

# Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?

Von Wiss. Mitarbeiterin **Rita Vavra**, LL.M. (Columbia), Berlin

## I. Einleitung

Die Reform des § 177 StGB im Jahr 2016 erweckte großes gesellschaftliches, mediales und wissenschaftliches Interesse. Insbesondere nach den Ereignissen in der Silvesternacht 2015/2016 in Köln und anderen deutschen Städten<sup>1</sup> wurde auch öffentlich über die Reichweite der Sexualdelikte und die Rolle des Strafrechts auf dem Gebiet der Sexualität diskutiert. Ihren (vorläufigen) Abschluss fand die Diskussion in der Neufassung des § 177 StGB.<sup>2</sup> Seit der Reform ist nun das sogenannte „Nein heißt Nein“-Modell Gesetz: Es macht sich gem. § 177 Abs. 1 StGB strafbar, wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt. Mit der grundlegenden Neukonzeption des § 177 StGB wurde das Ziel einer stärkeren Beachtung des sexuellen Willens des Opfers erreicht.

### 1. Ein neues Problemfeld: Sexuelle Täuschungen

Insbesondere im anglo-amerikanischen Rechtskreis wird die Diskussion um den strafrechtlichen Schutz der sexuellen Selbstbestimmung allerdings bereits weitergeführt und konzentriert sich zunehmend auf die Frage, ob auch sexuelle Handlungen, denen eine Person nur aufgrund einer vorsätzlichen Täuschung zugestimmt hat, strafbar sein sollten. Im Vereinigten Königreich ist eine Strafbarkeit sexueller Täuschungen unter dem Sexual Offences Act 2003 bereits möglich.<sup>3</sup> In den Vereinigten Staaten ist die wissenschaftliche Diskussion über die Strafbarkeit erschlichener sexueller Handlungen dagegen noch im Gange.<sup>4</sup> Internationale Be-

kanntheit erreichte zudem der israelische Fall *Kashur v. State of Israel*<sup>5</sup>, in dem ein verheirateter arabischer Mann sich gegenüber einer jüdischen Frau als alleinstehender Jude ausgab, der an einer Beziehung mit der Frau interessiert sei.<sup>6</sup> Aufgrund dieser Täuschung kam es zwischen den beiden Personen zu sexuellen Handlungen. *Kashur* wurde vom Jerusalem District Court wegen Vergewaltigung verurteilt, da die Zustimmung zu den sexuellen Handlungen durch eine Täuschung erwirkt worden und deshalb unwirksam sei.<sup>7</sup>

Auch das deutsche Strafrecht beinhaltet einst eine Strafnorm für sexuelle Täuschungen: § 179 RStGB bestrafte die Erschleichung des außerehelichen Beischlafs durch einen Täter, der eine Frau zur Gestattung des Beischlafs dadurch verleitete, dass er eine Trauung vorspiegelte oder einen anderen Irrtum in ihr erregte oder benutzte, in welchem sie den Beischlaf für einen ehelichen hielt.<sup>8</sup> Das Schutzgut der Vorschrift war die „weibliche Geschlechtsehre“.<sup>9</sup> In der Praxis blieb § 179 RStGB aber unbedeutend und die Norm wurde durch das 1. StRG vom 25.6.1969 aufgehoben.<sup>10</sup> Eine Wiedereinführung der Strafbarkeit wurde in der Folge nicht mehr ernsthaft erwogen. Auch im Rahmen der Reformdiskussion zur Neufassung des § 177 StGB wurde die Möglichkeit einer Strafbarkeit sexueller Täuschungen nur am Rande thematisiert<sup>11</sup> oder als Warnung vor einer zu ausschweifenden und moralisierenden Strafbarkeit sexueller Handlungen erwähnt.<sup>12</sup>

Ausgehend vom Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung ist die Straflosigkeit sexueller Täuschungen aber keinesfalls offensichtlich: Wahrhaft selbstbestimmtes bzw. autonomes Handeln, auch in Fragen der Sexualität, setzt – neben der Willensbildungsfähigkeit der Person und der Abwesenheit von willensbeugendem Zwang – voraus, dass die betroffene Person über die für ihre Willensentscheidung

<sup>1</sup> Siehe zu den Geschehnissen exemplarisch <http://www.sueddeutsche.de/politik/uebergrieffe-in-koeln-frauen-wurden-opfer-von-silvester-gewalt-1.3072064> (25.7.2018).

<sup>2</sup> Vgl. Fünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4.11.2016, BGBl. I 2016, S. 2460 ff.

<sup>3</sup> Vgl. die unwiderlegliche Vermutung für das Fehlen von consent für Fälle, in denen der Täter das Opfer hinsichtlich der Natur oder des Zwecks der (sexuellen) Handlung täuscht oder sich als eine Person ausgibt, die dem Opfer persönlich bekannt ist, in Section 76 Sexual Offences Act 2003. Section 76 ist nicht abschließend: Consent gemäß Section 74 kann auch aufgrund anderer Täuschungen fehlen. Fälle sexueller Täuschungen werden auch in der Praxis strafrechtlich verfolgt: vgl. zu einer (angeblichen) Täuschung hinsichtlich des Geschlechts den Fall *Barker*, dargestellt in *A. Gross*, *Tulane J. Law Sex.* 24 (2015), 1 (13) und die Fälle bei *Sharpe*, *Crim. L. R.* 2014, 207.

<sup>4</sup> Siehe exemplarisch *Green*, in: *Sarat* (Hrsg.), *Law and Lies. Deception and Truth-Telling in the American Legal System*, 2015, S. 194; *Rubinfeld*, *Yale L. J.* 122 (2013), 1372; *Dougherty*, *Ethics* 123 2013, 717. Eine explizite Strafbarkeit

für erschlichene Sexualkontakte besteht in den Bundesstaaten Idaho und Tennessee (siehe *Green*, a.a.O., S. 194 [200]).

<sup>5</sup> District Court of Jerusalem, Urt. v. 19.7.2010 – *CrimA 5734/10 (Kashur v. State of Israel)*, zitiert nach *A. Gross*, *Tulane J. Law Sex.* 24 (2015), 1.

<sup>6</sup> Vgl. *A. Gross*, *Tulane J. Law Sex.* 24 (2015), 1 (15). Es ist allerdings fraglich, ob der im Urteil dargestellte Sachverhalt der tatsächliche Lebenssachverhalt war oder nur das Resultat eines *plea bargains* (vgl. 19 f.).

<sup>7</sup> Vgl. *A. Gross*, *Tulane J. Law Sex.* 24 (2015), 1 (15 f.).

<sup>8</sup> Vgl. § 179 RStGB in der Fassung des RGStB von 1871, *Deutsches Reichsgesetzblatt*, Bd. 1871, Nr. 24, S. 127 ff.

<sup>9</sup> *Brüggemann*, *Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts in der Geschichte unseres StGB*, 2013, S. 238.

<sup>10</sup> Vgl. Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. StRG) vom 25.6.1969, BGBl. I 1969, S. 645, 654; *Brüggemann* (Fn. 9), S. 239, 247.

<sup>11</sup> Vgl. *Hörnle*, *ZStW* 127 (2015), 851 (880 f.).

