

Zur Entwicklung des Tatbestands der Vergewaltigung im deutschen Strafrecht und im Völkerstrafrecht

Von Wiss. Hilfskraft Anouk Noelle Nicklas, Leipzig*

Das Vergewaltigungsverbot als solches existiert seit geraumer Zeit im nationalen Strafrecht und im Völkerstrafrecht. Der Tatbestand unterliegt dabei wie kaum ein anderer dem Wandel der Zeit. Während sich im deutschen und im Völkerstrafrecht diverse Parallelen erkennen lassen, ist eine vollständig gleichlaufende Entwicklung nicht gegeben. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Frage, ob und in welcher Ausgestaltung ein Nötigungs- oder ein Konsenselement gefordert wird. Die Verf. kommt zu dem Schluss, dass sowohl die aktuelle Definition der Vergewaltigung im StGB als auch diejenige in den Verbrechenselementen des ICC im Hinblick auf ihren Anwendungskontext als fortschrittlich zu begrüßen sind. Zugleich verdeutlicht der Beitrag, dass im Hinblick auf die praktische Umsetzung der hinter den Regelwerken stehenden rechtspolitischen Anliegen noch Nachholbedarf besteht.

I. Einleitung

Das Verständnis dessen, was eine Vergewaltigung ist, hat sich in den letzten Jahrzehnten stark gewandelt. Auf nationaler und internationaler Ebene lassen sich verschiedene Definitionen des Tatbestandes ausmachen, die sich zum Teil in Details, zum Teil aber auch fundamental unterscheiden.¹ Um diese Entwicklung nachvollziehbar zu machen und theoretische sowie anwendungspraktische Unterschiede aufzuzeigen, werden zunächst die verschiedenen Fassungen des Tatbestands im deutschen Recht historisch nachgezeichnet und Entwicklungslinien aufgezeigt und sodann völkerstrafrechtliche Ansätze einer Definition der Vergewaltigung vergleichend beleuchtet. Im Anschluss werden Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Definitionen herausgearbeitet und die Ansätze auf ihre Vor- und Nachteile untersucht.

II. Entwicklung des Tatbestands der Vergewaltigung im deutschen Strafrecht

1. Fassung bis November 1973

Bei Inkrafttreten des RStGB im Januar 1872 war der Tatbestand der Vergewaltigung, normiert in § 177 RStGB, sehr eng gefasst:² Vom Sittlichkeitsdelikt³ der „Nothzucht“⁴ umfasst war nur „außerehelicher Beischlaf“ in Form von Vagi-

nalverkehr⁵ mit einem weiblichen Opfer, der mithilfe von Gewalt oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder einer zu diesem Zwecke herbeigeführten Willens- oder Bewusstlosigkeit des Opfers erzwungen wurde. Männliche Opfer wurden nicht erfasst, ebenso wenig Handlungen innerhalb einer ehelichen Beziehung oder eine Gewaltanwendung gegen andere Personen als das Opfer selbst⁶. Frauen kamen nur als mittelbare Täterinnen einer Vergewaltigung i.S.d. § 177 RStGB in Betracht.⁷ Eine Nötigung zur aktiven Vornahme sexueller Handlungen wurde allein als gewöhnliche Nötigung nach § 240 RStGB bestraft.⁸ Dies rückte jedoch den sexuellen Charakter des Geschehens völlig in den Hintergrund und kam einer Verharmlosung sexueller Gewalt gleich.⁹ Erzwungener Oral- oder Analverkehr fielen unter den im Vergleich zu § 177 RStGB mit geringerer Strafdrohung versehenen § 176 Abs. Nr. 1 RStGB,¹⁰ der die Vornahme „unzüchtiger Handlungen an einer Frauensperson“ mit Gewalt oder die Nötigung zur Duldung derselben durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben unter Strafe stellte.¹¹ Das Nötigungselement der §§ 176, 177 RStGB setzte voraus, dass vom Täter ein Nötigungsmittel mit der finalen Intention¹² und objektiv kausal¹³ angewendet wird, um den geleisteten oder erwarteten Widerstand des Opfers zu brechen und die sexuelle Interaktion zu erzwingen.¹⁴ Eine Zustimmung des Opfers konnte sich als tatbestandsausschließendes Einverständnis auswirken.¹⁵ Umgekehrt war der bloß entgegenstehende Wille des Opfers für die Tatbestandsverwirklichung nicht ausreichend,¹⁶ vielmehr musste „fortgesetzter ernstlicher Widerstand“ in dem Maße,

⁵ Kratzer-Ceylan, Finalität, Widerstand, „Bescholtenheit“, 2015, S. 107, 141.

⁶ Vgl. Kratzer-Ceylan (Fn. 5), S. 120 m.w.N.

⁷ Vgl. RGSt 27, 422 (423).

⁸ RG HRR 1940, Nr. 186. Dies galt faktisch auch für Vergewaltigungen innerhalb einer Ehe (vgl. RGSt 71, 109 [109]).

⁹ Vgl. Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 302.

¹⁰ Kratzer-Ceylan (Fn. 5), S. 107, 141.

¹¹ RGBl. 1871, S. 161.

¹² BGH NJW 1984, 1632 (1632); BGH NStZ-RR 1997, 199 (199); Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 177 Rn. 6.

¹³ BGH NStZ-RR 2006, 269 (270); BGH NStZ 2011, 456 (457).

¹⁴ Für § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F. galt die im Wortlaut angelegte Besonderheit, dass der Täter bzw. die Täterin die schutzlose Lage zwar mit einer finalen Intention ausnutzen, nicht aber selbst herbeigeführt haben musste. Hinzutreten musste dann ein irgendwie geartetes Nötigungselement (Eisele [Fn. 12], § 177 Rn. 11 f.).

¹⁵ Gleichlaufend zur Nötigung nach § 240 StGB; Sick (Fn. 9), S. 166.

¹⁶ Vgl. RGSt 77, 81 (82).

* Die Verf. erforscht derzeit im Rahmen ihrer Promotion bei Prof. Dr. Katrin Höffler (Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Rechtssoziologie der Universität Leipzig) die kriminologischen Hintergründe von Kriegsvergewaltigungen.

¹ Vgl. Deutscher Bundestag, WD 7 – 3000 – 106/23.

² Siehe RGBl. 1871, S. 161.

³ Vgl. RGSt 71, 109 (109).

⁴ Siehe etwa Großes Badisches Oberhofgericht, Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft in Deutschland, Bd. 7 (1878), S. 74.

das „normalerweise von einer Frau in einer solchen Lage erwartet werden könnte“¹⁷ geleistet bzw. vom Täter bzw. der Täterin erwartet werden,¹⁸ was in der Praxis vielfach zu Lasten der Opfer interpretiert wurde.¹⁹ Bloß verbaler Widerstand genügte nicht.²⁰ Selbst körperlicher Widerstand des Opfers wurde vielfach als bloßes „Zieren“²¹, „schamhaftes Sträuben“²² oder gar „typisch weibliches Kokettieren“²³ abgetan. Über die Rechtsfigur der „vis haud ingrata“²⁴ konnte zudem der Vorsatz auf Basis der Vorstellung abgelehnt werden, „dass sich Frauen ‚gerne‘ von Männern (mit Gewalt) zu sexuellen Handlungen drängen lassen“ würden.²⁵ Das Sexualstrafrecht war in Normierung und Anwendung geprägt von derart realitätsfernen, tiefgreifend misogynen Vorstellungen.²⁶

2. Fassungen vom September 1969 und November 1973

Im September 1969 wurde der 13. Abschnitt des StGB durch das 1. StrRG erstmals breiter reformiert.²⁷ § 176 Abs. 1 StGB erfasste nun nicht mehr nur erzwungene sexuelle Handlungen

an bzw. gegenüber einer Frau, sondern an jedem „anderen“,²⁸ sodass fortan auch Männer als Opfer der Unzucht in Betracht kamen. Im November 1973 wurde der 13. Abschnitt des StGB durch das 4. StrRG erneut reformiert.²⁹ Während er zuvor die Überschrift „Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit“ trug, erhielt er nun als Ausdruck der fortschreitenden Entmoralisierung des Strafrechts³⁰ die Überschrift „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“.³¹ Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung wurde verstanden als ein Abwehrrecht gegen „sexuelle Fremdbestimmung“.³² Das Delikt des § 177 StGB war jetzt mit dem Begriff der Vergewaltigung überschrieben.³³ Wo der Begriff der Notzucht noch eng mit dem überkommenen Verständnis männlicher Sexualität als unkontrollierbarem Trieb verbunden war,³⁴ hebt der seither genutzte Begriff der Vergewaltigung den Aspekt der Bemächtigung des Opfers durch die Täter hervor. Der Tatbestand der Vergewaltigung sah nun explizit vor, dass der sexuelle Kontakt mit einer anderen Person als dem Täter bzw. der Täterin vollzogen werden kann.³⁵ Zugleich wurde der Missbrauch eines willens- oder bewusstlosen Opfers aus dem Deliktstatbestand der Vergewaltigung gestrichen und als sexueller Missbrauch Widerstandsunfähiger in § 179 StGB eigenständig geregelt.³⁶ Die sexuelle Nötigung war fortan in § 178 StGB geregelt, der nun auch die Nötigung zur aktiven Vornahme sexueller Handlungen durch das Opfer erfasste und zudem vollständig geschlechtsneutral ausgestaltet war.³⁷ Der Tatbestand der Vergewaltigung blieb dagegen weiterhin auf Frauen als mögliche Opfer beschränkt. Zwar wurde der Begriff des Beischlafs in der Reform des § 177 StGB nicht diskutiert, die fortbestehende Beschränkung auf Vaginalverkehr ergab sich für den Gesetzgeber jedoch aus der nur damit verbundenen Gefahr einer ungewollten Schwangerschaft.³⁸

Hier zeigt sich die erste Konfliktlinie in der Entwicklung des Tatbestands der Vergewaltigung: die Frage nach einer geschlechtsspezifischen oder geschlechtsneutralen Ausgestaltung und damit nach dem konkreten Schutzzweck der Norm. Eine weitere Konfliktlinie offenbarte sich im Vorfeld des 4. StrRG, wo in intensiven Debatten über eine mögliche Erfassung der „Ehegattennotzucht“, also der Vergewaltigung in der Ehe, diskutiert und diese nur mit knapper Mehrheit aus „überwiegend praktischen Gründen“, etwa geringen erwartete

¹⁷ LG Ulm, Urt. v. 4.8.1954 wie zitiert in BGH, Urt. v. 14.7.1955 – 1 StR 728/54, Rn. 4.

¹⁸ Großes Badisches Oberhofgericht (Fn. 4), S. 74.

¹⁹ Siehe nur *Augspurg*, *Parlamentarische Angelegenheiten und Gesetzgebung* (Beil. der Frauenbewegung) 1905, 7 (7, 9).

²⁰ Beispielhaft BGH, Urt. v. 13.10.1955 – 1 StR 359/55, Rn. 4: „Wenn eine Frau dem Verlangen eines Mannes nach Geschlechtsverkehr lediglich mit Worten, sei es auch ‚eindeutig‘, widerspricht, sich aber gegen dieses Ansinnen nicht außerdem körperlich wehrt, so wird der Mann in aller Regel annehmen und annehmen dürfen, daß [sic!] sie trotz des geäußerten Widerspruchs mit seinem Vorhaben letzten Endes einverstanden ist.“

²¹ BGH, Urt. v. 11.10.1951 – 3 StR 593/51, Rn. 3; vgl. BGH, Urt. v. 15.3.1955 – 1 StR 638/54, Rn. 12.

