

## „I’m not sure this is rape, but...“ Zur Strafbarkeit von „Stealthing“ nach dem neuen Sexualstrafrecht

von Ass. iur. Johannes Makepeace\*

### Abstract

„Stealthing“ nennt man das heimliche Abstreifen des Kondoms während des ansonsten einverständlichen Geschlechtsverkehrs, das von Geschädigten als Vertrauensbruch und Missachtung ihrer sexuellen Selbstbestimmung empfunden wird. Doch ob dieser „Trend“ nach dem neuen Sexualstrafrecht strafbar ist, ist umstritten. Das Berliner Kammergericht bejahte im Juli 2020 eine Strafbarkeit jedenfalls nach § 177 Abs. 1 StGB. Dieser Beitrag setzt sich sowohl mit der Entscheidung als auch mit den ablehnenden Stimmen auseinander. Das Ergebnis: Stealthing ist nicht nur ein sexueller Übergriff, sondern erfüllt auch das Regelbeispiel der Vergewaltigung.

*Nonconsensual condom removal during sexual intercourse, popularly known as "Stealthing," is experienced by victims as a grave breach of trust and a violation of their sexual self-determination. But whether this trend is punishable under German criminal law is still a matter of dispute. In July 2020, the Berlin Court of Appeals affirmed criminal liability under Section 177 (1) of the German Criminal Code. This article addresses both the decision and its dissenting voices. The result: Stealthing is not only sexual assault but rape.*

### I. Einleitung: Was ist „Stealthing“?

Sie lernen sich im Internet kennen, gehen ein paar Mal aus. Nach einem der Dates schlafen sie miteinander. Einvernehmlich und auf Wunsch der Frau mit Kondom. Bis dahin eine ganz normale Bettgeschichte im Zeitalter von Tinder und dergleichen. Doch bei einem Stellungswechsel zieht der Mann heimlich das Kondom ab und setzt den Geschlechtsverkehr ungeschützt fort. Erst als er kommt, bemerkt sie es.<sup>1</sup>

„Stealthing“ nennt man dieses heimliche Abstreifen des Kondoms beim ansonsten einverständlichen Geschlechtsverkehr. Der Haken: Der oder die Geschädigte hatte nur hinsichtlich eines geschützten Geschlechtsverkehrs das Einverständnis erteilt. Nach einer Studie von Brodsky aus dem Jahr 2017 handelt es sich um eine weit verbreitete Sexualpraxis gerade unter jungen, sexuell aktiven Menschen. Stealthing setze die ahnungslosen Geschädigten

dem Risiko unerwünschter Schwangerschaften und sexuell übertragbarer Krankheiten aus und fühle sich an wie ein Vertrauensbruch und eine Missachtung ihrer sexuellen Autonomie, was einer Vergewaltigung zumindest „nahekomme“ („rape-adjacent“).<sup>2</sup> Täter fühlten sich hingegen durch Gleichgesinnte auf zahlreichen Internetforen bestätigt und ermutigt: Es sei ihr „natürliches Recht“ als Mann, ihren Samen zu verteilen.<sup>3</sup> Und tatsächlich finden sich online recht schnell explizite Ratschläge, wie man den Geschlechtspartner erfolgreich austricksen und das Kondom entfernen kann (ohne diese Websites hier zitieren zu wollen).

Ob Stealthing in Deutschland strafbar ist, ist umstritten. So entschied erst im November 2020 das *AG Kiel* auf Freispruch. Der Strafrichter war der Auffassung, dass das Verhalten des Angeklagten zwar ein erheblicher Vertrauensbruch sei. Das Gesetz kenne jedoch keinen einvernehmlichen Geschlechtsverkehr, der strafbar sei. Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig.<sup>4</sup>

Das *Berliner KG* bejahte hingegen im Juli 2020 eine Strafbarkeit wegen eines sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB jedenfalls für den Fall, dass der Täter das Opfer nicht nur gegen dessen Willen in ungeschützter Form penetriert, sondern im weiteren Verlauf in den Körper des oder der Geschädigten ejakuliert.<sup>5</sup> Zudem sah das *KG* grundsätzlich die Voraussetzungen des Regelbeispiels des § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB und somit eine Vergewaltigung als gegeben an. Da es sich bei der Vergewaltigung um eine Strafzumessungsregel handelt, konnte das *KG* den Schuldspruch allerdings nicht abändern. Es blieb bei der vom *AG Berlin-Tiergarten* ausgesprochenen Bewährungsstrafe.<sup>6</sup> Der Entscheidung des *KG* ist in beiden Punkten zuzustimmen, jedoch unabhängig davon, ob der Täter in den Körper des oder der Geschädigten ejakuliert.

### II. Zur Sexualstrafrechtsreform und zur „Freiwilligkeit“ sexueller Handlungen

Auch wenn seit dem 50. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. November 2016 schon ein paar Jahre vergangen sind, erlaube ich mir dennoch ein paar Worte zur Sexualstrafrechtsreform, durch die die Struktur des 13. Abschnitts

\* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Europäisches Strafrecht von Prof. Dr. Tonio Walter an der Universität Regensburg.

