

**Stellungnahme des Deutschen Instituts für Menschenrechte
anlässlich der Sachverständigen-Anhörung zur Reform des Sexualstrafrechts
am 27. April 2016**

Inhaltsverzeichnis

- I. Vorbemerkung
- II. Regelungsvorschläge
- III. Erläuterungen
 1. Umsetzung des Prinzips „Nein heißt Nein“ vor dem Hintergrund des vorliegenden Gesetzesentwurfs
 - a. Menschenrechtliche Vorgaben - mehr als nur der Verzicht auf die Gegenwehr der Betroffenen
 - b. Keine Umsetzung der Konvention mit dem derzeitigen Gesetzesentwurf
 - c. Grundtatbestand mit Anknüpfung an den erklärten Willen erforderlich
 2. Berücksichtigung des Schutzes von Menschen mit Behinderungen
 - a. Menschenrechtliche Vorgaben
 - b. Probleme der geltenden Rechtslage: Ungleichbehandlung von Opfern mit Behinderungen
 - c. Anforderungen an die Formulierung der Straftatbestände
 - d. Fragen von erhöhtem Tatunrecht und Strafraumen
 3. Straftatbestand der sexuellen Belästigung unterhalb der Schwelle der sexuellen Nötigung
 4. Regelungen in Bezug auf sexuelle Handlungen aus einer Menschenmenge heraus
 5. Flankierung eines reformierten Tatbestandes

I. Vorbemerkung

Es ist zu begrüßen, dass die Bundesregierung mit dem Entwurf Schutzlücken im Sexualstrafrecht schließen will. Der Entwurf hat sich umfangreich mit Problemlagen der Rechtslage auseinandergesetzt und bietet ein durchdachtes Konzept für die Weiterentwicklung des bestehenden Ansatzes zum Schutz des sexuellen Selbstbestimmungsrechts im Sexualstrafrecht an.

Ein menschenrechtskonformer Schutz im Sinne der Istanbul-Konvention¹ und der Rechtsprechung des EGMR² gelingt nach Überzeugung des Instituts damit jedoch noch nicht. Dies erfordert eine weitergehende Reform des 13. Abschnittes, die konsequent an dem Kern der sexuellen Selbstbestimmung, der „Freiheit einer Person, über Zeitpunkt, Art und Partner sexueller Betätigung nach eigenem Belieben zu entscheiden“³ ausgerichtet ist. Daher begrüßt das Institut die Initiative der Einladenden zu weiteren Diskussionen im parlamentarischen Verfahren. Das Institut hat Schutzlücken im deutschen Sexualstrafrecht aufgezeigt, einen Vorschlag für eine menschenrechtskonforme Ausgestaltung des Tatbestandes der sexuellen Nötigung/Vergewaltigung vorgelegt sowie eine Stellungnahme zu dem Regierungsentwurf über ein Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung abgegeben.⁴ Vor diesem Hintergrund erfolgt die Stellungnahme zu den in der Einladung aufgeworfenen Fragen:

- Rechtssichere Umsetzung des Prinzips „Nein heißt Nein“ vor dem Hintergrund des vorliegenden Gesetzesentwurfs
- Berücksichtigung des Schutzes von Menschen mit Behinderungen
- Straftatbestand der sexuellen Belästigung unterhalb der Schwelle der sexuellen Nötigung
- Regelungen in Bezug auf sexuelle Handlungen aus einer Menschenmenge heraus

¹ Übereinkommen des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11. Mai 2011, CETS n° 210.

² Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, M.C gegen Bulgarien, Urteil vom 4.12.2003, App. No. 39272/98, Rz. 156.

³ Fischer, Thomas (2015): Kurzkomentar zum Strafgesetzbuch, § 177, Rz. 2.

⁴ Deutsches Institut für Menschenrechte (2016): Schriftliche Stellungnahme zum Referentenentwurf „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung“ des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz; Hörnle, Tatjana (2015): Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention. Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB, Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.); Rabe, Heike; von Normann, Julia (2014): Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen. Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht.

II. Regelungsvorschläge

Für die weitere parlamentarische Diskussion der Reform des Sexualstrafrechts legt das Institut im Folgenden Regelungsvorschläge vor, die als Anregung für die umfassende Reform des Sexualstrafrechts auf Grundlage menschenrechtlicher Vorgaben dienen sollen. Die Regelungsvorschläge gehen von folgenden Prämissen aus:

- Der Grundtatbestand des § 177 StGB wird neu konzeptioniert. Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit ist die Missachtung des entgegenstehenden erklärten Willens (§ 177 Abs. 1 Nr. 1 des Vorschlages). In der Konsequenz können Begriffe wie Widerstandsunfähigkeit, Gewalt oder Drohung nicht mehr tatbestandsbegründend sein. Sie haben qualifizierende Wirkung.
 - Verzichtet man in der Konsequenz auch auf den § 179 StGB, der derzeit auf die Widerstandsunfähigkeit abstellt, ist bei der Konzeptionierung eines neuen § 177 StGB darauf zu achten, dass die Fälle des § 179 StGB mit erfasst werden (§ 177 Abs. 1 Nr. 2 1. Alt. und Abs. 1 Nr. 3 des Vorschlages).
 - Der Regelfall des Grundtatbestandes stellt die Anforderung an die potentiell Betroffenen, ihre ablehnende Haltung zu der sexuellen Handlung zu kommunizieren (§ 177 Abs. 1 Nr. 1 des Vorschlages).
- Eine Ausnahme von der Regel der Kommunikationsanforderung wird für diejenigen gebildet, die aus Gründen der Vorgehensweise des Täters oder ihres Zustandes, nicht in der Lage sind, einen Willen zu bilden oder zu äußern (§ 177 Abs. 2 Nr. 2 des Vorschlages).
- Beruht die Unfähigkeit der Betroffenen, einen Willen bilden oder äußern zu können auf ihrem körperlichen oder psychischen Zustand, dann wird das Verhalten ebenso wie die Anwendung von Gewalt oder die Drohung mit einem empfindlichen Übel als Qualifikation des Grundtatbestandes ausgestaltet (§ 177 Abs. 2, 3 des Vorschlages).
- Weitergehender Schutz ist für diejenigen erforderlich, die aufgrund von Drogen, Alkohol, oder geistiger Beeinträchtigung erhebliche Einschränkungen haben bei der Bildung oder Formulierung des entgegenstehenden Willens. In diesen Fällen wird die Kommunikationsanforderung auf die Person verschoben, die aktiv sexuelle Handlungen beginnt und die Einschränkungen ihres Gegenübers ausnutzt (§ 177 Abs. 3 Nr. 3 des Vorschlages).
- Die tätliche sexuelle Belästigung wird in Ergänzung zu § 177 StGB unter Strafe gestellt (§ 177a des Vorschlages).
- §§ 179 und 240 Abs. 4 Nr. 1 StGB werden gestrichen.

Im Rahmen der vorliegenden Stellungnahme können die folgenden Regelungsvorschläge nur als Anregung für die Ausarbeitung eines stimmigen, aufeinander abgestimmten Modells auf der Grundlage menschenrechtlicher Vorgaben verstanden werden.

