

# TITEL: SEXUALSTRAFRECHT

*Monika Frommel*

*unter kriminologischer Mitarbeit von Dr. Momme Buchholz (RAe Gubitz und Partner)*

## Die Reform des Sexualstrafrechts

### *Abstract*

Im November 2016 wurde der erst 1997 reformierte Straftatbestand der sexuellen Nötigung/Vergewaltigung grundlegend geändert. Es wurden neue Vergehen des „sexuellen Übergriffs“ und der „Belästigung“ eingeführt, welche eine milde Strafe für eher geringfügige Delikte erlauben. An außerstrafrechtliche Lösungen dachte die Gesetzgebung nicht. Es verwundert daher nicht, dass das neue System sehr unbestimmt ist und erhebliche dogmatische Probleme aufwirft. Auch stehen Gerichte nun noch häufiger vor dem Dilemma, dass Aussage gegen Aussage steht. Diese neuen Vergehenstatbestände werden daher der Praxis erhebliche Mühe bereiten und man kann gespannt sein, wie sie die dogmatischen und prozessualen Probleme lösen. Die Beratungsstellen reagieren hingegen euphorisch, was sich daran zeigt, dass sich schon im Jahre 2017 das Anzeigeverhalten der betroffenen Frauen erheblich änderte. Es kam zu einer deutlichen Verschiebung in Richtung der eher leichten Fälle. Zurückgegangen sind hingegen die schweren Fälle und die Vergewaltigungen. Dieser Rückgang deutete sich allerdings bereits seit 2004 an, ist also ein langfristiger Trend und nicht Folge der Gesetzgebung 2016. Dies bedeutet nun, dass die neuen Vergehenstatbestände künftig eine große Bedeutung haben werden, zumal Staatsanwaltschaften und Gerichte die angezeigten Vergehen nun nach den §§ 153 ff. Strafprozessordnung einstellen können (Diversion ist nur bei Vergehen möglich). Realistisch ist dies, wenn der Beschuldigte zustimmt, was anzunehmen ist, da dieser häufig kein Interesse an einer öffentlichen Verhandlung hat. Dies zeigt, dass die neuen Strategien erhebliche Folgen für die Praxis haben.

### *Abstract*

*In November 2016, the statutory offence of sexual coercion/rape, which was only reformed in 1997, was fundamentally changed. New offences of "sexual assault" and "harassment" have been introduced, which allow for a mild penalty for more minor offences. Legislation did not consider solutions outside of criminal law. It is therefore not sur-*

DOI: 10.5771/0934-9200-2018-4-368

prising that the new system is very vague and raises considerable dogmatic problems. Also, courts are increasingly faced with the dilemma that testimony stands against testimony. These new offences will therefore cause considerable difficulties in practice. It will be intriguing to see how the dogmatic and processual problems can be dealt with in the future. Advice centres on the other hand react euphorically. This is demonstrated by the fact that already in 2017 the reporting practice of affected women changed considerably. There has been a marked shift towards more moderate cases. There has also been a decrease in the number of serious cases and rapes. However, this decline has already been apparent since 2004 and is therefore part of a long-term trend and not a consequence of the 2016 legislation. This now means that the new offences will be of great importance in the future, particularly since public prosecutors and courts can now stop reported offences according to §§ 153 et seq. of the Code of Criminal Procedure (Diversion is only possible in case of misdemeanour). This is realistic, if the defendant agrees, which is to be expected, as he often has no interest in a public hearing. This shows that the new strategies have significant practical implications.

#### A. Erste Überlegungen zur Implementation der neuen Vergehenstatbestände §§ 177 Abs. 1 und 2, 184i StGB

##### I. Die neue Systematik des § 177 StGB – ein erster Überblick über deren Probleme

Die Neuregelung, welche im November 2016 in Kraft trat, ist folgenreich<sup>1</sup>. *Elisa Hoven* zeigt in ihrem Beitrag (in diesem Heft der NK), wie übereilt und undurchdacht sie ist. Ihrer Kritik ist zuzustimmen. Es sollen im Folgenden daher lediglich noch weitere Punkte zu dieser Mängelliste hinzugefügt und die kriminologischen Fragen erörtert werden. Im Unterschied zu ihr raten wir aber der Gesetzgebung davon ab, § 177 StGB erneut neu zu regeln. Leitend ist dabei die Überlegung, dass eine Gesetzgebung, die seit 1997 mehrfach in einer Legislaturperiode „nachbessert“ und die in jeder Legislaturperiode das System vorgibt zu verbessern, es dann aber lediglich völlig unübersichtlich gestaltet, dass diese Gesetzgebung offenbar von falschen und nicht reflektierten Prämissen ausgeht. Sie sollte also innehalten. Eine der falschen Prämissen ließe sich durch eine kriminologische Studie klären. Das Sexualstrafrecht hat nicht mehr oder weniger „Lücken“ als andere Gebiete des BT. Auch ist die Selektivität der Strafverfolgung nicht auffällig, sondern entspricht in etwa dem, was Kriminologen bei Delikten erwarten. Erweitert man die Strafbarkeit, was 2016 geschehen ist, ergeben sich lediglich neue Probleme, was hier noch im Einzelnen zu zeigen ist. Auch sollten Feministinnen erkennen, dass es nicht das System Strafverfolgung ist, welches versagt, sondern dass

1 Das neue Konzept geht in weiten Teilen auf Vorschläge von Tatjana Hörnle zurück. Vgl. zum Disput vor der Reform: *Hörnle/Frommel* – pro und contra – in: ZRP 6 (2015), 190. Vgl. ferner die sehr unterschiedlichen Kommentierungen des 13. Abschnitts des StGB von *Frommel* im Nomos-Kommentar 2017 auf der einen und die Kommentierung von Hörnle im Leipziger Kommentar. Beide unterscheiden sich ferner erheblich von der für die Praxis bedeutsamen Kommentierung von *Thomas Fischer* 2018.

sie selbst einem Irrtum aufsitzen. Sie glauben nämlich von Einzelfällen auf das Ganze schließen zu können. Bevor sie dies tun, sollten auch sie eine interdisziplinäre Studie zu Rate ziehen, eine Studie also, an der nicht nur Vertreterinnen der Frauenforschung beteiligt sind.

## 1. Tendenz der Neuregelung

Völlig neu sind die Vergehenstatbestände des § 177 Abs. 1 und 2. Hochproblematisch ist ferner § 184i StGB. § 177 Abs. 1 StGB normiert „sexuelle Übergriffe“ und ist der Kern der „Nein heißt Nein“-Lösung. § 177 Abs. 2 ersetzt den gestrichenen § 179 StGB und ist nun ein sehr weit gefasster Missbrauchstatbestand. Er betrifft Behinderte, Jugendliche und auch sonst nur eingeschränkt zu einem wirksamen „Nein“ fähige Personen, was immer das bedeuten soll. Der Auffangtatbestand der „Belästigung“ in § 184i StGB beseitigt die noch aus den 1970er-Jahren stammende Einschränkung des Sexualstrafrechts und stellt nun sexuelle Belästigungen auch dann unter Strafe, wenn sie nicht im Sinne des § 184h StGB *erheblich* sind. Diese Überlegung ist auch der Grund für die merkwürdige systematische Stellung hinter § 184h StGB (Definition der Erheblichkeit). Damit ist die Systematik, welche seit der Großen Strafrechtsreform gegolten hat, nicht nur verändert, sondern völlig beseitigt. Damals war man sich einig, dass die Tatbestände des 13. Abschnitts nur bei „erheblichen“ sexuellen Handlungen erfüllt sein sollen. Die materielle Einschränkung der Strafbarkeit, welche der künftigen Gesetzgebung an zahlreichen Stellen zu empfehlen wäre, hatte einen guten Grund. Sie sollte zum einen eine Moralisierung des Strafrechts und zum anderen die Häufung strittiger Grenzfälle verhindern. Erreicht werden sollte dies bereits im Wortlaut der Vorschriften. Ausdrückliches Ziel der Reform war es, ein „Bagatell-sexualstrafrecht“ zu verhindern<sup>2</sup>. Hingegen soll nach dem Willen derer, die 2016 eine Reform des Systems des § 177 StGB herbeiführten, dieses Paradigma der Großen Strafrechtsreform fallen und ein Paradigmenwechsel herbeigeführt werden. Dieses Ziel ist zweifellos gelungen. Ob die Durchsetzung normativ nachvollziehbar ist, ist eine Frage, welche *Elisa Hoven* bereits beantwortet hat und der hier gefolgt wird.

War das *Rechtsgut* bislang ein Ausschnitt des sexuellen Selbstbestimmungsrechts und beinhaltete das Ziel, *frei von Zwang* über sexuelle Kontakte mit anderen zu entscheiden, ist das Rechtsgut nun erheblich erweitert worden und könnte mit *Respekt* vor der selbstbestimmten Sexualität eines jeden Menschen umschrieben werden. *Hoven/Weigend*<sup>3</sup> haben gezeigt, dass es mitnichten nur darum ging, sog. „Schutzlücken“<sup>4</sup> zu schließen. Ziel war die Erweiterung des Sexualstrafrechts. Dass die Achtung und der Respekt als *Menschenrecht* angesehen werden, deren umfassender Schutz insbe-

2 Lücken sollten auch nicht über die Konstruktion einer tätlichen Beleidigung gefüllt werden. Der Sache nach ist § 184i StGB jedoch ein solcher Tatbestand. Auch das ist ein Paradigmenwechsel.

3 *Hoven/Weigend* JZ 2017, 182.

4 Deren Existenz freilich eine notwendige Bedingung einer freiheitlichen Rechtsordnung darstellen.

sondere strafrechtlich zu erfolgen habe, ist folgenreich und soll noch erörtert werden. Hat sich der Verbrechenstatbestand des § 177 StGB a.F. also noch auf nötigende Einwirkungen beschränkt, ist nun *voraussetzungslos* jeder Übergriff (Abs. 1) und jede Belästigung (§ 184i StGB) verboten. Auch werden Missbrauch und Nötigung nicht mehr unterschieden. Erwachsene werden seit November 2016 so behandelt, wie man es früher mit Jugendlichen tat: Sie sollen vor Übergriffen und Belästigungen jeder Art geschützt werden. Das neue System erinnert sogar an Enthaltsamkeitsgebote, wie sie in bestimmten sozialen Kontexten (Therapie, Inhaftierung, Krankenhaus) bereits vor 2016 vereinzelt vorkamen. Die neue Sexualmoral lautet: Sexualität soll in bestimmten Institutionen bewusst tabuisiert werden. Der Schutzgedanke soll im Vordergrund stehen, nicht, wie noch in den 1970er-Jahren, die Freiheit.

