

Dr. Leonie Steinl, LL.M. (Columbia)*

Der Einfluss der Istanbul-Konvention auf das deutsche Strafrecht – Völkerrechtliche Vorgaben für den Umgang mit Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt

<https://doi.org/10.1515/zstw-2021-0030>

I. Einführung

Seit dem 1. Februar 2018 gilt in Deutschland das „Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt“, das gemeinhin als Istanbul-Konvention bezeichnet wird¹. Während im Zuge der Diskussion um die Notwendigkeit einer Reform des Sexualstrafrechts die anstehende Ratifizierung der Konvention ein ausschlaggebendes Argument für die Reformbedürftigkeit des deutschen Rechts war², ist die Debatte um die Konvention nach der Reform verstummt. Auch ihr innerstaatliches Inkrafttreten hat daran wenig geändert. Das ist verwunderlich, statuiert die Istanbul-Konvention doch auch über den sog. „Nein-heißt-Nein“-Grundsatz hinaus weitere Anforderungen an das materielle Straf- sowie Strafprozessrecht in Fällen von Sexualstraftaten. Darüber hinaus entfaltet die Konvention auch Wirkungen jenseits des Sexualstrafrechts, nämlich im Rahmen der Auslegung von strafrechtlichen Normen in allen Fällen von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt. Der vorliegende Beitrag gibt nach einer kurzen Einleitung zu Inhalt und Geltung der Istanbul Konvention (II.) einen Überblick über diese Vorgaben und illustriert deren Auswirkungen auf das deutsche Strafrecht. Dabei soll besonderes Augenmerk auf zwei der Hauptanwendungsfelder der Konvention gerichtet werden: Straftaten,

¹ Gesetz zu dem Übereinkommen des Europarats vom 11. Mai 2011 zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, BGBl. II (2017), S. 1026.

² Vgl. BT Drucks. 18/9097, S. 2, 21 ff.

***Kontaktperson:** Leonie Steinl, Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Juristische Zeitgeschichte, Humboldt Universität zu Berlin.

die dem Deliktsbereich häusliche Gewalt zugeordnet werden können, einerseits (III. 1.) und Sexualstraftaten andererseits (III. 2.).

II. Die Istanbul-Konvention

Ziel der Istanbul-Konvention ist die Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt. Die Istanbul-Konvention ist das erste menschenrechtliche Abkommen, das sich vertieft mit diesem Themenkomplex auseinandersetzt. Zwar widmet sich auch das Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)³ aus dem Jahr 1979 dem Thema geschlechtsspezifischer Diskriminierung, jedoch spielt geschlechtsspezifische Gewalt im Übereinkommen selbst nur eine untergeordnete Rolle⁴. Erst durch die richtungsweisende Allgemeine Empfehlung Nr. 19 des CEDAW-Ausschusses aus dem Jahr 1992 ist im menschenrechtlichen Bereich die Aufmerksamkeit auf geschlechtsspezifische Gewalt als eine Form von Diskriminierung gelenkt worden. Ausschlaggebend war dabei die Erkenntnis, dass geschlechtsspezifische Gewalt Frauen bei der Wahrnehmung gleicher Rechte und Freiheiten wesentlich beeinträchtigt⁵. In der Folge vertrat auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) die Auffassung, dass geschlechtsspezifische Gewalt unter das Verbot der Folter und unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung im Sinne des Art. 3 EMRK falle und zudem gegen das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Art. 8 EMRK verstoße⁶. Trotz dieses Bewusstseins und der Existenz diverser *soft-law*-Instrumente zum Thema Gewalt gegen Frauen⁷, schuf erst die Istanbul-Konvention rechtsverbindliche Vorgaben im europäischen Raum⁸.

³ Gesetz zu dem Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, BGBl. II (1985), S. 647.

⁴ *Nousiainen/Chinkin*, Legal Implications of EU Accession to the Istanbul Convention, 2015, S. 37 ff., abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/your_rights/istanbul_convention_report_final.pdf (Stand: 14.9.2021).

⁵ CEDAW *Fachausschuss*, Allgemeine Empfehlung Nr. 19, 1992, abrufbar unter: <https://www.refworld.org/docid/52d920c54.html> (Stand: 14.9.2021).

⁶ Vgl. z. B. EGMR, 31.5.2007, Nr. 7510/04, *Kontrová/Slowakei*; EGMR, 12.6.2008, Nr. 71127/01, *Bevacqua und S./Bulgarien*; EGMR, 9.6.2009, Nr. 33401/02, *Opuz/Türkei*.

⁷ Vgl. *Nousiainen/Chinkin* (Anm. 4), S. 37 ff.

⁸ Die einzigen beiden rechtsverbindlichen Übereinkommen diesbezüglich waren bis zum Inkrafttreten der Istanbul-Konvention die *Inter-American Convention on the Prevention, Punishment, and Eradication of Violence against Women* (1995) und das *Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa* (2005).

1. Inhaltlicher Überblick

Die aus zehn Kapiteln bestehende Konvention hat sowohl menschenrechtliche als auch strafrechtliche Inhalte⁹. Im strafrechtlichen Bereich verpflichtet sie die Unterzeichnerstaaten bestimmte Handlungsformen geschlechtsspezifischer Gewalt unter Strafe zu stellen. Darüber hinaus statuiert sie vielfältige Anforderungen an die in diesen Fällen ergriffenen Strafverfolgungsmaßnahmen.

In diesem Zusammenhang sind vor allem das fünfte und sechste Kapitel der Konvention von Relevanz. Das fünfte Kapitel trägt den Titel „Materielles Recht“ und enthält in den Art. 33 ff. IK Vorgaben für das materielle Strafrecht. Insbesondere fordert es die Vertragsparteien auf, folgende vorsätzlich begangenen Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen: Psychische Gewalt (Art. 33 IK), Nachstellung (Art. 34 IK), Körperliche Gewalt (Art. 35 IK), Sexuelle Gewalt, einschließlich Vergewaltigung (Art. 36 IK), Zwangsheirat (Art. 37 IK), Verstümmelung weiblicher Genitalien (Art. 38 IK) sowie Zwangsabtreibung und Zwangssterilisierung (Art. 39 IK). Art. 41 IK sieht die Strafbarkeit von Beihilfe, Anstiftung und Versuch vor. Art. 42 IK benennt als „inakzeptable Rechtfertigungen für Straftaten“ Kultur, Bräuche, Religion, Tradition und „Ehre“. Art. 45 IK verpflichtet dazu, die einschlägigen Straftatbestände mit „wirksamen, angemessenen und abschreckenden Sanktionen“ zu versehen, die die Schwere der Taten abbilden. In Art. 46 IK werden verschiedene Strafschärfungsgründe benannt, darunter etwa das Vorliegen einer (ex-)partnerschaftlichen Beziehung zwischen Täter und Opfer oder die Anwesenheit eines Kindes¹⁰.

Das sechste Kapitel mit dem Titel „Ermittlungen, Strafverfolgung, Verfahrensrecht und Schutzmaßnahmen“ widmet sich u. a. dem strafprozessualen Bereich. Art. 49 IK statuiert allgemeine Verpflichtungen im verfahrensrechtlichen Bereich und gibt den Vertragsparteien in Absatz 1 auf, Ermittlungen und Verfahren ohne ungerechtfertigte Verzögerung und unter Berücksichtigung der Rechte des Opfers in allen Abschnitten des Strafverfahrens durchzuführen. In Absatz 2 wird die allgemeine Verpflichtung statuiert, „nach den wesentlichen Grundsätzen der Menschenrechte und unter Berücksichtigung des geschlechtsbewussten Verständnisses von Gewalt wirksame Ermittlungen wegen und Strafverfolgung von nach diesem Übereinkommen umschriebenen Straftaten sicherzustellen“. Art. 54 IK macht Vorgaben zur Zulässigkeit von Beweismitteln, die das sexuelle Vorleben

⁹ Nousiainen/Chinkin (Anm. 4), S. 39 ff.

¹⁰ Vgl. dazu unter III.1.a. und III.2.b.

und Verhalten des Opfers betreffen¹¹. In Art. 55 IK ist vorgesehen, dass die Strafverfolgung von Taten im Sinne der Art. 35 bis 39 IK nicht vollständig von einer Meldung oder Anzeige des Opfers abhängig gemacht werden und das Verfahren fortgesetzt werden kann, auch wenn das Opfer seine Aussage oder Anzeige zurückzieht¹².

