



Institut suisse de droit comparé  
Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung  
Istituto svizzero di diritto comparato  
Swiss Institute of Comparative Law

**E-Avis ISDC 2020-03**

# RECHTLICHE EINORDNUNG SEXUELLER ÜBERGRIFFE OHNE EINVERSTÄNDNIS

**Belgien, Deutschland, England & Wales,  
Österreich, Schweden**

**Stand: 31.05.2020**

**Vorgeschlagene Zitierweise:** K. Nadakavukaren Schefer / J. Curran / J. Fournier / A.-G. Kleczewski /  
H. Westermarck,  
Rechtliche Einordnung sexueller Übergriffe ohne Einverständnis, Stand 31.05.2020.

*E-Avis ISDC 2020-03, verfügbar unter [www.isdc.ch](http://www.isdc.ch).*

---

*Dieses Dokument darf ausschliesslich zu privaten Recherchezwecken heruntergeladen werden. Jegliche Vervielfältigung zu anderen Zwecken, ob als Ausdruck oder elektronisch, bedarf der Zustimmung des Instituts. Das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung lehnt jede Haftung aus einer anderweitigen als der akademischen Verwendung des Textes ab.*

---

**E-Avis ISDC**

*Série de publications électroniques d'avis de droit de l'ISDC / Elektronische Publikationsreihe von Gutachten des SIR / Serie di pubblicazioni elettroniche di pareri dell'Istituto svizzero di diritto comparato / Series of Electronic Publications of Legal Opinions of the SICL*

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>ZUSAMMENFASSUNG</b> .....	<b>5</b>
<b>CRIMINAL LAW TREATMENT OF NONVIOLENT NONCONSENSUAL SEXUAL ACTIVITIES</b> .....	<b>7</b>
<b>Violence</b> .....	<b>8</b>
Violence/Force as an Element of Sexual Assault/Rape .....	8
Non-violent Sexual Acts: the Legal Debate .....	9
<b>Consent</b> .....	<b>12</b>
Influence of International Law.....	12
National criminal law .....	13
Stealthng.....	16
<b>Prevention of Non-consensual Sexual Behaviors</b> .....	<b>16</b>
<b>A. BELGIQUE</b> .....	<b>17</b>
1. Introduction.....	17
2. L’incrimination des agressions à caractère sexuel .....	17
2.1. L’attentat à la pudeur .....	17
2.2. Le viol.....	21
3. La sanction des agressions à caractère sexuel .....	24
4. La proposition de loi 2019.....	24
4.1 L’exigence d’une pénétration subie par la victime dans le cadre d’un viol.....	24
4.2. L’exigence de violence ou menaces dans le cadre de l’attentat à la pudeur .....	24
5. Les chiffres des agressions à caractère sexuel .....	25
5.1. Statistiques .....	25
5.2. Enquêtes .....	26
6. Le traitement des agressions à caractère sexuel par la justice .....	27
7. Incriminations alternatives.....	28
8. Les outils de nature autre que pénale.....	28
8.1. Action civile.....	28
8.2. Perspectives .....	28
8.3. Campagnes de prévention.....	29
<b>B. DEUTSCHLAND</b> .....	<b>30</b>
1. Sexuelle Übergriffe gegen den Willen/ohne Einverständnis und ohne Gewalt/Drohung .....	30
1.1. Strafandrohung.....	31
1.2. Strafbarkeit als Vergewaltigung.....	34
1.3. Statistische Angaben zu Anzeigen und Urteilen .....	35
1.4. Handhabung in der Praxis.....	36
2. Straftatbestand für „Stealthng“ .....	37

2.1. Strafandrohung in Relation zur Vergewaltigung.....	39
2.2. Strafandrohung in Relation zu nicht gewalttätigen, aber nicht einvernehmlichen Übergriffen .....	39
3. Nicht gewalttätigem, aber problematischem Sexualverhalten vorbeugen .....	40
3.1. Zivilrechtliche Möglichkeiten .....	40
3.2. Andere Arten staatlicher Intervention.....	40
<b>C. ENGLAND AND WALES .....</b>	<b>42</b>
1. Sexual assault or sexual intercourse without consent and in the absence of violence or threats of violence .....	42
1.1. Introduction .....	42
1.2. Sexual assault offences relying on the absence of consent.....	42
1.3. Consent .....	43
1.4. In practice .....	45
2. Deceptive behaviour during sexual intercourse.....	47
3. State or non-state mechanisms to prevent non-violent but problematic sexual behaviour ....	50
<b>D. ÖSTERREICH.....</b>	<b>52</b>
1. Sexuelle Übergriffe gegen den Willen/ohne Einverständnis und ohne Gewalt/Drohung .....	52
1.1. Strafandrohung .....	56
1.2. Strafbarkeit als Vergewaltigung.....	57
1.3. Statistische Angaben zu Anzeigen und Urteilen .....	57
1.4. Handhabung in der Praxis.....	58
2. Straftatbestand für „ <i>Stealth</i> ing“ .....	58
2.1. Strafandrohung in Relation zur Vergewaltigung .....	59
2.2. Strafandrohung in Relation zu nicht gewalttätigen, aber nicht einvernehmlichen Übergriffen .....	59
3. Nicht gewalttätigem, aber problematischem Sexualverhalten vorbeugen .....	59
3.1. Zivilrechtliche Möglichkeiten.....	59
3.2. Andere Arten staatlicher Intervention .....	60
<b>E. SWEDEN .....</b>	<b>62</b>
1. Is sexual assault or sexual intercourse against the will / without the consent of the victim, in the absence of violence or threats of violence, a punishable offence?.....	62
1.1. Introduction .....	62
1.2. Requirement of consent following the 2018 reform.....	62
1.3. Temporal scope of voluntariness .....	64
1.4. Application in practice .....	64
1.5. Criticism of the 2018 reform .....	65
2. What is the penalty, if it amounts to a criminal offence, for a sexual partner to engage in deceptive behaviour during sexual intercourse ("stealth	65

- 3. Are there governmental or non-governmental mechanisms to prevent non-violent but problematic sexual behaviour? ..... 67
  - 3.1. Civil law remedies ..... 67
  - 3.2. Government initiatives and funding to programmes for the prevention of sexual violence and harassment ..... 67
    - 3.1. Non-governmental organisations and initiatives ..... 68

## ZUSAMMENFASSUNG

Am 13. Februar 2020 beauftragte das Bundesamt für Justiz (BJ) das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung (SIR) damit, die folgenden Fragen zu beantworten:

1. Gibt es eine Strafandrohung für sexuelle Übergriffe bzw. Geschlechtsverkehr gegen den Willen / ohne Einverständnis des Opfers, ohne dass Gewalt oder Drohung angewendet wird?
2. Unter welchem Strafbestand wird täuschendes Verhalten eines Sexualpartners während des Geschlechtsverkehrs («Stealthing») bestraft, wenn überhaupt?
3. Gibt es staatliche oder nicht staatliche Interventionen, um nicht gewalttätigem, aber problematischem Sexualverhalten vorzubeugen?

Diese Fragen wurden für Belgien, Deutschland, England und Wales<sup>1</sup>, Österreich, sowie für Schweden bearbeitet.

Zusammenfassend gesagt geht aus den Antworten deutlich hervor, dass die Rechtsordnungen das Sexualstrafrecht sehr differenzierend geregelt haben. Dabei sind Schweden und England und Wales Vorreiter hinsichtlich des Schutzes der sexuellen Autonomie.

1. Alle untersuchten Rechtsordnungen verfügen über Sexualstrafvorschriften, welche sexuelle Übergriffe gegen den Willen des Opfers auch dann unter Strafe stellen, wenn weder Gewalt noch Drohung angewendet wurde. Ebenso verfügen alle untersuchten Rechtsordnungen über Strafvorschriften für Geschlechtsverkehr gegen den Willen des Opfers, ohne dass Gewalt oder Drohung angewendet wird. Die genaue Ausgestaltung und Benennung dieser Vorschriften unterscheidet sich dabei jedoch. Mit Ausnahme von Deutschland sehen die hier untersuchten Rechtsordnungen jeweils eine höhere Strafe vor, wenn die Tat unter Anwendung von Gewalt oder Drohung begangen wird. Obwohl Belgien, Deutschland und Österreich nur vorsätzliche Übergriffe bestrafen, bedroht Schweden auch die fahrlässige Vergewaltigung mit Strafe. In England und Wales wird der Vorsatz insofern verobjektiviert, als dass der Täter sich nicht nur dann strafbar macht, wenn ihm die fehlende Einwilligung bewusst war, sondern auch dann, wenn er sich dessen objektiv betrachtet hätte bewusst sein müssen.
2. Obwohl täuschendes Verhalten in den untersuchten Rechtsordnungen die Einwilligung des anderen unbeachtlich werden lassen kann, ist diese Möglichkeit in allen Rechtsordnungen nur sehr beschränkt gegeben. In keiner der untersuchten Rechtsordnungen findet *Stealthing* Erwähnung in der Verwaltungsvorschrift. Die Entwicklungen in diesem Bereich sind unterschiedlich. In England wurde bereits ein Mann aufgrund von *Stealthing* wegen Vergewaltigung verurteilt, auch in Deutschland gab es eine Verurteilung aufgrund von *Stealthing*, allerdings wegen sexuellen Übergriffs. In Rechtsordnungen, in denen bisher keine *Stealthing*-Fälle vor Gericht entschieden werden mussten, wird auch weniger über das Thema diskutiert: In Österreich findet sich nur wenig Literatur zu *Stealthing*, gleiches gilt für Schweden und Belgien. Nichtsdestotrotz wurde die Möglichkeit, *Stealthing* als Vergewaltigung zu bestrafen, in Belgien von einem namhaften Vertreter der Justiz befürwortet, wobei für Schweden eher eine gegenteilige Auslegung vermutet werden kann. In Deutschland, wo es eine rege Diskussion zu diesem Thema gibt, nimmt etwa die Hälfte der sich hierzu äussernden Lehre eine Vergewaltigung an.
3. In jeder der untersuchten Rechtsordnungen besteht die Möglichkeit, vor den Zivilgerichten gegen sexuelle Handlungen gegen den Willen des anderen vorzugehen. Solche Klagen können mit dem Strafverfahren verbunden oder als eigenständiges Zivilverfahren durchgeführt werden.

---

<sup>1</sup> Schottisches Recht wurde hier nicht berücksichtigt; deshalb „England und Wales“ statt „UK“.

Informationskampagnen sind in allen untersuchten Ländern verbreitet, sowohl von öffentlichen Einrichtungen wie von Nichtregierungsorganisationen. Viele Programme richten sich an Schulkinder oder Studierende. In Schweden werden zudem spezifische Trainings für kritische Berufe als Pflichtteil der Ausbildung gemacht.

## INTRODUCTION: CRIMINAL LAW TREATMENT OF NONVIOLENT NONCONSENSUAL SEXUAL ACTIVITIES

The current understanding of Swiss criminal law on sexual activities finds it to be generally directed at making coerced sexual activities illegal in order to protect sexual liberty and honor.<sup>2</sup>

### Article 189<sup>3</sup>

#### Sexuelle Nötigung

<sup>1</sup> *Wer eine Person zur Duldung einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe bestraft.*

<sup>2</sup> [...]

<sup>3</sup> *Handelt der Täter grausam, verwendet er namentlich eine gefährliche Waffe oder einen anderen gefährlichen Gegenstand, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.*

### Article 190

#### Vergewaltigung<sup>4</sup>

<sup>1</sup> *Wer eine Person weiblichen Geschlechts zur Duldung des Beischlafs nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.*

<sup>2</sup> [...]

<sup>3</sup> *Handelt der Täter grausam, verwendet er namentlich eine gefährliche Waffe oder einen anderen gefährlichen Gegenstand, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.<sup>2</sup>*

As is clear from the text, both the general offence of indecent assault (“Sexuelle Nötigung”; StGB Art. 189) and the specific offence of rape (“Vergewaltigung”; StGB Art. 190) require “force” (“*Wer eine Person [...] nötigt*”), but as commentary explains, it is not “force” as such, but rather violence (“*indem er [...] Gewalt anwendet*”), that characterizes the offense.<sup>5</sup>

Commentators assert that the offender must either use more than a minimal amount of force, issue a significant threat, or exert some form of psychological pressure on the victim to be convicted under the Code.<sup>6</sup> Indeed, while the Bundesgericht has clarified that psychological pressure can also be an instrument of sexual assault, for “force”, it has also noted that “[e]ine nur geringfügige Kraftanstrengung genügt allerdings nicht, wenn dem Opfer nach Lage der Dinge Widerstand möglich und zumutbar ist.”<sup>7</sup> Trechsel/Pieth mention that one could argue that non-violent acts could fall within

<sup>2</sup> Title Five of the Criminal Code lists the «Offences against Sexual Integrity». The official translations of Articles 189 and 190 speak of “Offences against sexual liberty and honour”. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/index.html> (6 March 2020).

<sup>3</sup> StGB Art. 189 (footnotes omitted).

<sup>4</sup> StGB Art. 190 (footnotes omitted).

<sup>5</sup> Stefan Trechsel and Mark Pieth, *Schweizerisches Strafgesetzbuch: Praxiskommentar*, 3d ed. 1096, para.5 (2018). Id. at 1095, para.3 („Das Gesetz äussert sich in verwirrender Weise zum Tatmittel. Die Marginale spricht von „Nötigung“ und der Text übernimmt zunächst auch das entsprechende Verb [...]. Damit kann jedoch keine Verweisung auf Art. 181 gemeint sein, weil nun exemplifiziert wird [...]).“).

<sup>6</sup> Stefan Trechsel and Mark Pieth, *Schweizerisches Strafgesetzbuch: Praxiskommentar*, 3d ed. 1094-6 (2018).

<sup>7</sup> BGE, 6S.292/2005.

the scope of Article 189, but they dismiss this as “theoretical” and note that there are no examples of such claims known to them.<sup>8</sup>

## Violence

The centrality of violence to the offense of rape in the Swiss Criminal Code is similar to the traditional inclusion of violence as an element of the crimes of sexual assault and rape in many jurisdictions of the world.<sup>9</sup>

### Violence/Force as an Element of Sexual Assault/Rape

Nearly all civil law jurisdictions in Europe, as well as Russia and other Eastern European states, like the StGB, have traditionally focused exclusively on violence in their definitions of rape. Historically, Blackstone’s 1765 Commentaries combines the use of physical force with non-consent (“the crime of rape, *raptus mulierum*, or the carnal knowledge of a woman forcibly and against her will”<sup>10</sup>) - a position that China<sup>11</sup>, Costa Rica<sup>12</sup>, the United States federal criminal code and a majority of U.S. States adopted<sup>13</sup>.

The common law, however, rejects the requirement of force, relying solely on the concept of non-consensual sexual interactions to define sexual assault. This is therefore the current statutory approach in England and Wales and most jurisdictions influenced by the British legal system (including Canada, Australia, South Africa, India, Ireland), as well as civil law jurisdictions, including Belgium and Germany, both of which have criminal codes that omit the force requirement from the general offence of sexual assault and (or, in the case of German, including rape). Sweden, too, has recently revised its criminal code and now not only does not require violence for rape, but also includes an offence of negligent rape and an offence of negligent sexual violence, both of which rely on the non-consent of the victim.

Of the jurisdictions studied that continue to have a specific offense of “rape”, only Austria continues to require the use of force for the definition of rape. Having violence the (or a) defining element of the crimes of sexual assault and/or rape makes sense from a functional perspective: requiring violence for proof of a claim of sexual assault helps to prove that consent to the sexual activity was lacking. This is reflected in the laws or practice of, for example Belgium, where proof of violence is taken as an indicator of a lack of consent. Moreover, maintaining violence as an element of the crime may have a signaling function. As one commentator wrote, it “is understandable in terms of convincing victims that they are not to blame, and in convincing others that [...] rape is a serious social problem”.<sup>14</sup> The

<sup>8</sup> Stefan Trechsel and Mark Pieth, *Schweizerisches Strafgesetzbuch: Praxiskommentar*, 3d ed. 1095 (2018).

<sup>9</sup> See MacKinnon, *Rape Redefined*, 10 *Harv. L. & Pol’y Rev.* 431, 437-438, n. 26 and accompanying text (2016).

<sup>10</sup> William Blackstone, *4 Commentaries on the Laws of England*, Chapter 15: Of Offenses Against the Persons of Individuals III (1765-1769).

<sup>11</sup> Jinlei Zang, *A Comparative Study on the Subjective Aspects of Rape Crime: On the Modification of the Subjective Aspects of Rape Crime in China*, 9 *Journal of Chongqing University of Technology (Social Science)* 119 (2016), p. 126.

<sup>12</sup> W. Montenegro Reyes, *Código Penal con Jurisprudencia*, Tomo II, Parte Especial, San José 2019, pp. 337-354.

<sup>13</sup> *Id.* at n. 26 and accompanying text. The US State criminal codes vary in their approaches, as set out by MacKinnon in her extensive footnote reflecting the then-current status of elements of the offense.

<sup>14</sup> Ruth Graham, *Male Rape and the Careful Construction of the Male Victim*, 15 *Soc. & Legal Stud.* 187, 200 (2006).



harm of a rape performed with violence is therefore more clearly societal. A focus on violence also permits the focus of a prosecution to be on the actions of the accused, rather than on the actions (or inactions) of the victim – a focus numerous commentators see as preferable to looking at the victim’s conduct.<sup>15</sup>

At the same time, including violence as a criterion for rape is controversial in the context of current movements to reform criminal law to attend more to the demands for sexual autonomy. Advocates for international women’s rights note that violence or force requirements in rape statutes include the practical problems of non-violent acts or even circumstances leading to unwanted sexual contacts, as well as the undervaluing of the harm caused by non-physical sexual conduct.<sup>16</sup>

### Non-violent Sexual Acts: the Legal Debate

A wide debate on the question of how to approach non-violent sexual acts began to emerge in the late twentieth century. Feminist legal literature had been pointing to the element of violence in sexual relations by the 1970s.<sup>17</sup> This literature took as a starting point the recognition of the male’s dominance over the female.<sup>18</sup> The underlying idea spurred deeper thinking about the contours of how that dominance – characterized as violence – interacts with criminal law, and in particular with the law of sexual violations.

Catharine MacKinnon, one of the earliest and most influential of the “radical feminist” scholars, developed what is known as the sexual subordination theory.<sup>19</sup> According to this theory, the “violence” of rape need not be reflected by the use of physical force. Rather, the violence lies in the structure of the relationship between the perpetrator and the victim. The social structure of male dominance-female subordination means that sexual violence “*symbolizes and actualizes [...] is both an indication and practice of*”<sup>20</sup> the inequality of the sexes. MacKinnon captured the main tenet of her approach in the opening sentence of her 2016 article, *Rape Redefined*: “*Rape is a crime of gender inequality*”.<sup>21</sup>

---

<sup>15</sup> E.g., Lucy Reed Harris, *Towards a Consent Standard in the Law of Rape*, 43 U. Chic. L. Rev. 613, 618 n. 28 and accompanying text (1976) (noting that some scholars feel that force should be the only element of the crime of rape, in order to avoid focusing on the victim’s actions; citing S. Brownmiller, *Against Our Will: Men, Women and Rape* (1975) and Landau, *Rape: The Victim as Defendant*, 10 Trial 19 (July-Aug. 1974).

<sup>16</sup> The Advocates for Human Rights, *Force and Resistance Requirements* (10 February 2009) ([http://www.stopvaw.org/force\\_and\\_resistance\\_requirements](http://www.stopvaw.org/force_and_resistance_requirements); viewed 6 March 2020).

<sup>17</sup> See Susan Estrich, *Rape*, 95:6 Yale L.J. 1087, 1090, notes 4 and 5 (1986) (listing many articles calling for reform of rape law from 1972 through 1983).

<sup>18</sup> See generally, Catharine A. MacKinnon, *Feminism Unmodified* (1987).

<sup>19</sup> Meagan Malone, *A Critique of Catharine MacKinnon’s Sex-Based Theory of Rape*, Georgia State University Philosophy Theses 5-6 (3 May 2017) (terming MacKinnon’s ideas “the sexual subordination theory” rather than the “radical feminist theory of rape”, because scholars of radical feminism disagree about how to characterize rape).

<sup>20</sup> Catherine MacKinnon, *Reflections on Sex Equality Under Law*, 100:5 Yale L.J. 1281, 1302 (1991). MacKinnon continues by positing that rape is also a means of maintaining the male’s dominance: “Rape is an act of dominance over women that works systemically to maintain a gender-stratified society in which women occupy a disadvantaged status as the appropriate victims and targets of sexual aggression.” *Id.*

<sup>21</sup> Catharine A. MacKinnon, *Rape Redefined*, 10 Harv. L. & Pol’y Rev. 431 (2016). In a footnote, she clarifies that her theory is not about biological females and biological males, but rather about social females and social males: “Gender, not sex, is the issue of sexual violation. [...] Masculinity is the issue, not sexual orientation”. *Id.* at 431, n. 3. A commentator notes, “While not saying all intercourse is rape, the sexual subordination theory makes the two difficult to distinguish.” Chiesa, at 433 (footnote omitted).

More so than in other areas of the law, feminist legal theory has been having a profound effect on criminal law in the United States and on international criminal law since the 1970s.<sup>22</sup> Court decisions and revisions of criminal statutes in jurisdictions where force remains an element of rape and assault now regularly find that non-physical coercion (such as psychological or economic pressure) can satisfy the statutory element of force.<sup>23</sup> There are also examples of effectively emasculating the force requirement altogether, as in the widely commented-upon New Jersey case of *State ex rel. MTS*.<sup>24</sup> Resting on the feminist-inspired revision of criminal law in the US to inform his understanding of the law, the judge in *MTS* found that the force required for penetration of the victim sufficed to fulfil the statutory requirement: “an interpretation of the statutory crime of sexual assault to require physical force in addition to that entailed in an act of involuntary or unwanted sexual penetration would be fundamentally inconsistent with the legislative purpose”.<sup>25</sup>

The expansion of the definition of force, however, is not the only focus of reform. Some argue that force as an element of sexual crimes needs to be eliminated altogether. For these authors, rape and other sexual assault should be defined only by the perpetrator’s act and the victim’s lack of consent.

One scholar, for example, writes that from a criminal law point of view,

*“recognizing power of male sexual pressure does not solve the legal problem because, as usual, a major part of the legal problem is a boundary (“line-drawing”) problem. Despite the undoubted value of legal analysis or cultural criticism that points to commonalities between physical violence and social, economic, or psychological pressure, the job of legal scholarship is not finished until a workable boundary between permitted and regulated conduct has been identified. And in the case of rape, the boundary problem is acute. If disparities in economic and social power are coercion, then [...] rape is implicit in nearly every heterosexual relationship.*

*The move to expand the conception of force thus has much truth to it but no stopping point. In that sense it is too radical. [...] But the dominance approach is also too conservative because it remains linked to notions of force. In actual administration, it is almost certain to be held back by the cultural preconceptions that determine what force means to the many police, prosecutors, judges, and jurors who are not feminists. [...]*<sup>26</sup>

The problems of relying on broader definitions of “violence” to establish the offense of sexual assault are also highlighted in literature examining male-on-male rape.<sup>27</sup> Relatively new as a crime of sexual assault, the offense of male rape often also includes violence (or force) as an element to be established by the prosecution. While anecdotal evidence does suggest a prevalence of violence accompanying

<sup>22</sup> MacKinnon herself was a discussion partner for the American Law Institute during its revision of the U.S. Model Penal Code provision on sexual violence. She was also a Special Gender Advisor to the International Criminal Court. See MacKinnon, *Rape Redefined*, supra, at n. \*.

<sup>23</sup> Patricia J. Falk, *Rape by Fraud and Rape by Coercion*, 64 *Brook. L. Rev.* 39, 125-132 (1998).

<sup>24</sup> *State ex rel. MTS*, 129 N.J. 422, 609 A.2d 1266 (N.J. 1992). In this New Jersey case, the judge had to apply the statutory elements of physical force or coercion to a situation in which the accused had engaged in sexual intercourse without consent but also without any use of additional physical force. The judge first recounted the development of rape law from the common law’s dual requirements of “carnal knowledge” and non-consent (here, the judge diverged from Blackstone’s view, which requires force as well as penetration and lack of consent), to the US tradition of additionally requiring physical force as proof of the non-consent, and finally to the feminist-inspired reform in the law to eliminate the need for the victim to struggle to prove her non-consent.

<sup>25</sup> 129 N.J. at 443.

<sup>26</sup> Stephen J. Schulhofer, *The Feminist Challenge in Criminal Law*, 143:6 *U. Pa. L. Rev.* 2151, 2176-2177 (1995).

<sup>27</sup> See Graham, *Male Rape and the Careful Construction of the Male Victim*, supra n. ---.

rape when the victim is heterosexual, the question of nonviolent but nonconsensual acts arises for homosexual men just as it does for women. The relevance of violence is therefore as open to question – when the victim’s perspective is taken – for males as it is for females. One scholar explained the problem as follows:

*“Unwanted sexual violation revolves around the concepts of consent and/or force, because there is a myth that the nonconsenting body will necessarily fight back. [...]*

*“[... T]he commitment to an image of male rape as 'violent' risks falling into the same trap as did past debate about the rape of women. The problem with relying on the harm of physical violence and force to circumvent issues of consent is that this strategy only works for victims of attacks that are physically violent. And so, if the logic of 'physically violent equals non-consent' is followed to its conclusion, a lack of physical coercion or violence in sexual violation is implicitly (or even explicitly) equated with consent. [...] In short, some victims are constructed as less legitimate [...].”<sup>28</sup>*

Unless penetration of an individual’s body is itself defined to be violence, inclusion of the element of violence in the sexual assault offense almost certainly prevents a class of victims of unwanted sexual acts from having a recognizable claim. The answer to some scholars is to dispense with the element of force altogether.

The elimination of violence from the definition of criminal sexual assault, whether as rape or as a stand-alone offense, has occurred in a number of legal systems. Falk’s summary of her findings on nonforcible nonconsensual sexual crimes in the context of the various State statutes in the United States largely holds also for what has occurred in those European jurisdictions that have eliminated force requirements from their definitions of rape:

*“In legislative hands, the unitary concept of violent rape has given birth to a host of offspring differing in substantive make-up and degrees of severity and corresponding more closely to the varieties of sex offenders' real-world behavior. Several conclusions may be drawn [...].*

*“First, [...] legislatures have not criminalized rape by fraud or rape by coercion wholesale, they have been conservative in their work. The vast majority of legislatures have begun with the most noncontroversial and unassailable factual patterns. [...] [A] minority [...] prohibit a category of nonconsensual sexual crimes which fails to also require force, fraud, or coercion.*

*“Second, this new wave of statutory enactments outlawing fraudulent, coercive, or simply nonconsensual sexual offenses has not come at the cost of eliminating protection of citizens from forcible rape. Rather, states adopting these new statutes have retained their violent rape provisions, declining to treat the criminalization of nonviolent sexual offenses as an either-or proposition. [...]*

*“The final conclusion to be drawn [...] is that the diversity inherent in this grouping of new statutes is necessary to capture the broad range of defendants' conduct undertaken to accomplish sexual intercourse by fraudulent or coercive means. Because rape by fraud or rape by coercion is not an unitary phenomenon, [...] their legislative prohibition must be wide-ranging and multi-faceted. [...]”<sup>29</sup>*

Indeed, similar to what has been occurring in the United States, in both Germany and Sweden, rape by non-violent means remains alongside the violent rape provisions. The latter are more severely punished in both cases, although in Germany the criminal code uses a heightened level of a basic crime of assault and in Sweden the non-violent rape is contained within a separate offence of negligent rape.

