

Europäisierung des Straftatbestands der Vergewaltigung

Zur Reichweite der EU-Kompetenz und des Begriffs der Vergewaltigung

Von Prof. Dr. Gudrun Hochmayr, Innsbruck*

Der Beitrag untersucht, ob die Kompetenz der Europäischen Union zur Harmonisierung des Strafrechts der Mitgliedstaaten den Straftatbestand der Vergewaltigung umfasst. Darüber hinaus wird geprüft, ob eine nicht einvernehmliche sexuelle Penetration in die Deliktskategorie der Vergewaltigung einbezogen werden sollte.

I. Einleitung

Der Vorschlag einer Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt sah vor, die Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Europäischen Union zu harmonisieren. Um Strafbarkeitslücken zu schließen und „die Mitgliedstaaten in die Lage [zu] versetzen, strengere Normen festzulegen“,¹ sollte jede vorsätzliche nicht einvernehmliche sexuelle Penetration an einer Frau mit einer Höchststrafe von zumindest acht Jahren Freiheitsstrafe bedroht werden.² Dadurch sollte eine wirksame Verfolgung der Straftat sichergestellt und die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen, insbesondere im Bereich der gegenseitigen Anerkennung von gerichtlichen Entscheidungen, verbessert werden.³

Das Europäische Parlament sowie Frauen- und Menschenrechtsorganisationen befürworteten den Vorschlag.⁴ Demgegenüber dominierte unter den Mitgliedstaaten die Auffassung, dass die EU nicht über die Kompetenz zur Angleichung der Strafbestimmung der Vergewaltigung verfüge. In etlichen Mitgliedstaaten ist diese enger konzipiert als im Kommissionsvorschlag.⁵ Eine Richtlinie kann zwar nicht eine bestimm-

te Deliktsbezeichnung vorgeben. Die Mitgliedstaaten könnten also nicht verpflichtet werden, den Tatbestand der Vergewaltigung auf sexuelle Penetrationen ohne Nötigungskomponente auszuweiten.⁶ Sie müssten aber die Strafbestimmung für nicht konsensuale sexuelle Penetrationen zumindest mit der in der Richtlinie vorgegebenen Strafobergrenze versehen. Falls sie bisher, insbesondere mangels Ratifikation der Istanbul-Konvention, auf eine entsprechende Strafbestimmung verzichtet haben, müssten sie diese neu einführen. In Mitgliedstaaten mit traditionell niedrigeren Strafrahmen würde die vorgegebene Mindesthöchststrafe zu schweren Verwerfungen führen, wenn die gebotene Abstufung zwischen einem Handeln gegen den Willen der betroffenen Person und unter Einsatz eines Nötigungsmittels erhalten bleiben soll.⁷ In allen Mitgliedstaaten wäre die Anwendung des Straftatbestands⁸ fortan die Anwendung von Unionsrecht und unterläge damit der Auslegungshoheit des EuGH. Seine Urteile in Vorabent-

mehr als ein nicht einvernehmliches Vorgehen – neben einer Nötigungskomponente meist das Ausnutzen von Widerstandsunfähigkeit – voraussetzen. In den Niederlanden trat allerdings am 1.7.2024 eine Gesetzesänderung in Kraft, die die Vergewaltigung auf eine nicht konsensuale sexuelle Penetration ausdehnt und eine Strafbarkeit bereits bei Fahrlässigkeit vorsieht (Art. 243, 242 nStGB). Auch in Tschechien kam es inzwischen zu einer Ausdehnung der Vergewaltigung auf ein nicht einvernehmliches Vorgehen. Die Reform trat am 1.1.2025 in Kraft.

⁶ Heger, KriPoZ 2022, 273 (276). Die Erwägungsgründe 13 und 14 des Richtlinienvorschlags (Fn. 1) sprechen davon, die Tatbestandsmerkmale der Vergewaltigung von Frauen festzulegen, – ohne zu beachten, dass die Richtlinienkompetenz nach Art. 83 AEUV auf die Vorgabe von „Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen“ beschränkt ist. Nach Art. 5 des Richtlinienvorschlags ist nur sicherzustellen, dass die genannten Handlungen bei Vorsatz unter Strafe gestellt sind. Auch aus Art. 36 der Istanbul-Konvention (Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, CETS 210) lässt sich nicht ableiten, dass nicht einverständliche sexuelle Handlungen als Vergewaltigung einzustufen sind. Es genügt, das im Abkommen beschriebene Verhalten für strafbar zu erklären (vgl. GREVIO, Baseline Evaluation Report Austria, GREVIO/Inf [2017] 4, Rn. 140). Damit wird zugleich die vom EGMR aus Art. 3 und 8 EMRK abgeleitete Verpflichtung der Mitgliedstaaten, „jede nicht einvernehmliche sexuelle Handlung“ unter Strafe zu stellen und wirksam zu verfolgen, „auch wenn die betroffene Person keinen körperlichen Widerstand leistet“, erfüllt, EGMR, Urt. v. 4.12.2003 – 39272/98 (M.C. v. Bulgarien), Rn. 166.

⁷ Näher unten III. 3.

⁸ (Einschließlich der vom Richtlinienvorschlag ebenfalls erfassten Erzwingung einer sexuellen Penetration durch Nötigung).

* Die Verfasserin ist Professorin für Strafrecht und Strafverfahrensrecht an der Universität Innsbruck.

¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, KOM (2022) 105 endg., S. 4.

² Art. 5 i.V.m. Art. 12 des Richtlinienvorschlags (Fn. 1).

³ Richtlinienvorschlag (Fn. 1), S. 3.

⁴ Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (KOM [2022] 0105 – C9-0058/2022 – 2022/0066[COD]), A9-0234/2023, S. 172; Deutscher Juristinnenbund, Stellungnahme zum Entwurf der „Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt“ v. 8.3.2022, abrufbar unter <https://www.djb.de/presse/stellungnahmen/detail/st23-02> (19.3.2025).

Für weitere Stellungnahmen siehe <https://www.frauenrat.de/eu-gewaltschutzpaket-ohne-schutzvor-vergewaltigung-ist-kein-gewaltschutzpaket/> (19.3.2025).

⁵ Eine Auswertung der In-Depth Analysis des European Parliamentary Research Service „Definitions of rape in the legislation of EU Member States“ (Januar 2024, abrufbar unter [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2024/757618/EPRS_IDA\(2024\)757618_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2024/757618/EPRS_IDA(2024)757618_EN.pdf) [19.3.2025]) ergibt, dass dreizehn Mitgliedstaaten für eine Vergewaltigung

scheidungsverfahren könnten auf die Auslegung nicht europäisierter Sexualdelikte zurückwirken, weil es widersprüchlich wäre, gleichlautende Begriffe innerhalb eines Deliktsabschnitts unterschiedlich zu interpretieren, je nachdem, ob es sich um EU-Strafrecht handelt oder nicht.

