

Deutscher Juristinnenbund

Stellungnahme zur grundsätzlichen Notwendigkeit einer Anpassung des Sexualstrafrechts (insbesondere § 177 StGB) an die Vorgaben der Istanbul-Konvention

1. Vorgabe der „Istanbul-Konvention“: Anknüpfen an das Tatbestandsmerkmal „fehlendes Einverständnis“

Art. 3 und 8 Europäische Menschenrechtskonvention verpflichten die europäischen Vertragsstaaten, für eine effektive Strafverfolgung von Sexualstraftaten zu sorgen.¹ Eine nähere Ausgestaltung dieser Verpflichtung findet sich nun in dem von Deutschland im Jahr 2011 unterzeichneten und zur Ratifizierung anstehenden *Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt* vom 05.11.2011 (Istanbul-Konvention). Gemäß Artikel 36 sind die Vertragsstaaten gehalten sicherzustellen, dass vorsätzliches *nicht einverständliches*² sexuell bestimmtes vaginales, anales oder orales Eindringen in den Körper einer anderen Person mit einem Körperteil oder Gegenstand sowie sonstige vorsätzliche *nicht einverständliche* sexuell bestimmte Handlungen mit einer anderen Person unter Strafe gestellt werden. Artikel 36 Ziff. 2 führt hierzu aus:

„Das Einverständnis muss freiwillig als Ergebnis des freien Willens der Person, der im Zusammenhang der jeweiligen Begleitumstände beurteilt wird, erteilt werden.“

Dieser vertraglichen Verpflichtung muss die Bundesrepublik Deutschland nachkommen und die nationalen Gesetze daraufhin überprüfen, ob sie mit der Istanbul-Konvention übereinstimmen.

Der erläuternde Bericht (Explanatory Report) im Anhang der Konvention führt hierzu näher aus, dass die Vertragsparteien im Rahmen der Prüfung der Tatbestandsmerkmale die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte berücksichtigen sollten und dass sie in ihrem Strafrecht den Begriff der fehlenden freien Zustimmung zu den verschiedenen sexuellen Handlungen aufzunehmen angehalten sind.³ Ausdrücklich nimmt der erläuternde Bericht dabei die Urteilsbegründung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs M.C. gegen Bulgarien vom 4.12.2003 in Bezug. In dem Urteil unterstreicht der EGMR, dass zwar früher in zahlreichen europäischen Staaten Gewaltanwendung und körperliche Gegenwehr für eine Verurteilung wegen Vergewalti-

gung erforderlich gewesen seien, dass sich dies aber in den vergangenen Jahrzehnten gewandelt habe (Urteilsbegründung Nr. 156). Insbesondere in den Ländern des Common Law sei mittlerweile das fehlende Einverständnis des Opfers und nicht (mehr) die Gewalt konstitutives Element der Straftat. Auch der Internationale Strafgerichtshof für das frühere Jugoslawien bewerte jede sexuelle Penetration ohne das (nach den Gesamtumständen zu bewertende) freiwillige Einverständnis des Opfers als Vergewaltigung.⁴

2. Unzulänglichkeit von § 177 StGB

§ 177 StGB, der sexuelle Nötigung und Vergewaltigung unter Strafe stellt, erfüllt die Vorgabe der Kriminalisierung und Ermöglichung wirksamer *Strafverfolgung aller nicht einvernehmlichen sexuellen Handlungen*⁵ nicht. Die Tatbestandsalternativen Nr. 1 und 2 des § 177 Abs. 1 StGB erfordern die Anwendung von Gewalt oder eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. Auch die Nr. 3, Ausnutzen einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, wird der Vorgabe der Istanbul-Konvention nicht gerecht. Zwar war eine der Triebfedern für die Einführung dieser dritten Tatbestandsalternative in den 1990er Jahren die Überlegung, dass auch diejenigen Fälle von sexuellen Übergriffen strafrechtlich zu sanktionieren sind, in denen die Frau,⁶ die keinen sexuellen Kontakt wünscht, sich aus Angst vor (weiterer) Gewalt nicht zur Wehr setzt, selbst wenn ihr die Gewalt nicht unmittelbar im Kontext mit der Tat angedroht wird. Dennoch erfasst diese Tatbestandsalternative, die vor zwei Jahrzehnten im Bundestag als kleinster gemeinsamer Nenner nach langen Diskussionen beschlossen wurde, nur einen kleinen Teil der ohne Gewalt bzw. Drohung verübten Taten, so dass immer noch zahlreiche strafwürdige Konstellationen nicht als Vergewaltigung unter Strafe gestellt sind. Eine „schutzlose Lage“ ist beispielsweise anzunehmen, wenn der Tatort im Wald liegt, keine Hilfe in Sicht ist und außerdem der Täter körperlich überlegen ist, so dass eine Flucht aussichtslos erscheint, oder wenn die Tat in einem menschenleeren Gebäude bei verschlos-

1 EGMR vom 4.12.2003, M.C. versus Romania (Nr. 153).

2 offizielle englische Version: ‚non-consensual‘.

