

Dagmar Oberlies

Selbstbestimmung und Behinderung – Wertungswidersprüche im Sexualstrafrecht?¹

Im Zusammenhang mit der Neufassung des Sexualstrafrechts durch das 33. Strafrechtsänderungsgesetz vom 1. Juli 1997² forderte der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages die Bundesregierung auf, nach Ablauf von drei Jahren zu berichten, „inwieweit § 179 StGB nach der Neufassung des § 177 StGB noch einen Anwendungsbereich in der gerichtlichen Praxis findet“³.

Aufgrund dieses Beschlusses hat das Bundesministerium der Justiz die Justizverwaltungen aufgefordert, „es über alle Vorgänge, insbesondere strafgerichtliche Entscheidungen, zu unterrichten, die das Verhältnis § 177 und § 179 StGB betreffen“⁴. In der Folge dieser Anfrage wurden dem Bundesjustizministerium 15 gerichtliche Entscheidungen zur Verfügung gestellt, die als sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen bewertet wurden. (...)

Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen und Ausnutzung einer schutzlosen Lage

(...) Unstreitig scheint inzwischen, dass § 179 StGB und § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht absolut deklungsgleich sind. Obwohl richtig ist, dass ein Ausnutzen der Widerstandsunfähigkeit immer auch ein Ausnutzen einer schutzlosen Lage darstellt⁵, bleibt doch der entscheidende Unterschied, dass § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB – zusätzlich zur bloßen Ausnutzung einer schutzlosen Lage – eine *Nötigung* zu sexuellen Handlungen voraussetzt, während § 179 StGB

den Missbrauch durch Ausnutzen der Widerstandsunfähigkeit ausreichen läßt⁶.

Wichtigstes Abgrenzungskriterium ist deshalb, dass für eine Verurteilung nach § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB eine Nötigung erforderlich ist. Streitig ist, — ob diese den Einsatz der Nötigungsmittel des § 240 StGB voraussetzt⁷ bzw. mit dem Ausnutzen einer schutzlosen Lage – durch die darin enthaltene ‚konkludente Drohung‘ – bereits begrifflich eine Nötigung verbunden ist⁸ oder — ob jede zwangsweise Einwirkungen auf den Willen eines anderen ausreicht⁹, also „jegliche Überwindung bzw. Missachtung eines entgegenstehenden Willens“¹⁰.

Damit verknüpft ist die Frage, welche Personengruppe durch § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB als geschützt bzw. ungeschützt angesehen wird – und in welchen Fällen dann noch § 179 StGB als ‚Auffangtatbestand‘ eingreift:

- Unproblematisch sind Fälle, wo „eine Willensbildung des Opfers von vornherein ausgeschlossen ist“¹¹.
- Nach Renzikowski ist § 179 „auf absolute Widerstandsunfähigkeit zu beschränken. Alle anderen Fälle gehören zur sexuellen Nötigung“¹²;
- Mildenerger sieht jede Person, die „überhaupt in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden, äußern oder artikulieren, der theoretisch zu Abwehr ausreichen könnte“¹³, durch § 177 StGB geschützt. Wer dagegen in der konkreten Tatsituation einen erkennbaren Widerstandswillen nicht bilden könne, wie bewusstlose, betäub-

1 Der Beitrag ist die auszugsweise Wiedergabe einer Rechtsexpertise für das Symposium „Rechtsfragen der Prävention und Intervention gegen sexualisierte Gewalt an Mädchen und Frauen mit Behinderungen“ im September 2001 in Potsdam. Das Symposium wurde veranstaltet vom Rechtsprojekt der bundesorganisationsstelle behinderte frauen (bifos), Kassel, mit finanzieller Unterstützung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend. Ich danke sehr herzlich dem Bundesministerium der Justiz für die Überlassung der Urteile aus der Länderumfrage zu § 179 StGB, meiner Mitarbeiterin Frau Müller-Krah, für die hilfreichen Vorarbeiten sowie Dr. Elke Mildenerger, dass sie sich mit mir zusammen den Kopf zerbrochen hat.

2 BGBl I S. 1607.

3 BT-Drs. 13/7663, S.5.

4 Bericht des Bundesministeriums der Justiz zu § 179 StGB – Referat II A 2 – vom 13. März 2000, S. 6.

5 Vgl. Frommel, Monika: Zaghafte Versuche einer Reform der sexuellen Gewaltdelikte, KJ 1996, 170; ebenso Dessecker, Axel: Veränderungen im Sexualstrafrecht, NSz 1998, S. 1-6, 2.

6 Mildenerger, Elke: Schutzlos – Hilflos – Widerstandsunfähig. Eine Anmerkung zur Auslegung der Tatbestandsweiterung des § 177 StGB n.F., Münster 1998, S. 7 f., insbesondere 76; BGH NSz 2000, 141.

7 So Fischer, Thomas: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.10.1999 – 2 StR 248/99 – NSz 2000, Seite 142 – 143; Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 50. Aufl., erläutert von Thomas Fischer, München 2001, § 177 Rdn. 14; Fischer, Thomas: Sexuelle Selbstbestimmung in schutzloser Lage. Zum Anwendungsbereich des § 177, Abs. 1 Nr. 3 StGB, ZStW 112 (2000), S. 75-105, 85 f., 90 f.

8 Renzikowski, Joachim: Das Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz, NSz 1999, Seite 376 – 442 (Teil1), (380) und NSz 1999, Seite 440 – 442.

9 So BGH NSz 2000, 141.

10 Mildenerger 1998, 80.

11 Tröndle/Fischer § 179, Rdn. 10; ebenso Mildenerger 1998, 82.

12 Renzikowski, NSz 1999, 380.

13 Mildenerger 1998, 80.

te, (...) berauschte (...) Personen¹⁴, werde von § 177 StGB nicht erfasst.