Der Vorstoß der Kommission scheiterte letztlich an der fehlenden Zustimmung der erforderlichen Mehrheit der Mitgliedstaaten, darunter Deutschland.⁹ Die im Mai 2024 beschlossene Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt¹⁰ verzichtet auf eine Angleichung des Straftatbestands der Vergewaltigung.

Die Frage, ob die Vergewaltigung von der Harmonisierungskompetenz der EU umfasst ist, harrt auch nach Veröffentlichung von Gutachten des EuGH und des Juristischen Dienstes des Rates der Klärung. In seinem Gutachten zum Beitritt der EU zur Istanbul-Konvention stellt der EuGH eine nur geringfügige Überschneidung zwischen den Handlungspflichten im Bereich des Strafrechts, die die Konvention den Vertragsparteien auferlegt, und Art. 83 Abs. 1 AEUV im Bereich des Menschenhandels und der sexuellen Ausbeutung von Frauen und Kindern fest. Er verweist auf Rn. 155 der Schlussanträge des Generalanwalts.¹¹ Dieser verneinte eine Zuständigkeit der Union für die in der Istanbul-Konvention enthaltenen materiellen Strafbestimmungen.¹² Der Verweis

⁹ Vgl. etwa *Bauer-Babef*, Euractiv v. 16.1.2024, abrufbar unter <https://www.euractiv.de/section/gesundheit/news/vergewaltigungsdefinition-deutschland-blockiert-gemeinsam-mit-konservativen-laendern/> (19.3.2025). Bemerkenswert ist, dass die Vergewaltigung gem. § 177 Abs. 6 Nr. 1 dStGB bereits seit dem 50. StRAG 2016 dem „Nein-heißt-Nein“-Modell entspricht. Der Richtlinienvorschlag könnte allerdings der noch strengeren „Ja-heißt-Ja“-Lösung folgen, siehe *Eisele*, KriPoZ 2024, 88 (91 ff.). Als Zustimmungslösung interpretieren den Vorschlag auch *Eckstein/Gössler*, JSt 2023, 10 (12 ff.).

¹⁰ Richtlinie (EU) 2024/1385 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Mai 2024 zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, ABl. EU 2024 Nr. L 2024/1385.

¹¹ EuGH, Gutachten 1/19 des Gerichtshofs (Große Kammer) v. 6.10.2021, Rn. 301.

¹² Schlussanträge des Generalanwalts Gerard Hogan v. 11.3.2021 im Gutachtenverfahren 1/19, Rn. 155: „Ausgehend von den derzeit unter Art. 83 Abs. 1 AEUV fallenden Bereichen dürften die im Übereinkommen von Istanbul enthaltenen materiellen strafrechtlichen Bestimmungen nicht in die Zuständigkeit der Union fallen, sondern bei den Mitgliedstaaten verblieben sein. Allein der Umstand, dass die unter dieses Übereinkommen fallende Gewalt in einigen Fällen unter den Begriff des Menschenhandels oder der sexuellen Ausbeutung von Frauen und Kindern fallen kann, ist meines Erachtens für sich genommen nicht ausreichend, um die Schlussfolgerung zu rechtfertigen, dass bestimmte Bestimmungen des Übereinkommens von Istanbul geeignet sind, in die der Union nach Art. 83 Abs. 1 AEUV zugewiesene Zuständigkeit zu fallen. Eine Anwendung dieser Rechtsgrundlage dürfte daher meines Erachtens in jedem Fall ausscheiden.“

erfolgt allerdings mit der Einschränkung „im Wesentlichen“,¹³ sodass offenbleibt, ob der EuGH die Vergewaltigung als von der Kompetenz des Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV umfasst ansieht. Das Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates bekundet starke Zweifel, schließt eine Befugnis der EU aber nicht aus.¹⁴ Der vorliegende Beitrag versucht die Frage zu klären. Darüber hinaus wird gezeigt, dass die Einbeziehung einer nicht einvernehmlichen sexuellen Penetration in den Tatbestand der Vergewaltigung aus sprachlichen und systematischen Gründen nicht überzeugt und mit der Rechtstradition jener Mitgliedstaaten bricht, die für die Vergewaltigung am Erfordernis einer Nötigung festhalten.

II. „Sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern“ (Art. 83 Abs. 1 AEUV)

1. Wortlaut

Der Vorschlag der Kommission zur Harmonisierung der Vergewaltigung stützt sich auf den in Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV genannten Kriminalitätsbereich „sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern“ und interpretiert diesen im Ergebnis weit. Eine „sexuelle Ausbeutung“ sei in der „Erlangung von Macht oder Herrschaft über eine andere Person zum Zwecke der sexuellen Befriedigung“ zu sehen.¹⁵ Nun begründet der Umstand, dass die sexuelle Penetration entgegen dem Willen der betroffenen Person erfolgt, weder ein Macht- noch ein Herrschaftsverhältnis über die Person. Wohl deshalb weist der Vorschlag ergänzend auf „das typische Machtungleichgewicht zwischen Frauen und Männern“ hin, das bei Vergewaltigungen vorliege.¹⁶ Es bleibt dabei offen, wie die Bemerkung zu verstehen ist:¹⁷ Soll aus der Ungleichheit der Geschlechter, dem typischen Machtgefälle in sozialer Hinsicht, eine „Ausbeutung“ folgen? Oder soll sich die „Ausbeutung“ daraus ergeben, dass die Täter einer Vergewaltigung zum allergrößten Teil Männer und die Opfer Frauen sind, also die Verteilung der Täter- und Opferrolle mit dem Geschlecht zu tun hat?

Was auch immer gemeint ist: Die Definition der Kommission überdehnt die Wortlautgrenze des Begriffs „Ausbeutung“.¹⁸ Von einem systemischen Machtungleichgewicht zu

¹³ Wie Fn. 11.

¹⁴ Juristischer Dienst des Rates, Gutachten 14277/22 des Juristischen Dienstes v. 31.10.2022, Rn. 44 ff.

¹⁵ Richtlinienvorschlag (Fn. 1), S. 10.

¹⁶ Richtlinienvorschlag (Fn. 1), S. 10.

