

Von patriarchaler Bevormundung zu „Alles ist möglich“? Die Entwicklung des Strafrechts von § 179 StGB zu § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB

Joachim Renzikowski

I. Einleitung

Die Perspektive des Strafrechts auf die Sexualität von Menschen mit geistiger Behinderung ist naturgemäß sehr begrenzt. Im Vordergrund steht nicht die Ermöglichung von Sexualität, sondern die Abwehr von Übergriffen. Sexuelle Selbstbestimmung, strafrechtlich betrachtet, meint ausschließlich die Freiheit vor fremdbestimmten Übergriffen.¹ Bedenkt man allerdings, dass erst im Jahr 2021 eine Monographie erschienen ist, die das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als Ausprägung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit konturiert und staatliche Gewährleistungspflichten für sexuell selbstbestimmtes Handeln einfordert,² dann ist dieser Umgang des Rechts vielleicht typisch. Sexualität ist dunkel, fremd, gefährlich – und vielleicht gerade deshalb regulierungsbedürftig.³ Ansonsten soll sich das staatliche Recht heraushalten.

Möglicherweise veranschaulicht gerade die strafrechtliche Verengung des Blickwinkels Defizite im Umgang mit der Sexualität von Menschen mit geistiger Behinderung, denn nicht nur das Strafrecht durch seine Sanktionen, auch die Gesellschaft schließt aus. Im Hinblick auf die Sexualität von Menschen mit geistiger Behinderung findet und fand der Ausschluss in mehrfacher Weise statt. Erst wurden ihre Bedürfnisse völlig ignoriert (II.). Sodann wurden sie als Opfer zu Objekten gemacht, die des strafrechtlichen Schutzes bedürfen (dazu III.). Die Reform von 2016 unter dem Stichwort „Ein Nein ist ein Nein“ nahm diesen bevormundenden Schutz weitgehend

-
- 1 Vgl. *Renzikowski*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2021, Vor § 174 Rn. 8 m.w.N.
 - 2 *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung: zugleich eine gewährleistungsdogmatische Rekonstruktion des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit, 2021.
 - 3 Beispielhaft *Lembke* (Hrsg.), Regulierungen des Intimen. Sexualität und Recht im modernen Staat, 2017.

zurück, aber seitdem erscheint unklar, was – rechtlich – unter sexueller Selbstbestimmung zu verstehen ist (dazu IV.). Diese Frage wird auch mein Beitrag nicht beantworten (können).

II. Weil nicht sein kann, was nicht sein darf

Im Jahr 1954 begründete der Große Senat des Bundesgerichtshofs die Strafbarkeit einer Mutter, die den Verlobten ihrer Tochter die Übernachtung im Zimmer der Tochter gestattet hatte, folgendermaßen:

„Die sittliche Ordnung will, daß sich der Verkehr der Geschlechter grundsätzlich in der Einehe vollziehe, weil der Sinn und die Folge des Verkehrs das Kind ist. (...) Indem das Sittengesetz dem Menschen die Einehe und die Familie als verbindliche Lebensform gesetzt und indem es diese Ordnung auch zur Grundlage des Lebens der Völker und Staaten gemacht hat, spricht es zugleich aus, dass sich der Verkehr der Geschlechter grundsätzlich nur in der Ehe vollziehen soll und dass der Verstoß dagegen ein elementares Gebot geschlechtlicher Zucht verletzt.“⁴

Die Förderung derartiger „Unzucht“ wurde als schwere Kuppelei nach § 181 Nr. 2 StGB a.F. bestraft. Der Gesetzestext lautete:

„Die Kuppelei ist, selbst wenn sie weder gewohnheitsmäßig noch aus Eigennutz betrieben wird, mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen, wenn (...)

2. der Schuldige zu der verkuppelten Person in dem Verhältnis ... von Eltern zu Kindern, von Vormündern zu Pflegebefohlenen, von Geistlichen, Lehrern oder Erziehern zu den von ihnen zu unterrichtenden oder zu erziehenden Personen steht.“

Unter Kuppelei verstand das Recht das „der Unzucht Vorschub leisten“ durch Gewährung oder Verschaffung von Gelegenheit (s. § 180 StGB a.F.), auch durch Unterlassen.⁵ Es liegt auf der Hand, dass auf dieser Basis sexuelle Beziehungen von Menschen mit geistiger Behinderung strikt unterdrückt werden mussten. Dabei musste man noch nicht einmal auf (möglicherweise noch nicht überwundene) eugenische Gesichtspunkte zurückgreifen,

4 BGH v. 17.2.1954 – GSSt 3/53, BGHSt 6, 46 (53 f.); ebenso BGH v. 9.3.1962 – 4 StR 527/61, BGHSt 17, 230.

5 Mösl, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 9. Aufl. 1974, § 180 Rn. 9.

sondern die Unzucht ergab sich schlicht daraus, dass geschäftsunfähige Menschen keine Ehe eingehen können.

Homosexuelle Handlungen zwischen Männern waren nach § 175 StGB a.F. als „widernatürliche Unzucht“ strafbar, wobei es auch insoweit um die Durchsetzung einer bestimmten Sexualmoral ging.⁶

Daneben galt eine geschlechtsspezifische Vorschrift, die den Missbrauch einer willenlosen, bewußtlosen oder geisteskranken Frau zum außerehelichen Beischlaf durch einen Mann als „Schändung“ mit Strafe bedrohte (§ 176 Abs.1 Nr.2 StGB a.F.). Dabei wurde das Merkmal „geisteskrank“ in einem weiten, nicht nur medizinischen Sinne verstanden und sollte auch „Fälle von Schwachsinn (Blödsinn) und sonstiger Geistesschwäche“ umfassen, wie es in einem führenden Kommentar hieß.⁷ Dort wurde auch vertreten, dass bei einer geisteskranken Frau immer ein Missbrauch vorliege, „mag sie auch äußerlich ihre Einwilligung erteilt haben“.⁸

