

Der Schutz von Menschen mit körperlichen oder seelischen Beeinträchtigungen durch § 177 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB

Von Prof. Dr. Mohamad El-Ghazi, Trier*

Mit der Reform des Sexualstrafrechts im Jahr 2016 wurde der Tatbestand des sexuellen Mißbrauchs widerstandsunfähiger Personen in § 179 StGB a.F. gestrichen. An seine Stelle getreten sind die § 177 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB. Der Beitrag gibt einen Überblick über diese Regelungen und erläutert, warum beide Vorschriften fast zehn Jahr nach der Reform weiterhin ein Schattendasein fristen.

I. Einleitung

Das neue Sexualstrafrecht ist nunmehr seit über neun Jahren in Kraft.¹ Im Zentrum der Reform stand § 177 Abs. 1 StGB (sog. Nein-heißt-Nein-Lösung). Dieser Tatbestand bestraft jede sexuelle Handlung,² die gegen den erkennbaren Willen des geschützten Rechtsgutsträgers erfolgt. Die Reform des Sexualstrafrechts im Jahr 2016 hat viel Kritik hervorgerufen.³ Die befürchtete Flut von neuen Strafverfahren wegen Sexualstraftaten ist – im Großen und Ganzen – jedoch ausgeblieben.⁴

Der seit November 2016 überkommene Tatbestand der sexuellen Nötigung war – wie dies für Nötigungstatbestände

kennzeichnend ist – als zweiaktiges Delikt konstruiert.⁵ Nur wenn der Angreifer den Angriff auf das sexuelle Selbstbestimmungsrecht unter Einsatz eines Nötigungsmittels (Gewalt, qualifizierte Drohung oder Ausnutzung einer schutzlosen Lage)⁶ wagte und dieses final zur Erreichung seines Anliegens einsetzte, wurde er als Täter eines Sexualdelikts bestraft. Dieses tradierte Schutzkonzept beruht auf archaischen und längst überholten Vorstellungen.⁷ Zu Recht hat man sich daher von diesem Konzept verabschiedet und sich einem fortschrittlichen Modell zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung des Einzelnen zugewandt und zwar einem solchen, das der Bedeutung des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung gerecht wird.⁸ Die Grundidee des neuen Konzepts setzt bei dem besagten § 177 Abs. 1 StGB an: Wenn der Rechtsgutsträger ein „Nein“ (verbal oder nonverbal) erkennbar zum Ausdruck bringt, ist jede sexuelle Handlung strafbar.

Nicht immer ist es dem Rechtsgutsträger aber möglich oder zumutbar, ein „Nein“ zu artikulieren.⁹ Dies gilt vor allem für „widerstandsunfähige Personen“ i.S.d. § 179 StGB a.F.¹⁰ Im Zuge der Reform wurde der Tatbestand des „Sexuellen Mißbrauchs widerstandsunfähiger Personen“ gestrichen. Die Schutzvorschriften zugunsten dieses Personenkreises wurden in den neuen § 177 Abs. 2 StGB – und zwar in dessen Nr. 1 und 2 – integriert.

Kurz nach Inkrafttreten des neuen § 177 StGB hat der *Verf.* sich in einem Beitrag in der ZIS ausführlich mit dem sexuellen Übergriff nach § 177 Abs. 1 StGB befasst.¹¹ Der vorliegende (erste Fortsetzungs-)Beitrag soll sich im Schwerpunkt den Tatbeständen in § 177 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB zuwenden. Diese Tatbestände dienen dem Schutz von Menschen, die eine Beeinträchtigung aufweisen, die ihre Fähigkeit zur Willensbildung oder Willensäußerung tangiert.

* Der *Autor* ist Inhaber der Professur für Deutsches und Europäisches Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Trier.

¹ Übersicht *El-Ghazi*, StV 2021, 314.

² Damit eine sexuelle Handlung vorliegt, muss die Handlung eine gewisse Erheblichkeit aufweisen, vgl. § 184h Nr. 1 StGB. Die Reform, insbesondere die Einführung des Tatbestandes der sexuellen Belästigung in § 184i Abs. 1 StGB, soll nach der Rechtsprechung ohne Einfluss auf den Begriff der sexuellen Handlung geblieben sein, vgl. BGH, Urt. v. 26.4.2017 – 2 StR 580/16 = StV 2018, 238; vgl. BGH, Urt. v. 26.4.2017 – 2 StR 574/16 = StV 2018, 239; a.A. *El-Ghazi*, StV 2018, 250 ff.; *ders.*, ZIS 2017, 157 (160 f.); *Lederer*, AnwBl. 2017, 514 (517 f.).

³ Insbesondere *Frommel*, Interview bei Deutschlandradiokultur v. 7.7.2016, abrufbar unter

<https://www.deutschlandfunkkultur.de/sexualstrafrecht-das-neue-gesetz-ist-unsinn-100.html> (8.2.2025);

Fischer, Die Zeit Online v. 28.6.2016, abrufbar unter

<https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-06/rechtspolitik-sexualstrafrecht-nein-heisst-nein-fischer-im-recht/seite-3> (8.2.2025).

⁴ Seither hat sich die Zahl der polizeilichen Verfahren und auch der Verurteilungen deutlich erhöht: 2016 lag die Zahl der polizeilich erfassten Fälle von Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung bei 47.401 Fällen; 2023 lag sie bei 126.470 Fällen. Auch die Zahl der Verurteilungen wegen solcher Delikte hat erheblich zugenommen – von 6.416 im Jahr 2016 auf 10.364 im Jahr 2022, Strafverfolgungsstatistik, abrufbar unter

<https://www-genesis.destatis.de/datenbank/online/url/0e73942b> (8.2.2025).

⁵ Vgl. exemplarisch *Frommel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 177 Rn. 28.

⁶ § 177 Abs. 1 Nrn. 1–3 in der Fassung bis zum 9.11.2016.

⁷ *Hörnle*, ZIS 2015, 206 (208 ff.).

⁸ *Renzikowski*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, Vor §§ 174 ff. Rn. 8; *Hörnle*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 6, 13. Aufl. 2023, Vor §§ 174 ff. Rn. 33 ff.; *Bottke*, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, 2007, S. 535 (540 f.).

⁹ BT-Drs. 18/9097, S. 23.

¹⁰ Zu den Voraussetzungen vgl. BGH, Urt. v. 6.12.1983 – 1 StR 651/83 = BGHSt 32, 183 ff. = NJW 1984, 673.

¹¹ *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157.

II. Überblick zu § 177 Abs. 2 StGB und Rechtsnatur

Von der Grundidee des § 177 Abs. 1 StGB weicht § 177 Abs. 2 StGB ab¹² und vereint fünf Tatbestände, in denen eine Strafbarkeit nicht von einem ausdrücklich oder konkludent (z.B. durch Gesten, Weinen, Abwehrhandlungen, Schreie etc.)¹³ erklärten „Nein“ abhängig gemacht wird. Der Träger des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung muss im Falle des Abs. 2 der sexuellen Handlung nicht widersprechen.¹⁴ Auch der Abs. 2 sollte zur Schließung von Schutzlücken beitragen.¹⁵

Nr. 1 gilt für Personen, die aus physiologischen Gründen überhaupt keinen entgegenstehenden Willen bilden oder äußern können; in den Fällen des Abs. 2 Nr. 2 ist die Willensbildung oder -äußerung zumindest erheblich eingeschränkt; Nr. 3 gilt den sog. „Überraschungsangriffen“ auf die sexuelle Selbstbestimmung; bei Nr. 4 nutzt der Täter eine Lage für die sexuelle Handlung aus, in der dem Opfer im Falle des Widerstandes ein empfindliches Übel droht und im Fall des Nr. 5 nötigt der Täter sein Opfer mittels Drohung mit einem empfindlichen Übel zur Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung. In allen Fällen ist auch der Versuch gem. § 177 Abs. 3 StGB strafbewehrt.