3 Explanatory Report Nr. 191.

4 EGMR vom 4.12.2003, M.C. versus Romania, Nr. 158-163.

5 Erläuternder Bericht zur Konvention, Nr. 191.

6 Hier und im Folgenden wird darauf verzichtet, jeweils die weibliche und die männliche Form zu benutzen, weil nach wie vor im Erwachsenenalter in erster Linie Frauen von sexuellen Übergriffen durch Männer bedroht sind.

sener Tür stattfindet. Auf der subjektiven Ebene muss zudem nachgewiesen werden können, dass das Opfer gerade mit Rücksicht auf diese schutzlose Lage von Widerstand absah, und dass dem Beschuldigten dies auch bewusst war.

a) Bestehende Regelungslücken

Nach derzeitiger Rechtslage wird ein umfassender Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung, wie ihn die Europäische Menschenrechtskonvention fordert, nicht erreicht. Dies zeigen verschiedene Beispiele aus der Praxis, die überwiegend nicht höchstrichterlich entschieden wurden, weil bereits im Ermittlungsverfahren eine Einstellung erfolgte:

(1) Zwischen Lebensgefährten oder Eheleuten besteht eine „Gewaltbeziehung“, wobei der gewalttätige Mann nicht täglich Gewalt anwendet, denn die gewaltbetroffene Frau erfüllt meist bereits „voraussehlend“, um Gewalt zu vermeiden, die Wünsche des anderen. Die Frau hat früher schon mehrfach geäußert, dass sie keine sexuellen Handlungen (mehr) will, worüber der Mann sich stets gewaltsam hinwegsetzte. Es kommt zum Geschlechtsverkehr, wobei die Frau weint, mit Worten widerspricht, sich aber nicht körperlich wehrt. Sie schreit nicht laut und ruft nicht um Hilfe, weil sie die Kinder schützen will und aus Scham gegenüber der Nachbarschaft im Mietshaus.

(2) Zwischen Täter und verletzter Person besteht keine Beziehung, aber der Täter ist dieser *vorab als gewaltbereit bekannt*; die verletzte Person lehnt zunächst sexuelle Handlungen ab, aber „macht mit“, um befürchteter (nicht angedrohter) Gewalt vorzubeugen (so ähnlich: Essener Fall 2012).

(3) Der Täter droht, aber *nicht mit gegenwärtiger Gefahr* – z.B. ‚ich kenne deine Eltern und weiß, wo die wohnen. Du weißt, was denen blüht, wenn du jetzt nicht still hältst...‘

(4) Der Täter droht, aber *nicht mit gegenwärtiger Gefahr* „für Leib oder Leben“: ‚wenn du nicht stillhältst, werfe ich deine Katze aus dem Fenster im 4. Stock‘.

(5) Ein langjähriges Paar hat schon länger keinen Geschlechtsverkehr mehr gehabt, sie schlafen noch im Doppelbett. Am Tattag ist der Täter angetrunken, er verlangt Sex, sie reagiert nicht. Er schiebt ihr das Nachthemd hoch, legt sich auf sie, sie sagt ‚nein‘ und weint, aber wehrt sich nicht. Sie *fürchtet, dass er ihr sonst wehtun oder Gewalt anwenden würde* und es dann trotzdem zu Geschlechtsverkehr kommen würde, weil er ihr körperlich überlegen ist. Ihre Überlegung: Ohne Gegenwehr ist es schneller vorbei, mit Gegenwehr wird er voraussichtlich auch erreichen, was er will, aber es dauert länger.

(6) Eine *ältere bettlägerige* in einem Mietshaus wohnende Frau, die sich keine Chance auf erfolgreiche körperliche Gegenwehr ausrechnet, aber nicht

widerstandsunfähig im Sinn des § 179 StGB ist, leistet keine Gegenwehr, weil sie nicht erfolgversprechend erscheint, und ruft nicht um Hilfe, weil die Situation vor der Nachbarschaft peinlich ist.

(7) BGH vom 8.11.11 (4 StR 445/11) – *Überraschungsmoment*: Der Beschuldigte wollte angeblich die Geschädigte als Modell zeichnen. Er forderte sie auf, sich mit auseinander gestellten Beinen und an der Wand abgestützten Armen mit dem Gesicht zur Wand zu stellen. Nachdem die Geschädigte dies befolgte, trat er von ihr unbemerkt hinter sie, zog ihr plötzlich und für sie völlig unerwartet die Jogginghose und den Slip herunter, drang von hinten mit seinem erigierten Penis ohne Kondom in ihre Scheide ein und führte den Geschlechtsverkehr bis zum Samenerguss durch. Er wusste, dass dies gegen den Willen des wie paralysierten Mädchens geschah. Hierbei nutzte er plangemäß den Umstand, dass beide in dem Anwesen allein waren, sowie das Überraschungsmoment aus.