III. Schützende Bevormundung?

Diese Rechtslage änderte sich grundlegend mit dem 4. Strafrechtsreformgesetz vom 23.11.1973, in dem sich der Gedanke durchsetzte, dass ein Verhalten nicht schon wegen seiner Unmoral Strafe verdient, sondern dass „das Strafrecht nur die äußere Ordnung sozialen Verhaltens zu wahren hat“.⁹ Die Neuausrichtung zeigte sich in der Überschrift des 13. Abschnitts. Aus den „Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit“ wurden die „Straftaten

6 Mit Billigung des BVerfG v. 10.5.1957 – 1 BvR 550/52, BVerfGE 6, 389 ff.; s. dazu auch *Renzikowski*, Die Strafbarkeit der Homosexualität in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung von Schutzaltersgrenzen, in: *Classen/Richter/Łukańko* (Hrsg.), „Sexuelle Orientierung“ als Diskriminierungsgrund: Regelungsbedarf in Deutschland und Polen?, 2016, 204 (207 ff.).

7 *Mösl*, in: *Leipziger Kommntar zum StGB*, 9. Aufl. 1974, § 176 Rn. 15.

8 *Ibid.*, Rn. 16.

9 BT-Drs. 6/1552, 15. Demgegenüber wollte der berüchtigte Entwurf von 1962 an den „Straftaten gegen die Sittlichkeit“ keine grundsätzlichen Änderungen vornehmen, sondern um der Bewahrung der „Reinheit und Gesundheit des Geschlechtslebens“ als „wichtige Voraussetzung für den Bestand des Volkes und die Bewahrung der natürlichen Lebensordnung“ das damals geltende Recht perfektionieren und vermeintliche Strafbarkeitslücken schließen, BT-DRS. 4/650, 204 ff., 359; näher dazu *Brüggemann*, Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts in der Geschichte unseres StGB, 2013, 81 ff.

gegen die sexuelle Selbstbestimmung“.¹⁰ Diese Bezeichnung dokumentierte den grundlegenden Wandel von einem an der Durchsetzung moralischer Vorstellungen orientierten Strafrecht zum Rechtsgüterschutz. Die Reform gestaltete den 13. Abschnitt unter grundsätzlicher Einschränkung der Strafbarkeit erheblich um und verlieh ihm im Wesentlichen seine auch heute noch vorhandene Gestalt. Schon zuvor hatte das 1. Strafrechtsreformgesetz vom 25.6.1969 neben einigen anderen überholten Straftatbeständen die Strafbarkeit der Homosexualität unter Erwachsenen gestrichen.

Die Vorstellung einer völligen Abkoppelung des (Sexual-)Strafrechts von moralischen Vorstellungen wäre jedoch lebensfremd.¹¹ Vielmehr beruht gerade die Reform des Sexualstrafrechts durch das 4. StrRG auf einem nachhaltigen Wandel in der gesellschaftlichen Einstellung zur Sexualität. Erst die Ablösung eines monistischen Werterigorisismus zugunsten einer Pluralität von Moralvorstellungen unter besonderer Betonung der Bedeutung des Individuums ebnete den Weg für ein neues, zeitgemäßeres Sexualstrafrecht. Das trifft nicht minder auf die nachfolgenden Gesetzesänderungen zu.¹² Auch heute noch prägen gesellschaftliche Einstellungen zur Sexualmoral den Umfang des Strafrechtsschutzes; das gilt etwa für die Vergewaltigung in der Ehe, die Jugendschutztatbestände sowie den Umgang mit Prostitution und Pornographie.

Im Zentrum des Sexualstrafrechts steht seitdem das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung, verstanden als die freie Entscheidung über das „Ob“, das „Wann“, das „Wie“ und das „Mit wem“ einer sexuellen Begegnung.¹³ An sich bedeutet Selbstbestimmung, dass jemand eine Wahl hat. Eine freie Wahl setzt voraus, dass eine Person über eine gewisse verstandesmäßige Kompetenz verfügt, die zur Auswahl stehenden Alternativen kennt und über hinreichende Informationen verfügt, um eine nach den eigenen Präferenzen sinnvolle Entscheidung treffen zu können.¹⁴ Da jede sexuelle Hand-

10 In der Gesetzgebungsdebatte war diese Formulierung nicht unumstritten, setzte sich jedoch letztlich gegen alle Gegenvorschläge (s. BT-Drucks. 6/1552, 18 f.) durch.

11 S. auch *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1820, § 218: „Ein Strafkodex gehört darum vornehmlich seiner Zeit und dem Zustand der bürgerlichen Gesellschaft in ihr an.“

12 Vgl. *Brüggemann*, Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts, 2013, 64 ff., 98 ff., 490 ff.

13 Statt vieler *Sick*, Zweierlei Recht für zweierlei Geschlecht, ZStW 103 (1991), 43 (51).

14 Zu den Voraussetzungen von sexueller Autonomie grundlegend *Holzleithner*, Sexuelle Selbstbestimmung als Individualrecht und als Rechtsgut in: *Lembke* (Hrsg.), Regulierung des Intimen, 2017, 31 (36 ff.); *Lenz* Die Jugendschutztatbestände im Sexualstrafrecht, 2017, 164 ff. et passim.

lung in die Rechtssphäre einer anderen Person eingreift und ihre Integrität berührt, bedarf sie ihrer Zustimmung. Ohne diese Zustimmung wird sie fremdbestimmt und verobjektiviert.¹⁵

