SSOAR

Open Access Repository
www.ssoar.info

Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen: menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht

Rabe, Heike; Normann, Julia von

Veröffentlichungsversion / Published Version
Stellungnahme / comment

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:
Deutsches Institut für Menschenrechte

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:
Rabe, H., & Normann, J. v. (2014). *Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen: menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht.* (Policy Paper / Deutsches Institut für Menschenrechte, 24). Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte. https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-390710

Nutzungsbedingungen:
Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.
Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

Terms of use:
This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.
By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

gesis Leibniz-Institut für Sozialwissenschaften

Mitglied der Leibniz-Gemeinschaft

Policy Paper

Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen

Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht

Heike Rabe, Julia von Normann

Deutsches Institut
für Menschenrechte

Impressum

Deutsches Institut für Menschenrechte

Zimmerstr. 26/27
10969 Berlin
Tel.: 030 25 93 59 - 0
Fax: 030 25 93 59 - 59
info@institut-fuer-menschenrechte.de
www.institut-fuer-menschenrechte.de

Satz:
Wertewerk
Barrierefreies Publizieren
Tübingen

Policy Paper Nr. 24
Mai 2014

ISBN 978-3-945139-12-7 (PDF)
ISSN 1614-2195 (PDF)

© 2014 Deutsches Institut für Menschenrechte
Alle Rechte vorbehalten

Die Autorinnen

Heike Rabe ist Volljuristin und seit 2009 wissenschaftliche Mitarbeiterin am Deutschen Institut für Menschenrechte. Sie leitete von 2009 bis Mitte 2013 das Projekt „Zwangsarbeit heute" und bearbeitet seit Anfang 2014 den Themenschwerpunkt Zugang zum Recht und geschlechtsspezifische Gewalt.

Vor ihrer Beschäftigung am Institut war sie mehrere Jahre in der Evaluation von Praxisprojekten und Gesetzen zu den Themen häusliche Gewalt, Prostitution und Menschenhandel tätig.

Julia von Normann LL.M. ist Volljuristin und und war von Januar bis März 2014 wissenschaftliche Mitarbeiterin der Abteilung Inland/ Europa des DIMR. Sie befasste sich mit den Themen geschlechtsspezifische Gewalt, Menschenhandel und Innere Sicherheit.

Das Institut

Das Deutsche Institut für Menschenrechte ist die unabhängige Nationale Menschenrechtsinstitution Deutschlands. Es ist gemäß den Pariser Prinzipien der Vereinten Nationen akkreditiert (A-Status). Zu den Aufgaben des Instituts gehören Politikberatung, Menschenrechtsbildung, Information und Dokumentation, anwendungsorientierte Forschung zu menschenrechtlichen Themen sowie die Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen. Es wird vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, vom Auswärtigen Amt und von den Bundesministerien für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung sowie für Arbeit und Soziales gefördert. Im Mai 2009 wurde die Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention im Institut eingerichtet.

Zusammenfassung

Über fünf Prozent der Deutschland lebenden Frauen gaben in einer Studie an, seit ihrem 16. Lebensjahr Opfer einer Vergewaltigung geworden zu sein. In den letzten Jahren wurde in Deutschland nur bei etwa einem Zehntel der angezeigten Vergewaltigungen der Täter verurteilt – eine im europäischen Vergleich niedrige Quote. Die enge Auslegung des Tatbestandes der sexuellen Nötigung und Vergewaltigung durch den Bundesgerichtshof führt zu Schutzlücken.

Derzeit bereitet die Bundesregierung die Ratifikation des Europaratsübereinkommens über die „Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt" vor. Artikel 36 des Übereinkommens verpflichtet die Vertragsstaaten in Übereinstimmung mit der Europäischen Menschenrechtskonvention und der UN-Frauenrechtskonvention, alle nicht-einverständlichen Sexualakte unter Strafe zu stellen und eine effektive Strafverfolgung zu gewährleisten. Das vorliegende Policy Paper legt die menschenrechtlichen Schutzlücken bei der effektiven Strafverfolgung sexueller Gewalt gegenüber erwachsenen Frauen in Deutschland dar. Es kommt zu dem Ergebnis, dass § 177 des Strafgesetzbuches in der Auslegung des Bundesgerichtshofs die menschenrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands, insbesondere aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, nicht erfüllt. Deswegen besteht bereits heute – unabhängig von einer Ratifikation – die Verpflichtung der Staatsanwaltschaften und Gerichte, sich mit der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte auseinanderzusetzen. Spätestens im Rahmen der Ratifikation muss der Gesetzgeber tätig werden und die Straftatbestände zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung überarbeiten.

Inhalt

1 Einleitung 5

2 Weshalb besteht Handlungsbedarf?. . . .6

2.1 Ausmaß und strafrechtliche Reaktion in Bezug auf sexualisierte Gewalt 6

2.2 Innerstaatliche Rechtslage. 8

2.2.1 Rechtsprechung des BGH und Kommentarliteratur zu § 177 Absatz 1 Nr. 3 StGB 9
2.2.2 Schutzlücken 11
2.2.3 Blick in andere Länder 12

2.3 Ratifikation der Europaratskonvention gegen Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt 14

2.4 Völkerrechtliche Verpflichtungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention . . 15

2.4.1 Das Urteil „M. C. gegen Bulgarien" 16
2.4.2 Völkerrechtliche Wechselwirkungen 17
2.4.3 Wirkung der EGMR-Rechtsprechung in Deutschland 18
2.4.4 Konsequenzen für Deutschland 20

3 Empfehlungen 22

Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen

Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht

1 Einleitung

Der Angeklagte bat die 14-jährige K. B., ob er sie als Modell für ein Tattoo zeichnen dürfe. „Nachdem das Mädchen sein Einverständnis erklärt hatte, forderte er es auf, sich mit auseinander gestellten Beinen und an der Wand abgestützten Armen mit dem Gesicht zur Wand zu stellen. (...) Kurze Zeit später trat der Angeklagte - von K. B. unbemerkt - hinter sie, zog ihr plötzlich und für sie völlig unerwartet die Jogginghose und den Slip herunter; er drang von hinten in sie ein und führte den Geschlechtsverkehr durch. Er wusste, dass dies gegen den Willen des ‚paralysierten Mädchens' geschah. Hierbei nutzte er plangemäß den Umstand, dass beide in dem Anwesen allein waren, sowie das Überraschungsmoment aus."[1] Der Bundesgerichtshof hat dieses als unstreitig festgestellte Verhalten des Täters in seiner Entscheidung aus 2011 in Überstimmung mit der herrschenden Meinung in der Literatur nicht unter den Straftatbestand der Vergewaltigung, § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB, subsumiert. Auch weitere sexuelle Handlungen gegen den Willen der Betroffenen sind nach der derzeitigen herrschenden Rechtsauffassung nicht oder nur mit Rückgriff auf Ausweichtatbestände strafbar. Diese Wertung wirft unter anderem die Fragen auf, ob die Gesetzeslage und Rechtspraxis in Deutschland einen umfassenden Schutz des sexuellen Selbstbestimmungsrechts gewährleisten und ob sie den menschenrechtlichen Verpflichtungen entsprechen.

Gewalt gegen Frauen[2] und damit auch sexualisierte Gewalt ist eine Menschenrechtsverletzung[3]. Aus dieser rechtlichen Einordnung ergeben sich für den Staat Verpflichtungen auf unterschiedlichen Ebenen: Der Staat ist gehalten, durch sein Handeln nicht selbst die Rechte von Frauen zu verletzen. Er muss ihren Schutz vor Rechtsverletzungen durch Privatpersonen gewährleisten sowie den Rahmen dafür bereitstellen, dass sie ihre Rechte auch tatsächlich wahrnehmen können. Diese drei Dimensionen des Menschenrechtsschutzes ziehen sich durch alle Bereiche staatlichen Handelns und umfassen auch die effektive Strafverfolgung der Täter und Täterinnen von sexualisierter Gewalt. Um bestehende Strafbarkeitslücken im Zusammenhang mit dem hohen Schutzgut der sexuellen Selbstbestimmung zu schließen, hat der Gesetzgeber bereits 1997 den Vergewaltigungstatbestand geändert.[4] Die Reform hat aber bei sexualisierter Gewalt weder zu einem Anstieg des polizeilichen Hellfelds geführt,[5] noch die Fachdiskussion über Strafbarkeitslücken beendet.[6]

Die Bundesregierung prüft derzeit die Voraussetzungen für die Ratifikation der Konvention des Europarates über die „Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt"[7] und hat damit die Fachdiskussion erneut angefacht. Mit dieser Konvention ist auf europäischer Ebene zum ersten Mal ein Menschenrechtsvertrag entstanden, der die Staaten zu umfassenden Maßnahmen in der Prävention, bei

1 BGH, Beschluss vom 8. November 2011, Aktenzeichen 4 StR 445/11.
2 Der Beitrag bezieht sich auf Frauen, da sie ganz überwiegend die Betroffenen von sexualisierter Gewalt gegen Erwachsene in Deutschland sind.
3 Übereinkommen des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11. Mai 2011, CETS n° 210, Artikel 3 a: „Violence against Women" is understood as a violation of human rights and a form of discrimination against women; siehe für eine ausführliche Herleitung dazu Follmar-Otto (2005): Frauenrechte statt Frauenfrage. Entwicklungen und Themen im internationalen Schutz der Menschenrechte von Frauen. In: Jahrbuch Menschenrechte 2005, S. 31-44.
4 Siehe zu der Reform des Sexualstrafrechts Frommel, Monika (2013): Nomos-Kommentar zum Strafrecht, Band 2, 4. Auflage, § 177 StGB, Rz. 1-14.
5 Fischer, Thomas (2012): Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 177, Rz. 3, 60. Auflage. München: Beck Verlag.
6 Siehe zum Beispiel den Kongress des Bundesverbandes Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe 2010: Streitsache Sexualdelikte. Frauen in der Gerechtigkeitslücke.
7 Siehe Fn. 3.

Schutz- und Unterstützungsangeboten sowie im Straf-, Zivil- und Ausländerrecht verpflichtet. So müssen die Vertragsstaaten unter anderem nicht einverständliche sexuelle Handlungen unter Strafe stellen und dieses Verbot auch effektiv durchsetzen.

Die Anforderungen an die Ausgestaltung von Rechtslage und Rechtspraxis werden durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) konkretisiert. Der EGMR weist auf die Tendenz der Gesetzgebung in Europa hin, die fehlende Zustimmung als das wesentliche Element einer Vergewaltigung zu betrachten[8] und stellt hohe Anforderungen an die Ermittlung und Feststellung des fehlenden Einverständnisses.[9] Darüber hinaus haben auch andere Gremien wie der UN-Fachausschuss zur Überwachung der Konvention zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung von Frauen oder der Internationale Strafgerichtshof Anforderungen an eine effektive Strafverfolgung formuliert.

Vor diesem Hintergrund zeigt das vorliegende Papier auf, welche völkerrechtlichen Vorgaben bei der anstehenden Ratifikation der Europaratskonvention in Hinblick auf die Strafgesetzgebung bei sexualisierter Gewalt zu beachten sind. Es will die aktuelle Diskussion um eine Änderung des Straftatbestandes der sexuellen Nötigung um die menschenrechtliche Perspektive ergänzen. Zielgruppen des Papieres sind Vertreter der Rechtspolitik, der Ministerien sowie der Fachverbände.

Hierzu werden im Folgenden der empirische Status Quo grob umrissen, die Lücken der rechtlichen Ausgangslage untersucht und im Abgleich mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen Anforderungen an gesetzlichen Änderungsbedarf formuliert.

2 Weshalb besteht Handlungsbedarf?

2.1 Ausmaß und strafrechtliche Reaktion in Bezug auf sexualisierte Gewalt

Ausmaß sexualisierter Gewalt gegen erwachsene Frauen

Jenseits des in den Strafverfolgungsstatistiken von Polizei und Gerichten regelmäßig abgebildeten Hellfeldes hat die Erhebung von Daten über das tatsächliche Ausmaß sexualisierter Gewalt erst in den letzten 20 Jahren begonnen. Über die Betroffenheit bestimmter Gruppen gibt es nach wie vor kaum empirisch gesichertes Wissen, wie zum Beispiel über Flüchtlingsfrauen, insbesondere über die Gruppe der Frauen ohne rechtmäßigen Aufenthaltsstatus, Prostituierte oder über Männer, die im Erwachsenenalter sexualisierte Gewalt erfahren.

Das Ausmaß (sexualisierter) Gewalt gegen Frauen wurde bisher in verschiedenen Prävalenzstudien erhoben[10]. In der aktuellsten[11] repräsentativen Dunkelfeldstudie zu Gewalt gegen Frauen in Deutschland[12] aus 2004 haben 13 Prozent aller insgesamt 10.264 befragten Frauen, also knapp jede siebte Frau, angegeben, seit dem 16. Lebensjahr eine Form von sexueller Gewalt erlebt zu haben. Der Begriff der sexuellen Gewalt wurde dabei eng gefasst und in Anlehnung an die Tatbestandsmerkmale des § 177 StGB als sexuelle Handlungen definiert, zu denen die Befragte gegen ihren Willen durch körperliche Gewalt oder Drohungen gezwungen wurde.[13] 5,5 Prozent der befragten Frauen gab an, seit dem 16. Lebensjahr mindestens einmal vergewaltigt worden zu sein.[14] Als Täter gaben die Hälfte dieser Frauen Partner oder Ex-Partner an. Der Tatort war überwiegend die eigene Wohnung.[15]

8 EGMR, Urteil vom 4.12.2003, Beschwerde-Nr. 39272/98, M.C gegen Bulgarien, Rdnr. 156.
9 Siehe Fußnote 8, Rdnr. 177-184.
10 So zum Beispiel Kury, Helmut et al (1996): Opfererfahrungen und Meinungen zur Inneren Sicherheit Deutschlands. Ein empirischer Vergleich von Viktimisierungen, Anzeigeverhalten und Sicherheitseinschätzung in Ost und West vor der Vereinigung. BKA-Forschungsreihe Bd.25, Wiesbaden; Wetzels, Peter; Pfeiffer, Christian (1995): Sexuelle Gewalt gegen Frauen im öffentlichen und im privaten Raum. Ergebnisse der KFN-Opferbefragung 1992. KFN-Forschungsberichte, Nr. 37, Hannover.
11 Die Ergebnisse der „Opferbefragung 2011" des Kriminologischen Forschungsinstitutes Niedersachsen unter anderem auch zu Vergewaltigung sind noch nicht veröffentlicht; siehe http://www.kfn.de/Forschungsbereiche_und_Projekte/Viktimisierung/Opferbefragung.htm (Stand: 22.04.2014).
12 Schröttle, Monika; Müller, Ursula (2005): Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland. Eine repräsentative Untersuchung zu Gewalt gegen Frauen in Deutschland – Langfassung.
13 Siehe Fn. 12, S. 64.
14 Siehe Fn. 12, S. 69.
15 Siehe Fn. 12, S. 50.