²² BGH, Urt. v. 6.3.1956 – 1 StR 19/56, Rn. 5; BGH, Urt. v. 29.6.1965 – 5 StR 238/65, Rn. 3; BGH, Urt. v. 12.5.1965 – 2 StR 121/65, Rn. 6.

²³ *Sick* (Fn. 9), S. 176.

²⁴ Dt. „nicht unwillkommene Gewalt“.

²⁵ *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages v. 24.1.2015, S. 2, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/357194/a75ae34f805c0734d3e40b030f4c7b20/eisele-data.pdf> (10.7.2024); *DER SPIEGEL* v. 1.12.1991, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/politik/koerperlich-wirksam-a-e7792b0f-0002-0001-0000-000013490882> (10.7.2024).

²⁶ In den Worten *Sicks* (Fn. 9), S. 178: „Wenn ein eindeutiger Widerstand unbeachtlich ist, weil er nur als ‚scheinbar‘, als nicht ernsthaft oder als schamvolles Sträuben gewertet wird, wenn ein eindeutiges ‚Nein‘ als ‚Ja‘ aufgefaßt [sic!] werden darf, wird der Frau die Unfähigkeit unterstellt, ihren wahren Willen ausdrücken zu können. Das weibliche Geschlecht gilt als unentschlossen, als schizophrener Geschöpf, das nicht so recht weiß, was es will.“

²⁷ BGBl. I 1969, S. 653 f.

²⁸ BGBl. I 1969, S. 654.

²⁹ BGBl. I 1973, S. 1726 ff.

³⁰ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, Vorbemerkungen zu den §§ 174 ff. Rn. 1; vgl. BT-Drs. VI/3521, Vorblatt.

³¹ BGBl. I 1973, S. 1726.

³² Etwa *Bottke*, in: Dannecker (Hrsg.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, 2007, S. 535 (536).

³³ BGBl. I 1973, S. 1727.

³⁴ Vgl. *Sick* (Fn. 9), S. 89.

³⁵ „Wer eine Frau [...] zum außerehelichen Beischlaf mit ihm oder einem Dritten nötigt, [...]“ (BGBl. I 1973, S. 1727).

³⁶ Vgl. BGBl. I 1973, S. 1727 f.

³⁷ BGBl. I 1973, S. 1728.

³⁸ Vgl. BT-Drs. VI/3521, S. 52.

ten Aufklärungschancen, abgelehnt wurde.³⁹ Im gleichen Zuge wurde zwar anerkannt, dass eine solche Beschränkung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung inhaltlich keine Rechtfertigung besitzt.⁴⁰ Dies wurde jedoch nicht zum Anlass genommen, darauf zu verzichten, nun auch den Tatbestand der sexuellen Nötigung explizit auf außereheliche Handlungen zu beschränken.⁴¹ Stattdessen verblieb es bei einem bloß fragmentarischen Schutz der sexuellen Selbstbestimmung durch das Sexualstrafrecht.⁴²

3. Fassung vom Juli 1997 und vom April 1998

Neben der Debatte um den konkreten Gewährleistungsgehalt des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung wurde mit der Zeit auch die Kritik an der als zu restriktiv empfundenen Rechtsprechungspraxis lauter.⁴³ Rechtstheoretische und -praktische Überlegungen legten eine weitreichende Neugestaltung des Sexualstrafrechts nahe. Nach einer breiten politischen Debatte erfolgte im Juli 1997 mit dem 33. StrÄndG eine grundlegende Reform des Vergewaltigungstatbestandes: Die Delikte der sexuellen Nötigung und der Vergewaltigung wurden zu einem bis heute fortwährenden Einheitstatbestand zusammengefasst, bei dem die sexuelle Nötigung den Grundtatbestand bildet und die Vergewaltigung zum Regelbeispiel⁴⁴ eines besonders schweren Falles der sexuellen Nötigung umfunktioniert wurde.⁴⁵ Mit dieser Fassung wurde erstmalig die „Unteilbarkeit“ des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung ernstlich anerkannt und hervorgehoben, dass dieses auch bei einer Eheschließung unbeeinträchtigt bleibt.⁴⁶ Konsequenz war nun auch der innereheliche erzwungene Beischlaf vom Deliktstatbestand der Vergewaltigung umfasst. Eine weitere bahnbrechende Neuerung lag in der nunmehr geschlechtsneutralen Ausgestaltung des Tatbestands der Vergewaltigung verbunden mit einer Erweiterung der erfassten Penetrationsmöglichkeiten:⁴⁷ Anstatt wie zuvor nur erzwungenen Vaginalverkehr zu erfassen, sind seither auch „ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer [...], die dieses besonders erniedrigen, insbesondere, wenn sie mit einem Eindringen verbunden sind“ vom Tatbestand der Vergewaltigung umfasst.⁴⁸ Damit wurde der Tatbestand der Vergewalti-

gung neben Anal- oder Oralverkehr⁴⁹ auch für das Eindringen mit Gegenständen⁵⁰ oder Fingern⁵¹ geöffnet. Es wurde anerkannt, dass die Opfer aufgenötigter „anderer“ Penetrationsweisen durch die Taten eine vergleichbare Verletzung und Erniedrigung erfahren und daher gleichermaßen schutzwürdig sind.⁵² Damit waren neben Frauen in Deutschland endlich auch Menschen anderer Geschlechter vom Schutzbereich einer Vergewaltigung im Sinne des StGB umfasst. Politisch weniger debattiert, aber nicht weniger relevant war die damit einhergehende Änderung, dass Frauen nun auch unmittelbare Täterinnen von Vergewaltigungen werden konnten.⁵³

Neben den Nötigungsmitteln der Gewalt und Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben wurde die Möglichkeit des Ausnutzens einer schutzlosen Lage des Opfers als Tatbestandsvariante eingeführt.⁵⁴ Damit sollte der Tatsache Rechnung getragen werden, dass sich nach bisheriger Rechtslage Strafbarkeitslücken in solchen Fällen ergaben, in denen sich Opfer von Vergewaltigungen nicht zur Wehr setzen, weil sie Widerstand für zwecklos erachten oder „vor Schrecken starr oder aus Angst vor der Anwendung von Gewalt durch den Täter dessen sexuelle Handlungen über sich ergehen lassen.“⁵⁵ Gerade letzteres lässt sich in der Realität häufig beobachten.⁵⁶ Dieser in der Theorie weitreichende Schritt wurde jedoch durch eine erneut restriktive Auslegungspraxis der Gerichte stark geschmälert: Unverschlossene Türen⁵⁷, die Anwesenheit des Sohnes im Kindesalter⁵⁸ sowie die Tatbegehung auf einem Rast- bzw. Campingplatz, auf dem andere Personen möglicherweise hätten zur Hilfe kommen können,⁵⁹ führten ebenso wie diverse andere Fallkonstellationen zu einer Verneinung der schutzlosen Lage durch die Gerichte.⁶⁰ Auch wurde das Merkmal nicht aus der Perspektive des Opfers beurteilt, sondern rein objektiv,⁶¹ was die psychischen Auswirkungen der (sich abzeichnenden) Tat auf das Opfer völlig verkennt.⁶² Faktisch kam dem neu eingeführten Nötigungsmittel damit nur eine begrenzte Rolle zu. Zugleich erfuhr der Tatbestand der Vergewaltigung eine Einschränkung: Während der Grundtatbestand der sexuellen Nötigung weiterhin sexuelle Handlungen „des Täters oder eines Dritten“ umfasste, setzte der Tatbestand der Vergewaltigung voraus, dass der Beischlaf bzw. die ähnliche sexuelle

³⁹ BT-Drs. VI/3521, S. 39.

⁴⁰ BT-Drs. VI/3521, S. 39.

⁴¹ Die praktischen Auswirkungen waren jedoch gering, da bereits vorher nur in Ausnahmefällen eine Verwirklichung des Tatbestands innerhalb einer ehelichen Beziehung anerkannt wurde (vgl. BT-Drs. VI/3521, S. 40; siehe etwa RGSt 71, 109 [109]).

⁴² So auch Sick (Fn. 9), S. 91.

⁴³ Vgl. BT-Drs. 13/7324, S. 2; Kratzer-Ceylan (Fn. 5), S. 189.

⁴⁴ Zur Kritik an der Ausgestaltung als Regelbeispiel siehe Kratzer, KritV 2010, 83 (95).

⁴⁵ BGBl. I 1997, S. 1607 f.

⁴⁶ BT-Drs. 13/2463, S. 5; so jedoch bereits BT-Drs. VI/3521, S. 39.

⁴⁷ Vgl. BT-Drs. 13/2463, S. 7.

⁴⁸ BGBl. I 1997, S. 1607 f.; zur obj. Beurteilung der besonderen Erniedrigung siehe Eisele (Fn. 12), § 177 Rn. 20c.

⁴⁹ BT-Drs. 13/2463, S. 7.

⁵⁰ BT-Drs. 13/2463, S. 7.

⁵¹ Kratzer-Ceylan (Fn. 5), S. 192.

⁵² Vgl. BT-Drs. 12/3303, S. 1.

⁵³ Vgl. Pfister, NStZ-RR 1999, 321 (325 Nr. 24); ders., NStZ-RR 2001, 353 (353 Nr. 2); BGH, Urt. v. 16.6.1999 – 2 StR 28/99, Rn. 13.

⁵⁴ BGBl. I 1997, S. 1607.

⁵⁵ BT-Drs. 13/2463, S. 6.

⁵⁶ Vgl. Porges/Peper, Biofeedback 43 (2015), 45 (45).

⁵⁷ BGH, Beschl. v. 22.2.2005 – 4 StR 9/05, S. 4.

⁵⁸ BGH NStZ 2006, 165 (165).

⁵⁹ BGH NStZ 2005, 380 (380); BGH NStZ 2003, 424 (425).

⁶⁰ Auf die vorhersehbaren prozessualen Schwierigkeiten bereits hinweisend BT-Drs. 12/3303, S. 6.

⁶¹ BGH NStZ 2012, 269 (269); BGH NStZ 2006, 395 (396).

⁶² Vgl. Kratzer-Ceylan (Fn. 5), S. 287.

Handlung vom bzw. am Täter bzw. der Täterin selbst vorgenommen wird. Damit wurde die Vergewaltigung zu einem in Teilen eigenhändigen Delikt.⁶³

Schon wenige Monate später wurde der Deliktstatbestand durch das 6. StrRG noch einmal reformiert: Nun erfasste auch das Regelbeispiel der Vergewaltigung die aktive Vornahme der ähnlichen sexuellen Handlung an dem Täter durch das Opfer.⁶⁴ Das Nötigungselement als solches blieb in beiden Reformen dagegen unverändert. Weiterhin musste der Täter bzw. die Täterin ein Nötigungsmittel final⁶⁵ und kausal⁶⁶ anwenden, um geleisteten oder erwarteten Widerstand des Opfers zu überwinden und die sexuelle Interaktion zu erzwingen. Gerade die Frage der Finalität des eingesetzten Nötigungsmittels im Kontext sexueller Gewalt führte in der Rechtsprechung zum Teil zu nicht nachvollziehbaren Entscheidungen,⁶⁷ und zog deshalb Kritik aus der Literatur auf sich,⁶⁸ wengleich die herrschende Meinung nach wie vor daran festhielt. Entgegenstehende Vorschläge einer Ausgestaltung des Tatbestands der Vergewaltigung auf Basis des entgegenstehenden Willens des Opfers wurden zwar bereits diskutiert,⁶⁹ waren zum damaligen Zeitpunkt jedoch nicht mehrheitsfähig.