## 2. Die neuen weit gefassten Tathandlungen

Liest man die einzelnen Tatbestände des neuen § 177 StGB unvoreingenommen, wundert man sich darüber, dass im *Grundtatbestand* des Abs. 1 offenbar daran gedacht ist, sexuelle Handlungen als Tathandlung zu konzipieren. Dieses Verständnis irritiert, da das Unrecht erst durch das Merkmal des entgegenstehenden Willens umschrieben werden kann und bei einem Vorsatzdelikt dieses erst verwirklicht ist, wenn der Tatverdächtige alle Merkmale des objektiven Tatbestandes auch erkennt und dennoch planvoll den entgegenstehenden Willen übergeht. Nach den Motiven der Neuregelung soll diese Einschränkung durch die Annahme, dass dieser Tatbestand auch mit dolus eventualis verwirklicht werden kann, übergangen werden. Aber eine verfassungskonforme Auslegung, die bei offenkundig misslungenen Tatbeständen nötig ist, kann hier korrigieren.

Sexuelle Handlungen als solche sind aus strafrechtlicher Perspektive zunächst einmal neutral. Dies macht der Zusatz „gegen den erkennbaren Willen“ auch deutlich. Aber der Wille einer Person ist schwer erkennbar. Als objektives Tatbestandsmerkmal ist eine Zuschreibung, welche ja im Auge des Betrachters liegt, äußerst problematisch<sup>5</sup>. Wird an den Vorsatz keine nähere Anforderung gestellt, wie bei dieser Neufassung, muss erneut einschränkend ausgelegt werden. Hätte man formuliert: „Ein sexueller Übergriff gegen den *erkennbaren und erkannten Willen* einer Person wird... bestraft“, wären Zweifel ausgeräumt. Nun müssen sie durch Auslegung beseitigt und ggf. obergerichtlich geklärt werden.

## 3. Das äußere System

Der klassische § 177 StGB, wie man ihn – über alle Reformen der letzten Jahre hinweg – seit dem Jahr 1871 kannte, ist mit der Neuregelung erheblich erweitert worden und eine Qualifikation des *Grundtatbestandes* des „sexuellen Übergriffs“, also eines weit

5 Man kann dieses Merkmal aber einschränkend auslegen.

gefassten Vergehens. Das Problem der nicht weiter definierten Tathandlung dieses Grundtatbestandes verschärft sich somit, weil auch die Qualifikationen der Verbrechenstatbestände auf dem Grundtatbestand aufbauen und weil außerdem die Absätze 4-8 sehr offen formuliert sind. Wie soll mit einem Verbrechenstatbestand verfahren werden, der lakonisch formuliert: Wer „gegenüber dem Opfer Gewalt anwendet“ (Abs. 4 Nr. 1)? Was bedeutet dies, um ein Beispiel zu nennen, etwa in einem sadomasochistischen Zusammenhang? Welcher Gewaltbegriff soll genügen? Kommt für den Strafbarkeitsausschluss nur die rechtfertigende Einwilligung in Betracht? Die Liste der Ungereimtheiten lässt sich fortsetzen. In Abs. 6 Nr. 1 scheint die Tathandlung ein besonders erniedrigender Beischlaf zu sein. Aus dem Kontext ist klar, dass das Merkmal des „erkennbar entgegenstehenden Willens“ die Weite dieser unbestimmten Qualifikation einschränken soll. Aber auch diese Erwartung sprengt die Gewohnheit, welche die Prinzipien eines rechtsstaatlichen und liberalen Strafrechts geformt hatten, welche seit den 1970er-Jahren weitgehend unbestritten waren und nun nicht mehr gelten sollen. Im Folgenden soll der Schwerpunkt dennoch nicht auf den Verbrechenstatbeständen liegen, sondern zunächst auf dem neuen Grundtatbestand des „sexuellen Übergriffs“.

#### 4. Sexuelle Übergriffe

Die Schwierigkeiten der Auslegung der Verbrechenstatbestände legen es nahe, zunächst einmal zu prüfen, wie der als Grundtatbestand bezeichnete sexuelle Übergriff zu bestimmen ist. Es ist anzunehmen, dass künftig in der Praxis sogar die meisten Fälle diesen Vergehenstatbestand betreffen werden. Auch dies ist aus der Perspektive eines rechtsstaatlich liberalen Strafrechts kritisch zu sehen, denn bei Vergehen hat die Staatsanwaltschaft sehr viel mehr Möglichkeiten zu reagieren als bei einem Verbrechenstatbestand. Sie muss nicht überlegen, ob sie anklagt oder einstellt, sondern sie kann zwischen den diversen Erlédigungsarten wählen, etwa §§ 153 ff. Strafprozeßordnung (Diversion). Zwar erleichtert dies die Entscheidung der mutmaßlich Geschädigten eine Anzeige zu stellen, was auch erkennbar das Ziel der Neuregelung war, denn beklagt wurde während des gesamten Gesetzgebungsverfahrens, dass das frühere Recht „Schutzlücken“ habe, was auch immer darunter verstanden wurde. Jedenfalls wollten diejenigen, welche für die dann durchgeföhrte Reform plädiert haben, auch das Anzeigeverhalten steigern. Betrachtet man das neue Recht aus der Perspektive einer ohnehin überlasteten Staatsanwaltschaft, hat es durchaus Vorteile: Der Verdächtigte kann leicht unter Druck gesetzt werden, einer Diversion zuzustimmen, auch wenn keine belastbaren Beweise vorliegen. Er wird schon deshalb geneigt sein, einer Einstellung mit Auflagen und Bußgeldern zuzustimmen, weil er dann nicht mit der Publizität rechnen muss, welche ein förmliches Verfahren sicher mit sich bringt.

Wie bereits erwähnt, ist die Tathandlung in Abs. 1 unklar formuliert. Zwar ist der Kern des Vorwurfs des „Übergriffs“ klar, aber er ist nicht begrifflich definiert und scheint darüber hinaus sogar undefinierbar. Verboten ist nach dem Wortlaut eine sexuelle Handlung gegen den erkennbaren Willen der betroffenen Person. Aber mit der un-

gewöhnlichen Formulierung der „Erkennbarkeit“ kann eine Objektivierung nicht erreicht werden. Dieses objektive Tatbestandsmerkmal kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass es bei „sexuellen Übergriffen“ häufig zu *Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen* kommen wird, weil nun einmal die Situation einer ambivalenten sexuellen Zudringlichkeit nicht so eindeutig sein wird, dass sich das fehlende Einverständnis jedem Beobachter aufdrängt. Die Perspektive eines unbeteiligten Dritten (ex ante) hat also nur eine beschränkte Filterwirkung. Auch wird es deutlich seltener belastbare Beweise geben, als bei gewaltsam erzwungenen sexuellen Handlungen. Damit verlagert sich der Schwerpunkt der Prüfung – trotz des Versuchs der Objektivierung – auf den im Einzelnen festzustellenden *Vorsatz*, also auf die Frage, ob der Verdächtige den entgegenstehenden Willen tatsächlich erkannt hat. Aber auch hier bleibt unklar, welche Anforderungen der Vorsatzlehre konkret zu stellen sind. Zwar genügt nach allgemeiner Auffassung bei Vorsatzdelikten auch *bedingter Vorsatz* (§ 15 StGB). Aber was bedeutet das bei sexuellen Übergriffen? Zwar könnte man – was die Motive zu dieser Reform nahelegen – konstruieren, dass der Tatbestand immer schon dann erfüllt sei, wenn der Verdächtige es zumindest ernstlich für möglich gehalten hat, dass der für Dritte erkennbare Wille tatsächlich gefehlt hat. Aber kann man das kognitive Element des Vorsatzes so leicht bejahen? Diese Frage soll zunächst dahinstehen. Sehr viel problematischer ist das voluntative Element. *Will* der Verdächtige diesen (möglicherweise) entgegenstehenden Willen übergehen, wenn er (oder sie) trotz Zweifel eine – darüber hinaus nicht weiter aufgenötigte – sexuelle Handlung vornimmt? Dies lässt sich wegen der oben benannten Ambivalenz nicht so leichthin klären. Der Grund liegt in der Liberalisierung und Individualisierung der Sexualität, welche seit etwa 70 Jahren, sicher aber seit den 1970er-Jahren, nicht zuletzt wegen Art. 2 und 1 GG, dominiert. Dieser langfristige und stabile Trend sollte nicht einfach normativ ignoriert und rechtspolitisch übersprungen werden. Bezogen auf die sich stellende dogmatische Frage, bedeutet das, dass ein dolus eventualis auf Konstellationen einer ambivalenten sexuellen Begegnung aus verfassungsrechtlicher Perspektive erkennbar nicht passt. Diese Einsicht rückt das auf den ersten Blick eindeutige Vorsatzdelikt des Abs. 1 bei näherem Hinsehen bedenklich in die Nähe eines Fahrlässigkeitsvorwurfs<sup>6</sup>. So gesehen ist es künftig ratsam, sich des positiven Einverständnisses zu versichern. Aber diese Vorsichtsmaßnahme bedeutet nichts Anderes, als dass die neuen Sorgfaltsmaßstäbe, die im Umgang mit Sexualität aufgestellt worden sind, letztlich moralischer Natur sind. Sollte sich das bewahrheiten, dann ist § 177 Abs. 1 StGB wieder ein Sittlichkeitsdelikt. An späterer Stelle werden diese Besonderheiten noch zu diskutieren sein.

6 Das Problem wird erstaunlicherweise nicht gesehen und schon gar nicht näher erörtert von Fischer 2018 § 177 Rn. 17. Der schärfste Kritiker im Gesetzgebungsverfahren ist nun in seiner Rolle als Kommentator leider selbst sehr unbestimmt, insbesondere dann, wenn er meint, dass § 177 ein Vorsatzdelikt sei, aber die Problematik des dolus eventualis ausspart. Zumindest wird er nicht so deutlich, dass die Praxis angemessen reagieren kann, also verlangen, dass der Täter das fehlende Einverständnis kennt und es dennoch bewusst übergeht.