<sup>28</sup> Graham, at 200 (footnotes omitted).

<sup>29</sup> Falk, at 131-132.

Belgium, too, has removed violence from the definition of rape, although the criminal code indicates that if violence is present, that indicates a lack of consent.

## Consent

Parallel to this discussion of power as a form of violence is the demand for greater recognition of women's autonomy. The individual's right to determine what will impact on her own health and reproductive system dictate for sexual autonomy to be protected.<sup>30</sup> Beyond avoidance of physical harm in the context of a woman's sexual behaviors, autonomy includes not only the right to agree or to disagree with whether to have sexual relations.

Thus, beyond reconsidering the element of violence, newly emerged definitions of sexual crime often have the concept of "lack of consent" as the key element to the offense. This allows for arguments that even non-violent acts that were nevertheless against the will of the victim could be considered assault or even "rape".

Such discussions of consent, however, must go even further, considering the autonomy implications of sexual behaviors that are conditioned on aspects such as with whom, when, which acts, and under what circumstances.<sup>31</sup> Much of the existing statutory law avoids addressing these questions directly, but discussions are beginning as the literature and court opinions have to grapple with the boundaries of consent.

## Influence of International Law

The 2014 entry into force of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Istanbul Convention)<sup>32</sup> established a firm norm that State Parties must ensure that rape and other acts of sexual violence against women are prosecuted as crimes. Significantly, the definition of rape and sexual violence are to include any non-consensual acts of a sexual nature. The Convention's Article 36 (Sexual violence, including rape) omits any reference to force, violence, or coercion, remaining tied to a broad notion of consent:

- 1 *Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalised:*
  - a. *engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object;*
  - b. *engaging in other non-consensual acts of a sexual nature with a person;*
  - c. *causing another person to engage in non-consensual acts of a sexual nature with a third person.*
- 2 *Consent must be given voluntarily as the result of the person's free will assessed in the context of the surrounding circumstances.*

[...]<sup>33</sup>

<sup>30</sup> See Sumayya Ebrahim, I'm Not Sure this is Rape, But: An Exposition of the Stealthing Trend, SAGE Open, 1-11, 3-5 (April-June 2019) (DOI: 10.1177/2158244019842201).

<sup>31</sup> E.g., J. Rubinfeld, The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy, 122 Yale L.J. 1372 (2012); J. Vidler, Ostensible Consent and the Limits of Sexual Autonomy, 17 Macquarie L.J. 104 (2017);

<sup>32</sup> Council of Europe, *The Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence*, November 2014, ISBN 978-92-871-7990-6, available at: <https://www.refworld.org/docid/548165c94.html> [accessed 26 February 2020]. Switzerland is a Party to this convention. Swiss reservations to the treaty do not apply to the rape provisions.

<sup>33</sup> Id. at Article 36.1, 36.2. Article 36.3 requires states to criminalize acts of sexual violence by current and former spouses and partners.

While the Convention's definition of consent demands "free will", it leaves substantial room for judicial discretion in determining what factors will be used to determine if consent existed when sexual relations have occurred - without physical or psychological violence - between adults.<sup>34</sup>

## National criminal law

The question of *how* consent must be expressed, *when* consent must be expressed, and the *scope* of consent (including whether it is conditional) underlie an area of criminal law development that is absorbing the legislatures, prosecutors and courts of countries around the world.

The basic questions of consent in rape (and therefore mainly those related to how to treat not overtly violent sexual behavior) are not new to criminal law. In the United States, where non-consent of the victim was (and remains) an element of the crime of rape, J.H. Beale wrote in 1895 that consent, no matter how procured (even if by fraud or by taking advantage of the victim's "weak mind"), prevented the perpetrator of a sexual act from being considered to have raped the victim.<sup>35</sup> Nearly one century later, Richard Posner considered the matter of fraud in the same way: "*Seduction, even when honeycombed with lies that would convict the man of fraud if he were merely trying to obtain money, is not rape*".<sup>36</sup> This view, while not unusual, cannot be said to be clearly indicative of practice.

In her 1986 article, "Rape", Susan Estrich examined historical scholarly discussions of consent before shaping her own arguments about rape by looking behind the presumptions about consent made by laws and courts.<sup>37</sup> Looking at the text of laws, Estrich underlined that the law as written means little in the area of rape. It is how police, prosecutors, juries, and judges apply the law (or do not) that makes the crime of rape so problematic.<sup>38</sup> Estrich noted that the U.S. approach to rape was very different from its approach to other criminal law in that there is no element of *mens rea* in rape. Rather, the lack of consent of the victim replaces any investigation of the perpetrator's mindset. This, she noted, shifts the interest in the trial to focussing on the victim and the victim's response. Her suggestion – particularly interesting in light of the current Swedish law – is to recognize both intentional and negligent rape as a crime, and to at least make "no means no" the standard.<sup>39</sup>

While Estrich was ahead of her time for the mid-1980s United States, she was not alone in calling for further consideration of the law. Soon afterward, questions of whether consent can be terminated in the middle of a sexual act generated more consideration. Using different terms reflecting the specific demands of the criminal codes, scholars wrote of "initial consent", "post-penetration rape", and "revoked consent" cases.<sup>40</sup>

---

<sup>34</sup> According to the Federal Council, the requirement of violence or coercion for a claim under Article 189 or Article 190 implies that the victim was subjected to the act against her will. See Stellungnahme des Bundesrates vom 21.11.2018, Interpellation von Martina Munz, Reformbedarf im Sexualstrafrecht und Anpassungen an die Istanbul Konvention (Interpellation 18.3889, 27 September 2018). Making the lack of consent an element of the offense, therefore, is considered unnecessary.

<sup>35</sup> J.H. Beale, Jr., Consent in the Criminal Law, 8 Harv. L. Rev. 317, 320-321 (1895).

<sup>36</sup> Richard Posner, Sex and Reason 392 (1994).

<sup>37</sup> Estrich, supra n. 16 (citing, with substantial criticism, inter alia, Beale, supra n. 35; Ernst W. Puttkammer, Consent in Rape, 19 Ill. L. Rev. 410 (1925)).

<sup>38</sup> Estrich at 1093 ("Finally, this Article is an argument that the law can make a difference - and that it should. But the answer is not to write the perfect statute. While some statutes invite a more restrictive application than others, there is no "model statute" solution to rape law, because the problem has never been the words of the statutes as much as our interpretation of them.").

<sup>39</sup> Estrich at 1102-1105.

<sup>40</sup> See Theodore Bennett, Consent Interruptus: Rape Law and Cases and Initial Consent, 19 Flinders L.J. 145, 147 at note 10 (2017).

A number of factors has contributed to the contemporaneous growth in interest in addressing the issues related to consent. The main one is the rise of attention being given to the global push for serious attention to be given to questions of sexual behavior as a sexualized use of power, whether in the form of violent rape or in the form of unwanted sexual advances. The #MeToo movement exemplifies this in contemporary settings, but was not the starting point nor does it capture all aspects of the sex-as-power thesis.<sup>41</sup>

Another factor may be the rise in dating apps that provide platforms for informal sexual relations.<sup>42</sup> The “hook-up” culture raises the possibility that non-violent but non-consensual sexual behavior will occur by fostering encounters between relative strangers, one of whom may consider consent to have been implied by the other’s acceptance of an invitation to meet, or by simply leading to acts of intimate relations between individuals who have not had a chance to understand the other’s expressions of consent (or lack thereof).

### Existence of Consent

Efforts to update the law on sexual assault have often focused on the criteria for determining the existence or absence of consent. There is a range of approaches taken in the jurisdictions examined regarding consent by adults. In England and Wales, legislation eases the prosecutor’s burden of proving a lack of consent by including presumptions of non-consent in certain factual situations. In Belgium, the provision on rape sets out an open list of examples of contexts demonstrating a lack of consent. In Germany, consent may be implied (in most cases) unless there is an objective indication of non-consent (“*nein heisst nein*”). In Sweden (and in specific constellations under German law), the willingness to engage in a sexual act needs to be granted before it will be deemed given. In Sweden, however, such voluntariness may be implicitly expressed. Thus, it is not entirely accurate to qualify the rule as “*ja heisst ja*”. The right to remain silently consensual is, in fact, an important factor of Swedish conceptions of the law. Silence is treated differently under Austrian criminal law. In Austria, the expression of non-consent must be clear – “*nein heisst nein*” does not require the perpetrator to have to imply non-consent that is not verbally or physically made express.

While the subtle differences in practice between the approaches to consent are yet to be fully understood, each is clearly aimed at promoting individuals’ sexual autonomy to the greatest extent possible while raising the level of legal protection from unwanted sexual encounters.

### Validity of consent

Another aspect of consent is its validity. Related to, but separate from whether or not consent is given is the question of whether the consent that is expressed can legally be considered a reflection of free will. National criminal statutes generally consider consent of individuals belonging to certain groups invalid. Thus, in all the jurisdictions researched here, the consent given by a minor is invalid. In most jurisdictions, persons who are drugged, asleep, or unconscious are deemed presumptively invalid (Austria, Belgium, Germany, Sweden, England and Wales), consent by persons with a mental or physical incapacity is also generally invalid, although in Germany, a clear indication of consent by a person with a disability can be considered valid. Finally, the use of violence is considered a factor in all studied systems that will make any consent expressed invalid.

---

<sup>41</sup> International efforts such as the Istanbul Convention follow on long-debates over questions of the status of “marital rape”, the Cairo Consensus, and the Beijing Declaration and Platform for Action.

<sup>42</sup> Anthony McCosker, Kath Albury, Tinonee Pym, Paul Byron, and Kane Race, *Swiping, Stealthing & Catfishing: Dating & Hookup Apps in the Media 11* (Swinburne Univ. of Technology, 2019) (citing Christian Gollayan, Woman victim of new sex trend after Tinder date, news.com.au, 5 May 2017, <https://www.news.com.au/lifestyle/relationships/sex/i-was-a-victim-of-stealthing/news-story/65214fd296a64cf0a88a515673fd46a7>.)

There is less uniformity on the question of the validity of expressions of consent given on the basis of incorrect or misleading information. Numerous articles and courts in common law jurisdictions (including those in the United States and England) have addressed the “fraud” issue in the context of consent, with some finding fraudulent inducements resulting in intercourse to be rape while others find it “lawful seduction”.<sup>43</sup> In the jurisdictions considered here, false indications of not having a disease (such as HIV) are treated differently, with Belgium and England and Wales generally finding such fraud may invalidate consent, but Sweden not invalidating consent on this basis (although it could be classified as a different offense). More similarities exist, on the other hand, in considering fraudulent inducements to engage in sexual relations as invalidating consent where the fraud aimed at disguising the nature of the act itself.

Mistake is also an issue of scholarly discussion where violence is not a criminal element of sexual assault or rape. In 2007, legal literature looked to how criminal law should treat sexual “miscues”.<sup>44</sup> Arising mainly out of growing awareness of acquaintance, or date, rape, authors began considering how to qualify sexual behaviors based on misunderstanding, misinterpretation, actively being misled, or “self-deception” about the victim’s consent.<sup>45</sup> Where there are varying standards of *mens rea*, mistake may provide for prosecution of a lesser form of rape. The most noteworthy example of the jurisdictions studied is the Swedish offense of negligent rape, where the perpetrator’s mistake will be judged according to the standard of reasonableness. In England and Wales the perpetrator’s unreasonable belief in the victim’s consent may still lead to a conviction for rape.

### Conditions of consent

The conditionality of consent and its revocability are further dimensions of legal thought around the world. In China, for example, there is a practice of considering consent in four dimensions: “whether, when, where, and how” intercourse is to take place.<sup>46</sup> Because a lack of any of the four dimensions can lead to a charge of rape<sup>47</sup>, any aspect of an individual’s consent that can be seen as a condition must be maintained throughout the interaction. If not, the act could be considered non-consensual.

In the jurisdictions studied, the conditionality of consent seems not to have been the subject of substantial discussion in the literature on sexual crimes until recently. Now the topic has arisen in respect of a particular sexual practice: stealthing.

---

<sup>43</sup> See Luis E. Chiesa, Solving the Riddle of Rape-by-Deception 35 Yale L. & Pol’y Rev. 407, 408-410 (2017) (reviewing various court decisions and reporting that Israeli and Scottish courts have considered false claims made to inducement someone to consent to sexual relations negated the consent – ie, upheld rape charges – while a New Jersey court refused to hold the accused liable for rape when he presented himself falsely).

<sup>44</sup> Meredith J. Duncan, Sex Crimes and Sexual Miscues: The Need for a Clearer Line between Forcible Rape and Nonconsensual Sex, 42 Wake Forest L. Rev. 1087 (2007).

<sup>45</sup> See, e.g., id.; Andrew E. Taslitz, Willfully Blinded: On Date Rape and Self-Deception, 28 Harv. J.L. & Gender 381 (2005).

<sup>46</sup> Li Chen, *An Analysis on the Conditions of Against the Will of Women in the Crime of Rape* (强奸罪违反妇女意志的细化分析), 22 People’s Judiciary (Ren Min Si Fa) (2008), p. 71. See also Yu Qi, *Right of Sexual Autonomy shall be Added in the Chapter of Personal Right*, 252 Jinan Journal (Philosophy and Social Sciences) 108, (2020), p. 119.

<sup>47</sup> See, e.g., Case (2007) Nan Xing Chu Zi No. 10.

## Stealthing

A 2017 article by Andrea Brodsky brought out questions regarding a practice incompletely reflected in existing law: stealthing.<sup>48</sup> In stealthing, a male removes his condom without knowledge of this fact by his partner. Often occurring after intercourse has begun, the criminal liability question is again related to consent – this time, the issue is one of whether consent can be asserted conditionally.<sup>49</sup>

Currently, no states of which we are aware *clearly* equate stealthing with rape, but English courts have recognized a principle by which stealthing can be considered rape and at least one rape prosecution successfully invoked this principle. A prosecutor in Belgium has also voiced support for finding stealthing to be rape, and in Germany approximately half of the criminal law community reportedly would find stealthing to be rape as well. Moreover, a number of jurisdictions would likely consider stealthing a sexual assault (a German charge of stealthing as rape was reduced on appeal to a sexual assault) and there is a growing interest among scholars<sup>50</sup> and some legislators<sup>51</sup> in categorizing stealthing as a crime on its own.

## Prevention of Non-consensual Sexual Behaviors

In most jurisdictions examined, civil claims for non-consensual sexual relations are available as they would be for any other assault. Thus, in Sweden, a civil claim that is filed along with a criminal claim will only succeed if the defendant is convicted, whereas a civil claim filed on its own can be successful independent of the outcome of a prosecution. In England and Wales, civil claims are separate from the criminal prosecution, permitting recovery of damages even where the defendant is not convicted in criminal court. There is also a theoretical possibility of bringing a private prosecution case based on criminal law.

All systems researched have awareness-raising campaigns on the question of consent between sexual partners, although not all are as specifically aimed at the non-violent forms of unwanted sexual behaviors. Austria has few such programs, but a number aimed at the general problem of violence against women and girls. In England, a number of police departments have started campaigns to raise awareness about the need to ensure the consent of all partners, as have university student groups and local governments. In Germany, the information programs appear to be aimed mainly at schoolchildren, often through the combined efforts of non-governmental organizations and the municipalities. Beyond campaigns aimed at school children, Swedish awareness-raising efforts include special programs built into professional education of key groups as well as targeted programs for asylum-seekers.

---

<sup>48</sup> Alexandra Brodsky, Rape-Adjacent: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal, 32 Colum. J. Gender & L. 183 (2017).

<sup>49</sup> Amanda Clough, Conditional Consent and Purposeful Deception, 2 J. Criminal Law 178 (2018).

<sup>50</sup> See report on Germany, in particular.

<sup>51</sup> In Costa Rica a legislator introduced a bill to create a separate sexual offense for stealthing. El Mundo, Paola Vega propone penalizar práctica de quitarse el condón sin consentimiento mutuo (17.07.19), available at: <https://www.elmundo.cr/costa-rica/paola-vega-propone-penalizar-practica-de-quitarse-el-condon-sin-consentimiento-mutuo/> (03.02.20). In Spain proposed legislation would remove the violence requirement from sexual assault/rape offenses, leaving only the question of consent. In such a constellation, the practice of stealthing as assault or rape would depend on the court's view of the conditionality or revocability of consent.



## A. BELGIQUE

### 1. Introduction

En Belgique, le Code Pénal (ci-après « CP ») incrimine les comportements à caractère sexuel qui offensent la victime et qui sont dès lors ressentis comme une agression. La caractéristique offensante découle habituellement de l'absence de consentement. Ces comportements à caractère sexuel peuvent être sanctionnés explicitement (voir « Incrimination des agressions à caractère sexuel »), ou indirectement à titre de toute autre infraction du Code Pénal (voir « Incriminations alternatives »). Une proposition de loi récente vise toutefois à faciliter l'incrimination explicite (voir « La proposition de loi 2019 »).

### 2. L'incrimination des agressions à caractère sexuel

Les agressions à caractère sexuel peuvent être sanctionnées par le biais de plusieurs infractions du CP. Dans le cadre du présent avis, nous abordons uniquement les deux dispositions de la section dédiée aux infractions « contre l'ordre de la famille et la moralité publique »<sup>52</sup> et qui incriminent spécifiquement des agressions à caractère sexuel. Il s'agit de l'article 373 CP relatif à l'attentat à la pudeur, et de l'article 375 CP relatif au viol. En fonction des actes concrètement posés, les deux infractions sont envisageables et pourraient même, dans certains cas, être poursuivies simultanément<sup>53</sup>. L'absence de violence physique n'empêche pas nécessairement la qualification en attentat à la pudeur ou viol, en ce que les deux incriminations existent également en présence d'autres éléments spécifiques de nature à ôter le consentement de la victime.

#### 2.1. L'attentat à la pudeur

L'attentat à la pudeur sur personne majeure est incriminé à l'article 373 CP, alinéa 1er :

*« Sera puni d'un emprisonnement de six mois à cinq ans, l'attentat à la pudeur commis sur des personnes ou à l'aide de personnes de l'un ou de l'autre sexe, avec violence, contrainte, menace, surprise ou ruse, ou qui a été rendu possible en raison d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale de la victime ».*

Notons d'emblée que vu le phrasé de l'article, l'attentat à la pudeur est possible lorsque la victime et l'agresseur sont du même sexe. Tel n'est pas nécessairement le cas pour le viol (voir *infra*).

Pour le surplus, l'infraction requiert ainsi la réunion de deux éléments constitutifs, à savoir (1) un acte et (2) la présence d'éléments de nature à ôter tout consentement. Si la présence de violence physique rend l'absence de consentement évidente, d'autres éléments particuliers peuvent également être pris en compte pour prouver cette absence. Une agression non-violente et qui par ailleurs n'est accompagnée d'aucune circonstance particulière, elle ne pourra par contre pas être incriminée à titre d'attentat à la pudeur.

<sup>52</sup> Articles 348-391octies CP.

<sup>53</sup> Notamment, la Cour de cassation a expressément confirmé qu'un viol peut en outre constituer un attentat à la pudeur (Cass. 16 juin 2004 & Cass., 8 décembre 1981 (Bull. et Pas., 1982, I, 476)

### 2.1.1. Un acte

A défaut de précisions dans l'article même, les actes exactement visés ont été spécifiés par la jurisprudence. L'acte doit ainsi être intentionnel, grave, mais sans nécessairement impliquer un contact physique. Dans tous les cas, il doit en outre être à la fois objectivement attentatoire, et immédiatement ressenti comme tel par la victime. La seule tentative de commettre un tel acte suffit<sup>54</sup>.

#### 2.1.1.1. Des actes intentionnels

L'auteur doit se rendre coupable d'un dol général, soit « *la conscience et la volonté de commettre l'acte interdit par la loi* »<sup>55</sup>. Il ne peut s'agir d'une omission.

#### 2.1.1.2. Des actes graves et attentatoires

L'infraction requiert des actes (a) d'une certaine gravité et (b) qui portent atteinte à l'intégrité sexuelle d'une personne<sup>56</sup>. L'intention de l'auteur doit concerner la seule réalisation de l'acte, mais ne doit pas nécessairement s'étendre au caractère grave et attentatoire de celui-ci<sup>57</sup>.

#### 2.1.1.3. Des actes avec ou sans contact physique

Les actes concernés ne doivent pas nécessairement impliquer un contact physique entre l'agresseur et la victime<sup>58</sup>. Il faut toutefois que le corps de la victime soit impliqué. Ainsi, forcer quelqu'un à se dénuder est un potentiel attentat à la pudeur, tandis que se dénuder devant sa victime (exhibitionnisme) n'en est pas un. Ce dernier cas de figure sera le cas échant sanctionné à titre d'outrage public aux bonnes mœurs.

Lorsque l'acte concerné est spécifiquement une pénétration, il est en outre envisageable de retenir la qualification de viol (voir *infra*).

#### 2.1.1.4. Des actes objectivement attentatoires

L'atteinte à l'intégrité sexuelle est un concept en principe défini objectivement, par référence à la conscience collective, et non à la perception de la victime. La conscience collective est quant à elle sujet à fluctuations au gré des époques.

---

<sup>54</sup> L'article 51 CP définit la tentative comme la manifestation de la résolution de commettre un crime ou un délit « *par des actes extérieurs qui forment un commencement d'exécution de ce crime ou de ce délit, et qui n'ont été suspendus ou n'ont manqué leur effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur* ». Les cas de tentative sont toutefois rares dans les statistiques policières tout comme devant les tribunaux, la preuve étant extrêmement compliquée à apporter.

<sup>55</sup> Cass, 6 février 2013.

<sup>56</sup> Cass, 7 janvier 1997, Pas, 1997, I, p. 32 : « *Het misdrijf aanranding van de eerbaarheid bestaat slechts wanneer handelingen met een zekere graad van zwaarwichtigheid worden gesteld, waardoor de seksuele integriteit van een persoon wordt aangetast, zoals deze door het collectief bewustzijn van een bepaalde maatschappij en op een bepaald tijdstip wordt ervaren* ».

<sup>57</sup> Cass. fr., 14 janv. 1826, Sir., 1826, 1, 370, cité par O. BASTYNS, « Attentat à la pudeur » in X., Droit pénal et procédure pénale, p. 11 : « *Le but de l'auteur ne présente pas d'importance au niveau de la réalisation de l'infraction dès lors que la pudeur de la victime a été blessée. L'attentat à la pudeur résulte du fait même, quelle que puisse être d'ailleurs l'intention de celui qui le consomme* ».

<sup>58</sup> Cass, 6 octobre 2004.

### 2.1.1.5. Des actes immédiatement attentatoires

L'attentat est une infraction instantanée<sup>59</sup>, de sorte les éléments constitutifs, dont l'atteinte à l'intégrité sexuelle, doivent exister au moment où l'acte a été posé. A cet égard, la jurisprudence a introduit une nuance particulière. Il n'y aurait pas attentat à la pudeur lorsque la victime réalise « après coup » que l'acte était de nature à la gêner ou causer un malaise. Il en serait ainsi notamment en cas de *groping* dans les transports en commun qui aurait été initialement perçu comme un simple accrochage, et dévoilé comme connoté sexuellement seulement postérieurement. La Cour de cassation a en effet considéré que le « *fait que la conscience collective considérerait, objectivement, les actes incriminés comme des actes blessant la pudeur ne pourrait, à lui seul, suffire* »<sup>60</sup>.

Au vu du point (d) ci-dessus, en pratique, il en résulte donc que l'acte doit être à la fois objectivement et subjectivement attentatoire. S'il ne l'est que subjectivement, cela ne suffit pas. De même s'il ne l'est qu'objectivement. La jurisprudence pourrait toutefois varier sur ce point, les cas où il y avait dissociation entre perception objective et subjective n'ayant pas été nombreux dans les décisions existantes.

### 2.1.2. L'absence de consentement

Même si un comportement est de nature à blesser la pudeur, ce dernier n'est pénalement sanctionné que si la prétendue victime n'y a pas consenti<sup>61</sup>. L'individu âgé de plus de 16 ans a en effet le droit de mener une vie sexuelle dont il décide librement des pratiques. Les divers éléments listés sont présumés de nature à ôter tout consentement dans le chef de la victime. Contrairement au cas du viol (voir *infra*), il s'agit d'éléments constitutifs de l'infraction. La liste est donc exhaustive. La preuve de ces éléments peut être rapportée par toutes voies de droit. Au vu de leur définition restrictive, il n'est pas toujours aisé de prouver l'existence de l'un des éléments requis. Le champ de l'attentat à la pudeur est dès lors de facto restreint, et exclut notamment les attouchements légers<sup>62</sup> ou encore des demandes insistantes mais non indécentes *per se*<sup>63</sup>.

Notons que ces éléments ne sont par contre pas requis au cas où la victime est un enfant âgé de moins de seize ans accomplis<sup>64</sup>. Le consentement est alors présumé faire défaut.

#### 2.1.2.1. Une agression physiquement violente

Les violences sont habituellement définies comme « *actes de contrainte physique exercés sur les personnes* »<sup>65</sup>. La Cour de cassation a par ailleurs spécifié qu'il s'agit des actes employés « *par l'auteur*

<sup>59</sup> I. WATTIER, « La jurisprudence récente relative à l'attentat à la pudeur : sans gêne ou mal à l'aise ? », Rev. dr. pén. 2016, liv. 2, p. 141-150.

<sup>60</sup> Bruxelles, 16 avril 2015, n° 2014 BC 845, inédit. La même observation a été formulée par la Cour concernant le voyeurisme : « *pour déterminer si un acte commis sans attouchement blesse la pudeur, il ne suffit pas d'affirmer qu'il a surpris la personne qui en a été l'objet ou qu'il a été accompli à son insu. Encore faut-il, en pareil cas, que le corps de la victime ait été impliqué contre son gré dans un acte inspirant, au moment où il est réalisé, la gêne que font éprouver les choses contraires à la perception commune de la décence* » (Cass., 27 novembre 2013, R.A.B.G., 2014, n° 8, p. 499. )

<sup>61</sup> Pour un commentaire voir : M. CULOT, « Attentat à la pudeur », dans X., Postal Mémoires. Lexique du droit pénal et des lois spéciales, A 270 / 01 – A 270 / 45 (47 p.).

<sup>62</sup> Cass. 7 janvier 1997 ; ou encore Bruxelles, 2 février 2000 : « *Des caresses dans le dos, des baisers dans le cou ou le passage de la main sur l'épaule ou dans les cheveux ne constituent pas une gravité suffisante et ne sont pas de nature à porter atteinte à l'intégrité sexuelle* ».

<sup>63</sup> Anvers (14e ch.), 19 juin 2013 « *Des demandes répétées de rendez-vous pendant des sessions de chat ne peuvent être considérées dans les circonstances données que comme des propositions indécentes. Tant qu'elles ne s'accompagnent pas d'un début d'exécution, elles ne constituent pas un attentat à la pudeur* »

<sup>64</sup> Article 372 CP.

<sup>65</sup> Article 483 CP.

*de l'attentat pour parvenir à ses fins* »<sup>66</sup>. Il importe peu que la violence intervienne au moment même de l'exécution de l'attentat ou avant celui-ci afin de le commettre<sup>67</sup>. Si elle a lieu après, il y a par contre lieu de considérer que l'attentat a été rendu possible grâce à la menace. Comme la définition même l'indique, la contrainte purement morale ou économique n'est pas prise en compte et ne permettra pas d'établir l'infraction d'attentat à la pudeur, à moins qu'un des autres éléments listés ne soit par ailleurs présent.

