

Elke H. Mildenerger

Änderungen im 13. Abschnitt des StGB durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts: durchdachte Novellierung oder unsystematischer Reformeifer?

I. Einleitende Bemerkung

Das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts v. 26.01.1998¹ (6. StrRG), das seit 01.04.1998 in Kraft ist, hat den Besonderen Teil des StGB in wesentlichen Bereichen novelliert. Dieses ohne erkennbaren Grund sehr zügig durch die parlamentarischen Instanzen gebrachte Reformwerk hat sich zum Ziel gesetzt, strafrahmenbedingte Wertungswidersprüche und Ungleichgewichte zwischen den Eigentums- und Vermögensdelikten einerseits und den höchstpersönliche Rechtsgüter wie Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit und sexuelle Selbstbestimmung schützenden Strafvorschriften andererseits zu beseitigen.² Daneben wurde ein Großteil der Tatbestände des Besonderen Teils geändert, neu gefaßt oder aufgehoben. Die Änderungen im 13. Abschnitt des StGB (Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung) beschränken sich dabei im wesentlichen auf den sexuellen Mißbrauch sowie die sexuelle Nötigung und Vergewaltigung. Der sexuelle Mißbrauch in der Therapie wurde in den Schutzbereich der Sexualdelikte einbezogen. Hauptanliegen der Reformbemühungen im Sexualstrafrecht ist die überwiegend in einer Verschärfung resultierende Angleichung („Harmonisierung?“) vieler Strafrahmen an strukturell vergleichbare Eigentums- und Vermögensdelikte (insbesondere §§ 249 ff. StGB) sowie die unsystematische Umwandlung von Regelbeispielen in Qualifikationstatbestände und umgekehrt.

II. Die wichtigsten Änderungen im einzelnen

1. Neufassung³ der Tatbestände der Vergewaltigung (§ 177 StGB) und sexuellen Nötigung (§ 178 StGB)

Die Zusammenfassung der §§ 177 und 178 StGB a. F. zu einem einheitlichen Verbrechenstatbestand geht zurück auf Art. 1 Nr. 2 des 33. Strafrechtsände-

runngesetzes vom 01.07.1997⁴. Nach jahrzehntelangen Reformbemühungen schreibt dieses Gesetz erstmals die Bestrafung sexueller Gewalt in der Ehe als *Verbrechen* im Rahmen des 13. Abschnitts des StGB fest. Neben der geschlechtsneutralen Formulierung der Vorschrift und der Aufhebung der Beschränkung der Vergewaltigung auf den eigentlichen „Beischlaf“ ist der Kreis der „klassischen“ Nötigungsmittel Gewalt und Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben aufgebrochen und um das Merkmal „Ausnutzen einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist“ erweitert worden.⁵ Damit sollen Strafbarkeitslücken „in Fällen, in denen Frauen vor Schrecken starr oder aus Angst vor der Anwendung von Gewalt durch den Täter dessen sexuelle Handlungen über sich ergehen lassen“ geschlossen werden.⁶

Die neue Vorschrift wurde als Grunddelikt-Regelbeispiel-Tatbestand ausgestaltet: Abs. 1 beschreibt den Grundtatbestand der sexuellen Nötigung und enthält im Unterschied zu § 178 a. F., der Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren vorsah, eine Regelstrafandrohung von Freiheitsstrafe von einem bis zu fünfzehn Jahren. Der bis zum 04.07.1997 gültige, den eigentlichen Beischlaf in den Mittelpunkt stellende Tatbestand der Vergewaltigung wird nunmehr als *Regelbeispiel* eines benannten besonders schweren Falles der sexuellen Nötigung hervorgehoben. Weitere Regelbeispiele sind die beischlafähnlichen, vor allem mit einem Eindringen in den Körper verbundenen sexuellen Handlungen, die das Opfer besonders erniedrigen. Gemeint ist daher nicht nur das Eindringen eines Geschlechtsteils in eine Körperöffnung wie z. B. Mund, Anus u. ä. des Opfers, sondern auch ein mit Gegenständen oder sonstigen Körperteilen (Faust, Finger etc.) erfolgendes Eindringen. Der nunmehr legaldefinierte, strafrechtliche Begriff der „Vergewaltigung“ umfaßt mithin nicht mehr nur den „eigentlichen“ Beischlaf im Sinne einer Vereinigung der Geschlechtsteile verschiedengeschlechtlicher Personen, sondern auch alle *beischlafähnlichen* sexuellen

1 BGBl. I, 164.

2 S. zu den Änderungen im einzelnen Dencker/Struensee/Nelles/Stein, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998, München 1998; Hörnle, Jura 1998, 169; Kreß, NJW 1998, 633; Kundlich, JuS 1998, 468; Rengier, JuS 1998, 397; Stächlin StV 1998, 98; zu den Änderungen im Sexualstrafrecht Desecker, NStZ 1998, 1; Otto, Jura 1998, 210.

3 Eine detaillierte tabellarische Übersicht über die Änderungen der §§ 177 und 178 durch das 33. StrÄndG und das 6. StrRG gibt Nelles in: Dencker/Struensee/Nelles/Stein (FN 2), S. 71.

4 BGBl. I, 1607. Dieses Gesetz trat am 05.07.1997 in Kraft.

5 S. hierzu eingehend Mildenerger, Schutzlos – Hilflos – Widerstandsunfähig: Einige Anmerkungen zur Auslegung der Tatbestandserweiterung des § 177 StGB n. F., Münster 1998 (Reihe Münsterische Juristische Vorträge, Band 5).

6 Gesetzesentwurf der Abgeordneten Ulla Schmidt u. a., Entwurf eines ... Strafrechtsänderungsgesetzes – §§ 177 bis 179 StGB (... StrÄndG): BT-Drs. 13/7324 v. 21.03.97, S. 6.

Handlungen, sofern sie das Opfer besonders erniedrigen. Dies wird durch den dem Regelbeispiel angefügten Klammerzusatz „Vergewaltigung“ deutlich.

Die besonders schweren Fälle der sexuellen Nötigung wurden zunächst in Absatz 3 des neuen § 177 StGB geregelt, wobei Beischlaf und beischlafähnliche sexuelle Handlungen in Nr. 1, die gemeinschaftliche Tatbegehung mehrerer Personen in Nr. 2 und die körperlich schwere Mißhandlung des Opfers durch den Täter bzw. der Fall, daß der Täter das Opfer in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung bringt, in Nr. 3 vertyp wurden. Diese Regelbeispiele unterlagen einem erhöhten Strafraumen von Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren. Gleiches galt im übrigen für die Strafdrohung des § 177 Abs. 1 StGB in der vor Verabschiedung des 33. StrÄndG geltenden Fassung. Absatz 2 der neuen Vorschrift regelte die (unbenannten) minder schweren Fälle; Absatz 4 bestrafte die leichtfertige Todesverursachung, wobei hier zunächst der bereits für die leichtfertige Todesverursachung gem. § 177 Abs. 3 in der vor Verabschiedung des 33. StrÄndG gültigen Fassung geltende Strafraumen von Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren übernommen wurde.

An dieser neuen Grundstruktur der vom 05.07.97 bis 31.03.98 geltenden Fassung hat das 6. StrRG nichts geändert. Die Vorschrift ist jedoch noch einmal geringfügig modifiziert worden. § 177-aktuell enthält nunmehr ein gestaffeltes Strafraumensystem: Absatz 1 (sexuelle Nötigung) droht Freiheitsstrafe nicht unter *einem* Jahr an. Absatz 2 (vorher: Absatz 3) regelt die besonders schweren Fälle, unter die nur noch zwei Vertypungen fallen: Vergewaltigung (Nr. 1) und gemeinschaftliche Tatbegehung mehrerer Personen (Nr. 2), die mit Freiheitsstrafe nicht unter *zwei* Jahren geahndet werden. In einem neuen, Freiheitsstrafe nicht unter *drei* Jahre androhenden Qualifikationstatbestand des Absatzes 3 werden Fälle erfaßt, in denen der Täter tatqualifizierende Nötigungsmittel bei sich führt (Nr. 1, 2) oder das Opfer durch die Tat in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringt (Nr. 3). Neu ist auch der zusätzliche Qualifikationstatbestand des Absatzes 4, der Freiheitsstrafe nicht unter *fünf* Jahren für den Fall androht, daß der Täter bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet (Nr. 1) oder das Opfer körperlich schwer mißhandelt (Nr. 2 a) bzw. in die Gefahr des Todes (Nr. 2 b) bringt. Die minder schweren Fälle sind nicht mehr in Absatz 2, sondern zusammenfassend ganz am Ende der Vorschrift in einem Absatz 5 geregelt. Minder schwere Fälle des Absatzes 2 werden zwar nicht explizit genannt. Dennoch kann ein Gericht formal nicht daran gehindert werden, den besonders schweren Fall der Vergewaltigung zu einem minder schweren i. S. d. Absatzes 5 über den Umweg des Absatz 1 herunter zu schleusen.

