

# Der neue Straftatbestand des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB n.F.

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. Mohamad El-Ghazi, Bremen

## I. Einführung

Lange wurde das deutsche Sexualstrafrecht als lückenhaft und verkrustet angeprangert.<sup>1</sup> Aufschwung erhielt die Kritik durch Inkrafttreten des Übereinkommens des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (sog. Istanbul-Konvention) im Jahr 2011.<sup>2</sup> In Art. 36 dieses Übereinkommens werden die Unterzeichnerstaaten verpflichtet, alle nicht einvernehmlichen sexuellen Handlungen unter Strafe zu stellen.<sup>3</sup> Schon mit Blick auf diese Vorgaben war abzusehen, dass es zu Modifikationen im strafrechtlichen Schutz der sexuellen Selbstbestimmung kommen wird. Die Große Koalition war ohnehin angetreten, um „inakzeptable Schutzlücken [zu schließen] und Wertungswidersprüche im Sexualstrafrecht zu beseitigen“.<sup>4</sup> Endgültig entbrannt ist die Debatte durch die Vorfälle in der Kölner Silvesternacht 2015/2016. Spätestens seit dem Tag darauf wurde die Überarbeitung des Sexualstrafrechts von Seiten der Regierung mit Nachdruck verfolgt.

Die lange, zähe und zum Teil polarisierend geführte Debatte<sup>5</sup> um den richtigen und angemessenen strafrechtlichen Umgang mit „Übergriffen“ auf das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung hat im Sommer ein überraschendes Ende genommen: Ausgangspunkt für die nunmehr beschlossene Reform war ein vom Ministerium für Justiz und Verbraucherschutz erarbeiteter Gesetzesentwurf, der sich zum Ziel gesetzt hatte, zunächst die (vermeintlich) evidenten Mängel im Sexualstrafrecht kurzfristig zu beheben.<sup>6</sup> Der Bundestag hatte diesen Entwurf (und andere von Seiten der Opposition stammende Entwürfe<sup>7</sup>) im April 2016 beraten und an den Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz zur federführenden Beratung verwiesen. Mit den Stimmen der Großen Koalition hat der Ausschuss gravierende Änderungen des ur-

sprünglichen Entwurfs beschlossen. Am 7.7.2016 hat der Bundestag fraktionsübergreifend ein Gesetz beschlossen, das die sog. „Nein heißt Nein“-Lösung nun doch in das Strafgesetzbuch implementiert.<sup>8</sup> Der Bundesrat hat dem Gesetzesvorhaben in seiner Sitzung am 23.9.2016 zugestimmt. Der demnächst in Kraft tretende § 177 StGB n.F. lautet dann:

„Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung

(1) Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn

1. der Täter ausnutzt, dass die Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern,

2. der Täter ausnutzt, dass die Person aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung dieser Person versichert,

3. der Täter ein Überraschungsmoment ausnutzt,

4. der Täter eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht, oder

5. der Täter die Person zur Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel genötigt hat.

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn die Unfähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern, auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht.

(5) Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn der Täter

1. gegenüber dem Opfer Gewalt anwendet,

2. dem Opfer mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht oder

3. eine Lage ausnutzt, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist.

(6) In besonders schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren zu erkennen. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder vollziehen lässt oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere, wenn sie mit

<sup>1</sup> Überblick über die behaupteten Lücken bei *Isfen*, ZIS 2015, 217 (218 ff.); vgl. auch *Rabe/v. Normann*, Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen, Policy Paper Nr. 24, S. 11 f.

<sup>2</sup> Vgl. ausführlich *Blume/Wegner*, HRRS 2014, 357; vgl. auch *Gerhold*, JR 2016, 122 (123).

<sup>3</sup> Die Bundesrepublik hat diese noch nicht ratifiziert. Die Ratifikation dürfte demnächst anstehen.

<sup>4</sup> Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 145; abrufbar unter:

<https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?blob=publicationFile> (9.3.2017).

<sup>5</sup> Beispielsweise: *Lembke*, KJ 2016, 3; *Hörnle*, ZIS 2015, 206; *dies.*, GA 2015, 313; *Fischer*, ZIS 2015, 312; *Frommel*, in: Rotsch/Brüning/Schady (Hrsg.), *Strafrecht – Jugendstrafrecht – Kriminalprävention in Wissenschaft und Praxis*, Festschrift für Heribert Ostendorf zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 2015, 2015, S. 321 (326 f.).

<sup>6</sup> BT-Drs. 18/8210, S. 9. Anmerkung zu diesem Entwurf: *El-Ghazi*, jurisPR-StrafR 9/2016 Anm. 1.

<sup>7</sup> Vgl. BT-Drs. 18/7719; BT-Drs. 18/5384.

<sup>8</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9097. Einen Überblick über die Änderung liefert *Papathanasiou*, KriPoZ 2016, 133.

einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), oder

2. die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird.  
(7) Auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter

1. eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt,

2. sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden, oder  
3. das Opfer in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.

(8) Auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter

1. bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet oder

2. das Opfer

a) bei der Tat körperlich schwer misshandelt oder

b) durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt.

(9) In minder schweren Fällen der Absätze 1 und 2 ist auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu drei Jahren, in minder schweren Fällen der Absätze 4 und 5 ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen der Absätze 7 und 8 ist auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen.“

Die den § 177 StGB betreffenden Änderungen sind so gravierend, dass diese Vorschrift die Bezeichnung „sexuelle Nötigung“ nicht mehr verdient.<sup>9</sup> Von der klassischen sexuellen Nötigung wird kaum etwas übrig bleiben.<sup>10</sup> Das Nötigungselement büßt seine integrale Stellung innerhalb des § 177 StGB n.F. ein. Auch die in Abs. 5 genannten Qualifikationen, die sich hinsichtlich der „Mittel“ am bisherigen Grundtatbestand der sexuellen Nötigung orientieren, setzen keine Nötigung mehr voraus.<sup>11</sup> In den Mittelpunkt des neuen § 177 StGB n.F. rückt der entgegenstehende Wille des Opfers. Das bisherige Paradigma, nach dem im Grundsatz Angriffe auf die sexuelle Selbstbestimmung nur strafbar waren, wenn der Täter die sexuelle Handlung kraft Nötigung erreicht hat, wäre mit Inkrafttreten des beschlossenen Gesetzes überholt.

§ 177 StGB n.F. formuliert in den Abs. 1 und 2 zwei neue Grundtatbestände. Dabei ist Abs. 1 die Strafbestimmung, die die sog. „Nein heißt Nein“-Lösung in eine Strafnorm gießt. Wegen eines sexuellen Übergriffs macht sich demnach strafbar, wer eine sexuelle Handlung gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person vornimmt. Abs. 2 hingegen soll sexuelle Handlungen erfassen, gegen die das Opfer einen erkennbar entgegenstehenden Willen aufgrund seiner Konstitution oder aufgrund seiner konkreten Situation nicht bilden kann oder will. Abs. 2 erfasst vor allem auch (aber eben nicht nur) den sexuellen Übergriff auf solche Personen, die bislang unter dem Schutz des § 179 StGB a.F. standen (bisher: Sexu-

eller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen). Beiden Absätzen ist gemeinsam, dass die sexuelle Handlung ohne (tatbestandsausschließendes) Einverständnis des Opfers stattfindet.<sup>12</sup> Strafbar sind demnach ausschließlich nicht einvernehmliche sexuelle Handlungen – leider wurde versäumt, dies hinsichtlich des neuen Abs. 2 (ausdrücklich) klarzustellen.<sup>13</sup>

Der vorliegende Beitrag widmet sich bewusst ausschließlich dem sexuellen Übergriff nach § 177 Abs. 1 StGB n.F. Es soll der Versuch einer ersten dogmatischen Analyse unternommen werden.

## II. Strafbarkeitslücken

Die dem bisherigen Paradigma zugrunde liegende Erwartung an das Opfer, dass es sich unerwünschter Sexualkontakte erwehrt, solange der Täter keine Gewalt oder qualifizierte Drohung anwendet und die Lage des Opfers auch nicht objektiv aussichtslos ist,<sup>14</sup> wurde vielfach enttäuscht.<sup>15</sup> Es ist kein Ausnahmephänomen, dass bestimmte Personen Angriffe auf ihre sexuelle Selbstbestimmung einfach regungslos erdulden. Die Gründe hierfür sind vielfältig und höchst individuell (begründete oder unbegründete Angst vor Gewalt oder Eskalation, falsche Scham, Überrumpelung etc.). Immer wieder wurden Fälle bekannt, in denen ein sexueller Übergriff strafrechtlich nicht geahndet werden konnte, weil der Angreifer (angeblich) ohne Einsatz eines Nötigungsmittels oder das Ausnutzen einer schutzlosen Lage auskam.<sup>16</sup> Insbesondere in folgenden Sachverhalten wurden Schutzlücken im Sexualstrafrecht ausgemacht:

- zwischen der Gewalt bzw. der Drohung mit Gewalt und der sexuellen Handlung besteht kein finaler Zusammenhang,
- das Opfer hat Angst vor körperlicher Beeinträchtigung, vor Eskalation oder vor sonstigen Nachteilen, obwohl solche Beeinträchtigungen objektiv nicht drohen,
- das Opfer fühlt sich dem Angreifer ausgeliefert, obwohl die Lage objektiv nicht schutzlos ist,

<sup>12</sup> Hierauf deutet die Gesetzesbegründung hin, vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 24. Vgl. auch *El-Ghazi*, jurisPR-StrafR 9/2016 Anm. 1.

<sup>13</sup> Die Gesetzesbegründung enthält zumindest deutliche Anhaltspunkte dafür, vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 24: „Absatz 2 benennt Umstände, unter denen der Täter sich auch dann strafbar machen kann, wenn ein der sexuellen Handlung entgegenstehender Wille des Opfers nicht erkennbar ist“.

<sup>14</sup> Zur Bestimmung der schutzlosen Lage i.S.d. bisherigen § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB nach den objektiven Umständen vgl. BGH NStZ 2012, 268 (269); BGH NStZ 2013, 466; vgl. dazu auch *Hörnle*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2010, § 177 Rn. 104; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. 2017, § 177 Rn. 28.

