



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 7/2016

März 2016

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs - Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung

Mitglieder des Strafrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender
RA Prof. Dr. Jan Bockemühl (Berichtersteller)
RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm
RA Thomas C. Knierim
RA Dr. Daniel M. Krause
RA Prof. Dr. Holger Matt
RAin Anke Müller-Jacobsen
RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus
RA Prof. Dr. Tido Park
RA Dr. Jens Schmidt
RAin Dr. Annette von Stetten (Berichterstellerin)
RAin Dr. Anne Wehnert

RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Deutscher Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9
10179 Berlin
Deutschland
Tel. +49.30.28 49 39 - 0
Fax +49.30.28 49 39 - 11
Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9
1040 Brüssel
Belgien
Tel. +32.2.743 86 46
Fax +32.2.743 86 56
Mail brak.bxl@brak.eu

Deutscher Juristinnenbund
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung
Redaktionen der NJW, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag,
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Neue Zeitschrift für
Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht, wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und
Steuerstrafrecht

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

I. Rechtspolitische Vorgeschichte

Mit E-Mail vom 22. Dezember 2015 hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz einen „Referentenentwurf zur Änderung des Strafgesetzbuches - Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung“ vorgelegt.

Der Entwurf soll Handlungen unter Strafe stellen, die nach geltendem Recht nicht strafbar, wohl aber strafwürdig seien, weil sie zwar ohne Einsatz der spezifischen Nötigungsmittel des § 177 StGB ins Werk gesetzt würden, gleichwohl aber die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers verletzen.

Das BMJV greift damit eine Diskussion auf, die seit April 2014 die rechtspolitische Debatte um die Reform des Sexualstrafrechts geprägt hat. Das Kriminologische Forschungsinstitut Niedersachsen e.V. hatte am 16. April 2014 unter der Überschrift "Vergewaltigung – Die Schwächen der Strafverfolgung - das Leiden der Opfer" in einer Presseerklärung bekannt gegeben, dass die Zahl der Verurteilungen nach einer Anzeige wegen Vergewaltigung stark rückläufig sei. Hätten im Jahr 1994 noch knapp 22 % der Anzeigen zu einer Verurteilung geführt, seien es im Jahr 2012 nur noch ca. 8 % der Fälle gewesen, wobei sich erhebliche regionale Unterschiede gezeigt hätten.

Eine mögliche Ursache für diesen Befund wurde im Anschluss daran vom Bundesverband der Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe (BFF) in einer Fallanalyse aufgezeigt. Ausgewertet wurden 107 Fälle – erhoben jeweils bei Fachberatungsstellen und spezialisierten Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten – anhand von Einstellungsbescheiden und freisprechenden Urteilen. Es handelte sich jeweils um sexuelle Übergriffe gegen den eindeutigen, und dem Täter verbal zur Kenntnis gebrachten, Willen des Opfers. Dabei zeigten sich materielle Strafverfolgungshindernisse insbesondere im Anwendungsbereich des § 177 Absatz 1 Nummer 3 StGB (jedenfalls in der Auslegung, die die Vorschrift durch die Rechtsprechung erfahren hat.)

In der Folgezeit forderten zahlreiche Frauenverbände¹ eine grundlegende Novellierung des Sexualstrafrechts. Der Gesetzgeber sei angesichts der empirischen Befunde und insbesondere

¹ Deutscher Juristinnenbund e.V., Stellungnahme zur grundsätzlichen Notwendigkeit einer Anpassung des Sexualstrafrechts (insbesondere § 177 StGB) an die Vorgaben der Konvention des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention) von 2011 (<https://www.djb.de/Kom/K3/st14-07/>); Rabe/ v. Nornan, „Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen - Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht“, deutsches Institut für

aufgrund europäischer Vorgaben gehalten, *jegliche* Fälle nicht einverständlicher sexueller Handlungen unter Strafe zu stellen. Erforderlich sei dies insbesondere zur Umsetzung von Artikel 36 der so genannten Istanbul-Konvention (Übereinkommen des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11. Mai 2011).

II. Die Umsetzung der „Istanbul-Konvention“

Artikel 36 Abs. 1 des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11. Mai 2011, das die Bundesrepublik gezeichnet, jedoch noch nicht ratifiziert hat, lautet:

Article 36 (Sexual violence, including rape)

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

- a. engaging in **non-consensual** vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object;*
- b. engaging in other **non-consensual** acts of a sexual nature with a person;*
- c. causing another person to engage in **non-consensual** acts of a sexual nature with a third person.*

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

(3) (...)