En pratique, des décisions indiquent quelquefois la présence de violences ou menaces sans argumenter davantage. Ce n'est toutefois pas une tendance majoritaire. Il s'agit plutôt de cas exceptionnels. Notamment, le tribunal correctionnel de Bruxelles a retenu que « *le fait de dévêtir par surprise une employée, placée sous son autorité hiérarchique, sur les lieux du travail, même superficiellement, constitue un attentat à la pudeur avec violence ou menace. Il en est évidemment de même pour les caresses imposées sur le genou et dans le dos d'un membre ou de plusieurs membres du personnel féminin, d'autant plus que ces gestes sont généralement accompagnés de paroles douteuses ou blessantes* ».

### 2.1.2.2. Une agression non-violente mais forcée

En vue de voir une agression non-violente qualifiée d'attentat à la pudeur, il convient de démontrer la présence d'un des autres éléments listés.

Une première possibilité est la surprise. La jurisprudence tend à l'assimiler la violence. Celle-ci serait en effet de nature à rendre physiquement impossible pour la victime de soustraire aux actes, à cause de leur caractère soudain et imprévu, alors qu'elle aurait résisté si elle en avait le temps<sup>68</sup>. Néanmoins, cette assimilation ne change rien au fait que, concrètement, la surprise opère dans des cas où aucune violence physique n'a été exercée.

Une seconde possibilité est la présence de menaces. Celles-ci sont définies comme « *tous les moyens de contrainte morale par la crainte d'un mal imminent* »<sup>69</sup>. Ils peuvent prendre la forme de gestes ou de paroles. La menace requise dans le cadre de l'attentat à la pudeur ne doit par ailleurs pas nécessairement réunir les éléments constitutifs des délits de menace repris aux articles 327 à 330 CP<sup>70</sup>. Cela étant, ces actes doivent tout de même être de nature à éveiller la crainte d'un préjudice ou péril grave, pour son intégrité physique ou celle de tiers. L'agression pouvait donc être non-violente mais il fallait que la victime puisse raisonnablement craindre qu'il en aurait été autrement si elle ne se laissait pas faire. L'appréciation de cette crainte se fait au cas par cas, par le juge de fond, qui prend en compte les caractéristiques spécifiques de la victime et de la situation afin d'apprécier sa résistance physique et mentale<sup>71</sup>. La crainte d'un préjudice moral ou économique ne permettent pas de satisfaire à la définition de menaces telle qu'exposée. Ce genre de menaces est dépourvu d'un élément matériel<sup>72</sup>, ce qui, comme certains le soulignèrent à l'occasion de débats législatifs, complique leur preuve. Or, la loi pénale est de stricte interprétation. S'il est difficile de définir les menaces graves et d'en apporter la preuve lorsqu'il s'agit de violences physiques « *il l'est encore plus, lorsqu'il s'agit de menaces morales. Il est inconcevable qu'on accepte de poursuivre uniquement sur base d'une déclaration faite*

<sup>66</sup> Cass., 3 juin 1940, Pas., 1940, I, p. 158.

<sup>67</sup> Cass., 11 février, 1942, Pas., 1942, I, p. 40.

<sup>68</sup> Cass., 20 septembre 2005, R.W., 2005-2006, p. 1661 + note de A. VANDEPLAS, « Aanranding van de eerbaarheid bij verrassing »; Cass., 9 octobre 2012

<sup>69</sup> Article 83 CP.

<sup>70</sup> F. KUTY, « Les notions de violence, de menace et de surprise constitutives de l'attentat à la pudeur », obs. sous Cass., 9 octobre 2012, J.L.M.B., 2015, liv. 10, p. 471.

<sup>71</sup> Cass., 9 octobre 2012.

<sup>72</sup> Proposition de loi modifiant certaines dispositions relatives au crime de viol, 18 juin 1982, Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Brouhon, Ch. 81-82, 166-8, p. 15.

*sous serment* »<sup>73</sup>. Même lorsqu'il s'agit de menaces physiques, il faut une certaine gravité et soudaineté qui n'ont laissé d'autre choix à la victime que de se soumettre. Il a été considéré que pareille gravité fait en principe défaut en cas de menaces morales ou économiques<sup>74</sup>, ou est à tout le moins difficilement évaluable. L'importance qu'attache la victime aux menaces est en l'espèce subjective<sup>75</sup>.

Une troisième possibilité est la démonstration d'une ruse, notamment lorsque des personnes se présentent sous un faux statut (faux kinésithérapeutes<sup>76</sup> ou encore faux âge), mais également lorsqu'ils administrent à la victime certaines substances (stupéfiants ou alcool), et ce afin d'obtenir un consentement qu'elles n'auraient pas obtenu en temps normal.

Enfin, une quatrième possibilité est la preuve d'une déficience physique ou mentale de la victime.

## 2.2. Le viol

Le viol est incriminé à l'article 375 CP :

*« Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur une personne qui n'y consent pas, constitue le crime de viol. Il n'y a pas consentement notamment lorsque l'acte a été imposé par violence, contrainte, menace, surprise ou ruse, ou a été rendu possible en raison d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale de la victime. Quiconque aura commis le crime de viol sera puni de réclusion de cinq ans à dix ans ».*

Cet article a connu plusieurs modifications depuis son introduction. La version actuelle de l'article trouve son origine dans la loi du 4 juillet 1989 modifiant certaines dispositions relatives au crime de viol. A l'occasion de celle-ci, il a été reconnu que le viol constitue non seulement une offense à l'ordre des familles et à la moralité publique, mais également une atteinte à l'intégrité de la personne humaine<sup>77</sup>. Par conséquent, la définition du viol a été élargie, et l'absence de consentement a été soulignée comme élément essentiel de l'infraction<sup>78</sup>.

Ainsi, les deux éléments constitutifs du viol sont (1) un « acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit », (2) « commis sur une personne qui n'y consent pas »<sup>79</sup>.

Le viol sur personne mineure constitue un crime distinct punit plus lourdement<sup>80</sup>.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>76</sup> Voir notamment Corr. Bruxelles, 8 avril 2014, n° de greffe 1756.

<sup>77</sup> Proposition de loi modifiant certaines dispositions relatives au crime de viol, *op cit*, p. 3 et 5.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>79</sup> Article 375 CP, alinéa 1

<sup>80</sup> Si « le crime a été commis sur la personne d'un mineur âgé de plus de seize ans accomplis », la peine devient la réclusion de dix à quinze ans (Article 375, al. 4 CP). Si « le crime a été commis sur la personne d'un enfant âgé de plus de quatorze ans accomplis et de moins de seize ans accomplis », la peine devient la réclusion de quinze à vingt ans (Article 375, al. 5 CP). Si l'enfant n'a pas atteint l'âge de quatorze ans, la peine sera la réclusion de quinze à vingt ans (Article 375, al. 6 CP). Si l'enfant était âgé de moins de dix ans accomplis, la même présomption s'applique mais la peine est augmentée pour devenir une réclusion de vingt ans à trente ans (Article 375, al. 7 CP).

### 2.2.1. La pénétration

Le viol exige pénétration dès lors que sa *ratio legis* initiale était de « *contrecarrer le danger de la conception forcée et d'assurer l'ordre des familles en évitant la naissance d'enfants illégitimes* »<sup>81</sup>. C'est ce qui distingue par ailleurs le viol de l'attentat à la pudeur de sorte que modifier le champ de l'une implique d'ajuster le champ de l'autre infraction.

Cela étant, la notion de pénétration a été étendue au fil du temps. Une pénétration « *de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit* » n'est pas toujours susceptible d'entraîner une conception forcée. L'extension a permis de, notamment, considérer que « *le baiser imposé par la force à la victime d'attouchements à caractère sexuel, après que des propos de cette même nature aient été tenus par l'auteur, constitue l'acte de pénétration sexuelle incriminé par la loi au titre du viol* »<sup>82</sup>. Ainsi, un simple baiser ne suffit normalement pas à enclencher une procédure pénale, même à titre d'attentat à la pudeur (voir *supra*). Toutefois, lorsqu'il peut être démontré qu'elle constitue le préalable à ou une tentative de rapport complet, la pénétration buccale par une langue remplit par extension la condition de pénétration.

Également, la simple tentative de viol est punissable<sup>83</sup>. Il a toutefois été souligné que « *la tentative de viol, combien même soumise aux mêmes sanctions que le viol, est en pratique difficile à prouver* »<sup>84</sup>. Il faut en effet « *établir l'intention, le commencement de l'exécution et le non-retrait volontaire* »<sup>85</sup>. Dès lors, similairement à l'attentat à la pudeur, les cas rapportés à la polices et effectivement poursuivis sont très rares, voire quasi inexistants.

### 2.2.2. L'absence de consentement

#### 2.2.2.1. Liste non limitatives de causes

Tout comme pour l'attentat à la pudeur, il convient de démontrer l'absence de consentement. Les éléments de nature à ôter ce consentement sont les mêmes<sup>86</sup>, de sorte que les mêmes commentaires s'appliquent *mutatis mutandis*. La liste est ainsi extensive, et dépasse les seuls cas de violence physique.

Dans le cadre du viol, la liste est par contre non exhaustive<sup>87</sup>, et les critères non cumulatifs<sup>88</sup>. D'autres éléments de fait que ceux y repris ont déjà été retenus par la jurisprudence. Le juge est tenu de formellement motiver l'absence de consentement<sup>89</sup>.

#### 2.2.2.2. Exigence d'un consentement spécifique

L'étendue du consentement donné est compris de manière restrictive, qu'on soit en présence d'agression violente ou non. Accepter un rapport n'implique pas l'acceptation automatique de tout acte de pénétration sexuelle de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit. Ainsi, la jurisprudence a notamment reconnu comme viol des pénétrations anales intervenues à l'occasion d'un

<sup>81</sup> Proposition de loi modifiant certaines dispositions relatives au crime de viol, op cit, p. 13.

<sup>82</sup> Tribunal correctionnel du Hainaut (div. Charleroi, 6e ch. corr.), 29 mai 2019, Rev. dR. pén. cRim. 2020 - n° 1, p. 196

<sup>83</sup> Article 53 CP ; Article 52 CP « La tentative de crime est punie de la peine immédiatement inférieure à celle du crime même, conformément aux articles 80 et 81 ».

<sup>84</sup> Proposition de loi modifiant certaines dispositions relatives au crime de viol, op cit, p. 7

<sup>85</sup> Proposition de loi modifiant certaines dispositions relatives au crime de viol, op cit, p. 7

<sup>86</sup> Article 375, alinéa 2 CP.

<sup>87</sup> Cass. 28 novembre 2007, Pas. 2007, liv. 10, 1913. ; Cass. 30 octobre 2007.

<sup>88</sup> Il suffit donc que l'un de ces éléments soit présent pour que le consentement fasse défaut.

<sup>89</sup> Article 149 Const.

rapport vaginal qui avait quant à lui été consenti<sup>90</sup>. Pour chaque pénétration nouvelle, un consentement distinct doit être donné<sup>91</sup>.

### 2.2.2.3. Stealthing

Il y a pénétration nouvelle non seulement en cas de changement de voie de pénétration, mais également en cas de changement de manière. Ainsi, le retrait de préservatif serait considéré comme un fait générateur d'une nouvelle pénétration qui requiert confirmation du consentement. En cas de retrait volontaire et dissimulé du préservatif (*stealthing*), la pénétration non protégée pourrait le cas échéant être sanctionnée à titre de viol<sup>92</sup>. Il faut néanmoins prouver que l'utilisation d'un préservatif était l'un des éléments essentiels conditionnant le consentement initial. Cette position a à ce stade été indiquée uniquement dans la doctrine, par Steven Vandromme, Premier substitut du Procureur du Roi à Anvers et collaborateur scientifique à l'Université d'Anvers. Vu sa fonction, son opinion est directement ancrée dans la pratique et a probablement déjà influencé des cas précis, à tout le moins dans la région d'Anvers. Pour le surplus, il n'y a pas encore de position officielle ni de décisions publiées sur cette question. Ainsi, si la position du Procureur Vandromme est cohérente au vu des développements qui précèdent, il convient toutefois d'attendre pour voir quelle sera la solution effectivement retenue dans la pratique.

### 2.2.2.4. Un consentement éclairé

Il ne peut y avoir de consentement valablement donné lorsqu'un élément essentiel a été dissimulé volontairement.

Ainsi, à l'occasion d'un jugement du 16 novembre 2018, le Tribunal correctionnel du Limbourg a décrété qu'il y avait viol lorsqu'une personne a volontairement dissimulé sa séropositivité, et a ainsi exposé son partenaire à un risque grave pour sa santé, d'autant plus lorsque le rapport consenti est non protégé<sup>93</sup>. Si la victime s'est renseignée concernant l'éventuelle séropositivité du partenaire et a obtenu une réponse mensongère sur ce point, le mensonge dont question pourra par contre être considéré comme une ruse (voir *supra*). La Cour de cassation a en outre confirmé par un arrêt du 24 avril 2019 que pareille contamination peut également être incriminée à titre de lésions corporelles volontaires, conformément aux articles 402 et 403 CP. Des rapports non protégés qui résulterait en une contamination par la personne séropositive constituent selon la Cour une administration volontaire de substances qui peuvent altérer gravement la santé<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> Cass. 17 octobre 2007 (W.J.-L., F. / L.V., P.J.), noot a. Dierickx, RW 2008-09, 570; Corr. Anvers, 28 mars 2003, RABG, 2005, 1534, noot B. MELIS

<sup>91</sup> S. VANDROMME, « Stealthing is verkrachting », Juristenkrant 2017, liv. 349, p. 16.

<sup>92</sup> S. VANDROMME, « Stealthing is verkrachting », Juristenkrant 2017, liv. 349, 16: *“aangezien bij stealthing de vrijpartij kort en nagenoeg ongemerkt onderbroken wordt om het condoom af te doen en er onmiddellijk een nieuwe penetratie plaatsvindt, moet ook die nieuwe penetratie met volwaardige toestemming van de partner gebeuren. als het gebruik van het condoom een onbetwistbare voorwaarde was voor de toestemming tot de seksuele penetratie, ontbreekt de toestemming wanneer de dader met opzet tot een seksuele penetratie zonder condoom overgaat en is dus voldaan aan de constitutieve bestanddelen van het misdrijf verkrachting”*

<sup>93</sup> B. KETELS, « Onveilige boemboem zonder blabla levert verkrachting en schuldig verzuim op », De juristenkrant, p. 5.

<sup>94</sup> Cass, 24 avril 2019.

### 3. La sanction des agressions à caractère sexuel

L'attentat à la pudeur sur personne majeure est une infraction érigée au rang de délit. Sa sanction est l'emprisonnement de six mois à cinq ans<sup>95</sup>.

Le viol fait quant à lui partie des infractions les plus graves et à ce titre, constitue un crime jugé devant la Cour d'Assises<sup>96</sup>. Il est sanctionné par une réclusion de cinq ans à dix ans<sup>97</sup>. En pratique, toutefois, le viol fait régulièrement l'objet d'une correctionnalisation. Malgré la réunion des éléments constitutifs, il est ainsi requalifié de crime en délit<sup>98</sup>. Il est alors jugé par le Tribunal correctionnel et le cas échéant, punit plus légèrement.

Les circonstances aggravantes de l'attentat à la pudeur et du viol sont communes. Elles se retrouvent aux articles 376 à 378bis CP. L'article 377 prévoit notamment une peine plus lourde lorsque le coupable est un membre de la famille de la victime, ou encore « si le coupable est de ceux qui ont autorité sur la victime; s'il a abusé de l'autorité ou des facilités que lui confèrent ses fonctions; s'il est médecin, chirurgien, accoucheur ou officier de santé et que l'enfant ou toute autre personne vulnérable visée à l'article 376, alinéa 3, fut confié à ses soins ». Dans ces cas, il convient tout de même de prouver l'absence de consentement, cette preuve sera néanmoins habituellement aisée au vu de la relation. Le viol marital n'est quant à lui pas visé.

### 4. La proposition de loi 2019

En 2019, a vu le jour une proposition de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne l'attentat à la pudeur et le viol<sup>99</sup>. Au 10 mars 2020, le texte de celle-ci était encore « en discussion » à la Chambre des représentants. La proposition fait suite à un fait divers fort médiatisé, qui a mis en exergue auprès de l'opinion publique deux lacunes du système actuel.

#### 4.1 L'exigence d'une pénétration subie par la victime dans le cadre d'un viol

La première lacune est l'impossibilité de qualifier de viol bon nombre de rapports sexuels forcés par la femme<sup>100</sup>. En effet, le phrasé actuel de l'article 375 implique que la pénétration doit être subie par la victime. Dès lors, la solution proposée est celle d'étendre le champ aux cas où la pénétration a eu lieu « à l'aide » d'une personne qui n'y consent pas, afin d'englober les cas de pénétration forcée sur l'auteur et non de la victime. Le phrasé de l'article 375 deviendrait dès lors le suivant : « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur une personne ou avec l'aide d'une personne qui n'y consent pas, constitue le crime de viol* »<sup>101</sup>.

#### 4.2 L'exigence de violence ou menaces dans le cadre de l'attentat à la pudeur

Le projet suggère l'ajout dans le Code pénal de l'hypothèse de l'attentat à la pudeur commis sans aucune violence ni menace sur des personnes ou à l'aide de personnes de plus de 16 ans, pour autant

<sup>95</sup> Article 373, alinéa 1 CP

<sup>96</sup> Article 1 CP (catégories d'infractions), Article 7 CP (types de peines), Articles 8 à 24 CP (peines criminelles).

<sup>97</sup> Article 375, alinéa 2 CP.

<sup>98</sup> <https://www.village-justice.com/articles/correctionnalisation-viol-point-vue-avocat-victime-par-Carine-DURRIEU-DIEBOLT,24384.html>.

<sup>99</sup> 11 octobre 2019, Ch. 2019-2020, DOC 55 0578/001.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 7.



qu'il y a absence de consentement. Un nouvel article 372/1 devrait à cette fin être ajouté au Code pénal. La proposition suggère de le rédiger comme suit : *“L’attentat à la pudeur commis sans violences ni menaces sur des personnes ou à l’aide de personnes de l’un ou de l’autre sexe, de plus de seize ans accomplis, sera puni d’un emprisonnement de trois mois à trois ans. Il y a attentat à la pudeur sans violences ni menaces lorsque la personne ne consent pas aux actes commis. Il n’y a pas consentement notamment lorsque l’acte a été rendu possible en raison d’une déficience ou d’une infirmité physique ou mentale de la victime »*<sup>102</sup>.

Dix ans auparavant, une proposition souhaitait déjà remédier à cette lacune. Similairement, l'idée était d'incriminer distinctement les attentats à la pudeur avec « violence, contrainte, menace, surprise ou ruse » et ceux sans<sup>103</sup>. La proposition n'avait toutefois pas été retenue.

## 5. Les chiffres des agressions à caractère sexuel

En Belgique, l'incrimination des agressions à caractère sexuel est en théorie aisée. En pratique, toutefois, la poursuite de ces agressions est défailante, et les condamnations effectives demeurent quasi exceptionnelles. A défaut de violence physique grave, un des problèmes majeurs demeure la question de la preuve. En effet, même les cas d'agressions accompagnés de violences se retrouvent parfois considérés comme insuffisamment prouvés lorsque les blessures pourraient être le simple résultat d'un rapport « plus passionné ». Par conséquent, la difficulté de récolter des preuves suffisantes autres que par témoins aboutit dans la majorité des cas à un classement sans suite.

### 5.1. Statistiques

Le site de la police fédérale belge présente plusieurs statistiques de criminalité. Ces statistiques se basent sur les procès-verbaux établis par la police au niveau local. Les agressions à caractère sexuel s'y retrouvent mentionnées à plusieurs endroits. Au total ce sont, 12.848 infractions de toute sorte contre les mœurs qui ont été enregistrées en 2018<sup>104</sup>.

Parmi celle-ci, la police répertorie la catégorie des « violences sexuelles », qui englobe l'ensemble des formes de violence sexuelle, y compris le viol et l'attentat à la pudeur. A cet égard, la police distingue entre les violences perpétrées dans l'espace public, et les violences intrafamiliales (VIF). Les chiffres oscillent aux alentours de 4000 agressions par an pour l'espace public, et 800 agressions intrafamiliales (principalement envers des descendants mais également dans le couple).

La police produit en outre des chiffres plus détaillés concernant les attentats à la pudeur et viols. En 2018, elle dénombre ainsi 3491 viols, dont 1 qui a causé la mort. Ces chiffres sont relativement stables depuis 2010, avec des fluctuations restreintes. Les attentats à la pudeur avec violences ou menaces sont quant à eux au nombre de 1154 en 2018.

Si on combine ces résultats, il s'avère qu'une grande partie des infractions contre les mœurs sont étrangères aux deux qualifications principales que nous avons développées ci-avant, et sont également étrangères à toute notion de violence.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>103</sup> Exposé des motifs, Doc. parl., Ch. 98-99, n° 1907/1, p. 22 et 24.

<sup>104</sup> [http://www.stat.policefederale.be/assets/pdf/crimestat/nationaal/rapport\\_2019\\_trim2\\_nat\\_belgique\\_fr.pdf](http://www.stat.policefederale.be/assets/pdf/crimestat/nationaal/rapport_2019_trim2_nat_belgique_fr.pdf).

Comme spécifié dans la note méthodologique accompagnant ces statistiques<sup>105</sup>, les procès-verbaux sont soit (a) le résultat d'une démarche proactive de la police dans les domaines de criminalité quérable (notamment, drogues et séjours illégaux), soit (b) le résultat de plaintes dans les domaines habituellement considérés comme de la criminalité rapportées. Les agressions à caractère sexuel font partie de ces derniers. Par conséquent, « les évolutions sont plutôt un reflet des phénomènes qui ont réellement lieu mais elles peuvent également être influencées par un changement dans la propension de la population à déclarer un délit ». Le possible *dark number* qui découle des non déclarations peut notamment être estimé par le biais d'enquêtes.

## 5.2. Enquêtes

Il y a notamment l'enquête réalisée par la police fédérale même, celle du Moniteur de Sécurité, dont le dernier en date est celui de 2018<sup>106</sup>. Il est à cette occasion été demandé aux enquêtés de cocher sur une liste les faits dont ils ont été victime durant les 12 derniers mois. Une des options est celle de l'« atteinte aux mœurs » dont les exemples donnés sont : « exhibitionnisme, attouchement, importuné sexuellement, etc »<sup>107</sup>. Le rapport de l'enquête ainsi menée indique que 2,5% de enquêtés ont déclarés avoir été victime de tels faits, avec une majorité des victimes étant des étudiants, dont la plupart situées dans la tranche d'âge 15-24 ans<sup>108</sup>.

Il y a également les enquêtes privées. En 2019, Amnesty International et SOS Viol ont notamment publié les résultats d'une enquête réalisée conjointement<sup>109</sup>. De nouveaux chiffres sont déjà disponibles pour 2020. Il en ressort que « près la moitié des Belges (47%) ont déjà été exposé-e-s à au moins une des formes de violence sexuelle testées »<sup>110</sup>. Parmi les formes de violences précisées :

	Jeunes 15-25 ans	Femmes majeures	Hommes majeurs
Demandes insistantes à caractère sexuel	31%	31%	16%
Attouchements dans un lieu public	32%	26%	15%
Imposition d'une relation sexuelle forcée	24 %	20 %	14 %
Imposition d'une relation sexuelle forcée par le-la partenaire	23 %	23 %	14 %
Profiter de l'ivresse ou dépendance à la drogue pour obtenir des relations sexuelles	24 %	18 %	15 %

Plus révélateur encore, l'enquête dont question a par ailleurs interrogé la perception des jeunes de la notion de consentement. Un tiers « pensent qu'il est normal d'insister pour avoir des rapports sexuels ». Un tiers pense également « que si une personne ne dit pas explicitement « non », cela ne peut pas être un viol ». Enfin, un quart pense « que si l'autre n'est pas sûr-e de savoir ce qu'il-elle veut, cela veut dire qu'il-elle est d'accord »<sup>111</sup>. Ces attitudes influencent indéniablement le chiffre noir des plaintes pour viol et agressions à caractère sexuel en général. Il a été ainsi révélé que toutes tranches d'âge confondues, « **41 % des personnes qui ont subi au moins une forme de violence sexuelle en ont parlé à la police** : 31 % des hommes ont été satisfaits de cette démarche, contre 14 % des femmes ».

<sup>105</sup> [http://www.stat.policefederale.be/assets/pdf/methodologie/note\\_methodologique\\_SPC\\_generale.pdf](http://www.stat.policefederale.be/assets/pdf/methodologie/note_methodologique_SPC_generale.pdf).

<sup>106</sup> <http://www.moniteurdesecurite.policefederale.be/moniteurdesecurite/2018/>.

<sup>107</sup> [http://www.moniteurdesecurite.policefederale.be/assets/pdf/2018/reports/Questionnaire\\_2018\\_FR.pdf](http://www.moniteurdesecurite.policefederale.be/assets/pdf/2018/reports/Questionnaire_2018_FR.pdf).

<sup>108</sup> [http://www.moniteurdesecurite.policefederale.be/assets/pdf/2018/reports/Grandes\\_tendances\\_Analyses\\_VMS2018.pdf](http://www.moniteurdesecurite.policefederale.be/assets/pdf/2018/reports/Grandes_tendances_Analyses_VMS2018.pdf).

<sup>109</sup> <https://www.lesoir.be/284734/article/2020-03-05/un-jeune-sur-quatre-deja-ete-expose-un-viol>.

<sup>110</sup> <https://www.amnesty.be/campagne/droits-femmes/viol/article/sondage-viol-chiffres-2020>.

<sup>111</sup> <https://www.amnesty.be/campagne/droits-femmes/viol/article/sondage-viol-chiffres-2020>.

## 6. Le traitement des agressions à caractère sexuel par la justice

La Belgique a fait l'objet d'une condamnation par la Cour Européenne des droits de l'Homme en 2017<sup>112</sup>. La condamnation concerne le traitement par la justice belge de faits d'attentat à la pudeur et viol qui remontent à la fin des années 90, début 2000. La requérante a notamment invoqué les articles 3 (« *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.* ») et 6 § 1 (« *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) dans un délai raisonnable, par un tribunal (...), qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...)* ») de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

A cette occasion, la Cour a rappelé « *que les États ont l'obligation positive (...) d'adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent effectivement le viol et de les appliquer en pratique au travers d'une enquête et de poursuites effectives* »<sup>113</sup>. Il s'agit d'une obligation de moyen (et non de résultat) de sorte que les autorités doivent prendre les mesures raisonnables qui, notamment, assurent la célérité et le caractère approfondi de l'enquête<sup>114</sup>. En l'espèce, la Cour a estimé que l'enquête ne remplissait pas ces conditions<sup>115</sup>.