<sup>15</sup> *Maiwald*, in: Heger/Kelker/Schramm (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl, 2014, S. 539.

<sup>16</sup> Vgl. BGH NStZ 2012, 268; BGH NStZ 2013, 466.

<sup>9</sup> Die amtliche Überschrift lautet dennoch „Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung“.

<sup>10</sup> Zu den Wurzeln des § 177 RStGB vgl. *Kratzer-Ceylan*, Finalität, Widerstand, „Bescholtenheit“, 2015, S. 81 ff.

<sup>11</sup> BT-Drs. 18/9097, S. 11.

- der Angreifer überrascht das Opfer. Aufgrund der Kurzzeitigkeit des Angriffs oder der Überrumpelung kann es sich diesem nicht erwehren.

Manche Autoren sahen die Rechtsprechung in der Pflicht, ihre enge Auslegung des bisherigen § 177 Abs. 1 (Nr. 3) StGB a.F. aufzugeben und die Vorschrift konventionskonform (EMRK und Istanbul-Konvention) zu interpretieren, um dadurch einige der genannten Fälle strafrechtlich erfassen zu können.<sup>17</sup> Beim bisherigen § 177 Abs. 1 StGB a.F. handelte es sich jedoch um einen Verbrechenstatbestand. Zumindest vor diesem Hintergrund hatte die Rechtsprechung, die stets um eine enge Auslegung des Tatbestandes der sexuellen Nötigung bemüht war,<sup>18</sup> durchaus ihre Berechtigung. Das neue Sexualstrafrecht liefert mit dem neuen Tatbestand des sexuellen Übergriffs in § 177 Abs. 1 und 2 StGB n.F. neue Tatbestände, die zur Schließung dieser (vermeintlichen) Lücken führen sollen.

### III. Der sexuelle Übergriff nach § 177 Abs. 1 StGB n.F.

#### 1. Geschütztes Rechtsgut und Schutzzumfang

§ 177 Abs. 1 StGB n.F. schützt, wie die Vorschriften des 13. Abschnitts insgesamt, das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung.<sup>19</sup> Auch der neue Tatbestand des sexuellen Übergriffs dient nicht dem Schutz irgendeiner Sexualmoral oder -ehre und auch nicht der „Reinheit und Gesundheit des Geschlechtslebens“ als „wichtige Voraussetzung für den Bestand des Volkes und die Bewahrung der natürlichen Lebensordnung“.<sup>20</sup> „Das Strafgesetz hat nicht die Aufgabe, auf geschlechtlichem Gebiet einen moralischen Standard des erwachsenen Bürgers durchzusetzen [...]“.<sup>21</sup>

Die sexuelle Selbstbestimmung wird u.a. aus der Menschenwürde abgeleitet.<sup>22</sup> Zur sexuellen Selbstbestimmung zählt das Recht, frei darüber befinden zu können, wann, wo und mit wem sexuelle Handlungen vorgenommen werden. Damit besitzt dieses höchstpersönliche Recht sowohl eine positive als auch eine negative Dimension.<sup>23</sup> Solange Rechte Dritter nicht unangemessen tangiert werden, soll jeder positiv über seine Sexualität disponieren dürfen. Zur negativen Dimension der sexuellen Selbstbestimmung zählt das Recht,

von unerwünschten und aufgedrängten sexuellen Handlungen frei zu bleiben.

Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht von einsichtsfähigen Personen war bislang jedoch nicht vorbehaltlos strafrechtlich gewährleistet. Strafbar war nur, wer das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung durch Anwendung von (qualifizierten) Nötigungsmitteln oder unter Ausnutzung einer schutzlosen Lage desavouierte. Natürlich konnte man hierin eine Inkonsistenz im Bereich des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes erblicken. Das deutsche Strafrecht schützt manch unbedeutenderes Rechtsgut besser und umfassender als das höchstpersönliche (und höchst schützenswerte) Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung. § 242 StGB schützt das Eigentum vor jeder Wegnahme, also vor Bruch und Begründung neuen Gewahrsams gegen den Willen des Berechtigten.<sup>24</sup> Vor diesem Hintergrund konnte man bisher den Eindruck gewinnen, das Gesetz stelle das Eigentum unter einen besseren Schutz als das höchstpersönliche Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung. Nun ist das Gewicht eines Rechtsgutes zwar ein wesentlicher, wahrlich aber nicht der einzige Faktor, den der Gesetzgeber bei seiner Entscheidung für und wider eine Kriminalisierung zu berücksichtigen hat. Andere Aspekte, beispielsweise die schwere prozessuale Beweisbarkeit oder der Umstand, dass es sich um kriminologische Ausnahmephänomene handelt, können gegen eine Kriminalisierung sprechen.

#### 2. Rechtsnatur des Abs. 1 und Überblick über die Systematik des § 177 Abs. 1 bis 9 StGB n.F.

Beim sexuellen Übergriff i.S.d. § 177 Abs. 1 StGB n.F. handelt es sich um ein Verletzungsdelikt.<sup>25</sup> Die sexuelle Handlung muss zu einer Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts geführt haben; erst dann kann eine Handlung als (vollendete) sexuelle Handlung qualifiziert werden. Zumindest bei der ersten Verwirklichungsvariante, in der der Täter die sexuelle Handlung an dem Opfer vornimmt, lässt sich neben der eigentlichen Tathandlung kein eigenständiger, von der Tathandlung abgrenzbarer tatbestandlicher Erfolg verzeichnen.<sup>26</sup> Insofern handelt es sich hierbei um ein Tätigkeitsdelikt.<sup>27</sup> Lässt der Täter die sexuelle Handlung von dem Opfer an sich vornehmen oder bestimmt er das Opfer zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlung an oder von einem Dritten, weist der Tatbestand neben der Täterhandlung (dem Bestimmen) auch einen hiervon gedanklich trennbaren Erfolg auf. Die sexuelle Handlung wird in diesen Fällen als Erfolg anzusehen sein. Diese Varianten sind damit als Erfolgsdelikte einzustufen.

<sup>17</sup> Frommel (Fn. 5), S. 326 f.; Gerhold, JR 2016, 122 (123).

<sup>18</sup> Vgl. beispielsweise BGHSt 44, 232; 45, 256.

<sup>19</sup> BT-Drs. 6/1552, S. 9, 17; BGH NSTZ-RR 2013, 10 (12); Hörnle (Fn. 14), Vor § 174 Rn. 51 f.; Wolters, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 135. Lfg., Stand: August 2012, Vor § 174 Rn. 13e; der Begriff geht zurück auf Schroeder, ZRP 1971, 14.

<sup>20</sup> So BT-Drs. 4/650, S. 204, 350; vgl. auch Renzikowski, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, Vor §§ 174 Rn. 2 ff.

<sup>21</sup> BGHSt 23, 40 (43 f.).

<sup>22</sup> Hörnle (Fn. 14), Vor § 174 Rn. 32; Papathanasiou, KriPoZ 2016, 133.

<sup>23</sup> Sick/Renzikowski, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 603 (604).

<sup>24</sup> Vgl. nur BGHSt 16, 271 (272 f.); Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 242 Rn. 27, m.w.N.

<sup>25</sup> Zur bisherigen Einordnung der sexuellen Nötigung nach § 177 Abs. 1 StGB vgl. auch Renzikowski (Fn. 20), § 177 a.F. Rn. 2 ff.

<sup>26</sup> Zur Definition des Tätigkeitsdelikts Rönau, JuS 2010, 961 (962).

<sup>27</sup> Für die §§ 173, 174, 176 StGB schon Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 103.

Dass es sich beim Tatbestand des sexuellen Übergriffs nach Abs. 1 nicht um ein eigenhändiges Delikt<sup>28</sup> handelt, stellt schon die gesetzliche Formulierung eindeutig klar. Der Tatbestand kann auch in der Variante verwirklicht werden, dass der Täter eine Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt.<sup>29</sup> Mittäter oder mittelbarer Täter kann damit auch derjenige sein, der die unmittelbare sexuelle Handlung mit einem Dritten gemeinsam begeht oder sie insgesamt einem Tatmittler überlässt.

§ 177 Abs. 4 StGB n.F. enthält eine erste Qualifikation, die jedoch der in Abs. 2 Nr. 1 genannten Konstellation vorbehalten ist.<sup>30</sup> Für Abs. 1 spielt sie damit keine Rolle. Die Qualifikation des § 177 Abs. 5 StGB n.F. gilt hingegen für beide Grundtatbestände. Die Vorschrift arbeitet mit den tradierten Merkmalen des bisherigen § 177 Abs. 1 StGB a.F. (Gewalt, Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben, Ausnutzen schutzloser Lage). Der Tatbestand des Abs. 5 setzt demgegenüber keine Nötigung mehr voraus.<sup>31</sup> Damit kann aber auch kein klassischer Finalzusammenhang zwischen Nötigungsmittel und Erfolg mehr gefordert werden. Dieses Merkmal entfällt ebenfalls.<sup>32</sup> Ob hingegen irgendeine Beziehung zwischen der sexuellen Handlung und den in Abs. 5 Nr. 1 bis 3 genannten Modalitäten bestehen muss und, wenn ja, welche, wird hingegen die nähere Auseinandersetzung mit der Qualifikation ergeben müssen. Mindestens wird man einen engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang fordern müssen. Es kann nicht genügen, dass die Qualifikationsmodalitäten, insbesondere die in Abs. 5 Nr. 1 und 2 genannten, allein vom selben Täter am Opfer des sexuellen Übergriffs verübt werden.

Abs. 6 entspricht dem besonders schweren Fall des bisherigen § 177 Abs. 2 StGB a.F. und greift als Strafzumessungsregelung für beide Grundtatbestände, mithin auch für den sexuellen Übergriff nach Abs. 1. Bei den Abs. 7 und 8 handelt es sich um Qualifikationen zu beiden Grundtatbeständen. Sie entsprechen den bisherigen Abs. 3 und 4. Abs. 9 letztendlich formuliert (unbenannte) minder schwere Fälle für die Abs. 1 und 2, die Abs. 3 und 4 und die Abs. 7 und 8. Der Versuch des § 177 Abs. 1 (und des Abs. 2) StGB n.F. ist strafbar, vgl. Abs. 3.