<sup>12</sup> Vgl. *Fischer*, *Zeit v.* 28.6.2016, abrufbar unter <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-06/rechtspolitik-sexualstrafrecht-nein-heisst-nein-fischer-im-recht> (25.7.2018).

entscheidenden Informationen verfügt.<sup>13</sup> Wird eine Person über grundlegende Bedingungen für ihr Handeln getäuscht, so könnte sich ihre Entscheidung nicht mehr als selbstbestimmt darstellen. Dass die Erschleichung einer Zustimmung zu sexuellen Handlungen einen Eingriff in das sexuelle Selbstbestimmungsrecht darstellen kann, wird dabei vom deutschen Recht bereits in der – wenig beachteten – deliktsrechtlichen Norm des § 825 BGB anerkannt.<sup>14</sup>

## 2. Praktische Relevanz

Praktische Relevanz erhält die Problematik zudem dadurch, dass eine Strafbarkeit sexueller Täuschungen bereits jetzt vom Wortlaut des § 177 Abs. 1 StGB erfasst sein könnte. Macht ein Sexualpartner seinen Willen, einem Sexualkontakt nur unter einer bestimmten Bedingung (z.B. der Benutzung eines Kondoms) zustimmen zu wollen, deutlich, und wird er über diese Bedingung getäuscht (der Sexualpartner hat nicht vor, ein Kondom zu benutzen, und tut dies auch nicht), so liegt ein objektiv<sup>15</sup> erkennbar entgegenstehender Wille hinsichtlich des Sexualkontakts unter diesen Umständen vor.

Auch wenn eine entsprechende Auslegung des § 177 Abs. 1 StGB vom Gesetzgeber (wohl?) nicht beabsichtigt wurde,<sup>16</sup> könnten sich die Strafverfolgungsbehörden in Zukunft mit Fragen sexueller Täuschungen konfrontiert sehen. Nicht nur deshalb lohnt es sich, der Frage nachzugehen, wie das Strafrecht mit sexuellen Handlungen, denen nur aufgrund einer Täuschung zugestimmt wurde, umgehen sollte. Insbesondere stellt sich die Frage, ob der Schutz des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung eine Strafbarkeit auch von (bestimmten) Täuschungen verlangt. Dieser Artikel möchte der Problematik auf konzeptuelle Weise nachgehen und dabei insbesondere erörtern, ob Täuschungen grundsätzlich einen strafwürdigen Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung

darstellen und ob entsprechende Eingriffe auch strafrechtlich geahndet werden sollten.

## II. Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht und Täuschungen

Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht ist das Schutzgut des 13. Abschnitts des Strafgesetzbuchs, welcher seit dem 4. StRG vom 23.11.1973<sup>17</sup> die Überschrift „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“ trägt. Durch die neue Abschnittsüberschrift stellte der Gesetzgeber klar, dass nunmehr nicht mehr die Erhaltung der allgemeinen Sittlichkeit, sondern die sexuelle Selbstbestimmung, das Schutzzanliegen des Sexualstrafrechts sein sollte.<sup>18</sup> Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung ist auch das Schutzzanliegen des § 177 StGB.<sup>19</sup>

### 1. Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht

Schon der Begriff „sexuelle Selbstbestimmung“ macht deutlich, dass es sich um eine bestimmte Form der menschlichen Selbstbestimmung handelt – nämlich um die Selbstbestimmung gerade auf dem Gebiet der eigenen Sexualität. Die sexuelle Selbstbestimmung bezeichnet „die Möglichkeit, sich sexuell frei und unabhängig zu entfalten und sexuelle Beziehungen selbstständig und eigenverantwortlich zu gestalten, ohne Zwang und Determination“.<sup>20</sup> Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht umfasst sowohl die positive als auch die negative Sexualfreiheit,<sup>21</sup> wobei für das Strafrecht die abwehrrechtliche Dimension entscheidend ist.<sup>22</sup> Das Strafrecht soll Personen mithin vor sexueller Fremdbestimmung schützen<sup>23</sup> und ihr Recht, *selbst* über die Umstände, die Zeit, den Ort sowie über den Partner sexueller Handlungen nach eigenem Willen entscheiden zu können,<sup>24</sup> absichern. Geschützt ist auch der Wille, gar keine sexuellen Handlungen zu wünschen.<sup>25</sup>

<sup>13</sup> Vgl. Archard, Sexual Consent, 1998, S. 44 ff.; Beauchamp, in: Miller/Wertheimer (Hrsg.), The Ethics of Consent, 2010, S. 55 (68); Green (Fn. 4), S. 194 (212 f.).

<sup>14</sup> § 825 BGB benennt eine Schadensersatzpflicht für Personen, die andere durch u.a. Hinterlist zur Vornahme oder Duldung von sexuellen Handlungen bestimmen. Siehe zu § 825 BGB Strätz, JZ 2003, 448 und Kilian, JR 2004, 309.

<sup>15</sup> Der entgegenstehende Wille muss objektiv erkennbar sein, vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 22; Renzikowski, NJW 2016, 3553; Hörnle, NStZ 2017, 13 (15).

<sup>16</sup> Die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/9097) geht nicht auf Täuschungen ein. Insbesondere wird bei der Diskussion des „erkennbar entgegenstehenden Willens“ (vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 22 f.) nicht diskutiert, dass ein erkennbar entgegenstehender Wille des Opfers auch vorliegen könnte, wenn dieses deutlich macht, einen Sexualkontakt nur unter bestimmten Umständen zu wünschen. Es ist daher unklar, ob der Gesetzgeber entsprechende Sachverhalte erfasst sehen möchte. Angesichts dessen, dass Sachverhaltskonstellationen der Täuschung in der Reformdiskussion keine Rolle spielten, erscheint dies aber unwahrscheinlich. Gegen eine entsprechende Auslegung des § 177 Abs. 1 StGB sprechen sich Hoven/Weigend, KriPoZ 2018, 156 (158), aus.

<sup>17</sup> Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts (4. StRG) vom 23.11.1973, BGBl. I 1973, S. 1725 ff.

<sup>18</sup> Vgl. Hörnle, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, Vor § 174 Rn. 6.

<sup>19</sup> Renzikowski, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl., 2017, § 177 n.F. Rn. 1.

<sup>20</sup> Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 86.

<sup>21</sup> Vgl. Sick (Fn. 20), S. 86; Hörnle, ZStW 127 (2015), 851 (859).

<sup>22</sup> Vgl. Hörnle, ZStW 127 (2015), 851 (859). Zur positiven Sexualfreiheit kann das (Straf-)Recht hingegen außer der Übung von Toleranz gegenüber einvernehmlichen sexuellen Handlungen (von Erwachsenen) nichts beitragen.

<sup>23</sup> Vgl. Bottke, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 535 (536).

<sup>24</sup> Eschelbach, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 177 Rn. 3; Renzikowski (Fn. 19), Vor § 174 Rn. 8.

<sup>25</sup> Vgl. Green (Fn. 4), S. 194 (208).

