

Schockstarre bei Angriffen sexualisierter Gewalt: Argumentations- linien für die Nebenklage

Linus Heiler
Naora Bruns

Das vorliegende Schriftstück ist Ergebnis der Projektarbeit der Autor*innen im 13. Zyklus der Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte (HLCMR) im Wintersemester 2021/22 und Sommersemester 2022.

Die Autor*innen wurden von Seiten der Kooperationspartner*innen des Vereins JUMEN e.V. - Juristische Menschenrechtsarbeit in Deutschland betreut durch Kaja Deller, Navin Mienert und Adriana Kessler.

Die wissenschaftliche Begleitung und Betreuung bei der Erstellung des Schriftstücks erfolgte durch Dilken Çelebi.

Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte
Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und
Geschlechterstudien
Unter den Linden 9, 10099 Berlin

www.hlcmr.de

Inhaltsverzeichnis

Summary	1
A. Einleitung	2
B. Das Phänomen der tonischen Immobilität	7
C. Schockstarre und Genderstereotype	12
D. Rechtliche Einordnung von Tatkonstellationen mit Schockstarre	17
I. Einordnung von „Widerstandsunfähigkeit“ unter dem 50. StrÄG	17
II. Konstellationen, in denen eine Äußerung des entgegenstehenden Willens angenommen werden muss (§ 177 Abs. 1 StGB)	18
1. Maßgeblicher Zeitraum für die Ermittlung des entgegenstehenden Willens	19
2. Keine Abkehr vom entgegenstehenden Willen bei tonischer Immobilität	23
3. Die Problematik des Vorsatzes beim Täter	25
III. Fehlende Bildung und Äußerung des entgegenstehenden Willens (§ 177 Abs. 2 StGB)	30
1. Rechtliche Problematik hinsichtlich des § 177 Abs.2 StGB	30
2. Ausschließliche Konstellationen des § 177 Abs.2 StGB	33
E. Fazit	34
Literaturverzeichnis	36

Summary

Der vorliegende Beitrag bietet Argumentationslinien für Nebenklagevertretungen in Sexualstrafverfahren, bei denen die Betroffenen während der Tat in den Zustand der Schockstarre gefallen sind. Kommt es zu einer Schockstarre, werden die Fälle sexualisierter Gewalt immer noch unzureichend strafrechtlich verfolgt. Die Texte sollen eine Argumentation unterstützen, die eine angemessene Berücksichtigung und Würdigung der Schockstarre in Strafrechtsverfahren von Fällen sexualisierter Gewalt und den Betroffenen zum Ziel hat.

Dazu führt der Beitrag zunächst in den wissenschaftlichen Diskurs um das Phänomen der Schockstarre (tonische Immobilität) ein. Nach einer kurzen Einführung zu Genderstereotypen und Vergewaltigungsmythen wird anhand von Ausschnitten aus Gerichtsurteilen und Einstellungsbescheiden aufgezeigt, wie diese die Wertung einer Schockstarre während Angriffen sexualisierter Gewalt in Sexualstrafverfahren beeinflussen. Im Anschluss folgen juristische Argumentationslinien, die aufzeigen sollen, wie das geltende Recht anzuwenden ist, um Fälle sexualisierter Gewalt, in denen die Betroffenen in einen Zustand der Schockstarre verfallen sind, strafrechtlich angemessen zu würdigen. Bei der rechtlichen Einordnung von Tatkonstellationen mit Schockstarre wird eine Einordnung der „Widerstandsunfähigkeit“ unter dem 50. StrÄG durchgeführt. Außerdem erfolgt eine Auseinandersetzung mit Konstellationen, in denen eine Äußerung des entgegenstehenden Willens angenommen werden muss (§ 177 Abs.1 StGB). Hierbei liegt der Fokus auf dem maßgeblichen Zeitraum für die Ermittlung des entgegenstehenden Willens, denn eine Schockstarre darf nicht als ein Widerruf dessen verstanden werden. Darauf folgende Analysen der Problematik des Vorsatzes des Täters und von Konstellationen, bei denen keine Äußerung des entgegenstehenden Willens vorliegt (§ 177 Abs. 2 StGB), zeigen auf, wie durch eine hinreichende Anwendung des Gesetzes auch Fälle der Schockstarre strafrechtlich verfolgt werden müssen.

A. Einleitung

Bei der Verfolgung von Vergewaltigungen und anderen Formen sexualisierter Gewalt in Deutschland besteht nach wie vor eine große Diskrepanz zwischen der Anzeigequote und der Verurteilungsquote von Angriffen sexualisierter Gewalt.¹ Die Verurteilungsquote² bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung liegt gerade einmal bei etwa 8 %, eine effektive Strafverfolgung in Deutschland von Fällen sexualisierter Gewalt lässt weiter auf sich warten.³

Diese Schwundquote⁴ zeigt sich insbesondere bei Taten, bei denen Betroffene in einen Zustand der Schockstarre verfallen, was auf einen Großteil der Fälle sexualisierter Gewalt zutrifft.⁵ Infolgedessen sind die Betroffenen nicht in der Lage, sich gegen den Übergriff verbal oder körperlich zu wehren.⁶ In der Praxis hat sich dies als Hindernis für die Annahme der Voraussetzungen des § 177 Strafgesetzbuch (StGB) herausgestellt, welcher den sexuellen Übergriff, die sexuelle Nötigung und die Vergewaltigung unter Strafe stellt. Für den sexuellen Übergriff ist die Vornahme einer sexuellen Handlung gegen den erkennbar entgegenstehenden Willen der betroffenen Person erforderlich. Die Eigenheiten der Schockstarre werden bei der Auslegung des Tatbestandes unzureichend berücksichtigt. Dies führt in erster Linie dazu, dass das Recht auf ein faires Verfahren für die Betroffenen nicht gewährleistet wird. Es gilt also zu zeigen, wie auch Fälle sexualisierter

¹ Seith et al, 2009, 9; European Union Agency for Fundamental Rights, 2014, 7.

² gemessen an den Anzeigen

³ Grieger, Clemm, Eckhard & Hartmann, 2014, 5.

⁴ Der Begriff der Schwundquote bezeichnet die Diskrepanz zwischen der Anzeigequote und der Höhe der rechtskräftigen Verurteilungen von Angriffen sexualisierter Gewalt. Die Professorin für Psychologie Barbara Krahe und ihre Kolleg*innen bezeichnen dieses Phänomen auch als „Gerechtigkeitslücke“ (Krahe, 2012, 159; Temkin & Krahe, 2008, 9).

⁵ Möller et al., 2017, 935.

⁶ Möller et al., 2017, 935.

Gewalt, bei denen die Betroffenen in einen Zustand der Schockstarre gefallen sind, zu einer Strafbarkeit der Täter führen müssen.

In Sexualstrafverfahren haben die Betroffenen die Möglichkeit, durch eine Nebenklagevertretung im Prozess vertreten zu werden. Sie werden so „nicht mehr ausschließlich als Beweismittel gesehen“⁷, sondern sind durch unter anderem das Akteneinsichts-, Anwesenheits- und Fragerecht Verfahrensbeteiligte. Durch die Position der Nebenklage und die damit einhergehenden verfahrensrechtlichen Vorschriften sollen die Betroffenen aufgrund ihrer besonderen Vulnerabilität in Strafverfahren geschützt werden.⁸ Die Nebenklagevertretung spielt eine essenzielle Rolle, um die Interessen der Betroffenen von Sexualstraftaten zu wahren.⁹ In Sexualstrafverfahren, bei denen die Betroffenen während der Tat in einen Zustand der Schockstarre gefallen sind, liegt es häufig bei den Nebenklagevertretungen, die Eigenheiten der Schockstarre zu erläutern und dafür zu argumentieren, dass diese bei der Auslegung des Tatbestandes berücksichtigt werden. Nebenklagevertretungen, die Betroffene in Sexualstrafverfahren vertreten, müssen oftmals gegen die unzureichende Berücksichtigung oder Falschauslegung der Schockstarre argumentieren. Die vorliegende Arbeit soll Nebenklagevertretungen dabei unterstützen. Die einzelnen Abschnitte enthalten Textbausteine, die eine Argumentation unterstützen sollen, welche vorurteilsfreie Gerichtsverfahren fordert. Genderstereotype und Vergewaltigungsmythen stehen dem - und der Wahrheitsfindung - entgegen. Der Text enthält einzelne besonders aussagekräftige

⁷ Ladenburger & Lörsch, 2021, 51.

⁸ Ladenburger & Lörsch, 2021, 51.

⁹ djb, 2018, 15.

Wichtig ist es hier, zu erwähnen, dass in den letzten Jahren immer mehr Bestrebungen und Entwicklungen zu erkennen sind, die die Nebenklage als Interessenvertretung der Betroffenen von Sexualstraftaten einschränken bzw. zurückdrängen wollen (djb, 2018, 3; Clemm, 2015, 4). So werden den Nebenklagevertretungen beispielsweise das Recht auf Akteneinsicht verwehrt, wenn es in Fällen zu Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen kommt (Rabe & Leisering, 2018, 50).

Textpassagen, welche fett hervorgehoben sind. Diese können Nebenklagevertretungen für ihre Arbeiten und eine Argumentation zur Würdigung und Berücksichtigung der Schockstarre nutzen und auf die individuellen Fälle anpassen.

Ein Recht auf Schutz vor sexualisierter Gewalt und dessen Aufarbeitung wird aus verschiedenen grund- und menschenrechtlichen Normen abgeleitet. Im deutschen Grundgesetz ist durch Artikel 2 Abs. 2 das Recht auf körperliche Unversehrtheit einer jeden Person festgelegt. Auf menschenrechtlicher Ebene definiert das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, auch Istanbul-Konvention genannt, Gewalt gegen Frauen deutlich als eine Menschenrechtsverletzung.¹⁰ Artikel 36 der Istanbul-Konvention behandelt dabei explizit das Thema der sexualisierten Gewalt und Vergewaltigung.¹¹ Heike Rabe und Julia von Normann kommen in ihrer Analyse zu Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen zu dem Schluss, dass sich „[a]us dieser rechtlichen Einordnung [als Menschenrechtsverletzung] (...) für den Staat Verpflichtungen auf unterschiedlichen Ebenen [ergeben]: Der Staat ist gehalten, durch sein Handeln nicht selbst die Rechte von Frauen zu verletzen. Er muss ihren Schutz vor Rechtsverletzungen durch Privatpersonen gewährleisten sowie den Rahmen dafür bereitstellen, dass sie ihre Rechte auch tatsächlich wahrnehmen können. Diese drei Dimensionen¹² des Menschenrechtsschutzes ziehen sich durch alle Bereiche staatlichen Handelns und umfassen auch die effektive Strafverfolgung der Täter und Täterinnen von sexualisierter Gewalt.“¹³

¹⁰ Übereinkommen des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, 2011, Art. 3 a.

¹¹ Übereinkommen des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, 2011, Art. 36 - Sexuelle Gewalt, einschließlich Vergewaltigung

¹² Menschenrechtliche Garantien werden unterschiedlichen Verpflichtungsarten und -dimensionen zugewiesen. Dabei gibt es die Unterscheidung zwischen Respektierungs-, Schutz- und Erfüllungspflichten - to respect, to protect, to fulfill (Abwehr-, Schutz- und Leistungsdimensionen in deutscher Rechtsdogmatik). Siehe: Pieroth et al., 2014, 17.

¹³ Rabe & von Normann, 2014, 5.

