

ORIGINALBEITRÄGE

Jörg Eisele

Das neue Sexualstrafrecht

Zusammenfassung

Am Sexualstrafrecht wird seit langem kritisiert, dass es im Wesentlichen auf einer ad-hoc-Gesetzgebung anlässlich bestimmter Ereignisse beruht und mehr Stückwerk als stimmiges Konzept ist. Mit der nunmehr vorgezogenen „kleinen“ Reform des Sexualstrafrechts in den Tatbeständen der §§ 177, 184i und § 184j StGB wurde dieser Zustand weiter verschärft. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber die Anregungen der vom Bundesminister für Justiz und Verbraucherschutz eingerichteten Reformkommission zum Sexualstrafrecht, die in absehbarer Zeit in einem Abschlussbericht vorgelegt werden, aufgreift und sich zu einer harmonischen und dogmatisch überzeugenden Gesamtreform des Sexualstrafrecht entschließen wird.

Schlüsselwörter: Sexualstrafrecht, Reform, Vergewaltigung, sexuelle Nötigung, sexuelle Belästigung

Abstract

For a long time the legislation concerning sexual offences has been criticised of being mostly ad hoc legislation that responds to specific events and of being a patchwork of rules instead of a coherent conception. The latest “small” reform of Sections 177, 184i and 184j German Criminal Code has intensified the problem. It is to be hoped that the legislator will act on the recommendations of the Reform Commission, which the Federal Minister of Justice and Consumer Protection set up to revise sexual offence legislation and which will shortly present its final report, and that the legislator decides to thoroughly reform the entire sexual offence legislation in a harmonic and dogmatically conclusive manner.

Keywords: sexual offence legislation, reform, rape, indecent assault, sexual harassment

DOI: 10.5771/2365-1083-2017-1-7

I. Einleitung

Als der Bundestag am 7. Juli 2016 das 50. StrÄG – Gesetz zur Verbesserung der sexuellen Selbstbestimmung – beschloss, wurde die Verankerung des sog. „Nein heißt Nein“-Prinzips in § 177 StGB parteiübergreifend als Meilenstein in der Gesetzgebung des Sexualstrafrechts gefeiert. Nachdem nunmehr am 10. November 2016 dieses Gesetz in Kraft getreten ist, zeigen sich bereits derart große Ungereimtheiten, dass aller Voraussicht nach eine Reform der Reform erforderlich wird.¹ Dass offenbar Bedenken gegen die Neufassung bestanden, wird dadurch belegt, dass kurz nach dem Beschluss des Bundestages, aber noch vor Inkrafttreten des Gesetzes, ein Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages mit dem Titel „Die Neuregelung des § 177 Absatz 2 StGB-E“ erstellt wurde. Die Bedenken richteten sich weniger gegen die rechtspolitisch vieldiskutierte „Nein heißt Nein“-Lösung als vielmehr gegen ein über-eiltes Gesetzgebungsverfahren, das am Ende zu wenig Zeit für eine dogmatisch überzeugende Lösung ließ. So wurde erst unmittelbar vor der Anhörung im Rechtsausschuss ein Eckpunktepapier ausgelegt,² das Grundlage der jetzigen Neuregelung geworden ist, jedoch vom Gesetzentwurf der Bundesregierung ganz erheblich abwich. Weil die endgültige Gesetzesfassung erst im Anschluss an die Anhörung im Rechtsausschuss formuliert wurde, war eine detailliertere Diskussion dieser Regelungen nicht mehr möglich.

Inhaltlich wurde der Tatbestand der sexuellen Nötigung und Vergewaltigung des § 177 StGB neu gefasst. Aufgehoben und in die Neuregelung integriert wurde der bisher in § 179 StGB geregelte sexuelle Missbrauch widerstandsunfähiger Personen und das in § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB enthaltene Regelbeispiel der Nötigung zu einer sexuellen Handlung. Neu eingefügt wurde ferner mit § 184i StGB der Straftatbestand der sexuellen Belästigung, der Verhaltensweisen unterhalb der Schwelle einer sexuellen Handlung i.S.d. § 184h StGB erfassen soll, sowie mit § 184j StGB ein Tatbestand, der Straftaten aus Gruppen pönalisiert, wenn ein Gruppenmitglied eine Straftat nach § 177 StGB oder § 184i StGB begeht.

II. Notwendigkeit einer Reform

II.1 Lücken im Strafrechtsschutz

Weil § 177 StGB nur einzelne Nötigungshandlungen pönalisierte, wurde bereits seit langem gefordert, den Tatbestand auf alle Handlungen gegen den Willen des Opfers zu erstrecken. So wollte etwa schon ein Gesetzentwurf aus dem Jahr 1986 sexuelle Hand-

1 Zur Kritik vor allem *Hörnle*, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung, in: *NStZ* 2017, S. 13 (14 ff.); *Renzikowski*, Nein! – Das neue Sexualstrafrecht, in: *NJW* 2016, S. 3553 (3553 ff.).

2 *Künast*, in: Wortprotokoll der 101. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, 18. WP, S. 12.

lungen pönalisieren, wenn der Täter „gegen den Willen“ des Opfers handelt.³ Und bei der Einführung des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F. (Ausnutzen einer schutzlosen Lage) durch das 33. StrÄG im Jahr 1997 sollten nach Ansicht des Gesetzgebers Strafbarkeitslücken in Fällen geschlossen werden, in denen „Frauen vor Schrecken starr oder aus Angst vor der Anwendung von Gewalt [...] sexuelle Handlungen über sich ergehen lassen“ und das Verhalten des Täters weder als Gewalt noch als konkludente Drohung mit gegenwärtiger Leibes- oder Lebensgefahr gewertet werden kann.⁴ Dieses Ziel wurde jedoch nicht erreicht, da durch die dogmatische Konstruktion der Vorschrift auch bei § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB ein Nötigungskontext erforderlich war, der den Anwendungsbereich erheblich einschränkte. Strafbarkeitslücken traten dabei im Wesentlichen bei fünf Fallgruppen auf.⁵

Erstens ging es um Fälle, in denen das Opfer bei Verweigerung des sexuellen Kontakts aufgrund früher vom Täter ausgeübter Gewalt mit weiterer Gewalt rechnen muss, zum Tatzeitpunkt allerdings weder Gewalt ausgeübt bzw. angedroht wird, noch eine schutzlose Lage besteht („Klima der Gewalt“). Ähnlich gelagert sind zweitens Fälle, in denen der Täter zwar aus anderen Gründen zunächst Gewalt ausübt, droht oder das Opfer in schutzloser Lage nötigt, der Entschluss zur Vornahme sexueller Handlungen jedoch erst später gefasst wird, das Opfer aber aufgrund des Vorverhaltens weiterhin eingeschüchtert ist; hier war der Täter bislang straflos, weil das Nötigungselement nicht zum Zwecke der sexuellen Handlung eingesetzt wurde und damit der sog. Finalzusammenhang fehlte. Drittens – diese Lücke wurde bewusst nicht geschlossen⁶ – wurden Fälle diskutiert, in denen objektiv gar keine Gewalt droht, das Opfer allerdings subjektiv Gewalt befürchtet und der Täter in Kenntnis dieser Furcht die Situation zu sexuellen Handlungen ausnutzt.⁷ Viertens wurden Fälle nicht erfasst, in denen der Täter ohne Ausübung von Zwang im Wege des überraschenden Angriffs eine sexuelle Handlung vornimmt und eine entgegenstehende Willensbildung erst gar nicht ermöglicht;⁸ dies betrifft auch Konstellationen eines zunächst einvernehmlichen Sexualakts, bei dem der Täter durch den plötzlichen Übergang zu sexuellen Variationen den Willen des Opfers missachtet.⁹ Und fünftens gewannen Fälle Bedeutung, in denen z.B. aufgrund Krankheit, Behinderung oder Schlaf das Opfer gar nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu betätigen, der im Wege

3 BT-Drs. 10/6137; näher hierzu *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, Berlin 1993, S. 327 ff.

4 BT-Drs. 13/7324, S. 6.

5 Dazu BT-Drs. 18/8210, S. 9 ff.; ausführlich *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz zu Art. 36 Istanbul-Konvention, 39. Sitzung, 18. WP, S. 3 ff.

6 Dazu unten III.2.b.

7 Vgl. auch BGHSt 50, S. 359 (368).

8 Siehe etwa BGH, in: NStZ 2012, S. 268; zu Einzelheiten *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), StGB, 29. Aufl., München 2014, § 177 Rn. 11.

9 Vgl. OLG Köln, in: NStZ-RR 2004, S. 168; *Blume/Wegner*, Reform des § 177 StGB? – Zur Vereinbarkeit des deutschen Sexualstrafrechts mit Art. 36 der „Istanbul-Konvention“, in: HRRS 2014, S. 357 (358).

einer Nötigung gebeugt werden kann; in diesen Konstellationen konnte zwar ggf. § 179 StGB eingreifen, jedoch wies dieser Tatbestand einen niedrigeren Strafraum auf und war daher immer wieder dem Einwand ausgesetzt, dass er Personen mit Behinderung diskriminiere.

