

*Garonne Bezjak**

Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers

I. Einleitung

Der Gesetzgeber hat sich in der laufenden Legislaturperiode des Sexualstrafrechts angenommen. Ausweislich des Koalitionsvertrages sollen Strafbarkeitslücken geschlossen und Wertungswidersprüche aufgehoben werden.¹ Bereits Ende 2015 hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) einen Gesetzentwurf zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vorgelegt, mit dem der Schutz von Frauen und Männern vor sexuellen Übergriffen zeitnah verbessert werden sollte. Im April 2016 brachte die Bundesregierung den Entwurf als Regierungsentwurf in den Bundestag ein.² Vor dem Hintergrund der Ereignisse der Silvesternacht, in der es u.a. in Köln zu zahlreichen sexuellen Übergriffen zum Nachteil von Frauen gekommen sein soll,³ setzte der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz dem Regierungsentwurf ein sexualstrafrechtliches Konzept entgegen, welches mit der sogenannten „Nein-heißt-Nein“-Lösung einen weitergehenden Ansatz verfolgte.⁴ Der Bundestag hat diesen Vorschlag in 2. und 3. Lesung am 7. Juli 2016 angenommen. Die zeitnahe Verkündung eines entsprechenden Gesetzes steht zu erwarten.⁵ Der Aufsatz beschäftigt sich mit der inhaltlichen Ausgestaltung der im Bundestag verabschiedeten Neuregelungen.

* Die Verfasserin ist als Referentin im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz tätig. Der Aufsatz gibt ausschließlich die Privatmeinung der Verfasserin wieder.

1 Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 18. Legislaturperiode, 5.1. Kriminalität und Terrorismus, 145, https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?__blob=publicationFile (letzter Abruf: 19. August 2016).

2 Vgl. BT-Drs. 18/8210.

3 Vgl. Mohamed Amjiah/Christian Fuchs/Vanessa Guinan-Bank/Anne Kunze/Stephan Lebert/Sebastian Mondial/Daniel Müller/Yassin Musharbash/Martin Nejechleba/Samuel Rieht, Silvesternacht in Köln. Was geschah wirklich?, *Zeit Magazin* vom 28. Juni 2016, <http://www.zeit.de/zeit-magazin/2016/27/silvesternacht-koeln-fluechtlingsdebatte-aufklaerung>; Kristian Frigelj, Polizeiversagen bestärkte die Kölner Sextäter, *Die Welt* vom 7. Juni 2016, <http://www.welt.de/politik/deutschland/article156038699/Polizeiversagen-bestaerkte-die-Koelner-Sex-Taeter.html>; Georg Mascolo/ Britta von der Heide, 1200 Frauen wurden Opfer von Silvestergewalt, *Süddeutsche Zeitung* vom 10. Juli 2016, <http://www.sueddeutsche.de/politik/uebergriffe-in-koeln-frauen-wurden-opfer-von-silvester-gewalt-1.3072064> (letzter Abruf jeweils: 19. August 2016).

4 Vgl. BT-Drs. 18/9097.

5 Gegenwärtig steht nur noch die Verkündung des Gesetzes aus.

II. Die Ausgangslage

Deutschland ist sowohl auf der Grundlage von Art. 36 Abs. 1 der Istanbul-Konvention, deren Ratifizierung erst nach vollständiger Umsetzung der Vorgaben der Istanbul-Konvention in deutsches Recht erfolgen kann,⁶ als auch gemäß Art. 3 (Verbot der Folter) und Art. 8 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) EMRK verpflichtet, strafrechtliche Bestimmungen zu erlassen, die eine Pönalisierung und effektive Sanktionierung *aller* nicht einverständlichen sexuellen Handlungen gebieten, und zwar auch dann, wenn das Opfer keinen physischen Widerstand leistet.⁷ Die Verpflichtung zur Schaffung einer strafrechtlichen Regelung, die tatbestandlich im Wortlaut ausdrücklich die Vornahme nicht einverständlicher sexueller Handlungen unter Strafe stellt, ist damit allerdings nicht verbunden. Denn gemäß Nr. 193 des Erläuternden Berichts der Istanbul-Konvention können die Vertragsparteien über die genaue Formulierung in der Gesetzgebung selbst entscheiden.⁸ Gegenwärtig wird Deutschland den Vorgaben auf der Grundlage der ständigen Rechtsprechung zu § 177 StGB nicht gerecht.⁹ Es verbleiben vielmehr Tathandlungen, die straffrei sind, obwohl die sexuelle Handlung gegen den Willen des Opfers vorgenommen und somit die sexuelle Selbstbestimmung verletzt wird.¹⁰ Diese lassen sich wie folgt kategorisieren:¹¹

Kategorie 1: Fälle fehlender Finalität zwischen Gewalt bzw. Drohung mit Gewalt und der sexuellen Handlung (*Beispiel:* Das Opfer lebt mit dem Beschuldigten in einem Klima der Gewalt. Zum Tatzeitpunkt nimmt der Beschuldigte jedoch weder ausdrücklich noch konkludent Bezug auf die vorangegangene Gewalt. Das Opfer teilt zwar mit, dass es die sexuelle Handlung nicht möchte, wehrt sich aber aus Furcht vor erneuter Gewaltanwendung nicht.)

Kategorie 2: Furcht vor Beeinträchtigungen, die keine Körperverletzungs- oder Tötungsdelikte darstellen (*Beispiel:* Das Opfer befindet sich zwar in einer objektiv schutzlosen Lage, befürchtet aber nicht, dass der Beschuldigte körperliche Gewalt einsetzt, son-

6 Deutschland hat das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention) am 11. Mai 2011 gezeichnet, aber noch nicht ratifiziert; siehe auch BT-Drs. 18/2601, 1.

7 Vgl. EGMR, U. v. 4.12.2003 – 39272/98 – (M. C. gegen Bulgarien), Rn. 153 und 161 f.; Nr. 191 des Erläuternden Berichts der Istanbul-Konvention.

8 Vgl. Osman Isfen, Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten. Ein Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen, ZIS 4 (2015), 217 (231) Fn. 172; Heike Rabe/Julia von Normann, Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen. Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht, Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Berlin 2014, 22 f.; Joachim Renzikowski, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages vom 28. Januar 2016 (Schriftliche Stn. SV), 4; Jörg Eisele, Schriftliche Stn. SV, 2 und 11 <http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/a06/anhoeerungen/Archiv/istanbul-konvention/348876> (letzter Abruf: 19. August 2016); a.A: Ramona Pisal/Dagmar Freudenberg, Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes e. V. vom 9. Mai 2014, 1 f. und vom 25. Juli 2014, 2.

9 So auch Renzikowski (Fn. 8), 8; Eisele (Fn. 8), 6; Christina Clemm, Schriftliche Stn SV (Fn. 8), 5; Heike Rabe/Julia von Normann (Fn. 8), 11; a.A. Birgit Cirullies, Schriftliche Stn SV (Fn. 8), 1.

