

Schriften zum Strafrecht

Band 323

**Lückenhaftigkeit und Reform
des deutschen Sexualstrafrechts
vor dem Hintergrund
der Istanbul-Konvention**

Von

Astrid Kempe



Duncker & Humblot · Berlin

ASTRID KEMPE

Lückenhaftigkeit und Reform
des deutschen Sexualstrafrechts vor dem Hintergrund
der Istanbul-Konvention

Schriften zum Strafrecht

Band 323

Lückenhaftigkeit und Reform des deutschen Sexualstrafrechts vor dem Hintergrund der Istanbul-Konvention

Von

Astrid Kempe



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
hat diese Arbeit im Jahre 2017 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Ochsenfurt-Hohstadt
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany
ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-15496-8 (Print)
ISBN 978-3-428-55496-6 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85496-7 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Danksagung

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Joachim Renzikowski. Ich danke ihm nicht nur für die zügige Begutachtung, sondern auch die freundliche und konstruktive Betreuung meiner Arbeit. Bei den anregenden Diskussionen am Lehrstuhl habe ich zahlreiche Ideen und Erkenntnisse für die Darstellung und Vertiefung verschiedener Problemschwerpunkte und einen tieferen Einblick in rechtsphilosophische Fragen gewonnen.

Frau Prof. Dr. Nebe gilt mein Dank für die schnelle und wohlwollende Zweitbegutachtung. Sie hat das Voranschreiten meiner Arbeit stets mit Interesse verfolgt und mich in meiner Arbeitsweise bestärkt.

Meiner Schwester Anja Kempe danke ich für das gründliche und mehrfache Korrekturlesen und die Unterstützung bei der formalen und optischen Gestaltung meiner Arbeit.

Mein ganz besonderer, aufrichtiger und zutiefst empfundener Dank gilt meinen Eltern, Rose-Luise und Erhard Kempe, die mir als persönliche Arbeitsassistenten zur Seite gestanden haben. Aufgrund meiner Behinderung, ich bin blind, hätte ich meine Arbeit ohne ihre intensive und selbstlose Hilfe und Unterstützung nicht vollenden können.

Halle, im Februar 2018

Astrid Kempe

Inhaltsverzeichnis

Einführung	13
-------------------------	----

Kapitel 1

Völkerrechtliche Verpflichtungen zum Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung 20

A. Der Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung durch die Europäische Menschenrechtskonvention	22
B. Das Urteil M. C. gegen Bulgarien	25
C. Das Übereinkommen des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen einschließlich häuslicher Gewalt – Istanbul-Konvention	31
I. Historischer Abriss	33
II. Die Istanbul-Konvention im Überblick	39
III. Sexuelle Gewalt und Vergewaltigung – Art. 36 IK	41
D. Zusammenfassung	45

Kapitel 2

Lückenhaftigkeit des deutschen Sexualstrafrechts vor dem Hintergrund der Istanbul-Konvention 46

A. Historischer Abriss	46
I. Die germanischen Volksrechte – 500 n. Chr.	48
II. Die Straftatbestände der Notzucht und der Gewaltunzucht i. d. F. des Reichsstrafgesetzbuchs und des Strafgesetzbuchs nach Inkrafttreten des 1. StrRG vom 25.06.1969	49
III. Die Straftatbestände der Vergewaltigung und der sexuellen Nötigung i. d. F. des Strafgesetzbuches nach Inkrafttreten des 4. StrRG vom 28.11.1973	51
1. Das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung	51
2. Das Festhalten am Merkmal der Außerehelichkeit	53
3. Straftatbestand und Strafzumessung	54
IV. Übersicht über die Gesetzesreform durch das 33. StrÄndG und das 6. StrRG ...	58
1. Das 33. StrÄndG vom 05.07.1997	58