- Der BGH stellt darauf ab, ob das Opfer „aus den (in § 179 I Nr. 1 StGB) genannten Gründen keinen zur Abwehr ausreichenden Willen bilden kann, wobei es genügt, dass das Opfer nur vorübergehend widerstandsunfähig, z.B. bewusstlos ist“¹⁵.

Auch wenn häufig darauf abgestellt wird, das Opfer müsse einen Willen bilden, äußern oder artikulieren¹⁶ bzw. betätigen¹⁷ können, reicht doch die Bildung eines Widerstandswillens „im Sinne einer inneren abwehrenden Haltung“¹⁸ nicht aus; umgekehrt ist aber eine ‚Artikulation‘ oder Betätigung ebenfalls nicht erforderlich. Wichtig ist, dass der Widerstandswille erkennbar¹⁹ wird. Für eine Nötigung ist entscheidend, dass „der Täter sich ja bewusst (ist), dass das Opfer mit seinem Verhalten nicht einverstanden ist, und das Opfer signalisiert das auch“²⁰.

Eine weitere Problematik zeigt sich im Umgang mit der Zustimmung behinderter Menschen zu sexuellen Handlungen. In der Begründung zum Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes 1997 heißt es, „ein Missbrauch wird ähnlich wie bei § 179 StGB nicht dadurch ausgeschlossen, dass das Opfer den sexuellen Handlungen zugestimmt hat“²¹. Heißt: trotz Einverständlichkeit soll wegen Missbrauchs bestraft werden können. Das ist zumindest missverständlich, denn selbstverständlich haben auch (geistig und körperlich) behinderte Menschen das Recht auf eine eigene Sexualität. In der Regel kommt es deshalb auch hier darauf an, dass die Handlungen gegen den Willen der Betroffenen erfolgt sind²². Für die Zustimmung muss aber wohl gelten, was auch sonst im Strafrecht gilt, dass sie nur dann beachtlich ist, wenn sie „mit vollem Verständnis für die Sachlage erteilt (wird)“²³.

Nicht eindeutig zu beantworten ist auch, ob sexuelle Handlungen aufgrund einer rechtlich unbeachtlichen Einwilligung eine Strafbarkeit nach § 179 oder § 177 nach sich ziehen.

- Frommel schlägt Fälle, in denen „die behinderte Person (...) aufgrund von Manipulationen (keinen entgegenstehenden Willen) gebildet hat“, dem § 179 StGB zu²⁴.
- Fischer will die „Willensbildung des Opfers einer normativen Bewertung im Hinblick auf ihre Wirksamkeit unterwerfen“²⁵: Fälle „unwirksamer Zustimmung“ seien Missbrauch – und nicht Nötigung²⁶.
- Lenckner/Perron wollen ebenfalls die Fälle aus dem Nötigungstatbestand des § 177 ausnehmen und dem Missbrauchstatbestand des § 179 zuordnen, „in denen das Opfer seinen Willen zwar gegenüber dem Täter artikulieren kann, dieser sich aber ohne Ausübung von Zwang durch schlichte Nichtbeachtung oder durch Täuschung darüber hinwegsetzt“²⁷.

Umgekehrt wird man sagen müssen: auch Täuschung, Manipulation und auch schlichte Nichtbeachtung beugen den Willen ... denn auch das fehlende Verständnis für die Sachlage kann „ein nicht gewolltes Verhalten aufzwingen“²⁸ und – zumal bei einem (intellektuell) überlegenen Täter – „die Schutz- und Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers in einem solchen Maße (verringern), dass es dem ungehemmten Einfluss des Täters preisgegeben ist“²⁹.

Wenn man den gesetzgeberischen Willen ernst nimmt, den Schutz geistig und körperlich behinderter Menschen verbessern zu wollen³⁰, dann wird man die Zwangswirkung (auch) an den intellektuellen und körperlichen Möglichkeiten des Opfers orientieren müssen, soweit diese auch für den Täter erkennbar waren.

Streitig ist weiter, ob im Falle des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB der Täter für die Schutzlosigkeit des Opfers ursächlich oder verantwortlich gewesen sein muss³¹, was von vornherein alle Fälle einer disponierten Schutzlosigkeit, wie z.B. Behinderungen, ausnehmen würde. Hier gestehen aber selbst die Befürworter einer solchen Abgrenzung ein, dass „dieser Vorschlag keine Stütze im Wortlaut der Vorschriften (findet)“³².

14 Mildenerger 1998, 81.

15 BGH NSStZ 2000, 140 Nr.6.

16 Mildenerger 1998, 80.

17 Lackner/Kühl: Strafrechtsgesetz mit Erläuterungen, 23. Auflage, München 1999, § 179 Rdn. 3.

18 So Mildenerger 1998, 81.

19 Mildenerger 1998, 80.

20 Mildenerger 1998, 80.

21 BT-Drs. 13/8267, 7.

22 Zutreffend Fischer ZStW 112 (2000), 100.

23 So Tröndle/Fischer zu § 228, Rdn. 2.

24 Frommel, Monika: Ohne Titel, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.): Sexualstrafrecht auf dem Prüfstand. Rechtspolitischer Dialog, Diskussionsveranstaltung am 27. Oktober 1999, Berlin, 2000, S. 11-17, 15.

25 Tröndle/Fischer § 179, Rdn. 10; ebenso Fischer ZStW 112, 91 f.

26 Tröndle/Fischer § 179, Rdn. 3; Fischer ZStW 112, 92 f.

27 Lenckner/Perron in: Schönke/Schröder: Strafrechtsgesetz, 26. Auflage (bearbeitet von Theodor Lenckner u. a.), München 2001, § 177 Rdn. 11.

