

Berlin, 25. April 2016

## STELLUNGNAHME

### **anlässlich der Sachverständigen-Anhörung auf Einladung der Gruppe der Frauen der CDU/CSU-Bundestagsfraktion und der Frauen in der SPD-Bundestagsfraktion am 27. April 2016 zum Gesetzentwurf zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung (Stand 16. März 2016)**

Der Deutsche Juristinnenbund e.V. (djbb) bedankt sich für die Einladung zur Anhörung und die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Ausdrücklich begrüßt der djbb, dass nunmehr der Deutsche Bundestag die Chance erhält, das Sexualstrafrecht und die Notwendigkeit seiner Reform zu diskutieren und zu beschließen. Die Ereignisse der letzten Monate haben gezeigt, wie sehr die Thematik die Bürgerinnen und Bürger in Deutschland unabhängig von Herkunft und Nationalität bewegt und wie weit die Überzeugung in unserer Gesellschaft verbreitet ist, dass das „Nein!“ einer Person ausreicht, um bei Fortsetzung sexueller Handlungen an ihr diese als Straftat zu qualifizieren.

### **Nicht allein Schutzlücken schließen, sondern Wertewandel zum modernen Sexualstrafrecht umsetzen**

Die Diskussionen in Medien und Foren wie auch unter Fachleuten haben in den Jahren seit 2014 aber auch die Überzeugung untermauert, dass das geltende Sexualstrafrecht dieser Überzeugung nicht entspricht und dass eine Ratifizierung der Istanbul-Konvention, wie sie zu recht von Deutschland angestrebt wird, eine Reform dieses Sexualstrafrechts erfordert. Der djbb hat hierzu bereits drei Stellungnahmen<sup>1</sup> vorgelegt. Ein Teil der in diesen Stellungnahmen aber auch von anderen Verbänden wie **Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe Frauen gegen Gewalt e.V. (bff)** und **Deutsches Institut für Menschenrechte (DIMR)** beschriebenen Schutzlücken wird durch den vorgelegten Gesetzentwurf der Koalitionsfraktionen geschlossen. Das ist ein wichtiger und richtiger Schritt hin zur Umsetzung der Istanbul-Konvention, erfüllt jedoch die Anforderungen des in Art. 36 dieser Konvention enthaltenen Gebots, alle nicht einverständlichen sexuellen Handlungen unter Strafe zu stellen, nur unvollständig. Dabei geht es nicht lediglich um

---

<sup>1</sup> st14-07 vom 9.5.2014 (<https://www.djb.de/Kom/K3/st14-07/>), st14-14 vom 25.7.2014 (<https://www.djb.de/Kom/K3/14-14/>), und st16-03 vom 18.2.2016 (<https://www.djb.de/Kom/K3/st16-03/>).

das Schließen bloß vereinzelter Schutzlücken. Notwendig ist vielmehr ein Paradigmenwechsel hin zum Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung als Teil der jedem Menschen gebührenden Würde nach Art. 1 GG. Wie andere grundrechtlich geschützte Werte, z.B. das Recht auf Eigentum, auf körperliche Unversehrtheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht (APR), muss auch das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung eines jeden Menschen eindeutig und unmissverständlich geschützt werden. Anders ausgedrückt muss in unseren Gesetzen deutlich werden, dass auf die sexuelle Selbstbestimmung einer Person ebenso wenig zugegriffen werden darf wie auf ihr Portemonnaie auf dem Tisch. Die Zeiten, in denen die sexuelle Selbstbestimmung der einen Person, nämlich der (Ehe-)Frau, im Recht gesetzlich einer anderen Person, nämlich dem (Ehe-)Mann untergeordnet war, wie es im Familienrecht des BGB bis über die Mitte des letzten Jahrhunderts hinaus der Fall war, sind in den letzten 30 Jahren mühsam und in kleinen Schritten überwunden worden. Die Diskussionen hierzu reichten von der Streichung der Erfüllung ehelicher Pflichten über die Einführung der Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe zu dem Paradigmenwechsel, dass Gewalt in der Ehe und in Partnerschaften nicht (mehr) Privatsache, sondern von der Gesellschaft missbilligt und strafbar ist. In der Folge ist es konsequente Umsetzung der Menschen- und Grundrechte, dass eine Person selbst entscheidet, ob und mit wem sie sexuelle Handlungen haben will und dass jeder diese Entscheidung verletzende Übergriff durch das Strafrecht geschützt wird. Das bedeutet: Wenn eine Person – in welcher Weise auch immer – zu erkennen gibt, dass sie ihr angetragene sexuelle Handlungen nicht will, hat eine Fortsetzung sexueller Handlungen zu unterbleiben. Auch aus dem neutralen Verhalten einer Person kann nicht geschlossen werden, dass sie grundsätzlich mit sexuellen Handlungen einverstanden wäre. Nur ein solches Verständnis des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung ist – beispielsweise – dem Schutz des Eigentums vergleichbar und angemessen. Die Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung muss dementsprechend ebenso als Missbrauch oder besser als Misshandlung strafbar sein. Dieser Paradigmenwechsel wird in dem vorgelegten Gesetzentwurf jedoch nicht vollzogen.