10 Eine vollständige und umfassende Analyse der Rechtsprechung bietet die Begründung des Regierungsentwurfes eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, BT-Drs. 18/8210, 9 ff.

11 Ähnlich Isfen (Fn. 8), 218 ff.

dern lediglich, dass er im Weigerungsfall das Mobiliar zerstört. § 240 StGB [Nötigung] greift in Ermangelung einer Drohung nicht.)

Kategorie 3: Fälle, bei denen sich das Opfer in einer subjektiv schutzlosen Lage befindet (*Beispiel:* Das Opfer geht zum Tatzeitpunkt irrig davon aus, dass schutzbereite Dritte nicht zugegen sind.)

Kategorie 4: Überraschungsfälle (*Beispiel:* Der Beschuldigte nimmt an dem Opfer in der U-Bahn völlig überraschend eine sexuelle Handlung vor. § 185 StGB [Beleidigung] greift nur, wenn gleichzeitig die Ehre des Opfers verletzt wird oder das Opfer die sexuelle Handlung sonst als Herabwürdigung begreifen muss.¹²)

Die Strafbarkeitslücken müssen wegen bestehender¹³ oder angestrebter¹⁴ völkerrechtlicher Verpflichtungen, aber auch weil dies kriminalpolitisch im Hinblick auf den Rechts-güterschutz sinnvoll ist, vom Gesetzgeber geschlossen werden.¹⁵

III. Der Gesetzentwurf zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung

Der vom BMJV vorgelegte Gesetzentwurf schließt die aufgezeigten Strafbarkeitslücken kasuistisch-punktuell.¹⁶ In Anlehnung an einen Vorschlag von *Eisele*¹⁷ sollten mit dem Gesetzentwurf die bestehenden Strafbarkeitslücken durch positive Regelungen unter Verzicht auf die sogenannte „Nein-heißt-Nein“-Lösung geschlossen werden.

Spätestens nach den Ereignissen der Kölner Silvesternacht änderte sich die politische Stimmung im Hinblick auf das Sexualstrafrecht jedoch grundlegend und ebnete den Weg für die weitergehende „Nein-heißt-Nein“-Lösung. Der Bundestag hat entsprechend am 7. Juli 2016 in 2. und 3. Lesung einen Beschlussvorschlag angenommen, mit dem neben einer kasuistisch-punktuellen Lösung die „Nein-heißt-Nein“-Lösung tritt. Damit hat der Gesetzgeber dem Regierungsentwurf ein Modell entgegengesetzt, bei dem § 179 StGB (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen) in seiner gegenwärtigen Fassung insgesamt gestrichen wird. Gleichzeitig werden zahlreiche Missbrauchstatbestände in den Straftatbestand des § 177 StGB überführt. Das Ergebnis ist eine Vorschrift, die mit neun Absätzen wenig anwenderfreundlich ist. Daneben soll es einen neuen Straftatbestand der sexuellen Belästigung (§ 184i StGB-E) und einen Straftatbestand „Straftaten aus Gruppen“ (§ 184j StGB-E) geben. Im Folgenden sollen die Einzelheiten der Neuregelungen beleuchtet werden.

12 Vgl. BGH, B. v. 4.6.2013 – 2 StR 3/13, BGHR StGB, § 177 Abs. 1 Gewalt 16 (Gründe); BGH, U. v. 15.3.1989 – 2 StR 662/88, MDR 1989, 753; OLG Bamberg, B. v. 28.9.2006 – 3 Ss 48/06, NStZ 2007, 96.

13 So bei der Europäischen Menschenrechtskonvention.

14 Siehe oben Fn. 6.

15 So auch die Sachverständigen Renzikowski, Eisele und Clemm (Fn. 8); Rabe/von Normann (Fn. 8); Tatjana Hörnle, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention. Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB, Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Berlin 2015, 9.

16 Vgl. BT-Drs. 18/8210.

17 Vgl. Eisele (Fn. 8), 11.

1. § 177 StGB-E (Sexueller Übergriff; Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung)

Ein maßgebliches Problem der neuen Vorschrift besteht darin, dass der Missbrauchs- und der Nötigungstatbestand in einer Vorschrift (§ 177 StGB-E) zusammengeführt werden. Hierdurch kommt es zu Friktionen, die man leicht hätte vermeiden können, wenn man die neuen Missbrauchstatbestände in einen eigenen Missbrauchstatbestand überführt hätte.

a) § 177 Abs. 1 StGB-E („Nein-heißt-Nein“-Lösung)

Gemäß § 177 Abs. 1 StGB-E soll mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft werden, 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.

Damit wird die „Nein-heißt-Nein“-Lösung erstmalig Eingang in das Sexualstrafrecht finden. Dieser Umstand ist uneingeschränkt zu begrüßen. Mit dieser Lösung lassen sich Strafbarkeitslücken der Kategorie 1 bis 3 schließen, soweit das Opfer einen entgegenstehenden Willen zum Ausdruck bringt. Die Vornahme einer sexuellen Handlung gegen den erkennbaren Willen einer Person verletzt das Opfer in seiner sexuellen Selbstbestimmung. Die sexuelle Selbstbestimmung gehört zur Privat- und Intimsphäre des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und genießt als solche gemäß Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG einen starken verfassungsrechtlichen Schutz.¹⁸

Gegen die „Nein-heißt-Nein“-Lösung wird angeführt, es könne nicht sein, dass eine Person einen entgegenstehenden Willen erkläre, sich dann aber nicht zur Wehr setze, wenn der Täter die sexuelle Handlung gleichwohl vornimmt.¹⁹ Dem ist entgegen zu halten, dass es gerade in dem tabuisierten und von Geschlechterstereotypen geprägten Bereich der Sexualität trotz der Äußerung eines entgegenstehenden Willens durchaus zu passivem Verhalten kommen kann, auch wenn dies aus objektiver Sicht irrational zu sein scheint. So kann die Passivität etwa auf Schüchternheit oder auf die Sozialisierung zurückzuführen sein.²⁰ Letztlich ist die Motivlage des Opfers jedoch gänzlich unerheblich, da sich der Tatunwert allein daraus ergibt, dass sich der Täter über den entgegenstehenden Willen des Opfers hinwegsetzt. Schließlich ist auch die Beweisproblematik²¹ kein Grund, um von der Nichteinverständnislösung abzusehen.²² Beweisprobleme sind Sexualdelikten immanent. Sie finden häufig in Zweipersonenverhältnissen statt, so dass Aussage gegen Aussage steht. Diese Ausgangssituation wird durch die „Nein-heißt-Nein“-Lösung nicht verändert. Das bedeutet auch, dass mit mehr Verurteilungen nicht gerechnet werden darf. Der Gesetzgeber sendet mit der „Nein-heißt-Nein“-Lösung gleichwohl

18 Vgl. Jarass/Pieroth, GG, 14. Auflage, Art. 2 Rn. 36 und 48.

19 Vgl. Thomas Fischer, Sexuelle Nötigung: Schutzlücken oder Schutzlücken-Fantasien?, StraFo 2014, 485 (491); Thomas Fischer, Noch einmal: § 177 StGB und die Istanbul-Konvention, ZIS 6 (2015), 312 (315).

