

## Sex wider Willen – Anmerkungen zu dem Grund und den Grenzen der Strafbarkeit von nicht konsensual verlaufendem Geschlechtsverkehr\*

*In memoriam Herbert Jäger (1928 – 2014)*

### Summary

*The "expansion of criminal law" is increasingly aligned to political campaigns and moral crusades. Any understanding for the principles of the limitation of criminal law and criminal proceedings law, such as the principle of legality and the function of guaranteeing factual findings, the presumption of innocence and the rights of defence of the accused are consistently being eroded within this process. Sexual criminal law, in particular, is currently the object of such "remoralisation" and scandalising criminal policy. This trend is discussed on the basis of the example of the demands for a tightening of factual findings relating to rape.*

### Résumé

*L' « expansion du droit pénal » prend de plus en plus des allures de campagnes politiques et de croisades de moralisation. Dans le même temps, les principes qui délimitent le droit pénal et le droit procédural pénal, tels que le principe de légalité et la fonction de garantie du délit, la présomption d'innocence et les droits de défense de l'accusé, sont de moins en moins compris. Le droit pénal en matière sexuelle est particulièrement sujet, de nos jours, à ce type de « remoralisation » et de politique criminelle friande de scandales. Ce phénomène sera examiné sur l'exemple des revendications appelant à un durcissement des peines pour les délits de viol.*

### I.

*Herbert Jäger war ein mutiger und souveräner Strafrechtswissenschaftler. Gegen den Strom der herrschenden Lehre und Rechtsprechung tritt er in den 50er Jahren des 20. Jahrhunderts gegen das moralisierende, durch Doppelmoral und lückenlosen Kontrolleifer geprägte Sexualstrafrecht der damaligen Zeit und setzte sich für eine Aufklä-*

---

\* Felix Herzog ist Professor am Fachbereich Rechtswissenschaft, BRIK, der Universität Bremen. Für anregende Gespräche und wichtige Hinweise danke ich *Monika Frommel* und *Jorgos Sotiriadis*.

rung durch Psycho-, Sexual- und Sozialwissenschaften ein;<sup>1</sup> in den frühen 60er Jahren habilitierte er sich über „Verbrechen unter totalitärer Herrschaft“ und zeigte in nüchterner Sprache, ohne jeden Gestus der Empörung, kriminologisch auf, wie das Morden in den Konzentrationslagern und bei den Vernichtungsaktionen sehr wohl einer individuellen Zurechnung von Unrecht zugänglich war.<sup>2</sup> Währenddessen arbeitete die – mehr oder weniger in das NS-Regime verstrickte – Vätergeneration der Strafrechtswissenschaft<sup>3</sup> und die Rechtsprechung des BGH<sup>4</sup> an den aberwitzigsten Konstruktionen, um die Schergen des NS-Regimes von der Mordstrafbarkeit freizustellen.<sup>5</sup> Später hat *Herbert Jäger* daraus den klassisch gewordenen Begriff der *Makrokriminalität* entwickelt und – mutig wie er war – auch auf Phänomene wie die US-amerikanischen Interventionen zur Bekämpfung des „Kommunismus“ im Kalten Krieg und die atomare Ausrüstung angewandt.<sup>6</sup>

Das Sexualstrafrecht sollte *Herbert Jäger* sein ganzes wissenschaftliches Leben lang beschäftigen. Seit seiner Dissertation im Jahre 1957 setzte er sich immer wieder gegen den lückenlosen Verfolgungseifer auf diesem Gebiet und für ein liberales aufgeklärtes Sexualstrafrecht ein. Insbesondere was die Verfolgung der Homosexualität anbelangte, hatte er ein feines Gespür dafür, wie die Repression von Sexualität durch die Verbreitung von Sexualmythen und die Zuschreibung von diffusen Gefährlichkeiten – wie der Aggressivität der männlichen Sexualität oder der hohen Verführungsneigung gegenüber „Knaben“<sup>7</sup> – moralisierend hinterlegt und aufgeladen werden kann und artikulierte dies auch in seinen Stellungnahmen.<sup>8</sup> Als Student hatte ich Gelegenheit, zu erleben, wie *Herbert Jäger* – der seine Anmerkungen stets mit hanseatischer Nüchternheit und allenfalls leiser Ironie vortrug – damit noch Ende der 70er Jahren auf schroffe Ablehnung gerade bei manchen, die sich als fortschrittlich verstanden, stieß: Ein Artikel in dem Frankfurter Szene-Magazin „Pflasterstrand“, in dem das sog. *Schwanzficken* gegen die feministische Kritik verteidigt wurde, löste ein Erdbeben aus, das bis zur Besetzung der Redaktion durch empörte Frauen führte. Als Liberaler sah *Herbert Jäger* darin einen gravierenden Angriff auf die Pressefreiheit, zudem aus tief irrationalen Gründen, und machte eine Bemerkung der Art, dass Männer nun einmal von der Natur so eingerichtet seien, beim Geschlechtsverkehr den „Schwanz“ zu benutzen; das könne doch nicht per se böse sein, es sei denn, es sei dabei Gewalt im Spiel. Auf diesen Kern eines strafwürdigen, weil die betroffene Person in ihrer Integrität und sexuellen Freiheit erfassenden

1 *Jäger*, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sexualdelikten, Stuttgart 1957, S. 1 ff. (Einführung).

2 *Jäger*, Verbrechen unter totalitärer Herrschaft, Olten 1967.

3 *Vogel*, Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, Berlin 2004..

4 Vgl. die (Entschuldigungs-)Rede des damaligen Präsidenten des BGH *Hirsch* aus dem Jahr 2004, Justiz im Dritten Reich und die Aufarbeitung von Justizunrecht, abrufbar unter: <http://www.bundesgerichtshof.de/DE/BGH/Praesidenten/Hirsch/HirschReden/rede29092004.html>.

5 Vgl. *Gerhold/El-Ghazi*, ZIS 2012, 600 ff., abrufbar unter: [http://www.zisonline.com/dat/artikel/2012\\_12\\_719.pdf](http://www.zisonline.com/dat/artikel/2012_12_719.pdf).

6 *Jäger*, Makrokriminalität, Frankfurt 1989.

7 Vgl. BVerfGE 6, 389 (ff.).

8 *Jäger*, Zur Gleichstellung von Homosexualität und Heterosexualität im Strafrecht, in: Vorgänge 1980, 18 ff.

und zum Objekt degradierenden, sexuellen Übergriffs hatte *Jäger* bereits in seiner Dissertation aufmerksam gemacht<sup>9</sup> – und darauf wird zurückzukommen sein.

