

Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention: ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB

Hörnle, Tatjana

Veröffentlichungsversion / Published Version

Gutachten / expert report

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:

Deutsches Institut für Menschenrechte

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Hörnle, T. (2015). *Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention: ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB*. Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-419163>

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.



Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention

Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB

Prof. Dr. iur. Tatjana Hörnle



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:
Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

Januar 2015

ISBN 978-3-945139-56-1 (PDF)

© 2015 Deutsches Institut für Menschenrechte
Alle Rechte vorbehalten

Die Autorin

Prof. Dr. iur. Tatjana Hörnle (geb. 1963) hat Rechtswissenschaften in Tübingen und Criminal Justice an der Rutgers University, Newark, USA studiert. Nach der Promotion und Habilitation an der Ludwig-Maximilians-Universität München und einer Strafrechtsprofessur an der Ruhr-Universität Bochum ist sie seit 2009 Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsphilosophie an der Humboldt-Universität zu Berlin.

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, angewandte Forschung zu menschenrechtlichen Themen sowie die Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen. Das Institut 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

Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ist ein Menschenrecht. Die Istanbul-Konvention des Europarates und die Europäische Menschenrechtskonvention verpflichten die Staaten, zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung alle nicht-einvernehmlichen sexuellen Handlungen unter Strafe zu stellen. Dabei soll das fehlende Einverständnis der Betroffenen entscheidend für die Strafbarkeit sein. Sie darf insbesondere nicht von Gewalt durch die Täter oder Gegenwehr der Betroffenen abhängen. Hier besteht vor der deutschen Ratifikation der Istanbul-Konvention Änderungsbedarf im Strafrecht, insbesondere in Bezug auf den Vergewaltigungstatbestand, § 177 Strafgesetzbuch. Zur Unterstützung des Reformprozesses hat das Deutsche Institut für Menschenrechte das vorliegende Gutachten in Auftrag gegeben. Es bietet einen Überblick über verschiedene Tatbestandsformulierungen, die das fehlende Einverständnis der Betroffenen ins Zentrum stellen, diskutiert deren Vor- und Nachteile und endet mit einem konkreten, menschenrechtskonformen Formulierungsvorschlag für einen neuen § 177 StGB „Sexueller Angriff, sexuelle Nötigung, Vergewaltigung“. Das Gutachten richtet sich an die Fachministerien auf Bundes- und Landesebene, Abgeordnete des Deutschen Bundestages sowie die Strafrechtswissenschaft und -praxis.

Inhalt

A. Vorbemerkung des Deutschen Instituts für Menschenrechte.	5	VII. Gesetzliche Definition von Wirksamkeitsvoraussetzungen?	20
B. Gutachten.	8	VIII. Strafraumen, Überschrift, Qualifikationen.	21
I. Ausgangslage: Reformbedarf	8	IX. Konsequenzen für andere Tatbestände .	22
II. Fragestellung des Gutachtens.	10	1. Streichung von § 240 Abs. 4 Nr. 1 StGB.	22
III. Einverständnis und Einwilligung als Kategorien der deutschen Strafrechtsdogmatik	10	2. Streichung von § 179 StGB	22
IV. Das Modell des englischen Sexual Offenses Act 2003	11	3. Überprüfung der §§ 174a bis 174c StGB ...	22
V. Überlegungen zum Inhalt eines neuen Grundtatbestands	13	X. Formulierungsvorschlag mit Erläuterungen	23
1. Definition der tatbestandsmäßigen Handlungen	13	XI. Tabellarische Übersicht der Formulierungsoptionen	26
2. Umsetzung von „non-consensual“	13		
VI. Optionen zur Formulierung eines neuen Grundtatbestands: Umsetzung von „non-consensual“	13		
1. „ohne Einverständnis“	13		
2. „gegen den Willen“	14		
3. „ohne Einwilligung“	15		
4. „ohne Zustimmung“	16		
5. „gegen den erklärten Willen“	17		
6. „gegen den erklärten Willen oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist“	18		

A. Vorbemerkung des Deutschen Instituts für Menschenrechte

Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht

Sexualisierte Gewalt ist geschlechtsspezifische Gewalt und eine Menschenrechtsverletzung. Entsprechend genießt das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung einen hohen verfassungs- und menschenrechtlichen Schutz: So fasst das Grundgesetz das sexuelle Selbstbestimmungsrecht als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit unter Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) sieht bei einer Vergewaltigung den Schutzbereich des Folter- und Misshandlungsverbotes berührt.

Insbesondere die Rechtsprechung des EGMR hat die Ausgestaltung der sogenannten Istanbul-Konvention¹ des Europarates an diesem Punkt maßgeblich beeinflusst. Aus Anlass der bevorstehenden Ratifikation der Konvention durch Deutschland hat das Deutsche Institut für Menschenrechte Anfang 2014 auf der Grundlage eines Abgleiches zwischen den Anforderungen aus der Konvention und der aktuellen Rechtslage die Schutzlücken im aktuellen Sexualstrafrecht sowie Handlungsbedarf für den Gesetzgeber aufgezeigt² und damit die Diskussion um die menschenrechtskonforme Ausgestaltung des Vergewaltigungstatbestandes befördert.

In einem zweiten Schritt geht es nun um die Frage, wie eine Änderung des Sexualstrafrechts konkret aussehen kann, die den menschenrechtlichen Vorgaben entspricht, verfassungsrechtliche Grenzen achtet, strafrechtlich relevantes von moralisch zu missbilligendem Verhalten abgrenzt sowie die Geschlechtsbezogenheit des Deliktes und damit auch das Machtgefüge im Geschlechterverhältnis berücksichtigt. Dieser Frage geht das vorliegende Gutachten nach, das das Institut in Auftrag gegeben hat.

Die aktuelle Diskussion um die Änderung des Sexualstrafrechts

Aus Anlass der Ratifikation der Istanbul-Konvention hat sich 2014 eine Debatte darüber entwickelt, ob der Gesetzgeber mit Blick auf Artikel 36 des Sexualstrafrechts, insbesondere § 177 Strafgesetzbuch (StGB) (sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) ändern muss.

Artikel 36 verpflichtet die Vertragsstaaten, alle sexuellen Handlungen gegen den Willen einer Person unter Strafe zu stellen sowie eine effektive Strafverfolgung zu gewährleisten. Das Strafrecht erfasst derzeit aufgrund der in § 177 StGB vorausgesetzten Nötigungsmittel sowie deren restriktiver Auslegung durch den Bundesgerichtshof aber nicht alle Formen von sexueller Nötigung/Vergewaltigung. Aktuelle Analysen der Rechtsprechung und Kommentarliteratur³

1 Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt. <http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/210.htm> (Stand: 20.01.2015).

2 Rabe, Heike/von Normann, Julia (Hg.) (2014): Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen. Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht. Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte.

3 Bundesverband Frauenberatungsstellen, Frauennotrufe (2014): „Was ihnen widerfahren ist, ist in Deutschland nicht strafbar“. Fallanalyse zu bestehenden Schutzlücken in der Anwendung des deutschen Sexualstrafrechts bezüglich erwachsener Betroffener; Deutscher Juristinnenbund (2014): Zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV). <http://www.djbb.de/Kom/K3/14-14/> (Stand: 20.01.2015).

4 Siehe Fn. 2 und 3.

haben eine Reihe von Fallkonstellationen aufgezeigt, in denen Betroffene „nein“ sagen und es trotzdem zu sexuellen Handlungen kommt, die entweder gar nicht oder nur über Auffangtatbestände mit einem deutlich niedrigeren Strafraumen sanktionsfähig sind. Die Untersuchungen knüpfen damit an frühere, maßgeblich im Zusammenhang mit der Frauenbewegung geführte Diskussionen über den unzureichenden Schutz des sexuellen Selbstbestimmungsrechts an, die bereits 1997/98 zu einer umfassenden Reform des Sexualstrafrechts geführt haben.

Verschiedene zivilgesellschaftliche Organisationen⁴, einzelne Vertreter und Vertreterinnen der Strafrechtswissenschaft⁵ und der Politik⁶ sehen in der aktuellen Rechtslage systematische Schutzlücken und ein menschenrechtliches Defizit. Sie fordern mit Blick auf die Ratifikation eine Erweiterung des Straftatbestandes der Vergewaltigung. Gegenstimmen⁷ warnen vor einer für potentiell Beschuldigte unbestimmbar ausgelegten Ausuferung der Norm. Das aktuelle Strafrecht gewährleiste grundsätzlich einen umfassenden Schutz des sexuellen Selbstbestimmungsrechts. Problematisch seien lediglich einzelne Fehlurteile in den unteren Instanzen, aber auch einzelner Senate des Bundesgerichtshofs.

Der Gesetzgeber hat im November 2014 das „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht“ beschlossen. Das Gesetz legt einen Schwerpunkt auf den Schutz von Kindern und Jugendlichen vor sexueller Ausbeutung und Missbrauch. In Bezug auf die vollständige Umsetzung der Istanbul-Konvention formuliert die Gesetzesbegründung der Bundesregierung weiteren Prüfbedarf: „Ob und gegebenenfalls inwieweit aus Artikel 36 der Istanbul Konvention gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Hinblick auf die Strafbarkeit nicht einvernehmlicher sexueller Handlungen folgt, ist noch Gegenstand der Prüfung.“⁸

Diese Prüfung scheint jetzt in Teilen abgeschlossen. Der Bundesjustizminister hat in den Medien eine er-

neute Änderung des Sexualstrafrechts und einen Gesetzesentwurf für 2015 angekündigt.

Das Gutachten zur Änderung des § 177 StGB

Das Gutachten basiert auf den Vorgaben von Artikel 36 der Istanbul-Konvention. Wie die Staaten die grundsätzliche Verpflichtung umsetzen, alle nicht-einvernehmlichen sexuellen Handlungen unter Strafe zu stellen, bleibt im Detail ihnen überlassen. Der erläuternde Bericht zur Konvention hält die Staaten diesbezüglich dazu an, in ihrem Strafrecht den Begriff der fehlenden Zustimmung zu sexuellen Handlungen aufzunehmen.⁹ Diese Empfehlung resultiert aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, der in seiner Entscheidung M. C. gegen Bulgarien¹⁰ aufgrund einer rechtsvergleichenden Analyse von internationalen und europäischen Vergewaltigungstatbeständen festgestellt hat, dass sich das fehlende Einverständnis 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. Das Urteil zeigt auf, dass in den Rechtsordnungen einiger kontinentaleuropäischer Staaten durch Auslegung sichergestellt wird, dass 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.

Vor diesem Hintergrund bietet das Gutachten einen Überblick und eine Diskussion der Vor- und Nachteile verschiedener Formulierungen, die das fehlende Einverständnis der Betroffenen in das Zentrum des Tatbestandes stellen, und endet mit einem konkreten, menschenrechtskonformen Formulierungsvorschlag für einen neuen § 177 StGB „Sexueller Angriff, sexuelle Nötigung, Vergewaltigung“.

5 <http://www.badische-zeitung.de/deutschland-1/strafrechtsprofessor-renzikowski-ueber-sexualstraftaten--86747656.html>

6 (Stand: 20.01.2015).

7 Z.B. <http://www.presseportal.de/pm/7846/2787790/winkelmeier-becker-hoffmann-gesetzesluecken-bei-vergewaltigung-muessen-dringend-geschlossen-werden/api> (Stand: 20.01.2015).

8 Fischer, Thomas (2014): NEIN, heißt Nein, heißt Nein. In: Die ZEIT vom 09.10.2014.

9 In dem Zusammenhang interessant die Empfehlung des FJ-Ausschusses Drucksache 422/1/14, S. 4:

http://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2014/0401-0500/422-1-14.pdf?__blob=publicationFile&tv=1 (Stand: 20.01.2015).

10 Erläuternder Bericht zur Europaratskonvention gegen Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt, Rz. 193.

11 EGMR, Urteil vom 04.12.2003, Beschwerde-Nr. 39272/98, M. C. gegen Bulgarien.

Bei der Ausgestaltung eines neuen Tatbestandes werden vor der Klärung rechtsdogmatischer und rechtstechnischer Einzelheiten auch grundsätzliche Fragen zu beantworten sein, zu der das Gutachten Stellung nimmt: Soll für eine Strafbarkeit der innere oder der gegenüber dem Täter geäußerte Wille der Betroffenen entscheidend sein? Oder anders formuliert: Stellt die Obliegenheit auszudrücken, dass sexuelle Handlungen nicht gewollt sind, eine zu hohe Belastung für die Betroffenen dar? Welche Anforderungen werden an die Äußerung des Willens gestellt: Orientiert man sich an den Entwicklungen in den USA und implementiert eine Verhaltensnorm, die mit dem

Grundsatz „only Yes means Yes“ Anforderungen an die handelnde Person in Bezug auf Verhaltensbeobachtung und Kommunikation stellt? Oder setzt der Gesetzgeber den in der deutschen Diskussion häufig propagierten Slogan „Nein heißt Nein“ in die entsprechende strafrechtliche Formulierung um und formuliert damit Kommunikationsanforderungen an die potentiell betroffene Person? Die Antworten auf diese Fragen müssen auch der Tatsache Rechnung tragen, dass sexualisierte Gewalt geschlechtsspezifische Gewalt ist. Sie sind damit vor dem Hintergrund des nach wie vor bestehenden Machtgefälles im Geschlechterverhältnis zu formulieren.

