



Stellungnahme

**des Deutschen Anwaltvereins durch
den Ausschuss Strafrecht**

**zum Referentenentwurf des Bundesministeriums
der Justiz und für Verbraucherschutz – Entwurf
eines Gesetzes zur Änderung des
Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes
der sexuellen Selbstbestimmung**

Stellungnahme Nr.: 11/2016

Berlin, im Februar 2016

Mitglieder des Ausschusses

- RA Prof. Dr. Stefan König, Berlin (Vorsitzender)
- RA Dr. Rainer Spatscheck, München
- RA Dr. h. c. Rüdiger Deckers, Düsseldorf (Berichterstatter)
- RAin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin
- RAin Dr. Gina Greeve, Frankfurt am Main
- RA Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt am Main
- RA Eberhard Kempf, Frankfurt am Main
- RA Dr. Ali B. Norouzi, Berlin
- RAin Gül Pinar, Hamburg
- RA Michael Rosenthal, Karlsruhe
- RA Martin Rubbert, Berlin
- RAin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam
- RA PD Dr. Gerson Trüg, Freiburg im Breisgau

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- RAin Tanja Brexl, Berlin

Verteiler

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Rechts- und Verbraucherschutzausschuss, Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Rechts- und Verbraucherschutzausschusses des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Innenausschusses des Deutschen Bundestages
- Landesjustizministerien
- Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft

- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
- Vorsitzende des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft des DAV

- Deutscher Strafverteidiger e. V., Mirko Roßkamp
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen

- Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Kriminalbeamter

- Strafverteidiger-Forum (StraFo)
- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NStZ
- Strafverteidiger

- Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
- ver.di, Bereich Recht und Rechtspolitik
- Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)
- Prof. Dr. Schöch, LMU München

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit rund 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

- I. Der Deutsche Anwaltverein sieht durchaus Anlass zu einer wohlüberlegten grundlegenden Reform des Sexualstrafrechts. Die dazu vom BMJV eingerichtete Expertengruppe sollte Vorschläge unterbreiten, die dann in der Fachöffentlichkeit und in der Öffentlichkeit diskutiert und beraten werden. Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Alternative des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht homogen in das Normkonzept des § 177 integriert werden konnte. Der DAV warnt indes davor, bei der Verlagerung des Tatbestandes in den § 179 Abs. 3 Nr. 1 StGB das objektive Nötigungselement zu eliminieren. Die Beibehaltung derselben Strafandrohung (Abs. 3 u. 5) wie bei der Anwendung von Gewalt und der Drohung mit Gefahr für Leib oder Leben (§ 177) erscheint unverhältnismäßig. Zudem wird die Aufklärung solcher Fälle in künftigen Strafprozessen noch mehr der Subjektivität der Beteiligten überantwortet.

Bedenken gleicher Art erhebt der DAV gegen die beabsichtigte Regelung des § 179 Abs. 1 Nr. 3.

Die Novelle des § 179 Abs. 1 Nr. 2 wird unterstützt. Dies gilt insbesondere für die Normierung der minder schweren Fälle des § 179 Abs. 1 und des Abs. 6. Gleichmaßen unterstützt wird das Bestreben des Entwurfs, Tatbestände der Ausnutzung besonderer Umstände positiv zu definieren.

- II. Der Entwurf benennt im Abschnitt A I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Reform wie folgt:
- 1) Als strafwürdig anzusehende Handlungen gegen die sexuelle Selbstbestimmung seien von der gegenwärtigen gesetzlichen Regelung nicht vollständig erfasst. Das gelte,

- a) zum Beispiel, wenn das Opfer aus Furcht vom Widerstand absehe und die enge Auslegung des § 177 Abs. 1 Nr. 3 durch die höchststrichterliche Rechtsprechung aber auch der Wortlaut des Abs. 1 Nr. 2 einer strafrechtlichen Ahndung solcher Fälle, die als strafwürdig befunden werden entgegenstehe,
 - b) wenn der Täter ein Überraschungsmoment ausnutze, das wegen des Erfordernisses der Nötigung im § 177 die Handlung strafrechtlich nicht erfasse,
 - c) Der Entwurf erkennt den Grund restriktiver Auslegung der Norm des § 177 in dessen Ausgestaltung als Verbrechen und der damit verbundenen hohen Mindeststrafe.
- 2) Der Entwurf bezieht sich in rechtstatsächlicher Hinsicht u.a. auf einen Bericht des Bundesverbandes Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe (bff) von Grieger/Clemm/Eckardt/Hartmann „Was Ihnen widerfahren ist, ist in Deutschland nicht strafbar“ Berlin 2014.