Danach sind alle nicht einverständlichen, sexuell bestimmten Handlungen mit einer anderen Person im Falle vorsätzlichen Handels unter Strafe zu stellen. Allerdings ergibt sich aus dem „Erläuternden Bericht“ zu der Konvention, dass zur Klärung der Frage, ob eine wirksames Einverständnis vorliegt, eine umfassende Beweiswürdigung zu erfolgen hat und dass es den Vertragsparteien überlassen bleibt, über die genaue Formulierung in der Gesetzgebung sowie über die Faktoren zu entscheiden, die eine freie Zustimmung ausschließen:

Nr. 192 des Explanatory Report:

Prosecution of this offence will require a context-sensitive assessment of the evidence in order to establish on a case-by-case basis whether the victim has freely consented to the sexual act performed. Such an assessment must recognise the wide range of behavioural responses to

sexual violence and rape which victims exhibit and shall not be based on assumptions of typical behaviour in such situations. It is equally important to ensure that interpretations of rape legislation and the prosecution of rape cases are not influenced by gender stereotypes and myths about male and female sexuality.

Nr. 193 Explanatory Report:

*In implementing this provision, Parties to the Convention are required to provide for criminal legislation which encompasses the notion of lack of freely given consent to any of the sexual acts listed in lit.a to lit.c. It is, however, **left to the Parties to decide on the specific wording of the legislation and the factors that they consider to preclude freely given consent.** Paragraph 2 only specifies that consent must be given voluntarily as the result of the person's free will, as assessed in the context of the surrounding circumstances.*

Während im Schrifttum teilweise vertreten wird, dass das geltende Recht – jedenfalls bei zutreffender Auslegung – bereits heute den Anforderungen der Istanbul-Konvention genüge,² wurde die Forderungen nach einer grundlegenden Reform des Sexualstrafrechts im politischen Raum aufgegriffen.³ Die 85. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister hat am 6. November 2014 in Berlin folgenden Beschluss gefasst:

- 1. Die Justizministerinnen und Justizminister sind sich einig, dass ein effektiver Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung von herausragender Bedeutung ist.*
- 2. Die Justizministerinnen und Justizminister begrüßen das Vorhaben des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz zu prüfen, ob und gegebenenfalls inwieweit aus Artikel 36 des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (CETS 210 - Istanbul-Konvention) gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Hinblick auf die Strafbarkeit nicht einvernehmlicher sexueller Handlungen folgt.*
- 3. Die Justizministerinnen und Justizminister unterstützen die Absicht des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz, die Prüfung auch darauf zu erstrecken, ob und gegebenenfalls inwieweit grundsätzlicher gesetzgeberischer Handlungsbedarf beim strafrechtlichen Umgang mit nicht einvernehmlichen sexuellen Handlungen besteht.*
- 4. Sie bitten den Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz, die Prüfung zügig voranzutreiben und ggf. Vorschläge für gesetzgeberische Maßnahmen vorzulegen.*

Am 28. Januar 2015 führte der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags eine öffentliche Anhörung zu der Frage durch, ob vor dem Hintergrund der Istanbul-Konvention eine Ergänzung des deutschen Strafgesetzbuchs erforderlich sei, um einen hinreichenden

² Kritisch zum Reformbedarf: Frommel, <http://www.sueddeutsche.de/panorama/2.220/rechtsprechung-wo-beginnt-vergewaltigung-1.2331813>; Fischer, ZIS 2015, 302 (318); Gerhold, JR 2016, 122 f.; anderer Ansicht u.a.: Blume/Wegner, HRRS 2014, 357 f.; Hörnle, ZIS 2015, 206 f.