Prof. Dr. Beate Rudolf
Direktorin
des Deutschen Instituts für Menschenrechte

Heike Rabe
Wissenschaftliche Mitarbeiterin
des Deutschen Instituts für Menschenrechte

B. Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention

Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB

I. Ausgangslage: Reformbedarf

Art. 36 Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt¹ (im Folgenden: Istanbul-Konvention) verpflichtet die Parteien in folgender Weise:

Article 36 – Sexual violence, including rape

1. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalised:

- a) engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object;
- b) engaging in other non-consensual acts of a sexual nature with a person;
- c) causing another person to engage in non-consensual acts of a sexual nature with a third person.

2. Consent must be given voluntarily as the result of the person's free will assessed in the context of the surrounding circumstances.

3. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the provisions of paragraph 1 also apply to acts committed against former or current spouses or partners as recognised by internal law.

In der deutschen (nicht verbindlichen) Sprachfassung wird „non-consensual“ mit „nicht einverständlich“ übersetzt.

Dass sich aus Art. 36 Istanbul-Konvention eine Handlungspflicht für den Gesetzgeber ergibt, wird zwar teilweise in Frage gestellt.² Überzeugend ist dies nicht. Es besteht Umsetzungsbedarf. Schon vor der Verabschiedung der Istanbul-Konvention wurde darauf hingewiesen, dass das deutsche Strafrecht die sexuelle Selbstbestimmung nicht hinreichend schützt, weil nicht alle nicht einverständlichen Sexualkontakte erfasst werden.³ Neuere Untersuchungen zeigen, dass bei eindeutig strafwürdigen sexuellen Übergriffen Anzeigen erfolglos bleiben und Verfahren eingestellt werden – nicht nur wegen Beweismäßigkeitsproblemen, sondern auch aus Gründen des materiellen Rechts.⁴ Typische Fallgestaltungen, die in der Praxis nicht nach § 177 StGB geahndet werden, sind:

- (1) Überrumpelung der Betroffenen (der Täter⁵ geht mit großer Schnelligkeit und unter Ausnutzung

1 Vom 11.5.2011, in Kraft seit dem 1.8.2014.

2 S. Fischer, Die Zeit Nr. 42, 9. Oktober 2014, S. 11. A.A. Blume/Wegner, HRRS 2014, 359 ff.

3 Hörnle, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Band 6, 12. Aufl. 2010, Vor § 174 Rn. 52.

4 Rabe/von Normann, Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen. Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht, Hrsg. Deutsches Institut für Menschenrechte, Policy Paper Nr. 21, 2. Auflage 2014; Grieger/Clemm/Eckhardt/Hartmann, „Was Ihnen widerfahren ist, ist in Deutschland nicht strafbar.“ Fallanalyse zu bestehenden Schutzlücken in der Anwendung des deutschen Sexualstrafrechts bezüglich erwachsener Betroffener, Hrsg.: Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe, 2014: Auswertung von 107 eingestellten Verfahren aus den letzten zehn Jahren; Deutscher Juristinnenbund, Stellungnahme zur grundsätzlichen Notwendigkeit einer Anpassung des Sexualstrafrechts an die Vorgaben der Konvention des Europarats vom 9.5.2014; Terre de Femmes, Vergewaltigung – Schluss mit der Straflosigkeit!, 2014.

5 Delikte nach § 177 StGB werden nahezu ausschließlich von männlichen Tätern begangen: so in sämtlichen Fällen der Analyse von Grieger u.a. (Fn. 4), dort Fn. 11. Von den im Jahr 2012 wegen Vergewaltigung (§ 177 Abs. 2 StGB) Abgeurteilten waren 747 männlich und nur 4 weiblich, Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10 Reihe 3 (Rechtspflege – Strafverfolgung), Tabelle 2.1. Bei den wenigen weiblichen Verurteilten könnte es sich (das ist aus der Statistik nicht ersichtlich) um Mittäterinnen oder Gehilfinnen neben einem männlichen Haupttäter handeln.

des Überraschungseffekts vor, sodass die sexuelle Handlung schon stattgefunden hat, bevor eine Reaktion möglich gewesen wäre).⁶

- (2) Täter wenden Gewalt zur Erzwingung an, die aber von der Rechtsprechung nicht als „hinreichende Gewalt“ eingestuft wird.⁷
- (3) Es gab Gewalttätigkeiten kurz vor dem sexuellen Übergriff, aber es ist der von der Rechtsprechung geforderte Finalzusammenhang (Gewalt schon mit der Intention, eine sexuelle Handlung zu erzwingen) nicht nachweisbar.⁸
- (4) Die sexuelle Handlung wird durch Einsatz einer Drohung erzwungen, die sich aber nicht auf eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben, sondern ein anderes Übel bezieht.⁹ Dies kann zwar ein Vergehen nach § 240 Abs. 4 Nr. 1 StGB sein. Allerdings legt der Wortlaut dieser Norm nahe, dass sie nur eingreift, wenn die genötigte Person aktiv sexuelle Handlungen vornimmt, nicht bei einer Nötigung zur Duldung von Aktivitäten der anderen Person.¹⁰
- (5) Es kam weder nötigende Gewalt noch eine Drohung zum Einsatz, und objektiv lag keine schutzlose Lage vor. Die Betroffenen bringen aber fehlendes Einverständnis klar zum Ausdruck (verbal oder etwa durch Weinen). Die Hintergründe solcher Sachverhalte, insbesondere die Gründe für ausbleibenden körperlichen Widerstand, können vielfältig sein, zum Beispiel: Furcht vor einem als gewalttätig und unberechenbar bekannten Mann;¹¹ Resignation in einer Beziehung, in der es öfter zu Gewalthandlungen gekommen war;¹² die realitätsnahe Annahme, dass Gegenwehr den qualvollen Vorfall nur zeitlich verlängern würde;

Verwirrung oder verlangsamte Reaktion;¹³ empfundene Peinlichkeit der Situation.

Für einige der Fälle ist Strafflosigkeit nicht zwingend bereits im Gesetz festgeschrieben, sondern auf eine kritikwürdige obergerichtliche Rechtsprechung zur Auslegung zurückzuführen. Möglich wäre eine Bestrafung schon nach geltender Gesetzeslage in den Fallgruppen (2) und (3).¹⁴ Eine Verbesserung wäre vor allem auch dadurch zu erreichen, dass bei der Beurteilung der „objektiv schutzlosen Lage“ nicht unrealistisch hohe Anforderungen (etwa an das mögliche Eingreifen von Dritten) gestellt werden, was die Rechtsprechung leider tut.¹⁵ Umstritten ist außerdem, ob bei Verneinung einer objektiv schutzlosen Lage, bei Sachverhalten aus der Gruppe (5), jedenfalls bei einem subjektiven Gefühl der Betroffenen, schutzlos zu sein, entgegen dem Bundesgerichtshof § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB angewendet werden könnte.¹⁶ Da sich allerdings für alle diese Gesetzesauslegungsfragen auf der Basis der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine „gefestigte“ Praxis der Staatsanwaltschaften und Tatgerichte etabliert hat, ist mit einer Revision der restriktiven Auslegung von § 177 Abs. 1 StGB nicht ernsthaft zu rechnen.

Und unabhängig von den Auslegungsproblemen, die die Rechtsprechung geschaffen hat, steht fest: Für manche der angeführten Sachverhalte („Überrumpelung“ und „Drohung unterhalb der Schwelle in § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB“) ist nach dem Gesetzestext eine Bestrafung als sexuelle Nötigung/Vergewaltigung nicht möglich. Es besteht schon aus diesem Grund Handlungsbedarf für den Gesetzgeber.

6 S. BGH, Beschluss vom 4.6.2013 – 2 StR 3/13; BGH, Beschluss vom 8.11.2011 – 4 StR 445/11, NStZ 2012, 268.

7 BGH, Beschluss vom 22.6.2006 – 3 StR 172/06: Herunterreißen von Kleidung sei keine Nötigung i.S.v. § 177 StGB.

8 S. BGH, Beschluss vom 16.10.2012 – 3 StR 385/12, NStZ 2013, 279: Der Täter erschießt zunächst den Freund der Betroffenen, wobei nicht nachweisbar ist, dass er zu diesem Zeitpunkt schon Vorsatz bzgl. einer sexuellen Handlung hat.

9 S. dazu BGH, Beschluss vom 13.6.2006 – 4 StR 178/06: Drohung gegenüber der Stieftochter, die Wohnung „kurz und klein zu schlagen“ und die Mutter zu verlassen; KG Berlin, Beschluss vom 3.5. 2013 – (4) 121 Ss 69/13 (78/13): Drohung mit Haareabschneiden.

10 S. dazu Rabe/von Normann (Fn. 4), S. 12. Die bei Nötigung zur Duldung sexueller Handlungen verbleibende Möglichkeit der Anwendung von § 240 Abs. 1 StGB wird wegen des niedrigen Strafrahmens dem Unrechtsgehalt nicht gerecht.

11 S. das Urteil LG Essen, Urteil vom 10.9.2012 – 25 Kls 10/12, juris.

12 Z.B.: BGH, Beschluss vom 20.3.2012 – 4 StR 561/11, NStZ 2013, 466-468.

13 S. BGH, Beschluss vom 24.10.2012 – 4 StR 374/12 (Betroffene wurde zunächst veranlasst, einen Joint zu rauchen), StV 2013, 745.

14 S. dazu, dass der sog. Finalzusammenhang, entgegen der h.M., kein zwingendes gesetzliches Erfordernis ist, Hörnle, FS für Ingeborg Puppe, 2011, 1143 ff.

15 Krit. dazu Hörnle (Fn. 3), § 177 Rn. 102, 103.

16 So Renzikowski, Münchener Kommentar zum StGB, Band 3, 2. Aufl. 2012, § 177 Rn. 44; Maiwald, Festschrift für Kristian Kühl, 2014, 539, 548 ff.; a.A. Hörnle (Fn. 3) § 177 Rn. 104.

II. Fragestellung des Gutachtens

Ausgangspunkt des Gutachtens ist, dass zur Erfüllung der völkerrechtlichen Pflichten aus Art. 36 Istanbul-Konvention und zur gerechten Ahndung von Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung eine Gesetzesänderung erforderlich ist. Das Kurzgutachten geht dabei von der Annahme aus, dass ein neuer Grundtatbestand zur Erfassung nicht einverständlicher Sexualkontakte geschaffen werden sollte. Der Schwerpunkt der folgenden Ausführungen liegt bei der Frage, wie die Tatbestandsmerkmale für einen solchen neuen Grundtatbestand (§ 177 Abs. 1 StGB-Vorschlag) formuliert werden sollten. Die Aspekte: „Qualifikationen, Änderungen bei anderen Tatbeständen und Strafraumgestaltung“ können im vorliegenden Rahmen nur angerissen, aber nicht erschöpfend abgehandelt werden.

III. Einverständnis und Einwilligung als Kategorien der deutschen Strafrechtsdogmatik

Formulierungen, die in einer neuen Vorschrift des StGB aufgenommen werden, werfen regelmäßig bei der Umsetzung auf Lebenssachverhalte Auslegungsfragen auf. Die Rechtspraxis greift bei der Auslegung auf etablierte Kategorien in der Strafrechtsdogmatik zurück. Da der Begriff „Einverständnis“ eine solche gängige Kategorie, ein „Terminus technicus“ aus dem Allgemeinen Teil des Strafrecht ist, ist dies die Hintergrundfolie, die bei der Umsetzung von Art. 36 Istanbul-Konvention in eine neue Fassung von § 177 StGB bekannt sein sollte.

Die nach wie vor dominante Ansicht in Lehrbüchern und Kommentaren betont Unterschiede zwischen Einverständnis einerseits, Einwilligung andererseits. Dies betrifft zum einen die Systemebene, auf der das Merkmal geprüft wird. Eine Einwilligung ist danach als Rechtfertigungsgrund zu prüfen. Praktisch wichtig wird das Vorliegen einer rechtfertigenden Einwilligung vor allem bei Körperverletzungen, insbesondere bei

Eingriffen in die körperliche Integrität zu medizinischen Zwecken. Ein Einverständnis schließe dagegen bei bestimmten Handlungsbeschreibungen bereits die Tatbestandsmäßigkeit aus. Als Beispiele für die tatbestandsausschließende Wirkung eines Einverständnisses wird auf die Handlungen: „eindringen“ [in Wohnungen oder andere Räume] beim Hausfriedensbruch, § 123 StGB; „wegnehmen [einer Sache] beim Diebstahl, § 242 StGB; und „nötigen“ in § 177 StGB verwiesen. Liege ein Einverständnis der betroffenen Person vor, so fehle es am „eindringen“, „wegnehmen“ und „nötigen“.¹⁷

Wichtig sind die Konsequenzen, die die herrschende Ansicht mit der Kategorisierung einer Zustimmung als entweder „Einverständnis“ oder „Einwilligung“ verbindet. Erstens wird eine Erklärung nach außen zwar für den Fall einer Einwilligung für erforderlich gehalten. Beim Einverständnis bedürfe es hingegen keines kommunikativen Aktes: Es genüge, dass das Einverständnis faktisch als – wenn auch unerklärte – innere Zustimmung vorgelegen habe. Zweitens komme es nur bei der Einwilligung auf Wirksamkeitsbedingungen wie persönliche Urteilsfähigkeit, Freiheit von Irrtümern usw. an. Ein Einverständnis sei dagegen beim faktischen Vorliegen eines zustimmenden Willens zu bejahen. Sieht man dies so, wäre ein Hausfriedensbruch zu verneinen, wenn Hausrechtsinhaber infolge einer Täuschung oder in einem Urteilsfähigkeit ausschließenden Drogendelirium einer anderen Person das Betreten der Wohnung erlauben würden, oder mangels Wegnahme ein Diebstahl zu verneinen, wenn ein Kleinkind „als Geschenk“ sein Spielzeug einer anderen Person in die Hand drückte.¹⁸ Die Details der Grenzziehung sind allerdings umstritten.¹⁹ Wenn man es als zentrale Aufgabe des Strafrechts ansieht, in der Interaktion von Personen Freiheitsphären und Selbstbestimmungsrechte zu schützen, sollte stets von Bedeutung sein, ob eine Entscheidung zur Aufgabe eines Rechts wirklich selbstbestimmt erfolgte. Deshalb ist es überzeugender, die traditionelle Differenzierung zwischen voraussetzungsarmem Einverständnis und voraussetzungsreicher Einwilligung aufzugeben und für alle Konstellationen des Verzichts auf ein Recht zu verlangen, dass dieser Verzicht erstens ausdrücklich oder konkludent²⁰ und zweitens in wirksamer Weise

17 S. für eine Darstellung des gängigen Ansatzes Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 2 ff.; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 9 Rn. 22 ff.; Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 31 ff.; Rönnau, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Band 2, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 158 f.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 44. Aufl. 2014, Rn. 366 ff.