2. Gewaltbegriff der Konvention

Die Konvention enthält einige grundlegende Begriffsdefinitionen: Gewalt gegen Frauen wird in Art. 3 lit. a IK als eine Menschenrechtsverletzung und Form der Diskriminierung der Frau bezeichnet und soll alle Handlungen geschlechtsspezifischer Gewalt, die zu körperlichen, sexuellen, psychischen oder wirtschaftlichen Schäden oder Leiden bei Frauen führen oder führen können, umfassen. Dies gilt einschließlich der Androhung solcher Handlungen, der Nötigung oder der willkürlichen Freiheitsentziehung, sei es im öffentlichen oder privaten Leben. Geschlecht wird in Art. 3 lit. c IK definiert als die gesellschaftlich geprägten Rollen, Verhaltensweisen, Tätigkeiten und Merkmale, die eine bestimmte Gesellschaft als für Frauen und Männer angemessen ansieht. Unter den Begriff der geschlechtsspezifischen Gewalt gegen Frauen fasst Art. 3 lit. d IK Gewalt, die gegen eine Frau gerichtet ist, weil sie eine Frau ist, oder die Frauen unverhältnismäßig stark betrifft.

Die Konvention enthält zudem nicht nur Vorgaben zum Umgang mit Frauen als Opfer von geschlechtsspezifischer Gewalt, sondern bezieht im Bereich der häuslichen Gewalt auch männliche Opfer mit in ihren Anwendungsbereich ein. Gemäß Art. 3 lit. b IK bezeichnet der Begriff häusliche Gewalt alle Handlungen körperlicher, sexueller, psychischer oder wirtschaftlicher Gewalt, die innerhalb der Familie oder des Haushalts oder zwischen früheren oder derzeitigen Eheleuten oder Partnerinnen bzw. Partnern vorkommen¹³.

Die Konvention enthält damit einen weiten Gewaltbegriff¹⁴. Zum einen wird darunter auch die Androhung, Nötigung und willkürliche Freiheitsentziehung gefasst. Zum anderen umfasst Gewalt neben der (möglichen) Herbeiführung körperlicher oder sexueller Schäden oder Leiden auch solche psychischer oder wirtschaftlicher Natur. Der Gewaltbegriff der Konvention entspricht demnach nicht dem Gewaltbegriff des deutschen Strafrechts, das zwischen Drohung und Gewalt

¹¹ Vgl. dazu unter III.2.c.

¹² Vgl. dazu unter III.1.b. und III.1.c. und III.1.d.

¹³ Die Konvention stellt auch klar, dass dies unabhängig davon gelten soll, ob der Täter bzw. die Täterin denselben Wohnsitz wie das Opfer hat oder hatte.

¹⁴ Vgl. dazu auch *Henneberger*, djbZ 4/2018, 206 ff.

differenziert und demzufolge Gewalt nach herrschender Meinung stets eine physische Einwirkung auf das Opfer voraussetzt¹⁵. Das weite Gewaltverständnis der Konvention ist von Relevanz für die Anwendung der Vorschriften der Konvention im deutschen Strafrecht, da es den Anwendungsbereich der Konvention (mit)bestimmt. Die Istanbul-Konvention kann demnach nicht nur bei der Auslegung von Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit oder sexuelle Selbstbestimmung zur Anwendung kommen, sondern auch bei Straftaten gegen die persönliche Freiheit sowie Vermögendelikten.

Auch der geschlechtsspezifische Bezug der Gewalt ist – dem menschenrechtlichen Verständnis entsprechend¹⁶ – weit gefasst: Unter den Begriff fallen sowohl Handlungen, die gegen eine Frau gerichtet sind, weil sie eine Frau ist, als auch Handlungen, die Frauen unverhältnismäßig stark betreffen¹⁷. Davon umfasst sind also sowohl Handlungen, denen ein geschlechtsspezifisches – z. B. sexistisches oder misogynes – Tatmotiv zugrunde liegt¹⁸, als auch solche, die Frauen unverhältnismäßig stark betreffen. Zu letzteren ist insbesondere die häusliche Gewalt zu zählen¹⁹.

15 Vgl. BVerfGE 92, 1, 18; BVerfG NJW 2007, 1669; BVerfGE 104, 92, 102f.; BGHSt. 41, 182; 44, 34. Vgl. dazu *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, Vorb. zu §§ 234 bis 241a Rdn. 7, 17. Fraglich ist, ob die auf physische Auswirkungen gerichtete Auslegung des Gewaltbegriffs im deutschen Strafrecht, die nicht zuletzt durch das Bundesverfassungsgericht maßgeblich geprägt wurde, im Einklang mit den Vorgaben der Konvention steht, denn Art. 33 IK („Psychische Gewalt“) verpflichtet die Vertragsstaaten, vorsätzliches Verhalten, durch das die psychische Unversehrtheit einer Person durch Nötigung oder Drohung ernsthaft beeinträchtigt wird, unter Strafe zu stellen. Grundsätzlich sind die Tatbestände der Nötigung und Bedrohung im deutschen Strafrecht jedoch nicht auf die Herbeiführung von (psychischen) Auswirkungen auf Opferseite angelegt. Insgesamt ist das deutsche Strafrecht bisher auf die Herbeiführung körperlicher Auswirkungen und Zustände fokussiert. Dies betrifft sowohl die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Gewalt“ in § 240 StGB, als auch die der Gesundheitsschädigung in § 223 StGB. Vgl. zu letzterem BGH NStZ-RR 2013, 375, 376 m. w. N. Zum fehlenden Körperverletzungserfolg bei sog. „Flashbacks“ siehe auch BGH BeckRS 2019, 4737. Krit. *Bublitz*, RW 2011, 28; *Hardtung*, JuS 2008, 864, 867.

16 CEDAW *Fachausschuss*, Allgemeine Empfehlung Nr. 19, 1992, abrufbar unter: <https://www.refworld.org/docid/52d920c54.html> (Stand: 14.9.2021); *VN Generalversammlung*, Declaration on the Elimination of Violence against Women, 20.12.1993, Art. 1, abrufbar unter: <https://www.refworld.org/docid/3b00f25d2c.html> (Stand: 14.9.2021); *Europarat*, Recommendation Rec(2002)5 of the Committee of Ministers to Member States on the protection of women against violence, 30.4.2002, Appendix, Definition Nr. 1, abrufbar unter: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e2612 (Stand: 14.9.2021).

17 Art. 3 lit. d IK. Vgl. dazu auch *Elsuni*, Geschlechtsbezogene Gewalt und Menschenrechte, 2011, S. 30ff.

18 Vgl. dazu *Steinl*, ZfRSoz 38 (2018), 179, 191ff. Vgl. dazu auch *Schuchmann/Steinl*, KJ 54 (2021), 312, 314f.

19 Vgl. Erläuternder Bericht, para. 42.

3. Geltung der Konvention in Deutschland

Die Istanbul-Konvention ist am 1. Februar 2018 in Deutschland in Kraft getreten. Mit der Ratifikation der Konvention als völkerrechtlicher Vertrag wird dieser auf Grundlage von Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG über ein sog. Zustimmungsgesetz in die deutsche Rechtsordnung inkorporiert²⁰. Mit dem Gesetz zu dem Übereinkommen des Europarats vom 11. Mai 2011 zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt hat der Gesetzgeber die Konvention in das deutsche Recht transformiert und einen entsprechenden Rechtsanwendungsbefehl erteilt²¹. Als völkerrechtlicher Vertrag gilt die Istanbul-Konvention innerstaatlich als Ganzes im Rang des Zustimmungsgesetzes, d. h. als einfaches Bundesgesetz²².

Damit steht die Istanbul-Konvention auf der Stufenpyramide der Rechtsordnung neben dem StGB. Aus dieser Rangzuweisung folgt, dass deutsche Gerichte die Istanbul-Konvention, wie anderes Gesetzesrecht des Bundes, im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden haben²³. Steht die hergebrachte Auslegung des StGB oder der StPO in Widerspruch zu Maßgaben der Konvention, so ist die Anwendung der Konvention rechtsstaatlich geboten. Es gilt zudem der *lex posterior derogat legi priori*-Grundsatz²⁴. Dieser kann für eine Norm auch geltungsaufhebende Wirkung haben (unmittelbare Anwendung der Konvention). Normen der Istanbul-Konvention und anderer innerstaatlich geltender völkerrechtlicher Verträge entfalten diese Wirkung aber nur, wenn sie inhaltlich hinreichend bestimmt und unbeding (*self-executing*) sind²⁵. Liegen diese Voraussetzungen vor, sind die Normen der Konvention die alleinige Rechtsgrundlage für

²⁰ Vgl. BVerfGE 1, 396, 411; 42, 263, 284; 63, 343, 354; *Nettesheim*, in: *Maunz/Dürig*, GG, 94. EL Januar 2021, Art. 59 Rdn. 93 ff.; *Pieper*, in: *Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, 48. Aufl., Stand: 15.8.2021, Art. 59 Rdn. 41.

