

Penetration legal, Orgasmus strafbar? Der abredewidrig unterlassene Coitus Interruptus

Martin Falkenstein, Bonn*

Der Beitrag untersucht im Rahmen einer Besprechung zu OLG Hamm, NStZ-RR 2022, 276 die Strafbarkeit des abredewidrig unterlassenen Coitus Interruptus. Der Hammer Senat hat die Strafbarkeit mit einem Verweis auf die Maßstäbe der umstrittenen Stealthing-Fälle bejaht. Der Autor analysiert, welche Kriterien sich hinter diesem Verweis verbergen und kommt zu dem Ergebnis, dass sie bei Coitus Interruptus-Fällen nicht vorliegen. Es wird aufgezeigt, dass die Strafbarkeit dieser Fälle auch nicht durch andere Anknüpfungen begründet werden kann. Abschließend überträgt der Autor seine Überlegungen auf andere in der Literatur diskutierte Konstellationen.

A. Einleitung

„Ich wollte nicht das er reinspritzt weil ich die pille manchmal vergess, er meinte er zieht ihn raus hat er aber nicht im gegenteil hat mich fest dran gedrückt..dann angezogen und weg war er :“(1 – so beschreibt eine Userin eines Internetforums die sexuelle Praktik, die als abredewidrig unterlassener Coitus Interruptus bezeichnet wird. Gewollt ist dabei demnach, dass der Mann den Geschlechtsverkehr vor dem Ejakulieren beendet. Wird dies abredewidrig unterlassen, stellt sich dies für die Frau häufig als ehrverletzend und risikoreich hinsichtlich Schwangerschaft und Geschlechtskrankheiten dar, was die Frage nach der Strafbarkeit dieses Verhaltens aufwirft. Inzwischen ist ein solcher Fall erstmalig bis in die letzte Instanz gelangt,² was Anlass zu den nachfolgenden Überlegungen gibt.

B. Sachverhalt

Der Angeklagte und die Geschädigte lebten in einer „On-Off-Beziehung“. Der Angeklagte nutzte eine gemeinsame Übernachtung nach einer Geburtstagsfeier, um sexuelle Handlungen an der Geschädigten vorzunehmen. Wie

genau er diese initiierte und wie die erste Reaktion der Geschädigten darauf ausfiel, ist zwar ungeklärt, fest steht aber, dass der Angeklagte anschließend sein Glied ohne Kondom in die Nebenklägerin mit Wissen und Wollen derselben einführte. Bislang galt es zwischen den beiden als abgesprochen, dass bei vaginalem Geschlechtsverkehr ohne Kondom oder Vaginalring der Angeklagte sein Glied vor der Ejakulation wieder herausziehen soll. Letzteres ist in der Tatnacht aber nicht erfolgt, der Angeklagte hat in die Geschädigte ejakuliert. Diese geriet darüber in Wut und erstattete Anzeige.

C. Die Auffassung des OLG Hamm

Das vorliegende Urteil stellt sich auf den Standpunkt, dass jedenfalls § 177 Abs. 1 StGB³, der sexuelle Übergriff, verwirklicht wurde.⁴ Es liege insbesondere kein tatbestandsausschließendes Einverständnis vor. Konkret differenziert das Gericht hier zwischen mehreren sexuellen Handlungen. Demnach liege ein Einverständnis in Bezug auf die Penetration vor, in Bezug auf das Ejakulieren in den Körper jedoch nicht.⁵ Diese Betrachtungsweise der Differenzierung des Einverständnisses je nach sexueller Handlung hat das Gericht ausdrücklich an die herrschende Meinung⁶ in der Stealthing-Debatte angelehnt.⁷ Überhaupt seien die in dieser Debatte aufgestellten Maßstäbe übertragbar. Die Annahme der Ejakulation als eigene Handlung mit anderer Qualität begründet das Gericht durch den Kontakt mit Sperma und dem damit verbundenen Risiko einer ungewollten Schwangerschaft, obgleich dies – so das Gericht – gar nicht das Motiv für die Ablehnung sein müsse.⁸ Zwecks Feststellung des Vorsatzes hinsichtlich der Ejakulation wurde die Entscheidung an das Tatgericht zurückverwiesen.

* Der Autor studiert Rechtswissenschaft an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Der Beitrag entstand anlässlich des Proseminars „Einführung in das Sexualstrafrecht“. Für Anregungen und Unterstützung bei der Weiterentwicklung sei Herrn Dr. Kevin Franke herzlich gedankt.

¹ Wem wurde schon gegen den Willen ordentlich reingespritzt?, Perverse-Frage.com., <https://www.perverse-frage.com/frage/yFE1BRqI>, Abruf v. 06.06.2023.

² OLG Hamm, Urteil vom 01.03.2022 – 5 RVs 124/21.

³ Alle nachfolgenden Artikel ohne Bezeichnung eines Gesetzestextes sind solche des StGB.

⁴ OLG Hamm, NStZ-RR 2022, 276 (276).

⁵ OLG Hamm, NStZ-RR 2022, 276 (277).

⁶ Fortan h. M.

⁷ OLG Hamm, NStZ-RR 2022, 276 (277).

⁸ OLG Hamm, NStZ-RR 2022, 276 (277).

D. Strafbarkeit durch Anknüpfen an die Ejakulation nach den Grundsätzen des Stealthing-Meinungsstandes

Zunächst ist diejenige Strafbarkeitskonstruktion zu untersuchen, die das Gericht angewendet hat, also eine Anknüpfung an die Ejakulation nach den Maßstäben des Stealthing-Meinungsstandes. Daher wird letzterer nachfolgend kurz dargestellt.

