

Strafbarkeit und Strafwürdigkeit der sexuellen Täuschung

von Moritz Denzel und
Renato Kramer da Fonseca Calixto, Master of
Law (Faculdade Damas, Brasilien).*

Abstract

Mit der jüngsten Sexualstrafrechtsreform des Jahres 2016 wurde der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung deutlich erweitert. Im Zuge der Neukonzeption des § 177 StGB hat der Gesetzgeber das „Nein heißt Nein“-Modell in geltendes Recht überführt und damit das Ziel einer stärkeren Beachtung des sexuellen Willens verfolgt. Nach der Neufassung des § 177 Abs. 1 StGB macht sich nunmehr strafbar, wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt, von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt. Im Zuge der Reform hat sich ein neues Problemfeld eröffnet: Die Strafbarkeit der sexuellen Täuschung. Zwar hat der Gesetzgeber die Strafbarkeit von Fällen, in denen eine Person durch Täuschung – etwa die Vorspiegelung bestimmter persönlicher Eigenschaften – zu einer sexuellen Handlung veranlasst wurde, nicht explizit geregelt, indes schließt der Wortlaut des § 177 Abs. 1 StGB eine Subsumtion unter die Norm prima facie nicht aus. In diesem Sinne finden sich nunmehr auch Stimmen im Schrifttum welche (zumindest in einigen Fallgruppen) eine Strafbarkeit de lege lata befürworten, während die vormalige Fassung des § 177 StGB sexuelle Täuschungen hingegen unstreitig nicht erfasste. Befürwortet wird insbesondere eine Strafbarkeit des Stealthings – des non-konsensualen, heimlichen Entfernens des Kondoms während des Geschlechtsverkehrs. Mit einer kürzlich erfolgten Verurteilung in einem derartigen Fall durch das AG Tiergarten hat sich nunmehr auch die instanzgerichtliche Rechtsprechung jüngst dieser Ansicht angeschlossen. Obergerichtliche Stellungnahmen zu dieser Frage sind allerdings bislang noch ausgeblieben. Wie die Autoren belegen werden ist indes nach geltendem Recht die sexuelle Täuschung in keinem Fall nach § 177 StGB strafbar. Da allerdings, wie weiter aufgezeigt werden wird, die Vornahme sexueller Täuschungen in manchen Fallkonstellationen strafwürdiges Unrecht verwirklicht ist de lege ferenda die Statuierung einer entsprechenden Strafbarkeit in den Blick zu nehmen.

The most recent reform of criminal law governing sexual offences in 2016 significantly extended the protection of sexual self-determination. With the new conception of

Section 177 of the German Criminal Code (Strafgesetzbuch, „StGB“) the legislator transferred the "no means no" model into applicable law, thereby aiming at a stronger observance of sexual will. According to the new wording of Section 177(1) StGB it is punishable to engage in sexual acts against the recognisable will of another person, to have such acts engaged in by another person against the recognisable will of that person or to designate another person to engage in or tolerate sexual acts on or by a third person against the recognisable will of that person. The reform has raised a new issue: The punishability of sexual deception. Although the legislator has not explicitly regulated the punishability of cases in which a person has been induced to engage in sexual acts as a result of deception - e.g. the false pretence of certain personal characteristics - the wording of § 177(1) StGB does not exclude a subsumption under the norm prima facie. For this reason, there are now some voices in the legal literature which, at least in some groups of cases, affirm a punishability de lege lata, while the former version of Section 177 StGB undisputedly did not cover sexual deceptions. In particular the punishability of stealthing - the nonconsensual, condom removal during sexual intercourse - is advocated. With the first conviction in such a case, the Local Court Tiergarten (Amtsgericht Tiergarten) recently joined this view. Up to now, there have been no statements from higher courts on this question. However, as the authors will show, sexual deception is in no case punishable under Section 177 StGB de lege lata. Since, however, as will be shown, the conduct of sexual deceptions in some case-groups constitutes a punishable unjust, the implementation of a corresponding criminal provision has to be considered de lege ferenda.

I. Einleitung

1. Ein neues Problem: sexuelle Täuschung

Mit Urteil vom 11.12.2018 hat das AG Berlin-Tiergarten einen 36-jährigen Polizeiobermeister wegen „Stealthings“ – dem non-konsensualen, heimlichen Entfernens des Kondoms während des Geschlechtsverkehrs – zu einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten verurteilt.¹ Damit hat sich die deutsche Gerichtsbarkeit erstmals zur Strafbarkeit der sexuellen Täuschung unter dem neugefassten § 177 StGB geäußert. Die Frage um die Strafbarkeit der sexuellen

* Der Autor Moritz Denzel ist Doktorand bei Prof. Dr. Luis Greco (LL.M.) an der Humboldt-Universität zu Berlin und wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Linklaters L.L.P. Berlin. Der Autor Renato Kramer da Fonseca Calixto, Master of Law (Faculdade Damas, Brasilien) ist Doktorand bei Prof. Dr. Luis Greco (LL.M.) an der Humboldt-Universität zu Berlin. Die Autoren danken Prof. Dr. Luis Greco (LL.M.) für seine hilfreichen Anmerkungen

¹ AG Berlin-Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018, (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18); Anmerkungen bei, Linoh, jurisPR-StrafR 11/2019, Anm. 5.

Täuschung hat sich im Zuge der Neufassung des § 177 StGB durch die Sexualstrafrechtsreform des Jahres 2016² ergeben. Im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen verhält sich das Gesetz, ebenso wie die Gesetzesbegründung, nicht explizit hierzu. In Großbritannien etwa *wird* durch den Sexual Offences Act von 2003 nicht nur, ähnlich wie nunmehr im deutschen Strafrecht, geregelt, dass alle Sexualkontakte ohne Einverständnis strafbar sind; sondern es *werden* auch explizite Regelungen, unter welchen Voraussetzungen kein wirksames Einverständnis vorliegt, statuiert.³ Im Falle der Täuschung ist dies der Fall. Auch in der ausländischen Judikatur ist die Thematik breiter aufgearbeitet: Es finden sich einige Verurteilungen wegen Sexualdelikten im Falle der sexuellen Täuschung.⁴ Wie das Urteil des *AG Tiergarten* zeigt, kommt der Fallgruppe auch in Deutschland durchaus praktische Relevanz zu, es handelt sich keineswegs nur um ein rein dogmatisches Glasperlenspiel. Dennoch ist hierzulande die Problematik noch weitgehend ungeklärt. Eine höchstrichterliche Entscheidung liegt ebenso wenig vor, *genauso* wie sich im Allgemeinen höchstrichterliche Entscheidungen, die sich mit einzelnen Detailfragen der Neuregelungen auseinandersetzen, (noch) überwiegend missen lassen.⁵ Zumindest dem Wortlaut nach scheint es prima facie möglich, Fälle der sexuellen Täuschung unter § 177 StGB zu subsumieren. Der vorliegende Beitrag geht dem nach. Geklärt wird zunächst die Frage, ob die sexuelle Täuschung bereits jetzt vom Wortlaut des § 177 Abs. 1 StGB erfasst und damit strafbar ist. Anschließend wird die Strafwürdigkeit sexueller Täuschungen erörtert. Zunächst soll aber, in der gebotenen Kürze, auf die Sexualstrafrechtsreform des Jahres 2016 eingegangen werden.

