

KriPoZ



Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber

Prof. Dr. Edward Schramm

unter Mitwirkung von

Wiss. Mit. Patrick Kranz

Wiss. Mit. Ronja Sanow

Wiss. Mit. Meltem Tan

Sexualstrafrecht – dogmatische und kriminalpolitische Fragen

- Sammelband -

aus der Reihe:

KriPoZ | Junges Publizieren

in Zusammenarbeit mit



**FRIEDRICH-SCHILLER-
UNIVERSITÄT
JENA**

INHALT

- Der Schutzzweck des Sexualstrafrechts – Von Sittlichkeitsdelikten bis zum heutigen Schutz der sexuellen Selbstbestimmung und der „Verhandlungsmoral“**
von Greta Gärtner *Seite 4*
- Der Trauschein als Freibrief? – Zur Straffreiheit der Vergewaltigung in der Ehe bis zur Reform am 1. Juli 1997 und zugleich zur heutigen praktischen Relevanz der Vergewaltigung in der Ehe**
von Johann Maximilian Höpfner *Seite 23*
- Zur Geschichte der Strafbarkeit männlicher Homosexualität gem. § 175 StGB a.F.**
von Lukas Volkmann *Seite 44*
- „Nein heißt Nein“ fünf Jahre nach der Reform des § 177 Abs. 1 StGB – Eine Auseinandersetzung mit der Entscheidung des Gesetzgebers**
von Isvant Heinemann *Seite 62*
- Entstehung und Entwicklung der sog. Sexualbeleidigung (§ 185 StGB) sowie deren Bedeutungsverlust nach Einführung des § 184i StGB**
von Chris Göppner *Seite 82*
- Stealthing – Bloßer Vertrauensbruch oder eine strafbare Vergewaltigung**
von Sarah Marie Pietsch *Seite 104*
- „Catcalling“ als Grenzfall zwischen sozialadäquatem Flirten und sozialschädlichem Verhalten – Was sollte der Gesetzgeber tun?**
von Chiara Dechering *Seite 122*
- Zur Formel der „sexualisierten Gewalt gegen Kinder“: Erst vom Gesetzgeber gewünscht (BT-Drs. 19/23707), später jedoch verworfen (BT-Drs. 19/24901, 19/27928) – Darstellung und Würdigung dieser Begriffe**
von Maria Haase *Seite 141*
-

Die Strafbarkeit von fiktionaler und wirklichkeitsnaher Kinderpornografie in § 184b StGB sowie der neue Straftatbestand des § 184l StGB (Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild; u.a. BT-Drs. 19/23707, 19/24901, 19/27928) – Darstellung, Reichweite der Normen und (kritische) Würdigung

von Karen Faehling

Seite 157

Die Vorführung einer aufgezeichneten Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung nach § 255a StPO wegen einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung – Notwendiger Opferschutz oder Verstoß gegen Grundsätze des Strafprozesses?

von Anna-Sophie Daume

Seite 176

VORWORT

Die Beiträge dieses Sammelbands entspringen einem Seminar, das trotz der Corona-Pandemie in vollständiger Präsenz im Sommersemester 2021 veranstaltet wurde. Die Organisation der Veranstaltung war sowohl für das Lehrstuhl-Team als auch für die Studierenden eine große Herausforderung. Die Möglichkeit, das Seminar im Juni 2021 in den Dornburger Schlössern durchführen zu können - als eine der ersten Präsenzveranstaltungen der Friedrich-Schiller-Universität Jena überhaupt seit den coronabedingten Beschränkungen -, war mit der Beachtung und Einhaltung zahlreicher Hygienevorschriften verbunden. Der seit der Planung des Seminars niemals versiegende Optimismus, dass die Veranstaltung von der Universitätsleitung in dieser Form genehmigt wird, und der damit einhergehende große organisatorische Aufwand haben sich jedoch mehr als gelohnt: Sämtliche Vorträge und die anschließenden regen, intensiven Diskussionen unter den Referenten*innen des Seminars und der fachkundige Austausch mit dem Seminarleiter und den Mitarbeiter*innen konnten glücklicherweise in voller Präsenz im Kaisersaal des Alten Dornburger Schlosses stattfinden. Dieses altherwürdige Gebäude, 10 km von Jena entfernt auf einem Plateau des Saaletals gelegen, schuf mit seinen rustikalen Räumlichkeiten und mittelalterlichen Nuancen, umgeben von blühenden Rosengärten, eine Atmosphäre, die zu juristisch lebhaften Gesprächen anregte. Die Seminarteilnehmer*innen ließen sich von der „heiklen“ Materie des Sexualstrafrechts kaum einschüchtern und verteidigten ihre Seminararbeiten in einer ebenso offenen wie rational distanzierten Weise mit durchgängig gutem bis sehr gutem Erfolg.

Somit fanden sowohl die Thematik als auch die Örtlichkeit bei den Studierenden großen Anklang. Dies zeigte sich bereits im Vorfeld durch die große Zahl von über 50 Anmeldungen für das Seminar, von denen am Ende schon aus organisatorischen Gründen „nur“ - oder immerhin - 24 Teilnehmer*innen zugelassen werden konnten.

Wir freuen uns darüber, im Folgenden der Öffentlichkeit des Internets eine Auswahl von zehn Seminararbeiten vorstellen zu können, die uns ganz besonders gelungen erschienen und bei denen zudem eine Zustimmung der Autor*innen zur Veröffentlichung vorlag. Die Themenblöcke in dem Seminar wurden so gegliedert, dass sie inhaltlich im gleichen Kontext standen, um Fragen und Anregungen in den anschließenden Diskussionen in dem jeweiligen Sinnzusammenhang zu stellen. Wir beginnen nachfolgend mit der geschichtlichen Entwicklung des Sexualstrafrechts nach 1945 (*Greta Gärtner*), der Vergewaltigung in der Ehe (*Johann Höpfner*) und der Strafbarkeit der männlichen Homosexualität (*Lukas Volkmann*). Dank dieser Referate wurde während des Seminars für alle Seminarteilnehmer*innen eine zeitgeschichtliche Basis und ein Grundverständnis für die Struktur und Entwicklung des Sexualstrafrechts geschaffen, die im Laufe des Seminars immer wieder als Referenz für den gedanklichen Austausch dienten. Sodann folgen Seminararbeiten zur „Nein-heißt-Nein-Lösung“ in § 177 StGB fünf Jahre nach der Reform (*Isvant Heinemann*), zur Entwicklung der Sexualbeleidigung (*Chris Göppner*), zu Fragen des Stealthing (*Sarah Pietsch*) und der sexuellen Belästigung (§ 184 i StGB) unter besonderer Berücksichtigung der Debatte um eine künftige Strafbarkeit des sog. „Cat Callings“ (*Chiara Dechering*). Die Studierenden haben sich ferner mit der Formel der „sexualisierten Gewalt gegen Kinder“ auseinandergesetzt (*Maria Haase*) und die Thematik der Kinderpornographie (§ 184 b StGB) im Hinblick auf die fiktive und wirklichkeitsnahe Kinderpornographie aufgegriffen sowie sich in diesem Zusammenhang mit der neuen Strafvorschrift zu Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild (§ 184 l StGB) befasst (*Karen Faehling*). Die vorliegende Kompilation schließt mit einer Untersuchung zu § 255 a StPO bei Sexualstraftaten (*Anna-Sophie Daume*).

Für die Möglichkeit der Publikation danken wir, auch im Namen der studentischen Autor*innen, herzlich den Herausgebern und der Schriftleitung der KriPoZ, namentlich Herrn *Florian Knoop*.

Jena, im September 2021 Prof. Dr. Edward Schramm, wiss. Mit. Patrick Kranz, Ronja Sanow und Meltem Tan.

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Greta Gärtner

"Der Schutzzweck des Sexualstrafrechts – Von Sittlichkeitsdelikten bis zum heutigen Schutz der sexuellen Selbstbestimmung und der „Verhandlungsmoral“"

Friedrich-Schiller-Universität Jena

Juristische Fakultät

Seminar: „Sexualstrafrecht – dogmatische und kriminalpolitische Fragen“

Sommersemester 2021

Abgabedatum: 12.5.2021

bei

Prof. Dr. Edward Schramm

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	5
II. Der Begriff der Sittlichkeit	5
III. Der Begriff der sexuellen Selbstbestimmung	5
IV. Der Wandel des Sexualstrafrechts.....	6
1. <i>Die Regelungen des Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich um die Jahrhundertwende</i>	6
2. <i>Veränderungen im Nationalsozialismus</i>	9
3. <i>Entwicklungen in DDR und BRD vor dem 1. StrRG.....</i>	10
4. <i>Die Reform der Sexualdelikte durch das 1. und 4. StrRG</i>	11
5. <i>Die Reformen der 90er Jahre des 20. Jahrhunderts.....</i>	14
6. <i>2004 bis 2016</i>	16
7. <i>2016 bis heute.....</i>	18
V. Schlussbemerkungen	20

I. Einleitung

Schon die Lektüre des Titels des 13. Abschnittes des Strafgesetzbuches¹, wie es heute gilt, versus des Titels, den dieser Abschnitt vor 150 Jahren trug, lässt erahnen, dass sich hier im Laufe der Zeit einiges getan hat. Ziel dieser Arbeit ist es zu illustrieren, wie sich dieser Wandel vollzogen hat und welche Faktoren die größeren Reformen begünstigten.

Diese Arbeit befasst sich namentlich mit dem Schutzzweck des Sexualstrafrechtes, wie es im 13. Abschnitt des Strafgesetzbuches kodifiziert ist. Dabei kommt diesem Thema nicht nur theoretische Relevanz zu. Praktisch wird die Schutzzwecklehre besonders in solchen Fällen herangezogen, in denen zweifelhaft ist, ob ein Antragsteller auch Verletzter i.S.d. § 172 Abs. 1 StPO ist.² Denn wenn eine bestimmte Strafvorschrift bestimmte Rechte oder Güter eines Einzelnen überhaupt nicht schützen will, so kann diese Person nicht dadurch verletzt werden, dass ein Täter gegen diese Vorschrift verstößt.³ Außerdem nimmt auch etwa § 184h Nr. 1 StGB ausdrücklich auf das jeweils geschützte Rechtsgut eines Straftatbestandes Bezug.⁴

Es sollen besonders die Veränderungen des Schutzzweckes im Verlauf von anderthalb Jahrhunderten beleuchtet werden, nicht zuletzt mit Blick auf gesellschaftliche Veränderungen und die Wechselwirkung dieser mit den Reformen. Letztendlich wird ein grundlegender Wandel von einem am Schutz moralischer Standards orientierten Strafrecht zum Rechtsgüterschutz zu beobachten sein.⁵

II. Der Begriff der Sittlichkeit

Als die Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit Einzugs in den 13. Abschnitt des Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich fanden, bedurfte es nach allgemeiner Auffassung noch keines zu schützenden Rechtsgutes, weshalb die Sittlichkeit auch nicht als solches definierbar sein musste.⁶

Das Ziel des 13. Abschnittes des Reichsstrafgesetzbuches war es, dass jeder Mensch, der sich von irgendetwas unsittlich berührt fühlte, Hilfe vom Staat bekommen könnte – doch auch Mord, Totschlag und Diebstahl gehörten zur schlechten Sitte.⁷ Betreffend der Sexualdelikte Ende des 19. Jahrhunderts wurde daher festgehalten, dass der Begriff der Sittlichkeit in diesem Zusammenhang unter den engeren Sinn der Züchtigkeit gefasst werden sollte.⁸ Es geht also um die geschlechtliche Sittlichkeit, die zur Erhaltung des staatlichen Ganzen und der bürgerlichen Ordnung als nötig angesehen wurde.⁹

III. Der Begriff der sexuellen Selbstbestimmung

Die Formulierung der „sexuellen Selbstbestimmung“ geht zurück auf *Professor Dr. Friedrich-Christian Schroeder*, der diesen Begriff in einem, zum Entwurf eines 4. StrRG Stellung nehmenden Artikel vorschlug.¹⁰ Die sexuelle Selbstbestimmung beinhaltet eine positive Seite – die Freiheit zu sexuellen Handlungen – und eine negative

¹ Alle nicht bezeichneten Paragraphen in der folgenden Arbeit sind solche des Strafgesetzbuches in der zur im jeweiligen Abschnitt behandelten Zeit gültigen Fassung.

² *OLG Stuttgart*, NStZ-RR 2012, 116 (116)

³ BGHSt 18, 283-288, Rn. 17 (juris); *OLG Stuttgart*, NStZ-RR 2012, 116 (116).

⁴ BMJV, Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 171.

⁵ *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), Vor § 174, Rn. 2.

⁶ *Brüggemann*, Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts in der Geschichte unseres StGB, 2013, S. 31.

⁷ Lex Heinze, *Der Nebelspalter*, Band 26 Ausgabe 11, 1900.

⁸ *Hälschner*, Das gemeine deutsche Strafrecht II 1, 1884, S. 220.

⁹ *Berner*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl. (1898), S. 448.

¹⁰ Vgl. *Schroeder*, ZRP 1971, 14 (15).

Seite – die Freiheit *vor* sexuellen Handlungen.¹¹ Der Strafrechtsschutz bezieht sich aber nur auf die sexuelle Selbstbestimmung im negativen Sinne – als Abwehrrecht.¹² Im strafrechtlichen Zusammenhang ist also nur die Freiheit davor, zum Objekt fremdbestimmter sexueller Übergriffe herabgewürdigt zu werden, geschützt.¹³

Die sexuelle Selbstbestimmung ist Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und ist stark mit der intellektuellen, moralischen und sozialen Identität der Person verknüpft.¹⁴ Sexuelle Interaktionen gehören in den „unantastbaren Bereich der privaten Lebensgestaltung“¹⁵, weshalb der Verweis auf die Selbstbestimmung im Allgemeinen gemäß Art. 2 Abs. 1 GG nicht ausreicht, sondern gerade die besondere Bedeutung berücksichtigt werden muss, die sexuellen Handlungen im Unterschied zu anderen Eingriffen in die selbstbestimmte Lebensführung zukommt.¹⁶

IV. Der Wandel des Sexualstrafrechts

1. Die Regelungen des Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich um die Jahrhundertwende

Als Anfangspunkt der geschichtlichen Betrachtung soll im Folgenden das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 dienen. Die Delikte, die in dieser Fassung des Strafgesetzbuches unter dem Abschnitt „Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit“ geregelt wurden, hatten maßgeblich gemeinsam, dass sie, nach damaligem Maßstab, eine irgendwie geartete Verletzung der sittlichen Anforderung der Züchtigkeit und der Geschlechtsreinheit enthielten – sie bildeten die Kategorie der „Fleisches- oder Unzuchts-Verbrechen“.¹⁷ Diese konnten grob unterteilt werden in Delikte gegen die Ehe, verpönte Unzuchtsdelikte und öffentliche unzüchtige Handlungen und Zurschaustellungen.¹⁸

Schon in den 80er Jahren des 19. Jahrhunderts wurde das Reichsstrafgesetzbuch dafür kritisiert, dass seine Ordnung des 13. Abschnittes nicht systematisch sei, da für eben jene Anordnung die Frage nach dem zu schützenden Rechtsgut, welches das Objekt des strafbaren Angriffes bildet, entscheidend sei.¹⁹ Die Frage nach dem Schutzzweck scheint der Rechtswissenschaft also bereits Ende des 19. Jahrhunderts nicht fremd gewesen zu sein. Neben möglichen anderen Schutzgütern dienten die in Rede stehenden Delikte immer dem Schutz von Moral und Anstand.²⁰ Als Schutzobjekt der Unzüchtigkeitsdelikte wurden, nicht unbedingt ausschließlich, das Recht der Person, das sittliche Wesen der Familie und die öffentliche Sittlichkeit angesehen, wobei nur erstere als eigentlich unter diesen Abschnitt des StGB zu fassen erachtet wurde.²¹ Hinter diesem „Recht der Person“ verbirgt sich jedoch nicht das, was man sich heute darunter vorstellen würde, vielmehr geht es um Angriffe auf die Züchtigkeit der einzelnen Person, die in allen Fällen nicht nur als unzüchtig, sondern auch als rechtswidrig erachtet wurden.²² Somit war das Schutzgut der Sexualdelikte die Sittlichkeit – und zwar die der einzelnen Person, der Familie und der Öffentlichkeit, denn dies war, trotz kritischer Äußerungen über die Systematik, was der Gesetzgeber unter den 13. Abschnitt des Strafgesetzbuches gefasst hatte. Die geschlechtliche Sittlichkeit sollte vom Staat soweit geschützt werden, wie

¹¹ Schroeder, Das neue Sexualstrafrecht, 1975, S. 18.

¹² Renzikowski, in: MüKo-StGB, Vor § 174, Rn. 8.

¹³ Sick/Renzikowski, in: FS Schroeder, 2006, S. 603 (604).

¹⁴ Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), Vor § 174 Rn. 5.

¹⁵ BVerfGE 109, 279-391.

¹⁶ Hörnle, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2009), Vor §§ 174 ff. Rn. 29.

¹⁷ Hälschner, S. 220.

¹⁸ Berner, S. 448.

¹⁹ Hälschner, S. 221.

²⁰ Berner, S. 448.

²¹ Hälschner, S. 221.

²² Hälschner, S. 221.

sie zur Erhaltung des staatlichen Ganzen und der bürgerlichen Ordnung nötig war.²³ Außerdem sollten die Sittlichkeitsdelikte die Ehre schützen, da ein jeder Angriff auf die Züchtigkeit als Angriff auf die Ehre der Person erachtet wurde, weshalb auch jeder unzüchtige Angriff, sofern er nicht den Tatbestand eines selbstständig geregelten Unzüchtigkeitsdelikt erfüllte, als Beleidigung angesehen wurde und als solche strafrechtlich verfolgt werden konnte.²⁴ Speziell für den Tatbestand der Notzucht – mit anderen Worten die Vergewaltigung – gab es die Überzeugung, dass die brutale Vernichtung der weiblichen Geschlechtsehre für sie charakteristisch sei, weshalb sie nur von einem Mann an einer Frau begangen werden konnte.²⁵ Dass Sittlichkeit, Moral und Anstand nicht etwa Rechtsgüter waren, die nur sekundär von der Schutzwirkung der Normen des 13. Abschnittes erfasst werden sollten, ist außerdem daran zu erkennen, dass der Gesetzgeber die Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit zwischen den Abschnitten über die Delikte gegen den Staat und das öffentliche Vertrauen und den Abschnitten über Delikte gegen Private eingeordnet hat.²⁶ Besonders die §§ 176, 177 RStGB hätten, wie in anderen Strafgesetzbüchern dieser Zeit üblich, den Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit unterstellt werden können.²⁷

Insgesamt deutet all dies darauf hin, dass die Sittlichkeit durch die Normen des 13. Abschnittes nicht nur mitgeschützt, sondern deren primäres Schutzgut sein sollte.

Die Formulierungen vieler Tatbestände innerhalb der Sittlichkeitsdelikte beschränkte den Opferkreis zumeist ausdrücklich auf Frauen oder Mädchen, was zum Ausdruck brachte, dass diese besonderen strafrechtlichen Schutz genießen sollten.²⁸ So beschränken etwa §§ 176, 177 RStGB ihre Anwendung, abweichend von der korrespondierenden Vorschrift des § 144 des PrStGB, den sie zum Vorbild hatten, auf „Frauenspersonen“.²⁹ Zudem fehlte in der Formulierung der §§ 176, 177 RStGB das Erfordernis der „Unbescholtenheit“, was dazu führte, dass dem Wortlaut nach auch Prostituierte als Opfer erfasst waren, obwohl diese nach damaliger allgemeiner Anschauung ihre „Geschlechtsehre“ verloren hatten.³⁰ Der Gesetzgeber hatte also, neben dem Schutz von allgemeinen, nicht individuellen Rechtsgütern wie Sitte und Moral, mit den in Rede stehenden Normen den Schutz der Frauen bezweckt.³¹

In der Praxis wurde dieser Schutzbereich jedoch oft dadurch eingeschränkt, dass die Rechtsprechung die Bescholtenheit des Opfers sehr wohl beachtete und diese als Milderungsgrund anbrachte, besonders wenn das Opfer den Täter „provozierte“ indem es sich nicht dem ihm zugewiesenen Rollenverhalten unterwarf.³² Dies ist Ausdruck der geradezu feindlichen Haltung gegenüber menschlicher – und besonders weiblicher – Sexualität, die noch bis in die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg fort dauern sollte.³³

Die erste Änderung des Sexualstrafrechts erfolgte bereits 1876, da sich in der Rechtspraxis herausgestellt hatte, dass bestimmte Tatbestände, wie etwa der der „gewerbsmäßigen Unzucht“, enger als damals erwünscht ausgefallen waren, was unmittelbar eine Neufassung und Erweiterung dieses und anderer Tatbestände zur Folge hatte.³⁴ Geändert wurde unter anderem § 361 Nr. 6 RStGB, welcher bestimmte Verhaltensweisen von – ausdrücklich weiblichen – Prostituierten unter Strafe stellte, womit diese Norm, anders als die voranstehend thematisierten,

²³ Berner, S. 448.

²⁴ Hälschner, S. 221.

²⁵ Berner, S. 464.

²⁶ Gilde, Die Stellung der Frau im Reichsstrafgesetzbuch von 1870/71 und in den Reformentwürfen bis 1919 im Urteil der bürgerlichen Frauenbewegung, 1999, S. 36.

²⁷ Berner, S. 464.

²⁸ Berner, S. 464.

²⁹ Rüdorff, StGB, 1871, § 176.

³⁰ Gilde, S. 31.

³¹ Gilde, S. 36.

³² Gilde, S. 31, 34.

³³ Gössel, Das neue Sexualstrafrecht, 2005, Einführung Rn. 1.

³⁴ Brüggemann, S. 41 f.

Frauen nicht schützte, sondern – im Gegenteil – belastete.³⁵

Kurz vor dem Höhepunkt einer von Aufklärung, Liberalismus, Feminismus und Idealismus zustande gebrachten rechtlichen Tugendwelle, welcher auf etwa 1900 angesetzt werden kann,³⁶ erfuhr das Sexualstrafrecht eine Neuerung mit der Änderung des Gesetzes vom 5.4.1888.³⁷ Herbeigeführt wurde diese Änderung von der Wahrnehmung der Gesellschaft, welche es als unsittlich empfand, dass die inzwischen weitverbreitete Presse über Gerichtsverhandlungen berichten durfte, von denen die Öffentlichkeit wegen Gefährdung der Sittlichkeit ausgeschlossen worden war.³⁸ Daher wurde der, das Verbreitungsverbot unzüchtiger Schriften normierende § 184 RStGB um einen, diese Fälle der Presseberichterstattung betreffenden Tatbestand erweitert.³⁹

Auch die nächste größere Veränderung ist auf die Gesellschaft und die populäre Tugendwelle zurückzuführen, denn der Prozess um den Zuhälter Gotthilf Heinze und seine Frau, die Prostituierte Anna, lenkte Anfang der 1890er Jahre die Aufmerksamkeit auf bestehende Missstände.⁴⁰ Zudem fiel in diese Zeit auch die Anfangsphase der ersten deutschen Frauenbewegung, die unter anderem den rechtlichen Status der Frau, die herrschende Doppelmoral in sexuellen Fragen, das rigide Abtreibungsrecht kritisierte.⁴¹ Die Vertreterinnen dieser Bewegung forderten zudem einen offenen Umgang mit der Prostitution,⁴² was Hand in Hand mit dem Ruf des Feminismus nach Schutz der Prostituierten vor der Brutalität ihrer Zuhälter und der Willkür der Polizei ging, nachdem die Regelungen des Reichsstrafgesetzbuches die Duldung von Bordellen praktisch unmöglich gemacht hatte und daher das Zuhälterunwesen überhandnahm.⁴³ Eine selbstständige Vorschrift über die Zuhältereie existierte noch nicht und auch die Tatbestände der Kuppelei waren nur begrenzt anwendbar.⁴⁴ Durch den daraufhin eingefügten § 181a RStGB sollte der Zuhälter aufgrund seiner „liederlichen Lebensweise“ – schließlich verließ er sich darauf, dass die Prostituierte seinen Lebensunterhalt mit ihrem Gewerbe bestritt – strafrechtlich verfolgt werden, denn gesellschaftlich wurde er als „schmarotzender Schwächling“ gesehen – ein Bild, das sich erst am Ende der 60er Jahre des 20. Jahrhunderts wandeln sollte.⁴⁵

Die Einblicke, die durch die Gerichtsverhandlung in die Aktivitäten der sogenannten Kuppler gewonnen wurden, bildeten die Grundlage der „Lex-Heinze“,⁴⁶ einem Gesetzesentwurf, der die erste größere Novelle des Sittenstrafrechts darstellte.⁴⁷ Der Gesetzesentwurf bedrohte nicht nur jede Zuhältereie mit schwerer Strafe und erweiterte den Tatbestand der Kuppelei,⁴⁸ sondern kriminalisierte auch die Zurschaustellung von Darstellungen, die durch die Verletzung des Scham- und Sittlichkeitsgefühls ein Ärgernis auslösen könnten.⁴⁹ Hierzu zählten auch Schriften, Darstellungen und Abbildungen aus dem medizinischen und künstlerischen Bereich, die nicht im strengen Sinn unzüchtig waren,⁵⁰ denn das wären sie nur gewesen, wenn sie objektiv das Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Hinsicht gröblich verletzt hätten⁵¹. Dies löste eine Protestwelle in der Gesellschaft aus, aus der etwa

³⁵ *Gilde*, S. 80.

³⁶ *Mayer*, in: FS Heinitz, 1972, S. 119 (127).

³⁷ *Brüggemann*, S. 42.

³⁸ *Brüggemann*, S. 410.

³⁹ *Brüggemann*, S. 42.

⁴⁰ *Mayer*, in: FS Heinitz, 1972, S. 119 (129).

⁴¹ *Wapler*, in: Foljanty/Lembke, *Feministische Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. (2012), § 1 Rn. 18.

⁴² *Gilde*, S. 64; *Wapler*, in: Foljanty/Lembke, *Feministische Rechtswissenschaft*, § 1 Rn. 18.

⁴³ *Mayer*, in: FS Heinitz, 1972, S. 119 (128).

⁴⁴ *Brüggemann*, S. 43.

⁴⁵ *Brüggemann*, S. 201.

⁴⁶ *Schmölder*, ZStW 1893, 537 (537).

⁴⁷ *Brüggemann*, S. 43.

⁴⁸ Vgl. *Mayer*, in: FS Heinitz, 1972, S. 119 (129).

⁴⁹ *Schmölder*, ZStW 1893, 537 (542).

⁵⁰ *Brüggemann*, S. 413.

⁵¹ RGSt 4, 87 (89); RGSt 8, 128 (130).

auch der „Goethebund zur Wahrung der künstlerischen und wissenschaftlichen Freiheit“ hervorging.⁵² Die „Sittlichkeitsfanatiker“ wurden kritisiert und teilweise verspottet.⁵³ Aufgrund dieser Reaktion aus der Gesellschaft trat die Lex-Heinze am 25.6.1900 in geänderter Form, die das Anbieten und entgeltliche Überlassen solcher Schriften nur in Bezug auf den Jugendschutz kriminalisierte, in Kraft.⁵⁴

Anlässlich der sechsmal wiederholten umfangreichen Reichstagsberatungen zur Verschärfung des Sittlichkeitsstrafrechts, die dieser Gesetzesnovelle vorangingen, kam es auch zu einer rechtspolitischen Diskussion frauenrelevanter Themen.⁵⁵ Um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert wurde innerhalb der Frauenbewegung die Doppelmoral, die Sittlichkeit hauptsächlich von Frauen verlangte, während bei Männern über außereheliche Beziehungen stillschweigend hinweggesehen wurde, vermehrt diskutiert.⁵⁶

Im Vorfeld der Entwürfe für eine Strafrechtsreform von 1909 und 1911 wurden von Seiten der Frauenbewegungen mehrere Forderungen vertreten, einschließlich, aber nicht beschränkt auf die Ausdehnung des § 176 RStGB auf die Ehefrau, die Einführung eines eigenständigen „Arbeitgeberparagrafen“ und die Abschaffung der Reglementierung der Prostitution.⁵⁷ Beide Entwürfe hatten die Systematik des Strafgesetzbuches angepasst, wobei der Vorentwurf von 1909 seinen 20. Abschnitt mit „Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit“ überschrieb,⁵⁸ während der Gegenentwurf seinem 15. Abschnitt den Titel „Verletzung der Sittlichkeit“ gab.⁵⁹ Beide Entwürfe setzten die Forderungen der Frauenbewegungen – wenn überhaupt – nur teilweise um und stellten damit noch immer die Sittlichkeit über den Individualrechtsschutz.⁶⁰

Es folgten weitere Entwürfe für eine Gesamtreform des Strafgesetzbuches, die zwar auf dem Entwurf des Sozialdemokratischen Justizministers Radbruch von 1922 beruhten, seine liberaleren Ansätze, wie die Abschaffung der Strafbarkeit homosexueller Handlungen unter Erwachsenen, jedoch nicht übernahmen.⁶¹ Letztendlich blieben die jahrzehntelangen Bemühungen um eine Gesamtreform des Strafrechts erfolglos.⁶²

Die bis hierhin vollzogenen Neuerungen des Strafgesetzbuches lassen formell noch keine Veränderung des Schutzzweckes des Sexualstrafrechtes erkennen. Zwar schützten besonders die Normen, die nur weibliche Opfer betrafen, verschiedene Individualrechtsgüter, wie etwa das Leben, die Gesundheit, körperliche Integrität, Freiheit und freie Willensentscheidung. Diese Schutzwirkung ging jedoch nicht über den traditionell vorgegebenen Rahmen hinaus.⁶³ Die Infragestellung der Strafwürdigkeit von Delikten, die – wie etwa einfache Homosexualität oder Prostitution – nicht in Rechte anderer eingriffen, die um die Jahrhundertwende teilweise laut wurde,⁶⁴ zeigt allerdings – in Verbindung mit den angesprochenen gesellschaftlichen und rechtlichen Veränderungen – die Tendenz zu einer Abkehr von der Sittlichkeit als primärem Rechtsgut der Sexualdelikte.

2. Veränderungen im Nationalsozialismus

Im NS-Staat war die Tugend erneut von besonders großer Bedeutung.⁶⁵ In Korrespondenz hierzu gerieten die von

⁵² Brüggemann, S. 413.

⁵³ Vgl. Lex Heinze, Der Nebelspalter, Band 26 Ausgabe 11, 1900; Der Sittlichkeitsfanatiker, Der Nebelspalter, Band 26 Ausgabe 11, 1900.

⁵⁴ Brüggemann, S. 43, 413.

⁵⁵ Duncker/Czelk/Meder, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, S. 1030.

⁵⁶ Wapler, in: Foljanty/Lembke, Feministische Rechtswissenschaft, § 1 Rn. 20.

⁵⁷ Gilde, S. 116, 149, 160.

⁵⁸ Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1909, S. 48.

⁵⁹ Gilde, S. 119.

⁶⁰ Vgl. Gilde, S. 160 ff.

⁶¹ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. (2006), § 4 Rn. 8 ff.

⁶² Roxin, Strafrecht AT I, § 4 Rn. 10.

⁶³ Gilde, S. 53.

⁶⁴ Brüggemann, S. 32.

⁶⁵ Mayer, in: FS Heinitz, 1972, S. 119 (131).

der ersten Frauenbewegung erarbeiteten Erkenntnisse über das Geschlechterverhältnis und dessen Ausgestaltung im Recht nun zunehmend in Vergessenheit.⁶⁶

Es wurde eine Erneuerung des Strafrechts im Geiste des autoritären Staates angestrebt.⁶⁷ Der Zweck der Kriminalisierung der Sittlichkeitsdelikte war dem Reichsgericht zufolge die Gesunderhaltung des Denkens, Fühlens und Handelns des deutschen Volkes auf dem Gebiet der geschlechtlichen Sittlichkeit und insoweit der Einsatz des Strafrechts als Mittel im Kampf gegen „geschlechtliche Entartung“.⁶⁸ Für sogenannte Sittlichkeitsverbrecher, solche die gegen die Vorschriften der §§ 176-178 RStGB verstießen, wurde 1941 sogar die Todesstrafe eingeführt, „wenn der Schutz der Volksgemeinschaft oder das Bedürfnis nach gerechter Strafe es erforder[te]n“.^{69,70}

Zwar wurde der Reichsregierung 1936 ein unveröffentlichter „Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches“ vorgelegt, dieser fand aber nicht die Zustimmung der damaligen Machthaber, und auch die unterschriftsreife Endfassung von 1939 wurde nicht unterzeichnet.⁷¹ Weitere Reformbestrebungen wurden mit dem Beginn des Zweiten Weltkrieges eingestellt.⁷²

Durch diese erneute Fixierung auf den Erhalt von Tugend und Züchtigkeit erscheint die Entwicklung der Sexualdelikte rückläufig oder bestenfalls gleichbleibend im Verhältnis zu den gesellschaftlichen Entwicklungen vor der NS-Zeit. Nach diesen Erkenntnissen war die Sittlichkeit also auch zu dieser Zeit noch das primäre Schutzgut des 13. Abschnittes.

3. Entwicklungen in DDR und BRD vor dem 1. StrRG

Zwischen dem Ende des NS-Regimes und dem Entwurf des 1. StrRG soll die Anwendung des geltenden Rechts in der höchstrichterlichen Praxis und etwaige Entwicklungen in der Gesellschaft betrachtet werden.

§ 175 RStGB bedurfte nach Ansicht des *Reichsgerichtes*⁷³ keiner zu schützenden Person, sondern es ging eher um das Interesse der Gemeinschaft, eine Ansicht, der auch der *BGH* 1955 noch folgte. Demnach war das Schutzgut dieser Strafnorm die körperliche und geistige Gesundheit des Volkes, welche auch auf dem Gebiet der geschlechtlichen Betätigung zu erhalten und vor Abirrungen zu bewahren sei.⁷⁴ Gleichwohl entschied der *BGH* 1963, dass „die Entmannung aus dem Verlangen, der normalen sittlichen Anstrengung zur Beherrschung des Geschlechtstriebs zu entgehen“ unzulässig sei.⁷⁵ Dies bedeutet, dass es homosexuellen Männern nicht möglich sein sollte, sich freiwillig die Keimdrüsen entfernen zu lassen, um ihren sogenannten Trieb abzuschwächen – sie mussten also stets durch erneute Selbstüberwindung dafür sorgen keine strafwürdigen Handlungen zu begehen, obwohl es eine andere Möglichkeit gegeben hätte.⁷⁶ Dies, in Verbindung mit der Betrachtung der folgenden Kuppeleientscheidung des *BGH*, führt zu der Vermutung, dass die Rechtsprechung der Ansicht war, Geschlechtlichkeit sei an sich etwas Missbilligungswertes, es sei denn sie geschehe innerhalb der Ehe.⁷⁷ Demgegenüber war der eheliche Beischlaf bis in die späten 60er-Jahre noch gerichtlich durchsetzbar, denn nach Ansicht des *BGHs* gehörte er zu den ehelichen Pflichten der Frau.⁷⁸

⁶⁶ Wapler, in: Foljanty/Lembke, Feministische Rechtswissenschaft, § 1 Rn. 2.

⁶⁷ Roxin, Strafrecht AT I, § 4 Rn. 12.

⁶⁸ RGSt 71, 109 (110).

⁶⁹ Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuch v. 4.9.1941, RGBI. I 1941, S. 549

⁷⁰ Hörnle, in: LK-StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 3.

⁷¹ Roxin, Strafrecht AT I, § 4 Rn. 12.

⁷² Roxin, Strafrecht AT I, § 4 Rn. 12.

⁷³ Vgl. RGSt 70, 145.

⁷⁴ BGHSt 7, 231-233, Rn. 4 (juris); RGSt 70, 145 (149).

⁷⁵ BGHSt 19, 201-206, Rn. 17 (juris).

⁷⁶ Bockelmann, in: FS Maurach, 1972, S. 391 (400).

⁷⁷ Bockelmann, in: FS Maurach, 1972, S. 391 (399).

⁷⁸ Kromm, in: Holst/Montanari, Wege zum Nein, 2017, S. 21 (22).

Die Kuppelei wurde vom *BGH* als Teilnahme an fremder Unzucht definiert, wobei die geförderte Unzucht keineswegs strafrechtlich missbilligt sein musste, sondern lediglich sittlich.⁷⁹ Daher lag ein sehr viel schwereres sittliches und rechtliches Unwerturteil auf dem Verhalten des Kupplers als auf dem Verhalten derer, die er fördert.⁸⁰ Im Rahmen einer Entscheidung zur Kuppelei erklärte der *Große Senat* 1954 den außerehelichen Geschlechtsverkehr von Verlobten für unzüchtig.⁸¹ Das Gericht nahm dabei Bezug auf die sittliche Ordnung, die Geschlechtsverkehr ausschließlich in der Ehe dulde, da dessen Sinn und Folge das Kind sei,⁸² ein fragwürdiger Rückgriff auf das Naturrecht.⁸³

Man kann sich hier des Eindrucks nicht erwehren, dass die höchstrichterliche Praxis sich der Sittlichkeitsdelikte zur Durchsetzung einer Sexualmoral bediente, die den Menschen eine ausschließliche Wahl zwischen Ehe und Enthaltbarkeit bot.⁸⁴ Mithin diene das Sexualstrafrecht – besonders nach Überzeugung der Rechtsprechung – hier noch vor allem dem Schutz moralischer Standards.⁸⁵

4. Die Reform der Sexualdelikte durch das 1. und 4. StrRG

Eine grundsätzliche Reform der Sexualdelikte, wie sie in den 70er-Jahren des 20. Jahrhunderts angestrebt wurde, erforderte aus Sicht der Rechtswissenschaftler dreierlei: zunächst die Zusammenarbeit mit der Bevölkerung, um deren Emotionen das Thema betreffend zu begegnen; dann die Bereitschaft der juristischen Praxis, sich von traditionellen Simplifizierungen und Aspekten moralischer Selbstgefälligkeit abzuwenden und zuletzt eine Reihe wissenschaftlicher Untersuchungen in Kontakt mit außerjuristischen Disziplinen.⁸⁶

Es überrascht also nicht, dass die inkriminierten Formen der Sexualität zu jener Zeit allmählich der Zuständigkeit von Ärzten, Psychotherapeuten und Sexualwissenschaftler übergeben wurden, nicht zuletzt aufgrund der gesellschaftlichen Haltung gegenüber dem sexuell auffälligen, welches neben seiner Kriminalisierung zunehmend als krank angesehen wurde.⁸⁷ Anschaulich gemacht wird dies am Beispiel homosexueller Männer, die sich zwischen den 1870er und den 1970er Jahren in den Rang einer eigenen Sozialkategorie stilisierten⁸⁸ und vor der Reform des § 175 StGB im Jahr 1973 oft Ärzte und Psychotherapeuten aufsuchten, um von ihrer sexuellen Orientierung „geheilt“ zu werden, während sie danach aufgrund anderweitiger Konflikte psychotherapeutisch behandelt werden wollten, was umgehend dazu führte, dass die Theorie der Homosexualität dahingehend angepasst werden musste, dass schwere psychische Störungen des Homosexuellen keineswegs zwangsläufig mit dessen sexueller Orientierung verknüpft sind und dass der überwiegende Teil der homosexuellen Patienten sich eben nur darin von den heterosexuellen unterschieden, dass sie eben homosexuell waren und nicht etwa eine schwere Pathologie aufwiesen.⁸⁹ Gesellschaftlich setzte sich in den 1970er Jahren eine die Persönlichkeit und die Handlungsfreiheit schützende Sexualmoral der größtmöglichen Freiheit aller durch, die zur Betrachtung unterschiedlicher sexueller Orientierungen als Ausdruck einer zu tolerierenden Diversität der Menschen führte.⁹⁰

⁷⁹ BGHSt 6, 46-59, Rn. 6 (juris).

⁸⁰ BGHSt 6, 46-59, Rn. 6 (juris).

⁸¹ BGHSt 6, 46-59, Rn. 13 ff. (juris).

⁸² BGHSt 6, 46-59, Rn. 13 (juris).

⁸³ Renzikowski, in: MüKo-StGB, Vor § 174 Rn. 3.

⁸⁴ Bockelmann, in: FS Maurach, 1972, S. 391 (400).

⁸⁵ Vgl. Renzikowski, in: MüKo-StGB, Vor § 174 Rn. 2 f.

⁸⁶ Schroeder, Reform des Sexualstrafrechts, 1971, S. 74.

⁸⁷ Jäger/Dannecker/Schorsch, Sexualwissenschaft und Strafrecht, 1987, S. 134.

⁸⁸ Lautmann, in: Hoffmann-Riem/Möllnau/Rottleuthner, Rechtssoziologie in DDR und BRD, 1990, S. 168 (169).

⁸⁹ Jäger/Dannecker/Schorsch, Sexualwissenschaft und Strafrecht, S. 135, 136.

⁹⁰ Frommel, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 177 Rn. 6.

Die Reform des § 175 StGB war allerdings nur ein Aspekt eines umfassenderen sexuellen Liberalisierungsprozesses.⁹¹ Die 60er und 70er-Jahre waren der Anfang einer sexulkulturellen Befreiungstendenz in der Gesellschaft.⁹² Es war eine grundlegende Änderung der geistigen Einstellung zur Sexualität zu beobachten.⁹³ So wurde die Geschlechtlichkeit positiv bejaht und selbst außerhalb der ehelichen Ordnung überwiegend gesellschaftlich anerkannt.⁹⁴ Statt der starren Sexualmoral ging der Trend immer mehr zu einer Aushandlungsmoral, mit welcher auch Praktiken, die früher als Perversionen angesehen wurden, ihren perversen Charakter verloren, indem sie einvernehmlich waren.⁹⁵

Auch die Prostitution entwickelte sich vor dem Hintergrund der sexuellen Revolution von einem Tabuthema zu einem Alltagsphänomen.⁹⁶ Eine Fülle ernsthafter Erörterungen und erzieherischer Bestrebungen in dieser Zeit zeigten, dass eine zunehmende Versachlichung der den Sexualbereich betreffenden Anschauungen in Gang kamen, was bedeutete, dass die Sexualität als ein Grundbestandteil des menschlichen Lebens offen betrachtet und sachlich erörtert wurde.⁹⁷ Die Infragestellung der Strafbarkeit etwa von Prostitution oder einfacher Homosexualität und die Forderung nach deren Entkriminalisierung sind allerdings nicht nur auf einen gesellschaftlichen Wertewandel zurückzuführen, sondern auch Ausdruck eines freiheitlichen Rechtsverständnisses.⁹⁸ Es entflammte nun eine Diskussion über den Rechtsgüterschutz, und es formte sich die noch heute bestehende Auffassung, dass das Strafrecht durch den Schutz von Rechtsgütern der Verwirklichung des Gemeinwohls und des Rechtsfriedens diene.⁹⁹ Ein Verhalten verdient nicht schon um seiner Unmoral willen Strafe, sondern erst dann, wenn dadurch elementare Interessen Anderer oder der Gemeinschaft verletzt werden.¹⁰⁰ Dies wurde Grundgedanke einer Reform,¹⁰¹ welche letztendlich in zwei Etappen erfolgte.¹⁰² So wurden am 25.6.1969 durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. StrRG) zunächst die antiquiertesten Tatbestände, wie die bereits erwähnte einfache Homosexualität und der Ehebruch, beseitigt und die Vorschriften über die schwere Homosexualität und die Entführung modernisiert.¹⁰³ Kurz darauf formulierte der *BGH* in seiner „Fanny-Hill“-Entscheidung, dass „das Strafgesetz nicht die Aufgabe [hätte], auf geschlechtlichem Gebiet einen moralischen Standard des erwachsenen Bürgers durchzusetzen, sondern [...] die Sozialordnung der Gemeinschaft vor Störungen und groben Belästigungen zu schützen“ hätte.¹⁰⁴ Fortgesetzt wurde die Reform durch das Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts (4. StrRG) vom 23.11.1973, unter dem Leitgedanken, dass „das Strafrecht nur die äußere Ordnung sozialen Verhaltens zu wahren hat“¹⁰⁵.¹⁰⁶ Es ging in erster Linie um die Begrenzung staatlicher Gewalt,¹⁰⁷ weshalb unter Berücksichtigung des genannten Leitgedankens die durch die Reformen erfolgte Entkriminalisierung großer Teile des Sexualstrafrechts nicht verwundert.

Dabei hatte der Regierungsentwurf eines Strafgesetzbuches von 1962 noch mit der Begründung, dass „die Reinheit und Gesundheit des Geschlechtslebens eine außerordentlich wichtige Voraussetzung für den Bestand des Volkes

⁹¹ *Jäger/Dannecker/Schorsch*, Sexualwissenschaft und Strafrecht, S. 136.

⁹² *Sielert*, Einführung in die Sexualpädagogik, 2005, S.57.

⁹³ *Mayer*, in: FS Heinitz, 1972, S. 119 (131).

⁹⁴ *Mayer*, in: FS Heinitz, 1972, S. 119 (131).

⁹⁵ *Sielert*, S. 57.

⁹⁶ *Brüggemann*, S. 178.

⁹⁷ BGHSt 23, 40-46, Rn. 14 (juris).

⁹⁸ *Brüggemann*, S. 32.

⁹⁹ *Brüggemann*, S. 32.

¹⁰⁰ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 1.

¹⁰¹ Vgl. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 1.

¹⁰² Vgl. *Schroeder*, Das neue Sexualstrafrecht, S. 15.

¹⁰³ *Schroeder*, Das neue Sexualstrafrecht, S. 15.

¹⁰⁴ BGHSt 23, 40-46, Rn. 15 (juris).

¹⁰⁵ BT-Drs. VI/1552, S. 15.

¹⁰⁶ *Hörnle*, in: LK-StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 6.

¹⁰⁷ *Fronmel*, in: NK-StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 11.

und die Bewahrung der natürlichen Lebensordnung¹⁰⁸ sei, eine Ausweitung der Straftaten gegen die Sittlichkeit geplant.¹⁰⁹ Es sollten vor allem vermeintliche Strafbarkeitslücken geschlossen werden.¹¹⁰ Dieser Vorschlag einer Perfektionierung statt einer Liberalisierung hatte jedoch nicht den geplanten Effekt, im Gegenteil: es setzte eine massive Gegenbewegung ein.¹¹¹ Zu der bereits angesprochenen sexuellen Revolution Ende der 60er-Jahre passte die Trennung von Recht und Moral, deren Umsetzung sich daher des gesteigerten Interesses der Gesellschaft erfreute.¹¹²

Eine besondere Anteilnahme der Gesellschaft an der Gesetzgebung über das Sexualleben blieb auf der Seite der Rechtswissenschaftler nicht unbemerkt.¹¹³ Sie nahmen den gesellschaftlichen Wandel der Anschauung der Sexualmoral in eigene Stellungnahmen zum E 62 auf.¹¹⁴ Zwar wurde vereinzelt noch bezweifelt, dass die Sittlichkeit nicht Gegenstand eines Rechtsschutzes sein könnte. Viele Begründungen des Entwurfes von 1962, die sich nur auf den Schutz der Sittlichkeit bezogen, wurden aber gleichwohl als antiquiert angesehen.¹¹⁵ Man war sich einig, dass das geltende Sexualstrafrecht einer grundsätzlichen Reform dringend bedürftig sei.¹¹⁶ Die Verfasser des „Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches“ waren der Ansicht, dass die Regelung der Sexualdelikte im E 1962 nach der Grundhaltung und Einzelausgestaltung nicht den Anliegen einer modernen Strafrechtsreform entsprächen.¹¹⁷ In den 1970er Jahren wurde die längst überholte Sexualmoral durch ein individualisiertes Konzept der Sexualität ersetzt, welches sich in der Gesellschaft festigte und auf Dauer zu einer Akzeptanz aller Formen von Sexualität führte – sofern sie konsensual sind.¹¹⁸ Dies ist Ausdruck der sogenannten Verhandlungsmoral, nach welcher alles erlaubt ist, soweit alle Beteiligten freiwillig zustimmen.¹¹⁹ Der nun geltende, die Handlungsfreiheit schützende Grundsatz der größtmöglichen Freiheit aller, führte, in Verbindung mit dem Grundgedanken der Reform, zu einer weitgehenden Einschränkung der Strafbarkeit.¹²⁰ Die Sexualität wurde weitgehend entkriminalisiert, angefangen mit der Abschaffung der Bestrafung des Ehebruchs durch das 1. StrRG, welcher als eine der typischen Bestrafungen von „Unzucht“ galt.¹²¹ Der Staat zog sich aus einigen individuellen Lebensbereichen zurück, was zu einer weitgehenden Entpönlisierung von Sexual-, Ehe- und Kontrazeptionsverhalten führte.¹²²

Mit dieser Abkehr von dem vagen Schutzobjekt der Sittlichkeit erwuchs die Notwendigkeit eines neuen Titels für den 13. Abschnitt des Strafgesetzbuches,¹²³ schließlich konnte die vorherige Überschrift durchaus dazu verführen, die Delikte zu sehr unter moralischen Gesichtspunkten zu betrachten und nicht mit Blick auf ihre Angriffsrichtung gegen strafrechtlich geschützte Rechtsgüter.¹²⁴ Es wurde mit dem Überschriftenwechsel der entscheidende Wandel vom Schutz einer staatlich verordneten Sexualmoral hin zum Schutz des höchstpersönlichen Rechtsguts der individuellen sexuellen Selbstbestimmung vollzogen.¹²⁵ Kritische Äußerungen gaben jedoch zu bedenken, dass die sexuelle Selbstbestimmung nur einen einzelnen Aspekt liefere und daher nicht als alleiniges Rechtsgut geschützt sein könne, sondern vielmehr müsse der Schutzgegenstand nach Art des Tatbestandes wechseln¹²⁶ – eine

¹⁰⁸ BT-Drs. IV/650, S. 359.

¹⁰⁹ Hörnle, in: LK-StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 6.

¹¹⁰ Sick/Renzikowski, in: FS Schroeder, 2006, S. 603 (603).

¹¹¹ Schroeder, Das neue Sexualstrafrecht, S. 15.

¹¹² Vgl. Sigusch, Fortschr Neurol Psychiatr 2000, 68 (3), 97 (98).

¹¹³ Schroeder, ZRP 1971, 14 (14).

¹¹⁴ Vgl. Schroeder, Reform des Sexualstrafrechts, S. 74 ff.

¹¹⁵ Lefferenz, ZStW 1965, 379 (386).

¹¹⁶ Schroeder, Reform des Sexualstrafrechts, S. 74.

¹¹⁷ Baumann, Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, 1968, S. 3.

¹¹⁸ Frommel, in: NK-StGB, § 177 Rn. 6.

¹¹⁹ Sielert, S. 57.

¹²⁰ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 1; Frommel, in: NK-StGB, § 177 Rn. 6.

¹²¹ Frommel, in: NK-StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 9.

¹²² Sigusch, Fortschr Neurol Psychiatr 2000, 68 (3), 97 (98).

¹²³ Vgl. Schroeder, ZRP 1971, 14 (15).

¹²⁴ Baumann, S. 9.

¹²⁵ Gössel, Das neue Sexualstrafrecht, Einführung Rn. 6.

¹²⁶ Dreher, StGB, 34. Aufl. (1974), Vor § 174 Rn. 3.

differenzierte Ansicht, die in der heutigen Zeit sehr relevant ist¹²⁷. Der Gesetzgeber ging mit dem Hinweis auf das „jeweils geschützte Rechtsgut“ in § 184c Nr. 1 StGB davon aus, dass sich das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung in den jeweiligen Tatbeständen verschieden konkretisieren würde.¹²⁸

Auch der Begriff der „Unzucht“, auf den der überwiegende Teil der Tatbestände bis hierhin aufgebaut war, wurde wegen seines starken Wertgehaltes aufgegeben und durch geradezu sterile, wissenschaftliche Fremdwörter ersetzt – ein Bemühen um Wertfreiheit, das der Gesetzgeber jedoch nicht konsequent verfolgte, indem er etwa den stark wertenden Begriff des „sexuellen Missbrauchs“ an verschiedenen Stellen in den Überschriften von Paragraphen verwendete.¹²⁹

Bemerkenswert ist noch, dass Rechtsprechung, Gesetzgebung und Rechtswissenschaft zu dieser Zeit noch immer an der Überzeugung festhielten, die Ehe würde jedes geschlechtliche Verhalten heiligen.¹³⁰ Dies hatte das Reichsgericht 1935 entschieden, indem es nur „besonders schamlose oder scheußliche Verirrungen“¹³¹ innerhalb der Ehe für strafrechtlich verfolgbar erklärte, zu denen dem Gericht zufolge jedoch etwa das Erzwingen des Geschlechtsverkehrs mit Gewalt nicht gehörte.¹³² Durch Rechtswissenschaftler wurde das Festhalten an diesem Grundsatz unter anderem damit begründet, dass die Pönalisierung des erzwungenen ehelichen Beischlafs nicht effektiv sei und daher den strafrechtlichen Eingriff in den Intimbereich der Ehe und die damit verbundenen „vielen Schwierigkeiten und Störungen“ nicht rechtfertige.¹³³ Der Alternativentwurf geht sogar so weit, die Strafe bei Vergewaltigung mindern, bei sexueller Nötigung und sexuellem Missbrauch Widerstandsunfähiger sogar ganz entfallen lassen zu wollen, wenn das Opfer schon früher eine intime Beziehung sexueller Art mit dem Täter hatte oder den Angriff, etwa durch „sexuelles Anreizen“, „provoziert“ hat.¹³⁴ Dieser Vorschlag wurde allerdings nicht ins Gesetz übernommen. Gleichwohl legt er nahe, dass der Opferschutz, der seinerzeit noch gar nicht diskutiert wurde,¹³⁵ hier noch weit im Hintergrund stand.

Das 1. StrRG hatte der großen Reform von 1973 mit der Streichung vor allem der §§ 172 und 175 StGB a.F. bereits Wichtiges vorweggenommen, was Katalysator und Indikator der Notwendigkeit des 4. StrRG war.¹³⁶

Zusammengefasst ist die wohl größte Neuerung, die das 4. StrRG mit sich brachte, dass Immoralitäten und Unsittlichkeiten nicht mehr um ihrer selbst bestraft werden.¹³⁷ Es war nunmehr bedeutungslos, ob sexuelle Handlungen als normal oder abnormal, züchtig oder widernatürlich beurteilt werden können, es kam nur darauf an, ob durch sie ein spezielles Freiheitsrecht einer anderen Person beeinträchtigt wurde.¹³⁸ Damit erfolgte eine endgültige Abwendung von der Sittlichkeit als Schutzgut des Sexualstrafrechts.¹³⁹

5. Die Reformen der 90er Jahre des 20. Jahrhunderts

Es dauerte fast 20 Jahre, bis der Bereich der Sexualdelikte weitere wesentliche Änderungen durch den Gesetzgeber erfuhr, welche dann in der ersten Hälfte der 1990er Jahre jedoch in kurzen Abständen erfolgten.¹⁴⁰ Zunächst wurde

¹²⁷ Vgl. *Fischer*, StGB, Vor § 174 Rn. 5a; *Frommel*, in: NK-StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 3 ff.; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 1a ff.

¹²⁸ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 1a; *Schroeder*, Das neue Sexualstrafrecht, S. 18.

¹²⁹ *Schroeder*, Das neue Sexualstrafrecht, S. 19.

¹³⁰ Vgl. *Bockelmann*, in: FS Maurach, 1972, S. 391 (399); *Baumann*, S. 11.

¹³¹ RGSt 71, 109 (111).

¹³² RGSt 71, 109 (109).

¹³³ *Baumann*, S. 11.

¹³⁴ *Baumann*, S. 11 ff.

¹³⁵ *Frommel*, in: NK-StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 11.

¹³⁶ Vgl. *Dreher*, JR 1974, 45 (46).

¹³⁷ *Brüggemann*, S. 490.

¹³⁸ *Gössel*, Das neue Sexualstrafrecht, Einführung Rn. 6.

¹³⁹ Vgl. *Schroeder*, ZRP 1971, 14 (15).

¹⁴⁰ *Gössel*, Das neue Sexualstrafrecht, Einführung Rn. 7.

1992 der Schutz ausländischer Frauen vor sexueller Ausbeutung durch international und arbeitsteilig vorgehende Täter durch das den Menschenhandel betreffende 26. StÄG verbessert.¹⁴¹ Außerdem erfuhr das Sexualstrafrecht durch das 27., 29. und 30. StÄG Änderungen im Bereich der Taten gegen Kinder und Jugendliche, wobei Ersteres die die Kinderpornographie betreffenden Vorschriften verschärfte, das Zweite in § 182 StGB eine einheitliche Regelung zum Schutz weiblicher und männlicher 14- und 15-Jähriger vor sexuellen Handlungen unter Ausnutzung einer Zwangslage oder gegen Entgelt oder bei Ausnutzung der fehlenden Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung schuf und das Dritte bei Taten nach §§ 176-179 StGB das Ruhen der Verjährung bis zur Vollendung des achtzehnten Lebensjahres des Opfers anordnete.¹⁴² Das 29. StÄG beendete außerdem mit der vollständigen Aufhebung der Strafbarkeit männlicher homosexueller Handlungen, soweit sie einverständlich ohne die Beeinträchtigung von Individualrechtsgütern vorgenommen werden, eine der wohl bedeutsamsten Entwicklungen der Sexualdelikte.¹⁴³

1997 brachte das 33. StÄG eine maßgebliche Neuerung bei den Tatbeständen der sexuellen Nötigung und der Vergewaltigung.¹⁴⁴ §§ 177, 178 StGB a.F. wurden unter § 177 StGB „Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung“ zu einem einheitlichen Tatbestand zusammengefasst, wobei die Vergewaltigung ein Regelbeispiel eines besonders schweren Falles der sexuellen Nötigung bildete.¹⁴⁵ Der Vergewaltigung wurden ähnliche, das Opfer besonders erniedrigende Handlungen gleichgestellt, besonders, aber nicht ausschließlich, wenn diese mit dem Eindringen in den Körper verbunden sind.¹⁴⁶ Außerdem erweiterte der Gesetzgeber um Strafbarkeitslücken zu schließen die tatbestandsmäßigen Nötigungsmittel und löste das Erfordernis der Zweiaktigkeit für § 177 StGB auf, denn besonders bei der neu eingeführten Ausnutzungsvariante fallen Nötigungserfolg und Nötigungshandlung typischerweise zusammen.¹⁴⁷ Die Neufassung stellte mit dem „Ausnutzen einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist“ neben die Tatmittel der Gewalt und der Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben ein drittes Nötigungsmittel, womit sie den bisher viel geführten Streit über die Grenzen des Gewaltbegriffs bei Sexualdelikten entschärfte.¹⁴⁸ Diese Lösung wurde jedoch dafür kritisiert, dass sie wohl für den Tatbestand des sexuellen Missbrauchs Widerstandsunfähiger nach § 179 StGB kaum noch einen Anwendungsbereich ließe.¹⁴⁹ Der entscheidende Unterschied zwischen der neuen Variante des § 177 StGB und der damals gültigen Fassung des § 179 StGB bestand jedoch darin, dass bei letzterem Personen geschützt wurden, die von vornherein keinen entgegenstehenden Willen bilden bzw. betätigen können, während bei § 177 StGB das Unrecht durch die Willensbeugung erhöht wurde.¹⁵⁰

Die Reform zog Konsequenzen aus einer weitgehenden Änderung der sozialen Wirklichkeit und des gesellschaftlichen Konsenses,¹⁵¹ indem sie unter anderem aus § 177 und § 179 StGB die Beschränkung auf außereheliche sexuelle Handlungen strich.¹⁵²

Kaum ein halbes Jahr später, im Januar 1998, verabschiedete der Gesetzgeber anstelle einer gründlich durchdachten Gesamtreform erneut eine Teilreform in Gestalt des 6. StrRG.¹⁵³ Dieses erhöhte unter anderem das Strafniveau

¹⁴¹ Hörnle, in: LK-StGB, Vor §§ 174 Rn. 12.

¹⁴² Hörnle, in: LK-StGB, Vor §§ 174 Rn. 13 ff.

¹⁴³ Vgl. Gössel, Das neue Sexualstrafrecht, Einführung Rn. 7.

¹⁴⁴ Gössel, Das neue Sexualstrafrecht, Einführung Rn. 8.

¹⁴⁵ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 5.

¹⁴⁶ Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 23. Aufl. (1999), Vor § 174 Rn. 9.

¹⁴⁷ Frommel, in: NK-StGB, § 177 Rn. 2 f.

¹⁴⁸ Dessecker, NStZ 1998, 1 (1 f.).

¹⁴⁹ Dessecker, NStZ 1998, 1 (2).

¹⁵⁰ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 179 a.F. Rn. 9.

¹⁵¹ Fischer, in: Tröndle, StGB, 49. Aufl. (1999), § 177 Rn. 3.

¹⁵² Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 5.

¹⁵³ Gössel, Das neue Sexualstrafrecht, Einführung Rn. 9.

der §§ 177-179 StGB, verschob die zuvor als Regelbeispiele ausgestalteten besonders schweren Fälle des sexuellen Missbrauchs von Kindern in einen neuen eigenen Tatbestand (§ 176a StGB) als Qualifikationen, welche um zahlreiche Handlungsmodalitäten ergänzt wurden, und schuf einen neuen Tatbestand zum Schutz (auch) Erwachsener vor sexuellem Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses.¹⁵⁴

Ende des 20. Jahrhunderts konkurrierte das mit dem 4. StrRG in Recht und Gesellschaft eingeführte Postulat der größtmöglichen Freiheit mit der stärkeren Beachtung struktureller Ungleichheiten und damit einem differenzierten Opferschutz.¹⁵⁵ Mit Blick hierauf liefen die Gesetzesänderungen durch das 33. StÄG und das 6. StrRG im Wesentlichen auf eine Verschärfung des Sexualstrafrechtes hinaus.¹⁵⁶ Hauptanliegen des 6. StrRG war die Harmonisierung der Strafraumen – das Eigentum sollte nicht länger stärker geschützt sein als die höchstpersönlichen Rechtsgüter.¹⁵⁷ Die Reform hatte sich eine Vereinfachung der Rechtsanwendung zum Ziel gesetzt, führte jedoch letztendlich zu ausgesprochenen Unübersichtlichkeiten, besonders bezüglich des Verhältnisses der einfachen Nötigung gemäß § 240 zur sexuellen Nötigung nach § 177.¹⁵⁸ Diese mangelnde Abstimmung der Tatbestände untereinander führte zu vielfältiger Kritik.¹⁵⁹ Wenig überraschend ist daher, dass sich bereits kurz nach dem Inkrafttreten des 6. StrRG in weiteren Gesetzesinitiativen Vorschläge für weitere Strafverschärfungen fanden, welche jedoch zunächst noch zurückgestellt wurden.¹⁶⁰

Das geschützte Rechtsgut der Sexualdelikte allgemein und des neugefassten Einheitstatbestandes des § 177 StGB blieb weiterhin die sexuelle Selbstbestimmung.¹⁶¹ Es ging nun immer weniger um die Freiheitsrechte, sondern eher um die Gefahr der sexuellen Fremdbestimmung in asymmetrischen, durch physische und soziale Ungleichheit gekennzeichneten Täter-Opfer-Beziehungen.¹⁶² Dabei waren besondere Ziele des Gesetzgebers die Verbesserung des Schutzes von Kindern vor sexuellem Missbrauch sowie der Schutz psychisch kranker und behinderter Personen.¹⁶³

6. Die Jahre 2004 bis 2016

Mit dem Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften (SexÄndG) trat am 1.4.2004 das erste Gesetz, das nach der Reform durch das 6. Strafrechtsreformgesetz wesentliche Änderungen im Bereich der Sexualdelikte vornahm, in Kraft.¹⁶⁴ Die umfangreichsten Änderungen betrafen dabei die Strafbarkeit der Verbreitung von Pornographie.¹⁶⁵

Vorher hatte das 37. StÄG die bisherigen Vorschriften gegen den Menschenhandel aus dem 13. Abschnitt in den 18. Abschnitt des Besonderen Teils verwiesen und damit in den Bereich der Straftaten gegen die persönliche Freiheit aufgenommen.¹⁶⁶

Beruhend auf einer veränderten Beurteilung sexueller Dienstleistungen, wurde durch das Anfang 2002 in Kraft getretene Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (ProstG) § 180a Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F.

¹⁵⁴ Hörnle, in: LK-StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 17 f.

¹⁵⁵ Frommel, in: NK-StGB, § 177 Rn. 6.

¹⁵⁶ Vgl. Dessecker, NSTZ 1998, 1 (2).

¹⁵⁷ Renzikowski, in: MüKo-StGB, Vor § 174, Rn 95.

¹⁵⁸ Fischer, ZStW 2000, 75 (75 f.).

¹⁵⁹ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 7; Fischer, ZStW 2000, 75 (104).

¹⁶⁰ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 9.

¹⁶¹ Frommel, in: NK-StGB, § 177 Rn. 16.

¹⁶² Frommel, in: NK-StGB, Vor §§ 174 f. Rn. 12.

¹⁶³ Renzikowski, in: MüKo-StGB, Vor § 174 Rn. 96 f.

¹⁶⁴ Duttge/Hörnle/Renzikowski, NJW 2004, 1056 (1065).

¹⁶⁵ Gössel, Das neue Sexualstrafrecht, Einführung Rn. 14.

¹⁶⁶ Gössel, Das neue Sexualstrafrecht, Einführung Rn. 15.

über die Maßnahmen, die die Prostitutionsausübung fördern, aufgehoben und § 180a StGB mit dem Titel „Ausbeutung von Prostituierten“ überschrieben.¹⁶⁷ In der Begründung hierzu bezog sich der Gesetzgeber noch einmal auf die Sittlichkeit, indem er die Prostitution nicht mehr für als sittenwidrig einzustufen befand.¹⁶⁸

Im Gegensatz zu diesen beiden vorangegangenen Änderungen führte das SexÄndG neue Tatbestände ein und bewirkte erneute Verschärfungen.¹⁶⁹ Der Gesetzgeber hatte befunden, dass der Schutz der Allgemeinheit vor schweren Straftaten einer Verbesserung bedurfte,¹⁷⁰ und versuchte dem nun mit einer weiteren bruchstückhaften Reform gerecht zu werden.¹⁷¹ Besonders die bisherigen Vorschriften zum Schutz von Kindern vor sexuellem Missbrauch waren als unzureichend angesehen worden, weshalb mit dem SexÄndG die betreffenden Tatbestände erweitert wurden, um bereits Vorbereitungshandlungen zum sexuellen Missbrauch eines Kindes unter Strafe zu stellen, verbunden mit einer Straferhöhung bei den §§ 174-174c StGB und § 179 StGB.¹⁷² Die in § 176 Abs. 5 StGB neu eingefügte Vorverlagerung der Strafbarkeit von Handlungen nach § 176 StGB wurde als Reaktion auf den „Rosenheimer-Fall“¹⁷³ eingeführt, bei dem die Angeklagten die Beschaffung eines Kindes zum Zweck des sexuellen Missbrauchs zugesichert hatten, es aber nie zur tatsächlichen Ausführung kam.¹⁷⁴ Dies kann als Beispiel für eine Gesetzgebungsaktivität angeführt werden, die Folge gesellschaftlicher Empörung war, die ihrerseits von massenmedial dramatisierten, spektakulären und skandalösen Einzelereignissen angestoßen und verstärkt wurde.¹⁷⁵ Gegen diese gesetzgeberische Lösung wurde von rechtswissenschaftlicher Seite vorgebracht, sie widerspräche einem der Prinzipien des deutschen Strafrechts, nämlich dem, dass Vorbereitungshandlungen regelmäßig straflos bleiben, und es sei kaum zu rechtfertigen, dass für das Sexualstrafrecht eine Ausnahme gemacht werden sollte, während etwa Mordpläne straffrei blieben.¹⁷⁶ Dieser Kritik zum Trotz gelten § 176 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 5 StGB bis heute.

Außerdem rückten in dieser Zeit insbesondere die Konsumenten von Kinderpornographie in den Fokus des kriminalpolitischen Interesses, weshalb die vorher in § 184 StGB zusammengefassten Sonderformen der Pornographie in jeweils eigene Tatbestände ausgegliedert und der Straftatbestand der Kinderpornographie um neue Verbote erweitert wurden.¹⁷⁷

Diese Reform fortführend wurden 2008 mit dem Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie internationale und europarechtliche Vorgaben in das Strafgesetzbuch implementiert, die ohne Differenzierung zwischen Kindern und Jugendlichen alle Minderjährigen zum geschützten Personenkreis zählten.¹⁷⁸ 2015 wurden erneut europäische Vorgaben durch das 49. StÄG im Bereich des Sexualstrafrechts umgesetzt.¹⁷⁹ Auch diese Änderung hatte die Verschärfung der Vorschriften über Kinderpornographie und den Schutz von Jugendlichen im engsten sozialen und verwandtschaftlichen Umfeld zum Gegenstand.¹⁸⁰

Das Ziel, das sich der Gesetzgeber für die Reform 2004 gesetzt hatte, nämlich die Begrenzung des Sexualstraf-

¹⁶⁷ Hörnle, in: LK-StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 20.

¹⁶⁸ BT-Drs. 14/5958, S. 4.

¹⁶⁹ Hörnle, in: LK-StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 21.

¹⁷⁰ BT-Drs. 15/1311, S. 2.

¹⁷¹ Vgl. Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 9.

¹⁷² Duttge/Hörnle/Renzikowski, NJW 2004, 1065 (1065).

¹⁷³ BGH, NStZ 1998, 403 (403 f.).

¹⁷⁴ Vgl. Renzikowski, in: MüKo-StGB, Vor § 174 Rn. 101.

¹⁷⁵ Vgl. Funcke-Auffermann, Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention, 2007, S. 38.

¹⁷⁶ Duttge/Hörnle/Renzikowski, NJW 2004, 1065 (1067).

¹⁷⁷ Hörnle, in: LK-StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 22.

¹⁷⁸ Hörnle, in: LK-StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 23.

¹⁷⁹ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 12.

¹⁸⁰ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 12.

rechts auf den unerlässlichen Schutz des Rechts der sexuellen Selbstbestimmung, hielt sich bis zur erneuten Reform 2016 die Waage mit den Forderungen nach Verbesserung und Erweiterung des Opferschutzes.¹⁸¹ Letzterem Anliegen wurde dadurch Rechnung getragen, dass normativ nicht zu beanstandendes Verhalten, wie etwa das Tragen eines kurzen Rockes oder eine vorangegangene Bekanntschaft zwischen Täter und Opfer, nicht mehr, wie noch etwas über 30 Jahre zuvor üblich,¹⁸² als strafmildernde Provokation angesehen werden durfte.¹⁸³ Die angesprochenen Änderungen lenkten das Augenmerk auf den Opferschutz in spezieller Form. Es ging hier konkret um die Schutzgüter der §§ 176 ff. StGB, wobei die ungestörte sexuelle Entwicklung¹⁸⁴ und die Gesamtentwicklung von Kindern¹⁸⁵ als solche anerkannt werden. Insgesamt geht es also um den Opferschutz in Form des Jugendschutzes.¹⁸⁶

7. Von 2016 bis heute

Der veränderte Bezug zur Sexualität und zum Verhältnis der Geschlechter zueinander, welcher bereits einer der Gründe für die Reformen von 1997/98 und 2004 war, bildete den Hauptgrund für die Reform des Jahres 2016.¹⁸⁷ Das 50. StÄG zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4.11.2016 führte zu einer Expansion des Strafrechts und beendete die Entkriminalisierungen durch die Reformen der 1970er-Jahre.¹⁸⁸

Mit ihm wurde in § 177 Abs. 1 StGB das sogenannte „Nein-heißt-Nein“-Prinzip eingeführt, nach dem alle sexuellen Handlungen iSd § 184h gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person strafbar sind.¹⁸⁹ Dies war nach den massenhaften sexuellen Übergriffen der Silvesternacht 2015/16 in Köln von vielen Seiten lautstark gefordert worden.¹⁹⁰ Dieses Ereignis erfuhr besondere Aufmerksamkeit durch die Medien – und damit auch der Gesellschaft – zum einen wegen des Verhaltens der Polizei, die der Sache weder in der Nacht selbst, noch im darauf folgenden Strafverfolgungsprozess gewachsen schien, und zum anderen wegen des hohen Anteils an Tatverdächtigen, die sich als Asylbewerber herausstellten.¹⁹¹ Damit hängt unmittelbar zusammen, dass der Schutz von Frauen vor sexualisierter Gewalt und Übergriffen nach jahrelanger Untätigkeit des Gesetzgebers in den Fokus der Öffentlichkeit rückte.¹⁹² Dies heizte wiederum die bereits einige Zeit andauernde Diskussion in Rechtswissenschaft und Legislative darüber an, was Art. 36 der Istanbul Konvention für das deutsche Strafrecht bedeutet.¹⁹³ Dieser Art. 36 verpflichtet die Vertragsparteien dazu, alle nicht einverständlichen sexuellen Handlungen unter Strafe zu stellen – dahinter verbirgt sich also nicht nur das Prinzip „Nein-heißt-Nein“, sondern vielmehr der Grundsatz „nur-Ja-heißt-Ja“.¹⁹⁴ Dass bei sexuellen Kontakten Nein auch Nein heißt, ist bereits seit 40 Jahren Bestandteil der Verhandlungsmoral, die die Abkehr von statischen Sittlichkeitsvorstellungen hin zu ausgehandelten Praktiken darstellt.¹⁹⁵ Hatte dieser Grundsatz der Aushandlung in den 70er-Jahren noch zu erheblichen Entkriminalisierungen geführt – denn das Augenmerk lag darauf, dass alles *erlaubt* sei, zu dem alle Beteiligten in Freiheit zustimmten¹⁹⁶ – war er jetzt

¹⁸¹ Frommel, in: NK-StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 9.

¹⁸² Vgl. Baumann, S. 11.

¹⁸³ Vgl. Duttge/Hörnle/Renzikowski, NJW 2004, 1065 (1066).

¹⁸⁴ Hörnle, in: LK-StGB, § 176 Rn. 1.

¹⁸⁵ BGHSt 29, 336-340, Rn. 6 (juris).

¹⁸⁶ Vgl. Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 176 Rn. 1.

¹⁸⁷ Frommel, in: NK-StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 9.

¹⁸⁸ Frommel, in: NK-StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 9.

¹⁸⁹ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 13.

¹⁹⁰ Kromm, in: Holst/Montanari, Wege zum Nein, S. 21 (21).

¹⁹¹ Vgl. Werthschulte, "Nach" Köln ist wie "vor" Köln, APuZ 6.1.2017, abrufbar unter: <https://www.bpb.de/apuz/239696/die-silvesternacht-und-ihre-folgen> (zuletzt abgerufen am 9.5.2021).

¹⁹² Kromm, in: Holst/Montanari, Wege zum Nein, S. 21.

¹⁹³ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 30.

¹⁹⁴ Kromm, in: Holst/Montanari, Wege zum Nein, S. 21 (24).

¹⁹⁵ Frommel, in: NK-StGB, § 177 Rn. 99.

¹⁹⁶ Vgl. Sielert, S. 57.

Grundlage einer Strafschärfung.

Der Gesetzgeber hat sich mit dem Tatbestandsmerkmal des „erkennbar entgegenstehenden Willens“ ausdrücklich für eine „Nein-heißt-Nein“-Lösung entschieden, die allerdings durch erste *BGH*-Entscheidungen, die im Fehlen einer freien Zustimmung ein erkennbares Nein sehen, weit interpretiert wird.¹⁹⁷ Dies erscheint jedoch eher als wünschenswerte, Istanbul-Konventions-konforme Auslegung einer Gesetzesneufassung, die die Anforderungen eben dieser Konvention umsetzen sollte. Der Gesetzgeber strich in der Neufassung des § 177 StGB das Erfordernis eines Nötigungselementes komplett aus dem Tatbestand und gestaltete Fälle, in denen ein Nötigungsmittel i.S.v. Gewalt, Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben oder Ausnutzen einer schutzlosen Lage vorliegt, in Abs. 5 als Qualifikationen aus.¹⁹⁸ Der Angriff im Grundtatbestand des § 177 StGB besteht damit in der Missachtung des erkennbar entgegenstehenden Willens.¹⁹⁹ Aktive Gegenwehr des Opfers ist für die Tatbestandsmäßigkeit nicht mehr erforderlich.²⁰⁰ Diese Regelung erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass die Tendenz in der Gesellschaft und bei den Strafverfolgungsbehörden, die Schuld beim Opfer selbst zu suchen, sinkt.²⁰¹ Mit der sexuellen Belästigung nach § 184i StGB wurden erstmals auch niedrigschwellige Übergriffe, wie körperliche Berührungen ohne Einverständnis, unter Strafe gestellt, die vorher höchstens als Beleidigung verfolgt werden konnten.²⁰² Der ebenfalls durch die Kölner Silvesternacht inspirierte § 184j StGB regelt die (Sexual-) Straftaten aus Gruppen. Besonders aus rechtswissenschaftlichen Kreisen wird jedoch seine Abschaffung verlangt, da er als gesetzgeberische Fehlleistung angesehen wird.²⁰³

Die Reformbemühungen des Gesetzgebers waren jedoch mit dem 50. StÄG keineswegs beendet.²⁰⁴ Die 2015 vom BMJV eingesetzte Reformkommission zum Sexualstrafrecht veröffentlichte 2017 ihren Abschlussbericht und lieferte mit seinen Empfehlungen eine gut durchdachte und begründete Grundlage für eine umfassende Reform des Sexualstrafrechts.²⁰⁵

Nach diesem Abschlussbericht liegt nun mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder die nächste größere Reform im Sexualstrafrecht vor.²⁰⁶ Die aktuellen Reformbemühungen versprechen wieder keine umfassende, Systematik-bewusste Betrachtung des 13. Abschnitts, sondern zielen eher auf punktuelle, öffentlichkeitswirksame Änderungen mit ausschließlich strafschärfenden Tendenzen.²⁰⁷ Die Erkenntnisse der Kommission zur Reform des Sexualstrafrechts werden nur dann herangezogen, wenn sich ihnen die Erweiterung von Straftatbeständen entnehmen lässt.²⁰⁸

Der heutige 13. Abschnitt des Strafgesetzbuches bezweckt einen umfassenden Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, so wie sie sich in den einzelnen Tatbeständen konkretisiert. Dafür ist die Neufassung des § 177 StGB nur richtig und konsequent, denn nur weil sich jemand nicht wehrt, heißt das nicht, dass er mit der sexuellen Handlung einverstanden ist, und schon gar nicht, dass er sich selbstbestimmt zu deren Vornahme entschieden hat.²⁰⁹ Mit dem „Nein-heißt-Nein“-Prinzip hat der Gesetzgeber die Verhandlungsmoral 2016 effektiv im Gesetz verankert.

Damit konzentriert sich das Sexualstrafrecht überwiegend auf den Individualrechtsgüterschutz – Ausnahmen bil-

¹⁹⁷ *El-Ghazi*, StV 2021, 314 (322).

¹⁹⁸ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 13.

¹⁹⁹ *Frommel*, in: NK-StGB, § 177 Rn. 97.

²⁰⁰ *Kromm*, in: Holst/Montanari, Wege zum Nein, S. 21 (25).

²⁰¹ *Kromm*, in: Holst/Montanari, Wege zum Nein, S. 21 (27).

²⁰² *El-Ghazi*, StV 2021, 314 (314); *Kromm*, in: Holst/Montanari, Wege zum Nein, S. 21 (23).

²⁰³ *El-Ghazi*, StV 2021, 314 (322); *Hoven*, MschrKrim 2017, 161 (162).

²⁰⁴ Vgl. *Lederer*, StV 2021, 322 (323).

²⁰⁵ *Bezjak*, ZStW 2018, 303 (303).

²⁰⁶ *Renzikowski*, KriPoZ 2020, 308 (308).

²⁰⁷ *Lederer*, StV 2021, 322 (323); *Renzikowski*, KriPoZ 2020, 308 (308).

²⁰⁸ *Renzikowski*, KriPoZ 2020, 308 (316).

²⁰⁹ Vgl. *Kromm*, in: Holst/Montanari, Wege zum Nein, S. 21 (26).

den dabei jedoch die Vorschriften über den sexuellen Missbrauch von Kindern, dessen jeweilige Schutzaltersgrenzen sich nur mit generalpräventiven Motiven erklären lassen.²¹⁰ Hier ist auch das Vertrauen der Allgemeinheit in das Funktionieren institutionalisierter Abhängigkeits- und Unterordnungsverhältnisse nach sachlichen, nicht von sexuellen Interessen geleiteten Kriterien geschützt.²¹¹ Auch Gesichtspunkte des sogenannten Jugendschutzes enthalten den Schutz öffentlicher Interessen²¹² – dieser birgt jedoch eher in Hinblick auf sein individualrechtsschützende Seite Probleme. Bei zu weiter Auslegung der Jugendliche – ähnlich auch Kinder und widerstandsunfähige Personen – betreffenden Normen kann es im Gegensatz zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung dazu kommen, dass diesen Personengruppen das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung im Ergebnis weitgehend abgesprochen wird.²¹³ Daher wäre das Rechtsgut im Zusammenhang mit dem Jugendschutz besser konkret als „Schutz vor Fremdbestimmung“ bezeichnet.²¹⁴

In Verbindung mit dem Recht der sexuellen Selbstbestimmung werden durch die §§ 174 ff. StGB auch weitere Individualrechtsgüter geschützt,²¹⁵ wie etwa beim sexuellen Missbrauch von Kindern die ungestörte Entwicklung derselben.²¹⁶

Das Sexualstrafrecht dient nun primär dem Opferschutz, zweifelsohne um den Forderungen der Öffentlichkeit – nicht selten in Form der Medien – gerecht zu werden.²¹⁷ Die Sittlichkeit ist in keinem Fall mehr Schutzgut der §§ 174 ff. StGB.²¹⁸

V. Schlussbemerkungen

Bis heute hat keine in sich geschlossene Neukodifizierung des Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1871 stattgefunden, wenngleich im Zuge mehrmaliger Reformen das Sexualstrafrecht tiefgreifend umgestaltet wurde,²¹⁹ wobei die Teilreformen den sich wandelnden aktuellen kriminalpolitischen Strömungen folgten.²²⁰ Wie diese Arbeit gezeigt hat, kann man sowohl diese Teilreformen als auch die jeweiligen kriminalpolitischen Strömungen nicht losgelöst von den Veränderungen der gesellschaftlichen Sicht auf Sexualmoral und Sexualität betrachten. In manchen Fällen, wie dem des Entwurfes von 1962, wirkte die Gesetzgebung als Katalysator für Veränderung oder jedenfalls die Forderung danach in Rechtswissenschaft und Öffentlichkeit, denn symbolische Gesetzgebung wirkt auf die Überzeugungsbildung der Bürger ein²²¹ – in anderen Fällen geschah dies umgekehrt, wie im Falle des erst nach den Vorfällen der Silvesternacht 2015/16 auf gesetzgeberischer Seite akzeptierten „Nein-heißt-Nein“-Ansatzes²²². So hat der Ende der 1960er-Jahre einsetzende Wandel der gesellschaftlichen Auffassung über die menschliche Sexualität Rechtsprechung wie Gesetzgebung gleichermaßen stark beeinflusst.²²³ Der Schutzzweck des Sexualstrafrechtes wurde dabei, besonders vor der Reform durch das 4. StrRG, meist nicht ausdrücklich erwähnt, sein Wandel war jedoch stets wenigstens ein notwendiges Begleitprodukt.

Heutzutage stellt die Moral – und damit die Sittlichkeit – nicht mehr das Schutzgut einer Strafnorm dar, sondern

²¹⁰ Frommel, in: NK-StGB, Vor §§ 174 ff., Rn. 5.

²¹¹ Fischer, StGB, Vor § 174 Rn. 5a.

²¹² Fischer, StGB, Vor § 174 Rn. 5a.

²¹³ Vgl. Frommel, in: NK-StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 4.

²¹⁴ Vgl. Frommel, in: NK-StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 8.

²¹⁵ Fischer, StGB, Vor § 174 Rn. 5a.

²¹⁶ Vgl. Hörnle, in: LK-StGB, § 176 Rn. 1.

²¹⁷ Vgl. Hoven, MschrKrim 2017, 161 (161 ff.).

²¹⁸ Fischer, StGB, Vor § 174 Rn. 6.

²¹⁹ Vgl. Brüggemann, S. 44.

²²⁰ Frommel, in: NK-StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 9.

²²¹ Funcke-Auffermann, S. 217.

²²² Vgl. BMJV, Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 38.

²²³ Gössel, Das neue Sexualstrafrecht, § 1 Rn. 1.

ist lediglich ein Indikator für die Strafwürdigkeit einer Verhaltensweise.²²⁴ Seit der Reform von 1973 hält sich die Überzeugung, dass es nicht Aufgabe des Strafrechts sein kann, sittenbildend zu wirken.²²⁵ Die Reformen der sexuellen Gewaltdelikte seit den 1990er-Jahren betonen indes, dass auch solche Taten strafrechtlich missbilligt werden, die vom Stereotyp der überfallartigen Vergewaltigung einer Frau durch einen fremden Mann abweichen.²²⁶ Insgesamt ist das Bewusstsein für die Verwundbarkeit von Menschen durch sexuelle Demütigung und sexuelle Gewalt gewachsen.²²⁷

Ohne den Wandel der Sexualmoral – und damit der gesellschaftlichen Sicht auf die Sexualdelikte – wäre die wohl weitreichendste Reform des Sexualstrafrechts, diejenige, die schon mit der Überschriftenänderung des Abschnittes den Fokus neu legte, in den 1970ern nicht denkbar gewesen.²²⁸

Der Wandel der Betrachtungsweise des Strafwürdigkeitsmaßstabs im Bereich der Sexualdelikte beruht nicht auf der Abkehr von der Moral, sondern ihm liegt stattdessen der Wandel der gesellschaftlichen Auffassung über die Sexualmoral zugrunde.²²⁹ Dieser Erkenntnis ist gleichzeitig zu entnehmen, dass es kaum möglich ist, dass es irgendwann ein Sexualstrafrecht geben wird, das über jegliche Zweifel erhaben und nicht mehr änderungsbedürftig ist.²³⁰ Und obwohl die vielen Teilreformen, die der 13. Abschnitt des Strafgesetzbuches seit 1871 durchlaufen musste in weiten Teilen konzeptionslos und bruchstückhaft waren,²³¹ haben sie zu einem Sexualstrafrecht geführt, das unter dem Einheitsbegriff der sexuellen Selbstbestimmung und im Sinne der Verhandlungsmoral und der heutigen modernen deutschen Gesellschaft und ihren Anschauungen über die Sexualität und persönliche Freiheit eine Vielzahl von Ausformungen persönlicher Rechtsgüter schützt.

Damit kann abschließend festgehalten werden: Es liegt Wandel zurück, und es steht Wandel bevor.

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

²²⁴ Brüggemann, S. 491.

²²⁵ Vgl. Dreher, JR 1974, 45 (46).

²²⁶ Vgl. Dessecker, NSZ 1998, 1 (6).

²²⁷ Hörnle, in: LK-StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 25.

²²⁸ Vgl. Brüggemann, S. 490.

²²⁹ Gössel, Das neue Sexualstrafrecht, Einführung Rn. 5.

²³⁰ Brüggemann, S. 495.

²³¹ Vgl. Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 9.

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Johann Maximilian Höpfner

**„Der Trauschein als Freibrief? –
Zur Straffreiheit der Vergewaltigung in der
Ehe bis zur Reform am 1. Juli 1997
und zugleich zur heutigen praktischen Relevanz
der Vergewaltigung in der Ehe“**

Friedrich-Schiller-Universität Jena

Juristische Fakultät

Seminar: „Sexualstrafrecht – dogmatische und kriminalpolitische Fragen“

Sommersemester 2021

Abgabedatum: 26.5.2021

bei

Prof. Dr. Edward Schramm

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	24
II. Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe vor der Reform	25
1. Vergewaltigung gem. § 177 StGB.....	25
a) Tatbestandsmerkmal der Außerehelichkeit.....	25
b) Nötigung zum Beischlaf mit Dritten	26
c) Analoge Anwendung	26
d) Zwischenfazit.....	26
2. Nötigung gem. § 240 StGB	27
a) Tatbestandsmäßigkeit.....	27
aa) Nötigungsmittel i.S.v. § 177 StGB.....	27
bb) Nötigungsmittel i.S.v. § 240 StGB.....	27
cc) Tatbestandausschließendes Einverständnis	29
b) Rechtswidrigkeit	29
aa) Notwehr gem. § 32 StGB	29
bb) Verwerflichkeitsprüfung gem. § 240 Abs. 2 StGB.....	29
c) Zwischenfazit	30
3. Körperverletzung gem. § 223 StGB	30
a) Tatbestandsmäßigkeit.....	31
aa) Körperliche Misshandlung	31
bb) Gesundheitsschädigung	31
cc) Zwischenergebnis.....	32
b) Konkurrenzverhältnis zu § 240 StGB	32
c) Zwischenfazit	32
4. Beleidigung, § 185 StGB	32
5. Fazit.....	33
III. Diskussion zur Strafbarkeit der ehelichen Vergewaltigung.....	33
1. Verpflichtung zum Geschlechtsverkehr	33
2. Bisheriger Schutz ausreichend	34
3. Gefahr des Missbrauch und falscher Anzeigen	36
4. Beweisschwierigkeiten.....	37
5. Ehegefährdung	37
6. Fazit.....	38
IV. Gesetzesänderung und weitere Entwicklung bis heute	38
1. Gesetzesänderung.....	38
2. Wirkung der Gesetzesänderung.....	39
3. Praktische Relevanz bis heute	40
V. Zusammenfassung und Ausblick	41

I. Einleitung

„Jährlich werden Tausende von Frauen in der Bundesrepublik vergewaltigt –
der überwiegende Teil davon: in der Ehe.“¹

So drückte sich die Bundestagsabgeordnete *Gabriele Potthast* von den Grünen in einer Plenarsitzung vom 30. März 1983 aus, mehr als 16 Jahre vor der Änderung des § 177 StGB. Sie stellte die, damals noch wenig erforschte, heute belegte,² beunruhigende Situation des ungenügenden Schutzes der Ehefrau vor Vergewaltigungen durch den Ehegatten dar. Ein Thema, das für Frauen in der aussichtslos scheinenden Situation des Übergriffes durch den Ehemann, also einer Vertrauensperson, mit welcher die Betroffene i.d.R. zusammenlebt, mit viel körperlichem und seelischen Leid verbunden ist. Umso erschreckender ist die Reaktion der CDU/CSU-Fraktion, die die Wortführerin ständig unterbricht und nach dem oben zitierten Satz in Gelächter ausbricht.³

Als geschütztes Rechtsgut von § 177 StGB galt schon vor der Reform die Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung, welche die Möglichkeit des Einzelnen umfasst, seine Vorlieben und Neigungen im sexuellen Bereich im Rahmen der Gesetze nach der eigenen Vorstellung auszuleben, sich dazu selbst einen Partner zu wählen und sich keinen Partner aufzwingen zu lassen.⁴ Dennoch lautete die strafrechtliche Norm der Vergewaltigung, § 177 Abs. 1 StGB a.F., bis zur Änderung durch das 33. StrÄndG vom 5. Juli 1997:

„Wer eine Frau mit Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zum *außerehelichen* Beischlaf mit ihm oder einem Dritten nötigt, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren bestraft.“

Die eheliche Vergewaltigung war also ausdrücklich nicht vom Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB erfasst. Diese Rechtsauffassung geht auf eine lange Tradition zurück.⁵ 1826 stellte beispielsweise *Henke* klar: „Gegenstand des Verbrechens kann nur eine solche Person sein, die weder durch Gesetz noch durch Vertrag verpflichtet ist, den Beischlaf zu gestatten. Von selbst beantwortet sich daher die Frage, ob vom Manne gegen seine Ehefrau durch Erzwingung des Beischlafes eine Notzucht begangen werde.“⁶ Es galt daher lange als selbstverständlich, dass es in der Ehe gar keine Vergewaltigung geben könne.

Mittlerweile hat sich dies geändert. Das Erfordernis der Außerehelichkeit wurde aus dem Tatbestand des § 177 StGB gestrichen. Auch Art. 46 lit. a der Istanbul-Konvention vom 11.5.2011 erfordert, dass die Tatbegehung gegen Ehepartner grundsätzlich als strafscharfendes Merkmal zu berücksichtigen ist.⁷ Aber war die Ehefrau bis dahin vor Vergewaltigungen durch ihren Ehemann tatsächlich strafrechtlich ungeschützt? Welche Argumente wurden gegen eine Reform des § 177 StGB vorgebracht? Und welche praktische Relevanz besitzt die Vergewaltigung in der Ehe noch heute?

¹ *Potthast*, Plenarprotokoll 10/3 Deutscher Bundestag 3. Sitzung am 30.3.1983, S. 35.

² Vgl. Vergewaltigung in der Ehe, Wiss. Dienste des Bundestags, 2008, S. 3.

³ Plenarprotokoll 10/3 Deutscher Bundestag 3. Sitzung am 30.3.1983, S. 35.

⁴ Vgl. *Röthlein*, Der Gewaltbegriff im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte, 1986, S. 220.

⁵ Vgl. *Hanisch*, Vergewaltigung in der Ehe, 1988, S. 5 ff.

⁶ *Henke*, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, Bd. II, 1826, S. 211.

⁷ *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 177 n.F. Rn. 2.

II. Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe vor der Reform

Fraglich ist, ob der Tauschein als Freibrief für sexuelle Übergriffe in der Ehe galt und eine Strafbarkeit von vornherein ausgeschlossen war. Grundsätzlich war es möglich, trotz des Tatbestandes von § 177 StGB, der ausdrücklich das Merkmal der Außerehelichkeit gefordert hat, eheliche Vergewaltigungen nach dem geltenden Recht zu bestrafen.⁸ Für die folgende Darstellung wird ein Zeitpunkt wenige Jahre vor der Reform angenommen.

1. Vergewaltigung gem. § 177 StGB

Fraglich ist zunächst unter welchen Voraussetzungen der Ehemann im Falle einer ehelichen Vergewaltigung gem. § 177 StGB bestraft werden konnte.

a) Tatbestandsmerkmal der Außerehelichkeit

Um festzustellen, wann ein Ehemann gem. § 177 StGB wegen einer ehelichen Vergewaltigung bestraft werden konnte, ist zunächst entscheidend, wann das Erfordernis der Außerehelichkeit gegeben ist. Die Außerehelichkeit des erzwungenen Beischlafs galt als tatbezogenes Tatbestandsmerkmal.⁹ Wenn die Ehe bereits bestanden hat, war umstritten, wann eine Außerehelichkeit bejaht werden konnte. Einer Ansicht nach hänge das Vorliegen der Außerehelichkeit davon ab, ob die Ehe rechtskräftig aufgehoben oder für nichtig erklärt wurde oder eine rechtskräftige Scheidung vorliegt.¹⁰ Andere wollten aus Gründen des Opferschutzes die Außerehelichkeit bereits mit Ausspruch des Scheidungsurteils annehmen,¹¹ oder diese schon bejahen, wenn es sich um eine nichtige oder aufheb- bare Ehe handelt.¹² Für die beiden letztgenannten Ansichten spricht, dass das Schutzgut des § 177 StGB, die sexuelle Selbstbestimmung einer Person als Teilaspekt ihrer Menschenwürde,¹³ stärker geschützt wäre, als wenn man den familienrechtlichen Ehebegriff zu Grunde legen würde. Allerdings ist fraglich, ob eine solche Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Außerehelichkeit noch rechtmäßig ist. Der allgemeinsprachliche Wortsinn ist die äußerste mögliche Grenze der Auslegung.¹⁴ Eine lediglich aufheb- bare Ehe stellt nach dem allgemeinen Sprachgebrauch keinen außerehelichen Zustand dar. Es müssten erst weitere Schritte getroffen werden, um den Ehezustand zu beenden. Sofern ein juristischer Sprachgebrauch existiert, ist dieser dem allgemeinen vorzuziehen.¹⁵ Die Ehelichkeit wurde von 1938 bis 1998 im EheG geregelt, mittlerweile enthalten die §§ 1303 ff. BGB die entscheidenden Regelungen zur Eheschließung.¹⁶ Aus Gründen der Rechtssicherheit ist es bei der Bestimmung des Merkmals der Außerehelichkeit erforderlich, auf die zivilrechtliche Definition zurückzugreifen.¹⁷ Dafür spricht auch die Einheit der Rechtsordnung. Eine lediglich aufheb- bare Ehe fällt nicht darunter. Auch gegen die Ansicht, dass mit dem Ausspruch des Scheidungsurteils Außerehelichkeit eintritt, wurde eingewandt, dass dies zu Rechtsunsicherheiten führe, weil das Scheidungsurteil wieder aufgehoben werden könnte.¹⁸ Ein außerehelicher Zustand trete auch nicht

⁸ Vgl. RGSt 71, 109 (110); BGH, NStZ 1983, 72 (72); BayObLG, NJW 1961, 280 (280).

