

Probleme bei §177 Abs. 2 Nr. 1 und 2 StGB

Die gesetzliche Regelung des § 177 StGB in der ab dem 10.11.2016 geltenden Fassung hat nach der Vorstellung des Gesetzgebers einen „Paradigmenwechsel“ herbeigeführt.¹ Aussagekräftiger wäre die Bezeichnung als Perspektivenwechsel vom herkömmlichen und sonst im Strafgesetzbuch außerhalb des neuen Sexualstrafrechts weiter üblichen Täterstrafrecht zu einem auf die Opferperspektive ausgerichteten Straftatbestand. Die vormalige Regelung von Verbrechen der sexuellen Nötigung oder Vergewaltigung wurde in der grundlegend neu gestalteten Strafnorm um Vergehen des sexuellen Übergriffs erweitert, strukturell geändert² und in der Stufenfolge von verschiedenen Qualifikationsebenen und einer unsystematisch zwischengeschalteten Regelung für besonders schwere Fälle modifiziert. Der Tatbestand der sexuellen Missbrauchs Widerstandsunfähiger aus § 179 StGB a. F. durch Tatbestandsvarianten des sexuellen Übergriffs funktional ersetzt³ und ohne Rücksicht auf systematische Verwerfungen in dieselbe Strafnorm übernommen. Die umfassende Abänderung der sexualstrafrechtlichen Regelungen nach den Konzepten „Nein heißt Nein“ in § 177 Abs. 1 StGB und „nur Ja heißt Ja“ in § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB mit der dazwischenliegenden Konstellation der generellen Strafbarkeit der Ausnutzung, dass das Opfer nicht in der Lage ist, einen den sexuellen Handlungen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern (§ 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB) führt zu zahlreichen Problemen bei der Auslegung und Anwendung dieses Gesetzes. Es begegnet aber auch Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit im Hinblick auf den Schuldgrundsatz und das Gebot der Bestimmtheit gesetzlicher Straftatbestände. Die Tatbestandsvarianten des § 177 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB sind nur ein Ausschnitt der komplexen Regelung, die durch übereilte Gesetzgebung im Sinne eines Baukastensystems geschaffen wurde.

A. Das missglückte Gesamtkonzept

Die Strafnorm sieht sechs Varianten des Grundtatbestands eines sexuellen Übergriffs vor. Dabei ist nicht ohne weiteres einzusehen, warum alle Varianten dieselbe Strafdrohung verdienen sollen. So wird einem kommentarlosen Handeln gegen den Willen des Opfers (§ 177 Abs. 1 StGB), der Fall einer Nötigung des Opfers zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen gleichgestellt (§ 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB), obwohl das schlichte Ignorieren des Gegenwillens als Missbrauchstatbestand von geringem Gewicht sein sollte als die Willensbeugung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel als Nötigungsdelikt. Aber auch sonst wird der Wille des Opfers sehr unterschiedlich zum Maß der Dinge gemacht.

1 Zur „Reform“ Deckers StV 2017, 410 ff.

2 BGHSt 65, 62, 68.

3 BGH NStZ-RR 2018, 107 f.

I. Der Ausgangspunkt beim kommunizierten Gegenwillen (§177 Abs. 1 StGB)

Gleichsam der Idealfall eines sexuellen Übergriffs wird im Handeln gegen den erkennbaren Willen eines anderen gesehen, wenn der Täter an dieser Person unerwünschte sexuelle Handlungen vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an einem Dritten oder durch einen Dritten bestimmt. Dabei sind sexuelle Handlungen, die sich nach dem Nötigungskonzept des §§ 177 StGB a. F. als tatbestandlicher Erfolg qualifizierter Nötigungshandlungen dargestellt hatten, nunmehr praktisch Tathandlungen, zumindest wenn der Täter sie selbst vornimmt und dabei nur gegen den Willen des Opfers handelt. Die nach dem Wortlaut des Gesetzes auch mögliche Bestimmung des Opfers zur Vornahme sexueller Handlungen am Täter, an sich selbst⁴ oder an einem Dritten oder zur Duldung sexueller Handlungen durch einen Dritten gegen seinen Willen wirkt fiktiv. Wenn das Opfer zur sexuellen Selbstbestimmung uneingeschränkt fähig ist, liegt es jedenfalls fern, dass es seinerseits aktiv wird, obwohl es dies erkennbar nicht will.

In allen Tatbestandsvarianten des § 177 Abs. 1 und Abs. 2 StGB sind sexuelle Handlungen „nur solche, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind“ (§ 184 Nr. 1 StGB). Was damit unter der irreführenden Überschrift „Begriffsbestimmungen“ § 184h StGB daherkommt, bleibt unklar. Dass Unerhebliches keine Rolle spielt, gilt im Strafrecht ohnehin: *Minima non curat praetor*. Die Umschreibung des Tatbestandsrelevanten damit, dass dies von „einiger Erheblichkeit“ sein soll, bleibt tautologisch und hilft bei der Rechtsanwendung nicht weiter. Bedeutsam ist zudem, dass die Erheblichkeitsschwelle nach dem früheren Recht straflose Bagatellkontakte von Verbrechen durch abgenötigte sexuelle Handlungen abgegrenzt hatte. Heute geht es um die Unterscheidung unterschwelliger Vergehen der sexuellen Belästigung von Vergehen bei sexuellen Übergriffen, denn wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt, kann nach dem relativen Antragsdelikt des § 184i Abs. 1 StGB auch bestraft werden, wenn sich die sexuell konnotierte und vom Opfer als Belästigung empfundene Berührung unterhalb der Schwelle einer sexuellen Handlung von einiger Erheblichkeit bewegt. Daher ist zwar der Begriff der sexuellen Handlung von einiger Erheblichkeit in § 184h Nr. 1 StGB für sich genommen gegenüber dem früheren Recht unverändert geblieben. Er hat aber gleichwohl eine andere Bedeutung erlangt.⁵ Das wird aber von der Rechtsprechung dementiert,⁶ welche die Unbestimmtheit des Begriffs durch intuitive Rechtsfindung in der Kasuistik überwindet.