§ 177 StGB- E

- (1) Wer an einer anderen Person sexuelle Handlungen vornimmt oder an sich vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung an oder mit einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis fünf Jahren bestraft, wenn
1. die Person einen entgegenstehenden Willen erklärt hat,
 2. die Person aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustands, aufgrund der überraschenden Begehung der Tat, oder aufgrund der Einwirkung des Täters nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern, oder
 3. der Täter ausnutzt, dass die Person aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist und der Täter sich der Zustimmung der Person vor der Handlung nicht versichert hat.
- (2) Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zuerkennen in den Fällen des Abs. 1 Nr. 2 1. Alternative.
- (3) Wer eine andere Person
1. mit Gewalt gegen sie oder andere
 2. durch Drohung mit einem empfindlichen Übel, oder
 3. unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist,
- nötigt, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.
- (4) Wird mit dem Opfer der Beischlaf vollzogen oder nimmt der Täter ähnliche sexuelle Handlungen am Opfer vor oder lässt sie von ihm an sich vornehmen, insbesondere, wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), oder wird die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen, ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren.
- (5) 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 durch die Tat in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.
- (6) 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.

(7) In minder schweren Fällen der Absätze 2 und 3 ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen der Absätze 5 und 6 auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen.

§ 177 a StGB-E Tätliche sexuelle Belästigung

(1) Wer eine andere Person durch körperliche Berührung sexueller Art belästigt, wird mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

(2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter 3 Monaten. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird.

(3) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt.

Streichung von § 179 StGB

Streichung von § 240 Abs. 4 Nr. 1 StGB

III. Erläuterungen

1. Umsetzung des Prinzips „Nein heißt Nein“ vor dem Hintergrund des vorliegenden Gesetzesentwurfs

Mit dem Gesetzesentwurf hat sich die Bundesregierung gegen eine grundlegende Reform des Tatbestandes der sexuellen Nötigung/Vergewaltigung entschieden. Der Entwurf hält an der bestehenden Gesetzessystematik fest und entwickelt diese weiter. Das heißt, er geht wie die aktuelle Gesetzeslage, weiterhin davon aus, dass das „normale“ Opfer, dem der Täter nicht mit Gewalt oder massiver Bedrohung begegnet, sich gegen einen sexuellen Übergriff aktiv zur Wehr setzt. Tut es das nicht - so die Logik des Entwurfes - sind sexuelle Handlungen gegen den Willen der Betroffenen nur strafbar, wenn diese aus unterschiedlichen Gründen keine Gegenwehr leisten können: Die Betroffenen sind krank, gebrechlich, behindert oder haben Angst vor erheblichen Nachteilen.

Der kasuistische Ansatz des Gesetzentwurfs mit der Regelung von Ausnahmekonstellationen birgt die Gefahr von Lücken und Wertungswidersprüchen. Diese Gefahr kann durch Umformulierungen oder die Aufnahme weiterer Ausnahmekonstellationen nicht beseitigt werden. Deshalb bedarf es eines Grundtatbestandes, der die Strafbarkeit an die sexuelle Handlung gegen den erklärten Willen der Betroffenen anknüpft und damit das Prinzip „Nein heißt Nein“ rechtssicher umsetzt.

a) Menschenrechtliche Vorgaben – mehr als nur der Verzicht auf die Gegenwehr der Betroffenen

Die Verpflichtung aus Artikel 36 der Istanbul-Konvention in Verbindung mit der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), jede nicht einvernehmliche sexuelle Handlung unter Strafe zu stellen, wird zum Teil verkürzt interpretiert. So geht auch der Regierungsentwurf davon aus, dass das deutsche Sexualstrafrecht in Übereinstimmung mit der Verpflichtung sei, da die Begehungsweise des Ausnutzens einer schutzlosen Lage in § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB eine Strafbarkeit unabhängig von der Gegenwehr der Betroffenen normiert.⁵ Dass die Definition der schutzlosen Lage über das fehlende Einverständnis hinaus weitere hochschwellige Voraussetzungen für die Strafbarkeit verlangt, wie die Angst vor der Tötung oder der schweren Körperverletzung durch die Täter_innen, wird bei der Argumentation außer Acht gelassen. Zwar lassen die menschenrechtlichen Vorgaben den Staaten Spielraum bei der Umsetzung. Dieser endet aber an dem Inhalt der Verpflichtung, also da, wo deren Zielsetzung nicht mehr erreicht wird.⁶ Der EGMR stellt in dem Verfahren M.C. gegen Bulgarien fest, dass die positiven Verpflichtungen aus Artikel 3 und 8 EMRK die Kriminalisierung und wirksame Strafverfolgung aller nicht einvernehmlichen sexuellen Handlungen verlangen. Dies gilt insbesondere auch in Fällen, in denen das Opfer keine physische Gegenwehr leiste.⁷ Die beispielhafte Hervorhebung einer Fallgestaltung hat aber nur mit der konkreten Fallfrage in M.C. gegen Bulgarien zu tun. Sie schränkt nicht den Umfang der Verpflichtung ein. Selbst wenn man einwenden will, dass der EGMR seine grundsätzlichen Ausführungen zur Staatenverpflichtung unter dem Abschnitt „general approach“ der Entscheidung gemacht hat und sie damit als obiter dictum nicht in vollem Umfang rechtsverbindlich sind, ist das für die vorliegende Frage unerheblich. Der erläuternde Bericht der Istanbul-Konvention ist nicht Bestandteil des Vertragstextes, ermöglicht aber als sogenanntes „soft law“, das Ausdruck des übereinstimmenden Willens der Staaten und der von ihnen getroffenen Wertungen ist, die Konkretisierung von Vertragsverpflichtungen.⁸ Der Bericht zieht dazu ausführlich verschiedene Passagen und insbesondere auch die Ausführungen unter dem „general approach“ der Entscheidung des EGMR heran.

Auch der Einwand, die Verwendung von Begriffen wie Widerstandsunfähigkeit, Drohung mit empfindlichem Übel etc. im Tatbestand laufe der Verpflichtung aus der Konvention nicht grundsätzlich zuwider, greift im Ergebnis nicht. Dies trifft nur solange zu, wie eine konventionskonforme Auslegung dieser Begriffe in der Form möglich ist, dass eine nicht einverständliche sexuelle Handlung vom Strafrecht erfasst ist. Als Beispiel hierfür zieht der EGMR Rechtsprechung aus Frankreich heran, nach der Begriffe wie Gewalt, Zwang, Bedrohung oder List eine breite Bedeutung haben. In der Folge erfasst die Rechtsprechung den Fall als Vergewaltigung, in dem eine Betroffene einwilligt, in das Auto des Täters zu

⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, A., S. 1., S. 7.

⁶ Erläuternder Bericht zur Europaratskonvention gegen Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt, Nr. 191 mit Verweis auf die Entscheidung des EGMR, M.C. gegen Bulgarien, Urteil vom 4.12.2003, App. No. 39272/98, Rz.155.

⁷ Entscheidung des EGMR, M.C. gegen Bulgarien, Fn. 6, Rz. 166.