<sup>1</sup> So in etwa der Sachverhalt bei *KG*, Beschl. vom 27.7.2020 – 4 Ss 58/20 = BeckRS 2020, 18243.

<sup>2</sup> Brodsky, Columbia Journal of Gender and Law 32 (2017), S. 183 (184 f.); von ihr stammt auch das als Überschrift übernommene Zitat.

<sup>3</sup> Vgl. Brodsky, Columbia Journal of Gender and Law 32 (2017), S. 183 (189); Hoffmann, NSZ 2019, 16 (17).

<sup>4</sup> *AG Kiel*, Urte. v. 17.11.2020 – 38 Ds 559 Js 11670/18 = BeckRS 2020, 38969.

<sup>5</sup> *KG*, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 Ss 58/20 = BeckRS 2020, 18243 (Rn. 16).

<sup>6</sup> *KG*, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 Ss 58/20 = BeckRS 2020, 18243 (Rn. 41); *AG Tiergarten*, Urte. v. 11.12.2018 – 278 Ls 14/18.

des Strafgesetzbuchs verändert wurde.<sup>7</sup> Besonders hervorheben möchte ich hier die tatbestandliche Neufassung des § 177 StGB. Ziel der Gesetzesnovelle war vor allem, den Anwendungsbereich von § 177 StGB auszuweiten, da er bestimmte Fallkonstellationen nicht erfasste, obwohl sie weitgehend zu Recht für strafwürdig befunden wurden.<sup>8</sup>

### 1. Als ein „Nein“ nicht ausreichte

Ursprünglich setzte § 177 Abs. 1 StGB voraus, dass der Täter das Opfer mit Gewalt, durch qualifizierte Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert war, zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen nötigte. Ausschlaggebend war somit nicht nur das Vorliegen eines entgegenstehenden Willens, sondern vor allem das Brechen eines solchen. Für die Strafbarkeit entscheidend war also ein nach außen erkennbares, objektivierbares Verhalten des Täters, durch das er sich über den entgegenstehenden Willen des Opfers hinwegsetzte, um die sexuelle Handlung zu erzwingen.<sup>9</sup>

Nicht erfasst waren hingegen Fälle, in denen der Täter einen entgegenstehenden Willen nicht durch Gewalt brechen musste, aber wusste oder billigend in Kauf nahm, dass das Opfer wegen besonderer Umstände keine Gegenwehr leistete – zum Beispiel indem es für den Täter erkennbar annahm, dem Angreifer ausgeliefert zu sein, obwohl die Lage objektiv nicht schutzlos war. Ferner blieben Fälle straflos, in denen das Opfer die Gegenwehr nicht aus Furcht vor Körperverletzungs- oder Tötungsdelikten unterließ, sondern aus anderen Motiven – etwa aus Furcht vor einer Kündigung, vor ausländischer Konsequenzen oder aus Verlustängsten.<sup>10</sup> Schließlich konnten auch die sogenannten Überraschungsfälle nicht als sexuelle Nötigung geahndet werden. Diese Fallgruppe ist dadurch gekennzeichnet, dass der Täter für das Opfer unvermittelt eine sexuelle Handlung an diesem vornimmt – etwa ein „Busengrapschen“ oder ein Griff an Geschlechtsteile – obwohl er zumindest billigend in Kauf nimmt, dass die sexuelle Handlung bei dem Opfer nicht auf Zustimmung stoßen wird. Eine Strafbarkeit nach dem 13. Abschnitt entfiel schon deshalb, weil das Opfer wegen der überraschenden Begehung nicht dazu kam, einen entgegenstehenden Willen zu bilden, den der Täter mit Zwang hätte beugen können.<sup>11</sup> Stealthing war nach alter Rechtslage also nicht strafbar.<sup>12</sup>

### 2. „(Erkennbares) Nein heißt Nein“

Durch die Neufassung des § 177 StGB wurden diese Strafbarkeitslücken im Sinne eines zeitgemäßen Verständnisses der Behauptung sexueller Selbstbestimmung geschlossen, indem die sogenannte „Nein heißt Nein“ oder „Nichteinverständnislösung“ implementiert wurde. Das physische Überwinden eines entgegenstehenden Willens ist jetzt nicht mehr erforderlich.<sup>13</sup> Gemäß § 177 Abs. 1 StGB in seiner aktuellen Fassung reicht es aus, dass der entgegenstehende Wille, also das „Nein“ des Opfers, erkennbar ist und der Täter sich dennoch über diesen hinwegsetzt, ohne beispielsweise Gewalt anwenden zu müssen – was immerhin zu einer Herabsetzung der Mindeststrafe von einem Jahr auf sechs Monate geführt hat. Notwendig ist somit einerseits der entgegenstehende Wille des Opfers – also dessen subjektive, innere Einstellung; andererseits setzt die Strafbarkeit die Erkennbarkeit der Ablehnung voraus, und zwar für einen objektiven Dritten, der als hypothetische Position gedacht wird.<sup>14</sup> Das Nichtwollen des Opfers kann sowohl durch ausdrückliche Erklärung („Nein“) als auch durch konkludentes Verhalten (zum Beispiel Weinen oder Abwehren der sexuellen Handlung) zum Ausdruck gebracht werden.<sup>15</sup> Eines weiteren objektiven Handlungselements bedarf es zur Erfüllung des Tatbestands aber nicht mehr; und eine Nötigung ist selbst bei der Vergewaltigung gemäß § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB – mit einer Mindeststrafe von weiterhin zwei Jahren – nicht mehr erforderlich.<sup>16</sup>

