherweise verkennen,



wenn es sich um Personen handelt, die bereits in persönlicher Beziehung stehen, gar eine sexuelle Beziehung unterhalten oder sich in einem sozialen Raum bewegen, in dem sich Gleichgesinnte treffen, um Kontakte zu knüpfen, sich anzunähern und sexuelle Beziehungen anzubahnen. Die sexuelle Selbstbestimmung ist ein Teil der Menschenrechte und deswegen ist auch die sexuelle Erfüllung das gute Recht jedes Einzelnen. Das will auch niemand hier im Raum in Frage stellen. Aber es entstehen auch sehr schnell Spannungsfelder zwischen der Selbstbestimmung des Partners und der Form von Sexualität, die unsere Gesellschaft noch hinnimmt. Ich meine, dass den Rechtspolitikern klar sein muss, dass „Nein heißt Nein“ auch von der Gesellschaft durchaus tolerierte Spielarten erfasst, die dann pönalisiert werden. Frau Clemm hat gemeint, sie sehe es nicht so – da möchte ich dagegen halten. Denken wir mal an diesen Klassiker: Ein verliebtes Ehepaar – das gibt es Gott sei Dank –, die Ehefrau wartet auf den Mann. Er kommt von der Ausschusssitzung, die sehr anstrengend war, da es viele Fragerunden gab. Er ist müde und abgespannt und die Frau möchte gerne einen sexuellen Kontakt mit ihm haben. Wenn der Mann sagt: „Ich bin zu müde. Ich mag jetzt nicht“, ist das zunächst einmal ein „Nein“. Wenn die Frau nun aber mit Annäherungen, Liebkosungen und Streicheln beginnt und ihn dann doch dazu bringt, einen sexuellen Kontakt mit ihr zu haben, weil sie sich das in der Situation so wünscht, mag man darüber streiten, ob das rücksichtslos oder besonders sensibel ist. Aber man muss sich auch fragen: Sind das Situationen, die wir strafbar machen wollen? Wollen wir, dass diese Ehefrau sich strafbar macht und die Anzeige ihres Ehemanns und möglicherweise eine staatsanwaltliche Befragung über sich ergehen lassen müsste? Es sind Extremfälle, aber ich schildere Ihnen extra diesen pointierten Fall, damit man sich darüber im Klaren ist, dass wir auch in Grenzbereiche hineinwirken. Diese müssten wir aus der Strafbarkeit herausnehmen, wenn es irgendwie geht. Wenn man schon einen Grundtatbestand in diesen niedrighschwelligigen Bereichen schafft, befürworte ich es durchaus, sich zu überlegen, ob nicht der eine oder andere Partner mithilfe eines relativen Antragsdelikts aus dieser Geschichte herauskommen sollte. Denn es könnte ja passieren, dass ein anderer das Geschehen mitbe-

obachtet oder es ihm erzählt wird und er es daraufhin anzeigt – dann wäre es ein Officialdelikt.

Auch in anderen Bereichen haben wir diese Annäherung. Ich habe es schon gesagt – es gibt Clubs, Jugendtreffs, Studentenfeten, Single-Urlaube, in denen manche Dinge ein klein wenig anders ablaufen, als wenn eine Person einer fremden Frau oder einem fremden Mann begegnet. Das ist für die Praxis relativ schwierig zu fassen. Ich denke, unverzichtbare Voraussetzung für die Praxis wird es sein, zum einen deutlich zu machen, dass diese ablehnende Willensäußerung in einer ganz klaren und deutlichen Weise kundgetan werden muss und dass zum anderen Missverständnisse und Fehldeutungen weitgehend ausgeschlossen werden können. Ansonsten kommen wir in eine ganz schwierige Situation. Das „Nein“ als ablehnende Willensäußerung muss auch immer in unmittelbar zeitlichem und situativem Zusammenhang mit der sexuellen Handlung stehen. Das heißt, wir müssen auch berücksichtigen, dass sich dieses Nein verändern kann. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass sich Menschen, die sich am Anfang unsympathisch sind, vielleicht durch einen Abend an der Bar plötzlich doch etwas sympathischer finden. Wir müssen also auch die zeitlichen Zusammenhänge und die Deutlichkeit, mit der die klare Ablehnung zum Ausdruck kommt, beachten. Das Ganze wird besonders schwierig, wenn wir in den Bereich kommen, in dem wir schlüssige Verhaltensweisen als Ablehnung nehmen wollen. Es gibt in diesem Bereich auch Verhaltensweisen, die ambivalent sind. Es gibt Situationen, in denen Frauen oder auch Männer sich missverständlich und widersprüchlich verhalten. Diese Wankelmütigkeit kann zu Missverständnissen führen. Es gab Hinweise von der bayerischen Justiz, die zu dem Thema, dass das Opfer die Anwendung eines empfindlichen Übels durch den Täter erwartet, befragt worden ist. Die Leitenden Oberstaatsanwälte und die Präsidenten haben darauf hingewiesen, dass klar definiert sein muss, dass wir über den bloßen, den geheimen Vorbehalt, über die innere Einstellung hinaus nach außen kundgetane Willensäußerungen benötigen, mit denen wir gerichtsfest arbeiten können. Ich will an dieser Stelle sagen, dass das Gespenst der Falschanschuldigung, das immer benutzt wird, für mich gar nicht so entscheidend ist. Die gibt es auch. Uns beschäftigt in der Justizpraxis



relativ häufig, dass wir Sexualdelikte dann bearbeiten müssen, wenn die Beziehung beendet ist. Diese Anzeigen am Ende einer Beziehung, einer Partnerschaft, einer Ehe, einer Freundschaft sind eher typisch. Wir haben in der Justizwirklichkeit eher seltener mit dem Mann, der hinter einem Strauch hervorspringt und eine Frau überfällt und vergewaltigt oder sexuell nötigt, zu tun. Die Mehrzahl der Fälle stellen Beziehungstaten dar, das heißt: Gewalt zwischen Menschen, die sich nahe sind. Man ist überrascht, dass es überhaupt dazu kommt, aber das ist Teil unserer Realität. Deshalb kann es in diesen Beziehungen immer wieder zu falschen Anschuldigungen kommen, wenn sie beendet sind. Was mich im Rahmen der Beweisbarkeit mehr beschäftigt, ist die Sachverhaltsaufklärung. Wenn es um den „Grabscher“ am Domplatz in Köln geht, wird es sehr schnell zur Strafanzeige kommen. Wenn aber Menschen betroffen sind, die in einem sozialen Gefüge leben und sich nicht aus dieser Beziehung lösen können, wird die Anzeige erst dann kommen, wenn Abstand zum Partner entstanden ist. So ist die Wirklichkeit. Wenn diese Anzeige erstattet wird, fällt es den Opfern – und zwar auch ganz ehrlichen und aufrichtigen Opfern – außerordentlich schwer, die Sachverhalte so zu beschreiben, dass sich das Gericht eine Überzeugung bilden kann. Wir müssen aufpassen, dass wir den Frauen oder Männern, deren sexueller Wille nicht beachtet worden ist, nicht Steine statt Brot geben. Wir müssen darauf achten, Regelungen zu schaffen, in denen Freisprüche oder Verfahrenseinstellungen nicht schon aufgrund des Tatbestands so nahe liegen, dass wir mehr Freisprüche als Verurteilungen erreichen. Denn damit ist der Frust, den die Opfer erleben, extrem.

Die **Vorsitzende**: Wir müssen auch aufpassen, dass wir nicht für die Zukunft Kriterien anlegen, die schon in der Vergangenheit nicht lösbar waren. Frau Müller-Piepenkötter hatte in dieser Runde keine Frage. Als Nächste hat also Frau Hörnle das Wort.

SVe **Prof. Dr. Tatjana Hörnle**: Die erste Frage war von Frau Wawzyniak: Warum ist das „Grabschen“ keine erhebliche sexuelle Handlung? Es gibt dazu eine gefestigte BGH-Rechtsprechung. Ob nun ich als Wissenschaftlerin oder Sie als Gesetzgeber die Dinge anders sehen, spielt keine Rolle – in der

Realität wird es durch die Rechtsprechung beurteilt. Wenn man an dieser Ausgangslage etwas ändern möchte, sollte es der Gesetzgeber durch eine Änderung im Gesetz tun.

Frau Keul hatte gefragt, ob der Vorschlag, § 184h Nr. 1 StGB zu streichen, nicht zur Konsequenz habe, dass damit die Fälle der sexuellen Belästigung erfasst werden. Die Antwort lautet: Ja, genau so ist es. Das entscheidende Kriterium ist dann, ob eine sexuelle Handlung vorliegt. Das sortiert eine ganze Reihe von Vorfällen aus. Was eben als Liebkosung und Annäherungsversuche beschrieben wurde, sind keine sexuellen Handlungen. Die sind tatbestandlich nicht erfasst. Es muss tatsächlich eine Handlung vorliegen, die sich auf die Genitalien und bei Frauen auch auf die Brust bezieht, aber nicht das „den Arm um den anderen legen“ und dergleichen. Wenn es sich nun um eine sexuelle Handlung handelt, bedarf es keiner Erheblichkeitsprüfung. Denn der Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung liegt bereits vor, wenn es eine sexuelle Handlung war. Sie reicht damit als Kriterium und man kann diese Fälle, wenn man Grundtatbestände mit niedrigeren Strafrahmen schafft, auch nach diesen Grundtatbeständen aburteilen.

Nun komme ich zu der Frage, wie nach dem Entwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN die „Klima-der-Gewalt-Fälle“ zu erfassen wären. Eine Möglichkeit wäre immer, die Drohung als Tatbestandsmerkmal vorzusehen. Zwar sagt die BGH-Rechtsprechung, dass eine implizite Drohung genügt. Der BGH ist da sehr streng. Das heißt, der BGH wird es nicht als implizite Drohung behandeln, wenn es im Hintergrund schon einmal zu Gewalttätigkeiten gekommen ist. Dann bliebe in Ihrem Entwurf noch die Wehrlosigkeit. Dieser Ansatzpunkt wäre in den „Klima-der-Gewalt-Fällen“ realistischer. Wenn man sich die restriktive Rechtsprechung des BGH im Sexualstrafrecht ansieht, würde ich vermuten, dass auch die Wehrlosigkeit oft verneint werden wird, wenn solche „Klima-der-Gewalt-Fälle“ gerichtlich zu entscheiden sind. Ich denke, man benötigt ein Zusatzkriterium, wenn diese Fälle einbezogen werden sollen und man sichergehen möchte.

Frau Högl hatte gefragt, ob das Merkmal „gegen den Willen“ nicht deshalb ausreiche, weil wir den Vorsatz haben. Sie haben Recht, dass damit



in der Praxis in manchen Fällen oder sogar in vielen Fällen eine Korrektur zu erreichen wäre. Wenn der entgegenstehende Wille nicht erklärt wird, weiß der Täter es oft nicht. Das ist nur ein Aspekt. So erreichen Sie nur eine Teilkorrektur. Es geht auch um Verhaltensnormen. Strafnormen sind nicht nur Normen, die die Gerichte anwenden, sondern auch Verhaltensnormen. Grundsätzlich – es gibt auch Ausnahmen – klarzumachen, dass Personen ihren Willen erklären müssen, ist eine sinnvolle Verhaltensnorm. Das wäre die Antwort auf diese Frage.

Dann hatten Sie beide, das führt auch schon zu der Frage von Frau Launert, § 179a des Vorschlags im Eckpunktepapier angesprochen. So wie er jetzt in dem Eckpunktepapier vorgesehen ist, haben Sie ein Vorsatzproblem. Ein beschuldigter junger Mann würde in dieser Situation sagen: „Ja, das waren meine zehn Freunde. Ich war an der Personengruppe beteiligt, aber die Absprache war, dass wir das Handy klauen wollen. Dass dann zwei meiner Kumpels plötzlich anfangen zu grabtschen, war vorher nicht besprochen. Ich hatte keinen Vorsatz.“ Diese Fälle würden damit nicht erfasst. Vielleicht ist das beabsichtigt – das wäre dann aber in der Praxis der Standardfall. Jeder Strafverteidiger würde zu dem jungen Mann sagen: „Das mit dem Grabschen war doch nicht abgesprochen. Das war eine Spontanaktion.“ Wenn dieses Problem verhindert werden soll, stellt sich die Frage: Wie könnte man es anders machen? Meine Empfehlung wäre § 231 StGB. Der hat eine besondere Struktur. Es gibt die sogenannte objektive Bedingung der Strafbarkeit und das ist der Witz bei der Norm: Der Vorsatz des Täters muss sich im § 231 StGB nicht auf den Tod und die schwere Körperverletzung erstrecken. Das ist eine objektive Bedingung der Strafbarkeit. Diesen Tatbestand könnten Sie im Wesentlichen so, wie er ist, übernehmen und den Angriff beibehalten. Dieser muss vom Vorsatz umfasst sein, wobei es ausreicht, wenn die Gruppe beschließt, die Person in körperlicher Art und Weise anzugreifen. Das gilt unabhängig davon, ob es ein Raubüberfall sein sollte oder nicht. Es geht nur um den Angriff selbst. Die Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung müsste nicht vom Vorsatz umfasst sein. Das wäre die Parallelkonstruktion zu § 231 StGB. Frau Rabe hatte auch schon zurecht gesagt, dass man dann auch den Strafrahmen

übernehmen sollte. Das ist ganz richtig. Jetzt wäre er zu hoch.

Frau Möhring hatte noch die Frage, wie ich den Formulierungsvorschlag „sexuell bestimmte körperliche Berührung“ beurteilen würde. Ich finde ihn gut. Das ist eine sinnvolle alternative Formulierung und bringt vielleicht etwas klarer zum Ausdruck, was gemeint ist.

Die **Vorsitzende**: Danke. Frau Freudenberg hat keine Fragen, dann geht es weiter mit Professor Eisele.

SV Prof. Dr. Jörg Eisele: Ich komme zunächst zur Frage von Herrn Hoffmann. Positiv an den Formulierungsvorschlägen ist, dass das Regelbeispiel der Nötigung in das Sexualstrafrecht überführt wird, wo es auch tatsächlich hingehört. Ich würde dann aber sagen, dass man die Strafbarkeit von Handlungen, die man höher als mit dem Grundtatbestand des § 240 StGB pönalisieren kann, von diesem aber weiterhin erfasst werden, auch im Sexualstrafrecht regeln müsste. Es ist ein besonders schwerer Fall. Man würde dann in den anderen Situationen, die jetzt im Sexualstrafrecht geregelt sind, immer erst recht unbenannte besonders schwere Fälle annehmen müssen. Deshalb würde ich das Regelbeispiel streichen. Das meine ich wie gesagt positiv: Wenn man einen Tatbestand „Handeln gegen den Willen“ regelt, sollte man die vertypen Fälle, die wir kennen, also die Nötigungskonstellation auch in die Regelung aufnehmen. Ich würde deshalb aber auch die Überraschungskonstellation, die ein aktuelles Phänomen ist, vertypisieren und im Sexualstrafrecht regeln. Man kann darüber nachdenken, den Vorschlag des § 179 Absatz 1 Nr. 3 StGB-E so oder modifiziert als weitere vertypete Begehungsweise aufzunehmen. Wie Frau Hörnle bin auch ich zu der Beurteilung gelangt, dass bei Handlungen gegen den Willen in „Klima-der-Gewalt-Fällen“ gewisse Lücken bestehen. So hätte man neben dem Merkmal „Handeln gegen den Willen“ drei oder vier vertypete Tatbestände, was vielleicht auch für die Praxis eine schöne Lösung wäre. In klaren Fällen könnte man dann subsumieren und so zum Tatbestand „Handeln gegen den Willen“ kommen.

Herr Fechner, mein Ausgangsgedanke zum „Grabtschen“ wurde bereits geschildert: Die Rechtsprechung ist einerseits starr, sie ist aber andererseits



auch uneinheitlich und meines Erachtens überholt. Wer an die Geschlechtsorgane greift, verwirklicht nach meiner Meinung ein Sexualdelikt. Also ist es eigentlich kein Regelungs-, sondern ein Anwendungsproblem. Deshalb war mein Gedanke, ob man der Rechtsprechung nicht mit den Gesetzgebungsmaterialien einfach einen Wink geben kann. Wir ändern die Worte und machen deutlich, dass „Grabschen“ erfasst sein soll. Wenn man Zweifel hat, ob die Rechtsprechung dem folgt, halte ich es für zutreffend, einen Tatbestand der sexuellen Belästigung zu schaffen, der nur körperliche Aktionen erfasst. Darauf muss man achten – anders als im AGG, das weiter ist. Dann müsste dieser Tatbestand – ich glaube der Bundesrat hat es vorgeschlagen – systematisch hinter § 184h StGB als Buchstabe i eingefügt werden, um deutlich zu machen, dass hier eine andere Schwelle gilt.

Ein Problem habe ich noch: Der Begriff „sexuelle Belästigung“ ist sehr weitgehend. Ob man dadurch letztlich mehr Klarheit als bei § 184h StGB erreicht, kann man sich überlegen. Aber auch da müsste man in den Gesetzesmaterialien in jedem Fall Beispiele nennen.

Sie hatten zwar nicht danach gefragt, aber ich möchte noch einen letzten Punkt in diesem Zusammenhang, nämlich zum Gruppenphänomen anführen: Ich teile die Bedenken hinsichtlich § 231 StGB. Man müsste sich vielleicht eher überlegen, die Konstruktion an den Landfriedensbruch in § 125 StGB anzulehnen. Die Formulierung ist recht ähnlich zu der in § 231 StGB, befreit aber von der objektiven Bedingung der Strafbarkeit und dem Problem im Schuldprinzip – das nur als Gedanke.

Frau Maag, an dem Begriff „erkennbarer Wille“ würde ich festhalten. Wenn man nur „gegen den Willen“ regelt, genügt der entgegenstehende innere Wille. Wenn der Täter dies nur billigend in Kauf nimmt, weil er es vermutet oder aus irgendwelchen Gründen daran denkt und keinerlei Anhaltspunkte dafür hat, dass das Opfer dagegen ist, würden wir zu einer relativ weitgehenden Pönalisierung kommen. Auch im Hinblick auf Fälle in Partnerschaften wäre das problematisch. Das Merkmal „erkennbar“ gibt vielleicht noch etwas Spielraum. So könnte man auch in Partnerschaften sagen, dass es das übliche Spiel ist, wenn der

Ehemann erst einmal „Nein“ sagt und die Ehefrau dann trotzdem Handlungen vornimmt. Vielleicht hat man da noch eher ein Korrektiv – wobei das Problem, das Sie genannt haben, bleibt. Der erkennbare Wille scheint mir auch deshalb wichtig zu sein, um eine Überpönalisierung zu vermeiden. Darum habe ich Bedenken hinsichtlich der zweiten Formulierung, die hier genannt ist: „fehlende Zustimmung offensichtlich ist“. Wenn man das verlangt, müsste das Opfer immer positiv erklären, dass es einverstanden ist. Wenn das Opfer diese Worte aber nicht sagt, fehlt die Zustimmung immer offensichtlich. Ich glaube, die Regelungs-skizze soll die Überraschungsfälle erfassen. In Wahrheit regeln Sie aber Fälle, die den erkennbaren Willen betreffen, und kommen dazu auch nur zur weitgehenden Pönalisierung. Deshalb neige ich auch eher zu Formulierungen wie „Arg- oder Wehrlosigkeit“ oder „überraschende Begehung“.

Frau Launert, Ihre Frage ist schwierig und relativ speziell: Wie sieht es mit der Bescheinigung aus? Wirkt sich das auf den Vorsatz aus? Der Vorsatz ist in Fällen mit eingeschränkter Möglichkeit zur Willensbildung ohnehin schon problematisch – der Jurist würde sagen: Es kommt darauf an, wie die Situation ist. Wenn der Täter das Opfer und dessen eingeschränkte Fähigkeit zur Willensbildung kennt oder darauf schließen kann, würde ich sagen, dass die Bescheinigung nicht vom Vorsatz befreit. Das ist aus meiner Sicht kein Blankettschein. Aber in Fällen, in denen das nicht so offensichtlich ist und – Sie haben den Fall ja geschildert – die Bescheinigung vorgelegt wird, kann dies Auswirkungen auf den Vorsatz haben.

Die **Vorsitzende**: Danke, Herr Professor Eisele. Frau Clemm hat noch Fragen von Frau Wawzy niak und Frau Möhring.

SVe **Christina Clemm**: Ich kann mich relativ kurz fassen, da die Fragen auch miteinander zusammenhängen. Zur Frage nach dem Begriff der „Tätlichkeit“ in § 179 des Vorschlags im Eckpunkte-papier: Mir gefällt auch die Formulierung „sexuell bestimmte Berührung“ besser. Letztlich gefällt mir das alles aber nicht besonders gut. Denn ehrlich gesagt fehlt mir die Phantasie, mir vorzustellen, was eine sexuell bestimmte Berührung im Unterschied zu einer sexuellen Handlung sein soll. Ich finde das immer wieder schwierig. Ich denke, man braucht diese Unterscheidung über



haupt nicht. Deswegen bin ich auch für eine Streichung des § 184h StGB. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt nämlich immer und überall im Strafrecht. Warum brauchen wir ihn gerade im Sexualstrafrecht? Warum denken wir, dass man da noch einmal etwas Besonderes einführen muss und können nicht einfach sagen, dass es auch hier immer nur um erhebliche Handlungen geht? Unerhebliche Handlungen werden im Strafrecht nicht bestraft. Und dann kann man sagen, dass ein Verhalten, das als sexuelle Handlung identifiziert wird, strafbar ist, wenn es gegen den Willen von staten geht. Deswegen denke ich, dass § 184h StGB sinnvoller Weise zu streichen ist. Dann erfassen wir alle sexuellen Handlungen. Darunter fallen dann auch die Fälle des „Grab-schens“ – bestimmte Fälle aber eben auch nicht. Das, was Herr Ohlenschlager geschildert hat, ist dann möglicherweise keine sexuelle Handlung. Dieses Verhalten ist nicht strafbar, genauso wie auch das Anfassen an den Oberschenkeln. Man muss eine sexuelle Handlung identifizieren und die sollte meiner Ansicht nach strafbar sein. Dann hätte man all diese Formulierungsschwierigkeiten nicht. Ich bin kein Fan von Strafanträgen – auch das ist ja in § 179 des Vorschlags im Eckpunkte-papier vorgesehen. Denn ich erlebe in der Praxis ganz häufig, dass Personen nicht dazu in der Lage sind, innerhalb von drei Monaten einen Strafantrag zu stellen. Die meisten Menschen denken, dass sie mit Erstattung der Strafanzeige automatisch einen Strafantrag gestellt hätten. So ist es aber nicht. Deswegen schützt das besondere Antragserfordernis die Opfer in dem Moment nicht. Die Frage wird vielmehr immer sein, ob eine Anzeige erstattet wird – insbesondere auch in den Fällen, die Herr Ohlenschlager im Auge hat. Dadurch, dass Anzeige erstattet wird oder eben auch nicht, sind die Opferinteressen meines Erachtens hinreichend geschützt. Danke.

Die **Vorsitzende**: Danke. Für die zweite Frage-runde habe ich schon zwei Personen vermerkt. Als erstes ist Herr Wiese an der Reihe, dann Herr Hoffmann und danach Frau Keul.

Abg. **Dirk Wiese** (SPD): Vielen Dank. Ich hätte eine Frage, die sowohl an Professor Eisele als auch an Professor Hörnle gerichtet ist. Das Eck-punktepapier sieht die Möglichkeit vor, die tätli-che sexuelle Belästigung aufzunehmen – darüber

haben wir ja gerade schon durch Ihre Antworten diskutiert. Es enthält die Formulierung: „Eine Person wird durch eine Tätlichkeit sexuell beläs-tigt.“ Frau Müller-Piepenkötter hat vorhin gesagt, dass der Begriff der Tätlichkeit dem deutschen Strafrecht fremd sei. Diese Aussage erschließt sich mir nicht ganz, weil in § 113 StGB ja von ei-nem „tätlichen Angriff“ gesprochen wird. Da exis-tiert möglicherweise eine Definition durch die Rechtsprechung, die uns den Inhalt des Begriffs „Tätlichkeit“ schon vorgibt. Jetzt wissen wir, dass sich die Rechtsprechung des BGH in vielen Berei-chen sehr streng und in einer vom Gesetzgeber möglicherweise so nicht beabsichtigten Weise entwickeln kann. Ist es vielleicht so, dass wir uns durch das Merkmal „Tätlichkeit“ und die „Erheb-lichkeit“ in § 184h StGB zwei zusätzliche Schwellen aufbauen und Fälle, die wir eigentlich unter Strafe stellen wollen, dann doch wegfallen?

Die **Vorsitzende**: Herr Hoffmann bitte als nächs-ter.

Abg. **Alexander Hoffmann** (CDU/CSU): Danke, Frau Vorsitzende. Ich habe zwei Fragen an Herrn Ohlenschlager: Sie hatten vorhin gesagt, dass Sie aus der Praxis durchaus Bedarf für eine Regelung für sexuelle Übergriffe aus einer Gruppe heraus sehen. Sie haben dazu die Vorfälle in Darmstadt angesprochen. Ich würde Sie um eine Begrün-dung bitten. Aufgrund welcher praktischen Erfah-rung, vielleicht auch aufgrund welcher Eindrü-cke, die man jetzt nach Köln und nach Darmstadt sammeln konnte, sehen Sie einen echten prakti-schen Bedarf für eine neue Regelung für Über-griffe aus einer Gruppe heraus? Das ist die erste Frage. Dann hatten Sie vorhin auch für § 179 Ab-satz 1 Nr. 3 StGB-E – also die Situation, in der das Opfer ein empfindliches Übel für den Fall seines Widerstands befürchtet – angeregt, eine konkre-tere Formulierung zu wählen und uns auch ange-boten, eine Formulierung vorzustellen. Das wäre sehr nett. Ich darf auch im Auftrag meiner Nach-barin noch einmal darum bitten, an ihre Frage aus der ersten Runde anzuknüpfen. Frau Winkel-meier-Becker sah ihre Frage noch nicht wirklich beantwortet. Danke.

Die **Vorsitzende**: Jetzt bitte Frau Keul.

Abg. **Katja Keul** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich richte zwei Fragen an Herrn Eisele. Zunächst



komme ich zu der Frage nach der tätlichen sexuellen Belästigung: Vorausgesetzt, dass wir uns insoweit einig sind, einen Grundtatbestand zu schaffen, wonach die sexuelle Handlung strafbar ist – wie kann ich mir dann eine tätliche sexuelle Belästigung vorstellen, die nicht gleichzeitig eine sexuelle Handlung ist? Das ist für mich schon vom Wortlaut her nicht vorstellbar. Dafür fehlt mir die Phantasie. Für die zweite Frage muss ich noch einmal auf Ihre positive Äußerung zu § 179 Absatz 1 Nr. 3 StGB-E zurückkommen. Sie sagen, das wäre eine Lösung für die „Klima-der-Gewalt-Fälle“. So hatte ich Sie verstanden. Ich werde daraus noch nicht richtig schlau.

Dort steht: „im Fall ihres Widerstandes ein empfindliches Übel befürchtet“. Mit „im Fall ihres Widerstandes“ habe ich sowieso ein Problem. Jedenfalls aber wird hier ein rein subjektiver Sachverhalt formuliert, der nur relevant werden kann, wenn der Täter ihn erkennt. Er muss diese Befürchtung des Opfers also irgendwie sehen. Das heißt: Wenn das Merkmal rein subjektiv ist und der Täter es nicht erkennt, werden wir so oder so nicht zu einer Strafbarkeit kommen – zumal der erste Halbsatz von § 179 Absatz 1 StGB-E auch noch „unter Ausnutzung einer Lage“ lautet. Der Täter muss also die Befürchtung kennen und sie zusätzlich auch noch gezielt ausnutzen. Ich sehe nicht, wie Fälle, in denen etwa die häufig geschlagene Ehefrau nichts mehr macht, darunter subsumiert werden sollen. Woher soll der Täter wissen, dass sie ein empfindliches Übel fürchtet? Meines Erachtens läuft die Regelung dann immer leer.

Die **Vorsitzende**: Frau Winkelmeier-Becker.

Abg. **Elisabeth Winkelmeier-Becker** (CDU/CSU): Ich habe auch noch einmal zwei Fragen an Professor Eisele.

Zunächst zu dem befürchteten Übel: Gibt es Kriterien oder bestimmte Voraussetzungen, um ein solches Übel annehmen zu können? Der Minister hat die Befürchtung einer Entlassung oder arbeitsrechtlicher Nachteile als Beispiele genannt. Das Opfer könnte also befürchten, dass die Erlangung einer Beförderung, eines Statuszugewinns, eines Vorteils oder anderer Dinge, die in seinem Einflussbereich liegen, davon abhängt, ob es sexuelle Handlungen zulässt oder nicht. Können alle nach den Vorstellungen des Opfers denkbaren Dinge

ein befürchtetes Übel sein oder müssen bestimmte einschränkende Voraussetzungen erfüllt sein?

Die zweite Frage knüpft an den von Ihnen geschilderten Fall an. Sie hatten gesagt, dass ein ambivalentes Verhalten des Opfers nach der geltenden Fassung unschädlich sei, wenn Gewalt, Drohung mit Gewalt oder eine schutzlose Lage vorliegen. Auf das Verhalten des Opfers komme es dann nicht an. Ist es denkbar, dass wir Fälle, die nach der aktuellen Rechtslage klar sind, verunklaren, indem auch das „Nein“ geklärt werden muss? Dadurch nehmen wir ja zusätzlich das Verhalten des Opfers in den Blick und stellen möglicherweise objektive Anknüpfungspunkte in Frage. Wie könnte man das verhindern? Danke.

Die **Vorsitzende**: Ich würde an dieser Stelle gerne selbst Frau Rabe und Frau Hörnle zu dem Redebeitrag von Herrn Professor Eisele befragen. Er hat den Vorschlag gemacht, § 177 des Vorschlags im Eckpunktepapier so zu formulieren, dass grundsätzlich an die „sexuelle Handlung“ angeknüpft wird und dann drei, vier konkrete Tatbeispiele genannt werden. Ich würde gerne eine Reaktion von Ihnen dazu hören. Wie empfinden Sie eine solche Formulierung? Sehen Sie Lücken des Vorschlags oder weitere Notwendigkeiten?

Damit ist diese Fragerunde beendet. Jetzt geht es umgekehrt weiter. Wir beginnen mit Herrn Professor Eisele.

SV Prof. Dr. Jörg Eisele: Zunächst zu der Frage von Herrn Wiese: Es ging um das Merkmal „Tätlichkeit“. Die Parallele ist eigentlich viel einfacher. Die tätliche Beleidigung in § 185 Alternative 2 StGB wird ja in den Fällen, um die es uns geht, von der Rechtsprechung teilweise angewandt. Ich habe gerade im Kommentar nachgeschlagen. Die Definition ist relativ einfach: „unmittelbare körperliche Einwirkung auf eine andere Person“. Wenn man die „Tätlichkeit“ also im Sinne von § 185 Alternative 2 StGB verstehen würde, könnte man auf eine anerkannte Definition zurückgreifen. Die Anforderungen sind auch nicht besonders hoch. Das heißt: Es muss kein Angriff mit besonderer Intensität sein. Auf diese Parallele könnte man in den Gesetzesmaterialien hinweisen. Entfernte Tatbestände wie § 113 StGB, die in einem anderen Kontext stehen, muss man nicht heranziehen.



Frau Keul, nun zu Ihrer Frage: Wenn man die Erheblichkeitsschwelle streicht, würde man nach allgemeinen Grundsätzen allenfalls ganz unerschwellige Bagatellfälle – also etwa das versehentliche Streifen der Brust beim Einsteigen in die U-Bahn, das der Täter billigend in Kauf nimmt, weil es zu eng ist – ausklammern können. Ansonsten hätte man in diesen Fällen aus meiner Sicht einen weitgehenden Gleichlauf. § 184h StGB hat in meinen Augen neben der Schwelle, die von der Rechtsprechung relativ hoch angesetzt wird, noch eine zweite Bedeutung: Er macht deutlich, dass man die Erheblichkeitsschwelle für jeden Tatbestand im Hinblick auf das Rechtsgut beurteilen muss. Deshalb kommt die Rechtsprechung richtigerweise zu unterschiedlichen Grenzen je nachdem, ob Kinder oder Erwachsene betroffen sind. Diese Funktion des § 184h StGB würde ich nicht einfach beseitigen. Ich persönlich bin daher gegen eine Streichung. Man kann die Norm modifizieren, dann bestünde die Signalwirkung weiter. Ein Mittelweg wäre, die Schwelle herabzusetzen oder einen neuen Tatbestand zu schaffen.