### 3. Der objektive Tatbestand eines sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB n.F.

#### a) Sexuelle Handlung, Erheblichkeit

Zur Verwirklichung des Grundtatbestandes des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB n.F. wird vorausgesetzt, dass eine sexuelle Handlung an einem Menschen vorgenom-

men wird. Am Begriff der sexuellen Handlung hat sich durch die Gesetzesreform nichts verändert. Weiterhin findet sich im Gesetz keine Legaldefinition der sexuellen Handlung. § 184h Nr. 1 StGB weist ausschließlich darauf hin, dass die Handlung „im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit“ sein muss. Die Definition der sexuellen Handlung bleibt somit schwierig. Als unproblematisch werden im Grundsatz solche Handlungen angesehen, die „schon objektiv, also nach ihrem äußeren Erscheinungsbild, einen eindeutigen Sexualbezug aufweis[en]“.<sup>33</sup> Bei solchen evidenten Handlungen soll es auch nicht auf die Intention oder Motivation des Handelnden ankommen; eine sexuelle Absicht wird nicht vorausgesetzt.<sup>34</sup> Hier kommt es dann nur noch darauf an, dass die Erheblichkeitsschwelle des § 184h Nr. 1 StGB überschritten ist. Problematischer sind hingegen äußerlich ambivalente Verhaltensweisen.<sup>35</sup> Bei solchen Handlungen soll „auf das Urteil eines objektiven Betrachters abzustellen [sein], der alle Umstände des Einzelfalles kennt“.<sup>36</sup> In die Betrachtung sei auch einzustellen, ob der Angeklagte von sexuellen Absichten geleitet war.<sup>37</sup> Auch hier muss natürlich die Schwelle zur Erheblichkeit überschritten sein.

Eine erhebliche sexuelle Handlung sollte (nach bisheriger Rechtslage) beispielsweise bei einem festen Griff in die Genitalen, auch wenn dieser oberhalb der Kleidung erfolgte, beim Berühren des nackten Geschlechtssteils<sup>38</sup> oder beim „eingehenden“ Betasten der Brust einer Frau zu bejahen sein.<sup>39</sup> Auch ein (nicht nur kurzer) Zungenkuss sollte als erhebliche sexuelle Handlung anzusehen sein.<sup>40</sup> Die Rechtsprechung sieht solche Handlung als erheblich an, „die nach Art, Intensität und Dauer eine sozial nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigung des im jeweiligen Tatbestand geschützten Rechtsguts besorgen lassen“.<sup>41</sup> Dies sei anhand einer „Gesamtbeurteilung aller Umstände im Hinblick auf die Gefährlichkeit der Handlung für das jeweils betroffene Rechtsgut [zu ermitteln]; unter diesem Gesichtspunkt scheiden belanglose Handlungen aus“.<sup>42</sup> Zwar berührt die Gesetzesänderung nicht § 184h Nr. 1 StGB. Dennoch wird die Reform des Sexualstrafrechts m.E. nicht ohne Einfluss auf die Auslegung des § 184h Nr. 1 StGB bleiben können. Die letztgenannte

<sup>28</sup> Vgl. allgemein dazu *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 288 ff.

<sup>29</sup> Vgl. auch *Roxin* (Fn. 28), § 25 Rn. 288, Fn. 381 zum Wortlaut des § 177 Abs. 1 StGB.

<sup>30</sup> BT-Drs. 18/9097, S. 27.

<sup>31</sup> Eindeutig auch die Begründung, vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 27.

<sup>32</sup> A.A. wohl *Papathanasiou*, *KriPoZ* 2016, 133 (136).

<sup>33</sup> BGH *StraFo* 2015, 471; BGH *StV* 2009, 467; BGH *NStZ-RR* 1999, 357; BGH *NStZ-RR* 2008, 339 (340); zuletzt auch BGH *NJW* 2016, 2049; vgl. auch *Eisele*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, Aufl. ? Jahr?, § 184g Rn. 6; *Wolters* (Fn. 19), § 184g Rn. 2.

<sup>34</sup> Vgl. nur BGH *NStZ-RR* 2008, 339 (340).

<sup>35</sup> Ausführlich dazu *Hörnle*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 20), § 184g Rn. 3 ff.

<sup>36</sup> So BGH *NJW* 2016, 2049; vgl. auch BGH *StGB* § 184c Nr. 1 Erheblichkeit 5; BGH *NStZ* 2002, 431 (432); *Pfister*, *NStZ-RR* 2005, 361 (367).

<sup>37</sup> BGH *NJW* 2016, 2049.

<sup>38</sup> BGH *St* 35, 76.

<sup>39</sup> *Miebach*, *NStZ* 1992, 228.

<sup>40</sup> *Renzikowski* (Fn. 20), § 177 a.F. Rn. 57 m.w.N.

<sup>41</sup> So BGH *NJW* 2016, 2049; vgl. auch BGH *St* 29, 336 (338).

<sup>42</sup> So BGH *NJW* 2016, 2049.

Vorschrift muss als Verkörperung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des ultima ratio-Prinzips verstanden werden. Modifikationen im System des Sexualstrafrechts, geschweige denn ein vollzogener Paradigmenwechsel, können nicht spurlos an der Erheblichkeitsschwelle vorbeiziehen. Die Erheblichkeit ist mit Blick auf den jeweiligen Straftatbestand und das dadurch geschützte Rechtsgut,<sup>43</sup> aber auch unter Berücksichtigung der Rechtsfolgen zu bestimmen. Der Tatbestand und die angedrohte Sanktion müssen die Rechtsverletzung angemessen erfassen. Es darf kein milderes, zur Erfassung der begangenen Rechtsverletzung hinreichendes Mittel zur Verfügung stehen. Mit der Reform haben sich insofern zwei Änderungen ergeben: Zum einen verzichtet der sexuelle Übergriff nach Abs. 1 auf eine Nötigungskomponente, und damit auf das Tatbestandsmerkmal, das das Unrecht der klassischen sexuellen Nötigung bisher entscheidend mitgeprägt hat. Dennoch hat der Gesetzgeber den sexuellen Übergriff nach Abs. 1 mit einer Mindeststrafe von sechs Monaten Freiheitsstrafe versehen. Außerdem steht ab Inkrafttreten des reformierten Sexualstrafrechts ein milderes strafrechtliches Mittel in Gestalt der sexuellen Belästigung i.S.d. § 184i Abs. 1 StGB n.F. zur Verfügung. Demnach macht sich strafbar, wer „eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt [...]“. Auch die sexuelle Belästigung tangiert die sexuelle Selbstbestimmung.<sup>44</sup> Insofern wird sich die Rechtsprechung in Zukunft mit der Frage auseinandersetzen haben, welche Angriffe auf die sexuelle Selbstbestimmung über den Tatbestand des sexuellen Übergriffs und welche durch die sexuelle Belästigung nach § 184i StGB n.F. angemessen zu erfassen sein werden.<sup>45</sup> Die Abgrenzung wird sich an der Erheblichkeit der Handlung zu vollziehen haben. Da nun aber ein milderer Tatbestand zur Verfügung steht, der neue § 177 Abs. 1 StGB eine vergleichsweise „heftige“ Mindeststrafe vorsieht und die Alternative zur Negation der sexuellen Handlung nicht mehr Strafflosigkeit lautet, wird man über eine Nivellierung der bisherigen Erheblichkeitsschwelle des § 177 Abs. 1 StGB a.F. nachzudenken haben. Dabei ist es unerheblich, ob der Gesetzgeber Modifikationen an der Erheblichkeitsschwelle vornehmen wollte oder nicht. Die Grenzen der Verhältnismäßigkeit sind von der Verfassung vorgegeben. Sie unterliegen nicht dem Befinden des einfachen Gesetzgebers. M.E. wird man bestimmte Verhaltensweisen, die nach bisheriger Rechtslage gerade so die Schwelle des § 184h Abs. 1 Nr. 1 StGB überschritten haben (fester Griff in die Genitalen oberhalb der Kleidung), nunmehr mit § 184i StGB n.F. angemessen

<sup>43</sup> Vgl. *Sick* (ZStW 103 [1991], 43 [70]), die die dynamische Bestimmung wie folgt begründet: „Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß es innerhalb der §§ 174 ff. eine Stufenfolge im Hinblick auf die Bedeutung der einzelnen Rechtsgüter gibt. Je höherwertiger das Rechtsgut ist, um so geringere Anforderungen werden an die Intensität einer sexuellen Handlung gestellt“; vgl. auch *Wolters* (Fn. 19), § 184g Rn. 10.

<sup>44</sup> BT-Drs. 18/9097, S. 31.

<sup>45</sup> § 184i Abs. 1 StGB n.F. ist mit einer formellen Subsidiaritätsklausel versehen: „[...]“, wenn nicht die Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.“

sen erfassen können. Auch hier muss Näheres der weiteren Diskussion vorbehalten bleiben.

*b) Vornahme der sexuellen Handlung oder Bestimmung des Opfers zu einer sexuellen Handlung am Täter oder an einem Dritten*

Täter ist derjenige, der an einer anderen Person sexuelle Handlungen vornimmt, von dieser sexuelle Handlungen vornehmen lässt oder eine andere Person dazu bestimmt, an einem Dritten sexuelle Handlungen vorzunehmen oder solche Handlungen eines Dritten an sich zu dulden. Erfasst sind damit in jedem Fall weiterhin die sexuelle Handlung des Täters am Rechtsgutsträger und die entsprechende Handlung des Rechtsgutsträgers am Täter. Weiterhin erfasst sind die Fälle, in denen die sexuelle Handlung von einem Dritten am Rechtsgutsträger oder von diesem an dem Dritten vorgenommen wird.