Die Vornahme sexueller Handlungen durch den Täter am Opfer oder die Veranlassung von sexuellen Handlungen durch das Opfer oder durch einen Dritten ist nach § 177 Abs. 1 StGB strafbar, wenn sie „gegen den erkennbaren Willen“ der anderen Person erfolgt.⁷ Maßgeblich ist also die erkennbare Ausübung der sexuellen Selbstbestimmung des Opfers dahin, dass es keine sexuellen Handlungen dulden oder vornehmen will. Was unter der Erkennbarkeit zu verstehen ist, definiert

4 BGH NStZ-RR 2020, 276 f.

5 El-Ghazi StV 2018, 250 ff.

6 BGH NStZ-RR 2017, 277 f.; NStZ 2018, 91 f.

7 BGHSt 65, 62, 68.

das Gesetz aber nicht. Einigkeit besteht heute dahin, dass es nicht auf die Erkennbarkeit für den Täter ankommt, sondern auf einen objektiven Befund, wie ihn ein neutraler Beobachter feststellen könnte. Dieser Befund des Gegenwillens und seiner Erkennbarkeit muss anschließend, weil es sich um ein Vorsatzdelikt handelt, auch vom Täter in dessen Vorsatz aufgenommen werden. Die Erkennbarkeit ist nämlich hier kein Fahrlässigkeitsmerkmal, obwohl der Begriff sonst aus der Fahrlässigkeitsdogmatik bekannt ist.

Der gesetzgeberische Perspektivenwechsel vom Täter zum Opfer ändert aber nichts daran, dass die Täterperspektive auch noch Bedeutung behält. Die Kombination von sexueller Selbstbestimmung des Opfers und Vorsatz des Täters mit Blick hierauf wird in § 177 Abs. 1 StGB vom Gesetzgeber problematisch gehandhabt. Weiß nämlich der Täter aufgrund früherer Äußerungen des Opfers, dass das Opfer keine sexuellen Handlungen der durchgeführten Art will, ist der Gegenwille aber im maßgeblichen Zeitraum objektiv aus der Sicht eines fiktiven Dritten nicht „erkennbar“, dann greift § 177 Abs. 1 StGB erstaunlicherweise nicht ein.⁸

Nach dem Wortlaut des Gesetzes und den Materialien ist davon auszugehen, dass von einem Opfer, das zur sexuellen Selbstbestimmung und der Äußerung eines diesbezüglichen Entschlusses fähig ist, erwartet wird, dass es in irgendeiner Weise seinen Gegenwillen kommuniziert. Es kann diesen Willen ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringen.⁹ Unklar bleibt im Gesetzestext, zu welchem Zeitpunkt ein solcher kommunikativer Akt erfolgen muss und worin sein Inhalt zu bestehen hat. Sind sexuelle Handlungen jedenfalls bei der Vornahme durch den Täter selbst praktisch Tathandlungen und ist auch der Versuch strafbar, so liegt es nahe anzunehmen, dass das Opfer den Gegenwillen im Zeitraum zwischen dem Versuchsbeginn und der Vollendung dieser Tat, also zu irgendeinem Zeitpunkt innerhalb des Rahmens der Tatzeit, zum Ausdruck bringen muss.¹⁰ Mit Blick auf den Normzweck des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung bleibt andererseits offen, warum es unerheblich sein sollte, wenn das Opfer bereits im Vorfeld dieses Zeitrahmens eine Erklärung des Inhalts abgibt, dass ihm sexuelle Handlungen unerwünscht sind. Würde eine solche Erklärung derart kategorisch ausfallen, dass mit einer Willensänderung bis zum Versuchsbeginn nicht zu rechnen ist, so müsste nach der Zielsetzung des Gesetzes dieser Fall ebenfalls als eine Konstellation der Erkennbarkeit des Gegenwillens eingeordnet werden. Der Wortlaut des Gesetzes stünde dieser Auslegung nicht entgegen. Der Tatrichter, der den Fall zu prüfen hat, müsste dann allerdings nicht nur den Sachverhalt im Zeitraum zwischen Versuchsbeginn und Vollendung der Tat aufklären, sondern auch das Vorfeld nach Verlautbarungen eines Gegenwillens durch das Tatopfer absuchen. Das ist andererseits nicht schon wegen des puren Mehraufwands auszuschließen.

Was den Inhalt des kommunikativen Akts des Opfers angeht, kann das Opfer sexuelle Handlungen generell ablehnen. Es kann sich aber auch mit bestimmten Handlungen einverstanden erklären und nur weitergehende Handlungen ablehnen. Für die Frage, ob eine sexuelle Handlung dem Willen des Opfers zuwiderläuft, kommt es auf die konkret vorgenommene Handlung an. Ist in Bezug darauf erkennbar, dass das Opfer sie ablehnt, ist nicht entscheidend, ob Einverständnis mit

8 In den Bereich der Theorie verlagert LK/Hörnle, StGB § 177 Rn. 47.

9 BGH JR 2020, 30 ff. mit Anm. Schönauer = NSTZ 2019, 717 f. mit Anm. Ziegler.

10 Enger LK/Hörnle, StGB § 177 Rn. 37: ab Beginn der sexuellen Handlung.

anderen sexuellen Handlungen besteht oder bestanden hätte. Nach der Rechtsprechung¹¹ stellen auch ein Geschlechtsverkehr unter Nutzung eines Kondoms einerseits und ohne solches andererseits unterschiedliche sexuelle Handlungen dar, sodass das heimliche Weglassen eines Kondoms bei dem im Übrigen als einvernehmlich vorgestellten Geschlechtsverkehr („stealthing“) eine „Vergewaltigung“ nach § 177 Abs. 1 und Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB darstellt.