Nach der Erfahrung der Fachberaterinnen könnten eine polizeiliche Anzeige und ein Strafverfahren für Betroffene von sexueller Gewalt durchaus wichtige Schritte für ihren Bewältigungsprozess bedeuten, „sofern den Realität des Verfahrens eine andere wäre“ (S.6)

Die Verfasserinnen schränken die Aussagekraft ihrer Fallanalyse selbst ein (S.8): „(es) lässt sich jedoch keine Aussage darüber ableiten, in wie vielen Fällen jährlich die Strafverfolgung an den hier identifizierten Schutzlücken scheitert“.

In dieser Untersuchung sind 107 Fälle aus dem Zeitraum 2004 bis 2014 staatsanwaltschaftlicher Einstellungsentscheidungen, Berichten von Anwältinnen aus ihrer Praxis und untergerichtlicher Urteile untersucht und mit der Behauptung verknüpft worden, sie entsprächen nicht nur der

Erfahrungen von Rechtsanwältinnen und Beraterinnen sondern bildeten auch die öffentlich zugängliche Rechtsprechung des BGH ab.

Soweit auf Einstellungsbescheide der Staatsanwaltschaft dabei abgestellt wird – und das ist der weit überwiegende Teil der vorgestellten Fälle –, lässt die Analyse offen, ob die Rechtsmittel ausgeschöpft worden sind (Beschwerde, Klageerzwingungsverfahren). Die Betroffenen hätten sich in einer ausweglosen Lage, bedrängt, genötigt und gezwungen gefühlt (die sexuelle Handlung zu erdulden). Wenn das zutraf, ist schwer nachvollziehbar, dass die Verfolgung der Taten **ausschließlich aus Rechtsgründen gescheitert** sein soll.

Bezogen auf das Phänomen des **Überraschungsangriffs** werden nicht Fälle etwa des „Grabschens im öffentlichen Raum, bei sozialen Ansammlungen“ dargestellt, sondern solche aus dem sozialen Nah- und Privatbereich. Dort werde in der Regel kein Angriff erwartet, komme er dann doch, geriete die Betroffene nicht selten in eine Schockstarre und wehre sich deshalb nicht oder zu spät. Angeführt werden nun zwei Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft das Verfahren eingestellt hat, ferner ein Urteil – ohne Bezeichnung der Quelle – bei dem es zu einem Geschlechtsverkehr zwischen den Beteiligten gekommen ist während sich die Betroffene sich im Halbschlaf befand. Das Gericht habe kein Nötigungsmittel aber auch keine Widerstandsunfähigkeit angenommen.

Bezogen auf das Merkmal der schutzlosen Lage wird bemängelt, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung (BGH 4 StR 561/11) diese an objektiven Kriterien messe und nicht an den subjektiven Wahrnehmungen der Beteiligten, die Kriterien der schutzlosen Lage seien dabei immer enger gesteckt worden. Eine andere BGH-Entscheidung als die zitierte wird indes nicht benannt. Dabei wird übersehen, dass im Querschnitt der Entscheidungen der verschiedenen Senate des BGH mit den objektiven Umständen die subjektiven Momente für die Möglichkeit der betroffenen Person, sich Gewalteinwirkungen zu entziehen, zu verbinden sind. Ist diese gegenüber dem Durchschnitt sozialer Situationen wesentlich herabgesetzt,

ist die Lage schutzlosen Ausgeliefertseins gegeben (vgl. Fischer, 2016, § 177, Rn 27 m.w.N.; vgl. nur BGH NStZ 2010, 149; 2012, 34).

Bezogen auf das Merkmal der Widerstandsunfähigkeit wird ein freisprechendes Urteil bemängelt, bei dem die Betroffene sich während des Geschlechtsaktes im Halbschlaf befunden habe und nicht nachweisbar gewesen sei, dass der Angeklagte ihr eine Substanz verabreicht habe, wodurch sie in einen schweren Rauschzustand versetzt worden sei. Ferner wird eine Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH – 5 StR 613/12 – kritisiert, die während einer bestehenden intimen Beziehung in der Regel jedenfalls aus Tätersicht von einem grundsätzlichen Einverständnis in sexuelle Handlungen ausgegangen werden könne, sodass eine Strafbarkeit von Handlungen am schlafenden Subjekt entfalle.

Die Analyse des bff erweckt erhebliche Zweifel daran, ob sie eine valide Basis für die in ihr genannten „drei Haupterkenntnisse“ darstellt:

- Täter dürfen sich wissentlich über den erklärten Willen hinwegsetzen. „Nein“ sagen reicht für eine Strafbarkeit nicht aus.
- Die Widerstandsleistung der Betroffenen ist der zentrale Bezugspunkt für eine Strafbarkeit. Die sexuelle Selbstbestimmung muss aktiv verteidigt werden, sie ist nicht voraussetzungslos geschützt.
- Die deutsche Rechtslage wird den realen Situationen, in denen Übergriffe stattfinden, nicht gerecht.