Alle fünf Sanktionsnormbestimmungen des Abs. 2 setzen – ebenso wie Abs. 1 – voraus, dass der Täter eine sexuelle Handlung an einer anderen Person vornimmt, von ihm vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt. Der Begriff der sexuellen Handlung in Abs. 2 entspricht dem in Abs. 1. Die Handlung muss mithin einen Bezug zur Sexualität, also einen Bezug zum Geschlechtlichen,¹⁶ aufweisen und dabei „im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit“ sein, § 184h Nr. 1 StGB.¹⁷

Ebenso wie bei Abs. 1 handelt es sich bei den in § 177 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 StGB genannten Tatbeständen um ein Verletzungsdelikt.¹⁸ In der Handlungsvariante des Bestimmens des Opfers zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung (an sich selbst, dem Täter oder einem Dritten) besitzt der Tatbestand auch Erfolgsdeliktscharakter.¹⁹ Die sexuelle Handlung erfolgt in diesen Fällen durch das Opfer oder durch einen Dritten an dem (er-)duldenen Opfer. Die Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts bedarf

eines Zurechnungsgrundlage zulasten des Täters; diese liegt in der vom Taterfolg zu trennenden Tathandlung des Bestimmens. Den Charakter eines Erfolgsdelikts besitzt auch die Nötigungsvariante in Nr. 5. In allen übrigen Fällen lässt sich ein von der Tathandlung (sexuelle Handlung) unabhängiger Erfolg nicht ausmachen, sodass hier – nach konventioneller Doktrin²⁰ – reine Tätigkeitsdelikte abgebildet werden.

III. Der Schutz von Widerstandsunfähigen (§ 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB) und eingeschränkt Widerstandsfähigen (§ 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB)

Die in § 177 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB normierten Tatbestände betreffen einen besonders schutzwürdigen Personenkreis. Im Falle des Abs. 2 Nr. 1 geht es um Menschen, denen die Fähigkeit fehlt, sich gegen den Angriff auf ihr Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung zu wehren. Nr. 2 schützt hingegen solche Personen, denen die Fähigkeit zur Willensbildung oder Willensäußerung nicht vollständig fehlt; sie sind aber in diesen Fähigkeiten erheblich eingeschränkt. Auch ihnen wird ein „Nein“ nicht zugemutet, um den strafrechtlichen Schutz nach § 177 Abs. 1 StGB auszulösen.

1. § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB: Unfähigkeit der Willensbildung oder -äußerung

a) Absolute Unfähigkeit der Willensbildung oder -äußerung

Die Aktivierung des strafrechtlichen Schutzes kann dann nicht von einem Widerspruch von Seiten des Rechtsgutsträgers abhängig gemacht werden, wenn der Rechtsgutsträger physiologisch nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern. Tatbestandlich erfasst werden durch Nr. 1 alle Fälle, die zuvor bereits von § 179 StGB a.F. erfasst waren. Dessen Abs. 1 stellte noch auf die *Widerstandsunfähigkeit* ab und nicht auf die Unfähigkeit, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern.²¹ Außerdem musste die Widerstandsunfähigkeit i.S.d. § 179 StGB a.F. entweder in einer geistigen oder seelischen Krankheit, in einer Behinderung einschließlich einer Suchtkrankheit, in einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder eben körperlich begründet liegen.

Hiervon löst sich § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Worauf die absolute Unfähigkeit, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern, pathologisch zurückzuführen ist, ist für die Anwendung dieser Regelung irrelevant. Entscheidend ist der Defekt, nicht sein Ursprung.²² Der neue Abs. 2 knüpft an das neue Paradigma des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB an. Dem Angriffopfer wird darin nicht mehr (implizit) abverlangt, sich gegen Übergriffe auf seine sexuelle Integrität körperlich zur Wehr zu setzen; verlangt wird eben nur noch, dass das Angriffopfer einen Gegenwillen

¹² *El-Ghazi*, StV 2021, 314 (317).

¹³ Vgl. *Eisele*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 177 Rn. 19c.

¹⁴ *K. Schumann/Schefer*, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, 2019, S. 811 (813); *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 23, 26.

¹⁵ Vgl. *Isfen*, ZIS 2015, 217 (218 ff.).

¹⁶ BGH, Beschl. v. 13.3.2018 – 4 StR 570/17 = BGHSt 63, 98 (104) = NJW 2018, 2655.

¹⁷ Vgl. *Hörnle*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 184h Rn. 18 ff.; vgl. auch *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (160 f.).

¹⁸ *Rönnau*, JuS 2010, 961; *K. Schumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 177 Rn. 12; *Eisele*, RPsych 1/2017, 7.

¹⁹ Schon zu Abs. 1 *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (159 f.).

²⁰ Zur Abgrenzung zwischen Tätigkeits- und Erfolgsdelikt vgl. nur *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 10 Rn. 2 ff.

²¹ *Wolters*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 177 Rn. 42; *Renziowski*, NStZ 2017, 3553 (3554).

²² Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 23.

bildet und diesen erkennbar nach außen kundtut. Aus diesem Grund nimmt der neue Abs. 2 Nr. 1 eben nur noch auf die Fähigkeit zur Willensbildung oder -äußerung Bezug. Diese Änderung bleibt im Vergleich zum alten § 179 StGB nicht ohne Auswirkungen: Ist jemand in der Lage, einen entgegenstehenden Willen zu bilden und diesen zu äußern, scheidet diese Person auch dann aus dem strafrechtlichen Schutzbereich des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB aus, wenn nur die Widerstandsfähigkeit aufgehoben ist. Ist der Träger des Rechtsguts beispielsweise querschnittsgelähmt und deshalb zur körperlichen Gegenwehr nicht in der Lage, so kann gegenüber dieser Person Abs. 2 Nr. 1 nicht einschlägig sein. Auch unter diesen Umständen wird dem Rechtsgutsträger abverlangt, seinen entgegenstehenden Willen ausdrücklich (oder – soweit möglich – konkludent) zu artikulieren. Tut er dies, macht sich der Angreifer wegen eines sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB strafbar. Äußert der Querschnittsgelähmte hingegen seinen ablehnenden Willen nicht, bleibt der Angriff auf das sexuelle Selbstbestimmungsrecht straflos, soweit nicht ausnahmsweise eine andere Variante des Abs. 2 Nr. 2 bis 5 einschlägig ist.

Die Fähigkeit zur Willensäußerung (bei vorhandener Willensbildungsfähigkeit) fehlt dann, wenn der Träger des Rechtsguts nicht in der Lage ist, seinen Willen verbal oder nonverbal zu artikulieren. Dies ist beispielsweise bei Komapatienten, Bewusstlosen, aber auch bei schlafenden Menschen der Fall.²³ Der Zustand kann auch durch den späteren Täter des sexuellen Übergriffs, z.B. durch die (heimliche) Verabreichung von K.O.-Tropfen, herbeigeführt worden sein.²⁴ Allein ein fehlendes Sprechvermögen reicht damit nicht aus, um die Voraussetzungen der fehlenden Willensäußerungsfähigkeit bejahen zu können. Als weitere Möglichkeit nonverbaler Kommunikation verbliebe weiterhin die Option, durch Handbewegungen, Gesten oder durch andere Körperbewegungen seinen Willen nach außen zu tragen. Erst wenn dem Rechtsgutsträger auch diese Möglichkeit fehlt, kann von fehlender Fähigkeit der Willensäußerung ausgegangen werden.

Die Fähigkeit zur Willensbildung oder -äußerung muss für Abs. 2 Nr. 1 vollständig aufgehoben sein.²⁵ Dies folgt bereits aus der Existenz des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB, der den Fall der eingeschränkten Willensbildungs- oder Willensäußerungsfähigkeit speziell regelt.²⁶ Der Anwendungsbereich des Abs. 2 Nr. 1 wurde (bewusst) eng ausgestaltet. Von einer solchen absoluten Unfähigkeit ist beispielsweise auszugehen, wenn der Rechtsgutsträger im Koma liegt, unter Vollnarkose

steht oder aus anderen Gründen bewusstlos ist.²⁷ Die Unfähigkeit zur Willensbildung oder -äußerung kann auch auf dissoziative Zustände zurückzuführen sein, die während des Geschlechtsverkehrs eintreten.²⁸ Nr. 1 ist auch bei sexuellen Handlungen an (Kleinst-)Kindern die aufgrund ihrer noch fehlenden geistigen und körperlichen Entwicklung nicht in der Lage sind, einen Gegenwillen zu bilden oder zu äußern. Der Umstand, dass in diesen Fällen auch ein sexueller Missbrauch an Kindern nach § 176 StGB einschlägig ist, schließt den Tatbestand des § 177 StGB nicht aus.²⁹ Die Rechtsprechung präferiert Tateinheit zwischen den Tatbeständen, weil allein die Verurteilung nach § 176 StGB nicht zum Ausdruck brächte, dass die Tat an einer Person verübt wurde, die zur Willensbildung oder -äußerung nicht in der Lage war.³⁰ Richtig ist daran, dass eine Verurteilung allein wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern tatsächlich nicht kenntlich macht, ob das Kind mit der sexuellen Handlung „einverstanden“ war oder nicht. Ebenso wenig wie § 177 Abs. 1 StGB hinter dem Tatbestand des sexuellen Missbrauchs von Kindern zurücktritt, tritt auch Abs. 2 Nr. 1 hinter §§ 176 f. StGB zurück.