4. Aktuelle Fassung

Dies änderte sich erst, nachdem die im Jahr 2014 in Kraft getretene Istanbul-Konvention eine Ausgestaltung des Sexualstrafrechts auf Basis des entgegenstehenden Willens des Opfers von den nationalen Gesetzgebern erforderte.⁷⁰ Nach wie vor ergaben sich zudem Schutzlücken daraus, dass für die Beurteilung des Tatbestands der Vergewaltigung maßgeblich auf die Qualität des Opferverhaltens abgestellt wurde.⁷¹ Die infame Silvesternacht 2015 erzeugte dann den politischen Willen einer erneuten Umgestaltung des Sexualstrafrechts.⁷²

⁶³ Pfister, NStZ-RR 1999, 321 (325 Nr. 22); BGH NJW 1999, 2909 (2909 f.); BGH NStZ 2000, 418 (418); BGH NStZ-RR 2009, 278 (278).

⁶⁴ BGBl. I 1998, S. 164 (173).

⁶⁵ BGH NJW 1984, 1632 (1632); BGH NStZ-RR 1997, 199 (199); Eisele (Fn. 12), § 177 Rn. 6.

⁶⁶ BGH NStZ-RR 2006, 269 (270); BGH NStZ 2011, 456 (457).

⁶⁷ Siehe beispielhaft die realitätsferne Verneinung des Finalzusammenhangs in BGH NStZ 1995, S. 223 Nr. 14; BGH, Urt. v. 20.10.1970 – 1 StR 394/70, Rn. 3, sowie BGH NStZ-RR 1999, S. 324 Nr. 16.

⁶⁸ Etwa Kratzer-Ceylan (Fn. 5), S. 350 ff. m.w.N.; später auch BT-Drs. 18/8210, S. 9 f.

⁶⁹ So etwa der Vorschlag der Abgeordneten von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in BT-Drs. 12/3303, S. 3.

⁷⁰ CETS 210, Art. 36 mit der zentralen Formulierung der „non-consensual acts of a sexual nature“.

⁷¹ Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 21; BT-Drs. 18/8210, S. 7 f.

⁷² Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, Vorbemerkung zu den §§ 174 ff. Rn. 14. Erste Entwürfe der Bundesregierung verstießen jedoch noch gegen die Istanbul-Konvention und waren kaum geeignet, die bestehenden Schutzlücken zu schließen (vgl. die

Es folgte eine breite, teilweise stark polarisierende Debatte, die sich insbesondere mit der Frage beschäftigte, ob sich aus der Ratifizierung der Istanbul-Konvention überhaupt die Notwendigkeit einer Änderung des Sexualstrafrechts ergebe, und wenn ja, wie ein mögliches Konsens-Element aussehen könnte.⁷³ Daraufhin kam es im November 2016 zur bisher letzten Reform des Tatbestands der Vergewaltigung.⁷⁴ Während das Regelbeispiel der Vergewaltigung als solches nur geringfügig verändert wurde, ergaben sich Veränderungen insbesondere aus einer grundlegenden Reform des Grunddelikts: Für das nun sexueller Übergriff benannte Grunddelikt in § 177 Abs. 1 StGB wurde das Nötigungselement durch ein Handeln gegen den erkennbaren Willen des Opfers, also ein Konsens-Element im Sinne der Nein-heißt-Nein-Lösung,⁷⁵ abgelöst. Eine Nötigung neben dem Dissens wirkt sich nach § 177 Abs. 5 StGB zwar strafscharfend aus, ist aber kein prinzipielles Tatbestandserfordernis des sexuellen Übergriffs und der Vergewaltigung.⁷⁶ Für das Vorliegen einer Vergewaltigung kommt es seither allein auf den entgegenstehenden Willen des Opfers an, soweit dieser für den Täter bzw. die Täterin objektiv erkennbar war.⁷⁷ Eine Erkennbarkeit wird angenommen, wenn das Opfer seinen entgegenstehenden Willen entweder ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt.⁷⁸ Ein bloß innerer Vorbehalt des Opfers genügt dagegen nicht für eine Tatbestandsverwirklichung in Verbindung mit Abs. 1.⁷⁹ Gleiches gilt für ambivalentes Opferverhalten.⁸⁰ Im Gegensatz zur alten Rechtslage werden auch

Stellungnahme des BR in BT-Drs. 18/8626 zu BT-Drs. 18/8210).

⁷³ Neben einem Abstellen auf den inneren Willen im Sinne eines Einverständnisses, standen dabei die später gewählte Nein-heißt-Nein-Lösung, die unerwünschte sexuelle Interaktionen nur dann kriminalisiert, wenn sie gegen den erkennbaren Willen des Opfers durchgeführt werden, und die Ja-heißt-Ja-Lösung, die einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gleichkommt (Weigend/Hoven, JZ 2017, 182 [186]), im Raum. Siehe dazu Hörnle, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention Ein Gutachten zur Reform des Paragrafen 177 StGB.pdf (10.7.2024);

Blume/Wegner, HRRS 15 (2014), 357 (358 ff.). Abl. etwa Isfen, ZIS 2015, 217 (228 ff.). Keinen Handlungsbedarf sah etwa Fischer, ZIS 2015, 312 (318 f.).

⁷⁴ BGBl. I 2016, S. 2460 f.

⁷⁵ Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 21; El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (158); dahingehend auch der Vorschlag der Fraktion DIE LINKE in BT-Drs. 18/7719.

⁷⁶ Auch für die sexuelle Nötigung nach § 177 Abs. 5 StGB ist kein Kausal- oder Finalzusammenhang mehr erforderlich (Hörnle, NStZ 2017, 13 [19]).

⁷⁷ BT-Drs. 18/9097, S. 22; zur Diskussion um die Passung des Begriffs der Vergewaltigung Hörnle, NStZ 2017, 13 (19).

⁷⁸ BT-Drs. 18/9097, S. 23.

⁷⁹ BT-Drs. 18/9097, S. 23.

⁸⁰ BT-Drs. 18/9097, S. 23.

Fälle erfasst, in denen das Opfer die sexuellen Handlungen mit einem Dritten oder an sich selbst durchführt.⁸¹ Im deutschen Strafrecht wird Vergewaltigung als Regelbeispiel des sexuellen Übergriffs also derzeit grundsätzlich verstanden als sexuelle Handlung, die mit einem Eindringen in den Körper des Opfers verbunden ist, gegen den erkennbaren entgegenstehenden Willen des Opfers erfolgt und mit einer besonderen Erniedrigung des Opfers einhergeht.⁸² Das Eindringen als solches indiziert dabei bereits die besondere Erniedrigung.⁸³ Für Fälle, in denen das Opfer einen entgegenstehenden Willen aus Gründen in seiner Person oder der Situation nicht bilden oder äußern kann, kann das Regelbeispiel der Vergewaltigung in Verbindung mit den Konstellationen des Abs. 2 greifen,⁸⁴ der u.a. das Ausnutzen eines Überraschungsmoments vorsieht.

Nicht nur infolge der Normlänge mit neun Absätzen und den diversen verschiedenen Fallkonstellationen wurde die Reform vielfach als inhaltlich begrüßenswert, aber technisch misslungen aufgefasst.⁸⁵ In Teilen wurde anerkannt, dass eine Regelung im Sinne der in manchen nordischen Ländern⁸⁶ mittlerweile umgesetzten und in § 177 Abs 2 Nr. 2 StGB aufgegriffenen Nur-Ja-heißt-Ja-Lösung das sexuelle Selbstbestimmungsrecht tatbestandlich noch besser geschützt hätte,⁸⁷ dies wurde jedoch mit dem Verweis auf praktische Hindernisse und mögliche kontraproduktive Auswirkungen prozessualer Natur mehrheitlich abgelehnt.⁸⁸ Dabei wurde insbesondere der Problematik besondere Bedeutung beigemessen, dass sich sexuelle Interaktionen oft situativ ergeben und durch ein gegenseitiges Austesten von Grenzen und Wohlfühlbereichen gekennzeichnet sind.⁸⁹ Von einem Einverständnis auszugehen, wenn ein „Nein“ nicht kommuniziert wird, legt jedoch ein Verständnis konstanter sexueller Verfügbarkeit zugrunde, das nicht nur mit der Realität nicht vereinbar ist, sondern auch in seinen Bewertungen, insbesondere der weiblichen sexuellen Verfügbarkeit, als problema-

tisch zu betrachten ist.⁹⁰ Warum bei erheblichen sexuellen Handlungen, die untrennbar mit Persönlichkeitsrechten zusammenhängen, vom Opfer abverlangt wird, ein „Nein“ zu kommunizieren, aber im gleichen Atemzug eine Erwartung gegenüber Täter und Täterinnen, sich eines „Ja“ zu versichern, abgelehnt wird, darf zumindest in der Theorie als irritierend beurteilt werden. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass praktische Unterschiede der Regelungsmodelle aufgrund verschwimmender Grenzen und konkludenter Erklärungsmöglichkeiten in der Realität weitgehend gering ausfallen dürften.⁹¹ So oder so wird das sexuelle Selbstbestimmungsrecht als Recht des Einzelnen, über „ob“, „wann“ und „wie“ sexueller Handlungen frei entscheiden zu dürfen, soweit Rechte Dritte dadurch nicht tangiert werden,⁹² durch die Neufassung der Norm deutlich besser geschützt als zuvor.⁹³

In der Praxis hat sich durch die Reform allerdings wenig verändert: Noch immer sind die Anzeigebereitschaft und Verurteilungsraten in Verfahren wegen sexueller Gewalt gering.⁹⁴ Dies liegt nicht nur an der deliktstypisch schwierigen Beweissituation, in der oft Aussage gegen Aussage steht, sondern auch daran, dass in Teilen der Rechtsprechung – genährt durch pervasive Vergewaltigungsmymthen – nach wie vor ein bestimmtes Verhalten vom Opfer erwartet wird, ohne welches der Tatbestand der Vergewaltigung an der einen oder anderen Stelle abgelehnt wird.⁹⁵ Dies wird durch die ebenfalls deliktsspezifische Besonderheit der fortwährenden Prominenz angenommener Falschanzeigen⁹⁶ und damit einhergehender Grundzweifel an der Glaubwürdigkeit der (vermeintlichen) Opfer verstärkt. Dies konterkariert den Zweck der Reform, die Opfer sexueller Gewalt gerade unabhängig davon zu schützen, ob sie sich „ggf. unter hohen Risiken und

⁸¹ BT-Drs. 18/9097, S. 28; BGH NSTz-RR 2020, 276 (277); BGH NSTz 2019, 275 (276); dagegen noch BGH NSTz-RR 2009, 278 (278).

⁸² § 177 Abs. 1, Abs. 6 S. 1 Nr. 1 StGB.

⁸³ Lederer, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), *Anwalt-Kommentar, Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. 2020, § 177 Rn. 61.