³ Antrag der Abgeordneten Ulla Schauws, Katja Keul, Katja Dörner, Renate Künast, Dr. Franziska Brantner, Doris Wagner, Beate Walter-Rosenheimer, Kai Gehring, Maria Klein-Schmeink, Tabea Rößner, Elisabeth Scharfenberg, Kordula Schulz-Asche, Dr. Harald Terpe, Claudia Roth (Augsburg) und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, „Artikel 36 der Istanbul-Konvention umsetzen – Bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller Gewalt und Vergewaltigung schließen“ (BT-Drs. 18/1969).

und den europäischen Standards genügenden Schutz der sexuellen Selbstbestimmung zu gewährleisten.⁴ Mehrheitlich wurde dabei ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestätigt.⁵

Im Anschluss setzte das BMJV – im Februar 2015 – eine **Reformkommission** zur Überarbeitung des 13. Abschnittes des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs ein. Die Kommission soll Empfehlungen erarbeiten, auf deren Grundlage ein Gesetzentwurf zur umfassenden Reform des Sexualstrafrechts erstellt werden soll. Das BMJV erwartet den Abschlussbericht der Kommission nicht vor Herbst 2016.⁶

Parallel dazu erarbeitete der das BMJV den nunmehr vorliegenden Referentenentwurf. Ein alternativer Vorschlag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für einen „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches zur Verbesserung des Schutzes vor sexueller Misshandlung und Vergewaltigung“ liegt seit dem 01.07.2015 gleichfalls vor.⁷ Weiteren rechtspolitischen Auftrieb erhielt das Vorhaben durch die Vorfälle der Kölner Silvesternacht.⁸

III. Problemstellung und Lösung im Referentenentwurf

Das Vorhandensein einer „Schutzlücke“ im geltenden Sexualstrafrecht wird insbesondere in folgenden Fallkonstellationen diskutiert:

- Der Täter nutzt ein Überraschungsmoment, wodurch das erschrockene Opfer keinen Abwehrwillen bilden kann und keine Gegenwehr leistet.
- In einer grundsätzlich gewaltbesetzten Beziehung wagt das Opfer keinen Widerstand, so dass die notwendige finale Verknüpfung zwischen Gewalt und sexueller Handlung nicht besteht.
- Das Opfer befindet sich in einer subjektiv schutzlosen Lage oder verzichtet nicht aus Angst vor Gewalt auf Gegenwehr, sondern aus Scham oder aufgrund der Überlegung, dass die Tat ohne Widerstand schneller überstanden sein werde.
- Der Täter droht nicht mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben, sondern beispielsweise mit sozialen oder finanziellen Nachteilen, mit der Veranlassung einer Ausweisung oder Abschiebung, dem Verlust des Arbeitsplatzes oder anderen Nachteilen.

⁴ https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2015/kw05_pa_recht/356430

⁵ LOStAin Birgit Cirullies und VRiBGH Prof. Dr. Thomas Fischer verneinten eine Reformbedürftigkeit des § 177 StGB. OStA Gregor Eisenhuth (StA München I) plädierte für eine weniger restriktive Auslegung des § 177 Absatz 1 Nr. 3 StGB, RA'in Christina Clemm, Katja Grieger (Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe, bff: Frauen gegen Gewalt e.V.), Prof. Dr. Jörg Eisele (Universität Tübingen) und Prof. Dr. Joachim Renzikowski (Universität Halle-Wittenberg) unterbreiteten verschiedene Formulierungsvorschläge für eine Änderung bzw. Ergänzung des § 177 StGB, wobei ist der Referentenentwurf an ehesten an den Vorschlag Eiseles anlehnt.

⁶ So der Parlamentarische Staatssekretär im BMJV Lange am 28. Januar 2016.

⁷ Gesetzentwurf der Abgeordneten Katja Keul, Ullé Schauws, Renate Künast, Luise Amtsberg, Volker Beck (Köln), Monika Lazar, Irene Mihalic, Özcan Mutlu, Dr. Konstantin von Notz, Hans-Christian Ströbele und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, „Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches zur Verbesserung des Schutzes vor sexueller Misshandlung und Vergewaltigung“ (BT-Drs. 18/5384).

⁸ Bundesminister Maas: „Neues Sexualstrafrecht soll Frauen Mut machen“, <http://www.rp-online.de/panorama/deutschland/neues-sexualstrafrecht-soll-laut-heiko-maas-frauen-mut-machen-aid-1.5707827>.

