

# MARTIN-LUTHER-UNIVERSITÄT HALLE-WITTENBERG

## JURISTISCHE FAKULTÄT

FRANZ-VON-LISZT-HAUS

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

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

---



26. Januar 2015

### Lücken beim Schutz der sexuellen Selbstbestimmung aus menschenrechtlicher Sicht

#### *Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse*

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

#### I. Einleitung

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

---

<sup>1</sup> Unter: [www.frauenrechte.de/online/images/downloads/hgewalt/gegen-vergewaltigung/Unterschriftenaktion-gegen-Vergewaltigungen-Positionspapier.pdf](http://www.frauenrechte.de/online/images/downloads/hgewalt/gegen-vergewaltigung/Unterschriftenaktion-gegen-Vergewaltigungen-Positionspapier.pdf) – abgerufen am 14. 1. 2015.

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

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

Nun ist vor dem Hintergrund der Unschuldsvermutung eine hohe Verurteilungsziffer kein Wert an sich und schon gar kein Beleg für ein perfektes Strafrecht. Häufig schrecken Opfer vor einer Strafanzeige zurück, weil sie die damit verbundenen Belastungen fürchten. Während die Verdrängung des Unsagbaren der Gefühlslage des Opfers entspricht, wird es – oft mehrmals von Polizei, Staatsanwalt, Richter – als wichtigste Zeugin bis in die kleinsten Details zu dem sexuellen Übergriff befragt und so immer wieder mit dem schrecklichen Ereignis konfrontiert.<sup>5</sup> Hinzu kommt, dass die allermeisten Sexualstraftaten ohne Zeugen begangen werden, so dass das Opfer das entscheidende, wenn nicht sogar das einzige Beweismittel ist. Dadurch bereitet die Beweiswürdigung bei Sexualdelikten besondere Probleme,<sup>6</sup> wobei unterschiedliche Spekulationen über Falschbeschuldigungen<sup>7</sup> – auf welcher Basis auch immer – nicht weiterhelfen.

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

## II. Internationale Schutzstandards

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

---

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

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

<sup>4</sup> Lovett/Kelly (Fn. 3), S. 111.

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

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

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

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

Das Grundsatzurteil des EGMR in der Beschwerdesache *M.C. gegen Bulgarien* von 2003<sup>8</sup> zur Strafverfolgung sexueller Gewalt kann als Ausgangspunkt für die weitere Entwicklung genommen werden.

Die zum Zeitpunkt der sexuellen Übergriffe 14 Jahre alte Beschwerdeführerin hatte zwei junge Männer angezeigt, die sie nach einem Diskothekenbesuch vergewaltigt haben sollten. Sie hätte die beiden jeweils zurückgewiesen, geweint und gebeten, aufzuhören. Die beiden Männer dagegen gaben an, sie seien vom Einverständnis der Beschwerdeführerin ausgegangen. Die Strafverfolgungsbehörden stellten schließlich das Verfahren ein, da die Voraussetzungen einer Vergewaltigung nach § 152 Abs. 1 des bulgarischen Strafgesetzbuchs<sup>9</sup> nicht nachgewiesen werden könnten, weil die Beschwerdeführerin keinen Widerstand geleistet oder um Hilfe gerufen habe.<sup>10</sup>

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

---

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

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

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

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

<sup>12</sup> EGMR, Fall *M.C.* (Fn. 8), §§ 159, 163.

<sup>13</sup> EGMR, Fall *M.C.* (Fn. 8), §§ 162, 166.

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

<sup>15</sup> EGMR, Fall *M.C.* (Fn. 8), § 166.

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

## 2. Art. 36 der Istanbul-Konvention

Die Entscheidung des EGMR im Fall *M.C. gegen Bulgarien* hat vorweggenommen, was Art. 36 des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11. 5. 2011<sup>17</sup> nun im Detail vorschreibt. Die Vorschrift mit der Überschrift „Sexual violence, including rape“ lautet:

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

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

## III. Schutzlücken im geltenden Recht

### 1. Systematik des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung

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

---

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

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

<sup>19</sup> Explanatory Report (Fn. 18), § 191.

