

Zur Strafbarkeit des so genannten „Stealthings“

Kevin Franzke, Bonn*

A. Einleitung

„Ich habe mich für einige Wochen mit diesem Typen getroffen. [...] Nach einigen Dates machten wir bei ihm zu Hause rum und er sagte: ‚Ich will Sex ohne Kondom haben.‘ Und ich sagte, dass ich damit nicht einverstanden sei, weil ich die Pille gerade nicht nahm. Meine genauen Worte waren: ‚Das ist nicht verhandelbar!‘ [...] Als wir miteinander schliefen, zog er mitten drin sein Kondom ab. Ich war selbstverständlich sehr verärgert. [...] Dieser Kerl hatte sich meines Vertrauens als unwürdig erwiesen. In keiner Situation habe ich dem zugestimmt. Das war der Umstand, der mich so wütend gemacht hat, dass es so eine eklatante Verletzung dessen war, was wir vereinbart hatten. Ich habe eine Grenze gesetzt. Ich war sehr eindeutig.“¹ Mit diesen Worten beschreibt Sara, die anonym bleiben möchte, gegenüber der Autorin Alexandra Brodsky ihr Erlebnis eines sog. Stealthings. Stealthing ist dem Substantiv „stealth“ für „Heimlichkeit“, „List“ entlehnt und beschreibt das heimliche und nicht verabredete Entfernen des Kondoms während des Geschlechtsverkehrs durch den bzw. einen männlichen Geschlechtspartner. Stealthing kann daher auch bei homosexuellen Kontakten und/oder bei sexuellen Handlungen unter mehr als zwei Personen auftreten.²

Ob es sich hierbei³ um eine Straftat handelt, ist erst seit kurzem Gegenstand einer fachöffentlichen Debatte. Ein Kantonsgericht in der Schweiz bejahte dies im Jahr 2017 und wendete in seiner umstrittenen Entscheidung die Vorschrift des Art. 191 schwStGB zur Schändung⁴ an, die dem Schutz Widerstandsunfähiger dient, und verurteilte den Angeklagten zu einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten

zur Bewährung.⁵ Nun ist es auch in Deutschland zur ersten Verurteilung wegen des heimlichen Entfernens eines Kondoms gekommen. Das AG Tiergarten verurteilte den Angeklagten wegen eines sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB zu einer Freiheitsstrafe von acht Monaten, deren Vollstreckung es zur Bewährung aussetzte.⁶

In diesem Beitrag soll gezeigt werden, dass es sich beim Stealthing auch nach „neuem“ Sexualstrafrecht nicht um eine Sexualstraftat handelt. Nach einer kurzen Einführung in den Forschungsstand zum Stealthing (B.) und die sexualstrafrechtlichen Grundlagen (C.) wird dargelegt, dass es nicht auf Äußerungen im Vorfeld des Stealthings ankommt, sondern allein auf den Moment der Entfernung des Kondoms abzustellen ist (D.) und warum das Einverständnis trotz des Willensmangels beachtlich bleibt (E.). Dem Strafbedürfnis kann aber über die Körperverletzungs- (F.) und Beleidigungsdelikte (G.) Rechnung getragen werden.

B. (K)ein „Sex-Trend“

In manchen Medien wird Stealthing lapidar als „Sex-Trend“ bezeichnet.⁷ Dem ist in mehrerlei Hinsicht zu widersprechen. So suggeriert das Wort Trend zunächst eine nennenswerte quantitative Verbreitung einer bestimmten Handlungsweise. Hierzu liegen jedoch weder für die USA noch für Deutschland empirische Erkenntnisse vor.⁸

Der Begriff des Trends könnte weiterhin in dem Sinne missverstanden werden, dass mit diesem eine gesellschaftliche Billigung oder gar Befürwortung des Verhaltens einhergeht. Hiergegen sprechen aber die Folgen, die Opfer des Stealthings beschreiben. So berichten Frauen wie Sara

* Der Autor ist Doktorand und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Kriminologischen Seminar der Universität Bonn bei Prof. Dr. Torsten Verrel.

¹ Brodsky, Columbia Journal of Gender and Law 2017, 183 (187 eigene Übersetzung).

² Brodsky, (Fn. 1), 185 f.

³ Gemeint ist hier und im Folgenden das Fortsetzen des Geschlechtsverkehrs, ohne dass das Opfer von der Kondomentfernung Kenntnis erlangt. Erlangt das Opfer Kenntnis, kann es den Täter freilich jederzeit zur sofortigen Beendigung der sexuellen Handlungen auffordern.

⁴ „Wer eine urteilsunfähige oder eine zum Widerstand unfähige Person in Kenntnis ihres Zustandes zum Beischlaf, zu einer beischlafähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung missbraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe bestraft.“

⁵ Brügger, Laut Strafrechtlerin sei Sex ohne Gummi Körperverletzung, nau.ch, <https://www.nau.ch/lifestyle/gesundheit/laut-strafrechtlerin-sei-sex-ohne-gummi-korperverletzung-65465918>, Abruf v. 5.8.2019.

⁶ AG Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018, (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18) – juris.

⁷ Windmüller, Dieser sogenannte „Sex-Trend“ ist in Wahrheit Missbrauch, welt.de, <https://www.welt.de/kmpkt/article164042058/Dieser-sogenannte-Sex-Trend-ist-in-Wahrheit-Missbrauch.html>, Abruf v. 5.8.2019.

⁸ Brodsky schien zwar wenig Mühe gehabt zu haben, für ihre qualitative Studie Interviewpartnerinnen zu finden, jedoch lässt sich hieraus lediglich folgern, dass es überhaupt zu Stealthing kommt, aber nichts zum Verbreitungsgrad herleiten.

in Brodskys Studie, in erster Linie Angst vor Schwangerschaften oder sexuell übertragbaren Krankheiten erlebt zu haben. Daneben betonen sie aber auch einen Vertrauensbruch und eine Autonomieverletzung.⁹ Opfer, die bereits sexuelle Gewalt erlebt hatten, empfanden Stealthing als der sexuellen Gewalt ähnlich, aber nicht als äquivalent.¹⁰ So beschreibt Brodsky das Stealthing im Ergebnis als „rape-adjacent“ und ordnet es als eine sexuelle Grenzverletzung ein. Dies lasse sich damit begründen, dass die Frau nur eingewilligt habe, von einem Kondom unmittelbar berührt zu werden. Bei einem Mindestmaß an Unterschiedlichkeit zwischen der vereinbarten und vorgenommenen Handlung begründe dies eine Grenzverletzung.¹¹ Ein weiterer Begründungsansatz nach Brodsky seien die erhöhten Schwangerschafts- und Gesundheitsrisiken.¹²

Auf der Seite der „Stealther“ fand Brodsky nach einer flankierenden Auswertung von Internetforen hingegen wenig nachvollziehbare Motive. Manche Männer verstehen es offenbar als ein aus ihren natürlichen Bedürfnissen folgendes Recht, in die Frau ejakulieren zu dürfen.¹³ Es kann daher vorab festgehalten werden, dass es sich beim Stealthing um eine höchst unethische Handlung handelt, die zu Recht überwiegend soziale Missbilligung erfährt.¹⁴

C. Sexualstrafrechtliche Grundlagen

Doch handelt es sich bei Stealthing auch um eine Sexualstraftat? Seit dem 50. Strafrechtsänderungsgesetz aus dem Jahr 2016¹⁵ macht sich nach § 177 Abs. 1 StGB wegen sexuellen Übergriffs unter anderem strafbar, wer eine sexuelle Handlung gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person an dieser vornimmt. Die Anforderungen an die Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens sind im Einzelnen noch umstritten, brauchen an dieser Stelle aber nicht vertieft werden, da es bereits entscheidend auf die Vorfrage ankommt, was das Opfer beim Stealthing „will“. Die Positionen, die hierzu vertreten werden, sind extrem gegensätzlich. So wird zum Teil davon ausgegangen, dass das Opfer ausdrücklich einen anderslautenden Willen arti-

kuliert habe, den der Täter übergeht.¹⁶ Dieser dann auch im Sinne der Vorschrift eindeutig erkennbare Gegenwille des Opfers würde sodann zur Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 StGB führen und ggf. die Indizwirkung des Regelbeispiels nach Abs. 6 Nr. 1 (Vergewaltigung) auslösen.¹⁷