In einem neuen § 178 ist jetzt geregelt, daß der Täter, wenn er „wenigstens“⁷ leichtfertig den Tod des Opfers verursacht, mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder jedenfalls mit Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren rechnen muß.

a. Vergewaltigung als Regelbeispiel

Hauptgrund für die Zusammenfassung zu einem einheitlichen Tatbestand war die Annahme, dadurch einen möglichst umfassenden Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung zu gewährleisten. Indes wird befürchtet, daß die Gerichte nunmehr überwiegend auf den Grundtatbestand zurückgreifen und kaum noch auf den besonders schweren Fall der Vergewaltigung erkennen; ferner, daß das Regelbeispiel nicht in den Urteilstenor aufgenommen wird, was dazu führt, daß die eigentliche Vergewaltigung fortan weder für die Kriminalstatistik erfaßbar, noch aus dem Strafregisterauszug ersichtlich ist. Auch sei mit der „Abstufung“ (Hervorhebung d. V.) der Vergewaltigung vom selbständigen Tatbestand zu einer bloßen Strafzumessungsregel ein falsches rechtspolitisches Signal gesetzt worden: Der Begriff „Vergewaltigung“ ziehe seine Eigenständigkeit aus dem hiermit einhergehenden besonders massiven Eingriff in die sexuelle Freiheit der einzelnen Person und sei im öffentlichen Bewußtsein so verfestigt, daß der unterschiedliche Unrechtsgehalt nicht aufrechterhalten werde, wenn die Vergewaltigung im Begriff der sexuellen Nötigung aufgehe.⁸

Diese Einwände gegen einen einheitlichen Tatbestand sind teilweise unberechtigt: Grundlage für die Mitteilung an das Bundeszentralregister ist die Liste der angewandten Vorschriften gem. § 260 Abs. 5 StPO, in die das Regelbeispiel auf jeden Fall aufgenommen werden müßte. Weiterhin zeigt die Entstehungsgeschichte der Vorschrift, daß diese Begehungsform durch die Aufnahme des Begriffs „Vergewaltigung“ sowohl in die Überschrift als auch in einen Klammerzusatz besonders hervorgehoben wird.⁹ Gerade aus dieser eher untypischen Vorgehensweise folgt, daß der historisch geprägte Vergewaltigungsbegriff weiterhin im Urteilstenor verwendet werden soll. Zwar ist nach heute h. A. die Aufnahme (benannter) besonders schwerer Fälle in die Urteilsformel unzulässig.¹⁰ In der Diskussion wurde allerdings die Überschrift des aktuellen § 177 außer Acht

7 Damit wird klargestellt, daß die Vorschrift auch die vorsätzliche Todesverursachung erfaßt, so daß Tateinheit mit vorsätzlichen Tötungsdelikten möglich ist; s. auch BGHSt [GS] 39, 100.

8 Lenckner, NJW 97, 2801 (2802).

9 S. BT-Drs. 13/2463, S. 7 u. BT-Drs. 13/7324, S. 6.

10 S. BGHSt. 23, 254 (256); 27, 287 (289); BGH NSStZ 84, 262 (263); Granderath, MDR 84, 988; Kleinknecht/Meyer-Großner, StPO-Kommentar, 42. Aufl., München 1995, § 260, RN 25.

gelassen. Gem. § 260 Abs. IV S. 2 StPO soll dann, wenn der Straftatbestand eine gesetzliche Überschrift hat, diese zur rechtlichen Bezeichnung der Tat verwendet werden. Das LG Berlin¹¹ hingegen vertritt die Ansicht, die Neufassung des § 177 habe zur Folge, daß auch bei einer Vergewaltigung in der Urteilsformel nur wegen sexueller Nötigung schuldig gesprochen werde, da lediglich die gesetzliche Überschrift eines *echten* Tatbestandes zur rechtlichen Bezeichnung der Tat verwendet werden dürfe, § 177 Abs. 3-neu sei jedoch eine Strafzumessungsregel. Diese Auffassung kann nicht überzeugen: Der Begriff „Straftatbestand“ in § 260 Abs. 4 S. 2 StPO bezeichnet den Gesamtstrafatbestand, und das ist nun einmal § 177 insgesamt. Konsequenterweise müßten die Gerichte sowohl bei Erfüllung des Grundtatbestandes, als auch bei Erfüllung eines Regelbeispiels eigentlich beide Begriffe verwenden. Da dies aber de facto unzutreffend wäre – eine sexuelle Nötigung ist noch keine Vergewaltigung, und eine Vergewaltigung ist eben seit der Gesetzesänderung eine gesteigerte Form der sexuellen Nötigung –, muß es zulässig sein, nur den jeweils einschlägigen Teil der gesetzlichen Überschrift in die Urteilsformel aufzunehmen. Dies muß auch im Hinblick auf § 177 Abs. 2 n. F. gelten, nicht nur, weil der Begriff „Vergewaltigung“ im öffentlichen Bewußtsein verwurzelt ist, sondern vor allem, weil die gesetzgeberische Intention ganz klar in diese Richtung weist.¹²

Auch die Rückkehr¹³ zu einem einheitlichen Tatbestand ist grundsätzlich zu begrüßen: nicht nur wird damit anerkannt, daß Vergewaltigung und beischlafähnliche Handlungen ebenso wie die „einfache“ sexuelle Nötigung sexualisierte Gewaltformen darstellen, die sich lediglich in der Art der Begehung und darin unterscheiden, daß ersteren ein erhöhter Unrechtsgehalt zukommt. Hinzu kommt, daß es letztlich keine festen Grenzen zwischen beiden Erscheinungsformen gibt. Auch besteht kein grundsätzlicher phänomenologischer, die Aufteilung in zwei verschiedene Delikte rechtfertigender Unterschied.¹⁴

Im Gegenteil: in der Differenzierung nach Art der Sexualpraktik ist eine Verharmlosung der sexuellen Nötigung angelegt.¹⁵

Die Tatsache, daß andere Formen des Eindringens bzw. sonstige, das Opfer ebenso erniedrigende Sexualhandlungen das sexuelle Selbstbestimmungsrecht ebenso wie der eigentliche Beischlaf in eklatanter Weise verletzen, wird durch die Vereinheitlichung auch nicht etwa verwischt. Denn nicht nur durch die Formulierung selbständiger Straftatbestände, sondern gerade durch die Regelbeispieltechnik wird der erhöhte Unrechtsgehalt einer Vergewaltigung gegenüber dem Grundtatbestand der sexuellen Nötigung zum Ausdruck gebracht. Die erhöhte Strafbarkeit z. B. des Einbruchs(diebstahls) gegenüber einem einfachen Diebstahl ist ja ebenfalls im öffentlichen Bewußtsein verfestigt, obwohl ersterer bis zum Inkrafttreten des 6. StrRG de iure „lediglich“ als besonders schwerer Fall des Diebstahls fungierte.

Hinzu kommt, daß die Technik der Regelbeispiele grundsätzlich eine flexiblere, dem Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Tat angemessene Strafzumessung ermöglicht. Auch wenn dies unter Umständen

11 Urteil v. 23.01.1998; s. auch die Bespr. v. Mildenerger, Neue Justiz 1998, 382.

12 So jetzt auch BGH, Beschl. v. 27.05.1998, StV 1998, 381 (382).

13 § 144 des Strafgesetzbuches für die Preussischen Staaten vom 14.04.1851 lautete: „Mit Zuchthaus ... wird bestraft, wer an einer Person des einen oder anderen Geschlechts mit Gewalt eine auf Befriedigung des Geschlechtstriebes gerichtete unzüchtige Handlung verübt, oder sie durch Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zur Duldung einer solchen unzüchtigen Handlung zwingt; ...“

14 Grundlegend hierzu Schapira, KJ 1977, 221 (227 f. m. w. N.); ferner Steinhilper, Definitions- und Entscheidungsprozesse bei sexuell motivierten Gewaltdelikten, Konstanz 1986, S. 344 f.; Henry/Beyer, MSchrKrim 1985, 340 (347); Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbe-
griff, Berlin 1993, S. 228; Gerstendörfer, Streit 1996, 104.

15 So zutreffend Schapira, KJ 1977, 221 (230). Bezeichnend ist die Bemerkung von Weber, Rechtsausschuß-Prot. 13/35, S. 23: „Ich sehe nicht ein, daß Vergewaltigung ein besonders schwerer Fall einer Busengrapscherei oder ähnliches sein soll ...“

den mit einem Verlust von Gesetzesbestimmtheit einhergeht¹⁶, so ist es andererseits doch nur mit Hilfe der Regelbeispiele gewährleistet, daß alle als besonders und gleich strafwürdig zu qualifizierenden Fälle lückenlos erfaßt werden. Ist das Regelbeispiel der Vergewaltigung gegeben, besteht die gesetzliche Vermutung dafür, daß auch insgesamt ein besonders schwerer Fall vorliegt. Will ein Gericht im Rahmen einer Gesamtwürdigung hiervon abweichen und auf den Grundtatbestand zurückgreifen, muß es dies besonders begründen. Daß diese Hürde offenbar leicht zu überwinden ist, zeigen einige der seit der Gesetzesänderung ergangenen Gerichtsurteile:

Das Landgericht Dortmund¹⁷ hatte als erwiesen angesehen, daß der nicht vorbestrafte Angeklagte u. a. im Jahre 1983 seine zum Tatzeitpunkt 13 Jahre alte Tochter vergewaltigt hatte. In dem knapp gefaßten, das Urteil aufhebenden Beschluß des BGH¹⁸ führt dieser lapidar aus:

„Obgleich die Voraussetzungen des Regelbeispiels des § 177 Abs. 3, S. 2 Nr. 1 StGB[i.d.F. 33. StrÄndG, Anm. d. V.] vorliegen, kann hier aber schon mit Rücksicht auf den inzwischen eingetretenen Zeitablauf – die Tat wurde vor etwa 15 Jahren begangen – nicht ausgeschlossen werden, daß das Landgericht einen besonders schweren Fall verneint ... hätte.“¹⁹