In der neueren Geschichte der Diskussion um den Vergewaltigungstatbestand wird dagegen eine immer weitere Vergeistigung des Gewaltbegriffs eingefordert<sup>10</sup> und es werden immer neue noch nicht strafbare, aber als strafwürdig angesehene Verhaltensweisen entdeckt, die bedauerlicher Weise auch nicht durch die extensivste denkbare Auslegung der Tatbestandsalternativen erfasst werden könnten.<sup>11</sup> Gegenwärtig wird eine Regelung des Art. 36 des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt des Eurorates vom 11. Mai 2011 [Istanbul-Konvention]<sup>12</sup>

**Artikel 36 – Sexuelle Gewalt, einschließlich Vergewaltigung**

*1 Die Vertragsparteien treffen die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass folgendes vorsätzliches Verhalten unter Strafe gestellt wird:*

*a) nicht einverständliches, sexuell bestimmtes vaginales, anales oder orales Eindringen in den Körper einer anderen Person mit einem Körperteil oder Gegenstand;*

*b) sonstige nicht einverständliche sexuell bestimmte Handlungen mit einer anderen Person;*

*c) Veranlassung einer Person zur Durchführung nicht einverständlicher sexuell bestimmter Handlungen mit einer dritten Person.*

*2 Das Einverständnis muss freiwillig als Ergebnis des freien Willens der Person, der im Zusammenhang der jeweiligen Begleitumstände beurteilt wird, erteilt werden.*

als Treibsatz für eine weitere Debatte benutzt: die gesetzliche Regelung über die Vergewaltigung müsse als obersten Grundsatz des sexuellen Umgangs miteinander „Nein heißt Nein!“ verdeutlichen und sicherstellen, dass jede Form des vorherigen Absprachen nicht entsprechenden und sonst nicht konsensual verlaufenden Geschlechtsverkehrs als eine Vergewaltigung verfolgt werden könne.<sup>13</sup>

Dies hat beachtliche Unruhe in der öffentlichen und strafrechtlichen Debatte ausgelöst; der Bundesrichter *Thomas Fischer* hat in der *Zeit* scharfe Kritik an derartigen Vorstößen geäußert und durch die polemische Zuspitzung seines Aufsatzes, da seien „Langbärtige und sonstige Fanatiker“ am Werk,<sup>14</sup> wiederum die Berliner Strafrechtsprofessorin *Tatjana Hörnle* auf den Plan gerufen, die mehr „Sachlichkeit“ in der Debatte ein-

9 *Jäger*, o. Fn. 1, S. 41 ff.

10 In dieser Richtung fordert zB *Kratzer*, *KritV* 2010, 83 ff. (86 ff.) eine Besinnung auf den vergeistigten Gewaltbegriff bei § 240 StGB.

11 Beispielhaft das Papier des Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe (bff) *Frauen gegen Gewalt e.V.*, „WAS IHNEN WIDERFAHREN IST, IST IN DEUTSCHLAND NICHT STRAFBAR“, Juli 2014, abrufbar unter <http://www.frauen-gegen-gewalt.de/>.

12 Abrufbar unter [www.coe.int/conventionviolence](http://www.coe.int/conventionviolence).

13 Vgl. den Leitartikel „Bleiben vergewaltigte Frauen schutzlos?“, in: *EMMA* Sept./Okt. 2014, abrufbar unter: <http://www.emma.de/artikel/eine-halbe-reform-317741>.

14 *Fischer*, *NEIN* heißt *NEIN* heißt *NEIN*, in: *Die Zeit* 42/2014 v. 9. Okt. 2014.

forderte, sich bei dieser Gelegenheit aber auch zu der „Nein heißt Nein“-Kampagne bekannte.<sup>15</sup>

Die Chance, sich bei Beiträgen zum Sexualstrafrecht in die Nessel zu setzen und irgendeiner verdammungswürdigen Position zugerechnet zu werden, ist groß.

Deswegen als eine Art salvatorische liberal-rechtsstaatliche Klausel vorweg: Den Kern des Strafrechts und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bildet das Schuldprinzip.<sup>16</sup> Für eine entsprechend schwere Verletzung der Freiheitssphäre eines anderen Menschen, des Gebots der Achtung und Anerkennung des anderen Menschen als Person hat der Verantwortliche durch eine verhältnismäßige Strafe einzustehen. Für *alle* Taten aber gelten die Regeln über die gesetzesgebundene Wahrheitsfindung über die Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens und die Feststellung von schuldausschließenden und schuld mindernden Umständen. Es wird nach Tatschuld, nicht nach Lebensführungsschuld und schon gar nicht nach Geschlechtszugehörigkeitsschuld bestraft. Strafschärfungen, die sich auf den Gedanken einer Abschreckung, schlimmer noch der Volkspädagogik stützen, sind nicht nur massiven empirischen Einwänden zu derartigen Vorstellungen über die Wirksamkeit des Strafrechts ausgesetzt,<sup>17</sup> tragen die Gefahr eines jakobinerhaften Strafferrors in sich,<sup>18</sup> verwandeln die Bestrafung in ein Mittel zum Zweck und den betroffenen mutmaßlichen Täter in ein Objekt staatlichen Handelns – geraten damit in Kollision mit dem Menschenwürdeprinzip.<sup>19</sup>

Eingedenk dieser Vorbemerkungen sollen im Folgenden einige Anmerkungen zu der gegenwärtigen Debatte gemacht werden: Wie sind eigentlich die Fallkonstellationen beschaffen, die als Beleg für die Lückenhaftigkeit des Strafrechtsschutzes geltend gemacht werden? Welche Veränderungen sollen eintreten, wenn der Tatbestand auf das Non-Konsensuale der Sexualhandlungen fokussiert wird? Wie sind die semiotischen Voraussetzungen und die forensischen Rahmenbedingungen, um sich eine Überzeugung darüber bilden zu können, ob eine Vergewaltigung stattgefunden hat? Welche Beispiele lassen sich dafür finden, dass die Subjektivierung des Vergewaltigungsbegriffs und die „Kontraktualisierung“ des Sexuallebens statt zur Klarheit über Grenzüberschreitungen, zu „schmutzigen“ Verfahren in den Grauzonen menschlichen Sexualverhaltens führen? Was ist von den konträren Behauptungen einer besonders geringen bzw. besonders hohen Quote von Falschbeschuldigungen im Bereich von Vergewaltigungsvorwürfen und anderen statistischen Behauptungen auf diesem Feld zu halten? Besteht bei § 177 StGB Änderungsbedarf und wie sehen die Grundzüge eines liberal-rechtsstaatlichen Vergewaltigungstatbestandes aus?

15 Hörnle, <http://www.verfassungsblog.de/plaedoyer-fuer-eine-sachlichere-debatte-um-den-vergewaltigungstatbestand/>.

16 St. Rspr. des BVerfG; zuletzt „Deal-Entscheidung“ = BVerfG, 2 BvR 2628/10 v. 19.3.2013, [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319\\_2bvr262810.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20130319_2bvr262810.html), Absatz-Nr. 53 f.

17 Vgl. P.-A. Albrecht, Kriminologie, 4. Aufl., 2010, § 5 B.

18 Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 3 Rn. 32.