§ 177 StGB n.F. erfasst nunmehr aber auch den Fall, in dem der Täter den Rechtsgutsträger dazu bringt, sexuelle Handlungen *an sich selbst* vorzunehmen. Diese Variante wurde vom Tatbestand der klassischen sexuellen Nötigung bislang nicht erfasst<sup>46</sup> und konnte bisher nur über den besonders schweren Fall der Nötigung nach § 240 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 StGB geahndet werden. Nunmehr heißt es in § 177 Abs. 1 StGB n.F. „Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt [...]“. Die sexuelle Handlung des Rechtsgutsträgers ist in dieser Variante nicht täterbezogen. Es genügt, dass der Rechtsgutsträger dazu gebracht wird, eine sexuelle Handlung vorzunehmen. Sie kann an dem Täter, aber auch am eigenen Körper verübt werden. Der Wortlaut wurde bewusst so gewählt. In der Gesetzgebung wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass diese Konstellation nunmehr vom 13. Abschnitt erfasst sein soll.<sup>47</sup> Notwendig wurde die Änderung durch die gleichzeitig beschlossene Streichung des besonders schweren Falles nach § 240 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 StGB. Man stand somit vor der Alternative, diese Konstellation (sexuelle Handlung des Opfers an sich selbst) nur noch über die einfache Nötigung zu erfassen oder den neu zu schaffenden Tatbestand auch für diese Fälle zu öffnen.<sup>48</sup> Man hat sich für die letzte Variante entschieden.

Im Übrigen bewegt man sich bei den anderen Alternativen auf bekanntem Terrain. Eine sexuelle Handlung nimmt vor, wer einen Kontakt seines Körpers mit dem einer anderen Person herstellt.<sup>49</sup> Hierfür kann eine bloße Berührung mit den Händen ausreichen. Die Zusammenführung der Körper wird in der ersten Variante vom Täter selbst betrieben; er wird also aktiv, um den körperlichen Kontakt herzustellen. Bei der Alternative, in der der Täter die sexuelle Handlung an sich

<sup>46</sup> BGH StV 2011, 160; *Hörnle* (Fn. 14), § 177 Rn. 13; *Eisele* (Fn. 33), § 177 Rn. 12; *Wolters* (Fn. 19), § 177 Rn. 4.

<sup>47</sup> Ausdrücklich BT-Drs. 18/9097, S. 24.

<sup>48</sup> Vgl. auch die Ausführungen des Abgeordneten *A. Hoffmann* in der Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 1.6.2016, Protokoll-Nr. 18/101, S. 20.

<sup>49</sup> *Hörnle* (Fn. 14), § 176 Rn. 8.

vornehmen lässt, wird die Zusammenführung der Körper vom Opfer betrieben. Der Täter bleibt – zumindest während der sexuellen Handlung – weitestgehend passiv.<sup>50</sup> Man wird aber auch bei dieser Variante nicht allein dadurch zum unmittelbaren Täter, dass man die sexuelle Handlung des Opfers bloß „konsumiert“.<sup>51</sup> Für eine Begehungstäterschaft ist notwendig, dass der präsumtive Täter die sexuelle Handlung durch eine eigene Handlung, die kausal für den Erfolg war, ausgelöst hat. Die (objektive) Zurechnung der sexuellen Handlung dürfte in diesen Fällen deshalb keine unüberwindbaren Probleme bereiten, weil im neuen Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB n.F. stets vorausgesetzt wird, dass die sexuelle Handlung „gegen den erkennbaren Willen“ der anderen Person vonstatten geht (dazu sogleich).

Auch die Fälle mit Drittbezug werden keine neuen Probleme aufwerfen. Anknüpfend an § 176 Abs. 2 StGB wird man auch hier davon auszugehen haben, dass ein erfolgreiches Bestimmen vorausgesetzt wird.<sup>52</sup> Es muss demnach zu einer sexuellen Handlung gekommen sein. Im Übrigen deckt sich der Begriff („bestimmt“) mit dem in § 26 StGB.<sup>53</sup> Der Täter muss zumindest den Tatentschluss des Rechtsgutsträgers zur Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung an oder von dem Dritten (mit-)hervorgerufen haben. Die täterschaftliche Verwirklichung eines sexuellen Übergriffs i.S.d. § 177 Abs. 1 StGB n.F. setzt in dieser Variante mit Drittbezug eine (auch vermittelte) Einwirkung auf das Opfer voraus. Die bloße Einwirkung auf den Dritten, der die sexuelle Handlung am Opfer vornimmt oder konsumiert, ist hingegen als Beteiligung an der Tat des Dritten zu werten.<sup>54</sup>

c) „Gegen den erkennbaren Willen“

Im Mittelpunkt des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB n.F. steht das Merkmal „gegen den erkennbaren Willen“.<sup>55</sup> Der Gesetzgeber hat sich damit für eine Lösung entschieden, die man mit „nur ein erkennbares Nein heißt Nein“ umschreiben könnte. Ein entgegenstehender Wille ist demnach notwendige, aber eben nicht hinreichende Bedingung für die Verwirklichung eines sexuellen Übergriffes nach Abs. 1. Der Wille muss zusätzlich (objektiv) „erkennbar“ sein.

<sup>50</sup> Wolters (Fn. 33), § 176 Rn. 3.

<sup>51</sup> Ausführlich *Frühsorger*, Der Straftatbestand des sexuellen Kindesmissbrauchs gemäß § 176, 2011, S. 68 ff.; *Ziegler*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand:1.12.2016, § 176 Rn. 13.

<sup>52</sup> *Eisele* (Fn. 33), § 176 Rn. 8; *Hörnle* (Fn. 14), § 176 Rn. 13.

<sup>53</sup> *Renzikowski* (Fn. 20), § 176 Rn. 30; *Wolters* (Fn.19), § 176 Rn. 7.

<sup>54</sup> *Hörnle* (Fn. 14), § 176 Rn. 15.

<sup>55</sup> Nicht durchgesetzt hat sich der Vorschlag „gegen den erklärten Willen einer anderen Person oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist“ vgl. *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB, 2015, S. 18 f.

aa) „Gegen den Willen“

(1) Nicht nur Fehlen eines Einverständnisses

Ein Einverständnis entfaltet seine Wirkung auf der Ebene des Tatbestandes und beseitigt bereits das objektive Unrecht der Tat.<sup>56</sup> Gerade im Bereich des Sexualstrafrechts lässt sich der dem Einverständnis zugrunde liegende Grundgedanke gut veranschaulichen. Eine sexuelle Handlung, die sich der Rechtsgutsträger wünscht und die mit seinem Willen übereinstimmt, beeinträchtigt nicht das Rechtsgut auf sexuelle Selbstbestimmung. Gerade das Gegenteil ist der Fall: Der Rechteinhaber macht in einem solchen Fall von seinem Rechtsgut frei und eigenverantwortlich Gebrauch.

Ob eine Sanktionsnorm mit dem Institut des Einverständnisses „arbeitet“, muss dem jeweiligen Tatbestand entnommen werden (vgl. z.B. §§ 123, 242, 248b StGB). Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber grundsätzlich frei darin ist, die Voraussetzungen eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses zu kreieren. Tatbestandslosgelöste Grundsätze zum Einverständnis lassen sich daher kaum formulieren.<sup>57</sup> Entscheidend ist die konkrete gesetzliche Ausgestaltung im Einzelfall. Das Merkmal „gegen den Willen“ ist aber mehr als das bloße Fehlen eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses im tradierten Verständnis. Für den sexuellen Übergriff nach § 177 Abs. 1 StGB n.F. kann es nach der gewählten Formulierung nicht genügen, dass das Einverständnis des Opfers zur sexuellen Handlung fehlt. Die Handlung ist noch nicht deshalb „gegen den Willen“, weil sie „ohne den Willen“ des Rechtsgutsträgers stattfindet.<sup>58</sup> Eine solche Formulierung hätte einem strafrechtlichen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt<sup>59</sup> entsprochen und liefe letztlich auf eine „Ja heißt Ja“-Lösung hinaus. In der Gesetzesbegründung wird aber an mehreren Stellen deutlich, dass der neue Grundtatbestand für die Fälle gedacht ist, in denen das Opfer zum Ausdruck gebracht hat, dass es keinen sexuellen Kontakt wünscht.<sup>60</sup> Dem „Opfer [sei] es zuzumuten, dem entgegenstehenden Willen [...] Ausdruck zu verleihen“.<sup>61</sup> Eine sexuelle Handlung „gegen den Willen“ kann nur angenommen werden, wenn das Opfer im konkreten Tatzeitpunkt einen entgegenstehenden Willen tatsächlich gebildet hat. Über diesen entgegenstehenden Willen muss sich der Täter hinwegsetzen. Gegen den Willen ist eine sexuelle Handlung schon dann, wenn sich das Opfer seinen Gegenwillen innerlich vorbehält. Allein eine Missachtung eines innerlichen Vorbehaltes sollte jedoch noch nicht strafbar sein. Auch dies wurde in der Gesetzesbegründung thematisiert. Die Notwendigkeit, dass der Gegenwille nach außen getreten sein muss,

<sup>56</sup> Grundlegend zum Unterschied zwischen Einverständnis und Einwilligung: *Geerds*, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, 1953, S. 88 ff.

<sup>57</sup> Vgl. nur *Roxin* (Fn. 21), § 13 Rn. 106, 117.

<sup>58</sup> *Hörnle* diskutiert die Formulierung „ohne Einverständnis“, vgl. *Hörnle* (Fn. 55), S. 13 f.

<sup>59</sup> So *Stein/Rudolphi*, in: *Wolter* (Fn. 19), § 123 Rn. 13.

<sup>60</sup> BT-Drs. 18/9097, S. 23.

<sup>61</sup> So BT-Drs. 18/9097, S. 23.

folgt jedoch ausschließlich aus dem weiteren Merkmal „erkennbar“ (dazu später).

