

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Katharina Amberg

„Stealthing – Strafbarkeit nur für Männer?“

**Die Tatbestandsvoraussetzung des erkennbar entgegenstehenden Willens in
§ 177 StGB**

Universität zu Köln

Fachbereich Rechtswissenschaft

Gutachter: Prof. Dr. Anja Schiemann

Abgabedatum: 10.4.2024

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	68
1. <i>Der sexuelle Übergriff gemäß § 177 Abs. 1 StGB</i>	69
a) <i>Geschütztes Rechtsgut</i>	69
b) <i>Die Tatbestandsvoraussetzungen</i>	69
aa) <i>Die sexuelle Handlung</i>	70
bb) <i>Der erkennbar entgegenstehende Wille</i>	70
(1) <i>Der entgegenstehende Wille</i>	70
(2) <i>Erkennbarkeit</i>	74
(3) <i>Legitimation durch konkludentes Einverständnis</i>	76
c) <i>Zwischenergebnis</i>	79
2. <i>Strafbarkeit von Frauen wegen Stealthing</i>	79
a) <i>Aktueller Diskurs</i>	79
b) <i>Verwirklichung durch Frauen</i>	80
aa) <i>Denkbare Fallkonstellationen</i>	80
(1) <i>Manipulation des Präservativs</i>	81
(2) <i>Andere Barriere-Verhütungsmethoden</i>	81
bb) <i>Zwischenergebnis</i>	83
II. Fazit	84

I. Einleitung

Mit Verabschiedung des fünfzigsten Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, welches am 10.11.2016 in Kraft trat, war Ziel des Gesetzgebers, den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung zu stärken.¹ Nach Inkrafttreten des Gesetzes zeigten sich jedoch Strafbarkeitslücken. Ein unzureichender Schutz der sexuellen Selbstbestimmung offenbarte sich insbesondere bei dem, in den Medien oftmals als „Trend“ bezeichneten Phänomen, sog. „*Stealthing*“.² Beim *Stealthing* wird bei einer einvernehmlichen sexuellen Handlung mit einem Kondom dieses heimlich und ohne Einwilligung der Sexualpartner:in³ während oder bereits vor unmittelbarem Beginn der Handlung entfernt und der Verkehr sodann ungeschützt fortgesetzt.⁴ Die zunächst zweifelhafte Tatbestandsmäßigkeit des Phänomens begründet sich in der Nichteinverständnislösung, die beinhaltet, dass ein sexueller Kontakt erst dann im Rahmen des § 177 Abs. 1 StGB relevant wird, wenn der Kontakt erkennbar abgelehnt wurde. Beim *Stealthing* scheint jedoch für einen objektiven Dritten ein Einverständnis zu der sexuellen Handlung vorzuliegen, weshalb ein erkennbar entgegenstehender Wille nicht gegeben zu sein scheint und der § 177 Abs. 1 StGB mithin nicht erfüllt. Das *AG Berlin-Tiergarten* entschied im Jahr 2016 erstmals, dass *Stealthing* einen sexuellen Übergriff nach § 177 Abs. 1 StGB darstellt.⁵ Der *BGH* bestätigte diese rechtliche Beurteilung in seiner Entscheidung vom 13.12.2022 nunmehr auch höchstrichterlich in einem weiteren *Stealthing*-Fall.⁶

Insbesondere in der medialen Berichterstattung wird seither der Eindruck erweckt, nur Männer kämen beim *Stealthing* als Täter in Betracht.⁷ Der Wortlaut des § 177 Abs. 1 StGB lässt jedoch keine Begrenzung des Täterkreises auf das biologisch männliche Geschlecht zu. Es stellt sich also die Frage, ob eine derartige Begrenzung dennoch angemessen erscheint, oder ob auch Frauen als Täterinnen in Betracht kommen. In der gesellschaftlichen Entwicklung und mithin auch der Entwicklung von strafwürdigem Verhalten können Fälle auftreten, die der Gesetzgeber bei Schaffung der Norm noch nicht kennen konnte. Die Aufgabe der Judikative ist es sodann, auf derartige Entwicklungen zu reagieren und durch Auslegung die als strafwürdig erscheinenden Fallkonstellationen im Rahmen der rechtlichen Grenzen zu prüfen. Einen lückenlosen Schutz der sexuellen Selbstbestimmung kennt das Strafrecht in seiner Ultima-Ratio-Funktion zwar nicht.⁸ Das Strafrecht ist dennoch darauf gerichtet, eindeutig illegitime Angriffe auf das geschützte Rechtsgut zu pönalisieren.⁹ Dazu muss auch eine ganzheitliche Betrachtung des Täter:innenkreises vorgenommen werden. Insbesondere ist eine Prüfung unterschiedlicher Verhütungsmethoden, bei deren Anwendung bzw. dem heimlichen Nichtverwenden eine mit dem *Stealthing* vergleichbare und mithin ebenso strafwürdige Situation geschaffen wird, erforderlich. Denn wird das *Stealthing* als nicht hinnehmbarer

¹ Ziegler, in: BeckOK-StGB, 60. Ed. (Stand: 1.2.2024), § 177 Rn. 1; Fünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung v. 4.11.2016, BGBl I S. 2460.

² Burgard-Arp, *Stealthing*, Zeit Online, 12.1.2018, online abrufbar unter: <https://www.zeit.de/campus/2018-01/stealthing-sexualstraftat-rechtslage-opfer-taeter> (zuletzt abgerufen am 11.6.2024); Windmüller, *Stealthing*, WELT, 27.4.2017, online abrufbar unter: <https://www.welt.de/kmpkt/article164042058/Dieser-sogenannte-Sex-Trend-ist-in-Wahrheit-Missbrauch.html> (zuletzt abgerufen am 11.6.2024); Renzikowski, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 177 Rn. 51.

³ Die in der vorliegenden Arbeit verwendeten Personenbezeichnungen beziehen sich gleichermaßen auf weibliche, männliche und diverse Personen. Ausschließlich zum Zwecke der besseren Lesbarkeit wird darauf verzichtet herauszustellen, dass auch Frauen Penisträgerinnen sein und Männer eine Vagina haben können. Wo immer möglich, wird eine geschlechtsneutrale Formulierung angestrebt.

⁴ Werner, in: Weber, Rechtswörterbuch, 10. Aufl. (2024), *Stealthing*; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 51; *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22.

⁵ *AG Berlin-Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18).

⁶ *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22.

⁷ Polizeiliche Kriminalprävention der Länder und des Bundes, *Stealthing ist sexueller Übergriff*, 11.3.2024, online abrufbar unter: <https://www.polizei-beratung.de/aktuelles/detailansicht/heimlich-das-kondom-abstreifen-gilt-als-sexueller-uebergreif/> (zuletzt abgerufen am 11.6.2024); Burgard-Arp, *Stealthing*, Zeit Online, 12.1.2018.

⁸ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 11; Hoven/Weigend, KriPoZ 2018, 156 (160).

⁹ Hoven/Weigend, KriPoZ 2018, 156 (160).

Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung betrachtet, so muss dies ebenso für Verhalten mit vergleichbarem Unrechtwert gelten.

Diese Arbeit beschäftigt sich daher damit, ob auch *Stealth*, oder mit diesem vergleichbare Fallkonstellationen, durch eine Frau verwirklicht werden kann. Zu diesem Zweck wird das Tatbestandsmerkmal des erkennbar entgegenstehenden Willens gemäß § 177 Abs. 1 StGB anhand des definitorischen *Stealth* untersucht. Eine ganzheitliche rechtliche Bewertung setzt zudem die Prüfung der Strafbarkeit von abredewidrigem Nichtverwenden anderer Verhütungsmittel voraus. Aufgrund der Vielzahl möglicher Verhütungsmittel und deren charakteristischen Unterschieden, kann innerhalb der Möglichkeiten dieser Arbeit eine vollumfängliche rechtliche Bewertung nicht geleistet werden, weshalb eine Spezifikation auf Barriere-Verhütungsmittel vorgenommen wird. Hinsichtlich dieser Verhütungsmethoden wird eine Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit nach § 177 Abs. 1 StGB sowie die mögliche Verwirklichung durch Frauen vorgenommen.

1. Der sexuelle Übergriff gemäß § 177 Abs. 1 StGB

Die dogmatische Begründung einer Strafbarkeit von *Stealth* nach § 177 Abs. 1 StGB setzt eine Auslegung des Tatbestandsmerkmals des erkennbar entgegenstehenden Willens unter Inbezugnahme des durch die Norm geschützten Rechtsgutes voraus. Beim *Stealth* scheint ein Fall eines täuschungsbedingten Einverständnisses zu sexuellen Handlungen vorzuliegen. Insbesondere die Beurteilung einer aufgrund einer Täuschung erteilten Zustimmung wird dabei kritisch betrachtet.¹⁰ Grundsätzlich sind durch Täuschung erwirkte Einwilligungen strafrechtlich nicht relevant.¹¹ Fraglich ist also, ob beim *Stealth* eine andere strafrechtliche Behandlung der Täuschung vorzunehmen ist.

a) Geschütztes Rechtsgut

Das Sexualstrafrecht ist im 13. Abschnitt des Strafgesetzbuches verortet und schützt zentral die Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung.¹² Geschützt sind dabei sowohl die positive als auch die negative Freiheit sowie das „Ob“, „Wann“, „Wie“ und „Mit wem“ einer sexuellen Handlung.¹³ Eine Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung liegt insbesondere dann vor, wenn sich über die Grenzen einer anderen Person in Bezug auf eine sexuelle Begegnung hinweggesetzt wird.¹⁴ Dies ergibt sich aus der Nichteinverständnislösung. Diese beinhaltet das Recht einer jeden Person, über die Modalitäten ihrer sexuellen Handlungen selbst zu verfügen und dementsprechend auch Personen und Handlungen sowie einzelne Bedingungen ausschließen zu können.¹⁵ Bei Missachtung der Befugnis droht die betroffene Person zu einem Objekt fremdbestimmter sexueller Begierde herabgewürdigt zu werden.¹⁶

b) Die Tatbestandsvoraussetzungen

Der § 177 Abs. 1 StGB bildet den Grundtatbestand des sexuellen Übergriffs.¹⁷ Der Täter oder die Täterin muss gemäß § 177 Abs. 1 StGB eine sexuelle Handlung gegen den erkennbar entgegenstehenden Willen vorgenommen haben. Um eine Beurteilung ähnlich gelagerter Fälle wie die des definitorischen *Stealth* vornehmen und über

¹⁰ Vgl. u.a. Hoven/Weigend, KriPoZ 2018, 156; Mitsch, KriPoZ 2018, 334.