²¹ Vgl. BVerfGE 90, 286, 364; 104, 151, 209; 111, 307, 316 f.; 118, 244, 258; BVerwGE 103, 361. Vgl. auch *Rabe*, Streit 4/2018, 147.

²² BVerfGE 6, 309, 363; 31, 145, 177 f.; 74, 358, 370; 82, 106, 120; 111, 307, 317, 141, 1, 18 f.; BVerwGE 47, 365, 378 f.; 110, 363, 366.

²³ Vgl. BVerfGE 111, 307, 317. Vgl. dazu auch *Kunig/Uerpmann-Witzack*, in: *Vitzthum/Proelß*, Völkerrecht, 8. Aufl. 2019, 2. Abschn. Rdn. 185.

²⁴ Vgl. BVerfGE 141, 1, 21; BGHZ 26, 200; FG Hamburg RiW 1987, 482; *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht I/1, S. 121; *Kempen*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck*, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 59 Rdn. 93 ff.; *Kunig/Uerpmann-Witzack* (Anm. 23), 2. Abschn. Rdn. 118; *Nettesheim*, in: *Maunz/Dürig*, GG, 94. EL Januar 2021, Art. 59 Rdn. 186; *Pieper*, in: *Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, 48. Aufl., Stand: Januar 2021, Art. 59 Rdn. 43; *Streinz*, in: *Sachs*, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 59 Rdn. 64a; *Starski*, in: *von Münch/Kunig*, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 59 Rdn. 104.

²⁵ Vgl. BVerfGE 29, 348, 360; BVerfG, 19.6.2006, 2 BvR 2115/01; *Kempen*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck*, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 59 Rdn. 95; *Talmon*, JZ 2013, 13.

eine Entscheidung²⁶. Im strafrechtlichen Teil der Istanbul-Konvention finden sich allerdings keine *self-executing* Normen, die Vorschriften des StGB oder der StPO derogieren könnten. Die strafrechtlichen Vorschriften der Konvention verlangen allesamt gesetzgeberische Maßnahmen zur Umsetzung der Konvention²⁷. Eine unmittelbare Anwendung der Vorschriften kommt somit nicht in Betracht. Für Gerichte und Staatsanwaltschaften verbleiben im Rahmen des Strafrechts daher lediglich Pflichten zur mittelbaren Anwendung der Istanbul-Konvention. Normen des innerstaatlichen Rechts sind daher entsprechend der Maßgaben einer Konventionsvorschrift auszulegen²⁸. Das geschieht bei der Auslegung und im Rahmen von Ermessens- bzw. Verhältnismäßigkeitsprüfungen²⁹. Rechtsdogmatisch handelt es sich dabei meist um eine systematische Auslegung der Norm des StGB oder der StPO. Diese müssen mit den Vorschriften des Istanbul-Konvention-Zustimmungsgesetzes im systematischen Zusammenhang ausgelegt werden. Eine Grenze dieser Auslegung ist für das materielle Strafrecht gem. Art. 103 Abs. 2 GG insbesondere der Wortlaut der auszulegenden Norm.

III. Auswirkungen auf das deutsche Strafrecht

Die Vorgaben der Istanbul-Konvention beeinflussen demnach die Auslegung strafrechtlicher und -prozessualer Normen in Fällen von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt. Im Folgenden soll dies anhand von zwei der strafrechtlichen Hauptanwendungsfelder der Konvention veranschaulicht werden: dem Deliktsbereich häuslicher Gewalt (1.) und dem Sexualstrafrecht (2.).

1. Häusliche Gewalt

Die Istanbul-Konvention legt Maßstäbe für den Umgang mit Straftaten fest, die dem Deliktsbereich häuslicher Gewalt zugeordnet werden können. Nach Definition der Konvention fallen darunter alle Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, sexuelle Selbstbestimmung und persönliche Freiheit, die innerhalb der Familie, des Haushalts oder zwischen früheren oder derzeitigen Partnern bzw. Eheleuten vorkommen. Die Konvention bezieht darüber hinaus auch

²⁶ Rabe (Anm. 21), 148.

²⁷ Siehe insb. Art. 33 bis 40 IK: „Die Vertragsparteien treffen die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass [...] unter Strafe gestellt wird.“

²⁸ Rabe (Anm. 21), 149.

²⁹ Vgl. BVerfGE 111, 307, 317; Rabe (Anm. 21), 149.

noch die „wirtschaftliche Gewalt“ mit ein. Dies trägt der Erkenntnis Rechnung, dass auch die ökonomische Kontrolle eine Form von häuslicher Gewalt darstellen kann³⁰. Dieses Verständnis spiegelt sich auch in der kriminalstatistischen Auswertung des Bundeskriminalamts zu Partnerschaftsgewalt wider, die seit dem Berichtsjahr 2018 auch die Verletzung der Unterhaltspflicht gemäß § 170 StGB mitumfasst und dies als „ökonomische Gewalt“ bezeichnet³¹.

Im Zusammenhang mit der strafrechtlichen Verfolgung von häuslicher Gewalt bildet eine Entscheidung des Hanseatischen OLG Hamburg vom 8. März 2018 ein anschauliches Beispiel für die mittelbare Anwendung der Konvention³². Der Angeklagte hatte seine Ehefrau körperlich misshandelt, gefesselt und gezwungen, einen Abschiedsbrief an ihre Eltern zu schreiben, bevor er sie ins Badezimmer brachte und aufforderte, in eine mit Wasser gefüllte Badewanne zu steigen, um sie dort mit einem Fön zu töten. Die Frau konnte fliehen. In den anschließenden polizeilichen Vernehmungen machte sie wiederholt Angaben zum Tathergang, wurde jedoch nicht ermittlungsrichterlich vernommen. Später teilte sie der Staatsanwaltschaft mit, dass sie sich fortan auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht berufen werde. Die Staatsanwaltschaft erhob Anklage wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung und versuchter Nötigung beim Schwurgericht. Die Schwurgerichtskammer eröffnete das Hauptverfahren vor dem Amtsgericht Hamburg-Bergedorf, soweit dem Angeklagten eine versuchte Nötigung vorgeworfen wurde, und lehnte im Übrigen die Eröffnung des Hauptverfahrens aus tatsächlichen Gründen ab. Dagegen legte die Staatsanwaltschaft sofortige Beschwerde ein. Das OLG, das die Beschwerde als unbegründet abwies, traf in zwei Punkten Feststellungen zur Auslegung von Vorschriften des StGB und der StPO entsprechend den Vorgaben der Istanbul-Konvention. Dies betrifft zum einen die Möglichkeit der strafschärfenden Berücksichtigung von häuslicher Gewalt (siehe dazu sogleich unter a.) und zum anderen die ermittlungsrichterliche Beweissicherung (unter b.).

a. Strafschärfende Berücksichtigung einer (Ex-)Beziehungstat

Art. 46 lit. a IK verpflichtet die Vertragsparteien, sicherzustellen, dass der Umstand, dass sich Gewalt gegen eine frühere oder derzeitige Ehefrau bzw. Ehemann

³⁰ *Ueckerth*, Partnergewalt gegen Frauen und deren Gewaltbewältigung, 2014, S. 24.

³¹ *BKA*, Partnerschaftsgewalt: Kriminalstatistische Auswertung, 2018, S. 2, 18, 22, abrufbar unter: https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/Lagebilder/Partnerschaftsgewalt/partnerschaftsgewalt_node.html (Stand: 14.9.2021).

³² Hanseatisches OLG Hamburg, Beschl. v. 8.3.2018, 1 Ws 114–115/17.

oder Partnerin bzw. Partner richtet, strafschärfend berücksichtigt werden kann. Diese Strafschärfung wird im erläuternden Bericht zur Konvention mit dem Vertrauensbruch sowie dem besonderen psychischen Schaden, der entstehen kann, wenn eine schwere Straftat im Rahmen einer intimen Beziehung begangen wird, begründet³³.