2. Die Sexualstrafrechtsreform von 2016

Durch die Reform des Sexualstrafrechts des Jahres 2016 wurde die Reichweite des § 177 StGB signifikant ausgeweitet. Der Gesetzgeber hat damit auf einen breiten gesellschaftlichen Diskurs über die Rolle des Strafrechts auf dem Gebiet der Sexualität reagiert. Anstoßpunkte der Reform waren nicht nur eine allgemein gesteigerte gesellschaftliche Sensibilität im sexuellen Bereich, sondern auch die medienwirksam kolportierten Ereignisse der Silvesternacht 2015/2016 auf der Kölner Domplatte – obwohl diese mit der Reform des § 177 StGB nicht das Geringste zu tun hatten⁶ – sowie der Fall *Gina Lisa Lohfink*, durch *welche* die Diskussion nochmals erheblich an Fahrt gewann.⁷ Zudem bestand Unsicherheit, ob das deutsche Sexualstrafrecht vor dem Hintergrund der internationalen Verpflichtungen aus Art. 36 Abs. 1 der Istanbul-Konvention⁸ die sexuelle Selbstbestimmung hinreichend schützt.⁹ Mit dem 50. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – „Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung“ vom 4.11.2016¹⁰ – hat der Gesetzgeber das „Nein-heit-Nein Modell“ in geltendes Recht implementiert und damit einen Paradigmenwechsel vollzogen.¹¹ Es macht sich strafbar, wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser vornimmt, von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt. Mit dem Wechsel zu diesem Modell ist die früher bestehende Dichotomie zwischen sexuellem Missbrauch und sexueller Nötigung aufgehoben. Die Grundtatbestände in § 177 Abs. 1 und 2 StGB sind nunmehr nicht mehr als Nötigungsdelikt, sondern als neuartiges Delikt des sexuellen Übergriffs konzipiert.¹² Dem einer sexuellen Handlung entgegenstehenden Willen des Opfers wird eine zentrale Bedeutung zugewiesen, ohne dass es noch auf die Anwendung von Zwangsmitteln ankommt. Die Novelle ist mit dieser Orientierung (allein)

² 50. StrÄndG „Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung“, BGBl. I 2016, S. 2460 ff.

³ Gem. Section 74 Sexual Offences Act 2003 (UK) (SOA) muss der Sexualpartner seine Zustimmung aus freien Stücken erteilen sowie die Freiheit und die Fähigkeit haben, diese Entscheidung zu treffen. Nach Section 76 SOA fehlt es an einer strafbarkeitsausschließenden Zustimmung, wenn der Täter den anderen absichtlich über Natur und Zweck der sexuellen Handlung täuscht (Abs. 2 lit. a) oder sich als eine andere Person ausgibt, die dem Opfer persönlich bekannt ist (Abs. 2 lit. b).

⁴ Ein Überblick über die israelische, US-amerikanische und britische Judikatur in Fällen der sexuellen Täuschung findet sich bei *Gross*, Tul. J. L. & Sex., Volume 24 (2015).

⁵ *Spillecke*, StraFo 2018, 361 (368), welcher auch einen Überblick über die bisher ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung zu den Neuregelungen bietet.

⁶ *Renzikowski*, NJW 2016, 3553.

⁷ Vgl. zur Rolle der Medien für die (Sexual-)Strafrechtspolitik: *Hoven*, KriPoZ 2018, 276 ff.; sowie zur Dramatisierung auf dem Gebiet des Sexualstrafrechts durch Politik und Medien *Ame-lung/Funcke-Auffermann*, StraFo 2004, 114 (114 f.).

⁸ Dieses Übereinkommen des Europarats vom 11. Mai 2011 ist ein völkerrechtlicher Vertrag, der Rechtsnormen gegen Gewalt an Frauen und häusliche Gewalt schafft. Art. 36 Abs. 1 der Istanbul-Konvention verpflichtet die Vertragspartner alle nicht einverständlichen sexuellen Handlungen unter Strafe zu stellen. Das Abkommen ist seit dem 1.8.2014 in Kraft. Der deutsche Gesetzgeber hat die Zustimmung mit dem Gesetz zum dem Übereinkommen des Europarats vom 11. Mai 2011 zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 17.7.2017 (BGBl. II 2017, S. 1026 ff.) beschlossen. Die Ratifizierung erfolgte zum 12.10.2018.

⁹ Einen Reformbedarf durch die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Istanbul-Konvention sahen etwa *Blume/Wegner*, HRRS 2014, 357 (363); *Clemm*, Stellungnahme für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss, S. 2; *Eisele*, Stellungnahme für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss, S. 7; *Drohse*, NJOZ 2018, 1521; *Eisenhuth*, Stellungnahme für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss, S. 1; *Hörnle*, ZIS 2015, 206 (208); *Hörnle*, ZRP 2015, 190; *Papathanasiou*, KriPoZ 2016, 133 (134); *Renzikowski*, Stellungnahme für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss, S. 1; Ablehnend: *Cirullies*, Stellungnahme für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss, S. 1; *Fischer*, ZIS 2015, 312 (318); *ders.*, Stellungnahme für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss, S. 17. Indes gab es auch Stimmen, die eine Schließung von Lücken im Bereich des Sexualstrafrechts ohne eine Gesetzesänderung für möglich hielten vgl. dazu *Frommel* in: FS Ostendorf, 2015, S. 321 (326 f.); *Gerhold*, JR 2016, 122 (123).

¹⁰ BGBl. I 2016, S. 2460 ff.

¹¹ *Hoffman*, NStZ 2019, 16; *Hörnle*, NStZ 2017, 13; *Spillecke*, StraFo 2018, 361 (362).

¹² *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (14).

am erkennbaren Willen des Opfers, über welchen der Täter sich hinwegsetzt, strafrechtliches Neuland.¹³

II. Keine Strafbarkeit de lege lata

Nach der h.M. im Schrifttum ist die sexuelle Täuschung de lege lata nicht strafbar. Ein größerer Teil der Autoren stützt sich dazu auf die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz.¹⁴ Diese thematisiert die sexuelle Täuschung nicht. Daraus wird hergeleitet, dass die Einführung einer entsprechenden Strafbarkeit nicht beabsichtigt war.¹⁵ Lediglich *Vavra*, welche allerdings selbst einräumt, dass dies unwahrscheinlich ist, hält einen gesetzgeberischen Willen zur Einführung der Täuschung in § 177 Abs. 1 StGB zumindest für möglich.¹⁶ Der h.M. ist in dieser Frage zu folgen. Hierfür streiten die folgenden Gesichtspunkte.