I. Der Stealthing-Meinungsstand

Bei der vom Gericht angeführten Stealthing-Debatte handelt es sich um die Frage nach dem Umgang mit Fällen bei denen Geschlechtsverkehr mit der Maßgabe verabredet war, dass ein Kondom zur Verhütung verwendet wird. Dabei leistet der Mann dem zwar anfangs Folge, während des Aktes zieht er das Kondom jedoch heimlich wieder ab und fährt ohne selbiges mit der Penetration ggf. bis zum Sameerguss in der Vagina fort. Auch hier wird um das Vorliegen eines Einverständnisses gestritten. Dabei haben sich im Wesentlichen zwei Betrachtungsweisen herausgebildet: Teilweise wird der Geschlechtsverkehr als eine Gesamthandlung angesehen.⁹ Das Stealthing-Opfer ist mit Geschlechtsverkehr im Allgemeinen erkennbar einverstanden. Den Umstand, dass dabei anders als zu Beginn nicht durchgehend ein Kondom verwendet wird, kennt es nicht. Dabei handelt es sich um einen Willensmangel bezogen auf die Zustimmung zum Geschlechtsverkehr. Das tatbestandsausschließende Einverständnis bezieht sich jedenfalls bei diesem Tatbestand auf den natürlichen Willen, also den Willen der Person ohne Beachtung von Geschäftsfähigkeit und Willensmängeln.¹⁰ Das ergibt sich einerseits nach historischer Auslegung aus dem Willen des Gesetzgebers¹¹ und zum anderen aus einer systematischen Betrachtungsweise mit dem zweiten Absatz der Norm, der nämlich bestimmte Konstellationen, in denen der Täter einen natürlichen Willen durch Willensmängel herbeiführt, erfasst. Dieser Absatz wäre obsolet, wenn das Einverständnis aus Abs. 1 einen natürlichen Willen forderte. Im Ergebnis wirkt sich der Willensmangel damit nicht auf die Gültigkeit des Einverständnisses aus und kraft dieses erschlichenen Einverständnisses handelt der vermeintliche Kondomträger nicht tatbestandlich.¹² Sexuelle Täuschungen sind auch sonst nicht vom Sexualstrafrecht erfasst.¹³ Damit gelangen diejenigen, die Geschlechtsverkehr als eine Gesamthand-

lung betrachten, dazu, die Einschlägigkeit von § 177 zu verneinen.

Die herrschende Gegenauffassung gelangt zu einem anderen Ergebnis, indem sie keine Gesamtbetrachtung des sexuellen Geschehens als eine Handlung vornimmt, sondern zwischen mehreren sexuellen Handlungen differenziert.¹⁴ Für die Stealthing-Fälle bedeutet das, dass die Penetration mit Kondom als erste Handlung betrachtet wird. Für sie liegt eindeutig noch ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vor. Nach Abzug des Kondoms stelle das Eindringen ohne selbiges dann eine weitere Handlung dar und zwar eine solche mit „eigener Handlungsqualität“. Zu dieser Handlung mit eigener Qualität passt dann dasselbe Einverständnis nicht mehr, weil es sich nicht allgemein auf Geschlechtsverkehr, sondern auf Penetrationshandlungen mit Kondom beziehe. Das Geschehen wird also so verstanden, dass auf diese Handlung bezogen kein erschlichesenes Einverständnis vorliege, sondern gar keines.¹⁵ So gelangt man bei dieser Betrachtungsweise zur Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1.

II. Untersuchungsgang

Das Gericht hat sich erkennbar derjenigen Auffassung in der Stealthing-Debatte angeschlossen, die zur Einschlägigkeit des § 177 Abs. 1 gelangt und damit die Strafbarkeit auf den vorliegenden Fall übertragen. Die Subsumtion des neuen Sachverhaltes unter diese Auffassung oder eine Analyse der Vergleichbarkeit der Sachverhalte ist dabei jedoch mit lediglich dem Verweis auf Spermakontakt und entsprechende Risiken denkbar knapp ausgefallen. Im Folgenden soll daher geprüft werden, ob mit dieser Konstruktion überhaupt eine Strafbarkeit des abredewidrig unterlassenen Coitus Interruptus begründet werden kann. Es wird dabei mit dem Gericht davon ausgegangen, dass Stealthing unter § 177 Abs. 1 nach Maßgabe der h. M. subsumiert werden kann, da alle anderen Ansichten ohnehin § 177 Abs. 1 schon beim Stealthing, mit der Begründung, wie sie soeben jeweils dargestellt wurde, nicht für einschlägig halten. Für Fälle des abredewidrig unterlassenen Coitus Interruptus wäre dann erst recht kein Raum für eine entsprechende Subsumtion.

Für die Prüfung der Übertragbarkeit des Falles muss folglich zunächst untersucht werden, welche Kriterien eine Handlung erfüllen muss, um im Sinne der h. M. „eigene Handlungsqualität“ aufzuweisen. Es ist also zu prüfen, welche Gründe die h. M. dazu verleitet haben, den Vollzug

⁹ *AG Kiel*, Urt. v. 17.11.2020, 38 Ds 559 Js 11670/18, Rn. 9 – juris; *Denzel/da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 (354); *Franzke*, BRJ 2019, 114 (119).

¹⁰ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 52. Aufl. 2022, § 11, Rn. 558 ff.

¹¹ *Denzel/da Fonseca Calixto*, (Fn. 9), S. 349.

¹² *Franzke*, (Fn. 9), S. 119.