Auf der anderen Seite wird argumentiert, dass der Täter durch den vorgetäuschten Kondomgebrauch den Willen des Sexualpartners manipuliert hat, sodass dieser sich in Unkenntnis des Stealthings mit der sexuellen Handlung insgesamt einverstanden erklärt.¹⁸

Geht man mit dieser Auffassung von einer wirksamen Zustimmung aus, kommt eine Strafbarkeit nach Abs. 1 nicht mehr in Betracht,¹⁹ dasselbe gilt für § 184i StGB.²⁰ Darüber hinaus käme auch ein sexueller Übergriff nach den Ausnutzungsvarianten des Abs. 2 nicht mehr in Betracht, denn ein wirksam erteiltes Einverständnis schließt jede Form des „Ausnutzens“ situativer Umstände aus.²¹

Für das Stealthing kommt Abs. 2 mithin nach beiden Positionen keine eigenständige Bedeutung zu: Entweder schließt ein Einverständnis den Tatbestand insgesamt aus oder Abs. 2 hat neben Abs. 1 nur noch klarstellende Funktion.²²

⁹ Brodsky, (Fn. 1), 186.

¹⁰ Brodsky, (Fn. 1), 188.

¹¹ Brodsky, (Fn. 1), 190 f.; ähnlich Herzog, „Stealthing“: Wenn Männer beim Geschlechtsverkehr heimlich das Kondom entfernen. Eine Sexualstraftat?, in: Barton u.a. (Hrsg.), FS Fischer, 2018, S. 351 (354), der auf die Funktion von Kondomen als eine Barriere vor zu enger Intimität im Rahmen von One-Night-Stands abstellt. Sie sollen insbesondere vor einer „Verobjektivierung“ eines Teils durch „Hereinjakulieren“ schützen.

¹² Dies sei relevant, da die Risiko-Nutzen-Abwägung das intellektuelle Fundament der Einwilligungentscheidung sei, Brodsky, (Fn. 1), 191.

¹³ Brodsky, (Fn. 1), 188, exemplarisch: „It’s a man’s instinct to shoot his load into a woman’s [pussy]. He should never be denied that right.“

¹⁴ Herzog, (Fn. 11), S. 355, unter Verweis auf einen Verstoß gegen den praktischen Imperativ nach Kant.

¹⁵ BT-Drs. 18/9097, S. 28.

¹⁶ Herzog, (Fn. 11), 357; Vavra, ZIS 2018, 611 (612); Hoffmann, NSZ 2019, 16 (17).

¹⁷ Abl. AG Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018, (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18) – juris, Rn. 41, da das Eindringen als solches gewollt gewesen sei, was regelmäßig die Indizwirkung entfallen lasse.

¹⁸ Hoven, NK 2018, 392 (402); wohl auch Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2018, § 177, Rn. 5.

¹⁹ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 66. Aufl. 2019, § 177, Rn. 10.

²⁰ BT-Drs. 18/9097, S. 30; Lackner/Kühl, (Fn. 18), § 184i, Rn. 3.

²¹ Fischer, (Fn. 19), § 177, Rn. 39; Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar zum StGB, 42. Ed. 2019, § 177, Rn. 18.

²² Renzikowski, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2017, § 177 StGB, Rn. 83; wohl a.A. Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 177, Rn. 42; Damit kann auch offenbleiben, ob Nr. 1 oder Nr. 3 anzuwenden ist, wenn das Opfer situativ keinen Willen bilden kann und diesen nicht nur nicht mehr rechtzeitig artikulieren kann, vgl. für einen Vorrang von Nr. 1 Lackner/Kühl, (Fn. 18), § 177, Rn. 8; für Nr. 3 als lex specialis auch in dieser Konstellation Frommel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 177, Rn. 115; Wolters, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 177, Rn. 46; Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 22), § 177, Rn. 26.

D. Stealthing als erschliches Einverständnis

I. Die Unterscheidung zwischen Einwilligung und Einverständnis

Die Rechtsprechung²³ und die herrschende Lehre²⁴ unterscheiden zwischen einer rechtfertigenden Einwilligung und einem tatbestandsausschließenden Einverständnis. Von einem Einverständnis soll immer dann gesprochen werden, wenn ein Tatbestandsmerkmal nach seinem Sinngehalt das Handeln gegen den Willen des Opfers verlangt. Es sei damit rein faktischer Natur, entsprechend komme es nur auf den faktischen Willen des Rechtsgutsinhabers an, womit auch Willensmängel grundsätzlich unbeachtlich seien. Anders lägen die Dinge hingegen bei Tatbeständen, die keinen entgegenstehenden Opferwillen verlangen. Durch die Vornahme der tatbestandlichen Handlung werde ein abstrakter Unwert geschaffen, der einer Rechtfertigung bedürfe, an die höhere Anforderungen zu stellen seien.²⁵

Diese Unterscheidung wird von einem Teil der Literatur bestritten. Sowohl Einwilligung als auch Einverständnis wirkten tatbestandsausschließend und beurteilten sich nach denselben Regeln, die Unterschiede seien rein sprachlicher Natur. Maßgeblich hierfür ist die Erwägung, dass der Rechtsgutsinhaber durch Disposition stets mit dem konkreten Rechtsgut untrennbar verbundene Freiheitsrechte ausübt, sodass von einer Verletzung eines Rechtsguts von vorne herein nicht gesprochen werden könne.²⁶ Würde man mit dieser Auffassung die strengen Regeln der Einwilligung auf jedes Delikt, bei dem nach herrschender Lesart ein Einverständnis in Betracht kommt,²⁷ anwenden, würde man beim Stealthing von einem beachtlichen (rechtsgutsbezogenen) Willensmangel²⁸ ausgehen müssen oder bereits mangels Einwilligungsbewusstsein²⁹ das Vorliegen einer Einwilligungserklärung

verneinen müssen. Dem kann in dieser Allgemeinheit jedoch nicht zugestimmt werden.

So kann zwar das Abstellen auf die rein sprachliche Gestaltung des Tatbestandes zur Unterscheidung zwischen Einwilligung und Einverständnis wenig zufriedenstellen. Es lassen sich jedoch auch materielle Unterschiede herausarbeiten, wenn man die rechtliche Anerkennung der Einwilligung aus dem Eigenverantwortlichkeitsprinzip herleitet. Dann folgt spiegelbildlich zur Tatherrschaftslehre, dass fremdes Handeln grundsätzlich dergestalt in den eigenen Organisationskreis eingebunden werden kann, dass es normativ als eigenes Handeln des Einwilligenden gilt.³⁰ Dies setzt aber voraus, dass der jeweilige Tatbestand eine solche Konstruktion überhaupt zulässt. An dieser Möglichkeit fehlt es bei Delikten mit „vertyppter unmittelbarer Täterschaft“, also immer dann, wenn der Verletzte die Tathandlung nicht auch selbst – als Werkzeug eines mittelbaren Täters – vornehmen könnte: Man kann nicht seinen eigenen Gewahrsam brechen.

In diesen Fällen lässt sich die Strafflosigkeit desjenigen, der mit dem Willen des Rechtsgutsinhabers handelt, nicht auf ein einheitliches Zurechnungsprinzip zurückführen. Die Frage nach den Anforderungen, die an ein wirksames Einverständnis zu stellen sind, ist daher in Wirklichkeit eine Frage des Besonderen Teils, die nicht ohne Ansehung der konkreten Norm beantwortet werden kann.³¹ Es muss daher bei einer Differenzierung zwischen Einwilligung und Einverständnis bleiben.