1. Der Wille des Gesetzgebers

Schon nach dem (erkennbaren) Willen des Gesetzgebers ist die Strafbarkeit der sexuellen Täuschung nicht gewünscht. Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass die sexuelle Täuschung nach alter Rechtslage nach einhelliger Ansicht in Rspr. und Schrifttum nicht tatbestandsmäßig war.¹⁷ Da dies auch dem Gesetzgeber bekannt gewesen sein dürfte, müssten sich, hätte der Gesetzgeber die Intention gehegt, die Strafbarkeit auszuweiten, dazu Ausführungen in den Gesetzesmaterialien finden lassen. Konsultiert man die Gesetzesmaterialien zum 50. StrÄndG, ist indes festzustellen, dass diese keine solchen enthalten.¹⁸ Belegt wird der (historische) Wille des Gesetzgebers durch einen weiteren Umstand: Bis zum Jahr 1969 gab es den Straftatbestand der Erschleichung des außerehelichen Beischlafs in § 179 StGB. Die Abschaffung dieses Spezialfalls der sexuellen Täuschung belegt die Intention des Gesetzgebers, die sexuelle Täuschung nicht unter Strafe stellen zu wollen. Dieser Sichtweise scheint auch die Reformkommission zum Sexualstrafrecht zu folgen, wenn sie ihre Ablehnung eines „Nur Ja heißt Ja“-Modells mit den zu befürchtenden Unklarheiten im Umgang mit einem „durch Täuschung erschlichenen Einverständnis“ begründet.¹⁹

Weiterhin legen die Gesetzesmaterialien eine restriktive Auslegung des „erkennbaren Willens“ nahe. In der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses heißt es: „Ob der entgegenstehende Wille erkennbar ist, ist aus der Sicht eines objektiven Dritten zu beurteilen. Für diesen ist der entgegenstehende Wille erkennbar, wenn das Opfer ihn zum Tatzeitpunkt (...) ausdrücklich (...) oder konkludent (...) zum Ausdruck bringt.“²⁰ Eine Strafbarkeit der Täuschung scheidet aber aus, wenn das Opfer seinen entgegenstehenden Willen für einen objektiven Dritten erkennbar kommuniziert haben muss. Stellt man auf die für den objektiven Dritten nachvollziehbare Kommunikation ab, ist § 177 Abs. 1 StGB sogar nicht einschlägig, wenn der Täuschende über Sonderwissen verfügt (und deshalb die Ablehnung des Opfers kennt).²¹ Stimmt das Opfer der sexuellen Handlung täuschungsbedingt zu, so empfindet es zum Zeitpunkt der Tat keine Ablehnung, die es zum Ausdruck bringen könnte.²² Die sexuelle Täuschung als solche ist damit nach dem Willen des Gesetzgebers stets straflos.

2. Die Tatbestandsbezeichnung: „sexueller Übergriff“

Zudem weist auch die Tatbestandsbezeichnung des § 177 StGB „sexueller Übergriff“ in diese Richtung. Ein „Übergriff“ erfordert dem Wortsinn nach einen Widerspruch gegen den natürlichen Willen des Sexualpartners.²³ Die Vornahme einer sexuellen Handlung unter einem durch Täuschung erschlichenen Einverständnis steht ersichtlich nicht im Widerspruch zu dessen *natürlichem* Willen.

3. Die Gesetzessystematik

Auch die Gesetzessystematik bestärkt diese Argumentation. Es ist zu konstatieren, dass nicht nur die Straftatbestände des StGB (in der Regel) — so sie denn die Täuschung erfassen wollen, ausdrücklich den Begriff „Täuschung“ oder ein Synonym verwenden²⁴, vgl. die §§ 108a, 152a, 267 StGB, sondern dies auch im Zivilrecht — etwa in §§ 123, 1314 Abs. 2 Nr. 3, 1760 Abs. 2c, 2339 Abs. 1 Nr. 3 BGB — so gehandhabt wird. Dass der Wortlaut des § 177 StGB n.F. weder den Terminus Täuschung noch ein Synonym verwendet, streitet gegen eine Einführung der Strafbarkeit der sexuellen Täuschung durch das 50. StrÄndG.

¹³ *Hoffman*, NStZ 2019, 16.

¹⁴ Gegen eine Strafbarkeit der sexuellen Täuschung (oftmals nur am Beispiel des „Stealthings“) de lege lata: *El-Ghazi*, ZIS, 2017, 157 (166); *Frommel*, in: NK-StPO, 5. Aufl. (2017), Bd. 2, § 177 Rn. 124; (wohl) *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 29. Aufl. (2018), § 177 Rn. 5; *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (158); *Joecks/Jäger*, Strafgesetzbuch Studienkommentar, § 177 Rn. 2; (wohl) *Papathanasiou*, KriPoZ 2016, 133 (134 f.); (wohl) *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), Bd. 3, Vor § 174 Rn. 11, für den das sexuelle Selbstbestimmungsrecht nicht lückenlos geschützt wird, etwa vor Angriffen durch Täuschung; *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, 5. Aufl. (2019), § 13 Rn. 106a. Für eine Strafbarkeit de lege lata: *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (356 f.); *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (19); (wohl) *Vavra*, ZIS 2018, 611 (612).

¹⁵ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/9097, S. 23.

¹⁶ *Vavra*, ZIS 2018, 611 (612).

¹⁷ Zur Straflosigkeit der sexuellen Täuschung nach alter Rechtslage vgl. *Ebel*, NStZ 2002, 404 (407).

¹⁸ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/9097, S. 21 ff.

¹⁹ Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht vom 19.7.2017, S. 50, 392f.

²⁰ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/9097, S. 23. Ebenso für eine Beurteilung aus Sicht eines objektiven Dritten *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 177 Rn. 19; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 177 Rn. 5; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 47.

²¹ *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (187).

²² *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (158).

²³ *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, § 13 Rn. 106a.

²⁴ Damit soll allerdings nicht behauptet werden der Gesetzgeber erfasse Täuschungsfälle immer explizit, was nicht stimmt — man denke etwa an die §§ 253, 255 StGB, wo die täuschende Drohung selbstverständlich anerkannt wird.

4. Die Gesetzeshistorie

Ferner deutet die Gesetzeshistorie in diese Richtung. Bis zum Jahr 1969 stellte der Straftatbestand der Erschleichung des außerehelichen Beischlafs (§ 179 StGB a.F.) sexuelle Täuschungen zumindest partiell unter Strafe. Die Abschaffung dieses Spezialfalls der sexuellen Täuschung belegt allerdings die Intention des historischen Gesetzgebers sexuelle Täuschungen in keinem Fall unter Strafe stellen zu wollen. Konsultiert man nun die Gesetzesmaterialien zum 50. StrÄndG, sind diesen keinerlei Ausführungen, die für eine (Wieder)Einführung der Strafbarkeit sexueller Täuschungen plädieren, zu entnehmen. Da die sexuelle Täuschung vor der Reform nach einhelliger Ansicht in Rechtsprechung und Literatur nicht tatbestandsmäßig war – was auch dem Gesetzgeber bekannt gewesen sein dürfte – spricht viel dafür, dass sich, wollte der Gesetzgeber die Strafbarkeit dementsprechend erweitern, dazu Ausführungen in den Gesetzesmaterialien finden lassen dürften. Das dem nicht so ist belegt, dass der Gesetzgeber des 50. StrÄndG die sexuelle Täuschung nicht (erneut) unter Strafe stellen wollte.

III. Die Strafwürdigkeit de lege ferenda

Wie aufgezeigt wurde, ist die sexuelle Täuschung de lege lata nicht strafbar. Somit stellt sich die Frage, ob eine entsprechende Strafbarkeit de lege ferenda zu statuieren ist. Um dem nachzugehen, muss zunächst, in der gebotenen Kürze, auf die Bestimmung strafrechtlichen Unrechts eingegangen werden.