Die Vertragsstaaten der Istanbul-Konvention müssen alle nicht-einvernehmlichen sexuellen Handlungen unter Strafe stellen und dieses Verbot vor allem auch effektiv durchsetzen.¹⁴

Auch die UN-Frauenrechtskonvention „Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau“ (CEDAW) verfolgt das Ziel, die Diskriminierung der Frau zu beseitigen.¹⁵ Sexualisierte Gewalt wird in der Konvention nicht explizit thematisiert. Allerdings stellt geschlechtsspezifische Gewalt¹⁶ nach der Allgemeinen Empfehlung Nr. 35 des CEDAW-Ausschusses eine Diskriminierung von Frauen gemäß Artikel 1 dar und fällt damit in den Anwendungsbereich der Konvention.¹⁷ Artikel 2 e) begründet die Verpflichtung der Staaten, Frauen auch vor Diskriminierung - und somit vor geschlechtsspezifischer Gewalt - durch Private zu schützen.¹⁸

Aus menschenrechtlicher Sicht ist ein Schutz von Betroffenen sexualisierter Gewalt und die Verfolgung von Vergewaltigungen also deutlich ausformuliert und gefordert. Deutschland verpflichtet sich durch die Ratifikation der verschiedenen Menschenrechtsverträge zu einer Umsetzung dieser Vorgaben.¹⁹ Betroffenen von sexualisierter Gewalt, die während des Übergriffs in eine Schockstarre verfallen sind, wird jedoch durch den derzeitigen Umgang und die unzureichende Verfolgung und Verurteilung von Straftaten dieser Art die volle Inanspruchnahme dieser Rechte verwehrt. Das Recht ermöglicht zwar eine Verfolgung dieser Straftaten. So bietet das im § 177 StGB verankerte, aktuell geltende Recht grundsätzlich den Rahmen, Fälle sexualisierter Gewalt, bei denen Betroffene in eine Schockstarre

¹⁴ Rabe & von Normann, 2014, 6.

¹⁵ Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, 1979, Art. 2.

¹⁶ Der Ausschuss versteht unter geschlechtsspezifischer Gewalt "violence which is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately". Siehe: Committee on the Elimination of Discrimination against Women (2017), 1.

¹⁷ Committee on the Elimination of Discrimination against Women (2017), III.

¹⁸ Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, 1979, Art. 2 e).

¹⁹ Deutscher Bundestag, 2019, 5.

verfallen sind, zur Verurteilung zu bringen. Die Rechtsanwendung ist jedoch von genderstereotypisierten Vorstellungen geleitet²⁰ und führt zur vielfachen Straflosigkeit solcher Taten. Das verstößt gegen geltendes Völkerrecht.

Nach einem wissenschaftlichen Überblick zum Phänomen der Schockstarre, auch als Reaktion auf Gefahrensituationen, gilt es darzustellen, wie das geltende Recht anzuwenden ist, um Fälle sexualisierter Gewalt, die eine Schockstarre bei den Betroffenen ausgelöst haben, strafrechtlich angemessen zu würdigen. Erforderlich ist hierfür zunächst ein Verständnis darüber, wie Genderstereotype die Wertung einer Schockstarre während Angriffen sexualisierter Gewalt beeinflussen. Bei der rechtlichen Einordnung von Tatkonstellationen mit Schockstarre wird eine Einordnung der „Widerstandsunfähigkeit“ unter dem 50. StrÄG durchgeführt, bevor Konstellationen, in denen eine Äußerung des entgegenstehenden Willens angenommen werden muss (§ 177 Abs.1 StGB), näher betrachtet werden. Hierbei liegt der Fokus auf dem maßgeblichen Zeitraum für die Ermittlung des entgegenstehenden Willens, denn eine Schockstarre darf nicht als ein Widerruf des entgegenstehenden Willens verstanden werden. Danach wird auch die Problematik rund um den Vorsatz des Täters in Fallkonstellationen der Schockstarre analysiert. Schließlich werden Konstellationen, in denen keine Äußerung des entgegenstehenden Willens vorliegt (§ 177 Abs. 2 StGB) näher betrachtet.

²⁰ Siehe dazu vertiefend: Stelzner & Minuth (2018): Genderstereotype in Sexualstrafverfahren. Eine Untersuchung durch Prozessbeobachtungen. Forum Recht, Vol. 18, Nr. 3, S.89-93.

B. Das Phänomen der tonischen Immobilität

Der menschliche Körper kennt zwei stressbedingte Reaktionsmodi auf Gefahrensituationen. Entweder kommt es zu aktiven Abwehrreaktionen („Flight or Fight“) oder passiven Reaktionen (bspw. Erstarren).²¹ **Der körperliche Zustand des Erstarrens in Gefahrensituationen wird umgangssprachlich häufig als Schockstarre bezeichnet. Im wissenschaftlichen Kontext wird hierbei jedoch eher von tonischer Immobilität²² gesprochen.²³** Tonische Immobilität ist eine spezielle Form von peritraumatischer Dissoziation, welche dissoziative Symptome während und auch unmittelbar nach einem traumatischen Ereignis bezeichnet.²⁴ Sie kann eine Reaktion auf traumatische Ereignisse bzw. Gefahrensituationen sein. Ist eine Flucht aufgrund der Überlegenheit des*der Feinds*Feindin oder das Gewinnen eines Kampfes nicht möglich, stellt sich eine Art Todstellreflex, d.h. die Bewegungsunfähigkeit ein. **Kozłowska et al. beschreiben, dass tonische Immobilität auftritt, wenn sich eine Person in unmittelbarer bevorstehender oder tatsächlicher Gefahr befindet und eine Flucht oder ein Sieg im Kampf nicht möglich ist oder als nicht möglich wahrgenommen wird.²⁵** Tonische Immobilität bezeichnet damit ein körperliches Erstarren, bei dem die betroffenen Personen eine Bewegungsunfähigkeit bei vollem Bewusstsein erfahren. Trotz oftmals wiederholter Versuche, die Kontrolle über den eigenen

²¹ Kozłowska et al., 2015, 264.

²² Andere Begriffe sind Erstarren, Einfrieren, Freeze oder „rape paralysis“. (Gysi, 2021, 47)

²³ Gysi, 2021, 46.

²⁴ Cardena & Spiegel, 1993, 474.

²⁵ “According to individual accounts, tonic immobility in humans appears to present as a loss of the ability to move or call out and is thought to occur when a person is in imminent or actual (and great) danger, when a threshold of sympathetic arousal has been reached, but when escape or winning a fight is not possible or is perceived as not possible.” (Kozłowska et al., 2015, 273)

Körper zurückzugewinnen, ist der Körper wie eingefroren.²⁶ Aufgrund des Verlusts der motorischen Kontrolle über den eigenen Körper werden die betroffenen Personen unfähig, sich gegen einen Angriff zu wehren. Tonische Immobilität kann als hypertoner dissoziativer Stupor auftreten, welcher ein Erstarren des Körpers mit hoher muskulärer Anspannung beschreibt oder als hypotoner dissoziativer Stupor, welcher mit einer vollständigen Erschlaffung der Muskulatur einhergeht.²⁷ Das Eintreten der Schockstarre ist also eine subjektive Erfahrung.²⁸ Nochmal deutlicher betonen Gallup und Kolleg*innen, dass die Schockstarre keine Entscheidung der Betroffenen ist. **Tonische Immobilität ist eine ungelernete, unwillkürliche Reaktion auf Angst. Tiere und Menschen entscheiden sich nicht für eine Starre.**²⁹ Tatsächlich könnte tonische Immobilität bei extremer Bedrohung sogar eine Fehl Anpassung sein. Tonische Immobilität ist eher eine fest verankerte, intrinsische Reaktion – eine Reaktion, die selbst ziemlich beängstigend sein kann.³⁰

Auf neurobiologischer Ebene wird tonische Immobilität als ein Zustand beschrieben, welcher ein anhaltendes und weitgehend unwillkürliches Muster neuromuskulärer Aktivität (d.h. kataleptisch-katatonisch) sowie sympathische und parasympathische³¹ Reaktionen beinhaltet.³² Seit einiger Zeit wird tonische Immobilität bei Tieren als eine evolutionär angepasste

²⁶ Gysi, 2021, 47.

²⁷ Gysi, 2021, 47.

²⁸ Kozłowska et al., 2015, 273.

²⁹ Gallup et al., 2008, 80.

³⁰ „TI is an unlearned, involuntary response to fear and predation (...). Animals and humans do not choose TI, and in fact TI could be maladaptive when faced with extreme threat. TI is more akin to a hardwired response, a response that can be quite frightening itself.“ (Gallup et al., 2008, 80)

³¹ Im Nervensystem unterscheidet man in „einen sympathischen Anteil von einem parasympathischen, die sich in ihrer Wirkung an den Organen ergänzen. Während der Sympathikus den aktivierungsfördernden Teil übernimmt, spielt der Parasympathikus eine aktivierungshemmende Rolle.“ (Amboss, 2022)

³² Gallup et al., 2008, 75.

Überlebensstrategie betrachtet.³³ Der Mensch zeigt eine Reihe von Abwehrreaktionen, die denen ähneln, die bei nicht-menschlichen Arten beobachtet werden.³⁴ **Damit ist die tonische Immobilität eine normale und erwartete biologische Reaktion auf eine überwältigende Bedrohung ist.**³⁵

Das menschliche Gehirn muss in diesen Gefahrensituationen entscheiden, ob Selbstverteidigung gefährlicher ist als ein Unterdrücken von Abwehrhandlungen. Ein Erstarren kann das Verletzungsrisiko senken und als Überlebensstrategie sinnvoll erscheinen. **Diese Entscheidung ist instinktiv und wird unabhängig vom Wissen und Willen einer Person getroffen.**³⁶ **Die körperliche Reaktion auf einen Angriff oder eine Gefahr unterliegt nicht der willentlichen Kontrolle der betroffenen Person.**³⁷

Bei traumatischen Ereignissen von sexualisierter Gewalt wie beispielsweise Vergewaltigungen kommt es bei einem Großteil der Fälle zu einer Schockstarre bei der betroffenen Person. Die Schockstarre als körperliche Reaktion auf Übergriffe sexualisierter Gewalt ist von Verhaltensforscher*innen und Neurobiolog*innen gut erforscht. **In Studien geben bis zu 70 % der befragten vergewaltigten Frauen an, während des Übergriffs in eine Starre verfallen zu sein.**³⁸ Möller und ihre Kolleg*innen schreiben in ihrer Studie zur Unbeweglichkeit während sexualisierter Gewalt, dass die wichtigste Erkenntnis der vorliegenden Studie war, dass das Erleben von tonischer Immobilität bei sexualisierten Übergriffen weit verbreitet

³³ Gallup et al., 2008, 76.

³⁴ Gallup et al., 2008, 78.

³⁵ Möller et al., 2017, 937.

³⁶ Engler, 2020.

³⁷ Kalaf et al., 2015, 68.

³⁸ Beispielsweise lassen sich hier folgende Studien anführen: Möller und Kolleg*innen sprechen in ihrer Studie von 68,8 % (Möller et al., 2017, 935). Fusé und Kolleg*innen kommen in ihren beiden Studien zu dem Ergebnis, dass 42 % der Betroffenen von Angriffen sexualisierter Gewalt über Immobilität berichten (Fusé et al., 2007, 279).

ist.³⁹ Diese Tatsache wird bereits dadurch verdeutlicht, dass der Begriff „rape paralysis“ als Synonym für die Schockstarre genutzt wird.⁴⁰ Auch eine Studie des Karolinska-Instituts in Stockholm zeigt, dass eine Schockstarre häufiger – bei 7 von 10 Frauen, die eine Vergewaltigung erlebt haben – vorkommt, als bisher angenommen.⁴¹ Gallup und Kolleg*innen schreiben hierzu außerdem: Die Vorstellung, dass Menschen so verängstigt sein können, dass sie eine tiefgreifende efferente Hemmung erfahren, ist so verbreitet, dass die Ausdrücke "starr vor Angst" und "erstarrt vor Angst" allgemein gebräuchlich sind, wenn es um die Beschreibung menschlicher Reaktionen auf hochgradig angsteinflößende Situationen geht. Es wird angenommen, dass die Schockstarre besonders für Überlebende von Vergewaltigungen und anderen sexualisierten Übergriffen relevant ist.⁴²

Dr. Schauer-Elbert des Kompetenzzentrums für Psychotraumatologie an der Universität Konstanz betont jedoch, dass dieses Wissen unter Jurist*innen und Entscheidungsträger*innen in der Justiz noch nicht weit genug verbreitet ist.⁴³ Noch immer wird aktiver Widerstand als eine „normale“ Reaktion der Betroffenen auf eine Vergewaltigung gesehen. **Dabei haben Galliano und Kolleg*innen bereits früh festgestellt, dass der eigentliche Wille zur Gegenwehr der betroffenen Person keinen Einfluss auf das Einsetzen der Schockstarre hat.**⁴⁴ Möller et al. beschreiben die Schockstarre als einen unwillkürlichen, vorübergehenden Zustand der motorischen Hemmung als Reaktion auf Situationen, die mit starker Angst

³⁹ „The major finding of the present study was that the experience of TI [tonische Immobilität] during sexual assault is common.“ (Möller et al., 2017, 935)

⁴⁰ Gysi 2021, 47.