Or, vu les chiffres relatifs aux classements sans suite, il est probable que ces reproches puissent toujours être transposés à de nombreux dossiers d'agressions à caractère sexuel, encore maintenant. A cet égard, les chiffres utiles sont rendus disponibles au public dans les statistiques publiées par le ministère public<sup>116</sup>. Les chiffres actuellement disponibles sont ceux de l'année 2018. Ils indiquent notamment ce qui suit :

Nombre d'affaires pendantes au 1 <sup>er</sup> janvier 2018 en matière de viol et attentat à la pudeur	5596 <sup>117</sup>
Nombre de nouvelles affaires créées ou rouvertes entre le 1 <sup>er</sup> janvier et 31 décembre 2018	8641 <sup>118</sup>
Nombre de <b>classements sans suite</b> intervenus entre le 1 <sup>er</sup> janvier et 31 décembre 2018	<b>4769</b> <sup>119</sup>

Entre 2010 et 2015, il a en outre été estimé que c'est 50,21% des dossiers ouverts à la suite de plaintes pour viol qui ont été classés sans suite<sup>120</sup>.

Le plupart de ces classements sans suite sont dû à des motifs techniques.<sup>121</sup> Certes, un classement sans suite ne met pas définitivement de côté l'affaire, qui peut être à nouveau ouverte à tout moment tant que les faits ne sont pas prescrits. Il n'y a toutefois aucun chiffre relatif à la réouverture effective d'enquêtes relatives à ces infractions.

<sup>112</sup> CEDH, AFFAIRE B.V. c. BELGIQUE, 2 mai 2017, 61030/08.

<sup>113</sup> *Ibidem*, Considérant 56.

<sup>114</sup> *Ibidem*, Considérant 57-58-60-68-69.

<sup>115</sup> *Ibidem*, Considérants 68 et 69.

<sup>116</sup> <https://www.om-mp.be/stat/corr/jstat2018/f/home.html>.

<sup>117</sup> Tableau 3

<sup>118</sup> Tableau 6

<sup>119</sup> Tableau 11

<sup>120</sup> <https://www.levif.be/actualite/belgique/chaque-annee-des-milliers-de-viols-restent-impunis/article-belga-586059.html>.

<sup>121</sup> Rapport de l'Assemblée Générale du conseil supérieur de la Justice du 25 avril 2019 « Vers une meilleure approche de la violence sexuelle ».

En 2016, les chiffres de condamnations effectives oscillent apparemment entre 500 à 600 condamnations par an<sup>122</sup>. Il est toutefois difficile de trouver des chiffres exacts et à jour<sup>123</sup>.

## 7. Incriminations alternatives

Vu les chiffres mentionnés ci-avant, en pratique, de nombreuses agressions sexuelles non violentes (mais également celles où la violence est jugée « insuffisamment probante ») se retrouvent poursuivies à titre d'infractions « contre les personnes »<sup>124</sup>. Notamment, la jurisprudence a reconnu la possibilité d'une condamnation à titre de harcèlement, soit conformément aux articles 442*bis* et *ter* CP<sup>125</sup>. En outre, la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs vise expressément les cas de harcèlement sexuel au travail<sup>126</sup>. Ce dernier est défini comme « *tout comportement non désiré verbal, non verbal ou corporel à connotation sexuelle, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* »<sup>127</sup>.

## 8. Les outils de nature autre que pénale

### 8.1. Action civile

La victime d'une agression à caractère sexuel est toujours libre de poursuivre l'auteur au civil. L'action civile peut être jointe à une éventuelle action pénale par une « constitution de partie civile ». Elle peut également être complètement disjointe de toute poursuite pénale. Il n'y a pas de chiffres connus à ce sujet. Dans tous les cas, s'appliquent les principes de base du droit de la responsabilité extracontractuelle, tels qu'ils découlent de l'article 1382 du Code civil. Il sera nécessaire pour la victime de démontrer une faute, un dommage et le lien causal entre les deux.

### 8.2. Perspectives

Le 25 avril 2019, l'Assemblée Générale du conseil supérieur de la Justice a approuvé un rapport intitulé « Vers une meilleure approche de la violence sexuelle ». L'introduction même relève que « *le système pénal laisse aujourd'hui encore beaucoup de victimes désemparées. Il y a certes une prise de conscience grandissante de la part de la police et de la justice mais les moyens qu'elles peuvent mettre en œuvre sont encore limités et l'impunité persiste dans de nombreux cas* »<sup>128</sup>. Parmi les solutions avancées, il y a notamment l'idée de la mise en place de Centres de prise en charge des violences sexuelles dans

<sup>122</sup> [https://justice.belgium.be/fr/nouvelles/autres\\_communiqués\\_72](https://justice.belgium.be/fr/nouvelles/autres_communiqués_72).

<sup>123</sup> Rapport de l'Assemblée Générale du conseil supérieur de la Justice du 25 avril 2019 « Vers une meilleure approche de la violence sexuelle ». But see Question écrite n° 6-735 : <https://www.senate.be/www/?MIval=/Vragen/SVPrint&LEG=6&NR=735&LANG=fr> (stating that “les auteurs de viol sur des personnes majeures ne sont pas souvent condamnés et seul un sur cent est incarcéré”).

<sup>124</sup> Articles 392-460ter CP.

<sup>125</sup> Bruxelles, 2 février 2000, Rev. dr. pén., 2001, p. 347.

<sup>126</sup> Loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail est la loi de base dans le domaine de la sécurité et de la santé au travail, M.B. 18 septembre 1996.

<sup>127</sup> Art 32 ter , 3° de la Loi du 4 août 1996.

<sup>128</sup> Rapport de l'Assemblée Générale du conseil supérieur de la Justice du 25 avril 2019 « Vers une meilleure approche de la violence sexuelle ».

chaque arrondissement, ainsi que la révision des techniques d'investigation afin de remédier au problème de preuves insuffisantes.

### 8.3. Campagnes de prévention

Des campagnes nationales **de prévention** contre les agressions sexuelles existent mais se focalisent essentiellement sur les violences physiques. La Communauté française et la Région Wallonne ont notamment mis en place la campagne « #Arrête, c'est de la violence »<sup>129</sup>.

Les campagnes **de soutien** n'effectuent quant à elles aucune distinction entre présence de violence ou non. Tel est notamment le cas de SOS Viol<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> <https://arrete.be>

<sup>130</sup> <https://www.sosviol.be/index.php>

## B. DEUTSCHLAND

### 1. Sexuelle Übergriffe gegen den Willen/ohne Einverständnis und ohne Gewalt/Drohung

In Deutschland trat zum 10. November 2016 das **Fünzigste Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung**<sup>131</sup> in Kraft. Dieses hat insbesondere den im Rahmen der hier vorliegenden Fragestellung **§ 177 Strafgesetzbuch von Grund auf modifiziert**. Bis zu dieser Änderung setzte der Tatbestand der sexuellen Nötigung und der Vergewaltigung voraus, dass die Tat mit Gewalt, durch Drohung oder unter Ausnutzung einer schutzlosen Lage begangen wird.<sup>132</sup> Um bestehende Gesetzeslücken bei überraschenden sexuellen Handlungen oder bei solchen, gegen welche das Opfer aus Angst keinen Widerstand leistet, zu schliessen und um seiner **Pflicht zur Umsetzung von Artikel 36 der sogenannten Istanbul-Konvention**<sup>133</sup> nachzukommen, hat der Gesetzgeber sodann seine Regelungen im Bereich des Sexualstrafrechts verschärft.<sup>134</sup> Dafür hat er den § 177 Strafgesetzbuch umgestaltet und dabei vor allem auch eingeführt, dass bereits **ein Verstoss gegen die sexuelle Selbstbestimmung einen sexuellen Übergriff beziehungsweise eine Vergewaltigung darstellt**. Damit ist es zur Erfüllung des Straftatbestandes **nicht mehr erforderlich, Gewalt anzuwenden** oder dem Opfer zu drohen.

Der neue § 177 Strafgesetzbuch enthält nun in den **Absätzen 1 und 2 den Grundtatbestand**, welcher gemäss **Absatz 6** auch als **besonders schwerer Fall** begangen werden kann. Hierzu zählt in der Regel auch die **Vergewaltigung**. In den **Absätzen 4, 5, 7 und 8** finden sich verschiedene **Qualifikationstatbestände**, von denen jedoch nur einige für das vorliegende Rechtsgutachten relevant sind, da die anderen das Vorliegen von Gewalt oder Drohung voraussetzen. Die Strafzumessung für den **minder schweren Fall** findet sich in **Absatz 9** und die **Versuchsstrafbarkeit** ist in **Absatz 3** geregelt.

<sup>131</sup> Bundesgesetzblatt I 2016, S. 2460, verfügbar unter [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#\\_bgbl\\_%2F%2F%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl116s2460.pdf%27%5D\\_1584455270144](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl116s2460.pdf%27%5D_1584455270144) (17.03.2020).

<sup>132</sup> § 177 Abs. 1, 2 Strafgesetzbuch (StGB) alte Fassung:  
„§ 177 Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung  
(1) Wer eine andere Person  
1. mit Gewalt,  
2. durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder  
3. unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, nötigt, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.  
(2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn  
1. der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder an sich von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere, wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung) oder  
2. die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird. (3) – (5) [...]“  
Das Strafgesetzbuch ist verfügbar unter <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/index.html> (06.04.2020).

<sup>133</sup> Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, verfügbar unter <https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210> (17.03.2020).

<sup>134</sup> Siehe zur Gesetzesbegründung Deutscher Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom 06.07.2016, Drucksache 18/9097, verfügbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/090/1809097.pdf> (19.03.2020); T. Hörnle, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung, in Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ) 2017, S. 13, 14.

## 1.1. Strafandrohung

Der **Grundtatbestand** des Absatz 1 stellt es unter Strafe, gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an ihr vorzunehmen oder von ihr vorzunehmen zu lassen, ebenso von oder an einer dritten Person: „*Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.*“<sup>135</sup> Absatz 2 der Norm erweitert den Tatbestand dahingehend, dass der erkennbare entgegenstehende Wille in fünf Konstellationen nicht erforderlich ist, von denen vier weder Gewalt noch Drohung voraussetzen: 1. der Täter nutzt aus, dass das Opfer nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äussern, 2. der Täter nutzt aus, dass das Opfer aufgrund seines körperlichen oder psychischen Zustands erheblich darin eingeschränkt ist, einen Willen zu bilden oder zu äussern, es sei denn, der Täter hat sich der Zustimmung des Opfers versichert, 3. der Täter nutzt ein Überraschungsmoment aus oder 4. der Täter nutzt eine Lage aus, in welcher dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht.<sup>136</sup> Mit der letztgenannten Variante wollte der Gesetzgeber diejenigen Fälle aufnehmen, in denen der Täter in der konkreten Situation zwar keine Gewalt verwendet und kein Übel androht, in denen jedoch ein sogenanntes „Klima der Gewalt“ herrscht.<sup>137</sup> Der Strafrahmen für die dargestellten Varianten des Grundtatbestandes sieht eine **Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens fünf Jahren** vor.

Für den in Absatz 6 geregelten **besonders schweren Fall** der Tatbegehung nennt das Gesetz **zwei Regelbeispiele**, nämlich die **Vergewaltigung** sowie das **gemeinschaftliche Begehen der Tat**: „*In besonders schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren zu erkennen. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn 1. der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder vollziehen lässt oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), oder 2. die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird.*“<sup>138</sup> Das Erfüllen eines Regelbeispiels **indiziert** einen besonders schweren Fall und damit einen höheren Strafrahmen. Im Einzelfall kann hiervon abgewichen werden, wenn die Tatumstände kein über den Grundtatbestand hinausgehendes Unrecht und entsprechend kein höheres Strafmass rechtfertigen.<sup>139</sup> Dafür müssen jedoch besonders schwerwiegende Milderungsgründe vorliegen.<sup>140</sup> Regelbeispiele sind nicht abschliessend, sodass auch andere Tatumstände die Annahme eines besonders schweren Falles rechtfertigen können.<sup>141</sup> Massgebend für die Beurteilung sind alle Umstände, die für die Bewertung der Tat und des Täters von Bedeutung sind. Hierbei ist irrelevant, ob sie der Tat innewohnen, sie begleiten, ihr vorausgehen oder ihr nachfolgen.<sup>142</sup> Bei Vorliegen eines besonders schweren Falles

<sup>135</sup> § 177 Abs. 1 Strafgesetzbuch (StGB).

<sup>136</sup> § 177 Abs. 2 Nr. 1-3 Strafgesetzbuch (StGB), die Nr. 4 und 5 sind für dieses Gutachten nicht relevant.

<sup>137</sup> Deutscher Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom 06.07.2016, Drucksache 18/9097, verfügbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/090/1809097.pdf> (20.03.2020), S. 26.

<sup>138</sup> § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1, 2 Strafgesetzbuch (StGB).

<sup>139</sup> Th. Fischer, Strafgesetzbuch, 66. Aufl., München 2019, § 177, Rn. 130.

<sup>140</sup> Th. Ziegler, in B. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, 45. Ed., München 2020, § 177, Rn. 45.

<sup>141</sup> J. Renzikowski, in W. Joecks & K. Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 3 §§ 80 – 184j, 3. Auflage, München 2017, § 177, Rn. 143.

<sup>142</sup> Bundesgerichtshof (BGH) Urteil vom 25.02.2009 – 2 StR 554/08, verfügbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=47865&pos=0&anz=1>; BGH, Urteil vom 30.10.2008 – 3 StR375/08, verfügbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=46261&pos=0&anz=1> (beide 27.03.2020).



erhöht sich der Strafrahmen auf **Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren**.<sup>143</sup> Zu beachten ist jedoch, dass das **Vorliegen eines besonders schweren Falles** und das damit verbundene höhere Strafmass im Vergleich zum Grundtatbestand **keinen Einfluss darauf haben, ob es sich um ein Vergehen oder ein Verbrechen handelt**.<sup>144</sup> Mithin handelt es sich auch bei einer Vergewaltigung lediglich um ein Vergehen, sofern nicht gleichzeitig auch einer der Qualifikationstatbestände erfüllt ist. Da gemäss § 177 Absatz 3 Strafgesetzbuch auch der Versuch des Grundtatbestandes strafbar ist, ist auch der Versuch des Regelbeispiels oder anderen besonders schweren Falls strafbar. Die Einordnung als Vergehen wirkt sich jedoch neben des Strafausspruchs, dass lediglich ein Vergehen begangen wurde, insofern aus, als dass der Versuch einer Beteiligung an einer Vergewaltigung, also insbesondere auch die versuchte Anstiftung sowie die versuchte Verabredung zu einer Vergewaltigung<sup>145</sup>, nicht strafbar sind.<sup>146</sup> Ebenso ist durch die Einordnung als Vergehen ein Absehen von der Strafverfolgung unter Auflagen und Weisungen denkbar, wenn die Schwere der Schuld nicht entgegensteht.<sup>147</sup>

§ 177 Strafgesetzbuch enthält in seinen Absätzen 4, 5, 7 und 8 mehrere **Qualifikationstatbestände**, von denen nur einige Fälle keine Gewalt oder Drohung voraussetzen. Nur diese werden im Folgenden dargestellt. Taten nach den Absätzen 4 und 5 werden mit einer **Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr** sanktioniert und solche nach Absatz 7 mit einer **Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren**. Bei all diesen Qualifikationstatbeständen handelt es sich demnach um Verbrechen.<sup>148</sup> § 177 Absatz 4 Strafgesetzbuch stellt es unter Strafe, wenn bei der begangenen Tat die Unfähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äussern, auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht.<sup>149</sup> Absatz 5 der Norm verbietet unter anderem das Ausnutzen einer Lage, in welcher das Opfer seinen Einwirkungen schutzlos ausgeliefert ist.<sup>150</sup> Dies soll Fälle erfassen, in denen sich das Opfer in einer hilflosen Lage befindet und ihm jeglicher Widerstand daher zwecklos erscheint. Gemeint sind beispielsweise ein einsamer Tatort oder fehlende Fluchtmöglichkeiten, aber auch das Alter oder die Konstitution des Opfers können massgebend sein.<sup>151</sup> Dabei muss das Opfer Angst vor körperlicher Gewalt haben, es reicht nicht aus, wenn es lediglich ein anderes Übel befürchtet.<sup>152</sup> Bei den in Absatz 7 genannten Qualifikationstatbeständen führt der Täter eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug bei sich, in den Nummern 1 und 2 verwendet er diese aber nicht, es ist nicht einmal erforderlich, dass das Opfer Kenntnis von der Waffe hat.<sup>153</sup>

§ 177 Strafgesetzbuch sieht in seinem Absatz 9 auch Strafen für **minder schwere Fälle** vor. Liegt ein minder schwerer Fall des **Grundtatbestandes** aus den Absätzen 1 oder 2 vor, so sieht das Gesetz eine

<sup>143</sup> § 177 Abs. 6 S. 1 Strafgesetzbuch (StGB). Sieht das Strafgesetzbuch keine obere Grenze der Freiheitsstrafe vor, so beträgt die Obergrenze gemäss § 38 Abs. 1, 2 stets **15 Jahre Freiheitsstrafe**.

<sup>144</sup> Da es sich bei Regelbeispielen nicht um einen eigenen, ausreichend bestimmten Straftatbestand handelt, sondern lediglich um eine Strafrahmenverschiebung, haben diese gemäss § 12 Abs. 3 Strafgesetzbuch keinen Einfluss auf die Einordnung als Verbrechen oder Vergehen.

<sup>145</sup> Vgl. § 30 Abs. 1, 2 Strafgesetzbuch (StGB).

<sup>146</sup> M. Heger, in K. Lackner & K. Kühl (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 29. Auflage 2018, § 177, Rn. 3.

<sup>147</sup> § 153a Strafprozessordnung (StPO), die StPO ist verfügbar unter <http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/index.html> (06.04.2020).

<sup>148</sup> Vgl. § 12 Abs. 1 Strafgesetzbuch (StGB).

<sup>149</sup> Es handelt sich um eine Qualifikation des Grundtatbestandes in der Variante des Abs. 2 Nr. 1 StGB.

<sup>150</sup> § 177 Abs. 5 Nr. 3 Strafgesetzbuch (StGB).

<sup>151</sup> Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf vom 21.03.1997, Drucksache 13/7324, verfügbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/13/073/1307324.pdf> (20.03.2020), S. 6.

<sup>152</sup> Bundesgerichtshof (BGH), Urteil vom 18.11.2016 – 4 StR 410/15, verfügbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=fc2e93973edb74d74c99dd1f98493207&nr=73159&pos=0&anz=1> (27.03.2020); Ch. Laue, in D. Dölling *et al.* (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht*, 4. Aufl., München 2017, § 177, Rn. 9.

<sup>153</sup> Die beiden Tatvarianten unterscheiden sich dadurch, dass der Täter die Waffe oder das gefährliche Werkzeug nur in Nummer 2 mit Verwendungsabsicht bei sich führt.



**Freiheitsstrafe von drei Monaten bis drei Jahren** vor. Minder schwere Fälle der **Qualifikationstatbestände in den Absätzen 4 und 5** werden mit einer **Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zehn Jahre** bestraft, die **Qualifikationstatbestände in Absatz 7** mit einer **Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zehn Jahren**.<sup>154</sup>

Schliesslich regelt das Gesetz auch, dass der **Versuch der Tat strafbar** ist. Der Versuch einer Tat **kann milder bestraft werden** als die vollendete Tat, jedoch ist dies **nicht verpflichtend**.<sup>155</sup> Entscheidet das Gericht die Strafe zu mildern, so darf **höchstens Dreiviertel der jeweils angedrohten Höchststrafe** verhängt werden. Ist die Strafe im Mindestmass erhöht, wie es in § 177 Strafgesetzbuch bei Vorliegen eines Qualifikationstatbestandes der Fall ist, so **mindert sich das Mindestmass** für Taten nach Absatz 7 auf sechs Monate, bei Taten nach den Absätzen 4 und 5 auf drei Monate und beim Grundtatbestand der Absätze 1 und 2 auf einen Monat<sup>156, 157</sup>.

### 1.1.1. „Veto-Lösung“ oder „Zustimmungslösung“

Mit dem oben genannten Änderungsgesetz von 2016 hat der deutsche Gesetzgeber die sogenannte **„Nein-heisst-Nein“- oder „Veto“-Lösung** eingeführt.<sup>158</sup> Sie gilt fast für den gesamten **§ 177 Strafgesetzbuch**, welcher gemäss seiner Überschrift den **sexuellen Übergriff, die sexuelle Nötigung und die Vergewaltigung** regelt. Der entgegenstehende Wille des Opfers muss zum Tatzeitpunkt **nach aussen hin erkennbar** sein, wobei hierfür die **Sicht eines objektiven Dritten** massgebend ist. Das Opfer muss seinen Willen **ausdrücklich** äussern oder **konkludent**, wobei die Gesetzesbegründung hierfür als Beispiel Weinen oder Abwehren der sexuellen Handlung nennt. Erscheint der erkennbare Wille ambivalent, so liegt keine Straftat vor. In Absatz 2 der Norm erweitert der Gesetzgeber den Tatbestand auf bestimmte, abschliessend aufgezählte **Konstellationen**, in welchen der entgegenstehende **Wille des Opfers nicht eindeutig nach aussen erkennbar ist oder sein muss**.<sup>159</sup>

Das Gesetz sieht lediglich **eine Ausnahme** vor. **Eine Tatbegehungsvariante** des Grundtatbestands hat der Gesetzgeber der sogenannten **„Ja-heisst-Ja“- oder „Zustimmungslösung“** unterworfen. Dies betrifft **sexuelle Übergriffe, bei denen der Täter ausnutzt, dass die Person auf Grund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äusserung des Willens erheblich eingeschränkt ist**. Dies ist lediglich dann nicht strafbar, wenn sich der Täter der **Zustimmung dieser Person versichert** hat.<sup>160</sup> Der Tatbestand betrifft in erster Linie Fälle, in denen das Opfer an einer geistigen Behinderung oder Demenz leidet oder sich im Zustand starker Trunkenheit befindet. Im Gegensatz zur alten Rechtslage muss das Opfer nicht mehr unfähig sein, Widerstand zu leisten, sondern es reicht aus, wenn es erheblich eingeschränkt ist, einen Willen zu bilden oder zu äussern. Im Rahmen der Ja-heisst-Ja-Lösung ist einverständlicher Sex mit einer solchen Person jedoch straflos, um die positive Sexualfreiheit zu schützen. Dafür muss sich der Täter **vor jeder neuen sexuellen Handlung**

<sup>154</sup> Wie bereits dargestellt wirkt sich der geminderte Strafrahmen gemäss § 12 Abs. 3 Strafgesetzbuch nicht auf die Einordnung als Vergehen oder Verbrechen aus.

<sup>155</sup> § 23 Abs. 1 in Verbindung mit § 49 Abs. 1 Strafgesetzbuch (StGB).

<sup>156</sup> § 38 Abs. 2 Strafgesetzbuch (StGB).

<sup>157</sup> § 49 Abs. 1 Strafgesetzbuch (StGB).

<sup>158</sup> Deutscher Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom 06.07.2016, Drucksache 18/9097, verfügbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/090/1809097.pdf> (20.03.2020), S. 2; T. Hörnle, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung, in Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ) 2017, S. 13, 14.

<sup>159</sup> Deutscher Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom 06.07.2016, Drucksache 18/9097, verfügbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/090/1809097.pdf> (20.03.2020), S. 23.

<sup>160</sup> § 177 Abs. 2 Nr. 2 Strafgesetzbuch (StGB). Siehe hierzu auch F. Drohsel, Das Sexualstrafrecht – aktueller Novellierungsbedarf, in Neue Juristische Online-Zeitschrift (NJOZ) 2018, S. 1521, 1522.

**auch innerhalb desselben Akts** der Zustimmung der anderen Person versichern, wobei der Begriff der Zustimmung eine **faktische, explizite oder konkludente Bekundung des natürlichen Willens** meint. Konkludent kann die Person den Willen beispielsweise durch freiwilliges Vornehmen sexualisierter Berührungen äussern, jedoch darf **kein vernünftiger Zweifel an der Zustimmung** bestehen. Es reicht nicht aus, wenn die Person im Nachhinein erklärt, die Handlung freiwillig vorgenommen zu haben.<sup>161</sup>

### 1.1.2. Vorsätzliche und fahrlässige Begehung

Im deutschen Strafrecht ist grundsätzlich nur vorsätzliches Handeln strafbar; fahrlässiges Handeln ist nur dann strafbar, wenn dies explizit normiert ist.<sup>162</sup> Für die in § 177 Strafgesetzbuch unter Strafe gestellten Taten findet sich derzeit keine Vorschrift, die diese Handlungsweisen auch bei fahrlässiger Begehung unter Strafe stellen würde. **Strafbar ist also lediglich die vorsätzliche Begehung.**

## 1.2. Strafbarkeit als Vergewaltigung

Die **Vergewaltigung** ist als **Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall des sexuellen Übergriffs** ausgestaltet. Für das Vorliegen einer Vergewaltigung muss also zunächst der Grundtatbestand des sexuellen Übergriffs erfüllt sein. Dieser folgt seit der Reform des Sexualstrafrechts im Jahre 2016 der Nein-heisst-Nein-Lösung und erfasst neben der sexuellen Nötigung mittels Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel alle Fälle, in denen die sexuelle Handlung gegen den erkennbaren Willen der anderen Person begangen wird. Sodann müssen die Voraussetzungen des Regelbeispiels erfüllt sein, damit ein besonders schwerer Fall in Form einer Vergewaltigung indiziert wird.<sup>163</sup>

**Unklar ist allerdings, wie die Vergewaltigung genau definiert ist.** Das Gesetz enthält eine **Legaldefinition**, die jedoch **unterschiedlich ausgelegt** werden kann. Demnach liegt ein besonders schwerer Fall in der Regel vor, wenn *„der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder vollziehen lässt oder ähnliche sexuelle Handlungen an ihm vornimmt oder von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung)“*.<sup>164</sup> In Rechtsprechung und Lehre wird dies unterschiedlich ausgelegt, wobei sich die Diskussionen zwar überschneiden, jedoch teilweise aneinander vorbeizugehen scheinen. Die **meistdiskutierte Frage** hierbei ist, **ob sexuelle Handlungen, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind, zusätzlich auch besonders erniedrigend sein müssen, oder ob dies bereits durch das Eindringen indiziert wird.** Bei Oral- und Analverkehr scheint eine solche Indizwirkung in der Regel angenommen zu werden, beim Einführen anderer Körperteile, Körperprodukte oder Gegenstände wird eine solche Indizwirkung oftmals ebenfalls angenommen.<sup>165</sup> Teilweise wird auch vertreten, bei besonders erniedrigenden sexuellen Handlungen, die nicht mit einem Eindringen in den Körper

<sup>161</sup> Deutscher Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom 06.07.2016, Drucksache 18/9097, verfügbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/090/1809097.pdf> (20.03.2020), S. 24 f.; T. Hörnle, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung, in Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ) 2017, S. 13, 17; F. Drohsel, Das Sexualstrafrecht – aktueller Novellierungsbedarf, in Neue Juristische Online-Zeitschrift (NJOZ) 2018, S. 1521, 1522.

<sup>162</sup> § 15 Strafgesetzbuch (StGB).

<sup>163</sup> § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 Strafgesetzbuch (StGB). Siehe hierzu auch unter Punkt 1.1. in diesem Gutachten zum deutschen Recht.

<sup>164</sup> § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 Strafgesetzbuch (StGB).