¹¹ Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 15. Aufl. (2023), § 23 Rn. 42.

¹² Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 4.

¹³ Vgl. Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 177 Rn. 6; Makepeace, KriPoZ 2021, 10 (12).

¹⁴ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 9.

¹⁵ Vavra, ZIS 2018, 611 (612).

¹⁶ Makepeace, KriPoZ 2021, 10 (12).

¹⁷ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 6.

eine etwaige Strafbarkeit von Frauen entscheiden zu können, ist zunächst herauszuarbeiten, inwiefern durch die Tathandlung des *Stealthing* die Tatbestandsvoraussetzungen des § 177 Abs. 1 StGB erfüllt sind.

aa) Die sexuelle Handlung

Beim *Stealthing* müsste somit eine sexuelle Handlung von einiger Erheblichkeit vorliegen (vgl. §§ 177 Abs. 1, 184h Nr. 1 StGB). Dies setzt einen körperlichen Kontakt voraus.¹⁸ Die Schwelle der Erheblichkeit ist zumindest dann überschritten, wenn die Berührung die Grenzen der Sozialadäquanz überschreitet.¹⁹ Der BGH formuliert in seinem Beschluss vom 24.8.2023 (Az. 2 StR 271/23) das Erfordernis einer Gesamtbetrachtung: „Als erheblich im Sinne der Vorschrift sind solche sexualbezogenen Handlungen zu werten, die nach Art, Intensität und Dauer eine sozial nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigung des im jeweiligen Tatbestand geschützten Rechtsguts besorgen lassen.“ Insbesondere überschreitet die Berührung von Körperteilen, die zu den Geschlechtsorganen oder den so genannten „Tabuzonen“ gehören, die Erheblichkeitsschwelle und das Tatbestandsmerkmal der sexuellen Handlung ist erfüllt.²⁰ Bei Berührungen, bei denen aus Sicht eines objektiven Dritten ein sexueller Bezug erkennbar ist, wird eine sexuelle Handlung von einiger Erheblichkeit in ständiger Rechtsprechung angenommen.²¹ Beim *Stealthing* findet eine Penetration statt, womit objektiv für einen Dritten eine sexuelle Handlung vorliegt.

bb) Der erkennbar entgegenstehende Wille

Vor dem 50. StrÄndG enthielt der § 177 StGB a.F. eine Nötigungskomponente, die mit Inkrafttreten der gesetzlichen Neuregelung am 10.11.2016 entfallen ist.²² In Strafrechtsnormen bildet sich ein gesellschaftlicher Wertekonsens ab. Sie sollen dazu beitragen, die diversen gesellschaftlichen Interessen bestmöglich auszugleichen.²³ In Zeiten, in denen die sexuelle Selbstbestimmung gesellschaftlich zunehmend an Bedeutung gewinnt und sexuelle Gleichberechtigung sowie eine Stigmatisierung von sexueller Offenheit nicht mehr zeitgemäß ist, ist es nur konsequent, eine bloße kommunikative Ablehnung eines sexuellen Kontaktes ausreichen zu lassen.²⁴ Eine Kommunikation über Wünsche und Grenzen kommt, gerade wegen der Spezifität des Konsenses, erhebliche Bedeutung zu und spiegelt die gesellschaftliche Entwicklung von einer ungleichen Machtverteilung bei der Durchsetzung sexueller Bedürfnisse hin zu einer gleichberechtigten Sexualität wider.²⁵ Eine Missachtung des erkennbar entgegenstehenden Willens reicht nunmehr aus, um einen Eingriff in das sexuelle Selbstbestimmungsrecht einer anderen Person zu begründen.²⁶

(1) Der entgegenstehende Wille

Mit der Neuregelung des Sexualstrafrechts wurde die sog. Nichteinverständnislösung, auch „Nein-heißt-Nein“-Lösung genannt, in den § 177 Abs. 1 StGB implementiert.²⁷ Die Nichteinverständnislösung enthält eine Kommunikationsobliegenheit zwischen den Sexualpartner:innen. Die Ablehnung einer sexuellen Handlung ist insofern durch einen kommunikativen Akt zu äußern.²⁸ Ein sexueller Kontakt wird somit durch ein Einverständnis bereits

¹⁸ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 46 f.; Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184h Rn. 9.

¹⁹ Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184h Rn. 10.

²⁰ Ebd.

²¹ BGH, NStZ 2017, 156 (157); BGH, NStZ-RR 2017, 43 (43); BGH, NStZ-RR 2023, 139 (140); Schumann, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 184h Rn. 2.

²² Mitsch, KriPoZ 2018, 334 (334).

²³ Bundesministerium des Inneren und für Heimat, Gesetzgebung, online abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/DE/themen/verfassung/gesetzgebung/gesetzgebung-node.html> (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).

²⁴ BT-Drs. 18/9097, S. 21; vgl. Vavra, ZIS 2018, 611.

²⁵ Bauer, KriPoZ 2023, 96 (98).

²⁶ Vgl. Ziegler, in: BeckOK-StGB, § 177 Rn. 1; BT-Drs. 18/9097, S. 21.

²⁷ Ziegler, in: BeckOK-StGB, § 177 Rn. 1.

²⁸ Hoven/Weigend, KriPoZ 2018, 156 (156).

auf der Tatbestandsebene legitimiert und fällt nicht unter § 177 Abs. 1 StGB. Sexualität und sexuelle Handlungen im Speziellen kennzeichnet eine Individualität und Dynamik, bei der eine eindeutige Abgrenzung, inwieweit eine Einwilligung gegeben wurde und wo diese Einwilligung ihre Grenzen findet, schwerfallen kann. Der entgegenstehende Wille muss aus der Sicht eines objektiven Dritten zum Tatzeitpunkt erkennbar sein.²⁹ Er kann dabei ausdrücklich geäußert werden oder sich konkludent aus dem Geschehen ergeben, zum Beispiel durch Gestik, Weinen und anderweitiges Abwehrverhalten.³⁰ Neben einer von Beginn an kommunizierten Ablehnung der Vornahme einer sexuellen Handlung besteht ebenfalls die Freiheit, eine bereits geäußerte Einwilligung ganz oder teilweise zu widerrufen.³¹ Dies gilt unabhängig von zuvor getroffenen Abreden.³²

Die Problematik beim *Stealthing* ist jedoch, dass für einen objektiven Dritten in der Regel eine Zustimmung zur sexuellen Handlung vorzuliegen scheint. Ob es mithin allein auf die Sicht eines objektiven Dritten ankommen kann, oder der tatsächliche innere Wille in der Beurteilung zu berücksichtigen ist, wird jeher in der Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt. Mit dem Phänomen des *Stealthing* ist eine Fallkonstellation mit Täuschungscharakter aufgetreten, die strafwürdig erscheint. Grundsätzlich vermag eine durch Täuschung erwirkte Einwilligung die tatbestandsausschließende Funktion nicht zu beseitigen, sie sind mithin strafrechtlich unbeachtlich.³³ Beim *Stealthing* wurde eine Ausnahme von diesem Grundsatz vermehrt diskutiert.³⁴ Es stellt sich somit die Frage, ob im Falle des *Stealthing* eine Täuschung ausnahmsweise beachtlich sein könnte und es mithin auf den inneren Willen der betroffenen Person ankäme und gerade nicht allein auf einen objektiven Dritten.

Teilweise wird angenommen, dass die betroffene Person mit der sexuellen Handlung generell einverstanden sei, unabhängig von etwaigen Modalitäten.³⁵ Bei der falschen Annahme, es werde ein Kondom verwendet, handele es sich lediglich um einen täuschungsbedingten Willensmangel und der sei im Rahmen eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses nicht relevant.³⁶ Anderenfalls wäre die Konsequenz, auch andere Täuschungshandlungen, wie das Vorspiegeln eines Heiratswillens, als relevant für ein Einverständnis zu sexuellen Handlung betrachten zu müssen.³⁷ Damit würde eine Ausuferung und ein außer Verhältnis zum hohen Strafmaß stehendes Strafbarkeitsrisiko begründet werden.³⁸ Demnach wäre *Stealthing* strafrechtlich nicht relevant, da die Handlung durch ein generalisiertes tatbestandsausschließendes Einverständnis legitimiert wäre. Es ist entsprechend allein auf einen objektiven Dritten abzustellen und die die sexuelle Handlung würde sich als von einem Einverständnis gedeckt darstellen.

Eine den Schutzzumfang des § 177 Abs. 1 StGB sehr weit auslegende Ansicht vertritt *Vavra*. Sie fordert, dass nur ein wahrhaft selbstbestimmtes und autonomes Handeln vorliegen kann, wenn die betroffene Person über alle für ihre Willensbildung maßgeblichen Informationen verfügt. Eine Täuschung über Modalitäten ihrer Entscheidungsgrundlage beseitigt dementsprechend die Autonomie und verletzt das Rechtsgut auf sexuelle Selbstbestimmung.³⁹ Der § 177 Abs. 1 StGB soll vor sexueller Fremdbestimmung schützen und eine autonome Entscheidung über die Umstände, die Zeit, den Ort sowie die Person, mit welcher die Handlung vorgenommen werden soll, gewährleisten.⁴⁰ Aufgrund des hohen Strafmaßes des § 177 Abs. 1 StGB dürfen die Anforderungen an den vermeintlichen

²⁹ BT-Drs. 18/9097, S. 23.

³⁰ *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 48; *Schumann*, in: NK-StGB, § 177 Rn. 8; *BGH*, Beschl. v. 21.11.2018 – 1 StR 290/18.

³¹ BT-Drs. 18/9097, S. 23.

³² Ebd.

³³ *Rengier*, Strafrecht AT, § 23 Rn. 42.

³⁴ *Vavra*, ZIS 2018, 611 (618).

³⁵ *AG Kiel*, BeckRS 2020, 38969; *Denzel/Kramer da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 (349).