(8) Der Täter droht der Ausländerin, dass er als Polizeibeamter für ihre sofortige Ausweisung und Abschiebung in ihr Heimatland, wo ihr Verfolgung droht, sorgen werde, falls sie nicht Anfassen am Busen unter dem T-Shirt duldet.

b) Kein voraussetzungsloser Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung für Erwachsene

Nach wie vor gilt sexuelles Handeln am bzw. im Körper eines Anderen ohne dessen Einverständnis als nicht sanktionswürdig. Selbst wenn eine Frau ausdrücklich sagt, dass sie keine sexuellen Handlungen wünscht, und sie sich während der Tat steif macht und weint, kann dies nach jetziger Rechtslage nicht als sexuelle Nötigung oder Vergewaltigung bestraft werden. Das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung, das von § 177 StGB geschützt werden soll, wird von unserer Rechtsordnung somit nicht als grundsätzlich schützenswert angesehen. Geschützt ist es nur dann, wenn die Person, die Inhaberin dieses Rechtsgutes ist, durch physische Gewalt gezwungen wird (Ziff. 1), ihr mit gegenwärtiger physischer Gewalt gedroht wird (Ziff. 2), oder wenn sie sich in einer Situation befindet, in der es ersichtlich zwecklos wäre, sich zu wehren (Ziff. 3). Voraussetzung für eine Strafverfolgung ist also stets, dass das Rechtsgut aktiv verteidigt wird. Die von einer Einwilligung nicht gedeckte Inanspruchnahme eines fremden Körpers zur eigenen Befriedigung wird als nicht sanktionswürdig angesehen und der Wille des Opfers für bedeutungslos erklärt.

Auch die *UN-Behindertenrechtskonvention* (UN-BRK), die in Deutschland seit März 2009 in Kraft getreten ist, verlangt eine Änderung der bestehenden Gesetzeslage im Sexualstrafrecht, die insbesondere Frauen mit Beeinträchtigungen diskrimi-

niert. Die Regelungen des Strafgesetzbuches sind im Hinblick auf Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung von Menschen mit Beeinträchtigungen nicht ausreichend. Die Erfahrungen der Fachberaterinnen gehen dahin, dass bei behinderten Frauen häufig Anklage wegen ‚sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen‘ und nicht wegen ‚Vergewaltigung‘ erhoben wird, da die Frau zwar grundsätzlich in der Lage war, einen Willen zu bilden und zu äußern, diesen infolge ihrer Beeinträchtigung jedoch nicht im Sinne einer Gegenwehr durchsetzen konnte. So werden z.B. Frauen mit Behinderung (insbesondere mit sogenannter geistiger Behinderung) als widerstandsunfähig eingestuft, obwohl sie einen Willen bilden können. Ein solches diskriminierendes Hilfskonstrukt ist lediglich deshalb erforderlich, weil nach bisherigem Recht bei Erwachsenen sexuelle Handlungen gegen den Willen grundsätzlich nicht strafbewehrt sind.⁷ Damit wird die sexualisierte Gewalt nur mit dem deutlich geringeren Strafraumen aus § 179 Abs. 1 StGB geahndet.

c) Voraussetzungloser Schutz anderer Rechtsgüter (Eigentum)

Vom Inhaber anderer Schutzgüter wie z.B. Eigentum fordert das Gesetz dagegen keine aktiven Schutzmaßnahmen. Der Schutzgüthinhaber ist nicht gezwungen, den Dieb am Gewahrsamsbruch zu hindern, damit die Rechtsordnung ein sanktionswürdiges Verhalten beim Dieb anerkennt. Die Überwindung besonderer Sicherungen oder die Anwendung von Gewalt ist nicht Tatbestandsvoraussetzung, sondern führt lediglich zu einer Strafschärfung. Das Rechtsgut sexuelle Selbstbestimmung ist damit weniger geschützt als Eigentum.

Eine vergleichbare Regelung, die bereits zur Verwirklichung des Grundtatbestands das Überwinden von zuvor durch den Schutzgüthinhaber eingerichteten Sicherungen für das Schutzgut verlangt, findet sich ansonsten nur bei § 202a StGB, dem Ausspähen von Daten: „*Wer unbefugt sich oder einem anderen Zugang zu Daten, die nicht für ihn bestimmt und die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind, unter Überwindung der Zugangssicherung verschafft...*“. Das Erfordernis der Zugangssicherung, also z.B. das Einrichten einer Firewall, ist Tatbestandsvoraussetzung, weil der Gesetzgeber davon ausgeht, dass Daten nicht per se öffentlichem Zugang entzogen werden sollen. Daher sollte der fremde Zugriff auf Daten nur strafbewehrt sein, wenn „*der Berechtigte durch die Sicherung gerade auch sein spezielles Interesse an der Geheimhaltung*“ dokumentiert.⁸ Ohne diese Sicherung kann damit von einer allgemeinen Verfügbarkeit

ausgegangen werden, und es liegt kein sanktionswürdiges Verhalten beim Eindringen in den fremden Datenbereich vor.