⁸ Geiger, Rudolf (2010): Grundgesetz und Völkerrecht mit Europarecht. 5. Auflage. München: C. H. Beck. S. 347 ff.

steigen, ihn zu küssen, ihn dann bittet aufzuhören und es trotzdem zu sexuellen Handlungen kommt.⁹ Eine entsprechende Auslegung der Begriffe erscheint im deutschen Recht allein semantisch schwer vorstellbar und ist vor dem Hintergrund der hiesigen Rechtsprechung nicht möglich.

b) Keine Umsetzung der Konvention mit dem derzeitigen Gesetzesentwurf

Auf der Grundlage des Regierungsentwurfes sind jetzt schon verschiedene Fallkonstellationen denkbar, in denen sexuelle Handlungen trotz eines erklärten „Neins“ nicht zu einer Strafbarkeit führen. Im Folgenden sind exemplarisch zwei entsprechende Problemfelder aufgeführt.¹⁰

Problemfeld Ausnutzen der Lage

§ 179 Nr. 3 RegE erweitert die Strafbarkeit auch auf Fälle, in denen die Betroffenen ihre Lage subjektiv als schutzlos empfinden, sowie Angst haben vor Beeinträchtigungen unterhalb der Schwelle von Körperverletzungs- oder Tötungsdelikten. Hürden der aktuellen Rechtslage sollen damit abgesenkt werden. Gleichzeitig bleiben aber andere gesetzliche Voraussetzungen bestehen: Der Täter muss die Lage der Betroffenen ausnutzen. Der objektive Tatbestand setzt somit voraus, dass der Täter die Situation erkennt und sich zunutze macht. Dies ist bei den Tatbestandsalternativen in § 179 Abs. 1 Nr. 1 und 2 RegE weniger problematisch, wenn es z.B. um den körperlichen Zustand der Betroffenen oder um die überraschende Begehung der Tat geht. Im Kontext von Nr. 3 geht es hingegen um die subjektive Wahrnehmung der Betroffenen.

Beispiel: Frau Y und Herr X sind Nachbarn und haben eine Affäre. Frau Y erlebt Herrn X zwar als aufbrausend und aggressiv gegenüber seiner Ehefrau. Frau Y gegenüber hat er dieses Verhalten aber nicht gezeigt. Bei einem Besuch verlangt Herr X Geschlechtsverkehr, den Frau Y ablehnt. Er übergeht ihren ausdrücklichen Willen. Herr X hat Frau Y bisher als starke Person erlebt. Darüber hinaus bringt er sein Verhalten gegenüber seiner Ehefrau nicht mit der Beziehung zu Frau Y in Verbindung. Frau Y leistet keinen Widerstand, da sie aufgrund ihrer Beobachtungen Schlimmeres befürchtet. Auf der Grundlage des Regierungsentwurfes wäre das Verhalten des X straflos. Er hätte keine Ahnung von ihrer Angst und würde somit nicht ihre Lage ausnutzen.

Vergleichbare Probleme mit zurückliegender Gewalterfahrung können auch auftreten, wenn Täter und Opfer sich nicht kennen. Haben Frauen bereits in der Vergangenheit Missbrauch oder Gewalt erlebt und leisten aufgrund dieser Erfahrungen keine Gegenwehr, machen sich die Täter nicht strafbar, wenn sie ein „Nein“ übergehen.

Zudem führt die Regelung zu Wertungswidersprüchen, da sich nur der Täter strafbar macht, der darüber reflektiert, warum das Opfer trotz erklärter Ablehnung den Geschlechtsverkehr über sich ergehen lässt – derjenige Täter jedoch nicht, der trotz erklärter Ablehnung einfach

⁹ Entscheidung des EGMR, M.C. gegen Bulgarien, Fn. 6, Rz. 95.

¹⁰ Siehe weitere Fallbeispiele: Deutsches Institut für Menschenrechte (2016), S. Fn. 4; bff (2016): Stellungnahme des Bundesverbandes Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe (bff); Löffelmann, Markus (2016): Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung. In: recht + politik, Ausgabe 4, S. 5.

seinen Willen durchsetzt, ohne einen Gedanken an die Motivlage des Opfers zu verschwenden.

Kein lückenloses Erfassen von Gewaltbeziehungen

§ 179 Abs. 1 Nr. 3 RegE verzichtet laut der Gesetzesbegründung auf einen Finalzusammenhang zwischen vorangegangener Gewalt und sexueller Handlung. Der Regierungsentwurf will damit auch die Fälle erfassen, in denen Betroffene in langjährigen Gewaltbeziehungen leben, resigniert und den Widerstand aufgegeben haben. Wehren sich Betroffenen in der Situation eines sexuellen Übergriffs nicht, weil sie aus Erfahrung wissen, was passieren wird, befürchten sie ein empfindliches Übel. Täter, die in der Vergangenheit gewalttätig waren, nehmen zumindest billigend in Kauf, dass das Unterlassen von Widerstand auf die frühere Gewalt zurückzuführen ist - so zumindest der Entwurf.

Dieser Ansatz würde in einigen Fällen strafwürdiges Verhalten erfassen, das nach der aktuellen Gesetzeslage nicht erfasst ist. Gewaltgeprägte Beziehungen sind aber in der Realität nicht immer so eindeutig. Auch hier gibt es Phasen von „Versöhnung“ und einvernehmlichen sexuellen Handlungen, die sich mitgewalttätigen Episoden abwechseln. Kommt es zu sexuellen Handlungen gegen den Willen der Betroffenen nach einer längeren „guten“ Phase, ist davon auszugehen, dass die Annahme des Regierungsentwurfes nicht mehr zutrifft.

c) Neuer Grundtatbestand mit Anknüpfung an den erklärten Willen erforderlich

Richtet man die Norm an dem Kern der sexuellen Selbstbestimmung erwachsener Personen aus, muss der Grundtatbestand an deren erklärten Willen anknüpfen. Die Freiheit einer Person, über Zeitpunkt, Art und Partner_innen sexueller Betätigung zu entscheiden, ist bereits dann verletzt, wenn eine andere Person diese erklärte Entscheidung missachtet und dagegen handelt. Weiteren Voraussetzungen wie Gewalt, Drohung oder Widerstandsunfähigkeit kann damit nicht mehr tatbestandsbegründende, sondern nur noch qualifizierende Wirkung zukommen.

Das Institut empfiehlt daher in einem Grundtatbestand zu formulieren, „Wer gegen den erklärten Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen ..vornimmt oder ...vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme ...bestimmt.“¹¹ (§ 177 Abs. 1 Nr. 1 des Vorschlages). Die Formulierung stellt die Anforderung, eine Ablehnung zu kommunizieren an die Person, die keine oder andere sexuelle Handlungen möchte. Der Wortlaut umfasst eine breite Palette an verbalen wie non-verbalen Möglichkeiten für den Ausdruck von Ablehnung, wie zum Beispiel abwehrende Worte oder Laute, Kopfschütteln, Wegdrehen, Weinen¹².

Ein solcher Grundtatbestand erfordert Ausnahmen für Personen, die nicht in der Lage sind, einen entsprechenden Willen zu bilden oder zu äußern oder deren Fähigkeiten eingeschränkt sind. Die Unfähigkeit zur Willensbildung liegt zum Beispiel vor, wenn Täter KO Tropfen einsetzen, Menschen im Koma liegen, oder durch die Art der Tatbegehung überrascht werden (§ 177 Abs. 1 Nr. 2 des Vorschlages).