⁴¹ Möller et al., 2017, 937.

⁴² „The notion that humans can become frightened to the point of experiencing profound efferent inhibition is so common that the phrases “scared stiff” and “frozen with fear” are widely used when describing human responses to highly fearful situations. TI is thought to be particularly relevant to survivors of rape and other sexual assault.“ Gallup et al., 2008, 78.

⁴³ Bangerter, 2020.

⁴⁴ Galliano et al., 1993, 112.

verbunden sind.⁴⁵ Außerdem kommen sie zu der Erkenntnis, dass die Wahrscheinlichkeit zum Auftreten einer Schockstarre unabhängig davon ist, ob und wie viel Gewalt die betroffene Person in ihrem Leben bereits erfahren hat, die angreifende Person eine Waffe während der Tat bei sich trug und ob die angreifende Person eine unbekannte Person war oder nicht bzw. welche Art von Beziehung die betroffene zur angreifenden Person hatte.⁴⁶ Es lässt sich also deutlich festhalten, dass eine Schockstarre bei Betroffenen sexualisierter Gewalt unwillkürlich bzw. unfreiwillig eintritt und auch die Vorstellungen zur Abwehr eines Angriffs der betroffenen Person dies nicht beeinflussen kann. Starre während sexualisierter Gewalt wird immer noch häufig als eine passive Zustimmung verstanden – es ist jedoch eine erwartbare und biologische Reaktion des Körpers auf eine Bedrohung.⁴⁷

⁴⁵ „In humans, TI has been described as an involuntary, temporary state of motor inhibition in response to situations involving intense fear.“ Möller et al., 2017, 932.

⁴⁶ Galliano et al., 1993, 112.

⁴⁷ Möller et al., 2017, 937.

C. Schockstarre und Genderstereotype

Wie in unserer Gesellschaft ist auch das Justizsystem dem Einfluss von Genderstereotypen unterlegen, was besonders problematische Folgen bei der Verfolgung von sexualisierter Gewalt mit sich bringt⁴⁸, denn Genderstereotype und Vergewaltigungsmythen als spezielle Form dieser Stereotype führen zu einer Fehlbeurteilung der Taten.⁴⁹

Vergewaltigungsmythen können beschrieben werden als deskriptive und präskriptive Überzeugungen von Vergewaltigungen (d.h. über Ursachen, Kontext, Folgen, Täter, Betroffene und deren Interaktion), die dazu dienen, sexualisierte Gewalt von Männern gegen Frauen zu leugnen, zu verharmlosen oder zu rechtfertigen.⁵⁰

Konkrete Inhalte von Vergewaltigungsmythen oder -stereotypen können in Betroffenen-zentrierte und Täter-zentrierte Annahmen unterteilt werden.⁵¹ Betroffenenbezogene Inhalte von Vergewaltigungsmythen können nach Martha Burt in vier Kategorien eingeordnet werden: Inhalte der ersten Kategorie bestreiten den Fakt, dass es überhaupt einen sexuellen Kontakt gegeben hat (Falschbelastung), Inhalte der zweiten Kategorie verharmlosen psychische und körperliche Folgeschäden für Betroffene. Die dritte Kategorie beinhaltet stereotype Annahmen über weibliche Sexualität und angebrachtes Rollenverhalten. Mythen dieser Kategorie zufolge liege "in Wirklichkeit" eine Einwilligung in den sexuellen Kontakt vor. Inhalte der vierten Kategorie schreiben den Betroffenen die "Schuld"

⁴⁸ Wolf & Werner, 2017, 807.

⁴⁹ siehe zum Einfluss von Vergewaltigungsmythen auf Sexualstrafverfahren ausführlich: Schmitt, Viola & Pilone, Lea (2020): Genderstereotype und Vergewaltigungsmythen im Sexualstrafverfahren - Fortbildungen als Gegenmittel.

⁵⁰Bohner, 1996, 12.

⁵¹ Bohner, 1996, 14.

an dem Übergriff zu, z.B. aufgrund vermeintlich unangebrachtem oder unvorsichtigem Verhalten oder falscher Kleidung.⁵²

Inhalte von Vergewaltigungsmythen und Genderstereotypen, die im Zusammenhang mit Fallkonstellationen stehen, bei denen es bei Betroffenen zu einer Schockstarre kam, fallen vor allem in die dritte und vierte Kategorie betroffenenbezogener Annahmen.

Taten, die von der Vorstellung einer "richtigen" Vergewaltigung abweichen, werden durch von Vergewaltigungsmythen beeinflusste Urteilmuster weniger häufig als Fälle sexualisierter Gewalt anerkannt.⁵³ Die Vorstellung einer "richtigen" Vergewaltigung ist das Bild eines Überfalls durch einen Fremden auf ein nichtsahnendes "Opfer" im Freien unter Einsatz von physischer Gewalt oder Drohung mit dieser und aktiver physischer Gegenwehr der Betroffenen.⁵⁴ Wie eine Studie gezeigt hat, wird die Anzahl der Personen, welche einen sexualisierten Übergriff als solchen bewerten, geringer, je stärker eine Fallkonstellation von dem Szenario einer "richtigen" Vergewaltigung abweicht.⁵⁵ **Betroffenenbefragungen und Kriminalitätsstatistiken zeigen, dass die Vorstellung einer "richtigen" Vergewaltigung in den meisten Fällen nicht der Realität entspricht, sondern ein Stereotyp darstellt: Betroffene und Täter kennen sich meist und viele der Betroffenen sind nicht, in der Lage sich zu wehren, sodass körperliche Verletzungen oftmals nicht als Beweis für die Aussagen von Betroffenen herangeführt werden können.**⁵⁶ Bei einer vom Bundesministerium für Familie, Senioren und Frauen und Jugend in Auftrag gegebenen Repräsentativbefragung von mehr als 10.000 Frauen gaben etwa ein Fünftel der Frauen, die von sexualisierter Gewalt betroffen waren und Angaben zu ihren eigenen Reaktionen gemacht haben, an, dass sie erstarrt und unter Schock gewesen seien und keine verbale oder körperliche Reaktion zur Abwendung der Tat

⁵² Ausführlich dazu: Schmitt & Pilone, 2020, 16 ff.

⁵³ Temkin & Krahé, 2008, 31 ff.

⁵⁴ Temkin & Krahé, 2008, 31.

⁵⁵ Krahé, 2012, 160.

⁵⁶ Temkin & Krahé, 2008, 32; Krahé, 2012, 160

hätten ergreifen können.⁵⁷ In 63,3 % der Fälle gaben Betroffene an, keine Verletzungen körperlicher Art in Situationen sexualisierter Gewalt erlitten zu haben.⁵⁸

Häufig wird das Nichtreagieren und die Passivität⁵⁹ in Folge des Erstarrens als “bewusstes Geschehenlassen” der Betroffenen gedeutet. Ein entgegenstehender Wille seitens Betroffener bezüglich der Vornahme der sexuellen Handlung sei daher gar nicht erkennbar und könnte damit nicht angenommen werden oder sogar als Abkehr ihrer einmal geäußerten Ablehnung gedeutet werden. So schreibt der BGH:

„Das Landgericht lehnte die Beweisanträge im Wesentlichen mit der Begründung ab, [...] die nach den Angaben der Nebenklägerin denkbare Möglichkeit des Vorliegens einer Schreckstarre reiche nicht aus, um die Einlassung des Angeklagten (normaler äußerer Eindruck, normaler Puls, normale Atmung) zu widerlegen. Die von der Nebenklägerin geschilderten Symptome könnten ohne weiteres als bewußtes Geschehenlassen gedeutet werden, so daß allein dieses äußere Verhalten keine Rückschlüsse auf das Vorliegen einer Schreckstarre zulasse [...] Die Begründung, mit der das Landgericht die Beweisanträge zurückgewiesen hat, ist frei von Rechtsfehlern. [...] Die lediglich abstrakte Bestätigung der Symptome einer Schreckstarre durch den Sachverständigen aufgrund der Aussage der Nebenklägerin ist für die Beweiswürdigung, insbesondere mit Blick auf die Glaubhaftigkeit ihrer Aussage zur Widerstandsunfähigkeit, ohne Belang, zumal das Landgericht von der Möglichkeit ausgeht, daß eine solche vorgelegen hat.“⁶⁰

In einem Einstellungsbescheid eines Verfahren, welches von der uns unterstützenden Nebenklagevertretung betreut wird, ist die Rede davon, dass aus dem Umstand, dass sich die Betroffene „im Weiteren gerade nicht mehr ablehnend äußerte oder ihre Ablehnung sonst zu erkennen gab und die weiteren Handlungen [...] ohne jede ablehnende Reaktion

⁵⁷ Müller & Schröttle, 2004, 88

⁵⁸ ebd., 88, 202.

⁵⁹ Catharine MacKinnon beschreibt mit dem Satz „Men fuck women. – Subject, verb, object.“ die klaren Rollenbilder, die sich in diesen Stereotypen manifestieren. Frauen werden als das kollektive Sexualobjekt männlicher Sexualsubjektivität gesehen. (MacKinnon, 1989, 124).

⁶⁰ BGH Beschluss vom 10.07.2005 -3 StR 130 03 .

geschehen ließ nicht ausgeschlossen werden kann, dass ihre Mandantin ihre anfängliche Ablehnung gegenüber der Vornahme körperlicher Handlungen des Beschuldigten nunmehr aufgegeben hat.“

Derartige Annahmen knüpfen an das stereotype Bild eines passiven weiblichen Sexualverhaltens als zu erwartendes Rollenverhalten von Frauen an. Diesem Rollenbild nach würden Frauen keine sexuellen Kontakte initiieren. Sie würden sich dem Mann auch nicht zu leicht „hingeben“, obwohl sie einen sexuellen Kontakt wollten.⁶¹ Mit einem passiven Verhalten würden Frauen nach solchen Genderstereotypen versuchen, den Eindruck zu vermeiden, dass sie mit beliebig vielen Männern sexuellen Kontakt hätten.⁶² Die Passivität bzw. das Nichtreagieren von Betroffenen auf Reize könne so als Zustimmung zum sexuellen Kontakt gedeutet werden. Damit einher geht die Vorstellung, dass Frauen Männer abwehren könnten, wenn sie dies wollten. Auf dieser falschen Prämisse basiert der ebenfalls falsche Umkehrschluss, dass eine Frau, die sich nicht gewehrt hat, dies auch nicht gewollt hätte.⁶³

Des Weiteren wird sehr schnell angenommen, dass Betroffene ihren entgegenstehenden Willen aufgrund von Täterverhalten aufgeben hätten. Dem vom BGH sehr häufig rezipierten Kommentar zum Strafgesetzbuch von Thomas Fischer zufolge müsse berücksichtigt werden, *„dass der Täter vor der Handlung einen entgegenstehenden Willen zwar angenommen hat, jedoch dieser durch einleitende Handlungen [...] und deren motivatorischen Einfluss auf das Opfer davon ausgehen könne, dass das Opfer den Widerwillen aufgegeben habe.“*⁶⁴

Diese Annahme findet sich auch in Einstellungsbescheiden aus Ermittlungsverfahren wieder, die uns von der uns unterstützenden Nebenklagevertretung anonymisiert zur Verfügung gestellt wurden:

⁶¹ In diesen Stereotypen ist die Vorstellung enthalten, dass auf Seiten der Frauen eine „nicht unwillkommene Gewalt“ (vis haud ingrata) in Situationen sexueller Begegnung bzw. sexualisierter Gewalt geben würde. (Hörnle, 2014, Rn 25).