19 Badura, JZ 1964, 337 (ff.).

## II.

In der „Fallanalyse“ von „107 Fällen schwerer sexueller Übergriffe konnten anhand von Einstellungsbescheiden und Freispruchsbegründungen“ durch den *Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe (bff) Frauen gegen Gewalt e.V.* drei wesentliche Gesichtspunkte des lückenhaften Schutzes von Frauen gegen sexuelle Übergriffe herausgearbeitet werden:

- Täter dürfen sich wissentlich über den erklärten Willen hinwegsetzen. „Nein“ sagen reicht für eine Strafbarkeit nicht aus.
- Die Widerstandsleistung der Betroffenen ist der zentrale Bezugspunkt für eine Strafbarkeit. Die sexuelle Selbstbestimmung muss aktiv verteidigt werden, sie ist nicht voraussetzungslos geschützt.
- Die deutsche Rechtslage wird den realen Situationen, in denen die Übergriffe stattfinden, nicht gerecht.<sup>20</sup>

Der *Deutsche Juristinnenbund (djb)* betont in seiner Stellungnahme:

*„Nach wie vor gilt sexuelles Handeln am bzw. im Körper eines Anderen ohne dessen Einverständnis als nicht sanktionswürdig. Selbst wenn eine Frau ausdrücklich sagt, dass sie keine sexuellen Handlungen wünscht, und sich während der Tat steif macht und weint, kann dies nach jetziger Rechtslage nicht oder nur bei Feststellung von – wenn auch geringfügigem – physischem Kraftaufwand des Täters als sexuelle Nötigung oder Vergewaltigung bestraft werden. Das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung, das von § 177 StGB geschützt werden soll, wird von unserer Rechtsordnung somit nicht als grundsätzlich schützenswert angesehen.“<sup>21</sup>*

Eine Änderung dieser Rechtslage sei nicht nur durch Art. 36 der Istanbul-Konvention geboten, sondern auch von großer Bedeutung für einen gesellschaftlichen Bewusstseinswandel:

*„unter dem Gesichtspunkt der Normverdeutlichung (seien) die in der Gesellschaft zu erwartenden Effekte einer Gesetzesänderung, die eine Strafbarkeit sexueller Handlungen gegen den Willen des Opfers nicht mehr von zusätzlichen Nötigungsmitteln oder einer schutzlosen Lage abhängig macht, höchst wünschenswert.“<sup>22</sup>*

Dass die „Widerstandsleistung der Betroffenen der zentrale Bezugspunkt für eine Strafbarkeit (ist), die sexuelle Selbstbestimmung aktiv verteidigt werden (muss), (und damit) nicht voraussetzungslos geschützt (ist)“, wird in der Stellungnahme des bff als der Skandal des Vergewaltigungsstrafrechts hervorgehoben.<sup>23</sup> Es werden dann Fälle zusammengetragen, in denen nach zutreffender rechtlicher Würdigung der einstellenden Staatsanwaltschaften de lege lata ein Moment der Gewalt oder der finale Einsatz eines relevanten Nötigungsmittels nicht zu erkennen ist, wenn auch zugleich zutreffend von den Staatsanwaltschaften hervorgehoben wird, dass es sich um ein „gewissenloses und

20 O. Fn. 11.

21 *Deutscher Juristinnenbund (djb)*, Stellungnahme vom 9. Mai 2014, abrufbar unter: [www.djb.de](http://www.djb.de).

22 A.a.O.

23 O. Fn. 11.

moralisch scharf zu missbilligendes Verhalten der Beschuldigten“, oder dass es sich um ein Verhalten handelte, dass „sehr belastend und jedenfalls moralisch höchst fragwürdig war“. <sup>24</sup> Es werden verschiedene Fälle berichtet, in denen sich das Geschehen unter erkennbarer Ablehnung, ja explizitem Nein-Sagen abspielte – indes ein physisch vermittelter Widerstand nicht erkannt werden konnte. Als Erklärung für diese Art von Reaktionslosigkeit wird z.B. Angst wegen des „Wissens um die Bedrohlichkeit des Täters“ oder das Reaktionsmuster der „Schockstarre“ angeführt, um zu begründen, warum das bloße Nein genügen und jede weitere Tatbestandsvoraussetzung die reale Situation von (strafwürdigen) sexuellen Übergriffen verfehle.

Auf diese Sichtweise vom strafwürdigen sexuellen Übergriff wird sogleich zurückzukommen sein. Zunächst wird zu diskutieren sein, welche Anforderungen an das Merkmal des strafwürdigen nicht-konsensualen sexuellen Übergriffs zu stellen sind. Niemand kann ernstlich glauben, dass es zu passgenauen Aussagen von Täter und Opfer dergestalt kommen wird, dass A bekundet, eindeutig Nein gesagt zu haben, und B erklärt, er habe trotz des eindeutigen und von ihm auch so verstandenen Nein seine sexuelle Aktivität gegenüber A fortgesetzt. Es stellen sich also nahezu unüberwindbare Anwendungsschwierigkeiten für die Praxis, möchte man auf das Erfordernis einer wie auch immer gearteten Gewalthandlung und Widerstandsleistung verzichten.

Da es sich in aller Regel um Situationen ohne Zeugen handelt und es sich damit um Konstellationen Aussage gegen Aussage handelt, fragt sich, wie neben der Heranziehung von Glaubwürdigkeitsindikatoren für die Aussagen bzw. durch aussagepsychologische Gutachten, im objektiven Geschehen Anhaltspunkte für den realen Ablauf von Sex ohne Konsens gefunden werden sollten.

Semiotisch und rechtstheoretisch wird zu zeigen sein, dass die Ausweitung des Vergewaltigungsbegriffs zwar dem moralischen Anliegen eines Teils der Frauenbewegung, die mit der gesonderten strafrechtlichen Erfassung von Frauenrechten einen hervorgehobenen Schutz derselben bezweckt, <sup>25</sup> gerecht wird: über eine Erweiterung auf nicht-konsensuales Verhalten könnte es gelingen, die als weitverbreitet unterstellte Praxis männlicher Sexualität, Nein nicht gelten zu lassen und rücksichtslos dem eigenen Trieb zu folgen, zu stigmatisieren. Andererseits verwandelt sich „Vergewaltigung“ auf diese Weise in einen Dispositionsbegriff mit fehlendem empirischen Substrat – moralisch aufgeladene Zuschreibung ersetzt die rechtssichere Subsumtion eines Sachverhalts unter klar bestimmbare deskriptive Tatbestandsmerkmale. Die Unrechtsbeschreibung des Tatbestands verwandelt sich in ein Dispositiv für disziplinierende moralische Diskurse. <sup>26</sup>

24 *Sotiriadis*, Neue Kriminalpolitik (NK) 2015, 57 ff.