¹¹ Hörnle, Tatjana (2015), Fn. 4, S. 23.

¹² Hörnle, Tatjana (2015), Fn. 4., S. 17.

Schwieriger zu gestalten ist der rechtliche Ausnahmefall für die Situationen, in denen Beteiligte sexueller Handlungen noch in der Lage sind, ihren Willen zu bilden und zu äußern, sie aber aufgrund von situativer Belastung, geistiger Beeinträchtigung (siehe dazu unter 2.)

Drogen oder Alkoholgebrauchs stark eingeschränkt sind. Hier kann nicht pauschal von einer Unfähigkeit zur Willensbildung ausgegangen werden. Auch unvernünftig erscheinende oder selbstschädigende Entscheidungen sind Ausdruck von Selbstbestimmung.

Die folgenden Beispiele verdeutlichen zum einen den durchaus unterschiedlichen Unrechtsgehalt von Vorgehensweisen innerhalb dieser Fallgruppen und werfen Fragen von Unwirksamkeit der Zustimmung sowie Grenzen der Strafbarkeit auf:

- F und X gehen gemeinsam auf eine Erstsemesterparty feiern und konsumieren im Laufe des Abends Drogen und Alkohol. Beide sind stark in ihrer Reaktions- und Wahrnehmungsfähigkeit beeinträchtigt. Es kommt zunächst zu einvernehmlichen sexuellen Handlungen, dann wird der X übel, sie oder er sagt, „ich möchte nicht mehr“. Wenn F das übergeht läge eine Strafbarkeit vor. Je nach Ausmaß des Alkoholkonsums können dann auf Seiten des F Fragen von Schuldunfähigkeit relevant werden.

In einem alternativen Verlauf möchte X von vorneherein keine sexuellen Handlungen. Sie ist aber aufgrund des Alkohols verzögert in ihrer Reaktion, sagt nichts und lässt es passiv über sich ergehen. F ist aufgrund des Alkohols ebenso beeinträchtigt wie die X und nutzt ihre Lage nicht aus. F ist noch zur Willensbildung fähig, erklärt kein „Nein“ und damit läge nach dem Vorschlag des Instituts keine Strafbarkeit vor.

- Der 30 jährige X trifft in einem Club auf die 20-jährige Z. Er bemerkt, dass sie aufgrund von Alkoholkonsums erhebliche Probleme mit der Artikulation und Bewegungsteuerung hat. Er findet sie attraktiv, gibt ihr im Laufe des Abends weitere alkoholische Getränke. Gegen Ende des Abends begleitet X die Z auf die Toilette und beginnt, sie anzufassen und übt Geschlechtsverkehr mit ihr aus. Sie ist aufgrund des Alkohols stark verzögert in ihrer Reaktion und lässt die sexuellen Handlungen über sich ergehen, obwohl sie das nicht möchte. In diesem Fall nutzt der X die Beeinträchtigung der Z zur Willensbildung gezielt aus. Zwar sagt sie noch zur Willensbildung fähig und sagt auch nicht „Nein“. Er hat sich aber ihrer Zustimmung nicht vergewissert und würde sich in der Situation strafbar machen.

Alternativ schlägt X am Ende des Abends vor, man könne sich ja noch auf der Toilette amüsieren. Z erfasst aufgrund ihres Alkoholkonsums den Vorschlag nicht ganz und geht mit, obwohl sie keine sexuellen Handlungen mit X will. Auf dem Weg vergewissert X sich nochmal bei der stark schwankenden Z, ob sie in Ordnung wäre und wirklich Sex mit ihm wollte. Sie sagt ja. Damit läge nach dem Vorschlag des Instituts für den X keine Strafbarkeit vor, da er sich ihrer Zustimmung versichert hat.

Eine Regelung könnte darin bestehen, in Fällen, in denen der Täter wie in dem 2. Beispiel die erhebliche Beeinträchtigung der Betroffenen ausnutzt, die Anforderung an die Kommunikation auf die Person zu verlagern, die aktiv sexuelle Handlungen vornimmt. Sie müssen sich vergewissern, dass eine wirksame Zustimmung vorliegt.

Entsprechende Entwicklungen gibt es auch in der englischen Strafverfolgungspraxis. Der englische Sexual Offences Act hat 2003 den zentralen Begriff “consent” im Strafgesetzbuch legal definiert mit “if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice”.

Auch wenn das englische Recht als common law im Grundsatz nicht mit dem kontinentaleuropäischen Konzept des civil law zu vergleichen ist, lassen sich doch die Erfahrungen mit der Auslegung und Anwendung des Begriffes „Zustimmung“ in Praxis heranziehen. Aufgrund von Schwierigkeiten der Strafverfolgung insbesondere in Fällen, in denen die Betroffenen stark unter Drogen oder Alkohol gestanden haben, sind auf der ersten National Rape Conference 2015 neuen Leitlinien für die Strafverfolgungsbehörden entstanden. Danach müssen sich die Ermittlungen nicht mehr allein auf das Nichtvorliegen der Einwilligung, sondern auf das Vorliegen der Einwilligung richten. Es ist zu fragen, welche Schritte der Täter unternommen hat, um die Einwilligung des Opfers zu erlangen und warum er davon ausging, dass eine Einwilligung vorlag.

Für die Fälle, in denen die Täter_innen von vorne herein mit Gewalt oder Drohungen vorgehen, wird die Begehung mit Nötigungsmitteln als eigenständige Qualifikation ausgestaltet. Gleiches gilt für die schutzlose Lage im Sinne der bisherigen Rechtsprechung. Bei der Ausgestaltung der Nötigungsmittel sind Probleme der aktuellen Rechtsprechung aufgegriffen worden. Das Nötigungsmittel der Gewalt kann sich gegen die Person, von der der Täter sexuelle Handlungen verlangt oder gegen eine dritte Person richten. So werden Fälle erfasst, in denen sich die Gewalt z.B. gegen Kinder der Frau richtet. Die nach der jetzigen Gesetzeslage erforderliche Drohung mit Gewalt wurde in eine Drohung mit einem empfindlichen Übel abgeändert, um z. B. Fälle erfassen zu können, in denen der Täter damit droht, Nacktbilder ins Internet zu stellen.