³⁶ *AG Kiel*, BeckRS 2020, 38969; *Schneider*, ZJS 2023, 360 (363).

³⁷ Vgl. *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156.

³⁸ *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (159 f.).

³⁹ *Vavra*, ZIS 2018, 611 (613).

⁴⁰ *Vavra*, ZIS 2018, 611 (612).

Täter oder die Täterin allerdings nicht überspannt werden. Es können nur solche Informationen für eine autonome Entscheidung maßgeblich sein, die zentral und mithin notwendig für eine Entscheidung sind.⁴¹ *Vavra* betont, dass eine Differenzierung dessen, was von der Zustimmung gedeckt ist und was nicht, anhand anderer Kriterien nicht dem Schutzgut gerecht werden würde.⁴² Denn der § 177 Abs. 1 StGB schützt ja gerade die Entscheidungsfreiheit der individuellen Person darüber, welche sexuellen Handlungen in welcher Form und unter welchen Bedingungen sie vornehmen möchte. Ob eine Information eine notwendige Information sei, richte sich dabei nach den Werten der Person.⁴³

In der Konsequenz bedeutet dies, dass Vorenthaltungen oder Täuschungen stets relevant für den geäußerten Willen sind. Es käme somit nicht auf den objektiven Dritten an, sondern allein auf den inneren Willen der betroffenen Person. Eine Begrenzung der strafrechtlich relevanten Täuschungen würde lediglich durch den Wertekonsens der zustimmenden Person stattfinden. Allerdings können nachträgliche Enttäuschungen über äußere Umstände und Bedingungen, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der sexuellen Handlung stehen, nicht mit einem (strafrechtlich relevanten) Sexualkontakt verglichen werden.⁴⁴ Man stelle sich nur vor, eine Täuschung über den Willen, eine langfristige Beziehung einzugehen, könnte relevant werden, weil diese Komponente für eine:n Sexualpartner:in in ihren oder seinen Werten relevant für die Zustimmung zu einem Sexualkontakt wäre. Es stellt sich also die Frage, ob damit in Anbetracht des hohen Strafmaßes nicht eine zu subjektivierte Komponente in die Auslegung des § 177 Abs. 1 StGB Einzug finden würde. Dies könnte zu einer enormen Rechtsunsicherheit und mithin einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG führen. Zwar hat der Gesetzgeber durch das Kriterium der Erkennbarkeit ein Tatbestandsmerkmal in den § 177 Abs. 1 StGB aufgenommen, dass vor einer Ausuferung schützen soll. Nichtsdestotrotz könnte eine Behandlung einer Täuschung über jegliche, den Werten einer Person umfassende Bedingung, als für die Zustimmung relevant, zu weit reichen. Eine Grenze müsste zumindest dort gezogen werden, wo eine gesetzte Bedingung in keinem direkten Zusammenhang mit der sexuellen Handlung steht.⁴⁵ Es lässt sich festhalten, dass eine absolute Zentralisierung des Wertekonsens nach *Vavra* keinen Maßstab schafft, nachdem sich Täuschungen im Sexualstrafrecht beurteilen lassen.

Der *BGH* nimmt hingegen überhaupt keine Täuschung an, die für das Einverständnis relevant werden konnte.⁴⁶ In dem zu entscheidenden Fall holte der Sexualpartner im Hinblick auf den bevorstehenden Geschlechtsverkehr, für die Sexualpartnerin sichtbar, ein Kondom aus seiner Kommode und öffnete die Verpackung. Die Sexualpartnerin sollte dabei den Eindruck erhalten, er wolle es beim Verkehr verwenden. Tatsächlich beließ er es jedoch unbenutzt im Bett. Die Sexualpartnerin hatte zuvor ausdrücklich geäußert, ein ungeschützter Verkehr käme für sie nicht infrage. Der Sexualpartner führte dennoch bewusst ohne Kondom den Sexualverkehr durch, bis die Sexualpartnerin dies bemerkte und den Verkehr abbrach.⁴⁷

Das zuvor gegebene Einverständnis zu der sexuellen Handlung beziehe sich ausschließlich auf einen mit einem Kondom geschützten Verkehr. Eine sexuelle Handlung ohne ein Kondom hingegen sei eine andere sexuelle Handlung, zu welcher zu keiner Zeit ein Einverständnis gegeben wurde.⁴⁸ Die Differenzierung begründet sich nach dem *BGH* darauf, dass bei einem Verkehr ohne Kondom ein gesteigertes Risiko der Schwangerschaft und ein Risiko der Infektion mit sexuell übertragbaren Krankheiten begründet würde und die Qualität der Handlungen eine andere

⁴¹ *Vavra*, ZIS 2018, 611 (613).

⁴² *Vavra*, ZIS 2018, 611 (613).

⁴³ *Vavra*, ZIS 2018, 611 (613).

⁴⁴ Vgl. *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156.

⁴⁵ *Oğlakcioğlu/Mansouri*, NStZ 2023, 129 (132).

⁴⁶ Vgl. *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22.

⁴⁷ *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 11.

⁴⁸ *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 13; *Schneider*, ZJS 2023, 360 (361).

sei.⁴⁹ Eine solch differenzierte Betrachtung wird der Dynamik und der Individualität eines sexuellen Kontaktes zwischen Personen gerecht.⁵⁰ Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung droht gerade unterlaufen zu werden, wenn ein Einverständnis nicht im Laufe des Kontakts modifiziert, oder bereits zu Beginn an Bedingungen geknüpft werden dürfte. Die sexuelle Selbstbestimmung eröffnet gerade die Möglichkeit nicht nur über das „Ob“, sondern auch über das „Wie“ zu entscheiden.⁵¹ Es ist mithin der Wille der betroffenen Personen hinsichtlich jeder einzelnen Handlung relevant.⁵² Die betroffene Person hat vor Beginn der sexuellen Handlung ausdrücklich ihre Ablehnung zu einem ungeschützten Verkehr formuliert und die Bedingung der Nutzung eines Kondoms gesetzt. Richtigerweise wird demnach auch für das Einverständnis hinsichtlich der sexuellen Handlung mit Kondom keine Fehlvorstellung relevant. Es liegt diesbezüglich keine Täuschung vor. Auch die zweite sexuelle Handlung, die ohne Kondom, erfolgt nicht aufgrund einer Täuschung. Aufgrund der Heimlichkeit des Vorgehens beim *Stealth* kann sich die betroffene Person keine Vorstellung über das Geschehen machen und unterliegt demnach auch keiner Fehlvorstellung.⁵³ Es liegt schlichtweg kein Einverständnis für die zweite sexuelle Handlung vor. Ein bloßes Geschehenlassen, ohne Kenntnis der geänderten Bedingungen, stellt insbesondere keine Zustimmung dar, auch keine konkludente.⁵⁴ Die Annahme einer relevanten Willensäußerung würde eine bloße Fiktion zulasten der Rechtsgutsträger:innen darstellen.⁵⁵ Eine konkludente Erklärung bedürfte vielmehr einer bewussten Zustimmung, womit ein passives, aufgrund von Unkenntnis, bloßes Geschehenlassen diese Anforderungen nicht erfüllt.⁵⁶ Es käme demnach nicht allein auf die Betrachtung eines objektiven Dritten an. Vielmehr müsste eine Gesamtbetrachtung des Geschehens erfolgen, wobei auch der erkennbar hervorgetretene innere Wille der betroffenen Person miteinzubeziehen ist.

Die Argumentation des *BGH* überzeugt. Der 13. Abschnitt des Strafgesetzbuches sieht eine Strafbarkeit wegen einer durch Täuschung erlangten Zustimmung zu einer sexuellen Handlung nicht vor. Auch die Gesetzesmaterialien lassen nicht erkennen, dass der Gesetzgeber bei Erlass des 50. StrÄndG eine Strafbarkeit vorgesehen hatte.⁵⁷ Seit der Aufhebung des § 179 StGB im Jahr 1969, der die Erregung eines Irrtums hinsichtlich des ehelichen Charakters des Beischlafs bestrafte, kennt das Sexualstrafrecht mithin keine ausdrückliche Regelung mehr zur Strafbarkeit von Täuschungen.⁵⁸

Bei den bisher als strafrechtlich relevant anerkannten *Stealth*-Fällen haben die betroffenen Personen⁵⁹ dem Verkehr nur unter der Bedingung zugestimmt, dass es sich um geschützten Geschlechtsverkehr handeln sollte.⁶⁰ Im Rahmen des § 177 Abs. 1 StGB ist der Wille der Person, mit der eine sexuelle Handlung vorgenommen wird, ausschlaggebend. Nur Handlungen, zu denen eine Zustimmung erfolgte, sind legitimiert. Bei Nichtbeachtung des Willens der Sexualpartnerin liegt ein Eingriff in das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung vor.⁶¹ Dieses umfasst nicht lediglich die bloße Entscheidung für oder gegen die Vornahme einer sexuellen Handlung, sondern auch

⁴⁹ *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 14.

⁵⁰ Anders: *Hoffmann*, NSTZ 2019, 16 (17).

⁵¹ *Schneider*, ZJS 2023, 360 (365).

⁵² *Schneider*, ZJS 2023, 360 (365); *OLG Schleswig*, NSTZ 2021, 619 (620).

⁵³ *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 15.

⁵⁴ *Schneider*, ZJS 2023, 360 (365 f.); *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 33.

⁵⁵ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 33.

⁵⁶ Ebd.

⁵⁷ *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (157); BT-Drs. 18/9097.

⁵⁸ *Bauer*, KriPoZ 2023, 96 (97).

⁵⁹ Nicht alle Personen die sexualisierte Gewalt erfahren haben, bezeichnen sich als Opfer. Der Begriff impliziert eine Passivität und drängt diese Personen in eine Rolle. Da die Betroffenen, die über die Taten reden allerdings gerade aktiv werden, um sich aus dieser Rolle zu befreien, wird in dieser Arbeit von „Betroffenen“ oder „betroffenen Personen“ gesprochen.

⁶⁰ *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 11; *KG Berlin*, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 Ss 58/20 Rn. 2.