Diese Erwägungen entsprechen der deutschen Strafzumessungsdogmatik insofern, als einem Vertrauensbruch grundsätzlich strafschärfende Wirkung zukommen kann³⁴, insbesondere wenn der Täter hinterlistig vorgeht oder eine Obhutspflicht gegenüber dem Opfer verletzt³⁵. Auch die Möglichkeit einen besonderen psychischen Schadens beim Opfer strafschärfend zu berücksichtigen, ist in der deutschen Strafzumessungsdogmatik anerkannt, sofern der Schaden sich als verschuldete, d. h. mindestens vorhersehbare und dem Täter vorwerfbare, Auswirkung der Tat im Sinne des § 46 Abs. 2 StGB darstellt³⁶.

Die Tatbegehung im Rahmen einer (Ex-)Ehe bzw. Partnerschaft kann auch dazu führen, dass die Voraussetzungen eines unbenannten besonders schweren Falles zu bejahen sind. Dem BGH zufolge liegt ein unbenannter besonders schwerer Fall vor, wenn das gesamte Tatbild einschließlich aller subjektiven Momente und der Täterpersönlichkeit vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden Fälle in einem Maße abweicht, dass die Anwendung des Ausnahmestrahrahmens geboten ist³⁷. In seiner Entscheidung bejahte das OLG Hamburg den hinreichenden Tatverdacht hinsichtlich einer vollendeten Nötigung in einem besonders schweren Fall gem. § 240 Abs. 1, 4 StGB, insoweit als der Angeklagte unter Androhung von Gewalt seine Ehefrau zwang, zu schweigen und einen Abschiedsbrief zu schreiben. Das Gericht führte aus, dass die Annahme eines unbenannten besonders schweren Falls der Nötigung für das Deliktphänomen der häuslichen Gewalt regelmäßig begründet sei, „wenn der Täter die durch körperliche oder räumliche Verhältnisse bedingte Unterlegenheit des Tatopfers über einen nicht unerheblichen Zeitraum zur Begehung seiner Tat ausnutzt oder mit dieser Tat die Demütigung oder die Erniedrigung seines ihm partnerschaftlich noch

33 Erläuternder Bericht, para. 236.

34 Vgl. BGH NSTZ-RR 2007, 106; Kinzig, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 46 Rdn. 23; Maier, in: *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 46 Rdn. 341; Streng, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 46 Rdn. 64, 93. Vgl. auch Reichenbach (Anm. 34), 129.

35 Kinzig, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 46 Rdn. 23.

36 BGH, 9.11.1988, 3 StR 372/88; BGH, 20.7.1993, 4 StR 316/93; Kinzig, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 46 Rdn. 26; Maier, in: *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 46 Rdn. 246.

37 BGHSt. 29, 319, 322; 28, 318, 319; 2, 181; BGH wistra 1987, 257; BGH NSTZ 1981, 391; 1982, 246; 1983, 407 (st. Rspr.).

oder aber zuvor verbundenen Tatopfers erstrebt bzw. dieses in seinem Sinne gefügig machen will³⁸.

Neben weiteren Erwägungen, stellte das Gericht insbesondere die Übereinstimmung dieses rechtlichen Maßstabes mit den Anforderungen aus der Istanbul-Konvention fest: Durch die innerstaatliche Umsetzung der Konvention in Bundesrecht obliege es „gerade auch den nationalen Behörden und Gerichten eine – etwa auch im Wege der Strafraumenbestimmung – abschreckende Sanktionierung der dem Anwendungsbereich der Konvention unterfallenden Straftaten“³⁹ zu gewährleisten. Dies entspricht den Vorgaben des Art. 45 IK, der wirksame, angemessene und abschreckenden Sanktionen für die in der Konvention genannten Straftaten fordert. Zwar dürfen generalpräventive Erwägungen bei der Strafzumessung nach deutscher Dogmatik nur dann zum Nachteil des Angeklagten berücksichtigt werden, „wenn eine gemeinschaftsgefährdende Zunahme der abgeurteilten Tat vergleichbarer Straftaten festzustellen ist, die zur Abwehr der Gefahr der Nachahmung und zum Schutz der betroffenen Rechtsgüter eine allgemeine Abschreckung geboten erscheinen lässt“⁴⁰. Eine Zunahme im Bereich der häuslichen Gewalt lässt sich indes der kriminalstatistischen Auswertung entnehmen: Zwischen 2015 und 2018 stieg die Anzahl erfasster Opfer insgesamt um 11,2%⁴¹.

b. Ermittlungsrichterliche Beweissicherung

Art. 49 Abs. 2 IK verpflichtet die Vertragsparteien, die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Maßnahmen zu treffen, um nach den wesentlichen Grundsätzen der Menschenrechte und unter Berücksichtigung des geschlechtsbewussten Verständnisses von Gewalt wirksame Ermittlungen und Strafverfolgung sicherzustellen. Nach Art. 55 Abs. 1 IK dürfen Ermittlungen und Strafverfolgung von den in den Art. 35 bis 39 IK geregelten Straftatbeständen (Körperliche Gewalt; Sexuelle Gewalt, einschließlich Vergewaltigung; Zwangsheirat; Verstümmelung

³⁸ Hanseatisches OLG Hamburg, Beschl. v. 8.3.2018, 1 Ws 114–115/17, para 38.

³⁹ Hanseatisches OLG Hamburg, Beschl. v. 8.3.2018, 1 Ws 114–115/17, para. 43.

⁴⁰ BGH, 23.11.2010, 3 StR 393/10; BGH StraFo 2008, 336; BGH NStZ 1982, 463.

⁴¹ 2014: 126.230 Personen; 2015: 127.457 Personen; 2016: 133.080; 2017:138.893 Personen; 2018: 140.755 Personen; 2019: 141.792 Personen. Siehe BKA, Partnerschaftsgewalt: Kriminalstatistische Auswertung, 2019, S. 19, abrufbar unter: https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Partnerschaftsgewalt/Partnerschaftsgewalt_2019.html;jsessionid=DC610B851FB034A1D4BF989E1B881782.live2291?nn=63476 (Stand: 14.9.2021). Im Berichtsjahr 2017 wurden die Deliktskategorien erweitert, siehe dazu BKA (ebd.), S. 3.

weiblicher Genitalien; Zwangsabtreibung und Zwangssterilisierung) nicht vollständig von einer Meldung oder Anzeige des Opfers abhängig gemacht werden. Das Verfahren muss in diesen Fällen zudem auch fortgesetzt werden können, wenn das Opfer seine Aussage oder Anzeige zurückzieht.

Letzteres betrifft insbesondere die Frage der Notwendigkeit einer ermittelungsrichterlichen Beweissicherung. In der Praxis erweist es sich in Strafverfahren, die häusliche Gewalt zum Gegenstand haben, häufig als Problem, dass Opfer von häuslicher Gewalt – teilweise aufgrund von Angst vor oder Abhängigkeit vom gewalttätigen Partner – in der Hauptverhandlung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 StPO Gebrauch machen⁴²; in diesen Fällen führt § 252 StPO dazu, dass auch die Ergebnisse polizeilicher Vernehmungen, sei es durch Verlesung des Protokolls oder durch Vernehmung der (nicht richterlichen) Verhörsperson⁴³ nicht in die Hauptverhandlung eingeführt werden können. Da in Fällen von häuslicher Gewalt die Aussage des Opfers oftmals das einzige Beweismittel ist, führt dies zu Beweisproblemen und unter Umständen auch zur Einstellung des Verfahrens⁴⁴. Diesen Schwierigkeiten kann jedoch durch eine ermittelungsrichterliche Vernehmung des Opfers begegnet werden⁴⁵. So kann die Aussage des Opfers nach ständiger Rechtsprechung trotz der späteren Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts durch Vernehmung des Ermittlungsrichters bzw. der -richterin in die Hauptverhandlung eingeführt und bei der Urteilsfindung verwertet werden⁴⁶. Diese Auslegung des § 252 StPO sieht sich erheblicher Kritik von Seiten der Literatur ausgesetzt, die einer Verwertung widerspricht, sich aber bislang nicht durchsetzen konnte⁴⁷.

Die Vorgaben der Istanbul-Konvention in Art. 55 Abs. 1 IK entfalten demnach Wirkungen für die Beweissicherung in Fällen von häuslicher Gewalt, in denen dem Opfer ein Zeugnisverweigerungsrecht zukommt und die Aussage des Opfers ein wesentliches Beweismittel ist, ohne das der Nachweis nicht zu führen ist: Hier wird das Ermittlungsermessen der Staatsanwaltschaft durch die Vorgaben der

⁴² Vgl. *Kremer*, Strafprozessuale Angehörigenprivilegien im Rechtsvergleich, 2018, S. 266; *Moldenhauer/Wenske*, JA 2017, 860; *Mosbacher*, JuS 2008, 688; *Mönig*, Häusliche Gewalt und Strafverfolgung, 2012, S. 106.