In all diesen Fällen ist bereits die Fähigkeit zur Willensbildung ausgeschlossen. Auch Schlafenden kann diese Fähigkeit fehlen.³¹ Nicht ausreichend ist eine „bloße Hilfsbedürftigkeit oder die bloße Einschränkung der Fähigkeit zur Willensbildung oder -äußerung“.³² Bloße Enthemmung durch Alkohol- oder Drogenkonsum genügt daher nicht, um Nr. 1 bejahen zu können.³³ Der Rechtsgutsträger muss sich (mindestens) in einem schweren Rauschzustand befinden.³⁴ Bei der Ermittlung des Zustands i.S.d. § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB sollen nach Ansicht des Bundesgerichtshofs die Grundsätze aus der Rechtsprechung zu Bewusstseinsstörungen und anderen schweren seelischen Störungen entsprechend anwendbar sein.³⁵ Freilich begründet allein Schuldunfähigkeit mitnichten einen Zustand nach Nr. 1. Wer schuldunfähig ist, weil er unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, muss natürlich noch nicht unfähig sein, einen Willen in sexuellen Angelegenheiten zu bilden oder diesen Willen zu äußern.

²³ Wolters (Fn. 21), § 177 Rn. 42.

²⁴ BGH, Beschl. v. 8.10.2024 – 5 StR 382/24 = NJW 2024, 3735; Wolters (Fn. 21), § 177 Rn. 42.

²⁵ BGH, Urt. v. 11.9.2024 – 2 StR 498/23 = NSTZ-RR 2025, 8; BGH, Beschl. v. 30.9.2021 – 2 StR 354/20 = NSTZ-RR 2022, 341; BT-Drs. 18/9097, S. 23; Wolters (Fn. 21), § 177 Rn. 42.

²⁶ Renzikowski, in: Erb/Schäfer (Fn. 17), § 177 Rn. 68; Hörnle, NSTZ 2017, 13 (16).

²⁷ BGH, Urt. v. 11.9.2024 – 2 StR 498/23 = NSTZ-RR 2025, 8; „Bewusstlosen“.

²⁸ BGH, Beschl. v. 3.4.2024 – 6 StR 5/24 = NSTZ 2024, 479 (480).

²⁹ BGHSt 67, 197 (198).

³⁰ BGHSt 67, 197 (198 f.); Wolters (Fn. 21), § 177 Rn. 55.

³¹ Eisele (Fn. 13), § 177 Rn. 28; Renzikowski (Fn. 26), § 177 Rn. 69; BGH, Urt. v. 11.9.2024 – 2 StR 498/23 = NSTZ-RR 2025, 8.

³² BT-Drs. 18/9097, S. 24.

³³ Hörnle, NSTZ 2017, 13 (16).

³⁴ BGH, Urt. v. 11.9.2024 – 2 StR 498/23 = NSTZ-RR 2025, 8; BGH, Beschl. v. 30.9.2021 – 2 StR 354/20 = NSTZ-RR 2022, 341.

³⁵ BGH, Urt. v. 11.9.2024 – 2 StR 498/23 = NSTZ-RR 2025, 8; zur Widerstandsunfähigkeit i.S.v. § 179 StGB a.F. vgl. BGH, Urt. v. 15.3.1989 – 2 StR 662/88 = BGHSt 36, 145 (147) = NJW 1989, 3028; Renzikowski (Fn. 8), § 179 a.F. Rn. 29 m.w.N., wonach diese eine Orientierung bieten können.

Ob ein Zustand i.S.d. § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB vorliegt, wird das Tatgericht häufig nur unter Heranziehung sachverständiger Unterstützung beurteilen können. Auch hierfür ist nämlich in einer Gesamtbetrachtung, in die das aktuelle Tatgeschehen einzubeziehen ist, die geistig-seelische Verfassung des Opfers und deren Auswirkungen auf das Opferverhalten zu prüfen.³⁶

b) Temporäre Beeinträchtigung ausreichend

Dem Angriffopfer muss die Fähigkeit zur Willensbildung oder Willensäußerung nicht dauerhaft fehlen. Ein temporärer Zustand der Unfähigkeit genügt. Dieser Zustand der Willensbildungs- oder Willensäußerungsunfähigkeit muss zum Zeitpunkt der Tat, also bei der Vornahme der sexuellen Handlung, vorliegen.³⁷ Von Abs. 2 Nr. 1 erfasst ist deshalb ohne Weiteres auch der Fall, dass der Rechtsgutsträger durch Verabreichung sog. K.O.-Tropfen in einen Zustand i.S.v. § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB „versetzt“ wird,³⁸ und zwar unabhängig davon, wer ihm diese beigebracht hat.³⁹ Entscheidend ist aber auch hier letztlich das Ausmaß der dadurch herbeigeführten Beeinträchtigung in der Willensbildungs- und Willensäußerungsfähigkeit. Denn – wie bereits ausgeführt – ist für die Verwirklichung des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB letztlich unerheblich, auf welche Ursache der Zustand zurückzuführen ist; dies findet auch in § 177 Abs. 4 StGB Bestätigung, in dem die Tat zu einem Verbrechen qualifiziert wird, wenn die Lage des Opfers auf eine Krankheit oder Behinderung zurückzuführen ist.

c) „Starr vor Angst-Fälle“ und überraschende Übergriffe

Unter gewissen (engen) Voraussetzungen kann § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB auch die sog. „starr vor Angst-Fälle“ erfassen. Dies entspricht wohl auch der Intention des Gesetzgebers.⁴⁰ Nicht jede Form von Angst oder Schrecken genügt jedoch, um die Eingangsvoraussetzungen des Abs. 2 Nr. 1 auszulösen. Es ist aber nicht auszuschließen, dass eine Angststarre ein solches Ausmaß erreicht, dass dem Rechtsgutsträger die Willensbildung oder Willensäußerung dadurch, wenn auch für kurze Zeit, unmöglich gemacht wird. Aus den Gesetzesmaterialien lässt sich hingegen nicht herauslesen, dass der Gesetzgeber sämtliche Fälle der „starr vor Angst-Fälle“ von § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfasst wissen wollte. Die Gesetzesbegründung macht hinreichend deutlich, dass die Furcht bzw. Angst ein bestimmtes Ausmaß erreicht haben muss, und zwar ein solches, dass es dem Rechtsgutsträger nicht mehr möglich ist, seinen entgegenstehenden Willen zu äußern.⁴¹ Das wird

zwar selten der Fall sein, aber ist in der Tat nicht auszuschließen.

