

„Nein heißt Nein“ oder „Ja heißt Ja“? Der Tatbestand der Vergewaltigung in der Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt

Von Prof. Dr. Jörg Eisele*

Abstract

Artikel 5 der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt legt Mindestvorschriften für den Straftatbestand der Vergewaltigung fest. Zusätzlich zu der Frage, ob die EU überhaupt die Gesetzgebungskompetenz für einen solchen Straftatbestand besitzt, stellt sich die Frage, ob in diesem Artikel die sogenannte "Ja heißt Ja"-Lösung verankert ist und welche Bedeutung diese Lösung im Verhältnis zu der in § 177 Abs. 1 StGB geregelten "Nein heißt Nein"-Lösung hat.

Article 5 of the Directive of the European Parliament and of the Council on combating violence against women and domestic violence lays down minimum rules for a criminal offence of rape. In addition to the question of whether the EU has any legislative competence at all for such a criminal offence, the question arises as to whether the so-called "yes means yes" solution is anchored there and what significance such a solution has in relation to the "no means no" solution regulated in § 177 (1) of the German Criminal Code.

I. Einleitung

Der deutsche Justizminister Marco Buschmann scheint verschiedenen Medienberichten zufolge, derzeit zentrale Reformakte der EU zu blockieren. So wurde insbesondere die Haltung zum Entwurf einer EU-Lieferketten-Richtlinie heftig kritisiert.¹ Ebenso geriet der Vorschlag für eine Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt in den Fokus der Öffentlichkeit.² Dieser Vorschlag knüpft an das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt – die sog. Istanbul-Konvention aus dem Jahr 2014 – an.³ Von besonderem Interesse ist insoweit der in Art. 5 RL-E enthaltene Tatbestand der Vergewaltigung, auf den sich die nachfolgende Betrachtung konzentriert.⁴ Denn dieser wirft grundsätzliche Fragen auf und zwar sowohl hinsichtlich der Kompetenzgrundlage im AEUV als auch der dogmatischen Ausge-

staltung im Sinne einer „Ja heißt Ja“-Lösung. Der Tatbestand der Vergewaltigung in Art. 5 RL-E lautet in der deutschen Übersetzung:

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die nachstehenden vorsätzlichen Handlungen unter Strafe gestellt werden:

a) Vornahme einer nicht-einvernehmlichen sexuellen Handlung an einer Frau durch vaginale, anale oder orale Penetration, sei es mit einem Körperteil oder einem Gegenstand;

b) Nötigung einer Frau zum Vollzug einer nicht-einvernehmlichen sexuellen Handlung mit einer anderen Person durch vaginale, anale oder orale Penetration, sei es mit einem Körperteil oder einem Gegenstand.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass unter einer nicht-einvernehmlichen Handlung eine Handlung zu verstehen ist, die gegen den erkennbaren Willen der Frau oder in Fällen vorgenommen wird, in denen die Frau aufgrund ihres körperlichen oder geistigen Zustands nicht in der Lage ist, ihren freien Willen zu äußern, beispielsweise im Zustand der Bewusstlosigkeit, einer Vergiftung, des Schlafs, einer Krankheit, einer Verletzung oder einer Behinderung.

(3) Die Einwilligung kann während der Handlung jederzeit widerrufen werden. Das Fehlen der Einwilligung kann nicht allein durch das Schweigen der Frau, ihre fehlende verbale oder körperliche Gegenwehr oder ihr früheres sexuelles Verhalten widerlegt werden.

Der Bundesjustizminister hat offenbar vor allem "erhebliche Zweifel" daran, dass die EU die dafür erforderliche Kompetenz zur Rechtsetzung für diesen Tatbestand hat und diese einer Prüfung durch den *EuGH* standhält. Im Folgenden soll zunächst der Frage der europarechtlichen Zulässigkeit nachgegangen werden, bevor dann der in

* Prof. Dr. Jörg Eisele ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937, COM/2022/71 final; dazu Tagesschau v. 9.2.2024, online abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/eu-lieferkettengesetz-abstimmung-100.html> (zuletzt abgerufen am 22.2.2024).

² Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt COM(2022)105 final; Schmid, Warum der Schutz von Frauen nicht vorankommt, Tagesschau v. 30.1.2024, online abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/europa/eu-gewalt-frauen-100.html> (zuletzt abgerufen am 22.2.2024).

³ Vgl. explizit RL-E COM/2022/71 final, S. 3.

⁴ Enthalten sind ferner folgende Tatbestände: Weibliche Genitalverstümmelung (Art. 6), Nicht-einvernehmliche Weitergabe von intimem oder manipuliertem Material (Art. 7), Cyberstalking (Art. 8), Cybermobbing (Art. 9) und Aufstachelung zu Gewalt oder Hass im Internet (Art. 10).

dem Richtlinienvorschlag enthaltene Tatbestand der Vergewaltigung näher betrachtet und dabei die Frage einer „Ja heißt Ja“-Lösung näher diskutiert werden soll.