Frau Winkelmeier-Becker, der Gedanke ist, das „empfindliche Übel“ in § 179 Absatz 1 Nummer 3 StGB-E an die Grundsätze des § 240 StGB anzulehnen und dessen Maßstab zu wählen. Natürlich gibt es Spielräume. Auch bei § 240 StGB sind es nicht immer klare Fälle, aber man hätte immerhin einen Maßstab. Da sagt man, dass kein empfindliches Übel vorliegt, wenn sich das Opfer ohne Weiteres behaupten kann, es also nur um leichte Befürchtungen geht. Der Fall des Zugewinns ist auch bei § 240 StGB sehr umstritten. Ob sein Ausbleiben ein empfindliches Übel darstellt, hängt von der Konstellation ab. Fälle, in denen das Opfer zum Beispiel eigenverantwortlich entscheidet, eine sexuelle Handlung einzugehen, um einen Zugewinn zu erreichen, wären nicht erfasst. Schwierig ist aber der Fall, wenn der Zugewinn relativ groß ist und die Befürchtung besteht, dass er nicht erreicht wird. Bei § 240 StGB löst man dies über die Verwerflichkeitsklausel, die hier aber zutreffend nicht vorgesehen ist. Ich würde eher dazu neigen, diesen Fall nicht als empfindliches Übel zu bewerten. Darüber kann man nachdenken und es notfalls noch einmal klarstellen. Ich will eins deutlich zu machen: Indem auf ein

empfindliches Übel abgestellt wird, entstehen gewisse Unsicherheiten. Wenn man aber als einziges Merkmal ein Handeln gegen den Willen vorieht, muss die Frage beantwortet werden, in welcher Drucksituation das Ganze so umschlägt, dass ein solches Handeln gegen den Willen vorliegt. Wenn beispielsweise die Ehefrau befürchtet, dass der Ehemann zwei Wochen beleidigt ist oder der Ehemann befürchtet, dass die Frau kein Abendessen für ihn kocht, würden wir ein Handeln gegen den Willen verneinen. Aber das lässt sich graduell bis zu den „Klima-der-Gewalt-Fällen“, in denen die Frau befürchtet, geschlagen zu werden, verschieben. Wann eine freiverantwortliche Entscheidung in ein Handeln gegen den Willen umschlägt, beantwortet bei diesem Modell auch niemand. Das wird die Praxis beantworten. Insofern haben wir mit dem „empfindlichen Übel“ einen Maßstab, der zwar auch nicht völlig bestimmt ist, aber doch ein „Mehr“ bietet.

Ihre zweite Frage war, ob durch die neue Regelung Fälle aussortiert oder problematisch werden könnten, die nach geltendem Recht unproblematisch sind. Das würde ich verneinen. Gewalt, Drogen und Nötigungskonstellation sind erfasst. Dazu noch eine Bemerkung: In den Entwürfen findet sich manchmal das in § 177 Absatz 1 Nummer 3 StGB enthaltene Regelbeispiel der schutzlosen Lage. Darauf würde ich persönlich verzichten, weil es in der Praxis zu großen Problemen führt und man es nach den Konstruktionen nicht braucht. Danke.

Die **Vorsitzende**: Danke sehr. Dann hat Frau Hörnle das Wort zu Fragen von Herrn Wiese und von mir.

SVe **Prof. Dr. Tatjana Hörnle**: Herr Wiese, wir sollten uns noch einmal fragen, warum wir so ein Tatbestandsmerkmal überhaupt benötigen. Es geht darum, verbale Belästigungen auszugrenzen. Das ist der Sinn einer einschränkenden Tatbestandsklausel. Die Formulierung „durch eine Tätlichkeit“ wäre unter Heranziehung von § 185 Alternative 2 StGB möglich. Die Frage ist aber, ob das die optimale Formulierung ist. Um diesen Gegensatz – es soll nicht um Verbales, sondern um Körperliches gehen – klar herauszuarbeiten, ist der Vorschlag, „körperliche Berührung“ zu formulieren, einfacher und für den Bürger besser zu



verstehen. Es geht um körperliche Berührungen.

Frau Winkelmeier-Becker, auch wenn Sie mich nicht dazu befragt haben, möchte ich noch eine kurze Anmerkung zu § 179 Absatz 1 Nummer 3 StGB-E machen: Die von Ihnen angesprochenen Fragen werden im Gesetzentwurf der Bundesregierung im Detail ausgeführt – und zwar sehr einschränkend. Zum Beispiel sollen nach dieser Formulierung Status-quo-Verbesserungen nicht erfasst sein. Ebenfalls nicht erfasst sein sollen Fälle, in denen das Opfer die Eigeninitiative ergreift und von sich aus sagt, dass es den Verlust seines Arbeitsplatzes durch ein Angebot abwenden möchte. Die Ausgrenzung dieser Fälle ist wichtig. Meine Überlegung ist daher auch, diese subjektive Formulierung nur unter der Prämisse einzu beziehen, dass genau diese Fallkonstellationen präzise ausgenommen werden. Andernfalls wird das Strafrecht zu weit, weil dann jede Eigeninitiative und jeder instrumentelle Einsatz von Sexualität pönalisiert würde. Man kann ja immer sagen: „Ich habe das ja nur gemacht, weil ein Übel dahinter steht.“ Solche Fälle müssen ausgegrenzt werden. Aber das ist möglich und kann in den Gesetzesmaterialien hinreichend klargestellt werden.

Frau Künast, ich halte es für unvermeidbar, mehrere Bedingungen im Gesetz aufzuzählen. Sie können diese Reform nicht mit einer einzigen Formulierung durchführen. Das „Nein-heißt-Nein“-Modell beinhaltet nur, dass ein „Nein“ eine hinreichende Bedingung ist. Wenn ein „Nein“ vorliegt, bedarf es keiner weiteren Merkmale. Das reicht als hinreichende Bedingung aus. Aber Sie müssen eine ganze Gruppe von weiteren Fällen mitbedenken, die weitere Tatbestandsformulierungen erforderlich machen. Das Gesetz wird dann leider etwas komplizierter.

Die **Vorsitzende**: Das ist klar, aber Herr Eisele hatte einen konkreten Vorschlag gemacht.

SV **Prof. Dr. Tatjana Hörnle**: Ich bin gerade überfragt, wo der Dissens zwischen Herrn Eisele und mir liegt.

Die **Vorsitzende**: Wenn Ihnen keiner aufgefallen ist, ist es gut. Danke. Jetzt Herr Ohlenschlager.

SV **Erik Ohlenschlager**: Vielen Dank. Ich möchte zunächst kurz die Frage von Frau Winkelmeier-Becker, die ich übergangen hatte, beantworten:

Ich kann mich Herrn Professor Eisele anschließen. Die Streichung des § 184h StGB halte ich für keinen gangbaren Weg. Ich bin also absolut dagegen. Es geht um Straftatbestände, die mit erheblichen Eingriffen, nämlich mit hohen Freiheitsstrafen in die Täterebene hineinreichen. Die Höchststrafe ist sehr hoch und die Mindeststrafen sind erhöht. Daher müssen aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sexuelle Handlungen vorliegen, die von einer bestimmten Erheblichkeit sind. Wenn ich mir die Rechtsprechung und die Kommentierung ansehe, stellt der BGH keine so hohen Anforderungen. Demnach können schon Griffe zwischen die Beine oberhalb der Kleidung ausreichen. Die Erheblichkeit wird also nicht nur in ganz drastischen Fällen angenommen. Ich würde mir – damit gehe ich auch noch weiter als Herr Professor Eisele – einen Extratbestand außerhalb der Sexualstraftatbestände zum „Grabschen“ und zu den körperlichen Belästigungen wünschen. Da sind die Strafen dann auch entsprechend niederschwelliger. Ich möchte noch einmal darauf zurückkommen, dass ich immer, wenn ich von Antragsdelikten spreche, nicht absolute, sondern relative Antragsdelikte meine. Dadurch bliebe das Korrektiv der staatsanwalt-schaftlichen Weitsicht und des Schutzes der öffentlichen Sicherheit gewahrt. Habe ich Ihre Frage damit ausreichend beantwortet?

Abg. **Elisabeth Winkelmeier-Becker** (CDU/CSU): Ja, aber die andere Frage betraf die Parallele zu § 231 StGB als Vorteil gegenüber der Anwendung eines neuen Tatbestands „Grabschen“ in Verbindung mit den allgemeinen Regeln von Täterschaft und Teilnahme.

SV **Erik Ohlenschlager**: Diese Frage würde ich gerne zusammen mit der Frage von Herrn Hoffmann beantworten, wenn Sie einverstanden sind. Er hatte auch gefragt, wo ich das praktische Bedürfnis für eine Regelung sehe. Bei den Gruppentaten, müssen wir zunächst die gesellschaftliche Veränderung in Bezug darauf, wie sich Menschen zusammenfinden, beachten. Heutzutage gibt es Public Viewings, Fanmeilen, Konzerte, Flashmobs usw., also Großereignisse, bei denen Menschen spontan zusammenkommen, um bestimmte Dinge zusammen zu feiern. Gerade in diesen Bereichen tritt das Phänomen auf, das in Anbetracht der Vorkommnisse in Köln, Berlin,



Hamburg und Darmstadt schon als verbreitet bezeichnet werden kann: Es kommt zu Übergriffen von Männern, die Frauen nicht nur antanzen, um ihnen ihre Handys wegzunehmen, sondern auch, um sexuelle Handlungen an ihnen zu begehen. Es ist für die Opfer sicherlich extrem belastend, wenn sich eine größere Anzahl männlicher Sexualtäter zu einem Rudel zusammenbildet und die Anonymität der Gruppe nutzt. Hinzu kommt die Gruppendynamische Steigerung, weil sich die Täter gegenseitig auch noch anstacheln. Das wissen wir aus der Psychologie. Zusätzlich sind auch noch die Schutzmöglichkeiten herabgesetzt, weil sich das Opfer aufgrund der durch die vielen Personen entstehenden unübersichtlichen Lage nicht richtig wehren kann. Wir sprechen völlig zu Recht davon, wie schlimm es für Frauen ist, sexuelle Übergriffe zu erleben. Wenn der Griff in Körperöffnungen dann auch noch aus einer Tätergruppe heraus, also durch viele Hände, die das Opfer überall anfassen, erfolgt, führt das zu einer besonderen Traumatisierung. Ich erinnere mich an eine Frau, die in Köln war und Tränen in den Augen hatte, als sie beschrieb, was ihr passiert war. Dass dieses Erlebnis stellvertretend für alle Frauen herangezogen werden kann, möchte ich nicht behaupten. Aber man merkt, dass diese Frauen etwas hochdramatisches, hochtraumatisches erlebt haben. Da sollten wir etwas tun – unabhängig davon, ob der Tatbestand so ähnlich formuliert wird wie der Landfriedensbruch oder wie § 231 StGB. Weil Frau Rabe Bedenken hinsichtlich der Bestimmung der Gruppe hatte, möchte ich auf die eindeutige Kommentierung zu § 231 StGB hinweisen. Dabei geht es nicht um Personen, die auf dem Domplatz stehen. Es wird auch kein bewusstes und zielgerichtetes Zusammenwirken verlangt. Die Beteiligten müssen aber bei der Schlägerei anwesend sein und psychisch oder physisch dazu beitragen, dass Gewalt ausgeübt wird. Auch sonstige Anteilnahme, etwa durch anfeuerndes Zurufen, genügt. Das ist in unserem Fall auch so. Bei einer Übertragung von § 231 StGB könnte aber die Schwere der Tat rechtsdogmatisch schwierig sein. Die objektive Bedingung der Strafbarkeit stellt sich bei § 231 StGB relativ dramatisch dar: Da haben wir den Tod oder die schwere Körperverletzung. Aber muss immer das halbe Auge heraushängen, um schwer betroffen zu sein? Sind nicht gerade sexuelle Übergriffe manchmal viel traumatischer als Verletzungen,

die verheilen und durch den Chirurgen behoben werden können? Der Gesetzgeber sollte überlegen, ob man die Folgen für Frauen aus einem Gruppenüberfall nicht als vergleichbar einstufen kann. Dann kommen wir zu einer Strafbarkeit, für die ich ein praktisches Bedürfnis sehe. Eines müssen wir uns klar machen: Den individuellen Tatnachweis werden wir in der Regel nicht führen können. Zwar kann man in der Presse aktuell einen erfolgreichen Fall verfolgen. Ein Opfer hatte gesehen, wie sich jemand in einem Interview als Handydieb hervortat und ihn als einen der Täter vom Domplatz identifiziert. Er wurde dann von einem norddeutschen Gericht zu etwas mehr als einem Jahr Freiheitsstrafe verurteilt. Aber in den meisten Fällen wird der Nachweis schwierig sein, weil wir nicht wissen, welche Person welche Tathandlung vorgenommen hat. Wir können hingegen beweisen, dass der Beschuldigte zu einer Gruppe gehörte und gemeinsam mit anderen agierte. In der Regel gibt es Zeugen, die das beschreiben können. Aber wir können nicht ermitteln, was die einzelnen Täter konkret gemacht haben, zum Beispiel wessen Hand welches Körperteil berührt hat. Dass diese Täter straffrei ausgehen sollen, obwohl sie Frauen in einer besonders dreisten Weise sexuell angehen, ist für mich als Praktiker unbefriedigend.

Die Vorsitzende: Danke, Herr Ohlenschlager. Jetzt Frau Rabe.

Sve Heike Rabe: Ich würde gerne noch eine Bemerkung zu den Ausführungen von Herrn Ohlenschlager machen. Ich finde es schwierig, zu sagen, dass aufgrund von ein paar Veranstaltungen, die in den Medien sehr stark hervorgehoben wurden, eine Notwendigkeit für die Schaffung eines solchen Straftatbestandes besteht. Ich bezweifle, dass man daraus ernsthaft empirisch den Bedarf für einen neuen Straftatbestand ableiten kann.

Frau Künast, Sie hatten mich gebeten, den Vorschlag von Herrn Eisele zu interpretieren. Ich habe ihn so verstanden – und diese Ansicht würde ich teilen –, dass man einen Grundtatbestand schaffen sollte, der das Merkmal „gegen den erklärten Willen“ oder „gegen den zum Ausdruck gebrachten Willen“ enthält. Darüber hinaus müsse man aber für die Gruppen, die durch dieses Merkmal allein nicht erfasst werden, weitere vertypete Fallgruppen finden. Das wären dann etwa „die, die überrascht werden“ – man könnte



zum Beispiel „die zur Willensbildung oder -äußerung nicht fähig sind“ formulieren. Das würde dann auch die Fälle des § 179 StGB, also Opfer, die im Wachkoma liegen, erfassen. Außerdem bräuchte man die Fallgruppe der Nötigung, bei der der Ausdruck des Willens nicht zumutbar ist. Eine Willensäußerung ist auch nach § 177 StGB nicht erforderlich. Die Frauen müssen nicht „Nein“ sagen, sobald ein Nötigungsmittel angewandt wird. Und dann wollten Sie, Herr Professor Eisele, noch eine Fallgruppe hinzufügen, die in etwa der Regelung des § 179 Absatz 1 Nummer 3 StGB-E entspricht, um „Klima-der-Gewalt-Fälle“ mit unterzubringen. Mit der Formulierung des § 179 Absatz 1 Nummer 3 StGB-E habe ich allerdings ein Problem, weil nur auf die Widerstandsunfähigkeit abgestellt wird. In einem neu formulierten Tatbestand, der die Missachtung der sexuellen Selbstbestimmung sanktioniert und bei dem es auf den Ausdruck des Willens ankommt, sollte man konsequenterweise nicht mehr auf die Widerstandsfähigkeit oder -unfähigkeit abstellen. Vielmehr sollte die Fähigkeit, den Willen zu bilden und zu äußern, entscheidend sein. Deswegen würde ich die Formulierung so nicht übernehmen. Hinzu kommt die Befürchtung von Praktikerrinnen und Praktikern, dass § 179 Absatz 1 Nummer 3 StGB-E mit dieser Formulierung aufgrund hoher Voraussetzungen in der Praxis ins Leere läuft. Ich bin mir auch nicht sicher, ob man die „Klima-der-Gewalt-Fälle“ nicht bereits mit den formulierten Fallgruppen abdeckt. In sehr schweren Fällen werden die Opfer möglicherweise gar nichts mehr sagen. Ich glaube, dass sie sich in vielen Fällen irgendwie äußern werden. Wenn wir verlangen, dass ein Wille zum Ausdruck gebracht werden muss, fallen darunter neben einem klaren „Nein“ auch ein Kopfschütteln, ein Sichwegdrehen oder ein Händeheben. Es wird also nicht viel verlangt, um zum Ausdruck zu bringen, dass ich diese Handlung nicht oder gar keine Handlung möchte. Man müsste eigentlich eine Praktikerin aus der Beratung hierzu befragen. Aber ich würde vermuten, dass ein „Nein“ oder eine Ablehnung häufig durchaus festgestellt werden kann – so war es auch in vielen Fällen der Rechtsprechung, darunter auch „Klima-der-Gewalt-Fälle“, die wir in den letzten Monaten kritisiert haben. Ich weiß nicht, wie viele Fälle verbleiben, in denen die Frauen gar nichts sagen und auch keine ablehnende Haltung zeigen.

Die **Vorsitzende**: Herr Professor Eisele hatte noch eine Frage vergessen. Für die dritte Fragerunde habe ich bisher zwei Personen notiert.

SV **Prof. Dr. Jörg Eisele**: Ich hatte vergessen, auf die Frage von Frau Keul zur Regelung der „Klima-der-Gewalt-Fälle“ in § 179 Absatz 1 Nummer 3 StGB-E zu antworten. In gewalttätigen Ehen kann es schon sein, dass die Frau einfach mitmacht, weil sie sich gar nicht traut, ein „Nein“ überhaupt zum Ausdruck zu bringen. Der Mann kann ja auch schon gewalttätig werden, bevor sie einen Widerspruch andeutet. Daher sehe ich schon einen Regelungsbedarf. Die Frage ist, ob die Regelung leerläuft. Das Ausnutzen setzt erst einmal voraus – und das halte ich für richtig –, dass die Befürchtung nach außen tritt. Ansonsten bestünde kein Vorsatz. Das Ausnutzen soll nach meinem Verständnis eine Art Finalbeziehung zum Ausdruck bringen. Es genügt nicht, dass das Opfer subjektiv befürchtet, den Arbeitsplatz zu verlieren. Wenn der Chef, der einen sexuellen Kontakt mit dem Opfer hat, von dessen Befürchtung weiß, ein Verlust des Arbeitsplatzes aber gar nicht ansteht und auch überhaupt keine Rolle spielt, läge kein strafwürdiges Verhalten vor. Ansonsten könnte man ja mit jemandem, der irgendeinen empfindlichen Nachteil befürchtet, keinen sexuellen Kontakt mehr haben, ohne sich strafbar zu machen. Also muss eine Beziehung zwischen der Opferbefürchtung und dem Täterhandeln hergestellt werden. Ob die Formulierung des Ausnutzens und des Widerstands zu eng gewählt ist, hängt davon ab, welche Anforderungen man an das Ausnutzen stellt. Ich wäre auch für andere Formulierungen offen. Es muss jedenfalls klar sein, dass die Kenntnis der Befürchtung des Opfers durch den Täter nicht genügt, wenn kein Zusammenhang zwischen der Opferbefürchtung und der sexuellen Handlung besteht. Diese Finalbeziehung erscheint mir daher wichtig.

Die **Vorsitzende**: Für die dritte Fragerunde haben sich Frau Högl, Herr Hoffmann sowie Frau Keul gemeldet. Jetzt hat Frau Högl das Wort.

Abg. **Dr. Eva Högl** (SPD): Herzlichen Dank, Frau Vorsitzende. Ich habe zwei Fragen an Frau Freudenberg. Ich möchte Sie bitten, Stellung zu der bisherigen Diskussion zu nehmen. Wie wichtig ist es, in Abwägung zu einer Streichung des § 184h StGB und dem bisher Gesagten einen eigenen Tatbestand der sexuellen Belästigung zu schaffen?



Sollten wir den Grundtatbestand der sexuellen Belästigung als Antragsdelikt fassen? Dabei würde mich der von Frau Clemm angesprochene Gesichtspunkt interessieren: Für Opfer ist die Erstattung der Anzeige die eigentliche Hürde. Der Strafantrag ist gar nicht das Entscheidende. Wie würden Sie das beurteilen? Ist ein Antragsdelikt sinnvoll oder belassen wir es lieber bei einem Officialdelikt?

Die **Vorsitzende**: Herr Hoffmann.

Abg. **Alexander Hoffmann** (CDU/CSU): Danke, Frau Vorsitzende. Ich habe jeweils dieselbe Frage an Frau Professor Hörnle und Frau Rabe. Zu § 179 StGB äußern insbesondere Behindertenrechtsverbände häufig den Vorwurf der Diskriminierung: Dort beträgt die Mindeststrafe nur sechs Monate, während sie bei § 177 StGB bei einem Jahr beginnt. Hinzu kommt die Vorgabe der Istanbul-Konvention, wonach die Unterzeichnerstaaten sogar prüfen müssen, ob es sich strafscharfend auswirkt, wenn die Tat an einem Menschen mit Behinderung begangen wird und der Täter bei der Tat die Behinderung ausnutzt. Der Regierungsentwurf sieht in § 179 Absatz 3 Nummer 2 StGB-E einen besonders schweren Fall vor, wenn die Widerstandsunfähigkeit nach § 179 Absatz 1 Nummer 1 StGB-E auf einer Behinderung des Opfers beruht. Glauben Sie, dass diese Regelung ausreicht, um den Vorwurf der Diskriminierung auszuräumen? Ich frage das, weil es Stimmen gibt, die sich die Etablierung eines festen Tatbestands anstelle eines Regelbeispiels wünschen.

Die **Vorsitzende**: Frau Keul.

Abg. **Katja Keul** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich würde gerne eine Einschätzung von Frau Freudenberg und Frau Clemm zu § 179a des Vorschlags im Eckpunktepapier hören – vor allen Dingen vor dem Hintergrund, dass in § 177 Absatz 6 Nummer 2 des Vorschlags im Eckpunktepapier die gemeinschaftliche Begehung einen besonders schweren Fall darstellen soll, der mit einer Freiheitsstrafe von nicht unter zwei Jahren bestraft werden soll. Bei einer Begehung durch die Gruppe drohen bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe. Ich sehe nicht wirklich, wie man jemanden bestrafen will, der sich nicht beteiligt. Wenn er sich beteiligt, liegt eine gemeinschaftliche Begehung vor. Vielleicht könnten Sie mir dazu noch

einmal eine Einschätzung aus Ihrer Sicht geben. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Danke. Dann beginnen wir mit Frau Rabe.

SVe **Heike Rabe**: Aus meiner Sicht ist in der aktuellen Ausgestaltung der §§ 177 und 179 StGB keine Diskriminierung zu sehen. Die Praxis läuft aber Gefahr, eine Diskriminierung zu schaffen. Viele Taten richten sich gegen Frauen mit einer geistigen Beeinträchtigung, die eigentlich willensbildungsfähig sind, und fallen daher unter die Regelung des § 177 StGB. Sie werden in der Praxis aber nach § 179 StGB behandelt, weil es leichter ist. So kommt es dann zur Anwendung des niedrigeren Strafrahmens. Wenn § 179 StGB jetzt gestrichen und in einen neu gefassten § 177 integriert wird, hat sich das Problem erledigt. Dann würden Taten gegen Frauen mit und ohne Behinderung unter den neuen § 177 fallen. Ich sehe bei Taten gegen Menschen mit Behinderung einen gesteigerten Unrechtsgehalt und würde diese Fälle daher auch als Qualifikation ausgestalten. Ich würde aber nicht das Wort „Behinderung“, sondern die Formulierung „unfähig zur Willensbildung oder -äußerung“ wählen, worunter auch schwerbehinderte Frauen fallen würden.

Die **Vorsitzende**: Frau Professor Hörnle hatte eine Frage von Herrn Hoffmann.

SVe **Prof. Dr. Tatjana Hörnle**: Was das geltende Recht angeht, sehe ich das genauso. § 179 StGB setzt zwangsläufig ein Handeln gegen den faktischen Willen der Person voraus. Er schließt auch Fälle mit ein, in denen die Person faktisch einverstanden ist, dieses Einverständnis aber nicht selbstbestimmt ist, weil die Fähigkeiten dazu fehlen. Das heißt: Es geht um unterschiedliche Fallkonstellationen. Der niedrigere Strafrahmen in § 179 StGB betrifft gerade die letztgenannten Fälle, in denen es nicht am faktischen Willen fehlt. Um den Eindruck zu vermeiden, dass hier ein Sonderrecht entsteht, ist es trotzdem sinnvoll, in den Grundtatbeständen nicht auf Behinderung und Erkrankung Bezug zu nehmen. Diese Begriffe braucht man nicht. Wenn eine Person „Nein“ sagt, kommt es überhaupt nicht darauf an, ob sie behindert ist oder nicht. Solche Differenzierungen sollen für die „Nein-Fälle“ keine Rolle spielen. Ob es das Unrecht der Tat erhöht, wenn der Täter



unfairer Weise eine Situation ausnutzt, ist eine reine Strafzumessungserwägung. Es ist sicher vertretbar, die Behinderung einzuschließen. Ich würde mich aber dafür aussprechen, auch Erkrankungen einzubeziehen – unfair ist es auch, auszunutzen, dass jemand nur temporär in seiner Äußerungsmöglichkeit eingeschränkt ist.

Die **Vorsitzende**: Danke. Dann hat Frau Freudenberg zwei Fragen.

Sve Dagmar Freudenberg: Schönen Dank. Zunächst zu der Frage, ob ein eigener Tatbestand der sexuellen Belästigung wie in § 179 des Vorschlags im Eckpunktepapier geschaffen werden sollte. Schon aus der Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung geht hervor, dass wir einen gesonderten Straftatbestand aus mehreren Gründen für richtig halten. Zum einen stellt die „sexuelle Handlung“ in § 184h StGB in Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes den Versuch einer Legaldefinition dar, ohne eine solche zu sein. Aber die Rechtsprechung hat über Jahrzehnte hinweg entsprechende Leitlinien entwickelt. Ich befürchte, dass sich an diesen Leitlinien auch bei einer Streichung des § 184h StGB nicht viel ändern wird. Deswegen ist es aus unserer Sicht wichtig, die sexuelle Belästigung als einen anderen Begriff einzuführen. So macht man deutlich, dass damit eben nicht die sexuelle Handlung gemeint ist, die mit wesentlich schwereren Strafen im Kontext verschiedener Tatbestandsvoraussetzungen bestraft werden soll. Es wird dann klar, dass sexualisierte Belästigungen – anders als nach derzeitiger Rechtsprechung – entsprechend der tätlichen Beleidigung unter Strafe gestellt werden sollen. Ich will noch ein Beispiel nennen: Einer Frau wird in einer Situation – das kann irgendeine Festivität, etwa ein Schützenfest sein – außen oder innen an den Oberschenkel gefasst. Bei einem Griff an die äußere Oberschenkelseite ist die Strafwürdigkeit sicherlich noch problematischer – aber eine Berührung der inneren Oberschenkelseite kommt einem Fassen in den Schritt schon sehr nahe, ist es aber noch nicht. Ich wage zu bezweifeln, ob die Rechtsprechung dies bei einer Streichung des § 184h StGB bereits als sexuelle Handlung auffassen und werten würde. Mit der „tätlichen sexuellen Belästigung“ oder der „tätlichen sexuellen Handlung“ hätte man eine andere Norm und einen anderen Begriff zur Hand, der

über das AGG schon in der Rechtsprechung gefestigt, bestimmt und mit Leitlinien versehen ist. Deswegen halten wir es für erforderlich, eine gesonderte Norm einzuführen, die logischerweise einen geringeren Strafraumen vorsehen muss. Wir hatten seinerzeit einen Strafraumen von bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe vorge schlagen.

Die zweite Frage betraf das Antragsfordernis. Im Hinblick auf die Opferaautonomie empfehlen wir die Schaffung eines Antragsdelikts. Ich kann aus meiner Erfahrung als Staatsanwältin in dem Bereich aber auch die Argumentation von Herrn Ohlenschlager nachvollziehen. Man könnte daher auch das relative Antragsdelikt wählen, um die sonst entstehenden Hemmschwellen und Verfolgungsprobleme – etwa, wenn die Polizei über die Strafantragsstellung nicht richtig aufgeklärt hat – zu vermeiden.

Schließlich noch zu der Frage von Frau Keul: Ich halte die Fassung des § 179a des Vorschlags im Eckpunktepapier für problematisch. Diejenigen, die unbeteiligt daneben stehen – und sei es auch nur einen halben Meter – sollen nicht strafbar sein. Umgekehrt werden aber diejenigen, die sich zumindest vorher durch Bestärkung in irgendeiner Form – zum Beispiel durch psychische Beihilfe – beteiligt haben, in der Situation selbst aber nicht mehr tätig werden und sich damit verteidigen, dass sie nicht beteiligt waren, zur Verantwortung gezogen. Dankeschön.

Die **Vorsitzende**: Frau Clemm hat noch eine Frage.

Sve Christina Clemm: Auch ich halte § 179a des Vorschlags im Eckpunktepapier für äußerst problematisch. Demnach ist schon allein die Beteiligung an dieser Personengruppe strafbar. Wenn man einen derartige Tatbestand schaffen möchte, müsste man zumindest formulieren „an einem Angriff der Personengruppe beteiligt“. Sonst ist ja die bloße Anwesenheit strafbar. Es würde genügen, mit einer Gruppe von fünf Freunden in die S-Bahn zu steigen, von denen einer sexuell übergriffig wird. Das kann nicht sein. Dann muss man das auch anders formulieren. Ich halte eine solche Regelung aber auch überhaupt nicht für notwendig. Ich denke nicht, dass wir mit einer ganz neuen Situation konfrontiert sind. Es gab schon immer Großveranstaltungen. Meiner Ansicht nach



ist die Beweisbarkeit das große Problem. Es muss sehr viel präventiver gearbeitet und bei diesen Veranstaltungen besser aufgepasst werden. Wenn sich jemand beteiligt, können wir auch über die Regeln von Täterschaft und Teilnahme zu einer Strafbarkeit kommen. Ich kann auch nach jetziger Rechtslage schon Beihilfe leisten, wenn ich mich in einer Personengruppe befinde und den Handlungen zum Beispiel zustimme. Ich kann auch psychische Beihilfe leisten, das kennt das Gesetz. Es ist meines Erachtens vollkommen ausreichend, die gemeinschaftliche Begehung etwa durch Qualifikationen besonders zu bestrafen. Auch die Feststellung der Gruppenzugehörigkeit wäre ein großes Problem. In der Praxis wird die Schlägerei auch nicht besonders häufig angeklagt, weil der Bereich der Beweisbarkeit so große Schwierigkeiten aufwirft. Jetzt einen neuen Tatbestand zu schaffen, der dasselbe Problem aufweist, halte ich nicht für sinnvoll.

Die **Vorsitzende**: Da keine weiteren Wortmeldungen vorliegen, möchte ich mich jetzt bei Ihnen allen – zu allererst bei den Sachverständigen, aber auch bei den Kolleginnen und Kollegen aus diesem Ausschuss und anderen Ausschüssen – dafür

bedanken, dass Sie hier waren und das Thema so detailliert besprochen haben. Wir sehen jedenfalls, dass es ein gehöriges Stück Arbeit wird, alles noch einmal im Detail durchzugehen. Am Ende sollte ein Gesamtkunstwerk entstehen, in dem alle Elemente zueinander passen, sich nicht widersprechen und in der Praxis gut anwendbar sind. Ich glaube, dass wir gut daran tun, die Auswertung nicht nur dem Ministerium zu überlassen, sondern die Erkenntnisse alle miteinander auszuwerten. Ich glaube, dass das durchaus diffizil ist und man immer wieder die Praxisfrage gegenstellen muss. Das kann ein Paradigmenwechsel werden – er sollte dann aber auch stimmen und nicht am Ende neue Fehler mit sich bringen. Insofern sehen wir uns das alles jetzt noch einmal im Detail an. Die Debatte wird in den nächsten Tagen auch auf dem Deutschen Anwaltstag oder andernorts weitergeführt werden. Ich danke Ihnen herzlich für Ihr Dasein. Wir und Sie werden uns weiter mit dem Thema beschäftigen. Danke, dann schließe ich die Sitzung.