20 Vgl. Tatjana Hörnl, Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte, ZIS 4 (2015), 206 (211f.); sehr instruktiv auch: Ulrike Lembke, „Vergebliche Gesetzgebung“. Die Reform des Sexualstrafrechts 1997/1998 als Jahrhundertprojekt und ihr Scheitern in und an der sogenannten Rechtswirklichkeit, Zeitschrift für Rechtssoziologie 34 (2014), 253 (266 ff.).

21 Vgl. Fischer (Fn. 19), 492, der hier allerdings davon ausgeht, dass „gegen den Willen“ einen rein subjektiven Vorgang meint.

22 So auch Thomas Fischer, Schriftliche Stn. SV-Anhörung (Fn. 8), 16 f.

ein wichtiges gesellschaftspolitisches Signal aus.²³ Er trifft die längst überfällige Grundaussage, dass insbesondere Frauen nicht „Ja“ meinen, wenn sie „Nein“ sagen. Überkommenen Geschlechterstereotype haben – auch ausweislich der Erläuterungen der Istanbul-Konvention²⁴ – keinen Platz im Sexualstrafrecht. Damit kann auch die Befürchtung, die Nichteinverständnislösung kriminalisiere sozialadäquate Handlungen, keinen Bestand haben.²⁵

aa) Handeln gegen den erkennbaren Willen des Opfers

In der im Bundestag am 7. Juli 2016 verabschiedeten Beschlussfassung wird auf ein Handeln gegen den erkennbaren Willen des Opfers abgestellt. Vorzugswürdig wäre es gewesen, sich bei der Umsetzung an den Vorschlag von *Hörnle* zu halten und auf den „erklärten“ Willen abzustellen.²⁶ Tatbeständlich wäre damit deutlicher geworden, dass es allein darauf ankommt, ob das Opfer seinen entgegenstehenden Willen ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck gebracht hat oder nicht. Durch das Abstellen auf die Erkennbarkeit wird nunmehr ohne Not der objektive Dritte ins Spiel gebracht, aus dessen Sicht die Erkennbarkeit beurteilt werden muss. Zwar stellt die Gesetzesbegründung ebenfalls auf das Erklärungsmoment ab. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der entgegenstehende Wille darüber hinausgehend nicht auch erkennbar ist, wenn Umstände vorliegen, die nicht in einer Erklärung des Opfers ihren Ausdruck finden. So z.B., wenn das Opfer übermüdet ist oder sonst eine Situation vorliegt, in der Menschen gemeinhin keine Sexualität leben wollen. Die Intention des Gesetzgebers, sicherzustellen, dass der Täter die Ablehnung auch erkennen kann, wäre besser im Vorsatz verortet gewesen.

bb) Vornahme sexueller Handlungen an sich selbst

Die Strafbarkeit tritt auch ein, wenn das Opfer die sexuelle Handlung an sich selbst gegen seinen Willen vornimmt.²⁷ Der Gesetzgeber stellt hier erstmalig sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt, die zum Nachteil von erwachsenen Opfern begangen werden, unter Strafe.²⁸ Bislang werden solche sogenannten „Hands-off“-Delikte nur dann unter Strafe gestellt, wenn sie zum Nachteil eines Kindes (§§ 176 ff. StGB) oder – allerdings nicht stringent in jeder Vorschrift – zum Nachteil von Jugendlichen (§§ 174, 180 Abs. 2 und 3 StGB) begangen werden. Der Tatunwert liegt auch bei „Hands-off“-Delikten darin, dass der Täter die durch das „Nein“ zum Ausdruck gebrachte sexuelle Selbstbestimmung des Opfers verletzt. Diese gesetzgeberische Entscheidung müsste in der Folge auch für die übrigen Missbrauchsdelikte des 13. Abschnitts des StGB, die zum Nachteil von Erwachsenen begangen werden, Eingang finden.

23 Vgl. auch Lembke (Fn. 20), 260.

24 Vgl. Nr. 192 des Erläuternden Berichts der Istanbul-Konvention; erneut Lembke (Fn. 20), 265 ff.

25 Vgl. aber Eisele (Fn. 8), 7; in Ansätzen auch Cirullies (Fn. 8), 2 und 4.

26 Vgl. *Hörnle* (Fn. 15), 17 f.

27 Vgl. BT-Drs. 18/9097, 24.

28 Die Straftatbestände des § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) und § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses) sind reine Konfrontationsdelikte und daher anders gelagert.

cc) Der Strafrahmen

Der Strafrahmen des § 177 Abs. 1 StGB-E setzt mit sechs Monaten bis fünf Jahren Freiheitsstrafe recht hoch an. Dabei ist zu bedenken, dass die sexuelle Handlung, die der Täter an dem Opfer vornimmt, auch eine solche sein kann, die nur geringfügig über der Erheblichkeitsgrenze des § 184h Nr. 1 StGB liegt. Der Strafrahmen weist ferner im Vergleich zu § 176 Abs. 1 und 2 StGB Unstimmigkeiten auf. Danach wird ebenfalls mit einer Mindestfreiheitsstrafe von sechs Monaten bestraft, wer an einem Kind sexuelle Handlungen vornimmt. Es wäre daher – auch vor dem Hintergrund der Aufnahme der „Hands-off“-Delikte – vorzugswürdig gewesen, für den unteren Strafrahmen des § 177 Abs. 1 StGB-E eine Geldstrafe oder jedenfalls geringere Freiheitsstrafe vorzusehen. Die Aufstufung des Grundtatbestandes des sexuellen Missbrauchs von Kindern zum Verbrechen ist indes keine Alternative, u.a. weil das Delikt der Möglichkeit einer Einstellung etwa bei sexuellen Handlungen zwischen einer 14-Jährigen und einem 13-Jährigen zugänglich bleiben muss.

b) § 177 Abs. 2 StGB-E (Vorliegen besonderer Umstände)

Der Gesetzgeber hat erkannt, dass die „Nein-heißt-Nein“-Lösung nicht zum Rechtsgüterschutz geeignet ist, wenn besondere Umstände vorliegen, bei denen das Opfer ein „Nein“ nicht formulieren kann bzw. ein geäußertes „Ja“ nicht auf einer freiverantwortlichen Entscheidung basiert. Diese Fallgruppen werden in § 177 Abs. 2 StGB-E ebenfalls mit einem Strafrahmen von sechs Monaten bis fünf Jahren erfasst. Da bestimmte Umstände hinzutreten, die der Täter entweder ausnutzt oder hervorruft, ist eine Mindestfreiheitsstrafe von sechs Monaten – allerdings mit Ausnahme der Überraschungsfälle – vertretbar.

aa) § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB-E (Mangelnde Fähigkeit zur Willensbildung oder -äußerung)

Gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB-E macht sich der Täter strafbar, wenn er es für seine sexuelle Handlung ausnutzt, dass die Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern.