II. Art. 83 Abs. 1 AEUV als Kompetenzgrundlage

Der Tatbestand der Vergewaltigung in Art. 5 des RL-E wird auf Art. 83 Abs. 1 AEUV gestützt,⁵ ohne dass hierfür eine nähere inhaltliche Begründung gegeben wird. Aufgrund dieser Kompetenzgrundlage können durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität erlassen werden, die aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, eine grenzüberschreitende Dimension haben. Zu den enumerativ genannten Kriminalitätsbereichen gehört auch die „sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern“. Was das Verständnis und die Auslegung dieser Merkmale anbelangt, ist vieles ungeklärt.⁶ Letztlich stehen sich hier die extensiv geprägte europäische Sicht (vor allem der Kommission) und der auf Grundlage des Lissabon-Urteils des *BVerfG*, wonach das Strafrecht zum Kernbereich der nationalen Souveränität gehört, überwiegend restriktiv geprägte Blickwinkel gegenüber.⁷

1. Kriminalitätsbereich: Sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern

a) Begrenzung: Frauen und Kinder

Zu beachten ist zunächst, dass die Kompetenzgrundlage des Art. 83 Abs. 1 AEUV von vornherein auf die Ausbeutung von Frauen und Kindern beschränkt ist. Die EU hat also ersichtlich keine Kompetenz, Regelungen über Straftatbestände, die den sexuellen Übergriff bzw. Missbrauch gegenüber Männern betreffen, zu regeln. Da Richtlinien nur Mindestvorschriften enthalten (explizit Art. 46 RL-E) darf der nationale Gesetzgeber freilich entsprechende Regelungen auch für Personen mit dem Geschlecht „männlich“ oder „divers“ treffen und ist dazu ersichtlich schon aus Gleichbehandlungsgründen nach Art. 3 GG gehalten. Daher ist die Beschränkung des Art. 5 RL-E, der sich auf weibliche Tatopfer beschränkt, schon *per se* kein taugliches Ausgestaltungsvorbild für das nationale Strafrecht.

b) Der Begriff der sexuellen Ausbeutung

Die Kompetenz ist dabei auf die „sexuelle Ausbeutung“ beschränkt. Klassisch werden damit Fälle der Prostitution

und (Kinder-)Pornografie erfasst, d.h. Fälle der wirtschaftlichen Ausbeutung.⁸ Dies entspricht dem Verständnis der Ausbeutung durch sexuelle Handlungen bei § 232a Abs. 1 Nr. 2 StGB und § 180a StGB. Entscheidend ist dabei nicht, dass das Opfer mittels sexueller Handlungen (körperlich) ausgebeutet wird. Vielmehr übernimmt das Merkmal der Ausbeutung die Funktion des in § 180 StGB a.F. enthaltenen Tatbestandsmerkmals „seines Vermögensvorteils wegen“, so dass es im Sinne einer wirtschaftlichen Ausbeutung zu verstehen ist.⁹ Hingegen geht die Begründung zum RL-E von einem anderen Verständnis aus:¹⁰ „Der Begriff „sexuelle Ausbeutung“ in Artikel 83 Abs. 1 AEUV kann als jeder tatsächliche oder versuchte Missbrauch der Situation der Schutzbedürftigkeit, des Macht- oder des Vertrauensverhältnisses verstanden werden, einschließlich, aber nicht beschränkt auf finanzielle, soziale oder politische Vorteile aus einer sexuellen Handlung mit einer anderen Person. Das ausbeuterische Element kann sich dabei auf die Erlangung von Macht oder Herrschaft über eine andere Person zum Zwecke der sexuellen Befriedigung, des finanziellen Gewinns und/oder des Aufstiegs beziehen. Bei den Straftatbeständen der Vergewaltigung und der Verstümmelung weiblicher Genitalien werden diese Elemente vorausgesetzt.“ Demnach kann also bereits in der Vergewaltigung selbst die sexuelle Ausbeutung der Frau liegen.

Gegen die enge traditionelle Sichtweise ist einzuwenden, dass sich das Begriffsverständnis bereits seit geraumer Zeit gewandelt hat. So stellt etwa das Übereinkommen des Europarates Nr. 201 zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch v. 25.10.2007 („Lanzarote-Konvention“)¹¹ die sexuelle Ausbeutung und den sexuellen Missbrauch nebeneinander. Sexuelle Ausbeutung wird insofern als Oberbegriff für sexuellen Missbrauch und Ausnutzen von Prostitution und Pornografie verstanden.¹² Folgt man dem, so ist das Sexualstrafrecht, soweit es dem Schutz von Frauen und Kindern dient, prinzipiell von der Kompetenzgrundlage erfasst.¹³ Freilich ergibt sich daraus nicht schon *per se* eine umfassende Kompetenz zur Rechtsangleichung.