⁹ Lackner, StGB, 21. Aufl. (1995), § 177 Rn. 7.

¹⁰ Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 22. Aufl. (1985), § 177 Rn. 2; Preisendanz, StGB, 30. Aufl. (1978), § 177 Anm. 4.

¹¹ Horn, in: SK-StGB, 3. Aufl. (1981), § 177 Rn. 3.

¹² Maurach/Schroeder, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 6. Aufl. (1977), S. 158; Schroeder, Das neue Sexualstrafrecht, 1975, S. 23.

¹³ BT-Drs. 18/9097, S. 21; Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), § 177 Rn. 2; Streng, NStZ 1985, 359 (360).

¹⁴ BGHSt 4, 144 (148); 26, 95 (96); Schmitz, in: MüKo-StGB, § 1 Rn. 87.

¹⁵ BGHSt 14, 116 (118); Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 49. Aufl. (2019), Rn. 85.

¹⁶ Wellenhofer, Familienrecht, 5. Aufl. (2019), § 6 Rn. 3.

¹⁷ Hanisch, S. 42.

¹⁸ Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 22. Aufl. (1985), § 177 Rn. 2.

ein, wenn die Eheleute lediglich getrennt leben.¹⁹ Somit ist der ersten Ansicht zu folgen. Ein Ehemann konnte sich daher gem. § 177 StGB wegen einer Vergewaltigung gegen seine Frau nur strafbar machen, wenn die rechtskräftige Scheidung, Aufhebung oder die Nichtigerklärung der Ehe vorlag. Von einer Vergewaltigung in der Ehe, geschweige denn von Ehemann und Ehefrau, kann dann jedoch nicht mehr die Rede sein.

b) Nötigung zum Beischlaf mit Dritten

Täter einer Vergewaltigung kann auch sein, wer die betroffene Frau mit Gewalt oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben dazu nötigt, Verkehr mit einer anderen Person zu haben.²⁰ Daher ist auch Mittäter, wer sich als Tatbeteiligter lediglich auf das Nötigen beschränkt.²¹ Ein Ehemann konnte daher gem. § 177 StGB bestraft werden, wenn dieser seine Ehefrau mit den in § 177 StGB genannten Mitteln dazu gebracht hat den Beischlaf mit einem Dritten zu vollziehen, denn hier ist der Verkehr außerehelich.²²

c) Analoge Anwendung

Eine Möglichkeit zur Bestrafung des Ehemannes wäre es den § 177 StGB analog auf eheliche Vergewaltigungen anzuwenden. Als Analogie wird die Übertragung einer an sich nicht einschlägigen Rechtsnorm mit anderen Tatbestandsvoraussetzungen, auf einen ähnlichen, gesetzlich nicht geregelten Sachverhalt bezeichnet.²³ Dafür ist eine planwidrige Regelungslücke, sowie das Bestehen einer vergleichbaren Interessenlage zwischen dem geregelten und dem nicht erfassten Sachverhalt erforderlich.²⁴ Zunächst scheint abwegig, dass die fehlende Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe eine planwidrige Unvollständigkeit darstellt. Bei der Neufassung des Sexualstrafrechts im Rahmen des 4. StrRG von 1973 war dem Bundestag das Problem der Ausklammerung ehelicher Vergewaltigung von § 177 StGB wohl bekannt und dennoch hat er sich gegen eine Streichung der Außerehelichkeit entschieden.²⁵ Zudem folgt aus § 1 StGB und Art. 103 Abs. 2 GG das Verbot strafbegründender Analogien.²⁶ Das Analogieverbot umfasst sämtliche Voraussetzungen der Strafbarkeit.²⁷ Auch die Tatbestandsvoraussetzung der Außerehelichkeit fällt darunter. Eine Analogie scheidet daher aus.

d) Zwischenfazit

Vor der Reform konnte der Ehegatte wegen einer ehelichen Vergewaltigung gem. § 177 StGB nur bestraft werden, wenn es sich um eine Konstellation mit Dritten handelte. Nach der gesetzgeberischen Wertung wurde daher das Zurverfügungstellen der eigenen Ehefrau zum Beischlaf mit einem Dritten ein höherer Unrechtsgehalt beigemessen als der eigenhändigen Erzwingung der sexuellen Handlung.²⁸ Andernfalls war erforderlich, dass die Ehe rechtskräftig nicht mehr bestand. Eine analoge Anwendung war nicht möglich.

¹⁹ Dreher/Tröndle, StGB, 42. Aufl. (1985), § 177 Rn. 2.

²⁰ BGH, NJW 1977, 1829 (1829); NStZ 1985, 71 (72).

²¹ BGHSt 27, 205 (206); Maurach/Schroeder, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 6. Aufl., S. 158; Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 22. Aufl. (1985), § 177 Rn. 1.

²² Vgl. Behm, MDR 1986, 886 (886); Hanisch, S. 40; Müting, Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung (§ 177 StGB), Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870, 2010, S. 209.

²³ Danwerth, ZIPW 2017, 230 (232).

²⁴ BGHZ 105, 140 (143); 149, 165 (174); Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl. (2014), S. 115 f.

²⁵ Vgl. BT-Drs. 6/3521, S. 39.

²⁶ BVerfG, NJW 1969, 1059 (1060); BVerfG, wistra 2003, 255 (257 f.).

²⁷ Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 1 Rn. 26 f.; Kuhlen, in: FS Otto, 2007, S. 89 (97).

²⁸ Müting, S. 209; Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 221.

2. Nötigung gem. § 240 StGB

Ferner kam eine Bestrafung des Ehegatten gem. § 240 StGB in Betracht.

a) Tatbestandsmäßigkeit

Der Tatbestand der Nötigung ist erfüllt, wenn der Täter vorsätzlich durch den Einsatz eines Nötigungsmittels, der Gewalt oder der Drohung mit einem empfindlichen Übel, einem Menschen ein bestimmtes Verhalten, also ein Handeln, Dulden oder Unterlassen in zurechenbarer Weise abzwingt.²⁹ Bereits hier gab es einige Probleme bezüglich der Vergewaltigung in der Ehe.

aa) Nötigungsmittel i.S.v. § 177 StGB

Wenn eine Ehemann seine Frau mit Gewalt oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zum Beischlaf mit ihm nötigt, erfüllte das den Tatbestand des § 240 StGB.³⁰ Dieser war stets verwirklicht, wenn es um Taten ging, deren Abweichung von § 177 StGB lediglich darin bestand, dass der Täter und die Betroffene verheiratet waren.³¹ Auch das *Reichsgericht* urteilte in dieser Weise und erklärte sich entschieden dagegen, „dass der Ehemann in geschlechtlicher Hinsicht mit seiner Ehefrau nach Willkür verfährt und sich den Beischlaf mit ihr verschafft“³². Der *BGH* bestätigte diese Auffassung in einem Urteil von 1982.³³ Dies ist einleuchtend, denn ein Verhalten, das sogar die engeren Tatbestandsmerkmale des § 177 StGB, also Gewalt oder Drohung mit einer gegenwärtigen Leibes- oder Lebensgefahr erfüllt, muss erst recht unter den weiteren § 240 StGB fallen, der nur Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel fordert.³⁴ Die Bedenken, dass eine eheliche Vergewaltigung wegen der gesetzgeberischen Entscheidung im § 177 StGB gar nicht, also auch nicht nach § 240 StGB bestraft werden solle,³⁵ erwiesen sich auf Grund der eindeutigen gerichtlichen Entscheidungen als hinfällig.³⁶

bb) Nötigungsmittel i.S.v. § 240 StGB

Der Gewaltbegriff des § 177 StGB wurde damals deutlich enger gefasst als der des § 240 StGB. Gewalt i.S.v. § 177 StGB läge nicht vor, wenn das Vorhaben ohne nennenswerten Kraftaufwand umgesetzt wurde.³⁷ Das Fahren zu einer entlegenen Stelle, mit einem Auto, dessen Türen nicht geöffnet werden konnte, stellte noch keine Gewalt i.S.d. § 177 StGB dar,³⁸ ebenfalls wurde keine Gewalt angenommen, als eine Frau in ein Zimmer gedrängt und die Tür so versperrt wurde, dass diese nicht hinaus kam.³⁹ Dagegen nahm die Rechtsprechung bei der Prüfung des § 240 StGB damals bereits Gewalt an, als ein Autofahrer einen anderen Autofahrer bedrängt, indem er hupt und nah an diesen heranfährt,⁴⁰ sowie bei Vorlesungsstörungen⁴¹ oder Sitzblockaden⁴². Ad Interim genügt für die Drohungsvariante des § 240 StGB bereits die Drohung mit einem empfindlichen Übel. Dabei handelt es sich um jeden

²⁹ Rengier, Strafrecht BT II, 22. Aufl. (2021), § 23 Rn. 1 f.

³⁰ Teufert, Notzucht und sexuelle Nötigung, 1980, S. 214; Lackner, § 177 Rn. 7.

³¹ Behm, MDR 1986, 886 (886); Mösl, ZRP 1989, 49 (52).

³² RGSt 71, 109 (110).

³³ BGH, NSStZ 1983, 72 (72).

³⁴ Mitsch, JA 1989, 484 (485).

³⁵ Helmken, Vergewaltigung in der Ehe, Plädoyer für einen strafrechtlichen Schutz der Ehefrau, 1979, S. 60.

³⁶ Mösl, ZRP 1989, 49 (52).

³⁷ BGH, NSStZ 1981, 218 (218); 1985, 70 (70).

³⁸ BGH, NJW 1981, 2204 (2205); Otto, JR 1982, 116 (118).

³⁹ BGH, NSStZ 1981, 218 (218).

⁴⁰ BGHSt 19, 263 (263).

⁴¹ BGH, NJW 1982, 189 (189).

⁴² Vgl. BVerfG, NJW 1987, 43 (45 f.); BGH, NJW 1969, 1770 (1771).

Nachteil, der so erheblich ist, dass dessen Ankündigung geeignet erscheint, den Bedrohten im Sinne des Täterverlangens zu motivieren.⁴³ In einer Ehe würde das Androhen des Hinauswerfens oder die Ankündigung des Ehebruchs bzw. der Scheidung, aufgrund der existenziellen Bedeutung der Ehe wohl als ausreichend empfindliches Übel subsumiert werden können.⁴⁴ Der § 177 StGB fordert dagegen eine Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben, wobei Verletzungen von einer gewissen Erheblichkeit zu befürchten sein müssen.⁴⁵ Drohungen der genannten Art wären hiervon nicht erfasst. Daher war strittig, ob eine Strafbarkeit wegen § 240 StGB bei einer ehelichen Vergewaltigung angenommen werden kann, wenn die Nötigungsmittel zwar die Voraussetzungen des § 240 StGB, aber nicht die des § 177 StGB erfüllen.⁴⁶

Einer Ansicht nach sei der Rückgriff auf § 240 StGB bei Vergewaltigung nicht möglich, wenn der Täter mit schwächeren Nötigungsmitteln als den in § 177 StGB genannten zu seinem Ziel kommt.⁴⁷ Denn weniger massive Angriffe können das Rechtsgut nicht gefährden und seien durch Standhaftigkeit bzw. „besonnene Selbstbehauptung“⁴⁸ von der Betroffenen abzuwenden.⁴⁹ Die rechtliche Wertung, die einen gewissen Widerstand erwartet, wenn es um wichtige Rechtsgüter geht, könne nicht dadurch umgangen werden, dass der Verteidigungswille, der in § 177 StGB gefordert werde, bei einer Anwendung des § 240 StGB nicht mehr vorausgesetzt wird.⁵⁰

Die Gegenmeinung nahm an, dass eine Beischlaferzwingung mit Nötigungsmitteln unterhalb der von § 177 StGB vorausgesetzten Intensität den Tatbestand des § 240 StGB erfülle.⁵¹ Die Hochwertigkeit des Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung, die sich im angedrohten Strafraumen von einer zweijährigen Mindestfreiheitsstrafe ausdrückte,⁵² sollte eine Frau zwar dazu bewegen, zur Verteidigung dieses Rechtsgut erhöhte Anstrengungen auf sich zu nehmen.⁵³ Auch zeige es eine geringere Achtung vor dem Rechtsgut, wenn eine Frau den Geschlechtsverkehr über sich ergehen lässt, obwohl die Nötigungsmittel noch nicht die Pressionsintensität des § 177 StGB erreichen.⁵⁴ Dennoch dürfe eine Frau in einer solchen Situation nicht schutzlos dastehen, nur weil neben der Willensfreiheit auch die sexuelle Selbstbestimmung angegriffen wird.⁵⁵ Die andere Ansicht überspanne die Anforderungen an den Opferselbstschutz.⁵⁶ Sie hätte zudem die absurde Konsequenz, dass beispielsweise ein Professor, der androht eine Studentin durch das Examen fallen zu lassen, um den Beischlaf mit ihr zu erzwingen, nicht wegen einer Nötigung bestraft werden könnte, wenn er sie aber dazu zwingt, den Rasen zu mähen, sich gem. § 240 StGB strafbar machen würde.⁵⁷ Der *BGH* bejahte dagegen in einer Entscheidung, die in der Literatur Zustimmung fand,⁵⁸ den Nötigungstatbestand, als ein Kaufhausdetektiv mit einer berechtigten Strafanzeige drohte, um eine 16jährige zum Geschlechtsverkehr zu zwingen.⁵⁹ Dementsprechend ist der zweiten Ansicht zu folgen. Die Beischlaferzwingung mit Nötigungsmitteln unter der von § 177 StGB geforderten Intensität, ist gem. § 240 StGB wegen Nötigung zu bestrafen. Dies galt sowohl für den außerehelichen als auch für den ehelichen Verkehr.⁶⁰

⁴³ Rengier, BT II, § 23 Rn. 44.

⁴⁴ Vgl. Hanisch, S. 52.

⁴⁵ BGHSt 7, 252 (254); Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 22. Aufl. (1985), § 177 Rn. 5.

⁴⁶ Mitsch, JA 1989, 484 (485).

⁴⁷ Arzt, JZ 1984, 428 (429).

⁴⁸ BGH, NJW 1983, 765 (767).

⁴⁹ Rössner, in: FS Leferenz, 1983, S. 527 (530 f.).

⁵⁰ Röhlein, S. 225.

⁵¹ Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, 22. Aufl. (1985), § 177 Rn. 5.

⁵² Röhlein, S. 223.

⁵³ Vgl. Arzt, in: FS Welzel, 1974, S. 823 (830).

⁵⁴ Mitsch, JA 1989, 484 (486).

⁵⁵ Frommel, ZRP 1988, 233 (234); Mitsch, JA 1989, 484 (486).

⁵⁶ Laufhütte, in: LK-StGB, 10. Aufl. (1988), § 177 Rn. 22.

⁵⁷ Mitsch, JA 1989, 484 (486).

⁵⁸ Ostendorf, NJW 1980, 2592 (2529); Volk, JR 1981, 274 (276); Roxin, JR 1983, 333 (333).

⁵⁹ BGHSt 31, 195 (195 ff.).

⁶⁰ Mitsch, JA 1989, 484 (486).

cc) Tatbestandausschließendes Einverständnis

Des Weiteren war fraglich, ob bei der ehelichen Vergewaltigung ein den Nötigungstatbestand ausschließendes Einverständnis⁶¹ in Betracht kommt. Allerdings lässt sich im Ja-Wort bei der Eheschließung keine vorweggenommene Generaleinwilligung erkennen,⁶² denn hier wird weder erklärt, dass die Ehegatten jederzeit an jedem Ort Beischlaf vollziehen wollen, noch lässt sich daraus eine gesetzliche oder vertragliche Pflicht ableiten.⁶³ (Siehe dazu III.1.)

b) Rechtswidrigkeit

Weiterhin war auch die Rechtswidrigkeit der Nötigung bei der Vergewaltigung in der Ehe umstritten.

aa) Notwehr gem. § 32 StGB

Fraglich war, ob eine eheliche Vergewaltigung durch die Notwehr gem. § 32 StGB gerechtfertigt ist. Dafür müsste zunächst eine Notwehrlage bestehen, was der Fall ist, wenn ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff vorliegt.⁶⁴ *Horn* nahm an, dass ein Ehemann von seiner Ehefrau durch Unterlassen rechtswidrig und gegenwärtig angegriffen werde, wenn diese ihm den Beischlaf und damit sein Recht auf eheliche Geschlechtsgemeinschaft verweigere.⁶⁵ Wenn der Ehemann sich nun mit Gewalt oder Drohung das verschafft, was ihm ohnehin rechtlich zustehe, sei dies eine erforderliche Verteidigungshandlung gegen die Ehegattin.⁶⁶

Diese Argumentation wurde als nicht ernstzunehmende Satire eingestuft,⁶⁷ und als „skurril anmutende juristische Konstruktion“⁶⁸ bezeichnet. Andere erklärten, dass *Horn* nur auf die zwingende strafrechtliche Konsequenz aus einer zivilrechtlichen Pflicht zum Geschlechtsverkehr aufmerksam machen wollte, ohne dies gutzuheißen.⁶⁹ Schon früh wurde ein solches eheliches Faustrecht abgelehnt.⁷⁰ Zunächst ist kein rechtswidriger Angriff erkenntlich, da gar keine Pflicht zum ehelichen Beischlaf besteht.⁷¹ Des Weiteren bleibt unklar, wann ein solcher Angriff gegenwärtig wäre, denn selbst wenn man eine Pflicht zum ehelichen Verkehr annimmt, kann diese nicht pausenlos, schrankenlos und rund um die Uhr bestehen.⁷² Daher müsste gerichtlich festgestellt werden, ob in dem konkreten Moment die Pflicht bestanden habe, was ein unzumutbarer Eingriff in das eheliche Geschlechtsleben und schlichtweg unmöglich wäre.⁷³ Eine Rechtfertigung der ehelichen Vergewaltigung durch Notwehr schied daher aus.

bb) Verwerflichkeitsprüfung gem. § 240 Abs. 2 StGB

Bei der Nötigung ist ferner zu prüfen, ob die Handlung gem. § 240 Abs. 2 StGB als verwerflich anzusehen ist. Dabei geht es um die objektive Feststellung, ob das Verhalten aufgrund der Mittel-Zweck-Relation im Rahmen einer Gesamtabwägung sozial unerträglich ist und daher ein strafwürdiges Unrecht darstellt.⁷⁴ Die Verwerflichkeit

⁶¹ *Kargl*, in: FS Roxin, 2001, S. 905 (915).

⁶² *Limbach*, ZRP 1985, 289 (290); *Teufert*, S. 214.

⁶³ *Hanack*, Verhandlungen des 47. DJT I, Rn. 60; *Mösl*, ZRP 1989, 49 (52).

⁶⁴ *Rengier*, Strafrecht AT, 12. Aufl. (2020), § 18 Rn. 5.

⁶⁵ *Horn*, ZRP 1985, 265 (266).

⁶⁶ *Horn*, ZRP 1985, 265 (266).

⁶⁷ *Limbach*, ZRP 1985, 289 (289); *Paetow*, S. 141.

⁶⁸ *Mitsch*, JA 1989, 484 (487).

⁶⁹ *Schünemann*, GA 143 (1996), 307 (312, Fn. 21).

⁷⁰ *Hanack*, Rn. 63.

⁷¹ *Wolf*, NJW 1968, 1497 (1497); *Lüke*, AcP 178 (1978), 1 (6).

⁷² *Wolf*, NJW 1968, 1497 (1497); *Limbach*, ZRP 1985, 289 (290); *Paetow*, Vergewaltigung in der Ehe, 1986, S. 134.

⁷³ *Mitsch*, JA 1989, 484 (487).

⁷⁴ BGHSt 35, 270 (276 ff.); *BGH*, NJW 2014, 401 (403).

kann sich aus der rechtlichen Missbilligung des Nötigungsmittels oder -zwecks, bzw. bei einem rechtlich gebilligten Mittel und Zweck aus dem Missverhältnis dieser beiden Voraussetzungen ergeben.⁷⁵ Eine Pflicht zum abgeordneten Verhalten könne regelmäßig dazu führen, dass die Rechtswidrigkeit entfällt.⁷⁶ Eine (uneingeschränkte) Pflicht zum Geschlechtsverkehr wurde jedoch schon damals abgelehnt. Die Verwerflichkeit des Nötigungsmittels ist indiziert, wenn es als solches bereits eine Straftat darstellt.⁷⁷ Bei der ehelichen Vergewaltigung kommen dafür §§ 185, 223 StGB in Betracht.⁷⁸ Die Verwerflichkeit war daher gegeben, wenn der Ehemann Mittel einsetzt, die die Tathandlungsmerkmale des § 177 Abs. 1 StGB erfüllen würden.⁷⁹ Im Übrigen verbleibt jedoch ein weiterer gerichtlicher Spielraum, der praktisch zur Entkriminalisierung genutzt werden konnte.⁸⁰ Insbesondere bei längeren Beischlafverweigerungen und weniger massiven Nötigungsmitteln oder wenn gewaltsame Umgangsformen den Beziehungsalltag bestimmen, war das Verwerflichkeitsurteil der Gerichte unsicher.⁸¹

c) Zwischenfazit

Zusammenfassend war es somit möglich Ehemänner wegen einer Nötigung gem. § 240 StGB aufgrund der Vergewaltigung in der Ehe zu bestrafen, was das *Reichsgericht*⁸² und der *BGH*⁸³ auch umsetzten. Zudem handelte es sich bei der ehelichen Vergewaltigung häufig um einen besonders schweren Fall der Nötigung.⁸⁴ Probleme ergaben sich jedoch, wenn die Nötigungsmittel zwar den Tatbestand des § 240 StGB erfüllten, aber nicht die Intensität des § 177 StGB erreichten. Insoweit war bereits fraglich, ob der Tatbestand erfüllt ist. Zudem bestand hier die Möglichkeit für den Richter die Rechtswidrigkeit gem. § 240 Abs. 2 StGB aufgrund mangelnder Verwerflichkeit entfallen zu lassen.

3. Körperverletzung gem. § 223 StGB

Als eine weitere Möglichkeit, um die eheliche Vergewaltigung zu bestrafen, kam der Tatbestand der Körperverletzung gem. § 223 StGB in Betracht. Dafür ist zunächst fraglich, in welchem Konkurrenzverhältnis die §§ 177, 223 StGB zueinander stehen. Grundsätzlich ist eine Idealkonkurrenz möglich, sofern eine körperliche Misshandlung über die im Vollzug des Geschlechtsverkehrs selbst liegende unangemessene Behandlung hinaus vorliegt, denn die im Verkehr allein liegende Verletzung der körperlichen Integrität reiche nicht zur Bestrafung des Täters gem. § 223 StGB aus.⁸⁵ In diesem Fall scheide der § 223 StGB auf Konkurrenzebene im Wege der Konsumtion aus, da die Körperverletzung eine regelmäßige Begleitatt der Vergewaltigung ist.⁸⁶

Umstritten war jedoch, inwiefern die Beischlaferzwingung von § 223 StGB bestraft werden konnte, wenn die Voraussetzungen des § 177 StGB nicht vorlagen,⁸⁷ wie es bei der Vergewaltigung in der Ehe der Fall war.

⁷⁵ Rengier, BT II, § 23 Rn. 61 f.

⁷⁶ Horn, NStZ, 1983, 497 (499); Jakobs, in: FS Peters, 1974, S. 69 (69 ff.).

⁷⁷ OLG Hamm, VRS 57, 347 (348); Eser, in: Schönke/Schröder, 22. Aufl., § 240 Rn. 19.

⁷⁸ Hanisch, S. 61.

⁷⁹ Bockelmann, NJW 1966, 747 (748); Helmken, S. 65 f.

⁸⁰ Paetow, S. 141; Mitsch, JA 1989, 484 (487).

⁸¹ Sick, S. 304.

⁸² RGSt 71, 109 (109 ff.).

⁸³ BGH, NStZ 1983, 72 (72).

⁸⁴ BGH, NStZ 1983, 72 (72); Dreher/Tröndle, § 240 Rn. 18.

⁸⁵ BGH, NJW 1962, 2163 (2163); NJW 1963, 1683 (1683); GA 1964, 377 (377); OLG Frankfurt a.M., NJW 1967, 2075 (2076).

⁸⁶ Vgl. BGH, NJW 1963, 1683 (1683); Sick, S. 310; Hanisch, S. 75 f.

⁸⁷ Hanisch, S. 70; Sick, S. 310.

a) Tatbestandsmäßigkeit

Eine Körperverletzung liegt gem. § 223 Abs. 1 StGB vor, wenn eine Person eine andere körperlich misshandelt oder an der Gesundheit schädigt.

aa) Körperliche Misshandlung

Eine körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, durch die die körperliche Unversehrtheit oder das körperliche Wohlbefinden des Opfers nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird.⁸⁸ Darunter fallen insbesondere substanzverletzende Einwirkungen, wie Beulen und Wunden.⁸⁹ Wenn Gewalt i.S.v. § 177 StGB angewandt worden ist, kann eine körperliche Misshandlung stets bejaht werden.⁹⁰ Beispiele dafür sind sichtbare Verletzungen wie Würgemale, Schürfwunden oder Schleimhautverletzungen im vaginalen Bereich.⁹¹ Es verbleiben allerdings die Fälle, in denen keine körperlich sichtbaren Wunden zu erkennen, bzw. nachzuweisen⁹² sind und die Fälle der Drohung. Fraglich ist daher, ob der Geschlechtsverkehr allein eine körperliche Misshandlung darstellt. Dies ist unzweifelhaft im Falle einer Defloration angenommen worden,⁹³ welche aber in der Ehe kaum eine Rolle spielen wird. Eine Ansicht geht davon aus, dass der gewaltsame Vollzug des Beischlafs ohne diese Umstände zwar eine unangemessene Behandlung, jedoch noch keine Körperverletzung sei.⁹⁴ Dem wird entgegengehalten, dass eine Durchsetzung des Geschlechtsverkehrs gegen den Willen der Betroffenen stets eine gravierende Beeinträchtigung der körperlichen Integrität und daher eine Misshandlung darstelle.⁹⁵ Der Geschlechtsakt an sich bedeute für die Betroffene einen äußerst schmerzhaften Eingriff,⁹⁶ da der Körper der Frau physiologisch nicht darauf eingestellt ist und dementsprechend die Blutgefäße der Vagina nicht angeschwollen sind und keine Flüssigkeit durch die Scheidenwände gepresst wird.⁹⁷ Das Gefühl der Unfreiheit, welches diese körperliche Reaktion herbeiführt, bestehe bei einer Gewaltanwendung genauso, wie bei einer Bedrohung.⁹⁸ Zudem treten durch Vergewaltigungen somatische Reaktionen, wie Schweißausbrüche und Gänsehaut, noch Jahrzehnte nach dem Übergriff bei Opfern auf.⁹⁹ Selbst wenn man davon ausginge, dass die Psyche an sich kein Schutzgut der Körperverletzung ist, rechtfertige allein die mit einer Vergewaltigung grundsätzlich einhergehende psycho-physische Traumatisierung daher die Annahme einer körperlichen Auswirkung und somit erheblichen Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit. Eheliche Vergewaltigungen führen nach der Traumaforschung zu größeren Schäden als uneheliche,¹⁰⁰ sodass eine körperliche Misshandlung anzunehmen ist.

bb) Gesundheitsschädigung

Als weitere Tatbestandsalternative kommt die Gesundheitsschädigung in Betracht. Dabei handelt es sich um das Hervorrufen, Steigern oder Aufrechterhalten eines krankhaften körperlichen Zustands.¹⁰¹ Darunter lassen sich die

⁸⁸ BGHSt 14, 269 (271); *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 5. Aufl. (2019), § 22 Rn. 7; *Fischer*, StGB, § 223 Rn. 4.

⁸⁹ *Rengier*, BT II, § 13 Rn. 10.

⁹⁰ Vgl. *Röthlein*, S. 222.

⁹¹ *Sick*, S. 306.

⁹² *Junker*, in: *Das Misstrauen gegen vergewaltigte Frauen*, 1986, S. 127 (133).

⁹³ RGSt 56, 64 (64); *BGH*, GA 1956, 317 (318); NJW 1963, 1683 (1683).

⁹⁴ *BGH*, GA 1964, 377 (377); *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 22. Aufl. (1985), § 177 Rn. 16.

⁹⁵ *Jerouschek*, JZ 1992, 227 (229); *Sick*, S. 309.

⁹⁶ *Jerouschek*, JZ 1992, 227 (230).

⁹⁷ *Sick*, S. 309; *Hanisch*, S. 73.

⁹⁸ *Hanisch*, S. 73.

⁹⁹ *Weis*, *Die Vergewaltigung und ihre Opfer*, 1982, S. 105.

¹⁰⁰ *Lembke*, in: *Foljanty/Lembke*, *Feministische Rechtswissenschaften*, 2012, S. 235 (240).

¹⁰¹ Vgl. *Eschelbach*, in: *Heintschel-Heinegg*, StGB, 3. Aufl. (2018), § 223 Rn. 24.

psychosomatischen Folgeschäden einer Vergewaltigung, wie z.B. Depressionen oder jahrelange traumatische Angstzustände subsumieren, die vor allem auch bei ehelichen Vergewaltigungen auftreten.¹⁰²

cc) Zwischenergebnis

Der Körperverletzungstatbestand ist bei ehelichen Vergewaltigungen erfüllt.

b) Konkurrenzverhältnis zu § 240 StGB

Fraglich war, ob die Körperverletzung im Falle der Vergewaltigung in der Ehe hinter § 240 StGB zurücktritt, ähnlich wie der § 223 StGB bei einer außereheliche Vergewaltigung von § 177 StGB verdrängt wird. Anders als eine Vergewaltigung geht eine Nötigung jedoch nicht regelmäßig mit einer Körperverletzung einher, sodass keine Konsumtion als typische Begleitart in Betracht kommt.¹⁰³ Ferner kann der Unrechtsgehalt einer Körperverletzung, in Gestalt des erzwungenen Beischlafs selbst, durch § 240 StGB nicht hinreichend erfasst werden, da bei beiden Delikten die Strafandrohung übereinstimmt.¹⁰⁴ Die Nötigung steht hier nicht so sehr im Vordergrund, als dass die Körperverletzung keine Rolle mehr spielen würde, so dass bei ehelichen Vergewaltigungen der § 223 StGB in Idealkonkurrenz zum § 240 StGB steht.¹⁰⁵

c) Zwischenfazit

Eheliche Vergewaltigungen konnten auch gem. § 223 StGB bestraft werden.

4. Beleidigung, § 185 StGB

Als eine weiterer möglicher Straftatbestand, um einen Ehemann wegen einer ehelichen Vergewaltigung zu verurteilen, kam die Beleidigung gem. § 185 StGB in Betracht.¹⁰⁶ Beleidigungsfähig sind alle lebenden natürlichen Personen.¹⁰⁷ Ein Verhalten stellt eine Beleidigung i.S.v. § 185 StGB dar, wenn es einen Angriff auf die Ehre eines anderen durch die Kundgabe von Geringschätzung, Nichtachtung oder Missachtung enthält.¹⁰⁸ Die Beleidigung ist, im Fall einer körperlichen Berührung auch in Form einer Tätlichkeit gem. § 185 Alt. 2 StGB möglich.¹⁰⁹ Dies liegt bei Vergewaltigungen stets vor. Die frühere Rechtsprechung wandte den § 185 StGB auf dem Gebiet der Sexualbeleidigung sehr extensiv an.¹¹⁰ Insbesondere erfasste der § 185 StGB als „kleines Sexualdelikt“¹¹¹ unsittliches Verhalten unterhalb der Schwelle der §§ 174 ff. StGB.¹¹² So wurde ein Gefügigmachen zum Beischlaf durch Täuschung und nicht wie in § 177 StGB gefordert durch Drohung ebenso darunter gefasst,¹¹³ wie ein Vergewaltigungsversuch, bei dem der Täter nach § 24 StGB zurückgetreten ist.¹¹⁴ Unter diesen Kriterien würde auch die

¹⁰² Vgl. *Fischer/Lehmann/Stoffl*, Gewalt gegen Frauen, 1977, S. 58, S. 66; *Helmken*, ZPR 1980, 171 (174).

¹⁰³ *Hanisch*, S. 76.

¹⁰⁴ *Sick*, S. 310, Fn. 314.

¹⁰⁵ *Hanisch*, S. 76.

¹⁰⁶ Vgl. *Krauß*, in: *Sozialwissenschaften im Strafrecht*, 1984, S. 65 (66).

¹⁰⁷ *Kindhäuser*, *Strafrecht BT I*, 8. Aufl. (2017), § 22 Rn. 7.

¹⁰⁸ BGHSt 1, 288 (289); *Mavany*, *Jura* 2010, 594 (595); *Joecks/Jäger*, *StGB*, 12. Aufl. (2018), § 185 Rn. 1.

¹⁰⁹ *Joecks/Jäger*, *StGB*, § 185 Rn. 19.

¹¹⁰ *Herdegen*, in: *LK-StGB*, § 185 Rn. 28 ff.; *Sick*, *JZ* 1991, 330 (330).

¹¹¹ *Arzt*, *JuS* 1982, 717 (725); *Kiehl*, *NJW* 1989, 3003 (3003).

¹¹² BGHSt 7, 129 (130 f.); 8, 357 (357 ff.); 11, 67 (67).

¹¹³ *RGSt* 73, 358 (360).

¹¹⁴ *BGH*, *StV* 1982, 14 (15).

eheliche Vergewaltigung stets eine Sexualbeleidigung darstellen.¹¹⁵ Die Gerichte rückten allerdings von dieser, von der Literatur lange als lückenfüllende Ausdehnung der rechtlichen Grenzen der Sexualdelikte kritisierten,¹¹⁶ Rechtsprechung ab.¹¹⁷ Eine Bestrafung wegen Beleidigung soll nach der neueren Rechtsprechung nur in Betracht kommen, wenn das Täterverhalten wegen besonderer Einzelfallumstände, über die sonst mit einem sexuellen Übergriff einhergehenden Beeinträchtigung hinaus, zusätzlich einen Angriff auf die Geschlechtsehre enthält,¹¹⁸ z.B. weil der Täter zusätzlich seine Einschätzung von der Minderwertigkeit des Opfers äußert.¹¹⁹ Bei der Vergewaltigung in der Ehe könnte man argumentieren, dass die Ehefrau nicht als mündige und gleichberechtigte Partnerin geachtet und wie Eigentum behandelt werde.¹²⁰ Dies würde aber dazu führen, dass nur die eheliche, aber nicht die außereheliche Vergewaltigung von § 185 StGB erfasst wäre, obwohl der Täter auch außereheliche Opfer als gleichberechtigt anzusehen hat.¹²¹ Eine eheliche Vergewaltigung erfüllt daher nicht per se, ohne das Hinzutreten besonderer Umstände, den Tatbestand von § 185 StGB.

5. Fazit

Nach dieser ausführlichen Darstellung der Möglichkeiten der Bestrafung einer ehelichen Vergewaltigung lässt sich sagen, dass der Trauschein nicht als Freibrief zur Straffreiheit eines solchen Verhalten geführt hat. Es war möglich den Ehemann nach § 240 StGB und § 223 StGB wegen Nötigung und Körperverletzung zu bestrafen, wobei den Strafrichtern insbesondere beim Strafmaß und der Rechtswidrigkeit gewisse Spielräume blieben. Allerdings wurde die Vergewaltigung von Ehefrauen nicht beim Namen genannt und nach § 177 StGB bestraft, zudem wurde ein Verbrechen in ein Vergehen umgemünzt.¹²² Zu der Frage, ob dieser strafrechtliche Schutz ausreichend war, siehe III. 2.

III. Diskussion zur Strafbarkeit der ehelichen Vergewaltigung

Fraglich ist, ob es eine hinreichende Begründung für den Ausschluss der ehelichen Vergewaltigung von § 177 StGB gab. Darüber wurde im Bundestag lange und emotional debattiert.¹²³ Exemplarisch drückte sich der CDU-Abgeordnete *Horst Eylmann* in einer Plenarsitzung des Bundestags vom April 1997 aus: „Manchmal denke ich daran, man sollte eine Geschichte der Änderung des § 177 des Strafgesetzbuches schreiben. Wenn ich einmal Zeit habe, möchte ich das tun. Es wird weithin eine Satire werden, es kann gar nicht anders sein. 27 Jahre Streit um einen Paragraphen im Strafgesetzbuch! (...) Warum hat das denn so lange gedauert?“¹²⁴

1. Verpflichtung zum Geschlechtsverkehr

Ein Argument, welches gegen die Strafbarkeit der ehelichen Vergewaltigung zumindest anfänglich aufgeführt wurde, bestand in der Auffassung, dass die Ehefrau aufgrund der Eheschließung eine generelle Zustimmung zum

¹¹⁵ *Hanisch*, S. 79.

¹¹⁶ *Ritze*, JZ 1980, 91 (92); *Schubarth*, JuS 1981, 726 (728); *Hillenkamp*, JR 1987, 126 (126).

¹¹⁷ *BGH*, NStZ 1986, 453 (454); 1987, 21 (21); 1988, 69 (69); StV 1989, 341 (342).

¹¹⁸ *BGH*, NStZ 1987, 21 (21); 1988, 69 (69); StV 1989, 341 (342).

¹¹⁹ Vgl. *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, StGB, 22. Aufl. (1985), § 185 Rn. 4; *Hanisch*, S. 80.

¹²⁰ *Hanisch*, S. 80.

¹²¹ *Hanisch*, S. 80.

¹²² *Gerste*, Die Zeit, Nr. 21/1997.

¹²³ Vgl. *Lenckner*, NJW 1997, 2801 (2801).

¹²⁴ *Eylmann*, Plenarprotokoll 13/172 Deutscher Bundestag 172. Sitzung am 24.4.1997, S. 15503.

Geschlechtsverkehr gegeben habe.¹²⁵

Nach § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB sind die Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet.¹²⁶ Diese Verpflichtung beinhaltet nach dem *BGH* 1966 auch eine Rechtspflicht zum Geschlechtsverkehr.¹²⁷ Darüber hinaus sei erforderlich, dass die Gattin beim Geschlechtsakt innerlich beteiligt sei, ohne Gleichgültigkeit oder Widerwillen zur Schau zu tragen.¹²⁸ Eine uneingeschränkte Pflicht zur Geschlechtsgemeinschaft nahm auch ein Großteil der Lehre an.¹²⁹ Wegen dieser Pflicht fehle es am im Tatbestand der Vergewaltigung liegenden Unrecht der Zweckverfolgung, weshalb eine Vergewaltigung in der Ehe rechtsdogmatisch nicht möglich sei.¹³⁰ Diese Ansicht gilt nun als überholt.¹³¹ Angenommen wird, dass es keine Rechtspflicht zum Geschlechtsverkehr gibt,¹³² oder sie nur eingeschränkt besteht.¹³³ Dies wurde auch schon früher in der Literatur vertreten,¹³⁴ ab 1977 vor allem mit dem Verweis auf das 1. EheRG, das eine Abkehr vom Verschuldensprinzip im Scheidungsverfahren bedeutete.¹³⁵ Selbst wenn man eine Pflicht zum ehelichen Verkehr annimmt, kann diese nicht pausenlos, schrankenlos und rund um die Uhr bestehen,¹³⁶ sodass dennoch eine Vergewaltigung möglich bleibt. Schon 1968 wurde zudem geäußert, dass dieses Argument mit der modernen Stellung der Frau nicht zu vereinbaren sei.¹³⁷ Eine Pflicht zur Durchführung des Geschlechtsverkehrs entspräche auch keinem gleichgestellten partnerschaftlichen Verständnis der Ehe,¹³⁸ die eine „Verbindung von Herzen und Willen“¹³⁹ darstellen soll. Die allgemeine Ablehnung dieser Argumentation führte dazu, dass sie von den Reformgegnern bei der Bundestagsdebatte zur Strafbarkeit der ehelichen Vergewaltigung vom 1.12.1983 an nicht mehr vorgetragen wurde,¹⁴⁰ was auch mit dem verstärkten Schutz der sexuellen Selbstbestimmung¹⁴¹ durch die Reform des Sexualstrafrechts vom 4. StrRG von 1973 zusammenhängt.

2. Bisheriger Schutz ausreichend

Ein weiteres Argument gegen die Reform war, dass der strafrechtliche Schutz der Ehefrau vor einer Vergewaltigung durch die Straftatbestände der Nötigung gem. § 240 StGB und Körperverletzung gem. § 223 StGB ausreiche.¹⁴² Früh wurde der Lösungsweg über § 240 StGB als „juristischer Schleichweg“¹⁴³ bezeichnet. Die Nötigung sei unpassend, denn sie erfordert schwächere Nötigungsmittel als der § 177 StGB (s.o.).¹⁴⁴ Es bestünde zudem die Gefahr, dass eine Strafbarkeit wegen Nötigung über die Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB ausgeschlossen werde,¹⁴⁵ die auch als „Schwachstelle des Strafrechtsschutzes gegen eheliche Vergewaltigung“¹⁴⁶ galt. Ferner genüge das „Allerweltsdelikt“¹⁴⁷ der Nötigung nicht, um den Deliktsunwert der Vergewaltigung in der Ehe

¹²⁵ Vgl. *Helmken*, ZRP 1980, 171 (172).

¹²⁶ Vgl. *Roth*, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. (2019), § 1353 Rn. 18 ff.

¹²⁷ *BGH*, NJW 1967, 1078 (1079).

¹²⁸ *BGH*, NJW 1967, 1078 (1079).

¹²⁹ Vgl. *Diederichsen*, in: Palandt, 44. Aufl. (1985), § 1353 2b aa; *Lange*, in: Soergel/Siebert, BGB, 11. Aufl. (1981), § 1353 Rn. 3.

¹³⁰ *Krauß*, in: Sozialwissenschaften im Strafrecht, 1984, S. 65 (73).

¹³¹ *Wellenhofer*, § 9 Rn. 4.

¹³² *Jauernig*, BGB, 18. Aufl. (2021), § 1353 Rn. 4.

¹³³ *Schwab*, Familienrecht, 28. Aufl. (2020), § 21 Rn. 112.

¹³⁴ *Wolf*, NJW 1968, 1497 (1497).

¹³⁵ *Wacke*, FamRZ 1977, 505 (506); *Lüke*, AcP 178 (1978), 1 (6).

¹³⁶ *Wolf*, NJW 1968, 1497 (1497); *Limbach*, ZRP 1985, 289 (290); *Paetow*, S. 134.

¹³⁷ *Hanack*, Rn. 60.

¹³⁸ *de With*, Plenarprotokoll 10/40 Deutscher Bundestag 40. Sitzung am 1.12.1983, S. 2801 f.

¹³⁹ *Schwab*, Familienrecht, 3. Aufl. (1984), S. 60.

¹⁴⁰ *Hanisch*, S. 150.

¹⁴¹ Vgl. Überschrift des 13. Abschnitts des StGB; *Schroeder*, in: FS Welzel, 1974, S. 859 (876 f.).

¹⁴² *Lowack*, Plenarprotokoll 10/40, S. 2795; *Engelhard*, Plenarprotokoll 10/40, S. 2798

¹⁴³ *Hanack*, Rn. 62.

¹⁴⁴ *Paetow*, S. 141.

¹⁴⁵ *Helmken*, ZRP 1980, 171 (173).

¹⁴⁶ *Mitsch*, JA 1989, 484 (487).

¹⁴⁷ *Helmken*, S. 60.

adäquat auszudrücken.¹⁴⁸ Die Nötigung ist ein Delikt gegen die Willensfreiheit,¹⁴⁹ während bei der ehelichen Vergewaltigung das Unrecht in der Verletzung des Rechts auf sexuellen Selbstbestimmung liegt,¹⁵⁰ welches der Frau auch gegenüber ihrem Ehegatten zusteht.¹⁵¹ Eine Verurteilung wegen Nötigung zeigte den vergewaltigenden Ehemann daher nicht als Verletzender dieses Rechtsgutes an,¹⁵² und die Nötigung erhielt eine zweckfremde Erweiterung.¹⁵³

Ein weiteres Problem waren die unterschiedlichen Strafraumen. Die Nötigung wurde mit einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis 5 Jahren nur bestraft, wenn es sich um einen besonders schweren Fall handelt, was bei Vergewaltigungen in der Ehe regelmäßig der Fall war.¹⁵⁴ Derselbe Strafraumen wurde bei Vergewaltigungen gem. § 177 Abs. 2 StGB nur angewandt, wenn es sich um einen minder schweren Fall handelte. Dies stempelte eheliche Vergewaltigungen von vornherein als minder schwere Fälle ab,¹⁵⁵ obwohl der Täter hier eine Person angreift, der er zu erhöhten Rücksichtnahme verpflichtet ist, was ein größeres Unrecht darstellt als der Angriff auf einen Fremden.¹⁵⁶ Auch die Traumaforschung spricht für eine Strafschärfung, da Sexualdelikte im sozialen Nahraum beim Opfer größere Schäden hinterlassen.¹⁵⁷ Außerdem sei den meisten Frauen, laut einer Stichprobe 93%,¹⁵⁸ damals unbekannt gewesen, dass eine eheliche Vergewaltigung bestraft werden konnte,¹⁵⁹ zumal im öffentlichen Diskurs diesbezüglich regelmäßig von einer Straflosigkeit gesprochen wurde.¹⁶⁰ Die Nötigung reichte daher sowohl qualitativ vom Unrechtsgehalt als auch quantitativ bezüglich des Strafraumens nicht als strafrechtlicher Schutz gegen die eheliche Vergewaltigung aus.¹⁶¹ Auch der Körperverletzungstatbestand konnte das geschützte Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung nicht hinlänglich erfassen.¹⁶² Der § 223 StGB wurde, entgegen der oben vertretenen Auffassung, von den Gerichten lediglich neben dem § 177 StGB angewandt, soweit eine körperliche Misshandlung über den abgenötigten Geschlechtsverkehr hinaus angenommen werden konnte.¹⁶³ Selbst im Falle einer Anwendung des § 223 StGB läge der Vergewaltigungsvorgang wohl nur im unteren Bereich der Erheblichkeit des Tatbestands, sodass nur eine geringe Geldstrafe ausgesprochen werden würde.¹⁶⁴

Als eine weitere schutzbietende Alternative wurde in der Diskussion auch die Möglichkeit der Scheidung der Frau von ihrem Ehemann aufgeführt.¹⁶⁵ Diese stellte in vielen Ehen jedoch keine realistische Option dar,¹⁶⁶ auch wegen der damals häufigen Abhängigkeit der Frauen von ihren Ehemännern.¹⁶⁷ Zudem würde es hier an einer abschreckenden generalpräventiven Wirkung fehlen.¹⁶⁸ Ferner wäre die Ehefrau während des Scheidungsprozesses nicht mehr geschützt,¹⁶⁹ obwohl die höchste Anzeigequote bei sich in der Auflösung befindenden Ehen aufzufinden ist.¹⁷⁰ Außerdem steht auch dem Mann die Möglichkeit der Scheidung zu, wenn er das Sexualverhalten seiner Frau

¹⁴⁸ Helmken, ZRP 1980, 171 (173); Paetow, S. 142.

¹⁴⁹ Rengier, BT II, § 23 Rn. 1.

¹⁵⁰ Helmken, S. 50; Arzt/Weber, Strafrecht BT, LH 2, 1983, S. 148.

¹⁵¹ Teufert, S. 216; Laubenthal, Vorgänge 1984, 6. Heft, 8 (9).

¹⁵² Mitsch, JA 1989, 484 (487); Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 7. Aufl. (1988), S. 162.

¹⁵³ Fezer, JZ 1974, 599 (603).

¹⁵⁴ Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 22. Aufl. (1985), § 240 Rn. 38.

¹⁵⁵ Mitsch, JA 1989, 484 (488).

¹⁵⁶ Vgl. Konrad, Probleme der eheähnlichen Gemeinschaft im Strafrecht, 1986, S. 125.

¹⁵⁷ Lembke, in: Foljanty/Lembke, Feministische Rechtswissenschaften, 2012, S. 235 (240).

¹⁵⁸ Hanisch, S. 165.

¹⁵⁹ Hanisch, S. 165.

¹⁶⁰ Helmken, ZRP 1980, 171 (173); Hanisch, S. 165.

¹⁶¹ Sick, S. 303; Mitsch, JA 1989, 484 (487); Helmken, S. 60.

¹⁶² Paetow, S. 143.

¹⁶³ BGH, NJW 1962, 2163 (2163); NJW 1963, 1683 (1683).

¹⁶⁴ Hanisch, S. 164.

¹⁶⁵ Vgl. Paetow, S. 144.

¹⁶⁶ Helmken, ZRP 1980, 171 (173).

¹⁶⁷ Berghahn/Wersing, Gesicherte Existenz?, Gleichberechtigung und männliches Ernährermodell in Deutschland, 2013, S. 240 f.

¹⁶⁸ Hanack, Rn. 60; Helmken, S. 59.

¹⁶⁹ Helmken, ZRP 1980, 171 (173).

¹⁷⁰ Schünemann, GA 143 (1996), 307 (317).

als unzureichend empfunden.¹⁷¹ Der Frau nach einer Vergewaltigung die Scheidung naheulegen und nicht dem Mann davor, trägt nicht zu ihrem Schutz bei. Die Schutzmöglichkeiten der Ehefrau gegen Vergewaltigungen durch ihren Gatten waren daher im Ergebnis keinesfalls ausreichend.

3. Gefahr des Missbrauch und falscher Anzeigen

Gegen die Strafbarkeit der ehelichen Vergewaltigung wurde weiterhin aufgeführt, dass die Vorschrift bei falschen Anzeigen Erpressungsmöglichkeiten geben und ein hohes Missbrauchsrisiko bergen würde.¹⁷²

Der Verdacht falscher Anzeigen und der Hinweis auf die Missbrauchsgefahren, wurde und wird stets auch bei außerehelichen Vergewaltigungen vorgebracht. Es handelt sich um einem „nie vergessenem Stereotyp“¹⁷³. Den Betroffenen wird dabei regelmäßig unterstellt aus Motiven wie Hass, Eifersucht, Rache oder Geltungsdrang einvernehmlichen Verkehr als Vergewaltigung darzustellen.¹⁷⁴ Auch in polizeilichen Vernehmungen wurden Frauen häufig so behandelt, als sagten sie die Unwahrheit,¹⁷⁵ insbesondere wenn die vernehmenden Polizisten Männer sind.¹⁷⁶ Die Skepsis steigert sich zudem, wenn zwischen dem Täter und der Betroffenen eine enge Beziehung bestanden hat.¹⁷⁷ Dieses Opfermisstrauen kann zu einer sekundären Viktimisierung der Betroffenen führen, deren posttraumatische Bewältigungsprozesse durch solche Schuldzuschreibungen empfindlich gestört und verzögert werden.¹⁷⁸ Diese Angst vor Falschanzeigen stellte sich zudem schon früh als unbegründet heraus.¹⁷⁹ Laut einer europaweiten Studie zur Strafverfolgung von Vergewaltigungen vom Mai 2009 liegt die Quote von Falschbeschuldigungen in Deutschland tatsächlich nur bei 3%.¹⁸⁰ Dagegen werden 85, 7% der Fälle von sexueller Gewalt gar nicht erst zur Anzeige gebracht.¹⁸¹ Die Gefahr einer falschen Anschuldigungen wegen einer Vergewaltigung ausgesetzt zu sein, ist somit in der Praxis allgemein sehr klein. Dass das Missbrauchsrisiko bei ehelichen Vergewaltigungen dagegen um ein Vielfaches erhöht sein soll, scheint abwegig. Denn Frauen, die falsche Beschuldigungen wegen einer Vergewaltigung machen, lassen sich in drei klare Gruppen abgrenzen:¹⁸² Teenager, die ihre ungewollte Schwangerschaft erklären wollen, psychisch kranke Menschen, die bspw. am Münchhausen-Syndrom leiden und solche, die zuvor schon wegen Betrugs oder betrugsähnlichen Delikten straffällig wurden.¹⁸³ Die erste Gruppe umfasst allein altersbedingt keine Ehefrauen. Wenn die Anschuldigende zu einer der anderen zwei Gruppen gehört, ließe dies sich schnell aufklären. Ferner eignet sich auch jeder andere in der Ehe verwirklichte Straftatbestand zu einem solchen Missbrauch,¹⁸⁴ insbesondere auch der § 240 StGB. Warum die Missbrauchsgefahr gerade bei einer Verwirklichung des § 177 StGB höher sein soll, bleibt unklar. Es handelt sich um eine unbewiesene Behauptung in Form eines männlichen Vorurteils.¹⁸⁵ Tatsächlich ist das Missbrauchsrisiko zu klein, als dass

¹⁷¹ Paetow, S. 145.

¹⁷² Kohlhaas, DRiZ 1968, 263 (265); Otto, Grundkurs Strafrecht, Teil II, Die Einzelnen Delikte, 2. Aufl. (1984), S. 319; Lowack, Plenarprotokoll 10/40, S. 2796; Engelhard, Plenarprotokoll 10/40, S. 2800.

¹⁷³ Kaiser, Kriminologie, 1980, S. 433.

¹⁷⁴ Vgl. Berg, Das Sexualverbrechen, 1963, S. 85; Simon/Geerds, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht, 1969, S. 370; Schneider, Viktimologie: Wissenschaft vom Verbrechenopfer, 1975, S. 126; Teufert, S. 165 f.

¹⁷⁵ Baumann, Sexualität, Gewalt und psychische Folgen, 2. Aufl. (1996), S. 295; Fehrmann, in: Das Misstrauen gegen vergewaltigte Frauen, 1986, S. 57 (57 ff.).

¹⁷⁶ Brownmiller, Gegen unseren Willen: Vergewaltigung und Männerherrschaft, 1987, S. 297.

¹⁷⁷ Teufert, S. 167.

¹⁷⁸ Greuel, Polizeiliche Vernehmung vergewaltigter Frauen, 1993, S. 100.

¹⁷⁹ Helmken, ZRP 1985, 170 (175); Steinhilper, Definitions- und Entscheidungsprozesse bei sexuell motivierten Gewaltdelikten, 2. Aufl. (1998), S. 162; Harbeck, Probleme des Einheitstatbestandes sexueller Nötigung / Vergewaltigung, 2001, S. 36.

¹⁸⁰ Seith/Lovett/Kelly, Unterschiedliche Systeme, ähnliche Resultate? Strafverfolgung von Vergewaltigung in elf europäischen Ländern, Länderbericht Deutschland, 2009, S. 9.

¹⁸¹ Müller/Schrötte, Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland, 2004, S. 209.

¹⁸² Newman, The truth about false rape accusations, 2017, abrufbar unter: <https://qz.com/980766/> (zuletzt abgerufen am 7.5.2021).

¹⁸³ Newman, The truth about false rape accusations.

¹⁸⁴ de With, Plenarprotokoll, 10/40, S. 2802; Helmken, ZRP 1985, 170 (174).

¹⁸⁵ de With, Plenarprotokoll, 10/40, S. 2802.

es ein valides Argument gegen eine Reform des § 177 StGB dargestellt hat.

4. Beweisschwierigkeiten

Von den Reformgegnern wurde weiterhin aufgeführt, dass der Tatvorwurf einer ehelichen Vergewaltigung nur schwer zu beweisen sei.¹⁸⁶ Insbesondere der Nachweis der finalen Verknüpfung von Nötigung und Beischlaf im ehelichen Bereich, d.h. der dem Verkehr entgegenstehende Wille der Ehefrau, bereite erhebliche Schwierigkeiten.¹⁸⁷ Der Staatsanwalt müsste sich „unter das Ehebett legen“¹⁸⁸, um eine Vergewaltigung in der Ehe zu beweisen. Allerdings war die eheliche Vergewaltigung bereits gem. § 240 StGB strafbar, sodass die Beweisproblematik auch schon an dieser Stelle bestand.¹⁸⁹ Zudem scheint unklar, weshalb die Beweisschwierigkeiten bei ehelichen Vergewaltigungen größer sein sollten als bei unehelichen, denn in beiden Fällen sind i.d.R. keine Zeugen anwesend.¹⁹⁰ Es ist davon auszugehen, dass Ehefrauen weitgehend trotz eines entgegenstehenden Willens und dessen deutlicher Aussprache den Geschlechtsverkehr eher dulden als Frauen bei einem unehelichen Verhältnis.¹⁹¹ Eine Anzeige wegen Vergewaltigung kommt in der Ehe daher üblicherweise nur nach der Überwindung diverser Hemmschwellen in Betracht, zum Beispiel wenn die Ehefrau tatsächliche Maßnahme zur Gegenwehr ergriffen und ihren entgegenstehenden Willen damit deutlich kundgetan hat.¹⁹² Die Aussage einer Ehegattin sei dementsprechend nicht weniger glaubwürdig, als die einer Betroffenen von einer außerehelichen Vergewaltigung.¹⁹³ Dem Einwand, dass der Staatsanwalt dann unter dem Ehebett liege, kann die Frage entgegengehalten werden, ob er sich denn bei außerehelichen Vergewaltigungen unter dem Bett befinde.¹⁹⁴ Die Beweislage stellt sich mithin nicht schwieriger dar als bei außerehelichen Vergewaltigungen. Letztendlich fußt auch dieses Argument auf einem grundlegenden Misstrauen gegenüber vergewaltigten Frauen, welches sich als unberechtigt erwiesen hat und als Überbleibsel des patriarchalischen Denkens abzulehnen ist.

5. Ehegefährdung

Ein weiteres Argument der Gegner einer Reform des § 177 StGB war, dass die Ehe und Familie durch diese erheblich gefährdet würden.¹⁹⁵ Der Staat müsste in den Intimbereich der Ehe und Familie eingreifen, was diese weder fördere noch schütze und daher möglichst zu vermeiden sei,¹⁹⁶ auch im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 GG,¹⁹⁷ der eine Institutsgarantie, einen Schutzauftrag und Abwehrrechte des Einzelnen für die Ehe und Familie enthält.¹⁹⁸ Dem wurde entgegengehalten, dass der Staat bei anderen weniger gravierenden Delikten, die im Ehebereich verwirklicht werden, wie dem Raub oder der Erpressung, keineswegs vor einem Eingriff in den Intimbereich der Ehe zurückschreckt.¹⁹⁹ Zwar berühren diese Delikte die Intimsphäre der Ehe nicht in derselben Weise, wie die Vergewaltigung, allerdings ist die Staatsanwaltschaft auch schon in der damals bestehenden Gesetzeslage verpflichtet

¹⁸⁶ Lowack, Plenarprotokoll 10/40, S. 2797; Engelhard, Plenarprotokoll 10/40, S. 2799.

¹⁸⁷ Otto, S. 319.

¹⁸⁸ Hanisch, S. 169.

¹⁸⁹ Vgl. Zwischenrufe Schily/Beck-Oberdorf, Plenarprotokoll 10/40, S. 2799.

¹⁹⁰ Paetow, S. 155.

¹⁹¹ Helmken, ZRP 1985, 170 (173).

¹⁹² Helmken, ZRP 1985, 170 (173).

¹⁹³ Helmken, ZRP 1985, 170 (173); Paetow, S. 156.

¹⁹⁴ Hanisch, S. 189.

¹⁹⁵ Kleinert, Plenarprotokoll 10/40, S. 2803.

¹⁹⁶ BT-Drs. 6/3521, S. 39; Kohlhaas, DRiZ 1968, 263 (265); Wahle, Zur Reform des Sexualstrafrechts, Ein zusammenfassender Bericht über den Stand der Diskussion, 1969, S. 18.

¹⁹⁷ Hanisch, S. 197.

¹⁹⁸ Vgl. Badura, in: Maunz/Dürig, GG, 93. Lieferung (2020), Art. 6 Rn. 1.

¹⁹⁹ Helmken, ZRP 1980, 171 (172).

gewesen, bei einer ehelichen Vergewaltigung wegen Nötigung zu ermitteln, weshalb die Eingriffsintensität im Falle einer Neuregelung des § 177 StGB nicht erhöht wäre.²⁰⁰ Weiterhin ist zweifelhaft, was an einer Ehe, in der vergewaltigt wird, überhaupt noch schützenswert ist, bzw. in wie vielen Fällen die Aufrechterhaltung der Ehegemeinschaft trotz einer Vergewaltigung immer noch die bessere Option war als deren Auflösung.²⁰¹ Eine Frau, die sich entschließt, ihren Gatten anzuzeigen, wird die Ehe zumeist ohnehin schon als beendet ansehen.²⁰²

Schließlich ist fraglich, ob durch die Pönalisierung der ehelichen Vergewaltigung und dessen Abschreckungseffekt nicht mehr Ehen bewahrt als gefährdet werden.²⁰³ Bleibt die Frau ungeschützt, so führen ständige sexuelle Misshandlungen i.d.R. zu schweren psychischen, in manchen Fällen auch zu physischen Krankheiten.²⁰⁴ Darüber hinaus werden auch oft die Kinder in die ehelichen Gewalttaten mit einbezogen.²⁰⁵ Aus der Schutzlosstellung der Ehefrau folgt daher eine höhere Belastung für die Ehe und Familie als aus der Bestrafung ehelicher Vergewaltigungen.²⁰⁶ Zuletzt ist noch aufzuführen, dass das Ehegefährdungsargument auch nicht auf Fälle anwendbar ist, in denen bereits die Scheidung eingereicht wurde oder die Gatten getrennt leben.²⁰⁷

Das Argument, dass durch eine Ausweitung des § 177 StGB das Institut der Ehe gefährdet werden würde, ist sehr kurz gedacht. Nicht die möglichen Anzeigen und Strafverfahren wegen der ehelichen Vergewaltigung würden die Ehe beschädigen. Die Ehe wurde in dem Moment gefährdet, als der Ehemann seine Frau vergewaltigt hat. Der gewaltsame Täter und nicht die sich dagegen wehrende Frau sollte daher sanktioniert werden. Es kann nicht verlangt werden, dass sie im Interesse der Ehe die Vergewaltigung hinnehmen muss.²⁰⁸

6. Fazit

Keines der Argumente gegen die Streichung des Merkmals der Außerehelichkeit aus dem Tatbestand des § 177 StGB vermochte zu überzeugen. Insbesondere im Hinblick auf die Menschenwürde der Ehefrau und dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) war diese Regelung auch verfassungsrechtlich bedenklich.²⁰⁹

IV. Gesetzesänderung und weitere Entwicklung bis heute

1997 war die Gesetzänderung des § 177 StGB schließlich rechtskräftig. Welche Wirkungen hat sie bis heute hervorgerufen?

1. Gesetzesänderung

Am 5. Juli 1997 trat die Neufassung des § 177 StGB in Kraft. Es handelte sich um einen Einheitstatbestand mit

²⁰⁰ Paetow, S. 166.

²⁰¹ Vgl. Helmken, ZRP 1980, 171 (172); Laubenthal, Vorgänge 1984, 6. Heft, 8 (9).

²⁰² Paetow, S. 169.

²⁰³ Helmken, ZRP 1980, 171 (172).

²⁰⁴ Fischer/Lehmann/Stoffl, S. 58, S. 66.

²⁰⁵ Vgl. Trube-Becker, Kriminalistik 1986, 329 (331).

²⁰⁶ Hanisch, S. 199 f.

²⁰⁷ Helmken, ZRP 1980, 171 (172).

²⁰⁸ Vgl. Paetow, S. 169.

²⁰⁹ Vgl. Laubenthal, Vorgänge 1984, 6. Heft, 8 (9).

dem Titel „Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung“, wobei die Vergewaltigung gem. § 177 Abs. 3 StGB ein Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall der sexuellen Nötigung darstellte.²¹⁰ Die Abschaffung des Ehegattenprivilegs und damit die Streichung des Wortes „außerehelich“ aus dem Tatbestand des § 177 StGB, war jedoch der zentrale Reformgegenstand des 33. StrÄndG.²¹¹ Zudem gab es in dem Gesetz keine Widerspruchsklausel der Ehefrau gegen die Strafverfolgung, wie sie zunächst noch im Gesetzesentwurf der CDU/CSU und FDP zu finden war,²¹² weil dadurch der Ehemann ein Druckmittel gegenüber seiner Frau hätte, um straflos davon zu kommen.²¹³ Im April 1998 wurde das Sexualstrafrecht durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts nochmals abgeändert, die wesentlichen Änderungen des 33. StrÄndG wurden aber beibehalten.²¹⁴ Die fraktionsübergreifende Mehrheit im Bundestag für das Gesetz war das Ergebnis einer drei Jahrzehnte langen gesellschaftlichen Mobilisierungsarbeit von Frauenrechtsaktivistinnen innerhalb und außerhalb des Parlaments.²¹⁵ Eine entscheidende Rolle spielte auch der CDU-Fraktionsvorsitzende *Wolfgang Schäuble*, der bei der Abstimmung den Fraktionszwang aufhob.²¹⁶

2. Wirkung der Gesetzesänderung

Nach der Reform gab es eine sichtbare Steigerung der Meldequote, die bei sexueller Nötigung und Vergewaltigung bis 1997 ca. bei 6.000 und 1998 schon bei ca. 8.000 Fällen lag.²¹⁷ Bei dem Wert blieb die Meldequote fast konstant bis 2016 bestehen.²¹⁸ Der Aufwärtstrend ging allerdings vor allem auf Anzeigen wegen sexueller Nötigungen zurück, im Bereich der Vergewaltigung hat Deutschland eine relativ niedrige Meldequote und im Vergleich zu anderen EU-Ländern war der Anstieg der Meldungen unterdurchschnittlich.²¹⁹ Zudem ist die Verurteilungsquote, die in den 1980er Jahren noch bei 20% lag, ab dem Jahr 2000 auf 13% gefallen.²²⁰

Allerdings sind statistische Daten, die sich explizit auf die Vergewaltigung in der Ehe beziehen kaum verfügbar.²²¹ Der 2. PSB von 2006 sagt, dass die Pönalisierung der ehelichen Vergewaltigung zu einer deutlichen Steigerung der Fallzahlen geführt habe, die unter § 177 StGB fallen.²²² Zudem habe das Inkrafttreten des Gewaltschutzgesetzes von 2002 in Kombination mit den, in vielen Ländern in diesem Zusammenhang unternommenen Bemühungen in Form von Schulungen und Sensibilisierung der Polizeibeamten, dazu geführt, dass vermehrt Sexualdelikte aus dem Ehe und Lebenspartnerschaftsbereich gemeldet wurden.²²³ Allerdings haben lediglich 8% der Betroffenen von sexueller Gewalt mindestens einmal die Polizei gerufen (1992 noch 6,7%), was dafür spricht, dass das Dunkelfeld sehr groß ist.²²⁴ Dagegen scheint die Anzeigequote gestiegen zu sein, da sich eine rückläufige Dunkelfeldentwicklung bei gleichzeitiger Steigerung der Opferzahlen im polizeilichen Hellfeld abzeichnet.²²⁵ Insbesondere, dass diese Zunahmen im Hellfeld sich auf sexuelle Gewalt im Nahfeld der Betroffenen beziehen, während diese im Dunkelfeld abnehmen,²²⁶ spricht dafür, dass die Einführung der Strafbarkeit der ehelichen Vergewaltigung

²¹⁰ *Lenckner*, NJW 1997, 2801 (2802).

²¹¹ *Müting*, S. 209.

²¹² BT-Drs. 13/2463, S. 3.

²¹³ Vgl. BT-Drs. 13/4543, S. 11 f.; BT-Drs. 13/7663, S. 4 f.

²¹⁴ *Vergewaltigung in der Ehe*, Wiss. Dienste des Bundestags, 2008, S. 5.

²¹⁵ *Lembke*, ZFRS 2014, 253 (258 f.).

²¹⁶ *Gerste*, Die Zeit, Nr. 21/1997.

²¹⁷ PKS 1998, S. 32.

²¹⁸ Vgl. PKS 2012, S. 133; PKS 2019, Bd. IV, S. 19.

²¹⁹ *Seith/Lovett/Kelly*, S. 9.

²²⁰ *Seith/Lovett/Kelly*, S. 10.

²²¹ *Vergewaltigung in der Ehe*, Wiss. Dienste des Bundestags, 2008, S. 8; *Dackweiler*, KJ 45 (2012), 70 (86): spricht diesbezüglich von einer „Friedhofsruhe“.

²²² 2. PSB 2006, S. 81.

²²³ 2. PSB 2006, S. 81 f.

²²⁴ 2. PSB 2006, S. 120.

²²⁵ 2. PSB 2006, S. 120.

²²⁶ 2. PSB 2006, S. 59 f.

gem. § 177 StGB zu einer größeren polizeilichen Wahrnehmung geführt hat.²²⁷ 2009 waren immerhin 7,9% der Tatverdächtigen in einer Ehe mit der Betroffenen, was auch für einen Anstieg spricht.²²⁸

Die neue gesetzgeberische Wertung hat die Rechtsprechung allerdings noch nicht gänzlich erreicht.²²⁹ Eine vorherige intime Beziehung gilt nach wie vor grundsätzlich als wesentlich strafmildernd,²³⁰ es sei denn, dass die Ehefrau (oder feste Freundin) ihren Trennungswillen äußerte, der Täter deshalb mit einer Bestrafungsabsicht handelte und sich nicht mit der Trennung abfinden wollte.²³¹ Der *BGH* machte deshalb sogar noch Jahre nach der Gesetzesänderung deutlich darauf aufmerksam, dass § 177 Abs. 2 StGB (die Vergewaltigung) nun auch im Bereich der Ehe anwendbar ist.²³² Die Rechtsprechung geht bei einer ehelichen Vergewaltigung somit, trotz entgegenstehenden wissenschaftlichen Aussagen,²³³ regelmäßig nur von einem minder schweren Fall der sexuellen Nötigung aus.

3. Praktische Relevanz bis heute

Fraglich ist, welche Relevanz die Vergewaltigung in der Ehe noch heute hat. In Deutschland verringert sich die Zahl der bestehenden Ehen seit den 1970er Jahren kontinuierlich, weil es mehr Ehelösungen als -schließungen gibt.²³⁴ Es kann also davon ausgegangen werden, dass Vergewaltigungen, die früher in der Ehe abgelaufen sind, sich nun vermehrt auf den Bereich der unehelichen Beziehungen und Partnerschaften verlagern.

Ein Vorgang, der einen öffentlichen Diskurs über sexuelle Gewalt auslöste und daher wichtig für die praktische Relevanz des Themas heute ist, war die #MeToo-Bewegung. Am 15.10.2017 forderte die Schauspielerinnen *Alyssa Milano* via Twitter Frauen dazu auf, in sozialen Netzwerken unter dem Hashtag #MeToo ihre Erfahrungen mit sexueller Gewalt zu teilen.²³⁵ Innerhalb der ersten 24 Stunden nach ihrem Tweet wurde der Hashtag #MeToo über eine halbe Million Mal auf Twitter und mehr als zwölf Millionen Mal auf Facebook verwendet.²³⁶ Die Bewegung führte zur Anregung von Reformen,²³⁷ entlarvte bestimmte Vergewaltigungsmythen, wie dass Vergewaltigungen in der Regel von Fremden begangen werden und in Ehen kaum vorkommen, und erweiterte somit das Wissen der Gesellschaft über Formen sexueller Gewalt.²³⁸ Bewegungen wie diese, die über soziale Netzwerke große Aufmerksamkeit erhalten, haben somit dazu geführt, dass die Gesellschaft besser über Vergewaltigungen aufgeklärt ist und die Anzeigebereitschaft, insbesondere bei Taten im sozialen Nahfeld gestiegen ist.

Gegen diesen vermeintlichen Trend des Rückgangs sexueller Gewalt innerhalb von Ehen spricht der bundesweite Anstieg häuslicher Gewalt seit der Corona-Krise.²³⁹ Dies zeigen erhöhte Nachfragen bei der Hilfsorganisation für

²²⁷ Wiss. Dienste des Bundestags, Vergewaltigung in der Ehe, 2008, S. 9.

²²⁸ *Goedelt*, Vergewaltigung und sexuelle Nötigung: Untersuchung der Strafverfahrenswirklichkeit, 2009, S. 56.

²²⁹ *Lembke*, in: *Foljanty/Lembke*, Feministische Rechtswissenschaften, 2012, S. 235 (240).

²³⁰ *BGH*, StV 2000, 557 (558); NJW 2003, 2036 (2037); NStZ-RR 2010, 9 (10); *Reichenberg*, NStZ 2004, 128 (128).

²³¹ *BGH*, NStZ 2000, 254 (254); NStZ-RR 2007, 300 (300); NStZ-RR 2016, 203 (203).

²³² *BGH*, NStZ 2001, 248 (248).

²³³ *Hillenkamp*, StV 1986, 149 (154); *Reichenbach*, NStZ 2004, 128 (129); *Seifarth/Ludwig*, MschrKrim 2016, 237 (243).

²³⁴ BPB, Eheschließungen und Ehescheidungen, 2021, abrufbar unter: [https://www.bpb.de/nachschlagen/zahlen-und-fakten/soziale-situation-in-deutsch-land/61578/ehes#:~:text=Ursachen%20f%C3%BCr%20den%20R%C3%BCckgang%20sind,Ehen%20\(bei%20Ehepartner%20ledig\)\(zuletzt%20abgerufen%20am%2021.5.2021\)](https://www.bpb.de/nachschlagen/zahlen-und-fakten/soziale-situation-in-deutsch-land/61578/ehes#:~:text=Ursachen%20f%C3%BCr%20den%20R%C3%BCckgang%20sind,Ehen%20(bei%20Ehepartner%20ledig)(zuletzt%20abgerufen%20am%2021.5.2021)).

²³⁵ *Mafi-Gudarzi*, NJOZ 2018, 521 (521).

²³⁶ *Hänel*, Sex und Moral – passt das zusammen?, 2021, S. 29.

²³⁷ *Burnett*, Getrübte Freude, Zehn Jahre Istanbul-Konvention, 2021, abrufbar unter: <https://www.dw.com/de/getr%C3%BCbte-freude-zehn-jahre-istanbul-konvention/a-57475296> (zuletzt abgerufen am 21.5.2021).

²³⁸ *Hänel*, S. 38; S. 40.

²³⁹ Vgl. *Lutz*, Zahl der Opfer häuslicher Gewalt steigt um sechs Prozent, 2021, abrufbar unter: <https://amp.welt.de/po-litik/deutschland/article230983679/Zahl-der-Opfer-haeuslicher-Gewalt-steigt-um-sechs-Prozent.html> (zuletzt abgerufen am 21.5.2021).

Kriminalitätsoffern Weißer Ring,²⁴⁰ sowie Recherchen der „Welt am Sonntag“, bei Innen- und Landeskriminalämtern.²⁴¹ In Brandenburg bspw. stieg die Zahl der Opfer um 23%, wobei der Anstieg im Dunkelfeld wohl noch viel höher zu verzeichnen ist.²⁴² Das Problem verschärft sich dadurch, dass in Deutschland über 14.000 Frauenhausplätze fehlen und die Frauenhäuser, die geöffnet sind, wegen der Einhaltung der Hygiene-Regeln kaum noch Betroffene aufnehmen können.²⁴³

International ist als ein weiterer sehr aktueller Rückschritt der Austritt der Türkei aus der Istanbul-Konvention zu sehen, die die Vergewaltigung in der Ehe gem. Art. 46 lit. a als strafscharfendes Merkmal anerkannte.²⁴⁴ Auch Polen hat die Absicht geäußert aus dem Abkommen auszutreten, ebenso distanzieren sich Bulgarien, Ungarn und die Slowakei.²⁴⁵ Diese internationale Entwicklung ist sehr besorgniserregend und zeigt, dass die Vergewaltigung in der Ehe ein aktuelles relevantes Thema bleibt.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Die Vergewaltigung in der Ehe ist nun seit fast 25 Jahren vom § 177 StGB erfasst. Dass zuvor ein anderer Zustand geherrscht hat, ist für viele überraschend und kaum vorstellbar. Die Einführung war lange überfällig, der strafrechtliche Schutz der Ehefrau zuvor hat keinesfalls genügt. Die Argumente, die die Reformgegner hervorgebracht haben, sind entweder Relikte aus einem veralteten patriarchischen Weltbild oder bloße Behauptungen von Vergewaltigungsmythen, deren Gegenteil mittlerweile bewiesen ist.

Seit der Strafbarkeit der ehelichen Vergewaltigung gem. § 177 StGB ist die Anzeigebereitschaft betroffener Frauen gestiegen.²⁴⁶ Doch dies allein genügt nicht, um sexuelle Gewalt innerhalb von Ehen zu unterbinden. Strafverfolgungsorgane müssen nach wie vor auf den aktuellen kriminologischen Erkenntnisstand gebracht werden,²⁴⁷ damit Betroffene von Vergewaltigungen durch die Polizeibefragungen nicht ein weiteres Mal traumatisiert werden. Es fehlt nach wie vor an Einrichtungen, um Frauen vor Gewalt ihrer Ehemänner zu schützen, denn aufgrund hoher Nachfrage erhalten viele keinen Platz in einem Frauenhaus. International hinterfragen konservative Regierungen gar schon wieder das Unrecht einer ehelichen Vergewaltigung und entwickeln sich rückläufig. Hinsichtlich sexueller Gewalt gegenüber Ehefrauen hat in den modernen Gesellschaften ein Einstellungswandel stattgefunden, weshalb diese nicht mehr gebilligt, sondern als illegitim und schädlich eingestuft wird.²⁴⁸ Insofern stellte die Reform für den ehelichen Bereich einen Kulturbruch dar, der heutzutage zur Normalität gehört.²⁴⁹ Das große Dunkelfeld und somit das immer noch zurückhaltende Anzeigeverhalten beweisen jedoch, dass viele (Ehe-) Frauen sich dennoch nicht trauen über Misshandlungsgeschichten zu berichten. In der Öffentlichkeit werden nach wie vor Vergewaltigungsmythen reproduziert,²⁵⁰ die weit verbreitet sind und die Aufklärung von Straftaten erschweren.²⁵¹

²⁴⁰ Krogmann, Häusliche Gewalt, Die im Dunkeln sieht man nicht, 2020, abrufbar unter: <https://presse.weisser-ring.de/haeusliche-gewalt-in-der-corona-krise-die-im-dunkeln-sieht-man-nicht/> (zuletzt abgerufen am 21.5.2021).

²⁴¹ Lutz, Zahl der Opfer häuslicher Gewalt steigt um sechs Prozent, 2021.

²⁴² Lutz, Zahl der Opfer häuslicher Gewalt steigt um sechs Prozent, 2021.

²⁴³ Dürnberg, Häusliche Gewalt: Verschärfte Situation wegen der Corona-Krise, 2021, abrufbar unter: <https://www.ndr.de/fernsehen/sendungen/panorama3/Haesusliche-Gewalt-Verschaeerfte-Situation-wegen-der-Corona-Krise-,frauenhaus232.html> (zuletzt abgerufen am 21.5.2021).

²⁴⁴ Vgl. Senz, Türkei tritt aus Frauenschutz-Abkommen aus, 2021, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/aus-land/asien/tuerkei-istanbul-konvention-101.html> (zuletzt abgerufen am 21.5.2021).

²⁴⁵ Burnett, Getrübte Freude, Zehn Jahre Istanbul-Konvention, 2021.

²⁴⁶ Lamnek/Luedtke/Ottermann/Vogl, Tatort Familie: häusliche Gewalt im gesellschaftlichen Kontext, 3. Aufl. (2012), S. 189.

²⁴⁷ Vgl. Lembke, ZFRS 2014, 253 (278).

²⁴⁸ Wiss. Dienste des Bundestags, Vergewaltigung in der Ehe, 2008, S. 12; Mütting, S. 209.

²⁴⁹ Lembke, ZFRS 2014, 253 (261).

²⁵⁰ Vgl. Dörr, Sexualisierte Gewalt – Der Mythos der falschen Beschuldigung, 2018, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/kultur/sexualisierte-gewalt-der-mythos-der-falschen-beschuldigung-1.4166540-0#seite-2> (zuletzt abgerufen am 30.4.2021).

²⁵¹ Brosi, Untersuchung zur Akzeptanz von Vergewaltigungsmythen in verschiedenen Bevölkerungsgruppen, 2009, S. 34.

Es ist daher erforderlich, die Hilfsangebote für Betroffene zu erweitern und gesamtgesellschaftliche Kampagnen zur Aufklärung über sexuelle Gewalt in Nah- (und Ehe-) Verhältnissen zu starten. Auch wäre es angebracht mehr Statistiken zur Vergewaltigung in der Ehe zu erheben, anstatt diese unter dem Begriff der Häuslichen Gewalt mitzuführen.²⁵²

Heutzutage lachen CDU und CSU-Abgeordnete nicht mehr, wenn es um Vergewaltigungen in der Ehe geht. Noch besser wäre es jedoch, wenn sie Maßnahmen ergreifen würden, um einen größeren Schutz vor sexuellen Übergriffen in häuslicher Nähe zu gewährleisten.

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

²⁵² Dackweiler, KJ 2012, 70 (86).

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Lukas Volkmann

„Zur Geschichte der Strafbarkeit männlicher Homosexualität gem. § 175 StGB a.F.“

Friedrich-Schiller-Universität Jena

Juristische Fakultät

Seminar: „Sexualstrafrecht – dogmatische und kriminalpolitische Fragen“

Sommersemester 2021

Abgabedatum: 11.5.2021

bei

Prof. Dr. Edward Schramm

Inhaltsverzeichnis

I. Einführung	45
II. Die Begründung des § 175	46
1. <i>Begriffsdefinition</i>	46
2. <i>Vorgeschichte des § 175</i>	46
3. <i>Strafbare Handlung</i>	47
a) <i>§ 175 in seiner Ursprungsfassung von 1871</i>	47
b) <i>§§ 175, 175a nach 1935</i>	48
c) <i>§ 175 nach 1969</i>	49
4. <i>Straflosigkeit der weiblichen Homosexualität</i>	50
5. <i>Schutzgut des § 175</i>	51
a) <i>Sittlichkeit</i>	52
b) <i>Jugendschutz</i>	53
c) <i>Sonstige Begründungsansätze</i>	54
6. <i>Zwischenfazit</i>	54
III. Die Abschaffung des § 175	55
1. <i>Gegenstimmen zur und nach Einführung des § 175</i>	55
2. <i>Reformbestrebungen zu Beginn des 20. Jahrhunderts</i>	56
3. <i>Entwicklung in der BRD</i>	57
4. <i>Entwicklung in der DDR</i>	58
5. <i>Wiedervereinigung und Abschaffung des § 175</i>	59
IV. Folgen und Nachwirkungen	59

I. Einführung

Das Leben queerer¹ Personen wird stark beeinflusst durch ihre geschlechtliche bzw. sexuelle Identität, ihre Gefühle, ihre Selbst-wahrnehmung. Prägend sind vor allem aber auch die Reaktionen ihrer Umwelt. Vielfach leben sie in Angst, als Abnormalität, gar als Bedrohung wahrgenommen zu werden. Beschimpfungen als „schwul“ oder „Homo“ sind nicht selten, gerade unter Jugendlichen.² Regelmäßig machen homo- oder transphobe Angriffe die Schlagzeilen.³

Das Ganze nimmt eine deutlich unheimlichere Dimension an, wenn man sich vergegenwärtigt, dass der eigene Staat vor nicht allzu langer Zeit selbst zu diesem Hass beigetragen hat. Der gleiche Staat, der Handlungsfreiheit⁴ und Gleichheit⁵ propagiert, hat tausende⁶ schwule Männer nicht nur verpönt, sondern jahrelang diffamiert, verfolgt und eingesperrt. Der Paragraph 175 des Strafgesetzbuchs ist heutzutage nur noch ein Mahnmal für eine groteske Ungerechtigkeit des Bundesstaats. Vor 70 Jahren noch war er Realität und Identität⁷ für jeden schwulen Mann in Deutschland.

§ 175 StGB wurde im Jahre 1871 in das Reichsstrafgesetzbuch eingeführt. Neben sexuellen Handlungen zwischen Männern wurden auch sexuelle Handlungen mit Tieren unter Strafe gestellt – beides liebevoll mit den Worten „widernatürliche Unzucht“ umschrieben. Seitdem wurde die Vorschrift in der Zeit des Nationalsozialismus verschärft, in der entstehenden Bundesrepublik beibehalten und sogar vom Bundesverfassungsgericht für legitim erklärt⁸. Es hat bis 1969 gebraucht, einvernehmliche homosexuelle Handlungen für straffrei zu erklären, und die Überreste des § 175 StGB wurden erst 1994, nach der Wiedervereinigung, beseitigt.

In Anbetracht der heutzutage herrschenden Liberalisierung der Sexualität scheint es besonders verwunderlich, wie ein Straftatbestand, der einvernehmliche, sprich gefahrlose Handlungen unter Strafe stellte, so lange überleben konnte – insbesondere, da andere europäische Staaten wie Frankreich oder Italien schon deutliche Entkriminalisierungsfortschritte gezeigt hatten⁹.

Um diese Frage zu beantworten, sollen in dieser Arbeit sowohl die Begründung der Strafbarkeit sowie ihre Abschaffung beleuchtet werden. Der erste Teil beschäftigt sich daher mit der Entstehungsgeschichte des § 175 StGB, die dadurch strafbewehrten Handlungen und dem Normzweck. Im zweiten Teil werden die Bestrebungen zur Abschaffung der Norm und die dafür relevanten Argumente näher dargestellt. Ziel der Arbeit soll es sein, den Entwicklungsprozess der Norm aufzuzeigen und die Ansätze zur Begründung und Beibehaltung der Strafbarkeit auszuwerten und kritisch zu hinterfragen.

¹ *Queer* i.S.v. nicht cisgender und heterosexuell. Der Begriff wird trotz seiner Geschichte als Schimpfwort im US-amerikanischen Sprachraum zum Zwecke der *reclamation* mit einer positiven Konnotation weiterverwendet, vergleichbar mit dem Wort *schwul*.

² Siehe *Finger*, Homophobie und Strafrecht, 2015, S. 139 ff.

³ Vgl. z.B. *Queer.de*, „Erneut Angriff auf trans Frauen in Frankfurt“, abrufbar unter: https://www.queer.de/detail.php?article_id=38514 (zuletzt abgerufen am 11.5.2021); Das BMI hat für 2020 über 700 Straftaten aus transphober oder homophober Einstellung erfasst, über 100 davon Gewalttaten, siehe PMK 2020, abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2021/05/pmk-2020-hasskriminalitaet.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

⁴ Art. 2 Abs. 1 GG.

⁵ Art. 3 GG.

⁶ In den ersten 15 Jahren wurden in der BRD über 45.000 Personen verurteilt, *Bruns*, Betrifft Justiz 2012, 409; vgl. auch *Baumann*, Paragraph 175, 1968, S. 63 ff.

⁷ „175er“ war eine gängige Bezeichnung von schwulen Männern, siehe *Darnstädt*, Verschlussache Karlsruhe, 2. Aufl. (2019), S. 162.

⁸ BVerfGE 6, 389.

⁹ Vgl. *Fleischmann*, abrufbar unter: <https://de.euronews.com/2019/06/13/wann-wurde-homosexualitaet-in-den-laendern-europas-legalisiert> (zuletzt abgerufen am 11.5.2021).

II. Die Begründung des § 175 StGB

1. Begriffsdefinition

Homosexualität bedeutet im modernen Sprachgebrauch die sexuelle Zuneigung zum eigenen Geschlecht.¹⁰ Dagegen war im Kontext des § 175 StGB stets nur die Vornahme homosexueller Handlungen relevant, also solche, die auf die Erregung oder Befriedigung des Geschlechtstrieb abzielten¹¹; nie dagegen die sexuelle Orientierung an sich.¹² Der einvernehmliche Akt zwischen Erwachsenen wird in der strafrechtlichen Diskussion als „einfache“ Homosexualität bezeichnet und wird deshalb hier auch so genannt.

Bei der Begutachtung der einschlägigen historischen Quellen fällt auf, dass ein recht einseitiges, sexualisiertes und trieborientiertes Bild von homosexuellen Männern entstanden ist. So spricht beispielsweise der Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962¹³ davon, dass es sich bei der „Neigung von Mann zu Mann [...] um einen Trieb [handele], dessen Beherrschung dem von ihm Betroffenen häufig unmöglich sei.“ *Tröndle* hat noch im Jahre 1992 homosexuelle Männer auf ihre angebliche Promiskuität (und ihre Zuneigung zu Kindern und Jugendlichen) reduziert.¹⁴ Die Realität stellt sich jedoch als deutlich vielfältiger dar: die klassischen Assoziationen zur verschiedengeschlechtlichen Liebe, insbesondere der Romantik und des Flirtens, sind auch bei der gleichgeschlechtlichen Liebe verankert. Es ist daher wichtig hervorzuheben, dass Homosexualität mehr als nur das Sexuelle ist.¹⁵

Daneben ist klarzustellen, dass Sexualität aus heutiger Sicht ein deutlich komplexeres, vielfältigeres und undurchsichtigeres Konstrukt ist, als man der Historie entnehmen würde. Bisexualität (sexuelle Anziehung zu zwei oder mehr Geschlechtern), Pansexualität (sexuelle Anziehung unabhängig vom Geschlecht), Asexualität (keinerlei sexuelle Anziehung) und viele weitere Identitäten sind heute definierbar und lassen sich in einer multikulturellen Gesellschaft finden. Dagegen schien früher selbst die Anziehung zu sowohl Frauen als auch Männern ein undenkbares Konzept zu sein.¹⁶

Da der § 175 StGB nur homosexuelle Handlungen unter Männern unter Strafe gestellt hat, wird in dieser Arbeit auch größtenteils nur die Homosexualität unter Männern betrachtet. Auf homosexuelle Frauen wird im Kontext der Gleichbehandlung noch eingegangen. Nicht-binäre Identitäten können aufgrund ihrer mangelnden historischen Relevanz hier nicht einbezogen werden.

2. Vorgeschichte des § 175 StGB,

Die Einführung des § 175 StGB war nicht die erste entscheidende Wende, nach welcher Homosexuelle plötzlich verachtet und verfolgt wurden. Es gab wohl kaum eine Zeit, in der sie nicht mit Ausgrenzung zu kämpfen hatten. Im antiken Griechenland war Homosexualität zwar in Form der Päderastie (Knabenliebe) durchaus verbreitet und sogar angesehen.¹⁷ Eine Beziehung unter Erwachsenen war dennoch eher verpönt und die Männer in der passiven

¹⁰ Vgl. *Kramer*, Über die Wandlungsfähigkeit des Grundgesetzes am Beispiel gleichgeschlechtlich orientierter Personen und Paare, 2017, S. 124.

¹¹ Vgl. z.B. den Begriff der unzüchtigen Handlung nach *BGH*, NJW 1952, 796.

¹² *Schäfer*, Widernatürliche Unzucht, 2006, S. 15.

¹³ BT-Drs. IV/650, S. 375.

¹⁴ Vgl. *Tröndle*, ZRP 1992, 297 (297 ff.).

¹⁵ *Finger*, S. 20; *Schmidt*, Sexualwissenschaft und Strafrecht 1987, 34 (35).

¹⁶ Das Wort „bisexuell“ wird zumindest von *Lemke* in einem medizinisch-orientierten Bericht zur Homosexualität aus dem Jahre 1940 erwähnt, aber abgelehnt. Er geht nicht von einer eigenen sexuellen Orientierung aus, sondern beschreibt, wie die „Triebstörung“ der Homosexualität vortritt, der „natürliche Trieb“ der Heterosexualität versiegt und dadurch eine Zuneigung zu zwei Geschlechtern entsteht, vgl. *Lemke*, Über Ursache und strafrechtliche Beurteilung der Homosexualität, 1940, S. 17.

¹⁷ *Schäfer*, S. 18 f.; *Finger*, S. 37 f.

Rolle im Geschlechtsverkehr wurden als unehrenhaft betrachtet.¹⁸ Ähnlich verhielt sich dies im antiken Rom, wo zwar der Verkehr mit Sklaven möglich war, außerhalb dessen aber eine ähnliche Verachtung herrschte.¹⁹ Mit dem Aufkommen des Christentums verschlechterte sich die Situation allerdings ungemein: So wurde insbesondere die Geschichte um Sodom und Gomorra, wonach Gott eine von Sünde befallene Stadt zerstörte, von Kaiser *Justinian* ausgedehnt, um Homosexuelle als Sünder und Übelsbringer darzustellen.²⁰ Diese „Sodom-Mythe“ prägte den Begriff der Sodomiten für Homosexuelle, bzw. Sodomie für Homosexualität²¹, gab Grundlage zur Verhängung von Folter- und Todesstrafen²² und prägte die Einstellung des Christentums²³.

Diese Einstellungen haben sich im Mittelalter nicht geändert – das Christentum hatte schließlich extremen Einfluss – und so wurde in der „*Constitutio Criminalis Carolina*“ von 1532 (im ersten Strafgesetzbuch für das gesamte Deutschland)²⁴ der gleichgeschlechtliche Verkehr (sowohl bei Männern als auch Frauen) mit dem Feuertod bestraft.²⁵ Gemäßigter war das „Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten“ von 1794, was Sodomie „nur“ mit Zuchthaus und Auspeitschen bestrafte.²⁶ Das Preußische Strafgesetzbuch von 1851, beeinflusst vom Code Napoleon, sah nur noch Gefängnisstrafe von 6 Monaten bis 4 Jahren vor.²⁷ In einigen süddeutschen Staaten wie Bayern wurde die Verfolgung sogar ganz aufgehoben.²⁸

Wegweisend war schließlich die Begründung des Norddeutschen Bundes (sowie des folgenden Deutschen Reiches), da hierbei ein einheitliches deutsches Strafgesetzbuch entwickelt werden sollte. Trotz kritischer Stimmen von Juristen²⁹ und Medizinern³⁰ entschied sich der Gesetzgeber dafür, eine nur leicht angepasste Version der Strafbarkeit nach dem Preußischen StGB einzuführen. Damit entstand der § 175 des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, der unverändert als § 175 des Reichsstrafgesetzbuchs vom 15. Mai 1871 (in Kraft ab 1.1.1872) weitergeführt wurde.

3. Strafbare Handlung

Da nicht Homosexualität an sich, sondern nur homosexuelle Handlungen unter Strafe gestellt wurden, bedarf es einer Definition der strafbaren Verhaltensweisen. Diese hat sich im Verlauf der Rechtsgeschichte des § 175 StGB jedoch mehrfach geändert und soll im Folgenden erläutert werden.

a) § 175 StGB in seiner Ursprungsfassung von 1871

In der Fassung aus 1871 stellte die „(widernatürliche) Unzucht“ den zentralen Begriff des § 175 StGB dar. Dieser ist kennzeichnend für die Sittlichkeitsdelikte der damaligen Zeit und lässt sich so z.B. auch bei der Bestrafung der Kuppelei (§§ 180, 181 StGB a.F.) oder der weiblichen Prostitution (§ 361 Nr. 6 StGB a.F.) finden; zudem wird in anderen Vorschriften auch der Begriff der „unzüchtigen Handlung“ verwendet (z.B. §§ 174, 176 StGB a.F.). Nach

¹⁸ Kramer, S. 125.

¹⁹ Kramer, S. 125.

²⁰ Schäfer, S. 20 f.; Kappe, KJ 1991, 205 (207); Gollner, Homosexualität, Ideologiekritik und Entmythologisierung einer Gesetzgebung, 1974, S. 129 ff.

²¹ Kramer, S. 127.

²² Schäfer, S. 20 f.

²³ Kramer, S. 126 f.

²⁴ Kappe, KJ 1991, 205 (208).

²⁵ Kramer, S. 128; Kappe, KJ 1991, 205 (208); Sommer, Die Strafbarkeit der Homosexualität von der Kaiserzeit bis zum Nationalsozialismus, 1998, S. 31.

²⁶ Kappe, KJ 1991, 205 (209); zur generelleren Strafmilderung seinerzeit vgl. Gollner, S. 155.

²⁷ Kappe, KJ 1991, 205 (209).

²⁸ Schäfer, S. 26 f.; Sommer, S. 32 f.

²⁹ Vgl. Aussage des Appellationsgerichtsrates von Stenglein, in: Kappe, KJ 1991, 205 (210).

³⁰ Vgl. Brüggemann, Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts in der Geschichte unseres StGB, 2013, S. 204 f.; Sommer, S. 38.

§ 175 StGB sollte die widernatürliche Unzucht sowohl zwischen Männern als auch zwischen Mensch und Tier bestraft werden; jeweils mit Gefängnis bis zu 5 Jahren (§ 16 StGB a.F.).

Problematisch war allerdings seit jeher die Auslegung.³¹ Der Begriff der Unzucht umfasste generell Handlungen gegen das „Eheprinzip“³² bzw. Handlungen, welche das Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung verletzen³³ und mit wollüstiger Absicht begangen wurden³⁴. Damit hätte potenziell jede homosexuelle Handlung erfasst werden können.

