

## Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 13.12.2022 – 3 StR 372/22<sup>1</sup>

### Strafbarkeit von Stealthing

1. Stealthing stellt einen sexuellen Übergriff dar.
2. Bei Stealthing kommt das Regelbeispiel des § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB (Vergewaltigung) in Betracht.

(Leitsätze der *Verf.*)

StGB § 177 Abs. 1, Abs. 6

Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M. (U.W.E.), Düsseldorf\*

### I. Einführung

2016 wurde das Sexualstrafrecht umfassend reformiert.<sup>2</sup> Zu den bedeutsamsten Änderungen gehörte die des § 177 Abs. 1 StGB, mit der die sog. „Nein heißt Nein“-Lösung in das deutsche Recht integriert wurde. In der bis 2016 gültigen Gesetzesfassung kam es hingegen darauf an, dass die Person mit Gewalt, durch Drohung oder unter Ausnutzung einer Lage, in der sie dem Täter oder der Täterin schutzlos ausgeliefert war, zu der sexuellen Handlung genötigt wurde.<sup>3</sup> Nach jetzt geltendem Recht liegt ein sexueller Übergriff und damit ein Sexualvergehen vor, wenn eine Person gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt. Entscheidend ist somit für das Vorliegen eines sexuellen Übergriffs, ob die betroffene Person mit der sexuellen Handlung einverstanden war oder nicht.

Das stärkere Abstellen auf den Willen führt allerdings zu der Frage, was passiert, wenn das tatsächliche Geschehen von dem abweicht, was sich die Person vorgestellt hat.<sup>4</sup> Um eine solche Konstellation geht es beim sog. „Stealthing“. Unter Stealthing fasst man Situationen, in denen der Sexualpartner vorgibt, ein Kondom zu benutzen, dieses aber tatsächlich nicht wie vereinbart verwendet.<sup>5</sup> Aus Sicht des Strafrechts stellt sich die Frage, ob das Fortsetzen des Geschlechtsverkehrs unter diesen Umständen den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB erfüllt, also einen sexuellen Übergriff oder so-

\* Die *Verf.* ist Inhaberin des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

<sup>1</sup> Veröffentlicht in BeckRS 2022, 41550 sowie kostenlos abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=857a265721eb54efd44103a57b624d23&nr=132441&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf>.

<sup>2</sup> 50. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – „Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung“ v. 4.11.2016, BGBl. I 2016, S. 2460.

<sup>3</sup> Vgl. die Qualifikation in § 177 Abs. 5 StGB.

<sup>4</sup> Allgemein zur Täuschung im Sexualstrafrecht *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156.

<sup>5</sup> Siehe etwa *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (351).

gar eine Vergewaltigung darstellt (§ 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB). Nachdem bereits einige Obergerichte<sup>6</sup> entsprechende Fälle entschieden haben und die Frage in der Literatur<sup>7</sup> viel diskutiert wurde, hat sich nun der BGH erstmalig zur Strafbarkeit von Stealthing geäußert.

## II. Sachverhalt

Das LG Düsseldorf, das in erster Instanz entschieden hat, hat den Angeklagten wegen drei Sexualdelikten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Nur die dritte Tat betrifft einen Fall von Stealthing. Nach den Feststellungen des Gerichts wollten „[...] der Angeklagte und eine Besucherin in seinem Schlafzimmer geschlechtlich verkehren. Nach einvernehmlichem Oralverkehr ging der Angeklagte an eine Kommode, holte sichtbar ein Kondom heraus und öffnete die Verpackung. Ihm kam es darauf an, dass die später Geschädigte davon ausging, er werde es beim Geschlechtsverkehr überziehen. Tatsächlich beließ er es aber ausgepackt und nicht abgerollt im Bett. Da die Besucherin sich kurz umdrehte, sah sie dies nicht und ging davon aus, er werde das Kondom benutzen. Ungeschützter Geschlechtsverkehr wäre für sie nicht in Frage gekommen. Der Angeklagte führte sodann einige Zeit bewusst ohne Kondom vaginalen Geschlechtsverkehr mit ihr durch. Später bemerkte sie, dass er kein Kondom trug, und verließ schließlich die Wohnung.“<sup>8</sup> Der Sachverhalt betrifft die klassische Situation von Stealthing, bei der der Täter vorsätzlich über die Verwendung des Kondoms täuscht und es danach zu Geschlechtsverkehr mit Penetration kommt.<sup>9</sup> Das LG Düsseldorf hat das Verhalten unter § 177 Abs. 1 StGB subsumiert.

## III. Entscheidung

Der BGH hat das Urteil zwar zum Teil aufgehoben, aber nur, weil in Bezug auf eine andere Tat ein gem. § 265 StPO erforderlicher Hinweis unterblieben war.<sup>10</sup> In der Sache sieht der BGH durch die Würdigung des LG keine Verletzung materiellen Rechts.

Das LG sei zutreffend von einem sexuellen Übergriff ausgegangen.<sup>11</sup> Für die Frage des entgegenstehenden Willens komme es jeweils auf die konkrete Handlung an.<sup>12</sup> Dass ein Einverständnis mit anderen sexuellen Handlungen vorliege, sei irrelevant, wenn die konkrete Handlung abgelehnt werde.<sup>13</sup> Bei sexuellen Handlungen mit und ohne Kondom handele es sich um verschiedene sexuelle Handlungen, da diese eine unterschiedliche Qualität aufwiesen.<sup>14</sup> Dies gelte in Bezug auf das Risiko der Übertragung von Krankheiten und von einer ungewollten Schwangerschaft.<sup>15</sup> Auch an anderer Stelle werde im Recht ein solcher qualitativer Unterschied gemacht: So gelte für die Ausübung von

---

<sup>6</sup> BayOLG BeckRS 2021, 31633; OLG Schleswig NStZ 2021, 619; KG BeckRS 2020, 18243; OLG Hamm, Urt. v. 1.3.2022 – III-5 RVs 124/21.

<sup>7</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 27 und 34.

<sup>8</sup> BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 11.

<sup>9</sup> Vergleichbare Sachverhalte auch bei AG Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18); AG Kiel BeckRS 2020, 38969; AG Freiburg BeckRS 2020, 41446 Rn. 101.

<sup>10</sup> BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 2 ff.

<sup>11</sup> BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 12.

<sup>12</sup> BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 13.

<sup>13</sup> BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 13.

<sup>14</sup> BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 13 f.

<sup>15</sup> BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 14.

