

„Junges Publizieren“

Seminararbeit von

Paula Schnabel

„Nein heißt nein“ oder „ja heißt ja“ im Sexualstrafrecht?

Der strafrechtliche Schutz der sexuellen Autonomie

Universität zu Köln

Fachbereich Rechtswissenschaft

Gutachter: Prof. Dr. Anja Schiemann

Abgabedatum: 14.5.2024

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	46
II. Die sexuelle Autonomie oder sexuelle Selbstbestimmung	46
III. „Nein heißt nein“ die aktuelle Rechtslage	47
1. § 177 StGB <i>de lege lata</i>	47
a) <i>Historie</i>	47
b) <i>Systematik</i>	48
c) § 177 Abs. 1 StGB	48
aa) <i>Objektiver Tatbestand</i>	49
(1) <i>Sexuelle Handlungen</i>	49
(2) <i>Gegen den erkennbaren Willen</i>	49
bb) <i>Subjektiver Tatbestand</i>	50
d) § 177 Abs. 2 StGB	50
aa) § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB	50
bb) § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB	50
cc) § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB	51
dd) § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB	51
ee) § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB	51
2. <i>Kritik</i>	51
a) <i>Normative Betrachtung des § 177 StGB</i>	51
aa) <i>Umfassender Schutz der sexuellen Selbstbestimmung durch § 177 Abs. 1 gewährleistet?</i>	51
bb) <i>Schließung von Strafbarkeitslücken durch § 177 Abs. 2 StGB?</i>	53
b) <i>Probleme in der Praxis</i>	54
aa) <i>Aktives Opferverhalten und der entgegenstehende Wille</i>	54
bb) <i>Ambivalentes Verhalten trotz verbal kommunizierter Ablehnung</i>	55
cc) <i>Intimbeziehung als Einverständnis?</i>	56
dd) <i>Zusammenfassend zu den Entscheidungen</i>	57
3. <i>Zwischenfazit: aktueller Schutz der sexuellen Selbstbestimmung</i>	57
IV. Kriminologische Erkenntnisse zu Sexualdelikten	57
1. <i>Sexualdelikte im Hellfeld</i>	58
2. <i>Sexualdelikte im Dunkelfeld</i>	58
3. <i>Zwischenfazit kriminologische Erkenntnisse</i>	59
V. „Ja heißt ja“- <i>de lege ferenda</i>?	59
1. <i>Ausgestaltung des Modells im deutschen Strafrecht</i>	60
2. <i>Kritische Auseinandersetzung mit einer Umsetzung im deutschen Strafrecht</i>	60
a) <i>Erforderlichkeit für den effektiven Schutz der sexuellen Selbstbestimmung?</i>	61
b) <i>Fehlende Opferobliegenheit</i>	61
c) <i>Verfassungsmäßigkeit</i>	62
d) <i>Systematische Gesichtspunkte</i>	62
e) <i>Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen und in dubio pro reo</i>	63
f) <i>Gesellschaftliche Risiken</i>	63

3. Zwischenfazit	64
VI. Fazit	65

I. Einleitung

Kaum ein Bereich im besonderen Teil des StGB ist derart Gegenstand von anhaltenden, kontrovers geführten Debatten wie der 13. Abschnitt mit den Normen zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung.¹ Sei es die konkrete Ausgestaltung des 13. Abschnitts oder auch die Diskussion um die Straffrahmen.² Das Sexualstrafrecht hat diverse Änderungen erfahren, die sog. „nein heißt nein“-Lösung in § 177 Abs. 1 StGB ist seit 2016 im StGB verankert.³ Somit macht sich strafbar, wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder vornehmen lässt. Immer wieder werden allerdings Stimmen laut, die eine „ja heißt ja“-Lösung fordern,⁴ einige Länder haben diese bereits umgesetzt.⁵ Wegen eines Vorschlags für eine neue EU-Richtlinie⁶ hat die Diskussion wieder mehr Aufmerksamkeit erlangt.⁷ Die Richtlinie hatte unter anderem eine EU-weite „ja heißt ja“-Lösung bei der Strafbarkeit von Vergewaltigungen zum Gegenstand, dieser Teil wurde allerdings unter anderem auf Wunsch der Bundesrepublik vor Beschluss der Richtlinie wieder gestrichen.⁸ Man hatte erhebliche Zweifel daran, dass diese Regelung von der Kompetenzgrundlage der EU nach Art. 83 Abs. 1 AEUV umfasst gewesen sei.⁹ Nachdem der Kern der „nein heißt nein“-Regelung sich in § 177 Abs. 1 StGB befindet, ist § 177 StGB die wesentliche Norm, die Gegenstand dieser Arbeit sein wird.

Ziel dieser Arbeit soll es sein, mit Blick auf die Systematik des § 177 StGB unter Betrachtung der aktuellen Rechtslage, als auch durch die Analyse der dem Sexualstrafrecht immanenten Probleme sowohl in der Rechtsanwendungspraxis als auch in der Kriminologie eine Entscheidung dahingehend zu treffen, ob das aktuelle „nein heißt nein“-Modell die sexuelle Selbstbestimmungsfreiheit ausreichend schützt, oder ob dies durch eine „ja heißt ja“-Lösung besser und umfassender erreicht werden könnte.

II. Die sexuelle Autonomie oder sexuelle Selbstbestimmung

Zunächst soll eine Annäherung an die rechtliche Dimension der sexuellen Selbstbestimmung/Autonomie vorgenommen werden.

Autonomie und Selbstbestimmung werden von einigen Autor:innen zunächst als Synonyme verwendet.¹⁰ Der Begriff der Autonomie ist allerdings eher im philosophischen Kontext verankert.¹¹ In dieser Arbeit wird davon aus-

¹ Exemplarisch: *Hoven/Dyer*, ZStW 2020, 250; *Bezjak*, ZStW 2018, 303.

² U. a.: *Hoven/Rostalski*, Sexualdelikte härter bestrafen, FAZ, 27.12.2023, online abrufbar unter: <https://www.faz.net/einspruch/sexualdelikte-uebergrieffe-haerter-bestrafen-19410131.html> (zuletzt abgerufen am 15.8.2024).

³ BGBl. 2016 I Nr. 52.

⁴ DJB, Stellungnahme 23-02, 8.3.2022, S. 9 f., online abrufbar unter: https://www.djb.de/fileadmin/user_upload/presse/stellungnahmen/st23-02_EP-Haesusliche_Gewalt.pdf (zuletzt abgerufen am 15.8.2024); *Kempe*, Lückenhaftigkeit und Reform des deutschen Sexualstrafrechts vor dem Hintergrund der Istanbul-Konvention, 2018, S. 230 ff.

⁵ So in Schweden, *Bigalke*, Schweden verschärft das Sexualstrafrecht, SZ Online, 19.12.2017, online abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/leben/sexualstrafrecht-schweden-verschaerft-das-sexualstrafrecht-1.3797911> (zuletzt abgerufen am 7.5.2024); Spanien, „nur ja heißt ja“: Spanien verschärft Sexualstrafrecht, beck-aktuell, 27.5.2022, online abrufbar unter: <https://beck-onli-ne.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F2023370.htm&anchor=Y-300-Z-BECKLINK-N-2023370> (zuletzt abgerufen am 7.5.2024).

⁶ Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, COM/2022/105 final.

⁷ Bspw. *Hoven*, ZRP 2022, 118 ff.; *Eisele*, KriPoZ 2024, 88 ff.

⁸ *Bauer-Babef*, EU nimmt erste Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen an, euractiv.de, 25.4.2024, online abrufbar unter: <https://www.euractiv.de/section/gesundheit/news/eu-nimmt-erste-richtlinie-zur-bekaempfung-von-gewalt-gegen-frauen-an/> (zuletzt abgerufen am 11.5.2024).

⁹ Zur Diskussion um die Kompetenzgrundlage kritisch: *Çelebi/Koop/Melchior*, Deutschlands Blockade beim Gewaltschutz, Verfassungsblog, 10.1.2024, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/deutschlands-blockade-beim-europaweiten-gewaltschutz/> (zuletzt abgerufen am 15.8.2024).

¹⁰ *Vavra*, Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen, 2020, S. 109; *Hörnle*, ZStW 2015, 851 (854).

¹¹ *Heusinger von Waldegge*, Hegel-Jahrbuch 2017, 197 (197).

gegangen, dass es sich dem Grunde nach um Synonyme handelt, die Selbstbestimmung aber eher im rechtswissenschaftlichen Kontext verwendet wird.

Die sexuelle Selbstbestimmung erfordert zunächst einmal die Auseinandersetzung mit der Frage, was als selbstbestimmtes Handeln im Bereich des Sexuellen zu verstehen ist.

Sexuell selbstbestimmt handelt, wer frei darüber entscheidet ob, wann, mit wem und in welcher Art und Weise er oder sie an sexuellen Handlungen teilnimmt.¹² Es ist dabei entscheidend, dass alle an der sexuellen Handlung Partizipierenden sich hierzu frei entschieden haben.¹³ Verfassungsrechtlich ist die sexuelle Selbstbestimmung verankert im allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG,¹⁴ wobei sie explizit als Teilaspekt der Menschenwürde verstanden wird.¹⁵ Dies ergibt sich daraus, dass sie als Teil der Intimsphäre gesehen wird und daher einen besonderen Autonomieschutz genießen soll.¹⁶ Niemand soll bloßes Objekt fremdbestimmter sexueller Übergriffe werden.¹⁷ Die sexuelle Selbstbestimmung ist sowohl in Form einer positiven Freiheit als auch in Form einer negativen Freiheit ausgeprägt.¹⁸ Die positive Freiheit meint hierbei die freie Entscheidung sexuelle Handlungen vorzunehmen und die negative Freiheit meint die Freiheit nicht den sexuellen Handlungen anderer Menschen ausgesetzt zu sein, die nicht dem eigenen Willen entsprechen.¹⁹ Der 13. Abschnitt ist auf den Schutz der negativen Freiheit beschränkt, er soll eine Garantiefunktion dahingehend übernehmen, dass ein Abwehrrecht gegen fremdbestimmte sexuelle Handlungen, die nicht dem eigenen Willen entsprechen, anerkannt wird.²⁰ Die sexuelle Selbstbestimmung ist kein einheitliches Rechtsgut, sondern wird vielmehr durch die Vorschriften im 13. Abschnitt konkretisiert.²¹ Es sind sowohl körperliche als auch nicht-körperliche Eingriffe denkbar,²² im Rahmen des § 177 StGB sind allerdings körperliche sexuelle Handlungen relevant.²³

III. „Nein heißt nein“ die aktuelle Rechtslage

1. § 177 StGB *de lege lata*

Im Folgenden soll die geltende Rechtslage des § 177 StGB dargestellt und kritisch eingeordnet werden.

a) *Historie*

Durch das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4.11.2016 kam es zu grundlegenden Änderungen im § 177 StGB. Zuvor erforderte der § 177 StGB noch ein Nötigungselement, welches durch die „nein heißt nein“-Lösung abgelöst wurde.²⁴ Die Gesetzesänderung, die dies zum Gegenstand hatte, wurde durch die Unterzeichnung der sog. Istanbul-Konvention 2011 mit ausgelöst. In Art. 36 der Konvention heißt es:

¹² Sick/Renzikowski, in: FS Schroeder, 2006, S. 603 (604); Wolters, in: SSW-StGB, 6. Aufl. (2024), § 177 Rn. 6.

¹³ Klamer, „Nein heißt Nein“ – und jetzt?, 2023, S. 18; Sick/Renzikowski, in: FS Schroeder, 2006, S. 603 (604).

¹⁴ Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 103. Aufl. (2024), Art. 2 Rn. 200.

¹⁵ Renzikowski, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 177 Rn. 1.

¹⁶ Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 177 Rn. 11.

¹⁷ Sick/Renzikowski, in: FS Schroeder, 2006, S. 603 (603).

¹⁸ Hörnle, ZStW 2015, 851 (859).

¹⁹ Renzikowski, in: MüKo-StGB, Vor § 174 Rn. 7 f.; Hörnle, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. (2023), Vor § 174 Rn. 34.