1. Die Bestimmung strafwürdigen Verhaltens

Die h.M. beantwortet die Frage „was bestraft wird“²⁵ bzw. werden soll(te) mit der Anwendung der Rechtsgutstheorie.²⁶ „Die Straftat ist Rechtsgutsbeeinträchtigung (...)“²⁷ Unabhängig von der Debatte um Details und Inhalt des Rechtsgutsbegriffs²⁸ folgt daraus für die vorliegende Problematik, dass nur Täuschungen, die das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung verletzen, mit Strafe bedroht werden dürfen und somit strafwürdig sind.

2. Keine generelle Strafwürdigkeit

Vor diesem Hintergrund sollte de lege ferenda nicht jede sexuelle Täuschung strafbar sein.²⁹

a) Bizarre Ergebnisse

Erstens würde eine stete Strafbarkeit zu bizarren Ergebnissen führen: Es mutet absurd an, dass derjenige, welcher lediglich über seinen Beziehungsstatus oder seine Vergangenheit die Unwahrheit sagt, eine Sexualstraftat begeht. Grotteske Ergebnisse würden auch im Hinblick auf die Versuchslehre produziert werden: Derjenige, welcher in der irrigen Annahme, dieses wäre für seinen Sexualpartner *conditio sine qua non* für die Vornahme sexueller Handlungen, ein bestimmtes Faktum verfälscht, wäre wegen untauglichen Versuchs zu bestrafen.³⁰ Insbesondere die Strafbarkeit der Täuschung über jede beliebige (erkennbare) subjektiv notwendige Bedingung produziert bizarre Ergebnisse.³¹ Es würde beispielsweise eine 1,79m große Person, welche dem Sexualpartner wahrheitswidrig eine Körpergröße von 1,80m vorspiegelt, ein Sexualdelikt begehen, sofern nur für diesen – aufgrund einer persönlichen Eigenheit – eine „Mindestgröße“ von 1,80m *conditio sine qua non* für die Vornahme sexueller Handlungen ist.³² Dem mag man mit guten Gründen entgegenhalten, dass es im Falle einer erkennbar kommunizierten *notwendigen* Bedingung – sei diese auch so merkwürdig, ungewöhnlich oder verschroben – problemlos möglich, ja sogar erforderlich ist, von der Vornahme einer sexuellen Handlung Abstand zu nehmen, sofern diese Bedingung (in der *eigenen* Person) nicht erfüllt ist. Begründet wird *dieses* etwa damit, dass jede Täuschung über eine beliebige notwendige Bedingung die Ausübung wahrhaft selbstbestimmten Handelns verhindere.³³ Zuzugeben ist dieser Ansicht, dass es zunächst im Belieben der individuellen Person steht, welche Tatsachen sie für sich zur notwendigen Bedingung für die Vornahme sexueller Handlungen macht – sog. „Dealbraker“. Das Strafrecht kann, ja darf dieser Wertung indes nicht in jedem Fall ohne Weiteres folgen.³⁴ Dies führt auch nicht zu einer moralisierenden Beurteilung dieser autonomen Entscheidung durch das Strafrecht. Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung gestattet zwar dem *Einzelnen* die Freiheit zur Diskriminierung auf sexuellem Gebiet. Diese kann der *Staat* aber nicht in jedem Fall nachvollziehen: Es ist nicht Aufgabe des Strafrechts alle persönlichen – unter Umständen auch rassistischen oder intoleranten – Vorbehalte zu schützen.³⁵ Dem Staat, der (freilich im Bereich von Arbeitsverhältnissen) in § 1 GG Benachteiligungen aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität grundsätzlich für unzulässig erklärt, würde es

²⁵ *Dubber*, ZStW 117 (2005), 485.

²⁶ *Hassemer/Neumann*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Bd. 1, Vor. § 1 Rn. 67 ff., 108 ff. Ablehnend: *Maas*, NSZ 2015, 305 (306); Kritisch in Bezug auf den Begriff Rechtsgut *Weigend*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), Bd. 1, Einleitung Rn. 4 ff. Nach gänzlich anderer Perspektive ist der Zweck des Strafrechts nicht der Schutz von Rechtsgütern, sondern der Schutz der Geltung der bestehenden Rechtsnormen. Vgl. dazu etwa: *Jakobs*, in: FS Saito, 2003, S. 21. Das *BVerfG* hat das Rechtsgüterschutzkonzept (als Maßstab für die Verfassungsmäßigkeit von Strafgesetzen) dagegen wiederholt abgelehnt und beurteilt die Verfassungsmäßigkeit von Strafgesetzen vielmehr am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, womit es dem Gesetzgeber weitgehend zugesteht Strafzwecke und zu schützende Güter festzulegen. Vgl. etwa *BVerfGE* 23 133; 50 162; 120, 224 (242); 90, 145 (187 ff.).

²⁷ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. § 13 ff. Rn. 68.

²⁸ Vgl. dazu *Engländer*, ZStW 127 (2015), 616 (619 ff.).

²⁹ Klarstellend soll bemerkt werden, dass die überwiegende Anzahl des unter diesem Gliederungspunkt zitierten deutschsprachigen Schrifttums bereits de lege lata gegen die Strafbarkeit sexueller Täuschungen plädiert. Nichtsdestotrotz können die vorgebrachten Argumente auch de lege ferenda fruchtbar gemacht werden.

³⁰ *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, § 13 Rn. 106a.

³¹ *So Vavra*, ZIS 2018, 611, (618).

³² Beispiel entlehnt von *Pudnik*, The Law of Deception, Notre Dame Law Review Online 93 (2018), abrufbar unter: http://ndlawreview.org/2018/04/the-law-of-deception/#_ftn13 (zuletzt abgerufen am 6.7.2019).

³³ *Vavra*, ZIS 2018, 611 (613).

³⁴ Anders *Vavra*: Gesellschaft und Recht müssten sich einer moralisierenden Bewertung dieser Bedingung enthalten. Vgl. *Vavra*, ZIS 2018, 611, (618).

³⁵ *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (160 f.).

schlecht zu Gesicht stehen, für die Täuschung über die Religion bei Vornahme von sexuellen Handlungen wegen eines Sexualdelikts zu bestrafen. Die Bedenken im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 2 GG können an dieser Stelle nur angedeutet werden.

