

## AUSLANDSBEITRAG

## Die Debatte über die Einwilligung in sexuelle Handlungen als strafrechtlicher Standard. Eine Analyse im Licht des spanischen „Nur Ja heißt Ja“-Gesetzes

von Ane Rodríguez Barrueta\*

### Abstract

Das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz von 2022 hat die Grundlagen der spanischen Regelung für die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung komplett in Frage gestellt. Obwohl einige seiner Bestimmungen in diesem Bereich aufgrund einer späteren Gesetzesreform nicht mehr in Kraft sind, sind rechtliche Debatten entstanden, welche über die spanischen Grenzen hinaus reichten, was deren Untersuchung für andere europäische Länder mit ähnlichen Rechtsvorschriften und Strafrechtstraditionen interessant macht. In diesem Aufsatz soll die Kontroverse um das genannte spanische Gesetz dargelegt werden, um eine Analyse der Einwilligung als rechtlichen Standard bei Sexualstraftaten zu ermöglichen. Außerdem soll dem deutschen Leser ein Einblick in die spanische Strafzumessung ermöglicht werden, die von der deutschen erheblich abweicht.

The „Only Yes Means Yes“-law of 2022 has completely questioned the foundations of the Spanish regulation on crimes against sexual self-determination. Although some of its provisions in this area are no longer in effect due to a later legal reform, legal debates have arisen that have extended beyond Spain's borders, making their examination interesting for other European countries with similar legal provisions and criminal law traditions. This essay aims to present the controversy surrounding the aforementioned Spanish law in order to enable an analysis of consent as a legal standard in sexual offenses. Additionally, the essay will provide the German reader with an insight into the Spanish sentencing, which differs significantly from the German system.

### I. Einführung in die Kontroverse: Ein Paradigmenwechsel in der Regelung der Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung

In den letzten zwei Jahrzehnten hat sich in der internationalen und nationalen juristischen Debatte über Sexualkriminalität ein Paradigmenwechsel vollgezogen. Anstelle von Gewalt oder Einschüchterung wird nun das Fehlen

der Einwilligung in die sexuelle Handlung als Hauptelement des Verbrechens der sexuellen Aggression anerkannt (*consent-based approach*).<sup>1</sup> Pitch fasst diesen Wandel zusammen, indem sie feststellt: „Es ist nicht die Gewalt, die das Fehlen der sexuellen Einwilligung offenbart, es ist das Fehlen der sexuellen Einwilligung, die eine sexuelle Handlung als gewalttätig definiert“ (*“no es la violencia la que revela la falta de consentimiento, sino que es la falta de consentimiento la que define una relación sexual como violenta”*).<sup>2</sup> Dieser Satz erklärt viele der Strafrechtsreformen, die in den letzten Zeiten weltweit und insbesondere im europäischen System auf dem Gebiet der Sexualstraftaten stattgefunden haben.

Ein deutliches Beispiel für dieses Phänomen ist die Entwicklung in Spanien, insbesondere das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz von 2022.<sup>3</sup> Sowohl das Gesetzgebungsverfahren als auch die Verabschiedung und die Auswirkungen des erwähnten Gesetzes waren von großen Kontroversen begleitet, die nicht nur die Diskussion in der Rechtswissenschaft, sondern auch in der öffentlichen Debatte geprägt haben. Dabei handelte es sich um ein Gesetz, das die sexuelle Gewalt nicht nur im Strafrecht, sondern auch in anderen Rechtsordnungen neu regelte. Die wichtigste – und umstrittenste – Änderung war jedoch die Reform der Sexualstraftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung von Erwachsenen bei der die Straftaten des sexuellen Missbrauchs (*abuso sexual*) und der sexuellen Aggression (*agresión sexual*) in einem einzigen Straftatbestand zusammengefasst wurden. Vor dem Inkrafttreten des Gesetzes galten beide Straftaten als „Angriffe auf die sexuelle Selbstbestimmung“, die gegen den erkennbaren Willen der anderen Person begangen wurden. Sie wurden aber dabei unterschieden anhand des Vorliegens von Gewalt oder Einschüchterung (*coercion-based approach*).<sup>4</sup> Das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz hat nun einen Paradigmenwechsel eingeleitet: Es schaffte ein strafrechtliches System, nach dem nur die Einwilligung die Tatbestandmäßigkeit des Verbrechens der sexuellen Aggression entfallen lassen kann. Gleichzeitig wurde die Bedeutung von Gewalt

\* Ane Rodríguez Barrueta ist Doktorandin am Lehrstuhl von Prof. Jacobo Dopico Gómez-Aller und Prof. Ana María Garrocho Salcedo an der Universität Carlos III Madrid und Stipendiatin des spanischen Ministeriums für Universitäten (FPU). Sie ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Carlos III Madrid. Besonderer Dank gilt Prof. Dr. Katharina Beckemper für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrags.

<sup>1</sup> Chipoco/Murphy, in: Max Planck Lawcast, 2023. Siehe zu den traditionellen Definitionen von sexueller Aggression und dem Aufkommen moderner Konzepte, vgl. Gruber, Stanford Law Review (75) 2023, 774–810.

<sup>2</sup> Pitch, Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad, 2003, S. 209; Acale Sánchez, in: Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo, 2020, S. 54.

<sup>3</sup> L.O. 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Im Volksmund als das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz (Ley del “solo sí es sí”) bekannt.