In der Studie wurden auch verschiedene Teilgruppen von Frauen (Migrantinnen, Prostituierte und inhaftierte Frauen) zu ihrer Gewaltbetroffenheit befragt. Diese nichtrepräsentativen Erhebungen lassen vermuten, dass die aufgrund von Tätigkeit, Ethnie oder Lebenskontext vulnerablen Gruppen eine hohe Betroffenheit aufweisen. So waren nach eigenen Angaben 25 Prozent der insgesamt 65 befragten Flüchtlingsfrauen[16] von sexueller Gewalt in Deutschland betroffen.[17]

Eine aktuelle Studie zur „Lebenssituation und Belastungen von Frauen mit Beeinträchtigungen und Behinderungen in Deutschland“[18] hat gezeigt, dass Frauen mit Behinderungen im Lebensverlauf deutlich häufiger Gewalt erfahren haben als Frauen im Bevölkerungsdurchschnitt. Dies bezog sich auf alle Formen der Gewalt, psychisch, körperlich und sexuell. Auffallend hoch waren die Belastungen durch sexuelle Gewalt.[19]Jede vierte Frau, die in einer Einrichtung lebte und in allgemeiner Sprache befragt wurde, gab an, im Erwachsenenalter vergewaltigt worden zu sein. Bei Frauen mit Behinderung oder Beeinträchtigung, die in Privathaushalten lebten, betraf das nach eigenen Angaben jede siebte Frau. Nach Einschätzung der Forscherinnen sprechen die extrem hohen Anteile der in Einrichtungen lebenden Frauen, die hierzu keine Angaben gemacht haben, bei dieser Befragungsgruppe für ein höheres Dunkelfeld nicht berichteter sexueller Gewalt.[20]

Geringe Anzeigebereitschaft

Ein Weg der Aufarbeitung von sexualisierter Gewalt kann die Strafverfolgung der Täter und Täterinnen durch den Staat sein. Ein Gerichtsverfahren bietet Betroffenen die Möglichkeit, die Unrechtserfahrung gerichtlich bestätigt zu bekommen. Dies kann entscheidend zur Stärkung der Handlungsfähigkeit der Betroffenen beitragen. Anzeige zu erstatten kann somit für Betroffene eine Form der Gegenwehr und der Wiedererlangung von Kontrolle bedeuten. An diesem Punkt bestehen in Deutschland erhebliche Defizite auf verschiedenen Ebenen.

Nur ein kleiner Teil der Betroffenen zeigt die Tat an. Im Rahmen der Prävalenzstudie zu Gewalt gegen Frauen haben nach eigenen Angaben nur 8 Prozent der Frauen, die sexuelle Gewalt erfahren haben, auch Anzeige bei der Polizei erstattet.[21] Eine erhöhte Anzeigebereitschaft zeigten Frauen mit Beeinträchtigungen und Behinderungen. 26 Prozent der in allgemeiner Sprache Befragten in Einrichtungen und 16 Prozent der Frauen in Haushalten gaben an, in Fällen sexueller Gewalt Anzeige erstattet zu haben.[22] Als Hauptgründe dafür, dass sie die Polizei nicht eingeschaltet haben, gaben die Betroffenen an, der Fall sei nicht so schlimm gewesen[23], sie wollten ihre Ruhe, sie hätten sich geschämt, es war ihnen zu intim, die Polizei könne nichts tun oder sie hätten Angst, ihnen würde nicht geglaubt.[24]

Eine statistische Auswertung von Hellfeldzahlen im Rahmen einer Studie über die Strafverfolgung von Vergewaltigung in elf europäischen Ländern hat ergeben, dass in Deutschland zwischen 1997 und 2006 die Zahl der Anzeigen durchschnittlich gestiegen ist. So haben zwischen 1977 und 1979 durchschnittlich 6.633 Frauen Anzeige erstattet. Zwischen 1997 und 1999 waren es 7.372 und 2006 waren es 8.118 Frauen.[25]

Im Kontext der Anzeigenerstattung besteht eine grundsätzliche Besonderheit für Betroffene ohne rechtmäßigen Aufenthaltsstatus oder Duldung. Es besteht die Vermutung, dass diese Frauen sich häufig nicht an die Strafverfolgungsbehörden wenden, um dort Schutz zu suchen oder Strafverfolgung zu initiieren,[26] da sie damit rechnen müssen, dass die Behörden ihre persön-

16 Der Begriff der Flüchtlingsfrauen bezieht sich dabei auf sämtliche Personen, die Asyl beantragt haben, als Asylberechtigte anerkannt worden sind oder über einen (befristeten) Aufenthaltstitel oder ein Bleiberecht verfügen.
17 Schröttle, Monika; Müller, Ursula (2005): Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland. Eine repräsentative Untersuchung zu Gewalt gegen Frauen in Deutschland. Zusammenfassung zentraler Studienergebnisse, S. 24.
18 Schröttle, Monika; Hornbach, Claudia, et al (2012): Lebenssituation und Belastungen von Frauen mit Beeinträchtigungen und Behinderungen in Deutschland – Langfassung.
19 Die Ergebnisse basieren auf einer repräsentativen Befragung, die insgesamt 1.220 Frauen mit Behinderungen und Beeinträchtigungen in privaten Haushalten (800) und in Einrichtungen (420) umfasste, sowie auf einer nichtrepräsentativen Zusatzbefragung von 341 seh-, hör- und schwerstkörper-/mehrfachbehinderten Frauen.
20 Siehe Fn. 12, S. 199.
21 Siehe Fn. 17, S. 17.
22 Nach Auffassung der Autorinnen könnte dies auch damit in Zusammenhang stehen, dass diese Frauen öfter schwerere körperliche und/oder sexuelle Gewalt erlebt haben beziehungsweise von Gewalt durch unbekannte Personen betroffen waren, die häufiger angezeigt wird als Gewalt durch Personen aus dem sozialen Nahraum, S. 222.
23 Die Angabe bezog sich überwiegend auf versuchte Taten, S. 210.
24 Siehe Fn. 12, S. 210, 211.
25 Lovett, Jo; Kelly, Liz (2009): Different systems, similar outcomes. Tracking attrition in reported rape cases across Europe. Child and Women Abuse Study Unit. London Metropolitan University, S. 20.
26 Picum (2012): Strategies to End Double Violence Against Undocumented Women. Protecting Rights and Ensuring Justice, S. 101 ff.

lichen Daten an die Ausländerbehörden übermitteln, § 89 Absatz 2 Aufenthaltsgesetz (AufenthG). Dies kann die Aufforderung zur Ausreise nach sich ziehen. Die Betroffenen können allenfalls gemäß § 60a Abs. 2, S. 2 AufenthG für die Zeit eines Strafverfahrens eine Duldung erhalten. Forschungsergebnisse belegen, dass der Verweis auf den irregulären Status ein wirkungsvolles Mittel von Täterinnen und Tätern ist, um Betroffene davon abzuhalten, staatliche Behörden zu informieren.[27] Aus diesem Grund haben die Staaten des Europarates die Verpflichtung in die Konvention aufgenommen, Betroffenen unter bestimmten Umständen eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen.[28]

Niedrige Verurteilungsraten

Eine aktuelle Meldung des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen besagt, dass es 2012 in nur 8,4 Prozent aller angezeigten Vergewaltigungen zu einer Verurteilung gekommen ist.[29]

Die Ergebnisse der europäischen Studie haben gezeigt, dass nur in einem kleinen Teil der Fälle von sexualisierter Gewalt auf die Anzeige eine strafrechtliche Sanktion erfolgt ist. Zwischen 1997 und 2006 lag die durchschnittliche Verurteilungsrate in Deutschland bei 14 Prozent – mit einem Tiefpunkt von 12 Prozent in 2003/2004. Im europäischen Vergleich bedeutete das die sechstniedrigste Quote. Der ganz überwiegende Teil der Verfahren wurde von den Staatsanwaltschaften eingestellt.[30] Die Hauptgründe[31] hierfür waren eine unzureichende Beweislage, unbekannte Täterinnen oder Täter und der fehlende Beweis eines sexuellen Übergriffs.[32] Eine Verurteilung wurde wahrscheinlicher, wenn Täterinnen und Täter beziehungsweise Betroffene bestimmte Faktoren aufwiesen. Auf der Seite der Betroffenen waren das: weiblich sein, kein Alkoholkonsum, keine psychische Beeinträchtigung sowie dokumentierte Verletzungen und forensische Untersuchungen. Die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung stieg, wenn die Täterinnen oder Täter „Ausländer" waren, Alkohol konsumiert hatten, bereits eine Verurteilung vorlag oder sie der Betroffenen vorher nicht bekannt waren.[33]

2.2 Innerstaatliche Rechtslage

Bereits 1997 war es das Ziel der grundlegenden Reform[34] der Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, verschiedene Schutzlücken im Bereich der sexuellen Nötigung und Vergewaltigung zu schließen. Der Gesetzgeber wollte mit der Neugestaltung des § 177 StGB, insbesondere der Einführung der Tatalternative Absatz 1 Nr. 3, des Ausnutzens einer schutzlosen Lage, gerade auch jene Fälle strafrechtlich erfassen, in denen Täterinnen oder Täter weder Gewalt ausüben noch mit gegenwärtiger Gefahr für Leben und körperliche Unversehrtheit drohen und Betroffene die Tat aus Angst ohne Gegenwehr über sich ergehen lassen.[35]

§ 177 StGB schützt die sexuelle Selbstbestimmung, also die Freiheit einer Person zu entscheiden, wann sie wie mit wem sexuelle Handlungen ausführt oder an sich duldet.[36] Der Tatbestand sieht in Absatz 1 verschiedene Nötigungsmittel vor, die für das Verhalten der Betroffenen kausal sein müssen und die alle im Zusammenhang mit einem eng interpretierten Begriff von Gewalt stehen.

Absatz 1 Nr. 1 setzt eine Nötigung mit Gewalt voraus, wobei Gewalt nach ständiger Rechtsprechung eine gegen den Körper der betroffenen Person gerichtete Kraftentfaltung voraussetzt, den sie als körperlichen Zwang empfinden muss.[37] Die Vornahme einer sexuellen Handlung gegen den Willen einer anderen Person ist keine „Gewalt-Nötigung"[38] zur Duldung der Hand-

27 Helfferich, Cornelia; Kavemann, Barbara; Rabe Heike (2010): Determinanten der Aussagebereitschaft von Opfern des Menschenhandels zum Zweck der sexuellen Ausbeutung. Eine qualitative Opferbefragung. BKA Forschungsreihe Bd. 41. Luchterhand, Wiesbaden.
28 Erläuternder Bericht zur Europaratskonvention gegen Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt, Nr. 301, 307.
29 http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2014-04/studie-vergewaltigung-anzeige-verurteilung (Stand: 22.04.2014).
30 Siehe Fn. 25, S. 21, 57, 58, 62.
31 Siehe Fn. 25, Tabelle 6.12, S. 110.
32 Hier bleibt in der Darstellung der Ergebnisse unklar, ob es sich bei dem Faktor „no evidence of sexual assault" um Beweisschwierigkeiten handelt oder ob bereits der objektive Tatbestand nicht erfüllt wurde.
33 Siehe Fn. 25, S. 110.
34 33. StÄG BGBl. I 1607.
35 BT-Drucksache 13/7324, S. 2.
36 Siehe Fn. 5, § 177 Rz. 2.
37 Laubenthal, Klaus (2012): Handbuch Sexualstraftaten. Springer. Heidelberg, Dordrecht, London, New York; ausreichend: z.B. ausreichend: Festhalten der Hände, Arme, Zupressen des Mundes, Auseinanderdrücken der Beine; die Rechtsprechung sieht keinen körperlich wirkenden Zwang darin, wenn der Täter die Kleidung der Betroffenen herunterreißt oder ihr die Bettdecke über den Kopf zieht: Rz. 70, 171.
38 Fischer, Fn. 5, § 177 Rz. 8.

lung[39]. Gewalt gegen Sachen oder gegen dritte Personen reichen nach herrschender Meinung nicht aus.[40]

Die zweite Tatvariante in Absatz 1 Nr. 2 setzt eine Drohung mit „gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" voraus. Droht der Täter mit einer Gefahr für den Körper, so müssen erhebliche gesundheitsschädigende Verletzungen zu befürchten sein.[41] Die einfache Drohung mit einer Ohrfeige[42] oder mit Schlägen reicht in der Regel dafür nicht aus.

Nach der herrschenden Meinung ist eine finale Verknüpfung von Gewalt bzw. der Drohung mit Gewalt und der sexuellen Handlung erforderlich. Je größer der Zeitraum zwischen der Gewalthandlung und der sexuellen Handlung ist, desto schwieriger wird es, diese Verknüpfung von Täterhandeln und Verhalten der Betroffenen zu bejahen.[43] Darüber hinaus können zum Teil Gewalthandlungen, die eine eigenständige Funktion erfüllen und nicht primär auf die Willensbeugung abzielen, wie zum Beispiel sadistische Handlungen oder Gewalt, die der Bestrafung der Betroffenen dient, nicht unter den § 177 StGB gefasst werden.[44]

Auch die dritte Alternative, das „Ausnutzen einer schutzlosen Lage", ist mit einer Anforderung an körperliche Gewalt verbunden. Die Schutzlosigkeit setzt u.a. auch voraus, dass die Betroffenen aus Angst vor Gewalt auf Gegenwehr verzichten. Aufgrund der Zielsetzung des Gesetzgebers mit der Einführung der dritten Tatalternative, Schutzlücken zu schließen, wird ihre Auslegung durch Rechtsprechung und Literatur im Folgenden näher untersucht.