¹⁷ Der zweite Satz in Erwägungsgrund 13 des Richtlinienvorschlags (Fn. 1) führt nicht weiter, weil er letztlich wieder auf die sexuelle Ausbeutung Bezug nimmt: „Sie [die Vergewaltigung] ist mit einem Machtungleichgewicht zwischen Täter und Opfer verbunden, das es dem Täter ermöglicht, das Opfer zum Zwecke der persönlichen Befriedigung, der Behauptung der Herrschaft, der Erlangung sozialer Anerkennung oder möglicherweise des finanziellen Gewinns sexuell auszubehuten.“

¹⁸ Im allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet „ausbeuten“ u.a. „[skrupellos] für sich ausnutzen“, „sich skrupellos zunutze machen“, <https://www.duden.de/rechtschreibung/ausbeuten> (19.3.2025).

profitieren, stellt noch keine Ausbeutung der betroffenen Person dar. Folgte man der Argumentation des Kommissionsvorschlags, könnte die Verwirklichung jedes Sexualdelikts durch einen männlichen Täter zum Nachteil einer Frau, also etwa auch eine sexuelle Belästigung, als eine sexuelle Ausbeutung der Frau begriffen werden.

Die Interpretation überzeugt im Hinblick auf den Wortlaut aus einem weiteren Grund nicht: Die Kompetenz ist auf die sexuelle Ausbeutung von Frauen (und Kindern) begrenzt. Der Straftatbestand der Vergewaltigung dient indes auch dem Schutz von Männern¹⁹ – man denke nur an die nicht selten vorkommenden Vergewaltigungen unter männlichen Strafgefangenen.

2. Entstehungsgeschichte

Hieran schließt sich ein weiteres Argument an:²⁰ Wegen der Begrenzung auf den Schutz von Frauen (und Kindern) dürfte kein Parlamentsabgeordneter auf den Gedanken gekommen sein, durch seine Zustimmung zum Vertrag von Lissabon der Union die Kompetenz zur Harmonisierung der Vergewaltigung zu übertragen. Es ist davon auszugehen, dass die Vertragsschöpfer unter „sexueller Ausbeutung“ jedenfalls jene Delikte verstanden wissen wollten, die zum Zeitpunkt des Beschlusses des AEUV auf dem betreffenden Gebiet bereits Gegenstand von Harmonisierungsmaßnahmen waren.²¹ Die „sexuelle Ausbeutung von Frauen“ umfasste danach die Ausbeutung zu Zwecken der Prostitution *im Zuge von Menschenhandel*. Auch die Genese des Vertragstextes bestätigt die enge Verbindung mit dem Menschenhandel.²² In Bezug auf Kinder waren schon vor dem Vertrag von Lissabon die Straftatbestände des sexuellen Missbrauchs von Kindern, der Nötigung oder Anwerbung zu Kinderprostitution und der Kinderpornographie angeglichen worden. Es wurde also auch das Ausnutzen einer altersbedingten konstitutionellen Schutzlosigkeit zu sexuellen Zwecken als eine Form sexueller Ausbeutung begriffen. Es fehlt indes jeder Hinweis darauf, dass die Mitgliedstaaten der Union darüber hinaus die Kompetenz

zur Angleichung eines klassischen Sexualdelikts, wie der Vergewaltigung, übertragen wollten.²³

3. Systematik

Ein enger Zusammenhang der Kompetenz mit dem Menschenhandel folgt auch aus der Systematik der Regelung. Die „sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern“ ist in Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV als einzige Kompetenz durch die Konjunktion „und“ mit einer anderen, eben jener des „Menschenhandels“, verbunden.²⁴ Das spricht für eine zurückhaltende Interpretation des Begriffs „sexuelle Ausbeutung“ im Lichte des Menschenhandels.

Bei der systematischen Auslegung der in Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV aufgezählten Kriminalitätsbereiche ist weiterhin zu berücksichtigen, dass diese jedenfalls *typischerweise* schwere Kriminalität *mit grenzüberschreitender Dimension* darstellen sollen (arg. „Derartige Kriminalitätsbereiche sind“ i.V.m. UAbs. 1).²⁵ Trifft dies auf ein Delikt nicht zu, ist es nicht von der Harmonisierungskompetenz umfasst. Während es keinem Zweifel unterliegt, dass eine Vergewaltigung (jedenfalls nach traditionellem Verständnis) als schwere Kriminalität einzuordnen ist, fehlt es an der erforderlichen grenzüberschreitenden Dimension.²⁶ Das grenzüberschreitende Ausmaß müsste sich gem. Art. 83 Abs. 1 AEUV entweder aus der Art der Straftat oder ihren Auswirkungen oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, ergeben. Eine Vergewaltigung wird weder in grenzüberschreitender Weise begangen, noch hat die Straftat grenzüberschreitende Auswirkungen. Es handelt sich um ein Delikt gegen individuelle Rechtsgüter²⁷, das den Intimbereich des Opfers betrifft und sich für gewöhnlich nur auf das Opfer selbst und dessen Nahbereich auswirkt.

Auch eine besondere Notwendigkeit, die Straftat auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen, ist nicht ersichtlich. Die im Richtlinienvorschlag angeführten Argumente²⁸ für die Notwendigkeit überzeugen nicht. Sie beziehen sich nicht spezifisch auf die Vergewaltigung, sondern auf Gewalt gegen Frauen im Allgemeinen (Auswirkungen auf Millionen von Menschen in der Union, Verstöße gegen die Grundrechte,

¹⁹ Der Tatbestand ist in allen EU-Mitgliedstaaten geschlechtsneutral ausgestaltet, Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report, Accompanying the document „Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council“ on combating violence against women and domestic violence, 1.3.1.: „Definitions of sexual violence and rape are consistently gender neutral.“, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022SC0062> (19.3.2025).

²⁰ Zur in letzter Zeit zu beobachtenden Offenheit des EuGH, die Entstehungsgeschichte bei der Auslegung von Unionsprimärrecht mitzuberücksichtigen, *Ehmann/Selmayr*, Datenschutz-Grundverordnung, 3. Aufl. 2024, Einl. Rn. 104 mit Nachweisen aus der Rspr. des EuGH.

²¹ Vgl. *Weißer*, in: Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2021, § 4 Rn. 11, § 9 Rn. 67 ff.

²² Näher hierzu das Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates (Fn. 14), Rn. 13 ff.

²³ *Eisele*, KriPoZ 2024, 88 (89), vertritt hingegen, dass „das Sexualstrafrecht, soweit es dem Schutz von Frauen und Kindern dient, prinzipiell von der Kompetenzgrundlage erfasst“ ist; siehe auch *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 74. Lfg., Stand: September 2021, AEUV Art. 83 Rn. 56.

²⁴ „Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern“. Den Zusammenhang betont das Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates (Fn. 14), Rn. 16 f., 22 ff.

²⁵ *Hochmayr*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Bd. 2, 2. Aufl. 2023, AEUV Art. 83 Rn. 9 m.w.N.

²⁶ So auch *Heger*, KriPoZ 2022, 273 (275).

²⁷ Nämlich die sexuelle Integrität und die Willensbildungs- und -betätigungsfreiheit, *Kienapfel/Schmoller*, Strafrecht, Besonderer Teil III, 2. Aufl. 2009, §§ 201–202 Rn. 5.