⁶¹ Vgl. *Vavra*, ZIS 2018, 611.

die Entscheidung über die Art der sexuellen Handlung, das heißt auch ob dieser geschützt oder ungeschützt stattfinden soll.⁶² Würde man keine differenzierte Betrachtung von sexuellen Handlungen in ihren einzelnen Akten vornehmen, würde dies den bezweckten ausgeprägten Schutz der sexuellen Selbstbestimmung nicht stärken, sondern gerade beschränken. Es würde dazu führen, dass eine sexuelle Handlung eher gänzlich abgelehnt wird, wenn nicht deutlich wird, dass die Sexualpartner:innen übereinstimmende Vorstellungen von sämtlichen Handlungen haben. Auf der anderen Seite würde die Gefahr begründet, bei einer Zustimmung zu einem sexuellen Kontakt mit einer anderen Person ein Gefühl des Ausgeliefertseins in Kauf zu nehmen.⁶³ Eine zuvor geäußerte Zustimmung, die an Bedingungen geknüpft war, beispielsweise das Tragen eines Kondoms, müsste dann während der sexuellen Handlung stets erneuert werden, damit nicht der Eindruck einer konkludenten Zustimmung entstünde.⁶⁴ Die Anforderungen an eine Person, sich selbst vor sexuellen Übergriffen zu schützen, würden dadurch unerträglich hoch gesetzt und wären lebensfremd.⁶⁵ Das *KG Berlin* verdeutlicht die Absurdität zu der eine solche Beurteilung führen würde mit anschaulichen Beispielen: „Die Fingierung einer „faktischen Willensäußerung“ ließe sich etwa dadurch entgegenwirken, dass der penetrierte Sexualpartner ein Band am Handgelenk mit der Aufschrift „Niemals ohne Kondom“, einen Anhänger um den Hals mit einer solchen Gravur oder eine entsprechende Tätowierung auf dem Körper trägt, oder wenn das Opfer während des (einheitlichen) Sexualaktes in regelmäßigen Abständen rein vorsorglich vor sich hinsprechen würde, „Ohne Kondom will ich das nicht“, einen Zettel mit eben diesem Inhalt neben das Bett legen oder ein T-Shirt mit dieser Aufschrift tragen würde oder anderes mehr.“⁶⁶

Ein weiterer Aspekt, der in der Entscheidung des *BGH* insofern keine explizite Erwähnung findet, jedoch aufgrund seiner Schwere nicht außer Acht zu lassen ist, ist die psychische Belastung der betroffenen Person. Auch diese zusätzliche Belastung trägt zu einem qualitativen Unterschied der sexuellen Handlung mit und ohne Kondom bei. Nachdem das *Stealththing* bereits einen Akt der Bemächtigung über eine andere Person darstellt und hiermit eine Demütigungs- und Instrumentalisierungswirkung erfolgt, besteht für die betroffene Person zusätzlich eine Dauer der Ungewissheit.⁶⁷ Bis zu einer endgültigen Klärung, ob eine Infektion oder Schwangerschaft vorliegt, kann sich diese Ungewissheit in Form von einer psychischen Belastung auswirken.⁶⁸ Es lässt sich somit festhalten, dass eine bloß objektive Betrachtung aus der Sicht eines Dritten keineswegs ausreichend ist für die Beurteilung eines Handelns gegen den erkennbar entgegenstehenden Willen beim Phänomen des *Stealththing*. Vielmehr muss immer eine Gesamtbetrachtung des Geschehens vorgenommen werden, wodurch auch etwaige Abreden im Voraus der sexuellen Handlung erfasst sind.

(2) Erkennbarkeit

Neben der Problematik, ob ein Wille der sexuellen Handlung entgegensteht, gilt es darüber hinaus die Frage zu klären, ob dieser auch erkennbar war. Wie bereits dargelegt, unter I. 1. a) bb) (1) kann es allein auf die Beurteilung eines objektiven Dritten beim *Stealththing* nicht ankommen. Diesbezüglich stellt sich darüber hinaus beim *Stealththing* das Problem der Erkennbarkeit dieses Willens. Durch das Korrektiv der Erkennbarkeit soll der gutgläubige Täter geschützt werden, sofern die betroffene Person lediglich einen inneren Vorbehalt hegt.⁶⁹ In den durch die Recht-

⁶² Kienzerle, Strafbarkeit des sog. *Stealththings*, beck-aktuell, 28.2.2023, online abrufbar unter: <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/magazin/detail/strafbarkeit-des-sog.-stealththings> (zuletzt abgerufen am 11.6.2024); *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 12 f.

⁶³ Vgl. hierzu *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (13 f.).

⁶⁴ *Schneider*, ZJS 2023, 360 (365).

⁶⁵ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 34.

⁶⁶ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 34.

⁶⁷ *Bauer*, KriPoZ 2023, 96 (97).

⁶⁸ *Bauer*, KriPoZ 2023, 96 (97); *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 2.

⁶⁹ *Misch*, KriPoZ 2018, 334 (335).

sprechung entschiedenen *Stealth*-Fällen hat vor dem Geschlechtsverkehr eine Kommunikation darüber stattgefunden, nur mit geschütztem Verkehr einverstanden zu sein.⁷⁰ Sofern eine Kommunikation über Wünsche und Grenzen dem sexuellen Kontakt vorausgegangen ist, ist dies stets mit in die Beurteilung der Erkennbarkeit einzu beziehen.⁷¹ Aufgrund der Dynamik eines sexuellen Kontakts gilt es mithin abzugrenzen, wann eine andere sexuelle Handlung vorliegt, die nicht mehr von dem zuvor erteilten Einverständnis gedeckt ist und mithin gegen den Willen der betroffenen Person stattfindet. Um eine Erkennbarkeit für den oder die Sexualpartner:in annehmen zu können, stellt sich somit die Frage, wann diese andere sexuelle Handlung vorliegt.

(a) *Differenzierung anhand einer physischen Grenzüberschreitung*

In der Vergangenheit ist bei *Stealth*-Fällen in der Rechtsprechung wiederholt an einen physischen Aspekt angeknüpft worden.⁷² Auch in der Literatur hat diese Betrachtungsweise Zuspruch gefunden.⁷³ Bei diesem Ansatz wird die Überschreitung der Grenzen des Konsens damit begründet, dass durch den Verkehr ohne Kondom eine physisch andere sexuelle Handlung vorläge.⁷⁴ Das sei deshalb der Fall, weil die betroffene Person ausdrücklich nicht damit einverstanden war, dass das Ejakulat in den eigenen Körper gelange und ein Kontakt der Schleimhäute vermieden werden sollte.⁷⁵ Das *KG Berlin* sieht mithin ein Einverständnis hinsichtlich sog. „Safer-Sex“, nicht jedoch in Bezug auf ungeschützten Verkehr und begründet die Tatbestandverwirklichung wie folgt: „Denn die Tatbestandsmäßigkeit liegt jedenfalls in einem Fall vor, in dem der Täter das Opfer nicht nur gegen dessen Willen in ungeschützter Form penetriert, sondern im weiteren Verlauf dieses ungeschützten Geschlechtsverkehrs darüber hinaus in den Körper des bzw. der Geschädigten ejakuliert.“⁷⁶ Durch die Ejakulation, das heißt eine physische Abweichung von dem konsensualen Geschlechtsverkehr mit Kondom, entsteht eine sexualstrafrechtlich andere Qualität.⁷⁷ Durch diese physische Überschreitung wird sodann die Verletzung der Autonomie der betroffenen Person und mithin auch eine Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung angenommen.⁷⁸ Das Kondom fungiert nach diesem Ansatz als mechanische Barriere zwischen den Sexualpartner:innen. Es verhindert eine ungewollte Berührung der Schleimhäute und stellt ein objektiv-äußerliches Element der Distanz dar. Daneben schafft es auch mental eine Barriere und schützt vor zu enger Intimität zwischen Sexualpartner:innen.⁷⁹ Demnach läge mit dem Berühren der Schleimhäute eine sexuelle Handlung vor, zu welcher kein Einverständnis erteilt wurde. Die Erkennbarkeit ergibt sich insoweit daraus, dass zuvor lediglich ein geschützter Verkehr, das heißt einer ohne Kontakt der Schleimhäute, gewollt war.

Fraglich ist jedoch, ob sich eine Strafbarkeit allein an einer physischen Überschreitung des geäußerten Willens der betroffenen Personen beurteilen lässt, oder ob dies zu spät ansetzt. Mit Blick auf das Schutzgut des § 177 Abs. 1 StGB, dessen Nähe zur Menschenwürde und die dadurch erhöhte Schutzwürdigkeit, vermag dieser Ansatz nicht zu überzeugen.⁸⁰ Vielmehr setzt eine rein physische Beurteilung einer Grenzüberschreitung zu spät an. Die Objektifizierung und Instrumentalisierung der betroffenen Personen geschehen bereits in dem Moment, in welchem der zuvor ausdrücklich geäußerte Wille missachtet wird und nicht erst mit einem Ejakulat oder einem

⁷⁰ BGH, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 11; *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 2.

⁷¹ *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 48; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 19.

⁷² Vgl. *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243; *OLG Hamm*, NStZ-RR 2022, 276.

⁷³ *Wiedmer*, KriPoZ 2023, 101 (102); *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 51.

⁷⁴ *Wiedmer*, KriPoZ 2023, 101 (101); *Renzikowski*, in: MüKo-StGB § 177 Rn. 51.

⁷⁵ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 4.

⁷⁶ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 16.

⁷⁷ *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 51; *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 16.

⁷⁸ *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 17.

⁷⁹ Vgl. *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 18 f.

⁸⁰ *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (14).