⁴³ BGH NJW 1952, 356.

⁴⁴ *Mönig* (Anm. 42), S. 90.

⁴⁵ Vgl. *Kremer* (Anm. 42), S. 266; *Moldenhauer/Wenske* (Anm. 42), 860; *Mosbacher* (Anm. 42), 688; *Mönig* (Anm. 42), S. 106.

⁴⁶ St. Rspr. seit BGHSt. 2, 99; 11, 338; 13, 394; 17, 324; 21, 218; 26, 281; 27, 231. Vgl. zuletzt etwa BGHSt 45, 342, 345; 46, 189, 195; 49, 68, 76 f.; 57, 254, 256 (jeweils m. w. N.).

⁴⁷ Vgl. etwa *Eisenberg*, NSTz 1988, 488; *Geppert*, DRiZ 1992, 405, 408; *Grünwald*, JZ 1966, 497; *ders.*, JZ 1968, 752; *Hanack*, in: Festschrift für Schmidt-Leichner, 1977, S. 83, 91; *ders.*, JZ 1972, 238; *Peters*, JR 1967, 467; *Schmidt*, JZ 1957, 98; *ders.*, JR 1959, 373.

Istanbul-Konvention determiniert, d.h. die Staatsanwaltschaft hat in solchen Fällen eine ermittelungsrichterliche Vernehmung zu beantragen. Entsprechend ging auch das OLG Hamburg in seiner Entscheidung davon aus, dass „gerade in Ermittlungsverfahren, die häusliche Gewalt zum Gegenstand haben, [...] auch eingedenk des Art. 49 Abs. 2 der Istanbul-Konvention fortan auf eine ermittelungsrichterliche Beweissicherung grundsätzlich nicht mehr verzichtet werden [können]“⁴⁸. Ein solches Vorgehen gebietet zudem bereits § 160 Abs. 2 StPO, wonach die Staatsanwaltschaft für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen hat, deren Verlust zu besorgen ist⁴⁹. Dies entspricht auch Nr. 10 RiStBV, der eine ermittelungsrichterliche Vernehmung unter anderem dann vorsieht, wenn eine Straftat nur durch Personen bewiesen werden kann, die zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind⁵⁰. Die ermittelungsrichterliche Vernehmung muss zudem auch möglichst zeitnah stattfinden, um den Vorgaben des Art. 49 Abs. 2 IK sowie der Sorgfaltspflicht im Hinblick auf die Untersuchung und Bestrafung (*due diligence*) gem. Art. 5 Abs. 2 IK zu entsprechen.

c. Auslegung des besonderen öffentlichen Interesses gem. § 230 StGB

Art. 55 Abs. 1 IK sieht vor, dass Ermittlungen wegen oder die Strafverfolgung von nach den Art. 35 bis 39 IK umschriebenen Straftaten nicht vollständig von einer Meldung oder Anzeige des Opfers abhängig gemacht werden dürfen. Dieser Verpflichtung wird das deutsche Strafrecht zunächst insofern gerecht, als dass die in Rede stehenden Delikte nicht als absolute Antragsdelikte ausgestaltet sind⁵¹. Allerdings ist die einfache Körperverletzung gem. § 223 StGB als relatives Antragsdelikt ausgestaltet, so dass dafür Sorge zu tragen ist, dass die Auslegung des „besonderen öffentlichen Interesses“ im Rahmen des § 230 StGB sich an den Anforderungen der Konvention orientiert. Um den Anforderungen des Art. 55 Abs. 1 IK gerecht zu werden, ist daher in Fällen von häuslicher Gewalt ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung regelmäßig zu bejahen, es sei denn,

⁴⁸ Hanseatisches OLG Hamburg, Beschl. v. 8.3.2018, 1 Ws 114–115/17, para. 60.

⁴⁹ Kölbl, in: Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 2, 1. Aufl. 2016, § 160 Rdn. 81; Griesbaum, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 8. Aufl. 2019, § 160 Rdn. 24; ders., in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 162 Rdn. 7; Sackreuther, in: BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, 40. Aufl., Stand: 1.7.2021, § 160 Rdn. 18; krit. Sander/Cirener, in: Löwe/Rosenberg, Bd. 6, 27. Aufl. 2019, § 252 Rdn. 28. Vgl. dazu auch Wenske, in: Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 2, 1. Aufl. 2016, § 203 Rdn. 28.

⁵⁰ Gertler, in: BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, 40. Aufl., Stand: 1.7.2021, RiStBV 10 Rdn. 14.

⁵¹ Vgl. BT Drucks. 18/12037, S. 88.

dass Opferinteressen dem entgegenstehen⁵². Dies entspricht auch den Wertungen der Nr. 234 Abs. 1 Satz 1 RiStBV, wonach das besondere öffentliche Interesse dann anzunehmen ist, wenn dem Opfer wegen seiner persönlichen Beziehung zum Täter nicht zugemutet werden kann, Strafantrag zu stellen und die Strafverfolgung ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist. Soweit Nr. 234 Abs. 1 Satz 2 RiStBV andererseits den Umstand für beachtlich erklärt, dass der Verletzte auf Bestrafung keinen Wert legt, ist in Fällen von häuslicher Gewalt zu beachten, dass ein Nichtbetreiben seitens des Opfers unter Umständen anders zu bewerten sein kann als außerhalb von Beziehungstaten, da dieses auch in Angst vor oder Abhängigkeit vom Täter begründet liegen kann. Auch eine zwischenzeitliche Versöhnung zwischen Opfer und Täter sollte nicht zwingend zu einer Verneinung des besonderen öffentlichen Interesses führen. Dies widerspräche Erkenntnissen aus der Gewaltforschung, denen zufolge der Zustand der Versöhnung (sog. *Honeymoon Phase*) lediglich eine Phase in einer Gewaltbeziehung sein kann, die sich mit erneuten Gewaltausbrüchen abwechselt⁵³.

d. Auslegung des öffentlichen Interesses gem. § 376 StPO

Art. 55 Abs. 1 IK wirkt sich auch auf die Auslegung des öffentlichen Interesses gem. § 376 StPO aus. Eine Verweisung auf den Privatklageweg würde in Fällen von (ex-)partnerschaftlich begangenen einfachen Körperverletzungsdelikten gem. § 223 StGB den Vorgaben der Konvention widersprechen, da die Strafverfolgung in diesem Fall von dem Strafantrag des Opfers abhängig ist. Auch in Nr. 86 Abs. 2 Satz 2 RiStBV kommt dieser Gedanke zum Ausdruck: Dort ist geregelt, dass auch in Fällen, in denen der Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten hinaus nicht gestört worden ist, ein öffentliches Interesse vorliegen kann, wenn dem Verletzten wegen seiner persönlichen Beziehung zum Täter nicht zugemutet werden kann, die Privatklage zu erheben, und die Strafverfolgung ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist. Darüber hinaus hat auch der EGMR in der Vergangenheit in Fällen von häuslicher Gewalt wiederholt betont, dass eine Verweisung auf den Privatklageweg nicht den Vorgaben der EMRK entspreche, da so dem Opfer eine „exzessive Bürde“ (*excessive burden*) auferlegt werde⁵⁴.

⁵² Vgl. auch Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, 50. Aufl., Stand: 1.5.2021, § 230, Vorb.; anders Paeffgen/Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 230 Rdn. 34; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 230 Rdn. 5.

⁵³ Mönig (Anm. 42), S. 110.