Nach der Konzeption des Gesetzes ist in einem komplexen Lebenssachverhalt, der eine Mehrzahl von verschiedenen sexuellen Handlungen umfasst, jede einzelne darauf zu überprüfen, ob sie eine der Tatbestandsvarianten des § 177 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB erfüllt oder straflos ist. So kann nach anfangs einvernehmlichem Handeln irgendwann die Situation in einen sexuellen Übergriff umschlagen und das Einverständnis widerrufen werden.¹² Möglich ist aber auch, dass ein ursprünglicher Gegenwille durch Verführungskünste des Täters sich in einem einvernehmlichen Geschehen auflöst.¹³ Die Rekonstruktion eines komplexen Ablaufs fällt in der Praxis schwer, wenn Einzelheiten nach längerem Zeitablauf aus den gegebenenfalls unterschiedlichen Äußerungen der beteiligten Personen herauszufiltern sind. Bedenken gegen die Gesetzesnovelle hatten sich daher weniger gegen die Berechtigung einer Ausdehnung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung als vielmehr gegen die Praktikabilität entsprechender Regelungen im neuen § 177 StGB gerichtet. Sexuelle Nötigungen nach dem alten Regelungskonzept des § 177 StGB a.F. waren leichter aufzuklären als Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung durch ein Handeln gegen den irgendwie zum Ausdruck gekommenen Willen des Opfers eines sexuellen Übergriffs. Das Interesse an einer Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung kollidiert mit Enttäuschungen, wenn die Feststellung eines sexuellen Übergriffs schlicht an Beweisproblemen¹⁴ scheitert oder durch Unterlassen einer Anzeige und Verfahrenseinstellung nach § 170 Abs. 2 StPO gar nicht erst von einem Gericht versucht wird. Das beruht auf den Problemen der Rechtsanwendung, wenn oft „Aussage gegen Aussage“ steht.

II. Beeinträchtigungen der Bildung, Äußerung oder Durchsetzung eines Gegenwillens (§177 Abs. 2 StGB)

Die Tatbestandsvarianten des § 177 Abs. 2 StGB knüpfen an verschiedene Konstellationen an, in denen auf der Opferseite ein Gegenwille nicht gebildet, nicht geäußert oder nicht durchgesetzt werden kann oder letzteres nicht zumutbar erscheint. Alle Varianten beziehen sich nach dem Wortlaut der Norm auf sexuelle Handlungen, die der Täter am Opfer vornimmt, vom Opfer am Täter oder an sich selbst vornehmen lässt, oder das Opfer oder einen Dritten dazu bestimmt, sexuelle Handlungen an einem Dritten vorzunehmen oder solche von Dritten vornehmen zu lassen. Auf die Frage, ob sämtliche dieser Konstellationen in allen Tatbestandsvarianten des §§ 177 Abs. 2 StGB ernsthaft in Betracht kommen, hat der Gesetzgeber keine Rücksicht genommen. Vor allem aber hat er mit den verschiedenen Varianten in unglücklicher Weise Missbrauchs- und Nö-

11 BGH NJW 2023, 701 f. mit Anm. Greve StV 2023, 394 ff.; Hoven NSTz 2023, 230 f.; Zenger StraFo 2023, 111 f.; BayObLG NSTz-RR 2022, 43 f.; OLG Hamm NSTz-RR 2022, 276 f.; KG OLGSt StGB § 177 Nr. 5; OLG Schleswig NSTz 2021, 619 ff. mit Anm. Makepeace StraFo 2021, 250 ff.

12 BGH NSTz-RR 2022, 73 f.

13 LK/Hörnle, StGB § 177 Rn. 39.

14 Lederer StraFo 2018, 280 ff.

tigungskonstellationen zusammengefasst und diese – auch durch jeweilige Anwendbarkeit der Qualifikationen in § 177 Abs. 5, 7 und 8 StGB und Regelbeispiele in § 177 Abs. 6 StGB – gleichgesetzt, obwohl sie auch im Unrechtsgewicht Unterschiede aufweisen und besser in verschiedenen Paragraphen zu regeln gewesen wären.

§ 177 Abs. 2 Nr. 1 betrifft die Konstellation, dass das Opfer des sexuellen Übergriffs aus irgendwelchen Gründen nicht in der Lage ist, einen den sexuellen Handlungen entgegenstehenden Willen zu bilden oder einen solchen Willen zu äußern. Das entspricht nicht exakt dem früheren sexuellen Missbrauch widerstandsunfähiger Personen nach § 179 StGB a.F., denn es geht nicht um die Ausnutzung der Unmöglichkeit des Opfers, Widerstand zu leisten, sondern um unterschiedliche Fragen der Willensbildung oder Willensäußerung.¹⁵ Diese sind in der Praxis tendenziell schwieriger zu beantworten als Fragen der bestehenden oder aufgehobenen Widerstandsfähigkeit. Zudem bleibt das Kriterium der Ausnutzung der Unfähigkeit des Opfers, einen Gegenwillen zu bilden oder zu äußern, ohne scharfe Konturen. Es geht nur um die bewusste Wahrnehmung einer günstigen Gelegenheit.