Kontakt der Schleimhäute.⁸¹ So ist bereits der Versuch einer Penetration ohne ein Kondom tatbestandsmäßig im Sinne des § 177 Abs. 1 StGB, da es sich nunmehr erkennbar um eine andere sexuelle Handlung handelt, als die zu welcher das Einverständnis erteilt wurde.⁸² Mit der Reform des 13. Abschnitts durch das 50. StrÄndG bezweckte der Gesetzgeber durch die Nichteinverständnislösung einen erweiterten Schutz der sexuellen Selbstbestimmung. Die zuvor in § 177 StGB a.F. enthaltene Nötigungskomponente entfiel. Ausschlaggebend war zuvor nicht das Vorliegen eines entgegenstehenden Willens, sondern das Brechen eben dieses Willens.⁸³ Durch die Neufassung ist die physische Überwindung eines entgegenstehenden Willens aber gerade nicht mehr erforderlich.⁸⁴ Würde man den physischen Ansatz als Maßstab für eine Beurteilung der Strafbarkeit annehmen, würde man sämtliche Präservative, die keine physische Barriere schaffen, bereits von vorneherein von der Strafbarkeit ausnehmen. Es entstünden demnach Strafbarkeitslücken, die der Gesetzgeber bei Erlass des 50. StrÄndG und der damit angestrebten Stärkung der sexuellen Selbstbestimmung, nicht gewollt haben kann. Wann eine sexuelle Handlung vorliegt und diese mithin gegen einen erkennbar entgegenstehenden Willen vorgenommen wird, lässt sich vielmehr bereits aufgrund der Entfernung des Kondoms differenzieren. Der Verkehr ist bis zur Entfernung des Präservativs von der Zustimmung erfasst. Durch die Abweichung vom zuvor geäußerten Willen liegt jedoch keine Zustimmung für die sich anschließende sexuelle Handlung vor.⁸⁵ Dabei ist es unerheblich, wie der weitere Verlauf, sprich ob es zu einer Ejakulation kommt, aussieht. Der Verkehr hat bereits ab diesem Zeitpunkt ein qualitativ anderes Gepräge.⁸⁶ Denn vorsätzliche, nicht einvernehmliche Sexualkontakte sind prima facie strafwürdig.⁸⁷ Ein rein physischer Ansatz zur Differenzierung, wann eine sexuelle Handlung aufgrund einer Zustimmung vorliegt und wann die Grenzen dieser überschritten werden und mithin eine andere sexuelle Handlung vorliegt, vermag nicht zu überzeugen.

(3) Legitimation durch konkludentes Einverständnis

In Teilen der Literatur wird die Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens beim *Stealthing* mit der Argumentation abgelehnt, dass durch das Geschehen lassen der sexuellen Handlung ohne Kondom ein konkludentes Einverständnis anzunehmen sei und der zuvor geäußerte entgegenstehende Wille aufgehoben würde.⁸⁸ Ein konkludentes Einverständnis kann aber bereits aufgrund des fehlenden Erklärungsbewusstseins nicht vorliegen. Zudem kann dieser Schutz durch das Korrektiv der Erkennbarkeit nicht für diejenigen gelten, die trotz einer etwaigen Nichterkennbarkeit, Kenntnis vom entgegenstehenden Willen hatten.⁸⁹ Aufgrund der Heimlichkeit ist es den Betroffenen beim *Stealthing* nicht möglich den veränderten Charakter der sexuellen Handlung, die nunmehr eine andere ist als die zu welcher die Zustimmung erteilt wurde, zu erkennen. Das Geschehen lassen für sich, stellt keine konkludente Zustimmung dar, da es keinen entsprechenden Erklärungsinhalt aufweist.⁹⁰ Der oder die Sexualpartner:in hat somit von dem zuvor geäußerten Willen, nur mit einer sexuellen Handlung unter Verwendung eines Kondoms einverstanden zu sein, auszugehen und weiß mithin um die Ablehnung einer sexuellen Handlung ohne Kondom. Die Ablehnung ist mithin implizit und für ihn oder sie erkennbar.⁹¹ Weitere Anforderungen an die betroffene Person, wie die Kontrolle der Einhaltung der Abrede, oder die Wiederholung des entgegenstehenden

⁸¹ Vavra, ZIS 2018, 611 (616); Makepeace, KriPoZ 2021, 10 (13).

⁸² Vgl. BayObLG, NStZ-RR 2022, 43 (43).

⁸³ El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (158); Vavra, ZIS 2018, 611 (616).

⁸⁴ BT-Drs. 18/9097, S. 21; Bauer, KriPoZ 2023, 96 (96).

⁸⁵ Makepeace, KriPoZ 2021, 10 (14).

⁸⁶ Vgl. Bauer, KriPoZ 2023, 96 (98).

⁸⁷ Vavra, ZIS 2018, 611 (615).

⁸⁸ Vgl. Schneider, ZJS 2023, 360 (365).

⁸⁹ Mitsch, KriPoZ 2018, 334 (335).

⁹⁰ BGH, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22 Rn. 15; Schneider, ZJS 2023, 360 (366).

⁹¹ Vgl. Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 48; Makepeace, KriPoZ 2021, 10 (13).

Willens während des Verkehrs wären lebensfremd, wie das *KG Berlin* eindrücklich dargelegt hat.⁹²

(a) Differenzierung anhand des Konsenses

Nachdem eine Differenzierung von konsensualen und non-konsensualen Sexualkontakten beim *Stealththing* anhand eines physischen Ansatzes nicht zu überzeugen vermag, stellt sich die Frage, ob es allein auf eine strenge Orientierung am Schutzgut des § 177 Abs. 1 StGB ankommen kann.

Aufgrund der Gewichtigkeit des Schutzgutes der sexuellen Selbstbestimmung steht der Wille und die geäußerten Grenzen der Betroffenen im Fokus des § 177 Abs. 1 StGB. Erforderlich ist, dass eine Zustimmung zu der konkreten sexuellen Handlung vorliegt. Unabhängig von einer physischen Komponente soll der § 177 Abs. 1 StGB einen umfassenden Schutz der sexuellen Selbstbestimmung gewährleisten.⁹³ Die sexuelle Handlung ist somit nur dann durch ein tatbestandliches Einverständnis gedeckt, wenn die Grenzen respektiert und nicht überschritten werden, unabhängig von einer tatsächlich physischen Überschreitung. Wann eine andere sexuelle Handlung vorliegt und diese mithin erkennbar nicht mehr vom erteilten Einverständnis gedeckt ist, wird jedoch auch innerhalb derer, die das Schutzgut als zentrales Kriterium ansehen, unterschiedlich beurteilt.

(aa) Relevante Zäsur

Zum Teil wird in dem Abstreifen des Kondoms eine strafrechtlich relevante Zäsur gesehen, die eine andere sexuelle Handlung durch die Wiederaufnahme der Penetration begründet.⁹⁴ Durch die Zäsur ist eine Unterscheidbarkeit der beiden sexuellen Handlungen gegeben. Diese Ansicht sieht allein den Willen, und gerade keine physische Grenzüberschreitung, der betroffenen Person als maßgebliches Kriterium, ob eine tatbestandliche Handlung vorliegt.⁹⁵ Begründet wird dies damit, dass der Gesetzgeber gerade den Willen der Betroffenen zentralisieren wollte.⁹⁶ Durch das Abziehen des Kondoms findet somit die zweite sexuelle Handlung gegen den zuvor geäußerten Willen statt und ist mithin nicht von einer Zustimmung gedeckt. Der Ansatz, eine deutliche Zäsur zu fordern, um eine konsensuale sexuelle Handlung von einer non-konsensualen zu trennen, vermag nicht zu überzeugen, wenn von vornherein über die Verwendung eines Präservativs getäuscht wird. Das heißt, wenn vorgespiegelt wird ein Kondom zu verwenden, dieses aber von Beginn an nicht zum Einsatz kommt, kann es keine Zäsur in der Form geben, dass zwei sexuelle Handlungen differenziert werden könnten.

(bb) Gefährdungsdimension

In der Rechtsprechung findet eine Beurteilung, ob ein Handeln gegen den erkennbar entgegenstehenden Willen vorliegt, allein anhand des geäußerten Willens, ohne eine physische Grenzüberschreitung, ebenfalls große Zustimmung. Das *OLG Schleswig* erklärt, dass ausschließlich der vor dem Verkehr geäußerte Wille maßgeblich sei.⁹⁷ Es verlangt zur Differenzierung der sexuellen Handlungen keinerlei Zäsur oder physische Grenzüberschreitung.⁹⁸ Betont wird zudem, dass die Möglichkeit der freien Willensbildung im Rahmen der sexuellen Selbstbestimmung gerade das Schutzgut des § 177 StGB darstellt. Zur Bekräftigung wird auf Art. 36 des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt verwiesen.⁹⁹ Damit

⁹² *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 34; vgl. auch *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (13).

⁹³ *BayObLG*, NSTZ-RR 2022, 43 (44).

⁹⁴ *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (14).

⁹⁵ Ebd.

⁹⁶ *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (12).

⁹⁷ Vgl. *OLG Schleswig*, NSTZ 2021, 619 (619).

⁹⁸ *OLG Schleswig*, NSTZ 2021, 619 (619).

⁹⁹ *OLG Schleswig*, NSTZ 2021, 619 (620).