<sup>165</sup> Vgl. J. Renzikowski, in W. Joecks & K. Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 3 §§ 80 – 184j, 3. Auflage, München 2017, § 177, Rn. 147 f.; M. Heger, in K. Lackner & K. Kühl (Hrsg.), StGB, 29. Auflage 2018, § 177, Rn. 22; Ch. Laue, in D. Dölling *et al.* (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl., München 2017, § 177, Rn. 14; Th. Ziegler, in B. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, 45. Ed., München 2020, § 177, Rn. 47 ff.; Th. Fischer, Strafgesetzbuch, 66. Aufl., München 2019, § 177, Rn. 149 ff.; R. Vavra, Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen, Baden-Baden 2018, S. 464 f.

verbunden sind, handele es sich zwar um einen besonders schweren Fall, das Regelbeispiel sei also erfüllt, jedoch sei eine solche Handlung nicht von der Legaldefinition der Vergewaltigung erfasst.<sup>166</sup> Ein Vertreter der Lehre gibt zudem zu Bedenken, der Begriff der „Vergewaltigung“ sei nicht mehr adäquat, da nun auch Handlungen ohne Anwendung von Gewalt erfasst seien.<sup>167</sup>

### 1.3. Statistische Angaben zu Anzeigen und Urteilen

Das **Statistische Bundesamt** stellt auf seiner Website [www.destatis.de](http://www.destatis.de) sehr ausführliche Statistiken zu Strafverfahren zur Verfügung, differenzierend nach den verschiedenen Strafvorschriften.<sup>168</sup> Diese geben **detailliert Aufschluss** darüber, wie viele Verfahren wie ausgegangen sind, wobei nicht nur nach Verurteilung, Einstellung oder Freispruch unterschieden wird, sondern insbesondere auch nach Strafmass, Massnahme, Art der Einstellung, Geschlecht, Alter und Nationalität der Täter.

Jahr	Sexueller Übergriff § 177 Abs. 1 n.F.			Sexuelle Nötigung § 177 Abs. 5 n.F. § 177 Abs. 1 a.F.			Vergewaltigung § 177 Abs. 6 S. 1 Nr. 1 n.F. § 177 Abs. 2 Nr. 1 a.F.		
	Abgeurteilt	Verurteilt	%	Abgeurteilt	Verurteilt	%	Abgeurteilt	Verurteilt	%
2018 (n.F.)	399	223	56 %	640	428	67 %	839	569	67 %
2017 (n.F.)	290	153	53 %	691	481	70 %	716	479	67 %
2016 (a.F.)				804	489	61 %	608	416	68 %
2015 (a.F.)				794	470	59 %	650	439	67 %
2014 (a.F.)				781	438	56 %	628	425	67 %
2013 (a.F.)				853	532	62 %	646	444	69 %

Aus Kapazitätsgründen können hier nur die **Gesamtwerte** der im jeweiligen Jahr **abgeurteilten Fälle** angegeben werden sowie **derjenigen Fälle, die davon mit einer Verurteilung<sup>169</sup> endeten**. Für die Jahre **2018 und 2017** zeigt die Anzahl der sexuellen Übergriffe gemäss § 177 Absatz 1 Strafgesetzbuch die Anzahl der **Verstösse gegen die sexuelle Selbstbestimmung ohne Einsatz eines Nötigungsmittels und ohne Qualifikations- oder Strafschärfungstatbestand**. Aus den hier dargestellten Daten ergibt sich, dass im Jahr **2018** von 399 abgeurteilten Fällen eines **sexuellen Übergriffs** 223 und damit **knapp 56 % mit einer Verurteilung endeten**. Im Vorjahr **2017** wurden 290 Fälle abgeurteilt, von denen 153 und damit **knapp 53 % mit einer Verurteilung endeten**.<sup>170</sup> Die Zahl der wegen Vergewaltigung abgeurteilten und verurteilten Fälle gibt keinen Aufschluss darüber, ob ein Nötigungsmittel eingesetzt wurde, oder ob ohne Einsatz von Gewalt oder Drohung gegen den Willen des Opfers gehandelt wurde. Jedoch können die Werte zur sexuellen Nötigung als Interpretationshilfe herangezogen werden.<sup>171</sup>

<sup>166</sup> Th. Ziegler, in B. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, 45. Ed., München 2020, § 177, Rn. 47 ff.; Th. Fischer, Strafgesetzbuch, 66. Aufl., München 2019, § 177, Rn. 143.

<sup>167</sup> Th. Fischer, Strafgesetzbuch, 66. Aufl., München 2019, § 177, Rn. 144.

<sup>168</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.3: Rechtspflege Strafgerichte, verfügbar unter [https://www.destatis.de/GPStatistik/receive/DESerie\\_serie\\_00000103](https://www.destatis.de/GPStatistik/receive/DESerie_serie_00000103) (23.03.2020).

<sup>169</sup> Nicht bei den Verurteilungen erfasst sind also die folgenden Entscheidungen: 1. bei Erwachsenen: selbständig auf Massregeln; Freispruch, aber Massregeln; Absehen von Strafe; Einstellung ohne Massregeln; Freispruch ohne Massregeln; 2. bei Jugendlichen oder Heranwachsenden: Entscheidung ausgesetzt, von Verfolgung abgesehen; selbständig auf Massregeln, Überweisung an den Vormundschaftsrichter; Verfahrenseinstellung; Freispruch.

<sup>170</sup> Die im Text und in der Tabelle enthaltenen Prozentwerte wurden zur Veranschaulichung durch das Institut errechnet und gerundet.

<sup>171</sup> Die sexuelle Nötigung stellte bis 2016 den Grundtatbestand dar, ist nun jedoch eine Qualifikation zum neuen Grundtatbestand, welcher nur noch auf das Einverständnis des Opfers abstellt. Siehe zu einer Interpretation der Statistiken auch R. Vavra, Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen, Baden-Baden 2014, S. 31 ff.

Inwiefern die neue **Ja-heisst-Ja-Lösung** für Opfer, die aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äusserung ihres Willens erheblich beeinträchtigt sind, eine Änderung gebracht hat, **lässt sich nicht feststellen**. Die Statistiken hierzu differenzieren innerhalb des § 177 Absatz 2 Strafgesetzbuch nicht zwischen den Nummern 2, 3, 4 und 5, wobei hierfür nur die Daten zu Nummer 2 relevant wären.

## 1.4. Handhabung in der Praxis

### 1.4.1. Probleme in der Rechtsanwendung

In Lehre und Rechtsprechung herrscht keine Einigkeit darüber, wie das **aktive Vornehmen einer sexuellen Handlung durch diejenige Person, die zuvor noch ihre Ablehnung kommuniziert hat**, zu beurteilen ist. Da der neue Grundtatbestand des sexuellen Übergriffs lediglich einen erkennbaren entgegenstehenden Willen voraussetzt, jedoch keine Drohung und keine Gewalt mehr, wird diskutiert, ob das aktive Vornehmen einer sexuellen Handlung mit einem entgegenstehenden Willen vereinbar ist oder ob sich dies gegenseitig ausschliesst. Anlass hierfür war eine **Entscheidung des Landgerichts Bamberg**, welches in einem solchen Fall einen **sexuellen Übergriff angenommen** und den Täter entsprechend, wenn auch milde, verurteilt hat.<sup>172</sup> Dieses Urteil wurde sodann **vom Bundesgerichtshof aufgehoben**.<sup>173</sup> Beide Gerichtsentscheidungen finden in der Lehre jeweils einen Fürsprecher. Dabei stützt sich die Befürworterin der Entscheidung des Landgerichts auf die Motivation des Gesetzgebers, das sexuelle Selbstbestimmungsrecht umfassend zu schützen. Auch ohne Drohung mit einem empfindlichen Übel sei eine nicht-selbstbestimmte Handlung denkbar, sodass das aktive Vornehmen einer sexuellen Handlung je nach den Umständen auch ohne Drohung unfreiwillig geschehen könne.<sup>174</sup> Demgegenüber verweist der Befürworter der Entscheidung des Bundesgerichtshofes, welches allein auf die objektive Handlung abgestellt hatte, auf Wortlaut und Systematik der Norm, wonach der entgegenstehende Wille im Moment der Tat erkennbar sein müsse.<sup>175</sup>

### 1.4.2. Kritik

Sowohl die Reformkommission, welche sich mit der neuen Version des § 177 Strafgesetzbuch befasst, als auch die Lehre sehen weiterhin **Reformbedarf**. In erster Linie betrifft dies die **Struktur der Norm**, welche den sexuellen Übergriff gegen den Willen des Opfers sowie die sexuelle Nötigung mittels Gewalt oder Drohung in einer einzigen, verschachtelten Vorschrift regelt. Im Hinblick auf die im Rahmen dieses Gutachtens relevanten Punkte betrifft die weitere Kritik die folgenden Aspekte:

Die Reformkommission hat sich zur **Hälfte** für das **Beibehalten der Nein-heisst-Nein-Lösung** ausgesprochen, während die **andere Hälfte** eine **punktuellere Lösung** zum Vermeiden von Strafbarkeitslücken befürwortet. Beide Herangehensweisen erfüllten die Vorgaben der Istanbul-Konvention. Einigkeit bestünde allerdings darin, dass die Anwendung in der Praxis des § 177 Strafgesetzbuch in seiner derzeitigen Form kritisch beobachtet werden müsse. Dies betreffe insbesondere **Probleme bei der Beweisführung sowie durch Falschbeschuldigungen**.<sup>176</sup> In der Lehre

<sup>172</sup> Landgericht (LG) Bamberg, Urteil vom 07.12.2017 – 33 Kls 1105 Js 520/17, kostenpflichtig online verfügbar unter [www.juris.de](http://www.juris.de).

<sup>173</sup> Bundesgerichtshof (BGH), Beschluss vom 21.22.2018 – 1 StR 290/18, verfügbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=bc2889cb00173dd145407b63a9b8be42&nr=98497&pos=0&anz=1> (23.03.2020).

<sup>174</sup> T. Hörnle, in Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2019, S. 439 ff.

<sup>175</sup> Th. Fischer, in Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2019, S. 580 ff.

<sup>176</sup> Reformkommission zum Sexualstrafrecht, Abschlussbericht, 2017, verfügbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abchlussbericht\\_Reformkommission\\_Sexualstrafrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abchlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1) (24.03.2020), S. 294.

wird hierzu angemerkt, solche Probleme kämen im Bereich des Sexualstrafrechts stets vor und stünden nicht im Zusammenhang mit der Nein-heisst-Nein-Lösung.<sup>177</sup>

In der Kommentarliteratur finden sich kritische Stimmen, wonach der neue § 177 Strafgesetzbuch den **Opfern**, bei denen es sich meist um Frauen und Mädchen handele, die **Fähigkeit abspreche, wirksam einen Willen zu bilden und durchzusetzen**.<sup>178</sup> Dem wird entgegengehalten, die Nein-heisst-Nein-Lösung verankere die Voraussetzung, dass sexuelle Kontakte zwischen zwei gleichberechtigten, freiwillig handelnden Personen stattfänden.<sup>179</sup> Die Reform des § 177 Strafgesetzbuch trage dem Umstand Rechnung, dass ein Opfer **im Moment der Tat aus unterschiedlichen, nachvollziehbaren Gründen keinen Widerstand leiste**, dem Täter aber dennoch der entgegenstehende Wille des Opfers bekannt sei.<sup>180</sup> Darüber hinaus wird angemerkt, weder aus dem Wortlaut der Norm noch aus der Gesetzesbegründung gehe hervor, ob der **entgegenstehende Wille** nur dann **erkennbar** sei, wenn das Opfer diesen ausdrücklich oder konkludent kommuniziere oder ob es ausreichend sei, **wenn dieser sich objektiv aus den Umständen ergebe**.<sup>181</sup>

Im Hinblick auf die **Ja-heisst-Ja-Lösung** für Personen, die auf Grund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äusserung ihres Willens erheblich eingeschränkt sind, empfiehlt die Reformkommission mehrheitlich, diese Vorschrift zu streichen. Der genannte **Personenkreis bedürfe**, entgegen der in der Gesetzesbegründung vertretenen Auffassung,<sup>182</sup> **keines höheren Schutzes und würde durch die Regelung eher in seiner Sexualfreiheit beschränkt**.<sup>183</sup>

## 2. Straftatbestand für „Stealthig“

In Deutschland wurde das sogenannte **Stealthig** erst in der jüngsten Vergangenheit von Rechtsprechung und Lehre behandelt. So gibt es bisher lediglich **ein Urteil eines Amtsgerichts** von Ende 2018 sowie **das zweit- und letztinstanzliche Urteil des Landgerichts** von Ende 2019.<sup>184</sup> In diesem Fall hatte das Opfer vor Beginn des Geschlechtsverkehrs ausdrücklich gesagt, sie sei mit Verkehr ohne Kondom nicht einverstanden. Der Täter verwendete daher zu Beginn des Geschlechtsverkehrs ein Kondom, zog dies jedoch bei einem Stellungswechsel und unbemerkt vom Opfer ab. In der Lehre

<sup>177</sup> F. Drohsel, Das Sexualstrafrecht – aktueller Novellierungsbedarf, in Neue Juristische Online-Zeitschrift (NJOZ) 2018, S. 1521, 1521.

<sup>178</sup> Th. Fischer, Strafgesetzbuch, 66. Aufl., München 2019, § 177, Rn. 4; R. Decker, Zur Reform des Sexualstrafrechts durch das StÄG 2016, in Strafverteidiger (StV) 2017, S. 411, 411; M. Löffelmann, Verfassungswidrigkeit des neuen § 177 StGB?, in Strafverteidiger (StV) 2017, 414, 414.

<sup>179</sup> F. Drohsel, Das Sexualstrafrecht – aktueller Novellierungsbedarf, in Neue Juristische Online-Zeitschrift (NJOZ) 2018, S. 1521, 1521 f.

<sup>180</sup> Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 25.04.2016, Drucksache 18/8210, verfügbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/082/1808210.pdf> (24.03.2020).

<sup>181</sup> T. Hörnle, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung, in Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2017, S. 13, 15.

<sup>182</sup> Deutscher Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom 06.07.2016, Drucksache 18/9097, verfügbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/090/1809097.pdf> (20.03.2020), S. 25.

<sup>183</sup> Reformkommission zum Sexualstrafrecht, Abschlussbericht, 2017, verfügbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abchlussbericht\\_Reformkommission\\_Sexualstrafrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abchlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1) (24.03.2020), S. 297 f.

<sup>184</sup> Amtsgericht (AG) Berlin-Tiergarten, Urteil vom 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18); Landgericht (LG) Berlin, Urteil vom 27.11.2019 – (570) 284 Js 118/18 Ls Ns (50/19), beide kostenpflichtig online verfügbar unter [www.juris.de](http://www.juris.de).



finden sich bisher **nur wenige Autoren**, die sich mit diesem Thema befassen, und wenn, dann angeregt durch das genannte Urteil des Amtsgerichts.

Bei der strafrechtlichen Beurteilung des *Stealthing* wird diskutiert, **ob es sich um einen sexuellen Übergriff im Sinne des § 177 Strafgesetzbuch handelt** und, sollte dies der Fall sein, **ob ein besonders schwerer Fall in Form einer Vergewaltigung als Regelbeispiel vorliegt**. Dabei wird in der Diskussion die im Gerichtsurteil verhandelte Situation zu Grunde gelegt, nämlich dass der Täter das Kondom bei einem Stellungswechsel abzieht, sodass der erste Teil des sexuellen Akts geschützt und damit in jeder Hinsicht einvernehmlich vollzogen wurde. Erst ab einer erneuten Penetration fand der Geschlechtsverkehr ohne Kondom statt.

Die **Mehrheit der Lehre sowie die bisherige Rechtsprechung** sind der Auffassung, eine solche Tat **erfülle den Tatbestand des sexuellen Übergriffs**. Insbesondere liege auch kein tatbestandsausschliessendes Einverständnis vor, da das Einverständnis zum Geschlechtsverkehr mit Kondom eine andere sexuelle Handlung<sup>185</sup> betreffe als dasjenige zum Verkehr ohne Kondom.<sup>186</sup> Ein Vertreter der **Mindermeinung** ist jedoch der Ansicht, bei der Frage, ob ein Kondom verwendet werde, handle es sich nicht um eine sexuelle Handlung, sodass der diesbezüglich entgegenstehende Wille des Opfers unbeachtlich sei.<sup>187</sup> Ein anderer Vertreter der Mindermeinung weist zudem darauf hin, der erkennbare entgegenstehende Wille sei nicht zum massgebenden Zeitpunkt geäussert worden, nämlich bei der erneuten Penetration. Dogmatische Konstruktionen, wonach der zuvor geäusserte Wille noch immer relevant wäre, lehnt dieser Vertreter ab. Allerdings entstehe auch keine Strafbarkeitslücke, da *Stealthing* die Tatbestände der (versuchten) Körperverletzung und der Beleidigung<sup>188</sup> erfülle.<sup>189</sup>

Nimmt man mit der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre an, *Stealthing* erfülle den Tatbestand des sexuellen Übergriffs, so stellt sich im Anschluss die Frage, ob es sich um einen **besonders schweren Fall des sexuellen Übergriffs in Form einer Vergewaltigung** handelt.<sup>190</sup> Nicht-einvernehmlicher Beischlaf stellt eine Vergewaltigung im Sinne des Gesetzes dar und indiziert als Regelbeispiel das Vorliegen eines besonders schweren Falls.<sup>191</sup> Da in der vorliegenden Konstellation jedoch der Beischlaf an sich einvernehmlich und lediglich das Abstreifen des Kondoms ohne Wissen und gegen den erkennbaren Willen der anderen Person geschieht, wird der hohe Strafrahmen für eine

<sup>185</sup> § 184h Nr. 1 Strafgesetzbuch (StGB):

„Im Sinne dieses Gesetzes sind

1. sexuelle Handlungen nur solche, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind, [...]“

<sup>186</sup> Landgericht (LG) Berlin, Urteil vom 27.11.2019 – (570) 284 Js 118/18 Ls Ns (50/19); Amtsgericht (AG) Berlin-Tiergarten, Urteil vom 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), beide kostenpflichtig online verfügbar unter [www.juris.de](http://www.juris.de); Th. Ziegler, in B. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, 45. Ed., München 2020, § 177, Rn. 9a; F. Herzog, „Stealthing“: Wenn Männer beim Geschlechtsverkehr heimlich das Kondom entfernen. Eine Sexualstraftat?, in St. Barton *et al.* (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, München 2018, S. 351, 356 f.; Th. M. Hoffmann, Zum Problemkreis der differenzierten Einwilligung (Einverständnis) des Opfers im Bereich des § 177 StGB nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 2016: Ein Kurzbeitrag zur strafrechtlichen Einordnung des sogenannten „Stealthing“, in Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2019, S. 16, 17; K. Ph. Linoh, Sexueller Übergriff durch „Stealthing“, in jurisPR-StrafR 11/2019 Anm. 5, S. 1, 4; R. Vavra, Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen, Baden-Baden 2018, S. 332.

<sup>187</sup> M. Heger, in K. Lackner & K. Kühl, StGB, 29. Aufl., München 2018, § 177, Rn. 5.

<sup>188</sup> Körperverletzung: § 223 Abs. 1, 2 in Verbindung mit § 22 und § 23 Abs. 1 Strafgesetzbuch (StGB); Beleidigung: § 185 Var. 2 StGB.

<sup>189</sup> K. Franzke, Zur Strafbarkeit des so genannten „Stealthings“, in Bonner Rechtsjournal (BRJ) 2019, S. 114, 116 ff. und 120 ff.

<sup>190</sup> R. Vavra behandelt diese Frage jedoch nicht, vgl. Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen, Baden-Baden 2014, S. 330 f.

<sup>191</sup> Siehe hierzu unter Punkt 1.1. in diesem Gutachten zum deutschen Recht.

Vergewaltigung im Fall des *Stealthing* in Teilen der herrschenden Meinung als unangemessen empfunden. Die **Hälfte der Vertreter der herrschenden Lehre sowie die Rechtsprechung lehnen einen besonders schweren Fall der Tatbegehung für *Stealthing* eher ab**, jedenfalls solange die Tat keine Infizierung mit einer sexuell übertragbaren Krankheit und keine ungewollte Schwangerschaft zur Folge hat.<sup>192</sup> Umgekehrt liege jedoch auch kein minder schwerer Fall des sexuellen Übergriffs vor.<sup>193</sup> Die **andere Hälfte der Vertreter der herrschenden Lehre ist der Ansicht, konsequenterweise müsse wohl ein besonders schwerer Fall in Form einer Vergewaltigung angenommen werden**.<sup>194</sup> **Einigkeit** besteht allerdings bei allen, dass der **Indizwirkung des Regelbeispiels nicht ohne Weiteres gefolgt werden kann**, sondern dass eine **Prüfung des Einzelfalles** notwendig ist.<sup>195</sup>

## 2.1. Strafandrohung in Relation zur Vergewaltigung

Gerade auch im Hinblick auf den hohen Strafraumen mit einer Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren haben weder das Amtsgericht noch das Landgericht, welche den bisher einzigen strafgerichtlich abgeurteilten Fall des *Stealthing* verhandelt haben, wegen Vergewaltigung verurteilt.<sup>196</sup>

## 2.2. Strafandrohung in Relation zu nicht gewalttätigen, aber nicht einvernehmlichen Übergriffen

Der **sexuelle Übergriff** wird mit einem Strafraumen mit einer **Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren** bestraft. Das **Amtsgericht Berlin-Tiergarten** hatte den Beschuldigten zu einer **Freiheitsstrafe von acht Monaten verurteilt**, wobei es die Vollstreckung der Freiheitsstrafe zur **Bewährung** ausgesetzt hat.<sup>197</sup> Das **Landgericht Berlin** hat dieses Strafmaß zwar auf sechs Monate

<sup>192</sup> Landgericht (LG) Berlin, Urteil vom 27.11.2019 – (570) 284 Js 118/18 Ls Ns (50/19); Amtsgericht (AG) Berlin-Tiergarten, Urteil vom 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), beide kostenpflichtig online verfügbar unter [www.juris.de](http://www.juris.de); Th. Ziegler, in B. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, 45. Ed., München 2020, § 177, Rn. 9a; Th. M. Hoffmann, Zum Problembereich der differenzierten Einwilligung (Einverständnis) des Opfers im Bereich des § 177 StGB nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 2016: Ein Kurzbeitrag zur strafrechtlichen Einordnung des sogenannten „Stealthing“, in Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2019, S. 16, 18.

<sup>193</sup> Landgericht (LG) Berlin, Urteil vom 27.11.2019 – (570) 284 Js 118/18 Ls Ns (50/19); Amtsgericht (AG) Berlin-Tiergarten, Urteil vom 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), beide kostenpflichtig online verfügbar unter [www.juris.de](http://www.juris.de);

<sup>194</sup> F. Herzog, „Stealthing“: Wenn Männer beim Geschlechtsverkehr heimlich das Kondom entfernen. Eine Sexualstraftat?, in St. Barton et al. (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, München 2018, S. 351, 359, welcher allerdings vermutlich aufgrund eines Redaktionsfehlers von § 176 Abs. 4 Strafgesetzbuch spricht; K. Ph. Linoh, Sexueller Übergriff durch „Stealthing“, in jurisPR-StrafR 11/2019 Anm. 5, S. 1, 5 f.

<sup>195</sup> Landgericht (LG) Berlin, Urteil vom 27.11.2019 – (570) 284 Js 118/18 Ls Ns (50/19); Amtsgericht (AG) Berlin-Tiergarten, Urteil vom 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), beide kostenpflichtig online verfügbar unter [www.juris.de](http://www.juris.de); Th. Ziegler, in B. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, 45. Ed., München 2020, § 177, Rn. 9a; Th. M. Hoffmann, Zum Problembereich der differenzierten Einwilligung (Einverständnis) des Opfers im Bereich des § 177 StGB nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 2016: Ein Kurzbeitrag zur strafrechtlichen Einordnung des sogenannten „Stealthing“, in Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2019, S. 16, 18; F. Herzog, „Stealthing“: Wenn Männer beim Geschlechtsverkehr heimlich das Kondom entfernen. Eine Sexualstraftat?, in St. Barton et al. (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, München 2018, S. 351, 359, welcher allerdings vermutlich aufgrund eines Redaktionsfehlers von § 176 Abs. 4 Strafgesetzbuch spricht; K. Ph. Linoh, Sexueller Übergriff durch „Stealthing“, in jurisPR-StrafR 11/2019 Anm. 5, S. 1, 5 f.

<sup>196</sup> Landgericht (LG) Berlin, Urteil vom 27.11.2019 – (570) 284 Js 118/18 Ls Ns (50/19); Amtsgericht (AG) Berlin-Tiergarten, Urteil vom 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), beide kostenpflichtig online verfügbar unter [www.juris.de](http://www.juris.de).

<sup>197</sup> Amtsgericht (AG) Berlin-Tiergarten, Urteil vom 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18), kostenpflichtig online verfügbar unter [www.juris.de](http://www.juris.de).

reduziert, allerdings nicht, weil es die Tat selbst anders beurteilt hätte. Massgebend für diese Reduzierung war, dass der Verurteilte seine Berufung beschränkt und dem Opfer dadurch eine erneute, emotional aufwühlende Aussage vor Gericht erspart hat.<sup>198</sup>

Allgemein zu *Stealth* ist anzumerken, dass das **Prostituiertenschutzgesetz** eine **Kondompflicht** vorsieht und die Verantwortung hierfür dem Kunden auferlegt.<sup>199</sup> Ein Verstoß stellt eine Ordnungswidrigkeit dar und kann mit einer **Geldbusse von bis zu 50'000 EUR** sanktioniert werden.<sup>200</sup>

### 3. Nicht gewalttätigem, aber problematischem Sexualverhalten vorbeugen

#### 3.1. Zivilrechtliche Möglichkeiten

Das Amtsgericht Berlin-Tiergarten, bestätigt durch das Landgericht Berlin, hat dem Opfer im unter Punkt 2. dargestellten Fall im Rahmen eines **Adhäsionsverfahrens Schmerzensgeld in Höhe von 3'000 EUR** zugesprochen, etwas mehr als ein Nettomonatsgehalt des Täters. Zudem wurde der Täter dazu verurteilt, für die Kosten des Opfers für den aufgrund seiner Tat durchgeführten **Test auf sexuell übertragbare Krankheiten in Höhe von rund 95 EUR** aufzukommen. Als Rechtsgrundlage sowohl für das Schmerzensgeld als auch für die entstandenen Laborkosten dient § 823 Bürgerliches Gesetzbuch<sup>201</sup>, welcher unter anderem Schadensersatzleistungen wegen rechtswidriger Verletzung eines Schutzgesetzes regelt. Schutzgesetze sind drittschützende Vorschriften wie insbesondere die meisten Straftatbestände, im vorliegenden Fall also § 177 Absatz 1 Strafgesetzbuch über sexuelle Übergriffe.<sup>202</sup> Die Ansprüche könnten ohne Strafverfahren auch auf dem Zivilrechtsweg geltend gemacht werden.

Bei Angst vor weiteren Übergriffen ist zudem eine **zivilrechtliche Unterlassungsklage denkbar**, wenn **Wiederholungsgefahr** besteht. Hierfür müssen erneute Eingriffe in das Recht des Opfers auf **körperliche Unversehrtheit** oder in das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** des Opfers drohen.<sup>203</sup>

#### 3.2. Andere Arten staatlicher Intervention

**Bundesweit einheitliche Schulungs- oder Aufklärungskampagnen zu sexuellen Übergriffen scheint es nicht zu geben.** Das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend widmet sich dem Thema „**Gewalt gegen Frauen**“, jedoch stehen dort gewalttätige Misshandlungen im Vordergrund.<sup>204</sup>

<sup>198</sup> Landgericht (LG) Berlin, Urteil vom 27.11.2019 – (570) 284 Js 118/18 Ls Ns (50/19), kostenpflichtig online verfügbar unter [www.juris.de](http://www.juris.de).