2.2.1 Rechtsprechung des BGH und Kommentarliteratur zu § 177 Absatz 1 Nr. 3 StGB

Aufgrund der wegweisenden Bedeutung des Bundesgerichtshofes (BGH) für die Rechtsanwendung der unteren Instanzen ist die Darstellung der Rechtsprechung auf die des BGH beschränkt. Die verschiedenen Strafsenate haben in Entscheidungen aus den Jahren 2004 - 2012 im Zusammenhang mit § 177 Absatz 1 Nr. 3 StGB die Urteile der vorangegangenen Instanzen häufig insoweit aufgehoben und zurückverwiesen, als die Landgerichte keine ausreichenden Feststellungen zu den objektiven Gegebenheiten der Schutzlosigkeit der Lage oder zu den Motiven der Geschädigten, Gegenwehr zu unterlassen, getroffen haben.

Objektive Perspektive auf hohe Anforderungen an die Schutzlosigkeit der Lage

Nach der Rechtsprechung des BGH setzt der Tatbestand der sexuellen Nötigung unter Ausnutzen einer schutzlosen Lage voraus, dass sich die Betroffenen in einer Lage befinden, in der sie möglichen nötigenden Gewalteinwirkungen des Täters schutzlos ausgeliefert wären. Hierfür kommt es auf eine Gesamtwürdigung aller tatbestandsspezifischen Umstände an, die in den äußeren Gegebenheiten, in der Person des Opfers oder des Täters vorliegen.[45] Bei der Anwendung dieser Definition legen verschiedene Senate des BGH in jüngeren Entscheidungen, zum Teil erneut, eine objektive Perspektive zugrunde. Danach ist die Sicht der Betroffenen – die subjektive Perspektive – erst dann bedeutsam, wenn sie den objektiven Gegebenheiten entspricht. Die Sicht der Betroffenen hat damit kaum eigenständige Bedeutung.

So rügt zum Beispiel der 4. Senat in einem Beschluss aus dem Jahr 2012, dass das Landgericht in seiner Verurteilung wegen einer Vergewaltigung in der Familienwohnung eines Mehrparteienhauses keine Feststellungen zu den räumlichen Gegebenheiten wie zum Beispiel dem „Schließzustand der Türen" getroffen hat. Die Feststellungen, dass die Geschädigte bei einer Gegenwehr mit Schlägen rechnete, belegten nur, dass sie sich schutzlos fühlte, nicht aber, ob sie es objektiv auch war. Hierzu hätte sich das Landgericht mit der Frage befassen müssen, ob sie durch Schreie oder andere Geräusche hätte Hilfe erlangen können. So habe eine Nachbarin auch schon bei vorangegangen Gewaltvorfällen auf die Hilferufe der Geschädigten reagiert. Der Senat stellt in seiner Entscheidung darauf ab, ob die Befürchtungen der Geschädigten auch tatsächlich berechtigt waren „und sie deshalb – und darauf kommt es an – auch bei objektiver Betrachtung[46]

39 BGH, Beschluss vom 26. 11.2008, Aktenzeichen 5 StR 506/08, Rz. 15.
40 Siehe Fn. 5, § 177 Rz. 9.
41 BGH, Urteil v. 17. Oktober 2000, Aktenzeichen 1 StR 270/00.
42 Siehe Fn. 36, Rz. 189 mit weiteren Nachweisen.
43 Siehe Fn. 5, § 177 Rz. 15.
44 Hörnle, Tatjana (2012): Kommentierung der §§ 174-180 StGB, § 177 Rz. 60 mit weiteren Nachweisen. In: Laufhütte, Heinrich Wilhelm; Rissing van Saan, Ruth; Tiedemann, Klaus (Hrsg) Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, sechster Band, 12. Auflage. Berlin: De Gruyter Recht.
45 Ständige Rechtsprechung, siehe z.B. in BGH, Beschluss vom 01.07.2004, Aktenzeichen 4 StR 229/04.
46 Siehe zu der starken Betonung der objektiven Betrachtungsweise der Schutzlosigkeit in einer Urteilsanmerkung kritisch Renzikowski, Joachim; Sick, Brigitte (2013): Anmerkung zu BGH v. 20. 3. 2012 – 4 StR 561/11. In: NStZ 2013 Heft 8, 466 - 470.

keine Möglichkeit hatte, fremde Hilfe in Anspruch zu nehmen".[47]

Die vom 4. Senat formulierten Anforderungen an die Schutzlosigkeit der Lage entsprechen insgesamt der Rechtsprechung des BGH. Die Schutzlosigkeit basiert zunächst regelmäßig auf äußeren Umständen, insbesondere auf der Einsamkeit des Tatortes und auf dem Fehlen von Fluchtmöglichkeiten.[48] Das bloße Alleinsein von Täter und Opfer in einer gemeinsamen Wohnung begründet zunächst noch keine schutzlose Lage.[49] Vielmehr müssen regelmäßig weitere Umstände dazu treten, wie eine abgeschlossene Tür oder fehlende Hilfeleistungen. Eine schutzlose Lage sah der BGH auch nicht in einer Situation, in der Täter mit der Betroffenen nachts auf einem Rastplatz in einem LKW war. Hier kritisierte er fehlende Feststellungen des Landgerichtes zur Frequentierung des Rastplatzes und zur Anwesenheit Dritter in Rufweite.[50] Diesen Maßstab legt der BGH auch in Fällen an, in denen es sich bei den Geschädigten um Kinder handelt.[51]

Auch der 3. Senat des BGH hat in einer jüngeren Entscheidung aus 2011 eine objektive ex-ante Betrachtung der schutzlosen Lage zugrunde gelegt und die Verurteilung wegen sexueller Nötigung in einem Verfahren aufgehoben, in dem eine Frau auf einer Polizeidienststelle von einem Beamten sexuell bedrängt wurde. In der Entscheidung kritisierte der Senat, dass das Landgericht allein auf die Vorstellungen der Geschädigten abhebe, „die nur aufgrund der aus ihrer Sicht hilflosen Lage und aus Angst vor Schlägen und einer gewaltsamen Vergewaltigung von einer über ein Wegdrücken hinausgehenden Gegenwehr absah". In Bezug auf objektive Faktoren habe das Landgericht hingegen nur festgestellt, dass es der „Betätigung eines Türöffners vom Schreibtisch des Polizeibeamten bedurfte, um von außen das Gebäude zu betreten".[52]

„Qualifizierte" Zwangswirkung der schutzlosen Lage

Zur Verwirklichung des Nötigungselementes muss die Schutzlosigkeit eine Zwangswirkung auf die Betroffenen in der Weise entfalten, dass diese aus Angst eine Gegenwehr unterlassen.[53] Daran fehlt es nach der Rechtsprechung des BGH bei einem überraschenden Angriff, von dem die Betroffene nichts ahnt: Nutzt der Täter „plangemäß den Umstand, dass beide allein waren, sowie das Überraschungsmoment" aus, um eine sexuelle Handlung vorzunehmen, erfüllt das nicht die Voraussetzung des § 177 Absatz 1 Nr. 3.[54]

Aus den Tatvarianten des § 177 Absatz 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB, die den gleichen Strafrahmen eröffnen wie Nr. 3, schließt der BGH darüber hinaus, dass der auf die Betroffenen einwirkende Motivationsdruck im Fall der dritten Tatvariante demjenigen vergleichbar sein muss, der durch den Einsatz qualifizierter Nötigungsmittel im Falle sexueller Handlungen entsteht.[55] Daraus folgt, dass auch die Zwangslage in dem Sinne „qualifiziert" sein muss, dass sie Angst vor potentieller Gewalteinwirkung der Täterinnen und Täter in Form von Körperverletzungs- oder Tötungshandlungen bewirkt. Unterhalb dieser Schwelle liegende Motive sind nicht ausreichend. Hat sich die Geschädigte aus Angst nicht gewehrt, da sie nicht wusste, wie er reagiert, hat ein Pflegekind Angst, bei Gegenwehr getrennt von seiner Schwester in einem Kinderheim untergebracht zu werden,[56] oder hat eine Geschädigte Angst vor einer Abschiebung aufgrund eines fehlenden Aufenthaltstitels,[57] dann erfüllt das nicht das Tatbestandsmerkmal der schutzlosen Lage.[58] Dementsprechend verlangt der BGH die Darlegung des Gewaltbezuges zum Täterverhalten. Dies liegt zum Beispiel dann vor, wenn der Täter bereits in der Vergangenheit im Zusammenhang mit sexuellen Handlungen gewalttätig[59] oder wiederholt tätlich war oder allgemein aggressives Verhalten bezie-

47 BGH, Beschluss vom 20.03.2012, Aktenzeichen 4 StR 561/11, Rz. 11.
48 Ständige Rechtsprechung, siehe z. B. BGH, Urteil vom 25. Januar 2006, Aktenzeichen 2 StR 345/05, 2. Leitsatz.
49 So zum Beispiel BGH, Beschluss vom 26.08.2005, Aktenzeichen 3 StR 260/05.
50 BGH, Beschluss vom 14.02.2005, Aktenzeichen 3 StR 230/04.
51 Zum Bespiel BGH, Beschluss vom 26.08.2005, Aktenzeichen 3 StR 260/05: Dem Verfahren lag ein drei Jahre andauernder Missbrauch eines 10-jährigen Mädchens durch ihren Adoptivvater zugrunde. Das LG hatte keine Feststellungen darüber getroffen, ob die Tür im elterlichen Schlafzimmer abgeschlossen war; keine schutzlose Lage, weil der Bruder der Betroffenen in einem anderen Zimmer der Wohnung war; oder keine Schutzlosigkeit von zwei sieben- und zehnjährigen Mädchen in einer Besuchssituation allein in der Wohnung des getrennt lebenden Vaters, BGH, Beschluss vom 27.04.2006, Aktenzeichen 4 StR 99/06.
52 BGH, Beschluss vom 17. November 2011, Aktenzeichen 3 StR 359/11.
53 So zum Beispiel BGH v. 24.10.2012, Aktenzeichen 4 StR 374/12; BGH NStZ 2006, 165.
54 BGH, Beschluss vom 8. November 2011, Aktenzeichen 4 StR 445/11.
55 Zum Beispiel BGH, Beschluss vom 04. April 2007, Aktenzeichen 4 StR 345/06, Rz. 28; BGH, Beschluss vom 07.07.2009, Aktenzeichen 3 StR 223/09, Rz. 5.
56 BGH, Beschluss vom 04. Dezember 2008, Aktenzeichen 3 StR 494/08.
57 BGH, Beschluss vom 4. April 2007, Aktenzeichen 4 StR 345/06, Rz. 29.
58 Siehe weitere Beispiele bei Laubenthal, Fn. 37, Rz. 206.
59 Vgl. dazu BGH NStZ 2003, 424, 425.

hungsweise konkludentes Handeln zeigte, mit denen er den Geschädigten das Risiko körperlicher Misshandlungen verdeutlichte.[60]

Kommentarliteratur zu § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB

In der Kommentarliteratur wird die Auslegung des § 177 Absatz 1 Nr. 3 StGB durch den BGH insoweit geteilt, als dass die Androhung sozialer Nachteile zur Willensbeugung keine schutzlose Lage begründet.[61] Dies gilt unabhängig vom Kontext sowie von der Art des Nachteils und damit auch von dessen Wirkung. Es entspricht auch der herrschenden Meinung, dass die Schutzlosigkeit der Betroffenen bei einfachem Ausnutzen günstiger Gelegenheiten und überraschenden Angriffen nicht die erforderliche Zwangswirkung aufweist.

Die Anforderungen, die einzelne Senate des BGH an die Schutzlosigkeit der Lage stellen, werden vereinzelt als abwegig[62] und überzogen[63] kritisiert.

Uneinigkeit besteht in der Frage, inwieweit die schutzlose Lage objektiv vorliegen muss. So geht zum Beispiel Hörnle mit Verweis auf den Wortlaut des § 177 Absatz 1 Nr. 3 StGB - „ausgeliefert ist" - davon aus, dass es bei geltender Rechtslage nicht genügt, wenn die betroffene Person sich „nur" schutzlos fühlt, zum Beispiel, weil sie an die Anwesenheit Dritter nicht denkt. Zwar sieht sie hierin eine Absenkung des Schutzniveaus für Betroffene, die aufgrund der belastenden Situation eines sexuellen Übergriffs nicht geistesgegenwärtig reagieren. De lege lata sei aber eine andere Auslegung nicht möglich.[64] Renzikowski betont dagegen die Bedeutung der Opferperspektive und begründet dies mit dem vom Gesetzgeber verfolgten Regelungszweck, dem verbesserten Opferschutz.[65] Laubenthal wiederum stellt auf die reduzierten Schutz- und Verteidigungsmöglichkeiten ab und geht ähnlich wie Hörnle davon aus, dass es bei deren Beurteilung nicht entscheidend auf die Opferperspektive ankommt.[66]

Diese Divergenz in der Literatur umreißt einen deutlichen Handlungsspielraum für mögliche alternative Auslegungen des Tatbestandes durch den BGH.