2. Berücksichtigung des Schutzes von Menschen mit Behinderungen

Menschen mit Behinderungen haben wie alle Menschen den Wunsch und das Recht auf selbstbestimmte Sexualität. Zugleich sind insbesondere Frauen mit Behinderung in einer vulnerablen Lage: Frauen sind häufiger von sexualisierter Gewalt betroffen als Männer;

Frauen mit Behinderung stärker als Frauen ohne Behinderung. Besonders hoch ist die Gewaltbetroffenheit von Frauen mit Behinderungen in Einrichtungen.¹³

a) Menschenrechtliche Vorgaben

Diese Bedürfnisse nach Autonomie, Gleichbehandlung sowie nach Schutz finden eine Entsprechung in den Menschenrechten. Bereits in der Präambel der UN-Behindertenkonvention¹⁴ wird die individuelle Autonomie und Unabhängigkeit für Menschen mit Behinderungen, einschließlich der Freiheit, eigene Entscheidungen zu treffen anerkannt. Darüber hinaus sind die Achtung des Rechts auf Selbstbestimmung und Unabhängigkeit für alle Menschen, also auch für diejenigen mit einem hohen Unterstützungsbedarf, allgemeine Grundsätze der UN-Behindertenrechtskonvention. Die UN-BRK statuiert das Recht auf

¹³ Schröttle, Monika et. al (2012): Lebenssituation und Belastungen von Frauen mit Beeinträchtigungen und Behinderungen in Deutschland, Kurzfassung: Im Vergleich zu Frauen im Bevölkerungsdurchschnitt waren Frauen mit Behinderung unabhängig davon, ob sie in Einrichtungen oder Privathaushalten gelebt haben, allen Formen von Gewalt häufiger ausgesetzt, S. 22,23; die am stärksten belastete Gruppe waren psychisch erkrankte Frauen, die in Einrichtungen lebten: 92% der 83 befragten Frauen gaben an, seit dem 16. Lebensjahr unterschiedliche Formen psychischer Gewalt erfahren zu haben. 78% berichteten von körperlicher und 42% von sexueller Gewalt.

¹⁴ Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006.

Nichtdiskriminierung behinderter Menschen in Art. 5. Sowohl die Präambel¹⁵ als auch die Vielschichtigkeit der Anforderungen an den in Artikel 16 formulierten Schutz vor Ausbeutung, Missbrauch und Gewalt u.a. durch effektive Rechtsmaßnahmen und strafrechtliche Verfolgung tragen dem Befund Rechnung, dass Frauen mit Behinderungen oft in stärkerem Maße durch Gewalt gefährdet sind.

Bei der Ausgestaltung eines Straftatbestandes zum Schutz des sexuellen Selbstbestimmungsrechts müssen diese verschiedenen Anforderungen austariert werden. Darüber hinaus ist Artikel 46 c) der Istanbul-Konvention in Verbindung mit Rz. 87 des erläuternden Berichts zu berücksichtigen. Hiernach stellen die Staaten sicher, dass Gerichte strafscharfend berücksichtigen können, wenn sich die Straftat gegen schutzbedürftige Personen richtet, zu denen auch Menschen mit Behinderungen gehören.

b) Probleme der geltenden Rechtslage: Ungleichbehandlung von Betroffenen mit Behinderungen

Die derzeitige Unterteilung der Straftatbestände zum Schutz des sexuellen Selbstbestimmungsrecht von Erwachsenen in den Nötigungstatbestand, § 177 und den Missbrauchstatbestand des § 179 StGB¹⁶ mit den unterschiedlichen Strafraumen birgt die Gefahr einer mittelbaren Diskriminierung durch die Anwendung der Normen in der Praxis. Sexuelle Handlungen nach § 177 StGB werden mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu 15 Jahren bedroht. Im Vergleich dazu ist der Strafraum im § 179 StGB niedriger und liegt zwischen 6 Monaten und 10 Jahren. Zwar ist der Strafraum bei sexuellen Handlungen, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind, in beiden Tatbeständen gleich (Mindeststrafe 1 Jahr Freiheitsstrafe). Bei Handlungen unterhalb der Schwelle der Penetration ist der Strafraum jedoch unterschiedlich (1 Jahr bei Nötigungsfällen im § 177, 6 Monate bei der Ausnutzung der Widerstandsunfähigkeit in § 179).

Eine Aktenauswertung hat bereits 2000, relativ kurz nach der Reform des § 177 StGB gezeigt, dass dies im Ergebnis zu Verwerfungen führt. Gerichte haben die sexuelle Nötigung und Vergewaltigung von Tatopfern mit geistiger Beeinträchtigung wiederholt unzutreffend als sexuellen Missbrauch einer widerstandsunfähigen Person verurteilt, obwohl diese klare Zeichen einer Willensbildung gezeigt haben und eine rechtliche Bewertung des Tathergangs daher auf § 177 StGB hätte erfolgen müssen. Dies ist ein Befund, den Interessenverbände für Menschen mit Behinderung bis heute wiederholt festgestellt und kritisiert haben,¹⁷ und auf den auch in der Literatur als Gefahr hingewiesen wird¹⁸. Eine auf stereotyper Betrachtungsweise von Behinderung basierende Gleichsetzung von geistiger Behinderung und Widerstandsunfähigkeit durch die Rechtsprechung habe zu einem Sonderrecht für

¹⁵ In der Präambel, Buchstabe q) wird die erhöhte Gewaltbetroffenheit von Frauen und Mädchen als Erkenntnis betont.

¹⁶ Die Straftatbestände Menschenhandel, Zuhälterei und Ausbeutung von Prostituierten werden hier außer Acht gelassen.

¹⁷ Staatliche Koordinierungsstelle nach Art. 33 UN BRK, Fachausschuss Freiheits-, und Schutzrechte (2015): Positionspapier Sexualstrafrecht reformieren - aber richtig!, S. 3.

¹⁸ Fischer, Thomas (2015), Fn. 3, §179, Rz. 11a.

Menschen mit Behinderung, einem „Zwei-Klassen-Strafrecht“¹⁹ geführt, in dem Straftaten gegen Behinderte mit geringeren Strafen geahndet werden.²⁰

Die vorschnelle Gleichsetzung von Behinderung mit Widerstandsunfähigkeit enthält auch eine Überbetonung des Schutzgedankens und schwächt damit die Autonomie von Frauen und Männern mit Behinderungen, sich für oder gegen sexuelle Kontakte zu entscheiden.

c) Anforderungen an die Formulierung der Straftatbestände

Vor diesem Hintergrund ist jetzt die Frage, wie die erhöhte Schutzbedürftigkeit von Menschen mit Behinderung in einer „Nein heißt Nein“ Lösung ausreichend berücksichtigt werden kann, ohne die Selbstbestimmung der Betroffenen unangemessen einzuschränken oder stereotypen Bewertungen Vorschub zu leisten.

Das Institut empfiehlt, wie oben ausgeführt, einen Grundtatbestand, der sexuelle Handlungen gegen den erklärten Willen der Betroffenen unter Strafe stellt. Ein solcher Tatbestand stellt an potentiell Betroffene Anforderungen an eine klare Kommunikation. Sie müssen dem Täter gegenüber eine ablehnende Haltung ausdrücken.

Viele Menschen mit Behinderungen sind in der Lage, einen Willen zu bilden und auch auszudrücken. Damit sind Übergriffe gegen sie vom Grundtatbestand umfasst.

Unproblematisch ist auch die Erfassung von Sexualstraftaten gegen Menschen, die keinen Willen bilden können, weil sie zum Beispiel im Wachkoma liegen. Für diese Fallgruppe sieht der Vorschlag des Instituts im Grundtatbestand eine Ausnahme von der Regel vor: Strafbar macht sich danach, wer sexuelle Handlungen an einer Person vornimmt, etc. die aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustands nicht in der Lage sind, einen Willen zu bilden oder zu äußern (§ 177 Abs. 1 Nr. 2 des Vorschlages).