Schluss der Sitzung: 17:19 Uhr

Renate Künast, MdB

Vorsitzende



Anlagen: Stellungnahmen der Sachverständigen

| | |
|-------------------------------------|------------------|
| Christina Clemm | Seite 38 |
| Prof. Dr. Jörg Eisele | Seite 50 |
| Dagmar Freudenberg | Seite 74 |
| Prof. Dr. Tatjana Hörnle | Seite 82 |
| Roswitha Müller-Piepenkötter | Seite 96 |
| Erik Ohlenschlager | Seite 102 |
| Heike Rabe | Seite 109 |

ANWÄLTINNEN

BARBARA WESSEL

Rechtsanwältin

CHRISTINA CLEMM

Rechtsanwältin

Fachanwältin für Straf- & Familienrecht

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

Unser Zeichen

Datum
31.05.2016

Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 1. Juni 2016

von Rechtsanwältin Christina Clemm

Vorbemerkung

Es ist sehr zu begrüßen, dass das deutsche Sexualstrafrecht reformiert werden soll.

Schon lange ist eine solche Reform erforderlich, denn die deutsche Rechtslage entspricht weder menschenrechtlichen Vorga-

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 Julia Wortmann
Familienrecht, Sozialrecht

ben, noch den Vorstellungen eines modernen Sexualstrafrechts.

Die Diskussion um die sog. Schutzlücken im Sexualstrafrecht¹ sowie die Ereignisse in der Silvesternacht zeigen deutlich, dass eine Reform dringend erforderlich ist.

Zahlreiche öffentliche Verlautbarungen haben gerade in den letzten Monaten gezeigt, dass gesellschaftlich längst akzeptiert ist, dass sexuelle Handlungen grundsätzlich nur im Einverständnis mit der anderen Person durchgeführt werden dürfen und davon ausgegangen wird, dass sexuelle Handlungen, die gegen den Willen anderer Personen ausgeübt werden bereits heute strafbar sind.

Ebenso wird vielfach davon ausgegangen, dass sexuelle Übergriffe, wie z.B. der überraschende Griff in den Genitalbereich einer fremden Person bereits vom deutschen Strafrecht eindeutig erfasst sind.

Dies trifft jedoch bekanntlich nicht zu.

Ausgangssituation

Schutzgut ist die sexuelle Selbstbestimmung, also das Recht, die Freiheit zu haben, über Zeitpunkt, Art, Form und Partner sexueller Betätigung nach eigenem Belieben zu entscheiden.

In der bestehenden Rechtslage ist ein Verstoß gegen die sexuelle Selbstbestimmung dann strafbar, wenn Zwang zur Überwindung eines von der betroffenen Person erfolgten oder erwarteten Widerstands ausgeübt wird. Damit ist das sexuelle Selbstbestimmungsrecht nicht von sich aus strafrechtlich geschützt, sondern nur dann, wenn es dem Grundsatz nach wehrhaft verteidigt wird. In manchen Ausnahmesituationen besteht die Verpflichtung zum Widerstand nicht, weil etwa eine erhebliche Bedrohung oder eine schutzlose Lage oder auch Widerstandsunfähigkeit besteht.

Dabei wird von der falschen Prämisse ausgegangen, dass eine Person, die nicht aufgrund von z.B. Drohung oder erheblicher psychischer oder physischer Beeinträchtigung Widerstand unterlässt, grundsätzlich in der Lage ist, sich wehrhaft zu verteidigen oder sich der Situation aktiv zu entziehen, wenn sie eine sexuelle Handlung nicht möchte. Dies gelingt sicherlich im alltäglichen Zusammenleben häufig, kann und darf aber nicht als selbstverständlich angenommen werden.

¹Grieger, Katja / Clemm, Christina / Eckhardt, Anita / Hartmann, Anna, Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe (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, Berlin Juli 2014. (<https://www.frauen-gegen-gewalt.de/fallanalyse-zu-schutzluecken-im-sexualstrafrecht.html>)

Sowohl die Erfahrung der Fachberatungsstellen für Betroffene sexueller Gewalt als auch Forschungsergebnisse zeigen, dass die Mehrzahl der sexuellen Übergriffe ohne weitere Gewaltanwendung oder Gegenwehr der betroffenen Person stattfinden.²

Flucht, Gegenwehr, Erstarrung, Schock, paradoxe Reaktionen und vieles andere gehören zur Palette der spontanen menschlichen Reaktionen in einem akuten Notzustand. Entscheidend ist, dass in einer solchen Situation bestimmte, möglicherweise auch wünschenswerte Handlungsstrategien oft nicht abrufbar sind, weil angegriffene Personen zumeist nicht planvoll handeln. Durch die internationale Traumaforschung ist vielfach belegt, dass das menschliche Gehirn in bedrohlichen Situationen nach anderen Mechanismen funktioniert als im Alltag. Betroffene eines (drohenden) Übergriffs befinden sich in der Situation unter enormem psychischem Stress, die Reaktionen laufen automatisiert ab, der menschliche Organismus startet ein Notfallprogramm, bei dem Überleben das einzige Ziel ist.³

Viele Frauen – die meisten Betroffenen sexueller Übergriffe sind weiblich – leisten in diesen Situationen keinen (massiven) Widerstand. Die Anwendung körperlicher Gewalt widerspricht der weiblichen Sozialisation, solches Verhalten gehört im Alltag in der Regel nicht zum weiblichen Verhaltensrepertoire und ist deshalb in Notsituationen für Frauen oft erst recht nicht leistbar und nicht als Handlungskonzept abrufbar. Die meisten Betroffenen beschreiben die Situation des (drohenden) sexuellen Übergriffs als von Gefühlen großer Angst, Ohnmacht und Hilflosigkeit geprägt. Manche vollbringen keine Gegenwehr oder Fluchtversuche, weil sie schlimmere Verletzungen befürchten, andere weil sie die Gefährlichkeit des Angreifers kennen, wieder andere weil sie überrumpelt worden sind. Andere erstarren oder kommen einfach nicht auf die Idee, sich körperlich zu wehren. Dass der Aggressor trotz ihrer eindeutigen Ablehnung seiner Handlungen den Übergriff fortsetzt, macht viele Betroffene derart fassungslos oder ängstlich, dass sie dieser Person Gewalttätigkeit oder anderes Übel zutrauen. Sie sind dann nicht mehr in der Lage, sich körperlich zu wehren.

All die beschriebenen Verhaltensweisen sind adäquate Reaktionen auf eine als (lebens-) bedrohlich empfundene Situation. Sie verdeutlichen das Nicht-Einverständnis der Betroffenen und sind in diesem Moment oft die einzig abrufbare Widerstandsleistung, nur eben keine im rechtlichen Sinne.

Die meisten Betroffenen fragen sich im Nachhinein selbst, warum es ihnen in der Situation nicht gelungen ist, den Angriff zu verhindern. Viele beschreiben, dass sie in der Situation wie

² *Michael C. Baumann*, Sexualität, Gewalt und psychische Folgen. Eine Längsschnittuntersuchung bei Opfern sexueller Gewalt und sexueller Normverletzungen anhand von angezeigten Sexualkontakten, 2. Aufl. 1996

³ *Julia Schellong*, Anforderungen im Strafverfahren und sexuell traumatische Erlebnisse – ist das vereinbar?, in: bff (Hg.), Streitsache Sexualdelikte: Frauen in der Gerechtigkeitslücke, 2010, S. 21-29. (<https://www.frauen-gegen-gewalt.de/streitsache-sexualdelikte.html>)

erstarrt waren, sich gelähmt fühlten, verzweifelt waren, und sich selbst nicht erklären können, warum sie so gehandelt haben.

Menschenrechtliche Vorgaben

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat mit seinem Grundsatzurteil im Fall M.C. gegen Bulgarien⁴ aus dem Jahr 2003 bereits festgelegt, dass gemäß der Europäischen Menschenrechtskonvention das (fehlende) Einverständnis zentrales Merkmal eines Vergewaltigungstatbestandes sein muss.

Nach dem Übereinkommen des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention) ist eine Änderung des Sexualstrafrechts dringend erforderlich⁵, denn in Art. 36 heißt es, dass nicht einverständliches sexuell bestimmtes Verhalten unter Strafe zu stellen ist.

Besonders hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf den erläuternden Bericht zur Istanbul-Konvention, in dem Hinweise zur Auslegung gegeben werden. Darin heißt es:

„Die Strafverfolgungsmaßnahmen für dieses Vergehen erfordern eine kontextabhängige Beurteilung der Beweise, um für jeden Fall gesondert zu entscheiden, ob das Opfer der vollzogenen sexuellen Handlung zugestimmt hat. Bei einer solchen Beurteilung muss die gesamte Bandbreite von Verhaltensreaktionen auf sexuelle Gewalt und auf eine Vergewaltigung berücksichtigt werden, die das Opfer zeigen kann, und sie darf nicht auf Vermutungen zum typischen Verhalten in einer solchen Situation begründet werden. Es muss auch dafür Sorge getragen werden, dass die Auslegungen der Gesetzgebung zu Vergewaltigung und die in den entsprechenden Fällen eingeleiteten Strafverfolgungsmaßnahmen nicht von Geschlechter-Stereotypen und Mythen zur männlichen bzw. weiblichen Sexualität beeinflusst werden.“

Neuregelungsvorschläge

In der derzeitigen Reformdiskussion liegen verschiedene Regelungsentwürfe vor.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 1.4.2016

Die im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorhandenen Änderungen stellen keinen grundlegenden Paradigmenwechsel dar. Weiterhin soll ein Verstoß gegen die sexuelle Selbstbe-

⁴ Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, M.C. gegen Bulgarien, Urteil vom 4.12.2003, App. No. 39272/98

⁵ Rabe, Heike / von Normann, Julia, Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen. Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht, herausgegeben vom Deutschen Institut für Menschenrechte, Juni 2014, S. 20; EGMR, Urteil vom 04.12.2003, Beschwerde-Nr. 39272/98, M.C. gegen Bulgarien

stimmung grundsätzlich dann strafbar sein, wenn Zwang zur Überwindung eines von der betroffenen Person erfolgten oder erwarteten Widerstands ausgeübt wird. Es sollen lediglich einige weitere Ausnahmen geschaffen werden, in denen eine Strafbarkeit vorliegt, wenn die betroffene Person keinen Widerstand leistet.

Dies reicht nicht aus, um die bestehenden Schutzlücken zu schließen, was im Folgenden anhand einiger konstruierter Fallbeispiele erläutert werden soll.

Zu den Regelungen im Einzelnen

§ 179 Abs. 1 StGB-E

Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung besonderer Umstände“.

b) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Wer unter Ausnutzung einer Lage, in der eine andere Person

1. aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustands zum Widerstand unfähig ist,
2. aufgrund der überraschenden Begehung der Tat zum Widerstand unfähig ist oder
3. im Fall ihres Widerstandes ein empfindliches Übel befürchtet,

sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder an sich von dieser Person vornehmen lässt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen der Nummern 2 und 3 mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.“

Zu §179 Absatz 1 Nummer 1 StGB-E

(„aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustands zum Widerstand unfähig ist“)

Dieser Absatz ist dem bestehenden § 179 StGB nachgebildet, erfasst jedoch nicht die Fälle der eingeschränkt Widerstandsunfähigen. Zur Erläuterung ist folgende Fallkonstellation aufzuführen:

Die stark sehbehinderte Person B. befindet sich mit A. in dessen Wohnung. Sie hat sich freiwillig in die Wohnung begeben und ist grundsätzlich in der Lage, den Weg aus der Wohnung heraus mit Hilfe ihres Blindenstockes zu finden. A. möchte sexuelle Handlungen mit B. haben, was B. strikt ablehnt. Dies erkennt A. beginnt aber dennoch mit sexuellen Handlungen. B. wehrt sich nicht, weil sie eine diffuse Angst hat, dass sie nicht schnell genug die Wohnung verlassen können wird und nicht weiß, wie A. reagieren wird. Sie hat aufgrund ihrer Sehbehinderung gelernt, sich nicht körperlich zu verteidigen, da sie bei einem Kampf mit einer sehenden Person unterlegen ist. A. hatte zu keinem Zeitpunkt vor, Gewalt anzuwenden und ist auch nicht davon ausgegangen, dass B. dies befürchtete. Er hat das Nein der B. wahrgenommen, es war ihm aber gleichgültig, ob sie Sex mit ihm haben wollte oder nicht.

In dieser Konstellation wird sich A. auch nach der vorgeschlagenen Neuregelung der Bundesregierung nicht strafbar machen. Bei einer Neuregelung, die auf den erkannten entgegenstehenden Willen abstellt läge eine Strafbarkeit vor.

Zu § 179 Absatz 1 Nummer 3 StGB-E

(„im Fall ihres Widerstandes ein empfindliches Übel befürchtet“)

Nach dem vorliegenden Entwurf werden auch Drohungen unterhalb der Schwelle des jetzigen § 177 StGB strafbar sein, etwa wenn mit Entlassung oder Abschiebung o.ä. gedroht wird. Dies ist sehr zu begrüßen.

Darüber hinaus sollen auch Fälle strafbar sein, bei denen dem Opfer aus einer objektiven Ex-ante-Perspektive tatsächlich kein empfindliches Übel droht, das Opfer ein solches aber annimmt und der Täter diese Lage ausnutzt. Insofern müssen entsprechende objektive Anknüpfungspunkte vorliegen.

Auch diese Regelung ist im Grundsatz zu begrüßen, wird aber in der Praxis zu kaum überwindbaren Schwierigkeiten führen, so dass sie letztlich nur in einigen wenigen Ausnahmefällen insofern zu einer Strafbarkeit führen wird. Denn die Regelung setzt voraus, dass der Grund für die fehlende Gegenwehr sowohl dem Opfer als auch dem Angreifer in der Situation bewusst ist. Es wird zahlreiche Konstellationen geben, in denen eine Strafbarkeit nicht gegeben sein wird, unabhängig von Beweisfragen, die bei dieser Gesetzesformulierung große Schwierigkeiten bereiten werden.

Zur Erläuterungen werden erneut auch hier einige mögliche Fallkonstellationen beschrieben:

1. Arbeitgeber A. befindet sich mit seiner Arbeitnehmerin B. bei sich zu Hause. A. beginnt mit sexuellen Handlungen, die B. ausdrücklich ablehnt. Er teilt ihr mit, dass er sie entlassen werde, wenn sie nicht mitmache. B. nimmt diese Drohung ernst und lässt deshalb sexuelle Handlungen zu.

Nach der angestrebten Neuregelung des Entwurfes wird sich A. strafbar machen.

2. Arbeitgeber A. befindet sich mit seiner Arbeitnehmerin B. bei sich zu Hause. In dem Betrieb des A. gibt es gerade zahlreiche Kündigungen. A. beginnt mit sexuellen Handlungen, die B. ausdrücklich ablehnt. Als A. dennoch weitermacht, wehrt sich B. nicht, da sie befürchtet, entlassen zu werden. A. erkennt diese Befürchtung und nutzt die Situation bewusst aus. Nach der angestrebten Neuregelung des Entwurfs wird sich A. strafbar machen.

3. Arbeitgeber A. befindet sich mit seiner Arbeitnehmerin B. bei sich zu Hause. In dem Betrieb des A. gibt es gerade zahlreiche Kündigungen. A. beginnt mit sexuellen Handlungen, die B. ausdrücklich ablehnt. Als A. dennoch weitermacht, wehrt sich B. nicht, da sie befürchtet, entlassen zu werden. A. erkennt dies nicht, sondern geht davon aus, dass sich B. nicht wehrt, weil ihr die Gesamtsituation unangenehm ist. Er hatte zu keinem Zeitpunkt vor, B. zu entlassen, da sie ihre Arbeit zur größten Zufriedenheit erledigt, was er bereits vor der Tat mit seinem Personalchef besprochen hatte.

Hier macht sich A. auch nicht nach der Neuregelung strafbar, obwohl die Betroffene die sexuellen Handlungen ausdrücklich abgelehnt hat.

4. Arbeitgeber A. befindet sich mit seiner Arbeitnehmerin B. bei sich zu Hause. In dem Betrieb des A. gibt es gerade zahlreiche Kündigungen. A. beginnt mit sexuellen Handlungen, die B. ausdrücklich ablehnt. Als A. dennoch weitermacht, wehrt sich B. nicht, da sie befürchtet, A. könnte gewalttätig werden. B hatte schon einmal erlebt, dass ein Mann gewalttätig wurde, als sie sich ihm verweigerte. A. war noch nie in seinem Leben gewalttätig. Er ging davon aus, dass B. sich nicht wehrt aus Angst vor Entlassung.

Hier läge eine Versuchsstrafbarkeit des A. vor. A. täuscht sich darüber, dass B. das empfindliche Übel der Entlassung befürchtet und er dies ausnutzt. Es kommt also zu einem Tatbestandsirrtum, so dass lediglich ein Versuch vorliegt.

5. Personen A., B. und C. befinden sich mit E. in einer Wohnung. Sie haben getrunken und getanzt. Irgendwann beginnt A. mit sexuellen Handlungen an E., die diese ablehnt. B. und C. kommen hinzu, lachen und scherzen und sagen, dass sie sich nicht anstellen solle, sie wolle das doch auch. E. weint und sagt mehrfach, dass sie keine sexuellen Handlungen möchte. Sie wehrt sich bei den weiteren sexuellen Handlungen durch alle drei Personen nicht, weil sie in ihrer Kindheit mehrfach misshandelt wurde, was weder A. noch B. wissen. C. ist dies bekannt. Alle drei hätten keine Gewalt angewandt, um den Widerstand zu brechen, sie hätten E. auch nicht am Weggehen gehindert. Alle drei haben erfasst, dass E. ausgedrückt hat, keinen Sex mit ihnen haben zu wollen. A. geht grundsätzlich davon aus, dass man Frauen nicht darin glauben muss, was sie sagen. Ein „Nein“ gilt für ihn nicht, allein sein Wille zählt. Wenn eine Frau keinen Sex mit ihm wollte, dann müsste sie sich schon wehren, dann werde man weitersehen. B. hingegen war durchaus bewusst, dass sein Handeln nicht in Ordnung war. E. tat ihm während der sexuellen Handlungen auch leid, machte aber situationsbedingt mit, da er vor seinen Freunden nicht zurückstehen wollte. C. hingegen ging davon aus, dass E. Angst vor Gewalt hatte und ihm war klar, dass er diese Situation ausnutzen konnte.

Hier werden sich nach dem Gesetzentwurf A. und B. nicht strafbar gemacht haben. Bei C. läge eine Strafbarkeit vor.

6. A. und B. führen seit mehreren Jahren eine Beziehung. A. misshandelt B. immer wieder bei verschiedenen Gelegenheiten. Dennoch trennt sich B. nicht von A. und zeigt ihn auch nicht an. Zwischendurch kommt es immer wieder zu einverständlichen sexuellen Handlungen. Am Tag X möchte A. Sex, B. möchte nicht, was sie eindeutig sagt. A. hört darauf nicht, B. erklärt nochmals, weshalb sie nicht möchte. A. macht dennoch weiter, B. wehrt sich nicht, weil sie Angst hat, wieder geschlagen zu werden, obwohl sie weiß, dass er sie noch nie zum Sex gezwungen hat. A. hat in diesem Moment keine Gewalt eingesetzt und beabsichtigte dies auch nicht. Er hat auch nicht daran gedacht, dass B. in diesem Moment Angst vor ihm gehabt habe, sie wisse doch, dass er sie nicht zum Sex zwingt. Dass sie keine Lust auf Sex hatte wusste er, aber dies war ihm egal.

Auch bei dieser Fallkonstellation hat sich A. nach dem Gesetzentwurf nicht strafbar gemacht.

Regelungen, die als Voraussetzung der Strafbarkeit sexueller Handlungen an den entgegengesetzten Willen anknüpfen

Der Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE vom 25.2.2016 und der Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 1.07.2015 vollziehen den Wechsel dazu, dass auch sexuelle Handlungen gegen den Willen strafbar sein sollen und sind deshalb aus grundsätzlichen Erwägungen zu bevorzugen.

Hier soll nicht im Einzelnen auf Detailfragen der Entwürfe eingegangen werden, da es am Ende darauf ankommen wird, wie im Einzelnen die Umsetzung einer „Nein heißt Nein“ Regelung umgesetzt werden kann.

Aus hiesiger Sicht sollte darauf verzichtet werden, die Widerstandsunfähigkeit in den Tatbestandsvarianten zu belassen und man sollte allein auf den Willen abstellen.

Bei einem Delikt, das grundsätzlich allein dadurch verwirklicht wird, dass über den Willen der anderen Person hinweggegangen wird, kommt es auf die Widerstandsfähigkeit nicht an.

Im Folgenden sollen Anhaltspunkte für eine mögliche Neuregelung dargestellt werden. Auf die Vorlage eines vollständigen weiteren Regelungsentwurfs wird verzichtet.

Tatbestandliche Erfordernisse für eine am entgegenstehenden Willen orientierte Neuregelung des Sexualstrafrechts

Sinnvoll erscheint es einen neuen Grundtatbestand zu schaffen, der zentral jede sexuelle Handlung gegen den Willen einer anderen Person tatbestandlich regelt.

Das Abstellen auf den erfolgten oder zu erwartenden Widerstand ist grundsätzlich aufzugeben und allein auf den Willen der betroffenen Person abzustellen.

Dabei ist es relativ unproblematisch für die Fälle eine Gesetzesformulierung zu finden, in denen der entgegenstehende Wille ausdrücklich oder konkludent ausgedrückt wird.

Hinzu müssen aber Formulierungen für folgende Varianten gefunden werden, nämlich für die Fälle in denen

- Personen nicht in der Lage sind, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern
- Personen aufgrund von Drohung oder Zwang ihren entgegenstehenden Willen nicht ausdrücken
- Personen in der Willensbildung erheblich eingeschränkt sind und dies der Täter ausnutzt.

Hierbei sind die sogenannten Überraschungsangriffe, wenn die betroffenen Personen keinen entgegenstehenden Willen bilden und äußern können zu erfassen. Ebenso müssen die Fälle der Willensunfähigkeit wie z.B. von betroffenen Personen, die sich im Schlaf, Koma oder unter K.O.-Tropfen-Einfluss befinden oder von Personen mit schweren geistigen Beeinträchtigungen geregelt werden.

Auch die Fälle, in denen zwar kein entgegenstehender Wille ausgedrückt wird, sondern vielleicht sogar eine Zustimmung erklärt wird, gleichzeitig aber eine erhebliche Bedrohung oder eine andere Zwangssituation vorliegt müssen ausdrücklich geregelt werden, denn in diesen Fällen kann auch die ausdrückliche Zustimmung keine Bedeutung haben.

Besonders aufzuführen sind die Fälle, bei denen die betroffenen Personen zur Willensbildung nur eingeschränkt fähig sind und dies der Täter erkennt.

Es kann nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass Personen, die sich in einem Zustand beschränkter Einwilligungsfähigkeit befinden, keine sexuellen Handlungen wünschen. Vielmehr ist es wichtig, dass auch hier grundsätzlich ermöglicht wird, selbstbestimmte

Sexualität zu praktizieren. Andererseits muss vor missbräuchlichen Handlungen geschützt werden. Hier erscheint eine Formulierung sinnvoll, bei der der nicht beeinträchtigten Person besondere Sorgfalt auferlegt wird sich darin sicher zu sein, dass die andere Person die sexuellen Handlungen wünscht.

Bei einem grundlegenden Paradigmenwechsel ist selbstverständlich zu beachten, dass nicht jeder sexuelle Übergriff ein Verbrechen darstellt.

Insofern sollte im Grundtatbestand keine Mindeststrafe vorgesehen sein. Möglich wäre dies aber auch durch die Einführung eines minder schweren Falls zu regeln.

Aufbauend auf dem Grundtatbestand sollte es Qualifizierungstatbestände geben, wie etwa Fälle, bei denen Gewalt oder Drohungen mit empfindlichen Übeln eingesetzt wurde. Die besonders erniedrigenden Begehungsweisen und die gemeinschaftliche Begehungsweise müssen besondere Berücksichtigung finden, sowie der Einsatz von Waffen etc., ähnlich also den bestehenden Qualifizierungen in den §§ 177 StGB ff.

Als eigener Qualifikationstatbestand sollte die Tatbegehung aufgeführt sein in denen die Willensbildungsunfähigkeit auf dem vorübergehenden oder dauerhaften körperlichen oder psychischen Zustand der Person beruht. Dies sollte ebenfalls als Verbrechenstatbestand ausgestaltet werden.

Gleichzeitig sollte der § 184 h StGB gestrichen werden.

Es versteht sich aus dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz von selbst, dass nur solche Handlungen strafwürdig sind, die erheblich sind. Ein besonderes Bedürfnis, dies gerade im Sexualstrafrecht klarzustellen, besteht nicht.

Für die Rechtsanwendung ist und bleibt es erforderlich, eine Handlung als eine sexuelle Handlung zu identifizieren. Wenn es sich um eine solche handelt, so ist sie, sofern sie gegen den Willen einer anderen Person durchgeführt wird, auch grundsätzlich strafwürdig.

Darunter fielen nach der Streichung des § 184 h StGB auch solche Handlungen, die derzeit unter dem Stichwort des „Grapschens“ diskutiert werden. Die Schaffung eines eigenständigen Straftatbestandes der sexuellen Belästigung wäre nicht erforderlich

Falschbeschuldigungen

Von Kritikerinnen und Kritikern einer umfassenden Reform wird immer wieder die Sorge vor Falschbeschuldigungen bei Ausweitung des Sexualstrafrechts angebracht. Bedenken, die stets im Bereich des Sexualstrafrechts vorgetragen werden und es gibt immer wieder Behauptungen, die Falschbelastungsrate läge bei über 50 %. Es gibt keine wissenschaftlich fundierte Arbeiten, die eine besonders hohe Rate an Falschbeschuldigungen im Bereich des Sexualstrafrechts gegenüber anderen Deliktsbereichen bestätigen würde. Leider liegen keine neueren wissenschaftlichen Arbeiten vor, jedoch kommt eine umfassende Studie aus 2009 zu folgendem Ergebnis: „Entgegen der weit verbreiteten Stereotype, wonach die Quote der Falschanschuldigungen bei Vergewaltigung beträchtlich sei, liegt hingegen der Anteil bei nur 3%. Auch in anderen Ländern ist das Problem der Falschanschuldigung marginal und rangiert zwischen 1-9%.“⁶

Beweisschwierigkeiten

In der öffentlichen Diskussion werden immer wieder Bedenken hinsichtlich der Beweisschwierigkeiten bei einer Neuregelung, die grundsätzlich auf den entgegenstehenden Willen der betroffenen Person abstellt, formuliert.

Es ist aber nicht mit größeren Beweisschwierigkeiten zu rechnen als bei der bestehenden Rechtslage.

Sexualdelikte werden in der Regel im Zweipersonenverhältnis ausgeübt und es sind häufig keine objektiven Beweismittel vorhanden. Selbst wenn Spuren der sexuellen Handlungen gefunden werden, ist dies auch heute kein Beweis für eine strafbare Handlung und auch Spuren von Gewalt beweisen nicht, dass es sich um nicht-einverständliche Sexualpraktiken gehandelt hat.

Meist wird es allein auf die Aussage der betroffenen Person ankommen und in einer Aussage-gegen-Aussage-Konstellation zu den bekannten Problemen der Beweisführung.

Diese Situation ist aber keineswegs für die Strafjustiz herausragend, sondern es gibt zahlreiche Deliktsfelder, in denen Delikte im Zweipersonenverhältnis ausgeübt werden.

⁶ Unterschiedliche Systeme, ähnliche Resultate? Strafverfolgung von Vergewaltigung in elf europäischen Ländern. Länderbericht Deutschland. Corinna Seith, Joanna Lovett & Liz Kelly (2009): Different systems, similar outcomes? Tracking attrition in reported rape cases across Europe. S. 9

Künftig wird in den Strafverfahren gründlich zu erörtern sein, ob und wie der entgegenstehende Wille ausgedrückt wurde. Auch dies bedarf der Schilderung eines Sachverhaltes, der sich ebenso überprüfen lässt, wie z.B. die Schilderung der Drohung mit dem Tod.

Pönalisierung sozial erwünschten Verhaltens

Von Kritikerinnen und Kritikern einer grundlegenden Änderung des Sexualstrafrechts wird immer wieder die Gefahr einer Pönalisierung gewünschten Verhaltens thematisiert, nämlich dass die freie Entfaltung der Sexualität eingeschränkt würde. Das Gegenteil ist der Fall. Alle Menschen können ihre Sexualität frei und ungestört leben, wenn sie davon ausgehen können, dass sie selbst und ihr Gegenüber nur die sexuellen Handlungen ausführen, die die andere Person auch möchte. Wenn sie erkennbar nicht möchte, dann sind die Handlungen zu unterlassen. Menschen, die die Erfahrung gemacht haben, dass ihr Willen unbeachtlich ist, werden in ihrer Sexualität erheblich eingeschränkt. Menschen, die sich bewusst über den Willen der anderen Person hinwegsetzen wünschen keine freie Sexualität, sondern üben Macht und sexualisierte Gewalt aus.



Clemm, Rechtsanwältin



Tübingen, den 31. Mai 2016

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

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches - Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, BT-Drucksache 18/8210

b) Gesetzentwurf der Abgeordneten Halina Wawzyniak, Cornelia Möhring, Frank Tempel, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Entwurf eines ... Strafrechtsänderungsgesetzes zur Änderung des Sexualstrafrechts, BT-Drucksache 18/7719

c) Gesetzentwurf der Abgeordneten Katja Keul, Ulle Schauws, Renate Künast, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches zur Verbesserung des Schutzes vor sexueller Misshandlung und Vergewaltigung, BT-Drucksache 18/5384

I. Vorbemerkungen

1.) Als Mitglied der Kommission zur Reform des Sexualstrafrechts des BMJV, die seit dem 20. Februar 2015 in inzwischen 17. Sitzungen nahezu das gesamte Sexualstrafrecht analysiert hat, wäre es aus meiner Sicht sinnvoll gewesen, erst nach Abschluss der Kommissionsarbeit ein harmonisches Gesamtkonzept zur Änderung der Vorschriften im 13. Abschnitt auf den Weg zu bringen. Am derzeitigen

Sexualstrafrecht wird vor allem kritisiert, dass es im Wesentlichen auf einer ad hoc-Gesetzgebung anlässlich bestimmter Ereignisse beruht und mehr Stückwerk als stimmiges Konzept ist. Aus Sicht der Praxis führt dies nicht nur zur Unübersichtlichkeit der Regelungen, sondern auch zu schwierigen Fragen im Hinblick auf das jeweils anzuwendende (mildeste) Gesetz. Mit der hier geplanten vorgezogenen „kleinen“ Reform wird dieser Zustand weiter verschärft.

2.) In der Sache selbst bedarf es freilich schon im Hinblick auf Art. 36 Istanbul-Konvention einer Reform. Bereits in meiner schriftlichen Stellungnahme zum 49. StrÄG vom 10.10.2014 habe ich darauf hingewiesen, dass aufgrund bestehender Schutzlücken ein Straftatbestand geschaffen werden sollte, der im Hinblick auf unerwünschte sexuelle Handlungen auf ein Handeln „gegen den Willen“ abstellt: „Deshalb wird man letztlich nicht umhin kommen, den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB für alle Fälle des Handelns gegen den Willen des Opfers zu öffnen, wenn ein entsprechender Tätervorsatz vorliegt. Damit würden zugleich die zahlreichen Schwierigkeiten und Ungereimtheiten, die mit § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB verbunden sind, beseitigt. Es empfiehlt sich dann zudem eine Strafraumenabstufung dergestalt vorzunehmen, dass die bisherigen Nötigungssituationen des Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 als Qualifikationen ausgestaltet werden.“ In meiner Schriftlichen Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung zu „Art. 36 der Istanbul-Konvention umsetzen – Bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller Gewalt und Vergewaltigung schließen (BT-Drs. 18/1969)“ vom 24. Januar habe ich diesen Vorschlag fortentwickelt und eine positive Formulierung eines solchen Tatbestandes mit verschiedenen Regelungsmöglichkeiten vorgeschlagen, die sich teilweise auch im Gesetzentwurf der Bundesregierung finden.