28 BGH NSStZ 2000, 141.

29 BGH NSStZ 2000, 140.

30 BT-Drs. 13/7663, 5 und BGH NSStZ 2000, 141.

31 Lackner/Kühl § 177 Rdn. 6; Horn in: SK-StGB, § 177 Rdn. 14; Folkers, Susanne: Die Reform der Notzuchtstatbestände in den Jahren 1997 und 1998, NJW 2000, Seite 3317 – 3321, 3318.

32 Lackner/Kühl § 177 Rdn. 6, so auch BGH NSStZ 2000, 141 m.w.N.

Auswertung der erstinstanzlichen Urteile

In den untersuchten Urteilen spielt die Abgrenzung von § 179 StGB zu § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB keine Rolle: § 177 wird in keiner der Entscheidungen auch nur erwähnt!

Es kann deshalb auch nicht die Rede davon sein, § 179 habe in der gerichtlichen Praxis – wie vom Gesetzgeber gewollt – die Funktion eines Auffangtatbestandes gegenüber den von § 177 Abs. 1 Nr. 3 nicht erfassten Fällen. § 179 StGB scheint vielmehr für die Gerichte – trotz der Reform – weiterhin Spezialnorm für sexuelle Übergriffe gegen geistig Behinderte (und Schlafende) zu sein.

Sieben der 15 Verfahren, in denen neues Recht angewandt wurde, betreffen – überwiegend geistig – Behinderte [3, 4, 7, 8, 10, 13, 14]; in fünf Fällen schloß das Opfer bei der/den Tathandlung/en [2, 5, 6, 9, 16]; in drei Fällen waren Drogen bzw. Alkohol im Spiel [6, 11, 12]; in einem Fall war das Opfer im Zeitpunkt der Tat bewusstlos – wobei sich nicht feststellen ließ, ob dies die Folge von Schlägen des Angeklagten ins Gesicht des Opfers war [17].

Im Bereich der geistig Behinderten hat § 179 StGB erkennbar die Funktion einer Strafentschärfungsvorschrift. Einen Einfluss darauf mag auch haben, dass von den 7 Verfahren, die geistig behinderte Menschen zum Opfer hatten, nur in einem Fall das Opfer als Nebenklägerin anwaltlich vertreten war. (...)

Man wird aus der oben dargestellten Auslegung der §§ 177, 179 StGB – wie Elke Mildnerberger in Anlehnung an Theresia Degener³³ formuliert – jedenfalls schließen dürfen: „Wer ‚nein‘ sagen kann, hat den geistigen Widerstandsfähigkeitstest bestanden. Wer trotz seiner körperlichen Behinderung in der Lage ist, die Hände des Täters zur Seite zu schieben, hat den körperlichen Widerstandsfähigkeitstest bestanden“³⁴ und kann – unter Ausnutzung seiner schutzlosen Lage – genötigt werden.

Die Tatgerichte dagegen setzen Widerstandsunfähigkeit und geistige Behinderung gleich und behaupten – in Verkennung der Tragweite der Reform – eine Wehrlosigkeit infolge der Behinderungen, obwohl – manchmal im gleichen Satz – Widerstandshandlungen beschrieben werden, die die Tat ohne Zweifel zu einem Fall des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB machen müßten, würde der Wille des Gesetzgebers ernst genommen:

— „V. wehrte sich zunächst, kam jedoch schließlich dem Ansinnen des Angeklagten nach. (...) Jedoch konnte er sich infolge seiner Minderbe-
 gung nicht gegen das sexuelle Verlangen des Angeklagten wehren. [4, 4]

- Die Geschädigte sollte den Angeklagten nun mit der Hand befriedigen. *Diese konnte ihre Hand aber zurückziehen.* (...) Der Angeklagte wusste, dass die Geschädigte aufgrund ihrer geistigen Behinderung nicht in der Lage sein wird, sich ihm gegenüber zur Wehr zu setzen. [7,3]
- Dann fasste er sie in dem Bewusstsein, dass sie sich wegen ihrer geistigen Behinderung nicht wehren werde, unter der Kleidung an die Brüste und verabreichte ihr Zungenküsse. (...) Die Geschädigte, der die Handlungen des Angeklagten unangenehm waren, *wagte aus Angst nicht, sich seinem Willen zu widersetzen.* Schließlich äußerte der Angeklagte gegenüber der Geschädigten, dass er den Geschlechtsverkehr mit ihr vollziehen wolle, woraufhin die Geschädigte ihren gesamten Mut zusammennahm und dem Angeklagten eröffnete, *dass sie dies nicht wolle* (...). [8, 2]
- Zu einem nicht genau festgestellten Zeitpunkt, spätestens Anfang Mai 1998, fasste der Angeklagte erstmalig den Plan, die ihm bekannte – oben näher dargelegte – Widerstandsunfähigkeit der Zeugin auszunutzen, um sexuelle Handlungen an ihr vorzunehmen. Dabei konnte nicht abschließend geklärt werden, ob der Angeklagte – wie er angegeben hat – im Hinblick auf seinen Plan (...) die Zeugin gefragt hatte, ob sie „mit ihm gehen wol-

33 Degener, Theresia: Gleichstellung behinderter Opfer bei der strafrechtlichen Verfolgung sexualisierter Gewalttaten, STREIT 1996, Seite 99 – 103, 100.

34 Mildnerberger 1998, 80.

le“, *was diese ablehnte*. [15, 7] (...) Die Zeugin wurde hinter der Laube im Garten der Familie von dem Zeugen K. bemerkt, (...). Auf die Frage des Zeugen, was sie denn da mache, antwortete sie: „Der ... hat mich gerade gefickt“. Auf eine erneute Nachfrage (...) wiederholte die Zeugin, dass der Angeklagte sie „gefickt habe“ und fügte hinzu, dass er sie auch „in den Arsch gefickt habe“. *Sie erklärte weiter, dass ihr das nicht gefallen habe und es auch schmerzhaft gewesen sei*. (...)