Prostitution eine Kondompflicht, außerdem sei es schon nach dem alten Sexualstrafrecht straferschwerend berücksichtigt worden, wenn der Sexualstraftäter kein Kondom verwendet habe.<sup>16</sup>

Auch die Frage nach den Auswirkungen eines Irrtums bei der Willensbildung stelle sich in dem vorliegenden Fall nicht. Die betroffene Person unterliege bei ihrer Entscheidung keiner Fehlvorstellung, sie erkenne nur bei der Vornahme der konkreten sexuellen Handlung nicht, dass diese ihrem Willen widerspreche.<sup>17</sup> Damit liege keine Einwilligung in die sexuelle Handlung vor.<sup>18</sup> Auch das Regelbeispiel des § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB (Vergewaltigung) komme grundsätzlich in Betracht, allerdings sei der Angeklagte insoweit nicht beschwert.<sup>19</sup>

#### IV. Bewertung

##### 1. Prozessuales

Auch wenn die Entscheidung v.a. wegen der Bewertung des Stealthing interessant ist, sollen zum besseren Verständnis kurz die prozessrechtlichen Ausführungen eingeordnet werden. Aufgehoben wurde die Entscheidung bzgl. einer Tat, weil im Verfahren insoweit gegen § 265 StPO verstoßen worden war. § 265 StPO verpflichtet das Gericht, den Angeklagten gesondert darauf hinzuweisen, wenn die rechtliche Bewertung des Gerichts von der in der Anklage abweicht. Hintergrund ist, dass der Angeklagte sich nur adäquat verteidigen kann, wenn er weiß, welches Strafgesetz ihm zur Last gelegt wird. Deswegen werden die in Betracht kommenden Strafgesetze mit den gesetzlichen Merkmalen in der Anklage genannt (§ 200 StPO). Im vorliegenden Fall war eine Vergewaltigung (nicht im Fall von Stealthing) nach §§ 177 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 S. 2 Nr. 1, Abs. 6 Nr. 1 StGB angeklagt worden, also unter Ausnutzung der Tatsache, dass eine Person keinen entgegenstehenden Willen bilden konnte, verurteilt worden war aber aus §§ 177 Abs. 1, Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB, also wegen sexueller Handlungen gegen den erkennbaren Willen der anderen Person.<sup>20</sup> Da der Angeklagte sich anders und, was nicht ausgeschlossen werden kann, besser gegen den Vorwurf aus § 177 Abs. 1 StGB hätte verteidigen können, liegt ein Verfahrensfehler vor, auf dem das Urteil beruht (§ 337 StPO).

Des Weiteren ist auch die Tatsache, dass der BGH auf die Diskussion der Frage verzichtet, ob eine Vergewaltigung vorliegt, dem revisionsrechtlichen Rahmen geschuldet. In dem zu entscheidenden Fall hatte offenbar nur der Angeklagte Revision eingelegt. Gem. § 358 Abs. 2 S. 1 StPO darf das angefochtene Urteil daher in Art und Höhe der Rechtsfolgen nicht zum Nachteil des Angeklagten geändert werden (Verbot der *reformatio in peius*). Auch wenn der BGH daher einen Fall der Vergewaltigung annehmen würde, könnte das für diese Tat verhängte Strafmaß nicht mehr zum Nachteil des Angeklagten geändert werden.

##### 2. Strafbarkeit von Stealthing

Von besonderem Interesse ist das Urteil, weil der BGH sich darin erstmalig zur Strafbarkeit von Stealthing äußert. Der BGH schließt sich in seiner Entscheidung der in Rechtsprechung und Literatur

---

<sup>16</sup> BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 14.

<sup>17</sup> BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 15.

<sup>18</sup> BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 15.

<sup>19</sup> BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 18.

<sup>20</sup> BGH BeckRS 2022, 41550 Rn. 18.

überwiegend vertretenen Meinung an, es handele sich bei Stealthing um einen sexuellen Übergriff i.S.d. § 177 Abs. 1 StGB.<sup>21</sup> Das Ergebnis überzeugt, wird aber nur sehr knapp begründet.

Kennzeichnend für einen sexuellen Übergriff ist seit der Reform, dass die vorgenommene Handlung gegen den erkennbaren Willen einer Person vorgenommen wird. Der entgegenstehende Wille markiert die Grenze zwischen legalem und illegalem Verhalten, denn eine sexuelle Handlung, die im Einvernehmen mit dem Partner geschieht, wird durch das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung beider Partner geschützt.<sup>22</sup> Aus diesem Grund ist ein möglicher entgegenstehender Wille schon auf Tatbestandsebene zu prüfen und nicht erst auf Rechtfertigungsebene. In der Strafrechtsdogmatik spricht man in solchen Fällen von „tatbestandsausschließendem Einverständnis“ und unterscheidet dies von der Einwilligung, die erst auf Rechtfertigungsebene relevant wird und ein an sich verbotenes Verhalten ausnahmsweise legitimiert.<sup>23</sup> Studierende kennen diese Unterscheidung z.B. von der Prüfung des § 242 StGB, bei dem eine Wegnahme nicht vorliegt, wenn der Gewahrsamsbruch mit Einverständnis des Gewahrsamsinhabers erfolgt ist. An § 242 StGB zeigt sich jedoch auch die Besonderheit des tatbestandsausschließenden Einverständnisses: Anders als bei der Einwilligung schließen Willensmängel, insbesondere eine Täuschung, ein wirksames Einverständnis nicht aus.<sup>24</sup> Wer also durch Täuschung das Einverständnis in den Gewahrsamsübergang herbeiführt, ist nicht wegen Diebstahls zu bestrafen, sondern allenfalls wegen Betrugs.

Während es in Fällen des durch Täuschung erschlichenen Einverständnisses in einen Gewahrsamsübergang typischerweise um die Frage geht, wonach jemand strafbar ist (Diebstahl oder Betrug), nicht aber darum, ob überhaupt eine Strafbarkeit gegeben ist, ist dies bei den Sexualdelikten anders. Die Vornahme einer sexuellen Handlung nach Erschleichen eines Einverständnisses durch Täuschung, z.B. durch Vorspielen des Wunsches, eine dauerhafte Beziehung einzugehen, oder durch die Angabe eines jüngeren Alters<sup>25</sup>, ist nach h.M. nicht strafbar.<sup>26</sup> Würde man bei Stealthing daher vom Vorliegen eines – zwar auf einer Täuschung beruhenden, aber wirksamen – Einverständnisses des Sexualpartners ausgehen, wäre die täuschende Person nicht zu bestrafen. Vor diesem Hintergrund haben sich zwei Meinungen zur Strafbarkeit von Stealthing herausgebildet.

Ein Teil der Rechtsprechung und Literatur lehnt eine Strafbarkeit des entsprechenden Verhaltens als sexueller Übergriff ab.<sup>27</sup> Das Opfer sei mit der sexuellen Handlung an sich einverstanden und unterliege nur dem täuschungsbedingten Willensmangel, es werde ein Kondom verwendet.<sup>28</sup> Dieser Willensmangel sei bei einem tatbestandsausschließenden Einverständnis unbeachtlich.<sup>29</sup> Andernfalls wären alle für die Vornahme sexueller Handlungen relevanten Willensmängel ebenfalls strafrechtlich zu beachten, was zur Konturlosigkeit des Tatbestands führen würde.<sup>30</sup> Zum Teil wird auch darauf abgestellt, dass der entgegenstehende Wille des Opfers objektiv nicht erkennbar sei, wenn das Opfer die Vornahme der sexuellen Handlung – unter Verkennung der Tatsache, dass kein Kon-

<sup>21</sup> So auch die in Fn. 34 Genannten.