⁸⁴ BT-Drs. 18/9097, S. 28.

⁸⁵ So explizit Heger (Fn. 72), Vorbemerkung zu den §§ 174 ff. Rn. 14; Hörnle, NSTz 2017, 13 (14, 20); pos. Papatthaniou, KriPoZ 2016, 133 (139); daneben wohl generell gegen eine Konsens-Lösung Weigend/Hoven, JZ 2017, 182 (185 ff.).

⁸⁶ So etwa in Schweden: The Swedish Criminal Code (brottsbalken, SFS 1962:700) v. 1.1.1965 (Stand: 1.1.2024), Kap. 6 § 1, schwedische Originalfassung abrufbar unter <https://www.government.se/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf> (10.7.2024).

⁸⁷ So etwa Isfen, ZIS 2015, 217 (228).

⁸⁸ Etwa bei Hörnle (Fn. 73), S. 13 ff.; Isfen, ZIS 2015, 217 (229).

⁸⁹ Isfen, ZIS 2015, 217 (229).

⁹⁰ So jedoch anklingend bei Weigend/Hoven, JZ 2017, 182 (185). Eine Anwendung der Nur-Ja-heißt-Ja-Lösung würde auch nicht gegen den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz verstoßen (Hörnle [Fn. 73], S. 14).

⁹¹ Siehe dazu Eisele, KriPoZ 2024, 88 (92 f.).

⁹² El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (159).

⁹³ Hörnle, NSTz 2017, 13 (14); El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (159).

⁹⁴ Kniestedt, Deutschlandfunk Kultur v. 7.12.2021, abrufbar unter

<https://www.deutschlandfunkkultur.de/reform-des-sexualstraf-rechts-bilanz-nach-fuenf-jahren-100.html> (10.7.2024);

Biedermann/Volbert, MschrKrim 2020, 250 (256 f.); Buchholz, LTO v. 11.11.2021, abrufbar unter

https://www.lto.de/persistent/a_id/46623/ (10.7.2024).

⁹⁵ Kniestedt (Fn. 94); vgl. Renzikowski, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 177 Rn. 49. Dies gilt, obwohl Nr. 192 des Explanatory Report zu Art. 36 der Istanbul-Konvention explizit das Zugrundelegen von Geschlechterstereotypen, Sexualitätsmythen und Annahmen „typischen“ Verhaltens ablehnt (CETS 210, Nr. 192).

⁹⁶ Etwa bei Weigend/Hoven, JZ 2017, 182 (185): „[Z]um anderen ist weder unter dem bisherigen noch unter dem neuen Rechtszustand bekannt, wie viele Anzeigen sich auf reale ‚Taten‘ beziehen und daher zu einer Verurteilung führen sollten“ (Hervorhebung im Original).

ohne konkrete Erfolgsaussichten, gegen den Täter verteidigt oder dies zumindest versucht“ haben.⁹⁷

5. Resümee zum Tatbestand der Vergewaltigung im deutschen Recht

Das Sexualstrafrecht in Deutschland war lange Zeit von mittlerweile überkommenen Geschlechtervorstellungen und Vergewaltigungsmythen geprägt.⁹⁸ Jeweils durch breite gesellschaftliche Debatten angestoßene Reformen erweiterten den Schutzbereich der Vergewaltigung schrittweise von einer Beschränkung auf Frauen als mögliche Opfer hin zu einer geschlechtsneutralen Ausgestaltung des Tatbestandes, der neben dem Vaginalverkehr auch den Oral- und Analverkehr sowie die Penetration mit Fingern und Gegenständen erfasst und die Tatbegehung durch Frauen nicht mehr nur als mittelbare Täterinnen erlaubt. Mit der durch die Istanbul-Konvention notwendig gewordenen Reform wurde das althergebrachte Nötigungselement durch das Erfordernis eines erkennbaren entgegenstehenden Willens des Opfers abgelöst. Als Wertentscheidung hin zu einem umfassenden körperlichen Selbstbestimmungsrecht unabhängig von der Beziehung zum Täter kam daneben der Frage nach einer Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe eine enorme gesellschaftspolitische Bedeutung zu. Diese Konfliktlinien lassen sich so oder so ähnlich auch in anderen nationalen Rechtsordnungen erkennen.⁹⁹ Schutzlücken ergaben sich in der Realität aber nicht nur durch unzureichende Normierung, sondern auch durch eine seit jeher außerordentlich restriktive, in Teilen noch heute frauenverachtende Rechtsprechungspraxis.¹⁰⁰ Während sich die strafrechtliche Ausgestaltung des Sexualstrafrechts immer mehr einem umfangreichen Schutz der sexuellen Selbstbestimmung annähert, hinkt die Rechtsprechung diesem Anliegen bisher noch hinterher.¹⁰¹

III. Entwicklung des Tatbestands der Vergewaltigung im Völkerstrafrecht

1. Lieber-Code und Genfer Abkommen

Eine der ersten Verschriftlichungen des Kriegsrechts stellt der amerikanische Lieber-Code aus dem Jahr 1863 dar.¹⁰² Art. 44 des Lieber-Codes bestraft „all rape“, also jede Vergewaltigung, an Zivilisten und Zivilistinnen mit der Todes-

strafe.¹⁰³ Auch das Genfer Abkommen IV von 1949 erwähnt den Schutz von Frauen vor Vergewaltigungen.¹⁰⁴ Diese wurden dabei nicht als Gewaltdelikt erfasst, sondern als Ehrdelikt.¹⁰⁵ Im ersten Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen von 1977 wird der besondere Schutz von Frauen vor Vergewaltigung wiederholt.¹⁰⁶ Das zweite Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen von 1977 erfasst den Schutz aller nicht unmittelbar an der kriegerischen Auseinandersetzung teilnehmenden Personen vor Vergewaltigungen,¹⁰⁷ wodurch der Schutzbereich auf nicht-weibliche Personen erweitert wurde. Eine Definition, was unter dem Begriff der Vergewaltigung zu verstehen ist, war jedoch in allen vier Fällen nicht vorhanden. Diese fehlende Bestimmtheit kennzeichnete für lange Zeit das Vergewaltigungsverbot im Völkerstrafrecht.¹⁰⁸ Sie war Ausdruck der bis vor kurzem vorherrschenden Ansicht von sexueller Gewalt als unschönem, aber unvermeidbarem Nebenprodukt bewaffneter Konflikte.¹⁰⁹ So wurden Vergewaltigungen von der Anklage in den Nürnberger Prozessen überhaupt nicht erwähnt, obwohl Beweise für sexuelle Gewalt durch die Wehrmacht schon damals vorlagen,¹¹⁰ und vom Tokioter Tribunal nur gebündelt mit anderen Kriegsverbrechen verfolgt.¹¹¹ Dies änderte sich erst durch die von massenhafter sexueller Gewalt gekennzeichneten Konflikte im ehemaligen Jugoslawien und in Ruanda, die zur Errichtung zweier ad-hoc Tribunale, des ICTY und des ICTR, geführt haben,¹¹² welche ihrerseits wegweisende Urteile zu konfliktbezogener sexueller Gewalt hervorbringen sollten.

2. Akayesu (ICTR)

Der ICTR bewertete Vergewaltigung als Angriff auf die persönliche Würde der Betroffenen¹¹³ und konnte diese als Einzelverbrechen zur Begründung einer schweren Verfehlung

¹⁰³ Biehler, Das Vergewaltigungsverbot im bewaffneten Konflikt, 2017, S. 41 Fn. 70.

¹⁰⁴ Genfer Abkommen IV, Teil III, Art. 27.

¹⁰⁵ Seibert-Fohr, in: Hankel (Hrsg.), Die Macht und das Recht, 2008, S. 163.

¹⁰⁶ Zusatzprotokoll I zu den Genfer Abkommen, Abschnitt III, Kap. II, Art. 76 Nr. 1.

¹⁰⁷ Zusatzprotokoll II zu den Genfer Abkommen, Teil II, Art. 4 Nr. 2 lit. e. Das Zusatzprotokoll II beschränkt sich auf den Schutz von Personen in nicht internationalen Konflikten.

¹⁰⁸ Biehler (Fn. 103), S. 111.

¹⁰⁹ Etwa Goldstein, War and Gender, 2001, S. 362; Salzman, Human Rights Quarterly 20 (1998), 348 (373).

¹¹⁰ Siehe etwa Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Vol. II, S. 139; Vol. VI, S. 170, 178, 211–214, 404–407; Vol. VII, S. 449–457, 467, 494.

¹¹¹ Adams, Der Tatbestand der Vergewaltigung im Völkerstrafrecht, 2013, S. 205, 211 m.w.N.

¹¹² Baaz/Stern, Sexual Violence as a weapon of war? Perceptions, prescriptions, problems in the Congo and beyond, 2013, S. 1 f.; Fitzpatrick, Tactical Rape in War and Conflict, 2016, S. 24.

¹¹³ ICTR (Trial Chamber I), Judgement v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu), Abs. 597.

⁹⁷ So BT-Drs. 18/9097, S. 22.

⁹⁸ Vgl. Kratzer, KritV 2010, 83 (101 ff.); siehe jedoch Clemm, AktenEinsicht, 2020.

⁹⁹ Vgl. etwa die aktuelle Debatte um das Konsens-Element in Frankreich, etwa bei Le Monde v. 14.3.2024, abrufbar unter https://www.lemonde.fr/en/france/article/2024/03/14/macron-promises-to-add-consent-to-france-s-rape-law_6617206_7.html# (11.7.2024).

¹⁰⁰ So auch Isfen, ZIS 2015, 217 (232).

¹⁰¹ Vgl. Clemm (Fn. 98); Buchholz (Fn. 94).

¹⁰² Instructions for the Government of Armies of the United States; Schwarz, Das völkerrechtliche Sexualstrafrecht, 2019, S. 91.

gegen die Genfer Abkommen, als Völkermord und als Verbrechen gegen die Menschlichkeit verfolgen.¹¹⁴ In seinem Urteil im Fall Akayesu im September 1998 stellte der ICTR zunächst fest, dass es keine allgemein anerkannte Definition der Vergewaltigung im Völkerstrafrecht gebe.¹¹⁵ Er definierte diese sodann konzeptionell als physische Invasion sexueller Natur, die gegenüber einer Person unter solchen Umständen begangen wurde, die einen Zwang begründen.¹¹⁶ Der Personenkreis möglicher Opfer war nicht auf Personen eines bestimmten Geschlechts beschränkt.¹¹⁷ Der Begriff der sexuellen Invasion umfasste neben der vaginalen oder analen Penetration des Opfers auch Oralverkehr.¹¹⁸ Daneben war ein Nötigungselement erforderlich, das jedoch nicht auf eine Gewaltanwendung oder Drohung durch den Täter bzw. die Täterin beschränkt war, sondern sich auch aus den situativen Umständen der Tat ergeben konnte.¹¹⁹ Die fehlende Zustimmung des Opfers war dagegen kein Tatbestandsmerkmal, sondern wurde lediglich implizit zugrunde gelegt.¹²⁰ Die Kammer stellte fest, dass sich Vergewaltigung als eine Form der Aggression nicht mechanisch definieren lasse (daher auch die Bezeichnung als konzeptionelle Definition),¹²¹ und lehnte damit die Fokussierung auf konkrete Verhaltensweisen und Körperteile ab.¹²² Ziel dieses Ansatzes war es, den vielfach traumatisierten Opferzeugen und -zeuginnen eine Konfrontation mit den intimen Details ihrer Erlebnisse zu ersparen.¹²³ In der Folge wurden weder der Geschlechtsakt noch das Zwangsmoment näher definiert, was jedoch im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz für Kritik sorgte.¹²⁴