3.) Im Folgenden möchte ich keinen eigenen ausformulierten Lösungsvorschlag zur Diskussion stellen. Vielmehr sollen die drei eingebrachten Gesetzesentwürfe – unter Berücksichtigung der Stellungnahme des Bundesrates – analysiert und bewertet werden, um so eine Grundlage für die rechtspolitisch zu treffende Entscheidung zu liefern. Daneben soll auch auf die Frage eines gesonderten Straftatbestandes für die sexuelle Belästigung eingegangen werden.

II. Bestehende Schutzlücken

Bereits mit Einführung des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB vor knapp 20 Jahren 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.¹ Dieses Ziel wurde leider nicht erreicht, da im Gesetzgebungsverfahren verkannt wurde, dass durch den weiterhin erforderlichen Nötigungskontext die Vorschrift mit erheblichen Einschränkungen verbunden ist. Es besteht daher weitgehend Konsens, dass das geltende Recht – abstrakt betrachtet – **nicht unerhebliche Schutzlücken** enthält, die es auch dann zu schließen gilt, wenn die Anzahl der praktischen Fälle verhältnismäßig gering ist. Diese Lücken sind dadurch bedingt, dass sowohl § 240 StGB als auch § 177 StGB eine Nötigung verlangen und § 177 StGB nur Fälle der Gewalt, der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder der Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, erfassen.²

1. Konstellationen, die strafrechtlich bislang gar nicht erfasst werden können

In folgenden Fällen ist der Täter nach geltendem Recht vollständig straflos:

a) 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. Hier ist der Täter straflos, weil das Nötigungselement nicht zum Zweck der sexuellen Handlung eingesetzt wurden (**fehlender Finalzusammenhang**).

b) Fälle, in denen es an einer schutzlosen Lage i.S.d. § 177 I Nr. 3 StGB 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 (**Klima der Gewalt**).

c) Fälle, in denen das Opfer **nur subjektiv Gewalt befürchtet**, obgleich diese objektiv nicht droht, der Täter aber die Opferfurcht kennt und sich diese zunutze macht.³

d) 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.⁴ Dies betrifft auch Fälle eines zunächst einvernehmlichen Sexualakts,

¹ BT-Drs. 13/7324, S. 6.

² Näher mit Beispielen *Eisele*, Stellungnahme v. 24.1.2015, S. 3 ff

³ So auch BGHSt 50, 359 (368).

⁴ Siehe etwa BGH NSTZ 2012, 268. Zu Einzelheiten *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 177 Rn. 11.

bei dem der Täter durch den plötzlichen Übergang zu sexuellen Variationen den Willen des Opfers missachtet.⁵

2. Konstellationen mit problematischer Regelungssystematik

a) Fälle einer **einfachen Nötigung** zu sexuellen Handlungen können zwar nicht von § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB, jedoch über § 240 Abs. 1, 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.⁶ Dies ist jedoch nach geltendem Recht 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. Sollte allerdings § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB – wenn man diese Regelung je nach Ausgestaltung eines neuen Tatbestandes beibehalten möchte (für Streichung der Gesetzentwurf der Bundesregierung) – in das Sexualstrafrecht überführt und dort als abschließender Tatbestand ausgestaltet werden, müsste eine solche Vorschrift um die Duldungsvariante ergänzt werden (so § 177 Abs. 1 Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und § 175 1 Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE).⁷

b) Rechtlich verwandt mit den Überraschungsfällen sind 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,⁸ 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 Strafraumen) einschlägig sein, jedoch unterliegt dieser Tatbestand vor allem im Hinblick auf eine „Sonderbehandlung“ von Menschen mit Behinderungen der Kritik. Dies bezüglich besteht zwar keine „echte“ Strafbarkeitslücke, jedoch ist zu diskutieren, ob eine gesetzliche Regelung diese

⁵ Zu einem solchen Fall OLG Köln NStZ-RR 2004, 168; *Blume/Wegner*, HRRS 2014, 357 (358).

⁶ BT-Drs. 18/5384 (Gesetzentwurf BÜNDNIS 90/Die GRÜNEN), S. 5; *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.

⁷ *Eisele*, Stellungnahme v. 24.1.2015, S. 13.

⁸ BGHSt 50, 359 (365); *Hörnle*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. 2009, § 177 Rn. 112.

Fälle den Überraschungsfällen in einer gemeinsamen Regelung gleichstellt (so § 179 Abs. 1 Gesetzentwurf der Bundesregierung und § 177 Abs. 1 Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE).

3. Konstellationen ohne sexuelle Handlung i.S.d. § 184h Nr. 1 StGB

Während die bisher behandelten Fälle sich dadurch auszeichnen, dass zwar eine sexuelle Handlung vorliegt, die Strafbarkeit aber an anderen Tatbestandsmerkmalen scheitert, kann es in Fällen der sexuellen Belästigung gerade an einer solchen sexuellen Handlung fehlen. Ausgangspunkt der Problematik ist § 184h Nr. 1 StGB: „Im Sinne dieses Gesetzes sind 1. sexuelle Handlungen nur solche, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind.“ Ist diese Schwelle nicht überschritten, ist von vornherein keine Sexualstraftat verwirklicht; die Praxis weicht hier teilweise auf § 185 StGB aus (näher unten VI). Alle vorgelegten Entwürfe ändern an dieser Rechtslage nichts. Auch soweit überraschende Angriffe usw. ausdrücklich in den Entwürfen einbezogen sind, führt dies nicht zur Strafbarkeit, wenn diese Erheblichkeitsschwelle nicht überschritten ist (zur Kritik am Gesetzentwurf der Bundesregierung vgl. die Stellungnahme des Bundesrats, Drs. 162/16, S. 8 ff.).

III. Vorgaben der Istanbul-Konvention⁹

1. Regelungsgehalt

Nach Artikel 36 Abs. 1 der Konvention müssen **nicht einverständlich vorgenommene sexuelle Handlungen** pönalisiert werden.¹⁰ Nach Art. 36 Abs. 2 der Konvention muss das Einverständnis freiwillig sein, d.h. Ausdruck des in Kenntnis aller Umstände gefassten freien Willens der betroffenen Person sein. Für das Verständnis von Bedeutung ist hierbei Nr. 191 des erläuternden Reports (Explanatory Report), der auf die Wahrung der Grundsätze der EMRK, die der EGMR in der Sache *M.C. gegen Bulgarien*¹¹ aufgestellt hat, verweist. Im Einklang mit dieser Entscheidung wird präzisierend festgelegt, dass ein nicht einverständlicher sexueller Akt auch Fälle erfasst, in denen keine physische Gegenwehr des Opfers vorliegt. Nr. 193 des Explanatory Reports macht allerdings deutlich, dass der **spezifische Gesetzeswortlaut** und diejenigen Faktoren, die ein freiwilliges Einverständnis ausschließen, dem **nationalen Gesetzgeber überlassen bleiben**

⁹ Übereinkommen Nr. 210 des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 5. November 2011.

¹⁰ Vgl. ferner Empfehlung des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten des Europarats Rec (2002) 5 zum Schutz von Frauen vor Gewalt, Anhang Nr. 35.

¹¹ EGMR, Beschwerdenummer 39272/98, Urteil v. 4.12.2003.

und daher ein Spielraum besteht.¹² Das Einverständnis muss aber Ausdruck des in Kenntnis aller Umstände gefassten freien Willens der betroffenen Person sein.

2. Keine Verpflichtung zur wortlautnahen Umsetzung

Die Frage, ob nicht einverständlich vorgenommene sexuelle Handlungen mit einer an den Konventionstext angelehnten Straftatbestandsfassung unter Strafe gestellt werden sollten, müsste kriminalpolitisch nicht weiter diskutiert werden, wenn der deutsche Gesetzgeber zu einer solchen Fassung aus völkerrechtlichen verpflichtet wäre.

a) Zunächst gilt der Grundsatz, dass Konventionen des Europarats nicht generell im Wortlaut oder wortlautnah umzusetzen sind. Vielmehr ist es regelmäßig ausreichend, dass diejenigen Verhaltensweisen, die nach der Konvention in den einzelnen Staaten pönalisiert werden müssen, dort durch die vorhandenen oder zu neu zu schaffenden Straftatbestände erfasst werden.¹³ Dies wird dadurch bestätigt, dass Konventionen regelmäßig nur Mindestvorgaben enthalten. Die Mitgliedstaaten dürfen also auch strengere Regelungen im Wege einer „überschießenden“ Umsetzung vorsehen. Müsste nun der Wortlaut übernommen werden, wäre dieser Weg versperrt. Daraus folgt, dass die Konvention zwar das „Ob“ der Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens regelt, nicht aber das „Wie“ der legislatorischen Umsetzung.

b) Entscheidend ist letztlich, dass Konventionen grundsätzlich nach völkerrechtlichen Regeln auszulegen sind (Art. 31 ff. des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge), so dass sich im Einzelfall für die Mitgliedstaaten durchaus enge Vorgaben ergeben können, insbesondere wenn eine solch enge Bindung von den Parteien beabsichtigt war. Soweit ersichtlich ergeben sich aber aus den Materialien zur Istanbul-Konvention gerade keine besonderen Anhaltspunkte für das Erfordernis einer wortnahen Umsetzung der Konventionsvorgaben. Vielmehr spricht Nr. 193 des Explanatory Reports dagegen. Denn dort heißt es ausdrücklich, dass der *spezifische Gesetzeswortlaut* und diejenigen Faktoren, die ein freiwilliges Einverständnis ausschließen, dem nationalen Gesetzgeber überlassen bleiben.¹⁴ Im Übrigen bedarf es bei der Umsetzung von Konventionen immer eines Blicks auf den jeweiligen „Rechtsetzungsauftrag“. Dieser verlangt im Falls des Art. 36 der Istanbul-

¹² So auch *Blume/Wegner*, HRRS 2014, 357 (358).

¹³ Vgl. auch *Kaul*, in: Geiger, *Völkerrechtlicher Vertrag und staatliches Recht vor dem Hintergrund zunehmender Verdichtung der internationalen Beziehungen*, 2000, S. 53 (62), der darauf abstellt, ob der materielle Unrechtsgehalt vom nationalen Recht erfasst wird.

¹⁴ Zutreffend *Isfen*, ZIS 2015, 217 (221); etwas enger *Blume/Wegner*, HRRS 2014, 357 (358).

Konvention von den Vertragsstaaten nur, dass diese „die erforderlichen gesetzgeberischen und sonstigen Maßnahmen [...] treffen“, was ebenfalls einen Ausgestaltungsspielraum belässt, weshalb die Normen auch nicht „self-executing“ sein können.¹⁵

c) Aus den bisherigen Ausführungen folgt, dass der deutsche Gesetzgeber völkerrechtlich nicht verpflichtet ist, einen Straftatbestand zu schaffen, der an den Wortlaut der Konvention angelehnt ist. Er muss aber inhaltlich diejenigen Fälle erfassen, die nach Maßgabe des nationalen Rechts sexuelle Handlungen ohne Einverständnis darstellen. Lücken, die das deutsche Strafrecht – etwa in Fällen des überraschenden Angriffs oder bei einem „Klima der Gewalt“ – enthält, hat der deutsche Gesetzgeber zu schließen. Zulässig ist auch eine positive Regelung aller Verhaltensweisen, die aus Sicht des nationalen Rechts nicht freiwillig sind. Dementsprechend ist – auch aus Sicht von Vertretern des Europarats – die Regelungstechnik des Gesetzentwurfs der Bundesregierung völkerrechtskonform (nicht überzeugend die Kritik in der Stellungnahme des Bundesrats Drs. 162/16, S. 1 f.).

3. Ergebnis

Keiner der vorgelegten Gesetzesentwürfe bedient sich – anders als der Vorschlag eines § 174 des Deutschen Juristinnenbundes („ohne Einverständnis“¹⁶) der Terminologie der Istanbul-Konvention „nicht einverständlich“. Zudem sehen alle Gesetzesentwürfe darüber hinausgehende positive Regelungselemente vor, was insbesondere die Überraschungskonstellationen betrifft (überraschende Begehung; Arg- und/oder Wehrlosigkeit; etwa „erkennbar“ gegen den Willen). Aufgrund des Spielraums des nationalen Gesetzgebers ist dies nicht per se zu beanstanden. Auf einzelne Merkmale der jeweiligen Gesetzesentwürfe wird dann im Sachzusammenhang eingegangen (unten V.).

¹⁵ Entsprechend zu solchen Formulierungen auch *Pintaske*, Das Palermo-Übereinkommen und sein Einfluss auf das deutsche Strafrecht, 2014, S. 85.

¹⁶ § 174 Abs. 1 Sexuelle Misshandlung: Wer ohne Einverständnis einer anderen Person

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

IV. Beweisfragen

Beweisfragen sollen an dieser Stelle nicht überbetont werden, aber dennoch kurz in den Blick genommen werden. Der Ausgangspunkt ist banal: Je weiter die tatbestandliche Fassung, desto stärker wird die Anzahl der eingeleiteten Ermittlungsverfahren steigen, wenn nur der Sexualkontakt erwiesen ist. Eine Konzeption, die nur an das fehlende Einverständnis oder einen entgegenstehenden Willen anknüpft, erschwert den Strafverfolgungsbehörden die Arbeit, da der Kreis der objektiven Indizien für ein tatbestandliches Verhalten auf den Opferwillen verkürzt wird; andere Merkmale existieren ja nicht. Obgleich die Anzahl der eingeleiteten Ermittlungsverfahren steigen wird, wird die Anzahl der Verurteilungen damit nicht einhergehen. 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, so dass letztlich nach dem Grundsatz in dubio pro reo zu verfahren ist, so dass das Verfahren mit einer Einstellung oder einem Freispruch enden wird.

V. Die einzelnen Gesetzesentwürfe

Im Folgenden sollen die einzelnen Gesetzesentwürfe näher analysiert werden. Dabei ist jeweils in einem ersten Schritt die allgemeine Regelungstechnik zu betrachten, bevor auf die wichtigsten Einzelaspekte der Vorschläge eingegangen wird.

1. Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 18/8210)

a) Regelungstechnik

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung bedient sich einer positiven Regelungstechnik in Anlehnung an das geltende Recht.¹⁷ Anders als häufig in der öffentlichen Diskussion behauptet, handelt es sich aber um keine reine Gegenkonzeption zu einer „Nein heißt Nein“-Lösung. Dies ergibt sich aus zwei Aspekten:

aa) Zum einen regelt der Vorschlag mit § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB nur diejenigen Fälle positiv, in denen ein ausdrückliches oder konkludentes Einverständnis des

¹⁷ Zustimmend zu dieser Technik *Isfen*, ZIS 2015, 217 (230 ff.).

Opfers unwirksam ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn der Täter es ausnutzt, dass das Opfer ein empfindliches Übel befürchtet, mag dieses Übel tatsächlich oder nur in der Vorstellung des Opfers bestehen. In diesem Fall fingiert der Gesetzesvorschlag die Unwirksamkeit eines ggf. erteilten Einverständnisses des Opfers. Für bestimmte Konstellationen hat dies zur Folge, dass **das Schutzniveau sogar höher ist als bei einer echten „Nein heißt Nein“-Lösung** (dazu näher V 2). Aus diesem Grund wird der Vorschlag eines § 177 Abs. 1 Nr. 3 mit ihrem subjektiven Einschlag von der Praxis auch als zu weitgehend kritisiert.¹⁸ Freilich muss man sehen, dass durch diese Regelung gerade die unter II 1 c konstatierte Schutzlücke geschlossen wird. Zudem wird durch das Merkmal der Ausnutzung die Strafbarkeit begrenzt, weil ein Ausnutzen nur dann vorliegen kann, wenn der Täter die Befürchtungen des Opfers erkennen kann; insoweit bestehen also gewisse Überschneidungen mit dem Merkmal „erkennbar“ in den beiden anderen Entwürfen (sogleich V.2). Strafprozessual hat diese Variante gegenüber den anderen Lösungen den (freilich kleinen) Vorteil, dass es nicht nur auf den subjektiven Opferwillen ankommt, sondern die Strafverfolgungsbehörden immerhin die Opferbefürchtung und deren Ausnutzung überprüfen können. Wenn der Bundesrat beim Gesetzentwurf der Bundesregierung Beweisprobleme befürchtet (Drs. 162/16, S. 3), dann gilt dies erst Recht für die übrigen Vorschläge, die nur auf den inneren Willen abstellen.

bb) Zum anderen sind die Unterschiede zwischen den Entwürfen auch deshalb geringer als häufig behauptet, weil auch die übrigen Gesetzentwürfe keine konsequente „Nein heißt Nein“-Lösung beinhalten, sondern etwa auf ein Handeln gegen den *erkennbaren* Willen abstellen (sogleich 2. und 3.).

b) Inhaltliche Bemerkungen im Überblick

Inhaltlich sind aus meiner Sicht darüber hinaus folgende Punkte zu berücksichtigen:

- § 179 wird m.E. zutreffend als „Sexueller Missbrauch“ in der Überschrift qualifiziert (ebenso § 177 Gesetzentwurf Fraktion DIE LINKE; § 177 Gesetzentwurf Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN).
- Die Zusammenführung mit dem bisherigen § 179 (ebenso § 177 Gesetzentwurf Fraktion DIE LINKE) hat den Vorzug, dass eine Gleichstellung hinsichtlich der Strafbarkeit von Personen mit Behinderung erreicht und so eine geltend gemachte Diskriminierung beseitigt wird. Dagegen könnte aber sprechen, dass es hinsichtlich von Personen mit

¹⁸ Zu einer möglichen objektiven Formulierung *Eisele*, Stellungnahme vom 24.1.2015, S. 12; *Isfen*, ZIS 2015, 217 (232).

Behinderung künftig einer ausdifferenzierteren Regelung bedarf, die dann in einem gesonderten Tatbestand getroffen werden sollte. Insoweit führt das geltende Recht dazu, dass in bestimmtem Umfang Personen mit Behinderung die Möglichkeit von sexuellen Kontakten genommen wird, weil potentielle Partner der Gefahr der Strafbarkeit ausgesetzt sind; ein Umstand der von den entsprechenden Verbänden ebenfalls kritisiert wird.

- Weiter ist zu überlegen, ob der schon bisher in der Anwendung problematische und mit Unsicherheiten behaftete § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB wirklich in ein Regelbeispiel (Abs. 3) überführt werden sollte (ebenso § 177 Abs. 3 Gesetzentwurf Fraktion DIE LINKE). Ein inhaltliches Bedürfnis hierfür besteht nicht.
- Hingegen könnte § 240 IV S. 2 Nr. 1 StGB in einen neuen Tatbestand integriert werden (so § 177 Abs. 1 Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und § 175 Abs. 1 Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE).
- Letztlich behebt der Entwurf nicht die Diskrepanz, dass der Beischlaf in § 179 Abs. 5 StGB eine Qualifikation ist, beim schwereren Delikt des § 177 StGB aber (nur) als Regelbeispiel ausgestaltet ist (ebenso § 177 Abs. 5 Gesetzentwurf Fraktion DIE LINKE; der Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN bezieht § 179 nicht mit ein).
- Damit verbunden ist ein nicht unerheblicher Strafraumensprung zwischen Grundtatbestand und Qualifikation. Dieser ist zwar im geltenden Recht in § 179 auch enthalten, jedoch werden mit der Aufnahme von Überraschungsfällen und Fällen, in denen das Opfer ein empfindliches Übel befürchtet, auch Konstellationen mit recht geringem Unrechtsgehalt einbezogen (ebenso BR-Drs- 162/16, S. 11). Dies gilt vor allem im Hinblick auf Fälle des § 179 Abs. 1 Nr. 3, bei denen der Beischlaf die Regel sein dürfte.

2. Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE Grünen (BT-Drs. 18/5384)

a) Regelungstechnik

Der Entwurf überführt in § 177 Abs. 2 zunächst § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB in das Sexualstrafrecht. In § 177 Abs. 2 werden überraschende Angriffe dadurch tatbestandlich vertyp, dass die Arg- oder Wehrlosigkeit gesondert hervorgehoben wird. Daneben werden Fälle erfasst, in denen „der entgegenstehende Wille des Opfers erkennbar zum Ausdruck gebracht worden ist“ (ähnlich § 174 Abs. 1 Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE: „gegen den erkennbaren Willen). Der Vorschlag baut auf dem Gesetzentwurf BT-Drs. 10/6137 aus dem Jahre 1986 auf,

der bereits schon damals eine Strafbarkeit für Fälle vorsah, in denen ein Handeln „gegen den Willen“ des Opfers vorliegt.¹⁹ Damit wird aus guten Gründen an die gängige Dogmatik im StGB angeknüpft, wonach bei bestimmten Tatbeständen – wie etwa § 123 StGB oder § 242 StGB – ein **Handeln gegen den Willen** erforderlich ist. Dies ist gegenüber einer Formulierung „ohne Einverständnis“ wie im Vorschlag eines § 174 des Deutschen Juristinnenbundes enthalten eindeutig **vorzugswürdig**.

aa) Abgrenzung zum Handeln „ohne Einverständnis“

Verlangt man für sexuelle Kontakte nämlich jeweils ein ausdrückliches oder konkludentes Einverständnis, so ist man nicht bei einer „Nein heißt Nein“, sondern einer „Ja heißt Ja“-Lösung. Nach dieser Lösung bedürfen sexuelle Handlungen einer eindeutigen Zustimmung der jeweils 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. Zudem würde man ambivalentes Opferverhalten, das ein Dritter als Zustimmung interpretieren darf, pönalisieren. 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 nicht versperrt, wird man kein strafwürdiges Verhalten annehmen können. Auch Handlungen, die zwischen Paaren üblich sind, bedürfen nicht in jedem Einzelfall einer Zustimmung, da man hier von einem generellen Einverständnis ausgehen darf, soweit keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorliegen.²⁰

bb) Tatbestandsausschließendes Einverständnis

Diesen Problemen wirken der Entwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und der Entwurf der Fraktion DIE LINKE entgegen. Der Partner muss keine Zustimmung einholen, sondern darf diese voraussetzen, wenn der

¹⁹ Näher hierzu *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 327 ff.

²⁰ Ähnlich *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Gutachten für das Deutsche Institut für Menschenrechte, 2015, S. 17.

entgegenstehende Wille nicht erkennbar zum Ausdruck gebracht wird. Zutreffend wird auch die **Erkennbarkeit** des entgegenstehenden Willens verlangt, um eine Überpönalisierung bei ambivalenten Handlungen zu vermeiden und damit dem verfassungsrechtlich verankerten Schuldprinzip Rechnung zu tragen. Das Merkmal „gegen den Willen“ ist wie auch bei anderen Tatbeständen zu verneinen, wenn ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vorliegt. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass einvernehmliche sexuelle Handlungen von vornherein kein tatbestandliches Unrecht sind. Würde man nur von einer rechtfertigenden Einwilligung ausgehen, würde dieser Grundsatz in sein Gegenteil verkehrt. Sexuelle Handlungen über der Erheblichkeitsschwelle des § 184h StGB wären dann grundsätzlich (auch in Partnerschaften usw.) strafbar und bedürften im Einzelfall einer ausnahmsweise rechtfertigenden Einwilligung.

Diese Lösung führt auch zu **sachgerechteren Lösungen** im Einzelfall, da **keine Sonderdogmatik für das Sexualstrafrecht** geschaffen wird und so am Besten dem Einwand mangelnder Bestimmtheit begegnet werden kann. Das tatbestandliche Einverständnis erfordert etwa ungeachtet streitiger Details im Einzelnen²¹ – anders als die rechtfertigende Einwilligung – keine ausdrückliche oder konkludente Erklärung nach Außen. Dem entspricht es, wenn nach den Entwürfen bei fehlender Erkennbarkeit (nach Außen) der Tatbestand nicht verwirklicht ist. Ferner ist das Einverständnis auch bei Täuschung (nicht aber bei Zwang) wirksam; daher macht sich derjenige, der eine spätere Ehe nur vorspiegelt, bei einvernehmlichen sexuellen Kontakten zu Recht nicht strafbar. Da es im Übrigen auf die Übereinstimmung mit dem natürlichen Willen ankommt, ließe sich auch eine beidseitige Strafbarkeit in Fällen vermeiden, in denen beide Partner sich alkoholbedingt zu sexuellem Verkehr entschließen.

cc) Korrektiv der Erkennbarkeit

Das Merkmal „**erkennbar**“ dient dazu, ambivalente Opferhandlungen aus der Strafbarkeit auszunehmen. Soweit der Täter den entgegenstehenden Willen nicht erkennen kann, liegt kein strafwürdiges Unrecht vor. Es stellt sich freilich die Frage, ob diese zusätzliche Voraussetzung mit Art. 36 Istanbul-Konvention vereinbar ist. Denn dort wird verlangt, dass jedes Handeln ohne Einverständnis pönalisiert wird, die objektive Erkennbarkeit für den Täter wird gerade nicht erwähnt. Die Vereinbarkeit mit Konvention folgt freilich daraus, dass das nationale Recht auch die Anforderungen an den Vorsatz definieren kann und ohne Erkennbarkeit in der Regel auch kein Vorsatz vorliegt (bei Eventualvorsatz muss

²¹ Zu Einzelheiten *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 21 ff.

der Täter die Möglichkeit des Erfolges erkennen). Zum anderen darf das nationale Recht die Anforderungen an das Einverständnis näher definieren; und hierzu gehört auch der Umstand, ob der Wille rein innerlich vorliegen oder nach Außen treten muss.

dd) Schwächen bei einer Formulierung „gegen den Willen“

Neben den bislang erwähnten positiven Aspekten einer solchen Lösung, sollen aber auch bestehende Schwächen nicht verschwiegen werden.

(1) Schwächen beim Strafrechtsschutz

Zunächst ist deutlich hervorzuheben, dass eine solche Lösung den **Schutz in manchen Konstellationen** gegenüber dem Gesetzentwurf der Bundesregierung **verkürzt**. Hierzu soll Folgendes Beispiel aus der Praxis dienen:

Die spätere Anzeigerstatterin besuchte den Beschuldigten in seiner Wohngemeinschaft. Der Mitbewohner hielt sich im Nebenzimmer auf. Der Beschuldigte forderte sexuelle Kontakte. Die Anzeigerstatterin lehnte ab. Der Beschuldigte begann trotzdem sie auszuziehen, sie wehrte sich nicht; es kam zu sexuellen Kontakt, bei dem die Frau sich nicht vollständig regungslos verhielt. Als der Mitbewohner „versehentlich“ währenddessen das Zimmer betrat, rief sie ihn nicht um Hilfe.

Nach derzeitigem Recht macht sich der Beschuldigte nicht strafbar. Es liegt weder Gewalt noch Drohung vor. Eine schutzlose Lage i.S.d. § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist zu verneinen, da der Mitbewohner anwesend ist. Lösungen, die künftig auf ein Handeln gegen den Willen abstellen, würden aus Sicht der Praxis ebenfalls zur Strafflosigkeit gelangen. Die Begründung ist folgende: Zunächst wurde zwar die Ablehnung erklärt; diese muss freilich zum Zeitpunkt der Tathandlung (sexueller Kontakt) fortbestehen. Da sich die Anzeigerstatterin jedoch auch aktiv am Geschehen beteiligt hat, kann darin eine konkludente Zustimmung liegen; jedenfalls ist der fortbestehende entgegenstehende Wille nicht erkennbar. Ebenso kann dies in Fällen des Klimas der Gewalt problematisch werden, wenn das Opfer nicht „starr vor Schreck“ ist, sondern sich aktiv beteiligt (möglicherweise gerade um den Täter durch Starrheit nicht zu provozieren!). Hier lässt sich dogmatisch schwer erklären, warum – trotz fehlendem aktuellen Zwangs – die aktive Beteiligung als entgegenstehender Wille zu interpretieren sein soll; dies umso mehr, als die Fälle des Klimas der Gewalt von sehr unterschiedlicher Qualität sein können. Nach dem Entwurf der Bundesregierung sind diese Fälle differenziert zu betrachten: Wenn

die Anzeigeerstatteerin sich aktiv beteiligt, wird man ohne weiteres Motiv ebenfalls zur Straflosigkeit gelangen. Soweit sie jedoch ein empfindliches Übel befürchtet und der Beschuldigte dies ausnutzt, gelangt man zur Strafbarkeit. § 177 Abs. 1 Nr. 3 des Gesetzentwurfs der Bundesregierung ordnet für diesen Fall – unabhängig vom äußerlichen Opferverhalten – die Unwirksamkeit des Einverständnisses an. Während bei einer Formulierung „gegen den Willen“ die Grenzen der Wirksamkeit als nicht festgelegt sind, zieht der Entwurf der Bundesregierung die Grenze deutlich unterhalb des Zwangs bei „Befürchtungen eines empfindlichen Übels“.

(2) Gefahr einer Überpönalisierung

Der Bundesrat (BR-Drs. 162/16, S. 10; ferner meiner Stellungnahme vom 25.1.2015, S. 8) weist zu Recht darauf hin, dass es innerhalb von intimen Beziehungen zu einer Überkriminalisierung kommen kann, knüpft die Kritik aber nur an das Merkmal der „überraschenden Begehung“. Dabei wird verkannt, dass dieser Einwand sich insgesamt gegen eine weite Formulierung richtet. Strafbar wäre es 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 § 184h Nr. 1 StGB stimuliert, so dass es anschließend zum einverständlichen Geschlechtsverkehr kommt. Da die spätere Zustimmung im Strafrecht keine Rückwirkung entfaltet, müsste man nach einer strengen „Nein heißt Nein“-Lösung zu einer Strafbarkeit im Hinblick auf die ersten Handlungen gelangen. Damit würden sozialübliche Situationen pönalisiert, wobei de facto vor allem auch Frauen deutlich stärker in den Täterkreis aufrücken würden. Zu Recht bemerkt die Stellungnahme des Bundesrates, dass es trügerisch wäre, anzunehmen, dass solche Sachverhalte – bei Beendigung von Beziehungen – nicht zur Anzeige gelängen.

b) Inhaltliche Bemerkungen im Überblick

Hinsichtlich der Ausgestaltung ist im Übrigen Folgendes zu beachten:

- Statt der überraschenden Begehung im Entwurf der Bundesregierung wird die Ausnutzung der Arg- oder Wehrlosigkeit des Opfers in § 177 Abs. 2 aufgenommen. Die Aufnahme dieser zusätzlichen Variante überzeugt, weil die Überraschungsfälle – wie die Übergriffe in Köln zeigen – eine besondere

Fallgruppe sind und hier auch kein Handeln gegen den Willen vorliegen muss.

- Durch das Wort „oder“ werden Lücken in Fällen vermieden, in denen das Opfer den Angriff erkennt (nicht arglos ist), sich aber nicht wehren kann. Soweit man auf die Arglosigkeit abstellt, sollte freilich Konsens sein, dass darunter jedenfalls nicht Täuschungen – wie Vorspiegelung einer späteren Beziehung oder Heirat – zu fassen sind, die keinerlei Rechtsgutsbezug aufweisen. Vorzugswürdig wäre ein Verständnis, das die Arglosigkeit auf die sexuelle Handlung selbst bezieht.
- Indem Handlungen gegen den Willen des Opfers in § 177 Abs. 2 des Entwurfs den Nötigungskonstellationen in § 177 Abs. 1 hinsichtlich des Strafrahmens gleichgestellt werden, wird der Unrechtssteigerung bei Nötigungshandlungen nicht ganz Rechnung getragen. Genaugenommen müsste § 177 Abs. 2 als Abs. 1 den Grundtatbestand regeln (so § 174 des Gesetzentwurfs Fraktion DIE LINKE). Ungeachtet dessen ist es aber sinnvoll, Nötigungsfälle nicht im Tatbestand des Handelns gegen den Willen aufgehen zu lassen (so der Gesetzentwurf der Bundesregierung; Stellungnahme Bundesrat, BT-Drs. 162/16, S. 2). Denn hierbei handelt es sich um vertypertes Verhalten, das sich mit den klassischen Strukturen des Sexualstrafrechts erfassen lässt und schon aufgrund des Unrechtsgehaltes nicht in einen „Auffangtatbestand“ verschoben werden sollte.
- Angesichts dessen, dass § 177 Abs. 2 auch Fälle mit recht geringem Unrechtsgehalt erfasst, ist der Strafrahmensprung für Fälle des Abs. 5 (insb. Beischlaf) recht hoch. Anders als im Gesetzentwurf der Bundesregierung wird dieser Befund allerdings dadurch gemildert, dass der Beischlaf als besonders schwerer Fall ausgestaltet ist und bei milder gelagertern Fällen vom Regelstrafrahmen abgewichen werden kann. Dass für Fälle des Abs. 5 in Abs. 8 ein minder schwerer Fall des besonders schweren Falles vorgesehen ist, überzeugt hingegen nicht. Ist die Indizwirkung des Regelbeispiels widerlegt, so finden Abs. 1, 2 und 4 Anwendung, für die dann wie im geltenden Recht der hierfür vorgesehene minder schwere Fall zur Anwendung gelangen kann.²² Im Übrigen müsste in Abs. 8 ein minder schwerer Fall des Abs. 4 (nicht des Abs. 3: Versuchsstrafbarkeit) geregelt werden. Überzeugend ist, dass die schutzlose Lage i.S.d. § 177 I Nr. 3 StGB nicht mehr aufgenommen ist (siehe schon V 1 b).