⁶² Anknüpfend an Burt,1980, S.222.

⁶³ Bohner, 1996, S.14.

⁶⁴ Fischer § 177 Rn. 10 ff.

“Sie haben selber angegeben, dass der Beschuldigte zunächst auf ihre Ablehnung der Berührung Ihres Gesäßes entsprechend reagiert hat und abgelassen hat. Später sind Sie dann mit ihm in den Toilettenräumlichkeiten verblieben und wollen nur geäußert haben, dass Sie nicht in die Kabine wollen, sich dann aber freiwillig vor dem Beschuldigten in die Kabine begeben haben. (Anm.: Die Betroffene übergab sich zuvor in der Toilettenkabine aufgrund von Alkohol.) Ab diesem Moment wollen sie keinerlei verbale oder körperliche Gegenwehr ausgeübt haben. Im Hinblick auf die Gesamtsituation muss zugunsten des Beschuldigten davon ausgegangen werden, dass er davon ausging, Sie nun doch zum einverständlichen Geschlechtsverkehr überredet zu haben.”

Derartige Annahmen sind Ausdruck von Genderstereotypen, nach denen Frauen häufig nein sagen, in Wirklichkeit aber eigentlich immer ja meinen würden.⁶⁵

Eine Passivität bzw. Nichtstun wird gleichgesetzt mit einer “ambivalenten Motivlage” der Betroffenen, die für das Vorliegen eines entgegenstehenden Willens i.S.v. § 177 Abs. 1 StGB nicht ausreichen soll.⁶⁶ Die Schuld für den sexualisierten Übergriff wird damit der Betroffenen zugewiesen. Die durch die Schockstarre verursachte Passivität wird der Betroffenen zum Nachteil ausgelegt und wirkt sich gleichzeitig für den Täter positiv aus. Diese Argumente sind Ausfluss der stark verbreiteten Neigung, zunächst Betroffene für den Übergriff verantwortlich zu machen (sog. *victim blaming*⁶⁷).

⁶⁵ Frauen würden in der Interaktion mit Männern gerne ein Spiel spielen würden gerne “hart angefasst werden” und Gewalt sexuell stimulierend finden. (Bohner, 1996, 14)

⁶⁶ Bundesdrucksache 18/9097, S.23.

⁶⁷ Zu Victim Blaming: Grubb & Harrower, 2009.

D. Rechtliche Einordnung von Tatkonstellationen mit Schockstarre

Im Folgenden werden verschiedene Tatkonstellationen, in denen eine Schockstarre vorlag, näher untersucht. Die Analyse zeigt, dass bei hinreichender Anwendung des geltenden Rechts, die Tatsache, dass eine Schockstarre vorlag, einer Strafbarkeit des Täters nicht entgegenstehen darf.

I. Einordnung von „Widerstandsunfähigkeit“ unter dem 50. StrÄG

Für die in § 179 Abs. 1 a.F. StGB genannte Widerstandsunfähigkeit wurde als Ursache ausdrücklich auch Beeinträchtigungen der Betroffenen durch die Tatsituation infolge von Überraschung, Schreck oder Schock anerkannt: Zur Beurteilung der seelischen Beeinträchtigungen in der Tatsituation wurden die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Schuldunfähigkeit i.S.v. §§ 20, 21 StGB entsprechend angewendet.⁶⁸ Nach dem alten Recht wäre die Schockstarre, die eine solche Beeinträchtigung der Betroffenen aufgrund besonderer Persönlichkeitsstrukturen darstellen kann, daher unter dem § 179 Abs. 1 a.F. StGB subsumierbar. Die zu § 179 Abs. 1 a.F. StGB bestehende Rechtsprechung ist für nach 2017 verhandelte Fälle aber nicht direkt anwendbar, da Taten nach 2017 nach den Maßstäben des neuen Rechts zu beurteilen sind. Für Taten, die vor der Gesetzesänderung geschehen sind, aber noch nicht entschieden wurden, gilt ebenfalls, dass sie nach dem neuen Recht zu beurteilen sind. Denn der Strafrahmen des Grundtatbestandes nach § 177 Abs. 1 StGB n.F. weist eine niedrigere Strafandrohung als sämtliche Strafvorschriften der Altvorschrift § 179 StGB a.F. und einen identischen Unrechtskern auf, sodass die Voraussetzungen des § 2 Abs.

⁶⁸ BGH Beschluss vom 15.03.1989 - 2 StR 662/88.

3 StGB, der die Anwendung des milderen Gesetzes normiert, einschlägig sind.⁶⁹

Entscheidend für die Frage, ob die Strafbarkeit des Täters nach § 177 Abs. 1 StGB oder § 177 Abs. 2 StGB zu beurteilen ist, ist nicht die Unfähigkeit, einen Abwehrwillen durchzusetzen. Dies entspricht der alten Rechtslage und wurde unter dem Begriff der Widerstandsunfähigkeit subsumiert. Nach neuer Rechtslage ist nunmehr die Fähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern, entscheidend. Das Hinwegsetzen über einen verbal oder nonverbal artikulierten entgegenstehenden Willen der betroffenen Person fällt stets unter § 177 Abs. 1, insbesondere auch dann, wenn die betroffene Person nicht in der Lage ist, ihren Abwehrwillen durchzusetzen.⁷⁰ Diese Konstellationen sind zu unterscheiden von denen, in denen es zu keinerlei im strafrechtlichen Sinne relevanten Willensbildung und -äußerung der Opferzeug*in gekommen ist und der Täter diese fehlende Willensbildungs- und Äußerungsmöglichkeit ausgenutzt hat.⁷¹ Diese Fälle fallen unter die Tatbestände des § 177 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 n.F. und die Qualifikationsnorm des § 177 Abs. 4 n.F., Diese Tatbestände knüpfen ausschließlich an die Bildung und Äußerung eines entgegenstehenden Willens an.⁷²

II. Konstellationen, in denen eine Äußerung des entgegenstehenden Willens angenommen werden muss (§ 177 Abs. 1 StGB)

Gemäß § 177 Abs. 1 StGB ist es strafbar, gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person, sexuelle Handlungen an dieser vorzunehmen oder vornehmen zu lassen. Bei einer Schockstarre liegt in der Regel ein entgegenstehender Wille vor. Doch erweisen sich die

⁶⁹ BGH Beschluss vom 07.03.2017- 1 StR 52/17; BGH Beschluss vom 09.05.2017- 4 StR 366/16.

⁷⁰ BGH Beschluss vom 07.03.2017- 1 StR 52/17; BGH Beschluss vom 09.05.2017- 4 StR 366/16.

⁷¹ BGH Beschluss vom 07.03.2017- 1 StR 52/17; BGH Beschluss vom 09.05.2017- 4 StR 366/16.

⁷² BGH Beschluss vom 09.05.2017- 4 StR 366/16; BGH Beschluss vom 08.11.2017- 2 StR 111/17.

Anforderungen an die Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens als problematisch. Derzeit legen Gerichte und Ermittlungsbehörden einen hohen Maßstab an die Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens an. Derart hohen Anforderungen dürfen aber an die Erkennbarkeit eines entgegenstehenden Willens nicht gestellt werden. Das Vorliegen einer Schockstarre kann im Ergebnis nicht dazu führen, dass eine Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens i.S.v. § 177 Abs. 1 StGB nicht angenommen werden kann. Fraglich ist, welche konkreten Anforderungen bei hinreichender Berücksichtigung der Erkenntnisse über die Schockstarre an die Erkennbarkeit eines entgegenstehenden Willens gestellt werden müssen.

Dem Willen des Gesetzgebers nach ist die Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens aus Sicht eines objektiven Dritten zu beurteilen. Nach diesem ist der entgegenstehende Wille dann zu erkennen, wenn die Betroffene ihn zum Tatzeitpunkt entweder ausdrücklich (verbal) erklärt oder konkludent zum Ausdruck bringt.⁷³ Innerliche Vorbehalte und Fälle, in denen die Motivlage der Betroffenen ambivalent ist, werden nicht als entgegenstehender Wille im Sinne der Vorschrift verstanden, da es Betroffenen zuzumuten sei, dem entgegenstehenden Willen zum Tatzeitpunkt eindeutig Ausdruck zu verleihen.⁷⁴

1. Maßgeblicher Zeitraum für die Ermittlung des entgegenstehenden Willens

Da die Schockstarre regelmäßig auch eintritt, wenn ein entgegenstehender Wille von Betroffenen geäußert wurde und dieser ignoriert und übergangen wurde,⁷⁵ ist es für die strafrechtliche Bewertung des entgegenstehenden Willens von zentraler Bedeutung, nach welchem Zeitraum der entgegenstehende Wille bemessen wird. Der Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB selbst sagt hierzu nichts.

Laut Gesetzesbegründung muss die Betroffene ihren entgegenstehenden Willen *zum Tatzeitpunkt* zum Ausdruck gebracht

⁷³ Bundesdrucksache 18/9097 S.23; BGH Beschluss vom 21.11.2018 – 1 StR 290/18.

⁷⁴ e.b.d

⁷⁵ Galliano et al., 1993, 112.

haben. Fraglich ist, was unter dem sog. Tatzeitpunkt zu verstehen ist und welche Folgen dies für den Bezugspunkt des entgegenstehenden Willens i.S.v. § 177 Abs. 1 StGB hat.

Instinktiv würde man den Tatzeitpunkt im strafrechtlich-dogmatischen Sinne begreifen. Nach diesem beginnt die Tatzeit mit Beginn des vorwerfbaren und zurechenbaren Tätigwerdens, d.h. mit Eintritt in das Versuchsstadium.⁷⁶ Gemäß § 22 StGB beginnt das Versuchsstadium, wenn der Täter zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar ansetzt. Dies ist der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „jetzt geht’s los“ überschreitet (Tatentschluss) und objektiv eine Gefährdung oder Verletzung des Rechtsguts unmittelbar bevorsteht.⁷⁷ Für den Tatentschluss muss der Täter Vorsatz im Hinblick auf die zwei Tatbestandsmerkmale des § 177 Abs. 1 StGB gefasst haben. Das sind die konkrete, dem Täter vorgeworfene, sexuelle Handlung und der entgegenstehende Willen der betroffenen Person. Hieraus ergibt sich folgende Problematik: **Wird gefordert, dass die betroffene Person ihren entgegenstehenden Willen zur Tatzeit im strafrechtlich-dogmatischen Sinne äußert, würde dies dazu führen, dass ein unmittelbares Ansetzen des Täters zur Tatbestandsverwirklichung des § 177 Abs. 1 StGB und damit ein strafbares Handeln erst vorliegen kann, wenn der Täter die sexuelle Handlung bereits vornimmt oder derart kurz davor ist, dass die sexuelle Selbstbestimmung der betroffenen Person bereits gefährdet ist. Denn Voraussetzung dafür, dass der Täter Vorsatz in Bezug auf den entgegenstehenden Willen fassen kann, ist, dass dieser von der betroffenen Person geäußert wurde. Wie soll aber die betroffene Person zur Tatzeit im strafrechtlich-dogmatischen Sinne ihren entgegenstehenden Willen vor der sexuellen Handlung äußern können, wenn Voraussetzung für den Beginn der Tatzeit in diesem Sinne ist, dass der entgegenstehende Wille bereits geäußert wurde? Dies hätte zur Folge, dass ein strafbares Handeln des Täters nur dann vorliegen könnte, wenn er zu der sexuellen Handlung unmittelbar ansetzt oder diese bereits vornimmt, die betroffene Person dann ihren entgegenstehenden Willen äußert und der Täter dann weiterhin die sexuelle Handlung vornimmt. Eine derartige Eingrenzung des Zeitraums, in dem der entgegenstehende Wille der betroffenen Person geäußert werden muss, wäre denkunlogisch und**

⁷⁶ *Eiser/Weißer* in Schönke/Schröder § 8 Rn.3; *Ambos* in MüKo StGB § 8 Rn. 9.