Da jedoch bei einvernehmlichen Handlungen kein Recht eines anderen verletzt wurde, sondern die Vorschrift nur im Interesse der öffentlichen Moralität³⁵ stand, wurde eine einschränkende Auslegung durch den Begriff der „Widernatürlichkeit“ präferiert. Somit sollte nur „eine solche Verbindung menschlicher Körper, welche die Befriedigung des Naturtriebs in anderer Weise als durch die Berührung des eigenen Geschlechtsteiles mit dem einer Person des anderen Geschlechtes sucht“³⁶ bestraft werden – mit anderen Worten wurde eine so genannte „beischlafähnliche“³⁷ Handlung gefordert³⁸, also eine Analogie zum heterosexuellen, ehelichen Geschlechtsverkehr. Allerdings könnte man praktisch für jeden heterosexuellen Akt ein homosexuelles Äquivalent finden³⁹; weitere Einschränkungen durch die Rechtsprechung waren daher notwendig.

Erforderlich war danach Berührung zwischen den Personen; die gleichzeitige Onanie war somit vom Tatbestand nicht umfasst.⁴⁰ Dagegen war keine Voraussetzung, dass es zum Samenerguss oder zum Eindringen des Geschlechtsteils kam.⁴¹ Ausreichend war jedoch Oralverkehr⁴²; auch das Reiben des Geschlechtsteils am Körper eines anderen Mannes war umfasst, nicht jedoch nur die wechselseitige Onanie.⁴³ Bezüglich der wollüstigen Absicht war notwendig, die Erregung oder Befriedigung des Geschlechtstriebes bei wenigstens einem Beteiligten zu erzielen; der Täter musste also nicht seine eigene Befriedigung beabsichtigen.⁴⁴

Insgesamt kam es jedoch nur in relativ wenigen Fällen zu Verurteilungen, da die Betroffenen häufig die Auslegungsmethoden kannten, sich absprachen und dadurch die Beweisführung ihrer Handlungen erschweren konnten.⁴⁵

b) §§ 175, 175a StGB nach 1935⁴⁶

Nach der Machtergreifung wurde, infolge der *Röhm*-Affäre⁴⁷, durch Gesetz vom 28. Juni 1935 das Wort „widernatürlich“ aus dem Tatbestand gestrichen. Mit dieser Neufassung sollte jede Art von gleichgeschlechtlichen sexuellen Handlungen umfasst werden, nicht nur das beischlafähnliche Handeln.⁴⁸ Nach diesem weiten Unzuchtsbegriff genügte also, „das allgemeine Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung zu verletzen“

³¹ Ausführlich dazu *Sommer*, S. 43 ff.

³² *Brüggemann*, S. 31.

³³ RGSt 11, 4 (5) zur Kuppelei § 180 RStGB; RGSt 22, 33 (34) zum § 176 Nr. 3 RStGB.

³⁴ Vgl. RGSt 28, 77.

³⁵ RGSt 2, 237 (238).

³⁶ RGSt 2, 237 (238).

³⁷ Früher beischlafähnliche Handlung genannt.

³⁸ *Pr. Obertribunal*, Oppenhoff 15, 363; RGSt 1, 395 (396 f.); RGSt 20, 225; RGSt 34, 245 (246).

³⁹ *Gollner*, S. 183.

⁴⁰ RGSt 20, 225.

⁴¹ RGSt 1, 395 (396); die Rechtsprechung verwendete den Begriff der „Päderastie“, was in diesem Kontext wohl Analverkehr bedeutet und nicht, wie ursprünglich, die „Knabenliebe“, vgl. dazu auch *Anonym/Krafft-Ebing*, ZStW 1892, 34 (37).

⁴² RGSt 34, 245 (247 f.).

⁴³ RGSt 6, 211 (212).

⁴⁴ RGSt 34, 245 (247 f.).

⁴⁵ *Grau*, Homosexualität in der NS-Zeit, 1993, S. 93.

⁴⁶ Nicht betrachtet werden kann in dieser Arbeit die äußerst harte, mit dem Tod drohende Behandlung von Homosexuellen in der SS und Polizei und in Konzentrationslagern; vgl. dazu *Grau* (Rn. 46), S. 242 f., 325 ff.

⁴⁷ ≙ u. a. die Ermordung des homosexuellen SA-Leiters *Röhms* durch das Regime *Hitlers*, siehe *Sommer*, S. 316 ff.

⁴⁸ *RG*, Urt. v. 31.5.1936 – 5 D 274/37 (Rn. 247); *Grau* (Rn. 45), S. 93.

und den Körper des anderen in wollüstiger Absicht zu nutzen.⁴⁹ Mit anderen Worten konnten nun eine Vielzahl von homosexuellen Handlungen, wie das Anfassen des Geschlechtsteils des anderen⁵⁰ oder sogar nur die Selbstbefriedigung in Gegenwart des anderen⁵¹, bestraft werden. Dies diente einer ausgedehnteren Verfolgung von Homosexuellen⁵²; insbesondere Beweisschwierigkeiten vor Gericht sollten damit umgangen werden⁵³. Argument zur Ausdehnung war u.a. auch der Schutz der Volksgesundheit.⁵⁴

Für unter 21 Jahre alte Männer gab es im § 175 Abs. 2 StGB eine fakultative Strafbefreiungsregelung in besonders leichten Fällen. Daneben wurden zeitgleich auch die §§ 175a und 175b StGB im Jahre 1935 eingeführt. Während § 175b StGB nur eine Auslagerung der Unzucht mit Tieren in eine eigene Vorschrift bezweckte, sah § 175a StGB eine erheblich höhere Verbrechensstrafbarkeit (Zuchthaus bis zu 10 Jahre) für „qualifizierte“ Delikte (schwere Unzucht)⁵⁵ im Zusammenhang mit männlicher Homosexualität vor. Absatz 1 stellte die durch Nötigung erzwungene Unzucht unter Strafe, Absatz 2 schützte vor Missbrauch in Abhängigkeitsverhältnissen (z.B. im Arbeitsverhältnis), Absatz 3 stellte eine verstärkte Jugendschutznorm dar, mit einem Schutzalter von 21 Jahren, und Absatz 4 bestrafte die Prostitution unter Männern. Der Begriff der Unzucht glich dem aus § 175 StGB⁵⁶; zwischen den beiden Normen war allerdings Tateinheit möglich.⁵⁷

Die §§ 175 ff. StGB wurde in dieser Fassung durch die Besatzungsmächte und später auch in der BRD⁵⁸ übernommen. Trotz Versuchen, den Tatbestand des § 175 StGB aufgrund seiner nationalsozialistischen Herkunft wieder auf die Auslegung vor 1935 zu begrenzen⁵⁹, hielt die oberste Rechtsprechung nach wie vor an der weiten Auslegung fest⁶⁰. Die Kritik, dass der Tatbestand nationalsozialistisches Gedankengut enthielte und damit verfassungswidrig wäre, wurde stets abgewiesen.⁶¹ Dies wurde schließlich auch vom *BVerfG* bestätigt.⁶²

c) § 175 StGB nach 1969

Erst durch Gesetz vom 25. Juni 1969 wurden die §§ 175a, 175b StGB gestrichen und der Tatbestand des § 175 StGB beschränkt; es waren nur noch qualifizierte Fälle der Homosexualität i.S.d. § 175a Nr. 2 – 4 StGB a.F. strafbar. Geändert wurde, dass nach Abs. 1 Nr. 1 die Unzucht eines Mannes über 18 Jahre mit einem Mann unter 21 Jahren bestraft wurde (vorher einheitliche Grenze von 21 Jahren in § 175a Nr. 3 StGB). Diese Konstruktion hatte die seltsame Folge, dass zwei Jungen unter 18 Jahren, die zusammen waren, straffrei blieben, sich jedoch dann strafbar machten, sobald sie jeweils 18 Jahre alt wurden, und erst wieder straffrei wurden, sobald sie beide 21 Jahre alt waren.⁶³ Diese nicht nachvollziehbare Konsequenz wurde hingenommen. Das *BVerfG* ging dieser Problematik aus dem Weg, indem es nur eine Schutzaltersgrenze von 18 Jahren überprüft hatte.⁶⁴

Mit Gesetz vom November 1973 wurde, im Zuge der Strafrechtsreform, der Begriff der Unzucht durch den der sexuellen Handlungen ersetzt. Zudem wurde die Schutzaltersgrenze auf 18 Jahre gesenkt, sodass sich die paradoxe

⁴⁹ RGSt 70, 224 (225).

⁵⁰ RGSt 70, 224 (225).

⁵¹ *Grau* (Rn. 45), S. 93; RGSt 74, 77 (78 f.), wobei danach die nur an sich selbst vorgenommene Onanie nicht ausreichend sei, hinzukommen müsse noch ein gewisses „besonderes, abhebendes“ Moment der Situation.

⁵² RGSt 70, 224; *Baumann*, S. 49.

⁵³ *Kramer*, S. 134 m.w.N.

⁵⁴ RGSt 70, 224; vgl. auch *Grau* (Rn. 45), S. 29.

⁵⁵ *Schönke*, StGB, 4. Aufl. (1949), § 175a.

⁵⁶ RGSt 74, 77; *Jagus*, MDR 1949, 83.

⁵⁷ *BGH*, Urt. v. 14.6.1951 – 4 StR 297/51; vgl. *OLG Tübingen*, MDR 1949, 186; a.A. *OLG Frankfurt a.M.*, MDR 1949, 186 f.

⁵⁸ Zur Entwicklung in der DDR weiter unten in III, 4.

⁵⁹ *Kohlrausch*, Deutsches Strafgesetz mit Nebengesetzen, 1947, S. 83; *Labin*, MDR 1948, 59 (60 ff.); vgl. auch *Lange*, JZ 1951, 561 (562).

⁶⁰ BGHSt 1, 80, Rn. 3 (juris); 1, 293, Rn. 5 (juris).

⁶¹ BGHSt 1, 80, Rn. 2 (juris); *OGH Köln*, MDR 1949, 180 (181) für § 175a StGB; vgl. *OLG Braunschweig*, NJW 1953, 1929.

⁶² BVerfGE 6, 398, Rn. 111 ff.

⁶³ Vgl. *Brüggemann*, S. 226.

⁶⁴ BVerfGE 36, 41, Rn. 10, 14 (juris).

Konstruktion erledigt hatte. Die beiden qualifizierten Fälle der Unzucht im Abhängigkeitsverhältnis und der Prostitution wurden ebenso gestrichen, sodass die Vorschrift praktisch nur noch dem Jugendschutz dienen sollte. Schließlich wurde durch Gesetz vom 31. Mai 1994 mit der Einführung einer einheitlichen Jugendschutzvorschrift in § 182 StGB der Inhalt des § 175 StGB obsolet und damit endgültig beseitigt.

4. Straflosigkeit der weiblichen Homosexualität

Auffällig ist, dass von Beginn an stets nur die Homosexualität unter Männern, nicht aber unter Frauen strafbar war. Dies ist kein Einzelfall der deutschen Strafrechtsgeschichte – selbst heutzutage stellen viele Länder, die Homosexualität überhaupt noch verfolgen, diese nur zwischen Männern unter Strafe (z.B. Syrien, Kenia, Singapur)⁶⁵. Die Begründung dafür ist jedoch schwierig, würde die weibliche Homosexualität doch ebenso eine „unzüchtige“ bzw. „unnatürliche“ Art darstellen.

Ein Begründungsversuch lässt sich im Beitrag von einem*anonymen Autor*in aus dem Jahre 1892 finden⁶⁶. So könnten Unzüchtigkeiten zwischen Frauen bloß onanistischer Art sein. Das fehlende penetrative Element, welches klassischerweise den heterosexuellen Geschlechtsverkehr ausmache, wäre demnach nicht vorhanden; anders bei Männern und Analverkehr. Somit fehle ein Analogon zum „natürlichen“ Beischlaf.⁶⁷

Das allein hätte jedoch die Konsequenz, dass bei einer Ausweitung der Strafbarkeit auf onanistische Handlungen konsequent auch solche zwischen Frauen bestraft werden müssten – dies ist jedoch nicht geschehen, als der Tatbestand 1935 erweitert wurde. Stattdessen sei die geringe Rolle der Frau im öffentlichen Leben Grund für den Strafausschluss gewesen.⁶⁸ Die sexistische Komponente der Begründung ist so offensichtlich wie nicht überzeugend und konnte spätestens zu Zeiten des Grundgesetzes nicht mehr sachdienlich sein. Es musste daher eine andere Begründung herangezogen werden.

Die Spannungen mit dem Gleichheitsgrundsatz in Art. 3 GG durch die Fortwirkung des § 175 StGB wurden schnell offensichtlich.⁶⁹ Der *BGH* hat recht früh bereits geurteilt, dass dies keine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes darstelle, weil der „naturegegebene Unterschied der Geschlechter“ eine unterschiedliche Bewertung in der Kriminalpolitik rechtfertigen könne.⁷⁰ Worin sich dieser Unterschied genau äußern würde, hat er offengelassen.

In seinem berüchtigten Urteil von 1957⁷¹ sah sich das *BVerfG* schließlich auch gezwungen, diese Frage zu beantworten. Zu diesem Zweck berief es eine Handvoll Sachverständiger zur Stellungnahme, insbesondere Mediziner, Psychologen und Soziologen.⁷² Die Antworten stellten im Regelfall eine Annahme der These dar, dass die Sexualität von Frauen anders zu bewerten sei als die von Männern: so erklärte *Giese*⁷³, dass die Sexualität von Frauen stark von einem „generativ-vegetativen Aspekt“ beeinflusst sei, also sehr auf den Prozess der Schwangerschaft und Geburt gerichtet sei. Bei Männern hingegen fehle dies und es läge ein „Antriebsüberschuss“ vor, was im Ergebnis zu einem stärkeren Hang zur Promiskuität führe. *Grassberger* führte aus, dass Frauen weniger sexuell aktiv seien, da sie aufgrund von Menstruation und Schwangerschaft immer wieder daran erinnert werden, dass

⁶⁵ Vgl. BT-Drs. 19/9077, S. 7 f. (Stand 2019).

⁶⁶ *Anonym/Krafft-Ebing*, ZStW 1892, 34 (38 f.); es handelte sich wahrscheinlich um einen männlichen Autor, da *Krafft-Ebing* im Nachwort andeutete, dass er aus Angst vor Bestrafung anonym blieb.

⁶⁷ Vgl. auch *Gollner*, S. 168.

⁶⁸ Zur Begründung der Neufassung des § 175 StGB in 1935, *Gollner*, S. 176.

⁶⁹ So z.B. *Schultz*, MDR 1950, 599 (600).

⁷⁰ *BGH*, NJW 1951, 810.

⁷¹ BVerfGE 6, 389.

⁷² BVerfGE 6, 389, Rn. 36 ff (juris).

⁷³ BVerfGE 6, 389, Rn. 55 f (juris).

„ihr Sexualeben auch mit Lasten verbunden sei“.⁷⁴ Die einzige befragte Frau, *Scheuner*, betonte ebenso die Promiskuität von Männern und beschrieb Mädchen als generell eher scheu und zurückhaltend, mit einem „natürliche[n] Gefühl für sexuelle Ordnung und Zielrichtung“, die sich altersmäßig früher heterosexuell betätigten.⁷⁵ Selbst unterstellt, dass diese Ansätze Bestätigung fänden (was bei der extremen Kategorisierung und der implizierten „richtenden“ Wirkung heterosexueller Handlungen alleine schon bedenklich erscheint): Fraglich bleibt, ob dies überhaupt eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte. Denn schließlich zielt Art. 3 Abs. 2 GG darauf ab, eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts alleine abzubauen. Das *BVerfG* hat dieses Problem dahingehend „umgangen“, dass eine Ungleichbehandlung im Hinblick auf biologische Unterschiede erlaubt sein kann, evtl. sogar notwendig sein muss.⁷⁶ Klassisches Beispiel sind die Mutterschutzbestimmungen (wobei auch diese heutzutage gegenüber trans Männern entsprechend angewendet werden und somit ein eindeutiger Unterschied auch nicht mehr ersichtlich ist). Diese Unterschiede müssten allerdings nach seiner eigenen Rechtsprechung den „Lebenssachverhalt so entscheidend präg[en], dass etwa vergleichbare Elemente daneben vollkommen zurücktreten.“⁷⁷ Es hat schließlich mit Berufung auf die vorhin genannten Argumente eine solche Prägung angenommen und damit die Ungleichbehandlung für gerechtfertigt erklärt. Dies erscheint jedoch selbst aus damaligem Blickwinkel höchst fraglich, insbesondere warum der Schutz der weiblichen Jugend selbst bei geringerer Intensität nicht dennoch gefördert werden sollte. Das Gericht schien sich eher zu bemühen, den § 175 StGB aufrechtzuerhalten, trotz deutlicher Zweifel.⁷⁸

Mit den Worten des obersten Organs der Rechtsprechung war somit die Ungleichbehandlung für die nächsten Jahre zementiert.⁷⁹ Erst mit der Einführung der gleichbehandelnden allgemeinen Jugendschutzvorschrift in 1994 (§ 182 StGB) wurde diese Problematik aufgelöst, wenngleich es auch dazu kritische Stimmen bezüglich der angestrebten Gleichbehandlung von Frauen und Männern gab.⁸⁰

Offensichtlich ist und war nicht Ziel der Diskussion, die Strafbarkeit von lesbischen Frauen herbeizuführen (was auch das *BVerfG* erkannt hat⁸¹), sondern die Absurdität der Vorschrift darzustellen. Die Verfolgung von homosexuellen Männern schien stets ein Dorn im Auge der Gesetzgeber gewesen zu sein, während homosexuelle Frauen oft nicht mal der Erwähnung wert waren – trotz der vergleichbaren „Widernatürlichkeit“.

5. Schutzgut des § 175 StGB

Das heutige Strafrecht ist von einem Rechtsgutgedanken geprägt: Strafen dienen dem Schutz von Rechtsgütern, demnach muss einem Straftatbestand ein geschütztes Rechtsgut zugeordnet werden können.⁸² Auch wenn diese Ansicht vergleichsweise modern ist, war bereits früher klar, dass ein Strafgesetz jedenfalls einen legitimen Zweck verfolgen muss. Gerade bei der Strafbarkeit der (einfachen) männlichen Homosexualität stellt sich dies aber als schwierige Situation dar. Die einvernehmlichen Handlungen zwischen zwei erwachsenen und einwilligungsfähigen Männern verletzen keine Individualrechtsgüter. Wie kann eine solche Strafbarkeit dann legitimiert werden?

⁷⁴ BVerfGE 6, 389, Rn. 68 (juris).

⁷⁵ BVerfGE 6, 389, Rn. 84 (juris).

⁷⁶ BVerfGE 6, 389, Rn. 140 (juris).

⁷⁷ BVerfGE 6, 389, Rn. 141 (juris).

⁷⁸ Vgl. dazu unten auch die problematische Begründung anhand des „Sittengesetzes“; *Darnstädt* schließt die Zurückhaltung des *BVerfG* auf eine Angst, die Politik zu verärgern und damit die Legitimation des Gerichts zu gefährden, *Darnstädt*, S. 175 ff.

⁷⁹ Vgl. *Bruns*, *Betrifft Justiz* 2012, 409 (410).

⁸⁰ Z.B. von *Tröndle*, *ZRP* 1992, 297 (299), der die Gleichstellung mit Bezug auf das Urteil des *BVerfG* immer noch abgelehnt hat.

⁸¹ BVerfGE 6, 389, Rn. 157 ff (juris).

⁸² Vgl. *Jäger*, in: *Bürgerrechtliche Argumente*, 2011, S. 94 (95), wonach nur sozialschädigende Handlungen bestraft werden sollen, nicht moralische Konformität erzwungen werden soll.

a) Sittlichkeit

Die Sittendelikte der ursprünglichen Konzeption des StGB, zu denen auch § 175 StGB gehörte, dienten dem Schutz der rechtlichen und sittlichen Ordnung des geschlechtlichen Lebens.⁸³ Die Strafbarkeit der Homosexualität entspringe weiterhin dem „gesundem Rechtsempfinden im Volke“ und habe sich aus langer Gewohnheit gebildet.⁸⁴ Die Begründung von Strafbarkeiten durch einer in der Bevölkerung einheitlichen Moralvorstellung (einem „Sittengesetz“) oder gar nur die Existenz eines solchen Sittengesetzes ist jedoch in sich selbst bereits ein Problem.⁸⁵

Die große Schwierigkeit ist einerseits festzustellen, was das Sittengesetz überhaupt enthalten soll, und andererseits, wie sich ein solches moralgeleitetes, ungeschriebenes System in einen Rechtsstaat einfügen soll. Der *BGH* hat in seinem Urteil zur Kuppelei ausgeführt: „Normen des Sittengesetzes dagegen gelten aus sich selbst heraus; ihre (starke) Verbindlichkeit beruht auf der vorgegebenen und hinzunehmenden Ordnung der Werte und der das menschliche Zusammenleben regierenden Sollenssätze [...] ihr Inhalt kann sich nicht deswegen ändern, weil die Anschauungen über das, was gilt, wechseln.“⁸⁶

Es scheint widersprüchlich, ein Rechtssystem an die Anschauungen der Gesellschaft auszurichten und es gleichzeitig an ursprüngliche Anschauungen zu binden. Worin besteht dann noch die Legitimation des Sittengesetzes, wenn dessen Inhalte nicht mehr unterstützt werden? Zudem ist äußerst problematisch, wie ein solch unbestimmtes Konzept sowohl zum einen Freiheitseingriffe durch das Strafrecht und zum anderen Eingriffe in die Intimsphäre, mit Blick auf die Delikte im Sexualstrafrecht, rechtfertigen soll.

Weiterhin hielt das *BVerfG* in seinem Urteil zur Strafbarkeit der Homosexualität fest, dass „gleichgeschlechtliche Betätigung [...] eindeutig gegen das Sittengesetz [verstößt]“.⁸⁷ Es sei aber bereits schwierig, den Inhalt eines solchen Sittengesetzes überhaupt festzustellen. Weder das sittliche Gefühl der Richter noch einzelner Volksteile seien maßgebend⁸⁸; starkes Indiz sei hingegen die durch die Lehren der zwei großen Kirchen verbreiteten Verurteilung der Unzucht⁸⁹, ebenso die Beibehaltung der Strafbarkeit im Verlaufe des letzten Jahrhunderts⁹⁰. Daher konnte es nicht feststellen, dass „jedes öffentliche Interesse an einer Aufrechterhaltung der Strafbestimmung fehle“⁹¹.

Das *BVerfG* ließ jedoch außer Acht, dass es immer wieder Versuche gab, die einfache Homosexualität straffrei zu stellen.⁹² Eine eindeutige gesellschaftliche Ansicht, dass Homosexualität strafwürdig sei, ist daher zu bezweifeln.⁹³ Auch dass eine Strafwürdigkeit indiziell durch die Anschauungen der Kirchen abgeleitet werden soll, ist mit Blick auf die Religionsfreiheit kritisch zu betrachten. Schließlich erscheint es äußerst fragwürdig, eine Strafbarkeit zu begründen, weil ein öffentliches Interesse bestehen *könnte*. Wegen des hohen Eingriffsgehalts des Strafrechts sollte sich im Zweifelsfall für Straflosigkeit entschieden werden.⁹⁴

⁸³ LK-StGB, 7. Aufl. (1951), Vor 13. Abschnitt.

⁸⁴ Vgl. *Sommer*, S. 220.

⁸⁵ Dazu ausführlich *Erbel*, Das Sittengesetz als Schranke der Grundrechte, 1971.

⁸⁶ BGHSt 6, 46, Rn. 10 (juris).

⁸⁷ BVerfGE 6, 389, Rn. 167 (juris).

⁸⁸ BVerfGE 6, 389, Rn. 167 (juris).

⁸⁹ BVerfGE 6, 389, Rn. 167 (juris).

⁹⁰ BVerfGE 6, 389, Rn. 168 ff. (juris).

⁹¹ BVerfGE 6, 389, Rn. 176 (juris).

⁹² Z.B. § 245 Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs, 1911, S. 238 ff; § 260 Österreichischer Gegenentwurf zu dem Allgemeinen Teil des Ersten Buches des Deutschen Strafgesetzentwurfes vom Jahre 1919, 1922, S. 31; § 296 Entwurf 1930, zitiert nach *Baumann*, S. 140.

⁹³ So hat z.B. *Hirschfeld* bereits zu Beginn des 19. Jahrhunderts eine recht liberale Einstellung gegenüber Homosexualität vertreten, siehe *Hirschfeld*, Die Homosexualität des Mannes und des Weibes, 1914.

⁹⁴ So auch *Jäger*, Bürgerrechtliche Argumente, 94 (98 f.), *Höfling*, JuS 2017, 617 (620).

Die Ideen eines „Moralstrafrechts“ wurden schließlich auch als überholt angesehen und mit den Strafrechtsreformen in den 70er-Jahren verworfen.⁹⁵ Stattdessen zeichnen sich die §§ 174 ff. StGB jetzt durch den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung aus, wie der Titel des Abschnitts auch signalisiert. Damit kann die einfache Homosexualität nicht mehr strafwürdig sein, da sie, wie oben erläutert, keine Rechtsgüter verletzt.

b) Jugendschutz

Dies beendete aber die diskriminierende Behandlung der Homosexualität im Strafrecht noch nicht. 1969 wurde § 175 StGB auf qualifizierte Fälle beschränkt, insbesondere in Bezug auf Jugendliche. Das Schutzzalter bei homosexuellen Handlungen lag zunächst bei 21 Jahren, später bei 18 Jahren, und damit deutlich höher als bei heterosexuellen Handlungen (14 Jahre, § 182 StGB a.F.). Die Norm bezweckte also den Jugendschutz, aber intensiver. Fraglich ist, was einen solch intensivierten Schutz begründen sollte.

Dass die Homosexualität die Jugend „verderben“ würde, war schon früh ein Argument für die Strafbarkeit.⁹⁶ Relevant wurde dieser Punkt noch einmal wesentlich später, als es um die Abschaffung des § 175 StGB ging. Ansatzpunkt war die Frage, ob homosexuelle Erfahrungen im jungen Alter Schädigungen hervorrufen können. Die Gesetzesbegründung zur Abschaffung der einfachen Homosexualität erklärte, dass frühe homosexuelle Erlebnisse die „seelische Entwicklung belasten, erhebliche Konflikte mit der Umwelt verursachen und die Begegnung mit dem anderen Geschlecht nachhaltig stören“ könnten.⁹⁷ Sie führte dies nicht weiter aus; die generelle Betrachtung der Heterosexualität als „normale“⁹⁸ Orientierung ist aber deutlich.

Deutlich wird die noch verankerte Homophobie (sowie gewisser Sexismus) in der Argumentation von *Tönnies*, welche Jungen als deutlich anfälliger für die Avancen älterer Männer hält als Mädchen⁹⁹: Homosexuelle Männer würden vor Jungen als eine Art Vaterfigur auftreten, die diesen ein Gefühl von Wahrnehmung und Beachtung geben. Mädchen hingegen sei ihre Ausstrahlung auf ältere Männer bewusst und sie könnten sich daher schon frühzeitig davor schützen. Weiterhin zieht sie Parallelen zur Antike und deren „Päderastie“, also der Knabenliebe, wonach der Päderast insbesondere von der Knabenhaftigkeit der Jungen angezogen gewesen sei.¹⁰⁰

Ersichtlich ist die Annahme, dass Homosexuelle dazu neigen würden, Jugendliche zu sexuellen Handlungen zu beeinflussen. Dies ist kein Zufall: Die Annahme, dass Homosexuelle andere, „normale“ Männer verführen würden, lässt sich schon in frühen Gesetzesentwürfen zum StGB finden.¹⁰¹ Auch das *BVerfGE* hat nicht davor gescheut, die Gefahr einer Verführung deutlich zu machen.¹⁰² *Bruns* führt dieses Stereotyp darauf zurück, dass homosexuelle Männer im Strafverfahren argumentiert haben, sie seien „verführt“ worden und demnach unverschuldet in ihrer Orientierung, um eine gemilderte Strafbarkeit zu erlangen.¹⁰³ Diese Prägungstheorien sind jedoch widerlegt und waren es auch schon zu Zeiten dieser Diskussion.¹⁰⁴ Eine Berufung darauf offenbart nur ein mangelndes Verständnis und fehlende Empathie gegenüber Homosexuellen sowie damit verbundene Homophobie.

⁹⁵ Vgl. *Jäger*, Bürgerrechtliche Argumente, 94 (96 f.).

⁹⁶ *Anderssen*, ZStW 1911, 490 (493 f.); *OLG Braunschweig*, NJW 1953, 1929 (1931).

⁹⁷ BT-Drs. V/4094, S. 31.

⁹⁸ Wortlaut der Begründung: „normal empfindende Menschen“, BT-Drs. V/4094, S. 31.

⁹⁹ *Tönnies*, ZRP 1992, 411.

¹⁰⁰ *Tönnies*, ZRP 1992, 411 (412).

¹⁰¹ Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, 1925, S. 135; vgl. auch *Jäger*, Bürgerrechtliche Argumente, 94 (96 f.).

¹⁰² BVerfGE 6, 389, Rn. 149 (juris).

¹⁰³ *Bruns*, ZRP 1993, 232; vgl. auch *Kappe*, KJ 1991, 205 (214).

¹⁰⁴ Vgl. *Steinmeister*, ZRP 1992, 87 (88); *Bruns*, ZRP 1993, 232.

Ebenso kritisch ist die Implikation, dass Homosexuelle pädophile Neigungen hätten. Nach *Frommel* lässt sich das vor allem auf Bemühungen einer Pädophilenbewegung zurückführen, die die Abschaffung des § 175 StGB mit der Intention der Abschaffung von Schutzaltersgrenzen unterstützt haben.¹⁰⁵ Die Assoziation existierte aber auch schon davor¹⁰⁶; nicht zuletzt wegen der antiken Päderastie¹⁰⁷. Dass der Gesetzgeber aber den Schutz Minderjähriger gegenüber homosexuellen Handlungen hervorgehoben hat, hat sicherlich nicht zur Ausräumung dieses Vorurteils geholfen. Dennoch ist es widerlegt – Homosexuelle sind statistisch nicht pädophiler veranlagt als Heterosexuelle.¹⁰⁸

c) Sonstige Begründungsansätze

Weitere (problematische) Ansätze, warum Homosexualität strafbar sein sollte, lassen sich beispielsweise in einem Urteil des *OLG Braunschweig* von 1953 finden.¹⁰⁹ Demnach sind Gefahren der Homosexualität u.a. „Verfälschung des öffentlichen Lebens“ (so auch das Reichsgericht 1936)¹¹⁰, die „Gefährdung der Volksgesundheit“ (ebenso das Reichsgericht 1936¹¹¹, aber auch später der *BGH*¹¹²) oder auch die „Sicherung [...] der Reinheit des Volkslebens in sittlicher Beziehung“¹¹³.

Die Parallelen zur Begründung der nationalsozialistischen Verfolgung von Homosexualität sind ersichtlich.¹¹⁴ Dies ist nicht sonderlich überraschend, hat die BRD mit §§ 175, 175a StGB nicht nur die gleichen Strafnormen der NS-Zeit übernommen, sondern auch die Karteien und Listen¹¹⁵ mit Verdachten auf Homosexualität weitergeführt.¹¹⁶ Gerade deshalb wirkt es aber erstaunlich, dass diese Paragraphen nicht als „nationalsozialistisch geprägtes Recht“ betrachtet wurden.¹¹⁷ Die Rehabilitierung der nach dem 8. Mai 1945 verurteilten Personen durch das StrRehaHomG zeigt immerhin die Auffassung der heutigen BRD, dass die Vorgehensweise und die Begründungen zur Verfolgung absolut verwerflich und haltlos waren.

6. Zwischenfazit

Die Bestrafung der Homosexualität ist nicht zu rechtfertigen.¹¹⁸ Jegliche Versuche, sie zu begründen, scheitern daran, eine ernsthafte Gefahr festzustellen. Die Berufung auf eine angebliche Moralvorstellung der Bevölkerung, pseudo-biologische Gründe oder Leerformeln („Verfälschung des öffentlichen Lebens“) stellen keine geeignete Grundlage dar. Der mit der Ungleichbehandlung von Frauen einhergehende Sexismus unterstreicht das pure vorurteilsbeladene Vorgehen des Staates. Diese gesellschaftlichen Vorbehalte¹¹⁹ gegenüber Homosexualität reichen jedoch nicht zur Strafbegründung aus. Diese Auffassung dürfte heutzutage die ganz herrschende Meinung darstellen.

¹⁰⁵ *Frommel*, KJ 2014, 46 (50).

¹⁰⁶ Vgl. *Frommel*, KJ 2014, 46 (50).

¹⁰⁷ Jedenfalls gibt die Päderastie Anlass für diese Argumentation, so auch durch *Tömmies*, ZRP 1992, 411 (412).

¹⁰⁸ *Bruns*, ZRP 1993, 232.

¹⁰⁹ *OLG Braunschweig*, NJW 1953, 1929 (1931) m.w.N.

¹¹⁰ RGSt 70, 145 (149).

¹¹¹ RGSt 70, 145 (149); 70, 224.

¹¹² BGHSt 7, 231, Rn. 4 (juris).

¹¹³ Vgl. auch z.B. *OLG Düsseldorf*, MDR 1948, 59.

¹¹⁴ *Wasmuth*, NJ 2017, 353 (355); Vgl. *Frommel*, Rechtsstaatliches Strafrecht 2017, 109 (111).

¹¹⁵ Vgl. *Grau* (Rn. 46), S. 120 f.

¹¹⁶ *Frommel*, Rechtsstaatliches Strafrecht 2017, 109 (110).

¹¹⁷ Vgl. BVerfGE 6, 389, Rn. 122 (juris).

¹¹⁸ So auch der *EGMR*, siehe Urt. v. 22.10.1981 – 7525/76.

¹¹⁹ Dazu ausführlicher *Böllinger*, in: *Jäger/Schorsch*, Sexualwissenschaft und Strafrecht, 1987, 10 (26 ff.).

III. Die Abschaffung des § 175 StGB

Die Verlaufsgeschichte des § 175 StGB ist allerdings auch stets mit einer ebenfalls starken Gegenbewegung verbunden. Trotz der verbreiteten Ablehnung von Homosexuellen in der Gesellschaft¹²⁰, gab es immer wieder Individuen und Gruppierungen, die sich gegen die Strafbarkeit von zumindest einvernehmlichen Handlungen unter Erwachsenen auflehnten. Eine vollständige Ausführung aller Positionen und Argumente ist in diesem Rahmen nicht möglich; es wird sich daher auf eine exemplarische Darstellung beschränkt, wodurch die grundsätzlichen Ideen aber deutlich werden sollten.

1. Gegenstimmen zur und nach Einführung des § 175 StGB

Die Strafbarkeit der Homosexualität war bereits vor der Einführung des § 175 StGB hochumstritten: In einem Gutachten der königlich-wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen von 1869 wurde für die Streichung einer solchen Vorschrift plädiert.¹²¹ Begründet wurde dies u.a. damit, dass grundsätzlich keine gesundheitlichen Nachteile ausgehen würden und die Unzucht zwischen Männern (und Mensch und Tier) nicht verwerflicher wäre als andere unzüchtige Handlungen.¹²² Ebenso wurde vom bayrischen Appellationsgerichtsrates *von Stenglein* vorgebracht, dass „weder die Rechtsordnung noch die sittliche Wohlfahrt des Staates gefährdet“ sei.¹²³ Beides wurde jedoch zurückgewiesen und der § 175 StGB wurde in seiner Form belassen.¹²⁴

Dies waren jedoch nicht die einzigen Gegenstimmen und in der Folgezeit sollte sich die Diskussion nur noch verstärken. Nach *Hirschfeld* wurden in den Jahren 1898-1908 über 1000 Schriften verfasst¹²⁵, welche sich (wohl überwiegend) gegen die Strafbarkeit aussprachen¹²⁶.

Sontag hat beispielsweise bereits 1870 einen Aufsatz gegen die Einführung des § 175 StGB verfasst und insbesondere die Berufung auf das „Volksbewusstsein“ kritisiert, was einen Mangel an Rechtsgründen offenbare.¹²⁷ Zudem würden die Taten nicht in die Sphäre des Rechtslebens eingreifen und damit nicht rechtswidrig sein, womit einer Strafbarkeit der Boden entzogen sei.¹²⁸

Weiterhin wurde von *Krafft-Effing*, einem einflussreichen Psychiater¹²⁹, die Straflosigkeit gefordert, u.a. da die Delikte einer „krankhaft seelischen Veranlagung“ entspringen würden.¹³⁰ Die Beschreibung der Homosexualität als Krankheit lässt sich in vielerlei Texten gegen die Strafbarkeit aus dieser Zeit finden – teilweise als Anlage, teilweise als Prägung verstanden – stets mit der Konsequenz, dass die betroffenen Personen nicht aufgrund von Krankheit bestraft werden sollten.¹³¹

¹²⁰ Vgl. *Kramer*, S. 135.

¹²¹ *Baumann*, S. 78; *Kramer*, S. 131.

¹²² Vgl. Wortlaut des Gutachtens in *Hirschfeld*, S. 961 f.

¹²³ Vgl. *Kappe*, KJ 1991, 205 (210).

¹²⁴ Vgl. Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, 1869, S. 270 f.

¹²⁵ Vorwort zu *Hirschfeld*.

¹²⁶ *Baumann*, S. 84.

¹²⁷ *Sontag*, Archiv für preußisches Strafrecht 18 (1870), 18 (23 f.).

¹²⁸ *Sontag*, Archiv für preußisches Strafrecht 18 (1870), 18 (24 f.).

¹²⁹ Vgl. *Baumann*, S. 79.

¹³⁰ *Krafft-Effing* in einem Nachwort zu einem anonym verfassten Aufsatz, der sich ebenso gegen die Strafbarkeit ausspricht, ZStW 1892, 34 (53).

¹³¹ Vgl. *Baumann*, S. 81 f.; *Sommer*, S. 67 ff.

Herausragendes Gegenbeispiel ist der bereits erwähnte *Hirschfeld*, der Homosexualität nicht als Krankheit, sondern als Stück der Naturordnung betrachtet hat.¹³² Sie sei auch nicht heilbar (eine Heilung sei ohnehin nicht angebracht)¹³³; stattdessen könnte am besten durch Aufklärung und Vertrauensschaffung durch Ärzte geholfen werden¹³⁴.

2. Reformbestrebungen zu Beginn des 20. Jahrhunderts

Im Verlauf des Deutschen Reichs und der Weimarer Republik kam es zu einer Vielzahl an Entwürfen zur Änderung des Strafgesetzbuches, die einen Einfluss auf die Strafbarkeit der Homosexualität gehabt hätten.

Im „Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch“ von 1909 wurde im § 250 die widernatürliche Unzucht „mit einer Person gleichen Geschlechts“ mit Strafe bedroht¹³⁵ und stellt damit einen von wenigen Versuchen dar, die Strafbarkeit auch auf Frauen zu erweitern. Des Weiteren sollte die Strafbarkeit bei Abhängigkeitsverhältnissen und Prostitution verschärft werden; eine Tendenz, die sich auch in den späteren Entwürfen zeigt.

Ein Gegenentwurf dazu wurde 1911 verfasst, der dagegen die einfache Homosexualität straflos stellen sollte und dafür eine Verbrechensstrafbarkeit bei Abhängigkeitsverhältnissen, Prostitution und der Verführung Minderjähriger verhängen sollte.¹³⁶ Die Strafrechtskommission wollte 1913 dagegen sowohl die Qualifikationen als auch die grundsätzliche Strafbarkeit beibehalten, diese jedoch begrenzt auf beischlafähnliche Handlungen (was ohnehin in dieser Weise von der obersten Rechtsprechung ausgelegt wurde).¹³⁷ Der Entwurf 1919 entsprach inhaltlich dem von 1913.¹³⁸ Unter Leitung *Radbruchs*¹³⁹ sollte im Entwurf 1922 wiederum die einfache Homosexualität straffrei gelten und nur die Qualifikationen einführen.¹⁴⁰ Wieder dagegen wurde in den Entwürfen 1925¹⁴¹ und 1927¹⁴² die einfache und die qualifizierte Homosexualität unter Strafe gestellt. Schließlich sah der Entwurf von 1930 erneut eine Beschränkung auf Qualifizierungen vor.¹⁴³

Dieses „Ping-Pong-Spiel“ in den Entwürfen führte schlussendlich jedoch zu nichts: Keiner der Entwürfe konnte sich durchsetzen, nicht zuletzt wegen der politisch prekären Lage und der Parteiensplitterung im Reichstag.¹⁴⁴ Einzig und allein der im Entwurf 1930 präsentierte § 297 StGB, der eine Strafschärfung für qualifizierende Merkmale vorsah, fand sich im Wesentlichen im § 175a StGB wieder¹⁴⁵ – ohne die gleichzeitige Strafbefreiung der einfachen Homosexualität natürlich.

Etwaige Reformversuche zugunsten Homosexueller fanden schließlich ihr vorläufiges Ende mit der Machtergreifung und dem Aufbau des NS-Regimes. Stattdessen wurden nur Erweiterungen der Unzuchtstatbestände erwo-gen¹⁴⁶, wie schließlich auch durch die Erweiterungen des § 175 StGB und § 175a StGB im Jahre 1935 realisiert. Dass es keine ernsthaften Bemühungen gab, eine Strafmilderung im Gesetz zu erzielen, verwundert aufgrund der Härte, mit der der Staat Homosexuelle verfolgte¹⁴⁷, nur wenig.

¹³² *Hirschfeld*, S. 395.

¹³³ Vgl. *Hirschfeld*, S. 397 f.

¹³⁴ *Hirschfeld*, S. 460.

¹³⁵ § 250 Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1909, S. 50.

¹³⁶ § 245 Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs, 1911, S. 238 ff.

¹³⁷ § 322 Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission, 1913, S. 85.

¹³⁸ Vgl. § 325 Entwurf von 1919, in: Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 2020, S. 72.

¹³⁹ Vgl. *Schubert*, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, 1995, Einleitung X.

¹⁴⁰ § 260 Österreichischer Gegenentwurf zu dem Allgemeinen Teil des Ersten Buches des Deutschen Strafgesetzentwurfes vom Jahre 1919, 1922, S. 31.

¹⁴¹ § 267 Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung, 1925, S. 29 (Entwurf); 135 f. (Begründung).

¹⁴² §§ 296, 297 Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, 1927, S. 31 (Entwurf); 147 f. (Begründung).

¹⁴³ § 296 Entwurf 1930, zitiert nach *Baumann*, S. 140.

¹⁴⁴ *Kramer*, S. 133.

¹⁴⁵ *Baumann*, S. 99.

¹⁴⁶ Vgl. *Schäfer*, S. 38.

¹⁴⁷ Vgl. z.B. *Schäfer*, S. 43 ff.; *Grau* (Rn. 45), S. 33; im Bereich der Medizin siehe auch *Baumann*, S. 119.

3. Entwicklung in der BRD

Erst mit Ende des Krieges und der Errichtung der Besatzungszonen hätte die Diskussion wieder entflammen können. Allerdings ließ der Alliierte Kontrollrat die Vorschriften der §§ 175 ff. StGB, trotz deren Verschärfungen im Nationalsozialismus, in Kraft¹⁴⁸, was schließlich in der BRD auch übernommen wurde¹⁴⁹ und vom BGH für rechtmäßig erklärt wurde, selbst in der weiten Auslegung des Unzuchtsbegriffs¹⁵⁰. Vom Staat und der Rechtsprechung war damit eine Reformbedürftigkeit nicht ersichtlich¹⁵¹; die Forderung nach Strafflosigkeit durch den 39. Deutschen Juristentag 1951 blieb unberücksichtigt¹⁵². Gefestigt wurde diese Ansicht schließlich durch das Urteil vom BVerfG, welches die Legitimität des § 175 StGB bestätigte.¹⁵³

1962 wurde ein neuer Entwurf zur Reform des Strafgesetzbuches eingebracht¹⁵⁴ (der bereits in der vorherigen Legislaturperiode entwickelt wurde)¹⁵⁵, welcher die Strafbarkeit der einfachen Homosexualität beibehalten sollte, unter Einschränkung auf beischlafähnliche Handlungen¹⁵⁶ – trotz erheblicher Zweifel aus juristischen und medizinischen Schrifttum¹⁵⁷.

Infolgedessen wurden Gegenstimmen wieder deutlicher. Beispielsweise bezeichnete *Hanack* die Begründungen für „peinlich“¹⁵⁸; so seien sie sehr vorurteilsbelastet und gefühlsgeladen¹⁵⁹ und auch widersprüchlich (es wurde von hohen Anforderungen an die Neigung Homosexueller und gleichzeitig von einer zumutbaren Triebbeherrschung gesprochen)¹⁶⁰. *Baumann* erläuterte 1968 in seinem Werk „Paragraph 175“ den Verlauf der Diskussion um die Strafbarkeit und stellte die Argumente gegenüber, mit dem Ziel, die einfache Homosexualität straflos zu stellen.¹⁶¹ Im „Plädoyer für die Abschaffung des § 175“ wurden Argumente gegen die Strafbarkeit aus mehreren Blickwinkeln (Psychologie, Kriminologie, Theologie) gesammelt. Beispielhaft seien hier genannt: Ein Rechtsvergleich ergäbe eine Tendenz zur Abschaffung der Strafbarkeit¹⁶², die Bestrafung durch den Richter bestärke Homosexuelle in ihrer Einstellung (ein durchaus kritisch zu betrachtendes Argument aus der Psychoanalyse)¹⁶³ und das Strafgesetz solle „Zusammenleben regeln, nicht Buße predigen“¹⁶⁴.

Dies kumulierte schließlich in der endgültigen Abschaffung der Strafbarkeit der einfachen Homosexualität durch Gesetz vom 25. Juni 1969.¹⁶⁵ Begründet wurde dies unter anderem mit der irreversiblen Prägung homosexueller Männer, der Ungleichbehandlung aufgrund der äußerst hohen Dunkelziffer und der Möglichkeit der Erpressung durch Strafanzeige.¹⁶⁶ Strafbewehrt waren nur noch die Qualifikationen des § 175a StGB (überführt in den § 175 StGB), von welchen, nach Reform 1973, auch nur noch die Jugendschutzregelung übrig blieb.

¹⁴⁸ *Schäfer*, S. 52; *Kramer*, S. 136.

¹⁴⁹ *Kramer*, S. 136.

¹⁵⁰ BGHSt 1, 80, Rn. 2 f. (juris)

¹⁵¹ Eine ausführliche Darstellung der Entwicklung in den Besatzungszonen findet sich in *Schäfer*, S. 49 ff.

¹⁵² *Burgi/Wolff*, Rechtsgutachten zur Frage der Rehabilitierung der nach § 175 StGB verurteilten homosexuellen Männer: Auftrag, Optionen und verfassungsrechtlicher Rahmen, 2016, S. 27 f.

¹⁵³ Vgl. oben; BVerfGE 6, 389.

¹⁵⁴ BT-Drs. IV/650, E 1962.

¹⁵⁵ Vgl. *Schäfer*, S. 169 ff.

¹⁵⁶ § 216 E 1962, BT-Drs. IV/650.

¹⁵⁷ *Brüggemann*, S. 223.

¹⁵⁸ *Hanack*, ZStW 1965, 398 (416 f.).

¹⁵⁹ *Hanack*, ZStW 1965, 398 (416).

¹⁶⁰ *Hanack*, ZStW 1965, 398 (417).

¹⁶¹ Vgl. *Baumann*, S. 198 f. sowie den Untertitel des Werks: „Über die Möglichkeit, die einfache, nichtjugendgefährdende und nichtöffentliche Homosexualität unter Erwachsenen straffrei zu lassen“.

¹⁶² *Mergen*, in: Brocher/Mergen/Bolewski/Müller, Plädoyer für die Abschaffung des § 175, 1966, S. 55 f.; *Müller*, in dies., S. 120.

¹⁶³ *Brocher*, in: Brocher/Mergen/Bolewski/Müller, S. 30.

¹⁶⁴ *Bolweski*, in: Brocher/Mergen/Bolewski/Müller, S. 108.

¹⁶⁵ BGBl. I 1969, S. 653 f.

¹⁶⁶ BT-Drs. V/4094, S. 30 f.

4. Entwicklung in der DDR

Im Gegensatz zu den westlichen Besatzungszonen wurde die Gültigkeit der §§ 175, 175a StGB in der sowjetischen Besatzungszone angezweifelt, was eine unterschiedliche Rechtsprechungspraxis zur Folge hatte.¹⁶⁷ Die Gerichte sahen mehrheitlich die Verschärfung aus dem Jahre 1935 als nationalsozialistisch geprägt an¹⁶⁸, sodass die Fassung des § 175 StGB in der Version aus 1871 genutzt werden sollte¹⁶⁹. Vereinzelt wurden auch Bestrebungen aufgenommen, die einfache Homosexualität durch Streichen des § 175 StGB für straffrei zu erklären.¹⁷⁰

Die „Deutsche Verwaltung des Inneren“ erklärte zwar 1949 den § 175 StGB in der Fassung von 1935 für verbindlich in den SBZ-Ländern.¹⁷¹ Jedoch verwarf das Oberste Gericht diese Auffassung nur ein Jahr später und hielt § 175 in der Fassung des Reichstrafgesetzbuches für maßgeblich.¹⁷² Dagegen wurde der § 175a StGB weiterhin angewandt, um Schutz vor besonders sozialschädlichen Handlungen zu ermöglichen.¹⁷³ Die Paragraphen standen unabhängig voneinander, weshalb auch § 175a StGB mit dem weiten Unzuchtsbegriff ausgelegt wurde.¹⁷⁴

Mit Erlass des Strafrechtsergänzungsgesetz in 1957 wurde weiterhin die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Tätern ausgeschlossen, wenn ihre Handlungen geringfügig und ohne Folgen waren (§§ 8, 9 Strafrechtsergänzungsgesetz). Damit waren einvernehmliche Handlungen zwischen Männern mangels schädigenden Charakters faktisch straflos.¹⁷⁵

Die Einführung des Strafgesetzbuchs der DDR im Jahre 1968 machte dies auch im Gesetz transparent und reduzierte die Strafbarkeit homosexueller Handlungen im § 151 StGB-DDR auf solche zwischen Erwachsenen und Jugendlichen. Der Tatbestand wurde von „Unzucht“ zu „sexuelle Handlungen“ geändert. Allerdings wurden aufgrund der geschlechtsneutralen Formulierung nun auch Frauen miteinbezogen. Damit war zwar nicht die gesellschaftliche Missbilligung der Homosexualität in der DDR beseitigt¹⁷⁶, aber zumindest wurde die ohnehin stets kritisch betrachtete Strafbarkeit einvernehmlicher Handlungen aufgehoben, mit spürbar höherer Geschwindigkeit als in der BRD.

In der Folgezeit wurden jedoch Bemühungen, auch den § 151 StGB-DDR zu streichen, vonseiten der Wissenschaft deutlich.¹⁷⁷ Dies führte im Jahre 1987 dazu, dass das Oberste Gericht den § 151 StGB-DDR aufgab, mit der Begründung, dass homosexuelle Handlungen mit Jugendlichen keine wesentlich anderen Folgen bewirken würden als heterosexuelle Handlungen und daher keine bedeutenden Interessen berührt werden würden, die eine Strafbarkeit begründen könnten.¹⁷⁸ Dem folgte der Gesetzgeber, beseitigte die Vorschrift des § 151 StGB-DDR endgültig und stellte Homosexuelle und Heterosexuelle (in den §§ 149, 150 StGB-DDR)¹⁷⁹ damit gleich, sodass die grundsätzliche Schutzaltersgrenze nun einheitlich 16 Jahre betrug. Die diskriminierende Behandlung der Homosexualität war somit in den Ländern der DDR (und schließlich auch den neuen Bundesländern) komplett aufgehoben.

¹⁶⁷ *Grau*, § 175 StGB. Rehabilitierung der nach 1945 verurteilten homosexuellen Männer, 2012, S. 44 (47).

¹⁶⁸ *Schäfer*, S. 75 f.; *OLG Halle*, NJ 1949, 143 ff.

¹⁶⁹ Vgl. *OLG Halle*, NJ 1949, 143 (143 f.).

¹⁷⁰ *Grau* (Rn. 168), S. 44 (47).

¹⁷¹ *Grau* (Rn. 168), S. 44 (48).

¹⁷² *OG-DDR*, NJ 1950, 215.

¹⁷³ *Schäfer*, S. 121.

¹⁷⁴ *OG-DDR*, NJ 1955, 451.

¹⁷⁵ *Schäfer*, S. 123 f.

¹⁷⁶ Vgl. *Grau* (Rn. 168), S. 44 (55).

¹⁷⁷ Ausführungen bei *Schäfer*, S. 250 f.

¹⁷⁸ *OG-DDR*, NJ 1987, 467.

¹⁷⁹ *GBl. DDR I* 1989, S. 33 (59).

5. Wiedervereinigung und Abschaffung des § 175 StGB

Mit der Wiedervereinigung stellte sich bezüglich der Strafbarkeit der Homosexualität das entscheidende Problem, ob § 175 StGB, wonach sexuelle Handlungen zwischen einem Mann über 18 Jahren und einem Mann unter 18 Jahren bestraft werden sollten, bundesweit Anwendung finden würde. Im Einigungsvertrag bestand die DDR darauf, ihre Vorschriften zum Jugendschutz, insbesondere die Gleichbehandlung von homo- und heterosexuellen Handlungen, aufrechtzuerhalten.¹⁸⁰ Dies führte allerdings zu der schwierigen Lage, dass homosexuelles Verhalten in den neuen und alten Bundesländern jeweils anders behandelt werden würde. Das Landgericht Essen hat daher aufgeworfen, dass § 175 StGB gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoße und hat Normenkontrollantrag gestellt¹⁸¹ (worüber jedoch nicht mehr entschieden wurde). Auch im Schrifttum wurde diese Auffassung vertreten.¹⁸²

Der *BGH* erklärte allerdings mehrfach, dass zwar der § 175 StGB im Beitrittsgebiet nicht angewendet werde¹⁸³, die Ungleichbehandlung aber auch nicht rechtswidrig sei und dem Gesetzgeber „wie auch bei sonstigen beitriffsbedingt notwendigen Änderungen“ ein Gestaltungsspielraum zu gewähren sei¹⁸⁴. Zumindest sei dies aber in der Strafzumessung zu berücksichtigen.¹⁸⁵

Aus dieser misslichen Lage heraus verstärkten sich die ohnehin bereits bestehenden Bestrebungen, eine einheitliche Jugendschutzvorschrift für das gesamte Bundesgebiet zu entwickeln. Nicht nur die Ungleichbehandlung an sich, sondern auch die dahinterstehende, immer noch existente homophobe Begründung wurden kritisiert. So würde impliziert werden, dass Jugendliche zur Homosexualität verführt werden, was eine durchweg widerlegte Annahme sei.¹⁸⁶ Auch die Auffassung, dass die ungestörte Sexualentwicklung mit einer heterosexuellen Orientierung abschließen müsste, sei reine Diskriminierung¹⁸⁷ und die mit der Homosexualität verbundenen Negativreaktionen des Umfelds seien durch solche Ungleichheiten erst begründet.¹⁸⁸

Diese Bedenken haben sich durchgesetzt: Mit Gesetz vom 31. Mai 1994 wurde der § 175 StGB im gesamten Bundesgebiet aufgehoben;¹⁸⁹ dies trat am 11.6.1994 in Kraft.

IV. Folgen und Nachwirkungen

Die Abschaffung des § 175 StGB zog eine durchweg positive Entwicklung für Rechte von Homosexuellen und generell queeren Personen mit sich. Nur 7 Jahre später führte der Bundestag unter rot-grüner Regierung die sogenannte „Lebenspartnerschaft“¹⁹⁰ ein: Ein der Ehe ähnliches Institut, was homosexuelle Partnerschaften rechtlich anerkennen sollte. Anfänglich noch stiefmütterlich ausgestaltet, hat sie sich im Laufe der Zeit der Ehe stark angenähert¹⁹¹ und galt im Volksmund auch als „Homo-Ehe“.¹⁹² Auch das *BVerfG* hat ihre Legitimität 2002 bekräftigt¹⁹³

¹⁸⁰ Einigungsvertrag, 1990, Anlage II Kap III C I Nr. 1; vgl. *Wasmuth*, NJ 2017, 353 (354).

¹⁸¹ *LG Essen*, Urt. v. 28.10.1991 – 23a (33/90).

¹⁸² Z.B. *Kusch*, MDR 1991, 99 (100); *Wasmuth*, NStZ 1991, 160 (163).

¹⁸³ *BGH*, NStZ 1992, 383; *BGH*, Urt. v. 26.5.1993 – 5 StR 219/93.

¹⁸⁴ *BGH*, NStZ 1992, 383.

¹⁸⁵ *BGHSt* 40, 64.

¹⁸⁶ *Steinmeister*, KJ 1991, 197 (199); *Bruns*, ZRP 1993, 232; *Böllinger*, Sexualwissenschaft und Strafrecht, 10 (17 f.); *Schmidt*, Sexualwissenschaft und Strafrecht, 34 ff.

¹⁸⁷ *Steinmeister*, KJ 1991, 197 (199).

¹⁸⁸ *Jäger*, Bürgerrechtliche Argumente, 94 (99 f.); *Böllinger*, Sexualwissenschaft und Strafrecht, 10 (21).

¹⁸⁹ 29. StrÄndG, BGBl. I 1994, S. 1168 f.

¹⁹⁰ „Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft“ vom 16.2.2001 (LPartG).

¹⁹¹ Vgl. *Bäumrich*, DVBl. 2017, 1457 (1459 ff.); *Wasmuth*, NJ 2017, 353 (355 f.) m.w.N., insbesondere der Rechtsprechung des *BVerfG*.

¹⁹² So z.B. auch genannt von *Roßmann*, FuR 2013, 241.

¹⁹³ *BVerfGE* 105, 313.

– ein starker Wandel zur Rechtsprechung von vor 50 Jahren. 2017 wurde schließlich auch die „Ehe für alle“ beschlossen¹⁹⁴, die wohl die bedeutendste Errungenschaft für Homosexuellenrechte der letzten Jahre darstellt. Die Fortschritte für trans Personen (durch das Transsexuellengesetz¹⁹⁵) und intersexuelle Personen (siehe das Urteil zum *BVerfG* zu Intersex-Rechten)¹⁹⁶ seien ebenfalls zu nennen.

2004 wurde der Internationale Tag gegen Homophobie, Transphobie und Biphobie ins Leben gerufen, der seitdem jedes Jahr am 17. Mai gefeiert wird – das Datum soll an den 17.5.1990 erinnern, an welchem die „World Health Organisation“ Homosexualität aus ihrer Liste psychischer Erkrankungen gestrichen hat.¹⁹⁷ Gleichzeitig, wenn wohl auch zufällig, erinnert das Datum 17.5 an den hier behandelten Paragraphen – eine gewisse Ironie schwingt mit.

Noch immer müssen homosexuelle (und generell queere) Personen mit Diskriminierung rechnen: Neben den vielen Ländern, in denen Homosexualität immer noch verfolgt oder gar mit dem Tode bedroht ist¹⁹⁸, findet auch hierzulande Homophobie immer noch Raum. Insbesondere in den Bereichen Religion¹⁹⁹ und (Fußball-)Sport²⁰⁰ sind Vorbehalte noch deutlich spürbar und geben Anlass zur Nachbesserung.

Dennoch ist die Lage offensichtlich besser: Homosexuelle werden vom Staat geschützt und nicht bestraft. Größtes Zeichen für diesen Wertewandel dürfte das Rehabilitierungsgesetz 2017²⁰¹ sein, welches die nach 1945 ergangenen strafgerichtlichen Urteile zu § 175 StGB und § 175a StGB a.F. aufgehoben hat und den Opfern einen entschädigenden Ausgleich gewährt hat. Eine solch enorm rückwirkende Aktion stellt nicht nur ein Zeichen dar, dass die Betroffenen gesehen werden und ihre Leidensgeschichte erkannt wird. Sie zeigt auch, dass der Staat bereit ist, seine eigene Vergangenheit auf diesem Thema ordentlich aufzuarbeiten und seine Fehler zuzugeben. Es bleibt zu hoffen, dass queere Personen final und fortwährend als Teil der Gesellschaft anerkannt bleiben. Und dass § 175 StGB a.F. auch alte Fassung bleibt.

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

¹⁹⁴ „Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts“ vom 20.7.2017.

¹⁹⁵ Eine Reaktion auf ein Urteil vom *BVerfG* (BVerfGE 49, 286); seitdem wurden mehrfach Normen des TSG vom *BVerfG* kontrolliert, für verfassungswidrig erklärt und neu gefasst, siehe auch *De Silva*, abrufbar unter: <https://www.bpb.de/gesellschaft/gender/geschlechtliche-vielfalt-trans/245379/transbewegung-in-deutschland> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

¹⁹⁶ BVerfGE 147, 1.

¹⁹⁷ *May17.org*, <https://may17.org/about/>.

¹⁹⁸ Vgl. *lsvd.de*, abrufbar unter: <https://www.lsvd.de/de/ct/1245-LGBT-Rechte-weltweit-Wo-droht-Todesstrafe-oder-Gefaengnis-fuer-Homosexualitaet> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

¹⁹⁹ Vgl. *Finger*, S. 29 ff.

²⁰⁰ Vgl. *Finger*, S. 33 f.

²⁰¹ „Gesetz zur strafrechtlichen Rehabilitierung der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen“ vom 17.7.2017 (StrRehaHomG).

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Isvant Heinemann

„Nein heißt Nein“ fünf Jahre nach der Reform des § 177 Abs. 1 StGB – Eine Auseinandersetzung mit der Entscheidung des Gesetzgebers

Friedrich-Schiller-Universität Jena

Juristische Fakultät

Seminar: „Sexualstrafrecht – dogmatische und kriminalpolitische Fragen“

Sommersemester 2021

Abgabedatum: 12.5.2021

bei

Prof. Dr. Edward Schramm

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	63
II. Die Reform des § 177 Abs. 1 StGB durch das 50. StrÄndG	63
1. Die Rechtslage nach § 177 Abs. 1 StGB a.F.	63
2. Völkerrechtliche Implikationen für das Sexualstrafrecht	65
3. Kriminalpolitische Debatte im Vorlauf der Reform.....	65
a) Die „Nur-Ja-heißt-Ja“-Lösung	66
b) Die kasuistisch-punktueller Lösung	66
c) Die „Nein-heißt-Nein“-Lösung	67
4. Die Reform des § 177 Abs. 1 StGB durch das 50. StrÄndG	68
5. Rezeption des neuen § 177 Abs. 1 StGB in der Rechtsliteratur	69
a) Rechtsgut und Schutzlücken	69
b) Gefahr der Überkriminalisierung.....	70
c) Hinreichende Bestimmtheit.....	71
d) Beweisschwierigkeiten.....	72
e) Zusammenfassung.....	73
III. Rechtsprechungsanalyse	73
1. Erkennbar entgegenstehender Wille bei aktivem Opferverhalten	73
2. Erkennbare Ablehnung bei mehreren sexuellen Handlungen.....	74
3. Stealthing.....	75
4. Zusammenfassung.....	76
IV. Auseinandersetzung mit der gesetzgeberischen Entscheidung	76
1. Schließen von Strafbarkeitslücken.....	76
2. Überkriminalisierung	76
3. Hinreichende Bestimmtheit.....	77
4. Anwendungsschwierigkeiten.....	78
V. Fazit	79

I. Einleitung

Der Schutz von Frauen vor allen Formen von Gewalt – mit diesem Ziel verabschiedete der Europarat am 11.5.2011 in Istanbul das „Übereinkommen des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt“.¹ Art. 36 Abs. 1 I-K verpflichtete die unterzeichnenden Staaten, alle nicht einvernehmlichen sexuellen Handlungen strafrechtlich zu sanktionieren, und lieferte hierdurch der in Deutschland seit Jahren schwellenden Debatte über eine Sexualstrafrechtsreform den entscheidenden Zündstoff. Die Große Koalition, die sich ohnehin zur Reform des Sexualstrafrechtes in der 18. Legislaturperiode verpflichtet hatte, setzte eine Kommission ein, welche sich unter Beachtung der völkerrechtlichen Implikationen der Istanbul-Konvention mit der Reform befassen sollte.²

Durch die sexuellen Übergriffe in der Kölner Silvesternacht 2015/2016 erlangte die rechtspolitische Reformdebatte zusätzliche Brisanz.³ Der öffentliche Druck hatte zunächst zur Folge, dass das 50. StrÄndG vor dem Abschluss der zu diesem Zweck eingerichteten Reformkommission vom Bundestag ohne Gegenstimme beschlossen wurde.⁴ Darüber hinaus reformierte das Gesetz in seiner endgültigen Fassung entgegen den ursprünglichen Plänen der Bundesregierung das Sexualstrafrecht nicht nur punktuell, sondern normierte in § 177 Abs. 1 StGB einen Paradigmenwechsel im deutschen Sexualstrafrecht: eine Abkehr des Gesetzgebers vom Nötigungsmodell hin zu einer Ausweitung der Strafbarkeit nach dem „Nein-heißt-Nein“-Prinzip, welches zur Grundlage des neuen Sexualstrafrechtes erhoben wurde. Die Reform wurde in der Rechtsliteratur sowohl hinsichtlich ihres überhasteten Zustandekommens als auch mit Blick auf die gesetzestechnische Normierung vielfach kritisiert. Ziel dieser Arbeit soll es daher sein, unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung und die Kritik der Literatur fünf Jahre nach der Reform des Sexualstrafrechtes die Umsetzung durch die Rechtsprechung zu analysieren und hiervon ausgehend zu bewerten, ob die gesetzgeberische Entscheidung zugunsten einer „Nein-heißt-Nein“-Lösung sowohl im Grundsatz als auch in ihrer konkreten Ausgestaltung zu mehr Rechtssicherheit und Opferschutz geführt hat oder ob es zur Erreichung dieser Ziele vielmehr einer erneuten Reform des Sexualstrafrechtes bedarf.

II. Die Reform des § 177 Abs. 1 StGB durch das 50. StrÄndG

Im Folgenden soll auf die rechtliche Ausgangslage nach § 177 Abs. 1 StGB a.F. sowie die an die Istanbul-Konvention anknüpfenden Rechtsdebatten eingegangen werden, um im Anschluss sowohl die Reform durch das 50. StrÄndG selbst als auch die mit ihr verbundene Kritik darzustellen.

1. Die Rechtslage nach § 177 Abs. 1 StGB a.F.

Gemäß § 177 Abs. 1 StGB a.F. wurde mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft, wer eine andere Person mit Gewalt (Nr.1), durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben (Nr. 2) oder unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist (Nr. 3), nötigt, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen.

¹ Art. 1 lit. a SEV Nr. 210, auch Istanbul-Konvention, im Folgenden abgekürzt als „I-K“, abrufbar unter: <https://rm.coe.int/1680462535> (zuletzt abgerufen am 7.5.2021).

² Koalitionsvertrag zw. CDU/CSU/SPD, S. 101, abrufbar unter: <https://archiv.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.4.2021); BMJV, Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 9 f.

³ Vgl. *Lembke*, KJ 2016, 3 (3); *Wollmann/Schaar*, NK 2016, 268 (274).

⁴ BT-Protokoll 18/183, 18015 D, 18025 A; BGBl I 2016, S. 2460 ff.

§ 177 Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB a.F. erforderte ein zweiaktiges Geschehen: der Täter muss durch Gewalt oder Drohung auf die Entscheidungsfreiheit des Opfers einwirken, um anschließend sexuelle Handlungen vorzunehmen oder von diesem vornehmen zu lassen.⁵ Erforderlich war zudem nach der h.M. eine zweckbestimmte Verknüpfung von Nötigungsmittel und Taterfolg.⁶

§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F. hingegen setzte keine bestimmte, der sexuellen Handlung vorausgehende willensbeugende Handlungsform voraus. Die sexuelle Handlung sei vielmehr zugleich selbst die nötigende Tathandlung. Es war mithin kein klassischer Nötigungstatbestand normiert, welchem die Unterscheidung zwischen Nötigungshandlung und -erfolg immanent ist, sondern vielmehr eine „einaktige Nötigung“, die als Missbrauchstatbestand zu klassifizieren ist.⁷ Diese Konstruktion durchbricht zwar die Systematik des § 177 Abs. 1 StGB a.F. und führt zu begrifflichen Unsicherheiten, wurde jedoch vom *BVerfG* als hinreichend bestimmt erachtet.⁸ Nichtsdestotrotz weist auch § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F. eine zweiaktige Struktur auf, da der Tatbestand zeitlich-phänomenologisch zu trennende Begleitumstände erfordert. Das Tatopfer muss zunächst seine schutzlose Lage erkennen und sodann hiervon beeinflusst die sexuellen Handlungen dulden oder vornehmen.⁹

Notwendige Voraussetzung für eine Strafbarkeit war somit das Vorliegen einer Nötigung. Strittig war zwar, welche Anforderungen – insbesondere im Falle des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F. – an das nötigende Verhalten zu stellen seien. Nach der h.M. sollte es jedoch nicht bereits genügen, dass die sexuelle Handlung gegen den Willen des Opfers vorgenommen wird. Vielmehr sei eine äußere Manifestation der Nötigung dergestalt erforderlich, dass erfolgter oder erwarteter Widerstand des Tatopfers durch Zwang überwunden werde, um die Vornahme der sexuellen Handlung zu ermöglichen.¹⁰

Die sexuelle Selbstbestimmung, mithin die Freiheit der Person, über Zeitpunkt, Art, Form und Partner sexueller Betätigung nach eigenem Belieben zu entscheiden,¹¹ war hiernach nicht umfassend strafrechtlich geschützt. Der Schutz beschränkte sich vielmehr auf Fälle, in denen dieses Recht dem Grundsatz nach wehrhaft verteidigt wurde.¹² Diese Verpflichtung entfiel gem. § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F. nur, wenn das Opfer aufgrund seiner schutzlosen Lage hierzu physisch oder psychisch außerstande war. Die Ausnahme griff jedoch nicht, wenn das Opfer lediglich aus Scham, Überforderung, Resignation oder Irrtum über die Anwesenheit hilfsbereiter Dritter keinen Widerstand leistete. In diesen Fällen blieb eine sexuelle Handlung gegen den ausdrücklich oder konkludent erklärten Willen straflos.¹³ Ebenso verhielt es sich, wenn das eingesetzte Nötigungsmittel die Schwelle des § 177 Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB a.F. unterschritt oder der Finalzusammenhang zur sexuellen Handlung fehlte.¹⁴ Im Ergebnis blieb mithin die Vornahme sexueller Handlungen ohne Nötigungseinsatz in aller Regelmäßigkeit ohne strafrechtliche Konsequenz.¹⁵ In Anbetracht dieser erheblichen Strafbarkeitslücken forderten Teile der Literatur zu Recht

⁵ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. (2014), § 177 Rn. 4 ff.; Perron/Eisele, in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. (2010), § 177 Rn. 4 ff.; Hörnle, ZIS 2015, 206 (208); Hörnle, GA 2015, 313 (314).

⁶ BGH, NStZ 1995, 230; NStZ 2005, 268 (269); Fischer, StGB, 61. Aufl. (2014), § 177 Rn. 13; Perron/Eisele, in Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 4, 6 f.; a.A.: Hörnle, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2010), § 177 Rn. 59 ff., 67.

⁷ BGHSt 45, 253 (257 ff.); Frommel, in: NK-StGB, 3. Aufl. (2010), § 177 Rn. 55; Fischer, StGB, § 177 Rn. 35 f.; Renzikowski, NStZ 2006, 397 (398); Perron/Eisele, in Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 8.

⁸ BVerfG, NJW 2004, 3768 (3769 f.); Fischer, StGB, § 177 Rn. 36 ff.

⁹ Hörnle, ZIS 2015, 206 (208).

¹⁰ BGHSt 50, 359 (365 f.); BGH, NStZ 2005, 380 (380 f.); NJW 2003, 2250 (2251); Fischer, StGB, § 177 Rn. 38 ff.; Perron/Eisele, in Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 11a; vgl. Isfen, ZIS 2015, 217 (217); a.A.: Oberlies, ZStW 2002, 130 (132); Mildnerberger, Schutzlos – Hilflos – Widerstandsunfähig, 1998, S. 80; Reichenbach, JR 2004, 385 (386 f.).

¹¹ Fischer, StGB, § 177 Rn. 2; Kindhäuser/Schramm, Strafrecht BT I, 9. Aufl. (2020), S. 193 Rn. 1.

¹² Clemm, Stellungnahme im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz am 1.6.2016, S. 2; im Folgenden wird Stellungnahme abgekürzt als Stn.; Perron/Eisele, in Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 2.

¹³ BGH, NStZ 2015, 337; Perron/Eisele, in Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 9 ff.; Hörnle, Stn. 2016, S. 5 f.; Isfen, ZIS 2015, 217 (218 ff.); Laubenthal, Handbuch Sexualstrafrecht, 2012, Rn. 206 ff.

¹⁴ BGH, HRRS 2006 Nr. 599; BGH, NStZ 2013, 279 (279); Bezjak, KJ 2016, 557 (558f.); Isfen, ZIS 2015, 217 (218f., 220); Adelman, Jura 2009, 24 (25); Laubenthal, Rn. 170 ff.

¹⁵ Bezjak, KJ 2016, 557 (558); Isfen, ZIS 2015, 217 (217, 219 f.); Adelman, Jura 2009, 24 (25 f.); Sick, JZ 1991, 330 (334 f.); BT-Drs. 18/8210, 9 ff.; vgl. BGH, NStZ 2012, 268.

eine Reform der §§ 177 ff. StGB a.F.¹⁶ Entgegenstehende Stimmen, nach denen die bestehende Rechtslage bereits alle relevanten und strafwürdigen Fälle des sexuellen Übergriffs abdecke, verkennen die Vielfältigkeit menschlichen Verhaltens und die Vielschichtigkeit seiner Beweggründe. Opfer werden regelmäßig nicht unter Einkalkulation zukünftiger Übel eine Abwägungsentscheidung bezüglich des Leistens von Widerstand treffen, sondern etwa aus Überforderung, Überraschung oder Angst vor niedrigschwelligem Übel von Abwehrhandlungen absehen.¹⁷ Auch der Einwand, das Schließen von Straflücken dürfe nicht zum Selbstzweck werden, kann nicht überzeugen. Das fragmentarische Strafrecht hat keinen Eigenwert; das Vorliegen einer genuinen Schutzlücke ist regelmäßig hinreichender Grund für das Einführen einer Strafnorm, da es Zielsetzung des Strafrechts sein muss, alle strafwürdigen Verhaltensweisen gleichsam zu erfassen.¹⁸

Das Sexualstrafrecht in seiner Fassung nach dem 49. StrÄndG war mithin sowohl aufgrund systematisch-dogmatischer Widersprüchlichkeiten als auch aufgrund eklatant klaffender Strafbarkeitslücken dringend reformbedürftig, um einen umfassenden Schutz der sexuellen Selbstbestimmung zu garantieren und sämtliches strafwürdiges Verhalten zu sanktionieren.

2. Völkerrechtliche Implikationen für das Sexualstrafrecht

Zusätzliches Gewicht wurde den Forderungen nach einer Reform des § 177 Abs. 1 StGB a.F. durch das Völkerrecht verliehen.

Nach der Rechtsprechung des *EGMR* sind die Vertragsstaaten gem. Art. 3, 8 EMRK verpflichtet, alle nicht einvernehmlichen sexuellen Handlungen umfassend zu kriminalisieren und effektiv zu verfolgen.¹⁹ Diese Leitlinie wurde in Artikel 36 Abs. 1 I-K konkretisiert.²⁰ Die Bundesrepublik Deutschland war mithin als Unterzeichnerin verpflichtet, alle nicht einverständlichen sexuellen Handlungen zu kriminalisieren, unabhängig vom Vorliegen von Gewalt, Drohung oder sonstigem Zwang. Dieser Anforderung wurde § 177 Abs. 1 StGB a.F. in seiner engen Anwendung durch die Rechtsprechung nicht gerecht.²¹ Insofern war eine Gesetzesreform zur Umsetzung der Konventionsleitlinien aus gesetzgeberischer Sicht unumgänglich.²² Hierbei war der deutsche Gesetzgeber jedoch nicht an den Wortlaut von Art. 36 Abs. 1 I-K gebunden. Gem. Art. 31 WVRK ist die Umsetzung des völkerrechtlichen Vertrages den Vertragsparteien selbst überlassen. Diesen wurde hinsichtlich der Formulierung des spezifischen Gesetzeswortlautes ein weiter Beurteilungsspielraum eingeräumt.²³

3. Kriminalpolitische Debatte im Vorlauf der Reform

Hiervon ausgehend entwickelte sich in der Rechtsliteratur eine Debatte hinsichtlich der spezifischen Umsetzung

¹⁶ Hörnle, ZIS 2015, 206 (206, 215 f.); Clemm, Stn. 2016, S. 1 f.; BMJV, Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, S. 45 f.; vgl. zusammenfassend, S. 55, I.3.

¹⁷ Hörnle, Stn. 2016, S. 6; Eisele, Stn. 2016, S. 2 ff.; Hörnle, ZIS 2015, 206 (211 f.); so aber: Frommel, in: FS Ostendorf, 2015, S. 321 (332 f., 337 f.); Fischer, Stn. 2015, 11 f.

¹⁸ Hörnle, ZIS 2015, 206 (207); Zaczek, ZStW 123, 691 (692, 707 f.); so aber: Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (183); Vormbaum, ZStW 2011, 660 (664 ff., 670); Kulhanek, ZIS 2014, 674 (674 f., 678); Fischer, ZIS 2015, 312 (312 f.).

¹⁹ *EGMR*, Urt. v. 4.12.2003 – 39272/98, Rn. 153, 156 ff., 166; Isfen, ZIS 2015, 217 (220 f.).

²⁰ Vgl. I-K, erläuternder Bericht, Nr. 191; Isfen, ZIS 2015, 217 (221).

²¹ Blume/Wegner, HRRS 2014, 357 (359 f., 362); Hörnle, ZIS 2015, 206 (210 f.); zur Rechtsprechungspraxis: *BGH*, NSTZ 2005, 268 (269); Fischer, StGB, § 177 Rn. 13; Gerhold, JR 2016, 122 (123 f., 129); Sick/Renzikowski, in: FS Rössner, 2015, S. 928 (939 ff.).

²² Blume/Wegner, HRRS 2014, 357 (360, 363); Rabe/von Normann, Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen, abrufbar unter https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/_migrated/tx_commerce/Policy_Paper_24_Schutzluecken_bei_der_Strafverfolgung_von_Vergewaltigungen.pdf (zuletzt abgerufen am 10.5.2021), S. 20 f.; Renzikowski, Stn. 2015, S. 8; Perron/Eisele, in: Schöne/Schröder, StGB, § 177 Rn. 6; Isfen, ZIS 2015, 217 (227); Sick/Renzikowski, in: FS Rössner, 2015, S. 928 (940); a.A.: Fischer, Stn. 2015, S. 11; Hörnle, in: LK-StGB, § 177 Rn. 67; diff. Renzikowski, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 177 a.F. Rn. 21 f.

²³ I-K, erläuternder Bericht, Nr. 193; Blume/Wegner, HRRS 2014, 357 (358, 363); Isfen, ZIS 2015, 217 (221); Bezjak, KJ 2016, 557 (558); Eisele, Stn. 2016, S. 5 ff.

der völkerrechtlichen Leitlinien, aus der drei dogmatisch unterschiedliche Reformansätze hervorgingen.

a) Die „Nur-Ja-heißt-Ja“-Lösung

Teilweise wurde in der Literatur für die Einführung der sogenannten „Nur-Ja-heißt-Ja“-Lösung plädiert. Danach sei es erforderlich, dass der Vornahme von sexuellen Handlungen ausdrücklich oder konkludent zugestimmt wird. Handlungen, die ohne dieses Einverständnis vorgenommen werden, seien strafbar.²⁴ Der umfassende Schutz der sexuellen Selbstbestimmung sei nicht durch eine bloße punktuelle Schutzlückenschließung zu erreichen; vielmehr erfordere dieses Ziel einen Paradigmenwechsel im Sexualstrafrecht vom Täter hin zum Opfer. Die Vorstellung von Sexualität als bis zum erklärten Widerspruch zur Verfügung stehendes Gut sei überholt, vielmehr müsse man sich der auf einer freien Willensbildung beruhenden Zustimmung des Sexualpartners versichern.²⁵ Geboten sei daher die Einführung eines Missbrauchstatbestandes unterhalb von § 177 Abs. 1 StGB a.F., welcher die Tathandlung allein als Missachtung des faktischen beziehungsweise wirklichen Willens des Opfers beschreibt. Hierfür spreche nicht zuletzt die enge Orientierung am Wortlaut von Art. 36 Abs. 1, 2 I-K.²⁶ Die Strafbarkeit werde durch das nach § 184h Nr. 1 StGB für das Vorliegen einer sexuellen Handlung erforderliche Überschreiten einer Erheblichkeitsschwelle hinreichend begrenzt.²⁷

Neben Einwänden, die vor allem die spezifische Formulierung, theoretische Begründung sowie die praktische Anwendung einer derart konzipierten Norm betreffen, wird an der „Nur-Ja-heißt-Ja“-Lösung insbesondere kritisiert, dass sie die Lebenswirklichkeit sexueller Interaktion verfehle und zur Kriminalisierung nicht strafwürdigen Verhaltens führe.²⁸

b) Die kasuistisch-punktueller Lösung

Andere Stimmen in der Literatur sprachen sich entschieden gegen den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung durch einen allgemeinen Tatbestand aus, welcher die fehlende Einvernehmlichkeit des sexuellen Kontaktes zum tragenden Tatbestandsmerkmal hervorhebt. Eine solche Regelung berge die Gefahr, sozialadäquate Alltagshandlungen zu pönalisieren und insofern mit dem Schuldprinzip in Konflikt zu geraten.²⁹ Vielmehr seien die bestehenden Strafbarkeitslücken punktuell durch die positive Regelung gerade derjenigen Handlungen, die nach Einschätzung des nationalen Gesetzgebers nicht freiwillig und somit strafwürdig sind, zu schließen. Es biete sich insbesondere an, den unzureichenden Auffangtatbestand des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F. durch einen Tatbestand zu ersetzen, der die Vornahme sexueller Handlungen bestraft, die unter Ausnutzung einer Lage vorgenommen werden, in der dem Opfer die Widerstandsleistung nicht möglich ist oder in der dem Opfer objektiv ein erheblicher Nachteil droht oder es subjektiv einen solchen befürchtet.³⁰ Eine derartige Erweiterung der bestehenden Straftatbestände genüge völkerrechtlichen Ansprüchen.³¹

²⁴ Renzikowski, Stn. 2015, S. 8 f., 12 ff.; Freudenberg/Pisal, Stn. 14-07, S. 5; BMJV, Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, S. 47; Herning/Illgner, ZRP 2016, 77 (77 f., 80).

²⁵ Renzikowski, Stn. 2015, S. 12; Freudenberg/Pisal, Stn. 14-07, S. 5 f.

²⁶ Renzikowski, Stn. 2015, S. 9, 11 f.; Freudenberg/Pisal, Stn. 14-14, S. 4.

²⁷ Renzikowski, Stn. 2015, S. 9; Herning/Illgner, ZRP 2016, 77 (80).

²⁸ Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (186); Isfen, ZIS 2015, 217 (229); Hörnle, GA 2015, 313 (317, 320 f.); Hörnle, Gutachten-DfM, abrufbar unter: https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/_migrated/tx_commerce/Menschenrechtliche_Verpflichtungen_aus_der_Istanbul_Konvention_Ein_Gutachten_zur_Reform_des_Paragraf_177_StGB.pdf (zuletzt abgerufen am 10.5.2021), S. 16 f.

²⁹ Eisele, Stn. 2015, 60 (67 ff.); Isfen, ZIS 2015, 217 (224, 231).

³⁰ Eisele, Stn. 2015, 60 (70 ff.); Isfen, ZIS 2015, 217 (230 ff.); vgl. auch Gesetzesentwurf der BR zu § 179 StGB-E, BT-Drs. 18/8210, S. 9 ff., 14 ff.; Sick, JZ 1991, 330 (334 f.).

³¹ Blume/Wegner, HRRS 2014, 357 (360); Eisele, Stn. 2015, 60 (71 f.).

Zwar wurde einhellig anerkannt, dass durch eine punktuelle Strafbarkeitserweiterung ein umfassender Schutz der sexuellen Selbstbestimmung zu erreichen sei; der spezifische Reformansatz wurde jedoch als unzureichend kritisiert. Nach wie vor blieben strafwürdige sexuelle Handlungen, die schlicht gegen den Willen des Opfers vorgenommen würden, straflos.³²

Darüber hinaus verkenne und perpetuiere die kasuistisch-punktueller Lösung den grundlegenden Konstruktionsfehler des § 177 Abs. 1 StGB a.F.: Dass ein Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung nicht uneingeschränkt, sondern grundsätzlich nur dann strafwürdig ist, wenn Widerstand des Opfers überwunden wird. Die Ausweitung der Ausnahmen, nach denen das Opfer bei Vorliegen gewisser Tatmodalitäten hierzu nicht verpflichtet ist, bebehe diese überholte Konzeption von einer dem Strafrecht fremden Widerstandsobliegenheit des Opfers nicht, sondern mildere nur deren Symptome ab.³³

c) Die „Nein-heißt-Nein“-Lösung

Um diese Fehlkonstruktion in der Normstruktur zu beheben, forderten einige Literaturstimmen die umfassende Reform des § 177 Abs. 1 StGB a.F. nach der sogenannten „Nein-heißt-Nein“-Lösung. Eine sexuelle Handlung wäre hiernach bereits dann strafbar, wenn sie gegen den ausdrücklich oder konkludent erklärten oder zumindest erkennbaren Willen des Opfers vorgenommen wird. Das Motiv für den entgegenstehenden Willen sei unerheblich. Eine Obliegenheit des Opfers zur Gegenwehr bestehe somit nicht mehr.³⁴ Insofern löst sich die „Nein-heißt-Nein“-Lösung ebenso wie die „Nur-Ja-heißt-Ja“-Lösung vom zweistufigen Nötigungsmodell des § 177 Abs. 1 StGB a.F. und rückt den nicht einvernehmlichen Charakter der Sexualhandlung im Rahmen eines neuen, in § 177 Abs. 1 StGB-E normierten, einstufigen Missbrauchstatbestandes in den Vordergrund.³⁵ Entgegen der „Nur-Ja-heißt-Ja“-Lösung ist eine Strafbarkeit jedoch nicht bereits anzunehmen, wenn das Opfer sich nicht vorab mit der sexuellen Handlung einverstanden erklärt hat. Vielmehr müsse das Opfer zumindest konkludent seinen entgegenstehenden Willen nach außen hin erklären, sofern der entgegenstehende Wille dem Täter nicht bereits bekannt ist oder aufgrund vorliegender Begleitumstände im Einzelfall offensichtlich ist.³⁶ Hierdurch werde ein umfassender Schutz der sexuellen Selbstbestimmung gewährleistet, ohne die Strafbarkeit in lebensfremder Weise auszudehnen.³⁷

Bedenken gegen die „Nein-heißt-Nein“-Lösung bestanden insbesondere hinsichtlich der Gefahr von Beweisschwierigkeiten in der Praxis sowie hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip.³⁸ Zudem wurde bezweifelt, dass die „Nein-heißt-Nein“-Lösung einen Schutzbereich gewährleiste, der denjenigen einer kasuistisch-punktueller Reform überschreitet. Dies sei jedoch aufgrund des weitreichenden, teilweise sexualpädagogischen Ansatzes der „Nein-heißt-Nein“-Lösung erforderlich.³⁹

³² Hörnle, GA 2015, 313 (315 f.); BMJV, Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, S. 54; Clemm, Stn. 2016, S. 5 ff.

³³ Hörnle, a.a.O.; dies., KriPoZ 2016, 19 (23 f.); Lembke, KJ 2016, 3 (8); vgl. Hörnle, Stn. 2016, S. 4 ff.; Freudenberg, Stn. 2016, S. 2; Müller-Piepenkötter, Stn. 2016, S. 2 f.

³⁴ Hörnle, GA 2015, 313 (326 ff.); Wolters, in: SSW-StGB, 2. Aufl. (2014), § 177 Rn. 22; BMJV, Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, S. 48.

³⁵ Hörnle, GA 2015, 313 (316, 326 f.); Wolters, in: SSW-StGB, 2. Aufl. (2014), § 177 Rn. 22; Isfen, ZIS 2015, 217 (222); Hörnle, Gutachten-DiFM, S. 23 f.

³⁶ Hörnle, ZStW 127, 851 (868 ff.); dies., GA 2015, 313 (318 f., 320 f.).

³⁷ Hörnle, GA 2015, 313 (321).

³⁸ Ausf. siehe II.5.; Isfen, ZIS 2015, 217 (229 f.); BMJV, Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, S. 50 f., Eisele, Stn. 2015, 60 (69, 72); vgl. Fischer, ZIS 2015, 312 (317 f.); Herzog, KritV 2015, 18 (24 f.).

³⁹ Eisele, Stn. 2016, S. 13 f.; BMJV, Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, S. 54; vgl. Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (182).

4. Die Reform des § 177 Abs. 1 StGB durch das 50. StrÄndG

Während der ursprüngliche Regierungsentwurf zur Änderung des Strafgesetzbuches zunächst lediglich das Ziel hatte, straflose Tathandlungen positiv zu formulieren und in einen kasuistisch erweiterten Missbrauchstatbestand, § 179 StGB-E, zu integrieren, um so kurzfristig Strafbarkeitslücken zu schließen, sah das 50. Strafrechtsänderungsgesetz in seiner am 7.7.2016 vom Bundestag beschlossenen Form eine umfassende Änderung des § 177 StGB vor, um die „Nein-heißt-Nein“-Lösung in das Strafgesetzbuch zu implementieren.⁴⁰

Gemäß § 177 Abs. 1 StGB wird nunmehr mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft, wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen (§ 184h Nr. 1 StGB) an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt.

Grundvoraussetzung für die Erfüllung des objektiven Grundtatbestandes des § 177 Abs. 1 StGB bleibt mithin die Vornahme einer erheblichen sexuellen Handlung. Neben der auch nach alter Rechtslage strafbaren Vornahme dieser Handlungen vom Täter oder einem Dritten am Opfer oder von diesem an Täter oder Drittem ist nunmehr auch die durch den Täter bestimmte Vornahme sexueller Handlungen durch das Opfer an sich selbst vom Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB erfasst. Insofern wurde der im Rahmen der Gesetzesreform gestrichene besonders schwere Fall der Nötigung gem. § 240 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 StGB a.F. in den neuen § 177 Abs. 1 StGB integriert.⁴¹

Nicht länger erforderlich für das Vorliegen eines sexuellen Übergriffes gem. § 177 Abs. 1 StGB ist hingegen das Vorliegen eines Nötigungsmittels. Der Gesetzgeber löst sich mithin von dem das Sexualstrafrecht jahrzehntelang prägenden Nötigungsmodell. Vielmehr wird der Wille des Tatopfers in den Mittelpunkt gerückt. Dieser muss der Vornahme der sexuellen Handlung entgegenstehen.⁴²

Fraglich ist, welche Anforderungen an einen entgegenstehenden Willen des Opfers zu stellen sind. Der Gesetzgeber hat sich gegen die Formulierung „ohne Einverständnis“ und damit gegen eine „Nur-Ja-heißt-Ja“-Lösung entschieden.⁴³ Es genügt mithin für die Strafbarkeit nicht, dass die sexuelle Handlung ohne das Vorliegen eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses vorgenommen wird. Erforderlich ist vielmehr, dass zum Tatzeitpunkt ein tatsächlicher Wille des Opfers vorliegt, welcher der Vornahme der sexuellen Handlungen entgegensteht. Das bloße Hinwegsetzen über einen mutmaßlichen, tatsächlich aber nicht vorliegenden Willen ist ebenso wenig tatbestandsmäßig wie die Missachtung eines sachgedanklich mitschwingenden Willens. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 177 Abs. 1 StGB, insbesondere jedoch aus den in § 177 Abs. 2 Nr. 1-3 StGB normierten Fallgruppen, die ansonsten in ihrer Funktion als Auffangtatbestände weitestgehend überflüssig wären.⁴⁴ In qualitativer Hinsicht wird es bei systematischer Auslegung der Norm unter Beachtung von § 177 Abs. 2 Nr. 1, 2 StGB ausreichen, dass das Opfer dazu in der Lage war, einen natürlichen Gegenwillen zu bilden.⁴⁵ Weitergehende Anforderungen sind an den entgegenstehenden Willen jedoch nicht zu stellen. Insbesondere der Grund für die Ablehnung der sexuellen Handlung ist unerheblich.⁴⁶

Darüber hinaus muss der entgegenstehende Wille jedoch erkennbar sein. Der bloße innere Vorbehalt des Opfers

⁴⁰ Zum urspr. Entwurf siehe BT-Drs. 18/8210, S. 2, 5; Zur endgültigen Fassung siehe BT-Drs. 18/9097, S. 2, 6, 21, 22 f.; BGBl. I, S. 2460 (2460 f.).

⁴¹ BT-Drs. 18/9097, S. 22 f., 32; Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), § 177 Rn. 7; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 13 ff.; El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (161); vgl. bereits Walter, JR 2016, 361 (366).

⁴² BT-Drs. 18/9097, S. 21 f.; Hörnle, NStZ 2017, 13 (14); Frommel, in: NK-StGB, § 177 Rn. 104.

⁴³ BT-Drs. 18/9097, S. 21 f.; vgl. Bezjak, KJ 2016, 557 (560); Hörnle, GA 2015, 313 (317 f.).

⁴⁴ Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), § 177 Rn. 10; El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (163); Mitsch, KriPoZ 2018, 334 (335).

⁴⁵ BT-Drs. 18/9097, S. 23; El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (163 f.); vgl. Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), § 177 Rn. 20 ff.

⁴⁶ BT-Drs. 18/9097, S. 23; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 5.

ist mithin notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für eine Tat.⁴⁷ § 177 Abs. 1 StGB schafft insoweit ein dem Kernstrafrecht neues Tatbestandsmerkmal und bricht mit der klassischen Einverständnisdogmatik, nach der das Einverständnis und somit im Umkehrschluss auch der Gegenwille nicht nach außen hin kundgetan werden muss.⁴⁸ Durch dieses strafbarkeitslimitierende Tatbestandskorrektiv versucht der Gesetzgeber dem Schuldprinzip gerecht zu werden, indem sozialtypische Verhaltensweisen in den sich oft ambivalent gestaltenden Situationen sexueller Interaktion aus dem objektiven Tatbestand ausgenommen werden.⁴⁹

Die Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens ist aus der Sicht eines objektiven Dritten zu beurteilen. Für diesen ist der entgegenstehende Wille erkennbar, wenn das Opfer den Willen zum Tatzeitpunkt entweder ausdrücklich verbalisiert oder konkludent – etwa durch Weinen oder körperliches Abwehren der sexuellen Handlungen – zum Ausdruck bringt, sodass der betrachtende Dritte das Verhalten des Opfers als „Nein“ interpretieren muss.⁵⁰ Ambivalente Situationen sind hiernach nicht vom Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB erfasst; dem Opfer obliegt es, seinem Willen eindeutig Ausdruck zu verleihen. Fälle, in denen dies dem Opfer nicht zuzumuten oder faktisch unmöglich ist, fallen nicht unter den Tatbestand von § 177 Abs. 1 StGB, sondern werden von § 177 Abs. 2 StGB erfasst.⁵¹

In subjektiver Hinsicht ist zumindest bedingter Vorsatz des Täters, der sich nach der strafrechtlichen Kongruenzregel auch auf die Erkennbarkeit erstrecken muss, erforderlich. Der Täter muss es mithin zumindest für möglich halten und billigend in Kauf nehmen, dass die sexuelle Handlung gegen den Willen des Opfers vorgenommen wird.⁵² Eine verdeckte Fahrlässigkeitsstrafbarkeit wird mithin nicht eingeführt.⁵³ Eine überschießende Innentendenz in Gestalt eines Finalzusammenhangs oder eines Ausnutzungsbewusstseins ist nicht erforderlich.⁵⁴

§ 177 Abs. 1 StGB sanktioniert hiernach alle gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person vorgenommenen sexuellen Handlungen, wird jedoch mit einem ergänzenden Auffangtatbestand in § 177 Abs. 2 StGB kombiniert, welcher durch enumerativ und positiv normierte Tatvarianten diejenigen Strafbarkeitslücken schließt, die sich aus § 177 Abs. 1 StGB ergeben.⁵⁵

5. Rezeption des neuen § 177 Abs. 1 StGB in der Rechtsliteratur

Die Gesetzesreform ist in der Literatur auf Kritik gestoßen. Einhellig kritisiert wird ihr übereiltes Zustandekommen vor dem Abschluss der hierfür eigens eingerichteten Reformkommission.⁵⁶ Darüber hinaus erfuhr die Reform des § 177 Abs. 1 StGB jedoch auch inhaltliche Kritik.

a) Rechtsgut und Schutzlücken

Kritisiert wurde, dass § 177 Abs. 1 StGB entgegen der Gesetzesbegründung keine Schutzlücken schließe, sondern vielmehr das geschützte Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung neu definiere. Schutzgut des neuen § 177 Abs. 1 StGB, der auf das Vorliegen einer Nötigung verzichtet, sei nicht länger die Fähigkeit einer Person zur sexuellen

⁴⁷ Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), § 177 Rn. 10; Mitsch, KriPoZ 2018, 334 (335); El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (162).