<sup>22</sup> Siehe *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (162); *Vavra*, ZIS 2018, 611 (613).

<sup>23</sup> Siehe dazu *Franzke*, BRJ 2019, 114 (116 f.).

<sup>24</sup> Allgemeine Ansicht, siehe nur BGHSt 18, 221.

<sup>25</sup> KG BeckRS 2020, 18243 Rn. 18.

<sup>26</sup> Allgemeine Ansicht, siehe nur *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (164); *Wißner*, MschrKrim 2020, 315 (323 f.); *Linoh/Wettmann*, ZIS 2020, 383 (391 f.). A.A. *Vavra*, ZIS 2018, 611 (613 ff.).

<sup>27</sup> AG Kiel BeckRS 2020, 38969; *Denzel/Kramer da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 (349 f.); *Franzke*, BRJ 2019, 114 (114 ff.); *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (819 ff.). Zum Teil wird eine Strafbarkeit wegen versuchter Körperverletzung und Beleidigung angenommen, *Franzke*, BRJ 2019, 114 (120 ff.).

<sup>28</sup> AG Kiel BeckRS 2020, 38969 Rn. 8 f.

<sup>29</sup> *Franzke*, BRJ 2019, 114 (119 f.).

<sup>30</sup> *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (159 f.)

dom verwendet werde – dulde.<sup>31</sup> Ein im Vorhinein der sexuellen Handlung erklärter Widerspruch habe keine Relevanz für die Erkennbarkeit des Willens zum Zeitpunkt der sexuellen Handlung.<sup>32</sup> Die Annahme, es handele sich bei Geschlechtsverkehr mit und ohne Kondom um zwei unterschiedliche sexuelle Handlungen, würde einen einheitlichen Lebenssachverhalt künstlich aufspalten.<sup>33</sup>

Der Großteil der Rechtsprechung und Literatur ordnet Stealthing hingegen als sexuellen Übergriff ein.<sup>34</sup> Sexuelle Handlungen mit und ohne Kondom wiesen wegen der Gefahr der Ansteckung mit sexuell übertragbaren Krankheiten und dem Risiko einer ungewollten Schwangerschaft eine unterschiedliche Qualität auf, so dass das Einverständnis mit sexuellen Handlungen mit Kondom nicht für sexuelle Handlungen ohne Kondom gelte.<sup>35</sup> Auch eine heimliche Tatbegehung sei im Übrigen tatbestandsmäßig.<sup>36</sup> Wegen der Heimlichkeit des Vorgehens liege keine Täuschung vor und das Opfer erleide keine Fehlvorstellung, sondern es finde eine nicht vom Einverständnis umfasste sexuelle Handlung statt.<sup>37</sup> Dabei sind Vaginalverkehr mit<sup>38</sup> und ohne<sup>39</sup> Ejakulation sowie auch eine versuchte Penetration<sup>40</sup> von den Gerichten als tatbestandsmäßig angesehen worden. Dieser Argumentation hat sich der BGH angeschlossen.

In der Sache überzeugt die Ansicht der h.M., der sich der BGH in der hier besprochenen Entscheidung angeschlossen hat. Bei Sexualkontakten kommt es typischerweise zu einer Vielzahl von sexuellen Handlungen, die die Erheblichkeitsschwelle des § 184h Nr. 1 StGB überschreiten. Zwar wird das Vorliegen einer sexuellen Handlung aus Sicht eines objektiven Dritten bestimmt.<sup>41</sup> Liegt aber – wie unstreitig in den Fällen des Stealthing – eine sexuelle Handlung vor, richtet sich die Frage, welche davon erwünscht und damit erlaubt sind, nach dem Willen der Person, an der die sexuellen Handlungen vorgenommen werden sollen. Diese entscheidet, ob sie Vaginal-, Oral- oder Analverkehr zulässt oder nicht und an welchen Stellen sie berührt werden darf. So ist es Ausprägung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung, wenn man – aus welchen Gründen auch immer – die Berührung der nackten linken Brust erlaubt, der rechten aber nicht, wobei für eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 StGB der entgegenstehende Wille erkennbar sein muss.<sup>42</sup> Auch jeder Fall der Penetration stellt eine

<sup>31</sup> Schumann/Schefer, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (819 ff.); ebenso wohl auch Hoven/Weigend, KriPoZ 2018, 156 (158 f.).

<sup>32</sup> Schumann/Schefer, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (821 f.).

<sup>33</sup> Denzel/Kramer da Fonseca Calixto, KriPoZ 2019, 347 (354).

<sup>34</sup> BayOLG BeckRS 2021, 31633 Rn. 14 ff.; AG Tiergarten, Urte. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 35 ff. (juris); KG BeckRS 2020, 18243 Rn. 12 ff.; OLG Schleswig NStZ 2021, 619 (619 ff.); OLG Hamm, Urte. v. 1.3.2022 – III-5 RVs 124/21, Rn. 15 ff. (juris); AG Freiburg BeckRS 2020, 41446 Rn. 89 ff.; AG München BeckRS 2020, 51766 Rn. 40 ff.; LG München BeckRS 2020, 51752 Rn. 45; *Corrêa Camargo*, ZStW 134 (2022), 351 (375); Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 177 Rn. 2e; *Geneuss/Bublitz/Papenfuß*, JR 2021, 191 (191 f.); *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (17); *Hörnle*, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 177 Rn. 35; *Hoven*, NStZ 2020, 578 (580 f.); *Kienzerle*, FD-StrafR 2023, 455930; *Keßler*, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 337 ff.; *Linoh/Wettmann*, ZIS 2020, 383 (391 f.); *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (12); *Ost/Weil*, jm 2021, 346 (348 ff.); *Pschorr*, StraFo 2021, 279 (284 f.); *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 177 Rn. 51; *Vavra*, ZIS 2018, 611 (617); *Wißner*, KriPoZ 2021, 279 (283); *Wittschurky/Seidl*, ZAP 2022, 899 (902).

<sup>35</sup> *Hörnle*, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 177 Rn. 35; *Ost/Weil*, jm 2021, 346 (348 ff.).

<sup>36</sup> AG Tiergarten, Urte. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 35 (juris); AG Freiburg BeckRS 2020, 41446 Rn. 91.

<sup>37</sup> *Wittschurky/Seidl*, ZAP 2022, 899 (902); *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (13).

<sup>38</sup> KG BeckRS 2020, 18243; OLG Hamm, Urte. v. 1.3.2022 – III-5 RVs 124/21, Rn. 15 ff. (juris); AG Freiburg BeckRS 2020, 41446.