18 In letzterem Fall bliebe eine Unterschlagung, § 246 StGB, da dieser Tatbestand keine Wegnahme voraussetzt. Wenn dagegen beim Hausfriedensbruch „eindringen“ verneint wird, ist die Handlung straflos.

19 S. Roxin (Fn. 17) § 13 Rn. 11 ff.; Rönnau (Fn. 17); Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl. 2004, § 9 Rn. 11 ff.

20 Roxin (Fn. 17), § 13 Rn. 76 f. A.A. Stratenwerth/Kuhlen (Fn. 19), § 9 Rn. 14; Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 17) Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 32c.

erklärte wurde, d.h. mit Einsichtsfähigkeit und frei von Willensmängeln.²¹ Aber an diesem Punkt ist die Diskussion im Fluss, eine einhellige Meinung hat sich nicht geformt.

Für die Frage, wie ein neuer § 177 StGB formuliert werden könnte, ist hervorzuheben, dass die meisten Vertreter und Vertreterinnen der Staatsanwaltschaften und Gerichte in ihrer juristischen Ausbildung das tradierte Bild des von der Einwilligung zu unterscheidenden Einverständnisses verinnerlicht haben dürften. Wenn also in einem neuen Gesetzestext Begriffe wie „einverständlich“ oder „nicht einverständlich“ enthalten sind, ist das der Verständnishorizont, der die Rechtsanwendung vermutlich vielfach prägen würde. Es würde demgemäß weder eine Erklärung des Einverständnisses noch Wirksamkeitsanfordernisse jenseits eines rein faktisch-mental Wollens verlangt.

IV. Das Modell des englischen Sexual Offenses Act 2003

Die in europäischen Ländern geltenden Verbote dessen, was traditionell Vergewaltigung (rape) genannt wird, lassen sich zwei unterschiedlichen Modellen zuordnen. Das eine Modell sieht es als notwendige Bedingung an, dass in einem zweiaktigen Vorgehen zunächst auf die Willensbildung des Opfers eingewirkt wird (durch Gewalt oder Drohung) und dann sexuelle Handlungen vorgenommen werden. Dieser Fokus auf „Gewalt“ als Paradigma, der auch im Begriff „Vergewaltigung“ noch anklingt, geht zurück auf alte Konzepte, s. etwa die Definition in der *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532,²² denen die Vorstellung fremd war, dass sich Frauen auf Selbstbestimmungsrechte berufen könnten. Das Alternativmodell stellt dagegen konsequent auf die Missachtung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts ab und verlangt nur, anders als das zweiaktige Verständnis, dass eine sexuelle Handlung nicht von einer wirksamen Zustimmung aller Beteiligten getragen wird. Dieses dem britischen Sexual Offenses Act von 2003 zugrundeliegende Verständnis hat sich auch in der Istanbul-Konvention niedergeschlagen. Wegen der Ähnlichkeiten lohnt es sich, auf das englische Recht einzugehen.

Dort werden „sexual assault“ und „rape“ folgendermaßen definiert:

Section 1: Rape

A person (A) commits an offence if—

- (a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis,
- (b) B does not consent to the penetration, and
- (c) A does not reasonably believe that B consents.

Section 3: Sexual assault

A person (A) commits an offence if—

- (a) he intentionally touches another person (B),
- (b) the touching is sexual,
- (c) B does not consent to the touching, and
- (d) A does not reasonably believe that B consents.

In Section 74 findet sich eine Definition von „consent“, nämlich

For the purposes of this Part, a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice.

Section 75 statuiert Beweisvermutungen:

Evidential presumptions about consent

- (1) If in proceedings for an offence to which this section applies it is proved—
 - (a) that the defendant did the relevant act,
 - (b) that any of the circumstances specified in subsection (2) existed, and
 - (c) that the defendant knew that those circumstances existed, the complainant is to be taken not to have consented to the relevant act unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he consented, and the defendant is to be taken not to have reasonably believed that the complainant consented unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he reasonably believed it.
- (2) The circumstances are that—
 - (a) any person was, at the time of the relevant act or immediately before it began, using violence against the complainant or causing the complainant to fear that immediate violence would be used against him;
 - (b) any person was, at the time of the relevant act or immediately before it began, causing the complainant to fear that violence was being used, or that immediate violence would be used, against another person;
 - (c) the complainant was, and the defendant was not, unlawfully detained at the time of the relevant act;

21 Insoweit a.A. Roxin (Fn. 17), § 13 Rn. 81: der „natürliche Wille“ genüge.

22 Dort Nr. 119.

- (d) the complainant was asleep or otherwise unconscious at the time of the relevant act;
- (e) because of the complainant's physical disability, the complainant would not have been able at the time of the relevant act to communicate to the defendant whether the complainant consented;
- (f) any person had administered to or caused to be taken by the complainant, without the complainant's consent, a substance which, having regard to when it was administered or taken, was capable of causing or enabling the complainant to be stupefied or overpowered at the time of the relevant act.

Wie man in Sect. 75 Abs. 2 Sexual Offences Act 2003 sieht, spielen Gewalt, Drohungen mit Gewalt und Furcht vor Gewalt auch im englischen Recht eine Rolle – aber in einer grundlegend anderen Funktion als im deutschen Recht. Es geht nicht um Tatbestandsvoraussetzungen, sondern um Beweisvermutungen, also um Umstände, die vermuten lassen, dass keine wirksame Zustimmung vorlag. Nach englischem Recht kann die Verteidigung unter bestimmten Umständen die Beweisvermutungen widerlegen. Aber der Nachweis von Gewalt, Drohungen, Freiheitsberaubung, Einflößen bestimmter Drogen etc. erübrigen es für die Anklage, das Fehlen von „consent“ näher dazulegen. Wichtig ist folgender Hinweis: Beweisvermutungen gibt es im deutschen Strafrecht nicht. Im englischen Recht gibt es eine andere Struktur des Strafverfahrens, die die Beweislast auf Anklage einerseits, Verteidigung andererseits verteilt. Die Einführung von Beweisvermutungen ist für das deutsche Recht keine ernsthaft zu diskutierende Option. Allenfalls wäre zu erwägen, ob Umstände, die bewirken, dass eine de facto vorhandene Zustimmungserklärung rechtlich irrelevant ist, in Form von Regelbeispielen im deutschen Recht aufgeführt werden könnten (s. unten VII.).

Wie geht die englische Rechtspraxis mit Konstellationen um, in denen keine der Beweisvermutungen vorliegt, also keine Gewalt, implizite oder explizite Drohungen etc. zum Einsatz kamen? Eine Frage ist,

ob ein Akt der Kommunikation nach außen (explizit oder konkludent) gefordert wird. Der englische Gesetzestext verlangt „agrees by choice“ – aber das Verb ist nicht eindeutig im Hinblick auf die Frage: Erklärung oder innerer Wille? Soweit in der englischen Strafrechtsliteratur überhaupt auf diesen Punkt eingegangen wird, dann mit der Festlegung, dass es auf die innere Einstellung der Betroffenen ankomme und nicht auf Erklärungen.²³ So scheint es auch die Rechtsprechung zu sehen: In einer Entscheidung aus dem Jahr 2012 hat der Court of Appeal (Criminal Division) akzeptiert, dass bei „scheinbarem Einverständnis“ (apparent consent) auf den tatsächlichen entgegengesetzten inneren Willen abzustellen sei. Zu beurteilen waren sexuelle Handlungen eines Stiefvaters mit einer mittlerweile erwachsenen Stieftochter, die Fortsetzung eines im Kindesalter begonnenen sexuellen Missbrauchs waren. Auch wenn unter solchen Umständen das Verhalten der unkompliziert kooperierenden jungen Frau ein scheinbares Einverständnis nahe lege, durfte die Jury von „lack of consent“ ausgehen, weil der Täter infolge der lange zurückreichenden Dominanz und Kontrolle gewusst habe, dass das Einverständnis nicht echt war.²⁴

Intensiv debattiert wird über Wirksamkeitsmängel. „Consent“ wird in Sect. 75 Sexual Offences Act 2003 an Voraussetzungen geknüpft, nämlich „freedom and capacity to make that choice“. Was das konkret bedeutet, ist allerdings stark umstritten. Besonders viel diskutiert wird darüber, welcher Intensitätsgrad alkoholbedingter Trunkenheit zur Folge hat, dass kein wirksamer „consent“ erteilt werden konnte,²⁵ und welche Formen einer geistigen Behinderung dies ebenfalls ausschließen. Auf der Basis der entschiedenen Fälle fällt es allerdings schwer, konkrete Aussagen zu machen. So findet sich etwa zum Thema „alcohol and consent“ in der Rechtsprechung nur die Einschätzung, dass die Fähigkeit, einzuwilligen, schon verschwinden könne, bevor der Zustand der Bewusstlosigkeit erreicht sei.²⁶ Stellungnahmen der englischen Strafrechtsliteratur stimmen in der Klage darüber überein, dass das Gesetz wesentliche Fragen offen lasse.²⁷

23 Ashworth/Horder, *Principles of Criminal Law*, 7. Aufl. 2013, S. 351.

24 C. v. R. [2012] EWCA Crim 2034, einzusehen unter: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2012/2034.html>, dort Randnummer 16.

25 Ormerod, in: Smith/Hogan, *Criminal Law*, 12. Aufl. 2008, 675 ff.; Semester et al., *Semester and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, 5. Aufl. 2013, 473 f.

26 Bree (2007), zitiert nach Ormerod (Fn. 25), 679.

27 Ormerod (Fn. 25), 677; Semester et al. (Fn.), 481; Ashworth/Horder (Fn. 23), 340 f., 351 ff.

V. Überlegungen zum Inhalt eines neuen Grundtatbestands

1. Definition der tatbestandsmäßigen Handlungen

In einer Neufassung sollte, um die Abkehr vom zwei-stufigen Modell („erst mit Gewalt oder Drohung nötigen, dann sexuelle Handlung“) deutlich zu machen, das Wort „nötigen“ vermieden werden. Stattdessen ist zur Umschreibungen der relevanten Handlungen nur auf die Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen abzustellen (s. sogleich zur schwierigeren Frage, wie „non-consensual“ umzusetzen ist). Überzeugend ist insoweit der Vorschlag des Deutschen Juristinnenbundes (djB) mit folgender Formulierung:

„Wer [...] sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder an sich von der Person vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung an oder mit einem Dritten bestimmt....“

2. Umsetzung von „non-consensual“

Die Hauptschwierigkeit bei der Gestaltung eines neuen Tatbestands liegt darin, zu entscheiden, wie die Formulierung „non-consensual“ in Art. 36 Istanbul-Konvention umgesetzt werden soll. Bei der Erörterung möglicher Tatbestandsvarianten sind vor allem zwei Aspekte zu bedenken. Der erste zu klärende Punkt ist, ob auf den inneren Willen, den mentalen Zustand der Betroffenen, abgestellt werden sollte, oder ob es auf das der sexuellen Handlung vorausgehende kommunikative Geschehen ankommen soll, also auf explizite Erklärungen bzw. den Erklärungsgehalt von Gesten und Verhalten. Bei einer Entscheidung für das Konzept „innerer mentaler Zustand“ läge die Tatbestandsformulierung „gegen den Willen“ nahe. Wenn man nicht die psychologische Ebene, sondern die Erklärungsebene für maßgeblich hält, wäre im nächsten Schritt zu klären, welche Anforderungen an den Gehalt eines erklärten Einverständnisses zu stellen sind: Muss es sich um eine positive Zustimmung handeln, muss also vor jeder einzelnen sexuellen Handlung explizit oder implizit ein „Ja“ vorliegen? Als tatbestandliche Formulierung würde sich, wenn man

diese Prämisse zugrunde legt, „ohne Zustimmung“ anbieten. Oder genügt es, dass keine Ablehnungserklärung, also kein „Nein“ vorlag?