2.2.2 Schutzlücken

Der Überblick über die Rechtsprechung des BGH und die Literatur zeigt, dass § 177 StGB in der Auslegung durch den Bundesgerichtshof derzeit verschiedene Schutzlücken für Betroffene von sexualisierter Gewalt aufweist. Der Grundtatbestand der sexuellen Nötigung setzt voraus, dass ein den sexuellen Handlungen entgegenstehender Wille der Betroffenen mit Zwang überwunden wird. Darüber hinaus ist körperliche Gewalt ein Element aller drei Nötigungsmittel[67]. Der Legislative ist es damit – entgegen ihrer Intention – nicht gelungen, für Fälle nicht einverständlicher sexueller Handlungen, in denen die Täter keinen Zwang ausüben, die Schutzlücke vollständig zu schließen.[68]

So können nicht einvernehmliche sexuelle Handlungen in den Fällen straflos bleiben, in denen Täter das Überraschungsmoment ausnutzen. Aufgrund der erforderlichen finalen Verknüpfung von Täter und Opferhandeln können sexuelle Handlungen gegen den Willen der Betroffenen aus dem Schutzbereich der Norm fallen, wenn zwischen der Gewalttat und der sexuellen Handlung Wochen oder Monate liegen. Nicht von § 177 StGB erfasst sind auch Fälle, in denen die Betroffenen auf Gegenwehr verzichten, weil sie, nicht aus Angst vor Gewalt, sondern auf Grund einer Abwägung zu der Einschätzung kommen, dass die Tat mit Gegenwehr nicht zu verhindern ist, aber länger dauern oder sie mehr quälen wird. Beide Konstellationen betreffen insbesondere die Opfer, die die Täter gut kennen.[69]

Die objektive Betrachtungsweise der schutzlosen Lage verlangt von Betroffenen, dass sie in der Situation einer Vergewaltigung geistesgegenwärtig und unter Umstän-

60 BGH, Beschluss vom 01.07.2004, Aktenzeichen 4 StR 229/04.
61 So zum Beispiel Fischer, Fn. 5, § 177 Rz. 29a.
62 Siehe Hörnle 2012, Fn. 44, § 177 Rz. 103.
63 Siehe Fn. 59, § 177 Rz. 102; Renzikowski (2012): Kommentierung der §§ 174 – 182 StGB, § 177 Rz. 44. In: Wolfgang Joecks, Wolfgang; Miebach Klaus (Hrsg), Münchener Kommentar zum Strafrecht, Band 3, §§ 80-184. München: C.H.Beck Verlag.
64 Siehe Fn. 59, § 177 Rz. 104.
65 Siehe Fn. 63, Renzikowski, § 177 Rz. 44; so auch Wolters, Gereon (2012): § 177 Rz. 13b. In: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Wolter, Jürgen (Hrsg.),8. Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag.
66 Siehe Fn. 37 Laubenthal, Rz. 208.
67 So auch Kratzer, Isabel (2010): Die Geschichte des Vergewaltigungstatbestandes – Aufbruch contra Konservierung. In: KritV, Heft 1, S. 83-103, S. 94; Kräuter-Stockton (2013): § 177 StGB-Kritik und Verbesserungsvorschläge im Vergleich mit den Regelungen in Norwegen, Schweden und England/Wales. In: djbZ, Heft 2, S. 89 (90).
68 Im Ergebnis auch Laubenthal, Fn. 37, Rz. 2012; Renzikowski, Fn. 63, § 177 Rz. 51.
69 Bundesverband der Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe (bff) (2012): Nein heißt Nein? Leider nein. Stellungnahme zur Debatte um die Strafbarkeit der Vergewaltigung aus Anlass eines umstrittenen Urteils des LG Essen. In: Streit, Heft 3, S. 137.

den auch risikobereit sind, Gegenwehr leisten und aktiv nach Hilfe suchen. Die Kombination der Perspektive mit den hohen Anforderungen an die objektiven Umstände führt dazu, dass die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes auch von der individuellen Handlungsmacht der Betroffenen abhängt. Insbesondere greifen auch die Sondertatbestände wie §§ 174, 174a bis c, 176, 176a und 179 StGB gerade nicht ein, wenn es sich um erwachsene Betroffene handelt, die nicht aufgrund Alters oder einer Beeinträchtigung wehrlos oder gar widerstandsunfähig sind.

Eine besondere Schwierigkeit in der Umsetzung des § 177 StGB besteht in Bezug auf Frauen mit Behinderung, die zwar häufig[70] in der Lage sind, einen entgegenstehenden Willen zu bilden, diesen infolge ihrer Beeinträchtigung in der Tatsituation aber nur schwer artikulieren können. In diesen Fällen finden in der Praxis zum Teil weder der § 177 noch der § 179 StGB Anwendung. Für diese Gruppe von Betroffenen ist Rechtssicherheit erforderlich.[71]

Die Androhung sozialer Nachteile erfüllt nicht den Tatbestand des Absatzes 1 Nr. 3. Auch der Verweis auf die Auffangmöglichkeit über § 240 Absatz 4 Nr. 1 StGB kann nicht alle Schutzlücken beseitigen.[72] § 240 Absatz 4 Nr. 1 StGB ist gerade keine Entsprechung des § 177 StGB nur mit einfachen Nötigungsmitteln. Der Wortlaut des Tatbestandes setzt voraus, dass eine Person zu einer sexuellen Handlung genötigt wird, und erfasst somit nicht die Nötigung zur Duldung solcher Handlungen.[73] Die Formulierung verengt damit den Tatbestand auf bestimmte Begehungsweisen der Nötigung und trägt damit im Gegensatz zu § 177 StGB gerade nicht der Erkenntnis Rechnung, dass Betroffene aus Angst oder Starre sexuelle Handlungen über sich ergehen lassen.

Darüber hinaus führt die Rechtslage auch aus anderen Erwägungen im Ergebnis zu ungerechtfertigten Ergebnissen. Die deutlich niedrigere Strafandrohung und die Qualifizierung des § 240 StGB als Vergehen entsprechen häufig insbesondere nicht dem Unrechtsgehalt von sexualisierter Gewalt im Zusammenhang mit ungleichen Machtverhältnissen zwischen Tätern bzw. Täterinnen und Betroffenen.[74] Das ist zum Beispiel der Fall in Über-/Unterordnungsverhältnissen, in denen soziale und/oder psychische Abhängigkeiten bestehen können[75], wie in Einrichtungen für ältere Menschen oder zwischen Erwachsenen und Jugendlichen.[76] Aber auch für andere, in bestimmten Lebenssituationen vulnerable Gruppen wie Menschen ohne Aufenthaltspapiere mag zum Beispiel die Furcht vor Ausweisung[77] ähnlich stark (wenn nicht gar stärker) wiegen als die Furcht vor Gewalt und sie dazu bringen, Gegenwehr im Sinne des § 177 Absatz 1 Nr. 3 StGB zu unterlassen. In diesen Zusammenhängen erscheinen sexuelle Übergriffe gegen den Willen der Betroffenen in Bezug auf den Unrechtscharakter mindestens gleichwertig mit den Begehungsformen aufgrund der Nötigungsmittel des § 177 StGB.

2.2.3 Blick in andere Länder

Zur Bestimmung des Vergewaltigungsbegriffs haben internationale Gerichte wiederholt die Tatbestände nationaler Rechtsordnungen verglichen. Exemplarisch soll daher hier auf Strafgesetze in ausgewählten westeuropäischen Staaten hingewiesen werden. Dabei handelt es sich um einen Überblick über Tatbestände, deren Wortlaut weiter gefasst ist als der des § 177 StGB. Der reine Wortlaut gibt selbstverständlich keine Auskunft über die Auslegung und Anwendung der Norm und damit keine verlässliche Auskunft über die Rechtslage in dem betreffenden Staat. Abgebildet sind auch „nur" die Vergewaltigungstatbestände oder diejenigen Absätze, die sich mit der Definition von Vergewaltigung befassen. In den meisten der hier dargestellten Staaten gibt es darüber hinaus wie in Deutschland im Bereich

70 In diesem Zusammenhang weist die politische Interessensvertretung behinderter Frauen darauf hin, dass die meisten Frauen mit Behinderung nicht widerstandsunfähig sind und dass das in der Praxis häufig verkannt wird: Weibernetz e.V. (2012): Gewalt gegen Frauen und Mädchen mit Behinderung, S. 2.

71 Beauftragte der Bundesregierung für die Belange behinderter Menschen (2012): Positionspapier der staatlichen Koordinierungsstelle nach Art. 33 UN-BRK (Fachausschuss Freiheits- und Schutzrechte, Frauen, Partnerschaft, Bioethik), S. 18.

72 Andere Ansicht Frommel, Fn. 4, § 177 Rz. 3.

73 Fischer, Fn. 5, § 177 Rz. 59.

74 BGH 1 StR 580/10 vom 12. Januar 2011, S. 4, 5: „Gerade in den Fällen der vorliegenden Art, in denen das Opfer zu alt ist, um von § 176a StGB geschützt zu werden, würde bei Nichtvorliegen einer weiteren Alternative des § 177 Abs. 1 StGB eine zu restriktive Auslegung der 3. Begehungsalternative des § 177 Abs. 1 StGB zu ungerechtfertigten Ergebnissen führen. Denn der dann allenfalls gegebene § 240 Abs. 4 Nr. 1 StGB mit seiner deutlich niedrigeren Strafandrohung würde den Unrechtsgehalt der Tat gerade gegenüber den zu schützenden Behinderten nicht in der gebotenen und vom Gesetzgeber gewollten Weise erfassen."

75 Bungart, Petra (2005): Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen. Der Schutz Behinderter durch das Sexualstrafrecht, S. 148. Frankfurt am Main: Mabuse Verlag.

76 Sexuelle Gewalt gegen Kinder wird in der Regel von den §§ 176, 176a StGB erfasst, der einen ähnlichen Strafrahmen hat wie § 177 StGB.

77 Siehe zu einer solchen Fallkonstellation BGH, Beschluss vom 4. April 2007, Aktenzeichen 4 StR 345/06.

der Sexualdelikte ein Normengefüge. Eine umfangreiche Analyse der Wirkung der Normen müsste das jeweilige Rechtssystem, den Wortlaut und die Auslegung sowie die politischen und tatsächlichen Rahmenbedingungen der Strafverfolgung berücksichtigen und wäre Gegenstand einer eigenständigen Untersuchung. Die Darstellung der Tatbestände soll lediglich eine erste Orientierung für mögliche Ausgestaltungsoptionen geben.[78] Die ausgewählten Tatbestände lassen sich in drei Gruppen unterteilen.

Fehlendes Einverständnis

Die Straftatbestände des Vereinigten Königreichs, Irlands und Belgiens stellen das (fehlende) Einverständnis ins Zentrum der Vergewaltigungsdefinition. Dabei greift Belgien ergänzend auf Regelbeispiele zurück und definiert in Artikel 375 Absatz 1 Belgisches Strafgesetzbuch[79] „jeden Akt des sexuellen Eindringens, auf welche Weise und durch welches Mittel auch immer, der gegen eine Person begangen wird, die nicht damit einverstanden ist", als Vergewaltigung. Nach Absatz 2 ist das Einverständnis insbesondere ausgeschlossen, wenn der Akt durch Gewalt, Drohung oder List erzwungen, durch körperliche, geistige Krankheit oder durch ein Defizit des Opfers ermöglicht worden ist.

Nach Abschnitt 2 Abs. 1 des Irischen Strafgesetzbuches (Vergewaltigung)[80] begeht „ein Mann eine Vergewaltigung, wenn er Geschlechtsverkehr mit einer Frau hat, die zur Zeit des Verkehrs damit nicht einverstanden ist, und er zu dieser Zeit weiß, dass sie nicht einverstanden ist, oder rücksichtslos dahin gehend handelt, ob sie einverstanden ist oder nicht." Im Rahmen einer Erweiterung der Norm hat der Gesetzgeber klargestellt, dass ein Versäumnis oder Unterlassen einer Person, Widerstand zu leisten, nicht bereits für sich allein bedeutet, dass sie mit dieser Handlung einverstanden ist.

Weite Nötigungsmittel

Schweden, Finnland und Spanien begründen ihre Tatbestände auf Voraussetzungen, die vom Wortlaut her den Nötigungsmitteln des deutschen Strafrechts entsprechen. Sie sind jedoch weiter gefasst als die des § 177 StGB oder halten einen Auffangtatbestand vor. So sieht § 1 Abs. 1 des 6. Kapitels schwedisches Strafgesetzbuch eine Strafbarkeit wegen Vergewaltigung unter anderem dann vor, wenn eine Person mit einer strafbaren Handlung bedroht wird und beschreibt in Absatz 2 eine schutzlose Lage aufgrund von Bewusstlosigkeit, Schlaf, Vergiftung, Drogeneinflusses, Krankheit, körperlicher Verletzung, geistiger Störung oder anderweitig in Anbetracht der allgemeinen Umstände.[81] Abschnitt 1 in Kapitel 20 des finnischen Strafgesetzbuches stellt Handeln unter Strafe, das ausnutzt, wenn die andere Person wegen „Bewusstlosigkeit, Krankheit, Behinderung oder aus Angst oder anderweitiger Hilflosigkeit heraus nicht in der Lage ist, sich zu verteidigen oder ihren Willen auszudrücken".[82] Spanien bestraft auf der Grundlage von Artikel 178 des Strafgesetzbuches denjenigen, der gegen das sexuelle Selbstbestimmungsrecht einer anderen Person durch unter anderem Einschüchterung verstößt.[83]

Element der Fahrlässigkeit

Norwegen stellt auch eine infolge grober Nachlässigkeit fahrlässig begangene Vergewaltigung unter Strafe und definiert in § 192 Absatz 1 Strafgesetzbuch die Vergewaltigung als „sexuelle Handlung mittels Gewalt oder Drohungen" oder als sexuelle Handlungen, die an einer Person, die bewusstlos oder aus irgendeinem Grund widerstandsunfähig ist, vorgenommen wird. Absatz 4 sieht darüber die Strafbarkeit der Vergewaltigung infolge grob fahrlässigen Handelns vor.[84]

78 Siehe dazu auch die Diskussion der Gesetzeslage in Norwegen, Schweden, England/Wales von Kräuter-Stockton, Fn. 67.

79 Code Pénal (1867): http://www.ejustice.just.fgov.be (Stand: 22.04.2014). Übersetzung aus dem Französischen durch die Verfasserinnen.

80 Criminal Law (Rape) Act (1981), http://www.irishstatutebook.ie/1981/en/act/pub/0010/print.html (Stand: 22.04.2014), Criminal Law (Rape) (Amendment) Act (1990), http://www.irishstatutebook.ie/1990/en/act/pub/0032/print.html (Stand: 22.04.2014). Übersetzung aus dem Englischen durch die Verfasserinnen. Zu beachten sind hier Unterschiede zwischen Tatbeständen in kontinentalen Rechtssystemen und (kodifizierten) Präzendenzfällen in Rechtssystemen des Common Law.