<sup>39</sup> OLG Schleswig NStZ 2021, 619.

<sup>40</sup> BayOLG BeckRS 2021, 31633.

<sup>41</sup> *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 184h Rn. 6; *Keßler*, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 156 ff.

<sup>42</sup> Beispiel nach *Denzel/Kramer da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 (354).

eigenständige sexuelle Handlung dar.<sup>43</sup> Es handelt sich daher um keine künstliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebenssachverhalts, wenn die Penetration vor Abstreifen des Kondoms und danach als zwei verschiedene sexuelle Handlungen bewertet werden.<sup>44</sup>

Damit konzentriert sich die Problematik auf die Frage, ob dem Geschlechtsverkehr ohne Kondom der erkennbare Wille des Opfers entgegenstand.<sup>45</sup> Die Erkennbarkeit wird aus der Sicht eines objektiven Dritten bestimmt.<sup>46</sup> Die Gegner einer Strafbarkeit von Stealthing wenden hiergegen ein, dass das Opfer keinen (relevanten) entgegenstehenden Willen habe, weil es mit der sexuellen Handlung als solcher einverstanden sei und die Frage der Verwendung des Kondoms nur die Art und Weise der Begehung der sexuellen Handlung betreffe.<sup>47</sup> Diese Ansicht verkennt jedoch, dass es Ausprägung der sexuellen Selbstbestimmung ist, nicht nur über das „Ob“ einer sexuellen Handlung, sondern auch über das „Wie“ zu entscheiden.<sup>48</sup> Bei jedem Sexualkontakt werden die Grenzen des Zulässigen durch die Beteiligten explizit oder implizit vereinbart. Sofern dabei Modalitäten vereinbart werden, sind diese Ausdruck der sexuellen Autonomie und daher zu berücksichtigen, mögen sie auch noch so unsinnig sein.<sup>49</sup> Vereinbaren die Partner daher die Penetration durch einen Penis, kann dieser nicht ohne weitere Absprache durch einen Vibrator, Finger oder einen Alltagsgegenstand wie eine Gurke ersetzt werden, obwohl ein Einverständnis mit der Penetration „an sich“ vorlag. Nichts anderes gilt für die Penetration mit und ohne Kondom oder einen vereinbarten *coitus interruptus*.<sup>50</sup>

Zum Teil wird allerdings darauf abgestellt, ein entgegenstehender Wille sei zum Zeitpunkt der Tathandlung nicht erkennbar, weil das Opfer im Handlungszeitpunkt ein konkludentes Einverständnis mit der tatsächlich vorgenommenen sexuellen Handlung erkläre.<sup>51</sup> Der vorher explizit erklärte Wille, sexuelle Kontakte nur bei Verwendung eines Kondoms zuzulassen, solle dann konkludent durch die Beteiligung an der sexuellen Handlung aufgehoben worden sein.<sup>52</sup> Diese Ansicht überspannt die Anforderungen an den erkennbar entgegenstehenden Willen.<sup>53</sup> Das KG Berlin hat schön ausgeführt, was die Konsequenzen einer solchen Maßgabe wären:

„Um solcher Unterstellung einer auf die Vornahme ungeschützten Geschlechtsverkehrs gerichteten ‚aktuellen Willensbetätigung‘ entgegenzuwirken, müsste das Tatopfer [...] noch irgendwelche Aktivitäten entfalten, um das – bei unbefangener Betrachtung selbstverständliche – Fortbestehen seines ablehnenden Willens zu dokumentieren. Dies erlegt ihm mit der gesetzgeberischen Grundentscheidung über den umfassenden Schutz sexueller Autonomie nicht zu vereinbarende und auch lebensfremde Pflichten auf, deren Erfüllung zudem absonderliche Folgen haben könnten. Der Fingierung einer ‚faktischen Willensäußerung‘ ließe sich etwa dadurch entgegenwirken,

<sup>43</sup> Siehe Herzog, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (356).

<sup>44</sup> So aber Denzel/Kramer da Fonseca Calixto, KriPoZ 2019, 347 (354). Dagegen auch Makepeace, KriPoZ 2021, 10 (14); Keßler, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 173 ff.

<sup>45</sup> Zutreffend Pschorr, StraFo 2021, 279 (285).

<sup>46</sup> El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (166).

<sup>47</sup> Denzel/Kramer da Fonseca Calixto, KriPoZ 2019, 347 (354).

<sup>48</sup> Herzog, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (355); Linoh/Wettmann, ZIS 2020, 383 (391).

<sup>49</sup> KG BeckRS 2020, 18243 Rn. 13; AG Freiburg BeckRS 2020, 41446 Rn. 93. Siehe auch Hoffmann, NSTz 2019, 16 (17); Hörnle, StV 2001, 453 (455); Keßler, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 177 f.

<sup>50</sup> OLG Hamm, Urt. v. 1.3.2022 – III-5 RVs 124/21, Rn. 15 (juris); siehe auch Hörnle, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 177 Rn. 35.

<sup>51</sup> Schumann/Schefer, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (821 f.).

<sup>52</sup> Schumann/Schefer, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (821 f.).

<sup>53</sup> Ebenso KG BeckRS 2020, 18243 Rn. 34; Pschorr, StraFo 2021, 279 (285); Keßler, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 279, 282.

dass der penetrierte Sexualpartner ein Band am Handgelenk mit der Aufschrift ‚Niemals ohne Kondom‘, einen Anhänger um den Hals mit einer solchen Gravur oder eine entsprechende Tätowierung auf dem Körper trägt, oder wenn das Opfer während des (einheitlichen) Sexualakts in regelmäßigen Abständen rein vorsorglich vor sich hinsprechen würde ‚Ohne Kondom will ich das nicht‘, einen Zettel mit eben diesem Inhalt neben das Bett legen oder ein T-Shirt mit dieser Aufschrift tragen würde oder anderes mehr.“<sup>54</sup>

Dass solche Absurditäten nicht erforderlich sind, liegt daran, dass ein einmal erklärter Wille, der sich auf den gesamten Sexualkontakt bezieht, weiterbesteht, bis er aufgehoben wurde.<sup>55</sup> Ein Verhalten mit einem entsprechenden Erklärungsinhalt liegt aber gerade nicht vor, wenn die Person – wie in den Fällen von Stealthing – nichts von den geänderten Umständen weiß. Im Ergebnis hat der BGH daher zu Recht einen sexuellen Übergriff angenommen.