haben sich die Mitgliedsstaaten, mithin auch Deutschland, dazu verpflichtet sexuelle Handlungen ohne Einverständnis unter Strafe zu stellen.¹⁰⁰ Das charakteristisch eine andere sexuelle Handlung bei einem Verkehr ohne Kondom vorliegt, begründet das *OLG Schleswig* unter anderem auch mit dem erhöhten Risiko einer Infektion mit einer sexuell übertragbaren Krankheit oder einer ungewollten Schwangerschaft.¹⁰¹ Eine entsprechende Argumentation hat auch der *BGH* in seiner Entscheidung vom 13.12.2022 für die Differenzierung der unterschiedlichen sexuellen Handlungen vorgenommen.¹⁰² Er sieht eine qualitative Veränderung durch die entfallene Kondomnutzung aufgrund der Gefährdungsdimension.¹⁰³ Da der *BGH* der Gefährdung von Körper und Gesundheit in seiner Entscheidung derart viel Gewicht zumisst sollte betont werden, dass sich der § 177 Abs. 1 StGB laut dem Beschluss keineswegs zu einem Tatbestand entwickeln soll, der Schutzzusagen für den Körper gewährleistet.¹⁰⁴ Dennoch umfasst die sexuelle Selbstbestimmung richtigerweise auch die Möglichkeit Risiken für sich selbst und den oder die Sexualpartner:in zu minimieren.¹⁰⁵ Dies zeigt sich unter anderem in der gesellschaftlichen Entwicklung im Hinblick auf die entfallene Stigmatisierung von geschütztem Verkehr. Geschützter Sex wird in der Gesellschaft vermehrt als „Safer-Sex“ bezeichnet.¹⁰⁶ Hierdurch wird bereits der Unterschied zwischen geschütztem und ungeschütztem Verkehr deutlich. Eine andere Beurteilung würde dem Schutzgut der sexuellen Selbstbestimmung nicht gerecht werden.¹⁰⁷ Die Differenzierung findet mithin anhand des geäußerten Willens statt und der daraus resultierenden Gefährdungsdimension derer sich die Person bereit ist auszusetzen. Dies bedeutet bei einem ausdrücklich geäußerten Willen nur mit einem geschützten Verkehr einverstanden zu sein, liegt bei einem ungeschützten Verkehr eine andere sexuelle Handlung vor. Die Vertreter:innen der Ansicht, es bestehe beim *Stealthing* eine grundsätzliche Einwilligung zur sexuellen Handlung, lehnen entsprechend auch eine Erkennbarkeit eines entgegenstehenden Willens ab.¹⁰⁸ Die Absprachen über die Verwendung eines Kondoms betreffen lediglich die Art und Weise der Vornahme der Penetration.¹⁰⁹ Dies würde jedoch das Schutzgut der sexuellen Selbstbestimmung verkennen, die gerade die individuelle Freiheit schützt, auch über einzelne Modalitäten autonom entscheiden zu können.¹¹⁰ Vielmehr erwirkt die wesentliche Abweichung der Modalität, kein Kondom zu tragen, nach der richtigen Ansicht des *BGH* eine selbstständige, ihrem Charakter nach qualitativ andere sexuelle Handlung und nicht lediglich eine (strafrechtlich) irrelevante Bedingung zu der eigentlichen sexuellen Handlung.¹¹¹ Wie unter I. 1. a) bb) (1) bereits festgestellt, ist eine Gesamtbetrachtung, auch etwaiger Vorabreden, vorzunehmen. Es ist mithin durch die Äußerung, nur geschützten Verkehr haben zu wollen, erkennbar geworden, dass ein Verkehr ohne Kondom gegen den Willen der betroffenen Person wäre. Der anderen sexuellen Handlung, der ohne Kondom, steht der Wille der betroffenen Person erkennbar entgegen.

¹⁰⁰ *Hoven*, ZRP 2022, 118 (118).

¹⁰¹ *OLG Schleswig*, NStZ 2021, 619 (620).

¹⁰² Vgl. *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22.

¹⁰³ Ebd.

¹⁰⁴ Vgl. *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22.

¹⁰⁵ *OLG Schleswig*, NStZ 2021, 619 (620).

¹⁰⁶ *OLG Schleswig*, NStZ 2021, 619 (620); *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (13); *BayObLG*, NStZ-RR 2022, 43 (44); *KG Berlin*, BeckRS 2020, 18243 Rn. 19; Deutsche Aidshilfe, Safer Sex, online abrufbar unter: <https://www.aidshilfe.de/safer-sex> (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).

¹⁰⁷ *BayObLG*, NStZ-RR 2022, 43 (44); *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (159); *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (12); *Bauer*, KriPoZ 2023, 96 (99).

¹⁰⁸ *Denzel/Kramer da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 (349).

¹⁰⁹ *Denzel/Kramer da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 (354).

¹¹⁰ *Schneider*, ZJS 2023, 360 (365); *Vavra*, ZIS 2018, 611 (613).

¹¹¹ Vgl. *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22.

c) Zwischenergebnis

Es kommt somit nicht auf eine etwaige Fehlerhaftigkeit eines Einverständnisses an, sondern lediglich auf die ausdrückliche Ablehnung der konkreten sexuellen Handlung, Geschlechtsverkehr ohne Kondom zu haben.¹¹² Festhalten lässt sich, dass der BGH das Schutzgut der sexuellen Selbstbestimmung als maßgeblich ansieht und die Beurteilung des Vorliegens eines erkennbar entgegenstehenden Willens anhand einer Gesamtbetrachtung, welche auch zuvor getroffene Absprachen enthält, sowie einer Differenzierung aufgrund eines qualitativen Unterschieds der sexuellen Handlungen vornimmt. Die beim *Stealthing* vorgenommene sexuelle Handlung ohne Kondom findet demnach gegen den erkennbar entgegenstehenden Willen der betroffenen Person statt und erfüllt mithin den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB.

2. Strafbarkeit von Frauen wegen *Stealthing*

Nachdem nunmehr das *Stealthing* in Form des „heimlichen Abziehens eines Kondoms während oder vor der sexuellen Handlung“ als sexueller Übergriff gemäß § 177 Abs. 1 StGB anerkannt ist, stellt sich die Frage, inwiefern sich auch Frauen wegen *Stealthing* strafbar machen können. Zum einen gilt es zu betrachten, wie die bekannte Fallkonstellation auch von Frauen verwirklicht werden kann. Zum anderen sollte eine umfassende Prüfung vorgenommen werden, ob das heimliche Nichtverwenden anderer Barriere-Verhütungsmittel ebenfalls den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB erfüllen könnte.

a) Aktueller Diskurs

Der aktuelle Diskurs, insbesondere die mediale Berichterstattung, vermittelt den Eindruck, eine Strafbarkeit wegen *Stealthing* käme ausschließlich für Personen männlichen Geschlechts infrage. So wird das Phänomen auf der Seite der polizeilichen Kriminalprävention der Länder und des Bundes wie folgt beschrieben: „Wenn Männer heimlich und ohne das Einverständnis der anderen Person (...)“. An einer anderen Stelle des Aufklärungsberichtes heißt es ebenfalls: „Bei einvernehmlichem Geschlechtsverkehr zieht der Mann unbemerkt das Kondom ab (...)“.¹¹³ Die Massenmedien zeichnen ebenfalls ein ausschließlich männliches Täterbild. ZeitCampus berichtet: „Stealthing bedeutet, dass Männer heimlich das Kondom abziehen (...)“.¹¹⁴ Dem Strafrecht sind Straftatbestände, die ausschließlich an ein biologisch maskulines Geschlecht anknüpfen, grundsätzlich nicht fremd. Zu nennen ist hier der § 183 StGB, welcher in seinem Wortlaut eindeutig ist. Täter kann nach dem Wortlaut nämlich nur „ein Mann“ (§ 183 Abs. 1 StGB) sein. Derart eindeutig stellt sich der Tatbestand des sexuellen Übergriffs gemäß § 177 Abs. 1 StGB nicht dar. Dort heißt es: „Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.“ Der Wortlaut der Norm lässt annehmen, dass ein geschlechtsunabhängiger Täter:innenkreis umfasst ist. Auch in der juristischen Literatur wird ausdrücklich von einer grundsätzlichen Strafbarkeit von Frauen nach § 177 Abs. 1 StGB ausgegangen.¹¹⁵ Auch in den Gesetzesmaterialien finden sich keine gegenteiligen Anhaltspunkte.¹¹⁶

¹¹² Bauer, KriPoZ 2023, 96 (98).

¹¹³ Polizeiliche Kriminalprävention der Länder und des Bundes, *Stealthing* ist sexueller Übergriff, 11.3.2024.

¹¹⁴ Burgard-Arp, *Stealthing*, Zeit Online, 12.1.2018.

¹¹⁵ Ziegler, in: BeckOK-StGB, § 177 Rn. 6.

¹¹⁶ Vgl. BT-Drs. 18/9097.

b) Verwirklichung durch Frauen

Es stellt sich somit die Frage, ob es sich lediglich um eine gesellschaftliche Stigmatisierung dieser ausschließlich männlich gelesenen Strafbarkeit handelt, oder ob der Tathandlung selbst womöglich eine ausschließliche Verwirklichung durch Personen männlichen Geschlechts innewohnt. So lässt dies beispielsweise *Wiedmer* vermuten, indem sie die Verwendung eines Kondoms in den Verantwortungsbereich von Männern stellt und behauptet, diese würden damit vornehmlich das Risiko einer Strafbarkeit tragen.¹¹⁷ Die Tathandlung des definitorischen *Stealth* lässt sich jedoch keinesfalls ausschließlich durch Personen männlichen Geschlechts verwirklichen. Der sexuelle Verkehr zeichnet sich nicht durch einen statischen Ablauf aus. Vielmehr kommt es regelmäßig zu Unterbrechungen der Penetration zum Zwecke eines Positionswechsels, zur Stimulation mit der Hand, oder anderer Gründe. Hierbei ist es ebenso denkbar, dass ein heimliches Abstreifen des Kondoms durch die Frau erfolgen könnte. In der Dynamik der Situation muss dies nicht zwangsläufig durch den Sexualpartner bemerkt werden. So berichtet ein Mann, er sei Betroffener von *Stealth* und habe die Entfernung des Präservativs durch die Frau aufgrund seiner eigenen Intoxikation erst im Anschluss an den Verkehr festgestellt.¹¹⁸ Es lässt sich mithin festhalten, dass der Tathandlung keine Geschlechterspezifikation innewohnt.

Nunmehr erschöpft sich eine Prüfung der Strafbarkeit von Frauen nicht in der Bestätigung einer Strafbarkeit wegen des definitorischen *Stealth*. Wie von *Wiedmer* bereits angedeutet gibt es Präservative, die vornehmlich dem Verantwortungsbereich eines Mannes und solche, die vornehmlich dem einer Frau zuzuordnen sind.¹¹⁹ Das es auch Ausnahmen von dieser Zuordnung gibt und eine eindeutige Zuweisung einer derartigen Verantwortlichkeit mit Hinblick auf eine angestrebte sexuelle Gleichberechtigung tatsächlich kein Anhaltspunkt sein kann, sei vorausgesetzt. Dennoch stellt es sich bei lebensnaher Betrachtung oftmals so dar, dass die Verantwortung der Verwendung sich auf Mann und Frau aufteilt. Fraglich ist demnach, welche Präservative in den vermeintlichen Verantwortungsbereich der Frau fallen und ob eine Vorspiegelung der Verwendung ebendieser dem Unrecht des definitorischen *Stealth* gleich kommt und mithin ebenfalls den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB erfüllt. Hierzu gilt es, die in Betracht kommenden Verhütungsmittel und deren absprachewidriges Nichtverwenden durch eine Frau anhand der unter I. 1. b) bb) (1) herausgearbeiteten Maßstäbe auf ihre Tatbestandsmäßigkeit hin zu prüfen.

aa) Denkbare Fallkonstellationen

Das *AG Bielefeld* hat am 2.5.2022 in seiner Urteilsbegründung das Perforieren eines Kondoms durch eine Frau dem *Stealth* in seiner bekannten Form gleichgestellt.¹²⁰ Die Ausführungen des Gerichts, weshalb eine derartige Manipulation des Präservativs ebenfalls die Tatbestandsvoraussetzungen des § 177 Abs. 1 StGB erfüllt, fallen dabei jedoch dürftig aus. Es wird lediglich auf den erkennbar entgegenstehenden Willen des Betroffenen hingewiesen, ohne diesbezüglich nähere Ausführungen zu machen.¹²¹ Mithin lässt sich zumindest festhalten, dass eine Gleichstellung von Fallkonstellationen mit dem definitorischen *Stealth*, die einen ähnlichen Unrechtsgehalt aufweisen, wie das heimliche Abziehen des Kondoms, im Rahmen des § 177 Abs. 1 StGB durchaus relevant werden können.