b) Gesetzssystematik

Zweitens spricht hierfür der Vergleich mit der übrigen Strafrechtsordnung: Allein Lügen und Manipulationen als solche sind nicht strafbar. Es muss stets ein weiterer individueller oder gesellschaftlicher Schaden hinzutreten. Im Bereich der Vermögensdelikte ist eine Täuschung etwa nur dann als Betrug strafbar, wenn zur Täuschung noch ein Vermögensschaden des Irrrenden hinzutritt. Allein die persönliche Enttäuschung des Getäuschten begründet dagegen keine Strafbarkeit. Ebenso wenig wird eine Person bestraft, die einen anderen durch Täuschung dazu bringt, sich mit ihr zu verloben. Zwar verhält sich der Täuschende nach vorwiegender gesellschaftlicher Anschauung unmoralisch. Allein deswegen kann ihm aber noch kein strafrechtlicher Vorwurf gemacht werden.³⁶ Es gehört zum allgemeinen Lebensrisiko, sich auf bestimmte Informationen zu verlassen, auch wenn sie falsch und *conditio sine qua non* für eine sexuelle Handlung sind.³⁷ Dies beruht darauf, dass die für eine liberale Gesellschaft notwendige Anerkennung des Rechts zur allgemeinen Ausübung der eigenen Freiheit für das Individuum auch gleichzeitig die notwendige Konsequenz mit sich bringt, die Risiken der Ausübung jener als Kehrseite dieser Freiheit zu akzeptieren.³⁸ Ein sozialetischer Makel ist indes eine häufige, keinesfalls aber eine hinreichende Voraussetzung für Strafbarkeit.³⁹ Dieses Verständnis unterminiert auch nicht den gebotenen strafrechtlichen Rechtsgüterschutz. Im Falle der sexuellen Täuschung erleidet der Betroffene zwar unter Umständen eine, auch schwerwiegende, menschliche Enttäuschung, ein darüber hinaus gehender Schaden liegt aber im Regelfall nicht vor. Bei (drohenden) gesundheitlichen Schäden besteht eine Strafbarkeit nach den (bei entsprechendem Tatentschluss versuchten) Körperverletzungsdelikten.⁴⁰ Das Strafrecht bietet somit für Rechtsbegründungen, welche über bloße menschliche Enttäuschung hinausgehen, schon einen ausreichenden Schutz. Liegen solche Rechtsbegründungen nicht vor, ist kein Grund für eine Strafbarkeit ersichtlich: Letztlich hat der Getäuschte nicht einmal gegen seinen ihm zur Tatzeit bewussten Willen die sexuellen Handlungen

eines anderen ertragen müssen. Die sexuelle Handlung als solche war im Moment ihrer Vornahme nicht nur sensorisch gewollt, sondern auch als selbstbestimmt erlebt.⁴¹ Das bloße retrospektive Bedauern einer sexuellen Handlung ist mit dem Erleben eines aufgezwungenen Sexualaktes nicht vergleichbar.⁴² Weiterhin würde ein Abstellen auf den hypothetischen Willen eines informierten Sexualpartners, wodurch jede Täuschung, welche für die Zustimmung des Opfers zu sexuellen Handlungen ursächlich ist, den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB erfüllen würde, der Gesetzssystematik widersprechen. Denn genügt die Kenntnis des Täters von einem entgegenstehenden „wahren“ Willen des anderen, wäre § 177 Abs. 2 StGB überflüssig, da § 177 Abs. 2 StGB gerade Situationen erfasst, in denen das Opfer in der Tatsituation einen entgegenstehenden Willen nicht bilden oder äußern kann.⁴³

c) Kriminalpolitische Einwände

Drittens bestehen kriminalpolitische Bedenken hinsichtlich der Strafbarkeit jeder sexuellen Täuschung. Es droht in manchen Fällen eine zu weitgehende Kriminalisierung sozialadäquaten Verhaltens. Bei der Anbahnung und Vornahme sexueller Handlungen sind Übertreibungen und Beschönigungen gelebter Alltag.⁴⁴ Zumindest bei Bagatelangriffen ist eine stete Kriminalisierung mit Blick auf die *Ultima-Ratio-Funktion* des Strafrechts bedenklich. Es sollen nicht alle Lebensbereiche mit strafrechtlichen Normen durchsetzt, nicht alle unerwünschten Verhaltensweisen mit strafrechtlichen Mitteln bekämpft werden.⁴⁵ Eine gewisse Lückenhaftigkeit ist dem rechtsstaatlichen Strafrecht immanent und stellt als solche nicht bereits einen Mangel dar, der bereinigt werden muss. Eine umfassende Lückenlosigkeit des Strafrechts ist nur denkbar, wenn das gesamte menschliche Verhalten grundsätzlich als strafbar angesehen würde. Eine solche Sichtweise würde indes auf eine glatte Umkehrung des Rechtsstaatsprinzips hinauslaufen.⁴⁶ Das Strafrecht weist deswegen systembedingt fragmentarischen Charakter auf.⁴⁷ Weiterhin erscheint bei steter Strafbarkeit auch die Strafhöhe befremdlich⁴⁸: In vielen Konstellationen – und stets in der des *Stealthings* – wird *prima facie* der besonders schwere Fall des § 177 Abs. 6 Nr. 1 Var. 1 StGB vorliegen. Es droht im Regelfall eine Mindestfreiheitsstrafe von 2 Jahren.⁴⁹ Eine solche Strafe wird regelmäßig nicht mehr zur Bewährung ausgesetzt. Bei einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren ist eine Aussetzung zur Bewährung überhaupt nicht mehr

³⁶ A.a.O.

³⁷ A.a.O.

³⁸ *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, § 13 Rn. 106a.

³⁹ *Kudlich*, ZStW 127 (2015), 635 (644).

⁴⁰ *Frommel*, in: NK-StGB, Bd. 2, § 177 Rn. 124.

⁴¹ *Schulhofer*, *Unwanted Sex*, 1998, S. 156.

⁴² *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (160 f.); anders *Vavra*, ZIS 2018, 611 (615 f.) nach der in Täuschungsfallen eine per se strafwürdige Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts gegeben ist, des Vorliegens eines weiteren physischen oder psychischen Schadens bedürfe es nicht.

⁴³ *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (158).

⁴⁴ *Herring*, *Crim. L. R.* 2005, 511 (520).

⁴⁵ *Heinrich*, KriPoZ 2017, 4 (5 ff.).

⁴⁶ *Fischer*, Stellungnahme für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss, S. 1. *Hörnle* betont den fehlenden Eigenwert eines fragmentarischen Strafrechts, vgl. *Hörnle*, ZIS 2015, 206 (207).

⁴⁷ Vgl. dazu etwa: *Kuhlhanek*, ZIS 2014, 674; *Vormbaum*, ZStW 123 (2011), 660.

⁴⁸ Dies zumindest, wenn man davon ausgeht, dass sich ein entsprechender Straftatbestand *de lege ferenda* in den § 177 StGB einfügen, bzw. zumindest an dessen Strafrahmen orientieren würde.

⁴⁹ Eben solche Bedenken in Hinblick auf die Verwirklichung des Regelbeispiels des § 177 Abs. 4 Nr. 1 Var. 1 StGB sieht *Hoffmann*. Nach ihm ist im „Regelfall“ des *Stealthings* aber im Rahmen einer Gesamtschau ein Absehen von der Regelwirkung indiziert. Vgl. *Hoffmann*, NSStZ 2019, 16 (18). Das *AG Berlin-Tiergarten* ist in seiner *Stealthing*-Entscheidung zwar vom Vorliegen der Voraussetzungen des Regelbeispiels der Vergewaltigung nach § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB ausgegangen, hat allerdings die indizielle Bedeutung des Regelbeispiels im Rahmen einer Gesamtabwägung verneint. Vgl. *AG Berlin-Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018, (278 Ls.) 284 Js 118/18 (14/18); Kritisch dazu *Linoh*, jurisPR-StrafR 11/2019, Anm. 5.