Schwierig wird es, wenn Menschen mit Behinderungen zur Willensbildung und Äußerung grundsätzlich in der Lage sind, ihre Situation sie aber stark dabei einschränkt. Wie oben bereits im Zusammenhang mit Personen unter Alkohol-, Drogengebrauch ausgeführt, muss auch für die Personengruppe mit erheblichen geistigen Beeinträchtigungen das Schutzniveau innerhalb des Grundtatbestandes angehoben sowie die grundsätzliche „Lastenverteilung“ in Bezug auf die Kommunikation hinterfragt werden. Folgende Beispiele machen das deutlich.

- Frau B ist geistig beeinträchtigt und erhält Assistenz. Sie ist grundsätzlich in der Lage, einen Willen zu bilden zu Dingen, die sie tun und lassen möchte. Sie möchte die sexuellen Handlungen eines Mitbewohners M, der auch geistig beeinträchtigt ist, nicht, sagt aufgrund ihrer Sozialisation zur Anpassung und aufgrund langer Erfahrungen mit Grenzüberschreitungen aber nichts zu dem Täter. Hier würde der vorgeschlagene Entwurf des Instituts nicht zu einer Strafbarkeit kommen. M ist vergleichbar beeinträchtigt wie die B und nutzt die Situation nicht aus. Damit bliebe nach dem Vorschlag des Instituts die Kommunikationsanforderung bei ihr. Sie ist grundsätzlich zur Willensbildung

¹⁹ Weibernetz (2015): Pressemitteilung vom 5. März 2015: Widerstandsunfähige Frauen konsequent von Anfang an mitdenken bei der Sexualstrafrechtsreform!

²⁰ Oberlies, Dagmar (2003): Sexuelle Selbstbestimmung und Behinderung – Wertungswidersprüche im Sexualstrafrecht. In: Zinsmeister (Hrsg), Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen und das Recht, S. 157 ff.

fähig und sagt nicht nein. Auch bei korrekter Anwendung der aktuellen Rechtslage wäre das Verhalten des Täters nicht strafbar, solange er kein Nötigungsmittel einsetzt. Diese Fallkonstellation wäre ausschließlich von einer „Nur Ja heißt Ja“ Regelung umfasst.

In der Alternative handelt es sich um einen Freund eines Mitbewohners, der im Rollstuhl sitzt. Er ist häufig in der Einrichtung zu Besuch und findet Frau B schon lange attraktiv. Er weiß um das Ausmaß ihrer Beeinträchtigung und Anpassungsfähigkeit. In diesem Fall nutzt er ihre Beeinträchtigung aus und vergewissert sich nicht ihrer Zustimmung. Er würde sich damit strafbar machen nach § 177 Abs. 1 Nr. 3 des Vorschlages.

- Die junge, erwachsene Frau X hat eine mittelschwere geistige Beeinträchtigung und lebt in einer Einrichtung. Sie hat kaum soziale Kontakte und wird von einem Mann eines externen Fahrdienstes angesprochen. Er macht ihr kleine Geschenke und weiß um die Bedeutung, die der Kontakt zu ihm für Frau X hat. Als er nach kurzer Zeit mit Verweis auf ihre „Freundschaft“ sexuelle Dienstleistungen verlangt, sagt Frau X nichts obwohl sie das nicht möchte und nimmt den Geschlechtsverkehr passiv hin. Auch hier hätte sich der Mitarbeiter des Fahrdienstes ihrer Zustimmung vergewissern müssen und würde sich strafbar machen.

Die Austarierung zwischen Schutzverpflichtung und Achtung der Autonomie sollte in diesen Fällen nicht grundsätzlich zu einer Strafbarkeit führen. Da, wo der Täter ein Machtgefälle aber ausnutzt, führt das zu einer Verschiebung der Kommunikationslast zugunsten der Betroffenen, indem dem Akteur der sexuellen Handlung die Pflicht auferlegt wird, sich der wirksamen Zustimmung der anderen Person aktiv zu vergewissern.

d) Fragen von erhöhtem Tatunrecht und Strafraumen

Vor dem Hintergrund von Artikel 46 e) der Istanbul-Konvention muss sichergestellt werden, dass die vulnerable Situation von Betroffenen mit Behinderungen strafscharfend berücksichtigt wird. Je schwerer der Grad der Behinderung, desto einfacher dürfte es für Täter_innen sein, sexuelle Handlungen gegen den Willen der Betroffenen durchzusetzen. Will der Gesetzgeber einen eigenständigen Unrechtsgehalt einer solchen Handlung anerkennen, ist es nicht ausreichend, die Gestaltungsverantwortung bei der Rechtsprechung zu lassen. Er müsste eine Regelung auf Tatbestandsebene formulieren.

Eine Erhöhung des Strafraumes, die ausschließlich an das Merkmal Behinderung der Betroffenen anknüpft, ist problematisch. Es ist nicht ersichtlich, warum das Ausnutzen der zeitlich begrenzten Widerstandsunfähigkeit durch zum Beispiel KO Tropfen nicht einen vergleichbaren Unwertgehalt enthält. Im Moment der Tat sind die Betroffenen hilflos, entweder weil sie zeitlich begrenzt durch KO Tropfen nicht handlungsfähig sind oder dauerhaft im Koma liegen.

Daher sollte nicht auf den Begriff der Behinderung abgestellt werden, sondern das Ausnutzen der Unfähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern, ebenso wie die Anwendung von Gewalt und die Drohung mit einem empfindlichen Übel als Qualifikation des Grundtatbestandes ausgestaltet werden (§ 177 Abs. 2 und 3 des Vorschlages).

Die erhöhte Strafandrohung der Qualifikation sollte aber gleichzeitig durch die Regelung eines minder schweren Falles flexibel handhabbar sein.

Zwar liegt ein erhöhtes Tatunrecht immer dann vor, wenn ein nichtbehinderter Täter das Machtgefälle gegenüber einem Opfer mit Behinderungen ausnutzt. In der Realität werden insbesondere in Einrichtungen sexuelle Übergriffe auch von Tätern mit Behinderungen begangen. In solchen Fällen kann das Machtgefälle wegfallen, so dass die Annahme des erhöhten Tatunrechts nicht zutrifft.

3. Straftatbestand der sexuellen Belästigung unterhalb der Schwelle der sexuellen Nötigung

Die sexuelle Belästigung ist in Deutschland ein weit verbreitetes Phänomen. In einer EU-weiten Untersuchung der europäischen Grundrechteagentur aus 2014 haben 60% der 1.534 befragten Frauen in Deutschland angegeben, seit ihrem 15. Lebensjahr mindestens eine Form der sexuellen Belästigung erfahren zu haben²¹. Bei 39 % der Frauen handelte es sich um tätliche Formen der Belästigung wie unerwünschtes Umarmen oder Küssen.²²

Das Institut empfiehlt, die tätliche sexuelle Belästigung in einem eigenen Straftatbestand zu regeln.

Geltende Rechtslage

Sanktionen gegen sexuelle Belästigung sind derzeit in verschiedenen Rechtsbereichen, u.a. im Strafgesetzbuch und dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) geregelt. Den umfassendsten Schutz bietet derzeit das AGG für alle Formen der sexuellen Belästigung, allerdings nur im Arbeitsverhältnis.