Der Angeklagte entschloss sich nunmehr, einen erneuten Versuch zu unternehmen, sexuelle Handlungen an der Zeugin vorzunehmen. Er beschloss, den Umstand, dass er den Eltern der Zeugin versprochen hatte, ihre Tochter nach Hause zu bringen, zu diesem Zweck auszunutzen. Dem gemäß forderte er sie auf, mit ihm nach Hause zu gehen. *Die Zeugin äußerte sich zunächst ablehnend*. Da der Angeklagte ihr gegenüber jedoch darauf bestand, sie nach Hause zu bringen, folgte sie ihm schließlich, ohne weiter Widerstand zu leisten. Der Angeklagte brachte sie – entsprechend seinem zuvor gefassten Plan – jedoch nicht zu dem nebenan gelegenen Wohnhaus der Familie sondern ging mit ihr unmittelbar auf die andere Straßenseite in Richtung (...). Von der Straße aus führte er sie zu einer bei Dunkelheit schwer einsehbaren Kellertreppe an der Rückseite des Hauses ... Am Geländer der Kellertreppe umarmte und küsste er sie. Anschließend öffnete er ihre sowie seine Hose und führte gegen den Willen der widerstandsunfähigen Zeugin zunächst den vaginalen Geschlechtsverkehr durch. Später drehte er sie um, so dass sie mit dem Rücken zu ihm stand, und führte auch den analen Geschlechtsverkehr durch. Beim Vaginal- bzw. Analverkehr kam es zu einem Samenerguss des Angeklagten. *Dabei wusste der Angeklagte, dass die Zeugin keinen Geschlechtsverkehr wollte*, nutzte aber die ihm bekannte Unfähigkeit der Zeugin, sich dagegen zu wehren, aus, um seine sexuellen Interessen durchzusetzen. (...) Nach etwa 10 bis 15 Minuten entdeckte die Zeugin M. den Angeklagten und die Zeugin an der Kellertreppe an der Rückseite des Hauses (...) Der Angeklagte hatte zu diesem Zeitpunkt den Geschlechtsverkehr bereits beendet und *wurde von der Zeugin unter anderem als „Arschloch“ beschimpft*.“ [15, 9 f.].

Geistige Behinderung und Widerstandsunfähigkeit werden schlicht gleichgesetzt. Dies gilt auch dann, wenn durchaus Anlass bestehen könnte, auch außerhalb der Annahme einer schutzlosen Lage, den Tatbestand einer sexuellen Nötigung zu prüfen:

— „R.V. *machte* dem Angeklagten zwar *deutlich*, dass er ins Wasser wolle. Der Angeklagte ließ dies jedoch nicht gelten und drohte ihm an, dass es sonst Ärger gebe, wenn er seinem Verlangen nicht nachkam. [4, 4]

— Am (...) *zerrte* der Angeklagte den geistig und körperlich behinderten Geschädigten im Bereich des ... *gewaltsam* in eine dort befindliche öffentliche Toilettenanlage. Er zog ... in eine Toilettenkabine und verschloss die Tür, wobei er beabsichtigte, unter Ausnutzung der Widerstandsunfähigkeit mit dem Geschädigten geschlechtlich zu verkehren. Zur Ausführung des Geschlechtsverkehrs kam es nicht, da andere Besucher der Toilettenanlage auf das Geschehen in der Kabine aufmerksam wurden und sich dort durch Anklopfen an der Tür bemerkbar machten. (...) Die hinzugekommenen Zeugen fanden alsdann den zu diesem Zeitpunkt völlig entkleideten ... in der Toilettenkabine. Teile der Kleidung waren ihm *gewaltsam heruntergerissen worden*.“ [13, 6]

Die einzige Erklärung dafür, dass im letzteren Fall nicht eine versuchte Vergewaltigung nach § 177 Abs.1 Nr. 1 StGB geprüft (und bejaht!) worden ist, scheint mir darin zu liegen, dass das Opfer geistig und körperlich behindert war und die Gerichte in einem solchen Fall (reflexhaft) den § 179 StGB anwenden – unabhängig von der Rechtslage und unabhängig vom Willen des Gesetzgebers.

Im Falle geistig Behinderter handelt es sich bei § 179 StGB ganz eindeutig nicht um einen Auffang-, sondern um einen Ausweichtatbestand: Allein die Existenz des § 179 StGB scheint zu verhindern, dass Widerstandshandlungen behinderter Menschen ernst genommen und ihnen eine rechtliche Bedeutung beigemessen wird. Mag sein, dass – wogegen sich so viele verwahrt haben – der gesetzliche Tatbestand des § 179 StGB behinderte Menschen nicht per se diskriminiert³⁵ – die Auslegung durch die Gerichte tut es.

Die Problematik der dargestellten Urteile liegt aus meiner Sicht darin, dass Gerichte – ganz ähnlich wie die Täter – Willensäußerungen geistig behinderter Menschen missachten. (Geistig) behinderte Menschen zeigen ihren Widerstand anders, man muss ihn wahrnehmen *wollen*; sie haben wenig Möglichkeiten, ihren Willen *nachhaltig* deutlich zu machen und noch weniger Möglichkeiten, ihn durchzusetzen. Entscheidend für § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist nach meinem Verständnis – und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Gesetzgeber ausdrücklich den Schutz Behinderter durch Einbeziehung in den § 177 StGB verbessern wollte – aber nur, dass ein

35 Krefß, Claus: Das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechtes, NJW 1998, S. 622 – 644, 639; Schroeder, Friedrich-Christian:

Die Revolution des Sexualstrafrechts 1992-1998, JZ 1999, S. 827 – 833, 830; Renzikowski, NStZ 1999, 385.

