

§ 2
Form und Inhalt der sexuellen Zustimmung

Ja, nein, vielleicht?

– Ein Diskussionsbeitrag zur Reformbedürftigkeit des sexuellen Übergriffs

Ri'in Dr. Barbara Wiedmer*

Abstract

Der Beitrag befasst sich mit den Unterschieden einer „Nein heißt Nein“ zu einer „(Nur) Ja heißt Ja“-Lösung im Sexualstrafrecht. Dazu wird zunächst die Strafbarkeit nach der geltenden „Nein heißt Nein“-Lösung dargestellt, bevor die Unterschiede zu einer „(Nur) Ja heißt Ja“-Lösung aufgezeigt werden. Anschließend werden die Vor- und Nachteile der beiden Modelle diskutiert.

This article examines the differences between a “no means no” and a “(only) yes means yes”-approach in sexual criminal law. It begins by outlining the criminal liability under the current “no means no”-solution, before highlighting the differences compared to a “(only) yes means yes” solution. The advantages and disadvantages of both models are discussed.

I. Einführung

Am 10.11.2016 trat in Deutschland das 50. Strafrechtsänderungsgesetz zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung in Kraft. Im Zuge dessen wurde § 177 StGB erweitert und pönalisiert seither nicht mehr nur die sexuelle Nötigung, sondern auch den sexuellen Übergriff. Durch § 177 StGB gilt seit der Reform die „Nein heißt Nein“-Lösung, nach der ein Sexualkontakt strafbar ist, wenn die betroffene Person diesem widersprochen hat. Während das Gesetz damals im Hinblick auf § 177 StGB einstimmig verabschiedet wurde,¹ mehren sich inzwischen Stimmen, die anmahnen, dass das Gesetz nicht weit genug gehe. Danach schüt-

* Die Autorin ist am Amtsgericht Nürnberg als Richterin tätig. Der Beitrag ist nicht dienstlich veranlasst und gibt ausschließlich ihre private Auffassung wieder.

1 BT-Plenarprotokoll 18/183, S. 18015.

ze eine „Nein heißt Nein“-Lösung die sexuelle Selbstbestimmung nicht hinreichend. Stattdessen bedürfe es einer „(Nur) Ja heißt Ja“-Lösung.² Der Beitrag nimmt die Forderung zum Anlass, ausgehend von der derzeitigen Gesetzeslage beide Modelle einander gegenüberzustellen.

II. Zur Ausgestaltung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung

Zunächst soll vor dem Hintergrund des angestrebten besseren Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung das Schutzgut näher beleuchtet werden. Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ist aufgrund seiner engen Verknüpfung zur Intimsphäre und Menschenwürde besonders schützenswert.³ Obwohl in den letzten Jahren eine detailliertere Diskussion um den Gewährleistungsgehalt des Schutzguts beginnt,⁴ ist die gängige strafrechtliche Definition weiterhin von einer hohen Abstraktheit und vor allem durch den negativen Gewährleistungsgehalt geprägt. Das Strafrecht schützt die negative sexuelle Selbstbestimmung, also das Recht, von ungewollten Sexualkontakten verschont zu bleiben, nicht aber die positive Schutzdimension, Sexualkontakte nach den eigenen Wünschen zu gestalten.⁵ Das Schutzgut wird typischerweise dahingehend verstanden, dass es davor schützt, auf sexuellem Gebiet fremdbestimmt zu werden.⁶ Das wiederum wirft die Frage auf, wann eine sexuelle Handlung als fremd- und wann sie als selbstbestimmt anzusehen ist.

2 Etwa DjB, Policy Paper: Nur Ja heißt Ja! vom 18.11.2024 (abrufbar unter https://www.djb.de/presse/stellungnahmen/detail/st24-40#_ftn49, zuletzt abgerufen am 11.01.2026); hierfür bereits vor Einführung der „Nein heißt Nein“-Lösung etwa *Herning/Illgner*, ZRP 2016, 77; zu den Bestrebungen der Einführung einer „(Nur) Ja heißt Ja“-Lösung auf europäischer Ebene s. auch den Beitrag von *Grafe* in diesem Band S. 173 ff..

3 *Hörnle*, ZStW 127 (2015) 851 (863); *Wiedmer*, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe – Eine theoretische, dogmatische und rechtstatsächliche Betrachtung, Baden-Baden 2024, S. 58.

4 S. *Renzikowski*, in: MüKo-StGB Bd. 3, 5. Aufl. 2025, Vor § 174 Rn. 12 f.; *Hörnle*, ZStW 127 (2015), 851; *Vavra*, Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen, Baden-Baden 2020, S. 113 ff.; aus öffentlich-rechtlicher Sicht *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, Zugleich eine gewährleistungsdogmatische Rekonstruktion des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit, Baden-Baden 2021, passim.

5 Vert. *Hörnle*, ZStW 127 (2015) 851 (859 f.).

6 Vgl. *Eisele*, in: TK-StGB, Vor § 174 Rn. 2; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB Bd. 3, Vor § 174 Rn. 8; *Laubenthal*, Handbuch Sexualstraftaten, Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, Berlin Heidelberg 2012, Rn. 94.