Abzulehnen ist die zum Teil in der Literatur vertretene Auffassung, von Abs. 2 Nr. 1 seien auch die Fälle erfasst, in denen der Rechtsgutsträger den Angriff auf seine sexuelle Integrität nicht kommen sieht und daher von der sexuellen Handlung überrumpelt bzw. überrascht wird.⁴² Diese Ansicht erfährt in der Tat eine gewisse Bestätigung in den Gesetzgebungsmaterialien.⁴³ Eine solch weite Auslegung überschreitet aber den Wortlaut des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Unter Geltung der alten Rechtslage wurde lange Zeit kritisiert, dass diese sog. Überraschungsfälle grundsätzlich straffrei waren.⁴⁴

verbal zurückgewiesen wurden (§ 177 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 5 Nr. 3 StGB-E). Ferner ist die Qualifikation einschlägig, wenn das Opfer in der geschilderten Situation derart starr vor Schreck ist, dass ihm die Äußerung eines entgegenstehenden Willens nicht möglich ist (§ 177 Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit Abs. 5 Nr. 3 StGB-E). Hierbei sind an das Opfer keine unrealistischen Anforderungen zu stellen. Es muss insbesondere nicht weitere Risiken eingehen oder sich gegenüber Dritten in seiner vulnerablen Situation offenbaren.“

⁴² So *Renzikowski* (Fn. 26), § 177 Rn. 69; *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 26. Auch der bei beiden vorzufindende Verweis auf BGHSt 36, 145 (146 f.) vermag diese Rechtsansicht nicht zu unterstützen. In dieser Entscheidung begründet der BGH den Zustand i.S.v. § 179 StGB a.F. nicht mit der Überrumpelung und damit, dass das Opfer den Angriff nicht kommen sah. Vielmehr stellte der BGH insbesondere auf den allgemeinen Gesundheitszustand ab und zieht daneben auch die Folgen der Überrumpelung heran, um in der Konsequenz die Voraussetzungen des § 179 StGB a.F. zu begründen. Die folgende Passage belegt dies m.E. eindeutig: „Als Ursache einer solchen Unfähigkeit kommen nicht nur geistig-seelische Erkrankungen, sondern auch sonstige geistig-seelische Beeinträchtigungen in Betracht, die sich etwa aus einem Zusammentreffen einer besonderen Persönlichkeitsstruktur des Opfers und seiner Beeinträchtigung durch die Tatsituation infolge Überraschung, Schreck oder Schock ergeben.“

⁴³ BT-Drs. 18/9097, S. 25: „Das Überraschungsmoment wird von dem Täter auch ausgenutzt, wenn das Opfer im letzten Moment zwar noch des sexuellen Übergriffs gewahr wird und noch einen entgegenstehenden Willen bilden, diesen aber nicht mehr dergestalt äußern kann, dass Abs. 1 einschlägig wäre bzw. den kurzfristig gebildeten entgegenstehenden Willen in der Überrumpelungssituation nicht mehr durchsetzen kann. Insbesondere hierdurch unterscheidet sich die Nummer 3 von den Voraussetzungen der Nummer 1, bei der dem Opfer die Willensbildung oder Willensäußerung unmöglich sein muss.“

⁴⁴ Vgl. *Isfen*, ZIS 2005, 207 (218 f.); Deutsches Institut für Menschenrechte, Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigung – Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht, 2014, S. 2, abrufbar unter https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateen/Sonstiges/Kurzes_Hintergrundpapier_zu_dem_Policy_Paper_Schutzluecken_bei_der_Strafverfolgung_von_Vergewaltigung_01.pdf (8.2.2025).

³⁶ BGH, Urt. v. 11.9.2024 – 2 StR 498/23 = NStZ-RR 2025, 8; BGH, Urt. v. 15.3.1989 – 2 StR 662/88 = BGHSt 36, 145 = NJW 1989, 3028.

³⁷ *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 26.

³⁸ BGH, Urt. v. 11.9.2024 – 2 StR 498/23 = NStZ-RR 2025, 8.

³⁹ So schon BT-Drs. 18/9097, S. 23 f.

⁴⁰ BT-Drs. 18/9097, S. 27 f.

⁴¹ In der Begründung zu BT-Drs. 18/9097, S. 27 f.: „Die Qualifikation [Abs. 5 Nr. 3] ist zum Beispiel erfüllt, wenn der Täter nachts in einem einsamen Park sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt, obwohl diese vom Opfer ausdrücklich

Schon aufgrund ihrer Prominenz in der vorzeitigen Debatte um die Schutzlücken im deutschen Sexualstrafrecht hat der Gesetzgeber die Überraschungsfälle in § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB speziell aufgegriffen (dazu unten). § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB knüpft hingegen an bereits bestehende Vorschriften (§ 179 StGB a.F.) an und sollte zuvorderst deren Überleitung in die neue Grundvorschrift des Sexualstrafrechts bewerkstelligen. Nr. 1 sollte von seiner Grundintention mithin keineswegs dazu dienen, die Überraschungsfälle zu erfassen. Auch die Existenz des § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB liefert darüber hinaus ein (systematisches) Argument gegen eine Erfassung dieser Fälle von Abs. 2 Nr. 1. Freilich ist dieser systematische Aspekt nicht unüberwindbar. Wenn § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB aber eine absolute Unfähigkeit des Rechtsgutsträgers fordert, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder diesen zu äußern, dann finden wir diese Unfähigkeiten im Falle des Überraschungsangriffes eben eindeutig nicht vor. Zutreffend ist, darauf wurde bereits hingewiesen, dass es für § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB tatbestandlich irrelevant ist, worauf die Unfähigkeit des Rechtsgutsträgers zurückzuführen ist. Bei genauem Hinsehen kann dem Rechtsgutsträger in der normalen Konstellation des Überraschungsangriffes aber eine solche Fähigkeit nicht abgesprochen werden. Der Rechtsgutsträger wäre objektiv betrachtet in der Lage, einen Gegenwillen zu bilden und diesen zu äußern. Er tut es – verständlicherweise – nur deshalb nicht, weil er seine sexuelle Integrität nicht bedroht sieht. Unfähigkeit ist von Unwilligkeit zu unterscheiden. Im Falle des klassischen Überraschungsangriffes ist das Fehlen des Gegenwillens nicht auf Unfähigkeit, sondern auf Unwilligkeit zurückzuführen. Dass diese Unwilligkeit letztlich auf fehlender Umstandskennntnis beruht, ändert daran nichts. Der Rechtsgutsträger bildet keinen Gegenwillen, obwohl er ihn zur Tatzeit hätte bilden können.

d) Vorsatz und Ausnutzen des Zustands für die sexuelle Handlung

Bei § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB handelt es sich um ein (reines) Vorsatzdelikt. Der subjektive Tatbestand lässt bedingten Vorsatz genügen und zwar auch in Bezug auf den Zustand des Opfers, keinen Willen bilden oder äußern zu können.⁴⁵ Die Feststellung des Vorsatzes in dieser Hinsicht bedarf sorgfältiger Prüfung, wenn der präsumtive Täter selbst unter geistigen Beeinträchtigungen leidet.⁴⁶

Der Täter muss darüber hinaus die Lage des Opfers für seinen Angriff auf das sexuelle Selbstbestimmungsrecht ausnutzen. Das Merkmal der Ausnutzung taucht in mehreren sexualstrafrechtlichen Tatbeständen auf (vgl. §§ 174 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 174a Abs. 2, 174b und 174c, 182 Abs. 1, Abs. 3 StGB). Insofern kann auf die bereits bestehenden Erkenntnisse zurückgegriffen werden. Der Täter kann sich die prekäre Lage des Opfers aber nur dann zu Nutze machen, wenn ihm

die Lage des Opfers bekannt ist.⁴⁷ Notwendig ist ein Ausnutzungsbewusstsein in dem Sinne, dass sich der Täter die erkannte Lage des Opfers für die sexuelle Handlung zunutze macht.⁴⁸

Von einem Ausnutzen kann aber nur die Rede sein, wenn die Unfähigkeit des Opfers, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern, die Vornahme der sexuellen Handlung in irgendeiner Form überhaupt erst ermöglicht oder zumindest begünstigt hat.⁴⁹ Der präsumtive Täter muss auch in dieser Hinsicht mit bedingtem Vorsatz handeln.⁵⁰ Schon zur alten Rechtslage hatte die Rechtsprechung ein solches Begriffsverständnis des Ausnutzens vertreten.⁵¹ Dies ist überzeugend: Wurde die Tat nicht durch die Lage des Opfers begünstigt, dann hat der präsumtive Täter diese Lage auch nicht ausgenutzt. Es gab nichts, was er hätte nutzen müssen. Der Bundesgerichtshof hat ein Ausnutzen beispielsweise in einem Fall verneint, in dem das „Opfer“ erst während des gemeinsamen, zunächst konsentierten Geschlechtsverkehrs in einen Zustand i.S.d. § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB verfallen ist. Der Angeklagte hat dies zwar bemerkt und dennoch die sexuelle Handlung fortgesetzt. Weil die sexuelle Handlung schon zuvor begonnen hatte, verneinte das Gericht das Ausnutzen. Etwas anderes muss aber dann gelten, wenn der Betroffene den Zustand seines Sexualpartners in der Weise ausnutzt, dass er zu solchen Sexualpraktiken übergeht, die vorher nicht konsentiert waren (z.B. Analverkehr bei konsentiertem vaginalverkehr).

e) Qualifikation des Abs. 4

§ 177 Abs. 4 StGB formuliert speziell für den Tatbestand in § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB eine Qualifikation.⁵² Die Tat gilt nach Abs. 4 als Verbrechen (Strafrahmen: nicht unter einem Jahr), wenn die Unfähigkeit zur Willensbildung oder Willensäußerung auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht. Der Gesetzgeber hat in der Gesetzesbegründung klar-

⁴⁷ Zum Ausnutzungsbewusstsein bei der Heimtücke vgl. *Sternberg-Lieben/Steinberg*, in: Tübinger Kommentar (Fn. 13), § 211 Rn. 86.