Ebenfalls die Bildung oder Äußerung des Willens, sexuelle Handlungen nicht zu wünschen, betrifft § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB. Diese Norm nennt die erhebliche Einschränkung des Opfers in der Fähigkeit zur Bildung oder zur Äußerung des Gegenwillens als Tatbestandsvoraussetzung. Die Einschränkung muss zudem auf dem körperlichen oder psychischen Zustand des Opfers beruhen und kann nicht beliebigen Ursachen entspringen. Die Ausnutzung dieser Lage durch den Täter erfüllt sodann den Tatbestand des sexuellen Übergriffs, es sei denn, er hat sich der Zustimmung der Person versichert. Dieser völlig neue Tatbestand wirft besondere Probleme auf (dazu unten III.).

§ 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB stellt das Ausnutzen eines Überraschungsmoments unter Strafe.¹⁶ Dabei handelt es sich um eine spezielle Konstellation, in welcher die überraschte Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern. Ohne besondere gesetzliche Regelung dieser Variante wäre der Überraschungsfall auch nach § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu beurteilen. Die Regelung, die zwischen den Missbrauchsfällen nach § 177 Abs. 2 Nr. 1 und 2 sowie den Nötigungskonstellationen des § 177 Abs. 2 Nr. 4 und 5 StGB steht, wirkt obsolet.

§ 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB betrifft eine Situation, in welcher der Täter eine Lage ausnutzt, bei der dem Opfer für den Fall des Widerstands ein empfindliches Übel droht. Dabei handelt es sich also um die Ausnutzung einer objektiv bestehenden Nötigungslage. Bezugspunkt ist hier nicht die Bildung oder Äußerung des Willens, sexuelle Handlungen abzulehnen, sondern die Widerstandsfähigkeit.

Letztlich wird in § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB die Nötigung des Opfers zur Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel unter Strafe gestellt.¹⁷ Das ist ein Sonderfall von § 240 Abs. 1 StGB, der vormals in § 240 StGB in der bis zum 9.11.2016

15 Vavra, Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen, 2020, S. 429.

16 BGH NStZ 2022, 39.

17 OLG Karlsruhe NStZ 2019, 350.

geltenden Fassung des Nötigungstatbestands ein Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall gebildet hatte (§ 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB in der Fassung vom 23.6.2011). Dabei fehlt allerdings die in § 240 Abs. 1 StGB vorgesehene Variante einer Nötigung mit Gewalt, die bei der sexuellen Nötigung sogleich eine Qualifikation nach § 177 Abs. 5 Nr. 1 StGB darstellt, vorausgesetzt eine andere Variante des Grundtatbestands des sexuellen Übergriffs ist erfüllt. Daher muss § 177 Abs. 1 und Abs. 2 StGB vorgegrifflich geprüft und ein Grundtatbestand festgestellt werden, bevor eine Gewaltanwendung als bloßes Qualifikationsmerkmal relevant wird. Darin liegt eine Abweichung vom überkommenen Konzept der Nötigung, die durch Anwendung von Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel begangen werden konnte und bei Nötigung eines anderen zu einer sexuellen Handlung eben einen besonders schweren Fall angedeutet hatte, während eine qualifizierte Nötigung zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen durch Anwendung von Gewalt oder Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben den Verbrechenstatbestand der sexuellen Nötigung erfüllt hatten.

III. Qualifikationen und Regelbeispiele für besonders schwere Fälle

Der Gesetzgeber hat in § 177 Abs. 5 StGB die vormaligen Tathandlungen der sexuellen Nötigung in Form einer Gewaltanwendung oder einer Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder der Ausnutzung einer schutzlosen Lage des Opfers¹⁸ zu Qualifikationsfällen des sexuellen Übergriffs umgestaltet. Dabei hat er im Wortlaut des Gesetzes und nach seiner erklärten Zielsetzung den bisher geforderten Finalzusammenhang zwischen Nötigungsmittel und Taterfolg aufgegeben,¹⁹ denn eine Nötigung ist für den Grundtatbestand nach § 177 Abs. 1 StGB nicht mehr erforderlich²⁰ und wird nur noch in § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB, dort ausschließlich in der Version der Drohung mit einem empfindlichen Übel, vorgesehen. Damit bleibt aber der Zusammenhang zwischen Grunddelikt und Qualifikationsfall unklar. Was zudem unter einer Anwendung von Gewalt zu verstehen sein soll, wenn diese nicht mehr als Nötigungsmittel²¹ eingesetzt werden muss, sondern auch zu anderen Zwecken vom Täter angewendet werden kann, bleibt unklar.²² Der Gewaltbegriff verliert dann seine Kontur, die bisher dadurch geschaffen wurde, dass er die Eigenschaft der Entfaltung körperlicher Kraft als Nötigungsmittel besessen hatte. Gewalt(-tätigkeit) kann nun im Grunde auch ein Teil der sexuellen Handlung sein oder zur Verdeckung des sexuellen Übergriffs angewendet werden.

In § 177 Abs. 6 StGB ist eine Strafzumessungsregelung für besonders schwere Fälle des sexuellen Übergriffs vorgesehen. Dazu liefert das Gesetz Regelbeispiele bei penetrierenden sexuellen Handlungen (Vergewaltigung),²³ dies nach dem Gesetzestext sogar wenn das Opfer sexuelle Handlungen an sich selbst ausführt,²⁴ oder bei der Tatbegehung durch mehrere gemeinschaftlich.