3. Furundzija (ICTY)

Im Statut des ICTY konnte Vergewaltigung als Einzelverbrechen zur Begründung einer schweren Verfehlung gegen die Genfer Abkommen, Verstoß gegen die Gesetze und Gebräuche des Kriegs sowie als Völkermord und als Verbrechen gegen die Menschlichkeit geahndet werden.¹²⁵ Nachdem der ICTY in seiner Entscheidung zu Delalic u.a. zunächst die Definition des ICTR aus Akayesu aufrechterhalten hatte,¹²⁶ befand er diese in seiner Entscheidung zu Furundzija im Dezember 1998 als zu unbestimmt.¹²⁷ Der ICTY erarbeitete daher auf Basis nationaler Rechtsordnungen¹²⁸ eine näher bestimmte Definition der Vergewaltigung, wobei er sich von dem Prinzip leiten ließ, dass der Schutz der Menschenwürde eine weite Definition der Vergewaltigung nahelegt.¹²⁹ Vergewaltigung wurde daraufhin definiert als eine sexuelle Penetration, gleich welcher Intensität, der Vagina oder des Anus des Opfers durch den Penis des Täters oder ein vom Täter hierfür verwendetes anderes Objekt oder des Mundes des Opfers durch den Penis des Täters, durch Zwang oder Gewalt oder die Drohung mit Gewalt gegen das Opfer oder eine dritte Person.¹³⁰ Gegenüber der Definition des ICTR war die Definition des ICTY in Furundzija deutlich detaillierter und beschrieb konkret in welche Körperöffnungen des Opfers wie eingedrungen werden muss. Aus dieser Weiterentwicklung¹³¹ ergaben sich jedoch auch Einschränkungen: Während die Definition bei Akayesu eine Begründung des Nötigungselements aus der allgemeinen Situation der Tat im bewaffneten Konflikt ermöglicht hat, war die Definition in Furundzija (angelehnt an die Handhabung nationaler Rechtsordnungen) auf ein klassisches Nötigungselement¹³² beschränkt. Inhaltliche Änderungen im Hinblick auf typischen vaginal-, Anal- oder Oralverkehr gegenüber Akayesu ergaben sich nicht. Eine Tatbegehung durch Täterinnen war in Form des Einführens von Gegenständen in Vagina oder Anus des Opfers umfasst. Umstritten war jedoch, ob diese Definition der Vergewaltigung auch die Verwendung anderer Körperteile, etwa von Fingern oder der Zunge, als mögliche „Werkzeuge“ der Penetration erfasst. Nach *Eboe-Osuji* ist auch Cunnilingus – also das Berühren der Vulva mit der Zunge – zweifellos als

¹¹⁴ Vgl. UN-Sicherheitsrat, Resolution 955, S/RES/955 (1994), S. 3 ff., Art. 2–4.

¹¹⁵ ICTR (Trial Chamber I), Judgement v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu), Abs. 596.

¹¹⁶ ICTR (Trial Chamber I), Judgement v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu), Abs. 598 (Übersetzung der Verf.).

¹¹⁷ Biehler (Fn. 103), S. 166; vgl. ICTY, Judgement v. 16.11.1998 – IT-96-21 (The Prosecutor v. Zejnir Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić, Esad Landžo), Abs. 479, 1065 f.

¹¹⁸ Biehler (Fn. 103), S. 166; vgl. ICTY, Judgement v. 16.11.1998 – IT-96-21 (The Prosecutor v. Zejnir Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić, Esad Landžo), Abs. 479, 1065 f.

¹¹⁹ ICTR (Trial Chamber I), Judgement v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu), Abs. 688.

¹²⁰ ICTR (Appeals Chamber), Judgement v. 7.7.2006 – ICTR-01-64-A, (Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi), Abs. 147 ff.; Schwarz (Fn. 102), S. 178 f.; vgl. Hansen-Young, Chicago Journal of International Law 6 (2005–2006), 479 (485).

¹²¹ ICTR (Trial Chamber I), Judgement v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu), Abs. 597.

¹²² ICTR (Trial Chamber I), Judgement v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu), Abs. 687.

¹²³ Vgl. ICTR (Trial Chamber I), Judgement v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu), Abs. 687.

¹²⁴ Biehler (Fn. 103), S. 167 m.w.N.

¹²⁵ Vgl. Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Art. 2–5.

¹²⁶ ICTY (Trial Chamber II), Judgement v. 16.11.1998 – IT-96-21-T (Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landžo), Abs. 479.

¹²⁷ ICTY (Trial Chamber II), Judgement v. 10.12.1998 – IT-95-17/1-T (Prosecutor v. Anto Furundzija), Abs. 177.

¹²⁸ ICTY (Trial Chamber II), Judgement v. 10.12.1998 – IT-95-17/1-T (Prosecutor v. Anto Furundzija), Abs. 178 ff.

¹²⁹ ICTY (Trial Chamber II), Judgement v. 10.12.1998 – IT-95-17/1-T (Prosecutor v. Anto Furundzija), Abs. 184.

¹³⁰ ICTY (Trial Chamber II), Judgement v. 10.12.1998 – IT-95-17/1-T (Prosecutor v. Anto Furundzija), Abs. 185 (Übersetzung der Verf.).

¹³¹ Seibert-Fohr (Fn. 105), S. 177.

¹³² Vgl. I. 1.

erfasst anzusehen.¹³³ *Adams* hingegen verneint einen Einschluss anderer Körperteile unter Verweis auf den Wortlaut,¹³⁴ der mit der Wendung „any other object“ in der Tat auch eher auf die Verwendung von Gegenständen, nicht Körperteilen, hindeutet.¹³⁵

4. *Kunarac (ICTY)*

Da der zu entscheidende Fall keine Nötigung im klassischen Sinne enthielt,¹³⁶ sah sich der ICTY in der Entscheidung zu *Kunarac* im Februar 2001 gezwungen, die Gemeinsamkeiten nationaler Vergewaltigungsdefinitionen erneut auszuarbeiten. Dabei sah er über Fälle der Nötigung hinaus den Verstoß gegen die sexuelle Autonomie und damit den freien Willen des Opfers als eigentlich gemeinsamen Strafgrund nationaler Definitionen an.¹³⁷ Vergewaltigung wurde daraufhin redefiniert als sexuelle Penetration, gleich welcher Intensität, der Vagina oder des Anus des Opfers durch den Penis des Täters oder ein vom Täter hierfür verwendetes anderes Objekt oder des Mundes des Opfers durch den Penis des Täters, sofern die Penetration ohne Zustimmung des Opfers erfolgt.¹³⁸ Eine Zustimmung musste dabei freiwillig erfolgt, also das Ergebnis einer freien Willensentscheidung des Opfers sein, beurteilt im Kontext der jeweiligen Umstände der Tat.¹³⁹ Auf Vorsatzseite war neben der Intention der Penetration auch ein Wissen um die fehlende Zustimmung des Opfers erforderlich.¹⁴⁰ Die Definition stimmte bezüglich des Eindringens und der erfassten Körperöffnungen mit der Definition aus der Entscheidung zu *Furundzija* überein.¹⁴¹ Statt auf ein Zwangsmoment abzustellen, war jedoch die fehlende Zustimmung des Opfers explizite Tatbestandvoraussetzung, bezüglich derer die Beweislast bei der Anklage lag.¹⁴² Für die Beurteilung der Zustimmung konnte neben den schon bei *Furundzija* genannten Möglichkeiten des Zwangs, der Gewalt und der Drohung mit Gewalt, die einen wahren Konsens des

Opfers aus Sicht der Berufungskammer von vornherein präkludierten,¹⁴³ auch auf alle anderen Faktoren abgestellt werden, welche die Penetration nicht-konsensual machen.¹⁴⁴ Im Gegensatz zum erkennbaren entgegenstehenden Willen in § 177 Abs. 1 StGB, der eine irgendwie geartete Kommunikation des Opfers gegenüber dem Täter bzw. der Täterin erfordert,¹⁴⁵ konnte das Nichteinverständnis des Opfers im Verständnis des ICTY also allein aus der Situation heraus begründet werden.¹⁴⁶ Die Berufungskammer stellte darüber hinaus fest, dass es auf einen Widerstand des Opfers nicht ankommt.¹⁴⁷ Indem der Beweis zwangsbegründender Umstände für einen Beweis des Nicht-Einverständnisses des Opfers als ausreichend angesehen wurde, konnten einerseits Beweisschwierigkeiten umschifft und so andererseits auch eine potenziell retraumatisierende Befragung der Opfer nach dem konkreten Tathergang vermieden werden.¹⁴⁸

5. *Elements of Crimes (ICC)*

Nach dem Römischen Statut des ICC kann eine Vergewaltigung entweder als Tatbestandselement eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit oder eines Kriegsverbrechens verfolgt werden.¹⁴⁹ Im Statut des ICC selbst ist keine Definition der Vergewaltigung enthalten. Eine solche findet sich jedoch in den nach Art. 9 Abs. 1 ICC-Statut als Auslegungshilfe und subsidiäre Rechtsquelle¹⁵⁰ angelegten sog. Verbrechenselementen.¹⁵¹ Vergewaltigung wird dort definiert als das Eindringen einer Person in den Körper einer anderen Person mittels eines Verhaltens, das zu einer Penetration eines Körperteils des Opfers oder des Täters bzw. der Täterin mit einem Sexualorgan, oder der Anal- oder Genitalöffnung des Opfers mit irgendeinem Gegenstand oder Körperteil führt,¹⁵² wenn das Eindringen „durch Gewalt oder die Drohung mit Gewalt oder Zwang, hervorgerufen etwa durch die Angst vor Gewalt, Zwang, Inhaftierung, psychologischer Unterdrückung oder Machtmissbrauch,“ gegen diese „oder eine andere

¹³³ *Eboe-Osuji*, International Law and Sexual Violence in Armed Conflicts, 2012, S. 147 Fn. 11.

¹³⁴ *Adams* (Fn. 111), S. 321.

¹³⁵ *Biehler* (Fn. 103), S. 171 m.w.N.

¹³⁶ Vgl. die Zusammenfassung bei *Biehler* (Fn. 103), S. 173 m.w.N.

¹³⁷ ICTY (Trial Chamber I), Judgement v. 22.2.2001 – IT-96-23 & 23/1 (Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković), Abs. 440, 442, 457.

¹³⁸ ICTY (Trial Chamber I), Judgement v. 22.2.2001 – IT-96-23 & 23/1 (Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković), Abs. 460 (Übersetzung der *Verf.*).

¹³⁹ ICTY (Trial Chamber I), Judgement v. 22.2.2001 – IT-96-23 & 23/1 (Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković), Abs. 460 (Übersetzung der *Verf.*).

¹⁴⁰ ICTY (Trial Chamber I), Judgement v. 22.2.2001 – IT-96-23 & 23/1 (Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković), Abs. 460 (Übersetzung der *Verf.*).

¹⁴¹ Auch hier stellte sich also die Frage nach einer Erfassung der Penetration durch „andere“ Körperteile.