<sup>4</sup> Hörnle, in: Current Legal Problems, 2024, S. 49 (77).

oder Einschüchterung bei der Tatbestandmäßigkeit auf ein Minimum reduziert.

Darüber hinaus verlieh das Gesetz der Form der Einwilligung in sexuelle Handlungen sehr spezifische Konturen und Merkmale, so dass mit dieser Rechtsreform die Einwilligung einen konkreten Inhalt erfahren hat.<sup>5</sup> So wurde betont, dass die Einwilligung in sexuelle Handlungen nur dann vorliegt, wenn sie frei durch Handlungen bekundet wird, die unter Berücksichtigung der Situation deutlich den Willen der Person ausdrücken.<sup>6</sup> Damit machte der Gesetzgeber einen Schritt in Richtung der Einführung einer „kommunikativen“ Einwilligung in sexuelle Handlungen, was die Nichtübernahme der „affirmativen“ Einwilligung bedeutet, zumindest in seiner klassischen Auslegung.<sup>7</sup>

Diese grundlegenden Neuerungen verdeutlichen, dass eine umfassende Analyse der Einwilligung in sexuelle Handlungen als Ausdruck der sexuellen Selbstbestimmung notwendig ist. Zu diesem Zweck sollen hier die wichtigsten Aspekte dieser Debatte – ausgehend von dem umstrittenen spanischen Fall – aufgezeigt werden.

Der Beitrag ist in drei Hauptteile gegliedert: Im ersten Teil wird der Ursprung des Gesetzes anhand des Medienfalls *La Manada* zusammengefasst. Im zweiten Teil wird erklärt wie die Regelung der Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung vor dem Inkrafttreten des Gesetzes war und welche zwei Neuerungen (das Modell und der Inhalt der Einwilligung in sexuelle Handlungen) in diesem Zusammenhang eingeführt wurden. Im dritten Teil des Aufsatzes werden die Folgen der Reform erläutert: einerseits wird über die Anwendung des in Art. 2 Abs. 2 des spanischen Strafgesetzbuches enthaltenen Grundsatzes der „maximalen“ begünstigenden Rückwirkung (*principio de retroactividad favorable*) erörtert, andererseits werden die daraus resultierenden Strafminderungen und Haftentlassungen für manche Sexualstraftäter dargelegt. Der Aufsatz schließt mit einer Diskussion über die Teilabschaffung des Gesetzes und der aktuellen Regelung von Sexualstraftaten in Spanien sowie einigen Schlussfolgerungen.

## II. Der Ursprung des „Nur Ja heißt Ja“-Gesetzes

Die Verabschiedung des „Nur Ja heißt Ja“-Gesetzes hatte ein klar identifizierbares soziales Ereignis als Auslöser: den *Manada*-Fall.<sup>8</sup> *La Manada* (zu dt. Rudel) ist der volkstümliche Name für den Fall einer Gruppenvergewaltigung, die sich am 7. Juli 2016 während der *San-Fermin*-Feierlichkeiten in Pamplona ereignete. Das Gerichtsverfahren des Falles führte zu einer beispiellosen sozialen, politischen und medialen Reaktion in Spanien. Die drei

wichtigsten Gerichtsentscheidungen waren die Verurteilung der Angeklagten durch die Erstinstanz (*Audiencia Provincial de Navarra*) wegen eines sexuellen Missbrauchs, die weitere Verurteilung durch den *Tribunal Superior de Justicia de Navarra* und am Ende die Bestätigung der Verurteilung der Angeklagten wegen Vergewaltigung durch den *Tribunal Supremo*, das höchste spanische Gericht.<sup>9</sup> Kurz gesagt hatte das Gericht der ersten Instanz die fünf Angeklagten wegen eines sexuellen Missbrauchs gemäß dem damals geltenden Art. 181 Abs. 3 des spanischen Strafgesetzbuchs und nicht wegen Vergewaltigung verurteilt, da das Vorliegen von Gewalt oder Einschüchterung nicht nachgewiesen werden konnte. Ein Jahr später verurteilte sie der *Tribunal Supremo* wegen Vergewaltigung mit der Begründung, dass in diesem Fall eine Gruppen-Einschüchterung vorliegen habe.<sup>10</sup>

Doch zwischen der ersten Verurteilung der APN (Verurteilung wegen sexuellen Missbrauchs) und der letzten Verurteilung des TSs (endgültige Verurteilung wegen Vergewaltigung) war mehr als ein Jahr vergangen, in dem sich eine Protestbewegung entwickelt hatte, die von feministischen Bewegungen angeführt wurde. Die Proteste richteten sich gegen die „heteropatriarchalische“ Ausrichtung des Gesetzestextes, dessen sofortige Änderung gefordert wurde. Als Folge dieser Ereignisse begann die *Podemos*-Partei mit der Ausarbeitung eines Gesetzes, das die Strafen für die Sexualdelikte komplett veränderte und die rechtliche Unterscheidung zwischen sexuellem Missbrauch und sexueller Aggression aufhob. Schließlich wurde das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz am 7. September 2022 mit 205 Ja-Stimmen, 141 Gegenstimmen und drei Enthaltungen verabschiedet.