⁴⁸ BT-Drs. 18/9097, S. 23.

⁴⁹ BGH, Beschl. v. 3.4.2024 – 6 StR 5/24 = NStZ 2024, 479 (480); BGH, Urt. v. 13.2.2019 – 2 StR 301/18 = NJW 2019, 2040; *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 30.

⁵⁰ *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 177 Rn. 34; *Wolters* (Fn. 21), § 177 Rn. 48; *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 31; a.A. *Renzikowski* (Fn. 26), § 177 Rn. 74; *Vavra*, Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen, 2020, S. 431.

⁵¹ Zu § 179 StGB a.F. BGH, Urt. v. 28.3.2018 – 2 StR 311/17, Rn. 12 = NStZ-RR 2018, 244; BGH, Beschl. v. 17.6.2008 – 3 StR 198/08, Rn. 4 = NStZ 2009, 90; BGH, Beschl. v. 28.10.2008 – 3 StR 88/08, Rn. 5 = NStZ 2009, 324; *Renzikowski*, in: Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 179 Rn. 35.

⁵² Sie bezieht sich von ihrem Wortlaut eindeutig nicht auf alle anderen in den Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 bis 5 genannten Tatbestände: *Wolters* (Fn. 21), § 177 Rn. 69.

⁴⁵ BT-Drs. 18/9097, S. 25; *Wolters* (Fn. 21), § 177 Rn. 48.

⁴⁶ *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 32; *Renzikowski* (Fn. 26), § 177 Rn. 74.

gestellt, dass die Qualifikation nur bei vorübergehenden oder dauerhaften körperlichen oder psychischen Erkrankungen bzw. Behinderungen eingreifen soll.⁵³ Der Gesetzgeber sieht diesen Personenkreis, Kranke und Menschen mit Behinderung, als besonders schutzwürdig an.⁵⁴ Der Täter, der sich diesen Personenkreis zum Opfer macht, verwirkliche „besonderes Unrecht“.⁵⁵ Teilweise wird die Differenzierung zwischen Krankheiten und Behinderungen auf der einen Seite und anderen Beeinträchtigungszuständen (vorübergehende Bewusstlosigkeit, z.B. aufgrund der Verabreichung von K.O.-Tropfen oder Narkose) auf der anderen Seite kritisiert.⁵⁶

Zwischen den Zuständen von Krankheit und Behinderung gibt es deutliche Überschneidungsmengen.⁵⁷ Behinderungen beruhen in der Regel auf länger andauernden oder dauerhaften Erkrankungen. Letztere (Krankheiten) werden beschrieben als regelwidrige Körper- oder Geisteszustände, die Behandlungsbedürftigkeit und/oder Arbeitsunfähigkeit zur Folge haben.⁵⁸ Der Gesetzgeber wollte einmalige Rauschzustände, die durch die Einnahme von Betäubungsmittel oder Alkohol verursacht sind, nicht als Krankheit i.S.d. § 177 Abs. 4 StGB verstanden wissen.⁵⁹ Menschen mit Behinderungen sind solche, die körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, die sie in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate hindern können (so § 2 Abs. 1 SGB IX).⁶⁰ Die Qualifikation greift nur ein, wenn der Unfähigkeitszustand i.S.d. § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB gerade auf der Krankheit oder Behinderung beruht. Es genügt also nicht, dass ein Mensch mit Behinderung aufgrund anderer Einwirkung in den Zustand des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB verfällt.

2. § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB: Erhebliche Einschränkung der Fähigkeit zur Willensbildung oder -äußerung

a) Grundidee

Der Tatbestand dient dem Schutz solcher Personen, die auf Grund eines körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt sind. Gerade durch die Einfügung des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB geht das reformierte Sexualstrafrecht deutlich über den Schutzstandard hinaus, der bis dato durch § 179 StGB gewährleistet wurde, und sich im Wesentlichen auf „Widerstandsunfähige“ beschränkte.⁶¹

Der in Nr. 2 genannte Personenkreis soll verstärkt vor fremdbestimmten Sexualkontakten geschützt werden.⁶² Auch diesen Personen mutet das Gesetz, zumindest solange dieser Zustand andauert, nicht zu, ein ausdrückliches oder konkludentes „Nein“ gegen den sexuellen Kontakt zu artikulieren. Strafbar macht sich, wer diesen Zustand für sein sexuelles Ansinnen (sexuelle Handlung) ausnutzt, solange (und soweit) er sich nicht zuvor der Zustimmung seines Gegenübers zur sexuellen Interaktion versichert hat.

Der Tatbestand hantiert mithin mit einer Art „Ja-heißt-Ja-Lösung“⁶³, weil (vermeintlich) jeder nicht konsentiertere Sexualkontakt, wenn er die Schwelle zur sexuellen Handlung überschreitet, strafbewehrt wird. Es handelt sich aber eben nicht um eine Ja-heißt-Ja-Lösung in ihrer Reinform, da der Tatbestand sein Eingreifen auch von einem Ausnutzen abhängig macht. Fehlt dem präsumtiven Täter das Ausnutzungsbewusstsein bei der Vornahme der nicht konsentierten sexuellen Handlung, bleibt er trotz fehlender Zustimmung seines Gegenübers straffrei.

Auf der einen Seite wird der Tatbestand in § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB als (selbst-)widersprüchlich bewertet:⁶⁴ Die Personen, deren gesteigertes Schutzbedürfnis im Tatbestand anerkannt wird, sind aufgrund ihres Zustandes zu einer Wahrnehmung ihres Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung nicht in der Lage. Dennoch soll allein ihre faktische Zustimmung zum Tatbestandsausschluss führen. Richtig ist, dass die rudimentär-freie Zustimmung nicht als echte eigenverantwortliche Disposition angesehen werden kann. Auf der anderen Seite bedeutete der Verzicht auf den Zustimmungsvorbehalt einen erheblichen Eingriff in die Rechte der Betroffenen. Indem der Tatbestand sexuelle Kontakte mit ihnen für Dritte kriminalisiert, greift potenziell in gravierender Weise in die (beschränkte) Freiheit auf sexuelle Selbstbestimmung des geschützten Personenkreises ein.⁶⁵ Es droht ein Ausschluss dieses Personenkreises von der sexuellen Interaktion mit Dritten. Gerade in Bezug auf Personen, die sich dauerhaft in einem Zustand der erheblichen Beeinträchtigung i.S.d. § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB befinden, wäre ein solcher Eingriff nicht zu rechtfertigen. Diese (vermeintlich widersprüchliche) Lö-

⁵³ BT-Drs. 18/9097, S. 26.

⁵⁴ BT-Drs. 18/9097, S. 26.

⁵⁵ BT-Drs. 18/9097, S. 26.

⁵⁶ Hörnle, NStZ 2017, 13 (18); Renzikowski/Schmidt, KriPoZ 2018, 325 (326 f.).

⁵⁷ Wolters (Fn. 21), § 177 Rn. 70.

⁵⁸ So BT-Drs. 18/9097, S. 26; Eisele (Fn. 13), § 177 Rn. 64.

⁵⁹ BT-Drs. 18/9097, S. 26.

⁶⁰ Hierauf verweist BT-Drs. 18/9097, S. 26; Renzikowski (Fn. 26), § 177 Rn. 104.

⁶¹ BGH, Beschl. v. 24.5.2012 – 5 StR 52/12 = NStZ 2012, 650 f.; Eisele (Fn. 13), § 177 Rn. 32.

⁶² Bezzak/Bunke, in: Rettenberger/Dessecker (Hrsg.), Sexuelle Gewalt als Herausforderung für Gesellschaft und Recht, 2017, S. 28 f.; Hörnle, NStZ 2017, 17; Renzikowski (Fn. 26), § 177 Rn. 75; BT-Drs. 18/9097, S. 24.