II.2 Internationale Vorgaben

Weitere Dynamik hat die Diskussion um die Reform des § 177 StGB durch Art. 36 des Übereinkommens Nr. 210 des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 5. November 2011 gewonnen. Diese sog. Istanbul-Konvention fordert, dass nicht einverständlich vorgenommene sexuelle Handlungen pönalisiert werden müssen.¹⁰ Nach Art. 36 Abs. 2 der Konvention muss das Einverständnis freiwillig sein, d.h. Ausdruck des in Kenntnis aller Umstände gefassten freien Willens der betroffenen Person sein. Nach Nr. 191 des Explanatory Reports kann ein nicht einverständlicher sexueller Akt auch gegeben sein, wenn keine physische Gegenwehr des Opfers vorliegt. Damit war klar, dass der bisherige § 177 StGB, der auf Nötigungshandlungen beschränkt war, diese Fälle nicht hinreichend erfasste.¹¹ Allerdings setzte die Istanbul-Konvention nicht voraus, dass der Tatbestand wortlautnah an ein Handeln ohne Einverständnis anknüpft.¹² Dies folgt schon aus allgemeinen Grundsätzen der Umsetzung völkerrechtlicher Verträge, wonach es letztlich auf die Erfassung des materiellen Unrechtsgehalts ankommt.¹³ Zudem hat der nationale Gesetzgeber nach Nr. 193 des Explanatory Reports einen Spielraum, weil ihm der spezifische Gesetzeswortlaut und diejenigen Faktoren, die ein freiwilliges Einverständnis ausschließen, überlassen bleiben.

III. Das Kernstück der Reform: § 177 StGB

Die in § 177 StGB geregelte sexuelle Nötigung bzw. Vergewaltigung kann seit jeher als der Kerntatbestand des Sexualstrafrechts bezeichnet werden. Durch Integration des Regelbeispiels der Nötigung zu sexuellen Handlungen und den Strafvorschriften über den sexuellen Missbrauch widerstandsunfähiger Personen wurde die Bedeutung des

¹⁰ Vgl. ferner Empfehlung des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten des Europarats Rec (2002) 5 zum Schutz von Frauen vor Gewalt, Anhang Nr. 35.

¹¹ Eisele, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz zum 49. StrÄG – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht, 28. Sitzung, 18. WP, S. 1 f.

¹² So auch *Bezjak*, Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers, in: KJ 2016, S. 2 (3); *Blume/Wegner*, Reform des § 177 StGB? – Zur Vereinbarkeit des deutschen Sexualstrafrechts mit Art. 36 der „Istanbul-Konvention“ (Fn. 9), S. 358; nicht überzeugend hingegen die Stellungnahme des Bundesrats BR-Drs. 162/16, S. 1 f.

¹³ *Kaul*, Völkerrechtlicher Vertrag und staatliches Recht – am Beispiel des Statuts über den Internationalen Strafgerichtshof, in: Geiger (Hrsg.), Völkerrechtlicher Vertrag und staatliches Recht vor dem Hintergrund zunehmender Verdichtung der internationalen Beziehungen, Baden-Baden 2000, S. 53 (62).

Tatbestandes weiter gestärkt. Durch die Neuregelung wurde freilich die Konzeption des Tatbestandes maßgeblich verändert.

Während § 177 StGB a.F. nach h.M. in allen Varianten des Grundtatbestandes eine Nötigung voraussetzte,¹⁴ gewinnt diese nunmehr nur noch (als Relikt) bei § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB Bedeutung. Abgesehen von letztgenannter Vorschrift handelt es sich nunmehr um Missbrauchstatbestände. § 177 Abs. 1 StGB pönalisiert auf einer ersten Stufe alle sexuellen Handlungen, die gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person vorgenommen werden. Das Gesetz folgt aber keiner reinen „Nein heißt Nein“-Lösung. Vielmehr hat es in § 177 Abs. 2 StGB auf einer zweiten Stufe ergänzend eine Regelungssystematik gewählt, in der – entsprechend der Regelungsmethode im Gesetzesentwurf der Bundesregierung (§ 179 StGB-E)¹⁵ – die strafbaren Varianten positiv benannt werden, so dass besser von einem „Kombinationsmodell“ gesprochen werden sollte. Für beide Grundtatbestände ordnet § 177 Abs. 3 StGB die Versuchsstrafbarkeit an. Erst auf einer dritten Stufe folgen in § 177 Abs. 5 StGB die bisherigen Tathandlungen der Gewalt und Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. Diese stellen freilich nunmehr eine Qualifikation zu § 177 Abs. 1 und Abs. 2 StGB dar, bei der zudem auf jegliche Nötigungskomponente verzichtet wurde. Aus dem Charakter als Qualifikation folgt, dass Gewalt, Drohung oder Ausnutzen einer schutzlosen Lage – anders als bislang – nur noch strafbar sind, soweit überhaupt eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 und Abs. 2 StGB gegeben ist. Unter diesem Aspekt wird es dann auch verständlich, weshalb sich der Gesetzgeber bemüht hat, in § 177 Abs. 2 StGB mit sich überschneidenden Tatvarianten alle erdenklichen Lücken zu schließen, die mit der Neuregelung in § 177 Abs. 1 StGB verbunden sind. Richtigerweise schützt der Tatbestand weiterhin¹⁶ die sexuelle Selbstbestimmung der Person. Missverständlich ist daher die Äußerung in den Gesetzesmaterialien, dass „die Freiheit des Opfers, jederzeit seinen Willen zu ändern“, geschützt sei.¹⁷

III.1 Handeln gegen den erkennbaren Willen (§ 177 Abs. 1 StGB)

Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren ist nunmehr bedroht, wer sexuelle Handlungen an einer Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder eine andere Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn dies gegen den erkennbaren Willen erfolgt. Damit wurde die „Nein heißt Nein“-Lösung in Anlehnung an die Istanbul-Konvention, die auf ein Handeln ohne Einverständnis abstellt, implementiert. Die gesetzliche Überschrift bezeichnet ein solches Verhalten als „sexuellen Übergriff“. Diese Implementierung er-

14 Siehe nur Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 8), § 177 Rn. 3 und Rn. 11.

15 BT-Drs. 18/8210.

16 Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 8), § 177 Rn. 2.

17 BT-Drs. 18/9097, S. 23.

folgte allerdings in eingeschränkter Form, weil der entgegenstehende Wille nicht ausreichend, sondern aus Sicht eines objektiven Dritten nach außen erkennbar sein muss.¹⁸

Mit Recht nicht übernommen wurden Formulierungsvorschläge, die darauf abstellten, ob die Handlungen „gegen den erklärten Willen“ vorgenommen werden oder ob die fehlende Zustimmung „offensichtlich“ ist.¹⁹ Dies hätte letztlich zu einer wenig plausiblen Sonderdogmatik für Sexualstraftaten²⁰ und inhaltlich zu unerwünschten Strafbarkeitslücken in den problematischen Konstellationen geführt. Denn soweit der Täter etwa in Gewaltbeziehungen die nachdrückliche Frage stellt „Du bist doch einverstanden?!“ oder „Du hast doch nichts dagegen?!“, wird diese ein eingeschüchtertes Opfer, das zu Widerstand nicht in der Lage ist, kaum verneinen. Entscheidend ist nunmehr zu Recht nicht die wörtliche Erklärung, sondern der inhaltliche Wille, der in der jeweiligen Gesamtsituation zum Ausdruck gebracht wird.

Das zusätzliche Kriterium der Erkennbarkeit ist auch mit Art. 36 Istanbul-Konvention vereinbar, da nach Art. 193 des Explanatory Reports das nationale Recht die Anforderungen an das Einverständnis näher definieren darf und in aller Regel auch der Vorsatz des Täters voraussetzt, dass der entgegenstehende Wille überhaupt erkennbar ist. Daraus folgt im Übrigen zugleich, dass mit dem Merkmal der Erkennbarkeit keineswegs ein Schritt in Richtung eines Fahrlässigkeitsdelikts gemacht wurde, sondern der Tätersvorsatz auf die objektive Erkennbarkeit bezogen sein muss.²¹ Ungeachtet der praktischen Bedeutung und der Glaubwürdigkeit einer entsprechenden Täterbehauptung²² kann damit der Tatbestand in subjektiver Hinsicht ausscheiden, wenn der Täter zwar ein Handeln gegen den tatsächlich entgegenstehenden Opferwillen wollte, er aber irrtümlich davon ausging, dass dieser nach außen nicht erkennbar ist.

Mit dem Merkmal der objektiven Erkennbarkeit soll dem Handelnden das Risiko eines strafbaren Verhaltens genommen werden, wenn das Opfer sich nicht erkennbar ablehnend verhält. Damit genügt der bloße (innere) entgegenstehende Wille nicht, vielmehr wird dem Opfer zugemutet, den ablehnenden Willen ausdrücklich oder konkludent (z.B. durch Abwehren des Täters oder Weinen) nach außen erkennbar zum Ausdruck zu bringen.²³ Der Tatbestand ist daher nicht nur im Falle eines positiven (tatbestandsausschließenden) Einverständnisses, sondern auch bei einem ambivalenten bzw. neutralen Opferverhalten zu verneinen. Entscheidend ist, ob das Opfer den entgegen-

18 Vgl. auch die Regelungsvorschläge in § 177 Abs. 2 des Gesetzentwurfs der Fraktion BÜNDNIS 90 / Die Grünen, BT-Drs. 18/5384, und in § 174 des Gesetzentwurfs der Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 18/7719; kritisch *Bezjak*, Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers (Fn. 12), S. 6.

19 So aber *Bezjak*, Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers (Fn. 12), S. 6; *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Gutachten für das Deutsche Institut für Menschenrechte, Berlin 2015; ferner Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 18/8626, S. 2.

20 Zutreffend *Isfen*, Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten – ein Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen, in: ZIS 2015, S. 217 (229 f.).

21 *Renzikowski*, Nein! – Das neue Sexualstrafrecht (Fn. 1), S. 3554.