Abstrakt ist das für Sexualkontakte nur sehr schwer zu bestimmen.⁷ Menschen können sich aus den verschiedensten Gründen für einen oder gegen einen Sexualkontakt entscheiden. Etwa aus Liebe, sexueller Lust, dem Wunsch nach Fortpflanzung, aber auch aus Pflichtgefühl gegenüber einem Partner oder, um mit dieser Handlung Geld zu verdienen.⁸ Ob sich jemand für oder gegen einen Sexualkontakt entscheidet, wird auch von gesellschaftlichen Erwartungen und Vorannahmen mit beeinflusst. Beispielsweise legt die sexualwissenschaftliche Forschung nahe, dass Männer meist in der aktiven, initiierenden Rolle wahrgenommen werden, während Frauen häufig eine „Gatekeeper“-Rolle zugesprochen wird, in der sie entscheiden, ob der Sexualkontakt zu Stande kommt oder nicht.⁹ Auch der eigene Bildungsgrad kann sich darauf auswirken, wie eine Person in sexuellen Kontexten kommuniziert.¹⁰ Eine besondere Rolle spielen auch Erwartungshaltungen und soziale Abläufe (sog. social scripts). Diese, beispielsweise der Wechsel von zwei Personen aus einem öffentlichen in einen privaten Raum, können Erwartungsdruck erzeugen, der dazu führt, dass Personen, die im weiteren Ablauf dieses Skripts keine sexuelle Handlung vornehmen wollen, Schwierigkeiten haben, eine Ablehnung zu kommunizieren.¹¹ Zutreffend hat *Holzleithner* deshalb festgestellt:

„Das Einverständnis in sexuelle Handlungen liegt demnach häufig in einem Kontinuum zwischen zwei Polen. An einem Ende ist ungewollter Sex, der mit Gewalt aufgezwungen wird, am anderen Ende Sex mit voller, enthusiastischer Zustimmung.“¹²

Strafnormen, die den dazwischenliegenden Graubereich reglementieren, müssen das in einer Weise tun, die verhältnismäßig ist und dem Bestimmtheitsgebot genügt. Hinsichtlich des Bestimmtheitsgebots wäre es nicht ausreichend, wenn eine Norm lediglich die Vornahme einer sexuellen Handlung entgegen der autonomen Entscheidung einer Person unter Strafe stellen würde, weil es eben noch keinen Konsens dahingehend gibt, wo genau die Grenze zwischen selbst- und fremdbestimmter Sexualität

7 Vert. zum Ganzen *Wiedmer*, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 69 ff.

8 *Sherwin*, Legal Theory, Vol. 2 (1996), 209 (220).

9 *Holmström/Plantin/Elmerstig*, Psychology & Sexuality, Vol. 11 (2020), 342 (351); *Jozkowski/Peterson*, The Journal of Sex Research, Vol. 50 (2013), 517 (520 ff.).

10 *Holmström/Plantin/Elmerstig*, Psychology & Sexuality, Vol. 11 (2020), 342 (351).

11 *Holmström/Plantin/Elmerstig*, Psychology & Sexuality, Vol. 11 (2020), 342 (348 ff.).

12 *Holzleithner*, in: *Lembke* (Hrsg.), Regulierungen des Intimen, 2017, S. 31 (39).

zu sehen ist.¹³ Stattdessen bietet es sich an, die Grenze negativ-normativ festzulegen. Dabei definiert der Gesetzgeber, in welchen Situationen bei generalisierter Betrachtung nicht davon auszugehen ist, dass eine Person ihre sexuelle Selbstbestimmung eigenverantwortlich ausüben kann.¹⁴ Das ist der Fall, wenn innere oder äußere autonomieeinschränkende Faktoren sich derart auf den Betroffenen auswirken, dass es unmöglich oder unzumutbar erscheint, dass er eine sexuell selbstbestimmte Entscheidung treffen kann. Diese Situationen werden nach dem bisherigen Begriffsverständnis als sexuelle Nötigung (bei Vorliegen äußerer autonomieeinschränkender Faktoren) oder sexueller Missbrauch (bei Vorliegen innerer autonomieeinschränkender Faktoren) beschrieben. Ein Tatbestand, der daneben die Missachtung einer sexualbezogenen Entscheidung unter Strafe stellt, wird dadurch in negativer Hinsicht definiert. Die getroffene Entscheidung ist immer dann als sexuell selbstbestimmt zu akzeptieren, wenn nicht ein Tatbestand erfüllt ist, der das Vorliegen eines autonomieeinschränkenden Umstands voraussetzt.

III. Regelungsgehalt des § 177 StGB

Eine in diese Richtung gehende Unterscheidung trifft auch § 177 StGB in den Grundtatbeständen seiner derzeit gültigen Fassung. § 177 Abs. 1 StGB pönalisiert die sexuelle Handlung gegen den erkennbaren Willen des Opfers, während § 177 Abs. 2 StGB sexuelle Handlungen in denjenigen Situationen unter Strafe stellt, in denen dem Opfer die Bildung oder Äußerung eines entgegenstehenden Willens nicht möglich oder zumutbar ist.

1. Die „Nein heißt Nein“-Lösung als Grundnorm des sexuellen Übergriffs

Nach § 177 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt. Durch das Tatbestandsmerkmal des erkennbar entgegenstehenden Willens setzt die Norm die „Nein heißt Nein“-Lösung um.

