

„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 gerade 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); *Linh*, 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*, NStZ 2019, 16 (17); *Hörnle*, NStZ 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*, NStZ 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. Strafrechtsgesetz 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).