Zweitens stellt sich die Frage, welche Wirksamkeitsvoraussetzungen zu stellen sind. Offensichtlich ist, dass es bestimmte Umstände gibt, in denen auch ein explizites „Ja“ der betroffenen Person nicht als gültiges, wirksames Einverständnis gewertet werden kann. Die jetzigen notwendigen Tatmodalitäten (Gewalt, Drohung, Ausnutzung einer schutzlosen Lage) beschreiben Umstände, die nahe legen, dass keine innere Zustimmung vorlag und eine „Zustimmungserklärung“, falls der Täter eine solche der betroffenen Person abringen konnte, regelmäßig als ungültig zu betrachten wäre. Zu erwägen ist, ob es andere Begleitumstände gibt, die eine möglicherweise erteilte Zustimmungserklärung unwirksam machen.

Keine Probleme bereitet die Beantwortung der Frage, auf welchen Zeitpunkt sich mögliche Tatbestandsmerkmale wie „gegen den Willen“ oder „ohne Einwilligung“ beziehen müssten. Maßgeblich ist die sexuelle Handlung: Zu diesem Zeitpunkt muss die (wie auch immer im Einzelnen zu fassende) „consent“-Bedingung vorliegen. In typischen Konstellationen besteht das sexuelle Geschehen aus einer Kette von sexuellen Einzelhandlungen, und es muss jede einzelne Handlung entsprechend abgesichert sein. Bei andauernden sexuellen Handlungen hat ein Entfallen der „consent“-Bedingung zur Folge, dass die danach erfolgenden sexuellen Handlungen strafbar sind (umgekehrt gälte – was allerdings praktisch kaum je relevant ist –, dass bei einer Willensänderung positiver Art nachfolgende Handlungen nicht mehr strafbar wären). Rechtlich bedeutungslos sind Meinungsschwankungen im Vorfeld und bei erster körperlicher Annäherung, soweit noch keine sexuelle Handlung stattgefunden hat.

VI. Optionen zur Formulierung eines neuen Grundtatbestands: Umsetzung von „non-consensual“

1. „ohne Einverständnis“

Es scheint auf den ersten Blick eine nahe liegende Lösung zu sein, die wörtliche Übersetzung von „non-consensual“ zu wählen:²⁸

28 So auch der Vorschlag des djB.

„Wer ohne Einverständnis sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder an sich von der Person vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung an oder mit einem Dritten bestimmt....“

Zwingend vorgegeben ist diese sprachliche Form der Umsetzung ins deutsche Recht allerdings nicht. In Nr. 193 des erläuternden Berichts zur Istanbul-Konvention wird darauf hingewiesen, dass es den Vertragsschließenden unbenommen bleibt, über die Details des Tatbestands zu entscheiden.

Gegen eine Tatbestandsformulierung, die auf die schlichte Übersetzung von „non-consensual“ baut, spricht, dass der Bedeutungsgehalt von „Einverständnis“ nicht klar ist. Wie vorstehend dargelegt, weist die Literatur zum englischen Sexual Offenses Act 2003 darauf hin, dass dieser Begriff in hohem Maße auslegungsbedürftig ist. Dasselbe gilt für Überlegungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik, die sich auf die Kategorie „Einverständnis“ beziehen. Es handelt sich nur insofern um eine vertraute Kategorie, als sie in jedem Lehrbuch und Strafrechtskommentar auftaucht. Eine nähere Beschäftigung mit dem Thema zeigt aber, dass es zu den zentralen Fragen stark divergierende Ansichten gibt (s. oben III.). Wer versuchen würde, bei der Anwendung eines entsprechend gefassten neuen Tatbestands anhand der vorhandenen Strafrechtsliteratur zum Begriff „Einverständnis“ Sachverhalte zu lösen, müsste feststellen, dass dies erhebliche Probleme bereitet.

Diese Problemdiagnose könnte zu der These führen, dass sich ein unüberwindbares verfassungsrechtliches Hindernis zeige. In der Diskussion ist vereinzelt vorgebracht worden, dass eine einverständnisbasierte Tatbestandsfassung mit dem Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) unvereinbar sei. Zu differenzieren ist allerdings zwischen dem harten Verdikt „verfassungswidrig wegen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG“ und der kriminalpolitischen Empfehlung, Normen so präzise wie möglich zu fassen. Nicht überzeugend wäre es, eine wörtliche Übernahme von „non-consensual“ als „verfassungswidrig“ zu brandmarken. Das deutsche StGB enthält eine Fülle von Gesetzesbegriffen, die in starkem Maße auslegungsbedürftig sind (wäre dem nicht so, wäre Strafrechtswissen-

schaft eine weitgehend überflüssige Disziplin). Dass der Begriff „ohne Einverständnis“ der Auslegung bedarf, wäre keine Besonderheit, sondern ein Zustand, der etwa auch für „Wegnahme“ im Diebstahlsverbot (§ 242 StGB) charakteristisch ist. Das mehrfach im StGB verwendete Tatbestandsmerkmal „Gewalt“ hat das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG als verfassungskonform eingestuft und ausgeführt: „Das schließt [...] nicht eine Verwendung von Begriffen aus, die in besonderem Maß der Deutung durch den Richter bedürfen. Auch im Strafrecht steht der Gesetzgeber vor der Notwendigkeit, der Vielgestaltigkeit des Lebens Rechnung zu tragen. Ferner ist es wegen der Allgemeinheit und Abstraktheit von Strafnormen unvermeidlich, daß in Einzelfällen zweifelhaft sein kann, ob ein Verhalten noch unter den gesetzlichen Tatbestand fällt oder nicht.“²⁹ Unbestimmter als „Gewalt“ wäre ein Merkmal „ohne Einverständnis“ nicht.

Aber es bleibt aus der Perspektive der Gesetzgebung die Herausforderung, die Vorhersehbarkeit für Bürger und Bürgerinnen sowie die Anwendbarkeit für Rechtsanwender und Rechtsanwenderinnen so optimal wie möglich zu gestalten. Wenn es möglich ist, jedenfalls einige (wenn auch nicht alle) der zu erwartenden Auslegungsfragen bereits im Gesetzestext zu klären oder jedenfalls im Text in die intendierte Richtung zu weisen, wäre dies vorzugswürdig. Zentrale Fragestellungen sollten bereits bei der Tatbestandsformulierung bedacht und nicht erst der Rechtsprechung zur Klärung überlassen werden. Solche zentralen Punkte sind: Erklärung erforderlich?; welche Art der Erklärung – „Nein heißt Nein“ versus „nur Ja heißt Ja“?; welche Umstände machen Erklärungen unbeachtlich? Das Gutachten rät deshalb von einem Tatbestandsmerkmal „ohne Einverständnis“ ab, weil damit all diese Fragen offen blieben.

2. „gegen den Willen“

Wenn es auf den inneren Willen ankommen sollte, also auf den mentalen Zustand des Tatopfers, wäre zu erwägen, dies mit einem Tatbestandsmerkmal „gegen den Willen“ auszudrücken.

„Wer gegen den Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser vornimmt oder an

29 BVerfGE 92, 1, 12. Die Kritik des Bundesverfassungsgerichts und die Aufhebung der angegriffenen Strafurteile in dieser Entscheidung erfolgten wegen der weiten Auslegung des Gewaltbegriffs durch den Bundesgerichtshof, nicht aber wegen der Fassung des gesetzlichen Tatbestands.

sich von der Person vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung an oder mit einem Dritten bestimmt....“

Gegen eine Umsetzung von „non-consensual“, die auf den innerlichen tatsächlichen Willen abstellen würde, ließe sich allerdings anführen, dass Art. 36 Abs. 2 der Istanbul-Konvention formuliert: „consent must be given“ – dies deutet auf ein erklärungsorientiertes Verständnis von „consent“. Hinzu kommen zwei weitere Überlegungen, die gegen eine Orientierung am „inneren Willen“ sprechen. Erstens: Situationen dürften in der Lebensrealität vorkommen, in denen eine Person subjektiv klar wahrnimmt: „Eigentlich ist mir im Moment nach meiner persönlichen Verfassung nicht nach Sexualkontakt zumute“, andererseits aber diesem Gefühl keinen Ausdruck gibt, sondern in der Kommunikation ein „Ja“ äußert. Es wäre aber gegenüber ihren Sexualpartnern und Sexualpartnerinnen unfair, wenn diesen unter solchen Umständen der Sexualkontakt als „objektives Unrecht“ zugerechnet würde. Beschuldigte würden zwar, wenn ersichtlich der „wahre Wille“ verborgen geblieben ist, mangels subjektiven Tatunrechts (mangels Vorsatz) nicht bestraft – aber schon das Urteil „objektives Unrecht“ wäre unangemessen. Für die Betroffenen könnte zudem ein solcher Tatbestand falsche Hoffnungen wecken, wenn die Erwartung befördert würde, dass ihre „eigentlichen“, wenn auch nicht geäußerten Wünsche maßgeblich seien – und sie dann erfahren müssten, dass es (wegen der Bedeutung von Vorsatz im Strafrecht) nicht zu einer Verurteilung kommen kann. Zur Klarheit für alle Beteiligten sind Formulierungen vorzugswürdig, die zum Ausdruck bringen, dass die retrospektive Bewertung eines Sexualkontakts als strafbare Handlung sich an den äußeren Vorgängen, insbesondere auch an der kommunikativen Interaktion, orientieren muss, nicht aber am „wahren Willen“ von Beteiligten. Zweitens: Wenn es auf den „wahren Willen“ ankäme, würden damit auch Schutzbehauptungen von Beschuldigten erleichtert. Eine verbreitete Verteidigungsstrategie in Verfahren wegen sexueller Nötigung liegt darin, zu behaupten, man habe irrtümlich angenommen, dass die andere Person einverstanden gewesen sei. Nach deutschem Recht (hier liegt ein weiterer wesentlicher Unterschied zur Rechtslage in England) werden Irrtümer nicht an objektiven Standards wie „vernünftig

oder nachvollziehbar“ gemessen. Ein Irrtum aufgrund einer Verkennung der Situation führt nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zur Straffreiheit, und zwar auch dann, wenn offensichtlich ist, dass vernünftige Personen diesem Irrtum nicht erlegen wären, weil sie die Situation richtig eingeschätzt hätten – anders die Normen des Sexual Offenses Act 2003, die einen „vernünftigen Glauben“ voraussetzen.³⁰ Nach englischem Recht ist es weniger riskant, wenn „consent“ als „wahrer Wille“ interpretiert wird, weil die „reasonable belief“-Klausel der erfolgreichen Berufung auf einen Irrtum über den „wahren Willen“ Grenzen setzt. Nach deutschem Recht würde es dagegen genügen, wenn Beschuldigte vorbringen, sie hätten subjektiv geglaubt, dass der Sexualkontakt „eigentlich“ auch dem wahren Willen der anderen Person entsprochen habe. Der Vorhalt, dass die andere Person nicht ansatzweise einen solchen Willen geäußert habe und ein subjektiver Glaube an einen „eigentlichen Willen“ deshalb grob irrational gewesen sei, wäre wirkungslos, wenn Beschuldigte darauf pochen können: „Ich habe das aber zu dem Zeitpunkt geglaubt.“ Auch wegen der Irrtumsproblematik empfiehlt es sich, auf Kommunikationen abzustellen anstatt auf den „eigentlichen“, wenn auch unerklärten Willen.

3. „ohne Einwilligung“

Wenn bei der Formulierung des Tatbestandes an die Kommunikation zwischen den beteiligten Personen angeknüpft werden soll, läge ein möglicher Ansatz darin, die Strafbarkeit davon abhängig zu machen, dass für jede einzelne sexuelle Handlung eine Einwilligungserklärung vorlag.

„Wer ohne Einwilligung einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser vornimmt oder an sich von der Person vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung an oder mit einem Dritten bestimmt...“

Eine vergleichbare Regelung gibt es in Verhaltenskodizes US-amerikanischer Universitäten. In jüngster Zeit hat Kalifornien die Einführung entsprechender Leitlinien (Notwendigkeit von „affirmative consent“) zur Voraussetzung für finanzielle Zuwendungen an Universitäten gemacht.³¹ Vorstellbar wäre es, das Konzept

30 S. oben Sect. 1 und Sect. 3 Sexual Offenses Act, jeweils mit der Formulierung: „A does not reasonably believe that B consents“.

31 State of California, Senate Bill No. 967: Einführung von Section 67386 Education Code, https://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB967

von „only yes means yes“ auch im Strafrecht zu verankern. In strafrechtsdogmatischen Kategorien gedacht, wäre für die Umsetzung dieser Prämisse zu erwägen, den Begriff „Einwilligung“ zu verwenden. Anders als der Begriff „Einverständnis“, dessen Bedeutungsgehalt nicht als konsentiert gelten kann, hätte „Einwilligung“ den Vorteil, dass sich jedenfalls für manche der Wirksamkeitsvoraussetzungen klare Linien in Rechtsprechung und Lehre herausgebildet haben. Weil die Frage der Wirksamkeit von Einwilligungen vor allem bei ärztlichen Eingriffen in die körperliche Integrität von großer praktischer Bedeutung ist, gibt es zu diesem Punkt Vorgaben. Weitgehend unstrittig ist, dass eine Einwilligung erklärt werden muss,³² sodass in der Begriffsverwendung die Klarstellung liegt, dass es nicht auf den inneren Willen ankommen kann.