25 Eine ähnliche kriminalpolitische Konstellation, bei der die Transformation eines feministischen Anliegens in einen Straftatbestand bei einem weiten Verständnis der Tathandlungen zu paradoxen Folgen führen kann, diskutiert *Sotiriadis*, Die Strafbarkeit der Zwangsheirat nach § 237 StGB: Ein Beitrag zum besseren Schutz von Frauenrechten?, in: Neue Kriminalpolitik (NK) 2015 [im Erscheinen].

26 Im Sinne *Foucaults*, Sexualität und Wahrheit, 1. Der Wille zum Wissen, in: ders., Die Hauptwerke, 2008, S. 1021 ff.

### III.

Was ist das überhaupt: Dissens über eine sexuelle Interaktion? In vertrauten juristischen Kategorien gedacht, kommt man schnell auf den Gedanken, dass dies nur von einem kontraktualistischen Modell der Sexualität her gedacht werden kann. Im traditionellen Modell des Austauschs von Gütern und Leistungen entsteht Konsens durch einen Einigungsprozess auf der Grundlage von Angebot und Annahme.<sup>27</sup> Tatsächlich hat Immanuel Kant in einer teils belächelten, teils scharf kritisierten Sentenz der Metaphysik der Sitten, den sexuellen Austausch zwischen den Geschlechtern genau so beschrieben: nur der Ehevertrag komme als „*Voraussetzung der Lust zum wechselseitigen Gebrauch der Geschlechtseigenschaften*“ in Betracht.<sup>28</sup> Zwar ist dieses kontraktualistische Bild zeitbedingt auf die Ehe fixiert, schließt es aus, dass außerehelich überhaupt so etwas wie Geschlechtlichkeit legitim passieren könnte, und verdammt homosexuelle Beziehungen, gleichwohl scheint es sich um ein wirkungsmächtiges Modell zu handeln. Die Parole „Nein heißt Nein“ kann ins Positive gewendet eine Form annehmen, die jüngst im US-Bundestaat Kalifornien Gesetz für die geschlechtlichen Beziehungen zwischen jungen Menschen in der universitären Ausbildung geworden ist. Nach der Regelung wurde an den staatlichen Universitäten für sexuelle Handlungen auf dem Campus das Prinzip der ausdrücklichen Zustimmung „affirmative consent“ verankert, das vor der Aufnahme eines sexuellen Kontakts die entsprechenden Klärungen verlangt.<sup>29</sup> Dies würde bedeuten, dass eine vorher nicht abgestimmte Ausdrucksform der sexuellen Interaktion sich als Vertragsverletzung darstellt und diese sofort in einen (strafwürdigen) Übergriff verwandelt – übrigens unabhängig vom Geschlecht.

Es sei denn, die beteiligten Personen hielten inne, um einen erweiternden Abstimmungsprozess über die Gestaltung ihres sexuellen Miteinanders vorzunehmen.

Das ursprüngliche kontraktualistische Modell – das im Vorhinein durch Angebot und Annahme ein zu erfüllender Vertrag entsteht – ist in reiner Form eigentlich nur dort anzutreffen, wo es um einen klar definierten Austausch von Sexualität geht – im Bereich der sexuellen Dienstleistungen, und dabei insbesondere solchen aus dem sado-masochistischen Bereich. Hier werden von den entsprechenden Dienstleister/innen („Dominas“ oder „Masters“) aus Gründen der persönlichen Klarstellung und rechtlichen Absicherung sog. Behandlungsverträge schriftlich fixiert.

Nun ist aber der Alltag sexueller Beziehungen sicher nicht so konfiguriert, dass von einem klar definierten *do ut des* auszugehen ist. Möchte man das kontraktualistische Modell übertragen und damit die sexuelle Interaktion normativieren, dann müsste jedenfalls von einer statischen zu einer dynamisierten Form („im ständigen Konsens“) übergegangen werden, die es erlaubt, nach Änderungen der Rahmenbedingungen und des Befindens permanent Änderungen des Vertragsinhalts vorzunehmen oder sich aus dem Vertrag zu lösen.

27 Palandt, BGB, 73. Aufl., 2014, Einf v § 145, Rn. 1: „Vertrag ist die von zwei oder mehr Personen erklärte Willensübereinstimmung über die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges“.

28 Kant, Metaphysik der Sitten, Erster Teil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1. Teil., 3. Abschnitt, §§ 24 ff.

29 EMMA. Vergewaltigung an der Uni: Yes means Yes, 6. Oktober 2014, abrufbar unter: <http://www.emma.de/artikel/vergewaltigung-an-der-uni-yes-means-yes-317831>.

Im Interesse des Schutzes von Frauen müssten die Bedingungen für die Erklärung der Beendigung des Konsenses und damit für die Beendigung der sexuellen Interaktion legalisierenden „Vertrages“ niedrig formuliert werden. Es ist vom Ideal einer kommunikativen Sexualität auszugehen. Dies könnte so aussehen, dass der Akteur, der vom ursprünglichen Konsens abweichen möchte, vorab eine klare verbalisierte Zustimmung einholen muss („*Ich möchte jetzt X tun, bist Du damit einverstanden?*“); die Verantwortung könnte dem von der Abweichung betroffenen Akteur auferlegt werden („*Mit dem was Du jetzt tust, bin ich nicht einverstanden. Das war nicht zwischen uns vereinbart*“); oder es könnten auch non-verbale, konkludente Formen der Aufkündigung des Konsenses als genügend angesehen werden (abwesendes, teilnahmsloses, „schockstarres“ Verhalten; Versuche, den sexuellen Zugang zum Körper zu erschweren oder unmöglich zu machen). Wäre nach diesen Erklärungsmodi von einer Aufkündigung des Konsenses auszugehen, dann verwandelt sich die sexuelle Interaktion ab genau diesem Zeitpunkt in einen sexuellen Übergriff bzw. nach den gegenwärtigen diskutierten Plänen, den Vergewaltigungsbegriff zentral auf den fehlenden Konsens zu stützen, in eine „Vergewaltigung“. Alles andere in der Vorgeschichte wird irrelevant: das vorgängige Sexualleben der Beteiligten, ihre (soweit vorhanden) zurückliegende Beziehungsgeschichte, die Begleitumstände der sexuellen Begegnung, ihre einander bekannten Begierden usw.<sup>30</sup> Hat sich also ein Paar im Urlaub als sexuelle Bekanntschaft gefunden und eine besondere gemeinsame Leidenschaft für Sex an öffentlichen Plätzen entwickelt, dann würde sich ein solcher an sich konsentierter Akt sofort in eine „Vergewaltigung“ verwandeln, wenn A aus welchen Gründen auch immer bei einem solchen Akt plötzlich die Öffentlichkeit als unangenehm empfinden, dies irgendwie verbal oder non-verbal zum Ausdruck bringen würde, und B nicht sofort die sexuelle Interaktion beenden würde. Es stellt sich die Frage, ob man eine solche Reichweite des Begriffs der „Vergewaltigung“ möchte, und ob damit ein Grad der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung erreicht ist, der als Verbrechen mit einer erheblichen Strafdrohung eingestuft werden kann. Es stellt sich auf der Ebene der Beweisführung und richterlichen Überzeugungsbildung die Frage, wie zu dem Urteil einer „Vergewaltigung“ im Lichte solcher Kriterien zu gelangen ist.<sup>31</sup>

#### IV.

Der amerikanische Philosoph *Eric Raitan* hat in seiner Arbeit „*Rape as an Essentially Contested Concept*“ (2001)<sup>32</sup> herausgearbeitet, dass die Definition des Begriffs „Vergewaltigung“ von großer normativer Bedeutung ist, ihm der Stellenwert einer folgenreichen moralischen Bewertung von Verhalten zukommt. Dies sei der Hintergrund für die andauernden Auseinandersetzungen zwischen den feministischen Versuchen, den

30 Vgl. ausführlich dazu *Whisnant*, Feminist Perspectives on Rape, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed.), abrufbar unter: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/feminism-rape/>.