2. Grenzüberschreitende Dimension der Regelungsmaterie

Art. 83 Abs. 1 AEUV verlangt weiterhin, dass der Kriminalitätsbereich eine grenzüberschreitende Dimension hat, die durch die Art oder Auswirkungen der Straftaten oder durch die besondere Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, bedingt ist. Dabei darf

⁵ RL-E COM/2022/71 final, S. 10.

⁶ Näher *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 80. EL (08/2023), AEUV, Art. 83 Rn. 26 ff.

⁷ BVerfGE 123, 267 (410 ff.).

⁸ *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AEUV, Art. 83 Rn. 56.

⁹ Vgl. auch BT-Drs. 15/4048, S. 12; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 232a Rn. 14.

¹⁰ RL-E COM/2022/71 final, S. 10.

¹¹ Online abrufbar unter: <https://rm.coe.int/168046e1ea> (zuletzt abgerufen am 28.2.2024).

¹² *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AEUV, Art. 83 Rn. 56; ferner DJB, Stellungnahme zum Entwurf der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt v. 10.2.2023, S. 5, online abrufbar unter: https://www.djb.de/fileadmin/user_upload/presse/stellungnahmen/st23-02_EP-Haesusliche_Gewalt.pdf (zuletzt abgerufen am 28.2.2024).

¹³ Anders *Satzger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. (2018), Art. 83 AEUV Rn. 16; *Hochmayr*, in: Frankfurter Kommentar, EUV/GRC/AEUV, Bd. 2, 2. Aufl. (2023), Art. 83 AEUV Rn. 20.

diese Voraussetzung nicht nur zur bloßen Floskel verkommen.¹⁴ Das *BVerfG* hat mit Recht betont, dass diese Notwendigkeit sich nicht aus dem bloßen politischen Willen der Unionsorgane ergeben kann und dass sie auch nicht von der Art und den Auswirkungen der betreffenden Straftaten getrennt werden kann.¹⁵ Es muss sich letztlich um Straftaten handeln, die die Union als solche betreffen und deshalb die besondere Notwendigkeit schaffen, dass alle Mitgliedstaaten sie von einer gemeinsamen Strafrechtsgrundlage aus bekämpfen.¹⁶ Selbst wenn man davon ausgeht, dass bei den genannten Kriminalitätsbereichen die Vermutung für die grenzüberschreitende Dimension besteht,¹⁷ wird man im Einzelfall zu prüfen haben, ob diese Indizwirkung widerlegt ist, was umso näher liegt, je weiter der jeweilige Tatbestand am „Rand“ des Kriminalitätsbereichs liegt.

a) Erfordernis einer gemeinsamen Strafrechtsgrundlage

aa) Der grenzüberschreitende Charakter erscheint bei einem Tatbestand der Vergewaltigung – ähnlich wie etwa bei Tötungsdelikten – jedoch fraglich. Dass solche Delikte in jedem Mitgliedstaat vorkommen, begründet nicht die Notwendigkeit einer Bekämpfung auf einer gemeinsamen Grundlage. Damit verfängt auch die Begründung des RL-E nicht, die sich in ihrer Floskelhaftigkeit auf jede Menge anderer Delikte ausdehnen ließe: „Diese Gewalt hat Auswirkungen auf Millionen von Menschen in der Union, führt zu Verstößen gegen die Grundrechte und verursacht erhebliche Kosten. Daraus ergibt sich die besondere Notwendigkeit, Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt gemeinsam auf Unionsebene zu bekämpfen.“¹⁸ Anders als bei Korruption, die den Wettbewerb innerhalb der EU betrifft, Menschenhandel oder bei dem in dem Richtlinienentwurf genannten Cyberstalking (Art. 8) bzw. Cybermobbing (Art. 9) ist hier der grenzüberschreitende Bezug aufgrund der Art oder der Auswirkung der Straftat oder einem Erfordernis grenzüberschreitender Strafverfolgung nicht ohne Weiteres ersichtlich.

bb) Der grenzüberschreitende Bezug wird ferner mitunter bejaht, wenn sich Taten gegen zentrale Unionswerte richten, wie etwa schwerer Rassismus und schwere Fremdenfeindlichkeit, oder gegen die Funktionsfähigkeit von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie in der Union¹⁹ gerichtet sind.²⁰ Dabei genügt aber nicht der schlichte Verweis auf das Primärrecht der Union und das Ziel, die Geschlechterdiskriminierung zu bekämpfen.²¹ Schon mit

Blick auf die eng ausgestaltete Annexkompetenz des Art. 83 Abs. 2 AEUV würde es nicht überzeugen, jegliche Unionsziele als Anknüpfungspunkt für den grenzüberschreitenden Bezug in Art. 83 Abs. 1 AEUV zu nehmen.