### **Mit dem vorgelegten Gesetzentwurf drohen erneut „alte“ Auslegungsprobleme und Mythen**

Stattdessen werden neue Auslegungsprobleme zu verschiedenen Definitionen geschaffen:

So erscheint es zwar sinnvoll, die Probleme des § 177 StGB durch das dort erforderliche Nötigungselement im Rahmen einer Reform zu vermeiden. Wie allerdings die Auslegung des dem § 179 StGB zugrunde liegenden Merkmals Widerstand sich in der Rechtsprechung entwickeln wird, ist nicht absehbar. In der Begründung des Gesetzentwurfs wird darauf hingewiesen, dass die Widerstandsunfähigkeit gemeinhin als Unfähigkeit beschrieben wird, einen Willensentschluss gegen das sexuelle Ansinnen zu bilden, zu äußern oder durchzusetzen. Dabei soll die Unfähigkeit des Opfers, Widerstand zu leisten aus ob-

jektiver Ex-ante-Perspektive zu beurteilen sein. Setzt man hierzu das in § 179 Abs.1 Nr. 3 StGB-E eingefügte objektive Tatbestandsmerkmal der überraschenden Begehungsweise in Bezug, liegt für verschiedene Fallkonstellationen die Befürchtung nahe, dass die Rechtsprechung aus objektiver Ex-ante-Perspektive konstatiert, in dieser Situation seien sexuelle „Ansinnen“ zu erwarten gewesen und mithin nicht überraschend. Das aber ist das Einfallstor für die überwunden geglaubten alten Mythen und Schuldzuweisungen gegenüber dem Opfer wie z.B. „man geht auch nicht in eine Einzelsituation mit einem Mann, in der dieser übergriffig werden kann“ oder „bei der Bekleidung des Opfers werden sexuelle „Ansinnen“ geradezu herausgefordert und sind nicht überraschend“. Auch wenn die Person, der die sexuellen Handlungen „angesonnen“ werden, klar „Nein!“ sagt oder wegen subjektiv empfundener Übermacht des „Ansinnenden“ weint – was im sozialen Kontakt sicher so gut wie nie aus zustimmender Freude geschieht – macht sich der Angreifer nicht strafbar. Das aber ist eine der Situationen, die mit Art. 36 der Istanbul-Konvention (auch) als strafwürdig gemeint ist.

### **Umsetzung des Prinzips „Nein heißt Nein!“ ist keine Frage des Könnens, sondern des Wollens**

Dass eine Umsetzung des „Nein-heißt-Nein!“-Prinzips gesetzgeberisch möglich ist, ist bereits mehrfach belegt: So hat Prof. Dr. Tatjana Hörnle in dem von ihr vorgelegten Gutachten<sup>2</sup> als Grundtatbestand formuliert:

*„Wer gegen den erklärten Willen einer anderen Person oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist, sexuelle Handlungen an dieser vornimmt ...“*

Abgesehen davon, dass dieser Entwurf die Idee von Grundtatbestand und Qualifikationstatbeständen und Verschärfungen, wie sie vom djb in der Stellungnahme vom 25. Juli 2014 als Diskussionsentwurf aufgezeigt wurde, konkret umsetzt, ist damit die Autonomie jeder Person im Kontext ihrer sexuellen Kontakte dem Menschenrecht des Art. 1 GG entsprechend gewahrt.

Auch die im Rahmen der Länderbeteiligung zum Gesetzentwurf aus Niedersachsen vorgeschlagene Ergänzung zeigt, dass eine Umsetzung möglich ist, wenn neben Umstellungen als Ergänzung in den Änderungen des § 179 StGB-E formuliert wird:

*§ 179 – Sexueller Missbrauch*

*(1)...*

*1....*

***2. Wer sexuelle Handlungen gegen den nach außen erkennbaren Willen einer anderen Person an dieser vornimmt oder von ihr an sich vornehmen lässt oder diese Person zur***

---

<sup>2</sup> Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention. Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB. Prof. Dr. Tatjana Hörnle, Deutsches Institut für Menschenrechte 2015.

***Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder mit einem Dritten bestimmt, wird***

...

Auch dieser Formulierungsvorschlag setzt den autonomen Willen einer Person zur Entscheidung über ihre gewünschten sexuellen Kontakte an erste Stelle. Zugleich erfordern sowohl der Entwurf von Prof. Dr. Hörnle als auch der niedersächsische Vorschlag eine Kommunikation der Beteiligten, wie sie im alltäglichen Leben in unserem demokratischen Rechtsstaat selbstverständlich sein sollte. Es ist eben gerade nicht mehr üblich, dass eine Person ungefragt und straflos auf die (Grund-)Rechte einer anderen Person zugreift. Das wäre das Prinzip in einer Gesellschaft, in der der Stärkere sich „sein“ vermeintliches Recht nimmt, während im demokratischen Rechtsstaat der Schwächere vor derartigen Eigenmächtigkeiten des Stärkeren geschützt wird, im Zweifelsfall auch durch das Strafrecht.

Der Vorschlag, den der djb in der Stellungnahme vom 25. Juli 2014 vorgelegt hat, bildet den erforderlichen Paradigmenwechsel noch klarer als die genannten Formulierungsvorschläge ab:

Wer ohne Einverständnis einer anderen Person

*a) sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder an sich von der Person vornehmen lässt oder*

*b) diese Person zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung an oder mit einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft.*

Diesem mit dem Wortlaut der Istanbul-Konvention übereinstimmenden djb-Entwurf liegt die gesellschaftlich mitgetragene Feststellung zugrunde, dass auch eine Person, die keinen erkennbaren entgegenstehenden Willen gefasst und sich nicht nach außen wahrnehmbar ablehnend verhalten hat, die sich vielmehr völlig neutral verhält, nicht grundsätzlich sexuell verfügbar ist. Diese Formulierung macht auch eine gesonderte Regelung für „überraschende“ Angriffe überflüssig.

Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass – wie im Gesetzentwurf vorgesehen – im Falle der – körperlichen oder psychischen – Unfähigkeit, diesen Willen zu bilden, ein Fall erhöhter Strafwürdigkeit vorliegt, was durch Anpassung der Strafraumen zum Ausdruck zu bringen ist.

Schließlich hat auch Österreich 2015 sein Sexualstrafrecht reformiert. Dort gilt nun:

*Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung*

*§ 205a. (1) Wer mit einer Person gegen deren Willen ... den Beischlaf oder eine dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung vornimmt, ist, wenn die Tat nicht nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.*

*(2) ...*

Damit ist das Prinzip „Nein heißt Nein!“ in einem Staat gesetzlich umgesetzt, dessen Rechtssystem dem unseren in wesentlichen Punkten entspricht. Das zeigt, dass die Umsetzung nicht eine Frage des Könnens, sondern des Wollens ist. Nach den Diskussionen der letzten Monate und den zu Tage getretenen Rechtsauffassungen zu den Wertvorstellungen in weit überwiegenden Teilen der Gesellschaft erscheint es nicht (mehr) vorstellbar, mit welcher Begründung der Bevölkerung eine Nicht-Umsetzung dieses Prinzips erklärt werden könnte.

### **Es geht nicht um eine Verbesserung der Beweissituation**

Schließlich ist zur Klarstellung noch darauf hinzuweisen, dass es bei der Reform nicht um eine Veränderung der Beweissituation geht. Die meisten Fälle im Sexualstrafrecht geschehen in Situationen, in denen nur zwei Personen beteiligt sind und deshalb Aussage gegen Aussage steht. Mit dieser Beweissituation umzugehen, ist jedoch Alltag der in der Strafverfolgung tätigen Polizei, der Staatsanwaltschaft und der Gerichte. Bei Fortgeltung des unverzichtbaren Prinzips der Unschuldsvermutung wird es hier nicht zu größeren Schwierigkeiten kommen als bisher. Sinnvoll ist allerdings zum einen Fortbildung der mit der Strafverfolgung befassten Professionen, zum anderen Stärkung aller Mitglieder in unserer Gesellschaft für die offene und selbständige Kommunikation aller Menschen, die zur Ergründung des Wollens notwendig ist.