31 In dieser Richtung auch *Frommel*, Vergewaltigung: Hände weg vom Sexualstrafrecht, in: NOVO Argumente 8/2014, abrufbar unter: [http://www.novo-argumente.com/magazin.php/novo\\_notizen/artikel/0001677](http://www.novo-argumente.com/magazin.php/novo_notizen/artikel/0001677).

32 In: *Hypatia* vol. 16, no. 2., S. 44 ff.

Begriff der „Vergewaltigung“ weit über die Bedeutung des gewaltförmigen Übergriffs auf den Körper und Sexualität von Frauen auszudehnen, und dem traditionellen (männlichen) Beharren darauf, dass den Kern des Begriffs der Einsatz von Gewalt ausmache. *Raitan* sieht es als einen begrüßenswerten Prozess in einem moralischen Bewertungskontext an, dass über die Reichweite des Begriffs „Vergewaltigung“, über die Abgrenzung zur „Verführung“ u.ä. Konzepte der sexuellen Interaktion diskutiert wird. Er geht davon aus, dass es unterschiedliche Skripte der sexuellen Begegnung und der Einordnung dessen, was „guter Sex“ ist, zwischen den Geschlechtern gibt. Er sieht es als legitim an, dass Vorgänge, die aus traditioneller Sicht als zur Grauzone gehörig betrachtet werden, aus der feministischen Perspektive in den Kern dessen, was Vergewaltigung ist, gerückt werden. Den Begriff der „Vergewaltigung“ über den Kern hinaus zu redefinieren, bedeute, auch für den Graubereich den gleichen moralischen Affekt zu beanspruchen („*a legitimate linguistic move in the language game of rape*“).<sup>33</sup> Die Definition müsse aber in ihrer Reichweite den „*particular appraisive charakter of rape*“ im Auge behalten und dürfe nicht auf solche Vorgänge ausgedehnt werden, „*that are from every perspective morally innocuous*“.<sup>34</sup> So sei beispielsweise die Position der feministischen Theoretikerin *Sharon Deevee* „*Every fuck is a rape even if it feels nice, because every man has power and privilege over women, whether he uses it blatantly or subtly*“<sup>35</sup> nicht akzeptabel, da sie die Anstrengung und Möglichkeit von Menschen sich von patriarchalen Rahmenbedingungen zu emanzipieren und gemeinsamen „guten Sex“ zu gestalten, schlicht negiere.

Es ist im gesellschaftlich-moralischen Kontext durchaus legitim und fruchtbar, über die Verwendungsweisen des Begriffs zu diskutieren, darüber, welche Art von Handlungen im sexuellen Umgang die moralische Verdammung durch das Urteil „Vergewaltigung“ verdient. Die Transformation einer solchen normativen gesellschaftlichen Verständigung<sup>36</sup> in das strafrechtliche Regulativ steht jedoch vor der Herausforderung, ein Gesetz zu schaffen, dass den Anforderungen des verfassungsrechtlich verankerten strafrechtlichen Bestimmtheitsgebotes (Art. 103 II GG, § 1 StGB) entspricht. Nach der Formulierung von *Franz v. Liszt* ist das Strafgesetz die „*magna charta des Verbrechers*“,<sup>37</sup> d.h. was nicht in den Anwendungsbereich einer strafrechtlichen Norm fällt, gehört in den Bereich der Handlungsfreiheit. Klar ist, dass Begriffe Unschärfen und Grauzonen aufweisen, und – wie der ganze Bereich der Rechtsdogmatik belegt – in ihrer Anwendung neue Bedeutungen erlangen können. Es ist schwer, für ein konkretes Gesetz zu sagen, ob es nicht mehr den Anforderungen an eine bestimmte Textstruktur genügt, oder ob gerade durch diese eine Auslegung die Grenze zur unbestimmten Verwendung überschritten wird.<sup>38</sup> Es lassen sich jedoch allgemeine Aussagen darüber machen, wel-

33 A.a.O., S. 45.

34 A.a.O., S. 54.

35 *Deevee*, Such a nice girl, in: Myron/Bunch (ed.), *Lesbianism and the women's movement*, Baltimore 1975, S. 24.

36 *Herzog*, Die Leute und ihre normative gesellschaftliche Verständigung, in: *Herzog/Neumann* (Hrsg.), *Festschrift für Hassemer*, Heidelberg 2010, S. 49 ff.

37 *v. Liszt*, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. 2, 1905, S. 80.

38 Dies kann sehr illustrativ an den unterschiedlichen Entscheidungen und Voten des BVerfG zum Gewaltbegriff bei § 240 StGB nachvollzogen werden: vgl. BVerfGE 73, 206; 92, 1; 104, 92.

che Art von Tatbestandsgestaltung der Gesetzgeber wählen sollte, um einer Regelung ein sprachlich bestimmtes Gerüst mitzugeben und damit möglichst zu verhindern, dass es zu problematischen Diffusionen in der Anwendung kommt. *Winfried Hassemer* hat in seiner „*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*“ (2. A., 1990) aufgezeigt, dass das Bestimmtheitsprinzip und das Postulat der Bindung des Richters an das Gesetz mit einem „*praktisch unerschöpflichen Vorrat an mehrdeutigen Bestandteilen*“ des Gesetzes konfrontiert ist.<sup>39</sup> Eine besondere Schwierigkeit erwächst daraus bei den sog. Dispositionsbegriffen:<sup>40</sup> „Streng genommen, sind Begriffe wie Absicht, Vorsatz, freiwillig, glaubwürdig nicht Fälle von Mehrdeutigkeit, sondern von Komplikationen der Feststellung im Verfahren. Diese Komplikationen beruhen auf dem simplen Umstand, dass die von solchen Begriffen gemeinten Gegenstände hinter einer Wand – in der Regel hinter der Stirn eines Menschen – verborgen sind“. Der Richter kann auf Dispositionsbegriffe nur schließen. „Für diesen Schluss braucht er Daten, auf die er sich stützen kann. Diese Daten nennt man »Indikatoren«. Eine Grundvoraussetzung dieser Indikatoren ist, dass sie „ihrerseits beobachtbar“ sein müssen; „sind sie das nicht, so können sie die Schwierigkeiten des Dispositionsbegriffs ja nicht beheben“.