13 Eingehend *Wiedmer*, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 80.

14 *Wiedmer*, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 82 ff.

a) Sexuelle Handlung im Sinne des § 184h StGB

Der tatbestandliche Erfolg ist eine sexuelle Handlung. Wann eine Handlung eine sexuelle ist, wird entgegen seiner Überschrift in § 184h StGB nicht definiert, sondern von diesem vorausgesetzt.¹⁵ Einigkeit besteht in der Rechtsprechung und Literatur dahingehend, dass die Handlung einen Körperbezug aufweisen¹⁶ und jedenfalls objektiv sexuell konnotiert sein muss.¹⁷ Darunter fallen Handlungen, die nach dem allgemeinen Verständnis bereits nach ihrem äußeren Erscheinungsbild situationsunabhängig einen Sexualbezug aufweisen. Sexuelle Handlungen im Sinne des § 184h StGB sind daher insbesondere Vaginalverkehr, Analverkehr und Oralverkehr¹⁸ sowie Zungenküsse.¹⁹ Verhaltensweisen, die je nach Kontext einen Sexualbezug aufweisen oder sozialadäquat sein können, sog. ambivalente Handlungen, werden von der Rechtsprechung und Teilen der Literatur als sexuelle Handlungen angesehen, wenn sie subjektiv von einer Erregungs- oder Befriedigungsabsicht des Täters getragen werden.²⁰ Die Berücksichtigung einer subjektiven Komponente ist allerdings auch hier nicht erforderlich. Es genügt, wenn für einen objektiven Dritten unter Berücksichtigung der Gesamtumstände eine sexuelle Konnotation der Handlung ersichtlich wird.²¹

15 *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (160); *Laubenthal*, in: FS Streng, 2017, S. 87 (98); *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, Ein Beitrag zur gegenwärtigen Diskussion einer Neufassung des § 177 StGB unter Berücksichtigung der Strafbarkeit de lege lata und empirischer Gesichtspunkte, Berlin 1993, S. 259.

16 *Nestler*, in: LK-StGB Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 184h Rn. 5.

17 BGHSt 29, 336 (338); BGHSt 61, 173 (176); BGH NJW 1981, 134 (135); BGH NStZ 1983, 167; BGH NStZ 2009, 29; BGH NStZ 2015, 33 (35); BGH NStZ 2015, 457; BGH NStZ 2017, 527; BGH NStZ 2018, 91; *Eisele*, in: TK-StGB, § 184h, Rn. 8 f.; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski-StGB, 2. Aufl. 2020, § 184h Rn. 5; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger-StGB, 31. Aufl. 2025, § 184h Rn. 2; *Hörnle/Schmidt*, in: MüKo-StGB Bd. 3, § 184h Rn. 3; *Schumann*, in: NK-StGB, 6. Aufl. 2023, § 184h Rn. 2; *Laubenthal*, Handbuch Sexualstraftaten, Rn. 103; *ders.*, in: FS Streng, S. 87 (90); *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, 67. Ed. 01.11.2025, § 184h Rn. 3.

18 *Laubenthal*, in: FS Streng, S. 87 (90).

19 BGH NStZ 2017, 242; *Laubenthal*, in: FS Streng, S. 87 (90); *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, S. 259; *Vavra*, Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen, S. 167.

20 BGHSt 61, 173 (176); BGH NStZ-RR 2013, 10 (12); BGH NStZ-RR 2017, 43 f.; BGH NStZ-RR 2018, 341 (342); BGH NStZ-RR 2023, 139 (140); *Eisele*, in: TK-StGB, § 184h Rn. 9; *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, § 184h Rn. 3; *Wittschurky/Seidl*, ZAP 2022, 899 (900); *diff. Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 184h Rn. 6.

21 *Dreher*, JR 1974, 45 (48); *Laubenthal*, in: FS Streng, S. 87 (91); *Renzikowski*, in: FS Beulke, 2015, S. 521 (524); *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewalti-

Dieser Sexualbezug wird dann nicht dadurch neutralisiert, dass die Handlung auch eine nicht-sexuelle Komponente aufweist.²² Zu unterschiedlichen Ergebnissen führen die Auffassungen allerdings selten.

Die sexuelle Handlung im Sinne des § 184h Nr. 1 StGB muss eine erhebliche sein. Lediglich bagatellhafte Handlungen überschreiten die Erheblichkeitsschwelle nicht.²³ Im Übrigen ist eine Gesamtbetrachtung erforderlich, ob die Handlung unter Berücksichtigung der betroffenen Körperstelle, Beziehung der Beteiligten zueinander sowie Dauer und Intensität eine Beeinträchtigung darstellt, die im Hinblick auf das tatbestandlich jeweils geschützte Rechtsgut nicht mehr hinnehmbar ist.²⁴ Jedenfalls nicht erreicht wird die Erheblichkeitsschwelle bei einem nur kurzen Griff ans Gesäß²⁵ oder an die bekleidete (weibliche) Brust. In Fällen, die unterhalb der Erheblichkeitsschwelle liegen, kommt eine Strafbarkeit nach § 184i StGB in Betracht.

b) Der entgegenstehende Opferwille

Nach der Gesetzeskonzeption ist ein Sexualkontakt als gewollt anzusehen, solange er nicht abgelehnt ist (oder Umstände nach § 177 Abs. 2 StGB vorliegen). Da einvernehmliche Sexualkontakte Ausdruck der positiven sexuellen Selbstbestimmung sind, stellen sie bereits tatbestandlich kein Unrecht dar. Der von § 177 Abs. 1 StGB vorausgesetzte Gegenwille ist deshalb orientiert an den dogmatischen Grundsätzen des tatbestandsausschließen-

gungsbegriff, S. 260; Wiedmer, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 93; diff. Nestler, in: LK-StGB Bd. 10, § 184h Rn. 3 ff.