81 Brottsbalk (1962), Gesetz Nr. SFS 1962:700, nicht-amtliche Übersetzung des schwedischen Justizministeriums, http://www.government.se/content/1/c6/04/74/55/ef2d4c50.pdf (30,8 KB, Stand: 22.04.2014). Übersetzung des zweiten Absatzes aus dem Englischen durch die Verfasserinnen.

82 Rikoslaki (1889), Gesetz Nr. 39/1889, inoffizielle englische Übersetzung des Justizministeriums „The Criminal Code of Finland", http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1889/en18890039.pdf (495 KB, Stand: 22.04.2014). Übersetzung aus dem Englischen durch die Verfasserinnen.

83 Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal vom 23.11.1995; englische Übersetzung des Justizministeriums http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288774502225/TextoPublicaciones.html (Stand: 22.04.2013). Übersetzung aus dem Englischen durch die Verfasserinnen.

84 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) (1902), Gesetz Nr. LOV-1902-05-22-10; nicht-amtliche englische Übersetzung „The General Civil Penal Code" des Ministeriums für Justiz und Polizei, http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-19020522-010-eng.pdf (9,9 KB, Stand: 22.04.2014). Übersetzung aus dem Englischen durch die Verfasserinnen.

2.3 Ratifikation der Europaratskonvention gegen Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt

Im Mai 2011 hat der Europarat das Übereinkommen zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, die sogenannte Istanbul Konvention, formell verabschiedet. Die Konvention ist das erste internationale Übereinkommen, das alle Formen von geschlechtsspezifischer Gewalt gegen Frauen – körperliche, seelische und sexuelle Gewalt, aber auch Stalking, Genitalverstümmelung und Zwangsverheiratung – umfasst. Einen besonderen Fokus legt sie auf häusliche Gewalt und schließt hier betroffene Männer und Kinder mit ein (Artikel 2). Das Übereinkommen verpflichtet die Staaten zu umfassenden Maßnahmen in allen Bereichen, von der Prävention über Unterstützungsangebote bis hin zu Straf-, Zivil- und Ausländerrecht.

Der Europarat folgt mit der Verabschiedung der Konvention den anderen regionalen Menschenrechtsschutzsystemen, die ebenso wie die Vereinten Nationen[85] bereits spezifische Übereinkommen zum Schutz von Frauenrechten beziehungsweise zum Schutz von Frauen vor Gewalt vorsehen.[86] Mit dem Inkrafttreten im August 2014 erzeugt das Übereinkommen des Europarates für alle ratifizierenden Mitgliedsstaaten rechtsverbindliche Wirkung.[87] Nach der Ratifikation erhält es in Deutschland gemäß Artikel 59 Absatz 2 Satz 1 Alternative 2 Grundgesetz (GG) unmittelbar innerstaatliche Geltung im Rang eines einfachen Bundesgesetzes.[88] Deutschland hat das Übereinkommen bislang nur gezeichnet. Die Bundesregierung hat aber angekündigt, die Konvention zeitnah zu ratifizieren.[89]

Artikel 36 Abs. 1 des Übereinkommens verlangt, dass „die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Maßnahmen zu treffen sind, um sicherzustellen, dass folgendes vorsätzliches Verhalten unter Strafe gestellt wird:

a) nicht einverständliches, sexuell bestimmtes vaginales, anales oder orales Eindringen in den Körper einer anderen Person mit einem Körperteil oder Gegenstand;
b) sonstige nicht einverständliche sexuell bestimmte Handlungen mit einer anderen Person;
c) Veranlassung einer Person zur Durchführung nicht einverständlicher sexuell bestimmter Handlungen mit einer dritten Person."

Artikel 36 Abs. 2 gibt vor, dass das Einverständnis freiwillig als Ergebnis des freien Willens der Person, der im Zusammenhang der jeweiligen Begleitumstände beurteilt wird, erteilt werden muss.

Der erläuternde Bericht zur Konvention hält die Vertragsstaaten an, im nationalen Strafrecht den Begriff der fehlenden Zustimmung zu den verschiedenen in den Unterabsätzen a bis c aufgeführten sexuellen Handlungen aufzunehmen. Dabei ist ihnen – in den Grenzen von Artikel 36 Absatz 2 – überlassen, „über die genaue Formulierung in der Gesetzgebung sowie über die Faktoren zu entscheiden, die eine freie Zustimmung ausschließen".[90] Eine weitere Konkretisierung für die Ausgestaltung der nationalen Tatbestände enthält der Verweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und insbesondere auf die Entscheidung M. C. gegen Bulgarien[91]. Zwar ist der erläuternde Bericht selbst nicht Bestandteil des Vertragstextes, ermöglicht aber als sogenanntes „soft law", das Ausdruck des übereinstimmenden Willens der Staaten und der von ihnen getroffenen Wertungen ist, die Konkretisierung von Vertragsverpflichtungen.[92]

Flankierend zu Artikel 36 wird der Staat zu weiteren Maßnahmen verpflichtet, die eine effektive Strafverfolgung gewährleisten sollen. So sieht zum Beispiel Artikel 15 Absatz 1 Fortbildungen aller relevanten Berufsgruppen vor. Artikel 25 verlangt die Errichtung von leicht zugänglichen Krisenzentren in ausreichender Zahl um

85 Mit der Frauenrechtskonvention CEDAW, siehe dazu unter 3.4.2.
86 OAS, Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women, "Convention of Belém do Pará" vom 09.06.1994, Übereinkommen Nr. A-61.
87 Artikel 75 Absatz 3: Inkrafttreten nach Ablauf von drei Monaten nach der zehnten Ratifikation. Derzeit haben elf Staaten des Übereinkommens ratifiziert. Stand April 2014.
88 Herdegen, Matthias (2012): Europarecht. 14. Auflage. München: Beck Verlag. § 3 Rdnr. 52 ff.
89 Siehe dazu bereits die Unterrichtung des 17. Bundestages durch die Bundesregierung vom 02.04.2013, BT-Drucksache 17/12996, S. 2.
90 Erläuternder Bericht, Rdnr. 193.
91 Siehe dazu ausführlich unter 4. 1.
92 Siehe hierzu Geiger, Rudolf (2010): Grundgesetz und Völkerrecht mit Europarecht. 5. Auflage. München: C. H. Beck. S. 347 ff.; Heckötter, Ulrike (2007): Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des EGMR für die deutschen Gerichte. Köln: Carl Heymanns (Schriftenreihe Völkerrecht – Europarecht – Staatsrecht; 39), S. 84, 146 ff.

Betroffenen medizinische und gerichtsmedizinische Untersuchungen und Beratung anzubieten. Artikel 45 verpflichtet die Staaten zu einer der Schwere der Tat angemessenen Sanktionierung der Taten. Wird die Tat von einer der Betroffenen nahestehenden Person wie zum Beispiel dem Partner oder der Partnerin begangen, sieht Artikel 46 die Verpflichtung vor, Maßnahmen zu ergreifen, damit diese Tatsache bei der Festsetzung des Strafmaßes erschwerend berücksichtigt werden kann. Art. 59 Absatz 3 sieht eine Verpflichtung der Staaten vor, eine verlängerbare Aufenthaltserlaubnis für Betroffene von geschlechtsspezifischer Gewalt einzuführen, wenn der Aufenthalt aufgrund der persönlichen Situation der Betroffenen nötig ist oder wenn der Aufenthalt für die Mitwirkung in Ermittlungs- bzw. Strafverfahren gegen die Täterinnen und Täter erforderlich ist. Den Staaten steht es frei, beide Alternativen umzusetzen oder eine Alternative zu wählen. Zur Auslegung des Begriffs der persönlichen Situation der Betroffenen führt der erläuternde Bericht der Konvention beispielhaft die Sicherheit, Gesundheitssituation, Familiensituation, Situation im Herkunftsland an. Deutschland hat aber bereits bei der Zeichnung der Konvention diesbezüglich einen Vorbehalt erklärt.

2.4 Völkerrechtliche Verpflichtungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat seit 1985 in einer Reihe von Urteilen eine gefestigte, ausdifferenzierte Rechtsprechung zu den Staatenverpflichtungen bei geschlechtsspezifischer und insbesondere sexualisierter Gewalt unter Artikel 3 (Verbot von Folter, unmenschlicher und erniedrigender Misshandlung) und 8 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) der europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) entwickelt. In neueren Urteilen zieht der EGMR Verbindungen zwischen Grundsatzurteilen zu häuslicher und sexualisierter Gewalt, sodass ein Trend zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung zu geschlechtsspezifischer Gewalt zu verzeichnen ist[93] und die Staatenverpflichtungen aus den beiden Bereichen wechselseitig herangezogen werden können.

Mittlerweile hat der Gerichtshof zu zahlreichen Einzelaspekten im Bereich strafrechtlicher Ermittlungen sowie zivilrechtlicher Schutzanordnungen Stellung bezogen. So beanstandete er im Bereich der häuslichen Gewalt unter anderem die Weigerung von Ermittlungsbehörden, bei zurückgezogenen Strafanträgen beziehungsweise -anzeigen von Amts wegen weiter zu ermitteln[94], oder ihre Ablehnung mit Verweis auf „Privatangelegenheiten", Anzeigen der Betroffenen aufzunehmen.[95] Der Gerichtshof stellte eine Verletzung von Artikel 3 EMRK fest, wenn Behörden untätig blieben, obwohl sie Kenntnis von nicht befolgten Schutzanordnungen hatten.[96] Ein Verstoß liegt auch vor, wenn staatliche Stellen zivilrechtliche Schutzanordnungen verweigern.[97] Gleiches gilt für mangelhafte oder verzögerte und deshalb ineffektive Strafverfahren.[98]

Im Bereich der sexualisierten Gewalt durch Privatpersonen befand der EGMR früh, dass das nationale Recht keine zu restriktiven Verfahrensvorschriften vorsehen dürfe, wonach etwa die Einleitung eines Verfahrens bei einer traumatisierten Betroffenen mit Behinderung nicht allein von ihrer Unterschrift abhängen dürfe.[99] In neueren Entscheidungen befasste sich der EGMR intensiv mit verfahrensrechtlichen Anforderungen im Rahmen von Ermittlungen und im Strafprozess. So stellte er fest, dass Ermittlungsbehörden und Gerichte zur Beurteilung der Glaubhaftigkeit entgegenstehender Aussagen, der Glaubwürdigkeit von Zeuginnen und Zeugen sowie von Beschuldigten umfassende Befragungen durchführen müssen. Die Befragungspflicht erstreckt sich notfalls auch auf am Tatort nicht präsente Personen, die die Glaubwürdigkeit der Beteiligten einschätzen könnten.[100] Zudem befasste er sich mit Ermittlungs- und Beweiswürdigungsmängeln in Fällen sexualisierter Gewalt[101] und der Objektivität und

93 Vgl. etwa EGMR, Urteil vom 16.07.2013, Beschwerde Nr. 74839/10, Mudric gegen Moldawien.
94 EGMR, Große Kammer, Urteil vom 09.06.2009, Beschwerde-Nr. 33401/02, Opuz gegen die Türkei; zuvor bereits die Unterstützung durch staatliche Stellen bei der Rücknahme von Strafanzeigen bzw. -anträgen: EGMR, Urteil vom 31.05.2007, Beschwerde-Nr. 7510/04, Kontrovà gegen die Slowakei.
95 EGMR, Urteil vom 12.06.2008, Beschwerde- Nr. 71127/01, Bevacqua und S. gegen Bulgarien.
96 EGMR, Urteil vom 28.05.2013, Beschwerde- Nr. 3564/11, Eremia und andere gegen Moldawien.
97 EGMR, Urteil vom 16.07.2013, Beschwerde-Nr. 61382/0, B. gegen Moldawien.
98 Siehe Fn. 95.
99 EGMR, Urteil vom 26.03.1985, Beschwerde-Nr. 8978/80, X und Y gegen die Niederlande.
100 EGMR, Urteil vom 15.5.2012, Beschwerde-Nr. 53519/07, I. G. gegen Moldawien; Urteil vom 24.09.2013, Beschwerde-Nr. 13424/06, N. A. gegen Moldawien.
101 EGMR, Urteil vom 24.07.2012, Beschwerde-Nr. 42418/10, D. J. gegen Kroatien; Urteil vom 31.07.2012, Beschwerde-Nr. 19433/07, Tyagunova gegen Russland.

Unparteilichkeit von (Ermittlungs-)richterinnen und -richtern.[102] Gleichzeitig erklärte der EGMR auch die Einführung der entscheidenden Aussage der Betroffenen aus dem Ermittlungsverfahren für zulässig, wenn der Staat aktiv Sorge trägt, die Beschuldigtenrechte zu wahren.[103]

2.4.1 Das Urteil „M. C. gegen Bulgarien"

In „M. C. gegen Bulgarien"[104], dem Grundsatzurteil des EGMR zu sexualisierter Gewalt von 2003, befasst sich der Gerichtshof insbesondere mit den Anforderungen an die konventionskonforme Ausgestaltung der Strafverfolgung von Vergewaltigungen.

Dem Verfahren lagen sexuelle Handlungen zwischen der zum damaligen Zeitpunkt 14-jährigen Beschwerdeführerin M. C. und zwei jungen Männern nach einem Diskothekenbesuch zugrunde. Nach der Darstellung von M. C. wurde sie im August 1995 im Laufe einer Nacht zweimal vergewaltigt. Sie habe die Beschuldigten jeweils zurückgewiesen, geweint und sie gebeten, aufzuhören. Die Beschuldigten gaben dagegen an, sie seien von dem Einverständnis der M. C. ausgegangen. Die Generalstaatsanwaltschaft bestätigte im Juni 1997 die Einstellung des Verfahrens wegen Vergewaltigung der Staatsanwaltschaft. Eine Strafbarkeit nach § 152 Abs. 1 des bulgarischen Strafgesetzbuches liege nicht vor, da nicht nachgewiesen werden konnte, dass die Beschuldigten gegenüber M. C. Gewalt angewendet oder sie bedroht hätten. Dies folge daraus, dass die Beschwerdeführerin keinen Widerstand geleistet oder um Hilfe gerufen habe.