Wille besteht, der Täter dies wahrnimmt und diesen Willen (bewusst) missachtet. Liest man die eingereichten Urteile genau, so haben in allen Fällen geistig behinderter Opfer sowohl die Täter (wie auch die Gerichte) erkannt, dass das Opfer nicht einverstanden war, diese Willensäußerung aber missachtet.

Wollte der Gesetzgeber die dargestellte Diskriminierung Behinderter nachhaltig verhindern, könnte man den Gerichten die Möglichkeit, auf § 179 StGB (mit seinem geringeren Strafraumen!) auszuweichen, durch Streichung dieser Vorschrift nehmen³⁶ oder die Anreizwirkung dadurch verringern, dass die Strafraumen einander angepasst würden³⁷. Beide Lösungen würden aus meiner Sicht allenfalls am Symptom kurieren, die systematischen Brüche im Sexualstrafrecht jedoch nicht beseitigen können.

Erforderlich ist eine solche Gesetzesänderung zur angemessenen Behandlung der hier dargestellten Fällen auch nicht, denn das Gesetz – zumal nach dem Willen des Gesetzgebers ausgelegt – ist in diesen Fällen eindeutig: die meisten – auch geistig – behinderten Menschen wehren sich, ihren Möglichkeiten entsprechend. Es bedürfte eines gewandelten Bewusstseins der Richter – geschult in speziellen Fortbildungen, die bei Gesetzesänderungen wohl obligatorisch sein müssten, da sich die Gerichte andernfalls darüber hinwegsetzen.

Da dies unwahrscheinlich ist, käme als ‚milderes Mittel‘ die Änderung des § 397 a StPO in Betracht: (geistig) behinderten Opfern muss – ebenso wie unter 16 Jährigen – zwingend eine anwaltliche Nebenklagevertretung bestellt werden (§ 397 a Abs. 1 StPO); die Verpflichtung, einen Zeugenbeistand beizuordnen (§ 68 b StPO), reicht insofern nicht aus. An der Seite der Behinderten müsste eine anwaltliche Interessenvertretung stehen, die auf die Einhaltung des Rechts Einfluss nehmen kann. Hilfreich wäre insofern auch eine Erweiterung der Verletztenrechte³⁸.

(...) Über die Fälle der sexuellen Übergriffe auf Schlafende und Bewusstlose scheint Einigkeit zu bestehen³⁹. Zwar sind Schlaf und Bewusstlosigkeit geradezu klassische Fälle der Schutzlosigkeit⁴⁰, doch soll es an der Möglichkeit eines nötigen Verhaltens fehlen, weil ein bewusstloses Opfer „keinen der Tat entgegenstehenden Willen bilden konnte und der

Angeklagte auch keinen Willen des Opfers beugte oder überwinden wollte“⁴¹. Anders als bei der Arglosigkeit wird also nicht davon ausgegangen, dass Schlafende ihren Willen, der vernünftigerweise lautet: nicht ohne Einverständnis zu sexuellen Handlungen ge-/missbraucht zu werden, „mit in den Schlaf“ nehmen⁴². Vielmehr wird als entscheidend angesehen, dass Schlaf und Bewusstlosigkeit die Fähigkeit zur Willensbildung in der konkreten Situation gänzlich beseitigen⁴³. Deshalb soll auch kein Zwang – sondern nur ein Missbrauch – darin liegen, sexuelle Handlungen an Bewusstlosen, Schlafenden oder Intoxinierten auszuführen⁴⁴.

Ich halte diese herrschende Meinung für problematisch, weil sie eine – für das alte Recht nötige, wenn gleich unrichtige – Auslegung in das reformierte Sexualstrafrecht übernimmt, wo diese Konstruktion nicht mehr erforderlich ist.

§ 179 schützt seinem Wortlaut nach nicht einfach alle – momentan – widerstandsunfähigen Personen, sondern Menschen, die wegen einer *geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung oder wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung* zum Widerstand unfähig sind. Der Begriff der tiefgreifenden Bewusstseinsstörung rekurriert auf den entsprechenden Begriff in § 20 StGB⁴⁵. Dort meint er eine – nicht krankhafte – Trübung oder Einengung des Bewusstseins⁴⁶. Dass in § 179 – abweichend von § 20 – auch

36 Dazu Helmken, Dierk: § 179 StGB – letzter Stolperstein der Vergewaltigungsreform? ZRP 1996, S. 241 – 244.

37 So z.B. Petra Bungert in ihrer schriftlichen Stellungnahme bei einer Anhörung des Behindertenbeauftragten am 2. Juli 2001 in Berlin.

38 Nelles/Oberlies: Reform der Nebenklage und anderer Verletztenrechte, Baden-Baden 1998.

39 Mildenerger 1998, 81; Tröndle/Fischer § 179 Rdn. 10; Lackner/Kühl § 179, Rdn. 4.

40 So der BGHSt 23, 119 zur Tötung Schlafender als klassischer Fall der Heimtücke.

41 BGH NSStZ 2000, 140 Nr. 6.

42 BGHSt 23, 119.

43 So Mildenerger 1998, 82; BGH NSStZ 2000, 140 Nr. 6.

44 H.M. vgl. Tröndle/Fischer § 179 Rdn. 11; Lackner/Kühl § 179, Rdn. 4; Schönke/Schröder § 179 Rdn. 6; ausführlich Fahl, Christian: Schlaf als Zustand verminderten Strafrechtsschutzes, JURA 1998, S. 456-462, 459 f.

45 Vgl. Tröndle/Fischer § 179 Rdn. 10.

46 Tröndle/Fischer, § 20 Rdn. 10.

Fälle der Handlungsunfähigkeit wie Bewusstlosigkeit, Schlaf, völlige Erschöpfung einbezogen sein sollen⁴⁷, scheint mir vor allem aus der Rechtslage vor 1998 zu erklären, die andernfalls eine problematische Schutzlücke offenbart hätte⁴⁸.