Eine gleichwohl mögliche und im Folgenden wichtige Kategorisierung verschiedener Arten des Einverständnisses kann anhand des Bezugspunkts des Einverständnisses vorgenommen werden. So gibt es Einverständnisse, die lediglich an die Überwindung eines entgegenstehenden Willens anknüpfen (§ 240 StGB), solche, die an die Verfügung über eine faktische Position anknüpfen (§ 242 StGB), und solche, die an die Verfügung über eine Rechtsposition anknüpfen (§ 123 StGB).³² Die beim Stealthing in Betracht kommende Vorschrift des § 177 StGB ist der Gruppe derjenigen Normen zuzuordnen, die an die Überwindung eines entgegenstehenden Willens anknüpfen. Wer nämlich sexuellen Handlungen zustimmt, verfügt mitnichten über seine sexuelle Selbstbestimmung, er übt sie positiv aus.³³ Hat das Einverständnis bei § 177 StGB somit einen rein faktischen Charakter, lässt sich eine Gleichbehandlung mit Delikten, bei denen von einer Einwilligung gesprochen werden kann, dogmatisch nicht rechtfertigen.

²³ BGHSt 4, 199 (200); BGHSt 23, 1 (3 f.).

²⁴ Geerds, GA 1954, 262 (265); Dölling, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 228 StGB, Rn. 1; Kindhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 12 Rn. 36 ff.; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 22), vor § 32, Rn. 33a; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2018, Rn. 554; weiter differenzierend Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 7. Abschn. Rn. 104 ff.

²⁵ Krey/Esser, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2016, Rn. 662; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 23 Rn. 42 f.

²⁶ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 12 ff.; Rönnau, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2006, vor § 32, Rn. 158; Rönnau, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 195 f.

²⁷ So wohl Rönnau, (Fn. 26), S. 432; Beckert, JA 2013, 507 (509); unklar bei Jäger, Die Abgrenzung von Diebstahl und Betrug bei vorgetäuschter Rückgabebereitschaft, in: Hecker/Weißer/Brand (Hrsg.), FS Rengier, 2018, S. 227 (234 f.).

²⁸ Grundlegend Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 20.

²⁹ Rönnau, (Fn. 26), S. 195 f.

³⁰ Kindhäuser, Zur Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung, in: Rogall u.a. (Hrsg.), FS Rudolphi, 2004, S. 135 (140 ff.).

³¹ Kindhäuser, (Fn. 30), S. 149; Maurach/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 17 Rn. 40 f.; El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (162).

³² Kindhäuser, (Fn. 24), § 12 Rn. 36 ff.

³³ El-Ghazi, (Fn. 31), 163.

II. Keine generellen oder bedingten Einverständnisse bei aktueller Willensbetätigung

Der Grund für die unterschiedliche Beurteilung dessen, was ein Opfer von Stealthing im Moment der Tathandlung „will“,³⁴ kann zunächst in der unterschiedlichen Beurteilung der Relevanz des zuvor geäußerten Wunsches nach Kondomgebrauch liegen. Es ist im hier geschilderten Regelfall von Stealthing klar, dass das Opfer den Gebrauch eines Kondoms verlangt hat – sonst fehlt es bereits an der Erkennbarkeit eines entgegenstehenden Willens nach § 177 Abs. 1 StGB. Daneben sind auch Konstellationen denkbar, in denen das Opfer generell auf den Gebrauch eines Kondoms besteht und dem Täter dies auch bewusst ist. Gemein ist diesen Gedankengängen, dass sie nicht danach fragen, was das Opfer in demjenigen Moment will, in dem der Täter das Kondom entfernt, sondern zur Ermittlung des Erklärungsgehalts und der Reichweite des Einverständnisses auf vor der Kondomentfernung gesetzte Bedingungen bzw. generelle Erklärungen des Opfers abstellen. Dies ließe sich mit den Rechtsfiguren des bedingten bzw. generellen Einverständnisses erklären.

Auch für die Konstellation des Stealthings ist der Rückgriff auf ein bedingtes Einverständnis jüngst gefordert worden.³⁵ Gemeinhin sind hiermit im strafrechtlichen Kontext – ohne Rückgriff auf § 158 BGB – Anforderungen des Zustimmungenden an das Verhalten des anderen Teils gemeint, die dieser erfüllt wissen will, damit sein Einverständnis gültig sein soll. Ein typisches Beispiel ist das Einverständnis eines Automatenaufstellers in den Gewahrsamswchsel unter der Bedingung ordnungsgemäßer Bedienung des Automaten,³⁶ womit es sich um eine Potestativbedingung handelt. Die Figur des bedingten Einverständnisses ist generell anerkannt, in seinen Einzelheiten aber umstritten, etwa in Bezug auf die Frage, ob es einer Verobjektivierung des entgegenstehenden Willens etwa durch eine entsprechende Programmgestaltung des Automaten bedarf³⁷ oder ob dies nicht vielmehr zu fiktiven Einverständnissen führe und die bedingten Einverständnisse daher besser der dogmatischen Kategorie der Willensmängel zuzuschlagen seien.³⁸ Übertrüge man diese Grundsätze auf das Stealthing, ließe sich beim Kondomgebrauch selbst das Erfordernis

einer Verobjektivierung der Bedingung einhalten³⁹ und so eine Strafbarkeit begründen.

Zu einem ähnlichen Ergebnis würde man auch gelangen, wenn man einen dem Täter bekannten generellen Willen des Opfers ausreichen lassen würde. Anerkannt ist etwa beim Hausfriedensbruch, dass ein generell erteiltes Einverständnis seine Wirksamkeit verliert, wenn die fragliche Handlung bereits ihrem äußeren Erscheinungsbild nach erheblich vom Gestatteten abweicht.⁴⁰ Übertragen wurde dieser Ansatz auf das Stealthing von Hoffmann, der die Erheblichkeit der Abweichung der vorgenommenen Handlung vom Gestatteten analog § 184h Nr. 1 StGB prüfen will.⁴¹

Beide Ansätze zur Begründung eines fehlenden Einverständnisses sind jedoch aus zwei Gründen abzulehnen. Erstens handelt es sich sowohl bei der Figur des generellen Einverständnisses als auch beim bedingten Einverständnis um Hilfskonstrukte für Fälle, in denen der Rechtsgutsinhaber abwesend ist, folglich keinen aktuellen Willen bilden und artikulieren kann. Sie sind Konzessionen an das Geschäftsleben und haben daher nur einen kleinen, in der Regel tatbestandsspezifischen Anwendungsbereich. So wird etwa die Lehre vom bedingten Einverständnis zu Recht als „Automatensonderrecht“ gekennzeichnet.⁴² Legitimieren lassen sich derlei Konstruktionen insbesondere dadurch, dass das zu Grunde liegende Einverständnis Verfügungscharakter hat und damit einer quasi-rechtsgeschäftlichen Betrachtung zugänglich ist. Delikte, die wie § 177 StGB hingegen nur und gerade den faktischen Willen schützen, sind einem solchen Legitimationsansatz nicht zugänglich.⁴³ Jedenfalls in Fällen eines aktuell geäußerten, faktischen Willens bleibt für derlei Konstruktionen folglich kein Raum.⁴⁴

Zweitens liegt der Ansicht, die einen bedingten oder generell entgegenstehenden Willen konstruieren will, eine verfehlte statische Vorstellung von Sexualität zu Grunde. Es erscheint lebensfremd, sich Sexualität so vorzustellen, dass Einzelheiten des Sexualaktes vorab besprochen werden und dann nur noch „vollzogen“ werden. Wirklichkeitsnäher ist es vielmehr, bei im Grunde konsensualen sexuellen Handlungen von einem sich permanent an die

³⁴ S.o. C.

³⁵ Herzog, (Fn. 11), S. 356; Linoh, jurisPR-StrafR 11/2019 Anm. 5.