Auch für andere Konstellationen im Umkreis von Stealthing lassen sich aus der BGH-Entscheidung Schlüsse ziehen. Da nach der Ansicht des BGH schon objektiv kein Einverständnis mit der vorgenommenen sexuellen Handlung – Geschlechtsverkehr ohne Kondom – vorliegt, unterliegt das Opfer keiner Fehlvorstellung und wurde auch nicht getäuscht. Die Grundsätze zur Unbeachtlichkeit einer Täuschung gelten also weiterhin. Ein durch Vorspiegelung von Treue o.ä. erschlichesenes Einverständnis ist daher wirksam und schließt die Strafbarkeit gem. § 177 Abs. 1 StGB aus.<sup>56</sup> Dies gilt auch für den Fall, dass einer der Sexualpartner wahrheitswidrig behauptet, eine Schwangerschaft sei ausgeschlossen, etwa durch Einnahme der „Pille“ oder eine zuvor erfolgte Vasektomie.<sup>57</sup>

Etwas anderes gilt für den Fall, dass das Vorspiegeln falscher Tatsachen die sexuelle Handlung als solche betrifft. In einem Fall, den das AG Bielefeld zu entscheiden hatte, hatte die Angeklagte das Kondom ihres gelegentlichen Sexualpartners, mit dem sie in einer WG wohnte, mit einer Nadel durchlöchert, um von ihm schwanger zu werden.<sup>58</sup> Das AG wertete den Geschlechtsverkehr unter Verwendung eines dieser Kondome als sexuellen Übergriff. Auf Basis der Entscheidung des BGH ist das konsequent: Wenn Geschlechtsverkehr mit und ohne Kondom u.a. wegen des erhöhten Infektions- und Schwangerschaftsrisikos unterschiedliche sexuelle Handlungen darstellen, gilt das auch in den Fällen, in denen das Kondom so manipuliert wurde, dass es keine Schutzwirkung mehr entfaltet. Erst recht kommt man zum selben Ergebnis, wenn man die sexuelle Autonomie in den Mittelpunkt stellt. Da das Opfer erkennbar nur dem Geschlechtsverkehr unter Verwendung eines nichtmanipulierten Kondoms zugestimmt hat, setzt sich die Täterin über diesen Willen vorsätzlich hinweg und verletzt das Opfer in seinem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung.

Eine Verletzung der sexuellen Autonomie und damit ein strafbarer sexueller Übergriff liegt nach dem Ausgangspunkt des BGH auch vor, wenn die Partner sich darauf verständigt haben, kein Kondom zu verwenden, einer der Partner dies jedoch trotzdem heimlich tut.<sup>59</sup> Die tatsächlich vorgenommene sexuelle Handlung ist dann nicht diejenige, auf die sich die Partner verständigt haben. Hiergegen könnte man einwenden, dass durch die Verwendung eines Kondoms das Risiko der Infektion

<sup>54</sup> KG BeckRS 2020, 18243 Rn. 34.

<sup>55</sup> Herzog, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (357); Keßler, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 270.

<sup>56</sup> Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 177 Rn. 5a.

<sup>57</sup> Corrêa Camargo, ZStW 134 (2022), 351 (375); Hoffmann, NStZ 2019, 16 (17); Keßler, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 349 ff.; Linoh/Wettmann, ZIS 2020, 383 (392). A.A. Stehr, StRR 2021, Nr. 7, 27 (31 f.).

<sup>58</sup> AG Bielefeld, Urt. v. 2.5.2022 – 10 Ls – 566 Js 962/21 – 476/21.

<sup>59</sup> Ebenso Pschorr, StraFo 2021, 279 (285); Keßler, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 343 f.; a.A. Hoffmann, NStZ 2019, 16 (17); Hörnle, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 177 Rn. 35; Linoh/Wettmann, ZIS 2020, 383 (391); Wißner, KriPoZ 2021, 279 (283).

mit sexuell übertragbaren Krankheiten und das einer ungewollten Schwangerschaft vermindert wird und wegen dieser Risikominderung kein strafwürdiges Verhalten vorläge.<sup>60</sup> Die Abweichung sei daher nicht erheblich.<sup>61</sup> In Bezug auf das maßgebliche Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung trifft diese Argumentation aber nicht zu: So, wie es in manchen Fällen *conditio sine qua non* sein kann, dass ein Kondom verwendet wird, kann in anderen Fällen das Fehlen eines Kondoms die Voraussetzung für die Zustimmung zum Geschlechtsverkehr sein. Man denke etwa an Kinderwunschaare, die gezielt an den fruchtbaren Tagen Geschlechtsverkehr haben wollen, um die Chance auf eine Schwangerschaft zu erhöhen. Dieses Beispiel zeigt, dass zumindest die Wahrscheinlichkeit eines Schwangerschaftseintritts je nach Situation Risiko oder Chance sein kann. Tatsächlich stellt jede Abweichung von der vereinbarten sexuellen Handlung ein Risiko für die sexuelle Selbstbestimmung dar, unabhängig davon, ob weitere (gesundheitliche) Risiken dadurch vermindert oder verstärkt werden.<sup>62</sup> Etwas anderes gilt nur dann, wenn die tatsächlich vorgenommene sexuelle Handlung notwendiges Durchgangsstadium zur vereinbarten ist, weil sich dann das Einverständnis auch auf diese Handlung erstreckt. Haben die Partner eine Penetration vereinbart und verzichtet der aktive Partner darauf, diese zu vollziehen, sind die sexuellen Handlungen zur Vorbereitung der Penetration dennoch vom Einverständnis umfasst. Dies gilt aber nicht für die abredewidrige Verwendung eines Kondoms.<sup>63</sup>

### 3. Verwirklichung des Regelbeispiels von § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB

Offen gelassen hat der BGH die Frage, ob das Regelbeispiel des § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB verwirklicht ist. Zwar hat er es nicht ausgeschlossen, allerdings weder in die eine noch in die andere Richtung in einem obiter dictum argumentiert, so dass die Frage nach wie vor als höchstrichterlich ungeklärt anzusehen ist.<sup>64</sup> In dieser Frage gehen die Meinungen unter den Befürwortern einer Strafbarkeit von Stealthing auseinander. Für das Vorliegen einer Vergewaltigung<sup>65</sup> wird angebracht, dass der Täter in diesen Fällen den Wortlaut des Merkmals erfülle, da Beischlaf vollzogen werde. Eine besondere Erniedrigung sei nur bei ähnlichen sexuellen Handlungen erforderlich.<sup>66</sup> Gründe, die Verwirklichung des Regelbeispiels abzulehnen, seien nicht gegeben.<sup>67</sup>

Der überwiegende Teil der Rechtsprechung und Literatur spricht sich hingegen gegen das Vorliegen des Regelbeispiels der Vergewaltigung aus.<sup>68</sup> Stealthing unterscheide sich vom Regelfall der Vergewaltigung dadurch, dass ein Einverständnis mit der Penetration vorliege, was eine deutliche Abweichung von üblichen Fällen der Vergewaltigung darstelle.<sup>69</sup> Die Handlung sei nicht dazu geeignet,

<sup>60</sup> Ähnlich *Wißner*, der allerdings auf die „Intimitätswegnahme“ abstellt, KriPoZ 2021, 279 (283). Als „weniger“ ordnet die Konstellation *Hoven* ein, NStZ 2020, 578 (581 Fn. 40). Siehe auch *Hörnle*, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 177 Rn. 35.

