

§ 6
Internationales Sexualstrafrecht

Ein einheitlicher Vergewaltigungstatbestand für Europa?

*Jun.-Prof. Dr. Jennifer Grafe, LL.M.**

Abstract

Das deutsche Sexualstrafrecht bedient sich derzeit der Nein-heißt-Nein-Lösung; in anderen Mitgliedstaaten der EU ist nach wie vor die Nötigungslösung Gesetz. Zu Recht fordern kritische Stimmen eine Reform hin zur Zustimmungslösung. Der Vorstoß, durch eine Richtlinie der Europäischen Union eine europaweite Harmonisierung des Vergewaltigungstatbestands zu erreichen, ist dennoch abzulehnen, weil der EU hierfür keine Gesetzgebungskompetenz aus Art. 83 Abs. 1 AEUV zukommt.

Currently, German criminal law on sexual offenses uses the "no means no" approach, while other EU member states still use the "coercion" approach. Critics are rightly calling for a reform that would adopt a consent-based approach. However, the attempt to harmonize the offense of rape throughout Europe by means of a European Union directive should be rejected because the EU lacks the legislative competence to do so under Article 83(1) TFEU.

I. Das Sexualstrafrecht - quo vadis?

Acht Jahre ist es her, seit sich Deutschland mit dem 50. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung¹ zur Widerspruchslösung, die in der breiten medialen Aufmerksamkeit nur als Nein-heißt-Nein-Lösung namhaft wurde, bekannt hat und sexuelle Handlungen, die „gegen den erkennbaren Willen“ (§ 177 Abs.1 StGB) erfolgen, unter Strafe gestellt hat. Obschon die Europäische Union keine originäre Gesetzgebungskompetenz für das Strafrecht hat, versuchte sie im vergangenen Jahr, den Tatbestand der Vergewaltigung europä-

* Die Autorin ist Juniorprofessorin für Kriminologie und Strafrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

1 BGBl. 2016 I, S. 2460.

weit zu vereinheitlichen. Die aus diesen Debatten resultierende Richtlinie (EU) 2024/1385 vom 14.5.2024 zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt hingegen macht sich das Ja-heißt-Ja-Prinzip zu eigen; eine gemeinsame Definition einer Vergewaltigung, ein europaweites Prinzip der Einvernehmlichkeit und eine einheitliche Strafbarkeit konnte jedoch – auch wegen der Gegenwehr Deutschlands – keinen Einzug in die Richtlinie finden. Nachdem der Deutsche Frauenrat erst im Februar des vergangenen Jahres darauf hingewiesen hatte, dass in der EU schätzungsweise 1,5 Millionen Vergewaltigungen pro Jahr verübt und nur ein Prozent der Täter:innen verurteilt werden,² wurde diese Entscheidung überwiegend kritisiert. Kritische Stimmen sehen darin eine Entscheidung gegen den Schutz der Frauen, eine große Enttäuschung oder sogar ein antifeministisches Signal.³

Die Debatte um einen weitergehenden Schutz durch die Einwilligungsgenüger gegenüber der Widerspruchslösung entbrannte spätestens mit Einsetzen einer Kommission zur Reformbedürftigkeit des Sexualstrafrechts und ist seitdem wenig gealtert. Die (gescheiterten) Unternehmungen der EU, einen europaweit einheitlichen Vergewaltigungstatbestand zu schaffen, haben diese kurzzeitig wieder in den Fokus der Aufmerksamkeit gestellt; das Interesse ist aber auch genauso schnell wieder abgeklungen. Der Beitrag möchte exemplarisch an dem geplanten Vergewaltigungstatbestand in den Blick nehmen, wie im sensiblen Bereich des Sexualstrafrechts Debatten vermischt werden. Denn der Grund für die Ablehnung einer europaweit einheitlichen Regelung des Sexualstrafrechts waren erhebliche Zweifel an der Gesetzgebungskompetenz der EU; dass damit nicht zwingend eine politische und gesetzgeberische Entscheidung gegen eine Erhöhung des Schutzes vor sexualisierter Gewalt einhergeht, bleibt meist unerwähnt. Gegenstimmen gegen diese europäische Vereinheitlichung werden nicht selten als antifeministisch eingeordnet. Dabei ist es durchaus möglich, sowohl die derzeitige deutsche Rechtslage im Sexualstrafrecht vor dem Hintergrund ihres Schutzniveaus zu kritisieren und dennoch eine europaweit einheitliche Regelung aus Gründen der Kompetenzverteilung und ihrer Folgewirkung für andere Strafrechtsbereiche abzulehnen.

2 Pressemitteilung des Deutschen Frauenrates vom 7.2.2024, <https://www.frauen-rat.de/eu-gewaltschutzrichtlinie-hat-bei-vergewaltigung-fatale-leerstelle/> (1.6.2025).

3 Bspw. *DJB*, Offener Brief vom 31.1.2024, https://www.djb.de/fileadmin/user_upload/presse/stellungnahmen/st24-01_Offener_Brief_EU-Richtlinie.pdf (2.1.2026).