²² Hierzu *Eisele*, in Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2013, § 177 Rn. 33a und Rn. 33b.

3. Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE (BT-Drs. 18/7719)

Der Gesetzentwurf enthält Elemente der beiden vorgenannten Entwürfe und wird deshalb hier im Anschluss betrachtet.

a) Regelungstechnik

Der Entwurf differenziert einleuchtend zwischen Handlungen gegen den Willen des Opfers, Handlungen mit Nötigungscharakter und Ausnutzungshandlungen. Was den Tatbestand des § 174 des Entwurfs anbelangt, wird auch hier auf ein Handeln gegen den erkennbaren Willen abgestellt. Es ist daher hinsichtlich Stärken und Schwächen in vollem Umfang auf die Ausführungen zum Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zu verweisen (vgl. V 2 a).

b) Inhaltliche Bemerkungen im Überblick

- Bei den Handlungen gegen den Willen des Opfers (§ 174 des Entwurfs) ist der Strafraum mit Geldstrafe bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe geringer als in den beiden anderen Entwürfen (Mindestfreiheitsstrafe von sechs Monaten). Damit kann dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die weite Tatbestandsfassung auch Fälle erfasst, die im Unrechtsgehalt an der unteren Schwelle liegen. Nicht ganz überzeugend ist bei einem Delikt mit geringerem Unrechtsgehalt freilich der Strafraumsprung zum besonders schweren Fall (und auch den weiteren Qualifikationen) mit einer Mindeststrafe von zwei Jahren. Dass sich der Sonderstrafrahmen ohne Überschneidungsbereich an den Grundstrafrahmen anschließt, ist unüblich. Dies gilt umso mehr, als in § 175 Abs. 3 für den besonders schweren Fall derselbe Strafraum vorgesehen ist, dort in § 175 Abs. 2 aber eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr geregelt ist.
- Der Beischlaf wird bereits in der Überschrift und in § 174 Abs. 2 als Vergewaltigung bezeichnet. In den Nötigungsfällen des § 175 wird die Vergewaltigung nicht genannt, obgleich dies die Konstellation des geltenden Rechts ist. M.E. sollte die Vergewaltigung hier in die gesetzliche Überschrift aufgenommen werden, damit dieser klassische Tattypus auch im Urteil tenoriert werden kann (§ 260 Abs. 4 S. 2 StPO).
- Die Regelung der Qualifikationen gibt Anlass zu einigen Bemerkungen: Die Qualifikationen des § 174 und § 175 sind mit einer Ausnahme identisch. Das in § 175 Abs. 4 Nr. 2 genannte Beisichführen eines sonstigen

(ungefährlichen) Werkzeugs mit Verwendungsvorbehalt ist in § 174 Abs. 3 nicht genannt. Das ist auf den ersten Blick plausibel, weil § 174 keinen Nötigungscharakter hat und es daher auf die Überwindung von Widerstand nicht ankommt. Allerdings verlangt diese Qualifikation gerade nicht, dass das Werkzeug tatsächlich eingesetzt wird. Vielmehr ist das Beisichführen in Verwendungsabsicht ausreichend. Dies kann jedoch auch in Fällen des § 174 Abs. 1 der Fall sein, wenn der Täter davon ausgeht, dass sich das Opfer fügt (was dann tatsächlich der Fall ist), er notfalls aber das Werkzeug einsetzen möchte, falls Widerstand geleistet wird. Genaus aus diesem Grund ist diese Qualifikation auch in § 244 Abs. 1 Nr. 1b genannt, obgleich die Tat anders als beim Raub in §§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB keinen Nötigungscharakter hat. Würde man die Qualifikationen des § 174 und § 175 angleichen, könnte eine Straffung des Gesetzestextes dadurch erreicht werden, dass § 174 als § 175 Abs. 1 in die Regelung des § 175 integriert wird.

- In § 175 Abs. 2 wird der Gewalt oder Drohung die Ausnutzung der Arg- und (Fraktion BÜNDNIS 90/DIE Grünen: *oder*) Wehrlosigkeit gleichgestellt. Dies ist nicht unbedingt erforderlich, da der Grundstrafrahmen des Abs. 1 hierfür ausreichend erscheint und diese Fälle (freilich ohne Nötigungscharakter) auch von § 177 Abs. 1 Nr. 2 erfasst werden. Da die Regelungen teils an den Entwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE Grünen (§ 175), teils an den Gesetzentwurf der Bundesregierung angelehnt sind (§ 177) weicht die Terminologie zudem ab (Arg- und Wehrlosigkeit in § 175; überraschende Begehung) ins § 177.
- Zu den Vorbehalte bestehen hinsichtlich des Regelbeispiels der schutzlosen Lage (siehe schon V 1 b).

4. Hinweise des Bundesrates (BR-Drs. 162/16)

Der Bundesrat schlägt in Anlehnung an *Hörnle*²³ vor, darauf abzustellen, ob die Handlungen „gegen den erklärten Willen“ vorgenommen werden oder die fehlende Zustimmung (nach den Umständen) „offensichtlich“ ist. In dieser Kombination vermag der Vorschlag nicht zu überzeugen. Dies schon deshalb, weil er sich nur schwer in die bestehende Dogmatik des Strafrechts einfügt. Eine Sonderdogmatik für Sexualstraftaten zu entwickeln, überzeugt nicht.²⁴

²³ *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Gutachten für das Deutsche Institut für Menschenrechte, 2015.

²⁴ *Isfen*, Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten – ein Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen, ZIS 2015, 217 (229 f.);

a) „Gegen den erklärten Willen“

Auf **Erklärungen des Opfers abzustellen, ist wenig überzeugend**. 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. Die Formulierung „gegen den Willen“ ist daher eindeutig vorzugswürdig.

b) Offensichtlichkeit der fehlenden Zustimmung

Da der Begriff der „Zustimmung“ dem StGB – anders als dem BGB – unbekannt ist, sollte darauf verzichtet werden. Inhaltlich geht es um ein Handeln gegen den Willen, für das die Rechtsfigur des tatbestandsausschließenden Einverständnisses gilt. Auch muss man sehen, dass eine positive Zustimmung nur bei der wenig überzeugenden „Ja heißt Ja“-Lösung vorliegen muss. Das objektive Merkmal „**offensichtlich**“, das nach allgemeiner Dogmatik zudem subjektiv vom Vorsatz umfasst sein muss, geht über die bloße Erkennbarkeit hinaus. Die Istanbul-Konvention sieht eine solche Hürde in Art. 36 jedoch nicht vor, so dass die Einschränkung – trotz der richtigen Zielrichtung, ambivalentes Verhalten auszuklammern – problematisch ist. Anders als die Erkennbarkeit lässt sich die Einschränkung nicht ohne weiteres mit Vorsatz- und Einwilligungsdogmatik rechtfertigen (dazu V 2 a). Mit dieser Formulierung bleibt der Schutz – anders als vom Bundesrat intendiert – auch hinter dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zurück, so dass Lücken verbleiben.

Beispiel: Aufgrund früherer Gewalttätigkeiten (Klima der Gewalt) befürchtet die Frau erneut Gewalt des Ehemannes, wenn sie sich dem sexuellen Ansinnen widersetzt. Daher beantwortet sie die Frage „Du bist doch einverstanden“ mit „ja“, ohne sich die Einschüchterung anmerken zu lassen, weil sie den Ehemann nicht provozieren möchte. Aufgrund der Bejahung der Frage liegt kein Handeln gegen den erklärten Willen vor.

c) Streichung der §§ 179, 184h Nr. 1, 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB und Strafraumen

Sachlich könnten **§§ 179, 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB** gestrichen werden. Freilich ist zu überlegen, ob diese nicht als Verkörperung bestimmter typischer Begehungsweisen und damit zur besseren Konturierung und Bestimmtheit der Strafvorschriften beibehalten werden. § 184h Nr. 1 StGB sollte **keinesfalls gestrichen** werden, da er eine berechtigte Klarstellungsfunktion hat (dazu sogleich VI.).

Richtig ist, dass die **Strafraahmen** des 13. Abschnitts ggf. **anzupassen** sind. Dies ist freilich eher ein Argument dafür, eine Gesamtreform des 13. Abschnitts abzuwarten (oben I.). So sind etwa Taten nach § 176 StGB (Kinder können nicht wirksam einwilligen), § 179 StGB oder § 182 Abs. 3 StGB möglicherweise schon von einem weiten Tatbestand erfasst, so dass es zu nicht unerheblichen Überschneidungen und Strafraahmenfriktionen kommen kann. Mit der Formulierung „gegen den Willen“ könnte man ggf. dann zu einer klareren Abschichtung gelangen, wenn man der Auffassung ist, dass die von diesen Tatbeständen angeordnete Unwirksamkeit des Einverständnisses noch kein Handeln gegen den Willen darstellt. Dann wäre etwa der von einer 13-jährigen gewollte Sexualkontakt noch kein Handeln gegen den Willen i.S.d. neuen Tatbestandes, wohl aber eine Straftat nach § 176 StGB.

VI. Tatbestand einer sexuellen Belästigung

Nach allen Entwürfen sollen künftig überraschende Angriffe pönalisiert werden sollen. Damit wird ein nicht unerheblicher Teil von sexuellen Übergriffen erfasst. Es verbleiben jedoch gewisse Lücken.

1. Lücken aufgrund der Definition des § 184 h Nr. 1 StGB

Nach § 184h Nr. 1 StGB sind sexuelle Handlungen nur solche, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind. Richtiger Gedanke dieser Regelung ist, dass bloße Bagatellhandlungen, wie das Streicheln des eigenen Kindes nicht von Strafvorschriften erfasst werden sollen. Allerdings hat die ältere Rechtsprechung hohe Hürden gesetzt und ist zudem recht uneinheitlich.²⁵

Die Erheblichkeit wurde etwa verneint für: Kuss auf die Wange eines Kindes; kurzzeitiger Zungenkuss ohne sexuell motivierte Berührung; Streicheln eines

²⁵ Vgl. zum Folgenden den Überblick bei *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184g Rn. 14 ff.

Kindes oberhalb der Kleidung am ganzen Körper (hier aber unzureichende Feststellung des Tatgerichts); Streicheln des bedeckten Beins; nur kurzes Anfassen von Brust oder flüchtiger Griff zwischen die Beine über der Kleidung (jedenfalls ältere Rspr.). Bejaht wurde sie für Streicheln der Geschlechtsteile bei Kind über der Kleidung; Griff zwischen die Beine; eingehendes Betasten von Brust oder Geschlechtsteilen; Berührung der Brust unter Büstenhalter.

2. Anwendung des § 185 StGB

Teilweise werden die Lücken von der Praxis über § 185 StGB geschlossen. Freilich ist nach Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs § 185 StGB kein Auffangtatbestand für sexuelle Handlungen und erfordert zudem die Herabsetzung der Ehre. Auch hier fehlt es an einer klaren Linie:²⁶ § 185 StGB wurde verneint für Ausnutzen der Schwäche einer Patientin durch den Arzt zu sexuellen Handlungen; Ausführung des Geschlechtsverkehrs ohne Einverständnis; Drücken des Beckens gegen Gesäß einer angezogenen Frau mit den Worten „Hups, angedockt!“ (unzureichende Darlegung des Tatgerichts); Küssen von Nacken, Haar, Kopf, Führen der Hand an das Geschlechtsteil. 185 wurde StGB bejaht für den Griff zwischen die Beine beim Joggen, da kein Zusammenhang mit Sexualdelikt; kumulatives Händestreicheln, Streicheln der Wange, Kussversuch und später dem Ansinnen von Telefonsex; Betasten der Oberschenkel; versuchte Berührung des Geschlechtsteils auf offener Straße. Hier zeigen sich Ungereimtheiten. Bei der Vornahme von Handlungen mit Körperkontakt – also die schweren Fälle – darf aufgrund des engen sexuellen Bezugs gerade nicht auf die Beleidigung zurückgegriffen werden, während bei „nur“ verbalen sexuellen Ansinnen § 185 StGB leichter zu bejahen ist.

3. Lösungsmöglichkeiten

Festzuhalten ist: Bei etwas großzügigerer und modernerer Auslegung der Erheblichkeitsschwelle in § 184h StGB könnten alle wesentlichen strafwürdigen Fälle – insb. das Greifen zwischen die Beine oder an die Brust – nach den aktuellen Gesetzentwürfen als überraschender Angriff usw. erfasst werden. Genau genommen besteht hier weniger ein Rechts- als ein Anwendungsproblem.

a) Reform des § 184h Nr. 1 StGB

²⁶ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 185 Rn. 4

Entgegen dem Vorschlag des Bundesrats (Drs. 162/16, S. 2) ist § 184h Nr. 1 StGB nicht zu streichen. Zwar lassen sich Bagatellhandlungen nach allgemeinen Grundsätzen ausklammern. Die Vorschrift macht aber zudem deutlich, dass es auf das jeweilige Rechtsgut ankommt; dies ist im 13. Abschnitt deshalb zu betonen, da die verschiedenen Vorschriften nach h.M. ganz unterschiedliche Rechtsgüter schützen.²⁷ So kann insbesondere auf Opferseite zwischen Kindern und Erwachsenen zu differenzieren sein.

Zu überlegen ist aber eine Modifikation des § 184h StGB dahingehend, dass das Wort „einige“ gestrichen wird bzw. von „nicht unerheblichen“ Beeinträchtigungen gesprochen wird. Man könnte dann in der Gesetzesbegründung klarstellen, dass der überraschende Zugriff auf Geschlechtsorgane oder Brust regelmäßig als erheblich anzusehen ist, so dass eine hinreichend Anweisung an die Praxis vorläge.

b) Schaffung eines neuen Tatbestandes

Folgt man dem nicht, so wäre ein neuer Tatbestand bei Beibehaltung des § 184h Nr. 1 StGB in der aktuellen Fassung als § 184 i StGB einzufügen (Drs. 162/16, S. 8) und klarzustellen, dass die Definition des § 184h Nr. 1 StGB für diese Vorschrift nicht gilt. Dieser Standort ist gegenüber einer Ergänzung der Beleidigungsdelikte vorzugswürdig, da es in der Sache nicht um Ehrschutz, sondern die sexuelle Selbstbestimmung geht.²⁸ Die vom Bundesrat vorgeschlagene Fassung „wer eine andere Person körperlich sexuell belästigt (...)“ geht hier in die richtige Richtung und entspricht den von mir vorgeschlagenen Leitlinien:

(1) **Nur körperliche Berührungen, also Handlungen mit Körperkontakt**, sollten erfasst werden; für anzügliche Bemerkungen gilt allein der Beleidigungstatbestand, der insoweit nicht von Sexualdelikten gesperrt wird.

(2) Erforderlich sollte ein **Sexualbezug** sein, so dass Handlungen, die auch sozialadäquat sein können – wie etwa einfache Umarmungen usw. – nicht erfasst werden. Ansonsten wären auch Umarmungen unter Freunden strafbar, wenn nicht zuvor ein Einverständnis eingeholt würde. Es bedarf also einer klaren Begrenzung der Strafbarkeit, die mit den Worten „sexuelle Belästigung“ freilich noch Abgrenzungsfragen offen lässt. Genügt das Streicheln des Oberarms oder muss

²⁷ Hierzu nur *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vorbem. §§ 174 ff. Rn. 1a.

²⁸ Einen „Mischtatbestand“ enthält das Österreichische StGB in § 218 Abs. 1 a: „Nach Abs. 1 ist auch zu bestrafen, wer eine andere Person durch eine intensive Berührung einer der Geschlechtssphäre zuzuordnenden Körperstelle in ihrer Würde verletzt.“

es sich wie im ÖStGB um eine der Geschlechtssphäre zuzuordnende Körperstelle handeln?

(3) **Subsidiarität** gegenüber anderen Straftatbeständen des Sexualstrafrechts. Ein Tatbestand der sexuellen Belästigung sollte nur subsidiär zur Anwendung gelangen, soweit kein anderes Sexualdelikt verwirklicht ist.

(4) Es bedarf eines **Strafantrags** des Opfers, das damit über die Strafverfolgung entscheidet.

Ein solcher Tatbestand wäre damit enger als die Definition von sexueller Belästigung in § 3 Abs. 4 AGG und würde dem Charakter des Strafrechts als ultima ratio Rechnung tragen.

c) Gruppenphänomene

Soweit man die sexuelle Belästigung mit den genannten Instrumenten hinreichend erfasst, bleibt Bedarf für eine Erfassung des Gruppenphänomens (zur Forderung BT-Drs. 162/16, S. 9 f.) allenfalls aus Beweisgründen, wenn sich Täterschaft oder Teilnahme nicht erweisen lassen. Abzulehnen ist eine Anlehnung an § 231 StGB, der selbst heftiger Kritik im Hinblick auf die objektive Bedingung der Strafbarkeit und das Schuldprinzip ausgesetzt ist. Auch gibt es entscheidende Unterschiede zu den Fällen des § 231 StGB. Denn bei der Schlägerei beteiligen sich die Personen an einem Unrecht, nämlich Körperverletzungen, in deren Folge jemand schwer verletzt oder getötet wird. Zwar gibt es bei Gruppenbelästigungen parallel zur Tötung oder schweren Körperverletzung i.S.d. § 231 StGB einen Belästigungserfolg, jedoch ist das Auftreten in einer Gruppe anders als die Beteiligung an einer Schlägerei noch kein Unrecht. Letztlich würde der Täter nur dafür bestraft, dass er sich aus einer Gruppe nicht entfernt hat. Soweit man dennoch rechtspolitisch tätig werden möchte, könnte man sich eher am Tatbestand des Landfriedensbruchs in § 125 StGB orientieren.

VII. Die wichtigsten Ergebnisse in zehn Thesen

1. Alle Gesetzentwürfe sind mit Art. 36 Istanbul-Konvention kompatibel. Bedenken bestehen allenfalls, wenn man mit dem Bundesrat darauf abstellen möchte, dass die Zustimmung „offensichtlich“ fehlt.

2. Je weiter die tatbestandliche Fassung ist und je mehr auf die Opferperspektive abgestellt wird, desto schneller wird man strafprozessual einen Anfangsverdacht bejahen können. Freilich wird mit größerer Weite und Subjektivierung der Tatbestandsfassung der Tatnachweis immer schwieriger, so dass in der Praxis wohl viele Verfahren eingestellt werden dürften.

3. Das positive Regelungsmodell im Entwurf der Bundesregierung ist mit § 177 Abs. 1 Nr. 3 stark subjektiv gefasst, wohingegen man Einwände erheben mag. Teilweise bietet es aber auch – anders als in der öffentliche Diskussion zu Tage getreten – weitergehenden Opferschutz als tatbestandliche Fassungen, die auf ein Handeln gegen den Willen des Opfers abstellen. Hintergrund ist, dass § 177 I Nr. 3 des Gesetzentwurfs der Bundesregierung aufgrund des Vorverhaltens des Täters (Klima der Gewalt usw.) für bestimmte Situationen die Unwirksamkeit eines etwaigen Einverständnisses des Opfers zum späteren Zeitpunkt der sexuellen Handlung fingiert.

4. Insbesondere wenn man auf ein Handeln gegen den Willen abstellt, wird über die Hintertür in weitem Umfang eine Freierstrafbarkeit eingeführt, die jedoch Gegenstand des Gesetzgebungsverfahrens zum Menschenhandel am 8. Juni 2016 ist. Dies gilt jedenfalls in all denjenigen Fällen, in denen die Zwangsprostituierte ihre Ablehnung nicht nur gegenüber dem Bordellbetreiber oder Zuhälter, sondern auch dem Freier erkennbar zum Ausdruck bringt; auf ein Ausnutzen usw. kommt es dann nicht mehr an. Hier zeigt sich ebenso wie bei Strafraumenüberschneidungen, dass die Integration dieses Vorhabens in eine Gesamtreform des Sexualstrafrechts, die auch die Prostitution mit in den Blick nimmt, vorzugswürdig wäre.

5. Möchte man auf den (entgegenstehende) Opferwillen abstellen, so ist es vorzugswürdig, mit den Gesetzesentwürfen der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und der Fraktion DIE LINKE auf den erkennbar entgegenstehenden Willen abzustellen, um auf die Dogmatik des tatbestandsausschließenden Einverständnisses zurückgreifen zu können. Das Merkmal „erkennbar“ dient dazu, ambivalente Handlungen auszuscheiden; es ist auch völkerrechtskonform. Würde man nur auf ein Handeln gegen den Willen abstellen, wäre dies in Kombination mit Eventualvorsatz zu weitgehend.

6. Es spricht einiges dafür, zusätzlich zu einem Tatbestand, der ein Handeln gegen den Willen sanktioniert, § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB in das Sexualstrafrecht zu überführen und um die Duldungsvariante zu ergänzen. Zwar sind die Nötigungsfälle auch von einem Handeln gegen den Willen erfasst, jedoch handelt

es sich hier um eine typische Vorgehensweise, der zudem ein höherer Unrechtsgehalt zukommt.

7. Zudem erscheint es mit allen Entwürfen sachgerecht, die Überraschungsfälle gesondert hervorzuheben. Nach den Gesetzesentwürfen der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und der Fraktion DIE LINKE ist dies schon deshalb erforderlich, weil in diesen Fällen kein Handeln gegen den Willen vorliegend wird. Die Fraktion DIE LINKE orientiert sich in ihrem § 177 auch am Gesetzentwurf der Bundesregierung, verzichtet jedoch auf eine Regelung entsprechend § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB (das Opfer befürchtet ein empfindliches Übel), weil dies schon vom Handeln gegen den Willen abgedeckt sein soll (BT-Drs. 18/7719); dies ist freilich nicht immer der Fall (vgl. oben 3.), so dass man diese Variante doch zusätzlich aufnehmen könnte.

8. Aus guten Gründen kann eine Gleichstellung und Regelung im Zusammenhang mit den bisherigen Fällen § 179 StGB erfolgen (Gesetzentwurf der Bundesregierung und der Fraktion DIE LINKE), um so die geltend gemachte Diskriminierung von Personen mit Behinderung zu beseitigen. Zieht man für diese de lege ferenda eine differenziertere Lösung in Betracht, um ihnen eine Teilhabe am Sexualleben zu ermöglichen, wäre hingegen an der gegenwärtigen Regelungstechnik festzuhalten.

9. Es ist zu beachten, dass zwischen einem weiten Grundtatbestand, der Fälle nahe an der Sozialadäquanz erfasst, und besonders schweren Fällen sowie Qualifikationen kein zu großer Strafrahmensprung liegt. Daher ist es vorzugswürdig für die Strafschärfung im Falle des Beischlafs auf die Regelungstechnik des besonders schweren Falles zurückzugreifen, um dem Richter ggf. eine Gesamtwürdigung zu ermöglichen. Auf die bisher mit vielen Problemen behaftete Variante der Ausnutzung einer schutzlosen Lage i.S.d. § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB könnte ganz verzichtet werden. Je nach der tatbestandlichen Fassung ist die Versuchsstrafbarkeit gesondert anzuordnen, soweit es sich um Vergehen handelt.

10. Alle Entwürfe erfassen das Phänomen der sexuellen Belästigung nur teilweise. Es könnte demnach ein Straftatbestand nach dem Vorschlag des Bundesrates für sexuelle Belästigung geschaffen werden. Freilich sind hier die Grenzen im Hinblick auf sozialadäquate Handlungen noch unklar und wohl auch nur schwer zu ziehen. Da die Lücken vor allem auf einer engen Auslegung des § 184h Nr. 1 StGB beruhen, wäre zu überlegen, ob dort nicht die Anforderung „von einiger Erheblichkeit“ modifiziert wird (z.B. „nicht unerheblich“) und in den Gesetzesmaterialien dann klargestellt wird, dass hierfür auch der plötzliche Zugriff auf Geschlechtsorgane, Brust usw. genügen kann. Möchte man Gruppenphänomene regeln, sollte man sich bei der deliktischen Konzeption an § 125 StGB anlehnen, da eine Anlehnung an § 231 StGB mit seiner objektiven Bedingung der Strafbarkeit im Hinblick auf das Schuldprinzip problematisch ist.

Berlin, 31. Mai 2016

STELLUNGNAHME

Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung:

Öffentliche Anhörung des Bundestagsausschusses für Recht und Verbraucherschutz am 1. Juni 2016

Der Deutsche Juristinnenbund e.V. (djb) bedankt sich für die Einladung zur Anhörung und die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Grundlage der Anhörung war zunächst der Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung (BT-Drucksache 18/8210). Zu diesem Entwurf hat der djb inhaltlich bereits am 18. Februar 2016 auf der Basis des Referentenentwurfs des BMJV Stellung genommen¹ und dabei deutlich gemacht, dass der zur Schließung von Schutzlücken im 13. Abschnitt des Strafgesetzbuches im Juli 2015 bereits von Bundesminister Maas vorgelegte Referentenentwurf ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung ist, zur vollständigen Umsetzung von Art. 36 der Istanbul-Konvention des Europarats indessen nicht ausreicht.

Anlässlich des Gesetzentwurfs zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung (BT-Drucksache 18/8210) haben am Mittwoch, den 27. April 2016, Mitglieder der Gruppe der Frauen der CDU/CSU-Bundestagsfraktion gemeinsam mit den weiblichen Abgeordneten der SPD-Bundestagsfraktion ein Expert_innengespräch zur Reform des Sexualstrafrechts geführt. In diesem Gespräch hat der djb ausdrücklich begrüßt, dass nunmehr der Deutsche Bundestag die Chance erhält, das Sexualstrafrecht und die Notwendigkeit seiner Reform zu diskutieren und zu beschließen. Denn die Ereignisse der letzten Monate haben gezeigt, wie sehr die Thematik die Bürgerinnen und Bürger in Deutschland unabhängig von Herkunft und Nationalität bewegt und wie weit die Überzeugung in unserer Gesellschaft verbreitet ist, dass das „Nein!“ einer Person ausreicht, um bei Fortsetzung sexueller Handlungen an ihr diese als Straftat zu qualifizieren.

¹ djb-st16-03 vom 18.2.2016, <https://www.djb.de/Kom/K3/st16-03/>.

Nicht allein Schutzlücken schließen, sondern Wertewandel zum modernen Sexualstrafrecht umsetzen

Die Diskussionen in Medien und Foren wie auch unter Fachleuten haben in den Jahren seit 2014 aber auch die Überzeugung untermauert, dass das geltende Sexualstrafrecht dieser Überzeugung nicht entspricht und dass eine Ratifizierung der Istanbul-Konvention, wie sie zu recht von Deutschland angestrebt wird, eine Reform des Sexualstrafrechts erfordert. Der djb hat hierzu nunmehr bereits drei Stellungnahmen² vorgelegt. Ein Teil der in diesen Stellungnahmen, aber auch von anderen Verbänden wie bff und DIMR beschriebenen Schutzlücken wird durch den vorgelegten Gesetzentwurf der Koalitionsfraktionen geschlossen. Das ist ein wichtiger und richtiger Schritt hin zur Umsetzung der Istanbul-Konvention, bildet jedoch die Anforderungen des in Art. 36 dieser Konvention enthaltenen Gebots, alle nicht einverständlichen sexuellen Handlungen unter Strafe zu stellen, nur unvollständig ab.

Dabei geht es nicht lediglich um das Schließen vereinzelter, durch die Argumentation in den Diskussionen identifizierter einzelner Schutzlücken. Die mehrheitliche gesellschaftliche Überzeugung belegt, dass Grundlage hier eine Wertediskussion mit einem notwendigen Paradigmenwechsel hin zum Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung als Teil der jedem Menschen gebührenden Würde nach Art. 1 GG sein muss. Wie andere grundrechtlich geschützte Werte, z.B. das Recht auf Eigentum, auf körperliche Unversehrtheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht (APR), muss auch das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung eines jeden Menschen voraussetzungslos geschützt werden.

In unseren Gesetzen muss deutlich werden, dass die sexuelle Selbstbestimmung einer Person ebenso voraussetzungslos geschützt ist wie ihr Portemonnaie auf dem Tisch. Die Zeiten, in denen die sexuelle Selbstbestimmung der einen Person, nämlich der (Ehe)Frau, im Recht gesetzlich dem Recht einer anderen Person, nämlich dem (Ehe)Mann untergeordnet war, wie es im Familienrecht des BGB bis über die Mitte des letzten Jahrhunderts hinaus der Fall war, sind in den letzten 30 Jahren mühsam und in kleinen Schritten überwunden worden. Die Diskussionen hierzu reichten von der Streichung der Erfüllung ehelicher Pflichten über die Einführung der Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe zu dem Paradigmenwechsel, dass Gewalt in der Ehe und in Paarbeziehungen nicht (mehr) Privatsache, sondern von der Gesellschaft missbilligt und strafbar ist.

In der Folge ist es konsequente Umsetzung der Menschen- und Grundrechte, dass eine Person selbst entscheidet, ob, wann und mit wem sie welche sexuelle Handlung austauschen will und dass jeder diese Entscheidung verletzende Übergriff durch das Strafrecht geschützt wird. Das bedeutet: Wenn eine Person - in welcher Weise auch immer - zu erkennen gibt, dass sie die ihr angetragene sexuelle Handlung nicht will, hat eine Fortsetzung sexueller Handlungen zu unterbleiben. Auch aus dem neutralen Verhalten einer Per-

² st14-07 vom 9.5.2014, <https://www.djb.de/Kom/K3/st14-07/>; st14-14 vom 25.7.2014, <https://www.djb.de/Kom/K3/14-14/> und st16-03 vom 18.2.2016, <https://www.djb.de/Kom/K3/st16-03/>.

son kann nicht geschlossen werden, dass sie grundsätzlich mit sexuellen Handlungen einverstanden wäre. Dieser Paradigmenwechsel wird mit dem vorgelegten Gesetzentwurf jedoch nicht vollzogen.

Umsetzung des Prinzips „Nein heißt Nein!“ ist keine Frage des Könnens, sondern des Wollens

Dass eine Umsetzung des „Nein-heißt-Nein!“-Prinzips gesetzgeberisch möglich ist, ist bereits mehrfach belegt: So hat Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle in dem von ihr vorgelegten Gutachten³ als Grundtatbestand formuliert:

Wer gegen den erklärten Willen einer anderen Person oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist, sexuelle Handlungen an dieser vornimmt ...

Abgesehen davon, dass dieser Entwurf die Idee von Grundtatbestand, Qualifikationstatbeständen und Verschärfungen konkret umsetzt, wie sie vom djb in der Stellungnahme aus Juli 2014 als Diskussionsentwurf aufgezeigt wurde, ist damit die Autonomie jeder Person im Kontext ihrer sexuellen Kontakte dem Menschenrecht des Art. 1 GG entsprechend gewahrt.

Auch die im Rahmen der Länderbeteiligung zum Gesetzentwurf aus Niedersachsen vorgeschlagene Ergänzung zeigt, dass eine Umsetzung möglich ist, wenn neben Umstellungen als Ergänzung in den Änderungen des § 179 StGB-E formuliert wird:

„§ 179 - Sexueller Missbrauch

(1)...

1....

2.