### 3. Auf Freiwilligkeit kommt es an

Man mag daran kritisieren, dass der Neufassung des § 177 StGB ein „problematisches Menschenbild“ zugrunde liege.<sup>17</sup> So schreibt *Deckers*: „Das Modellbild der Frau des 21. Jahrhunderts (selbstbestimmte – wohl auch selbstbewusste Wahl, Sexualkontakt aufzunehmen) wird ersetzt und das durch Scham oder Schüchternheit geprägte wehrlose oder gegen seinen eigenen Willen handelnde Opfergeschöpf zum verallgemeinerbaren Schutzobjekt eines Straftatbestandes stilisiert.“<sup>18</sup> Diese Kritik trifft hinsichtlich mancher neu geschaffenen Tatbestandsalternativen sicherlich zu. Handelt das Opfer – ob Mann oder Frau – etwa aus Angst vor einer Kündigung oder einer Anzeige eines tatsächlich strafbaren Verhaltens, ist es anmaßend, einen erwachsenen, selbstbestimmten Menschen mit Selbstachtung, der sich dennoch sexuell verfügbar macht, mit einem Opfer gleichzusetzen, das aus (berechtigter) Furcht vor Körperverletzungen sexuelle Handlungen über sich ergehen lässt. Ersteres mag zwar eine durchaus erhebliche Zumutung sein; jedoch kann von jeder Person

<sup>7</sup> BGBl. I 2016, S. 2460.

<sup>8</sup> BT-Drs. 18/8210, S. 7 f.; BT-Drs. 18/9097, S. 2.

<sup>9</sup> Vgl. zur damals noch erforderlichen Finalität *BGH*, NSTZ 2005, 268 (269).

<sup>10</sup> Vgl. BT-Drs. 18/8210, S. 10 f.

<sup>11</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 25; in Betracht kam damals jedoch eine Strafbarkeit wegen (tätlicher) Beleidigung, *T. Walter*, JR 2016, 361 (362).

<sup>12</sup> A.A. *Franzke*, BRJ 2019, 114 (120 ff.), der eine Strafbarkeit wegen (versuchter) Körperverletzung und Beleidigung annimmt – und eine Strafbarkeit nach dem neuen Sexualstrafrecht verneint; diese Auffassung lässt das vom Opfer grundsätzlich nicht zu rechtfertigende Selbstbestimmungsrecht aber außer Betracht.

<sup>13</sup> BT-Drs. 18/9097, S. 21; *Hörnle*, NSTZ 2017, 13 (14); jetzt als Qualifikationstatbestand, § 177 Abs. 5 StGB.

<sup>14</sup> BT-Drs. 18/9097, S. 22 f.; *Fischer*, NSTZ 2019, 580 (581); *Rohmann*, Praxis der Rechtspsychologie 27 (2017), S. 27 (31).

<sup>15</sup> BT-Drs. 18/9097, S. 22 f.; *Fischer*, StGB, 67. Aufl. (2020), § 177 Rn. 13; kritisch zum konkludenten Verhalten *Hörnle*, NSTZ 2017, 13 (15); *Lederer*, StraFo 2018, 280 (283).

<sup>16</sup> Kritisch zur unterlassenen Anpassung des Strafrahmens bei der nun „gewaltfreien“ Vergewaltigung *Deckers*, StV 2017, 410 (411).

<sup>17</sup> *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 4, schreibt von einer Viktimisierung des Frauenbilds und einer Infantilisierung der Opferposition; kritisch auch *Lederer*, StraFo 2018, 280 (281 f.).

<sup>18</sup> *Deckers*, StV 2017, 410 (411).

grundsätzlich verlangt werden, zum Schutz ihrer Person und ihrer Interessen sowie zum Wahren ihrer Belange mitunter schwierige – aber freie – Entscheidungen zu treffen.<sup>19</sup> Entscheidet sie sich bewusst für den sexuellen Akt, muss eine Strafbarkeit ausscheiden – ungeachtet ihrer Motive.<sup>20</sup>

Verallgemeinern lässt sich die Kritik aber nicht, soll § 177 StGB die Opfer zu Recht davor schützen, *zum Objekt fremdbestimmter sexueller Übergriffe herabgewürdigt zu werden*.<sup>21</sup> Natürlich verläuft die strafbewehrte Grenze fließend, und die Zweifel an der daraus resultierenden Unbestimmtheit lassen sich durchaus hören.<sup>22</sup> Doch die Grenze ist überschritten, sobald eine *freie* Entscheidung über das „Ob“, das „Wann“ und das „Wie“ einer sexuellen Begegnung vom Täter ignoriert wird oder überhaupt nicht (mehr) möglich ist.<sup>23</sup> Immerhin soll laut Gesetzgeber, der freie „Wille des Opfers [...] in das Zentrum der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung gestellt werden“.<sup>24</sup> Mit anderen Worten kommt es also auf *Freiwilligkeit* oder eben *Unfreiwilligkeit* an. Und eine Handlung ist unfreiwillig, wenn die betroffene Person (subjektiv) keine andere Wahl hat, als die konkrete sexuelle Handlung zu erdulden.<sup>25</sup>