II. Lösungsmodelle

1. Historie in Deutschland

Obschon erst das 33. StrÄndG vom 1.7.1997⁴ den Schutz des Sexualstrafrechts auf männliche Opfer erweiterte und die frühere Beschränkung auf „außereheliche“ sexuelle Handlungen strich, lassen sich in der Debatte um diese Änderung die ersten Überlegungen zur Bestimmung konsensualer sexueller Handlungen nachzeichnen. Gefordert wurde unter anderem eine „Widerspruchsklausel“, nach welcher dem mit dem Täter verheirateten Opfer ein Widerspruchsrecht in Bezug auf die Strafverfolgung eingeräumt wurde, oder eine „Versöhnungsklausel“⁵, die jedoch jeweils nicht Gesetz wurden.⁶ Erst das am 10.11.2016 in Kraft getretene, in kürzester Zeit geschaffene und daher wissenschaftlich kaum begleitete⁷ 50. StrÄndG⁸ brachte die Debatte wieder auf. Durch die Änderung wurde die Nein-heißt-Nein-Lösung in § 177 StGB implementiert. Damit genügte erstmals ein „Nein“ des Opfers, um ein Verhalten als einen sexuellen Übergriff zu qualifizieren; die zuvor erforderliche Gewaltanwendung, Drohung oder Ausnutzung einer schutzlosen Lage waren nicht mehr erforderlich. Der Gesetzgeber begründete die Einführung wie folgt: „Der Wille des Opfers soll in das Zentrum der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung gestellt werden. [...] Der strafrechtliche Schutz des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung darf mit anderen Worten nicht davon abhängen, ob das Opfer es selbst, gegebenenfalls unter hohen Risiken und ohne konkrete Erfolgsaussichten, gegen den Täter verteidigt oder dies zumindest versucht.“⁹ Er versuchte damit auch, dem Anliegen des Art. 36 des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt („Istanbul-Konvention“) Rechnung zu tragen. Die Änderungen überraschten u.a. deswegen, weil sie während der laufenden Arbeit der 2015 eingesetzten Kommission stattfand, die die (weitere) Reformbedürftigkeit des Sexualstrafrechts untersuchen sollte.¹⁰ Eine grundlegende Veränderung

4 BGBl. I 2017, S. 1607.

5 *Helmken*, ZRP 1995, 302 (305 f.); *Folkers*, NJW 2000, 3317 (3319).

6 Zur Reformdiskussion *Hörnle*, in: LK-StGB Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 177 Vor Rn. 1.

7 *Deckers*, StV 2017, 410.

8 BGBl. I 2016, S. 2460.

9 BT-Drs. 18/9097, S. 21.

10 *BMJV*, Abschlussbericht der Reformkommission; Zusammenfassung bei *Renzikowski/Schmidt*, KriPoZ 2018, 325.

des deutschen Sexualstrafrechts blieb bis heute – von punktuellen, teilweise zweifelhaften Einfügungen wie dem § 184l StGB einmal abgesehen¹¹ – aus.

2. Nötigungsmodell

Nötigungsmodelle gibt es in insgesamt zehn Mitgliedsstaaten; neben den osteuropäischen Staaten zählt dazu auch Italien.¹² Bei ihnen muss zur sexuellen Handlung ein Nötigungselement treten. Die Abkehr von § 177 StGB a.F., der das Nötigungsmodell in Deutschland statuierte, wird heute kaum noch infrage gestellt. Er knüpfte einzig an das Verhalten des Täters an und verlangte eine Überwindung des Selbstbestimmungsrechts der anderen Person durch Gewalt, Drohung oder Ausnutzen einer schutzlosen Lage. Nicht erfasst waren jene Fälle, in denen das Opfer seine Ablehnung zum Ausdruck brachte, der Täter sodann aber keine Gewalt anwendete, sondern lediglich gegen den geäußerten entgegenstehenden Willen sexuelle Handlungen vornahm. In diesen Fällen hätte das Opfer den Täter in eine Lage bringen müssen, die etwa eine Gewaltanwendung erforderte. Dabei erhöhte sich nicht nur das Gefahrenpotenzial für das Opfer erheblich; es stellte sich auch die Frage, inwiefern einem Opfer ein solches Verhalten abverlangt werden kann, wenn die Gegenwehr als aussichtslos erkennbar war.

3. Widerspruchsmodell

Für die nunmehr in Deutschland (und daneben auch in Österreich und der Tschechischen Republik) geltende Nein-heißt-Nein-Lösung genügt es, wenn das Opfer seinen entgegenstehenden Willen für den Täter deutlich zum Ausdruck bringt, § 177 Abs. 1, 2 StGB. Diese Ablehnung kann verbal oder nonverbal geäußert werden. Das Widerspruchsmodell hat vor allem durch das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt an Bedeutung erlangt. An ihr wird kritisiert, dass aus einer psychologischen Perspektive die Äußerung eines entgegenstehenden Willens dem Opfer in gewissen Situationen nicht zugemutet werden könne. Insbesondere bei einem alther-

11 Grafe, DÖV 2023, 945.

12 Schulten, Vergewaltigung: Keine einheitliche Definition in Europa, <https://www.dw.com/de/vergewaltigung-keine-einheitliche-definition-in-der-eu/a-68188646> (1.6.2025).

gebrachten Rollenverständnis, in Situationen der Scham oder bei einer in sexuellen Angriffen vorkommenden „Schockstarre“ wird das Opfer nicht in der Lage sein, seinen entgegenstehenden Willen zu äußern.¹³