Zu erwarten wäre allerdings ein Einwand aus der Perspektive der deutschen Strafrechtswissenschaft und von Praktiker und Praktikerinnen, deren Ausbildung auf der bei uns gebräuchlichen strikten Zweiteilung von „Tatbestandsmäßigkeit“ einerseits, „Rechtfertigungsgründe“ andererseits beruht. Die Einwilligung wird von der herrschenden Ansicht im Strafrecht als Rechtfertigungsgrund angesehen.³³ Vor diesem Hintergrund gelesen, könnte der obige Formulierungsvorschlag als Festlegung verstanden werden, dass alle Sexualkontakte zwischen Menschen prima facie einen Straftatbestand erfüllen und erst im zweiten Schritt, auf der Ebene der Rechtfertigungsgründe, die Filterung in „zu bestrafen“ und „nicht zu bestrafen“ erfolge. Bedenken, nämlich dass dies eine offensichtlich unsinnige Aussage über Sexualität sei, könnten zwar überwunden werden, wenn in den Gesetzesmaterialien auf eine in der Strafrechtswissenschaft vertretene, gut begründete Minderheitsansicht verwiesen würde, die die strikte Dichotomie von „Tatbestandsmäßigkeit“ und „Rechtfertigung“ kritisiert und vertritt, dass eine Einwilligung bereits die Tatbestandsmäßigkeit ausschließe.³⁴ Dem Problem wäre allerdings einfacher aus dem Wege zu gehen, wenn man „Einwilligung“ durch „Zustimmung“ ersetzen würde.

4. „ohne Zustimmung“

Nach dieser Option würde der Begriff „ohne Zustimmung“ in den Tatbestand aufgenommen und zur

Konkretisierung in der Gesetzesbegründung auf die anerkannten Anforderungen an eine wirksame Einwilligung zu verweisen.

„Wer ohne Zustimmung einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser vornimmt oder an sich von der Person vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung an oder mit einem Dritten bestimmt....“

Ein auf das Merkmal „ohne Zustimmung“ ausgerichteter Tatbestand würde in den angeführten fünf Gruppen von Sachverhalten (oben S. 8, 9), die gegenwärtig nicht strafrechtlich zu erfassen sind, eine Bestrafung ermöglichen (dasselbe gilt für die Option „ohne Einwilligung“). Eine Zustimmung fehlt in den Überrumpelungsfällen (1) sowie in den Fällen eines Opfers, das sich passiv verhält ((3) und (5)). Dies gilt auch dann, wenn es gelingt, durch Drohung oder Gewalt unterhalb der Schwellen des jetzigen § 177 Abs. 1 StGB Opfern eine Ja-Erklärung abzapfen (s. die Fallgruppen (2) und (4)). In der Dogmatik der Einwilligung, die auf die Formulierung „Zustimmung“ zu übertragen wäre, ist geklärt, dass Nötigungen mit Gewalt oder Drohungen mit einem empfindlichen Übel daraufhin abgegebene Erklärungen unwirksam machen.³⁵ Erfasst würden auch „date rape“-Fälle mit ambivalenter Kommunikation von Seiten der Betroffenen, wenn also weder eine Einwilligungs- noch eine Ablehnungserklärung, weder ein „Ja“ noch ein „Nein“ vorlag.

Es gibt allerdings zwei diesem Formulierungsvorschlag entgegenstehende Überlegungen. Die erste gilt der Frage, ob damit eine wünschenswerte Verhaltensnorm gesetzt würde, die zweite betrifft Beweiswürdigungsfragen. Überlegungen im Vorfeld einer Gesetzesänderung müssen sich sowohl auf die Sanktionierung von Verhalten und die möglicherweise im Verfahren entstehenden (Beweiswürdigungs-)Probleme beziehen als auch auf die Ebene der Verhaltensnormen. In Straftatbeständen stecken Verhaltensnormen, die sich nicht nur an potentielle Straftäter und Straftäterinnen richten, sondern auch Verhaltensanweisungen für gesetzestreue Bürger und Bürgerinnen enthalten. Eine „nur Ja heißt Ja“-Norm muss auch daraufhin untersucht werden, ob dies eine wünschenswerte und umsetzbare

32 Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 17), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 43; Roxin (Fn. 17), § 13 Rn. 71; Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, Vor § 32 Rn. 3c.

33 Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 17), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 33; Fischer (Fn. 32), Vor § 32 Rn. 3b.

34 Roxin (Fn. 17), § 13 Rn. 12 ff.

35 Roxin (Fn. 17) § 13 Rn. 113 ff.; Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 17), Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 48.

Vorgabe für alle sexuell aktiven Menschen ist. Sexuelle Aktivitäten sind typischerweise nicht auf Einzelhandlungen zu reduzieren, sondern schließen eine Abfolge von Formen des sexuellen Körperkontakts ein, denen jeweils eine Zustimmung vorausgehen müsste. Ein Einwand ist an dieser Stelle zu erwarten, aber auch auszuräumen: Es wäre lebensfremd, zu erwarten, dass die Kommunikation für jede Einzelhandlung eine explizite Bitte um Einwilligung und eine ebenso explizite Antwort verlangen würde. Ein explizites „Ja“ ist allerdings nach der allgemeinen Einwilligungsdogmatik nicht notwendig; genügen würde eine konkludente Zustimmung, die aus dem konkreten Kontext zu erschließen ist.³⁶ Aus der Perspektive von Handelnden bleibt allerdings „affirmative consent“ ein anspruchsvolles Konzept, da es voraussetzt, zu jedem Zeitpunkt (nicht nur vor der ersten sexuellen Handlung, sondern kontinuierlich in einer länger dauernden sexuellen Interaktion) die Reaktionen der anderen Person zu beobachten und subtile Formen von Gestik und Mimik zu würdigen, um Missverständnisse zu vermeiden. Eine Schlüsselfrage für das Gesetzgebungsvorhaben ist, ob ein solches anspruchsvolles Verständnis von Zustimmung als gesetzlicher Standard für Sexualkontakte letztlich wünschenswert ist. Dafür ließe sich die Überlegung anführen, dass eine Verankerung von Pflichten der Rücksichtnahme und Partnerschaftlichkeit im Interesse aller Bürger und Bürgerinnen liege – fraglich ist aber, ob hohe Anforderungen an Geistesgegenwärtigkeit und Selbstkontrolle den spezifischen Bedingungen befriedigender sexueller Begegnungen gerecht werden.

Gleichzeitig würde die Beweiserhebung erschwert, wenn es zu einem Strafverfahren kommt. Der auf Zustimmung abstellende Ansatz macht es erforderlich, dass für eine Vielzahl von aneinander gereihten sexuellen Handlungen jeweils eine (in aller Regel nur implizit erteilte) Zustimmung nachträglich rekonstruiert werden müsste. Es liegt auf der Hand, dass dies zu praktischen Problemen führen würde, da es auf Bewegungen, aber vor allem auch auf Mimik ankommt. Diese Subtilitäten lassen sich schwer nachträglich, im Abstand von Wochen oder Monaten beschreiben. Das wäre selbst dann der Fall, wenn alle damals beteiligten Personen in aufrichtiger Weise dasselbe Erkenntnisinteresse verfolgen würden. In Strafverfahren findet zudem Beweismäßigkeit regelmäßig vor dem Hintergrund antagonistischer Interessen statt.

Es ist mit erheblichen Nachweisproblemen zu rechnen, wenn es gilt, Behauptungen von Beschuldigten zu widerlegen – zum Beispiel, dass die Zeugin doch ermunternd gelächelt habe. Wegen des Verfassungsgrundsatzes „in dubio pro reo“ wird sich in Fällen, in denen Aussage gegen Aussage steht und in denen auch Glaubwürdigkeitsgutachten die Beweissituation nicht mehr verschieben, die von Beschuldigten geschilderte Rekonstruktion des Kommunikationsablaufs durchsetzen.

Verschärft wird das Problem dadurch, dass durch die täterfreundlichen Irrtumsregeln des deutschen Rechts auch eine Zunahme von Schutzbehauptungen über Irrtümer zu erwarten wäre: Beschuldigte werden vorbringen, sie hätten jedenfalls geglaubt, dass eine Geste als Aufmunterung und nicht als Verneinung zu verstehen sei usw. Zwar sind auch bei den nachfolgend zu erörterten Formulierungsvorschlägen, die auf einem „Nein heißt Nein“-Modell beruhen, echte Irrtümer (das „Nein“ wurde nicht erkannt) sowie entsprechende nachträgliche Schutzbehauptungen zu erwarten. Aber die Zuflucht zu solchen Verteidigungsstrategien würde durch ein Zustimmungsmodell erleichtert, da es einfacher sein dürfte, Staatsanwaltschaften und Tatgerichte davon zu überzeugen, dass bei subtilen Formen der Interaktion eine Situationsverkennerung vorgelegen habe.

5. „gegen den erklärten Willen“

Zu erörtern bleiben mögliche Neufassungen, die auf einem „Nein heißt Nein“-Modell beruhen, etwa mit dem Tatbestandsmerkmal „gegen den erklärten Willen“:

„Wer gegen den erklärten Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser vornimmt oder an sich von der Person vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung an oder mit einem Dritten bestimmt...“

Wie bei der Zustimmungslösung wäre auch für die Negativerklärung nicht ein ausdrücklich verbal geäußertes „Nein“ erforderlich. Die konkludente Kundgabe von Ablehnung (etwa durch Kopfschütteln oder durch Weinen) wäre ausreichend.

36 Roxin (Fn. 17), § 13 Rn. 74.

Der große Vorteil eines solchen Tatbestandes ist, dass sich damit das vorzugswürdige „Nein heißt Nein“-Modell umsetzen ließe und dass typische Sachverhalte aus dem Kernbereich strafwürdigen, aber bislang straflosen Verhaltens erfasst würden. In Fällen der Fallgruppe (5) – s. oben S. 2 – haben die betroffenen Frauen zum Ausdruck gebracht, dass die sexuellen Handlungen nicht ihrem Willen entsprachen.

Der Formulierungsvorschlag greift allerdings als alleiniges unrechtsdefinierendes Merkmal zu kurz. Es fehlt an einem erklärten Willen, wenn an einer bewussten oder schlafenden Person sexuelle Handlungen vorgenommen werden. Außerdem kann es Fälle geben, in denen ein explizites „Ja“ erklärt wurde, das aber nicht als wirksame Zustimmungserklärung gelten kann (etwa wegen eines schweren Alkohol- oder Drogenrausches, der die Urteilsfähigkeit aufgehoben hat, oder wegen einer schweren geistigen Behinderung). Mit Blick auf solche Fälle wäre eine mögliche Replik, dass diese – wie bisher auch – unter § 179 StGB fallen würden (s. jedoch zu den Problemen mit diesem Tatbestand unten IX. 2.). Und es bleiben Sachverhalte, die weder mit einem Tatbestandsmerkmal „gegen den erklärten Willen“ noch als anderes Sexualdelikt zu erfassen wären. Dies gilt erstens für die Überraschungsfälle, in denen den Betroffenen wegen des vom Täter eingesetzten Überraschungseffekts keine Zeit bleibt, einen entgegenstehenden Willen zu äußern. Diese Strafbarkeitslücke sollte nicht bestehen bleiben: Es handelt sich um eine eindeutige Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung (die mit einer Bestrafung als Beleidigung nicht angemessen eingeordnet wird). Und zweitens können Fälle Probleme bereiten, in denen Gewalt oder Drohungen eingesetzt wurden, um ein „Ja“ zu bewirken. Zwar gibt es Konstellationen, in denen Betroffene zunächst „Nein“ sagen und ihnen danach durch Gewalt oder Drohung ein „Ja“ abgepresst wird – solche Varianten wären mit „gegen den erklärten Willen“ zu erfassen. Aber gerade dann, wenn schon am Anfang der Interaktion in besonders brutaler Weise Gewalt oder Drohungen angewendet wurden, kann es sein, dass die Betroffenen aus berechtigter Furcht nicht mehr dazu kamen, ein „Nein“ zu äußern. Als Beispiel sei auf einen vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall verwiesen, in dem der Täter in die Wohnung seiner Ex-Freundin eindrang, dort ihren neuen Partner erschoss und danach mit ihr eine Autofahrt unternahm und für sexuelle Handlungen ein Hotel aufsuchte.³⁷ Dass die verstörte Frau, die in ihrer Wohnung neben ihrem ermordeten Partner auf dem Sofa gesessen hatte, kein „Nein“ ge-

genüber den Ansinnen des Täters wagte, ist nachvollziehbar. Offensichtlich handelt es sich nicht um eine Ausübung sexueller Selbstbestimmung, wenn massiv eingeschüchterte Betroffene Sexualkontakte wortlos oder unter Vorspielen von Kooperation erdulden.

Da mit dem Tatbestandsmerkmal „gegen den erklärten Willen“ zwar die meisten, aber nicht alle strafwürdigen Sachverhalte erfassen werden, empfiehlt sich eine Ergänzung: „gegen den erklärten Willen oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist“.

6. „gegen den erklärten Willen oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist“

„Wer gegen den erklärten Willen einer anderen Person oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist, sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder an sich vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung an oder mit einem Dritten bestimmt....“

Nach dieser Formulierungsvariante müssten Rechtsanwender und Rechtsanwenderinnen zunächst prüfen, ob es einen (explizit oder konkludent) erklärten entgegenstehenden Willen gab. War dies der Fall, erfüllen sexuelle Handlungen den Tatbestand.