möglich.⁵⁰ Nach dem gesetzlichen Normalfall wäre ein 26-Jähriger, der seiner flüchtigen Disco-Bekanntheit vorspiegelt, er wäre 35 Jahre alt, und mit ihr den Geschlechtsverkehr vollzieht, ein mit unbedingter Freiheitsstrafe zu sanktionierender Vergewaltiger, sofern sein Alter für seine Bekanntheit eine (für ihn erkennbare) notwendige Bedingung zur Vornahme der sexuellen Handlung ist. Die Verhängung einer solchen Strafe wegen der Täuschung über das eigene Alter erscheint nicht mehr angemessen. Auch in praktischer Hinsicht vermag die stete Strafbarkeit nicht zu überzeugen. Wegen der Vielzahl der Fälle würde eine konsequente Verfolgung Strafverfolgungsbehörden und Justiz an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit bringen. Eine deswegen praktizierte schlechende Verfolgung und Aburteilung derartiger Fälle würde § 177 StGB zum bloßen symbolischen Strafrecht degradieren und damit das Vertrauen der Bevölkerung in die Strafrechtspflege unterminieren.⁵¹

3. Differenzierung nach der Rechtsgutsbezogenheit des Irrtums

Die sexuelle Selbstbestimmung verdient keinen geringeren, aber auch keinen höheren Schutz als andere Rechtsgüter, etwa die körperliche Integrität. Vielmehr bietet es sich an, bezüglich der Auswirkungen von Täuschungen auf die Wirksamkeit des Einverständnisses zwischen rechtsgutsbezogenen und nicht rechtsgutsbezogenen Irrtümern zu unterscheiden. Nach dieser von *Arzt* begründeten Lehre liegt ein relevanter, rechtsgutsbezogener Irrtum vor, wenn sich der Einwilligende über Art, Ausmaß oder Gefährlichkeit der Rechtsgutspreisgabe irrt. Dagegen sind nichtrechtsgutsbezogene Irrtümer etwa hinsichtlich einer erwarteten Gegenleistung oder der Motive für die Einwilligung für die Wirksamkeit der Einwilligung irrelevant.⁵² Dem kann auch nicht mit der Argumentation entgegengetreten werden, dass im Bereich der Sexualdelikte eine solche Differenzierung nicht immer „trennscharf zu vollziehen“ ist.⁵³ Ebenso wie der Einwand, die sexuelle Selbstbestimmung schütze gerade die Entscheidung darüber, welche sexuellen Handlungen wann, mit wem und unter welchen Bedingungen vorgenommen bzw. geduldet werden,⁵⁴ beruht dies im Kern, wie aufgezeigt werden wird, auf einem falschen Verständnis der Reichweite des sexuellen Selbstbestimmungsrechts. Dessen genauere Bestimmung ist daher nicht nur zur Entkräftung obiger Argumentation notwendig, sondern auch, weil dies selbstverständliche Voraussetzung einer, nicht lediglich zirkulären, Anknüpfung an die Rechtsgutsbezogenheit eines Irrtums ist.

4. Das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung

§ 177 StGB schützt die sexuelle Selbstbestimmung.⁵⁵ Es handelt sich dabei, jedenfalls im deutschen Schrifttum, um einen „erstaunlich untertheoretisierten Begriff“.⁵⁶ Vertiefte *Ausführungen* etwa zur Bedeutung der Selbstbestimmung in diesem Zusammenhang oder den Voraussetzungen einer *strafbarkeitsausschließenden* Zustimmung finden sich nur vereinzelt.⁵⁷ Eine fundierte Ausarbeitung von Reichweite und Gehalt der sexuellen Selbstbestimmung kann im vorliegenden Zusammenhang nicht geleistet werden. Man wird hier deshalb bescheidenere Ziele verfolgen und sich damit begnügen müssen, bei der Bestimmung der Strafwürdigkeit der sexuellen Täuschung die anerkannten Definitionen zugrunde zu legen und diese behutsam im Hinblick auf die vorliegende Fragestellung zu konkretisieren.

Für die strafrechtlich relevante Ausschlussfunktion der sexuellen Selbstbestimmung ist es jedenfalls anerkannt, dass diese in ihrer Funktion als Abwehrrecht davor schützt, zum Objekt fremdbestimmter sexueller Übergriffe herabgewürdigt zu werden. Es sollen diejenigen in ihrer negativen Freiheit geschützt werden, die nicht in einen Sexualkontakt involviert werden wollen.⁵⁸ Geschützt ist die Freiheit jeder Person, über Zeitpunkt, Partner und Form eines sexuellen Geschehens frei zu entscheiden. Damit wird ein umfassender Schutz bezüglich des „Ob“, „Wann“, „Wie“ und „mit Wem“ einer sexuellen Begegnung statuiert.⁵⁹

Entscheidend für Reichweite und Gehalt dieses Rechts im Zusammenhang mit sexuellen Täuschungen ist aber die folgende Überlegung: Geschützt wird das Recht, nicht unerwünscht in einen sexuellen *Kontakt*, in ein sexuelles *Geschehen* involviert zu werden. Dabei kann dieses Recht nicht dahingehend verstanden werden, umfassend und alleinig jeden Umstand in Anbahnung und Vollzug der sexuellen Handlung sowie der Person des Sexualpartners über das eigene Einverständnis determinieren zu können. Vielmehr wird dieses Recht nur bezüglich des Ob, der Art und Weise, des Partners und des Zeitpunkts der sexuellen Handlungen *als solcher* gewährleistet. Eine andere Sichtweise dehnt das sexuelle Selbstbestimmungsrecht nicht nur über die Vornahme der sexuellen Handlung in andere Lebensbereiche aus, sondern beruht auch auf einem falschen Verständnis dieses Rechts. Ein umfassendes Bestimmungsrecht bezüglich aller Umstände eines Sexualkontakts, ob *im Vorfeld* oder in jedem Detail der sexuellen Handlung *als solcher* sowie in der Person des Sexualpartners, propagiert ein nicht der Lebensrealität entsprechendes solipsistisches Verständnis des sexuellen Selbstbestimmungsrechts. Sexuelle Selbstbestimmung bzw. Autonomie ist nicht die isolierte, unabhängige, willkürliche

⁵⁰ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 56 Rn. 18 ff.

⁵¹ Zum symbolischen Strafrecht *Hassmer*, NStZ, 1989, 553 (559).

⁵² *Arzt*, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 15 ff.

⁵³ *Vavra*, ZIS 2018, 611 (614).

⁵⁴ A.a.O.

⁵⁵ Zu den verschiedenen Ausprägungen der sexuellen Selbstbestimmung und der jeweils korrespondierenden Schutznorm des 13. Abschnitts vgl. *Laubenthal*, Handbuch Sexualstraftaten, 2012, S. 32f.

⁵⁶ *Hörnle*, ZStW 127 (2015), 851 (851).

⁵⁷ A.a.O.

⁵⁸ Demgegenüber ist es, da der Staat die wünschenswerte Gestaltung des eigenen Sexuallebens nicht umfassend garantiert kann, nicht Sache des Strafrechts, die positive Seite der sexuellen Selbstbestimmung sicherzustellen. Vgl. *Hörnle*, ZStW 127 (2015), 851 (860).

⁵⁹ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 6; *Laubenthal*, Handbuch Sexualstraftaten, 2012, S. 13; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, Vor § 174 Rn. 8.

Selbst-Gesetzgebung des Ich, sondern vollzieht sich in ihrer Ausübung gerade im Miteinander.⁶⁰ Der Einzelne kann daher nicht umfassend über alle Umstände einer sexuellen *Begegnung*, wohl aber über das „Ob“, „Wann“, „Wie“ und „mit Wem“ einer sexuellen *Handlung*, soweit diese Faktoren in der sexuellen Handlung *als solcher* angelegt sind, bestimmen. Legt man ein solches Verständnis zugrunde, ist de lege ferenda zumindest nicht jede sexuelle Täuschung strafwürdig.