¹¹⁷ *Wiedmer*, KriPoZ 2023, 101 (102).

¹¹⁸ *Wißner*, Kriminalistik 2023, 172 (174).

¹¹⁹ Vgl. *Wiedmer*, KriPoZ 2023, 101 (102).

¹²⁰ *AG Bielefeld*, BeckRS 2022, 11233, Rn. 6.

¹²¹ Ebd.

(1) Manipulation des Präservativs

Zunächst wird der Fall der Manipulation eines Präservativs auf seine Tatbestandsmäßigkeit nach § 177 Abs. 1 StGB geprüft. Das Urteil des *AG Bielefeld* hat den Fall des Perforierens eines Kondoms durch eine Frau dem heimlichen Entfernen eines Kondoms gleichgestellt.¹²² Eine detaillierte Begründung gibt das Gericht jedoch nicht zu seiner Entscheidung. Feststellen lässt sich, dass in beiden Fällen eine Abrede über die Verwendung eines Barriere-Verhütungsmittels missachtet bzw. dieses seiner Funktion beraubt wird. Der Sexualpartner hatte vor dem Verkehr seinen Wunsch geäußert, nur geschützten Verkehr haben zu wollen. Durch das Perforieren des Kondoms verliert dieses jegliche Schutzwirkung. Es besteht das Risiko einer Schwangerschaft und der Infektion mit sexuell übertragbaren Krankheiten. Für die Sexualpartnerin war insbesondere durch den geäußerten Wunsch, ein Präservativ zu verwenden, erkennbar, dass der ungeschützte Verkehr entgegen dem Willen ihres Sexualpartners stand. Der Verkehr mit einem Präservativ, welches seiner Schutzwirkung durch Manipulation beraubt wurde, stellt eine andere sexuelle Handlung dar, als die geschützte zu welcher der Sexualpartner eingewilligt hat. Hierdurch entsteht eine andere sexuelle Handlung, zu welcher keine Zustimmung vorliegt.¹²³ Der Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB ist damit auch im Falle des Perforierens eines Kondoms erfüllt.

(2) Andere Barriere-Verhütungsmethoden

Es bleibt zu prüfen, ob die unter I. 1. b) herausgearbeiteten Maßstäbe sich auch auf andere Barriere-Verhütungsmethoden übertragen lassen. Bei der Verwendung eines Femidoms oder Diaphragmas könnte sich das Geschehen ebenfalls mit dem definitorischen *Stealth* vergleichen lassen. Die Frau ist bei dieser Art der Verhütung in einer ähnlichen Kontrollposition wie ein Mann bei einem Kondom.

(a) Femidom

Das Femidom, auch Frauenkondom genannt, ist in seiner Verwendung dem herkömmlichen Kondom ähnlich. Es ist für die einmalige Verwendung gedacht und wird in die Vagina eingeführt, wo es diese wie eine zweite Haut auskleidet. Es schützt vor einer Infektion und einer ungewollten Schwangerschaft.¹²⁴ Die Verwendung findet unmittelbar vor dem Verkehr statt und endet auch unmittelbar danach. Eine Nichtverwendung entgegen einer zuvor getroffenen Absprache entspricht mithin ebenfalls der heimlichen Nichtverwendung eines Kondoms. Im Unterschied zu einem Kondom ist dem Sexualpartner eine visuelle Kontrolle durch die Innenliegende Anwendung nicht möglich. Dies erschwert zusätzlich eine Entdeckung der heimlichen Nichtverwendung. Auch bei der Verwendung eines Femidoms wurde zuvor lediglich eine ausdrückliche Zustimmung zu geschütztem Verkehr gegeben. Darin liegt auch hier implizit die Ablehnung ungeschützten Geschlechtsverkehrs. Bei einer heimlichen Nichtverwendung des Femidoms liegt eine andere sexuelle Handlung vor. Die Frau handelt entgegen des zuvor ausdrücklich geäußerten Willens, nur geschützten Verkehr haben zu wollen. Die Differenzierung der beiden sexuellen Handlungen, nämlich der geschützten und der ungeschützten, lässt sich auch hier anhand der durch den *BGH* angelegten Maßstäbe, das heißt anhand der Gefährdungsdimension, vornehmen. Diese wird durch die Nichtverwendung des Femidoms eröffnet, indem eine Gefahr der Infektion mit sexuell übertragbaren Krankheiten und das Risiko einer Schwangerschaft fremdbestimmt in Kauf genommen werden. Der § 177 Abs. 1 StGB schützt gerade die Freiheit darüber selbst entscheiden zu können, welche Risiken man bereit ist einzugehen.¹²⁵ Nach den herausgearbeiteten

¹²² Vgl. *AG Bielefeld*, BeckRS 2022, 11233.

¹²³ Vgl. *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22.

¹²⁴ Profamilia, Frauenkondom, online abrufbar unter: <https://www.profamilia.de/themen/verhuetung/frauenkondom> (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).

¹²⁵ *OLG Schleswig*, NStZ 2021, 619 (620).

Maßstäben, liegt mithin auch bei der heimlichen Nichtverwendung eines Femidoms eine andere sexuelle Handlung vor, zu welcher keine Zustimmung erteilt wurde. Der Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB wäre somit auch bei einer heimlichen Nichtverwendung eines Femidoms durch eine Frau erfüllt.

(b) Diaphragma

Das Diaphragma wird vor dem Sexualekontakt in die Vagina eingeführt. Es versperrt den Zugang zur Gebärmutter und verhindert so ein Eindringen von Spermien.¹²⁶ Es kann bis zu zwei Stunden vor dem Verkehr eingesetzt werden, oder wenige Minuten zuvor. Zudem muss es für eine optimale Wirksamkeit nach dem Verkehr für mindestens 8 Stunden in der Vagina verbleiben.¹²⁷ Durch diese flexiblere Möglichkeit der Verwendung wird eine erweiterte Kontrolldimension durch die Anwenderin eröffnet als dies beim herkömmlichen Kondom oder dem Femidom der Fall ist. Zudem fehlt auch bei diesem Verhütungsmittel die Möglichkeit einer visuellen Kontrolle. Es handelt sich um ein innenliegendes Verhütungsmittel, welches sich der Kontrolle durch einen Blick gänzlich entzieht. Darüber hinaus ist das Diaphragma, bei richtiger Anpassung, für die Sexualpartner:innen während des Verkehrs nicht spürbar.¹²⁸ Durch die Nichtanwendung des Diaphragmas wird, wie beim Kondom, ebenfalls das Risiko einer Schwangerschaft erhöht. Allerdings schützt es, auch bei Verwendung, aufgrund des Kontaktes der Schleimhäute nicht vor der Übertragung von Krankheiten.¹²⁹ Es wird sich zeigen, ob die Risiken kumulativ oder alternativ vorliegen müssen, um eine qualitativ andere sexuelle Handlungen nach den unter I. 1. b) herausgearbeiteten Maßstäben zu begründen. Fraglich ist somit, ob allein die Erhöhung des Risikos einer Schwangerschaft ausreicht, die herausgearbeitete Gefährdungsdimension zu begründen, die für eine Relevanz und Begründung einer anderen sexuellen Handlung im Sexualstrafrecht erforderlich ist.

Der *BGH* nimmt in seiner Entscheidung zum *Stealth* eine andere sexuelle Handlung aufgrund einer Gefährdungsdimension an. Dies begründet er unter anderem anhand der bestehenden Infektionsgefahr. Mit dem Urteil wird aber auch deutlich, dass der § 177 Abs. 1 StGB gerade keine Schutzzusagen für den Körper beinhaltet, sondern ausschließlich den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung gewährleisten soll.¹³⁰ Wie unter I. 1. a) bb) (1) festgestellt, erzeugt eine fremdbestimmte Entscheidung über die Modalitäten einer sexuellen Handlung für sich bereits eine Instrumentalisierung der betroffenen Person und verletzt das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung.¹³¹ Die Tathandlung im Rahmen des definitorischen *Stealth* und die Täuschung über die Verwendung des Diaphragmas sind vergleichbar. In beiden Fällen gibt der oder die Täter:in vor, ein Präservativ zur Verhütung einer Schwangerschaft zu verwenden. Auch das Handlungsmotiv ist vergleichbar. In beiden Fällen soll ebendieses Risiko minimiert werden, indem die Prävention als Bedingung für die Zustimmung zum Verkehr gesetzt wird. Mithin liegt eine Zustimmung zum geschützten Verkehr vor. Zu der sodann vorgenommenen sexuellen Handlung ohne ein Präservativ liegt keine Zustimmung vor. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Sexualpartner:innen lediglich einen Schutz vor Schwangerschaft bezwecken oder darüber hinaus auch einen Infektionsschutz möchten. Die sexuelle Selbstbestimmung schützt gerade das Bestimmen von individuellen Grenzen und nicht den Schutz der körperlichen Integrität.¹³² Es ist darüber hinaus nicht ersichtlich, weshalb eine Ungleichbehandlung des Risikos einer

¹²⁶ Profamilia, Das Diaphragma, online abrufbar unter: <https://www.profamilia.de/themen/verhuetung/diaphragma> (Stand: 11.6.2024).