Damit gibt das oberste Gericht klar zu erkennen, daß bereits ein längerer Zeitraum zwischen Tatbegehung und Aburteilung ein Herabstufen vom besonders schweren zum „Normalfall“ rechtfertigen könnte. Diese Auffassung greift schon deshalb zu kurz, weil lediglich der eingetretene Zeitablauf für sich genommen kein so gewichtiger Umstand sein kann, daß er bei der Gesamtbewertung von Tat und Täter die Regelwirkung entkräften könnte: Ein Milderungsgrund *allgemeiner Art* kann die zur Typisierung des Regelbeispiels herangezogenen Gründe nicht ausräumen.²⁰ Gleiches gilt für den benannten Strafmilde-

rungsgrund des § 21 StGB in Fällen alkoholbedingt verminderter Schuldfähigkeit. Dogmatisch gesehen handelt es sich lediglich um einen fakultativen Strafmilderungsgrund, so daß die Vorschrift nicht zwingend zur Anwendung kommt. Die aus dem Alkoholgenuß resultierende Enthemmung des Täters kann die gerade die Typisierung kennzeichnende besonders massive Degradierung des Opfers zum Sexualobjekt in keiner Weise kompensieren. Der Regelstrafrahmen darf überhaupt nur dann nicht angewandt werden, wenn die Tat ihrem Unrechts- und Schuldgehalt nach im konkreten Einzelfall derart von dem vertypten Regelfall abweicht, d. h. „dem Gesamtbild der Tat gewissermaßen ihren Stempel aufdrückt“²¹, daß nur die Anwendung des normalen Strafrahmens als angemessen erscheint.²²

Auch in Fällen sexualisierter Gewalt des Beziehungspartners zeigt sich eine klare Tendenz der Gerichte, den Umstand, daß das Opfer ehemals einverständlichen Geschlechtsverkehr mit dem Täter hatte, als so gewichtigen Milderungsgrund einzustufen, der das typische Unrecht der Strafzumessungsregel beseitigen können soll.²³ Daß der Täter mit dem Opfer eine langjährige Beziehung oder Ehe führte, kann jedoch deshalb nicht als Gegenindiz angesehen werden, weil hier die Vergleichsbasis eine andere ist: Es kann nicht darauf ankommen und trifft auch nicht zu, daß die Vergewaltigung der Partnerin vom Durchschnitt der „gewöhnlich zur Beurteilung anstehenden Fälle der Vergewaltigung“ abweicht²⁴. Im Gegenteil: die Abweichung ist eher als ein um so schwerer wiegender Umstand einzustufen, weil sich sexuelle Beziehungsgewalt angesichts des ehemals positiv erlebten Körperkontaktes als besonders massiver Vertrauensbruch darstellt.²⁵ Es geht hier gerade nicht um einen unbekanntem Täter, so daß Vergleichsbasis ausschließlich Fälle der Vergewaltigung innerhalb einer formellen/informellen Lebensgemeinschaft sein können. Wenn aber intimer Kontakt ein Herabstufen vom besonders schweren zum Normalfall rechtfertigt, dann folgt daraus, daß das Regelbeispiel der Vergewaltigung jedenfalls in Fällen ehelicher sexueller Übergriffe leerläuft. Damit aber würde die gesetzgeberische Intention unterlaufen, strafrechtliche Ungleichbehandlungen im außerehelichen und im ehelichen Bereich zu korrigieren.

16 Einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG durch die Verwendung der Rechtsfigur des besonders schweren Falles hat das Bundesverfassungsgericht verneint, vgl. BVerfGE 45, 363 (371 f.).

17 S. Urteil des LG Dortmund v. 13.01.1997, Az.: Klis 76 Js 540/95 11 (IV) A 9/96.

18 S. BGH Beschl. v. 22.07.1997, bei Miebach, NSStZ 1998, 130.

19 § 177 Abs. 1 n. F. ist im Vergleich zu § 177 Abs. 1-alt ein milderer Gesetz i. S. v. § 2 Abs. 3 StGB, so daß das Revisionsgericht dessen Rückwirkung berücksichtigen muß (§ 354 a StPO), wenn nicht auszuschließen ist, daß das Instanzgericht einen besonders schweren Fall verneint und sich dies wegen der geringeren Mindeststrafe des § 177 Abs. 1 n. F. auf die Strafhöhe ausgewirkt hätte; s. hierzu BGH, Beschluß v. 21.08.97, NSStZ-RR 1997, 353 f.; BGH, Beschluß v. 09.09.98, NSStZ-RR 1998, 103 (104); § 177 Abs. 3 (33. StrÄndG) / § 177 Abs. 2-aktuell hingegen stellt kein milderes Gesetz dar, wenn auszuschließen ist, daß die Anwendung dieser Norm zu einer niedrigeren Bestrafung führen würde, s. dazu BGH, Beschluß v. 11.07.97, NSStZ-RR 1997, 353; BGH, Beschluß v. 11.07.97, NSStZ-RR 97, 354.

20 Vgl. Wessels, Maurach-FS 1972, 295 (302). Eine strafmildernde Berücksichtigung im Rahmen der Strafzumessung bleibt hiervon unberührt.

21 Wessels, Maurach-FS 1972, a. a. O.

22 So auch BGH NJW 87, 2450; StV 89, 432.

23 S. BGH, Beschl. v. 21.08.97, NSStZ-RR 1997, 353, 354; BGH, Beschl. v. 27.08.97, NSStZ-RR 1997, 354; BGH, StV 1998, 261; LG Berlin, NJ 1998, 382.

24 So aber die Argumentation des LG Berlin, 70 Js 1028/97 Kl 40/97, S. 11.

25 S. Gerstendörfer, Streit 1996, 104.

Mit Hilfe der Regelbeispieltechnik räumt die Gesetzgebung den Gerichten einen gewissen Beurteilungsspielraum ein. Die Entscheidung darüber, ob das Regelbeispiel erfüllt oder die Regelwirkung ausnahmsweise entkräftet ist, müssen die Richter und Richterinnen alleine treffen. Daraus folgt, daß nur bei einem verantwortungsvollen Umgang mit dieser Technik gewährleistet ist, daß die der Typisierung zugrunde liegenden Erwägungen nicht vorschnell aus dem Weg geräumt werden. Gerade im Bereich der Sexualdelikte birgt diese Technik die Gefahr, daß vorschnell auf den Grundtatbestand zurückgegriffen wird, weil außerrechtliche Vorstellungen und Alltagsklischees in die Beurteilung der Tat mit einfließen.²⁶

b. Ausnutzen einer hilflosen Lage

Dies zeigt sich auch daran, daß die Gerichte das Täterverhalten in vielen vor der Vergewaltigungsreform entschiedenen Fällen, in denen die Angst des (weiblichen) Tatopfers vor Gewalttätigkeiten oder sogar Todesangst die einzige Motivation war, den Sexualkontakt zu dulden, nicht als „Vergewaltigung“ im Rechtssinne gewertet haben. In diesen Ausnutzungsfällen stellt sich die Situation so dar, daß das Opfer zwar „innerlich“ nicht einverstanden ist, „äußerlich“ jedoch auf erheblichen Widerstand verzichtet. Da mit einer konsequenten Anwendung der bestehenden Strafvorschriften nicht zu rechnen war, war die Erweiterung der Nötigungsmittel seit langem überfällig. Indes ist fraglich, ob das neue Nötigungsmittel Opfern mit geringen Selbstschutzmöglichkeiten, d. h. solchen, die ihr innerliches Nichteinverständnis nicht auch nach außen manifestieren können, einen adäquaten Strafrechtsschutz bietet.

aa. Schutzloses Ausgeliefertsein

Der genaue Sinn der neuen Formulierung erschließt sich nicht unmittelbar. Aus dem der Gesetzesänderung zugrundeliegenden Entwurf geht hervor, daß sich nur strafbar machen soll, wer das Opfer zu sexuellen Handlungen zwingt, das „nur deshalb auf Widerstand verzichtet, weil es sich in einer hilflosen Lage befindet und Widerstand gegen den überlegenen Täter aussichtslos *erscheint*“²⁷. Das aber bedeutet zweierlei: zum einen muß die potentielle Gegenwehr des Opfers nicht objektiv aussichtslos sein, und zum anderen ist eine wie auch immer geartete aktive Gegenwehr des Opfers keine Voraussetzung für die Erfüllung des Tatbestandes. Es reicht aus, daß das Opfer *glaubt*, es könne dem Täter angesichts dieser Lage keinen erfolgreichen (körperlichen) Widerstand entgegensetzen. Dies entspricht den bishe-

rigen Definitionsmerkmalen der hilflosen Lage in § 237 a. F. Danach machte sich strafbar, wer eine Frau mit bestimmten Mitteln entführte, insbesondere mit einem Fahrzeug an einen anderen Ort verbrachte, und die „dadurch für sie entstandene hilflose Lage“ zum Sexualkontakt ausnutzte. Die Norm wurde gem. Art. 1 Nr. 5 des 33. StrÄndG aufgehoben mit der Begründung, ihr Anwendungsbereich werde von dem erweiterten § 177 erfaßt.²⁸ Diese Begründung ist mißverständlich formuliert, denn genau genommen erfaßt das neue Tatbestandsmerkmal nicht ausschließlich die Fälle des alten § 237. Die in dieser Vorschrift genannte hilflose Lage mußte *durch* die Entführung für das Opfer eingetreten sein, d. h. der Täter mußte für die hilflose Lage *verantwortlich* gewesen sein.²⁹ Das Verbringen an einen anderen Ort war insoweit beispielhaft für das Merkmal der *Entführung*. Der Schutzbereich des § 237 a. F. erfaßte mithin nicht den Fall, daß der Täter eine hilflose Lage ausnutzte, mit der er „nichts zu tun“ hatte.