## II. Worin liegt der Paradigmenwechsel?

Nicht nur das Rechtsgut der neuen Strafbarkeit des sexuellen Übergriffs stellt einen Paradigmenwechsel dar. Es kommen weitere Neuheiten hinzu. Auch die sexualisierte *Gewalt* ist in der Neufassung des Verbrechenstatbestandes erweitert worden und dadurch unklar geworden. Verlangt wird keine Nötigungshandlung zur Erzwingung des sexuellen Kontakts mehr und auch der final-funktionale Zusammenhang zwischen Gewalt und sexueller Handlung entfällt. Der objektive Tatbestand verlangt nur noch *Gewalt „bei der Tat“*. Damit kann die Frage, wie in den verschiedenen Tatbeständen des § 177 StGB „die Tat“ zu verstehen ist, nicht offenbleiben. Es muss geklärt werden, was die Formulierung „bei der Tat“ meint. Fest steht lediglich, dass eine Vergewaltigung seit November 2016 kein besonders schwerer Fall des Verbrechens der sexuellen Nötigung mehr ist, wie es noch die letzte Reform 1997/1998 festgelegt hatte. Tathandlung ist somit nicht mehr – wie damals normiert – die sexuelle Nötigung, sondern *die sexuelle Handlung ohne erkennbares Einverständnis*. Dies ist nicht unproblematisch, weil die Umstände, welche ein fehlendes Einverständnis nahelegen, nicht mehr wie früher beschrieben werden (Gewalt, Drohung, Ausnutzen einer schutzlosen Lage und final-funktionaler Zusammenhang zwischen Nötigung und sexueller Handlung). Zum Verbrechen wird die sexuelle Handlung ohne erkennbares Einverständnis in der Neuregelung bereits durch die nicht näher beschriebene „Gewalt bei der Tat“, wobei die Tat dem beschriebenen Vergehenstatbestand des *sexuellen Übergriffs* zu entnehmen ist. Damit liegt der Schwerpunkt des Vorwurfs auf dem erkennbar fehlenden Einverständnis. Alle Probleme des Vergehenstatbestandes bleiben bestehen und es kommen neue hinzu: Welche Anforderungen sind bei der Auslegung des Merkmals „Gewalt bei der Tat“ zu verlangen?

Nun galten sexuelle Handlungen ohne Einverständnis immer schon als *moralisch verwerflich*, aber nicht unbedingt als *strafwürdig*, weil es sich nun einmal um schwer beweisbare, letztlich innere Vorgänge beim Täter und beim Opfer handelt. Da die Verantwortung bei der Frage des Einverständnisses letztlich zugeschrieben werden muss, legte die Gesetzgebung vor 2016 großen Wert auf die präzise Umschreibung der Tathandlungen des nötigenden Zwangs und der Gewalt. Eine erhöhte Opferbelastung wurde als Strafzumessungsproblem (Einheitstatbestand 1997) eingestuft. Die Reformgesetzgebung hat sich über diesen Einwand hinweggesetzt, aber nicht bedacht, dass Übergriffe (und noch deutlicher Belästigungen) nur schwer strafrechtlich definiert werden können. An außerstrafrechtliche Regelungen dachte man überhaupt nicht. Stattdessen ging man davon aus, dass das Grundrecht der sexuellen Selbstbestimmung (in einem weiten Sinne) strafrechtlich geregelt werden müsse. Dies ist problematisch, denn Grundrechte können vielfältig rechtlich abgesichert werden. Das Strafrecht ist nur ein Mittel und nicht einmal das der ersten Wahl. Bei nicht gewaltsam erzwungenen oder anderweitig bedenklichen sexuellen Kontakten genügt es, wenn dem Opfer eine *rechte Gegenwehr* nach der Tat zur Verfügung steht. Es muss nicht das Strafrecht

sein. Bei Wiederholungsgefahr sind überdies im *punitiven Zivilrecht*<sup>7</sup>, flankiert von einem erweiterten Polizeirecht, Platzverweise oder Wegweisungen sehr viel effektiver als das Vertrauen auf die abschreckende Wirkung von Strafnormen. Außerdem sind bei den Reaktionen auf häusliche Gewalt sehr gute Erfahrungen gemacht worden. Zivilrechtliche Gegenwehr, kombiniert mit polizeirechtlichen Befugnissen sind spätestens seit dem Gewaltschutzgesetz 2000 erprobte Wege, welche auf andere Formen der Belästigung erweitert werden können. Wenn man sich gegen Zumutungen in den eigenen vier Wänden auf sehr einfache Weise und äußerst effektiv rechtlich wehren kann, wieso soll das nicht auf den Arbeitsplatz erweitert werden oder auf öffentliche Orte, in denen man nicht ausweichen kann. Punitives Zivilrecht kann empfindliche Sanktionen androhen und einsetzen. Bei Wiederholungsgefahr kennt § 4 GewaltschutzG auch strafrechtliche Reaktionen. Wieso also genügen nicht Erweiterungen der §§ 823, 825 BGB i.V.m. § 1004 BGB, ferner alle im GewaltschutzG geregelten Auflagen und – bei sexueller Belästigung am Arbeitsplatz – alle Maßnahmen aufgrund des ADG 2006? Der Unrechtsgehalt, den ein Straftatbestand formuliert, und die sozialen Folgen, die der Vorwurf einer Straftat nun einmal mit sich zu bringen pflegt, sollten im Jahr 2000 mit der Konstruktion zivilrechtlicher Sanktionen bewusst vermieden werden. Sie haben gut funktioniert und gewähren einen sehr viel besseren Opferschutz als Strafrecht pur. Was spricht dagegen, diese Erfahrungen auf Übergriffe und Belästigungen zu übertragen. Dass dies unterblieb und nun stattdessen wieder die strafrechtliche Karte gezogen wurde, zeigt leider die Unbelehrbarkeit derer, die auf einen abstrakten Opferschutz durch Strafrecht setzen. Erfüllbar war und ist diese Erwartung nicht.

Eine weitere Besonderheit kommt hinzu. Die früher für ein liberales Verständnis von Strafverfolgung grundlegende Skepsis gegenüber unbewiesenen und schwer beweisbaren Vorwürfen hat sich in den Jahren 2014-2016 (der Kampagne vor der Reform) und parallel dazu mit der #metoo-Bewegung wieder in ihr Gegenteil zurückentwickelt. Nicht mehr Gewalt ist das vordringende Thema, sondern bereits eine neue Sensibilität gegenüber *sexueller Respektlosigkeit* steht seither im Fokus der verschiedensten Aktivitäten. Umfangreicher Opferschutz verdrängt den Gedanken des Strafrechts als ultima ratio. Der in den 1970er-Jahren noch freiheitsliebende Feminismus hat sich verändert. „Gewalt gegen Frauen“ war zwar schon damals ein Thema, aber nun wird es zur Obsession. Nach 1975 entstand zunächst ein kreativer „Graswurzel“-Feminismus mit Anlaufstellen und guter Beratung. Es folgten feministische Juristinnen-Tage, also eine bessere Rechtedurchsetzung und allmählich begannen Politikerinnen und NGOs regelmäßig Erweiterungen und Verschärfungen des Strafrechts zu fordern und mittlerweile haben sie auch die Mehrheiten, um diese durchzusetzen. So entstand ein *punitiver Feminismus*, der die jeweilige Politik berät und zunehmend an Einfluss gewann. Zwar ist nach einem halben Jahrhundert zu bezweifeln, dass die soziale und

<sup>7</sup> Das Gewaltschutzgesetz ist zwar ein Spezialfall der unerlaubten Handlung nach § 823 BGB, aber so ausgestaltet, dass es eine koordinierte und präventiv gedachte Intervention ermöglicht. Diese ist noch beschränkt auf sog. Häusliche Gewalt, kann aber jederzeit erweitert werden auf Belästigungen, denen man nicht ausweichen kann, deren Wiederholung also verhindert werden sollte.

ökonomische Benachteiligung von Frauen und die strukturellen Hemmnisse bei der Karriere-Orientierung immer noch auf den „kleinen Unterschied“ und seine großen Folgen“ (*Alice Schwarzer*) zurückzuführen sind, aber die Kampagnen nutzen dennoch die einmal eingeschlagenen und nun ziemlich ausgetretenen Pfade. Die These, dass (nur) Männer über eine dominante Sexualität verfügen und dadurch Frauen unterdrücken, mag vor fünfzig Jahren noch plausibel gewesen sein, sie passt aber nicht mehr in die heutige Zeit, zumal der Ruf nach mehr Strafrecht zu einem Ritual geworden ist. Punitivismus verkennt auch bei Feministinnen Ursache und Wirkung.

Im Folgenden soll zum Verständnis dieses langfristigen und stabilen Einstellungs-wandels empirisch argumentiert werden. Zunächst werden die einzelnen Phasen der Änderungsgesetzgebungen in ihrer historischen Abfolge und ihren praktischen Folgen ins Gedächtnis zurückgerufen, danach wird das veränderte Anzeigeverhalten dargestellt und eine Prognose gewagt.

### III. Rückblick auf die Änderungsgesetzgebung der letzten Jahre

#### 1. Die Erweiterung des Gewaltbegriffs im Jahre 1997

1997 hatte die damalige Reformgesetzgebung die bis dahin geltenden selbstständigen Tatbestände der sexuellen Nötigung und der Vergewaltigung (vor 1969-1973 noch „Notzucht“ genannt) zusammengefasst und zu einem Einheitstatbestand geformt. Mit der Ausnutzungsvariante in § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F. sollten diffuse Formen der von Opfern befürchteten körperlichen Beeinträchtigung erfasst werden. Auch § 240 Abs. 4 StGB a.F. konnte greifen, wenn etwa ein „empfindliches Übel“ drohte.