5. Fallkonstellationen

Wie unter B aufgezeigt, ist zudem die sexuelle Täuschung in keinem Fall vom Wortlaut des § 177 StGB erfasst und damit de lege lata nie strafbar. Anknüpfend an die bisher unter III. angestellten Überlegungen zur Strafwürdigkeit sexueller Täuschungen und *die* Definition der sexuellen Selbstbestimmung gilt es nun im Folgenden zu klären, ob und in welchen Fällen die sexuelle Selbstbestimmung von einer Täuschung betroffen ist. In diesen Fällen wäre eine Strafbarkeit de lege ferenda zu statuieren. Differenziert wird hierbei nach der Rechtsgutsbezogenheit der Täuschung.

a) Nicht rechtsgutsbezogene Täuschungen

Nicht rechtsgutsbezogen ist die Täuschung über sonstige Umstände, etwa Eigenschaften, Motive und Absichten des Täters.⁶¹ Erläutert wird dies an einem in Israel abgeurteilten Fall.⁶² Dort wurde ein verheirateter arabischstämmiger Mann, der sich gegenüber einer jüdischen Frau, für welche dies *conditio sine qua non* für eine sexuelle Handlung war, als alleinstehender Jude ausgab und mit dieser sexuelle Handlungen vollzog, wegen eines Sexualdelikts verurteilt. Entsprechende Fälle sind indes nicht strafwürdig.⁶³ Derjenige, der über seine Religion oder seinen Beziehungsstatus täuscht, verübt keine rechtsgutsbezogene Täuschung. Die (retrospektive) Ablehnung der sexuellen Handlung beruht auf externen Umständen, welche keinen Bezug zum Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung haben. Die sexuelle Handlung als solche war nicht nur konsentiert, sondern sogar erwünscht.

Ebenso liegt der Fall bei der Täuschung über die Identität. Auch diese Täuschung ist nicht rechtsgutsbezogen. Dazu folgendes Fallbeispiel: X hat einen Zwillingbruder, welchen er um dessen Frau beneidet. Als sein Bruder eines Tages, von seiner Frau unbemerkt, das Haus verlässt, gibt er sich gegenüber seiner Schwägerin als sein Zwillingbruder aus und nimmt sexuelle Handlungen mit dieser vor. Wiederum ist die sexuelle Handlung als solche erwünscht, ihre (retrospektive) Ablehnung beruht lediglich auf Umständen, welche keinerlei Bezug zur sexuellen Handlung haben.

Wegen der besonderen Praxisrelevanz soll an dieser Stelle auf das Stealthing gesondert eingegangen werden. Auch die Täuschung über die (durchgehende) Verwendung eines Kondoms ist nicht rechtsgutsbezogen. Die (offengelegte) Nichtverwendung eines Kondoms würde die sexuelle Handlung zwar verhindern, da der Sexualpartner in diesem Fall sexuelle Handlungen ablehnen würde. Diese Ablehnung entspränge aber nicht aus der Ablehnung einer sexuellen Handlung per se – ein sexueller „Wunsch“ ist durchaus vorhanden – sondern wäre lediglich im Schutz vor sexuell übertragbaren Krankheiten bzw. in der Verhinderung einer unerwünschten Schwangerschaft begründet.⁶⁴ Genau betrachtet geht es in dieser Konstellation somit nicht um den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, sondern um den Schutz der körperlichen Unversehrtheit. Der Kerngehalt der sexuellen Selbstbestimmung ist nicht berührt. Damit kommt eine Strafbarkeit wegen Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung nicht in Betracht. Vielmehr ist, sofern eine sexuell übertragbare Krankheit vorliegt, eine Strafbarkeit wegen (versuchter) gefährlicher Körperverletzung denkbar. Bezüglich der sexuellen Selbstbestimmung liegt hingegen ein wirksames Einverständnis vor. Selbst ohne Rückgriff auf die rechtsgutsbezogene Lehre ist in der Konstellation des Stealthings eine Strafbarkeit zu verneinen. Deutlich wird dies, wenn man die für das Stealthing typischen Sachverhaltsumstände einmal umdreht: Die Frau wünscht *expressis verbis* den Geschlechtsverkehr ohne Kondom, er stimmt scheinbar zu, streift dann aber heimlich aus Angst vor sexuell übertragbaren Krankheiten oder Vaterschaft ein Kondom über.

⁶⁰ *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, § 13 Rn. 106a; Vgl. zur Selbstbestimmung bzw. -verantwortung im (Straf)Recht: *Hollerbach*, Selbstbestimmung im Recht, 1996, S. 21; *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 170.

⁶¹ Vgl. zur Unbeachtlichkeit durch Täuschung erregter *Motivirrtümer* bei der Vornahme sexueller Handlungen für die Strafbarkeit wegen Beleidigung (andere (Sexual-)Delikte kamen nicht in Betracht): *OLG Stuttgart*, NJW 1962, 62. Dieses stellt aber im Ergebnis auf eine in dogmatischer Hinsicht wenig hilfreiche, Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls ab.

⁶² *CrimA 5734/10 Kashur v. State of Israel* [2012]. § 345(a)(2) des israelischen Penal Law statuiert ausdrücklich eine Strafbarkeit wegen Vergewaltigung durch den Vollzug des Geschlechtsverkehrs mit einer Frau unter einer durch Täuschung über die Identität der Person oder die Art der Handlung erlangten Einwilligung. Im geschilderten Fall erfolgte in der Rechtsmittelinstanz aber eine Verurteilung wegen eines weniger schwerwiegenden Delikts. Bemerkenswert sind die tatsächlichen Umstände des Falls: Täter und Geschädigte hatten sich erst wenige Minuten zuvor auf der Straße kennengelernt und die sexuellen Handlungen im Fahrstuhl bzw. der obersten Etage eines näheren Gebäudes vorgenommen. Fraglich bleibt auch, warum die Geschädigte, wenn ihr Nationalität und Beziehungsstatus des Sexualpartners derart wichtig waren, spontan Geschlechtsverkehr mit einer Zufallsbekanntschaft von der Straße vollzog.

⁶³ In Israel erfolgte in der ersten Instanz eine Verurteilung zu einer 18-monatigen Freiheitsstrafe in Verbund mit einer 30-monatigen Bewährungsstrafe. Die Strafe wurde in der Rechtsmittelinstanz auf 8 Monate Freiheitsstrafe reduziert.

⁶⁴ Zur sexualstrafrechtlichen Irrelevanz von Täuschungen, wenn der Täter lediglich eine Gesundheitsgefahr *verheimlicht*, welche das Opfer nicht eingehen will, setzt: *Frommel*, in: NK-StGB, Bd. 2, § 177 Rn. 124. *Herzog* weist hinsichtlich des Stealthings darauf hin, dass die Verwendung eines Kondoms bei einmaligen und unverbindlichen sexuellen Begegnungen oftmals nicht nur sexuell übertragbaren Krankheiten und Schwangerschaft vorbeugen, sondern auch in einem mentalen Sinn vor zu enger Intimität schützen soll. Vgl. *Herzog*, in: FS Fischer, S. 351 (354).