2. Das 6. StrRG vom 01.04.1998	60
B. Lückenhaftigkeit des Straftatbestandes der sexuellen Nötigung/Vergewaltigung i. d. F. des 6. StrRG und des 33. StrÄndG	61
I. Rechtsanwendungs- und Regelungslücken	61
II. Die Nötigungsmittel des § 177 Abs. 1 StGB i. d. F. des 33. StrÄndG und des 6. StrRG	64
1. Die Überwindung körperlichen Widerstandes durch Gewalt	67
a) Problemendarstellung	67
b) Die rechtliche Würdigung der subjektiven Tatseite durch die Tatgerichte	76
c) Das Eingreifen einer anderen Tatalternative des § 177 Abs. 1 StGB a.F. oder eines Auffangtatbestandes	78
aa) § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F.	78
bb) § 240 Abs. 4 Nr. 1 StGB a.F.	82
2. Die Zweiaktigkeit der sexuellen Nötigung	84
a) Anforderungen an die Willensbeugung	84
b) Das Eingreifen eines Auffangtatbestandes	86
3. Gewalt gegen Sachen	90
Fazit	94
4. Die subjektiv-finale Verknüpfung	94
a) Die Zweck-Mittel Verknüpfung zwischen Gewalt und sexueller Handlung	96
aa) Der zur Lustbefriedigung handelnde Täter	99
bb) Das Abschließen der Tür aus sonstigen Gründen	101
cc) Das Eingreifen eines Auffangtatbestandes	102
dd) Überblick über die Schutzlosigkeit	105
b) Das Fortwirken früherer Gewalt	113
aa) Die zeitliche Zäsur	113
bb) Gewalt gegen Dritte	115
cc) Der subjektive Tatbestand	120
dd) Sexuelle Serienstraftaten zwischen denselben Personen	122
c) Der überraschende Sexualangriff	132
5. Drohen mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben	138
a) Die unbestimmte Drohung	139
b) Die Unerheblichkeit der Leibesgefahr	140
c) Die Bedrohung Dritter	144
d) Die Bedrohung sonstiger Güter	145
6. Die Abgrenzung zwischen Widerstandsunfähigkeit und Schutzlosigkeit	149
a) Das absolut widerstandsunfähige Opfer	149
b) Das relativ widerstandsunfähige Opfer	151
c) Das körperlich widerstandsunfähige Opfer	154
d) Die Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen	157

7. Der Irrtum des Opfers über die eigene Schutzlosigkeit 159
 Fazit 164

Kapitel 3

Das Sexualstrafrecht des common law 166

A. Vergleich der Rechtssysteme 166
 I. The judicial law making process 167
 II. Das deutsche Richterrecht 169
 III. The binding precedents 170
 IV. Die Bindungswirkung deutscher Rechtsprechung 172
 V. The statute law 174
 VI. Die Voraussetzungen der Strafbarkeit 176
 1. The offence 176
 2. The defence 178
 Fazit 179

B. Das englische Sexualstrafrecht 180
 I. Sexual Assault – Sec. 3 SOA 2003 183
 II. Consent and reasonable belief 186
 1. Consent – Sec. 74 SOA 2003 186
 2. Das tatbestandsausschließende Einverständnis und die rechtfertigende Einwilligung im deutschen Recht 189
 3. The reasonable belief 194
 4. Der Irrtum des Täters im deutschen Recht 195
 III. Beweisregeln im englischen und deutschen Recht 200
 1. The conclusive presumptions about consent – Sec. 76 SOA 2003 200
 2. Die Einführung unwiderlegbarer Beweisregeln in das deutsche Strafrecht ... 203
 3. Der Irrtum des Opfers im deutschen Strafrecht 207
 IV. Aspekte der Willensfreiheit im englischen und deutschen Recht 209
 1. The evidential presumptions about consent – Sec. 75 (1) SOA 2003 209
 2. Widerlegliche Vermutungsklauseln im deutschen Recht 209
 3. The requirements of the evidential presumptions about consent – Sec. 75 (2) SOA 2003 211
 4. Aspekte der Willensfreiheit im deutschen Strafrecht 214
 Fazit 217