Die Selbstbestimmung kann beeinträchtigt werden klassisch durch Gewalt oder Drohung, aber auch durch Täuschung oder durch andere Formen unangemessener Beeinflussung. In den letzteren Fällen spricht das Gesetz üblicherweise von „Missbrauch“ (z.B. §§ 174 ff., 179 a.F., 182 StGB). Daran wird der normative Charakter der sexuellen Selbstbestimmung deutlich. Denn es ist nicht nur eine normative Setzung, bestimmte Mittel, die die Willensbildung und Willensbetätigung eines anderen beeinflussen, als nötigen Zwang auszuzeichnen. Es ist ebenso eine normative Setzung, welche Anforderungen eine Entscheidung erfüllen muss, um als „frei“ rechtlich anerkannt zu werden.¹⁶

Es liegt auf der Hand, dass die frühere umfassende Strafbarkeit der Kuppelei zur Verhinderung „unzüchtiger Handlungen“ nach §§ 180, 181 StGB a.F. damit überholt war. Im vorliegenden Zusammenhang ist die Neufassung von § 179 StGB a.F. relevant, der an die alte Vorschrift des § 176 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F. anknüpfte. Der Tatbestand wurde geschlechtsneutral gefasst, so dass nunmehr auch Männer Opfer und Frauen Täterinnen sein konnten. Einbezogen wurden alle (erheblichen) sexuellen – auch gleichgeschlechtlichen – Handlungen mit Körperkontakt. In der Fassung des 4. StrRG lautete § 179 Abs. 1 StGB mit der Überschrift „Sexueller Mißbrauch Widerstandsunfähiger“:

„(1) Wer einen anderen, der

1. wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinn oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit¹⁷ [ab dem 6. StrRG: wegen einer geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung einschließlich einer Sucht-

15 Vgl. *Gardner/Shute*, *The Wrongness of Rape*, *Oxford Essays in Jurisprudence*, 4th Series, 2022, 103 (193 ff.). Prägnant bezeichnet *Schulhofer*, *Unwanted Sex*, 1998, III, diesen Aspekt der sexuellen Selbstbestimmung als „separatenes of the corporal person.“

16 Dazu grundlegend *Amelung*, *Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm*, GA 1999, 182 (201 f.); s. ferner auch *Hörnle*, *Sexuelle Selbstbestimmung. Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen*, ZStW 127 (2015), 875 ff.

17 Dieser diskriminierende Ausdruck wurde 1997 durch das Merkmal „Störung“ ersetzt, ohne dass sich dadurch ein inhaltlicher Unterschied ergeben sollte, vgl. BT-Drs. 13/2463, 7. Das 6. Strafrechtsreformgesetz vom 26.1.1998 verabschiedete die Orientierung an den Merkmalen des § 20 StGB und knüpfte an die in der Behindertenhilfe

krankheit oder wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung] zum Widerstand unfähig ist oder
2. körperlich widerstandsunfähig ist,
dadurch mißbraucht, daß er unter Ausnutzung der Widerstandsunfähigkeit außereheliche sexuelle Handlungen an ihm vorimmt oder an sich von dem Opfer vornehmen läßt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Abs. 2 stufte den Missbrauch einer Frau zum außerehelichen Beischlaf zum Verbrechen hoch (Qualifikation) und entsprach insoweit der damaligen Ansicht, dass die Sexualität in der Ehe nicht Gegenstand staatlicher Regelungen sein könne. Das 33. Strafrechtsänderungsgesetz vom 1.7.1997 beseitigte diesen Anachronismus, und in der Folgezeit wurde § 179 StGB a.F. noch öfter geändert, um systematische Unstimmigkeiten mit anderen Vorschriften des 13. Abschnitts zu beheben.¹⁸ Darauf braucht an dieser Stelle nicht eingegangen zu werden.

Als widerstandsunfähig galten Personen, die insbesondere wegen Intelligenzdefiziten verschiedener Schweregrade nicht zu einer freien Entscheidung über ihr Sexualleben im Stande waren.¹⁹ Dabei orientierte man sich an der Regelung der Schuldunfähigkeit in § 20 StGB und verlangte eine ähnliche Schwere der Störung.²⁰ Analog zur Fähigkeit, das Unrecht der Tat zu erkennen und nach dieser Einsicht zu handeln, ging es um die Fähigkeit, Bedeutung und Tragweite eines sexuellen Geschehens zu erfassen (intellektuelle Komponente) und sein Verhalten nach dieser Einsicht auszurichten (voluntative Komponente).²¹ Sehr viel Klarheit war damit allerdings nicht gewonnen. Zur Konkretisierung der Kompetenz des Opfers wurde ein hypothetischer Vergleich vorgeschlagen, wie sich das Opfer – bei ansonsten gleich bleibender Persönlichkeitsstruktur – ohne die Störung verhalten hätte.²² Bei Personen mit angeborenen oder erworbenen Beeinträchtigungen stand nicht einmal dieses Indiz zur Verfügung. Hier blieb nur ein

nach § 14 Abs. 1 SGB XI und § 39 Abs. 1 BSHG übliche Unterscheidung zwischen geistiger und seelischer Behinderung an. Auch dadurch sollte sich der sachliche Gehalt der Vorschrift nicht ändern, s. BT-Drs. 13/8267, 7 f.

18 S. dazu *Renzikowski*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2021, § 177 Rn. 22, 25–29.

19 *Hörnle*, in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2010, § 179 Rn. 11.

20 Vgl. BGH v. 23.9.1997 – 4 StR 433/97, NStZ 1998, 83.

21 Vgl. *Amelung*, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil I), ZStW 104 (1992), 525 (554 ff., 558).

22 *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 179 Rn. 6.