Ohne über die individuelle Schuld der Beschuldigten zu entscheiden, verurteilte der EGMR Bulgarien wegen der Verletzung seiner positiven Verpflichtungen aus Artikel 3 und 8 EMRK. Die bulgarische Regierung hat der von der Beschwerdeführerin vorgetragenen restriktiven, auf Anzeichen von Gegenwehr fokussierten Strafverfolgungspraxis nicht widersprochen. Sie war darüber hinaus nicht in der Lage, dem Gerichtshof Rechtstexte vorzulegen, aus denen eine gegenteilige Auslegung hervorgehe. Auch lagen keine Untersuchungen dazu vor, welche Verfahren bereits auf der Ebene der Staatsanwaltschaft eingestellt werden. Die Auswertung der vorgelegten Entscheidungen des obersten Gerichtshofes habe hingegen gezeigt, dass die meisten Verurteilungen dann ergangen sind, wenn die Täter Gewalt angewendet haben. Der Gerichtshof sieht darin deutliche Anzeichen für eine entweder in der bulgarischen Gesetzeslage oder deren Auslegung begründete generelle Praxis, die sexuelle Handlungen gegen den Willen von Betroffenen ohne Gewaltanwendung straflos stellt. Im Zusammenhang mit der konkreten Ermittlungsarbeit erkennt der Gerichtshof die Schwierigkeiten der Behörden an, einen Sachverhalt auf der Grundlage von zwei widerstreitenden Darstellungen ohne weitere unmittelbare Beweise aufzuklären. Gleichzeitig stellt er aber fest, dass eine solche Situation eine „kontextsensible" Bewertung aller Umstände erfordert, und kritisiert, dass die Behörden im Gegensatz zu der Aussage der Betroffenen kaum die Aussagen der Beschuldigten sowie der der von ihnen benannten Zeugen auf ihre Glaubhaftigkeit überprüft hätten.[105]

In dem Urteil wiederholte der Gerichtshof seine Bewertung, dass unzureichende Gesetzgebung und Strafverfolgungspraxis bei sexualisierter Gewalt aufgrund der schwerwiegenden Folgen einer Vergewaltigung einen Verstoß gegen den nicht derogierbaren und notstandsfesten Artikel 3 EMRK auslösen.[106] Darüber hinaus wendet der EGMR das erste Mal Artikel 3 und Artikel 8 EMRK gemeinsam an und betont damit, dass eine Vergewaltigung sowohl die Verletzung der physischen und psychischen Integrität als auch des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung enthält.[107]

Kernstück der Argumentation im Rahmen der Auslegung der EMRK nach der Konsensmethode war ein Vergleich von internationalen und europäischen Vergewaltigungstatbeständen. Der Gerichtshof entnahm seiner rechtsvergleichenden Analyse, dass sich das fehlende Einverständnis zu sexuellen Handlungen zu dem zentralen Bestandteil der nationalen Vergewaltigungstatbestände entwickelt hat. So haben die Common-Law-Staaten mittlerweile den expliziten Bezug zu jeder Form von Gewalt aus den Tatbeständen entfernt. In den Rechtsordnungen einiger kontinentaleuropäischer Staaten werde durch Auslegung sichergestellt, dass

102 Siehe D. J. gegen Kroatien, Fn. 102.
103 EGRM, Urteil vom 19.02.2013, Beschwerde-Nr. 61800/08, Gani gegen Spanien.
104 EGMR, Urteil vom 04.12.2003, Beschwerde-Nr. 39272/98, M. C. gegen Bulgarien.
105 Siehe Fn. 105, Rdnr. 173-179.
106 Eriksson, Maria (2011): Defining Rape. Emerging Obligations for States under International Law? Leiden: Martinus Nijhoff, S. 238.
107 Siehe dazu Rudolf, Beate; Eriksson, Andrea (2007): Women's rights under international human rights treaties: Issues of rape, domestic slavery, abortion, and domestic violence. In: International Journal of Constitutional Law, Volume 5, Issue 3, S. 507 (509).

die Strafverfolgung bei nicht einvernehmlichen sexuellen Handlungen in der Praxis durch die Interpretation der relevanten Bezeichnungen im Gesetz (u.a. „Zwang", „Gewalt", „Erzwingung", „Bedrohung", „List", „Überraschung») möglich ist.[108] Hier sieht der Gerichtshof den Unterschied zwischen dem Strafrechtssystem Bulgariens und anderer Staaten, wie zum Beispiel Frankreich. Die französische Rechtsprechung legt die Tatbestandsmerkmale Gewalt, Drohung oder Überraschung weit aus, so dass sexuelle Handlungen gegen ein explizit geäußertes Nein der Betroffenen unter den Vergewaltigungstatbestand gefasst werden können.[109] Im Gegensatz dazu geht die bulgarische Rechtsprechung in Übereinstimmung mit einem Teil der Kommentarliteratur davon aus, dass die Begehungsalternative „Geschlechtsverkehr mit einer Frau, die der Täter in einen hilflosen Zustand gebracht hat" nur dann vorliegt, wenn die Betroffene keinen körperlichen Widerstand leisten kann.[110]

Der EGMR folgert abschließend daraus, dass die positiven Verpflichtungen, die den Mitgliedstaaten durch die Artikel 3 und 8 des Übereinkommens auferlegt werden, die Kriminalisierung und wirksame Strafverfolgung aller nicht einvernehmlichen sexuellen Handlungen verlangen. Dies gilt insbesondere auch in Fällen, in denen das Opfer keine physische Gegenwehr leiste.[111] Bei der Umsetzung der Verpflichtung gewährt der Gerichtshof den Vertragsstaaten einen weiten Beurteilungsspielraum. Insbesondere können die Staaten regionale Besonderheiten sowie rechtssystemrelevante Umstände berücksichtigen.[112] Bisher hat der Gerichtshof seine Grundsatzentscheidung zur Rechtssetzungsverpflichtung im Rahmen geschlechtsspezifischer Gewalt nicht vertiefen oder konkretisieren müssen. Ausführliche Zitate in kürzlich ergangenen Nachfolgeentscheidungen zu sexualisierter Gewalt[113], wie auch in Urteilen zur häuslichen Gewalt bestätigen jedoch die Grundsätze von „M. C. gegen Bulgarien". Dabei nimmt der Gerichtshof in Entscheidungen zu häuslicher wie zu sexualisierter Gewalt immer wieder auf die zentrale Passage der Entscheidung Bezug und begründet somit diesbezüglich eine gefestigte Rechtsprechung.

2.4.2 Völkerrechtliche Wechselwirkungen

Zur Definition der Staatenverpflichtungen aus Artikel 3 und 8 EMRK hat der Gerichtshof auf verschiedene völkerrechtliche Quellen zurückgegriffen und die Empfehlung (2002)5 des Ministerkomitees über den Schutz von Frauen vor Gewalt[114], Urteile des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) zu sexualisierter Gewalt im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten sowie die Allgemeine Empfehlung Nr. 19 des UN-Frauenrechtsausschusses[115] herangezogen. Alle Dokumente weisen in dieselbe Richtung und stellen das fehlende Einverständnis als Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung in den Mittelpunkt der Frage nach der Strafbarkeit sexueller Handlungen.

Rechtsprechung des ICTY

So definiert der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien auf der Grundlage eines internationalen Vergleichs von Strafnormen den objektiven Tatbestand der Vergewaltigung völkerrechtlich als „sexuelle Penetration der Vagina oder des Afters des Opfers durch den Penis des Täters oder durch jeden anderen vom Täter verwendeten Gegenstand (...) wo [diese] ohne das Einverständnis des Opfers geschieht."[116]

UN-Frauenrechtskonvention

Die UN- Frauenrechtskonvention CEDAW[117] hat das Ziel, jede Form von Diskriminierung von Frauen zu beseitigen bzw. zu verhindern und erstreckt sich auf alle Lebensbereiche (Artikel 3). Zwar ist Gewalt gegen Frauen im Text der Konvention nicht explizit aufge-

108 Siehe Fn. 105, Rdnr. 161.
109 Siehe Fn. 105, Rdnr. 95.
110 Siehe Fn. 105, Rdnr. 79.
111 Siehe Fn. 105, Rdnr. 166.
112 Siehe Fn. 105, Rdnr. 154.
113 I. G. gegen Bulgarien, siehe Fn. 101; D. J. gegen Kroatien, siehe Fn. 102; N. A. gegen Moldawien, siehe Fn. 101.
114 Siehe Fn. 105, Rdnr. 101.
115 Siehe Fn. 105, Rdnr. 108.
116 ICTY, Kammerurteil vom 22.02.2001, Fall-Nr. IT-96-23, Rdnr. 460, Chefankläger gegen Kunarac, Kovač and Vukovič. Die Berufungskammer hat die konkretisierte Definition bestätigt: Berufungsurteil vom 12.06.2002, Fall-Nrn. IT-96-23 und IT-96-23/1-A, Rdnr. 128 ff.
117 Das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979, in Kraft getreten am 03.09.1981 und von Deutschland am 10. Juli 1985 ratifiziert.

führt. Geschlechtsspezifische Gewalt[118] wird aber über die Allgemeine Empfehlung Nr. 19 des Ausschusses[119] als eine Form der Diskriminierung definiert und somit in den Anwendungsbereich der Konvention einbezogen. Artikel 2 e) begründet die Verpflichtung der Staaten, Frauen auch vor Diskriminierung - und somit vor geschlechtsspezifischer Gewalt - durch Private zu schützen.

Auch der UN-Frauenrechteausschuss kann Individualbeschwerden zur Prüfung von Konventionsverletzungen entgegennehmen, soweit die betreffenden Staaten das Zusatzprotokoll ratifiziert haben. Anders als die Rechtsprechung des EGMR sind die Entscheidungen der Fachausschüsse der UN-Menschenrechtskonventionen nicht unmittelbar völkerrechtlich verbindlich.[120] Die Vertragsstaaten sind jedoch verpflichtet, sich mit der Auffassung des Ausschusses nach Treu und Glauben auseinanderzusetzen.[121] In zwei jüngeren Verfahren aus den Jahren 2008 und 2011 hat der Ausschuss die Anforderungen aus dem Übereinkommen für eine effektive Strafverfolgung von sexualisierter Gewalt auf der Rechtssetzungsebene definiert: In „Vertido gegen die Philippinen"[122] greift er die Erfahrungen verschiedener Staaten auf, dass Tatbestände, die allein auf dem fehlenden Einverständnis der Betroffenen basieren, durch die hohen Anforderungen an die Beweisführung zu einer sekundären Viktimisierung der Betroffenen führen können. Der Ausschuss entwickelt unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Empfehlungen des UN-Handbuches zur Gesetzgebung bei Gewalt gegen Frauen[123] den Grundsatz des fehlenden Einverständnisses weiter, indem er verschiedene Vorschläge für die Ausgestaltung der Strafgesetze macht. Er empfiehlt, Zwang und Gewalt als Merkmale aus dem Tatbestand zu entfernen und eine gesetzliche Definition von „sexuellen Übergriffen" einzuführen, die ein freiwilliges und eindeutiges Einverständnis der Betroffenen erfordert sowie gleichzeitig hohe Sorgfaltsanforderungen an die Schritte stellt, die eine Person unternommen hat, um sich des Einverständnisses zu versichern. Alternativ schlägt er einen Tatbestand vor, der zwingende Umstände beschreibt, unter denen die Tat begangen sein muss, und dabei eine große Bandbreite solcher Umstände enthält.[124]

In dem Verfahren „S.V.P. gegen Bulgarien"[125] hat der Ausschuss darüber hinaus festgestellt, dass eine Verurteilung aufgrund von Tatbeständen, deren Strafrahmen nicht dem Unwertgehalt der Tat entsprechen, gegen die Anforderungen von CEDAW an die Strafverfolgung der TäterInnen verstoßen.

2.4.3 Wirkung der EGMR-Rechtsprechung in Deutschland

Der Gesetzgeber hat die den Entscheidungen des EGMR zugrundeliegende EMRK durch ein Zustimmungsgesetz gemäß Artikel 59 Abs. 2 GG in das innerstaatliche Recht einbezogen. Sie gilt in der deutschen Rechtsordnung im Rang eines Bundesgesetzes,[126] und hat somit als solches unmittelbar innerstaatliche Geltung. Das Bundesverfassungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung von einem Rechtsanwendungsbefehl aus, der sich an alle staatlichen Stellen der vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt richtet.[128] Das Bundesverfassungsgericht erkennt darüber hinaus aufgrund von Artikel 20 Absatz 3 GG eine Pflicht zur „völkerrechtsfreundlichen" Auslegung des deutschen Rechts an.[129]

Pflicht der Gerichte zur Berücksichtigung aller Urteile des EGMR

Zwar binden die Urteile des EGMR unmittelbar nur die beteiligten Parteien, die beschwerdeführende Person und den Vertragsstaat (Artikel 46 Absatz 1 EMRK). Die

118 Darunter versteht der Ausschuss Gewalt, die sich gegen Frauen richtet, weil sie Frauen sind, oder Gewalt, von der Frauen überproportional betroffen sind.
119 Der Ausschuss hat die Aufgaben, die Einhaltung der Konventionsverpflichtungen in den Vertragsstaaten zu überwachen und den Konventionstext durch die sogenannten General Comments (Allgemeine Bemerkungen) zu interpretieren.
120 Byrnes, Andrew (2013): The Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, S. 51. In: Hellum, Anne; Sinding Aasen, Henriette 2013 (Hrsg): Women´s Human Rights. CEDAW in International, Regional, National Law. Cambridge University Press.
121 Dederer, Hans-Georg (2009). Die Durchsetzung der Menschenrechte, S. 21, 22. In: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VI/2 Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg). S.333-394. C. F. Müller Verlag.
122 CEDAW, Auffassung vom 16.07.2010, Mitteilung Nr. 18/2008, Karen Tayag Vertido gegen die Philippinen.
123 Division for the Advancement of Women in the Department of Economic and Social Affairs of the United Nations Secretariat (2010): Handbook for Legislation on Violence against Women, S. 26.
124 Siehe Fn. 123, 8.9 (b).
125 CEDAW, Auffassung vom 12.10.2012, Mitteilung Nr. 31/2011, S. V. P. gegen Bulgarien.
126 Siehe Fn. 89.
127 Siehe etwa BVerfG, Urteil vom 22. November 2001, Aktenzeichen 2 BvE 6/99.
128 BVerfG, Beschluss vom 26. März 1987, Aktenzeichen 2 BvR 589/79; Beschluss vom 14. Dezember 2004, Aktenzeichen 2 BvR 1481/04.