Der Referentenentwurf schlägt als Lösung vor, § 240 Absatz 4 Satz 2 Nummer 1 StGB ersatzlos aufzuheben und § 179 StGB wie folgt neu zu fassen:

„Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung besonderer Umstände

(1) *Wer unter Ausnutzung einer Lage, in der eine andere Person*

1. *aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustands zum Widerstand unfähig ist,*
2. *aufgrund der überraschenden Begehung der Tat zum Widerstand unfähig ist oder*
3. *im Fall ihres Widerstandes ein empfindliches Übel befürchtet,*

sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder an sich von dieser Person vornehmen lässt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen der Nummern 2 und 3 mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) *Ebenso wird bestraft, wer eine andere Person dadurch missbraucht, dass er sie unter Ausnutzung einer in Absatz 1 Nummer 1, 2 oder 3 genannten Lage dazu bestimmt, sexuelle Handlungen an einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen.*

(3) *In besonders schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr zu erkennen. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn*

1. *der Täter eine Lage ausnutzt, in der das Opfer einer Gewalteinwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, oder*
2. *die Widerstandsunfähigkeit nach Absatz 1 Nummer 1 auf einer Behinderung des Opfers beruht.*

(4) *Der Versuch ist strafbar.*

(5) *Auf Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren ist zu erkennen, wenn*

1. *der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder ähnliche sexuelle Handlungen an ihm vornimmt oder an sich von ihm vornehmen lässt, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind,*
2. *die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird oder*
3. *der Täter das Opfer durch die Tat in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung oder einer erheblichen Schädigung der körperlichen oder seelischen Entwicklung bringt.*

(6) *In minder schweren Fällen des Absatzes 5, in denen der Täter eine Lage nach Absatz 1 Nummer 1 ausnutzt, ist auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, in den übrigen minder schweren Fällen des Absatzes 5 auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren zu erkennen.“*

IV. Entwurfskritik

1. Grundsätzliche Erwägungen:

Seit der letzten wesentlichen Umgestaltung der Vorschriften über die Vergewaltigung und sexuelle Nötigung sowie den sexuellen Missbrauch im Juli 1997 durch das 33. *Strafrechtsänderungsgesetz* vom 01. 07.1997 (BGBl. I 1607) haben die Vorschriften des Sexualstrafrechts allein vier maßgebliche Umgestaltungen erfahren.⁹ Entstanden ist durch eine „weitgehend symbolische und aktionistische Gesetzgebung“ ein konzeptionsloses und bruchstückhaftes Gesetzeswerk,¹⁰ dessen unübersichtliche Regelungen „ein Verständnis für den Bürger praktisch ausschließt.“¹¹ Die zahlreichen Änderungen gerade in jüngerer Zeit bereiten der Praxis – auch im Hinblick auf § 2 Absatz 3 StGB – ganz erhebliche Schwierigkeiten.

Daher ist es nachdrücklich zu begrüßen, dass das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz im Februar 2015 eine **Reformkommission** zur Überarbeitung des 13. Abschnittes des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs eingesetzt hat, die Empfehlungen erarbeiten soll, auf deren Grundlage eine Neuordnung des Sexualstrafrechts „aus einem Guss“ erfolgen soll.

Die Reformkommission wird auch zu klären haben, inwieweit Art. 36 der sog. „Istanbul-Konvention“ tatsächlich Umsetzungsbedarf im innerstaatlichen Recht auslöst. Die Vorgabe, dass jede „nicht einvernehmliche“ sexuelle Handlung unter Strafe zu stellen ist, ist mit der Maßgabe umzusetzen, dass es den Vertragsparteien überlassen ist, in der Gesetzgebung über die genaue Formulierung und über die Faktoren zu entscheiden, die eine freie Zustimmung ausschließen. Der Erläuternde Bericht zur Istanbul Konvention (dort Rn 191, 193) nimmt ausdrücklich Bezug auf das Urteil des EGMR vom 04.12.2003 (Az 39272/98). Aus der Zusammenschau des Erläuternden Berichts und dem genannten Urteil des EGMR (dort Rn. 161) ergibt sich, dass den Vorgaben der Istanbul-Konvention durch Auslegung der nationalen Vorschriften, auch wenn diese die Begriffe „Gewalt“ oder „Bedrohung“ beinhalten, genüge getan werden kann.