Ähnlich bewertet der Gesetzgeber nach derzeitiger Rechtslage das Schutzgut der sexuellen Selbstbestimmung: wenn die berechtigte Person vor oder bei einem Übergriff keine besonderen Schutzmaßnahmen ergreift (aktive Gegenwehr) bzw. eine solche Schutzmaßnahme nicht von vorneherein als untauglich erscheint, liegt keine Straftat vor.

3. Notwendige Anpassung von § 177 StGB an den Wertewandel in der modernen Gesellschaft

Es ist nicht sachgerecht, die sexuelle Selbstbestimmung auf eine Ebene mit ins Netz gestellten Daten zu stellen und sie als weniger schützenswert als das Eigentum zu behandeln. Diese Wertung des Gesetzgebers hat ihren Ursprung in tradierten Denkmustern von weiblicher Verfügbarkeit und der Irrelevanz von weiblichen Willensbekundungen. Denn aufgrund der je nach Geschlecht unterschiedlich starken Gefahr, Opfer von sexualisierter Gewalt zu werden, richtet sich § 177 StGB als Strafnorm trotz geschlechtsneutraler Formulierung nach wie vor ganz vorwiegend an Männer als Täter und Frauen als Opfer.

In Erfüllung der Istanbul-Konvention sollen die Vertragsstaaten für die Bestimmung der Strafbarkeit

⁷ Vom Missbrauch besonderer Abhängigkeitsverhältnisse (§§ 174a-c) abgesehen.

⁸ BT-Drs-16/3656, 10.

sexueller Handlungen darauf abstellen, dass es hinsichtlich der sexuellen Handlungen kein Einverständnis zwischen Täter und Opfer gibt. In der offiziellen englischsprachigen Version des erläuternden Berichtes heißt es zu Artikel 36: *“Paragraph 1 covers all forms of sexual acts which are performed on another person without her or his freely given consent and which are carried out intentionally”*.⁹ Dies entspricht den Werten einer modernen Gesellschaft, in der sich Menschen selbstbestimmt und frei aufeinander zubewegen können, ohne Angst davor haben zu müssen, dass jederzeit sanktionslos in ihr Rechtsgut auf sexuelle Selbstbestimmung eingegriffen werden kann, solange sie es nicht selbst aktiv schützen. Dieser Wertewandel hin zu einer am fehlenden Einverständnis anknüpfenden Definition von Sexualstraftaten wurde schon vor über zehn Jahren in dem bereits zitierten Urteil des EGMR aus dem Jahr 2003 festgestellt und mit zahlreichen Beispielen aus der Gesetzgebung und Rechtsanwendung in Europa belegt,¹⁰ wobei der Gerichtshof deutlich macht, dass dieser Entwicklung zu folgen sei, um die Verpflichtungen eines Staates aus der Menschenrechtskonvention zu erfüllen.¹¹

Einem möglichen Einwand, das Erfordernis der Herstellung eines Einverständnisses beschneide die freie spielerische Sexualität, wäre entgegen zu halten, dass allenfalls die Freiheit beschränkt wird, einseitig zu definieren, wie Sexualität zu funktionieren hat. Kommen zwei Personen überein, dass zu ihrem Sexualleben ein Spiel gehören soll, bei dem eine Person so tut, als habe sie keinen Spaß daran, liegt ein Einverständnis vor. Im Übrigen bestehen bei sado-masochistischen Praktiken vergleichbare Abgrenzungsprobleme bei der Feststellung des subjektiven Tatbestands auch nach heutiger Rechtslage.

Auch zwischen der öffentlichen Wahrnehmung dessen, wann ein sexueller Übergriff sanktionswürdig ist, und den Tatbestandsvoraussetzungen von § 177 StGB besteht eine erhebliche Diskrepanz. In der Gesellschaft verstehen die meisten Menschen unter sexueller Nötigung eine sexuelle Handlung gegen den Willen der anderen Person. Dies mag auch aus der Unterschriftenaktion von Terre des Femmes mit dem Ziel, § 177 StGB dahingehend zu ändern, dass der Straftatbestand der Vergewaltigung am fehlenden Einverständnis des Opfers anknüpft, abgeleitet werden, die von mittlerweile über 20.000 Personen unterstützt wird.¹² Die sich wandelnde Bewertung geschlechtsspezifischer Gewalt zeigt sich auch in der langsamen, aber stetigen aktuellen Verankerung der Sanktionierung von

gender based violence im deutschen Strafgesetzbuch wie z.B. in § 226a StGB (Verstümmelung weiblicher Genitalien) oder § 237 StGB (Zwangsheirat).