22 Laubenthal, in: FS-Streng, S. 87 (92); Wiedmer, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 94.

23 Ziegler, in: BeckOK-StGB, § 184h Rn. 5.1; Laubenthal, in: FS Streng, S. 87 (93).

24 BGHSt 29, 336 (338); BGH NStZ 1992, 432; BGH NStZ 2007, 700; BGH NStZ 2012, 269; BGH NStZ 2017, 156; BGH NStZ 2017, 527; BGH NStZ 2018, 91; BGH NStZ-RR 2017, 43 (44); BGH NStZ-RR 2017, 277 (278); BGH NStZ-RR 2019, 143; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger-StGB, § 184h Rn. 5; Schumann, in: NK-StGB, § 184h Rn. 5; Ziegler, in: BeckOK-StGB, § 184h Rn. 5; Laubenthal, Handbuch Sexualstraftaten, Rn. 112; ders., in: FS Streng, S. 87 (93); Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, S. 263; Wittschurky/Seidl, ZAP 2022, 899 (900); diff. Hörnle/Schmidt, in: MüKo-StGB Bd. 3, § 184h Rn. 15 f.

25 Wobei im Einzelfall eine Gesamtbetrachtung erforderlich ist, vgl. BayObLG BeckRS 2025, 14357.

den Einverständnisses auszulegen.²⁶ Das bedeutet zunächst, dass das Opfer einen natürlichen, inneren Gegenwillen bilden muss.²⁷ Erforderlich ist allerdings, dass der Gegenwille tatsächlich vorliegt, ein bloß hypothetischer oder mutmaßlicher Gegenwille genügt nicht.²⁸ Qualitative Anforderungen, wie etwa Einsichtsfähigkeit, Nachvollziehbarkeit oder Vernünftigkeit, sind daran nicht zu stellen.²⁹ Ein „Nein“ ist von der Außenwelt immer zu beachten und darf in sexuellen Kontexten nicht etwa mit dem Argument übergangen werden, dass das „Nein“ von einer berauschten oder minderjährigen Person geäußert wird.³⁰

c) Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens

Der Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB ist allerdings noch nicht bereits dadurch erfüllt, dass das Opfer einen inneren Gegenwillen bildet. Dieser muss vielmehr auch nach außen erkennbar ausdrücklich oder konkludent geäußert werden.³¹ Erst die Äußerung zieht für das Gegenüber eine rote Linie, die nur bei Strafe überschritten werden kann. Die ausdrückliche oder konkludente Äußerung muss die Ablehnung für einen objektiven Dritten in der Situation des Täters erkennbar werden lassen.³² Daran fehlt es, wenn der Gegenwille, etwa aus Schüchternheit, Zurückhaltung oder Überforderung, nicht geäußert wird.³³

aa) Erkennbarkeit des Gegenwillens bei ambivalenter Kommunikation

Ob ein erkennbar entgegenstehender Wille auch dann vorliegt, wenn die Kommunikation ambivalent ist, ist bislang in Rechtsprechung und Literatur noch nicht abschließend geklärt. Zur Verdeutlichung der Problematik

26 *Wiedmer*, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 102; i. Erg. ebenso *Renzikowski*, in: MüKo-StGB Bd. 3, § 177 Rn. 51; *Eisele*, in: TK-StGB, § 177 Rn. 19a.

27 *Wiedmer*, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 106.

28 *Eisele*, in: TK-StGB, § 177 Rn. 19; *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, § 177 Rn. 11.

29 Aus diesem Verständnis folgt grundsätzlich auch, dass Willensmängel nicht zu berücksichtigen sind. Zum Aspekt der Täuschung vgl. eingehend den Beitrag von *Franzke* in diesem Band S. 45 ff.

30 *Hörnle*, GA 2015, 313 (322); *Wiedmer*, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 107.

31 *Renzikowski*, in: MüKo-StGB Bd. 3, § 177 Rn. 48.

32 *Wiedmer*, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 137 f.

33 *Wolters*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 177 Rn. 11.

eignet sich der (zweite) Bamberger Chefarzt-Fall. Nach den Feststellungen des erstinstanzlich mit dem Verfahren befassten Landgericht Bamberg³⁴ bat der Chefarzt eines Klinikums eine medizinische Fachangestellte, mit der er in der Vergangenheit mehrfach sexuelle Handlungen am Arbeitsplatz vorgenommen hatte, deren Affäre aber zum Tatzeitpunkt beendet war, unter einem Vorwand in die Personalküche. Dort stellte er sich vor die unverschlossene Tür und forderte sie auf, ihn oral zu befriedigen, was sie verbal deutlich ablehnte. Dennoch entblößte der Mediziner seinen Penis und versuchte, ihre Hände mit wenig Kraftaufwand an sein Glied zu führen. Die medizinische Fachangestellte lehnte sein Ansinnen erneut ab. Daraufhin forderte er sie erneut zum Oralverkehr auf, wobei er angab, dies sei das letzte Mal, dann werde er sie in Ruhe lassen. Sodann nahm die Frau aus Angst vor einer Verschlechterung des beruflichen Verhältnisses und in der Annahme, er werde sie dann in Ruhe lassen, sein nicht erigiertes Glied für ein bis zwei Sekunden in den Mund.