Die Subjektivierung des Vergewaltigungstatbestandes kann so betrachtet in einer Auslieferung von Opfern an breit streuende richterliche Alltagstheorien darüber, aus welchen Indikatoren auf eine widerwillige sexuelle Interaktion zu erkennen ist, oder einer Überflutung von entsprechenden Verfahren mit psychowissenschaftlichen Sachverständigen enden. Die von Frauenstimmen geäußerte Hoffnung, die Zahl der Verurteilungen werde dadurch erhöht und der Schutz von Frauen gegen sexualisierte Gewalt erhöht, könnte sich als Trugschluss erweisen.

## V.

Begriffe ohne Anschauung sind leer. – So wird hier gleich Überraschendes für eine juristische Fachzeitschrift zu lesen sein. Wenn wir uns einen Begriff von „kommunikativem Sex“, von einer sexuellen Interaktion unter kontinuierlicher Abstimmung des Konsenses, machen wollen, müssen wir uns ein Bild von der Wirklichkeit der sexuellen Interaktion machen, davon, wie die Leute dabei reden und handeln. Nur dann kann es gelingen, zu bestimmen, nach welchen Indikatoren in dem Kontinuum einer sexuellen Interaktion der Punkt fixiert werden kann, an dem der Konsens bricht und das Geschehen als „Vergewaltigung“ bewertet werden könnte. Bevor es hier um ein Beispiel geht, ist es wichtig einige Rahmenbedingungen festzuhalten: Sexuelle Nötigung/Vergewaltigung ist ein Delikt, bei dem die Mittel- und Oberschicht sowohl auf der Täter- wie der Opferseite stark unterrepräsentiert ist; in einer Göttinger Studie lag der Anteil der Arbeitslosen und Sozialhilfeempfänger an den registrierten Tatverdächtigen bei 27,2%. Eine ähnliche Verteilung war bei den mutmaßlichen Opfern anzutreffen.<sup>41</sup> Es liegt danach nahe, dass bei vielen beteiligten Personen von einer geringeren kommunikativen Kompetenz und einem wenig elaborierten sprachlichen Code auszugehen ist. Hinzu

39 A.a.O., S. 180 (ff.).

40 Vgl. zu dem nun Folgenden *Hassemer*, a.a.O., S. 183 ff.

41 *Goedelt*, Vergewaltigung und sexuelle Nötigung, Göttingen 2010, S. 30 ff.

kommt, dass in der besagten Studie auf Täterseite in über 30% der Fälle (erheblicher Alkoholeinfluss = 13,6%), auf Opferseite in immerhin 14% der Fälle, Alkoholeinfluss festgestellt werden konnte.<sup>42</sup> Das verwundert angesichts der enthemmenden Wirkungen des Alkohols nicht. Zudem beeinflusst Alkohol bekanntlich die Willensbetätigungs- und Wahrnehmungsfähigkeiten. Aber auch nüchtern bietet die in unserer Gesellschaft übliche Sexualsprache sehr viel Raum für Unklarheiten.<sup>43</sup> Menschen in der Unterschicht benutzen nicht die Fachsprache der Sexualwissenschaft wie *Fellatio* für Oralverkehr, sondern kindersprachlich eingefärbte oder in die Vulgärsprache verweisende Begriffe; für nach wie vor tabuisierte Formen der sexuellen Interaktion werden „Codewörter“ verwendet, deren Gemeintes unscharf ist. In der BRAVO vom 24. Juni 2014 beantwortet das „Dr. Sommer-Team“ die Frage „Wie geht Blasen?“<sup>44</sup> als Quintessenz wird mitgeteilt: „Küssen, in den Mund nehmen und lecken oder saugen und bewegen!“.

Aha – dies also sei nun der Aufbruch in eine sexuelle Interaktion: A sagt zu B „*Bläst Du mir einen?*“. Wie tief oder soll der Penis überhaupt in den Mund genommen werden? Ist ein Drängen in die Mundhöhle vorgesehen? Wer bewegt sich eigentlich – A den Kopf, B die Hüften, beide? Wird der Kopf dabei festgehalten, in den Schoß gedrückt? Findet das alles mit der Perspektive eines Geschlechtsverkehrs, also als Vorspiel statt? Oder ist ein Samenerguss in den Mund vorgesehen? Liegt, solange B den Mund nicht schließt, ein Konsens für einen uneingeschränkten sexuellen Zugang zur Mundhöhle vor? Wie ist es zu werten, wenn bei B durch ein zu tiefes Eindringen des A in die Mundhöhle ein Würge- oder gar Brechreiz ausgelöst wird?

Das „Dr. Sommer-Team“ empfiehlt folgende begleitende Kommunikation: „Wichtig ist: Blase ihm nur dann und solange einen, wie es für Dich angenehm ist. Nach fünf bis zehn Minuten wird das Ganze nämlich allein von der Körperhaltung her anstrengend für ein Mädchen.“

Versuche selbstbewusst zu sein und fordere ihn auf: "*Zeig mir, wie du es magst.*" So erfährst Du viel über seine Vorlieben und kannst Dir ein bisschen was von ihm abschauen.<sup>45</sup>

Nun verfügen Menschen über sehr individuelle sexuelle Skripte. D.h., aus dem gesellschaftlich-historisch-moralischen Kontext erlernen sie je für sich individuell Vorstellungen und Bewertungen über „guten Sex“ und entsprechende Verhaltensweisen. Es ist daher unwahrscheinlich und eher ein sexueller Glücksfall, wenn zwei gleich geskripte Menschen aufeinander treffen oder die Skripte sofort fusionierbar sind.<sup>46</sup> Was den Bereich bestimmter sexueller Praktiken anbelangt, besteht eine erhebliche Wirkungskraft der durch die Pornographie transportierten Bilder (im wahrsten Sinne des Wortes als „Gebrauchsanweisungen“) und Botschaften. Zu „*der Entwicklung von Verhaltensdrehbüchern, die Annahmen über typische Merkmale und Abläufe sexueller Interaktio-*

42 A.a.O., S. 61 f.

43 Vgl. unter Einbeziehung kultureller Unterschiede und der Schwierigkeiten der Übersetzung *Gauger*, *Das Feuchte & das Schmutzige*. Kleine Linguistik der vulgären Sprache, München 2012.

44 <http://www.bravo.de/dr-sommer/wie-geht-blasen-262835.html>.

45 A.a.O.

46 Insgesamt dazu *Gagnon/Simon*, *Sexual Conduct: The Social Sources of Human Sexuality*, 2. Aufl., Philadelphia 2005.

nen und ihre normative Bewertung enthalten“, also das Skripting,<sup>47</sup> trägt eine medial übersexualisierte Kultur wesentlich mit bei.