<sup>199</sup> § 32 Abs. 1 Prostituiertenschutzgesetz (ProstSchG), das ProstSchG ist verfügbar unter <http://www.gesetze-im-internet.de/prostschg/index.html> (06.04.2020).

<sup>200</sup> § 33 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 Var. 1 Prostituiertenschutzgesetz (ProstSchG).

<sup>201</sup> § 823 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), das BGB ist verfügbar unter <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html> (06.04.2020).

<sup>202</sup> Amtsgericht (AG) Berlin-Tiergarten, Urteil vom 11.12.2018 – (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18); Landgericht (LG) Berlin, Urteil vom 27.11.2019 – (570) 284 Js 118/18 Ls Ns (50/19); beide kostenpflichtig online verfügbar unter [www.juris.de](http://www.juris.de). Die Möglichkeit, Schmerzensgeld zu verlangen, ergibt sich aus § 253 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

<sup>203</sup> § 1004 Abs. 1 S. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) in analoger Anwendung.

<sup>204</sup> Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Frauen vor Gewalt schützen, verfügbar unter <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/gleichstellung/frauen-vor-gewalt-schuetzen> (1.04.2020).



### 3.2.1. Aufklärungskampagnen

Zum Thema „**Nein-heisst-Nein**“ finden sich in erster Linie **lokale Kampagnen und Schulungen**, meist organisiert von **Hilfsverbänden in Zusammenarbeit mit lokalen Behörden**. Diese richten sich häufig an **Kinder im Grundschulalter**<sup>205</sup> sowie an **Jugendliche ab 12 Jahren**<sup>206</sup> und werden meist in Schulen durchgeführt. In Hamburg wurde ausserdem ein von Absolventen der HMS Hamburg Media School GmbH in einem Wettbewerb entwickelter **Spot im Kino** vor den Hauptfilmen sowie im **Fahrgastfernsehen** gezeigt.<sup>207</sup>

Verschiedene **Universitäten informieren** unter anderem im Internet darüber, welches Verhalten einen sexuellen Übergriff darstellen kann sowie über Anlaufstellen für Opfer.<sup>208</sup>

In zahlreichen Städten nehmen **Bars, Diskotheken und Restaurants** an der Initiative „**Ist Luisa hier?**“ des Frauen-Notrufs Münster teil. Hierfür wird das Personal der teilnehmenden Gaststätten geschult, auf die Frage „Ist Luisa hier?“ eines Kunden, meist Frauen, hin **diskret niedrigschwellige Hilfe zu leisten**, beispielsweise durch Rufen eines Taxis oder Suchen der Freunde.<sup>209</sup> Auf diese Kampagne wurde auch besonders für die Karnevalstage im Rheinland aufmerksam gemacht, wo auch verstärkt auf die Botschaft „Nein heisst Nein“ hingewiesen und entsprechend aufgeklärt wurde.<sup>210</sup>

### 3.2.2. Schulungskampagnen

Das Bundesgesundheitsministerium hat in Zusammenarbeit mit dem Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung ein **Strategiepapier zur Eindämmung von HIV und anderen sexuell übertragbaren Krankheiten** entwickelt. Dieses sieht als Massnahme auch das Weiterentwickeln und Erarbeiten von Kampagnen und Materialien insbesondere für Schulen vor. Detailliertere Angaben finden sich dort jedoch nicht.<sup>211</sup> Aufgrund des föderalen Systems in Deutschland ist davon auszugehen, dass die Umsetzung jeweils auf lokaler Ebene erfolgt. **Stealthing** scheint in Deutschland jedoch **noch nicht** auf politischer oder gesellschaftlicher Ebene **diskutiert** zu werden.

<sup>205</sup> Zum Beispiel das Theater-Präventionsprojekt „NEIN heisst NEIN“ zum Schutz vor sexueller Gewalt von Power-Child e.V., verfügbar unter <https://power-child.de/theater-schule/> (30.03.2020).

<sup>206</sup> Zum Beispiel der Workshop für Mädchen „Nein heisst NEIN“ zu den Hintergründen, rechtlichen Aspekten und Folgen sexualisierter Gewalt, verfügbar unter <https://www.frauennotruf-muenster.de/oeffentlichkeitsarbeit-kampagnen/praeventionsarbeit/> (30.03.2020).

<sup>207</sup> Behörde für Schule und Berufsbildung, Nein heisst Nein: Der Film, verfügbar unter <https://www.hamburg.de/gewaltpraevention/7050228/nein-heisst-nein/> (30.03.2020).

<sup>208</sup> Zum Beispiel Freie Universität Berlin, Nein heisst Nein, verfügbar unter <https://www.fu-berlin.de/sites/nein-heisst-nein/index.html> (31.03.2020).

<sup>209</sup> Frauen-Notruf, Luisa ist hier!, verfügbar unter <https://luisa-ist-hier.de/> (31.03.2020).

<sup>210</sup> Zum Beispiel Stadt Bonn, „Nein heisst Nein!“ - ausgelassen und unbelästigt Karneval feiern, verfügbar unter <https://www.bonn.de/pressemitteilungen/februar/nein-heisst-nein-2020.php> (31.03.2020).

<sup>211</sup> Bundesministerium für Gesundheit & Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, Strategie zur Eindämmung von HIV, Hepatitis B und C und anderen sexuell übertragbaren Infektionen, verfügbar unter [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/5\\_Publikationen/Praevention/Broschueren/Strategie\\_BIS\\_2030\\_HIV\\_HEP\\_STI.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/5_Publikationen/Praevention/Broschueren/Strategie_BIS_2030_HIV_HEP_STI.pdf) (30.03.2020).

## C. ENGLAND AND WALES

### 1. Sexual assault or sexual intercourse without consent and in the absence of violence or threats of violence

#### 1.1. Introduction

In England and Wales, **sexual intercourse or other sexual activity without the consent of the victim is classified as a criminal offence**, notwithstanding that there may have been no violence, threats of violence, or even specific coercion by the offender towards the victim.

Requirements of force and resistance have long been replaced by the consent standard in many common law jurisdictions, and **'rape' is typically defined as sexual intercourse without consent**.<sup>212</sup> The law in England and Wales follows this approach, interpreting rape as a crime of violation of autonomy rather than violence.<sup>213</sup> The offence of rape may be committed where sexual intercourse took place and it is accepted by the defendant that consent was not given by the complainant. However, in cases where the defence to an allegation of rape is that consent was given, the relevant question is whether the complainant had the freedom and capacity to make the choice to consent.<sup>214</sup> It is not necessary to show the presence of violence, threats of violence or coercion, although, as will be seen, this is often expected by juries in practice before finding a defendant guilty of rape.<sup>215</sup>

**The Sexual Offences Act 2003 (the "SOA 2003")**,<sup>216</sup> which came into force on 1<sup>st</sup> May 2004, was intended to reform the law on sexual offences, and replaced what has been described as a hotchpotch of common and statutory law, repeatedly amended and reinterpreted.<sup>217</sup> Representing probably the most important overhaul of the law governing sexual offences since Victorian times, most existing sexual offence legislation was repealed, and over 50 new offences were created.<sup>218</sup> Importantly, the notion of 'consent' was re-defined, and no longer could the accused rely on an honest but unreasonably mistaken belief that his victim consented.<sup>219</sup>

#### 1.2. Sexual assault offences relying on the absence of consent

Section 1 to 4 of the SOA 2003 set out the four offences, including rape, which require the absence of consent to be proven. As will be seen, **violence or the threat of violence is not, for any of the offences, a necessary ingredient** for an individual to be found guilty.<sup>220</sup> The offences are:

<sup>212</sup> Susan Leahy, *'No Means No', But Where's the Force? Addressing the Challenges of Formally Recognising Non-violent Sexual Coercion as a Serious Criminal Offence*, 2014, *Journal of Criminal Law*, Volume 78, pp. 309-325 at p.309.

<sup>213</sup> Amanda Clough, *Conditional Consent and Purposeful Deception*, 2018, *Journal of Criminal Law*, Volume 82(2), pp. 178-190.

<sup>214</sup> See section 1.3. of this country report, below.

<sup>215</sup> See section 1.4. of this country report, below.

<sup>216</sup> *Sexual Offences Act 2003*, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents> (11.03.2020).

<sup>217</sup> Felicity Gerry QC, Catarina Sjolín, Lyndon Harris, *Sexual Offences Handbook – Law, Practice and Procedure*, 2<sup>nd</sup> edition, 2014, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, London, p.333.

<sup>218</sup> David Ormerod QC, David Perry QC (eds.), *Blackstones' Criminal Practice*, 2018, Oxford University Publishing, B3.1.

<sup>219</sup> See this section of the present country report, below.

<sup>220</sup> David Ormerod QC, David Perry QC (eds.), *Blackstones' Criminal Practice*, *op. cit.*, B3.26.

- Section 1: rape;
- Section 2: assault by penetration (namely, by objects or parts of the body other than the penis);
- Section 3: sexual assault (namely, by sexual ‘touching’); and
- Section 4: causing a person to engage in sexual activity.

Criminal offences attract a **maximum penalty**. The maximum penalty for rape and for assault by penetration is life imprisonment.<sup>221</sup> For sexual assault and for causing a person to engage in sexual activity, the maximum penalty is imprisonment of up to 10 years.<sup>222</sup> However, every court is required, unless satisfied that it would be contrary to the interests of justice, to follow sentencing guidelines issued by the Sentencing Council.<sup>223</sup> **Sentencing guidelines establish what are known as ‘offence ranges’**, setting out the range of sentences for each type of offence, along with categories of sentences which reflect varying degrees of seriousness.<sup>224</sup>

It is reported that the average custodial sentence length for all types of sexual offence has increased between 2012 and 2017. The number of life sentences for sexual offences has also risen during this time, from 23 in 2012 to 42 in 2017. More than 80% of these life sentences were for rape.<sup>225</sup>

### 1.3. Consent

The **constituent elements of each of the four offences** with regard to consent is the same. Namely, the defendant (D) is guilty of an offence if she/he:

- acts intentionally;
- the victim (V) does not consent to the act; and
- (D) does not reasonably believe that (V) consents.<sup>226</sup>

<sup>221</sup> SOA 2003, sections 1(4) and 2(4), respectively.

<sup>222</sup> SOA 2003, sections 3(4) and 4(5), respectively.

<sup>223</sup> Sentencing Council, *Sexual Offences – Definitive Guideline*, Effective from 1 April 2014, available at <https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Sexual-offences-definitive-guideline-Web.pdf> (12.03.2020). Starting points define the position within a category range from which to start calculating the provisional sentence, and the court must then consider further aggravating and mitigating factors of the offence and of the offender so as to adjust the sentence within the range.

<sup>224</sup> Sentencing Council, *Sexual Offences – Definitive Guideline*, *op. cit.*, p. 7. The starting point for rape, for example, where there has been a single offence of rape by a single offender, and the victim is 16 or over, is five years’ imprisonment: see Crown Prosecution Service, *Legal Guidance – Rape and Sexual Offences – Chapter 19: Sentencing*, available at <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/rape-and-sexual-offences-chapter-19-sentencing> (12.03.2020). Aggravating factors include cases where there was violence or threats of violence beyond that which is inherent in the offence, where the victim has been abducted or detained, where the offender was aware he was suffering from a sexually transmitted infection, where there was more than one offender acting together, an abuse of trust, and a background of intimidation or coercion. An example of a mitigating factor is where the victim engaged in sexual activity with the offender on the same occasion and immediately before the offence. Offences may be of such severity, involving a serial rapist and multiple victims, for example, that sentences of 20 years and above may be appropriate, and in cases where the court is of the opinion that the offender is dangerous, a life sentence. Other aggravating and mitigating features may be personal to the offender, such as previous convictions, remorse and good or bad character.

<sup>225</sup> Office for National Statistics, *Sexual offending: victimisation and the path through the criminal justice system*, 13<sup>th</sup> December 2018, available at <https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/crimeandjustice/articles/sexualoffendingvictimisationandthepaththroughthecriminaljusticesystem/2018-12-13> (17.03.2020), with reference to Ministry of Justice statistics, p. 33.

<sup>226</sup> Crown Prosecution Service, *Legal Guidance – Rape and Sexual Offences – Chapter 3: Consent*, available at <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/rape-and-sexual-offences-chapter-3-consent> (11.03.2020).

First, the prosecution must prove that the **accused intended to do the act** in question. Case law indicates that this is no more than a requirement that the act be deliberate.<sup>227</sup> Secondly, the prosecution must also prove that **defendant did not reasonably believe that the victim was consenting** at the time of the act in question. This is not a test based on what a reasonable person would have believed but rather focuses on the belief of the particular defendant. The legislation provides that regard is to be had to, “*all the circumstances, including any steps [D] has taken to ascertain whether [V] consents,*”<sup>228</sup> and so a jury may take into account relevant characteristics of D, such as extreme youth or a learning disability.

The **prosecution must then prove the absence of consent on the part of the victim**. Sections 74 to 76 of the SOA 2003 adopt a three-tier test of consent, which applies not only to rape, but to the other non-consensual sexual offences generally. This is most easily approached by tackling the legislative provisions in reverse order, as set out below.

First, section 76 sets out two cases where consent is conclusively presumed not to exist (the “**conclusive presumptions**”):

- where D intentionally deceived V as to the nature and purpose of the relevant act;<sup>229</sup>
- when D intentionally induced V to consent to the relevant act by impersonating a person known personally to V.<sup>230</sup>

Secondly, section 75 lists a number of cases where V is presumed to have not consented, and where an evidential burden is placed on D to rebut that presumption (the “**evidential presumptions**”): broadly speaking, these include cases where V, at the relevant time, was subjected to violence or the fear of immediate violence, or to unlawful detention, or was asleep or unconscious, drugged or unable to communicate consent due to some physical disability.

Published legal guidance for criminal prosecutors states that in practice, the evidential presumptions very rarely apply,<sup>231</sup> and it is reported that **in most cases, neither the evidential nor conclusive presumptions will arise.**<sup>232</sup> Instead, the jury must finally determine whether V had the ‘freedom and capacity’ to choose whether or not to consent. This **last stage of the three-tier test**, set out at section 74, provides a general definition of consent. It says that:

*“...a person consents if he or she agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice.”*

Given that consent may be ruled out under section 74 even where the other two sections do not apply, this is arguably the most important provision in practice. It **does not require the existence of violence, threats of violence or even coercion** by the defendant; instead it emphasises free agreement and is designed to focus upon the claimant’s autonomy. This is illustrated by advice to prosecutors, who it is recommended consider the definition in two stages.<sup>233</sup> First, they must ask whether the complainant had the capacity to make a choice about whether or not take part in sexual activity at the time in question. He or she may, for example, be intoxicated by alcohol or affected by drugs or have limited

<sup>227</sup> *R v. Heard* [2008] Law Reports, Queen’s Bench (3<sup>rd</sup> Series) 43.

<sup>228</sup> SOA 2003, sections 1(2), 2(2), 3(2) and 4(2).

<sup>229</sup> SOA 2003, section 76(2)(a). This is discussed in more detail in section 2 of this country report, below.

<sup>230</sup> SOA 2003, section 76(2)(b).

<sup>231</sup> Crown Prosecution Service, *Legal Guidance – Rape and Sexual Offences – Chapter 3: Consent, op. cit.* See also Amanda Clough, *Conditional Consent and Purposeful Deception, op. cit.*

<sup>232</sup> For more information, see section 2 of this country report, below.

<sup>233</sup> Crown Prosecution Service, *Legal Guidance – Rape and Sexual Offences – Chapter 3: Consent, op. cit.*

mental or physical capacity, such that he or she is unable to make that choice. Secondly, if the complainant does have capacity, it must be asked whether the complainant was in a position to make that choice freely and was not constrained in any way. This is said to show that a **complainant who simply freezes with no protest or resistance may nevertheless not be consenting.**<sup>234</sup>

To have the freedom to make a choice, a person must be free from physical pressure, but it **remains a matter of fact for a jury as to what degree of coercion has to be exercised upon a person's mind** before he or she is not agreeing by choice with the freedom to make that choice. Case law indicates that **context is critical.**<sup>235</sup>

#### 1.4. In practice

Statistics concerning the prosecution and conviction rates of sexual assault and rape in England and Wales are limited, and vary according to data collection methodology and practices. There is **no known data regarding offences and the methods used by the offender** in committing the rape or sexual assault. Rape case 'types' as recorded by the Crown Prosecution Service ("CPS") are classified according to whether they are 'acquaintance' rape cases, the age group of the offender and whether the victim was an adult or a child.

Statistics show there were just 1,925 convictions for rape during the financial year 2018-19, down from 2,635 in the previous 12 months - a drop of 26.9%. This is despite the number of rape claims dealt with annually by police in England and Wales rising from 35,847 to 57,882 during the last four years. It means that **only around 3.3% of all reported rapes end in a conviction.**<sup>236</sup>

Where the defence to an allegation of rape is that the complainant consented, legal commentators report a number of cases which indicate that **without evidence of force, the offence of rape is difficult to prove.** Continuing to rely on rape myths, **jurors frequently expect to see evidence of a struggle** in rape cases, and this results in a gap between the principles underpinned by the revised law and what actually happens in practice.<sup>237</sup> One commentator noted in 2014 that it still remains unclear what stance the courts are likely to take towards threats of adverse consequences other than physical violence under the SOA 2003.<sup>238</sup> Threats of job loss, blackmail - perhaps in the form of threats to reveal a secret of the victim - or even abusive intimate relationships are cited as examples of non-violent sexual coercion, but there has been no comprehensive judicial discussion as to the types of coercion which are incompatible with a free agreement to engage in sexual activity as prescribed by section 74 of the SOA 2003.

One important source of guidance is what is known as the **Crown Court Compendium.**<sup>239</sup> Published by the Courts and Tribunal Judiciary, the *Compendium* provides **guidance to judges on directing the jury**

<sup>234</sup> David Ormerod QC, David Perry QC (eds.), *Blackstones' Criminal Practice*, *op. cit.*, B3.26.

<sup>235</sup> David Ormerod QC, David Perry QC (eds.), *Blackstones' Criminal Practice*, *op. cit.*, B3.27.

<sup>236</sup> The Telegraph, *Rape convictions at record low, as CPS launches review to examine 'myths and stereotypes' about sexual violence*, 12<sup>th</sup> September 2019, available at <https://www.telegraph.co.uk/news/2019/09/12/rape-convictions-record-low-cps-launches-review-examine-myths/> (17.03.2020), with reference to the annual Violence Against Women and Girls (VAWG) report from the Crown Prosecution Service (CPS), available at <https://www.cps.gov.uk/sites/default/files/documents/publications/cps-vawg-report-2019.pdf> (17.03.2020).

<sup>237</sup> Amanda Clough, *Conditional Consent and Purposeful Deception*, *op. cit.*

<sup>238</sup> Susan Leahy, *'No Means No', But Where's the Force? Addressing the Challenges of Formally Recognising Non-violent Sexual Coercion as a Serious Criminal Offence*, *op. cit.*, p. 316.

<sup>239</sup> Judicial College, *The Crown Court Compendium – Part I: Jury and Trial Management and Summing Up*, December 2019, amended 19.02.20, available at

**in criminal trials and when sentencing.** Although not mandatory, its guidance provides a strong indicator of the approach taken by the judiciary in practice. Significant reference is made to recent case law and literature, and **a section of the guidance is dedicated to consent and reasonable belief in consent.**<sup>240</sup> It is acknowledged that a victim may submit to the act of the offender for some reason other than being subject to violence or threats of violence. The following example is given of an instruction to a jury:

*“It is important to draw a distinction between consent and submission. Consent in some situations may be given enthusiastically, whereas in others it is given with reluctance, but it is still consent. Where however a person gives in to something against his/her free will, that is not consent but submission.”*<sup>241</sup>

Where D denotes the defendant, and W the victim:

*“It is not necessary for the prosecution to prove, in order to establish that W did not consent, that W was subjected to threats or violence, or that W was overpowered or put up a struggle or that W told D that he/she did not consent. What you have to decide is whether the prosecution have made you sure that at the time that {specify act} took place, W did not consent to it.*

It is specifically noted that the victim may submit, but not consent, because they are overcome by fear:

*“When a person is so overcome by fear that he/she lacks any capacity either to give consent or to resist, that person does not consent but is submitting to what takes place.”*<sup>242</sup>

The guidance, in its previous form as part of the *Court Bench Book*, has, however, been **criticised as having limited impact.** It is said to be vague and in need of explanations of the type of non-violent coercion that might vitiate consent to sexual activity; there is a **lack of empirical evidence** regarding how jurors are influenced by such direction. Indeed, research with real juries is prohibited;<sup>243</sup> mock jury research, however, indicates that the societal tendency to expect a genuine allegation of rape to involve acts of physical violence is particularly tenacious and may continue to operate in jurors’ minds even after they have been directed that *any* form of coercion is capable of eliminating the potential for genuine sexual choice.<sup>244</sup>

There is, moreover, considerable academic and judicial debate specifically surrounding cases of consent given in uninformed circumstances, and this has featured in a number of cases in recent years. This will be addressed below.

---

<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/06/Crown-Court-Compendium-Part-I-December-2019-amended-19.02.20.pdf> (18.03.2020).

<sup>240</sup> Judicial College, *The Crown Court Compendium – Part I: Jury and Trial Management and Summing Up*, *op. cit.*, section 20-4.

<sup>241</sup> Judicial College, *The Crown Court Compendium – Part I: Jury and Trial Management and Summing Up*, *op. cit.*, p. 20-20.

<sup>242</sup> Judicial College, *The Crown Court Compendium – Part I: Jury and Trial Management and Summing Up*, *op. cit.*, p. 20-21.

<sup>243</sup> *Juries Act 1974*, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1974/23/contents> (19.03.2020), section 20D.

<sup>244</sup> Susan Leahy, ‘No Means No’, *But Where’s the Force? Addressing the Challenges of Formally Recognising Non-violent Sexual Coercion as a Serious Criminal Offence*, *op. cit.*, p. 316.

## 2. Deceptive behaviour during sexual intercourse

As outlined above, the consent of a person to sexual intercourse or other sexual activity may be vitiated where it is obtained by way of deception.

Section 76(2)(a) of the SOA 2003 even contains conclusive presumptions that consent has not been given where the defendant (“D”) intentionally deceived the victim (“V”) as to the nature and purpose of the relevant act. However, as discussed below, this is rarely relied on in practice. Instead, the courts have moved away from using these conclusive presumptions and towards using the broad terms of section 74 of the SOA 2003 to examine whether there was really consent in light of the deceptive behaviour.<sup>245</sup> There is, however, **no specific legal provision or fixed formula which dictates the approach to be taken by judges and juries** with regard to deceptive behaviour and its impact on the consent of the victim. In the 2013 case of *R (F) v. DPP*,<sup>246</sup> it was said that a broad common-sense approach should be used when deciding whether there was a choice, and freedom to make any particular choice. In particular, deceptions as to wealth, status, natural hair colour etc, **should be viewed through the lens of common sense** when determining whether the deception is sufficiently fundamental as to vitiate consent.<sup>247</sup> Some of the different types of deception addressed by the courts are considered further below.

Insofar as the **criminal penalty** is concerned, it should be noted that the four offences which require the prosecution to prove absence of consent (rape, assault by penetration, sexual assault, causing a person to engage in sexual activity) are, in cases where consent has been obtained by deception (sufficient to vitiate that consent), **subject to the same sentencing regime as cases in which consent was determined to have been refused in another way**. The presence of deception is relevant only to whether it rendered the sexual activity non-consensual. Where the offender has been convicted of one of the above offences, the judge will need to consider the appropriate sentence in accordance with the sentencing guidelines issued by the Sentencing Council.<sup>248</sup> It should be noted, however, that **‘deception’ is not expressly featured among the culpability factors and aggravating and mitigating features** of the offence which may, respectively, increase or reduce the sentence given.

The presence of a lie or undisclosed circumstance in an allegation of rape will rarely meet the threshold of a deception under section 76 of the SOA 2003,<sup>249</sup> this is because it is limited to the act to which it was said to apply. The conclusive presumption set out at section 76(2)(a) of the SOA 2003 requires not only that the defendant *intentionally* deceived the victim, but that he did so *as to the nature or purpose* of the relevant act. This has been considered in a number of cases:

- In *R v. Jheeta*<sup>250</sup> where the defendant had deceived the complainant and pressured her into having sexual intercourse more frequently than she would have done otherwise, the conclusive presumption did not apply because there had been no deception as to the nature or purpose of the sexual intercourse.
- In *R. v. Tabassum*,<sup>251</sup> where the defendant conducted breast examinations for his own sexual gratification, on the pretence that he was collecting data for a cancer screening programme,

<sup>245</sup> Felicity Gerry QC, Catarina Sjolín, Lyndon Harris, *Sexual Offences Handbook – Law, Practice and Procedure*, p. 343.

<sup>246</sup> [2013] 2 Criminal Appeal Reports 21.

<sup>247</sup> Felicity Gerry QC, Catarina Sjolín, Lyndon Harris, *Sexual Offences Handbook – Law, Practice and Procedure*, p. 343.

<sup>248</sup> See section 1.2. of this country report, above.

<sup>249</sup> Amanda Clough, *Conditional Consent and Purposeful Deception*, *op. cit.*

<sup>250</sup> [2007] England and Wales Court of Appeal (Criminal Division) 1699.

<sup>251</sup> [2002] 2 Criminal Appeal Reports 328.



there was no genuine consent because the complainants had consented only to an act of a medical nature and not for any other reason.

- In *R v. Devonald*,<sup>252</sup> the conviction of causing a person to engage in sexual activity without consent was upheld where the defendant, in order to embarrass his victim, posed as a young woman and persuaded him to masturbate in front of a webcam.<sup>253</sup>

Although this indicates that the conclusive presumption has successfully been used in some cases, in practice, cases involving deception more often find convictions under the basic section 74 definition of consent. Legal guidance for criminal prosecutors refers to what is known as ‘**conditional consent**’; namely, where ostensible consent in relation to a sexual offence was considered not to be true consent, either because a condition upon which consent was given was not complied with or because of a material deception (other than one falling with section 76 of the SOA 2003). Examples from recent case law are said to identify three sets of circumstances in which consent to sexual activity might be vitiated where the condition was breached:

- In *Julian Assange v Swedish Prosecution Authority*,<sup>254</sup> the court considered a situation in which Mr Assange knew that the complainant would only consent to sexual intercourse if he used a condom: removal during intercourse being the phenomenon known as ‘**stealth**ing’. The question of consent, and the issue of the materiality of the use of a condom could, according to the court be determined under section 74; namely, it would be open to a jury to hold that, if the complainant had made clear that she would consent to sexual intercourse only if the defendant used a condom, there would be no consent if, without her consent, he did not use a condom or removed or tore the condom without her consent. Accordingly, absent consent, **such an act would amount to the offence of rape** under English law.<sup>255</sup>

It is reported that this principle was followed in a **2019 case** in which a man named Lee Hogben, who had been having consensual sex with a female escort, removed the condom he was wearing despite her repeated objections. The facts of the case showed that the sex worker had clearly stated that the use of a condom was a vital condition of her agreement to having sexual intercourse. Having breached this condition, Mr Hogben was subsequently convicted of rape, as well as two counts of assault by penetration.<sup>256</sup>

- In *R (F) v. DPP*,<sup>257</sup> the court considered a specific incident when the claimant consented to sexual intercourse only on the clear understanding that her partner would not ejaculate inside her vagina. She believed that he intended and **agreed to withdraw before ejaculation**, and he knew and understood that this was the only basis on which she was prepared to have sexual intercourse with him. When he deliberately ejaculated inside her, the result, said the court, was that, “....she was deprived of choice relating to the crucial feature on which her original consent to sexual intercourse was based. Accordingly her consent was negated....In law, this combination of circumstances **falls within the statutory definition of rape.**”

---

<sup>252</sup> [2008] England and Wales Court of Appeal (Criminal Division) 527.