²⁰ Hörnle, ZStW 2015, 851 (859).

²¹ BT-Drs. 7/514, S. 12.

²² Hörnle, in: LK-StGB, Vor § 174 Rn. 49 f.

²³ Hörnle, in: LK-StGB, Vor § 174 Rn. 49; wobei dies nicht zwingend Körperkontakt zwischen Täter:in und Opfer voraussetzt.

²⁴ BGBl. 2016 I Nr. 52.

„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**“.²⁵

2. **Consent must be given voluntarily as the result of the person’s free will [...]**“.²⁶

In dem Referentenentwurf wurde betont, dass mit § 177 Abs. 1 Nr. 3 a.F. StGB bereits nicht einvernehmliche sexuelle Handlungen unter Strafe stehen würden, man aber mit dem 50. Strafrechtsänderungsgesetz (StrÄndG) der Konvention noch besser gerecht werden wolle.²⁷ Allerdings ist an dieser Stelle zu erwähnen, dass die Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission zum Sexualstrafrecht gesetzgeberischen Handlungsbedarf hinsichtlich der Umsetzung von Art. 36 der Konvention sahen.²⁸

Auch vor der umfassenden Reform 2016 waren die Vorschriften des 13. Abschnitts im stetigen Wandel. Bis 1997 war notwendiges Tatbestandsmerkmal der Vergewaltigung die Außerehelichkeit, eine Vergewaltigung in der Ehe war daher nicht möglich.²⁹ Erst 1997 wurde nach einer kontrovers geführten Diskussion beschlossen, das Tatbestandsmerkmal zu streichen.³⁰

b) Systematik

§ 177 StGB ist so aufgebaut, dass § 177 Abs. 1 und Abs. 2 StGB die Grundtatbestände des Angriffs auf die sexuelle Selbstbestimmung darstellen.³¹ Es handelt sich bei § 177 StGB um ein sog. „Kombinationsmodell“³², da durch Abs. 2 kein reines „nein heißt nein“-Modell gewählt wurde, sondern in § 177 Abs. 2 StGB auch ein „ja heißt ja“-Modell verankert ist.³³ Grundgedanke des Systems ist, dass § 177 Abs. 1 StGB die Äußerung der Ablehnung als „hinreichende Bedingung“³⁴ für die Strafbarkeit sexueller Handlungen ist, in § 177 Abs. 2 StGB aber deutlich wird, dass es sich nicht um eine notwendige Bedingung handelt, da dort Umstände berücksichtigt werden, die eine Äußerung der Ablehnung unmöglich machen.³⁵ § 177 Abs. 3 StGB stellt für alle Tatbestände des § 177 StGB eine Regelung über die Versuchsstrafbarkeit dar. § 177 Abs. 4, 5, 7 und 8 StGB stellen Verbrechensqualifikationen zu Abs. 1 und 2 dar, während § 177 Abs. 6 StGB Regelbeispiele normiert und damit eine Strafzumessungsregel ist.³⁶ Den Abschluss bildet § 177 Abs. 9 StGB mit den minder schweren Fällen.

c) § 177 Abs. 1 StGB

Die „nein heißt nein“-Lösung ist in § 177 Abs. 1 StGB verankert. Der Tatbestand erfordert eine sexuelle Handlung

²⁵ Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, 11.5.2011, CETS 210, S. 10, Fettschreibung durch Verf.

²⁶ Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, 11.5.2011, CETS 210, S. 10, Fettschreibung durch Verf.

²⁷ Referentenentwurf v. 15.3.2016, S. 1.

²⁸ Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 53; so auch Hörnle, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2015, S. 8, 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 7.5.2024).

²⁹ Wortlaut der alten Fassung des § 177 StGB: „Wer eine Frau mit Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zum außerehelichen Beischlaf mit ihm oder einem Dritten nötigt, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren bestraft.“

³⁰ Hinsichtlich der Diskussion siehe u.a. BT-Plenarprotokoll 13/175, S. 15785- 15797; Verkündung durch BGBl. 1997 I, Nr. 45, Verkündung am 1.7.1997.

³¹ Hörnle, NStZ 2017, 13 (14 f.); Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 177 Rn. 8.

³² Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 8

³³ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 8.

³⁴ Hörnle, NStZ 2017, 13 (15).

³⁵ Hörnle, NStZ 2017, 13 (15).

³⁶ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2021), § 177 Rn. 2 f.; Schumann, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023) § 177 Rn. 6.

gegen den erkennbaren Willen des Opfers.³⁷

aa) Objektiver Tatbestand

Im objektiven Tatbestand erfordert § 177 Abs. 1 StGB zunächst eine sexuelle Handlung, die gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person vorgenommen wird.

(1) Sexuelle Handlungen

Als Tathandlung muss eine sexuelle Handlung vorliegen. Sexuelle Handlungen sind solche, die objektiv als sexuell zu erkennen sind.³⁸ Entscheidend ist, dass die Handlung nach ihrem äußeren Erscheinungsbild einen Sexualbezug herstellen lässt.³⁹ Die sexuelle Handlung muss nach § 184h Nr. 1 StGB „von einiger Erheblichkeit“ sein.⁴⁰

Der Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB unterscheidet hier vier Tatvarianten:

Der/die Täter:in nimmt eine Handlung an dem Opfer vor, dies setzt in der Tatvariante die Berührung des Körpers des Opfers voraus (Var. 1).⁴¹

Der/die Täter:in lässt Handlungen von dem Opfer selbst vornehmen (Var. 2), Der/die Täter:in muss hier zur Vornahme der sexuellen Handlung explizit aufgefordert haben.⁴²

Bestimmung zu sexuellen Handlungen an einem Dritten (Var. 3), hierbei ist Körperkontakt des Opfers mit dem Dritten erforderlich.⁴³ Das Bestimmen des Opfers erfordert die „kommunikative Einwirkung durch explizite Aufforderung“.⁴⁴ Hierbei ist kein nötigender Zwang erforderlich.⁴⁵

Bestimmen zur Duldung sexueller Handlungen von einem Dritten (Var. 4). Im Unterschied zu Var. 3 ist bei der Duldung einer Handlung keine eigene Körperbewegung des Opfers erforderlich.⁴⁶

(2) Gegen den erkennbaren Willen

Die Tathandlung muss gegen den Willen des Tatopfers erfolgen und der entgegenstehende Wille muss auch erkennbar gewesen sein.⁴⁷ Hierbei ist entscheidend, dass sich die Erkennbarkeit auf die konkrete sexuelle Handlung erstreckt.⁴⁸ Die Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens wird aus Sicht eines objektiven Dritten bestimmt.⁴⁹ Allein der entgegenstehende Wille des Opfers ist nicht ausreichend, die Weigerung muss entweder ausdrücklich oder konkludent gegenüber dem/der Täter:in erklärt werden, dies kann auch durch Weinen, Sträuben oder Abwehren der Handlung geschehen.⁵⁰ Wenn das Opfer, welches den Sexualkontakt grundsätzlich erkennbar ablehnt, dem Verlangen des Täters/der Täterin nachkommt, um so ggfs. die sexuelle Handlung zu verkürzen oder auch weil es davon ausgeht, den eigenen Willen gegenüber dem/der Täter:in nicht durchsetzen zu können, kann die Handlung

³⁷ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 10.

³⁸ Hörnle, in: LK-StGB, § 177 Rn. 16.

³⁹ Noltenius, in: SK-StGB, Bd. 4, 10. Aufl. (2023), § 177 Rn. 10.

⁴⁰ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 46; Hörnle, in: LK-StGB, § 177 Rn. 17.

⁴¹ Fischer, StGB, 71. Aufl. (2024), § 177 StGB Rn. 7; Noltenius, in: SK-StGB, § 177 Rn. 10.

⁴² Hörnle, in: LK-StGB, § 177 Rn. 23.

⁴³ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 17.

⁴⁴ Hörnle, in: LK-StGB, § 177 Rn. 25.

⁴⁵ Renzikowski merkt an dieser Stelle an, dass es ein Widerspruch sei eine Person zu einer Handlung zu bringen, ohne hierbei Zwang anzuwenden, es sei immer eine Form von Einschüchterung erforderlich, was dann auch gleichzeitig eine Nötigung darstelle, siehe hierzu: Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 55; zustimmend hierzu auch Fischer, StGB, § 177 StGB Rn. 15 f.; a.A. u.a. Hörnle, in: LK-StGB, § 177 Rn. 24 f.

⁴⁶ Hörnle, in: LK-StGB, § 177 Rn. 26.

⁴⁷ Schumann, in: NK-StGB, § 177 Rn. 8; Hörnle, in: LK-StGB, § 177 Rn. 29.

⁴⁸ Fischer, StGB, § 177 StGB Rn. 9a.

⁴⁹ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 19; Fischer, StGB, § 177 StGB Rn. 11; Schumann, in: NK-StGB, § 177 Rn. 8; BT-Drs. 18/9097 S. 22.

⁵⁰ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 48; Hörnle, NStZ 2017, 13 (15); BT-Drs. 18/9097, S. 23.

trotzdem erkennbar ungewollt sein.⁵¹ Dies gilt sogar dann, wenn das Opfer selbst um eine schonendere Form der sexuellen Handlung oder auch um die Verwendung eines Kondoms bittet, das lässt eine Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens nicht automatisch entfallen.⁵²

Aus der Gesetzesbegründung zum 50. StrÄndG ergibt sich außerdem, dass ambivalentes Opferverhalten nicht von § 177 StGB umfasst sein soll.⁵³ Sobald aufgrund von ambivalentem Opferverhalten Zweifel am Gegenwillen bestehen, wirkt dies zugunsten des Beschuldigten.⁵⁴

bb) Subjektiver Tatbestand

Im subjektiven Tatbestand ist vom Täter/von der Täterin zumindest Eventualvorsatz hinsichtlich des entgegenstehenden Willens in Bezug auf die sexuelle Handlung erforderlich. Nach der Gesetzesbegründung ist der subjektive Tatbestand erfüllt, wenn „der Täter zumindest billigend in Kauf nimmt, dass die sexuelle Handlung gegen den objektiv erkennbaren entgegenstehenden Willen des Opfers geschieht.“⁵⁵ Der/die Täter:in muss mithin den Gegenwillen des Opfers erkennen, es reicht nicht, wenn er ihn hätte erkennen können.⁵⁶

d) § 177 Abs. 2 StGB

§ 177 Abs. 2 StGB zählt Fälle auf, in denen sich der/die Täter:in strafbar macht, ohne dass ein entgegenstehender Wille kommuniziert wurde.⁵⁷ Es handelt sich um einen Auffangtatbestand, der aufgrund von besonderen situativen Umständen die Obliegenheit des Opfers, seinen entgegenstehenden Willen zu kommunizieren, entfallen lässt.⁵⁸ Hier sind verschiedene Konstellationen verankert.

aa) § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB

§ 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB umfasst Situationen, in denen der/die Täter:in ausnutzt, dass das Opfer nicht in der Lage ist einen entgegenstehenden Willen zu kommunizieren. Eine solche Lage ist anzunehmen bei Schlaf, Bewusstlosigkeit oder auch wenn ihre Willensbildung oder kognitiven Fähigkeiten erheblich eingeschränkt sind.⁵⁹ In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu, dass „das Opfer zur Bildung oder Äußerung des Willens absolut unfähig sein [muss]“.⁶⁰

bb) § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB

§ 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB regelt Fälle, in denen der/die Täterin eine sexuelle Handlung am Opfer vornimmt und dabei ausnutzt, dass dieses aufgrund seines psychischen oder körperlichen Zustands erheblich in der Willensbildung und -äußerung eingeschränkt ist, es sei denn, er/sie hat sich der Zustimmung versichert.⁶¹

Im Gegensatz zu Abs. 2 Nr. 1 StGB sind die Opfer hier nicht unfähig ihren Willen zu bilden oder zu äußern, sondern sie sind in dieser Fähigkeit aufgrund ihrer körperlichen oder psychischen Verfassung nur erheblich eingeschränkt.⁶² In § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB ist eine „ja heißt ja“-Lösung verankert, die es vor allem Personen, die in

⁵¹ Noltenius, in: SK-StGB, § 177 Rn. 12; Hörnle, in: LK-StGB, § 177 Rn. 33.