In seiner Begründung nimmt der Referentenentwurf diese Überlegungen zutreffend auf und legt dar, dass ein gesetzgeberisches Konzept, welches an das Fehlen eines Einverständnisses mit der sexuellen Handlung anknüpfe, einen Paradigmenwechsel darstelle, der eine grundlegende Überarbeitung des gesamten 13. Abschnittes des Besonderen Teil der Strafgesetzbuchs erforderlich mache. Es handelt sich bei der derzeit in der Diskussion befindlichen Neukonzeption mit *Fischer* um eine „weitgehend neue, abweichende Konstruktion strafbaren Zwangs, die sich von den bisherigen Regelungen grundlegend unterscheidet: Zwang durch Missachtung von Autonomie.“¹² Ein solcher Paradigmenwechsel bedarf sorgfältiger Überlegung, die wiederum Zeit und eine ergebnisoffene Diskussionskultur erfordert.

Umso unverständlicher ist es, dass mit der vorgesehenen Neuregelung der §§ 177 und 179 StGB – offenbar erneut aus primär politisch motiviertem Aktionismus – dieser Paradigmenwechsel praktisch

⁹ Durch das *6. StrRG* v. 26.1.1998 (BGBl. I 164), das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung v. 27.12.2003 (BGBl. I 3007), das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie (*ABl. Nr. L 13 v. 20.1.2004, S. 44*) und im letzten Jahre durch das 49. StÄG v. 21.01.2015 (BGBl. I 10).

¹⁰ Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Vorbemerkungen zu den §§ 174 ff. Rn. 9, beck-online.

¹¹ Fischer, StGB, 63. Auflage, Rdz. 3 vor § 174.

¹² Fischer, ZIS 2015, 312 (313).

bereits vollzogen, wenn nicht gar überzogen wird. Mit der Begründung, der strafrechtliche Schutz von Frauen und Männern solle zügig verbessert werden, wird vorgeschlagen, dass es nicht einmal mehr der äußeren Manifestation des entgegenstehenden Willens des Opfers bedürfen soll. Allein die Furcht des Opfers vor einem (möglicherweise nur eingebildeten) empfindlichen Übel und das Ausnutzen dieser Furcht durch den Beschuldigten soll dessen Strafbarkeit begründen.

Diese Übereilung ist auch nicht vor dem Hintergrund des Inkrafttretens der Istanbul-Konvention geboten, denn Deutschland hat die Konvention (noch) nicht ratifiziert¹³. Eine völkerrechtliche Verpflichtung zur Ratifikation aufgrund der Unterzeichnung besteht nicht. Die Ratifikation sollte deshalb erst erfolgen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür nach gehöriger Prüfung und Abwägung hergestellt worden sind. Weder in zeitlicher, noch in formeller, noch in inhaltlicher Hinsicht besteht ein akuter Handlungsbedarf.

Es liegt auf der Hand, dass die übereilte, faktische Vorwegnahme des Paradigmenwechsels sich in Widerspruch setzen wird zu dem Regelungskonzept „Ein Nein ist ein Nein!“, welches die Reformkommission zu prüfen und in einen geeigneten Gesetzgebungsvorschlag umzusetzen hat. Massive Anwendungsprobleme in Hinblick auf § 2 Absatz 3 StGB werden - zumal angesichts der langen Verjährungsfristen im Sexualstrafrecht - die Folge sein. Das in § 2 Absatz 3 StGB Vorschrift verankerte Meistbegünstigungsgebot umfasst nämlich auch jedes im konkreten Einzelfall günstigere „Zwischenrecht“¹⁴. Bei nachträglichen Verschärfungen ist der Täter so zu stellen als sei das Strafverfahren zur Geltungszeit der konkret mildesten Rechtslage geführt worden.¹⁵ Die Auswirkungen dieser unklaren Regelungslage auf die Opfer, die in der Beratungssituation vor allem nach Sicherheit und Verlässlichkeit streben, um ihre Autonomie wieder zu gewinnen, wären verheerend.