³⁶ BGH, MDR 1952, 563 (563); OLG Celle, NJW 1997, 1518 (1519); Rönna, Zur Lehre vom bedingten Einverständnis, in: Heinrich/Jäger (Hrsg.), FS Roxin I, 2011, S. 487 (488).

³⁷ Otto, JR 1987, 221 (222); Schmitz, in: MüKo-StGB (Fn. 22), § 242, Rn. 99.

³⁸ Schlehofer, in: MüKo-StGB (Fn. 22), vor § 32, Rn. 184; Rönna, (Fn. 36) S. 497 ff., insb. 497 Fn. 49.

³⁹ Dies hätte allerdings zur Konsequenz, dass zwischen Verhütungsmethoden zu unterscheiden wäre. Nicht erfasst wäre demnach wohl die „Pillenlüge“ (es sei denn, man ließe eine gut sichtbar herumliegende Sichtverpackung genügen), der gleich wirkende, jedoch prinzipiell tastbare Hormonring hingegen schon.

⁴⁰ Etwa beim Betreten eines Ladenlokals mit Sturmhaube, vgl. Eser/Sternberg-Lieben/Schüttenhelm, in: Schönke/Schröder (Fn. 22), § 123, Rn. 22 f.; differenzierend Schild, NStZ 1986, 346 (350).

⁴¹ Hoffmann, (Fn. 16), 17, der so den umgekehrten Fall eines heimlich geschützten Verkehrs straflos stellen will.

⁴² Rönna, (Fn. 36), S. 488.

⁴³ Ähnlich zur Nötigung Roxin, (Fn. 26), § 13 Rn. 81.

⁴⁴ Jedenfalls insoweit sind Einverständnisse bedingungsfeindlich, vgl. hierzu Jäger, (Fn. 27), S. 227.

Situation und die jeweiligen Empfindungen anpassenden, mithin aktualisierenden Willen auszugehen. Wenn jedoch ein aktueller Wille vorliegt, ist diesem der Vorrang vor einem bedingt oder generell geäußerten Willen einzuräumen. Selbst wenn man also die Konstruktion eines bedingten oder generellen Einverständnisses dem Grunde nach zulassen wollte, folgt schon aus dem Gedanken der freien Widerruflichkeit sogar von Einwilligungen,⁴⁵ dass die jüngere Willensbetätigung die ältere derogiert, mithin ein Posterioritätsprinzip gilt. Eine Anerkennung dieses Grundsatzes lässt sich etwa beim Hausfriedensbruch nachweisen. Zwar ist es möglich, ein generell erteiltes Einverständnis in Publikumsverkehr durch Hausverbote zu modifizieren,⁴⁶ wird jedoch ein Anwesender von einer Person getäuscht, die er ganz generell nicht einlassen würde – etwa einen verdeckten Ermittler – so kommt es lediglich auf das aktuell erklärte Einverständnis an.⁴⁷

Es zeigt sich daher, dass man nicht unter Rückgriff auf die Figuren des bedingten oder generellen Einverständnisses frühere Äußerungen des Rechtsgutsinhabers für maßgeblich erklären kann, maßgeblich ist allein, welchen faktischen Willen das Opfer im Moment des Entfernens des Kondoms hat.

III. Die Irrelevanz des fehlenden Bewusstseins über das entfernte Kondom

Ist damit der Moment der erneuten Penetration nach dem Entfernen des Kondoms als relevanter Zeitpunkt markiert, so ist noch zu klären, ob in diesem Zeitpunkt noch ein Einverständnis des Opfers vorliegt. Dies könnte man mit dem Argument verneinen, dass ein Einverständnis nur soweit reichen kann, wie es dem Erklärenden bewusst ist, dass er eine Erklärung abgibt.⁴⁸ Im Falle des Stealthings könnte man sodann argumentieren, dass sich das Opfer seiner Zustimmung zu einem *ungeschützten* Sexualkontakt nicht bewusst war. Auch dieser Gedanke trägt jedoch im Ergebnis nicht.

Fordert man bezüglich einer Handlung ein Bewusstsein über den Inhalt der Handlung, so findet dies seine Rechtfertigung abermals in der Zurechnungsdogmatik zur Klärung der Frage, wann eine Handlung normativ als eigene gelten soll. Daher ist es beispielsweise wegen des Charakters des Betrugs als Selbstschädigungsdelikt beim Sachbetrug sinnvoll, Abgrenzungsschwierigkeiten zum Diebstahl

anhand des Verfügungsbewusstseins zu lösen.⁴⁹ Dementsprechend konsequent ist es auch, ein Einwilligungsbewusstsein zu verlangen,⁵⁰ da es bei der Einwilligung – wie gezeigt⁵¹ – darum geht, fremdes Handeln normativ als eigenes zuzurechnen. Da es bei den Delikten, bei denen hingegen ein Einverständnis in Betracht kommt, an einem solchen dogmatischen Zurechnungsfundament gerade fehlt, lässt sich ein Bewusstseinserfordernis hier nicht begründen.

Überdies ist nicht ersichtlich, was jenseits von Handlungen mit Verfügungscharakter überhaupt der Bezugspunkt des Bewusstseins sein sollte. Natürlich kann man sich darüber bewusst sein, dass man gerade jemanden in seine Wohnung lässt. Worüber aber soll man sich bewusst sein, wenn der Tatbestand lediglich schützt, etwas nicht zu wollen? Man kann hier nur an den Willen selbst anknüpfen, dann aber wäre der Ausdruck eines „Willensbewusstseins“ nicht mehr als eine Tautologie. Die Vertreter des Bewusstseinserfordernisses scheinen vielmehr die Forderung zum Ausdruck bringen zu wollen, dass sich der Erklärende über die Beweggründe und Folgen seines Handelns im Klaren sein sollte. Dies betrifft aber schlicht die Frage, ob ein faktisch vorhandener Wille rechtliche Beachtung verdient, wenn er mit Willensmängeln behaftet ist. Darauf wird sogleich einzugehen sein. Für die Frage, ob der andere Teil die sexuelle Handlung dem faktischen Willen nach „will“, kann indes nur maßgeblich sein, ob das Opfer im Moment der potentiellen Tathandlung eine positive *innere* Einstellung zu einem äußeren, auf sie bezogenen Lebenssachverhalt aufweist, denn der Begriff des „tatsächlich bestehenden Willens“ ist scharf vom Begriff des „wahren Willens“ zu trennen.⁵² Exemplarisch: Wer sich spontan einer Demonstration anschließt, weil er die aus der Versammlung stammenden Parolen irrig einem gemäßigten politischen Spektrum zuordnet, kann zwar sagen, dass er niemals teilgenommen hätte, wenn er die Parolen zutreffend einem extremistischen Spektrum zugeordnet hätte („wahrer Wille“). Nicht zutreffend wäre es aber, zu behaupten, keinen Teilnahmewillen an der Demonstration gehabt zu haben, als aus dieser heraus z.B. der „Hitlergruß“ gezeigt worden ist („tatsächlich bestehender Wille“). Dass das Opfer also diejenigen Umstände, auf denen die positive Bewertung fußt, nicht zutreffend erfasst, ändert nichts am Vorhandensein dieser Einstellung. Es muss also zur Ermittlung des „faktischen Willens“ in Abgrenzung zum „wahren Willen“ gefragt werden, ob das Opfer im Moment der potentiellen Tathandlung einem gedachten Beobachter mitteilen würde,

⁴⁵ RGSt 25, 375 (382); *Kindhäuser*, (Fn. 24), § 12 Rn. 20.

⁴⁶ *Eser/Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder (Fn. 22), § 123, Rn. 22 f.; a.A. *Schild*, (Fn. 40), 350.

⁴⁷ *BGH*, NSTZ, 448 (448 f.); *Schäfer*, in: MüKo-StGB (Fn. 22), § 123, Rn. 30; zur Maßgeblichkeit des aktuellen Willens auch *Fischer*, (Fn. 19), § 177, Rn. 10.