⁵² Hörnle, in: LK-StGB, § 177 Rn. 33.

⁵³ BT-Drs. 18/9097, S. 23.

⁵⁴ Schumann, in: NK-StGB, § 177 Rn. 10; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 53.

⁵⁵ BT-Drs. 18/9097, S. 23.

⁵⁶ El Ghazi, ZIS 2017, 157 (165).

⁵⁷ BT-Drs. 18/9097, S. 23.

⁵⁸ Hörnle, in: LK-StGB, § 177 Rn. 53.

⁵⁹ Hörnle, NStZ 2017, 13 (16).

⁶⁰ BT-Drs. 18/9097, S. 23.

⁶¹ Kempe (Fn. 4), S. 286.

⁶² Klamer (Fn. 13), S. 92.

der Fähigkeit zur Willensäußerung eingeschränkt sind, ermöglichen soll, ihre Sexualität auszuleben, ohne dabei eine Strafbarkeit des Partners zu riskieren.⁶³ Mit dem Erfordernis der vorherigen Zustimmung soll die höhere Schutzwürdigkeit dieser Personen zum Ausdruck kommen.⁶⁴

cc) § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB

Durch § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB werden Fälle geregelt, in denen der/die Täter:in einen Überraschungsmoment ausnutzt.⁶⁵ Nach der Gesetzesbegründung liegt ein solches Ausnutzen dann vor, wenn der sexuelle Angriff das Opfer unvorbereitet trifft und es daher nicht mit einem solchen Angriff rechnet und der/die Täter:in diesen Umstand bewusst ausnutzt.⁶⁶

dd) § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB

Durch § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB sind Fälle erfasst, in denen der/die Täter:in eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht. Hierbei ist es entscheidend, dass das Übel aus objektiver Sicht droht, es kommt somit nicht auf die Befürchtung des Opfers an.⁶⁷ Hiervon sollen vor allem sog. „Klima der Gewalt“-Fälle⁶⁸ erfasst sein, der/die Täter:in dem Opfer also nicht ausdrücklich mit einem empfindlichen Übel drohen muss, es aber schon in der Vergangenheit zu Gewaltanwendungen durch den/die Täter:in kam.⁶⁹ Die Vorschrift erfordert ihrem Wortlaut nach außerdem Widerstand als Auslöser für das empfindliche Übel.

ee) § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB

Hier ist die sexuelle Nötigung enthalten. Erforderlich ist, dass der /die Täter:in das Opfer durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu der sexuellen Handlung nötigt.

2. Kritik

§ 177 StGB wird im Folgenden einer umfassenden kritischen Betrachtung unterzogen. Hierbei werden normative Kritikpunkte angeführt und im Anschluss wird ein Blick auf die aktuelle Rechtspraxis geworfen.

a) Normative Betrachtung des § 177 StGB

Zunächst werden einige Kritikpunkte betrachtet, die sich unmittelbar aus der geltenden Rechtslage ergeben.

aa) Umfassender Schutz der sexuellen Selbstbestimmung durch § 177 Abs. 1 gewährleistet?

Es stellt sich die Frage, inwieweit § 177 StGB einen umfassenden Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung gewährleisten kann.

Aus der Formulierung „gegen den erkennbaren Willen“ ergibt sich zwangsläufig, dass Passivität sowie der Umstand, dass der Wille nicht verbal oder nonverbal eindeutig kommuniziert wurde, nicht den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB erfüllt.⁷⁰ Dem Gesetzgeber nach sei es dem Opfer zumutbar, den entgegenstehenden Willen zu

⁶³ Eisele, RPsych 2017, 7 (16); BT-Drs. 18/9097 S. 24.

⁶⁴ Eisele, RPsych, 2017, 7 (16).

⁶⁵ Schumann, in: NK-StGB, § 177 Rn. 23; zur Notwendigkeit einer solchen Sanktionsnorm schon Grieger/Clemm/Eckhardt/Hartmann, Fallanalyse zu bestehenden Schutzlücken, bff, 2014, S. 17 ff., online abrufbar unter: <https://www.frauen-gegen-gewalt.de/de/studien-und-positionspapier/bff-fallanalyse-was-ihnen-widerfahren-ist-ist-in-deutschland-nicht-straftbar.html> (zuletzt abgerufen am 1.5.2024).

⁶⁶ BT-Drs. 18/9097, S. 25.

⁶⁷ Bezjak, JZ 2016, 557 (564).

⁶⁸ BT-Drs. 18/9097 S. 26.

⁶⁹ Hörnle, in: LK-StGB, § 177 Rn. 96.

⁷⁰ Hierzu El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (162).

äußern.⁷¹

Fraglich ist, ob dies immer der Fall ist. Wenn Täter:in und Opfer beispielsweise eine vorherige Beziehungshistorie haben (welche auch durch gewalttätige Beziehungsmuster geprägt sein kann, aber nicht muss) und das Opfer aus Erfahrung weiß, dass ein „nein“ nicht akzeptiert wird oder klar ist, dass dies die sowieso schon ungewollte sexuelle Handlung unangenehmer machen wird oder zeitlich in die Länge zieht, kann hier eine Willensäußerung für das Opfer nicht in Frage kommen.⁷² Denkbar sind auch solche Fälle, in denen der/die Täter:in aus vorherigen Begegnungen oder einem Gespräch mit dem Opfer weiß, dass dies mit ihm/ihr keine sexuellen Handlungen vornehmen möchte.⁷³ Diese Fälle machen deutlich, dass das Opfer auch dann in seiner sexuellen Selbstbestimmung verletzt sein kann, wenn es keinen entgegenstehenden Willen kommuniziert hat. Dies könnte eine Schwachstelle des § 177 Abs. 1 StGB aufzeigen. Oft ist in Beziehungsdynamiken in der konkreten Situation der Einsatz eines Nötigungsmittels nicht erforderlich, dem Opfer kann allerdings bekannt sein, dass dies in der Vergangenheit geschehen ist, es gegebenenfalls schon zu Gewaltanwendungen oder ähnlichem gekommen ist, dann scheint ein entgegenstehender Wille durchaus naheliegend.⁷⁴ Der objektive Dritte wird den entgegenstehenden Willen aller Wahrscheinlichkeit nach nicht als erkennbar wahrnehmen, der/die Täter:in selbst könnte sich der Wirkung allerdings durchaus bewusst sein.⁷⁵ Es ist daher fraglich, ob es im Rahmen des § 177 StGB für die Erkennbarkeit auch auf das Sonderwissen des Täters/der Täterin ankommen kann.

Einerseits wird vertreten, dass es bei der Beurteilung der Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens nur auf den objektiven Dritten ankomme, sog. Sonderwissen des Täters/der Täterin hinsichtlich des Willens mithin unerheblich sei.⁷⁶

Andererseits wird vertreten, bei der Bewertung des entgegenstehenden Willens über den Gesetzeswortlaut hinaus den Gesamtkontext der Beziehung von Täter:in und Opfer sowie vorangegangene Verhaltensweisen mit einzubeziehen.⁷⁷

Es scheint auf der einen Seite plausibel, den objektiven Dritten hier mit dem Wissen des Täters/der Täterin auszustatten, da dieser/diese in manchen Fällen eben eine erweiterte Kenntnis der Umstände hat.⁷⁸

Problematisch kann dieser Ansatz allerdings dann sein, wenn von der Art der Beziehung, die Täter:in und Opfer zueinander haben, auf den Willen der Person geschlossen wird. So formuliert *Renzikowski* beispielsweise, „in Beziehungen muss etwa ein „Nein“ noch keine endgültige Ablehnung sein“.⁷⁹

Doch auch in Intim- und Paarbeziehungen besteht das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung. Es sollte daher im Wege der Gesamtbetrachtung nicht dazu führen, dass an sexuelle Übergriffe in Paar- und Intimbeziehungen höhere Anforderungen an die Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willen des Opfers gestellt werden.

Diese Problematik zeigt auf, dass sich aus der Perspektive des objektiven Dritten durchaus auch eigene Probleme entwickeln, wenngleich die Perspektive des objektiven Dritten insoweit opferschützend ist, als dass versucht wird, dem Einlassgeschick des/der Täter:in Einhaltung zu gebieten. Es ist im Strafprozess somit nicht ausreichend, wenn sich der/die Täter:in darauf beruft, er habe den entgegenstehenden Willen nicht erkannt, da dies im objektiven Tatbestand immer auch aus Sicht des Dritten zu beurteilen ist.

⁷¹ BT-Drs. 18/9097, S. 23.

⁷² Vgl. *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, S. 19, die dieses Problem nicht in Bezug auf die aktuelle Fassung des § 177 StGB formuliert.

⁷³ *May*, JR 2019, 130 (135).

⁷⁴ *Hörnle*, GA 2015, 313 (325).

⁷⁵ Vgl. *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, S. 19; sie beschreibt diese Fallkonstellation, allerdings nicht anhand der aktuellen Fassung des § 177 StGB.

⁷⁶ *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (187).

⁷⁷ *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, 60. Ed. (Stand: 1.2.2024), § 177 Rn. 9; *Renzikowski*, in: Handbuch des Strafrechts, Bd. 4, 2019, § 9 Rn. 25.

⁷⁸ So auch *May*, JR 2019, 130 (137).

⁷⁹ *Renzikowski*, in: Handbuch des Strafrechts, § 9 Rn. 25.

Ebenfalls problematisch könnte an dieser Stelle sein, dass die Bewertung dessen, was als „offensichtlich erkennbar entgegenstehender Wille“ eingeordnet wird, unter Umständen auch unter dem Einfluss stereotypischer und geschlechtsspezifischer Vorurteile stehen kann.⁸⁰ Ebenso könnten sich aus Sicht des objektiven Dritten in dieser Kommunikation kulturell geprägte Interpretationsmuster wiederfinden.⁸¹ Rechtsanwender:innen sollten daher „kritisch reflektieren“ inwieweit ihre Betrachtungsweisen hiervon gegebenenfalls beeinflusst werden.⁸²

In Hinblick auf sexuelle Täuschungen lässt sich für den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung anmerken, dass § 177 Abs. 1 StGB wohl vor solchen Täuschungen, die die körperliche Sphäre betreffen, schützt.⁸³ So hat der *BGH* erst jüngst festgestellt, dass das sog. Stealthing unter § 177 Abs. 1 StGB zu fassen sei.⁸⁴ Hier lag eine Täuschung der sexuellen Handlung zu Grunde, welche die körperliche Dimension des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung beeinträchtigt hat.⁸⁵ Ob und inwieweit der Schutz vor sexuellen Täuschungen von § 177 Abs. 1 StGB umfasst ist und welche Grenzen im Einzelnen hier zu ziehen sind, ist höchst umstritten und soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.⁸⁶

bb) Schließung von Strafbarkeitslücken durch § 177 Abs. 2 StGB?

Mit der aktuellen Regelung des § 177 Abs. 1 StGB ist die Regelung von Spezialfällen in Form des § 177 Abs. 2 StGB durchaus erforderlich, um die Schutzlücken des Abs. 1 zu schließen.⁸⁷

Kritisiert wird § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB vor allem unter dem Gesichtspunkt der Andersbehandlung von Menschen mit Behinderung.⁸⁸ Ziel der Regelung sollte unter anderem sein, Menschen mit Behinderung das Ausleben ihrer Sexualität zu ermöglichen, ohne dass sich der/die Partner:in strafbar macht.⁸⁹ Allerdings ist fraglich, ob es hierfür einer gesonderten Regelung bedarf, oder ob Menschen mit Einschränkungen ebenso in der Lage sein können, selbstbestimmt einen entgegenstehenden Willen zu bilden und zu kommunizieren.⁹⁰ Hierbei scheint vor allem der Widerspruch eine Rolle zu spielen, dass der Gesetzgeber einerseits die Äußerung eines entgegenstehenden Willens nicht für möglich halten will, andererseits aber eine Zustimmung für möglich hält.⁹¹ Diese Unterscheidung scheint insoweit nicht schlüssig.⁹² Unter anderem aus diesen Gründen empfahl die Reformkommission auch die Streichung des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB.⁹³ Dies scheint aus den genannten Gründen durchaus nachvollziehbar.