²⁸ Richtlinienvorschlag (Fn. 1), S. 11 (allerdings unter der Überschrift „Subsidiarität“).

Verursachung erheblicher Kosten). Soweit sich der Vorschlag auf die Rechte der Opfer beruft (Rechtsunsicherheit bezüglich der Rechte der Opfer wegen der Unterschiede bei der Strafbarkeit; Gleichbehandlung von Opfern in der gesamten Union), ließe sich mit dieser Argumentation für jede opferbezogene Straftat die Notwendigkeit ihrer Bekämpfung auf gemeinsamer Grundlage begründen. Damit würde die Voraussetzung ihre die Strafrechtssetzungskompetenz der Union begrenzende Funktion verlieren.

Ebenso wenig begründet das Ziel, Strafbarkeitslücken zu schließen und es den Mitgliedstaaten zu ermöglichen, strengere Strafbestimmungen zu erlassen,²⁹ die genannte Notwendigkeit. Da die Schließung von Strafbarkeitslücken Ziel jeder Strafrechtsharmonisierung durch die EU ist,³⁰ ließe sich mit dem Argument für jede Harmonisierungsrichtlinie eine grenzüberschreitende Dimension behaupten. Die Absicht, über eine Richtlinie „die Mitgliedstaaten in die Lage [zu] versetzen, strengere Normen festzulegen“,³¹ erweist sich in demokratiepolitischer Hinsicht als bedenklich, wenn damit die Strafrechtssetzungskompetenz der nationalen Parlamente umgangen werden soll. Auch sie kann keine besondere Notwendigkeit der Bekämpfung der Straftat auf einer gemeinsamen Grundlage begründen.

Damit verbleibt das Vorhaben, die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen zu verbessern. Ob dieses die besondere Notwendigkeit begründen kann, ist umstritten.³² Wegen ihrer Weite ließe sich mit der Begründung das Erfordernis einer grenzüberschreitenden Begehungsweise leicht aushebeln. So könnte in Bezug auf die Vergewaltigung argumentiert werden, eine unionsweite Strafbarkeit nicht konsensualer sexueller Penetrationen würde die gegenseitige Anerkennung verbessern, weil kein Mitgliedstaat sich auf den Ablehnungsgrund der fehlenden beiderseitigen Strafbarkeit berufen könnte. Nun zählt die Vergewaltigung in den Rechtsakten zur gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen zu jenen Delikten, die von der Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit auszunehmen sind, sofern die Strafobergrenze im Ausstellungsstaat zumindest auf Freiheitsstrafe von drei Jahren lautet.³³ Nach

der Rechtsprechung des EuGH kommt es für die Zuordnung einer Handlung zu den Katalogtaten ausschließlich auf das Recht des Ausstellungsstaates an.³⁴ Es genügt, dass die Straftat dort als Vergewaltigung eingestuft wird. Daher können jene Mitgliedstaaten, die für die Vergewaltigung auf ein Nötigungselement verzichten, schon heute ihren extensiven Begriff der Vergewaltigung gegenüber anderen Mitgliedstaaten durchsetzen. Die große Mehrheit der Mitgliedstaaten hat die Istanbul-Konvention des Europarats ratifiziert.³⁵ Diese Staaten sind völkerrechtlich verpflichtet, eine Strafbarkeit auch bei einem Handeln gegen den Willen der betroffenen Person vorzusehen. Da es für die Frage der beiderseitigen Strafbarkeit nicht auf die Deliktsbezeichnung ankommt,³⁶ ist – unabhängig davon, ob die Straftat als Vergewaltigung kategorisiert wird – davon auszugehen, dass in den allermeisten Mitgliedstaaten eine beiderseitige Strafbarkeit gegeben ist. Nur wenn der Täter in einen der wenigen Mitgliedstaaten flieht, die der Istanbul-Konvention nicht beigetreten sind, könnte ein Europäischer Haftbefehl dort nicht vollstreckt werden, wenn der Ausstellungsstaat eine nicht einvernehmliche sexuelle Penetration nicht als Vergewaltigung klassifiziert und die Tat im Vollstreckungsstaat straflos ist. Es sind demnach nur Ausnahmefälle, in denen die Strafbarkeitslücke relevant wird. Selbst wenn man das zweifelhafte Argument, die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen zu verbessern, anerkennen würde, wäre eine besondere Notwendigkeit, für die Bekämpfung der Straftat den Tatbestand der Vergewaltigung zu harmonisieren, nicht ersichtlich.

4. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich die Vergewaltigung schon im Hinblick auf den Wortlaut nicht unter den Kompetenztitel „sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern“ fassen. Aus der Regelungssystematik folgt ein enger Zusammenhang der „sexuellen Ausbeutung“ mit dem Menschenhandel, die bei einer Vergewaltigung im Allgemeinen nicht vorliegt. Überdies fehlt es an der vorausgesetzten grenzüberschreitenden Dimension. Die Vergewaltigung ist nach alledem nicht von der EU-Kompetenz zur Strafrechtsangleichung umfasst.³⁷

²⁹ Richtlinienvorschlag (Fn. 1), S. 4.

³⁰ Zur ausschließlich punitiven Ausrichtung der Kompetenz Hochmayr (Fn. 25), AEUV Art. 83 Rn. 5, 38.

³¹ Richtlinienvorschlag (Fn. 1), S. 4.

³² Befürwortend Böse, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, AEUV Art. 83 Rn. 6; vgl. auch F. Meyer, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 83 Rn. 16 f. Ablehnend BVerfGE 123, 267 (410 f.); Ambos/Rackow, ZIS 2009, 397 (402); Dorra, Strafrechtliche Legislativkompetenzen der Europäischen Union, 2013, S. 197 ff.; Satzger, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 83 Rn. 11.

³³ Z.B. Art. 2 Abs. 2 RbEuHB; Art. 5 RB gegenseitige Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen; Art. 14 RB gegenseitige Anerkennung von Alternativen zur Untersuchungshaft; Art. 7 RB gegenseitige Anerkennung von freiheitsentziehenden Strafen oder Maßnahmen; Art. 11 i.V.m. Anhang D RL Europäische Ermittlungsanordnung; Art. 12 Abs. 1

lit. d i.V.m. Anhang IV e-Evidence-Verordnung; Art. 3 VO gegenseitige Anerkennung von Sicherstellungs- und Einziehungsentscheidungen.

³⁴ EuGH (Große Kammer), Urt. v. 3.5.2007 – C-303/05 (Advocaten voor de Wereld VZW v. Leden van de Ministerraad), Rn. 52 f.