Vergewaltigung war nun ein Strafzumessungsgesichtspunkt und erfasste alle besonders erniedrigenden Tathandlungen. Die Unbestimmtheit dieses Begriffs war erkannt und deshalb bewusst der Rechtsprechung überlassen worden. Empirische Studien darüber, wie die Rechtsprechung reagiert hat, fehlen leider bis heute. Zwar gibt es die europäische Daphne-Studie, aber sie betrachtet die einzelnen Länder nicht detailliert, erlaubt also keine Rückschlüsse und eignet sich nicht als Basis für Kritik. Die Reform 1997 hingegen hatte gute Gründe, denn die bis 1997 geltende Fassung der §§ 177, 178 StGB i.d.F. 1973 hatte die Tathandlung noch in einer Weise definiert, welche nicht das sexuelle Selbstbestimmungsrecht, sondern die „Gefahr unehelicher Schwangerung“ in den Vordergrund stellte. Erfasst waren als Vergewaltigung nur vaginale Penetrationen, ausgenommen waren – was heute nur noch Befremden auslösen kann – Ehefrauen. Nur diese viel zu eng definierten Tathandlungen galten als Vergewaltigung, während § 178 StGB alle anderen, also auch die besonders schweren Fälle, als sexuelle Nötigung bezeichnete. Die sexuelle Nötigung einer Ehefrau konnte nur über § 240 StGB bestraft werden, was bereits in den 1980er-Jahren kritisiert wurde und Forderungen nach einer Reform auslöste, welche aber damals noch an patriarchalen Widerständen scheiterte. Erst 1997 spielten diese keine Rolle mehr und hinderten nicht daran, die wenig einsichtige Struktur des alten § 177 StGB grundlegend zu verändern. Vereinfacht und erweitert

tert wurde 1997 insbesondere der Nötigungsbegriff<sup>8</sup>. Legte die Rechtsprechung vor der Reform den Gewaltbegriff deliktspezifisch eng aus und stellte auf die aktive Gegenwehr des Opfers ab, änderte sie dies und erfasste jede physische Zwangswirkung als Gewalt (so der Gewaltbegriff des § 240 StGB). Zum anderen fügte die Gesetzgebung die sog. Ausnutzungsvariante zu den klassischen Nötigungsmitteln hinzu. Diese Variante stand neben der Ausübung physischer Gewalt und wurde in den Motiven auch ausdrücklich als gleichwertig anerkannt.

Der weite Nötigungsbegriff ist definiert als das Ausnutzen der Schutzlosigkeit einer Person und qualifiziert erzwungene sexuelle Handlungen auch im neuen Verbrechenstatbestand des § 177 Abs. 5 Nr. 3 StGB<sup>9</sup>. Allerdings ist die „Erniedrigung“ nun kein flexibler Strafzumessungsgesichtspunkt mehr, sondern ein Tatbestandsmerkmal. Das wird eher nicht praktikabel sein.

In den Folgejahren nach 1997 gab es zahlreiche Kontroversen über die Auslegung der Reformgesetzgebung. Sie führten – und dies ist 2016 erneut geschehen – zu einer Änderungsgesetzgebung in Permanenz. Eine punktuelle Erweiterung und Verschärfungen einzelner Tatbestände des 13. Abschnitts jagten die nächste. Sie betrafen auch Kinder, institutionell abhängige Personen und Jugendliche. Verschärft wurde etwa die Ausgestaltung des sexuellen Missbrauchs von Kindern als Verbrechen (§ 176a StGB). Auch diese Reform hatte langfristige erhebliche Auswirkungen und begünstigte einen *Mentalitätswandel*, welcher bis heute anhält und den sexuellen Missbrauch von Kindern als besonders gravierend einstuft. Auch der strafrechtliche Schutz *Jugendlicher* (etwa die erst 2015 erfolgte Reform des bis dahin in der Praxis unbedeutenden § 182 StGB) und das strikte Verbot sexueller Handlungen mit institutionell abhängigen Personen (etwa das Abstinenzgebot für Therapeuten und andere Berufe), veränderte die

<sup>8</sup> Seit 1997 ist es sicher falsch zu meinen, dass ein Opfer sich wehren müsse, um die eingesetzten Nötigungsmittel und deren final-funktionalen Zusammenhang zu bejahen, diesen Widerstand zu brechen. Zwar wurde vor der Reform 1997 diese veraltete These, dass nur brachiale Gewalt ausreiche, gelegentlich vertreten (*Lackner*). Dies wurde aber schon damals bestritten. Seit 1997 wird auch im Kurzkommentar von *Karl Lackner* (Bearbeiterwechsel – *Kühl*) im Sine der Reform kommentiert. Dass noch 2016, also während des Gesetzgebungsverfahrens, diese längst überholte Legende noch einmal aufgefrischt wurde, gehört zum Kampagne-Charakter des damaligen Stils. Er ist alles andere als ehrlich und transparent gewesen.

<sup>9</sup> *Fischer* und ihm folgend die Rechtsprechung (BGHSt 50, 359) legten diese 1997 als Erweiterung des Anwendungsbereichs des damaligen Reformgesetzes konzipierte Variante eng aus (berücksichtigt werden soll danach nur die „Sorge um das körperliche Wohl“ der genötigten Person). Dabei entstand der Eindruck, als verlange „das Gesetz“ diese Einschränkung. Tatsächlich waren es aber Vorbehalte gegen die Reform 1997/98. Vergleicht man *Fischers* Argumente gegen die „Schutzlückenkampagne“ des Jahres 2016 mit seiner Kritik an der Reform 1997/98, wird deutlich, dass das öffentlich wahrgenommene, sich feministisch nennende Bezugssystem der Frauennetzwerke und die Kriterien einer liberalen Kriminalpolitik unvereinbar nebeneinander und 2016 gegeneinanderstanden. Zwar wäre dies vermeidbar. Ein liberaler Feminismus wäre eigentlich naheliegend, aber diese Position hat sich in den letzten 30 Jahren nicht durchsetzen können. Zu laut waren die ideologischen Gegensätze. Wir werden unter *B: Wieso ist das Sexualstrafrecht dreißig Jahre lang ein Zankapfel der Ideologen* diese Frage vertiefen und auch noch auf die Auslegung dieses Merkmals nach künftigem Recht zurückkommen.

Wahrnehmung der Gefahren einer unkontrollierten Sexualität, wobei nach der gängigen feministischen Lesart insbesondere Männer kontrolliert werden müssen.

## 2. Selektivität des Strafrechts und die Rede von den unerträglichen Schutzlücken

Etwa seit 2014 war die Forderung nach einer grundlegenden Erweiterung und Verschärfung des überkommenen Tatbestandes der sexuellen Nötigung/Vergewaltigung unüberhörbar. *Elisa Hoven* zeigt die mediale Kampagne und ihre Legenden. Allerdings reichen diese zeitlich erheblich weiter zurück. Frauennetzwerke gingen schon immer und seit der *Daphne-Studie 2009* davon aus, dass das bis dahin geltende Recht erhebliche „Schutzlücken“ aufweise und schilderten medienwirksam empört Einzelfälle, in denen freigesprochen worden war, obgleich nach den journalistischen Kriterien das Opfer besonders schutzwürdig war. Außerdem beklagten sie die angeblich zu niedrige Verurteilungsquote. Dabei wurden und werden alle Anzeigen gezählt, die in einem Jahr in der polizeilichen Kriminalstatistik festgehalten worden waren. Mitgezählt wurden also alle Unbekanntsachen und insbesondere auch Jugendliche, sogar Kinder. Verglichen werden diese dann mit den Verurteilungszahlen wegen desselben Deliktes (Umwertungen im Zuge der Sanktionierung blieben also außer Betracht), um dann den Schwund festzustellen. Dabei wurde insinuiert, als sei jedes angezeigte Delikt auch ein Verbrechen, das eigentlich bestraft werden müsste<sup>10</sup>.

Zwar ist diese Methode schon rein rechnerisch nicht korrekt, da sie unterstellt, dass die PKS und die Rechtspflegestatistik desselben Jahres dieselben Fälle betreffen. Auch wurden die so gewonnenen Zahlen der PKS nicht bereinigt. Schließlich sind etwa 20 % Unbekanntsachen. Sie müssen eingestellt werden, wenn der Täter nicht ermittelt wird. Viele Täter werden in der PKS auch mehrfach registriert, aber nur einmal verurteilt. Sehr häufig sind es Tatverdächtige, die nach dem JGG behandelt werden. Dort aber dominieren andere Erledigungsarten als eine gerichtliche Verurteilung. Ähnlich ist es bei den zahlreichen Familiensachen. Sie werden häufig nach dem GewaltschutzG bearbeitet. Es dominieren dort also Aussageverweigerungen oder anderweitige Einigungen nach Trennung oder Scheidung. Der methodisch besonders gravierende Fehler ist schließlich der, dass die Erledigungsstruktur bei sexuellen Gewaltdelikten nicht verglichen wird mit anderen Delikten. Nahe liegt ein Vergleich mit Straftaten, bei denen eher ein männliches Opfer den ebenfalls männlichen Tatverdächtigen anzeigt. Dies ist etwa der Fall bei den Taten der Körperverletzung. Interessanterweise ist dort die Selektivität der Strafverfolgung ganz ähnlich wie bei Sexualdelikten. Ermittelt werden kann diese, wenn man vergleichende Aktenanalysen betreibt. Dies geschieht seit etwa 50 Jahren und zwingt mit großer Konstanz, dass Sexualdelikte ganz ähnlich intensiv verfolgt werden wie andere Formen der Gewalt<sup>11</sup>. Der Faktor Geschlecht oder Vorurteile der

<sup>10</sup> Diese der Sache nach verfehlte Annahme innerhalb der Frauenforschung, welche mit Standards der Kriminologie (hier: *Elz* 2017) nicht vertraut ist, ist nicht neu. So schon in den sog. *Daphne-Studien* (*Seith/Lovett/Kelly* 2009).

<sup>11</sup> *Elz* 2017, 117–141.

Institutionen sollte daher nicht überschätzt werden, denn bei Körperverletzungen treffen überwiegend männliche Tatverdächtige auf männliche Opferzeugen. Nur wenn sich auffällige Unterschiede zeigen würden, was nicht der Fall ist, ließe das Rückschlüsse zu. Da aber jeder Vergleich mit anderen Delikten in den vorliegenden Gender Studies notorisch unterblieb und auch während der Gesetzgebung 2014-2016 nicht nachgeholt wurde, sind die medial skandalisierten Zahlen völlig ungeeignet für die These, dass § 177 StGB völlig umgestaltet werden müsse. Wenn die *Selektivität* zwischen der polizeilichen Ebene, der Ebene der Staatsanwaltschaft (hier den Anklagen) und der gerichtlichen Aktivitäten (Aburteilungen) nicht analysiert wurde, schon gar nicht vergleichend, dann muss man annehmen, dass auch im Jahr 2016 diese – mit den üblichen Schwankungen – bei den §§ 177ff. StGB und den Körperverletzungen vergleichbar geblieben ist<sup>12</sup>. Da aber ohnehin keine empirischen Studien herangezogen oder in Auftrag gegeben wurden<sup>13</sup>, ist das Urteil zutreffend, dass es sich bei der „Schutzlücken“-Kampagne um eine der üblichen Skandalisierungen handelt. Sie nahm den – vorhersehbaren – Schwund zwischen nicht aufeinander bezogenen Statistiken<sup>14</sup> als „Beleg“ für die Reformbedürftigkeit des geltenden Rechts und Politik, und die Öffentlichkeit glaubte ihr, was zeigt, wie unaufgeklärt kriminalpolitische Debatten sind. Im Nomos-Kommentar zum StGB zeige ich seit der 2. Auflage und zeige dies auch in der 5. Auflage 2017, dass es einen erheblichen Rückgang schwerer Sexualdelikte gibt. Diese Tatsache wird schlicht ignoriert.