b) Bezugspunkt: Konkreter Tatbestand oder jeweiliger Kriminalitätsbereich

Auf die Frage, ob sich für Art. 5 RL-E noch ein grenzüberschreitender Bezug herleiten lässt, käme es freilich nicht an, wenn hierfür der Blick auf das „Gesamtpaket“ der Richtlinie maßgebend wäre. Taten, die wie Cyberstalking (Art. 8) und Cybermobbing (Art. 9) mit modernen Kommunikationsmitteln begangen werden, haften prinzipiell das Potential zur grenzüberschreitenden Tatbegehung an. Das *BVerfG* steht insoweit auf dem Standpunkt, dass der grenzüberschreitende Bezug bei jedem einzelnen, konkreten Straftatbestand gegeben sein muss.²² Das darf freilich nicht so verstanden werden, dass vom Tatbestand nur grenzüberschreitende Fälle erfasst werden dürfen oder solche Taten immer einen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen müssen. Es genügt vielmehr, dass die strafrechtlich zu regelnde Materie des Kriminalitätsbereichs grundsätzlich einen grenzüberschreitenden Bezug aufweist. So ist der Kriminalitätsbereich Menschenhandel nicht auf Mindestvorschriften über grenzüberschreitenden Menschenhandel beschränkt, sondern die Union kann diesen umfassend harmonisieren, so dass von den Straftatbeständen auch rein nationale Sachverhalte erfasst werden.

Dies ist beim RL-E hier jedoch gerade anders gelagert. Denn der Entwurf packt ganz unterschiedliche Straftatbestände, die verschiedene Rechtsgüter betreffen, lediglich in einer Richtlinie zusammen. Anders als beim einheitlichen Phänomen des Menschenhandels hat der grenzüberschreitende Charakter von Cyberstalking und Cybermobbing nichts mit dem Tatbestand der Vergewaltigung zu tun. Es handelt sich um unterschiedliche Regelungsmaterien, die sogar jeweils auf einem eigenen Kriminalitätsbereich des Art. 83 Abs. 1 AEUV fußen. Cyberstalking und Cybermobbing werden vom RL-E selbst der Computerkriminalität zugeordnet.²³

3. Zwischenfazit

An dieser Stelle lässt sich festhalten, dass eine extensive Auslegung der Kompetenzen des AEUV, wie sie der

¹⁴ Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl. (2022), § 9 Rn. 40; Zimmermann, Jura 2009, 844 (849).

¹⁵ BVerfGE 123, 267 (410).

¹⁶ Vogel/Eisele, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AEUV, Art. 83 Rn. 43.

¹⁷ Siehe etwa Esser, Europäisches und Internationales Strafrecht, 3. Aufl. (2023), § 2 Rn. 136.

¹⁸ RL-E COM/2022/71 final, S. 11.

¹⁹ Insoweit BVerfGE 123, 267 (410).

²⁰ Vogel/Eisele, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, AEUV, Art. 83 Rn. 10 und Rn. 43; Meyer, in: Von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. (2015), AEUV, Art. 83 Rn. 16, 18, der auf „fundamentale gemeinsame Rechtswerte und -güter“ abstellt; vgl. aber auch Böse, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 4. Aufl. (2019), Art. 83 AEUV Rn. 6, der zur selbstständigen Bestimmung des Merkmals auf die Erleichterung der strafrechtlichen Zusammenarbeit abstellt.

²¹ So aber DJB, Stellungnahme, S. 6: „So verpflichten die unionsrechtlichen Vorgaben der Art. 2 und 3 Abs. 3 UA 2 EUV, zusätzlich auch Art. 8, 10 und 19 AEUV sowie Art. 23 der Grundrechtecharta die Union, (Geschlechter-)Diskriminierung effektiv zu bekämpfen und dabei die Gleichstellung von Frauen und Männern zu fördern.“

²² BVerfGE 123, 267 (413).

²³ RL-Vorschlag COM/2022/71 final, S. 10.

RL-E vornimmt, den Vorgaben des *BVerfG* kaum entspricht, die Chancen aber auch nicht schlecht stünden, dass eine solche weite Interpretation vom *EuGH* gebilligt würde, was letztlich eine Ultra-vires-Kontrolle durch das *BVerfG* nach sich ziehen könnte. Zu beachten ist aber auch, dass es das gute Recht jedes einzelnen Mitgliedstaates ist, einer Richtlinie ganz oder teilweise *nicht* zuzustimmen oder von dem in Art. 83 Abs. 3 AEUV vorgesehenen Notbremsenverfahren Gebrauch zu machen. Im Folgenden ist damit der Blick weg von formellen Fragen zum Inhalt des RL-E zu richten.

III. Inhaltliche Ausgestaltung von Art. 5 RL-E

1. „Eigentliches Regelungsziel“

Blickt man auf den Tatbestand, so ist dieser aus deutscher Perspektive erstaunlich eng gefasst. Einbezogen sind lediglich nicht-einverständliche sexuelle Handlungen an einer Frau durch vaginale, anale oder orale Penetration, sei es mit einem Körperteil oder einem Gegenstand. Alle anderen Formen des sexuellen Missbrauchs, unabhängig davon, ob sie mit einer Körperberührung verbunden sind oder nicht, werden nicht erfasst. Mit Blick hierauf erhellt auch das eigentliche Ziel der Richtlinie, das durch die Diskussion um die „Ja heißt Ja“-Lösung auch in der Öffentlichkeit aus dem Blick geraten ist. Anderes als in Deutschland, sind in vierzehn Mitgliedstaaten der EU für den Straftatbestand der Vergewaltigung immer noch die Anwendung von Gewalt, Drohung oder Nötigung erforderlich.²⁴ Dies entspricht der engen deutschen Rechtslage bis zur Implementierung der „Nein heißt Nein“-Lösung in § 177 StGB im Jahre 2016.