### 2. Die transformative Kraft der Zustimmung und die Bedeutung von Täuschungen

Von wesentlicher Bedeutung ist daher die Unterscheidung zwischen sexueller Selbst- und sexueller Fremdbestimmung. Die Trennlinie zwischen sexueller Selbst- und Fremdbestimmung ist in der wirksamen Zustimmung<sup>26</sup> aller beteiligten Personen zu den sexuellen Handlungen zu sehen. Grundsätzlich hat jede Person das Recht, dass ihre Körper- und Sexualsphäre von ihren Mitmenschen respektiert wird.<sup>27</sup> Damit korrespondiert die Verpflichtung anderer Personen, nicht in fremde Körper- und Sexualsphären einzudringen.<sup>28</sup> Wird zu einem Eindringen aber eine wirksame Zustimmung erteilt, so wird diese Verpflichtung aufgehoben: Die wirksame Zustimmung aller Sexualpartner transformiert<sup>29</sup> das grundsätzlich nicht erlaubte Eindringen in eine fremde Sexualsphäre in einen zulässigen Akt,<sup>30</sup> der dem sexuellen Selbstbestimmungsrecht der Sexualpartner entspricht.

Wann aber liegt eine wirksame und somit transformative Zustimmung zu sexuellen Handlungen vor? Für eine wirksame Zustimmung kann nicht ausreichend sein, dass der Sexualpartner lediglich Worte, Laute oder Gesten von sich gibt, die faktisch Zustimmung kommunizieren:<sup>31</sup> Es bedarf vielmehr eines vertieften Verständnisses von Zustimmung.<sup>32</sup> Damit die gegebene Zustimmung tatsächlich als Ausfluss der sexuellen Selbstbestimmung angesehen werden kann, muss der Zustimmungsbildende willensbildungsfähig sein, frei von willensbeugendem Zwang handeln und die für seine Entscheidungsfindung entscheidenden Informationen besitzen.<sup>33</sup> Dabei ist aber nicht zu fordern, dass der Zustimmungsbildende stets alle Informationen richtig erfasst, die für seine Entscheidung in irgendeiner Weise bedeutsam sein könnten. Eine solche Bedingung würde – gerade im komplexen Bereich der zwi-

schenschlichen Beziehungen – die Anforderungen an selbstbestimmte Entscheidungen überspannen.<sup>34</sup>

Eine transformative Zustimmung liegt allerdings dann nicht mehr vor, wenn eine Person über eine Tatsache getäuscht wird, die für diese Person eine notwendige Bedingung (Dealbreaker<sup>35</sup>) für die sexuelle Handlung ist.<sup>36</sup> Täuschungen manipulieren die Entscheidungsfindung von Menschen: Die getäuschte Person geht aufgrund der falschen Tatsachengrundlage davon aus, ihre selbstgesetzten Werte<sup>37</sup> (z.B. sexuelle Kontakte nur bei Verwendung eines Kondoms) zu verwirklichen, obwohl dies in Wahrheit nicht der Fall ist. Die auf falscher Tatsachengrundlage gefällte Entscheidung entspricht daher nicht dem wirklichen Willen und den tatsächlichen Werten der zustimmenden Person: Ebenso wie Zwang oder die Unfähigkeit zur Willensbildung verhindern Täuschungen daher wahrhaft selbstbestimmtes Handeln.<sup>38</sup> Da die Person unter den wirklichen Umständen einem Sexualkontakt nicht zugestimmt hätte, stellen sich die sexuellen Handlungen als gegen ihre Wertsetzung verstoßende Akte dar, die nicht als selbstbestimmt angesehen werden können.

Entscheidend ist dabei, ob die Tatsache, über die getäuscht wurde, tatsächlich eine notwendige Bedingung (Dealbreaker) für die sexuelle Handlung war.<sup>39</sup> Hätte die Person der sexuellen Handlung bei Kenntnis der wahren Fakten nicht zugestimmt, so ist ihre Zustimmung als unwirksam anzusehen. Eine wirksame Zustimmung ist hingegen anzunehmen, wenn die Täuschung für die Entscheidung der Person, den sexuellen Handlungen zuzustimmen, nicht kausal war und somit wirkungslos blieb.<sup>40</sup> Welche Tatsachen für die individuelle Person notwendige Bedingungen für die sexuellen Handlungen sind, ist dagegen nicht von Bedeutung: Es steht jeder Person frei, selbst zu entscheiden, welche Bedingungen sie für die Vornahme oder Duldung von sexuellen Handlungen aufstellt (z.B. die Bezahlung von Geld).<sup>41</sup> Die Gesellschaft und das Recht müssen sich einer (moralisierenden) Bewertung dieser Bedingungen enthalten.<sup>42</sup>

### 3. Ist eine Differenzierung nach Art der Täuschung möglich?

Die Wertung, dass jeder Sexualkontakt, der kausal auf einer Täuschung beruht, nicht-einvernehmlich ist und damit einen potentiell strafwürdigen Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung darstellen könnte, wird vielen Personen intuitiv als zu weitgehend erscheinen. Tatsächlich sehen auch nur wenige Rechtsordnungen eine Strafbarkeit für alle sexuellen Täuschungen vor.

<sup>26</sup> Der Begriff „Zustimmung“ wird hier gewählt, um sich der dogmatischen Debatte über die Rechtsfiguren des „Einverständnisses“ und der „Einwilligung“ zu enthalten.

<sup>27</sup> Vgl. *Dougherty*, *Ethics* 123 (2013), 717 (723).

<sup>28</sup> Vgl. *McGregor*, *Legal Theory* 2 (1996), 175 (192); *dies.*, in: *Coleman/Buchanan* (Hrsg.), *In harm's way*, 1994, S. 231 (242).

<sup>29</sup> Vgl. *Kleinig*, in: *Miller/Wertheimer* (Fn. 13), S. 3 (4): „morally transformative“; *Hurd*, *Legal Theory* 2 (1996), 121 (124): „moral transformative“.

<sup>30</sup> Vgl. *Kleinig* (Fn. 29), S. 3 (4); *McGregor* (Fn. 28 – *In harm's way*), S. 231 (242); *dies.*, *Legal Theory* 2 (1996), 175 (192); *Wertheimer*, *Consent to Sexual Relations*, 2003, S. 120; *Dougherty*, *Yale L. J. Online* 123 (2013), 321 (325); *Hurd*, *Legal Theory* 2 (1996), 121 (123).

<sup>31</sup> Vgl. *Herring*, *Crim. L. R.* 2005, 511 (516); *McGregor* (Fn. 28 – *In harm's way*), S. 231 (244). Als Beispiel: Die Person, die eine Pistole an den Kopf gehalten bekommt und unter dem Eindruck der Lage „Ja“ zu sexuellen Handlungen sagt, gibt keine transformative Zustimmung.

<sup>32</sup> Siehe *Herring*, *Crim. L. R.* 2005, 511 (516): „Rather we must require consent in a rich sense of that term“.

<sup>33</sup> Vgl. *Archard* (Fn. 13), S. 44 ff.; *Herring*, *Crim. L. R.* 2005, 511 (516); *McGregor* (Fn. 28 – *In harm's way*), S. 231 (244).

<sup>34</sup> Vgl. *Hörnle*, *ZStW* 127 (2015), 851 (880).