Demgegenüber wird nunmehr bestraft, wer eine Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, zu sexuellen Handlungen ausnutzt. Schon der insoweit eindeutige Wortlaut bzw. der Wortlautvergleich zeigt, daß die Gesetzgebung den ersten Akt des § 237 a. F. (Entführen) nicht in die neue Vorschrift übernommen hat. Der Neufassung des § 177 kann nicht entnommen werden, daß auch hier die Lage, die der Täter ausnutzt, von diesem auch herbeigeführt sein muß. Im Gegenteil: die Gesetzgebung hat bewußt darauf verzichtet, lediglich die von dem Täter herbeigeführte und dadurch beherrschte Lage zu pönalisieren. Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift zeigt, daß „*insbesondere*“ die Fälle strafwürdig sein sollen, in denen der Täter das Opfer an einen anderen Ort verbringt.³⁰ Das Verbringen an einen anderen Ort ist insoweit lediglich beispielhaft für die *schutzlose Lage* des Opfers. Allein dies entspricht auch dem Sinn und Zweck der Vorschrift, das sexuelle Selbstbestimmungsrecht umfassend und effektiv zu schützen. Dann aber kann für die Strafbarkeit nicht entscheidend sein, ob der Täter das Opfer z. B. mit seinem PKW an eine abgelegene Stelle bringt, um die daraus resultierende Schutzlosigkeit zum Sexualverkehr auszunutzen oder ob er ein aus Angst widerstandsunfähiges Opfer vergewaltigt, das er zufällig in einer Lage angetroffen hat, in der es ihm schutzlos ausgeliefert ist. In beiden Fällen sind die Selbstschutzmöglichkeiten der Opfer in gleicher Weise eingeschränkt.³¹

28 S. BT-Drs. 13/2463, S. 7 u. BT-Drs. 13/7324, S. 7.

29 Dreher, StGB, 47. Aufl., München 1995, § 237, RN 5.

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

31 Unzutreffend daher Horn, in: Systematischer Kommentar zum StGB, Band II, BT, 46. Lieferung, Sept. 1998, § 177, RN 14: Die Schutzlosigkeit des Opfers müsse auf einen

26 Grundlegend zu den Vergewaltigungstereotypen in der Rechtsprechung Abel, Vergewaltigung – Stereotypen in der Rechtsprechung und empirische Befunde, Diss., Berlin 1986.

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

Damit ist freilich noch nicht geklärt, was eine hilflose Lage ist bzw. wann/in welchen Situationen das Opfer dem Täter schutzlos ausgeliefert ist. Eine schutzlose Lage soll vor allem dann vorliegen, wenn das Opfer „fremde Hilfe nicht erwarten kann, dem körperlich überlegenen Täter ausgeliefert ist und angesichts seiner hilflosen Lage eine Verteidigung für sinnlos hält“³². Hauptkriterien sind demnach: a) körperliche Überlegenheit des Täters, b) Nichterreichbarkeit fremder Hilfe und c) *Verzicht* des Opfers auf (körperliche) Gegenwehr, *weil* es Widerstand in dieser Situation (a und b) für zwecklos hält. Ein strafwürdiges Verhalten liegt jedoch nur dann vor, wenn der Geschlechtsverkehr *gegen den Willen* des Opfers erfolgt („nötigen“). Entscheidend ist mithin die weitere Feststellung, daß das Opfer dem Verlangen des Täters *nur deshalb* entspricht, *weil* es ihm schutzlos ausgeliefert ist. Die Angst des Opfers stellt die einzige Motivation dar, den ungewünschten Sexualkontakt zu dulden. Der Begriff „schutzlos ausgeliefert“ impliziert jedoch, daß das Opfer dann nicht strafrechtlich geschützt ist, wenn es zwar befürchtet, daß bei einer Weigerung Gewaltanwendungen in Aussicht stehen, wenn es sich aber dennoch in zumutbarer Weise selbst oder durch Herbeiholen von fremder Hilfe verteidigen könnte.

Defekt zurückzuführen sein, der in den Verantwortungsbereich des Täters falle.

32 Vgl. BT-Drs. 13/7324, S. 6.

bb. Sicht des Opfers?

Die Neufassung stellt die Opferperspektive nicht klar in den Vordergrund. Die Gerichte haben vielmehr anhand objektiver Kriterien festzustellen, ob das Opfer sich tatsächlich in einer Lage befand, in der es Gegenwehr für sinnlos bzw. fremde Hilfe für nicht erreichbar halten „durfte“.

Jedoch hat die Gesetzgebung durch die in Anlehnung an die Definition des Begriffs der hilflosen Lage gewählte Formulierung die Forderung nach stärkerer Berücksichtigung der Opferperspektive zumindest ansatzweise berücksichtigt: es wird nicht vorausgesetzt, daß objektiv keinerlei Hilfe Dritter zu erwarten ist, sondern es reicht ein „ungehemmter und übermächtiger Einfluß des Täters“.³³ Hieraus folgt, daß es ausreicht, wenn objektiv feststeht, daß keine hilfsbereiten Dritten in der Nähe des Tatorts anwesend waren.³⁴ Dies muß um so mehr aufgrund der Tatsache gelten, daß Dritte erfahrungsgemäß nicht ohne weiteres in einen Konflikt eingreifen, sondern gleichgültig und tatenlos mit ansehen, daß das Opfer vor ihren Augen vergewaltigt wird. Hinzu kommt, daß für den Fall einer Intervention diese meist durch indirektes Handeln (Verständigung der Polizei) erfolgt, das die

33 So die Ausführungen von Lanfermann, BT-Plenarprotokoll 13/62, S. 5332 (B).

34 Ebenso Otto, JR 1989, 340 (341) für § 237 StGB a. F.: es komme nicht darauf an, ob das Opfer (aus seiner Sicht) mit Hilfe rechnen konnte, entscheidend sei vielmehr, ob die Hilfe Außenstehender *objektiv* nicht sicher war.

konkrete Vergewaltigung nicht mehr verhindert. Es ist durchaus möglich, daß sich diese Tendenz in den letzten Jahren aufgrund der steigenden Isolierung und Anonymisierung der Gesellschaft sowie der zunehmenden Kriminalitätsfurcht in der Bevölkerung noch verstärkt hat.

Weiterhin ist es nach Wortlaut und Sinn und Zweck unerheblich, daß das Opfer nicht gewagt hat, sich zu wehren, jedenfalls dann, wenn *objektiv* feststeht, daß es der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert war. Hieraus ist nicht zu schließen, daß eine Person, die irrtümlich nicht mit der Möglichkeit rechnet, sich wehren bzw. Hilfe herbeirufen zu können, kurz: die die Schutzlosigkeit falsch einschätzt, der Einwirkung des Täters nicht ebenfalls schutzlos ausgeliefert sei. In vielen Vergewaltigungsfällen ist die Situation ja gerade dergestalt, daß die Opfer aufgrund von Angst- oder Schockzuständen gar nicht mehr in der Lage sind zu reflektieren, ob sie sich selbst helfen können bzw. ob hilfsbereite Dritte in der Nähe oder jedenfalls rechtzeitig zu erreichen sind. Zwar könnte hier argumentiert werden, daß diese Fälle vom Wortlaut her nicht erfaßt sind, denn eine Person, die z. B. nicht bemerkt, daß sie nicht allein war, sei objektiv gesehen nicht schutzlos ausgeliefert. In der Tat kann der Angeklagte einwenden, das Opfer habe um Hilfe rufen können oder die angeblich verschlossene Tür sei doch offen bzw. das Telefon erreichbar gewesen. Andererseits dürfen die im Tatbestand verwendeten Begriffe nicht isoliert betrachtet, sondern müssen zusammengelesen werden, ansonsten hätte die Gesetzgebung sich damit begnügen können zu formulieren „Lage, in der das Opfer dem Täter schutzlos ausgeliefert ist“. Hier muß berücksichtigt werden, daß eine Person, die gerade der *Einwirkung* des Täters schutzlos ausgeliefert ist, so von der von ihm ausgehenden (bedrohlichen) Wirkung eingenommen sein kann, daß dies zur Folge hat, daß sie die Umstände, in denen sie sich befindet, nicht mehr genau wahrnimmt, beispielsweise auch offensichtliche Fluchtmöglichkeiten nicht ergreift.

Unter Berücksichtigung der diese Reaktion bestätigenden Forschungen zum Opferverhalten und gerade auch der gesetzgeberischen Intention, Strafbarkeitslücken auch in Fällen, in denen Widerstand aussichtslos *erscheint* bzw. in denen das Opfer Gewaltanwendung *befürchtet*, zu schließen, sowie des gesetzgeberischen Hinweises, die jetzige Formulierung solle das strafbare Verhalten noch deutlicher zum Ausdruck bringen, muß die Auslegung auch insoweit die Sicht des Opfers einbeziehen. Das heißt, daß auch in diesen Irrtumsfällen eine hilflose Lage anzunehmen ist, wenn objektiv feststeht, daß das Opfer angesichts der Tatsituation handlungs- und wehrunfähig war.

cc. *Beweisschwierigkeiten im Vorsatzbereich*

Der subjektive Tatbestand des § 177 n. F. setzt Vorsatz voraus, wobei Eventualvorsatz genügt.³⁵ Der Täter muß erkennen, daß das Opfer seiner Einwirkung schutzlos ausgeliefert ist. Dabei ist unerheblich, wie er selbst die Lage des Opfers einschätzt; es reicht aus, daß er die Umstände (er)kennt, aus denen sich ergibt, daß die Schutz- und Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers eingeschränkt sind.³⁶ Er kann sich also nicht darauf berufen, das schutzlose Ausgeliefertsein nicht erkannt zu haben, wenn ihm zumindest bewußt war, daß das Opfer ihm alleine gegenüberstand und körperlich unterlegen war. Aus diesen Indizien kann darauf geschlossen werden, daß der Täter erkannte bzw. damit rechnen mußte, daß das Opfer nur deswegen „einverstanden“ war, weil es Widerstand angesichts seiner hilflosen Lage für aussichtslos hielt oder mit Körpergewalt rechnete, wenn es versucht hätte, sich körperlich zu verteidigen. Verfolgt er sein Ziel in dieser Situation dennoch weiter, hat er auch unter Zugrundelegung der in der Rechtsprechung vertretenen Einwilligung- oder Billigungstheorie³⁷ das geschlechtliche Verkehren *gegen den (inneren) Willen* der betroffenen Person als möglich und nicht ganz fernliegend erkannt und gebilligt und damit vorsätzlich gehandelt.