bb) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Der 1. Strafsenat des BGH hat die erstinstanzliche Verurteilung des Landgerichts Bamberg wegen eines sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB „jedenfalls“ wegen unzureichenden Feststellungen zum subjektiven Tatbestand aufgehoben.³⁵ Das Landgericht hätte nach Auffassung des BGH berücksichtigen müssen, ob die aktive Vornahme der sexuellen Handlung durch die spätere Nebenklägerin sich nicht jedenfalls aus Sicht des Angeklagten als Abkehr von ihrer ursprünglichen Ablehnung dargestellt hatte. Das Landgericht Bamberg hat das Verfahren nach der Zurückverweisung aus Opportunitätsgründen eingestellt.³⁶ In einem anderen Verfahren ist der 4. Strafsenat des BGH davon ausgegangen, dass die aktive Vornahme der sexuellen Handlung durch den Geschädigten nicht zwingend zu einer Ambivalenz führt, die die Annahme eines erkennbar entgegenstehenden Willens ausschließt. Im zugrunde liegenden Verfahren war eine 14-Jährige über Online-Chats von dem Angeklagten unter Verwendung mehrerer Pseudonyme dazu manipuliert worden, sich Finger und Gegenstände vaginal und

34 LG Bamberg BeckRS 2017, 143429.

35 BGH NSTZ 2019, 717 m. Anm. Ziegler.

36 Pressemitteilung des Landgerichts Bamberg Nr. 27/2019 vom 24.10.2019.

oral einzuführen und dem Angeklagten hiervon Fotos zu übersenden.³⁷ Der Angeklagte hatte zuvor unter Verwendung mehrerer Pseudonyme behauptet, ihm drohten Repressalien erfundener „Japaner“, die die Geschädigte durch Übersendung der Fotos abwenden könne. Der BGH hat die Strafbarkeit wegen Vergewaltigung nach § 177 Abs.1 Var. 2, Abs. 6 StGB mit der Begründung bejaht, dass sich die Geschädigte einem „als nötigend empfundenen Zwang“ gebeugt und die sexuellen Handlungen deshalb „völlig fremdbestimmt“ vorgenommen habe.³⁸

cc) Bewertung der Literatur

Die Annahme eines erkennbar entgegenstehenden Willens trotz der aktiven Vornahme der sexuellen Handlung durch den Betroffenen ist in der Literatur überwiegend auf Kritik gestoßen.³⁹ So geht etwa *Fischer* davon aus, dass es an einem rechtserheblichen entgegenstehenden Willen fehlt, wenn jemand ohne nötigen Zwang eine Handlung vornimmt, die er eigentlich nicht vornehmen will.⁴⁰ Auch nach dem Ansatz *Hovens* sei regelmäßig davon auszugehen, dass eine Handlung, die von einer mündigen Person vorgenommen wird, Ausdruck einer bewussten Entscheidung der Person und als solche von der Rechtsordnung zu akzeptieren sei.⁴¹ Nach der Auffassung *El-Ghazis* ist dagegen entscheidend, ob auch nach einem ambivalenten Verhalten bei rein objektiver Betrachtung des Geschehens ein entgegenstehender Wille weiterhin erkennbar sei.⁴² Kriterien dafür, wann dies der Fall sein kann, wurden bislang insbesondere von *Hörnle* formuliert.⁴³ Sie stellt darauf ab, ob die Aufforderung, die der Willensänderung vorausging, eher als freundliche Bitte oder als Befehl formuliert war. Weiterhin müsse berücksichtigt werden, in welchem Verhältnis die Beteiligten während der

37 BGH NSTZ-RR 2020, 276.

38 BGH NSTZ-RR 2020, 276 (277); krit. *Wagner*, NSTZ 2021, 592 (594); in Anknüpfung daran KG NSTZ-RR 2024, 207 (208), nach dessen Auffassung die Ablehnung fortwirkt, wenn sie so nachhaltig geäußert wurde, dass sie den durch die Vornahme der Handlung entstehenden „Eindruck der Freiwilligkeit“ überwinden kann.

39 *Eisele*, in: TK-StGB, § 177 Rn. 20; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 177 Rn. 28; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB Bd. 3, § 177 Rn. 56; *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, § 177 Rn. 11; *Wiedmer*, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 150 ff.; *Fischer*, NSTZ 2019, 580 (582); *Hoven*, NSTZ 2020, 578 (579).

40 *Fischer*, NSTZ 2019, 580 (582).

41 *Hoven*, NSTZ 2020, 578 (579).

42 *El-Ghazi*, jurisPR-StrafR 18/2019 Anm. 2.

43 *Hörnle*, NSTZ 2019, 439 (441); krit. dazu *Schumann*, in: NK-StGB, § 177 Rn. 10.

Interaktion zueinander stünden, wobei eine harmonische Interaktion für eine tatsächliche Willensänderung spräche. Relevant sei außerdem, ob die ursprünglich ablehnende Person selbst eine (möglicherweise andere) sexuelle Handlung initiiere oder lediglich auf Anweisung handle. Auch sei zu beachten, wie viel Zeit zwischen dem „Nein“ und der vorgenommenen sexuellen Handlung vergangen sei. Je länger die Zeitspanne, desto eher sei von einer echten Abkehr von der ursprünglichen Ablehnung auszugehen.