### 3. Wäre vor der Novellierung 2016 eine stille Reform durch Auslegung möglich gewesen?

Eine konventionskonforme Auslegung – etwa eine Erweiterung der Ausnutzungsvariante im Sinne der Istanbul-Konvention – wurde von den Protagonisten der Reform 2016 gar nicht erst erwogen, sondern von vornherein argumentativ abgeschnitten. Es seien nun einmal Mängel „des Gesetzes“, so wurde behauptet, welche eine grundlegende Änderung des nationalen Rechts im Sinne einer konsequenten Umsetzung der Istanbul-Konvention nötig machten. Dies bedeute eine Umstellung vom Regelungsstil der sexuellen Nötigung (erzwungene sexuelle Handlungen) auf eine des fehlenden „Einverständnisses“. Nötig sei daher die Sanktionierung aller „nicht einverständlichen“ sexuellen Handlungen. Ziel der Reform müsse es daher sein, umfassend das Menschenrecht der sexuellen Selbstbestimmung strafrechtlich zu schützen. Im November 2016 trat die „Nein heißt Nein“-Novelle in Kraft. Sie fügt den bis dahin gültigen Verbrechenstatbeständen der sexuellen Nötigung/Vergewaltigung weit gefasste

12 Die Daten sind bei Elz ausführlich wiedergegeben.

13 Die Politik vertraute auf die methodisch völlig verfehlte *Daphne-Studie* (2009) und ging unabirrbar davon aus, dass es das System der Strafverfolgung sei, das Frauen benachteilige.

14 Die PKS und die Rechtspflegestatistik behandeln völlig verschiedene Fälle, es geht um völlig andere Stadien der Strafverfolgung und sie beziehen sich nicht aufeinander. Eigentlich müsste es regelmäßig Verlaufsstudien geben. Aber Rechtstatsachenforschung hat im BMJ keine Priorität mehr.

Vergehenstatbestände hinzu, welche außerdem noch ergänzt werden mit dem noch weiter gefassten § 184i StGB – der sexuellen „Belästigung“. Dieser neue Tatbestand des § 184i StGB wurde bewusst nach § 184h StGB platziert, um deutlich zu machen, dass die Legaldefinition der sexuellen Handlung (die *Erheblichkeitsschwelle*) keinesfalls für „Belästigungen“ gilt. Die geschilderten Veränderungen sind jeweils für sich gesehen, aber auch in ihrer Gesamtheit äußerst folgenreich.

#### 4. Erstes Fazit: Die Reform bezweckt eine erhebliche Erweiterung der Strafbarkeit

Das bisherige Sexualstrafrecht (bis November 2016) hatte nur mittlere und schwere Verbrechen vorgesehen und mit Freiheitsstrafen sanktioniert. Es ist nun „auf den Kopf gestellt“, denn Grundtatbestände der Qualifikationen sind nun Vergehenstatbestände. Diese ermöglichen – was beabsichtigt, aber nicht weiter debattiert wurde – völlig andere Erledigungsarten: Diversion und das Strafbefehlsverfahren. Auch präferieren sie nicht mehr Freiheits- sondern Geldstrafen. Die reformierten Straftaten sehen also erheblich mildere Sanktionen vor. Erweitert ist nur der Umfang der nun auch strafrechtlich verbotenen Formen abweichender Sexualität. Allerdings ist noch unklar, wie die Gerichte damit umgehen. Wie werden sie § 184i StGB – sexuelle „Belästigung“ – implementieren? Möglicherweise senken die Gerichte durch Auslegung den Maßstab der bisher verlangten Erheblichkeitsschwelle in § 184h StGB und subsumieren dann zahlreiche sexuelle Respektlosigkeiten unter die „Nein heißt Nein“-Regel des § 177 Abs. 1 StGB. Mit den neuen Vergehenstatbeständen des § 177 StGB, welche in Abs. 1 alle „sexuellen Übergriffe“ und in Abs. 2 alle Konstellationen von sexuellem Missbrauch von Jugendlichen und Erwachsenen (Kinder ausgenommen) erfassen, kommt es somit zu erheblichen Erweiterungen der Strafbarkeit und einer nicht unbedeutenden Flexibilisierung der Strafverfolgung.

#### B. Vertiefung – Was sind die Tathandlungen des neuen § 177 StGB und wann liegt ein vorsätzlicher sexueller Übergriff vor?

##### I. Einführung

Die Konstruktion des sexuellen Übergriffs läuft darauf hinaus, dass alle sexuellen Handlungen gegen den „erkennbaren Willen“ einer Person den objektiven Tatbestand erfüllen und strafbar sind, wenn sie vorsätzlich begangen werden. Offen ist, ob dolus eventualis genügt. Will man die Strafbarkeit möglichst weit fassen oder verlangt man, dass der *erkennbare Wille auch konkret vom Täter erkannt werden muss*? Fasst man die Strafbarkeit weit und lässt dolus eventualis zu, bekommt man erhebliche dogmatische Probleme, da man das neue Vorsatzdelikt im Ergebnis nicht gegen fahrlässige Übergriffe abgrenzen kann. Wie ist zu entscheiden, wenn das fehlende Einverständnis zwar für einen objektiven Dritten erkennbar war, der Tatverdächtige aber nicht erkannt hat, dass kein Konsens vorliegt. Thomas Fischer kommentiert diesen Grenzfall

sehr unklar. Er meint, dass bedingter Vorsatz reiche (so in der 64. Aufl. 2017 und 65. Aufl. 2018, § 177 Rn. 17), betont dann aber, dass die Grenze zur Fahrlässigkeit nicht überschritten werden dürfe. Aber wie soll dieser Wunsch umgesetzt werden? In ambivalenten Situationen muss ein potentieller Täter immer mit der *konkreten Möglichkeit* von Missverständnissen rechnen. Verlangt man aber nach der „Ja heißt Ja“-Regel, welche ja bewusst nicht Gesetz geworden ist, dass sich Tatverdächtige positiv des Einverständnisses zu versichern haben, dann überschreitet man den Sinn des Gesetzes, der nur ein bewusstes Übergehen umfasst und sanktioniert de facto auch Fahrlässigkeit. Lehnt man nun – was zwingend ist – eine derartig weite Auslegung ab, dann muss dem Tatverdächtigen nachgewiesen werden, dass er das fehlende Einverständnis auch erkannt hat und verlangt dolus directus. Dies ist nur konsequent, denn das Merkmal des objektiven Tatbestandes muss im subjektiven Tatbestand gespiegelt werden. Der nur „erkennbar“ entgegenstehende Wille muss auch konkret „erkannt“ werden. Leichtfertige Grenzüberschreitungen genügen nicht. Zu verlangen ist, dass der Tatverdächtige mit dolus directus, also planmäßig, eine nicht einverständliche sexuelle Handlung begangen hat<sup>15</sup>. Folgt man allerdings den Motiven zum neuen Gesetz, wonach auch dolus eventualis genügen soll, dann handelt der Täter bereits vorsätzlich, wenn er das fehlende Einverständnis konkret für möglich hält und dennoch im Vertrauen, dass sich alles in seinem Sinne fügen werde, die geplante sexuelle Handlung ausführt. Da niemand bei ambivalenten sexuellen Kontakten so genau weiß, was der oder die Partnerin genau will, wäre bereits ein leichtfertiges Vertrauen in den Konsens strafbar, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass der oder die Partner/-in doch nicht einverstanden war. Die Entscheidung für die weite oder enge Auslegung hängt von der Formulierung der *Tathandlung* ab. Leider ist genau diese unklar. Sieht man mit den Motiven als Tathandlung des § 177 Abs. 1 StGB bereits die *sexuelle Handlung*, dann wäre die Strafbarkeit uferlos weit. Dies ist zwar widersinnig, denn eine sexuelle Handlung ist zunächst einmal ein neutrales Verhalten, aber die Motive gehen offenbar davon aus, dass ein derartig weit gefasster Tatbestand aus Gründen des Opferschutzes gewollt ist. Dem ist zu widersprechen. Unrecht wird eine sexuelle Handlung erst durch das im Einzelfall tatsächlich erkannte fehlende Einverständnis. Tathandlung des § 177 Abs. 1 StGB kann also nur *das planvolle Übergehen des entgegenstehenden Willens* sein.

Dogmatisch überzeugender ist es, dass jeder Dissens auch konkret „erkannt“ werden muss und nicht nur „erkennbar“ sein darf. Die jeweiligen Tathandlungen der komplizierten Regelung der einzelnen Absätze des neu gefassten § 177 StGB sollten besser unterschieden werden. In Abs. 2 ist es die *missbräuchliche* sexuelle Handlung, in den Verbrechenstatbeständen sind es die *nötigenden* und/ oder *gewalttätigen* sexuellen Handlungen. Folgt man nur dem Wortlaut, bleibt in allen Absätzen die Tathandlung ein Problem der Auslegung. Die Praxis muss also lösen, was die Gesetzgebung versäumt hat.

15 So Frommel 2017, § 177 Rn. 106.

## II. Erweiterung der Strafbarkeit

Wie immer die neuen Vergehens- und Verbrechenstatbestände ausgelegt werden, ergeben sie ein äußerst kompliziertes Gefüge unterschiedlicher Tathandlungen. Dieses verschärft das bis dahin geltende Recht nicht, sondern erweitert es im „Bagatellbereich“, was eine Flexibilisierung der Strafverfolgung mit sich bringen wird, denn Vergehen kann die Staatsanwaltschaft immer nach *Opportunität* einstellen<sup>16</sup>. Nach altem Recht war eine Diversion nicht möglich. Selbst wenn ein minder schwerer Fall der sexuellen Nötigung (Abs. 5 der Fassung des § 177 StGB im Jahre 1997) ausgesprochen wurde, konnte zwar moderat sanktioniert, aber eben nicht nach den §§ 153 ff. StPO eingestellt werden. Der neue Vergehenstatbestand des Abs. 1 hingegen, die „Nein heißt Nein“-Regelung kann dazu führen, dass die Staatsanwaltschaft dem Tatverdächtigen mitteilt, dass sie gegen Auflage einstellen wolle, wenn dieser einer solchen Verfahrenserledigung zustimmt. Es ist leicht vorstellbar, dass viele Tatverdächtige dies tun werden. Denn arbeits- und beamtenrechtlich gelten sie dann immer noch als unschuldig. Nur Prominente und Personen, welche nur Fristverträge haben oder Projekte betreuen (insbesondere im künstlerischen Bereich), können sich das nicht leisten. Sie verlieren ihre Reputation und damit auch ihr Betätigungsfeld schneller als eine rechtsstaatliche Klärung der Vorwürfe stattfinden kann. Die #metoo-Bewegung zeigt schon jetzt, dass diese Personen äußerst erpressbar sind und dies auch bleiben werden.