22 Dazu *Hörnle*, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung (Fn. 1), S. 15 f.

23 Hierzu auch *Hörnle*, Wie § 177 StGB ergänzt werden sollte, in: GA 2015, S. 313 (325).

stehenden Willen gegenüber dem Täter kommuniziert; ohne eine solche Kommunikation darf auf einen solchen Opferwillen nicht aus den äußeren Umständen geschlossen werden, weil solche Konstellationen exklusiv von § 177 Abs. 2 StGB geregelt werden.²⁴ Dafür spricht auch, dass der Gesetzgeber eine Überpönalisierung vermeiden und dem verfassungsrechtlich verankerten Schuldprinzip Rechnung tragen wollte. Einzuräumen bleibt, dass wie auch sonst bei konkludentem Handeln die Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein mag und nicht jede Opfermitwirkung am sexuellen Kontakt zwingend die Erkennbarkeit der Ablehnung ausschließt,²⁵ ohne dass deshalb der Tatbestand gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG verstößt.²⁶ Zu verneinen ist der Tatbestand im Übrigen auch, wenn ein Einverständnis des Opfers durch Täuschung – z.B. über eine spätere Eheschließung oder eine Beziehung – erschlichen wurde. Denn dann liegt kein Handeln gegen den natürlichen Willen vor. Entsprechendes gilt auch in Fällen, in denen beide Partner sich alkoholbedingt zu sexuellem Verkehr entschließen, so dass beide Beteiligte nach Abs. 1 straflos bleiben.²⁷

Hinsichtlich der Tathandlungen ist bemerkenswert, dass nunmehr auch Fälle einbezogen sind, in denen der Täter sexuelle Handlungen am Opfer selbst vornehmen lässt.²⁸ Damit wurde ein sog. Hands-off-Delikt geschaffen, das keinen Körperkontakt voraussetzt und Wertungswidersprüche zu §§ 174 ff. StGB hervorruft.²⁹ Für die Vornahme sexueller Handlungen seitens des Opfers, das in solchen Fällen aktiv mitwirken muss, ist freilich zu beachten, dass solche Handlungen regelmäßig entweder mit dem Willen des Opfers erfolgen werden, dann ist aber § 177 Abs. 1 StGB ausgeschlossen; oder diese werden durch nötigenden Zwang erreicht, so dass die spezielleren Regelungen in § 177 Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 5 StGB verwirklicht sein werden.³⁰ Insgesamt scheint hier auch der Strafraum im Verhältnis zu § 176 StGB überhöht,³¹ zumal der Tatbestand geeignet ist, gerade Verhaltensweisen zu erfassen, die knapp über der Erheblichkeitsschwelle des § 184h StGB liegen.

24 Zutreffend *Hörnle*, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung (Fn. 1), S. 15.

25 Vgl. auch *Hörnle*, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung (Fn. 1), S. 15.

26 *Renzikowski*, Nein! – Das neue Sexualstrafrecht (Fn. 1), S. 3553.; anders aber *Fischer*, StGB, 63. Aufl., München 2016, § 177 Rn. 39b.

27 Siehe aber auch unten III.2.b.

28 BT-Drs. 18/9097, S. 23.

29 Vgl. auch *Bezjak*, Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers (Fn. 12), S. 6, die eine Ausdehnung der Hands-off Delikte fordert.

30 *Renzikowski*, Nein! – Das neue Sexualstrafrecht (Fn. 1), S. 3554.

31 *Bezjak*, Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers (Fn. 12), S. 7.

III.2 Vertatbestandlichte Unrechtstypen (§ 177 Abs. 2 StGB)

In § 177 Abs. 2 StGB hat der Gesetzgeber bestehende Schutzlücken geschlossen sowie die Regelung des § 179 StGB in modifizierter Form überführt. Nachdem lange im Gesetzgebungsverfahren von den Befürwortern verkannt wurde, dass die „Nein heißt Nein“-Lösung nicht nur die Strafbarkeit erweitert, sondern auch erhebliche Lücken schafft, wurden nach entsprechender Analyse in der Anhörung des Rechtsausschusses in Abs. 2 vertypete Fälle aufgenommen, die die praktisch bedeutsamsten Fallgruppen erfassen.³² Es geht hier um Fälle, in denen das Opfer den entgegenstehenden Willen faktisch nicht ausdrücken kann oder ihm dies nicht zuzumuten ist.³³ Während in Abs. 1 ein großes Stück symbolisches Strafrecht steckt, dürfte Abs. 2 nicht unerhebliche praktische Bedeutung erlangen. In den hier normierten Konstellationen spielt der entgegenstehende Wille keine entscheidende Rolle. Vielmehr geht es um Situationen, in denen ein solcher Wille nicht oder nur eingeschränkt gebildet werden kann (Nrn. 1 bis 3) oder der Wille durch Zwang gebeugt wird (Nr. 4 und Nr. 5).

a) Unfähigkeit zur Willensbildung oder -äußerung (§ 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB)

Strafbar ist zunächst, wenn der Täter es zu einer sexuellen Handlung ausnutzt, dass das Opfer nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern. Damit soll der bisher in § 179 StGB geregelte Tatbestand des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen in § 177 StGB integriert werden und so dem Vorwurf begegnet werden, dass Personen mit Behinderung durch Sonderregelungen diskriminiert werden; daher wurden auch die Begriffe der „geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung“ gestrichen.³⁴ Ein Ausnutzen liegt nach gängiger Definition vor, wenn der Täter die Lage erkennt und sich diese für die sexuelle Handlung zunutze macht.³⁵ Nach Ansicht des Gesetzgebers müssen diese Personen zur Bildung oder Äußerung eines Willens absolut unfähig sein, was bei Koma, Bewusstlosigkeit, Schlaf usw. der Fall sein kann.³⁶ Beeinträchtigungen unterhalb dieser Ebene durch bloße Beeinträchtigung der Willensbildung genügen nicht, so dass Alkohol- oder Betäubungsmittelkonsum wie bei § 179 StGB a.F. regelmäßig nicht erfasst wird.³⁷ Und ebenso wenig sind Kinder einbezogen.³⁸ Von all diesen Personen wird erwartet, dass sie – sofern nicht Nr. 2 vorliegt – ihren entgegenstehenden Willen i.S.d. Abs. 1 zum Ausdruck brin-

32 Eisele, in: Wortprotokoll der 101. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (Fn. 2), S. 26; vgl. aber auch *Hörnle*, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung (Fn. 1), S. 16.

33 BT-Drs. 18/9097, S. 23.

34 BT-Drs. 18/9097, S. 23.

35 BT-Drs. 18/9097, S. 23 mit Verweis auf Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 8), § 177 Rn. 10 und Wolters, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum StGB, 135. Lfg., Köln 2012, § 179 Rn. 3.

36 BT-Drs. 18/9097, S. 23 f.

37 Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 8), § 179 Rn. 3.

38 Gesetzentwurf Bundesregierung, BT-Drs. 18/8210, S. 15, zu § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E.

gen. Zu dem Erfordernis objektiv zu bestimmender absoluter Unfähigkeit zur Willensbildung bzw. Willensäußerung passt es nicht, wenn der Gesetzgeber bei der Qualifikation des § 177 Abs. 5 Nr. 3 StGB en passant erwähnt, dass auch Fälle, in denen das Opfer „starr vor Schreck ist“, unter den Grundtatbestand des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB fallen sollen. Zwar muss man sehen, dass die Qualifikation stets einen Grundtatbestand voraussetzt, ob dieser sich jedoch in der Praxis erweisen lässt, erscheint fraglich.³⁹ Ein entscheidender Unterschied zu § 179 StGB a.F. liegt freilich darin, dass es nunmehr auf die Unfähigkeit zur Willensbildung ankommt, während es früher um die Widerstandsunfähigkeit ging.⁴⁰ Damit wird vom Schutzbereich etwa nicht mehr eine Person geschützt, die am ganzen Körper gelähmt ist, da diese Person zwar nicht Widerstand leisten kann, jedoch zur Willensbildung fähig ist; sie muss also i.S.d. § 177 Abs. 1 StGB den entgegenstehenden Willen erkennbar zum Ausdruck bringen.⁴¹

b) Erhebliche Einschränkung der Fähigkeit zur Willensbildung oder Willensäußerung (§ 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB)

Völlig neu und im Gesetzgebungsverfahren nicht näher diskutiert ist die in § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB verankerte Strafbarkeit für Fälle, in denen es der Täter ausnützt, „dass die Person auf Grund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung dieser Person versichert“. Das Wort „psychisch“ soll denselben Bedeutungsgehalt wie das Wort „seelisch“ in § 20 StGB haben und nur Zustände erfassen, die mit medizinisch-psychologischen Kriterien zu erfassen sind und bisher von § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. erfasst wurden.⁴² Tatbestandlich ist nicht jede Beeinträchtigung, sondern nur eine erhebliche, die aus objektiver Sicht „offensichtlich auf der Hand liegt und sich dem unbefangenen Beobachter ohne Weiteres aufdrängt“. ⁴³ Neben stark verminderter Intelligenz soll insbesondere erhebliche Trunkenheit erfasst werden können.⁴⁴ Als Richtschnur wird man hier einen Defekt verlangen müssen, der auf Täterseite § 21 StGB begründen würde.⁴⁵ Unter diesen Voraussetzungen können sich dann aber auch prinzipiell zwei erheblich betrunkene Personen wechselseitig strafbar machen, was ein wenig überzeugendes Ergebnis ist.

39 Kritisch auch *Hörmle*, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung (Fn. 1), S. 16, die hier Nachbesserungsbedarf sieht, aber eine weite Auslegung empfiehlt.

40 So auch der Gesetzentwurf Bundesregierung, BT-Drs. 18/8210, S. 14, zu § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB-E.

41 *Bezjak*, Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers (Fn. 12), S. 7; *Renzikowski*, Nein! – Das neue Sexualstrafrecht (Fn. 1), S. 3554.