Kapitel 4

Die Reform des deutschen Sexualstrafrechts – Vorschläge und Novellierung	219
A. Nein heißt Nein	220
I. Gegen den erklärten Willen oder unter Umständen, in denen das Fehlen der Zustimmung offensichtlich ist	220
II. Das Handeln gegen den Willen des Opfers	224
III. Das offensichtliche Fehlen der Zustimmung	225
IV. Der subjektive Tatbestand	229
B. Nur ein Ja ist ein Ja	230
I. Bestimmtheitsgrundsatz und Gebot der Rechtsstaatlichkeit	233
II. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Schuldprinzip	241
Fazit	245
C. Die Reformdiskussion im deutschen Bundestag	245
I. Gesetzentwurf der Abgeordneten Halina Wawrzyniak, Cornelia Möhring, Frank Tempel, Dr. André Hahn, Ulla Jelpke, Jan Korte, Petra Pau, Martina Renner, Kersten Steinke und der Fraktion Die Linke vom 25.02.2016	246
1. § 174 StGB e.F. – Nicht einvernehmliche sexuelle Handlungen, Vergewaltigung	247
2. § 175 StGB e.F. – Sexuelle Nötigung	251
3. § 177 StGB e.F. – Sexuelle Handlungen unter Ausnutzung besonderer Umstände	253
II. Gesetzentwurf der Abgeordneten Katja Keul, Ulle Schauws, Renate Künast, Luise Amtsberg, Volker Beck, Monika Lazar, Irene Mihalic, Özcan Mutlu, Dr. Konstantin von Notz, Hans-Christian Ströbele und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 01.07.2015	255
III. Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 25.04.2016: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung	260
IV. Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 13.05.2016	264
D. Das 50. Gesetz zur Änderung des Strafrechts zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung	267
I. Der Grundtatbestand des sexuellen Übergriffs	272
1. Die Vornahme sexueller Handlungen des Täters am Opfer	273
2. Die sexuelle Handlung, die der Täter an sich vornehmen lässt	278
3. Die sexuelle Handlung von oder an einem Dritten	279
II. Das Ausnutzen besonderer Umstände	281
1. Die fehlende Fähigkeit zur Willensbildung oder Äußerung	281

2. Die relative Unfähigkeit zur Bildung oder Äußerung eines entgegenstehenden Willens	286
3. Der überraschende sexuelle Übergriff	293
4. Das Drohen eines empfindlichen Übels	294
5. Die Drohung mit einem empfindlichen Übel	298
III. Der Versuch	299
IV. Die Qualifikationstatbestände	300
1. Der sexuelle Übergriff auf behinderte oder erkrankte Personen	300
2. Der Einsatz eines klassischen Zwangsmittels	301
3. Die Qualifikationstatbestände des § 177 Abs. 7 und 8 StGB n.F.	305
V. Der besonders schwere Fall	305
VI. Der Straftatbestand der sexuellen Belästigung	307
VII. Straftaten aus Gruppen	310
E. Fazit	315
Zusammenfassung	317
Literaturverzeichnis	319
Sachwortverzeichnis	335

Einführung

Am 11.05.2011 hat die Bundesrepublik Deutschland das Übereinkommen des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt – Istanbul-Konvention (IK) – unterzeichnet.¹ Art. 36 IK verpflichtet die Vertragsstaaten die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass sämtliche nicht einverständliche sexuell bestimmte Handlungen mit oder an einer anderen Person unter Strafe gestellt werden. Am 06.07.2016 hat der Bundestag einen entsprechenden Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Strafgesetzbuchs und zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung in der vom 6. Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz geänderten Fassung mit breiter Mehrheit angenommen. Der Bundesrat hat die Reform am 23.09.2016 gebilligt und das Gesetz ist am 10.11.2016 in Kraft getreten (BGBl. I 2016, 2460).²

Der Gesetzesreform ist eine rechtspolitische Diskussion über die Lückenhaftigkeit des deutschen Sexualstrafrechts vorausgegangen, in deren Mittelpunkt der Vorwurf eines ungenügenden strafrechtlichen Opferschutzes stand.³ Befürworter einer Gesetzesreform bezweifelten, dass der Straftatbestand der sexuellen Nötigung gemäß § 177 StGB a.F. dem Umsetzungsbedarf des Art. 36 IK gerecht werden konnte, der die Gewährleistung eines umfassenden Schutzes des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung forderte.⁴ Sie sahen einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf in Bezug auf den strafrechtlichen Schutz des sexuellen Selbstbestimmungsrechts erwachsener Personen. Nicht einvernehmliche sexuelle Handlungen waren nach der vormals geltenden Fassung des § 177 StGB nur strafbar, wenn der Täter das Opfer mit Gewalt, durch Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben oder unter Ausnutzung einer schutzlosen Lage nötigte, sexuelle Handlungen des Täters

¹ BT-Drucks. 17/12996, 2; Sick/Renzikowski, FS Rössner, 928 (939); Hörnle, NStZ 2017, 13 (14); dies., ZStW 127, 851 (852).

² BT-Drucks. 18/9097, 1.