<sup>35</sup> Siehe zum Begriff des Dealbreakers: *Dougherty*, *Ethics* 123 (2013), 717 (719, 731).

<sup>36</sup> Vgl. *Dougherty*, *Ethics* 123 (2013), 717 (731).

<sup>37</sup> Vgl. *Amelung*, *GA* 1999, 182 (203).

<sup>38</sup> Vgl. *Herring*, *Crim. L. R.* 2005, 511 (515).

<sup>39</sup> Vgl. *Dougherty*, *Ethics* 123 (2013), 717 (731).

<sup>40</sup> Vgl. *Dougherty*, *Ethics* 123 (2013), 717 (731).

<sup>41</sup> Vgl. *Dougherty*, *Ethics* 123 (2013), 717 (730); *Herring*, *Crim. L. R.* 2005, 511 (523).

<sup>42</sup> *Dougherty*, *Ethics* 123 (2013), 717 (730) warnt zurecht davor, dass die gesellschaftliche Einordnung „guter“ Gründe für sexuelle Handlungen stets moralisch aufgeladen wäre.

schungen vor.<sup>43</sup> Häufiger ist eine Unterscheidung nach Art der Täuschung, wie sie z.B. traditionell im anglo-amerikanischen Common Law vorgenommen wurde: Hier waren Täuschungen, die sich auf den Geschlechtsverkehr an sich bezogen (fraud in the factum) strafbar, während Täuschungen, die sich auf Umstände des Geschlechtsverkehrs oder die Motive der Sexualpartner bezogen (fraud in the inducement), straflos blieben.<sup>44</sup> Die Kategorie des fraud in the factum umfasste dabei Fälle der Identitätstäuschung, in denen sich der Täter als Ehemann des Opfers ausgab,<sup>45</sup> sowie Fälle, in denen eine medizinische Behandlung zur Verschleierung einer sexuellen Handlung vorgetäuscht wurde.<sup>46</sup> Auch im deutschen Strafrecht wäre es möglich, bestimmte sexuelle Täuschungen als strafbar anzusehen, während die Strafbarkeit anderer Täuschungen verneint wird.<sup>47</sup> Eine solche Unterscheidung könnte an Ansichten in der deutschen Strafrechtsdogmatik anknüpfen, die hinsichtlich der Wirksamkeit der Einwilligung bei Willensmängeln zwischen rechtsgutsbezogenen und nicht-rechtsgutsbezogenen Irrtümern unterscheiden.<sup>48</sup> Ein erheblicher, rechtsgutsbezogener Irrtum soll dabei

vorliegen, wenn sich der Einwilligende über Art, Ausmaß oder Gefährlichkeit der Rechtsgutspreisgabe irrt.<sup>49</sup> Nicht-rechtsgutsbezogene Irrtümer über eine erwartete Gegenleistung oder die Motive für die Einwilligung sollen die Wirksamkeit der Einwilligung hingegen nicht tangieren.<sup>50</sup> Eine Täuschung über die erwartete Gegenleistung für einen Sexualkontakt (z.B. Geld) ließe nach dieser Unterscheidung die Wirksamkeit der Zustimmung zu den sexuellen Handlungen unberührt.

Eine Unterscheidung nach Art der Täuschung kann allerdings nicht überzeugen. Zunächst ist die Abgrenzung zwischen rechtsgutsbezogenen Irrtümern bzw. Täuschungen über die Art, das Ausmaß oder die Gefährlichkeit der Rechtsgutspreisgabe<sup>51</sup> und nicht-rechtsgutsbezogenen Irrtümern bzw. Täuschungen nicht immer trennscharf zu vollziehen:<sup>52</sup> Betrifft z.B. die Identität des Sexualpartners stets das Wesen des Sexualakts an sich oder handelt es sich um ein reines Motiv für die physisch richtig erfasste sexuelle Handlung? Ist zwischen einer Identitätstäuschung über eine persönlich bekannte Person und der Identitätstäuschung über eine andere Person, z.B. einen Popstar, zu unterscheiden? Hat die Täuschung über die Benutzung eines Kondoms Rechtsgutsbezug, da sich die Benutzung auch sensorisch auf die Intensität der sexuellen Handlung auswirken könnte?<sup>53</sup> Wie ist die Täuschung über die Einnahme der Pille oder über das Nichtvorliegen einer Geschlechtskrankheit einzuordnen? Geht man in den letzteren Fällen – anders als im Fall der Kondombenutzung – von reinen Motivirrtümern aus, so ist erklärungsbedürftig, wieso drei Bedingungen für sexuelle Handlungen, die zumeist auf den gleichen Handlungsmotiven (Schutz vor ungewollter Elternschaft und vor Geschlechtskrankheiten) beruhen dürften, strafrechtlich unterschiedlich behandelt werden sollten.

Die Unterscheidung zwischen rechtsgutsbezogenen und nicht-rechtsgutsbezogenen Irrtümern ist zudem für das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung in grundsätzlicher Weise unpassend: Die sexuelle Selbstbestimmung schützt gerade die Entscheidung der individuellen Person darüber, welche sexuellen Handlungen sie wann und mit wem unter welchen Bedingungen vornehmen oder dulden möchte. Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht ist mithin stets betroffen, wenn über Tatsachen getäuscht wird, die für die betroffene Person notwendige Bedingungen für die konkreten sexuellen Handlungen sind. Dies gilt unabhängig davon, ob z.B. über die Vornahme einer sexuellen Handlung, über die Identität

<sup>43</sup> Ein Beispiel wäre der US-Bundesstaat Tennessee, vgl. Tenn. Code Ann. § 39-13-503 (a) (4) und die Ausführungen bei *Green* (Fn. 4), S. 194 (200) sowie der Sexual Offenses Act 2003 (siehe Fn. 3).

<sup>44</sup> Siehe zur Unterscheidung von fraud in the factum und fraud in the inducement *Green* (Fn. 4), S. 194 (198 ff.) und *Falk*, Brook. L. Rev. 64 (1998), 39 (157 ff.). Eine ähnliche Unterteilung findet sich heute im Vereinigten Königreich in Section 76 Sexual Offences Act 2003, in der ausdrücklich stipuliert wird, dass die Nicht-Einvernehmlichkeit des Sexualkontakts bei einer Täuschung über die Natur und den Zweck der (sexuellen) Handlung oder bei einer Täuschung über die Identität einer Person, die dem Opfer persönlich bekannt ist, zwingend vermutet wird. Siehe auch oben Fn. 3.

<sup>45</sup> Der Geschlechtsverkehr mit dem Ehemann war vom außerehelichen Geschlechtsverkehr (adultery) strikt zu trennen: Wusste eine Frau nicht, dass sie außerehelichen Geschlechtsverkehr hatte, so wurde sie somit in fundamentaler Weise über die Art des Sexualkontakts getäuscht. Vgl. *Falk*, Brook. L. Rev. 64 (1998), 39 (66 f.); *Green* (Fn. 4), S. 194 (199).