42 BT-Drs. 18/9097, S. 24.

43 BT-Drs. 18/9097, S. 24.

44 BT-Drs. 18/9097, S. 24.

45 In diese Richtung auch *Renzikowski*, Nein! – Das neue Sexualstrafrecht (Fn. 1), S. 3554 f.

Anderes gilt grundsätzlich nur, wenn der Täter sich der ausdrücklichen oder konkludenten Zustimmung des Opfers versichert. Einerseits soll mit dieser „Ja heißt Ja“-Lösung vor allem Personen mit Behinderung ein Ausleben ihrer Sexualität, das Ausfluss ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts i.S.d. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ist, ermöglicht werden, ohne dass sich deren Partner strafbar macht.⁴⁶ Andererseits soll mit dem Erfordernis der vorherigen positiven Zustimmung und den damit gegenüber § 177 Abs. 1 StGB strengeren Voraussetzungen der höheren Schutzbedürftigkeit solcher Personen Rechnung getragen werden. Da es auf Opferseite um Personen geht, die in ihrer Willensbildung oder Willensäußerung eingeschränkt sind, kommt es nicht auf die materielle Wirksamkeit der Zustimmung bzw. des Einverständnisses an. Vielmehr genügt es, wenn der natürliche Wille zu den sexuellen Handlungen vorhanden ist, mag er auch „unsinnig“ erscheinen.⁴⁷ Daraus folgt im Hinblick auf die (höchstpersönlichen) sexuellen Bedürfnisse dieser Personen zugleich, dass der Wille von Angehörigen, Betreuern usw. nicht entscheidend ist.⁴⁸ Das Opfer kann eine bereits erteilte Zustimmung ausdrücklich oder konkludent für die Zukunft zurücknehmen⁴⁹ oder bestimmte sexuelle Handlungen beschränken. Daraus folgt ferner, dass jeder einzelne Akt eines sexuellen Gesamtgeschehens von der Zustimmung gedeckt sein muss.⁵⁰ Dies wirft freilich Fragen hinsichtlich der Praktikabilität der Regelung und des Nachweises im Strafprozess auf.⁵¹

Mit der Formulierung „es sei denn [...] versichert“ ist keine „Beweislastumkehr“ verbunden, die mit dem Grundsatz in dubio pro reo von vornherein auch nicht vereinbar wäre. Vielmehr geht es darum, dass „kein vernünftiger Zweifel“ an der Zustimmung besteht.⁵² Mit dem Versichern ist also das Prozedere gemeint, um diese Gewissheit zu erlangen. Denn ansonsten könnte man die Frage stellen, weshalb eine Person mit eingeschränkter Fähigkeit zur Willensbildung bzw. Willensäußerung zwar zustimmen können soll, ihm aber kein „Nein“ i.S.d. § 177 Abs. 1 StGB zugetraut wird.⁵³ Wenn die Initiative vom Opfer – verbunden mit einer konkludenten Zustimmung – ausgeht, kann hierfür die Kenntniserlangung auf Täterseite genügen, im Einzelfall kann aber auch eingehendes Nachfragen usw. erforderlich sein. Weil die genannten Personen in ihrer Willensbildung eingeschränkt sind, wird es der überlegene Täter freilich bei hinreichender Einwirkung auf das Opfer häufig schaffen, dieses zu einer Zu-

46 BT-Drs. 18/9097, S. 24; näher *Bezjak*, Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers (Fn. 12), S. 7.

47 *Renzikowski*, Nein! – Das neue Sexualstrafrecht (Fn. 1), S. 3555.

48 BT-Drs. 18/9097, S. 25.

49 BT-Drs. 18/9097, S. 25.

50 BT-Drs. 18/9097, S. 25.

51 Zur grundsätzlichen Kritik an der „Ja heißt Ja“-Lösung vgl. *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz zu Art. 36 Istanbul-Konvention (Fn. 5), S. 3 ff.; ferner *Renzikowski*, Nein! – Das neue Sexualstrafrecht (Fn. 1), S. 3555.

52 BT-Drs. 18/9097, S. 24.

53 Zutreffend *Bezjak*, Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers (Fn. 12), S. 8 f.

stimmung zu bewegen, was im Hinblick auf den intendierten Schutz wiederum nicht unerhebliche Zweifel aufwirft.⁵⁴ Wenig überzeugend ist, wenn der Täter auch dann bestraft wird, wenn das Opfer tatsächlich mit dem Sexualkontakt einverstanden ist, er sich aber nicht versichert hat. Denn letztlich wird die Strafbarkeit hier an das unterlassene Befragen des Opfers angeknüpft, so dass aus dem Erfolgsdelikt ein Gefährdungsdelikt wird⁵⁵ und ggf. ein bloßer Versuch als Vollendung pönalisiert wird. Ein gewisser Ausgleich wird nur dadurch geschaffen, dass der Täter zusätzlich die Lage des Opfers ausnutzen muss, was in der Praxis vermutlich als Korrektiv dienen wird.⁵⁶ Letztlich ist die Regelung erneut nicht auf §§ 174 ff., 182 StGB abgestimmt, tritt zu diesen Vorschriften angesichts der verschiedenen Schutzrichtungen aber in Tateinheit.⁵⁷

c) Ausnutzen eines Überraschungsmoments (§ 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB)

Bisher bestanden Lücken in Fällen überraschender Angriffe, die nun von § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB geschlossen werden sollen. Gemeint sind Konstellationen, in denen das Opfer seinen Willen zwar ganz grundsätzlich artikulieren kann, der Täter sich aber ohne Ausübung von Zwang durch schlichte Nichtbeachtung über den Willen – etwa durch die überraschende Vornahme sexueller Handlungen in Duschräumen oder einer Sauna – darüber hinwegsetzt.⁵⁸ Dies betrifft zudem Konstellationen eines zunächst einvernehmlichen Sexualakts, bei dem der Täter durch den plötzlichen Übergang zu sexuellen Variationen den Willen des Opfers missachtet.⁵⁹

Soweit das Opfer aufgrund des Überraschungsmoments nicht einmal einen entgegenstehenden Willen bilden kann, soll bereits § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB vorliegen. Kann das Opfer hingegen einen entgegenstehenden Willen bilden, aber aufgrund des plötzlichen Angriffs nicht i.S.d. § 177 Abs. 1 StGB äußern, so soll § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB eingreifen.⁶⁰ Überzeugender ist es jedoch, Nr. 3 nunmehr als Spezialregelung zu Nr. 1 für alle Fälle eines überraschenden Angriffs zu verstehen, zumal der Nachweis, ob noch ein entgegenstehender Wille gebildet wurde, schwierig sein dürfte. Soweit die

54 Vgl. auch *Renzikowski*, Nein! – Das neue Sexualstrafrecht (Fn. 1), S. 3555.

55 BT-Drs. 18/9097, S. 25, spricht selbst von „abstrakter Gefahr“.

56 In diese Richtung dann auch BT-Drs. 18/9097, S. 25.

57 I.E. auch *Hörnle*, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung (Fn. 1), S. 17.

58 Siehe etwa BGH, in: NStZ 2012, S. 268; zu Einzelheiten *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 8), § 177 Rn. 11.

59 Zu einem solchen Fall OLG Köln, in: NStZ-RR 2004, S. 168; *Blume/Wegner*, Reform des § 177 StGB? – Zur Vereinbarkeit des deutschen Sexualstrafrechts mit Art. 36 der „Istanbul-Konvention“ (Fn. 9), S. 358.

60 BT-Drs. 18/9097, S. 25, wobei die Verneinung von Nr. 1 in diesen Fällen nicht recht deutlich wird; kritisch auch *Bezjak*, Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers (Fn. 12), S. 9. Vgl. auch *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz zu Art. 36 Istanbul-Konvention (Fn. 5), S. 3 ff., wonach über eine der Nr. 1 entsprechende Regelung auch die überraschenden Angriffe einbezogen werden.

Handlung des Täters nicht die Erheblichkeitsgrenze des § 184h StGB erreicht, kommt künftig eine Strafbarkeit wegen sexueller Belästigung nach § 184i StGB in Betracht.

d) Objektives Drohen eines empfindlichen Übels (§ 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB)

Diese neue Vorschrift, nach der der Täter eine Lage ausnutzen muss, in der dem Opfer bei Widerstand (objektiv) ein empfindliches Übel droht, beruht auf einem im Gesetzgebungsverfahren gemachten Vorschlag aus der Strafrechtswissenschaft.⁶¹ Die im Regierungsentwurf vorgesehene subjektive Fassung („im Fall ihres Widerstandes ein empfindliches Übel befürchtet“) wurde nach Kritik aus der Praxis nicht aufgegriffen,⁶² obgleich es durchaus Fälle gibt, bei denen der Täter eine irrationale Opferfurcht ausnutzen kann.⁶³ Die Vorschrift lehnt sich an § 240 StGB an, verzichtet jedoch auf eine Drohung. Sie soll vor allem Fälle des „Klimas der Gewalt“ erfassen.⁶⁴ Erfasst sind zudem Konstellationen, in denen es früher an einem Finalzusammenhang zwischen Nötigung und Ausnutzen der schutzlosen Lage fehlte. Soweit das Opfer bei Äußerung des entgegenstehenden Willens Gewalt, d.h. eine Beeinträchtigung von Leib oder Leben, befürchten muss, stellt dies ein empfindliches Übel dar und macht zugleich die Äußerung eines entgegenstehenden Willens i.S.d. § 177 Abs. 1 StGB unzumutbar. Daraus folgt ferner, dass mit „Widerstand“ jede Äußerung des entgegenstehenden Willens bzw. jede Weigerung genügt; in konventionskonformer Auslegung bedarf es keiner aktiven körperlichen Gegenwehr. Ob tatsächlich ein empfindliches Übel droht, hängt bei Partnerschaften ganz wesentlich von der Vorgeschichte ab. Gab es zuvor einvernehmliche sexuelle Handlungen in einer Versöhnungsphase, kann dies zu verneinen sein; auch kann der Nachweis des Ausnutzens dann schwierig sein.⁶⁵ Entsprechend dürfte der Tatbestand in Fällen verwirklicht sein, in denen der Arbeitgeber eine drohende Kündigung zu sexuellen Handlungen mit der/dem Arbeitnehmer/in ausnutzt oder ausländerrechtliche Konsequenzen im Raum stehen.⁶⁶ Zwischen Ausnutzen der Lage und der Realisierung des in Aussicht stehenden empfindlichen Übels muss dabei kein enger zeitlicher Zusammenhang gegeben sein.⁶⁷

Mangels empfindlichen Übels nicht erfasst sind hingegen Fälle, in denen mangels Erheblichkeit des Nachteils vom Opfer erwartet werden kann, den gegenteiligen Willen

61 Eisele, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz zu Art. 36 Istanbul-Konvention (Fn. 5), S. 11 f.; dem folgend Isfen, Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten – ein Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen (Fn. 20), S. 232.