Kernproblem ist und bleibt aber, daß der Täter sich nach wie vor damit verteidigen kann, er habe angenommen, das Opfer sei unabhängig von seiner schutzlosen Lage mit dem Sexualkontakt „einverstanden“ gewesen.

Ob die Neufassung diese Schwierigkeiten des Vorsatznachweises verringert hat, ist zweifelhaft. Die Annahme eines nicht durch die Tatsituation beeinflussten „Einverständnisses“ ist eine innere Tatsache, die nur durch Rückschlüsse aus dem äußeren Tatgeschehen festgestellt werden kann.³⁸ Macht der Täter unwiderlegbar geltend, die hilflose Lage bzw. die diese begründenden Umstände zwar erkannt, aber dennoch nicht damit gerechnet zu haben, daß das Opfer nur deshalb keinen oder nur unerheblichen – nicht als *ernsthaft* erkennbaren – Widerstand leistete, weil es Angst hatte, schließt dieser Tatbestandsirrtum gem. § 16 Abs. 1 den Vorsatz aus. Über die von der Rechtsprechung immer wieder bemühte Einverständnisfiktion der „vis haud ingrata“ (nicht unwill-

35 BGH GA 56, 317 (318); Lenckner, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Aufl., München 1997, § 177, RN 7.

36 Vgl. Schönke-Schröder-Eser zu § 237 a. F., RN 17; s. auch Dessacker, NStZ 1998, I (2).

37 S. BGHSt. 38, 345; BGH JZ 81, 35; BGH NStZ 84, 19; Dreher, § 15, RN 10.

38 S. BGH NStZ 91, 400.

kommene Gewalt)³⁹ wurde dem Täter bei nur verbaler oder nur geringer körperlicher Gegenwehr des Opfers eine „geschlechtsspezifische Situationsverknüpfung“⁴⁰ zugute gehalten, die zum Vorsatzausschluß führte. Zu beachten ist jedoch, daß die neue Nötigungsvariante jetzt gerade diejenigen Fälle erfassen soll, in denen das Opfer das sexuelle Ansinnen des Täters aus Angst vor der Anwendung von Gewalt *über sich ergehen läßt*. Der Zweck der Gesetzesänderung würde in sein glatte Gegenteil verkehrt, wenn der Täter sich mit Erfolg darauf berufen könnte, er sei trotz der erkannten hilflosen Lage angesichts des fehlenden bzw. nur schwachen körperlichen Widerstandes des Opfers irrtümlich von einverständlichem, d. h. nicht nur geduldetem Geschlechtsverkehr ausgegangen.

Was die Tatbestandsebene angeht, ist die aus der Anerkennung der „vis haud ingrata“ folgende Verknüpfung von Gewalt und Widerstand im Rahmen der Gewaltalternative, die auf der subjektiven Tatseite zu fast grenzenlosen Irrtumsmöglichkeiten und -behauptungen geführt hat, für den Fall des sich in hilfloser Lage befindlichen Opfers aufgebrochen: das Merkmal erfaßt alle Fälle, in denen das Opfer seinen ablehnenden inneren Willen auf irgendeine Art und Weise – verbal oder nonverbal – zum Ausdruck gebracht hat. Insofern genügt ein klares „nein“ des Opfers, genügt selbst das Aussenden wenn auch leicht überwindbarer körperlicher Abwehrsignale. In all diesen Fällen ist das Tatbestandsmerkmal erfüllt. Was die Beweisebene angeht, hängt es vor allem im Hinblick auf einen möglichen Irrtum nach wie vor davon ab, wie die Gerichte das Verhalten des Opfers bewerten. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob es gesetzestechnisch überhaupt gelingen kann, dem vielen Judikaten zugrundeliegenden Vorverständnis vieler Richter und Richterinnen über das Sexual- und Rollenverständnis insbesondere von Frauen den Boden zu entziehen. Die Gesetzesänderung hat jedenfalls zur Folge, daß der Täter sich in der Regel dann nicht mehr erfolgreich auf einen Tatbestandsirrtum berufen kann, wenn feststeht, daß er die Schutz- und Wehrlosigkeit des Opfers in der spezifischen Tatsituation erkannt und sich der Widerstandswille des Opfers nach außen manifestiert hat. Die gegenteilige Behauptung ist in den Ausnutzungsfällen daher leichter als reine Schutzbehauptung zu enttarnen. In Fällen, in denen sich ein Widerstandswille nicht irgendwie erkennbar nach außen manifestiert hat, kommt dem Opferverhalten noch immer entscheidende Bedeutung zu.

39 S. hierzu eingehend und kritisch Sick [Fn 14], S. 172 ff. m. w. N.; Henry/Beyer, MSchrKrim 68 (1985), 340 (345); Engel, StV 1988, 505 (508).

40 Der Begriff wurde geprägt von Schorsch, Sexualstraftäter, Stuttgart 1971, S. 209, 214 f.

c. Ergebnis

Die Ausweitung der Angriffsformen kann ein Schritt in Richtung eines verbesserten Schutzes des sexuellen Selbstbestimmungsrechts vor allem von Frauen sein. Das neue Nötigungsmittel ermöglicht es insbesondere, die von §§ 177, 178 a. F. nicht erfaßte sog. „gewaltlose“ Gewalt zu erfassen. Rechtspolitisch gesehen ist es fragwürdig, warum überhaupt eine hilflose Lage verlangt wird, wenn das Opfer sexuelle Handlungen aus Angst über sich ergehen läßt und der Täter zumindest damit rechnet, das seinem Verlangen ausschließlich aus diesem Grunde entsprochen wird. Offenbar geht die Gesetzgebung hier davon aus, daß es Fälle gibt, in denen das Opfer objektiv gesehen nicht hilflos ist. Für eine umfassende Einbeziehung strafwürdiger Angriffe auf das sexuelle Selbstbestimmungsrecht kann es hierauf jedoch nicht ankommen. Die im Rahmen der sexuellen Gewaltdelikte bestehenden Beweisschwierigkeiten sind nicht beseitigt. Da freiwilliger Sexualkontakt als normale Lebensäußerung auch in hilfloser Lage des Opfers erfolgen kann, hängt die Bestrafung des Täters – ebenso wie bei den beiden anderen Angriffsformen – letztlich entscheidend von der Feststellung ab, daß die Interaktion erkennbar *gegen den Willen* des Opfers erfolgte. Zwar soll die Neufassung zum Ausdruck bringen, daß das Opfer den entgegenstehenden Willen nicht mehr durch intensive körperliche Gegenwehr manifestieren muß, um den Täter dadurch zu erhöhter Kraftentfaltung herauszufordern. Es wird insoweit jedoch immer darauf ankommen, ob das mit der Sache befaßte Gericht zu der Überzeugung gelangt, die Abwehrsignale konnten von dem Täter auch als solche erkannt werden. Das zeigt, daß ein verbesserter Schutz allein auf Gesetzebene nicht zu erreichen ist. Vielmehr muß auch auf anderer – gesellschaftspolitischer – Ebene angesetzt werden.

2. Sexueller Mißbrauch

a. Neufassung des Abs. 2 des Tatbestandes des sexuellen Mißbrauchs von Gefangenen, behördlich Verwahrten oder Kranken und Hilfsbedürftigen in Anstalten (§ 174 a StGB)

§ 174 a Abs. 2 StGB, der in seiner alten Fassung die „Insassen einer Anstalt für Kranke oder Hilfsbedürftige“ vor sexuellem Mißbrauch schützte, erstreckt seinen Schutzbereich nunmehr auf Personen, „die in einer Einrichtung für kranke oder hilfsbedürftige Menschen stationär aufgenommen“ sind. Die Neufassung des Absatzes 2 geht zurück auf Art. 1 Nr. 1 des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung vom 21.07.1997⁴¹. Dieser Entwurf wurde in der 204.

41 BT-Drs. 13/8267: Entwurf eines ... Strafrechtsänderungsgesetzes – § 174 c StGB.

Sitzung des Deutschen Bundestages am 14.11.1997 für erledigt erklärt, weil er zwischenzeitlich Eingang in das 6. Strafrechtsreformgesetz gefunden hatte.⁴² Die Vorschrift schützt (physisch oder psychisch) Kranke und Hilfsbedürftige, die sich in stationärer Behandlung in einer Einrichtung, z. B. einer Klinik oder einem Rehabilitationszentrum befinden, vor ungewollten sexuellen Handlungen bzw. Sexualkontakten, die aus einem Ausnutzen der Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit resultieren. Übergriffe auf kranke und (körper-)behinderte Menschen in der ambulanten Pflege sind nicht ausdrücklich unter Strafe gestellt. Im Gegensatz zu § 174 c, der den sexuellen Mißbrauch von *geistig oder seelisch* kranken oder behinderten Personen (in der Therapie) pönalisiert, erstreckt § 174 a den Anwendungsbereich seinem insoweit nicht einschränkenden Wortlaut nach („Einrichtung für kranke oder hilfsbedürftige Menschen“) auch auf die Behandlung *körperlicher* Leiden, denn auch physische Behinderungen stellen eine Form der Hilfsbedürftigkeit dar.