⁴⁸ *AG Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018, (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18) – juris, Rn. 37; *Herzog* (Fn. 11), S. 357; *Linoh*, (Fn. 35); wohl auch für diesen Fall so *Rönnau*, (Fn. 26), S. 195 f., der an der Unterscheidung zwischen Einwilligung und Einverständnis nicht festhalten will.

⁴⁹ *BGHSt* 18, 221 (223); mwN. und mit guten Gründen für ein Verfügungsbewusstsein auch beim Forderungsbetrug *Hefendehl*, in: MüKo-StGB (Fn. 22), § 263, Rn. 314 f.

⁵⁰ *Rönnau*, (Fn. 26), S. 195 f.

⁵¹ S.o. D. I.

⁵² *Hoven/Weigend*, *KriPoZ* 2018, 156 (158); mit dieser Begründung bedarf es der von *Lackner/Kühl*, (Fn. 18), § 177, Rn. 5 für dasselbe Ergebnis bemühten, aber wenig trennscharfen Differenzierung zwischen der Art der sexuellen Handlung als solcher und der Modalität der Ausführung nicht.

dass gerade etwas gegen seinen Willen mit ihm geschieht, freilich ohne dass es vorher über etwaige Willensmängel aufgeklärt wird.⁵³ Damit ist nicht nur erklärt, warum Gewalt und Drohung der Annahme eines Einverständnisses entgegenstehen, sondern auch, dass beim Stealthing dem faktischen Willen nach ein Einverständnis gegeben ist: Weil dem Opfer bestimmte Umstände der sexuellen Handlung verborgen bleiben, hat es im Moment des Stealthings den faktischen Willen, dass der Täter mit der Penetration fortfahren möge.

E. Die Irrelevanz von (täuschungsbedingt) willensmängelbehafteten Einverständnissen

Steht damit fest, dass es sich beim Stealthing um Fälle eines erschlichenen Einverständnisses handelt, ist weiter zu fragen, wie dieser Willensmangel des Opfers rechtlich einzustufen ist. Diese Frage ist wiederum eine des Besonderen Teils.⁵⁴ Erklärte man Willensmängel für beachtlich, stünde auch das Erkennbarkeitserfordernis des entgegenstehenden Willens des § 177 Abs. 1 StGB einer Strafbarkeit nicht mehr entgegen, denn die Erkennbarkeit für den Täter folgt jedenfalls aus der zurechenbaren Verursachung des Willensmangels. Gleichwohl dürfte hinter dem verbreiteten Dogma, dass Täuschungen bei Einverständnissen regelmäßig nicht schaden,⁵⁵ jedenfalls bei § 177 Abs. 1 StGB auch ein Wortlautargument stehen. Es erscheint bereits kaum haltbar, einen vorhandenen faktischen Willen auf Grund seiner Willensmängel rechtlich als *erkennbaren Gegenwillen* zu bezeichnen. Soweit es um einen rein faktischen Willen ohne Verfügungscharakter geht, fehlt es überdies an einem plausiblen Grund dafür, Rechtsgründe für dessen Unwirksamkeit heranzuziehen.

Überdies ließe sich das Ergebnis auch nicht mit der Binnensystematik des § 177 StGB vereinbaren. So führt eine Täuschung dazu, dass „wahrer Wille“ und „faktischer Wille“ im Moment der sexuellen Handlung voneinander abweichen. § 177 Abs. 2 StGB, der bestimmte Situationen der Unfähigkeit zur Willensbildung erfasst, wäre aber überflüssig, käme es auf etwas anderes als den faktischen Willen an, denn dann ließen sich diese bereits unter Abs. 1

fassen.⁵⁶ Bereits aus diesen Gründen besteht für die Anerkennung von Willensmängeln bei § 177 StGB kein Raum.

Ließe man sich gleichwohl auf die Möglichkeit der Anerkennung von Willensmängeln ein, wäre ferner zu bedenken, dass dies, auch wenn man sich auf aktiv erschlichene Einverständnisse beschränken würde,⁵⁷ zu unhaltbaren Ergebnissen führen würde. Wollte man nämlich jeden solchen Willensmangel für beachtlich halten, wären die Deutschen ein Volk von Sexualstraftätern. So verlangen beispielsweise über 90 % aller Deutschen von ihrem Partner sexuelle Treue und schätzen diese als hohes Gut ein.⁵⁸ Konträr dazu geben aber mindestens 21 % der Männer und 17 % der deutschen Frauen an, in ihrem Leben während einer Beziehung Geschlechtsverkehr mit einer anderen Person als ihrem aktuellen Partner gehabt zu haben.⁵⁹ Die Lebenszeitprävalenz der Untreue bei bestimmten Geburtskohorten beträgt bei Männern sogar bis zu 40 % und bei Frauen bis zu 33 %.⁶⁰ Angesichts dieser Erkenntnisse müsste man an eine Vielzahl von Fällen denken, in denen ein Partner die erkennbare Erwartung des anderen Teils, unter der Bedingung wechselseitiger Treue mit diesem zu verkehren, offensichtlich enttäuscht und hierüber aktiv lügt oder jedenfalls eine Aufklärung hierüber bewusst unterlässt.⁶¹ Dies als relevanten Willensmangel zu behandeln, wäre jedoch im Ergebnis eine Wiedereinführung des Sittenstrafrechts „durch die Hintertür“ und eine Renaissance von § 172 StGB a.F. (Ehebruch) in verschärfter Fassung.⁶² Aus dem Schweigen des Gesetzgebers zu derart praktisch weitreichenden Konsequenzen der Reform mit

⁵³ *El-Ghazi*, (Fn. 31), 164 hat zur Operationalisierung dieser Anforderungen für das Sexualstrafrecht – sinngemäß – die sprachlich unglückliche, aber in der Sache praktikable Formel entwickelt, ob ein objektiver Beobachter dem Opfer im Moment der potentiellen Tathandlung die ernst gemeinten Worte „Nimm mich!“ in den Mund legen könnte.

⁵⁴ *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 9 Rn. 44; *Kindhäuser*, (Fn. 30), S. 149; *Kindhäuser*, (Fn. 24), § 12 Rn. 36 ff.

⁵⁵ *El-Ghazi*, (Fn. 31), 164; *Hoffmann*, (Fn. 16), 17; *Eisele*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 22), § 177, Rn. 6; *Mitsch*, *KriPoZ* 2018, 334 (336); *Hoven/Weigend*, (Fn. 52), 158.

⁵⁶ *Hoven/Weigend*, (Fn. 52), 158; implizit wohl der Auffassung, dass Täuschungen aktuell tatbestandslos seien, da sie unter dem Gesichtspunkt von Reformüberlegungen erörtert wurden *BMJV* (Hrsg.), Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Studien-Untersuchungen/Fachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1, Abruf v. 5.8.2019, S. 393.

⁵⁷ Weitergehend *Rönnau* (Fn. 26), S. 432, der in diesen Fällen das Vorliegen eines Einverständnisses ablehnt.

⁵⁸ *Schmidt et al*, *Spätmoderne Beziehungswelten*, 2006, S. 133.

⁵⁹ *Haversath et al*, *DÄBl* 2017, 545 (548).

⁶⁰ *Schmidt et al*, (Fn. 58), S. 135; Dabei gehen weitere Studien davon aus, dass sexuelle Untreue neben Ladendiebstahl dasjenige Thema ist, das die meisten sozial erwünschten Falschantworten hervorruft, sodass von einem großen „absoluten Dunkelfeld“ auszugehen ist, vgl. *mwN. Krumpal*, *Quality & Quantity* 2013, 2025 (2027).

⁶¹ Eine entsprechende Aufklärungspflicht wird sich dabei aus dem Gedanken der engen persönlichen Verbundenheit konstruieren lassen, sodass auch von einem täuschungsbedingten Willensmangel gesprochen werden müsste. Dies gilt auch bei gefestigten nichtehelichen Lebensgemeinschaften, vgl. *Gaede*, in: *NK-StGB* (Fn. 22), § 13, Rn. 58 mwN.