¹⁴² ICTY (Trial Chamber I), Judgement v. 22.2.2001 – IT-96-23 & 23/1 (Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković), Abs. 463.

¹⁴³ ICTY (Appeals Chamber), Judgement v. 12.6.2002 – IT-96-23 & 23/1-A (Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković), Abs. 130.

¹⁴⁴ ICTY (Trial Chamber I), Judgement v. 22.2.2001 – IT-96-23 & 23/1 (Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković), Abs. 438, vgl. ICTY, Rules of Procedure and Evidence v. 8.7.2015 – IT/32/Rev. 50, Rule 96 (ii).

¹⁴⁵ *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (15).

¹⁴⁶ Hier käme im nationalen Recht eine Vergewaltigung nur in Kombination mit § 177 Abs. 2 StGB in Betracht.

¹⁴⁷ ICTY (Appeals Chamber), Judgement v. 12.6.2002 – IT-96-23 & 23/1-A (Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković), Abs. 128.

¹⁴⁸ ICTR (Appeals Chamber), Judgement v. 7.7.2006 – ICTR-01-64-A, (Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi), Abs. 155.

¹⁴⁹ Art. 7 Abs. 1 lit. g Var. 1, Art. 8 Abs. 2 lit. b Ziff. xxii Var. 1, Art. 8 Abs. 2 lit. e Ziff. vi Var. 1 Rom-Statut.

¹⁵⁰ *Koch*, ZIS 2007, 150 (150, 154).

¹⁵¹ ICC, Elements of Crimes.

¹⁵² ICC, Elements of Crimes, Art. 7 (1) (g)-1 (Übersetzung der *Verf.*).

Person, oder unter Ausnutzung einer von Zwang geprägten Umgebung“ erfolgt oder gegenüber einer Person begangen wird, die nicht dazu in der Lage ist, eine ernstliche Zustimmung zu erteilen.¹⁵³ Erneut wird also eine sexuelle Penetration in finaler und kausaler¹⁵⁴ Kombination mit einem Nötigungselement¹⁵⁵ gefordert, die jeweils vom Vorsatz des Täters bzw. der Täterin umfasst sein müssen. Das Nötigungselement setzt keine Gewaltanwendung durch den Täter bzw. die Täterin voraus.¹⁵⁶ Stattdessen genügt wie schon bei Akayesu ein sich aus der allgemeinen Situation ergebendes Nötigungselement, das sich beispielsweise aus der Anzahl der beteiligten Personen, der Nähe zum Kampfgeschehen sowie der parallelen Begehung (anderer) Straftaten ergeben kann.¹⁵⁷ Für manche Situationen, wie bewaffnete Konflikte, hat der ICC die Möglichkeit einer Inhärenz zwangsbegründender Umstände anerkannt.¹⁵⁸ Hierdurch trägt der ICC den Umständen der vor ihm verhandelten Fälle in besonderer Weise Rechnung. Die fehlende Zustimmung des Opfers ist nach der Definition des ICC dagegen kein prinzipielles Tatbestandsmerkmal,¹⁵⁹ sondern greift nur in Konstellationen, in denen das Opfer aus Gründen in seiner Person oder der Situation nicht dazu in der Lage war, eine ernstliche Zustimmung zu erteilen.¹⁶⁰ Schweigen oder fehlender Widerstand des Opfers dürfen zudem nicht als Anhaltspunkte für ein etwaiges Einverständnis des Opfers angeführt werden.¹⁶¹ Indem jedes Körperteil des Täters bzw. der Täterin für eine Penetration eines Geschlechtsorgans des Opfers erfasst wird, erweitert der ICC den Anwendungsbereich im Vergleich zu den Definitionen des ICTY und des ICTR bzw. stellt ihn, je nach Sichtweise, zumindest klar. Nach Ausführungen des ICC sind von der Definition sowohl Männer als auch Frauen als mögli-

che Täter bzw. Täterinnen und Opfer zu verstehen.¹⁶² Neu ist, dass in dieser Definition auch die Möglichkeit einer Penetration des Täters durch Sexualorgane des Opfers, die sog. „umgekehrte“ Vergewaltigung, explizit vorgesehen ist. Hierdurch werden insbesondere Fälle erfasst, in denen Frauen männliche Opfer zum Vaginalverkehr nötigen,¹⁶³ aber auch solche, in denen der Täter bzw. die Täterin den Penis des Opfers in den Mund nimmt.¹⁶⁴ Im Ergebnis ist die Definition somit geschlechtsneutral.¹⁶⁵ Diese Konstellation war von den Definitionen des ICTR und ICTY nicht umfasst.¹⁶⁶ Die Kammer stellte im Fall Katanga zudem klar, dass von der Definition der Vergewaltigung in den Verbrechenselementen auch sexuelle Handlungen zwischen dem Opfer und Dritten sowie des Opfers an sich selbst erfasst sind.¹⁶⁷ Ein Körperkontakt zwischen Täter bzw. Täterin und Opfer ist folglich nicht erforderlich.¹⁶⁸ Dagegen scheidet eine nur äußerliche Masturbation mit Blick auf das Erfordernis des Eindringens aus dem Tatbestand aus.¹⁶⁹ Manche arabischen Staaten forderten in der Debatte um die Verbrechenselemente zwar eine Ausnahme der Vergewaltigung in der Ehe aus dem Tatbestand der Vergewaltigung, dies konnte sich jedoch nicht durchsetzen,¹⁷⁰ sodass es auf die Beziehung zwischen Täter bzw. Täterin und Opfer nicht ankommt.

Die materielle Definition der Vergewaltigung in den Verbrechenselementen des ICC präsentiert sich im Ergebnis als Fortschreibung der durch die ad-hoc-Tribunale gemachten Schritte und ist insbesondere aufgrund ihrer Kontextoffenheit und Geschlechtsneutralität als fortschrittlich¹⁷¹ zu beurteilen.

¹⁵³ *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, S. 282; ICC (Fn. 152), Art. 7 (1) (g)-1.

¹⁵⁴ Siehe hierzu ICC (Trial Chamber III), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08, (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), Abs. 104.

¹⁵⁵ Mit Ausnahme der vierten Tatbestandsvariante, die auf ein Missbrauchselement abstellt.

¹⁵⁶ Vgl. *Seibert-Fohr* (Fn. 105), S. 181.

¹⁵⁷ ICC (Trial Chamber VI), Judgment v. 8.7.2019 – ICC-01/04-02/06 (Prosecutor v. Bosco Ntaganda), Abs. 935.

¹⁵⁸ ICC (Trial Chamber III), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), Abs. 103 mit Bezug auf ICTR (Trial Chamber I), Judgment v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu), Abs. 688.

¹⁵⁹ ICC (Trial Chamber II), Judgment pursuant to article 74 of the Statute v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07 (Prosecutor v. Germain Katanga), Abs. 965; ICC (Trial Chamber III), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), Abs. 105; *Schwarz* (Fn. 102), S. 197.

¹⁶⁰ Dies umfasst z.B. Kinder, aber auch Erwachsene, die, etwa unter Drogeneinfluss, in ihrer Willensbildung beeinträchtigt sind (vgl. ICC, Elements of Crimes, Art. 7 (1) (g)-1 Fn. 16).

¹⁶¹ ICC, Rules of Procedure and Evidence, Rule 70 (a)–(c).

¹⁶² ICC (Trial Chamber III), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), Abs. 100.

¹⁶³ Vgl. ICC (Trial Chamber II), Judgment pursuant to article 74 of the Statute v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07 (Prosecutor v. Germain Katanga), Rn. 963: „In fact, the element is framed so as to foresee also the eventuality that the perpetrator is penetrated [...]“ (offizielle Gerichtsübersetzung); etwa berichtet in *Brown*, International Feminist Journal of Politics 16 (3/2014), 448 (459); zur Penetration mit anderen Körperteilen und Gegenständen siehe *Schwarz* (Fn. 103), S. 203.

¹⁶⁴ ICC (Trial Chamber III), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), Abs. 101.

¹⁶⁵ Zur Frage der Anwendbarkeit auf nicht-binäre Menschen siehe ausführlich *Suhr*, Rainbow Jurisdiction at the International Criminal Court, 2022, S. 224 ff.

¹⁶⁶ *Adams* (Fn. 111), S. 330 m.w.N.

¹⁶⁷ ICC (Trial Chamber II), Judgment pursuant to article 74 of the Statute v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07 (Prosecutor v. Germain Katanga), Rn. 963.

¹⁶⁸ ICC (Trial Chamber II), Judgment pursuant to article 74 of the Statute v. 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07 (Prosecutor v. Germain Katanga), Rn. 963.

¹⁶⁹ *Schwarz* (Fn. 102), S. 201; offengelassen bei *Biehler* (Fn. 103), S. 220.

¹⁷⁰ *Adams* (Fn. 111), S. 328.

¹⁷¹ So auch *Altunjan*, German Law Journal 22 (2021), 878 (879).

Jedoch fallen Erwartungen und Realität in Bezug auf den ersten ständigen internationalen Strafgerichtshof bisweilen auseinander:¹⁷² In den über 20 Jahren seiner Existenz hat der ICC erst zwei Personen rechtskräftig wegen Vergewaltigung verurteilt.¹⁷³ Dies gilt, obgleich in 18 der bisher 31 Verfahren Vergewaltigung als Anklagepunkt aufgenommen wurde.¹⁷⁴ Praktische Hürden zeigten sich insbesondere im Hinblick auf die Anklage- und Beweisführung: Gerade in der Anfangszeit des ICC ließ sich eine Depriorisierung der Verfolgung sexueller Gewalt gegenüber anderen Verbrechen beobachten.¹⁷⁵ Insbesondere bei sexueller Gewalt gegen männliche Opfer hat die Anklagebehörde in früheren Verfahren zum Teil auf eine Anklage wegen Vergewaltigung verzichtet und die Anklagepunkte stattdessen auf Folter oder unmenschliche Behandlung als schwerer Verstoß gegen die Genfer Konventionen beschränkt.¹⁷⁶ Mittlerweile ist jedoch ein schrittweiser Wandel hin zu einer für sexuelle und geschlechtsbasierte Gewalt sensitiven Strafverfolgung erkennbar.¹⁷⁷ So enthielten neuere Verfahren auch Vorwürfe der Vergewaltigung gegen Männer.¹⁷⁸ Da viele Verfahren sich zudem nicht um mutmaßliche Vergewaltigungen der Angeklagten selbst drehen, sondern um solche, die diesen in ihrer Rolle als Vorgesetzte der unmittelbar Handelnden potenziell zugerechnet werden können, bildete die Frage nach Umfang und Grenzen der Vorgesetztenverantwortlichkeit eine zentrale Frage in frühen Verfahren sexueller Gewalt vor dem ICC.¹⁷⁹

6. Resümee zum Tatbestand der Vergewaltigung im Völkerstrafrecht

Das Vergewaltigungsverbot als solches existiert seit geraumer Zeit im Völkerstrafrecht, es fehlte jedoch lange an einer niedergeschriebenen Definition des Begriffs der Vergewaltigung. Erst durch die Verbrechenselemente des ICC kam es zu

einer konfliktübergreifenden Definition. Diese präsentiert sich in materieller Hinsicht weitgehend als Fortschreibung der durch die ad-hoc Tribunale gemachten Schritte, setzt jedoch entgegen nationalen Entwicklungen weiterhin ein Nötigungselement voraus. Während als potenzielle Opfer schon in den Definitionen der ad-hoc Tribunale sowohl Frauen als auch Männer anerkannt waren, wurde erst in der Definition des ICC eine wirklich geschlechtsneutrale Formulierung gewählt, die auch die „umgekehrte“ Vergewaltigung erfasst und damit Täterinnen und Täter gleichstellt. Inwieweit der ICC es schafft, sein progressives Regelwerk auch in die Praxis umzusetzen, ist dagegen nach wie vor Gegenstand wissenschaftlicher und öffentlicher Debatten.