Um auf unser Beispiel zurückzukommen: der amerikanische Pornographie-Klassiker „Deep Throat“ hat das Skript für Oralsex wesentlich beeinflusst. Viele Männer glauben heute, dass durch ein möglichst tiefes Eindringen in die Mundhöhle eine besondere Befriedigung erreicht werden kann; die dadurch verursachte physische Beeinträchtigung der aufnehmenden Person und die damit verbundene Geräuschkulisse („gagging“), die Indikator für eine widerwillige Beteiligung sein könnte, ist Teil des Skripts „Oralsex“. – Eine solche Entwicklung der Interaktion könnte also als ein Indikator für die Zuschreibung einer „Vergewaltigung“ angesehen werden, es könnte aber auch gerade eine solche Gestaltung Teil des „sexuellen Kontrakts“ „*Bläst Du mir einen?*“ sein. Indikatoren des Einvernehmens könnten sein, dass die betroffene Person den Mund offen hält, den Kopf nicht wegdreht oder sonst den Zugang zu ihrer Mundhöhle versperrt. Das passive Über-Sich-Ergehen-Lassen könnte aber andererseits gerade wieder Indikator eines Widerwillens und des Wunsches sein, es schnell hinter sich zu bringen.

In diesem Dschungel eines konturenlosen Begriffs von Vergewaltigung, der nicht zu erfüllenden Anforderung, hinter die Stirn der beteiligten Personen zu blicken (Dispositionsbegriff) und der im Strafrecht gebotenen Berücksichtigung von vorsatzausschließenden Irrtümern (§ 16 StGB), hilft dann nur noch eine Zuschreibung weiter, wie sie die schwedische Staatsanwältin *Marianne Ny* im Fall der Vergewaltigungsvorwürfe gegen *Julian Assange*, gefunden hat: Nach ihrer Auslegung des schwedischen Vergewaltigungstatbestandes, der im minder schweren Fall nur den Widerwillen der betroffenen Person verlangt, liegt Vergewaltigung auch dann vor, wenn sich eine Frau nach dem Sex unwohl fühlt oder sich ausgenutzt vorkommt.<sup>48</sup>

Damit zeigt sich, wie sich der subjektivierte und von bestimmten Tathandlungen gelöste Vergewaltigungstatbestand ins rein Dispositive auflöst – In zweierlei Hinsicht: ob eine Vergewaltigung stattgefunden hat, weiß ich genau erst dann (ex post), wenn die eine an einer sexuellen Interaktion beteiligte Person, bekundet, sie habe sich vergewaltigt gefühlt; wenn wir damit auf der Tatbestandsebene das Merkmal als erfüllt ansehen, dass die sexuelle Interaktion wider Willen erfolgt ist, gibt es keine denkbare Verteidigung für die andere beteiligte Person mehr. Der gegen sie erhobene Vorwurf ist *moralischer Natur* – Du hast nicht auf mein sexuelles Wohlergehen Rücksicht genommen und warst egoistisch. Ich hatte schlechten Sex mit Dir – und betrifft nicht mehr eine auf das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung bezogene freiheitseinschränkende *Handlung*, deren innere Tatseite man bestreiten könnte.

## VI.

Kriminalpolitischen Kampagnen mit dem Ziel der Ausweitung des Strafrechts brauchen populäre Narrative der „Bedrohung“ an jedem Ort zu jeder Zeit. *Peter-Alexis*

47 *Krahé*, Pornografiekonsum, sexuelle Skripts und sexuelle Aggression im Jugendalter, in: Zeitschrift für Entwicklungspsychologie und Pädagogische Psychologie, 43 (3) [2011], 133–141.

48 <http://www.faz.net/aktuell/politik/wikileaks/vorwuerfe-gegen-wikileaks-gruender-assange-wie-man-in-schweden-einen-mann-belasten-kann-1593705.html>.

*Albrecht* hat einmal *furios* an dem Narrativ „*Alle 3 Minuten geschieht ein Gewaltverbrechen*“ vorgeführt, wie kriminologisch substanzlos und ideologisch hinterlegt solches Gerede ist.<sup>49</sup> Häufig unterscheiden sich Narrative und Counter-Narrative wenig voneinander. So soll einmal eine besonders hohe Quote von Falschbeschuldigungen (fast jeder 2. Fall) als Warnung vor der Erweiterung des Tatbestandes dienen, mal soll gerade beim Vergewaltigungsvorwurf die Zahl der Falschbeschuldigungen besonders niedrig (3%) sein, so dass nichts gegen eine weitere Öffnung des Tatbestandes spricht.<sup>50</sup> Mal soll es ein skandalöses Gefälle in der Verfolgung von Vergewaltigungsanzeigen zwischen den Bundesländern geben und es soll es sowohl für die Zahl der Vergewaltigungsanzeigen als auch für die Verurteilungshäufigkeit förderlich sein, wenn der Tatbestand weit gefasst und damit die Schwelle zur Anzeige abgesenkt wird.<sup>51</sup> Die Zahlen über Vergewaltigungsanzeigen, ihre Bearbeitung bis zur Anklage und die Verurteilungshäufigkeit sollen im europäischen Vergleich als Indikatoren für ein gesellschaftliches Problembewusstsein über Gewalt gegen Frauen gelten und Deutschland ein schlechtes Zeugnis ausstellen; das Ansteigen dieser Zahlen wird als Indikator für die sittenbildende Kraft des Strafrechts angesehen.<sup>52</sup>

Eine rationale Kriminalpolitik muss sich von allen diesen Aussagen über vermeintliche „Fakten“ frei machen und gegen die aus der populistischen Kriminalpolitik bekannte Tendenz, monokausale Erklärungen für abweichendes Verhalten und damit auch einfache „Therapien“ (mehr Strafrecht, härtere Strafen, vereinfachte Verfahren...) anzubieten, Stellung beziehen. Die schon vor über 50 Jahren von *Herbert Jäger* geforderte Integration von Sozial- und Psychowissenschaften in die Theorie und Praxis des Sexualstrafrechts sollte zur Verbesserung des Strafrechts im Sinne des großen Strafrechtslehrers und -reformers *Gustav Radbruch* beitragen – Verbesserung des Strafrechts bedeutet die Suche nach etwas Besserem als Strafrecht, die beste Kriminalpolitik ist Sozialpolitik, die an den Wurzeln der Kriminalität arbeitet.<sup>53</sup> Es ist schon bei einem kurzen kritischen Blick auf den Zustand unserer Sexualkultur zu vermuten, dass zwischen dem was als „befreite“ Sexualität verkauft wird und einem anspruchsvollen Begriff von sexueller Selbstbestimmung eine große Lücke klafft. Neoliberale Sexualität ist heute ein Markt nach kapitalistischen Gesetzen von Verfügbarkeit und Verwertbarkeit, ohne mo-