⁴⁸ BT-Drs. 18/9097, S. 22 f.; El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (165); Rengier, S. 229 f.

⁴⁹ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177, Rn. 19; El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (165).

⁵⁰ BT-Drs. 18/9097, S. 22 f.; Hörnle, NStZ 2017, 13 (15); Renzikowski, NJW 2016, 3553 f.

⁵¹ BT-Drs. 18/9097, S. 23; Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), § 177 Rn. 11 f.; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 47.

⁵² BT-Drs. 18/9097, S. 23; Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), § 177 Rn. 17 f.; Mitsch, KriPoZ 2018, 334 (336 ff.); El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (166 f.); allg.: Rönnau, JuS 2010, 675 (676); Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl. (1993), 8. Abschn. Rn. 43.

⁵³ Schulz, StraFo 2017, 447 (448 f.); El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (165 f.); so aber: Lamping, JR 2017, 347 (353).

⁵⁴ El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (167).

⁵⁵ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 8, 23 ff.; Bezzak, KJ 2016, 557 (562 ff.).

⁵⁶ Vgl. Renzikowski, NJW 2016, 3553 (3558); Hörnle, NStZ 2017, 13 (14).

Selbstbestimmung, mithin ihre Willensfreiheit, sondern die Achtung ihrer Willensentscheidung selbst.⁵⁷ Hierdurch würden zwar einige Schutzlücken gegenüber der alten Rechtslage geschlossen. Fälle, in denen das Opfer aus Scham oder anderweitigen Beweggründen seinen Willen nicht artikuliert, seien jedoch nach wie vor nicht vom Tatbestand erfasst, da eine objektive Erkennbarkeit gefordert wird.⁵⁸ Darüber hinaus würden Schutzlücken an anderer Stelle aufgerissen. Das Abstellen auf einen erkennbaren Willen sei insofern opferunfreundlich, als dass dies zur Unerheblichkeit einer ablehnenden Willensäußerung des Opfers führe, die zwar für den mit dem Opfer bekannten Täter, aber nicht für einen objektiven Dritten erkennbar war. Ebenso straflos sei es, wenn das Opfer von einem mit Sonderwissen ausgestatteten Täter genötigt wird, sein entgegenstehender Wille jedoch nicht objektiv erkennbar hervortritt.⁵⁹

b) Gefahr der Überkriminalisierung

Weiterhin wurde befürchtet, die Subjektivierung des § 177 Abs. 1 StGB werde zu einer Überkriminalisierung sexueller Verhaltensweisen führen. Durch die strafrechtliche Pönalisierung jeglichen nicht konsensualen Verhaltens dringe das Strafrecht in einen zwischenmenschlichen Bereich vor, dessen Regelung durch das Strafrecht weder sinnvoll möglich noch wünschenswert sei. Die Verrechtlichung der regelmäßig spontanen, dynamischen und vielschichtigen sexuellen Interaktionen zwischen Menschen führe zwangsläufig zur Kriminalisierung unzweifelhaft nicht strafwürdigen Verhaltens.⁶⁰

Problematisch sei hierbei zunächst, dass das Motiv hinter dem erkennbar geäußerten Willen für die Strafbarkeit nicht maßgeblich ist. Die bloße Abhängigkeit der Strafdrohung vom Willen eines Menschen führe zu problematischen Unsicherheiten für den Einzelnen. Beispielsweise sei es möglich, dass das Tatopfer der sexuellen Handlung nicht zum Schutz seiner sexuellen Selbstbestimmung widerspricht, sondern vielmehr, um der anderen Person unter missbräuchlicher Ausnutzung der Rechtslage Schaden zuzufügen.⁶¹

Darüber hinaus würden Fälle, in denen der Sexualkontakt einvernehmlich begonnen und ein entgegenstehender Wille erst im Verlaufe des Geschehens gebildet und geäußert wurde, nicht gesondert behandelt, sondern ebenso pönalisiert wie von Anfang an nicht konsensuale Sexualkontakte. § 177 Abs. 1 StGB verlange mithin dem Normadressaten eine Aufmerksamkeit und Reaktionsschnelle ab, die diesem in der konkreten Situation in der Regel unmöglich oder zumindest unzumutbar sein werde.⁶²

Schließlich führe die Subjektivierung des Tatbestandes von § 177 Abs. 1 StGB zur Kriminalisierung sozialadäquaten Verhaltens. So mache sich strafbar, wer seinen Partner gegen dessen erkennbaren Willen mit dem Ziel, ihn zu verführen, stimuliert. Da eine spätere Einwilligung nicht zurückwirkt, bleibe es bei einer Strafbarkeit, selbst wenn es im Anschluss zur Vornahme einvernehmlicher sexueller Handlungen kommt.⁶³

Nach dieser Lesart beschränkt § 177 Abs. 1 StGB das Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG, in unverhältnismäßiger Weise.⁶⁴

⁵⁷ Hoven, KriPoZ 2018, 2 (7 f.); Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (183 f.); BT-Drs. 18/9096, S. 2, 21; zum alten Schutzgut siehe Wolters, in: SK-StGB, 8. Aufl. (2012), § 177 Rn. 2.

⁵⁸ Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (184); Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 19; vgl. El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (166); BT-Drs. 18/9096, S. 23.

⁵⁹ Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (184, 187).

⁶⁰ Herzog, KritV 2015, 18 (24 f.); Löffelmann, StV 2017, 413 (414 f.); Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (186); vgl. Fischer, StGB, 63. Aufl. (2016), § 177 Rn. 39b.

⁶¹ Löffelmann, StV 2017, 413 (414).

⁶² Löffelmann, StV 2017, 413 (414 f.).

⁶³ Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (186); Löffelmann, StV 2017, 413 (415); Papathanasiou, KriPoZ 2016, 133 (139); vgl. hierzu bereits Eisele, Stn. 2016, S. 14.

⁶⁴ Löffelmann, StV 2017, 413 (414 f., 417).

Diese Einschätzung wird jedoch bestritten. Zwar erfüllten auch in intimen Beziehungen teilweise übliche Verhaltensweisen den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB. Jedoch bestehe kein Grund, derartige sexuelle Übergriffe gesondert zu behandeln. Gerade auch die sexuelle Selbstbestimmung des Partners sei zu achten. Die Sozialadäquanz einiger dieser Verhaltensweisen werde durch § 177 Abs. 9 StGB hinreichend berücksichtigt.⁶⁵ Bei genauer Einzelfallbetrachtung ließen sich zudem die meisten sozialadäquaten Handlungen aus dem Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB ausnehmen: Verführungshandlungen unter Intimpartnern würden bei lebensnaher Betrachtung derart nuanciert vorgenommen, dass dem anschließenden Sexualkontakt der Wille des Partners nicht länger erkennbar entgegenstehe.⁶⁶

c) Hinreichende Bestimmtheit

Bedenken bestanden darüber hinaus hinsichtlich der Vereinbarkeit von § 177 Abs. 1 StGB mit dem Bestimmtheitsgebot, Art. 103 Abs. 2 GG.⁶⁷

Insbesondere die Beschreibung des tatbestandsverwirklichenden Täterverhaltens sei teilweise in problematischer Weise unbestimmt. Hierbei richtete sich Kritik dagegen, dass die Vornahme sexueller Handlungen durch das Opfer auch ohne das Vorliegen von Zwang strafbar sein soll.⁶⁸ Es sei unklar, wie der Täter ohne Zwangsausübung überhaupt gegen den erkennbaren Willen des Opfers den Taterfolg herbeiführen solle. Denn wenn das Opfer zunächst seinen entgegenstehenden Willen geäußert hat, dann jedoch im Anschluss ohne das Vorliegen von Drohung oder Zwang die sexuellen Handlungen vornimmt, so sei dieser Wille aus objektiver Sicht aufgegeben.⁶⁹ Die Vornahme sexueller Handlungen ohne jedes Vorliegen von Zwang sei zumindest kein strafwürdiges Unrecht. Denn selbst wenn die Person ihren Willen nicht geändert hätte, so sei es ihr in derartigen Situationen zumindest zuzumuten, ihn durch Untätigkeit zu verwirklichen.⁷⁰ Die zweite Tatvariante sei mithin inhaltlich zu unbestimmt. Es ergebe sich weder aus dem Wortlaut noch aus der Gesetzesbegründung, inwieweit der Täter auf das Opfer einwirken müsse. Die Vereinbarkeit von § 177 Abs. 1 StGB mit dem Bestimmtheitsgebot, Art. 103 Abs. 2 GG, sei insoweit zu bezweifeln.⁷¹

Dies wird jedoch von anderer Seite bestritten. Die Vornahme einer sexuellen Handlung ohne das Vorliegen eines Nötigungselementes sei nicht als objektive Aufgabe des entgegenstehenden Willens zu interpretieren. Zweckrationale Entscheidungen seien nicht zwangsläufig als selbstbestimmt einzustufen. Die Gegenansicht erhebe nicht mehr existente Regelungen zu sachlogischen Notwendigkeiten, um eine Widersprüchlichkeit zu konstruieren. Bezugspunkt der Strafbarkeit sei lediglich nicht mehr das objektive Vorliegen eines Nötigungsmittels, sondern der erkennbar entgegenstehende Wille des Opfers, den es im Einzelfall zu bestimmen gelte.⁷²

Doch gerade dieser entgegenstehende Wille als alleinige Strafbarkeitsvoraussetzung ist nach kritischen Stimmen in der Literatur zu unbestimmt. Die Abhängigkeit der Strafbarkeit vom bloßen Willen einer Person, der situativ ambivalent und teilweise unklar ausgedrückt werde, führe beim Normadressaten zu einem problematischen Grad

⁶⁵ Hörnle, NSStZ 2017, 13 (15); *El-Ghazi*, 2017, 157 (168).

⁶⁶ *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (167 f.).

⁶⁷ Mitsch, KriPoZ 2018, 334 (335 f.); Löffelmann, StV 2017, 413 (414); Fischer, StGB, 63. Aufl. (2016), § 177 Rn. 39b.

⁶⁸ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 50; Wolters/Noltentius, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 177 Rn. 13; Mitsch, aaO.

⁶⁹ Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), § 177 Rn. 15 ff.; Wolters, in: SSW-StGB, 5. Aufl. (2021), § 177 Rn. 24 ff.; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 50.

⁷⁰ Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), § 177 Rn. 15 ff.; Wolters/Noltentius, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 177, 13; Wolters, in: SSW-StGB, 5. Aufl. (2021), § 177 Rn. 27.

⁷¹ Mitsch, KriPoZ 2018, 334 (335 f.); vgl. Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), § 177 Rn. 15.

⁷² Hörnle, NSStZ 2019, 439 (440 ff.).

an Unsicherheit.⁷³

Nach anderer Ansicht genügt der Tatbestand jedoch Art. 103 Abs. 2 GG, da er explizit die Missachtung der sexuellen Selbstbestimmung als Strafbarkeitsvoraussetzung benenne.⁷⁴

d) Beweisschwierigkeiten

Bedenken gegen § 177 Abs. 1 StGB bestanden schließlich hinsichtlich seiner praktischen Anwendung. Dass nach neuer Rechtslage alleinige Voraussetzung für die Strafbarkeit der erkennbar entgegenstehende Wille des Opfers ist, führe zu unüberwindbaren Beweisschwierigkeiten.⁷⁵

Zum einen sei das Abstellen auf den entgegenstehenden Willen des Opfers problematisch.⁷⁶ Es sei nämlich für sexualstrafrechtliche Verfahren typisch, dass sich allein die Aussagen des Anschuldigenden und des Beschuldigten gegenüberstehen. Maßgeblich sei mithin, welcher Aussage das Gericht Glauben schenkt.⁷⁷ Nach bisheriger Rechtslage war jedoch das Vorliegen von Gewalt, Drohung oder einer schutzlosen Lage erforderlich. Der entgegenstehende Wille des Opfers konnte mithin aus objektiven Umständen abgeleitet werden, die der Anschuldigende in seiner Aussage situativ, plausibel und belastbar darstellen musste. Insofern sei die Beweiswürdigung des Gerichts erleichtert worden. Nach neuer Rechtslage werde diese im Ergebnis allein auf eine Beurteilung der persönlichen Glaubwürdigkeit der Aussagenden hinauslaufen.⁷⁸ Dies führe in der Praxis zwangsläufig zu opferbeschuldigenden Verteidigungsstrategien.⁷⁹

Zum anderen sei es fragwürdig, die Erkennbarkeit aus Sicht eines objektiven Dritten zu beurteilen. Dieser Maßstab sei unbestimmt und praktisch nicht handhabbar.⁸⁰ In den typischerweise intimen Situationen des sexuellen Kontaktes könnten die Handlungen der Personen regelmäßig nicht von einem objektiven Betrachter richtig gedeutet werden. Mithin sei eigentlich erforderlich, dem Dritten ein gewisses Maß an Vorwissen zuzuschreiben. In welchem Umfang dies jedoch geschehen solle, sei völlig unklar.⁸¹ Darüber hinaus würden objektive und subjektive Tatbestandsfragen vermischt und führten somit zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Beurteilung des subjektiven Tatbestandes. Da sich der Vorsatz des Täters sowohl auf den entgegenstehenden Willen an sich, aber auch auf die Erkennbarkeit in der konkreten Tatsituation beziehen müsse, komme es zu dogmatisch widersinnigen und praktisch nicht umsetzbaren Ergebnissen, da etwa ein Täter, der um den entgegenstehenden Willen seines Opfers weiß, jedoch davon ausgeht, dies würde ein objektiver Dritter nicht erkennen, nicht vorsätzlich handele.⁸²

Hiergegen wird jedoch eingewandt, dass auch die nach einem Nötigungsmodell maßgebliche Beweiserhebung über fehlende Abwehrmöglichkeiten opferbelastend sei und im Übrigen gerade zu keiner sichereren Beweiswürdigungsgrundlage führe. Maßgeblich sei nach wie vor allein die Glaubwürdigkeit der Aussagenden im Einzelfall. Allein der Bezugspunkt der Beweiserhebung würde verschoben.⁸³ Die vorgebrachten Bedenken bezüglich einer Auswirkung im subjektiven Tatbestand seien konstruiert und in der Praxis kaum vorstellbar.⁸⁴

⁷³ Löffelmann, StV 2017, 413 (414); vgl. Fischer, StGB, 63. Aufl. (2016), § 177 Rn. 39b; Adams, Der Tatbestand der Vergewaltigung im Völkerstrafrecht, 2013, S. 512.

⁷⁴ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 4; ders., NJW 2016, 3553; Eisele, DRiZ 2017, 398 (399).

⁷⁵ Deckers, StV 2017, 410 (412); Wollmann/Schaar, NK 2016, 268 (281); vgl. hierzu bereits Fischer, Stn. 2015, S. 15.

⁷⁶ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 19; Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (185).

⁷⁷ Renzikowski, in: MüKo-StGB, Vor § 174, Rn. 65 ff.; Barton, in: FS Ostendorf, 2015, S. 41 (42).

⁷⁸ Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (185); Deckers, StV 2017, 410 (411f.); ausf. Lederer, StraFo 2018, 280 (283 ff.); diff. Lamping, JR 2017, 347 (354 f.); vgl. Barton, in: FS Ostendorf, 2015, S. 41 (55); Fischer, Stn. 2015, S. 15; Isfen, ZIS 2015, 217 (230); Adams, S. 514 ff.

⁷⁹ Lamping, JR 2017, 347 (355); vgl. bereits Isfen, 2015, 217 (230); Adams, S. 516 f.

⁸⁰ Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (187); El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (166).

⁸¹ Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (187); May, JR 2019, 130 (134 ff.).

⁸² Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), § 177 Rn. 12 ff., 17; Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (187); vgl. May, JR 2019, 130 (140); Mitsch, KriPoZ 2018, 334 (335 f.).

⁸³ Hörnle, ZIS 2015, 206 (212 f.); Lamping, JR 2017, 347 (355 f.); vgl. Renzikowski, NJW 2016, 3553 (3554).

⁸⁴ Hörnle, NSStZ 2017, 13 (15 f.).

e) Zusammenfassung

Auch wenn die Kritik am neuen § 177 Abs. 1 StGB teilweise theoretisch und dogmatisch verankert wurde, so lässt sich resümieren, dass Bedenken insbesondere hinsichtlich der praktischen Umsetzbarkeit und Auswirkung der Gesetzesreform bestanden.

III. Rechtsprechungsanalyse

Durch ausgewählte Urteile soll nachfolgend exemplarisch die Auswirkung der veränderten Rechtslage auf die Rechtsprechung in den fünf Jahren seit Inkrafttreten der Gesetzesreform dargestellt und analysiert werden.

1. Erkennbar entgegenstehender Wille bei aktivem Opferverhalten

Die in der Literatur vieldiskutierte Frage,⁸⁵ ob Fälle vom Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB erfasst sind, in denen das Opfer, welches zunächst seinen Widerwillen äußert, nach einer Einwirkung seitens des Täters ohne Nötigungscharakter jedoch anschließend die sexuelle Handlung aktiv vornimmt, beschäftigte auch die Rechtsprechung im sogenannten „Bamberger-Chefarzt“-Fall. In seinem Urteil hat der *BGH* entgegen weiter Teile der Literatur die grundsätzliche Möglichkeit der Erfüllung des § 177 Abs. 1 StGB durch derartiges Opferverhalten anerkannt.⁸⁶ Er stellt jedoch hohe Anforderungen an den Beweis eines erkennbaren Willens sowie eines hierauf bezogenen Vorsatzes in derartigen Fällen.⁸⁷

Die Vorinstanz hatte im konkreten Fall den entgegenstehenden Willen des Opfers noch für erkennbar erachtet und einen entsprechenden Vorsatz des Täters bejaht.⁸⁸ Zwar sei die Strafbarkeit zu verneinen, wenn sich aus der Sicht eines objektiven Beobachters ein ambivalentes Bild ergebe, da eine konsistente Ablehnungshaltung des Opfers erkennbar sein müsse. Jedoch brächten Konstellationen der zweiten Handlungsvariante des § 177 Abs. 1 StGB naturgemäß eine gewisse, jedoch auflösbare, Ambivalenz mit sich.⁸⁹ Die im Vorhinein geäußerte Ablehnung des Opfers sowie der sichtbare physische Widerwille im unmittelbar vorgelagerten Geschehen reichten aus, um den entgegenstehenden Willen des Opfers zu erkennen. Die kurzzeitige aktive Mitwirkung des Opfers in einer vom Täter erzeugten Drucksituation könne aus Sicht eines objektiven Beobachters nicht als selbstbestimmte Aufgabe seines entgegenstehenden Willens als Erfolg bloßer kommunikativer Bemühungen des Angeklagten im Sinne eines Überredens angesehen werden.⁹⁰ Nach der Überzeugung des Gerichts hatte der Angeklagte den weiterhin bestehenden Widerwillen des Opfers zudem billigend in Kauf genommen und sich somit gem. § 177 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.⁹¹

Der *BGH* hob die Verurteilung mit dem Hinweis auf, die der richterlichen Überzeugungsbildung zugrundeliegende Beweiswürdigung sei nicht erschöpfend und genüge insoweit nicht § 261 StPO.⁹² Denn das Verhalten des Tatopfers erweise sich als derart ambivalent, dass sich sein entgegenstehender Wille zum Zeitpunkt der Vornahme der

⁸⁵ Siehe II.4.c).

⁸⁶ *BGH*, NSStZ 2019, 717 (Rn. 19); *El-Ghazi*, jurisPR-StrafR 18/2019 Anm. 2, C.; *Ziegler*, NSStZ 2019, 718 (718 f.); a.A. in der Literatur siehe II.4.c).

⁸⁷ *BGH*, NSStZ 2019, 717 (Rn. 18 ff.).

⁸⁸ *LG Bamberg*, Urt. v. 7.12.2017 – 33 KLS 1105 Js 520/17 –, juris, Rn. 59 ff.

⁸⁹ *LG Bamberg* a.a.O., Rn. 58; vgl. hierzu *Fischer*, StGB, 68. Aufl. (2021), § 177 Rn. 15 ff.; BT-Drs. 18/9096, S. 23.

⁹⁰ *LG Bamberg* a.a.O., Rn. 32 f., 59 f.; zustimmend *Hörnle*, NSStZ 2019, 439 (440).

⁹¹ *LG Bamberg* a.a.O., Rn. 36 ff., 61 f.

⁹² *BGH*, NSStZ 2019, 717 Rn. 15 ff.; vgl. hierzu *BGH*, NSStZ-RR 2008, 148 (149 f.); *BGH*, BeckRS 1996, 31090122; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. (2019), § 261 Rn. 2 ff.

sexuellen Handlung nicht hinreichend deutlich aus den Gesamtumständen ergab, um für den Täter erkennbar zu sein. Nimmt das Opfer die sexuelle Handlung selbst vor, so stellt sich dies nach Überzeugung des Gerichts aus objektiver Sicht nicht als Handeln gegen den eigenen Willen dar. Die vorher erklärte Ablehnung werde insoweit entkräftet. Es bedürfe mithin schwerwiegender aussagekräftiger Umstände, aus denen der Täter auf den entgegenstehenden Willen schließen kann. Ein unmittelbar vor dem Tatgeschehen verbal ausdrücklich und körperlich signalisierter Widerwille genügt hierbei dem *BGH* zufolge nicht als nachhaltige Äußerung eines entgegenstehenden Willens.⁹³ Auch wenn der *BGH* mithin die Erfüllbarkeit des § 177 Abs. 1 StGB in seiner zweiten Variante ohne das Vorliegen von Zwang grundsätzlich anerkennt, so schränkt er die praktische Anwendbarkeit dieser Tatbestandsvariante ein, da er unabhängig von einer Würdigung der Gesamtumstände des Geschehens im Einzelfall in der Vornahme einer sexuellen Handlung grundsätzlich eine objektive Abkehr vom zuvor geäußerten entgegenstehenden Willen sieht. Insoweit schließt sich der *BGH* denjenigen Literaturstimmen an, die eine Anwendbarkeit des § 177 Abs. 1 StGB in solchen Fällen grundsätzlich ablehnen.⁹⁴ Den Tatgerichten wird zur Überwindung dieses ersten Anscheins eine besonders sorgfältige und dezidierte Beweiswürdigung abverlangt, die ein Fortbestehen des zuvor geäußerten Willens aus den Gesamtumständen rechtfertigt. Nach den Anforderungen des *BGH* scheint jedoch fraglich, ob die Ambivalenz des widersprüchlichen Opferverhaltens im Einzelfall überwunden werden kann. Denn selbst aus den Feststellungen, das Opfer sei zum Tatzeitpunkt mit dem sich bereits entblößten Täter, zu dem es sich in einem professionellen Abhängigkeitsverhältnis befand, allein in einem Raum gewesen, lässt sich nach dem *BGH* kein Gesamtumstand konstruieren, aus dem der Fortbestand eines Widerwillens objektiv erkennbar gewesen wäre.

Der *BGH* hat an anderer Stelle die bloße Warnung vor einem drohenden Übel als ausreichend erachtet, um den Tatbestand § 177 Abs. 1 StGB zu erfüllen.⁹⁵ Das Opfer habe die Warnung als nötigen Zwang empfunden, der Handlungsentschluss war vollständig fremdbestimmt. Die sexuelle Handlung habe das Opfer mithin aus der Sicht eines objektiven Dritten erkennbar gegen den zuvor geäußerten entgegenstehenden Willen vorgenommen.⁹⁶

Der Rechtsprechung des *BGH* lässt sich Folgendes entnehmen: Die Vornahme einer sexuellen Handlung durch das Opfer ohne das Vorliegen eines Nötigungsmittels ist grundsätzlich nicht als Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung desselben anzusehen. Nur in Ausnahmefällen, und zwar dann, wenn eine Situation vorliegt, die das Opfer subjektiv als nötigend empfindet, sind Einwirkungen und Belastungen unterhalb der Schwelle der Nötigung dazu fähig, die Vornahme der Handlung als objektiv erkennbar dem Willen des Opfers entgegenstehend anzusehen. Beeinträchtigungen unterhalb dieser Schwelle sind mithin dem *BGH* zufolge nach wie vor nicht strafbar, sofern das Opfer die Handlung selbst vornimmt. Es bleibt fraglich, ob § 177 Abs. 1 Var. 2 StGB vor diesem Hintergrund ein signifikanter praktischer Anwendungsbereich bleibt.

2. Erkennbare Ablehnung bei mehreren sexuellen Handlungen

Ähnlich hohe Anforderungen sind nach der Rechtsprechung des *BGH* an die Feststellung der sexuellen Handlung als Bezugspunkt des entgegenstehenden Willens zu stellen.⁹⁷ Problematisch erweist sich dies insbesondere in Fällen, in denen der Geschlechtsverkehr zunächst einvernehmlich vorgenommen wird, das Opfer jedoch sodann einen

⁹³ *BGH*, NStZ 2019, 717 Rn. 17 ff.; vgl. *Ziegler*, NStZ 2019, 718 (719).

⁹⁴ Siehe II.5.c.); *Fischer*, StGB, 68. Aufl. (2021), § 177 Rn. 15 ff.; *ders.*, NStZ 2019, 580 (581 f., 584).

⁹⁵ *BGH*, NStZ-RR 2020, 276 (276 f.).

⁹⁶ *BGH*, NStZ-RR 2020, 276 (277).

⁹⁷ *BGH*, NStZ 2019, 407 Rn. 7, 16.

Widerwillen äußert.⁹⁸ Das Tatgericht müsse in derartigen Fällen unzweifelhaft feststellen, dass sich der entgegenstehende Wille des Opfers gerade auf die sexuelle Interaktion als solche beziehe und nicht lediglich auf einen unerwünschten Begleitumstand oder Teilakt derselben.⁹⁹ Selbst bei Schmerzensschreien des Opfers, welches anschließend mehrfach versucht, den Täter von sich wegzudrücken und von diesem durch Gewaltausübung fixiert wird, müsse im Einzelfall dezidiert festgestellt werden, ob hieraus eine Abkehr von der Zustimmung bezüglich der gesamten sexuellen Interaktion abgeleitet werden kann oder das Verhalten nicht vielmehr als Aufforderung, die schmerzhaften Teilhandlungen einzustellen, interpretiert werden muss. Ist letzteres der Fall, so muss erörtert werden, ob diese Teilhandlungen als selbstständige sexuelle Handlungen im Sinne des § 177 Abs. 1 StGB strafbar sind.¹⁰⁰

Auch bei einvernehmlich begonnenen sexuellen Handlungen erlegt die Rechtsprechung den Tatgerichten mithin die Verpflichtung zur dezidierten Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung auf. Es muss genau nachgewiesen werden, welchen sexuellen Handlungen das Opfer zugestimmt hat und welchen nicht. Dass der *BGH* hierbei Schmerzensschreie und Versuche, den Sexualpartner wegzudrücken, allein nicht als hinreichend erkennbaren Ausdruck eines generellen Widerwillens gegen die weitere sexuelle Interaktion ausreichen lässt, erschwert die Beweiserhebung durch die Tatgerichte in nicht unerheblichem Maß. Dem Opfer wird nämlich im Ergebnis zugemutet, das exakte Ausmaß und den Bezugspunkt seines geäußerten Widerwillens unmissverständlich auszudrücken.¹⁰¹ Dies im Einzelfall festzustellen ist zwangsläufig mit einer außerordentlich detailreichen und belastenden Opferbefragung verbunden und dürfte den Gerichten im Übrigen kaum möglich sein.

3. *Stealththing*

Die Feststellung von Reichweite und Bezugspunkt des entgegenstehenden Willens beschäftigte die Rechtsprechung auch in Fällen des sogenannten „Stealthings“. Gerichte sahen sich mit der Frage konfrontiert, ob das heimliche Abstreifen des Kondoms während des Geschlechtsverkehrs einen strafbaren sexuellen Übergriff darstellt.¹⁰² Die ungeschützte Penetration stellt hierbei nach Auffassung der Gerichte aufgrund der mit der Berührung der Schleimhäute und des Samenergusses im Körper verbundenen gesteigerten Intimität sowie einem erhöhten Infektions- und Schwangerschaftsrisiko eine sexuelle Handlung eigener Qualität dar.¹⁰³ Hat das Opfer im Vorfeld dem ungeschützten Geschlechtsverkehr ausdrücklich widersprochen, so sei dies als erkennbar geäußertes Widerwille bezüglich einer eigenständigen sexuellen Handlung und nicht lediglich als Ablehnung eines Begleitumstandes des im Übrigen einvernehmlichen Geschlechtsverkehrs anzusehen.¹⁰⁴ Die aktive Teilnahme des Opfers am unerkannt ungeschützten Geschlechtsverkehr sei darüber hinaus nicht als Aufgabe des zuvor diesbezüglich ausdrücklich erklärten entgegenstehenden Willens zu werten.¹⁰⁵ Denn interpretierte man das aktive Mitwirken als entkräftenden Umstand, so müsste das Opfer, um diesen Anschein zu überwinden, zusätzliche Aktivitäten entfalten, um das aus objektiver Sicht ohnehin offensichtliche Fortbestehen seines erkennbaren Willens zu dokumentieren. Dies sei nicht nur lebensfremd, sondern auch mit dem gesetzgeberischen Willen, die sexuelle Selbstbestimmung umfassend zu

⁹⁸ *BGH*, NSStZ 2019, 407 Rn. 9 f.; vgl. hierzu auch bereits B.V.2.

⁹⁹ *BGH*, NSStZ 2019, 407 Rn. 7; vgl. auch Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), § 177 Rn. 9 f.

¹⁰⁰ *BGH*, NSStZ 2019, 407 Rn. 9 ff., 16.

¹⁰¹ *BGH*, NSStZ 2019, 407 Rn. 9 ff., 16; vgl. hierzu BT-Drs. 18/9096, S. 23; II.4.

¹⁰² *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243; *OLG S-H.*, Urt. v. 19.3.2021 – 2 OLG 4 Ss 13/21 (278 Ls); *AG Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018 – 284 Js 118/18 (14/18); eine ausf. Diskussion der Problematik kann nicht erfolgen, vgl. hierzu *Hoffmann*, NSStZ 2019, 16 ff.

¹⁰³ Vgl. *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 15 ff.

¹⁰⁴ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 19 f., 24 f., 27 ff.

¹⁰⁵ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 30 f., 33.

schützen, nicht zu vereinbaren.¹⁰⁶ Insofern stellt sich das erkennende Gericht der Argumentation des *BGH* entgegen, da es – freilich in einem anders gelagerten Fall – in der aktiven Mitwirkung des Opfers als solcher keinen Anschein einer Abkehr von einem zuvor geäußerten entgegenstehenden Willen ansieht, der erst durch das Vorliegen gewichtiger Gesamtumstände überwunden werden kann.

4. Zusammenfassung

Die Anwendung des neuen § 177 Abs. 1 StGB durch die Gerichte ist von einer gewissen Unklarheit hinsichtlich der Anforderungen an Erkennbarkeit, Reichweite sowie Bezugspunkt des entgegenstehenden Willens gekennzeichnet. Insbesondere die Diskrepanz in der Rechtsprechung zwischen Tatgerichten und *BGH* verdeutlicht die divergierenden Interpretationen des neu formulierten Paragraphen.

IV. Auseinandersetzung mit der gesetzgeberischen Entscheidung

Im Folgenden soll die im Rahmen der kriminalpolitischen Diskussion und im unmittelbaren Nachgang der Reform geäußerte Kritik unter Bezugnahme auf die praktische Umsetzung des § 177 Abs. 1 StGB diskutiert werden.

1. Schließen von Strafbarkeitslücken

Durch die praktische Anwendung von § 177 Abs. 1 StGB durch die Gerichte konnten einige nach alter Rechtslage bestehende Strafbarkeitslücken geschlossen werden. Das „Stealthing“ etwa wäre weder gem. §§ 177 Abs. 1, 179 Abs. 1 StGB a.F. noch nach dem kasuistisch-punktuell geprägten Referentenentwurf der Bundesregierung strafbar gewesen.¹⁰⁷ Die „Nein-heißt-Nein“-Lösung gewährleistet mithin bereits in ihrer zurückhaltenden Anwendung durch die Rechtsprechung einen umfassenderen Opferschutz als die kasuistisch-punktuellen Reformansätze. Dies wird nicht zuletzt dadurch belegt, dass der empirisch festgestellte Abwärtstrend sexueller Straftaten sich seit der Reform nicht fortgesetzt hat.¹⁰⁸ Zwar verbleiben Schutzlücken, etwa wenn der dem mit Sonderwissen ausgestatteten Täter bekannte entgegenstehende Wille des Opfers nicht erkennbar nach außen hervortritt. Denn der bloße innere Vorbehalt des Opfers soll nach dem Willen des Gesetzgebers bewusst nicht für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes des § 177 Abs. 1 StGB genügen. Diese, im Übrigen auch nach alter Rechtslage bestehenden, Schutzlücken sind jedoch nicht Ausdruck der opferunfreundlichen Natur der „Nein-heißt-Nein“-Konstruktion. Entgegen kritischen Literaturstimmen berücksichtigt die „Nein-heißt-Nein“-Lösung vielmehr, anders als die weitreichendere „Nur-Ja-heißt-Ja“-Lösung, in hohem Maße die vielseitigen Interessen, die sich im Rahmen von sexueller Interaktion stellen sowie die beweisrechtlichen Anforderungen an eine funktionsfähige Rechtsprechungspraxis. Die bleibenden Strafbarkeitslücken sind Ausdruck dieser vermittelnden Abwägung.

2. Überkriminalisierung

Die gegen die Implementierung einer „Nein-heißt-Nein“-Lösung im 50. StrÄndG vorgebrachten Bedenken, hierdurch werde nicht strafwürdiges, sozialadäquates Verhalten übermäßig kriminalisiert, vermochten bereits in der

¹⁰⁶ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 34; BT-Drs. 18/9096, S. 21 ff.; II.3.c); II.4.

¹⁰⁷ Zur alten Rechtslage siehe II.1.; zum Referentenentwurf siehe BT-Drs. 18/8210, S. 5 f.

¹⁰⁸ *Biedermann/Volbert*, MschrKrim 2018, 250 (256 f.), Abb. 2.

damaligen kriminalpolitischen Debatte nur teilweise zu überzeugen.¹⁰⁹

Freilich darf das Strafrecht als *ultima ratio* sozialübliches und in keinem besonderen Maße gemeinschaftsschädliches Verhalten nicht übermäßig pönalisieren.¹¹⁰ Doch basiert die Argumentation der Kritiker auf einem rückwärtsgewandten und nicht mit der gesellschaftlichen Realität zu vereinbarenden Bild von Sozialadäquanz. Dass das Hinwegsetzen über ein eindeutig geäußertes Nein kein strafwürdiges Unrecht sei, wenn das Opfer anderweitige Ziele verfolge, suggeriert, dass eine ablehnende Äußerung des Tatopfers nur bei Vorliegen redlicher Motive strafrechtlich schützenswert sei. Dies scheint bei Beachtung der höchstpersönlichen und vielschichtigen Natur sexueller Interaktion nicht nur lebensfremd, sondern ist Ausdruck einer nicht mehr zeitgemäßen Vorstellung von Sexualität. Sexuelle Selbstbestimmung umschreibt die Freiheit, die sexuelle Betätigung nach Belieben gestalten zu können. Auch ein Opfer, welches den Geschlechtsverkehr ablehnt, um sein Gegenüber zu erniedrigen oder bloßzustellen, übt seine sexuelle Selbstbestimmung in zulässiger Weise aus. Eine moralische Wertigkeit des Ablehnungsmotivs zu verlangen und bei vermeintlicher Verwerflichkeit desselben eine rechtsmissbräuchliche Motivation des Opfers zu unterstellen, ist Ausdruck gerade desjenigen moralisierenden Strafrechtsverständnisses, welches dem Gesetzgeber vonseiten seiner Kritiker vorgeworfen wird.¹¹¹

Doch nicht nur das Bild des Opfers, auch dasjenige des Täters ist anachronistisch geprägt. Wer es einer Person im Verlaufe eines einvernehmlich begonnenen Sexualkontaktes nicht zutraut, auf ein ausdrückliches „Nein“ des Partners reagieren zu können, zeichnet ein aus der Zeit gefallenes Bild eines triebgeladenen, in Situationen sexueller Betätigung rationaler Entscheidungsfähigkeit gänzlich beraubten Menschen.

Bereits Stimmen in der Literatur haben hinsichtlich der vermeintlichen Überkriminalisierung von sexueller Interaktion in intimen Beziehungen überzeugend argumentiert, dass bei genauer Einzelfallbetrachtung nur ein grobes Hinwegsetzen über ein vom Partner geäußertes „Nein“ den Straftatbestand des § 177 Abs. 1 StGB erfüllt.¹¹² Dieses Verhalten als sozialadäquat einzustufen, ist jedoch unzutreffend. Die Sonderbehandlung sexueller Selbstbestimmung von Partnern intimer Beziehungen ist spätestens mit der Kriminalisierung der Vergewaltigung in der Ehe durch das 33. StrÄndG überholt und steht im Widerspruch zu völkerrechtlichen Bestimmungen.¹¹³ Die meisten vom Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB erfassten Verhaltensweisen sind mithin nicht als sozialadäquat und somit als strafwürdig einzustufen.

Fünf Jahre nach der Reform lässt sich zudem unter Einbeziehung gewonnener empirischer Erkenntnisse feststellen, dass nach der Gesetzesreform zwar ein Anstieg von Tatverdächtigen und Verurteilungsquoten zu verzeichnen ist, dieser jedoch den im 21. Jahrhundert verzeichneten Mittelwert nicht in signifikanter Weise übersteigt.¹¹⁴ Eine übermäßige Kriminalisierung zuvor straflosen Verhaltens ist mithin auch statistisch nicht zu verzeichnen; die geäußerten Befürchtungen haben sich, so sie nicht bereits aufgrund theoretischer Überlegungen abzulehnen waren, auch nicht bestätigt.

3. Hinreichende Bestimmtheit

Auch die Vereinbarkeit der „Nein-heißt-Nein“-Lösung mit Art. 103 Abs. 2 GG, insbesondere in ihrer konkreten Gestaltung in § 177 Abs. 1 StGB, wurde in der Rechtsliteratur bezweifelt.¹¹⁵

¹⁰⁹ Siehe hierzu II.3.c.); II.5.b).

¹¹⁰ Rengier, S. 9 f.

¹¹¹ Siehe II.5.b.); vgl. insb. Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (182).

¹¹² Siehe II.5.b), (Fn. 65).

¹¹³ BGBl. I 1997, S. 1607 ff.; Art. 36 Abs. 3 Istanbul-Konvention.

¹¹⁴ Biedermann/Volbert, MschrKrim 2018, 250 (255 ff.), Abb. 1, 2; PKS 2019, S. 17 ff.

¹¹⁵ Siehe II.3.c); II.5.c).

Das Gebot der Bestimmtheit darf jedoch aufgrund des abstrakt-generellen Charakters von Strafvorschriften nicht übersteigert werden. Die Voraussetzung der Strafbarkeit muss lediglich so konkret umrissen werden, dass sich der Anwendungsbereich der Strafnorm durch Auslegung ermitteln lässt.¹¹⁶ Diesen Anforderungen wird § 177 Abs. 1 StGB gerecht. Die Anknüpfung der Strafbarkeit an den erkennbar nach außen hervorgetretenen Willen des Opfers umschreibt die Grenzen straffreien Verhaltens hinreichend konkret. Dass der Wortlaut der Norm eine konkretisierende Auslegung durch die Rechtsprechung zulässt, ist verfassungsrechtlich unproblematisch.¹¹⁷ Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des neuen § 177 Abs. 1 StGB überzeugen hiernach nicht. Insbesondere die vorgebrachten Einwände gegen die zweite Tatvariante des § 177 Abs. 1 StGB halten einer genaueren Betrachtung nicht stand. Die Vornahme einer sexuellen Handlung ohne nötigende Beeinflussung war nach alter Rechtslage aufgrund einschränkender Tatbestandsmerkmale, nicht aufgrund sachlogischer Notwendigkeit nicht strafbar. Dass der *BGH* die Möglichkeit der Erfüllung von § 177 Abs. 1 Var. 2 StGB nach Wegfall des Nötigungserfordernisses entgegen kritischen Literaturstimmen im Grundsatz anerkannt hat, ist folgerichtig.¹¹⁸ Die konkrete Normgestaltung wahrt mithin den verfassungsrechtlichen Rahmen.

Zuzustimmen ist den Kritikern insoweit, als dass eine an einem anderen Lösungsansatz orientierte Reform des § 177 Abs. 1 StGB eine bestimmtere Tatbestandsformulierung ermöglicht hätte. Jedoch hätte die Übernahme einer „Nur-Ja-heißt-Ja“-Lösung eine deutlich weitreichendere Regulierung intimer Lebenssituationen zur Folge gehabt.¹¹⁹ Dieser Einwand lässt sich zwar gegen den kasuistisch-punktuellen Reformansatz nicht vorbringen. Dieser ist jedoch aufgrund seiner enumerativen Gestaltung nicht in der Lage, jeden Sachverhalt der sich äußerst vielseitig gestaltenden Fälle sexueller Interaktion zu erfassen und somit eine flexible und erschöpfende Einzelfallbeurteilung zu ermöglichen. Gerade dies sollen strafrechtliche Normen durch eine abstrakt-generelle Formulierung jedoch gewährleisten.¹²⁰ Die „Nein-heißt-Nein“-Lösung hingegen ermöglicht eine umfassende Beurteilung sämtlicher Fälle sexueller Interaktion, ohne hierbei massiv regulierend in das Privatleben des Einzelnen einzugreifen. Sie war mithin ein geeigneter Mittelweg aus der kriminalpolitischen Debatte. Die gesetzgeberische Entscheidung war demnach im Grundsatz nicht nur kriminalpolitisch vertretbar, sondern wünschenswert.

4. Anwendungsschwierigkeiten

Jedoch wurde gerade diese, wenngleich verfassungsmäßig unproblematische, relative Unbestimmtheit sowie die subjektivierende Gestaltung des § 177 Abs. 1 StGB als für die Gerichtspraxis untauglich angesehen.¹²¹

Tatsächlich hat § 177 Abs. 1 StGB in seiner Anwendung durch die Gerichte zu weitreichenden Problemen geführt. Die Rechtsprechung ist gekennzeichnet von begrifflichen Unsicherheiten¹²² und divergierenden Vorstellungen von den an den erkennbar entgegenstehenden Willen zu stellenden Anforderungen.¹²³ Die vom *BGH* schlussendlich entwickelten Anwendungsgrundsätze führen zwar zu mehr Rechtssicherheit. Sie stellen jedoch derart hohe Ansprüche an den Nachweis von Reichweite und Bezugspunkt des entgegenstehenden Willens, dass eine solche Beweiserhebung bei Fehlen von nötigendem Zwang regelmäßig unmöglich sein wird.¹²⁴ Diese Beweisschwierigkeiten haben zur Folge, dass der vom Gesetzgeber angestrebte umfassende Schutz der sexuellen Selbstbestimmung

¹¹⁶ *BVerfG*, NJW 1977, 1815 (1815); Radtke, in: BeckOK-GG, 46. Ed. (Stand 15.11.2020), Art. 103 Rn. 24.

¹¹⁷ *BVerfG*, NJW 1995, 1141 (1141); Nolte/Aust, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. (2018), Art. 103 Rn. 139.

¹¹⁸ Siehe II.5.c); III.1.

¹¹⁹ Siehe II.3.a).

¹²⁰ Vgl. *BVerfG*, NJW 2010, 3209 (3210 f.).

¹²¹ Siehe II.5.c); II.5.d).

¹²² Vgl. *BGH*, NStZ 2019, 407 Rn. 7; vgl. hierzu *Hoven*, NStZ 2020, 578 (Fn. 129).

¹²³ Siehe III.1., III.2., III.c).

¹²⁴ Siehe III.1., III.2.

im Ergebnis regelmäßig unterbleibt, mithin die alte Rechtslage faktisch perpetuiert wird. Die Auslegung des *BGH* bewegt sich zwar noch innerhalb der äußersten Grenze richterlicher Interpretation.¹²⁵ Sie verkennt und konterkariert im Ergebnis jedoch den erklärten gesetzgeberischen Willen.¹²⁶

Dass diese Auslegung des Gesetzeswortlautes keinesfalls zwingend ist, zeigt die Anwendung des § 177 Abs. 1 StGB durch die unteren Instanzen, die neben dem Wortlaut ihre im Ergebnis weitere Auslegung ausdrücklich am Willen des Gesetzgebers ausrichten.¹²⁷

V. Fazit

Mit der Umsetzung der „Nein-heißt-Nein“-Lösung verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, die sexuelle Selbstbestimmung umfassend und vorbehaltlos zu schützen. Doch auch wenn die Ausweitung des Tatbestandes von § 177 Abs. 1 StGB zuvor erlaubte strafwürdige sexuelle Übergriffe theoretisch kriminalisiert, verfehlt die Rechtswirklichkeit aufgrund bestehender Anwendungsschwierigkeiten fünf Jahre nach der Gesetzesreform das gesetzgeberische Ziel und schafft nur teilweise mehr Opferschutz.¹²⁸ Grund hierfür ist die restriktive Auslegung der Gesetzesnorm durch den *BGH*, welcher überhöhte Anforderungen an den Nachweis eines erkennbar entgegenstehenden Willens stellt. Dies ist entgegen kritischen Literaturstimmen jedoch nicht zwangsläufige Konsequenz der subjektivierenden Formulierung des objektiven Tatbestandes oder der Unbestimmtheit des Maßstabs eines objektiven Beobachters.¹²⁹ Die Auslegung des *BGH* ist vielmehr geprägt von dem auch in der Literatur verbreiteten veralteten Bild sexueller Interaktion und beruht somit auf einer falschen Prämisse.¹³⁰ Durch die enge Auslegung des Gesetzeswortlautes verschiebt der *BGH* das abgeschaffte Nötigungserfordernis in das neue Merkmal der Erkennbarkeit und verkennt hierbei den gesetzgeberischen Willen.

Der Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB ist bewusst weit formuliert, gerade um niedrighschwellige Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung einzubeziehen. Zwar wird dem Einzelnen im Rahmen einer „Nein-heißt-Nein“-Regelung abverlangt, sein „Nein“ klar zu artikulieren. Doch wird dem Gegenüber gleichermaßen zugemutet, ein geäußertes „Nein“ auch in objektiv nicht zwanghaft wirkenden Situationen zu erkennen und zu respektieren. Eine „Gefahr kommunikativer Ambivalenz“¹³¹ kann man nur dann feststellen, wenn die Verantwortung für die Kommunikation allein einem der interagierenden Partner zugesprochen wird. Die Gesetzesreform ist gerade Ausdruck eines veränderten gesellschaftlichen Verständnisses von sexueller Interaktion: es obliegt nicht mehr nur jedem Einzelnen, sein Recht auf sexuelle Selbstbestimmung selbstbehauptend zu verteidigen. Vielmehr sind Sexualpartner angehalten, aufmerksamer als bisher auch auf die Willensäußerung des anderen zu achten. Die Anwendungsschwierigkeiten ergeben sich mithin, da der *BGH*, im Gegensatz zu anderen Rechtsprechungsinstanzen, überholte Anforderungen an einen neu formulierten Tatbestand stellt.

Der neue Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB ist somit nur insoweit als zu unbestimmt zu kritisieren, als dass er der Rechtsprechung, insbesondere durch die spärliche Gesetzesbegründung, zu viel Raum zur Konkretisierung des Wortlautes ließ. Fraglich ist jedoch, ob eine konkretere Tatbestandsformulierung erstrebenswert ist, besteht doch der Vorteil der „Nein-heißt-Nein“-Lösung in ihrer jetzigen Ausgestaltung gerade in ihrer weitreichenden Erfassung der vielfältigen Fälle sexueller Interaktion.

¹²⁵ vgl. allg. zu den Grenzen richterlicher Interpretation: *BVerfG*, NJW 2010, 3209 (3211); *Radtke*, in: BeckOK-GG, Art. 103 Rn. 26.

¹²⁶ BT-Drs. 18/9097, S. 21.

¹²⁷ Siehe III.1., III.2., insb. III.3..

¹²⁸ Siehe III.1., III.2., III.3., IV.1., IV.4.

¹²⁹ Siehe II.5.b), II.5.c).

¹³⁰ Siehe hierzu IV.2.

¹³¹ *Hoven*, NStZ 2020, 578 (579); *BGH*, NStZ 2019, 717 (718).

Darüber hinaus bleiben Zweifel, ob die beobachteten Mängel durch eine Gesetzesnovelle behoben werden können.¹³² Denn nach alter wie neuer Rechtslage ist die größte Hürde auf dem Weg zum lückenlosen Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung die restriktive Handhabung des Gesetzes durch die Judikatur. Ein gesetzlich normierter Paradigmenwechsel kann nur dann erfolgreich sein, wenn er auch durch die Akteure der Rechtsprechung vollzogen wird.

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

¹³² Eine solche postuliert *Bezjak*, ZStW 2018, 303 (313 ff., 328 ff.).

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Chris Göppner

Entstehung und Entwicklung der sog. Sexualbeleidigung (§ 185 StGB) sowie deren Bedeutungsverlust nach Einführung des § 184i StGB

Friedrich-Schiller-Universität Jena

Juristische Fakultät

Seminar: „Sexualstrafrecht – dogmatische und kriminalpolitische Fragen“

Sommersemester 2021

Abgabedatum: 12.5.2021

bei

Prof. Dr. Edward Schramm

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	84
II. Allgemeines zur Sexualbeleidigung	84
1. Begriff der Sexualbeleidigung	84
2. Erscheinungsformen	84
a) Beleidigungen mittels Tätlichkeit	85
b) Anderweitige Kundgabe der Nichtachtung	85
c) Abgrenzung zu Beobachten und Belauschen	85
3. Subsumtion unter § 185 StGB	86
a) Tatbestandsmerkmal der Beleidigung	86
b) Ehrenträgereigenschaft des Opfers	86
aa) Kinder und Jugendliche	86
bb) Behinderte Personen	87
III. Entstehung und Entwicklung der Sexualbeleidigung	87
1. Ursprung der Sexualbeleidigung	87
a) Entstehung der Rechtsfigur der Sexualbeleidigung	87
b) Entscheidungen des Reichsgerichts	88
aa) Vor der Zeit des Nationalsozialismus	88
bb) Während der Zeit des Nationalsozialismus	89
cc) Zwischenergebnis	89
2. Die ältere Rechtsprechung	89
a) Fallgruppen	89
aa) Fallgruppe des Verhaltens über der Schwelle der §§ 174 ff. StGB	90
bb) Fallgruppe des Verhaltens unterhalb der Schwelle der §§ 174 ff. StGB	90
cc) Zwischenergebnis	90
b) Entscheidungen der Gerichte	90
aa) Ehrbegriff	91
bb) Sittlicher Mangel des Opfers	91
cc) Sexuelle Handlungen ohne Verwirklichung der Sexualstraftaten	91
dd) Gesellschaftliche Moralvorstellung	92
ee) Mittelbare Beleidigung	92
c) Kritik durch das Schrifttum	92
3. Die neuere Rechtsprechung	93
a) Reformen des Sexualstrafrechts	93
b) Lösungsansatz der neueren Rechtsprechung	94
aa) Wandel bezüglich des Schutzgutes	94
bb) Besondere Umstände des Einzelfalles	94
c) Neuer Kurs in der Rechtsprechung	95
aa) Urteil des OLG Zweibrücken vom 5.7.1985	95
bb) Urteil des BGH vom 15.3.1989	95
cc) Weitere Entscheidungen der neueren Rechtsprechung	96

(1) Entscheidungen der Strafsenate des BGH	96
(2) Weitere Entscheidungen	96
dd) Zwischenergebnis	97
d) Kritik an der neueren Rechtsauffassung	97
IV. Bedeutungsverlust nach Einführung des § 184i StGB	97
1. Straftatbestand der sexuellen Belästigung nach § 184i StGB	98
a) Einführung durch 50. StrÄndG	98
b) Tatbestand	98
aa) Berührung	98
bb) In sexuell bestimmter Weise	99
cc) Belästigung durch die Berührung	99
c) Verhältnis zur Sexualbeleidigung	99
aa) Unrechtserfassung der Tatbestände	99
bb) Strafraumen und Strafantrag	100
cc) Subsidiarität und Konkurrenzen	100
dd) Zwischenergebnis	100
2. Bedeutungsverlust der Sexualbeleidigung durch § 184i StGB	101
3. Heutige Strafbarkeit	101
V. Gesamtfazit	101

I. Einleitung

Sexuelle Anzüglichkeiten und Obszönitäten wie das Berühren an Busen, Po oder unter dem Rock sind heute genauso alltäglich, wie das ungewollte geküsst werden oder Bedrängen in öffentlichen Verkehrsmitteln.¹ Ein solches Verhalten wird von den Opfern zumeist abstoßend und unangenehm empfunden.² Vor der Einführung des § 184i StGB durch das 50. StrÄndG und auch gegenwärtig stellt sich daher die Frage, wie entsprechende Verhaltensweisen strafrechtlich sanktioniert werden können. Bisweilen wurde dies über die Beleidigung gelöst, sofern durch die Handlung eine Ehrverletzung des Opfers gegeben war.³ Gegenstand der vorliegenden wissenschaftlichen Arbeit ist die Rechtsfigur der sogenannten Sexualbeleidigung.

Nachdem zunächst allgemein auf die Sexualbeleidigung eingegangen wird, widmet sich diese Arbeit der Entstehung und Entwicklung der Sexualbeleidigung im Kontext von Rechtsprechung und Gesetzesänderungen, sowie deren möglicher Bedeutungsverlust im Zuge der Einführung des § 184i StGB. Daran anschließend werden die wichtigsten Aspekte in einem Fazit zusammengefasst.

II. Allgemeines zur Sexualbeleidigung

Um sich der Entstehung und Entwicklung der Sexualbeleidigung widmen zu können, ist zunächst auf die Begrifflichkeit der Sexualbeleidigung, deren Erscheinungsformen sowie der Subsumtion unter den Beleidigungstatbestand des § 185 StGB einzugehen.

1. Begriff der Sexualbeleidigung

Die sogenannte Sexualbeleidigung ist kein eigenständiger Straftatbestand und als Begrifflichkeit auch nicht normativ festgelegt. Vielmehr wurde der Begriff durch die Rechtsprechung geprägt.⁴ Eine Sexualbeleidigung stellt dabei auf ein zunächst sexualbezogenes Verhalten des Täters ab.⁵ Kommt es hierdurch zu einem Angriff auf die Ehre des Opfers, liegt darin zusätzlich eine Beleidigung nach § 185 StGB.⁶ Es handelt sich daher bei einer Sexualbeleidigung um eine Beleidigung mit sexuell motiviertem Hintergrund.⁷ Abzugrenzen ist dies jedoch zum Begriff der sexuellen Belästigung, da bei der Belästigung lediglich auf den Aspekt der Verletzung des Rechts auf die sexuelle Selbstbestimmung abgestellt wird und es diesbezüglich auf eine Ehrverletzung i.S.d. § 185 StGB nicht ankommt.⁸

2. Erscheinungsformen

Sexualbeleidigungen können von verbalen Anzüglichkeiten bis hin zu Handgreiflichkeiten in verschiedenen Formen auftreten. Deshalb sind die einzelnen Erscheinungsformen differenziert zu betrachten.

¹ Adelman, Jura 2009, 24 (24).

² Adelman, Jura 2009, 24 (24).

³ Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 185 Rn. 6.

⁴ OLG Zweibrücken, NJW 1986, 2960 (2961).

⁵ Sick, JZ 1991, 330 (330); Alle folgend bezeichneten personellen Substantive beziehen sich auf die jeweils männliche, weibliche und diverse Personenform.

⁶ Laubenthal, JuS 1987, 700 (700).

⁷ Ignor, Der Straftatbestand der Beleidigung, 1995, S. 47.

⁸ Amelung, in: FS-Rudolphi, 2004, S. 373 (378 f.).

a) Beleidigungen mittels Tätlichkeit

Ein häufig auftretender Fall einer Sexualbeleidigung ist die Vornahme durch eine Tätlichkeit.⁹ Dieser Qualifikationstatbestand des § 185 StGB setzt hierbei eine unmittelbare körperliche Einwirkung auf die andere Person voraus.¹⁰ Durch die Berührung muss, unabhängig einer sexuellen Motivation, eine besondere Missachtung des Geltungswertes des Opfers zum Ausdruck gebracht werden.¹¹ Erfasst sind somit Einwirkungen verschiedenster Art auf das Opfer. Beispielsweise indem der Täter das Opfer in ein Gebüsch stößt und dieses versucht zu entkleiden und dabei die Bluse aufreißt.¹²

b) Anderweitige Kundgabe der Nichtachtung

Auch eine anderweitige Kundgabe ist als Sexualbeleidigung möglich. Dies stellt zunächst eine sexualbezogene Formulierung als Kundgabe eines negativen Werturteils in Worten oder Gesten dar.¹³ Eine plumpe wörtliche „Anmache“ oder die Bezeichnung des Opfers als „homosexuell“ genügt hierfür nicht.¹⁴ Die Bezeichnung muss die sexuelle Orientierung dergestalt belegen, dass diese nach allgemeiner Auffassung mit einer zusätzlich diskriminierenden Stimmung und Herabwürdigung verbunden ist, wie es beispielsweise bei der Bezeichnung als „pädophil“ der Fall ist.¹⁵ Auch das Anbieten von Geld gegen sexuelle Dienste, um zu zeigen, dass das Opfer käuflich wie eine Prostituierte sei, stellt eine Sexualbeleidigung dar.¹⁶ Weiterhin kommt eine mittelbare Beleidigung einer Bezugsperson durch sexuelle Handlungen in Betracht.¹⁷ Dies ist keine Sexualbeleidigung im eigentlichen Sinne, da hierbei zu einer anderen nicht beteiligten dritten Person ein ehrverletzender Bezug hergestellt wird, dies steht jedoch in engem Zusammenhang mit sexuellen Handlungen.¹⁸ Bezugspersonen sind hierbei zumeist der Ehegatte oder ein Elternteil.¹⁹ Die Beleidigung erfolgt durch sexuelle Handlungen des Täters mit dem Gatten²⁰ oder dem Kind²¹ gegenüber dem anderen Gatten beziehungsweise dem Elternteil. Diese Form ist jedoch heute kaum mehr praxisrelevant durch den Wegfall des Straftatbestandes des Ehebruchs sowie einer geänderten Moralvorstellung innerhalb der Gesellschaft. Als eine weitere Form wird das Vorzeigen eines anzüglichen Bildnisses aus einem Magazin gegenüber einem Kind als ehrwürdige Kundgabe gesehen, sofern zum Ausdruck gebracht wird, dass das Kind so wenig Schamgefühl habe, sich mit fremden Männern solche Bildnisse anzusehen.²²

c) Abgrenzung zu Beobachten und Belauschen

Sexualbeleidigende Handlungen sind hierbei von der reinen Beobachtung und Belauschung anderer Personen abzugrenzen. Voyeuristisches Anschauen oder Belauschung, ohne dass der Täter selbst eine sexualbezogene Handlung durchführt, stellen indes keine Beleidigung dar.²³ Es ermangelt dabei ungeachtet der Motive des Täters an

⁹ Beispielsweise: *BGH*, StV 1982, 14 (15); *OLG Zweibrücken*, NJW 1986, 2960 (2960); *OLG Bamberg*, NSZ 2007, 96 (96).

¹⁰ *Fischer*, StGB, 68. Aufl. (2021), § 185 Rn. 18.

¹¹ *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 185 Rn. 18.

¹² *BGH*, StV 1982, 14 (15).

¹³ *Hörnle*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2009), Vor. §§ 174 ff. Rn. 104.

¹⁴ *Regge/Pegel*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 185 Rn. 13.

¹⁵ *Fischer*, StGB, § 185 Rn. 11e.

¹⁶ *OLG Oldenburg*, Beschl. v. 6.1.2011 – 1 Ss 204/10, Beck RS 2011, 925.

¹⁷ *Pauli*, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen, 1992, S. 187.

¹⁸ *Pauli*, S. 187.

¹⁹ *Pauli*, S. 187.

²⁰ RGSt. 77, 157 (157).

²¹ *BGH*, NJW 1951, 531 (531).

²² *BGH*, NJW 1951, 929 (930).

²³ *Rengier*, Strafrecht BT II, 22. Aufl. (2021), § 29 Rn. 35.

ehrverletzendem Charakter. So stellt das bloße voyeuristische Beobachten einer Dame auf der Damentoilette durch einen Mann keine Ehrverletzung und damit auch keine Sexualbeleidigung dar.²⁴ Allenfalls käme in solchen Fällen eine Strafbarkeit nach § 238 Abs. 1 StGB in Betracht, sofern der Täter das Opfer unbefugt, kontinuierlich und beharrlich so bedrängt, dass dessen Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt wird.²⁵

3. Subsumtion unter § 185 StGB

Die Handlung des Täters muss vom Tatbestand des § 185 StGB erfasst sein und auch ein entsprechendes Tatopfer betreffen.

a) Tatbestandsmerkmal der Beleidigung

Tatbestandsmerkmal ist die Beleidigung. Dies ist die ehrverletzende Kundgabe eigener Nichtachtung oder Missachtung.²⁶ Besonders bei sexualbezogenen Handlungen ist dies genau zu prüfen, da diese zunächst auf die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers abzielen und nur eine darüberhinausgehende selbständige Ehrverletzung das Tatbestandsmerkmal der Beleidigung erfüllt.²⁷ So wird grundsätzlich nicht jedes moralisch bedenkliche Verhalten vom Gesetzgeber als strafwürdig erachtet und fällt unter den Tatbestand des § 185 StGB.²⁸ Ferner muss der Täter zur Tatbestandsverwirklichung auch auf subjektiver Seite vorsätzlich gehandelt haben.²⁹

b) Ehrenträgereigenschaft des Opfers

Da sich sexuelle Handlungen oftmals gegen Personen richten, bei welchen vom Täter wenig Widerstand erwartet wird, sind insbesondere Kinder, Jugendliche und in ihrer Wehrhaftigkeit eingeschränkte Personen, wie Behinderte, betroffen. Fraglich ist, welchen Personen der Ehrschutz des § 185 StGB zugutekommt. Grundsätzlich ist jede natürliche Person beleidigungsfähig.³⁰ Das vom Täter aufgebrachte Verhalten muss dabei so beschaffen sein, dass es die menschliche Würde des Betroffenen aberkennt.³¹

aa) Kinder und Jugendliche

Als natürliche Personen sind auch Kinder und entsprechend Jugendliche vom Ehrschutz erfasst.³² Die Beleidigungsfähigkeit bestimmt sich jedoch nach deren Selbständigkeit und dem davon abhängigen Geltungswert und Achtungsanspruch.³³ Es bedarf auch hier zur sexuellen Handlung einer zusätzlichen Ehrverletzung.³⁴ So stellen sexuelle Handlungen gegenüber einem Kind per se noch keine Beleidigung dar.³⁵ Das Kind muss vielmehr zur Vollendung des Tatbestandes den Ausdruck der Miss- und Nichtachtung verstanden haben.³⁶ Sofern das Kind in seiner Entwicklung die Bedeutung der Tat vollumfänglich erfassen kann und sich dem Täter mit Einwilligung

²⁴ *OLG Düsseldorf*, NJW 2001, 3562 (3563); *LG Darmstadt*, NStZ-RR 2015, 140 (140).

²⁵ *Buettner*, ZRP 2008, 124 (124).

²⁶ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 185 Rn. 3.

²⁷ *BGH*, NJW 1986, 2442 (2442).

²⁸ *Ritze*, JZ 1980, 91 (92).

²⁹ *Ritze*, JZ 1980, 91 (92).

³⁰ *Valerius*, in: BeckOK-StGB, 49. Ed. (2021), § 185 Rn. 5.

³¹ *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 185 Rn. 2.

³² *Regge/Pegel*, in: MüKo-StGB, Vorbem. zu § 185 Rn. 42.

³³ *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 185 Rn. 2.

³⁴ *Laubenthal*, JuS 1987, 700 (702).

³⁵ *Zaczyk*, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vor. §§ 185 ff. Rn. 10.

³⁶ *Rogall*, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), Vor. zu § 185 Rn. 33.

hergibt, stellt dies trotz beleidigendem Charakter der Handlung keine Beleidigung dar.³⁷ Das Bewusstsein des Minderjährigen über die Handlung überwiegt hierbei.

bb) Behinderte Personen

Natürlich sind auch behinderte und geistig erkrankte Menschen Ehrenträger.³⁸ Die Beleidigungsfähigkeit soll sich dabei jedoch auf deren Urteilsfähigkeit über Wesen, Bedeutung und Tragweite der gegen sie gerichteten Handlung begrenzen.³⁹ In Anbetracht einer verfassungsrechtlichen Ausstrahlungswirkung des Verbots der Benachteiligung Behinderter aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG folgt aber, dass behinderten Personen vollumfänglich der gleiche Ehrschutz wie nicht-behinderten Personen zugutekommt.⁴⁰ Auf sexuelle Handlungen bezogen bedeutet dies, dass ohne ein wirksames Einverständnis des Opfers eine Beleidigung dann erst vorliegt, wenn das Verhalten objektiv ausdrückt, dass die behinderte Person zu einem bloßen Objekt geschlechtlicher Befriedigung degradiert wird.⁴¹

III. Entstehung und Entwicklung der Sexualbeleidigung

Im Laufe der Zeit differenzierten sich die Delikte gegen die sexuelle Sittlichkeit vom Vergehen der Beleidigung zunehmend, sodass diese abschließend im StGB seit 1871 dogmatisch voneinander getrennt sind.⁴² Die Sexualbeleidigung stellt hierbei einen Sonderfall dar, welcher diese klar gezogene Linie zu durchbrechen erscheint.⁴³ Dies hat nicht zu Letzt den Grund, dass diese Rechtsfigur eine schon lange währende Erscheinung in der Rechtsprechung pflegt.⁴⁴ Im Folgenden wird die Entstehung und Entwicklung der Sexualbeleidigung in Bezug auf die Sexualdelikte und Rechtsprechung dargelegt.

1. Ursprung der Sexualbeleidigung

Der Ursprung reicht bis in die Anfangsjahre der Judikatur des Reichsgerichts hinein.⁴⁵ Im Zuge dessen bildete sich die Rechtskonstruktion der Beleidigung durch Sexualdelikte oder andere sexuelle Handlungen, kurzum die sogenannte Sexualbeleidigung, heraus.

a) Entstehung der Rechtsfigur der Sexualbeleidigung

Die Sexualbeleidigung als Konstruktion der Rechtsprechung geht auf eine Grundentscheidung aus dem Jahr 1884 des 2. Strafsenats des Reichsgerichts zurück.⁴⁶ Im vorliegenden Fall hatte der Angeklagte in Gegenwart zweier 11- und 13-jähriger Mädchen unzüchtige Zoten, sprich unzüchtige Wörter, ausgesprochen und wurde durch die Vorinstanz wegen Beleidigung der Mädchen bestraft.⁴⁷ Fraglich war, ob eine Beleidigung trotz mangelndem Be-

³⁷ *Arzt*, JuS 1982, 717 (726); *BGH*, NJW 1954, 847 (847).

³⁸ *BGH*, NJW 1969, 1582 (1583).

³⁹ *BGH*, NJW 1969, 1582 (1583); *Amelung*, ZStW 1992, 525 (536).

⁴⁰ *Schramm*, in: FS Lenckner, 1998, S. 539 (549 f.).

⁴¹ *Schramm*, in: FS Lenckner, S. 539 (559).

⁴² *Haß*, SchlHA 1975, 123 (124).

⁴³ A.a.O.

⁴⁴ *Pauli*, S. 186.

⁴⁵ RGSt 10, 372 ff.; RGSt 27, 366 ff.; *Pauli*, S. 186.

⁴⁶ RGSt 10, 372 (372).

⁴⁷ RGSt 10, 372 (372).

deutungsbewusstsein der Kinder möglich ist und da die Mädchen den Tatort nicht sofort verließen, diese möglicherweise zu erkennen gaben, dass sie sich in ihrer Ehre nicht verletzt fühlten.⁴⁸ Der 2. *Strafsenat* stellte hierbei fest, dass eine Beleidigung nur eine vorsätzliche Kundgabe erfordert, zu welcher nicht automatisch das Bewusstsein einer Ehrkränkung zählt.⁴⁹ Hinzu kommt, wenn die Mädchen schon kein Verständnis für die Zoten hatten, diese bezüglich des § 185 RStGB auch nicht einwilligungsfähig waren.⁵⁰ Zudem ist die Geschlechtsehre der Mädchen, diesen auch nicht nach Belieben überlassen, da der Vater auch unabhängig vom Willen der Mädchen Strafantrag stellen konnte.⁵¹ Insoweit stellte das Reichsgericht darauf ab, dass durch die unzüchtigen Worte die Mädchen unabhängig von deren Bedeutungsbewusstsein in ihrer Geschlechtsehre herabgewürdigt wurden, welche als Kundgabe einer Nicht- oder Missachtung zu sehen war.⁵² Die Geschlechtsehre wurde dabei als Teil der in § 185 RStGB geschützten Ehre gesehen. Hierdurch wurde zum ersten Mal in der Judikatur eine Beleidigung durch sexualbezogenes Täterverhalten angenommen.

b) Entscheidungen des Reichsgerichts

Durch die Grundentscheidung aus 1884 kam es in den folgenden Jahrzehnten der Rechtsprechung des *Reichsgerichts* zu weiteren Entscheidungen im Bereich sexueller Handlungen und Verurteilungen wegen Beleidigung.

aa) Vor der Zeit des Nationalsozialismus

In der Zeit vor dem Nationalsozialismus setzte das *Reichsgericht* die in RGSt 10, 372 ff. entwickelten Grundsätze nahtlos fort. Zentral kam es für die Annahme einer Beleidigung auf die Verletzung der Geschlechtsehre an.⁵³ Diese stellte vor allem für die Annahme einer Ehrverletzung auf das Faktum einer außerehelichen Unberührtheit ab.⁵⁴ So galten unzüchtige Handlungen gegenüber Kindern immer als Angriff auf deren Geschlechtsehre und mithin als Beleidigung.⁵⁵ Eine solche Ehrverletzung lag dabei nicht nur in verbalen Äußerungen wie es RGSt 10, 372 ff. feststellte, sondern größtenteils in Tätlichkeiten gegenüber den Opfern.⁵⁶ Daneben erweiterte sich die Rechtsprechung dahingehend, dass neben Kindern auch geistesschwache Personen, welche die Tragweite einer solchen Handlung nicht erfassten, in sexueller Weise beleidigt werden konnten.⁵⁷ Weiterhin stellte sich die Frage nach den Konkurrenzen des § 185 RStGB zu den Sexualstraftatbeständen. Grundsätzlich kam eine Beleidigung bei sexualbezogenen Verhaltensweisen mit Herabsetzung der Geschlechtsehre auch bei daneben verwirklichten Sexualdelikten in Betracht.⁵⁸ Eine Bestrafung nach § 185 RStGB erfolgte jedoch dann nicht, wenn im Verhalten ein Sexualdelikt, beispielsweise § 179 Abs. 1 Alt. 2 RStGB, vorlag, welches bereits in sich eine gegen die Geschlechtsehre gerichtete Handlung beinhaltete und damit als *lex specialis* gegenüber dem allgemeiner geltenden Beleidigungstatbestand angesehen wurde.⁵⁹

⁴⁸ RGSt 10, 372 (372).

⁴⁹ RGSt 10, 372 (373).

⁵⁰ RGSt 10, 372 (374).

⁵¹ RGSt 10, 372 (374).

⁵² RGSt 10, 372 (374).

⁵³ RGSt 24, 201 (202); RGSt 27, 366 (368); RGSt 46, 301 (302); RGSt 60, 34 (35).

⁵⁴ Hirsch, Ehre und Beleidigung, 1967, S. 62.

⁵⁵ RGSt 45, 344 (344).

⁵⁶ RGSt 41, 392 (393); RGSt 46, 301 (302).

⁵⁷ RGSt 27, 366 (368).

⁵⁸ RGSt 45, 344 (344).

⁵⁹ RGSt 19, 250 (253).

bb) Während der Zeit des Nationalsozialismus

Auch während der Zeit des Nationalsozialismus wurden die Rechtsprechungsgrundsätze zur Sexualbeleidigung aufrechterhalten. So wurde bereits das sich neben ein Mädchen legen und der Versuch diesem unter die Bettdecke zu fassen, ohne dass eine Berührung am Kind erfolgte, als einfache Beleidigung angesehen.⁶⁰ Vielmehr verschärfte sich diese Tendenz weiter und es wurde schon in einem an eine verheiratete Frau verfassten Brief, mit dieser geschlechtlich verkehren zu wollen, eine ehrverletzende Beleidigung gesehen.⁶¹ Besonders ausgeprägt waren Entscheidungen zur mittelbaren Beleidigung gegenüber Dritten, die selbst nicht direkt an der Handlung beteiligt waren. Bereits die nächtliche Bierreise einer verheirateten Frau mit dem befreundeten Angeklagten zu einer Gastwirtschaft in Abwesenheit des Ehemanns wurde als Beleidigung gegen diesen angesehen, indem durch die Mitnahme der angeheirateten Frau nicht nur deren Ehre, sondern zugleich der gute Ruf und damit auch die Ehre des Ehemannes verletzt wurde.⁶² Dass die sogenannte Familienehre selbst nicht Teil einer Beleidigung ist, wurde zwar erkannt, die Begründung des Tatbestandes ausweichend dafür auf einzelne Umstände zur Ehrkränkung des Mannes in seiner Person gestützt.⁶³ Die Moralvorstellung jener Zeit prägte damit die Annahme einer Beleidigung durch sexuelle Handlungsweisen auch gegenüber Dritten. Weiterhin verstärkte sich die Annahme von Beleidigungen gegenüber Jugendlichen trotz deren Einverständnisses in die Handlung.⁶⁴ Im Falle des RGSt 74, 224 ff. ging die Offerte zum Geschlechtsverkehr mit der 42-jährigen Angeklagten dabei sogar von den beiden 15-jährigen Knaben aus.

cc) Zwischenergebnis

Die von RGSt 10, 372 ff. aufgestellten Rechtsgrundsätze wurden in den folgenden Jahrzehnten durchweg als allgemein gültig anerkannt. Die Grundsätze wurden dabei verfestigt und in gewissem Umfang auch erweitert, sodass es bis zum Ende des Reichsgerichts zu einer umfänglichen Bestrafungslinie kam, was vor allem Straftaten gegenüber Kindern und Jugendlichen betraf.

2. Die ältere Rechtsprechung

Die ältere Rechtsprechungslinie des *BGH* fußt auf den Entscheidungen des *Reichsgerichts*.⁶⁵ So nahm der *BGH* 1951 an, dass das Zeigen nackter Frauenbilder eines Mannes gegenüber einem Mädchen durchaus § 185 StGB erfüllen kann, indem in der Verletzung des Schamgefühls auch eine Ehrverletzung gesehen werden kann.⁶⁶ Ebenso 1951 wurde der Griff unter den Rock an das nackte Geschlechtsteil als Angriff auf die Geschlechtsehre und demzufolge als Beleidigung gewertet.⁶⁷ Es lassen sich dabei zwei Fallgruppen unterscheiden, wie die Rechtsprechung Sexualbeleidigungen in Erwägung zog.

a) Fallgruppen

Die grundlegende Unterscheidung bei der Annahme einer Sexualbeleidigung besteht darin, dass eine Tathandlung

⁶⁰ RGSt 67, 173 (174).

⁶¹ RGSt 76, 166 (166).

⁶² RGSt 70, 94 (98).

⁶³ RGSt 70, 94 (98).

⁶⁴ RGSt 71, 349 (349); RGSt 74, 224 (226); *Pauli*, S. 186.

⁶⁵ *Pauli*, S. 186 f.

⁶⁶ *BGH*, NJW 1951, 929 (930).

⁶⁷ *BGH*, NJW 1951, 368 (368).

vorliegt, die entweder gleichzeitig auch ein Sexualdelikt verwirklicht oder kein Sexualdelikt verwirklicht, aber als moralisch missbilligend angesehen wird.⁶⁸

aa) Fallgruppe des Verhaltens über der Schwelle der §§ 174 ff. StGB

Bei Fällen, in welchen der Tatbestand eines Sexualdelikts bejaht werden konnte, wurde im regelmäßigen Erscheinungsbild der Sexualtat auch notwendigerweise der Beleidigungstatbestand angenommen.⁶⁹ Der Angriff erfolgte hierbei, ebenso wie es das *Reichsgericht* schon begründete, auf die Geschlechtshhre, welche auch vom Ehrbegriff umfasst sei.⁷⁰ § 185 StGB trat jedoch auf der Konkurrenzzebene zurück, wenn die Ehrverletzung allein in der geschlechtlichen Handlung lag.⁷¹ Es handelt sich daher um die Konkurrenzlösung.⁷² Ausnahmsweise bestand neben dem Sexualdelikt eine Tateinheit mit § 185 StGB, wenn eine Beleidigung als Ehrangriff zusätzlich zur geschlechtlichen Handlung ausgeführt wurde.⁷³ So stellte der Beischlaf trotz Menstruation einen über die Notzuchthandlung hinausgehenden Angriff auf die Geschlechtshhre dar.⁷⁴ Eine Besonderheit stellte hierbei ein strafbefreiender Rücktritt von einem tatbestandsmäßigen Vergewaltigungsversuch dar, wonach auch dann § 185 StGB angewandt wurde, indem die Beleidigung dem regelmäßigen Erscheinungsbild der Tat, sprich der Entkleidung des Opfers, zugemessen wurde.⁷⁵

bb) Fallgruppe des Verhaltens unterhalb der Schwelle der §§ 174 ff. StGB

Bei dieser Fallgruppe ermangelt es an der Tatbestandsmäßigkeit einer Sexualstraftat.⁷⁶ Hier fungiert § 185 StGB als sog. „kleines Sexualdelikt“.⁷⁷ Wenn kein Sexualdelikt einschlägig war, wurde aufgrund des zu missbilligenden Verhaltens eine Sexualbeleidigung um des Bestrafungswillens „lückenfüllend“ angenommen.⁷⁸ Die Folge war, dass sexuelle Handlungen verschiedenster Art, von Berührungen bis hin zu unanständigen Vorschlägen, als Beleidigung geahndet werden konnten.⁷⁹ In diesem Sinne war § 185 StGB eine Art Auffangtatbestand für Verhalten, welche zwar keine Sexualstraftat darstellten, aber als bestrafungswürdig empfunden wurden.⁸⁰

cc) Zwischenergebnis

Beide Fallgruppen erkennen in sexuellen Handlungen grundsätzlich Sexualbeleidigungen an. Selbst dort, wo ein entsprechendes Sexualdelikt nicht einschlägig war, wurde § 185 StGB genutzt, um moralisch missbilligte Handlungen bestrafen zu können. Nach Maßgabe der älteren Rechtsprechung stellte eine Sexualbeleidigung damit ein umfassendes Bestrafungsinstrument dar.

b) Entscheidungen der Gerichte

Aufgrund einer Fülle an verschiedenartigsten Fällen und entsprechenden Gerichtsentscheidungen sind diese zu

⁶⁸ Hilgendorf, in: LK-StGB, § 185 Rn. 28.

⁶⁹ Spinellis, in: FS Roxin, 2001, S. 1467 (1468); Hilgendorf, in: LK-StGB, § 185 Rn. 28.

⁷⁰ BGH, NJW 1956, 388 (388 f.); BGH, NStZ 1987, 21 (21).

⁷¹ Laubenthal, HdB der Sexualdelikte, 2012, Kapitel 2.6 Rn. 135.

⁷² Sick, JZ 1991, 330 (330).

⁷³ Sick, JZ 1991, 330 (330).

⁷⁴ OLG Frankfurt, NJW 1967, 2075 (2075).

⁷⁵ BGH, StV 1982, 14 (15).

⁷⁶ Hilgendorf, in: LK-StGB, § 185 Rn. 28.

⁷⁷ Arzt, JuS 1982, 717 (725); Kiehl, NJW 1989, 3003 (3003).

⁷⁸ Sick, JZ 1991, 330 (330).

⁷⁹ Spinellis, in: FS Roxin, 2001, S. 1467 (1468).

⁸⁰ Joecks/Jäger, StGB, 13. Aufl. (2020), § 185 Rn. 15.

systematisieren. Die Entscheidungen der Gerichte, worin sie die Ehrverletzung in sexuellen Handlungsweisen sehen, lassen sich inhaltlich in mehrere Kategorien unterteilen.⁸¹ Zunächst ist jedoch der Begriff der Ehre näher zu erörtern.

aa) Ehrbegriff

Die Beleidigung erfordert eine Herabwürdigung in der Ehre. Fraglich ist, woran der Ehrbegriff festgemacht wird. Zunächst gibt es den normativen Ehrbegriff, bei welchem die Ehre einen Ausschnitt der Personenwürde darstellt und auf den Geltungswert einer Person abstellt.⁸² Verletzt wird der Achtungsanspruch eines Menschen, indem der Täter einer Person zu Unrecht Mängel nachsagt, die den Geltungswert, bei hypothetischer Vorlage des Mangels, mindern würden.⁸³ Der faktische Ehrbegriff hingegen stellt auf die dem Menschen entgegengebrachte Wertschätzung ab.⁸⁴ Wird der gute Ruf gegenüber anderen verletzt, liegt darin die Ehrkränkung.⁸⁵ Diese Ansicht wird aber aufgrund, dass es nur auf die subjektive Empfindung des Betroffenen ankommt, nicht mehr vertreten.⁸⁶ Als vereinigende Lösung existiert der dualistische Ehrbegriff, welcher sowohl den inneren Wert eines Menschen als auch sein Ansehen nach außen hin umfasst.⁸⁷ So sind einerseits der sittlich-personale Wert als auch der gute Ruf in den Augen anderer als Ehre zu sehen.⁸⁸

bb) Sittlicher Mangel des Opfers

In die erste Kategorie fallen Entscheidungen, bei welchen die Täter in ihren Verhaltensweisen zum Ausdruck bringen, dass sie das Opfer sittlich nicht für einwandfrei halten.⁸⁹ Die Ehre wird demnach als Anspruch auf Achtung der Persönlichkeit gesehen, welche durch den Täter missachtet wird, indem dieser dem Opfer einen sittlichen Mangel zutraut.⁹⁰ Es wird auf den sittlichen Geltungswert einer Person abgestellt und ist daher dem normativen Ehrbegriff zuzuordnen.⁹¹ So konnte eine Beleidigung darin gesehen werden, dass durch das Zeigen nackter Frauenbilder, einem Mädchen so wenig Schamgefühl zugetraut wurde, dass es sich solche Bilder mit fremden Männern anschaute.⁹² Wenn also dem Mädchen mangelndes Schamgefühl nachgesagt wurde, war dies ein sittliches Defizit und damit gleichzeitig auch eine Ehrherabwürdigung. In einem anderen Fall wurde ein Griff an den nackten Geschlechtsteil einer Frau als Beleidigung gewertet.⁹³ Der sittliche Mangel bestand hier in der Einschätzung, dass sich die Frau einen solchen Angriff auf ihre Geschlechtsehre ohne weiteres gefallen lasse.⁹⁴

cc) Sexuelle Handlungen ohne Verwirklichung der Sexualstraftaten

Eine weitere Kategorie bilden sexuelle Handlungen ohne die Verwirklichung eines Sexualdelikts, insbesondere gegen Kinder und Jugendliche.⁹⁵ Die Ehrverletzung wird hierbei gerade in der sexuellen Handlung selbst als An-

⁸¹ Ignor, S. 47.

⁸² Geppert, Jura 1983, 530 (532).

⁸³ Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, Vorbem. zu § 185 Rn. 31.

⁸⁴ Geppert, Jura 1983, 530 (532).

⁸⁵ Hirsch, S. 14.

⁸⁶ Hirsch, S. 14.

⁸⁷ BGHSt 11, 68 (70 f.).

⁸⁸ Geppert, Jura 1983, 530 (532).

⁸⁹ Hirsch, S. 63.

⁹⁰ Ignor, S. 48.

⁹¹ Ignor, S. 51.

⁹² BGH, NJW 1951, 929 (929).

⁹³ BGH, NJW 1951, 368 (368).

⁹⁴ BGH, NJW 1951, 368 (368).

⁹⁵ Ignor, S. 54.

griff auf die Geschlechtshre gesehen, sofern sich das Opfer noch nicht um die Unzüchtigkeit der Handlung bewusst geworden ist.⁹⁶ Es kommt dabei nicht auf einen sittlichen Mangel an, den der Täter gerade im Opfer erblickt, sondern nur auf die Handlung als solches.⁹⁷ Die Handlung wird dabei bezogen auf die sexuelle Entwicklung oder Selbstbestimmung der Opfers als unsittlich angesehen.⁹⁸ So stellte der Geschlechtsverkehr trotz Einwilligung mit einem 13-jährigen Mädchen in Bezug auf deren Unreife eine Beleidigung dar.⁹⁹ Auch in Begleiterscheinungen eines Tathergangs wurden Ehrverletzungen erkannt. Durch einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch der Vergewaltigung wurde allein in der damit einhergehenden Entkleidung des Opfers eine Beleidigung gesehen.¹⁰⁰

dd) Gesellschaftliche Moralvorstellung

Für diese Kategorie ist eine Entscheidung des *BGH* aus 1956 repräsentativ.¹⁰¹ Der Angeklagte ließ Nacktfotos des Opfers ohne Einverständnis bei einem Fotogeschäft bearbeiten.¹⁰² Der *BGH* sah die Ehrverletzung nicht in einem sittlichen Mangel, welcher dem Opfer durch die Bearbeitung des Fotogeschäfts zugesagt wurde, sondern im Zugänglichmachen der Bilder zu einem Dritten.¹⁰³ Eine Ehrverletzung wird somit darin erblickt, dass die Regeln des Anstands und der guten Sitten nicht beachtet werden und dadurch die Menschenwürde verletzt wird.¹⁰⁴ § 185 StGB wird dabei als ein Delikt verstanden, welches eine Ehrverletzung in für die zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden gesellschaftlich als unsittlich empfundenen Verhalten erkennt. So wurde auch eine Beleidigung in der Zusendung einer Werbeschrift angesehen, welche Ausführungen über das intime geschlechtliche Leben, Verhütungsmaßnahmen sowie der Steigerung des geschlechtlichen Reizes enthielt.¹⁰⁵

ee) Mittelbare Beleidigung

Schließlich finden sich noch in sexuellen Handlungen mittelbare Beleidigungen gegenüber Ehepartnern beziehungsweise den Eltern. Geschlechtliche Annäherungen mit Wissen um die bestehende Ehe stellten dabei in den Handlungen mit der Ehefrau eine Missachtung und somit Beleidigung des betrogenen Ehemannes dar.¹⁰⁶ Die Ehrmissachtung lag dabei in der Verletzung des sittlichen Wesens einer Ehe durch die sexuelle Handlung.¹⁰⁷ Hierbei wurde auch wieder auf die gesellschaftliche Moralvorstellung und dem dieser zugrunde liegenden Sittlichkeitsbegriff zurückgegriffen. Eine Beleidigung von Eltern durch sexuelle Handlungen an oder mit deren Kindern kam dann in Betracht, wenn die Handlung eine Störung der elterlichen Erziehung und Beaufsichtigung darstellte und somit als Missachtung dessen gesehen wurde.¹⁰⁸

c) Kritik durch das Schrifttum

Diese ältere Rechtsprechungslinie stieß in der Literatur auf viel Kritik. So wird die grundsätzliche Annahme von

⁹⁶ *BGH*, NJW 1954, 847 (847); *Ignor*, S. 54.

⁹⁷ *Ignor*, S. 54.

⁹⁸ *Ignor*, S. 55.

⁹⁹ BayObLGSt 1963, 25 (25).

¹⁰⁰ *BGH*, StV 1982, 14 (15).

¹⁰¹ *Ignor*, S. 55.

¹⁰² *BGH*, NJW 1956, 679 (679).

¹⁰³ *BGH*, NJW 1956, 679 (679).

¹⁰⁴ *Ignor*, S. 56.

¹⁰⁵ *BGH*, NJW 1958, 228 (228).

¹⁰⁶ *BGH*, NJW 1952, 476 (476).

¹⁰⁷ *Hirsch*, S. 70.

¹⁰⁸ *BGH*, NJW 1955, 471 (471).

Sexualbeleidigungen dogmatisch nicht gerecht durch die Verkenning des Kundgabecharakters sowie dem spezifischen Unrechtsgehalt von § 185 StGB.¹⁰⁹ Eine Ehrverletzung ergibt sich nicht bloß aus dem sexuellen Charakter einer Handlung.¹¹⁰ So stellen Handlungen gegen die sexuelle Selbstbestimmung zunächst eine Verletzung der Personenwürde dar.¹¹¹ Jede Verletzung der Personenwürde ist aber nicht zugleich eine Ehrverletzung.¹¹² Das verletzte Schamgefühl i.S.d. Personenwürde ist dabei nicht identisch mit dem Individualrechtsgut der Ehre.¹¹³ Es ist daher für § 185 StGB eine über die Schamverletzung hinausgehende selbständige Herabsetzung der Ehre nötig.¹¹⁴ Weiterhin bildet die Geschlechtsehre keinen besonderen Teil der Ehre, wonach allein dieser Aspekt keine Ehrherabwürdigung darstellt.¹¹⁵ Ebenso kann man bei sexuellen Handlungen nicht auch per se auf einen entsprechenden Beleidigungsvorsatz schließen.¹¹⁶ § 185 wurde damit unbedacht als Sexualstraftat instrumentalisiert.¹¹⁷ Dieser dient nämlich dem Ehrschutz und nicht als sog. Lückenbüßer der Ausweitung der Sexualdelikte.¹¹⁸ Es geht damit der spezifische Schutzzweck des § 185 StGB verloren.¹¹⁹ Die Rechtsprechung verfolgte mit ihren lückenfüllenden Entscheidungen gute Absichten zum Schutz von Kindern, Jugendlichen und Frauen.¹²⁰ Ein solcher Schutz obliegt jedoch nicht der Ausfüllung der Rechtsprechung, sondern der des Gesetzgebers.¹²¹ So geht ferner die grundsätzliche Annahme einer Beleidigung zu Lasten des Täters und untergräbt damit die in dubio pro reo-Maxime sowie den Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG.¹²²

3. Die neuere Rechtsprechung

Durch stetigen Wandel in der gesellschaftlichen Sexualmoral kam es zu Gesetzesänderungen im Sexualstrafrecht. Im Zuge dessen wurde mit der älteren Judikatur des *BGH* gebrochen und ein neuer Weg eingeschlagen.¹²³

a) Reformen des Sexualstrafrechts

In den Jahren 1969 und 1973 wurden die Sexualdelikte novelliert. So kam es zu einer grundlegenden Neugestaltung des Sexualstrafrechts von Straftaten gegen die Sittlichkeit hin zu Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung.¹²⁴ 1969 wurden durch das 1. StrÄndG Sittlichkeitsdelikte, wie etwa der Straftatbestand des Ehebruchs, § 172 StGB a.F., aus dem StGB entfernt.¹²⁵ Durch das 4. StrÄndG vom 23.11.1973 folgte eine weitere Entkriminalisierung des Sexualstrafrechts.¹²⁶ Es setzte sich hierbei der Gedanke durch, dass ein Verhalten nicht schon allein deshalb strafwürdig ist, weil es als unmoralisch erachtet wird, sondern das durch das Strafrecht nur die äußere Ordnung sozialen Verhaltens gewahrt werden muss.¹²⁷ Dies sollte eine Präzisierung der Tatbestände herbeiführen,

¹⁰⁹ Hilgendorf, in: LK-StGB, § 185 Rn. 28.

¹¹⁰ Fischer, StGB, § 185 Rn. 11a.

¹¹¹ Otto, JZ 1989, 801 (803); Laubenthal, HdB der Sexualstraftaten, Kapitel 2.6 Rn. 136.

¹¹² Hirsch, S. 59.

¹¹³ Laubenthal, HdB der Sexualstraftaten, Kapitel 2.6 Rn. 136.

¹¹⁴ Rengier, Strafrecht BT II, § 29 Rn. 35.

¹¹⁵ Tröndle/Fischer, StGB, 52. Aufl. (2004), § 185 Rn. 11a; Laubenthal, HdB der Sexualstraftaten, Kapitel 2.6 Rn. 138.

¹¹⁶ Ritze, JZ 1980, 91 (92).

¹¹⁷ Gaede, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 185 Rn. 10.

¹¹⁸ Geppert, JK 1987, StGB § 185/5.

¹¹⁹ Geppert, JK 1987, StGB § 185/5.

¹²⁰ Ignor, S. 66.

¹²¹ Ignor, S. 66.

¹²² Geppert, JK 1987, StGB § 185/5.

¹²³ Sick, JZ 1991, 330 (331).

¹²⁴ Deckers, StV 2017, 410 (410).

¹²⁵ BGBl. I 1969, S. 653.

¹²⁶ Sick/Renzikowski, in: FS Schroeder, 2006, S. 603 (603).

¹²⁷ BT-Drs. 6/1552, S. 15.

wodurch der Beleidigungstatbestand entlastet werden sollte.¹²⁸ Damit wurde der Rechtsprechung der Nährboden entzogen, sich auf eine Bestrafung entgegen der Sittlichkeit zu berufen.¹²⁹

b) Lösungsansatz der neueren Rechtsprechung

Die neuere Rechtsprechung konnte sich nicht mehr, mangels Grundlage, auf reines Sittlichkeitsempfinden für § 185 StGB berufen. Sexuelle Handlungen, welche zwar das Persönlichkeitsrecht tangieren, stellen aber per se keine Ehrverletzung dar.¹³⁰ Es sind dabei zur Annahme einer Beleidigung besondere Umstände nötig, welche einen selbständig beleidigenden Charakter haben müssen.¹³¹ Diese Umstände finden sich nicht gerade in der sexuellen Handlung selbst, sondern nur in zusätzlich die Ehre herabwürdigenden Aspekten.¹³² Der Täter muss zu erkennen geben, dass er das Opfer als „Flittchen“, „dumme Gans“ oder eine Person einschätzt, welche dies „ohne weiteres mit sich machen lasse“.¹³³ Erst dieses Nachsagen von Mängeln zielt auf den Geltungswert und damit auch die Ehre ab.¹³⁴ Es handelt sich dabei um eine klare rechtsgutsorientierte Trennung der Sexualdelikte vom Beleidigungstatbestand.¹³⁵ Durch diese gesonderte Prüfung von einer Ehrmissachtung und der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung wird strikt nach den einzelnen Tatbeständen differenziert, insoweit auch von einer Tatbestandslösung gesprochen wird.¹³⁶

aa) Wandel bezüglich des Schutzgutes

Die Fälle der älteren Rechtsprechung wurden unter der Prämisse der Sittlichkeit oder der Sexualmoral unter § 185 StGB subsumiert. Durch das 4. StrÄndG wurden die Delikte des 13. Abschnitts aber konkret dem Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung zugeordnet.¹³⁷ Dadurch wurde anerkannt, dass die Ehre und das sexuelle Selbstbestimmungsrecht verschiedene Bereiche der Persönlichkeitssphäre tangieren.¹³⁸ Um eine Ehrverletzung zu bejahen, musste dies anhand einer kundgegebenen Missachtung oder Nichtachtung geschehen, nicht allein durch eine sexuelle Handlung. Es kam daher zu einem Wandel bei der Annahme des Schutzgutes der Sexualbeleidigung durch die Rechtsprechung von der bloßen Annahme eines beleidigenden Charakters durch eine Handlung, zu einer davon losgelösten Beurteilung auf das Rechtsgut Ehre i. S. einer Kundgabe von Nichtachtung oder Missachtung.

bb) Besondere Umstände des Einzelfalles

Zur Verwirklichung des § 185 StGB bedarf es eines besonderen Umstands mit ehrverletzendem Charakter. Fraglich ist, was genau einen solchen besonderen Umstand darstellt. Eine genaue Definition gibt es nicht.¹³⁹ Die Gerichte müssen dies im Einzelfall feststellen. So wurden als besondere Umstände eine besonders hartnäckige Vor-

¹²⁸ Laubenthal, HdB der Sexualstraftaten, Kapitel 2.6 Rn. 133.

¹²⁹ BGH, NJW 1986, 2442 (2442); Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 185 Rn. 6.

¹³⁰ Laubenthal, HdB der Sexualstraftaten, Kapitel 2.6 Rn. 138.

¹³¹ Gaede, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 185 Rn. 10.

¹³² Fischer, StGB, § 185 Rn. 11.

¹³³ Lenckner, in: Schönke/Schröder, StGB, § 185 Rn. 4.

¹³⁴ BGH, StV 1989, 341 (341 f.).

¹³⁵ Kiehl, NJW 1989, 3003 (3003).

¹³⁶ Kiehl, NJW 1989, 3003 (3003 f.).

¹³⁷ BGBl. I 1973, S. 1726.