62 BT-Drs. 18/8210, S. 16 f.

63 Bezjak, Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers (Fn. 12), S. 9.

64 Siehe oben II.1; BT-Drs. 18/9097, S. 26.

65 Vgl. hierzu Hörnle, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung (Fn. 1), S. 18.

66 BT-Drs. 18/8210, S. 17, zu § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E (Gesetzentwurf Bundesregierung).

67 BT-Drs. 18/8210, S. 17, zu § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E (Gesetzentwurf Bundesregierung).

zum Ausdruck zu bringen.⁶⁸ Nicht ausreichend sind daher etwa drohende Diskussionen über das Sexualleben in der Partnerschaft,⁶⁹ die zu erwartende Verweigerung des Partners beim nächsten Sexualkontakt oder alltägliche Streitigkeiten ohne Gewaltbezug. Dafür spricht vor allem, dass es in Partnerschaften generell oder situationsspezifisch häufig zumindest zu leichten Machtgefällen kommt und dies nicht per se zur Strafbarkeit führen kann. Am Ausnutzen kann es insbesondere Fehlen, wenn das Opfer von sich aus sexuelle Handlungen anbietet, um ein Übel abzuwenden, also etwa ein/e Arbeitnehmer/in die sexuelle Handlungen aufgrund freier Willensbildung anbietet, um von einer Kündigung verschont zu bleiben.⁷⁰

e) Drohen mit einem empfindlichen Übel (§ 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB)

Strafbar ist ferner, wer eine andere Person zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel nötigt. Es handelt sich um die einzige Vorschrift, die überhaupt noch Nötigungsunrecht enthält und die gesetzliche Überschrift „sexuelle Nötigung“ rechtfertigt. Der Gesetzgeber hat hier das aufgehobene Regelbeispiel des § 240 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 StGB als Grundtatbestand in § 177 StGB übernommen. Dabei hat er zu Recht auch das Dulden einer sexuellen Handlung eingefügt,⁷¹ weil die Vorschrift nunmehr als Tatbestand ausgestaltet ist und anders als beim früheren Regelbeispiel ähnlich gelagerte Fälle nicht einbezogen werden können.⁷² Nicht integriert ist das Nötigungsmittel Gewalt, da dieses per se schon die Qualifikation des § 177 Abs. 5 Nr. 1 StGB verwirklicht, während die Qualifikation des § 177 Abs. 5 Nr. 2 StGB in Drohungsfällen eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben voraussetzt. Freilich kann in solchen Fällen weiterhin der Grundtatbestand des § 240 StGB verwirklicht sein.

Die Vorschrift überschneidet sich in weiten Teilen mit Nr. 4. Nur Nr. 5 ist einschlägig, wenn objektiv zwar kein Übel droht, der Täter hingegen ein solches in Aussicht stellt, obgleich er objektiv darauf keinen Einfluss hat.⁷³ Nr. 4 hat hingegen einen eigenständigen Anwendungsbereich, soweit nur ein existierendes oder von einem Dritten

68 Zur „besonnenen Selbstbehauptung“ des Opfers bei § 240 StGB *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 8), § 240 Rn. 9.

69 BT-Drs. 18/8210, S. 17, zu § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E (Gesetzentwurf Bundesregierung).

70 Vgl. auch BT-Drs. 18/8210, S. 16, zu § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E (Gesetzentwurf Bundesregierung).

71 *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, 101. Sitzung, 18. WP, S. 4.

72 Teilweise wurde bislang unzutreffend von einer Schutzlücke ausgegangen; vgl. BT-Drs. 18/5384 (Gesetzentwurf BÜNDNIS 90/Die GRÜNEN), S. 5; *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention (Fn. 19), S. 9; *Rabe/von Normann*, Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen, Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2014, S. 12.

73 *Bezjak*, Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers (Fn. 12), S. 10.

geschaffenes Übel ausgenutzt wird.⁷⁴ Soweit eine Drohung vorliegt, wird man Nr. 5 als Spezialvorschrift ansehen müssen. Im Unterschied zu § 240 StGB bedarf es allerdings keiner Verwerflichkeitsprüfung (§ 240 Abs. 2 StGB). Dies mag für Fälle Bedeutung erlangen, in denen der Täter mit einem Unterlassen droht und dem Opfer bei „sexueller Gefälligkeit“ einen erweiterten Handlungsspielraum anbietet (z.B. Verzicht auf Strafanzeige).⁷⁵

IV. Qualifikation des § 177 Abs. 4 StGB

In § 177 Abs. 4 StGB hat der Gesetzgeber eine Qualifikation mit Verbrechenscharakter zu § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB für Fälle geschaffen, in denen die Unfähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern, auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht. Mit Krankheit oder Behinderung (§ 2 SGB IX) sind nur dauerhafte körperliche oder psychische Erkrankungen gemeint, so dass etwa Rauschzustände ausscheiden.⁷⁶ Zur Auslegung kann auf die gleichlautenden Begriffe in § 174c StGB zurückgegriffen werden.⁷⁷ Hinsichtlich des Unrechtsgehalts erscheint es zweifelhaft, weshalb Koma-Patienten geschützt sind, nicht aber Personen, denen K.O.-Tropfen verabreicht werden⁷⁸ oder die sich in Vollnarkose befinden⁷⁹. Immerhin wird in diesen Fällen durch die Beibringung des Mittels Gewalt i.S.d. § 177 Abs. 5 Nr. 1 vorliegen.⁸⁰ Ungereimt bleibt es auch, dass vollständig gelähmte Personen, soweit sie einen Willen bilden und äußern können, trotz ihrer Schutzlosigkeit nicht einbezogen sind.⁸¹

V. Qualifikationen des § 177 Abs. 5 StGB

In § 177 Abs. 5 StGB ist der bisherige Tatbestand als Qualifikation zu § 177 Abs. 1 und Abs. 2 StGB mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr abgebildet. Erfasst werden damit Fälle, in denen der Täter gegenüber dem Opfer Gewalt anwendet (Nr. 1), dem Opfer mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht (Nr. 2) oder eine Lage ausnutzt, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist (Nr. 3). Entfallen ist allerdings das Erfordernis, dass durch diese Handlungen das Opfer zu einer sexuellen Handlung genötigt wird; der Wille des Tatopfers muss also nicht durch diese Mittel gebeugt werden und auch ein Finalzusammenhang zwischen Gewalt und

74 Hörnle, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung (Fn. 1), S. 18..

75 Zu solchen Fällen und der Anwendbarkeit der Verwerflichkeitsklausel vgl. Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 8), § 240 Rn. 23.

76 BT-Drs. 18/9097, S. 26.

77 Zutreffend Renzikowski, Nein! – Das neue Sexualstrafrecht (Fn. 1), S. 3554.

78 Bežjak, Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers (Fn. 12), S. 10.

79 Hörnle, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung (Fn. 1), S. 18.

80 Schon zum bisherigen Recht BGH, in: StV 1991, S. 149; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 8), § 177 Rn. 5.

81 Vgl. bereits zum Grundtatbestand des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB oben III.2.b.

sexueller Handlung ist nicht mehr erforderlich.⁸² Daher ist auch unklar, wie tenoriert werden soll, da die gesetzliche Überschrift „sexuelle Nötigung“ nicht mehr passt und die Gesetzesbegründung diese Frage übergeht.⁸³ Richtigerweise wird man die Qualifikationen jedoch nur bis Vollendung der Tat anwenden können, weil es ansonsten am Zurechnungszusammenhang fehlt.⁸⁴ Eine gewisse Einengung wurde vorgenommen, weil sich die Tatmittel nur noch gegen das Opfer und nicht mehr gegen (schutzbereite) Dritte richten können,⁸⁵ so dass die Tötung eines Dritten nicht mehr die Qualifikation erfüllt.⁸⁶

V.1 Gewalt (§ 177 Abs. 5 Nr. 1 StGB)

Für Nr. 1 genügt es, wenn Gewalt bei Gelegenheit der sexuellen Handlung ausgeübt wird, wobei sie nicht nur zur Durchführung der Tat, sondern auch zur Luststeigerung oder durch die gewaltsame sexuelle Handlung selbst erfolgen kann. Auch werden Fälle erfasst, in denen Rausch- oder Betäubungsmittel verabreicht werden.⁸⁷ Diese weite Ausgestaltung ist bedenklich, weil der Gesetzgeber hier die Begriffe der zwangsbezogenen Gewalt und der bloßen Gewalttätigkeit verwechselt.⁸⁸

V.2 Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben (§ 177 Abs. 5 Nr. 2 StGB)

Ebenso ist für die (qualifizierte) Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben kein Finalzusammenhang mehr erforderlich. Daher kann auch eine in einem anderen Zusammenhang ausgesprochene Drohung bei der sexuellen Handlung fortwirken. Soweit der Gesetzgeber aber davon ausgeht, dass die Drohung auch zeitlich der sexuellen Handlung vorgelagert sein kann,⁸⁹ ergibt sich bereits aus dem Charakter als Qualifikation, dass der jeweilige Grundtatbestand zumindest das Versuchsstadium erreicht haben muss, was nicht immer der Fall sein wird. Hinzukommt, dass in diesen Fällen meist § 177 Abs. 1 Nr. 5 StGB als Grundtatbestand dienen wird, der seinerseits eine

82 BT-Drs. 18/9097, S. 27.

83 Hörnle, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung (Fn. 1), S. 19; Renzikowski, Nein! – Das neue Sexualstrafrecht (Fn. 1), S. 3556.