⁶² Dogmatisch würde freilich nicht an den „Außenkontakt“ als solchen angeknüpft, sondern an den nächsten Geschlechtsverkehr in der „Basisbeziehung.“ Rein praktisch ist dies aber noch prekärer, da es im Regelfall zu zahlreichen Tathandlungen gegenüber dem festen Partner käme.

Millionen von zu verfolgenden Offizialdelikten darf der Schluss gezogen werden, dass dies eindeutig nicht Anliegen der Reform war.⁶³

Auch der naheliegende Ansatz, die Reichweite der Konsequenzen dadurch zu verringern, dass man die relevanten Irrtümer auf solche beschränkt, die rechtsgutsbezogen sind,⁶⁴ ist zum Scheitern verurteilt. Die Unterscheidung ist weder trennscharf durchführbar noch mit dem Wesen der sexuellen Selbstbestimmung vereinbar. Denn sie schützt gerade die Freiheit, nach Belieben, also auch in Abhängigkeit von beliebigen Umständen, in sexuelle Handlungen einzuwilligen.⁶⁵ Damit ist der Wunsch nach Verhütung in der Sache ebenso rechtsgutsbezogen wie der Wunsch nur mit einem wohlhabenden oder heiratswilligen Partner zu verkehren. Lässt sich eine Beschränkung auf bestimmte Arten von Willensmängeln mithin nicht tragfähig begründen, steht man vor der Wahl, alle oder keine täuschungsbedingten Willensmängel anzuerkennen. Angesichts der benannten weitreichenden und vom Gesetzgeber offenbar nicht gewollten Konsequenzen, kann das sachgerechte Ergebnis dann aber nur die Irrelevanz aller derartigen Willensmängel sein.

Es zeigt sich somit, dass auch der täuschungsbedingte Willensmangel dem erklärten Einverständnis nicht die Wirksamkeit zu nehmen vermag. Stealthing ist daher nach den Vorschriften des 13. Abschnitts nicht strafbar. Aus diesem Befund auf abermaligen Reformbedarf im Sexualstrafrecht zu schließen,⁶⁶ erscheint jedoch verfrüht, bevor nicht geklärt ist, ob Stealthing nicht andere Straftatbestände erfüllt.

F. Stealthing als Körperverletzungsdelikt

Mit Blick auf die von den Opfern berichtete primäre Angst vor Krankheit und Schwangerschaft,⁶⁷ kommt zunächst eine Körperverletzungsstrafbarkeit in Betracht.

I. Mögliche Körperverletzungserfolge

Einigkeit besteht im Ausgangspunkt darüber, dass schon das Übertragen von Krankheitserregern, insbesondere des HI-Virus, unabhängig davon einen Körperverletzungserfolg darstellt, ob die (Aids-) Krankheit ausbricht.⁶⁸

Derlei Fälle sind besonders dramatisch und erzielen hohe mediale Aufmerksamkeit.⁶⁹ Glücklicherweise sind sie vergleichsweise selten. Deutlich häufiger dürfte beim Stealthing das nicht unerhebliche Risiko sein, ungewollt schwanger zu werden. Dass auch dies einen Körperverletzungserfolg darstellen kann, ist mit Blick auf die Natürlichkeit einer Schwangerschaft nicht unumstritten.⁷⁰ Zurecht geht die wohl hL hingegen davon aus, dass die Schwangerschaft zwar keine Gesundheitsschädigung darstellt,⁷¹ dem Täter aber die Schmerzen der Schwangerschaft und insbesondere der Niederkunft als üble, unangemessene Behandlung zurechnen will.⁷² Dass es im Rahmen der Schwangerschaft zu erheblichen Schmerzen kommt, die aus anderer Ursache ohne weiteres § 223 StGB unterworfen würden, lässt sich nicht von der Hand weisen. Auch die Rechtsprechung des BVerfG zum „Kind als Schaden“ zwingt zu keinem abweichenden Ergebnis, wenn man mit dem ersten Senat zwischen der bloßen Existenz des Kindes als haftungsrechtlichen Anknüpfungspunkt und der messbaren finanziellen Mehrbelastung differenziert.⁷³ Überträgt man diese sinnvolle Differenzierung ins Strafrecht, so verbietet es sich nämlich, das Menschwerden des Ungeborenen *eo ipso* als tatbestandsmäßig anzusehen, nicht aber die damit verbundenen körperlichen Auswirkungen auf die werdende Mutter strafrechtlich zu sanktionieren.

Handelt es sich mithin sowohl bei der Infektion mit sexuell übertragbaren Krankheiten als auch bei einer Schwangerschaft grundsätzlich um Körperverletzungserfolge, so ist auch deren Zurechenbarkeit zu bejahen. Es ließe sich lediglich das Vorliegen einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung mit der Begründung erwägen, dass es einen gefahrenlosen Sexualkontakt nicht gibt.⁷⁴ Es wäre jedoch verfehlt, den Täter aus der strafrechtlichen Verantwortung nur deshalb zu entlassen, weil das Opfer sich einem Restrisiko aussetzt, das es bestmöglich zu reduzieren versucht hat. Denn durch das Wissen um das Fehlen des Kondoms hat der Täter das Risiko in einem Maße besser erfasst

⁶³ So zu jeder Form von Täuschungen *Hoven/Weigend*, (Fn. 52), 158.

⁶⁴ *Roxin*, (Fn. 26), § 13 Rn. 98 ff.; *Krey/Esner*, (Fn. 25), Rn. 661; *Arzt*, (Fn. 28), S. 20 ff.; *Schlehofer*, Einwilligung und Einverständnis, 1985, S. 77 f.; für ein Unmittelbarkeitskriterium beim Irrtum *Hoffmann*, (Fn. 16), 17.

⁶⁵ *Vavra*, (Fn. 16), 614 f.

⁶⁶ Allgemein für eine Erweiterung von § 177 Abs. 2 um Täuschungen *Hoven/Weigend*, (Fn. 52), 160 f.

⁶⁷ *Brodsky*, (Fn. 1), 186; *Hoven/Weigend*, (Fn. 52), 159.

⁶⁸ BGHSt 36, 1 (10 ff.); BGHSt 36, 262 (266 f.); *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 22), § 223, Rn. 2c.

⁶⁹ Zum öffentlichen Erwartungsdruck an die Rechtsprechung *Frisch*, Die strafrechtliche AIDS-Diskussion: Bilanz und neue empirische Entwicklungen, in: Joerden u.a. (Hrsg.), FS Szwarc, 2011, S. 495 (498 f.).

⁷⁰ A.A. etwa *Momsen/Momsen-Pflanz*, (Fn. 22), § 223, 11; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 22), § 223, Rn. 5.

⁷¹ So aber *Wolters*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2017, § 223, Rn. 21.

⁷² *Joecks*, in: MüKo-StGB (Fn. 22), § 223, Rn. 34; *Grünwald*, in: LK-StGB (Fn. 26), § 223, Rn. 37.

⁷³ BVerfGE 96, 375 (388 ff.); a.A. in einem obiter dictum aber BVerfGE 88, 203 (296).