2. Explizite Regelung einer „Ja heißt Ja“-Lösung?

Ob der RL-E tatsächlich bewusst den „Ja heißt Ja“-Grundsatz propagiert, erscheint auf den ersten Blick fraglich.

a) Die im RL-E gegenübergestellten Modelle

Dem Modell eines Vergewaltigungstatbestandes mit den Tathandlungen der Gewalt, Drohung oder Nötigung stellt der RL-E nur ein weiteres einheitliches Modell gegenüber, das an die Zustimmung der Frau anknüpft:²⁵ „Andere Mitgliedstaaten stützen sich ausschließlich auf die Bedingung, dass das Opfer der sexuellen Handlung nicht zugestimmt hat. Nur mit dem letztgenannten Ansatz wird der volle Schutz der sexuellen Integrität der Opfer erreicht.“ Damit wird schon im Ausgangspunkt deutlich, dass hier sowohl das „Nein heißt Nein“-Modell als auch das „Ja heißt Ja“-Modell angesprochen werden. Auch im Übrigen werden die Modelle nicht weiter voneinander abgeschichtet, indem etwa in Art. 5 Abs. 1 RL-E negativ die nicht-einverständliche Handlung im Tatbestand genannt

wird, aber diese in Art. 5 Abs. 2 RL-E positiv als Einwilligung definiert wird. Etwas deutlicher wird sodann Art. 5 Abs. 3 RL-E, wonach das Fehlen der Einwilligung nicht allein durch das Schweigen der Frau widerlegt werden kann. Diese Ungenauigkeiten und Ungereimtheiten im Text sind freilich nicht ungewöhnlich, sind der Union doch häufig dogmatische Feinheiten des deutschen Strafrechts fremd. Hinzuweisen bleibt noch darauf, dass die deutsche Übersetzung des Art. 5 Abs. 2 RL-E unter einer nicht-einvernehmlichen Handlung eine solche versteht, „die gegen den erkennbaren Willen der Frau“ (also i.S.e. „Nein heißt Nein“-Lösung) vorgenommen wird. Die englische Fassung lautet hingegen: „a non-consensual act is understood as an act which is performed without the woman's consent given voluntarily.“

b) Referenzrahmen: Art. 36 der Istanbul-Konvention

Art. 5 RL-E knüpft explizit an die sog. Istanbul-Konvention an.²⁶ Nach Art. 36 (Sexual violence, including rape) müssen nicht einverständlich vorgenommene sexuelle Handlungen pönalisiert werden:

(1) Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalised:

a) engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object;

b) engaging in other non-consensual acts of a sexual nature with a person;

c) causing another person to engage in non-consensual acts of a sexual nature with a third person.

(2) Consent must be given voluntarily as the result of the person's free will assessed in the context of the surrounding circumstances.

(3) (...)

Art. 36 Abs. 2 der Konvention verwendet dabei eine entsprechende Formulierung „Consent must be given voluntarily“, der eine „Ja heißt Ja“-Lösung ebenfalls vermuten ließe. Nr. 193 Explanatory Report macht freilich deutlich, dass der spezifische Gesetzeswortlaut und diejenigen Faktoren, die ein freiwilliges Einverständnis ausschließen, dem nationalen Gesetzgeber überlassen bleiben und daher ein Spielraum besteht:²⁷ (...) It is, however, left to the Parties to decide on the specific wording of the legislation and the factors that they consider to preclude freely given consent.“ Die deutsche „Nein heißt Nein“-Lösung entspricht damit den Vorgaben der Istanbul-Konvention.²⁸

²⁴ Erwägungsgrund 14 COM/2022/71 final, S. 10.

²⁵ Erwägungsgrund 13 COM/2022/71 final, S. 10.

²⁶ RL-E COM/2022/71 final, S. 3.

²⁷ So auch *Blume/Wegner*, HRRS 2014, 357 (358).

²⁸ *Bezjak*, KJ 2016, 557 (558); *Eisele*, in: Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 44, online abrufbar unter: https://www.rosenburg.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.pdf;jsessionid=40D0254753F760E6164A4A04C8039703.1_cid370?_blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 29.2.2024); *Renzikowski/Schmidt*, KriPoZ 2018, 325 (326).