<sup>46</sup> Erfasst waren z.B. Fälle, in denen ein Arzt vorgab, eine medizinische Untersuchung der Vagina vorzunehmen, und die Frau stattdessen sexuell penetrierte. Nicht erfasst waren hingegen Fälle, in denen das Opfer wusste, dass ein Geschlechtsverkehr erfolgen würde, der Arzt aber täuschend suggeriert hatte, dieser habe einen therapeutischen Nutzen, vgl. *Green* (Fn. 4), S. 194 (199).

<sup>47</sup> So z.B. der Vorschlag von *Hörnle*, ZStW 127 (2015), 851 (881): Strafbarkeit denkbar hinsichtlich Täuschungen über die Art des Aktes, der Identität des Sexualpartners und der Intensität der sexuellen Handlungen.

<sup>48</sup> Die Unterscheidung zwischen rechtsgutsbezogenen und nicht-rechtsgutsbezogenen Irrtümern bei der Einwilligung geht auf *Arzt*, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, zurück. Vgl. auch *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 98; *Rönnau*, in: Laufhütte/Rissing-

van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 198.

<sup>49</sup> *Roxin* (Fn. 48), § 13 Rn. 98; *Rönnau* (Fn. 48), Vor § 32 Rn. 198; *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 17 Rn. 110.

<sup>50</sup> *Roxin* (Fn. 48), § 13 Rn. 98; *Rönnau* (Fn. 48), Vor § 32 Rn. 198; *Arzt* (Fn. 48), S. 22 f.

<sup>51</sup> *Roxin* (Fn. 48), § 13 Rn. 98; *Rönnau* (Fn. 48), Vor § 32 Rn. 198; *Mitsch* (Fn. 49), § 17 Rn. 110.

<sup>52</sup> Die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen rechtsgutsbezogenen und nicht-rechtsgutsbezogenen Irrtümern wurden dabei bereits von *Arzt* (Fn. 48), S. 24, selbst eingeräumt.

<sup>53</sup> Vgl. *Brodsky*, Colum. J. Gender & L. 32 (2017), 183 (190).

des Sexualpartners oder über eine Gegenleistung für die sexuelle Handlung getäuscht wird. Da die sexuelle Selbstbestimmung an den individuellen Willen gebunden ist, kann nicht zwischen Täuschungskategorien differenziert werden.

### 4. Zwischenfazit

Es lässt sich festhalten, dass das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung Personen vor fremdbestimmten sexuellen Handlungen schützen und sie dazu befähigen soll, nach eigenem Willen über die Umstände, die Zeit, den Ort sowie über den Partner sexueller Handlungen zu entscheiden.<sup>54</sup> Die wirksame Zustimmung stellt dabei die Grenze zwischen selbst- und fremdbestimmten sexuellen Handlungen dar. Eine Zustimmung, die kausal auf einer Täuschung beruht, ist nicht wirksam:<sup>55</sup> Da eine solche Zustimmung auf verfälschten Informationen basiert und einen manipulierten, nicht autonomen Willen der Person widerspiegelt, ist ihre Wirksamkeit im Einklang mit einem Konzept der sexuellen Selbstbestimmung, welches die Frage der Selbstbestimmung ernst nimmt, zu verneinen. Die entsprechenden sexuellen Handlungen sind daher – trotz der faktisch geäußerten Zustimmung des Opfers – nicht-einvernehmlich.

### III. Sind Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung durch Täuschungen prima facie strafwürdig?

Das Strafrecht schützt Menschen nicht vor jedem nicht-einvernehmlichen Eindringen in ihre Willens- und Körpersphäre. Dies gilt gerade bei Täuschungen: Gestattet eine Person einer anderen Person z.B. eine nicht-sexuelle körperliche Berührung (wie das Streicheln der Haare), wobei sie über die Tatsachengrundlage ihrer Entscheidungsfindung getäuscht wurde, so ist keine Strafbarkeit gegeben. Nicht jede nicht-einvernehmliche Handlung, die an einem Menschen vorgenommen wird, wird strafrechtlich geahndet. Wieso sollte auf dem Gebiet nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen eine Ausnahme gelten?<sup>56</sup>

Tatsächlich wird bereits die grundsätzliche Strafwürdigkeit aller nicht-einvernehmlichen Sexualkontakte bezweifelt. Kritiker weisen darauf hin, dass der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung nicht generell wichtiger sei als der Schutz vor anderen Einwirkungen, die sich gegen die Willens- und Handlungsfreiheit des Menschen richten.<sup>57</sup> Zudem werden Bestrebungen, das Sexualstrafrecht zu verschärfen und unter anderem alle nicht-einvernehmlichen Sexualkontakte zu bestrafen, teils als „Angriff auf die Entmoralisierung des

Sexualstrafrechts und auf Grundprinzipien eines liberalrechtsstaatlichen Strafrechts“<sup>58</sup> angesehen. Der Einwand erscheint klar: Nicht-einvernehmliche Sexualkontakte sind nicht immer besonders schlimm, sondern häufig bloß unmoralisch, und mithin kein Fall für das staatliche Strafrecht.<sup>59</sup> Es ist davon auszugehen, dass Kritiker den entsprechenden Einwand in besonderem Maße gegen eine Strafbarkeit sexueller Täuschungen erheben würden. Insbesondere könnte darauf hingewiesen werden, dass das Vorliegen von Opferschäden (harm<sup>60</sup>) bei sexuellen Täuschungen fraglich sei, da die sexuelle Handlung zumindest im Moment des Sexualkontaktes sensorisch gewollt sei<sup>61</sup> und als selbstbestimmt erlebt werde. Der Schaden für das Opfer könne hier nur in möglichen psychischen Folgen nach Aufdeckung der Täuschung bestehen. Dabei handle es sich aber nur um Gefühle der Enttäuschung, Wut oder Desillusionierung, die vom Strafrecht nicht zu schützen seien. Speziell auf den Fall sexueller Täuschungen bezogen, könnte zudem vorgebracht werden, dass eine Strafbarkeit sexueller Täuschungen zu einer weitgehenden Kriminalisierung sozialadäquaten Verhaltens führen könne:<sup>62</sup> Bei der Anbahnung und Vornahme von sexuellen Handlungen seien Täuschungen, Übertreibungen und Beschönigungen Alltag – eine Strafbarkeit entsprechender (Bagatel-)Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung sei daher nicht geboten.

Die Einwände können aber nicht überzeugen: Vorsätzliche, nicht-einvernehmliche Sexualkontakte sind prima facie strafwürdig.<sup>63</sup> Nicht-einvernehmliche Sexualkontakte sind nicht nur moralisches Unrecht: Sie stellen vielmehr einen erheblichen Eingriff in ein schützenswertes Rechtsgut dar. Das Vorliegen eines messbaren Schadens physischer oder psychischer Art ist dabei keine Voraussetzung für die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen. Die Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts ist per se strafwürdig<sup>64</sup> – unabhängig davon, ob das Opfer einen Schaden erleidet oder die nicht-einvernehmliche sexuelle

<sup>54</sup> Eschelbach (Fn. 24), § 177 Rn. 3; Renzikowski (Fn. 19), Vor § 174 Rn. 8.

<sup>55</sup> So auch grundsätzlich zur Einwilligung Mitsch (Fn. 49), § 17 Rn. 111.