2. Zu den einzelnen Vorschriften

- a) Das Tatbestandsmerkmal „**psychischer Zustand**“ in § 179 Absatz 1 Nummer 1 StGB-E begegnet erheblichen Bedenken im Hinblick auf seine Bestimmtheit. Ausweislich der Entwurfsbegründung soll es anhand medizinisch-psychologischer Kriterien konkretisiert werden und „psychische Disharmonien“ nicht erfassen. Der – ohnehin nur auf Seite 14 der Begründung vorhandene – Verweis auf die §§ 171 bzw. 218c StGB ist dabei nicht hilfreich, denn auch in den genannten Vorschriften wird der Begriff des „psychischen“ Zustands bzw. Entwicklung bzw. Auswirkung nicht näher bestimmt
- b) Mit dem Tatbestandsmerkmal „**aufgrund der überraschenden Begehung der Tat zum Widerstand unfähig**“ wird in § 179 Absatz 1 Nummer 2 StGB-E offenbar beabsichtigt, „überfallartige“ Zudringlichkeiten, die mangels Nachweises eines Beleidigungsvorsatzes derzeit zum Teil straflos bleiben, zu erfassen. Weiterhin soll es aber dabei bleiben, dass lediglich „sexuelle Handlungen“ im Sinne des § 184h Nummer 1 StGB die Strafbarkeit auslösen, was kann angesichts einer Mindeststrafe von drei Monaten Freiheitsstrafe selbst im denkbar geringsten minder schweren Fall auch nicht anders sein kann. Für diese Fälle indessen besteht eine Strafbarkeitslücke bereits jetzt nicht.

Ob die Erheblichkeitsschwelle des § 184h Nummer 1 StGB überschritten ist, bestimmt sich nach dem Grad der Gefährlichkeit der Handlung für das jeweils betroffene Rechtsgut. Von Bedeutung sind dabei vor allem Art, Intensität und Dauer des sexualbezogenen Vorgehens, zusätzlich der Handlungsrahmen, in dem der unmittelbar sexualbezogene Akt begangen wird, sowie die

¹³ Referentenentwurf des BMJV, S. 1.

¹⁴ BGHSt 39, 370.

¹⁵ Fischer, StGB, 63. Auflage, § 2 Rdz. 4.

Beziehung der Beteiligten untereinander. Die Schwelle zur Erheblichkeit wird überschritten, wenn es nicht nur zu kurzen, unbedeutenden Berührungen kommt (BGH, Beschluss vom 08. September 1999 – 3 StR 357/99 –, juris). Gerade schnelle Übergriffe, denen die Betroffenen aufgrund der überraschenden Begehung der Tat Widerstand nicht entgegensetzen können, scheiden typischerweise aus.¹⁶

Kommt es in diesem Sinne zu „erheblichen Übergriffen“ im öffentlichen Raum – wie beispielsweise in der Silvesternacht in Köln – sind regelmäßig auch Nötigungsmittel im Spiel, mindestens aber erfüllt das Geschehen den Tatbestand der Beleidigung, weil nach den Umständen in dem Verhalten des Täters zugleich eine von ihm gewollte herabsetzende Bewertung des Opfers zu sehen ist (OLG München, Urteil vom 20. Oktober 2008 – 5St RR 180/08 –, Rn. 20, juris). Der Referentenentwurf bleibt eine Erklärung dafür schuldig, wieso eine Heraufsetzung der Strafdrohung - die Mindestfreiheitsstrafe soll sechs Monate, in minder schweren Fällen drei Monate betragen – in diesem Maße erforderlich und verhältnismäßig ist.

Neu erfasst würden durch den Tatbestand wohl primär Annäherungsversuche in nicht öffentlichem Rahmen und damit insbesondere innerhalb einer Paarbeziehung, soweit sie einen „überrumpelnden“ Charakter aufweisen. Abgesehen von den auf der Hand liegenden Beweisschwierigkeiten, die diese Fallkonstellation mit sich brächte, rechtfertigt nichts eine derartige Intervention in selbstverantwortliche gestaltete Paarbeziehungen erwachsener Menschen. Dem soll vorsorglich durch eine Ausgestaltung als relatives Antragsdelikt Rechnung getragen werden. Dies zeigt mit aller Deutlichkeit den rechtssystematisch verfehlten Ansatz: Zum einen wegen des gesetzlichen Mindeststrafrahmens von sechs Monaten Freiheitsentzug, der ein öffentliches Verfolgungsinteresse an sich indizieren müsste, zum anderen wegen des evidenten Widerspruchs zwischen der kurzen Strafantragsfrist des § 77b StGB (drei Monate) und den zuletzt wieder massiv ausgeweiteten Verjährungsfristen der Sexualdelikte.

Die Vorschrift erweist sich in der vorliegenden Fassung als überflüssig, nicht praktikabel und unverhältnismäßig.