18 BGH NStZ-RR 2021, 106.

19 BGHSt 63, 220, 223 ff.

20 BGHSt 65, 62, 68 ff.; OLG Hamm Beschl. v. 8.10.2020 – III-4 RVs 109/20.

21 Zur erhalten gebliebenen Option der Gewaltanwendung als Nötigungsmittel BGHR StGB § 177 nF Abs. 5 Gewalt 1.

22 MüKoStGB/Renzikowski § 177 Rn. 34.

23 BGH NStZ-RR 2021, 105 f.

24 MüKoStGB/Renzikowski § 177 Rn. 35.

Das Problem der Regelung des § 177 Abs. 6 StGB besteht vor allem darin, dass er undifferenziert für die verschiedenen Varianten des grunddeliktischen sexuellen Übergriffs (§ 177 Abs. 1 und Abs. 2 StGB), der Versuchskonstellation (§ 177 Abs. 3 StGB), der Zwischenqualifikation des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB für den Fall, dass die Unfähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern, auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht (§ 177 Abs. 4 StGB) und der verschiedenen Qualifikationen nach § 177 Abs. 5 StGB gelten soll.²⁵ Damit werden Konstellationen mit sehr unterschiedlichen Ausgangsstrafrahmen mit einem Sonderstrafrahmen, der Freiheitsstrafe von 2–15 Jahren umfasst, aufgestockt.

Eine weiter erhöhte Qualifikationsstufe mit einem Strafrahmen von 3–15 Jahren Freiheitsstrafe sieht der Gesetzgeber für Fälle vor, in denen der Täter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt, 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 das Opfer in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.²⁶ Hier bleibt unklar, wann ein mitgeführter Gegenstand gefährlich ist (§ 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB),²⁷ weil es auf eine bestimmte Art der Verwendung (§ 177 Abs. 7 Nr. 2 StGB) nicht ankommen soll. Außerdem wird, anders als in der Mehrzahl der Grundtatbestände nach § 177 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 bis Nr. 3 StGB, nicht an den Gegenwillen des Opfers des sexuellen Übergriffs, sondern an den potentiellen Widerstand angeknüpft (§ 177 Abs. 7 Nr. 2 StGB). Das wirkt unsystematisch. Wann der Täter das Opfer des sexuellen Übergriffs durch die Tat in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringt, bleibt auch unklar.

Die höchste Qualifikationsstufe mit einem Strafrahmen von 5–15 Jahren Freiheitsstrafe sieht das Gesetz dafür vor, dass der Täter bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet,²⁸ das Opfer körperlich schwer misshandelt oder durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt (§ 177 Abs. 8 StGB). Diese höchste Qualifikationsstufe wird wieder undifferenziert auf alle vorhergehenden Konstellationen der sechs Varianten des Grundtatbestands, der drei vorgreiflichen Stufen von Qualifikationen und der Konstellation der besonders schweren Fälle bezogen.

Die Gesetzgeber geht davon aus, dass die Regelung minder schwerer Fälle mit drei verschiedenen Staffellungen in § 177 Abs. 9 StGB die vorgenannten Strafzumessungsprobleme beseitigt. Weil aber minder schwere Fälle im Vergleich mit dem Durchschnitt der sonst vorkommenden Fälle festzustellen sein sollen, bleibt die Anwendung dieses gegenläufigen Sonderstrafrahmens wieder unklar. Entstanden ist ein „undurchsichtiger Strafzumessungsdschungel“.²⁹ Das Problem wird in der Praxis vernebelt, indem sich die Prüfung des Sonderstrafrahmens durch Abwägung aller möglichen Strafzumessungsumstände in Wohlgefallen auflöst.

25 MüKoStGB/Renzikowski § 177 Rn. 35.

26 BGH StV 2019, 544 f.

27 BGH NStZ 2022, 100.

28 BGH JR 2022, 421, 422 mit Anm. Renzikowski.

29 MüKoStGB/Renzikowski § 177 Rn. 37.

IV. Zwischenfazit

Dadurch, dass der Gesetzgeber sechs verschiedene Grundtatbestände, drei verschiedene Qualifikationsstufen, zwei verschiedene Sonderstrafrahmen für besonders schwere oder minder schwere Fälle in einer Norm zusammengefasst hat, ergeben sich zwangsläufig Reibungen. Die Norm ist unsystematisch und deshalb problematisch.

B. Spezielle Probleme bei §177 Abs. 2 Nr. 1 StGB

§ 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist ein funktionaler Ersatz für den aufgehobenen § 179 StGB a. F. Danach wird ebenso wie in den Fällen des Handelns gegen den erkennbar entgegenstehenden Willen des Opfers 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 der Täter ausnutzt, dass die Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern. Erforderlich sind sexuelle Handlungen von einiger Erheblichkeit und zwar solche des Täters am Opfer, des Opfers am Täter, des Opfers an sich selbst, des Opfers an einen Dritten auf Bestimmung des Täters oder eines Dritten am Opfer auf Bestimmung des Täters. Die Anwendbarkeit dieser Variationsbreite ist in der Konstellation der Unfähigkeit des Opfers zur Willensbildung oder Willensäußerung kaum vorstellbar.³⁰ Auf die Wahrnehmung der sexuellen Handlungen durch das Opfer kommt es nicht an. Keine Rolle spielt auch die Frage einer Zustimmung oder Ablehnung. Vom Gesetz wird unterstellt, dass sexuelle Handlungen gegenüber der zur Willensbildung oder Willensäußerung unfähigen Person unerwünscht sind.