Grundsätzlich können tätliche Belästigungen auch unter den § 177 StGB fallen. Hiernach sind derzeit zwei Fallgruppen nicht strafbar; wenn die Täter_innen überraschend vorgehen oder wenn die Handlung nicht schwerwiegend ist: Greift der Täter in der vollen U-Bahn für die Betroffene unvorhergesehen in ihr Dekolletee, entfällt die Strafbarkeit bereits, weil das Opfer wegen der überraschenden Begehung nicht dazu kommt, einen entgegenstehenden Willen zu bilden, den der Täter mit Zwang beugen könnte. Daher fehlt es am Tatbestandsmerkmal der Nötigung im Sinne des § 177 StGB. Das Berühren des vaginalen Bereiches über der Kleidung ordnet die Rechtsprechung auf der Grundlage der Erheblichkeitsschwelle des § 184h StGB nicht als sexuelle Handlung ein²³. Tätliche sexuelle Handlungen fallen nach der Rechtsprechung des BGH nur dann unter den Tatbestand der Beleidigung, wenn eine zusätzlich zu der sexuellen Handlung herabsetzende Bewertung der Betroffenen erfolgt. Das überraschende Vorgehen bei schwerwiegenden Handlungen wäre von der vorgeschlagenen Änderung des § 177 StGB umfasst.

Im Rahmen der Umsetzung der EU-Gleichstellungsrichtlinie 2002/73/EG hat der Gesetzgeber die sexuelle Belästigung in § 3 Abs. 4 AGG für den Arbeitskontext legal definiert als ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten (..), das bezweckt oder bewirkt, die Würde der betreffenden Person zu verletzen (..).

²¹ <http://fra.europa.eu/DVS/DVT/vaw.php>.

²² Fundamental Rights Agency (2014): Violence against Women. An EU-wide survey, S. 104.

²³ BGH 1, 298.

Aufgrund der konkreten Aufzählung von sexuellen Handlungen im Gesetz und einer umfangreichen Rechtsprechung, die eine breite Palette an Verhaltensweisen wie das Herandrängen an den Körper, Schlag auf das Gesäß, Umfassen der Hüften, Anfassen von Rücken, Oberschenkeln, etc. als sexuelle Belästigung eingestuft hat²⁴, bietet dieser Begriff durchaus Vorteile²⁵. Problematisch für die Übertragung des Konzeptes auf das Strafgesetzbuch ist hier aber die Würdevoraussetzung der Legaldefinition. Im Kontext des zivilrechtlichen AGG liegt die Würdeverletzung bereits in der Verhaltensweise, die unerwünscht ist.²⁶ Bei einer Verankerung des Begriffs auf Tatbestandsebene im StGB, müsste die Würdeverletzung vom Vorsatz umfasst sein, was Raum bietet für geschlechterstereotypen Vorstellungen von der Grenze zwischen Freundlichkeit, Spaß oder Anerkennung und Belästigung.

Vorgaben der Istanbul-Konvention

Artikel 40 der Istanbul-Konvention verpflichtet die Vertragsstaaten, die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, „dass jede Form von ungewolltem verbalem, nonverbalen oder körperlichem Verhalten sexueller Art²⁷ mit dem Zweck oder der Folge, die Würde einer Person zu verletzen, insbesondere wenn dadurch ein Umfeld der Einschüchterung, Feindseligkeit, Erniedrigung, Entwürdigung oder Beleidigung geschaffen wird, strafrechtlichen oder sonstigen rechtlichen Sanktionen unterliegt“. Die Beschreibung der zu sanktionierenden Handlungen ist eng an jene EU-Richtlinie angelehnt. Sie umfasst die drei Hauptformen von sexuell bestimmtem Verhalten: verbal, nonverbal und körperlich. Der Anwendungsbereich des Artikels beschränkt sich explizit nicht nur auf die Arbeitswelt.²⁸

Wie auch die Richtlinie überlässt es die Istanbul-Konvention den Vertragsstaaten zu entscheiden, die sexuelle Belästigungen im Rahmen ihres Strafrechts zu behandeln, administrative oder sonstige rechtliche Sanktionen anzuwenden. Im Rahmen einer systematischen Auslegung der Konvention kann man aber argumentieren, dass der Bereich der tätlichen sexuellen Belästigung, die rechtspolitische Wahlfreiheit auf das Strafrecht als Regelungsinstrument verengt. Dies ergibt sich aus der Sorgfaltspflicht aus Artikel 5 Abs. 2 in

²⁴ Siehe zum Beispiel Antidiskriminierungsstelle des Bundes (2013): Ausgewählte Entscheidungen deutscher Gerichte zum Antidiskriminierungsrecht, S. 30 ff.

²⁵ So zum Beispiel Deutscher Juristinnenbund (2016): Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz „Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung“ (Stand: 14.7.2015), S. 5.

²⁶ Schiek, Dagmar (2007): Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, § 3 R. 65.

²⁷ Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that any form of unwanted verbal, non-verbal or physical conduct of a sexual nature Grundsätzlich ist die völkerrechtlich verbindliche englische Sprachfassung zugrunde zu legen. Die weicht bei der Definition der sexuellen Belästigung von der deutschen Fassung ab, die den Begriff “of a sexual nature” falsch mit sexuell bestimmten Verhalten übersetzt. Daher wurde hier die Übersetzung geändert in Verhalten sexueller Art.

²⁸ Erläuternder Bericht, Fn. 6, Nr. 209.

Verbindung mit dem gendersensibles Umsetzungsgebot aus Artikel 6 und 18 Abs. 3 der Konvention.²⁹

Neuer Straftatbestand der tätlichen sexuellen Belästigung

Tätliche Übergriffe unterhalb der Erheblichkeitsschwelle könnten strafrechtlich erfasst werden, entweder indem der Gesetzgeber die Erheblichkeitsschwelle streicht, oder einen eigenen Tatbestand der tätlichen sexuellen Belästigung ins Strafgesetzbuch einfügt.

Die grundlegenden Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz sowie die speziellen Erfahrungen aus Österreich mit einem Straftatbestand der sexuellen Belästigung zeigen, dass es sinnvoll ist, die unter Strafe zu stellenden Handlungen soweit wie möglich zu konkretisieren, beziehungsweise auf bekannte Regelungskonzepte zurückzugreifen.