Das ist einerseits gegeben, wenn die Umstände einen so starken seelischen Druck auf das Opfer ausüben, dass es gar nicht mehr anders kann, als die sexuelle Handlung über sich ergehen zu lassen. Das Opfer hat (subjektiv) keine Wahl und keine Handlungsalternative. Unfreiwillig ist die Handlung aber andererseits auch dann, wenn dem Opfer von Anfang an gar keine Möglichkeit gegeben wird, selbst zu entscheiden. So liegt es größtenteils bei § 177 Abs. 2 StGB: Hier muss weder ein entgegenstehender Wille des Opfers erkennbar sein, noch bedarf es – mit Ausnahme von § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB – Handlungen des Täters mit Nötigungscharakter.<sup>26</sup> So genügt für eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB, dass der Täter für eine sexuelle Handlung eine Situation ausnutzt, in der das Opfer gar nicht erst in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern.<sup>27</sup> Eine solche

liegt zum Beispiel vor, wenn das Opfer aufgrund schwerster Behinderung schlicht nicht kommunizieren kann – dann greift in der Regel gar der Qualifikationstatbestand § 177 Abs. 4 StGB<sup>28</sup> – oder durch K.O.-Tropfen oder Alkoholkonsum das Bewusstsein verloren hat.

Unfreiwillig ist eine sexuelle Handlung aber vor allem dann, wenn das Opfer einen entgegenstehenden Willen unmissverständlich formuliert hat, sich der Täter aber bewusst über diesen hinwegsetzt. Und ein solcher Fall ist beim Stealthing gegeben.

### III. Zur Strafbarkeit von „Stealthing“

#### 1. „Ja“ zu geschütztem, „Nein“ zu ungeschütztem Geschlechtsverkehr

Bereits die absprachewidrige ungeschützte Penetration erfüllt den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB – und ungeachtet einer etwaigen Ejakulation.<sup>29</sup> Denn das Einverständnis des oder der Geschädigten bezieht sich allein auf den Bereich des *geschützten* Geschlechtsverkehrs. Nur und ausschließlich für diesen liegt eine freie und selbstbestimmte Entscheidung vor, und zwar hinsichtlich des „Ob“ (überhaupt) und des „Wie“, also der konkreten Modalitäten des sexuellen Akts. Alles, was über dieses „Wie“ hinausgeht, ist – wenn es sich denn als erhebliche Abweichung, als *Aliud*, entpuppt – logischerweise nicht von der erteilten Zustimmung gedeckt und somit als ausdrückliche Ablehnung zu verstehen: „Ja“ zu geschütztem, „Nein“ zu ungeschütztem Geschlechtsverkehr. Anders lässt sich eine Aussage wie „Aber nur mit Kondom“ nicht verstehen.<sup>30</sup>

Zwar ist *Wolters* insoweit zuzustimmen, wenn er schreibt, ein ausdrückliches „Ja“ begründe automatisch noch kein *erklärtes* „Nein“.<sup>31</sup> Doch weder verlangt der Gesetzgeber zwingend ein „Nein“ *expressis verbis*, so dass ein entgegenstehender Wille grundsätzlich auch aufgrund schlüssigen Verhaltens geäußert werden kann,<sup>32</sup> noch ist die vorliegende mit der von *Wolters* beschriebenen Situation vergleichbar, in der sich das Opfer den entgegenstehenden

<sup>19</sup> Rohmann, *Praxis der Rechtspsychologie* 27 (2017), S. 27 (37); siehe auch Hörnle, *ZStW* 127 (2016), 851 (882); T. Walter, *JR* 2016, 361 (364 f.).

<sup>20</sup> Anders, aber ohne klares Abgrenzungsmerkmal Hörnle, *ZStW* 127 (2016), 851 (883 ff.): entscheidend sei die Verantwortung des „Täters“ für das Entstehen oder die Vergrößerung eines Dilemmas aufseiten des „Opfers“ – das hat aber m. E. wenig mit Autonomie zu tun.

<sup>21</sup> Renzikowski, in: *MüKo-StGB*, 3. Aufl. (2017), Vor § 174 Rn. 8; vgl. auch Hörnle, *ZStW* 127 (2016), 851 (859).

<sup>22</sup> Vgl. Frommel, in: *NK-StGB*, 5. Aufl. (2017), § 177 Rn. 100 f.; dagegen Renzikowski, in: *MüKo-StGB*, § 177 Rn. 4.

<sup>23</sup> Renzikowski, in: *MüKo-StGB*, Vor § 174 Rn. 8; Vavra, *ZIS* 2018, 611 (612).

<sup>24</sup> BT-Drs. 18/9097, S. 21 (Hervorhebung von mir).

<sup>25</sup> Das Erfordernis der Freiwilligkeit ergibt sich bereits aus der Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/9097, S. 24.