Ansonsten wäre als zweiter Schritt zu prüfen, ob das Fehlen einer Zustimmung angesichts der Umstände offensichtlich war. Anders als bei der Formulierungsoption „gegen den Willen“ käme es nicht auf den mentalen Zustand als solchen an, sondern es müsste geprüft werden, ob das Fehlen einer wirksamen Zustimmung aus einer Außenperspektive erkennbar war. Maßstab wäre, ob ein auf das Geschehen schauender „unsichtbarer Dritter“ anhand der Umstände der Interaktion in Kenntnis der Beziehungen zwischen den Beteiligten unzweifelhaft erschließen könnte, dass diese sexuelle Handlung nicht von einer wirksamen Zustimmung getragen ist. Die zu treffenden Feststellungen beziehen sich zunächst auf die objektiv vorliegenden situativen Umstände. Wie bei allen Tatbeständen des deutschen StGB ist danach, in einem zweiten Schritt, der Vorsatz festzustellen (§ 15 StGB). Der Vorsatz muss sich auf die Umstände beziehen, d.h. die Faktenlage, die die Einschätzung „fehlende Zustimmung ist offensichtlich“ trägt. Ein Vorteil der For-

37 S. oben Fn. 8.

mulierung „offensichtlich“ wäre, dass sie es Beschuldigten erschwert, mit der unrichtigen Behauptung durchzudringen, sie hätten die relevanten Umstände verkannt. Wenn aus einer objektiven Perspektive offensichtlich ist, dass die andere Person der sexuellen Handlung nicht zugestimmt hat, wird es schwerer, mit der Behauptung Gehör zu finden, man sei nichtsdestotrotz einem Irrtum erlegen.

Mit der zweiten Alternative wären auch Überraschungsfälle strafbar. Wenn es sich um einander fremde Personen handelt (z.B.: überraschender Griff zwischen die Beine oder an die Brust in einem überfüllten Verkehrsmittel), ist das Fehlen der Zustimmung der so „betatschten“ Person evident. Das gilt auch, wenn sich die Beteiligten kannten, aber in einem sozialen Kontext (z.B. Arbeitsverhältnis ohne private Bezüge), der keinerlei Anlass zu der Einschätzung bot, dass ein überraschend-direktes Umschlagen ins Sexuelle konsentiert sein könnte. Ebenso ist für einen hypothetischen Dritten das Fehlen einer wirksamen Zustimmung auch dann deutlich, wenn zwar eine affirmative Äußerung vorlag, aber diese erkennbar auf Gewalt oder eine Drohung mit einem empfindlichen Übel zurückzuführen ist. Und schließlich wird auch die Fallgruppe „impulsiv agierender Gewalttäter – fehlender Finalzusammenhang“ erfasst, s. den oben erwähnten Täter, der zunächst aus Eifersucht den neuen Partner seiner Ex-Freundin erschoss und danach den Entschluss zu sexuellen Handlungen fasste. Mit der Tatbestandsformulierung „unter Umständen, in denen die fehlende Zustimmung der anderen Person offensichtlich ist“ wären solche Sachverhalte zu erfassen.

Ein Unterschied zum Ansatz „ohne Zustimmung“ (oben 4.) zeigt sich für ambivalente Situationen, etwa in dem Kontext, der manchmal „date rape“ genannt wird: Der sexuellen Handlung ging eine Interaktion voraus, die jedenfalls teilweise Ähnlichkeiten mit der sozialüblichen Anbahnung eines Sexualkontakts aufwies, und es fehlt zum entscheidenden Zeitpunkt am erkennbaren Ausdruck von Ablehnung, aber auch an einer erkennbaren Zustimmungserklärung. Weil fehlende Zustimmung nicht offensichtlich ist, liegt bei Zugrundelegung dieses Maßstabs keine Straftat vor. Verlangt man dagegen eine Zustimmungserklärung, würden Beschuldigte bestraft, wenn die Rekonstruktion der Ereignisse zum Ergebnis „ambivalente Situation“ führt. Nach Auffassung der Gutachterin ist die Strafbarkeit in diesen Fällen zu verneinen, wenn

man im gebotenen Maße zwischen moralischer und rechtlicher Bewertung differenziert. Natürlich ist demjenigen, der sich ausschließlich von eigenen Interessen leiten lässt und in Kauf nimmt, dass die andere Person den Sexualkontakt nicht will, ein moralischer Vorwurf wegen Rücksichtslosigkeit zu machen. Aber für die rechtliche Bewertung kommt es weniger auf moralische Verwerflichkeit als auf Freiheits- und Verantwortungsbereiche an. Wenn dem unerwünschten Sexualkontakt zunächst ein freiwillig eingegangener kommunikativer Kontakt voran ging, ist allen Beteiligten zuzumuten, Meinungsäußerungen abzugeben, um Missverständnisse auszuräumen. Die Obliegenheit, zu signalisieren, dass sexuelle Annäherung nicht erwünscht ist, bedeutet keine unverhältnismäßige Last – mit der unzumutbaren Forderung, körperlichen Widerstand zu leisten, ist dies nicht vergleichbar.

Das Problem „ambivalente Situation“ ist auch jenseits von „date rape“ in einer praktisch wichtigen Fallgruppe zu bedenken, nämlich bei sexuellen Angriffen auf Partner und Partnerinnen in Beziehungen mit wiederkehrenden Nötigungen und körperlicher Gewalt. Es kann unter solchen Umständen nachvollziehbar sein, dass die unterlegene Seite eine resignierende Haltung einnahm und deshalb im Vorfeld einer unerwünschten sexuellen Handlung nicht mehr ein „Nein“ kommunizierte. Wenn Betroffene aufgrund früherer einschlägiger Erfahrungen in Schweigen verfallen, missachten sie keine Obliegenheit – schließlich kennt der gewalttätige Partner den Kontext und die damit verbundene einschüchternde Wirkung. Für den objektiven Beobachter, der um frühere Gewalt weiß, kann sich aus diesem Wissen in Kombination mit den Details der konkreten Situation (z.B.: es werden wortlos-resigniert Anweisungen befolgt, die im Befehlstone vorgebracht werden) ergeben, dass fehlende Zustimmung offensichtlich ist. Allerdings ist auch echte Ambivalenz möglich (etwa bei Beziehungen, die zwischen Zerwürfnissen und Versöhnung hin und her schwanken), die nicht strafrechtlich zu erfassen wäre.

Es ist außerdem unvermeidbar, dass mit dem Merkmal „Umstände, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist“ Spielraum für die Rechtsanwender und Rechtsanwenderinnen entstände. Dies könnte als Nachteil angesehen werden, da mit Grenzfällen zu rechnen ist, in denen die Meinungen darüber auseinandergehen, ob unter den konkreten Umständen fehlende Zustimmung offensichtlich war oder nicht.

In solchen Grenzfällen sollte die Tatbestandsmäßigkeit verneint werden. In der Gesetzesbegründung wäre darauf hinzuweisen, dass wegen des Charakters des Strafrechts als „ultima ratio“ die Einordnung als „offensichtlich“ ernst zu nehmen ist. Genauso wichtig wäre es allerdings, in der Gesetzesbegründung anzunehmen, dass Rechtsanwender und Rechtsanwenderinnen eigene Bewertungsmaßstäbe kritisch reflektieren, im Hinblick auf das Einschleichen stereotyper, nicht realitätsgerechter Vorurteile über die Bedeutung von Verhalten (etwa, dass körperbetonte Kleidung von Frauen bedeute, dass fehlende Zustimmung nicht offensichtlich sei). Auch bei einer Neufassung ist allerdings nicht auszuschließen, dass bei der schwierigen Aufgabe der Grenzziehung zwischen strafbaren und nicht strafbaren sexuellen Handlungen einzelne Einstellungen oder Freisprüche wegen zugrunde liegender Annahmen zu geschlechertypischem Verhalten auf Kritik stoßen. Trotz der dadurch geschaffenen Auslegungsspielräume hält das Gutachten aber die Formulierung „gegen den erklärten Willen einer anderen Person oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist“ für die bestmögliche Variante. Damit könnte ein Großteil der Strafbarkeitslücken geschlossen werden, und es ist nicht ersichtlich, dass es eine perfekte Formulierungsvariante gibt, die trennscharf und zuverlässig nur strafwürdige, aber auch alle strafwürdigen Konstellationen umfassen würde.

VII. Gesetzliche Definition von Wirksamkeitsvoraussetzungen?

Wie die Erfahrungen mit dem englischen Sexual Offenses Act 2003 zeigen, sollte bedacht werden, unter welchen Voraussetzungen eine ggf. tatsächlich vorliegende Zustimmungserklärung als unwirksam einzuordnen ist. Diese Frage stellt sich vor allem dann, wenn (entgegen der hier vertretenen Präferenz) das Zustimmungsmodell (oben 4.) gewählt würde. Dann wäre zu erwägen, ob eine positive Definition von Wirksamkeitsbedingungen für die erforderliche Zustimmung aufgenommen werden soll – so in Art. 36 Abs. 2 Istanbul-Konvention und Sect. 74 Sexual Offenses Act 2003 sowie im Vorschlag des djb (dort § 175 Abs. 1). Versuche, Wirksamkeitsbedingungen generell zu beschreiben, bewegen sich allerdings zwangsläufig auf sehr hohem Abstraktionsniveau (Art. 36 Abs. 2 Istanbul-Konvention: „voluntarily as the result of the person’s free will assessed in the context of the

surrounding circumstances“; Sect. 74 Sexual Offenses Act: „freedom and capacity to make that choice“ § 175 Abs. 1 Vorschlag djb: „freie Willensbildung“). Als Legaldefinitionen, die die Subsumtion von Sachverhalten unter einen Tatbestand erleichtern sollten, sind solche Umschreibungen nicht weiterführend und deshalb verzichtbar.

Zu erwägen wäre allenfalls, ob fallspezifischere Negativ-Definitionen sinnvoll sein könnten, die Umstände anführen, bei deren Vorliegen nicht von einer wirksamen Zustimmung ausgegangen werden kann. Das könnte auch für den Formulierungsvorschlag „gegen den erklärten Willen einer anderen Person oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist“ relevant werden: als Negativdefinition, wann trotz einer faktisch abgegebenen affirmativen Erklärung deren Unwirksamkeit offensichtlich ist. Vorstellbar wären etwa Regelbeispiele („vom Fehlen einer wirksamen Zustimmung ist in der Regel auszugehen, wenn [...]“). Regelbeispiele kommen im StGB vor, soweit es um erschwerende Umstände geht;³⁸ denkmöglich wäre es aber, diese Konstruktion auch einzusetzen, um Umstände zu kennzeichnen, bei deren Vorliegen typischerweise ein erklärtes „Ja“ als rechtlich irrelevant einzuordnen ist. Allerdings wären isolierte, nur auf eine Deliktgruppe bezogenen Definitionsversuche systeminkonsistent: Für die praktisch noch wichtigeren ärztlichen Eingriffe in die körperliche Integrität ist auch nicht gesetzlich definiert, unter welchen Umständen die Einwilligung eines Patienten wirksam oder unwirksam ist.

Allerdings ist nicht zu empfehlen, solche Fragen ganz der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu überlassen. Grundzüge der Reichweite eines neuen Grundtatbestandes sollten in der Gesetzesbegründung angesprochen werden. Notwendig wird dies vor allem auch dann, wenn damit Folgeänderungen wie eine Abschaffung von § 179 StGB verbunden werden (dazu unten VIII. 2.). Es muss dann vorab bedacht werden, welche Fälle mit dem neuen Grundtatbestand zu erfassen sind. Dabei stellt sich zum einen die Frage, wie temporäre oder längerfristige Einschränkungen der Urteilsfähigkeit zu bewerten sind (etwa Trunkenheit oder schwere Formen der geistigen Behinderung). Insofern dürfte konsensfähig sein, dass solche Umstände trotz eines geäußerten „Ja“ einer rechtswirksamen Zustimmung entgegenstehen können – die entscheidende Frage ist die nach dem Ausmaß der Beeinträchtigung. Zum anderen gibt es Umstände, bei denen sich

38 S. etwa § 243 Abs. 1 S. 2 StGB (besonders schwerer Fall des Diebstahls).

grundsätzlich die Frage stellt, ob diese die Rechtsverbindlichkeit einer de facto vorliegenden Zustimmungserklärung beeinflussen oder nicht. Diskutierte Fallgruppen³⁹ sind Wissensmängel (z.B. die Infektion des Sexualpartners mit einer Geschlechtskrankheit betreffend)⁴⁰, Täuschungen und darauf beruhende Motivirrtümer (etwa im Hinblick auf die Bereitschaft des Sexualpartners, im Gegenzug zur sexuellen Handlungen Vorteile zu gewähren) und sozio-ökonomische Not (etwa, wenn Kunden von Prostituierten wissen, dass diese wegen ihres ungesicherten Aufenthaltsstatus keine Alternative zur Sicherung ihres Lebensunterhalts haben). Diese Punkte können im Rahmen eines Kurzgutachtens nicht abschließend geklärt werden. Es muss daher darauf hingewiesen werden, dass ein insgesamt konsistentes Regelungsmodell erforderlich ist, insbesondere auch im Hinblick auf die §§ 174a bis 174c StGB (s. dazu unten IX. 3.).