⁶³ BT-Drs. 18/9097, S. 24; BGH, Beschl. v. 3.4.2024 – 6 StR 5/24 = NStZ 2024, 479 (480); El-Ghazi, StV 2021, 314 (318); Hörnle, NStZ 2017, 13 (17); Lederer, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar, StGB, 3. Aufl. 2020, § 177 Rn. 19; Noltenius, in: Wolter/Hoyer (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 177 Rn. 30.

⁶⁴ Hoven/Weigend, JZ 2018, 187; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 177 Rn. 49; Wolters (Fn. 21), § 177 Rn. 40; Noltenius (Fn. 63), § 177 Rn. 30; Renzikowski (Fn. 26), § 177 Rn. 75.

⁶⁵ BGH, Beschl. v. 20.7.2022 – 4 StR 220/22 = NStZ-RR 2022, 341; BT-Drs. 18/9097, S. 24; Bezzak, KJ 2016, 563; Fischer (Fn. 50), § 177 Rn. 33.

sung ist Ausdruck eines Kompromisses, der versucht, die negative Seite der sexuellen Selbstbestimmung des betroffenen Personenkreises angemessen zu schützen, ohne dadurch die Ausübung der positiven sexuellen Selbstbestimmung zu verunmöglichen.

b) Zustand erheblich eingeschränkter Willensbildung oder -äußerung

Personen i.S.d. Nr. 2 können im Gegensatz zu dem in Nr. 1 genannten Personenkreis zumindest einen natürlichen Willen bilden oder äußern.⁶⁶ Sie sind damit nicht absolut willensbildungs- oder willensäußerungsunfähig. Sie sind in einer dieser Fähigkeiten aber erheblich eingeschränkt, und zwar aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustands. Das bedeutet aber auch, dass der in Nr. 2 genannte Personenkreis zur Artikulation eines natürlichen „Neins“ grundsätzlich in der Lage sein kann, auch wenn der Gesetzgeber den genannten Personen eine solche Artikulation des „Neins“ nicht abverlangt, um sie einem strafrechtlichen Schutz zu unterstellen. Wird ein „erkennbares“ „Nein“ ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck gebracht, kann – neben dem sexuellen Übergriff nach § 177 Abs. 1 StGB – auch § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB einschlägig sein. Letztgenannter Tatbestand geht dem in § 177 Abs. 1 StGB jedoch vor.⁶⁷

Das Kernproblem des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB besteht darin, den Zustand der erheblich eingeschränkten Willensbildungs- oder Willensäußerungsfähigkeit zu determinieren.⁶⁸ Der Tatbestand bewegt sich zwischen den Polen, die durch den Grundtatbestand des sexuellen Übergriffs in § 177 Abs. 1 StGB (Willensbildungs- oder Willensäußerungsfähigkeit ist grundsätzlich vorhanden) und § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB (Willensbildungs- oder Willensäußerungsfähigkeit fehlt in Gänze) gesetzt werden. Richtig ist, dass das Gesetz bei Nr. 2 eine *erhebliche* Beeinträchtigung dieser Fähigkeiten fordert. Die Gesetzesbegründung gibt selbst aber wenig Aufschluss darüber, ab welcher Schwelle ein solcher Zustand als erreicht angesehen werden kann. Zwar ist die Rede davon, dass die Beeinträchtigung „ins Gewicht fallen“ müsse, um erheblich zu sein.⁶⁹ Eine solche Beeinträchtigung in erheblicher Weise liege vor, „wenn die Einschränkung aus objektiver Sicht offensichtlich auf der Hand liegt und sich dem unbefangenen Beobachter ohne Weiteres aufdrängt“.⁷⁰ Als Beispiele für einen Zustand i.S.d. Nr. 2 werden in der Gesetzesbegründung Menschen mit erheblicher Intelligenzminderung und stark Betrunkene angeführt.⁷¹ Aber auch hier stellt sich – so wie bei allen anderen Beeinträchtigungen – natürlich die Frage, wie erheblich die Intelligenzminderung bzw. Trunkenheit sein muss, um den Zustand des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB zu erreichen.

⁶⁶ Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, StGB, Stand: 1.2.2025, § 177 Rn. 20.

⁶⁷ Renzikowski (Fn. 26), § 177 Rn. 189; Eisele (Fn. 13), § 177 Rn. 32.

⁶⁸ Noltenius (Fn. 63), § 177 Rn. 31.

⁶⁹ BT-Drs. 18/9097, S. 24.

⁷⁰ BT-Drs. 18/9097, S. 24.

⁷¹ BT-Drs. 18/9097, S. 24.

Die Rechtsprechung hat bisher wenig zur Klärung der Grenzen des Zustands des Abs. 2 Nr. 2 beitragen können. Insbesondere liegt noch keine höchstrichterliche Entscheidung vor, in der sich der Bundesgerichtshof dezidiert mit den einzelnen Kriterien des in § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB genannten Zustands auseinandergesetzt hätte. In der Literatur wird eine Anlehnung an die Maßstäbe des § 21 StGB (verminderte Schuldfähigkeit) angeregt.⁷² Zu Recht wird aber betont, dass es bei § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB nicht darum geht, ob der Betroffene sein Verhalten an *äußere* Vorgaben bzw. Maßstäbe ausrichten kann; betroffen ist die Fähigkeit, sich nach eigenen *subjektiven/inneren* Maßstäben auszurichten.⁷³ Dies muss bei der Adaption der Grundsätze zur Bestimmung des Zustands erheblicher Willensbildungs- und Willensäußerungsdefizite beachtet werden. Das OLG Hamm hat sich ebenfalls für eine Orientierung an den Grundsätzen zur verminderten Schuldfähigkeit ausgesprochen.⁷⁴ Auch bei der Feststellung des Zustands i.S.d. § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB müsse danach gefragt werden, „ob die Fähigkeit des Opfers, einen entgegengesetzten Willen zu bilden und zu äußern, im Vergleich zu Personen ohne eine Beeinträchtigung deutlich herabgesetzt ist“.⁷⁵ Diese Feststellung wird ein Tatgericht regelmäßig nur unter Zuhilfenahme sachverständiger Hilfe treffen können.⁷⁶ Neben Beeinträchtigungen aufgrund von Behinderungen oder eines andauernden Rauschzustands (z.B. erheblicher Trunkenheit) können auch Benommenheit, völlige Erschöpfung oder vergleichbar starke Müdigkeit, geistige Störungen wie Demenz, Schizophrenie, Manien, Depressionen, aber auch erhebliche Beeinträchtigungen des Sprech- oder Ausdruckvermögens (erhebliche motorische Einschränkungen)⁷⁷ in Betracht kommen.⁷⁸ Die erhebliche Einschränkung der Willensbildungs- oder Willensäußerungsfähigkeit muss bei § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB zum Zeitpunkt der sexuellen Handlung vorliegen.⁷⁹

Grundsätzlich wird man (eine nicht-pathologische Form von) Schüchternheit nicht als erhebliche Einschränkung der Äußerungsfähigkeit bewerten können.⁸⁰ Gleiches gilt für fehlende Sprachkenntnisse, weil man seinen Gegenwillen auch anders als verbal durch Sprache zum Ausdruck bringen

⁷² Hörnle, NStZ 2017, 13 (17); Renzikowski (Fn. 26), § 177 Rn. 76; K. Schumann (Fn. 18), § 177 Rn. 17; Eisele (Fn. 13), § 177 Rn. 34; Noltenius (Fn. 63), § 177 Rn. 31; Bezugnahmen auf §§ 20 f. StGB finden sich auch in der Gesetzesbegründung: BT-Drs. 18/18/9097, S. 24; vgl. OLG Hamm BeckRS 2021, 3844.

⁷³ Renzikowski (Fn. 26), § 177 Rn. 76.

⁷⁴ OLG Hamm BeckRS 2021, 3844.

⁷⁵ OLG Hamm BeckRS 2021, 3844 m.w.N.

⁷⁶ Renzikowski (Fn. 26), § 177 Rn. 76.

⁷⁷ Noltenius (Fn. 63), § 177 Rn. 31.

⁷⁸ Weitere Beispiele Renzikowski (Fn. 26), § 177 Rn. 78; Eisele (Fn. 13), § 177 Rn. 35.

⁷⁹ Noltenius (Fn. 63), § 177 Rn. 32.