<sup>26</sup> Nur § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB „rechtfertigt“ demnach die amtliche Überschrift „sexuelle Nötigung“, Eisele, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 177 Rn. 53; Fischer, *StGB*, § 177 Rn. 5.

<sup>27</sup> Hörnle, *ZStW* 127 (2016), 851 (871 f.).

<sup>28</sup> BT-Drs. 18/9097, S. 27; die Reformkommission empfiehlt, Abs. 4 zu streichen, da kein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung gegenüber Menschen besteht, die sich aufgrund anderer Umstände in einem Zustand der Unfähigkeit zur Willensbildung oder -äußerung befinden, BMJV, Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 303 f.

<sup>29</sup> So auch Hoven, *NStZ* 2020, 578 (581); *Wolters*, in: FS Merkel, 2020, S. 951 (964 f.); deutlicher: *ders.*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, *StGB*, 5. Aufl. (2020), § 177 Rn. 19; Ziegler, in: BeckOK-StGB, 48. Ed. 2020, § 177 Rn. 9a; siehe auch KG, *Beschl. v. 27.7.2020 – 4 Ss 58/20 = BeckRS* 2020, 18243 (Rn. 23): schon für den ungeschützten Geschlechtsverkehr *an sich* stand der Wille der Nebenklägerin *erkennbar* entgegen (Hervorhebung von mir).

<sup>30</sup> A.A. offenbar Denzel/Kramer da Fonseca Calixto, *KriPoZ* 2019, 347 (353 f.) und Franzke, *BRJ* 2019, 114 (118), der auch für das Entfernen des Kondoms weiterhin von einem faktisch bestehenden Willen ausgeht; auch Schumann/Schefer, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (821 f.), lehnen i.E. eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 StGB mangels *Erkennbarkeit* des entgegenstehenden Willens ab.

<sup>31</sup> *Wolters*, in: FS Merkel, 2020, S. 951 (962), Hervorhebung im Original; siehe auch zum Folgenden *dessen* weitgehend inhaltsgleiche Kommentierung in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, *StGB*, § 177 Rn. 15 ff.

<sup>32</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 23; Fischer, *StGB*, § 177 Rn. 13.

Willen nur innerlich vorbehalten hatte. Vielmehr findet das subjektive Nichteinverständnis den erforderlichen objektiven Ausdruck in der Erklärung des Opfers, den Geschlechtsverkehr ausschließlich mit Kondom zu wollen.<sup>33</sup> Denn die Ablehnung von ungeschütztem Geschlechtsverkehr ist die schlüssige, logische – und somit für jeden (als hypothetische Person gedachten Dritten) objektiv erkennbare – Kehrseite von dem vereinbarten geschützten Geschlechtsverkehr.<sup>34</sup> Damit liegt auch keine „ambivalente“ Motivlage im Sinne des Gesetzgebers vor.<sup>35</sup> Vom Opfer zu verlangen, auch darauf ausdrücklich hinzuweisen, ist mehr als lebensfremd.

Somit kommt es gar nicht darauf an, ob der Täter das Opfer getäuscht hat, zumal nach wohl herrschender Auffassung eine bloße Täuschung nach der „Nein heißt Nein“-Lösung straflos wäre.<sup>36</sup> Abgesehen von der Strafzumessung im engeren Sinne macht es ferner keinen Unterschied, ob der Täter das Abstreifen des Kondoms von Anfang an geplant hatte, oder ob er sich erst während des Geschlechtsverkehrs „spontan“ dazu entscheidet. Beim Stealthing besitzt eine etwaige Täuschung keine rechtliche Relevanz, denn der oder die Geschädigte hat seinen Widerwillen bereits unmissverständlich geäußert.<sup>37</sup>

## 2. „Safer Sex“ ist nicht gleich ungeschützter Sex

Zweitens handelt es sich um eine *erhebliche* Abweichung im Sinne von § 184h Nr. 1 StGB. Das KG führt dazu zutreffend aus, dass ein ungeschützter Geschlechtsverkehr im Verhältnis zum Geschlechtsverkehr mit Kondom in sexualstrafrechtlicher Hinsicht „ein wesentlich anderes Gepräge erhält“. Dies folgt bereits aus der Tatsache, dass sich die sexuelle Handlung durch die Verwendung eines Kondoms *objektiv* unterscheidet.<sup>38</sup> Der sexuelle Kontakt mit der Haut eines Penis ist grundverschieden vom Kontakt

mit einem Kondom. Zudem dient ein solches etwa mangels gefestigten Vertrauens als mentale Barriere vor zu enger Intimität – oder als Schutz vor Schwangerschaft, Ansteckung mit etwaigen Geschlechtskrankheiten und, ganz allgemein, unerwünschtem Austausch von Körperflüssigkeit.<sup>39</sup> Mögen auch tatsächliche Gesundheitsgefahren keine Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung des Opfers begründen, sind doch die *Sorge* um die eigene Gesundheit und die bewusste Entscheidung gegen etwaige Gesundheitsrisiken zu respektieren.<sup>40</sup> Dies wird auch darin deutlich, dass die geschützte Form sexueller Betätigung in der Alltagssprache mit einer eigenen Begrifflichkeit versehen ist: „Safer Sex“.<sup>41</sup> Ungeschützter Geschlechtsverkehr erfordert daher eine eigenständige, separate Zustimmung in diesen Fällen. Liegt eine solche nicht vor, handelt der Täter gegen den erkennbaren Willen des Opfers.