³⁵ Nur auf die folgenden fünf der 27 Mitgliedstaaten trifft das nicht zu: Bulgarien, Litauen, Slowakische Republik, Tschechische Republik, Ungarn, siehe <https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=210> (19.3.2025).

³⁶ Siehe nur Art. 2 Abs. 4 RbEuHB; EuGH, Urt. v. 11.1.2017 – C-289/15 (Grundza), Rn. 33 ff.

³⁷ So im Ergebnis auch Esser, StraFo 2024, 318 (321 f.); Heger, KriPoZ 2022, 273 (275); Hörnle, Verfassungsblog v. 31.1.2024, abrufbar unter

Nur ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass wegen der fehlenden grenzüberschreitenden Dimension auch der Weg versperrt ist, die Vergewaltigung nach einer (einstimmigen) Erweiterung der Kriminalitätsbereiche um „geschlechtsspezifische Gewalt“³⁸ nach Maßgabe von Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV zu harmonisieren.³⁹

III. Plädoyer für einen mehrstufigen Ansatz

In der Sache ist es hoch bedenklich, eine nicht einvernehmliche sexuelle Penetration deliktisch wie eine abgenötigte sexuelle Penetration zu qualifizieren und mit dem gleichen Strafrahmen zu versehen.

1. Begriff der Vergewaltigung

Der Begriff „Vergewaltigung“ ist nach dem Wortsinn und dem allgemeinen Sprachgebrauch durch das Tatmittel der Gewalt geprägt. So lautet die Definition für „vergewaltigen“ im wohl am häufigsten genutzten deutschsprachigen Wörterbuchportal „Duden.de“ „jemanden durch Anwendung, Androhung von Gewalt zum Geschlechtsverkehr zwingen“.⁴⁰

Seine heutige Bedeutung erlangte der Begriff erst im 20. Jahrhundert.⁴¹ Etymologisch geht er auf das Substantiv „Gewalt“ und die Verben „gewaltigen/gewältigen“ zurück.⁴² Auch die frühere Bezeichnung der Straftat als „Notzucht“⁴³ war eng mit dem Begriff der Gewalt verbunden, beruhte sie doch auf dem althochdeutschen „nôt zogôn“ („mit Gewalt entführen“⁴⁴ oder „gewaltsames Fortziehen“⁴⁵). Der Zusammenhang zeigt sich auch in anderen Sprachen, wie im englischen Begriff „rape“ oder in der französischen Bezeichnung „viol“, die auf „raptus“ (Raub, Entführung) bzw. „violencia“ (insb. Gewalttätigkeit) zurückgehen.⁴⁶ Gerade wegen der

<https://verfassungsblog.de/keine-blockade-sondern-eine-frage-der-kompetenz/> (19.3.2025).

Zweifel äußern auch *Eisele*, KriPoZ 2024, 88 (89 ff.); *Zeder*, JSt 2022, 253 (256).

³⁸ Siehe die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. September 2021 mit Empfehlungen an die Kommission über die Festlegung von geschlechtsspezifischer Gewalt als neuer Kriminalitätsbereich gemäß Artikel 83 Absatz 1 AEUV (2021/2035[INL]), P9_TA (2021) 0388.

³⁹ So auch *Esser*, StraFo 2024, 318 (322).

⁴⁰ <https://www.duden.de/rechtschreibung/vergewaltigen> (19.3.2025).

⁴¹ *Koch*, ÖGZ 2004, 37 (40).

⁴² *Koch*, ÖGZ 2004, 37 (37).

⁴³ Sie war auch in den Strafgesetzbüchern Deutschlands und der Schweiz vorzufinden.

⁴⁴ *Koch*, ÖGZ 2004, 37 (41).

⁴⁵ So die Bedeutung der mittelniederdeutschen „notzogung“ laut *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 32. Auch die sprachlichen Vorläufer im Mittelhochdeutschen, wie „notnunft“, beziehen sich auf Gewalt, *Sick* (a.a.O.).

⁴⁶ Vgl. *Koch*, ÖGZ 2004, 37 (40). Für die polnische Sprache siehe *Jasiński*, in: Hoven/Weigend (Hrsg.), Consent and Sexual Offenses. Comparative Perspectives, 2022, S. 11 (13).

Assoziation mit einer gewaltsamen Begehungsweise signalisiert der Begriff im kollektiven Gedächtnis einen der gravierendsten Eingriffe in die sexuelle Integrität und verbindet sich emotional mit einem großen Stigma.

2. Rechtstradition

In vielen Mitgliedstaaten hat sich die Verbindung der Tat mit einer *aggressiven Begehungsweise* bis in die Gegenwart erhalten. Das zeigt pars pro toto das Beispiel Österreich: Die Anfänge des österreichischen Straftatbestands sind in der Constitutio Criminalis Carolina von 1532 zu finden, welche die *gewaltsame* Nötigung einer Frau zum Beischlaf als „Notzucht“ für strafbar erklärte (§ 119). Erst die StG-Novelle 1989⁴⁷ ersetzte die Deliktsbezeichnung „Notzucht“ durch jene der Vergewaltigung (§ 201 öStGB). Die Umbenennung sollte gerade den Gewaltaspekt hervorheben, verknüpft mit dem Erfordernis, das Strafverfahren auf das Verhalten des Täters zu konzentrieren: „[D]ie Sozialschädlichkeit der Tat“ liege „in erster Linie in der *brutalen* Mißachtung der Menschenwürde und sexuellen Selbstbestimmung des Menschen“.⁴⁸ Die Gesetzesänderung solle das Augenmerk weg vom „Verhalten des Betroffenen (also seine Widerstandsunfähigkeit) auf die *qualifizierte Handlung des Täters*“ lenken.⁴⁹

Die Ausweitung der Tatmittel auf die Drohung lässt sich bereits für das Gemeine Recht nachweisen.⁵⁰ Wie für andere Gewaltdelikte – man denke an die Nötigung, die Erpressung oder den Raub – wurde für das Delikt keine physische Gewaltanwendung mehr vorausgesetzt. Es genügte nunmehr, durch Einwirkung auf die Psyche das Opfer in eine Zwangslage zu versetzen. Erwähnenswert für die österreichische Rechtstradition ist die Voraussetzung einer *qualifizierten Drohung*, d.h. einer Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. Die Drohung muss sich also gerade gegen die Physis richten.

Die StG-Novelle 1989 formulierte den Tatbestand geschlechtsneutral und bezog neben dem Beischlaf andere Formen der sexuellen Penetration⁵¹ mit ein. Zur Begründung heißt es im Gesetzesantrag, dass diese sexuellen Handlungen „nach der Intensität der sexuellen Inanspruchnahme des Opfers, der Schwere des Eingriffs in die sexuelle Selbstbestimmung, nach dem Ausmaß der Demütigung und Erniedrigung

⁴⁷ öBGBI. 1989/242.