Vergleich mit der „normalen“ psychischen Verfassung des Bevölkerungsdurchschnitts, in der „man“ als fähig zur sexuellen Selbstbestimmung angesehen wurde. Danach sollte Widerstandsunfähigkeit vorliegen, wenn die seelische Störung ein solches Maß erreicht hatte, dass von einer tiefgreifenden, über die Grenzen des Normalen hinausreichenden Veränderung des Persönlichkeitsgefüges gesprochen und damit die Fähigkeit zu sinnvollem Handeln als zerstört angesehen werden konnte.²³ Diese Formulierungen eines führenden Kommentators im Sexualstrafrecht zeigen eindrücklich die Hilflosigkeit auf, die Jurist:innen im Hinblick auf diese Personengruppe hatten. In aller Regel war ein Richter auf sachverständige Begutachtung angewiesen.²⁴

Tathandlung war das „Ausnutzen der Widerstandsunfähigkeit“ zu sexuellen Handlungen. Damit war ein sog. „tatbestandsausschließendes Einverständnis“ möglich, aber nur, sofern es von Einsichts- und Urteilsfähigkeit getragen war und die psychische Beeinträchtigung die Einwilligungsfähigkeit nicht ausschloss.²⁵ Der „natürliche“, d.h. nicht die Voraussetzungen der Einwilligungs- oder Geschäftsfähigkeit erreichende Wille der betreffenden Person reichte nicht aus. Ebenso wenig kam es darauf an, ob die Initiative zum Sexualkontakt von der geistig beeinträchtigten Person ausging.²⁶ Nach einer verbreiteten Formel sollte es darauf ankommen, ob die an sich widerstandsunfähige Person als Partnerin einer auf erwideter menschlicher Zuneigung beruhenden sexuellen Begegnung behandelt, oder zum Objekt fremdbestimmter sexueller Absichten herabgewürdigt wird.²⁷ Zulässig sollten demnach sexuelle Kontakte zu widerstandsunfähigen Personen sein, wenn im Verhältnis zu ihr emotionale und sexuelle Anteile in eine der geistigen Beeinträchtigung angemessene Beziehung gesetzt werden.²⁸ Ebenso akzeptiert wurden sexuelle Handlungen im Rahmen einer längeren Bezie-

23 Ibid., § 179 Rn. 5; krit. Hörnle, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. 2010, § 179 Rn. 11.

24 Vgl. BGH v. 1.4.2003 – 4 StR 96/03, NStZ 2003, 602 (603); BGH v. 21.4.2005 – 4 StR 89/05, NStZ-RR 2005, 232.

25 Vgl. BGH v. 6.12.1983 – 1 StR 651/83, BGHSt 32, 183 (185); Tröndle, StGB, 48. Aufl. 1997, § 179 Rn. 9; Hörnle, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. 2010, § 179 Rn. 48.

26 So aber LG Mainz v. 26.1.1984 – 2 Js 5168/82 – 5 Ns, MDR 1984, 773; ähnlich Tröndle, StGB, 48. Aufl. 1997, § 179 Rn. 9; dagegen Geerds, Anmerkung zu BGH 1 StR 651/83, JR 1984, 430 (431).

27 Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl. 2007, § 179 Rn. 16.

28 Ibid.

hung.²⁹ Strafbar sollte dagegen eine Hingabe unter völlig entwürdigenden Umständen sein.³⁰ Angesichts der Vagheit dieser Formulierungen hing die Entscheidung über die Strafbarkeit damit von der moralischen Einstellung des Rechtsanwenders ab. Deutlich klarer war der Vorschlag, auf die stellvertretende Einwilligung des Personensorgeberechtigten (§§ 1626 ff. BGB) oder des Betreuers (§§ 1896 ff. BGB) zurückzugreifen.³¹

Höchststrichterliche Rechtsprechung zu dieser Problematik gibt es kaum. Opfer mit mentalen Defiziten dürften regelmäßig die größten Schwierigkeiten haben, sich vor den Strafverfolgungsbehörden zu artikulieren, zumal weder Kriminalpolizei, noch Staatsanwaltschaften oder Gerichte im Umgang mit derartigen Zeug:innen geschult sind.³² Für Diskussionen sorgte ein Fall des BGH aus dem Jahr 1983.³³ Der 27 Jahre alte Angeklagte arbeitete als Lehrkraft an einer Schule für geistig behinderte Menschen. In seiner Gruppe befand sich ein 14 3/4 Jahre altes „körperlich vollentwickeltes Mädchen, das infolge einer bei ihm mit hochgradigem Schwachsinn einhergehenden autistischen Erkrankung in extremer Selbstbezogenheit“ lebte und „in seiner affektiven Entwicklung nur den Stand eines einjährigen Kindes“ erreicht hatte. Der Angeklagte verliebte sich in dieses Mädchen und entführte es, weil von den Eltern keine Erlaubnis zum Zusammenleben zu erhalten war. In den zwei Wochen, in denen er mit dem Mädchen in seinem Pkw umherfuhr, unternahm er verschiedene Therapieversuche, aber es kam auch mehrfach zum Geschlechtsverkehr. Der BGH hob die Verurteilung wegen sexuellen Missbrauchs Widerstandsunfähiger auf, weil

29 S. KG v. 25.8.1976 – (1) Ss 374/75 (27/76), NJW 1977, 817 f., wobei der Fall dadurch eine besondere Dramatik erfuhr, dass der „Freund“ die behinderte Frau mehrmals gegen Geld an andere Männer vermittelt hatte. Trotzdem akzeptierte das Kammergericht Berlin den Freispruch durch die Vorinstanzen.

30 Lenckner, in: Schönke/Schröder, 26. Aufl. 2001, § 179 Rn. 6; krit. zu dieser Einengung Hörnle, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. 2010, § 179 Rn. 37.

31 So Herzberg/Schlehofer, Anmerkung zu BGH, 1 StR 651/83, JZ 1984, 481 (482); Hörnle, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. 2010, § 179 Rn. 52.