Noch weniger vermag sie als rechtstatsächliche Grundlage für die mit dem Referentenentwurf angestrebte Reform zu dienen.

- 3) Der Referentenentwurf macht Schutzlücken, insbesondere bei der mit dem 33. Strafrechtsänderungsgesetz vom 1. Juli 1997 eingeführten Nötigungsvariante der Ausnutzung einer schutzlosen Lage aus. Der Auffangtatbestand (vgl. Fischer § 177 Rn 23) habe die Erwartung nicht

erfüllt, auch solche Fälle zu erfassen, in denen der Täter zwar wisse oder billigend in Kauf nehme, dass das Opfer wegen des Vorliegens besonderer Umstände keine Gegenwehr leistet, die Tat aber wegen eines unzureichenden Nötigungsmittels oder in Ermangelung einer Nötigung straflos bleibe.

Auch sei § 177 in seiner gegenwärtigen Fassung nicht ausreichend, um alle strafwürdigen Tathandlungen zu erfassen, mit denen das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung verletzt werde. So sei insbesondere die notwendige finale Verknüpfung zwischen dem Nötigungsmittel (Gewalt) und der sexuellen Handlung nicht immer gegeben, die Fortwirkung der Gewalt als Drohung könne entfallen, wenn zwischenzeitlich jedenfalls Wochen vergehen, auch ein allgemeines Gewalklima reiche nicht aus, wenn es nicht zur Durchsetzung der sexuellen Handlung aktualisiert werde.

III. Eigene Beurteilung

1. Es ist nachvollziehbar, überraschende sexuelle Handlungen strafrechtlich zu erfassen. Den Übergriff auf primäre oder sekundäre Geschlechtsorganen regelt **§ 179 Abs. 1 Nr. 2 E** mit der Sanktionsfolge von sechs Monaten bis zu zehn Jahren oder – im minder schweren Fall – mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren. Die Hereinnahme des minder schweren Falles ist sinnvoll; denn viele dieser Fälle werden sich an der Grenze der Erheblichkeitsschwelle des § 184 h StGB bewegen.

Das wird auch den Zugang zu Regulierungen nach § 153 a (insbesondere § 153a Abs. 1 Nr. 1) StPO erweitern.

Mit Recht zieht de lege lata die Rechtsprechung die Grenze zur Erheblichkeit der sexuellen Handlung umso schärfer, je höher die Mindestsanktion ist, mit der die Tat geahndet werden soll. Das hat – de lege lata – dazu geführt, dass Überraschungs-/Spontan- und Augenblickshandlungen strafrechtlich nicht erfasst wurden. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat mit guten Gründen abgelehnt, für solche Fälle den Beleidigungstatbestand des § 185 als Auffangtatbestand zu nutzen, weil es dem Täter – regelmäßig – an dem

Willen zu Ehrverletzung und Erniedrigung des(r) Betroffenen fehlt.

2. Nicht verständlich ist **§ 179 Abs. 1 Nr. 3 E**:

„im Falle des Widerstandes ein empfindliches Übel befürchtet“.

Die Fälle der „Ausnutzung besonderer Umstände“, wie sie in § 179 E bezeichnet werden, sind heterogen:

- Widerstandsunfähigkeit des Opfers aus psychischen oder physischen Gründen
- Widerstandsunfähigkeit wegen der überraschenden Begehung der Tat
- Befürchtung eines empfindlichen Übels im Falle des Widerstandes.

In der dritten Variante geht es also – anders als in beiden anderen –, nicht um eine tatsächliche Widerstandsunfähigkeit, sondern um die subjektive Furcht des Opfers vor einem Übel, das weder näher bezeichnet ist, noch dem Täter in einer Weise zugeordnet wird, dass das befürchtete Übel im Zusammenhang mit seiner Person stehe oder von ihm unmittelbar drohe. Eine – unbestimmte – Furcht ist kein hinreichend bestimmtes Tatbestandsmerkmal. Anders als im § 240 „Drohung mit einem empfindlichen Übel“ geht es bei der subjektiven Vorstellung des(r) Betroffenen in § 179 Abs. 1 Nr. 3 nicht um das nach außen erkennbare Übel, auf dessen Eintritt der Drohende Einfluss hat (vgl. Fischer § 240 Rn 31) und dessen Verwirklichung er nach seiner Willenserklärung auch will. Bei der Nötigung des § 240 setzt die Drohung mit einem empfindlichen Übel eine hinreichende Konkretisierung voraus (Fischer, Rn 32). Verlagert man dies vollständig in die subjektive Seite des(r) Betroffenen ohne jegliche Objektivierung, wird die verfassungsrechtliche Vorgabe des Art. 103 Abs. 2 GG – Bestimmtheitsgebot – verlassen (vgl. Fischer § 177 Rn 35). Welche Vorstellung soll der Täter von der Furcht des(r) Betroffenen haben?