⁴⁸ Initiativantrag zur StG-Novelle 1989, 128/A, 17. Gesetzgebungsperiode (GP), S. 6 (*Hervorhebung* durch die *Verf.*).

⁴⁹ Initiativantrag (Fn. 48), S. 6 (*Hervorhebung* im Original); siehe auch Justizausschussbericht (JAB), 927 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates (BlgNR), 17. Gesetzgebungsperiode (GP), S. 2.

⁵⁰ *Kratzer-Ceylan*, Finalität, Widerstand, „Bescholtenheit“. Zur Revision der Schlüsselbegriffe des § 177 StGB, 2015, S. 85 ff.

⁵¹ Nach einem Teil der Lehre erfordert die im Tatbestand vorausgesetzte „dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung“ nicht unbedingt eine Penetration, *Kienapfel/Schmoller* (Fn. 27), Vorbem. §§ 201 ff. Rn. 48; *Hinterhofer*, in: *Hinterhofer* (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Lfg., Stand: November 2004, § 201 Rn. 45 ff.

des Opfers und dem Ausmaß der gesundheitlichen Risiken [...] gleich sozialschädlich sind“.⁵²

Bis heute setzt der österreichische Straftatbestand der Vergewaltigung den Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels und eine eingriffsintensive sexuelle Handlung voraus. Der Tatbestand erfasst die intensivste sexuelle Inanspruchnahme des Opfers durch „gewaltsam-aggressive Verhaltensweisen“⁵³. Wendet der Täter nur eine gefährliche Drohung an, ist die Tat als geschlechtliche Nötigung gem. § 202 Abs. 1 öStGB mit niedrigerer Strafe bedroht.⁵⁴ In Umsetzung der Istanbul-Konvention wurde durch das StRÄG 2015⁵⁵ in § 205a öStGB ein neuer Straftatbestand namens „Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung“ ergänzt, der eine nicht einvernehmliche sexuelle Penetration unter Strafe stellt und eine nochmals niedrigere Strafdrohung als die geschlechtliche Nötigung aufweist.⁵⁶

Damit unterscheidet sich die Vergewaltigung nach österreichischem Recht erheblich von jener nach geltender Rechtslage in Deutschland. Der Tatbestand der Vergewaltigung⁵⁷ nach § 177 dStGB wurde durch das 33. StRÄG 1997⁵⁸ auf das Ausnutzen einer schutzlosen Lage des Opfers ausgeweitet.⁵⁹ Mit dem 50. StRÄG 2016⁶⁰ überschritt der Gesetzgeber den Wortsinn des Begriffs „Vergewaltigung“ endgültig, indem er dem „Nein-heißt-Nein“-Modell folgte. Die Vergewaltigung gem. § 177 Abs. 6 Nr. 1 dStGB unterscheidet sich vom sexuellen Übergriff gem. § 177 Abs. 1 dStGB nur durch die Voraussetzung einer besonders eingriffsintensiven sexuellen Handlung. Erforderlich ist eine dem Beischlaf ähnliche sexuelle Handlung, die das Opfer besonders erniedrigt, „insbesondere wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden“⁶¹ ist. Dies wird vor allem bei einer sexuellen Penetration angenommen.⁶²

3. Erfordernis getrennter Deliktstypen

Gegen die Klassifizierung einer nicht konsensualen Penetration als Vergewaltigung bestehen zunächst *sprachliche Einwände*. Es ist sprachlich merkwürdig, die Tat allein wegen

der Eingriffstiefe der sexuellen Handlung als „Vergewaltigung“ zu bezeichnen.⁶³ Der Gedanke, eine sexuelle Penetration durch den Täter als „Gewalt“ in einem weiten Sinne zu definieren, ist schon deshalb abwegig, weil der Tatbestand sexuelle Handlungen einbezieht, bei denen die betroffene Person eine aktive Rolle einnimmt.⁶⁴ Der Ausdruck „Penetration“, den man mit einem aktiven Eindringen des Täters assoziiert, verdeckt dies.

Allenfalls könnte man bei einer nicht einvernehmlichen sexuellen Penetration von „sexueller Gewalt“ oder „sexualisierter Gewalt“⁶⁵ sprechen. Im allgemeinen Sprachgebrauch ist zu beobachten, dass der Begriff „Gewalt“ immer weiter ausufert, wie wenn von „psychischer Gewalt“, „digitaler Gewalt“⁶⁶, „verbaler Gewalt“ oder eben von „sexueller Gewalt“ die Rede ist. Das Phänomen dürfte mit der Wirkmächtigkeit des Begriffs „Gewalt“ zusammenhängen, der im Diskurs besondere Aufmerksamkeit sichert. Die Entwicklung sollte im Strafrecht nicht nachvollzogen werden. Um die Begrenzungen durch den Bestimmtheitsgrundsatz zu wahren, bedarf der strafrechtliche Begriff der Gewalt scharfer Konturen. Es ist daher an der Verbindung mit dem klassischen strafrechtlichen Gewaltbegriff als Grundform der Nötigung festzuhalten. Ein Aufweichen des Begriffs hätte zur Folge, dass auch andere Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung, die in einer sexuellen Penetration resultieren, als „Vergewaltigung“ einzuordnen wären⁶⁷ und die Grenzen der Vergewaltigung endgültig verschwimmen.

Auch die *Gesetzessystematik* spricht gegen die Erfassung einer nicht konsensualen und einer nötigungsbasierten sexuellen Penetration in einer einheitlichen Deliktstypen. Die Regelung des § 177 Abs. 6 Nr. 1 dStGB⁶⁸ vernachlässigt,

⁶³ A.A. Hörnle, NSStZ 2017, 13 (19 f.).

⁶⁴ Zur Einbeziehung einer Penetration des Täters durch das Opfer *Eschelbach* (Fn. 62), § 177 Rn. 118. Auch die Mehrzahl der Sprachversionen des Richtlinienvorschlages erfasst sexuelle Penetrationen, die von der Frau selbst vorgenommen werden (z.B. „engaging with a woman“, „avec une femme“, „con una mujer“). Allerdings gibt es auch etliche Sprachversionen, die auf eine passive Rolle der Frau beschränkt sind (z.B. „an einer Frau“, „su una donna“, „do corpo de uma mulher“). Die Unterschiede sind darauf zurückzuführen, dass es sich nur um vorläufige Übersetzungen handelt, vgl. *Eckstein/Gössler*, JSt 2023, 10 (12).

⁶⁵ So BT-Drs. 18/9097, S. 28: „ein sexueller Übergriff, der mit einem Beischlaf oder einer ähnlichen sexuellen Handlung verbunden ist,“ werde „vom Opfer als eine Form *sexualisierter Gewalt* empfunden [...] und zwar unabhängig davon, ob ‚Gewalt‘ im strafrechtlichen Sinne ausgeübt wurde“ (*Hervorhebung durch die Verf.*).