4. Zustimmungsmodell

Die Ja-heißt-Ja-Lösung setzt für den Sexualkontakt die positive Zustimmung des Opfers voraus. Damit ist jede sexuelle Handlung zunächst sexueller Übergriff, bis die Zustimmung den Tatbestand beseitigt; die Konstruktion ähnelt etwa dem ärztlichen Heileingriff. Vorreiter dieses Modells ist Schweden, ihm folgten mittlerweile insgesamt 14 EU-Mitgliedstaaten nach.¹⁴ Kritisiert wird daran die kaum überwindbaren Beweisschwierigkeiten, die mit dieser Lösung einhergehen. Die Beweisschwierigkeiten gehen aber auch mit der Widerspruchslösung einher: Ob ein Opfer seinen Widerspruch durch ein „Nein“ zum Ausdruck gebracht hat, oder ob es seine Zustimmung zur sexuellen Handlung gegeben hat, ist gleichermaßen selten nachzuweisen, weil es die Situation bedingt, dass Täter und Opfer zumeist allein sind und die Kommunikation nicht aufgezeichnet wird. Wenig nachvollziehbar ist die Kritik, diese Lösung zeichne „ein sehr trauriges Bild von Sexualität und körperlicher Nähe, auch miteinander verbundenen Personen“.¹⁵ Es dürfte mittlerweile gesellschaftlich anerkannt sein, dass Einvernehmlichkeit Grundpfeiler sexueller Kontakte ist.

III. Europaweite Vereinheitlichung der Zustimmungslösung

1. Gesetzesinitiative

Die EU-Kommission hat es sich zur Aufgabe gemacht, Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt zu bekämpfen und ist daher am 1.10.2023 ebenfalls der Istanbul-Konvention beigetreten. Ausfluss dieser Bemühungen war ein Richtlinienvorschlag aus dem Jahre 2022 zur Bekämpfung von Gewalt ge-

13 Hörnle, ZIS 2015, 206 (212).

14 Schulten, Vergewaltigung: Keine einheitliche Definition in Europa, <https://www.dww.com/de/vergewaltigung-keine-einheitliche-definition-in-der-eu/a-68188646> (1.6.2025).

15 Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (186).

gen Frauen und häusliche Gewalt.¹⁶ Dabei ähnelt in zehn (zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Richtlinienentwurfs 14) Mitgliedstaaten der EU der Vergewaltigungstatbestand nach wie vor dem Nötigungsmodell.¹⁷ Nach Art. 5 RL-E sollen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass nicht einvernehmliche sexuelle Handlungen unter Strafe gestellt werden. Nicht einvernehmliche Handlungen sind nach dem Entwurf solche, „die gegen den erkennbaren Willen der Frau oder in Fällen vorgenommen wird, in denen die Frau aufgrund ihres körperlichen oder geistigen Zustands nicht in der Lage ist, ihren freien Willen zu äußern, [...]“. Gestützt werden sollte dieses Vorhaben auf Art. 83 Abs. 1 AEUV. Deutschland und Frankreich haben diesen Teil der Richtlinie im Rahmen der Trilogverhandlungen unter Verweis auf die fehlende Gesetzgebungskompetenz der EU verhindert. Die Richtlinie im Übrigen wurde verabschiedet und trat am 13.6.2024 in Kraft. Das mediale Echo kritisierte diese Haltung. Gewaltschutzverbände und Einzelpersonen schrieben einen offenen Brief, in dem sie die Erwartungshaltung formulierten, dass die Bundesregierung ihre Position offiziell ändere und aktiv fordere, dass Vergewaltigung als Tatbestand in das EU-Gewaltschutzpaket aufgenommen werde.¹⁸ Gemein ist diesen Forderungen, dass sie die Frage nach der bestehenden Gesetzgebungskompetenz der EU mit Fragen der Sinnhaftigkeit europaweiten Gewaltschutzes verweben. Im Folgenden sollen diese Fragen getrennt und der Fokus auf die Richtlinienkompetenz der EU gelenkt werden.

2. Richtlinienkompetenz der EU de lege lata

Die Kompetenz der EU zur Regelung des materiellen Strafrechts besteht nur in dem von Art. 83 AEUV gesetzten Rahmen. Dies trägt dem Prinzip der limitierten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 2 EUV), dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 Abs. 3 EUV) sowie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 4 EUV) Rechnung.¹⁹ Vorliegend bildet Art. 83 Abs. 1 AEUV die einzige denkbare Kompetenzgrundlage.

16 COM (2022) 105 final.

17 Impact Assessment Report on combating violence against women and domestic violence, Abschnitt 2.1.2.

18 Offener Brief zur EU-Gewaltschutzrichtlinie, <https://www.frauenrat.de/eu-gewaltschutzpaket-ohne-schutz-vor-vergewaltigung-ist-kein-gewaltschutzpaket/> (1.6.2025).