- c) Die in Aussicht genommene Strafbarkeit in Fällen, in denen das Opfer „**im Fall des Widerstandes ein empfindliches Übel befürchtet**“ geht – wie in Abschnitt IV.1 bereits dargelegt – über das Prinzip: „Ein Nein muss ein Nein sein“ weit hinaus. Dies gilt umso mehr, als die Begründung zum Gesetzentwurf ausdrücklich vorsieht, dass eine zeitliche Kongruenz zwischen (unterlassenem) Widerstand und befürchtetem Übel nicht bestehen muss. Eine – sich ausschließlich in der Vorstellung des Opfers abspielende – wie auch immer geartete Androhung eines Übels in der Vergangenheit oder auch eine Gefahr der Androhung eines Übels in der Zukunft, soll für eine Strafbarkeit grundsätzlich ausreichen. Das Opfer soll augenscheinlich davor geschützt werden, eine ablehnende Haltung zum Sexualkontakt auch nur artikulieren zu müssen, und das auf die Gefahr hin, dass es sich ein Übel vorstellt, das in Wirklichkeit gar nicht existiert. Die Verantwortungsbereiche zweier erwachsener Menschen werden damit einseitig auf die Person verlagert, die zufällig als erste die Initiative ergreift.

¹⁶ Misslungener Kussversuch (BGH, Urteil vom 24. September 1987 – 4 StR 419/87 –, Rn. 4, juris); Streicheln des (bedeckten) Beines (BGH, JR 2002, 71, 72), „Begrapschen“ BGH NStZ.-RR 1997, 292. Weitere Nachweise bei Fischer, StGB, 63. Auflage, § 185, Rdz. 7.

Im Ergebnis gibt man den Opfern hier Steine statt Brot, weil der Nachweis, dass der Beschuldigte sich im Zeitpunkt des Übergriffs dieser Umstände bewusst war, faktisch kaum jemals zu führen sein wird. Wenn das Opfer ein Übel nur „befürchtet“, sich aber nicht artikuliert und auch nicht konkludent erkennen lässt, dass es den Sexualkontakt nicht möchte, kann der Beschuldigte schlechterdings nicht erkennen, dass seine Zudringlichkeiten unwillkommen sind. Der Entwurf läuft hier Gefahr, die Tür zu einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit aufzustoßen, wenn der Beschuldigte sich sagen lassen muss, er habe verkannt, was sich jedem anderen vernünftigen Menschen geradezu aufgedrängt hätte. Vor diesem Hintergrund hat etwa der Gesetzgeber in Österreich bei der Umsetzung der Istanbul-Konvention durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2005 aus guten Gründen davon abgesehen, das bloß innere Vorliegen einer Ablehnung, ohne dass diese nach außen hin erkennbar geworden ist, in den Tatbestand mit einzubeziehen, ohne auch zugleich die Gründe in Rechnung zu stellen, aus denen die Willensäußerung im konkreten Fall unterblieben ist.¹⁷

Abgesehen von der fehlenden Nachweisbarkeit des „Ausnutzungswillens“ oder „Ausnutzungsbewusstseins“ des Beschuldigten, birgt eine Regelung, die eine Strafbarkeit im Wesentlichen darauf gründet, was sich das Opfer im Tatzeitpunkt denkt und wie der Beschuldigte auf diese vermeintlichen Gedanken des Opfers reagiert, nicht nur die Zwangsläufigkeit teleologischer Reduktion, sondern – damit verbunden – die große Gefahr der Einzelfalljudikatur, vergleichbar der Rechtsprechung zur Frage des Vorliegens des Mordmerkmals der Heimtücke.

Hinzu kommt, dass beim Wegfall jeder Manifestierung der Überwindung des entgegenstehenden Opferwillens nach außen, dem Missbrauch des Tatbestandes durch vermeintliche Opfer Tür und Tor geöffnet ist. Man denke nur an die sich bereits jetzt häufenden Fälle der Vorwürfe gegen den ehemaligen Lebenspartner im Rahmen eines Sorgerechtsstreits („Er hat mir damit gedroht, dass er mir die Kinder wegnimmt.“). Das vermeintliche Opfer hingegen hätte im Falle der missbräuchlichen Anzeige einer nach § 179 Absatz 1 Nr. 3 StGB – E wenig zu befürchten, denn für den Beschuldigten bzw. die Strafverfolgungsorganen dürfte ein Ermittlungsverfahren gegen ein vermeintliches Opfer äußerst schwer zu führen sein, da sich kaum beweisen lassen dürfte, dass bezüglich innerer Vorgänge eine Falschaussage oder Falschbeschuldigung getätigt wurde. Das bisher vorhandene Korrektiv der §§ 153 ff bzw. 164 StGB entfielen damit faktisch.