Da Art. 83 Abs. 1 AEUV lediglich die Kompetenz zum Erlass einer Richtlinie gibt, die nach Art. 288 AEUV zwar hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist, jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel überlässt, muss dem nationalen Gesetzgeber ein Restspielraum bei der tatbestandlichen Ausgestaltung verbleiben, um Friktionen im nationalen Recht zu vermeiden. Denn insoweit stehen der in Art. 5 Abs. 3 AEUV niedergelegte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie der strafrechtsspezifische Schonungsgrundsatz, die zu weitgehende Eingriffe in das nationale Strafrecht verhindern sollen, entgegen.²⁹ Die erneut nur floskelhafte und unzulängliche Begründung des RL-E verhält sich zu solchen Fragen nicht.³⁰

3. Unterschiede zwischen beiden Modellen

Den eben genannten Spielraum kann der nationale Gesetzgeber jedenfalls dann für sich in Anspruch nehmen, wenn es sich hierbei lediglich um Feinheiten der tatbestandlichen Ausgestaltung handeln würde, die keine grundlegenden Strafbarkeitsunterschiede und Strafbarkeitslücken begründen würden.³¹ Noch einmal: Anders als eine Verordnung begründet eine Richtlinie eben gerade keine Vollharmonisierung. Dies erhellt bereits daraus, dass der Allgemeine Teil ohnehin unberührt bleibt und etwa hinsichtlich der Frage des Vorsatzes nicht unerhebliche Unterschiede in den einzelnen Mitgliedstaaten bestehen, so dass in einem Staat ein Verhalten strafbar, dasselbe Verhalten aber in einem anderen Staat nicht strafbar sein kann. Ein Vergleich des „Nein heißt Nein“-Modells und des „Ja heißt Ja“-Modells lohnt sich darüber hinaus aber auch ganz grundsätzlich.³² Denn der deutsche Gesetzgeber könnte selbstverständlich ein solches Modell jederzeit in § 177 StGB implementieren, wenn er dies für kriminalpolitisch sinnvoll hielte.

a) „Nein heißt Nein“-Lösung

Die „Nein heißt Nein“-Lösung setzt voraus, dass der entgegenstehende Wille, d.h. das „Nein“ gegenüber dem Täter explizit oder konkludent kommuniziert wird. § 177 Abs. 1 StGB trägt dem dadurch Rechnung, dass der entgegenstehende Wille nach Außen erkennbar ist. Der Tatbestand ist nicht nur im Falle eines positiven Einverständnisses, sondern auch bei einem *ambivalenten bzw. neutralen Opferverhalten* zu verneinen.³³ Weitere Ausführungen zum geltenden Recht bedarf es an dieser Stelle nicht.

b) „Ja heißt Ja“-Lösung

Bei der „Ja heißt Ja“-Lösung muss hingegen stets eine positive Zustimmung vorliegen. Ein Schweigen genügt demnach nicht. Wird eine solche positive Zustimmung verlangt, muss diese für jede einzelne sexuelle Variante innerhalb eines zusammenhängenden sexuellen Gesamtgeschehens eingeholt werden. Dagegen ließe sich argumentieren, dass die Partner aber konsequenterweise vorab oder während der sexuellen Handlungen Absprachen über den genauen Ablauf und Fortgang treffen müssten, was aber jeglichem spontanen und intuitiven Sexualkontakt entgegenstünde.³⁴ Da jedoch die Zustimmung auch konkludent erteilt werden kann, verschwimmen die Grenzen zur „Nein heißt Nein“-Lösung. Solange der Partner sich dem Übergang zu einer weiteren Variante nicht versperrt, sondern sich weiter am sexuellen Geschehen beteiligt, wird man in der Regel von einer konkludenten Zustimmung ausgehen können. Auch Handlungen, die zwischen Paaren üblich geworden sind, bedürfen nicht in jedem Einzelfall einer nochmaligen Zustimmung, da man hier von einem generellen Einverständnis ausgehen kann, soweit keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorliegen.³⁵ Zwar formuliert Art. 5 Abs. 3 S. 2 RL-E hier, dass das Fehlen der Zustimmung nicht allein durch das frühere sexuelle Verhalten widerlegt werden kann, jedoch trifft dies diesen Fall nicht. Im genannten Beispiel liegt gerade eine zuvor erteilte und fortwirkende Einwilligung vor, so dass diese nicht fehlt, sofern sie nicht nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 RL-E widerrufen wurde. Die Grenzen zwischen beiden Modellen verschwimmen ferner erheblich dadurch, dass sich der Vorsatz des Täters darauf beziehen muss, dass keine Zustimmung vorliegt. Sofern er das Verhalten aber aufgrund der nach außen erkennbaren Umstände als Zustimmung deutet, entfällt die subjektive Tatseite. Dies alles setzt sich auf Beweisebene fort. Denn wenn der Handelnde eine Zustimmung behauptet oder angibt, zumindest subjektiv davon ausgegangen zu sein, muss diese Einlassung aufgrund des Grundsatzes *in dubio pro reo* widerlegt werden.

c) „Ja heißt Ja“-Modell mit prozeduraler Absicherung

Zu beachten ist ferner, dass das deutsche Strafrecht in § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB bereits ein „Ja heißt Ja“-Modell kennt. Diese Regelung ist zu Lasten des Täters sogar verschärft, weil verlangt wird, dass sich der Täter vor Vornahme der sexuellen Handlung einer positiven Zustimmung versichert.³⁶ Der Grund liegt darin, dass es der Täter

²⁹ Hierzu nur Hecker, Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. (2021), Kap. 8 Rn. 30 ff. und 43.