VIII. Strafraumen, Überschrift, Qualifikationen

Der Strafraumen für den neuen Grundtatbestand sollte niedriger ausfallen als § 177 Abs. 1 StGB. Dort wird das Unrecht auch durch die Nötigung und durch Gewalt, Drohung, Ausnutzung einer schutzlosen Lage geprägt, d.h. erhöht. In Betracht käme für einfache Fälle, die nur unter den neu zu schaffenden Grundtatbestand (ohne Qualifikationen) fielen, ein Strafraumen von drei Monaten bis fünf Jahren Freiheitsstrafe (vorstellbar und zu diskutieren wäre auch: sechs Monate bis zehn Jahre). Der Quervergleich mit anderen Tatbeständen (vor allem §§ 174a bis 174c StGB) spricht für den hier gemachten Rahmenvorschlag. Dass § 240 Abs. 4 Nr. 1 StGB etwas höher ansetzt, kann damit erklärt werden, dass zwangsläufig das Unrecht der Willensbeugung durch Nötigung hinzukommt, woran es z.B. in den Überehrungsfällen fehlt. Da sowohl beim Vorliegen eingriffsintensiver sexueller Handlungen (v.a. Penetration = Vergewaltigung) als auch bei erschwerenden Begleitumständen wie Gewalt oder Ausnutzen einer schutzlosen Lage ein erhöhter Strafraumen zur Anwendung käme (s. sogleich), sollte die Untergrenze für einen neuen Grundtatbestand nicht allzu hoch ausfallen. Für nicht konsentrierte Sexualkontakte, die nur knapp die Erheblichkeitsschwelle (§ 184g Nr. 1 StGB) überschreiten, wäre bei einer gesetzlichen Mindestfreiheitsstrafe von drei Monaten

(gemäß § 47 StGB) sogar die Umwandlung in eine Geldstrafe möglich.

Geändert werden müsste ferner die Überschrift, da der neue Grundtatbestand nicht mehr mit „sexuelle Nötigung“ zu überschreiben wäre. Eine mögliche Überschrift wäre „sexueller Angriff“.

Die bisher in § 177 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 StGB angeführten Modalitäten „Nötigen mit Gewalt, durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben und unter Ausnutzung einer schutzlosen Lage“ sollten als Qualifikationen mit dem jetzigen Strafraumen (und wie bisher als „sexuelle Nötigung“ bezeichnet) grundsätzlich beibehalten werden, wobei anzuraten ist, über Änderungsbedarf nachzudenken. Allerdings verliert die für den derzeitigen Rechtszustand erhobene Kritik an der restriktiven Linie des Bundesgerichtshofs an Relevanz, wenn es um die Bewertung von Qualifikationsmerkmalen geht. Diese markieren nicht die Grenze zwischen rechtmäßigem und unrechtmäßigem Verhalten, sondern erhöhen im Verhältnis zum Grundtatbestand die Strafe. Wenn es sich um eine spürbare Straferhöhung handelt, erscheint ein zurückhaltender Einsatz der Merkmale dem Grundsatz nach angemessen (anders möglicherweise bei einigen Detailfragen, etwa, ob mit Blick auf gewalttätig-impulsive Täter am Erfordernis des Finalzusammenhangs festgehalten werden soll).

Auch die erschwerenden Umstände in § 177 Abs. 2 StGB geltende Fassung (Vergewaltigung, gemeinschaftliche Begehung) sollten übernommen werden – wobei jedenfalls bei Vergewaltigungen wegen der stets zu konstatierenden erheblichen Unrechtssteigerung durch die gravierende Intensität der Sexualkomponente anzuraten wäre, dies als Qualifikation einzuordnen und auf die bisher in § 177 Abs. 2 StGB verwendete Regelbeispielstechnik zu verzichten.

Auf den Prüfstand sollten ferner die minder schweren Fälle in § 177 Abs. 5 StGB gestellt werden. Hervorzuheben ist, dass Art. 46 Ziff. a Istanbul-Konvention den Umstand, dass eine Straftat gegen frühere oder derzeitige Ehegatten, Partner oder Partnerinnen begangen wurde, ausdrücklich als strafscharfend einordnet. Auch aus diesem Grund ist die deutsche Rechtsprechungspraxis nicht mehr haltbar, die oft in die entgegengesetzte Richtung wertet und bei Sexualdelikten wegen vorangegangener intimer Beziehungen Strafen

39 Ashworth/Horder (Fn. 23), 353.

40 S. dazu Court of Appeal, Criminal Division, R. v. E.B. [2006] EWCA Crim 2945 (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2006/2945.html>): für das Einverständnis mit dem Sexualakt komme es nicht auf die Kenntnis des Infektionsstatus an.

mildert.⁴¹ Zu empfehlen ist, den Sonderrahmen für minder schwere Fälle bei einfachen Fällen von sexuellen Angriffen, sexuellen Nötigungen und Vergewaltigungen (d.h. solchen ohne qualifizierende Umstände nach § 177 Abs. 3 oder Abs. 4 StGB) zu streichen. Die hier vorgeschlagene Umgestaltung des § 177 StGB hätte zur Folge, dass im Unterschied zum geltenden Recht Taten nach Absatz 1 als Vergehen einzuordnen wären (bislang sind alle Varianten des § 177 StGB Verbrechen).⁴² Das würde auch bedeuten, dass bei sexuellen Übergriffen mit geringer Intensität eine Verfahrenseinstellung nach § 153 StPO (wegen geringer Schwere der Schuld) möglich wäre. Auf Delikte, die innerhalb der Vergleichsgruppe aller unter § 177 StGB fallenden Fälle geringfügig wären, könnte entweder verfahrensrechtlich durch Einstellung oder bei Anwendung von § 47 StGB mit Geldstrafe angemessen reagiert werden. Sofern allerdings die Tat nicht mehr am unteren Rand der Schwere skala anzusiedeln ist, sind die Regelstrafrahmen wegen des erheblichen Unrechts von Taten gegen die sexuelle Selbstbestimmung angemessen.

Es sollte deshalb nur noch für seltene atypische Fälle, die unter § 177 Abs. 3 und Abs. 4 StGB subsumiert werden müssen, ein niedrigerer Sonderstrafrahmen in Abs. 5 verfügbar sein. Vorstellbar wäre dies, wenn jemand bei einem in der sexuellen Eingriffsintensität vergleichsweise geringfügigen Übergriff (z.B. Griff an die Brust) ein Taschenmesser in der Hosentasche mit sich führte (aber nicht benutzt!); dann wären drei Jahre Mindestfreiheitsstrafe nach § 177 Abs. 3 Nr. 1 StGB zu hoch.

IX. Konsequenzen für andere Tatbestände

1. Streichung von § 240 Abs. 4 Nr. 1 StGB

Mit der Einführung eines neuen Grundtatbestandes würde § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB überflüssig und könnte gestrichen werden. Wenn eine Drohung mit einem empfindlichen Übel vorlag, fällt dies unter den neuen Grundtatbestand. Damit wären alle Sexualdelikte einheitlich im 13. Abschnitt des StGB erfasst, während die jetzige Verortung einer Tat gegen die sexuelle Selbstbestimmung im 18. Abschnitt inkonsistent ist. Außerdem wäre so auch das Problem

der unzureichenden Fassung von § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB behoben (dieses Regelbeispiel kann so verstanden werden, dass nur aktives Handeln darunter fällt)⁴³.

2. Streichung von § 179 StGB

Die Tatbestandsfassung von § 179 Abs. 1 StGB beruht mit dem zentralen Merkmal „zum Widerstand unfähig“ auf einer Prämisse, die in einem modernen Sexualstrafrecht nicht angemessen ist und die zu ändern zentrales Ziel von Art. 36 Istanbul-Konvention ist (s. den erläuternden Bericht, Nr. 191). Entscheidend ist nicht Widerstandsunfähigkeit, insbesondere nicht „körperliche Widerstandsunfähigkeit“, sondern die Missachtung des erklärten entgegenstehenden Willens bzw. das Fehlen einer wirksamen Zustimmung. Die Einführung eines neuen Grundtatbestandes erlaubt eine radikale Lösung, nämlich § 179 StGB aufzuheben. Damit wäre der verschiedentlich geäußerten Kritik an einem Sonderstrafrecht für Behinderte Rechnung zu tragen. Eine Sondervorschrift ist nur solange notwendig, als § 177 Abs. 1 StGB „nötigen“ voraussetzt, woran es z.B. bei Schlafenden oder Bewusstlosen fehlt. Wenn dagegen im Grundtatbestand auf „gegen den erklärten Willen oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist“ verwiesen wird, werden davon auch alle Konstellationen erfasst, für die bislang § 179 StGB benötigt wird (sexuelle Übergriffe zu Lasten von Schlafenden, Betäubten, sehr stark Betrunkenen, schwer geistig Behinderten).

3. Überprüfung der §§ 174a bis 174c StGB

Zu untersuchen ist ferner, ob die Beibehaltung der §§ 174a bis 174c StGB bei Einführung eines neuen Grundtatbestandes sinnvoll wäre. Eigenständige Bedeutung hätten diese Normen dann nicht mehr, wenn die betroffene Person zum Ausdruck gebracht hat, dass ein Sexualkontakt nicht erwünscht ist: Dann würde die Klausel „gegen den erklärten Willen“ im Grundtatbestand eingreifen; nach dem hier vorgeschlagenen Strafrahmen wäre dieser identisch. Man könnte deshalb erwägen, auch diese Normen zu streichen. Aber sie bleiben für Sachverhalte bedeutsam, in denen die andere Person erklärt, dass ihr die sexuelle Handlung erwünscht ist oder sie sogar die-

41 Hörnle (Fn. 3), § 177 Rn. 179, 241 ff.; Renzikowski (Fn. 16), § 177 Rn. 112.

42 S. zur Definition von Vergehen und Verbrechen § 12 Abs. 1, 2 StGB.

43 S. oben Fn. 10.

se initiiert.⁴⁴ Würde man solche Sachverhalte unter den hier vorgeschlagenen Grundtatbestand in § 177 Abs. 1 StGB subsumieren und die Umstände daraufhin bewerten, ob fehlende Zustimmung offensichtlich ist, würden Grenzfälle auftauchen. In solchen Grenzfällen wäre die Unwirksamkeit einer de facto vorhandenen Zustimmungserklärung jedenfalls nicht offensichtlich. Die §§ 174a bis 174c StGB könnten deshalb als Klarstellung benötigt werden, dass unter den dort aufgeführten Umständen Zustimmung oder Wunsch nach Sexualkontakt regelmäßig nicht als wirksame Ausübung sexueller Selbstbestimmung gilt.⁴⁵ Falls allerdings eine Negativliste der Bedingungen unwirksamer Zustimmung in Erwägung gezogen werden sollte, sollten die §§ 174a bis 174c StGB darin integriert werden.⁴⁶

Zu empfehlen wäre, § 174b StGB (sexueller Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung) auf Konstellationen zu erstrecken, bei denen Amtsträger über ausländerrechtliche Verfahren mit erheblichen Rechtsfolgen für die Betroffenen zu entscheiden haben.

X. Formulierungsvorschlag mit Erläuterungen

§ 177 StGB-Vorschlag: Sexueller Angriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung

(1) Wer gegen den erklärten Willen einer anderen Person oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist, sexuelle Handlungen an dieser vornimmt oder an sich vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung an oder mit einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis fünf Jahren bestraft. Wird mit dem Opfer der Beischlaf vollzogen oder nimmt der Täter ähnliche sexuelle Handlungen am Opfer vor oder lässt sie von ihm an sich vornehmen, die das Opfer besonders erniedrigen, insbesondere, wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), oder wird die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen, ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr.

(2) Wer eine andere Person

1. mit Gewalt,
2. durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder
3. unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, nötigt, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft. Wird mit dem Opfer der Beischlaf vollzogen oder nimmt der Täter ähnliche sexuelle Handlungen am Opfer vor oder lässt sie von ihm an sich vornehmen, die das Opfer besonders erniedrigen, insbesondere, wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), oder wird die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen, ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren.

(3) Auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter

1. eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt,
2. sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden, oder
3. das Opfer durch die Tat in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.

(4) Auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter

1. bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet oder
2. das Opfer
 - a) bei der Tat körperlich schwer misshandelt oder
 - b) durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt.

(5) In minder schweren Fällen eines sexuellen Angriffs oder einer sexuellen Nötigung unter den in Absatz 3 oder 4 genannten Umständen ist auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen, in minder schweren Fällen einer Vergewaltigung unter den in Absatz 3 oder 4 genannten Umständen auf Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren.

44 S. zu entsprechenden Sexualkontakten von Strafgefangenen mit weiblichem Personal in der Haftanstalt BGH NStZ 1999, 29; NStZ 1999, 349.

45 S. aber für Ausnahmen von der Regel die in der vorstehenden Fn. genannten Entscheidungen.

46 So der Vorschlag des djb, dort § 175 Abs. 5.

§ 178 StGB-Vorschlag: Sexueller Angriff, sexuelle Nötigung und Vergewaltigung mit Todesfolge

Verursacht der Täter durch den sexuellen Angriff, die sexuelle Nötigung oder Vergewaltigung (§ 177) wenigstens leichtfertig den Tod des Opfers, so ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren.