⁶⁶ Deutsches Institut für Menschenrechte, Bericht über die Datenlage zu geschlechtsspezifischer Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt in Deutschland, 2023, S. 15.

⁶⁷ Vgl. *Renzikowski*, NJW 2016, 3553 (3556).

⁶⁸ Siehe auch die Neuregelung der Vergewaltigung in Art. 190 schwStGB, die zwar bei einem nicht konsensualen Vorgehen (Art. 190 Abs. 1 schwStGB) eine niedrigere Strafdrohung vorsieht als bei Einsatz eines Nötigungsmittels (Art. 190

⁵² Initiativantrag (Fn. 48), S. 7; siehe auch Justizausschussbericht (Fn. 49), S. 3.

⁵³ Justizausschussbericht (Fn. 49), S. 2. Die Strafdrohung des § 201 Abs. 1 öStGB beträgt Freiheitsstrafe von zwei bis zu zehn Jahren.

⁵⁴ Für die geschlechtliche Nötigung (Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren) genügt jede geschlechtliche Handlung.

⁵⁵ öBGBl. I 2015/112.

⁵⁶ Die Strafdrohung des § 205a öStGB beträgt Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren.

⁵⁷ Die Umbenennung von „Notzucht“ in „Vergewaltigung“ erfolgte durch das 4. StrRG 1973, BGBl. I 1973, S. 1725.

⁵⁸ BGBl. I 1997, S. 1607.

⁵⁹ Einen instruktiven Überblick über die Historie bietet *Nicklas*, ZfIStW 4/2024, 267 (267 ff.).

⁶⁰ BGBl. I 2016, S. 2460.

⁶¹ § 177 Abs. 6 Nr. 1 dStGB.

⁶² Für viele *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 177 Rn. 116 ff.

dass der Einsatz eines Nötigungsmittels einen deutlich höheren Unwert aufweist als die bloße Missachtung des entgegenstehenden Willens.⁶⁹ Dies verdeutlicht der Vergleich mit Diebstahl und Raub: Diebstahl und Raub unterscheiden sich dadurch, dass die Wegnahme bei Diebstahl gegen den Willen des Betroffenen erfolgt, während sie bei Raub durch ein qualifiziertes Nötigungsmittel erzwungen wird. Es ist somit gerade das Mittel der Nötigung, das den höheren Unwert des Raubes begründet. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Differenzierung bei einer sexuellen Penetration verzichtbar sein sollte. Die Zusammenfassung der Konstellationen in der Kategorie „Vergewaltigung“ ist *systemfremd*, weil sie die erhebliche Divergenz im Unwertgehalt bei nicht konsensuellem und gewaltsam-aggressivem Vorgehen negiert.

Schließlich vernachlässigt die kategoriale Gleichsetzung einer nicht konsensualen Vorgehensweise, dass der Täter mit dem *besonderen, emotional aufgeladenen Stigma* des Vergewaltigers versehen wird.⁷⁰ Wegen der Assoziation mit einer brutal aggressiven Vorgangsweise kann in der Öffentlichkeit der falsche Eindruck entstehen, dass der Verurteilte die sexuelle Handlung durch den Einsatz eines intensiven Nötigungsmittels erzwungen habe. Auch Folgeentscheidungen, die an die Verurteilung anknüpfen, könnten von einem Unwertgehalt ausgehen, der nicht verwirklicht wurde.⁷¹ Ein nicht einvernehmliches Vorgehen als Vergewaltigung einzuordnen, wird dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Schuldgrundsatz,⁷² der auch auf die Deliktsbezeichnung im Urteil anwendbar ist, nicht hinreichend gerecht.⁷³

4. Erfordernis abgestufter Strafdrohungen

Der Richtlinienvorschlag sieht für eine nicht konsensuale sexuelle Penetration die gleiche Mindesthöchststrafe wie für eine abgenötigte sexuelle Penetration vor. Das erscheint we-

gen der erheblichen Divergenz im Unwertgehalt mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 49 Abs. 3 GRG) nicht vereinbar. Dies zeigt wiederum der Vergleich mit Diebstahl und Raub: Würde man für einen Diebstahl dieselbe hohe Strafe wie für einen Raub androhen, wäre offenkundig der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzt. Die Systematik der Strafdrohungen gebietet folglich auch eine Abstufung der Strafrahmen bei einer sexuellen Penetration mit und ohne Nötigungskomponente. Ob die in § 177 Abs. 6 Nr. 1 dStGB gewählte Lösung, für eine nicht einvernehmliche sexuelle Penetration die gleiche Strafdrohung⁷⁴ wie für eine abgenötigte sexuelle Penetration vorzusehen, mit dem Grundgesetz vereinbar ist, erscheint mithin zweifelhaft.⁷⁵ Die mangelnde Differenzierung könnte weiterhin gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstoßen, der es erfordert, die Strafdrohung auf das Unrecht der Tat abzustimmen.⁷⁶

Eine deutlich niedrigere Strafdrohung für eine nicht konsensuale sexuelle Penetration ist auch deshalb geboten, weil bei dieser Straftat die Grenze zwischen strafbarem und straflosem Verhalten fließend sein kann. Das hat auch mit der Ungleichzeitigkeit sexuellen Begehrens und dem Umstand, dass eine Strafbarkeit bereits bei *dolus eventualis* eingreift, zu tun. Das demonstriert ein Beispiel: Bei einem zunächst einvernehmlichen Geschlechtsverkehr bringt ein Partner nach einer gewissen Zeit zum Ausdruck, genug zu haben. Der andere Partner stellt seine Aktivitäten nicht sofort ein.⁷⁷ Dieses Verhalten mit der gleichen Strafe zu bedrohen wie eine abgenötigte sexuelle Penetration, ist offensichtlich unverhältnismäßig.

Die im Richtlinienvorschlag vorgesehene Mindesthöchststrafe würde in Mitgliedstaaten, die für die Vergewaltigung am Erfordernis einer Nötigung festhalten, zu schweren Verwerfungen führen, wie am Beispiel von Österreich gezeigt sei: Da die Strafrahmenkategorie „Freiheitsstrafe bis zu acht

Abs. 2 schwStGB), jedoch beide Konstellationen als „Vergewaltigung“ klassifiziert.

⁶⁹ Vgl. *Grafl/Schmoller*, Entsprechen die gesetzlichen Strafdrohungen und die von den Gerichten verhängten Strafen den aktuellen gesellschaftlichen Wertungen?, Gutachten 19. ÖJT, Bd. III/1, 2015, S. 130.