32 Näher dazu Zinsmeister, Die Situation verletzter Zeuginnen und Zeugen mit Behinderung, in: Fastie (Hrsg.), Opferschutz im Strafverfahren, 2. Aufl. 2008, 43–66. Hinzukommen verbreitete Stereotype zur Sexualität von Menschen mit Behinderungen, vgl. die Aktenanalyse von Krüger/Caviezel Schmitz/Niehaus, Mythen geistiger Behinderung und sexueller Gewalt im Strafverfahren, Vierteljahresschrift für Heilpädagogik und ihre Nachbargebiete 84/4 (2013), 1–13; s. ferner Becker, Sexuelle Gewalt gegen Mädchen mit geistiger Behinderung, 2. Aufl. 2005, 40 ff.; Zemp/Pircher/Neubauer, Sexuelle Ausbeutung von Mädchen und Frauen mit Behinderung, in: Amann/Wipplinger (Hrsg.), Sexueller Missbrauch, 3. Aufl. 2005, 825 ff.

33 BGH v. 6.12.1983 – 1 StR 651/83, BGHSt 32, 183 ff.

der Angeklagte das Mädchen geliebt habe. Seine „durch persönliche Zuneigung und Fürsorge gekennzeichnete Beziehung“, seine „innere Haltung ...“, aber auch die Behutsamkeit seines sexuellen Vorgehens“ ließen den Vorwurf entfallen, „er habe das Mädchen zur Befriedigung sexueller Wünsche mißbraucht“.³⁴ Aus der Einstellung des Täters gegenüber dem Opfer folgt jedoch keinesfalls, dass die sexuelle Handlung auch im Interesse der betroffenen Person liegt. Da es um ihre Sexualität und ihren Schutz vor Fremdbestimmung geht, kann man nicht die Opferperspektive gegen die Täterperspektive auswechseln,³⁵ ganz ungeachtet dessen, dass ein „echtes Liebesverhältnis“ ohnehin keine rechtliche Kategorie sein kann.

Ein Fazit zur früheren Rechtslage fällt ambivalent aus. Einerseits wurde sexuelle Selbstbestimmung auch Menschen mit geistiger Behinderung zugestanden, für die keineswegs (mehr) eine Pflicht zu Enthaltbarkeit gelte.³⁶ Zudem wurde jede schematische Gleichsetzung von geistiger Behinderung und Widerstandsunfähigkeit abgelehnt.³⁷ Andererseits war unklar, wie sich diese Selbstbestimmung äußern sollte, wenn der „natürliche Wille“ dieser Personen rechtlich nicht von Belang war. Einerseits legte die Praxis an die Widerstandsunfähigkeit und ihren Missbrauch hohe Hürden an. Wer noch zu einer abwehrenden Willensbetätigung in der Lage war, konnte nicht Opfer eines sexuellen Missbrauchs werden.³⁸ Hier kam, wie bei allen anderen (erwachsenen) Personen auch eine sexuelle Nötigung nach § 177 StGB in Betracht. Wer andererseits, etwa wegen Einschüchterung, seinen Willen gegenüber einem konkreten Ansinnen nicht äußern konnte, wurde vom Sexualstrafrecht nicht erfasst.³⁹ Aber selbst wenn eine Person unmissverständlich ihre Abneigung äußerte, reichte das noch nicht für eine sexuelle Nötigung aus.⁴⁰

34 Ibid., 187; ablehnend *Geerds*, Anmerkung zu BGH I StR 651/83, JR 1984, 432.

35 Krit. auch *Hörnle*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl. 2010, § 179 Rn. 53.

36 Vgl. BT-Drs. 6/3521, 41; *Tröndle*, StGB, 48. Aufl. 1997, § 179 Rn. 8; *Hörnle*, in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2010, § 179 Rn. 3.

37 Vgl. BGH v. 28.11.1995 – 1 StR 558/95, NStZ 1996, 188; BGH v. 1.4.2003 – 4 StR 96/03, NStZ 2003, 602; BGH v. 23.11.2010 – 3 StR 410/11, NStZ 2011, 210.

38 BGH v. 28.10.2008 – 3 StR 88//08, NStZ 2009, 324 (325) verlangte „absolute Widerstandsunfähigkeit“; ebenso BGH v. 5.11.2014 – 1 StR 394/14, NStZ-RR 2015, 44; krit. *Hörnle*, in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2010, § 179 Rn. 30, 31 und 39.

39 Vgl. *Hörnle*, in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2010, § 179 Rn. 21, 22.

40 Entgegen landläufiger Vorurteile setzte das frühere Recht nicht durchweg körperlichen Widerstand voraus. Eine schutzlose Lage nach § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB war jedoch nur gegeben, wenn das Opfer sich weder selbst helfen, noch andere potentiell eingriffsbereits Personen vorhanden waren. Zusätzlich musste das Opfer aus Angst

Im Hinblick auf das Betreuungspersonal vermittelten § 174a Abs. 2 StGB⁴¹ und seit 1998 auch § 174c StGB⁴² einen gewissen Schutz, denn die vom Gesetz vorausgesetzte (psychische) Erkrankung lag schon bei weniger schweren Beeinträchtigungen vor, als sie für § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. erforderlich waren.⁴³ Ferner bestand ein gewisses Strafbarkeitsrisiko bei Untätigkeit, denn infolge der Garantenpflicht zur Sorge für das Wohl des Schützlings kam Beihilfe durch Unterlassen in Betracht.

IV. Ist jetzt alles möglich?

Die nächste und letzte grundlegende Änderung erfolgte durch das 50. Strafrechtsänderungsgesetz – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4.11.2016. Der Anstoß zur Reform kam von Art. 36 der Istanbul-Konvention, der die Bestrafung jedes nicht einverständlichen Sexualkontakts verlangte.⁴⁴ Nach heftigen Diskussionen entschloss sich der Gesetzgeber für einen grundlegenden Paradigmenwechsel. An die Stelle der zuvor an Nötigung (§ 177 Abs. 1 StGB a.F.) und Widerstand (§ 179 StGB a.F.) ausgerichteten Straftatbestände trat nunmehr die sog. „Nein heißt

vor erheblichen Verletzungen von Widerstand absehen. S. dazu BGH v. 14.2.2005 – 3 StR 230/04, NStZ 2005, 380; BGH v. 25.1.2006 – 2 StR 345/05, BGHSt 50, 359 (365 f.) mit Anmerkung *Renzikowski*, NStZ 2006, 397 ff.

