



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 ausziehen, 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. Genau 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 Hörnle²³ 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 Strafrahmensüberschneidungen, 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 auszuschneiden; 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.