### 1. Die Regelung vor dem Inkrafttreten des Gesetzes

Vor dem Inkrafttreten des „Nur Ja heißt Ja“-Gesetzes stellte das Kapitel I des Titels VIII des Buches II des spanischen Strafgesetzbuchs von 1995 die Straftaten des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Aggression als die schwersten Angriffe auf die sexuelle Selbstbestimmung unter Strafe. Daher waren die vorgesehenen Strafen hoch: Die obere Grenze der Freiheitsstrafe für den sexuellen Missbrauch betrug bis zu zehn Jahre, wenn der Angriff mit einem Eindringen in den Körper verbunden war. Die obere Grenze der Freiheitsstrafe für die sexuelle Aggression betrug bis zu zwölf Jahre, wenn der Angriff mit einem Eindringen in den Körper verbunden war (die Vergewaltigung). Sie wurden jedoch hinsichtlich des Vorliegens von Gewalt oder Einschüchterung unterschieden. Die vorherige Regelung stellte sexuelle Handlungen, die mit Gewalt (*violencia física*) oder Einschüchterung (*intimidación*) begangen wurden, und solche, die mit anderen

<sup>5</sup> *Acale Sánchez*, IgualdadES, 2021, 473 (5).

<sup>6</sup> Es wurde eine gesetzliche Definition der Einwilligung in sexuelle Handlungen eingeführt, die weiterhin in Art. 178 Abs. 1 des spanischen Strafgesetzbuchs enthalten ist.

<sup>7</sup> *Hörnle*, in: *Current Legal Problems*, S. 58 (77); *Ramos Vázquez*, *Revista de pensamiento jurídico* 2023, 242 (34).

<sup>8</sup> *Acale Sánchez*, *Sistema Penal Crítico* 2021, 158 (2). Dennoch die Bedeutung anderer Fälle von Gruppenvergewaltigung, die sich ab 2019 in Spanien ereigneten, dürfen nicht außer Acht gelassen werden. Man verweist auf „*La Manada de Arandina*“ (STSJ-Castilla y León v. 18.3.2020) und „*La Manada de Valencia*“ (STS v. 14.5.2020).

<sup>9</sup> In der Reihenfolge der Erwähnung: SAP 20.3.2018, STSJ 30.11.2018, STS 4.7.2019.

<sup>10</sup> Die vom *Tribunal Supremo* gegen die 5 Angeklagten verhängten Strafen betragen bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe.

Mitteln, beispielsweise, unter Ausnutzung der Überlegenheit (*prevalimiento*) begangen wurden, nicht gleich.<sup>11</sup> Das Schema schien einfach: Wenn weder Gewalt noch Einschüchterung vorlagen, handelte es sich um sexuellen Missbrauch;<sup>12</sup> wenn diese vorlagen, handelte es sich um sexuelle Aggression (und um Vergewaltigung, wenn die gewalttätige oder einschüchternde Handlung mit einem Eindringen in den Körper verbunden war).

Bis zur Verabschiedung des Gesetzes kennzeichneten Gewalt und Einschüchterung also die verbotenen sexuellen Aggressionen im spanischen Strafrecht. Gewalt und Einschüchterung bildeten die Grenze zwischen den beiden Arten von Straftaten.<sup>13</sup> Jeder Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung, der weder gewalttätig noch einschüchternd war, erfüllte nicht den Tatbestand der sexuellen Aggression, sondern fiel in den Bereich des sexuellen Missbrauchs, sofern eine fehlende Einwilligung nachgewiesen wurde. Tatsächlich war bereits vor dem „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz entscheidend – wie es nicht anders sein konnte – ob eine wirksame Einwilligung in die sexuelle Handlung vorlag.<sup>14</sup> Denn bei den disponiblen Rechtsgütern (um die es hier ja geht), ist der Schaden vollständig beseitigt, wenn eine gültige Einwilligung des potenziellen Opfers vorliegt.<sup>15</sup>

## 2. Die zwei grundlegenden Neuerungen des Gesetzes: Das Modell und der Inhalt der Einwilligung in sexuelle Handlungen

Das Nur Ja heißt Ja“- Gesetz änderte den Art. 178 Abs. 1 des spanischen Strafgesetzbuches mit folgendem Text:

*„Wegen sexueller Aggression wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu vier Jahren bestraft, wer eine Handlung vornimmt, die die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person ohne deren Einwilligung verletzt. Eine Einwilligung liegt nur dann vor, wenn sie frei durch Handlungen bekundet wird, die unter Berücksichtigung der Umstände des Falles deutlich den Willen der Person ausdrücken.“<sup>16</sup>*

Darüber hinaus besagte das Gesetz:

*„Sexuelle Handlungen, die unter Anwendung von Gewalt, Einschüchterung oder unter Ausnutzung der Überlegenheit oder der Schwäche des Opfers, sowie an Personen, die ihrer Sinne beraubt sind oder deren geistiger Zustand missbraucht wird, und an Opfern, die aus irgendeinem Grund in ihrer Willensherrschaft eingeschränkt sind, vorgenommen werden, gelten als sexuelle Aggression“.<sup>17</sup>*

Mit diesen Bestimmungen wurde der bereits zuvor erwähnte Paradigmenwechsel in Bezug auf die Einwilligung in sexuelle Handlungen herbeigeführt. Dieser Paradigmenwechsel wurde durch eine Veränderung des Einwilligungsmodells erreicht (es erfolgte ein Übergang zu einem *consent-based approach*) sowie durch die Einführung einer gesetzlichen Definition der kommunikativen Einwilligung. Diese grundlegenden Neuerungen sind in der Folge näher zu erörtern.