Wirkung eines EGMR-Urteils, unabhängig davon, gegen welches Land es ergangen ist[129], reicht aber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen einer Berücksichtigungspflicht mittelbar darüber hinaus, indem alle innerstaatlichen Organe der Rechts- und Entscheidungsfindung im Lichte der EMRK deren Inhalt und Entwicklungsstand heranzuziehen haben. So erfordert nach dem „Görgülü"-Beschluss des Verfassungsgerichts, die „über das Zustimmungsgesetz ausgelöste Pflicht zur Berücksichtigung der Gewährleistungen der EMRK und der Entscheidungen des Gerichtshofs zumindest, dass die entsprechenden Texte und Judikate zur Kenntnis genommen werden und in den Willensbildungsprozess des zu einer Entscheidung berufenden Gerichts einfließen", wobei das nationale Recht „unabhängig von dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens nach Möglichkeit im Einklang mit dem Völkerrecht auszulegen ist".[130]

In der Literatur gibt es unterschiedlich weitreichende Interpretationen der Bindungswirkung von EGMR-Urteilen für Vertragsstaaten, die nicht Partei des jeweiligen Verfahrens sind. Die überwiegende Meinung geht wie das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass den Urteilen zwar keine echte erga omnes-Wirkung zukommt, sie aber im Rahmen der Auslegung der Konventionsnormen Wirkung entfalten und dadurch für Parallelfälle eine faktische Verbindlichkeit entsteht, die als „Präjudizwirkung", „Indizwert", oder „Autorität" beschrieben wird.[131] Nationalen Gerichten wird darüber zwar nicht verwehrt, auch bei gleichgelagerten Rechtsfragen von der Auslegung des EGMR abzuweichen, sie unterliegen dabei aber nach der überwiegenden Meinung in der Literatur einer besonderen Begründungslast und müssen die Argumente des EGMR abwägen sowie eine andere Rechtsmeinung begründen.[132] Eine verstärkte Bindungswirkung wird von Einigen dann angenommen, wenn eine gefestigte Rechtsprechung des EGMR zu einer Frage vorliegt. Hiernach präzisieren die allgemeinen Feststellungen des Gerichtshofs zu den einzelnen Normen das Konventionsrecht und binden so über Artikel 1 EMRK die Vertragsstaaten unmittelbar[133]. Das führt dazu, dass ein konventionswidriges staatliches Verhalten beendet werden muss, indem das nationale Recht an die gefestigte Spruchpraxis des EGMR angepasst wird, sei es durch Änderung von Rechtsnormen oder durch die Aufgabe einer Verwaltungs- oder einer Gerichtspraxis.[134] Welche Maßnahmen die Vertragsstaaten dazu konkret ergreifen, bleibt ihnen überlassen.

Grenzen der Auslegung innerstaatlichen Strafrechts

Die Verpflichtung zur völkerrechtskonformen Auslegung darf nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht dazu führen, dass der Grundrechtsschutz nach dem Grundgesetz eingeschränkt wird. Das schließt auch die Europäische Menschenrechtskonvention selbst aus (Art. 53 EMRK). Insbesondere in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen, in denen das „Mehr" an Freiheit für den einen Grundrechtsträger zugleich ein „Weniger" für den anderen bedeutet, enden die Möglichkeiten einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung dort, „wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint."[135] Eine solche Grenze setzen das Rückwirkungsgebot, wonach ein Verhalten, das zur Zeit der Tatbegehung nicht strafbar war, im Nachhinein nicht mit Strafe bedroht werden kann sowie der Bestimmtheitsgrundsatz, nach dem die Strafbarkeit einer Handlung gesetzlich bestimmt sein muss, bevor die Tat begangen wird, Artikel 103 Abs. 2 GG. Beide Rechtsstaatsprinzipien werden auch über Artikel 7 der EMRK garantiert und verpflichten zunächst den Gesetzgeber.

Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung ist kein Gesetzesrecht und erzeugt damit keine vergleichbare Bindungswirkung. Das Aufgeben einer Rechtsprechung verstößt somit nicht als solche gegen das Rechtstaats-

129 So ausdrücklich BVerfG Fn. 129; BVerfG, Urteil vom 4.5.2011, Aktenzeichen 2 BvR 2365/09.
130 Siehe Fn. 129.
131 Siehe hierzu umfassend bei Rohleder, Kristin (2009): Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenen-System: unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, Neue Schriften zum Staatsrecht, Band 4. S.
132 So zum Bespiel Ress, Georg (1983): Die Einzelfallbezogenheit in der Rechtsprechung des EGMR. In: Bernhardt u.a. (Hrsg), FS Mosler, S. 719 (731); Masuch, Thorsten (2000): Zur fallübergreifenden Bindungswirkung von Urteilen des EGMR. In: NVwZ, S. 1266 (1267).
133 Siehe Rohleder (2009), Fn. 132, S. 240, 243; Cremer, Hans Joachim (2006): Entscheidung und Entscheidungswirkung. In: Grote, Rainer; Marauhn, Thilo EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Kapitel 32, Rn. 90 f.
134 Schilling, Jan Moritz (2010). Deutscher Grundrechtsschutz zwischen staatlicher Souveränität und menschenrechtlicher Europäisierung. Zum Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte. Tübingen: Mohr Siebeck. S. 109; Meyer Ladewig, Jens (2011): Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Handkommentar, Baden-Baden, Artikel 46, Rz.5.
135 BVerfG, Urteil vom 4. Mai 2011, 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10, Leitsatz Nr. 2 c, Rdnr. 93.

prinzip. Dasselbe gilt für das Rückwirkungsverbot, weswegen eine Änderung der Rechtsprechung in Bezug auf bereits verübte, aber noch nicht abgeurteilte Taten zulässig ist. Aber sowohl Teile der Literatur wie auch das Verfassungsgericht haben hier Einschränkungen formuliert. Die Bindung allein des Gesetzgebers an die Rechtsstaatsprinzipien wird dann kritisch gesehen, wenn gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung bei der Auslegung von offenen Tatbestandsmerkmalen „gesetzesersetzend" wirken.[136] Daher ist nach Auffassung Einzelner auch bei gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung bei weiten Tatbestandsmerkmalen nur eine Ankündigung der Rechtsprechungsänderung vorzunehmen, der Fall aber noch nicht nach dieser Auffassung zu entscheiden.[137] In eine ähnliche Richtung geht das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung aus 2010, in der es aus dem Rechtsstaatsprinzip einen Vertrauenstatbestand ableitet, nach dem die Änderung ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nur dann unbedenklich ist, wenn sie „hinreichend begründet ist und sich im Rahmen vorhersehbarer Entwicklungen hält". Soweit durch gefestigte Rechtsprechung ein Vertrauenstatbestand begründet wurde, kann diesem „erforderlichenfalls durch Bestimmungen zur zeitlichen Anwendbarkeit oder Billigkeitserwägungen im Einzelfall" begegnet werden. [138] Einen Verstoß gegen Artikel 103 Abs. 2 GG hat das Gericht diesbezüglich aber bisher noch in keinem Fall angenommen.

Eine weitere Grenze der Rechtsprechung bei der Auslegung von Gesetzen ist das aus dem Bestimmtheitsgebot folgende Verbot der analogen Strafbegründung. Darüber wird jede Rechtsanwendung ausgeschlossen, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht, wobei der mögliche Wortsinn des Gesetzes die äußerste Grenze richterlicher Interpretation markiert.[139] In seiner Sitzblockade II-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht den vom BGH im Rahmen des Laepple-Urteils entwickelten vergeistigten Gewaltbegriff des § 240 StGB für verfassungswidrig erklärt. Es reicht für das Vorliegen von „Gewalt" nicht aus, wenn auf Seiten des Täters lediglich körperliche Anwesenheit vorliegt und die Zwangswirkung auf Seiten der Betroffenen nur psychischer Natur ist.[140] Eine Ausweitung der Nötigungsmittel zum Beispiel auf List, Täuschung oder Suggestion auf diesem Wege der Interpretation scheidet danach aus.[141] Die Grenze für die Auslegung des Gewaltbegriffs im § 240 StGB ist auch für die Auslegung des § 177 StGB maßgeblich.

2.4.4 Konsequenzen für Deutschland

Der EGMR hat in „M. C. gegen Bulgarien" den aus dem Folter- und Misshandlungsverbot, des Artikels 3 EMRK resultierenden Minimalstandard des strafrechtlichen Schutzes gegen Vergewaltigungen definiert, der für Deutschland als Vertragsstaat der EMRK bei der Ausgestaltung der Strafverfolgung von Vergewaltigungen maßgeblich ist. Dieser Standard lässt sich in vier zentralen Aussagen zusammenfassen:

- Das (fehlende) Einverständnis der Betroffenen muss nach heutigem Verständnis zentrales Element eines Vergewaltigungstatbestandes sein.
- Es ist bei der Formulierung des Gesetzestextes nicht ausgeschlossen, Begriffe wie Gewalt und Drohung als Anhaltspunkte für einen entgegenstehenden Willen der Betroffenen zu verwenden. Auch kann ein Tatbestand auf Nötigungsmitteln basieren.[142] Entscheidend ist, dass die Tatbestandselemente so interpretiert werden können, dass der Kerngehalt der staatlichen Schutzpflicht gewährleistet ist: Alle nicht einverständlichen Sexualakte sind effektiv unter Strafe stellen und müssen effektiv verfolgt werden. Dabei dürfen im Ergebnis keine Strafbarkeitslücken bestehen.
- Insbesondere die Engführung von Tatbeständen beziehungsweise deren Auslegung auf körperliche Gewalt der TäterInnen oder körperlichen Widerstand der Betroffenen als tatbestandsbegründend oder auf der Ebene von der Beweisführung verstößt gegen die Anforderungen aus Artikel 3 und 8 EMRK.
- Ob dies durch Rechtsetzung oder gerichtliche Auslegung sichergestellt wird, bleibt den Vertragsstaaten überlassen.

136 So zum Beispiel Pieroth, Bodo (2006): Kommentierung zu Art. 103, Ziff. 53. In: Jarass, Hans Dieter; Pieroth, Bodo Kommentar zum Grundgesetz, 8. Auflage. Beck Verlag: München.
137 Schmidt-Aßmann, Eberhard (1992): Kommentierung von Artikel 103 Grundgesetz, Rz. 240. In: Maunz, Theodor; Dürig, Günter, Kommentar zum Grundgesetz, Band VI, Artikel 86-106a. München: Verlag C.H. Beck.
138 BVerfG, Beschluss vom 16. Mai 2011, Aktenzeichen 2 BvR 1230/10, Rz. 15.
139 BVerfG, Beschluss vom 10. Januar 1995, Aktenzeichen 1 BvR 718, 719, 722, 723/89, Rz. 46.
140 Siehe Fn. 139, Rz. 57 ff. Bestätigt durch die Sitzblockade III Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Oktober 2001, Aktenzeichen 1 BvR 1190/90, 2173/93, 433/96.
141 Siehe Fn. 139, Rz. 57.
142 So auch Eriksson, Maria (2011): Defining Rape. Emerging Obligations for States under International Law? Leiden: Martinus Nijhoff, S. 238.

Legt man die vom Bundesverfassungsgericht statuierte Berücksichtigungspflicht zugrunde, müsste sich der Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen zumindest mit der Möglichkeit der völkerrechtskonformen Auslegung des § 177 StGB auseinandersetzen. Einer solchen Auslegung stehen auch die rechtsstaatlichen Grenzen des Bestimmtheitsgrundsatzes, des Rückwirkungsverbotes und des Vertrauensschutzes grundsätzlich nicht entgegen. Käme der BGH zu dem Ergebnis, dass es sich bei der engen und durch eine objektive Perspektive geprägten Auslegung der schutzlosen Lage in § 177 Abs. 1, Nr. 3 StGB um gefestigte Rechtsprechung handelt und dass eine Änderung der Auslegung nicht vorhersehbar ist, dann müsste das Gericht zumindest eine Änderung seiner Rechtsprechung für zukünftige Verfahren ankündigen. Ob die Änderung tatsächlich nicht vorhersehbar war, ist jedoch zweifelhaft, denn die Anforderungen an die staatlichen Schutzpflichten im Zusammenhang mit Vergewaltigungen durch Private aus Artikel 3 und 8 EMRK aus dem rechtskräftigen Urteil des EGMR bestehen seit mittlerweile zehn Jahren. Zudem ist keine übereinstimmende Rechtsprechung der Senate zu der Beurteilungsperspektive der schutzlosen Lage zu erkennen. Einzig die hohen Anforderungen an die Schutzlosigkeit der Lage sowie das Erfordernis der Angst der Betroffenen vor Gewalteinwirkungen oder Tötung werden regelmäßig wiederholt und scheinen gefestigt.

Die Wortlautgrenze in Bezug auf die Interpretation des Gewaltbegriffes im Rahmen des § 240 StGB ist durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts markiert. Erforderlich bleibt damit eine, wenn auch geringe körperliche Kraftentfaltung auf der Täterseite, die eine körperliche Zwangswirkung auf der Seite der Betroffenen erzeugt. Sexuelle Handlungen, die trotz eines geäußerten „Nein" vollzogen würden, können damit nicht dem Gewaltbegriff unterfallen. Aufgrund des Wortlautes der „gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben" im § 177 Abs. 1 Nr. 2 wäre wahrscheinlich auch die Einbeziehung der Androhung sozialer Nachteile als Nötigungsmittel in den Schutzbereich des § 177 StGB schwierig. Ein Ausweichen auf den Tatbestand des § 240 Abs. IV Nr. 1 StGB ist hier zum einen nur möglich, wenn die Betroffenen zur Vornahme einer sexuellen Handlung genötigt werden und kommt zum anderen aufgrund der deutlich variierenden Strafandrohungen in den Fällen von Vergewaltigung zu ungerechtfertigten Ergebnissen. Auch das Ausnutzen von Überraschungsmomenten würde eine Gesetzesänderung erfordern.