Nach der neuen Rechtslage wäre eine solche Beanspruchung des Begriffs der tiefgreifenden Bewusstseinsstörung nicht mehr erforderlich, weil es sich kaum eine schutzlosere Lage vorstellen lässt, als Schlaf, Erschöpfung oder Bewusstlosigkeit. Eine hilflose Lage liegt nämlich vor, „wenn die Schutz- und Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers in einem solchen Maße vermindert sind, dass es dem ungehemmten Einfluss des Täters preisgegeben ist“⁴⁹ und, wie Laubenthal ergänzt, „sich diesem nicht mehr aus eigener Kraft oder mit Hilfe Dritter entziehen kann“⁵⁰.

Die Problematik ergibt sich nunmehr daraus, dass darauf abgestellt wird, dass Bewusstlose/Schlafende keinen Widerstandswillen bilden können⁵¹. Wäre dies richtig, dann könnte auch die Injektion von Drogen bei einem schlafenden/bewusstlosen Menschen niemals eine Nötigung sein⁵². Dieses Ergebnis müsste befremden (eine andere Frage ist, ob eine schlafende Person *bedroht* oder *mit Gewalt* genötigt werden kann).

Richtig erscheint mir, dass ein schlafender Mensch einen Willen hat, nämlich den, im Schlaf zu nichts ‚gezwungen‘ zu sein, was er im wachen Zustand ablehnen würde. Eben dieser Wille wird gebeugt, indem er umgangen wird, in dem sicheren Wissen, dass das Opfer dem Täter im wachen Zustand nie geben würde, was er sich – gerade deshalb – im Schlaf nimmt. Auch bei einem Diebstahl oder Raub wird ja nicht angenommen, dass die schlafende Person dadurch ihren Herrschaftswillen verliere. Hier scheint die Auffassung herrschend, dass „durch vorübergehende Ausschaltung der tatsächlichen Willensfähigkeit (z.B. im Schlaf) der (latente) Herrschaftswille nicht aufgehoben (wird)“⁵³. Für den (latenten) Willen zur sexuellen Selbstbestimmung gilt nichts anderes als für den Herrschaftswillen oder die Arglosigkeit: er wird mit in den Schlaf genommen.

Hinzu kommt: Wenn es bei der Gewaltanwendung gegenüber einem Schlafenden – für die Nötigung – ausreicht, einen *erwarteten* Widerstand zu brechen⁵⁴, dann muss es bei einer Nötigung unter Ausnutzung einer schutzlosen Lage ebenfalls ausrei-

chen, dass die Ausnutzung der schutzlosen Lage dem *erwarteten* Widerstand zuvorkommen soll.

(...)

Die inhaltliche Auswertung der dem Bundesjustizministerium übersandten Urteile zeigt, dass in den meisten Fällen geistig behinderter Opfer von den Gerichten zu Unrecht eine Verurteilung nach § 179 StGB vorgenommen wurde: bei den weit überwiegenden Fällen handelt es sich um Nötigungshandlungen, die unter § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu subsumieren gewesen wären.

Auch die sexuellen Übergriffe auf schlafende bzw. bewusstlose Personen werden zu Unrecht unter § 179 StGB subsumiert (dazu oben).

Wenn dieser Auslegung gefolgt würde, dann verblieben nur sehr wenige, dafür aber evtl. sehr schwerwiegende Fälle im Anwendungsbereich des § 179 StGB. (...)

Skizze zu einer Reform der Sexualdelikte

Meines Erachtens leistet das Sexualstrafrecht – sowohl durch die Ausgestaltung seiner Normen wie durch die Auslegung, die sie finden – einem fragwürdigen Paradigma Vorschub. Dieses lautet: *Wer nicht nein sagt (oder sagen kann), sagt ja – oder doch vielleicht*. Ich halte dagegen, dass angesichts des Schutzgutes der sexuellen Selbstbestimmung ein radikaler Paradigmenwechsel im Sexualstrafrecht noch aussteht⁵⁵, hin zu einem: *wer nicht ja sagt (oder sagen kann) oder doch wenigstens vielleicht, sagt nein*.

In der Regel wird der Kern des sexuellen Selbstbestimmungsrechts als die Freiheit einer Person umschrieben, „über Ort, Zeit, Form und Partner sexueller Betätigung frei zu entscheiden“⁵⁶.

Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht umfasst aber nicht nur das ‚Wie‘ der sexuellen Betätigung, sondern – selbstverständlich und zuallererst – das ‚Ob‘. Mit anderen Worten: sexuelle Selbstbestimmung ist zuvörderst ein Recht auf *erwünschte* Sexualität. Sie ist deshalb nicht nur „Teil des allgemeinen, der Menschenwürde entspringenden Persönlichkeitsrechts“ (ebda) im Sinne von *Handlungsfreiheit*, sondern beinhaltet zugleich ein Verbot von Integritätsverletzungen, also das Verbot, eine Person ausschließlich für eigene sexuelle Zwecke zu *gebrauchen*.

Eben dieser Bereich der Integritätsverletzungen, wo Menschen zu bloßen Objekten der sexuellen Be-

47 Mildenerger 1998, 82; BGH NJW 1992, 324 f; Tröndle/Fischer § 179 Rdn. 11; Lackner/Kühl § 179, Rdn. 4; Schöнке/Schröder § 179 Rdn. 6.

48 Vgl. Fahl, Jura 1998, 459, der von einer „zu begrüßenden Ausweitung des Schutzes“ spricht.

49 BGH JZ 1999, 582 m.w.N.; Otto, Harro: Die Neufassung der §§ 177 – 179, JURA 1998, 210–215, 213.

50 Laubenthal, Klaus: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 3.11.1998 (Az.: 1 StR 521/98), JZ 1999, S. 583 – 584, 583.