⁷⁷ Rengier, 2021, 303; BGH Beschluss vom 09.10.2002- 5 StR 42/02.

würde zudem den Schutzzweck der sexuellen Selbstbestimmung unterlaufen.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass der Zeitraum, in dem eine Willensäußerung der betroffenen Person maßgeblich ist, nicht auf den unmittelbaren, direkten Zeitpunkt vor der konkreten, dem Täter vorgeworfenen sexuellen Handlung begrenzt werden darf. Unseren Beobachtungen nach folgen Gerichte und Ermittlungsbehörden jedoch häufig diesem denknologischen Gedanken.⁷⁸ Vielmehr muss, wie diese Erwägungen zeigen, auch ein allgemein geäußelter entgegenstehender Wille in Bezug auf sexuelle Handlungen jeglicher Art mit dem Täter maßgeblich sein. Dieser kann logischerweise auch zu einem Zeitpunkt geäußert werden, in dem für die betroffene Person nicht erkennbar ist, welche konkrete sexuelle Handlung der Täter beabsichtigt oder der Täter selbst noch keinen Vorsatz in Bezug auf eine konkreten sexuellen Handlung gefasst hat, aber bereits probiert, sich der betroffenen Person körperlich anzunähern oder dies verbal zu initiieren versucht.

Dies ergibt sich auch daraus, dass der Gesetzgeber ausdrücklich mit der Strafrechtsreform Artikel 36 der Istanbul-Konvention Rechnung tragen wollte.⁷⁹ Gemäß Artikel 36 Abs. 2 der Istanbul-Konvention ist der Wille der betroffenen Person im Zusammenhang mit den jeweiligen Begleitumständen zu beurteilen.

Die Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens ergibt sich damit aus dem gesamten kommunikativen Kontext im Vorfeld der Tat.⁸⁰ Die genannte „Tatzeit“, in der es zu einer Willensäußerung kommen muss, muss daher das gesamte Vorfeld der Tat umfassen. Es ist darauf abzustellen, dass dem objektiven Dritten die relevanten Fakten der gesamten Situation bekannt sind.⁸¹ Möglichst umfassend muss daher der gesamte Kommunikationsverlauf im Vorfeld,

⁷⁸ Dabei werden Ermittlungsbehörden und Gerichte kaum auf eine Tatzeit im strafrechtlich-dogmatischen Sinne abstellen, denknologisch wird der maßgebliche Zeitraum aber dann in diesem Sinne verstanden, wenn gefordert wird, dass die betroffene Person ihren entgegenstehenden Willen auf die konkrete sexuelle Handlung geäußert haben muss.

⁷⁹ Siehe Bundesdrucksache 18/9097.

⁸⁰ So auch: *Renzikowski*, MüKo StGB § 177 StGB Rn. 48 ff..

⁸¹ *Eisele* in Schönke/ Schröder StGB § 177 Rn. 19; auch Hoven & Weigend, 2017, 187 ff.

während und im Nachgang der Tat sowie auch der Gesamtkontext der Beziehung zwischen Täter und der betroffenen Person ermittelt werden.⁸² Eine derartige Interpretation des Tatzeitraums ermöglicht die Erfassung von Fällen, in denen Betroffene in tonische Immobilität fallen. Die Schockstarre tritt in den wenigsten Fällen auf, ohne dass es zwischen Täter und betroffene Person im Vorfeld keine Interaktion gab. Es ist schließlich insbesondere das Verhalten des Täters, welches bei betroffenen Personen körperlichen Stress verursacht und so zur tonischen Immobilität führt. Wenn der Täter mehrfach Annäherungsversuche unternimmt, diese von der betroffenen Person abgelehnt werden und der Täter diese ignoriert, wird für betroffene Personen sehr deutlich, dass der Täter einen sexuellen Kontakt intendiert und sich davon auch nicht durch die zum Ausdruck gebrachte Ablehnung abbringen lässt. Der betroffenen Person wird die Gefahrensituation bewusst und es kommt zur tonischen Immobilität als körperliche Reaktion. Im Vorfeld der Tat gibt es in solchen Fallkonstellationen daher eindeutige Willensäußerungen, sodass der entgegenstehende Wille sich aus den Begleitumständen eindeutig ergibt. Wird der maßgebliche Zeitraum nicht künstlich eingegrenzt, sondern wird dieser denklologisch und im Sinne des Artikels 36 der Istanbul-Konvention verstanden, dürfte in vielen Fällen, in der es zu einer Schockstarre bei der betroffenen Person kommt, der entgegenstehende Wille bereits ausreichend geäußert worden sein. Auf die tonische Immobilität zum Zeitpunkt der Vornahme der sexuellen Handlung und in deren unmittelbaren Vorfeld käme es dann gar nicht an.

⁸² Biedermann & Volbert 2020, S.263, so auch BGH Beschluss vom 21.11.2018- 1 StR 290/18, wo zur Ermittlung des entgegenstehenden Willen auf Gesamtumstände abgestellt wird Rn.18, auch *Ziegler* in von Heintschel-Heinegg § 177 Rn.9.

2. Keine Abkehr vom entgegenstehenden Willen bei tonischer Immobilität

Auch täterentlastende Aspekte müssen bei Ermittlung des entgegenstehenden Willens aus den Gesamtumständen berücksichtigt werden. In Betracht kommt hier die Möglichkeit, dass die Person ihren entgegenstehenden Willen wieder aufgibt.⁸³ **Eine Abkehr von diesem Willen muss aber nach außen erkennbar sein.⁸⁴ Sie erfordert ein Mindestmaß an aktivem Handeln.⁸⁵ Der tonischen Immobilität fehlt es an diesem Merkmal, denn das aus der tonischen Immobilität resultierende Erstarren ist nur passiv. Es kann demnach unmöglich als Aufgabe des entgegenstehenden Willens gedeutet werden.** Auch der Täter muss, den vorher zum Ausdruck gebrachten entgegenstehenden Willen der betroffenen Person ernst nehmen und darf nicht einfach aus Passivität der Betroffenen eine Abkehr von diesem entgegenstehenden Willen annehmen.⁸⁶

Weiterhin problematisch und noch weit verbreitet ist die Exkulpationsstrategie des Täters, wonach ein geäußelter entgegenstehender Wille, geringe Gegenwehr oder bloß verbaler Widerstand von der betroffenen Person als bloßes Zieren ausgelegt wird. Die Passivität der betroffenen Person wird häufig dahingehend gewertet, dass die Person erfolgreich umgestimmt wurde durch die „Stimulationen“ des Täters und sie sich hat „verführen“ lassen.⁸⁷ Derartige Schutzbehauptungen sind unter dem Begriff „vis haud ingrata“ bekannt.⁸⁸ Der BGH hat eine lange Tradition, dieses Denkmuster zur Entlastung von Tätern zu verwenden.⁸⁹ Die vis haud ingrata nimmt an, dass ein entgegenstehender Wille zwar vorliegt, der

⁸³ BGH Beschluss vom 21.11.2018- 1 StR 290/18 Rn. 19 f.

⁸⁴ BGH Beschluss vom 21.11.2018- 1 StR 290/18 Rn.20f.

⁸⁵ *Renzikowski* in MüKo StGB § 177 Rn.49

⁸⁶ *Renzikowski* in MüKo StGB § 177 Rn. 151.

⁸⁷ *Eschelbach* in Matt/Rezikowski § 177 Rn. 28; Fischer § 177 Rn.14 ff.

⁸⁸ *Renzikowski* in MüKo StGB § 177 Rn. 151.

⁸⁹ vgl. BGH Beschluss vom 13.10.1955- 1 StR 359/55; BGH Beschluss vom 14.07.1955 – 1 StR 728/54; BGH Beschluss vom 22.5.1968 – 4 StR 36/68; BGH Beschluss vom 22.05.1968 – 4 StR 36/68; BGH Beschluss vom 13.10.1982 – 3 StR 137/82; BGH Beschluss vom 28.2.1991 – 4 StR 553/90; BGH Beschluss vom 01.12.1992 – 1 StR 682/92, zumindest missverständlich BGH Beschluss vom 03.04.2002 – 3 StR 33/02.

Täter diesen aber mit „sanfter Gewalt“ beseitigt und die darauffolgenden sexuellen Handlungen vom Täter von der Betroffenen willkommen geheißen werden.⁹⁰ **Spätestens mit der in der Sexualstrafrechtsreform 2016 verfolgten „Nein- heißt Nein“ Lösung ist die vis haud ingrata nicht in Einklang zu bringen. Nach dieser ist für die Strafbarkeit eines Übergriffes nicht erforderlich, dass der Täter einen entgegenstehenden Willen überwinden muss, sondern, dass dieser erkennbar ist und der Täter sich darüber hinwegsetzt. Ob tatsächlich mit Gewalt gedroht wurde oder diese angewendet wurde, ist für die Einschlägigkeit der Strafbarkeit nicht entscheidend.**⁹¹ Auch muss ein geäußelter entgegenstehender Wille nicht immer wieder erneuert werden, ansonsten würde verbale Gegenwehr zum Tatbestandserfordernis. Die Reform des Sexualstrafrechts sollte aber gerade eine Abkehr des Nötigungsaspekts als zentralem Kriterium hin zum Einverständnisaspekts bewirken. Gegenwehr ist somit nicht mehr erforderlich. Mit dem Wortlaut des neuen § 177 Abs. 1 StGB wäre eine solche Auslegung unvereinbar.⁹²

Auch ist die dogmatische Konstruktion der vis haud ingrata, die auf klischeehaften und stereotypen Zuschreibungen männlichen und weiblichen Rollenverhaltens basiert, nicht mit dem in der deutschen Rechtsordnung verankerten Bild eines freien und selbstbestimmten Individuums in Einklang zu bringen: **In der deutschen Rechtsordnung wird die Frau nicht mehr über den Mann definiert, sondern handelt und entscheidet gleichberechtigt. Damit hat sie auch den Anspruch, in ihrem Verhalten und ihren Äußerungen ernst genommen zu werden.**⁹³ Eine Annahme der vis haud ingrata im objektiven Tatbestand ist damit schlichtweg diskriminierend.

⁹⁰ *Renzikowski* in MüKo StGB § 177 Rn.151; *Hörnle* in Leipziger Kommentar, § 177 Rn.25 ausführlich Lembke, 2008.

⁹¹ siehe Bundesdrucksache 18/9097, S.2.

⁹² So auch *Renzikowski* in MüKo StGB § 177 Rn.41.

⁹³ So Sick, 1993, S.185.

3. Die Problematik des Vorsatzes beim Täter

Als problematisch im Hinblick auf die Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 StGB erweist sich häufig der Nachweis des Tätersvorsatzes.