dd) Stellungnahme

Für den Vorschlag *Hörnles* spricht, dass nach ihrer Auslegung § 177 Abs. 1 StGB in den Varianten, in denen das Opfer die sexuelle Handlung vornimmt, tatsächlich einen Anwendungsbereich hat. Die von ihr vorgeschlagenen Kriterien sind an sich auch nicht unplausibel, um zwischen einem selbst- und einem fremdbestimmten Sexualkontakt zu unterscheiden. Dennoch zeigen sich an dieser Stelle zwei Probleme: Plausibilität heißt nicht, dass die Kriterien oder deren Gewichtung abschließend sind. Wenn also ein Richter entscheiden soll, ob ein Betroffener den Sexualkontakt selbstbestimmt vorgenommen hat, unterliegt diese Einschätzung immer einer gewissen Beliebigkeit. Das größere zweite Problem ist, dass § 177 StGB diese Einschätzung deshalb nicht dem Rechtsanwender überträgt, sondern Selbstbestimmung negativ-normativ definiert: In § 177 Abs. 2 StGB werden bereits diejenigen Umstände aufgezählt, unter denen eine selbstbestimmte Entscheidung nicht möglich ist.⁴⁴ Liegt keiner dieser Umstände vor, ist deshalb normativ davon auszugehen, dass Menschen eigenverantwortlich handeln, im Kontext ambivalenter Handlungen sich also auch eigenverantwortlich umentscheiden. § 177 Abs. 1 StGB ist deshalb gerade kein Auffangtatbestand für Konstellationen, die nicht § 177 Abs. 2 StGB unterfallen. Wenn demnach § 177 Abs. 1 StGB aktive Handlungsvarianten des Opfers vorsieht, ist nach der Binnensystematik davon auszugehen, dass diese selbstbestimmt sind. Dann sind sie aber auch nicht als ungewollt anzusehen. Für die Annahme einer fremdbestimmten Vornahme der sexuellen Handlung ist deshalb im Rahmen des § 177 Abs. 1 StGB aufgrund der inneren Widersprüchlichkeit des Tatbestands kein Raum. Die Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 StGB ist demnach nur gegeben, wenn sich aus der Kommunikation

44 Wiedmer, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 151.

des Betroffenen eindeutig die Ablehnung des Sexualkontakts ergibt, bleibt die Kommunikation dagegen widersprüchlich oder ambivalent, liegt kein sexueller Übergriff vor.⁴⁵

2. Die Missbrauchs- und Nötigungstatbestände des § 177 Abs. 2 StGB

§ 177 Abs. 2 StGB definiert diejenigen Umstände, in denen Opfern eine sexuell selbstbestimmte Entscheidung nicht möglich oder zumutbar erscheint, die hier zur Verdeutlichung der Regelungssystematik nur knapp skizziert werden können.

De lege lata sind das insbesondere Situationen, in denen das Opfer nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern, etwa bei Bewusstlosigkeit oder Volltrunkenheit (§ 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB)⁴⁶ oder nach einer Überrumpelung durch den Täter (§ 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB). Erfasst ist auch das sog. „Klima der Gewalt“, bei dem das Opfer dem Sexualkontakt aufgrund vorangegangener Nötigungen, vor allem vorangegangener Gewalterfahrungen, nicht widerspricht (§ 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB)⁴⁷ sowie die sexuelle Nötigung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel (§ 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB),⁴⁸ nicht aber die sexuelle Nötigung mit Gewalt.⁴⁹

De lege ferenda kann – jenseits oder parallel zu einer möglichen Einführung einer „(Nur) Ja heißt Ja“-Lösung – diskutiert werden, ob eine Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung dadurch erzielt werden kann, weitere Konstellationen als nicht-selbstbestimmt zu definieren. Die Pönalisierung eines gewaltsam abgenötigten Sexualkontakts ist an dieser Stelle eine offensichtliche Forderung.⁵⁰ Daneben kann auch eine

45 Eisele, in: TK-StGB, § 177, Rn. 20; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 177 Rn. 28; Renzikowski, in: MüKo-StGB Bd. 3, § 177 Rn. 56 ff.; Ziegler, in: BeckOK-StGB, § 177 Rn. 11; Bezjak, SchlHA 2017, 371 (373); May, JR 2019, 130 (134); Wiedmer, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 151.

46 BGH StV 2020, 473; Eisele, in: TK-StGB, § 177 Rn. 27; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski-StGB, § 177 Rn. 36; Wiedmer, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 172.

47 Zu den Anforderungen an ein solches Klima der Bedrohung s. Wiedmer, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 220 ff.

48 Siehe hierzu Wiedmer, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 197 ff. m.w.N.

49 Gewaltanwendung wird durch den Qualifikationstatbestand des § 177 Abs. 5 Nr. 1 StGB erfasst, der aber das Vorliegen eines Grundtatbestandes voraussetzt; krit. hierzu Wolters, in: SSW-StGB, § 177 Rn. 62; Hörnle, NStZ 2017, 13 (16); Wiedmer, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 174.

50 Hörnle, NStZ 2017, 13 (16); Wiedmer, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 458.

Strafbarkeit von sexuellen Handlungen in hierarchischen Machtverhältnissen, wie beispielsweise am Arbeitsplatz, diskutiert werden.⁵¹

IV. Reformüberlegungen zur Einführung einer „(Nur) Ja heißt Ja“-Lösung

Unterschiede zwischen der „Nein heißt Nein“- und der „(Nur) Ja heißt Ja“-Lösung zeigen sich in den Situationen, in denen keine Nötigungs- oder Missbrauchstatbestände erfüllt sind. In diesen ist davon auszugehen, dass Menschen eigenverantwortlich handeln.