Wer sexuelle Handlungen gegen den nach außen erkennbaren Willen einer anderen Person an dieser vornimmt oder von ihr an sich vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder mit einem Dritten bestimmt, wird ...“

Auch dieser Formulierungsvorschlag setzt den autonomen Willen einer Person zur Entscheidung über ihre gewünschten sexuellen Kontakte an erste Stelle. Zugleich erfordern sowohl der Entwurf von Prof. Hörnle als auch der niedersächsische Vorschlag eine Kommunikation der Beteiligten, wie sie im alltäglichen Leben in unserer aus freien und gleichberechtigten Individuen zusammengesetzten Gesellschaft selbstverständlich sein sollte.

Es ist eben gerade nicht mehr üblich, dass eine Person ungefragt und straflos die (Grund-)Rechte einer anderen Person verletzt. Wir leben nicht in einer Gesellschaft, in der der Stärkere sich „sein“ vermeintliches Recht nimmt, sondern in einem demokratischen Rechtsstaat, in dem der Schwächere vor derartigen Eigenmächtigkeiten des Stärkeren geschützt wird, in letzter Konsequenz und als ultima ratio auch durch das Strafrecht.

³ Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention. Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB. Prof. Dr. jur. Tatjana Hörnle, Deutsches Institut für Menschenrechte 2015.

Der Vorschlag, den der djb in seiner Stellungnahme vom 25. Juli 2014 vorgelegt hat, bildet den erforderlichen Paradigmenwechsel noch klarer als die genannten Formulierungsvorschläge ab:

Wer ohne Einverständnis einer anderen Person

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

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.

Diesem mit dem Wortlaut der Istanbul-Konvention übereinstimmenden djb-Entwurf liegt die gesellschaftlich getragene Feststellung zugrunde, dass auch eine Person, die keinen erkennbaren entgegenstehenden Willen gefasst und sich nicht nach außen wahrnehmbar ablehnend verhalten hat, die sich vielmehr völlig neutral verhält, nicht grundsätzlich sexuell verfügbar ist. Im Diskussionsentwurf des djb wurde dieser Vorschlag als Grundtatbestand formuliert und um eine Legaldefinition des Einverständnisses ergänzt.

Schließlich hat auch Österreich 2015 sein Sexualstrafrecht reformiert. Dort gilt nun:

Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung

§ 205a. (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.

(2) ...

Damit ist das Prinzip „Nein heißt Nein!“ in einem Staat gesetzlich umgesetzt, dessen Rechtssystem dem unseren in wesentlichen Punkten entspricht. Das zeigt: die Umsetzung ist nicht eine Frage des Könnens, sondern des Wollens. Nach den Diskussionen der letzten Monate und den zu Tage getretenen Rechtsauffassungen zu den Wertvorstellungen in weit überwiegenden Teilen der Gesellschaft erscheint es nicht (mehr) vorstellbar, mit welcher Begründung der Bevölkerung eine Nicht-Umsetzung dieses Prinzips erklärt werden könnte.

Dies belegen auch die weiteren, zur Anhörung vorgelegten Gesetzentwürfe:

- Gesetzentwurf der Abgeordneten Halina Wawzyniak, Cornelia Möhring, Frank Tempel, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE. Entwurf eines ... Strafrechtsänderungsgesetzes zur Änderung des Sexualstrafrechts (BT-Drucksache 18/7719)

und

- Gesetzentwurf der Abgeordneten Katja Keul, Ulle Schauws, Renate Künast, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches zur Verbesserung des Schutzes vor sexueller Misshandlung und Vergewaltigung (BT-Drucksache 18/5384)

Als Maßstab für eine Umsetzung des Prinzips „Nein-heit-Nein!“ und eine umfassende Reform des Sexualstrafrechts lassen sich folgende Punkte festhalten:

1. Das Rechtsgut „Recht auf sexuelle Selbstbestimmung“ muss als Teil der Würde eines jeden Menschen und damit als Menschenrecht und Grundrecht gem. Art. 1 GG voraussetzungslos geschützt werden.
2. Zum Schutz des Rechtsguts „Recht auf sexuelle Selbstbestimmung“ ist ein Paradigmenwechsel im deutschen Sexualstrafrecht erforderlich, der Art. 36 Istanbul-Konvention (Strafbarkeit der nicht einverständlichen sexuellen Handlungen) umsetzt und auf eine wehrhafte Verteidigung dieses Rechtsgutes als Voraussetzung einer Strafbarkeit verzichtet.
3. Die Grundprinzipien des Strafverfahrens, insbesondere die Unschuldsvermutung, der Zweifelsgrundsatz („in dubio pro reo“) und die Pflicht, einem Verdächtigen die Tat nachweisen zu müssen, bleiben unangetastet.
4. Der Grundtatbestand wird als Vergehen ausgestaltet und umfasst alle denkbaren Fallgruppen ausgehend von der Bildung des freien Willens der betroffenen Person, ob, mit wem, wann, wo und welche sexuelle Handlungen sie vornehmen oder dulden möchte.
5. Die Fallgruppen unterscheiden sich nach denjenigen Betroffenen, die in der Lage sind, einen freien Willen zu bilden und (verbal oder nonverbal) zu äußern, denjenigen, die in der Bildung oder Äußerung eines freien Willens erheblich eingeschränkt sind, denjenigen, die aus körperlichen oder psychischen Gründen nicht in der Lage sind, einen freien Willen zu bilden oder zu äußern, und denjenigen, die durch den Täter in ihrer freien Willensbildung oder Willensäußerung beeinträchtigt sind.
6. Auf dem Grundtatbestand bauen verschiedene Qualifikationen für Tatkonstellationen mit erhöhtem Tatunrecht und dementsprechend erhöhtem Strafraum auf.

Diesem Maßstab werden die vorgelegten Gesetzentwürfe mit unterschiedlichen Formulierungen gerecht. Diese Gesetzentwürfe gehen jeweils von einem Grundtatbestand aus, der das Prinzip des „Nein-heit-Nein!“ umsetzt, und bauen darauf Strafschärfungen für verschiedene Fallkonstellationen mit darüber hinausgehendem Unrechtsgehalt auf, dem mit entsprechend erhöhten Strafraum Rechnung getragen wird.

Das Prinzip „Nein-heit-Nein!“ wird in den Entwürfen in unterschiedlichen Formulierungen umgesetzt:

- Der Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE legt „gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person“ als Tatbestandsmerkmal zugrunde.
- Der Gesetzentwurf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN knüpft an das Tatbestandsmerkmal „der entgegengesetzte Wille des Opfers erkennbar zum Ausdruck gebracht“ an.

- Prof. Dr. Tatjana Hörnle hat in ihrem Entwurf aus dem Jahr 2015 das Tatbestandsmerkmal „gegen den erklärten Willen oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist“ benannt.

Wesentliches Element, an das alle Vorschläge anknüpfen, ist, wie von der Istanbul-Konvention gefordert, der frei gebildete Wille der betroffenen Person.

Denkbar wäre auch eine Formulierung „gegen den erklärten Willen“. Allerdings erscheint dies im Wortsinne zu einschränkend, stellt es doch auf eine ausdrückliche Erklärung ab ohne das konkludent oder nonverbal eindeutige Zum-Ausdruck-Bringen des Willens klar mit einzubeziehen. Bei einer solchen Formulierung ist deshalb ein entsprechender Zusatz wie im Vorschlag Hörnle 2015 unverzichtbar.

Die Ausgestaltung des Grundtatbestandes als Vergehen ist in den vorgelegten Gesetzentwürfen ebenso wie im Entwurf Hörnle 2015 einheitlich und erscheint wegen der in diesem Kontext auch erfassten, in der Intensität der sexuellen Handlung zum größeren Teil geringeren Tathandlungen angemessen. Sie erlaubt eine an der individuellen Schuld ausgerichtete Strafzumessung durch die Gerichte. Dabei erscheint allerdings eine Mindeststrafe von sechs Monaten Freiheitsstrafe zu hoch, da sie zur Regelung eines minderschweren Falles drängt um bei geringerer individueller Schuld auf eine Geldstrafe übergehen zu können. Dies ließe sich über § 47 StGB bei einer Mindestfreiheitsstrafe von drei Monaten auch ohne Einführung eines minderschweren Falles für den Grundtatbestand erreichen.

Die Erfahrung in der Praxis hat gezeigt, dass ein Schwerpunkt des Verteidigungsverhaltens in diesem Deliktsbereich ist zu versuchen, zur Annahme eines minderschweren Falles zu kommen. Dies kann die Schuldzuweisung über moralische, die Lebensweise, Lebensumstände und Verhaltensweisen des Opfers betreffende Vorwürfe mit einschließen, was für die betroffenen Opfer besonders belastend sein und durch die neue, durch das 3. ORRG eingeführte Regelung in § 48 Absatz 3 Nr. 3 StPO nur bedingt abgefangen werden kann. Von der Einführung eines minderschweren Falles für den Grundtatbestand sollte deshalb im Interesse des Opferschutzes abgesehen und die Mindeststrafe im oben genannten Bereich von drei Monaten bemessen werden.

Die Abstufungen in den Strafraumen der Fallkonstellationen mit erhöhtem Unrechtsgehalt erscheinen dagegen vertretbar.

Es droht keine Einbeziehung nicht strafwürdiger sexueller Handlungen in die Strafbarkeit

Die von manchen geäußerte Sorge, es würden nicht strafwürdige sexuelle Handlungen in die Strafbarkeit des Sexualstrafrechts einbezogen, ist nicht begründet.

Hierzu wird in Zusammenhang mit überraschender Begehungsweise als Beispiel genannt, dass der eine Partner überraschend sexuelle Handlungen am anderen vornimmt, um die-

sen zu weiteren, einvernehmlichen sexuellen Handlungen zu stimulieren. Für die Begehungsweise der sexuellen Handlung ist neben den objektiven Tatbestandsmerkmalen stets auch mindestens bedingter Vorsatz erforderlich, der bei dem beschriebenen Beispiel indessen nicht nachweisbar ist. Bringt jedoch der andere Partner zum Ausdruck, dass er die Annäherung nicht wünscht, ist ab diesem Zeitpunkt dolus eventualis gegeben, wenn die sexuellen Handlungen gleichwohl fortgesetzt werden.

In gleicher Weise verhält es sich mit dem Tatbestandsmerkmal des vom Opfer subjektiv befürchteten Übels. Ein befürchtetes Übel, dessen Kenntnis dem Angreifenden nicht nachzuweisen ist, kann von seinem Vorsatz auch nicht umfasst sein.

Einführung einer Strafbarkeit der sexuellen Belästigung

Nicht erst die Diskussionen um die Vorfälle in Köln und anderen Orten haben gezeigt, dass sexuelle Belästigung in der Gesellschaft als strafwürdiges Verhalten empfunden wird. Der Gesetzentwurf lässt Fälle noch immer straflos, die bislang nicht als Sexualdelikt geahndet wurden, weil die sexuelle Handlung – wie beispielsweise ein Griff zwischen die Beine – als nicht „erheblich“ im Sinne des § 184 h Abs. 1 StGB erachtet wird. Dies könnte auch auf einige der Taten zutreffen, die als sexuelle Übergriffe in der Silvesternacht 2015 aus Köln und anderen Städten berichtet wurden. Zwar wird die Unzulänglichkeit der Ahndung solcher Handlungsweisen als Angriff auf die Geschlechtsehre im Rahmen des § 185 StGB in der Begründung des vorliegenden Gesetzentwurfs angesprochen. In den meisten der betreffenden Fälle dürfte selbst eine Ahndung im Rahmen des bestehenden § 185 StGB jedoch überhaupt nicht in Betracht kommen, weil höchstrichterlich seit 1989 bezugnehmend auf BGHSt 36, 145 (149) immer wieder ausgeführt wird:

„§ 185 StGB ist insbesondere kein »Auffangtatbestand«, der es erlauben würde, Handlungen allein deshalb zu bestrafen, weil sie der Tatbestandsverwirklichung eines Sittlichkeitsdelikts nahekommen. Zu einer Änderung dieser Rechtslage ist allein der Gesetzgeber befugt“ (so zuletzt OLG Nürnberg 1 St OLG Ss 219/10 vom 3. November 2010).

Eine diese Gesichtspunkte konsequent berücksichtigende Änderung des StGB müsste nach Auffassung des djb wegen des betroffenen Rechtsguts der freien sexuellen Selbstbestimmung einen Tatbestand der tätlichen sexuellen Belästigung im 13. Abschnitt mit einem dem Unrechtsgehalt dieser Übergriffe angemessenen Strafraumen ausweisen; er könnte - unabhängig von einer Nummerierung - wie folgt gefasst werden:

§ 179a StGB-E Tätliche sexuelle Belästigung

(1) Wer eine tätliche sexuelle Belästigung an einer Person vornimmt, wird mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

(2) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt.

Eine so gefasste Norm greift die Definition aus dem AGG auf und vermeidet den Zusammenhang mit § 185 StGB, der hier – wie im Entwurf zu Recht ausgeführt – wegen des be-

troffenen Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung nicht passt. Der Rückgriff auf das AGG eröffnet die Chance, die Rechtsprechung zum AGG in diesem Zusammenhang zur Orientierung für denkbare Fallkonstellationen heranzuziehen. Zudem wird die Pönalisierung rein verbaler Belästigungen – die zum Ehrbegriff des § 185 StGB gehören – vermieden. Schließlich wahrt eine solche Regelung die Opferaautonomie, weil die Strafbarkeit an das Erfordernis eines Strafantrags der betroffenen Person gebunden und der Tatbestand als echtes Antragsdelikt gestaltet wird.

Ramona Pisal
Präsidentin

Dagmar Freudenberg
Vorsitzende der Kommission Strafrecht



**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.¹ 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

¹ 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.² 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.³

² 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.

³ 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: Sexualkontakt 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.⁴ 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.⁵

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.⁶ Das ist keine zwingende Kritik,⁷ 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

⁴ BT-Drucks. 18/8210, S. 8-11.

⁵ 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.

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

⁷ 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 Kontexten⁸). 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.⁹ Eine weitere Einengung der Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB ergibt sich aus dem (nicht im Gesetz vorgeschriebenen)¹⁰ 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).¹¹ 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 Entwicklung¹² und im Wortlaut von § 179 StGB und § 179

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ Hörnle, in: FS Puppe, 2011, S. 1143 ff.

¹¹ S. z.B. BGH, NStZ 2013, 279.

¹² 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 Selbstschutzzobliegenheiten vor. Diebstahl und Betrug sind strafbar, auch wenn die Tat nur durch die günstige Gelegenheit (ein offenes Fenster, naive Leichtgläubigkeit) zustande kam.¹³ 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.¹⁴

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.

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

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

schutz, sondern auch die *Zumutbarkeit*¹⁵ 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.¹⁶ 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.¹⁷ § 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.

¹⁵ Hörnle, GA 2009, 626 (629 ff.).

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

¹⁷ 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.¹⁸ In der Begründung heißt es: „Das Wort ‚psychisch‘ stellt klar, dass die Vorschrift nur Zustände meint, die mit *medizinisch-psychologischen Kriterien* zu fassen sind.“¹⁹ 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.²⁰ 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*.²¹ 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.

¹⁸ 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>.

¹⁹ BT-Drucks. 18/8210, S. 14.

²⁰ 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.).

²¹ 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,²² es sei denn, dass der Täter in brutaler Weise gewalttätig geworden ist.²³ Um Grapschereien zu erfassen, wäre ein neuer Tatbestand gegen tätliche sexuelle Belästigungen zu erwägen²⁴ 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

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

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

²⁴ 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.²⁵

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.²⁶ 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-

²⁵ 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“.

²⁶ 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.²⁷ 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.

²⁷ 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.²⁸

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.²⁹

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 Dogmas 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-

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

²⁹ 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“³⁰ 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.

³⁰ S. z.B. BGH, NJW 1983, 581 (582).

Bundsvorsitzende

Roswitha Müller-Piepenkötter

Staatsministerin a.D.

Bundesgeschäftsstelle:

Weberstraße 16, 55130 Mainz

Telefon: 06131 8303-0

Telefax: 06131 8303 45

Köln, den 30.05.2016

**Vorbereitende Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am Mittwoch, dem 1. Juni 2016
zu dem**

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches - Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung

BT-Drucksache 18/8210

b) Gesetzentwurf der Abgeordneten Halina Wawzyniak, Cornelia Möhring, Frank Tempel, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Entwurf eines ... Strafrechtsänderungsgesetzes zur Änderung des Sexualstrafrechts

BT-Drucksache 18/7719

c) Gesetzentwurf der Abgeordneten Katja Keul, Ullrich Schauws, Renate Künast, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches zur Verbesserung des Schutzes vor sexueller Misshandlung und Vergewaltigung

BT-Drucksache 18/5384

Zu der Analyse der geltenden Rechtslage und den Zielen der Gesetzentwürfe sowie den gewählten Lösungsansätzen sollen aus der Sicht der Opferinteressen vorbereitend einige wenige schriftliche Anmerkungen gemacht werden.

A. Gesetzentwurf der Bundesregierung

I. Schutzlücke, Analyse der Ist-Situation

Der Gesetzentwurf bezeichnet als Ziel die Schließung von Lücken beim Schutz der sexuellen Selbstbestimmung. Dass es hier Schutzlücken gibt, dürfte, wie auch den Gesetzentwürfen der Fraktionen DIE LINKE und BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN zu entnehmen ist, inzwischen unstrittig sein.

Dies wird auch bestätigt durch eine Studie des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen von 2014, wonach 2012 nur 8,4 % der Strafanzeigen auch zu Verurteilungen führten (Pfeiffer//Hellmann; Presseerklärung: Vergewaltigung. Die Schwächen der Strafverfolgung – das Leiden der Opfer, http://www.kfn.de/versions/kfn/assets/Presseerkl%C3%A4rung_Vergewaltigung.pdf), sowie einen Vergleich der Polizeilichen Kriminalstatistik mit der Strafverfolgungsstatistik der Justiz: für das Jahr 2014 verzeichnete die PKS 11.967 Fälle der Vergewaltigung und sexuellen Nötigung gemäß §§ 177, 178, während die Strafverfolgungsstatistik nur 1.004 Verurteilungen registrierte.

Zuzustimmen ist dem Gesetzentwurf auch in der Analyse, dass jedenfalls ein Grund für die geringe Verurteilungsquote in der engen Auslegung des § 177 StGB zu sehen ist, sowie in dem Umstand, dass die Vorschrift eine Nötigung voraussetzt (Begründung S. 6), weswegen die Tat in vielen Fällen wegen fehlender Nötigung oder eines unzureichenden Nötigungsmittels straflos bleibt. Zahlreiche Beispiele aus der Rechtsprechung führt der Entwurf zutreffend an.

Ebenfalls zutreffend verweist der Entwurf auf die Istanbul-Konvention, wonach die Unterzeichnerstaaten, zu denen die Bundesrepublik Deutschland gehört, sicherzustellen haben, dass „non-consensual acts of a sexual nature“ unter Strafe gestellt werden. Dem Ausdruck „non-consensual“ (übersetzt: nicht-einvernehmlich) entspricht im Sprachgebrauch des deutschen Rechtssystems wohl am besten die Formulierung „gegen den erkennbaren Willen des Rechtsgutsinhabers“. Dieser Wille und die Erkennbarkeit können sich aus ausdrücklichen Erklärungen des/der Betroffenen, deren Verhalten oder bereits aus den Umständen der Tat ergeben.

II. Schutzgut sexuelle Selbstbestimmung, Defizit des Entwurfs: fortbestehende Verknüpfung mit Freiheit der Willensentschließung

§ 177 macht, wie in der Begründung des Regierungsentwurfs zutreffend dargelegt ist, den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung davon abhängig, dass durch Nötigungshandlungen die Freiheit der Willensentschließung eingeschränkt wurde. Das bedeutet, das Nötigungsmittel muss eingesetzt werden, um gerade hierdurch einen entgegenstehenden Willen des Opfers zu überwinden und so das angestrebte sexuelle Ziel zu erreichen; unter Strafe gestellt wird die erkennbare Beugung der Willensfreiheit des Opfers, Handeln allein gegen den Willen des Opfers oder dessen bloßes Nichteinverständnis genügt nicht (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 168). Nach geltender Rechtslage ist die sexuelle Selbstbestimmung also nur geschützt, wenn das Element der Willensbeugung hinzukommt. Nur unter ganz besonderen Umständen, wenn ein zu überwindender Widerstand objektiv oder subjektiv unmöglich ist, werden in § 179 StGB Fälle der sexuellen Handlungen gegen den Willen des Betroffenen denen der Willensbeugung gleich gestellt. Gerade an der finalen Verknüpfung zwischen Nötigungsmittel und Willensbeugung scheitern, wie die vom Regierungsentwurf zitierten und zahlreiche weitere Entscheidungen belegen, oftmals die Verurteilung. Das steht einem wirksamen Schutz der sexuellen Selbstbestimmung im Wege. Dieser ist nur dann gewährleistet, wenn dieses Rechtsgut selbständig, unabhängig von einer „erkennbaren Beugung der Willensfreiheit“ geschützt wird. Jedes Erfordernis der über die unerwünschte sexuelle Handlung und eine damit möglicherweise verknüpfte Gewalt hinausgehenden Überwindung eines Widerstandes schränkt diesen Schutz ein.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung greift deshalb zu kurz, weil er sich nicht komplett von der Vorstellung des Überwindens eines Widerstandes oder des Ausnutzens einer Lage, in der Widerstand unmöglich ist, löst. Es bleibt bei der Verknüpfung mit einem nötigungsähnlichen zusätzlichen Tatbestandsmerkmal, indem neben dem fehlenden Einverständnis weiterhin die Unmöglichkeit Widerstand zu leisten verlangt wird. Damit ist der Gesetzentwurf nicht geeignet, einen eindeutigen und uneingeschränkten Schutz der sexuellen Selbstbestimmung zu gewährleisten. Es werden weiterhin neben der Feststellung des sexuellen Angriffs im Verfahren ähnliche Fragen zu beantworten sein wie bisher: War Widerstand möglich? War Widerstand wirklich wegen der Überraschung unmöglich, oder hätte die/der Betroffene den Angriff nicht doch rechtzeitig erkennen und Widerstand leisten können? Und es besteht die Gefahr, dass wiederum an dieser Voraussetzung manche Verurteilung scheitert.

III. Vorschlag: Eigener Tatbestand § 179 Abs. 1 ohne jeden Bezug zum Widerstand

Um den wirksamen Schutz des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung sicher zu stellen, schlagen wir deshalb vor in § 179 Abs. 1 StGB einen Tatbestand zu schaffen, der außer der erkennbar unerwünschten sexuellen Handlung keine weiteren einschränkenden Voraussetzungen enthält. Das bildet die von Prof. Hörnle in GA 2015, 313, 326 vorgeschlagene Formulierung hervorragend ab. Auch in der Überschrift des Paragraphen sollte diese Regelung entsprechend bezeichnet werden.

Vorschlag:

§ 179 StGB wird wie folgt geändert:

a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst:

§ 179 Sonstiger Angriff gegen die sexuelle Selbstbestimmung

b) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

(1) Wer gegen den erklärten Willen einer Person oder unter Umständen, in denen ihr fehlender Wille offensichtlich ist, oder wissend, dass dies ihrem Willen widerspricht, sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich vornehmen lässt oder die andere Person zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung an oder mit einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis fünf Jahren bestraft.

c) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

(2) Geschieht die Tat nach Absatz 1 unter Ausnutzung einer Lage, in der eine andere Person
1. aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustands zum Widerstand unfähig ist,
2. im Fall ihres Widerstandes ein empfindliches Übel befürchtet,
so ist die Strafe Freiheitsstrafe sechs Monaten bis zu zehn Jahren.

d) Der bisherige Absatz 2 entfällt.

e) Dem Absatz 3 wird folgender Satz angefügt:

„Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. der Täter eine Lage ausnutzt, in der das Opfer einer Gewalteinwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist,
2. die Widerstandsunfähigkeit nach Absatz 1 Nummer 1 auf einer Behinderung des Opfers beruht.“

e) Absatz 6 wird wie folgt gefasst:

„(6) In minder schweren Fällen des Absatzes 5, in denen der Täter eine Lage nach Absatz 2 Nummer 1 ausnutzt, ist auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, in den übrigen minder schweren Fällen des Absatzes 5 auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren zu erkennen.“

VI. Kein Ausufern, Verweis auf grundlegende Überarbeitung unangebracht

Ein Ausufern der Strafbarkeit ist nicht zu befürchten, da immer Erklärungen der betroffenen Person oder Umstände festgestellt werden müssen, aus denen sich das fehlende Einverständnis mit der sexuellen Handlung ergibt.

Die Bundesregierung erkennt offenbar selbst, dass der Gesetzentwurf unzureichend ist, und verweist auf eine Reformkommission zur Überarbeitung des gesamten 13. Teils im StGB BT. Der als Begründung für die Ablehnung der weiter gehenden Regelung angeführte Paradigmenwechsel kann das Unterlassen oder mindestens Hinausschieben eines wirksamen Opferschutzes aber nicht begründen. Mit Paradigmenwechsel kann nur das Entfallen des ja auch im Regierungsentwurf bemängelten Nötigungselements gemeint sein. Ansonsten bleiben die Tathandlungen und die subjektiven wie objektiven Voraussetzungen der Strafbarkeit gleich. Damit ist der sog. Paradigmenwechsel keinesfalls so gravierend, dass er die anderen Vorschriften des 13. Abschnittes tangieren würde. Er kann eine unzureichende Gesetzgebung nicht rechtfertigen, zumal mit einer kompletten Überarbeitung in dieser Legislaturperiode sicher nicht zu rechnen ist.

VII. Weiteres Problem des § 184 h StGB

Eine weitere Ursache für eine Schutzlücke spricht der Gesetzentwurf gar nicht an, nämlich die Erheblichkeitsschwelle in § 184 h Nr. 1 StGB. Diese Vorschrift schließt viele mit eindeutig sexueller Komponente begangenen Belästigungen von der Strafbarkeit aus („Busengrapscher“). Dadurch besteht die Gefahr, dass in zahlreichen Fällen der aktuell bundesweit bekannt werdenden überraschenden sexuellen Angriffe in der Öffentlichkeit die Ahndung an diesem Erfordernis scheitert und andererseits ein Angriff auf die Ehre, der eine Ahndung gemäß § 185 StGB ermöglichen würde, ebenfalls nicht festgestellt werden kann.

Insoweit ist auf die zutreffende Stellungnahme des Bundesrates (Drucksache 162/16 B Seite 5) zu verweisen, § 184 h Nr. 1 StGB ist zu streichen

Hilfsweise empfiehlt sich, falls für die Verbrechenstatbestände des § 177 StGB und die mit erhöhtem Strafmaß bedrohten Handlungen gemäß § 179 StGB auf diese Einschränkung nicht verzichtet werden soll, die Einfügung eines Tatbestandes der sexuellen Belästigung, z.B. als § 183 b, der solches Verhalten mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren bedroht.

B. Weitere Entwürfe

Auch die vorgelegten weiteren Gesetzentwürfe sind nicht geeignet, die Schutzlücken wirksam zu schließen.

I. Gesetzentwurf der Abgeordneten Wawzyniak u.a. und der Fraktion DIE LINKE

174 StGB-E dieses Entwurfs verlangt einen erkennbaren Willen, gegen den der Täter handeln muss. Damit bleiben nicht erfasst die Fälle, in denen der fehlende Wille offensichtlich ist oder der Täter von dem entgegenstehenden Willen weiß. Aufgefangen wird dies aufgrund der dort genannten weiteren einengenden Voraussetzungen auch nicht durch § 177 StGB-E dieses Entwurfs.

§ 175 Abs. 2 StGB-E dieses Entwurfs, sexuelle Nötigung, spricht zudem von „Arg- und Wehrlosigkeit“, d.h. die Wehrlosigkeit muss auf der Arglosigkeit beruhen (s. Fischer, StGB, § 211 Rz 40). Auch dies führt wieder zu Schutzlücken.

Auch dieser Entwurf trägt damit dem Prinzip „nein heißt nein“ nicht ausreichend Rechnung.

Die Herabstufung von § 183, exhibitionistische Handlungen, und § 183a, Erregung öffentlichen Ärgernisses, zu Ordnungswidrigkeiten sendet ein falsches Signal und wird dem Phänomen nicht gerecht. Gerade kindliche oder jugendliche Opfer von Exhibitionismus werden durch das Erlebnis durchaus und manchmal auch schwerwiegend beeinträchtigt. Außerdem hat Görden in einer Untersuchung der Kriminologischen Forschungsanstalt Niedersachsen aufgrund umfassender Auswertung des internationalen Forschungsstandes festgestellt, dass Rückfallgefährdung und Vorstrafenbelastung bei Exhibitionisten - absolut und im Vergleich zu entsprechenden Parametern bei anderen Sexualstraftaten – hoch sind und dass Exhibitionisten hohe Vorstrafenbelastungen und Rückfallrisiken im Bereich der Sexualdelikte haben. Gleichzeitig sei Exhibitionismus gut therapierbar.

(http://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/20467/ssoar-sofid-2005-kriminalsoziologie_und_rechtssoziologie_20051-gorgen-ruckfallgefahrdung_und_gewaltrisiko_bei_exhibitionistischen.pdf?sequence=1). Der geltende § 183 wird dem Unrechtsgehalt der eindeutig gegen die Zeugen gerichteten Tat gerecht und bietet mit seinen unterschiedlichen Reaktionsmöglichkeiten der Geldstrafe der Freiheitsstrafe und der Strafaussetzung zur Heilbehandlung gegenüber dem Ordnungswidrigkeitenrecht die angemesseneren und differenzierteren Reaktionsmöglichkeiten.

II. Gesetzentwurf der Abgeordneten Keul u.a. und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Unter A wird die aktuelle Problemlage zutreffend beschrieben.

Die vorgeschlagene Formulierung des § 177 ist aber nicht geeignet, die geschilderten Probleme zu lösen. § 177 Abs. 1 des Entwurfs verlangt noch immer eine Nötigung durch Drohung mit einem

empfindlichen Übel. Zwar ist anders als in der aktuellen Rechtslage kein Nötigungsmittel gemäß § 177 Abs. 1 Nr. 1 – 3 erforderlich, es verbleibt aber im Grundtatbestand bei dem Erfordernis einer Nötigungshandlung.

Der dann als „Auffangtatbestand“ vorgesehene Abs. 2 wird die Schutzlücken nicht schließen können. Hier stellt sich z.B. die Frage, wie ein Fall zu beurteilen ist, in dem die Frau in einer Gewaltbeziehung lebt (nicht arglos), nicht wehrlos ist, sich aber trotzdem nicht wehrt. Absatz 1 entfällt mangels Nötigung, Absatz 2 entfällt ebenfalls, weil sie - nach der Rspr. des BGH zu Arglosigkeit – nicht arglos ist, im Hinblick auf die Gewalttätigkeit sich nicht wehrt und gleichzeitig aus Furcht vor Gewalt ihren entgegenstehenden Willen nicht zum Ausdruck bringt. Dem Täter ist dies alles aber bekannt.

Auch dieser Entwurf schließt damit die Schutzlücken nicht vollständig.



Der Leitende Oberstaatsanwalt in Bamberg • 96045 Bam-
berg

Sachbearbeiter

Telefon
(0951) 833-1802

Telefax
(0951) 833-1890

E-Mail
poststelle@sta-be.bayern.de)

| | | |
|---------------------------------|--|------------|
| Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom | Bitte bei Antwort angeben Unsere Zeichen, Unsere Nachricht vom | Datum |
| | | 25.05.2016 |

Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung am 01. Juni 2016

Die beabsichtigte Änderung des Strafgesetzbuches zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung wird aus Sicht der staatsanwaltschaftlichen Praxis ausdrücklich begrüßt, da hierdurch die bestehenden Gesetzeslücken bei der Verfolgung sexueller Übergriffe geschlossen werden können.

Der Gesetzesentwurf enthält erhebliche Verbesserungen gegenüber der bestehenden Rechtslage, um die bisherigen Defizite in der Strafverfolgungspraxis zu beseitigen, die insbesondere aufgrund der sexuellen Übergriffe in der Silvesternacht in Köln mit großer medialer Wirkung und mit traumatischen Folgen für die Opfer zu Tage getreten sind.

Gleichwohl enthält der Entwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz noch Regelungslücken, deren Schließung zur Gewährleistung einer effektiven Verfolgung von Sexualstraftaten geboten erscheint.