¹³ *Bauer*, KriPoZ, 2023, 96 (97); *Franzke*, (Fn. 9) S. 120; *Renzikowski*, in: *MükoStGB*, 4. Aufl. 2021, § 177, Rn. 52; *Wiedmer*, KriPoZ 2023, 101 (101).

¹⁴ *BGH*, NSTZ 2023, 229, Rn. 13; *OLG Schleswig*, NSTZ 2021, 619, Rn. 16; *BayOLG NstZ-RR*, 2022, 43; *BayOLG*, Beschl. v. 20.08.2021, 206 StRR 87/21, Rn. 24 – juris; *AG Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018, (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 37 – juris; *Herzog*, „Stealthing“: Wenn Männer beim Geschlechtsverkehr heimlich das Kondom entfernen, in: *Barton u. a.* (Hrsg.), FS Fischer, 2018, S. 351 (357); *Linoh*, jurisPR-StrafR 11/2019 Anm. 5; *Müko/Renzikowski*, (Fn. 13), Rn. 51; *Ost/Weil*, jM 2021, 346 (349).

¹⁵ *AG Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018, (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), Rn. 37 – juris.

des Geschlechtsverkehrs ohne Kondom als eine eigene Handlung im Vergleich zum Geschlechtsverkehr mit Kondom zu betrachten (D.III.), sodass ein eigenständiges Einverständnis erforderlich wurde. Anschließend kann überprüft werden, ob diese Gründe auch bei der Ejakulation ohne Kondom im Verhältnis zur bloßen Penetration ohne Kondom vorliegen, also eigene Handlungsqualität der Ejakulation im Verhältnis zur Penetration besteht (D.IV.). Nur dann ist die Entscheidung des Gerichtes konsequent und auf dogmatischer Grundlage getroffen. Darüber hinaus sind noch weitere Bedenken hinsichtlich der Anknüpfung an die Ejakulation als Handlung zu besprechen (D.V.).

III. Gründe für eine Handlung eigener Qualität beim Stealthing

Trotz einer ganzen Reihe an höchstrichterlicher Rechtsprechung und einem breiten Fundus an Literatur zum Thema Stealthing werden an keiner Stelle gesammelt Kriterien dafür aufgelistet, ob eine Handlung eigene Qualität aufweist. Stattdessen scheinen die einzelnen Vertreter unterschiedliche Gründe dafür heranzuziehen, dass der Verkehr ohne Kondom eigene Qualität hat.

1. In der Literatur wird angeführt, dass eine zeitliche Zäsur zwischen den Handlungen besteht und erforderlich sei.¹⁶ Beim Stealthing ist es sachlogisch erforderlich, dass das Glied während des Verkehrs aus der Vagina gezogen wird, um das Kondom entfernen zu können, bevor das Glied dann wieder in das Opfer eingeführt wird. Vor dem Entfernen des Kondoms liegt eine sexuelle Handlung, danach eine neue. Das Abziehen selbst ist nur eine vorbereitende Handlung, die die beiden anderen Handlungen zeitlich voneinander trennt.

2. Vielfach wird als Grund genannt, dass die Schleimhäute plötzlich ohne physische Barriere aneinandergeraten und so erstmals in Verbindung kommen.¹⁷ Dadurch besteht objektiv ein höheres Maß an Körperkontakt und die Beteiligten nehmen das Geschehen evtl. subjektiv anders wahr.

3. Beim Stealthing wird zur Begründung auch häufig an den Spermakontakt angeknüpft. Teilweise wird schon der Kontakt mit dem Sperma als solcher zur Begründung der eigenen Handlungsqualität als ausreichend erachtet,¹⁸ während von anderen Seiten auf das gesteigerte Risiko für eine Schwangerschaft¹⁹ oder Geschlechtskrankheiten²⁰ abgestellt wird. Hier scheint es also gerade auf die unterschiedlichen Folgen der Handlungen für die Beteiligten anzukommen.

¹⁶ Herzog in: FS-Fischer, S. 357; Linoh, (Fn. 14), Anm. 5; Ost/Weil, (Fn. 14), S. 349.

¹⁷ OLG Schleswig, NStZ 2021, 619, Rn. 17; KG Berlin, BeckRS 2020, 18243, Rn. 19; Ost/Weil, (Fn. 14) S. 350.

¹⁸ KG Berlin, BeckRS 2020, 18243, Rn. 18; Müko/Renzikowski, (Fn. 13), Rn. 51; Wiedmer, (Fn. 13), S. 101.

¹⁹ BGH, NStZ 2023, 229, Rn. 14; OLG Schleswig, NStZ 2021, 619, Rn. 16; Ost/Weil, (Fn. 14), S. 350.

²⁰ OLG Schleswig, NStZ 2021, 619, Rn. 16; Ost/Weil, (Fn. 14), S. 350.

4. Häufig wird angeführt, dass sich die eigene Handlungsqualität der weiteren Penetration ohne Kondom daraus ergebe, dass die Verwendung eines Kondoms „in der Öffentlichkeit unter dem gefestigten Ausdruck ‚Safer Sex‘ beworben wird und in das öffentliche Bewusstsein eingedrungen ist“.²¹ Argumentationsgrundlage ist bei diesem Kriterium also einerseits erneut die Folgenbetrachtung der Handlung, andererseits aber auch eine gesamtgesellschaftliche Betrachtungsweise derselben. Hier wird demnach auch auf eine eigene Bezeichnung im Sprachgebrauch abgestellt.