19 Vogel/Eisele, in: EuR, 84. Aufl. 2025, Art. 83 AEUV Rn. 40.

a) Vergewaltigung als „Sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern“

Art. 83 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV bestimmt, dass Mindestvorschriften für die Festlegung von Straftaten und Strafen in bestimmten Bereichen der Kriminalität dann in den Kompetenzbereich der EU fallen, wenn sich der Bereich erstens auf besonders schwere Straftaten bezieht und zweitens eine grenzüberschreitende Dimension besteht. UAbs. 2 bestimmt sodann in einer erschöpfenden Aufzählung, auf welche Bereiche dies zutrifft, unter anderem auf den Menschenhandel und die sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern. Dass es sich um eine abschließende Aufzählung handeln muss, ergibt sich bereits aus Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV, wonach der Rat der EU-Beschluss über das Hinzufügen weiterer Kriminalitätsbereiche fassen kann, der ansonsten leerliefe. Die Voraussetzungen sind europarechtsautonom und nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte und im Kontext ihrer Ziele auszulegen.²⁰ Dabei sind die völker- und europarechtlichen Harmonisierungsakte in den jeweiligen Kriminalitätsbereichen zu berücksichtigen.²¹

aa) Wortlaut

Auch wenn dem Wortlaut auf Unionsebene – anders als im nationalen Recht – aufgrund der unterschiedlichen (gleichrangigen, Art. 55 Abs. 1 EUV) Übersetzungen geschuldeten Abweichungen eher geringe Bedeutung zukommt, spricht prima facie der deutsche Wortlaut gegen die Erfassung nicht-ökonomischer Sachverhalte. Auch eine sprachvergleichende Auslegung (vgl. *sexual exploitation*; *l'exploitation sexuelle*; *la explotación sexual*) kommt zu keinem anderen Ergebnis. Der Wortlaut „Ausbeutung“ legt ein ökonomisches Verständnis nahe und fußt auf der Bekämpfung von etwa Zwangsprostitution. Sexueller Missbrauch oder etwa Kinderpornografie scheinen auf den ersten Blick nicht darunterzufallen. Ein Teil des Schrifttums nimmt an, dass diese Begriffsbedeutung mittlerweile überholt sei, weil sexueller Missbrauch und sexuelle Ausbeutung nicht selten im selben Atemzug genannt werden.²² Beispielhaft dafür ist etwa der Titel der sog. „Lanzarote-Konvention“ (Übereinkommen des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch vom

20 S. bspw. EuGH EuGRZ 2000, 444 m.w.N.

21 Böse, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), 4. Aufl. 2028, Art. 83 AEUV Rn. 9.

22 Vogel/Eisele, in: EuR, Art. 83 AEUV Rn. 56.

25.10.2007) und die Definition von sexual exploitation and abuse der *UN Refugee Agency*²³. Spezielle Tatbestände der sexuellen Ausbeutung, die nicht auch sexueller Missbrauch seien, seien ferner unbekannt.²⁴ Dass die beiden Begriffe oft zusammen genannt werden, erschließt sich möglicherweise als Argument für eine fehlende Trennschärfe; es kann aber als Argumentation nicht dafür herhalten, dass Ausbeutung auch die einfache Vergewaltigung erfassen soll. Wäre das der Fall, dann müssten die beiden Begriffe gerade nicht zusammen genannt werden, sondern der eine würde den anderen bereits erfassen, eine zusätzliche Nennung des Missbrauchs wäre gar überflüssig.

Der DJB betont, dass die althergebrachte Begriffsbestimmung mittlerweile überwunden wurde und sich ein breites Verständnis etabliert habe, dass auch nicht-monetäre Formen sexuellen Missbrauchs erfasse.²⁵ Zur Begründung wird die Richtlinie zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie (RL 2011/93/EU) herangezogen, die ebenfalls auf Art. 83 Abs.1 UAbs.2 AEUV gestützt wurde.²⁶ Sie erfasst nicht nur Formen der Zwangsprostitution, sondern auch andere Formen sexuellen Missbrauchs von Kindern. Dass sich diese Richtlinie der Kritik ausgesetzt sieht, ihrerseits kompetenzwidrig zu sein, wird dabei außer Acht gelassen.²⁷

bb) Systematik

Zu einem weiten Verständnis des Begriffs der sexuellen Ausbeutung gelangt man auch dann nicht, wenn man richtigerweise annimmt, dass es sich bei den Aufzählungen nicht um Delikte, sondern um Deliktsbereiche handele.²⁸ Dann sollen sexueller Missbrauch und sexuelle Ausbeutung eine Deliktskategorie sein. Das verfängt schon nach dem Wortlaut deswegen

23 <https://www.unhcr.org/what-we-do/protect-human-rights/tackling-sexual-exploitation-and-harassment/defining-sexual> (1.6.2025).

24 *Vogel/Eisele*, in: EuR, Art. 83 AEUV Rn. 56.

25 *DJB*, Offener Brief vom 31.1.2024.

26 *DJB*, Offener Brief vom 31.1.2024; *Çelebi/Koop/Melchior*, Deutschlands Blockade beim europaweiten Gewaltschutz, Verfassungsblog vom 10.1.2024, <https://verfassungsblog.de/deutschlands-blockade-beim-europaweiten-gewaltschutz/> (2.1.2026).

27 *Böse*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), Art. 83 AEUV Rn.11; *Satzger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 83 AEUV Rn. 16.