Der Gesetzgeber hingegen nimmt im geltenden Recht eine nicht mehr nachvollziehbare Differenzierung vor, die einerseits sexuelle Nötigung mittels Gewalt oder Drohung mit Lebens- oder Leibesgefahr unter Verbrechenstraftat nach § 177 StGB stellt, andererseits bei auch massiver psychischer Gewalt wie in den Beispielsfällen (3), (4) und (8) eine geringe Freiheitsstrafe ausreicht lässt, § 240 Abs. 4 StGB. Der Gesetzgeber ist gefordert, nicht nur Strafbarkeitslücken auszufüllen, sondern Rechtsnormen einem gewandelten gesellschaftlichen Selbstverständnis anzupassen und gleichwertiges Unrecht in gleicher Weise zu ahnden.

Darüber hinaus sind unter dem Gesichtspunkt der Normverdeutlichung die in der Gesellschaft zu erwartenden Effekte einer Gesetzesänderung, die eine Strafbarkeit sexueller Handlungen gegen den Willen des Opfers nicht mehr von zusätzlichen Nötigungsmitteln oder einer schutzlosen Lage abhängig macht, höchst wünschenswert. Solange die Vorschrift mit jetziger Formulierung fort gilt, wird potentiellen Straftätern signalisiert, dass das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung nicht von Grund auf und voraussetzungslos zu respektieren ist, so wie etwa das Eigentum, sondern, dass es einen gewissen Spielraum gibt, den auszureizen sich lohnen kann. Denn sie verstoßen *nur dann* gegen unsere Rechts- und damit Werteordnung, wenn sie eines der drei von der Rechtsprechung über die Jahrzehnte immer wieder unterschiedlich ausgelegten Tatbestandsmerkmale – Gewalt, qualifizierte Drohung oder Ausnutzen einer schutzlosen Lage – erfüllen. Es ist zu erwarten, dass eine Gesetzesänderung im von der Istanbul-Konvention geforderten Sinne in der Bevölkerung ähnliche Effekte haben wird, wie die vor zwei Jahrzehnten eingeführte, damals heftig umstrittene Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe, deren Angemessenheit heutzutage selbstverständlich nicht mehr hinterfragt wird.

4. Schwere der Rechtsgutverletzung auch bei „gewaltfreiem“ Handeln

Der Täter bemächtigt sich bei der Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts eines elementaren Rechtsguts, wobei die Verletzung körperlich erlebt wird und – auch wenn keinerlei Gewalt im Spiel ist – meist schwerwiegende und häufig langanhaltende

9 Erläuternder Bericht Nr. 189.

10 EGMR a.a.O. Nrn. 88-108, 126-147.

11 EGMR a.a.O. Nr. 162, 166.

12 <http://www.frauenrechte.de/online/index.php/themen-und-aktionen/haeusliche-und-sexualisierte-gewalt/aktuelles/1336-unterschriftenaktion-vergewaltigung-schluss-mit-der-straflosigkeit>, Zugriff: 13.04.2014.

somatische und psychische Folgen zeitigt.¹³ Diese sind mit erheblichen Folgekosten für das Gemeinwesen verbunden.¹⁴ Die Verletzung des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung für sich genommen ist, auch ohne Anwendung von Nötigungsmitteln, in einer Weise schützenswert, dass sie im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe geahndet werden muss.

Eine Ausweitung des Straftatbestands auf nicht strafwürdige Verhaltensweisen ist nicht zu besorgen. Werbende Handlungen, die im Vorfeld möglicherweise ausgeführt und als nicht strafwürdig angesehen werden, wie Streicheln der Arme oder der bekleideten Brust, erfüllen bereits deswegen den Tatbestand nicht, weil diese Handlungen – wie auch jetzt schon – nicht eine „sexuelle Handlung von einiger Erheblichkeit“ im Sinne von § 184 g StGB erfüllen. Zum anderen ist auf die gewandelte Werteordnung zu verweisen, wonach heute, anders als zu früherer Zeit, das Rechtsgut der freien sexuellen Selbstbestimmung in seinem Rang als Schutzgut aufgewertet wurde und es nicht mehr zeitgemäß ist, es nur unter bestimmten Voraussetzungen zu schützen.

Gewaltanwendung ist dann, wie bei anderen Rechtsgutverletzungen auch, als besonders schwerer Fall oder Qualifikation zu werten. Wird Gewalt oder ein anderes Nötigungsmittel eingesetzt, ist dies selbstverständlich weiterhin als Verbrechen zu qualifizieren.