1. Reichweite und Grenzen einer „(Nur) Ja heißt Ja“-Lösung

Nach dem Zustimmungmodell kann eine sexuelle Handlung nur dann straffrei vorgenommen werden, wenn der Sexualpartner vorher seine Erlaubnis dazu erteilt hat.⁵² Befürworter einer solchen Lösung fordern die Einführung eines performativen Modells, das an die tatsächliche Äußerung einer Zustimmung und nicht lediglich an deren inneres Vorliegen anknüpft.⁵³ Damit eine sexuelle Handlung nicht strafbar ist, müsste sich die Zustimmung des Betroffenen aus der ausdrücklichen oder konkludenten Kommunikation des Betroffenen eindeutig ergeben.⁵⁴ Das führt im Unterschied zur „Nein heißt Nein“-Lösung zur Strafbarkeit von ambivalenten und kommunikationslosen Situationen: Im Fall der Ambivalenz fehlt es an der erforderlichen Eindeutigkeit des Einverständnisses.⁵⁵ Bei Schweigen oder passivem Erdulden eines Sexualkontakts fehlt die Kommunikation einer Zustimmung.⁵⁶ Die Grenze zwischen konkludenter Zustimmung und passivem Erdulden ist abstrakt schwer zu ziehen und müsste unter Geltung einer „(Nur) Ja heißt Ja“-Lösung weiter präzisiert werden.⁵⁷ Als problema-

51 Hierzu etwa *Hoven*, KriPoZ 2025, 247; *Wiedmer*, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 442 ff.; s. auch den Beitrag von *Dietz* in diesem Band S. 65 ff.

52 *Herning/Illgner*, ZRP 2016, 77 (78).

53 *DjB*, Policy Paper: Nur Ja heißt Ja! vom 18.11.2024, S. 10.

54 Vgl. *Wiedmer*, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 426.

55 *S. Wiedmer*, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 426.

56 *Vavra*, Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen, S. 323.

57 Vgl. für einen Überblick über den Meinungsstand *Vavra*, Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen, S. 323 f. m.w.N.

tisch dürften sich hier beispielsweise Situationen erweisen, in denen der Betroffene auf Anweisung des aktiven Parts sexuelle Handlungen ausführt oder sich in die Position für den Sexualkontakt begibt.⁵⁸

2. Praktische Auswirkungen einer „(Nur) Ja heißt Ja“-Lösung

Dass mit der Einführung einer „(Nur) Ja heißt Ja“-Lösung deutliche rechtstatastächliche Änderungen verbunden wären, darf bezweifelt werden. Aufgrund der geringfügigen Erweiterung des strafbaren Verhaltens ist mit einem Anstieg von Verurteilungszahlen kaum zu rechnen. Das gilt umso mehr, als Gründe für die Einstellung von Ermittlungsverfahren hauptsächlich im tatsächlichen und nicht im rechtlichen Bereich liegen.⁵⁹ Erweiterungen des materiellen Strafrechts sind daher von Anfang an kaum geeignet, zu höheren Verurteilungszahlen zu führen.

Auch Auswirkungen auf die Strafverfolgung sind, abgesehen von einer möglicherweise höheren Belastung durch steigende Anzeigezahlen, nicht zu erwarten. Die mit einer „(Nur) Ja heißt Ja“-Lösung teilweise verbundene Hoffnung, dass sich der Ablauf des Ermittlungsverfahrens für die Betroffenen als einfacher darstellt,⁶⁰ dürfte unbegründet sein. Befragungen der Betroffenen könnten sich auch unter Geltung einer „(Nur) Ja heißt Ja“-Lösung nicht in der Aussage erschöpfen, dass dem Sexualkontakt nicht zugestimmt wurde. Nachdem der Beschuldigte das Recht hat zu schweigen, müsste die Kommunikation während der Tat weiterhin durch die Aussage des Betroffenen aufgeklärt werden. Dabei wäre auch zu eruieren, ob der Beschuldigte aus dem Verhalten des Betroffenen möglicherweise auf eine Zustimmung geschlossen hat.⁶¹

58 S. hierzu beispielsweise die Diskussion über den Lazarus-Fall in Australien bei *Hoven/Dyer*, ZStW 132 (2020), 250 (256). Hier wurde die Geschädigte vom Beschuldigten aufgefordert, sich zur Wand zu drehen, damit er an ihr Geschlechtsverkehr vornehmen kann.

59 *Elz*, NSTZ 2023, 711 (713), *Goedelt*, Vergewaltigung und sexuelle Nötigung, Untersuchung der Strafverfahrenswirklichkeit, Göttingen 2010; S. 140 f.; *Hartmann et al.*, RPSych 2016, 13; *Wiedmer*, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 371 ff.

60 Vgl. etwa <https://www.change.org/p/christine-lambrecht-ja-hei%C3%9Ft-ja-sex-ohn-e-zustimmung-ist-vergewaltigung> (zuletzt abgerufen am 24.01.2024).

61 *Wiedmer*, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 424 f.