§ 179 StGB-Vorschlag: aufgehoben**§ 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB-Vorschlag: aufgehoben**Zu § 177 Abs. 1:

Für einen neuen Grundtatbestand sind Prämissen zu klären: ob auf den inneren Willen der Betroffenen abgestellt werden soll oder auf Erklärungen in der Interaktion der Beteiligten; im letzteren Fall sodann, ob ein „Nein heißt Nein“-Modell oder ein Zustimmungsmodell („nur Ja heißt Ja“) zugrunde gelegt werden soll. Vorzugswürdig ist es, nicht auf mentale Zustände abzustellen, sondern auf Erklärungen, und das Gutachten plädiert für den „Nein heißt Nein“-Ansatz (ansonsten würden unrealistische Verhaltensnormen aufgestellt und Beweismäßigkeitsprobleme vergrößert). Deshalb sollten sexuelle Handlungen gegen den erklärten Willen einer anderen Person unter Strafe gestellt werden, womit ein Großteil der nach geltendem Recht straflosen, aber evident strafwürdigen Handlungen erfasst würde.

Allerdings gibt es Konstellationen der evidenten Missachtung sexueller Selbstbestimmung, die mit „gegen den erklärten Willen“ nicht zu erfassen sind: vor allem, wenn Betroffene in Überraschungsfällen keine Gelegenheit zur Erklärung von Ablehnung hatten, aber auch, wenn eine Zustimmungserklärung vorlag, die aber abgenötigt wurde. Auf solche Sachverhalte wäre das Tatbestandsmerkmal „unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist“ anzuwenden. Entscheidend sollte sein, ob das Fehlen einer wirksamen Zustimmung aus einer Außenperspektive erkennbar war. Der entstehende Bewertungsspielraum bei der Rechtsanwendung (was heißt: offensichtlich?) ist unvermeidbar. Wegen der Vielgestaltigkeit von sexuellen Übergriffen ist es nicht möglich, eine Formulierung zu finden, die ohne die Notwendigkeit von Situationsbewertungen treffsicher und exakt alle strafwürdigen und nur die strafwürdigen Fälle erfassen würde. Bei der Anwendung des Gesetzes müsste das Merkmal „offensichtlich“ ernst genommen wer-

den: Handelt es sich um eine ambivalente Situation, ist der Einsatz des Strafrechts nicht angemessen. Gleichzeitig ist der ausdrückliche Hinweis in der Gesetzesbegründung erforderlich dass Bewertungsmaßstäbe kritisch zu reflektieren sind, um das Einschleichen stereotyper, nicht realitätsgerechter Vorurteile zu verhindern. Ein Vorteil des Merkmals „offensichtlich“ liegt darin, dass eine nur verteidigungsstrategisch motivierte Berufung von Beschuldigten auf einen angeblich zum Tatzeitpunkt vorliegenden Irrtum erschwert wird.

Als Titel für den neuen Grundtatbestand wird „sexueller Angriff“ vorgeschlagen. Im Gesetzgebungsverfahren wird zu erörtern sein, ob der vorgeschlagene Strafraum „drei Monate bis fünf Jahre Freiheitsstrafe“ angemessen ist. Dafür spricht der Vergleich mit den §§ 174a bis 174c StGB. Für Fälle an der untersten Grenze der Unrechtsskala von Sexualdelikten dürfte eine dreimonatige Freiheitsstrafe (bzw. eine Geldstrafe nach § 47 StGB) ausreichend sein.

Die Bezeichnung „Vergewaltigung“ sollte sich auch weiterhin (allgemeinem, international etabliertem Sprachgebrauch entsprechend) auf Penetrationen beziehen. Im Unterschied zum geltenden Recht sollte diese Norm nicht als Regelbeispiel gestaltet werden. Bei eingriffsintensiven Sexualkontakten liegt automatisch eine erhebliche Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung vor, das mit dem vorgegebenen Strafraum einer Qualifikation angemessen erfasst wird. Dass der Strafraum für eine Vergewaltigung nach § 177 Abs. 1 StGB-Vorschlag unter dem Strafraum liegt, den die geltende Fassung in § 177 Abs. 2 StGB vorsieht, ergibt sich daraus, dass das geltende Recht Gewalt, Drohung oder Ausnutzung einer schutzlosen Lage voraussetzt.

Zu § 177 Abs. 2:

Die in § 177 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 StGB angeführten Modalitäten einer Nötigung sollten als Qualifikationsmerkmale beibehalten werden. Vorstellbar ist es (dies bedürfte allerdings noch der Diskussion), an dieser Stelle den bisherigen Wortlaut beizubehalten. Da für den Schritt vom Grundtatbestand zur Qualifikation eine deutliche Unrechtserhöhung erforderlich ist, ist insoweit die restriktive Auslegung durch die Rechtsprechung weniger problematisch als nach gegenwärtigem Recht. Die Strafraum würden denen des geltenden Rechts entsprechen.

Zu § 177 Abs. 3 bis 5:

Die qualifizierenden Merkmale in § 177 Abs. 3 und 4 StGB sollten beibehalten werden. Eine Änderung ist bei der Vorschrift für minder schwere Fälle zu empfehlen: Die Absenkung des Strafrahmens in § 177 Abs. 5 StGB ist bei Anwendung von Abs. 3 und 4 nachvollziehbar, da es atypische Fälle geben kann, in denen ein Qualifikationsmerkmal mit einer geringfügigen sexuellen Handlung zusammentrifft. Problematisch ist jedoch die Gerichtspraxis, die Art. 46 Ziff. a Istanbul-Konvention zuwiderläuft, indem sie bei Taten zu Lasten von (früheren) Ehegatten, Partnern und Partnerinnen großzügig von Strafrahmenerminderungen Gebrauch macht. Das sollte durch die Streichung der Strafrahmenerminderung bei Fällen, die unter § 177 Abs. 1 und 2 StGB-Vorschlag fallen, behoben werden.

Zu § 178:

Redaktionelle Anpassung. Da die hohe Strafandrohung wesentlich an die leichtfertige Verursachung des Todes anknüpft, ist es verzichtbar, beim Strafrahmen danach zu differenzieren, ob der Grundtatbestand eine sexuelle Nötigung oder ein einfacher sexueller Angriff ist.

Zu § 179:

Nach der vorgeschlagenen Fassung des Grundtatbestandes in § 177 Abs. 1 StGB bedürfte es einer (von vielen als diskriminierend empfundene) Differenzierung zwischen behinderten bzw. temporär mental eingeschränkten Personen und anderen Personen nicht mehr. Der erklärte Wille einer anderen Person, die die sexuelle Handlung ablehnt, ist stets zu respektieren. Fehlt eine Erklärung, kommt es darauf an, ob nach den Umständen das Fehlen einer Zustimmung offensichtlich ist. Bei einer Aufhebung von Urteilsfähigkeit ist eine eventuell vorliegende affirmative Äußerung unbeachtlich, weil keine rechtswirksame Zustimmung vorliegt. Die mit § 179 StGB verbundenen Probleme können deshalb effektiv beseitigt werden: durch Aufhebung des Tatbestands.

Zu § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1:

Diese Fälle sind ebenfalls unter § 177 Abs. 1 StGB-Vorschlag zu fassen, sodass dieses Regelbeispiel gestrichen werden könnte.

XI. Tabellarische Übersicht der Formulierungsoptionen

Überblick über verschiedene Formulierungen, die das fehlende Einverständnis der Betroffenen in das Zentrum einer neuen Vorschrift stellen

Formulierungsvorschlag Grundtatbestand „Sexueller Angriff; sexuelle Nötigung, Vergewaltigung“	Anforderungen an Kommunikation	Vor- und Nachteile
ohne Einverständnis	wären dem Gesetzestext nicht klar zu entnehmen	<p>Vorteil:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Wörtliche Übernahme des Konventionstexts <p>Nachteile:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Begriff des Einverständnisses birgt strafrechtsdogmatische Unklarheiten, vorzugswürdig ist es, im Gesetzestext vorzugeben, ob auf innere mentale Zustände oder Kommunikation abzustellen ist.
gegen den Willen	unerklärte innere Ablehnung reicht	<p>Vorteile:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Erfasst alle Fallgestaltungen, die derzeit nicht nach § 177 StGB geahndet werden. • Orientierung an innerem Willen erfasst auch Fälle, in denen eine zustimmende Erklärung aus Angst abgegeben wurde, die aber nicht dem tatsächlichen Willen entspricht. <p>Nachteile:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 36 Abs. 2 Istanbul-Konvention verlangt: „consent must be given“, spricht gegen Abstellen auf mentale Zustände • Strafrechtliche Wertungen sollten Interaktionen zwischen Personen bewerten. Unfair, Sexualpartner und Sexualpartnerinnen zu verurteilen, nur weil die „eigentlichen Wünsche“ der anderen Person anders ausfielen als ihr Kommunikationsverhalten • Orientierung an innerem Willen verschärft Irrtumsproblematik: Beschuldigte würden angeben, trotz äußerer Ablehnung der anderen Person auf deren „wahren Willen“ reagiert zu haben. (Nach dem Sexual Offences Act kein Problem, weil dort engere Irrtumsregelung mit der Formel „and does not reasonably believe, that xx consents“)
gegen den erklärten Willen	„Nein heißt Nein“-Modell: Erklärung nach außen ist erforderlich; die Betroffenen müssen explizit oder implizit (z.B. Kopf wegrehen, Weinen) ein „Nein“ geäußert haben	<p>Vorteile:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Kommunikationsanfordernis wird betont; „Nein heißt Nein“-Modell ist vorzugswürdig gegenüber „Nur Ja heißt Ja“ <p>Nachteile:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Erfasst nicht alle Fallgestaltungen, die derzeit aufgrund der Rechtslage nicht nach § 177 StGB geahndet werden. Nicht erfasst sind Überrumpelungsfälle, in denen eindeutig das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung missachtet wird. Auch nicht zu erfassen: sexuelle Handlungen an Schlafenden oder Bewusstlosen (diese fallen zwar de lege lata unter § 179; es wäre jedoch vorzugswürdig, bei einer Neugestaltung diese Norm aufzuheben)

Formulierungsvorschlag Grundtatbestand „Sexueller Angriff; sexuelle Nötigung, Vergewaltigung“	Anforderungen an Kommunikation	Vor- und Nachteile
ohne Einwilligung	„Nur Ja heißt Ja“-Modell: eine Erklärung nach außen ist für jeden sexuelle Einzelhandlung Akt erforderlich und zwar in der Form, dass explizit oder implizit ein „Ja“ vorlag	<p>Vorteile:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Erfasst alle Fallgruppen, inklusive der Überrumpelungsfälle • Anlehnung an die Rechtsfigur „Einwilligung“ im deutschen Recht und die dazu entwickelten Linien für Wirksamkeitsvoraussetzungen <p>Nachteile:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Strafrechtsdogmatisch wird traditionell „Einwilligung“ auf der Ebene der Rechtfertigung angesiedelt (evtl. lösbar durch Verweis in Gesetzesbegründung) • Bedenken gegen das „nur Ja heißt Ja“-Modell wegen der Auswirkungen auf Verhaltensnormen: zugrundeliegende Verhaltensnorm verlangt hohen Grad an Aufmerksamkeit und Geistesgegenwart; als Verhaltensnorm für Sexualität problematisch • „Nur Ja heißt Ja“-Modell schließt ambivalente Situationen der Kontaktabbahnung ein. Bestrafung aber unfair, wenn die andere Person in solchen Kontexten nicht kommuniziert hat, dass weitergehender Körperkontakt unerwünscht. • Anforderungen an Beweiswürdigungen hoch, Beweiswürdigung deshalb schwierig wegen Probleme der nachträglichen Rekonstruktion von Gestik, Mimik etc. – dies wäre unvermeidbar, wenn für jede sexuelle Handlung ein „Ja“ verlangt würde • Dadurch auch: Verschärfung der Irrtumsproblematik (Beschuldigte würden angeben, nicht-verbale Formen der Kommunikation irrtümlich als Zustimmung verstanden zu haben)
ohne Zustimmung	„Nur Ja heißt Ja“-Modell: Erklärung nach außen für jede sexuelle Einzelhandlung erforderlich und zwar in der Form, dass explizit oder implizit ein „Ja“ vorlag	<p>Vorteile: siehe „ohne Einwilligung“ + Vermeidung der strafrechtsdogmatischen Einordnung, die mit dem Fachbegriff „Einwilligung“ verbunden wird</p> <p>Nachteile: siehe zu den erheblichen Nachteilen des „Nur Ja heißt Ja“-Modells vorstehend bei „ohne Einwilligung“</p>
gegen den erklärten Willen oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist	Ausgangspunkt: „Nein heißt Nein“-Modell, d.h. explizite oder implizite Kommunikation von „Nicht-Wollen“ begründet Strafbarkeit. Ergänzung: erfasst würden zudem Fälle, in denen aus der Perspektive einer hypothetischen dritten Person offensichtlich ist, dass Zustimmung fehlte	<p>Vorteile:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ausgangspunkt: das vorzugswürdige „Nein heißt Nein“-Modell, Beschränkung auf eindeutig strafwürdige Fälle. Nicht erfasst werden objektiv ambivalente Situationen, wenn fehlende Zustimmung zwar möglich, aber nicht offensichtlich war. • Umfasst wegen der 2. Variante auch Überrumpelungsfälle • Einschränkung irrtumsbezogener Verteidigungsstrategien: Verweis auf „offensichtlich“ in der 2. Variante schränkt Erfolg von Behauptungen ein, man sei subjektiv-irrtümlich von innerer Zustimmung ausgegangen <p>Nachteile:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Begriff der Offensichtlichkeit eröffnet Auslegungsspielraum, insbesondere ist nicht auszuschließen, dass Stereotypen über Sexualität und Verhalten von Frauen einfließen.

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