5. Schließlich ergibt sich aus einer Analogie zu § 184h Nr. 1 eine weitere Anforderung. Es handelt sich um eine Erheblichkeitsschwelle für Abredeabweichungen. Sie ist so zu verstehen, dass sexuelle Handlungen, die normativ unerheblich von einer verabredeten Handlung abweichen, keine eigene Handlungsqualität haben. Exemplarisch sei dafür der umgekehrte Fall des Stealthings genannt, also das absprachewidrige Verwenden eines Kondoms obwohl die Frau ein solches ausdrücklich nicht wünscht. In solchen Fällen wäre eine Strafbarkeit wegen sexueller Nötigung der Funktion des Strafrechts als ultima ratio zuwider.²² Dies ist jedoch nicht als hinreichende Bedingung für eigene Handlungsqualität zu begreifen, sondern kraft Gesetzes als notwendige Bedingung, die beim Stealthing vorliegt.

IV. Vorliegen dieser Gründe bei abredewidrig unterlassenem Coitus Interruptus

Nachfolgend wird bezogen auf § 177 Abs. 1 die Anwendbarkeit der Stealthing-Begründungsmaßstäbe (D.III.) auf den Sachverhalt um Coitus Interruptus untersucht.

1. Eine zeitliche Zäsur (D.III.1.) besteht hier gerade nicht. Die Penetrationshandlung geht bei Eintreten des männlichen Orgasmus unmittelbar ohne jede Unterbrechung in den Samenerguss in die Vagina, also die hinsichtlich ihrer Handlungsqualität zu untersuchende Handlung, über. Damit spricht dieser Maßstab gegen eine entsprechende Anwendbarkeit des Sachverhaltes.

2. Gleiches gilt für den angeführten Wegfall der physischen Barriere zwischen den Schleimhäuten (D.III.2.). Eine solche bestand bei der Fallkonstellation des Coitus Interruptus von vorne herein nicht. Zwischen den Handlungen liegt also auch kein Unterschied in Hinblick auf Körperkontakt.

3. Es könnte aber ein Unterschied in Hinblick auf den Kontakt mit Sperma (D.III.3.) bestehen. Das Gericht knüpft jedenfalls genau hieran an und sieht darin die entscheidende Parallele zum Stealthing-Fall.²³ Mit Wiedmer gibt es auch in der Literatur bereits eine Stimme, die die Gerichtsentscheidung mit ebendieser Begründung begrüßt und

²¹ OLG Schleswig, NStZ 2021, 619, Rn. 16; BayOLG, NStZ-RR, 2022, 43; KG Berlin, BeckRS 2020, 18243, Rn. 19.

²² Vgl. zu dieser Voraussetzung Hoffmann, NStZ 2019, 16 (17).

²³ OLG Hamm, NStZ-RR 2022, 276 (277).

ebenfalls daraus eigene Handlungsqualität herleitet.²⁴ Scheinbar wird davon ausgegangen, dass auch beim Geschlechtsverkehr ohne Kondom der Spermakontakt erst mit der Ejakulation eintritt. Diese Annahme ist aus medizinischer Sicht bedenklich. Schon vor dem Samenerguss kann während der Penetrationshandlung das sogenannte Präejakulat austreten.²⁵ Es handelt sich dabei zwar um eine andere Flüssigkeit als Sperma, eine Art natürliches Gleitmittel.²⁶ Aber Untersuchungen, ob es Sperma enthalten kann, ergaben je nach Studie eine Wahrscheinlichkeit von 17,7 %²⁷ bis zu 37 %²⁸ und weisen damit zuverlässig die Möglichkeit von Sperma im Präejakulat nach. Allerdings geht man heute davon aus, dass Sperma ursprünglich nicht im Präejakulat enthalten ist, sondern dadurch in das Präejakulat gerät, dass Spermarückstände von vorherigen Ejakulationen in der Harnröhre bleiben und sich dort mit dem Präejakulat verbinden. Das würde bedeuten, dass man durch vorheriges gründliches Ausspülen der Harnröhre das Austreten von Sperma verhindern kann.²⁹ Praktisch wird das allerdings in den wenigsten Fällen vorher sichergestellt worden sein. Vielmehr nimmt die Frau bewusst oder unbewusst billigend in Kauf, mit solchen Spermarückständen unabhängig von der Ejakulation des Partners in Kontakt zu kommen. Deshalb ist auch die Penetrationshandlung ohne Samenerguss als sexuelle Handlung mit Spermakontakt anzusehen und eine eigene Handlungsqualität der Ejakulation wegen Spermakontaktes fragwürdig.

Soweit dem entgegenhalten werden könnte, dass die Menge des Spermas bei der Ejakulation deutlich höher ist und sich die Wahrscheinlichkeit des Kontaktes zur Gewissheit erhöht, ist folgendes zu bedenken: Anhand dessen, ob eine Abredeabweichung durch eine Handlung erfolgt, die im Verhältnis zu einverständlichem Verhalten eigene Qualität hat, entscheidet sich die Strafbarkeit. So soll unterbunden werden, dass jeder Irrtum oder jede Abweichung zur Strafbarkeit führt. Es verbietet sich daher, an derart unbestimmte und fließende Grenzen anzuknüpfen. Wie viel höher müsste die Wahrscheinlichkeit bzw. Menge des Spermaaustritts denn sein, um eine eigene Handlungsqualität zu begründen und wie soll das festgestellt werden? Hinzu kommt, dass es den Vertretern dieses Kriteriums um eine Folgenbetrachtung geht und es daher weniger auf die Menge des Ejakulats als solches ankommt, sondern um die Menge der funktionsfähigen Spermien. Diese ist nicht mit bloßem Auge und nach einigem Zeitablauf gar nicht mehr bestimmbar. Erst recht wird der Mann im Vorfeld nicht wissen, wie viel funktionsfähige Spermien sein Ejakulat

enthalten wird. Ggf. weiß er nicht einmal, wie viel Ejakulat überhaupt austreten wird. Folglich könnte er das Vorliegen der Voraussetzungen der Strafbarkeit im Vorfeld kaum prüfen, weshalb dieses Kriterium nicht nur Irrtumsprobleme mit sich brächte, sondern sich auch als viel zu unbestimmt und in der Praxis nicht nachweisbar darstellt.