I. Geschädigte

Die Vorschrift schützt beliebige Personen, die aus irgendeinem Grund zur Bildung oder Äußerung einer sexuellen Handlung ablehnenden Willens unfähig sind. Es kommt nicht darauf an, worauf diese Unfähigkeit beruht. Krankheit oder Behinderung sind nur Sonderfälle, die in § 177 Abs. 4 StGB eine Qualifikation erfahren, die aber vom Grundtatbestand nicht ausschließlich angesprochen werden. Somit können auch Kleinkinder, die entwicklungsbedingt einen Gegenwillen nicht bilden oder äußern können, Opfer eines sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB werden.³¹ Der Tatbestand kann demnach, anders als nach § 179 StGB a. F., im Grunde tateinheitlich mit sexuellem Missbrauch eines Kindes erfüllt werden. Ob sich daran durch die jüngste Neufassung der §§ 176 ff. StGB etwas geändert hat, ist noch nicht entschieden.

Einerseits sind in § 176c StGB keine auf Waffen oder gefährliche Werkzeuge bezogenen Qualifikationen, wie in § 177 Abs. 7 Nr. 1 und Nr. 2, Abs. 8 Nr. 1 StGB, vorgesehen. Andererseits sind für die gleichartigen Qualifikationen bei Verursachung schwerer Gesundheitsgefahren (§ 176c Abs. 1 Nr. 4 StGB: 2–15 Jahre Freiheitsstrafe; § 177 Abs. 7 Nr. 3 StGB: 3–15 Jahre), bei schweren Misshandlungen³² (§ 176c Abs. 3, § 177 Abs. 8 Nr. 2 a) oder bei Verursachung von Todesgefahr

30 LK/Hörnle, StGB § 177 Rn. 54.

31 BGH NJW 2023, 859 f.; LK/Hörnle, StGB § 177 Rn. 59

32 BGH NStZ-RR 2021, 209, 210.

(§ 176c Abs. 3, § 177 Abs. 8 Nr. 2 b StGB, jeweils 5–15 Jahre Freiheitsstrafe) im Fall des besonders schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern keine Sonderstrafrahmen für minder schwere Fälle vorgesehen, wie sie in § 177 Abs. 9 StGB für besonders schwere sexuelle Übergriffe verfügbar sind. Was der Gesetzgeber insoweit regeln wollte, bleibt unklar.³³

II. Unfähigkeit zur Willensbildung oder Willensäußerung

Die Vorschrift setzt voraus, dass das Opfer zur Zeit der Tatbegehung nicht in der Lage ist, einen den sexuellen Handlungen entgegenstehenden Willen zu bilden oder einen solchen Willen zu äußern. Gefordert wird die vollständige Unfähigkeit, eine bloße Hilfsbedürftigkeit reicht nicht aus.³⁴ Es ist unerheblich, ob die Unfähigkeit nur zeitweise während der in Rede stehenden sexuellen Handlung oder permanent besteht. Unerheblich ist auch, ob der Täter sie verursacht oder vorgefunden hat. Ohne Belang sind ferner die Gründe, die zu der Unfähigkeit zur Willensbildung oder Willensäußerung geführt haben.³⁵ Demnach wird auch jedes von sexuellen Handlungen überraschte Opfer, das keine Zeit hat, einen Gegenwillen zu äußern, von § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfasst. Auf § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB kommt es daher eigentlich nicht an. Dabei handelt es sich nur um die getrennte Regelung eines bestimmten Falles der Unfähigkeit zur Willensbildung oder Willensäußerung.

1. Unfähigkeit zur Willensbildung

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist das Opfer in der ersten Variante bereits nicht dazu in der Lage, einen den sexuellen Handlungen entgegenstehenden Willen zu bilden. Das geht in den praktischen Anwendungsfällen von § 177 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB meist damit einher, dass das – betäubte, bewusstlose oder schlafende³⁶ – Opfer überhaupt keinen Willen bilden kann, damit aber auch keinen solchen zu sexuellen Handlungen. Andererseits genügt nach dem Wortlaut des Gesetzes auch eine bloß situative Unfähigkeit zur Bildung eines Willens, der bestimmten sexuellen Handlungen entgegensteht. Bezugspunkt ist nach der Regelungskonzeption in einem komplexen Geschehensablauf jede einzelne sexuelle Handlung. Deshalb kann auch die Überraschung mit einer speziellen sexuellen Handlung, die das Opfer so nicht vorhergesehen hat, einen Anwendungsfall des §§ 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB darstellen. Für die Beurteilung des Zustands des Tatopfers sind sonst nach der Rechtsprechung die Grundsätze zu den Fragen der Bewusstseinsstörung und der schweren anderen seelischen Störung eines Täters im Sinne von § 20 StGB entsprechend anwendbar. Das Tatgericht hat aufgrund einer Gesamtbetrachtung, in die das aktuelle Tatgeschehen einzubeziehen ist, die geistig-seelische Verfassung des Opfers und deren Auswirkungen auf das Opferverhalten zu prüfen.³⁷ Der Wille, um den es bei § 177 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB geht, ist der faktische Wille des Opfers. Auf die Frage der Fehlerfreiheit oder Rechtswirksamkeit kann es im Abgleich mit § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB nicht ankommen.³⁸

33 M. Neumann, Pönalisierung des sexuellen Übergriffs und der sexuellen Nötigung durch § 177 StGB, 2019, S. 175.

34 BGH Beschl. v. 30.9.2021 – 2 StR 354/20, Rn. 21; Vavra a. a. O. S. 430.

35 LK/Hörnle, StGB § 177 Rn. 57.

36 BGH NStZ-RR 2019, 223, 224.

37 BGH Beschl. v. 30.09.2021 – 2 StR 354/20.

38 M. Neumann a. a. O. S. 178.

2. Unfähigkeit zur Willensäußerung

§ 177 Abs. 1 StGB setzt voraus, dass das Opfer seinen ablehnenden Willen gegen sexuelle Handlungen, wenn es einen solchen gebildet hat, kommunikativ zum Ausdruck bringt; § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB betrifft demgegenüber den Fall, dass das Opfer dazu nicht in der Lage ist. Es muss in dieser Variante des sexuellen Übergriffs absolut kommunikationsunfähig sein.