In Fällen,⁹⁴ in denen der Täter/die Täterin erkennt, dass das Opfer sich nicht traut seinen entgegenstehenden Willen zu äußern, dies für einen objektiven Dritten allerdings nicht erkennbar ist, könnte § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB diese Strafbarkeitslücke schließen. Die Norm soll explizit sog. „Klima der Gewalt“-Fälle umfassen, bei denen eine explizite Drohung durch den/die Täter:in nicht ausgesprochen wurde.⁹⁵ Allerdings knüpft § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB daran an, dass dem Opfer objektiv ein empfindliches Übel drohen muss. Es scheint allerdings durchaus Fälle zu

⁸⁰ Hierzu *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, S. 20.

⁸¹ *Hörnle*, in: LK-StGB, § 177 Rn. 45.

⁸² *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, S. 20; ausführlicher zur Thematik des Vergewaltigungsmythos auch *Lembke*, ZFRS 2014, 253 (265 ff.); ebenso *Kratzer-Ceylan*, Finalität, Widerstand, „Bescholtenheit“, Zur Revision der Schlüsselbegriffe des § 177 StGB, 2015, S. 24 ff.

⁸³ *Camargo*, ZStW 2022, 315 (390); a.A. wohl *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (158).

⁸⁴ *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22; unter Stealthing wird das heimliche Abziehen des Kondoms gegen den Willen des /der Sexualpartner:in verstanden.

⁸⁵ *Camargo*, ZStW 2022, 315 (354, 375).

⁸⁶ Umfassend hierzu: *Camargo*, ZStW 2022, 315; *Vavra*, ZIS 2018, 611; *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156.

⁸⁷ *Eisele*, RPsych 2017, 7 (14).

⁸⁸ Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, S. 64 f.

⁸⁹ *Eisele*, RPsych 2017, 7 (14).

⁹⁰ *Bezjak*, KJ 2016, 557 (563).

⁹¹ *Bezjak*, KJ 2016, 557 (563f.).

⁹² *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (187); *Fischer*, § 177 StGB, Rn. 33.

⁹³ Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, S. 15.

⁹⁴ siehe C.II. 1. a.

⁹⁵ *Eisele*, RPsych 2017, 7 (18).

geben, in denen dies objektiv nicht gegeben ist, das Opfer sich allerdings rein subjektiv bedroht fühlt und dies dem/der Täter:in auch bekannt ist.⁹⁶ Die Rechtsgüter des Opfers müssen daher nach der gesetzgeberischen Konzeption objektiv gefährdet sein, wenn es sich dem/der Täter:in widersetzt.⁹⁷ Dies ist vor allem dann problematisch, wenn in Beziehungen, in denen es zwar oft zu Gewaltanwendungen kommt, auch immer wieder Phasen der Versöhnung mit einvernehmlichen Sexualkontakten vorkommen.⁹⁸ Es muss in solchen Fällen also analysiert werden, dass im konkreten Fall *wieder* ein „Klima der Gewalt“ herrscht.⁹⁹ Mithin wird hinsichtlich § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB teilweise vertreten, dass er wohl durchaus Fälle erfasse, welche Abs. 1 nicht erfassen kann. *Hörnle* geht allerdings davon aus, dass dies eher in Extremfällen der Fall sein wird.¹⁰⁰

b) Probleme in der Praxis

Wie sich diese Rechtslage in der Praxis auswirkt und ob und gegebenenfalls welche Schutzlücken sich hierbei ergeben, soll anhand von ausgewählten Urteilen aufgezeigt werden.

aa) Aktives Opferverhalten und der entgegenstehende Wille

Der *I. Senat* des *BGH* hatte sich 2018 in der folgenden Entscheidung dazu geäußert, wie sich aktives Opferverhalten der Geschädigten auf den erkennbar entgegenstehenden Willen auswirkt.¹⁰¹

Der Angeklagte war Chefarzt in einer Klinik, die Nebenklägerin medizinische Fachangestellte.¹⁰² Zwar war sie dem Angeklagten nicht unterstellt, er konnte aufgrund seiner Stellung als Chefarzt allerdings dennoch Einfluss auf ihre Tätigkeit nehmen.¹⁰³ Der Angeklagte und die Nebenklägerin nahmen einvernehmliche sexuelle Handlungen am Arbeitsplatz vor, wobei die Nebenklägerin dies innerlich ablehnte, es dem Angeklagten allerdings nicht mitteilte.¹⁰⁴ Bei dem in Rede stehenden Vorfall bat der Angeklagte die Nebenklägerin wieder um die Ausführung einer sexuellen Handlung, diese lehnte sie mit dem Hinweis, dass sie nun einen Freund habe, ab.¹⁰⁵ Er drängte sie allerdings trotzdem zur Ausführung der sexuellen Handlung, was sie letztlich auch tat.¹⁰⁶ Das *LG Bamberg* hatte zunächst einen Fall des § 177 Abs. 1 StGB angenommen.¹⁰⁷ Der Angeklagte habe den entgegenstehenden Willen der Nebenklägerin zumindest billigend in Kauf genommen und sich über diesen hinweggesetzt.¹⁰⁸ Die Nebenklägerin habe durch die Aussage, sie wolle den Oralverkehr nicht durchführen, weil sie einen Freund habe, ihren entgegenstehenden Willen klar zum Ausdruck gebracht.¹⁰⁹ Die kurze aktive Mitwirkung an der sexuellen Handlung habe auch nicht aus der Sicht eines objektiven Dritten zur Aufgabe ihres entgegenstehenden Willens geführt.¹¹⁰ Dies sah der *BGH* bei seiner Bewertung der Revision anders. Nach Ansicht des *BGH* müsse es in der Gesamtschau entlastend bewertet werden, dass die sexuelle Handlung vom Opfer ausging, hierin habe der Angeklagte eine Aufgabe des entgegenstehenden Willens sehen können.¹¹¹ Rechtlich geht es hier um die Frage, ob die aktive Handlung

⁹⁶ *Bezjak*, KJ 2016, 557 (564).

⁹⁷ *Kempe* (Fn. 4), S. 295.

⁹⁸ *Hörnle*, NSStZ 2017, 13 (18).

⁹⁹ *Hörnle*, NSStZ 2017, 13 (18); *Vavra* (Fn. 10), S. 448.

¹⁰⁰ *Hörnle*, NSStZ 2017, 13 (18), sie benennt dies hier mit „Beziehungen mit konsistenten Praktiken der Unterjochung“.

¹⁰¹ *BGH*, Beschl. v. 21.11.2018 – 1 StR 290/18 (*LG Bamberg*); hierzu auch: *Heinemann*, KriPoZ JuP 2021, 62 (73).

¹⁰² *BGH*, NSStZ 2019, 717 (717).

¹⁰³ *BGH*, NSStZ 2019, 717 (717).

¹⁰⁴ *BGH*, NSStZ 2019, 717 (717).

¹⁰⁵ *BGH*, NSStZ 2019, 717 (717).

¹⁰⁶ *BGH*, NSStZ 2019, 717 (717).

¹⁰⁷ *BGH*, NSStZ 2019, 717 (717 Rn. 14).

¹⁰⁸ *BGH*, NSStZ 2019, 717 (717 Rn. 14).

¹⁰⁹ *BGH*, NSStZ 2019, 717 (717 f.).

¹¹⁰ *LG Bamberg*, Urt. v. 07.12.2017 - 33 KLS 1105 Js 520/17, BeckRS 2017, 143429, Rn. 48.

¹¹¹ *BGH*, NSStZ 2019, 717 (718 Rn. 20).

des Opfers dazu führt, dass auch eine selbstbestimmte Handlung angenommen werden kann.¹¹² Mit Verweis auf den Gesetzeswortlaut kann dies grundsätzlich nicht angenommen werden, allerdings gibt es einige Stimmen in der Literatur, die ausschließen, dass eine aktive Handlung ohne Zwang gegen den Willen sein könne.¹¹³ Nach Auffassung des *BGH* sei die vorherige verbale Ablehnung durch die entgegenstehende Handlung „entkräftet“ worden.¹¹⁴ In einem solchen Fall sei eine möglichst umfassende Beweiswürdigung erforderlich, insbesondere auch in Hinblick darauf, ob der Angeklagte hier von einem entgegenstehenden Willen ausgehen konnte.¹¹⁵ An diesem Beispiel zeigt sich die Schwierigkeit der Beweiswürdigung bei einem Fall des § 177 Abs. 1 Alt. 2 StGB, wenn die sexuelle Handlung von dem Opfer selbst vorgenommen wird.

Eine neuere Entscheidung des *KG Berlin* schlägt dahingehend einen etwas anderen Weg ein.¹¹⁶ Auch hier handelte es sich um einen Fall, in dem das Opfer zunächst verbal seine Ablehnung kundtat und letztlich doch den Oralverkehr an dem Täter vornahm.¹¹⁷ Das *KG* statuiert hier, dass im Vergleich zum vorherigen Fall entscheidend gewesen sei, dass die Nebenklägerin unmittelbar vor Vornahme der sexuellen Handlung nochmals ihren entgegenstehenden Willen geäußert habe und daher das aktive Verhalten nicht den Schluss auf eine Willensänderung zuließe.¹¹⁸

Der schmale Grat, der hier nach Ansicht des *KG* gezogen wird, ist Folgender: bei dem Fall in Bamberg „mochte sich dem objektiven Beobachter die Frage der Überredung des Opfers zu einer schließlich freiwilligen Handlung aufgedrängt haben“, während dies im Berliner Fall wohl nicht der Fall war.¹¹⁹

bb) Ambivalentes Verhalten trotz verbal kommunizierter Ablehnung

Im folgenden Fall hatte sich der *I. Senat* des *BGH* damit auseinandergesetzt, wie mit einer verbal kommunizierten Ablehnung im Rahmen eines „ambivalenten Verhaltens“ umzugehen sei.¹²⁰

Der Angeklagte und die Geschädigte nahmen zunächst einvernehmlich sexuelle Handlungen vor, der Geschädigte fing allerdings dann an, Gewalt in Form von Schlägen auf den Intimbereich der Geschädigten anzuwenden, woraufhin sie äußerte, dass „dies nichts für sie sei“.¹²¹ Im weiteren Verlauf kam es zu einvernehmlichem Geschlechtsverkehr bei dem der Angeklagte der Geschädigten in die Brüste biss, wodurch diese vor Schmerzen aufschrie.¹²² Trotz der mehrfachen Äußerung der Geschädigten, der Angeklagte solle aufhören und dem Versuch ihrerseits ihn von sich wegzudrücken, fuhr der Angeklagte fort.¹²³ Das *LG Traunstein* hatte den Angeklagten zunächst wegen Vergewaltigung gem. § 177 Abs. 1, 6 S. 2 Nr. 1 StGB schuldig gesprochen, dieses Urteil hob der *BGH* nach Revision des Angeklagten auf.¹²⁴ Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Geschädigte nicht prinzipiell mit dem Geschlechtsverkehr einverstanden gewesen sei und sich ihre verbale Äußerung und physische Gegenwehr nicht lediglich auf die Schläge und Bisse bezog.¹²⁵ Auch hinsichtlich des Vorsatzes hatte der *BGH* Zweifel, die sich unter anderem daraus ergaben, dass die Geschädigte zunächst der sexuellen Handlung zustimmte.¹²⁶ Der *Senat* hatte daher Zweifel daran, dass der Angeklagte billigend in Kauf genommen hatte, dass die Geschädigte mit der sexuellen Handlung nicht einverstanden war.

¹¹² Hörnle, NSStZ 2019, 439 (449).

¹¹³ Misch, KriPoZ 2018, 334 (335); Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 55.

¹¹⁴ *BGH*, NSStZ 2019, 717 (718 Rn. 19).

¹¹⁵ *BGH*, NSStZ 2019, 717 (718 Rn. 20).

¹¹⁶ *KG Berlin*, Ur. v. 27.12.2023 - ORs 72/23 – 161 Ss 133/23.

¹¹⁷ *KG Berlin*, Ur. v. 27.12.2023 - ORs 72/23 – 161 Ss 133/23.