28 *Çelebi/Koop/Melchior*, Deutschlands Blockade beim europaweiten Gewaltschutz, Verfassungsblog vom 10.1.2024.

nicht, weil zwar die Nennung in den aufgezeigten Beispielen immer wieder aufzählend erfolgt (sexuelle Ausbeutung *und* sexueller Missbrauch), aber sexueller Missbrauch gerade deswegen keine Unterkategorie – und vice versa nicht Oberkategorie – der sexuellen Ausbeutung ist. Beides steht nebeneinander und gerade nicht in einem Hierarchieverhältnis zueinander (also etwa nicht sexuelle Ausbeutung, *insbesondere* sexueller Missbrauch). Systematisch sind zwar alle anderen Deliktsbereiche mit einem Komma verbunden, Menschenhandel *und* sexuelle Ausbeutung hingegen mit einem „und“, was eine gewisse Konnexität begründet, die sich aber vermutlich darin erschöpfen dürfte, dass sich die Begriffe sprachlich jeweils auf „Frauen und Kinder“ beziehen und bei einer Kommatrennung eine Wiederholung der Frauen und Kinder sprachlich erforderlich gewesen wäre. Vielmehr legt diese Formulierung nahe, dass es sich um zwei Deliktsbereiche handelt, die möglicherweise zeitgleich behandelt werden, weil gewisse Delikte beiden Bereichen unterfallen mögen. Das allein kann aber nicht dazu führen, ein derart weites Verständnis der sexuellen Ausbeutung anzunehmen.

cc) Historie

Ein ähnliches Bild zeichnet die Entstehungsgeschichte. Aus den Schlussfolgerungen des Europäischen Rats von Tampere vom 15. und 16.10.1999 („Menschenhandel, insbesondere die Ausbeutung von Frauen“) geht hervor, dass die Ausbeutung von Frauen eine spezifische und wichtige Komponente des Menschenhandels ist. In den darauffolgenden Verträgen hat sich dann aber die Formulierung „Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern“ durchgesetzt. Daraus schlussfolgert der Juristische Dienst, eine interne, unabhängige Fachstelle, die die Abgeordneten und Organe des Deutschen Bundestages mit rechtlichen Gutachten und Stellungnahmen bei ihrer parlamentarischen Arbeit unterstützt, sowie Befürworter:innen des Art. 5 RL-E, dass die sexuelle Ausbeutung von Frauen nicht mehr nur eine spezifische Form des Menschenhandels darstelle, sondern eigenständig und weiter gefasst werden und somit schwerpunktmäßig sexualisierte Gewalt, also auch nicht-einvernehmliche sexuelle Handlungen, erfassen könne.²⁹ Dem ist zuzustimmen, da der Menschenhandel auch

29 *Juristischer Dienst*, Gutachten zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, 1477/22, S. 9.

das hiesige Verständnis einer sexuellen Ausbeutung nicht vollumfänglich erfasst. Ausbeutung ist die Beschreibung für Ausnutzen oder Aufbrauchen jeglicher Art, wobei er insbesondere durch den Marxismus die Bedeutung als Aneignung fremder Arbeit erhielt. Nicht jede Form der Ausbeutung von Sexarbeiter:innen ist zeitgleich Menschenhandel, denn dieser ist das Anwerben, die Beförderung, die Weitergabe, das Beherbergen oder die Aufnahme von Personen zum Zweck der Ausbeutung.³⁰ Menschenhandeln steht damit häufig zeitlich vor der Ausbeutung, die Ausbeutung kann aber auch erfolgen, ohne dass ihr Menschenhandel vorangegangen ist. Man kann aus der historischen Entwicklung und der systematischen Einordnung bei dem Menschenhandel jedoch schlussfolgern, dass die sexuelle Ausbeutung immer einem wirtschaftlichen Zweck verfolgen muss. Dagegen spricht nicht, dass das Übereinkommen des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels von 2005 sowie Art. 2 Abs. 3 der EU-Richtlinie zur Bekämpfung des Menschenhandels festlegt, dass die Ausbeutung mindestens die Ausnutzung der „Prostitution anderer oder andere Formen sexueller Ausbeutung“ umfasse.³¹ Denn Prostitution ist nicht die einzige Form monetärer sexueller Ausbeutung. Etwa das Anfertigen von Pornografie zum Zwecke des Verkaufs, Tätigkeiten als „Cam Girl“ oder Domina (ohne die Vornahme sexueller Handlungen) unterfallen der sexuellen Ausbeutung, wenn die Person dafür nicht ausreichend vergütet (also ausgebeutet) wird.

Ist die Vergewaltigung einer Frau nach der Istanbul-Konvention ein Ausdruck historisch gewachsener ungleicher Machtverhältnisse, die zur Diskriminierung der Frau durch den Mann und zur Verhinderung der vollständigen Gleichstellung der Frau geführt hat, und erblickt man hierin eine besondere Vulnerabilität von Frauen, weil der sexuelle Missbrauch häufig im Kontext von Zwang, Gewalt oder Drohungen geschieht, wird man diese Formen der Vergewaltigung bei einem weiten, hier nicht geteilten Verständnis von sexueller Ausbeutung subsumieren können.³² Dazu wird zur Argumentation auch die Richtlinie zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern herangezogen, die ebenfalls die Schutzbedürftigkeit in den Blick nimmt und die Auslegung der Ausbeutung als „Ausbeutung einer Schutzbedürftigkeit“ zumindest zulässt. Auch dieses Argument trägt nicht, denn selbst dann dürfte eine auf Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV

30 Vgl. § 232 StGB, statt vieler *Valerius*, in: BeckOK-StGB, 65 Ed. 2025, § 232 Rn. 5 ff.

31 *Çelebi/Koop/Melchior*, Deutschlands Blockade beim europaweiten Gewaltschutz, Verfassungsblog vom 10.1.2024.