Dass in diesem Fall – trotz an sich sonst identischer Umstände – eine Strafbarkeit nicht angebracht wäre, liegt auf der Hand.⁶⁵

Freilich streiten prima facie auch einige Gesichtspunkte für die Strafwürdigkeit. Mit deren Bejahung befindet man sich nicht nur im Gefolge einiger Stimmen aus dem Schrifttum,⁶⁶ sondern auch auf einer Linie mit der jüngsten (bisher singulären) instanzgerichtlichen Rechtsprechung.⁶⁷ Nicht von der Hand zu weisen ist etwa das Argument, dass im Falle des Stealthings für die sexuelle Handlung „*ungeschützten* Geschlechtsverkehrs“ gerade kein, d.h. auch kein durch Täuschung erschlichesenes Einverständnis, gegeben sei. Denn der ungeschützte Geschlechtsverkehr stelle im Verhältnis zum geschützten Geschlechtsverkehr mit Kondom eine andere sexuelle (Form der) Handlung dar, weil es anders als bei Verwendung eines Kondoms zum direkten Kontakt der Genitalien komme.⁶⁸ Dies ist bei genauer Betrachtung nicht nur eine Frage der Wirksamkeit eines durch Täuschung erschlichenen Einverständnisses, sondern berührt vielmehr auch die Definition der sexuellen Handlung. Letzterem kann hier freilich nicht im Detail nachgegangen werden. Die obige Argumentation überzeugt allerdings dennoch nicht: Durch das Abstreifen des Kondoms eine Zäsur anzunehmen und damit den Beginn einer neuen, ersichtlich nicht dem Willen des Sexualpartners entsprechenden sexuellen Handlung zu propagieren würde einen einheitlichen Lebenssachverhalt in allzu konstruierte Art und Weise aufspalten.⁶⁹ Zuzugeben ist der obigen Argumentation im Hinblick auf die Wirksamkeit des Einverständnisses aber, dass sich der erkennbar entgegenstehende *Wille* nicht allgemein auf alle sexuellen Handlungen beziehen muss, sondern auch (nur) einzelne Handlungen – etwa analem statt vaginalem Verkehr – betreffen und damit ausschließen kann. Allerdings muss er sich auf eine sexuelle Handlung als solche beziehen. Deswegen reicht es gerade nicht aus, dass das Opfer keinen Widerwillen gegen den Geschlechtsverkehr an sich hegt, der Täter aber bei dessen Vornahme den Wunsch nach Nutzung eines Kondoms ignoriert, bzw. dieses heimlich entfernt.⁷⁰ Es ist nicht das „Wie“ der sexuellen Handlung als solchen berührt, denn die Penetration ist in derartigen Fällen konsentiert. Durch die Entfernung des Kondoms wird das Wesen der sexuellen Handlung „Penetration“ nicht verändert, mag sich auch unter Umständen die Benutzung sensorisch auf die Intensität der sexuellen Handlung auswirken.⁷¹ Vielmehr sind lediglich die äußeren Umstände bzw. die Rahmenbedingungen der sexuellen Handlung betroffen. Hier ein

weiteres Verständnis der Art und Weise der sexuellen Handlung anzulegen, würde ferner erhebliche Abgrenzungsprobleme mit sich bringen. Während man noch leicht akzeptieren kann, dass eine Person, die der vaginalen Penetration zustimmt, damit nicht auch die anale Penetration konsentiert, bestehen schon Zweifel, dass jemand, der der Berührung seiner linken Brust zustimmt, der Berührung der rechten nicht zustimmt.⁷² Auch unter diesem Gesichtspunkt erscheint Stealthing nicht strafwürdig.

b) Rechtsgutsbezogene Täuschungen

Allein die Täuschung über die sexuelle Natur der Handlung ist rechtsgutsbezogen. Hier ist die Strafwürdigkeit gegeben. Unter diese Fallgruppe sind Fälle zu fassen, in denen der Täter den sexuellen Charakter seiner Handlung verschleiert, etwa wenn ein Gynäkologe seiner Patientin wahrheitswidrig vorspiegelt die medizinische Behandlung erfordere eine Stimulation ihrer Vagina.⁷³ Es liegt eine rechtsgutsbezogene und damit relevante Täuschung vor: Die Patientin will keinerlei *sexuellen* Handlungen ausgesetzt werden. Ein sexueller Wunsch ist schon im Ansatz nicht vorhanden, denn die Patientin möchte allein zu therapeutischen Zwecken berührt werden.⁷⁴ Somit ist ihr nicht bewusst, dass sie das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung preisgibt. Das Einverständnis ist unwirksam. De lege ferenda ist hier die Statuierung einer entsprechenden Strafbarkeit in den Blick zu nehmen.

IV. Zusammenfassung

Auch unter dem neugefassten § 177 Abs. 1 StGB ist die sexuelle Täuschung nicht strafbar. Dies beruht auf einer an Wortlaut, Historie und Systematik des Gesetzes orientierten Auslegung. Hinsichtlich der Strafwürdigkeit der sexuellen Täuschung ist auf die, von *Arzt* entwickelte, rechtsgutsbezogene Lehre zurückzugreifen. Rechtsgutsbezogene Täuschungen bedingen die Unwirksamkeit des Einverständnisses und stellen eine strafwürdige Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts dar. Allein die Täuschung über die sexuelle Natur der Handlung ist rechtsgutsbezogen. De lege ferenda ist die Einführung einer entsprechenden Strafbarkeit in den Blick zu nehmen. Alle anderen Täuschungen sind nicht rechtsgutsbezogen, sodass das Einverständnis von der Täuschung unberührt bleibt. Derartige Täuschungen sollten auch künftig nicht unter Strafe gestellt werden.

⁶⁵ Hoffmann, NStZ 2019, 17 (18).

⁶⁶ Etwa: Herzog, in: FS Fischer, S. 351 (356 f.); Hoffmann, NStZ, 2019, 16 (17).

⁶⁷ AG Berlin-Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18).

⁶⁸ So die Argumentation bei AG Berlin-Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18) –, Rn. 37, juris. Vgl. dazu auch Brodsky, Colum. J. Gender & L. Issue 32 (2017), 183 (190 f.).

⁶⁹ Hoffmann, NStZ 2019, 16 (17), der aber gleichzeitig Stealthing de lege lata für strafbar hält. Für eine solche Aufspaltung plädiert Herzog in: FS Fischer, S. 351 (357).

⁷⁰ Heger in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 177 Rn. 5.

⁷¹ Brodsky, Colum. J. Gender & L. Issue 32 (2017), 183 (190).

⁷² Brodsky, Colum. J. Gender & L. Issue 32 (2017), 183 (191).

⁷³ Beispiel entlehnt von Hoven/Weigend, KriPoZ 2018, 156 (157).

⁷⁴ Nach Hoven/Weigend, KriPoZ 2018, 156 (158 ff.) und Astrid, Lückenhaftigkeit und Reform des deutschen Sexualstrafrechts vor dem Hintergrund der Istanbul-Konvention, 2018, S. 233 ist in dieser Fallgruppe (wohl) schon § 174c StGB erfüllt, sodass die Diskussion um eine (bloße) Strafbarkeit im Ergebnis fruchtlos bliebe.