41 § 174a Abs. 2 StGB a.F. lautete: „Ebenso (mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe) wird bestraft, wer eine Person, die in einer Einrichtung für kranke oder hilfsbedürftige Menschen aufgenommen und ihm zur Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist, dadurch mißbraucht, daß er unter Ausnutzung der Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit dieser Person sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen läßt.“ Spätere kleinere Änderungen können außer Betracht bleiben.

42 § 174c Abs. 1 StGB lautete in der Fassung des 6. StrRG: „Wer sexuelle Handlungen an einer Person, die ihm wegen einer geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung einschließlich einer Suchtkrankheit zur Beratung, Behandlung oder Betreuung anvertraut ist, unter Mißbrauch des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses vornimmt oder an sich von ihr vornehmen läßt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“ Auch hier kommt es nicht auf die späteren Erweiterungen der Norm an.

43 Vgl. BGH v. 28.10.2008 – 3 StR 88/08, NStZ 2009, 324 (325).

44 Abs. 1 lautet: „Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalised: a. engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object; b. engaging in other non-consensual acts of a sexual nature with a person...“

Nein“-Lösung, wonach als sexueller Übergriff jeder Sexualkontakt „gegen den erkennbaren Willen“ des Opfers bestraft wird.⁴⁵ Im Mittelpunkt des reformierten § 177 Abs. 1 StGB steht die Rekonstruktion der Kommunikation und des Kontextes der sexuellen Beziehung. Abs. 2 enthält Fälle, in denen nach der Vorstellung des Gesetzgebers eine Kommunikation nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Die in unserem Zusammenhang interessierenden Passagen von § 177 Abs. 2 StGB lauten folgendermaßen:

„(2) Ebenso [mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren] wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn

1. der Täter ausnutzt, dass die Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern,
2. der Täter 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 dieser Person versichert (...).“

Im Vergleich zu § 179 StGB a.F. fällt zunächst auf, dass nicht mehr von „Widerstandsunfähigkeit“ die Rede ist. Das leuchtet ein, weil es in § 177 StGB nicht mehr um Gegenwehr, sondern um – fehlendes – Einverständnis gehen soll. Systematisch angedacht war wohl eine Differenzierung zwischen fehlender (Nr. 1) und eingeschränkter Selbstbestimmungsfähigkeit (Nr. 2). Die Fokussierung auf die Möglichkeit eines entgegenstehenden Willens ist möglicherweise ein gesetzgeberischer Lapsus, verdient aber gleichwohl Kritik. Die Widerstandsunfähigkeit nach § 179 StGB a.F. betraf vier Konstellationen: Fälle, in denen das Opfer seine Weigerung gegenüber dem Täter nicht durchsetzen, wohl aber äußern konnte; Fälle, in denen das Einverständnis des Opfers aus rechtlichen Gründen als unwirksam bewertet wurde; Fälle, in denen das Opfer überhaupt keinen Willen bilden konnte; sowie Fälle, in denen das Opfer seinen Willen nicht äußern konnte. Der „entgegenstehende Wille“ passt nur auf die erste Konstellation der klassischen Widerstandsunfähigkeit. In der zweiten Konstellation fehlt ein entgegenstehender Wille, in der dritten und der vierten Konstellation kann nicht ausgesagt werden, ob der mögliche Wille des Opfers entgegenstehend

45 BT-Drs. 18/9097, 2; s. dazu Hörnle, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung, NStZ 2017, 13 ff.

oder vielleicht auch zustimmend gewesen sein könnte. Während es sich hier sachlich um eine Frage der mutmaßlichen Einwilligung handelt, unterstellt das Gesetz immer einen entgegenstehenden Willen. Deshalb werden Personen, die nicht in der Lage sind, einen Willen zu bilden oder zu äußern – was durchaus nicht dasselbe ist –, einem absoluten Abstinenzgebot unterworfen. Ob hier eine Einschränkung der Strafbarkeit über das „Ausnutzen“ möglich ist, um ihrem Recht auf Sexualität Rechnung zu tragen, ist zweifelhaft.⁴⁶ Demgegenüber gilt bei Personen mit eingeschränkter Selbstbestimmungsfähigkeit deren natürlicher Wille als Zustimmung, allerdings im Sinne eines strikten „Nur ein ausdrückliches Ja ist ein Ja“-Modells.⁴⁷ Dieses Erfordernis dürfte in Beziehungen zwischen geistig behinderten Personen häufig schwer erfüllbar sein, wodurch ihr Recht auf Sexualität erheblich eingeschränkt wird.

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers muss das Opfer in § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB absolut unfähig sein, irgendeinen Willen zu bilden oder zu äußern. Aus dem Verhältnis zu Nr. 2 folgt, dass es nicht auf die Fehlerfreiheit oder Rechtswirksamkeit des Willens ankommt.⁴⁸ Hilfsbedürftigkeit oder eine bloße Einschränkung dieser Fähigkeiten sollen nicht ausreichen.⁴⁹ Solange noch eine Kommunikation – unter Umständen mit Hilfsmitteln (z.B. Bliss-Tafel) – möglich ist, ist Nr. 1 nicht anwendbar. Anders als nach dem früheren Recht werden die Gründe für die Unfähigkeit zur Willensbildung oder -äußerung nicht mehr enumerativ aufgezählt. Für Krankheit oder Behinderung (vgl. § 2 Abs. 1 SGB IX) im Sinne eines länger dauernden Zustands gilt die Qualifikation nach Abs. 4, der den sexuellen Übergriff zu einem Verbrechen mit einer Mindeststrafe von einem Jahr hochstuft. Einschlägige Störungen, die die Fähigkeit zur Bildung oder Äußerung eines

46 Nach *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, Strafrecht Besonderer Teil. Tb. 1: Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 11. Aufl. 2019, § 18 Rn. 31 soll die fehlende Kommunikation durch das Einverständnis des Personensorgeberechtigten ersetzt werden können.