Briefanschrift:
96045 Bamberg
Hausanschrift:
Wilhelmsplatz 1
96047 Bamberg

Internet:
www.justiz.bayern.de/sta/sta/ba/
Telefon-Vermittlung:
0951 / 833-0

Geschäftszeiten:
Wegen der Gleitzeit erreichen Sie die Mitarbeiter am sichersten:
Mo.- Fr. 8.00 – 12.00 Uhr
Ansonsten nach tel. Vereinbarung!

Öffentl.
Verkehrsmittel
Wilhelmsplatz
Buslinien 905,
921, 922 und
930

Konto:
Bayer. Landesbank
Girozentrale
BLZ 700 500 00
Kto. Nr. 24 919
IBAN: DE34700500
00000024919
BIC: BYLADEMM

102 von 123

§ 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB-E

Nach § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB-E soll sich strafbar machen, wer unter Ausnutzung einer Lage, in der eine andere Person aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustands zum Widerstand unfähig ist, sexuelle Handlungen vornimmt oder an sich vornehmen lässt.

Diese Regelung nimmt im Wesentlichen die bisherige Regelung des § 179 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB auf und ersetzt die Tatbestandsmerkmale der Nr.1 alte Fassung durch das Merkmal „psychischen Zustand“.

Soweit der Straftatbestand des § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB-E die Strafbarkeit auch auf die Unfähigkeit des Opfers zur Ausübung der sexuellen Selbstbestimmung oder zur Durchsetzung des eigenen Willens gegen das sexuelle Ansinnen des Täters ausweitet, bestehen gegen diese Regelung aus Sicht der Praxis keine Einwände.

Nicht erfasst werden jedoch sexuelle Handlungen, die gegenüber einem Opfer vorgenommen werden, das zwar nicht widerstandsunfähig, aber erheblich in der sexuellen Selbstbestimmung eingeschränkt ist. Solche Opfer, die trotz einer geistigen Einschränkung in der Lage sind, einen eigenständigen Willen zu bilden und in einfacher Form auch zu artikulieren, diesen jedoch gegen den bestimmt und nachdrücklich vorgetragenen Willen eines anderen nicht durchzusetzen vermögen, sind dem Täter auch nach dieser Neuregelung schutzlos ausgeliefert. Diese Fälle werden von dem vorliegenden Entwurf des § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB-E nicht erfasst.

§ 179 Abs. 1 Nr. 2 StGB-E

Der Tatbestand des § 179 Abs. 1 Nr. 2 StGB-E, wonach die überraschende Begehung der Tat unter Strafe gestellt wird, sollte entgegen dem Gesetzesentwurf als relatives Antragsdelikt ausgestaltet sein. Gerade unter dieser Tatbestandsalternative sind auch Straftaten mit geringem Unrechtsgehalt zu erwarten, wie z. B. das flüchtige Berühren eines Opfers ohne weitere Einwirkung. Nicht jeder überraschende Übergriff wird vom Opfer auch als gravierender Eingriff erlebt. Soweit nicht die

Staatsanwaltschaft aufgrund der Gesamtumstände das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung bejaht, gibt das Antragserfordernis dem Tatopfer die Möglichkeit, selbst zu entscheiden, ob es eine Verfolgung des überraschenden Übergriffes wünscht, mit allen Folgen, die diese Entscheidung nach sich zieht (Vernehmung durch die Polizei, Befragung durch das Gericht, mögliches erneutes Zusammentreffen mit dem Täter vor Gericht, ggfs. Glaubhaftigkeitsbegutachtung des Tatopfers).

Soweit eine überrumpelnde Begehungsweise des Täters nach § 179 Abs. 1 Nr. 2 StGB-E im familiären Nahbereich auftritt, bietet die Aufnahme eines Antragserfordernisses auch die Möglichkeit für das Tatopfer, selbst zu entscheiden, ob es dem Schutz der familiären Bindungen Vorrang gegenüber der Aufklärung und Verfolgung niederschwelliger sexuellen Übergriffe einräumen möchte.

Die Herabsetzung des Strafrahmens in minder schweren Fällen auf eine Strafuntergrenze von drei Monaten wird in diesem Zusammenhang befürwortet. Denn gerade in den Fällen des § 179 Abs. 1 Nr. 2 StGB-E (überraschende sexuelle Handlung) bietet ein niedrigerer Strafrahmen mehr Flexibilität, um angemessen auf Straftaten mit geringem Unrechtsgehalt zu reagieren. Abhängig vom jeweiligen Einzelfall kann über § 47 Abs. 2 StGB auch eine Geldstrafe verhängt werden.

§ 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E

In Bezug auf § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E werden keine weiteren, den Tatbestand einengenden Tatbestandsvoraussetzungen für notwendig erachtet, da auch hier der subjektive Tatbestand des § 179 StGB-E erfüllt sein muss, d.h. der Täter muss die Lage des Opfers, wonach es im Fall des Widerstandes ein empfindliches Übel befürchtet, erkennen und bewusst ausnutzen, um sexuelle Handlungen an dieser Person vorzunehmen oder an sich von dieser Person vornehmen zu lassen. Mit diesem Ausnutzungsbewusstsein des Täters als subjektivem Erfordernis ist der Tatbestand hinreichend eng gefasst.

Problematisch könnte in der Rechtsanwendung jedoch sein, dass das Tatbestandsmerkmal das Befürchtens eines empfindlichen Übels seitens des Tatopfers

nur allgemein gehalten ist. Hierbei ist aber zu beachten, dass diese Formulierung auch beim Tatbestand des § 240 Abs. 1 StGB gewählt wurde und die Gerichte bisher keine nennenswerten Schwierigkeiten haben, festzustellen, wann ein empfindliches Übel tatsächlich vorliegt. Das notwendige Korrektiv bei der Neufassung des § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E stellt das vorgenannte Ausnutzungsbewusstsein dar.

Klar ist aus Sicht der Praxis aber auch, dass es in derartigen Fällen – wie im Übrigen bei nahezu allen Fällen des § 179 StGB-E – zu Beweisschwierigkeiten im Strafverfahren (Übergriff eines Täters gegenüber einem Opfer ohne weitere unbeteiligte Zeugen, Opfer einziger Zeuge) kommen kann, wobei dies auch in der bisherigen Gesetzesfassung gerichtlicher Alltag ist. Hieran wird auch die beabsichtigte Neufassung nichts ändern. Insofern ist zu befürchten, dass auch im Falle der Reform des Sexualstrafrechts die Tatopfer vielfach nicht in der Lage sein werden, die an ihnen begangenen Straftaten aus der Erinnerung – zumal bei längerem Zeitablauf – ausreichend glaubhaft zu schildern, die ihnen bis zur Tat unbekanntem Täter hinreichend sicher zu identifizieren oder durch objektive Beweismittel die Tatbegehung zu untermauern. Insofern wird das Sexualstrafrecht auch künftig den Opferinteressen nicht in allen Fällen gerecht werden können, weil es an ausreichenden Feststellungen für die Bildung der richterlichen Überzeugung nach den geltenden strafprozessualen Beweisregeln fehlt. Dies wird die Verfahrenseinstellung oder den Freispruch des Tatverdächtigen zur Folge haben.

Unzureichende Ahndung von sexuellen Übergriffen unterhalb der Erheblichkeitsschwelle des § 184 h Nr. 1 StGB (z. B. „Begrapschen“)

Die Schilderungen von Tatopfern in Strafverfahren belegen häufig eindrucksvoll, wie belastend sexuelle Belästigungen (Busengrapscher etc.) unterhalb der Erheblichkeitsschwelle des § 184 h Nr. 1 StGB für die Opfer sein können.

Soweit diese Handlungen nicht bereits den Tatbestand des § 179 StGB-E erfüllen, bleibt der Rechtsprechung auch nach der Gesetzesnovelle nur der Weg eine Strafbarkeit des Täters wegen tätlicher Beleidigung gemäß § 185 StGB zu prüfen.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist nicht jede gegen den Willen des Tatopfers geführte sexuelle Handlung zugleich ein Angriff auf dessen Ehre. Ein Angriff auf die Ehre liegt nur dann vor, wenn der Täter durch seine sexuelle Handlung zugleich zum Ausdruck bringt, das Opfer weise einen seine Ehre mindernden Mangel auf. Eine solche Kundgabe ist in einer sexuellen Handlung allein regelmäßig nicht zu sehen. Eine sexuelle Handlung ist daher nur dann als tätliche Beleidigung strafbar, wenn nach den gesamten Tatumständen in dem Verhalten des Täters zugleich ausdrücklich oder konkludent eine – von ihm gewollte – herabsetzende Bewertung des Tatopfers (Geringschätzung, Missachtung oder Nichtachtung) liegt, die über den eigentlichen geschlechtlichen Übergriff hinausgeht.

Täter, die in ihrer fehlerhaften Vorstellungswelt ihre sexuellen Handlungen als Ausdruck ihrer Zuneigung und Wertschätzung verstehen oder nur ihrer eigenen sexuellen Befriedigung nachgehen, erfüllen nicht den Tatbestand der tätlichen Beleidigung gemäß § 185 StGB.

Somit bleiben viele Formen sexualbezogener Belästigungen gänzlich straflos.

Aus Sicht der Strafverfolgungspraxis sollte diese Gesetzeslücke durch die Schaffung eines neuen Straftatbestandes der „sexuellen Belästigung mit Körperkontakt“ geschlossen werden.

Nicht übersehen werden darf in diesem Zusammenhang aber auch die mögliche gesellschaftliche Tragweite einer Ausweitung des strafrechtlichen Schutzes vor unerwünschten sexuellen Handlungen, da diese die naheliegende Gefahr in sich birgt, dass es zu Missdeutungen und Missverständnissen und Unsicherheiten bei der Anbahnung neuer Beziehungen und Sexualpartnerschaften kommt, die ein Klima schaffen, in dem rechtstreue Bürger, insbesondere Jugendliche und junge Erwachsene, aus Angst vor missverständlichen Verhaltensweisen und vor drohender Strafbarkeit zunehmend eine Scheu vor unbefangenen sexuellen Verhalten und körperlichen Annäherungen entwickeln.

Unzureichende Ahndung von sexuellen Übergriffen aus Tätergruppe

Zunehmend Probleme bereiten den Staatsanwaltschaften und Gerichten sexuelle Handlungen aus einer Tätergruppe heraus.

Eine derartige Begehungsweise wird zwar vielfach nach den Vorschriften der §§ 179 Abs.1 Nr. 2 StGB-E (überraschender Übergriff), 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E (Befürchtung eines empfindlichen Übels durch Vielzahl der Angreifer) und 177 StGB (Einsatz qualifizierter Nötigungsmittel) verfolgt werden können.

Strafrechtlich geahndet werden können die Mitglieder der Angreifergruppe jedoch regelmäßig nur dann als Täter, Mittäter, Gehilfe oder Anstifter, wenn deren konkreter Tatbeitrag oder deren konkrete Tatbeteiligung bei jedem einzelnen Gruppenmitglied in dem Strafverfahren nachgewiesen werden kann. Angesichts der besonderen Stresssituation des Tatopfers, der häufigen Unübersichtlichkeit des Tatortgeschehens, der Vielzahl der Täter und Handlungsabläufe und der traumatisierenden Gesamtumstände sind die notwendigen Feststellungen für eine Täterschaft oder Teilnahme jedes einzelnen Gruppenmitgliedes häufig nur sehr schwer oder gar nicht mehr in der Hauptverhandlung zu treffen.

Es ist daher aus der Sicht der Strafverfolgungspraxis wünschenswert, dass sexuelle Übergriffe aus der Gruppe heraus, umfassend strafrechtlich verfolgt werden können, d.h. jeder, der sich an einer Gruppe beteiligt, aus der heraus sexuelle Übergriffe vorgenommen werden, soll sich künftig als Täter des Sexualdelikts verantworten müssen und zwar selbst dann, wenn er selbst keine sexuelle Handlung vorgenommen hat oder ihm solche weder im Einzelnen noch konkret nachgewiesen werden können.

Sexuelle Handlungen aus einer Tätergruppe heraus stellen für das Tatopfer eine besonders gefährliche Tatsituation dar, da sich durch die Übermacht der vielen Täter, durch die gruppendynamische Herabsetzung des Hemmungsvermögens der Täter, durch das gegenseitige Anstacheln der Gruppenmitglieder und durch die eingeschränkte Möglichkeit der deeskalierenden Einwirkung auf die Täter die Lage des Tatopfers massiv verschlechtert.

Der Gesetzgeber hat in § 231 StGB für die Beteiligung an einer Schlägerei bereits eine vergleichbare Regelung getroffen wegen der Gefährlichkeit von Schlägereien und der Schwierigkeit, die Einzelverantwortlichkeit der Beteiligten für schwere Folgen aufzuklären.

Erik Ohlenschläger

Stellungnahme des Deutschen Instituts für Menschenrechte

anlässlich

der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu den drei Gesetzesentwürfen zur Änderung des Sexualstrafrechts der Bundesregierung (BT-Drucksache 18/8210), der Fraktion der LINKEN (BT-Drucksache 18/7719, der Fraktion BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN (BT-Drucksache (18/5384)

am 01.06 2016

Inhaltsverzeichnis

- I. Vorbemerkung
- II. Zu den drei Gesetzesentwürfen im Überblick
- III. Umsetzung des Prinzips Nein heißt Nein
 1. Menschenrechtliche Vorgaben – mehr als nur der Verzicht auf die Gegenwehr der Betroffenen
 2. Keine Umsetzung der Konvention mit dem derzeitigen Gesetzesentwurf
 3. Missachtung des entgegenstehenden Willens in den Gesetzesentwürfen der Fraktionen
 4. Keine Bestrafung sozialadäquaten Verhaltens
- IV. Berücksichtigung des Schutzes von Menschen mit Behinderungen
 1. Menschenrechtliche Vorgaben
 2. Probleme der geltenden Rechtslage: Ungleichbehandlung von Opfern mit Behinderungen
 3. Anforderungen an die Formulierung der Straftatbestände
 4. Fragen von erhöhtem Tatunrecht und Strafraumen
 5. Behinderung im Rahmen der drei Gesetzesentwürfen
- V. Weitere Regelungsnotwendigkeiten
 1. Tätliche sexuelle Belästigung außerhalb des Arbeitskontextes
 2. Sexuelle Handlungen gegen den Willen von Personen, die stark in ihrer Fähigkeit zur Willensbildung eingeschränkt sind
- VI. Flankierung eines reformierten Tatbestandes

I. Vorbemerkung

Es ist zu begrüßen, dass die Bundesregierung mit dem Gesetzesentwurf Schutzlücken im Sexualstrafrecht schließen will. Der Entwurf hat sich umfangreich mit Problemlagen der Rechtslage auseinandergesetzt und bietet ein Konzept für die Weiterentwicklung des bestehenden Ansatzes zum Schutz des sexuellen Selbstbestimmungsrechts im Sexualstrafrecht an.

Ein menschenrechtskonformer Schutz im Sinne der Istanbul-Konvention¹ und der Rechtsprechung des EGMR² gelingt nach Überzeugung des Instituts damit jedoch noch nicht. Dies erfordert eine weitergehende Reform des 13. Abschnittes, die konsequent an dem Kern der sexuellen Selbstbestimmung, der „Freiheit einer Person, über Zeitpunkt, Art und Partner sexueller Betätigung nach eigenem Belieben zu entscheiden“³ ausgerichtet ist.

Auf die Frage, wie das umgesetzt werden kann, sind mittlerweile eine Reihe von Vorschlägen aus der Zivilgesellschaft, Wissenschaft und den Fraktionen vorgelegt worden.⁴ Anhand der Chronologie der Vorschläge lässt sich der Diskussionsprozess der letzten zwei Jahre ablesen.

Das Institut hat Schutzlücken im deutschen Sexualstrafrecht aufgezeigt, einen Vorschlag für eine menschenrechtskonforme Ausgestaltung des Tatbestandes der sexuellen Nötigung/Vergewaltigung vorgelegt sowie jeweils eine Stellungnahme zu dem Regierungsentwurf über ein Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung und im Rahmen der außerordentlichen Anhörung am 27.04.2016 abgegeben.⁵ Das Institut dankt für die Möglichkeit, auch im Rechtsausschuss Stellung nehmen zu dürfen.

II. Zu den drei Gesetzesentwürfen im Überblick

Mit ihrem Gesetzesentwurf hat sich die Bundesregierung gegen eine grundlegende Reform des Tatbestandes der sexuellen Nötigung/Vergewaltigung entschieden. Der Entwurf hält an der bestehenden Gesetzessystematik fest und entwickelt diese weiter. Das heißt, er geht wie die aktuelle Gesetzeslage, weiterhin davon aus, dass das „normale“ Opfer, dem der Täter nicht mit Gewalt oder massiver Bedrohung begegnet, sich gegen einen sexuellen Übergriff aktiv zur Wehr setzt. Tut es das nicht - so die Logik des Entwurfes - sind sexuelle Handlungen gegen den Willen der Betroffenen nur strafbar, wenn diese aus unterschiedlichen Gründen keine Gegenwehr leisten können: Die Betroffenen sind krank, gebrechlich, behindert oder haben Angst vor erheblichen Nachteilen. Der

¹ Übereinkommen des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11. Mai 2011, CETS n° 210.

² Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, M.C gegen Bulgarien, Urteil vom 4.12.2003, App. No. 39272/98, Rz. 156.

³ Fischer, Thomas (2015): Kurzkomentar zum Strafgesetzbuch, § 177, Rz. 2.

⁴ März 2016 Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern; März 2016 Deutsches Institut für Menschenrechte; Februar 2016 Justizministerium Niedersachsen; Februar 2016 Fraktion der LINKEN; Juli 2015 Fraktion BÜNDNIS 90/GRÜNEN; Dezember 2015 Hörnle, Tatjana; 2014 Deutscher Juristinnenbund.

⁵ Deutsches Institut für Menschenrechte (2016): Schriftliche Stellungnahme zum Referentenentwurf „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung“ des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz; Hörnle, Tatjana (2015): Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention. Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB, Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.); Rabe, Heike; von Normann, Julia (2014): Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen. Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht.

neu gefasste § 179 Abs. 1 StGB spricht hier von Widerstandsunfähigkeit aufgrund verschiedener Umstände. Mit der Formulierung dieser Umstände – körperlicher oder psychischer Zustand, überraschende Begehung der Tat und Furcht vor einem empfindlichen Übel – greift der Entwurf die viel diskutierten Schutzlücken auf und schließt einige.

Der kasuistische Ansatz des Gesetzentwurfs mit der Regelung von Ausnahmekonstellationen birgt jedoch die Gefahr von Lücken und Wertungswidersprüchen. Diese Gefahr kann durch Umformulierungen oder die Aufnahme weiterer Ausnahmekonstellationen nicht beseitigt werden. Im März 2016 haben die Fraktionsspitzen von CDU/CSU und SPD daher eine Neuausrichtung des Gesetzesentwurfes angekündigt, die sich an dem Grundsatz „Nein heißt Nein“ orientiert.

Der Gesetzesentwurf der LINKEN und der der GRÜNEN ähneln sich stark in Bezug auf den Schutzzumfang des Rechts der sexuellen Selbstbestimmung. Sie fassen den jetzigen § 177 neu und integrieren die §§ 179 und 249 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB, die damit gestrichen werden. Neben die Begehungsweise mit Nötigungsmitteln tritt eine Begehungsalternative, in der die Missachtung des entgegenstehenden Willens der Betroffenen sanktioniert wird.

Im Vergleich zur geltenden Gesetzeslage bilden beide Entwürfe einen Grundtatbestand der auf der Nötigung mit einem empfindlichen Übel basiert, die mit einer Strafandrohung von sechs Monaten bis zu fünf Jahren belegt ist. Beide Entwürfe setzen mit unterschiedlichem Wortlaut und unterschiedlicher Konzeption zusätzlich dazu unter Strafe, wenn der Täter den erkennbar entgegenstehenden Willen einer anderen Person missachtet.

Die Qualifizierungstatbestände entsprechen weitestgehend der geltenden Rechtslage.

III. Umsetzung des Prinzips „Nein heißt Nein“

1. Menschenrechtliche Vorgaben – mehr als nur der Verzicht auf die Gegenwehr der Betroffenen

Die Verpflichtung aus Artikel 36 der Istanbul-Konvention in Verbindung mit der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), jede nicht einvernehmliche sexuelle Handlung unter Strafe zu stellen, wird zum Teil verkürzt interpretiert. So geht auch der Regierungsentwurf davon aus, dass das deutsche Sexualstrafrecht in Übereinstimmung mit der Verpflichtung sei, da die Begehungsweise des Ausnutzens einer schutzlosen Lage in § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB eine Strafbarkeit unabhängig von der Gegenwehr der Betroffenen normiert.⁶ Dass die Definition der schutzlosen Lage über das fehlende Einverständnis hinaus weitere hochschwellige Voraussetzungen für die Strafbarkeit verlangt, wie die Angst vor der Tötung oder der schweren Körperverletzung durch die Täter_innen, wird bei der Argumentation außer Acht gelassen. Zwar

⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, A., S. 1., S. 7.

lassen die menschenrechtlichen Vorgaben den Staaten Spielraum bei der Umsetzung. Dieser endet aber an dem Inhalt der Verpflichtung, also da, wo deren Zielsetzung nicht mehr erreicht wird.⁷

Der EGMR stellt in dem Verfahren M.C. gegen Bulgarien fest, dass die positiven Verpflichtungen aus Artikel 3 und 8 EMRK die Kriminalisierung und wirksame Strafverfolgung aller nicht einvernehmlichen sexuellen Handlungen verlangen. Dies gilt insbesondere auch in Fällen, in denen das Opfer keine physische Gegenwehr leiste.⁸ Die beispielhafte Hervorhebung einer Fallgestaltung hat aber nur mit der konkreten Fallfrage in M.C. gegen Bulgarien zu tun. Sie schränkt nicht den Umfang der Verpflichtung ein. Selbst wenn man einwenden will, dass der EGMR seine grundsätzlichen Ausführungen zur Staatenverpflichtung unter dem Abschnitt „general approach“ der Entscheidung gemacht hat und sie damit als obiter dictum nicht in vollem Umfang rechtsverbindlich sind, ist das für die vorliegende Frage unerheblich. Der erläuternde Bericht der Istanbul-Konvention ist nicht Bestandteil des Vertragstextes, ermöglicht aber als sogenanntes „soft law“, das Ausdruck des übereinstimmenden Willens der Staaten und der von ihnen getroffenen Wertungen ist, die Konkretisierung von Vertragsverpflichtungen.⁹ Der Bericht zieht dazu ausführlich verschiedene Passagen und insbesondere auch die Ausführungen unter dem „general approach“ der Entscheidung des EGMR heran.

Auch der Einwand, die Verwendung von Begriffen wie Widerstandsunfähigkeit, Drohung mit empfindlichem Übel etc. im Tatbestand laufe der Verpflichtung aus der Konvention nicht grundsätzlich zuwider, greift im Ergebnis nicht. Dies trifft nur solange zu, wie eine konventionskonforme Auslegung dieser Begriffe in der Form möglich ist, dass eine nicht einverständliche sexuelle Handlung vom Strafrecht erfasst ist. Als Beispiel hierfür zieht der EGMR Rechtsprechung aus Frankreich heran, nach der Begriffe wie Gewalt, Zwang, Bedrohung oder List eine breite Bedeutung haben. In der Folge erfasst die Rechtsprechung den Fall als Vergewaltigung, in dem eine Betroffene einwilligt, in das Auto des Täters zu steigen, ihn zu küssen, ihn dann bittet aufzuhören und es trotzdem zu sexuellen Handlungen kommt.¹⁰ Eine entsprechende Auslegung der Begriffe erscheint im deutschen Recht allein semantisch schwer vorstellbar und ist vor dem Hintergrund der hiesigen Rechtsprechung nicht möglich.

2. Keine Umsetzung der Konvention mit dem derzeitigen Gesetzesentwurf

Auf der Grundlage des Regierungsentwurfes sind schon jetzt verschiedene Fallkonstellationen denkbar, in denen sexuelle Handlungen trotz eines erklärten „Neins“ nicht zu einer Strafbarkeit führen. Im Folgenden sind exemplarisch zwei entsprechende Problemfelder aufgeführt.¹¹

Problemfeld Ausnutzen der Lage

⁷ Erläuternder Bericht zur Europaratskonvention gegen Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt, Nr. 191 mit Verweis auf die Entscheidung des EGMR, M.C gegen Bulgarien, Urteil vom 4.12.2003, App. No. 39272/98, Rz. 155.

⁸ Entscheidung des EGMR, M.C. gegen Bulgarien, Fn. 6, Rz. 166.

⁹ Geiger, Rudolf (2010): Grundgesetz und Völkerrecht mit Europarecht. 5. Auflage. München: C. H. Beck. S. 347 ff.

¹⁰ Entscheidung des EGMR, M.C. gegen Bulgarien, Fn. 6, Rz. 95.

¹¹ Siehe weitere Fallbeispiele: Deutsches Institut für Menschenrechte (2016), S. Fn. 4; bff (2016): Stellungnahme des Bundesverbandes Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe (bff); Löffelmann, Markus (2016): Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung. In: recht + politik, Ausgabe 4, S. 5.

§ 179 Nr. 3 RegE erweitert die Strafbarkeit auch auf Fälle, in denen die Betroffenen ihre Lage subjektiv als schutzlos empfinden, sowie Angst haben vor Beeinträchtigungen unterhalb der Schwelle von Körperverletzungs- oder Tötungsdelikten. Hürden der aktuellen Rechtslage sollen damit abgesenkt werden. Gleichzeitig bleiben aber andere gesetzliche Voraussetzungen bestehen: Der Täter muss die Lage der Betroffenen ausnutzen. Der objektive Tatbestand setzt somit voraus, dass der Täter die Situation erkennt und sich zunutze macht. Dies ist bei den Tatbestandsalternativen in § 179 Abs. 1 Nr. 1 und 2 RegE weniger problematisch, wenn es z.B. um den körperlichen Zustand der Betroffenen oder um die überraschende Begehung der Tat geht. Im Kontext von Nr. 3 geht es hingegen um die subjektive Wahrnehmung der Betroffenen.

Beispiel: Frau Y und Herr X sind Nachbarn und haben eine Affäre. Frau Y erlebt Herrn X zwar als aufbrausend und aggressiv gegenüber seiner Ehefrau. Frau Y gegenüber hat er dieses Verhalten aber nicht gezeigt. Bei einem Besuch verlangt Herr X Geschlechtsverkehr, den Frau Y ablehnt. Er übergeht ihren ausdrücklichen Willen. Herr X hat Frau Y bisher als starke Person erlebt. Darüber hinaus bringt er sein Verhalten gegenüber seiner Ehefrau nicht mit der Beziehung zu Frau Y in Verbindung. Frau Y leistet keinen Widerstand, da sie aufgrund ihrer Beobachtungen Schlimmeres befürchtet. Auf der Grundlage des Regierungsentwurfes wäre das Verhalten des X straflos. Er hätte keine Ahnung von ihrer Angst und würde somit nicht ihre Lage ausnutzen.

Vergleichbare Probleme mit zurückliegender Gewalterfahrung können auch auftreten, wenn Täter und Opfer sich nicht kennen. Haben Frauen bereits in der Vergangenheit Missbrauch oder Gewalt erlebt und leisten aufgrund dieser Erfahrungen keine Gegenwehr, machen sich die Täter nicht strafbar, wenn sie ein „Nein“ übergehen.

Zudem führt die Regelung zu Wertungswidersprüchen, da sich nur der Täter strafbar macht, der darüber reflektiert, warum das Opfer trotz erklärter Ablehnung den Geschlechtsverkehr über sich ergehen lässt – derjenige Täter jedoch nicht, der trotz erklärter Ablehnung einfach seinen Willen durchsetzt, ohne einen Gedanken an die Motivlage des Opfers zu verschwenden.

Kein lückenloses Erfassen von Gewaltbeziehungen

§ 179 Abs. 1 Nr. 3 RegE verzichtet laut der Gesetzesbegründung auf einen Finalzusammenhang zwischen vorangegangener Gewalt und sexueller Handlung. Der Regierungsentwurf will damit auch die Fälle erfassen, in denen Betroffene in langjährigen Gewaltbeziehungen leben, resigniert und den Widerstand aufgegeben haben. Wehren sich Betroffene in der Situation eines sexuellen Übergriffs nicht, weil sie aus Erfahrung wissen, was passieren wird, befürchten sie ein empfindliches Übel. Täter, die in der Vergangenheit gewalttätig waren, nehmen zumindest billigend in Kauf, dass das Unterlassen von Widerstand auf die frühere Gewalt zurückzuführen ist - so zumindest der Entwurf.

Dieser Ansatz würde in einigen Fällen strafwürdiges Verhalten erfassen, das nach der aktuellen Gesetzeslage nicht erfasst ist. Gewaltgeprägte Beziehungen sind aber in der Realität nicht immer so eindeutig. Auch hier gibt es Phasen von „Versöhnung“ und einvernehmlichen sexuellen Handlungen, die sich mitgewalttätigen Episoden abwechseln. Kommt es zu sexuellen Handlungen gegen den Willen der Betroffenen nach einer längeren „guten“ Phase, ist davon auszugehen, dass die Annahme des Regierungsentwurfes nicht mehr zutrifft.

3. Missachtung des entgegenstehenden Willens in den Fraktionsentwürfen

Der Entwurf der GRÜNEN regelt in zwei Absätzen in einem neu gefassten § 177 (Sexuelle Misshandlung; Vergewaltigung) beide Begehungsweisen, gegen den Willen und durch Nötigung mit einem empfindlichen Übel.

Absatz 2 stellt die Fälle unter Strafe, in denen Betroffene ihren entgegenstehenden Willen „erkennbar zum Ausdruck gebracht haben“ und Fälle, in denen Betroffene das nicht können, aufgrund der überraschenden Begehungsweise oder ihres Zustandes („Ausnutzen der Arg- oder Wehrlosigkeit“). Der Begriff „erkennbar zum Ausdruck gebracht“ erfordert eine verbale oder nonverbale Positionierung der Person, die die sexuellen Handlungen nicht oder anders möchte und entspricht dem „Nein heißt Nein“ Grundsatz. Schwierig erscheint der identische Strafraum von 6 Monaten bis zu fünf Jahren beider Absätze. So werden Fälle, die von ihrem Unrechtsgehalt sehr weit auseinander liegen können, wie z.B. ein überraschender Griff unter den Rock oder intensives und langes wechselseitiges Anfassen im unbedeckten Intimbereich, das der Täter der Betroffenen mit der Androhung, Nacktbilder ins Netz zu setzen, abverlangt. Dies setzt sich in den Qualifikationen fort und kann theoretisch nach Abs. 6 zu dem Ergebnis einer Haftstrafe nicht unter drei Jahren führen, wenn der Täter bei dem Griff unter den Rock ein gefährliches Werkzeug (wie z.B. ein Messer) mit sich führt. Zwar sieht der Entwurf in Abs. 8 dafür einen minder schweren Fall vor. Der dient aber dazu, Fälle niedriger bestrafen zu können, die vom Durchschnitt der gewöhnlich vorkommenden Fälle in erheblichem Maße abweichen. Die überraschende Begehung soll aber gerade als ein typischer Fall, der bisher nicht strafwürdig war über den neuen § 177 Abs. 2 erfasst werden.

Der Entwurf der LINKEN regelt die Begehungsweisen gegen den Willen und durch Nötigung in zwei aufeinanderfolgenden Tatbeständen. In einem neu formulierten § 174 (Nichteinvernehmlichen sexuellen Handlungen, Vergewaltigung) macht sich strafbar, wer „gegen den erkennbaren Willen“ einer anderen Person handelt. Der Entwurf verzichtet mit der Formulierung auf die Notwendigkeit, den Willen auch zu äußern. Eine Strafbarkeit liegt vor, wenn ein objektiver Dritter die fehlende Zustimmung in der Situation hätte erkennen können. Das wird immer der Fall sein, wenn die Person ihren Willen verbal oder deutlich non-verbal erklärt hat. Tut sie das nicht, muss auf den inneren Willen abgestellt werden. Dann dürfte eine Erkennbarkeit nur bei offensichtlichen Umständen wie z.B. Wachkoma vorliegen. Hier stellt sich die Frage nach der Abgrenzung zu dem Tatbestand des neu formulierten § 177 Abs. 1.