51 So Mildenerger 1998, 82; ebenso BGH NStZ 2000, 140.

52 Vgl. zum Problem Fahl Jura 1998, 460.

53 Lackner/Kühl § 242 Rdn. 10; vgl. dazu auch Fahl, Jura 1998, 458 f.; BGH NJW 1985, 1911.

54 RGSt 67, 186; so auch BGHR StGB § 249 Abs. 1 Gewalt 6.

55 Vgl. Nelles, Ursula: Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung. Grundlinien einer Gesamtreform, STREIT 1995, S. 91–102 und Nelles, Ursula in Dencker/Struensee/Nelles/Stein: Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998.

56 Tröndle/Fischer Vor § 174 Rdn. 5.

dürfnisse anderer gemacht werden, erfordern den Einsatz des Strafrechts: die fehlende Fähigkeit zu sexueller *Selbstbestimmung* erlaubt nicht etwa in größerem Maße sexuelle Fremdbestimmung (so aber das Konzept des § 179 StGB im Verhältnis zu § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB), sondern erfordert gerade, dass der Schutz vor nicht gewollter Sexualität durch das Strafrecht realisiert wird. Wer keinen Willen gebildet hat, sexuelle Kontakte aufzunehmen, z.B. weil er oder sie scheinbar gar nicht in der Lage ist, einen Willen zu bilden, hat doch das Recht (und vielleicht auch den latenten Willen), nicht einfach als sexuelles Objekt gebraucht zu werden.

Wenn man diese Prämisse teilt, dann kann es nicht – wie nach dem geltenden Recht – vor allem darauf ankommen, ob ein *entgegenstehender Wille* gebildet wurde (und gebildet werden konnte), sondern nur darauf, ob ein (auch nur konkludentes) *Einverständnis* in die konkrete sexuelle Handlung vorlag. Wenn nein, handelt es sich um eine nicht gewollte, das heißt ‚erzwungene‘ sexuelle Handlung.

Eine Parallele lässt sich zu einer anderen ‚Integritätsverletzung‘ ziehen: der Organentnahme. Auch dort soll das Einverständnis bzw. dessen Gegenteil, der Widerspruch, maßgeblich sein; liegt keine Willensäußerung vor, soll der mutmaßliche Wille entscheidend sein. Erkennbar wird aus der Willenlosigkeit des Opfers durch dessen Tod kein Recht zur Fremdbestimmung hergeleitet.

Ähnlich sollte auch im Bereich der sexuellen Selbstbestimmung kein Unterschied zwischen dem geäußerten und dem mutmaßlichen Willen gemacht werden, sondern ein einheitlicher Tatbestand der sexuellen Nötigung geschaffen werden, der an das fehlende Einverständnis mit den Handlungen des Täters anknüpft. Dass dies – auch rechtlich – durchaus möglich ist, zeigt die Konstruktion des ärztlichen Heileingriffs, aber auch die Überlegungen Fischers zur normativen Bewertung der Wirksamkeit eines Einverständnisses bei Widerstandunfähigen⁵⁷.

Für die Rechtserheblichkeit des Einverständnisses könnte auf die allgemeinen – zu § 228 StGB entwickelten – Grundsätze zurückgegriffen werden. Danach ist entscheidend, ob die Zustimmung in Kenntnis des Inhalts und der Tragweite der Entscheidung erfolgt⁵⁸, so dass natürlich auch (geistig) Behinderte grundsätzlich einwilligen können. Darüber hinaus kann es noch andere rechtlich beachtliche ‚Willensmängel‘ geben. Amelung unterscheidet in einem Bei-

trag vier Formen der Missachtung rechtlich garantierter Freiheiten⁵⁹

- Zwang, wie Gewalt, Drohungen und (konkrete) Gefährdungen
- Täuschung
- Ausnutzung einer Zwangslage und
- Ausnutzen von Irrtümern

die – abgesehen von der fehlenden Einwilligungsfähigkeit – das Einverständnis unwirksam machen könnten. Anders als die bislang herrschende Meinung zu § 177 StGB, die eine ‚natürliche‘ Einwilligung ausreichen lässt und auch die mangelbehaftete Einwilligung ausreichen lässt⁶⁰, meine ich, dass die von Amelung klassifizierten Sachlagen beachtlich sein sollen – und dass auch der intellektuelle Horizont des Opfers aus Gründen des Opferschutzes Beachtung finden muss⁶¹.

Und auch für die von Fischer beschworenen Fälle „von Ambivalenz, Aggression und tabuisierten Grenzbereichen des sexuellen Verhaltens“⁶² bietet das Recht durch die Beachtlichkeit von Irrtümern auf der Täterseite ein wirksames Konstrukt an⁶³.

Ich halte eine solche Umschreibung des Tatbestandes, mit einem dann in der Tat erweiterten ‚Nötigungsbegriff‘ für sinnvoller und klarer als den Versuch, das Ausnutzen einer schutzlosen Lage zu einer Art Nötigungsmittel zu erklären⁶⁴.

Wichtig erscheint mir, dass deutlich wird: wer keinen Willen bildet, hat einen entgegenstehenden Willen, nämlich den, dass seine Integrität nicht durch Benutzung/Gebrauch für die sexuellen Bedürfnisse anderer verletzt wird. Gerade die, die nicht in der Lage sind, einen aktuellen Willen zu bilden oder zu artikulieren, haben Anspruch, dass ihr mutmaßlicher Wille durch die Rechtsordnung – auch unter Verwendung des Strafrechts, aber nicht nur und nicht zuvörderst – geschützt wird.

Ich meine auch, dass eine solche Lösung unter den Bedingungen des Bestimmtheitsgrundsatzes möglich sein muss, kennt das Recht in § 186 StGB einen Tatbestand, wo die Nichterweislichkeit zu Lasten des Täters wirkt, während bei Zweifeln über ein Einverständnis die allgemeinen Beweisregeln – einschließlich des in dubio pro reo – gelten würden.