47 *Hörnle*, NSTZ 2017, 17.

48 Vgl. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 177 Rn. 26; krit. *Fischer*, StGB, 70. Aufl. 2023, § 177 Rn. 21: „schwer nachvollziehbar“. *Fischer*, *ibid.* Rn. 25 plädiert für die Unterscheidung zwischen der Fähigkeit zur Bildung eines fehlerfreien Willens und der Äußerung des tatsächlichen Willens, die weder systematisch, noch teleologisch vorgegeben ist und zudem dem Gesetzeswortlaut widerspricht. Zudem ist völlig unklar, wie man den Inhalt eines Willens, den die betreffende Person nicht geäußert hat, feststellen soll.

49 BT-Drs 18/9097, 23 f.; der Hinweis auf die von der h.L. für § 179 StGB a.F. geforderte absolute Widerstandsunfähigkeit passt nicht.

„natürlichen Willens“ aufheben, sind etwa neurodegenerative Krankheiten im Endstadium, schwere Demenz, Schlaganfall, Hirntrauma, Koma. Einschränkung genügt jedenfalls nicht.⁵⁰

Größere Relevanz dürfte § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB zukommen. Aus dem Zusammenhang mit Nr. 1 wird die gesetzgeberische Vorstellung deutlich: Wer keinen Willen bilden oder äußern kann, soll vor jedem – vermeintlich fremdbestimmten – Sexualkontakt bewahrt werden. Wer immerhin einen natürlichen Willen bilden kann, soll insoweit selbst über seine Sexualkontakte bestimmen.⁵¹ Damit scheint das Gesetz auf einen Selbstwiderspruch hinauszulaufen. Die faktische Zustimmung von Personen, denen – jedenfalls zum Teil – die Fähigkeit abgesprochen wird, rechtserheblich über ihre Sexualität zu disponieren, entscheidet über die Straflosigkeit sexueller Kontakte mit ihnen.⁵²

Die Kategorie der erheblich eingeschränkten Fähigkeit zur Bildung oder Äußerung eines natürlichen Willens ist neu. Welchen Schweregrad die Beeinträchtigung erreichen muss, ergibt sich aus dem Gesetz nicht. Dass die Einschränkung eine „gewisse Erheblichkeit“ aufweisen und „ins Gewicht fallen“ bzw. „aus objektiver Sicht offensichtlich auf der Hand liegen und sich dem unbefangenen Beobachter ohne Weiteres aufdrängen“ müsse,⁵³ ist nicht mehr als eine Gesetzesparaphrase. Wenn man diese Tatbestandsalternative daher nicht schon deshalb für unbestimmt und damit verfassungswidrig halten will,⁵⁴ könnte man an eine Parallele zu § 21 denken. Während es dort um die Fähigkeit geht, sein Verhalten an externen Maßstäben – nämlich an Gesetzen – auszurichten, geht es in Nr. 2 um die Fähigkeit, sein Verhalten an internen Maßstäben – den eigenen Präferenzen – auszurichten. Man kann hier weiter differenzieren zwischen einer intellektuellen Komponente – der eingeschränkten Fähigkeit, Bedeutung und Tragweite eines sexuellen Geschehens zu erfassen – und einer voluntativen Komponente, die die Fähigkeit betrifft, sein Verhalten nach dieser Einsicht auszu-

50 Vgl. Hörnle, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 13. Aufl. 2023, § 177 Rn. 61 und 62.

51 Vgl. BT-Drs. 18/9097, 24; Hörnle, NSStZ 2017, 17; dies., in: Leipziger Kommentar, 13. Aufl. 2023, § 177 Rn. 81. Fischer, StGB, 70. Aufl. 2023, § 177 Rn. 29 ff. differenziert zwischen wirksamer Ablehnung und unwirksamer Zustimmung; das ist ein Missverständnis der gesetzlichen Regelung.

52 So Hoven/Weigend, „Nein heißt Nein“ – und viele Fragen offen. Zur Neugestaltung der Strafbarkeit sexueller Übergriffe, JZ 2018, 182 (187).

53 BT-Drs. 18/9097, 24; krit. Hoven/Weigend, JZ 2017, 187.

54 Vgl. auch die Kritik von Fischer, StGB, 70. Aufl. 2023, § 177 Rn. 28; Schumann, in: Nomos Kommentar zum StGB, 6. Aufl. 2023, § 177 Rn. 17.

richten.⁵⁵ Für die genauere Einschätzung der Fähigkeiten des Opfers ist gegebenenfalls sachverständige Hilfe heranzuziehen. Bei der Erheblichkeit handelt es sich jedoch um eine normative Bewertung, die Aufgabe des Richters ist.⁵⁶

Sexuelle Kontakte mit dem geschützten Personenkreis sind dann zulässig und tatbestandslos, wenn die geschützte Person ihre Zustimmung – ausdrücklich oder konkludent⁵⁷ – erklärt hat. Dieser Zustimmung muss sich der Täter versichern. Im Unterschied zu Abs.1 trifft also nicht das Opfer eine Erklärungsobliegenheit, sondern den Täter eine Aufklärungspflicht. Ambivalenzen gehen zu seinen Lasten.⁵⁸ Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll auf diese Weise dem grundgesetzlich garantierten Recht der geschützten Personen auf Sexualität Rechnung getragen werden.⁵⁹ Dieser Zielsetzung wird die Gesetzesfassung jedoch nicht gerecht.