⁷⁰ Vgl. *Lederer*, StraFo 2018, 280 (281).

⁷¹ Zu den genannten Aspekten vgl. *Chalmers/Leverick*, *The Modern Law Review* 2008, 217 (226 ff., 238). Vgl. auch *Wiedmer*, Die Strafbarkeit sexueller Übergriffe, Eine theoretische, dogmatische und rechtstatsächliche Betrachtung, 2024, S. 416 f. Umgekehrt könnte es langfristig auch zu einer Verharmlosung des Delikts der Vergewaltigung kommen, vgl. wieder *Wiedmer* (a.a.O.), S. 417 f.

⁷² Zu Bedeutung und Herleitung des Schuldgrundsatzes siehe nur *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 51 ff.

⁷³ Vgl. *Löffelmann*, StV 2017, 413 (416). Die „übertriebene Stigmatisierung“ kritisiert auch *Eschelbach* (Fn. 62), § 177 Rn. 114. Im englischen Recht geht es um den Grundsatz des „fair labelling“, hierzu *Chalmers/Leverick*, *The Modern Law Review* 2008, 217 (217 ff.). Diesen sieht auch *Jasiński* (Fn. 46), S. 20, 23, als verletzt an.

⁷⁴ Freiheitsstrafe von zwei bis 15 Jahren.

⁷⁵ *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (19 f.), hält die Strafdrohung für angemessen, weil die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung durch die Penetration das dominierende Unrechtselement sei. In ihrem Gesetzesvorschlag hatte *Hörnle* noch gefordert, wegen des Entfalls der Nötigungskomponente die Mindeststrafe für diese Form der Vergewaltigung zu senken, *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention. Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB, 2015, S. 23 f. Dies wurde vom Gesetzgeber nicht umgesetzt.

⁷⁶ BVerfG NJW 2002, 1779 (1780). Bei den vorstehenden Überlegungen wird von der dogmatischen Ungereimtheit abgesehen, dass es sich bei § 177 Abs. 6 Nr. 1 dStGB nur um ein Regelbeispiel handelt, das Gericht also bei Vorliegen besonders gewichtiger Milderungsgründe eine Einordnung als „Vergewaltigung“ verneinen kann. Die Einordnung als Regelbeispiel könnte sich auf die verfassungsrechtliche Beurteilung auswirken.

⁷⁷ Beispiel bei *Schwaighofer*, in: Birklbauer/Hilf/Konopatsch/Messner/Schwaighofer/Seiler/Tipold (Hrsg.), Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 2018, § 205a Rn. 4.

Jahren“ im österreichischen Strafrecht nicht existiert,⁷⁸ müsste für die „Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung“ nach § 205a öStGB der nächsthöhere Strafrahmen von Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren gewählt werden. Damit würde sich die derzeitige Strafdrohung von Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren verfünffachen. In der Folge wäre der Strafrahmen der Vergewaltigung gem. § 201 Abs. 1 öStGB von zwei bis zehn Jahren Freiheitsstrafe auf fünf bis fünfzehn Jahre Freiheitsstrafe zu erhöhen, um die gebotene Abstufung zwischen einem Handeln gegen den Willen der betroffenen Person und unter Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels zu erhalten. Darüber hinaus wäre der Strafrahmen der geschlechtlichen Nötigung gem. § 202 Abs. 1 öStGB⁷⁹ anzuheben.⁸⁰

V. Schluss

Die Bezeichnung „Vergewaltigung“ hat eine besondere Signalwirkung, die sich tief in das gesellschaftliche Gedächtnis eingepägt hat und die man mit einem der gravierendsten Eingriffe in die sexuelle Integrität verbindet. Der Begriff sollte deshalb den schwersten Eingriffen in das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung vorbehalten bleiben, die mittels eines Nötigungsmittels vorgenommen werden und die sexuelle Integrität besonders intensiv verletzen. Fehlt es an einer vom Täter herbeigeführten Zwangslage, erfolgt die sexuelle Penetration also nur gegen den Willen der betroffenen Person, ist das strafwürdige Unrecht deutlich geringer. Wegen der erheblichen Differenz im Unrechtsgehalt bedarf es für die beiden Begehungsweisen abgestufter Deliktskategorien. Die im Richtlinienvorschlag der Kommission angestrebte Zusammenfassung in einer gemeinsamen Deliktskategorie „Vergewaltigung“ indiziert eine Schwere der Schuld, die einer nicht konsensualen sexuellen Penetration nicht zukommt.

Auch weil die Grenzen der Strafbarkeit bei nicht konsensualen sexuellen Handlungen, insbesondere bei einem länger dauernden sexuellen Geschehen, schwierig zu ziehen sind, bleibt es vorzugswürdig, es bei einem mit moderater Strafdrohung versehenen eigenständigen Delikt zu belassen. Die besseren Gründe sprechen für einen mehrstufigen Ansatz, der den Begriff der Vergewaltigung dem intensivsten Angriff auf die sexuelle Integrität vorbehält.⁸¹ Mit dieser sinnvollen Rechtstradition⁸², wie sie etwa im österreichischen Strafrecht

verwirklicht ist, hat der Kommissionsvorschlag gebrochen.

Die weit überwiegende Mehrheit der EU-Mitgliedstaaten hat die Istanbul-Konvention ratifiziert⁸³ und ist völkerrechtlich verpflichtet, auch nicht einverständliche sexuelle Handlungen mit einer anderen Person unter Strafe zu stellen. Der eröffnete Umsetzungsspielraum ermöglicht es, auf nationale Besonderheiten einzugehen und an einem mehrstufigen Ansatz festzuhalten. Die EU sollte aus kompetenzrechtlichen und sachlichen Gründen endgültig auf eine Harmonisierung des Straftatbestands der Vergewaltigung verzichten.

⁷⁸ Eine Übersicht über die verwendeten Strafrahmen findet sich bei *Grafl/Schmoller* (Fn. 69), S. 95 ff.

⁷⁹ Derzeit sechs Monate bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe.

⁸⁰ Es kann deshalb nur verwundern, dass Österreich zusammen mit zwölf weiteren Mitgliedstaaten die Ausweitung des Straftatbestands der Vergewaltigung unterstützte (Generalsekretariat des Rates, A-Punkt-Vermerk, 2022/0066[COD], S. 1).

⁸¹ Ob man, wie das österreichische Strafgesetzbuch, einen dreistufigen Ansatz (Vergewaltigung – Geschlechtliche Nötigung – Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung) wählt oder ob man sich für einen zweistufigen Ansatz entscheidet, ist nicht wesentlich.

⁸² Zum Erfordernis, die Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedstaaten zu achten, siehe Art. 67 Abs. 1 AEUV.

⁸³ Siehe oben Fn. 35.