Insofern bieten sich für einen neuen Tatbestand der tätlichen sexuellen Belästigung folgende Optionen an:

- Anlehnung an das in Rechtsordnung und Rechtsprechung bereits bekannte Regelungskonzept der sexuellen Belästigung aus dem AGG
- Verwendung übergeordneter Begriffe wie geschlechtliche Handlung oder der Geschlechtssphäre (österreichischer Tatbestand)
- Beschreibung von Körperteilen, an denen eine Berührung eine sexuelle Belästigung darstellt

Nach § 218 des österreichischen Strafgesetzbuches in der alten Fassung wurde bestraft, wer eine Person durch eine geschlechtliche Handlung an ihr oder von ihr (..) belästigt. Nachdem die enge Auslegung des Begriffs der geschlechtlichen Handlungen durch die Rechtsprechung dazu geführt hat, dass zum Beispiel ein Berühren des Gesäßes oder der Oberschenkel nicht als Belästigung bewertet wurde³⁰, hat der Gesetzgeber im Rahmen der letzten Reform einen Absatz 1a eingefügt. Der sieht vor, dass es auch strafbar ist, wenn eine Person „durch eine intensive Berührung einer der Geschlechtssphäre zuzuordnenden Körperstelle in ihrer Würde verletzt wird.“ Zwar sind unerwünschte Berührungen an Gesäß oder Oberschenkel damit vom Gesetz erfasst. Es bleibt aber abzuwarten, wie sich die unterschiedlich formulierten Eingriffsschwellen auswirken. Der unerwünschte Griff an Brust ist strafbar als geschlechtliche Handlung, wenn er nicht bloß flüchtig erfolgt ist. Der unerwünschte Griff an Gesäß oder Oberschenkel ist dagegen nur strafbar werden, wenn er intensiv war.

Wie ausgeführt, könnte die explizite Bezugnahme auf das im AGG verankerte Belästigungskonzept im Strafrecht problematisch sein. Die Fokussierung auf eine „Geschlechtssphäre“ oder geschlechtliche Handlungen bergen die Gefahr der Verengung auf Berührungen primärer Geschlechtsmerkmale.

²⁹ Siehe auch Ulrich, Silvia (2015): Stellungnahme zum Ministerialentwurf 98/ME XXV. GP – Strafrechtsänderungsgesetz 2015, S. 3.

³⁰ Beclin, Katharina (2015): Stellungnahme zum „Entwurf des Strafrechtsänderungsgesetzes 2015“ BMJ-S318.034/0007-IV/2015, S. 8.

4. Regelungen in Bezug auf sexuelle Handlungen aus einer Menschenmenge heraus

Ein Großteil der sexuelle Handlungen aus einer Menschenmenge heraus werden über die Regelungen von Täterschaft und Teilnahme erfasst. Darüber hinaus sieht der Vorschlag des Instituts die gemeinschaftliche Begehungsweise als Qualifizierung einer tätlichen sexuellen Belästigung vor.

Ein darüber hinaus gehender eigenständiger Tatbestand, der sich an die Norm der Beteiligung an einer Schlägerei als Vorlage anlehnt, scheint wenig sinnvoll. Hintergrund von § 231 StGB ist die Gefährlichkeit von Schlägereien und die Schwierigkeit, die Einzelverantwortlichkeit für schwere Folgen aufzuklären. Um eine Strafbarkeit der einzelnen Beteiligten zu begründen, muss u.a. durch die Schlägerei oder den Angriff eine schwere Folge – der Tod oder eine schwere Körperverletzung – verursacht worden sein. Das sind gerade nicht die Situationen, die in der Einladung beschrieben sind als „das in Köln massenhaft aufgetretene Grapschen, insofern es die Schwelle der sexuellen Nötigung nicht überschreitet“.

Darüber hinaus ist unklar, wie in Situationen wie Köln die Grenze gezogen werden soll zwischen straflosem Danebenstehen und einer strafbaren Tathandlung, die ja einen wie auch immer gearteten Bezug zu dem Anfassen haben muss. Auch mit Blick auf die außergewöhnlichen Umstände der Silvesternacht 2015 empfiehlt das Institut, keinen weiteren Tatbestand einzuführen.

5. Flankierung eines reformierten Tatbestandes

Zentrale Probleme bei der Strafverfolgung sexualisierter Gewalt sind u.a. die geringe Anzeigebereitschaft der Betroffenen sowie die hohen Einstellungsquoten im Verfahren. Die Forschung über Strafverfolgung von sexualisierter Gewalt in Europa³¹ hat verschiedene Gründe für die hohen Einstellungsquoten und daraus resultierend Ansatzpunkte für eine Verbesserung der Praxis aufgezeigt. Die Ausgestaltung der Rechtsgrundlage ist nur ein Kriterium für eine effektive Strafverfolgung. Die Errichtung von Sonderdezernaten, Aus- und Fortbildung der Behörden, der Rechtsanspruch auf psychosoziale Prozessbegleitung sowie der Ausbau der anonymen Spurensicherung und der verfahrensunabhängigen Beweissicherung sind weitere, seit langem geforderte Bausteine eines betroffenenzentrierten Ansatzes.

Diese Forderungen werden gestützt durch die Ergebnisse einer aktuellen Studie zur Anzeigebereitschaft nach sexuellen Grenzverletzungen und sexueller Gewalt.³² 2013/2014

³¹ Lovett, Jo; Kelly, Liz (2009): Different systems, similar outcomes. Tracking attrition in reported rape cases across Europe. Child and Women Abuse Study Unit. London Metropolitan University.

³² Treibel, Angelika; Dölling, D. (2014): Determinanten des Anzeigeverhaltens nach Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung: ein Werkstattbericht. In: Risiken der Sicherheitsgesellschaft, S. 477-487.

wurden insgesamt 1.406 Betroffene befragt, die zu 91,9 % weiblich waren. In 22,9 % der Fälle kam es zu einer Anzeige³³. In 51,6 % der Fälle wurde körperliche Gewalt (z.B. Festhalten) ausgeübt; in 44 % lagen keine körperlichen Verletzungen bei den Betroffenen vor. Die höchsten Zustimmungswerte zu vorformulierten Aussagen erreichten die Sätze: Ich habe keine Anzeige erstattet, „weil ich nicht genügend Beweise vorlegen konnte“ und „weil ich Angst hatte, dass mir niemand glaubt“. Bedeutung hatte aber auch der Aspekt „Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit“ für die Anzeigebereitschaft. Dieses Vertrauen war relevanter für die Bereitschaft, eine Anzeige zu erstatten, als die Sorge vor möglichen Belastungen im Strafverfahren. Runtergebrochen bedeutet das, die Anzeigewahrscheinlichkeit steigt, wenn die Betroffenen u.a. Vertrauen in den Verlauf der ersten Vernehmung haben, eine Verurteilung erwarten, einen fairen Verfahrensverlauf, eine gründliche Aufklärung des Sachverhalts oder einen rücksichtsvollen Umgang seitens des Gerichts erwarten. Das sind überwiegend Aspekte, die mit Spezialisierung, Sensibilisierung und Training von Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht hergestellt werden können und müssen.

Das Deutsche Institut für Menschenrechte ist die unabhängige Nationale Menschenrechtsinstitution Deutschlands. Es ist gemäß den Pariser Prinzipien der Vereinten Nationen akkreditiert (A-Status). Zu den Aufgaben des Instituts gehören Politikberatung, Menschenrechtsbildung, Information und Dokumentation, angewandte Forschung zu menschenrechtlichen Themen sowie die Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen.

Kontakt: Heike Rabe unter rabe@institut-fuer-menschenrechte.de

³³ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Befragten im Durchschnitt 16,8 Jahre alt waren. Bei einigen Entscheidungen für oder gegen die Strafanzeige werden auch Sorgeberechtigte, die nicht unmittelbar betroffen waren, eine Rolle gespielt haben.