⁸⁰ BT-Drs. 18/9097, S. 24; BGH StV 2005, 439 f.; Hörnle (Fn. 8), § 177 Rn. 78.

kann.⁸¹ Hier gilt das, was auch in anderen Fällen fehlender Durchsetzungsfähigkeit gilt: § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB ist nicht einschlägig; vielmehr liegt „nur“ § 177 Abs. 1 StGB vor, wenn der Betroffene seinen Gegenwillen erkennbar zum Ausdruck gebracht hat. Natürlich kann auch ein bloßes (lockeres) Angetrunken-Sein nicht genügen, um den Zustand des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB auszulösen.⁸² Bei alkoholbedingter Beeinträchtigung bietet sich eine – vorsichtige und natürlich einzelfallorientierte – Anlehnung an die Promillewerte zur verminderten Schuldfähigkeit an.⁸³

c) Aufgrund körperlichen oder psychischen Zustands

Das Defizit bzw. die Defizite müssen laut § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB im körperlichen oder psychischen Zustand der Person ihre Ursache finden. Der Mangel muss daher in der Person des Rechtsgutsträgers angelegt sein. Entlarvend ist in dieser Hinsicht die Gesetzesbegründung, wenn sie in Bezug auf den „körperlichen Zustand“ auf Gebrechen oder andere Hemmnisse verweist, die „nicht auf eine psychische Störung zurückzuführen“ sind.⁸⁴ Andere Ursachen jenseits körperlicher oder psychischer Art sind nicht denkbar, sodass mit dieser Kautel in der Tat keine echten Einschränkungen verbunden sind. Richtig ist daher die Feststellung, dass es unerheblich ist, auf welche Ursache der Zustand des geschützten Rechtsgutsträgers zurückgeht.⁸⁵

Als Beispiel für ein solches körperliches „Gebrechen“ wird in der Gesetzesbegründung auf die Lähmung verwiesen.⁸⁶ Darunter fallen natürlich auch sonstige Formen der körperlichen Behinderung, die eine Entäußerung des Willens des Rechtsgutsträgers auf verbale und nonverbale Art erheblich erschweren. Das Beispiel in der Gesetzesbegründung ist in dieser Hinsicht mindestens irreführend: Wem das Sprechvermögen fehlt, kann seinen Gegenwillen mit Handzeichen oder in sonstiger Weise körperlich „kommunizieren“. Wer (vollständig oder zumindest weitestgehend) körperlich gelähmt ist, unterfällt dann nicht dem in Abs. 2 Nr. 2 geschützten Personenkreis, solange er seinen Gegenwillen zumindest verbal artikulieren kann. Das muss er dann aber auch tun, um – unter der Geltung der Nein-heißt-Nein-Lösung – dem Anwendungsbereich des § 177 Abs. 1 StGB zu unterfallen.

Der Begriff „psychisch“ soll – laut der Gesetzesbegründung – von seinem Gehalt dem des „seelischen“, wie er in

§ 20 StGB Verwendung findet, entsprechen.⁸⁷ Der Begriff „psychisch“ findet bereits in anderen strafatbestandlichen Kontexten Verwendung, wie beispielsweise in § 171 StGB oder in § 218c StGB. Erfasst sind u.a. Geisteskrankheiten oder Intelligenzminderungen, die so gravierend sind, dass sie vor allem die Willensbildung erheblich einschränken.⁸⁸ Potenziell können auch Schock- und Apathiezustände eine solche psychische Einschränkung begründen.⁸⁹ Dafür müssen diese aber eine hinreichende Schwere aufweisen; auch hierbei kann nur eine Orientierung an den Grundsätzen zu §§ 20, 21 StGB helfen.

d) Keine ausdrückliche Zustimmung

Die Ausübung von Sexualität ist durch die sexuelle Selbstbestimmung als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) geschützt.⁹⁰ Der Tatbestand versucht, die positiven und negativen Schutzdimensionen des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung auszutarieren.⁹¹ Damit sich § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB nicht als „Danaergeschenk“ zulasten von Personen mit schwerwiegenden körperlichen oder psychischen Beeinträchtigungen erweist, musste der Gesetzgeber schon aus verfassungsrechtlichen Gründen die Reichweite des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB einschränken. Der Gesetzgeber hat diese Einschränkung mit einem Zustimmungsvorbehalt bewerkstelligt. Demnach ist der Tatbestand ausgeschlossen, wenn sich der Rechtsgutsträger – trotz der ihm attestierten erheblichen Beeinträchtigung seiner Willensbildungs- oder Willensäußerungsfähigkeit – mit der sexuellen Handlung einverstanden erklärt hat. Die Zustimmung muss von dem Träger der sexuellen Selbstbestimmung selbst erklärt werden. Sie ist nicht durch die Zustimmung eines Erziehungsberechtigten oder Betreuers ersetzbar. Zu Recht hat der Gesetzgeber die Zustimmung nicht unter den Vorbehalt einer (zusätzlichen) Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gestellt. Eine *assent-Lösung*⁹² wäre im Kontext der zwischenmenschlichen und höchstpersönlichen Sexualität nicht nur unpraktikabel, sondern auch im höchsten Maße verfassungsrechtlich bedenklich.

⁸¹ Hörnle (Fn. 8), § 177 Rn. 78; Renzikowski (Fn. 26), § 177 Rn. 78; Eisele (Fn. 13), § 177 Rn. 35; Noltenius (Fn. 63), § 177 Rn. 31.

⁸² OLG Hamm BeckRS 2021, 3844.

⁸³ Zur Bedeutung der Promillewerte bei der Bewertung der Schuldunfähigkeit vgl. nur BGH, Urt. v. 11.1.2024 – 3 StR 280/23 = NStZ-RR 2024, 104; OLG Naumburg, Beschl. v. 6.7.2010 – 2 Ss 85/10 = BeckRS 2010, 20447; Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg/Kudlich (Fn. 66), § 20 Rn. 24.

⁸⁴ BT-Drs. 18/189097, S. 24.

⁸⁵ Noltenius (Fn. 63), § 177 Rn. 31; Eisele (Fn. 13), § 177 Rn. 35; auf „allen möglichen Ursachen“: Renzikowski (Fn. 26), § 177 Rn. 78.

⁸⁶ BT-Drs. 18/189097, S. 24.

⁸⁷ BT-Drs. 18/189097, S. 24; Lederer (Fn. 63), § 177 Rn. 21; Noltenius (Fn. 63), § 177 Rn. 31.

⁸⁸ Eisele (Fn. 13), § 177 Rn. 35.

⁸⁹ BGH, Urt. v. 11.7.1985 – 4 StR 307/85 = NJW 1986, 77; Renzikowski (Fn. 26), § 177 Rn. 76.

⁹⁰ BVerfG, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15 = BVerfGE 153, 182 ff. = NStZ 2020, 528; BVerfG, Beschl. v. 10.6.2009 – 1 BvR 1107/09 = NJW 2009, 3357 (3359); BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008 – 2 BvR 392/07 = BVerfGE 120, 224 (238) = NJW 2008, 1137; Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 39. Lfg., Stand: Juli 2001, Art. 2 Abs. 1 Rn. 200; Vavra (Fn. 50), S. 155 f.; Bottke (Fn. 8), S. 546; vgl. Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (183); Hörnle, ZStW 127 (2015), 851 (863); El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (159); Papathanasiou, KriPoZ 2016, 133.

⁹¹ BT-Drs. 18/189097, S. 24.

⁹² Zum assent vgl. Jansen, Forschung an Einwilligungsunfähigen, 2015, S. 46, 158 f.

Da der Rechtsgutsträger in seiner Willensbildungsfähigkeit erheblich beeinträchtigt ist, kann die erklärte Zustimmung naturgemäß nicht als Resultat eines eigenverantwortlichen und freien Willensbildungsprozesses angesehen werden. Die Zustimmung muss daher „nur“ Ausdruck eines natürlichen Willens der geschützten Person sein⁹³ – nicht mehr, aber auch nicht weniger. Im Falle einer alleinigen Beeinträchtigung der Fähigkeit zur Willensäußerung ist die Bedeutung des Zustimmungsvorbehalts überaus zweifelhaft. Wenn die Fähigkeit hierzu erheblich eingeschränkt ist, wird in der Regel auch eine (natürliche) Zustimmung nicht erklärt werden können.