### a) Das Modell: Gewalt und Einschüchterung sollten nicht länger die definierenden Elemente des Verbrechens der sexuellen Aggression sein

Zunächst einmal setzte das Gesetz Gewalt oder Einschüchterung mit allen anderen erwähnten Mitteln zur Begehung von Straftaten (einer Überlegenheitsposition, Schwäche des Opfers, Zustand der Sinnlosigkeit, Einschränkungen der Willensherrschaft aus jeglichem Grund) gleich und versah sie mit dem gleichen Strafrahmen; Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu vier Jahren und Freiheitsstrafe von vier bis zu zwölf Jahren, wenn der Angriff mit einem Eindringen in den Körper verbunden war.<sup>18</sup> Das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz verlieh daher der Einwilligung eine besondere Bedeutung und die Diskussion verlagerte sich weg von der Beschreibung der Tathandlung hin zu derjenigen des Tatbestandsausschlusses, abhängig davon, ob eine wirksame Einwilligung vorlag oder nicht.<sup>19</sup>

All dies löste zahlreiche Kritiken in der spanischen Strafrechtslehre aus, die im Rahmen dieses Beitrags nur kurz dargestellt werden können. Die Hauptkritik drehte sich um die Idee, dass das Fehlen einer wirksamen Einwilligung nicht nur der einzige Standard sein kann, der bei der Frage der materiellen Strafbarkeit und der Strafzumessung von Sexualdelikten berücksichtigt werden muss, sondern dass im Gegenteil auch andere Umstände bewertet werden sollten. Und, dass das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz zu dieser ersten schädlichen Konsequenz führte.

Nach der richtigen Auffassung der Lehre liegt im Falle von Gewalt oder Einschüchterung bei Sexualdelikten neben der Verletzung des konkret geschützten Rechtsgutes (sexuelle Selbstbestimmung) auch eine weitere Verletzung eines anderen Rechtsgutes vor (die mögliche Verletzung der körperlichen Unversehrtheit des Opfers).<sup>20</sup> Im Falle von Gewalt oder Einschüchterung „übt der Täter bei

<sup>11</sup> Vgl. Art. 181 Ab. 3 des spanischen Strafgesetzbuchs vor dem Inkrafttreten des Gesetzes. Es wird auf die schwierige Abgrenzung zwischen der Einschüchterung und der Ausnutzung der Überlegenheit hingewiesen. Zu diesem Zweck siehe *Acale Sánchez*, in: *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, S. 43; *Faraldo Cabana/Ramón Ribas*, *Estudios Penales y Criminológicos* 2020, 31 (40); *Monge Fernández*, in: *Mujer y Derecho penal: ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, 2020, S. 354-366.

<sup>12</sup> Der Straftatbestand des sexuellen Missbrauchs wurde unter Art. 181 Ab. 1 aufgeführt und wurde als jedes Verhalten beschrieben, das die sexuelle Selbstbestimmung ohne Gewalt oder Einschüchterung verletzte (Subsidiaritätsprinzip). Dazu siehe *Cancio Meliá*, in: *Memento Penal*, 2023, S. 9281.

<sup>13</sup> *Acale Sánchez*, *Sistema Penal Crítico* 2021, 229 (2).

<sup>14</sup> *Álvarez García*, *Diario La Ley* 2022, online (10007); *Moya Fuentes*, in: *Tratado de Derecho Penal Parte Especial*, 4. Aufl. (2023) S. 1188.

<sup>15</sup> *Ragués I Vallès*, in: *Comentarios a la ley del “solo sí es sí”*, 2023, S. 95.

<sup>16</sup> L.O. 10/2022, Schlussvorschrift 4.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> *Gimbernat Ordeig*, *Diario del Derecho* 2020, online; *Lascruain Sánchez*, in: *Sanllehí Agustina Comentarios a la ley del “solo sí es sí”*, 2023, S. 51 ff.

<sup>19</sup> *Ramón Ribas/Faraldo Cabana*, *Estudios Penales y Criminológicos* 2020, 37 (40).

<sup>20</sup> *Gimbernat Ordeig*, *Diario del Derecho* 2020, online.

der Begehung des Angriffs eine größere Brutalität aus“,<sup>21</sup> wodurch der Angriff verstärkt wird, da diese Mittel den Überfall erleichtern *ex ante* und die tatsächliche Verletzung größer ist *ex post*. Und gerade deswegen müssen diese – gewalttätigen und einschüchternden – Handlungen nach dem Grundsatz der Schuldangemessenheit auch härter bestraft werden. Durch die Beseitigung der Merkmale von Gewalt und Einschüchterung als Voraussetzung für das Verbrechen der sexuellen Aggression behandelte das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz materiell ungleiche Fälle auf die gleiche Weise.<sup>22</sup>

*b) Der Inhalt: Eine gesetzliche Definition der kommunikativen Einwilligung in sexuelle Handlungen wurde eingeführt*

Außerdem hat das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz eine gesetzliche Definition der Einwilligung in sexuelle Handlungen aufgenommen, die es bis dahin nicht gab. So hieß es in der Schlussvorschrift 4 des Gesetzes, dass eine Einwilligung in sexuelle Handlungen nur dann vorliegt, wenn sie frei durch Handlungen zum Ausdruck gebracht wird, die eindeutig den Willen der Person ausdrücken. Die Auslegung dieser Bestimmung, beziehungsweise letztlich des Inhalts der Einwilligung in sexuellen Handlungen, war ebenfalls nicht frei von Diskussionen. Die hier vorgeschlagene Auslegung ist diejenige, die als am ehesten mit der Literalität des Wortlauts des Gesetzestextes vereinbar ist, der an diesem Punkt bis heute im spanischen Strafgesetzbuch unverändert geblieben ist.<sup>23</sup>