Ob die Konstellation, in der das Opfer „starr vor Schreck“ ist, auch dazu gehören soll, bleibt aber trotz eines gesetzgeberischen Hinweises³⁹ unklar.⁴⁰ Kann das Opfer sich durch Mimik oder Gestik, durch Zeichen oder schriftlich äußern, besteht keine vollständige Unfähigkeit zur Willensäußerung im Sinne der Tatbestandsvariante. Eine nur erhebliche Einschränkung ohne vollständige Aufhebung der Willensäußerungsfähigkeit wird nämlich nach § 177 Abs. 2 Nr. 2 besonders geregelt. Die Abgrenzung ist in Fällen, in den das Opfer vom Verhalten des Täters im Sinne einer Schockstarre eingeschüchtert ist, jedenfalls nicht leicht vorzunehmen, weil § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB die objektive Unfähigkeit zur Willensäußerung und nicht lediglich eine subjektive Einschätzung des Opfers, zur Äußerung nicht in der Lage zu sein, voraussetzt.⁴¹

III. Ausnutzen der Unfähigkeit des Opfers durch den Täter

Der Täter muss die Unfähigkeit des Opfers zur Willensbildung oder Willensäußerung ausnutzen. Ausnutzen der Lage des Opfers durch den Täter liegt nach der gebräuchlichen Definition vor, wenn dessen Unvermögen zur Willensbildung oder -äußerung den Sexualkontakt erleichtert oder ermöglicht und der Täter die von ihm erkannte Gelegenheit wahrnimmt.⁴² Im Fall eines vorab erklärten Einverständnisses liegt ein Ausnutzen in der Regel nicht vor.⁴³ Damit kommt dem Tatbestandsmerkmal andererseits in den Fällen, in denen das Opfer mit den sexuellen Handlung nicht einverstanden ist, keine besondere Steuerungskraft zu,⁴⁴ die über ein vorsätzliches Handeln nennenswert hinausgeht. Ob ein vorab erteiltes Einverständnis tatbestandsausschließend wirkt, ist auch noch unklar.⁴⁵

In Fällen, in denen der Täter den schlafenden Intimpartner mit sexuellen Handlungen überrascht,⁴⁶ kann kaum von einem Ausnutzen gesprochen werden. Wird Ausnutzen jedenfalls begriffsentsprechend als bedenkenloses Handeln in einer vorteilhaften Situation aufgrund einer rücksichtslos-egoistischen Einstellung verstanden, so ist die Konstellation der Vornahme von Zärtlichkeiten gegenüber einem schlafenden Partner sonst einvernehmlicher sexuelle Handlungen, der mutmaßlich einverstanden ist, mit diesem Tatbestandsmerkmal aus der Zone der

39 BT-Drucks. 18/9097 S. 27 f.

40 LK/Hörnle, StGB § 177 Rn. 61 f.; SSW-StGB/Wolters, § 177 Rn. 45.

41 M. Neumann a. a. O. S. 184.

42 BGH StV 2020, 473; Vavra a. a. O. S. 430.

43 Vavra a. a. O. S. 338 ff., 430 f.; problematisch im Fall BGH Beschl. v. 30.09.2021 – 2 StR 354/20, BeckRS 2021, 57442.

44 LK/Hörnle, StGB § 177 Rn. 63.

45 MünchKomm/Renzikowski, StGB § 177 Rn. 72; a. A. SSW-StGB/Wolters, § 177 Rn. 46.

46 BGH NStZ-RR 2021, 218 f.

Strafbarkeit auszuschließen.⁴⁷ Andernfalls bedarf es einer teleologischen Reduktion des zu weit geratenen Straftatbestands in Fällen, in denen die andere Person zur Willensbildung situativ nicht imstande ist, jedoch innerlich mit den sexuellen Handlung einverstanden wäre und erkennbar zustimmen würde, wenn dies möglich wäre. Strafbares Unrecht liegt im Ergebnis nur vor, wenn das zur Äußerung eines Gegenwillens unfähige Opfer die sexuellen Handlungen tatsächlich ablehnt, nicht, wenn es damit eigentlich einverstanden ist.⁴⁸

IV. Vorsatz des Täters

Die Tat nach § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist ein Vorsatzdelikt. Nach allgemeinen Regeln genügt bedingter Vorsatz, sodass es ausreicht, wenn der Täter es zur Zeit der Vornahme von sexuellen Handlungen für möglich hält, dass das Opfer zur Bildung oder Äußerung eines Gegenwillens nicht in der Lage ist, und wenn er dies billigend in Kauf nimmt. Das Kriterium des Ausnutzens der Unfähigkeit des Opfers zur Bildung oder Äußerung des Gegenwillens ist damit allerdings nicht ohne weiteres vereinbar. Der Täter muss zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals auch wissen, dass die Tat durch die Unfähigkeit des Opfers zur Willensbildung oder Willensäußerung ermöglicht oder jedenfalls erheblich erleichtert wird; dies muss er zudem wollen. Insoweit ist davon auszugehen, dass der Täter mit direktem Vorsatz handeln muss.⁴⁹

V. Ergebnis

Die Regelung des §§ 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. tritt zwar an die Stelle des § 179 StGB a. F., sie ist damit aber nicht ganz kongruent. Sie schließt Personen, die dauerhaft zur Willensbildung oder Willensäußerung nicht in der Lage sind, weitgehend von Sexualkontakten aus und bleibt deshalb problematisch, aber möglicherweise alternativlos.