<sup>253</sup> Referred to in: Crown Prosecution Service, *Legal Guidance – Rape and Sexual Offences – Chapter 3: Consent*, *op. cit.*

<sup>254</sup> [2011] England and Wales High Court 2849 (Administrative division).

<sup>255</sup> Crown Prosecution Service, *Legal Guidance – Rape and Sexual Offences – Chapter 3: Consent*, *op. cit.*

<sup>256</sup> See Bournemouth Echo, *Rapist Lee Hogben tells Judge ‘I’m coming for you’ as he’s given 12 years behind bars*, 25<sup>th</sup> April 2019, available at <https://www.bournemouthecho.co.uk/news/17593227.rapist-lee-hogben-tells-judge-im-coming-for-you-as-hes-given-12-years-behind-bars/> (20.03.2020).

<sup>257</sup> *Op. cit.*



- The third case, *Justine McNally v. R.*,<sup>258</sup> differs from the cases above, which turned on an express condition. McNally was instead concerned with the material deception of the victim by the offender: the case concerned two girls in a relationship which developed over the course of three years from an internet relationship to an exclusive relationship in which they met and engaged in sexual activity. McNally, from the start, presented as a boy, a deception she maintained throughout the relationship. In the context of offences of assault by penetration, the Court of Appeal concluded that **deliberate deception as to gender could vitiate consent**:

*“[the victim] chose to have sexual encounters with a boy and her preference (her freedom to choose whether or not to have a sexual encounter with a girl) was removed by the [offender’s] deception.”*<sup>259</sup>

By implication, it is suggested that only an **active deception (as opposed to a failure to disclose)** falls within section 74 of the SOA 2003.<sup>260</sup> However, the circumstances in which consent may be vitiated are not limitless, and while some active deceptions such as lies about wealth and promises to pay will not vitiate consent, it is a matter for a jury whether an intended deception did in fact do so.<sup>261</sup>

Another area of debate is that of **non-disclosure of sexually transmitted diseases (“STD”s)** and consent.<sup>262</sup> In line with the law prior to the SOA 2003, a man who has consensual intercourse with another person, knowing but not disclosing that he suffers from a STD, could not be convicted of rape. Deceptions by the accused as to purely marginal matters which do not relate the nature and purpose of the act continue *not* to vitiate consent. In the 2007 case of *B*,<sup>263</sup> it was held that **an accused’s failure to disclose his HIV status did not affect the issue of consent in rape**; the act remains a consensual act. It was subsequently emphasised however, that the case did not provide authority for the proposition that concealment of, or deception about, HIV status could not vitiate consent; consent could indeed be vitiated if, for example, the complainant had been positively assured that the accused was not HIV positive. Moreover, it may still amount to a form of criminal assault in cases where the complainant is infected; the offender cannot rely on consent from the victim as a defence to harm created by that sexual activity.<sup>264</sup>

Much academic commentary seeks to distinguish between active deception, which is able to negate consent (at least, under section 74 of the SOA 2003) and non-disclosure, which is a much more elusive concept.<sup>265</sup> As one commentator points out, the victim will often feel equally violated, whether the deception was active or passive, because it was knowing and purposeful.<sup>266</sup> Another points out that choice indicates options from which one may choose, and it is not possible to make an informed choice without information vital to the decision.<sup>267</sup>

<sup>258</sup> [2013] England and Wales Court of Appeal (Criminal Division) 1051.

<sup>259</sup> *Justine McNally v. R.*, *op. cit.*

<sup>260</sup> David Ormerod QC, David Perry QC (eds.), *Blackstones’ Criminal Practice*, *op. cit.*, B3.44.

<sup>261</sup> David Ormerod QC, David Perry QC (eds.), *Blackstones’ Criminal Practice*, *op. cit.*, B3.44.

<sup>262</sup> See David Ormerod QC, David Perry QC (eds.), *Blackstones’ Criminal Practice*, *op. cit.*, B3.48.

<sup>263</sup> [2007] Weekly Law Reports 1567.

<sup>264</sup> In one case, a predatory hairdresser who purposely infected sexual partners he met on a gay dating app with HIV was found guilty of intentionally spreading HIV. He was charged with grievous bodily harm rather than sexual offences: see Harvey Day, ‘How can someone be so cruel’: Why did this man use HIV as a weapon?, BBC website, 15<sup>th</sup> March 2019, available at [https://www.bbc.co.uk/news/resources/idt-sh/Why\\_Did\\_Daryll\\_Rowe\\_Use\\_HIV\\_As\\_A\\_Weapon](https://www.bbc.co.uk/news/resources/idt-sh/Why_Did_Daryll_Rowe_Use_HIV_As_A_Weapon) (23.03.2020).

<sup>265</sup> Amanda Clough, *Conditional Consent and Purposeful Deception*, *op. cit.*

<sup>266</sup> Amanda Clough, *Conditional Consent and Purposeful Deception*, *op. cit.*

<sup>267</sup> Bethany Simpson, *Why has the concept of consent proven so difficult to clarify?*, 2016, *Journal of Criminal Law*, Volume 80(2), pp. 97-123 at p. 101.

### 3. State or non-state mechanisms to prevent non-violent but problematic sexual behaviour

In circumstances where a criminal prosecution is not brought by the State against an alleged sexual offender, one option open to a complainant is to launch a **private prosecution**. Private prosecutions have deep roots in the common law system, and in England and Wales, the right to bring private criminal prosecutions is preserved by section 6(1) of the *Prosecution of Offences Act 1985*.<sup>268</sup> Considered as a constitutional safeguard against the capricious failure or refusal of authorities to prosecute offenders, protections are, on the other hand, also put in place to prevent abuse of the criminal justice system by vexatious litigants.<sup>269</sup> Complainants are subject to the same provisions of criminal law as state-led prosecutions and are held to the same standard of proof.

It should, however, be noted that **such prosecutions remain relatively rare in practice**. Although there are media reports of sexual assault cases where private prosecutions have succeeded,<sup>270</sup> there are no known statistics on private prosecutions in sexual assault cases, nor in relation to non-violent sexual behaviour.

Likewise, a **civil claim** may be brought – independently of any criminal proceedings (and whether they result in a conviction or not) – to seek compensation for harm caused by sexual assault. Again, however, there is **little evidence that such claims are pursued in practice in England and Wales**, nor are there any known examples regarding non-violent sexual assault. It was, however, reported in Scotland in 2017 that a woman succeeded in obtaining £80,000 in compensation from a man who had been cleared in the criminal courts of having raped her. Benefiting from a lower standard of proof than that applying in criminal proceedings, the complainant’s allegations of rape were upheld in a Personal Injury Court in Edinburgh.<sup>271</sup> This followed a case in 2017, described as the ‘first case of its kind’ in which civil proceedings were successfully brought against two Scottish footballers against whom rape charges had previously been dropped due to what was described as insufficient evidence.<sup>272</sup> There are, however, no known similar cases in England and Wales.

From our research, there is **little evidence that other state and non-state initiatives and campaigns targeted at problematic sexual activity are concerned specifically with non-violent sexual behaviour**. Campaigns are sporadic and are often undertaken at the local or institutional level, appearing to focus

<sup>268</sup> *Prosecution of Offences Act 1985*, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/23> (24.03.2020).

<sup>269</sup> Under section 6(2) of the *Prosecution of Offences Act 1985*, the Director of Public Prosecutions (the “DPP”) has the power to take over private prosecutions; and in some cases, the private prosecutor must seek the consent of the Attorney General (the Government’s legal advisor) or of the DPP (the head of the Crown Prosecution Service) before the commencement of proceedings.

<sup>270</sup> See The Independent, *Rapist jailed after prostitutes bring private prosecution*, 20<sup>th</sup> September 1995, available at <https://www.independent.co.uk/news/rapist-jailed-after-prostitutes-bring-private-prosecution-1601977.html> (25.03.2020). See also BBC website, *Woman seeks private rape prosecution*, 6<sup>th</sup> November 2017, available at <https://www.bbc.com/news/uk-england-41885897> (25.03.2020).

<sup>271</sup> BBC News website, *Woman wins £80,000 in damages from man cleared of raping her in St Andrews*, 5<sup>th</sup> October 2018, available at <https://www.bbc.com/news/uk-scotland-edinburgh-east-fife-45760372> (25.03.2020).

<sup>272</sup> *DC v. DG and DR* [2017] Court of Session Outer House 5, available at <https://www.scotcourts.gov.uk/search-judgments/judgment?id=d22e28a7-8980-69d2-b500-ff0000d74aa7> (25.03.2020).

more widely on the use of condoms and sexually transmitted diseases<sup>273</sup> or on violent crime and abusive relationships.<sup>274</sup>

However, there are some **examples of campaigns targeted at the notion of “consent”**. These have been led by police forces, the prosecution authorities and student organisations, and include:

- The National Union of Students (NUS) runs a consent educational programme to facilitate conversations and campaigns about consent in universities and colleges across the UK. One of its aims is described as combatting, *“rape culture and victim blaming by tackling myths, rectifying problematic perspectives of consent and helping students understand that sexual activity without consent is a crime in which only the perpetrator can be blamed.”*<sup>275</sup>
- In 2015, the Crown Prosecution Service (CPS) launched a social media campaign, under the tagline *“#ConsentIs”*, aimed at promoting discussions and education around consent and sexual relations.<sup>276</sup>
- In a 2019 campaign targeted at 13-25 year-olds, Norfolk and Suffolk police forces ran a series of films on Instagram and other social media platforms under *#ThisIsNotConsent*.<sup>277</sup> These show everyday scenarios designed to highlight the importance of sexual consent, with the aim of reducing incidences of sexual assault.
- A private campaign group, known as *BANG undercover*,<sup>278</sup> has previously sought to raise awareness of the practice of stealthing and to educate people that removing a condom intentionally during penetrative intercourse without the consent of a partner can constitute rape. Publicising its activities around 2017, the group no longer has an online presence however.

---

<sup>273</sup> See, for example, Public Health England, *Campaign to protect young people from STIs by using condoms*, 15<sup>th</sup> December 2017, available at <https://www.gov.uk/government/news/campaign-to-protect-young-people-from-stis-by-using-condoms> (31.03.2020).

<sup>274</sup> One of the main organisations in this field, *Rape Crisis England and Wales*, is a charity supporting 46 Rape Crisis centres across England and Wales; it is aimed more generally at supporting women who are victims of sexual violence and abuse in all its forms.

<sup>275</sup> NUS Connect, *I Heart Consent*, available at <https://www.nusconnect.org.uk/liberation/women-students/lad-culture/i-heart-consent> (26.03.2020).

<sup>276</sup> Crown Prosecution Service, *#ConsentIs*, available at <https://www.cps.gov.uk/consentis> (26.03.2020).

<sup>277</sup> See Campaign, *Normal life takes menacing turn in sexual consent campaign*, 12<sup>th</sup> February 2019, available at <https://www.campaignlive.co.uk/article/normal-life-takes-menacing-turn-sexual-consent-campaign/1525547> (26.03.2020).

<sup>278</sup> See uksaynomore.org, *What is stealthing?*, 1<sup>st</sup> December 2017, available at <https://uksaynomore.org/whatisstealthing/> (31.03.2020).

## D. ÖSTERREICH

### 1. Sexuelle Übergriffe gegen den Willen/ohne Einverständnis und ohne Gewalt/Drohung

Mit dem **Strafrechtsänderungsgesetz 2015**<sup>279</sup> wurde in Österreich auch der **neue § 205a Strafbuch** eingeführt, welcher die **Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung** unter Strafe stellt. Dies diene insbesondere der Umsetzung des **Artikel 36 der sogenannten Istanbul-Konvention**<sup>280, 281</sup>. Der Straftatbestand der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung tritt allerdings im Wege der **Subsidiarität** zurück, wenn die Tat in einer anderen Vorschrift mit einer höheren Strafe bedroht ist. Hierfür kommt insbesondere die Vergewaltigung gemäss § 201 Strafbuch in Betracht, wenn der Täter das Opfer zum Beischlaf oder zur gleichzusetzenden geschlechtlichen Handlung nötigt.

Gemäss § 205a Absatz 1 Strafbuch wird bestraft,

*„[w]er mit einer Person **gegen deren Willen, unter Ausnützung einer Zwangslage oder nach vorangegangener Einschüchterung den Beischlaf oder eine dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung vornimmt [...].“***

Nach Absatz 2 der Norm wird bestraft,

*„wer eine Person auf die im Abs. 1 beschriebene Weise zur Vornahme oder Duldung des Beischlafes oder einer dem Beischlaf gleichzusetzenden geschlechtlichen Handlung mit einer anderen Person oder, um sich oder einen Dritten geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen, dazu veranlasst, eine dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung unfreiwillig an sich selbst vorzunehmen.“<sup>282</sup>*

Der Tatbestand enthält mithin **drei Begehungsvarianten**, nämlich das Handeln gegen den Willen des Opfers, das Ausnutzen einer Zwangslage sowie das Handeln nach vorangegangener Einschüchterung.

Damit ein Handeln **gegen den Willen** des Opfers im Sinne der **ersten Tatvariante** vorliegt, muss das Opfer seinen entgegenstehenden Willen **nach aussen bekunden**. Dies kann sowohl **ausdrücklich** geschehen, insbesondere durch verbale Ablehnung, als auch durch **Gesten** wie beispielsweise Abwenden, als auch **konkudent** wie durch Weinen. Es reicht also nicht aus, wenn das Opfer die Tat lediglich innerlich ablehnt, ohne dies nach aussen erkennbar zu machen.<sup>283</sup> Unterlässt das Opfer diese Willensäußerung aus Angst, so verlangt der Gesetzgeber in seinen Erläuterungen zur Vorschrift eine Prüfung, ob sich das Opfer oder eine ihm nahestehende Person in einer Zwangslage befunden hat oder

<sup>279</sup> Bundesgesetzblatt I Nr. 112/2015, verfügbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/eli/bgbl/I/2015/112> (08.04.2020).

<sup>280</sup> Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, verfügbar unter <https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210> (08.04.2020).

<sup>281</sup> Th. Philipp, in F. Höpfel & E. Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafbuch, 2. Aufl., 197. Lieferung, § 205a, Rz 1.

<sup>282</sup> § 205a Abs 1, 2 Strafbuch (StGB). Das Strafbuch in seiner aktuell gültigen Fassung ist online verfügbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002296> (16.04.2020).

<sup>283</sup> E. E. Fabrizio, Strafbuch, 13. Aufl., Wien 2018, § 201 Rz 2 in Verbindung mit § 205a Rz 3; Th. Philipp, in F. Höpfel & E. Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafbuch, 2. Aufl., 197. Lieferung, § 205a, Rz 4.

ob es eingeschüchtert war. In einem solchen Fall muss also geprüft werden, ob die Vorschrift in Form einer der anderen beiden Tatvarianten begangen wurde.<sup>284</sup>

Für die **zweite Tatvariante** muss der Täter eine **Zwangslage des Opfers ausnutzen**. Um eine Zwangslage handelt es sich dann, wenn sich das Opfer durch seine persönliche Situation dazu gezwungen fühlt, den Beischlaf oder eine gleichzusetzende geschlechtliche Handlung vorzunehmen, die es ohne diese Umstände nicht vorgenommen hätte. Hierfür kommt insbesondere eine schwere finanzielle Notlage in Betracht, jedoch können auch Obdachlosigkeit oder eine Suchterkrankung Grund für eine solche Zwangslage sein. Der Täter muss diese Zwangslage auch ausnutzen. Dies ist dann der Fall, wenn er besagte Situation als einen Aspekt einkalkuliert, der seinem Vorhaben förderlich ist.<sup>285</sup>

Die **dritte Tatvariante** liegt vor, wenn der Beischlaf oder die gleichzusetzende geschlechtliche Handlung **nach einer vorangegangenen Einschüchterung** geschieht. Dabei wirkt der Täter vor dem Beischlaf physisch oder psychisch in einer Weise auf das Opfer ein, die diesem solche Angst macht, dass es nicht mehr frei entscheiden kann. Diese Einwirkung durch den Täter erreicht jedoch nicht die Intensität einer Nötigung und sie muss auch nicht in einem zeitlichen Näheverhältnis zum Beischlaf stehen. Die Einschüchterung muss nicht durch eine einzige, sondern kann durch viele einzelne Massnahmen seitens des Täters geschehen. Beispiele für eine solche Einschüchterung sind miterlebte Gewalt gegenüber einer dritten Person oder Auftreten und Praktiken des Täters, durch welche das Opfer den Schluss zieht, in Gefahr zu sein, sollte es den Beischlaf ablehnen. Die Einschüchterung kann auch durch eine andere Person als den Täter geschehen.<sup>286</sup>

Es fällt auf, dass **§ 205a Strafgesetzbuch lediglich den Beischlaf oder eine gleichzusetzende geschlechtliche Handlung** erfasst, also insbesondere jede Form der **oralen, vaginalen oder analen Penetration**,<sup>287</sup> nicht jedoch weniger weitgehende geschlechtliche Handlungen.

**Weniger invasive geschlechtliche Handlungen gegen den Willen der anderen Person** können allerdings den Tatbestand des **§ 218 Strafgesetzbuch** erfüllen, welcher die **sexuelle Belästigung** und öffentliche geschlechtliche Handlung unter Strafe stellt. Gleiches gilt für überraschende Angriffe, welche mangels Gelegenheit, einen entgegenstehenden Willen zu bilden, ebenfalls nicht von § 205a Strafgesetzbuch erfasst werden.<sup>288</sup> Dem Wortlaut nach setzt § 218 Strafgesetzbuch in den hier relevanten Absätzen entweder eine Belästigung durch eine geschlechtliche Handlung voraus, welche geeignet ist, Ärgernis zu erregen, oder eine die Würde verletzende intime Berührung. Demnach macht sich unter anderem strafbar,

*„(1) [w]er eine Person **durch eine geschlechtliche Handlung 1. an ihr oder 2. vor ihr unter Umständen, unter denen dies geeignet ist, berechtigtes Ärgernis zu erregen, belästigt, [...]***

<sup>284</sup> Regierungsvorlage: Erläuterungen, 689 der Beilagen XXV. GP, verfügbar unter [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I\\_00689/index.shtml](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_00689/index.shtml) (17.04.2020), S. 35.

<sup>285</sup> Regierungsvorlage: Erläuterungen, 689 der Beilagen XXV. GP, verfügbar unter [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I\\_00689/index.shtml](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_00689/index.shtml) (17.04.2020), S. 36; Th. Philipp, in F. Höpfel & E. Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 197. Lieferung, § 205a, Rz 11; A. Tipold, in O. Leukauf & H. Steininger (Hrsg.), StGB, 4. Aufl., Wien 2018, § 201 Rz 8.

<sup>286</sup> Regierungsvorlage: Erläuterungen, 689 der Beilagen XXV. GP, verfügbar unter [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I\\_00689/index.shtml](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_00689/index.shtml) (17.04.2020), S. 37; Th. Philipp, in F. Höpfel & E. Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 197. Lieferung, § 205a, Rz 13.

<sup>287</sup> E. E. Fabrizio, Strafgesetzbuch, 13. Aufl., Wien 2018, § 201 Rz 2 in Verbindung mit § 205a Rz 1; Th. Philipp, in F. Höpfel & E. Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar StGB, 2. Aufl., Wien 2016, § 201 Rz 21; A. Tipold, in O. Leukauf & H. Steininger (Hrsg.), StGB, 4. Aufl., Wien 2018, § 201 Rz 9.

<sup>288</sup> Regierungsvorlage: Erläuterungen, 689 der Beilagen XXV. GP, verfügbar unter [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I\\_00689/index.shtml](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_00689/index.shtml) (17.04.2020), S. 35.

[oder] (1a) [...] wer eine andere Person **durch eine intensive Berührung einer der Geschlechtssphäre zuzuordnenden Körperstelle in ihrer Würde verletzt.**<sup>289</sup>

Allerdings hat der Gesetzgeber in den Erläuterungen ausgeführt, dass „jede unfreiwillige sexuelle Handlung – unabhängig von Alter und Situation – als sexuelle Belästigung nach § 218 StGB strafbar“ ist.<sup>290</sup> Auch diese Vorschrift ist gegenüber Strafvorschriften mit einer höheren Strafandrohung **subsidiär**,<sup>291</sup> unter anderem **auch gegenüber § 205a Strafgesetzbuch**. Allerdings sieht § 218 Strafgesetzbuch auch **Qualifikationstatbestände** vor. Demnach wird schärfer bestraft,

„[w]er **wissentlich an einer Zusammenkunft mehrerer Menschen teilnimmt, die darauf abzielt, dass eine sexuelle Belästigung [...] begangen werde, ist, wenn es zu einer solchen Tat gekommen ist.**<sup>292</sup> Gleiches gilt für den, der die Tat „**mit mindestens einer anderen Person in verabredeter Verbindung begeht.**“<sup>293</sup>

Beide Qualifikationstatbestände beziehen sich jedoch lediglich auf geschlechtliche Handlung am Opfer oder auf intensive Berührungen, nicht jedoch auf geschlechtliche Handlungen vor dem Opfer.

Darüber hinaus ist auch **§ 205 Strafgesetzbuch** in der Reihe der Normen zu nennen, welche sexuelle Handlungen gegen oder ohne den Willen der anderen Person sanktionieren. Diese Norm verbietet es, eine **wehrlose Person** oder eine **Person, der aufgrund einer geistigen Behinderung oder einer vergleichbaren seelischen Störung die entsprechende Einsicht fehlt**, dadurch zu **missbrauchen**, dass diese **Situation für den Beischlaf oder eine gleichzusetzende Handlung ausgenutzt wird**<sup>294</sup> oder, bei geringerer Strafandrohung, für eine **andere geschlechtliche Handlung**.<sup>295</sup> Wehrlos ist eine Person, wenn sie aus physischen oder psychischen Gründen keinen Widerstand leisten kann oder wenn ein solcher aussichtslos oder unzumutbar ist. Als Beispiele werden hier Fesselung, Querschnittslähmung, völlige physische Erschöpfung, Bewusstlosigkeit und Schlaf genannt, ausserdem Narkose und Hypnose oder gänzliche Orientierungslosigkeit beispielsweise wegen Vollrausches oder völliger Schlaftrunkenheit sowie schwere Schockzustände oder völlige Blindheit. Nicht erfasst sein sollen allerdings bloss körperliche Unterlegenheit oder Angst.<sup>296</sup> Für das sogenannte Freezing empfiehlt der Gesetzgeber allerdings im Einzelfall ein psychologisches Gutachten einzuholen, um zu entscheiden, ob ein Fall des 205a oder des § 205 Strafgesetzbuch vorliegt.<sup>297</sup> In seinem dritten Absatz enthält die Vorschrift ausserdem verschiedene **Qualifikationstatbestände**. Im Rahmen dieses Gutachtens kommen davon die **Schwangerschaft des Opfers** durch die Tat in Betracht sowie eine **Erniedrigung in besonderer Weise und über einen längeren Zeitraum hinweg**.<sup>298</sup>

<sup>289</sup> § 218 Abs 1, 1a Strafgesetzbuch (StGB).

<sup>290</sup> Regierungsvorlage: Erläuterungen, 689 der Beilagen XXV. GP, verfügbar unter [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I\\_00689/index.shtml](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_00689/index.shtml) (17.04.2020), S. 34.

<sup>291</sup> § 218 Abs 1 Strafgesetzbuch (StGB).

<sup>292</sup> § 218 Abs 2a Strafgesetzbuch (StGB).

<sup>293</sup> § 218 Abs 2b Strafgesetzbuch (StGB).

<sup>294</sup> § 205 Abs 1 Strafgesetzbuch (StGB).

<sup>295</sup> § 205 Abs 2 Strafgesetzbuch (StGB).

<sup>296</sup> Regierungsvorlage: Erläuterungen, 689 der Beilagen XXV. GP, verfügbar unter [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I\\_00689/index.shtml](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_00689/index.shtml) (17.04.2020), S. 34; Th. Philipp, in F. Höpfel & E. Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar StGB, 2. Aufl., Wien 2016, § 205 Rz 7; E. E. Fabrizio, Strafgesetzbuch, 13. Aufl., Wien 2018, § 205 Rz 1.

<sup>297</sup> Regierungsvorlage: Erläuterungen, 689 der Beilagen XXV. GP, verfügbar unter [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I\\_00689/index.shtml](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_00689/index.shtml) (17.04.2020), S. 34. Auch M. Byma-Tschmelak lässt offen, ob § 205a oder § 205 anwendbar sein soll, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, Wien 2018, S. 64.

<sup>298</sup> § 205 Abs 3 Strafgesetzbuch (StGB).



Im **Wortlaut** bestimmt **§ 205 Absatz 1 Strafgesetzbuch**, dass sich strafbar macht,

*„[w]er eine wehrlose Person oder eine Person, die wegen einer Geisteskrankheit, wegen einer geistigen Behinderung, wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder wegen einer anderen schweren, einem dieser Zustände gleichwertigen seelischen Störung unfähig ist, die Bedeutung des Vorgangs einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, unter Ausnützung dieses Zustands dadurch missbraucht, dass er mit ihr den Beischlaf oder eine dem Beischlaf gleichzusetzende Handlung vornimmt oder sie zur Vornahme oder Duldung des Beischlafes oder einer dem Beischlaf gleichzusetzenden geschlechtlichen Handlung mit einer anderen Person oder, um sich oder einen Dritten geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen, dazu verleitet, eine dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung an sich selbst vorzunehmen.“*

Im **folgenden Absatz** erfasst die Norm sodann auch weniger invasive geschlechtliche Handlungen. Demnach macht sich strafbar,

*„[w]er eine wehrlose oder psychisch beeinträchtigte Person (Abs. 1) unter Ausnützung dieses Zustands dadurch missbraucht, dass er an ihr eine geschlechtliche Handlung vornimmt oder von ihr an sich vornehmen lässt oder sie zu einer geschlechtlichen Handlung mit einer anderen Person oder, um sich oder einen Dritten geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen, dazu verleitet, eine geschlechtliche Handlung an sich selbst vorzunehmen.“*

Gemäss dem **dritten Absatz** schliesslich wird der Täter schärfer bestraft, wenn

*„die Tat [...] eine Schwangerschaft der missbrauchten Person zur Folge [hat] oder [...] die missbrauchte Person durch die Tat längere Zeit hindurch [...] in besonderer Weise erniedrigt [wird]“.*

**Uneinigkeit** herrscht in der Lehre allerdings darüber, wie eine **durch Täuschung erreichte geschlechtliche Handlung** strafrechtlich zu beurteilen ist. Die Erläuterungen des Gesetzgebers sowie einige Vertreter der Lehre sehen den Tatbestand der **Täuschung im Sinne des § 108 Strafgesetzbuch** erfüllt, welcher es unter Strafe stellt,

*„einem anderen in seinen Rechten dadurch absichtlich einen Schaden [zuzufügen], dass er ihn oder einen Dritten durch Täuschung über Tatsachen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung verleitet, die den Schaden herbeiführt“<sup>299, 300</sup>*

Dies wird jedoch teilweise in der Lehre kritisiert. Demnach stelle eine solche Täuschung eine **Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung gemäss § 205a Strafgesetzbuch** dar.<sup>301</sup> Schliesslich wird auch eine vermittelnde Ansicht vertreten, welche **nach der Intention des Täters unterscheidet**, ob § 205a oder § 108 Strafgesetzbuch einschlägig sein soll.<sup>302</sup>

<sup>299</sup> § 108 Abs 1 Strafgesetzbuch (StGB).