Nach der Regelung des „Nur Ja heißt Ja“-Gesetzes muss die Einwilligung zum Ausdruck gebracht werden und durch Handlungen erfolgen sein, die im Kontext der gegebenen Umstände zu verstehen sind. Damit wird dargelegt, dass das Gesetz nicht ein „Ja“ in Worten erforderlich macht; es ist „genügend“, wenn äußere Handlungen, die den ausdrücklichen Willen der Person an der sexuellen Handlung teilzunehmen, unzweideutig anzeigen. Es ist ein „Ja“ erforderlich, aber dieses „Ja“ kann verschiedene Formen annehmen und logischerweise nicht unbedingt verbal erfolgen.<sup>24</sup>

Die vom Gesetz angenommene Beschreibung der Einwilligung in sexuelle Handlungen verlangte, dass die Sexualpartnerin oder -partner ihre Bereitschaft zur Teilnahme am Sexualakt deutlich ausdrückt, auch stillschweigend. Die Forderung, dass der Wille eindeutig sein muss, bedeutet, dass er klar sein muss, dass es keinen Zweifel daran geben darf, ob eine Person die sexuelle Beziehung

wünscht oder nicht.<sup>25</sup> Im Zweifelsfall muss davon ausgegangen werden, dass es keine Einwilligung gab.

Wie die Staatsanwaltschaft gut erklärte, führte diese Definition der kommunikativen Einwilligung nicht zu einer Umkehr der Beweislast, da das Fehlen der Einwilligung ein Tatbestandsmerkmal darstellt, das gemäß den verfassungsmäßigen Regeln und Prinzipien, die jedem Strafverfahren innewohnen, nachgewiesen werden muss. Die analysierte Bestimmung beschränkte sich darauf, eine logische Schlussfolgerung in das spanische Strafgesetzbuch aufzunehmen: „Wenn die Zustimmung nicht eindeutig durch Handlungen zum Ausdruck gebracht wird, die den Willen der Person klar zeigen, ist davon auszugehen, dass das Opfer nicht zugestimmt hat. Diese Schlussfolgerung kann jedoch logischerweise widerlegt werden“.<sup>26</sup>

Ein Teil der Lehre warnte davor, dass die eingeführte Definition zu Problemen führen könnte, wenn Sexualpartner eine reine passive Haltung einnehmen (*hacer y dejarse hacer*).<sup>27</sup> Nach richtiger Ansicht geraten diese Fälle aber nicht in Konflikt. Nach richtiger Interpretation ist darauf abzustellen, ob in diesem Fall eine stillschweigende Einwilligung vorliegt oder nicht. Deshalb ist von einer gültigen Form der Einwilligung auch dann auszugehen, wenn das Schweigen als Zustimmung zu den sexuellen Handlungen interpretiert werden kann. Entscheidend ist, dass diese Passivität als Zustimmung zur Teilnahme am Sexualakt und nicht als Lähmung („Freezing-Fälle“) interpretiert werden kann. Die Handlungen, durch die das Einverständnis zum Ausdruck gebracht wird, sollten „als eine Gesamtheit von [Handlungen] interpretiert werden, die eine Vielzahl von Willensbekundungen umfassen, die vor, während und nach dem sexuellen Verhalten erfolgen“.<sup>28</sup>

Um solche komplizierten Fälle zu vermeiden, wurde in der Lehre *de lege ferenda* vorgeschlagen, eine Formulierung der Einwilligung in sexuelle Handlungen zu übernehmen, die der des schwedischen Rechts ähnelt. Dieses sieht vor, dass die Einwilligung „durch Worte, Handlungen oder auf andere Weise“ ausgedrückt werden kann. Dies würde zweifellos Fälle von stillschweigender oder vermuteter Zustimmung ausschließen, die sich aus bloßen Körpergesten, Nichtwiderspruch oder Passivität des Opfers ergeben.<sup>29</sup>

Wie zu erkennen ist, besteht die Idee darin, dass die Einwilligung in sexuelle Handlungen – die von vornherein als ein innerer Akt betrachtet zu werden scheint – zum Ausdruck gebracht wird und dass dieser Ausdruck durch

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Ibid.; *Lascuráin Sánchez*, S. 51-60.

<sup>23</sup> Vgl. Art. 178 Ab. 1 des spanischen Strafgesetzbuchs.

<sup>24</sup> *Cancio Meliá*, S. 9269.

<sup>25</sup> „Wünschen“ im Sinne des Ausdrucks einer freien Entscheidung, nicht als sexuelle Begierde. Einvernehmliches sexuelles Verhalten im Sinne der hier vertretenen Auffassung bedeutet nicht, dass der Geschlechtsverkehr erwünscht ist. „Sexuelle Handlungen sind nur dann frei, wenn alle Beteiligten damit einverstanden sind; sie müssen nicht unbedingt erwünscht sein, aber zumindest als Ausdruck einer freien Entscheidung akzeptiert werden“ (*Faraldo Cabana/Ramón Ribas*, *Estudios Penales y Criminológicos* 2020, 36). Referentin in dieser Debatte *Serra Sánchez*, *El sentido de consentir*, 2024, *passim*.

<sup>26</sup> Vgl. Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, Abs. 5.