¹³⁸ Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, § 185 Rn. 12.

¹³⁹ Amelung, in: FS Rudolphi, 2004, S. 373 (378).

gehensweise, fremde Wohnung als Tatort, die Nacht als Tatzeit, der Familienstand des Täters oder die Missachtung des entgegenstehenden Willens angenommen.¹⁴⁰ Damit lassen sich sämtliche Tatumstände auch als besondere Umstände deuten.¹⁴¹ Zu dem genügte die Ausnutzung der Stellung als Ausbilder zur Vornahme sexueller Handlungen an Lehrlingen als besonderer Umstand.¹⁴² Hingegen das Arzt-Patientin-Verhältnis und die prekäre Lage einer Patientin genügten nicht als besonderer Umstand, wonach der Arzt trotz ungewollten Geschlechtsverkehrs nicht nach § 185 StGB bestraft wurde.¹⁴³ Insoweit ist dies nicht zufriedenstellend, da § 185 StGB zwar zu den Sexualdelikten abgegrenzt werden soll, aber die besonderen Umstände zumeist auch in typischen Begleitumständen solcher Taten festgestellt werden und deren wirklicher Ehrverletzungscharakter mitunter zweifelhaft erscheint.¹⁴⁴ In einer weiteren Entscheidung stellt der *BGH* auch auf Gesamtumstände ab, indem er das Abtasten von Mädchen als Beleidigung wertete.¹⁴⁵ Der *BGH* erblickt jedoch auch hier den Umstand des Abtastens losgelöst von der sexuellen Handlung als Ehrverletzung, womit auch darin ein besonderer Umstand zur Beleidigungswirklichung zu erkennen ist.

c) Neuer Kurs in der Rechtsprechung

Trotz Änderungen der Rechtslage in den Jahren 1969 und 1973 wandelte sich die Rechtsprechung nicht sofort. Dies erfolgte allmählich und festigte sich aufgrund von zwei herausragenden Entscheidungen.

aa) Urteil des OLG Zweibrücken vom 5.7.1985

Der Angeklagte hatte sich neben die bei ihm Angestellte schlafende Zeugin gelegt, diese an den Brüsten und in der Nähe des Genitalbereichs gestreichelt und versucht mit der Hand zur Scheide vorzudringen.¹⁴⁶ Als diese erwachte bekundete er seine Zuneigung zu ihr, verließ aber unverzüglich den Ort, als die Zeugin ihn dazu aufforderte.¹⁴⁷ Das Verhalten überschritt zwar die Erheblichkeitsschwelle des § 184c Nr. 1 StGB, es lag aber weder eine Drohung noch Gewalt vor, wonach der Tatbestand eines Sexualdelikts nicht einschlägig war.¹⁴⁸ Das *OLG* verneinte eine Bestrafung nach § 185 StGB, da nicht in allem Unsittlichem und Unmoralischem auch eine Kundgabe der Missachtung zu sehen ist.¹⁴⁹ Der Angeklagte gab der Zeugin seine Zuneigung zu erkennen, worin sich trotz einer gewissen Unverschämtheit des Verhaltens keine Missachtung und damit Ehrverletzung erkennen ließ.¹⁵⁰ So setzte das *OLG* bezüglich der Sexualbeleidigung neue Maßstäbe, indem es für eine Ehrverletzung in Abgrenzung zur sexuellen Selbstbestimmung eine eigenständige Kundgabe der Missachtung und Nichtachtung einforderte.¹⁵¹

bb) Urteil des BGH vom 15.3.1989

Der Angeklagte Arzt übte gegen den Willen der Patientin den Geschlechtsverkehr aus, eine Vergewaltigung konnte dabei nicht hinreichend belegt werden.¹⁵² Der *BGH* verneinte eine Beleidigung damit, dass § 185 StGB keinen Auffangtatbestand für moralisch Verwerfliches darstellt und eine Ehrverletzung nur dann in Betracht

¹⁴⁰ Sick, JZ 1991, 330 (332).

¹⁴¹ Kiehl, NJW 1989, 3003 (3005).

¹⁴² BGH, NSStZ 1987, 21 (22).

¹⁴³ BGH, StV 1989, 341 (341 f.).

¹⁴⁴ Sick, JZ 1991, 330 (332).

¹⁴⁵ BGH, NJW 1988, 2054 (2054).

¹⁴⁶ OLG Zweibrücken, NJW 1986, 2960 (2960).

¹⁴⁷ OLG Zweibrücken, NJW 1986, 2960 (2960).

¹⁴⁸ OLG Zweibrücken, MDR 1986, 871 (871).

¹⁴⁹ OLG Zweibrücken, NJW 1986, 2960 (2961).

¹⁵⁰ OLG Zweibrücken, NJW 1986, 2960 (2961).

¹⁵¹ Sick, JZ 1991, 330 (331).

¹⁵² BGH, NJW 1989, 3028 (3028).

kommt, wenn zum Ausdruck gebracht wird, dass die Betroffene einen ihre Ehre mindernden Mangel aufweist.¹⁵³ Dies lässt sich hierbei als Wendepunkt der Rechtsprechung zur Sexualbeleidigung bezeichnen.¹⁵⁴ Im Gegensatz zu früheren *BGH* Entscheidungen, welche mit besonderen Umständen zur Bejahung einer Beleidigung argumentieren, stellt der 2. *Strafsenat* klar, wann exakt § 185 StGB greift.¹⁵⁵ Er argumentiert hierbei konkret rechtsgutsorientiert und systematisch, wann eine Ehrherabsetzung vorliegt und dass diese strikt von den Sexualdelikten zu trennen ist.¹⁵⁶ Diese klar geschaffene Trennlinie bildet hierbei den Kern der neueren Rechtsprechung, dass jedes Rechtsgut für sich zu betrachten ist und die Tatbestände ihrem Rechtsgut nach genau subsumiert werden müssen.

cc) Weitere Entscheidungen der neueren Rechtsprechung

Im Folgenden werden weitere Entscheidung der neueren Rechtsprechung dargelegt.

(1) Entscheidungen der Strafsenate des BGH

Innerhalb der Strafsenate des *BGH* bildete sich jedoch keine einheitliche Meinung.¹⁵⁷ Auf die Grundsatzentscheidung des 2. *Strafsenats* vom 15.3.1989 bezog sich der 1. *Senat* am 25.7.1989, indem er deren Verurteilung zur Beleidigung mit keinen rechtlichen Bedenken begegnete.¹⁵⁸ Er nimmt vielmehr diese Erkenntnis stillschweigend auf. Bereits 1986 stellte der 3. *Senat* fest, dass eine Beleidigung einer Jugendlichen nur dann in Betracht kommt, wenn besondere Umstände vorliegen, die einen Ehrangriff über die sexuelle Handlung hinaus darstellen.¹⁵⁹ Insofern erkennt auch dieser an, dass nur unter besonderen Umständen eine Bestrafung wegen Beleidigung in Betracht kommt. Abweichend davon ist jedoch der 4. *Strafsenat*. So lässt dieser 1987 zunächst dahinstehen, ob für eine Beleidigung auch besondere Umstände vorliegen müssen.¹⁶⁰ Im sog. Geldbörsenfall erkennt der 4. *Senat* jedoch eine Beleidigung gleichzeitig innerhalb einer sexuell motivierten Leibesvisitation an jugendlichen Mädchen an.¹⁶¹ Dies begründet der Senat damit, dass eine Leibesvisitation nicht dem Erscheinungsbild eines Sexualdelikts entspricht und daher unabhängig der sexuellen Komponente den sozialen Achtungsanspruch verletzt.¹⁶² Er stellt insoweit nicht auf zusätzliche Umstände zur sexuellen Handlung ab, sondern erkennt einer Handlung zwei dem innewohnende Bedeutungen zu und steht damit different zu den anderen Senaten.

(2) Weitere Entscheidungen

Trotz Berufung auf die Vorlage besonderer Umstände kommt die Rechtsprechung zu unterschiedlichen Ergebnissen.¹⁶³ So wurde eine Beleidigung im Geschlechtsverkehr mit einer 14 Jährigen darin erkannt, dass es sich um ein von Natur aus schüchternes und leicht beeinflussbares Mädchen handelte, die Tat nachts in einer fremden Wohnung geschah und dabei außergewöhnliche Sexualpraktiken verwendet wurden.¹⁶⁴ In einem weiteren Fall wurde eine Sexualbeleidigung darin erblickt, dass der Angeklagte ein 12-jähriges Mädchen hartnäckig verfolgte, den

¹⁵³ *BGH*, NJW 1989, 3028 (3028 f.).

¹⁵⁴ *Kiehl*, NJW 1989, 3003 (3003).

¹⁵⁵ *BGH*, NJW 1989, 3028 (3029).

¹⁵⁶ *Kiehl*, NJW 1989, 3003 (3003).

¹⁵⁷ *Keller*, JR 1992, 244 (246).

¹⁵⁸ *BGH*, NJW 1989, 3029 (3029).

¹⁵⁹ *BGH*, NJW 1986, 2442 (2442).

¹⁶⁰ *BGH*, NStZ 1987, 21 (21 f.).

¹⁶¹ *BGH*, NJW 1988, 2054 (2054).

¹⁶² *BGH*, NJW 1988, 2054 (2054).

¹⁶³ *Rahmlow*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller, AnwK-StGB*, 3. Aufl. (2020), § 185 Rn. 16.

¹⁶⁴ *BGH*, NJW 1986, 2442 (2443).

entgegenstehenden Willen missachtete und dieses zweimal am Oberschenkel zwischen Knie und Schritt abtastete.¹⁶⁵ Verneint wurde § 185 StGB bei einem aufgedrängten Zungenkuss.¹⁶⁶ Ebenso liegt keine Ehrverletzung in der zwar gegen den Willen, aber völlig überraschend ausgeführten Handlung des Geschlechtsverkehrs.¹⁶⁷ Kontrovers zur neueren Rechtsprechung sticht ein Urteil des *OLG Bamberg* heraus. Das *OLG* stellt zwar klar, dass nicht jede sexuelle Handlung auch eine Ehrverletzung darstellt, dies aber nur für Handlungen gelte, welche dem regelmäßigen Erscheinungsbild eines Sexualdelikts einhergehen.¹⁶⁸ Der Griff zwischen die Beine einer Joggerin wird demnach für sich als eine Beleidigung gesehen.¹⁶⁹ So kam es dem *OLG* mehr auf eine Bestrafung an als auf das Abstellen eines konkret ehrverletzenden Umstandes, was jedoch die neuere Rechtsprechung durchweg konterkariert.

dd) Zwischenergebnis

Selbst innerhalb der Senate besteht Uneinigkeit über die genauen Kriterien der Annahme des § 185 StGB. Klar ist aber, dass nicht allein sexuelle Handlungen eine Beleidigung darstellen. Durch die neuere Rechtsprechung hat die Rechtslage aber an Klarheit eingebüßt. Zwar ist zu begrüßen, dass rechtsgutsbezogen gehandelt wird, da es jedoch keine genaue Festlegung gibt, was einen besonderen Umstand darstellt, besteht insoweit auch ein großer Argumentationsspielraum für oder auch gegen die Annahme einer Beleidigung.

d) Kritik an der neueren Rechtsauffassung

Kritik besteht auch am neueren Kurs. Die neuere Rechtsprechung ist kaum vorhersehbar und missachtet ihre eigens aufgestellten Grenzen, indem sich besondere Umstände aus verschiedensten Gegebenheiten konstruieren lassen.¹⁷⁰ Die Abgrenzung zu den Sexualdelikten trägt damit zu keiner Rechtssicherheit bei.¹⁷¹ Es kommt dadurch zu einem völlig unzureichenden Strafrechtsschutz durch die Verschiedenartigkeit der tangierten Rechtsgüter.¹⁷² Folge ist, dass viele Formen sexueller Gewalt und Belästigungen, die kein Sexualdelikt verwirklichen, gänzlich straflos bleiben.¹⁷³ So äußerte der *BGH* selbst Bedenken bezüglich des Notwehrrechts gegen unterschwellige Handlungen.¹⁷⁴ Dies ist jedoch unbegründet, da auch strafrechtlich nicht geschützte Güter, wie die körperliche Integrität bei Belästigungen, notwehrfähig sind.¹⁷⁵

IV. Bedeutungsverlust nach Einführung des § 184i StGB

Im Jahr 2016 kam es zu einer Gesetzesänderung im Bereich des Sexualstrafrechts und so wurde der neu geschaffene § 184i StGB der sexuellen Belästigung eingeführt.¹⁷⁶ Fraglich ist dabei, welche Stellung in Bezug auf § 185 StGB der § 184i StGB einnimmt und inwieweit dabei die Sexualbeleidigung möglicherweise an praktischer Bedeutung eingebüßt hat.

¹⁶⁵ *BGH*, NJW 1989, 3029 (3029).

¹⁶⁶ *BGH*, NStZ-RR 2010, 45 (45).

¹⁶⁷ *BGH*, NStZ 2007, 218 (218).

¹⁶⁸ *OLG Bamberg*, NStZ 2007, 96 (96).

¹⁶⁹ *OLG Bamberg*, NStZ 2007, 96 (96).

¹⁷⁰ *Rahmlow*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, AnwK-StGB, § 185 Rn. 16.

¹⁷¹ *Schneider*, in: Dölling/Duttge/Rössner, 2008, StGB, § 185 Rn. 25.

¹⁷² *Sick*, JZ 1991, 330 (334).

¹⁷³ *Spinellis*, in: FS Roxin, 2001, S. 1467 (1472).

¹⁷⁴ *BGH*, NStZ 1987, 21 (22).

¹⁷⁵ *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 4.

¹⁷⁶ BGBl. I 2016, S. 2461.

1. Straftatbestand der sexuellen Belästigung nach § 184i StGB

Der Straftatbestand der sexuellen Belästigung befindet sich im 13. Abschnitt des StGB unter der Überschrift Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung. Es sollen hierbei Fälle erfasst werden, die zwar keine sexuellen Handlungen i.S.d. § 184h Nr. 1 StGB von gewisser Erheblichkeit darstellen, aber dennoch das Rechtsgut derart tangieren, dass ein strafwürdiges Unrecht darin liegt.¹⁷⁷ Dass dieser Straftatbestand praktisch von großer Bedeutung ist, zeigt sich anhand der polizeilichen Kriminalstatistik. So wurden 2018 13.742 Fälle und 2019 13.645 Fälle des § 184i StGB erfasst, was für 2019 einen Anteil von 19,5 % an allen Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung ausgemacht hat.¹⁷⁸

a) Einführung durch 50. StrÄndG

§ 184i StGB wurde am 4.11.2016 mit dem Gesetz zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung in das StGB eingefügt.¹⁷⁹ Grundlage dafür war Art. 36 der Istanbul-Konvention, welcher jede Form nicht einverständlichen Sexualkontaktes unter Strafe stellen sollte, den Mitgliedsstaaten für dessen Umsetzung jedoch ein gewisser Spielraum eingeräumt war.¹⁸⁰ Das 50. StrÄndG ist damit Teil der Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt.¹⁸¹ Zweck war es, durch § 184i StGB den sexualspezifischen Unrechtsgehalt von sexuell motivierten Handlungen genau zu erfassen.¹⁸² Es ging dabei um Fälle, welche mangels Erheblichkeit gem. § 184h Nr. 1 StGB nicht nach einem Sexualdelikt bestraft werden konnten und deren Verhaltensweisen höchstens eine Sexualbeleidigung beigemessen werden konnte, was aber bis dato zu keiner klaren Rechtslage führte.¹⁸³ So kam es in der Silvesternacht 2015/2016 in Köln zu circa 500 Anzeigen wegen angeblich sexuellen Belästigungen durch Begrapschen, welche letztendlich mangels Wiedererkennung der Täter zu keiner Bestrafung führten.¹⁸⁴

b) Tatbestand

§ 184i Abs. 1 StGB erfordert die körperliche Berührung in sexuell bestimmter Weise einer anderen Person. Subjektiv genügt dabei dolus eventualis.¹⁸⁵

aa) Berührung

Zunächst ist eine Berührung erforderlich. Dies setzt voraus, dass eine Einwirkung auf das Opfer unmittelbar erfolgt.¹⁸⁶ Es muss daher tatsächlich einen Körperkontakt gegeben haben.¹⁸⁷ Unerheblich ist dabei, ob die Körperstelle bekleidet ist oder nicht.¹⁸⁸ Rein verbale Äußerungen sind damit nicht von § 184i StGB erfasst.¹⁸⁹ Somit sind

¹⁷⁷ Wolters, in: SSW-StGB, 5. Aufl. (2021), § 184i Rn. 2.

¹⁷⁸ PKS, Jahrbuch 2019, Band IV, S. 17.

¹⁷⁹ BGBl. I 2016, S. 2460.

¹⁸⁰ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 n.F. Rn. 43.

¹⁸¹ BT-Drs. 17/12996, S. 2.

¹⁸² BT-Drs. 18/8626, S. 3.

¹⁸³ BT-Drs. 18/9097, S. 21.

¹⁸⁴ Frommel, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 184i Rn. 1.

¹⁸⁵ Joecks/Jäger, StGB, § 184i Rn. 5.

¹⁸⁶ Noltenius, in: SK-StGB, § 184i Rn. 2.

¹⁸⁷ Bezjak, KJ 2016, 557 (568).

¹⁸⁸ Fischer, StGB, 184i Rn.3.

¹⁸⁹ Hörnle, NStZ 2017, 13 (20); Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 184i Rn. 2.

auch Gestiken ohne Körperkontakt eines Täters nicht tatbestandsmäßig. Insoweit grenzt sich § 184i StGB auch von § 3 Abs. 4 AGG ab, als dass dort auch andere Verhaltensweisen erfasst werden, die keine Berührungen erfordern.¹⁹⁰

bb) In sexuell bestimmter Weise

Weiterhin muss die Berührung in sexuell bestimmter Weise erfolgen. Fraglich ist dabei, wie dieses Merkmal auszulegen ist. Nach der objektiven Auslegung sind zunächst Berührungen erfasst, die außerhalb bestehender intimer Beziehungen sozial unüblich sind.¹⁹¹ So wie dies beispielsweise bei der Berührung der Brust einer Frau der Fall ist.¹⁹² Der subjektiven Auslegung zufolge, welche auch in der Gesetzesbegründung zu finden ist, liegt die sexuell bestimmte Weise in einer sexuellen Motivation.¹⁹³ Dies setzt sexuelle Beweggründe auf Seiten des Täters voraus.¹⁹⁴ Das ist jedoch problematisch, da nach dieser Auslegung auch Verhalten umfasst wären, welche rein objektiv betrachtet keinerlei Sexualbezug aufweisen, beispielsweise das Berühren der Füße durch einen Fußfetischisten.¹⁹⁵ Dies wäre jedoch bis in den sozialüblichen Bereich zu weit ausgedehnt.¹⁹⁶ Vielmehr ist auf eine objektive Betrachtung des äußeren Erscheinungsbildes im konkreten Fall durch einen objektiven Dritten abzustellen.¹⁹⁷

cc) Belästigung durch die Berührung

Durch die Berührung muss eine Belästigung beim Opfer hervorgerufen werden.¹⁹⁸ Dies ist, wie auch in § 183 StGB normiert, eine subjektiv unangenehme Störung des Wohlbefindens, der Autonomie und des Unge störteins.¹⁹⁹ Vorausgesetzt wird dabei eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung des Opfers, wodurch es zu einer Missachtung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung kommt.²⁰⁰ Ist die Berührung hingegen bereits nicht unerwünscht, so scheidet der Tatbestand aus.²⁰¹

c) Verhältnis zur Sexualbeleidigung

Die Sexualbeleidigung fällt unter § 185 StGB. § 184i StGB stellt hierbei einen eigenen Tatbestand eines anderen Abschnitts des StGB dar. Fraglich ist, in welchem konkreten Verhältnis beide Tatbestände zueinander stehen.

aa) Unrechtserfassung der Tatbestände

Das Rechtsgut des § 184i StGB ist die sexuelle Selbstbestimmung, sprich das Recht des Einzelnen frei darüber zu entscheiden, ob derjenige zu dieser Zeit, an diesem Ort und von der entsprechenden Person in eine sexualbezogene Handlung mit eingebunden werden möchte oder nicht.²⁰² § 185 StGB hingegen schützt das Rechtsgut Ehre.²⁰³ Dieses ist tangiert, wenn der Täter einem anderen zu Unrecht Mängel nachsagt, die bei tatsächlichem Vorliegen

¹⁹⁰ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184i Rn. 4.

¹⁹¹ Hoven, NStZ 2020, 578 (585).

¹⁹² Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (189); Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184i Rn. 6; Fischer, StGB, § 184i Rn. 5.

¹⁹³ BT-Drs. 18/9097, S. 30.

¹⁹⁴ Pohlreich, HRRS 2019, 16 (26).

¹⁹⁵ Fischer, StGB, § 184i Rn. 5a; Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (189).

¹⁹⁶ Hörnle, NStZ 2017, 13 (20).

¹⁹⁷ Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (189).

¹⁹⁸ Kindhäuser/Hilgendorf, Lehr- und Praxiskommentar StGB, 8. Aufl. (2020), § 184i Rn. 2.

¹⁹⁹ Fischer, StGB, § 184i Rn. 6.

²⁰⁰ Joecks/Jäger, StGB, § 184i Rn. 4.

²⁰¹ Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 184i Rn. 7.

²⁰² Noltenius, in: SK-StGB, § 184 i Rn. 2.

²⁰³ Eisele, Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2017), Rn. 560.

den Geltungswert des Betroffenen mindern würden.²⁰⁴ Die Tatbestände umfassen damit unterschiedliche Schutzgüter. Vor Einführung des § 184i StGB konnte eine Bestrafung lediglich als Sexualbeleidigung erfolgen, wenn nach der neueren Rechtsprechung jedoch ein besonderer Umstand vorlag, der eine Herabwürdigung des Opfers beinhaltete.²⁰⁵ Hintergrund von sexualbezogenen Tötlichkeiten ist jedoch oftmals Spontanität und auch keine Ehrherabwürdigung des Opfers. Würden die Täter das Opfer entehren wollen, so könnten sie dies ohne großen Aufwand auch verbal kundtun. Der Schwerpunkt einer solchen Handlung liegt hingegen auf sexueller Ebene. Das Opfer soll dabei in eine sexuelle Handlung mit einbezogen werden, ob es dies möchte oder nicht. Insofern erfasst § 184i StGB den Unrechtsgehalt solcher Handlungen präziser. Eine Beleidigung ist allenfalls als Begleiterscheinung solcher Handlungen möglich und auch nicht immer zwingend gegeben.

bb) Strafraumen und Strafantrag

Der Strafraumen gem. § 184i StGB reicht von Freiheitsstrafe mit bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe. Dies orientiert sich hierbei an dem der tätlichen Beleidigung.²⁰⁶ Hinzu kommt, dass § 184i StGB gem. § 184i Abs. 3 und § 185 StGB gem. § 194 Abs. 1 S. 1 StGB je ein Antragsdelikt darstellt. Das Opfer soll über eine Verfolgung der Tat selbst entscheiden können. Die Besonderheit des § 184i Abs. 3 HS 2 StGB liegt darin, dass bei besonderem öffentlichem Interesse die Strafverfolgungsbehörde von Amts wegen einschreiten kann, was ein relatives Antragsdelikt darstellt und sich damit von § 185 StGB unterscheidet.²⁰⁷

cc) Subsidiarität und Konkurrenzen

Die Subsidiaritätsklausel des § 184i Abs. 1 StGB wurde durch das 57. StrÄndG vom 3.3.2020 eingeführt.²⁰⁸ Der Tatbestand selbst greift nur dann ein, wenn die Tat nicht in anderen Normen des 13. Abschnitts mit schwererer Strafe bedroht ist. Daraus folgt, dass eine Subsidiarität gegen andere Vorschriften des StGB nicht greift und dies über die Konkurrenzproblematik der allgemein geltenden Grundsätze zu lösen ist. In Bezug auf § 185 StGB heißt dies aufgrund der verschiedenartigen Rechtsgüter Idealkonkurrenz, sofern eine Ehrverletzung in der Berührung festgestellt werden kann.²⁰⁹ § 185 HS 1 Var. 4 StGB und § 184i Abs. 1 StGB stehen dann gem. § 52 Abs. 1 Alt. 1 StGB in Tateinheit zueinander.

dd) Zwischenergebnis

Aus viktimologischer Sicht wiegen körperlich-sexuelle Berührungen schwerer als verbale oder exhibitionistische Handlungen.²¹⁰ Es wird hierbei nicht nur flüchtig ein Ärgernis ausgelöst, sondern der Betroffene direkt körperlich in das Geschehen eingebunden. Vor 2016 fehlte es jedoch an Rechtsklarheit über eine solche Strafbarkeit. Dies wurde im öffentlichen Diskurs vor allem durch Feministinnen kritisiert.²¹¹ Der daraufhin eingeführte § 184i StGB sollte Abhilfe schaffen. In Bezug zu § 185 StGB decken sich die Tatbestände vom Strafraumen, was darauf hindeutet, dass die Gewichtung einer sexualbeleidigenden Berührung und sexuellen Belästigung vom Unrechtsgehalt als gleichwertig erachtet wird. Unterschiede ergeben sich aus den betroffenen Rechtsgütern, wodurch eine Betroffenheit der sexuellen Selbstbestimmung nicht zugleich eine Missachtung der Person darstellt.²¹² Die Ehrverletzung

²⁰⁴ BGH, NStZ 1989, 528 (528).

²⁰⁵ BGH, NStZ 1986, 453 (453).

²⁰⁶ Kunz, jM 2016, 433 (434 f.).

²⁰⁷ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184i Rn. 15.

²⁰⁸ BGBl. I 2020, S. 431.

²⁰⁹ Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 184i Rn. 12, 15; Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, § 185 Rn. 52.

²¹⁰ Hörnle, NStZ 2017, 13 (20).

²¹¹ Sick, JZ 1991, 330 (330).

²¹² Laubenthal, HdB der Sexualstraftaten, Kapitel 2.6 Rn. 138; Pohlreich, HRRS 2019, 16 (16 f.).

zur Verwirklichung einer tätlichen Beleidigung muss daher selbständig festgestellt werden. § 185 StGB erfasst deshalb Fälle des § 184i StGB lediglich fragmentarisch.

2. Bedeutungsverlust der Sexualbeleidigung durch § 184i StGB

Der Wirkungsbereich des § 184i StGB erstreckt sich auf eine Berührung in sexueller Weise, wodurch eine Belästigung hervorgerufen wird. Somit fallen ehrverletzende Äußerungen und Gesten mit sexuellen Anspielungen gänzlich in den Anwendungsbereich des § 185 StGB. Es kommt allenfalls zu Überschneidungen mit der tätlichen Sexualbeleidigung.²¹³ Die Annahme einer Ehrverletzung ist von § 184i StGB dabei nicht beabsichtigt und spiegelt auch nicht den Unrechtsgehalt der Tat wider.²¹⁴ Nach der Auffassung von Kunz sei § 184i StGB eine „Placebo-Norm“, welche größtenteils von § 185 StGB umfasst wäre.²¹⁵ Dem ist nicht beizupflichten. So liegt allein schon in einem aufgedrängten Zungenkuss keine Ehrverletzung.²¹⁶ Eine Beleidigung liegt nur bei besonderen Umständen zusätzlich vor, was die Tateinheit mit § 184i StGB untermauert. Die Sexualbeleidigung verschwindet nicht, sie existiert nach wie vor in Äußerungen, Gesten und auch unter gewissen Umständen in Berührungen. Der Bedeutungsverlust erstreckt sich auf das Verlangen zur Bestrafung von gesellschaftlich unerhörtem Verhalten über § 185 StGB. Den Bedeutungsverlust erleidet die Sexualbeleidigung dabei nicht, dass es sie nicht mehr gibt. Sondern dadurch, dass Verhaltensweisen welche vor 2016 nur über eine Sexualbeleidigung behelfsmäßig und unzureichend gelöst wurden, nun dem § 184i StGB beigemessen werden. Dieser erfasst mithin das allgemeine Strafbarkeitsbedürfnis für solche Handlungen genauer und umfassender, was die Sexualbeleidigung als nicht normierte Rechtsfigur mehr und mehr in den Hintergrund treten lässt.

3. Heutige Strafbarkeit

Wie bereits festgestellt, kann eine Bestrafung wegen einer Sexualbeleidigung auch heute noch erfolgen. Fraglich ist jedoch, wie eine solche Beleidigung zu den anderen Delikten des Sexualstrafrechts steht. So wird zur Beleidigung am Vorliegen-müssen besonderer Umstände festgehalten.²¹⁷ Wird zu den verwirklichten Sexualdelikten zusätzlich eine Ehrverletzung i.S.d. § 185 StGB festgestellt, ist aufgrund der unterschiedlichen Wirkrichtung der Rechtsgüter grundsätzlich Tateinheit gegeben.²¹⁸ Bei besonders gewaltsamen Vorgehensweisen wird § 185 StGB zum einschlägigen Sexualdelikt im Wege der Subsidiarität verdrängt.²¹⁹

V. Gesamtfazit

Die Sexualbeleidigung ist eine von der Rechtsprechung geschaffene Rechtsfigur, welche nach § 185 StGB bestraft wird, aber als Besonderheit einen sexuellen Bezug aufweist. Das Reichsgericht und die ältere Rechtsprechung des *BGH* sahen die Ehrverletzung bereits in der sexuellen Handlung, was unter Opferschutzaspekten und der Bestrafungswürdigkeit aus moralischer Sicht gut gemeint war.

²¹³ Kunz, *JM* 2016, 433 (435).

²¹⁴ Hoven/Weigend, *JZ* 2017, 182 (189).

²¹⁵ Kunz, *JM* 2016, 433 (435).

²¹⁶ *OLG Brandenburg*, *NStZ-RR* 2010, 45 (46).

²¹⁷ *LG Darmstadt*, *NStZ-RR* 2005, 140 (140); *BGH*, *NStZ-RR* 2012, 206 (206).

²¹⁸ Hilgendorf, in: *LK-StGB*, § 185 Rn. 44; Fischer, *StGB*, § 185 Rn. 20; Rogall, in: *SK-StGB*, § 185 Rn. 32.

²¹⁹ Zaczyk, in: *NK-StGB*, § 185 Rn. 22.

So kam es zu einer sehr strikten Bestrafungslinie. Diese Rechtsprechung verkannte aber die unterschiedlich betroffenen Rechtsgüter, den Bestimmtheitsgrundsatz und dass im Strafrecht nicht ohne weiteres täternachteilig gehandelt werden darf. Insofern wurde durch die Auffangfunktion des § 185 StGB mehr ein Gerechtigkeitsempfinden zugunsten der Opfer befriedigt, als sich tatsächlich der Ehrverletzungsproblematik gewidmet wurde.

Die neuere Rechtsprechung versuchte dies besser zu lösen, indem diese rechtsgutsorientiert differenzierte und anhand besonderer Umstände einen ehrverletzenden Charakter ausmachte. So kam es zu § 185 StGB bejahenden und verneinenden Entscheidungen. Es wurden zwar die Ehrherabsetzungen losgelöst von den sexuellen Handlungen begründet, die einzelnen Umstände jedoch auf vielerlei Aspekte gestützt, aus welchen sich teilweise keine Ehrherabwürdigung erkennen lässt. So lässt sich auch hier eine kleine Tendenz feststellen, welche § 185 StGB aus bloßem Gerechtigkeitsempfinden unter dem Deckmantel der Rechtsgutsdifferenzierung zu bestrafen versucht. Hinzu kommt aufgrund der Fülle an verschiedenen Entscheidungen eine gewisse Rechtsunklarheit, da nicht von vornherein absehbar war, was denn als besonderer Umstand zur Annahme einer Beleidigung genügt. Trotzdem konnten Unsittlichkeiten ohne besondere Umstände, beispielsweise das flüchtige Fassen an den Po oder die Brust nicht mehr bestraft werden, obschon ein Bestrafungsempfinden vorhanden war.

Diese neuere Rechtsprechung wurde zwar bis heute nicht verändert oder aufgegeben, durch die Einführung des § 184i StGB aber mehr oder weniger obsolet. So betrifft § 184i StGB nur Berührungen und steht damit in Konkurrenz zur tätlichen Beleidigung, was für Äußerungen und Gesten den § 185 StGB gegenwärtig als Bestrafungsinstrument bestehen lässt. Für Tätlichkeiten besteht zwar zwischen § 184i StGB und § 185 StGB Tateinheit, gewisse Handlungen lassen sich jedoch wahrscheinlicher an der sexuellen Komponente messen, womit § 184i StGB einfacher zu einer Bestrafung führt. Überdies kommt es den Opfern sowie dem Bestrafungsbedürfnis innerhalb der Gesellschaft bei derartigen Handlungen auch nicht auf das tangierte Rechtsgut an, sondern vielmehr auf eine Bestrafung solcher Handlungen an sich, unabhängig ob als Ehrverletzung oder Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung.

So gibt es seit 1984 im griechischen Recht den Straftatbestand der Verletzung der Sexualwürde gem. Art. 337 n.F. des griechischen StGB.²²⁰ Strafbar sind sexualbezogene Tätlichkeiten sowie unzüchtige Vorschläge bei Verletzung der Sexualwürde des Opfers.²²¹ Art. 337 des griechischen StGB ist zwar ähnlich wie § 184i StGB, umfasst jedoch auch Äußerungen und trifft damit die Rechtsfigur der Sexualbeleidigung sehr genau. Diese Normierung der Sexualbeleidigung gibt es in Deutschland nicht. Es bleibt bei der Trennung zwischen Ehrherabwürdigung nach § 185 StGB sowie der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung nach § 184i StGB.

Für die Zukunft bedeutet dies aber, dass die Einführung eines Tatbestandes der Sexualbeleidigung trotzdem nicht nötig ist. Ein Strafbarkeitsbedürfnis für Tätlichkeiten wird durch § 184i StGB gut gestillt und verbale oder gestische Äußerungen werden von § 185 StGB abgedeckt.

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

²²⁰ Spinellis, in: FS Roxin, 2001, S. 1467 (1474)

²²¹ Spinellis, in: FS Roxin, 2001, S. 1467 (1474)

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Sarah Marie Pietsch

Stealthig – Bloßer Vertrauensbruch oder eine strafbare Vergewaltigung?

Friedrich-Schiller-Universität Jena

Juristische Fakultät

Seminar: „Sexualstrafrecht – dogmatische und kriminalpolitische Fragen“

Sommersemester 2021

Abgabedatum: 7.5.2021

bei

Prof. Dr. Edward Schramm

Inhaltsverzeichnis

I. Hintergrund der Diskussion	105
II. Unrecht und Strafwürdigkeit des Stealthing	106
1. Die sexuelle Selbstbestimmung.....	106
2. Die Dimensionen des Stealthing.....	106
a) Gefährdungsdimension.....	107
b) Demütigungs- und Instrumentalisierungsdimension	107
c) Ergebnis.....	108
III. Strafbarkeit des Stealthing nach § 177 Abs. 1 StGB	108
1. Geschlechtsverkehr ohne Kondom als sexuelle Handlung	109
a) Die sexuelle Handlung	109
b) Die Erheblichkeit.....	111
c) Zwischenergebnis	111
2. Der entgegenstehende Wille beim Stealthing	111
a) Die Widerspruchslösung	111
b) Der Wille des Opfers beim Stealthing	112
c) Berücksichtigung des wahren Willens	113
d) Sexuelle Täuschungen	114
e) Zwischenergebnis	115
3. Erkennbarkeit des Willens beim Stealthing	115
4. Ergebnis.....	117
IV. Strafbarkeit des Stealthing nach § 177 Abs. 2 StGB.....	117
V. Strafbarkeit des Stealthing nach § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB	118
VI. Fazit.....	119

I. Hintergrund der Diskussion

„Nahezu-Vergewaltigung“: so bezeichnet die amerikanische Juristin *Alexandra Brodsky* 2017 das sogenannte Stealthing in ihrer Arbeit, „Rape-Adjacent‘: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal“.¹ Als Stealthing wird das heimliche Abziehen des Kondoms durch den männlichen Sexualpartner während des ansonsten einvernehmlichen Geschlechtsverkehrs und das anschließende Eindringen in den Körper des anderen (weiblichen oder männlichen) Sexualpartners bezeichnet.² Der Begriff des Stealthing leitet sich aus dem englischen Wort „stealth“ ab und bedeutet übersetzt List oder Heimlichkeit.³

Diese in den Medien oft als „Sex-Trend“ bezeichnete Verhaltensweise ist seit 2017 regelmäßig Thema in der gesellschaftlichen Diskussion und journalistischen Auseinandersetzung.⁴ Diese Aufmerksamkeit bekam das Thema insbesondere durch die Arbeit von *Alexandra Brodsky*. Die rechtliche Einordnung des Stealthing als Sexualdelikt wird immer noch breit diskutiert. Grund für das Aufkommen der Diskussion in Deutschland ist unter anderem das 50. Strafänderungsgesetz aus dem Jahr 2016, welches es überhaupt erst ermöglichte Stealthing unter den Tatbestand des § 177 StGB zu fassen.⁵

In der deutschen Rechtsprechung wird Stealthing überwiegend als sexueller Übergriff i.S.d. § 177 Abs. 1 StGB angesehen. So entschied erstmals das *AG Berlin-Tiergarten*⁶ Ende 2018 über einen Stealthing-Fall und ordnete diesen als einen des sexuellen Übergriffs ein. Diese Ansicht wurde im Juli 2020 auch vom *Amtsgericht Freiburg*⁷ vertreten und im selben Monat vom *KG Berlin*⁸ bestätigt. Das *AG Kiel*⁹ verneinte unter Hinweis auf das Analogieverbot im November 2020 eine Strafbarkeit des Stealthing nach § 177 Abs. 1 StGB. Das *OLG Schleswig-Holstein*¹⁰ entschied als höhere Instanz im März 2021 jedoch wiederum, dass ein sexueller Übergriff anzunehmen sei. Diese in der Rechtsprechung offensichtlich überwiegende Ansicht hat viel Anklang in der Literatur¹¹ gefunden, jedoch finden sich auch kritische Stimmen¹², die sich gegen die Strafbarkeit des Stealthing als Sexualdelikt aussprechen.

In nichtjuristischen Artikeln wird die Strafbarkeit des Stealthing als Sexualdelikt oft unter Berufung auf das Rechtsgefühl ohne tiefgreifende rechtliche Auseinandersetzung angenommen. Aufgrund dem grundsätzlich immer weitreichenderen Wunsch nach Bestrafung von sexuellen Verhaltensweisen und dem sich aufdrängenden Bedürfnis eine Verhaltensweise wie das Stealthing strafrechtlich zu sanktionieren, ist diese allgemein vorherrschende Ansicht der Öffentlichkeit nur verständlich.¹³

Jedoch müssen die bestehenden rechtlichen Grenzen eingehalten werden. Daher bedarf die rechtliche Einordnung des Stealthing eine vom Rechtsgefühl weitestgehend losgelöste Beurteilung. In der vorliegenden Arbeit soll daher die Frage geklärt werden, ob Stealthing nur ein verwerflicher Vertrauensbruch ist oder tatsächlich als Sexualdelikt eingeordnet werden kann. Dafür soll zunächst näher auf das Unrecht des Stealthing und die damit einhergehende

¹ *Brodsky*, *Columbia Journal of Gender and Law* 32.2 (2017), 183 (183 Übersetzung „Rape-Adjacent“).

² *Werner*, in: Creifelds, *Rechtswörterbuch*, „Stealthing“.

³ *Franzke*, *BRJ* 2019, 114 (114).

⁴ *Burgard-Arp*, abrufbar unter: https://www.zeit.de/campus/2018-01/stealthing-sexualstraftat-rechtslage-opfer-taeter?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com (zuletzt abgerufen am 7.5.2021); *Mayer*, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/panorama/stealthing-urteil-sexueller-uebergreif-1.4999209>; *Windmüller*, <https://www.welt.de/kmpkt/article164042058/Dieser-sogenannte-Sex-Trend-ist-in-Wahrheit-Missbrauch.html> (zuletzt abgerufen am 7.5.2021).

⁵ Vgl. *Hoffmann*, *NStZ* 2019, 16 (16 f.); *Schumann/Schefer*, in: *FS Kindhäuser*, 2019, S. 811 (812).

⁶ *AG Tiergarten*, Urteil v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18).

⁷ *AG Freiburg*, *BeckRS* 2020, 41446.

⁸ *KG Berlin*, *BeckRS* 2020, 17857.

⁹ *AG Kiel*, *BeckRS* 2020, 38969.

¹⁰ *Schleswig-Holsteinisches OLG*, Urt. v. 19.3.2021 – 2 OLG 4 Ss 13/21.

¹¹ *Herzog*, in: *FS Fischer*, 2018, S. 351 (351); *Hoffmann*, *NStZ* 2019, 16; *Hoven*, *NStZ* 2020, 578 (580 f.); *Kienzerle*, *FD-StrafR* 2021, 435820; *Linoh*, *jurisPR-StrafR* 11/2019 Anm. 5; *Makepeace*, *KriPoZ* 2021, 10; *Wißner*, *MschRim* 2020, 315 (327 f.).

¹² *Denzel/Kramer*, *KriPoZ* 2019, 347; *Franzke*, *BRJ* 2019, 114; *Schumann/Schefer*, in: *FS Kindhäuser*, 2019, S. 811 (811).

¹³ Vgl. *Schumann/Schefer*, in: *FS Kindhäuser*, 2019, 811 (812 f.).

Strafwürdigkeit als Sexualstraftat eingegangen werden (B.). Anschließend soll umfänglich die Möglichkeit diskutiert werden, Stealthing als sexuellen Übergriff gem. § 177 Abs. 1 StGB (C.) oder gem. § 177 Abs. 2 StGB (D.) zu bestrafen. Im letzten Schritt kann dann geprüft werden, ob auch ein besonders schwerer Fall des sexuellen Übergriffs gem. § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB, sprich eine Vergewaltigung, vorliegen kann (E.).

II. Unrecht und Strafwürdigkeit des Stealthing

In einem ersten Schritt ist die Natur des Unrechts des Stealthing herauszuarbeiten. Eine Strafwürdigkeit als Sexualdelikt lässt sich nur begründen, wenn die Entfernung des Kondoms bei ansonsten einvernehmlichem Geschlechtsverkehr die sexuelle Selbstbestimmung des anderen Sexualpartners verletzen kann.

1. Die sexuelle Selbstbestimmung

Schutzgut des 13. Abschnitts des StGB ist die sexuelle Selbstbestimmung.¹⁴ Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung soll „die Freiheit des Menschen auf dem Gebiet der Sexualität schützen“.¹⁵ Dabei lassen sich zwei Dimensionen ausmachen: Die positive Freiheit, ist die Freiheit seine Sexualität nach eigenen Wünschen auszuleben.¹⁶ Die negative Freiheit bedeutet, dass man sich nicht den sexuellen Handlungen anderer aussetzen muss.¹⁷ Sie dient dem Schutz vor „sexueller Fremdbestimmung“.¹⁸ Aus ihr folgt, dass niemand zum Objekt fremdbestimmter sexueller Übergriffe herabgewürdigt werden soll, indem ihm die Fähigkeit genommen wird, selbst zu entscheiden, ob, auf welche Art und Weise, zu welcher Zeit und an welchem Ort man in ein sexualbezogenes Geschehen einbezogen wird.¹⁹ Eine sexuelle Fremdbestimmung stellt einen Eingriff in das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung dar.²⁰ Aufgrund der erheblichen Bedeutung dieses Rechts für das Persönlichkeitsrecht, ist so ein Eingriff strafwürdig.²¹

2. Die Dimensionen des Stealthing

In *Brodskys* Arbeit zeigt sich, dass die Reaktionen der Opfer von Stealthing zwar individuell sind, aber im Wesentlichen zwei Aspekte immer wieder auftauchen: Zum einen besteht eine Angst vor Infektionen mit sexuell übertragbaren Krankheiten, sowie vor ungewollter Schwangerschaft.²² Zum anderen fühlen sich viele Opfer missbraucht und erniedrigt durch die Missachtung der Vereinbarung und den Vertrauensbruch.²³ Dies zeigt, dass sich das Unrecht des Stealthing in zwei Dimensionen bewegt.

¹⁴ Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), Vor § 174 Rn. 5.

¹⁵ Vavra, Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen, 2020, S. 113.

¹⁶ Hörnle, ZStW 2015, 851 (859).

¹⁷ Hörnle, ZStW 2015, 851 (859).

¹⁸ Vavra, S. 116.

¹⁹ Vgl. Fischer, StGB, Vor § 174 Rn. 5; Renzikowski, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), Vor § 174 Rn. 8.

²⁰ Vavra, S.162 f.

²¹ Hörnle, ZStW 2015, 851 (862); Vavra, S.186, 191.

²² Vgl. Brodsky, Columbia Journal of Gender and Law 32.2 (2017), 183 (185 f.).

²³ Vgl. Brodsky, Columbia Journal of Gender and Law 32.2 (2017), 183 (186 f.).

a) Gefährungsdimension

Der sich aufdrängende Nutzen eines Kondoms ist der des Schutzes vor Geschlechtskrankheiten und (beim Geschlechtsverkehr zwischen Mann und Frau) der ungewollten Schwangerschaft, was auch die allgemein anerkannte Begrifflichkeit „Safer Sex“ verdeutlicht. Da es hier jedoch letztendlich um die körperliche Unversehrtheit geht, drängt sich ein Bezug zur sexuellen Selbstbestimmung nicht auf.²⁴ Weiß die handelnde Person von ihrer übertragbaren Geschlechtskrankheit und nimmt sie die Übertragung auf den Sexualpartner zumindest billigend in Kauf, läge eine Strafbarkeit wegen (versuchter) Körperverletzung vor.²⁵ Diese Bestrafung wird von *Franzke* auch beim Stealthing als ausreichend angesehen, da sie den Ängsten des Opfers gerecht werden würde.²⁶

Teilweise wird eine mittelbare Verknüpfung zwischen der Gefährungsdimension und der Sexualität angenommen, da die mit dem ungeschützten Verkehr möglichen Gesundheitsgefahren den Grund für die betroffene Person darstellen, sich für die Verwendung eines Kondoms und damit einhergehend überhaupt für den Geschlechtsverkehr zu entscheiden.²⁷ So geschehe ein Einverständnis mit einem Sexualakt auch im Rahmen einer Kosten- und Nutzenabwägung, wobei der Geschlechtsverkehr ohne Kondom aufgrund der Risiken die Kosten erhöht.²⁸

Letztendlich muss bei einer solchen mittelbaren Verknüpfung aber darauf geachtet werden, dass das Unrecht des Handelns nicht auf eine falsche Ebene verschoben wird und die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung in den Hintergrund tritt.²⁹ So muss man im Ergebnis doch sagen, dass eine mittelbare Verknüpfung der Gefährungsdimension mit dem sexuellen Selbstbestimmungsrecht zu konstruiert ist. Das Unrecht bezüglich der Gefahr einer Ansteckung beim Stealthing ist eher in der Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit des Opfers zu sehen.³⁰

b) Demütigungs- und Instrumentalisierungsdimension

Fraglich ist, ob sich der Geschlechtsverkehr ohne Kondom auch unmittelbar sexuell anders bewerten lässt. Teilweise wird die Modalität der Kondombenutzung lediglich als eine Rahmenbedingung der einverständlichen Penetration angesehen, die die sexuelle Selbstbestimmung des anderen Sexualpartners nicht betrifft.³¹ Beim Stealthing ginge es primär um den Schutz vor der körperlichen Unversehrtheit.³²

Überwiegend wird die Verwendung eines Kondoms jedoch auch in Hinsicht auf die sexuelle Selbstbestimmung als relevant angesehen.³³ Die geschlechtliche Berührung mit der Haut sei von der mit dem bloßen Material eines Kondoms zu unterscheiden und beruht auf persönlichen Präferenzen.³⁴ Die Verwendung eines Kondoms sorgt, wie eine „mechanische Barriere“, dafür, dass es nicht zum direkten Kontakt der Schleimhäute der Genitalien kommt.³⁵ Bei oberflächlichen oder flüchtigen Kontakten schaffe das Kondom zudem neben einer mechanischen

²⁴ *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (815).

²⁵ *Franzke*, BRJ 2019, 114 (120 ff.); *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (353).

²⁶ *Franzke*, BRJ 2019, 114 (122).

²⁷ *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 2c; *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (815 f.).

²⁸ *Wißner*, MschrKrim 2020, 315 (320).

²⁹ Vgl. *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (354).

³⁰ Vgl. *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (161).

³¹ *Denzel/Kramer*, KriPoZ 2019, 347 (354); *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 177 Rn. 5.

³² *Denzel/Kramer*, KriPoZ 2019, 347 (353).

³³ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 17); *Schleswig-Holsteinisches OLG*, Urt. v. 19.3.2021 – 2 OLG 4 Ss 13/21 (Rn. 17); *AG Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), (Rn. 37); *AG Freiburg*, BeckRS 2020, 41446 (Rn. 93); *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (353 ff.); *Hoven*, NStZ 2020, 578 (581); *Kienzerle*, FD-StrafR 2021, 435820; *Linoh*, jurisPR-StrafR 11/2019 Anm. 5; *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (815); *Wißner*, MschrKrim 2020, 315 (321); *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, 49. Ed. (Stand: 1.2.2021), § 177 Rn. 9a.

³⁴ *Brodsky*, Columbia Journal of Gender and Law 32.2 (2017), 183 (191).

³⁵ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 18); *AG Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), (Rn. 37); *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (354); *Hoven*, NStZ 2020, 578 (581).

auch eine „mentale Barriere vor zu enger Intimität“.³⁶ Dies muss auf jeden Fall gelten, wenn es zum Samenerguss im Körper des Sexualpartners kommt³⁷, weil dies auch eine Beschmutzung des Körpers darstellen kann.³⁸ Jedoch genüge auch die bloße ungeschützte Penetration, da es auch hier schon zur geschlechtlichen Berührung mit der Haut komme.³⁹ Neben der Gefährdungsdimension des Unrechts bestehe daher auch eine auf das Schutzgut der sexuellen Selbstbestimmung bezogene Demütigungs- und Instrumentalisierungsdimension.⁴⁰ Das Opfer werde bewusst zu einem bloßen Objekt sexuellen Tuns des Täters herabgewürdigt und für seine persönliche sexuelle Befriedigung benutzt.⁴¹

Diese Ansicht überzeugt im Ergebnis: Auch wenn das Unrecht des Stealthing vor allem in der Gesundheitsgefährdung liegt, ist damit nicht ausgeschlossen, dass daneben auch die sexuelle Selbstbestimmung durch ein solches Verhalten tangiert wird. Dies zeigt sich auch in den von *Brodsky* herausgearbeiteten Empfindungen der Opfer, die neben der Angst vor Gesundheitsgefahren, auch in der Verletzung ihrer körperlichen Autonomie liegt.⁴² Auch überzeugt das Argument, dass Kondom bilde eine mechanische und mentale Barriere, da der unmittelbare Hautkontakt regelmäßig bei der Einordnung einer Handlung als sexuell herangezogen wird.⁴³ Daher ist der ungeschützte Geschlechtsverkehr sexuell anders als der geschützte Geschlechtsverkehr zu bewerten.

c) Ergebnis

Stealthing berührt zwar nicht in seiner Gefährdungsdimension, jedoch in seiner Instrumentalisierungs- und Demütigungsdimension das Recht des Opfers auf sexuelle Selbstbestimmung. Aufgrund seines Unrechtsgehalts ist Stealthing daher auch als Sexualdelikt strafwürdig.

III. Strafbarkeit des Stealthing nach § 177 Abs. 1 StGB

Allein aus der Tatsache, dass Stealthing ein strafwürdiges Verhalten darstellt, folgt nicht, dass es auch nach geltendem Recht strafbar ist.⁴⁴ Ein sexueller Übergriff gem. § 177 Abs. 1 StGB liegt vor, wenn der Täter gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt. Der in § 177 Abs. 1 StGB geforderte Widerwille bezieht sich nach dem Wortlaut der Vorschrift nur auf die sexuelle Handlung an sich.⁴⁵ Daher stellt sich die Frage, ob der Geschlechtsverkehr ohne Kondom überhaupt eine eigenständige sexuelle Handlung i.S.d. § 177 Abs. 1 StGB darstellt (I.). Weiterhin muss geklärt werden, ob tatsächlich ein entgegenstehender Wille im Zeitpunkt der Tatbegehung vorliegt (II.) und ob dieser Wille auch erkennbar ist (III.).

³⁶ *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (354).

³⁷ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 16, 28); *AG Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 37.

³⁸ *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (354).

³⁹ *Schleswig-Holsteinisches OLG*, Urt. v. 19.3.2021 – 2 OLG 4 Ss 13/21, (Rn. 34); *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (355); *Linoh*, jurisPR-StrafR 11/2019 Anm. 5.

⁴⁰ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 17); *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (353).

⁴¹ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 17).

⁴² *Brodsky*, *Columbia Journal of Gender and Law* 32.2 (2017), 183 (186).

⁴³ *BGH*, NStZ 1992, 433; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 184h Rn. 18; *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184h Rn. 9.

⁴⁴ *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (355).

⁴⁵ *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 9a; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 5.

1. Geschlechtsverkehr ohne Kondom als sexuelle Handlung

Aufgrund der durch das 50. Strafänderungsgesetz eingeführten „Nein-heißt-Nein“-Lösung ergibt sich ein Abgrenzungsproblem, wenn der Sexualpartner bestimmten Formen des sexuellen Geschehens zustimmt, andere Formen jedoch ablehnt: hier stellt sich dann die Frage, ob der nicht erwünschte Teil als eigene sexuelle Handlung zu werten ist.⁴⁶ Bezieht sich der Widerwille nämlich nur auf Begleitumstände des ansonsten einvernehmlichen Geschlechtsverkehrs, kommt eine Verurteilung nicht in Betracht.⁴⁷ Zu prüfen ist daher, ob der ungeschützte Geschlechtsverkehr gegenüber dem Geschlechtsverkehr im Allgemeinen eine eigenständige sexuelle Handlung darstellt. Zudem ist gem. § 184h Nr. 1 StGB erforderlich, dass die sexuelle Handlung im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit ist.

a) Die sexuelle Handlung

Die ständige Rechtsprechung des *BGH* bestimmt den Begriff der sexuellen Handlung danach, ob das Erscheinungsbild nach allgemeinem Verständnis eine Sexualbezogenheit erkennen lässt.⁴⁸ Der eigentlich objektiv zu bestimmende Bezugspunkt der Sexualität ist aufgrund der Vielschichtigkeit und Individualität des Sexuallebens und der sexuellen Vorlieben jedes Einzelnen begrifflich schwer zu definieren.⁴⁹ Daher erklärt sich auch, dass die Einordnung des Stealthing als sexuelle Handlung unterschiedlich beurteilt und an verschiedenen Gesichtspunkten festgemacht wird.

Das *Amtsgericht Kiel* hat für die Einordnung des ungeschützten Geschlechtsverkehrs teilweise die Alltagssprache und das natürliche Sprachempfinden herangezogen. So soll gegen die Eigenständigkeit als sexuelle Handlung sprechen, dass im allgemeinen Sprachgebrauch keine Aufspaltung in geschützten oder ungeschützten Geschlechtsverkehr stattfindet: so würde jemand, der nach dem Geschlechtsverkehr gefragt wird, nicht zwischen dem Geschlechtsverkehr mit oder ohne Kondom differenzieren.⁵⁰ Diesem Argument kann entgegengehalten werden, dass sich in der Gesellschaft schon seit langem ein Bewusstsein für die Verwendung eines Kondoms etabliert hat und diese geschützte Form des Sexualkontakts sogar mit der Begrifflichkeit „Safer-Sex“ versehen wurde.⁵¹ Ein klares Ergebnis ist jedenfalls durch Heranziehen der Alltagssprache nicht zu erzielen. Zudem lässt sich der erforderliche Sexualbezug auch nicht in allgemeinen Kategorien, wie Vaginal-, Anal- oder Oralverkehr, bestimmen.⁵² Dieser Ansatzpunkt des *Amtsgerichts* ist daher weder unangreifbar noch sinnvoll anzuwenden und daher abzulehnen.

Gegen die Einordnung des ungeschützten Geschlechtsverkehrs als sexuelle Handlung, könnte jedoch auch sprechen, dass die „Frage der Verhütung“ in vergangenen Entscheidungen als solche der Strafzumessung behandelt wurde.⁵³ In diesen Entscheidungen, die Vergewaltigungstaten betrafen, wurde ausgeführt, dass die ungeschützte Vornahme des Geschlechtsverkehrs, einschließlich des Samenergusses in der Vagina/After des Opfers, strafscharfend berücksichtigt werden kann. Jedoch lag den Entscheidungen eine grundlegend andere Konstellation zugrunde: Die Opfer lehnten den Geschlechtsverkehr im Allgemeinen also auch den geschützten ab.⁵⁴ Deswegen

⁴⁶ *BGH*, NStZ 2019, 407 (Rn. 16); *Hoven*, NStZ 2020, 578 (580).

⁴⁷ *Hoven*, NStZ 2020, 578 (580).

⁴⁸ BGHSt 29, 336 (338); *BGH*, NJW 2014, 3737 (3738); *BGH*, NStZ-RR 2020, 312 (312).

⁴⁹ *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (814).

⁵⁰ *AG Kiel*, BeckRS 2020, 38969 (Rn. 9).

⁵¹ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 19); *Schleswig-Holsteinisches OLG*, Urt. v. 19.3.2021 – 2 OLG 4 Ss 13/21, (Rn. 17); *AG Freiburg*, BeckRS 2020, 41446 (Rn. 95).

⁵² Vgl. *Schleswig-Holsteinisches OLG*, Urt. v. 19.3.2021 – 2 OLG 4 Ss 13/21, (Rn. 15).

⁵³ *BGH*, NStZ 1991, 33 (34); *BGH*, Beschl. v. 2.10.1991 – 3 StR 382/91; *BGH*, Urt. v. 6.3.1992 – 2 StR 581/91.

⁵⁴ Vgl. *KG Berlin*, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 22).

wurde auch in den Entscheidungen klargestellt, dass die Vollendung einer Vergewaltigung bereits mit dem Eindringen in den Scheidenvorhof vorliegt.⁵⁵ Beim Stealthing ist das Opfer jedoch mit dem geschützten Geschlechtsverkehr einverstanden. Ob der ungeschützte Geschlechtsverkehr auch einen eigenständigen Sexualbezug aufweisen kann, wird durch diese Entscheidungen daher weder bejaht noch verneint. Auch diese Argumentation ist damit im Ergebnis abzulehnen.

In Frage stellen kann man, ob der Gesetzgeber gewollt haben kann, dass eine Verhaltensweise wie das Stealthing unter den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB fällt. In §§ 32, 33 ProstSchG ist explizit geregelt, dass im Rahmen der Prostitution die Verwendung eines Kondoms verpflichtend ist. Dies zeigt, dass der Gesetzgeber sich durchaus Gedanken über Sachverhalte gemacht hat, die die Verwendung eines Kondoms betreffen.⁵⁶ Zu beachten ist jedoch, dass die Problematik des Stealthing noch nicht allzu lange publik ist und grundsätzlich auch nichts mit der in den §§ 32, 33 ProstSchG verankerten Kondompflicht zu tun hat. Allgemein lässt sich sagen, dass mit dem 50. Strafrechtsänderungsgesetz und der damit einhergehenden Änderung des § 177 Abs. 1 StGB jede erhebliche Missachtung der sexuellen Selbstbestimmung unter Strafe gestellt werden sollte.⁵⁷ Wenn man also einen Willen des Gesetzgebers bezüglich Stealthing ermitteln möchte, sollte man schauen, inwieweit das Schutzgut der Norm durch eine solche Tat betroffen ist.

Tatsächlich wird überwiegend im Rahmen einer rechtsgutsbezogenen Betrachtungsweise darauf abgestellt, dass das Unrecht des Täterverhaltens grade das Schutzgut des § 177 Abs. 1 StGB betrifft.⁵⁸ Wie oben bereits erläutert, ist der ungeschützte Geschlechtsverkehr aufgrund seiner Instrumentalisierungs- und Demütigungsdimension sexuell anders zu bewerten (s.o. B.II.2.). Schutzgutbezogen stellt daher der ungeschützte Verkehr aufgrund des Sexualbezugs eine eigenständige sexuelle Handlung und nicht lediglich einen Begleitumstand dar.⁵⁹

Das *Amtsgericht Kiel* lehnt eine auf Sinn und Zweck abstellende Argumentation mit der Begründung ab, dass der mögliche Wortsinn des Gesetzes die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation darstellt.⁶⁰ Jedoch erkennt das *Amtsgericht* dabei, dass das Abstellen auf den Schutzzweck der Norm vorliegend nicht zu einer Erweiterung des Wortsinns des § 177 Abs. 1 StGB führt, sondern den tatsächlichen Wortsinn ermittelt. Allein der Wortlaut des § 177 Abs. 1 StGB der lediglich von „sexueller Handlung“ spricht und damit einen Sexualbezug verlangt, lässt noch keinen Schluss zu, ob der ungeschützte Geschlechtsverkehr im Anwendungsbereich der Norm liegt. Auch der § 184h Nr.1 StGB enthält, entgegen seiner Überschrift, keine Definition.⁶¹ Die Herangehensweise des *Amtsgerichts* über den allgemeinen Sprachgebrauch führt zu keinem Ergebnis und auch das Abstellen auf den Willen des Gesetzgebers erfordert letztendlich eine rechtsgutsbezogene Betrachtungsweise. Dazu kommt, dass die Vornahme der sexuellen Handlung gerade deshalb strafbar ist, weil damit in die sexuelle Selbstbestimmung eines anderen eingegriffen wird, wenn dieser mit der Handlung nicht einverstanden ist.⁶² Daher sollte die Einordnung des Geschlechtsverkehrs ohne Kondom unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Norm geschehen. Der ungeschützte Geschlechtsverkehr ist geeignet, die sexuelle Selbstbestimmung zu verletzen (s.o. B.II.2.). Daher weist

⁵⁵ BGH, NStZ 1991, 33 (34).

⁵⁶ AG Kiel, BeckRS 2020, 38969 (Rn. 16).

⁵⁷ KG Berlin, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 13); Schleswig-Holsteinisches OLG, UrT. v. 19.3.2021 – 2 OLG 4 Ss 13/21, (Rn. 17); AG Tiergarten, UrT. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 37.

⁵⁸ KG Berlin, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 17); Schleswig-Holsteinisches OLG, UrT. v. 19.3.2021 – 2 OLG 4 Ss 13/21, (Rn. 34); AG Tiergarten, UrT. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 37; AG Freiburg, BeckRS 2020, 41446 (Rn. 93 f.); Herzog, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (353 ff.); Schumann/Schefer, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (814 f.); Wißner, MschrKrim 2020, 315 (324 f.).

⁵⁹ KG Berlin, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 20); Schleswig-Holsteinisches OLG, UrT. v. 19.3.2021 – 2 OLG 4 Ss 13/21, (Rn. 15); AG Tiergarten, UrT. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 37.

⁶⁰ AG Kiel, BeckRS 2020, 38969 (Rn. 14 f.).

⁶¹ Fischer, StGB, Vor § 184h Rn. 2.

⁶² Wißner, MschrKrim 2020, 315 (325).

dieser auch einen eigenständigen Sexualbezug auf und stellt eine eigenständige sexuelle Handlung und nicht lediglich einen Begleitumstand dar.⁶³

b) Die Erheblichkeit

Gem. § 184h Nr.1 StGB sind sexuelle Handlungen dieses Gesetztes und damit auch des § 177 Abs. 1 StGB nur solche, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind. Bei der Beurteilung kommt es vor allem auf die Art, Intensität und Dauer der sexuellen Handlung an.⁶⁴ Beim Stealthing wird die Erheblichkeit allgemein angenommen.⁶⁵ Da der ungeschützte Geschlechtsverkehr mit dem Eindringen in den Körper des Opfers verbunden ist, kann dem auch nicht widersprochen werden.

c) Zwischenergebnis

Der Geschlechtsverkehr ohne Kondom stellt gegenüber dem Geschlechtsverkehr mit Kondom eine eigenständige sexuelle Handlung dar, die auch erheblich ist.

2. Der entgegenstehende Wille beim Stealthing

Der zweite Problemschwerpunkt bei der rechtlichen Einordnung des Stealthing als sexueller Übergriff liegt in der Voraussetzung des entgegenstehenden Willens des Opfers zum Zeitpunkt der Tathandlung.

a) Die Widerspruchslösung

Das Tatbestandsmerkmal „gegen den Willen“ ist nicht schon dann erfüllt, wenn kein Einverständnis bezüglich der sexuellen Handlung vorliegt.⁶⁶ Eine Handlung, die ohne Zustimmung vorgenommen wird, erfolgt nicht zwingend gegen den Willen des anderen.⁶⁷ Der Gesetzgeber hat sich mit dem „Nein-heißt-Nein“-Prinzip für eine Widerspruchslösung entschieden.⁶⁸ Um einen entgegenstehenden Willen überhaupt annehmen zu können, ist daher zwingende Voraussetzung, dass sich die Sexualpartner vor dem Geschlechtsverkehr auf die Verwendung eines Kondoms verständigt haben.⁶⁹ Die Verständigung, nur geschützten Geschlechtsverkehr haben zu wollen, lässt den Schluss zu, dass bezüglich des ungeschützten Verkehrs ein entgegenstehender Wille besteht.⁷⁰ Die folgenden Ausführungen zum entgegenstehenden Willen gelten daher nur für die Konstellation, dass der Sexualpartner dem Täter vor dem Geschlechtsverkehr zu verstehen gegeben hat, dass er nur geschützten Geschlechtsverkehr wolle. Ist dies nicht der Fall, scheidet eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 StGB aus.

⁶³ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 20); *AG Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 37.

⁶⁴ BGHSt 29, 336 (338); *BGH*, NJW 1992, 324; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184h Rn. 15a; *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184h Rn. 18.

⁶⁵ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 17); *Schleswig-Holsteinisches OLG*, Urt. v. 19.3.2021 – 2 OLG 4 Ss 13/21, (Rn. 15); *AG Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 35; *AG Freiburg*, BeckRS 2020, 41446 (Rn. 91); *Kienzerle*, FD-StrafR 2021, 435820.

⁶⁶ *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (162).

⁶⁷ *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (162).

⁶⁸ *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (817, 819).

⁶⁹ *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (818).

⁷⁰ *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (12); *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (819).

b) Der Wille des Opfers beim Stealthing

Besonderer Aufmerksamkeit bedarf die Frage, welchen Willen das Opfer des Stealthing zum Tatzeitpunkt hat. Einer Ansicht nach führt zwar die Erklärung vor dem sexuellen Geschehen nur geschützten Geschlechtsverkehr haben zu wollen, zur Annahme eines wahren bzw. generellen Gegenwillens bezüglich der ungeschützten Penetration.⁷¹ Da das Opfer dann aber im tatsächlichen Moment die ungeschützte Penetration gar nicht wahrnimmt, bildet es im Tatzeitpunkt aufgrund dieser Täuschung ein faktisches Einverständnis bezüglich der vom Täter vorgenommenen Handlung.⁷²

In der aktuellen Rechtsprechung zum Stealthing wird dagegen vertreten, dass es sich nicht um eine Konstellation handle, in der der Täter durch Täuschung eine Fehlvorstellung des Opfers verursache.⁷³ So solle gar kein Einverständnis des Opfers, auch kein durch Täuschung erschlichesenes, zum Tatzeitpunkt vorliegen.⁷⁴ Man dürfe den ungeschützten Geschlechtsverkehr nicht isoliert betrachten und damit einen einheitlichen Lebenssachverhalt unnatürlich aufspalten, sondern müsse auch die vorangegangenen Ereignisse berücksichtigen, um dem rechtlich-sozialen Sinngehalt des Geschehens gerecht zu werden.⁷⁵ Da es sich um einen einzigen vaginalen Geschlechtsverkehr nach einer eindeutigen Ablehnung einer klar definierten Form dieses Sexualakts handelt, bleibt dieser geäußerte Wille während des ganzen Geschehens bestehen.⁷⁶ Eine Fiktion einer Willensäußerung zulasten des Rechtsgutträgers besitzt keine Grundlage, da das bloße Zulassen einer Handlung eines anderen nicht die Voraussetzungen einer Zustimmung erfüllt.⁷⁷ Um dieser von der Gegenansicht angenommenen aktuellen Willensbetätigung entgegenzuwirken, müsse das Opfer lebensfremde Aktivitäten, wie eine Tätowierung auf dem Rücken „Niemals ohne Kondom“, vornehmen.⁷⁸

Der aktuellen Rechtsprechung ist in diesem Punkt aber zu widersprechen: Die vom Opfer wahrgenommene Handlung wird im entscheidenden Zeitraum „sensorisch gewollt“ und „als selbstbestimmt erlebt“.⁷⁹ Daran ändert sogar ein Tattoo auf dem Rücken nichts, wenn das Opfer während der ungeschützten Penetration innerlich mit dem was der Täter tut einverstanden ist. Dass dem Opfer nicht bewusst ist einen Willen zu äußern, ist bei der Beurteilung der Frage, ob eine Willensäußerung vorliegt irrelevant. Der Umstand, dass der Erklärende sich nicht über die Beweggründe und Folgen seines Handelns im Klaren ist, betrifft letztendlich nur die Frage, wie mit Willensmängel bei vorliegendem faktischem Einverständnis umzugehen ist.⁸⁰ Gegen eine Berücksichtigung früherer Aussagen spricht, dass bei einem Sexualakt der Wille sich aufgrund des dynamischen Geschehens und der Empfindungen immer neu anpassen kann.⁸¹ Es ist zudem verwunderlich, dass die Rechtsprechung an diesem Punkt eine isolierte Betrachtung des geschützten und ungeschützten Geschlechtsverkehrs aufgrund eines einheitlichen Lebenssachverhalts ablehnt, bei der Frage nach der sexuelle Handlung aber eine klare Trennung dieser Sexualakte vornimmt. Es erscheint so, als ob hier nur ein Weg gesucht wurde, um sich der komplizierten, daraus folgenden Frage der sexuellen Täuschung nicht stellen zu müssen und gleichzeitig dem Strafbedürfnis Rechnung tragen zu können. Dieser Weg soll hier jedoch nicht gegangen werden. Das Opfer ist mit der Handlung des Täters rein faktisch einverstanden, weil sein Wille täuschungsbedingt auf die weitere Durchführung der Penetration gerichtet ist. Im

⁷¹ Vgl. *Franzke*, BRJ 2019, 114 (118); *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (157).

⁷² Vgl. *Denzel/Kramer*, KriPoZ 2019, 347 (347 ff.); *Franzke*, BRJ 2019, 114 (119); *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (157).

⁷³ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 33); *Schleswig-Holsteinisches OLG*, Ur. v. 19.3.2021 – 2 OLG 4 Ss 13/21, (Rn. 24).

⁷⁴ *AG Tiergarten*, Ur. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 37.

⁷⁵ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 31); *Schleswig-Holsteinisches OLG*, Ur. v. 19.3.2021 – 2 OLG 4 Ss 13/21, (Rn. 21, 29).

⁷⁶ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 32); *Schleswig-Holsteinisches OLG*, Ur. v. 19.3.2021 – 2 OLG 4 Ss 13/21, (Rn. 19).

⁷⁷ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 33).

⁷⁸ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 34).

⁷⁹ *Denzel/Kramer*, KriPoZ 2019, 347 (351).

⁸⁰ *Franzke*, BRJ 2019, 114 (118).

⁸¹ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 32); *Franzke*, BRJ 2019, 114 (117 f.).

Folgendes ist zu klären, ob der wahre Wille des Opfers Berücksichtigung finden kann und wie mit Täuschungen im Rahmen des § 177 Abs. 1 StGB zu verfahren ist.

c) Berücksichtigung des wahren Willens

Das Opfer erklärt vor dem sexuellen Geschehen seinen wahren Willen, nämlich den ungeschützten Geschlechtsverkehr nicht zu wollen. Da es aber die ungeschützte Penetration nicht bemerkt, besteht gleichzeitig ein faktisches Einverständnis mit genau dieser Handlung des Täters. Um das Vorliegen eines entgegenstehenden Willens anzunehmen und damit zu einer Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 StGB zu kommen, müsste der wahre Wille des Opfers beim Stealthing Berücksichtigung finden.

Einer Ansicht nach erfordert der Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB einen Gegenwillen, der sich auf die konkret stattfindende Tathandlung bezieht.⁸² Würde ein sachgedanklicher Gegenwille zur Tatbestandsverwirklichung genügen, wäre der Tatbestand des § 177 Abs. 2 StGB praktisch überflüssig.⁸³ Der Rückgriff auf einen generellen Willen ist lediglich bei bestimmten Tatbeständen anerkannt, wo das Opfer keinen aktuellen Willen bilden kann.⁸⁴ Dies ist beim Stealthing aber nicht der Fall.

Andere Stimmen stellen hingegen beim Stealthing auf den wahren Willen des Opfers ab.⁸⁵ Teilweise wird in diesem Zusammenhang auf den § 123 StGB (Hausfriedensbruch) und des § 242 StGB (Diebstahl) verwiesen⁸⁶, bei denen unter bestimmten Voraussetzungen das durch Täuschung erlangte, tatbestandsausschließende Einverständnis neben dem wahren Willen keine Berücksichtigung findet.⁸⁷

Pauschal lassen sich diese Ausnahmen jedoch nicht auf das Stealthing übertragen, da es um eine ganz andere Kategorie des Einverständnisses geht.⁸⁸ Der Grund dieser Ausnahmen wurzelt in der Besonderheit der jeweiligen Situation, in denen der Rechtsgüterschutz ansonsten erschwert würde.⁸⁹ Verfehlt ist es deswegen auch, wenn man wie die Gegenansicht pauschal eine solche Ausnahmesituation nur annimmt, wenn das Opfer keinen aktuellen Willen bilden kann. Eine Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung liegt auch dann vor, wenn das Opfer diese nicht wahrnimmt.⁹⁰ Genügt die Kommunikation des wahren Willens vor dem Geschlechtsverkehr nicht, müsste das Opfer diesen Willen kontinuierlich wiederholen und sich durch Tastkontrolle vergewissern, dass der Geschlechtsverkehr tatsächlich geschützt stattfindet.⁹¹ Es lässt sich daher durchaus sagen, das Stealthing eine Situation darstellt, bei der der Rechtsgüterschutz sehr erschwert wäre, wenn man den wahren Willen des Opfers außenvorlässt. Deshalb erscheint es auch beim Stealthing grundsätzlich gerechtfertigt auf den wahren Willen des Opfers im Rahmen des § 177 Abs. 1 StGB abzustellen.

⁸² Vgl. *Denzel/Kramer*, KriPoZ 2019, 347 (349, 353); *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (163 f.); *Franzke*, BRJ 2019, 114 (117 ff.); *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (158).

⁸³ *Denzel/Kramer*, KriPoZ 2019, 347 (351); *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (163); *Franzke*, BRJ 2019, 114 (119).

⁸⁴ *Franzke*, BRJ 2019, 114 (117).

⁸⁵ Vgl. *Schleswig-Holsteinisches OLG*, Urt. v. 19.3.2021 – 2 OLG 4 Ss 13/21, (Rn. 23 f.); *AG Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 35; *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (357); *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (17); *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (819).

⁸⁶ *Schleswig-Holsteinisches OLG*, Urt. v. 19.3.2021 – 2 OLG 4 Ss 13/21, (Rn. 23); *AG Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 35.

⁸⁷ Vgl. *BGH*, NStZ 2019, 726 (727 f.; Rn. 16-18); *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 123 Rn. 23 ff.

⁸⁸ Vgl. *Franzke*, BRJ 2019, 114 (116).

⁸⁹ *Schleswig-Holsteinisches OLG*, Urt. v. 19.3.2021 – 2 OLG 4 Ss 13/21, (Rn. 23).

⁹⁰ *Vavra*, S. 201 f., 380 f.

⁹¹ Vgl. *KG Berlin*, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 34); *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (356 f.).

d) Sexuelle Täuschungen

Fraglich ist jedoch, warum man dies tun sollte, wenn auch ein aktueller Wille zum Zeitpunkt der Vornahme der konkreten Handlung vorliegt. *Franzke* nimmt an, dass aufgrund des Posterioritätsprinzip eine jüngere Willensbetätigung vorrangig sei.⁹² Jedoch muss an dieser Stelle der Umstand Beachtung finden, dass diese jüngere Willensbetätigung in Form einer faktischen Zustimmung nur aufgrund eines Willensmangels erfolgte. Im Folgenden stellt sich daher die Frage, wie sich Täuschungen auf ein Einverständnis im Rahmen des § 177 Abs. 1 StGB auswirken. Nach der herrschenden Ansicht sind durch Täuschungen erwirkte sexuelle Handlungen nicht nach § 177 Abs. 1 StGB strafbar.⁹³ Dies ergebe sich aus dem Wortlaut, da ein vorhandener faktischer Wille kein erkennbarer Gegenwille sein könne.⁹⁴ Zudem würde es zu unhaltbaren Ergebnissen führen, wenn Täuschung im Rahmen des § 177 Abs. 1 StGB Berücksichtigung finden würden.⁹⁵ So könnte man andernfalls jeden, der über seinen Beziehungsstatus oder seine Vergangenheit die Unwahrheit sagt und damit den anderen dazu bringt in die sexuelle Handlung einzuwilligen, wegen sexuellen Übergriffs gem. § 177 Abs. 1 StGB bestrafen.⁹⁶

Vereinzelnde Stimmen in der Literatur nehmen eine Differenzierung nach Art der Täuschung vor.⁹⁷ Nach *Arzt* liegt ein relevanter Irrtum vor, wenn sich der Einwilligende über die Rechtsgutspreisgabe irrt und nicht bezüglich nicht rechtsgutsbezogener Gegenleistungen oder Motive.⁹⁸ Das mit dieser Differenzierung bizarre Ergebnisse ausgeschlossen sind, soll anhand typischer Täuschungskonstellationen verdeutlicht werden.

Regelmäßig wird es wohl zu Täuschungen über Eigenschaften oder Absichten kommen, um eine Einwilligung zu einer sexuellen Handlung zu erschleichen. Da der Täter z.B. vorgibt einen bestimmten Beruf auszuüben oder das Opfer heiraten zu wollen, willigt das Opfer in den Geschlechtsverkehr ein.⁹⁹ Allein der Umstand, dass der Täter Hausmeister und nicht Filmstar ist, führt jedoch nicht dazu, dass der Geschlechtsverkehr sexuell anders zu bewerten ist. Das Opfer hat in eben diese sexuelle Handlung eingewilligt. Das Opfer irrt sich daher nicht über die Rechtsgutspreisgabe, also den Geschlechtsverkehr an sich, sondern über eine Eigenschaft des Täters. Es handelt sich daher um eine nicht rechtsgutsbezogene Täuschung, die den natürlichen Willen des Opfers nicht entfallen lässt.¹⁰⁰ Oft wird im Rahmen der Diskussion über Stealthing auch über die sogenannten „Pillenlüge“ diskutiert. In dieser Konstellation verheimlicht der weibliche Sexualpartner, dass er tatsächlich nicht, wie vor Beginn des Geschlechtsverkehrs vereinbart, die Anti-Baby-Pille nimmt.¹⁰¹ Auch hier muss geschaut werden, ob der grundsätzlich einvernehmliche Geschlechtsverkehr sexuell anders zu bewerten ist, weil die Frau die Anti-Baby-Pille nicht einnimmt. Anders als der Kondomgebrauch geht es bei der Pille jedoch nur um die Verhinderung ungewollter Schwangerschaften. Die Pille bietet dagegen keine mechanische oder mentale Barriere vor zu enger Intimität. Es besteht trotz Einnahme der Pille (wenn nicht zudem ein Kondom benutzt wurde) unmittelbarer Kontakt mit der Haut und den Schleimhäuten der Genitalien des anderen. Eine Instrumentalisierungs- und Demütigungsdimension besitzt die Nichteinnahme der Pille daher nicht, weshalb der Geschlechtsverkehr nicht sexuell anders zu bewerten ist. Die Einnahme der Anti-Baby-Pille ist ebenfalls ein externer Umstand und die Täuschung darüber nicht rechtsgutsbezogen.

⁹² *Franzke*, BRJ 2019, 114 (118).

⁹³ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 19; *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (163); *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 2a; *Franzke*, BRJ 2019, 114 (119); *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, § 177 Rn. 9a.

⁹⁴ *Denzel/Kramer*, KriPoZ 2019, 347 (350); *Franzke*, BRJ 2019, 114 (119).

⁹⁵ *Franzke*, BRJ 2019, 114 (119).

⁹⁶ *Denzel/Kramer*, KriPoZ 2019, 347 (350).

⁹⁷ *Arzt*, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 115 ff.; *Denzel/Kramer*, KriPoZ 2019, 347 (352); *Vavra*, S. 371.

⁹⁸ *Arzt*, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 115 ff.

⁹⁹ Vgl. *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (158).

¹⁰⁰ Vgl. *Denzel/Kramer*, KriPoZ 2019, 347 (353).

¹⁰¹ Vgl. *Hoffmann*, NSStZ 2019, 16 (17); *Linoh*, jurisPR-StrafR 11/2019 Anm.5.

Durch diese Eingrenzung auf rechtsgutsbezogene Täuschungen entstehen daher keine unhaltbaren oder bizarren Ergebnisse. Fast alle Täuschungskonstellationen sind durch diese Differenzierung nicht strafbar. Auch der Wortlaut steht der Berücksichtigung von Täuschungen nicht entgegen.¹⁰² Der entgegenstehende Wille ist nicht das durch Täuschung erwirkte Einverständnis, sondern der vor dem sexuellen Geschehen geäußerte wahre Wille des Opfers.¹⁰³ *Franzkes* Bedenken, eine Unterscheidung zwischen rechtsgutsbezogenen und sonstigen Täuschungen sei nicht trennscharf durchführbar¹⁰⁴, sind unbegründet. Die Einordnung einer Handlung als sexuelle Handlung i.S.d. § 177 Abs. 1 StGB geschieht aufgrund einer rechtsgutsbezogenen Betrachtungsweise (s.o. C.I.1.). Daher kann bei der Klassifizierung der Täuschung einfach darauf abgestellt werden, ob über die sexuelle Handlung selbst getäuscht wird (rechtsgutsbezogene Täuschung) oder ob über die sexuelle Handlung selbst nicht betreffende, externe Umstände getäuscht wird (nicht rechtsgutsbezogene Täuschung). Im Ergebnis ist es deshalb angebracht zwischen rechtsgutsbezogenen und nicht rechtsgutsbezogenen Täuschungen zu unterscheiden.¹⁰⁵ Durch rechtsgutsbezogene Täuschung erlangte Einverständnisse sind im Rahmen des § 177 Abs. 1 StGB nicht zu berücksichtigen. Der Geschlechtsverkehr ohne Kondom ist sexuell anders als der Geschlechtsverkehr mit Kondom zu bewerten (s.o. B.II.2.). Aus diesem Grund stellt der ungeschützte Geschlechtsverkehr auch eine eigenständige sexuelle Handlung gegenüber dem ungeschützten Geschlechtsverkehr dar (s.o. C.I.1.). Da der Täter des *Stealthing* das Opfer über diese sexuelle Handlung selbst täuscht, liegt eine rechtsgutsbezogene Täuschung vor, die das faktische Einverständnis zum Tatzeitpunkt unwirksam macht.

e) Zwischenergebnis

Das faktische Einverständnis des Opfers wurde aufgrund einer rechtsgutsbezogenen Täuschung erlangt und findet daher keine Berücksichtigung. Stattdessen ist auf den wahren Willen des Opfers abzustellen. Wenn das Opfer vor dem sexuellen Geschehen daher erklärt, nur geschützten Geschlechtsverkehr haben zu wollen, handelt der Täter in dem Zeitpunkt, wo er das Kondom heimlich abstreift, gegen den Willen des Opfers.

3. Erkennbarkeit des Willens beim *Stealthing*

Ein weiteres Tatbestandsmerkmal des § 177 Abs. 1 StGB ist die Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens. Bei der Beurteilung ist auf die Perspektive eines objektiven Dritten abzustellen, für den der Widerwille aufgrund eines Kommunikationsaktes des Opfers eindeutig gewesen sein muss.¹⁰⁶ Ein bloßer innerer Widerwille genügt nicht.¹⁰⁷

Schumann und *Schefer* nehmen an, dass das Opfer mit dem ungeschützten Geschlechtsverkehr zwar weiterhin innerlich nicht einverstanden ist¹⁰⁸, ein entgegenstehender Wille also durchaus zum Tatzeitpunkt besteht, jedoch dieser nicht erkennbar ist.¹⁰⁹ Die Erkennbarkeit setzte nämlich nach der Beschlussempfehlung¹¹⁰ voraus, dass der entgegenstehende Wille in einem Kommunikationsakt zum Tatzeitpunkt, also im Zeitpunkt der Vornahme der

¹⁰² *Denzel/Kramer*, KriPoZ 2019, 347 (348).

¹⁰³ Vgl. *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (158).

¹⁰⁴ *Franzke*, BRJ 2019, 114 (120).

¹⁰⁵ *Denzel/Kramer*, KriPoZ 2019, 347 (352).

¹⁰⁶ BT-Drs. 18/9097, S. 22 f.; BT-Drs. 18/7719, S. 16; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 19; *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 11; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 5; *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (15).

¹⁰⁷ Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 23; *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (15).

¹⁰⁸ *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (819).

¹⁰⁹ *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (819 ff.).

¹¹⁰ BT-Drs. 18/9097, S. 22 f.

sexuellen Handlung, vom Opfer zum Ausdruck gebracht werden muss.¹¹¹ Eine Gesamtbetrachtung des Geschehens sei systemwidrig, da die Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens an die sexuelle Handlung anknüpfe.¹¹² Die sexuelle Handlung, die wie oben festgestellt in dem ungeschützten Geschlechtsverkehr zu sehen ist, findet jedoch im Anschluss an den geschützten Geschlechtsverkehr statt, ohne dass das Opfer erneut seinen Widerwillen kommuniziert. Da auf die Sicht eines objektiven Dritten abzustellen ist, ist auch unerheblich, dass der Täter den entgegenstehenden Willen kennt. Daher sei beim Stealthing der innere Widerwille des Opfers nicht erkennbar und eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 StGB müsse entfallen.¹¹³

Die Gegenansicht nimmt im Gegensatz dazu eine Gesamtbetrachtung des Tatgeschehens vor.¹¹⁴ So liege die Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens zum Tatzeitpunkt auch dann vor, wenn dieser Wille vor dem sexuellen Geschehen kommuniziert wurde.¹¹⁵ Das *KG Berlin* führt zur Begründung aus, dass das einheitliche Geschehen nicht aufgespaltet werden darf, da nicht „vom Vorliegen zweier voneinander trennbarer, rechtlich selbstständiger sexueller Handlungen auszugehen sei“.¹¹⁶ Dass sich das Gericht mit dieser Aussage in seiner eigenen Argumentation widerspricht, wurde bereits ausgeführt (s.o. C.II.2.). Es gibt dennoch Gründe dafür zur Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens bei Stealthing zu kommen. Der Wortlaut des § 177 Abs. 1 StGB fordert letztendlich nur, dass die Erkennbarkeit des Widerwillens im Zeitpunkt der Tathandlung vorliegen muss. Wann die Kommunikationshandlung selbst stattzufinden hat, ergibt sich nicht aus der Norm. Die Beschlussempfehlung spricht zwar davon, dass der Kommunikationsakt zum Tatzeitpunkt geschehen muss¹¹⁷, jedoch könnte mit dem Tatzeitpunkt auch allgemein der Zeitraum vor dem sexuellen Geschehen gemeint sein. In einer Entscheidung des *BGH* zur 2. Alt. des § 177 Abs. 1 StGB wurde zudem klargestellt, dass eine zuvor erklärte Ablehnung seine Geltung zum Zeitpunkt der Tathandlung beibehält, wenn sich dies aus den Gesamtumständen ergibt.¹¹⁸ Zwar handelt es sich vorliegend um eine Konstellation der 1. Alternative, jedoch macht diese Entscheidung deutlich, dass die Kommunikationshandlung selbst nicht zwingend zum Zeitpunkt der Tathandlung erfolgen muss.

Eine Berücksichtigung von im vornherein getätigten Aussagen darf jedoch auch nicht zu weit gehen. Wenn diese Aussage nämlich lange zurück lag und nur allgemein getroffen wurde, kann es sein, dass für einen objektiven Dritten im konkreten Moment dieser Gegenwille gerade nicht eindeutig ist. Folgt man der Gegenansicht müsste das Opfer des Stealthing aber genau in dem Moment, in dem der Täter mit der ungeschützten Penetration beginnt, erneut seinen wahren Willen kommunizieren, auch wenn es dies bereits Minuten oder Sekunden vorher bereits getan hat.¹¹⁹ Dies kann letztendlich auch nicht vom Gesetzgeber gewollt sein. Sinnvoll ist es daher eine ausdrückliche Ablehnung, die im Vorfeld der Tathandlung erfolgte, dann als im Tatzeitpunkt erkennbar anzusehen, wenn sie sich auf das konkrete Geschehen gerichtet hatte.¹²⁰ Ein unmittelbar vor sexuellen Geschehen geäußerte Widerwille, ist daher nicht als „vergangene“ Äußerung anzusehen.¹²¹ Solange das Opfer seine Ablehnung gegenüber dem ungeschützten Geschlechtsverkehr dem Täter in Bezug auf das konkrete sexuelle Geschehen deutlich macht, muss dieser entgegenstehende Wille daher auch im Zeitpunkt der Tathandlung als erkennbar gelten.

¹¹¹ *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (820 f.).

¹¹² Vgl. *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (820).

¹¹³ Vgl. *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (822).

¹¹⁴ Vgl. *KG Berlin*, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 38 f.); *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 5; *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (357); *Hoffmann*, NSZ 2019, 16 (17); *Hörnle*, NSZ 2017, 13 (15); *Vavra*, S. 423 f.; *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, § 177 Rn. 9; *Wolters*, in: SSW-StGB, 4. Aufl. (2019), § 177 Rn. 12 f.

¹¹⁵ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 39).

¹¹⁶ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 39).

¹¹⁷ BT-Drs. 18/9097, S. 22 f.

¹¹⁸ *BGH*, NSZ 2019, 717 (718, Rn. 19).

¹¹⁹ Vgl. *May*, JR 2019, 130 (136).

¹²⁰ *Wolters*, in: SSW-StGB, § 177 Rn. 12 f.

¹²¹ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 39).

4. Ergebnis

Der ungeschützte Geschlechtsverkehr ist eine eigenständige sexuelle Handlung. Diese nimmt der Täter des Stealthing gegen den erkennbaren, entgegenstehenden Willen des Opfers an diesem vor, wenn das Opfer vor dem sexuellen Geschehen gegenüber dem Täter deutlich macht, nur geschützten Geschlechtsverkehr haben zu wollen. Stealthing ist daher ein sexueller Übergriff gem. § 177 Abs. 1 StGB.

IV. Strafbarkeit des Stealthing nach § 177 Abs. 2 StGB

§ 177 Abs. 2 StGB ermöglicht es, dass sich der Täter unter bestimmten Umständen wegen eines sexuellen Übergriffs strafbar macht, obwohl kein entgegenstehender Wille des Opfers erkennbar ist, weil dem Opfer das Erklären eines Willens nicht zumutbar oder objektiv unmöglich ist.¹²² Wie bereits festgestellt, besteht jedoch beim Stealthing zum Tatzeitpunkt ein erkennbarer Widerwille, wenn das Opfer vor dem sexuellen Geschehen zum Ausdruck bringt nur geschützten Geschlechtsverkehr zu wollen (s.o. C.II/III.). Eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 2 StGB ist daher für diese Konstellation auszuschließen.¹²³ In Betracht kommt der Tatbestand jedoch für die Konstellation, in der ein entgegenstehender Wille vorher nicht geäußert wurde.

Nach § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB macht sich strafbar, wer unter Ausnutzung des Umstands, dass die andere Person nicht in der Lage ist einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern, eine sexuelle Handlung an dieser vornimmt. Dadurch, dass beim Stealthing der Täter das Kondom während des Geschlechtsverkehrs heimlich abstreift, bemerkt das Opfer normalerweise nicht, dass ungeschützter Geschlechtsverkehr stattfindet. Daher kann das Opfer im entscheidenden Zeitpunkt auch keinen entgegenstehenden Willen diesbezüglich bilden. Der Gesetzgeber wollte mit dem Tatbestand jedoch nur die Fälle erfassen, in denen das Opfer zur Bildung oder Äußerung eines Willens absolut unfähig ist und damit den ehemaligen Tatbestand des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Menschen ersetzen.¹²⁴ Eine bloße Einschränkung der Fähigkeit zur Bildung und Äußerung eines Willens genügt nicht.¹²⁵ Einer solchen absoluten Unfähigkeit unterliegt das Stealthing-Opfer aber nicht. Der Tatbestand des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist daher nicht erfüllt.

Weiterhin könnte man annehmen, dass der Täter durch sein heimliches Vorgehen die Tat gem. § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB durch Ausnutzen eines Überraschungsmoments begeht.¹²⁶ Ein Überraschungsmoment liegt vor, wenn eine sexuelle Handlung so plötzlich vorgenommen wird, dass das Opfer mit dieser nicht rechnet und daher auch keinen entgegenstehenden Willen gebildet hat.¹²⁷ Jedoch liegt eine „Überraschung“ begrifflich nicht vor, wenn derjenige der überrascht werden soll, erst im Nachhinein von dem Geschehen erfährt.¹²⁸ Es ist eine Überrumpelungssituation erforderlich, aufgrund derer das Opfer einen entgegenstehenden Willen nicht äußern bzw. durchsetzen kann.¹²⁹ Das Opfer des Stealthing bekommt im entscheidenden Zeitpunkt aber nicht mit, dass der Täter das Kondom abgezogen hat und kann daher nicht überrascht oder überrumpelt sein. Daher liegt auch kein Fall des § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB vor.

¹²² BT-Drs. 18/9097, S. 23.

¹²³ Vgl. *Franzke*, BRJ 2019, 114 (115).

¹²⁴ BT-Drs. 18/9097, S. 23.

¹²⁵ BT-Drs. 18/9097, S. 24; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Vor §177 Rn. 62.

¹²⁶ *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (823).

¹²⁷ BT-Drs. 18/9097, S. 25; *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 37; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Vor § 177 Rn. 84.

¹²⁸ *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (824).

¹²⁹ BT-Drs. 18/9097, S. 25; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 9.

Ein sexueller Übergriff nach § 177 Abs. 2 StGB ist beim Stealthing nicht gegeben. Wenn das Opfer seinen entgegenstehenden Willen bezüglich des ungeschützten Geschlechtsverkehrs daher nicht vor dem sexuellen Geschehen zum Ausdruck bringt, ist Stealthing nach dem derzeitigen Sexualstrafrecht nicht strafbar.

V. Strafbarkeit des Stealthing nach § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB

Ein besonders schwerer Fall des § 177 Abs. 1 StGB liegt gem. § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB in der Regel vor, wenn der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder in sonstiger erniedrigender Weise in den Körper des Opfers eindringt. In diesem Fall spricht man auch von einer Vergewaltigung. Die Voraussetzungen des § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB sind beim Stealthing erfüllt, da der Täter den Beischlaf zunächst einvernehmlich und nach dem Entfernen des Kondoms gegen den erkennbaren Willen des Opfers am Opfer vollzieht.¹³⁰ Der Strafrahmen könnte sich daher von mindestens sechs Monaten Freiheitsstrafe auf mindestens zwei Jahre erhöhen.

Jedoch kommt dem Vorliegen eines Regelbeispiels nur indizielle Bedeutung zu.¹³¹ Die Indizwirkung kann entkräftet werden, wenn besonders strafmildernde Umstände vorliegen, durch die der Strafrahmen des besonders schweren Falls unangemessen erscheint.¹³² Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das gesamte Tatbild von dem erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden Fall des Regelbeispiels abweicht.¹³³

Ob beim Stealthing ein besonders schwerer Fall nach § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB vorliegt, kann nicht pauschal beantwortet werden, da es auf die Umstände des Einzelfalls ankommt und die Gesamtwürdigung aller Umstände daher auch fallspezifisch vom Gericht vorgenommen werden muss. Dennoch ist es vorliegend möglich die Abwägungsfaktoren zu bewerten, die beim Stealthing herangezogen werden können.