Unproblematisch ist in der Regel der Vorsatz des Täters in Bezug auf die Vornahme der sexuellen Handlung. Vorsatz muss aber auch in Bezug auf den entgegenstehenden Willen der betroffenen Person vorliegen. Obwohl die Konstruktion der *vis haud ingrata* in weiten Teilen der Literatur als längst überholt gilt, ist sie besonders im subjektiven Tatbestand weiterhin sehr präsent.⁹⁴ Immer noch weit verbreitet ist die Auffassung, dass, wenn der Täter die Ablehnung der betroffenen Person erkannt hat, aber er nach zwischenzeitlichen Überzeugungsversuchen nunmehr doch davon ausgeht, die betroffene Person sei mit der sexuellen Handlung einverstanden, er einem Tatbestandsirrtum i.S.v. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB unterliegt.⁹⁵

Diese Konstruktion der *vis haud ingrata* führt somit dazu, dass der Täter bei nur schwachem Widerstand sich fast immer darauf berufen kann, dass er davon ausging, die Frau habe sich nur geziert und sei mit dem Vorgehen einverstanden gewesen.⁹⁶ Auf subjektiver Tatbestandsebene würde dies zu fast grenzenlosen Irrtumsmöglichkeiten führen.⁹⁷ Ein Irrtum nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB würde sogar zur völligen Straflosigkeit des Täters führen, da es keine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit des sexuellen Übergriffes gibt.⁹⁸ Dogmatisch haltbar sind derartige Erwägungen aber nicht.

Ein Vorsatz des Täters ist gem. § 16 Abs. 1 StGB ausgeschlossen bei fehlender Kenntnis eines Umstandes der Tat. Der entgegenstehende Wille des § 177 Abs. 1 StGB ist ein normatives Tatbestandsmerkmal, welches ein geistiges Verstehen im Sinne einer „Parallelwertung in der Laiensphäre“ voraussetzt.⁹⁹ Die Ablehnung von

⁹⁴ *Frommel* in Nomos Kommentar § 177 Rn.58; *Renzikowski* in MüKo StGB § 177 Rn. 59; *Hörnle* in Leipziger Kommentar § 177 Rn. 25ff.

⁹⁵ *Heger* in Lackner/Kühl § 177 StGB Rn. 5

⁹⁶ *Sick*, 1993, S. 192.

⁹⁷ e.b.d

⁹⁸ Vgl. § 16 Abs. 1 S. 2 StGB; Siehe zu Forderungen nach einem Fahrlässigkeitsstrafatbestand *Hörnle*, 2000, 372ff.

⁹⁹ *Vogel/ Bülte* in Leipziger Kommentar § 16 Rn.8

Annäherungsversuchen und damit die Äußerung eines entgegenstehenden Willens nimmt der Täter sinnlich wahr. Damit ist der Täter zwingenderweise auch mit der Möglichkeit konfrontiert, dass ein entgegenstehender Wille der betroffenen Person vorliegt. Die Reaktion auf die Annäherung ist Teil seines intellektuellen Vorstellungsbildes geworden. Es gilt zu betonen, dass Unkenntnis beim Täter nur dann vorliegt, wenn der Täter das Vorhandensein eines Tatbestandsmerkmals nicht einmal als Möglichkeit in Erwägung zieht bzw. überhaupt nicht in sein Vorstellungsbild aufgenommen hat.¹⁰⁰ Ungewissheit, ob ein Tatbestandsmerkmal vorliegt, oder Zweifel an der Existenz eines bedachten Tatumstandes hingegen führen nicht zu einem Vorsatzausschluss und damit zur Straflosigkeit des Täters.¹⁰¹

Auch wenn der Täter eine Passivität als bloßes Zieren oder geschlechtsspezifische Zurückhaltung versteht, wird ihm der soziale Bedeutung Gehalt einer geäußerten Ablehnung bewusst sein: Körperliche Berührungen und Kontakt sind in diesem Moment nicht erwünscht. Mit der Einführung des § 177 Abs. 1 StGB besteht die Pflicht des Täters sich über eine entgegenstehende Willensäußerungen nicht hinwegzusetzen. Nimmt der Täter ablehnende Reaktionen der betroffenen Person wahr, ist er aber der irrigen Meinung, er könne sich weiter der Betroffenen körperlich annähern, ist die Annahme eines Tatbestandsirrtums abwegig. Der Täter irrt in einem solchen Fall über die Tatsache, dass der geäußerte Wille von ihm zu beachten bzw. ernst zu nehmen ist. Wer aber falsche Vorstellungen über die strafrechtliche Einordnung seines Verhaltens hat, unterliegt keinem Tatbestandsirrtum, sondern einem unbeachtlichen Subsumtionsirrtum, der zu keiner Straflosigkeit führt.¹⁰²

Die Voraussetzungen zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes des § 177 Abs. 1 StGB werden bei Schockstarre-Konstellationen daher regelmäßig vorliegen. Dafür muss beim Täter mindestens dolus eventualis vorliegen.¹⁰³ Dieser liegt beim Täter vor, wenn er den

¹⁰⁰ *Sternberg-Lieben/Schuster* in Schönke/Schröder § 16 Rn.4, *Roxin & Greco* § 12 Rn.95

¹⁰¹ e.b.d.

¹⁰² Rengier, 2021, 121;

¹⁰³ *Ziegeler* in von Heintschel-Heinegg, § 177 Rn.60; *Eisele* in Schönke/Schröder § 177 Rn. 21;

Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich erkennt und damit in der Weise einverstanden ist, dass er die Tatbestandsverwirklichung billigend in Kauf nimmt und er keinen Anlass hat, auf das Ausbleiben des Erfolges zu vertrauen, oder sich um das erstrebte Ziel wenigstens mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet, auch wenn der Erfolgseintritt an sich ihm unerwünscht sein mag.¹⁰⁴ Dabei muss zwischen einer aktuell straflosen bewussten Fahrlässigkeit und bedingt vorsätzlichen Handelns abgegrenzt werden. Die Grenzen liegen eng beieinander. Ob der Täter fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt hat, ist letzten Endes eine normative Zuschreibung. Der Vorsatz ist als psychologische Einstellung zur Tat einer direkten Wahrnehmung nicht zugänglich, sodass bei der Abgrenzung auf vorhandene Indizien zurückgegriffen werden muss.¹⁰⁵ Die Würdigung der individuellen Umstände ist durch das Hinzuziehen von objektiven Indizien zu erleichtern, bei denen vor allem die Kriterien der Wahrscheinlichkeit und des „Darauf-ankommen-lassens“ in den Vordergrund gerückt sind.¹⁰⁶ **Bedingter Vorsatz liegt nahe, wenn der Täter sein Vorhaben trotz äußerster Gefährlichkeit durchführt, ohne auf einen glücklichen Ausgang vertrauen zu können oder er an der Verfolgung seines unmittelbaren Ziels um jeden Preis festhält. Eine Billigung kommt auch dann in Betracht, wenn er es dem Zufall überlässt, ob sich die von ihm erkannte Gefahr verwirklicht oder nicht.**¹⁰⁷ Der BGH zieht hilfsweise das sogenannte Kriterium des nicht betätigten Vermeiderwillens heran.¹⁰⁸ **Unternimmt der Täter keine Gegenbemühungen, die auf Abwendung des tatbestandlichen Erfolges gerichtet sind, kann daraus abgeleitet werden, dass er sich mit dem Erfolg abgefunden hat, unternimmt er hingegen solche, wird er auch nicht vorsätzlich handeln.**

Bei Vornahme von sexuellen Handlungen, obwohl es zuvor zu ablehnende Reaktionen der betroffenen Person gekommen ist, besteht die äußerste Gefahr, dass der erkennbare entgegenstehende Wille der

¹⁰⁴ BGH Beschluss vom 04.11.1988 – 1 StR 262/88; BGH Beschluss vom 22.03.2012- 4 StR 558/11; BGH Beschluss vom 01.03.2018 – 4 StR 399/17.

¹⁰⁵ Roxin & Greco § 12 Rn.3.

¹⁰⁶ Roxin & Greco § 12 Rn.78 aufbauend auf BGH Beschluss vom 20.06.2000 – 4 StR 162/00; BGH Beschluss vom 08.05.2001 – 1 StR 137/01; BGH Beschluss vom 16.07.1980 – 2 StR 127/80; BGH Beschluss vom 08.06.2004 – 4 StR 160/04.

¹⁰⁷ BGH Beschluss vom 26.07.2007 – 3 StR 221/07.

¹⁰⁸ Roxin & Greco § 12 Rn. 78, Rn. 53 ff.

betroffenen Person weiterhin besteht. Die Annahme eines bedingten Vorsatzes liegt damit bei Anwendung der Kriterien der Rechtsprechung sehr nahe. Dies verhärtet sich vor dem Hintergrund, wenn der Täter keinerlei Gegenbemühungen, z.B. ein bloßes Nachfragen, unternimmt, um sicherzustellen, dass er die Handlung nicht gegen den entgegenstehenden Willen der betroffenen Person vornimmt. Dabei darf beim Ausbleiben jeglicher Reaktion auf die Nachfrage dies nicht aus den oben genannten Gründen als Zustimmung gedeutet werden.

Es besteht damit eine Art Sorgfaltspflicht des Täters, sich zu vergewissern, dass der einmal geäußerte entgegenstehende Wille zurückgenommen worden ist. Diese Argumentation kann gestützt werden auf Grundsätze, die anhand des alten Rechts bis zur Gesetzesreform 2016 entwickelt wurden:

Das alte Recht bis zur Gesetzesreform 2016 setzte noch den Einsatz eines Nötigungsmittels voraus und damit auch einen vom Vorsatz des Täters erfassten Finalzusammenhang zwischen Einsatz des Nötigungsmittels und Duldung der sexuellen Handlung. Mit der *vis haud ingrata* wurde unter anderem konstruiert, der Täter habe die Gewalt i.S.d. § 177 StGB a.F. nur als „Verführungsmittel“ angewendet, sodass er bei Vornahme der sexuellen Handlung davon ausging, diese habe zu einer Einvernehmlichkeit bei der betroffenen Person geführt. Der einmal entgegenstehende Wille sei somit revidiert worden. Um die Berufung auf einen Irrtum über das Einverständnis beim Opfer einzuschränken, nahm die Rechtsprechung eine Art Sorgfaltspflicht des Täters an, sobald es zu Widerstand der betroffenen Person kam.¹⁰⁹ Hat der Täter sich nicht vor dem Angriff über die Einwilligung der Angegriffenen Gewissheit verschafft, konnte er sich auch nicht darauf berufen, der Widerstand der betroffenen Person sei nicht ernsthaft gewesen. Der Täter handelte sozusagen auf eigene Gefahr.¹¹⁰ Der BGH und das Reichsgericht wenden damit die Grundsätze zum bedingten Vorsatz auch auf die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung an, mit einem erkennbaren Schwerpunkt auf das Kriterium des nicht betätigten Vermeiderwillens. **Die Berufung auf einen Irrtum über das Einverständnis der betroffenen Person ähnelte damit stärker der**

¹⁰⁹ Sick 1993, S. 194; bereits das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung ab RG JW 1909(!), 295 Nr.27; BGH Beschluss vom 14.07.1955 – 1 StR 728/54; BGH Beschluss vom 13.11.1963 – 2 StR 370/63; BGH Beschluss vom 23.01.1967 – 1 StR 333/67, BGH Beschluss vom 23.10.2002-1 StR 274/02.

¹¹⁰ Sick, 1993, 194; bereits Maurach, 1956, 306.

Vermeidbarkeitsklausel des Verbotsirrtums, wo ebenfalls eine entsprechende Gewissensanspannungs- bzw. Erkundigungspflicht besteht (siehe oben Ausführungen zum Subsumtionsirrtum).¹¹¹ Kam der Täter der Informationspflicht vor dem Geschlechtsverkehr nicht nach, konnte er mit dem Einwand, der Widerstand der betroffenen Person sei nicht ernst gewesen, auch nicht ernst genommen werden.¹¹²

Die von der Rechtsprechung zur alten Rechtslage entwickelten Grundsätze zur Annahme eines bedingten Vorsatzes bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung tragen weiterhin. Nach der alten Rechtslage war der Widerstand der betroffenen Person die vom Täter ernstzunehmende Tatsache, die dem Täter aufzeigt, dass er die sexuelle Handlung gegen den Willen der betroffenen Person vornimmt. Mit der Gesetzesreform ist dies nunmehr der geäußerte entgegenstehende Wille. Unter der alten Rechtslage war damit das Täterverhalten in Form des Einsatzes des Nötigungsmittels auslösend für die Sorgfaltspflicht, einen Finalzusammenhang mit der Duldung der sexuellen Handlung auszuschließen. Mit der Gesetzesreform ist es nun die Äußerung des entgegenstehenden Willens der betroffenen Person, welches beim Täter die Sorgfaltspflicht auslöst, auszuschließen, dass der entgegenstehende Wille bei Vornahme der sexuellen Handlung nicht mehr besteht. Was vorher also der Zusammenhang zwischen dem Einsatz des Nötigungsmittels und der Duldung der sexuellen Handlung war, welche eine Sorgfaltspflicht des Täters begründete, ist nunmehr der Zusammenhang zwischen der Äußerung des entgegenstehenden Willens und der Vornahme der sexuellen Handlung. Darin spiegelt sich der Wandel des Verständnisses sexueller Selbstbestimmung wider, dem das Recht mit der Sexualstrafrechtsreform Abhilfe schaffen wollte.