Die Neufassung ist nicht nur rein sprachlicher Art⁴³. Wäre dies der Fall, wäre die Unterbringung in einer teilstationären Einrichtung zumindest dem Wortlaut nach nach wie vor nicht erfaßt⁴⁴, und das, obwohl mittlerweile ein viel differenzierteres Unterbringungs- und Betreuungsangebot an die Stelle der früher überwiegend praktizierten Aufnahme des betroffenen Personenkreises in vollstationären Einrichtungen getreten ist, so z. B. im Bereich der Rehabilitation psychisch und geistig behinderter Menschen. Zu Recht wird darauf hingewiesen, daß die Ausnahme von Einrichtungen, in denen die Betroffenen nicht oder nur gelegentlich übernachten, aus dem Schutzbereich der Vorschrift lebensfremd wäre und einer Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen im Strafrecht Vorschub leisten würde, denn auch in teilstationären Behinderteneinrichtungen könne von einem spezifischen, die Täter schützenden Aussonderungs- und Isolationsverhältnis ausgegangen werden.⁴⁵ Sie würde außerdem dazu führen, daß durch die gesundheits- und sozialpolitisch gewollte Ausweitung und größere Inanspruchnahme teilstationärer Einrichtungen immer weniger Einrichtungsbewohner/innen vor sexueller Ausbeutung und Mißbrauch geschützt würden.

Obwohl es im Sinne einer gesetzlichen Klarstellung nahegelegen hätte, das Wort „stationär“ durch die Wörter „teil- oder vollstationär“ zu ersetzen⁴⁶, hat der Rechtsausschuß zumindest darauf hingewiesen, daß die neu implementierte Formulierung „auch teilstationäre Einrichtungen wie z. B. Werkstätten für Behinderte, beschützte Wohnstätten und Tageskliniken erfaßt.“⁴⁷ Bei der Auslegung und der Suche nach dem Willen der Gesetzgebung müssen die Gerichte auf sämtliche Gesetzesmaterialien, d. h. auch auf die Stellungnahmen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe zurückgreifen.⁴⁸

Seit der Neufassung des § 177, die als weiteres Nötigungsmittel das in sexuellen Handlungen resultierende Ausnutzen einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, unter Strafe stellt und eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr für das Grunddelikt androht, stellt sich auch die Frage des Verhältnisses dieser Vorschrift zu dem milder bestraften sexuellen Ausnutzen stationär untergebrachter kranker bzw. hilfsbedürftiger Menschen gem. § 174 a Abs. 2. Da die Situation der Opfer sich in vielen Fällen als identisch erweist – eine kranke oder hilfsbedürftige Person, die aufgrund ihrer Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit widerstandsunfähig⁴⁹ ist, ist in der Regel auch der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert –, tritt § 174 a in diesen Fällen als subsidiär zurück.

b. Einführung des Tatbestandes des sexuellen Mißbrauchs unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses (§ 174 c StGB)

Der neu eingefügte § 174 c StGB stellt den sog. „Mißbrauch in der Therapie“ unter Strafe. Die Vorschrift geht ebenfalls zurück auf den Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 21.07.1997. § 174 c schützt psychisch kranke oder behinderte Personen sowie Suchtkranke, insbesondere Alkohol- und Drogenabhängige (Absatz 1), ferner Patienten/innen, die sich psychotherapeutisch behandeln lassen (Absatz 2), gegen sexuelle Übergriffe seitens der beratenden, behandelnden bzw. betreuenden Person. Da Therapeuten aufgrund der bestehenden Macht- und Abhängigkeitsbeziehung meist nicht gewaltsam mißbrauchen müssen⁵⁰, konnten diese Übergriffe

42 S. Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses: BT/Drs. 13/8991, S. 14.

43 Ungenau SK-Horn, § 174 a, RN 1.

44 Der BGH (St 29, 16 ff.) vertrat bislang die Auffassung, daß die Unterbringung in einer teilstationären Einrichtung auch nach dem Schutzzweck des § 174 a. F. nicht ausreiche, um das für die Erfüllung des Tatbestandes erforderliche, aus der besonders intensiven räumlichen Eingliederung in die Einrichtung resultierende Abhängigkeitsverhältnis herzustellen; ebenso Schönke/Schröder-Lenckner, § 174 a, RN 10 m. w. N.

45 Degener, STREIT 1996, 103.

46 So u. a. der Gesetzesentwurf von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: BT/Drs. 13/8548 v. 24.09.97 und die Forderung des Bundesrates in seiner Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung, s. BT/Drs. 13/8267, Anlage 2.

47 S. Bericht des Rechtsausschusses: BT/Drs. 13/9064, S. 8.

48 Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1995, S. 150.

49 Gemeint ist eingeschränkte Widerstandsunfähigkeit, s. hierzu unten II.2.d.bb.

50 S. hierzu Heinz-Grimm, Sexueller Mißbrauch geistig behinderter Menschen im Spannungsfeld des Strafrechts, in: Wal-

bislang nur im Rahmen allgemeiner Tatbestände (§§ 185, 223, 240) geahndet werden, die Angriffe auf das sexuelle Selbstbestimmungsrecht nicht spezifisch erfassen.

Die (ambulante) Behandlung körperlicher Leiden fällt nicht in den Schutzbereich des § 174 c⁵¹. Dagegen sollen rein diagnostische Untersuchungen erfaßt sein.⁵² Dies kann allerdings nicht auf gynäkologische Untersuchungen zutreffen, weil sich das Arzt-Patientin-Verhältnis nach dem Wortlaut der Vorschrift nur auf die Behandlung einer *psychischen* Behinderung oder Krankheit bezieht.

Das Tatbestandsmerkmal „Betreuungsverhältnis“ ist nicht im rechtlichen Sinn zu verstehen, sondern dient dazu, rein tatsächliche Obhutsverhältnisse zu erfassen, so daß sich z. B. auch ein Busfahrer strafbar macht, der eine geistig behinderte Frau nach Hause bringt und sich dabei sexuell an ihr vergreift.⁵³ Der Täter muß „unter Mißbrauch des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses“ handeln. Entscheidend ist daher, daß er die durch das Behandlungsverhältnis begründete Vertrauensstellung bewußt als Gelegenheit zu sexuellen Kontakten mit der Patientin wahrnimmt, wobei diese sich hierauf nicht eingelassen hätte, wenn sie sich hätte frei entscheiden können. Der sich aus dem „Mißbrauch des Verhältnisses“ (anders § 174 a: „Mißbrauch der Person“) ergebende Verbotszweck – Störungsfreiheit des Behandlungsverhältnisses – hat zur Folge, daß selbst ein defektfreies Einverständnis den Tatbestand nicht entfallen läßt, selbst dann nicht, wenn die Initiative von der Patientin ausging.⁵⁴ Es reicht aus, daß der Täter seine Autorität bzw. das ihm entgegengebrachte Vertrauen mißbraucht, so daß der verletzten Person der Nachweis erspart bleibt, sie sei im konkreten Tatzeitpunkt von dem Täter abhängig gewesen. Ebensovienig ist es erforderlich, daß die sexuellen Übergriffe in den Therapieräumen oder im Rahmen konkreter Behandlungstermine erfolgen.⁵⁵ Auch reicht es aus, daß

der Täter die Therapiebeziehung pro forma beendet, bevor er die Patientin sexuell mißbraucht.⁵⁶ Die gesonderte Regelung psychotherapeutischer Behandlungsverhältnisse in Abs. 2 dient lediglich der Klarstellung, denn es könnte zweifelhaft sein, ob die Merkmale des Abs. 1 auch leichtere bzw. vorübergehende seelische Beeinträchtigungen erfassen.

Ein Verstoß gegen § 174 c kann zur Anordnung eines Berufsverbots gem. § 70 StGB führen.

Auch im Rahmen des § 174 c stellt sich die Frage des Verhältnisses dieser Vorschrift zu § 177 n. F. Auch hier gilt, daß § 174 a dann als subsidiär zurücktritt, wenn die Patientin der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist und der Therapeut oder eine andere Betreuungsperson diese Situation ausnutzt.

c. Neufassung des Tatbestandes des sexuellen Mißbrauchs von Kindern (§ 176 StGB); Einführung des Tatbestandes des schweren sexuellen Mißbrauchs von Kindern (§ 176 a StGB); Einführung des Tatbestandes des sexuellen Mißbrauchs von Kindern mit Todesfolge (§ 176 b StGB)

Das 6. StrRG hat den sexuellen Mißbrauch von Kindern neu strukturiert und die einzelnen Strafdrohungen teilweise erheblich verschärft. § 176 a. F. wurde insofern geändert, als die Absätze 3 und 4 aufgehoben und in einen neuen Qualifikationstatbestand des § 176 a eingestellt wurden. Statt wie bisher Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren für den Fall anzudrohen, daß der Täter mit dem Kind den Beischlaf vollzieht oder das Kind bei der Tat körperlich schwer mißhandelt (§ 176 Abs. 3 Nr. 1 und 2-alt), sieht § 176 a Abs. 1 Nr. 1-neu für ersteren Fall Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr und § 176 a Abs. 4 Nr. 1-neu für letzteren Fall sogar Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren vor. Dies gilt auch für den Fall, daß der Täter das Kind durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt (§ 176 a IV Nr. 2). Beide Tatvarianten des § 176 Abs. 3 a. F. galten bislang als Regelbeispiele eines besonders schweren Falles der sexuellen Nötigung von Kindern. Die leichtfertige Todesverursachung (§ 176 Abs. 4-alt) wird in einem neuen § 176 b (jetzt: „wenigstens“ leichtfertige Todesverursachung) ebenso wie die sexuelle Nötigung und Vergewaltigung mit Todesfolge mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn (statt bisher fünf) Jahren geahndet.