32 *Çelebi/Koop/Melchior*, Deutschlands Blockade beim europaweiten Gewaltschutz, Verfassungsblog vom 10.1.2024; *DJB*, Offener Brief vom 31.1.2024.

gestützte Richtlinie sich nur in diesem Rahmen bewegen und nur eine dem Nötigungsmodell entsprechende Vorschrift erlassen. Denn die besondere Vulnerabilität, die den Begriff der Ausbeutung ausfüllen soll, ist nicht schon dann zu begründen, wenn kein eindeutiges „Ja“ vorliegt.

dd) Diskriminierungsverbot

Art. 5 RL-E berücksichtigt lediglich die Vergewaltigung von Frauen. Das liegt wohl darin begründet, dass Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV nur Frauen und Kinder in Bezug nimmt. Teilweise wird darauf verwiesen, dass die Kompetenznorm im Lichte der Grundwerte der Union, wie sie in Art. 2 EUV niedergelegt sind, auszulegen sei; nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV sei der Gesetzgeber insbesondere zur Bekämpfung von Diskriminierung und zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern verpflichtet.³³ Da Vergewaltigungen vor allem Frauen betreffen und sie das Machtgefälle stärken, dürfte eine solche Richtlinie nur den Bezug zu Frauen herstellen.³⁴ Das Gutachten des Juristischen Dienstes sieht in der Beschränkung der Opfer auf Frauen eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung der Geschlechter.³⁵ Im Gegensatz zu dem geschlechtsneutralen Ansatz, wie er etwa in der Istanbul-Konvention verfolgt werde, sei hier nur die Frau gegen Vergewaltigung geschützt, obwohl die sexuelle Freiheit und die körperliche Unversehrtheit des Mannes (und anderer Geschlechter) gleichermaßen geschützt werden müsse.³⁶ Objektive und angemessene Kriterien finden sich nicht, die diese Differenzierung rechtfertigen. Es ist in hohem Maße fragwürdig, dass die Richtlinie etwa nicht-binäre oder transidente Personen für nicht schützenswert erachtet; genauso zweifelhaft dürfte es aber sein, Männern den Schutz gegen Vergewaltigung abzusprechen. Diese Form der Diskriminierung lässt sich mit dem in Art. 2 und Art. 3 Abs. 3 EUV, in den Art. 8 und 11 AEUV und in Art. 21 der Charta verbürgten Grundsatz der Nichtdiskriminierung nicht in Einklang bringen. Während der Juristische Dienst meint, dass Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV deswegen so ausgelegt werden müsse, dass die Ausbeutung aller Personen, auch Männer, umfasst werde, lassen sich durch die Formulierung des Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV Zweifel daran aufbringen, dass eine Gesetzgebungskompetenz für solche

33 *DJB*, Offener Brief vom 31.1.2024.

34 *DJB*, Offener Brief vom 31.1.2024.

35 *Juristischer Dienst*, Gutachten, S. 12.

36 *Juristischer Dienst*, Gutachten, S. 12.

Bereiche, in denen Männer gleichermaßen sexuelle Ausbeutung erfahren können wie Frauen, überhaupt gegeben sein soll. Dass diese Formulierung gegen das Diskriminierungsverbot verstößt, wenn sie auch sexuellen Missbrauch im Allgemeinen erfassen soll, steht außer Frage. Nahe läge es sodann, eine Auslegung zu wählen, die nicht zu einer vertragswidrigen Diskriminierung führt. Eine solche läge vor, wenn eine wirtschaftliche Ausbeutung von Frauen in den Blick genommen wird, denn die wirtschaftliche sexuelle Ausbeutung der Frau, etwa im Wege der Zwangsprostitution, kann als eigenständiges zu bekämpfendes (politisches) Problem angesehen werden.

b) Grenzüberschreitende Dimension

Nicht eindeutig beantwortet wird die Frage, ob das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV die grenzüberschreitende Dimension des Art. 83 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV indiziert, oder ob sie als eigenständige Voraussetzung zusätzlich vorliegen muss. Teilweise wird angenommen, dass UAbs. 2 das Vorliegen indiziert.³⁷ Dagegen spricht der in allen Sprachen klare Wortlaut des UAbs. 1,³⁸ wobei teilweise darauf verwiesen wird, dass die Voraussetzungen zumindest regelmäßig vorlägen.³⁹ Differenzierend wird auch verlangt, dass bei der Entscheidung darüber, welche konkreten Straftaten und Strafen einer Angleichung unterworfen werden, nachgeprüft werden müsste, ob es sich zumindest typischerweise um besonders schwere Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension handelt, die aber nicht zum Tatbestandsmerkmal erhoben werden müsse.⁴⁰ Bereits hinsichtlich der Richtlinie zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern wird das Fehlen des grenzüberschreitenden Elements kritisiert.⁴¹

Die Annahme, der UAbs. 2 indiziere das grenzüberschreitende Element, bedingt, dass UAbs. 2 unter Berücksichtigung des grenzüberschreitenden Elements ausgelegt wird. Das heißt, bei der Auslegung des Begriffs der

37 *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 11 Rn. 6; *Zöller*, in: FS-Schenke, 2011, S. 579 (588 f.).

38 *Dorra*, Legislativkompetenzen EU, 2013, S. 190-193; *Satzger*, in: Streinz, Art. 83 AEUV Rn. 12.

39 *Satzger*, in: Streinz, Art. 83 AEUV Rn. 12.

40 *Vogel/Eisele*, in: EuR, Art. 83 AEUV Rn. 53.