Das *Amtsgericht Berlin-Tiergarten* und das *Amtsgericht Freiburg* verneinen das Vorliegen des besonders schweren Falls des sexuellen Übergriffs, da Stealthing in der Gesamtabwägung aller Umstände in seinem Unrechts- und Schuldgehalt nicht den vom Gesetzgeber zugrunde gelegten Tatbild einer Vergewaltigung entspricht.¹³⁴ Das *Amtsgericht Tiergarten* führt dazu zunächst an, dass eine erhebliche Abweichung von dem üblicherweise unter das Regelbeispiel der Vergewaltigung fallenden Sachverhalte vorliege, da der Täter des Stealthing den Geschlechtsverkehr als solchen einvernehmlich vollzogen habe.¹³⁵ Zudem wiege der verwirklichte sexuelle Übergriff nach § 177 Abs. 1 StGB als bloßer Vergehenstatbestand weniger schwer als ein sexueller Übergriff nach § 177 Abs. 4 oder Abs. 5 StGB.¹³⁶

Zunächst ist festzustellen, dass der Gesetzgeber durch das 50. Strafrechtsgesetz bewusst den Begriff der Vergewaltigung ausgeweitet hat, indem er auch die Handlungen der § 177 Abs. 1 und Abs. 2 StGB, die gerade keine Nötigung erfordern, als Grundtatbestände erfasst hat.¹³⁷ Diese Wertung des Gesetzgebers ist auch von den Gerichten zu berücksichtigen.¹³⁸ Der Vergewaltigungsbegriff hat eine neue Dimension erhalten: Eine Vergewaltigung soll auch dann vorliegen, wenn der Täter ohne Nötigung die Voraussetzungen des § 177 Abs. 1, Abs. 2 StGB erfüllt.¹³⁹ Daher ist der Umstand, dass der Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB weniger schwerwiegend ist, als der des § 177 Abs. 4, Abs. 5 StGB, für die Beurteilung, ob eine Vergewaltigung vorliegt, irrelevant.

¹³⁰ *AG Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 39.

¹³¹ Vgl. *BGH*, StV 1989, 432 (433).

¹³² *BGH*, StV 1989, 432 (433); *BGH*, NStZ 1999, 244 (245); *BGH*, NJW 2004, 2394 (2395); *Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK-StGB, § 46 Rn. 19; *Maier* in: MüKo-StGB, § 46 Rn. 126.

¹³³ Vgl. *BGH*, NJW 1979, 1666 (1666); *BGH*, NStZ 1981, 391 (391).

¹³⁴ Vgl. *AG Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), (Rn. 42); *AG Freiburg*, BeckRS 2020, 41446 (Rn. 100).

¹³⁵ *AG Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 41.

¹³⁶ *AG Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 41.

¹³⁷ Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 21, 28.

¹³⁸ *Bezjak*, KJ 2016, 557 (566).

¹³⁹ BT-Drs. 18/9097, S. 21, 28.

Richtig ist, dass das neue Verständnis von Vergewaltigung Konsequenzen hat. Eine Gleichstellung des Stealthing oder auch anderer ähnlicher Konstellationen mit dem Sachverhalt des erzwungenen Geschlechtsverkehrs im Ganzen, kann zur Verharmlosung dieser doch im Unrecht gravierenderen Konstellation führen und dem Opferschutz daher entgegenwirken.¹⁴⁰ So gaben Stealthing-Opfer, die bereits vergewaltigt wurden, in *Brodskys* Arbeit an, dass Stealthing dem herkömmlichen Vergewaltigungsbegriff nicht gleichgesetzt werden sollte.¹⁴¹ In der Bevölkerung ist der Begriff der Vergewaltigung zudem an Gewalt oder Drohung gekoppelt.¹⁴² Nicht außer Acht zu lassen ist daher auch die Stigmatisierung die mit der Verurteilung wegen Vergewaltigung für den Täter einhergeht.¹⁴³ Dennoch hat der Gesetzgeber sich für die Ausweitung des Vergewaltigungsbegriffes entschieden, sodass man nicht mehr von einem erfahrungsgemäß vorkommenden Tatbild sprechen kann.

Der Argumentation, der Geschlechtsverkehr als solcher wäre einvernehmlich erfolgt¹⁴⁴, kann nur gefolgt werden, wenn man von einem einheitlichen sexuellen Geschehen ausgeht.¹⁴⁵ Das Amtsgericht Berlin-Tiergarten, hat aber an anderer Stelle selbst festgestellt, dass der ungeschützte Geschlechtsverkehr eine eigenständige sexuelle Handlung darstellt.¹⁴⁶ Gegen diese besteht auch ein entgegenstehender Wille, daher ist dieser auch nicht einvernehmlich. Zutreffender ist, dass der Sexualkontakt nicht insgesamt aufgezwungen war. Dennoch wird dieser Umstand allein nicht genügen, um die indizielle Wirkung des Regelbeispiels komplett zu entkräften. Letztendlich muss immer geschaut werden, welche Umstände im Einzelfall hinzutreten, die strafmildernde oder -schärfende Wirkung haben.

Das Vorliegen eines besonders schweren Falls nach § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB und damit die Verurteilung wegen Vergewaltigung ist beim Stealthing nicht von vornherein auszuschließen.

VI. Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Stealthing nach dem heutigen Sexualstrafrecht auch als Sexualdelikt bestraft werden kann und damit weit mehr als ein bloßer Vertrauensbruch ist. Seit dem 50. Strafänderungsgesetz liegt ein sexueller Übergriff nach § 177 Abs. 1 StGB schon vor, wenn der Täter gegen den erkennbaren Willen des Opfers sexuelle Handlungen an diesem vornimmt.

Der ungeschützte Geschlechtsverkehr stellt gegenüber dem geschützten Geschlechtsverkehr eine eigenständige sexuelle Handlung dar, die das Opfer explizit ablehnen kann. Der Kondomgebrauch ist nicht lediglich ein Begleitumstand des Geschlechtsverkehrs. Dies zeigt sich durch eine rechtsgutsbezogene Betrachtungsweise. Die Nichtverwendung eines Kondoms beim Geschlechtsverkehr führt zum direkten Kontakt der Schleimhäute der Genitalien. Die mechanische und mentale Barriere des Kondoms entfällt und gibt dem ungeschützten Geschlechtsverkehr einen anderen sexuellen Charakter. Daher verletzt Stealthing in seiner Instrumentalisierungs- und Demütigungsdimension das Recht des Opfers auf sexuelle Selbstbestimmung.

Wenn das Opfer vor dem sexuellen Geschehen seinen Willen, nur geschützten Geschlechtsverkehr haben zu wollen, zum Ausdruck bringt, besteht auch ein entgegenstehender Wille zum Tatzeitpunkt. Dass das Opfer die ungeschützte Penetration nicht bemerkt und daher faktisch mit der Handlung des Täters einverstanden ist, ist irrelevant.

¹⁴⁰ AG Kiel, BeckRS 2020, 38969 (Rn. 18).

¹⁴¹ Vgl. *Brodsky*, Columbia Journal of Gender and Law 32.2 (2017), 183 (185 ff.)

¹⁴² *Bezjak*, KJ 2016, 557 (566).

¹⁴³ *Bezjak*, KJ 2016, 557 (566).

¹⁴⁴ AG Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 41.

¹⁴⁵ *Wißner*, MschKrim 2020, 315 (327).

¹⁴⁶ AG Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 37.

Der Täter täuscht das Opfer bezüglich der sexuellen Handlung selbst. Es handelt sich demnach um eine rechts-gutsbezogene Täuschung, die im Gegensatz zu nicht rechtsgutsbezogenen Täuschungen einen relevanten Irrtum beim Opfer hervorruft. Es ist daher auf den wahren Willen des Opfers abzustellen.

Dieser entgegenstehende wahre Wille ist auch erkennbar, wenn das Opfer ihn gegenüber dem Täter bezüglich des konkreten sexuellen Geschehens geäußert hat. Die Kommunikationshandlung selbst muss nämlich nicht zum Tatzeitpunkt vorliegen. Die Erkennbarkeit des Widerwillens ist auch noch gegeben, wenn das Opfer den Willen vorher, im unmittelbaren Zusammenhang mit dem sexuellen Geschehen zum Ausdruck gebracht hat.

Der Auffassung der Rechtsprechung¹⁴⁷ ist daher im Ergebnis, wenn auch nicht in allen Punkten der Argumentation, zuzustimmen. Der Täter des Stealthing nimmt tatsächlich gem. § 177 Abs. 1 StGB eine sexuelle Handlung gegen den erkennbaren Willen des Opfers an diesem vor.

Es ist auch nicht auszuschließen, dass der Täter des Stealthing im Einzelfall wegen Vergewaltigung nach § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB bestraft wird. Der Gesetzgeber hat im Zuge des 50. Strafänderungsgesetzes den Vergewaltigungsbegriff ausgeweitet. Von einem erfahrungsgemäß vorkommenden Tatbild kann man daher ohnehin nicht mehr sprechen. Berücksichtigt werden könnte aber der Umstand, dass der Sexualekontakt beim Stealthing nicht gänzlich aufgezwungen ist.

Nicht strafbar ist Stealthing hingegen nach § 177 Abs. 2 StGB. Das Opfer ist weder nach § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB völlig unfähig einen Willen zu bilden oder zu äußern, noch wird es durch die sexuelle Handlung des Täters nach § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB überrascht. Wenn das Opfer seinen Willen deshalb nicht vor dem sexuellen Geschehen zum Ausdruck bringt, besteht derzeit keine Möglichkeit, Stealthing als Sexualdelikt zu bestrafen.

Unabhängig davon, eröffnet die Gefährdungsdimension des Stealthing auch die materiell-rechtliche Frage nach der Strafbarkeit als Körperverletzungsdelikt.¹⁴⁸ Dies ist jedoch eine Problematik für sich, auf die in dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden kann.

Festzuhalten ist, dass nach der derzeitigen Rechtslage zumindest der Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB beim Stealthing verwirklicht werden kann. Eine Klarstellung des Gesetzgebers durch Schaffung eines neuen Tatbestandes oder Ergänzung des § 177 StGB wäre dennoch angesichts der nicht unbeachtlichen Gegenstimmen wünschenswert und würde mehr Rechtssicherheit schaffen.¹⁴⁹

Was auch der Gesetzgeber nicht beseitigen kann, sind die Probleme der Beweiswürdigung. Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung finden meist nur zwischen den betroffenen Personen selbst statt, weshalb es vor Gericht regelmäßig zu einer Aussage-gegen-Aussage-Konstellation kommen wird. So ist es auch für den Täter des Stealthing einfach zu behaupten, das Opfer wäre mit dem ungeschützten Geschlechtsverkehr einverstanden gewesen oder das Kondom wäre ohne sein Zutun gerissen oder abgerutscht.¹⁵⁰ In der Praxis wird Stealthing daher tatsächlich noch mehr Probleme als nur die rechtliche Einordnung selbst aufwerfen.

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

¹⁴⁷ KG Berlin, BeckRS 2020, 17857 (Rn. 14 ff.); Schleswig-Holsteinisches OLG, Urt. v. 19.3.2021 – 2 OLG 4 Ss 13/21, (Rn. 13 ff.); AG Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 35 ff.; AG Freiburg, BeckRS 2020, 41446 (Rn. 89 ff.).

¹⁴⁸ Vgl. Franzke, BRJ 2019, 114 (120 ff.).

¹⁴⁹ Vgl. Wißner, MschKrim 2020, 315 (328 f.).

¹⁵⁰ Vgl. Herzog, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (357); Makepeace, KriPoZ 2021, 10 (15).

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Chiara Dechering

„Catcalling“ als Grenzfall zwischen sozialadäquatem Flirten und sozialschädlichem Verhalten – Was sollte der Gesetzgeber tun?

Friedrich-Schiller-Universität Jena

Juristische Fakultät

Seminar: „Sexualstrafrecht – dogmatische und kriminalpolitische Fragen“

Sommersemester 2021

Abgabedatum: 12.5.2021

bei

Prof. Dr. Edward Schramm

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	123
II. Allgemeine Begriffsbestimmung	123
III. Behandlung in der Rechtsprechung	125
1. Sexuelle Belästigung (§ 184i StGB)	125
2. Beleidigung (§ 185 StGB)	125
3. Belästigung der Allgemeinheit (§ 118 OWiG).....	127
4. Grob anstößige und belästigende Handlungen (§ 119 Abs. 1 Nr. 1 OWiG)	127
5. Zwischenergebnis.....	128
IV. Bedarf und Nutzen eines eigenen Straftatbestandes	128
1. Schaden durch Catcalling	129
2. Konkretisierung eines Tatbestandes.....	131
a) Recht auf sexuelle Selbstbestimmung.....	132
b) Berücksichtigung aller bedrohten Rechtsgüter	132
c) Stellungnahme.....	133
3. Effektivität	134
a) Vorsatz.....	134
b) Anzeigen.....	134
c) Alternative Lösungsmöglichkeiten außerhalb eines Straftatbestandes	135
d) Blick auf andere Länder.....	136
e) Eigene Einschätzung	137
V. Zusammenfassung	138

I. Einleitung

„Hey Süße, geiler Arsch!“. Pfiffe. „Komm‘ mal rüber, Mäuschen!“. Hupen. „Lust zu ficken?“

Man möchte so etwas gar nicht lesen, geschweige denn hören. Für einen Großteil der Frauen sind solche angeblichen „Flirtversuche“ von Männern allerdings schon fast alltäglich, wenn sie auf die Straße gehen.¹ Wenn man dann nicht mit einem Lächeln reagiert, kommt oft der nächste Spruch wie „Hast wohl gerade deine Tage.“ oder „Musst nur mal wieder ordentlich durchgenommen werden!“. Natürlich führt auch dies nicht dazu, dass die Frau ganz begeistert auf den Schoß des vermeintlichen „Charmeurs“ hüpfte. Was also erwarten sich Männer davon? Und sind Frauen dazu gezwungen, diese Art der verbalen sexuellen Belästigung zu ertragen?

Ja, sind sie. Noch. Die Debatte um sogenanntes „Catcalling“ ist in den letzten Jahren immer lauter geworden. 2014 sorgte ein heimlich aufgenommenes Video, mit mittlerweile mehr als 50 Millionen Aufrufen, für Aufsehen. Darin läuft eine New Yorkerin zehn Stunden lang durch die Stadt und erfährt währenddessen in mehr als 100 Situationen Formen von Catcalling.² Das muss doch an einem zu kurzen Rock oder einem tiefen Ausschnitt liegen, mögen sich manche vielleicht denken. Fehlanzeige. Sie trägt Jeans und ein hoch geschlossenes schwarzes T-Shirt, Gesichtsausdruck und Gangart sind ganz neutral. Die Resonanz auf das Video zeigt, dass sie gewiss kein Einzelfall ist. Um auf das Thema aufmerksam zu machen, gibt es in vielen Städten (ursprünglich gestartet in New York, mittlerweile aber in vielen deutschen Großstädten verbreitet) eine neue Form von Protest: Sexualisierende Sprüche werden mit Kreide auf Straßen geschrieben.³ Da ist es kaum verwunderlich, dass der Wunsch nach Strafbarkeit dieses Verhaltens immer weiter wächst.⁴

Im August 2020 hat daraufhin die deutsche Studentin Antonia Quell eine Petition dafür gestartet, dass Catcalling strafbar werden sollte. Mittlerweile hat diese in Deutschland bereits 67.900 Unterstützende.⁵ Dass ein solches Gesetz durchaus möglich wäre, machen Länder wie Frankreich, Portugal oder Belgien vor.⁶ Inwiefern der Gesetzgeber in Deutschland tätig werden sollte, soll im Rahmen dieser Arbeit betrachtet werden.

II. Allgemeine Begriffsbestimmung

Der englische Begriff lässt sich übersetzen als „Katzenrufen“. Dabei liegt die Assoziation nahe, wie sich jemand hinhoukt und verschiedene Lockgeräusche macht, um eine Katze streicheln zu können. Dieses Verhalten ähnelt jenem, das sich hinter der Definition von „Catcalling“ verbirgt. Es geht um Sprüche/ Wörter, Hupen, Pfeifen und andere Laute mit sexueller Konnotation im öffentlichen Raum.⁷ Es handelt sich um eine verbale sexuelle Belästigung.⁸ Häufig wird nur das Verhalten von Männern gegenüber Mädchen und Frauen darunter gefasst.⁹ Das könnte auf ein Vorurteil zurückzuführen sein. Obwohl ca. 98% der Tatverdächtigen von sexueller Belästigung¹⁰ (§ 184i

¹ Kissling, Discourse Soc. 1991, 451 (451).

² Rob Bliss Creative, abrufbar unter: <https://www.youtube.com/watch?v=b1XGPvbWn0A> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

³ Vgl. Instagram-Accounts wie @catcallsfny, @catcallsfocologne, @catcallsfberlin, @catcallsfweimar.

⁴ Gräber/Horten, FPPK 2021, 205 (205).

⁵ Quell, Petition, abrufbar unter: <https://www.openpetition.de/petition/unterzeichner/es-ist-2020-catcalling-sollte-strafbar-sein#petition-main> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

⁶ Gräber/Horten, FPPK 2021, 205 (205).

⁷ Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Sachstand, WD 7 - 3000 – 115/20, S. 4; Fischer, Spiegel Kolumne, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/gesetzgebung-alles-neu-kolumne-von-thomas-fischer-a-c0a57139-23af-447c-b163-5dbe1cfa19ba> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021); Kissling, Discourse Soc. 1991, 451 (457).

⁸ Gräber/Horten, FPPK 2021, 205 (205); Quell, Petition (Fn. 5).

⁹ Gardener, SI 1980, 328 (329); Fairchild/ Rudman, Soc. Justice Res. 2008, 338 (339); Gräber/Horten, FPPK 2021, 205 (205).

¹⁰ PKS 2019, Grundtabelle, Schlüssel 114000.

StGB) männlich sind, ist es dennoch nicht selten dass Männer Opfer von Sexismus werden.¹¹ Frauen können ebenfalls catcallen, auch wenn es untypisch erscheinen mag.¹² Solche Fälle vom Catcalling auszuschließen, wäre daher falsch.¹³

Viel wichtiger ist es im Rahmen der Definition jedoch, eine Grenze dafür zu finden, wo sozialadäquates Flirten aufhört und Catcalling beginnt. Als Rechtfertigung für Catcalling hört man häufig, dass dieses lediglich als Kompliment gemeint sei.¹⁴ Beim Empfänger kommt dies zumeist nicht so an.¹⁵ Die Beurteilung ist folglich sehr subjektiv.¹⁶ Ein Kompliment ist die explizite oder implizite Wertschätzung einer guten Eigenschaft, Fähigkeit oder von Eigentum eines anderen und soll sowohl vom Sprecher, als auch vom Empfänger als positiv empfunden werden.¹⁷ Dabei ist immer die Situation zu berücksichtigen. Komplimente von Fremden über das äußere Erscheinungsbild werden in der Regel eher negativ aufgenommen, da sie eine engere Beziehung zwischen Sprecher und Adressat voraussetzen, welche vom Adressaten jedoch nicht gewollt sei.¹⁸ Komplimente über das Aussehen sind kritisch zu betrachten, sie können dazu führen, dass es jemandem unangenehm und peinlich sei, ein solches zu erhalten.¹⁹ Deswegen kann man jedoch nicht jedes misslungene Kompliment über das Aussehen als sozialschädliches Catcalling interpretieren, es bedarf einer klaren Abgrenzung.²⁰ Beide Interaktionen haben viele Ähnlichkeiten, z.B. dass sich die Äußerungen oft auf das Aussehen beziehen, es sich somit um Urteile handelt und sie haben oft auch ähnliche Wirkungen, nämlich dass sich der Empfänger peinlich berührt oder sogar bedroht fühlt.²¹ Es kann aber auch beides als schmeichelhaft empfunden werden, dies ist insbesondere die Meinung von Befragten zwischen 18 und 29 Jahren (31% sehen Catcalling eher als Kompliment, anstatt als Belästigung).²² Überwiegend wird Catcalling aber eher als Aggressionsakt, Beleidigung oder eine Form von Mobbing aufgefasst.²³ Zur Unterscheidung kommt es tatsächlich eher auf die Situation an, während Komplimente zumeist in privaten Kreisen vorkommen, bezieht sich Catcalling nur auf Bemerkungen von Fremden im öffentlichen Raum.²⁴ So können die gleichen Worte (z.B. „Hey, Süße!“) in einer Situation als Kompliment oder Begrüßung gesehen werden und in einer anderen als Belästigung oder Respektlosigkeit.²⁵

Überwiegend werden Catcalls in jedem Fall als unangebracht empfunden (72%), es gibt aber durchaus Ausnahmen.²⁶ Sofern Bemerkungen keine vulgäre Sprache enthalten und unmissverständlich schmeichelhaft sind, würden diese auch akzeptiert werden, wenn sie von Fremden auf der Straße kommen.²⁷ Es braucht Respekt, sodass Frauen nicht das Gefühl haben, objektifiziert zu werden.²⁸ Genau dies sei der entscheidende Unterschied zwischen Kompliment und Belästigung: die Demonstration von Macht.²⁹ Catcalling wird nicht unbedingt wegen der Worte oder Laute selbst als unangenehm aufgefasst, vielmehr ist es die wiederholte sexuelle Diskriminierung bzw. Un-

¹¹ Wippermann (BMFSJF), Sexismus im Alltag, 2019, S. 37.

¹² Di Gennaro/Ritschel, Women's Stud. Int. Forum 2019, 1 (8).

¹³ Deutscher Juristinnenbund, Policy Paper: „Catcalling“, 2021, S. 6.

¹⁴ Kissling, Discourse Soc. 1991, 451 (452).

¹⁵ Kissling/Kramarae, WSIC 1991, 75 (83).

¹⁶ Fairchild, Sex. Cult. 2010, 191 (193); Kissling, Discourse Soc. 1991, 451 (452).

¹⁷ Holmes, Anthropol. Linguistics 1986, 485 (485).

¹⁸ Holmes, Anthropol. Linguistics 1986, 485 (501 f.).

¹⁹ Di Gennaro/Ritschel, Women's Stud. Int. Forum 2019, 1 (2).

²⁰ Di Gennaro/Ritschel, Women's Stud. Int. Forum 2019, 1 (3).

²¹ Di Gennaro/Ritschel, Women's Stud. Int. Forum 2019, 1 (4 f.).

²² Moore, Catcalling: Never OK and not a compliment, abrufbar unter: <https://today.yougov.com/topics/lifestyle/articles-reports/2014/08/15/catcalling> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

²³ Di Gennaro/Ritschel, Women's Stud. Int. Forum 2019, 1 (7, Table 5).

²⁴ Di Gennaro/Ritschel, Women's Stud. Int. Forum 2019, 1 (4, Table 1); Gardener, SI 1980, 328 (338, 340).

²⁵ Di Gennaro/Ritschel, Women's Stud. Int. Forum 2019, 1 (6, Table 3).

²⁶ Moore, Catcalling: Never OK and not a compliment, abrufbar unter: <https://today.yougov.com/topics/lifestyle/articles-reports/2014/08/15/catcalling> (zuletzt abgerufen am 10.05.2021).

²⁷ Gardener, SI 1980, 328 (337).

²⁸ Gardener, SI 1980, 328 (338).

²⁹ Kissling, Discourse Soc. 1991, 451 (455); Fairchild/Rudman, Soc. Justice Res. 2008, 338 (340).

gleichheit, die Frauen erfahren würden und dass sich Fremde dazu bemächtigen, über jemanden urteilen zu dürfen.³⁰ Anhand dieser Kriterien lässt sich recht gut zwischen unerwünschtem Flirt und verbaler Belästigung unterscheiden.

III. Behandlung in der Rechtsprechung

Es gibt bislang keinen Straftatbestand, der Catcalling ausdrücklich normiert.³¹ Fraglich ist jedoch, ob sich dieses unter andere Tatbestände im StGB oder OWiG subsumieren lässt.

1. Sexuelle Belästigung (§ 184i StGB)

In § 184i StGB heißt es: „Wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt [...]“, am Wortlaut wird also das Tatbestandsmerkmal des Körperkontaktes klar deutlich.³² Der Straftatbestand wurde geschaffen, um Verletzungen gegen die sexuelle Selbstbestimmung zu bestrafen, welche die Erheblichkeitsschwelle des § 184h StGB nicht überschreiten und bei denen der hohe Strafrahmen aus den §§ 174 ff. StGB daher unverhältnismäßig wäre.³³ Aus diesem Normzweck geht ebenfalls hervor, dass eine körperliche Handlung sanktioniert werden soll.³⁴ Catcalling hingegen bezieht sich allerdings genau auf das Gegenteil, nämlich die nicht körperliche sexuelle Belästigung. Solche fällt nicht in den Tatbestand des § 184i StGB.³⁵

2. Beleidigung (§ 185 StGB)

Eine Beleidigung ist die Kundgabe eigener Missachtung, entweder durch die Äußerung eines beleidigenden Werturteils gegenüber dem Betroffenen selbst oder einem Dritten oder aber durch eine ehrwürdige Tatsachenbehauptung gegenüber dem Betroffenen.³⁶

Teilweise wird versucht, verbale sexuelle Belästigungen unter den Tatbestand der Beleidigung zu fassen und diesen als „kleines Sexualstrafrecht“ umzufunktionieren.³⁷ Als es § 184i StGB noch nicht gab, wurde auch versucht, die körperliche sexuelle Belästigung als Beleidigung („Sexualbeleidigung“) zu werten.³⁸ 2019 entfielen 11,5% aller erfassten Beleidigungen (insgesamt 186.693 Fälle) auf Beleidigungen mit sexueller Grundlage (Mangels einer Definition erfolgte die Zuordnung jedoch je nach Einzelfall von den Polizisten. Es erfolgte in der PKS außerdem nur eine Kategorisierung in „auf sexueller Grundlage“ oder ohne solche. Eine Bewertung, ob dies nun ein Hauptbeweggrund für Beleidigungen ist, kann ohne Zahlen zu anderen Beweggründen nicht erfolgen.).³⁹

§ 185 StGB soll jedoch nicht dazu dienen, hier eine Strafbarkeitslücke zu füllen, zumal es um unterschiedliche Rechtsgüter geht, die geschützt werden sollen.⁴⁰ Die Gesetzessystematik würde unterlaufen werden, wenn man die Unterschiede der Individualrechtsgüter nicht beachtet.⁴¹ Ehre und Personenwürde (bzw. die darin enthaltene

³⁰ *Di Gennaro/Ritschel*, *Women's Stud. Int. Forum* 2019, 1 (8); *Laniya*, *Columbia J. Gend. Law* 2005, 91 (101).

³¹ Deutscher Juristinnenbund (Fn. 13), S. 3.

³² *Renzikowski*, in: *MüKo-StGB*, 3. Aufl. (2017), § 184i Rn. 7; *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Auflage (2019), § 184i Rn. 4.

³³ *Renzikowski*, in: *MüKo-StGB*, § 184i Rn. 1; *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 184i Rn. 1.

³⁴ *Renzikowski*, in: *MüKo-StGB*, § 184i Rn. 1.

³⁵ *Renzikowski*, in: *MüKo-StGB*, § 184i Rn. 7.

³⁶ *Eisele/Schittenhelm*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 185 Rn. 1.

³⁷ *Renzikowski*, in: *MüKo-StGB*, § 184i Rn. 2.

³⁸ *Eisele/Schittenhelm*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 185 Rn. 4.

³⁹ PKS 2019, Grundtabelle, Schlüssel 673110, 673010; Wissenschaftlicher Dienste Deutscher Bundestag, WD 7 - 3000 – 115/20, S. 10.

⁴⁰ *Eisele/Schittenhelm*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 185 Rn. 4; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 29. Auflage (2018), § 185 Rn. 6.

⁴¹ *BGH*, NJW 1989, 3028 (3028).

sexuelle Selbstbestimmung) sind nicht miteinander gleichzusetzen.⁴² Daher stellt auch nicht jede Schamverletzung per se einen Angriff auf die Ehre dar. In der sexuell motivierten Äußerung muss der Täter deutlich machen, dass das Opfer einen, seine Ehre mindernden, Mangel aufweist.⁴³ Dass eine Äußerung das Schamgefühl berührt, ist für die Strafbarkeit ebenso wenig ausreichend wie die Tatsache, dass die betroffene Person in keinerlei Weise zu der Annahme beigetragen hat, sie wäre an sexuellem Kontakt interessiert.⁴⁴ Der Täter muss vielmehr das Verhalten, welches er der betroffenen Person zu Unrecht unterstellt, als verwerflich oder ehrwürdig ansehen.⁴⁵ Er muss der Person unterstellen, dass man mit ihr „so etwas ohne Weiteres machen kann“.⁴⁶ Grundsätzlich bedarf es immer einer Einzelfallbetrachtung.⁴⁷ So kann z.B. das Anbieten von Geld für eine sexuelle Leistung als Beleidigung gesehen werden, sofern der Täter keinerlei Grund dafür hatte, die betroffene Person als käuflich zu erachten.⁴⁸ Ob eine sexuell konnotierte Äußerung unter den Tatbestand der Beleidigung fällt, muss anhand einer Gesamtbetrachtung beurteilt werden.⁴⁹ Regelmäßig fallen Handlungen des Catcallings jedoch nicht unter § 185 StGB.⁵⁰ Auch wenn sich an der bisherigen Rechtsprechung der oberen Gerichte orientiert wird, so gibt es dennoch keine Bindungswirkung für spätere gerichtliche Entscheidungen.⁵¹ Zu Rechtsicherheit im Rahmen von Catcalling führt dies jedoch nicht. Der Tatbestand des § 185 StGB bezieht sich eben nicht auf die sexuelle Selbstbestimmung und sollte daher auch nicht als Lückenfüller auf diese ausgeweitet werden.⁵²

Was außerdem bedacht werden sollte, wenn es um Catcalling als Beleidigung geht, ist die Diskriminierung bzw. Herabwürdigung aufgrund des Geschlechtes (insbesondere die Zuordnung als Sexualobjekt), welche einen sonstigen menschenverachtenden Beweggrund im Sinne des § 46 Abs. 2 S. 2 1. Alt. StGB darstellen könnte.⁵³ Durch die Formulierung „sonstige menschenverachtende Beweggründe“ soll jede Form der Hass- und Vorurteilskriminalität berücksichtigt werden.⁵⁴ Sexismus wird im Gesetzesentwurf im Gegensatz zu Antisemitismus und gegen Religion, Behinderung, gesellschaftlichen Status oder sexuelle Orientierung gerichtete Taten nicht als diskriminierender Beweggrund genannt.⁵⁵ Die genannten Gebiete sind jedoch weder abschließend, noch bindend.⁵⁶ Vielmehr sollen die Gerichte den Auffangtatbestand selbst auslegen dürfen.⁵⁷ Die im Gesetzesentwurf genannten Beweggründe sind vergleichbar mit den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmalen.⁵⁸ Dort wird auch ausdrücklich erwähnt, dass niemand wegen seines Geschlechts benachteiligt werden dürfe.⁵⁹ Sexismus ist die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.⁶⁰ Es ist demnach nur richtig, diesen als Vorurteilskriminalität aufzufassen und daher als sonstigen menschenverachtenden Beweggrund anzusehen.⁶¹ Es kommt jedoch auch hier immer auf eine Gesamtbetrachtung der Tatumstände an.⁶² Catcalling fällt demnach nicht per se unter die Strafschärfung des

⁴² *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 185 Rn. 4; *BGH*, NJW 1989, 3028 (3028); *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 185 Rn. 6.

⁴³ *BGH*, NSStZ 2018, 603 (603); *BGH*, NJW 1989, 3028 (3029).

⁴⁴ *BGH*, NSStZ-RR 2006, 338 (339).

⁴⁵ *BGH*, NSStZ-RR 2006, 338 (339); *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 185 Rn. 4; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 185 Rn. 6.

⁴⁶ *BGH*, NSStZ 1992, 33 (34).

⁴⁷ *BGH*, NSStZ 2018, 603 (603); *BGH*, NJW 1989, 3028 (3029).

⁴⁸ *BGH*, NSStZ 1992, 33 (34).

⁴⁹ *BGH*, NSStZ 2018, 603 (603); *BGH*, NJW 1989, 3028 (3029).

⁵⁰ *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 185 Rn. 4.

⁵¹ *BVerfG*, NJW 1993, 996 (996, 2. Leitsatz); Vgl. *BGH*, NJW 1989, 3028 (3029).

⁵² *BGH*, NJW 1989, 3028 (3028); *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 185 Rn. 4; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 184i Rn. 2; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 185 Rn. 6.

⁵³ Deutscher Juristinnenbund (Fn. 13), S. 4.

⁵⁴ *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 46 Rn. 15b.

⁵⁵ BT-Drs. 18/3007, S. 15; *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 46 Rn. 15b.

⁵⁶ BT-Drs. 18/3007, S. 16; *Maier*, in: MüKo-StGB, § 46 Rn. 202.

⁵⁷ BT-Drs. 18/3007, S. 16; *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 46 Rn. 15b.

⁵⁸ Vgl. *Kischel*, in: BeckOK-GG, 46. Ed. (2021), Art. 3 Rn. 220 ff.

⁵⁹ Vgl. *Kischel*, in: BeckOK-GG, Art. 3 Rn. 219.

⁶⁰ Duden, Definition Sexismus, 2020.

⁶¹ Deutscher Juristinnenbund (Fn. 13), S. 4.

⁶² *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 46 Rn. 15c.

§ 46 Abs. 2 S. 2 1. Alt. StGB.

3. Belästigung der Allgemeinheit (§ 118 OWiG)

Zur Erfüllung der Norm bedarf es einer „grob ungehörigen Handlung, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen.“ Als grob ungehörig kann eine Handlung erst gesehen werden, wenn die anerkannten Regeln von Sitte, Anstand und Ordnung so missachtet werden, dass daraus unmittelbar eine psychische oder physische Belästigung oder Gefährdung der Allgemeinheit und gleichzeitig eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung resultieren könnte.⁶³ Dabei muss es sich um die objektive Missachtung der, für eine offene Gesellschaft notwendigen, Mindestregeln handeln.⁶⁴ Anhand dieser Definition ist offensichtlich, dass es immer einer Einzelfallbetrachtung bedarf.⁶⁵ Außerdem muss das Merkmal der Allgemeinheit, also einer zufälligen unbestimmten Mehrheit von Personen, erfüllt sein. Wenn sich die grob ungehörige Handlung nur gegen eine Einzelperson richtet, so müsste die Handlung wenigstens für die Allgemeinheit wahrnehmbar gewesen sein (auf die tatsächliche Wahrnehmung kommt es hingegen nicht an; abstrakt darf diese Möglichkeit jedoch nicht sein) und deren unmittelbare Belästigung oder Gefährdung zur Folge gehabt haben.⁶⁶ Als Belästigung zählt ein nicht nur geringfügiges Unbehagen körperlicher oder seelischer Natur (z.B. eine starke Beunruhigung).⁶⁷

Unzüchtige mündliche Äußerungen gegenüber einem Dritten können als Belästigung der Allgemeinheit gelten.⁶⁸ Dazu kann mitunter auch Catcalling zählen.⁶⁹ Worte allein reichen jedoch nicht immer, um das Scham- und Sittlichkeitsgefühl der Allgemeinheit in strafwürdiger Weise zu verletzen.⁷⁰ Die Schwelle sollte dabei aufgrund der Definition der grob ungehörigen Handlung auch nicht zu niedrig liegen.⁷¹ Außerdem gilt grundlegend, dass Äußerungen, die nach § 185 StGB nicht sanktioniert werden würden, auch nicht von § 118 OWiG erfasst werden.⁷² Diese Regel bezieht sich allerdings insbesondere auf die freie Meinungsäußerung, es ist daher fraglich, ob dies auch im Bereich von Catcalling zutreffend ist. Es bedarf folglich immer einer Gesamtbetrachtung, z.B. wäre das Tatbestandsmerkmal der Allgemeinheit nicht erfüllt, wenn eine Frau nachts auf der Straße von einem Mann belästigt wird, aber niemand Weiteres in der Nähe ist, der sich dadurch ebenfalls unwohl fühlen würde. Dass genau solche Fälle, die für die Frau vermutlich noch unangenehmer sind, gerade nicht unter den Tatbestand fallen, spricht dagegen, den § 118 OWiG als Grundlage für die Sanktionierung von Catcalling zu nutzen.

4. Grob anstößige und belästigende Handlungen (§ 119 Abs. 1 Nr. 1 OWiG)

Nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 OWiG handelt „ordnungswidrig, wer öffentlich in einer Weise, die geeignet ist, andere zu belästigen, Gelegenheit zu sexuellen Handlungen anbietet, ankündigt, anpreist oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntgibt“. Sexuelle Handlungen sind solche, die am eigenen oder fremden Körper vorgenommen werden oder

⁶³ Senge, in: KK-OWiG, 5. Auflage (2018), § 118 Rn. 6; Bohnert/Krenberger/Krumm, in: Krenberger/Krumm, OWiG, 6. Auflage (2020), § 118 Rn. 4.

⁶⁴ Senge, in: KK-OWiG, § 118 Rn. 6.

⁶⁵ Senge, in: KK-OWiG, § 118 Rn. 6.

⁶⁶ Senge, in: KK-OWiG, § 118 Rn. 9 f.; Bohnert/Krenberger/Krumm, in: Krenberger/Krumm, OWiG, § 118 Rn. 6.

⁶⁷ Senge, in: KK-OWiG, § 118 Rn. 13.

⁶⁸ BGH, NJW 1958, 1788 (1788 f.); Senge, in: KK-OWiG, § 118 Rn. 13.

⁶⁹ Deutscher Juristinnenbund (Fn. 13), S. 5.

⁷⁰ Vgl. BGH, NJW 1958, 1788 (1789).

⁷¹ Senge, in: KK-OWiG, § 118 Rn. 6.

⁷² OVG Bautzen, BeckRS 2019, 9203, Rn. 6; Bohnert/Krenberger/Krumm, in: Krenberger/Krumm, OWiG, § 118 Rn. 1.

werden sollen und deren Hauptmerkmal das Geschlechtliche ist.⁷³ Dabei muss der Adressat zwingend mit eingebunden sein.⁷⁴ Zur Erfüllung des Tatbestandes ist es unerheblich, dass die sexuelle Handlung ohne ein Entgelt angeboten wird.⁷⁵ Belästigend ist das Verhalten (ebenso wie bei § 118 OWiG), wenn das körperliche oder seelische Wohlbefinden nicht nur geringfügig beeinträchtigt wird.⁷⁶ Die Belästigung muss jedoch nur abstrakt möglich sein.⁷⁷

Es kann durchaus Fälle geben, in denen Catcalling den Tatbestand des § 119 Abs. 1 Nr. 1 OWiG erfüllt, sofern der Täter eine Aussage dahingehend macht, dass er zu sexuellem Kontakt mit der betroffenen Person bereit wäre. Es kommt dabei aber wieder auf eine Einzelfallbetrachtung an. Wenn die Äußerung des Täters zwar belästigend ist, er dabei jedoch nicht für eine sexuelle Handlung wirbt, fällt eine solche nicht unter den Tatbestand.

Fraglich ist jedoch, ob Catcalling überhaupt vom Normzweck gedeckt ist. Mit der Vorschrift soll eigentlich gegen Straßenprostitution vorgegangen werden.⁷⁸ Außerdem soll § 184 StGB ergänzt werden, also die Verbreitung pornografischer Schriften.⁷⁹ Dies spricht eher gegen eine Anwendung auf Catcalling. Es geht jedoch auch darum, dass Teile der Bevölkerung davor geschützt werden, ungewollt mit sexuellen Handlungen konfrontiert zu werden.⁸⁰ Dass die Norm einen Sonderfall zu § 118 OWiG regelt⁸¹, spricht ebenfalls dafür, dass der Normzweck sich auch auf Catcalling bezieht. Da außerdem kein Entgelt für die sexuelle Handlung gefordert werden muss, ist der Tatbestand demnach auch für Fälle außerhalb der Prostitution erfüllt.⁸² Trotzdem soll der Anwendungsbereich nicht grenzenlos ausgefüllt werden.⁸³ Sofern die sexuelle Handlung aber tatsächlich wie eine Ware angepriesen oder in anstößiger Form vermarktet wird, sind die Äußerungen vom Normzweck gedeckt.⁸⁴ Dies kann in manchen Einzelfällen auch beim Catcalling erfüllt sein.⁸⁵

5. Zwischenergebnis

Es gibt Möglichkeiten, Catcalling zu sanktionieren.⁸⁶ Um bestimmte Tatbestände zu erfüllen, müssen jedoch auch weitere Merkmale erfüllt werden. Dies führt dazu, dass winzige Unterschiede in Formulierungen oder der Situation über die Sanktionierung entscheiden. Letztendlich handelt es sich um Einzelfallentscheidungen, die im Rahmen der nicht körperlichen sexuellen Belästigung jedoch teilweise ungerecht erscheinen können. Einen Tatbestand, der möglichst viele Fälle von Catcalling erfasst und dabei für mehr Einheitlichkeit sorgt, gibt es bisher noch nicht.⁸⁷

IV. Bedarf und Nutzen eines eigenen Straftatbestandes

Ein Grundprinzip des Strafrechts ist es, dass Strafe nur als Ultima Ratio dienen soll.⁸⁸ Eine Sanktionierung muss

⁷³ Weiner, in: BeckOK-OWiG, 30. Edition (2021), § 119 Rn. 3; Bohnert/Krenberger/Krumm, in: Krenberger/Krumm, OWiG, § 119 Rn. 2.

⁷⁴ Bohnert/Krenberger/Krumm, in: Krenberger/Krumm, OWiG, § 119 Rn. 3.

⁷⁵ Weiner, in: BeckOK-OWiG, § 119 Rn. 11.

⁷⁶ Kurz, in: KK-OWiG, § 119 Rn. 15.

⁷⁷ Bohnert/Krenberger/Krumm, in: Krenberger/Krumm, OWiG, § 119 Rn. 24.

⁷⁸ Weiner, in: BeckOK-OWiG, § 119 Rn. 13.

⁷⁹ Bohnert/Krenberger/Krumm, in: Krenberger/Krumm, OWiG, § 119 Rn. 2; Weiner, in: BeckOK-OWiG, § 119 Rn. 2.

⁸⁰ Bohnert/Krenberger/Krumm, in: Krenberger/Krumm, OWiG, § 119 Rn. 1; Kurz, in: KK-OWiG, § 119 Rn. 2.

⁸¹ Kurz, in: KK-OWiG, § 119 Rn. 2.

⁸² Kurz, in: KK-OWiG, § 119 Rn. 11.

⁸³ Kurz, in: KK-OWiG, § 119 Rn. 11, 2.

⁸⁴ Kurz, in: KK-OWiG, § 119 Rn. 2.

⁸⁵ Deutscher Juristinnenbund (Fn. 13), S. 5.

⁸⁶ Deutscher Juristinnenbund (Fn. 13), S. 3, 5.

⁸⁷ Befragung von Anja Schmidt in: Bredow, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/catcalling-petition-fordert-verbale-sexuelle-belaestigung-unter-straefe-zu-stellen-a-862bebe2-b22f-4a3b-9996-8c335dd23a76> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

⁸⁸ Jahn/Brodowski, JZ 2006, 969 (969); Kaspar/Walter, Strafen „im Namen des Volkes“?, 2019, S. 8.

immer dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen. Dies gebietet, dass der Gesetzgeber zunächst alle milderen Mittel ausschöpft, welche die unerwünschte Tat unterbinden können.⁸⁹ Das Ultima Ratio-Prinzip beschränkt jedoch nur das Kriminalstrafrecht, also alle Tatbestände, bei denen eine Freiheitsstrafe abstrakt angeordnet werden könnte.⁹⁰ Es schränkt folglich nicht das Ordnungswidrigkeitenrecht ein.⁹¹ Trotzdem muss auch dabei immer die Verhältnismäßigkeit beachtet werden, da im Rahmen von Verhaltensverboten zumindest immer Art. 2 Abs. 1 GG eingeschränkt wird.⁹² Es bedarf also immer eines legitimen Zwecks, der in geeigneter, erforderlicher und angemessener Weise in die Grundrechtseinschränkung resultiert.⁹³ Sofern ein Verhalten niemand anderen schädigt, wäre ein Grundrechtseinschränkung nicht angemessen.⁹⁴ Die Sozialschädlichkeit ist das Minimalkriterium, um einen Straftatbestand zu rechtfertigen.⁹⁵

1. Schaden durch Catcalling

Zunächst muss analysiert werden, inwiefern Catcalling sozialschädlich ist bzw. welche Rechtsgüter durch einen entsprechenden Straftatbestand geschützt werden würden.

Catcalling ist einerseits auf die Missachtung der Privatsphäre gerichtet („Wenn jemand einfach in deine Wohnung geht und dir sagt, wie schön diese aussehe, wärst du vermutlich sehr viel entsetzter über diese ungewollte Störung, als dass du dich über das Kompliment freuen könntest.“⁹⁶) und hat andererseits die Steigerung der Angst vor Vergewaltigung zur Folge.⁹⁷ Die Missachtung der Privatsphäre wird teilweise mit einer Missachtung von Frauen gleichgesetzt.⁹⁸ Begründet wird diese Deutung damit, dass Frauen generell als das schwächere und verletzlichere Geschlecht gesehen werden und es daher nicht problematisch sei, in ihre Privatsphäre einzudringen.⁹⁹ Die Angst vor Vergewaltigung resultiere daraus, dass Frauen bereits von der Kindheit an darauf aufmerksam gemacht werden, dass sie sich möglichst vor Vergewaltigungen schützen müssen.¹⁰⁰ Diese Angst könne auch nicht einfach als Paranoia abgetan werden, immerhin gab es im Jahr 2020 laut PKS 9.872 erfasste Fälle von Vergewaltigung oder sexueller Nötigung in Deutschland (94,46% der Opfer waren Frauen).¹⁰¹ Die Dunkelziffer liegt jedoch wesentlich höher, da nur ca. 5% der tatsächlich stattgefundenen Fälle sexueller Gewalt angezeigt werden.¹⁰² Jede siebte Frau habe seit dem 16. Lebensjahr eine strafrechtlich relevante Form erzwungener sexueller Handlung erlebt und insgesamt 40% der Frauen sind Opfer körperlicher und/ oder sexueller Gewalt geworden.¹⁰³ Außerdem kann die Belästigung auf der Straße auch als Vorstufe einer Vergewaltigung dienen.¹⁰⁴

Allgemein kann Catcalling dem Opfer sowohl in emotionaler, als auch körperlicher Weise schaden.¹⁰⁵ Direkt nach

⁸⁹ *Gräber/Horten*, FPPK 2021, 205 (207); *Windsberger*, LTO, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/catcalling-stgb-straft-recht-sexismus-petition-bgh-ordnungswidrigkeit-frankreich/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

⁹⁰ *Jahn/Brodowski*, JZ 2006, 969 (970).

⁹¹ *Jahn/Brodowski*, JZ 2006, 969 (970).

⁹² *Jahn/Brodowski*, JZ 2006, 969 (970).

⁹³ *Kaspar/Walter*, S. 8.

⁹⁴ *Kaspar/Walter*, S. 8; *Windsberger*, LTO, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/catcalling-stgb-straft-recht-sexismus-petition-bgh-ordnungswidrigkeit-frankreich/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

⁹⁵ *Windsberger*, LTO, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/catcalling-stgb-straft-recht-sexismus-petition-bgh-ordnungswidrigkeit-frankreich/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

⁹⁶ *Kissling/Kramarae*, WSIC 1991, 75 (83).

⁹⁷ *Bowman*, Harv. Law Rev. 1993, 517 (535); *Fairchild/Rudman*, Soc. Justice Res. 2008, 338 (338).

⁹⁸ *Kissling/Kramarae*, WSIC 1991, 75 (83).

⁹⁹ *Kissling/Kramarae*, WSIC 1991, 75 (83); *Bowman*, Harv. Law Rev. 1993, 517 (540); *DelGreco/Christensen*, Sex Roles 2020, 473 (474).

¹⁰⁰ *Kissling/Kramarae*, WSIC 1991, 75 (85).

¹⁰¹ PKS 2020, Grundtabelle Schlüssel 111000.

¹⁰² Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland, 2004, S. 17.

¹⁰³ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Fn. 102), S. 7.

¹⁰⁴ *Laniya*, Columbia J. Gend. Law 2005, 91 (104).

¹⁰⁵ *Heben*, S. Cal. Rev. Law Wom. Stud. 1994, 183 (204); *Laniya*, Columbia J. Gend. Law 2005, 91 (103).

der Belästigung fühlt sich das Opfer vielleicht ängstlich, frustriert, bedroht oder hilflos.¹⁰⁶ Körperliche Reaktionen können Muskelanspannung, Atemprobleme, Taubheit, Schwindelgefühl, Übelkeit, Bauchkrämpfe, Zittern, Sodbrennen und Herzrasen sein.¹⁰⁷ Viel entscheidender sind jedoch spätere Schäden. Das Selbstwertgefühl der Frauen wird durch die Bewertung als Sexobjekt geschwächt und ihr Vertrauen in Männer sinkt.¹⁰⁸ Frauen verbinden ein schlechtes Gefühl mit ihrem Körper oder schämen sich sogar für diesen und ihre Sexualität.¹⁰⁹ Eventuell bekommen Frauen das Gefühl, dass sie nicht nach draußen gehören und definieren danach ihren Platz in der Gesellschaft.¹¹⁰ Je öfter eine Frau solche Erlebnisse erfährt, desto größer wird ihre Angst davor, wenn sie auf die Straße geht.¹¹¹ Diese Angst führt teilweise auch zu genereller Anspannung in der Öffentlichkeit.¹¹² Teilweise wird die Handlungsfreiheit der Frau durch die Angst eingeschränkt, z.B. trauen sich manche Frauen nicht im Dunkeln unbegleitet auf die Straße, nehmen einen Umweg in Kauf, um bestimmte Gegenden zu umgehen oder vermeiden Tätigkeiten wie Joggen oder den Gang ins Fitnessstudio.¹¹³ Weitere Folgen können außerdem Depressionen, Angstzustände und Schlafstörungen sein.¹¹⁴

Die Art der Beeinträchtigung von Catcalling kann aber auch je nach Opfer variieren.¹¹⁵ So könnten z.B. nicht heterosexuelle Frauen das Gefühl haben, ihre Sexualität würde abgestritten werden.¹¹⁶ Dieses Problem ist je nach sexueller Identität weitreichender.¹¹⁷ Noch schlimmer sind die Auswirkungen bei Frauen, die zuvor in ihrem Leben vergewaltigt wurden bzw. sexuelle Gewalt erlebt haben.¹¹⁸ Der Täter weiß meistens nicht, dass sein Opfer bereits sexuelle Gewalt erlitten hat und hat daher vielleicht auch nicht mit einer Überreaktion gerechnet. Aufgrund der hohen Anzahl an Sexualdelikten, kann er dies aber nicht generell ausschließen.¹¹⁹

Eine weitere Differenzierung sollte außerdem in Bezug auf männliche Opfer erfolgen, da bisher nur die Schäden für weibliche Opfer beleuchtet wurden. Männer nehmen Sexismus anders wahr als Frauen. Dies ist einerseits auf unterschiedliche Definitionen von Sexismus zurückzuführen und andererseits auf eine andere Sensibilität für das Thema.¹²⁰

Über die Auswirkungen auf Männer wird weniger geschrieben, was wiederum daran liegen könnte, dass Männer ungern über Ereignisse dieser Art berichten aus „Scham vor Unmännlichkeit“. ¹²¹ Obwohl jeder zwölfte Mann sexuelle Gewalt in Kindheit und Jugend erlebt hat, wird das Thema leider teilweise noch tabuisiert.¹²² Trotzdem gibt es Studien, die belegen, dass die psychischen Auswirkungen auf Männer die gleiche Intensität aufweisen, wie die auf Frauen.¹²³ Männer erleiden sogar häufiger Depressionen durch sexuelle Belästigung.¹²⁴ Dies könnte daran liegen, dass Männer versuchen, allein mit dem Erlebten klarzukommen, dieses gegebenenfalls gar nicht wahrhaben

¹⁰⁶ *Bowman*, Harv. Law Rev. 1993, 517 (537); *Heben*, S. Cal. Rev. Law Wom. Stud. 1994, 183 (204).

¹⁰⁷ *Heben*, S. Cal. Rev. Law Wom. Stud. 1994, 183 (201).

¹⁰⁸ *Laniya*, Columbia J. Gend. Law 2005, 91 (103); *Heben*, S. Cal. Rev. Law Wom. Stud. 1994, 183 (204); *Fairchild/Rudman*, Soc. Justice Res. 2008, 338 (338).

¹⁰⁹ *Bowman*, Harv. Law Rev. 1993, 517 (538).

¹¹⁰ *Bowman*, Harv. Law Rev. 1993, 517 (541).

¹¹¹ *Heben*, S. Cal. Rev. Law Wom. Stud. 1994, 183 (203 f.).

¹¹² *Heben*, S. Cal. Rev. Law Wom. Stud. 1994, 183 (204).

¹¹³ *Gardener*, SI 1980, 328 (345); *Bowman*, Harv. Law Rev. 1993, 517 (539).

¹¹⁴ *DelGreco/Christensen*, Sex Roles 2020, 473 (477).

¹¹⁵ *Tran*, Hastings Women's Law J. 2015, 185 (187).

¹¹⁶ *Heben*, S. Cal. Rev. Law Wom. Stud. 1994, 183 (193).

¹¹⁷ *Tran*, Hastings Women's Law J. 2015, 185 (187).

¹¹⁸ *Bowman*, Harv. Law Rev. 1993, 517 (536).

¹¹⁹ *Bowman*, Harv. Law Rev. 1993, 517 (536).

¹²⁰ *Wippermann* (BMFSFJ), S. 16 f.; *Scarduzio/Geist-Martin*, Manag. Commun. Q. 2010, 419 (439).

¹²¹ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Gewalt gegen Männer, 2004, S. 9; *Scarduzio/Geist-Martin*, Manag. Commun. Q. 2010, 419 (421 f.).

¹²² Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Fn. 121), S. 7, 9, 14.

¹²³ *Street/Gradus/Stafford/Kelly*, JCCP 2007, 464 (465).

¹²⁴ *Street/Gradus/Stafford/Kelly*, JCCP 2007, 464 (468).

wollen, anstatt mit jemandem darüber zu reden, auch vor Angst, dass ihnen nicht geglaubt werden würde.¹²⁵ Zwar sind Frauen häufiger von Catcalling betroffen (Männer erleben sexuelle Belästigung hingegen eher am Arbeits- oder Ausbildungsplatz), das ändert aber nichts daran, dass Männer ebenso Opfer werden können und dadurch geschädigt werden.¹²⁶ Männer würden zudem eher geschockt auf sexuelle Belästigung reagieren als Frauen, da eine solche nicht der Norm bzw. den Erwartungen entspreche.¹²⁷ Während Schäden bei Frauen hauptsächlich aus der Angst vor Vergewaltigung entstehen, resultieren solche bei Männern eher aus dem Druck, nicht in die für sie vorgesehene Geschlechterrolle zu passen.¹²⁸ (Toxische) Männlichkeit setze Stärke, Macht, Kontrolle und Tapferkeit voraus, diese Eigenschaften würden dem Mann durch sexuelle Belästigung aberkannt werden.¹²⁹

Catcalling hat ebenso Auswirkungen auf die Allgemeinheit, insbesondere auf die Beziehung zwischen den Geschlechtern: Einerseits machen sich Frauen von Männern abhängig, indem sie sich z.B. einen Beschützer für den Heimweg suchen und andererseits können Männer Frauen, ganz unabhängig von guten Absichten, kaum ansprechen, ohne ein gewisses Misstrauen zu erwecken.¹³⁰

Sexuelle Belästigung ist außerdem nicht selten. 60% der deutschen Frauen haben, seit sie 15 sind, wenigstens einmal eine Form (physisch, verbal oder non-verbal) sexueller Belästigung erlitten.¹³¹ 21% der Europäerinnen innerhalb der letzten zwölf Monate.¹³² In einer Pilotstudie zu Sexismus im Alltag geben hingegen nur 42% der Frauen, aber dafür 32% der Männer an, sexistische Zeichen oder Übergriffe auf sich zu erleben.¹³³ 8% der Frauen (7% der Männer) sogar wöchentlich, am stärksten davon betroffen sind Frauen zwischen 16 und 24 Jahren. Von den sexuellen Übergriffen kommen 60% (bzw. bei Männern 46%) von Unbekannten.¹³⁴ Wenn es um die gesamte Lebenszeitprävalenz geht, waren 52% der Frauen (und 31% der Männer) von Sexismus durch Unbekannte betroffen.¹³⁵ Das Problem ist offensichtlich weit verbreitet.

Die Auswirkungen von Catcalling sind somit sehr viel stärker, als man vielleicht erwarten würde: neben dem Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung, sind außerdem die körperliche und seelische Unversehrtheit gefährdet, wodurch gewissermaßen die Freiheit eingeschränkt wird.¹³⁶ Es gäbe daher einen Bedarf und einen legitimen Grund für einen Straftatbestand.¹³⁷

2. Konkretisierung eines Tatbestandes

Definiert werden müsste nun noch, was alles unter einen solchen Straftatbestand fallen sollte, also wo sanktionswürdiges Catcalling beginnt.

Es gibt die Ansicht, dass nur Männer Täter bzw. nur Frauen Opfer von sexueller Belästigung sein könnten und daher auch nur dies vom Tatbestand erfasst werden sollte.¹³⁸ Nachdem aber gezeigt wurde, dass auch Männer unter den Folgen von Catcalling leiden können, wäre es nicht mit dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz zu vereinbaren,

¹²⁵ Scarduzio/Geist-Martin, Manag. Commun. Q. 2010, 419 (439).

¹²⁶ Street/Gradus/Stafford/Kelly, JCCP 2007, 464 (471); Wippermann (BMFSFJ), S. 34.

¹²⁷ Street/Gradus/Stafford/Kelly, JCCP 2007, 464 (472).

¹²⁸ Street/Gradus/Stafford/Kelly, JCCP 2007, 464 (471 f.); Scarduzio/Geist-Martin, Manag. Commun. Q. 2010, 419 (440).

¹²⁹ Scarduzio/Geist-Martin, Manag. Commun. Q. 2010, 419 (423).

¹³⁰ Bowman, Harv. Law Rev. 1993, 517 (540).

¹³¹ FRA, Violence against Women: an EU-wide survey, 2015, S. 99.

¹³² A.a.O., S. 98.

¹³³ Wippermann (BMFSFJ), S. 37.

¹³⁴ Wippermann (BMFSFJ), S. 42.

¹³⁵ Wippermann (BMFSFJ), S. 44.

¹³⁶ Fairchild/Rudman, Soc. Justice Res. 2008, 338 (338); Heben, S. Cal. Rev. Law Wom. Stud. 1994, 183 (204); Laniya, Columbia J. Gend. Law 2005, 91 (103); Gardener, SI 1980, 328 (345); Bowman, Harv. Law Rev. 1993, 517 (539).

¹³⁷ Tran, Hastings Women's Law J. 2015, 185 (189); Heben, S. Cal. Rev. Law Wom. Stud. 1994, 183 (212).

¹³⁸ Gardener, SI 1980, 328 (329); Fairchild/Rudman, Soc. Justice Res. 2008, 338 (339); Gräber/Horten, FPPK 2021, 205 (205).

den Tatbestand dermaßen einzuschränken.

Wie weit der Tatbestand reichen sollte, ist abhängig davon, welche Rechtsverletzung man als Grundlage für die Sanktionswürdigkeit annimmt.

a) *Recht auf sexuelle Selbstbestimmung*

Nach einer Ansicht dürfte, um die Verhältnismäßigkeit zu bewahren, nicht jeder Ausdruck von sexistischer Alltagskultur strafbar werden, es muss eine Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung vorliegen.¹³⁹ Das allgemeine Verständnis von Catcalling würde zu viel unter den Straftatbestand fallen lassen, wie z.B. Pfeifen oder Hupen.¹⁴⁰ Sofern die sexuelle Belästigung auf nicht körperliche Art erfolgt, muss das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung derart verletzt werden, dass dem Opfer gezielt Sexualität auf unerwünschte, erhebliche und unangemessene Weise aufgedrängt wird.¹⁴¹ Dies könne der Fall sein, wenn der Betroffene in ein sexuelles Geschehen hineingezogen wird, die Belästigung andauert, der Betroffene sich einer solchen Situation nicht entziehen kann, die Belästigung bedrohlich wirkt oder den Betroffenen herabwürdigt.¹⁴² Eine Herabwürdigung liegt vor, wenn der Betroffene in eine Rolle als Sexualobjekt gewiesen wird, weil dadurch der soziale Achtungsanspruch nicht respektiert wird.¹⁴³ Die Äußerung „Na, hast du Hunger auf einen großen Schwanz?“ wäre nach dieser Auffassung strafbar, die Aussage „Na, dich würde ich gern mal reiten.“ hingegen nicht.¹⁴⁴ Von solch einem Tatbestand gedeckt, wären dann allerdings auch Handlungen, die bereits von § 183 und § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB erfasst sind.¹⁴⁵ Dies sei aufgrund der Gesetzessystematik jedoch ohnehin erstrebenswert.

Formulieren könnte man den Tatbestand folgendermaßen: „Wer eine andere Person verbal, durch Inhalte, Selbstentblößung oder sexuelle Handlungen auf eine Weise, die geeignet ist, sie herabzuwürdigen oder erheblich zu bedrängen, sexuell belästigt, wird mit ... bestraft.“¹⁴⁶

b) *Berücksichtigung aller bedrohten Rechtsgüter*

Wie bereits ausführlich geschildert, liegt die Schädlichkeit von Catcalling nicht allein in der Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung. Es kann mehr als geringfügige körperliche und vor allem psychische Beeinträchtigungen zur Folge haben.¹⁴⁷ Demnach könne der Tatbestand auch weiter gefasst werden.¹⁴⁸ Eine Möglichkeit wäre, die Definition auf jede ungewünschte Äußerung und Tätigkeit mit sexueller Intention, die an öffentlichen Orten gegen eine Person gerichtet wird und diese belästigen soll, zu beziehen.¹⁴⁹ Die Beurteilung, ob eine solche Handlung einen sexuellen Hintergrund hat und belästigend ist, sollte nach einem objektiven Empfängermaßstab beurteilt werden.¹⁵⁰ Dabei ist eine klare Unterscheidung zwischen gutgemeinten Äußerungen wie „Du siehst toll

¹³⁹ Deutscher Juristinnenbund (Fn. 13), S. 5.

¹⁴⁰ Deutscher Juristinnenbund (Fn. 13), S. 5; Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, WD 7 - 3000 – 115/20, S. 4.

¹⁴¹ Deutscher Juristinnenbund (Fn. 13), S. 5; *Arndt*, *Hastings Women's Law J.* 2018, 81 (97).

¹⁴² Deutscher Juristinnenbund (Fn. 13), S. 5.

¹⁴³ Deutscher Juristinnenbund (Fn. 13), S. 5.

¹⁴⁴ Deutscher Juristinnenbund (Fn. 13), S. 5.

¹⁴⁵ Deutscher Juristinnenbund (Fn. 13), S. 4.

¹⁴⁶ Deutscher Juristinnenbund (Fn. 13), S. 6.

¹⁴⁷ *Fairchild/Rudman*, *Soc. Justice Res.* 2008, 338 (338); *Laniya*, *Columbia J. Gend. Law* 2005, 91 (103).

¹⁴⁸ *Nielsen*, abrufbar unter: <https://www.nytimes.com/roomfordebate/2014/10/31/do-we-need-a-law-against-catcalling/street-harassment-law-would-restrict-intimidating-behavior> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

¹⁴⁹ *Nielsen*, abrufbar unter: <https://www.nytimes.com/roomfordebate/2014/10/31/do-we-need-a-law-against-catcalling/street-harassment-law-would-restrict-intimidating-behavior> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021); *Bowman*, *Harv. Law Rev.* 1993, 517 (575); *Heben*, *S. Cal. Rev. Law Wom. Stud.* 1994, 183 (213).

¹⁵⁰ *Tran*, *Hastings Women's Law J.* 2015, 185 (191); *Bowman*, *Harv. Law Rev.* 1993, 517 (576); *Arndt*, *Hastings Women's Law J.* 2018, 81 (99).

aus!“ oder „Lächle doch mal!“ und unangemessenen Äußerungen mit obszöner Wortwahl durchaus gut möglich.¹⁵¹ Auch nach dieser Ansicht würden also Hinterherpfeifen und weniger anzügliche Äußerungen nicht vom Tatbestand gedeckt werden.¹⁵²

Formuliert werden könnte wie folgt: „Wer eine andere Person in der Öffentlichkeit gezielt mit unerwünschten Äußerungen oder Handlungen sexuellen Charakters belästigt, wird mit ... bestraft.“¹⁵³

c) *Stellungnahme*

Es muss ein angemessenes Verhältnis zwischen der zu sanktionierenden Handlung und dem daraus entstehenden Schaden gefunden werden. Der Tatbestand darf weder so weit gefasst sein, dass auch Verhalten darunter fällt, welches gar keinen sanktionswürdigen Schaden zur Folge hat, noch darf er so eng sein, dass er nie zur Anwendung kommt und somit seinen Zweck verfehlt. Beide Möglichkeiten würden zu recht ähnlichen Definitionen führen. Es wird jeweils nicht jedes Verhalten, welches man allgemein als Catcalling bezeichnen könnte, zur Straftat gemacht.¹⁵⁴ Es wird tatsächlich nur sanktioniert, was zu einem Schaden führt. Die Definitionen wären aber auch nicht zu eng, da jeweils genügend Szenarien vorstellbar sind, die den Tatbestand erfüllen würden. Insgesamt sind die einzelnen Tatbestandsmerkmale auch bei beiden Möglichkeiten verständlich formuliert.

Trotzdem unterscheiden sich beide Varianten. Bei der ersten wird auch Verhalten erfasst, welches nicht unter den eigentlichen Begriff Catcalling fällt und außerdem bereits in anderen Normen sanktioniert wird. Der Hauptteil von Catcalling, also verbale sexuelle Äußerungen, würde nur darunter fallen, sofern darin eine Herabwürdigung erfolgt. Der sexuelle Bezug allein reiche offensichtlich nicht. Daraus ergibt sich eben dann, dass die Äußerung „Na, dich würde ich gern mal reiten.“ noch keine Strafbarkeit begründet.¹⁵⁵ Dies sähe bei der zweiten Variante, zu recht, anders aus. Dort reicht es, wenn die Äußerung sexuell konnotiert ist und nach objektivem Empfängerhorizont belästigend ist. Eine Herabwürdigung muss nicht vorliegen, aber die Äußerung müsse den Wunsch sexueller Handlungen enthalten oder durch obszöne Wortwahl belästigend wirken.¹⁵⁶ Die Grenzen sind also etwas weiter gefasst.

Was Catcalling so sozialschädlich macht, ist hauptsächlich, wie häufig es vorkommt.¹⁵⁷ Die Auswirkungen werden immer größer, je öfter man betroffen ist. Während man beim ersten Mal vielleicht nur entsetzt und angespannt ist, wird mit jedem weiteren Mal die Angst immer stärker und das Selbstwertgefühl immer schwächer.¹⁵⁸ Um genau diesen Schaden einzugrenzen, sollten möglichst viele Catcalls vom Tatbestand erfasst werden. Dies wird von der zweiten Variante besser gelöst. Die weitreichenden Folgen von Catcalling können den etwas weitergefassten Tatbestand auch legitimieren. Eventuell kann dadurch auch der generalpräventive Effekt verstärkt werden, weil bei einem nicht ganz so engen Tatbestand eher jegliches Verhalten dieser Art vermieden wird. Andererseits richtet sich der Tatbestand tatsächlich nur auf Catcalling an sich und fasst andere Tatbestände wie Exhibitionismus nicht explizit mit ein. Dies würde jedoch ohnehin nur zu vermeidbaren Konkurrenzen zwischen den Normen führen. Dass diese Variante mehr Äußerungen mit einbezieht, spricht auch nicht für eine Unverhältnismäßigkeit. Anhand

¹⁵¹ *Tran*, Hastings Women's Law J. 2015, 185 (191 f.).

¹⁵² *Tran*, Hastings Women's Law J. 2015, 185 (191).

¹⁵³ *Nielsen*, abrufbar unter: <https://www.nytimes.com/roomfordebate/2014/10/31/do-we-need-a-law-against-catcalling/street-harassment-law-would-restrict-intimidating-behavior> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

¹⁵⁴ Deutscher Juristinnenbund (Fn. 13), S. 5; *Tran*, Hastings Women's Law J. 2015, 185 (191).

¹⁵⁵ Deutscher Juristinnenbund (Fn. 13), S. 5.

¹⁵⁶ *Nielsen*, abrufbar unter: <https://www.nytimes.com/roomfordebate/2014/10/31/do-we-need-a-law-against-catcalling/street-harassment-law-would-restrict-intimidating-behavior> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

¹⁵⁷ *Heben*, S. Cal. Rev. Law Wom. Stud. 1994, 183 (203 f.).

¹⁵⁸ *Heben*, S. Cal. Rev. Law Wom. Stud. 1994, 183 (203 f.).

von Strafraumen und -zumessung kann diese beachtet werden.

Die zweite Variante bzw. Auslegung ist somit (unabhängig von der späteren Formulierung) vorzugswürdig.

3. Effektivität

Es gibt einige Überlegungen, die gegen die Schaffung eines entsprechenden Tatbestandes sprechen könnten. Daher soll im Folgenden erörtert werden, von welchem Nutzen eine entsprechende gesetzliche Grundlage wäre.

a) Vorsatz

Problematisch ist zunächst einmal, wie es mit dem Vorsatz aussehen würde.¹⁵⁹ Täter könnten jederzeit abstreiten, dass sie mit ihrem Verhalten belästigen wollten. Vielleicht wollten sie nur Aufmerksamkeit erregen oder haben versucht, ein Kompliment zu machen.¹⁶⁰ Würde man also eine Belästigungsabsicht voraussetzen, wäre diese in den meisten Fällen kaum nachweisbar.¹⁶¹ Was hingegen regelmäßig nachweisbar und für den Täter schwer abstreitbar sein dürfte, ist der geschlechtsdiskriminierende Charakter: Der Täter wird kaum dementieren können, dass er den Catcall bewusst an eine Frau gerichtet hat und dies bei einem Mann nicht getan hätte (bei Taten gegen Männer dann eben entsprechend).¹⁶²

Das Problem beim subjektiven Tatbestand könnte man – angelehnt an § 185 StGB – dahingehend lösen, dass dem Täter lediglich bewusst sein muss, dass man seine Tat objektiv als belästigend empfinden könnte, er muss keine tatsächliche Belästigungsabsicht haben.¹⁶³ Alternativ könnte man den Vorsatz auch nur auf das Aussprechen der Worte bzw. Ausführen der Tätlichkeit beziehen.¹⁶⁴ Im Normalfall dürfte jedoch beides zum gleichen Ergebnis führen. Da bereits der objektive Tatbestand nach einem objektiven Empfängerhorizont beurteilt wird, muss dem Täter in der Regel bewusst gewesen sein, dass man sein Verhalten belästigend deuten könnte und für den Vorsatz muss er dies ja auch nur billigend in Kauf genommen haben.¹⁶⁵ Man könnte daher die Bedingungen für den Vorsatz bei der Beleidigung parallel auf die verbale sexuelle Belästigung anwenden und dabei würde es sicherlich kaum zu Beweisschwierigkeiten kommen.

b) Anzeigen

Fraglich ist außerdem, ob es überhaupt zu Anzeigen kommen würde. Bereits bei Straftaten, die das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung sehr viel schwerwiegender verletzen, ist die Anzeigenquote äußerst gering (ca. 5% bei sexueller Gewalt).¹⁶⁶ Die Gründe, weswegen sexuelle Gewalttaten nicht angezeigt werden, sind vielseitig. Ein Hauptpunkt ist sicherlich, dass Zufriedenheit mit der Polizeiarbeit nicht immer gegeben ist und die Betroffenen nach Gerichtsverfahren häufig enttäuscht sind.¹⁶⁷ Daher könnten Opfer das Gefühl haben, dass sie nicht ernstgenommen werden.¹⁶⁸ Opfer werden teilweise als Lügner beschuldigt.¹⁶⁹ Es könnte zu einer Stigmatisierung in der

¹⁵⁹ Arndt, Hastings Women's Law J. 2018, 81 (97).

¹⁶⁰ Arndt, Hastings Women's Law J. 2018, 81 (97); Heben, S. Cal. Rev. Law Wom. Stud. 2004, 183 (213).

¹⁶¹ Heben, S. Cal. Rev. Law Wom. Stud. 2004, 183 (214).

¹⁶² Heben, S. Cal. Rev. Law Wom. Stud. 2004, 183 (214).

¹⁶³ Vgl. Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, § 185 Rn. 36; Laniya, Columbia J. Gend. Law 2005, 91 (127).

¹⁶⁴ Bowman, Harv. Law Rev. 1993, 517 (575); Laniya, Columbia J. Gend. Law 2005, 91 (127).

¹⁶⁵ Vgl. Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, § 185 Rn. 14.

¹⁶⁶ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Fn. 102), S. 17 (siehe Fn. 33).

¹⁶⁷ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Fn. 102), S. 17; Heben, S. Cal. Rev. Law Wom. Stud. 2004, 183 (216).

¹⁶⁸ Heben, S. Cal. Rev. Law Wom. Stud. 2004, 183 (216).

¹⁶⁹ Bowman, Harv. Law Rev. 1993, 517 (551); Heben, S. Cal. Rev. Law Wom. Stud. 2004, 183 (217).

Opferrolle kommen und sie müssen sich die Tat immer wieder vergegenwärtigen.¹⁷⁰ Außerdem spielt Scham eine große Rolle, Betroffene sprechen ungern über das Geschehene aus den verschiedensten Gründen. Gerade wenn (nahe) Angehörige die Täter sind, kostet es große Überwindung, sich an jemanden zu wenden.¹⁷¹ Dies sind teilweise Hindernisse, die bei Catcalling keine entscheidende Rolle spielen. Bei Catcalling handelt es sich um Äußerungen von Unbekannten, denen man nicht regelmäßig gegenüber tritt. Es fällt wahrscheinlich leichter, über verbale (und non-verbale) sexuelle Belästigung zu reden, als dies bei schwerer sexueller Gewalt der Fall ist. Dafür können bei weniger schwerwiegenden Taten andere Hinderungsgründe hinzutreten. Der bürokratische und damit zeitliche Aufwand ist im Vergleich zum Nutzen recht hoch.¹⁷² Es kommt ein sozialmoralischer Legitimierungsdruck hinzu – man müsse sich für eine Anzeige erst rechtfertigen.¹⁷³ Dieser Druck ist insbesondere für Frauen erheblich, da ihnen im Gegensatz zu Männern eher Dramatisierung vorgeworfen wird.¹⁷⁴ Oder es kommt zum „Victim blaming“, welches gerade im Bereich des Sexualstrafrechts gern betrieben wird: „Selbst schuld, wenn du dich so freizügig anziehst!“. Was ebenfalls abschreckend wirkt, ist die Beweisbarkeit, gerade wenn es keine Zeugen für die Tat gibt.¹⁷⁵ Solche Probleme gibt es aber auch bei anderen Tatbeständen.¹⁷⁶

Insgesamt kann man allerdings nicht vorhersehen, inwiefern es nicht trotzdem zu Anzeigen kommen würde, wenn es erstmal einen Tatbestand gäbe.¹⁷⁷ Immerhin gibt es durchaus Personen, die nach einem sexistischen Übergriff bereits einmal oder mehrfach Anzeige erstattet haben (ca. 12%).¹⁷⁸

Die Schaffung eines Tatbestandes dürfe aber auch nicht davon abhängig gemacht werden, wie häufig dieser zum Einsatz kommen würde. Es gibt immerhin einen legitimen Grund, rechtlich gegen Catcalling vorzugehen. Viel relevanter ist daher, dass den Betroffenen, welche die Tat anzeigen wollen, auch die Möglichkeit gegeben wird, dies tun zu können.

c) Alternative Lösungsmöglichkeiten außerhalb eines Straftatbestandes

Eine gesetzliche Regelung würde dazu führen, dass die Häufigkeit von Catcalling abnimmt, schon aufgrund des abschreckenden Charakters.¹⁷⁹ Es geht dabei neben der Bestrafung für den Täter auch darum, dass die Gesellschaft lernt, ein solches Verhalten nicht zu tolerieren.¹⁸⁰ Außerdem hätten Opfer eine rechtliche Möglichkeit, gegen verbale sexuelle Belästigung vorzugehen, um ihre grundlegenden Rechte von Mobilität und körperlicher Integrität schützen zu können.¹⁸¹

Aber trotzdem bedarf es zur Bekämpfung eines unerwünschten Verhaltens nicht immer eines Straftatbestandes. Sofern auch andere, mildere Mittel zum gleichen Erfolg führen, sind diese vorzuziehen.¹⁸² Aufgrund des Ultima Ratio-Prinzips darf die Strafe wirklich erst an letzter Stelle kommen.¹⁸³ Dem Staat stehen neben dem Strafgesetz

¹⁷⁰ Wippermann (BMFSFJ), S. 44.

¹⁷¹ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Fn. 102), S. 17.

¹⁷² Wippermann (BMFSFJ), S. 44.

¹⁷³ Wippermann (BMFSFJ), S. 44.

¹⁷⁴ Wippermann (BMFSFJ), S. 45.

¹⁷⁵ *Gräber/Horten*, FPK 2021, 205 (207); *Bredow*, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/catcalling-petition-fordert-verbale-sexuelle-belaestigung-unter-strafe-zu-stellen-a-862bebe2-b22f-4a3b-9996-8c335dd23a76> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

¹⁷⁶ *Bredow*, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/catcalling-petition-fordert-verbale-sexuelle-belaestigung-unter-strafe-zu-stellen-a-862bebe2-b22f-4a3b-9996-8c335dd23a76> (zuletzt abgerufen am 10.05.2021).

¹⁷⁷ *Heben*, S. Cal. Rev. Law Wom. Stud. 2004, 183 (215).

¹⁷⁸ Wippermann (BMFSFJ), S. 45.

¹⁷⁹ *Heben*, S. Cal. Rev. Law Wom. Stud. 2004, 183 (204); *Arndt*, Hastings Women's Law J. 2018, 81 (90).

¹⁸⁰ *Heben*, S. Cal. Rev. Law Wom. Stud. 2004, 183 (219).

¹⁸¹ *Roenius*, DePaul Law Rev. 2016, 831 (840); *Arndt*, Hastings Women's Law J. 2018, 81 (90).

¹⁸² *Gräber/Horten*, FPK 2021, 205 (207).

¹⁸³ *Windsberger*, LTO, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/catcalling-stgb-strafrecht-sexismus-petition-bgh-ordnungs-widrigkeit-frankreich/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

andere Möglichkeiten zur Verfügung, auf das Verhalten seiner Bürger einzuwirken.¹⁸⁴ Ein wichtiger Schritt sollte immer sein, zunächst ein Bewusstsein dafür zu schaffen, dass ein bestimmtes Verhalten sozialschädlich ist. Dies könnte durch Aufklärung in der Schule erfolgen, aber auch an Universitäten, öffentlichen Einrichtungen und Plätzen sollte man Möglichkeiten finden, auf das Thema aufmerksam zu machen.¹⁸⁵ Es würde auch helfen, wenn das Thema medial noch mehr Aufmerksamkeit bekommt.¹⁸⁶ Trotzdem wird Aufklärung allein kaum ausreichen. Den meisten Tätern dürfte bewusst sein, dass ein obszönes Catcalling kein nettes Gespräch mit der Dame nach sich zieht. Dies ändert aber nichts daran, dass es immer wieder versucht wird. Aufklärung allein kann daher nicht die Lösung sein. Es bedarf einer gesetzlichen Regelung.¹⁸⁷

Zu überlegen ist dabei, ob eine Einordnung des Tatbestandes als Ordnungswidrigkeit bereits ausreichen würde. Verbale und non-verbale sexuelle Belästigung ist am unteren Rand der Strafwürdigkeit einzusortieren, daher könnte eine Norm im OWiG ausreichend sein.¹⁸⁸ Bereits die Symbolwirkung eines entsprechenden Paragraphen könne viel bewirken, ein Bußgeld ist ebenso angebracht.¹⁸⁹ Dafür müsste es keine Straftat sein. Allerdings geht man ein Risiko in Bezug auf ein Fehlverhalten eher ein, wenn man weiß, dass man nicht viel mehr zu erwarten hat, als ein Bußgeld.¹⁹⁰ Ebenso wie man das Risiko eingeht, beim Falschparken erwischt zu werden oder man sich nicht an die Höchstgeschwindigkeit hält.¹⁹¹ Die Gefahr, erwischt zu werden, ist recht gering und die Konsequenzen absehbar. Mit dem Ordnungswidrigkeitenrecht wird im Gegensatz zur Kriminalstrafe kein sozialetisches Unwerturteil über den Täter gesprochen.¹⁹² Außerdem müssten Verstöße nicht zwingend von der Bußgeldbehörde verfolgt werden, da das Opportunitätsprinzip gilt.¹⁹³ Dies könnte jedoch dazu führen, dass faktisch nie gegen die Täter ermittelt werden würde, da es sich wohl hauptsächlich um Unbekannte handeln dürfte, bei denen der Aufwand des Ausfindigmachens für die ohnehin schon überlasteten Bußgeldbehörden wohl abschreckend – da oft aussichtslos – wäre. Natürlich möchte man auch die Staatsanwaltschaften, welche aufgrund des Legalitätsprinzips im Strafrecht ermitteln müssten (auf Antrag), nicht überlasten. Dies wäre aber, da es voraussichtlich zu einer überschaubaren Zahl an Strafanzeigen kommt, auch gar nicht der Fall. Um tatsächlich Erfolge zu verzeichnen, wäre diese Lösung daher vermutlich zielführender. Eine Einstufung als Ordnungswidrigkeit wäre aber zunächst ein Anfang und durchaus vertretbar.¹⁹⁴

Eine gesetzliche Regelung zu Catcalling zu treffen, wäre geeignet und angemessen, um dieses sozialschädliche Verhalten einzudämmen. Ob dies im Rahmen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit erfolgt, ist dabei eher nebensächlich.

d) Blick auf andere Länder

Deutschland wäre nicht das erste Land, das Catcalling strafbar machen würde. Beim Blick über die Grenzen findet

¹⁸⁴ *Gräber/Horten*, FPPK 2021, 205 (207).

¹⁸⁵ *Laniya*, Columbia J. Gend. Law 2005, 91 (128).

¹⁸⁶ *Gräber/Horten*, FPPK 2021, 205 (207).

¹⁸⁷ *Tran*, Hastings Women's Law J. 2015, 185 (189); *Heben*, S. Cal. Rev. Law Wom. Stud. 1994, 183 (212); *Laniya*, Columbia J. Gend. Law 2005, 91 (128).

¹⁸⁸ Deutscher Juristinnenbund (Fn. 13), S. 5 f.

¹⁸⁹ *Nielsen*, abrufbar unter: <https://www.nytimes.com/roomfordebate/2014/10/31/do-we-need-a-law-against-catcalling/street-harassment-law-would-restrict-intimidating-behavior> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021); *Tran*, Hastings Women's Law J. 2015, 185 (192); *Bowman*, Harv. Law Rev. 1993, 517 (575); *Bredow*, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/catcalling-petition-fordert-verbale-sexuelle-belaestigung-unter-straefe-zu-stellen-a-862bebe2-b22f-4a3b-9996-8c335dd23a76> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

¹⁹⁰ *Tran*, Hastings Women's Law J. 2015, 185 (192).

¹⁹¹ *Tran*, Hastings Women's Law J. 2015, 185 (192).

¹⁹² *Windsberger*, LTO, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/catcalling-stgb-straefrecht-sexismus-petition-bgh-ordnungswidrigkeit-frankreich/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

¹⁹³ *Windsberger*, LTO, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/catcalling-stgb-straefrecht-sexismus-petition-bgh-ordnungswidrigkeit-frankreich/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

¹⁹⁴ Deutscher Juristinnenbund (Fn. 13), S. 5 f.

man Möglichkeiten, wie das Problem anzugehen wäre.

In Frankreich kann seit 2018 Catcalling als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld von bis zu 750 € geahndet werden (sogar bis zu 1500 € bei erschwerenden Umständen).¹⁹⁵ Insgesamt kam es 2018 zu ca. 700 Geldbußen.¹⁹⁶ Das ist im Vergleich zu den tatsächlichen Vorkommnissen sicherlich nicht viel, aber selbst wenn nur 700 Täter jährlich davon abgehalten werden können, dies eventuell nicht wieder zu tun, so ist das immerhin ein Anfang und wird über die Zeit immer mehr Erfolg bringen. In Portugal ist Catcalling sogar eine Straftat und kann mit Geldbußen von bis zu 120 € oder sogar bis zu einem Jahr Haft bestraft werden.¹⁹⁷ Ähnlich sieht es seit 2014 in Belgien aus; bereits 2013 drohten in Brüssel Bußgelder für sexuelle Belästigung und wurden innerhalb der ersten drei Monate 96 mal ausgestellt.¹⁹⁸ In einer Stadt in Mexico ist Catcalling sogar schon seit 2009 strafbar.¹⁹⁹

e) Eigene Einschätzung

Bereits 2012 hat das Council of Europe's Convention on Violence Against Women (zusammen mit dem Britischen Premierminister) die Kriminalisierung sämtlicher Formen von Belästigung empfohlen.²⁰⁰ Damit ist der Weg zu einem Straftatbestand ganz klar geebnet, dieser wäre im Rahmen der Istanbul-Konvention auch wünschenswert. Andere Länder zeigen bereits, dass es geht. Deutschland hingegen scheint sich mit Delikten, welche die sexuelle Selbstbestimmung schützen sollen, eher schwer zu tun. Auch ein Straftatbestand der körperlichen sexuellen Belästigung ist erst Ende 2016 eingeführt worden, ebenso § 184j StGB.²⁰¹ Sogenanntes „Upskirting“ und „Down-Blousing“ ist sogar erst seit diesem Jahr strafbar.²⁰² Das kann man nicht einmal damit begründen, dass der Anteil von Frauen im Deutschen Bundestag nur ca. ein Drittel beträgt und Männer solche Probleme vielleicht eher übersehen. Die Quote sieht in den meisten Ländern nicht unbedingt besser aus.²⁰³ Es wird gern angeführt, dass das Strafrecht nicht dazu da sei, Sitte und Anstand durchzusetzen.²⁰⁴ Das ist natürlich richtig, aber die Verletzung von Rechtsgütern im Bereich der eben erwähnten Delikte, geht wohl weit über einfache Etikette hinaus. Man(n) ist sich vielleicht oft auch nicht über alle Konsequenzen bewusst, gerade im Bereich von Catcalling sind diese doch sehr viel weitreichender, als man zunächst annehmen würde, aber das kann keine Ausrede sein, ein solches Verhalten gesetzlich zu ignorieren. Auch ist es mit Sicherheit nicht einfach, in jedem Fall eine Abgrenzung beim objektiven Tatbestand vorzunehmen. Aber Recht ist nicht immer einfach, solche Probleme gibt es bei anderen Tatbeständen auch (nicht nur bei der Beleidigung, auch z.B. bei der Untreue). Genau dafür werden Jurist*innen schließlich ausgebildet. Und wenn durch Recht nachvollziehbare Grenzen gezogen werden, was in Ordnung ist und was eben nicht, dann wird damit schließlich allen geholfen. Dafür würde auch schon ein entsprechender Tatbestand im OWiG ausreichen. Dann müsste man aber klar begründen können, weswegen eine Beleidigung eine Straftat darstellt und Catcalling nicht. Die beiden Tatbestände sind sich in vielerlei Punkten ähnlich (ähnliche

¹⁹⁵ Bredow, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/catcalling-petition-fordert-verbale-sexuelle-belaestigung-unterstrafe-zu-stellen-a-862bebe2-b22f-4a3b-9996-8c335dd23a76> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

¹⁹⁶ Bredow, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/catcalling-petition-fordert-verbale-sexuelle-belaestigung-unterstrafe-zu-stellen-a-862bebe2-b22f-4a3b-9996-8c335dd23a76> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

¹⁹⁷ Bates, abrufbar unter: <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/womens-blog/2016/feb/25/portugal-has-made-street-harassment-a-why-hasnt-the-uk> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

¹⁹⁸ Roenius, DePaul Law Rev. 2016, 831 (840); Arndt, Hastings Women's Law J. 2018, 81 (89).

¹⁹⁹ Roenius, DePaul Law Rev. 2016, 831 (840).

²⁰⁰ Arndt, Hastings Women's Law J. 2018, 81 (89).

²⁰¹ BGBI. I, 2016, S. 2460.

²⁰² BGBI. I, 2021, S. 2075.

²⁰³ UN, abrufbar unter: <http://hdr.undp.org/en/indicators/31706> (zuletzt abgerufen 10.5.2021).

²⁰⁴ Windsberger, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/catcalling-stgb-strafrecht-sexismus-petition-bgh-ordnungswidrigkeit-frankreich/> (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

Tathandlung, Vorsatz, Probleme bei der Beweisbarkeit und Abgrenzung). Angenommen jemand zeigt mir im Straßenverkehr den Mittelfinger, dann wird dies als Straftat sanktioniert. Vielleicht ärgere ich mich so sehr darüber, dass ich gegen die Person sogar einen Strafantrag stelle. Aber ansonsten ändert sich nichts weiter für mich. Es wird mich nicht davon abhalten, auch in Zukunft in mein Auto zu steigen. Dieser Vorfall wird aber langfristig keinen Einfluss auf mich haben (vermutlich noch nicht einmal kurzfristig). Ganz anders sieht es aus, wenn ich durch die Stadt laufe und plötzlich jemand sagt: „Dir würde ich gerne ins Gesicht spritzen!“.²⁰⁵ Eventuell ekele ich mich über die Ausdrucksweise, viel entscheidender ist aber, dass ich wahrscheinlich Angst haben werde. Ich werde automatisch schneller laufen, vielleicht geduckt, mein Herz fängt an zu rasen. Denn woher soll man wissen, ob der Kerl einen nicht verfolgt und es nicht nur bei obszönen Worten bleibt. Das Geschehnis ist auch nicht sofort wieder aus den Gedanken verschwunden, vielleicht werde ich das Outfit, das ich getragen habe, zukünftig nicht mehr anziehen wollen, vielleicht werde ich die Straße in Zukunft meiden. Auf jeden Fall werde ich darüber nachdenken, ob ich in irgendeiner Art Anlass zu solch einem Verhalten gegeben habe. Während ich den Mittelfinger schon längst wieder vergessen habe, beschäftigt mich die sexuelle Äußerung doch wesentlich länger. Und trotzdem soll das eine strafbar sein und das andere nicht? Natürlich ist Catcalling nicht so furchtbar, wie die Nötigung zu sexuellen Handlungen oder ähnliche Gewalt, aber es ist in jedem Fall so schlimm wie eine Beleidigung. Ich würde sogar so weit gehen zu sagen, dass es (je nach Äußerung) schlimmer ist und es an Gerechtigkeit fehlt, wenn das eine belangt werden kann und das andere nicht. Es wäre auch ein Anfang, Catcalling zunächst nur als Ordnungswidrigkeit einzuordnen, aber dann bedarf es schon einer ausführlichen Begründung, weswegen Beleidigung nicht auch nur eine Ordnungswidrigkeit ist.

Natürlich kann Catcalling teilweise als Beleidigung strafbar sein, aber dies ist wohl nur für die wenigsten Fälle anzunehmen. § 185 StGB auch auf nicht ehrverletzende Catcalls anzuwenden (wie es teilweise vorgeschlagen wird²⁰⁶), wäre aber ebenso falsch. Die Rechtsgüter sind eben nicht identisch. Außerdem hätte es auch eine größere Symbolwirkung, wenn es einen eigenen Tatbestand für Catcalling geben würde. Dies würde Tätern ganz klar signalisieren, worum es geht: nämlich nicht eine Beleidigung als solche, sondern ungewünschte sexuelle Belästigung.

V. Zusammenfassung

Es ist schwer, Catcalling anders gegenüberzutreten, als mit einer gesetzlichen Regelung. Das Bewusstsein dafür, dass Catcalling in der Gesellschaft nicht gut ankommt, ist bereits da, zumal das Thema in den letzten Jahren immer mehr Aufmerksamkeit bekommen hat.²⁰⁷ Diese Sensibilisierung ist auch wichtig und hat immerhin schon zu einer Sachstandsanalyse durch den Bundestag geführt. Diese ist allerdings nicht weitreichend genug. Es gibt außerdem nicht genügend Studien über Häufigkeit oder Folgen von Catcalling in Deutschland.²⁰⁸ Insgesamt reicht es aber auch nicht, nur über das Thema zu reden. Es gibt bisher keine rechtliche Möglichkeit, mehr als nur wenige Einzelfälle von Catcalling zu sanktionieren.²⁰⁹ Dies führt weder zu Rechtssicherheit in dem Bereich, noch ist es ein sinnvoller Weg, um gegen Catcalling vorzugehen. Einen vernünftigen eigenen Tatbestand zu formulieren, ist durchaus möglich. Ob dieser ins Strafgesetzbuch oder Ordnungswidrigkeitengesetz gehört, ist dabei vermutlich zweitrangig.

²⁰⁵ @catcallsofcologne, Instagram-Beitrag vom 6.4.2021 (zuletzt abgerufen am 10.5.2021).

²⁰⁶ Deutscher Juristinnenbund (Fn. 13), S. 6.

²⁰⁷ *Grüber/Horten*, FPPK 2021, 205 (205).

²⁰⁸ Deutscher Juristinnenbund (Fn. 13), S. 6.

²⁰⁹ Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, WD 7 -3000 -115/20, S. 10.

In den letzten Jahren gab es immer mehr Fortschritte bei der Schaffung von Delikten, welche die sexuelle Selbstbestimmung betreffen. Jetzt bleibt nur noch abzuwarten, wie viele Unterzeichner die Petition „Es ist 2020. Catcalling sollte strafbar sein.“ noch braucht, bis der Handlungsbedarf bezüglich Catcalling erkannt wird.

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Maria Haase

**Zur Formel der „sexualisierten Gewalt gegen Kinder“:
Erst vom Gesetzgeber gewünscht (BT-Drs. 19/23707),
später jedoch verworfen (BT-Drs. 19/24901, 19/27928)
– Darstellung und Würdigung dieser Begriffe**

Friedrich-Schiller-Universität Jena

Juristische Fakultät

Seminar: „Sexualstrafrecht – dogmatische und kriminalpolitische Fragen“

Sommersemester 2021

Abgabedatum: 19.5.2021

bei

Prof. Dr. Edward Schramm

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	142
II. Gegenüberstellung der Missbrauchs- und der Gewaltformel	142
1. <i>Das Unrecht der §§ 176 - 176b oder: die rechtliche Definition des sexuellen Missbrauchs von Kindern</i>	142
a) <i>Schutzgut der §§ 176 ff.</i>	142
b) <i>Vorklärung „Sexuelle Handlung“</i>	143
c) <i>Tatbestände der §§ 176 ff.</i>	143
d) <i>Zwischenergebnis</i>	144
e) <i>Andere Definitionsansätze zum sexuellen Missbrauch</i>	144
2. <i>Reformvorschlag „sexualisierte Gewalt“</i>	145
3. <i>Kritische Würdigung der Begriffe</i>	145
a) <i>Vorklärung: Unterschied sexuelle Gewalt – sexualisierte Gewalt</i>	145
b) <i>Unrechtsgehalt soll klarer umschrieben werden</i>	146
c) <i>Bagatellisierung entgegenwirken</i>	147
d) <i>Brandmarken</i>	148
e) <i>Missbrauch impliziert legalen Gebrauch</i>	148
aa) <i>Objekt des Missbrauchs</i>	148
bb) <i>Sind Fehlinterpretationen möglich?</i>	149
cc) <i>Zwischenergebnis</i>	149
f) <i>Begrifflichkeit im internationalen Gebrauch</i>	149
aa) <i>Richtlinie 2011/92/EU</i>	150
bb) <i>UN-Kinderrechtskonvention</i>	150
g) <i>Missbrauchsbegriff etabliert</i>	151
h) <i>Einseitigkeit der Verantwortung</i>	152
i) <i>Präposition „gegen“</i>	152
j) <i>Inkonsequenz zu den §§ 174 – 174c, 182 StGB</i>	152
III. Zwischenergebnis und Stellungnahme	152
IV. Gegenvorschläge	153
a) <i>Sexueller Kontakt zu Kindern</i>	153
b) <i>Sexuelle Handlungen mit Kindern</i>	153
c) <i>Sexueller Missbrauch der Unterlegenheit von Kindern</i>	154
d) <i>Sexueller Missbrauch an Kindern</i>	154
V. Thesenüberprüfung und Schlusswort	155

I. Einleitung

Die Formulierung „Sexueller Missbrauch von Kindern“, wie sie heute in den §§ 176 – 176b StGB zu lesen ist, steht seit einigen Jahrzehnten in der Kritik, weil sie die legale Gebrauchsmöglichkeit eines Kindes impliziert.¹ So werden häufig Begriffe wie „sexuelle“² oder mancherorts auch „sexualisierte Gewalt“³ bevorzugt. Nun wurde die Gewaltformel in zwei gleichlautende Gesetzentwürfe zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder eingearbeitet.⁴ Gegenstand dieser Arbeit ist daher die Darstellung und Würdigung der Missbrauchs- und der Gewaltformel mit einer anschließenden Diskussion um Gegenvorschläge. Folgende Thesen sollen dabei untersucht werden:

1. Die Formel der „sexualisierten Gewalt gegen Kinder“ erfasst nur einen Teilbereich der Taten, die unter die §§ 176 ff. StGB fallen.
2. Die Formel des „sexuellen Missbrauchs von Kindern“ impliziert sprachlich eine legale Gebrauchsmöglichkeit von Kindern.
3. Der Ausdruck des „sexuellen Missbrauchs“ ist international und in Deutschland etabliert.