<sup>56</sup> Vgl. auch die Frage bei Gardner/Shute, in: Horder (Hrsg.), Oxford Essays in Jurisprudence, Fourth Series, 2000, S. 193 (194): „Why should rape be regarded as a different wrong from, say, non-consensual handshaking?“. Gardner/Shute bejahen allerdings eine andere Qualität sexueller Eingriffe.

<sup>57</sup> Vgl. Fischer, StraFo 2014, 485 (487); ders., ZIS 2015, 312 (313).

<sup>58</sup> Herzog, vorgänge Nr. 209 (1/2015), 105, abrufbar unter <http://www.humanistische-union.de/themen/rechtspolitik/sexualrecht/detail/back/sexuals-trafrecht/article/moralische-kreuzzuege-auf-dem-gebiet-des-sexualstrafrechts/> (25.7.2018).

<sup>59</sup> Vgl. BGH NJW 1969, 1818 = BGHSt 23, 40. Der BGH lehnt eine rein moralbasierte Strafbarkeit sexueller Handlungen ab.

<sup>60</sup> Zum harm principle bei Kriminalisierungsentscheidungen siehe grundlegend Feinberg, Harm to Others, 1984; speziell auf den Fall nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen bezogen sind die Ausführungen bei Gardner/Shute (Fn. 56), S. 195 ff.

<sup>61</sup> Siehe auch Schulhofer, Unwanted Sex, 1998, S. 156; Hoven/Weigend, KriPoZ 2018, 156 (160).

<sup>62</sup> Vgl. zu diesem Argument auch Herring, Crim. L. R. 2005, 511 (520).

<sup>63</sup> Vgl. Hörnle, ZStW 127 (2015), 851 (862, 867).

<sup>64</sup> Hörnle, ZStW 127 (2015), 851 (862).

Handlung überhaupt mitbekommt.<sup>65</sup> Die Strafwürdigkeit ergibt sich aus der Missachtung des entgegenstehenden Willens des Opfers, dem im Bereich der Sexualität eine gesteigerte Bedeutung zukommt. Diese besondere Bedeutung ergibt sich zunächst aus der Verknüpfung der Sexualität mit der Intim-<sup>66</sup> und Körpersphäre<sup>67</sup> der Sexualpartner. In unserer Kultur wird die ausgeübte Sexualität noch immer der körperlichen Intimsphäre zugeordnet.<sup>68</sup> Nicht-einvernehmliche Sexualkontakte werden auch deshalb als besonders schwerwiegend erlebt, weil die sexuelle Freiheit für den einzelnen Menschen als sehr bedeutend empfunden wird.<sup>69</sup> Nicht-einvernehmliche sexuelle Handlungen beinhalten zudem ein starkes Element der Instrumentalisierung:<sup>70</sup> Die nicht-einvernehmliche Benutzung eines fremden Körpers für sexuelle Zwecke stellt eine Objektifizierung<sup>71</sup> der Person dar, die entmenschlichende Züge tragen kann.<sup>72</sup> Die Subjektqualität aller an einem Sexualkontakt beteiligten Personen und die Integrität der sexuellen Selbstbestimmung bleiben daher nur bei einer wirksamen Zustimmung zu den sexuellen Handlungen gewahrt.<sup>73</sup> Letztere ist bei einer Täuschung des Sexualpartners über dessen notwendige Bedingungen für einen Sexualkontakt nicht gegeben. Selbst wenn sexuelle Täuschungen aller Art gegenwärtig noch häufig und somit nach Ansicht mancher Personen „sozialadäquat“ wären, so müsste das Recht diese Wertung angesichts des erheblichen Eingriffs in das sexuelle Selbstbestimmungsrecht durch nicht-einvernehmliche sexuelle Handlungen nicht tolerieren.<sup>74</sup> Eine Strafbarkeit vorsätzlicher nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen ist daher auch für den Fall einer Täuschung *prima facie* geboten.

#### IV. Gibt es entscheidende Gründe, die gegen eine Strafbarkeit sexueller Täuschungen sprechen?

Obgleich nicht-einvernehmliche sexuelle Handlungen *prima facie* strafwürdig sind, könnten einer Strafbarkeit sexueller Täuschungen überragend wichtige Gründe entgegenstehen. Selbst beim Vorliegen von grundsätzlich strafwürdigem Unrecht kann ein Eingreifen des Strafrechts aus Zweckmäßig-

keitserwägungen<sup>75</sup> oder aus anderen wichtigen Gründen nicht geboten sein. Anstatt entsprechende, einer Kriminalisierung entgegenstehende Gründe mit der Frage der grundsätzlichen Strafwürdigkeit zu vermengen, sollten diese besser offen dargelegt und diskutiert werden – auch wenn dies zu der vielleicht unbequemen Erkenntnis führt, dass eigentlich strafwürdiges Verhalten „nur“ aus Zweckmäßigkeitserwägungen oder Gründen des Allgemeininteresses nicht strafbar sein sollte.

##### 1. Aufklärungspflichten und Kommunikationsobliegenheiten

Gegen eine Kriminalisierung könnte zunächst sprechen, dass die Dealbreaker des Sexualpartners nur schwer einschätzbar sein können, was zu einer erheblichen Unsicherheit in der Anbahnung sexueller Kontakte führen könnte. Diese Unsicherheit könnte ihrerseits zum Verzicht auf eigentlich erwünschte Sexualkontakte führen. Bestimmte Personengruppen, wie z.B. HIV-positive oder trans\*idente Personen, könnten sich bei einer weitgehenden Kriminalisierung sexueller Täuschungen zudem dazu gezwungen sehen, ihre Sexualpartner stets umfassend über ihren Gesundheitszustand bzw. über ihre Geschlechtsidentität aufzuklären, um dem strafrechtlichen Vorwurf zu entgehen, sie hätten den Sexualpartner mit *dolus eventualis* durch Unterlassen über einen Dealbreaker getäuscht.<sup>76</sup> Entsprechende generelle Aufklärungspflichten würden aber gegen das Recht der betroffenen Personen auf Achtung ihrer Intim- bzw. Privatsphäre gem. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG bzw. Art. 8 EMRK verstoßen.

Für eine Strafbarkeit ist deshalb zu fordern, dass die notwendige Bedingung erkennbar kommuniziert worden ist. Eine Kommunikationsobliegenheit schützt vor pauschalen Aufklärungspflichten, die nicht nur eine Belastung für bestimmte, gefährdete Personengruppen darstellen, sondern auch grundsätzlich sexuelle Kontakte lähmen könnten. Es ist auch nicht unzumutbar, die eigenen notwendigen Bedingungen für sexuelle Handlungen zu äußern: Zum Konzept der sexuellen Selbstbestimmung gehört auch die Anerkennung von Eigenverantwortung.<sup>77</sup> In der Abwesenheit von willensbeugendem Zwang ist es einer Person zuzumuten, ihren sexuellen Willen deutlich zu machen. Dabei müssen die Dealbreaker nicht notwendigerweise verbalisiert werden, es reicht

<sup>65</sup> Siehe zu letzterem Fall *Gardner/Shute* (Fn. 56), S. 193 (196 f.); vgl. auch *Dougherty*, *Ethics* 123 (2013), 717 (726).