³ Renzikowski, Lücken beim Schutz der sexuellen Selbstbestimmung aus menschenrechtlicher Sicht, 1; Rabe/von Norman, Policy Paper Nr. 24, 5; Grieger/Clemm/Eckhardt/Hartmann, Fallanalyse zu bestehenden Schutzlücken in der Anwendung des deutschen Sexualstrafrechts bezüglich erwachsener Betroffener, 6; Hörnle, ZIS 4/2015, 206; Kräuter-Stockton, DJBZ 2013 Heft 2b, 1.

⁴ Pisal/Freudenberg – DJB e.V., Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 25.07.2014, 1 f.; Terres des Femmes – Menschenrechte für die Frau e.V., Schluss mit der Straflosigkeit bei Vergewaltigung, 1.

oder eines Dritten an sich zu dulden oder an ihnen vorzunehmen. Bereits der Umstand, dass der Täter das Opfer sexuell nötigen, d. h. zwingen musste, schloss eine konventionskonforme Anwendung des § 177 StGB a.F. auf alle Formen nicht einverständlichen sexuell bestimmten Handelns aus.⁵ Auch der Bundesgerichtshof (BGH), der eine ausgesprochen restriktive Auslegungspraxis vertrat, betonte in mehreren Entscheidungen, dass die bloße Vornahme einer sexuellen Handlung gegen den Willen des Opfers nicht genüge, um ein strafbares Verhalten des Täters zu begründen.⁶ Demnach war es nach dem vormalig geltenden Sexualstrafrecht möglich, dass der Täter eine sexuelle Handlung an dem Opfer vornahm, obwohl es seinen Widerwillen klar zum Ausdruck brachte und das Geschehen nicht einmal über einen Auffangtatbestand bestraft werden konnte. Es war dem Täter möglich, sich wesentlich über den entgegenstehenden Willen des Opfers hinwegzusetzen und eine nicht einvernehmliche sexuelle Handlung an ihm vorzunehmen, ohne sich strafbar zu machen.⁷ Zentrales Element der Strafbarkeit des Täters war ein geleisteter oder erwarteter Widerstand des Opfers, den der Täter durch das Anwenden von Zwang überwinden musste. Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung wurde demnach nicht voraussetzungslos geschützt, sondern musste aktiv verteidigt werden.⁸ Der Versuch des Gesetzgebers, bestehende Strafbarkeitslücken zu schließen, wenn das Opfer keine aktive Gegenwehr leistete, sondern das Geschehen starr vor Angst über sich ergehen ließ, scheiterte an der Rechtspraxis, die an das Vorhandensein einer schutzlosen Lage sehr hohe Anforderungen stellte.⁹

⁵ Hörnle, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention – Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB, 8 ff.; DJB e.V., Stellungnahme zur grundsätzlichen Notwendigkeit einer Anpassung des Sexualstrafrechts (insbesondere § 177 StGB) an die Vorgaben der Konvention des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention) vom 09.05.2014, 1 f.; Rabe/von Norman, Policy Paper Nr. 24, 8 ff.; Grieger/Clemm/Eckhardt/Hartmann, Fallanalyse zu bestehenden Schutzlücken in der Anwendung des deutschen Sexualstrafrechts bezüglich erwachsener Betroffener, 10 ff.

⁶ BGH, Beschl. v. 17.09.1992 – 4 StR 416/92, NStZ 1993, 78; Beschl. v. 18.01.1995 – 3 StR 559/94, NStZ 1995, 230; Beschl. v. 08.01.2002 – 4 StR 514/01 bei Pfister, NStZ-RR 2002, 353 (354); Beschl. v. 05.10.2004 – 3 StR 256/04, NStZ 2005, 268 (269); Urt. v. 25.01.2006 – 2 StR 345/05, NJW 2006, 1146 (1147); Beschl. v. 08.02.2006 – 2 StR 575/05, NStZ-RR 2007, 12; Beschl. v. 20.03.2012 – 4 StR 561/11, NStZ 2013, 466; OLG Karlsruhe, Urt. v. 06.06.2002 – 1 Ss 13/02, NJW 2003, 1263.

⁷ Sick/Renzikowski, FS Rössner, 928 (930 ff.); Renzikowski, Lücken beim Schutz der sexuellen Selbstbestimmung aus menschenrechtlicher Sicht, 1 f.; Eisele, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages vom 24.01.2015, 2 f.; Isfen, ZIS 4/2015, 217 (218).