Ausweislich der Beschlussbegründung sollen damit die Fallkonstellationen des § 179 StGB aufgegriffen werden, der im Gegenzug gestrichen wird.²⁹ Die Übernahme des Regelungsgehaltes gelingt allerdings nur teilweise. Gemäß § 179 StGB werden bisher Opfer erfasst, die zum Widerstand absolut unfähig sind, weil sie einen entgegenstehenden Willen nicht bilden, nicht äußern oder nicht durchsetzen können. Von § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB-E wird die letzte Fallgruppe nicht erfasst. Die vom Hals abwärts gelähmte Rollstuhlfahrerin muss daher einen entgegenstehenden Willen erkennen lassen, damit sie von § 177 Abs. 1 StGB-E geschützt wird. Dies ist im Rahmen des Grunddeliktes unproblematisch, wirft aber für die Qualifikation des § 177 Abs. 4 StGB-E Unstimmigkeiten auf.

Positiv hervorzuheben ist, dass die Vorschrift – anders als § 179 StGB – nicht mehr auf Krankheit und Behinderung abstellt. Hierdurch wird verdeutlicht, dass § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB-E nicht auf Menschen mit Behinderung zugeschnitten ist, sondern auf Menschen, die absolut widerstandsunfähig sind, wie in der Gesetzesbegründung ausdrücklich betont

29 Vgl. BT-Drs. 18/9097, 24.

wird.³⁰ Damit dürfte die als diskriminierend empfundene Divergenz zwischen der gegenwärtigen Rechtslage des § 177 Abs. 1 StGB (Mindestfreiheitsstrafe ein Jahr) und § 179 Abs. 1 StGB (Mindestfreiheitsstrafe „nur“ sechs Monate) für die Behindertenverbände zufriedenstellend gelöst sein. Die Kritik der Behindertenverbände bestand darin, dass Menschen mit Behinderung in erster Linie in den Schutzbereich des § 179 Abs. 1 StGB fielen, so dass im Vergleich zu § 177 Abs. 1 StGB, der vornehmlich auf Menschen ohne Behinderung Anwendung finde, nur ein geringerer Strafrahmen einschlägig sei. Die Kritik ist allerdings bereits nach gegenwärtiger Rechtslage unberechtigt, weil die Vorschriften nicht zwischen Menschen mit und ohne Behinderung differenzieren, sondern lediglich danach, ob das Opfer absolut widerstandsunfähig ist (dann § 179 StGB ohne das Erfordernis der Nötigung) oder nicht (dann § 177 StGB mit dem Erfordernis der Nötigung).

bb) § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB-E (Erheblich eingeschränkte Fähigkeit zur Willensbildung oder -äußerung)

Gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB-E macht sich der Täter strafbar, wenn er ausnutzt, dass die Person aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung der Person zu der sexuellen Handlung versichert.

Diese Vorschrift ist ein Novum. Geschützt werden Personengruppen, die nicht unter § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB-E fallen, weil sie nicht absolut widerstandsunfähig sind. Sie sind allerdings erheblich in ihrer Willensbildung oder -äußerung eingeschränkt. Die Erheblichkeit soll vorliegen, wenn die Einschränkung aus objektiver Sicht offensichtlich auf der Hand liegt und sich dem unbefangenen Beobachter ohne Weiteres aufdrängt.³¹ Das Problem an dieser Vorschrift besteht darin, dass auch Personen, die eine derartige Einschränkung aufweisen, wie jeder andere Mensch die Möglichkeit haben müssen, Sexualität zu leben. Das Ausleben der Sexualität ist von dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützt, wie die Gesetzesbegründung zu Recht ausführt.³² Es ist daher zweifelhaft, ob die mit § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB-E vorgenommene Ausgestaltung eines besonderen Schutzes tatsächlich erforderlich ist oder nicht vielmehr die Gefahr birgt, dass sexuelle Handlungen mit Menschen mit Behinderung in einem noch größeren Umfang moralisiert werden und unterbleiben.³³ Menschen mit entsprechenden Behinderungen können durchaus in der Lage sein, einen selbstbestimmten entgegenstehenden Willen auf der Grundlage eines natürlichen Willens ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck zu bringen, so dass sie hinreichend von § 177 Abs. 1 StGB-E geschützt sind. Unklar ist auch, warum der Gesetzgeber der betroffenen Person zwar zutraut, im Sinne einer „Nur-ja-heißt-ja“-Lösung eine tragfähige Zustimmung vor der Vornahme der sexuellen Handlung zu erteilen, ihr aber das Erklären

30 Vgl. BT-Drs. 18/9097, 24.

31 Vgl. BT-Drs. 18/9097, 25.

32 Vgl. BT-Drs. 18/9097, 25.

33 Vgl. zu dem Themenkomplex Sexualität und Behinderung Julia Zinsmeister, SexAbility. Oder: Wie Behinderung die Geschlechter in Ordnung und das Begehrten unter Kontrolle hält, Sozialmagazin 8 (2015), 41 ff.

eines entgegenstehenden Willens im Sinne einer „Nein-heißt-Nein“-Lösung nicht zutraut.

cc) § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB-E (Überraschungsfälle)

Gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB-E macht sich der Täter strafbar, wenn er für die Tatbegehung ein Überraschungsmoment ausnutzt.

Damit wird die Strafbarkeitslücke der Kategorie 4 geschlossen. Der Regelungsgehalt wird allerdings bereits inhaltlich von § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB-E erfasst, so dass die Vorschrift überflüssig ist. Zwar wird in der Gesetzesbegründung ausgeführt, dass § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB-E im Gegensatz zur Nummer 1 auch dann greift, „wenn das Opfer im letzten Moment zwar noch des sexuellen Übergriffs gewahr wird und noch einen entgegenstehenden Willen bilden, diesen aber nicht mehr dergestalt äußern kann, dass Absatz 1 einschlägig wäre bzw. den kurzfristig gebildeten entgegenstehenden Willen in der Überrumpelungssituation nicht mehr durchsetzen kann.“³⁴ Die Beschlussbegründung wirkt an dieser Stelle jedoch konstruiert. Erkennt das Opfer im letzten Moment, dass eine sexuelle Handlung unmittelbar bevorsteht, wird es entweder abwehrend reagieren und damit einen entgegenstehenden Willen im Sinne von § 177 Abs. 1 StGB-E konkurrenzlos erklären oder es kann einen entgegenstehenden Willen nicht mehr bilden oder äußern und wird daher von § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB-E geschützt.

dd) § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB-E (Drohen eines empfindlichen Übels)

Gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB-E macht sich strafbar, wer eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht.