Anders als etwa *Fischer* (ohne nähere Begründung) behauptet, bezieht sich das Einverständnis gerade nicht auf die sexuelle Handlung der Penetration insgesamt.<sup>42</sup> Denn sonst wäre die meist sogar ausdrückliche Erklärung des Opfers, auf das Verwenden eines Kondoms zu bestehen, strafrechtlich ohne Bedeutung. Zu Recht weist das KG darauf hin, dass das sexuelle Selbstbestimmungsrecht des Opfers schon allein deshalb rechtserheblich verletzt ist, weil es „von dem penetrierenden Sexualpartner bewusst zu einem bloßen Objekt fremdbestimmten sexuellen Tuns herabgesetzt und für dessen persönliche sexuelle Befriedigung benutzt [wird]“.<sup>43</sup> Stealthing unterscheidet sich somit nicht von der – auch nach *Fischer* und *Heger* – unstrittig strafbewehrten Situation,<sup>44</sup> in der sich das Einverständnis nur auf bestimmte sexuelle Handlungen bezieht und andere ausschließt, sich der Täter aber über die Grenzen des Einverständnisses hinwegsetzt – zum Beispiel ungewollter Anal- statt vaginaler Verkehr oder forciertes tiefes orales Eindringen („*deep throat*“).<sup>45</sup> Ansonsten wäre ein

<sup>33</sup> Vgl. *Wolters*, in: FS Merkel, 2020, S. 951 (961); daher folgerichtig *ders.*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 177 Rn. 19.

<sup>34</sup> Das verkennen *Franzke*, BRJ 2019, 114 (117 ff.) und *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (819 ff.).

<sup>35</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 23.

<sup>36</sup> Zur h.A. *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 2a; *Hoven*, NStZ 2020, 578 (581); *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl. (2020), § 13 Rn. 106 f.; *Wolters*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 177 Rn. 18; allgemein *Jeschke/Weigend*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (1996), § 34 I 2, S. 374; *Rönnau*, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2019), Vor § 32 Rn. 159; a.A. *Hörnle*, ZStW 127 (2016), 851 (881) und *Vavra*, ZIS 2018, 611 (614): eine solche Täuschung führe zur Unwirksamkeit der erteilten Zustimmung; das sexuelle Selbstbestimmungsrecht sei stets betroffen, wenn über Tatsachen getäuscht werde, die für die betroffene Person notwendige Bedingungen für die konkrete sexuelle Handlung seien („*Dealbreaker*“); der Gesetzgeber schweigt bislang zum Umgang mit Manipulationen und Täuschungen, so dass unklar ist, ob er auf Täuschung beruhende sexuelle Handlungen von § 177 StGB erfasst sieht; dagegen *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (157 f.) die daher für eine Gesetzesänderung plädieren (159 ff.).

<sup>37</sup> Vgl. auch *Linoh/Wettmann*, ZIS 2020, 383 (391 f.); a.A. *Denzel/Kramer da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 (353), nach denen der „Kerngehalt der sexuellen Selbstbestimmung“ beim Stealthing nicht berührt sei; vielmehr gehöre es – so die Autoren – zum allgemeinen Lebensrisiko, sich auf bestimmte Informationen zu verlassen, auch wenn sie falsch und *conditio sine qua non* für eine sexuelle Handlung seien (351); knapp *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (159).

<sup>38</sup> KG, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 Ss 58/20 = BeckRS 2020, 18243 (Rn. 19), Hervorhebung von mir.

<sup>39</sup> Siehe auch *Brodsky*, Columbia Journal of Gender and Law 32 (2017) S. 183 (190–191, 195); *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (354); *Linoh/Wettmann*, ZIS 2020, 383 (391, 395); kommt es tatsächlich zu einer spürbaren Infizierung mit einer Geschlechtskrankheit, liegt selbstverständlich auch eine (gefährliche) Körperverletzung vor; dazu *Makepeace*, ZJS 2020, 189 (190 ff.).

<sup>40</sup> *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (815 f.); siehe bereits *Hörnle*, ZStW 127 (2016), 851 (863); a.A. das AG Kiel, Urt. v. 17.11.2020 – 38 Ds 559 Js 11670/18 = BeckRS 2020, 38969 (Rn. 9), für das Geschlechtsverkehr mit oder ohne Kondom keinen Unterschied macht.

<sup>41</sup> KG, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 Ss 58/20 = BeckRS 2020, 18243 (Rn. 19).

<sup>42</sup> *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 9b; so auch *Heger*, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. (2018), § 177 Rn. 5; siehe auch AG Kiel, Urt. v. 17.11.2020 – 38 Ds 559 Js 11670/18 = BeckRS 2020, 38969 (Rn. 8): maßgebend sei allein, dass der Geschlechtsverkehr jeweils vaginal sei.