³⁰ RL-E COM/2022/71 final, S. 10 f.

³¹ Weitergehend BVerfGE 123, 267 (412), wonach den Mitgliedstaaten „substantielle Ausgestaltungsspielräume“ verbleiben müssen.

³² Dazu auch Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 47 ff.

³³ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 20; Hörnle, NSStZ 2017, 13 (15).

³⁴ Zur grundsätzlichen Kritik Eisele, Schriftliche Stellungnahme BT-Rechtsausschuss zum Antrag BT-Drs. 18/1969 v. 31.5.2016, S. 3 ff., online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/425524/a950a0666f21cb3e7b7f177118dec89b/eisele-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 29.2.2024).

³⁵ Ähnlich Hörnle, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Gutachten für das Deutsche Institut für Menschenrechte, 2015, S. 17, online 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 29.2.2024).

³⁶ Zur Kritik an dieser wenig geglückten Regelung etwa Renzikowski, NJW 2016, 3553 (3555); Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 38.

bei diesem Tatbestand ausnutzt, dass die Person auf Grund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist und er daher mit einem Willensdefizit rechnet. Nach Ansicht des Gesetzgebers soll gesichert werden, dass „kein vernünftiger Zweifel“ an der Zustimmung besteht.³⁷ Folge ist, dass dieser Tatbestand auch bei ambivalentem Opferverhalten zu bejahen ist.³⁸ Allerdings ist mit dem Erfordernis der Versicherung einer Zustimmung keine „Beweislastumkehr“ verbunden, zumal dies schon aus rechtsstaatlichen Gründen mit dem Grundsatz *in dubio pro reo* von vornherein nicht zu vereinbaren wäre. Auch genügt es, wenn der Täter sich einer konkludenten Zustimmung versichert, was wiederum bei aktiver Beteiligung anzunehmen sein wird.³⁹ Auch bleibt selbstredend das Vorsatzerfordernis bestehen. Es zeigt sich, dass selbst eine solche verschärfte Lösung, die Art. 5 RL-E nicht im Blick hat, eher einen marginalen Mehrgewinn hat.

4. Speziell: Aktive Handlungen des Opfers

Für mögliche Unterschiede ist abschließend auf die viel diskutierte Fallgruppe der aktiven Handlungen des Opfers zu blicken. So wird für § 177 Abs. 1 StGB diskutiert, ob ein zunächst erfolgtes „Nein“ bei anschließender aktiver Beteiligung am sexuellen Geschehen tatsächlich den entgegenstehenden Willen zum Tatzeitpunkt zum Ausdruck bringt.⁴⁰ Einer Entscheidung des *BGH* lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem das Opfer gegenüber dem Angeklagten zunächst explizit zum Ausdruck brachte, dass es keine sexuellen Handlungen mehr wolle, die freilich in der Vergangenheit einvernehmlich ausgeführt wurden. Der Angeklagte drängte sodann, ohne dass jedoch eine Drohung nach § 177 Abs. 2 Nr. 4 oder Nr. 5 StGB vorlag, das Opfer hierzu, so dass dieses für einige wenige Sekunden den Oralverkehr mit ihm ausführte.⁴¹ Da der Oralverkehr eine aktive Mitwirkung des Opfers verlangt, könnte also die vorherige Ablehnung durch die aktive Mitwirkung „überholt“ worden sein, so dass die Handlung nicht gegen, sondern im Einklang mit dem Willen erfolgte.⁴² Der *BGH* vertrat, dass aus diesem Grund zumindest der Vorsatz entfallen sein könnte: „Deswegen bedarf es in den Fällen, in denen die Handlung von dem Opfer des sexuellen Übergriffs ausgeht, jedenfalls einer besonders eingehenden Würdigung von aussagekräftigen Umständen, aus denen der Täter darauf schließen kann, dass die Handlung gegen den Willen des Opfers erfolgt.“⁴³ Der Entscheidung mag man angesichts des Sachverhalts und der zunächst deutlichen Ablehnung durchaus skeptisch gegenüber stehen. Freilich hätte ein „Ja heißt Ja“-Modell an dem Argumentationsmuster der Entscheidung nichts verändert, da die aktive Mitwirkung nicht nur als fehlender entgegenstehender Wille, sondern vom *BGH* zugleich auch als konkludente Zustimmung gedeutet wird. Mit Blick auf die