¹¹⁸ *KG Berlin*, Ur. v. 27.12.2023 - ORs 72/23 – 161 Ss 133/23, Rn. 19 f.

¹¹⁹ *KG Berlin*, Ur. v. 27.12.2023 - ORs 72/23 – 161 Ss 133/23, Rn. 20.

¹²⁰ *BGH*, Beschl. v. 4.12.2018 – 1 StR 546/18 (*LG Traunstein*).

¹²¹ *BGH*, NSStZ 2019, 407 (407).

¹²² *BGH*, NSStZ 2019, 407 (407).

¹²³ *BGH*, NSStZ 2019, 407 (408).

¹²⁴ *BGH*, NSStZ 2019, 407 (408 Rn. 6).

¹²⁵ *BGH*, NSStZ 2019, 407 (408 Rn. 9).

¹²⁶ *BGH*, NSStZ 2019, 407 (408 Rn. 11).

Nicht unerwähnt soll an dieser Stelle eine Entscheidung des 6. *Senats* des *BGH* bleiben.¹²⁷ Der 6. *Senat* konstatiert zwar, es handele sich nicht um einen vergleichbaren Sachverhalt, allerdings hatten auch hier der Angeklagte und die Nebenklägerin zunächst einvernehmlichen Geschlechtsverkehr, als der Angeklagte anfang die Nebenklägerin zu schlagen, woraufhin sie äußerte, „das sei zu heftig, er solle aufhören“.¹²⁸ Nachdem der Angeklagte nicht aufhörte, wehrte sie sich ebenfalls körperlich gegen ihn.¹²⁹ Anders als im vorherigen Fall konstatierte der *BGH* „[d]ie Nebenkl. forderte damit nicht nur ein Ende der Gewalt, sondern ebenso das Unterlassen weiterer sexueller Handlungen“.¹³⁰ Dies lässt zumindest den Schluss darauf zu, dass unter den *Senaten* Uneinigkeit hinsichtlich des Umgangs mit solchen Fällen besteht.

cc) Intimbeziehung als Einverständnis?

Im Folgenden hatte der *BGH* sich mit einem Fall auseinandergesetzt, bei dem er Teile seiner Argumentation auf die ambivalente Beziehung von der Nebenklägerin und dem Angeklagten stützte.¹³¹

Im vorliegenden Fall hatten der Angeklagte und die Nebenklägerin eine seit 2007 andauernde Liebesbeziehung, die auch ein „intensives Sexualeben“ beinhaltet.¹³² Am fraglichen Tag kam es zunächst zu einvernehmlichem Geschlechtsverkehr.¹³³ Nachdem die Nebenklägerin unbekleidet neben dem Angeklagten einschlieft, nahm dieser sexuelle Handlungen an der schlafenden Partnerin vor, wovon er Fotos machte und ihr diese zukommen ließ.¹³⁴

Das *LG* hatte den Angeklagten zunächst gem. § 177 Abs. 1, 6 StGB verurteilt, es ging davon aus, dass die Handlungen an der schlafenden Nebenklägerin nicht ihrem Willen entsprachen und dem Angeklagten dies bewusst gewesen sei.¹³⁵ Der *BGH* hob dieses Urteil auf, das *LG* hätte bei der Beweiswürdigung keine umfassende Gesamtwürdigung iS des § 261 StPO vorgenommen.¹³⁶ Insbesondere habe es unberücksichtigt gelassen, dass bei längeren Intimbeziehungen auch der sonstigen Interaktion erhebliche Bedeutung zukomme, daher müsse in der Beweiswürdigung besonders gewissenhaft geprüft werden, ob der Angeklagte „subjektiv vom Vorliegen eines Einverständnisses seiner Partnerin ausging.“¹³⁷ Zwar hatte die Nebenklägerin über WhatsApp dem Angeklagten kommuniziert, dass sie keine sexuellen Handlungen wolle während sie schlafe und er dies auch nicht fotografieren solle, allerdings sei die Textnachricht auch in einem Kontext eines „konfliktgeladenen Wortwechsels“ gefallen, weswegen daraus nicht klar auf eine „ablehnende Grundhaltung“ der Nebenklägerin geschlossen werden könne.¹³⁸ Das Gericht hätte „die Ambivalenz der Beziehung und des Intimlebens“ unberücksichtigt gelassen.¹³⁹

Zum einen ist fraglich, warum das Gericht an dieser Stelle nicht auf einen Fall des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB abstellte, zum anderen scheint der *BGH* für die Beantwortung der Frage, ob die sexuelle Handlung mit oder ohne Einverständnis erfolgte bei der Gesamtbetrachtung auf die Paarbeziehung abzustellen.¹⁴⁰ Eine umfassende Beweiswürdigung und auch Gesamtschau im Einzelfall scheinen durchaus geboten. Es scheint allerdings nicht zeitgemäß, aus dem Vorhandensein einer Intimbeziehung zwischen Täter:in und Opfer in der Beweiswürdigung auf

¹²⁷ *BGH*, NSStZ-RR 2022, 73.

¹²⁸ *BGH*, NSStZ-RR, 2022, 73 (73).

¹²⁹ *BGH*, NSStZ-RR 2022, 73.

¹³⁰ *BGH*, NSStZ-RR 2022, 73 (74).

¹³¹ *BGH*, Beschl. v. 23.3.2021 – 1 StR 50/21 (*LG München II*).

¹³² *BGH*, NSStZ-RR 2021, 218 (218).

¹³³ *BGH*, NSStZ-RR 2021, 218 (218).

¹³⁴ *BGH*, NSStZ-RR 2021, 218 (218).

¹³⁵ *BGH*, NSStZ-RR 2021, 218 (218).

¹³⁶ *BGH*, NSStZ-RR 2021, 218 (218).

¹³⁷ *BGH*, NSStZ-RR 2021, 218 (218).

¹³⁸ *BGH*, NSStZ-RR 2021, 218 (218).

¹³⁹ *BGH*, NSStZ-RR 2021, 218 (219).

¹⁴⁰ *BGH*, NSStZ-RR 2021, 218 (218).

ein Einverständnis zu einer sexuellen Handlung zu schließen.¹⁴¹ Dies gilt vor allem unter dem Gesichtspunkt, dass ein Großteil der Sexualdelikte im sozialen Nahraum passieren.¹⁴²

dd) Zusammenfassend zu den Entscheidungen

Die Entscheidungen machen deutlich, dass innerhalb der Rechtsprechung noch Uneinigkeit vor allem in Hinblick auf die Beweiswürdigung bei dem erkennbar entgegenstehenden Willen bestehen. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich bei aktivem Opferverhalten in § 177 Abs. 1 Var. 2 StGB, der Grat dessen, wann im Einzelfall ein entgegenstehender Wille als „überholt“ angesehen werden kann und wann nicht, scheint hier recht schmal zu sein, wie die Entscheidung des *BGH* im Vergleich zum *KG* zeigen. Ebenfalls zeigen sich Probleme in Bezug auf den Täter:innenvorsatz hinsichtlich der Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens. Diese können sich unter anderem aus der meist vorliegenden Aussage-gegen-Aussage-Konstellation ergeben. Es drängt sich die Frage auf, welches Verhalten es in den einzelnen Fällen von den Geschädigten bedurft hätte, damit der *BGH* einen erkennbar entgegenstehenden Willen angenommen hätte, der auch vom Vorsatz des Täters umfasst ist. Dies kann nur mit einer sehr ausführlichen Befragung der/des Geschädigten einhergehen, was von Opfern sexualisierter Gewalt nicht selten als äußerst traumatisch sowie retraumatisierend empfunden wird.¹⁴³

3. Zwischenfazit: aktueller Schutz der sexuellen Selbstbestimmung

Als Zwischenfazit lässt sich festhalten, dass der Gesetzgeber mit der Konstruktion des § 177 Abs. 1 und 2 versucht hat, einen möglichst umfassenden Schutz vor Eingriffen in das sexuelle Selbstbestimmungsrecht zu schaffen. Allerdings gibt es auch mit der aktuellen Lösung nach wie vor Fallkonstellationen, in denen man von einer Schutzlücke sprechen kann. Zu nennen sind hier Fälle, die mangels erkennbaren entgegenstehenden Willens weder unter Abs. 1 zu fassen sind, allerdings im Rahmen einer von Gewalt und Versöhnung geprägten Beziehung wohl auch nicht unter § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB zu subsumieren sind.¹⁴⁴ Ebenfalls sind solche Fälle nach wie vor unklar, in denen keine Gewaltdynamik besteht, der/die Täter:in aber trotzdem Kenntnis von der Ablehnung der sexuellen Handlung hatte, dies allerdings nicht objektiv erkennbar war.¹⁴⁵ Positiv kann an dieser Stelle indes gewertet werden, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung sich des Problems des Stealthing angenommen hat und durch seine Rechtsprechung hier den Anwendungsbereich des § 177 Abs. 1 StGB klar aufgezeigt hat.¹⁴⁶ Allerdings zeigen die genannten Entscheidungen auch Probleme auf, die insbesondere die Beweisbarkeit und die Anforderungen an die einzelnen Tatbestandsmerkmale bei Sexualdelikten sowie die Schwierigkeit bei Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen betreffen.

IV. Kriminologische Erkenntnisse zu Sexualdelikten

Neben der materiellen Rechtslage ist es hilfreich, die kriminologischen Erkenntnisse zum Hell- und Dunkelfeld in Bezug auf sexualisierte zu betrachten. So können sich Probleme und deliktsspezifische Erkenntnisse ergeben, die mit dem Blick nur auf das materielle Recht nicht sichtbar werden würden. Es folgt ein Überblick über das Hell-

¹⁴¹ Ähnlich hierzu auch *Klamer* (Fn. 13), S. 136.

¹⁴² BKA, Sicherheit und Kriminalität in Deutschland 2020, 2023, S. 119, siehe zu den kriminologischen Erkenntnissen, wo auch dieser Aspekt noch einmal aufgegriffen wird unter D.

¹⁴³ *Acker*, NK 2021, 489 (490); *Acker* spricht hier das Problem der sog. sekundären Viktimisierung durch das Strafverfahren an; so auch *Heinemann*, KriPoZ-JuP 2021, 62 (75).

¹⁴⁴ Siehe III. 2. a) bb).

¹⁴⁵ Siehe III. 2. a) aa).

¹⁴⁶ *BGH*, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22.

und Dunkelfeld im Bereich der Sexualdelikte.

1. Sexualdelikte im Hellfeld

Das Hellfeld soll hier vor allem Anhand der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) dargestellt werden. Wichtig ist im Kontext von Daten der PKS zu erwähnen, dass es sich bei der PKS um eine sog. Ausgangsstatistik handelt, dies bedeutet, dass die Daten vor Abgabe des Verfahrens an die Staatsanwaltschaften erhoben werden.¹⁴⁷ Daher können die Daten der PKS keinen Aufschluss darüber geben, wie die Strafverfahren im Einzelnen entschieden werden.

Bei den Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung zeigt sich zunächst im Vergleich der Jahre 2016 auf 2017 ein Anstieg von 47.401 auf 56.047 Fälle.¹⁴⁸ Allerdings ist der PKS selbst auch schon zu entnehmen, dass ein Vergleich mit den Zahlen des Vorjahres nur eingeschränkt möglich ist,¹⁴⁹ der Anstieg lässt sich daher vor allem mit der Änderung und Ergänzung der Strafvorschriften erklären.¹⁵⁰ Dieser Anstieg setzt sich allerdings in den darauffolgenden Jahren bei dieser Deliktsgruppe fort. Im Jahr 2023 waren es beispielsweise 126.470 Fälle, während es 2022 noch 118.196 Fälle waren.¹⁵¹ Schaut man ausschließlich auf die Vergewaltigung, sexuelle Nötigung und die sexuellen Übergriffe, so ist erkennbar, dass seit 2018 ein leichter Anstieg zu verzeichnen ist, der Wert sich aber anfänglich noch unterhalb des deutlich erhöhten Wertes von 2017 bewegt.¹⁵²

Ein kurzer Blick lohnt sich auch auf die Strafverfolgungsstatistik. Diese gibt Aufschluss darüber, wie hoch die Verurteilungsquoten einzelner Delikte sind.¹⁵³ Die Verurteilungsquote ergibt sich dadurch, dass man die polizeilich registrierten Fälle mit den vor Gericht verurteilten Täter:innen ins Verhältnis setzt.¹⁵⁴ Die Verurteilungsquote bei sexuellem Übergriff, sexueller Nötigung und Vergewaltigung (gesamt) liegt seit längerer Zeit im Bereich der 11-12 %, wobei hier ein leichter Anstieg seit 2017 zu verzeichnen ist.¹⁵⁵ Die allgemeine Verurteilungsquote betrug 2019 nach allgemeinem Strafrecht 84,2 %.¹⁵⁶

Allerdings sind die genannten Zahlen aus dem Hellfeld durchaus kritisch zu bewerten, da sie, wie bereits dargestellt, auch Schwankungen enthalten, die auf Änderungen in Strafnormen beruhen und daher eine Vergleichbarkeit miteinander nur bedingt möglich ist.