⁵⁴ EGMR, 9.7.2019, Nr. 41.261/17, Volodina/Russland, para. 82; EGMR, 12.6.2008, Nr. 71127/01, Bevacqua und S./Bulgarien, para. 83. Vgl. auch Council of Europe Committee of Ministers, Recom-

2. Sexualstrafrecht

Öffentliche Aufmerksamkeit erlangte die Istanbul-Konvention vor allem im Bereich der Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung. Im Zuge der Diskussionen um die Reformbedürftigkeit des Sexualstrafrechts spielte die Konvention und insbesondere der darin enthaltene Art. 36 IK eine zentrale Rolle. Art. 36 Abs. 1 IK verpflichtet die Vertragsstaaten, vorsätzliche nicht einverständliche sexuell bestimmte Handlungen unter Strafe zu stellen. Auch wegen der bevorstehenden Ratifikation der Istanbul-Konvention nahm die Reformdebatte um § 177 StGB a. F. (sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) Fahrt auf⁵⁵. Schlussendlich konnte sich die Auffassung durchsetzen, dass § 177 StGB a. F. den Anforderungen der Konvention nicht gerecht wurde und eine entsprechende Änderung geboten war⁵⁶.

a. Auslegung des § 177 StGB

Die 2016 erfolgte Sexualstrafrechtsreform erfüllt die Vorgaben des Art. 36 IK in Bezug auf die erforderliche Strafbarerklärung, doch darin erschöpft sich der Anwendungsbereich dieser Vorschrift nicht. Art. 36 IK ist darüber hinaus von Rele-

mendation Rec(2002)5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence, 30. April 2002, abrufbar unter: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e2612 (Stand: 14.9.2021).

55 So erhoben u. a. der Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe, das Deutsche Institut für Menschenrechte und der Deutsche Juristinnenbund die Forderung nach einer den Anforderungen der Istanbul-Konvention gerecht werdenden Reform des Sexualstrafrechts, vgl. *Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe*, Fallanalyse zu Schutzlücken im Sexualstrafrecht, 2014, abrufbar unter: <https://www.frauen-gegen-gewalt.de/de/fallanalyse-zu-schutzluecken-im-sexualstrafrecht.html> (Stand: 14.9.2021); *Deutsches Institut für Menschenrechte*, Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen, 2014, abrufbar unter: https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/Policy_Paper_24_Schutzluecken_bei_der_Strafverfolgung_von_Vergewaltigungen.pdf (Stand: 14.9.2021); *Deutscher Juristinnenbund*, Stellungnahme zur grundsätzlichen Notwendigkeit einer Anpassung des Sexualstrafrechts (insbesondere § 177 StGB) an die Vorgaben der Konvention des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention) von 2011, 2014, abrufbar unter: <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st14-07/> (Stand: 14.9.2021). Krit. *Fischer*, *StraFo* 2014, 485 ff.; *ders.*, 2015, 312 ff.

56 Vgl. insb. *Hörnle*, *Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention*, 2015, abrufbar unter: https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/Menschenrechtliche_Verpflichtungen_aus_der_Istanbul_Konvention_Ein_Gutachten_zur_Reform_des_Paragrafen_177_StGB.pdf (Stand: 14.9.2021). Vgl. auch BT Drucks. 18/9097, S. 2, 21 ff.; *Kempe*, *Lückenhaftigkeit und Reform des deutschen Sexualstrafrechts vor dem Hintergrund der Istanbul-Konvention*, 2018.

vanz in Zusammenhang mit der Frage, wann ein Einverständnis in eine sexuelle Handlung vorliegt, d. h. bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „gegen den erkennbaren Willen“ im Rahmen des § 177 Abs. 1 StGB.

Art. 36 Abs. 2 IK statuiert, dass das Einverständnis freiwillig als Ergebnis des freien Willens der Person, der im Zusammenhang der jeweiligen Begleitumstände beurteilt wird, erteilt worden sein muss⁵⁷. Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang der erläuternde Bericht der Konvention. Darin wird klargestellt, dass bei der Beurteilung des Vorliegens eines Einverständnisses die „gesamte Bandbreite von Verhaltensreaktionen auf sexuelle Gewalt und auf eine Vergewaltigung [...], die das Opfer zeigen kann“⁵⁸ berücksichtigt werden muss und dass sie sich nicht auf Vermutungen zu typischem Verhalten in einer solchen Situation stützen darf. Darüber hinaus muss dem Bericht zufolge sichergestellt werden, dass die Auslegung der einschlägigen Straftatbestände und die in diesen Fällen eingeleiteten Strafverfolgungsmaßnahmen nicht von Geschlechterstereotypen und Mythen zu männlicher bzw. weiblicher Sexualität beeinflusst werden⁵⁹.

Demnach darf sich die Beurteilung der Frage, ob ein Handeln gegen den erkennbaren Willen vorliegt, nicht auf Vermutungen zu typischem Verhalten in einer solchen Situation gründen. Des Weiteren dürfen der Konvention zufolge Geschlechterstereotypen und Sexualitätsmythen – auch über die Auslegung des Einverständnisses hinaus – keinen Einfluss auf die eingeleiteten Strafverfolgungsmaßnahmen haben. Solche Vermutungen, Stereotypen und Mythen lassen sich allesamt dem aus der Sozialpsychologie stammenden Begriff der Vergewaltigungsmythen zuordnen. Vergewaltigungsmythen werden definiert als „vorurteilsbehaftete, stereotype oder falsche Überzeugungen hinsichtlich Vergewaltigung, Vergewaltigungsoffer und Vergewaltiger“⁶⁰. Als solche sind unter anderem folgende Überzeugungen einzuordnen: Eine Vergewaltigung ist das Produkt spontaner unkontrollierbarer sexueller Erregung seitens eines Mannes⁶¹; Frauen provozieren Vergewaltigungen, indem sie Männer sexuell reizen⁶²; promiskuitive Frauen werden durch eine Vergewaltigung nicht in gleichem Maße verletzt wie

⁵⁷ *Renzikowski* bezeichnet dies als „bare Selbstverständlichkeit“, siehe *Renzikowski*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 177 Rdn. 53.

⁵⁸ Erläuternder Bericht, para. 192.

⁵⁹ Erläuternder Bericht, para. 192. Vgl. dazu auch EGMR, 27.5.2021, 5671/16, J.L./Italien, para. 134 ff.

⁶⁰ *Burt*, *Journal of Personality and Social Psychology* 38 (1980), 217, Übersetzung von *Süssenbach*, *Recht & Psychiatrie* 1/2016, 35. Vgl. dazu auch *Lembke*, *ZfRSoz* 34 (2014), 253, 265 ff.

⁶¹ Vgl. *Kratzer-Ceylan*, *Finalität, Widerstand, „Bescholtenheit“*, 2015, S. 25 f.; *Vavra*, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, 2020, S. 84 ff.

⁶² Vgl. *Vavra* (Anm. 61), S. 85 f.

sexuell unerfahrene Frauen⁶³; ein „echtes“⁶⁴ Opfer ruft während der Tat laut nach Hilfe, verlässt danach fluchtartig den Tatort und würde unter keinen Umständen gemeinsam mit dem Täter den Tatort verlassen⁶⁵; jede erwachsene Frau kann sich einer Vergewaltigung widersetzen, wenn sie es will⁶⁶; viele Anzeigen wegen Sexualdelikten sind Falschanzeigen⁶⁷; der typische Sexualstraftäter ist dem Opfer fremd, gehört der unteren Sozialschicht an und leidet unter psychischen Störungen⁶⁸. Solche Überzeugungen bestimmen auch das Bild einer „idealtypischen“ Vergewaltigung ohne „Mitschuld“ des Opfers – nämlich das einer jungen, attraktiven, sittsam gekleideten, nicht betrunkenen Frau, die nachts im Park von einem fremden Täter ins Gebüsch gezerrt und brutal vergewaltigt wird, sich bei der Tat heftig wehrt, erhebliche Verletzungen davonträgt und die Tat anschließend sofort zur Anzeige bringt⁶⁹.

Die vom erläuternden Bericht in Bezug genommenen Vermutungen zu typischen Reaktionen auf sexuelle Übergriffe finden sich häufig in Gestalt des Bildes eines aufgelösten, weinenden Opfers⁷⁰ oder in Gestalt der Annahme, das Opfer müsse nach einem sexuellen Übergriff sofort jeglichen Kontakt zum Täter abgebrochen haben⁷¹. Geschlechterstereotypen, welche teilweise auch eng mit den oben genannten Vergewaltigungsmythen verwoben sind, sind etwa in Form von folgenden Überzeugungen anzutreffen: Frauen wollen erobert werden und es gilt daher, anfänglichen Widerstand zu überwinden; Frauen „zieren“ sich zunächst; Frauen meinen eigentlich „ja“, wenn sie „nein“ sagen⁷², Männer verlieren jegliche Selbstkontrolle, sollte ihr Sexualtrieb einmal entfacht sein; Männer sind im Zustand der sexuellen Erregung nicht in der Lage, die Situation rational zu erfassen⁷³.