<sup>61</sup> *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (17); *Linoh/Wettmann*, ZIS 2020, 383 (391).

<sup>62</sup> Ähnlich OLG Hamm, Urt. v. 1.3.2022 – III-5 RVs 124/21, Rn. 15 (juris).

<sup>63</sup> Gleich setzt diese Konstellationen aber *Hörnle*, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 177 Rn. 35.

<sup>64</sup> Anders aber *Beukelmann/Heim*, NJW-Spezial 2023, 121.

<sup>65</sup> *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 177 Rn. 2e; *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (14); *Ost/Weil*, jm 2021, 346 (350); *Linoh*, jurisPR-StrafR 11/2019 Anm. 5, S. 4 f.

<sup>66</sup> *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (14).

<sup>67</sup> *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (14).

<sup>68</sup> AG Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 39 ff. (juris); AG Bielefeld, Urt. v. 2.5.2022 – 10 Ls – 566 Js 962/21 – 476/21; AG Kiel BeckRS 2020, 38969 Rn. 18; LG Berlin, Urt. v. 27.11.2019 – (570) 284 Js 118/18 Ls Ns (50/19), Rn. 7 (juris); AG Freiburg BeckRS 2020, 41446 Rn. 97; *Beukelmann/Heim*, NJW-Spezial 2023, 121; *Geneuss/Bublitz/Papenfuß*, JR 2021, 191 (192 f.); *Hoven*, NStZ 2020, 578 (584); *Keßler*, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 288; *Wißner*, KriPoZ 2021, 279 (283). Für gut vertretbar hält dies auch *Hörnle*, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 177 Rn. 233, 261.

<sup>69</sup> AG Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 41 (juris).

das Opfer besonders zu erniedrigen.<sup>70</sup> Zum Teil wird angenommen, dass dieser Umstand in der Regel zum Wegfall des Regelbeispiels führe,<sup>71</sup> zum Teil wird er nur als ein Faktor in die Abwägung eingestellt.<sup>72</sup> Ein minderschwerer Fall nach § 177 Abs. 9 StGB wird hingegen in Fällen von Stealthing meist nicht angenommen.<sup>73</sup>

Die Zurückhaltung der Gerichte, einen besonders schweren Fall des sexuellen Übergriffs anzunehmen, dürfte mit dem verhältnismäßig hohen Strafmaß des § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB zusammenhängen. Schon das Grunddelikt des § 177 Abs. 1 StGB zählt, indem es im Minimum eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten vorsieht, zu den mittelschweren Delikten.<sup>74</sup> Liegt eine Vergewaltigung vor, erhöht sich die Mindestfreiheitsstrafe auf zwei Jahre. Das ist eine bedeutsame Grenze, weil eine Bewährungsstrafe nur bei einer Freiheitsstrafe von maximal zwei Jahren in Betracht kommt (§ 56 Abs. 2 StGB). Regelmäßig werden Vergewaltiger daher eine Freiheitsstrafe tatsächlich verbüßen müssen. Eine Besonderheit des § 177 StGB ist zudem, dass die Mindeststrafe jedenfalls in den Fällen der Abs. 1 und 2 bei Verwirklichung des Regelbeispiels deutlich erhöht, nämlich vervierfacht wird.<sup>75</sup> Zum Vergleich: Bei §§ 242, 243 StGB ist bei Verwirklichung des Regelbeispiels eine Mindeststrafe von drei Monaten zu verhängen, bei Verwirklichung der Qualifikation der §§ 242, 244 Abs. 1 StGB sind es sechs Monate. Die Sanktionshöhen steigen bei den Eigentumsdelikten also deutlich langsamer als bei § 177 StGB. Dieser Vergleich zeigt, dass die Annahme einer Vergewaltigung sich deutlich stärker auf die Strafzumessung auswirkt als etwa die Annahme eines Einbruchsdiebstahls.

Aus den bislang ergangenen Urteilen zu Stealthing ist erkennbar, dass die Gerichte eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren in Fällen von Stealthing überwiegend für nicht schuldangemessen halten. Die Täterin und die Täter wurden zu Freiheitsstrafen von sechs Monaten<sup>76</sup>, acht Monaten<sup>77</sup>, neun Monaten<sup>78</sup> und zwölf Monaten<sup>79</sup> verurteilt, das BayObLG<sup>80</sup> legt sogar – bei Annahme eines minderschweren Falls nach § 177 Abs. 9 StGB – nur eine Geldstrafe nah. Das sind alles Strafen, die sich am unteren Ende des Strafzumessungsspektrums befinden und den Strafraum des § 177 Abs. 1 StGB von bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe nicht annähernd ausschöpfen.<sup>81</sup> In der Sache ist es auch nachvollziehbar, dass die Gerichte ein Verhalten, dessen Strafbarkeit als solche umstritten ist und zu dem es bis zur hier besprochenen Entscheidung des BGH keine höchstrichterliche Rechtsprechung gab, eher milde bestrafen wollen.

<sup>70</sup> AG Bielefeld, Urt. v. 2.5.2022 – 10 Ls – 566 Js 962/21 – 476/21, Rn. 8 (juris); *Hoven*, NStZ 2020, 578 (584).

<sup>71</sup> In diese Richtung LG Berlin, Urt. v. 27.11.2019 – (570) 284 Js 118/18 Ls Ns (50/19), Rn. 7 (juris); AG Bielefeld, Urt. v. 2.5.2022 – 10 Ls – 566 Js 962/21 – 476/21, Rn. 8 (juris); *Hoven*, NStZ 2020, 578 (584); *Geneuss/Bublitz/Papenfuß*, JR 2021, 191 (193).

<sup>72</sup> AG Freiburg BeckRS 2020, 41446 Rn. 98 ff. In diese Richtung auch *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (18); *Hörnle*, in: LK-StGB, Bd. 10, 13. Aufl. 2023, § 177 Rn. 233, 261.

<sup>73</sup> AG Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 43 (juris); LG Berlin, Urt. v. 27.11.2019 – (570) 284 Js 118/18 Ls Ns (50/19), Rn. 8 (juris); AG Freiburg BeckRS 2020, 41446 Rn. 101. A.A. BayObLG BeckRS 2021, 31633 für einen Fall ohne Penetration.

<sup>74</sup> Vgl. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 177 Rn. 10.

<sup>75</sup> Die Regelbeispiele beziehen sich auch auf § 177 Abs. 4, Abs. 5 StGB, die jeweils eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr vorsehen. Hier läge nur eine Verdoppelung vor.

<sup>76</sup> AG Bielefeld, Urt. v. 2.5.2022 – 10 Ls – 566 Js 962/21 – 476/21; LG Berlin, Urt. v. 27.11.2019 – (570) 284 Js 118/18 Ls Ns (50/19).