- 
- 49 Vgl. *Peter-Alexis Albrecht*, Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg), 18. Strafverteidigertag 1994 in Hannover, S. 15 ff. (zum „3 Minuten- Mythos“, S. 21 f.).
- 50 Dem Thema der Falschbeschuldigung widmet sich mittlerweile im Gefolge des Kachelmann-Verfahrens eine ganze (männerbewegte) Homepage, wo die entsprechenden Zahlen ausbreitet werden, s. <http://de.wikimannia.org/Falschbeschuldigung>; juristisch seriöser hat sich hierzu der Verteidiger von *Kachelmann Johannes Schwenn*, StV 2012, 705, geäußert.
- 51 Über eine entsprechende Pressemitteilung des KfN im Vorlauf zur Veröffentlichung einer Studie hat sich der Regensburger Kriminologe *Henning Ernst Müller* auf dem beck-blog methodenkritisch und kritisch zu einem solchen Stil des Wissenschafts-PR geäußert, abrufbar unter: <http://blog.beck.de/2014/04/25/unterschiedliche-verurteilungswahrscheinlichkeit-nach-h-straftanzeigen-wegen-vergewaltigung-kritik-einer-presse>.
- 52 Vgl. zu den ideologielastigen Aussagen der sog. Daphne-Studie 2009 *Frommel*, Begünstigen Opferschutzkampagnen Falschaussagen in Verfahren wegen sexueller Nötigung/Vergewaltigung?, in: FS für Kerner, 2013, S. 698 ff. (704 ff.).
- 53 Vgl. *Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 7./8. Aufl., 1929, S. 105 f.

ralischen Kompass und soziale Werte;<sup>54</sup> Gleichstellung ist in der Mitte der Gesellschaft zwar als „gender mainstreaming“, aber ohne ein Substrat in der Alltagspraxis der Menschen angekommen. Durch die permanente visuelle Verfügbarkeit jedweder sexueller Praxis, die Hochsexualisierung der Sphären der Werbung und Popkultur ist der Prozess der Herausbildung von individuellen sexuellen Skripten einem enormen externen Druck ausgesetzt. Es ist unter diesen Rahmenbedingungen schwierig, autonom Kriterien darüber zu entwickeln, wie eine erfüllte Selbstbestimmung über die eigene Sexualität aussehen könnte. Es entsteht das paradoxe Phänomen, dass Menschen der Verunsicherung darüber, wie guter selbstbestimmter Sex aussehen könnte, durch den Rückgriff auf vor-emanzipatorische Rollenmuster auszuweichen versuchen.<sup>55</sup> Der Besuch einer Großraumdisko am „Ballermann“ und der dort zu beobachtenden sexuellen Annäherungen lässt einen daran zweifeln, ob es jemals so etwas wie eine Frauenbewegung gegeben hat.

Es bedarf in dieser Atmosphäre nicht eines erweiterten Vergewaltigungstatbestandes und einer abgesenkten Anzeigeschwelle, um den „Vergewaltigern“ Mores zu lehren, sondern einer zweiten sexuellen Revolution und Frauenbewegung, in der es darum gehen müsste, für sexuelle Selbstbestimmung durch Bildung, Selbstbewusstsein und Frauenpower zu kämpfen.<sup>56</sup>

## VII.

Die Forderung von *Monika Frommel* „Hände weg vom Sexualstrafrecht“<sup>57</sup> markiert die Verteidigungslinie gegenüber einer unheilvollen Allianz von punitiven Feministinnen und den Gläubigen einer sittenbildenden Kraft des Strafrechts. Hände weg bedeutet, dass die Struktur des Tatbestandes so erhalten bleiben muss, dass Indikatoren für ein fremdbestimmendes, überwältigendes und demütigendes Verhalten des Täters zu prüfen sind. Ob die sexuelle Selbstbestimmung verletzt wird, ist nach dem Modell des geltenden Rechts an dem zielgerichteten Einsatz von Gewalt, von Drohungen gegen Leib und Leben, an der Ausnutzung einer schutzlosen Lage zu messen. Über die Reichweite dieser Tathandlungsbeschreibungen wird man streiten können. Ob der Gewaltbegriff an der spezifischen Tatsituation einer Vergewaltigung zu messen ist oder ob durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum Gewaltbegriff in § 240 StGB<sup>58</sup> auch der tatsituationsspezifischen Auslegung Grenzen gezogen sind, darüber wird zu diskutieren sein. Es wird aber jedenfalls davon auszugehen sein, dass Situationen, in denen sich das Täterverhalten auf die bloße körperliche Anwesenheit beschränkt, und das Opfer angibt, schon durch die Tatsache der Begegnung mit der Person psychisch gehemmt gewesen zu sein, seinen Willen zu artikulieren, das Tatbestandsmerkmal der Gewalt nicht erfüllen. Es liegt auch nicht mehr im Bereich der Tathandlung der Drohung gegen Leib und Leben wenn Drohungen gegen Katzen und Hunde einbezogen werden sollen. Wenn

54 Vgl. *Illouz*, Gefühle in Zeiten des Kapitalismus, 2007.

55 Vgl. *Illouz*, Die neue Liebesordnung, 2013.

56 Vgl. *Frommel*, Moralisierung und Entmoralisierung des Sexualstrafrechts in den letzten 40 Jahren, in: *Gedächtnisschrift für Michael Walzer*, 2014, S. 687 ff.

57 O. Fn. 31.

58 O. Fn. 38.

etwa damit gedroht wird, die Katze aus dem Fenster zu werfen, um eine sexuelle Handlung abzunötigen, dann handelt es sich um die Drohung mit einem empfindlichen Übel, und damit um einen *besonders schweren Fall* der Nötigung, der gem. § 240 Abs. 4 Zf. 1 im Höchstmaß mit 5 Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist.

Jede Ablösung des Tatbestands von einer Spiegelung in der realen Interaktion der beteiligten Personen, jede Auflösung der Vergewaltigung in bloß innerliche Befindlichkeiten und Erwartungsenttäuschungen, bringt von sexualisierter Gewalt betroffene Personen in der Verfolgung der Verletzung ihres sexuellen Selbstbestimmungsrechts keinen Schritt weiter – und erst Recht in re-traumatisierende Strafverfahren, denn ein weit gefasster subjektivierter Tatbestand ruft – völlig zu Recht – entschlossene Strafverteidigung und in der Beweiswürdigung professionell-skrupulöse Richterinnen und Richter auf den Plan.

Frauen, die in solchen objektiv kaum zu klärenden Beweislagen von Beraterinnen auf die Schiene der Strafverfolgung gesetzt werden, wird möglicherweise ein Bärrendienst erwiesen. Alternativen etwa im Zivilrecht und Familienrecht wären stattdessen zu erwägen.<sup>59</sup>

---

59 *Frommel*, o. Fn. 31.