2. Sexualdelikte im Dunkelfeld

Das Bundeskriminalamt (BKA) hat in seinem Viktimisierungssurvey Sicherheit und Kriminalität in Deutschland (SKiD) 2020 eine umfassende Dunkelfeldstudie durchgeführt, anhand derer auch das Dunkelfeld der Sexualdelikte umfassend betrachtet werden konnte. Wichtig anzumerken ist, dass bei den erfassten Delikten im Dunkelfeld der hier analysierte Deliktsbereich nicht wie in § 177 StGB „sexueller Übergriff, sexuelle Nötigung, Vergewaltigung“ lautet, sondern „sexueller Missbrauch und Vergewaltigung“.

In Hinblick auf die Sexualdelikte insgesamt ist zunächst einmal festzuhalten, dass die Anzeigebereitschaft bei 1 %

¹⁴⁷ Neubacher, Kriminologie, 5. Aufl. (2023), S. 60.

¹⁴⁸ BKA, PKS 2017, Band 4, 2.2, Tabelle 01.

¹⁴⁹ BKA, PKS 2017, Band 4, Vorbemerkungen, S. 9.

¹⁵⁰ Klamer (Fn. 13), S. 187.

¹⁵¹ BKA, PKS 2023, Grundtabelle 01, Anzahl der polizeilich registrierten Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung.

¹⁵² BKA, PKS 2023, Grundtabelle 01, Zahlen für Vergewaltigung, sexuelle Nötigung/Übergriffe: 2017: 11.282, 2018: 9.234, 2019: 9.426, 2022: 11.896, 2023: 12.186.

¹⁵³ Statistisches Bundesamt, Erklärung der Strafverfolgungsstatistik.

¹⁵⁴ Klamer (Fn. 13), S. 191.

¹⁵⁵ Klamer (Fn. 13), S. 194, Berechnungen basieren auf: Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik; ebenso nachzulesen in: Köbel, StV 2020, 340 (345); seit 2022 werden die Zahlen nicht mehr nach den o.g. Deliktstypen aufgeschlüsselt, sondern nur noch nach „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“ und „Vergewaltigung“, weswegen hier eine Vergleichbarkeit nicht mehr möglich ist.

¹⁵⁶ Dritter Periodischer Sicherheitsbericht, S. 37.

liegt.¹⁵⁷ Sofern man sich bei den Sexualdelikten auf den Deliktstyp sexueller Missbrauch oder Vergewaltigung fokussieren will, liegt die Anzeigequote bei 9,5 %.¹⁵⁸ Um diese Zahlen einordnen zu können: Bei der Körperverletzung liegt die Anzeigequote bei 33,5 %.¹⁵⁹ Die Gründe dafür, warum Opfer von sexuellem Missbrauch oder Vergewaltigung keine Anzeige erstattet haben, weichen auch erheblich von den Gründen bei anderen Gewaltdelikten ab: 71,4 % haben keine Anzeige erstattet aus Mangel an Beweisen, 38,2 % hatten Angst vor dem/der Täter:in und haben sich daher gegen eine Anzeige entschieden, gleichzeitig stammen 54,7 % der Täter:innen aus dem sozialen Nahraum der Betroffenen.¹⁶⁰ 32,2 % hatten Angst vor dem Gerichtsverfahren.¹⁶¹ 51,3 % gingen außerdem davon aus, dass die Polizei den Fall nicht hätte aufklären können und haben sich deswegen gegen eine Anzeige entschieden.¹⁶² In einer Dunkelfeldstudie des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen (KFN) aus dem Jahr 2014 gaben außerdem die meisten Betroffenen mit 53,1 % an, dass sie keine Anzeige erstatteten, weil ihnen „die Sache peinlich sei.“¹⁶³ In der Studie des KFN gaben auch 22,9 % an, dass sie Angst vor dem Verfahren hätten.¹⁶⁴

3. Zwischenfazit kriminologische Erkenntnisse

Die Daten der PKS und der Strafverfolgungsstatistik lassen den Rückschluss darauf zu, dass ein Anstieg bei den Anzeigen zu verzeichnen ist, gleichzeitig aber die Verurteilungsquote (wenn auch leicht ansteigend) relativ niedrig geblieben ist. Dies könnte ein Hinweis auf die weiter oben schon angesprochenen Probleme bei Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen im Prozess sowie etwaige Beweisschwierigkeiten sein.

Die beiden Studien aus dem Dunkelfeld lassen außerdem vermuten, dass auch mit der neuen Rechtslage die Sorgen der Betroffenen, welche sie von der Anzeigenerstattung abhalten, weiter bestehen. Viele Betroffene scheinen sowohl Angst vor dem/der Täter:in zu haben als auch vor einem bevorstehenden Prozess. Es liegt die Annahme nahe, dass sie davon ausgehen, der Strafprozess könne negative Auswirkungen auf sie haben und es gebe keinen ausreichenden Schutz für sie, wenn sie den Schritt der Anzeige gehen würden. Auch scheinen sich viele von vornherein sicher zu sein, dass mangels Beweisen eine Anzeigenerstattung nicht sinnvoll erscheint. Dies könnte mit den bei Sexualdelikten typischen Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen einhergehen.

Dies lässt den Schluss zu, dass sich unabhängig von der konkreten rechtlichen Ausgestaltung im Sexualstrafrecht deliktsspezifische Probleme ergeben, die dazu führen, dass das Dunkelfeld höher ist als in anderen Kriminalitätsbereichen und auch die Verurteilungsquote relativ niedrig ist, wenngleich sie in den letzten Jahren leicht angestiegen ist.

V. „Ja heißt ja“- *de lege ferenda*?

Im Folgenden soll als Alternativmodell das „ja heißt ja“-Modell dargestellt werden und es soll eine Einordnung der Kritik sowie der befürwortenden Stimmen erfolgen.

¹⁵⁷ BKA, Sicherheit und Kriminalität in Deutschland 2020, S. 66.

¹⁵⁸ BKA, Sicherheit und Kriminalität in Deutschland 2020, S. 66; zu einer ähnlichen Quote kommt auch eine Dunkelfeldstudie des KFN, hier haben 15,5% der Befragten die Tat zur Anzeige gebracht, Hellmann, Repräsentativbefragung Viktimisierungserfahrungen in Deutschland, KFN 2014, S. 147, online abrufbar unter: https://kfn.de/wp-content/uploads/Forschungsberichte/FB_122.pdf (zuletzt abgerufen am 12.5.2024).

¹⁵⁹ BKA, Sicherheit und Kriminalität in Deutschland 2020, S. 66.

¹⁶⁰ BKA, Sicherheit und Kriminalität in Deutschland 2020, S. 119.

¹⁶¹ BKA, Sicherheit und Kriminalität in Deutschland 2020, S. 92.

¹⁶² BKA, Sicherheit und Kriminalität in Deutschland 2020, S. 92.

¹⁶³ Hellmann, Repräsentativbefragung Viktimisierungserfahrungen in Deutschland, KFN 2014, S. 152, Anm. *Verf.*: bei der Befragung ist allgemein von „sexueller Gewalt“ die Rede, den Betroffenen wurde u.a. die Frage gestellt, ob sie schon mal jemand mit körperlicher Gewalt oder unter Androhung von Gewalt zum Beischlaf oder zu beischlafähnlichen Handlungen gezwungen habe.

¹⁶⁴ Hellmann, Repräsentationsbefragung Viktimisierungserfahrungen in Deutschland, KFN 2014, S. 152.

1. Ausgestaltung des Modells im deutschen Strafrecht

Als Alternativmodell zur „nein heißt nein“-Lösung wird oft das „ja heißt ja“-Modell genannt.¹⁶⁵ Im Gegensatz zu „nein heißt nein“, wo eine generelle Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt verankert ist, ist bei „ja heißt ja“ ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt verankert.¹⁶⁶ Die handelnde Person darf nur dann (gemeinsame) sexuelle Handlungen vornehmen, wenn eine Erlaubnis der anderen Person vorliegt.¹⁶⁷ Das Modell kann in vielerlei Hinsicht umgesetzt werden, daher gibt es auch unterschiedliche Ansätze zu den konkreten Anforderungen an die Ausgestaltung der Zustimmung.¹⁶⁸ Uneinigkeit besteht dahingehend, wie die Zustimmung rechtlich ausgestaltet sein sollte, als tatbestandsausschließendes Einverständnis oder als rechtfertigende Einwilligung.¹⁶⁹ Bei der rechtfertigenden Einwilligung wird kritisiert, dass es sich dann bei der sexuellen Handlung mit Zustimmung um eine tatbestandliche Handlung handele, welche „nur“ auf Rechtfertigungsebene entfielen.¹⁷⁰ Die Ausgestaltung als Einverständnis würde außerdem den Wortlaut der Istanbul-Konvention exakter umsetzen.¹⁷¹ Im Gegensatz zur Ausgestaltung als Einverständnis wird bei der Einwilligung indes positiv bewertet, dass an die Existenz einer wirksamen rechtfertigenden Einwilligung hohe Anforderungen zu stellen sind.¹⁷² Die rechtfertigende Einwilligung ist nämlich auszuschließen, wenn Willensmängel vorliegen, wobei im Einzelnen umstritten ist, welche Willensmängel erforderlich sind.¹⁷³ Daher wird auch vertreten, die Einwilligungsregeln auf das tatbestandsausschließende Einverständnis zu übertragen.¹⁷⁴ Um einen dogmatischen Anknüpfungspunkt an das Einverständnis zu vermeiden, wird in diesem Zusammenhang vertreten, auf die Wortwahl „ohne Zustimmung“ zurückzugreifen, so könne man die Anwendung der Einwilligungsregeln für möglich erklären, ohne den Bezug zu einem Rechtfertigungsgrund zwingend herzustellen.¹⁷⁵ Unter diesem Gesichtspunkt scheint die Formulierung „ohne Zustimmung“ vorzugswürdig.¹⁷⁶ Ebenfalls wird hier davon ausgegangen, dass auch bei einem „ja heißt ja“-Modell eine konkludente Zustimmung, wie dies in der aktuellen Rechtslage mit dem entgegenstehenden Willen der Fall ist, möglich ist.¹⁷⁷

Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des „ja heißt ja“-Modells wäre die Folge eines solchen Modells, dass die Person, die in die Rechtsphäre eines anderen dringt, sich dessen Zustimmung versichern muss.¹⁷⁸ Es käme also zu einer Verschiebung der Verantwortung; aktuell ist die Person, die den sexuellen Kontakt nicht will, verantwortlich, ihren entgegenstehenden Willen der anderen Person gegenüber zu äußern, bei „ja heißt ja“ wäre das mithin gegenteilig.

2. Kritische Auseinandersetzung mit einer Umsetzung im deutschen Strafrecht

Es stellt sich sodann die Frage, welche Vor- und Nachteile eine Umsetzung dieses Modells im deutschen Strafrecht nach sich ziehen würde und ob die „ja heißt ja“-Lösung das sexuelle Selbstbestimmungsrecht besser schützen könnte, als dies aktuell der Fall ist.