<sup>77</sup> AG Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 39 ff. (juris), aufgehoben durch LG Berlin, Urt. v. 27.11.2019 – (570) 284 Js 118/18 Ls Ns (50/19).

<sup>78</sup> AG Freiburg BeckRS 2020, 41446.

<sup>79</sup> AG München BeckRS 2020, 51766; gehalten durch LG München BeckRS 2020, 51752; aufgehoben durch BayObLG BeckRS 2021, 31633.

<sup>80</sup> BayObLG BeckRS 2021, 31633 Rn. 48.

<sup>81</sup> Kritisch *Geneuss/Bublitz/Papenfuß*, JR 2021, 191 (193).

Aus juristischer Perspektive stellt sich bei Regelbeispielen immer zunächst die Frage, ob deren Voraussetzungen vorliegen und sie damit Indizwirkungen entfalten. Das ist in den Stealthing-Fällen regelmäßig der Fall, weil in den typischen Fällen der „Beischlaf vollzogen“ wird, also Vaginalverkehr stattfindet, oder andere sexuelle Handlungen vollzogen werden, die das Opfer besonders erniedrigen (§ 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB). Kommt es zu einem Eindringen in den Körper des Opfers, wird die Tat (auch im Schuldspruch) als „Vergewaltigung“ bezeichnet.<sup>82</sup> Die Indizwirkung des Regelbeispiels kann allerdings in Ausnahmefällen widerlegt werden. Überwiegend wird die Verneinung des Regelbeispiels damit begründet, dass bei Stealthing ein Einverständnis zur Penetration vorliege und die Situation daher nicht besonders erniedrigend für das Opfer sei.<sup>83</sup> Dabei stellen sich drei Fragen:

Erstens kann diese Argumentation nur dann überzeugen, wenn das Fehlen einer „besonderen Erniedrigung“ das maßgebliche Kriterium für den Ausschluss des Regelbeispiels ist. Dem Wortlaut nach ist die besondere Erniedrigung allerdings für das Vorliegen des Regelbeispiels, und dann auch nur bei beischlafähnlichen sexuellen Handlungen, erforderlich.<sup>84</sup> Das ist auch logisch, weil das Eindringen in den Körper als Faktor für die Erniedrigung gewertet wird und dies beim Beischlaf immer der Fall ist. Nach der Konzeption des Gesetzgebers steht die besondere Erniedrigung beim Beischlaf (trotz erkennbar entgegenstehenden Willens) offenbar außer Frage.<sup>85</sup> Dann ist es aber nicht überzeugend, einen besonders schweren Fall allein unter Hinweis darauf abzulehnen, dass es bei Stealthing an der besonderen Erniedrigung fehle. Auf eine besondere Erniedrigung kommt es bei vollzogenem Beischlaf gar nicht an, sondern es ist zu fragen, ob die Tat „[...] nach der gebotenen Gesamtabwägung aller für und gegen ihn sprechenden Umstände im Ergebnis in ihrem Unrechts- und Schuldgehalt so sehr von dem typischen, erfahrungsgemäß vorkommenden und vom Gesetzgeber bei der Bestimmung des erhöhten Strafrahmens zugrunde gelegten Tatbild [abweicht], dass die Annahme eines besonders schweren Falles gemäß § 177 Abs. 6 StGB unangemessen und damit unverhältnismäßig ist.“<sup>86</sup>

Zweitens begegnet auch die Annahme Bedenken, dass Opfer sei weniger erniedrigt, weil es mit der Penetration an sich einverstanden war. Die Argumentation des BGH beruht auf der Prämisse, dass gerade kein Einverständnis mit der Penetration „an sich“ vorliegt, sondern die Penetration ohne Kondom eine nicht vom Einverständnis erfasste sexuelle Handlung ist. Dann ist es aber widersprüchlich, für die Frage des Vorliegens einer Vergewaltigung doch darauf abzustellen, dass das Opfer den Geschlechtsverkehr eigentlich gewünscht habe.<sup>87</sup> Wie in anderen Fällen der Vergewaltigung setzt sich der Täter über die Wünsche des Opfers hinweg und benutzt das Opfer daher als Objekt für die Befriedigung seiner eigenen (Macht-)Interessen.<sup>88</sup> Die Konstellation erinnert an die Kontroverse um die Vergewaltigung von Prostituierten: Während insbesondere der 4. Strafsenat des BGH bei beischlafähnlichen Handlungen mit Penetration zu Gunsten des Täters weitere Anhaltspunkte für eine „besondere Erniedrigung“ fordert, wenn das Opfer an und für sich gegen Entgelt zur Vornahme der

<sup>82</sup> Siehe BGH NStZ 2001, 369 (369).

<sup>83</sup> AG Bielefeld, Urt. v. 2.5.2022 – 10 Ls – 566 Js 962/21 – 476/21, Rn. 8 (juris); Hoven, NStZ 2020, 578 (584).

<sup>84</sup> So zutreffend Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 177 Rn. 100 ff.; Makepeace, KriPoZ 2021, 10 (14); Keßler, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 286. Siehe auch BGH NStZ 2000, 254 (255).

<sup>85</sup> Keßler, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 141.

<sup>86</sup> Siehe etwa LG Berlin, Urt. v. 27.11.2019 – (570) 284 Js 118/18 Ls Ns (50/19), Rn. 7 (juris).

<sup>87</sup> KG BeckRS 2020, 18243 Rn. 41; Makepeace, KriPoZ 2021, 10 (14); Ost/Weil, jm 2021, 346 (350); Linoh, jurisPR-StrafR 11/2019 Anm. 5, S. 4 f.; a.A. Geneuss/Bublitz/Papenfuß, JR 2021, 191 (193).

<sup>88</sup> Ost/Weil, jm 2021, 346 (350).

sexuellen Handlung bereit war,<sup>89</sup> geht der überwiegende Teil der Rechtsprechung und Literatur (u.a. der 3. *Strafsenat*, der in der Frage des Stealthing entschieden hat)<sup>90</sup> davon aus, dass die grundsätzliche Bereitschaft zu sexuellen Handlungen unter bestimmten Umständen nichts daran ändert, dass bei Missachtung dieser Umstände eine besonders erniedrigende Handlung und damit eine Vergewaltigung vorliegt. Treffend formuliert *Gaede* „halb gewollt ist nicht gewollt“.<sup>91</sup> Das gilt erst recht in Fällen, in denen der Beischlaf vollzogen wurde und eine „besondere Erniedrigung“ gar nicht zu prüfen ist. Würde man bei Stealthing eine Vergewaltigung verneinen, weil das Opfer „an sich“ zur Penetration bereit war, würde man sein Recht auf sexuelle Selbstbestimmung abwerten. Mit der Entscheidung, geschützten Geschlechtsverkehr zu haben, würde das Opfer den Schutz des § 177 Abs. 6 StGB dann für Fälle des sexuellen Übergriffs verlieren, weil der Geschlechtsverkehr nicht besonders erniedrigend bewertet würde, wenn das Opfer grundsätzlich dazu bereit war. Damit könnte das Opfer die Modalitäten des Sexualkontakts nicht mehr frei festlegen.<sup>92</sup> Letztendlich werden durch eine solche Ansicht moralische Vorstellungen in das Recht hineingetragen, weil ein Opfer, das grundsätzlich zu allen Sexualpraktiken bereit gewesen wäre, seltener vergewaltigt werden könnte als ein Opfer, das nur eine Sexualpraktik gutgeheißen hätte. Das kann nicht richtig sein.<sup>93</sup>