84 Anders aber Hörnle, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung (Fn. 1), S. 19, die jedoch einen engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang verlangt.

85 BT-Drs. 18/9097, S. 27; Zur Einbeziehung bei § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. vgl. Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 8), § 177 Rn. 5a, 7.

86 BGHSt 42, S. 378 (379); Bezjak, Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers (Fn. 12), S. 11.

87 BT-Drs. 18/9097, S. 27.

88 Zur Abgrenzung Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 8), Vorbem. §§ 234 ff. Rn. 28; Renzikowski, Nein! – Das neue Sexualstrafrecht (Fn. 1), S. 3556.

89 BT-Drs. 18/9097, S. 27.

Nötigung durch Drohung verlangt. Nach Vollendung der Tat genügt eine Drohung – etwa um das Opfer von einer Anzeige abzubringen – genausowenig wie Gewalt.⁹⁰

V.3 Ausnutzen einer schutzlosen Lage (§ 177 Abs. 5 Nr. 3 StGB)

Schutzlos ausgeliefert ist das Opfer, wenn es sich bei objektiver Betrachtung auf Grund physischer Unterlegenheit oder psychischer Hemmung nicht selbst verteidigen und keine entsprechende Hilfe Dritter erlangen kann und deshalb dem ungehemmten Einfluss des Täters preisgegeben ist. Es muss sich demnach aus Angst vor körperlichen Beeinträchtigungen, d.h. vor Körperverletzungs- oder gar Tötungshandlungen, nicht gegen den Täter zur Wehr setzen. Die Einzelheiten zur schutzlosen Lage waren bislang in Rechtsprechung und Literatur sehr umstritten.⁹¹ Der Gesetzgeber hat dies wohl auch gesehen, wenn er zum Ausdruck bringt, dass an das Opfer keine unrealistischen Anforderungen gestellt werden dürfen und es nicht weitere Risiken eingehen oder sich Dritten offenbaren muss. Da in diesen Fällen nunmehr ohnehin bereits eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB gegeben ist und häufig auch eine konkludente Drohung vorliegen wird,⁹² hätte es sich angeboten, auf diesen Tatbestand zu verzichten.

VI. Regelbeispiele des § 177 Abs. 6 StGB

§ 177 Abs. 6 StGB greift die bislang in § 177 Abs. 2 StGB a.F. enthaltenen besonders schweren Fälle in Form einer Strafzumessungsregel auf, ohne dass die hiergegen vorgebrachten Bedenken und Wertungswidersprüche zu § 176a Abs. 2 StGB Gegenstand des Gesetzgebungsverfahrens gewesen wären. § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB enthält die Vergewaltigung, wobei die bislang entwickelten Grundsätze übertragen werden können. Allerdings befremdet es schon in sprachlicher Hinsicht, dass nun eine Vergewaltigung auch ohne Ausübung von Zwang vorliegen kann.⁹³ Denn jeder sexuelle Kontakt, der (und dies dürfte die Regel sein) mit einem Eindringen verbunden ist und gegen den erkennbaren Willen des Opfers erfolgt, begründet nun eine Vergewaltigung mit einer Regel-Mindestfreiheitsstrafe von zwei Jahren.⁹⁴ Hinzukommt, dass nun auch die Regelbeispiele anders als § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB a.F. sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt und des Opfers an sich selbst erfassen. In leichteren Fällen wird hier auf den Grundstrafrahmen auszuweichen sein, ggf. ergänzt um die Annahme eines minder

⁹⁰ Anders aber auch hier *Hörnle*, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung (Fn. 1), S. 19.

⁹¹ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 8), § 177 Rn. 9.

⁹² *Renzikowski*, Nein! – Das neue Sexualstrafrecht (Fn. 1), S. 3556.

⁹³ Zum ausdrücklichen Verzicht BT-Drs. 18/9097, S. 28.

⁹⁴ Zu Recht kritisch auch *Hörnle*, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung (Fn. 1), S. 19 f; näher zur Kritik *Bezjak*, Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers (Fn. 12), S. 11.

schweren Falles (Abs. 9).⁹⁵ Als weiteres Regelbeispiel ist wie bisher die gemeinschaftliche Tatbegehung genannt.

VII. Qualifikationen des § 177 Abs. 7 und Abs. 8 StGB

Echte Qualifikationen sind wiederum in § 177 Abs. 7 und Abs. 8 StGB enthalten. Mit einer Mindestfreiheitsstrafe von drei Jahren wird nach § 177 Abs. 7 StGB bestraft, wer eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt, sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden, oder das Opfer in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringt. Diese Qualifikationen entsprechen § 177 Abs. 3 StGB a.F. Allerdings bereitet das Beisichführen einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs aufgrund der Erweiterung der Grundtatbestände erhebliche Probleme, da im Zusammenhang mit sexuellen Handlungen häufig gefährliche Gegenstände in der Wohnung griffbereit sein werden, die nichts mit der Tat zu tun haben und auch gar nicht eingesetzt werden sollen. Es gab deshalb gute Gründe, weshalb diese Qualifikation bei § 179 StGB a.F. nicht genannt war. Daher überzeugt es nicht, wenn der Gesetzgeber die für Nötigungstatbestände geltenden Grundsätze auf Missbrauchstatbestände überträgt und pauschal von einem erhöhten Gefahrenpotential ausgeht.⁹⁶ Beginnt also etwa die Ehefrau in der Küche, ihren Mann überraschend (§ 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB) mit sexuellen Handlungen zu stimulieren, hätte sie eine Mindestfreiheitsstrafe von drei Jahren verwirkt. Die Lösung könnte hier in einer ganz aktuellen Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu sehen sein, der für § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB nunmehr verlangt, dass der Täter nicht nur das Bewusstsein hat, das Werkzeug funktionsbereit zur Verfügung zu haben, sondern auch verlangt, dass er es entweder zum Tatort mitgebracht hat oder es zur Tatbeendigung noch ergreift.⁹⁷ Im Übrigen wird der überhöhte Strafraum von der Praxis durch die Annahme eines minderschweren Falles (Abs. 9) zu korrigieren sein.

Die Mindeststrafe erhöht sich nach § 177 Abs. 8 StGB auf fünf Jahre (§ 177 Abs. 4 StGB a.F.), wenn der Täter bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet, das Opfer bei der Tat körperlich schwer misshandelt oder durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt. Diese Regelung entspricht § 250 Abs. 2 StGB, der insofern zur Auslegung herangezogen werden kann.

95 Zu dieser schon bisher bestehenden Möglichkeit Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 8), § 177 Rn. 33b.

96 So BT-Drs. 18/9097, S. 28; zu Recht kritisch auch Hörnle, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung (Fn. 1), S. 20; Renzikowski, Nein! – Das neue Sexualstrafrecht (Fn. 1), S. 3556.

97 BGH, Beschluss vom 5.10.2016, Az. 3 StR 328/16.

VIII. § 184i StGB: Sexuelle Belästigung

Neu geschaffen wurde der Straftatbestand der sexuellen Belästigung, der die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers schützt. Hintergrund sind Strafbarkeitslücken, die durch die Definition des § 184h StGB bedingt sind.⁹⁸ Nach § 184h Nr. 1 StGB sind sexuelle Handlungen nur solche, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind. Damit sollen bloße Bagatellhandlungen von den Straftatbeständen des Sexualstrafrechts mit ihren hohen Strafandrohungen ausgenommen werden. Allerdings hat die ältere Rechtsprechung hohe Hürden gesetzt und ist zudem recht uneinheitlich.⁹⁹ Teilweise wurden die Lücken von der Praxis über den Beleidigungstatbestand des § 185 StGB geschlossen. Freilich ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs § 185 StGB kein Auffangtatbestand für sexuelle Handlungen und erfordert zudem die Herabsetzung der Ehre.¹⁰⁰ Entgegen dem Vorschlag des Bundesrats¹⁰¹ wurde § 184h Nr. 1 StGB zu Recht nicht gestrichen. Zwar lassen sich Bagatellhandlungen auch nach allgemeinen Grundsätzen ausklammern. Die Vorschrift macht aber zudem deutlich, dass es auf das jeweilige Rechtsgut ankommt; dies ist im 13. Abschnitt des StGB deshalb zu betonen, da die verschiedenen Vorschriften nach h.M. ganz unterschiedliche Rechtsgüter schützen.¹⁰² So kann insbesondere auf Opferseite zwischen Kindern und Erwachsenen zu differenzieren sein.

Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren wird nunmehr bestraft, wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt. Wie die systematische Stellung hinter § 184h StGB zeigt, bedarf es keiner sexuellen Handlung im Sinne dieser Vorschrift. Es werden – anders als in § 3 Abs. 4 AGG – aber nur unmittelbare körperliche Berührungen erfasst. Für anzügliche Bemerkungen gilt allein der Beleidigungstatbestand, der insoweit nicht von den Sexualdelikten gesperrt wird. In sexuell bestimmter Weise erfolgt die Berührung, wenn sie bei objektiver Betrachtungsweise sexuell motiviert ist, was insbesondere bei Berührungen der Intimsphäre, d.h. der Geschlechtsorgane, des Gesäßes oder der weiblichen Brust, der Fall sein kann. Auch Küsse auf den Mund sind erfasst, während ein Wangenkuss und das Streicheln von Hand, Arm oder Bein nicht ohne Weiteres einbezogen sind. Hier dürfte es vor allem auf die jeweilige Beziehung zwischen den Beteiligten sowie Umfang, Intensität und Dauer der Handlung ankommen.¹⁰³ So stellt eine medizinisch indizierte Untersuchung durch einen Arzt keine sexuelle Belästigung dar, wenn diese mit entsprechenden Berührungen verbunden ist, während dies bei zusätzlichen, nicht indizierten Handlungen zu

98 Siehe auch BT-Drs. 18/9097, S. 30.

99 Vgl. näher den Überblick bei *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 8), § 184g Rn. 14 ff.

100 Dazu und zur Rspr. im Überblick *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 8), § 185 Rn. 4.

101 BR-Drs. 162/16, S. 2.

102 Hierzu nur *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 8), Vorbem. §§ 174 ff. Rn. 1a.

103 Vgl. auch *Hörnle*, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung (Fn. 1), S. 20, die solche Handlungen ausnehmen will.

einer Strafbarkeit führen kann. Eine rein subjektive sexuelle Motivation genügt hingegen nicht, mag auch den Täter das Berühren der Schuhe usw. erregen.¹⁰⁴

Ferner muss das Opfer aufgrund der Handlung sexuell belästigt sein. Obgleich der Wortlaut nur von „belästigt“ spricht, folgt dies aus der amtlichen Überschrift und der Begründung des Gesetzgebers.¹⁰⁵ Entscheidend ist der Eingriff in das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung. Das Empfinden des Opfers muss freilich nicht unerheblich beeinträchtigt sein.¹⁰⁶ Insoweit ist also auch § 184i StGB eine Erheblichkeitsschwelle immanent, so dass Bagatellen ausgeklammert werden. Aufgrund der Anforderungen an die Täterhandlung wird mit der Berührung in sexuell bestimmter Weise auch der Belästigungserfolg verbunden sein. Soweit im Übrigen auf die parallele Ausgestaltung der Belästigung bei § 183 StGB verwiesen wird,¹⁰⁷ überzeugt dies nicht ganz, weil es dort auf eine körperliche Berührung nicht ankommt und der Eingriff daher geringeres Unrecht zum Ausdruck bringt.¹⁰⁸ An diesem Täterfolg fehlt es jedenfalls, wenn die Person einwilligt; auch genügen bloße Taktlosigkeiten oder ungehöriges Benehmen nicht. Entsprechendes gilt, wenn die betroffene Person etwa bei Anbahnung einer Beziehung über das Verhalten erfreut ist.

Etwas willkürlich mutet der in § 184i Abs. 2 StGB normierte besonders schwere Fall für gemeinschaftliche Tatbegehungen an, der wohl auch Gruppenphänomenen bei der Belästigung Rechnung tragen soll.¹⁰⁹ Weshalb nur dieser strafferhöhende Umstand aus dem Katalog des § 177 Abs. 6 bis 8 StGB herausgegriffen wird, bleibt unklar. Außerdem überzeugt es wenig, dass nur ein Regelbeispiel als Leitbild für sonstige besonders schwere Fälle ausgewählt ist.

Der Tatbestand ist formell subsidiär, d.h., er kommt auf Konkurrenzebene nur zur Anwendung, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. Hier wäre es sinnvoller gewesen, die Subsidiarität nur gegenüber Sexualstraftaten anzuordnen. Denn es ist nicht überzeugend, weshalb § 184i StGB gegenüber einem bei der Belästigung begangenen sonstigen Delikt zurücktreten soll. § 184i StGB ist zudem ein relatives Antragsdelikt, so dass die Tat nur auf Antrag verfolgt wird, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält. Hier wäre es überzeugender, das Delikt als absolutes Antragsdelikt auszugestalten, um den Opfern bei diesen leichteren Taten es selbst zu überlassen, inwieweit es in ein Strafverfahren involviert wird¹¹⁰. Jedenfalls hätte man eine dem § 194 Abs. 1 S. 3 StGB entsprechende Re-

104 Hörnle, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung (Fn. 1), S. 20 f.

105 BT-Drs. 18/9097, S. 30.

106 BT-Drs. 18/9097, S. 30.

107 BT-Drs. 18/9097, S. 30.

108 Siehe Renzikowski, Nein! – Das neue Sexualstrafrecht (Fn. 1), S. 3557.

109 Bezjak, Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers (Fn. 12), S. 13.

110 Bezjak, Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers (Fn. 12), S. 13.

gelung treffen sollen, wonach die Tat dann nicht von Amts wegen verfolgt werden kann, wenn der Verletzte widerspricht.¹¹¹

IX. § 184j StGB: Straftaten aus Gruppen

Der Tatbestand des § 184j StGB stellt eine Reaktion auf die Ereignisse in der Kölner Silvesternacht 2015/2016 dar. Nach Ansicht des Gesetzgebers beinhalten Sexualstraftaten, die aus Gruppen begangen werden, ein erhöhtes Gefährdungspotenzial. Zum einen würden die Verteidigungs- oder Fluchtchancen für das Opfer bei einer Vielzahl von bedrängenden Personen stark eingeschränkt und zum anderen führe die Gruppendynamik dazu, dass beim einzelnen Beteiligten Hemmungen nicht entstehen oder überwunden werden.¹¹² Durch die Ausgestaltung der Taten nach § 177 und § 184i StGB als objektive Bedingung der Strafbarkeit sollen diese Fälle für die Beteiligten auch dann strafbar sein, wenn sie an der Sexualstraftat selbst nicht beteiligt sind bzw. keine Kenntnis davon haben.

Der Tatbestand ist dogmatisch missglückt, aber bei restriktiver Auslegung nicht verfassungswidrig, da er kaum über eine Beihilfestrafbarkeit hinausgeht. Ausgangspunkt der Strafvorschrift ist eine Personengruppe, die sich aus mindestens drei Personen zusammensetzen muss.¹¹³ Damit können freilich auch „gewöhnliche“ Raubüberfälle usw. zu Taten nach § 184i StGB werden, wenn einer von drei Beteiligten einen Exzess nach § 177 oder § 184i StGB begeht. Ein Bedrängen liegt vor, wenn das Opfer von der Gruppe mit Nachdruck an der Ausübung seiner Bewegungsfreiheit oder seiner sonstigen freien Willensbetätigung gehindert wird; es bedarf also einer gewissen Hartnäckigkeit und Intensität. Das bloße kurzfristige Versperren des Weges oder das kurzfristige Einschüchtern durch die lautstarke Präsenz der Gruppe soll nicht genügen.¹¹⁴

Erforderlich ist eine Beteiligung an einer Gruppe, wobei der Gruppenzweck (genauer: die Intention von Gruppenmitgliedern) bei objektiver Betrachtung auf eine Straftat gerichtet sein muss. Die Beteiligung soll nicht im Sinne der §§ 25 bis 27 StGB, sondern im umgangssprachlichen Sinn zu verstehen sein. Was dies genau bedeutet, bleibt im Dunkeln. Jedenfalls soll kein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken verlangt werden.¹¹⁵ Eine einseitige Gruppenbeteiligung genügt demnach ebenfalls zur Verwirklichung des Merkmals.¹¹⁶ Nicht erfasst sein sollen bloße Ansammlungen von Menschen, so dass die Mitfahrt in einer überfüllten U-Bahn nicht genügt, wenn ein anderer Fahrgast eine Straftat begeht,¹¹⁷ anderes wäre auch abwegig und ein eklatanter Verstoß gegen das Schuldprinzip. Die bloße Anwesenheit kann daher richtigerweise insgesamt

111 Dafür *Renzikowski*, Nein! – Das neue Sexualstrafrecht (Fn. 1), S. 3557.

112 BT-Drs. 18/9097, S. 31.

113 BT-Drs. 18/9097, S. 31.

114 BT-Drs. 18/9097, S. 31.

115 BT-Drs. 18/9097, S. 31.

116 *Hörnle*, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung (Fn. 1), S. 21.

117 BT-Drs. 18/9097, S. 31.

nicht genügen.¹¹⁸ Auch bei § 125 StGB (Landfriedensbruch) ist bloßes inaktives Dabeisein bzw. bloßes „Mitmarschieren“ aus guten Gründen nicht ausreichend.¹¹⁹ Verlangt man damit einen aktiven Beitrag, so muss dieser zumindest in einer aktiven Mitwirkung am Bedrängen bestehen. So ergibt sich aber in objektiver Hinsicht gegenüber den allgemeinen Beteiligungsregeln kaum noch ein eigenständiger Anwendungsbereich.¹²⁰ Nach ständiger Rechtsprechung,¹²¹ der ein großer Teil der Literatur folgt,¹²² genügt als Gehilfenhandlung nämlich jede Tätigkeit, die die Haupttat irgendwie fördert, so dass es einer Ursächlichkeit des Gehilfenbeitrags nicht bedarf.¹²³ Eine geringe Erweiterung ergibt sich daher nur, soweit Beteiligte auch für Exzesse haften.¹²⁴

Ob den Worten „Wer eine Straftat dadurch fördert“ eine eigenständige unrechtsbe gründende Bedeutung zukommen soll oder diese Förderung durch die nachfolgende Passage („[...] dass er sich an einer Personengruppe beteiligt, die eine andere Person zur Begehung an einer Straftat an ihr bedrängt“) vollständig beschrieben wird, ist unklar. Erschwerend ist zu sehen, dass der Straftat nach dem Wortlaut dreifache Bedeutung zukommt:¹²⁵ Fördern einer Straftat durch den Täter, Bedrängung einer Person zur Begehung einer Straftat durch die Gruppe, objektive Bedingung der Strafbarkeit im Hinblick auf Straftaten nach § 177 oder § 184i StGB. Gesteht man dem Fördern mit dem Wortlaut eine eigenständige Bedeutung zu, so fragt sich, inwieweit die geförderte Tat tatsächlich vorliegen muss und was unter dem Fördern genau zu verstehen ist. Anders als die Gruppenintention („zur Begehung“) ist dieses Merkmal objektiv formuliert, so dass eine bloße Förderungsabsicht richtigerweise nicht ausreicht. Insofern kann man sich an die bisherige Ausgestaltung des § 233a StGB (Förderung des Menschenhandels) und des § 180 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger) anlehnen, bei denen es sich ebenfalls um verselbstständigte Beihilfetatbestände handelt, wenngleich diese nach dem Wortlaut auf ein Vorschubleisten abstellen.¹²⁶ Erfasst wird dort – was

118 Zutreffend *Bezjak*, Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers (Fn. 12), S. 15; vgl. aber *Renzikowski*, Nein! – Das neue Sexualstrafrecht (Fn. 1), S. 3558, wonach die zufällige Anwesenheit in einer Menschenmenge mit unlauterer Absicht genügt.