Probleme entstehen, wenn der wahre Wille des Opfers den sexuellen Handlungen nicht entgegengestanden hätte, sofern er zur Zeit der Vornahme hätte gebildet und geäußert werden können. Inwieweit ein vorab erklärtes Einverständnis den Straftatbestand ausschließt, wirkt nach dem Wortlaut des Gesetzes und der gesetzgeberischen Zielsetzung, sogar ein Gefährdungsdelikt zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung schaffen zu wollen, unklar. Lässt sich jedenfalls nachträglich feststellen, dass das „Opfer“ eigentlich mit den sexuellen Handlungen einverstanden gewesen wäre, so fehlt ein strafwürdiges Unrecht.

Soweit Kleinkinder als Opfer in Betracht kommen, hat der Gesetzgeber keine Abstimmung mit den §§ 176 ff. StGB n. F. vorgenommen. Das wird besonders daran deutlich, dass das Gesetz für die Konstellation des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern durch Verursachung der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung in § 176c Abs. 1 Nr. 4 StGB einen niedrigeren Strafraum vorsieht als § 177 Abs. 7 Nr. 3 StGB. Kinder sind insoweit aber nicht weniger schutzbedürftig als Erwachsene.

47 LK/Hörnle, StGB § 177 Rn. 64.

48 M. Neumann a. a. O. S. 181.

49 Vavra a. a. O. S. 431.

Soweit es um die Verursachung der Unfähigkeit des Opfers zur Willensbildung oder Willensäußerung durch den Täter geht, wie in den praxisrelevanten Fällen des Einsatzes von k. o.-Tropfen,⁵⁰ handelt es sich bei § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB um den Grundtatbestand, der wegen Fehlens einer grunddeliktischen Variante der Nötigung mit Gewalt erforderlich ist, um die Grundlage für die Qualifikation nach § 177 Abs. 5 Nr. 1 StGB zu bilden.

C. Spezielle Probleme bei §177 Abs. 2 Nr. 2 StGB

Mit § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB hat der Gesetzgeber eine Variante des sexuellen Übergriffs eingeführt, die inhaltlich ohne Vorbild im bisherigen Recht ist. Geschaffen wurde eine strafrechtliche Regelung, die bereits der Gefahr begegnen soll, dass erheblich beeinträchtigte Personen in ihrem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung verletzt werden, wobei durch eine Ausnahmeklausel ein Weg eröffnet werden soll, dass auch solche Personen sexuelle Kontakte haben können, ohne dass sich der Partner strafbar macht. Auch eine körperliche oder psychisch beeinträchtigte Person kann andererseits sexuelle Handlungen erkennbar ablehnen, sodass § 177 Abs. 1 StGB eingreift, wenn der Täter gleichwohl sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt. Wird eine Ablehnung durch die körperliche oder psychisch beeinträchtigte Person nicht so kommuniziert, dass sie erkennbar wird, kann § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB angreifen.

I. Beeinträchtigung der Fähigkeit zur Bildung oder Äußerung eines Gegenwillens durch den körperlichen oder psychischen Zustand

Der Tatbestand knüpft an eine Beeinträchtigung des Opfers in körperlicher oder psychischer Hinsicht an. Die Beeinträchtigung kann dauerhaft vorliegen oder vorübergehender Natur sein. Sie muss aber zur Zeit der in Rede stehenden sexuellen Handlungen vorliegen. Als Beeinträchtigungen der Fähigkeit zur Willensbildung kommen etwa formale oder inhaltliche Denkstörungen durch psychische Erkrankungen, depressive Störungen, geistige Behinderungen⁵¹ oder Intelligenzminderungen in Betracht. Besonders praxisrelevant sind auch Beeinträchtigungen durch einen erheblichen Konsum von Medikamenten, Drogen oder Alkohol. Ferner kann eine Benommenheit, völlige Erschöpfung oder Übermüdung einen Anwendungsfall der Norm ergeben. Die Fähigkeit, sich einem Gegenüber zu äußern, kann beeinträchtigt sein durch Sprachverlust nach einem Schlaganfall, psychische Störungen, Traumata, Demenz, schwere Behinderung oder neurodegenerative Erkrankung. Nicht relevant sind Sprachfehler oder Sprachkenntnisse.⁵²

Problematisch ist die Gleichsetzung der Varianten einer Beeinträchtigung der Fähigkeit zur Willensbildung und zur Willensäußerung trotz ihrer Unterschiede. Bei den für § 177 Abs. 2 Nr. 1 und 2 StGB oft als Vergleichspaar genannten §§ 20, 21 StGB spielt die kognitive Fähigkeit zur Unrechtseinsicht nur für den Schuldausschlussstatbestand des § 20 StGB, aber nicht für den Strafmilderungsgrund des § 21 StGB eine Rolle. Entweder ist Unrechtseinsicht trotz einer Beeinträchtigung des Täters vorhanden oder wegen ihr nicht vorhanden. In Bezug auf die Un-

50 Vavra a. a. O. S. 353 ff.

51 Vavra a. a. O., S. 346 ff.

52 M. Neumann a. a. O. S. 197.