41 *Satzger*, in: Streinz, Art. 83 AEUV Rn. 12.

sexuellen Ausbeutung wäre zu berücksichtigen, ob die Auslegung das grenzüberschreitende Element nicht eliminiert. Weder kann man vorliegend annehmen, ein gesondert zu prüfendes, grenzüberschreitendes Element läge vor, noch ließe sich jene Auslegung des Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AUEV, die eine Kompetenzgrundlage für Art. 5 RL-E darstellt, gemessen am grenzüberschreitenden Element begründen. Versteht man sexuelle Ausbeutung in einem wirtschaftlichen, an den Menschenhandel angelegten Sinne, so drängt sich die grenzüberschreitende Dimension (insbesondere in Bezug auf den Handel) auf. Versteht man die sexuelle Ausbeutung als jede Form sexuellen Missbrauchs, so beseitigt diese Auslegung das grenzüberschreitende Element – sie verlässt also entweder die systematische Auslegungsgrenze oder lässt die zusätzliche Voraussetzung des UAbs. 1 entfallen.

Für das grenzüberschreitende Element gilt, dass die grenzüberschreitende Dimension nur typischerweise, nicht jedoch bei jeder einzelnen Deliktbegehung vorliegen muss.⁴² Ein grenzüberschreitendes Element ist in einer Vergewaltigung indes nicht zu erblicken.⁴³ Art. 83 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV bestimmt, dass sich eine grenzüberschreitende Dimension sowohl aus der Art der Straftat als auch aus der Auswirkung der Straftat resultieren kann. Eine grenzüberschreitende Dimension aufgrund der Art der Straftat liegt vor, wenn die Tat gemäß ihrer Definition, ihrer Natur oder ihres modus operandi grenzüberschreitend begangen wird.⁴⁴ Eine grenzüberschreitende Dimension aufgrund der Auswirkung der Straftat liegt vor, wenn die Straftat sich in der Regel auch in mindestens einem anderen EU-Mitgliedstaat nachteilig auswirkt.⁴⁵ Anders als etwa bei Cybercrime, wo schon die Besonderheiten der Nutzung des Internets (etwa Ort des Servers, Möglichkeiten der internationalen Kommunikation) die Transnationalität gemeinhin begründen, ist weder faktisch noch rechtlich die Vergewaltigung ein transnationales Phänomen. Für die Genitalverstümmelung lässt es sich hören, dass zur Begehung der Tat das Opfer sehr häufig ins Nicht-EU-Ausland verbracht wird und deswegen eine europaweite Bekämpfung hier besonders erforderlich ist.⁴⁶ Der bei Vergewaltigungen häufig betonte Aspekt der

42 EuGH *wistra* 2022, 332 (336).

43 So auch *Heger*, Sexualverbrechen sind nicht grenzüberschreitend, *Verfassungsblog* vom 7.4.2022, <https://verfassungsblog.de/sexualverbrechen-sind-nicht-grenzuberscheidend/> (2.1.2025).

44 *Vogel/Eisele*, in *EuR*, Art. 83 AUEV Rn. 42.

45 *Rosenau/Petrus*, in *NK EuR*, 4. Aufl. 2019, Art 83 AUEV Rn. 11.

46 *Heger*, Sexualverbrechen sind nicht grenzüberschreitend, *Verfassungsblog* vom 7.4.2022.

häuslichen Gewalt unterstreicht die fehlende Grenzüberschreitung. Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass eine ganze Reihe von Konstellationen denkbar seien, in welchen Vergewaltigungen durch Vorbereitungshandlungen, aufgrund der Mobilität von Opfern wie Täter:innen oder aufgrund von Entwicklungen in der Strafverfolgung sogar im geografischen Wortsinne eine grenzüberschreitende Dimension haben.⁴⁷ Mit dieser Begründung beseitigt man das grenzüberschreitende Element vollkommen. Denn es ist nahezu kein Delikt denkbar, bei dem Vorbereitungshandlungen im Ausland geschehen *müssen*, aber stets eine Konstellation denkbar, bei dem Vorbereitungshandlungen im Ausland stattfinden *können*. Ein Einbruchswerkzeug, eine Waffe oder andere gefährliche Gegenstände lassen sich genauso im Ausland erwerben und eine Strafverfolgung kann sich auch stets ins Ausland entwickeln. Versteht man die Grenzüberschreitung so, wird sich das gesamte Strafrecht mittlerweile einen grenzüberschreitenden Charakter zuschreiben lassen müssen.

Die Dimension lässt sich aber auch dadurch begründen, dass eine „besondere Notwendigkeit“ besteht, die Straftaten „auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen“ (Art. 83 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV). Das Bundesverfassungsgericht fordert, dass „nachweisbar feststehen [muss], dass ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich besteht und nur durch Strafdrohung beseitigt werden kann.“⁴⁸ Nicht ausreichend für die Bejahung der besonderen Notwendigkeit sei deshalb die bloße Erleichterung der Rechtshilfe.⁴⁹ Die Aufgabe der EU, Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und die sexuelle Unversehrtheit von Frauen effektiv europaweit zu bekämpfen, leite sich unmittelbar aus den Grundwerten der Union ab und zieht sich durch das gesamte Primärrecht. So verpflichten die unionsrechtlichen Vorgaben der Art. 2, 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV, 8, 10 und 19 AEUV sowie Art. 23 der Grundrechtecharta, (Geschlechter-)Diskriminierung effektiv zu bekämpfen und dabei die Gleichstellung von Frauen und Männern zu fördern. Inwiefern dies jedoch nur mit strafrechtlichen Mitteln möglich sein soll, bleibt offen. Gerade das Ziel der Gleichstellung dürfte äußerst zweifelhaft sein, wenn Art. 5 RL-E nur Frauen als Opfer berücksichtigt. Dass die Implementierung einer Ja-heißt-Ja-Lösung erforderlich ist, um die sexuelle Selbstbestimmung europaweit zu stärken, mag stimmen, ist aber

47 Çelebi/Koop/Melchior, Deutschlands Blockade beim europaweiten Gewaltschutz, Verfassungsblog vom 10.1.2024.