5. Folgen für die Praxis

a) Beweisführung

Es ist nicht zu erwarten, dass nach einer den Vorgaben der Istanbul-Konvention entsprechenden Gesetzesänderung, also einem Anknüpfen an das fehlende Einverständnis des Opfers, die Beweisführung bei Sexualdelikten für die Praxis leichter oder schwerer würde. Dies zeigen bereits die Erfahrungen, die in an-

deren europäischen Ländern gemacht wurden, welche konventionskonform das Vorliegen einer Sexualstraftat vom fehlenden Einverständnis des Opfers abhängig machen.¹⁵ Es wird, wie bereits auch jetzt schon, weiterhin entscheidend auf die Qualität der Aussage der Beteiligten ankommen, da auch nach heutiger Gesetzeslage außer in Fällen schwerer Gewaltanwendung in der Regel keine eindeutigen Spuren vorhanden sind. Ob das Leisten von Gegenwehr und gegebenenfalls spurenlose Gewaltanwendung festzustellen sind, oder ob festzustellen ist, ob das Opfer den sexuellen Handlungen nicht zustimmte und dies für den Täter erkennbar war, sind Beweisfragen, die im Rahmen einer Aussage-gegen-Aussage-Konstellation mit dem über lange Jahre von der Praxis entwickelten richterlichen Handwerkzeug zu prüfen sind. Es wird weiterhin das Opfer und sein Verhalten im Mittelpunkt der Beweisaufnahme stehen, da sein Verhalten einen maßgeblichen Teil der Gesamtumstände bildet, die laut Konvention zur Überprüfung des entgegenstehenden Willens heran zu ziehen und zu würdigen sind.

Vermieden würde mit einer Gesetzesänderung allerdings – jedenfalls in den Fällen, in denen die sexuelle Handlung eingeräumt, aber als einvernehmlich dargestellt wird – das Ausufer von typischen, entwürdigenden Situationen für die von sexuellen Übergriffen Betroffenen, in denen beispielsweise penibel danach gefragt wird, mit welcher Kraftentfaltung die Beine auseinandergedrückt wurden und in welcher Weise genau sie Gegenwehr geleistet haben, wie sie gelegen haben, wo ihre Hände sich befanden und warum diese nicht etwa zur Abwehr eingesetzt wurden. Denn Art und Nachdruck der Gegenwehr bzw. der Gewaltanwendung wären nach einer Gesetzesänderung entsprechend den Vorgaben der Konvention nicht mehr das fast alleinige Thema der Beweisauf-

13 Violence against women: an EU-wide survey, European Union Agency for Fundamental Rights, 2014; Global and regional estimates of violence against women: prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence, World Health Organisation, London School of Hygiene & Tropical Medicine, South African Medical Research Council, 2013; Garcia-Moreno/Riecher-Rössler, eds, Violence against Women and Mental Health, Basel, 2013; Schröttle et al., Gewalt gegen Frauen – Eine sekundäranalytische Auswertung zur Differenzierung von Schweregraden, Mustern, Risikofaktoren und Unterstützung nach erlebter Gewalt, im Auftrag des BMFSFJ, 2009; Garcia-Moreno et al.: WHO Multi-country Study on Women's Health and Domestic Violence against Women, World Health Organisation, 2005; Müller/Schröttle: Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland, Untersuchung im Auftrag des BMFSFJ, 2004.

14 Zuletzt Flidner/Schwab/Stern/Iten, Kosten von Gewalt in Partnerschaften, im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann, Bern, 2013; Arth, The Economic Impact of Violence against Women in Tennessee im Auftrag der Tennessee Economic Council on Women, 2013. Online: [http://www.tennesseewomen.org] (Zugriff: 9.5.2014); s.a. statt vieler Corso et al., Medical Costs and Productivity Losses

Due to Interpersonal and Self-Directed Violence in the United States, Am J Prev Med 2007; 32(6): 474-482; Walters et al., The Economic Dimensions of Interpersonal Violence, World Health Organisation, 2004; Walby, The cost of domestic violence im Auftrag der Department of Trade and Industry, Women and Equality Unit, 2004; s.a. Forschungsübersichten in Hagemann-White et al., Combating violence against women, Stocktaking study on the measures and actions taken in Council of Europe member states im Auftrag des Europarats, 2006, sowie in der Studie des UN-Generalsekretärs zur Gewalt gegen Frauen, 2006, S. 50-52 und 133-139. Online: [http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/violenceagainstwomestudydoc.pdf] (Zugriff: 9.5.2014), mit Grundlagenpapier: Walby, Improving the statistics on violence against women, UN Expert Group Meeting, Geneva, 2005. Online: [http://www.un.org/womenwatch/daw/egm/vaw-stat-2005/docs/expert-papers/walby.pdf] (Zugriff: 9.5.2014).