<sup>43</sup> Vgl. KG, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 Ss 58/20 = BeckRS 2020, 18243 (Rn. 17); somit liegt auch eine erhebliche sexuelle Handlung im Sinne von § 184h Nr. 1 StGB vor, *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (17); *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (819): „andernfalls wäre die geäußerte Entscheidung von vornherein sinnlos“.

<sup>44</sup> Vgl. *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 9b; *Heger*, in: Lackner/Kühl, § 177 Rn. 5.

<sup>45</sup> So ausdrücklich auch *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (355); a.A. wieder *Denzel/Kramer da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 (354): das „Wesen der sexuellen Handlung *Penetration*“ werde nicht verändert.

Einverständnis, obgleich es ausdrücklich nur auf bestimmte Formen sexuellen Kontakts erteilt wird, als „Blanko-Konsens“ und „Freifahrtsschein“ zu verstehen für jegliche sexuellen Handlungen, und zwar im Belieben des Täters.

### 3. „Stealthing“ als strafrechtlich relevante Zäsur

Zu Recht widerspricht das *KG* auch der Argumentation der Verteidigung, nach der eine Strafbarkeit einen einheitlichen Lebenssachverhalts unnatürlich aufspalte.<sup>46</sup> Das vorsätzliche, heimliche Abstreifen des Kondoms stellt nämlich eine strafrechtlich relevante Zäsur dar, die sich zudem *objektiv* bestimmen lässt: Indem der Täter den Geschlechtsverkehr unterbricht, um das Kondom abzuziehen, das Kondom entfernt und mit der nun ungeschützten Penetration fortfährt, lassen sich die beiden sexuellen Handlungen eindeutig unterscheiden.<sup>47</sup> Diese Differenzierung lässt somit eine neue Beurteilung der Strafbarkeit zu: Vor dem Abziehen des Kondoms ist der Geschlechtsverkehr vom Einverständnis umfasst und folglich straflos – nach dem heimlichen Abziehen und bei Wiederpenetration hingegen strafbar.

Damit kommt es auch nicht darauf an, ob der oder die Geschädigte die erneute, nun ungeschützte Penetration bemerkt und der Täter von einer weiteren Fortsetzung absieht – zumal es lebensfremd wäre, eine solche Kontrolle, ob das Kondom noch vorhanden ist, von der betroffenen Person zu verlangen.<sup>48</sup> Entscheidend ist der entgegenstehende Wille *zum Zeitpunkt der sexuellen Handlung*,<sup>49</sup> hier also zum Zeitpunkt des erneuten Eindringens ungeachtet des weiteren Geschehens. Und zu diesem Zeitpunkt bestand das Opfer auf das Verwenden eines Kondoms.

### 4. „Stealthing“ als Vergewaltigung

Richtigerweise ist das Stealthing auch stets als Vergewaltigung im Sinne von § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB einzuordnen. Das Regelbeispiel ist grundsätzlich erfüllt, wenn der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht. Penetriert der Täter den oder die Geschädigte vaginal oder anal, bedarf es darüberhinausgehend keiner Feststellung einer besonderen Erniedrigung, da sich der entsprechende Relativsatz nur auf ähnliche sexuelle Handlungen bezieht.<sup>50</sup> Nicht anders verhält es sich beim Stealthing.<sup>51</sup> Denn auch hinsichtlich der Erfüllung des Regelbeispiels der Vergewaltigung kommt es allein auf den Tatzeitpunkt nach dem heimlichen Entfernen des Kondoms an. Dass der Geschlechtsverkehr vor dieser Zäsur einvernehmlich war, spielt für die rechtliche Würdigung der späteren sexuellen Handlung wie gezeigt keine Rolle. Und nach der

Zäsur ist die dann ungeschützte Penetration nichts anderes als Beischlaf gegen den Willen des Opfers im Sinne des § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB.

Beim Stealthing besteht zudem kein Grund, die Verwirklichung des Regelbeispiels ausnahmsweise abzulehnen,<sup>52</sup> und zwar wieder unabhängig davon, ob der Täter den Geschlechtsverkehr bis zum Samenerguss vollzieht. Letzteres ist vielmehr als besonders erniedrigende Tatmodalität in der Strafzumessung im engeren Sinne strafschärfend zu berücksichtigen.<sup>53</sup> Umstände, die es Gerichten in atypischen Fällen ermöglichen sollen, von einer Strafschärfung abzusehen, liegen beim Stealthing grundsätzlich nicht vor. Im Gegenteil: Das vorsätzliche Hinwegsehen des Täters über die ausdrücklichen Belange des oder der Geschädigten degradiert das Opfer gerade „zum bloßen Sexualobjekt unter Missachtung [der] Menschenwürde“.<sup>54</sup> Sollte man das geschriebene Regelbeispiel der Vergewaltigung verneinen, liegt erst recht und mindestens ein unbenannter besonders schwerer Fall vor, kommt das Stealthing einer Vergewaltigung doch zumindest sehr nahe („rape-adjacent“).