Die neu gefassten §§ 175 (sexuelle Nötigung) und § 177 (Sexuelle Handlungen unter Ausnutzen besonderer Umstände) erfassen dann in weiteren ergänzenden Grundtatbeständen die Fallgruppen, in denen der Täter die sexuelle Handlung mit Nötigungsmitteln erzwingt, aufgrund der überraschenden Begehungsweise oder des Zustandes zur Bildung des Willens oder zum Widerstand unfähig sind. Unklar ist das Verhältnis der Absätze 1 und 2 des § 175. Absatz 2 baut als Qualifikation auf den Grundtatbestand auf, der sexuelle Handlungen aufgrund von einer Nötigung mit einem empfindlichen Übel unter Strafe stellt. Absatz 2 bezieht sich auf „die Tat“ von Absatz 1 und listet dann zusätzlich weitere Nötigungsmittel sowie das Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers auf. Will man wie in Absatz 2 die schutzlose Lage durch den Begriff der Arg- und Wehrlosigkeit ersetzen, verengt man den Anwendungsbereich, da nach der Rechtsprechung zum Mordmerkmal der Heimtücke die Wehrlosigkeit auf der Arglosigkeit beruhen muss.

Insgesamt läuft der Entwurf Gefahr, mit drei Grundtatbeständen, die auf unterschiedlichen Konzepten von Willensbildung, Widerstandsfähigkeit und Nötigung abstellen und jeweils eine Reihe von Qualifikationen enthalten Wertungswidersprüche und Anwendungsschwierigkeiten zu produzieren.

Beide Entwürfe halten in Teilen weiterhin an der Widerstandsunfähigkeit bzw. Wehrlosigkeit fest und vollziehen keine konsequente Umstellung der neuen Tatbestände auf die Willensbildung und Äußerung. So erscheint es stattdessen vorzugswürdiger, zum Beispiel auf die Unfähigkeit einen Willen zu bilden oder zu äußern abzustellen.

4. Keine Bestrafung sozialadäquaten Verhaltens

Ein in der Diskussion immer wieder geäußertes Argument gegen die Ausweitung des strafrechtlichen Schutzes vor unerwünschten sexuellen Handlungen im Sinne von Nein heißt Nein ist die Sorge vor der Bestrafung sozialadäquaten Verhaltens. Dies bezieht sich zum einen auf mögliche Missverständnisse im Kontext der Anbahnung von sexuellen Handlungen. Der Verlust der Unbefangenheit im Umgang mit SexualpartnernInnen wird befürchtet und die familiären Bindungen werden in diesem Zusammenhang als schützenswert angeführt.¹²

Forschungsergebnisse legen aber eine andere Sorge nahe. In einer EU-weiten Untersuchung der europäischen Grundrechteagentur aus 2014 haben 60% der 1.534 befragten Frauen in Deutschland angegeben, seit ihrem 15. Lebensjahr mindestens eine Form der sexuellen Belästigung erfahren zu haben¹³. Bei 39 % der Frauen handelte es sich um tätliche Formen der Belästigung wie unerwünschtes Umarmen oder Küssen.¹⁴ Es ist also davon auszugehen, dass viele Frauen in Deutschland die Situation erleben, in denen sie ein sexualisiertes Verhalten nicht wünschen, ihr Gegenüber aber davon ausgeht, dass dieses Verhalten sozialadäquat ist, es fälschlicherweise von einer Zustimmung ausgeht oder ihm die Zustimmung egal ist. Diese Befunde weisen stark auf die Notwendigkeit der Normverdeutlichung hin und widersprechen der These, dass wir „bereits alle in einer Gesellschaft leben, die eine Sexualmoral verinnerlicht, im Zweifel sexuelle Kontakte zu unterlassen, bei denen wir zweifeln müssen, dass der oder die Partnerin wirklich freiwillig kooperiert.“¹⁵

Argumentationen, die im Namen des Schutzes der Ehe und Familie den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung einschränken, müssten gut dahingehend geprüft werden, ob sie eine notwendige Flexibilität zur Güterabwägung zum Ziel haben oder lediglich überholten Vorstellung über das Geschlechterverhältnis entspringen.

¹² Ohlenschlager, Erik (2016): Schriftliche Stellungnahme vom 25.05.2016 zur Sachverständigenanhörung am 01. Juni 2016, S. 3.

¹³ <http://fra.europa.eu/DVS/DVT/vaw.php>.

¹⁴ Fundamental Rights Agency (2014): Violence against Women. An EU-wide survey, S. 104.

¹⁵ Frommel, Monika (2016): Für eine an der Istanbul-Konvention orientierte Auslegung der sexuellen Nötigung/Vergewaltigung. In: ZRP 2016, S. 122 ff.

IV. Berücksichtigung des Schutzes von Menschen mit Behinderungen

Menschen mit Behinderungen haben wie alle Menschen den Wunsch und das Recht auf selbstbestimmte Sexualität. Zugleich sind insbesondere Frauen mit Behinderungen in einer vulnerablen Lage: Frauen sind häufiger von sexualisierter Gewalt betroffen als Männer; Frauen mit Behinderungen stärker als Frauen ohne Behinderungen. Besonders hoch ist die Gewaltbetroffenheit von Frauen mit Behinderungen in Einrichtungen.¹⁶

1. Menschenrechtliche Vorgaben

Diese Bedürfnisse nach Autonomie, Gleichbehandlung sowie nach Schutz finden eine Entsprechung in den Menschenrechten. Bereits in der Präambel der UN-Behindertenkonvention¹⁷ wird die individuelle Autonomie und Unabhängigkeit für Menschen mit Behinderungen, einschließlich der Freiheit, eigene Entscheidungen zu treffen anerkannt. Darüber hinaus sind die Achtung des Rechts auf Selbstbestimmung und Unabhängigkeit für alle Menschen, also auch für diejenigen mit einem hohen Unterstützungsbedarf, allgemeine Grundsätze der UN-Behindertenrechtskonvention. Die UN-BRK statuiert das Recht auf Nichtdiskriminierung behinderter Menschen in Art. 5. Sowohl die Präambel¹⁸ als auch die Vielschichtigkeit der Anforderungen an den in Artikel 16 formulierten Schutz vor Ausbeutung, Missbrauch und Gewalt u.a. durch effektive Rechtsmaßnahmen und strafrechtliche Verfolgung tragen dem Befund Rechnung, dass Frauen mit Behinderungen oft in stärkerem Maße durch Gewalt gefährdet sind.

Bei der Ausgestaltung eines Straftatbestandes zum Schutz des sexuellen Selbstbestimmungsrechts müssen diese verschiedenen Anforderungen austariert werden. Darüber hinaus ist Artikel 46 c) der Istanbul-Konvention in Verbindung mit Rz. 87 des erläuternden Berichts zu berücksichtigen. Hiernach stellen die Staaten sicher, dass Gerichte strafscharfend berücksichtigen können, wenn sich die Straftat gegen schutzbedürftige Personen richtet, zu denen auch Menschen mit Behinderungen gehören.

2. Probleme der geltenden Rechtslage: Ungleichbehandlung von Betroffenen mit Behinderungen

Die derzeitige Unterteilung der Straftatbestände zum Schutz des sexuellen Selbstbestimmungsrecht von Erwachsenen in den Nötigungstatbestand, § 177 und den Missbrauchstatbestand des § 179 StGB¹⁹ mit den unterschiedlichen Strafraumen birgt die Gefahr einer mittelbaren Diskriminierung durch die Anwendung der Normen in der Praxis. Sexuelle Handlungen nach § 177 StGB werden mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu 15 Jahren bedroht. Im Vergleich dazu ist der Strafraumen

¹⁶ Schröttle, Monika et. al (2012): Lebenssituation und Belastungen von Frauen mit Beeinträchtigungen und Behinderungen in Deutschland, Kurzfassung: Im Vergleich zu Frauen im Bevölkerungsdurchschnitt waren Frauen mit Behinderung unabhängig davon, ob sie in Einrichtungen oder Privathaushalten gelebt haben, allen Formen von Gewalt häufiger ausgesetzt, S. 22,23; die am stärksten belastete Gruppe waren psychisch erkrankte Frauen, die in Einrichtungen lebten: 92% der 83 befragten Frauen gaben an, seit dem 16. Lebensjahr unterschiedliche Formen psychischer Gewalt erfahren zu haben. 78% berichteten von körperlicher und 42% von sexueller Gewalt.

¹⁷ Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006.

¹⁸ In der Präambel, Buchstabe q) wird die erhöhte Gewaltbetroffenheit von Frauen und Mädchen als Erkenntnis betont.

¹⁹ Die Straftatbestände Menschenhandel, Zuhälterei und Ausbeutung von Prostituierten werden hier außer Acht gelassen.

im § 179 StGB niedriger und liegt zwischen 6 Monaten und 10 Jahren. Zwar ist der Strafraumen bei sexuellen Handlungen, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind, in beiden Tatbeständen gleich (Mindeststrafe 1 Jahr Freiheitsstrafe). Bei Handlungen unterhalb der Schwelle der Penetration ist der Strafraumen jedoch unterschiedlich (1 Jahr bei Nötigungsfällen im § 177, 6 Monate bei der Ausnutzung der Widerstandsunfähigkeit in § 179).

Eine Aktenauswertung hat bereits 2000, relativ kurz nach der Reform des § 177 StGB gezeigt, dass dies im Ergebnis zu Verwerfungen führt. Gerichte haben die sexuelle Nötigung und Vergewaltigung von Tatopfern mit geistiger Beeinträchtigung wiederholt unzutreffend als sexuellen Missbrauch einer widerstandsunfähigen Person verurteilt, obwohl diese klare Zeichen einer Willensbildung gezeigt haben und eine rechtliche Bewertung des Tathergangs daher auf § 177 StGB hätte erfolgen müssen. Dies ist ein Befund, den Interessenverbände für Menschen mit Behinderung bis heute wiederholt festgestellt und kritisiert haben,²⁰ und auf den auch in der Literatur als Gefahr hingewiesen wird²¹. Eine auf stereotyper Betrachtungsweise von Behinderung basierende Gleichsetzung von geistiger Behinderung und Widerstandsunfähigkeit durch die Rechtsprechung habe zu einem Sonderrecht für Menschen mit Behinderung, einem „Zwei-Klassen-Strafrecht“²² geführt, in dem Straftaten gegen Behinderte mit geringeren Strafen geahndet werden.²³

Die vorschnelle Gleichsetzung von Behinderung mit Widerstandsunfähigkeit enthält auch eine Überbetonung des Schutzgedankens und schwächt damit die Autonomie von Frauen und Männern mit Behinderungen, sich für oder gegen sexuelle Kontakte zu entscheiden.

3. Fragen von erhöhtem Tatunrecht und Strafraumen

Vor dem Hintergrund von Artikel 46 e) der Istanbul-Konvention muss sichergestellt werden, dass die vulnerable Situation von Betroffenen mit Behinderungen strafscharfend berücksichtigt wird. Je schwerer der Grad der Behinderung, desto einfacher dürfte es für Täter_innen sein, sexuelle Handlungen gegen den Willen der Betroffenen durchzusetzen. Will der Gesetzgeber einen eigenständigen Unrechtsgehalt einer solchen Handlung anerkennen, ist es nicht ausreichend, die Gestaltungsverantwortung bei der Rechtsprechung zu lassen. Er müsste eine Regelung auf Tatbestandsebene formulieren.

4. Behinderung im Rahmen der drei Gesetzesentwürfe

Aus den unter 1. aufgeführten Gründen ist es ist zu begrüßen, dass der Gesetzesentwurf der Bundesregierung und der LINKEN beide die Situation, in der die Widerstandsunfähigkeit auf einer Behinderung beruht als besonders schweren Fall des Grundtatbestandes mit einer Strafandrohung von nicht unter einem Jahr bewerten.

Aus Sicht des Instituts ist eine Erhöhung des Strafraumens, die ausschließlich an das Merkmal Behinderung der Betroffenen anknüpft, aber problematisch. Zum einen ist nicht ersichtlich, warum

²⁰ Staatliche Koordinierungsstelle nach Art. 33 UN BRK, Fachausschuss Freiheits-, und Schutzrechte (2015): Positionspapier Sexualstrafrecht reformieren - aber richtig!, S. 3.

²¹ Fischer, Thomas (2015), Fn. 3, §179, Rz. 11a.

²² Weibernetz (2015): Pressemitteilung vom 5. März 2015: Widerstandsunfähige Frauen konsequent von Anfang an mitdenken bei der Sexualstrafrechtsreform!

²³ Oberlies, Dagmar (2003): Sexuelle Selbstbestimmung und Behinderung – Wertungswidersprüche im Sexualstrafrecht. In: Zinsmeister (Hrsg), Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen und das Recht, S. 157 ff.

das Ausnutzen der zeitlich begrenzten Widerstandsunfähigkeit durch zum Beispiel KO Tropfen nicht einen vergleichbaren Unwertgehalt enthält. Im Moment der Tat sind die Betroffenen hilflos, entweder weil sie zeitlich begrenzt durch KO Tropfen nicht handlungsfähig sind oder dauerhaft im Koma liegen. Darüber hinaus umfasst die Legaldefinition von Behinderung nach § 2 SGB IX²⁴ auch Personen, wie zum Beispiel symptomlos HIV infizierte Personen²⁵ in deren Fall sich ein erhöhter Unrechtsgehalt nicht erschließt.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass in der Realität sexuelle Übergriffe auch in Einrichtungen der Behindertenhilfe zwischen BewohnerInnen vorkommen. Sind Täter wie Opfer gleichermaßen beeinträchtigt, trifft auch hier die Annahme des erhöhten Tatunrechts nicht zu.

Daher bietet es sich an, bei der Formulierung der zukünftigen Regelung zwei Aspekte zu berücksichtigen. Es sollte auf den Begriff der Behinderung verzichtet und zum Beispiel abzustellen auf die Unfähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern aufgrund körperlicher oder psychischer Bedingungen.

Die erhöhte Strafandrohung sollte gleichzeitig durch die Regelung eines minder schweren Falles flexibel handhabbar sein, insbesondere für die Fälle, in denen auch der Täter beeinträchtigt ist.

V. Weitere Regelungsnotwendigkeiten

Die folgenden Aspekte sollte bei einer Neuregelung berücksichtigt werden. Sie sind bisher in keinem der drei Gesetzesentwürfe enthalten.

1. Tätliche sexuelle Belästigung außerhalb des Arbeitskontextes

Die sexuelle Belästigung ist in Deutschland ein weit verbreitetes Phänomen. In einer EU-weiten Untersuchung der europäischen Grundrechteagentur aus 2014 haben 60% der 1.534 befragten Frauen in Deutschland angegeben, seit ihrem 15. Lebensjahr mindestens eine Form der sexuellen Belästigung erfahren zu haben²⁶. Bei 39 % der Frauen handelte es sich um tätliche Formen der Belästigung wie unerwünschtes Umarmen oder Küssen.²⁷ Das Institut begrüßt daher die aktuelle Diskussion in den Fraktionen um die Sanktionierung des Verhaltens und empfiehlt, die tätliche sexuelle Belästigung in einem eigenen Straftatbestand zu regeln.

Geltende Rechtslage

Sanktionen gegen sexuelle Belästigung sind derzeit in verschiedenen Rechtsbereichen, u.a. im Strafgesetzbuch und dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) geregelt. Den umfassendsten Schutz bietet derzeit das AGG für alle Formen der sexuellen Belästigung, allerdings nur im Arbeitsverhältnis.

²⁴ "Behindert" sind nach § 2 Absatz 1 des Neunten Sozialgesetzbuchs (SGB IX) Menschen, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist. Wenn die Beeinträchtigung der Teilhabe zu erwarten ist, ist die Person von einer Behinderung bedroht.

²⁵ Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19.12.2013, Az. 6 AZR 190/12

²⁶ <http://fra.europa.eu/DVS/DVT/vaw.php>.

²⁷ Fundamental Rights Agency (2014): Violence against Women. An EU-wide survey, S. 104.

Grundsätzlich können tätliche Belästigungen auch unter den § 177 StGB fallen. Hiernach sind derzeit zwei Fallgruppen nicht strafbar; wenn die Täter_innen überraschend vorgehen oder wenn die Handlung nicht schwerwiegend ist: Greift der Täter in der vollen U-Bahn für die Betroffene unvorhergesehen in ihr Dekolletee, entfällt die Strafbarkeit bereits, weil das Opfer wegen der überraschenden Begehung nicht dazu kommt, einen entgegenstehenden Willen zu bilden, den der Täter mit Zwang beugen könnte. Daher fehlt es am Tatbestandsmerkmal der Nötigung im Sinne des § 177 StGB. Das Berühren des vaginalen Bereiches über der Kleidung ordnet die Rechtsprechung auf der Grundlage der Erheblichkeitsschwelle des § 184h StGB nicht als sexuelle Handlung ein²⁸. Tätliche sexuelle Handlungen fallen nach der Rechtsprechung des BGH nur dann unter den Tatbestand der Beleidigung, wenn eine zusätzlich zu der sexuellen Handlung herabsetzende Bewertung der Betroffenen erfolgt. Das überraschende Vorgehen bei schwerwiegenden Handlungen wäre von der vorgeschlagenen Änderung des § 177 StGB umfasst.

Im Rahmen der Umsetzung der EU-Gleichstellungsrichtlinie 2002/73/EG hat der Gesetzgeber die sexuelle Belästigung in § 3 Abs. 4 AGG für den Arbeitskontext legal definiert als ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten (..), das bezweckt oder bewirkt, die Würde der betreffenden Person zu verletzen (..).

Aufgrund der konkreten Aufzählung von sexuellen Handlungen im Gesetz und einer umfangreichen Rechtsprechung, die eine breite Palette an Verhaltensweisen wie das Herandrängen an den Körper, Schlag auf das Gesäß, Umfassen der Hüften, Anfassen von Rücken, Oberschenkeln, etc. als sexuelle Belästigung eingestuft hat²⁹, bietet dieser Begriff durchaus Vorteile³⁰. Problematisch für die Übertragung des Konzeptes auf das Strafgesetzbuch ist hier aber die Würdevoraussetzung der Legaldefinition. Im Kontext des zivilrechtlichen AGG liegt die Würdeverletzung bereits in der Verhaltensweise, die unerwünscht ist.³¹ Bei einer Verankerung des Begriffs auf Tatbestandsebene im StGB, müsste die Würdeverletzung vom Vorsatz umfasst sein, was Raum bietet für geschlechterstereotypen Vorstellungen von der Grenze zwischen Freundlichkeit, Spaß oder Anerkennung und Belästigung.

Vorgaben der Istanbul-Konvention

Artikel 40 der Istanbul-Konvention verpflichtet die Vertragsstaaten, die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, „dass jede Form von ungewolltem verbalem, nonverbaalem oder körperlichem Verhalten sexueller Art³² mit dem Zweck oder der Folge, die Würde einer Person zu verletzen, insbesondere wenn dadurch ein Umfeld der

²⁸ BGH 1, 298.

²⁹ Siehe zum Beispiel Antidiskriminierungsstelle des Bundes (2013): Ausgewählte Entscheidungen deutscher Gerichte zum Antidiskriminierungsrecht, S. 30 ff.

³⁰ So zum Beispiel Deutscher Juristinnenbund (2016): Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz „Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung“ (Stand: 14.7.2015), S. 5.

³¹ Schiek, Dagmar (2007): Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, § 3 R. 65.

³² Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that any form of unwanted verbal, non-verbal or physical conduct of a sexual nature Grundsätzlich ist die völkerrechtlich verbindliche englische Sprachfassung zugrunde zu legen. Die weicht bei der Definition der sexuellen Belästigung von der deutschen

Einschüchterung, Feindseligkeit, Erniedrigung, Entwürdigung oder Beleidigung geschaffen wird, strafrechtlichen oder sonstigen rechtlichen Sanktionen unterliegt“. Die Beschreibung der zu sanktionierenden Handlungen ist eng an jene EU-Richtlinie angelehnt. Sie umfasst die drei Hauptformen von sexuell bestimmtem Verhalten: verbal, nonverbal und körperlich. Der Anwendungsbereich des Artikels beschränkt sich explizit nicht nur auf die Arbeitswelt.³³

Wie auch die Richtlinie überlässt es die Istanbul-Konvention den Vertragsstaaten zu entscheiden, die sexuelle Belästigungen im Rahmen ihres Strafrechts zu behandeln, administrative oder sonstige rechtliche Sanktionen anzuwenden. Im Rahmen einer systematischen Auslegung der Konvention kann man aber argumentieren, dass der Bereich der tätlichen sexuellen Belästigung, die rechtspolitische Wahlfreiheit auf das Strafrecht als Regelungsinstrument verengt. Dies ergibt sich aus der Sorgfaltspflicht aus Artikel 5 Abs. 2 in Verbindung mit dem gendersensibles Umsetzungsgebot aus Artikel 6 und 18 Abs. 3 der Konvention.³⁴

Neuer Straftatbestand der tätlichen sexuellen Belästigung

Tätliche Übergriffe unterhalb der Erheblichkeitsschwelle könnten strafrechtlich erfasst werden, entweder indem der Gesetzgeber die Erheblichkeitsschwelle streicht, oder einen eigenen Tatbestand der tätlichen sexuellen Belästigung ins Strafgesetzbuch einfügt.

Die grundlegenden Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz sowie die speziellen Erfahrungen aus Österreich mit einem Straftatbestand der sexuellen Belästigung zeigen, dass es sinnvoll ist, die unter Strafe zu stellenden Handlungen soweit wie möglich zu konkretisieren, beziehungsweise auf bekannte Regelungskonzepte zurückzugreifen.

Insofern bieten sich für einen neuen Tatbestand der tätlichen sexuellen Belästigung folgende Optionen an:

- Anlehnung an das in Rechtsordnung und Rechtsprechung bereits bekannte Regelungskonzept der sexuellen Belästigung aus dem AGG
- Verwendung übergeordneter Begriffe wie geschlechtliche Handlung oder der Geschlechtssphäre (österreichischer Tatbestand)
- Beschreibung von Körperteilen, an denen eine Berührung eine sexuelle Belästigung darstellt

Nach § 218 des österreichischen Strafgesetzbuches in der alten Fassung wurde bestraft, wer eine Person durch eine geschlechtliche Handlung an ihr oder von ihr (..) belästigt. Nachdem die enge Auslegung des Begriffs der geschlechtlichen Handlungen durch die Rechtsprechung dazu geführt hat, dass zum Beispiel ein Berühren des Gesäßes oder der Oberschenkel nicht als Belästigung bewertet wurde³⁵, hat der Gesetzgeber im Rahmen der letzten Reform einen Absatz 1a eingefügt. Der sieht

Fassung ab, die den Begriff “of a sexual nature” falsch mit sexuell bestimmten Verhalten übersetzt. Daher wurde hier die Übersetzung geändert in Verhalten sexueller Art.

³³ Erläuternder Bericht, Fn. 6, Nr. 209.

³⁴ Siehe auch Ulrich, Silvia (2015): Stellungnahme zum Ministerialentwurf 98/ME XXV. GP – Strafrechtsänderungsgesetz 2015, S. 3.

³⁵ Beclin, Katharina (2015): Stellungnahme zum „Entwurf des Strafrechtsänderungsgesetzes 2015“ BMJ-S318.034/0007-IV/2015, S. 8.

vor, dass es auch strafbar ist, wenn eine Person „durch eine intensive Berührung einer der Geschlechtssphäre zuzuordnenden Körperstelle in ihrer Würde verletzt wird.“ Zwar sind unerwünschte Berührungen an Gesäß oder Oberschenkel damit vom Gesetz erfasst. Es bleibt aber abzuwarten, wie sich die unterschiedlich formulierten Eingriffsschwellen auswirken. Der unerwünschte Griff an Brust ist strafbar als geschlechtliche Handlung, wenn er nicht bloß flüchtig erfolgt ist. Der unerwünschte Griff an Gesäß oder Oberschenkel ist dagegen nur strafbar, wenn er intensiv war.

Wie ausgeführt, könnte die explizite Bezugnahme auf das im AGG verankerte Belästigungskonzept im Strafrecht problematisch sein. Die Fokussierung auf eine „Geschlechtssphäre“ oder geschlechtliche Handlungen bergen die Gefahr der Verengung auf Berührungen primärer Geschlechtsmerkmale.

2. Sexuelle Handlungen gegen den Willen von Personen, die stark in ihrer Fähigkeit zur Willensbildung eingeschränkt sind

Die Gesetzesentwürfe von GRÜNEN und LINKEN erfassen beide mit unterschiedlichen Konzeptionen und Begrifflichkeiten die Fallgruppen in denen Betroffene ihren entgegenstehenden Willen äußern können, ihn nicht bilden oder äußern können oder die von dem Täter genötigt werden (siehe unter III. 3.). Es fehlt aber wie auch im Entwurf der Bundesregierung die Regelung der Situation, in der Frauen und Männer zum Beispiel aufgrund von geistiger Beeinträchtigung, Drogen-, Medikamenten- oder Alkoholgebrauchs stark eingeschränkt sind.³⁶ Diese Gruppe ist weder arg- noch wehrlos, widerstandsunfähig oder wird genötigt. Sie kann aber erhebliche Schwierigkeiten bei der Formulierung ihres Willens haben. Hier ist also zum einen nicht pauschal von einer Unfähigkeit zur Willensbildung auszugehen. Zum anderen sind auch unvernünftig erscheinende oder selbstschädigende Entscheidungen Ausdruck von Selbstbestimmung. Der Gesetzgeber sollte eine Regelung finden, die es selbstverständlich auch geistig beeinträchtigten Menschen oder alkoholisierten Menschen ermöglicht, sich für sexuelle Handlungen zu entscheiden und gleichzeitig sicherstellt, dass ihre Selbstbestimmung gewährleistet wird.³⁷

Das folgende Beispiel verdeutlicht zum einen den durchaus unterschiedlichen Unrechtsgehalt von Vorgehensweisen innerhalb dieser Fallgruppen und werfen Fragen Grenzen der Strafbarkeit auf: *Die junge, erwachsene Frau X hat eine mittelschwere geistige Beeinträchtigung und lebt in einer Einrichtung. Sie hat kaum soziale Kontakte und wird von einem Mann eines externen Fahrdienstes angesprochen. Er macht ihr kleine Geschenke und weiß um die Bedeutung, die der Kontakt zu ihm für Frau X hat. Als er nach kurzer Zeit mit Verweis auf ihre „Freundschaft“ sexuelle Dienstleistungen verlangt, sagt Frau X aufgrund ihrer Sozialisation zur Anpassung und aufgrund langer Erfahrungen mit Grenzüberschreitungen nichts, obwohl sie das nicht möchte und nimmt den Geschlechtsverkehr passiv hin.*

Vergleichbare Situationen sind denkbar, in denen Täter zum Beispiel gezielt ausnutzen, wenn Frauen in Clubs oder Bars stark alkoholisiert sind und erhebliche Probleme mit der Artikulation und Bewegungskontrolle haben.

³⁶ Im Ergebnis auch Stellungnahme LoStA Bamberg Anhörung Rechtsausschuss 1. Juni 2016, S. 2: „nicht widerstandsunfähig, aber erheblich in der sexuellen Selbstbestimmung eingeschränkt“.

³⁷ Siehe hierzu die Stellungnahme Institut Anhörung 27.04.2016

Eine Lösung könnte darin bestehen, auf der Ebene des objektiven Tatbestandes Sorgfaltsanforderungen an die Person zu formulieren, die erkennt, dass das Gegenüber erheblich verzögert oder beeinträchtigt ist, seinen Willen zu bilden und auszudrücken. Entsprechende Entwicklungen gibt es auch in der englischen Strafverfolgungspraxis. Der englische Sexual Offences Act hat 2003 den zentralen Begriff "consent" im Strafgesetzbuch legal definiert mit "if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice".

Auch wenn das englische Recht als common law im Grundsatz nicht mit dem kontinentaleuropäischen Konzept des civil law zu vergleichen ist, lassen sich doch die Erfahrungen mit der Auslegung und Anwendung des Begriffes „Zustimmung“ in Praxis heranziehen. Aufgrund von Schwierigkeiten der Strafverfolgung insbesondere in Fällen, in denen die Betroffenen stark unter Drogen oder Alkohol gestanden haben, sind auf der ersten National Rape Conference 2015 neuen Leitlinien für die Strafverfolgungsbehörden entstanden. Danach müssen sich die Ermittlungen nicht mehr allein auf das Nichtvorliegen der Einwilligung, sondern auf das Vorliegen der Einwilligung richten. Es ist zu fragen, welche Schritte der Täter unternommen hat, um die Einwilligung des Opfers zu erlangen und warum er davon ausging, dass eine Einwilligung vorlag.

VI. Flankierung eines reformierten Tatbestandes

Zentrale Probleme bei der Strafverfolgung sexualisierter Gewalt sind u.a. die geringe Anzeigebereitschaft der Betroffenen sowie die hohen Einstellungsquoten im Verfahren. Die Forschung über Strafverfolgung von sexualisierter Gewalt in Europa³⁸ hat verschiedene Gründe für die hohen Einstellungsquoten und daraus resultierend Ansatzpunkte für eine Verbesserung der Praxis aufgezeigt. Die Ausgestaltung der Rechtsgrundlage ist nur ein Kriterium für eine effektive Strafverfolgung. Die Errichtung von Sonderdezernaten, Aus- und Fortbildung der Behörden, der Rechtsanspruch auf psychosoziale Prozessbegleitung sowie der Ausbau der anonymen Spurensicherung und der verfahrensunabhängigen Beweissicherung sind weitere, seit langem geforderte Bausteine eines betroffenenzentrierten Ansatzes.

Diese Forderungen werden gestützt durch die Ergebnisse einer aktuellen Studie zur Anzeigebereitschaft nach sexuellen Grenzverletzungen und sexueller Gewalt.³⁹ 2013/2014 wurden insgesamt 1.406 Betroffene befragt, die zu 91,9 % weiblich waren. In 22,9 % der Fälle kam es zu einer Anzeige⁴⁰. In 51,6 % der Fälle wurde körperliche Gewalt (z.B. Festhalten) ausgeübt; in 44 % lagen keine körperlichen Verletzungen bei den Betroffenen vor. Die höchsten Zustimmungswerte zu vorformulierten Aussagen erreichten die Sätze: Ich habe keine Anzeige erstattet, „weil ich nicht genügend Beweise vorlegen konnte“ und „weil ich Angst hatte, dass mir niemand glaubt“. Bedeutung hatte aber auch der Aspekt „Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit“ für die Anzeigebereitschaft. Dieses

³⁸ Lovett, Jo; Kelly, Liz (2009): Different systems, similar outcomes. Tracking attrition in reported rape cases across Europe. Child and Women Abuse Study Unit. London Metropolitan University.

³⁹ Treibel, Angelika; Dölling, D. (2014): Determinanten des Anzeigeverhaltens nach Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung: ein Werkstattbericht. In: Risiken der Sicherheitsgesellschaft, S. 477-487.

⁴⁰ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Befragten im Durchschnitt 16,8 Jahre alt waren. Bei einigen Entscheidungen für oder gegen die Strafanzeige werden auch Sorgeberechtigte, die nicht unmittelbar betroffen waren, eine Rolle gespielt haben.

Vertrauen war relevanter für die Bereitschaft, eine Anzeige zu erstatten, als die Sorge vor möglichen Belastungen im Strafverfahren. Runtergebrochen bedeutet das, die Anzeigewahrscheinlichkeit steigt, wenn die Betroffenen u.a. Vertrauen in den Verlauf der ersten Vernehmung haben, eine Verurteilung erwarten, einen fairen Verfahrensverlauf, eine gründliche Aufklärung des Sachverhalts oder einen rücksichtsvollen Umgang seitens des Gerichts erwarten. Das sind überwiegend Aspekte, die mit Spezialisierung, Sensibilisierung und Training von Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht hergestellt werden können und müssen.

Das Deutsche Institut für Menschenrechte ist die unabhängige Nationale Menschenrechtsinstitution Deutschlands. Es ist gemäß den Pariser Prinzipien der Vereinten Nationen akkreditiert (A-Status). Zu den Aufgaben des Instituts gehören Politikberatung, Menschenrechtsbildung, Information und Dokumentation, angewandte Forschung zu menschenrechtlichen Themen sowie die Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen.

Kontakt: Heike Rabe unter rabe@institut-fuer-menschenrechte.de