15 Belgien: Art. 375 § 1 Strafgesetzbuch; Irland: Sectl. 2 81) des Criminal Law (Rape) Act von 1981 und Sect. 9 des Criminal Law (Rape) (Amendment) Act 1990, wobei das Gesetz zudem regelt, dass fehlender Widerstand nicht als Einverständnis interpretiert werden darf; England/Wales: Part 1 Sexual offences Act Part 1.

nahme, wie nach heutiger Rechtslage, sondern Teil einer Reihe von verschiedenen zu würdigenden Umständen, die alle in die Prüfung des Einverständnisses einzubeziehen wären.

b) Tatbestand und Rechtswidrigkeit

Während die Einwilligung beispielsweise bei der Körperverletzung eine Frage der Rechtswidrigkeit ist, wäre das Vorliegen oder das Fehlen des Einverständnisses bei einer Änderung von § 177 StGB im Sinne der Istanbul-Konvention auf der Tatbestandsebene zu prüfen: nur wenn kein Einverständnis vorliegt, ist der objektive Tatbestand erfüllt. Im subjektiven Tatbestand wäre bei der Frage des Vorsatzes festzustellen, ob dem Täter das fehlende Einverständnis des Opfers bewusst war oder ob er zumindest damit rechnete, dass es nicht vorlag und die Rechtsgutsverletzung dennoch billigend in Kauf nahm. Damit wird einerseits eine Erfassung nicht strafwürdiger Fälle vermie-

den, in denen nicht zu widerlegen ist, dass der Täter den Willen des Opfers falsch interpretierte, andererseits jedoch ausgeschlossen, dass der Täter straffrei bleibt, wenn er trotz deutlicher Anzeichen den Willen des Opfers bewusst ignorierte (dann *dolus eventualis*).

6. Bedenken im Hinblick auf Art. 103 GG

Wird ein Handeln ohne Einverständnis unter Strafe gestellt, genügt dies dem Bestimmtheitsgrundsatz, da strafbares von nicht strafbarem Handeln klar abgegrenzt werden kann. Die Formulierung des Tatbestands vermittelt einem potentiellen Täter, dass er – um strafbares Handeln zu vermeiden – sich hinsichtlich des Einverständnisses des Opfers notfalls auch vergewissern muss. Das derzeit vom Gesetz herangezogene Kriterium der „Gewalt“ hingegen wird in der Laiensphäre oft anders bewertet als dies nach der umfangreichen und über die Jahrzehnte widersprüchlicher Rechtsprechung der Fall ist, so dass für potentielle Täter eine Abgrenzung zwischen strafbewehrtem und straffreiem Verhalten nach einer Gesetzesänderung leichter als bei derzeitiger Rechtslage zu bewerkstelligen wäre.

7. Folgeänderungen

Bei der vorgeschlagenen Änderung wären folgerichtig

- sexuelle Handlungen an oder vor Kindern – mangels wirksamen Einverständnisses – grundsätzlich immer,
- sexuelle Handlungen an oder vor Jugendlichen, sofern kein wirksames Einverständnis vorliegt,
- sexuelle Handlungen an Personen, die derzeit durch § 179 StGB geschützt werden, ebenfalls mangels wirksamen Einverständnisses unter Strafe gestellt.

Zugleich müssten für alle Opfergruppen

- die Anwendung von Gewalt oder Drohung mit Gefahr für Leib oder Leben,
- die Tatbegehung durch mehrere Täter,
- die Tatbegehung durch Wiederholungstäter,
- die Tatbegehung unter Einsatz von Waffen oder gefährlichen Werkzeugen,
- die Ausnutzung einer besonderen Vertrauensstellung

erhöhte Strafraumen (Mindeststrafe zwei Jahre Freiheitsstrafe oder mehr) gelten.

Schließlich könnte die systemfremde Regelung des § 240 Abs. 4 Nr. 1 StGB aufgehoben werden.

*Ramona Pisal, Präsidentin, Dagmar Freudenberg,
Vorsitzende der Kommission Strafrecht,
Nancy Gage-Lindner, Sabine Kräuter-Stockton,
Martina Lörsch, Susanne Nothhafft*

Aus dem Archiv

Eine sexuelle Handlung ist eine Vergewaltigung, wenn sie „gegen den Willen der Frau“ oder „ohne ihre Zustimmung“ vorgenommen wird – das forderten feministische Anwältinnen schon seit den 70er Jahren und auch feministische Projekte wie die Frauennotrufe oder Terre des Femmes setzten die Forderung nach einer entsprechenden Änderung des § 177 seit ihrer Gründung bis auf den heutigen Tag immer wieder auf die politische Agenda. Wir dokumentieren im Folgenden einen Auszug aus einem Artikel aus dem Jahr 1984, der zur damals aktuellen Debatte über einen verbesserten Opferschutz im Strafverfahren und die Reformbedürftigkeit des § 177 StGB im zweiten Heft der STREIT erschienen ist.