II. Gegenüberstellung der Missbrauchs- und der Gewaltformel

Zunächst soll das Unrecht der §§ 176 ff. StGB dargestellt werden, um daraufhin kritisch beleuchten zu können, welche Formulierung sich als sachgerechte Überschrift erweist.

1. Das Unrecht der §§ 176 – 176b oder: die rechtliche Definition des sexuellen Missbrauchs von Kindern

Ursprünglich stammt die heutige Formel aus dem englischen „sexual abuse“.⁵ Seit dem vierten Gesetz zur Reform des Strafrechts von 1973 spricht auch das deutsche StGB vom „sexuelle[n] Mißbrauch [sic] von Kindern“.⁶

Opfer der §§ 176 ff. StGB können nur Personen unter vierzehn Jahren (Kinder) sein. Sie werden vor sexuellen Handlungen mit dem Täter oder Dritten und vor sexuellen Inhalten geschützt. Da Kinder noch nicht die geistige Reife besitzen, eigenverantwortlich von ihrem Recht zur sexuellen Selbstbestimmung Gebrauch zu machen, sind Einwilligungen von Kindern in sexuelle Handlungen nach dem Willen des Gesetzgebers stets unwirksam.⁷

a) Schutzgut der §§ 176 ff. StGB

Zentrales Schutzgut der §§ 176 ff. ist die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern.⁸ *Renzikowski* hebt die

¹ Vgl. *Fischer*, StGB, 68. Aufl. (2021), Vor § 174 Rn. 8; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 176 Rn. 2; Stellungnahme Bundeskoordinierung Spezialisierter Fachberatungen gegen sexualisierte Gewalt in Kindheit und Jugend, S. 8, aufrufbar unter: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw50-pa-recht-schutz-kinder-808830#tab-830108> (zuletzt aufgerufen am 18.5.2021).

² *Brinkmann/Hoffmann*, Handbuch sexuelle Gewalt, 2003, S. 14 f.; *Brockhaus/Kolshorn*, Sexuelle Gewalt gegen Mädchen und Jungen, 1993, S. 22 ff.

³ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, abrufbar unter: <https://staerker-als-gewalt.de/gewalt-erkennen/sexualisierte-gewalt-erkennen> (zuletzt aufgerufen am 18.5.2021); *Gysi/Rüegger*, Handbuch sexualisierte Gewalt, 2018, S. 17 ff.; Stellungnahme Bundeskoordinierung Spezialisierter Fachberatungen gegen sexualisierte Gewalt in Kindheit und Jugend, S. 8.

⁴ BT-Drs. 19/23707 und BT-Drs. 19/2490.

⁵ *Fegert/Hoffmann/Spröber/Liebhardt*, Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen, Bundesgesundheitsblatt 2013, S. 1; *Gloor/Pfister*, Kindheit im Schatten, 2. Aufl. (1996), S. 13; *Goldbeck/Allroggen/Münzer/Rassenhofer/Fegert*, Sexueller Missbrauch, 2017, S. 1.

⁶ *Hörnle*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2010), § 176 Entstehungsgeschichte; BGBl I 1973, S. 1725 ff..

⁷ *Fischer*, StGB, § 176 Rn. 2.

⁸ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 176 Rn. 1-12; *Frommel*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 176 Rn. 10.

Tatsache hervor, dass Kinder noch nicht wirksam in sexuelle Handlungen einwilligen können, obwohl diese Einwilligung die Voraussetzung für einvernehmliche sexuelle Handlungen ist. Werden dann sexuelle Handlungen ausgeführt, sei das Recht des Kindes auf sexuelle Selbstbestimmung verletzt, das Schutzgut der §§ 176 ff. StGB sei also die sexuelle Selbstbestimmung.⁹ Genauer, weil die sexuelle Selbstbestimmungsfähigkeit noch nicht voll entwickelt ist, formuliert es *Fischer* als „die Möglichkeit zur freien Entwicklung sexueller Selbstbestimmungsfähigkeit“¹⁰. Da der sexuelle Missbrauch vielmehr aber auch die gesamte Persönlichkeit eines Kindes verändern und über „Störungen ihrer Sexualität und ihres Bindungsverhaltens“¹¹ hinaus auch beispielsweise Depressionen¹² hervorrufen kann, schützen die §§ 176 ff. StGB – unabhängig davon, ob das Schutzgut systematisch in den 13. Abschnitt des StGB hineinpasst – zielgerichtet¹³ oder zumindest faktisch¹⁴ auch die ungestörte Gesamtentwicklung von Kindern.

b) Vorklärung „Sexuelle Handlung“

Die sexuelle Handlung spielt eine zentrale Rolle in den §§ 176 ff. StGB. Ihr Gegenstand ist die sexuelle Bedürfnisbefriedigung im weiten Sinn, also von der Erregung bis zur Befriedigung.¹⁵ Ob eine Handlung sexuell ist, entscheidet bei mehreren Interpretationsmöglichkeiten ein objektiver Beobachter.¹⁶ Der Vorsatz muss die Sexualbezogenheit der Handlung umfassen.¹⁷ § 184h Nr. 1 StGB stellt klar, dass nur solche Handlungen erfasst werden, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind.

c) Tatbestände der §§ 176 ff. StGB

§ 176 Abs. 1 StGB stellt es unter Strafe, wenn der Täter sexuelle Handlungen an einem Kind vornimmt oder durch das Kind an dem Täter vornehmen lässt. Dem stellt es Abs. 2 gleich, wenn der Täter das Kind dazu bestimmt, diese Handlungen an einem Dritten auszuführen oder von diesem an dem Kind ausführen zu lassen. Abs. 1 und Abs. 2 verbieten somit sexuelle Handlungen mit Körperkontakt.¹⁸ Abs. 3 regelt den besonders schweren Fall. Abs. 4 pönalisiert auch Handlungen ohne Körperkontakt,¹⁹ wenn der Täter sexuelle Handlungen vor einem Kind vornimmt (Nr. 1); wenn er ein Kind dazu bestimmt, sexuelle Handlungen durchzuführen, die nicht schon durch die Abs. 1 und 2 gedeckt sind (Nr. 2); wenn der Täter auf das Kind mittels eines Inhaltes einwirkt, um es zu den Handlungen nach den Abs. 1 und 2 zu bewegen (Nr. 3) oder wenn der Täter auf ein Kind mittels eines pornographischen Inhalts oder durch entsprechende Reden einwirkt (Nr. 4). Abs. 5 stellt bereits bestimmte Vorbereitungsaktionen unter Strafe; Abs. 6 bestraft den Versuch.²⁰

Nach § 176a StGB kann die sexuelle Handlung mit Körperkontakt unter weiteren Voraussetzungen zum schweren sexuellen Missbrauch werden.²¹ Verursacht der Täter durch den sexuellen Missbrauch wenigstens leichtfertig den

⁹ *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 176 Rn. 1.

¹⁰ *Fischer*, StGB, § 176 Rn. 2.

¹¹ *Hörnle*, Sexueller Missbrauch von Kindern: Reges Interesse in der Politik und den Sozialwissenschaften; unzureichende Schutzzweckdiskussion in der Strafrechtswissenschaft, 2009, S. 328.

¹² Vgl. *Hörnle*, in: LK-StGB, § 176 Rn. 1.

¹³ Vgl. *Hörnle*, in: LK-StGB, § 176 Rn. 1-2.

¹⁴ *Bezjak*, Grundlagen und Probleme des Straftatbestandes des sexuellen Missbrauchs von Kindern gemäß § 176, 2015, S. 103 und 116.

¹⁵ *Gössel*, Das neue Sexualstrafrecht, 2005, § 1 Rn. 13 ff.

¹⁶ A.a.O.

¹⁷ A.a.O.

¹⁸ *Gössel*, § 6 Rn. 3.

¹⁹ A.a.O.

²⁰ A.a.O.

²¹ *Gössel*, § 6 Rn. 33.

Tod des Kindes, ist er nach § 176b StGB strafbar.

d) Zwischenergebnis

Zusammengefasst fällt nach der rechtlichen Definition des sexuellen Missbrauchs von Kindern also jede sexuelle Handlung mit Kindern mit oder ohne Körperkontakt, welche im Hinblick jedenfalls auf die Möglichkeit zur freien Entwicklung der sexuellen Selbstbestimmungsfähigkeit von einiger Erheblichkeit sind und die Einwirkung durch entsprechende Inhalte oder Reden.

e) Andere Definitionsansätze zum sexuellen Missbrauch

Daneben reihen sich zahlreiche andere Definitionsansätze, welche sich nach dem Betrachtungswinkel unterscheiden. Die normativen Definitionen, welche einen großen Einfluss auf die rechtliche Definition haben, stellen „von vornherein vorgenommene, abstrakte Bewertungen von Handlungen und Ergebnissen“²² auf, welche stark die Handlung des Täters in den Blick nehmen. Hingegen fällt bei den klinischen Definitionen die Betrachtung mehr auf die Folgen für den Betroffenen, also darauf, ob er sich belastet fühlt, um über die Art und das Maß einer Behandlung entscheiden zu können.²³ Gesellschaftliche Definitionen betonen dagegen die Strukturen von Autorität und Macht, in die Kinder eingebunden sein können.²⁴ So definieren *Brockhaus/Kolshorn* den sexuellen Missbrauch an Kindern als „sexuelle Gewalt, die von älteren oder gleichaltrigen Personen an Kindern ausgeübt wird“²⁵. Gleichzeitig sehen sie den sexuellen Missbrauch mehr als Möglichkeit für den Täter, Macht auszuüben, als sexuellen Trieben nachzugehen.²⁶

Diese Definitionen lassen sich jeweils noch in weite und enge Definitionen einteilen.²⁷ Während unter die weiten Definitionen bereits potenziell schädliche Handlungen wie auch jegliche sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt mit Kindern fallen sollen, umfassen die engen Definitionen erst erwiesenermaßen oder nach sozialem Konsens schädliche Handlungen.²⁸ Daher fallen unter die erste Gruppe bereits obszöne Anreden, Belästigungen und Exhibitionismus²⁹ und unter die zweite Gruppe nur stark abgegrenzte sexuelle Handlungen – meist nur mit Körperkontakt – wie oraler, analer und genitaler Geschlechtsverkehr.³⁰

Dass es für den sexuellen Missbrauch keine einheitliche Definition gibt, zeigt, dass es maßgeblich auf die Herangehensweise ihrer jeweiligen Vertreter ankommt.³¹ Und welche Definition sinnvollerweise heranzuziehen ist, hängt davon ab, welches Erkenntnisziel verfolgt wird.³² So kann es für die rechtliche Definition kaum sinnvoll sein, die Tat allein nach ihren Folgen zu definieren: Täte man dies, blieben viele Taten ein Versuch, allein weil es von der Resilienz des Kindes und vom Zufall abhinge, ob es zur Vollendung gekommen wäre.³³ Im Gegenzug spielt für die Behandlung eines Betroffenen sein Empfinden der Folgen der Tat eine maßgeblichere Rolle³⁴ usw. In dieser Arbeit soll die rechtliche Definition des sexuellen Missbrauchs zugrunde gelegt werden, da für genau

²² *Bange*, in: *Bange/Körner*, Handwörterbuch Sexueller Missbrauch, 2002, S. 47 ff.

²³ A.a.O.; *Amann/Wipplinger*, Sexueller Missbrauch, 3. Aufl. (2005), S. 33 ff.

²⁴ *Amann/Wipplinger*, S. 29 ff.

²⁵ *Brockhaus/Kolshorn*, S. 27 ff.

²⁶ A.a.O.

²⁷ *Bange*, S. 47 ff.

²⁸ A.a.O.

²⁹ *Amann/Wipplinger*, S. 27 ff.

³⁰ *Amann/Wipplinger*, S. 25 ff.

³¹ *Amann/Wipplinger*, S. 35 ff.; vgl. auch: *Bange*, S. 47 ff.

³² Vgl. *Amann/Wipplinger*, S. 35 ff., insbes. S. 36.

³³ Vgl. *Bange*, S. 51.

³⁴ *Bange*, S. 47 ff.; *Amann/Wipplinger*, S. 33 ff.

diese Definitionsmenge (nämlich der des Unrechts der §§ 176 ff. StGB) eine sachgerechte Überschrift gesucht wird.

2. Reformvorschlag „sexualisierte Gewalt“

Das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz hat im August 2020 den Referentenentwurf eines Gesetzes „zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder“ veröffentlicht, welcher vorsieht, den Begriff des „sexuellen Missbrauchs“ in den §§ 176 – 176b StGB durch „sexualisierte Gewalt“ zu ersetzen.³⁵ Die Fraktionen der CDU/CSU und SPD³⁶ und die Bundesregierung³⁷ haben daraufhin Gesetzentwürfe vorgelegt, die jedenfalls in diesem Punkt wortgleich übereinstimmen.³⁸ Das Gesetz selbst wurde im März 2021 zwar vom Bundestag beschlossen,³⁹ allerdings bestimmten es die Änderungen des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, dass es begrifflich auch nach dem Beschluss des Änderungsgesetzes beim „sexuellen Missbrauch“ von Kindern bleiben sollte.⁴⁰ Der Bundesrat hat im Mai 2021 beschlossen, keinen Einspruch nach Art. 77 Abs. 2 GG gegen das Gesetz zu erheben,⁴¹ es bleibt also nur noch das Abschlussverfahren der Gesetzgebung abzuwarten.

3. Kritische Würdigung der Begriffe

Die Begriffe „sexueller Missbrauch“ und „sexualisierte Gewalt“ sollen im Folgenden kritisch betrachtet werden, um ihre Eignung als Überschrift der §§ 176 ff. StGB zu überprüfen.

a) Vorklärung: Unterschied sexuelle Gewalt – sexualisierte Gewalt

Zunächst fällt auf, dass der Reformvorschlag nicht von sexueller, sondern von sexualisierter Gewalt spricht. Fraglich ist, worin der Unterschied zwischen den beiden Ausdrücken liegt. Im Duden findet man zum Wort „sexuell“ die Bedeutung: „die Sexualität betreffend, darauf bezogen“⁴². Das Wort „sexualisieren“ wird so beschrieben: „jemanden, etwas in Beziehung zur Sexualität bringen und die Sexualität in den Vordergrund stellen“⁴³. Es lässt sich also sagen, dass das Wort „sexuell“ die Gewalt beschreibt, welche originär die Sexualität betrifft. Hingegen wird von sexualisierter Gewalt gesprochen, wenn der ursprüngliche Impuls der Gewaltausübung erst sexualisiert wurde. Die Verwendung der Formel „sexualisierte Gewalt“ soll also hervorheben, dass es im Ursprung um die Ausübung von Gewalt geht, bei welcher Sexualität als Ausführungsmittel funktionalisiert wird⁴⁴ – es dem Täter also weniger⁴⁵ um die Befriedigung von Trieben als um die Ausübung seiner Macht geht.⁴⁶

³⁵ Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Bekaempfung_sex_Gewalt_Kinder.html;jsessionid=2239515F49C0E2E02074E959DED65B59.2_cid334?nn=6704238 (zuletzt abgerufen am 18.5.2021).

³⁶ BT-Drs. 19/23707.

³⁷ BT-Drs. 19/24901.

³⁸ In dem Referentenentwurf ist es Artikel 1, 1. und in den Gesetzentwürfen ist es jeweils Artikel 1, 1. a).

³⁹ Siehe Fn. 1.

⁴⁰ BT-Drs. 19/27928, S. 5.

⁴¹ BR-Drs. 285/21.

⁴² Duden, zur Bedeutung des Wortes „sexuell“, abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/sexuell> (zuletzt abgerufen am 18.5.2021).

⁴³ Duden, zur Bedeutung des Wortes „sexualisieren“, abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/sexualisieren> (zuletzt abgerufen am 18.5.2021).

⁴⁴ Unabhängiger Beauftragter für Fragen des sexuellen Kindesmissbrauchs, abrufbar unter: <https://beauftragter-missbrauch.de/praevention/was-ist-sexueller-missbrauch/definition-von-sexuellem-missbrauch> (zuletzt abgerufen am 18.5.2021).

⁴⁵ Brockhaus/Kolshorn, S. 27, sprechen davon, dass es „meistens keine sexuelle Absicht“ gebe; Friedrich in „Tatort Kinderseele“, 1998, S. 14, sogar davon, dass es „ausschließlich mit Gewalt zu tun“ habe.

⁴⁶ Interview mit Prof. Dr. Rolf Pohl, aufrufbar unter: <http://www.gwi-boell.de/de/2010/05/06/sexualisierte-gewalt-als-kriegeswaffe> (zuletzt abgerufen am 18.5.2021).

Dafür spricht auf den ersten Blick, dass die Tätergruppe der §§ 176 ff. StGB heterogen ist. Weniger als die Hälfte der Täter leiden tatsächlich an einer diagnostizierbaren Pädophilie, also einer Störung der Sexualpräferenz aus dem Bereich der Persönlichkeitsstörungen.⁴⁷ Allerdings stehen die Kriterien, nach welchen Pädophilie klinisch diagnostiziert wird, nicht außer Kritik, da sie bei intrapsychischen Vorgängen von den Aussagen der Täter abhängig sind und an einigen Stellen Interpretationsspielräume eröffnen, sodass es sein kann, dass der Anteil pädophiler Täter verzerrt wird.⁴⁸ In jedem Fall aber gibt es die pädophilen Missbrauchstäter, denen man es nicht absprechen kann, dass sie die Tat zumindest auch zur sexuellen Befriedigung begangen haben. Der Begriff der sexualisierten Gewalt würde genau dies verschleiern. Darüber hinaus ist es auch denkbar, dass Kinder von nicht pädophilen Tätern zum Zweck der sexuellen Befriedigung missbraucht werden.

An der Verwendung des Begriffs der „sexualisierten“ Gewalt als Gesamtüberschrift für diesen Problembereich wird weiterhin kritisiert, dass er das Bild zeichne, dass Männer (Anmerkung: das Argument ist aber auch auf weibliche und jugendliche Täter übertragbar) ihre Sexualität so unter Kontrolle hätten, dass sie sie zur Ausübung ihrer Macht jederzeit an- und ausknipsen und notfalls sogar auf Befehl einsetzen könnten.⁴⁹

Die Betrachtung soll aber vordergründig auf das Wort „Gewalt“ gerichtet werden, da bei fehlender Eignung des Wortes „Gewalt“ als Überschrift dahinstehen kann, ob sie sexuell oder sexualisiert genannt werden soll.

b) Unrechtsgehalt soll klarer umschrieben werden

Erklärtes Ziel des Gesetzentwurfes ist es, das Unrecht der Straftaten nach den §§ 176 – 176b StGB klarer beschreiben zu können.⁵⁰ So soll mit dem Begriff der Gewalt besser zum Ausdruck kommen, wie gravierend die Taten nach den §§ 176 ff. StGB sind.⁵¹ Zu untersuchen ist daher, ob der Begriff der sexualisierten Gewalt die Straftat und ihr Unrecht zutreffend beschreibt.

Der Begriff der Gewalt wird im 13. Abschnitt des StGB nicht anders verstanden als im restlichen StGB.⁵² Herausgebildet hat sich die Definition, dass ein jedenfalls geringer körperlicher Kraftaufwand des Täters erforderlich ist, welcher gegen den Körper des Opfers gerichtet sein muss und von diesem als körperlicher Zwang empfunden werden muss.⁵³ Final muss die Absicht hinzukommen, dass der Täter tatsächlich geleistete Gegenwehr überwinden oder erwarteten Widerstand ausschließen will.⁵⁴ Gewalt solle jedoch eng verstanden werden und eine restriktive Auslegung sei geboten, indem unerhebliche Kraftentfaltungen des Täters nicht unter den Gewaltbegriff fallen sollen.⁵⁵ Als Gewalt zählt demnach beispielsweise erst das Festhalten der Hände oder Auseinanderdrücken der Beine.⁵⁶ Hieran wird auch deutlich, dass die Rechtsprechung eine gewisse Hürde daran legt, dass die Gewaltanwendung des Täters auf der Opferseite als körperlich empfunden werden muss.⁵⁷

Es ist auf vielfältige Arten möglich, die Tatbestände der §§ 176 ff. StGB zu erfüllen, ohne Gewalt i.S.d. StGB anzuwenden: Denkbar ist beispielsweise eine sexuelle Berührung ohne gewaltsames Brechen von Widerstand für die Vollendung des § 176 Abs. 1 StGB oder das Vornehmen sexueller Handlungen vor einem Kind für die Vollendung des § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB, wenn es dazu in keiner Weise Zwang bedarf.

⁴⁷ Vgl. Goldbeck/Allroggen/Münzer/Rassenhofer/Fegert, S. 2.

⁴⁸ Heyden/Jarosch, Missbrauchstäter, 2010, S. 16 ff.

⁴⁹ Interview mit Prof. Dr. Rolf Pohl (Fn. 46).

⁵⁰ BT-Drs. 19/23707, S. 2 und 22.

⁵¹ Turhan, KriPoZ 2021, 1 (3 f.).

⁵² Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 26.

⁵³ BGH, NSZ 1999, 506.

⁵⁴ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 33.

⁵⁵ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 26, 27.

⁵⁶ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 28.

⁵⁷ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 28, 29.

Ein Blick in weitere Tatbestände des 13. Abschnittes zeichnet ein ähnliches Bild: § 177 Abs. 5 Nr. 1 StGB lässt den sexuellen Übergriff aus § 177 Abs. 1 StGB schwerer wiegen, wenn er mit Gewalt begangen wird.⁵⁸ Also darf sich die Gewalt gegen das Opfer nicht in der sexuellen Handlung als solcher erschöpfen.⁵⁹ Nach rechtlichem Verständnis ist Gewalt nicht begriffsnotwendiger Bestandteil der sexuellen Handlung, vielmehr ist sie (unter den jeweiligen Voraussetzungen der Tatbestände) auch bei gewaltfreier Erfüllung strafbar.

Gewalt nach dem StGB ist in den Sexualdelikten demnach nicht bereits untrennbar mit dem Tatbestand verbunden, sondern unrechtssteigernd.⁶⁰ Diesem Gewaltbegriff folgend, kann die Überschrift der „sexualisierten Gewalt“ nicht für mehr Klarheit sorgen.⁶¹ Im Gegenteil würde mit dem Gewaltbegriff eine inhaltliche Diskrepanz zwischen Überschrift und Tatbestand geschaffen.⁶² Es ist zu erwarten, dass es durch die Gewaltformel zu Problemen bei der Auslegung der Tatbestände kommen wird.⁶³ Außerdem wird der Begriff der Gewalt an anderer Stelle benötigt, um das Unrecht „brutaler körperlicher Attacken“ erfassen zu können.⁶⁴ Auch könne es zu der Fehlvorstellung in der Gesamtbevölkerung kommen, eine sexuelle Handlung mit einem Kind sei nur unter der zusätzlichen Voraussetzung der Gewaltanwendung strafbar.⁶⁵ Dieses Problem muss auch die Bundeskoordinierung Spezialisierter Fachberatungen erkannt haben, welche sich für eine Umbenennung der Tatbestände ausgesprochen hat: In ihrer Stellungnahme zum Gesetzentwurf macht sie darauf aufmerksam, dass in der Gesetzesbegründung hervorgehoben werden sollte, dass die Anwendung von Gewalt i.S.d. StGB gerade nicht zur Tatbestandsverwirklichung erforderlich sei.⁶⁶ Der Begriff wird daher von Hörnle als „geradezu irreführend“ bezeichnet.⁶⁷

c) Bagatellisierung entgegenwirken

Die Gesetzentwürfe begründen die begriffliche Neufassung auch damit, dass einer „Bagatellisierung [...] entgegenwirken werden [soll]“⁶⁸. Erörtert wird daher im Folgenden, inwieweit der Begriff des sexuellen Missbrauchs zu Bagatellisierungen verleiten kann und ob die Formulierung der sexualisierten Gewalt dem wirksam entgegenwirken könnte.

Beim Thema des Kindesmissbrauchs besteht jedoch eine seltene so starke Einigkeit der Bevölkerung über die Unrechtmäßigkeit, weshalb Hörnle bereits infrage stellt, ob eine „symbolische Gesetzgebung“ hier vonnöten sei.⁶⁹ An anderer Stelle könnten jedoch Bagatellisierungen auftreten: Täter sexuellen Missbrauchs an Kindern gehen vielfach manipulativ vor, indem sie gezielt Kinder auswählen, die ein unerfülltes Bedürfnis nach Wärme und Geborgenheit haben, von daheim Gewalt kennen, mit ihren Eltern nicht über Sexualität reden können, behindert oder psychisch erkrankt sind.⁷⁰ Mit hoher sozialer Kompetenz nutzt der Täter die geschaffene Vertrauensposition aus und erstickt Widerstand gegen die spätere Tat im Keim.⁷¹ Das sich nicht wehrende Kind kann so leicht beim Täter

⁵⁸ Stellungnahme Prof. Dr. Jörg Kinzig (Fn. 1).

⁵⁹ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 28; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB § 177 Rn. 14.

⁶⁰ Siehe hierzu auch das Sachverständigengutachten von Prof. Dr. Tatjana Hörnle zum Gesetzentwurf zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder, S. 4 (Fn. 1).

⁶¹ Übereinstimmend: Stellungnahmen Dr. Julia Bussweiler, S. 2 f., Prof. Dr. Jörg Eisele, S. 2, Prof. Dr. Tatjana Hörnle, S. 4, Prof. Dr. Jörg Kinzig, S. 3, Dr. Jenny Lederer, S. 5, Deutscher Juristinnenbund e.V., S. 4, Deutscher Richterbund, S. 2 (Fn. 1).

⁶² Turhan, KriPoZ 2021, 1 (6).

⁶³ Stellungnahme Dr. Julia Bussweiler, S. 2 f. (Fn. 1).

⁶⁴ Fachdienst Strafrecht 2020, 434529.

⁶⁵ Stellungnahme Dr. Julia Bussweiler, S. 3 (Fn. 1).

⁶⁶ Stellungnahme Bundeskoordinierung Spezialisierter Fachberatungen gegen sexualisierte Gewalt in Kindheit und Jugend, S. 8 (Fn. 1).

⁶⁷ Interview der taz mit Prof. Dr. Hörnle, abrufbar unter: <https://taz.de/Gewalt-gegen-Kinder/!5706395/> (zuletzt abgerufen am 18.5.2021).

⁶⁸ BT-Drs. 19/23707, S. 22.

⁶⁹ Interview der taz mit Prof. Dr. Hörnle, abrufbar unter: <https://taz.de/Juristin-ueber-Missbrauchs-Gesetz/!5703893/> (zuletzt abgerufen am 18.5.2021).

⁷⁰ Unabhängiger Beauftragter für Fragen des sexuellen Kindesmissbrauchs, abrufbar unter: <https://www.hilfeportal-missbrauch.de/informationen/uebersicht-sexueller-missbrauch.html> (zuletzt abgerufen am 18.5.2021); vgl. Gahleitner, Sexueller Mißbrauch und seine geschlechtsspezifischen Auswirkungen, 2000, S. 28 und Stellungnahme Dr. Jenny Lederer, S. 5 f. (Fn. 1).

⁷¹ Stellungnahme Dr. Jenny Lederer, S. 5 f. (Fn. 1).

den Eindruck seiner Einwilligung in die sexuelle Handlung erwecken: der Täter glaubt, nichts Unrechtes zu tun.⁷² Insofern gibt es durchaus Bagatellisierungen des eigenen Handelns durch den Täter. Ob diese Bagatellisierungen aber durch den Begriff des „sexuellen Missbrauchs“ erzeugt werden, ist höchst zweifelhaft.

Stünde jedoch in der Überschrift „sexualisierte Gewalt“, würden gerade die manipulativ vorgehenden Täter dazu verleitet, ihr Handeln gänzlich nicht mehr als Unrecht anzusehen, wenn sie das Kind ohne Gewalt zu der sexuellen Handlung bringen könnten.⁷³ Die Gewaltformel würde also unabhängig davon, ob der aktuelle Begriff des Missbrauchs Bagatellisierungen zulässt, sein Ziel verfehlen.

d) Brandmarken

Darüber hinaus streben die Verfasser des Entwurfs an, sexuelle Handlungen mit Kindern mithilfe des neu gewählten Begriffes „brandmarken“ zu können.⁷⁴ Jedoch hat das „aufgeklärte [...] Strafrecht“⁷⁵ strafbare Handlungen „zweckrational [zu begründen]“⁷⁶. Diese Begründung muss in ihrer letztendlichen Konsequenz auf den Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechtes abzielen.⁷⁷ Das Bedürfnis, eine Tat zu brandmarken, sie also bloßzustellen, anzuprangern, zu kritisieren⁷⁸, ist eine rein gefühlsmäßige Wertung und entspricht keiner zweckrationalen Begründung, wie sie im Strafrecht als Teil des öffentlichen Rechtes vonnöten wäre. Dieses Bedürfnis ist als Begründung fehl am Platz.

e) Missbrauch impliziert legalen Gebrauch

Viel geäußerte Kritik am Begriff des Missbrauchs ist, dass er sprachlich einen legalen Gebrauch des Tatopfers als Objekt des Missbrauchs impliziere (amtliche Überschrift des § 176 StGB: „Sexueller Mißbrauch [sic] von Kindern“).⁷⁹

aa) Objekt des Missbrauchs

Zu untersuchen ist daher zuerst, was das Objekt des Missbrauchs ist. Sprachlich vergleichbar ist die Überschrift des § 176 StGB mit der des § 174 StGB: „Sexueller Mißbrauch [sic] von Schutzbefohlenen“. Inhaltlich geht es bei § 174 aber nicht um den Missbrauch *des* Schutzbefohlenen, sondern um den Missbrauch der „physischen, psychischen oder sozialen Dominanz oder eine[r] Zugangsmöglichkeit zur Begehung der Tat“⁸⁰.

Übertragbar ist dieser Gedanke auf § 176 StGB, auch hier missbraucht der Täter nicht das Kind.⁸¹ Vielmehr liegt zwischen ihm und dem Opfer regelmäßig ein Verhältnis von „Über-/Unterordnung (Alter, Abhängigkeit,

⁷² Vgl. Heyden/Jarosch, S. 18; Stellungnahme Dr. Jenny Lederer, S. 5 f., (Fn. 1).

⁷³ Stellungnahme Dr. Jenny Lederer, S. 5 f. (Fn. 1); vgl. Interview der taz mit Prof. Dr. Tatjana Hörnle (Fn. 68).

⁷⁴ BT-Drs. 19/23707, S. 22.

⁷⁵ Stellungnahme Prof. Dr. Tatjana Hörnle, S. 3 (Fn. 1).

⁷⁶ A.a.O.

⁷⁷ Vgl. Bringewat, Grundbegriffe des Strafrechts, 3. Aufl. (2018), S. 21.

⁷⁸ Duden zur Bedeutung des Wortes „brandmarken“, abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/brandmarken> (zuletzt abgerufen am 18.5.2021).

⁷⁹ Vgl. Brinkmann/Hoffmann, S. 14 f.; Fischer, StGB, Vor § 174 Rn. 8; Gahleitner, S. 27; Gloor/Pfister, S. 13; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 176 Rn. 2; Stellungnahme Bundeskoordinierung Spezialisierter Fachberatungen gegen sexualisierte Gewalt in Kindheit und Jugend, S. 8 (Fn. 1).

⁸⁰ Fischer, StGB, Vor § 174, Rn. 8.

⁸¹ Stellungnahme Dr. Jenny Lederer, S. 6; Stellungnahme Prof. Dr. Tatjana Hörnle, S. 3 f. (Fn. 1).

Macht)⁸² vor, welches der Täter missbraucht. Objekt des Missbrauchs ist also die „Abhängigkeit und Unterlegenheit“⁸³ des Kindes zum Täter.

bb) Sind Fehlinterpretationen möglich?

Fraglich ist weiterhin, inwieweit die aktuelle Überschrift der §§ 176 ff. StGB eine Fehlinterpretation in Bezug auf das Missbrauchsobjekt zulässt. Sprachlich kann der Begriff des Missbrauchs neben seiner juristischen Bedeutung auch verwendet werden, um auszudrücken, dass jemand etwas „in unredlicher, unerlaubter Weise (für eigennützige Zwecke) [benutzt]“⁸⁴. Die Präposition „von“ „gibt den Bereich [Kinder] an, für den das Gesagte [der Missbrauch] gilt“⁸⁵. Sprachlich wird also suggeriert, dass das Kind in den §§ 176 ff. StGB Objekt eines fehlerhaften Gebrauches wird.⁸⁶ An dem Begriff des Missbrauchs wird deshalb kritisiert, dass er die Opfer stigmatisiere und sie „schmutzig erscheinen lasse“.⁸⁷ Den Gefühlen der Opfer werde der Begriff der Gewalt besser gerecht.⁸⁸

Dieser Interpretationsmöglichkeit widerspricht es jedoch, dass hier von Menschen die Rede ist. Es widerstrebt den Grundsätzen unseres Wertesystems – vor allem Art. 1 Abs. 1 GG – überhaupt an einen „Gebrauch“ von Menschen zu denken.⁸⁹ So ist es auch für *Eisele* ein „fernliegend[es] Argument“⁹⁰, dass der aktuelle Begriff einen legalen Gebrauch von Kindern suggeriere.⁹¹ Ähnlich kritisiert es *Lederer*, dass es nach der Regelung im StGB gerade keinen Fall gebe, in dem das Abhängigkeitsverhältnis zu Kindern legitimerweise ausgenutzt werden könne; die Existenz eines legalen Gebrauches werde also vom Gesetz selber ausgeschlossen.⁹² *Gahleitner* sieht den Einwand, der Missbrauchsbegriff suggeriere einen rechtmäßigen Gebrauch von Kindern, zwar als berechtigt an. Sie verwendet den Begriff aber gleichwohl, da er den ebenso wichtigen Aspekt des „Macht-Mißbrauch[s]“ der Taten beinhalte.⁹³

cc) Zwischenergebnis

Das Gesetz stellt es unter Strafe, die Überlegenheit gegenüber einem Kind zu missbrauchen, um sexuelle Handlungen mit ihm auszuführen. Sprachlich missverständlich formuliert, ist die Interpretation, dass ein Kind rechtmäßig zu gebrauchen ist, dennoch in unserem Wertesystem nicht naheliegend. Das Gesetz selbst gibt es außerdem vor, dass sexuelle Handlungen mit Kindern unter allen Umständen strafbar sind, es also keinen legitimen Gebrauch geben kann.

f) Begrifflichkeit im internationalen Gebrauch

Ein vergleichender Blick soll darauf gerichtet werden, wie sexuelle Handlungen mit Kindern international benannt werden.

⁸² Stellungnahme *Dr. Jenny Lederer*, S. 6; vgl. Stellungnahme *Prof. Dr. Tatjana Hörnle* S. 3 f. (Fn. 1); Interview der taz mit *Prof. Dr. Tatjana Hörnle* (Fn. 68).

⁸³ Stellungnahme *Prof. Dr. Tatjana Hörnle*, S. 3 f. (Fn. 1).

⁸⁴ Duden zur Bedeutung des Wortes „missbrauchen“, abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/missbrauchen#Bedeutung-1a> (zuletzt abgerufen am 18.5.2021).

⁸⁵ Duden zur Bedeutung des Wortes „von“, abrufbar unter: https://www.duden.de/rechtschreibung/von_aus_ab_durch_per_seitens (zuletzt abgerufen am 18.5.2021).

⁸⁶ Vgl. auch: *Fischer*, StGB, Vor § 174, Rn. 8; Stellungnahme Bundeskoordinierung Spezialisierter Fachberatungen gegen sexualisierte Gewalt in Kindheit und Jugend, S. 8 (Fn. 1); *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 176 Rn. 2.

⁸⁷ *Bange*, S. 47 ff.

⁸⁸ A.a.O.

⁸⁹ *Turhan*, KriPoZ 2021, 1 (4).

⁹⁰ Gastkommentar von *Prof. Dr. Jörg Eisele* in LTO-Online, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lambrech-bekaempfung-kindesmissbrauch-kinderpornografie-straft-gegen-gewalt-bmjv-muenster-verbuechen/> (zuletzt abgerufen am 18.5.2021).

⁹¹ Vgl. auch *Fegert/Hoffmann/Spröber/Liebhardt*, S. 43 und *Bange*, S. 47 ff.

⁹² Stellungnahme *Dr. Jenny Lederer*, S. 6 (Fn. 1).

⁹³ *Gahleitner*, S. 27.

aa) Richtlinie 2011/92/EU

Zunächst soll die Betrachtung auf die Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates⁹⁴ fallen, in der Mindeststandards zur Strafbarkeit entsprechender Delikte für die Mitgliedsstaaten der EU festgelegt wurden.

Nach Art. 2 der Richtlinie sind „Kinder“ Personen unter achtzehn Jahren. Das „Alter der sexuellen Mündigkeit“ richtet sich nach nationalem Recht und beschreibt die Altersgrenze, unterhalb welcher das absolute Verbot der Vornahme sexueller Handlungen greift (in Deutschland: unterhalb von vierzehn Jahren).

In ihrem Artikel 3 beschreibt die Richtlinie „Straftaten im Zusammenhang mit sexuellem Missbrauch“. Strafbar soll es sein, wenn Kinder, welche das Alter der sexuellen Mündigkeit noch nicht erreicht haben, für sexuelle Zwecke dazu veranlasst werden, Zeuge sexueller Handlungen (Abs. 2) oder eines sexuellen Missbrauchs (Abs. 3) zu werden. Darüber hinaus sind sexuelle Handlungen mit Kindern, welche das Alter der sexuellen Mündigkeit noch nicht erreicht haben, verboten (Abs. 4). In Abs. 5 werden verschiedene Missbrauchstatbestände beschrieben, welche die Strafbarkeit für Handlungen an Kindern, die die sexuelle Mündigkeit noch nicht erreicht haben, erhöht und die Strafbarkeit begründet, wenn das Kind über diese Grenze hinausgewachsen ist. Die Gründe für diese Unrechtserhöhung sind der Missbrauch einer Stellung des Vertrauens, der Autorität oder des Einflusses auf das Kind, das Ausnutzen einer schwachen Position des Kindes oder die Anwendung von Zwang, Gewalt oder Drohung.

Hieran lässt sich einerseits ablesen, dass auch im europarechtlichen Verständnis das Ausführen sexueller Handlungen mit Kindern in Abs. 4 kein Missbrauch eines Kindes im Wortsinn ist, vielmehr wird in Abs. 5 deutlich, dass der Begriff des Missbrauchs sich auf eine dominante Stellung gegenüber dem Kind bezieht.

Andererseits wird der Begriff in der Richtlinie ebenso zweideutig verwendet, wie es im deutschen Recht der Fall ist. So spricht auch die Richtlinie an anderer Stelle verkürzt vom „sexuellen Missbrauch von Kindern“⁹⁵. *Eisele* betont gerade diesen Aspekt, dass es in der Richtlinie auch „sexueller Missbrauch“ heiße und spricht sich dafür aus, im nationalen Recht nicht vom europarechtlichen Begriff abzuweichen.⁹⁶

Anmerkung: Das Wort „Missbrauch“ ist keine Übersetzung ins deutsche Recht, sondern eine Übersetzung in die deutsche Sprache. In der englischen Version heißt es beispielsweise an den entsprechenden Stellen „sexual abuse of children“, aber wiederum auch „abuse [...] of a recognised position of trust, authority or influence over the child“, „abuse [...] of a particularly vulnerable situation of the child“ und „use [...] of coercion, force or threats“.

bb) UN-Kinderrechtskonvention

Die UN-Kinderrechtskonvention (KRK) wurde 1989 von der UN-Generalversammlung beschlossen⁹⁷ und 1992 von Deutschland ratifiziert⁹⁸. Damit besitzt sie Gültigkeit im Rang eines Bundesgesetzes, Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG. Ein Kind ist nach Art. 1 KRK „jeder Mensch, der das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, soweit die Volljährigkeit nach dem auf das Kind anzuwendende Recht nicht früher eintritt“. Dies ist nach § 2 BGB nicht der Fall; demnach bleibt es im deutschem Recht bei der Altersregelung durch die KRK.

Art. 34 KRK lautet „Schutz vor sexuellem Missbrauch“. In ihm wird u.a. festgelegt, dass die Vertragsstaaten alle

⁹⁴ ABl EU vom 17.12.2011, L 335, S. 1-14, im Folgenden: Richtlinie 2011/92/EU.

⁹⁵ Bspw. auf S. 1 der Richtlinie, in Grund (3).

⁹⁶ Stellungnahme *Prof. Dr. Jörg Eisele*, S. 2 f. (Fn. 1).

⁹⁷ Bundeszentrale für politische Bildung, abrufbar unter: <https://www.bpb.de/politik/hintergrund-aktuell/195229/30-jahre-un-kinderrechtskonvention> (zuletzt abgerufen am 18.5.2021).

⁹⁸ Gesetz zu dem Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes, BGBl. 1992 II, S. 121 ff.

geeigneten Maßnahmen treffen müssen, um zu verhindern, dass ein Kind zur Beteiligung an rechtswidrigen sexuellen Handlungen verleitet oder gezwungen wird. Die Rechtswidrigkeit der sexuellen Handlung wird nicht definiert, ist also vom nationalen Recht mit Inhalt zu füllen. Für Deutschland gelten hier folglich die Vorschriften des 13. Abschnittes des StGB.

Auch die KRK spricht in der Überschrift vom sexuellen Missbrauch; in der Konkretisierung aber nur noch von „[nach nationalem Recht] rechtswidrigen sexuellen Handlungen“. Dass der sexuelle Missbrauch einer Dominanzstellung und nicht eines Kindes bestraft werden soll, ist hier also nicht ebenso klar herauszulesen wie aus der Richtlinie 2011/92/EU, denn die KRK überlässt es durch den Begriff der Rechtswidrigkeit dem nationalen Recht, was genau Objekt des Missbrauchs ist.

Festzuhalten bleibt aber, dass ein weiterer völkerrechtlicher Vertrag vom „sexuellen Missbrauch“ spricht. Es verdichtet sich der Eindruck, dass es sich um einen auch über die Grenzen Deutschlands hinaus etablierten Begriff handelt.⁹⁹

Zu untersuchen bleibt, wie Gewalt in der KRK definiert wird. Nach Art. 19 Abs. 1 KRK sollen die Vertragsstaaten „[Maßnahmen treffen], um das Kind vor jeder Form körperlicher oder geistiger Gewaltanwendung, Schadenszufügung oder Mißhandlung [sic], vor Verwahrlosung oder Vernachlässigung, vor schlechter Behandlung oder Ausbeutung einschließlich des sexuellen Mißbrauchs [sic] zu schützen [...]“. Es stellt sich die Frage, ob die Gewalt und der sexuelle Missbrauch hier aufgezählt werden oder ob es sich bei dem sexuellen Missbrauch um einen Teilbereich der Gewalt handeln soll. General comment No. 13¹⁰⁰ macht hierzu deutlich, dass der Begriff der Gewalt („violence“) gewählt wurde, um alle schädlichen Behandlungen, die in Art. 19 Abs. 1 KRK aufgelistet werden, abzudecken („represent“). Nach dem Verständnis der KRK ist der sexuelle Missbrauch also eine Form von Gewalt. Dieses völkerrechtlich weite Verständnis von Gewalt greift der deutsche Juristinnenbund e.V. auf, um zu untermauern, dass der Begriff der sexualisierten Gewalt der Sache nach auf den sexuellen Missbrauch der §§ 176 ff. StGB zutreffend sei.¹⁰¹ Der Zusatz „sexualisiert“ mache deutlich, dass es sich bei den §§ 176 ff. StGB um einen Gewaltakt in sexualisierter Form handele und nicht um Sexualität im eigentlichen Sinne¹⁰² (Anmerkung: Dennoch ist auch der deutsche Juristinnenbund e.V. im Ergebnis gegen eine Umbenennung der Überschriften der §§ 176 ff. StGB, da der Begriff der Gewalt im deutschen Strafrecht enger verstanden wird und dies die Gefahr von Unklarheiten berge).

Zwar beschreibt „Gewalt“ im weiten Verständnis der KRK also auch den sexuellen Missbrauch, jedoch wäre eine entsprechende Umbenennung eine Benennung des Speziellen nach dem Allgemeinen: Nach dem völkerrechtlichen Verständnis der KRK ist zwar jeder sexuelle Missbrauch auch Gewalt, aber nicht jede Form von Gewalt auch ein sexueller Missbrauch.

g) Missbrauchsbegriff etabliert

Aber nicht nur international ist der Missbrauchsbegriff verbreitet. In der deutschen Literatur wird der Begriff des Missbrauchs wohl am häufigsten verwendet.¹⁰³ Außerdem ist er seit 1973 im StGB zu lesen und wird in der Bevölkerung durchweg negativ verstanden.¹⁰⁴

⁹⁹ Vgl. auch Stellungnahme Prof. Dr. Jörg Kinzig, S. 4 (Fn. 1).

¹⁰⁰ <https://www.refworld.org/docid/4e6da4922.html> (zuletzt abgerufen am 18.5.2021).

¹⁰¹ Stellungnahme Deutscher Juristinnenbund e.V., S. 4 (Fn. 1).

¹⁰² A.a.O.

¹⁰³ Vgl. die Synopse von Amann/Wipplinger, S. 18 ff.; Gahleitner, S. 27.

¹⁰⁴ Stellungnahme Dr. Julia Bussweiler, S. 2 f. (Fn. 1).

h) Einseitigkeit der Verantwortung

Für beide Formeln der Gewalt und des Missbrauchs gleichermaßen spricht, dass sie die Verantwortung der Kinder an dem Unrecht begrifflich ausschließen, da sie beide ein einseitiges Handeln beschreiben.¹⁰⁵

i) Präposition „gegen“

Ein weiterer Kritikpunkt an der neuen Formel ist, dass die Präposition „gegen“ die Assoziation erwecke, es werden nur Handlungen des Täters am Kind erfasst; genauso sind in den §§ 176 ff. StGB aber auch sexuelle Handlungen beschrieben, die das Kind selbst vornehmen muss.¹⁰⁶

j) Inkonsequenz zu den §§ 174 – 174c, 182 StGB

Die §§ 174 – 174c, 182 StGB schützen in ähnlicher Weise Personen in vulnerablen Situationen vor Ausnutzung.¹⁰⁷ Somit ist es nicht verständlich, weshalb der Gesetzentwurf es nicht vorsah, auch an diesen Stellen eine Umbenennung des Missbrauchs vorzunehmen.¹⁰⁸ Dies verdeutlicht aber nur umso mehr, welch einen Systembruch eine Umbenennung nach sich zöge;¹⁰⁹ denn die meisten Sachverständigen, die zum Gesetzentwurf Stellung bezogen haben, würden eine Umbenennung der Tatbestände nicht begrüßen.¹¹⁰

III. Zwischenergebnis und Stellungnahme

Das Ziel des Gesetzentwurfs war es, das Unrecht der §§ 176 ff. StGB besser abbilden zu können. Der Begriff des Missbrauchs ist aber in der Gesellschaft etabliert und nicht zuletzt gerade wegen Taten nach den §§ 176 ff. StGB durchweg negativ konnotiert. Das heißt, der durchschnittliche Deutsche versteht unter einem Missbrauch eben das Unrecht, das in den §§ 176 ff. StGB umschrieben wird. Eine symbolische Umbenennung ist jedenfalls im StGB nicht notwendig. Der neue Vorschlag hingegen würde nach dem Verständnis von Gewalt im StGB nur einen Teilbereich der strafbaren Handlungen erfassen. Zugleich würde er denjenigen Taten die Schwere nehmen, welche tatsächlich gewaltvoll begangen wurden.

Nach dem weiteren, völkerrechtlichen Verständnis von Gewalt ist zwar jeder sexuelle Missbrauch auch Gewalt. Jedoch ist das StGB ein in sich schlüssiges System. Eine Annäherung des StGB an internationale Vorschriften darf keinen Bruch mit sich selbst bedeuten, sondern würde es voraussetzen, dass die Definition von Gewalt insgesamt (mit allen dazugehörigen Normen) ganzheitlich überarbeitet werden. Nur an dieser Stelle von Gewalt zu sprechen, würde zu Auslegungsschwierigkeiten für Rechtsanwender und zu Fehlvorstellungen innerhalb der Gesellschaft führen. Besonders schwerwiegend werden diese Fehlvorstellungen sein, wenn sie tatsächlich dazu führen, dass manipulativ vorgehende Täter das Unrecht ihrer (im Sinne des StGB) gewaltfreien Tat noch stärker

¹⁰⁵ So Bange, S. 47 ff. für den Begriff des Missbrauchs, das Argument ist jedoch auch auf die Gewalt übertragbar.

¹⁰⁶ Turhan, KriPoZ 2021, 1 (2 f.).

¹⁰⁷ Stellungnahme Prof. Dr. Tatjana Hörnle, S. 5 f. (Fn. 1).

¹⁰⁸ Stellungnahmen Bundeskoordinierung Spezialisierter Fachberatungen gegen sexualisierte Gewalt in Kindheit und Jugend, S. 8; Prof. Dr. Tatjana Hörnle, S. 5 f.; Prof. Dr. Jörg Eisele, S. 3 (Fn. 1).

¹⁰⁹ Stellungnahmen Prof. Dr. Jörg Eisele, S. 3; Prof. Dr. Tatjana Hörnle, S. 5; Prof. Dr. Jörg Kinzig, S. 3; Dr. Jenny Lederer, S. 6; Deutscher Richterbund, S. 2; anderer Meinung ist die Bundeskoordinierung Spezialisierter Fachberatungen gegen sexualisierte Gewalt in Kindheit und Jugend, Stellungnahme, S. 8 (Fn. 1).

¹¹⁰ Stellungnahmen Dr. Julia Bussweiler, S. 2 f.; Prof. Dr. Jörg Eisele, S. 2 f.; Prof. Dr. Tatjana Hörnle, S. 3 ff.; Prof. Dr. Jörg Kinzig, S. 3 f.; Dr. Jenny Lederer, S. 5 f.; Deutscher Richterbund, S. 2; der Deutsche Juristinnenbund e.V. sieht jedenfalls eine Umbenennung hin zum Gewaltbegriff problematisch, S. 4 (Fn. 1).

negieren und die Bereitschaft zur Begehung solcher Taten steigen wird.

IV. Gegenvorschläge

Der Hauptkritikpunkt an der Missbrauchsformel bleibt: der „sexuelle Missbrauch von Kindern“ suggeriert deren legale Gebrauchsmöglichkeit. Daher sollen im Folgenden eigene Formeln untersucht werden, um eine sachgerechte Überschrift für die §§ 176 ff. StGB zu finden.

Ein Begriff, der auch manipulativ vorgehenden Tätern das Unrecht ihres Handelns klar vor Augen führen soll, muss die strafbare Handlung objektiv und so einfach wie möglich beschreiben, sodass kein Raum für Interpretationen über die Voraussetzungen der Strafbarkeit entstehen. Er könnte daher lauten: Sexueller Kontakt zu Kindern.

a) Sexueller Kontakt zu Kindern

Dieser Vorschlag soll aber alsbald wieder verworfen werden, da er viel zu weit gefasst wäre. So könnten schon Eltern, die ihre Kinder aufklären wollen, Bedenken haben, ob sie gerade eine strafbare Handlung begehen.

b) Sexuelle Handlungen mit Kindern

Der zweite Vorschlag heißt „Sexuelle Handlungen mit Kindern“. Er greift die zentrale Voraussetzung der Tatbestände der §§ 176 ff. StGB auf. Die Frage ist daher, ob der gleiche Begriff, der Strafbarkeitsvoraussetzung ist, auch als Überschrift geeignet ist. Im StGB werden als Überschriften teilweise neue juristische Begriffe gewählt; teilweise benennen sich die Überschriften aber auch nach den Hauptvoraussetzungen der Tatbestände: Beispielhaft sei hier für die erste Gruppe der Diebstahl mit seiner Hauptvoraussetzung der Wegnahme genannt, weiterhin der Raub mit seinen Hauptvoraussetzungen der Gewalt und der Wegnahme. Für die zweite Gruppe derjenigen Überschriften, die gleichlautend mit den Hauptvoraussetzungen sind, sei die Bildung bewaffneter Gruppen genannt, oder auch die Tötung auf Verlangen. Es ist nach der Konzeption der bisherigen Überschriften im StGB also nicht undenkbar, einen Paragraphen nach seiner Hauptvoraussetzung zu benennen. § 176 StGB in seiner neuen Fassung bestraft die sexuelle Handlung mit Kindern am Täter oder einem Dritten oder den Nachweis eines Kindes für ebensolche Taten. Die Überschrift „sexuelle Handlungen mit Kindern“ würde also im weiten Sinn diese Taten erfassen. Sie eignet sich generell als Überschrift.

Fraglich ist, wie eine solche Überschrift von der Gesellschaft begriffen werden würde. Dieser Vorschlag geht genau ins andere Extrem wie der ursprüngliche Reformvorschlag. Es wird nicht (aufbausend) von sexualisierter Gewalt gesprochen, sondern nur noch nüchtern von einer sexuellen Handlung. Daher wäre zu erwarten, dass sich die Befürworter der Gewaltformel gegen eine solche Überschrift aussprechen würden. Es würde möglicherweise auch zu Unverständnis in der Gesellschaft führen, wieso die Überschrift fast schon verharmlosend gefasst wäre. Daher müssten die Gründe für einen solchen Vorschlag ausreichend gut mit der Bevölkerung kommuniziert werden.

Diese dafürsprechenden Gründe sind: Der Begriff der „sexuellen Handlung mit Kindern“ lässt keinen Interpretationsspielraum für potenzielle Täter und benennt die strafbare Handlung klar beim Namen. Es würde anders als bei der Gewaltformel auch für den Rechtsanwender nicht zu Auslegungsschwierigkeiten kommen. Der Begriff macht außerdem besonders deutlich, dass eine sexuelle Handlung mit Kindern generell und in jeder Form verboten

ist. Die Befürchtung, ein legaler Gebrauch von Kindern werde impliziert, kann somit gar nicht erst entstehen. Problematisch ist aber, dass der Begriff des Missbrauchs in der EU und in der KRK verwendet wird. Das deutsche Recht würde, ähnlich wie bei der Gewaltformel befürchtet, einen anderen Sprachgebrauch wählen. Dies ist angesichts der immer weitergehenden Vereinheitlichung von Recht auf europäischer Ebene und der zunehmenden Globalisierung möglichst zu vermeiden. Auch wenn die Überschrift am Inhalt der Tatbestände nichts verändern mag, ist es für die internationale Zusammenarbeit doch wünschenswert, einheitliche Begrifflichkeiten zu verwenden. Der Vorschlag ist abzulehnen.

c) Sexueller Missbrauch der Unterlegenheit von Kindern

An diesem Argument setzt der dritte Vorschlag an. Wie oben bei II.3.e.aa) erörtert, ist nicht das Kind Missbrauchsobjekt, sondern die Abhängigkeit und Unterlegenheit des Kindes gegenüber dem Täter. Die lauteste Kritik am Missbrauchs begriff ist es, dass „das Kind als Missbrauchsobjekt“ es sprachlich impliziert, dass ein Kind legal gebraucht werden könne. Wenn man dies vermeiden, aber gleichzeitig nicht von der internationalen Begrifflichkeit abweichen möchte, bietet es sich an, das Missbrauchsobjekt in der Überschrift umzubenennen. Durch das Einfügen der Worte „der Unterlegenheit“ wird auch jede Fallgestaltung erfasst, da der Täter zumindest altersmäßig und in Bezug auf die Fähigkeit, von seiner sexuellen Selbstbestimmung Gebrauch zu machen, dem Kind überlegen sein wird. Insofern sind Auslegungsprobleme für den Rechtsanwender nicht absehbar.

Problematisch auch an dieser Formel ist es aber, wenn potenzielle Täter die Unterlegenheit des Kindes negieren und von einer gleichrangigen und einvernehmlichen Beziehung zum Kind ausgehen, siehe oben bei II.3.c). Auch diese Formel könnte daher zum Anlass genommen werden, eigenes Handeln zu bagatellisieren. Außerdem ist die Formel für den Laien nicht leicht zugänglich und verständlich, da „Unterlegenheit“ sehr weit gefasst ist. Zu Unverständnis in der Bevölkerung könnte die Formel führen, da sie außer Acht lässt, dass die Überlegenheit gegenüber Kindern zwar beim Missbrauch regelmäßig ausgenutzt wird, aber eben keine Tatbestandsvoraussetzung ist und vielmehr eine sexuelle Handlung mit einem Kind unter keinen weiteren Voraussetzungen strafbar ist. Dieser Vorschlag ist also ebenso als Überschrift ungeeignet.

d) Sexueller Missbrauch an Kindern

Aller oben genannten Kritik kann schlussendlich die Formulierung „sexueller Missbrauch an Kindern“ trotzen: Das Wort „an“ stellt im Gegensatz zu „von“ lediglich eine Beziehung zum Objekt her,¹¹¹ sodass klar bleibt, dass der Missbrauch zum Nachteil von Kindern gemeint ist, ohne, dass das Missbrauchsobjekt selbst – die Zugangsmöglichkeit zur Tat – angedeutet wird. So ist es sprachlich ausgeschlossen, dass das Kind zum Missbrauchsobjekt degradiert wird. Damit kann die Überschrift den Gefühlen der Opfer gerecht werden. Es wird auch deutlich, dass der sexuelle Missbrauch einseitig vom Täter ausgeht. Begrüßenswert an der Formulierung ist darüber hinaus, dass sie den international und in Deutschland etablierten Begriff nicht verändert. Die Rechtsanwendung kann so an klaren Begriffen festhalten.

Da es sich um Vorschläge für die Zukunft handelt, wird im Folgenden auf die neu formulierten, am 25.3.2021 vom Bundestag und am 7.5.2021 vom Bundesrat beschlossenen §§ 176 – 176d StGB Bezug genommen. Der

¹¹¹ Vgl. Duden zum Wort „an“, 3. Bedeutung, abrufbar unter: https://www.duden.de/rechtschreibung/an_Praeposition (zuletzt abgerufen am 18.5.2021).

Vorschlag ist leicht auf die §§ 176a – 176d StGB sowie auf die §§ 174 – 174c StGB und auf § 182 StGB übertragbar. In den §§ 174, 174a, 176 – 176d, 182 StGB muss lediglich das Wort „von“ durch „an“ ersetzt werden. In den §§ 174b und 174c StGB ist das Verhältnis, welches missbraucht wird, bereits genau in der Überschrift bezeichnet. An diesen Stellen müssen daher die Worte „unter Ausnutzung“ gestrichen werden, sodass sprachlich deutlich wird, dass die Amtsstellung bzw. das Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnis missbraucht wird statt der Person, mit der dieses Verhältnis besteht.

Das Wort „Kindesmissbrauch“ muss dann auch in Politik und Presse gestrichen werden, damit sich in der Bevölkerung das Verständnis vertieft, dass nicht das Kind missbraucht wird. Zu verwenden ist dann nur noch der lange Ausdruck „sexueller Missbrauch an Kindern“. Wann immer über diesen Problembereich gesprochen wird, ist das Hinzufügen von fünf Silben es definitiv wert, dass Opfer solch schrecklicher Taten sich nicht noch weiter durch den Sprachgebrauch verletzt fühlen.

V. Thesenüberprüfung und Schlusswort

Ad 1. Die Formel der „sexualisierten Gewalt gegen Kinder“ erfasst nur einen Teilbereich der Taten, die unter die §§ 176 ff. StGB fallen.

Die Ausarbeitung hat gezeigt, dass die erste These jedenfalls dann Gültigkeit besitzt, wenn der Gewaltbegriff des deutschen StGB zugrunde gelegt wird. Das ist auch trotz des weiten Gewaltverständnisses im internationalen Recht notwendig, um keinen Systembruch herzustellen.

Ad 2. Die Formel des „sexuellen Missbrauchs von Kindern“ impliziert sprachlich eine legale Gebrauchsmöglichkeit von Kindern.

Auch wenn die Achtung der Menschenwürde es gebietet, Menschen nicht als Gebrauchsgegenstände anzusehen, wird gerade das durch die Verbindung der Worte „Missbrauch“ und „Kind“ durch die Präposition „von“ suggeriert.

Ad 3. Der Ausdruck des „sexuellen Missbrauchs“ ist international und in Deutschland etabliert.

Die Vereinheitlichung von Recht durch die Richtlinie 2011/92/EU und die KRK legt die Verwendung des Missbrauchsbegriffs nahe. Auch in Deutschland ist der Begriff durchweg negativ besetzt.

Die Formulierung „sexueller Missbrauch an Kindern“ ist als Überschrift für die §§ 176 ff. StGB besser geeignet.

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Karen Faehling

**Die Strafbarkeit von fiktionaler und wirklichkeitsnaher
Kinderpornografie in § 184b StGB sowie der neue Straftatbestand des
§ 184l StGB (Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild; u.a. BT-
Drs. 19/23707, 19/24901, 19/27928) – Darstellung, Reichweite der
Normen und (kritische) Würdigung**

Friedrich-Schiller-Universität Jena

Juristische Fakultät

Seminar: „Sexualstrafrecht – dogmatische und kriminalpolitische Fragen“

Sommersemester 2021

Abgabedatum: 12.5.2021

bei

Prof. Dr. Edward Schramm

Inhaltsverzeichnis

I. Grundlagen	158
1. <i>Rechtliche Grundlagen.....</i>	158
a) <i>Begriff der Kinderpornografie</i>	158
b) <i>Fiktive Kinderpornografie – Wirklichkeitsnah und rein fiktiv</i>	160
c) <i>Kinderpornografie und Kunst</i>	161
d) <i>Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild.....</i>	162
2. <i>Kriminologische Grundlagen.....</i>	162
a) <i>Pädophilie.....</i>	162
b) <i>Täterbild.....</i>	163
c) <i>Zwischenergebnis.....</i>	163
II. Darstellung der Strafvorschriften unter Berücksichtigung des Normzwecks	164
1. <i>Fiktive Kinderpornografie.....</i>	164
a) <i>Tathandlungen des Abs. 1</i>	164
b) <i>Qualifikation des Abs. 2.....</i>	165
c) <i>Tatbestand des Abs. 3</i>	165
d) <i>Versuch und Tatbestandsausschluss</i>	165
e) <i>Grund für Differenzierung zwischen rein fiktiver und wirklichkeitsnaher Kinderpornografie.....</i>	166
f) <i>Berücksichtigung im Gesetzesentwurf.....</i>	167
2. <i>Normzweck</i>	167
a) <i>Darstellung</i>	167
aa) <i>Darstellungsschutz</i>	167
bb) <i>Marktregulierung</i>	167
cc) <i>Anreize</i>	168
dd) <i>Moral.....</i>	168
b) <i>Würdigung</i>	169
aa) <i>Kinderpornografie.....</i>	169
bb) <i>Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild</i>	170
cc) <i>Berücksichtigung des Inzest-Urteils.....</i>	171
III. Fazit	172

Die Kinderpornografie hat durch die Aufdeckung mehrerer großer Kinderpornografie-Plattformen in der Öffentlichkeit viel Aufmerksamkeit erhalten. Das hat in den letzten Jahren zu mehreren Neuregelungen und Strafverschärfungen geführt. Weniger Aufmerksamkeit hat die fiktive Kinderpornografie erlangt. Anders als bei der tatsächlichen hat hier faktisch kein Missbrauch an einem Kind stattgefunden. Zudem soll in einem neuen Straftatbestand die Verbreitung und der Erwerb von Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild unter Strafe gestellt werden. Auch hier wird kein Missbrauch an Kindern begangen. Fraglich ist, ob dies mit dem Rechtsgüterschutzgedanken vereinbar ist oder lediglich moralisch anstößiges Verhalten unter Strafe gestellt werden soll.

I. Grundlagen

Im Folgenden werden grundlegende rechtliche Begriffe dargestellt. Zudem werden die Tätergruppen der Kinderpornografie und der Nutzer von Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild in Verhältnis zu denen des sexuellen Kindesmissbrauchs dargestellt.

1. Rechtliche Grundlagen

Zunächst wird dargestellt, wie die Kinderpornografie definiert wird und die Unterschiede zwischen tatsächlicher und fiktiver Kinderpornografie aufgezeigt. Sodann wird das Verhältnis der Kinderpornografie zur Kunstfreiheit dargestellt und der neue Straftatbestand, welcher Herstellung, Besitz und Verbreitung von Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild pönalisiert, dargestellt. Bei der Gesetzgebung im Bereich der Kinderpornografie spielen auch Vorgaben der EU sowie die Lanzarote-Konvention und die Cyber-Crime-Konvention eine Rolle.¹ Hierbei werden jedoch im Bereich des fiktiven Geschehens weitgehend Ausnahmen zugelassen; zudem vermag ein Verweis auf die Vorgaben etwaig bestehende Probleme im nationalen Strafrecht nicht auszuräumen.

a) Begriff der Kinderpornografie

Der Begriff der Pornografie setzt grundsätzlich eine Darstellung sexuellen Inhalts, die ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung eines sexuellen Reizes zielt, voraus.² Dabei wird überwiegend ein vergrößernd-reißender Charakter der Darstellung gefordert.³ Inhalte, die sexuelle Darstellungen lediglich dokumentarisch wiedergeben, fallen somit nicht unter den Pornografiebegriff.⁴ Ist die sexuelle Darstellung dabei in ein Gesamtwerk eingebettet, ist dieses einheitlich zu beurteilen, sodass auch bei isoliert gesehen pornografischen Darstellung eine Einordnung als pornografischer Inhalt nicht zwingend ist.⁵ Bei der Bestimmung wird eine objektive Sichtweise zugrunde gelegt, die dem gesellschaftlichen Wandel unterliegt.⁶

Die Pornografie wird unterteilt in die einfache Pornografie, deren Verbreitung nach § 184 StGB nur in bestimmten Fällen strafbar ist, und die harte Pornografie. Die harte Pornografie umfasst gewalt-, tier-, kinder- und jugendpornografische Inhalte und unterliegt nach §§ 184a ff. StGB eigenständigen strafgesetzlichen Regelungen.⁷

¹ Hörnle, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 184 Rn. 7.

² Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184 Rn. 20.

³ BGHSt 23, 40 (44).

⁴ Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), § 184 Rn. 7b.

⁵ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 184 Rn. 10; BGHSt 23, 40, Rn. 15.

⁶ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rn. 8.

⁷ Fischer, StGB, § 184 Rn. 5.

§ 184b StGB stellt die Verbreitung, den Erwerb und den Besitz kinderpornografischer Inhalte unter Strafe. Im Folgenden wird erörtert, was unter einem kinderpornografischen Inhalt zu verstehen ist.

Kinderpornografie muss eine Darstellung von Kindern, also nach der Legaldefinition in § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB einer Person unter vierzehn Jahren enthalten. Das Merkmal ist bei einem realen Geschehen zumindest erfüllt, wenn die gezeigte Person tatsächlich ein Kind ist, auch wenn es älter aussieht. Es werden auch Darstellungen von sogenannten Scheinkindern, also Personen, die tatsächlich älter als vierzehn Jahre sind erfasst. Sofern diese von einem objektiven Beobachter als Kind eingeordnet würden, fallen diese auch unter den Begriff des Kindes im Sinne des § 184b StGB. Hierdurch sollen insbesondere tarnende Maßnahmen durch die Verteiler kinderpornografischer Inhalte durch Angabe falscher Daten zum Alter verhindert werden.⁸

Umstritten ist, ob im Rahmen des § 184b StGB eine Sonderdefinition der pornografischen Schrift gegenüber der einfachen Pornografie bedarf.

Der *BGH* fordert, anders als bei der einfachen Pornografie, keinen vergrößernd-reißerischen Charakter.⁹ Nach einer anderen Ansicht soll sich der Begriff der einfachen Pornografie nicht von dem in § 184b StGB unterscheiden.¹⁰ Wieder andere vertreten, dass dem Inhalt eine Stimulierungstendenz zukommen muss.¹¹ Andere lassen wiederum genügen, dass der Inhalt überhaupt eine Verbindung von sexueller Handlung und kindlichem Alter enthält, daraus ergebe sich der pornografische Charakter von alleine – dem Begriff „pornografisch“ komme demnach keine eigenständige Funktion zu.¹²

Die letztgenannte Ansicht würde dazu führen, dass auch medizinische und psychologische Publikationen, die sich mit dem Thema der kindlichen Sexualität oder dem sexuellen Missbrauch an Kindern auseinandersetzen unter den Tatbestand fallen würden und allenfalls durch die unmittelbare Anwendung von Grundrechten als Rechtfertigungsgrund nicht strafbar wären. Auch Sachverhaltsdarstellungen in Urteilen sowie Kommentaren würden unter den Tatbestand fallen. Dies fällt jedoch nicht unter den Schutzzweck des § 184b StGB.

Insbesondere wurde im Rahmen einer Gesetzesänderung diskutiert, ob der Begriff „pornografisch“ aus § 184b StGB gestrichen werden sollte, dies wurde jedoch wieder verworfen. Dadurch solle ein Korrektiv verbleiben, Gesamtkunstwerke, in denen nur in einzelnen Teilen der sexuelle Missbrauch von Kindern geschildert wird, aus dem Tatbestand auszunehmen.¹³ Somit ist die letztgenannte Ansicht zu ausufernd und auch unter Berücksichtigung des Art. 103 Abs. 2 GG problematisch.¹⁴ Die anderen Ansichten unterscheiden sich im Wesentlichen durch ihre Formulierung. Während die drittgenannte Ansicht ausdrücklich eine Stimulierungstendenz fordert, wird dies von den Vertretern der beiden erstgenannten Ansichten negativ formuliert. Der *BGH* weist dem Merkmal „pornografisch“ die Funktion zu, Fallgestaltungen ausscheiden zu lassen, welche nicht überwiegend auf die Erregung sexueller Reize abzielen.¹⁵ Vertreter der zweiten Ansicht sehen in diesem Fall immer zugleich eine „vergrößernd-reißerische Darstellung“, sodass der Streit sich im Ergebnis nur auf die Auslegung dieses Merkmals bezieht.

Somit ist der Begriff „pornografisch“ als Korrektiv zu verstehen, durch das objektiv keine Stimulierungstendenz zukommenden Inhalte aus dem Tatbestand ausgeschlossen werden sollen.

Zudem muss der Inhalt einer der in § 184 Abs. 1 Nr. 1 lit. a-c StGB entsprechen. Sie muss damit sexuelle

⁸ Laubenthal, Handbuch Sexualstraftaten. Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, 2012, S. 333.

⁹ BGHSt 59, 177 (181).

¹⁰ Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 14; Schumann, ZIS 2015, 234 (242).

¹¹ Greco, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2016 ff.), § 184b Rn. 9.

¹² Fischer, StGB, § 184b Rn. 4; BT-Drs. 16/9646, S. 18.

¹³ BT-Drs. 18/3202, S. 27.

¹⁴ Eisele, StV 2014, 736 (739).

¹⁵ BGHSt 59, 177 Rn. 66.

Handlungen von, an oder vor einem Kind, die Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbedeckten Kindes in aufreizend geschlechtsbetonter Körperhaltung oder die sexuell aufreizende Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes eines Kindes zum Gegenstand haben.

Eine sexuelle Handlung an einem Kind liegt vor, wenn eine andere Person sexuellen Körperkontakt mit einem Kind hat.¹⁶ Die sexuelle Handlung vor einem Kind setzt voraus, dass andere Personen sexuelle Handlungen vornehmen, die von einem Kind wahrgenommen werden, dabei müssen sowohl diese Handlung als auch das Kind gezeigt werden.¹⁷ Sexuelle Handlungen von einem Kind sind solche, bei denen das Kind sexuelle Handlungen an sich selbst vornimmt oder sexuell aufreizend posiert.¹⁸

Die zweite Modalität umfasst vor allem solche Fälle, in denen keine Handlung abgebildet wird. Einzelne Körperteile eines Kindes, etwa das Gesicht oder die Hände, sind jedoch nahezu immer unbedeckt, sodass dieses Merkmal restriktiv auszulegen ist. Dieses ist in Anlehnung an § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB dann verwirklicht, wenn primäre oder sekundäre Geschlechtsmerkmale unverhüllt sind.¹⁹ Somit fallen etwa Bilder von Kindern in Badebekleidung nicht unter § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB.²⁰ Eine sexuell geschlechtsbetonte Körperhaltung liegt vor, wenn diese für einen objektiven Betrachter als solche erkennbar ist.²¹

Im Rahmen des § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB sollten vor allem Großaufnahmen von Genitalien oder Gesäß pönalisiert werden. Dabei wird vor allem das Erfordernis der aufreizenden Wiedergabe kritisiert, die nach der Gesetzesbegründung aus Sicht eines objektiven Betrachters vorliegen soll.²² Während ein durchschnittlicher Betrachter solche Ausnahmen nicht als aufreizend empfinden wird, können für pädophile Personen auch „normale“ Nacktaufnahmen stimulierend sein, sodass neben der Darstellung als solche auch der Kontext, der sich aus den Umständen der Verbreitung ergibt, mit einbezogen werden soll.²³ Da diese Vorschrift gerade eingeführt wurde, um auch Inhalte ohne unmittelbare sexuelle Handlungen zu umfassen, wäre ohne Einbeziehung des Kontextes eine Unterscheidung von Abbildungen, die anderen, etwa wissenschaftlichen Zwecken dienen, kaum möglich.²⁴

Inhalte sind nach der Legaldefinition gemäß § 11 Abs. 3 StGB solche, die in Schriften oder auf Ton- oder Bildträgern, in Datenspeichern, Abbildungen oder anderen Verkörperungen enthalten sind oder unabhängig von einer Speicherung mittels Informations- oder Kommunikationstechnik übertragen werden.

b) Fiktive Kinderpornografie – Wirklichkeitsnah und rein fiktiv

Unter die Pornografie fallen nicht nur Darstellungen realer Geschehnisse, sondern auch fiktive Darstellungen. Es ist zwischen wirklichkeitsnaher und rein fiktiver Kinderpornografie zu unterscheiden.

Die wirklichkeitsnahe Kinderpornografie wurde insbesondere in den § 184b StGB aufgenommen, um Beweisschwierigkeiten zu vermeiden.²⁵ Daher ist sie von der wirklichkeitsfernen Kinderpornografie anhand der Erkennbarkeit der Fiktion abzugrenzen. Wirklichkeitsnahe Kinderpornografie liegt also vor, wenn ein durchschnittlicher Beobachter nach dem äußeren Erscheinungsbild des Inhalts nicht sicher auszuschließen vermag,

¹⁶ Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 17.

¹⁷ Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 17.

¹⁸ Eisele, in: Schönke/Schröder, § 184b Rn. 9.

¹⁹ Fischer, StGB, § 184b Rn. 8.

²⁰ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184b Rn. 12.

²¹ Ziegler, in: BeckOK-StGB, 49. Ed. (Stand: 1.2.2021), § 184b Rn. 5, 6; BT-Drs. 19/19859, S. 21.

²² BT-Drs. 18/3202, S. 27.

²³ Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 20; Fischer, StGB, § 184b Rn. 9b; a.A. BGH, NStZ 2021, 41 (42).

²⁴ Eisele/Franosch, ZIS 2016, 519 (523); Fischer, StGB, § 184b Rn. 9b.

²⁵ BT-Drs. 13/7934, S. 31.

dass es sich um einen tatsächlichen Vorgang handelt.²⁶ Diese kann ohne tatsächliche sexuelle Handlung eines Kindes, etwa bei computergenerierten Darstellungen entstehen. Sie kann aber auch auf tatsächliche Handlungen eines Kindes zurückzuführen sein, wenn etwa eine Aufzeichnung nachträglich digital bearbeitet wird.²⁷

Rein fiktive Kinderpornografie umfasst somit Inhalte, die ersichtlich keine tatsächliche sexuelle Handlung eines Kindes enthält. Eine solche kann allenfalls als Grundlage dienen, so ist eine mündliche oder schriftliche Wiedergabe von vergangenen tatsächlichen Geschehnissen kein tatsächlicher oder wirklichkeitsnaher Inhalt.²⁸

c) Kinderpornografie und Kunst

Fraglich ist, ob Kinderpornografie auch Kunst sein und somit durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG einem besonderen Schutz unterliegen kann.

In der früher herrschenden Meinung wurde vertreten, dass Pornografie und Kunst generell in einem Exklusivitätsverhältnis stehen. Die Einordnung von pornografischen Schriften, erst recht also kinderpornografischen Darstellungen als Kunst habe sich schon begrifflich ausgeschlossen.²⁹ Im Jahr 1990 fand jedoch durch das Josefine-Mutzenbacher-Urteil des *BVerfG*³⁰ und das Opus-Pistorium-Urteil des *BGH*³¹ eine Rechtsprechungsänderung statt. Das *BVerfG* definiert die Kunst über drei Kunstbegriffe: Den formalen, bei dem ein bestimmter Werktyp vorliegen muss; den materiellen, bei dem es auf die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formsprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden; sowie den offenen, nach welchem Kunst sich durch die Offenheit für immer weitere Interpretationen auszeichnet.³² Verfassungsrechtlich nicht zulässig ist hingegen das Abstellen auf das Niveau oder den Inhalt der Darstellung bei der Eröffnung des Schutzbereichs.³³

Somit kann nach diesem Verständnis von der Kunst ein pornografischer Inhalt nicht von vornherein aus diesem ausgeschlossen sein. Auch kinderpornografische Inhalte können somit unter den Kunstbegriff fallen.³⁴ Diese ist jedoch nicht vorbehaltlos gewährleistet, sondern muss mit den Grundrechten anderer und Rechtsgütern von Verfassungsrang abgewogen werden. Dazu zählen insbesondere die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Kinder sowie der Jugendschutz.³⁵

Im Rahmen der einfachen Pornografie wird grundsätzlich Art. 5 Abs. 3 GG als Rechtfertigungsgrund angeführt, sofern die Kunstfreiheit überwiegt. Ob dies für die Kinderpornografie ebenso gilt, ist umstritten. Nach einer Ansicht soll Art. 5 Abs. 3 GG auch hier als Rechtfertigungsgrund dienen können.³⁶ Nach anderer Ansicht ist im Rahmen des § 184b StGB schon bei der Gesetzgebung erfolgt, sodass beim Vollzug keine erneute Abwägung erforderlich ist.³⁷ Insbesondere bei der rein fiktiven Kinderpornografie ist denkbar, dass die Kunstfreiheit überwiegt. Sofern die Darstellung in ihrer Gesamtheit eine pornografische ist, wird eher selten eine über die Stimulierungsfunktion hinausgehende weitere Interpretationsmöglichkeit vorliegen. Sollte jedoch ein solcher Fall vorliegen und die Kunstfreiheit in einer Abwägung stärker wiegen, muss diese ihre Abwehrwirkung gegen den

²⁶ Laubenthal, S. 399.

²⁷ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184b Rn. 30.

²⁸ BGHSt 58, 197 (201 f.); Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 25.

²⁹ BGH, Urt. v. 21.4.1978 – 2 StR 739/77 Rn. 4.

³⁰ BVerfGE 83, 130.

³¹ BGHSt 37, 55.

³² Fechner, in: Stern/Becker, GG, 3. Aufl. (2019), Art. 5 Rn. 247 ff.

³³ Fechner, in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 252.

³⁴ BGHSt 37, 55 (57 ff.).

³⁵ Laubenthal, S. 344 f.

³⁶ Erdemir, MMR 2003, 628 (632); Böse, in: FS Schroeder, 2006, S. 751 (759).

³⁷ Hopf/Braml, ZUM 2007, 354 (358).

Staat entfalten können. Zudem würde über den Tatbestand letztendlich doch eine illegitime Inhaltskontrolle der Kunst stattfinden. Somit ist davon auszugehen, dass Art. 5 Abs. 3 GG in seltenen Fällen als Rechtfertigungsgrund dienen kann.

d) Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild

Im Rahmen eines aktuell verabschiedeten Gesetzesentwurfs soll auch das Inverkehrbringen, der Erwerb und auch der Besitz von Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild pönalisiert werden.³⁸ Anstoß waren insbesondere Funde solcher Sexpuppen im Rahmen der Ermittlungen bei den Missbrauchsfällen von Staufen, Bergisch Gladbach, Lügde und Münster, sowie Berichterstattungen über das Angebot solcher Puppen bei Amazon.³⁹

Tatobjekt ist nach § 184I Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB-E eine körperliche Nachbildung eines Kindes oder eines Körperteils eines Kindes, die nach ihrer Beschaffenheit zur Vornahme sexueller Handlungen bestimmt ist. Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe wird nach § 184I Abs. 1 StGB-E bestraft, wer diese herstellt oder in Verkehr bringt. § 184I Abs. 3 StGB-E sieht für das Inverkehrbringen eine Versuchsstrafbarkeit vor, nach § 184I Abs. 4 StGB-E gilt ein Tatbestandsausschluss für Handlungen, die ausschließlich der rechtmäßigen Erfüllung staatlicher Aufgaben oder dienstlicher oder beruflicher Pflichten dienen.

Gemäß § 184I Abs. 2 S. 1 StGB-E wird der Erwerb oder der Besitz einer Sexpuppe mit kindlichem Erscheinungsbild mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

Beide Absätze enthalten jeweils eine Subsidiaritätsklausel bezüglich § 184b StGB. Dabei wird jedoch verkannt, dass die Puppe als solche kein verkörperter Inhalt im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB ist, sondern ein inhaltsloser Körper – dieser kann bewegt und angekleidet werden, zudem nimmt er selbst keine Handlung vor. Somit fällt er gerade nicht unter den Begriff des kinderpornografischen Inhalts, höchstens seine Abbildung kann einen solchen wirklichkeitsnahen oder rein fiktiven Inhalt darstellen.⁴⁰

2. Kriminologische Grundlagen

Häufig werden der Konsum von Kinderpornografie und der sexuelle Missbrauch von Kindern mit Pädophilie in Verbindung gebracht. Ob und inwieweit dies zutrifft und inwiefern diese Tätergruppen sich überschneiden, soll im Folgenden dargestellt werden.

a) Pädophilie

Pädophilie meint die sexuelle Ansprechbarkeit einer Person auf ein kindliches, also vorpubertäres Körperschema. Hebephilie liegt vor, wenn das pubertäre Körperschema der Präferenz entspricht.⁴¹ Die Entwicklung vom vorpubertären zum pubertären Körperschema findet dabei etwa im Alter von zwölf Jahren statt.⁴² Zudem wird zwischen Kernpädophilie und nicht exklusiver Pädophilie unterschieden. Während letztere neben Kindern auch Erwachsene als sexuell ansprechend empfinden, richtet sich die sexuelle Präferenz eines Kernpädophilen ausschließlich auf Kinder.⁴³

³⁸ BT-Drs. 19/23707, S. 9.

³⁹ Plenarprotokoll 19/187 Deutscher Bundestag 187. Sitzung am 30.10.2020, S. 23561.

⁴⁰ Renzikowski, KriPoZ 2020, 308 (315).

⁴¹ Beier, Pädophilie, Hebephilie und sexueller Kindesmissbrauch, 2018, S. 2.

⁴² Beier, S. 3.

⁴³ Mokors/Osterheider/Nitschke, Nervenarzt, 2012, 355 (355).

Es ist nicht genau bekannt, wie hoch die Prävalenz, also die Häufigkeit der Pädophilie in der Bevölkerung ist. Auf der Grundlage einiger Studien wird diese in der männlichen Bevölkerung auf etwa 1% geschätzt, bei Frauen soll sie noch deutlich seltener vorkommen.⁴⁴ Wie eine pädophile Ausrichtung entsteht, ist nicht abschließend erforscht.⁴⁵ Nach heutigem Kenntnisstand kann diese jedoch nicht geheilt werden.⁴⁶

An der Berliner Charité wurde daher das Präventionsprojekt Dunkelfeld, besser bekannt als „Kein Täter werden“ gegründet, das pädophilen Nicht-Tätern eine gezielte Therapie ermöglicht.⁴⁷ Diesen wird geholfen, mit ihrer Neigung umzugehen und ihr Verhalten zu kontrollieren. Für jugendliche Pädophile wurde mit dem Forschungsprojekt „Primäre Prävention von sexuellem Kindesmissbrauch durch Jugendliche“ ein gezielt auf diese ausgerichtetes Angebot geschaffen.⁴⁸

b) Täterbild

Beim sexuellen Missbrauch von Kindern liegt der Anteil der pädophilen Täter bei etwa 40-50%. Bei Straftätern, die wegen des Konsums von Kinderpornografie verurteilt wurden, ist der Anteil an pädophilen Tätern hingegen deutlich höher.⁴⁹ Zwar kann eine deutliche Korrelation zwischen Nutzern von Kinderpornografie und Tätern, die sexuellen Missbrauch von Kindern begehen nachgewiesen werden, eine Kausalität jedoch weder belegt noch widerlegt werden.⁵⁰ Bezüglich der Nutzer von offensichtlich fiktiven kinderpornografischen Inhalten wird von einer geringeren Nachahmungsgefahr ausgegangen.⁵¹

Kaum erforscht ist auch der Effekt von Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild.⁵² Es gibt jedoch generell auf Sexpuppen bezogene Studien zu der Einstellung, die Besitzer ihren Puppen gegenüber haben. Dabei hat sich ergeben, dass etwa 70% zumindest auch eine sexuelle Komponente sehen, über die Hälfte jedoch auch einen Partner oder Liebhaber.⁵³ In der Forschung gibt es sowohl Stimmen, die von einem therapeutischen Nutzen von Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild ausgehen, als auch solche, die die Senkung einer Hemmschwelle befürchten. Beide Ansichten sind jedoch nicht empirisch belegt.⁵⁴

c) Zwischenergebnis

Somit ergibt sich, dass ein Großteil der Konsumenten von Kinderpornografie pädophil sind, jedoch nicht alle. Bezüglich der Tätergruppen der §§ 176, 184b StGB bestehen Unterschiede, teilweise überschneiden sich diese auch. Eine Kausalität zwischen dem Konsum von Kinderpornografie oder der Nutzung von Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild und sexuellem Missbrauch von Kindern konnte jedoch bisher nicht nachgewiesen werden.

⁴⁴ Beier, S. 5.

⁴⁵ Mokors/Osterheider/Nitschke, Nervenarzt, 2012, 355 (356).

⁴⁶ Seto, Annual Review of Clinical Psychology, 2009, 391 (398).

⁴⁷ https://sexualmedizin.charite.de/forschung/kein_taeater_werden/

⁴⁸ https://sexualmedizin.charite.de/forschung/du_traeumst_von_ihnen/

⁴⁹ Seto/Cantor/Blanchard, Journal of Abnormal Psychology, 2006, 610 (613).

⁵⁰ Dombert u.a., Journal of sex research, 2016, S. 214 (221).

⁵¹ Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 5.

⁵² Harper/Lievesly, Current Psychiatry Reports 2020, Article: 54, S. 6.

⁵³ Langcaster-James/Bentley, Robotics 2018, 7, 62, S. 6.

⁵⁴ Brown/Shelling, Trends & Issues in crime and criminal justice, 2019, No. 570, S. 8.

II. Darstellung der Strafvorschriften unter Berücksichtigung des Normzwecks

Die Vorschrift des § 184b StGB enthält mehrere Tatmodalitäten, die in Hinblick auf die Einbeziehung der fiktiven Kinderpornografie differenzieren. Dies hat seinen Grund darin, dass die geschützten Rechtsgüter unterschiedlich stark betroffen sind. Das Verbot der Kinderpornografie sowie der Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild soll im Folgenden in Hinblick auf den Normzweck dargestellt und gewürdigt werden.

1. Fiktive Kinderpornografie

Im Rahmen des § 184b StGB wird innerhalb der verschiedenen Tathandlungen teilweise nur die tatsächliche, teilweise auch die wirklichkeitsnahe und rein fiktive Kinderpornografie umfasst.

a) Tathandlungen des Abs. 1

Die Tathandlungen des Abs. 1 umfassen das Verbreiten oder der Öffentlichkeit zugänglich machen (§ 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB), das Unternehmen, den Inhalt einer anderen Person wiederzugeben, zugänglich zu machen oder den Besitz daran zu verschaffen (§ 184b Abs. 1 Nr. 2 StGB), das Herstellen eines kinderpornografischen Inhalts (§ 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB) und bestimmte vorbereitende Handlungen in Verbreitungsabsicht (§ 184b Abs. 1 Nr. 4 StGB). Der Strafrahmen beträgt Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren. Nach § 47 Abs. 2 StGB kann auch eine Geldstrafe verhängt werden.

Verbreiten setzt voraus, dass der verkörperte oder nicht verkörperte Inhalt an eine vom Täter nicht mehr individualisierbare Vielzahl anderer Personen weitergegeben wird.⁵⁵ Zugänglichmachen für die Öffentlichkeit meint das Schaffen einer Möglichkeit für einen nicht überschaubaren Personenkreis.⁵⁶ Für die Verwirklichung des § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB genügt jede Form der Kinderpornografie, also auch die rein fiktive.

Das Unternehmen der Besitzverschaffung oder Zugänglichmachens nach § 184b Abs. 1 Nr. 2 StGB setzt im Gegensatz zu Nr. 1 voraus, dass die Empfänger individualisiert sind.⁵⁷ Davon sollen insbesondere geschlossene Benutzergruppen umfasst werden.⁵⁸ Es handelt sich um ein echtes Unternehmensdelikt, sodass nach § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB bereits der Versuch der Besitzverschaffung erfasst ist. Tatgegenstand kann hier nur die Darstellung eines tatsächlichen oder wirklichkeitsnahen Geschehens sein. Die wirklichkeitsferne Kinderpornografie ist also nicht umfasst.

Bei dem Herstellen eines kinderpornografischen Inhalts kann Tatgegenstand nur ein tatsächliches Geschehen sein. Die Vorbereitungshandlungen der Nr. 4 können das Herstellen, Beziehen, Liefern, Vorrätighalten, Anbieten, Bewerben, oder das Unternehmen, den Inhalt ein- oder auszuführen sein. Dabei muss eine Absicht vorliegen, diese im Sinne der Nrn. 1 oder 2 zu verwenden oder einer anderen Person eine solche Verwendung zu ermöglichen, also eine Verbreitungsabsicht. Von dieser Tathandlung sind auch die wirklichkeitsnahe und rein fiktive Kinderpornografie erfasst. Soweit es sich um ein Herstellen handelt, enthält die Norm eine Subsidiaritätsklausel, die bestimmt, dass die Tatvariante des Nr. 3 die des Nr. 4 verdrängt.

Dieser ist insofern weitergehend als Nr. 4, als dass er keine Verbreitungsabsicht fordert und somit auch die Herstellung zum Eigengebrauch umfasst. Für das Herstellen nach Nr. 4 verbleibt jedoch ein eigener

⁵⁵ Fischer, StGB, § 184b Rn. 15.

⁵⁶ Fischer, StGB, § 184b Rn. 17.

⁵⁷ Ziegler, in: BeckOK-StGB, §184b Rn. 13.

⁵⁸ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184b Rn. 26.

Anwendungsbereich, sofern es sich um das Herstellen fiktiver Kinderpornografie handelt. Die Vorbereitungshandlungen, die sich auf die rein fiktive Kinderpornografie beschränken, müssen demnach mit dem Ziel erfolgen, diese einem im Einzelnen nicht überschaubaren Personenkreis zugänglich zu machen (Nr. 1). Bei der Herstellung wirklichkeitsnaher Kinderpornografie genügt auch die Absicht, diese nur einem geschlossenen Personenkreis oder einer einzelnen Person zugänglich zu machen (Nr. 2).

b) Qualifikation des Abs. 2

Für gewerbsmäßiges Handeln sowie für das Handeln als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Taten nach Abs. 1 verbunden haben, gilt eine Qualifikation. Dabei ist die Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds nicht erforderlich. Der Qualifikationsgrund liegt nicht in der erhöhten Gefährlichkeit der konkreten Tat, sondern aus den Marktstrukturen, die sich durch die Existenz der Bande als solche ergeben.⁵⁹ Der Inhalt muss jedoch ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergeben. Liegen rein fiktive Inhalte vor, ist die Qualifikation nicht erfüllt. Der Strafraum beträgt sechs Monate bis zu zehn Jahre Freiheitsstrafe, sodass eine Geldstrafe nach § 47 Abs. 2 StGB nicht mehr möglich ist.

c) Tatbestand des Abs. 3

Nach § 184b Abs. 3 StGB steht das Unternehmen, einen kinderpornografischen Inhalt abzurufen oder sich den Besitz zu verschaffen sowie der Besitz als solcher unter Strafe. Dabei muss es sich um ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen handeln. Im Gegensatz zu Abs. 1 stellt Abs. 3 eine Strafvorschrift für den Konsumenten dar. Der Strafraum beträgt bis zu drei Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe.

Es handelt sich um ein Unternehmensdelikt, sodass die tatsächliche Besitzverschaffung oder das Abrufen nicht vorliegen muss. Besitz meint die tatsächliche Verfügungsmacht.⁶⁰ Während früher im Bereich des Internetverkehrs umstritten war, wann Besitz vorliegt – insbesondere, ob das vorübergehende Speichern auf dem Arbeitsspeicher bereits ausreicht⁶¹ – werden diese Fälle jedenfalls unter die ab 1.1.2021 neu eingeführte Tatvariante des Abrufens fallen.⁶²

d) Versuch und Tatbestandsausschluss

Nach § 184b Abs. 4 StGB steht auch der Versuch unter Strafe, dies gilt jedoch nicht für die Unternehmensdelikte des Abs. 1 Nrn. 2 und 4 sowie Abs. 3.

§ 184b Abs. 5 S. 1 StGB regelt einen Tatbestandsausschluss für die Besitzverschaffung und den Besitz nach § 184b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 StGB, sofern dies ausschließlich der Erfüllung bestimmter Aufgaben und Pflichten dient. Damit sollen insbesondere Handlungen der Strafverfolgungsbehörden, die bei der Ermittlung unterstützenden Personen und Organisationen sowie Anwälte, Sachverständige, Ärzte und Psychologen ausgenommen werden.⁶³ Ausschließlich meint dabei, dass die Aufgabenerfüllung der einzige Grund für die Besitzverschaffung ist.⁶⁴

⁵⁹ Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 33.

⁶⁰ Ziegler, in: BeckOK-StGB, §184b Rn. 18.

⁶¹ Hilgendorf/Valerius, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. (2012), S. 93 f.

⁶² BT-Drs. 19/19859, S. 27; Ziegler, in: BeckOK-StGB, §184b Rn. 18.

⁶³ Heger, in: LK-StGB, 29. Aufl. (2018), §184b Rn. 8.

⁶⁴ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184b Rn. 42.

Dieses Merkmal ist bei der Weitergabe von kinderpornografischen Material an einen Straftäter ohne weitere Kontrolle regelmäßig nicht erfüllt.⁶⁵ Eine solche „Keuschheitsprobe“ wird jedoch häufig von Forenbetreibern gefordert, um Zugang zu geschlossenen Tauschforen zu erhalten.⁶⁶ Deswegen wurde zum 3.3.2020 ein weiterer Tatbestandsausschluss zugunsten von Ermittlungsbehörden geschaffen.⁶⁷ Demnach sind auch Handlungen nach § 184b Abs. 2 Nr. 1, 4 StGB nicht tatbestandsmäßig, wenn diese im Rahmen von strafrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen eingesetzt werden und es sich nicht um Inhalte handelt, die ein tatsächliches Geschehen wiedergeben und die nicht unter der Verwendung einer Bildaufnahme eines Kindes oder Jugendlichen hergestellt worden sind. Die Vorschrift bezieht sich also vor allem auf wirklichkeitsnahe, digital generierte Bilder.⁶⁸ Voraussetzung für den Tatbestandsausschluss ist, dass eine Aufklärung auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

e) Grund für Differenzierung zwischen rein fiktiver und wirklichkeitsnaher Kinderpornografie

Somit ist bei rein fiktiver Kinderpornografie lediglich das Verbreiten oder Zugänglichmachen an einen unbestimmten Personenkreis sowie die hierauf bezogenen Vorbereitungshandlungen strafbar. Wirklichkeitsnahe Kinderpornografie steht auch unter Strafe, wenn diese einer einzelnen Person oder einem individualisierbaren Personenkreis zugänglich gemacht wird sowie im Fall der hierauf gerichteten Vorbereitungshandlungen. Das Herstellen ohne Verbreitungsabsicht ist nur bei tatsächlicher Kinderpornografie strafbar.

Das Unternehmen des Abrufens oder Besitzverschaffens sowie der Besitz als solcher ist bei wirklichkeitsnaher, jedoch nicht bei wirklichkeitsferner fiktiver Kinderpornografie unter Strafe gestellt.