(2) *Vorhandensein eines tatsächlichen Gegenwillens zum Tatzeitpunkt (mutmaßlicher/antizipierter Gegenwille?)*

Der Rechtsgutsinhaber muss die sexuelle Handlung zum Tatzeitpunkt innerlich ablehnen. In seinem Bewusstsein muss der Wille erkoren sein, die sexuelle Handlung nicht zu wollen. Der Grund für die Ablehnung, sei er nachvollziehbar oder nicht, ist unerheblich. Der Gegenwille muss aber tatsächlich vorhanden sein. Es genügt mithin nicht, wenn sich der Täter gegen den nicht vorhandenen, aber mutmaßlichen Willen des Opfers hinwegsetzt. Die Figur des mutmaßlichen Einverständnisses wird zum Teil diskutiert und in bestimmten Deliktsbereichen (wohl) anerkannt.<sup>62</sup> Im Zusammenhang mit dem sexuellen Übergriff nach § 177 Abs. 1 StGB n.F. kann ein „mutmaßlicher Gegenwille“ jedoch nicht genügen. Dies würde der eben angesprochenen gesetzgeberischen Grundentscheidung zuwiderlaufen. Es kann nicht darum gehen, zu ermitteln, welche sexuellen Handlungen den Wünschen oder Interessen des Rechtsgutsträgers mutmaßlich zuwiderlaufen und mit welchen er mutmaßlich einverstanden wäre. Dass ein tatsächlicher Gegenwille zum Tatzeitpunkt vorhanden sein muss, findet auch in der Systematik zwischen § 177 Abs. 1 und Abs. 2 StGB n.F. Bestätigung. Die in Abs. 2 genannten Fallgruppen wären zum Großteil überflüssig, wenn für die Verwirklichung des Abs. 1 schon ein mutmaßlicher Gegenwille genügen würde.

Wohl aus den gleichen Gründen kann es für die Verwirklichung des Merkmals „gegen den Willen“ nicht genügen, wenn der Gegenwille des Rechtsgutsträgers im sachgedanklichen Mitbewusstsein „mitschwingt“. Die Figur des „sachgedanklichen Mitbewusstseins“ wird im Rahmen der Betrugsdogmatik bemüht, um zum Ausdruck zu bringen, dass ein positiver Irrtum auch dann angenommen werden kann, wenn sich das Opfer im konkreten Tatzeitpunkt keine bewussten Gedanken über das Vorhandensein von Tatsachen macht, aber angenommen werden kann, dass das Opfer einen bestimmten Umstand auch ohne neuerliche bewusste Aktivierung stets mitdenkt.<sup>63</sup>

Hierzu folgendes Beispiel: M befindet sich auf einem Einkaufsbummel in der Innenstadt. Als sie gerade Schuhe im Schaufenster betrachtet und darüber nachdenkt, ob sie noch weitere Schuhe braucht, greift ihr der zufällig vorbeikommende P unvermittelt unter den Rock zwischen die Beine. M stößt P weg; dieser rennt davon.

M hat sich zum Tatzeitpunkt keine positiven Gedanken über einen drohenden sexuellen Angriff gemacht hat. Daher hat sie in diesem Moment auch keinen bewussten und kon-

kreten Gegenwillen bilden können, der das Ergebnis eines „im Bewusstsein substantiiert ablaufenden Denkprozesses“<sup>64</sup> war. Man wird aber unterstellen können, dass bei der ein oder anderen Person stets ein genereller und ständiger Begleitwille vorhanden ist, mit bestimmten Personen (niemals mit einer Frau), an bestimmten Orten (niemals im Büro) oder in bestimmten Situationen (niemals beim Autofahren) sexuell zu agieren. Auch M wird wahrscheinlich im Nachgang des Geschehens anführen, dass der sexuelle Übergriff selbstverständlich ihrem Willen widersprach. Sie könnte wahrscheinlich glaubhaft darlegen, dass sie sich schon vielfach über die Möglichkeit sexueller Übergriffe in der Öffentlichkeit Gedanken gemacht habe, sie so etwas als widerwärtig empfinde und daher ablehne. Man könnte von einem generell antizipierten Gegenwillen sprechen.<sup>65</sup> Dass dieser antizipierte Gegenwille für Abs. 1 nicht genügen kann, ist ebenfalls der Gesetzesbegründung zu entnehmen. Schließlich soll ja dem Opfer zugemutet werden, seinen Willen zum Zeitpunkt der Tat entweder ausdrücklich oder konkludent nach außen zu tragen.<sup>66</sup> Und erneut streitet auch die Systematik des § 177 StGB n.F. gegen die Beachtlichkeit des antizipierten Willens im Rahmen des Abs. 1. Schließlich kennt das Gesetz nicht ohne Grund in § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB n.F. den sexuellen Übergriff durch Ausnutzung eines Überraschungsmoments. Tatsächlich wäre dieser Sondertatbestand nicht notwendig, wenn man einen antizipierten Gegenwillen genügen lassen wollte. Dies streitet für eine enge Auslegung des Abs. 1.

(3) *Qualitative Anforderungen an den Gegenwillen (natürlicher Wille?)*

Die Bildung eines akuten Gegenwillens durch den Rechtsgutsinhaber ist Tatbestandsvoraussetzung für den sexuellen Übergriff nach Abs. 1. Dennoch dürfen in qualitativer Hinsicht keine zu hohen Anforderungen an die Wirksamkeit eines solchen Gegenwillens gestellt werden. Im Einklang mit den anerkannten Regeln zum Einverständnis<sup>67</sup> wird es genügen, wenn der Rechtsgutsträger einen natürlichen Gegenwillen bilden kann und dies im konkreten Tatzeitpunkt auch tut.<sup>68</sup> Eine (uneingeschränkte) Einsichtsfähigkeit in dem Sinne, dass der Rechtsgutsträger in der Lage sein muss, Bedeutung und Tragweite seiner Entscheidung zu erkennen und das

<sup>64</sup> So die Umschreibung eines bewussten Irrtums bei *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 39. Aufl. 2016, Rn. 511.

<sup>65</sup> Ob dieser generelle antizipierte Gegenwille „erkennbar“ sein kann, ist hingegen eine andere Frage. M.E. wird man dies nicht grundsätzlich ablehnen können. Schließlich wird auch einem objektiven Beobachter klar sein, dass die M zum Zeitpunkt, als sie vor dem Schaufenster stand, keinen sexuellen Kontakt mit einem ihr Unbekannten wünschte.

<sup>66</sup> Vgl. wieder BT-Drs. 18/9097, S. 23.

<sup>67</sup> BGHSt 23, 1; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 9 Rn. 35. Zum Unterschied an die qualitativen Anforderungen zwischen Einwilligung und Einverständnis vgl. *Roxin* (Fn. 27), § 13 Rn. 6.

<sup>68</sup> Die Gesetzesbegründung spricht an mehreren Stellen vom „natürlichen Willen“ BT-Drs. 18/9097, S. 23.

<sup>62</sup> BGHSt 59, 260; *Hohmann*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 248b Rn. 13; *Ludwig/Lange*, JuS 2010, 450; a.A. *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 33), Vor § 32 Rn. 32d; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1995, S. 387 Fn. 75.

<sup>63</sup> Auch beim Betrug wird ein positiver Irrtum vorausgesetzt; reines Nichtwissen genügt nicht.

Für und Wider gegeneinander abzuwägen,<sup>69</sup> wird man nicht voraussetzen dürfen. Wenn schon zur „Aufopferung“ eines Rechtsguts durch tatbestandsausschließendes Einverständnis der natürliche Wille genügt, dann muss dieser auch zum Schutz bzw. Erhalt des Rechtsgutes genügen. Aus Abs. 2 lassen sich keine Anhaltspunkte für höhere Anforderungen an den Gegenwillen ableiten. Im Falle des Abs. 2 Nr. 1 kann der Rechtsgutsinhaber schon keinen natürlichen Gegenwillen bilden. Abs. 2 Nr. 2 ist hingegen für solche Fälle geschaffen worden, in denen die Betroffenen „zwar einen natürlichen Willen bilden oder äußern können, sie aber in dieser Fähigkeit erheblich eingeschränkt sind“.<sup>70</sup> Diesen Personen, so die Gesetzesbegründung zu Abs. 2, soll – aufgrund ihrer Einschränkungen – gerade nicht zugemutet werden müssen, einen Gegenwillen gegen die sexuelle Handlung bilden zu müssen. Mehr lässt sich aus Abs. 2 Nr. 2 nicht schlussfolgern, insbesondere nicht, dass der natürliche Gegenwille von diesen (besonders schutzwürdigen) Personen im Rahmen des Abs. 1 unbeachtlich bliebe. Im Übrigen kann aus Abs. 2 Nr. 2 letzter Halbsatz die Erkenntnis gewonnen werden, dass die Zustimmung einer dort angesprochenen Person, wenn sie denn von ihr versichert worden ist, die Strafbarkeit ausschließt. Der Gesetzgeber erkennt hier an, dass ein natürlicher Wille zur „Aufopferung des Rechtsguts“ (durch Einverständnis) genügt. Dann muss, wie bereits ausgeführt, aber auch der natürliche Wille zum Anlass genommen werden dürfen, den strafrechtlichen Schutz des Abs. 1 auszulösen. Einen natürlichen Willen können mithin auch stark alkoholisierte oder unter Drogeneinfluss stehende Personen und Kinder bilden, solange die natürliche Willensfähigkeit (schon oder noch) besteht. Auch ihr Gegenwille ist im Rahmen des Abs. 1 beachtlich, wenn sie den sexuellen Kontakt ablehnen.

#### (4) Täuschung, Drohung und Gewalt

Es kann natürlich Fälle geben, in denen der Rechtsgutsträger den sexuellen Kontakt zunächst ablehnt, er aber durch Täuschung, Drohung oder Gewalt dazu gebracht wird, nach außen eine Zustimmungserklärung abzugeben. Fraglich ist, inwieweit eine solche, auf Willensmängeln beruhende Erklärung das vorherige „Nein“ nivelliert.