Katharina Engel

Warum eine Reform des §§ 177, 178 StGB und der dazu gehörenden Vorschriften der StPO?

(STREIT 1. Jg., 2/1984, S. 50-54)

Auszug

Nachdem von der SPD und den Grünen im Bundestag ein Gesetzentwurf eingebracht worden ist mit dem Schwerpunkt, daß auch die Vergewaltigung in der Ehe strafbar werden soll, halte ich es für dringend erforderlich, einmal unsere Forderungen, die wir aufgrund unserer vierjährigen Erfahrung als Mitarbeiterinnen des „Notrufs und Beratung für vergewaltigte Frauen“ gesammelt haben, darzulegen. Der Notruf wurde 2 ½ Jahre lang als Forschungsprojekt „Vergewaltigung als soziales Problem“ vom Bundesministerium für Jugend, Familie und Gesundheit finanziert, mit zwei vollen und einer halben Stelle. Dies ermöglichte eine umfassende Betreuung der betroffenen Frauen, wie z.B. Begleitung zu Behörden, zum Arzt, Durchführung von Selbsterfahrungsgruppen, aber auch regelmäßige Prozeßbeobachtungen, nicht nur bei den Prozessen der von uns betreuten Frauen. (...)

Inhaltlich in engem Zusammenhang mit dem Ausschluß der Ehefrauen aus der Gruppe juristisch zu schützender Personen ist die Konstruktion des „minder schweren Falls“ von Vergewaltigung und sexueller Nötigung zu sehen. Die Gründe, die das Strafmaß senken, werden in erster Linie im Verhalten der Frau und in der Art der Beziehung zwischen Vergewaltiger und Opfer gesehen. So wird ein minder schwerer Fall dann angenommen, wenn „der Täter bereits sexuelle Beziehungen zu der Frau hatte oder echte Liebesbeziehungen anstrebt; wenn die Frau dem Täter durch ihr Verhalten Hoffnung auf freiwillige Hingabe gemacht hat; möglicherweise auch, aber keineswegs stets, wenn die Frau eine Dirne ist.“ (Dreher, Tröndle: StGB, München 1978). (...) Die Kommentare sind in mehrfacher Hinsicht aufschlussreich. Zum einen lassen sie erkennen, daß die Verfasser Beziehungen zwischen

Männern und Frauen in Analogie zu Warenbeziehungen sehen. Frauen sind danach Besitz von Männern; sei es durch Ehe/Beziehung oder durch Geld. Wenn der ehemalige Besitzer einer Ware sich diese mit Gewalt aneignet, dann ist das folglich ein geringerer Verstoß, als wenn er sich eine fremde Ware aneignet. (...)

Weiter ist hier anzumerken, daß es den Kommentaren zufolge Bedingungen gibt, die eine Vergewaltigung weniger gravierend erscheinen lassen. Das gilt für alle die Situationen, für die sich das Erklärungsmoment der Provokation anbietet. Der Frau wird die Initiative, die Auslösefunktion und die Verantwortung für das Verhalten des Vergewaltigers zugeschrieben. (...) Dem Vergewaltiger wird zugestanden, daß er die Situation verkennen durfte, womit nachträglich die Tat gerechtfertigt wird. Der Mann kann durchaus mit Verständnis rechnen. Die Frau dagegen muß sich vorhalten lassen, daß sie die „Gefahren der Situation“ unterschätzt hat. Für das Verhalten der Frau werden rigide Restriktionen als normal vorausgesetzt. (...)

Eine besondere Problematik weist – darauf sind wir bei jeder Prozeßbeobachtung gestoßen – der Gewaltbegriff bei Vergewaltigung auf. (...) Von der Frau wird in der Regel erheblicher körperlicher Widerstand erwartet, damit die Gewalttätigkeit des Mannes als Gewalt qualifiziert werden kann. Das bedeutet, daß ein deutliches Nein einer Frau unter Umständen nicht als Gegenwehr anerkannt wird, daß selbst körperlicher Widerstand von Frauen als nicht ausreichende Gegenwehr bezeichnet wird. Dem Vergewaltiger wird in diesen Fällen zugute gehalten, daß er die Gegenwehr der Frau als ein sich zieren mißdeuten durfte. Auch daran zeigt sich die Parteilichkeit der Rechtsprechung, zumal bei einer derartigen Bewertung die normale Sozialisation von Frauen völlig außer Acht gelassen wird. Wir fordern daher, daß körperlicher Widerstand von Frauen nicht länger eine Voraussetzung für die Strafbarkeit von Vergewaltigung sein darf.