<sup>66</sup> *Hörnle*, *ZStW* 127 (2015), 851 (863).

<sup>67</sup> Vgl. *Schulhofer* (Fn. 61), S. 67; *Hörnle*, *ZStW* 127 (2015), 851 (862 f.).

<sup>68</sup> Daran ändern auch sexualisierte Werbung und die einfachen Zugriffsmöglichkeiten auf Pornographie nichts. Eigene sexuelle Handlungen werden vom größten Teil der Bevölkerung noch immer vorwiegend im Privaten vorgenommen, vgl. *Hörnle*, *ZStW* 127 (2015), 851 (866).

<sup>69</sup> Vgl. *Dannecker/Schorsch*, in: *Jäger/Schorsch* (Hrsg.), *Sexualwissenschaft und Strafrecht*, 1987, S. 134 (142); *Dougherty*, *Ethics* 123 (2013), 717 (723).

<sup>70</sup> Vgl. *Gardner/Shute* (Fn. 56), S. 204.

<sup>71</sup> Vgl. zur Objektifizierung *Nussbaum*, *Philos. Public Aff.* 24 (1995), 249 (257).

<sup>72</sup> *Gardner/Shute* (Fn. 56), S. 205.

<sup>73</sup> Vgl. *Gardner/Shute* (Fn. 56), S. 206.

<sup>74</sup> Vgl. *Herring*, *Crim. L. R.* 2005, 511 (520).

<sup>75</sup> Vgl. *Hillenkamp*, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, S. 174.

<sup>76</sup> In einer noch weitgehend transphoben Gesellschaft müssen trans\*idente Personen wohl damit rechnen, dass ihre Geschlechtsidentität als Dealbreaker angesehen wird. Dabei ist bei trans\*identen Personen keine Täuschung gegeben, wenn diese als das Geschlecht auftreten, mit dem sie sich identifizieren. Rechtsprechung aus Israel und dem Vereinigten Königreich zeigt jedoch, dass die Strafgerichte an den Zustand der äußeren Geschlechtsorgane anknüpfen und das gelebte Geschlecht als „Täuschung“ auslegen können. Vgl. zur Rechtsprechung und zur allgemeinen Problematik *A. Gross*, *Tulane J. Law Sex.* 24 (2015), 1 (4 ff., 24 ff.); *Sharpe*, *Crim. L. R.* 2014, 207.

<sup>77</sup> Vgl. zur Verknüpfung von Eigenverantwortung und Autonomie *Hörnle*, *ZStW* 127 (2015), 851 (858).

aus, wenn der Wille in der sexuellen Interaktion konkludent deutlich wird. Dies ist z.B. auch dann gegeben, wenn der täuschende Sexualpartner die für das Opfer notwendige Bedingung (z.B. die Benutzung eines Kondoms) selbst in die sexuelle Kommunikation einbringt und die folgenden sexuellen Handlungen erkennbar nur auf dem vermeintlichen Vorliegen dieser Bedingung basieren.<sup>78</sup> Im Einklang mit § 177 Abs. 1 StGB ist nur zu fordern, dass das Opfer seinen entgegenstehenden Willen in objektiv<sup>79</sup> erkennbarer Weise kommuniziert hat und dass sich der Täter vorsätzlich über den Willen des Opfers hinwegsetzt.<sup>80</sup>

### 2. Doppelte Strafbarkeit und diskriminierende Dealbreaker

Selbst bei erkennbar kommunizierten Dealbreakern könnten weitere Erwägungen gegen eine Strafbarkeit sexueller Täuschungen sprechen. Teils wird darauf verwiesen, dass eine Strafbarkeit zu dem verwunderlichen Ergebnis führen könnte, dass zwei Personen, die sich gegenseitig täuschen (z.B. Person A über die Benutzung eines Kondoms und Person B über die Bereitschaft, eine Beziehung einzugehen), gleichzeitig eine Sexualstraftat aneinander begehen würden.<sup>81</sup> Allerdings ist dieses Ergebnis weniger verwunderlich als vielmehr folgerichtig: Es gibt keine Regel, die besagt, dass sexuelle Handlungen nicht für beide Partner nicht-einvernehmlich seien könnten. Auch Körperverletzungen und andere Straftaten können gleichzeitig von zwei (oder mehr) Personen aneinander begangen werden.<sup>82</sup>

Schwieriger zu entkräften ist hingegen das Argument, das Rechtssystem dürfe rassistische oder anderweitig diskriminierende Bedingungen für sexuelle Handlungen (z.B. die Bedingung, der Sexualpartner dürfe kein Christ/Jude/Moslem sein) nicht mit den Mitteln des Strafrechts unterstützen.<sup>83</sup> So sorgte die Verurteilung im oben genannten Fall *Kashur v. State of Israel* durchaus für Irritationen.<sup>84</sup> Allerdings handelt es sich nicht vorrangig um den Schutz diskriminierender Ansichten, sondern um den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung der individuellen Person. Auch wenn entsprechende diskriminierende Vorlieben gesellschaftlich nicht wünschenswert sind, so steht es jeder Privatperson frei, ihre Sexualpartner nach ihren persönlichen – auch diskriminierenden – Vorlieben auszuwählen. Sofern eine Person ihre Vorlieben erkennbar

kommuniziert hat, gibt es kein schützenswertes Interesse, sich über diese hinwegzusetzen.

### 3. Problematische Regulierung von Sexualität?

Gegen eine Strafbarkeit von sexuellen Täuschungen könnte weiterhin angeführt werden, dass die menschliche Sexualität auch von Fantasie-Szenarien, Halbwahrheiten und Storytelling profitiere<sup>85</sup> und nicht zu einem Raum der absoluten Korrektheit umgeformt werden dürfe. Damit verbunden ist häufig das Argument, dass sich das Strafrecht aus dem Bereich der Intimsphäre weitgehend heraushalten sollte.<sup>86</sup>

Bei einer erkennbar kommunizierten, notwendigen Bedingung für sexuelle Handlungen können diese Einwände allerdings nicht überzeugen: Wurde eine entsprechende Bedingung kommuniziert, so macht die Person deutlich, dass sie insoweit keinen Wert auf Täuschungen, Storytelling oder Halbwahrheiten legt.<sup>87</sup> Zudem ist ein pauschaler Verweis auf den Schutz der sexuellen Intimsphäre nicht ausreichend, um eine Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zu verneinen: Nicht-schützenswerte Verhaltensweisen, wie die Manipulation des sexuellen Willens des Sexualpartners, verdienen nicht deshalb Schutz vor strafrechtlicher Sanktionierung, weil sie sich in der Intimsphäre abspielen.