Die Zustimmung muss nach der Vorstellung des Gesetzgebers Ausdruck ihres natürlichen Willens sein.⁶⁰ Entscheidend ist demnach das faktische Vorliegen eines Einverständnisses. Irgendwelche Willensmängel bleiben außer Betracht, weil es auf Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht ankommt. Nach dem Gesetzeswortlaut reicht aber die tatsächliche Zustimmung der geschützten Person noch nicht aus, sondern der Handelnde muss sich der Zustimmung versichern, indem er sie ausdrücklich oder konkludent einholt. Es soll nicht ausreichen, wenn die geschützte Person erst im Nachhinein erklärt, dass sie alles so gewollt habe.⁶¹ Bei einem tatsächlich vorhandenen Einverständnis ist aber die sexuelle Selbstbestimmung nicht verletzt, sondern allenfalls gefährdet. Die von der Gesetzesbegründung vorgeschlagene Berücksichtigung bei der Strafzumessung⁶² ist ein schwacher Trost. Hinzu kommt, dass nach der Vorstellung der Gesetzesbegründung

55 Vgl. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 177 Rn. 34.

56 Wenn allerdings das Vermögen des Opfers zur Selbstbestimmung nur mit sachverständiger Exploration ermittelt werden kann, liegen Probleme beim Beweis des Vorsatzes auf der Hand, s. auch *Fischer*, StGB, 70. Aufl. 2023, § 177 Rn. 35.

57 Etwa wenn die geschützte Person von sich aus aktiv wird, s. BT-Drs. 18/9097, 24. Sofern sie das sexuelle Ansinnen verweigert, greift bereits § 177 Abs. 1 StGB ein.

58 Ibid.

59 Ibid.

60 Ibid.; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 177 Rn. 37.

61 BT-Drs. 18/9097, 25; krit. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 177 Rn. 38.

62 BT-Drs. 18/9097, 25; ebenso *Hörnle*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 13. Aufl. 2023, § 177 Rn. 82.

jede einzelne Handlung konsentiert sein muss.⁶³ Ein derart formalisiertes Verfahren, welches vor jeder einzelnen sexuellen Handlung eine Anfrage verlangt, hat mit der Wirklichkeit sexueller Interaktion wenig zu tun. Es ist schlichtweg unpraktikabel. Geht man nun noch von einem Sexualpartner aus, der selbst geistig behindert ist, wird das Zustimmungserfordernis vollends unerfüllbar. Es ist zu befürchten, dass sexuelle Kontakte zwischen Menschen mit Beeinträchtigungen in entsprechenden Einrichtungen vollständig unterbunden werden, weil sich die Verantwortlichen nicht wegen Beihilfe durch Unterlassen strafbar machen wollen. Unklar ist schließlich, wie ein Angeklagter im Strafverfahren beweisen soll, dass er sich der Zustimmung des Opfers versichert hat, der möglicherweise von vornherein Schwierigkeiten mit dem Verständnis seiner eigenen Sexualität hat und dessen Fähigkeit zur Kommunikation an sich schwerwiegend beeinträchtigt ist. Die Gesetzesformulierung läuft in der Sache auf eine Beweislastumkehr hinaus, die ebenfalls den weitgehenden Ausschluss der Sexualität von Menschen mit Behinderung befürchten lässt.⁶⁴ So wird denn auch vorgeschlagen, das „Ausnutzen“ bei beiderseitigen kognitiven Beeinträchtigungen zu verneinen, denn dieses Merkmal sei nur „auf Sachverhalte zugeschnitten, in denen der Täter der betroffenen Person geistig überlegen ist“.⁶⁵ Für das Betreuungspersonal immerhin verringert sich das Strafbarkeitsrisiko, insofern Beihilfe durch Unterlassen Vorsatz im Hinblick auf einen sexuellen Übergriff voraussetzt.

V. Fazit

Das neue Strafrecht bedeutet zunächst einmal für alle eine Verbesserung, denn im Mittelpunkt steht nunmehr der eigene Wille. Wer einem sexuellen Ansinnen widerspricht, wird vom Strafrecht geschützt, ohne dass es noch auf eine Nötigung ankäme. Nach der Regelung des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB führen aber auch unsinnige Entscheidungen zur Straflosigkeit, selbst wenn sie dem wohlverstandenen Interesse der betroffenen Person noch so eindeutig zuwiderlaufen. Gerade geistig behinderte Menschen können aufgrund ihrer sozialen Abhängigkeit und ihrer erhöhten Vertrau-

63 Ibid.; krit. *Eschelbach*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl. 2020, § 177 Rn. 55: „irreal“.

64 So *Schumann*, in: *Nomos Kommentar zum StGB*, 6. Aufl. 2023, § 177 Rn. 20.

65 *Hörnle*, in: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 13. Aufl. 2023, § 177 Rn. 84.

ensseligkeit leichter von den Personen ihres gewohnten sozialen Umfelds manipuliert werden,⁶⁶ ohne dass die Tatbestandsalternative noch irgendein Korrektiv – wie etwa das Erfordernis des Missbrauchs nach § 179 StGB a.F. – bereithielte.

Auf der anderen Seite können voraussetzungsreiche und anspruchsvolle Konzepte von Autonomie ebenfalls ausschließen – nämlich alle diejenigen, die die Voraussetzungen nicht erfüllen. Es scheint so, dass Inklusion nur mit Risiken und Nebenwirkungen – die das Leben auch für alle „Normalen“ bereithält – zu haben ist. Dazu sollten Jurist:innen bei den Sozialwissenschaften nachfragen, die diese Diskurse schon seit langem führen.

⁶⁶ Vgl. *Spenner*, Die Strafbarkeit des „sexuellen Mißbrauchs“ in der Psychiatrie gem. den §§ 174 ff. StGB, 1999, 88 ff.