3. Die in § 177 Abs. 1 Nr. 3 gestrichene Ausnutzung einer schutzlosen Lage wird in § 179 Abs. 3 Nr. 1 als Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall eingefügt. Die Herausnahme der „schutzlosen Lage“ aus § 177 kann unter systematischen Gesichtspunkten durchaus als konsequent angesehen werden.

Die sexuelle Nötigung und Vergewaltigung werden damit auf ihre „klassischen“ Nötigungselemente (Gewalt, Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben) zurückgeführt. Als Regelbeispiel im § 179 Abs. 3 Nr. 1 E ist die „schutzlose Lage“ nun von der Nötigung „entkoppelt“. Die in der Rechtsprechung herausgebildeten Anforderungen an die schutzlose Lage werden fortbestehen, der bisher geforderte Zusammenhang, dass das Opfer aus Furcht vor möglichen Gewalteinwirkungen durch den Täter auf einen ihm grundsätzlich möglichen Widerstand verzichtet (BGH St 50, 359, 368; NStZ-RR 2012, 216; Fischer, § 177 Rn 42) ist Reflex der subjektiven Zwangswirkung.

Eisele hat in seiner Kommentierung zu § 177 Abs. 1 Nr. 3 zu Recht ausgeführt, dass diese Variante der sexuellen Nötigung die Willensbeugung des(r) Betroffenen voraussetzt, weil nur durch eine solche restriktive Auslegung § 177 Abs. 1 Nr. 3 die notwendigen Konturen erhalte, um dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG zu genügen (SS-Eisele, 2014, § 177 Rn 11; vgl. BGH NStZ 2005, 380). Daran – an dem Konturverlust, wenn auf das Nötigungselement verzichtet wird – dürfte sich durch die Verschiebung des Tatbestandes in die Vorschrift des § 179 nichts ändern. Die Rechtsprechung des 2. Senats des Bundesgerichtshofes hat sich – bezogen auf diese „Nötigungsalternative“ - der Konzeption einer **einaktigen Nötigung** angenähert. Eine Tatbestandshandlung, die über die zu erzwingende sexuelle Handlung hinausgehe, sei vom Tatbestand des § 177 Abs. 1 Nr. 3 nicht vorausgesetzt (BGHSt 50, 359, 363; dazu Fischer, § 177 Rn 36 m. N.). Auf die Problematik dieser Rechtsprechung für die Tatvarianten, in denen das Opfer sexuelle Handlungen am Täter oder einem Dritten unternehmen soll oder ein Dritter am Opfer, hat Fischer (§ 177, Rn 36 c, 38, 39) zutreffend hingewiesen.

De lege lata wird eine äußere Manifestation der Nötigung verlangt, die es im Strafprozess ermöglicht, die Vollendung des Tatbestandes über eine bloße Befindlichkeit des(r) Betroffenen hinaus zu objektivieren. Dies ist auch für die Feststellbarkeit entsprechender Taten unabdingbar. Der bestehende Wille und die Fähigkeit, Widerstand zu leisten, müssen durch die Ausübung von Zwang überwunden werden (SS-Eisele § 177 Rn 11). Dabei geht es bei der Ausnutzung einer schutzlosen Lage um die Objektivierung ihrer Zwangswirkung. Dieses Erfordernis ist umso virulenter, als die Rechtsfolge des § 179 Abs. 3 Nr. 1 E über Abs. 5 der des § 177 Abs. 2 gleichgestellt ist, obwohl die Nötigung entfällt. Bei evident geringerem kriminellem Gewicht der Tat wird ein identischer Strafraum eröffnet **und die Beweisbarkeitserfordernisse werden ins Subjektive des(r) Betroffenen verlagert.**

Für strafrechtlich zu prüfende Übergriffe im sozialen Nahbereich zeichnen sich zudem die Fragen nach den Ausnahmen vom Regelbeispiel ab, dabei wird die mögliche Mitverantwortung des Opfers für die schutzlose Lage zu einem neuen, durchaus belastenden Thema werden können.

Die Auseinandersetzungen im Strafprozess um die Tatsachenaufklärung wird sich verschärfen, die subjektiven Aspekte der Beteiligten die Tatbestandsfindung bestimmen. Dabei werden nachträgliche Umdeutungen der Beteiligten hochemotionaler Erlebnisse den Tatsachenstoff charakterisieren.

Das Ziel, den Wirkungsbereich der Tatbestandsalternative des Ausnutzens einer schutzlosen Lage als Auffangtatbestand zu erweitern wird durch dessen wachsende Konturlosigkeit „erkauft“, die sowohl materiellrechtlich bedenklich (Bestimmtheitsgebot) und prozessual problematisch (mangelnde Objektivierbarkeit) ist.