<sup>27</sup> *Álvarez García*, *Diario La Ley* 2022, online (10007); *Lascuráin Sánchez*, S. 55; *Moya Fuentes*, S. 1188.

<sup>28</sup> *Álvarez García*, *Diario La Ley* 2022, online (10007).

<sup>29</sup> *Moya Fuentes*, S. 1193.

Handlungen erfolgt, die im Kontext der gegebenen konkreten Umstände zu verstehen sind. Das heißt, es wird in der Wittgenstein'schen Definition der Einwilligung verankert: Egal, ob die Einwilligung ein innerer oder äußerer Akt ist, entscheidend ist, dass das Einverständnis einer anderen Person durch äußere Kriterien ausgedrückt wird.<sup>30</sup>

3. Der Grundsatz der „maximalen“ begünstigenden Rückwirkung: Strafminderungen und Haftentlassungen

Das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz hat Änderungen an der Regelung von Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung vorgenommen, namentlich die Schaffung eines umfassenden Straftatbestands der sexuellen Aggression. Die Unterscheidung zwischen sexuellem Missbrauch und sexueller Aggression, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes danach erfolgte, ob Gewalt oder Einschüchterung angewendet worden waren, wurde aufgehoben. Während der Gültigkeitsdauer des Gesetzes wurde jeder Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung als sexuelle Aggression gewertet, und jeder Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung wurde (abstrakt-generell) als gleich schwerwiegend eingestuft (und damit wurde auch derselbe Strafrahmen auf diese Handlungen angewandt).<sup>31</sup>

Dies hat aber auch zu einer Erfassung verschiedener Handlungen im gleichen Tatbestand und damit zu einer Erweiterung des Strafrahmens für alle denkbaren Hand-

lungen geführt. Dies hatte Konsequenzen: So sah z.B. die Vergewaltigung vor dem Inkrafttreten des „Nur Ja heißt Ja“-Gesetzes im spanischen Strafgesetzbuch eine um zwei Jahre höhere Mindeststrafe vor als während der Gültigkeitsdauer des Gesetzes. Vor dem Inkrafttreten des Gesetzes war die Mindeststrafe für Vergewaltigung sechs Jahre, während der Gültigkeitsdauer des Gesetzes war die Mindeststrafe für Vergewaltigung vier Jahre. Was für deutsche Leserinnen und Leser auf den ersten Blick ungewöhnlich und fremd erscheinen mag: Es kam zu Strafminderungen und Haftentlassungen mancher Sexualstraftäter. Dies ist dem spanischen Grundsatz der „maximalen“ begünstigenden Rückwirkung und Strafzumessungssystem geschuldet, das anders als das deutsche Strafrecht der richterlichen Freiheit bei der Strafzumessung engere Grenzen zieht.

Während in Deutschland die Strafrahmen sehr weit ausgestaltet sind und in vielen Fällen keine im Mindestmaß erhöhte Strafe vorgesehen ist,<sup>32</sup> sind die Strafrahmen in Spanien sehr viel enger und spezifischer geregelt. Dies hat aber auch zur Folge, dass eine Änderung des Tatbestandes die Strafzumessung – auch im Nachhinein – beeinflussen kann. Dies kann anhand der folgenden Tabelle aufgezeigt werden, welche die Strafrahmen für die Straftaten des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Aggression sowohl im vorherigen Rechtssystem als auch während der Gültigkeitsdauer des „Nur Ja heißt Ja“-Gesetzes enthält.

<p>Vor dem Inkrafttreten des „Nur Ja heißt Ja“-Gesetzes</p>	<p>1 Sexuelle Aggression mit Gewalt/Einschüchterung 5</p> <p>1 Sexueller Missbrauch ohne Gewalt/Einschüchterung 3</p> <p>4 Sexueller Missbrauch ohne Gewalt/Einschüchterung, wenn die sexuelle Handlung mit einem Eindringen in den Körper verbunden ist 10</p> <p>6 Sexuelle Aggression mit Gewalt/Einschüchterung, wenn die sexuelle Handlung mit einem Eindringen in den Körper verbunden ist (Vergewaltigung) 12</p>
<p>Während der Gültigkeitsdauer des „Nur Ja heißt Ja“-Gesetzes</p>	<p>1 Sexuelle Aggression mit/ohne Gewalt/Einschüchterung 4</p> <p>4 Sexuelle Aggression mit/ohne Gewalt/Einschüchterung, wenn die sexuelle Handlung mit einem Eindringen in den Körper verbunden ist (Vergewaltigung) 12</p>

<sup>30</sup> Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, 1988, S. 221.

<sup>31</sup> Eine kleine Nuance, Art. 178 Ab. 3 sah während der Gültigkeitsdauer des Gesetzes aufgrund der Geringfügigkeit der Tat und der persönlichen Umstände des Täters einen milderen Straftatbestand vor.

<sup>32</sup> Gerade bei Schwerdelinquenz (um die es hier ja geht) enthalten alle Delikte im deutschen StGB eine erhöhte Mindeststrafe von 1, 2, 3 oder sogar 5 Jahren Freiheitsstrafe (im Ausnahmefall sogar mind. 10 Jahre Freiheitsstrafe). Das Problem der Meistbegünstigung könnte dann vermutlich auch auftreten.