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

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

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

## 2. Schutzlücken

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

### b) Überraschende sexuelle Übergriffe

Überraschende sexuelle Übergriffe gelten nach h.L. nicht als sexuelle Nötigung i.S.v. § 177 Abs. 1 StGB, und zwar selbst dann nicht, wenn gegen das Opfer unzweifelhaft körperliche Gewalt angewendet wird. So schlug etwa in einem derartigen Fall der Täter dem Opfer unvermittelt mit seiner Faust gegen die Brust. Wenn das Opfer aufgrund des völlig überraschenden Angriffs keinen Abwehrwillen mehr bilden kann, soll es an einer Willensbeugung durch Gewalt fehlen.<sup>28</sup> In seiner früheren Rechtsprechung zu § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB hat der BGH angenommen, dass der Täter hier die schutzlose Lage des Opfers für seinen Übergriff ausnutzt.<sup>29</sup> Das dem zugrunde liegende Verständnis der Nötigung als jedes Bestimmen des Opfers gegen seinen Willen<sup>30</sup> wurde in der Literatur kontrovers diskutiert.<sup>31</sup> Im Jahr 2006 hat der BGH diese weite Auslegung von § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB aufgegeben: Nötigung ist Willensbeugung durch „Ausüben von Zwang“.<sup>32</sup> Seitdem verlangt die Rechtsprechung einschränkend, dass der Täter die – objektiv begründete (s.o.) – Furcht des Opfers vor Anwendung von Gewalt ausnutzt.<sup>33</sup>

Um einen überraschenden Sexualangriff ohne jegliche Gewaltanwendung ging es im folgenden

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

---

<sup>27</sup> So aber *Fischer*, § 177 Rn. 28a.

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

<sup>29</sup> BGH, NStZ 2004, 440 f.

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

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

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

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

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

### 3. Konsequenzen

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

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

---

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

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

<sup>36</sup> Vgl. BGH, StV 2005, 439, 440; NStZ 2009, 324, 325.

<sup>37</sup> Daher für eine Gesetzesänderung Hörnle in: LK, § 179 Rn. 22.

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

<sup>45</sup> So aber *Adams* (Fn. 14), S. 512 f.

<sup>46</sup> Dahingehend wohl auch *Fischer*, § 177 Rn. 38.

<sup>47</sup> *S. Adams* (Fn. 14), S. 514 ff.

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

#### 4. Exkurs: Der Vergewaltigungsbegriff des Common Law

Einige europäische Länder stellen bereits jetzt das fehlende Einverständnis in den Mittelpunkt des Begriffs der Vergewaltigung.<sup>50</sup> Generell lassen sich zwei Konzepte unterscheiden. Während die kontinentalen Rechtsordnungen für eine Vergewaltigung üblicherweise eine wie auch immer geartete Nötigungshandlung verlangen<sup>51</sup>, knüpft das Common Law seit jeher an das fehlende Einverständnis des Opfers an.<sup>52</sup> Die Umstände, bei denen ein fehlendes Einverständnis angenommen wurde, entwickelte das Case Law. Der Sexual Offences Act von 2003 sollte die Voraussetzungen des fehlenden Einverständnisses gesetzlich klarstellen und damit die unübersichtlich gewordene Kasuistik klären.<sup>53</sup>

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

---

<sup>48</sup> So *Adams* (Fn. 14), S. 516 ff.

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

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

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

<sup>52</sup> Eingehend *Adams* (Fn. 14), S. 429 ff., 449.

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

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

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

## 5. Einige dogmatische Probleme und ein Formulierungsvorschlag

### a) Voraussetzungen einer wirksamen Zustimmung

In der Strafrechtsdogmatik wird überwiegend zwischen tatbestandsausschließendem Einverständnis und rechtfertigender Einwilligung unterschieden.<sup>55</sup> So sollen etwa bestimmte Handlungen nur gegen den Willen des Rechtsinhabers möglich sein. Beispielsweise setzt ein Gewahrsamsbruch voraus, dass der Inhaber seine Sache behalten – und gerade nicht hergeben – will. Das Paradebeispiel für eine rechtfertigende Einwilligung ist die Einwilligung in einen ärztlichen Heileingriff. Gelegentlich wird die Zuordnung zu unterschiedlichen Deliktsebenen auch bestritten.<sup>56</sup> Wichtiger als diese Einordnungsproblematik sind die unterschiedlichen Anforderungen an die Wirksamkeit eines Einverständnisses und einer Einwilligung, wobei auch hier vieles strittig ist. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert insbesondere die Bewertung von Täuschungen. So ist weitgehend anerkannt, dass ein Motivirrtum und selbst eine arglistige Täuschung ein Einverständnis noch nicht unwirksam machen.<sup>57</sup> Ansonsten kommt es maßgeblich auf den einzelnen Tatbestand an (z.B. Unwirksamkeit des Einverständnisses bei einer qualifizierten Drohung nach § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB oder bei jeder Drohung mit einem empfindlichen Übel nach § 240 Abs. 1 StGB). Bei der Einwilligung ist umstritten, ob nur rechtsgutsbezogene Fehlvorstellungen zu ihrer Unwirksamkeit führen<sup>58</sup>, ob zusätzlich auch eine durch eine Täuschung des Täters veranlasste Fehlvorstellung<sup>59</sup> oder ob schon jeder Motivirrtum ein wesentlicher Willensmangel ist.<sup>60</sup>

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### *b) Ausdrückliche Erklärung?*

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

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

#### *c) Ein Formulierungsvorschlag und Auswirkungen auf andere Strafvorschriften*

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

---

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

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

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

<sup>64</sup> S. auch Hörnle (Fn. 42), S. 17 f.