⁸ LK-Hörnle, § 177 Rn. 57; dies., Schriftliche Stellungnahme für die Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages vom 01.06.2016, 4 f.; Sick, JR 1993, 163 (167); Rössner, FS Leferenz, 527 (532 ff.); differenzierend: MüKo-Renzikowski, 2. Aufl., § 177 Rn. 25 f.; Sick/Renzikowski, NStZ 2013, 468; differenzierend: Fischer, 62. Aufl., § 177 Rn. 6; Gössel, Das neue Sexualstrafrecht, § 2 Rn. 20; Laubenthal, Handbuch Sexualstrafaten, Rn. 120.

⁹ BT-Drucks. 13/7324, 6.

Einige Verfechter der Gesetzesreform brachten auch rechtssoziologische Überlegungen in die Diskussion mit ein. So dürfe man von dem Opfer nicht per se verlangen, körperliche Gegenwehr zu leisten, denn die Widerstandskraft hänge sehr stark von der Persönlichkeitsstruktur und den Fähigkeiten des Betroffenen ab. Um den Taterfolg herbeizuführen, sei es nicht unbedingt erforderlich, ein scheues, unreifes oder gehemmtes Opfer durch Gewalt oder Drohung daran zu hindern, sich den sexuellen Wünschen des Täters zu widersetzen. Auch eine große Altersdifferenz oder eine soziale Abhängigkeit könne das Opfer daran hindern, sich gegenüber einem dominant auftretenden Täter durchzusetzen. Diese Fälle würden nicht lückenlos durch die Missbrauchstatbestände der §§ 174 ff StGB erfasst.¹⁰

Nach Ansicht der Reformbefürworter blieb dem Gesetzgeber auf Grund der Gewaltenteilung und der Unabhängigkeit der Gerichte keine andere Möglichkeit, als eine erneute Reform des Sexualstrafrechts vorzunehmen und die bestehende Rechtslage den Anforderungen der Istanbul-Konvention anzupassen. Es wurde argumentiert, dass der Gesetzestatbestand zwar nicht die einzige Voraussetzung für einen effektiven Strafrechtsschutz darstelle. Allerdings enthalte er die Rechtsgrundlage, die es den Behörden überhaupt erst ermögliche, ein bestimmtes Verhalten strafrechtlich zu verfolgen.¹¹ Darüber hinaus wurde eine konventionskonforme Auslegung des Sexualstrafrechts durch die höchstrichterliche Rechtsprechung als unwahrscheinlich angesehen. Dies zeigte sich nach Ansicht der Reformbefürworter bereits anhand der Auseinandersetzung der deutschen Fachgerichte mit der Rechtsprechung des EGMR. Obwohl das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in ständiger Rechtsprechung betonte, dass die EMRK im Rang eines Bundesgesetzes gelte und die Rechtsprechung des EGMR bei der Auslegung des nationalen Rechts zu berücksichtigen sei, fand dies nach Ansicht der Reformbefürworter im Sexualstrafrecht nicht statt.¹²

Auch ließ sich die Befürchtung, ein weit gefasster Tatbestand könne zu einer steigenden Zahl von Falschanzeigen führen, nach ihrer Ansicht weder mit aktuellen Studien noch aufgrund der Erfahrungen anderer Länder belegen.¹³ Es wurden verschiedene statistische Forschungsreihen angeführt, die verdeutlichen sollten, dass die Konstruktion der sexuellen Nötigung keinen Schutz vor falschen Beschuldi-

¹⁰ Sick/Renzikowski, FS Schroeder, 603 (609 f.); dies., NStZ 2013, 468 (469); Burkhardt, Vergewaltigung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit, 88 f.; Bohner, Vergewaltigungsmythen, 12 ff.; Füllgrabe, Kriminalistik 2006, 80 (81 f.).

¹¹ Hörnle, ZIS 4/2015, 206 (207 ff.); dies., ZStW 127, 851 (860 ff.); dies., Schriftliche Stellungnahme für die Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages vom 01.06.2016, 3; dies., Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention – Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB, 8.

¹² BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 1965 – 1 BvR 513/65, BVerfGE 19, 342; Beschl. v. 26. 03. 1987 – 2 BvR 589/79, BVerfGE 74, 358 (370); Beschl. v. 14. 10. 2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307; Urt. v. 04. 05. 2011 – 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326; Isfen, ZIS 4/2015, 217 (221); Frommel, FS Ostendorf, 321.

¹³ Lembke, Zeitschrift für Rechtssoziologie 34, 223 (232 f.); Terre des Femmes – Menschenrechte für die Frau e.V., Häusliche und sexualisierte Gewalt, 1 f.