

„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: Schönke/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, bebebe 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, NStZ 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, NStZ 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, NStZ 2019, 407 Rn. 9 f.; vgl. hierzu auch bereits B.V.2.

⁹⁹ BGH, NStZ 2019, 407 Rn. 7; vgl. auch Fischer, StGB, 68. Aufl. (2021), § 177 Rn. 9 f.

¹⁰⁰ BGH, NStZ 2019, 407 Rn. 9 ff., 16.

¹⁰¹ BGH, NStZ 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, NStZ 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 niedrigschwellige 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.).