Die Bundesrechtsanwaltskammer spricht sich daher nachdrücklich gegen eine gesetzliche Regelung aus, in der die Notwendigkeit einer Manifestation des entgegenstehenden Opferwillens gänzlich fehlt. Dies nicht nur aus den genannten Gründen, sondern darüber hinaus auch aufgrund der Tatsache, dass die geplante Neuregelung des § 179 StGB-E in sich inkonsistent ist, wenn, so die geplante neue Überschrift, der „Sexuelle Missbrauch unter Ausnutzung besonderer Umstände“ unter Strafe gestellt werden soll. Zu dieser Überschrift passen die Regelungen der § 179 Absatz 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB – E insofern, als hier von außen erkennbare, mithin also objektivierbare Kriterien, also „Umstände“ im Sinne der geplanten Überschrift geregelt sind. Dies trifft jedoch für die geplante Neuregelung des § 179 Absatz 1 Nr. 3 StGB – E gerade nicht zu, nachdem hier nur innere Vorgänge, die gerade keine erkennbaren „Umstände“ sind, die Strafbarkeit begründen. Ein bereits bei der bisherigen Regelung des § 177 Absatz 1 zwischen den Nr. 1 und Nr. 2 mit der Nr. 3 bestehender Wertewiderspruch¹⁸ würde wiederholt.

Schließlich darf der Gesetzgeber auch die grundsätzliche Eigenverantwortlichkeit des Einzelnen für sein Tun nicht außer Acht lassen. Menschen sind in vielerlei Abhängigkeiten ausgesetzt, die sie befürchten lassen, die Ablehnung eines Sexualkontakts könne negative Folgen für sie haben. Die §§ 174 ff. StGB regeln deshalb, dass in bestimmten Konstellationen eines Machtgefälles – z.B.

¹⁷ 689 der Beilagen XXV. GP - Regierungsvorlage - Erläuterungen, S. 34 f..

¹⁸ Referentenentwurf des BMJV, S. 9 f.

gegenüber Amtsträgern, Therapeuten oder Erziehungsberechtigten, die ihre Machstellung ausnutzen können – die Entscheidung des Opfers nicht als eine autonome anerkannt wird.¹⁹ Ist die Willensentschließung des Opfers hingegen nicht aufgehoben, mag das Verhalten des Täters zwar unmoralisch sein. Dann aber obliegt es jeder Person selbst, eine Abwägung verschiedener Übel gegeneinander vorzunehmen und einen entgegenstehenden Willen gegebenenfalls zu artikulieren. Einer massiven Ausweitung des Schutzes durch die Rechtsordnung bedarf es nicht (so auch Stellungnahme der Deutschen Richterbundes Nr. 3 / 16, S. 5 f). Erst recht nicht nachvollziehbar ist in dieser Situation der im Vergleich zu den §§ 174 ff. StGB deutlich überzogene Strafraumen. Systematisch besser passend und im Rahmen der Prüfung durch die Reformkommission zu erwägen, wäre vielmehr eine Regelung vergleichbar dem im österreichischen StGB neu geschaffenen § 205 a ö-StGB („Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung“)²⁰, der die Vorgaben der Istanbul-Konvention umsetzt, den Tatbestand aber gleichzeitig mit einer in das abgestufte System der §§ 201 ff ÖStGB passenden Strafandrohung von Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren versieht.

V. Ergebnis

Die Bundesrechtsanwaltskammer spricht sich im Ergebnis gegen die im Referentenentwurf vorgeschlagene Neuregelung aus, die systematisch unausgegoren ist und angesichts der vorhersehbaren Beweisschwierigkeiten die Erwartungen von Opfern sexueller Übergriffe notwendig enttäuschen wird. Die Bundesrechtsanwaltskammer empfiehlt nachdrücklich, der Arbeit der Reformkommission zur Überarbeitung des 13. Abschnittes des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs nicht vorzugreifen.

¹⁹ Fischer, ZIS 2015, 312 (316).

²⁰ www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296