## III. Sind sexuelle Übergriffe typischerweise ein Missbrauch von sozialer Macht?

Nennen wir solche Konstellationen asymmetrische Verhältnisse. Sie waren früher in § 179 StGB geregelt, der nun wegfällt. Nunmehr fallen sie – weitgehend – unter Abs. 2 und betreffen Fälle, in denen kein „Nein“ erwartet wird, sondern bereits das unterstellte Machtgefälle zu Lasten des Verdächtigen genügt. Alle Fälle des (in der Neufassung) erweiterten sexuellen Missbrauchs, auch alle Fälle der Überrumpelung, können nun – ohne große Hürden – geahndet werden. Aber es ist auch immer eine Diversion möglich. Dies bringt eine erhebliche Erweiterung der Strafbarkeit mit sich. Immerhin kann, soweit ein dort genanntes Verhalten schon bisher strafbar war, nach neuem Recht eine mildere Sanktionierung in Betracht kommen. Alle Fälle mit sehr geringer Gewalteinwirkung und viele sog. Ausnutzungsfälle, die früher entweder straflos blieben oder als Verbrechen eingestuft wurden, können nun als Vergehen herabgestuft werden. Wie Gerichte von ihrem Beurteilungsspielraum Gebrauch machen werden und wie sich die Rechtsprechung entwickeln wird, wissen wir noch nicht. Aber man liegt wohl nicht falsch, wenn man vermutet, dass Staatsanwaltschaften und Gerichte die Möglichkeit flexibler zu handeln, eher nutzen werden.

<sup>16</sup> Die Mindeststrafe von 6 Monaten erfordert lediglich eine Abstimmung zwischen StA und Gericht.

### C. Anzeigeverhalten kurz nach der Reform 2016

Die Akteure, welche die Reform angestoßen und begleitet haben, sind meist auch die Beraterinnen der mutmaßlichen Opfer (Notruf, Petze). Offenbar ermuntern sie mittlerweile Ratsuchende dazu, auch leichte Fälle anzuseigen, da das reformierte Recht dies mittlerweile ausdrücklich vorsehe, denn ein gesteigertes Anzeigeverhalten im Bagatellbereich zeigt sich bereits anhand der polizeilichen Registrierung (Tabelle 2). Dass dies so kurz nach der Reform der Fall ist, lässt vermuten, dass die neuen Vergehenstatbestände auch künftig noch zu erheblichen Verschiebungen führen werden. Ob allerdings ein solches „Bagatell-Sexualstrafrecht“ die ihm zugeschriebene indirekte generalpräventive Normverdeutlichung erfüllen wird, bleibt vorerst offen und sollte in den nächsten Jahren durch sorgfältige Studien ermittelt werden. Die Reform selbst war überhastet und ohne jedes empirische Fundament. Zwar sind nun alle Formen nicht explizit einverständlicher Übergriffe und Belästigungen formal unter Strafe gestellt, aber sie können im Wege der Diversion wieder relativiert werden. Überdies setzt eine „sexuelle Belästigung“ (§ 184i StGB) keine sexuelle Handlung voraus, sondern erfasst alle körperliche Berührungen, welche bislang zwar (zivilrechtlich) verboten waren, aber strafrechtlich als irrelevant, weil nicht erheblich, eingestuft wurden (die herkömmliche Grenze der „Erheblichkeit“ in § 184h StGB war eine materiell-rechtliche Verkörperung des *ultima ratio*-Prinzips).

#### I. Statistischer Rückgang der mittleren und schweren Sexualdelikte auf der Ebene der polizeilichen Registrierung

Schon die ersten erhältlichen Zahlen der PKS zum neuen Recht aus den Jahren 2016 (November/Dezember) und 2017 zeigen die bislang in der Diskussion nicht erkannte Brisanz der Neuregelung. Zwar müssen diese Zahlen mit großer Vorsicht betrachtet werden, da sie der PKS entnommen sind und noch keine Analyse der Rechtpflegestatistik erfolgen kann, aber sie geben schon erste Anhaltspunkte, welche Verschiebungen auch dort zu erwarten sind. Zu deutlich ist die Abnahme der gravierenden Fälle (der klassische Indikator ist die überfallartige Vergewaltigung durch Einzeltäter oder Gruppen). Sehr bemerkenswert ist ferner die rapide Zunahme dessen, was hier „Bagatell-Sexualstrafrecht“ genannt wird<sup>17</sup>. Zwar müssen diese Effekte noch in weiteren qualitativen Verlaufsstudien erhärtet werden, aber die Implementation von Reformgesetzen folgt meist langfristigen Trends. Diese zeigen schon vor der Reform 2016 eine bemerkenswerte Entwicklung: Sexueller Missbrauch gegen Kinder wird häufiger und härter sanktioniert. Sexuelle Nötigungen gehen eher zurück. Zwar steigt das Anzeigeverhalten, aber es irritiert, dass zunehmend weniger gravierende Verhaltensweisen genannt werden, so dass sich die in Tabelle 2 dargestellten statistischen Kurven der Sanktions-

<sup>17</sup> Bei § 184i StGB ist der Ausdruck „Bagatellkriminalität“ zweifellos zutreffend, der neue Tatbestand ist ja bewusst so konzipiert worden, vgl. hierzu ironisch Fischer <https://www.zeit.de/gesellschaft/2017-11/sexismus-debatte-kevin-spacey-metoo-gesetze>.

härte bei der sexuellen Nötigung/Vergewaltigung nach § 177 StGB a.F. einerseits und des sexuellen Missbrauchs von Kindern (§ 176, 176a StGB) andererseits weiter auseinanderentwickeln werden.

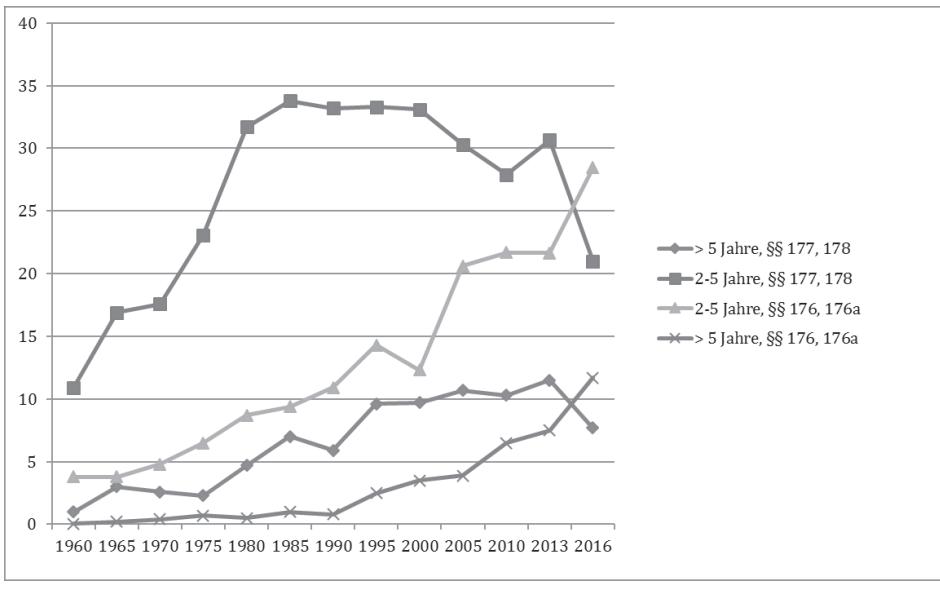
*Tabelle 1 – Zahlen der PKS vor und nach der Reform 2016*

	2014	2015	2016	2017*
Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (13. Abschnitt – ohne §§ 176, 176a StGB)	46.982	46.081	47.401	56.047
Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung unter Gewaltanwendung oder Ausnutzung eines Abhängigkeitsverhältnisses §§ 174, 174a, 174b, 174c, 177 (alte und neue Fassung), 178 StGB	12.537	12.405	14.492	24.523
Vergewaltigung und sexuelle Nötigung – alte Fassung – §§ 177 Abs. 2, 3 und 4, 178 StGB	7.345	7.022	7.919	11.282
– Vergewaltigung überfallartig (Einzeltäter) – alte Fassung – § 177 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 und 4 StGB	1.316	1.134	1.132	946
– Vergewaltigung überfallartig (durch Gruppen) alte Fassung – § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB	129	146	225	122
– Vergewaltigung durch Gruppen – alte Fassung – § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB	294	254	524	258
– Vergewaltigung/sexuelle Nötigung mit Todesfolge § 178 StGB	0	0	0	11
– Sonstige sexuelle Nötigungen nach der alten Fassung § 177 Abs. 1 und 5 StGB	4.622	4.786	5.919	2.978
Sexuelle Übergriffe § 177 Abs. 1, 2, 3, 4, 7, 8 und 9 StGB n.F.				3.787
Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen pp., unter Ausnutzung einer Amtsstellung oder eines Vertrauensverhältnisses §§ 174, 174a-c StGB	570	597	654	607
Sexuelle Belästigung § 184i neu StGB				9.619
Straftaten aus Gruppen § 184j neu StGB				37

\*zu berücksichtigen ist, dass sich die absoluten Zahlen auf jeweils unterschiedliche Fassungen des § 177 StGB beziehen, was jeweils in der linken Spalte gekennzeichnet wird.

Die Zunahme der 2017 polizeilich registrierten Anzeigen geht ausschließlich auf die neu eingefügten Vergehenstatbestände der § 184i und § 177 Abs. 1 und 2 StGB n.F. zurück, betrifft also zu einem großen Teil früher straflose Fälle. Es kam also 2017 zu einer Verschiebung des Anzeigeverhaltens in Richtung der minder schweren Beeinträchtigungen. Die von § 177 StGB a.F. erfassten Fälle, insbesondere die im öffentlichen Bewusstsein als „Vergewaltigung“ verankerten überfallartigen Vergewaltigungen und sexuellen Nötigungen durch Gruppen gehen zurück. Dies zeigt, dass die Neufassung keine „Schutzlücken“ schließt, sondern im Wesentlichen neue Strafbarkeiten schafft.