⁷⁴ So reduziert der Kondomgebrauch die Ansteckungsgefahr mit dem HI-Virus bei rezeptivem Analverkehr etwa „nur“ um ca. 75 % von ca. 0,8 % auf ca. 0,1 bis 0,28 %, vgl. *Marcus*, Bundesgesundheitsbl 2000, 449 (456) und auch der Pearl-Index von Kondomen liegt noch immer bei 4-5. Der Pearl-Index gibt die Schwangerschaften pro 100 Verwenderinnen pro Jahr an und liegt bei hormonellen Verhütungsmethoden deutlich unter 1, vgl. *Diedrich et al*, Gynäkologie und Geburtshilfe, 2006, S. 162.

und kognitiv verarbeitet, dass ihm normativ weiterhin die Herrschaft über die Gefährdung zukommt.⁷⁵

II. Versuchsstrafbarkeit

Treten die Erfolge tatsächlich ein und lässt sich ein Kausalitätsnachweis⁷⁶ führen, so kommt auf Grund des sorgfaltswidrigen Verhaltens durch das Stealthing jedenfalls eine fahrlässige Körperverletzung in Betracht.⁷⁷ Häufiger dürften indes die Fälle sein, in denen ein tatbestandlicher Erfolg ausbleibt. So wird die Übertragungswahrscheinlichkeit des HI-Virus auf etwa 0,1 bis 1 % pro Sexualkontakt geschätzt.⁷⁸ Vergleichsweise wahrscheinlicher, aber mit 27,7 % pro Zyklus unter optimalen Fruchtbarkeitsbedingungen im Ergebnis immer noch unwahrscheinlich ist es, dass die Handlung zu einer Schwangerschaft führt.⁷⁹

Will man nicht mit Herzberg alleine in der Vornahme des Geschlechtsverkehrs eine vollendete Körperverletzung erblicken,⁸⁰ stellt sich daher die Frage, ob der Täter bei ausbleibendem Erfolg wegen Versuchs bestraft werden kann. Der BGH hat dies mit Blick auf eine mögliche Übertragung mit dem HI-Virus auf dem Boden seiner Billigungstheorie⁸¹ bejaht. Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung aller Umstände komme dem Umstand besonderes Gewicht zu, dass der Täter eine Ursache gesetzt habe, die einen fortan unkontrollierbaren Geschehensablauf in Gang gesetzt habe. Habe der Täter diese Gefahr „unabgeschirmt“⁸² gesetzt, spreche dies dafür, dass der Täter nicht ernsthaft auf einen guten Ausgang vertraut habe. Auch die Kenntnis des vergleichsweise geringen Infektionsrisikos stehe dem nicht entgegen, da jeder Sexualkontakt zur Infektion führen könne und damit das volle Risiko der Ansteckung in sich trägt.⁸³ Zudem spreche in

Fällen des Übergehens des Wunsches nach einem Kondomgebrauch – wie es auch für Stealthing konstitutiv ist – für eine Billigung, dass eben jenes Übergehen des Willens zum Ausdruck bringe, dass der Täter um seiner sexuellen Befriedigung willen die Gesundheit des anderen Teils bewusst aufs Spiel setze.⁸⁴

In der Literatur ist dieser Begründungsweg auf Kritik gestoßen. So sei die Annahme eines Vorsatzes in Kenntnis des geringen Infektionsrisikos eine Fiktion, die dem Täter unterstelle, vom statistischen Ausnahmefall anstelle des Regelfalls auszugehen.⁸⁵ Der BGH ersetze in Wirklichkeit das voluntative Vorsatzelement durch ein normativ-objektives Kriterium,⁸⁶ denn anders lasse sich nicht rechtfertigen, dass der BGH im Straßenverkehr selbst hohe Restriktionen der bewussten Fahrlässigkeit zuschlägt.⁸⁷

Die Kritik an der Subsumtion des BGH geht jedoch fehl: Sie verkennt, dass auf kognitiver Ebene lediglich die nicht ganz fernliegende Möglichkeit des Erfolgesintritts erkannt werden muss, was nicht ausschließt, das Ausbleiben des Erfolgs gleichwohl für überwiegend wahrscheinlich zu halten. Auf voluntativer Ebene besteht deswegen keine Parallele zum Straßenverkehr, weil in Fällen mit erheblicher Eigengefährdung des Täters ein bedeutender Wertungsfaktor in die Gesamtschau einzustellen ist, der in Aids-Fällen fehlt.⁸⁸ Vorsatz bzw. Tatentschluss lassen sich in Aids-Fällen daher widerspruchsfrei auf dem Boden der Billigungsformel begründen.⁸⁹

Wendet man diese Grundsätze auf die Gefahr einer Schwangerschaft an, ist festzustellen, dass jede empirische Kritik an dem Begründungsansatz erst Recht fehlerhaft sein muss, da eine Schwangerschaft durch Verkehr unter fruchtbaren Partnern sehr viel wahrscheinlicher als eine Infektion mit dem HI-Virus bei Verkehr mit einem infizierten Partner ist. Man kann sich lediglich auf den Standpunkt stellen, dass es sich um einen Fall „verkappeter Eigengefährdung“ handelt, da dem Täter unerwünschte Unterhaltsforderungen und eine grundsätzlich sittlich wie rechtlich bestehende Umgangspflicht aus § 1684 Abs. 1

⁷⁵ BGHSt 36, 1 (10 ff.).

⁷⁶ Für einen Vaterschaftstest kann dem Beschuldigten nach § 81a StPO das entsprechende DNA-Material entnommen werden, *BVerfG* (K), NJW 1996, 3071 (3072 f.).

⁷⁷ Vorsatz und Fahrlässigkeit stehen im normativ-ethischen Stufenverhältnis zueinander, sodass bei nachweisbarem Vorsatz die Fahrlässigkeit im Wege der materiellen Subsidiarität zurücktritt, vgl. *BGH*, NJW 2011, 2067 (2068); BGHSt 39, 195 (199); *Kindhäuser*, (Fn. 24), § 46 Rn. 10.

⁷⁸ Vgl. mit methodischer Kritik zu den Werten *Marcus*, (Fn. 74), 450.

⁷⁹ *Gnoth/Mallmann*, Perikonzeptionelle Frauenheilkunde, 2014, S. 6.

⁸⁰ *Herzberg*, Die strafrechtliche Haftung für die Infizierung oder Gefährdung, in: *Szwarc* (Hrsg.), *Aids und Strafrecht*, 1996, S. 61 (84 ff.), der damit die Wortlautgrenze überdehnt, § 223 StGB zum Auffangtatbestand der §§ 174 ff. StGB macht und zum abstrakten Gefährdungsdelikt umfunktioniert; kritisch auch *Botke*, Sinn oder Unsinn kriminalrechtlicher AIDS-Prävention? Zugleich ein Versuch eines vorläufigen Resümee, in: *Szwarc* (Hrsg.), (Fn. 80), S. 277 (290).

⁸¹ BGHSt 7, 363 (368).

⁸² Dieses Kriterium geht auf *Herzberg*, NJW 1987, 1461 (1464) zurück, der im Unterlassen eines Kondomgebrauchs eine Unabgeschirtheit im engsten Wortsinne erblickt.

⁸³ BGHSt 36, 1 (10 f.); zustimmend *Helgerth*, NSZ 1989, 114 (118).

⁸⁴ BGHSt 36, 262 (266 f.); *Momsen/Momsen-Pflanz*, in: *S/S/W-StGB* (Fn. 70), § 223, Rn. 58; *Teumer*, MedR 2010, 11 (11 ff.).

⁸⁵ *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 22), § 223, Rn. 7a; *Frisch*, (Fn. 69), S. 495 (501); *Frisch*, NSZ 1991, 23 (24); *Herzberg*, (Fn. 82), 1463 f.

⁸⁶ *Schünemann*, in: *Szwarc* (Hrsg.), (Fn. 80), S. 9 (16 f.).

⁸⁷ *Frisch*, (Fn. 69), S. 495 (501); *Schünemann*, (Fn. 86), S. 17, der die Differenzierung aus sodann berücksichtigungsfähigen generalpräventiven Erwägungen halten will. Mit Blick auf die hohe Gefährdungsgewöhnung der Bevölkerung im Straßenverkehr sei es nämlich möglich, gleich hohe Risiken rechtlich unterschiedlich zu bewerten.

⁸⁸ Jüngst *BGH*, NJW 2018, 1621 (1623); zu weitgehend als Erfahrungssatz für fehlenden Vorsatz noch *BayObLG*, NJW 1955, 1448 (1449).