Spermakontakt kann im Ergebnis keine eigene Handlungsqualität der Ejakulation im Verhältnis zur Penetration begründen.

4. Soweit die eigene Handlungsqualität beim Stealthing damit begründet wird, dass Geschlechtsverkehr mit Kondom als „Safer Sex“ zum eigenen gesellschaftlichen Begriff geworden ist und als Ideal beworben wird (D.III.4.), so sind hier zwei Aspekte zu trennen. Als „Safer Sex“ bewerben würde man Coitus Interruptus sicher nicht. Stattdessen wird diskutiert, der Methode gar ihre Bezeichnung als Verhütungsmethode zu entziehen, weil sie eine Schwangerschaftsquote von 18,8 % in den ersten zwölf Monaten habe und damit gerade nicht „Safer Sex“ sei.³⁰ Andererseits könnte man diese Begründung aber auch so verstehen, dass es darauf ankommt, dass die Handlung gesellschaftlich als etwas Eigenes verstanden wird. Ejakulieren wird gesellschaftlich nicht als etwas von der Penetration Unabhängiges verstanden, sondern als Bestandteil derselben, nämlich dessen Abschluss. Coitus Interruptus ist das begriffliche Pendant zum Kondom. „Safer Sex“ findet hingegen kein begriffliches Pendant, was die Eigenständigkeit dieses sexuellen Vorgehens im Vergleich zu herkömmlichem Geschlechtsverkehr mit Samenerguss ausdrückt. Auch in diesem Punkt besteht also keine Vergleichbarkeit der Fälle.

5. Bei der Frage nach der Erheblichkeit der Abweichung (D.III.5.) wäre erneut auf die Intensität und Wahrscheinlichkeit des Spermakontaktes abzustellen. Letztlich kommt es darauf aber nicht an, weil dieses Kriterium bei Nicht-Vorliegen die Handlungsqualität ausschließen soll. Es geht nicht darum, sie dadurch erst zu begründen.

6. Zusammenfassend ist festzustellen, dass sämtliche Gründe, die angeführt wurden, um die Eigenständigkeit von Penetration mit – im Unterschied zur Penetration ohne Kondom zu begründen, nicht geeignet sind, eigene Handlungsqualität der Ejakulation im Verhältnis zur Penetration zu erklären.

V. Weitere Bedenken hinsichtlich einer Anknüpfung an die Ejakulation

Statt eine Vergleichbarkeit der Fälle anzunehmen, erscheint es konstruiert, die Ejakulation von der bloßen Penetration zu trennen. Das ergibt sich schon daraus, dass die Ejakulation meist voraussetzt, dass zuvor eine Stimulation der erogenen Zonen des männlichen Körpers stattgefunden hat. Gerade so wird biologisch die Ejakulation ausgelöst. Dieses „Auslösen“ wirft zudem die Frage auf, ob unabhängig von der Frage der „eigenen Qualität“ überhaupt eine

²⁴ Wiedmer: „Auch hier kommt es durch Berührung mit dem Ejakulat zu einer weitgehend sexuellen Handlung“, (Fn. 13), S. 101.

²⁵ Lampiano F., Coitus Interruptus: Are there spermatozoa in the pre-ejaculate?, International Journal of Medicine and Biomedical Research, Volume 3 Issue 1 January – April 2014, S. 1.

²⁶ Lampiano F., (Fn. 25), S. 2.

²⁷ Kovavisarach, Presence of Sperm in Pre-Ejaculatory Fluid of Healthy Males, Journal of the Medical Association of Thailand, Jg. 99 Suppl. 2, S. 38 ff.

²⁸ Lampiano F., (Fn. 25), S. 2.

²⁹ Lampiano F., (Fn. 25), S. 3.

³⁰ Stuart, Coitus Interruptus Is Not Contraception, Sexually transmitted diseases, Jg. 38, H. 4, Philadelphia 2011, S. 356.

einfache Handlung im strafrechtlichen Sinne vorliegt. In eine solche Richtung dachte wohl auch schon das *OLG Schleswig*, als es in einem Urteil zum Stealthing das Erfordernis der Ejakulation, um eigene Handlungsqualität zu begründen, mit der Begründung ablehnte, dass es sich bei der Ejakulation „vor allem um eine biologisch begründete, konkret nicht mehr gewillkürte Körperreaktion handelt“.³¹ Der strafrechtliche Handlungsbegriff hat unabhängig von der vertretenen Handlungslehre die Funktion, solche Körperbewegungen der Bewertung des Strafrechtes zu entziehen, die nicht durch den Willen eines Menschen beherrscht werden können.³² Dazu zählen unter anderem Reflexbewegungen.³³ Das sind solche Bewegungen, die durch unmittelbare Überleitung eines von außen kommenden Reizes auf die Motorik entstehen.³⁴