*Tabelle 2 – Sanktionshärte im Längsschnitt – Rechtspflegestatistik (allgemeines Strafrecht)*



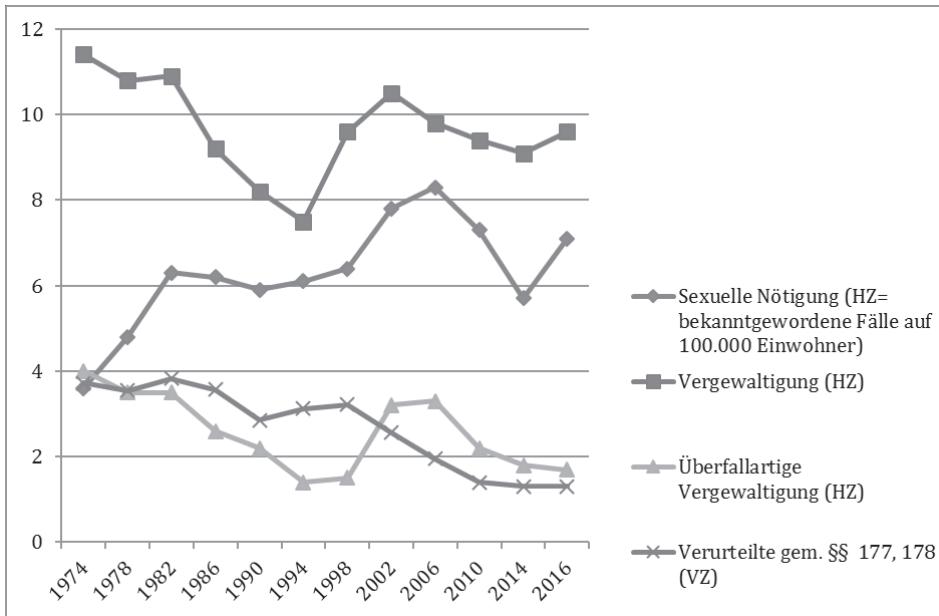
## II. Welche Rolle spielt „Gewalt“ bei der Registrierung und Sanktionierung?

Aus Tabelle 3 ergibt sich für die Jahre 1998-2004 ein bemerkenswerter Anstieg der überfallartigen Vergewaltigungen. Er weist in dieselbe Richtung wie das Anzeigeverhalten in diesem Zeitraum. Nach 2006 gehen die Anzeigen wieder zurück. Erst mit der 2014 unüberhörbaren Reformdebatte „Nein heißt Nein“ steigen die Anzeigen, betreffen nun aber lediglich milder bestrafte (Tabelle 2) sexuelle Nötigungen und die neu geschaffenen Übergriffe und Belästigungen. Es wird abzuwarten sein, ob sich dieser Trend nach 2016 auch auf der Ebene der Verurteilungen zeigen wird. Da aber der Rückgang der Verurteilungen bereits langfristig stabil ist, kann vermutet werden, dass die leichten Fälle auf der Ebene der Staatsanwaltschaften ausgefiltert und der Diversion zugeführt werden.

Was die sexuelle Nötigung/Vergewaltigung vor der Reform 1997/98 betrifft, so muss man bis 1997 einen Mittelwert bilden, da es sich nach der Gesetzesfassung nicht um vergleichbare Beeinträchtigungen gehandelt hat (orale und anale Penetrationen, Gruppenvergewaltigungen galten bis 1997 als Nötigung, nicht als Vergewaltigung). Dieser Mittelwert kann dann mit dem Mittelwert der Jahre 1997-2016 verglichen werden. Auffallend ist, dass sich bei dieser Betrachtung auf der Ebene der Anzeigen statistisch eine Konstanz (mit leichten Schwankungen) zeigt, insbesondere dann, wenn man die Fälle einer überfallartigen Vergewaltigung herausrechnet. Sie wurden mit großer Wahrscheinlichkeit als Vergewaltigung verurteilt. Anders verhielt es sich bei den leichten

Fällen. Spannend wird daher sein, wie diese Fallgruppen, die bis 2016 nur als sexuelle Nötigung (ggf. gemindert nach der alten Regelung des § 177 Abs. 5 StGB) sanktioniert werden konnten, künftig behandelt werden.

*Tabelle 3 – Längsschnitt – sexuelle Nötigung unter Einsatz physischer Gewalt – Häufigkeitszahlen der PKS und Verurteilungen nach der Rechtspflegestatistik (allgemeines Strafrecht) im Längsschnitt*



#### D. Gründe für den medialen Erfolg der Reform des Jahres 2016

##### I. Verhandlungsmoral

Die Antwort auf die erste Frage ist nicht schwer. Zweifellos haben sich die sozialen Wahrnehmungen in den letzten 50 Jahren erheblich verändert. Die Rede von der „sexualisierten Gewalt“, welche gegenwärtig schon bei einer männlichen Hand, die ungefragt auf ein weibliches Knie gelegt wird, salonfähig geworden ist, hätte in den 1960er- und auch noch in den 1980er-Jahren Heiterkeit hervorgerufen. Schon zur Zeit der Großen Strafrechtsreform veränderten sich die Fronten: Auf der einen Seite bröckelte die aber damals noch durchsetzungsfähige patriarchale „Moral“, welche etwa in der 1974 noch beibehaltenen Formulierung der Nötigung zum „außerehelichen Beischlaf“

zu besichtigen ist<sup>18</sup>. Ihr stemmte sich eine feministische Sicht entgegen, welche sich langfristig durchgesetzt hat. Leider ging diese in der Folgezeit auch zweifelhafte Bündnisse ein, welche im Ergebnis zu einem punitiven (strafrechtsgläubigen) Feminismus führten. Da Strafrechtsgläubigkeit ohnehin über allen Debatten schwebt und das hässliche Wort „Punitivismus“ in den 1980er-Jahren zum „umfassenden Opferschutz“ mutierte, wurde auch der punitive Feminismus salonfähig. Unabhängig davon stabilisierte sich in dieser Zeit eine Verhandlungsmoral<sup>19</sup>, welche mittlerweile entweder „nein heißt nein“ oder „nur ja heißt ja“ genannt wird. Sie wirkt präventiv. Beide Entwicklungen sind stabil und sorgen dafür, dass die weibliche Opferbelastung durch brachiale sexuelle Gewalt von Männern, die sich bewusst abweichend verhalten, langfristig – mit Schwankungen – erheblich zurückging und immer noch zurückgeht. Letzteres erklärt auch, wieso ein aufgeheiztes Strafklima zurzeit nur noch durch extreme Einzelfälle aufrechterhalten wird. Besonders medienwirksam ist dies, wenn ein Ausländer verdächtigt oder verurteilt wird. Da gleichzeitig auch das Anzeigeverhalten gestiegen ist, schließlich ist „Gewalt gegen Frauen“ seit den 1970er-Jahren ein feministischer Dauerbrenner, der zurzeit wieder aktiviert wird, zeigen sich die Trends, welche hier beschrieben worden sind: Aus Sexualverbrechen werden – der Tendenz nach – Übergriffe und Belästigungen. Dass das Anzeigeverhalten steigt, liegt nicht zuletzt an der besseren Beratung und der Vernetzung der Beratung mit der Nebenklagevertretung. Schließlich ist die Situation der Nebenklage im Verfahren auch seit 1986 erheblich erweitert und aus der Sicht der Nebenklage verbessert worden. Hinzu kommt, dass es bundesweit effektive Konzepte zur Prävention und Reaktion auf häusliche Gewalt gibt. Sie werden ergänzt durch eine – schlechter ausgestattete – Beratung bei sexueller Belästigung am Arbeitsplatz. Belästigungen jeder Art gelten mittlerweile als zu bekämpfendes „männliches Dominanzverhalten“. Alle denkbaren Formen fallen in der feministischen Literatur (und in der Beratung) unter einen extrem weiten „Gewalt“-Begriff und gelten mittlerweile innerhalb der gesamten öffentlichen Debatte als nicht hinnehmbar. Dies ist ein kultureller Fortschritt, der nur positiv wirken würde, wäre da nicht der Drang nach permanenter Erweiterung des Sexualstrafrechts. Dennoch ist es nachvollziehbar, dass Politiker, NGOs und Politikerinnen zunehmend Erfolg hatten und auch künftig mit der Forderung haben werden, diese Verhandlungsmoral und die Ächtung männlichen Dominanzverhaltens auch *rechtlich* abzusichern. Nur diese Strategie, dies ausschließlich im Strafrecht zu propagieren, ist problematisch. Denn die neue Sexualmoral ist zweifellos ein Gewinn, nur die unmittelbare Koppelung von Moral und Strafrecht kollidiert mit einer Errungenschaft, welche nicht minder grundlegend für eine freiheitliche Gesellschaft und ein liberales Strafrecht ist: Die strukturelle *Trennung von Strafrecht und Moral, insbesondere der jeweiligen Sexualmoral*.

18 Und erst 1986 problematisiert wurde. Allerdings war damals ein entsprechender Gesetzesentwurf noch nicht mehrheitsfähig.

19 Giddens 1991.

## II. Trennung von Strafrecht und Moral, insbesondere von Sexualstrafrecht und Sexualmoral

Mit der These vom sexuellen Selbstbestimmungsrecht als *Menschenrecht*, das deshalb strafrechtlich geschützt werden müsse, durchkreuzt der punitive Feminismus das für ein modernes Strafrecht konstitutive Prinzip, Sexualmoral und Strafrecht kategorial zu trennen. Denn mit der Vokabel „Menschenrecht“ wird auf die für Kantianer typische Sprache der absoluten Rechte angespielt. Gemeint sind Grundrechte – seit 1945 als Menschenrechte bezeichnet. Sie gelten als legitime Interessen für ein Kernstrafrecht, Kant nahm sie sogar als Begründung für ein zwingendes Vergeltungsstrafrecht. Nun stammt der Gedanke der Trennung von objektivem Recht und subjektiver Moral aus dem 18. Jahrhundert. Damals sollten mit diesem Argument polizeistaatliche Strategien, verpackt in zweckrationale Argumente, abgeschnitten werden. Aber an was dachten Frühliberale wie P. A. von Feuerbach, wenn sie von absoluten Rechten sprachen? Gedacht war an „Leben“, körperliche Integrität und „Eigentum“. Diebstahl gehörte ins Strafrecht, Schutz der Privatautonomie ins Zivilrecht. Notzucht war für Feuerbach eine Verletzung des Rechts am eigenen Körper, da Sittlichkeit für ihn kein Recht war, auch kein Rechtsgut (das kam erst sehr viel später), sondern ein Gegenstand des Polizeirechts, über den er als Philosoph nicht weiter urteilte. Ein inflationärer Gebrauch des Begriffs der Menschenrechte lag also damals besonders fern. Umgekehrt spricht aus heutiger Sicht nichts mehr gegen ein zweckmäßig gestaltetes Recht, da ja jedes Rechtsgebiet rechtsstaatlich geordnet sein soll. So gesehen ist der Gedanke, Strafverfahren könnten sich für den Kampf gegen alltäglichen Sexismus eignen, geradezu abwegig. Reden wir also über typische und atypische Moralunternehmen.