Als vergleichsweise unproblematisch dürfte sich die Täuschung erweisen. Grundsätzlich soll einer Täuschung kein Einfluss auf die Wirksamkeit des Einverständnisses zukommen.<sup>71</sup> Wird der Rechtsgutsträger durch Täuschung (von einem Nein zu einem Ja) umgestimmt, fehlt es zum Zeitpunkt der Tathandlung an einem (innerlichen) Nein. Aus dem ursprünglichen innerlichen Nein des Rechtsgutsträgers ist durch die Täuschung ein innerliches Ja geworden. Die sexuelle Handlung, die daraufhin stattfindet, erfolgt in diesem Fall nicht „gegen den Willen“. Weist eine Frau das sexuelle Ansinnen eines Mannes zunächst zurück, lässt sie sich jedoch

durch ein falsches Versprechen (beispielsweise Zahlung einer bestimmten Geldsumme) umstimmen, ist weder Abs. 1 noch Abs. 2 des § 177 StGB n.F. einschlägig.

Deutlich problematischer ist der Einfluss von Drohung oder Gewalt auf das Einverständnis. Ob ein Einverständnis, das dem Rechtsgutsinhaber durch (strafbare) Drohung oder Gewalt abgenötigt wurde, unwirksam ist, ist umstritten.<sup>72</sup> Zumindest scheint man sich darüber einig, dass die Bedeutung solcher Willensmängel nach den Spezifika des jeweiligen Tatbestandes zu bestimmen ist.<sup>73</sup> In Bezug auf die rechtfertigende Einwilligung ist hingegen allseitig akzeptiert, dass ein auf (qualifizierter) Drohung oder Zwang beruhender Willensmangel zur Unwirksamkeit der Einwilligung führt.<sup>74</sup> *Roxin* hält es mit Blick hierauf nicht für gerechtfertigt, Drohung und Zwang beim Einverständnis als unbeachtlich anzusehen.<sup>75</sup> Die Problematik um die Auswirkungen von Nötigungsmitteln auf die Wirksamkeit eines Einverständnisses stellt sich hier jedoch in einem etwas anderen Gewand. Beherrschbar wird die Problematik, wenn man sich Folgendes vor Augen führt. Es geht hier um die Fälle, in denen der präsumtive Täter den Rechtsgutsträger durch Nötigung dazu bringt, aus einem Nein ein Ja zu machen. Bevor man in diesen Fällen aber zur Frage der Wirksamkeit des späteren (scheinbaren) Einverständnisses kommen kann, wird man zunächst die Frage zu beantworten haben, ob sich an dem ursprünglichen inneren Nein überhaupt etwas durch das äußere Ja geändert hat. Dies ist m.E. zu bezweifeln. Die innere Ablehnung wird durch ein erzwungenes äußeres Ja oder durch sonstige Äußerungen, die der präsumtive Täter dem Rechtsgutsinhaber abnötigt, noch nicht zu einem inneren Ja. Lehnt eine Person einen sexuellen Kontakt zunächst erkennbar mit Nein ab und lässt sie sich erst durch Bedrohung mit einer Waffe dazu bringen, „nimm mich“ oder ähnliches zu sagen, wird man wohl kaum davon ausgehen können, dass sich an der inneren Einstellung tatsächlich etwas geändert hat. Allein ein äußeres Ja beseitigt noch kein inneres Nein. Die zum „Ja-Sagen“ genötigte Person wird in der Regel an ihrem inneren Nein festhalten. Die erzwungene Erklärung stimmt nicht mit dem inneren Willen des Rechtsgutsträgers überein, und dies weiß der Nötigende auch. Ein inneres Nein bleibt ein Nein auch dann, wenn der Rechtsgutsträger ge-

<sup>69</sup> Ausführlich zu den Voraussetzungen der Einwilligungsfähigkeit: *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 62), Vor § 32 Rn. 40 ff.

<sup>70</sup> So BT-Drs. 18/9097, S. 23.

<sup>71</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 46. Aufl. 2016, Rn. 367.

<sup>72</sup> Vgl. *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 62), Vor § 32 Rn. 32 f.; *Roxin* (Fn. 27), § 13 Rn. 7, 106.

<sup>73</sup> *Schlehofer*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, Vor § 32 Rn. 180; *Blei*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 18. Aufl. 1983, § 37 I 1; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, Abschnitt 7 Rn.104.

<sup>74</sup> Vgl. dazu nur *Rönnau*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2010, Vor § 32 Rn. 198 ff., m.w.N.

<sup>75</sup> *Roxin* (Fn. 27), § 13 Rn. 117; auch er verweist darauf, dass dies aber im Grundsatz von Tatbestand zu Tatbestand unterschiedlich zu betrachten ist.

zwungen wird, nach außen ein Ja zu bekunden.<sup>76</sup> Hilfsweise lässt sich der hinter § 116 BGB (geheimer Vorbehalt) stehende Gedanken für die hiesige Problematik fruchtbar machen. Zwar wird demnach eine Erklärung nicht deshalb als unwirksam angesehen, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen, § 116 S. 1 BGB. Jedoch ist die Erklärung dann nichtig, wenn der Erklärungsempfänger den inneren Vorbehalt kennt, § 116 S. 2 BGB. Wenn der Empfänger einer Erklärung weiß, dass der Erklärende das Erklärte innerlich nicht will, dann ist er nicht schutzwürdig. Auch die Existenz des § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB n.F. (sexuelle Nötigung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel) muss an diesem Ergebnis keine Zweifel wecken. Schließlich bleibt dieser Vorschrift ein sinnvoller und breiter Anwendungsbereich: Sie erfasst alle Fälle, in denen das Opfer zuvor keinen erkennbaren Gegenwillen gebildet hat. Abs. 2 dient gerade dazu, die Fälle zu erfassen, in denen dem Opfer ein Nein nicht zugemutet werden kann, beispielsweise weil der Täter sein Opfer gleich von Anfang an nötigt. Eine andere Frage ist hingegen, ob das äußere Ja die Erkennbarkeit des (weiterhin vorhandenen) inneren Neins beseitigt (dazu sogleich).

*bb) Erkennbarkeit als objektives Tatbestandsmerkmal*

*(1) Erkennbarkeit als Korrektiv*

Die Besonderheit des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB n.F. besteht darin, dass der innerliche Gegenwille erkennbar sein muss. In der Einverständnisdogmatik ist grundsätzlich anerkannt, dass ein Einverständnis – und damit auch sein Antonym (also der Gegenwille) – nicht nach außen hin erklärt werden muss, um seine rechtliche Wirkung zu entfalten.<sup>77</sup> Allein das innere Vorhandensein genügt. Bei der Erkennbarkeit handelt es sich um ein Korrektiv, das gewährleisten soll, sozialtypische, aber auch ambivalente sexuelle Interaktionen und Verhaltensweisen zwischen Menschen bereits aus dem objektiven Unrechtsurteil herauszufiltern. Solange ein Gegenwille nicht erkennbar wird, sollen Menschen ihre Grenzen im Bereich der Sexualität mit anderen weiterhin ausloten dürfen. In diesem Bereich kommt es natürlich vor, dass ein Akteur dabei manchmal weiter geht, als dies seinem Kontaktpartner lieb ist. Greift der Student S seinem „Diskoaufriss“ D während eines einvernehmlichen innigen Kusses auf der Tanzfläche unter das T-Shirt an die Brust, dann läuft er in diesem Moment natürlich Gefahr, dass dies der D nicht gefällt und sie diese Handlung (als verfrüht oder übergriffig) ablehnt. Auch die bewusste Hinnahme dieser Gefahr wird weiterhin akzeptiert. Es sei nicht gerechtfertigt, bestimmte sozialtypische Sachverhalte, auch wenn hier die sexuellen Handlungen gegen den Willen des Rechtsgutsträgers passier-

ten, mit dem Verdikt des objektiven Unrechts zu versehen.<sup>78</sup> Erst wenn der Wille des Partners, die angestrebte Handlung nicht zu wollen, nach außen erkennbar wird, ist die Grenze erreicht, deren Überschreitung zukünftig mit Strafe bedroht sein wird.

Das Merkmal der Erkennbarkeit ist im Bereich des Kernstrafrechts ein Novum. Kein anderes Strafgesetz im Strafgesetzbuch verlangt auf Tatbestandsebene, dass der entgegenstehende Wille des Opfers schon objektiv erkennbar sein muss. Diese „Innovation“ hat aber ihre Berechtigung: Ohne die Erkennbarkeit würde sich die Strafbarkeitsfrage im Strafprozess allein an der inneren Einstellung des Rechtsgutsträgers entscheiden. Denn die sexuelle Handlung ist für sich betrachtet grundsätzlich objektiv unverfänglich. Objektiv verfänglich wird sie erst dann, wenn die Umstände darauf schließen lassen, dass die sexuelle Handlung gegen den Willen des Rechtsgutsträgers abläuft. Die Schwelle zwischen Strafbarkeit und Strafflosigkeit ist durch das Merkmal der Erkennbarkeit nicht ausschließlich subjektiv zu bestimmen. Das Resultat des Strafverfahrens hängt damit eben nicht nur „an den Lippen“ des Opfers. Das ist sachgemäß, wenn man die Gefahr bedenkt, dass das Sexualstrafrecht als Waffe gegen den ehemaligen Partner eingesetzt werden kann.

*(2) Kein Fahrlässigkeitstatbestand*

Die Befürchtung, mit dieser Formulierung habe der Gesetzgeber einen Fahrlässigkeitstatbestand geschaffen,<sup>79</sup> erweist sich hingegen als unbegründet. Das Merkmal der Erkennbarkeit schränkt die Strafbarkeit objektiv (und damit natürlich auch subjektiv) ein. Der Täter muss den Gegenwillen für möglich halten und billigen. Es genügt nicht, wenn er diesen hätte erkennen können. Das Adverb „erkennbar“ nimmt auf ein objektives Tatbestandsmerkmal, nämlich auf den „Gegenwillen“, Bezug. Es heißt nicht, „Wer erkennbar gegen den Willen“, sondern es heißt, „Wer gegen den erkennbaren Willen“. Es gilt damit weiterhin die in § 15 StGB getroffene Grundregel:<sup>80</sup> Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht. Anhaltspunkte für eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit enthält § 177 Abs. 1 StGB n.F. nicht. Bei der Erkennbarkeit handelt es sich um ein „normales“ objektives Tatbestandsmerkmal. Sowohl der Gesetzeswortlaut als auch die Gesetzesbegründung machen dies unzweifelhaft deutlich. Die Funktion des Merkmals besteht – wie gesagt – ja gerade darin, deutlich zu machen, dass die Ablehnung in irgendeiner Form (ausdrücklich oder konkludent) nach außen getreten sein muss. Diese Funktion erfüllt die Erkennbarkeit aber nur als objektives Tatbestandsmerkmal. Dass gerade nun die

<sup>76</sup> Z.B. *Isfen*, ZIS 2015, 217 (228).