¹⁶⁵ Bspw. *Herning/Ilgner*, ZRP 2016, 77; *Kempe* (Fn. 4), S. 230 ff.

¹⁶⁶ *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (186); *Kempe* (Fn. 4), S. 230.

¹⁶⁷ *Herning/Ilgner*, ZRP 2016, 77 (78).

¹⁶⁸ Siehe hierzu ausführlich: *Vavra* (Fn. 10), S. 324 ff.

¹⁶⁹ *Kempe* (Fn. 4), S. 231.

¹⁷⁰ *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, S. 16.

¹⁷¹ *Kempe* (Fn. 4), S. 231; *Herning/Ilgner*, ZRP 2016, 77 (80).

¹⁷² *Kempe* (Fn. 4), S. 231.

¹⁷³ Siehe ausführlich zur rechtfertigenden Einwilligung und den Voraussetzungen *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor § 32 Rn. 45.

¹⁷⁴ *Herning/Ilgner*, ZRP 2016, 77 (80).

¹⁷⁵ *Isfen*, ZIS 2015, 217 (228) hier umfassend zum Diskurs um eine konkrete Umsetzung in Deutschland; ebenso *Kempe* (Fn. 4), S. 232 ff.

¹⁷⁶ *Isfen*, ZIS 2015, 217 (228); *Herning/Ilgner*, ZRP 2016, 77 (80).

¹⁷⁷ Hiervon geht wohl auch *Isfen* aus, ZIS 2015, 217 (229).

¹⁷⁸ *Vavra* (Fn. 10), S. 324.

a) *Erforderlichkeit für den effektiven Schutz der sexuellen Selbstbestimmung?*

Fraglich ist, ob diese Regelung in Bezug auf Situationen mit ambivalentem Opferverhalten oder bei Mitwirkung des Opfers¹⁷⁹ Abhilfe schaffen könnte. Einerseits ließe sich argumentieren, dass durch den Umstand, dass es sich um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt handelt, Gerichte ihre Beweiswürdigung von dem Standpunkt aus beginnen, dass die Handlung grundsätzlich ungewollt ist. Allerdings scheint es fraglich, ob sich bei einer geänderten Rechtslage die Einstellung des *BGH* zu einer Mitwirkung der Geschädigten als konkludente Zustimmung ändern würde.¹⁸⁰ Auch hier hätte man dann das Problem, dass ein erst geäußertes „Ja“ zur sexuellen Handlung nur unter im Einzelfall unklaren und strengen Voraussetzungen zurückgenommen werden könnte. Daher scheint unter diesem Gesichtspunkt mit Blick auf die aktuelle Rechtspraxis wohl eine Änderung nicht den gewollten Erfolg zu versprechen. Wohl aber müsste die Rechtsprechung, bei ausschließlich passivem Opferverhalten, eine Strafbarkeit nach der „ja heißt ja“-Regelung dem Grunde nach annehmen, da keine Äußerung zum Grundsatz des Verbots führen müsste.¹⁸¹ Hierbei ist besonders anzumerken, dass nach der aktuellen Rechtslage ein Fall einer sog. Schockstarre des Opfers nicht erfasst ist.¹⁸² Dies wäre mit einer „ja heißt ja“-Regelung demnach auch denkbar. Hiervon müssten dann auch die oben diskutierten Fälle erfasst sein, in denen sich das Opfer nicht getraut hatte seinen entgegenstehenden Willen zu äußern.¹⁸³

Im amerikanischen Schrifttum wird allerdings bei der konkludenten Zustimmung kritisiert, dass es hier zu einer geschlechtsspezifischen Fehlinterpretation von Verhalten kommen könne, was (insbesondere von Männern) fälschlicherweise als Zustimmung interpretiert werden könnte.¹⁸⁴ Die Zustimmung zu einer sexuellen Handlung („petting“) könnte daher die Interpretation zu einer Zustimmung hin zur Penetration auslösen.¹⁸⁵ Somit scheint das Problem dessen, was von wem als Zustimmung beziehungsweise als entgegenstehender Wille interpretiert wird, keine rein rechtliche Fragestellung zu sein, welche man mit einer Gesetzesänderung beheben könnte. Wie die Vorinstanzen der weiter oben zitierten Entscheidungen außerdem zeigen, ist es auch nach der aktuellen Rechtslage in beweisrechtlich schwierigen Fällen möglich eine Entscheidung zu treffen, die der sexuellen Selbstbestimmung gerechter wird. Unterstützt werden kann diese Argumentation mit dem Hinweis auf die bereits aufgeführte Rechtsliteratur, die bspw. auch Sonderwissen des Täters/der Täterin für eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 StGB für relevant und vertretbar hält. Daher lässt sich an dieser Stelle festhalten, dass eine Einführung eines „ja heißt ja“-Modells wohl in Anbetracht der bestehenden Lücken nicht erforderlich ist, da es die meisten dieser Lücken nicht schließen könnte.

b) *Fehlende Opferobliegenheit*

Fraglich ist außerdem, ob der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung es erfordert, dass die initiiierende Person bei der sexuellen Handlung nach Zustimmung fragt, oder ob die Opferobliegenheit, den entgegenstehenden Willen zu äußern, durchaus geboten ist. Zum einen scheint es sinnvoll, dass die Person, die die sexuelle Handlung durchführen will, in der Verantwortung ist, sich eine Zustimmung einzuholen. Andererseits ist die sexuelle Selbstbestimmung Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, welches im Wesentlichen durch Kommunikation und Interaktion geprägt ist.¹⁸⁶ Daher erfordert es seinem Wesen nach auch Kommunikation. *Hörnle* nennt hier explizit den

¹⁷⁹ Siehe III. 2. a).

¹⁸⁰ Eher ablehnend hierzu: *Eisele*, KriPoZ 2024, 88 (91).

¹⁸¹ Vgl. *Vavra* (Fn. 10), S. 324.

¹⁸² Begriff der Schockstarre in *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (186); *May*, JR 2020, 130 (134).

¹⁸³ Siehe hierzu III. 2. a).

¹⁸⁴ Siehe *Anderson*, 78 S. Cal. L. Rev. 2005, 1401 (1406) m.w.N.; “Any theory that relies on a man’s ability to intuit a woman’s actual willingness allows him to construct consent out of stereotype and hopeful imagination.”

¹⁸⁵ Vgl. *Anderson*, 78 S. Cal. L. Rev. 2005, 1401 (1406).

¹⁸⁶ *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, S. 365 f.

Aspekt der „faire[n] Verantwortungszuschreibung“.¹⁸⁷ Somit würde das potentielle Opfer eben auch die Obliegenheit treffen, sich zu den sexuellen Intentionen der anderen Person zu äußern.¹⁸⁸ Dem kann allerdings entgegengehalten werden, dass bei „ja heißt ja“ eine Obliegenheit dahingehend besteht, dass das potentielle Opfer sich eben auf Nachfrage des/der potentielle:n Täter:in äußern müsste, aber der erste Schritt in der Verantwortung der initiierenden Person liegt. Es besteht also auch nach dem „ja heißt ja“-Modell eine Opferobliegenheit, allerdings erst im zweiten Schritt. Mithin würde „ja heißt ja“ nicht dazu führen, dass das Opfer keinerlei Obliegenheit trifft, diese knüpft nur zu einem späteren Zeitpunkt an. Das „ja heißt ja“-Modell würde demnach einer solchen Obliegenheit auch gerecht werden.

c) Verfassungsmäßigkeit

Fraglich ist, ob eine „ja heißt ja“-Regelung auch verfassungsgemäß wäre. Hinsichtlich der materiellen Verfassungsmäßigkeit von Strafnormen entschied das *BVerfG*, dass der Gesetzgeber den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren hat.¹⁸⁹ Aus Sicht des *BVerfG* sei es Aufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, sowohl die Strafzwecke als auch die durch das Strafrecht zu schützenden Güter zu bestimmen und entsprechend an die gesellschaftlichen Entwicklungen anzupassen.¹⁹⁰ Daher ist es, sofern der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist, grundsätzlich möglich, eine solche Regelung einzuführen.

Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit könnten sich vor dem Hintergrund des strafrechtlichen ultima-ratio-Prinzips Zweifel ergeben. Das Strafrecht soll als „schärfstes Schwert des Staates“ nur dort greifen, wo weniger einschneidende Mittel nicht ausreichen.¹⁹¹ Zwar hat das Strafrecht auch symbolischen Charakter,¹⁹² allerdings sollte es nicht ausschließlich die symbolische Wirkung zum Zweck haben. Einerseits stellt die aktuelle Regelung in § 177 StGB schon einen recht umfassenden gesetzlichen Schutz dar, wengleich es einige wenige Schutzlücken gibt.¹⁹³ Andererseits könnte man mit Blick auf die Menschenwürde, die ihren Ausfluss auch explizit im Recht auf sexuelle Selbstbestimmung findet,¹⁹⁴ annehmen, dass hier ein umfassender Schutz wohl doch geboten sein sollte. Allerdings ist es nicht Wesen des Strafrechts, alle Rechtsgüter so umfassend wie möglich zu schützen, dies würde dem ultima-ratio-Grundsatz zuwiderlaufen. Angesichts des recht umfassenden Schutzes in § 177 StGB, scheint es dem ultima-ratio-Prinzip besser gerecht zu werden, hier keine verschärfte Rechtsänderung hin zu einer „ja heißt ja“-Lösung vorzunehmen.¹⁹⁵

d) Systematische Gesichtspunkte

Fraglich ist, ob unter systematischer Betrachtung das „ja heißt ja“-Modell Vorteile mit sich bringen würde. Wenn von vornherein eine Zustimmung erforderlich wäre, müssten besondere Fälle, die bei „nein heißt nein“ unberücksichtigt blieben, nicht speziell in einem zweiten Absatz geregelt werden. Dies würde zu einer Übersichtlichkeit der Norm und einer stringenteren Systematik beitragen. Wie bereits oben schon erläutert, handelt es sich bei § 177 StGB um ein Kombinationsmodell, da sowohl „nein heißt nein“ als auch „ja heißt ja“ in § 177 StGB verankert sind. Dies wäre mit einer einheitlichen Regelung durch ein „ja heißt ja“-Modell nicht mehr erforderlich. So würde

¹⁸⁷ Hörnle, ZStW 2015, 851 (871); ähnlich auch Hoven, NK 2018, 392 (395).

¹⁸⁸ Hörnle, ZStW 2015, 851 (871); Klamer (Fn. 13), S. 328.

¹⁸⁹ *BVerfG*, NJW 2008, 1137 (1137 f.).

¹⁹⁰ *BVerfG*, NJW 2008, 1137 (1138).

¹⁹¹ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 53. Aufl. (2023), § 1 Rn. 15.

¹⁹² *Drohse*, NJOZ 2018, 1521 (1525).

¹⁹³ Siehe hierzu III. 2.

¹⁹⁴ *Renzikowski*, in: *MüKo-StGB*, § 177 Rn. 1.