Mit der Vorschrift werden die Strafbarkeitslücken der Kategorien 1 bis 3 geschlossen. Im Unterschied zum Regierungsentwurf muss das Übel tatsächlich aus objektiver Sicht drohen. Der Regierungsentwurf erfasst demgegenüber Fälle, bei denen der Täter den Umstand ausnutzt, dass das Opfer ein empfindliches Übel befürchtet.³⁵ Diese subjektive Formulierung wäre vorzugswürdig gewesen. Auch für die Befürchtung müssen dabei objektive Anknüpfungspunkte vorliegen, da dem Täter anderenfalls weder das Ausnutzen noch der Vorsatz nachzuweisen ist. Erkennt der Täter jedoch, dass das Opfer die sexuelle Handlung nur vornimmt, weil es etwa befürchtet, anderenfalls einem Voodoo-Zauber anheim zu fallen und nutzt er diesen Umstand aus, verletzt er die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers. Denn er weiß, dass das Opfer nur aus seiner (gefühlt) Not heraus die sexuelle Handlung akzeptiert. Die Tathandlung ist daher ebenso strafwürdig wie dies der Fall ist, wenn das empfindliche Übel tatsächlich droht.

ee) § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB-E (Nötigung durch Drohung)

Nach dieser Vorschrift soll sich strafbar machen, wer das Opfer zu der Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel genötigt hat.

34 BT-Drs. 18/9097, 26.

35 Vgl. BT-Drs. 18/8210, 3.

Die Vorschrift orientiert sich an § 240 StGB, dessen Absatz 4 Nr. 1 StGB im Gegenzug gestrichen wird. Da die durch Drohung erzwungene Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen die sexuelle Selbstbestimmung und nicht nur die freie Willensbetätigung verletzt, ist es zu begrüßen, dass die Tathandlung in den 13. Abschnitt des StGB überführt wird. Sie ist die einzige Nötigungshandlung, die im § 177 StGB-E verbleibt und die nun noch die amtliche Überschrift „Sexuelle Nötigung“ rechtfertigen kann. Die übrigen Grundtatbestände sind demgegenüber Missbrauchstatbestände, also „Sexuelle Übergriffe“. Der Regelungsgehalt des § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB-E geht allerdings ganz überwiegend in § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB-E auf. Einzig, wenn der Täter ein empfindliches Übel in Aussicht stellt, auf dessen Eintritt er tatsächlich keinen Einfluss hat, kommt nur die Nummer 5, nicht aber die Nummer 4 zur Anwendung, weil dem Opfer dann objektiv kein empfindliches Übel droht.

c) § 177 Abs. 4 StGB-E (Qualifikation zu § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB-E)

Gemäß § 177 Abs. 4 StGB-E ist auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr zu erkennen, wenn die Unfähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern, auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht.

Die Qualifikation ist allein auf § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB-E zugeschnitten. Dabei geht der Gesetzgeber davon aus, dass „Krankheit oder Behinderung“ eine besondere Schutzbedürftigkeit begründen.³⁶ Eine Begründung dafür, warum die Vornahme einer sexuellen Handlung an einer Komapatientin stärkeres Unrecht darstellen soll als an einer Person, der K.O.-Tropfen verabreicht wurden, bleibt der Gesetzgeber schuldig. Es liegt daher die Vermutung nahe, dass die Qualifikation auf der Vorstellung gründet, dass es Menschen mit Krankheit oder Behinderung im Leben ohnehin schwerer haben. Dies aber ist ein zweifelhafter sachlicher Grund für die Aufnahme der Qualifikation. Es ist auch nicht ersichtlich, inwieweit durch die Qualifikation etwa einer bestehenden Diskriminierung entgegengewirkt werden soll. Der als diskriminierend empfundene Strafrahmensprung zwischen § 177 Abs. 1 StGB und § 179 Abs. 1 StGB wurde bereits durch die Neufassung des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB-E nivelliert.³⁷ Die Vorschrift knüpft damit an eine Behinderung oder Krankheit an, ohne zu berücksichtigen, dass Menschen mit Behinderung und Menschen ohne Behinderung möglichst weitgehend gleichgestellt sein sollten, soweit nicht eine Ungleichbehandlung – etwa um einer Diskriminierung entgegen zu wirken – aus sachlichen Gründen angezeigt ist. Unstimmig wird das Konzept auch dadurch, dass das vom Hals abwärts gelähmte Opfer nicht in den Genuss der Qualifikation kommt, obwohl es eine Behinderung aufweist. Denn dieses Opfer kann einen freien Willen bilden und äußern, so dass sexuelle Handlungen gegen den erkennbaren entgegenstehenden Willen unter § 177 Abs. 1 StGB-E fallen,³⁸ für den die Qualifikation nicht greift.

d) § 177 Abs. 5 StGB-E (Weitere Qualifikationen)

Die Vorschrift stellt ebenfalls eine Qualifikation mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr dar. Inhaltlich orientiert sich die Qualifikation an der gegenwärtigen Fassung des § 177 Abs. 1 StGB, wobei auf das Element der Nötigung für die Anwendung von Ge-

36 Vgl. BT-Drs. 18/9097, 27.

37 Siehe oben Punkt III.1.b)aa).

38 Siehe oben Punkt III.1.b)aa).

walt (Nr. 1), das Drohen mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben (Nr. 2) und das Ausnutzen einer schutzlosen Lage (Nr. 3) verzichtet wird. Dies hat zur Folge, dass der Täter die Tatmodalitäten nicht final einsetzen muss, um die sexuelle Handlung zu erzwingen. So kann etwa auch die zu anderen Zwecken eingesetzte Gewalt die Qualifikation erfüllen.³⁹ § 177 Abs. 5 StGB-E stellt nunmehr ausdrücklich klar, dass sich die Gewalt etc. gegen das Opfer selbst richten muss. Damit dürfte zukünftig die Gewalt gegen den schutzbereiten Dritten nicht mehr erfasst sein.⁴⁰

e) § 177 Abs. 6 StGB-E (Regelbeispiele)