Für eine solche Formulierung spricht schließlich auch die Wirklichkeit und die gerichtliche Praxis, die zeigt, dass die ganz überwiegende Zahl der Täter erkennt, dass sie ‚gegen den Willen‘ der Opfer handelt.

57 Tröndle/Fischer Vor § 174 Rdn. 7; § 179 Rdn. 10 und Fischer ZStW 112 (2000), 93 f.

58 Tröndle/Fischer § 228 Rdn.2.

59 Amelung, Knut: Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm, GA 1999, S. 182-203, 195 ff.

60 Fischer ZStW 112 (2000), 88 m.w.N.

61 Anders: Fischer ZStW 112 (2000), 93.

62 Fischer ZStW 112 (2000), 89.

63 Vgl. dazu Hörnle, Tatjana: Der Irrtum über das Einverständnis des Opfers bei der sexuellen Nötigung, ZStW 112 (2000), S. 356-380, 356 f.

64 Kritisch zur Ausgestaltung der Tatbestände Fischer ZStW 112 (2000), 103; Schönke/Schröder § 177 Rdn. 8; Nelles 1998, 3, 46.

Dies ist auch in den hier dargestellten Fällen des sexuellen Missbrauchs Widerstandsunfähiger deutlich nachvollziehbar.

Andere Vorschläge gehen dahin, weitere Zwangswirkungen – neben der Drohung und der Gewaltanwendung – zu typisieren; die bereits gestörte Autonomie von Menschen, die keinen Willen (mehr) bilden können, soll dann eine „vergleichbar (existentielle) Zwangslage“ ergeben, da gerade diese Menschen von der Hilfe und Respektierung ihrer Menschenwürde durch die Umgebung abhängig seien⁶⁵. Aber auch Ursula Nelles sieht die „Ausnutzung solcher Defektlagen als Quasi-Nötigung“ an.⁶⁶

Die Missbrauchstatbestände könnten dann auf die Fälle beschränkt werden, in denen das Einverständnis des Opfers rechtlich unbeachtlich sein soll, sei es, dass der Person des Opfers keine ‚freie‘ Entscheidung zugetraut wird, sei es, dass die Umstände, unter denen entschieden wird, die Freiheit der Willensentscheidung tangieren.

Dieses Konzept entspricht – mit kleinen Abweichungen – durchaus dem geltenden Recht, das an die Person des Opfers anknüpft, wenn es nach

- Alter (§§ 174, 176)
- intellektuellen Fähigkeiten (§ 179 StGB) oder
- Unreife (§ 182 Abs. 2 StGB)

differenziert. Dagegen einen situativen Ansatz wählt, wenn sexuelle Handlungen in

- Erziehungs- und Ausbildungsverhältnissen (§ 174 StGB)
 - Arbeitsverhältnissen (§ 174 StGB)
 - Bewachungs-, Betreuungs-, Beratungs- und Behandlungsverhältnissen (§§ 174 a, b und c StGB)
- untersagt werden. In all diesen Fällen soll auch ein (defektfreies) Einverständnis die Verwirklichung des Tatbestandes nicht ausschließen⁶⁷.

Meines Erachtens könnte ein solcher Missbrauchstatbestand deutlich weniger komplex gestaltet und auf seinen Grundgedanken reduziert werden.

Beide Grundtatbestände, nämlich der der sexuellen Nötigung mangels Einverständnisses und der des sexuellen Missbrauchs unter Ausnutzung der Unreife bzw. einer Betreuungsbeziehung, könnten als Vergehen ausgestaltet werden.

Um sie zu einem Verbrechen zu qualifizieren, sollte nicht – wie bei der sexuellen Nötigung – an den Einsatz von Nötigungsmitteln, sondern eher – wie schon bei § 176 a oder § 177 Abs. 2 bis 4 – an objektive Tatfolgen und die Verwendung bestimmter Tatmittel angeknüpft werden. In beiden Fällen würde die Tat zum Verbrechen, wenn

- die sexuelle Handlung u.a. in einer Penetration bestanden hat (§§ 176 Abs. 1 Nr. 1, 177 Abs. 2 Nr. 1)
- das Opfer bei der Tat verletzt wurde (§§ 176 a Abs. 2 Nr. 1)
- oder die Gefahr schwerer Schäden (auch psychischer) bzw. Todesgefahr bestanden hat (§§ 176 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 4 Nr. 2, 177 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 4 Nr. 2)
- bei der Tat eine Waffe oder ein Werkzeug eingesetzt wurde (§ 177 Abs. 3 Nr. 1 und 2 und Abs. 4 Nr. 1)
- die Tat gemeinschaftlich begangen wurde (§§ 176 Abs. 1 Nr. 2, 177 Abs. 2 Nr. 2)
- die Tat gewerbsmäßig begangen wurde (vgl. §§ 176 Abs. 2, 180, 180 a).

Die Versuchsstrafbarkeit sollte in allen Fällen erhalten bleiben; ebenso der deutlich erhöhte Strafraum, wenn es zum Tod des Opfers kommt.

Nach unten bietet auch weiterhin die Erheblichkeitsschwelle des § 184 c StGB ein Korrektiv. Die – unbenannten – minder schweren Fälle sollten dagegen abgeschafft werden: es reicht aus, den Grundtatbestand als Vergehenstatbestand auszugestalten – im übrigen aber, wenn die oben beschriebenen Folgen eingetreten sind, keine Milderungen außerhalb der Strafzumessung im allgemeinen mehr zuzulassen.

⁶⁵ Nelles, STREIT 1995, 98 f.

⁶⁶ Nelles, STREIT 1995, 98 f.

⁶⁷ Vgl. Horn in SK-StGB § 174 a Rdn. 5; § 174 b Rdn. 2, § 174 c Rdn. 5; § 179 Rdn. 14.