Die bisherigen Absätze 5 (sexuelle Handlungen ohne unmittelbaren Körperkontakt) und 6 (Versuch) des § 176 wurden Absätze 3 und 4, wobei jedoch das ursprüngliche Höchstmaß des Absatzes 3 auf fünf Jahre erhöht worden ist. In § 176 Abs. 3 Nr. 2-neu wird nunmehr allgemein auf sexuelle Handlungen

ter (Hrsg.), *Sexualität und geistige Behinderung*, Heidelberg 1996, S. 430 ff.; Noack, Schmid, *Sexuelle Gewalt gegen Menschen mit geistiger Behinderung. Eine verdrängte Realität*, Esslingen a. N. 1994; Becker-Fischer/Fischer, *Sexuelle Übergriffe in Psychotherapie und Psychiatrie*, Stuttgart 1997.

51 S. BT-Drs. 13/8267, S. 6: Eine (ebenso) tiefgreifende Einschränkung der freien Selbstbestimmung liege hier nicht vor. Der Bundesrat dagegen hatte gesetzgeberischen Handlungsbedarf auch für den Fall (ambulanter) Behandlung körperlicher Behinderungen gesehen mit der Begründung, daß auch bei einer solchen Behandlung Methoden angewandt werden könnten, die eine enge Abhängigkeit entstehen ließen, s. BT-Drs. 13/2203, S. 4.

52 So die Gegenäußerung der Bundesregierung mit der Begründung, in gesundheitsrechtlicher Sicht umfasse der Begriff „Behandlung“ auch derartige Untersuchungen, BT/Drs. 13/8267, S. 14.

53 BT-Drs. 13/8267, S. 8.

54 S. BT-Drs. 13/8267, S. 9; SK-Horn, § 174 c, RN 5.

55 S. BT-Drs. 13/8267, S. 9.

56 S. Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 13/9064, S. 8.

abgestellt, die das Kind an sich selbst vornimmt, um auch den Fall zu erfassen, daß sog. „Verbalerotiker“ das Kind per Telefon zu derartigen Manipulationen veranlassen. Der Täter muß auch nicht mehr in der Absicht handeln, sich sexuell zu erregen.⁵⁷

Der schwere sexuelle Mißbrauch von Kindern gem. § 176 a Abs. 1 ist ein Verbrechen und wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr geahndet. Die in § 176 a Abs. 1 aufgezählten Alternativen sind identisch mit den besonders schweren Fällen der Vergewaltigung und sexuellen Nötigung, wobei es sich bei ersteren jedoch nicht um Regelbeispiele, sondern um echte – allerdings milder bestrafte – Qualifikationstatbestände handelt, so daß den Gerichten hier keinerlei Beurteilungsspielraum mehr zukommt.⁵⁸ Die Vergewaltigung eines Kindes ebenso wie der sexuelle Mißbrauch Widerstandsunfähiger gem. § 179 umfaßt nur solche beischlafähnlichen Handlungen, die tatsächlich mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind. Im Gegensatz dazu erfaßt die Vergewaltigung erwachsener Personen auch alle sonstigen sexuellen Handlungen, die das Opfer besonders erniedrigen. Es ist schlicht nicht nachvollziehbar, was die Gesetzgebung dazu bewogen hat, die Vergewaltigung grundsätzlich widerstandsfähiger Erwachsener als Regelbeispiel einzustufen, sexuelle Übergriffe auf Kinder und widerstandsunfähige Erwachsene jedoch als Qualifikationstatbestand auszugestalten. Eine systematische, gut durchdachte, die Rechtsanwendung erleichternde (Teil) Reform der Sexualdelikte liegt hier jedenfalls nicht vor.

In Abs. 1 Nr. 4 wird ein neuer Qualifikationstatbestand eingeführt, der die wiederholte Begehung des sexuellen Mißbrauchs schärfer bestraft. Es ist unerheblich, ob die frühere rechtskräftige Verurteilung Täterschaft oder Teilnahme, Versuch oder Vollendung, Geld- oder Freiheitsstrafe zum Gegenstand hatte.⁵⁹

Handelt der Täter in der Absicht, die Tat zum Gegenstand einer pornographischen Schrift zu machen, droht Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren (§ 176 a Abs. 2).

Die Neufassung geht davon aus, daß das StGB das über Datennetze erfolgende Anbieten von Kindern zum sexuellen Mißbrauch hinreichend erfaßt, und zwar gem. §§ 176 a, 30 bzw. §§ 176, 111, 11 Abs. 3 (öffentliche Aufforderung zu sexuellem Mißbrauch durch Verbreiten von Datenspeichern).

57 S. Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 13/9064, S. 9.

58 S. hierzu BGH, NStZ-RR 1998, 270: Das Führen des erregten Gliedes an die Scheide des Kindes konnte aufgrund einer Gesamtwürdigung als besonders schwerer Fall i. S. d. § 176 Abs. 3 a. F. gewertet werden. Nunmehr greift lediglich der Grundtatbestand des § 176 n. F., da das Tatverhalten keinen der Qualifikationstatbestände des neuen 176 a erfüllt.

59 S. Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 13/9064, S. 10.

d. Neufassung des Tatbestandes des sexuellen Mißbrauchs widerstandsunfähiger Personen (§ 179 StGB)

aa. Die einzelnen Änderungen

Die Vorschrift ist zunächst durch Art. 1 Nr. 3 des 33. StrÄndG neu gefaßt worden: Der Begriff „schwere andere seelische Abartigkeit“ ist durch die neutralere Formulierung „schwere andere seelische Störung“ ersetzt, die Strafbarkeit auf den ehelichen Bereich ausgedehnt und der Versuch der sexuellen Mißhandlung einer widerstandsunfähigen Person insgesamt unter Strafe gestellt worden. Diese Neufassung galt vom 05.07.97 bis 31.03.98. Anschließend wurde die Norm im Hinblick auf Tatbestand und Rechtsfolge einer erneuten Überprüfung und Anpassung an andere Vorschriften unterzogen. Der im Laufe der parlamentarischen Beratungen des 6. StrRG immer lauter erhobenen Forderung nach einer Angleichung des im Vergleich zu § 177 geringeren Strafrahmens und damit der Beseitigung der hierin liegenden Diskriminierung widerstandsunfähiger Personen kam die Gesetzgebung jedoch nicht nach. Mit der Begründung, es sei

„ein schwerer und aus strafrechtlicher Sicht nicht zu rechtfertigender Systembruch, bereits die schlichte – d. h. ohne Einsatz von Nötigungsmitteln erfolgte – Vornahme einer sexuellen Handlung als Verbrechen einzustufen“⁶⁰,

ist das Mindestmaß der Strafe für den Grundtatbestand des Absatzes 1 lediglich auf Freiheitsstrafe nicht unter sechs Monaten und dessen Höchstmaß auf Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren angehoben worden. Das Merkmal „krankhafte seelische Störung“ wurde ersetzt durch den in § 174 c verwendeten Begriff „geistige oder seelische Krankheit oder Behinderung einschließlich einer Suchtkrankheit“; die Merkmale „Schwachsinn“ und „schwere andere seelische Störung“ sind weggefallen. Insgesamt gesehen orientiert sich die seit 01.04.1998 geltende Fassung hinsichtlich der Strafrahmen und der Grundtatbestände (§ 179 Abs. 1, 2 n. F.) an den strukturell vergleichbaren § 176 Abs. 1 und 2 n. F.; die als Verbrechen einzustufenden Qualifikationen (§ 179 Abs. 4, Abs. 6 n. F.) sind den neuen §§ 176 a Abs. 1, 4 und 176 b nachgebildet.

bb. Widerstandsunfähigkeit und schutzloses Ausgeliefertsein

Während es gem. § 179 ausreicht, daß der Täter das Opfer unter Ausnutzen der Widerstandsunfähigkeit *mißbraucht*, setzt § 177 voraus, daß er das Opfer unter Ausnutzen einer schutzlosen Lage zu sexuellen Handlungen *nötigt*. Im Kontext dieser Vorschrift be-

60 S. BT/Drs. 13/9064, S. 13; s. auch BT/Drs. 13/9064, S. 18.

deutet „nötigen“ nach allgemeiner Ansicht den entgegenstehenden Willen des Opfers zu beugen bzw. zu brechen, d. h. die verletzte Person zu dem von ihr nicht gewollten Sexualkontakt zu zwingen.⁶¹ Zwischen dem Merkmal der Nötigung und den Nötigungsmitteln Gewalt und Drohung besteht insofern eine logische Verknüpfung, als diese den Willensbruch bereits implizieren. Nun läßt sich aber argumentieren, daß ein logischer Zusammenhang der neuen Angriffsform mit einer Willensbeugung oder -brechung auf den ersten Blick nicht ersichtlich ist, denn wenn der Täter eine schutzlose Lage des Opfers ausnutzt, muß er für sich genommen keinen Widerstand mehr brechen, sondern lediglich die fehlende Verteidigungsmöglichkeit ausnutzen. Genau genommen bedeutet dies, daß er den entgegenstehenden Willen – sofern das Opfer überhaupt in der Lage war, einen solchen zu bilden – einfach ignoriert. Das StGB verwendet den Begriff „ausnutzen“ stets in Verbindung mit dem Begriff des Mißbrauchs. Da § 177 aktuell erstmals hiervon abweicht, ist fraglich, ob dem Nötigungsmerkmal insofern überhaupt eine eigenständige Funktion zukommt. Sollte dies nicht der Fall sein, kennzeichnet § 177 Abs. 1 Nr. 3 exakt den Zustand der Widerstandsunfähigkeit gem. § 179, d. h. der Anwendungsbereich der §§ 177 und § 179 wäre zur Gänze identisch.