### **Es droht keine Einbeziehung nicht strafwürdiger sexueller Handlungen in die Strafbarkeit**

Die von manchen geäußerte Sorge gegen das mit dem Gesetzentwurf als Minimalziel vorgesehene Schließen von Strafbarkeitslücken, es würden nicht strafwürdige sexuelle Handlungen in die Strafbarkeit des Sexualstrafrechts einbezogen, ist nicht begründet.

Hierzu wird in Zusammenhang mit überraschender Begehungsweise das Beispiel genannt, dass der eine Partner überraschend sexuelle Handlungen am anderen begeht, um diesen zu weiteren, einvernehmlichen sexuellen Handlungen zu stimulieren. Für die Begehungsweise des sexuellen Missbrauchs ist neben den objektiven Tatbestandsmerkmalen auch mindestens bedingter Vorsatz erforderlich, der bei dem beschriebenen Beispiel indessen nicht nachweisbar ist. Bringt jedoch der andere Partner zum Ausdruck, dass er die Annäherung nicht wünscht, ist ab diesem Zeitpunkt ein bedingter Vorsatz gegeben, wenn die sexuellen Handlungen gleichwohl fortgesetzt werden.

In gleicher Weise verhält es sich mit dem Tatbestandsmerkmal des vom Opfer subjektiv befürchteten Übels. Ein befürchtetes Übel, dessen Kenntnis dem Angreifenden nicht nachzuweisen ist, kann von seinem Vorsatz auch nicht umfasst sein.

## **Einführung einer Strafbarkeit der sexuellen Belästigung**

Nicht erst die Diskussionen um die Vorfälle in Köln und anderen Orten haben gezeigt, dass sexuelle Belästigung in der Gesellschaft als strafwürdiges Verhalten empfunden wird. Der Gesetzentwurf lässt Fälle noch immer straflos, die bislang nicht als Sexualdelikt geahndet wurden, weil die sexuelle Handlung – wie beispielsweise ein Griff zwischen die Beine – als nicht „erheblich“ im Sinne des § 184 h Abs. 1 StGB erachtet wird. Dies könnte auch auf einige der Taten zutreffen, die als sexuelle Übergriffe in der Silvesternacht 2015 aus Köln und anderen Städten berichtet wurden. Zwar wird die Unzulänglichkeit der Ahndung solcher Handlungsweisen als Angriff auf die Geschlechtsehre im Rahmen des § 185 StGB in der Begründung des vorliegenden Gesetzentwurfs angesprochen. In den meisten der betreffenden Fälle dürfte selbst eine Ahndung im Rahmen des bestehenden § 185 StGB jedoch überhaupt nicht in Betracht kommen, weil höchstrichterlich seit 1989 bezugnehmend auf BGHSt 36, 145 (149) immer wieder ausgeführt wird: „§ 185 StGB ist insbesondere kein „Auffangtatbestand“, der es erlauben würde, Handlungen allein deshalb zu bestrafen, weil sie der Tatbestandsverwirklichung eines Sittlichkeitsdelikts nahekommen. Zu einer Änderung dieser Rechtslage ist allein der Gesetzgeber befugt“ (so zuletzt OLG Nürnberg 1 St OLG Ss 219/10 vom 3. November 2010). Eine diese Gesichtspunkte konsequent berücksichtigende Änderung des StGB müsste nach Auffassung des djb wegen des betroffenen Rechtsguts der freien sexuellen Selbstbestimmung einen Tatbestand der tätlichen sexuellen Belästigung im 13. Abschnitt mit einem dem Unrechtsgehalt dieser Übergriffe angemessenen Strafraum ausweisen und könnte wie folgt gefasst werden:

### *§ 179a StGB-E Tätliche sexuelle Belästigung*

*(1) Wer eine tätliche sexuelle Belästigung an einer Person vornimmt, wird mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.*

*(2) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt.*

Eine so gefasste Norm greift die Definition aus dem AGG auf und vermeidet den Zusammenhang mit § 185 StGB, der hier – wie im Entwurf zu Recht ausgeführt – wegen des betroffenen Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung nicht passt. Der Rückgriff auf das AGG eröffnet die Chance, die Rechtsprechung zum AGG in diesem Zusammenhang zur Orientierung für denkbare Fallkonstellationen heranzuziehen. Zudem wird die Pönalisierung rein verbaler Belästigungen – die zum Ehrbegriff des § 185 StGB gehören – vermieden. Schließlich wahrt eine solche Regelung die Opferautonomie, weil die Strafbarkeit an das Erfordernis eines Strafantrags der betroffenen Person gebunden und der Tatbestand als echtes Antragsdelikt gestaltet wird.

Dagmar Freudenberg

Vorsitzende der Kommission Strafrecht