3. Vor- und Nachteile des Zustimmungmodells gegenüber dem Ablehnungsmodell

Jenseits dessen versprechen sich Befürworter einer Zustimmungslösung hiervon ein deutliches Signal, dass Sexualkontakte nicht stets und von jedem gewollt und deshalb nur zulässig sind, wenn sich die initiiierende Person der Erlaubnis ihres Gegenübers versichert hat.⁶² So sollen insbesondere Personen, die einem Sexualkontakt aus Verunsicherung oder Überforderung nicht widersprechen, besser geschützt werden.⁶³ Hiergegen ist teilweise vorgebracht worden, dass diese Lösung tradierte Geschlechterrollen fortschreiben könnte, da häufig von einem Mann als potenziellen Täter ausgegangen wird und so das Bild entstehe, eine Frau bedürfe der Aufforderung eines Mannes, um ihre sexuelle Selbstbestimmung auszuüben.⁶⁴ Gravierender ist jedoch der Umstand, dass infolge einer „(Nur) Ja heißt Ja“-Lösung beidseitig gewollte Sexualkontakte unter Strafe gestellt werden können. Das betrifft einerseits die Konstellationen, in der eine Person sich im Rahmen ihrer Sexualautonomie entscheidet, Sexualkontakte ausschließlich passiv hinzunehmen⁶⁵ aber auch solche, in denen eine Person sich nach einem geäußerten „Nein“ umentscheidet und den Sexualkontakt nunmehr tatsächlich vornehmen will.⁶⁶ In letzterem Fall bleibt die Situation aufgrund des ursprünglich geäußerten „Nein“ ambivalent, sodass zu dem Sexualkontakt gerade keine eindeutige Zustimmung im Sinne einer „(Nur) Ja heißt Ja“-Lösung vorliegt.

Mit Blick auf die Perspektive der initiiierenden Person wird von Befürwortern der „(Nur) Ja heißt Ja“-Lösung zumeist davon ausgegangen, dass es einfach und ohne weiteres möglich sei, zu erkennen, ob das Gegenüber seine Zustimmung zum Sexualkontakt kommuniziert hat oder nicht.⁶⁷ Das erscheint jedoch zweifelhaft. Menschen dürften dem „Idealbild einer klaren Kommunikation“⁶⁸ insbesondere im Hinblick auf konkludent geäu-

62 Vgl. *Herning/Illgner*, ZRP 2016, 77 (79); ähnlich *DjB*, Policy Paper: Nur Ja heißt Ja! vom 18.11.2024, S. 11.

63 *DjB*, Policy Paper: Nur Ja heißt Ja! vom 18.11.2024, S. 11.

64 *Hoven/Dyer*, ZStW 132 (2020), 250 (262); *Torenz*, German Law Journal 2021, 718 (724 f.).

65 *Hoven/Dyer*, ZStW 132 (2020), 250 (262).

66 Vgl. *Wiedmer*, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 426.

67 *Herning/Illgner*, ZRP 2016, 77 (80); ähnlich *Kempe*, Lückenhaftigkeit und Reform des deutschen Sexualstrafrechts vor dem Hintergrund der Istanbul-Konvention, Berlin 2018, S. 231 f., krit. dagegen *Isfen*, ZIS 2015, 217 (229); *Hörnle*, GA 2015, 313 (320).

68 *Hörnle*, GA 2015, 313 (321).

ßerte Zustimmung nicht immer gerecht werden.⁶⁹ Hierdurch kann es zu einer Verunsicherung kommen, bei der unklar ist, ob ein Sexualkontakt tatsächlich vorgenommen werden darf. Ein „Nein“ setzt demgegenüber eine deutlich klarere und einfacher verständliche Grenze. Der ablehnenden Person obliegt es ohnehin, im Rahmen ihrer sexuellen Selbstbestimmung, ihr Sexualleben eigenverantwortlich zu gestalten. Es stellt deshalb auch keine Überforderung dar, ihr Verantwortung dafür zu geben, klare Verhältnisse herzustellen, indem sie ihr „Nein“ zu einer sexuellen Handlung klar kommunizieren muss.⁷⁰

V. Ausblick

Die „(Nur) Ja heißt Ja“-Lösung verfolgt an sich ein hehres Ziel. Dass Sexualkontakte grundsätzlich nur im Einvernehmen mit den beteiligten Personen stattfinden sollten, dürfte unstrittig sein. Diesen Grundsatz als Zustimmungsmo-
dell im Sexualstrafrecht zu verankern, birgt jedoch Risiken, die positive Sexualfreiheit einzuschränken. Das gilt insbesondere für Konstellationen, in denen aufgrund einer echten Meinungsänderung ambivalente Situationen vorliegen oder in denen sich Menschen im Rahmen ihrer sexuellen Selbstbestimmung dazu entscheiden, gewollte Sexualkontakte völlig passiv hinzunehmen. Gleichzeitig ist der praktische Anwendungsbereich der Norm gering. Insofern ist es naheliegend, dass sich eine „(Nur) Ja heißt Ja“-Lösung hauptsächlich in der Symbolik erschöpfen würde, dass vor Sexualkontakten um Erlaubnis gefragt werden sollte. Gesellschaftliche Zeichen zu setzen ist jedoch nicht Aufgabe des Strafrechts. Jenseits der Pönalisierung von Eingriffen in die sexuelle Selbstbestimmung kann das Strafrecht die Voraussetzungen für eine erfüllte Sexualität auch nicht gewährleisten. Diese Aufgabe sollte deshalb der gesellschaftlichen Debatte überlassen werden, ohne die Gesprächsräume dadurch zu begrenzen, dass Unsicherheiten in der Kommunikation unter den Verdacht des Strafbaren gestellt werden.

69 Hörnle, GA 2015, 313 (320).

70 Hörnle, ZStW 127 (2015) 851 (858); Wiedmer, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, S. 53.