<sup>65</sup> Hörnle (Fn. 42), S. 17 f.

<sup>66</sup> Stellungnahme des djB vom 25. 7. 2014, S. 4.

<sup>67</sup> So Hörnle (Fn. 42), S. 14.

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

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

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

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

---

<sup>68</sup> *Hörnle* (Fn. 42), S. 17.

<sup>69</sup> So etwa *Hörnle* (Fn. 42), S. 15, 17.

<sup>70</sup> *Hörnle* (Fn. 42), S. 18 ff.

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

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

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

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

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

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

## **IV. Die Reformbedürftigkeit von § 179 StGB**

### **1. Völkerrechtliche Vorgaben**

Zweck des UN-Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. 12. 2006<sup>78</sup> ist die Beseitigung jeglicher Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen (vgl. Art. 4

---

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

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

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

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

<sup>77</sup> Anders Hörnle (Fn. 42), S. 22.

<sup>78</sup> BGBl. 2008 II, 1419.

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

## 2. Diskriminierung durch das geltende Recht

Der Streit zwischen einer Verbrechenslösung<sup>79</sup> und einer Vergehenslösung für § 179 StGB hat sich längst zu einem Glaubenskrieg mit verhärteten Fronten entwickelt. Dahinter verbirgt sich der Vorwurf der Diskriminierung von Behinderten.<sup>80</sup> Gerade die besonders schwachen und daher auch besonders schutzbedürftigen Opfer würden durch das geltende Sexualstrafrecht diskriminiert, weil sexuelle Übergriffe ohne den in diesen Fällen überflüssigen Einsatz von Gewalt oder Drohungen nicht wie in § 177 StGB als Verbrechen eingestuft würden. Von einer verfassungswidrigen „Privilegierung“<sup>81</sup> von Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung behinderter Menschen kann jedoch keine Rede sein. Das Unrecht einer Tat ist höher, wenn das Opfer genötigt wird.<sup>82</sup>

Im Übrigen hat der Vorwurf durch das SexualdelÄndG vom 27. 12. 2003<sup>83</sup> erheblich an Gewicht verloren. Als Zugeständnis gegenüber der Verbrechenslösung wurde mit § 179 Abs. 3 StGB ein unbenannter schwerer Fall eingeführt und zugleich der minder schwere Fall des Grunddelikts gestrichen.<sup>84</sup> Für den qualifizierten Missbrauch wurde die Mindeststrafe auf zwei Jahre erhöht. Dadurch tritt die Differenz des Handlungsunrechts zwischen § 177 StGB (Nötigung) und § 179 StGB (Missbrauch) in den Hintergrund. Je intensiver der sexuelle Übergriff selbst ausfällt, desto mehr bestimmt das höhere Erfolgsunrecht über die Strafzumessung.

## 3. Bestehende Ungereimtheiten

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

---

<sup>79</sup> Dafür BT-Drs. 13/4571; 13/8548, 6.

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

<sup>81</sup> *Reichenbach*, GA 2003, 551.

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

<sup>83</sup> BGBl. I 3007.

<sup>84</sup> Krit. *Fischer*, § 179 Rn. 25.

in den Körper verbunden sind“. Dagegen spricht § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB von „ähnlichen sexuellen Handlungen“, die das Opfer „besonders erniedrigen“, und benennt die Penetration lediglich als ein Beispiel dafür. Das führt zu überflüssigen Auslegungsproblemen. So verlangen einige höchstrichterliche Entscheidungen des BGH grundsätzlich eine wertende Betrachtung des Einzelfalles<sup>85</sup>, die schon nach dem Gesetzeswortlaut für § 179 Abs. 5 Nr. 1 StGB entbehrlich ist. Auf der anderen Seite fallen sonstige, „schlicht“ erniedrigende sexuelle Handlungen<sup>86</sup> nicht unter § 179 Abs. 5 Nr. 1 StGB. Ein sachlicher Grund für diese Differenzierung ist nicht ersichtlich.<sup>87</sup>

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

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

---

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

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

<sup>87</sup> Ebenso *Hörnle* in: LK, § 179 Rn. 79.

<sup>88</sup> S. auch *Hörnle* in: LK, § 179 Rn. 85.

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