§ 177 Abs. 6 StGB-E greift die Regelbeispiele des gegenwärtigen § 177 Abs. 2 StGB auf. Während § 177 Abs. 6 Nr. 2 StGB-E (gemeinschaftliche Tatbegehung) inhaltlich unverändert bleibt, erhält § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB-E einen wesentlich anderen Sinngehalt. Die Vorschrift definiert die Vergewaltigung zwar wie bislang als Beischlaf oder ähnliche sexuelle Handlungen, die das Opfer erniedrigen, insbesondere, wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind. Anders als bislang setzen die Grundtatbestände aus § 177 Abs. 1 und 2 StGB-E allerdings ganz überwiegend keine Nötigung mehr voraus. Eine Vergewaltigung liegt damit z.B. zukünftig auch vor, wenn das Opfer mitteilt, dass es eine sexuelle Handlung ablehnt und es sodann zum Beischlaf kommt. Damit begründet der Gesetzgeber ein vollkommen neues Verständnis von Vergewaltigung. Gleichzeitig werden aus strafrechtsdogmatischer Sicht Probleme aufgeworfen. Diese liegen zum einen im Strafrahmen begründet. Zwei Jahre Mindestfreiheitsstrafe muten recht hoch an, wenn sich der Täter ohne Nötigung über den Willen des Opfers hinwegsetzt. Die Gerichte haben diese neue Wertung des Gesetzgebers zu berücksichtigen, so dass sie das Vorliegen eines besonders schweren Falles nicht einfach verneinen können. Aus Sicht des Beschuldigten ist es zum anderen problematisch, dass das Verständnis von Vergewaltigung auch in der Bevölkerung an Nötigungsmittel gekoppelt ist. Eine Verurteilung oder auch nur Ermittlung wegen Vergewaltigung – anstelle von sexuellem Übergriff im besonders schweren Fall – bringt daher eine nicht zu unterschätzende Stigmatisierung für den Beschuldigten mit sich. Die gesetzgeberische Entscheidung mag aus feministischer Sicht im Grundsatz in die richtige Richtung weisen, aus strafrechtlich-dogmatischer Sicht bleibt sie einschneidend. Dies gilt umso mehr, als die Vorschrift zukünftig nicht nur den Beischlaf etc. mit dem Täter oder einem Dritten erfasst, sondern auch entsprechende sexuelle Handlungen, die das Opfer an sich selbst vornimmt.⁴¹ Für den Täter, der sein Opfer gegen dessen Willen ohne Nötigung dazu bringt, einen Gegenstand in sich einzuführen, setzt eine Mindestfreiheitsstrafe von zwei Jahren zu hoch an. Der Rechtsprechung bleibt nur die Möglichkeit, über das Merkmal der Erniedrigung die Fälle auszusortieren, die einen besonders schweren Fall nicht zu begründen vermögen.

f) § 177 Abs. 7 und 8 StGB-E (Übernahme der Qualifikationen aus § 177 Abs. 3 und 4 StGB)

Die Vorschriften des § 177 Abs. 7 und 8 StGB-E greifen die Qualifikationen des gegenwärtigen § 177 Abs. 3 und 4 StGB auf. Diese finden dabei nicht nur auf den Nötigungs-

39 BT-Drs. 18/9097, 27.

40 Vgl. BGH, B. v. 31.1.1997 – 2 StR 651/96, BGHSt 42, 378 (379).

41 Vgl. BT-Drs. 18/9097, 29.

tatbestand aus § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB-E Anwendung, sondern zusätzlich auch bei den weiteren Grundtatbeständen. Problematisch ist, dass die Qualifikationen des § 177 Abs. 7 Nr. 1 und 2 und Abs. 8 Nr. 1 StGB-E auf Nötigungstatbestände zugeschnitten sind und auf Missbrauchstatbestände nicht recht passen. Die Qualifikationen knüpfen an das Beisichführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges (Abs. 7 Nr. 1), an das Beisichführen eines sonstigen Werkzeuges oder Mittels, in der Absicht, den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung durch Gewalt zu verhindern oder zu überwinden (Abs. 7 Nr. 2), oder an das Verwenden einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges (Abs. 8 Nr. 1) an. Nötigt der Täter sein Opfer, dann erhöhen die benannten Qualifikationen jeweils die Gefahr für das Opfer, weil die Nötigungssituation typischerweise eskalieren kann. Setzt der Täter jedoch kein Nötigungsmittel ein, um den Willen des Opfers zu brechen, dann erlangen die in den Qualifikationen genannten Tatmodifikationen im Hinblick auf die Gefährdung des Opfers keine Bedeutung und sind daher auch nicht dazu geeignet, den Tatunwert zu erhöhen. Wer z.B. gegen den Willen des Opfers sexuelle Handlungen an diesem vornimmt und dabei eine Gartenschere von der Gartenarbeit bei sich führt, wird für das Opfer in Ermangelung einer Nötigung nicht gefährlicher. Eine Mindestfreiheitsstrafe von drei Jahren ist daher unangemessen. Erst wenn der Täter auf das „Nein“ des Opfers mit Nötigungsmitteln reagiert, erlangt das Beisichführen der Gartenschere eine besondere Bedeutung, weil der Täter durch sie seiner Nötigung ohne Weiteres besonderen Nachdruck verleihen kann. Die Problematik wäre vermeidbar gewesen, wenn die Missbrauchsdelikte in einem eigenen Tatbestand unter Verzicht auf die benannten Qualifikationen geregelt worden wären.

2. § 184i StGB-E (Sexuelle Belästigung)

Gemäß § 184i Abs. 1 StGB-E soll mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden, wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt, wenn nicht die Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

Die Vorschrift ist vor dem Hintergrund der Kölner Silvesterereignisse zu sehen. Das strafrechtliche Problem, welches hier einer Lösung zugeführt werden soll, existiert dagegen schon lange. Die Vornahme einer sexuell belästigenden Handlung kann gegenwärtig nur dann als Sexualdelikt bestraft werden, wenn die Handlung eine sexuelle Handlung im Sinne von § 184h Nr. 1 StGB darstellt. Gemäß § 184h Nr. 1 StGB liegt eine sexuelle Handlung vor, wenn sie im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit ist. Das soll nach der Rechtsprechung etwa beim flüchtigen Berühren der Genitalien nicht ohne Weiteres der Fall sein.⁴² Darüber hinaus kann die sexuelle Belästigung nur bestraft werden, wenn sie ausnahmsweise eine Beleidigung darstellt.⁴³ Im Ergebnis besteht daher auch insoweit eine Strafbarkeitslücke. Der Täter nimmt eine sexuell belästigende Handlung an dem Opfer vor, obwohl er davon ausgehen muss, dass eine solche nicht gewollt ist. Er verletzt damit die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers, so dass die Kriminalisierung in § 184i StGB-E zu begrüßen ist.

42 Vgl. BGH, U. v. 13.7.1951 – 2 StR 275/51, BGHSt 1, 239 (298); BGH, B. v. 21.9.2005 – 2 StR 311/5, JR 2007, 127; BT-Drs. 18/9097, 30.

43 Siehe oben Punkt II. Kategorie 4.

Der Umstand, dass das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung nur im Randbereich einen Eingriff erfährt, schlägt sich entsprechend in dem niedrigen Strafrahmen nieder, der sich an den Strafrahmen der tätlichen Beleidigung anlehnt. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist die Vorschrift unproblematisch. Zwar ist die Tathandlung im Sinne des § 184h Nr. 1 StGB im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung unerheblich. Dies meint aber nur, dass die Handlung nicht erheblich genug ist, um eine sexuelle Handlung zu sein. In Bezug auf die verfassungsrechtlich erforderliche Verhältnismäßigkeit wird damit keine Aussage getroffen. Hinsichtlich des verfassungsrechtlich geschützten Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist eine sexuelle Belästigung hinreichend erheblich und nicht bloß ein hinzunehmendes soziales Ärgernis. Das zeigt sich etwa auch an einem Vergleich mit § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen). Mit dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber sogar belästigende Handlungen ohne Körperkontakt unter Strafe gestellt.