119 BGH, in: NStZ 1985, S. 549.

120 *Bezjak*, Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers (Fn. 12), S. 15.

121 RGSt 6, S. 169; RGSt 8, S. 267; RGSt 71, S. 178; RGSt 73, S. 53 (54); BGHSt 2, S. 129 (131); BGHSt 14, S. 280 (282); BGH, in: NStZ 1985, S. 24; BGH, in: NStZ 1996, S. 485 (488); ferner BGHSt 46, S. 107 (109); BGH, in: NStZ 2012, S. 316.

122 *Renzikowski*, in: Maurach/Gössel/Zipf (Hrsg.), Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg 2014, § 52 Rn. 17; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 46. Aufl., Heidelberg 2016, Rn. 829.

123 Vgl. aber etwa *Fischer*, StGB (Fn. 26), § 27 Rn. 14a; *Kühl*, in: Lackner/Kühl (Hrsg.), StGB, 28. Aufl., München 2014, § 27 Rn. 2; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 8), § 27 Rn. 6.

124 Vgl. auch das Beispiel von *Keul*, Plenarprotokoll 18/183, 18003.

125 Hierzu auch *Bezjak*, Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers (Fn. 12), S. 15.

126 Vgl. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 8), § 233a Rn. 2.

aber streitig ist – auch die erfolglose Beihilfe,¹²⁷ nicht aber untaugliche Förderungshandlungen.¹²⁸ Pönalisiert wird als „Erfolg“ das Schaffen günstigerer Bedingungen, wobei die Tat schon in gewissem Umfang nach Ort und Zeit konkretisiert sein, nicht aber das Versuchsstadium erreichen muss. Im vorliegenden Kontext würde das Schaffen günstigerer Bedingungen für irgendeine Straftat genügen; diese wäre durch die Beteiligung an einer konkreten Gruppe auch nach Ort und Zeit festgelegt. Ausgenommen wären aber untaugliche aktive Beteiligungshandlungen, wie etwa Beteiligung an der Gruppe durch Abfeuern von Silvesterraketen.

In subjektiver Hinsicht muss zumindest Eventualvorsatz dahingehend vorliegen, dass eine andere Person durch die Gruppe zum Zwecke der Begehung einer Straftat bedrängt wird und dass der Täter durch seinen Beitrag die Begehung einer Straftat ermöglicht oder erleichtert. Der Vorsatz muss sich dabei nur auf die Begehung irgendeiner Straftat aus der Gruppe heraus beziehen, nicht aber auf Taten nach §§ 177, 184i StGB, weil diese nur Bestandteil der nicht vom Vorsatz erfassten objektiven Bedingung der Strafbarkeit sind. Gegenüber der Beihilfe ergibt sich damit eine Erweiterung der Strafbarkeit, weil keine bestimmte Straftat in Bezug genommen werden muss.¹²⁹ Diese Erweiterung ist allerdings minimal, weil die h.M. bei § 27 StGB von einem weiten Gehilfenvorsatz ausgeht.¹³⁰

Als objektive Bedingung der Strafbarkeit ist notwendig, dass eine Tat nach §§ 177, 184i StGB begangen wird, und zwar durch irgendein Gruppenmitglied. Die Ausgestaltung als objektive Bedingung der Strafbarkeit bedeutet, dass es auf Kausalität, Vorhersehbarkeit, Vorsatz oder Schuld hinsichtlich dieser Straftaten nicht ankommt. Beweisschwierigkeiten werden damit aber nicht vollständig beseitigt, weil erst einmal die Gruppenmitgliedschaft und die Beteiligung bewiesen werden muss.¹³¹

X. Fazit

Der Gesetzgeber hat mit der Reform des § 177 StGB zwar ein gut gemeintes Anliegen verfolgt. Die Ausgestaltung der Tatbestände geht mitunter aber deutlich zu weit und weist erhebliche dogmatische Schwächen auf. Auch die Strafraumen sind teilweise überhöht, da sie in den Grundtatbeständen mitunter auf geringem Unrecht aufbauen.

127 BGH, in: NJW 1997, S. 334 (335); Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 8), § 180 Rn. 6; a.A. etwa Fischer, StGB (Fn. 26), § 180 Rn. 8; Hörnle, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 12. Aufl., Berlin 2009, § 180 Rn. 15.

128 Wolters, in: Rudolphi u.a., Systematischer Kommentar zum StGB (Fn. 35), § 180 Rn. 2.

129 Hörnle, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung (Fn. 1), S. 21.

130 BGHSt 42, S. 135 (138); vgl. ferner Haft/Eisele, Wie wirkt sich ein error in persona des Haupttäters auf den Gehilfen aus?, in: Lenckner u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Rolf Keller, Tübingen 2003, S. 81 (96 f.); Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB (Fn. 8), § 27 Rn. 29, jeweils mit weiteren Nachweisen.

131 Zu Beweisschwierigkeiten auch Hörnle, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung (Fn. 1), S. 21.

Angesichts dieser Struktur wird die Praxis auch bei der Tenorierung vor nicht unerheblichen Problemen stehen. Die Einführung einer Strafbarkeit der sexuellen Belästigung in § 184i StGB ist im Grundsatz zu begrüßen, während § 184j StGB zur Bestrafung von Straftaten aus Gruppen wenig überzeugt.

Literaturliste

- Bezjak, G. (2016). Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers. *Kritische Justiz*, 49, 2-16.
- Blume, L. & Wegner, K. (2014). Reform des § 177 StGB? – Zur Vereinbarkeit des deutschen Sexualstrafrechts mit Art. 36 der „Istanbul-Konvention“. *Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, 15, 357-363.
- Eisele, J. (2016). *Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung*, 31. Mai 2016, 101. Sitzung, 18. Wahlperiode. Tübingen/Berlin.
- Eisele, J. (2015). *Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zu Art. 36 Istanbul-Konvention*, 24. Januar 2015, 39. Sitzung, 18. Wahlperiode. Tübingen/Berlin.
- Eisele, J. (2014). *Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht*, 10. Oktober 2014, 28. Sitzung, 18. Wahlperiode. Tübingen/Berlin.
- Fischer, T. (2016). *Strafgesetzbuch. Kommentar* (63. Auflage). München: C.H.Beck.
- Haft, F. & Eisele, J. (2003). Wie wirkt sich ein error in persona des Haupttäters auf den Gehilfen aus?. In: T. Lenckner u.a. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Rolf Keller* (S. 81-101). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hörnle, T. (2017). Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 13-21.
- Hörnle, T. (2015). Wie § 177 StGB ergänzt werden sollte. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 162, 313-328.
- Hörnle, T. (2015). *Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention*. Gutachten für das Deutsche Institut für Menschenrechte, Berlin.
- Isfen, O. (2015). Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten. Ein Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 12, 217-233.
- Kaul, H.P. (2000). Völkerrechtlicher Vertrag und staatliches Recht. Am Beispiel des Statuts über den Internationalen Strafgerichtshof. In: R. Geiger (Hrsg.), *Völkerrechtli-*

cher Vertrag und staatliches Recht vor dem Hintergrund zunehmender Verdichtung der internationalen Beziehungen (S. 53-65). Baden-Baden: Nomos.

Lackner, K. & Kühl K. (Hrsg.) (2014). *Strafgesetzbuch*. Kommentar (28. Auflage). München: C.H.Beck.

Laufhütte, H. W., Rissing-van Saan, R. & Tiedemann, K. (Hrsg.) (2009). *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Band 6 (12. Auflage). Berlin: De Gruyter.

Maurach R., Gössel, K. H. & Zipf, H. (Hrsg.) (2014). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Teilband 2 (8. Auflage). Heidelberg: C.F.Müller.

Rabe, H. & von Normann, J. (2014). *Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen*. Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht. Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte.

Renzikowski, J. (2016). Nein! – Das neue Sexualstrafrecht *Neue Juristische Wochenschrift*, 3553-3558.

Rudolphi, H.-J., Horn, E. & Wolter, J. (Hrsg.) (2012). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Band III (135. Ergänzungslieferung). Köln: Carl Heymanns.

Schönke, A. & Schröder, H. (Hrsg.) (2014). *Strafgesetzbuch*. Kommentar (29. Auflage). München: C.H.Beck.

Sick, B. (1993). *Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff*. Berlin: Duncker & Humblot.

Wessels, J., Beulke, W. & Satzger, H. (2016). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (46. Auflage). Heidelberg: C.F.Müller.

Korrespondenzadresse:

Professor Dr. Jörg Eisele
Universität Tübingen, Juristische Fakultät
Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht,
Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht
Geschwister-Scholl-Platz
72074 Tübingen
eisele@jura.uni-tuebingen.de