¹⁹⁵ *Klamer* (Fn. 13), S. 349; zu einem ähnlichen Ergebnis kommt auch *Torenz*, *Ja heißt Ja? Feministische Debatten um einvernehmlichen Sex*, 2. Aufl. (2022), S. 159.

es sich auch anbieten, den stark umstrittenen § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB mit der Ungleichbehandlung behinderter Menschen zu streichen. Unter systematischer Betrachtung scheint eine „ja heißt ja“-Lösung daher durchaus vorteilhaft.

e) Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen und in dubio pro reo

Auch wird immer wieder im Zusammenhang mit der „ja heißt ja“-Lösung kritisiert, dass sich in der Beweisführung aufgrund der Aussage-gegen-Aussage-Konstellation erhebliche Probleme ergeben würden und es auch zu einer Verletzung des Grundsatzes des in dubio pro reo kommen könnte. Es würde zu einer unzulässigen Beweislastumkehr führen, die reine „Verdachtsstrafen“ hervorbringen würde.¹⁹⁶ Allerdings lässt sich hiergegen einwenden, dass auch die Drohung keine sichtbaren Spuren hinterlässt und es hier auch meist auf Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen hinaus läuft.¹⁹⁷ In Prozessen, in denen Aussage gegen Aussage steht und ein:e Sachverständige:r eine Glaubhaftigkeitsbegutachtung vornimmt, kommt auch heute noch die sog. Nullhypothese zum Einsatz.¹⁹⁸ Nach der Nullhypothese geht der/die Sachverständige bei der Begutachtung zunächst von der Unwahrheit der Aussage aus.¹⁹⁹ Dies führt im Moment dazu, dass jede Aussage, vor allem solche von Opferzeug:innen, sehr eindringlich auf ihren Wahrheitsgehalt überprüft wird.²⁰⁰ Eine solche Herangehensweise würde bei der Einführung des „ja heißt ja“-Modells daher nicht zu einer Beweislastumkehr und damit einhergehend einer Verletzung von in dubio pro reo führen. Im Gegensatz dazu wird sich das Gericht fragen, ob nicht entweder durch spezifische Handlungen des Opfers eine konkludente Zustimmung angenommen werden könnte und falls dies nicht der Fall sei, ob der/die Angeklagte tatsächlich Kenntnis davon hatte, dass hier keine Zustimmung vorlag. Es ist insoweit nicht ersichtlich, warum sich dies ändern sollte. Dass im Bereich der Sexualdelikte oftmals Aussage gegen Aussage steht, liegt im Wesen der Deliktgruppe. Wie bereits im kriminologischen Teil dieser Arbeit erläutert, finden viele Delikte im sozialen Nahraum statt, hier sind häufig nicht mehr Personen anwesend als der/die Täter:in und das Opfer. Dieses Problem würde durch „ja heißt ja“ nicht weiter verschärft, es käme nicht zu einer unzulässigen Beweislastumkehr. Gleichwohl würde es die Probleme, die sich für das Gericht in einer solchen Situation ergeben, allerdings auch nicht unbedingt beheben.

f) Gesellschaftliche Risiken

Über die gesellschaftlichen Risiken, die eine „ja heißt ja“-Lösung nach sich ziehen würde, wurde auch im Zuge der Reform 2016 diskutiert. Teilweise wird hier der Aspekt aufgegriffen, dass eine Einführung der „ja heißt ja“-Lösung ein rückständiges Geschlechterbild zeichnen würde.²⁰¹ Dieser Annahme liegt die Behauptung zu Grunde, eine solche Regelung würde vor allem von heteronormativen rückständigen Beziehungen geprägt, in denen die Frau stets in ihrer passiven und ablehnenden Rolle ist und die Aufforderung des Mannes braucht, um ihren entgegenstehenden Willen zu äußern.²⁰² Nach *Hoven* und *Dyer* würde so die Frau zu einer unmündigen und ungleichen Sexualpartnerin.²⁰³ Diese Sichtweise nimmt allerdings fast ausschließlich selbst heteronormative Beziehungen zum Bezugspunkt. Wenn man die Ebene des Geschlechts bei der Beobachtung außen vorlässt, zeigt sich, dass die Verantwortung, die Zustimmung aktiv einzufordern bei der initiiierenden Person liegt, in dieser Betrachtung muss

¹⁹⁶ *Lederer*, *StraFo* 2018, 280 (282); *Frommel*, Sex muss erlaubt sein, *SZ Online*, 28.12.2017, online abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/aussenansicht-sex-muss-erlaubt-bleiben-1.3807162> (zuletzt abgerufen am 14.5.2024).

¹⁹⁷ *Kempe* (Fn. 4), S. 236, n.w.N.

¹⁹⁸ *Bublitz*, *ZIS* 2021, 210 (210).

¹⁹⁹ *Bublitz*, *ZIS* 2021, 210 (210 f.); *BGH*, *NJW* 1999, 2746.

²⁰⁰ *Bublitz*, *ZIS* 2021, 210 (211).

²⁰¹ *Hoven/Dyer*, *ZStW* 2020, 250 (262).

²⁰² *Hoven/Dyer*, *ZStW* 2020, 250 (262).

²⁰³ *Hoven/Dyer*, *ZStW* 2020, 250 (263).

das Geschlecht keine Rolle spielen.²⁰⁴

Des Weiteren wird immer wieder argumentiert, dass eine „ja heißt ja“-Regelung das Wesen der Sexualität ins Negative verändern würde, indem es erforderlich sei, die Zustimmung vor jeder sexuellen Handlung einzuholen und so die der Sexualität innewohnende Spontanität verloren gehe.²⁰⁵ Dem lässt sich allerdings entgegen halten, dass auch bei einer „ja heißt ja“-Lösung eine konkludente Zustimmung möglich wäre und damit auch während des Geschehens von einer konkludenten Zustimmung aufgrund von eindeutigen Verhalten des anderen Teils ausgegangen werden kann.²⁰⁶ Außerdem liegt dieser Sichtweise die Annahme zugrunde, dass Sexualität mit der Abwesenheit von Kommunikation einhergeht. Sobald allerdings eine andere Person involviert ist und auch ihre Intimsphäre verletzt werden könnte, scheint es nicht angemessen davon auszugehen, eine solche Interaktion würde gänzlich ohne Kommunikation von Wünschen, Präferenzen und Vorlieben ablaufen, ohne dass es dabei fast zwangsläufig zu Missverständnissen kommt.²⁰⁷ Das Einholen einer Zustimmung kann vielmehr auch als Zeichen des gegenseitigen Respekts gesehen werden.

Auf einer gesellschaftlichen Ebene scheint es daher vorzugswürdig, Konsens und sexuelle Kommunikation in Form eines „ja heißt ja“-Modells mehr Raum zu geben.

3. Zwischenfazit

Die Erwägungen zeigen, dass auch das „ja heißt ja“-Modell nicht alle Schwächen des aktuellen Systems überwinden kann, gleichwohl es auch Vorteile mit sich bringen würde. Es würde den Normtext des § 177 StGB etwas verkürzen und auch durchaus umstrittene Varianten dieser Norm obsolet machen. Ebenfalls würde es nicht dazu führen, dass dem Opfer keinerlei kommunikative Verantwortung zukommt, sondern dass diese nur gleich verteilt wird. Allerdings ergeben sich hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit einer solchen Regelung Zweifel. In Anbetracht dessen, dass eine solche Regelung wohl kaum alle bestehenden Lücken im Sexualstrafrecht schließen kann und auch vor dem Hintergrund des ultima-ratio-Grundsatzes scheint daher eine Einführung dieser Regelung nicht geboten. Die sexuelle Selbstbestimmung ist schon jetzt konsensorientiert und weitgehend in § 177 StGB geschützt. Eine verbesserte Kommunikation und Verantwortungsverteilung kann und sollte nicht durch das „schärfste Schwert des Staates“,²⁰⁸ das Strafrecht, durchgesetzt werden.

Was allerdings in Hinblick auf die Probleme der Beweisbarkeit des Vorsatzes im Gegensatz zu einer „ja heißt ja“-Regelung tatsächlich Abhilfe schaffen könnte, wäre die Einführung einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit.²⁰⁹ Hierüber wurde auch im Zuge der Reform 2016 diskutiert und von vielen Expert:innen abgelehnt, meist unter dem Verweis, es wäre unmöglich Sorgfaltspflichten zu konstruieren.²¹⁰ *Klamer* bezeichnet eine Einführung einer leichtfertigen Fahrlässigkeitsstrafbarkeit indes als „wohl nur konsequent“²¹¹. Wenn sich ein entgegenstehender Wille einem vernünftigen Dritten aufdrängen würde, scheine es nur der Situation entsprechend, wenn sich der/die Täter:in der Zustimmung positiv versichert, das Opfer selbst hat ja auch nach der aktuellen Rechtslage die Pflicht, ihren entgegenstehenden Willen zu kommunizieren.²¹² Die Einführung einer Strafbarkeit für leichtfertige Eingriffe scheint

²⁰⁴ So auch *Klamer* (Fn. 13), S. 347.

²⁰⁵ *Vavra* (Fn. 10), S. 326.

²⁰⁶ *Eisele*, KriPoZ 2024, 88 (92).

²⁰⁷ *Klamer* (Fn. 13), S. 346.

²⁰⁸ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, § 1 Rn. 15.

²⁰⁹ *Klamer* (Fn. 13), S. 344; zur a.F. des § 177 auch *Hörnle*, ZStW 2000, 356 (370).

²¹⁰ So beispielsweise *Schulz*, StraFo 2017, 447 (449); *Merkel*, ZRP 2020, 162 (162), welcher lediglich anmerkt, eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit habe im Sexualstrafrecht nichts zu suchen.

²¹¹ *Klamer* (Fn. 13), S. 344; ähnlich auf *Vavra* (Fn. 10), S. 262 ff., welche auch eine Strafbarkeit wegen grober Fahrlässigkeit oder Leichtfertigkeit für möglich hält.

²¹² *Vavra* (Fn. 10), S. 262.

daher durchaus angemessen, wobei hier eine geringere Strafandrohung wohl geboten wäre.²¹³

VI. Fazit

Nach einer umfassenden Betrachtung der Stärken und Schwächen und der Probleme in der Rechtspraxis sowie mit Blick auf die Kriminologie lässt dies den Schluss zu, dass der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung ausbaufähig ist. Nur wenige Betroffene entscheiden sich für eine Anzeigenerstattung, aus unterschiedlichen Gründen, wobei die Gründe oft angst- oder schambehaftet sind. In den Gerichten scheinen die Anforderungen an erkennbar ablehnendes Opferverhalten sehr hoch zu sein, sodass dies auch die relativ niedrige Verurteilungsquote erklärt. Die Probleme, die sich im Rahmen der Sexualdelikte ergeben, wird allerdings eine neue Rechtslage mit dem Grundsatz „ja heißt ja“ nicht lösen können. Das Strafrecht hat zwar auch einen symbolischen Charakter²¹⁴ und kann daher zumindest dazu beitragen, dass es zu gesellschaftlichem Wandel kommt, allerdings kann es diese Aufgabe wohl kaum allein übernehmen. Was indes den Schutz verbessern könnte, wäre eine Sensibilisierung der Rechtsanwender:innen, Aufklärungsarbeit und Opferschutz. Aufklärungsarbeit und ein Umdenken dahingehend, dass Opfern von sexualisierter Gewalt das Erlebte nicht „peinlich“ ist, und sie sich häufiger für eine Anzeige entscheiden. Hinsichtlich des Opferschutzes zeigt sich, dass seit Einführung des Gewaltschutzgesetzes der Anteil an Fällen in denen eine nahe Beziehung zwischen Täter:in und Opfer bestand gestiegen ist.²¹⁵ Diese Entwicklung lässt den Schluss zu, dass die Verbesserung von Opferschutz auch im Bereich des Sexualstrafrechts die Anzeigebereitschaft erhöhen könnte. Das Strafrecht sollte immer nur ultima ratio sein. „Ja heißt ja“ kann und sollte gesellschaftlicher Konsens werden, allerdings kann dies nicht durch eine Änderung des Strafrechts erreicht werden. Daher scheint die Beibehaltung der „nein heißt nein“-Lösung sinnvoll, allerdings um Ergänzung um eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, in Hinblick auf einen effektiveren Schutz der sexuellen Selbstbestimmung. Des Weiteren ist es essentiell, die praktischen Probleme der Sexualdelikte anzugehen, Opferschutz zu betreiben und auch ein Umdenken in den Gerichten und den Strafverfolgungsbehörden anzuregen.

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>.

²¹³ Klamer (Fn. 13), S. 344; Vavra (Fn. 10), S. 265.

²¹⁴ Drohsel, NJOZ 2018, 1521 (1525).

²¹⁵ Torenz, Ja heißt Ja? Feministische Debatten um einvernehmlichen Sex, S. 152; Elz, Verurteilungsquoten und Einstellungsgründe, was wissen wir tatsächlich? in: sexuelle Gewalt als Herausforderung für Gesellschaft und Recht, 2017, S. 1376 f.; das Gewaltschutzgesetz wurde 2001 eingeführt, in Bezug auf diese Quelle ist aber anzumerken, dass die Datenlage hier zwar korreliert, der Kausalbeweis für den Zusammenhang von GewSchG und Anzeigebereitschaft aber noch zu führen ist.