Wie anhand der Tabelle exemplarisch aufgezeigt werden soll, sind die Strafrahen in Spanien sehr stark katalogisiert. Exemplarisch sei hier herausgegriffen, dass eine sexuelle Aggression zum Beispiel von einem bis fünf Jahren bestraft, aber während der Gültigkeitsdauer des Gesetzes mit einer Strafe von einem bis vier Jahren bedroht wurde. Eine weitere spanische Besonderheit ist auch, dass im spanischen Strafrecht die neue vorteilhaftere Regelung des Straftatbestandes (Verhängung einer mildereren Strafe) auch nach einem rechtskräftigen Urteil auf den Täter angewendet werden muss, der seine Strafe vielleicht auch schon verbüßt. Dies ist der so genannte Grundsatz der „maximalen“ begünstigen Rückwirkung, der in Art. 2 Abs. 2 des spanischen Strafgesetzbuches geregelt ist.<sup>33</sup> Danach werden auch Altfälle nach dem neuen Recht beurteilt, wenn sie nach dem Meistbegünstigungsprinzip nun einer anderen Bewertung unterliegen. Eine andere Bewertung kann dabei auch bedeuten, dass die Strafrahen verschoben werden.

Das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz enthielt keine Übergangsbestimmung, die die Anwendung der begünstigenden Rückwirkung des Gesetzes geregelt hätte. Es hätte dem spanischen Gesetzgeber frei gestanden, das Gesetz mit einer Übergangsregelung zu versehen, so wie es auch in anderen Strafrechtsreformgesetzen geschehen ist. Er hat aber in diesem Fall dagegen optiert – mit den bereits erwähnten Folgen für die Altfälle. Deshalb wird dem Gesetz zu Recht eine schlechte Gesetzgebungstechnik attestiert.<sup>34</sup>

Da in Spanien die Strafen in zwingende Stufen eingeteilt sind, bedeutet die Heruntersetzung der Mindeststrafe nun auch, dass Strafen nachträglich angepasst werden müssen. Beispielhaft sei hier folgender Fall erwähnt: Ein Sexualstraftäter wurde nach alter Rechtslage zu gesetzlich vorgesehen Mindeststrafe für Vergewaltigung (sechs Jahre) verurteilt. Danach wurde die Mindeststrafe für die Vergewaltigung nach der Verabschiedung des Gesetzes auf vier Jahre gesenkt. In solcher Konstellation profitierte der Verurteilte von der neuen Regelung und seine Haftstrafe wurde um zwei Jahre reduziert; er konnte sogar das Gefängnis verlassen, wenn er bereits vier Jahre verbüßt hatte. Der *Tribunal Supremo* hat diese Vorgehensweise und damit die Anwendung des Grundsatzes der „maximalen“ begünstigenden Rückwirkung in diesen Fällen gebilligt.<sup>35</sup> Nach richtiger Ansicht ist sie jedoch abzulehnen.<sup>36</sup> Nach richtiger Auffassung wurde mit dem „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz eine neue Straftat der sexuellen Aggression geschaffen, die die Handlungen mit Gewalt/Einschüchterung und andere ohne Gewalt/Einschüchterung einschloss. Deswegen konnte die neue Regelung nicht automatisch rückwirkend auf Altfälle angewendet werden, da

es sich um einen *neuen* Straftatbestand handelte. Der Grundsatz der begünstigenden Rückwirkung konnte hier nicht angewendet werden, da die neue Regelung zwei verschiedene Straftatbestände zu einem einzigen Straftatbestand zusammenfasste und somit ein neuer Straftatbestand entstanden war. Wie *Cancio Meliá* sagt, wäre es korrekt, jeden Fall einzeln zu betrachten, um zu sehen, welche Strafe dem bereits nach der früheren Regelung qualifizierten Sachverhalt entsprechen könnte und zu prüfen, ob es möglich ist, die gleiche Strafe zu verhängen, die nach der neuen Regelung verhängt wurde.<sup>37</sup>

### III. Die Teilabschaffung des Gesetzes

Nach dem letzten Bericht des spanischen Generalrats der Gerichtsbarkeit vom 18. September 2023 gab es seit der Verabschiedung des „Nur Ja heißt Ja“-Gesetzes 1.205 Strafminderungen und 121 Haftentlassungen.<sup>38</sup> Wie es zu erwarten war, war die gesellschaftliche und politische Bestürzung über ein solches Szenario groß. Ein Gesetz mit feministischem Geist, dessen Hauptziel es war, die sexuelle Gewalt mit strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Mitteln zu bekämpfen, hatte sein Ziel verfehlt. Die Proteste gegen dieses Paradoxon führten zur Verabschiedung einer späteren Gesetzesreform am 29. April 2023, die die Kritiken der Lehre gegen das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz in Bezug auf die Regelung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Aggression, berücksichtigte.<sup>39</sup> Daher war das Gesetz – eigentlich die zitierten Bestimmungen – nur 6 Monate lang in Kraft.