48 BVerfGE 123, 267 (411 f.).

49 BVerfGE 123, 267 (412).

vor allem eine rein politische Entscheidung – die Kompetenzverteilung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten soll nicht jedes Dilemma verschiedener Wertvorstellungen lösen. Denn der Schutz etwa vor Gewalt oder wirtschaftlich verstandener Ausbeutung ließe sich durch ein weitaus geringes Schutzniveau wie dem Nötigungsmodell genauso herstellen. Mit dem Argument, der effektive Gewaltschutz dürfe nicht vom Wohnort des Opfers abhängen, müsste konsequenterweise das gesamte Gewaltstrafrecht (Körperverletzung, Nötigung etc.) europäisiert werden, denn in den wenigsten Fällen behandeln EU-Mitgliedstaaten eine Gewaltstraftat identisch. Das primäre Ziel der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen mithilfe von Mindestvorschriften ist es nicht, den Wertekompass der EU bzw. ihren politischen Willen durchzusetzen und so möglichst das ganze Strafrecht im Mindestmaß zu vereinheitlichen.⁵⁰ Das verstößt gegen das Prinzip der limitierten Einzelermächtigung und gegen Art. 67 Abs. 1 AEUV, wonach in der EU u.a. die verschiedenen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten geachtet werden sollen.

c) Ergebnis

Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV gibt dem europäischen Gesetzgeber nicht die Kompetenz, Strafgesetze im Sexualstrafrecht zu erlassen. Neben dem Wortlaut sprechen die systematische und historische Auslegung dagegen und es scheitert ferner an der grenzüberschreitenden Dimension. Besonders schwer wiegt die Beschränkung auf Frauen als potentielle Opfer.

3. Richtlinienkompetenz der EU de lege ferenda

Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AUEV gibt dem Rat mit Zustimmung des Europäischen Parlaments die Möglichkeit per Beschluss andere, also über UAbs. 2 hinausgehende Kriminalitätsbereiche zu bestimmen, die die Kriterien des Absatzes 1 erfüllen, und zwar „je nach Entwicklung der Kriminalität“. Eine solche Entwicklung der Kriminalität liegt nur vor, wenn sich der in Betracht kommende Kriminalitätsbereich gegenüber der Situation zur Zeit des Inkrafttretens des Vertrags von Lissabon empirisch belegt tatsächlich

50 BVerfGE 123, 267 (410).

verändert hat.⁵¹ Statistische Belege, die das vermehrte Vorkommen von Vergewaltigungen in der EU belegen, sind jedoch derzeit auch nicht ersichtlich. Eine Erweiterungsmöglichkeit besteht entsprechend nicht.

III. Der Weg ist das Ziel?

Eine Zustimmungslösung zu priorisieren, sie auf europarechtlicher Ebene aber abzulehnen, mag auf den ersten Blick widersprüchlich erscheinen. Und doch ist es kein antifeministisches Plädoyer, eine europaweite Strafgesetzgebung abzulehnen. Die Beweggründe und Ziele von Frauen- und Menschenrechtsverbänden sind in jeder Hinsicht legitim, sogar äußerst begrüßenswert, lassen aber außer Acht, welchen Mitteln sich Art. 5 RL-E bedient. Nicht jeder Weg, der ans angestrebte Ziel führt, muss richtig sein. Gegenstand einer Richtlinie auf der Kompetenzgrundlage des Art. 83 AEUV können nur Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen sein.⁵² Das Schutzniveau einschränken kann die EU mithin nicht. Der vom Justizministerium befürchtete „Dammbruch“ mit der Folge, dass die Mitgliedstaaten ihre Gesetzgebungskompetenz verlieren könnten,⁵³ begründet aber fernab dogmatischer Überlegungen zu Art. 83 AEUV, wieso Strafrecht im Regelfall nationale Kompetenz bleiben sollte. Gleich zweierlei gilt es dort zu berücksichtigen: Den ultima ratio Gedanken des Strafrechts, der verfassungsrechtlich verankert und wegweisend für die deutsche Strafgesetzgebung ist und die Wirksamkeit von Strafen, die sich aus der Anerkennung durch die Bevölkerung speist. Dem Grundsatz der limitierten Einzelermächtigung und damit einem Grundpfeiler der EU entspricht das nicht (mehr). Angesichts EU-kritischer politischer Bestrebungen liegt es nahe, dass die EU sich mit einer so weitreichenden Einflussmöglichkeiten ggf. sogar selbst schwächen könnte.

51 Walter, ZStW 2005, 912 (926).

52 Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Rn. 8.

53 Netzpolitik vom 13.12.2023, Warum Deutschland kein EU-Gesetz gegen Vergewaltigung will, <https://netzpolitik.org/2023/richtlinie-zu-gewalt-gegen-frauen-warum-deutschland-kein-eu-gesetz-gegen-vergewaltigung-will/> (1.6.2025).