63 Vgl. *Vavra* (Anm. 61), S. 87 f.

64 Im englischsprachigen Raum wird häufig der Begriff „real rape“ verwendet, siehe *Estrich*, *Real Rape*, 1987.

65 Vgl. *Kratzer-Ceylan* (Anm. 61), S. 27.

66 Vgl. *Vavra* (Anm. 61), S. 88.

67 Vgl. *Kratzer-Ceylan* (Anm. 61), S. 30 ff.; *Lembke* (Anm. 60), 271; *Vavra* (Anm. 61), S. 89 ff.

68 Vgl. *Kratzer-Ceylan* (Anm. 61), S. 32 ff.

69 Vgl. *Kratzer-Ceylan* (Anm. 61), S. 24; *Vavra* (Anm. 61), S. 82 f.

70 *Purucker*, Von zu kurzen Röcken und anderen Märchen, 2017, S. 15, abrufbar unter: <https://epb.bibl.th-koeln.de/frontdoor/deliver/index/docId/1012/file/Ausgezeichnet+2017+01+Purucker++Vergewaltigungsmythen.pdf> (Stand: 14.9.2021). Vgl. auch *Lembke* (Anm. 60), 272.

71 Vgl. auch *Kratzer-Ceylan* (Anm. 61), S. 27.

72 Vgl. *Purucker* (Anm. 70), S. 11 f.; *Vavra* (Anm. 61), S. 316 Fn. 1806.

73 Vgl. *Kratzer-Ceylan* (Anm. 61), S. 25 f.; *Vavra* (Anm. 61), S. 84 ff., S. 316 Fn. 1806. Vgl. dazu auch *Frommel*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 177 Rdn. 73; *Reichenbach* (Anm. 34), 128 f.

Diese – in teilweise abgeschwächter Form – und ähnliche Vergewaltigungsmythen sind gesellschaftlich immer noch verbreitet und können auch im Rahmen von Strafverfolgungsmaßnahmen eine Rolle spielen⁷⁴. Dies geschieht insbesondere durch die (oftmals unbewusste) Beeinflussung des sozialen Informationsverarbeitungsprozesses⁷⁵. Besonders wirkmächtig scheinen neben den Geschlechterstereotypen der Mythos des unkontrollierbaren männlichen Sexualtriebs sowie der einer typischen Vergewaltigung zu sein⁷⁶. Die Reform des § 177 StGB wird diesen Stereotypen wohl nicht abgeholfen haben: Zwar scheinen Vergewaltigungsmythen vor allem im Rahmen der Auslegung der Nötigungsmittel der Gewalt und Drohung gem. § 177 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB a.F. sowie der Tatbestandsalternative des Ausnutzens einer schutzlosen Lage gem. Nr. 3 StGB a.F. zum Tragen gekommen sein⁷⁷, doch lässt sich daraus nicht schließen, dass sie nicht weiterhin die Auslegung dieser Tatbestandsalternativen⁷⁸ sowie auch darüber hinaus die Auslegung des Handelns gegen den erkennbaren Willen gem. § 177 Abs. 1 StGB beeinflussen können. Darüber hinaus können Vergewaltigungsmythen auch im Rahmen der Beurteilung der subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen eine Rolle spielen⁷⁹. Besonders betroffen scheint zudem die Strafzumessungsebene⁸⁰.

b. Strafschärfende Berücksichtigung einer (Ex-)Beziehungstat

Art. 46 lit. a IK erfordert, dass der Umstand, dass sich Gewalt gegen eine frühere oder derzeitige (Ehe-)Partnerin oder einen Partner richtet, strafschärfend berücksichtigt werden kann. Begründet wird dies mit dem Vertrauensbruch sowie dem

74 Vgl. *Bieneck/Krahé*, *Journal of Interpersonal Violence* (26) 2011, 1785; *Bohner/Eyssel*, *Journal of Interpersonal Violence* 26 (2011), 1579; *Bohner/Danner/Siebler u. a.*, *Experimental Psychology* 49 (2002), 257; *Bohner*, *Vergewaltigungsmythen*, 1998; *Du Mont/Miller/Myhr*, *Violence Against Women* 9 (2003), S. 466; *Krahé*, in: *Barton/Kölbel*, *Ambivalenzen der Opferzuwendung des Strafrechts*, 2012, S. 159 ff.; *Krahé/Temkin/Bieneck u. a.*, *Psychology, Crime & Law* 14 (2008), 461; *Kratzer-Ceylan* (Anm. 58), S. 23 ff.; *Süssenbach/Eyssel/Rees u. a.*, *Journal of Interpersonal Violence* 32 (2017), 2323; *Vavra* (Anm. 61), S. 95 ff.

75 Vgl. *Krahé* (Anm. 74), S. 159, 163 ff.

76 Vgl. *Krahé* (Anm. 74), S. 159, 160; *Kratzer-Ceylan* (Anm. 61), S. 16 f., 25, 374, 390, 402, 419; *Lembke* (Anm. 60), 266.

77 Vgl. *Kratzer-Ceylan* (Anm. 61), S. 249 ff.

78 Nunmehr § 177 Abs. 5 StGB.

79 *Kratzer-Ceylan* (Anm. 61), S. 362 ff.

80 *Kratzer-Ceylan* bezeichnet sie „Plattform für Vergewaltigungsmythen und -stereotype“, siehe *Kratzer-Ceylan* (Anm. 61), S. 399, 412.

besonderen psychischen Schaden, der entstehen kann, wenn eine schwere Straftat im Rahmen einer intimen Beziehung begangen wird.

Es würde den Wertungen der Konvention demnach widersprechen, wenn Sexualdelikte allein deshalb milder bestraft werden, weil sie in einer (Ex-)Partnerschaft stattfanden. Diese Erkenntnis steht im Widerspruch zur Rechtsprechung, die regelmäßig strafmildernd berücksichtigt bzw. vom Vorliegen eines minder schweren Falles ausgeht, wenn Täter und Opfer vor dem sexuellen Übergriff bereits eine sexuelle Beziehung unterhalten haben⁸¹. Etwas anderes soll dieser Auffassung zufolge in Fällen einer vorhergehenden sexuellen Beziehung lediglich dann gelten, wenn die Tat Bestrafungscharakter hat oder der Täter sich nicht mit der Trennung vom Opfer abfinden will⁸².

Diese Auffassung stößt in der Literatur zurecht auf Kritik⁸³. Abgesehen davon, dass die strafmildernde Berücksichtigung einer vorhergehenden sexuellen Beziehung mit den Konventionsvorgaben schwer in Einklang zu bringen ist, vermag auch die dogmatische Herleitung als solche nicht zu überzeugen: Sexuelle Übergriffe, die im Rahmen von Beziehungen stattfinden, können psychologischen Erkenntnissen zufolge oftmals schwerwiegendere Folgen haben als Übergriffe durch Fremde⁸⁴. Die Auswirkungen der Tat im Sinne des § 46 Abs. 2 StGB sind in diesen Fällen also gravierender und dementsprechend – soweit sie verschuldet sind – strafscharfend zu berücksichtigen. Auch liegt, wie oben bereits erörtert, in Fällen eines Vertrauensbruchs dogmatisch eher eine Strafschärfung nahe. Darüber hinaus widerspricht die Privilegierung von (ex-)partnerschaftlichen Delikten der Erkenntnis, dass sich die überwiegende Zahl der Sexualdelikte im sozialen

81 BGH, 25.9.1962, 1 StR 336/62; BGH, 14.10.1981, 5 StR 215/81, 26; BGH, 6.8.1993, 3 StR 305/93; BGH, 10.9.2009, 4 StR 366/09; BGH StV 01, 453; BGH NSTZ-RR 2003, 168; BGH StV 04, 479. Vgl. auch Fischer, StGB, 68. Aufl. 2021, § 177 Rdn. 166; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 177 Rdn. 27; Wolters/Noltenius, in: Systematischer Kommentar zum StGB, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 177 Rdn. 80; Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, 50. Aufl., Stand: 1.5.2021, § 177 Rdn. 138.

82 BGH, 12.1.2000, 3 StR 363/99; BGH, 10.7.2007, 3 StR 242/07; BGH, 20.4.2016, 5 StR 37/16; Fischer, StGB, 68. Aufl. 2021, § 177 Rdn. 182.

83 Vgl. Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 177 Rdn. 149; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. 2020, § 177 Rdn. 79; Frommel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 177 Rdn. 73; Hillenkamp StV 1986, 150, 154; Hörnle, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, § 177 Rdn. 179; Reichenbach (Anm. 34), 128; Renzikowski, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2020, § 177 Rdn. 206; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Auflage 2017, Rdn. 1626.