¹¹¹ Sick, 1993, 194.

¹¹² Sick, 1993, S.195; siehe auch Maurach, 1956, 307.

III. Fehlende Bildung und Äußerung des entgegenstehenden Willens (§ 177 Abs. 2 StGB)

I. Rechtliche Problematik hinsichtlich des § 177 Abs.2 StGB

Der § 177 Abs. 2 StGB bildet zusammen mit dem § 177 Abs. 1 StGB den Grundtatbestand des sexuellen Übergriffs. Der § 177 Abs. 2 StGB listet Umstände auf, in denen der Täter sich strafbar macht, obwohl ein entgegenstehender Wille der Betroffenen nicht ersichtlich ist.¹¹³ Dies sind Konstellationen, in denen der Betroffenen ein freier Willensentschluss nicht möglich ist, da sie unter Zwang stehen (§ 177 Abs. 2 Nr. 4 und 5 StGB) oder dieser objektiv nicht möglich ist (§ 177 Abs. 2 Nr. 1 – 3 StGB).¹¹⁴

Nach § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist es strafbar, eine Lage auszunutzen, in der die Betroffene einen entgegenstehenden Willen nicht bilden oder äußern kann. Die Betroffene muss zur Bildung und Äußerung eines Willens absolut unfähig sein, eine bloße Einschränkung der Fähigkeit zur Willensbildung und -äußerung ist nicht ausreichend.¹¹⁵ Die Gründe für die Unfähigkeit sind unerheblich.¹¹⁶ Entscheidend für die Beurteilung der Unfähigkeit ist der Zeitpunkt der sexuellen Handlung.¹¹⁷

Tonische Immobilität setzt unfreiwillig ein und ist eine biologische Reaktion des Körpers. Betroffene verlieren die komplette motorische Kontrolle über ihren Körper, womit es ihnen absolut unmöglich ist, ihren Willen ausdrücklich oder in konkludenter Weise zu äußern.

¹¹³ *Ziegler* in Heintschel-Heinegg § 177 Rn.11.

¹¹⁴ *Ziegler* in Heintschel-Heinegg § 177 Rn.11; *Renzikowski* in MüKo StGB § 177 Rn.4.

¹¹⁵ *Ziegler* in Heintschel-Heinegg § 177 Rn.17.

¹¹⁶ *Eisele* in Schönke-Schröder, § 177 Rn.26.

¹¹⁷ *Eisele* in Schönke-Schröder, § 177 Rn.26, auch BGH Beschluss vom 25.09.1991- 5 StR 306/91.

Tonische Immobilität fällt damit in die von § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfassten Zustände. Diese Wertung übernimmt auch der Gesetzgeber, demzufolge Konstellationen, in denen die Betroffene „derart starr vor Schreck ist, dass ih[r] die Äußerung des entgegenstehenden Willens nicht möglich ist“ unter den Grundtatbestand des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB und ebenfalls unter die Qualifikation § 177 Abs. 5 Nr. 3 StGB fallen.¹¹⁸

Entscheidend ist aber hier das beim Täter anzusetzende Merkmal des „Ausnutzens“. Ein Ausnutzen der Unfähigkeit der Betroffenen ist gegeben, wenn der Täter den Zustand der Betroffenen als bewusste Gelegenheit begreift, in der er eine Auseinandersetzung mit einem stets möglichen, seinem sexuellen Ansinnen entgegenstehenden Willen der betroffenen Person in der konkreten Situation vermeiden kann. An einen fiktiven Willen der betroffenen Person wird nicht angeknüpft, sondern an das zustandsbedingte tatsächliche Fehlen einer entsprechenden Willensbildung oder -äußerung.¹¹⁹ Erforderlich ist damit, dass der Täter die tonische Immobilität bewusst als einen Faktor einkalkuliert und die ihm damit gebotene besondere Möglichkeit wahrnimmt.¹²⁰ Im subjektiven Tatbestand ist *dolus eventualis* ausreichend, teilweise wird aber auch *dolus directus* verlangt.¹²¹ Damit besteht für eine Strafbarkeit des Täters die große Hürde, dass dieser die tonische Immobilität überhaupt wahrgenommen haben muss. In vielen Fällen liegt tonische Immobilität nicht während des gesamten Tatgeschehens vor, sondern nur unmittelbar während der Tat. Handelnde Betroffene im Vorfeld der konkreten Tathandlung noch in irgendeiner Art und Weise aktiv (Sprechen, Reagieren auf Fragen, aber bereits auch Gehen und ggf. sogar stehen), werden Ermittlungsbehörden und Gerichte regelmäßig annehmen, dass der Zustand für den Täter nicht

¹¹⁸ Bundesdrucksache 18/9097, S.27.

¹¹⁹ BGH Beschluss vom 20.02.2020 – 5 StR 580/19.

¹²⁰ *Eisele* in Schönke-Schröder § 177 Rn.30.

¹²¹ *Eisele* in Schönke-Schröder § 177 Rn.31; anders *Renzikowski* in MüKo StGB § 177 Rn. 68, offen gelassen in BGH Beschluss vom 08.02.2007 – 3 StR 11/07.

erkennbar war und er schon deshalb kein Ausnutzungsbewusstsein gehabt haben kann.¹²²

Deutlich erfolgversprechender könnte es daher sein, aus dem gesamten kommunikativen Kontext der Tat eine Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens zu ermitteln und eine Verurteilung des Täters über § 177 Abs. 1 StGB anzustreben. In solchen Fällen kann der § 177 Abs. 2 StGB als Auffangtatbestand in der Argumentation dienen. Denkbar könnte eine Hinzunahme vor allem dann sein, wenn die tonische Immobilität sich in irgendeiner Art und Weise nach außen hin bemerkbar gemacht hat. Dies ist vor allem naheliegend, wenn eine Form tonischer Immobilität vorliegt, die zu einem vollständigen Erstarren der Muskulatur führt. Ein daraus resultierendes starkes Zittern wäre für den Täter auf jeden Fall bemerkbar. Aber auch dann ergibt sich die Problematik, dass der Täter aus Sicht der Tatgerichte in der Regel regelmäßig seinen Entschluss, die sexuelle Handlung zu vollziehen, unabhängig von dem Bemerkten der tonischen Immobilität gefasst haben wird. Eine bloße Kenntnis der Unfähigkeit zur Willensbildung oder -äußerung wird als nicht ausreichend für eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 2 StGB gesehen, denn „Ausnutzen“ erfordere gerade das bewusste Einkalkulieren der Unfähigkeit bei der Tat.¹²³ Darüber hinaus besteht die zusätzliche Problematik, dass das Ausnutzungsbewusstsein nach Ansicht der Rechtsprechung fehlt, wenn die Betroffene, wenn sie nicht in den Schockzustand geraten wäre, in die sexuelle Handlung eingewilligt hätte oder dies zumindest dem Vorstellungsbild des Angeklagten entspricht.¹²⁴ Dies auszuschließen bedarf zusätzlicher Feststellungen des Tatgerichts.¹²⁵

Für eine Verurteilung des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist somit erforderlich, dass das Tatgericht annimmt, eine Schockstarre lag vor, diese war für

¹²² So auch BGH Beschluss vom 22.02.2005- 4 StR 9/05 Rn.9; auch Einstellungsgrund in einem von der mit uns kooperierenden Nebenklagevertreter*in geschilderten Fall.

¹²³ *Eisele* in Schönke-Schröder § 177 Rn.30, so auch LG Mainz MDR 84, 773.

¹²⁴ BGH Beschluss vom 28.03.2018- 2 StR 311/17.

¹²⁵ BGH Beschluss vom 28.03.2018- 2 StR 311/17.

den Täter erkennbar und der Täter hat den Zustand bewusst ausgenutzt, was voraussetzt, dass das Auftreten der tonischen Immobilität für den Tatentschluss mitursächlich war und der Täter nicht etwa von einem mutmaßlichen Einverständnis ausging. Es bestehen damit erhebliche Beweisprobleme und etliche Einfallstore für die Annahme vorsatzausschließender Irrtümer.¹²⁶ **Die Hürden für eine Verurteilung nach § 177 Abs. 2 Nr. 1 und 2 StGB sind damit deutlich höher als bei § 177 Abs. 1 StGB.**

2. Ausschließliche Konstellationen des § 177 Abs.2 StGB

Trotzdem wird es vereinzelt Fälle geben, in denen es zu keinerlei im strafrechtlichen Sinne relevanter Willensbildung- und/oder -äußerung der Opferzeug*in aufgrund von tonischer Immobilität gekommen ist, sodass eine Verurteilung des Täters nur über § 177 Abs. 2 StGB angestrebt werden kann. **Reagiert und agiert die betroffene Person im gesamten Vorfeld der Tat gar nicht, drängt sich dem Täter das Vorhandensein der tonischen Immobilität gerade zu auf. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass ein einvernehmlicher sexueller Kontext niemals ohne irgendeine Form von Interaktion zwischen den Beteiligten zustande kommen kann. Nimmt der Täter dennoch eine sexuelle Handlung vor, nutzt er damit die von ihm erfasste Gelegenheit aus, eine Auseinandersetzung mit einem seinem sexuellen Ansinnen möglicherweise entgegenstehenden Willen zu vermeiden. Das erforderliche Ausnutzungsbewusstsein wäre damit gegeben.**

¹²⁶ *Eisele* in Schönke-Schröder § 177 Rn.40; *Renzikowski* in MüKo StGB § 177 Rn. 82.

E. Fazit

Das Eintreten einer Schockstarre bei von sexualisierter Gewalt betroffenen Personen sollte einer Verurteilung von Tätern nicht entgegenstehen. Eine Schockstarre und die damit verbundenen Symptome unterliegen nicht der willentlichen Kontrolle der betroffenen Person, werden aber dennoch viel zu häufig den Betroffenen als konsensuales Geschehen lassen oder Abkehr von ihrem entgegenstehenden Willen vorgehalten. Auch wenn das geltende Recht auch bei konsequenter Anwendung und Auslegung des § 177 Abs. 1 Schutz Tatkonstellationen mit Schockstarre umfasst, zeigen sich insbesondere in diesem Kontext Strafbarkeitslücken, die das 50. StrÄG nicht geschlossen hat. Bei der Verfolgung von Taten sexualisierter Gewalt liegt der Fokus weiterhin viel zu stark auf den betroffenen Personen und ihren Reaktionen auf unerwünschte sexuelle Handlungen. Höchst problematisch ist, dass weiterhin nach derzeitiger Auslegung des BGH eine Handlungspflicht für von sexualisierter Gewalt Betroffene besteht, denn ein bloßes Nichtreagieren bei einer vom Täter (!) angenommenen vollständigen Möglichkeit zur Äußerung wäre aktuell straflos. Damit wird signalisiert, dass betroffene Personen weiter in der Verantwortung sind, sich vor einer Vergewaltigung zu schützen. In Verbindung mit den hohen Beweisanforderungen, insbesondere den aussagepsychologischen Gutachten, denen Betroffene vor Gericht ausgesetzt sind, führt dies zu enormen Belastungen vor Gericht für betroffene Personen. Nach den obigen Ausführungen gilt es, dass ausdrückliche und konkludente Willensäußerungen im Kontext der Tat von den Ermittlungsbehörden und Tatgerichten ernst genommen werden. Auch müssen die Grundsätze zum dolus eventualis konsequent auf Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung angewendet werden und Tatbestandsirrtümer nur sehr restriktiv angenommen werden.