IV. Unterschiede und Diskussion

Als Schutzgut des Delikts der Vergewaltigung ist mittlerweile weitläufig das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung anerkannt, das als besonders sensibles Rechtsgut eng mit der Menschenwürde zusammenhängt.¹⁸⁰ Von allen Definitionen gleichermaßen vorausgesetzt ist das prinzipielle Erfordernis einer Penetration des Opfers durch den Täter bzw. die Täterin. Auch wenn Vergewaltigungen überproportional häufig von Männern an Frauen verübt werden,¹⁸¹ sind geschlechtsneutrale Ausgestaltungen des Vergewaltigungstatbestandes begrüßenswert, um die körperliche und sexuelle Selbstbestimmung aller Menschen gleichermaßen zu schützen. Das althergebrachte Verständnis der Frau als einzigem potenziellen Opfer einer Vergewaltigung wurde mittlerweile in weiten Teilen der Welt aufgegeben.¹⁸² Die Aufnahme der Vergewaltigung in der Ehe in immer mehr nationalen und internationalen Ansätzen stellt historisch klar, dass Frauen auch dann noch Menschen mit eigenen Rechten sind, wenn sie verheiratet sind. Im Hinblick auf die erfassten Penetrationsweisen lässt sich sowohl im deutschen als auch im Völkerstrafrecht eine Entwicklung hin zu einer breiteren Definition der Vergewaltigung erkennen, die neben vaginalen Verkehr auch anale und orale Penetrationen sowie die passive Penetration des Täters bzw. der Täterin durch das Opfer erfasst. Da es bei Vergewaltigungen neben dem sexuellen Aspekt immer auch um die Ausübung von Macht gegenüber dem Opfer geht,¹⁸³

¹⁷² *Altunjan*, German Law Journal 22 (2021), 878 (879).

¹⁷³ Dies sind Dominic Ongwen und Bosco Ntaganda.

¹⁷⁴ Siehe <https://www.icc-cpi.int/cases> (12.7.2024).

¹⁷⁵ Ausführlich dazu *Altunjan*, German Law Journal 22 (2021), 878 (884 f.).

¹⁷⁶ Etwa bei ICC (Pre-trial Chamber I), Warrant of Arrest v. 10.2.2006 – ICC-01/04-01/06 (Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo), S. 4; ebenso schon ICTY, Judgment v. 16.11.1998 – IT-96-21 (The Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić, Esad Landžo), Abs. 479, 1065 f.

¹⁷⁷ Vgl. The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes, 2014, abrufbar unter <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Sexual-and-Gender-Based-Crimes--June-2014.pdf> (12.7.2024).

¹⁷⁸ Etwa ICC (Trial Chamber III), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), Abs. 44.

¹⁷⁹ Siehe insbesondere ICC (Appeals Chamber), Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's „Judgment pursuant to Article 74 of the Statute“ v. 8.7.2018 – ICC-01/05-01/08 A (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), Abs. 120 ff.

¹⁸⁰ Vgl. *Seifert*, in: Stiglmayer (Hrsg.), Massenvergewaltigung: Krieg gegen die Frauen, 1993, S. 89.

¹⁸¹ *MacKinnon*, Yale Law Journal 100 (5/1991), 1281 (1302).

¹⁸² An der Begrenzung auf weibliche Opfer halten neben Ägypten (*Khaled*, The Globe Post v. 18.2.2018, abrufbar unter

<https://theglobepost.com/2018/02/18/egypt-sexual-violence-law/> [12.7.2024]) auch andere, meist durch das islamische Recht geprägte Länder wie Saudi-Arabien (*Adams* [Fn. 111], S. 353 Fn. 1086) oder China (Art. 236 des Criminal Code, abrufbar unter <https://www.cecc.gov/resources/legal-provisions/criminal-law-of-the-peoples-republic-of-china#20Chapter%20IV> [12.7.2024]) fest.

¹⁸³ *Seifert* (Fn. 180), S. 88 f.; Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und

ist zu begrüßen, dass auch das Einführen von Gegenständen in Sexualorgane des Opfers von den neueren Definitionen der Vergewaltigung erfasst wird.

Die einzig wirklich verbliebene Konfliktlinie ist diejenige um das Nötigungs- oder Konsenselement. Wird das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als das Recht jeder Person verstanden, frei über das „Ob“, „Wie“ und „Mit wem“ sexueller Kontakte zu entscheiden,¹⁸⁴ liegt ein konsensbasiertes Verständnis der Vergewaltigung nahe.¹⁸⁵ Der Schutz der menschlichen Würde zeigt zudem eine eher weite Definition der Vergewaltigung an.¹⁸⁶ Wird der Bereich sexueller Selbstbestimmung durch Zwang verletzt, liegt schweres Unrecht vor. Allerdings stellt auch die Invasion ohne Zwang bei fehlender frei erteilter Zustimmung eine massive Verletzung der körperlichen und sexuellen Selbstbestimmung des Opfers dar. Zwar legen auch nötigungsbasierte Definitionen der Vergewaltigung im Kern ein fehlendes Einverständnis des Opfers mit der sexuellen Handlung zugrunde,¹⁸⁷ aber nur ein konsensbasiertes Verständnis der Vergewaltigung erkennt an, dass es für die Verletzung der sexuellen Autonomie nicht auf die Art und Weise ihres Vorgehens ankommt. Und damit gewährleistet nur ein solches einen umfänglichen Schutz der sexuellen Integrität der Betroffenen.¹⁸⁸ Gegen einen konsensbasierten Ansatz könnte jedoch angeführt werden, dass der Konsens-Begriff nicht inhärent mit einem klar begrenzten Bedeutungsgehalt versehen ist und deshalb Unklarheiten darüber möglich sind, ob und was genau das Opfer tun muss, um Dissens auszudrücken.¹⁸⁹ Während ein enges Verständnis von Konsens im Sinne der mittlerweile von einigen nordischen Ländern¹⁹⁰ vorgelebten Nur-Ja-heißt-Ja-Lösung Vergewaltigungen nur im Falle eines positiv kommunizierten Konsens ausschließt, setzt die Nein-heißt-Nein-Lösung eine irgendwie geartete Kommunikation des Dissens voraus, um einen sonst vermuteten Konsens zu verneinen.¹⁹¹ Pauschale Vorwürfe einer Uferlosigkeit konsensbasierter Definitionen der Vergewaltigung,¹⁹² und damit eines Verstoßes gegen den

Bestimmtheitsgrundsatz, sind jedoch nicht zuletzt mit dem Verweis auf das zwar nicht unumstrittene, aber doch weithin akzeptierte Merkmal des tatbestandsausschließenden Einverständnisses, wie es sich etwa in den §§ 123 oder 240 StGB seit jeher findet, abzulehnen. Eine konsensbasierte Ausgestaltung des Vergewaltigungstatbestandes führt aber mit sich, dass der prozessuale Fokus zumindest auch auf dem Opfer und dessen Verhalten liegt.¹⁹³ Dadurch besteht für die Opfer sexueller Gewalt im Strafprozess nicht nur die Notwendigkeit, intimste Aussagen durch andere zu erlauben und selbst zu treffen, sie müssen auch mit Angriffen auf ihre Glaubwürdigkeit rechnen. Dies birgt erhebliche Gefahren einer sekundären Viktimisierung. Legt man stattdessen die fehlende Zustimmung des Opfers nur implizit zugrunde und beschränkt die Prüfung auf Zwangsumstände, die eine wahre Zustimmung unmöglich machen, könnte der Fokus vom Opfer weg und hin zum Verhalten der Täter bzw. Täterinnen und den Umständen der Tat gelenkt werden.¹⁹⁴ Dies könnte auch eine vereinfachte Beweisführung ermöglichen.¹⁹⁵ Jedoch zeigt der Umgang deutscher Gerichte mit dem Nötigungselement in der Vergangenheit, dass dies in der Praxis nicht so sein muss: Auch ohne Konsenselement wurde das Verhalten der Opfer minutiös untersucht, dieses mit einem stereotyp erwarteten Verhalten „richtiger“ Opfer verglichen und Entscheidungen vielfach auf Basis realitätsferner Annahmen zu Ungunsten weiblicher Opfer getroffen. Im Ergebnis erlauben beide Ausgestaltungen einen unlauteren Einfluss von Geschlechterstereotypen und Vergewaltigungsmythen auf die Rechtsprechung. Letztlich kann hier nur eine aufgeklärte, sensibilisierte Rechtspraxis wirklich Abhilfe schaffen.¹⁹⁶ Prinzipiell erscheint eine konsensbasierte Definition der Vergewaltigung daher als vorzugswürdig.

So rücken immer mehr nationale Gesetzgeber vom althergebrachten Erfordernis des Nötigungselements ab und verab-

Willensänderung des Opfers die Möglichkeit einer Vergewaltigung eröffnen sollte (etwa S. 25), ist unter Verweis auf den Gewährleistungsgehalt des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung entschieden entgegenzutreten (vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 23; BGH NStZ 2019, 407 [408 Rn. 10]; *Renzikowski* [Fn. 95], § 177 Rn. 49).

¹⁹³ *Grewal*, *Journal of International Criminal Law* 10 (2/2012), 373 (385).

¹⁹⁴ *Schwarz* (Fn. 102), S. 229; vgl. *Schneider*, *International Journal of Humanities and Social Science Research* 6 (4/2020), 32 (34).

¹⁹⁵ Vgl. ICC (Trial Chamber III), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), Abs. 105; vgl. *Schneider*, *International Journal of Humanities and Social Science Research* 6 (4/2020), 32 (34, 38); vgl. *Scheppele*, *The University of Chicago Law Review* 54 (3/1987), 1095 (1111); *Schwarz* (Fn. 102), S. 229; vgl. *Grewal*, *Journal of International Criminal Law* 10 (2/2012), 373 (385).

¹⁹⁶ Vgl. auch Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, KOM (2022) 105 endg., S. 35, 37.

Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, KOM (2022) 105 endg., S. 26.

¹⁸⁴ *Altunjan*, *German Law Journal* 22 (2021), 878 (892).

¹⁸⁵ *Hörnle*, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 6 (2/2018), 115 (127 f.).

¹⁸⁶ ICTY (Trial Chamber II), Judgment v. 10.12.1998 – IT-95-17/1-T (Prosecutor v. Anto Furundzija), Abs. 184.

¹⁸⁷ Vgl. *Ambos*, ZIS 2012, 313 (325).

¹⁸⁸ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, KOM (2022) 105 endg., S. 27.

¹⁸⁹ *Adams*, *European Journal of International Law* 29 (3/2018), 749 (764).

¹⁹⁰ So etwa in Schweden: The Swedish Criminal Code (brottsbalken, SFS 1962:700) v. 1.1.1965 (Stand: 1.1.2024), Kap. 6 § 1.