¹²⁷ Profamilia, Das Diaphragma.

¹²⁸ Profamilia, Das Diaphragma.

¹²⁹ Öffentliches Gesundheitsportal Österreich, 3. Das Diaphragma Caya, 3.5.2019, online abrufbar unter: <https://www.gesundheit.gv.at/leben/sexualitaet/verhuetung/verhuetungsmittel-methoden/diaphragma.html> (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).

¹³⁰ Bauer, KriPoZ 2023, 96 (99).

¹³¹ Bauer, KriPoZ 2023, 96 (96 f.).

¹³² Vavra, ZIS 2018, 611 (614).

Infektion und des Risikos einer Schwangerschaft erfolgen sollte. Eine ungewollte Schwangerschaft kann langfristig eine Verantwortlichkeit der biologischen Eltern in Form diverser Verpflichtungen mit sich bringen. Neben den Unterhaltsverpflichtungen ist auch ein zeitlicher Aufwand mit einer Elternschaft verbunden. Darüber hinaus darf auch die psychologische Komponente, die eine Elternschaft mit sich bringt und die gegebenenfalls derart weitreichend sein kann, dass berufliche und private Pläne in der Zukunft nunmehr nach dem Kind gerichtet werden, nicht unterschätzt werden. All diese Aspekte weisen einen erheblichen Einschnitt in die persönliche Freiheit einer Person auf. Wenngleich eine Infektion auch gewichtige Rechtsgüter betrifft und diese beeinträchtigen mag, so ist jedoch auch die persönliche Freiheit und das Selbstbestimmungsrecht einer jeden Person als ebenfalls schützenswert anzuerkennen. Der Wille, eine Schwangerschaft zu vermeiden, ist mithin ebenfalls derart gewichtig, dass dies zu einem qualitativen Unterschied der sexuellen Handlungen in geschützter und ungeschützter Form führen kann. Dies zeigt auch die Entscheidung des *OLG Hamm* in welcher das Gericht eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 StGB bei einem unterlassenen *coitus interruptus* angenommen hat.¹³³ In dem vorliegenden Fall hatten die Sexualpartner:innen vorab besprochen, zur Verhütung einer Schwangerschaft die Penetration vor dem Samenerguss abzubrechen. Zu diesem Abbruch ist es jedoch nicht gekommen und die Ejakulation ist in der Betroffenen erfolgt. Das Gericht betont, dass auch wenn die Art der Verhütung im Verhältnis zu anderen Verhütungsmethoden deutlich unsicherer ist im Hinblick auf die Risiken die die Sexualpartner:innen einzugehen bereit sind, ändert dies nichts an der Beachtlichkeit des Willens der Betroffenen. Setzt sich der oder die Täter:in somit bewusst über den Willen der betroffenen Person hinweg, stellt dies eine erhebliche Abweichung von der konsentierten sexuellen Handlung dar.¹³⁴ Der 13. Abschnitt bezweckt gerade den Schutz der Entscheidungsfreiheit der individuellen Person darüber, welche sexuelle Handlung sie wann und mit wem unter welchen Bedingungen vornehmen möchte.¹³⁵ Gerade im Sexualstrafrecht hat der Wille der betroffenen Person eine gesteigerte Bedeutung. Die sexuelle Selbstbestimmung wird unter anderem aus der Menschenwürde abgeleitet.¹³⁶ Dies ergibt sich aus der Verbindung der Sexualität zur Intim- und Körpersphäre.¹³⁷ Die Missachtung des Willens führt zu einer Objektifizierung und Instrumentalisierung. Die Person wird zu einem reinen Objekt fremdbestimmten sexuellen Tuns und für persönliche Befriedigung genutzt.¹³⁸ Abschließend lässt sich somit sagen, dass allein die fremdbestimmte Entscheidung zur Abweichung vereinbarter Modalitäten ausreichend ist um eine andere sexuelle Handlung zu begründen. Nach hier vertretener Ansicht reicht bereits das alternative Vorliegen einer Risikoerhöhung aus zur Begründung einer Gefährungsdimension. Mithin stellt auch das heimliche nicht Verwenden eines Diaphragmas eine andere sexuelle Handlung dar. Die Sexualpartnerin handelt dementsprechend wiederum gegen den erkennbar entgegenstehen Willen der betroffenen Person, die allein mit geschütztem Verkehr einverstanden ist. Der Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB ist erfüllt.

bb) Zwischenergebnis

Die eingehende Prüfung der Fallkonstellationen, bei denen eine heimliche Nichtverwendung eines Präservativs die Tathandlung prägt, zeigt, dass neben dem definitorischen *Stealth* auch weitere mögliche Tathandlungen in Betracht kommen. Zudem kann festgestellt werden, dass auch Frauen sowohl durch die Tathandlung des definitorischen *Stealth* als auch der weiteren geprüften Fälle nach § 177 Abs. 1 StGB strafbar sein können.

¹³³ Vgl. *OLG Hamm*, NStZ 2022, 276.

¹³⁴ Vgl. *OLG Hamm*, NStZ 2022, 276.

¹³⁵ Vgl. *Vavra*, ZIS 2018, 611 (612); *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (159); BT-Drs. 18/9097, S. 22 f.

¹³⁶ *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Vorb. § 174 Rn. 7; *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (159).

¹³⁷ *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (159).

¹³⁸ *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (13).

II. Fazit

Mit der Reform des Sexualstrafrechts im November 2016 strebte der Gesetzgeber eine Stärkung der sexuellen Selbstbestimmung an. Durch die Neufassung des § 177 Abs. 1 StGB sollten Strafbarkeitslücken geschlossen werden, die vor allem aufgrund der bis dato geltenden Nötigungskomponente auftraten. Denn eine regungslose Erduldung von sexueller Gewalt ist, vor allem aus Angst, Scham, oder psychisch verursachter Regungslosigkeit keine Seltenheit.¹³⁹ Das Phänomen des *Stealthing* sowie die im Rahmen dieser Arbeit aufgezeigten Möglichkeiten der Tatbestandsverwirklichung durch Frauen zeigten nunmehr jedoch, dass eine Stärkung der sexuellen Selbstbestimmung auch mit der Reform noch Bedarf aufweist.¹⁴⁰ Dass die Probleme der Beurteilung derartiger Fallkonstellationen vor allem im Rahmen des Tatbestandsmerkmals des erkennbar entgegenstehenden Willens auftreten, wirft die Frage danach auf, ob das in § 177 Abs. 1 StGB n.F. implementierte Nein-heißt-Nein-Modell zur Vermeidung von Strafbarkeitslücken und der Stärkung der sexuellen Selbstbestimmung ausreichend ist. Als denkbare Alternative ließe sich das „Ja-heißt-Ja“-Modell nennen. Dieses Modell haben bereits dreizehn Staaten in Europa in ihr Sexualstrafrecht implementiert.¹⁴¹ Am 8.3.2022 stellte die EU-Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vor.¹⁴² Mit dieser Richtlinie hat die Kommission ein Konsensmodell vorschreiben wollen, das dem „Ja-heißt-Ja“-Modell entspricht.¹⁴³ Insbesondere *Hoven* gibt zu bedenken, dass die erforderliche Kommunikationsleistung, die das „Nein-heißt-Nein“-Modell im deutschen Sexualstrafrecht voraussetzt, im Widerspruch mit der Richtlinie der EU-Kommission zu stehen scheint.¹⁴⁴ Auch *Fischer* kritisiert das geltende „Nein-heißt-Nein“-Modell und bezeichnet es als „*ein schön klingendes Schlagwort, das aber in der Praxis kaum etwas erklärt oder erleichtert*“.¹⁴⁵ Die jahrelange Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Strafbarkeit von *Stealthing* und die nunmehr noch höchstrichterlich zu klärende Strafbarkeit von Frauen wegen *Stealthing* und ähnlich gelagerter Fallkonstellationen zeigt weiterhin bestehende Rechtsunsicherheiten des deutschen Sexualstrafrechts. Es lässt sich somit festhalten, dass die Stärkung der sexuellen Selbstbestimmung, auch durch die Reform im November 2016, noch nicht ausreichend ist. Die gewünschte Rechtssicherheit durch klare Grenzen und der Schließung von Strafbarkeitslücken ist nicht eingetreten. So ist es der Rechtsprechung nunmehr zwar gelungen, das Phänomen des *Stealthing* endgültig als tatbestandliche Handlung nach § 177 Abs. 1 StGB als strafbares Verhalten einzuordnen. Allerdings zeigen die Debatten über die feinen Unterschiede anderer Fallkonstellationen im Bereich des heimlichen Nichtverwendens von Präservativen weiterhin eine starke Rechtsunsicherheit. Der deutsche Gesetzgeber sollte darüber nachdenken, von dem „Nein-heißt-Nein“-Modell hin zu einem „Nur-Ja-heißt-Ja“-Modell zu wechseln und somit ein deutliches Zeichen für die Stärkung der sexuellen Selbstbestimmung und der sexuellen Gleichberechtigung zu setzen.

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>.

¹³⁹ *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (158).

¹⁴⁰ Vgl. *Mitsch*, KriPoZ 2018, 334.

¹⁴¹ Eine „Nur Ja heißt Ja“-Regelung im Sexualstrafrecht haben: Belgien, UK, Luxemburg, Island, Malta, Schweden, Griechenland, Zypern, Dänemark, Slowenien, Irland, Kroatien und Spanien. – vgl. Amnesty International, Spanien sagt Ja zur „Nur Ja heißt Ja“-Lösung, 26.5.2024, online abrufbar unter: <https://www.amnesty.ch/de/laender/europa-zentralasien/spanien/dok/2022/nur-ja-heisst-ja-in-spanien>. (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).

¹⁴² Abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0105> (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).

¹⁴³ *Hoven*, ZRP 2022, 118 (118).

¹⁴⁴ *Hoven*, ZRP 2022, 118 (118).

¹⁴⁵ *Fischer*, Zum letzten Mal: Nein heißt Nein, Zeit Online, online abrufbar unter: <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-06/rechtspolitik-sexualstrafrecht-nein-heisst-nein-fischer-im-recht> (zuletzt abgerufen am 11.6.2024).