Es zeigt sich außerdem sehr deutlich, warum die Widerspruchslösung, welcher der Gesetzgeber beim 50.StrÄG gefolgt ist, nicht ausreichend ist. Für einen konsequenten und lückenlosen Schutz von Betroffenen

bedarf es der Umsetzung der sogenannten „Ja ist Ja Lösung“ (Zustimmungslösung), wonach jede sexuelle Handlung ohne Zustimmung der involvierten Personen strafbar wäre. Bis es dazu kommt, müssen Ermittlungsbehörden und Gerichte das geltende Recht endlich vorurteilsfrei und konsequent anwenden.

Literaturverzeichnis

Amboss (2022): Vegetatives Nervensystem.
https://www.amboss.com/de/wissen/Vegetatives_Nervensystem/,
zuletzt geöffnet: 15.09.2022.

Bangerter, Annika (2020): Wie im schlimmsten Albtraum: Nach einer Vergewaltigung sind viele Frauen wie gelähmt – drei Betroffene berichten. In: Aargauer Zeitung,
<https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/wie-im-schlimmsten-albtraum-nach-einer-vergewaltigung-sind-viele-frauen-wie-gelaehmt-drei-betroffene-berichten-ld.1199242>, zuletzt geöffnet: 14.06.2022.

Biedermann, Jürgen & Volbert, Renate (2020): Empirische Erkenntnisse zu Reform des Sexualstrafrechts in Bezug auf die § 177 und § 184 i StGB und daraus resultierende Schlussfolgerung für die Vernehmungsgestaltung in: Monatszeitschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform Band 103 Heft 4 S.250- 268.

Bohner, Gerd (1996): Vergewaltigungsmythen. Sozialpsychologische Untersuchungen über täterentlastende und opferfeindliche Überzeugungen im Bereich sexuelle Gewalt, Habilitationsschrift, Mannheim.

Burt, Martha R & Albin, Rochelle Semelle (1981): Rape myths, rape definitions and probability of conviction in: Journal of Applied Social Psychology, 1981. Vol.11, S.212-230.

Burt, Martha R. (1980): Cultural Myths and Supports for Rape in: Journal of Personality and Social Psychology 1980, Vol. 38, No.2 p.217-230

Cardena E. & Spiegel, D. (1993): Dissociative reactions to the San Francisco Bay Area earthquake of 1989. In: American Journal of Psychiatry, Vol. 150, S. 474-478.

Cirener, Gabriele; Radtke; Henning, Rissing van Saan Ruth; Rönnau & Schluckebier, Wilhelm (2020): Leipziger Kommentar Strafbuch Band 6, 13. Auflage, De Gruyter, Berlin

- Clemm, Christina (2015): Schriftliche Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Opferrechte im Strafverfahren vom 16.6.2015.
<https://www.bundestag.de/resource/blob/379102/fee53d33062a29c73b8e580e7aa788cc/clemm-data.pdf>, zuletzt abgerufen: 03.09.2022.
- Committee on the Elimination of Discrimination against Women (2017): General recommendation No. 35 on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19.
- Deutscher Bundestag (2019): Zur Geltung und Wirkung völkerrechtlicher Verträge in Deutschland. Wissenschaftliche Dienste, WD 2 - 3000 - 136/19.
- Deutscher Juristinnenbund e.V. (2018): Opferrechte in Strafverfahren wegen geschlechtsbezogener Gewalt. Stellungnahme 18-18 vom 22.11.2018.
- Eisenberg, Ulrich & Zötsch, Bettina (2003): Der Zeugenbeweis im Strafverfahren - Tendenzen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung. NJW, 3676.
- Engler, F. (2020): Eine eigentlich normale Reaktion. Interview. In: AMNESTY – Magazin der Menschenrechte, Vol. 104.
- Fischer, Thomas (2022): Strafgesetzbuch Kommentar, 69. Auflage, C.H. Beck Verlag, München
- Fegert, Jörg Michael & König, Cornelia (2009): Zur Praxis der Glaubhaftigkeitsbegutachtung unter Einfluss des BGH-Urteil (1 StR 618/98). In: Interdisziplinäre Fachzeitschrift, Vol. 12, No. 2, S.16-41.
- Fusé, Tiffany et al. (2007): Factor structure of the Tonic Immobility Scale in female sexual assault survivors: An exploratory and Confirmatory Factor Analysis. In: Journal of Anxiety Disorders, Vol. 21, S. 265–283.
- Galliano, Grace et al. (1993): Victim Reactions During Rape/Sexual Assault. A Preliminary Study of the Immobility Response and Its Correlates. In: Journal of Interpersonal Violence, Vol. 8, No. 1. Sage Publications. S. 109-114.
- Gallup, Gordon G. et al. (2008): Tonic Immobility as an Evolved Predator Defense: Implications for Sexual Assault Survivors. In:

Clinical Psychology: Science and Practice, Vol. 15, Nr.1. Blackwell Publishing. S. 74-90.

Grieger, K., Clemm, C., Eckhardt, A., & Hartmann, A. (2014): "Was Ihnen widerfahren ist, ist in Deutschland nicht strafbar": Fallanalyse zu bestehenden Schutzlücken in der Anwendung des deutschen Sexualstrafrechts bezüglich erwachsener Betroffener. Berlin: Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe (bff) - Frauen gegen Gewalt e.V.

Grubb, Amy & Harrower, Julia (2009): Understanding attribution of blame in case of rape: an analysis of participant gender, type of rape and perceived similarity to the victim in: Journal of Sexual Aggression, 2009, S. 63-81.

Gysi, J. (2021): Tonische Immobilität und peritraumatische Dissoziation als wesentliche Risikofaktoren für eine spätere PTBS. In: Neurologie & Psychiatrie. Leading Opinions, Vol. 6, S. 46-48.

Hörnle, Tatjana (2014): § 177: Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung. Leipziger Kommentar StGB Online, De Gruyter, Berlin. https://www.degruyter.com/database/LKO/entry/LKO_06_177/html, zuletzt geöffnet 16.07.2022.

Hoven, Elisa & Weigend, Thomas (2017): „Nein heißt Nein“- und viele Frage offen – zur Neugestaltung der Strafbarkeit des sexuellen Übergriffes in Juristenzeitung April 2017 S.182- 191, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen.

Hörnle, Tatjana (2009): Der Irrtum über das Einverständnis des Opfers bei einer sexuellen Nötigung in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Band 112, Heft 2, De Gruyter Verlag, Berlin

Kalaf, Juliana et al. (2015): Peritraumatic tonic immobility in a large representative sample of the general population: association with posttraumatic stress disorder and female gender. In: Comprehensive Psychiatry, Vol. 60, S. 68–72.

Kozłowska, Kasia et al. (2015): Fear and the Defense Cascade: Clinical Implications and Management. In: Harvard Review of Psychiatry, Vol. 23, No. 4, S. 263-287.

Krahé, Barbara (2012): Soziale Reaktionen auf primäre Viktimisierung - Zum Einfluss stereotyper Urteilmuster. In: S.

Barton & R. Kölber (Hrsg.): Ambivalenzen der Opferzuwendung des Strafrechts (S. 159-175) Baden-Baden, Nomos, 2012

Kindhäuser, Urs; Neumann, Ulfrich & Paeffgen, Hans-Ullrich (2017): Strafgesetzbuch – Nomos Kommentar 5. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden

Lackner, Kai; Kühl, Kristian & Heger, Martin (2022): Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H. Beck München

Ladenburger, Petra & Lörsch, Martina (2021): Herausforderungen der Nebenklagevertretung bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung. In: STREIT - Feministische Rechtszeitschrift, 2021, Vol.2, S.51-58.

Lembke, Ulrike (2018): Vis haud ingrata- die „nicht unwillkommene Gewalt“ – die kulturellen Wurzeln sexualisierter Gewalt und ihre rechtliche Verantwortung, abrufbar unter: <https://www.feministisches-studienbuch.de/download/u-lembke-sexualisierte-gewalt.pdf> (zuletzt aufgerufen am 05.09.2022)

MacKinnon, Catharine (1989): Toward a Feminist Theory of the State. Harvard University Press, Cambridge, London.

Matt, Holger & Renzikowski, Joachim (2020), Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München

Maurach, Reinhardt (1956): Zum subjektiven Tatbestand der §§ 176NR.1, 177 StGB in: Golltdammers Archiv für Strafrecht, 1956. S. 306

Möller, A. et al. (2017): Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression. In: Acta Obstetricia et Gynecologica Scandinavica, Vol. 96, S. 932-938.

Müller, Ursula & Schröttle, Monika (2004): Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland- eine repräsentative Untersuchung zu Gewalt gegen Frauen im Auftrag des BMFSFJ

Pieroth, Bodo et al. (2014): Grundrechte Staatsrecht II. C.F. Müller, 30. Auflage.

Rabe, Heike & Leisering, Britta (2018): Analyse. Die Istanbul-Konvention. Neue Impulse für die Bekämpfung von geschlechtsspezifischer Gewalt. Deutsches Institut für Menschenrechte.

Rabe, Heike & von Normann, Julia (2014): Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen: menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht. Policy Paper Deutsches Institut für Menschenrechte, Nr. 24. Berlin, Deutsches Institut für Menschenrechte.

Roxin, Claus & Greco, Luis (2020). Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen- Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Auflage, C.H. Beck München

Schmitt, Viola & Pione, Lea (2020): Genderstereotype und Vergewaltigungsmythen in Sexualstrafverfahren – Fortbildungen als Gegenwehr in: 11. Zyklus Humboldt Law Clinic, Working Paper # 24

Schönke, Adolf & Schröder, Horst (2019): Strafgesetzbuch-Kommentar, 29. Auflage 2019, C.H. Beck München

Seith, Corinna et al. (2009): Unterschiedliche Systeme, ähnliche Resultate? Strafverfolgung von Vergewaltigung in elf europäischen Ländern. Länderbericht Deutschland.
https://www.frauenrechte.de/images/downloads/hgewalt/EU-DAPHNE_Strafverfolgung_von_Vergewaltigung_Laenderbericht_Deutschland.pdf, zuletzt abgerufen: 16.07.2022.

Sick, Brigitte (1993): Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff- ein Beitrag zur gegenwärtigen Diskussion einer Neufassung des § 177 StGB unter Berücksichtigung der Strafbarkeit de lege lata und empirische Gesichtspunkte, Duncker & Humboldt Verlag, Berlin

Stelzner, Lena & Minuth, Anne-Sophie (2018): Genderstereotype in Sexualstrafverfahren. Eine Untersuchung durch Prozessbeobachtungen. Forum Recht, Vol. 18, Nr. 3, S.89-93.

Temkin, Jennifer & Krahé, Barbara (2008): Sexual Assault and the Justice Gap- A Question of Attitude. In: Journal of Law and Society Vol.36. S.288- 291.

European Union Agency for Fundamental Rights (2014): Violence against Women. An EU-wide survey. Main results report.

https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14_en.pdf, zuletzt abgerufen: 16.07.2022.

Übereinkommen des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, 2011.

Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, 1979.

von Heintschel-Heinegg, Bernd (Hrsg.) (2020): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch 4. Auflage, C.H. Beck München.

von Heintschel-Heinegg (2021): Strafgesetzbuch Kommentar, 4. Auflage 2021. C.H. Beck, München.

Wolf, Anne Katrin & Werner, Maja (2021): Victims' Right Looking Good on Paper- How Criminal Prosecution in Germany Fails Victims of Sexual Violence. In: German Law Journal 2021, 22, S. 800-816.