Starke moralische Gefühle neigen zu punitiven Reaktionen. Es ist daher schwer, begrifflich zu klären, ob ein moralisches Argument (Frauen sind kein Freiwild, also Hände weg!) übertrieben ist und eher vorgeschoben wird oder ob es sich tatsächlich um ein ernst zu nehmendes Problem handelt. Der These, alle grundlegenden Normen sollen auch strafrechtlich abgesichert werden, ist grundsätzlich zu widersprechen. Strafrecht ist ein Subsystem des Rechts und regelt lediglich eine Auswahl von Schädigungen (*ultima ratio*). Die Durchsetzung von Rechten wird allen Rechtsgebieten anvertraut. Dass das sexuelle Selbstbestimmungsrecht ein Recht ist, das von allen anderen Personen zu achten ist, ist unstrittig. Es ist auch staatlich zu schützen, aber wie ein solcher Schutz aussieht, ist zweckrational zu betrachten. Da Kant noch keinen Rechtsstaat voraussetzen konnte, argumentierte er noch nicht im Rahmen eines differenzierten Rechtssystems, sondern stellte Minimalforderungen auf. Nach 1945 wurden Grundrechte mit „naturrechtlichen“ Argumenten gefordert, aber auch damals wäre niemand auf die Idee gekommen, den „Respekt“ vor der Sexualität anderer als strafrechtlich zu schützendes Menschenrecht zu begründen. Ein solcher Schutz gehört ins Zivil-, Familien-, Arbeits- und Polizeirecht (polizeiliche Wegweisung, Platzverweis).

Wie kam es zu einem nahezu einstimmigen Beschluss im Bundestag? Zu bedenken ist die Kampagne nach der legendären Silvesternacht in Köln 2015/2016. Zwar scheiterte eine Bestrafung der dort begangenen Taten (Grapschen) damals im Wesentlichen

daran, dass es fast nur Unbekanntsachen waren. Am Gesetz scheiterte eine Bestrafung nicht, denn § 177 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 2 StGB a.F. (gemeinschaftliche Nötigung) hätte eine empfindliche Bestrafung wegen des Verbrechens der gemeinschaftlichen sexuellen Nötigung erlaubt. Aber diese Feinheiten gingen unter. Außerdem liegt konservativen Politikern der Ruf nach „mehr Strafrecht“ ohnehin auf der Zunge, und ein gut vernetzter punitiver Feminismus hat sich nun einmal in den letzten 40 Jahren durchgesetzt<sup>20</sup>. Die Perspektive eines liberalen Strafrechts (*ultima ratio*) wird zwar auf der Ebene der Gerichte noch durchgehalten, aber sie dominiert schon seit einiger Zeit nicht mehr in den kriminalpolitischen Debatten, im Gegenteil: Diese Sicht gilt als typisch „männliche“ Perspektive. Sie wurde 2014-2016 von *Thomas Fischer* vertreten. Leider tat er alles dafür, dass dieser Eindruck plastisch blieb<sup>21</sup>. Der pragmatische Einwand, dass man mit gutem Willen eine angemessene Lösung finden könne, scheiterte.

### E. Ergebnis

Die Neuregelung hat in erster Linie keine „Schutzlücken“ geschlossen, sondern die Schutzrichtung verändert. Dogmatisch ist das neue System eher zweifelhaft. Der neue § 177 StGB ist problematisch, weil er nahelegt, eine „sexuelle Handlung“ als „Tathandlung“ anzusehen. Auch die Verbrechenstatbestände (...Gewalt „bei der Tat“) basieren auf diesem Fehler. Dies kann zwar durch Auslegung bereinigt werden, aber dazu muss erst einmal ein Problembewusstsein geschaffen werden. Nötig ist es, die Handlungen (ein Grundbegriff des AT) jeweils so zu bestimmen, dass ein gestufter Schutz entsteht: Bewusstes Übergehen des erkennbar entgegenstehenden Willens, nötigendes Beugen und gewalttägiges Zwingen zur Vornahme oder Erdulden von erheblichen sexuellen Handlungen. Auch § 184i StGB muss restriktiv ausgelegt werden<sup>22</sup>, um zu gewährleisten, dass nur erheblich belästigendes und planvolles Verhalten (*dolus directus*) sanktioniert wird.

Zwar wurde die Neuregelung als notwendige Konsequenz einer veränderten Sicht auf das als Menschenrecht aufgewertete Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung gefordert und im Bundestag auch mit dieser Begründung nahezu einstimmig durchgesetzt. Doch die zügige Implementation des neuen § 184i StGB und der neuen Vergehenstatbestände der Absätze 1 und 2 zeigt, dass hinter diesem neuen „Bagatellsexualstrafrecht“ ein langfristiger Trend steht. Brachiale Gewalt wurde und wird seit jeher

20 *Brownmiller* 1975, in zahlreichen Aufl. in vielen Sprachen erschienen, ein Klassiker der Fraueneorschung.

21 *Fischer* ist – ohne es zu ahnen – in diese Falle getappt, da er aggressiv die feministische Perspektive angegriffen hat. Er hatte zwar um das Jahr 2000 erfolgreich innerhalb des BGH für eine restriktive Auslegung des damaligen § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB (die umstrittene Ausnutzungs-Variante) geworben und sich auch durchgesetzt, aber es war ein Pyrrhus-Sieg, denn durch diese Auslegung entstanden – allerdings nur sehr wenige – Schutzlücken, welche dann als Beleg dafür genommen wurden, dass § 177 StGB grundlegend umgestaltet werden müsste (der eingangs erwähnte Perspektivenwechsel).

22 Vgl. hierzu die Kommentierung von *Frommel* 2017 zu Vor § 174, § 176 und § 177 (alte und neue Fassung).

hart bestraft. Aber sie geht zurück. Stattdessen wird mittlerweile alltäglicher Sexismus medienwirksam skandalisiert. Offenbar trifft dieses Bedürfnis mehr Menschen, als die Angst vor brutaler Gewalt. Sie betrifft, was ein kultureller Fortschritt ist, nur Einzelfälle, die ebenfalls ausführlich berichtet werden. Die Kampagne für die neuen Regelungen war erfolgreich. Schon im Jahr 2017 führte der neue § 184i StGB zu einer beachtlichen Zahl von Anzeigen, desgleichen der neue Vergehenstatbestand des sexuellen Übergriffs. Es kam also sehr schnell zu einer Verschiebung der Schwerpunkte. Beratungsstellen raten offenbar zum leichter verfolgbaren Bagateldelikt. Nebenklagevertreterinnen setzen diese Forderung um. Noch ist nicht bekannt, wie „erfolgreich“ die sich belästigt Fühlenden vor Gericht sein werden. Auch könnte es sein, dass die neuen Vergehenstatbestände zumindest einzelne Staatsanwaltschaften lediglich dazu ermuntern, auf vielfältige Formen der Diversion zurückzugreifen. Ob dies geschieht, werden neue empirische Studien, welche erforderlich sind, noch zeigen. Jedenfalls hat der 13. Abschnitt des StGB ein neues, erheblich weiter gefasstes Rechtsgut.

Die neue Sensibilität ist ein Befund, der ausgesprochen positiv ist. Aber er stellt einen kulturellen Fortschritt dar, wenn man es vermeidet, haltlose #metoo-Kampagnen in Europa zu inszenieren. Eigentlich sollte der Einstellungswandel nichts mit strafrechtlichen Forderungen zu tun haben, denn er hat dazu geführt, dass es in Deutschland zunehmend weniger Vergewaltigungen gibt. Wieso suchte angesichts dieser Befunde die Gesetzgebung 2014-2016 nur nach strafrechtlichen Strategien? Offenbar sind die zahlreichen Projekte, welche nahe an den Problemen angesiedelt sind, medial nur schwer als Erfolg darzustellen. Zwar wissen die dort Beschäftigten sehr genau, dass den Ratsuchenden nicht mehr und schon gar nicht ungenaues Strafrecht hilft, sondern nur effektiv verfügbare und ganz konkrete Maßnahmen vor Ort. Aber diese Einsicht geht regelmäßig unter. Jedenfalls sollte die Gesetzgebung in den nächsten Jahren einmal über einen Perspektivenwechsel nachdenken und das Gewaltschutzgesetz erweitern. Ein neues oder ein angeblich verbessertes Sexualstrafrecht sollte sie erst gar nicht versuchen. Viel besser wäre es, wenn wir mehr über die kriminologischen Zusammenhänge wüssten.

## Literatur

*Brownmiller (1975) Against our will, men women and rape*

*Elz (2017) Verurteilungsquoten und Einstellungsgründe. Was wissen wir tatsächlich?, in: Rettenberger/Dessecker (Hrsg.), Sexuelle Gewalt als Herausforderung für Gesellschaft und Recht,, KuP, 117-141*

*Fischer (2018) Strafgesetzbuch, 65. Aufl.*

*Frommel (2017) NomosKommentar, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Band 2, 5. Aufl.*

*Giddens* (1991) Modernity and Self-identity

*Hörnle* (2015) Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Gutachten für das Deutsche Institut für Menschenrechte

*Hoven/Weigend* „Nein heißt Nein“ – und viele Fragen offen. Zur Neugestaltung der Strafbarkeit sexueller Übergriffe, in: JZ (2017), 182-191

*Seith/Lovett/Kelly* (2009) *Daphne-Studien*. Länderberichte, EU Daphne Projekt: Different systems, similar outcomes? Tracking attribution in reported rape cases in eleven Country

*Prof. Dr. Monika Frommel war 1988 bis 1992 Professorin für Rechtsphilosophie und Strafrecht in Frankfurt und war von 1992 bis 2011 Direktorin des Instituts für Sanktionenrecht und Kriminologie der CAU zu Kiel. Sie ist Autorin von Aufsätzen und Kommentierungen zum Sexualstrafrecht.*

*Kontakt:*

*Prof. Dr. Monika Frommel  
Feldstr. 65  
24105 Kiel*