<sup>77</sup> Insbesondere *Fischer*, Die Zeit Online v. 28.6.2016, abrufbar unter:

<http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-06/rechtspolitik-sexualstrafrecht-nein-heisst-nein-fischer-im-recht/seite-3> (9.3.2017).

<sup>78</sup> *H. E. Müller*, beck-blog v. 8.7.2016, abrufbar unter:

<http://blog.beck.de/2016/07/08/der-erkennbare-wille-nach-dem-neuen-sexualstrafrecht-erkennbar-fehlerhaft> (9.3.2017).

<sup>76</sup> Vgl. auch die Ausführungen des Abgeordneten *Eisele* in der Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 1.6.2016, Protokoll-Nr. 18/101, S. 20.

<sup>77</sup> *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Rn. 51; *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 62), Vor § 32 Rn. 32 ff.; *Schlehofer* (Fn. 73), Vor § 32 Rn. 146; *Rönnau* (Fn. 74), Vor § 32 Rn. 158.

Kritiker der „Nein heißt Nein“-Lösung meinen, die Erkennbarkeit sei als Fahrlässigkeitsmerkmal zu interpretieren, ist bezeichnend für den zum Teil populistisch geführten Kampf um das Sexualstrafrecht. Die Erkennbarkeit eignet sich schon nach dem Wortlaut der Vorschrift eindeutig als objektives Tatbestandsmerkmal. Nach den Bekundungen in der Gesetzesbegründung soll sie auch ein solches Merkmal sein und eine (sinnvolle) Einschränkung des objektiven Unrechtstatbestandes bezwecken.

### (3) Bestimmung der Erkennbarkeit aus Sicht eines objektiven Dritten

Ob der entgegenstehende Wille erkennbar ist, soll aus Sicht eines objektiven Dritten zu beurteilen sein.<sup>81</sup> Für diesen ist, so die Gesetzesbegründung, der entgegenstehende Wille erkennbar, „wenn das Opfer ihn zum Tatzeitpunkt entweder ausdrücklich (verbal) erklärt oder konkludent (zum Beispiel durch Weinen oder Abwehren der sexuellen Handlung) zum Ausdruck bringt“.<sup>82</sup> Auch objektiv verstanden bringt der Begriff „erkennbar“<sup>83</sup> erhebliche Probleme mit sich. Der Verweis auf einen „objektiven Dritten“ liefert allein noch keinen präzisen Maßstab. Da es sich um eine hypothetische Betrachtung handelt, kann man zunächst nur konstatieren, dass nicht danach gefragt werden kann, ob dieser Dritte den Gegenwillen tatsächlich erkannt hat. Dies ist bei dieser hypothetischen Betrachtung ausgeschlossen. Genügt es aber, dass der (besonnene und gewissenhafte) Dritte erkennen könnte, dass die sexuelle Handlung dem Willen des Rechtsgutsträgers widerstreitet, oder will man den Begriff so verstehen, dass der Dritte diesen Gegenwillen sogar hätte erkennen müssen? Im letzteren Sinne verstanden könnte man auch von Offenkundigkeit oder Evidenz des Gegenwillens sprechen. Der Gegenwille müsste für einen Dritten quasi „auf der Hand“ liegen, augenfällig oder gar unübersehbar sein.<sup>84</sup> Die Gesetzesbegründung weist eindeutig auf einen strengen Maßstab hin. Wie bereits mehrfach angesprochen, nach der Gesetzesbegründung soll das Opfer seinem entgegenstehenden Willen „eindeutig Ausdruck verleihen“.<sup>85</sup> Dieser Forderung würde wohl nicht entsprochen, wenn man den Begriff „erkennbar“ weit auslegte und so interpretierte, dass für den Dritten nur die Möglichkeit bestanden haben muss, den entgegenstehenden Willen zu verifizieren. Hierfür müsste das Opfer in der Tat seinem Willen keinen eindeutigen Ausdruck verleihen. Nach diesem Maßstab wäre der entgegenstehende Wille auch in ambivalenten Situationen „erkennbar“. In der Gesetzgebung wird aber gerade darauf hingewiesen, dass ambivalente Situationen nicht von § 177 Abs. 1 StGB n.F. erfasst sein sollen.<sup>86</sup>

<sup>81</sup> BT-Drs. 18/9097, S. 23.

<sup>82</sup> So BT-Drs. 18/9097, S. 23.

<sup>83</sup> Vgl. z.B. § 20 GastG.

<sup>84</sup> Zu Beschreibung und möglichen Synonymen für „erkennbar“, vgl.

<http://www.duden.de/rechtschreibung/erkennbar> (9.3.2017).

<sup>85</sup> BT-Drs. 18/9097, S. 23.

<sup>86</sup> Siehe BT-Drs. 18/9097, S. 23.

Als objektives Merkmal verstanden, bedeutet „Erkennbarkeit“, dass der entgegenstehende Wille des Rechtsgutsträgers aus Sicht eines objektiven Dritten eindeutig sein muss. Dies ist dann der Fall, wenn der objektive Dritte das Verhalten des Opfers als „Nein“ interpretieren muss. Sagt das Opfer ausdrücklich Nein zur sexuellen Handlung und gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Aussage nicht ernst gemeint war, wird der Gegenwille als erkennbar anzusehen sein. Der Gegenwille kann natürlich auch in vielen anderen Aussagen des Opfers Ausdruck finden: „Lass das!“ oder „Lass mich!“, „Ne!“ „Jetzt nicht!“, „Nicht mit Dir!“, „Hau ab!“ etc. Man wird – abhängig von den Umständen des Einzelfalles – hier davon ausgehen können, dass ein objektiver Dritter die Ablehnung gegen die sexuelle Handlung erkannt hätte, auch wenn er keinen Einblick in die Gedankenwelt des Opfers gehabt hätte. Bei der Interpretation des Opferverhaltens müssen auch die Gestik und das körperliche Verhalten des Rechtsgutsträgers berücksichtigt werden. Ein deutliches Wegstoßen, sonstige körperliche Abwehrreaktion, ein Umsich-Schlagen, ein Wegrennen, ein Zusammenklemmen der Oberschenkel, Weinen, Zittern oder auch Schreie können (müssen aber nicht) solche äußeren Verhaltensweisen sein, aus denen der Dritte den entgegenstehenden Willen ableiten könnte. Stets ist aber eine Betrachtung im Einzelfall notwendig. Immer ist erforderlich, dass der Gegenwille „auf der Hand“ liegt.

Der Gegenwille muss für den objektiven Dritten zum Zeitpunkt der sexuellen Handlung noch erkennbar fortbestehen. Es ist also stets danach zu fragen, ob das ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck gebrachte Nein zum Tatzeitpunkt noch anhält. Ist dies zweifelhaft, weil sich das Opfer danach wieder gegensätzlich oder auch nur ambivalent verhält, kann es an der Erkennbarkeit (zum Zeitpunkt der Tat) fehlen. Der durch ein Nein zum Ausdruck gebrachte Gegenwille kann aber auch dann noch erkennbar bleiben, wenn der Rechtsgutsträger durch Drohung oder Gewalt zum „Ja-Sagen“ gezwungen worden ist. Auch für den Außenstehenden ist deutlich zu ersehen, dass es sich dabei häufig nur um ein bloßes „Lippenbekenntnis“ des Rechtsgutsträgers handeln kann, welches auf seinen inneren Willen keinen Einfluss hat.

### 4. Der subjektive Tatbestand des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB n.F.

Bei § 177 Abs. 1 StGB n.F. handelt es sich um ein Vorsatzdelikt. Auch aus dem Begriff „erkennbar“ folgt nichts anderes.<sup>87</sup> Die Erkennbarkeit ist – wie bereits ausgeführt – als objektives Tatbestandsmerkmal zu verstehen. Nur so kann dieses Merkmal die ihm von Seiten des Gesetzgebers zugewiesene strafbarkeitslimitierende Funktion erfüllen.

Nach der Kongruenzregel muss sich der Vorsatz auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale beziehen<sup>88</sup> – damit also auch auf das Tatbestandsmerkmal der Erkennbarkeit. Dafür genügt aber bedingter Vorsatz. Der Täter muss es demnach zunächst für möglich halten und billigend in Kauf nehmen

<sup>87</sup> Vgl. bereits III. 3. c) bb) (2).

<sup>88</sup> Zum Gegenstand des Vorsatzes vgl. *Jakobs* (Fn. 73), 8. Abschnitt Rn. 43; *Rönau*, JuS 2010, 675 (676).

bzw. sich damit abfinden, dass der Sexualkontakt gegen den Willen des Opfers stattfindet.<sup>89</sup> Der Täter muss den Gegenwillen dabei aber nicht im Sinne sicheren Wissens (dolus directus 2. Grades) selbst erkannt haben. Es genügt der einfache Vorsatz hinsichtlich der objektiven Erkennbarkeit des Gegenwillens. Alles andere wäre eine Abweichung von der Kongruenzregel, die weder vom Wortlaut noch andernorts gefordert wird. Der Vorsatz des Täters muss sich daher genau genommen auf die objektive Erkennbarkeit des Gegenwillens für einen Dritten beziehen. Der Täter muss die Umstände kennen, aus denen die Erkennbarkeit geschlussfolgert wird und billigend in Kauf nehmen, dass ein Dritter daraus den Gegenwillen des Rechtsgutsträgers schlussfolgern würde. Sind diese objektiven Umstände dem Täter entgangen, unterliegt er einem Tatbestandsirrtum, § 16 Abs. 1 S. 2 StGB. Es genügt aber nicht, dass der Täter diese Umstände – unter Zugrundelegung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt – hätte erkennen können. Die fahrlässige sexuelle Handlung gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person ist weiterhin nicht strafbar – auch dann nicht, wenn der präsumtive Täter in Bezug auf den entgegenstehenden Willen vorsätzlich, hinsichtlich der Erkennbarkeit für einen objektiven Dritten nur fahrlässig handelt.