Rechtsprechung ist ohnehin zu konstatieren, dass der (negativ) fehlende erkennbar entgegenstehende Wille mit der (positiven) Zustimmung weitgehend gleichgesetzt wird. Dies beruht erneut darauf, dass selten ein völlig neutrales, schweigendes Verhalten auf Opferseite vorliegt, sondern im Wege einer Gesamtbetrachtung letztlich jede Bewegung darauf überprüft wird, ob ihr eine Ablehnung oder eine Zustimmung entnommen werden kann. Fälle, in denen das Opfer „starr vor Schreck“ ist und sich gewissermaßen nicht bewegt, werden zudem von § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfasst.⁴⁴

Letztlich benutzt die Rechtsprechung bei näherer Betrachtung die Einwilligung schlicht als Gegenstück zum erkennbar entgegenstehenden Willen. So formuliert der *BGH* etwa: „Maßgeblich ist dabei, dass gerade hinsichtlich der sexuellen Handlung, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden ist, erkennbar kein Einverständnis des Opfers besteht und der Täter dies zumindest für möglich hält und billigend in Kauf nimmt.“ Ähnlich wird das vom *BayOBLG* formuliert: „Nach dem Gesetzeswortlaut ist eine sexuelle Handlung dann strafbar, wenn sie dem erkennbaren Willen der anderen Person widerspricht. Sie ist daher nur dann durch ein tatbestandsmäßiges Einverständnis gedeckt, wenn die Grenze des Einverständnisses respektiert und nicht überschritten wird.“⁴⁵

IV. Schluss

Die Fokussierung auf „Nein heißt Nein“ oder „Ja heißt Ja“ in der öffentlichen Diskussion ist – wie aufgezeigt – weitgehend verfehlt. Sie leistet dem eigentlichen Anliegen einen Bärendienst, da die Unterschiede aufgrund konkludenter Zustimmung, Vorsatzerfordernis und Unschuldsvermutung eher marginaler Natur sind. Auch ist zu sehen, dass Art. 5 RL-E weit hinter dem deutschen § 177 StGB zurückbleibt. Wenn ein Großteil der EU-Mitgliedstaaten hier in ihrem nationalen Strafrecht immer noch Nötigungselemente im Sinne eines klassischen Vergewaltigungsbegriffs vorsieht, wäre es zu begrüßen, wenn die weitgehend symbolische Diskussion über eine „Nein heißt Nein“-Lösung oder „Ja heißt Ja“-Lösung in den Hintergrund treten würde und der Blick auf die in einigen Staaten vorhandenen erheblichen Strafbarkeitslücken gelenkt würde.

In Deutschland geht der strafrechtliche Schutz ohnehin deutlich weiter, da der Gesetzgeber in § 177 Abs. 2 StGB eine umfassende Lösung gefunden hat, die gerade Lücken schließt, die die „Nein heißt Nein“-Lösung, aber selbst die „Ja heißt Ja“-Lösung, belässt.⁴⁶ In den Fällen des § 177 Abs. 2 StGB bedarf es nämlich keines „Nein“ und selbst die Zustimmung des Opfers lässt – abgesehen von § 177

³⁷ BT-Drs. 18/9097, S. 24.

³⁸ BT-Drs. 18/9097, S. 24.

³⁹ *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 177 Rn. 82; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 38.

⁴⁰ Dazu, dass ein „Nein“ überholt werden kann, vgl. etwa *BGH*, NStZ 2019, 717 (718); *BGH*, BeckRS 2023, 28870; *Fischer*, NStZ 2019, 580 ff.; *Hoven*, NStZ 2020, 578 (580); *Wolters*, in: FS Merkel, 2020, S. 951 (968); anders *Hörnle*, NStZ 2019, 439 ff.

⁴¹ *BGH*, NStZ 2019, 717.

⁴² Näher *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 48.

⁴³ *BGH*, NStZ 2019, 717 (718); krit. hierzu *Hörnle*, NStZ 2019, 439 ff. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 27.

⁴⁴ *BayOBLG*, NStZ-RR 2022, 43 (44).

⁴⁶ Ausgangspunkt für diese Regelung war die von mir in der Reformkommission vorgenommene Bildung von Fallgruppen, um die bestehenden Strafbarkeitslücken zu schließen; dazu auch Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 52 ff.

Abs. 2 Nr. 3 StGB (überraschender Angriff) – die Strafbarkeit nicht entfallen. § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB statuiert darüber hinausgehend das „Ja heißt Ja“-Modell mit prozeduraler Absicherung⁴⁷ und § 177 Abs. 2 Nrn. 1, 4 und 5 StGB behandeln die Zustimmung *per se* als unwirksam, wobei die Regelung dabei über die Unwirksamkeitsgründe des Art. 5 Abs. 2 RL-E deutlich hinausgeht. Die

Kombination von § 177 Abs. 1 und Abs. 2 StGB bildet daher einen Strafrechtsschutz, der deutlich über europäische und internationale Rechtsakte hinausgeht. Seit Inkrafttreten dieser Regelung sind nennenswerte Strafrechtslücken, die auf dem materiellen Recht fußen, jedenfalls nicht bekannt geworden.

⁴⁷ Siehe III.3.c.