Tatbestandsmäßig sind nur Handlungen mit Körperkontakt. Die körperliche Berührung erfolgt in sexuell bestimmter Weise, wenn sie sexuell motiviert ist.⁴⁴ Ob dies der Fall ist, muss – ebenso wie bei sexuellen Handlungen⁴⁵ – aus objektiver Sicht beurteilt werden. Dies gilt auch für ambivalente Handlungen.⁴⁶ Ist die sexuelle Motivation lediglich ein rein subjektiver Vorgang des Täters, während sie sich aus objektiver Sicht nicht als sexuell darstellt, ist der Tatbestand nicht erfüllt. So wird z.B. nicht erfasst, wer sich sexuell daran erregt, jemandem auf die Schulter zu klopfen.

§ 184i Abs. 2 StGB-E sieht einen besonders schweren Fall mit einem Strafrahmen von drei Monaten bis zu fünf Jahren vor, der in der Regel vorliegt, wenn die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird. Mit dem Regelbeispiel will der Gesetzgeber die Vorfälle der Silvesternacht abbilden. Hiergegen bestehen Bedenken. Zwar schützt § 184i Abs. 1 StGB-E in legitimer Weise die sexuelle Selbstbestimmung. Die Privat- und Intimsphäre wird allerdings nur in einem Randbereich tangiert, so dass auch die gemeinschaftlich vorgenommene sexuelle Belästigung im Randbereich verbleibt und einen besonders schweren Fall ebenso wenig rechtfertigt, wie dies bei der Beleidigung oder anderen vergleichbaren Delikten der Fall wäre. Der Umstand der gemeinschaftlichen Tatbegehung kann im Rahmen der allgemeinen Strafzumessung nach § 46 StGB hinreichend Berücksichtigung finden.

Die Tat stellt sich gemäß § 184i Abs. 3 StGB-E als Antragsdelikt dar, was sinnvoll ist, weil das Opfer so selbst entscheiden kann, ob es die sexuelle Belästigung als Ärgernis oder ahndungswürdiges Unrecht einstuft, welches die Unannehmlichkeiten eines Strafverfahrens rechtfertigt. Der Umstand, dass die Strafverfolgungsbehörden die Tat darüber hinaus von Amts wegen verfolgen können, kann nur im Kontext des besonders schweren Falles nach § 184i Abs. 2 StGB-E gesehen werden und ist ebenso wenig erforderlich. Die Taten der sexuellen Belästigung sind in der Regel nicht dazu geeignet, das öffentliche Strafverfolgungsinteresse zu begründen.

44 Vgl. BT-Drs. 18/9097, 31.

45 Vgl. Fischer, StGB, 63. Auflage, § 184h Rn. 3 m.w.N.

46 Vgl. SK-Wolters, StGB, § 184h Rn. 2; Klaus Laubenthal, Sexualstraftaten. Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, Berlin/Heidelberg/New York/Barcelona/Hongkong/London/Mailand/Paris/Singapur/Tokio 2000, 21 Rn. 67.

3. § 184j StGB-E Straftaten aus Gruppen

Gemäß § 184j StGB-E wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht, wer eine Straftat dadurch fördert, dass er sich an einer Personengruppe beteiligt, die eine andere Person zur Begehung einer Straftat an ihr bedrängt, wenn von einem Beteiligten der Gruppe eine Straftat nach den §§ 177 oder 184i begangen wird und die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

Der Straftatbestand ist ebenso wie die Neuregelung in § 184i StGB-E eine Folge der Silvestervorfälle. Das in der Öffentlichkeit vermittelte Bild von massenhaft begangenen Sexualstraftaten, die aus einer Gruppe heraus begangen wurden, hat den Wunsch nach Kriminalisierung schnell laut werden lassen. Dabei dürfte auch eine Rolle gespielt haben, dass die angezeigten Taten nur zu einer mäßigen Anzahl von Tatverdächtigen und zu einer noch mäßigeren Anzahl von Verurteilten geführt haben sollen.⁴⁷ Vor diesem Hintergrund mag die Motivation des Gesetzgebers darin bestanden haben, einen Straftatbestand zu schaffen, der den Nachweis einer konkreten Beteiligung an der konkret begangenen Straftat entbehrlich macht. Der Straftatbestand des § 184j StGB-E orientiert sich entsprechend nicht primär am Rechtsgüterschutz, sondern an dem Wunsch nach einem erleichterten Tatnachweis.

Einer solchen Vorschrift bedarf es nicht. Die Gesetzesbegründung rechtfertigt § 184j StGB-E damit, dass sich das Opfer „nicht nur einem Täter ausgesetzt sieht, sondern einer Vielzahl von Personen, so dass die Verteidigungs- oder Fluchtchancen stark eingeschränkt werden.“⁴⁸ Damit wird jedoch die typische Situation einer Mittäterschaft geschildert, die bereits nach gegenwärtiger Rechtslage von § 25 Abs. 2 StGB erfasst ist. Vergleichbares gilt für die von der Gesetzesbegründung angeführte „motivierend wirkende Dynamik.“⁴⁹ Eine solche Dynamik wird in erster Linie durch Förderungshandlungen im Sinne einer Beihilfe gemäß § 27 StGB hervorgerufen (z.B. durch Anfeuern oder sonstiges Bestärken des Haupttäters) oder durch Anstiftung im Sinne des § 26 StGB. Die Förderungshandlung der Beihilfe ist bereits nach gegenwärtiger Rechtslage weit gefasst. Eine tatbestandsmäßige Förderungshandlung liegt vor, wenn die Tathandlung des Haupttäters oder der Erfolgseintritt erleichtert oder gefördert wird. Eine Ursächlichkeit im Sinne einer *conditio sine qua non* ist nicht erforderlich.⁵⁰ Wer das Opfer zusammen mit anderen Mitgliedern der Gruppe umringt, dürfte die Haupttat – abhängig vom Einzelfall – auch dann fördern, wenn er dem Tatgeschehen lediglich zusieht und die Tat dabei billigend in Kauf nimmt.

Dem Gesetzgeber geht dies jedoch nicht weit genug. Der Täter fördert die Straftat, wenn er sich an einer Personengruppe beteiligt, die eine andere Person zur Begehung einer Straftat bedrängt. Die Beteiligung des Täters sei dabei „nicht im Sinne der §§ 25 bis 27 StGB zu verstehen, sondern im umgangssprachlichen Sinn“.⁵¹ Das Abstellen auf eine umgangssprachliche Bedeutung ist verfehlt. Der Gesetzgeber sollte klar formulieren, welchen Bedeutungsinhalt er einem Tatbestandsmerkmal geben möchte. Wenn der Gesetzgeber mit § 184j StGB-E Handlungen unter Strafe stellen möchte, die über eine För-

⁴⁷ Vgl. Georg Mascolo/Britta von der Heide (Fn. 3).

⁴⁸ BT-Drs. 18/9097, 32.

⁴⁹ BT-Drs. 18/9097, 32.