In der medizinischen Fachliteratur ist tatsächlich vom sogenannten Orgasmusreflex die Rede.³⁵ Auf den männlichen Orgasmus bezogen läuft der Vorgang so ab, dass ab einem gewissen Grad der sexuellen Erregung, etwa durch Penetration, die sogenannte Plateauphase erreicht wird, in der das Glied bereits steif ist. Hier besteht noch eine „begrenzte Entscheidungsfreiheit bzw. Kontrollmöglichkeit darüber, in dieser Phase ihre Erregung noch weiter zu genießen oder sich dem Erleben des Orgasmus hinzugeben“.³⁶ Mit zunehmender Erektion wird jedoch nach der Plateauphase ein sogenannter „point of no return“ erreicht, jenseits dessen ohne weitere Möglichkeit der Einflussnahme der Ejakulationsreflex ausgelöst wird.³⁷ Es besteht dann also gerade keine Beherrschbarkeit durch den Willen mehr und es liegt tatsächlich ein Reflex (nämlich der sog. Bulbocavernosusreflex³⁸) vor. Folglich kann an die Ejakulation selbst schon deshalb nicht strafrechtlich angeknüpft werden, weil es sich nicht nur nicht um eine Handlung eigener Qualität im Verhältnis zur Penetrationshandlung handelt, sondern um gar keine Handlung.

³¹ *OLG Schleswig*, NSTZ 2021, 619, Rn. 34.

³² *Kindhäuser/Hilgendorf*, in: *Kindhäuser/Hilgendorf* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar*, 9. Aufl. 2022, Vor § 13, Rn. 62; *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Aufl. 2023, Vor §§ 13 ff., Rn. 7b.

³³ *Kindhäuser/Hilgendorf/Kindhäuser/Hilgendorf*, (Fn. 32), Rn. 60; *Renzikowski*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2. Aufl. 2020, Vor § 13, Rn. 57; *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 5. Aufl. 2020, § 8, Rn. 67; *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 13 ff., Rn. 40.

³⁴ *Eisele* in: *Schönke/Schröder*, (Fn. 33), Rn. 40.

³⁵ *Döring/Rohangis*, *Der Gender Orgasm Gap. Ein kritischer Forschungsüberblick zu Geschlechtsdifferenzen in der Orgasmus-Häufigkeit beim Heterosex*, *Zeitschrift für Sexualforschung* Jg. 35, H.2, S. 73; *Marcuse*, *Orgasmus ohne Ejakulation*, *Deutsche Medizinische Wochenschrift* 1922, 1171 (1172); vgl. *Krause*, *Andrologie – Krankheiten der männlichen Geschlechtsorgane*, 4. Aufl. 2011, S. 52.

³⁶ *Hartmann*, *Sexualtherapie Ein neuer Weg in Theorie und Praxis*, 2018, S. 330.

³⁷ *Hartmann*, (Fn. 36), S. 330, Vgl. auch *dak.de*, *Der männliche Orgasmus*, <https://www.dak.de/dak/doktorsex---alles-ueber-sexuelle-aufklaerung/maennlicher-orgasmus-2502734.html#/>, Abruf v. 6.6.2023.

³⁸ *Bionity.com*, *Lexikon, Fremdreiflex*, <https://www.bionity.com/de/lexikon/Fremdreiflex.html#Bulbocavernosusreflex>, Abruf v. 15.5.2023.

E. Strafbarkeit durch Anknüpfen an den letzten Penetrationsstoß

Fraglich ist dann, ob nicht einfach ein anderer Anknüpfungspunkt gewählt werden kann, man also, anders als das Gericht, an eine Handlung vor der Nicht-Handlung „Ejakulation“ anknüpfen kann. Diese Handlung müsste noch beherrschbar sein, aber nach dem Zeitpunkt liegen, ab dem der Mann erkennt, dass demnächst der „point of no return“ erreicht ist. Dann wäre die strafbare Handlung also der letzte Penetrationsstoß, vor dem das Glied noch rechtzeitig hätte entfernt werden können. Dabei handelt es sich dann zwar um eine Handlung im strafrechtlichen Sinne. Es wird hier aber erst recht keinesfalls eine Handlung eigener Qualität vorliegen. Dieser Stoß ist mit den restlichen sogar in jeder Hinsicht identisch. Eine Strafbarkeit kann also auch auf diesem Wege nicht begründet werden.

F. Strafbarkeit durch Anknüpfen an das Unterlassen des Herausziehens

Nachfolgend soll der Versuch unternommen werden, ohne Vergleiche zum Stealthing die Strafbarkeit dadurch zu begründen, dass zwar kein anknüpfungsfähiges positives Tun vorliegt, das Unterlassen des rechtzeitigen Entfernens des Gliedes aber anknüpfungsfähig ist.

Eine sexuelle Handlung kann auch in einem Unterlassen liegen.³⁹ In Abgrenzung zum positiven Tun kommt ein Unterlassen nach einer Ansicht nur in Betracht, wenn keine Energie durch gewillkürte Muskelbewegung in Richtung auf das Rechtsgut eingesetzt wird.⁴⁰ Ein solcher Energieeinsatz besteht hier aber: die Penetrationshandlung vor der Ejakulation. Demgegenüber kommt es mit der h. M. auf den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit an.⁴¹ Dieser müsste hier auf dem Unterlassen des Herausziehens liegen und nicht auf der weiteren Penetration. Die Penetration als aktives Tun ist gewollt, solange der Vorgang rechtzeitig durch das Herausziehen beendet wird. Unterbleibt dies, liegt darin der eigentliche Vorwurf. Auch die Geschädigte wird ihren Vorwurf wohl so beschreiben, dass der Angeklagte sein Glied hätte herausziehen sollen, also laienhaft ein Unterlassen formulieren. Bei lebensnaher Betrachtung und Berücksichtigung der Eigenheiten dieser sexuellen Praktik kann der Hauptvorwurf daher überzeugend im Unterlassen des Herausziehens gesehen werden, sodass mit dieser Auffassung ein Unterlassen in Betracht käme. Das Unterlassen von kontrollierbaren Verhinderungsmaßnahmen (Herausziehen), die ein nicht kontrollierbares Ereignis (Ejakula-

³⁹ *Ziegler*, in: *Beck-OK*, 57. Edition 2023, § 184h, Rn. 3; *Werner* in: *Weber* (Hrsg.), *Rechtswörterbuch*, 30. Edition 2023, Sexuelle Handlung.