Die tatbestandsausschließende Zustimmung muss von der geschützten Person zur jeweiligen sexuellen Handlung⁹⁴ – und zwar noch vor ihrer Vornahme – artikuliert werden.⁹⁵

Die Zustimmung kann, ebenso wie das „Nein“ im Falle von § 177 Abs. 1 StGB, ausdrücklich oder konkludent erteilt werden.⁹⁶ In jedem Fall muss sie aber aus Sicht eines objektiven Betrachters „eindeutig“ erteilt worden sein.⁹⁷ Nur dann kann davon die Rede sein, dass sich der Sexualpartner des Rechtsgutsträgers dieser auch „versichert“ hat. Der Bundesgerichtshof verlangt hinsichtlich der Offenkundigkeit der Zustimmung, dass an ihrer Erteilung „kein vernünftiger Zweifel“ bestehen darf.⁹⁸ Die Anforderungen an die „Eindeutigkeit“ dürfen aber nicht zu hoch angesetzt werden. Schließlich betrifft der Tatbestand auf der Seite des geschützten Personenkreises solche Menschen, die in ihren Fähigkeiten zur Willensbildung oder Willensäußerung erheblich beeinträchtigt sind.⁹⁹ Auch diese sollen eine Zustimmung erteilen können, die zu einem Tatbestandsausschluss führt. Bei der Feststellung des natürlichen Willens sei, so der Bundesgerichtshof, das sich insgesamt zeichnende Bild des Verhältnisses zwischen Täter und Opfer zu berücksichtigen.¹⁰⁰ Eine Zustimmung, die dem Rechtsgutsträger „abgenötigt“ wird, kann freilich nicht als tatbestandsausschließende Zustimmung i.S.d. § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB angesehen werden. Weitestgehend ungeklärt ist, welche Wirkung solche Zustimmungen entfalten, die der geschützten Person in sonstiger Weise als durch Nötigung „abgerungen“ worden ist, beispielweise durch Einsatz von Überredungskunst¹⁰¹ oder sonstigen Manipulationen.¹⁰² So könnte sich die geschützte Person durch das

Angebot von geldwerten Vorteilen (und seien es auch nur Süßigkeiten) zur Erteilung einer Zustimmung „überreden“ lassen. Im Falle des Einsatzes echter Nötigungsmittel muss bereits die Zustimmung als nicht erteilt angesehen werden. Eine entsprechende Problematik stellt sich auch im Anwendungsbereich des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB. Zur entsprechenden Problematik hat *Verf.* bereits Stellung bezogen.¹⁰³ Darüber hinaus können Fälle der abgenötigten Zustimmung auch von § 177 Abs. 2 Nr. 4 bzw. Nr. 5 StGB erfasst werden. In anderen Fällen, in denen der präsumtive Täter in anderer Weise manipulativ auf die geschützte Person einwirkt, um die Zustimmung zu erlangen, könnte das Erfordernis des „Versicherns“ (genauer: § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB a.E.: „Zustimmung dieser Person versichert“) als einschränkendes Kriterium taugen. Von einem „Versichern“ kann nur ausgegangen werden, wenn sich der Sexualpartner der geschützten Person „Gewissheit“ darüber verschafft hat, dass die in ihren Fähigkeiten eingeschränkte Person die sexuelle Handlung ernsthaft möchte. Der Sexualpartner darf nicht auch noch die verbliebene Autonomie unterminiert haben. In den Fällen aber, in denen der Sexualpartner die eingeschränkte Willensbildungsfähigkeit der geschützten Person für die Einholung der Zustimmung zur sexuellen Handlung *ausnutzt*, kann von einem „Versichern“ der Zustimmung nicht gesprochen werden. § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB bestraft das Ausnutzen des Zustands der geschützten Person für die sexuellen Zwecke des Täters. Es liegt daher fern, dass eine Zustimmung, die der Täter ebenfalls nur unter Ausnutzung desselben Zustands einholen konnte, zu einem Tatbestandsausschluss führen sollen. Mit anderen Worten: Bei der Einholung der Zustimmung („versichern“) darf der Sexualpartner die Lage des Opfers nicht ausnutzen. Andernfalls fehlt es an einer echten Versicherung der Zustimmung. Es wäre, um den Begriff wieder aufzugreifen, ein Selbstwiderspruch, wenn das Gesetz solche Zustimmungen als tatbestandsausschließend ansehen würde.

Die Zustimmung kann jederzeit ausdrücklich oder konkludent zurückgenommen werden und natürlich kann sie auch (von Anfang an oder nachträglich) auf bestimmte sexuelle Handlungen beschränkt werden.¹⁰⁴

Eine nachträglich erteilte Versicherung der Zustimmung (genauer Genehmigung) schließt die Strafbarkeit nicht aus. Mag auch die geschützte Person bei hypothetischer Betrachtung ihre Zustimmung erteilt haben, wenn sie darum ersucht worden wäre. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll der Umstand, dass die geschützte Person zugestimmt hätte bzw. die nachträgliche Genehmigung auf der Ebene der Strafzumessung berücksichtigt werden können.¹⁰⁵

e) Vorsatz und Ausnutzen des Zustands für die sexuelle Handlung

Hinsichtlich des subjektiven Tatbestands, insbesondere auch zum Ausnutzen kann auf die Ausführungen zu § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB verwiesen werden. Der Vorsatz muss sich hier

⁹³ BT-Drs. 18/9097, S. 24; *Renzikowski*, NJW 2016, 3555.

⁹⁴ BT-Drs. 18/9097, S. 25.

⁹⁵ BGH, Beschl. v. 30.9.2021 – 2 StR 354/20 = BeckRS 2021, 57442; *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 36.

⁹⁶ *Noltenius* (Fn. 63), § 177 Rn. 33.

⁹⁷ BT-Drs. 18/9097, S. 24.

⁹⁸ BGH, Beschl. v. 30.9.2021 – 2 StR 354/20 = BeckRS 2021, 57442; vgl. auch *Ziegler* (Fn. 66), § 177 Rn. 23.

⁹⁹ BGH, Beschl. v. 30.9.2021 – 2 StR 354/20 = BeckRS 2021, 57442.

¹⁰⁰ BGH, Beschl. v. 30.9.2021 – 2 StR 354/20 = BeckRS 2021, 57442; vgl. auch *Ziegler* (Fn. 66), § 177 Rn. 25.

¹⁰¹ *Renzikowski*, NJW 2016, 3555; *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 38.

¹⁰² Vgl. *Vavra* (Fn. 50), S. 439; *Renzikowski* (Fn. 26), § 177 Rn. 81.

¹⁰³ *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (164).

¹⁰⁴ BT-Drs. 18/9097, S. 25; *Eisele* (Fn. 13), § 177 Rn. 36.

¹⁰⁵ BT-Drs. 18/9097, S. 25.

auch auf die erhebliche Einschränkung der Willensbildungs- oder Willensäußerungsfähigkeit beziehen. Da schon die objektive Bestimmung dieses Zustands erhebliche Friktionen bereitet, kann es nicht überraschen, dass der Nachweis eines Vorsatzes des präsumtiven Täters in diesem Punkt erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann und überaus großen Raum für Irrtümer bietet.¹⁰⁶ Die (Schutz-)Behauptung des präsumtiven Täters, er habe die Willensbildungs- oder Willensäußerungsfähigkeit seines Gegenübers zwar für beeinträchtigt gehalten, aber eben nur in einem nicht erheblichen Ausmaß, wird man in vielen Fällen nicht widerlegen können. Ob man dennoch einen Fall von bedingtem Vorsatz annehmen können wird, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Der Vorsatz muss sich des Weiteren auch auf das Fehlen einer tatbestandsausschließenden Zustimmung beziehen. Auch dies kann gewisse Friktionen auslösen.

IV. Schluss

§ 177 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB fristen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung weiterhin ein Schattendasein, auch wenn sie schon gut neun Jahre in Kraft sind. Gerade mit § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB hat sich der Bundesgerichtshof noch nicht dezidiert auseinandergesetzt, obwohl gerade dieser Tatbestand spannende Fragen aufwirft, die einer höchstrichterlichen Klärung bedürfen. Der vorliegende Beitrag leistete einen Überblick über die Hauptprobleme dieser Tatbestände. Dabei sollte vor allem deutlich geworden sein, dass eine Vielzahl der Anwendungshemmnisse in den Tatbeständen selbst angelegt ist.

¹⁰⁶ *Fischer* (Fn. 50), § 177 Rn. 35.