Es bleibt die Frage, wie Sexualdelikte derzeit im spanischen Strafgesetzbuch geregelt sind. Im Wesentlichen kehrte man mit dem Inkrafttreten dieser späteren Gesetzesreform wieder zur Regelung mit zwei Straftatbeständen zurück, je nachdem, ob Gewalt oder Einschüchterung im Spiel waren oder nicht. Dennoch gibt es zwei relevante Änderungen gegenüber der vor dem „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz geltenden Rechtslage. Ein wichtiger Unterschied, der eher symbolischer Natur – *nomen iuris* – ist, besteht darin, dass in der aktuellen Regelung der Begriff sexueller „Missbrauch“ (*abuso*) verschwindet. Jeder Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung wird nun als sexuelle „Aggression“ bezeichnet. Und zum anderen ist in der aktuellen Regelung die gesetzliche Definition der Einwilligung in sexuelle Handlungen, die durch das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz eingeführt wurde beibehalten worden. Derzeit schreibt Art. 178 Abs. 1 *in fine* des spanischen Strafgesetzbuchs vor, dass „eine [sexuelle] Einwilligung nur dann vorliegt, wenn sie frei durch Handlungen bekundet wird, die unter Berücksichtigung der Umstände des Falles, deutlich den Willen der Person ausdrücken“.<sup>40</sup> Das

<sup>33</sup> Der Grundsatz ist seit 1870 im spanischen Strafgesetzbuch (damals in Art. 23) verankert.

<sup>34</sup> *Gimbernat Ordeig*, *Diario del Derecho* 2020, online; *Moya Fuentes*, S. 1157.

<sup>35</sup> Siehe das Urteil des *Tribunal Supremo* vom 19. April 2023, FD 3.

<sup>36</sup> *Cancio Meliá*, *El País* 2022, online; *Lascaraín Sánchez*, *Almacén de Derecho* 2022, online.

<sup>37</sup> *Cancio Meliá*, *El País* 2022, online. Im gleichen Sinne, *Lascaraín Sánchez*, *El País* 2022, online. Beide Autoren stellen fest, dass die Zusammenlegung der Straftaten des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Aggression, und die daraus resultierende Schaffung eines viel umfassenderen Straftatbestands, die Anwendung der „maximalen“ begünstigenden Rückwirkung ausschließt.

<sup>38</sup> Vgl. Mitteilung des Generalrats der Gerichtsbarkeit vom 18. September 2023.

<sup>39</sup> L.O. 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual.

<sup>40</sup> L.O. 10/1995, Art. 178 Ab.1 *in fine*.

heißt, die derzeitige Auslegung des Inhalts der sexuellen Einwilligung in sexuelle Handlungen steht im Einklang mit den zuvor in diesem Beitrag entwickelten Konzepten.

#### IV. Fazit

Die Entwicklung, die die europäische und insbesondere die spanische Gesellschaft in den letzten zwei Jahrzehnten durchgemacht hat, hat sich deutlich im sozialen Denken niedergeschlagen, vor allem in einer neuen Auffassung von Sexualität, deren Auswirkungen sich in den Strafgesetzbüchern und in der Behandlung des so genannten Sexualstrafrechts widerspiegeln. Dies erklärt die Bedeutung des „Nur Ja heißt Ja“-Gesetzes im spanischen Kontext.

Im Hinblick auf die Reform dieses Gesetzes im Bereich der Regelung von Sexualstraftaten gegen Erwachsene lässt sich die Hauptkritik darin zusammenfassen, dass die Neufassung der Straftatbestände der sexuellen Aggression und des sexuellen Missbrauchs zwei grundlegende negative Folgen hatte. Einerseits hatte die Beseitigung des Mittels der Gewaltanwendung oder der Einschüchterung bei der Ausgestaltung des Straftatbestands der sexuellen Aggression dazu geführt, dass keine Unterscheidung zwischen schwerwiegenderen Angriffen auf die sexuelle Selbstbestimmung in Abhängigkeit von den verwendeten Mitteln getroffen wurde. Unter Verstoß gegen den Grundsatz der Schuldgemessenheit wurden materiell ungleiche Situationen gleichbehandelt.

Andererseits führte die Zusammenfassung verschieden schwerwiegender Verhaltensweisen in einem einzigen

Straftatbestand dazu, dass der Strafrahmen für die „neue“ sexuelle Aggression übermäßig erweitert wurde. Und angesichts des Mangels an einer Übergangsbestimmung zur Regelung des Grundsatzes der begünstigenden Rückwirkung für die Bestimmungen des Gesetzes, kam es zu Strafminderungen und sogar zu Haftentlassungen (die allerdings, wie oben ausgeführt, rechtlich nicht zwingend erschienen).

Davon abgesehen hat das Gesetz in Bezug auf die Charakterisierung der Einwilligung als Tatbestandsmerkmal bei der Regelung von Sexualstraftaten zwei relevante Aspekte hervorgebracht: Erstens darf die Frage der materiellen Strafbarkeit und der Strafzumessung von Sexualdelikten nicht ausschließlich vom Vorliegen oder Fehlen einer Einwilligung abhängen. Sobald das Fehlen einer wirksamen Einwilligung festgestellt wird, sollten die übrigen Umstände der Begehung der Straftat bewertet werden, um deren Schwere zu beurteilen. Das Zusammentreffen bestimmter Tatmittel führt zu einer erhöhten Schwere der Straftat und muss mit einer höheren Strafe bestraft werden. Fälle, in denen der Angriff unter Anwendung von Gewalt oder Einschüchterung begangen wird, verschärfen die bereits in den Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung vorhandene Gewalt.

Zweitens bedeutet die Aufnahme der gesetzlichen Definition der eindeutigen Einwilligung in der Form, wie es das „Nur Ja heißt Ja“-Gesetz getan hat, nicht, dass dieses notwendigerweise in verbaler Form erfolgen muss. Vielmehr lässt es alle Formen zu, die im konkreten Kontext geeignet sind, den Willen zur Teilnahme an der sexuellen Handlung zu *kommunizieren*.