⁴⁰ *Müko/Freund*, (Fn. 13), § 13, Rn. 9; *Gaede*, in: *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 6. Aufl. 2023, § 13, Rn. 7.

⁴¹ Vgl. zu dieser Abgrenzungsmethode *BGHSt* 6, 46, 59; *BGH*, NSTZ 1999, 607 (607); *Rengier*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 14. Aufl. 2022, § 48, Rn. 10.

tion) abwenden könnten, entspricht der kontrollierten Vornahme dieses Ereignisses. Die Entsprechungsklausel aus § 13 ist deshalb erfüllt. Zu prüfen ist ferner das Bestehen einer Garantenstellung. Eine Garantenstellung aus Ingerenz kommt wegen des einvernehmlichen Einführens nicht in Betracht. Es besteht jedoch eine Garantenstellung kraft Pflichtübernahme, wenn der Täter eine Gefahrabwendung zugesagt hat.⁴² Wurde die Coitus Interruptus-Methode vereinbart, versichert der Mann Schutz vor erhöhtem Risiko von Geschlechtskrankheiten und vor einer Schwangerschaft. Das geschieht vorliegend konkludent dadurch, dass bei bisherigen Kontakten diese Pflicht ebenfalls übernommen wurde.

Auch i. V. m. § 13 bleibt jedoch das Tatbestandsmerkmal „gegen den erkennbaren Willen“ erhalten. Hierbei stellt sich das Hauptproblem dieser Fälle in veränderter Form erneut: Zunächst war das Opfer damit einverstanden, dass der Angeklagte das Herausziehen seines Gliedes unterlässt, vielmehr wollte es penetriert werden. Erst ab dem Zeitpunkt (den das Opfer selbst nicht kennt), ab dem der Angeklagte merkt, dass der „point of no return“ kurz bevorsteht, besteht für das nachfolgende Unterlassen kein Einverständnis mehr. Konsequenterweise ist also erneut zwischen zwei Verhaltensweisen, einmal mit und einmal ohne Einverständnis, zu differenzieren. Konkret müsste das spätere Unterlassen eigene Qualität im Verhältnis zum ersten Unterlassen haben. An dieser Stelle helfen Merkmale wie eine zeitliche Zäsur oder der Wegfall einer physischen Barriere nicht weiter. Sie sind erst recht nicht auf ein Unterlassen übertragbar. Lediglich in einer Folgenbetrachtung ließe sich mit dem erhöhten Spermakontakt argumentieren. Im Ergebnis überzeugt dies aber aus den schon beim aktiven Tun aufgezeigten Gründen (D.IV.3.) nicht. Damit scheitert die Anknüpfung an ein Unterlassen daran, dass das nicht einverständliche Unterlassen nicht vom restlichen Geschehen im Sinne der Rechtsprechung der eigenen Handlungsqualität unterschieden werden kann.

G. Fazit

Konkludierend lässt sich sagen, dass die Behauptung „Die in den vorgenannten Entscheidungen aufgestellten Maßstäbe können auch vorliegend herangezogen werden“⁴³ falscher kaum sein könnte. Auch beim Stealthing unterbleibt heimlich die Verhütung. Ansonsten sind die Fälle aber völlig anders gelagert. Allein aus dem erstgenannten Umstand scheint das Gericht jedoch abgeleitet zu haben, dass dieser Fall, der ähnlich wirkt, auch ähnlich zu bestrafen ist. Als Pendant zur Penetrationshandlung mit Kondom, die im Verhältnis zur Penetrationshandlung ohne Kondom eine Handlung eigener Qualität ist, wurde mit der Ejakulation an etwas angeknüpft, was nicht einmal überhaupt eine

Handlung ist und selbst wenn es eine wäre, keinen der Maßstäbe erfüllt, die für das Merkmal der eigenen Handlungsqualität bisher angeführt wurden. Bemerkenswert ist, dass das Gericht diese Maßstäbe nicht nur nicht erwähnt hat, sondern sich auch nicht mit ihnen auseinandergesetzt zu haben scheint. Das zeigt sich daran, dass es die Unsicherheit der Verhütungsmethode für unbeachtlich hält.⁴⁴ Einer der Maßstäbe für die Stealthing-Strafbarkeit war es aber gerade, dass Geschlechtsverkehr mit Kondom als „Safer Sex“ bekannt ist (D.III.4.), also genau das Gegenteil. Das Gericht hätte sich mit der Materie genauer auseinandersetzen müssen, statt oberflächlich und begründungsarm von Vergleichbarkeit und Strafbarkeit auszugehen. Höchstwahrscheinlich wird sich dieser Rechtsfehler jedoch nicht auswirken, denn eine Verurteilung wegen abredewidrig unterlassenem Coitus Interruptus bleibt trotz dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung unwahrscheinlich, weil sich die subjektive Seite schwerlich beweisen lassen wird, wie auch das Gericht am Ende bemerkt.⁴⁵ Es müsste nachgewiesen werden, dass sich der Angeklagte bewusst über die Absprache hinweggesetzt hat und nicht versehentlich durch eine falsche Annahme über das unmittelbare Bestehen des Orgasmusreflexes in die Geschädigte ejakuliert hat. Vorsatz ist bei einem bewusst abgezogenen Kondom beim Stealthing hingegen leicht nachweisbar. Selbst in dieser Hinsicht sind die Fälle also völlig unterschiedlich gelagert.