Der Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB n.F. formuliert über den allgemeinen Vorsatz hinaus keine überschießende Innentendenz. Weder ein Finalzusammenhang noch ein Ausnutzungsbewusstsein sind erforderlich.

#### IV. Zusammenfassung und abschließendes Fallbeispiel

Der objektive Tatbestand setzt eine (nicht unerhebliche) sexuelle Handlung voraus, die gegen den Willen des Rechtsgutsträgers stattfindet. Mit Blick auf den neuen Tatbestand der sexuellen Belästigungen (§ 184i StGB n.F.) müssen wohl noch höhere Anforderungen an die Intensität der sexuellen Handlung gestellt werden als im gegenwärtigen Recht. Der Träger des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung muss, damit die sexuelle Handlung „gegen seinen Willen“ stattfindet, in der konkreten Situation einen bewussten und akuten Gegenwillen gebildet haben. Weder ein mutmaßlicher noch ein antizipierter Gegenwille genügen hierfür. Darüber hinaus muss dieser tatsächliche Gegenwille nach außen „erkennbar“ gewesen sein. Die Erkennbarkeit ist ein objektives Tatbestandsmerkmal und meint, dass der Gegenwille deutlich nach außen getreten sein muss. Dies ist aus Sicht eines objektiven Dritten zu bestimmen. Bei § 177 Abs. 1 StGB n.F. handelt es sich um ein Vorsatzdelikt. Der (bedingte) Vorsatz des Täters muss sich auf den tatsächlich vorhandenen Gegenwillen des Opfers und zudem auf die Erkennbarkeit beziehen.

Schon vor Verabschiedung der „Nein heißt Nein“-Lösung ist vielfach die Befürchtung geäußert worden, die Kriminalisierung von jeder non-konsensualen sexuellen Handlung berge die Gefahr, in zwischenmenschliche Bereiche vorzudringen, aus denen sich das Strafrecht besser heraushalten

<sup>89</sup> Zum bedingten Vorsatz vgl. nur *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 73), § 16 Rn. 31 ff.; *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 62), § 15 Rn. 72 ff.; zur Rechtsprechung vgl. nur BGHSt 7, 363; 21, 283 (284).

sollte (Gefahr der Überkriminalisierung).<sup>90</sup> Manch einer befürchtet gar eine Verrechtlichung des Sexuallebens.<sup>91</sup> Die sexuelle Interaktion zwischen Menschen sei vielschichtig, spontan und zu dynamisch,<sup>92</sup> sie lebe davon, dass die Sexualpartner agieren und probieren. Es sei daher kaum möglich, sachgerecht zwischen straf- und strafunwürdigen Verhaltensweisen zu differenzieren. Dazu folgender Beispielfall, der schon im Gesetzgebungsverfahren mehrfach zur Sprache gekommen ist.<sup>93</sup> Die hiesigen Erkenntnisse sollen auf diesen angewendet werden.

A kommt abends spät nach Hause und muss am nächsten Tag früh raus. Unter Hinweis auf seine Müdigkeit lehnt er den Wunsch seiner Ehefrau E nach Geschlechtsverkehr mit dem Hinweis auf seine Müdigkeit ab. Dennoch stimuliert E den A so lange, bis es zum einvernehmlichen Geschlechtsverkehr kommt.

Auch unter Verweis auf diesen Fall wurde zum Teil die Gefahr einer Überpönalisierung unter Geltung einer „Nein heißt Nein“-Regelung begründet.<sup>94</sup> Es soll hier nicht behauptet werden, dass ein solches Geschehen kategorisch nicht vom neuen Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB n.F. erfasst sei. Jedoch wird man wohl die meisten solcher Sachverhalte aus dem Tatbestand des sexuellen Übergriffs ausklammern können. Stets bedarf es einer subtilen Betrachtung des Geschehens im Einzelfall. Die Ehefrau, die sich vornimmt, ihren Ehemann zum Geschlechtsverkehr zu animieren, wird sich, wenn wir den Sachverhalt lebensnah unterstellen wollen, sicher nicht aufführen „wie ein Elefant im Porzellanladen“. Sie wird sich ihrem Ziel über viele Zwischenschritte eleganter nähern, und zwar über solche Aktionen, bei denen sie sich als Partnerin jeweils noch der generellen Zustimmung ihres Gegenübers sicher sein wird. Nur wenn sie keinen Widerstand von ihrem Partner spürt, wird sie zum nächsten Akt schreiten, um auf diesem Weg ihrem Ziel näher zu kommen. Auch wenn ihr Ehemann den Geschlechtsverkehr zunächst ablehnt, muss er sich dadurch noch nicht erkennbar gegen reine Zärtlichkeiten ausgesprochen haben. Wenn eine Ehe-

<sup>90</sup> BT-Drs. 18/8210; BR-Drs. 162/16, S. 10; vgl. auch *Isfen*, ZIS 2015, 217 (231); *Herzog*, KritV 2015, 18 (24).

<sup>91</sup> Beispiel bei *Herzog*, KritV 2015, 18 (24), unter Verweis auf die Praxis an amerikanischen Universitäten.

<sup>92</sup> Vgl. auch *Isfen*, ZIS 2015, 217 (229).

<sup>93</sup> *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, 31.5.2016, S. 14, abrufbar unter:

<http://www.bundestag.de/blob/425524/a950a0666f21cb3e7b7f177118dec89b/eisele-data.pdf> (9.3.2017); vgl. auch die Ausführungen von *Ohlenschlager* in der Sitzung des Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz vom 1.6.2016, Protokoll-Nr. 18/101, S. 24; oder *Hörnle*, Interview aus der Taz v. 5.7.2016, abrufbar unter: <http://www.taz.de/!5315782/> (9.3.2017).

<sup>94</sup> *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, 31.5.2016, S. 14, abrufbar unter:

<http://www.bundestag.de/blob/425524/a950a0666f21cb3e7b7f177118dec89b/eisele-data.pdf> (9.3.2017).

frau ihren Ehemann streichelt und dabei keinen Widerwillen von seiner Seite verspürt, wird sie vielleicht voranschreiten und mit der Stimulation fortfahren. Nähert sie sich dabei seinen erogenen Zonen und spürt sie auch dabei noch keinen Widerwillen, wird sie langsam zu eindeutigeren sexuellen Handlungen schreiten. In diesem Moment ist das anfänglich erkennbare Nein des Mannes aber längst überholt. Ihm ist es zumutbar, wenn er denn weiterhin noch keinen Geschlechtsverkehr wünscht, dies eindeutig zum Ausdruck zu bringen. Erneuert er diesen Gegenwillen nicht, wird man nicht von einer Handlung ausgehen können, die zum Tatzeitpunkt erkennbar dem Willen des Partners widerspricht. Natürlich kann es auch anders sein. Benimmt sich ein Partner deutlich weniger „elegant“, ignoriert den Willen seines Partners, greift unvermittelt zu einer sexuellen Handlung, die der andere erkennbar abgelehnt hat, dann wird dieses Verhalten von § 177 Abs. 1 StGB n.F. erfasst. Dies ist m.E. aber auch keine Tragödie. Es besteht nicht das Bedürfnis, auf einen solchen Partner Rücksicht zu nehmen, nur weil sich der sexuelle Angriff innerhalb einer Partnerschaft abspielt. Auch (und insbesondere) innerhalb von Partnerschaften ist das sexuelle Selbstbestimmungsrecht des anderen zu achten.

Rückblickend ist festzuhalten, dass § 177 Abs. 1 StGB n.F. einige neue Friktionen schaffen wird. Diese werden sich aber bewältigen lassen. Die Mühe wird sich auszahlen. Schließlich gewährleistet der neue § 177 Abs. 1 StGB n.F. einen besseren Schutz des sexuellen Selbstbestimmungsrechts. Kritischer zu bewerten ist hingegen das Beiwerk der beschlossenen Reform: Rechtsstaatlich und verfassungsrechtlich bedenklich sind die Qualifikationen, die an den Grundtatbestand des Abs. 1 anknüpfen und teils drastische Strafbarkeitssprünge verursachen (vgl. Abs. 7 und 8). Bedenklich sind auch die neuen Tatbestände in § 184i StGB n.F. („Sexuelle Belästigung“) und § 184j StGB n.F. („Straftaten aus Gruppen“). Gerade der Tatbestand „Straftaten aus Gruppen“ weckt mit Blick auf das Schuldprinzip und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erhebliche Bedenken. Natürlich bedarf die bereits anklingende Kritik<sup>95</sup> an diesem Tatbestand einer deutlicheren Substantiierung. Was man aber ohne nähere Auseinandersetzung zu § 184j StGB n.F. konstatierten kann, ist, dass es sich bei diesem Tatbestand um ein weiteres Beispiel für eine „symbolische Strafgesetzgebung“ handelt.<sup>96</sup> Ohne die Vorfälle aus der Kölner Silvesternacht hätte es diese Vorschrift nicht gegeben! Alles Weitere wird die Entwicklung zeigen.

---

<sup>95</sup> Insbesondere *Frommel*, Interview bei Deutschlandradio Kultur v. 7.7.2016, abrufbar unter: [http://www.deutschlandradiokultur.de/sexualstrafrecht-das-neue-gesetz-ist-unsinn.1008.de.html?dram:article\\_id=359391](http://www.deutschlandradiokultur.de/sexualstrafrecht-das-neue-gesetz-ist-unsinn.1008.de.html?dram:article_id=359391) (9.3.2017); *Fischer*, Die Zeit Online v. 28.6.2016, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-06/rechtspolitik-sexualstrafrecht-nein-heisst-nein-fischer-im-recht/seite-3> (9.3.2017).

<sup>96</sup> Zu diesem Begriff und zu weiteren Beispielen, vgl. *Hassemer*, NStZ 1989, 553; v. *Frankenberg*, ZRP 2015, 92.