Im Kontext des § 179 muß der Täter den ablehnenden Willen des Opfers nicht zweckhaft brechen. Auch hier reicht es aus, die bereits vorhandene Widerstandsunfähigkeit zu ignorieren. Der Begriff des Mißbrauchs knüpft mithin an die Vornahme sexueller Handlungen ohne Willensbruch an, weil der Täter sich einfach „nimmt, was er will“⁶². Die Rechtsprechung hat allerdings bislang die Schwelle zur Wider-

standsunfähigkeit sehr hoch angesetzt: als „widerstandsunfähig“ gilt erst, wer gegenüber dem Ansinnen des Täters nicht imstande ist, einen zur Abwehr ausreichenden Widerstandswillen zu bilden, zu äußern oder zu betätigen, wobei dies nur dann der Fall sein soll, wenn das Opfer zu jeglicher, auch nicht verbaler Abwehrhaltung unfähig ist.⁶³ Hieraus folgte bislang, daß die Betroffenen – obwohl sie sich nicht effektiv zur Wehr setzen können – aus dem Schutzbereich der §§ 177 bis 179 a. F. herausfielen.⁶⁴

Es trifft zu, daß nur sehr wenige Menschen mit behinderungsbedingten Funktionseinbußen völlig widerstandsunfähig sind. Die Bezeichnung „eingeschränkte Widerstandsfähigkeit“ beschreibt den Zustand treffender. Das hat auch die Gesetzgebung erkannt, denn die Tathandlung des Ausnutzens einer hilflosen Lage in § 177 n. F. soll neben einem verbesserten Schutz der „gesunden“ Angstopfer auch darauf abzielen, den Schutz geistig und körperlich behinderter Menschen, deren Widerstandsfähigkeit eingeschränkt ist, vor erzwungenen sexuellen Übergriffen zu verbessern.⁶⁵ Diese Ausweitung ist folgerichtig, denn es ist nicht einzusehen, warum das querschnittsgelähmte Opfer anders behandelt werden sollte als das aus Angst gelähmte Opfer, das der eigentliche Grund für die Ausweitung des Vergewaltigungstatbestandes war. Da körperliche Behinderungen und verschiedene Formen psychischer Defektzustände nicht per se die Fähigkeit zur Bildung, Äußerung oder Betätigung eines zur Abwehr ausreichenden Widerstandswillens beseitigen, ist insofern auch eine Nötigung möglich. Der Begriff der Nötigung ist weit zu fassen: er umfaßt nicht nur den Willensbruch im engeren Sinn, sondern jegliche Überwindung bzw. Mißachtung eines entgegenstehenden Willens. Sofern die betroffene Person überhaupt in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden, äußern oder artikulieren, der theoretisch zur Abwehr ausreichen könnte, „nötigt“ der Täter sie zu einem von ihr nicht gewollten sexuellen Verhalten, indem er sich ohne die klassischen Nötigungsmittel anwenden zu müssen einfach über den entgegenstehenden Willen hinwegsetzt. Der Täter ist sich ja bewußt, daß das Opfer mit seinem Verhalten nicht einverstanden ist

63 S. BGHSt. 32, 183; NStZ 81, 139; bei Holtz, MDR 91, 702; NJW 86, 77; s. auch SK-Horn, § 179, RN 5.

64 S. hierzu Degener, Streit 96, 99 ff.

65 S. Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 13/7663, S. 4. Der Ausschuß für Familie, Senioren, Frauen und Jugend hatte vorgeschlagen, dem Bundestag zu empfehlen, diesen Auslegungsgrundsatz in die amtliche Begründung des parteiübergreifenden Gesetzesentwurfs aufzunehmen sowie einen Entschließungsantrag zu formulieren. Dem ist der Rechtsausschuß jedoch nicht gefolgt mit der Begründung, bei beiden Anträgen handele es sich der Sache nach um eine Kommentierung von Gesetzestext, die üblicherweise – wie geschehen – im Ausschußbericht gegeben werde (a. a. O., S. 5).

61 Tröndle, § 177, RN 2; Lackner, StGB, Kommentar, 21. Aufl., München 1995, § 177, RN 3, 240, RN 4.

62 Nelles, STREIT 1995, 91 (100).

und das Opfer signalisiert dies auch. Dann aber liegt in diesem Handeln gegen den Willen auch eine Nötigung, ein Zwang. Daher fallen eingeschränkt widerstandsfähige Opfer aus dem Anwendungsbereich des § 179 n. F. heraus. Etwas anderes gilt jedoch für die im engeren Sinne widerstandsunfähigen Personen, d. h. solche, die – dauerhaft oder vorübergehend – bereits nicht in der Lage sind, einen Widerstandswillen im Sinne einer inneren ablehnenden Haltung zu bilden: z. B. Bewußtlose, Betäubte, Hypnotisierte, Berauschte, völlig Betrunkene oder Erschöpfte oder irreversibel hirnganisch Geschädigte. Kann aber ein (erkennbarer) Widerstandswille schon nicht gebildet werden, kann es auch nicht zu einem Handeln gegen den Willen bzw. einer Willensüberwindung kommen. Damit erhält § 179 die Funktion eines Auffangtatbestandes.⁶⁶

3. Verbreitung pornographischer Schriften: Erhöhung der Höchststrafe für Taten nach § 184 Abs. 3 und 4 StGB

Die Vorschrift regelt in den Absätzen 3 bis 7 die sog. Gewalt-, Kinder- und Sodomiepornographie. Die Höchststrafandrohung in § 184 Abs. 3-alt wurde im Hinblick auf diese Pornographieformen von einem auf drei Jahre Freiheitsstrafe angehoben. Damit soll der Strafschutz verbessert und gleichzeitig eine sachgerechtere Abstufung des Unrechtsgehalts der einzelnen Tatvarianten erreicht werden.⁶⁷ § 184 Abs. 3-neu erfaßt auch sexuelle Handlungen nach § 176 Abs. 3-neu, insbesondere solche Handlungen des Kindes ausschließlich an sich selbst.⁶⁸ Denn die Kindesmißhandlung liegt bereits darin, daß das Sexualverhalten des Kindes zum Gegenstand einer pornographischen Schrift gemacht wird.⁶⁹

Gem. § 184 Abs. 4-neu wird die banden- oder gewerbsmäßige Verbreitung kinderpornographischer Schriften, die ein tatsächliches Geschehen wiedergeben, mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren statt wie bisher mit einer Mindeststrafe von drei Monaten und einer Höchststrafe von fünf Jahren bestraft.

III. Ungleichgewicht der Strafdrohungen im „Sexualstrafrecht“

Fraglich ist, ob aus der Sicht der eingeschränkt widerstandsfähigen oder sogar wehrlosen (körperlich oder seelisch) kranken oder behinderten Menschen oder Kindern der in den Vergehenstatbeständen der §§ 174 a bis c, 176 und 179 vorgesehene Strafraumen eine schuldangemessene Bestrafung ermöglicht. In

der Tat wird sexueller Mißbrauch (in normativer Hinsicht) durchgehend geringer bestraft als die sexuelle Nötigung/Vergewaltigung. Die Nötigung „Gesunder“ ist ein Verbrechen, sie wird schärfer geahndet als erzwungene sexuelle Übergriffe auf Kranke, Widerstandsunfähige und Behinderte. Das immer wieder bemühte Argument der geringeren kriminellen Energie auf Täterseite im Falle von Mißbrauchshandlungen kann die Strafraumenunterschiede indes nicht überzeugend begründen. Diese Sichtweise blendet das Erfolgsunrecht aus, das hier darin liegt, daß das sexuelle Selbstbestimmungsrecht von Personen mit geringen bis gar keinen Selbstschutzmöglichkeiten verletzt wird. Je höher der Erfolgsunwert, um so geringer sind die Anforderungen an den Handlungsunwert⁷⁰, insbesondere dann, wenn die Betroffenen sich nicht selbst hinreichend gegen die drohende Verletzung schützen können. Wenn die Gesetzgebung – was folgerichtig war – mit Rücksicht auf die besondere Schutzbedürftigkeit den erzwungenen Sexualkontakt mit Personen, deren Willensbetätigungsfreiheit *aus Angst* eingeschränkt ist, als ebenso strafwürdig ansieht wie die sexuelle Nötigung bzw. Vergewaltigung grundsätzlich Widerstandsfähiger, dann muß gleiches erst recht für den Mißbrauch derjenigen gelten, deren Willensbildungsfreiheit aufgrund *körperlich oder seelisch bedingter Funktionseinbußen* eingeschränkt ist, denn die Selbstschutzmöglichkeiten Kranker oder Behinderter sind mindestens ebenso gering wie die der Angstopfer des § 177 Abs. 1 Nr. 3 n. F. Gleiches muß außerdem erst recht für diejenigen gelten, deren Willensbetätigungsfreiheit nicht „nur“ *eingeschränkt*, sondern *zur Gänze aufgehoben* bzw. gar nicht vorhanden ist, weil hier überhaupt keine Selbstschutzmöglichkeiten mehr vorhanden sind. Diese Ungleichbehandlung ist ein Wertungswiderspruch und verstößt außerdem gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG bzw. das verfassungsrechtlich garantierte Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG.⁷¹

De lege lata wird die Ungleichbehandlung dadurch korrigiert, daß dann, wenn es zu sexuellen Übergriffen in Behandlungsverhältnissen, im Rahmen stationärer Unterbringung oder an eingeschränkt widerstandsfähigen Personen i. S. v. § 179 kommt, das Opfer sich meistens zugleich auch in einer Lage befindet, in der es der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist. In diesen Fällen kommt allen Mißbrauchstatbeständen nur noch eine Auffangfunktion zu. Einschlägige Norm ist dann § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB-aktuell.

66 S. auch BT-Drs. 13/7663, S. 5; BT-Drs. 13/9064, S. 13.

67 Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 13/9064, S. 20.

68 Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 13/9064, S. 9.

69 So zutreffend SK-Horn, § 184, RN 66.

70 Günther, JuS 1978, 13; Rössner, Festschrift für Leferenz 1983, 527.

71 So zutreffend Degener, STREIT 96, 102.