H. Lösungsvorschlag für ähnliche zukünftige Fälle (Ausblick)

Im Bereich der Sexualität gibt es so viele Ausprägungen, dass ständig mit neuartigen Fallgestaltungen zu rechnen ist, bei denen sich der eine Teil zwar grundsätzlich damit einverstanden erklärt, dass sexuelle Handlungen vorgenommen werden, eine bestimmte Verhaltensweise aber nicht will. In solchen Fällen wird es durch die aktuelle Rechtsprechung stets darauf ankommen, ob die beanstandete Handlung im Verhältnis zum restlichen Geschehen eigene Handlungsqualität aufweist. Nachfolgend soll deshalb der Versuch unternommen werden, die bisherigen Argumente für eigene Handlungsqualität beim Stealthing in abstrakt generelle Kriterien für eigene Handlungsqualität auszudrücken, anhand derer im Einzelfall abzuwägen ist.

1. Zwingend erforderlich ist, dass überhaupt eine *Handlung* i. S. d. Strafrechts vorliegt.
2. Ebenfalls zwingend erforderlich ist, dass eine *Abredeabweichung* die Erheblichkeitsschwelle des § 184h Nr. 1 analog erreicht. Es darf sich also nicht um ein Verhalten handeln, das im Lichte eines Einverständnisses des Opfers mit einer normativ ähnlichen Handlung unerheblich erscheint.
3. Ein denkbare Kriterium ist eine *zeitliche Zäsur* zum restlichen konsensualen sexuellen Geschehen.

⁴² Heuchemer in: Beck-OK, (Fn. 39), Rn. 36; Bosch in: Schönke/Schröder, (Fn. 33), Rn. 26; vgl. auch Weigend in: LK-StGB, Band 1, 4. Aufl., 2020, § 13, Rn. 34.

⁴³ OLG Hamm, NStZ-RR 2022, 276 (277).

⁴⁴ OLG Hamm, NStZ-RR 2022, 276 (277).

⁴⁵ OLG Hamm, NStZ-RR 2022, 276 (277).

4. Außerdem kann damit argumentiert werden, dass die Art des sexuellen Kontaktes objektiv eine deutlich andere ist, da eine andere oder *zusätzliche Intimität* hergestellt wird (angelehnt an D.IV.2.).
5. Als weiteres Kriterium ist eine *Folgenbetrachtung* denkbar. Es ist also danach zu fragen, ob durch gerade diese Handlung andere Folgen des sexuellen Kontaktes zu erwarten sind.
6. Schließlich kann auch darauf abgestellt werden, ob das Verhalten *gesellschaftlich als etwas Eigenes verstanden* wird. Das liegt in der Regel dann vor, wenn sich ein eigener Begriff herausgebildet hat.

Bei konsequenter Anwendung dieser Kriterien lassen sich die verschiedensten Fallgestaltungen mit überschrittenen Abreden lösen:

Wird abredewidrig Analverkehr statt Vaginalverkehr vollzogen, handelt es sich um eine Handlung im strafrechtlichen Sinne und diese ist nicht unerheblich. Bei Anwendung der Kriterien stellt man fest, dass beim Wechsel von Vaginal- zu Analverkehr eine zeitliche Zäsur erforderlich ist, im Eindringen in eine weitere Körperöffnung wird eine höhere Intimität hergestellt und in der Gesellschaft wird dieses Vorgehen, erkennbar am Begriff Analsex, als etwas Eigenes verstanden. Obwohl keine weitreichenderen Folgen als beim Vaginalverkehr zu erwarten sind, würde eine Gesamtabwägung nach diesen Kriterien ergeben, dass eigene Handlungsqualität besteht.

Wird beim Oralverkehr das Glied weiter in den Rachen des Partners geführt als abgesprochen („forciertes tiefes orales Eindringen“) liegt zwar ebenfalls eine erhebliche Handlung vor, es besteht hier jedoch keine zeitliche Zäsur, die Intimitätslage ist dieselbe, es wird gesellschaftlich nicht als etwas Eigenes verstanden und es bestehen keine weiteren Folgen. Hier kommt eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 also nicht in Betracht.

Der dem Stealthing ähnliche Sachverhalt des AG Bielefeld, bei dem die Angeklagte vor dem Beischlaf mit dem Geschädigten ein Kondom in der Absicht durchstach von diesem schwanger zu werden,⁴⁶ ist bei Anwendung der Kriterien ebenfalls als sexueller Übergriff zu werten, weil eine erhebliche Handlung vorliegt, die für den Mann als Folgen Geschlechtskrankheiten und eine ungewollte Vaterschaft hervorrufen kann, bei gesellschaftlicher Betrachtung vom Aliud des Safer Sex abweicht, dieser Verkehr vom restlichen Geschehen zeitlich hervorsteicht und durch die Ermangelung einer physischen Barriere eine höhere Intimität erreicht wird.

In Zukunft sollten Gerichte bei neuen Sachverhalten im Bereich des sexuellen Übergriffes durch Abredeüberschreitung keine vorschnellen Vergleiche ziehen, sondern anhand dieser oder anderer einheitlicher Kriterien fallbezogen entscheiden, um dem Facettenreichtum sexualstrafrechtlicher Sachverhalte gerecht zu werden.

⁴⁶ AG Bielefeld, Urt. v. 02.05.2022, 10 Ls – 566 Js 962/21 – 476/21, juris.