⁵⁰ Vgl. Fischer, StGB, 63. Auflage, § 27 Rn. 14.

⁵¹ BT-Drs. 18/9097, 32.

derungshandlung im Sinne von § 27 StGB hinausgehen, dann lässt sich dies nur dahingehend verstehen, dass bereits die bloße Anwesenheit in der das Opfer bedrängenden Gruppe für eine Strafbarkeit ausreichend sein soll. Hier sind im Hinblick auf das Schuldprinzip, welches sich aus dem Zusammenspiel von Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt,⁵² allerdings Bedenken zu erheben. Nach dem Schuldprinzip setzt jede Strafe Schuld voraus.⁵³ Verhält sich der Beschuldigte jedoch rechtmäßig und leistet er keinen objektiven Beitrag zu der Rechtsgutsverletzung, kann ihn kein Schuldvorwurf treffen. Dies gilt selbst dann, wenn er die Tat innerlich billigt, dies aber nicht nach außen manifestiert. Andernfalls befände man sich im Gesinnungsstrafrecht. Es bestehen daher erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken⁵⁴, die im Wege einer verfassungskonformen Auslegung dahingehend aufzufangen sind, dass im Ergebnis bereits auf objektiver Ebene zumindest die Voraussetzungen einer Förderungshandlung im Sinne des § 27 StGB vorliegen müssen. Dann aber ist mit § 184j StGB-E außer einer Aufstufung einer Teilnahme zur Haupttat nichts gewonnen.

Für das in diesem Sinne einschränkende Verständnis sprechen auch die Ausführungen zum subjektiven Tatbestand. Danach muss es der Täter zumindest billigend in Kauf nehmen, dass er *zusammen mit der Gruppe* eine andere Person bedrängt, *um eine Straftat zu begehen*. Dabei muss auch von seinem Vorsatz erfasst sein, dass er die Begehung einer Straftat *ermöglicht oder erleichtert*,⁵⁵ also einen vorwerfbaren Tatbeitrag leistet.

Ein weiteres Problem des § 184j StGB-E liegt darin, dass die Vorschrift an drei Stellen von Straftaten spricht, die in keiner Weise Bezug aufeinander nehmen. Der Täter muss irgendeine Straftat fördern, die Gruppe muss eine Person zur Begehung irgendeiner Straftat bedrängen und schließlich muss in Form einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit ein Beteiligter tatsächlich eine Straftat nach §§ 177 oder 184i StGB-E begangen haben. Bedrängt der Täter zusammen mit der Gruppe ein Opfer, um diesem die Geldbörse zu stehlen, und nutzt ein Beteiligter die Gelegenheit, um das Opfer zusätzlich sexuell zu belästigen, soll der Täter nach § 184j StGB-E bestraft werden, obwohl er diese Tat nicht in seinem Vorsatz aufgenommen hatte. Auch insoweit bestehen im Hinblick auf das Schuldprinzip Bedenken. Eine Strafbarkeit wäre nur dann zu rechtfertigen, wenn es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt. Als solches wäre § 184j StGB-E aber nur statthaft, wenn bei einer Gruppe, die sich etwa zur Begehung von Diebstahlsdelikten zusammensetzt, typischerweise die Gefahr besteht, dass zusätzlich Straftaten nach §§ 177 oder 184i StGB-E begangen werden. Ein solcher Erfahrungssatz existiert indes nicht.

Im Ergebnis wird § 184j StGB-E wegen seiner Subsidiaritätsklausel im Hinblick auf § 177 StGB-E wohl kaum zur Anwendung kommen. Beihilfehandlungen zu § 177 Abs. 1 oder 2 StGB-E sind gemäß § 27 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB zu mildern und weisen sodann einen Strafrahmen von einem Monat bis drei Jahren und neun Monate auf. Damit ist die Beihilfe zu § 177 StGB-E immer mit höherer Strafe bedroht als § 184j StGB-E (Geldstrafe bis Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren).

52 Vgl. Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl., Art. 20 Rn. 148.

53 BGH, B. v. 3.3.2005 – GSSt 1/04 – in: BGHSt 50, 40 (49).

54 A.A. Tatjana Hörnle, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung. Der Aufsatz wird voraussichtlich in der Novemberausgabe der NStZ erscheinen.

55 Vgl. BT-Drs. 18/9097, 32.

IV. Ergebnis

Mit der zu erwartenden Gesetzesänderung wird ein längst überfälliger Paradigmenwechsel nunmehr endlich in das Sexualstrafrecht Einzug erhalten. Die völkerrechtlichen Vorgaben erfordern die Aufnahme der „Nein-heißt-Nein“-Lösung zwar nicht, wohl aber – ganz unabhängig von den Silvestervorfällen – die kriminalpolitische, an einem umfassenden Rechtsgüterschutz orientierte Vernunft. Hierin liegt der große Verdienst des Gesetzentwurfes, wie er im Bundestag verabschiedet wurde. Die handwerkliche Umsetzung gibt jedoch an einigen Stellen Anlass zur Kritik, die ihre Hauptursache in der Zusammenlegung von Missbrauchs- und Nötigungstatbeständen in einen Tatbestand findet. Zu begrüßen ist im Grundsatz die Aufnahme des § 184i StGB-E (Sexuelle Belästigung), die allerdings insbesondere mit dem besonders schweren Fall zu wuchtig geraten ist. § 184j StGB-E (Straftaten aus Gruppen) muss hingegen als Missgriff bezeichnet werden. Ein solcher Straftatbestand ist zum einen nicht erforderlich und zum anderen verfassungsrechtlich bedenklich. Eine Möglichkeit zur Nachbesserung des Gesetzgebers könnte sich ggf. im Zuge der Empfehlungen der vom BMJV eingesetzten Reformkommission zur Überarbeitung des Sexualstrafrechts ergeben. Diese Empfehlungen sollen im nächsten Jahr vorgelegt werden und die Grundlage für ein großes Reformvorhaben darstellen, das den gesamten 13. Abschnitt des StGB neu ordnen soll.



Das türkische Ausländer- und Staatsangehörigkeitsrecht und europarechtliche Vorwirkung

Normgenese und autonomer Normsetzungsanspruch in der Globalisierung

Von Dr. Katja Schneider

2016, 420 S., brosch., 109,- €

ISBN 978-3-8487-3184-8

eISBN 978-3-8452-7548-2

(Schriften zum Migrationsrecht, Bd. 24)

nomos-shop.de/27547

Die Arbeit untersucht die normativen Vorwirkungen der Beitrittsperspektive über den Zeitraum vom ersten (abgelehnten) Antrag der Türkei auf Vollmitgliedschaft bis zu den gegenwärtigen Beitrittsverhandlungen. Die relevanten türkischen Normsetzungen werden am Maßstab des EU-Rechts erstmalig umfassend analysiert.



Unser Wissenschaftsprogramm ist auch online verfügbar
unter: www.nomos-elibrary.de

Portofreie Buch-Bestellungen unter
www.nomos-shop.de

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



Nomos