¹⁹¹ Vgl. *Porges/Peper*, *Biofeedback* 43 (1/2015), 45 (46); siehe auch *Adams* (Fn. 111), S. 491 f.

¹⁹² Etwa bei *Herzog*, *KritV* 2015, 18 (27 ff.). Weitergehenden Ausführungen *Herzogs*, in denen angezweifelt wird, ob eine

schieden konsensorientierte Definitionen des Tatbestands der Vergewaltigung,¹⁹⁷ wie sie auch in der Istanbul-Konvention zugrunde gelegt wurde. Dagegen setzt der ICC in seinen Verbrechenlementen für eine Vergewaltigung nach wie vor ein Nötigungselement voraus, das jedoch weit ausgestaltet ist und sich auch aus dem Kontext, in dem die Tat erfolgt, ergeben kann.¹⁹⁸ Praktische Konsequenzen ergeben sich v.a. in Fallkonstellationen, in denen der Täter bzw. die Täterin selbst kein Nötigungsmittel anwendet, das Opfer jedoch gleichermaßen schutzwürdig ist. Dies betrifft insbesondere Fälle, in denen das Opfer aus Furcht vor (noch) schlimmeren Konsequenzen die Tat starr über sich ergehen lässt. Würde ein Nötigungselement im klassischen Sinne gefordert, wäre eine Vergewaltigung in diesem Fall zu verneinen. Indem die ICC-Definition keine Zwangsausübung durch den Täter bzw. die Täterin voraussetzt, sondern eine allgemeine Zwangssituation genügen lässt,¹⁹⁹ können derartige Fallkonstellationen trotzdem den Tatbestand der Vergewaltigung erfüllen. Im deutschen Strafrecht ist für diese Fälle § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB als Grundtatbestand der Vergewaltigung vorgesehen.²⁰⁰ Liegt eine Zwangssituation nicht vor und schweigt das Opfer gleichwohl über sein (Nicht-)Einverständnis mit der Tat, ist eine Vergewaltigung prinzipiell weder nach der Definition des ICC noch nach deutschem Recht gegeben. Denn auch die konsensbasierte Definition der Vergewaltigung im deutschen Recht setzt grundsätzlich eine Erkennbarkeit des entgegenstehenden Willens voraus. Unterschiedliche Ergebnisse ergeben sich aber dann, wenn das Opfer sein Nichteinverständnis mit der sexuellen Handlung zum Ausdruck bringt, sich der Täter bzw. die Täterin gleichwohl über den Willen des Opfers hinwegsetzt, ohne jedoch ein Nötigungsmittel anzuwenden oder eine allgemeine Zwangssituation auszunutzen. Dann greift § 177 Abs. 1, Abs. 5 StGB, während der Tatbestand durch den ICC abgelehnt werden müsste. Legt man dem Tatbestand der Vergewaltigung den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung konsequent zugrunde, ist eine tatbestandliche Erfassung derartiger Fallkonstellationen gleichwohl angezeigt. Die Definition der Vergewaltigung im StGB könnte daher derjenigen des ICC vorzuziehen sein. Hier ist jedoch der Kontext des Tatbestands der Vergewaltigung im Völkerstrafrecht zu berücksichtigen: Im Gegensatz zu Vergewaltigungen im nationalen Recht geht es dort typischerweise nicht um ein isoliertes Verhalten von Individuen, sondern um ein durch kriegerische Auseinandersetzungen oder Angriffe auf die Zivilbevölkerung kontextualisiertes Geschehen.²⁰¹ Solchen Situationen ist ein Zwangsmoment oft inhärent.²⁰² Die

definitiven Unterschiede dürften daher in der Rechtspraxis nur in seltenen Ausnahmefällen zu abweichenden Ergebnissen führen. Außerdem ist das Konzept des Konsenses im Völkerstrafrecht höchst umstritten. Manche Autoren und Autorinnen²⁰³ lehnen die Möglichkeit von Konsens im Rahmen bewaffneter Auseinandersetzungen gar vollständig ab. Es erscheint auch abwegig, bei Taten, die etwa in einem eigens für Vergewaltigungen eingerichteten „rape camp“ erfolgt sind, nach einem Konsens des Opfers zu fragen.²⁰⁴ Hier bietet der Ansatz des ICC die Möglichkeit, den Opfern bzw. -zeuginnen langwierige Kreuzverhöre zu ersparen bzw. diese zumindest in ihren potenziell retraumatisierenden Wirkungen abzumildern.

Ob ein konsensbasierter Ansatz im Sinne einer Nein-heit-Nein-Lösung oder ein weit verstandener nötigungsbasierter Ansatz vorzuziehen ist, scheint also stark vom Kontext abzuhängen, in dem die Definition angewendet wird. Für Taten im Kontext bewaffneter Auseinandersetzungen, in denen eine allgemeine Zwangssituation vielfach als inhärent anerkannt wird,²⁰⁵ scheint ein Absehen vom Konsenselement in der Gesamtbetrachtung der Vor- und Nachteile ein gangbarer Weg zu sein. Hier präsentiert sich der Ansatz des ICC als (bisher) bester Mittelweg zwischen den prozessualen Rechten der Beschuldigten und den berechtigten Interessen der Opfer, im Prozess nicht retraumatisiert zu werden. In Friedenszeiten sieht die Lage dagegen anders aus: Hier besteht oft kein solcher ein wahrer Konsens von vornherein präkludierender Kontext, der eine explizite Prüfung der Nicht-Zustimmung des Opfers obsolet machen könnte. Hier sollte nicht der Fehler gemacht werden, in einem falsch verstandenen Opferschutz wieder für eine Abschaffung des Konsenselements zu plädieren. Vielmehr ist mit sensibilisierter Rechtspraxis und geschulten Strafverfolgungsbehörden eine Beweisführung so zu gewährleisten, dass Opfer ernstgenommen werden und die Gefahr einer Retraumatisierung minimiert wird, ohne jedoch prozessuale Rechte der Beschuldigten auszuhebeln.

V. Fazit

Der Tatbestand der Vergewaltigung unterliegt national und international wie kaum ein anderes Delikt dem Wandel der Zeit. Während immer mehr nationale Gesetzgeber vom Er-

¹⁹⁷ EGMR, Urt. v. 4.12.2003 – 39272/98 (M.C. v. Bulgaria), Rn. 163; Kaplan, Duke Law Journal 66 (2017), 1045 (1056 m.w.N.).

¹⁹⁸ Vgl. ICC, Elements of Crimes, Art. 7 (1) (g)-1, Art. 8 (2) (b) (xxii)-1, Art. 8 (2) (e) (vi)-1.

¹⁹⁹ ICC, Elements of Crimes, Art. 7 (1) (g)-1, Art. 8 (2) (b) (xxii)-1, Art. 8 (2) (e) (vi)-1.

²⁰⁰ Beachte jedoch *Eisele* (Fn. 30), § 177 Rn. 27.

²⁰¹ Vgl. *Eboe-Osuji* (Fn. 133), S. 154.

²⁰² Vgl. ICTR (Trial Chamber I), Judgement v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu), Abs. 688.

²⁰³ Etwa *Hansen-Young*, Chicago Journal of International Law 6 (2005–2006), 479 (490); *Eboe-Osuji* (Fn. 133), S. 153.

²⁰⁴ Vgl. *Eboe-Osuji* (Fn. 133), S. 153; zur Frage konsensualen Geschlechtsverkehrs im Kontext bewaffneter Auseinandersetzungen vgl. *Grewal*, Journal of International Criminal Law 10 (2/2012), 373 (393 f.); *Schneider*, International Journal of Humanities and Social Science Research 6 (4/2020), 32 (38); *Engle*, American Journal of International Law 99 (4/2005), 778 (780); sowie *Simić*, Journal of International Women's Studies 13 (4/2013), 129 (130).

²⁰⁵ ICC (Trial Chamber III), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute v. 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08 (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo), Abs. 103 mit Bezug auf ICTR (Trial Chamber I), Judgement v. 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu), Abs. 688.

fordernis des Nötigungselements abrücken und stärker konsensorientierte Definitionen des Tatbestands der Vergewaltigung verabschieden, setzt der ICC in seinen Verbrechenselementen für eine Vergewaltigung nach wie vor ein Nötigungselement voraus. Abweichende Ergebnisse im Vergleich zum konsensbasierten Ansatz im deutschen Recht sind infolge des weiten Verständnisses des Zwangsmoments durch den ICC jedoch nur in wenigen Fällen zu befürchten. In der Gesamtschau präsentieren sich beide Ansätze als für den Kontext ihrer Anwendung fortschrittlich und begrüßenswert. Doch selbst die progressivste strafrechtliche Normierung eines Deliktstatbestandes kann nur dann Wirkung entfalten, wenn sie auch tatsächlich in die Praxis umgesetzt wird. Die angestellte Untersuchung verdeutlicht, dass es diesbezüglich in der nationalen wie der internationalen Strafverfolgung von Vergewaltigungen noch Nachholbedarf gibt. Künftige Entwicklungen und Veränderungen dürften daher insbesondere durch eine sensibilisiertere, geschlechtergerechtere Strafverfolgungs- und Rechtsprechungspraxis zu erwarten sein. So spielen im Völkerstrafrecht Fragen der Beteiligung und des Schutzes von Opferzeugen bzw. -zeuginnen²⁰⁶ nach wie vor eine bedeutende Rolle. In aktuellen Diskussionen um das Sexualstrafrecht in Deutschland steht dagegen die Frage der Strafzumessung im Vordergrund,²⁰⁷ während materielle²⁰⁸ und prozessuale Diskussionen kaum Schlagkraft entfalten. Ob den Opfern sexueller und sexualisierter Gewalt durch höhere Strafen wirklich gedient ist, darf jedoch bezweifelt werden.

²⁰⁶ Etwa *Fowler*, *Journal of International Criminal Law* 2 (1/2021), 27 (41 ff.); *Reynolds*, University of Pennsylvania Carey Law School v. 28.6.2018, abrufbar unter <https://www.law.upenn.edu/live/blogs/14-victims-participation-in-the-icc-perspectives-from> (12.7.2024); Redress, Victims and the ICC: Still room for improvement, abrufbar unter <https://redress.org/wp-content/uploads/2018/01/Nov-08-Victims-and-the-ICC.pdf> (12.7.2024); Human Rights Watch, The Landmark International Criminal Court's First Years, abrufbar unter <https://www.hrw.org/reports/2008/icc0708/9.htm> (12.7.2024).

²⁰⁷ Siehe *Ehlen/Hoven/Weigend*, *KriPoZ* 2024, 16; in Reaktion auf *Köbel*, *LTO* v. 29.3.2024, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/54212/ (12.7.2024); *Fischer*, *LTO* v. 6.1.2024, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/meinung/m/fischer-sexualstrafrecht-verschaerfen/> (12.7.2024); *Krüger*, *KriPoZ* 2024, 122; wiederum in Reaktion auf *Ehlen/Hoven/Rubitzsch/Weigend*, *KriPoZ* 2024, 129.

²⁰⁸ So konstatiert etwa *Eisele*, *KriPoZ* 2024, 88 (94), dass „[s]eit Inkrafttreten dieser Regelung [...] nennenswerte Strafrechtslücken, die auf dem materiellen Recht fußen, [...] nicht bekannt geworden“ seien.