⁸⁹ Zu möglichen Qualifikation bei Handlungen unbehandelter Infizierter mit dem HI-Virus vgl. *Teumer*, (Fn. 84), 17; kritisch unter Auswertung des medizinischen Fortschritts in der Behandlung *Frisch*, (Fn. 69), S. 520 f.

BGB⁹⁰ zu treffen drohen. Es ist jedoch bereits zweifelhaft, ob sich der Täter überhaupt derartige Vorstellungen macht oder nicht vielmehr glaubt, sich ohnehin seinen etwaigen Verpflichtungen entziehen zu können, in dem er seine Sexualpartnerin nicht mehr wiedersieht. Jedenfalls ist es anerkannt, dass die Eigengefährdung als Wertungsfaktor dann an Einfluss verliert, wenn das Maß der Eigengefährdung hinter demjenigen der Fremdgefährdung deutlich zurückbleibt.⁹¹ So liegt der Fall auch hier, da es sich lediglich um eine mittelbare Gefahr handeln würde, die nicht die körperliche Integrität des Täters betrifft. Auf dem Boden der Billigungsformel ist es daher konsequent, auch einen bedingten Vorsatz zur Herbeiführung einer Schwangerschaft anzunehmen, sofern der Täter nicht ausnahmsweise von deren biologischer Unmöglichkeit ausgeht.⁹²

G. Stealthing als Beleidigung

Wie gezeigt berichten Opfer neben der Angst vor Krankheit und Schwangerschaft überdies von einer besonderen Demütigung, die sie durch das Stealthing verspürt haben. Daher ist abschließend noch zu klären, ob es sich beim Stealthing nicht auch um eine tätliche Beleidigung nach § 185 Alt. 2 StGB handelt. Zwar ist die Beleidigung kein „kleines Sexualdelikt“, sondern schützt nur die Personwürde als Ausschnitt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁹³ Dies schließt es indes nicht aus, auch Angriffe auf die sexuelle Selbstbestimmung als Ehrverletzung zu begreifen, wenn nach den gesamten Umständen in der Handlung zugleich eine gewollte Herabsetzung des Opfers zu erblicken ist.⁹⁴ Zur Feststellung dieser besonderen Umstände hat die Rechtsprechung verschiedene Begründungsansätze von unterschiedlicher Überzeugungskraft entwickelt. Wenig lebensnah erscheint es etwa, die sexuelle Handlung danach zu beurteilen, ob der Täter durch seine Handlungsweise zum Ausdruck bringe, sein Handeln selbst für verwerflich zu halten und so etwa jeden Missbrauch von Abhängigkeitsverhältnissen⁹⁵ als Beleidigung zu werten.⁹⁶ Hierbei handelt es sich vielmehr um spezifisches Unrecht der Delikte des 13. Abschnitts.⁹⁷ Jede Straf-

tat gegen Individualrechtsgüter dokumentiert als solche nur, dass der Täter dem Opfer zumindest ein Rechtsgut nicht vollumfänglich zugesteht, sodass die bloße Verwirklichung eines anderen Tatbestands regelmäßig keinen ausreichenden beleidigungsspezifischen Gehalt hat.

Ebenso fragwürdig ist es umgekehrt aber auch, eine Beleidigung bei allen Handlungsformen, die im 13. Abschnitt umschrieben werden, mit der Begründung abzulehnen, dass der Täter durch seinen Angriff auf die Willensentschlussfreiheit gerade eine moralische Standfestigkeit des Opfers anerkenne, die die Tatmittel erforderlich mache.⁹⁸ Richtig ist es daher, mit einem einzelfall- und menschenwürdebezogenen Ansatz zu fragen, ob der Täter sein Opfer durch seine Handlung zum bloßen Sexualobjekt herabwürdigt.⁹⁹ Hierfür ist das unfreiwillige äußerliche Bespritzen des Opfers mit Sperma ein anerkanntes Beispiel¹⁰⁰ und es ist kein Grund ersichtlich, warum dies nicht in Fällen des *innerlichen* Bespritzens erst recht gelten sollte. Auch die Heimlichkeit des Stealthings steht einem Kundgabecharakter der beleidigenden Handlung nicht entgegen,¹⁰¹ da die Heimlichkeit nicht über die Ejakulation hinaus anhält bzw. anhalten muss. Auch der Umstand, dass es sich beim Ejakulieren selbst wohl mehr um einen unkontrollierbaren Reflex als um eine Handlung im Rechtsinne handeln dürfte, ist unbeachtlich, da es das gerade gewollte Ergebnis einer jedenfalls davor willensgesteuerten Handlung ist.

H. Fazit

Stealthing ist kein Sex-Trend, sondern eine verwerfliche und mit nicht unerheblichen Risiken behaftete Handlung, die es entschieden abzulehnen gilt. Jedoch überzeugen die Konstruktionen eines bedingten oder generellen Gegenwillens, um zum offenbar gewünschten Ergebnis einer Sexualstraftat zu gelangen, nicht. Willensmängel sind auch nach der Neufassung des § 177 StGB unbeachtlich, da andernfalls eine Abkehr vom Rechtsgüterschutz im Sexualstrafrecht drohen würde. Daraus folgt jedoch keine Strafbarkeitslücke, da sich Täter des Stealthings regelmäßig wegen versuchter Körperverletzung und Beleidigung strafbar machen. Diese Lösung wird dabei sogar den Ängsten der Opfer und den Motiven der Täter gerecht, die in Brodskys grundlegender Studie zum Stealthing zu Wort kommen. Eine neuerliche Reform des § 177 StGB ist daher weder nötig noch ratsam.

⁹⁰ Zu Inhalt und verfassungsrechtlichen Grenzen der Pflicht vgl. *BVerfG*, NJW 2008, 1287 (1288 ff.).

⁹¹ *BGH*, NStZ 2000, 583 (584).

⁹² Zum Beispiel, weil er selbst unfruchtbar ist, sein Opfer in der Postmenopause wähnt. Auch wenn der Täter davon ausgeht, dass der Wunsch nach Kondomgebrauch nicht zum Zweck der Kontrazeption erfolgt, weil das Opfer etwa parallel hormonell verhütet, entfiehe eine Versuchsstrafbarkeit mit Blick auf einen Schwangerschaftserfolg.

⁹³ *BGHSt* 36, 145 (148); *Otto*, (Fn. 37), 803.

⁹⁴ *BGH*, NStZ 2007, 218 (218); *Regge/Pegel*, in: *MüKo-StGB* (Fn. 22), § 185, Rn. 12 f.; *Rogall*, in: *SK-StGB* (Fn. 71), vor § 185, Rn. 46; *BGH*, NStZ 2018, 603 (604); wohl a.A. *Hirsch*, *Ehre und Beleidigung*, Karlsruhe, 1967, S. 62 ff.

⁹⁵ *BGH*, NStZ 1987, 21 (22).

⁹⁶ Kritisch *Eisele/Schittenhelm*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 22), § 185, Rn. 4.

⁹⁷ *Sick*, JZ 1991, 330 (332).

⁹⁸ *Sick*, (Fn. 97), 333; so aber *Kiehl*, NJW 1989, 3003 (3005); *Hilgendorf*, in: *LK-StGB* (Fn. 26), § 185, Rn. 29.

⁹⁹ *Zaczyk*, in: *NK-StGB* (Fn. 22), vor § 185, Rn. 25, der daher in jeder Vergewaltigung auch eine Beleidigung erblicken will. Auf Grund der Vielschichtigkeit der Konstellationen nach neuem Sexualstrafrecht dürfte es sich jedoch allenfalls um eine typische Begleitatt handeln, die im Wege der Konsumtion zurücktritt.

¹⁰⁰ *AG Lübeck*, BeckRS 2011, 19102 (supra III. 5.); *Eisele/Schittenhelm*, in: *Schönke/Schröder* (Fn.22), § 185, Rn. 4; *Hecker*, JuS 2012, 179 (181).

¹⁰¹ Hierzu *AG Lübeck*, BeckRS 2011, 19102 (supra III. 5.).