Demnach könnte der BGH über eine geänderte Rechtsprechung verschiedene sexuelle Handlungen gegen den Willen der Betroffenen in den Schutzbereich des § 177 StGB einbeziehen, die aufgrund der aktuellen Rechtsprechung derzeit nicht davon erfasst werden. Einzelne Schutzlücken müsste darüber hinaus aber der Gesetzgeber schließen.

Allerdings ist nicht erkennbar, dass sich der BGH in seinen jüngeren Entscheidungen zur Auslegung des Vergewaltigungstatbestandes[143] mit der einschlägigen Rechtsprechung des EGMR auseinandergesetzt hat. Setzt der BGH diese Praxis fort oder kommt er zu dem Ergebnis, dass die derzeitige Rechtsprechung den völkerrechtlichen Anforderungen entspricht und weicht damit von der Rechtsauffassung des EGMR ab, dann macht die präjudizielle Wirkung der Entscheidung des Gerichtshofs in M. C. gegen Bulgarien eine Verurteilung Deutschlands in einem ähnlich gelagerten Sachverhalt wahrscheinlich.

Folgt man darüber hinaus der Auffassung in der Literatur, die eine rechtliche Bindungswirkung der gefestigten Rechtsprechung des EGMR gegenüber allen Vertragsstaaten der EMRK annimmt, besteht bereits heute, vor der Ratifikation der Europaratskonvention gegen Gewalt gegen Frauen, eine Verpflichtung Deutschlands, den § 177 StGB gesetzlich zu ändern. Angesichts der fortbestehenden Rechtsprechung des BGH ist eine veränderte Auslegung der Tatbestandsmerkmale des geltenden Rechts nicht zu erwarten, und eine Einwirkung der Exekutive auf die Gerichte zur Veränderung ihrer Rechtsprechung verbietet sich aufgrund der Gewaltenteilung und der richterlichen Unabhängigkeit. Daher verengt sich in Bezug auf Deutschland der vom EGMR grundsätzlich eingeräumte Beurteilungsspielraum, ob die Verpflichtung zur effektiven Strafverfolgung aller nicht-einvernehmlichen Sexualakte durch Rechtssetzung oder Auslegung bestehender Tatbestände umgesetzt wird. Es besteht nach dieser Auffassung bereits heute eine gesetzgeberische Handlungspflicht.

Spätestens jedoch im Ratifikationsverfahren der Europaratskonvention gegen Gewalt gegen Frauen ist aus diesen Gründen eine Änderung des Straftatbestandes § 177 StGB erforderlich.

143 BGH, Beschluss vom 20.03.2012, Aktenzeichen 4 StR 561/11.

3 Empfehlungen

Nach wie vor ist die strafrechtliche Reaktion auf sexualisierte Gewalt gegen Frauen in Deutschland trotz mehrfacher Gesetzesreformen in den 1990er Jahren von hohen Einstellungs- und geringen Verurteilungsquoten geprägt. Strafverfolgungsstatistiken sowie Forschungsergebnisse lassen systematische Schutzlücken vermuten, die insbesondere mit Deutschlands menschenrechtlicher Verpflichtung zur effektiven Strafverfolgung im Bereich Gewalt gegen Frauen im Widerspruch steht. Anlässlich der anstehenden Ratifikation der Europaratskonvention gegen Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt sind daher Änderungen im Vergewaltigungstatbestand notwendig.

Die Bundesregierung überprüft derzeit, inwieweit die nationalen Rechtsnormen sowie die Strafverfolgungspraxis auf Bundes- und Landesebene den Vorgaben der Konvention entsprechen. Dabei sind für den Bereich der Strafverfolgung insbesondere die Verpflichtung der Staaten aus Artikel 36 der Konvention sowie die sich aus der EGMR-Entscheidung „M. C. gegen Bulgarien" ergebenden Anforderungen an die Rechtsetzung und Praxis im Bereich sexualisierter Gewalt relevant. Demnach sind alle nicht-einvernehmlichen Sexualakte unter Strafe zu stellen und effektiv zu verfolgen. In „M. C. gegen Bulgarien" hat der europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf der Grundlage eines internationalen Vergleichs von Strafnormen festgestellt, dass sich das fehlende Einverständnis zu sexuellen Handlungen zu dem zentralen Bestandteil nationaler Vergewaltigungstatbestände entwickelt hat. Bei der konkreten Ausgestaltung des Gesetzestextes ist es danach nicht ausgeschlossen, Begriffe wie Gewalt und Drohung als Anhaltspunkte für einen entgegenstehenden Willen der Betroffenen zu verwenden. Auch kann ein Tatbestand auf Nötigungsmitteln basieren.[144] Entscheidend ist, dass die Tatbestandselemente so formuliert sind oder so interpretiert werden können, dass der Kerngehalt der staatlichen Schutzpflicht aus Artikel 3 und 8 der europäischen Menschenrechtskonvention gewährleistet ist: Alle nicht-einverständlichen Sexualakte sind effektiv unter Strafe stellen. Dabei dürfen im Ergebnis keine Schutzlücken bestehen.

Die derzeitige Gesetzeslage des § 177 StGB in ihrer Auslegung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung erfüllt diese Anforderung nicht. Der Grundtatbestand der sexuellen Nötigung ist vom Gesetzgeber hochschwellig ausgestaltet und setzt voraus, dass ein den sexuellen Handlungen entgegenstehender Wille der Betroffenen mit Zwang überwunden wird. Darüber hinaus ist körperliche Gewalt ein Element aller drei möglichen Nötigungsmittel: Der Täter muss körperliche Gewalt anwenden, mit körperlicher Gewalt drohen oder eine schutzlose Lage ausnutzen, aufgrund derer die Betroffenen aus Angst vor körperlicher Gewalt keine Gegenwehr leisten. Dadurch entstehen Schutzlücken, zum Beispiel dann, wenn Täter das Überraschungsmoment ausnutzen. Nicht strafrechtlich erfasst sind weiter Fälle, in denen die Betroffenen auf Gegenwehr verzichten, weil sie nicht aus Angst vor Gewalt, sondern auf Grund einer Abwägung zu der Einschätzung kommen, dass die Tat mit Gegenwehr nicht zu verhindern ist, aber länger dauern oder sie mehr quälen wird. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Betroffenen die Täter gut kennen. Angst vor sozialen Nachteilen, wie aufenthaltsbeendende Maßnahmen, Heimunterbringung etc. begründen derzeit ebenfalls keine schutzlose Lage. Darüber hinaus ist nach Auffassung des BGH die schutzlose Lage maßgeblich nach objektiven Kriterien wie etwa Fluchtmöglichkeiten, abgeschlossenen Türen, hilfebereiten Dritten zu bewerten. Diese Beurteilungsperspektive verlangt von Betroffenen, dass sie Gegenwehr leisten bzw. aktiv nach Hilfe suchen.

Zwar obliegt dem Staat grundsätzlich ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Wahl seiner Mittel bei der Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen. Er kann dies zum Beispiel durch Rechtssetzung, völkerrechtskonforme Auslegung nationaler Normen oder untergesetzliche Regulierungsmechanismen tun. Handelt der Vertragsstaat nicht oder erweisen sich die gewählten Mittel als uneffektiv, reduziert sich sein Beurteilungsspielraum. Auch zehn Jahre nach Rechtskraft des Urteils in M.C. gegen Bulgarien hat sich, soweit ersichtlich, die Rechtsprechung weder mit dem Urteil auseinandergesetzt noch die Möglichkeit einer völkerrechtskonformen Auslegung des § 177 StGB geprüft. Der Gesetzgeber muss daher spätestens im Rahmen der Ratifikation der Konvention klare gesetzliche Vorgaben schaffen.

Die Forschung über Strafverfolgung von sexualisierter Gewalt in Europa hat verschiedene Gründe für die hohen Einstellungsquoten und daraus resultierend Ansatzpunkte für eine Verbesserung der Praxis aufgezeigt. Die Ausgestaltung der Rechtsgrundlage ist

144 So auch Eriksson, Maria (2011): Defining Rape. Emerging Obligations for States under International Law? Leiden: Martinus Nijhoff, S. 238.

danach nicht das allein bestimmende Kriterium für eine effektive Strafverfolgung. Sie legt aber die Grundlage dafür, alle Formen nicht einvernehmlicher sexueller Handlungen dem Unrechtsgehalt angemessen unter Strafe zu stellen. Die Neuformulierung des Tatbestandes ist somit zwingend, sie kann aber nur eine Maßnahme eines Gesamtpaketes sein, um die menschenrechtlichen Verpflichtungen zu erfüllen. Die Errichtung von Sonderdezernaten, Aus- und Fortbildung der Behörden, der Rechtsanspruch auf psychosoziale Prozessbegleitung sowie der Ausbau der anonymen Spurensicherung und der verfahrensunabhängigen Beweissicherung sind weitere seit langem geforderte Bausteine eines betroffenenzentrierten Ansatzes. Diese Forderungen finden zum Teil auch ihre Entsprechung in der Europaratskonvention.

Daraus folgen:

Empfehlungen an den Gesetzgeber und die Bundesregierung

1 Der Gesetzgeber muss im Rahmen der Ratifikation der Europaratskonvention die Tatbestände gegen die sexuelle Selbstbestimmung ändern und ein Normgefüge formulieren, das auf der Tatbestandsebene alle Formen nicht-einverständlicher Sexualakte umfasst. Dies können beispielsweise in Anlehnung an die Gesetzgebung in anderen Ländern sein:
   - ein Tatbestand i. S. des § 177 StGB, der allein auf das fehlende Einverständnis abstellt
   - ein Tatbestand i. S. des § 177 StGB, der allein auf das fehlende Einverständnis abstellt sowie in einem Folgeabsatz weitgefasste, nicht abschließende Regelbeispiele für das fehlende Einverständnis vorsieht
   - die Anpassung von anderen Tatbeständen, soweit sie vergleichbare Strafrahmen vorsehen.

   Die Entscheidung darüber, wie ein Tatbestand formuliert wird, der alle strafwürdigen sexuellen Handlungen gegen den Willen der Betroffenen umfasst, sollte in einem interdisziplinären Prozess unter Einbeziehung der Strafverfolgungspraxis, von Frauenberatungsstellen und Nebenklagevertreterinnen und –vertretern getroffen werden. Hier ist insbesondere darauf zu achten, dass bestehende Verfolgungsschwierigkeiten nicht auf die Beweisebene verlagert werden beziehungsweise sich bestehende Beweisschwierigkeiten verstärken.
2 Die Änderung des Tatbestandes kann nur in einer Kombination mit weiteren Maßnahmen dazu führen, dass die Verpflichtung effektiver Strafverfolgung aus der Konvention erfüllt wird. Welche weiteren Maßnahmen notwendig sind, ist im Rahmen eines Konsultationsprozesses oder weiterer Forschung festzustellen.
3 Die Bundesregierung sollte den Vorbehalt in Bezug auf die Umsetzung von Artikel 59 Abs. 3 der Konvention zurücknehmen und bei der Ratifikation einen Anspruch auf eine verlängerbare Aufenthaltserlaubnis für Betroffene von sexualisierter Gewalt aufgrund ihrer persönlichen Situation einführen. Dies würde die Erfahrungen mit Betroffenen von Menschenhandel aufgreifen. Deren Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis ist an ihre Kooperation in einem Strafverfahren gegen die Täter und Täterinnen gebunden und auf die Dauer des Verfahrens begrenzt. Da diese Regelung ihre individuellen Lebensumstände wie Gefährdung, Traumatisierung oder Familienzusammenhänge nicht berücksichtigt, entscheiden sie sich häufig gegen eine Anzeige und Aussage.

Empfehlung an die Staatsanwaltschaften / Gerichte

Solange es keine gesetzliche Änderung gibt, sollten die Staatsanwaltschaften und Gerichte den Tatbestand des § 177 StGB in Strafverfahren auch gegen die Auffassung des Bundesgerichtshofes völkerrechtskonform auslegen, soweit es die Wortlautgrenze zulässt. Dies bedeutet eine weite Interpretation des Begriffs der schutzlosen Lage i.S. des Abs. 1 Nr. 3,
- die maßgeblich auf die Betroffenenperspektive abstellt
- die die Anforderungen an die Zwangswirkung der schutzlosen Lage herabsetzt mit der Folge, dass auch die Angst vor sozialen Nachteilen oder überlegtes Verhalten zur Vermeidung weiterer Folgen im Fall von Gegenwehr erfasst werden.

Darüber hinaus sollte der Gewaltbegriff im § 177 StGB bis an die vom Bundesverfassungsgericht in seinen Sitzblockadeentscheidungen II, III gefassten Wortlautgrenzen ausgelegt werden.

Empfehlungen an die Zivilgesellschaft

1 Solange es keine gesetzliche Änderung gibt, sollten Fachberatungsstellen gegen Gewalt gegen Frauen in Kooperation mit Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten Fälle von sexualisierter Gewalt auswählen, die sich dafür eignen, Rechtsmittel gegen Einstellungen oder Freisprüche einzulegen, um eine Auseinandersetzung mit den menschenrechtlichen Vorgaben, insbesondere der Rechtsprechung des EGMR, anzuregen. Das sind vorrangig Verfahren, in denen eine nicht-einvernehmliche sexuelle Handlung vorliegt und die Staatsanwaltschaften oder Gerichte die Tatbestandsmäßigkeit des § 177 StGB verneinen.

2 Greifen die deutschen Gerichte die menschenrechtliche Argumentation nicht auf, sollten die Verfahren vor dem EGMR oder dem CEDAW-Ausschuss fortgesetzt werden. Hier würde dann im Rahmen einer (Individual-)Beschwerde überprüft, inwieweit die staatlichen Organe – Gesetzgeber, Strafverfolgungsbehörden, Gerichte – in dem Verfahren entsprechend ihrer Verpflichtungen aus Artikel 3 und 8 EMRK beziehungsweise Artikel 2 in Verbindung mit der Allgemeinen Empfehlung Nr. 19 des Frauenrechtsausschusses gehandelt haben.

Deutsches Institut für Menschenrechte

Zimmerstr. 26/27

10969 Berlin

Tel.: 030 25 93 59 - 0

Fax: 030 25 93 59 - 59

info@institut-fuer-menschenrechte.de