## IV. Fazit: Das wahre Problem ist ein anderes

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Phänomen des Stealthing sehr wohl strafbar ist, und zwar nach dem neuen Sexualstrafrecht. Indem sich der Täter gegen den unmissverständlichen Willen der oder des Geschädigten hinwegsetzt, nur mit geschütztem Geschlechtsverkehr einverstanden zu sein, verwirklicht er den Tatbestand des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB. Dass das Opfer einem ungeschützten Geschlechtsverkehr nicht ausdrücklich widersprochen hatte, ändert nichts an der Strafbarkeit. Denn die Ablehnung von ungeschütztem Geschlechtsverkehr ist die logische und objektiv erkennbare Kehrseite des vereinbarten geschützten Geschlechtsverkehrs. Ungeschützter und „Safer Sex“ sind grundverschieden, so dass die fortgesetzte ungeschützte Penetration ein erhebliches *Aliud* im Sinne von § 184h Nr. 1 StGB ist. Stealthing unterscheidet sich daher nicht von anderen Fallgruppen, in denen sich der Täter über die Grenzen des Einverständnisses hinwegsetzt. Schließlich sind das heimliche Abstreifen des Kondoms und die ungeschützte Wiederpenetration als strafrechtlich relevante Zäsur anzusehen, die eine neue Beurteilung der Strafbarkeit ermöglicht: Vor Abziehen des Kondoms ist der Geschlechtsverkehr straflos, danach hingegen strafbar. Und da die ungeschützte Penetration nichts anderes ist als Beischlaf gegen den Willen des Opfers, kann ohne weiteres das Regelbeispiel der Vergewaltigung nach § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB angenommen werden.

<sup>46</sup> Vgl. *KG*, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 Ss 58/20 = BeckRS 2020, 18243 (Rn. 31); siehe aber *Denzel/Kramer da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 (354); *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (17).

<sup>47</sup> So auch *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (356).

<sup>48</sup> *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (357); *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (819).

<sup>49</sup> Vgl. nur BT-Drs. 18/9097, S. 23; *BGH*, NStZ 2019, 717 (718); *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 19; *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (163); *Wolters*, in: FS Merkel, 2020, S. 951 (956).

<sup>50</sup> *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 100; *Wolters/Noltenius*, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 177 Rn. 85; siehe auch *BGH*, StV 2000, 198; StV 2000, 308.

<sup>51</sup> Vgl. *KG*, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 Ss 58/20 = BeckRS 2020, 18243 (Rn. 41).

<sup>52</sup> Daher jeweils in sich widersprüchlich die Vorinstanz *AG Berlin-Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018 – 278 Ls 14/18 (Rn. 35 ff.) und *Hoven*, NStZ 2020, 578 (584); weitgehend offen gelassen von *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (359) und *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (18).

<sup>53</sup> Vgl. *BGHSt.* 37, 153 (154); *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 188; *Schneider*, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2020), § 46 Rn. 265.

<sup>54</sup> Vgl. *Hoven*, NStZ 2020, 578 (584), deren Vergleich mit der von ihr zitierten Entscheidung des *LG Bamberg* nicht passt.

So viel zum materiellen Strafrecht. Auf einem ganz anderen Blatt Papier steht das Verfahrensrecht. Und diesbezüglich ist *Fischer* beizupflichten, der vor Problemen bei der Beweiswürdigung warnt.<sup>55</sup> Diese Probleme sind aber den Stealthing-Fällen nicht vorbehalten. Da Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung meist zwischen zwei Personen ohne weitere Zeugen oder sachliche Beweismittel stattfinden, stehen Gerichte fast immer vor diesem kaum zu lösenden Beweisproblem.<sup>56</sup> In Verfahren zum neuen Sexualstrafrecht bildet meist allein die Aussage des mutmaßlichen Opfers die Grundlage der Verurteilung. Bereits im Gesetzgebungsverfahren wurde daher auf ein „nicht hinnehmbares Maß an Unsicherheit“ hingewiesen, das auf „eine fast unlösbare Aufgabe spekulativer Glaubwürdigkeits-Begutachtung“ hinauslaufe.<sup>57</sup>

Das neue Sexualstrafrecht führt zwangsläufig zu einem Anstieg dieser sogenannten Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen.<sup>58</sup> Und in einer solchen Verfahrenssituation stellt sich für das Gericht nur eine Frage: welcher Aussage es Glauben schenkt. Die Antwort auf diese Frage ist die wahrscheinlich größte Schwierigkeit, die dem neuen Sexualstrafrecht immanent ist. Ihr kann an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden. Doch so viel sei verraten: da die aussagepsychologische Glaubhaftigkeitsbegutachtung kaum mehr sinnvoll angewendet werden kann, wird der Ruf laut nach alternativen Methoden, die Glaubhaftigkeit einer Aussage zu ermitteln.

---

<sup>55</sup> *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 9a und 18a.

<sup>56</sup> *Hofmann*, Praxis der Rechtspsychologie 27 (2017), S. 7 (17); *Wolters/Noltenius*, in: SK-StGB, § 177 Rn. 15.

<sup>57</sup> Nachweise bei *Hofmann*, Praxis der Rechtspsychologie 27 (2017), S. 7 (18).

<sup>58</sup> BMJV, Abschlussbericht, S. 50.