Im Jahr 1997 wurde das wirklichkeitsnahe Geschehen in die Vorgängeraufschrift aufgenommen.⁶⁹ Hierdurch sollten den Konsumenten von kinderpornografischen Inhalten (damals noch Schriften) die Schutzbehauptung, es handele sich nicht um Darstellungen eines tatsächlichen Vorgangs, abgeschnitten werden. Eine solche Behauptung wäre schwer zu widerlegen, sodass die Befürchtung im Raum stand, die Norm würde leerlaufen.⁷⁰

Nur in der Tatmodalität des §184b Abs. 1 Nr. 3 StGB, also beim Herstellen von kinderpornografischen Inhalten, muss ein tatsächliches Geschehen vorliegen. Durch diese Tatmodalität soll die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers geschützt werden, diese wird unabhängig von der Verbreitung bereits durch die Fixierung als Objekt fremder Lust verletzt.⁷¹ Diese wird jedoch nur verletzt, wenn ein tatsächliches Geschehen vorliegt.

Bei erkennbar fiktiver Kinderpornografie ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass von dieser ein geringerer Anreiz zur Begehung eigener Taten für den Konsumenten ausgeht.⁷² Wegen der geringeren Gefährlichkeit wurde die Verbreitung an einen individualisierbaren Personenkreis nicht unter Strafe gestellt. Dies gilt auch für die Strafbarkeit nach §184b Abs. 3 StGB. Hier wird zudem noch angeführt, dass die Verantwortlichkeit für Angebot und Nachfrage auf dem Markt deutlich geringer ausfällt als bei den Vertreibern von Kinderpornografie.⁷³

⁶⁵ Rückert/Goger, MMR 2020, 373 (374).

⁶⁶ Ziegler, in: BeckOK-StGB, §184b Rn. 20a.

⁶⁷ BT-Drs. 19/16543, S. 10 f.

⁶⁸ Ziegler, in: BeckOK-StGB, §184b Rn. 20b.

⁶⁹ BGBl. I 1997, S. 1876.

⁷⁰ BT-Drs. 13/7934, S. 31.

⁷¹ Greco, in: SK-StGB, § 184b Rn. 24.

⁷² BT-Drs. 19/23707, S. 41.

⁷³ BT-Drs. 12/4883, S. 8.

f) Berücksichtigung im Gesetzesentwurf

In dem am 25.3.2021 verabschiedeten Gesetzgebungsentwurf wird der Strafraum der Straftatbestände der Kinderpornografie grundsätzlich als Verbrechen ausgestaltet.⁷⁴ Nach dem neuen § 184b Abs. 1 S. 2 StGB-E sollen Straftaten, die nur die rein fiktive Kinderpornografie betreffen von der Strafraumverschärfung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht erfasst werden und weiterhin mit einer Freiheitsstrafe von drei Monaten bis fünf Jahren geahndet werden.⁷⁵

2. Normzweck

Zweck des Strafrechts ist der Schutz von Rechtsgütern. Nach dem Ultima-Ratio-Prinzip ist der Gesetzgeber zum Erlass einer Strafnorm nur als äußerstes Mittel legitimiert, das pönalisierte Verhalten muss für das geordnete Zusammenleben unerträglich sein.⁷⁶ Eine weitere Grenze des Strafrechts ist die Pflicht zur Respektierung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung.⁷⁷

a) Darstellung

Für die Strafbarkeit der Verbreitung, des Erwerbs und des Besitzes von Kinderpornografie werden folgende drei Argumente angeführt.

aa) Darstellerschutz

Schutzgut des § 184b StGB ist der Darstellerschutz. Die Kinder, die in den kinderpornografischen Inhalten abgebildet werden, werden durch Besitz und Verbreitung dieser Abbildungen in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt. Dies gilt unbestritten für Realpornografie.⁷⁸ Nicht bestraft wird hingegen der gegebenenfalls bei der Herstellung bereits begangene Missbrauch des abgebildeten Kindes – dieser wird bereits nach §§ 176 ff. StGB bestraft.⁷⁹

Bei wirklichkeitsnaher Pornografie ist dieses Schutzgut nur dann betroffen, wenn ein echtes Kind in die fiktive Darstellung integriert wird, etwa indem ein tatsächlicher pornografischer Inhalt mit erwachsenen Darstellern mittels Computertechnik so manipuliert wird, dass es scheint, als wäre gerade dieses Kind abgebildet. Sofern die dargestellten Kinder jedoch nur durch technisches Vorgehen, also ohne echtes „Modell“ erzeugt wurden, gibt es kein Kind, das in seinem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt sein kann.

Dies gilt umso mehr für reine Fiktivpornografie: Zumindest sofern kein echtes Kind dargestellt wird, kommt der Persönlichkeitsschutz als Schutzgut nicht in Betracht.⁸⁰

bb) Marktregulierung

Als weiteres Schutzgut wird das Nachfrageargument genannt.⁸¹ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass durch

⁷⁴ Plenarprotokoll 19/218 Deutscher Bundestag 218. Sitzung am 25.3.2021, S. 27501.

⁷⁵ BT-Drs. 19/23707, S. 41.

⁷⁶ Rengier, Strafrecht AT, 12. Aufl. (2020), § 3 Rn. 5.

⁷⁷ Roxin, Strafrecht AT, 4. Aufl. (2006), § 2 Rn 8.

⁷⁸ Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 4; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184b Rn. 2.

⁷⁹ Hörnle, KritV 2003, 299 (310).

⁸⁰ Greco, in: SK-StGB, § 184b Rn. 2.

⁸¹ Ambos, in: FS Yamanaka, 2017, S. 223 (227); Duttge/Hörnle/Renzikowski, NJW 2004, 1065 (1070).

Nachfrage nach kinderpornografischen Inhalten eine Motivation gesetzt werde, neue kinderpornografische Angebote zu schaffen, für die wiederum Kinder missbraucht würden.⁸² Dies gilt sowohl für den kommerzialisierten Markt als auch für geschlossene Tauschbörsen.⁸³ Teilweise wird auch dieses Argument als (mittelbarer) Darstellerschutz bezeichnet.⁸⁴ Mit dieser Argumentation lässt sich grundsätzlich auch die Strafbarkeit der wirklichkeitsnahen Kinderpornografie begründen. Es erscheint jedoch zumindest fraglich, ob die Verbreitung rein fiktiver Kinderpornografie tatsächlich zu einer stärkeren Nachfrage nach Realpornografie führt. Der reine Besitz ohne vorangegangene eigene Beschaffungshandlung kann jedenfalls keine erhöhte Nachfrage begründen. Die Strafbarkeit des Besitzes von Kinderpornografie kann unter dem Nachfrageargument allenfalls dadurch begründet werden, dass Beweisschwierigkeiten umgangen werden sollen.⁸⁵ Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass der Besitzer kinderpornografischer Inhalte diese regelmäßig selbst hergestellt oder von einem anderen übernommen hat. Deswegen sei eine Bestrafung des Besitzes aus kriminalpolitischen Gründen sachgerecht. Dem lag die Annahme zugrunde, dass der Besitz nur durch Straftaten erlangt werden könne.⁸⁶ Die Norm bezog sich zunächst nur auf Inhalte, die ein tatsächliches Geschehen wiedergegeben haben. Durch die Strafbarkeit des Besitzes von wirklichkeitsnaher Kinderpornografie werden gleich zwei Beweisschwierigkeiten umgangen: Zum einen muss nicht nachgewiesen werden, dass der Besitz auf rechtswidrige Art und Weise erlangt wurde. Zum anderen muss nicht nachgewiesen werden, ob tatsächlich ein Kind bei einem realen Geschehen abgebildet wird.

cc) Anreize

Als weiteres Argument zur Begründung der Strafbarkeit der Kinderpornografie wird angeführt, dass diese als Anreiz oder Lehrmaterial für zu einem späteren eigenen Kindesmissbrauch dienen könnten.⁸⁷ Demnach solle zwischen den sexuellen Interessen und Stimuli eine dynamische Beziehung entstehen.⁸⁸

Auch hier ist fraglich, ob dies in gleichem Maße auch für fiktive Kinderpornografie gelten soll. Der Gesetzgeber selbst geht – wenn auch ohne dies zu begründen – davon aus, dass dies nicht der Fall ist, weshalb die rein fiktive Kinderpornografie auch von der Strafverschärfung ausgenommen wird.⁸⁹

Dieses Argument wird auch für die Einführung des neuen §184I StGB-E angeführt. Demnach würden Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild die Hemmschwelle der Nutzer senken und dadurch mittelbar zur sexualisierten Gewalt gegen Kinder beitragen.⁹⁰

dd) Moral

Kein legitimes Schutzgut sind lediglich moralische Vorstellungen.⁹¹ Nur der Ekel oder die Abscheu, die die meisten Menschen bei der Betrachtung auch fiktiver Kinderpornografie oder Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild empfinden, darf nicht Strafgrund sein.

Hierunter fällt auch der für die Schaffung des §184I StGB-E angeführte Grund, es solle ein Signal für die Gesellschaft gesetzt werden, dass Kinder nicht zum Objekt sexueller Handlungsweisen gemacht werden dürften,

⁸² Heinrich, NSTZ 2005, 361 (362 f); König, Kinderpornografie im Internet, 2006, S. 63.

⁸³ Gropp, in: FS Otto, 2007, S. 249 (261).

⁸⁴ Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 1.

⁸⁵ Popp, ZIS 2011, 193 (203).

⁸⁶ BT-Drs. 12/3001, S. 6.

⁸⁷ Fischer, § 184b Rn. 2.

⁸⁸ Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 3.

⁸⁹ BT-Drs. 19/23707, S. 41.

⁹⁰ BT-Drs. 19/23707, S. 23.

⁹¹ Roxin, § 2 Rn 17.

selbst wenn diese nur körperlich nachgebildet seien.⁹² Folgt man dieser Argumentation, müssten wohl auch die - freilich praktisch nicht nachweisbaren - Masturbationsphantasien kernpädagogischer Personen unter Strafe gestellt werden.

b) Würdigung

Die genannten Argumente werden im Folgenden insbesondere hinsichtlich der fiktiven Kinderpornografie und den Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild gewürdigt.

aa) Kinderpornografie

Der Darstellerschutz als Schutzgut in Bezug auf die Realpornografie ist allgemein anerkannt und vermag dessen Pönalisierung unumstritten zu rechtfertigen.⁹³ Sofern bei der wirklichkeitsnahen Kinderpornografie das abgebildete Kind tatsächlich nicht existiert, sondern sein Erscheinungsbild lediglich computergeneriert ist, kann auch dessen Persönlichkeitsrecht nicht verletzt sein. Dasselbe gilt für die rein fiktive Kinderpornografie. Hingegen verletzt bereits der reine Besitz das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der abgebildeten Kinder, sodass die Strafbarkeit sämtlicher Tatvarianten durch den Darstellerschutz legitimiert ist, soweit sich diese auf Realpornografie beziehen.

Bezüglich der Marktregulierung ist bereits umstritten, ob diese als Rechtfertigung der Strafbarkeit herangezogen werden kann. Problematisch ist vor allem, dass dadurch dem Konsumenten die Verantwortung für einen zeitlich nachfolgenden, eigenverantwortlichen Missbrauch durch andere Täter zugerechnet wird.

Teilweise wird angenommen, es handele sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt mit weit vorgelagertem Anwendungsbereich. Dies sei dadurch gerechtfertigt, dass auch der Nachfragende am Markt ein gewisses Maß an Verantwortung für zukünftige Missbrauchstaten tragen würde.⁹⁴

Im Gegensatz zu anderen abstrakten Gefährdungsdelikten handelt es sich aber nicht um eine abstrakte Gefahr, die bei hypothetischer Verwirklichung zu einer dem Täter objektiv zurechenbaren Rechtsgutsverletzung führen würde. Vielmehr würde es sich um das eigenverantwortliche Handeln Dritter handeln, dass aufgrund der komplexen, multikausalen Zusammenhänge der Marktstrukturen in der Praxis wohl kaum in einem nachweisbar äquivalenten Kausalverhältnis zu jedem einzelnen tatbestandsmäßigen Verhalten der Konsumenten stünde. Dies könnte man auch als eine Form der Teilnahme an den späteren Straftaten verstehen, die von den Voraussetzungen der Anstiftung und Beihilfe jedoch sehr weit entfernt ist. Beachtlich ist auch, dass sich dieses Argument in der Gesetzgebungsgeschichte für den Gesetzgeber aus den „Besonderheiten des Videomarktes für Kinderpornografie“⁹⁵ ergab, wobei von kleinen Täterkreisen und geringen Auflagen ausgegangen wurde, weshalb eine starke mittelbare Verantwortlichkeit angenommen wurde.⁹⁶ Zwar gibt es solche kleinen Tauschbörsen auch heute noch, jedoch spielt sich ein beachtlicher Teil der Fälle in großen Foren ab, was nicht zuletzt die Ermittlungen zeigen, die nun maßgeblich als Initiation für die neue Gesetzesverschärfung herangezogen werden.⁹⁷

Der Gesetzgeber selbst hat durch die Vorschrift des § 184b Abs. 5 S. 2 StGB Ermittlungsbehörden die Möglichkeit verschafft, computergenerierte Missbrauchsabbildungen zu verbreiten. Dies wird dadurch gerechtfertigt, dass der Einsatz einiger weniger künstlich hergestellter Missbrauchsabbildungen angesichts von abertausenden

⁹² BT-Drs. 19/23707, S. 23.

⁹³ Greco, in: SK-StGB, § 184b Rn. 2; Strauß, NStZ 2020, 708 (709).

⁹⁴ Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 2.

⁹⁵ BT-Drs. 12/3001, S. 5.

⁹⁶ BT-Drs. 12/3001, S. 5.

⁹⁷ BT-Drs. 19/23707, S. 20.

einschlägigen Dateien nicht ins Gewicht falle.⁹⁸ Wenn die Verbreitung einzelner kinderpornografischer Inhalte jedoch das Marktgeschehen nicht beeinflussen kann, fehlt zumindest die Grundlage für eine Zurechnung des Marktgeschehens an andere, nicht privilegierte Teilnehmer, die nur Inhalte abrufen oder sich den Besitz verschaffen. Dies gilt umso mehr, soweit es um rein fiktive kinderpornografische Inhalte geht.

Auch darüber hinaus ist die Zurechnung fremder, nachgelagerter Taten sehr problematisch. Diese erfüllt nicht einmal ansatzweise die Voraussetzungen einer objektiven Zurechnung. Es liegt ein eigenverantwortliches Dazwischentreten Dritter vor.

Bei dem Anreizargument sollen dem Konsumenten hingegen keine fremden zukünftigen Taten, sondern eigene zukünftige Taten zur Begründung der Strafbarkeit herangezogen werden. Problematisch ist zunächst, dass die Behauptung, der Konsum von Kinderpornografie würde zu Nachahmungstaten führen, empirisch weder belegt noch widerlegt ist. Während eine Korrelation zwischen Missbrauchstätern und Konsumenten von Kinderpornografie vorliegt, konnte eine Kausalität bislang nicht nachgewiesen werden. Es gibt jedoch Studien, die darauf hindeuten, dass die Tätertypen nur teilweise miteinander übereinstimmen, sich grundsätzlich jedoch unterscheiden.⁹⁹

Wirklichkeitsnahe Kinderpornografie zeichnet sich gerade dadurch aus, dass sie sich nach ihrem äußeren Erscheinungsbild nicht von tatsächlicher Kinderpornografie unterscheidet. Demnach dürfte hinsichtlich des von ihr ausgehenden Anreizes kein Unterschied zu der Realpornografie bestehen. Bezüglich fiktiver Kinderpornografie wird davon ausgegangen, dass Nachahmungstaten nicht in gleicher Weise zu befürchten sind.¹⁰⁰

Unabhängig von der Empirie bestehen weitere Kritikpunkte. Ebenso wie bei dem Nachfrageargument besteht eine extreme Vorfeldverlagerung. Es soll die Setzung eines Anreizes für eine Tat pönalisiert werden, die sich noch deutlich vor dem Stadium einer Vorbereitungshandlung, sogar vor einem Tatentschluss, befindet. Ein tatsächlicher Missbrauch durch den Konsumenten liegt nicht vor. Vielmehr wird seine Gefährlichkeit bestraft. Dies ist eine Konstruktion des veralteten Täterstrafrechts: Nicht die Verletzung oder tatsächliche Gefährdung von Rechtsgütern wird bestraft, sondern lediglich die gesteigerte Gefährlichkeit des Konsumenten.¹⁰¹

Dennoch wird das Anreizargument teilweise kritiklos angenommen.¹⁰² Teilweise wird es zwar kritisch gesehen, aber unter Verweis auf das Schadenspotential als ausreichend, um die Strafbarkeit nach § 184b StGB zu rechtfertigen.¹⁰³ Andere wiederum wollen diesem Argument keinerlei Mitspracherecht gewähren.¹⁰⁴ Zumindest in Bezug auf den Konsumenten ist letztere Ansicht zutreffend: Sollte dieser später tatsächlich einen Missbrauch begehen, wird dieser von § 176 ff. StGB erfasst. Dieser würde für seine Tat also doppelt bestraft. Anders sieht dies bei dem Verbreiter aus: Es soll nicht die eigene erhöhte Gefährlichkeit bestraft werden. Ebenso wie bei der Marktregulierung wird die Wahrscheinlichkeit der eigenverantwortlichen Straftaten Dritter erhöht.

bb) Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild

Zur Begründung des Verbots von Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild dient das Anreizargument. Diese sollen bei einigen Nutzern zu einer Senkung der Hemmschwelle führen.¹⁰⁵

⁹⁸ Rückert/Gregor, MMR 2020, 373 (376).

⁹⁹ Beier, S. 16 f.

¹⁰⁰ BT-Drs. 19/23707, S. 41; Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 5 m.w.N.

¹⁰¹ Liszt, ZStW 1883, 1 (44 ff.).

¹⁰² Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184b Rn. 2.

¹⁰³ Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 2.

¹⁰⁴ Greco, in: SK-StGB, § 184b Rn. 2; Renzikowski, in: FS Beulke, 2015, S. 521 (527).

¹⁰⁵ BT-Drs. 19/23707, S. 42.

Derartige Puppen sollen auch schon als Übungsobjekte für die später an Kindern verübten Taten genutzt worden sein.¹⁰⁶ Nicht ersichtlich ist, warum für das gezielte Einüben von Missbrauchshandlungen nicht auch Sexpuppen, die Erwachsene darstellen, genutzt werden könnten.

Der neue § 184I StGB-E soll laut dem Gesetzesentwurf dazu führen, dass zugleich der Markt für solche Nachbildungen ausgetrocknet werde.¹⁰⁷ Anders als bei der (realen) Kinderpornografie werden jedoch nicht unmittelbar durch die Herstellung neuer Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild konkrete Rechtsgüter verletzt. Somit liegt eine Legitimation über das Nachfrageargument hier fern. Durch die Verwendung des Begriffes „zugleich“¹⁰⁸ scheint jedoch auch der Gesetzgeber dies nur als erwünschte Folge und nicht als maßgeblichen Grund für die Pönalisierung anzusehen.

Die Stellungnahmen der Sachverständigen fallen weitgehend kritisch aus. Nur in einer Stellungnahme wird diese Neuerung als positiv empfunden. Dies wird damit begründet, dass nach den bisherigen Ermittlungserkenntnissen der Eindruck bestehe, dass zumindest das Risiko bestehe, dass durch die Nutzung solcher Kindersexpuppen die Hemmschwelle bei pädophil veranlagten Personen zur Durchführung realer Missbrauchshandlungen an Kindern gesenkt werde.¹⁰⁹

In anderen Stellungnahmen heißt es, ohne empirische Erkenntnisse, inwiefern die Nutzung von kindlichen Sexpuppen die Gefährdung von Kindern zumindest mittelbar fördere, könne eine solche Verhaltensweise nicht strafbar sein.¹¹⁰ Teilweise wird dabei nur auf die fehlende Empirie abgestellt, sodass eine Legitimierung der Norm möglich sein könnte, sollten durch Studien die Annahmen der Gesetzgeber belegt werden können.¹¹¹ Teilweise wird auch angedeutet, dass durch das Verbot pädophil veranlagten Menschen eine Möglichkeit genommen wird ihre Sexualität auszuleben, ohne Rechtsgüter zu verletzen.¹¹² In dem Lauschangriff-Urteil des *BVerfG* wurden die Ausdrucksformen der Sexualität zum Kernbereich privater Lebensgestaltung zugeordnet. Diese Zuordnung hängt davon ab, ob die Sphäre anderer oder Belange der Gemeinschaft berührt werden.¹¹³ Dies ist vorliegend gerade nicht der Fall – durch die Nutzung der Puppe wird niemand verletzt, als Strafgrund wird nur angeführt, dass die Gefährlichkeit der Nutzer steigen könnte. Die Strafbarkeit wird also im Wesentlichen auf das Anreizargument gestützt, zudem ergibt sich aus der Gesetzesbegründung („Signal für die Gesellschaft“¹¹⁴) sowie aus der Diskussion im Bundestag („Das finde ich unerträglich“¹¹⁵), dass auch moralisch-ästhetische Belange berücksichtigt wurden.

cc) Berücksichtigung des Inzest-Urteils

Beachtlich ist in diesem Zusammenhang das Inzest-Urteil des *BVerfG*.¹¹⁶ In dieser Entscheidung hat das *BVerfG*

¹⁰⁶ *Bussweiler*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/23707 v. 03.12.2020, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/811572/3e79803afaff01551ebf748254605900/bussweiler-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 9.5.2021), S. 15.

¹⁰⁷ BT-Drs. 19/23707, S. 2.

¹⁰⁸ BT-Drs. 19/23707, S. 2.

¹⁰⁹ *Bussweiler*, Stellungnahme zu BT-Drucksache 19/23707 v. 3.12.2020, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/811572/3e79803afaff01551ebf748254605900/bussweiler-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 9.5.2021), S. 15.

¹¹⁰ Deutscher Juristinnenbund, Stellungnahme zu BT-Drucksache 19/23707 v. 4.12.2020, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/811994/6809951f794b8c998aee25d6b3706c29/stein_djb-data.pdf (zuletzt abgerufen am 9.5.2021), S. 7.

¹¹¹ *Kinzig*, Stellungnahme zu BT-Drucksache 19/23707 v. 3.12.2020, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/811570/5141412739a501a5d46d859a2b3eb6ed/kinzig-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 9.5.2021), S. 17.

¹¹² *Hörnle*, Stellungnahme zu BT-Drucksache 19/23707 v. 2.12.2020, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/811386/28245e43b98ca66b11dc55e388a0726c/hoernle-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 9.5.2021), S. 13.

¹¹³ *BVerfG*, NJW 2004, 999 (1002).

¹¹⁴ BT-Drs. 19/23707, S. 23.

¹¹⁵ Plenarprotokoll 19/187 Deutscher Bundestag 187. Sitzung am 30.10.2020, S. 23560.

¹¹⁶ BVerfGE 120, 224.

mehrere Strafzwecke, die jeder für sich wenig überzeugend waren in ihrer Gesamtheit vor dem Hintergrund einer kulturhistorischen begründeten, nach wie vor wirkkraftigen gesellschaftlichen Überzeugung von der Strafwürdigkeit für ausreichend erklärt, um das Inzestverbot zu legitimieren.¹¹⁷ Wenn in einem Bereich eine „kulturhistorische Überzeugung“ einer Strafwürdigkeit besteht, dann wohl im Bereich des Kindesmissbrauchs und der Kinderpornografie in ihren verschiedenen Ausprägungen.

In einem Sondervotum sowie in der Literatur wurde dies jedoch stark kritisiert.¹¹⁸ Das *BVerfG* hat das Strafrecht selbst als „schärfste Waffe“, die dem Gesetzgeber zur Verfügung steht und deswegen dem Ultima-Ratio-Prinzip unterliegt, bezeichnet.¹¹⁹ Im Ergebnis begründete das *BVerfG* seine Entscheidung mit moralischen Vorstellungen. Die befürchteten Verletzungen seien sehr entfernte, indirekte Folgen, welche so gut wie bei jeder Moralwidrigkeit gefunden werden könnten.¹²⁰

Aus den genannten Gründen kann sich auch hinsichtlich des Verbotes von fiktiver Kinderpornografie und von Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild keine Rechtfertigung über die vom *BVerfG* angeführten kulturhistorischen Überzeugungen ergeben.

III. Fazit

Es zeigt sich, dass im Rahmen des §184b StGB innerhalb der verschiedenen Tatmodalitäten unter Berücksichtigung der Schutzzwecke zwischen tatsächlicher, wirklichkeitsnaher und rein fiktiver Kinderpornografie differenziert wurde. Die Berücksichtigung in den jeweiligen Tatmodalitäten hängt jedoch auch mit der Gesetzgebungshistorie zusammen – so wurde die Einführung einer Besitzstrafbarkeit ursprünglich deswegen als gerechtfertigt angesehen, weil eine Besitzverschaffung straffrei kaum möglich erschien und bereits durch den Besitz die Rechte der abgebildeten Kinder verletzt werden. Erst später wurde der Begriff des wirklichkeitsnahen Geschehens eingeführt, welcher insbesondere Beweisschwierigkeiten verhindern soll. Dies stellt in Bezug auf die Besitzstrafbarkeit eine Verdachtsstrafe dar, welche mit dem Grundsatz in der Unschuldsvermutung nicht vereinbar ist.¹²¹ Fraglich ist auch, ob die behaupteten Beweisschwierigkeiten tatsächlich so gravierend wären: Es gilt nach § 261 StPO der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung. Das Gericht muss somit nicht jeder Schutzbehauptung folgen. Ein kompletter Leerlauf der Norm ist somit nicht zu befürchten. Dies zeigt sich auch darin, dass bei dem Verbot des Besitzes jugendpornografischer Inhalte gemäß § 184c Abs. 3 StGB das wirklichkeitsnahe Geschehen nicht einbezogen wurde, hier bestand offensichtlich nicht die Befürchtung eines Leerlaufens der Norm.¹²² Das Nachfrageargument ist hinsichtlich der sehr mittelbaren Zurechnung der nachgelagerten und eigenverantwortlichen Straftaten anderer Personen problematisch.

Es ist jedoch zwischen Verbreitern und Konsumenten zu differenzieren: Bei der Verbreitung findet eine stärkere Marktbeitragsleistung statt als durch den bloßen Abruf. Angesichts der äußerst schwerwiegenden Folgen ist diese bei der Realpornografie ausnahmsweise gerechtfertigt. Hinsichtlich des Verbreiters unterscheiden sich Anreiz- und Marktargument auch nur bezüglich dessen, welche Gefahr geschaffen wird: Die Gefahr, dass andere Marktteilnehmer neue Kinderpornografie herstellen und verbreiten oder die Gefahr, dass die Hemmschwelle der Konsumenten zum eigenen Missbrauch sinkt. Somit stellen in Hinblick auf den Verbreitenden von Realpornografie sowohl das Nachfrageargument als auch das Anreizargument legitime Strafgründe dar.

¹¹⁷ *BVerfG*, NJW 2008, 1137 (1140).

¹¹⁸ *BVerfG*, NJW 2008, 1137 (1142); *Roxin*, StV 2009, 544 (544 ff.).

¹¹⁹ *BVerfGE* 39, 1 (46).

¹²⁰ *Greco*, ZIS 2008, 234 (236).

¹²¹ *Greco*, in: SK-StGB, § 184b Rn. 18.

¹²² BT-Drs. 16/9646, S. 18.

Die wirklichkeitsnahe Kinderpornografie ist grundsätzlich nicht als solche erkennbar, sodass auch deren Verbreitung in gleicher Weise die Nachfrage erhöhen kann. Hierbei ist jedoch der Darstellerschutz nicht betroffen, sodass eine Gleichstellung des Strafrahmens mit der tatsächlichen Kinderpornografie wertungswidrig ist. Gegebenenfalls bestehende Beweisschwierigkeiten müssen aufgrund der Unschuldsvermutung hingenommen werden und können nicht dazu führen, die wirklichkeitsnahe auf eine Stufe mit der realen Kinderpornografie zu stellen.

Problematisch ist vor allem die Pönalisierung der Verbreitung der rein fiktiven Kinderpornografie sowie des Besitzes, der Herstellung und der Verbreitung von Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild. Hierbei wird zunächst offensichtlich kein Rechtsgut verletzt. Gleichzeitig bezieht sich die Nutzung dieser Inhalte beziehungsweise Puppen auf den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung. Die geringe Gefahr der rein fiktiven Kinderpornografie wird dadurch gewürdigt, dass nur die Verbreitung an einen nicht individualisierbaren Personenkreis pönalisiert wird. Gleichzeitig wird sogar die Verbreitung wirklichkeitsnaher Kinderpornografie durch Ermittlungsbehörden mit dem Argument, diese falle nicht ins Gewicht, als zulässig angesehen. Die rein fiktive Kinderpornografie wird in der aktuellen Gesetzesänderung von der Strafrahmensverschärfung ausgenommen, sodass das Verbreiten erkennbar fiktiver Darstellungen weiterhin ein Vergehen bleibt. Die Mindeststrafe beträgt jedoch weiterhin drei Monate Freiheitsstrafe.

Dass die fiktive Kinderpornografie überhaupt in den Straftatbestand des § 184b StGB einbezogen ist, lässt sich wohl historisch begründen: Dieser hat sich aus einer reinen Qualifikation des Verbreitens pornografischer Inhalte nach § 184 StGB entwickelt.¹²³ Schutzzweck dieser Norm ist vor allem der Jugendschutz und der Schutz vor ungewollter Konfrontation mit Pornografie.¹²⁴ Diese Rechtsgüter können auch durch die Verbreitung rein fiktiver Pornografie betroffen sein. Dies lässt sich aber nicht auf den § 184b StGB übertragen: Es besteht ein deutlich umfassenderes Verbreitungsverbot. Dies lässt sich angesichts der erheblich geringeren Gefahr jedoch nicht einmal dann überzeugend begründen, wenn man grundsätzlich das Nachfrage- und das Anreizargument für zulässig hält. Das Verbot kann im Wesentlichen nur auf die vom Strafrecht gerade nicht geschützte Moral gestützt werden.

Noch weiter geht der neue § 184i StGB-E: Nicht nur die Verbreitung, sondern auch die Herstellung und der Besitz von Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild wird unter Strafe gestellt. Gerade im Bereich des Besitzes wird jedoch in den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung eingegriffen. Gleichzeitig wird zunächst Rechtsgut verletzt. Bestraft werden soll der Besitz nicht wegen einer mit ihm einhergehenden Rechtsgutsverletzung, sondern wegen der vermeintlichen Senkung der Hemmschwelle des Täters zur Begehung eines sexuellen Missbrauchs von Kindern. Das ist eine Vorfeldverlagerung, die weit über die Bestrafung einer Vorbereitungshandlung hinausgeht. Zudem ist die vermutete Steigerung der Gefährlichkeit nicht einmal empirisch belegt.

Trotzdem wird die Höchststrafe nur für Erwerb oder Besitz, also nur für die vermutete Steigerung der eigenen Gefährlichkeit des Täters auf Freiheitsstrafe in Höhe von drei Jahren festgelegt. Dies könnte man zwar versuchen, damit zu begründen, dass die Nutzung einer solchen Sexpuppe deutlich näher an einem realen Missbrauch liegt als der Konsum von rein fiktiver Kinderpornografie. Der Gesetzgeber selbst hat jedoch keine Stellung zu dem Verhältnis der Kindersexpuppen zu der fiktiven Kinderpornografie genommen. Dagegen lässt sich zudem sagen, dass diese, anders als kinderpornografische Inhalte auch zur emotionalen Bedürfnisbefriedigung beitragen können, indem sie etwa als Gesprächspartner genutzt werden. Angesichts der Straflosigkeit des Besitzes der rein fiktiven Kinderpornografie stellt die angedrohte Höchststrafe des Besitzes von Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild einen Wertungswiderspruch dar. Selbst wenn man davon ausgeht, durch die Nutzung dieser

¹²³ Ziegler, in: BeckOK-StGB, §184b Rn. 1.

¹²⁴ Greco, in: SK-StGB, § 184 Rn. 2.

Puppen werde bei einigen Nutzern die Hemmschwelle zum tatsächlichen Missbrauch gesenkt, könnte damit angesichts des weitreichenden Eingriffs in die Rechte des Nutzes eine Pönalisierung des Besitzes und Erwerbs nicht gerechtfertigt werden.

Dies könnte jedoch in Hinblick auf das Inverkehrbringen, also § 184I Abs. 1 StGB-E anders sein.

Unabhängig von der Empirie würden wiederum ein Zurechnungsproblem bezüglich der nachgelagerten und eigenverantwortlichen Straftaten anderer Personen bestehen. Es würde die durch die Verbreitung an eine Mehrzahl anderer Personen statistisch steigende Wahrscheinlichkeit einer späteren Tat geahndet werden. Hiergegen sprechen jedoch dieselben Argumente wie bei der fiktiven Kinderpornografie: Es würde eine extreme Vorfeldverlagerung bedeuten. In der Gesetzesbegründung heißt es, insbesondere solle dem Markt für solche Nachbildungen die Grundlage entzogen werden, auch solle ein Signal für die Gesellschaft ausgehen, dass Kinder nicht zum Objekt sexueller Handlungen gemacht werden dürften.¹²⁵ Das sind hauptsächlich moralische Argumente. Nach dieser Wertung müsste die fiktive Kinderpornografie in jeder Tatmodalität unter Strafe gestellt werden. Zudem müssten auch die Nutzung indikativer Bilder, also solcher, die Kinder ohne jede sexuelle Konnotation in Alltagssituationen zeigen¹²⁶, zu Masturbationszwecken pönalisiert werden. Zudem ist hier die Verbreitung selbst bei der kostenlosen Weitergabe in nur einem einzigen Fall erfasst.

Dabei zeigt sich wiederum ein Wertungswiderspruch zu der fiktiven Kinderpornografie – bei dieser ist nur das Verbreiten an einen nicht mehr individualisierbaren Personenkreis erfasst. Um eine Wertungsübereinstimmung zu erreichen, müsste die Strafbarkeit auf das gewerbliche Veräußern begrenzt werden. Zwar ist bei § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB auch das nichtkommerzielle Verbreiten erfasst, jedoch können die Puppen nicht als digitale Inhalte vielen Personen gleichzeitig zur Verfügung gestellt werden. Wer mehrere Puppen verbreitet, wird dies regelmäßig kommerziell tun, sodass auf diese Weise die meisten Fälle der Weitergabe an mehrere Personen erfasst wären und keine Probleme mit dem Bestimmtheitsgebot aufkommen würden.

Die mangelnde Differenzierung zwischen der Verbreitung an eine einzelne Person und der Verbreitung im größeren Ausmaß stellt jedoch innerhalb des § 184I StGB-E sowie im Vergleich zu § 184b StGB einen Wertungswiderspruch dar. Im Unterschied zu der wirklichkeitsnahen Kinderpornografie wird zudem nicht einmal der Eindruck eines realen Geschehens erweckt, zudem kann das Nachfrageargument nicht angeführt werden – durch die Herstellung neuer Puppen wird anders als bei der Herstellung neuer kinderpornografischer Inhalte kein Rechtsgut verletzt. Somit ist auch die Pönalisierung der Sexpuppen mit kindlichem Erscheinungsbild insgesamt abzulehnen.

Zutreffend ist daher die Aussage von *Prof. Dr. Hörnle*, welche zu dem Schluss kommt, es sei erschreckend und einer rechtsstaatlichen Rechtsordnung nicht angemessen, dass auf Basis von wenigen Sätzen mit nicht recherchierten Aussagen zu menschlichem Verhalten Kriminalstrafe geschaffen werden soll.¹²⁷

Im Ergebnis stellt sich § 184I StGB-E als populistische Pönalisierung moralisch-ästhetischer Werte dar, die sich durch den Rechtsgüterschutz nicht legitimieren lässt.

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

¹²⁵ BT-Drs. 19/23707, S. 23.

¹²⁶ *Beier*, S. 18.

¹²⁷ *Hörnle*, Stellungnahme zu BT-Drs. 19/23707 v. 2.12.2020, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/811386/28245e43b98ca66b11dc55e388a0726c/hoernle-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 9.5.2021), S. 13.

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Anna-Sophie Daume

Die Vorführung einer aufgezeichneten Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung nach § 255a StPO wegen einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung – Notwendiger Opferschutz oder Verstoß gegen Grundsätze des Strafprozesses?

Friedrich-Schiller-Universität Jena

Juristische Fakultät

Seminar: „Sexualstrafrecht – dogmatische und kriminalpolitische Fragen“

Sommersemester 2021

Abgabedatum: 12.5.2021

bei

Prof. Dr. Edward Schramm

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	177
II. § 255a StPO als Ausdruck des Opferschutzes	177
1. Definition von Opferschutz.....	177
2. Grundzüge der Entwicklung des Opferschutzes und Entstehung des § 255a StPO.....	178
a) Opferschutzgesetz von 1986	178
b) „Mainzer-Modell“	178
c) Verankerung des § 255a StPO im ZSchG vom 30.04.1998	179
d) Reform des § 255a StPO in der Folgezeit	179
3. Regelungsgehalt der Norm.....	180
a) § 255a I StPO	180
b) § 255a II StPO.....	180
aa) Anwendungsbereich.....	180
bb) Tatbestandsvoraussetzungen	181
(1) Straftat aus dem Straftatenkatalog	181
(2) Richterliche Vernehmung	181
(3) Gelegenheit zur Mitwirkung	181
(4) Kein Widerspruch des Zeugen.....	183
cc) Rechtsfolge.....	183
c) Ergänzende Vernehmung gem. § 255a II 4 StPO	183
4. Bedeutung des § 255a II StPO.....	184
a) Zeugenschutz.....	184
b) Wahrheitsfindung	184
c) Konservierung „frischer“ Wahrnehmungen	185
d) Einsatz von Videotechnik im heutigen Zeitalter	185
5. Praktische Durchführung der Video-Vernehmung.....	186
III. Vereinbarkeit mit den Verfahrensgrundsätzen	186
1. Unmittelbarkeitsgrundsatz	186
2. Grundsatz der Mündlichkeit.....	188
3. Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung.....	188
4. Gebot des bestmöglichen Beweises gem. § 244 II StPO.....	188
5. Öffentlichkeitsgrundsatz.....	188
6. Fair-trial-Prinzip gem. Art. 20 III GG, Art. 6 EMRK	189
IV. Zusammenfassung und Stellungnahme	189

I. Einleitung

Ein heller, freundlicher Raum. Auf der Kamera sitzt ein Kuscheltier. Sämtliche Akten und Dokumente liegen bereit. Das Kind, welches Opfer eines sexuellen Missbrauchs geworden ist, nimmt dem Richter¹ gegenüber Platz. Es lächelt. Die Vernehmung kann beginnen. Die Aufzeichnung startet.

Zeugen erscheinen im Strafverfahren in vielfältigster Weise. Sie können Täter, Mitwisser, Geschädigte, Angehörige, zufällige Beobachter, oder Sachverständige sein. Ein Zeuge kann aber auch in der Rolle des Opfers auftreten. Gerade bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung sind die Opfer der Tat meist die einzigen Zeugen. Werden die Opferzeugen im Rahmen des Strafverfahrens vernommen, kann es passieren, dass diese mehrfach bei der Polizei und vor Gericht aussagen und über den Tathergang berichten müssen. Die psychische Not und der Druck des Opfers sind dabei enorm - vor allem bei Kindern.² Mit der Einführung des § 255a StPO soll gerade eine solche Retraumatisierung infolge von Mehrfachvernehmungen vermieden werden. Dieser regelt unter anderem, dass die Vernehmung eines Zeugen in der Hauptverhandlung - insbesondere eines Kindes, das Opfer einer Sexualstraftat geworden ist - durch die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung seiner früheren richterlichen Vernehmung ersetzt werden kann. Fraglich ist jedoch, ob der hierin steckende, opferschonende Gedanke zur Verletzungen etwaiger Prozessgrundsätze führt und darüber hinaus einen Mehrwert für den kindlichen Zeugen darstellt. In der folgenden Abhandlung soll diese Thematik ihre rechtliche Bewertung finden und unter den zentralen Vorschriften der deutschen Strafprozessordnung analysiert werden. Die intensive Auseinandersetzung mit § 255a StPO und der Frage nach der optimalen Wahrheitsfindung ist hierfür fundamental.

II. § 255a StPO als Ausdruck des Opferschutzes

1. Definition von Opferschutz

Der Begriff des Opfers, der im allgemeinen Sprachgebrauch aber auch in der Jurisprudenz ständig Verwendung findet, ist gesetzlich nur äußerst rudimentär definiert. In der Viktimologie, einem Teilbereich der Kriminologie, wird dem Opfer dagegen zunehmend Aufmerksamkeit geschenkt. Die Lehre vom Verbrechensopfer beschäftigt sich unter anderem mit Fragen nach Opferdispositionen, der Rolle des Opfers bei der Verbrechensentstehung, den Möglichkeiten der Verminderung des Viktimisierungsrisikos und den Opferhilfe- und Behandlungsprogrammen.³ Mit *Hans von Henting* entstand schließlich ein enger Oberbegriff, der sich nur auf das Verbrechensopfer beschränkte und damit starke Anlehnung an die restriktiven Vorgaben des Strafrechts und die juristische Terminologie fand. Danach wird heute unter einem Opfer meist eine natürliche Person verstanden, die als direkte Folge eines Verstoßes gegen die Strafrechtsnormen einen Schaden, insbesondere eine Beeinträchtigung ihrer körperlichen Unversehrtheit, seelisches Leid oder einen wirtschaftlichen Nachteil erlitten hat.⁴

Opferschutz ist danach die Gesamtheit der gesetzlichen Bestimmungen und Maßnahmen, die die rechtliche Stellung der Opfer von Straftaten verbessern sollen.⁵ Schließlich ist die Definition stets auf den zeitlichen Wandel und die damit einhergehende Abwandlung und Entstehung neuer Viktimisierungsprozesse anzupassen. Reformüberle-

¹ In dieser Arbeit wird aufgrund der besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und anderweitige Geschlechteridentitäten werden dabei mitgemeint, soweit es für die Aussage erforderlich ist.

² Vgl. *Geppert*, JURA 1996, 550 (550).

³ *Kropp*, JuS 2005, 686 (686).

⁴ *Meier*, Kriminologie, 5. Aufl. (2016), § 8 Rn. 4; Vgl. Richtlinie 2012/29 EU, ABl. Nr. L 315/57 vom 14.11.2012, Art. 2a).

⁵ *Duden online*, Opferschutz, abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Opferschutz> (zuletzt abgerufen am: 12.5.2021).

gungen zur Schaffung eines verbesserten Zeugenschutzes müssen jedoch die strukturellen Bedingungen der jeweiligen Verfahrensordnung, vorliegend der Strafprozessordnung, berücksichtigen.⁶

2. Grundzüge der Entwicklung des Opferschutzes und Entstehung des § 255a StPO

a) Opferschutzgesetz von 1986

Mit dem Ersten Gesetz zur Verbesserung der Stellung des Verletzten in der Hauptverhandlung vom 18.12.1986 wurde dem Gericht erstmalig die Möglichkeit eröffnet, die Vernehmung eines Kindes in der Hauptverhandlung schonend zu gestalten.⁷ Hiernach kann das erkennende Gericht beispielsweise die Öffentlichkeit unter den Voraussetzungen der §§ 171b und 172 Nr. 4 GVG zum Schutz der Persönlichkeitsrechte des Opfers ausschließen. Einen deutlich größeren Effekt hat daneben der neu eingeführte Satz 2 des § 247 StPO, wonach das Gericht den Angeklagten für die Dauer der Vernehmung einer Person unter sechzehn Jahren ausschließen kann, wenn bei der Konfrontation des kindlichen Zeugen mit dem Angeklagten ein erheblicher Nachteil für das Wohl des Zeugen zu befürchten ist.⁸ Trotz der neu dazu gewonnenen Erkenntnisse zum Belastungserleben von Kindern, insbesondere bei Sexualstraftaten, hat sich die Rechtsstellung des kindlichen Zeugen auch mit der Einführung des Opferschutzgesetzes in der Praxis nur minimal verbessert. Daher entbrannte in den 90er-Jahren erneut die Diskussion um Reformen im Bereich des Schutzes sensibler Zeugen.⁹

b) „Mainzer-Modell“

Der Gedanke an die anrührende Hilflosigkeit und Angst kleiner Kinder vor Strafgerichten und die nicht selten quälend-hilflosen Versuche von Strafjuristen, das Wohl des Kindes zu schützen, hat 1995 das Landgericht Mainz dazu geführt, erstmalig während eines Prozesses Videotechnologie einzusetzen. In dem sogenannten Wormser Kindesmissbrauchsverfahren wurden die kindlichen Opferzeugen vom Gerichtsvorsitzenden in einem vom Gerichtssaal getrennten Raum vernommen und diese Vernehmung über eine Videostandleitung akustisch und visuell in den Sitzungssaal übertragen.¹⁰ In dem Beschluss vom 26.6.1996 heißt es, dass die Vernehmung kindlicher Zeugen im Verfahren wegen sexuellen Missbrauchs außerhalb des Gerichtssaals mittels Videoaufnahmen zulässig ist.¹¹ Ziel des eben beschriebenen Einsatzes der Videotechnologie war es, den aussagebereiten kindlichen Zeugen noch intensiver vor zu großen psychische Belastungen – während einer Aussage in Anwesenheit einer Vielzahl von Verfahrensbeteiligten – zu schützen.¹² Damit bildet das sog. „Mainzer-Modell“ den Startschuss für den Einsatz von Videotechnologie in der Hauptverhandlung. Spektakuläre Prozesse um den sexuellen Missbrauch kindlicher Opfer führten erneut zu Diskussionen über einen verbesserungswürdigen Schutz von Opferzeugen.¹³

⁶ Schiemann, KriPoZ 2020, 55 (55).

⁷ BGBl. 1986 I, S. 2496 ff.

⁸ Vgl. Geppert, JURA 1996, 550 (550 f.).

⁹ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, 2007, S. 22; Vgl. Meier, JZ 1991, 638 (639).

¹⁰ Scheumer, S. 20; Vgl. Kretschmer, JR 2006, 453 (453).

¹¹ LG Mainz, NJW 1196, 208 (208).

¹² Vgl. Kretschmer, JR 2006, 453 (453 f.).

¹³ Kretschmer, JR 2006, 453 (454).

Daume – Die Vorführung einer aufgezeichneten Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung nach § 255a StPO wegen einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung – Notwendiger Opferschutz oder Verstoß gegen Grundsätze des Strafprozesses?

c) *Verankerung des § 255a StPO im ZSchG vom 30.4.1998*

Mit dem Einrücken des Opferschutzgedankens ins Zentrum der Kriminalpolitik¹⁴ und zunehmendem Handlungsbedarf für Maßnahmen zur Verbesserung des Opfer- und des Zeugenschutzes¹⁵ wurde der Gesetzgeber tätig und erließ am 30.4.1998 das Zeugenschutzgesetz (ZSchG), welches am 1.12.1998 in Kraft trat.¹⁶

Der ursprüngliche Gesetzesentwurf beinhaltete ein Abspielen der Bild-Ton-Aufzeichnung in der Hauptverhandlung als Ersatz für die Verlesung der Vernehmungsniederschrift bzw. das persönliche Erscheinen des Zeugen nur dann, wenn der Sachverhalt nicht im Wege der herkömmlichen Protokollverlesung nach § 251 StPO aufgeklärt werden kann. Dies hätte für kindliche Opferzeugen zur Folge, dass diese grundsätzlich persönlich in der Hauptverhandlung hätten aussagen müssen. Der Zweck, dem Zeugen qualvolle Mehrfachvernehmungen zu ersparen, wäre damit gerade nicht erfüllt worden.¹⁷ Daraufhin erfolgte eine Anpassung des Gesetzesentwurfes an die Zielbestimmungen. Mit dem Zeugenschutzgesetz wurde dann schließlich § 255a StPO eingeführt.¹⁸ Danach kann die Vorführung der aufgezeichneten Vernehmung gem. § 255a Abs. 1 StPO anstelle der Verlesung eines Protokolls erfolgen oder nach § 255a Abs. 2 StPO einen Ersatz der persönlichen Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung darstellen.¹⁹ Damit ist in § 255a StPO eine Ausnahmeregelung vom Grundsatz der persönlichen Vernehmung gem. § 250 StPO zu sehen.²⁰ Weiter steht in diesem Zusammenhang noch § 58a StPO, der ebenfalls durch das Zeugenschutzgesetz entstand.²¹ Die Aufzeichnung von Vernehmungen in Bild und Ton werden hiernach als zulässig erklärt. Weiterhin verweist § 58a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO auf die in § 255a StPO genannten Straftaten, bei denen eine solche richterliche Vernehmung erfolgen darf.²²

d) *Reform des § 255a StPO in der Folgezeit*

Am 29.7.2009 wurde das Alter der Opfer von 16 auf 18 Jahre geändert. Seitdem kann die Vernehmung eines Zeugen unter 18 Jahren durch die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung seiner früheren richterlichen Vernehmung ersetzt werden.²³

Am 26.6.2013 beschloss der Bundestag mit dem Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern des sexuellen Missbrauchs (StORMG)²⁴, erneut, dass den Opfern sexuellen Missbrauchs, insbesondere Kindern und Jugendlichen verstärkter Schutz zukommen soll. Besonderes Augenmerk lag hierbei erneut auf der Vermeidung von Mehrfachvernehmungen.²⁵ Mit dem Gesetzesentwurf zur Modernisierung des Strafverfahrens der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 05.11.2019 sollte der Opferschutz im Strafverfahren weiter gestärkt werden. § 255a Abs. 2 StPO wird daraufhin wie folgt geändert: In den Satz 1 werden nach dem Wort „mitzuwirken“ ein Komma und die Wörter „und wenn der Zeuge, dessen Vernehmung nach § 58a Abs. 1 S. 3 in Bild und Ton aufgezeichnet worden ist, der vernehmungsersetzenden Vorführung dieser Aufzeichnung in der Hauptverhandlung nicht unmittelbar nach der aufgezeichneten Vernehmung widersprochen hat“ eingefügt. In Satz 2 werden nach dem Wort „waren“ die Wörter

¹⁴ Vgl. BT-Drs. 13/7165, S. 1; Thoma, Unmittelbarer Opferzeugenschutz, 2003, S. 3 f.

¹⁵ BT-Drs. 13/4983, S. 9.

¹⁶ BGBl. 1998 I, S. 820 ff.

¹⁷ Caesar, NJW 1998, 2313 (2316); Vgl. Scheumer, S. 19; Vgl. Geppert, JURA 1996, 550 (550).

¹⁸ BGBl. 1998 I, S. 821.

¹⁹ Vgl. Rieß, NJW 1998, 2340 (3241).

²⁰ Diemer, NJW 1999, 1667 (1673).

²¹ Vgl. BGBl. 1998 I, S. 820.

²² Vgl. Velten, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), § 255a Rn. 1.

²³ Vgl. BGBl. 2009 I, S. 2284.

²⁴ Vgl. BGBl. 2013 I, S. 1805 ff.

²⁵ BT-Drs. 17/6261, S. 1.

„oder Verletzte einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung (§§ 174 bis 184j des Strafgesetzbuches) sind“ ergänzt.²⁶ Damit entstand schließlich die heutige Version des § 255a StPO.

3. *Regelungsgehalt der Norm*

Während § 58a StPO die Ermächtigungsgrundlage für die Videoaufzeichnung einer Zeugenvernehmung schafft, regelt § 255a die Vorführung und damit die Verwertung der Aufnahmen in der Hauptverhandlung.²⁷ Im Folgenden soll sowohl der Anwendungsbereich, die Tatbestandsvoraussetzungen als auch die Rechtsfolge des § 255a StPO genauer untersucht werden.

a) *§ 255a Abs. 1 StPO*

Der Absatz 1 des § 255a StPO beschränkt die Vorführung der aufgezeichneten Zeugenvernehmung nicht auf einen bestimmten Kreis von Zeugen oder Straftaten. Allerdings geht aus dem Wortlaut, dem Sinn und Zweck des Zeugenschutzes sowie der systematischen Stellung der Norm hervor, dass diese keine Anwendung auf Sachverständige findet.²⁸ Sachverständige können zwar auch eine Aussage bei einer Gerichtsverhandlung machen, sind aber i.S.d. § 255a StPO keine Zeugen und daher nicht schutzwürdig. § 255a Abs. 1 StPO hat lediglich deklaratorischen Charakter und stellt klar, dass die Vorschriften der Verlesung eines Protokolls über eine Vernehmung gem. §§ 251, 552, 253 und 255 StPO ebenso für die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung gelten. Somit gleichen die Voraussetzungen der Vorführung in Absatz 1 denen einer Protokollverlesung. Die Vorschrift lässt den Augenscheinsbeweis über den Inhalt einer Zeugenaussage zu und dient der Beweissicherung und Beschleunigung des Verfahrens.²⁹ Da der Absatz 1 weniger ausschlaggebend für die nachstehende Problematik ist, soll auf diesen im Folgenden nicht näher eingegangen werden.

b) *§ 255a Abs. 2 StPO*

Den Kern der Arbeit bildet dagegen § 255a Abs. 2 StPO, der die Ersetzung der Vernehmung eines Zeugen in der Hauptverhandlung thematisiert und in seinen Voraussetzungen unabhängig von Absatz 1 ist.³⁰

aa) *Anwendungsbereich*

Er teilt sich in vier Sätze auf und bezieht sich ausschließlich auf Zeugen unter 18 Jahren oder Zeugen, die zwar schon älter sind, aber zur Tatzeit unter 18 Jahre alt waren. Die Zeugen müssen jeweils Opfer wegen einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung (§§ 174 bis 184j StGB) oder gegen das Leben (§§ 211 bis 222 StGB), wegen Misshandlung von Schutzbefohlenen (§ 225 StGB) oder wegen Straftaten gegen die persönliche Freiheit (§§ 232 bis 233a StGB) sein. Der Anwendungsbereich beschränkt sich ausschließlich auf diesen Katalog der genannten Straftaten. § 255a Abs. 2 StPO ist aber auch dann zulässig, wenn der Zeuge allgemein ein Verletzter einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung ist.³¹

²⁶ BT-Drs. 19/14747, S. 7; BGBl. 2019 I, S. 2122.

²⁷ Tsambikakis, in: SSW-StPO, 4. Aufl. (2020), § 255a Rn. 1; BT-Drs. 13/7165, S. 6.

²⁸ Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl. (2020), § 255a Rn.1.

²⁹ Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 9. Aufl. (2018), § 27 Rn. 26; Vgl. Dieckerhoff, Audiovisuelle Vernehmung kindlicher Opferzeugen sexuellen Missbrauchs im Strafverfahren, 2008, S. 103 f.

³⁰ Volk/Engländer, Grundkurs StPO, § 27 Rn. 27.

³¹ Vgl. Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 255a Rn. 6a.

Daume – Die Vorführung einer aufgezeichneten Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung nach § 255a StPO wegen einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung – Notwendiger Opferschutz oder Verstoß gegen Grundsätze des Strafprozesses?

*bb) Tatbestandsvoraussetzungen**(1) Straftat aus dem Straftatenkatalog*

Zunächst muss eine der in § 255a Abs. 2 S. 1 StPO genannten Straftaten Gegenstand der Hauptverhandlung sein. Die Aufzählung ist dahingehend abschließend. Sollte jedoch eine weitere Straftat i.S.d. §§ 52, 53 StGB hinzukommen, hindert dies nicht die Zulässigkeit der Vorführung.

(2) Richterliche Vernehmung

Gemäß § 255a Abs. 2 StPO dürfen nur Bild-Ton-Aufzeichnungen über richterliche Vernehmungen vorgeführt werden. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Vernehmungen hiervon ausgeschlossen sind.³² Die Beschränkung auf richterliche Vernehmungen erfolgt im Hinblick auf die für diese vorgesehenen weitgehenden Schutzrechte des Beschuldigten gem. § 168c StPO.³³ Zudem muss die frührichterliche Vernehmung des Zeugen unter Wahrung der geltenden Verfahrensvorschriften, vor allem der erforderlichen Belehrung, erfolgen.³⁴

(3) Gelegenheit zur Mitwirkung

Weiterhin muss für die Verwertung der Videoaufzeichnung in der Hauptverhandlung gem. § 255a StPO sowohl der Angeklagte als auch der Verteidiger³⁵ Gelegenheit gehabt haben, an der Erstvernehmung mitzuwirken. Der hierin statuierte Mitwirkungsvorbehalt dient dazu, den in Art. 103 GG, Art. 6 EMRK enthaltenen Grundsatz, dass gerichtliche Entscheidungen nur aufgrund von Tatsachen und Beweisergebnissen ergehen dürfen, zu denen die Beteiligten vorher Stellung nehmen konnten, zu verwirklichen.³⁶ Dies ist eine besondere Ausformung des Grundsatzes des „fairen Verfahrens“.³⁷ Umstritten ist allerdings, wie eine solche Mitwirkungsgelegenheit aussehen soll.³⁸

Nach der Rechtsprechung und herrschenden Lehre soll die bloße Möglichkeit der Teilnahme ausreichen.³⁹ Auf die tatsächliche Wahrnehmung der Mitwirkungsrechte kommt es damit nicht an, die Einräumung einer Gelegenheit zur Mitwirkung ist ausreichend.⁴⁰ Eine Mitwirkungsgelegenheit ist bereits dann nicht gegeben, wenn auf die Benachrichtigung der Prozessteilnehmer verzichtet wurde, weil sie gem. § 168c Abs. 5 S. 2 StPO den Untersuchungszweck gefährden würde oder wenn auf terminliche Belange der Mitwirkungsberechtigten nicht ausreichend Rücksicht genommen wurde.⁴¹

Eine Mitwirkungsgelegenheit besteht im Gegensatz dazu dann, wenn der Angeklagte oder sein Verteidiger trotz Kenntnisnahme vom Vernehmungstermin nicht erschienen sind⁴² oder wenn ernsthaft nach einem gemeinsamen möglichen Termin gesucht worden ist.⁴³

³² Diemer, NJW 1999, 1667 (1674); Dieckerhoff, S. 78.

³³ BT-Drs. 13/ 4983, S. 8.

³⁴ Diemer, NJW 1999, 1667 (1674); Vgl. Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt-StPO, § 255a Rn. 8a.

³⁵ Vgl. Diemer, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 255a Rn. 10.

³⁶ BVerfGE 6, 12 (12).

³⁷ Scheumer, S. 48.

³⁸ Scheumer, S. 47.

³⁹ Diemer, in: KK-StPO, § 255a Rn. 11; Vgl. Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 255a Rn. 8b; Vogel/Norouzi, JR 2004, 212 (218); Velten, in: SK-StPO, § 255a Rn. 4; BGHSt 48, 268 (271); Dieckerhoff, S. 79.

⁴⁰ Dieckerhoff, S. 79.

⁴¹ Dieckerhoff, S. 80; OLG München, StV 2000, 352 (352).

⁴² Vgl. BGHSt 49, 72 (80 f.).

⁴³ Vgl. OLG München, StV 2000, 352 (352).

Eine andere Ansicht verlangt dagegen, dass der Verteidiger bzw. der Angeklagte tatsächlich an der Zeugenvernehmung mitgewirkt haben muss.⁴⁴ Meiner Meinung nach, ist die bloße Möglichkeit der Mitwirkung ausreichend. Dahingehend werden die Verteidigerrechte nicht beeinträchtigt. Ob der Verteidiger am Ende zum Termin der richterlichen Vernehmung erscheint und somit von seinem Fragerecht Gebrauch macht, liegt schließlich ganz bei ihm. Zudem spricht auch der Wortlaut des § 255a StPO lediglich von einer Gelegenheit der Beteiligten an der Erstvernehmung mitzuwirken. Dass dies zwangsläufig erfolgen muss, sagt die Norm nicht aus. Ebenso bedeutsam ist der Streit um die Notwendigkeit der Akteneinsicht vor der Mitwirkung des Verteidigers an der richterlichen Vernehmung. Fraglich ist nämlich, was dem Verteidiger die Gewährung seines Frage- und Konfrontationsrechtes nützt, wenn er zuvor keine Gelegenheit zur Akteneinsicht hatte und er sich somit nicht über die bisherigen Ermittlungen bzw. die vorangegangene kriminalpolizeiliche Vernehmung informieren konnte.⁴⁵ Eine Ansicht setzt für die Vernehmungsersetzung nach § 255a Abs. 2 S. 1 StPO voraus, dass dem Verteidiger grundsätzlich vorher Akteneinsicht gewährt worden sein muss.⁴⁶ Andererseits wird auch vertreten, dass § 255a StPO nicht erfordert, dass der Verteidiger vor der Mitwirkung der richterlichen Vernehmung teilweise oder vollständige Akteneinsicht nehmen konnte.⁴⁷ Der Wortlaut des § 255a Abs. 2 S. 1 StPO setzt die Gewährung einer vorherigen Akteneinsicht jedenfalls schonmal nicht voraus.⁴⁸ Allerdings lässt sich dem entgegenhalten, dass eine Gelegenheit der Mitwirkung, wie sie in § 255a Abs. 2 S. 1 StPO verlangt wird, vom Verteidiger nur wahrgenommen werden kann, wenn dieser über die für ihn wesentlichen Informationen des Sachverhalts verfügt und auf dieser Grundlage seine Fragen an den Zeugen stellen kann. Zudem ist das Akteneinsichtsrecht gesondert in § 147 StPO geregelt. Auch dort unterliegt es gewissen Einschränkungen, sodass diese erst recht in Bezug auf § 255a Abs. 2 S. 1 StPO gelten müssen. Weiterhin vernachlässigt ein zwingendes und ungebundenes Akteneinsichtsrecht aus teleologischer Sicht die Beweissicherungsinteressen und hindert damit das allgemeine Wahrheits- und Aufklärungsinteresse der Justiz. Auch in der Gesetzgebungsgeschichte lassen sich keine Anhaltspunkte für ein derartiges „Muss“ bezüglich der Akteneinsicht feststellen.⁴⁹ Dennoch werde es sich in der Praxis als sinnvoll erweisen, dem Verteidiger möglichst weitgehend Akteneinsicht zu gewähren, zumal damit auch die Wahrscheinlichkeit des Erfordernisses einer ergänzenden Zeugenvernehmung sinken würde.⁵⁰

Durch die vorherige Gewährung der Akteneinsicht kann der Verteidiger sein Frage- und Konfrontationsrecht auf einer fairen Grundlage ausüben und das Risiko einer ergänzenden Zeugenvernehmung gem. § 255a Abs. 2 S. 4 StPO verringern. Damit würde dem Opferschutz erneut Rechnung getragen. Zwar können die nötigen Informationen, die das Fragerecht des Verteidigers auspolstern, auch auf anderem Wege gewonnen werden. So kann der Verteidiger sich beispielsweise Auskünfte von Behörden beschaffen, eine gerichtliche Begründung von Zwangsmaßnahmen einfordern oder auch durch die Rücksprache mit dem Mandanten selbst, mit Zeugen oder gar anderen Mitverteidigern Informationen über den Verfahrensstand erlangen. Allerdings sind diese Wege in der Praxis mit einem erhöhten Zeitaufwand verbunden und weisen ein erhöhtes Risiko der Unvollständigkeit und Fehlerhaftigkeit auf. Das Akteneinsichtsrecht ist daher nach meinem Dafürhalten der sicherste und effektivste Weg der Informationsgewinnung. Wie auch der *BGH* bin ich daher der Ansicht, dass die Gewährung der vorherigen Akteneinsicht aus verfahrenspraktischen Erwägungen als sinnvoll erweist. Zudem sollte der in § 147 StPO verankerte Kernbereich der Verteidigung nicht einfach unterlaufen werden. Schließlich wird das Fragerecht selbst

⁴⁴ Vgl. *Schlothauer*, StV 1999, 47 (49); *Beulke*, ZStW 2001, 709 (738); *OLG München*, StV 2000, 352 (352).

⁴⁵ *Vogel/Norouzi*, JR 2004, 212 (214).

⁴⁶ *Schünemann*, StV 1998, 391 (400); *Schlothauer*, StV 1999, 47 (49).

⁴⁷ BGHSt 48, 268 (268); Vgl. *BGH*, JR 2004, 212 (212).

⁴⁸ BGHSt 48, 268 (270); *Walther*, JZ 2004, 1107 (1108).

⁴⁹ Vgl. BGHSt 48, 268 (271).

⁵⁰ BGHSt 48, 268 (272).

nicht durch das etwaige Unterbleiben einer vorherigen Akteneinsicht verletzt, sondern durch die Gelegenheit zur Teilnahme an der aufgezeichneten Vernehmung und zur Befragung der Beweisperson gewährt.

(4) Kein Widerspruch des Zeugen

Schließlich darf der Zeuge der Vorführung der früheren richterlichen Vernehmung in der Hauptverhandlung nicht widersprechen. Sinn und Zweck des Widerspruchs ist es, das Persönlichkeitsrecht des Opfers zu wahren.⁵¹ Zu beachten ist, dass der Widerspruch direkt im Anschluss an die Vernehmung gegenüber dem Richter erklärt werden muss. Die Konsequenz eines solchen Widerspruchs ist, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung vernommen werden muss. Da dies aber durch die Videovernehmung gerade vermieden werden soll, wird die Einlegung eines Widerspruchs kaum vorkommen.⁵²

cc) Rechtsfolge

Liegen die oben genannten Voraussetzung des § 255a Abs. 2 StPO vor, kann die Vernehmung des kindlichen Opferzeugen in der Hauptverhandlung durch die Vorführung eines Vernehmungsvideos ersetzt werden. Dem Gericht kommt hierbei ein pflichtgemäßes Ermessen zu.⁵³ Daraus lässt sich schlussfolgern, dass dem Zeugen kein Anspruch auf den Einsatz dieses Mittels zusteht.

Außerdem hat das Gericht gem. § 255a Abs. 2 S. 3 StPO die Pflicht, bei seiner Entscheidung die schutzwürdigen Interessen des Zeugen zu berücksichtigen und den Grund für die Vorführung bekannt zugeben. Der Schutz des Zeugen muss entsprechend dem Aufklärungsgebot und den Interessen des Angeklagten bzw. dessen Verteidigers abgewogen werden. All diese Aspekte müssen hinter den Gedanken der Verfahrensbeschleunigung und der Prozessökonomie zurücktreten.⁵⁴

c) Ergänzende Vernehmung gem. § 255a Abs. 2 S. 4 StPO

Eine Durchbrechung des von § 255a Abs. 2 S. 1, 2 und 3 StPO vorgesehenen Zeugenschutzes stellt dagegen der Satz 4 dar.⁵⁵ Die ergänzende Vernehmung ist Ausfluss der Aufklärungspflicht.⁵⁶

Das Schutzinteresse des Opferzeugen wird somit in ein Verhältnis zur rechtsstaatlichen Wahrheitsfindung, also dem Aufklärungsinteresse gestellt, was daher – falls dies erforderlich ist – die zusätzliche Vernehmung des Kindes erlaubt.⁵⁷ Von dieser Möglichkeit soll mit Rücksicht auf den notwendigen Opferschutz allerdings nur in Ausnahmefällen Gebrauch gemacht werden. Insbesondere kommt eine ergänzende Vernehmung dann in Betracht, wenn nach der Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung neue Gesichtspunkte hervortreten, die in der Hauptverhandlung aufgeklärt werden müssen.⁵⁸ Zudem wird diese immer geboten sein, wenn bei der Vorführung der Aufzeichnung festgestellt wird, dass die frühere richterliche Vernehmung bezüglich des Vernehmungsgegenstands und der Glaubwürdigkeit des Zeugen nicht erschöpfend war.⁵⁹ Zu beachten ist, dass Fragen, die durch den Inhalt der Bild-Ton-Aufzeichnung bereits beantwortet sind, indessen keine Ergänzung darstellen und deswegen als unzulässig

⁵¹ BT-Drs. 532/19, S. 25.

⁵² Vgl. Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 255a Rn. 8c f.

⁵³ Tsambikakis, in: SSW-StPO, § 255a Rn. 14.

⁵⁴ Vgl. BGH, NStZ-RR 2005, 45 (45); Scheumer, S. 47; Vgl. Deckers, NJW 1999, 1365 (1370).

⁵⁵ Vgl. Diemer, NJW 1999, 1667 (1675).

⁵⁶ Vgl. BGHSt, 48, 268 (274).

⁵⁷ BT-Drs. 13/4983, S. 8.

⁵⁸ Diemer, NJW 1999, 1667 (1675).

⁵⁹ Schlothauer, StV 1999, 45 (49).

vom Vorsitzenden gem. § 241 Abs. 2 StPO zurückzuweisen sind.⁶⁰

Um den Opferschutz bei der Anwendung dieser Norm aber nicht völlig leer laufen zu lassen, könnte das Gericht hierfür die Prüfung anderer Schutzoptionen in Betracht ziehen. So könnte die ergänzende Vernehmung unter der vorübergehenden Entfernung des Angeklagten gem. § 247 StPO erfolgen. Dieses Vorgehen erweist sich in der Praxis aber als äußerst aufwendig, weshalb eine audio-visuelle Vernehmung gem. § 247a StPO möglicherweise besser geeignet wäre.⁶¹ Inwiefern diese Bestimmungen jedoch mit den Prozessgrundsätzen vereinbar sind, soll hier nicht thematisiert werden.

4. Bedeutung des § 255a Abs. 2 StPO

a) Zeugenschutz

Grundlegendes Ziel der Einführung des § 255a StPO durch das Zeugenschutzgesetz ist es, eine körperlich und seelisch belastende Wiederholung der Vernehmung eines Tatopfers zu vermeiden und dem einem einhergehenden Beweisverlust vorzubeugen.⁶² Die Vorschrift bezieht sich vor allem auf kindliche und jugendliche Zeugen unter 18 Jahren, die unter anderem Opfer einer Sexualstraftat geworden sind. Die Tatsache, dass ein bereits durch die Tat völlig traumatisiertes Kind, zunächst von den Eltern und Angehörigen, später von der Polizei und meist auch von Sachverständigen zum Tathergang befragt wird und schließlich noch eine Vernehmung durch die Staatsanwaltschaft, den Ermittlungsrichter und den Verteidiger stattfinden soll, zeigt bereits, welchen psychischen Nöten ein Kind oder Jugendlicher in einer solchen Situation ausgesetzt sein würde.

Der zusätzliche Gedanke an eine Hauptverhandlung, in der der Opferzeuge dann eventuell noch vor der Öffentlichkeit und sogar seinem Peiniger selbst aussagen soll, beschreibt den auf dem Zeugen liegenden Druck sehr eindringlich. Zu den bereits bestehenden primären Traumatisierungsfolgen, die seelischer, körperlicher und psychosomatischer Art sein können und vielleicht sogar gerade wieder im Begriff des Abheilens waren, treten dann in Folge des Stresses während der Ermittlungsphase sekundäre Schäden hinzu. Diese können sich in Angstzuständen, schweren Depressionen, Schlaf-, Appetit- und Konzentrationsstörungen äußern.⁶³ Das Schutzbedürfnis der kindlichen Zeugen wird somit klar deutlich. Mithilfe von § 255a StPO und dem damit einhergehenden Ersatz der persönlichen Vernehmung des Zeugen durch die Vorführung einer früher aufgezeichneten Zeugenvernehmung kann ein effektiver Zeugenschutz gewährleistet werden. So kann in einer erleichterten Atmosphäre, ohne Druck von außen eine sekundäre Viktimisierung vermieden werden.⁶⁴

b) Wahrheitsfindung

Das Ziel des Strafverfahrens ist, neben der Herstellung des Rechtsfriedens und der Festsetzung eines gerechten Urteils, die Aufklärung des Sachverhalts unter dem Gesichtspunkt der Wahrheitsfindung.⁶⁵

Mit dem oben geschilderten Zeugenschutz kann dieses Ziel leichter erreicht werden. Durch die psychische Entlastung und das Bestehen einer angenehmen Atmosphäre, wird das Vertrauen zu dem Kind oder Jugendlichen besser gewonnen und es besteht die hohe Wahrscheinlichkeit, dass der Zeuge ohne die Anwesenheit des Angeklagten die

⁶⁰ Diemer, in: KK-StPO, § 255a Rn. 13.

⁶¹ Vgl. BGH, JR 2004, 212 (215); Vogel/Norouzi, JR 2004, 212 (218).

⁶² Kretschmer, JR 2006, 453 (456).

⁶³ Geppert, JURA 1996, 550 (550); Vgl. Velten, in: SK-StPO, § 255a Rn. 5.

⁶⁴ Vgl. BGHSt 48, 268 (271).

⁶⁵ Vgl. Volk/Engländer, Grundkurs StPO, § 3 Rn. 1.

Wahrheit sagt und mehr Details schildert.⁶⁶ Der Einwand, dass durch die aufgebaute Videotechnik der Vernehmungsraum als „Filmatelier“ in Erscheinung tritt und somit das Kind einschüchtert und in seinem Aussageverhalten hemmen würde⁶⁷, kann mit dem Argument der voranschreitenden Digitalisierung entkräftet werden. Im Zeitalter der sozialen Medien ist bereits fast jedes Kind mit dem Umgang von Kameras und Aufnahmetechnik vertraut. Nimmt man einen Influencer auf Instagram als Beispiel, der täglich in die Kamera spricht und dessen Story sich Kinder anschauen oder TikToks, die zum Spaß selbst oder mit Freunden gedreht werden, dann lässt sich erkennen, dass die Scham gefilmt zu werden, wohl eher rückläufig ist. Heutzutage ist das Aufnehmen der eigenen Person keine Besonderheit mehr. Und selbst wenn es sich um zu vernehmende Kleinkinder handelt, die den Kontakt mit der Videokamera noch nicht kennen, so kann ein kinderfreundlich eingerichtetes Vernehmungszimmer zum Überwinden dieser Hemmschwelle beitragen und die Beantwortung der Fragen erleichtern. Zudem vergessen die Kinder in der Regel schnell, dass die Kamera läuft, wenn die Vernehmung erst einmal begonnen hat.⁶⁸ Neben der Herstellung einer kindlichen Gesprächsatmosphäre wird allerdings auch eine gute Videoqualität der Vernehmungsaufnahme vorausgesetzt. Nur so können alle Verfahrensbeteiligten am Prozess der Wahrheitsfindung mitwirken. Vorteil der aufgezeichneten Vernehmung ist es zudem, dass die Mimik und Gestik des Aussagenden – auch durch eventuelles Stoppen des Videos – genau analysiert und somit anhand bestimmter Kriterien ermittelt werden kann, ob das Opfer lügt oder die Wahrheit spricht.

c) Konservierung „frischer“ Wahrnehmungen

In der Aufzeichnung von Vernehmungen zeigt sich eine weitere große Bedeutung für das Strafverfahren, denn die frühe richterliche Vernehmung kann zu einem Zeitpunkt erfolgen, wenn die Erinnerung des Tatzeugen noch „frisch“ und frei von etwaigen Wahrnehmungsstörungen ist. Das Opfer kann sich noch besser an Details erinnern als bei einer Tat, die bereits länger zurückliegt. Durch die sog. Konservierung der gegenwärtigen Wahrnehmungen kann eine unrichtige Aussage infolge von Erinnerungsverlusten mit erhöhter Wahrscheinlichkeit gering gehalten und ein entsprechender Bezug zur Wahrheitsfindung hergestellt werden.⁶⁹ Die unverblasste Erinnerung ist schließlich gespeichert und kann nicht mehr verloren gehen.

d) Einsatz von Videotechnik im heutigen Zeitalter

Im Zeitalter der Digitalisierung ist nach meinem Verständnis eine zeitgemäße Nutzung von Videotechnik unabdingbar. Durch die fortschreitende Entwicklung der Videoübertragungstechnik und den Möglichkeiten webbasierender Bild- und Tonübertragungen mit kostengünstigen Kameras und der technischen Bürostandardausstattung, sollte es jedem Gericht möglich sein, eine Zeugenvernehmung aufzuzeichnen und anschließend in der Hauptverhandlung zu präsentieren. Jedenfalls ermöglicht die moderne Kommunikationstechnik derartige Übertragungsmöglichkeiten.⁷⁰ Mit der Einführung des § 255a StPO soll den Verfahrensbeteiligten in Zukunft die Möglichkeiten einer Bild- und Tonübertragung zugänglich gemacht werden.⁷¹ In Zeiten von Legal Tech sollte die technische Entwicklung auch im Strafprozess nicht stillstehen.

⁶⁶ Vgl. Diemer, NJW 1999, 1667 (1673); Laubenthal, JZ 1996, 335 (338); Scheumer, S. 95; Arntzen, ZRP 1995, 241 (241).

⁶⁷ Vgl. Arntzen, ZRP 1995, 241 (242); Hasdenteufel, Die Strafprozessordnung als Grenze des Einsatzes von Videotechnologie in Strafverfahren bei sexuell mißbrauchten Kindern, 1997, S. 101.

⁶⁸ Scheumer, S. 94.

⁶⁹ Vgl. Scheumer, S. 98.

⁷⁰ Vgl. BT-Drs. 13/3128, S. 6.

⁷¹ BT-Drs. 17/1224, S. 10.

5. *Praktische Durchführung der Video-Vernehmung*

Wie oben bereits erklärt, regelt § 58a StPO die Zulässigkeit der Aufzeichnung der Vernehmung in Bild und Ton. Allerdings enthält die Norm keine Regelung darüber, wie die Aufzeichnung der Vernehmung auf Bild-Ton-Träger erfolgen soll. Eine entsprechende Regelung scheint diesbezüglich aber dringend geboten, da das sog. „Setting“ Einfluss auf die Glaubwürdigkeitsbeurteilung haben kann. Das bedeutet, dass sowohl die Einstellung der Kamera hinsichtlich des Kamerawinkels und der Entfernung vom Zeugen richtig vorgenommen sein muss. Daneben muss sichergestellt werden, dass die Aufzeichnung im optimalen Maße dem Verdacht von Manipulation entzogen wird. Dies setzt insbesondere die Einblendung von Datum und Echtzeit voraus, um mögliche Unterbrechungen für informelle Zwischengespräche oder technische Störungen, dokumentieren zu können. Wichtig ist zudem, dass nicht nur der vernommene Zeuge gefilmt wird, sondern auch eine Kamera auf den vernehmenden Richter bzw. auf anwesende Dritte gerichtet ist, sodass etwaige Einflüsse von diesen Personen ausgeschlossen werden können.⁷² Mehrere Kameras mit unterschiedlichen Winkeln ermöglichen schließlich den bestmöglichen Eindruck von der früheren Vernehmung. Letztlich ist eine gute Qualität des Bildes und des Tons für die Beweiswürdigung unerlässlich. Zudem sollte bei der Vorführung auf eine für alle Verfahrensbeteiligten angemessene und verständliche Lautstärke geachtet werden.

III. Vereinbarkeit mit den Verfahrensgrundsätzen

Die Grundsätze des Strafprozesses geben Aufschluss über die Grundstruktur eines Verfahrens. In ihnen liegt ein großer rechtsstaatlicher Wert, der sich erst durch das Verhältnis von Regel und Ausnahme erweist. Die Prozessmaximen prägen das gesamte Strafverfahren.⁷³ Im Folgenden soll geklärt werden, ob und schließlich inwiefern die Vorführung einer aufgezeichneten Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung mit diesen Grundsätzen vereinbar ist.

1. *Unmittelbarkeitsgrundsatz*

Die Feststellung der Wahrheit liegt im alleinigen Kompetenzbereich des Gerichtes. Es hat sich so nah wie möglich an die Aufklärung des Sachverhaltes heranzuarbeiten und muss daher „unmittelbare“ Beweise führen.⁷⁴ Das bedeutet, dass der Grundsatz der Unmittelbarkeit die Verwertung von Prozessstoff, der nicht Gegenstand der Hauptverhandlung war, verbietet.⁷⁵ Die Prozessmaxime der Unmittelbarkeit umfasst zwei Teilaspekte: In der formellen Unmittelbarkeit geht es darum, dass das Gericht die notwendigen Beweise selbst erheben soll, um so einen unmittelbaren Eindruck von deren Beweiskraft zu erlangen. Die materielle Unmittelbarkeit verlangt dagegen die Benutzung des tatnächsten und - somit hoffentlich - auch dem aussagekräftigsten Beweismittels.⁷⁶ Die Strafprozessordnung regelt den Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht direkt, verweist aber an einigen Stellen darauf. So lässt sich der materielle Aspekt zum Beispiel aus den §§ 250 ff. StPO ableiten, die den grundsätzlichen Vorrang des Personalbeweises vor reproduzierten Sachbeweisen regeln. Das formelle Unmittelbarkeitsprinzip lässt sich insbesondere

⁷² Schlothauer, StV 1999, 47 (48).

⁷³ Volk/Engländer, Grundkurs StPO, § 18 Rn. 1.

⁷⁴ Volk/Engländer, Grundkurs StPO, § 18 Rn. 26.

⁷⁵ Ahlf, in: Lagodny, Der Strafprozess vor neuen Herausforderungen?, 2000, S. 119.

⁷⁶ Wohlers, ZStrR 2014, 424 (424 f.).

aus § 261 StPO herauslesen, wonach das Gericht das Ergebnis der Beweisaufnahme aus dem „Innbegriff der Verhandlung“ schöpft.⁷⁷

Sinn und Zweck des persönlichen Kontaktes mit dem Zeugen ist es, das Sprechen bei der Aussage beobachten zu können und in einer Art von permanenten Augenschein aus der Mimik und Gestik Rückschlüsse auf die Glaubwürdigkeit des Aussagenden ziehen zu können.⁷⁸ Bei der Vorführung einer aufgezeichneten Videovernehmung nach § 255a StPO, wird die Vernehmung des Zeugen im Vorfeld der Hauptverhandlung durchgeführt und anschließend den Verfahrensbeteiligten präsentiert. Dabei wird das Beweissurrogat dem an sich verfügbaren Zeugen vorgezogen.⁷⁹ Diese Vorgehensweise deutet auf den ersten Blick auf einen Verstoß gegen das Unmittelbarkeitsprinzip hin. Formell fehlt es hier an der physischen Anwesenheit des Zeugen vor dem erkennenden Gericht in der Hauptverhandlung.⁸⁰ Zwar ist die Vernehmung durch einen Richter, vorrangig dem Vorsitzenden, vorzunehmen, jedoch wird dabei kaum das gesamte Gericht einen unmittelbaren Eindruck von der Beweiskraft der Zeugenaussage erlangen. Materiell ist die Aufzeichnung der Erstvernehmung als Beweissurrogat einer persönlichen Vernehmung nach § 250 StPO unterlegen. Allerdings sieht die Strafprozessordnung Ausnahmen vom Grundsatz der persönlichen Vernehmung vor. Wie § 251 StPO ist auch § 255a StPO eine solche (s.o.). Evidente Vorteile der Videoaufzeichnung gegenüber Vernehmungs- und Urkundenprotokollen liegen in der unmittelbaren, tatnahen und authentischen Aussage des Zeugen. Das gesamte verbale und nonverbale Verhalten des Zeugen wird festgehalten und schließlich konserviert. Hierbei wird deutlich, dass eine andere Art von Unmittelbarkeit gewährleistet wird.⁸¹ Dem Gericht werden weder sprachliche Feinheiten, noch die Körpersprache des Aussagenden vorenthalten. Im Gegenteil: Das Video spiegelt das gesamte Aussageverhalten des Opferzeugen wider.⁸² Es ist realistisch und plastisch festgehalten, darunter Pausen in der Antwort, Stottern, nervöse Bewegungen, Erröten, Schwitzen.⁸³ Man könnte fast so weit gehen und sagen, dass der Zeuge dadurch sogar noch besser auf das Gericht wirken kann, als wenn er in der Hauptverhandlung säße.

Weiter lässt sich anführen, dass durch die Videovernehmung eine tatnahe und stressfreie Befragung des Kindes ermöglicht wird und somit eine vorteilhaftere Sachaufklärung zu erwarten ist (s.o.).⁸⁴ Dennoch kann ein Verzicht auf ein in der Hauptverhandlung an und für sich zur Verfügung stehendes Beweismittel, von dessen Heranziehung sich der Beschuldigte eine Entlastung vom Tatvorwurf verspricht, nicht ohne weiteres hingenommen werden. Die Beschränkung des Angeklagten in seinen elementaren Verteidigungsrechten steht dem entgegen.⁸⁵ Dahingehend ermöglicht § 255a Abs. 2 S. 4 StPO eine ergänzende Vernehmung des Zeugen und versucht damit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit dennoch gerecht zu werden⁸⁶, verzichtet jedoch unter engen Voraussetzungen auf den Zeugenschutz im Interesse der Wahrheitsfindung. Hierin wird das Wesen der Prozessmaxime deutlich.⁸⁷ Folglich werden die Ziele der Wahrheitsermittlung durch die Einführung des § 255a StPO verbessert, ohne dass das Unmittelbarkeitsprinzip weiter als bisher eingeschränkt wird.⁸⁸

⁷⁷ Scheumer, S. 63.

⁷⁸ Scheumer, S. 63 f.

⁷⁹ Meurer, JuS 1999, 937 (940).

⁸⁰ Beulke, ZStW 2001, 709 (733).

⁸¹ Beulke, ZStW 2001, 709 (734).

⁸² Vgl. Scheumer, S. 64.

⁸³ Beulke, ZStW 2001, 709 (734).

⁸⁴ Scheumer, S. 65.

⁸⁵ Beulke, ZStW 2001, 709 (734).

⁸⁶ Vgl. BT-Drs. 13/4983, S. 4.

⁸⁷ Vgl. Volk/Engländer, Grundkurs StPO, § 18 Rn. 1.

⁸⁸ Scheumer, S. 65.

2. Grundsatz der Mündlichkeit

Der Mündlichkeitsgrundsatz verlangt, dass die Rekonstruktion des Tatgeschehens nicht hinter verschlossenen Türen stattfindet, sondern in Anwesenheit aller Verfahrensbeteiligten und in aller Öffentlichkeit erfolgt sowie über den Vorwurf mündlich verhandelt wird.⁸⁹ Dabei ist zu beachten, dass nur derjenige Prozessstoff in das Urteil eingehen darf, der als gesprochenes Wort im Rahmen der Hauptverhandlung seinen Ausdruck gefunden hat, vgl. § 261 StPO. Voraussetzung ist, dass die einzelnen Vorgänge für alle Prozessbeteiligten im Gerichtssaal akustisch wahrnehmbar sind. Die Akustik wird durch das Vorspielen der Bild-Ton-Aufnahme gewährleistet. Die Aussage wird den Verfahrensbeteiligten unter Einsatz der richtigen Technik zu Gehör gebracht und ist für diese wahrnehmbar. Damit wird § 255a StPO dem Prinzip der Mündlichkeit gerecht.⁹⁰

3. Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung

Der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung ist in § 261 StPO verankert und besagt, dass das Gericht über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung entscheidet. Festzuhalten ist, dass sich die Vorführung einer früher aufgezeichneten Kindesvernehmung in der Hauptverhandlung im Hinblick auf die richterliche Beweiswürdigung kaum von bisher gebräuchlichen Vernehmungsformen unterscheidet. Allerdings besteht bei derartigen Bildaufnahmen die Gefahr einer Suggestivwirkung und zwar in der Weise, dass die bildliche Überbetonung visueller Verhaltensweisen den Beobachter in die Irre führt. Hinzu kommt die Selbstüberschätzung des Beobachters und das nicht auszuschließende Missverstehen einiger Verhaltensweisen des Gegenübers, welches aber auch bei persönlichen Zeugenvernehmungen auftreten kann. Andererseits ergeben sich aus der Vorführung des Videos auch die oben beschriebenen Vorteile bezüglich der optimalen Auffassung und Deutung von der Mimik und Gestik des Aussagenden. Schließlich ist bei einer verantwortungsvollen Handhabung der neuen Möglichkeiten und bei entsprechender Einstellung der Kamertechnik der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung nicht außer Kraft gesetzt.⁹¹

4. Gebot des bestmöglichen Beweises gem. § 244 Abs. 2 StPO

Die Videoaufzeichnung gehört zum Kreis der Beweissurrogate. Unter technisch guten Bedingungen kann sie jedoch zum besten Beweis werden.⁹² Die Aufzeichnung ist außerdem ein ersichtlich besserer Beweis, wenn beispielsweise nur noch Vernehmungsprotokolle als Beweissurrogate zur Verfügung stehen.⁹³

5. Öffentlichkeitsgrundsatz

Der Öffentlichkeitsgrundsatz wird durch die Vorführung der Bild-Ton-Aufnahme nicht beeinträchtigt. Denkbare Voraussetzung ist jedoch, dass die Aussage auch im Raum der Öffentlichkeit übertragen wird, sodass diese die Aufzeichnung entsprechend wahrnehmen kann. Dies gilt allerdings nur, sofern dem keine Interessen des Zeugnenschutzes entgegenstehen und damit einer der Ausschlussfälle nach §§ 171b, 172 Nr. 1a, 4 GVG vorliegt.⁹⁴

⁸⁹ Volk/Engländer, Grundkurs StPO, § 18 Rn. 25.

⁹⁰ Scheumer, S. 69.

⁹¹ Beulke, ZStW 2001, 709 (739).

⁹² Beulke, ZStW 2001, 709 (737).

⁹³ Vgl. Lagodny, in: Lagodny, Der Strafprozess vor neuen Herausforderungen?, S. 176.

⁹⁴ Beulke, ZStW 2001, 709 (740), vgl. Hasdenteufel, S. 137.

6. Fair-trial-Prinzip gem. Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 EMRK

Weitaus gravierende Probleme ergeben sich dagegen in Hinblick auf das Verhältnis des § 255a StPO und dem im Verfassungsrecht, im Rechtsstaatsprinzip und Art. 20 Abs. 3 GG sowie in Art. 6 EMKR verankerten *fair-trial*-Prinzip. Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK beinhaltet das Konfrontations- und Fragerecht des Beschuldigten, welches für das justizförmige Strafverfahren elementar ist.⁹⁵

Wird die Vernehmung eines Zeugen tatsächlich durch die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung seiner früheren richterlichen Vernehmung ersetzt, so ist zunächst ein Verstoß gegen das Prinzip des fairen Verfahrens erkennbar, denn jede angeklagte Person hat das Recht, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen, vgl. Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK. Zum Zeitpunkt der Vorführung der Aufnahme in der Hauptverhandlung besteht für den Angeklagten bzw. dessen Verteidiger, mangels persönlicher Anwesenheit des Opfers, jedoch keine Möglichkeit, dem Belastungszeugen gegenübergestellt zu werden und an ihn Fragen zu richten.⁹⁶ Allerdings zeigt sich bei näherer Betrachtung der Problematik, dass das augenscheinliche Spannungsverhältnis von Zeugenschutz und Fragerecht des Angeklagten gelöst werden kann.⁹⁷ Zunächst ist Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK nicht zu entnehmen, dass das Fragerecht notwendigerweise in der Hauptverhandlung eröffnet werden muss. Es reicht aus, wenn der Beschuldigte oder sein Verteidiger in irgendeinem Abschnitt des Verfahrens Gelegenheit hat, an den Zeugen Fragen zu stellen.⁹⁸ Entscheidend ist jedenfalls, dass der Angeklagte „eine angemessene und geeignete Gelegenheit erhält, die Glaubwürdigkeit eines gegen ihn aussagenden Zeugen überhaupt in Frage zu stellen und ihn zugetragen, sei es in dem Zeitpunkt, in dem der Zeuge seine Aussage ablegt, sei es zu einem späteren Zeitpunkt des Verfahrens“.⁹⁹ Entscheidend sind folglich die oben bestrittenen Mitwirkungsrechte des Beschuldigten. Schließlich wird jedenfalls eine Vereinbarkeit des § 255a StPO mit dem *fair-trial*-Prinzip deutlich. Voraussetzung dafür ist, dass der Angeklagte sein Fragerecht selbst oder durch seinen Verteidiger bereits bei der früheren richterlichen Vernehmung des Kindes ausüben kann, vgl. § 241a Abs. 2 StPO.¹⁰⁰

IV. Zusammenfassung und Stellungnahme

Strafjustiz und Opferbedürfnisse: ein zweischneidiges Schwert. Zum einen hat die Strafjustiz die Funktion, im Interesse der Allgemeinheit zu handeln, den Sachverhalt zu klären und über das „Ob“ und „Wie“ einer Sanktion zu entscheiden. Daneben ist es aber auch ihre Aufgabe, den individuellen Opferbedürfnissen Rechnung zu tragen.¹⁰¹ In diesem Zusammenhang drängt sich die Frage nach einem Kompromiss zwischen der Notwendigkeit des Opferschutzes und einer damit verbundenen Einschränkung der Strafverfahrensprinzipien auf. Der § 255a StPO eignet sich hervorragend für den Opferschutz. Kinder und Jugendliche, die Opfer einer Sexualstraftat geworden sind, werden so vor belastenden Mehrfachvernehmungen geschützt und müssen nicht erneut mit der Anwesenheit ihres Peinigers konfrontiert werden. Sie können in der richterlichen Vernehmung ungezwungen von der Tat berichten, ohne sich psychisch in ihrer Aussage unter Druck gesetzt zu fühlen. Für den Verteidiger ist dagegen eine persönliche Vernehmung des Zeugen von größerem Vorteil. Hierbei ist es ihm möglich, seine Verteidigungsstrategie an die Situation einer Hauptverhandlung anzupassen und damit die Vernehmung in eine bestimmte Richtung

⁹⁵ Scheumer, S. 75.

⁹⁶ Vgl. Scheumer, S. 75.

⁹⁷ Meier, RdJB 1996, 451 (458).

⁹⁸ Vgl. Gollwitzer, in: LR-StPO, 25. Aufl. (2005), Art. 6 MRK Rn. 220.

⁹⁹ Vgl. Meier, RdJB 1996, 451 (459); EGMR, StV 1990, 481 (481).

¹⁰⁰ Meier, RdJB 1996, 451 (459).

¹⁰¹ Meier, Kriminologie, § 8 Rn. 59.

Daume – Die Vorführung einer aufgezeichneten Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung nach § 255a StPO wegen einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung – Notwendiger Opferschutz oder Verstoß gegen Grundsätze des Strafprozesses?

zu lenken. Dies ist neben der Durchführung eines Kreuzverhörs in einer richterlichen Vernehmung wohl kaum realisierbar. Wie oben dargestellt, lässt sich größtenteils eine Vereinbarkeit des § 255a Abs. 2 StPO mit den Prozessgrundsätzen feststellen. Nur an einigen kleinen Stellen kommt es zu Einschränkungen der Rechte des Angeklagten bzw. des Verteidigers. Diese können aber durch eine restriktive Anwendung des § 255 StPO vermieden werden und sind einem gewissen Maße in Anbetracht der wachsenden Bedeutung des Opferschutzes in der Gesellschaft auch hinzunehmen, zumal der Gesetzgeber vor allem mit § 255a Abs. 2 S. 4 StPO auch versucht hat, die Rechte des Angeklagten und dessen Verteidigers ausreichend zu wahren.

In der Praxis ist die Zeugenvernehmung per Videoaufnahme jedenfalls keine Seltenheit mehr. Die vermehrte Anwendung des § 255a StPO zeigt, dass die Gerichte folglich auch den technischen Standards gerecht werden können. Auch wenn eine kleinere Gerichtsstelle technisch vielleicht noch nicht auf dem neuesten Stand ist, zeigen sich beispielsweise Gerichte mit einer Schwerpunktstaatsanwaltschaft sehr vorbildlich in ihrer technischen Ausstattung.

Nach meiner Ansicht sind Zeugenschutz und Strafprozessgrundsätze keine Gegenpole, die einander ausschließen. Der vom § 255a Abs. 2 StPO getragene Gedanke des Opferschutzes bringt viele Vorteile mit sich, die die Strafjustiz für sich nutzbar machen kann. Ein bewusster Einsatz der Videovernehmung kann auf eine opferschonende Weise dazu beitragen, detaillierte und beweiskräftigere Aussagen zu gewinnen, als dies vor der Einführung des § 255a StPO möglich war. Damit wird nicht nur dem Unmittelbarkeitsgrundsatz Rechnung getragen, sondern auch die Wahrheitsfindung effektiv gefördert und erleichtert. Ich finde das Rechtswesen sollte es zumindest versuchen, sich im Rahmen der fortschreitenden Modernisierung auf derartige Neuerungen einzulassen. Derzeit kontrovers diskutierte Themen, wie Catcalling oder Upskirting, machen das zunehmende Interesse der Gesellschaft für Opferschutz deutlich. Ein kooperatives Mitwirken aller Verfahrensbeteiligten und das Bestehen der technischen Voraussetzungen für die Umsetzung der Idee des § 255a StPO, machen den Opferschutz damit zu einem nachhaltigen Bestand in der Strafprozessordnung und lassen ihn, gerade in Hinblick auf die Gewährung der Akteneinsicht, mit dem geltenden Recht vereinbar werden.

Die Kriminalpolitische Zeitschrift (KriPoZ) darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

Daume – Die Vorführung einer aufgezeichneten Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung nach § 255a StPO wegen einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung – Notwendiger Opferschutz oder Verstoß gegen Grundsätze des Strafprozesses?