84 McOrmond-Plummer/Levy-Peck/Easteal, Intimate Partner Sexual Violence, 2013, S. 20. So auch Reichenbach (Anm. 34), 128 f.; Schäfer/Sander/van Gemmeren (Anm. 83), Rdn. 638.

Nahraum des Opfers abspielt⁸⁵. Die Annahme eines minder schweren Falles steht im klaren Widerspruch zu diesem Befund und ist daher auch systematisch verfehlt⁸⁶, soll doch der minder schwere Fall solche Konstellationen erfassen, in denen das gesamte Tatbild einschließlich aller subjektiven Momente und der Täterpersönlichkeit vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß vorkommenden Fälle des sexuellen Übergriffs derart abweicht, dass die Anwendung des Ausnahmestrahmens geboten erscheint⁸⁷.

c. Auslegung des § 68a StPO

Art. 54 IK verpflichtet die Vertragsparteien sicherzustellen, dass in Strafverfahren Beweismittel betreffend das sexuelle Vorleben und Verhalten des Opfers nur dann zugelassen werden, wenn sie sachdienlich und notwendig sind. Auch in diesem Zusammenhang ist der erläuternde Bericht aufschlussreich. Hintergrund der Vorschrift ist ihm zufolge die als problematisch erachtete Praxis, Beweise zur sexuellen Vergangenheit und zum Sexualverhalten des Opfers einzubringen, „um Zweifel an der Ehrenhaftigkeit, Glaubwürdigkeit und der fehlenden Einwilligung der betroffenen Person zu wecken“⁸⁸. Dies könne negative Vorurteile gegenüber dem Opfer nähren und Zweifel an dessen Schutzwürdigkeit begründen. Diese Denkweise führe zu einer Ungleichbehandlung, wenn die – überwiegend weiblichen – Opfer bessere Chancen haben, vom strafrechtlichen Schutz zu profitieren, wenn sie für respektabel gehalten werden⁸⁹. Aus diesem Grund hielten es die Verfasserinnen und Verfasser der IK „für wesentlich hervorzuheben, dass das ehemalige Sexualverhalten eines Opfers nicht als geeignet erachtet werden kann, um den Gewalttäter bzw. die Gewalttäterin aus der Verantwortlichkeit für die begangenen Taten zu entlassen oder um diese Verantwortlichkeit zu verringern“⁹⁰. Art. 54 IK beschränkt daher die Zulässigkeit solcher Beweise „auf solche Sachverhalte [...], in denen sie sich direkt auf einen der spezifischen zu klärenden Punkte beziehen unter der Bedingung, dass ihre Beweiskraft über jeden Zweifel erhaben

85 *Elsner/Steffen*, Vergewaltigung und sexuelle Nötigung in Bayern, S. 156, abrufbar unter: https://www.polizei.bayern.de/content/4/3/7/22_kriminalitaet_sex_noetigung.pdf (Stand: 14.9.2021); *Lembke* (Anm. 60), 266; *Schneider*, in: Festschrift für Lenckner, 1998, S. 858.

86 So auch *Renzikowski*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2020, § 177 Rdn. 206.

87 BGH NSTZ 2003, 202; BGH NSTZ-RR 1998, 298; BGH NSTZ-RR/P 2001, 361 Nr. 43.

88 Erläuternder Bericht, para. 277.

89 Erläuternder Bericht, para. 277.

90 Erläuternder Bericht, para. 278.

ist“⁹¹. Darüber hinaus wird die Verpflichtung statuiert, dass wenn Richterinnen und Richter die sexuelle Vorgeschichte als Beweis zulassen, dies auf eine Weise geschehen muss, die nicht zu einer sekundären Viktimisierung des Opfers führt.

Die Vernehmung der Opfer von Sexualstraftaten zu ihrem sexuellen Vorleben und Verhalten ist eine in vielen Rechtsordnungen altbekannte Problematik. Bereits in den 1970er Jahren wurden beispielsweise in den USA sog. *rape shield laws* erlassen, die die Befragungsmöglichkeiten in Bezug auf Opfer von Sexualstraftaten einschränken⁹². Auch in Deutschland wurden im Jahr 1986 entsprechende gesetzgeberische Maßnahmen getroffen und die Regelung zur Beschränkung des Fragerechts aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes in § 68a Abs. 1 StPO dahingehend geändert, dass auch Fragen, die den persönlichen Lebensbereich der Zeuginnen und Zeugen betreffen, nur gestellt werden dürfen, wenn es unerlässlich ist. Diese Änderung sollte „insbesondere bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung verletzten Frauen einen verbesserten Schutz ihrer Intimsphäre gewährleisten“⁹³. Auch wenn die gesetzlichen Rahmenbedingungen zur Erfüllung der Vorgaben des Art. 54 IK somit gegeben sind⁹⁴, wird teilweise kritisiert, dass die Regelung des § 68a StPO in Sexualstrafverfahren nicht ausreichend zur Anwendung komme⁹⁵. Die Konvention schafft für die Anwendung der Vorschrift klare Vorgaben: Gemäß Art. 54 IK ist das Tatbestandsmerkmal der Unerlässlichkeit im Sinne des § 68a Abs. 1 StPO eng auszulegen. Eine Befragung zum Sexualverhalten des Opfers gegenüber anderen Personen genügt regelmäßig nicht den Anforderungen der Konvention⁹⁶.

91 Erläuternder Bericht, para. 278.

92 Vgl. *Flowe/Ebbesen/Putchu-Bhagavatula*, *Law and Human Behavior* 31 (2007), 159.

93 BT Drucks. 10/5305, S. 8.

94 Vgl. auch BT Drucks. 18/12037, S. 88.

95 Siehe z. B. *Clemm*, in: *BMJV*, Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 890, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Studien/UntersuchungenFachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (Stand: 14.9.2021). Vgl. dazu auch *Gless*, *Festschrift für Paeffgen*, 2015, S. 703, 709 f.; *Nelles/Oberlies*, *Reform der Nebenklage und anderer Verletztenrechte*, Bd. 2, 1998, S. 17.

96 Abzulehnen daher BGH NSTz 1990, 400: „Die entscheidende Abweichung der beiden Schilderungen der Zeugin und des Angeklagten lag lediglich darin, daß der Angeklagte behauptete, in seinem Zimmer habe die Zeugin freiwillig den Geschlechtsverkehr mit ihm ausgeführt, während die Zeugin einen unfreiwilligen Geschlechtsverkehr schilderte. Objektive Tatsachen [...] waren nicht vorhanden. Dem Angeklagten war also daran gelegen, die Freiwilligkeit des von ihm behaupteten Geschlechtsverkehrs dem Gericht darzulegen. Zu diesem Zwecke hätte es eine Indizwirkung entfaltet, wenn festgestellt worden wäre, daß die Zeugin auch mit anderen Bediensteten oder Bewohnern des Hotels im fraglichen Zeitraum auf freiwilliger Basis den Geschlechtsverkehr ausgeführt hätte. Denn auch diese Personen hätten – ähnlich wie der Angeklagte – in einer vergleichbaren sozialen

IV. Fazit

Die Istanbul-Konvention ist nicht nur ein menschenrechtliches Übereinkommen zu geschlechtsspezifischer Gewalt, sondern auch ein strafrechtliches Übereinkommen, das Auswirkungen auf Strafverfolgungsmaßnahmen in sämtlichen Fällen von Gewalt gegen Frauen oder häuslicher Gewalt entfalten kann. Die Konvention setzt diesbezüglich neue Maßstäbe, die auf einem „geschlechtsbewussten Verständnis von Gewalt“⁹⁷ beruhen. Das innerstaatliche Inkrafttreten der Istanbul-Konvention bietet daher Anlass, die strafrechtliche Anwendungspraxis in diesen Fällen auf den Prüfstand zu stellen.

Beziehung zu der Zeugin gestanden, aus der sich dann die intime Beziehung entwickelte“, sowie *Maier*, in: Münchener Kommentar zur StPO, 1. Aufl. 2014, § 68a Rdn. 9: „Dem Verhalten des Opfers vor und nach der Tat sowie allgemein in früheren Partnerschaften kann Indizwert zukommen und dann der Aufklärung bedürfen; entsprechend liegt es nicht selten dann, wenn der Angeklagte geltend macht, es habe sich um einen einvernehmlichen Sexualkontakt gehandelt und/oder die Belastungszeugin habe ihn ‚verführt‘.“; *Slawik*, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 68a Rdn. 1a.

97 Art. 49 Abs. 2 IK.