Drittens sind Fälle von Stealthing selbst dann nicht unbedingt als nicht besonders erniedrigend einzuordnen, wenn man – entgegen der hier vertretenen Ansicht – dem grundsätzlichen Einverständnis in die Penetration eine Bedeutung zukommen lässt. Denn kennzeichnend für Stealthing ist ein Vertrauensbruch, der in vielen klassischen Fällen der Vergewaltigung nicht vorliegt.<sup>94</sup> Im Vertrauen darauf, dass ihre klar kommunizierten Wünsche respektiert werden, verzichten die Opfer auf weitere Kontrolle und Schutzmaßnahmen. Entsprechend erleben viele Opfer in Folge der Tat einen Vertrauensverlust.<sup>95</sup> Es wäre zu diskutieren, welche Rolle diese Auswirkung i.R.d. § 177 Abs. 6 StGB spielt. So wird zum Teil eine Vergleichbarkeit mit einer „klassischen“ Vergewaltigung abgelehnt<sup>96</sup> und sogar durch Einbeziehung von Stealthing eine „Verharmlosung der Vergewaltigung“<sup>97</sup> befürchtet, zum Teil wird hingegen eine Nähe zur Vergewaltigung gesehen.<sup>98</sup>

Im Ergebnis ist es daher nicht überzeugend, in Fällen des Stealthing das Regelbeispiel routinemäßig zu verneinen, weil das Opfer nicht erniedrigt sei. Das gilt auch dann nicht, wenn das Opfer männlich und die Täterin weiblich ist.<sup>99</sup> Das Regelbeispiel ist – sofern es zur Penetration kommt – verwirklicht und es stellt sich nur die Frage, ob ausnahmsweise im Rahmen einer Gesamtwürdigung davon abgewichen werden kann.<sup>100</sup> Dabei kommt es aber jeweils auf die konkreten Umstände des

<sup>89</sup> BGH NStZ 2001, 369 (370). Siehe auch eine Entscheidung des 5. *Senats*: BGH NStZ 2001, 29, wonach eine „Differenzierung geboten [sei] zwischen Taten gegen Frauen, die sich dem Täter zu – gegebenenfalls entgeltlichen – sexuellen Handlungen anbieten, und Taten gegen Opfer, die dem Täter keinerlei Anlass zu der Annahme geben, sie wären zu sexuellem Kontakt bereit [...]“. Kritisch hierzu *Hörnle*, StV 2001, 453.

<sup>90</sup> BGH NStZ-RR 2008, 74; siehe auch BGH BeckRS 2022, 32088 m.w.N.; *Gaede*, NStZ 2002, 238 (239 ff.); *Hörnle*, StV 2001, 453 (455); *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 177 Rn. 104; *Wolters/Noltenius*, in: Wolter, Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 177 Rn. 88.

<sup>91</sup> So der Titel des Aufsatzes von *Gaede*, NStZ 2002, 238.

<sup>92</sup> Vgl. *Hörnle*, StV 2001, 453 (455).

<sup>93</sup> Dagegen auch in Bezug auf die Differenzierung bei Prostituierten *Hörnle*, StV 2001, 453 (455).

<sup>94</sup> Näher *Lino/Wettmann*, ZIS 2020, 383 (383 ff.).

<sup>95</sup> Siehe das Fallbeispiel bei *Wißner*, KriPoZ 2021, 279 (284 f.).

<sup>96</sup> *Wißner*, KriPoZ 2021, 279 (286); *Keßler*, Sexuelle Täuschungen, 2022, S. 288.

<sup>97</sup> AG Kiel BeckRS 2020, 38969 Rn. 18.

<sup>98</sup> *Makepeace*, KriPoZ 2021, 10 (14).

<sup>99</sup> So aber AG Bielefeld, Urt. v. 2.5.2022 – 10 Ls – 566 Js 962/21 – 476/21, Rn. 8 (juris).

<sup>100</sup> So zutreffend AG Freiburg BeckRS 2020, 41446 Rn. 97 ff.; AG Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 39 ff. (juris).

Einzel falls an. So ist z.B. nachvollziehbar, dass das BayObLG die Tatsache, dass vor und nach dem sexuellen Übergriff trotz dessen Erkennen einvernehmlicher Geschlechtsverkehr vollzogen wurde, zum Vorteil des Täters gewertet hat.<sup>101</sup> Ebenfalls verständlich ist, dass das KG die vorangegangene Planung der Tat zum Nachteil des Täters gewertet hat.<sup>102</sup> Die Urteile von KG und BayObLG zeigen deutlich die Komplexität der Abwägung, der sich die Gerichte aber nicht durch das pauschale Ablehnen des Regelbeispiels entziehen können.

## V. Ausblick

Die Strafbarkeit von Stealthing wird zurzeit weltweit diskutiert. So hat kürzlich ein niederländisches Gericht erstmalig einen Stealthing-Vorfall als Sexualdelikt verurteilt.<sup>103</sup> Mit der Entscheidung des BGH sind in Deutschland die Würfel gefallen, was die Strafbarkeit von Stealthing als solche angeht: Stealthing ist ein strafbarer sexueller Übergriff.

Damit wird sich in Zukunft die Diskussion zur Frage hin verlagern, welche Strafe angemessen ist und ob in den entsprechenden Fällen eine Vergewaltigung vorliegt. Es fällt auf, dass bisher noch in keinem Fall wegen Vergewaltigung verurteilt wurde, obwohl die Voraussetzungen des Regelbeispiels häufig vorlagen. Es dürfte aber nur eine Frage der Zeit sein, bis ein Gericht § 177 Abs. 6 StGB anwendet. Die Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH zu Stealthing ist daher zwar die erste, wird aber sicherlich nicht die letzte sein.

---

<sup>101</sup> BayObLG BeckRS 2021, 31633 Rn. 41, allerdings im Kontext von § 177 Abs. 9 StGB.

<sup>102</sup> KG BeckRS 2020, 18243 Rn. 41.

<sup>103</sup> Rechtsbank Rotterdam, Urt. v. 14.3.2023 – 10/040511-22 = ECLI:NL:RBROT:2023:2092, abrufbar unter <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=-CLI:NL:RBROT:2023:2092&showbu-ton=true&keyword=Stealthing&idx=2> (24.3.2023).