### 4. Unlösbare Beweisschwierigkeiten

Zuletzt könnte eingewandt werden, dass eine Strafbarkeit von sexuellen Täuschungen zu unlösbaren Beweisproblemen führen könnte, so dass eine entsprechende Strafnorm in der Praxis wirkungslos sei.<sup>88</sup> Es sei nicht nur schwierig, festzustellen, was tatsächlich eine notwendige Bedingung für einen Sexualkontakt war<sup>89</sup> und ob diese Bedingung erkennbar kommuniziert wurde. Auch sei nur schwer zu klären, ob wirklich eine Täuschung vorlag.<sup>90</sup> So könne von den Strafverfolgungsbehörden nicht aufgeklärt werden, ob emotionale Aussagen wie „Ja, ich werde eine Beziehung zu dir eingehen!“ im Moment der Aussage wahr oder unwahr waren.<sup>91</sup>

Beweisschwierigkeiten sind den meisten Sexualdelikten immanent, da sexuelle Handlungen zumeist privat und ohne Zeugen stattfinden.<sup>92</sup> Diese besondere Situation darf nicht dazu führen, dass nicht-einvernehmliche sexuelle Handlungen nur beim Vorliegen erheblicher objektiver Beweismittel

<sup>78</sup> Auch die Identität des Sexualpartners wird in den meisten Fällen konkludent erkennbar zur Bedingung für die sexuelle Handlung gemacht worden sein.

<sup>79</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 22; *Renzikowski*, NJW 2016, 3553; *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (15).

<sup>80</sup> Zum Vorsatz bei § 177 Abs. 1 StGB siehe *Renzikowski* (Fn. 19), § 177 n.F. Rn. 56 ff.

<sup>81</sup> Vgl. zu einem Fall möglicher doppelter Strafbarkeit *Rubinfeld*, Yale L. J. 122 (2013), 1372 (1414 f.).

<sup>82</sup> Vgl. *Dougherty*, Ethics 123 (2013), 717 (739 Fn. 47).

<sup>83</sup> Vgl. zu diesem Grundgedanken *Sharpe*, Crim. L. R. 2014, 207 (222 f.); warnend auch *A. Gross*, Tulane J. Law Sex. 24 (2015), 1; *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (160).

<sup>84</sup> Vgl. die Nachweise bei *A. Gross*, Tulane J. Law Sex. 24 (2015), 1 (19).

<sup>85</sup> Vgl. zu diesem Argument *Herring*, Crim. L. R. 2005, 511 (521); *Schulhofer* (Fn. 61), S. 158.

<sup>86</sup> Vgl. *Green* (Fn. 4), S. 194 (220).

<sup>87</sup> *Herring*, Crim. L. R. 2005, 511 (521).

<sup>88</sup> In der Praxis wirkungslose Strafnormen können nicht nur Opfer enttäuschen, die sich auf den Schutz durch die Strafnorm verlassen haben, sondern auch die Ressourcen der Strafverfolgungsbehörden belasten.

<sup>89</sup> Siehe *Green* (Fn. 4), S. 194 (218 f.): problematische Kausalitätserwägungen; *H. Gross*, Crim. L. R. 2007, 220 (224).

<sup>90</sup> Vgl. *Schulhofer* (Fn. 61), S. 155, 158.

<sup>91</sup> Vgl. *Sherwin*, Legal Theory 2 (1996), 209 (227); *H. Gross*, Crim. L. R. 2007, 220 (224).

<sup>92</sup> Vgl. *Dripps/Fairstein/West/Denno*, Fordham L. Rev. 63 (1994), 125 (144).

stände wie massiver Verletzungen beim Überfall durch einen fremden Täter unter Strafe gestellt werden. Beweisprobleme hinsichtlich der Erregung eines Irrtums oder der Kausalität der Täuschung bestehen zudem (in geringerem Rahmen) auch bei anderen Normen wie § 263 StGB, so dass es sich für die Strafverfolgungsbehörden nicht um rechtliches Neuland handelt.<sup>93</sup> Dass es in manchen Fällen – insbesondere bei emotionalen Aussagen – große Schwierigkeiten hinsichtlich der Beweislage geben kann, rechtfertigt es nicht, alle sexuellen Täuschungen straflos zu stellen. Es sind auch Täuschungen denkbar, bei denen entsprechende Beweisproblematiken geringer sind als beim Regelfall des § 177 Abs. 1 StGB: Zu denken ist hier z.B. an die Täuschung eines Sexarbeiters über die eigene Zahlungsbereitschaft.

#### V. Fazit

Das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung soll Personen vor sexueller Fremdbestimmung durch andere Personen schützen<sup>94</sup> und selbstbestimmte Sexualität ermöglichen. Eine sexuell selbstbestimmte Handlung liegt dann vor, wenn die betroffene Person ihre wirksame Zustimmung zu den konkreten sexuellen Handlungen erteilt hat. Eine faktisch erteilte Zustimmung ist dabei unwirksam, wenn die Person über eine für sie notwendige Bedingung für den Sexualkontakt getäuscht wurde,<sup>95</sup> da eine solche Täuschung verhindert, dass die Person ihre autonom gesetzten, sexuellen Wertentscheidungen selbstbestimmt umsetzen kann. Entsprechende Täuschungen führen daher zu nicht-einvernehmlichen sexuellen Handlungen, die als solche prima facie strafwürdig sind. Sofern die getäuschte Person ihre subjektiv notwendigen Bedingungen erkennbar kommuniziert hat, stehen einer Strafbarkeit sexueller Täuschungen auch keine Zweckmäßigkeitserwägungen oder wichtigen Gründe des Allgemeininteresses entgegen. Der Schutz vor sexueller Fremdbestimmung gebietet daher grundsätzlich auch eine Strafbarkeit vorsätzlicher sexueller Täuschungen.

Diese Wertung wird aber – selbst dort, wo die Strafbarkeit sexueller Täuschungen intensiv diskutiert wird – weithin nicht nachvollzogen. Obgleich anerkannt wird, dass die sexuelle Selbstbestimmung der getäuschten Person verletzt ist, wird eine Strafbarkeit verneint.<sup>96</sup> Dieser Artikel hat versucht, die ablehnende Haltung gegenüber einer Strafbarkeit sexueller Täuschungen zu hinterfragen und das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung in den Vordergrund zu stellen. Angesichts der Tatsache, dass sexuelle Täuschungen bereits jetzt

unter den Wortlaut des § 177 Abs. 1 StGB subsumiert werden können, ist eine weitere wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Problematik sexueller Täuschungen geboten.

---

<sup>93</sup> Die Aufrichtigkeit von z.B. Heiratsabsichten kann auch bei einem Betrug (Heiratsschwindel) gem. § 263 StGB zu klären sein.

<sup>94</sup> Vgl. *Bottke* (Fn. 23), S. 536.

<sup>95</sup> Vgl. *Dougherty*, *Ethics* 123 (2013), 717 (731).

<sup>96</sup> Gegen eine Strafbarkeit sexueller Täuschungen oder nur für eine Strafbarkeit bestimmter, eng zu fassender Kategorien von sexuellen Täuschungen sprechen sich z.B. die folgenden Autoren aus: *Rubinfeld*, *Yale L. J.* 122 (2013), 1372; *H. Gross*, *Crim. L. R.* 2007, 220; *Feinberg*, *Ethics* 96 (1986), 330; *Schulhofer* (Fn. 61), S. 152 ff.; *Hoven/Weigend*, *KriPoZ* 2018, 156.