<sup>300</sup> Regierungsvorlage: Erläuterungen, 689 der Beilagen XXV. GP, verfügbar unter [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I\\_00689/index.shtml](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_00689/index.shtml) (17.04.2020), S. 37; Th. Philipp, in F. Höpfel & E. Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar StGB, 2. Aufl., Wien 2016, § 205 Rz 7; E. E. Fabrizio, Strafgesetzbuch, 13. Aufl., Wien 2018, § 205 Rz 1.

<sup>301</sup> J. Oberlauer & K. Schmidhuber, Die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung gemäss § 205a StGB, in Österreichische Richterzeitung (RZ) 2015, S. 174, 178.

<sup>302</sup> M. Byrne-Tschmelak, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, Wien 2018, S. 115 f.

## 1.1. Strafandrohung

Der Tatbestand der **Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung gemäss § 205a Strafgesetzbuch** sieht für alle drei Tatvarianten eine **Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren** vor.

Für den **sexuellen Missbrauch einer wehrlosen oder psychisch beeinträchtigten Person gemäss § 205 Strafgesetzbuch** sieht das Gesetz drei verschiedene Strafraumen vor: Handelt es sich um eine Tat nach Absatz 1, welcher **Beischlaf oder eine gleichzustellende geschlechtliche Handlung** voraussetzt, so wird der Täter mit einer **Freiheitsstrafe von bis zu zehn Jahren** bestraft. Liegt eine **andere geschlechtliche Handlung** gemäss Absatz 2 vor, so beläuft sich der Strafraumen auf eine **Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren**. Ist ein **Qualifikationstatbestand** des Absatzes 3 erfüllt, so sieht das Gesetz eine **Freiheitsstrafe von fünf bis 15 Jahren** vor.

Die hier relevanten Tatvarianten des **§ 218 Strafgesetzbuch**, welcher die **sexuelle Belästigung** und öffentliche geschlechtliche Handlungen unter Strafe stellt, werden mit einer **Geldstrafe von bis zu 360 Tagessätzen oder mit einer Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten** bestraft. Für **Taten in einer Gruppe** erhöht sich der Strafraumen auf eine **Geldstrafe von bis zu 720 Tagessätzen oder eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr**. Wird die Tat **in verabredeter Verbindung mit einer anderen Person** begangen, so kommt lediglich eine **Freiheitsstrafe** in Betracht, nämlich **bis zu zwei Jahren**.

### 1.1.1. „Veto-Lösung“ oder „Zustimmungslösung“

Während der **Ministerialentwurf** noch eine **Ja-heisst-Ja-Lösung** vorsah<sup>303</sup>, hat sich der **Gesetzgeber** im Endeffekt für die **Nein-heisst-Nein-Lösung** entschieden. Die nun gültige Version sieht vor, strafbar mache sich, „[w]er mit einer Person gegen deren Willen, unter Ausnützung einer Zwangslage oder nach vorangegangener Einschüchterung“ handele.<sup>304</sup>

Durch die Nein-heisst-Nein-Lösung sollte vermieden werden, dass vor jeder einzelnen geschlechtlichen Handlung erneut das Einverständnis des Sexualpartners eingeholt werden muss.<sup>305</sup> In der Lehre wird allerdings angemerkt, dass zwischen der Ja-heisst-Ja- und der Nein-heisst-Nein-Lösung kein grosser Unterschied bestehe, da sowohl das Einverständnis als auch der entgegenstehende Wille auch konkludent geäussert werden könnten.<sup>306</sup>

### 1.1.2. Vorsätzliche und fahrlässige Begehung

Grundsätzlich sind im österreichischen Recht nur vorsätzlich begangene Taten strafbar, sofern das Gesetz nicht ausdrücklich auch die fahrlässige Begehung unter Strafe stellt.<sup>307</sup> Eine solche Regelung findet sich bei den hier in Frage kommenden Vorschriften nicht. Daher ist **lediglich die vorsätzliche Begehung strafbar**.

<sup>303</sup> Im Wortlaut hiess es im Ministerialentwurf, strafbar mache sich, „[w]er mit einer Person ohne deren Einverständnis oder nachdem er das Einverständnis durch Ausnützung einer Zwangslage oder Einschüchterung erlangt hat“ handele, siehe Ministerialentwurf, Gesetzestext Entwurf, 98/ME XXV. GP, verfügbar unter [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME\\_00098/index.shtml](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00098/index.shtml) (21.04.2020), S. 12 f.

<sup>304</sup> Ausschussbericht NR, Gesetzestext, 728 der Beilagen XXV. GP, verfügbar unter [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/II\\_00728/index.shtml](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/II_00728/index.shtml) (21.04.2020), S. 13.

<sup>305</sup> Vgl. hierzu J. Oberlaber & K. Schmidhuber, Die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung gemäss § 205a StGB, in Österreichische Richterzeitung (RZ) 2015, S. 174, 175 und M. Byrne-Tschmelak, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, Wien 2018, S. 114.

<sup>306</sup> J. Oberlaber & K. Schmidhuber, Die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung gemäss § 205a StGB, in Österreichische Richterzeitung (RZ) 2015, S. 174, 175.

<sup>307</sup> § 7 Abs 1 Strafgesetzbuch (StGB).



## 1.2. Strafbarkeit als Vergewaltigung

Im österreichischen Recht setzt der Straftatbestand der Vergewaltigung, geregelt in § 201 Strafgesetzbuch, den Einsatz von Gewalt, die Entziehung der persönlichen Freiheit oder die Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben voraus.<sup>308</sup> Sexuelle Handlungen gegen den Willen der anderen Person, aber ohne Gewalt oder Drohung werden daher **nicht vom Tatbestand der Vergewaltigung erfasst**.

## 1.3. Statistische Angaben zu Anzeigen und Urteilen

Die polizeiliche<sup>309</sup> und die gerichtliche<sup>310</sup> Kriminalstatistik weisen für die hier einschlägigen Straftatbestände die folgende Anzahl an Straftaten beziehungsweise Verurteilungen aus:

		2016	2017	2018
§ 201 Vergewaltigung	Straftaten (Polizei)	899	817	936
	Verurteilungen (Gericht)	92	90	99
§ 205a Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung	Straftaten (Polizei)	83	133	128
	Verurteilungen (Gericht)	3	7	3
§ 205 Sexueller Missbrauch einer wehrlosen / psych. beeinträcht. Person	Straftaten (Polizei)	201	194	221
	Verurteilungen (Gericht)	20	24	27
§ 218 Sexuelle Belästigung und öff. geschlechtl. Handlungen	Straftaten (Polizei)	1918	1759	1756
	Verurteilungen (Gericht)	83	100	103

<sup>308</sup> § 201 Strafgesetzbuch (StGB):

„(1) Wer eine Person mit Gewalt, durch Entziehung der persönlichen Freiheit oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben (§ 89) zur Vornahme oder Duldung des Beischlafes oder einer dem Beischlaf gleichzusetzenden geschlechtlichen Handlung nötigt, ist mit Freiheitsstrafe von zwei bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

(2) Hat die Tat eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs. 1) oder eine Schwangerschaft der vergewaltigten Person zur Folge oder wird die vergewaltigte Person durch die Tat längere Zeit hindurch in einen qualvollen Zustand versetzt oder in besonderer Weise erniedrigt, so ist der Täter mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu fünfzehn Jahren, hat die Tat aber den Tod der vergewaltigten Person zur Folge, mit Freiheitsstrafe von zehn bis zu zwanzig Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen.“

<sup>309</sup> Bundesministerium Inneres Bundeskriminalamt, Tabellen zur Kriminalstatistik 2018, verfügbar unter [https://bundeskriminalamt.at/501/Tabellen\\_Statistik\\_2018.aspx#pk\\_01](https://bundeskriminalamt.at/501/Tabellen_Statistik_2018.aspx#pk_01) (27.04.2020).

<sup>310</sup> Statistik Austria, Kriminalität, verfügbar unter [http://www.statistik.at/web\\_de/statistiken/menschen\\_und\\_gesellschaft/soziales/kriminalitaet/index.html](http://www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/kriminalitaet/index.html) (27.04.2020).

## 1.4. Handhabung in der Praxis

### 1.4.1. Probleme in der Rechtsanwendung

Im Rahmen der Diskussion um das Einführen des neuen Straftatbestandes über die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung wurde unter anderem auf **eventuelle Beweisschwierigkeiten**, insbesondere beim **Freezing**<sup>311, 312</sup> sowie auf **befürchtete falsche Beschuldigungen** beispielsweise nach Trennungen hingewiesen. Dem wurde allerdings entgegengehalten, die gleichen Probleme bestünden auch bei anderen Sexualdelikten, insbesondere beispielsweise bei solchen, die nicht mittels Spuren hinterlassender Gewalt, sondern durch Drohung begangen würden. Zudem dürfen die Gefahr von Falschbeschuldigungen bei der Entscheidung, ob ein sozialwidriges Verhalten strafbar sein solle, keine Rolle spielen.<sup>313</sup>

### 1.4.2. Kritik

In der Lehre wird vereinzelt auch auf andere problematische Aspekte hingewiesen.

So kritisiert beispielsweise ein Autorenpaar im Hinblick auf den Tatbestand der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung, dass der **Wille einer Person das einzige echte Tatbestandsmerkmal** sei. Dies sei als alleiniges Kriterium, ob sich jemand strafbar mache oder nicht, **zu unkonkret**.<sup>314</sup>

Im Hinblick auf die zweite Tatbestandsvariante des § 205a Absatz 1 Strafgesetzbuch, nämlich die Begehung der Tat unter Ausnutzen einer Zwangslage, wird auf Prostitution hingewiesen. Die an sich legale Prostitution könne so kriminalisiert werden, da ein **häufiger Grund für Prostitution eine finanzielle Zwangslage** darstelle und dies dem Kunden oft auch bewusst sei.<sup>315</sup>

Schliesslich wird in Bezug auf § 205a Absatz 2 Strafgesetzbuch hinterfragt, inwiefern eine aktive Handlung wie die **Eigenpenetration gegen den eigenen Willen denkbar** sei, sofern sie nicht motiviert durch Gewalt oder Drohung geschehe. Indem der Gesetzgeber diese Begehungsvariante allerdings ausdrücklich mit in den Tatbestand<sup>316</sup> aufgenommen hat, habe er klargestellt, dass er dies durchaus für möglich erachte.<sup>317</sup>

## 2. Straftatbestand für „Stealthing“

Derzeit scheint es **noch keine Rechtsprechung** zur Strafbarkeit des sogenannten *Stealthing* zu geben.

In der **Lehre** herrscht **keine Einigkeit** darüber, ob *Stealthing* den Tatbestand der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung gemäss **§ 205a Strafgesetzbuch erfüllt** oder nicht. Während **eine**

<sup>311</sup> Siehe hierzu unter Punkt 1. in diesem Gutachten.

<sup>312</sup> Th. Philipp, in F. Höpfel & E. Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar StGB, 2. Aufl., Wien 2016, § 205a Rz 6.

<sup>313</sup> Siehe zur Diskussion die Zusammenfassung bei M. Byrne-Tschmelak, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, Wien 2018, S. 68 ff.

<sup>314</sup> J. Oberlauer & K. Schmidhuber, Die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung gemäss § 205a StGB, in Österreichische Richterzeitung (RZ) 2015, S. 174, 175.

<sup>315</sup> A. Tipold, in O. Leukauf & H. Steininger (Hrsg.), StGB, 4. Aufl., Wien 2018, § 205a Rz 8; J. Oberlauer & K. Schmidhuber, Die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung gemäss § 205a StGB, in Österreichische Richterzeitung (RZ) 2015, S. 174, 175.

<sup>316</sup> § 205a Abs 2 Strafgesetzbuch (StGB).

<sup>317</sup> Siehe hierzu M. Byrne-Tschmelak, Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, Wien 2018, S. 112 f.; Th. Philipp, in F. Höpfel & E. Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar StGB, 2. Aufl., Wien 2016, § 205a Rz 6.

**Vertreterin** der Lehre dies mit Hinweis darauf **bejaht**, jede sexuelle Handlung müsse für sich beurteilt werden, sodass für den ungeschützten Beischlaf die Zustimmung fehle,<sup>318</sup> **lehnt ein anderer Vertreter** der Lehre eine solche Strafbarkeit **ab**. Dies begründet er damit, es handele sich nicht um ein „Nein, das ein Nein bleiben soll“, sondern um ein „Ja, aber“.<sup>319</sup>

### 2.1. Strafandrohung in Relation zur Vergewaltigung

Das österreichische Strafgesetzbuch sieht als Strafe für den Grundtatbestand der **Vergewaltigung** gemäss § 201 Strafgesetzbuch eine **Freiheitsstrafe von zwei bis zehn Jahren** vor.<sup>320</sup>

Das österreichische Recht kennt keinen eigenen Straftatbestand, der *Stealthing* unter Strafe stellen würde. Derzeit herrscht **keine Einigkeit** darüber, ob **Stealthing gegen § 205a Strafgesetzbuch** über die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung **verstösst**. Sollte dies der Fall sein, so wird die Tat mit einer **Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren** bestraft.

### 2.2. Strafandrohung in Relation zu nicht gewalttätigen, aber nicht einvernehmlichen Übergriffen

Das österreichische Recht kennt keinen eigenen Straftatbestand, der *Stealthing* unter Strafe stellen würde. Derzeit herrscht **keine Einigkeit** darüber, ob **Stealthing gegen § 205a Strafgesetzbuch** über die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung **verstösst**. Sollte dies der Fall sein, so wird die Tat mit einer **Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren** bestraft. Zu den anderen Strafandrohungen siehe unter Punkt 1.1. in diesem Rechtsgutachten.

## 3. Nicht gewalttätigem, aber problematischem Sexualverhalten vorbeugen

### 3.1. Zivilrechtliche Möglichkeiten

Auf dem Zivilrechtswege kommt insbesondere eine **Klage auf Schadensersatz, Schmerzensgeld und entgangenen Gewinn** in Betracht. **§ 1328 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch** gewährt dies demjenigen, der unter anderem durch eine Straftat zum Beischlaf oder zu anderen sexuellen Handlungen missbraucht wurde:

*„Wer jemanden durch eine **strafbare Handlung** oder sonst durch Hinterlist, Drohung oder Ausnutzung eines Abhängigkeits- oder Autoritätsverhältnisses **zur Beiwohnung oder sonst zu geschlechtlichen Handlungen missbraucht**, hat ihm den erlittenen Schaden und den entgangenen Gewinn zu ersetzen sowie eine angemessene Entschädigung für die erlittene Beeinträchtigung zu leisten.“<sup>321</sup>*

<sup>318</sup> M. Sagmeister, *Stealthing verletzt die sexuelle Selbstbestimmung*, in JURIDIKUM 2017, S. 296, 298 f.

<sup>319</sup> A. Tipold, in O. Leukauf & H. Steininger (Hrsg.), *StGB*, 4. Aufl., Wien 2018, § 205a Rz 10.

<sup>320</sup> § 201 Abs 1 Strafgesetzbuch (StGB).

<sup>321</sup> § 1328 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), verfügbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622> (01.05.2020).

Dies umfasst gemäss der Kommentarliteratur auch den neuen § 205a Strafgesetzbuch über die Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts.<sup>322</sup> Eine vorangegangene Verurteilung wegen dieser strafbaren Handlung ist allerdings nicht erforderlich.<sup>323</sup>

Nach unserer Recherche wurde **bisher allerdings noch kein entsprechendes Gerichtsurteil veröffentlicht** sodass auch keine Angaben zur Höhe des Schmerzensgeldes bei Taten nach § 205a Strafgesetzbuch gemacht werden können.<sup>324</sup>

## 3.2. Andere Arten staatlicher Intervention

### 3.2.1. Aufklärungskampagnen

Nach unserer Recherche zu urteilen scheinen Aufklärungskampagnen an Schulen in Österreich in erster Linie den Umgang mit Sexualität als solche sowie gesundheitliche Aspekte hierzu zu betreffen. Zudem gibt es zahlreiche Initiativen zur Prävention von Gewalt gegen Frauen und Kindern, welche auch sexuelle Gewalt umfassen. **Sexuelle Belästigung scheint jedoch nur selten angesprochen zu werden, zumindest scheint es kein Schwerpunkt der Kampagnen zu sein.**<sup>325</sup> Beispielsweise FEM Süd<sup>326</sup> und MEN<sup>327</sup> bieten jedoch in Wien **Aufklärungskurse** an, welche sich jeweils nur an Mädchen oder nur an Jungen in der Pubertät richten. Diese behandeln unter anderem die Themen „Wahrnehmung eigener Grenzen („Nein-Sagen“)“ bei Mädchen und „respektvoller Umgang mit dem eigenen und anderen Geschlecht sowie verschiedenen Formen von Männlichkeit“ bei Jungen.<sup>328</sup>

Für **Kindergartenkinder** findet sich beispielsweise ein Handbuch, welches **verschiedene altersgerechte Methoden** erklärt, mit kleinen Kindern über sexuelle Gewalt zu sprechen.<sup>329</sup>

Auch an **Universitäten** scheinen Aufklärungskampagnen, zumindest in Form von **Broschüren**, stattzufinden.<sup>330</sup>

<sup>322</sup> F. Harrer & E. M. Wagner, in M. Schwimann & G. E. Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, 4. Aufl., Wien 2016, § 1328, Rz 4; K.-H. Danzl, Handbuch Schmerzensgeld, Wien 2019, S 341, Rz 8.2 mit Fn 1792; weniger ausdrücklich bei A. Wittwer, in M. Schwimann & M. Neumayr, ABGB Taschenkommentar, 4. Aufl., Wien 2017, § 1328, Rz 3.

<sup>323</sup> Oberster Gerichtshof (OGH), Entscheidung vom 26.04.2017 - OGH 7 Ob 11/17v; M. Hinteregger, in A. Kletečka & M. Schauer (Hrsg.), ABGB-ON, Wien 2019, § 1328, Rz 7.

<sup>324</sup> Insbesondere geht auch K.-H. Danzl, Handbuch Schmerzensgeld, Wien 2019, S 341 ff. nicht auf solche Fälle ein.

<sup>325</sup> Vgl. beispielsweise Wienxtra, Workshops für Schulen und Jugendeinrichtungen, verfügbar unter [https://www.wienxtra.at/fileadmin/web/jugendinfo/Beratung/Infobl%C3%A4tter/Infoblatt\\_Workshop\\_s.pdf](https://www.wienxtra.at/fileadmin/web/jugendinfo/Beratung/Infobl%C3%A4tter/Infoblatt_Workshop_s.pdf) (01.05.2020), S 14 ff.

<sup>326</sup> FEM Süd, mehr Informationen verfügbar unter [http://www.fem.at/FEM\\_Sued/femsued.htm](http://www.fem.at/FEM_Sued/femsued.htm) (01.05.2020).

<sup>327</sup> MEN, mehr Informationen verfügbar unter <http://www.men-center.at/uebersicht.html> (01.05.2020).

<sup>328</sup> Wienxtra, Workshops für Schulen und Jugendeinrichtungen, verfügbar unter [https://www.wienxtra.at/fileadmin/web/jugendinfo/Beratung/Infobl%C3%A4tter/Infoblatt\\_Workshop\\_s.pdf](https://www.wienxtra.at/fileadmin/web/jugendinfo/Beratung/Infobl%C3%A4tter/Infoblatt_Workshop_s.pdf) (01.05.2020), S 15, 16.

<sup>329</sup> A. Erkert, Präventionsarbeit in Kindergärten und Schulen. Möglichkeiten, um Kinder vor sexueller Gewalt zu schützen und um den betroffenen Kindern Hilfestellung zu geben, verfügbar unter <https://www.kindergartenpaedagogik.de/fachartikel/kinder-mit-besonderen-beduerfnissen-integration-vernetzung/kindeswohlgefaehrdung/697> (01.05.2020).

<sup>330</sup> Siehe beispielsweise die Broschüre der Technischen Universität Graz, verfügbar unter [https://www.tugraz.at/fileadmin/public/Studierende\\_und\\_Bedienstete/Information/TU\\_Graz/Arbeitskreis\\_fuer\\_Gleichbehandlungsfragen/Sexuelle\\_Belaestigung\\_Broschuere.pdf](https://www.tugraz.at/fileadmin/public/Studierende_und_Bedienstete/Information/TU_Graz/Arbeitskreis_fuer_Gleichbehandlungsfragen/Sexuelle_Belaestigung_Broschuere.pdf) (01.05.2020).

### 3.2.2. Schulungskampagnen

Spezifisch zur Übertragung von HIV sind insbesondere die **AIDS-Hilfen Österreichs** zu nennen, welche mit Unterstützung des Gesundheitsministeriums gegründet wurden.<sup>331</sup> Diese bieten zahlreiche **Präventionsprogramme** wie insbesondere Workshops, Broschüren, Vorträge, Diskussionsrunden und Einzelgespräche für verschiedene Zielgruppen an, unter anderem für Jugendliche<sup>332, 333</sup>.

---

<sup>331</sup> Öffentliches Gesundheitsportal Österreichs, HIV/AIDS: Beratung & Hilfe, verfügbar unter <https://www.gesundheit.gv.at/service/beratungsstellen/aids-hilfe> (01.05.2020).

<sup>332</sup> Siehe hierzu beispielsweise das Workshop-Angebot für Schulen der AIDS-Hilfe Wien, verfügbar unter <http://www.aids.at/service/praventionsangebote/workshopangebote-fur-schulen/> (01.05.2020).

<sup>333</sup> Die AIDS-Hilfen Österreichs, Prävention, verfügbar unter <https://www.aidshilfen.at/inhalt/pr%C3%A4vention> (01.05.2020).

## E. SWEDEN

### 1. Is sexual assault or sexual intercourse against the will / without the consent of the victim, in the absence of violence or threats of violence, a punishable offence?

#### 1.1. Introduction

In Sweden, **sexual intercourse or other sexual acts without consent are punishable** as either rape (*våldtäkt*) or as sexual assault (*sexuellt övergrepp*). These crimes **do not require violence or threats of violence**.

In 2018, the Swedish parliament passed legislation substantially amending the provisions on sexual assault (including rape) in Chapter 6 of the Swedish Criminal Code (*Brottsbalken (1962:700)*).<sup>334</sup> Two changes are of particular note. First, it introduced **lack of voluntariness (*inte deltar frivilligt*) as a basis for rape** and sexual assault charges. Second, **two new offenses were created: negligent rape and negligent sexual assault**.<sup>335</sup> This means that for a conviction the prosecution no longer needs to establish either the existence of violence/threats of violence or the exploitation of a victim's vulnerable situation (such as unconsciousness, sleep, physical injury or mental disturbance, or under the influence of alcohol or drugs).<sup>336</sup> An English translation of the new legislation published by the government is annexed to this report.<sup>337</sup>

The **punishment for rape is imprisonment for at least two and a maximum of ten years**. If the offence is considered gross, or particularly serious, the punishment is between five and ten years imprisonment, while an offence considered less serious is punishable with maximum four years imprisonment.<sup>338</sup> A four-year maximum limit also applies for **negligent rape (*oaktsam våldtäkt*)**.<sup>339</sup>

Apart from the above-mentioned 2018 reform of the sexual assault provisions, major reforms were carried out in 1962 (starting point for protecting sexual integrity and self-determination), 1984 (gender neutral and for the less serious form of rape the reference to the victim's relationship to the perpetrator was removed) and 2005 (the scope of the provision on rape was extended: exploitation of a victim's particularly vulnerable situation became sufficient for a rape conviction with the effect that violence or threats of violence was no longer required).

#### 1.2. Requirement of consent following the 2018 reform

The requirement of consent in the 2018 provision on rape is formulated as follows:

*A person who performs sexual intercourse, or some other sexual act that in view of the seriousness of the violation is comparable to sexual intercourse, with a person who is not participating voluntarily is guilty of rape and is sentenced to imprisonment for at least two and at most six years.*

<sup>334</sup> Lag om ändring i brottsbalken SFS 2018:618, which entered into force on 1 July 2018.

<sup>335</sup> Brottsbalken (1962:700), Chapter 6 section 1-3.

<sup>336</sup> See Brottsbalken (1962:700), Chapter 6 section 1 (version prior to amendment SFS 2018:618).

<sup>337</sup> The translation of the Swedish Criminal Code is published on the governments website <https://www.government.se/government-policy/judicial-system/the-swedish-criminal-code/> (22.04.2020).

<sup>338</sup> Brottsbalken (1962:700), Chapter 6 section 1.

<sup>339</sup> Brottsbalken (1962:700), Chapter 6 section 1a.

The **terminology of the provision is significant, in particular for its avoidance of a reference to consent / non-consent.** Following discussions in the drafting phase, the government decided to use the wording “a person who is not participating voluntarily” (*en person som inte deltar frivilligt*) instead of “a person who does not consent” (*en person som inte samtycker*). The reason for this was that **the notion of “consent” (*samtycke*) was already established in criminal law as a defence, meaning it exonerates a person from liability.** By employing a distinctive wording, the government wanted to clearly indicate that the application of consent as a defence used in other offences requiring consent or non-consent could not be used in the same manner in rape or sexual assault.<sup>340</sup>

To illustrate the need of differentiation, the government distinguished rape or sexual assault from a situation where a person deceiving someone into sexual relations by promising a steady relationship or by claiming to be a famous person. The latter should not, according to the government, constitute a sexual crime (although it might constitute a non-sexual crime).<sup>341</sup>

**Another significant aspect of the new approach to rape or sexual assault is that the voluntariness can be silent; it is not required to be expressly formulated (*kommit till uttryck*).**<sup>342</sup> In the government bill, the **government stated several reasons for not requiring expressly formulated voluntariness.**<sup>343</sup> In particular, it argued that such a requirement would have the unwanted effect that a sexual act with a person participating voluntarily could be punishable only because that person has not expressly consented. Here the government pointed out that in the actual course of life, the manner in which a person expresses or shows his or her will to participate in an act can be very different and more or less subtle.<sup>344</sup> This was in line with the input from some stakeholders, such as the Swedish Prosecution Authority (*Åklagarmyndigheten*), who argued that it would be unrealistic to introduce formal requirements on how persons must express themselves in sexual relationships.<sup>345</sup>

The government also held that **a regime requiring expressly formulated voluntariness has the effect that the same level of explicit expression would be required for each new kind of sexual act between the persons.** This would lead to difficulties involving a need of definition for when a sexual act is “new”.<sup>346</sup>

Moreover, a sexual act with a person who has expressly indicated voluntariness although it is actually against his or her will, and the perpetrator suspects that this is the case, may not be punished. This is of particularly relevance in a situation of “**frozen fright**”, i.e. when the victim initially participates voluntarily but is then seriously frightened and unable to express the change of mind.<sup>347</sup>

The government also referred to **sexual integrity**: a person should have **the right to react to sexual invitation in the way he or she wants, including passively.**<sup>348</sup> However, it should be pointed out that in the assessment of whether or not participation is voluntary, **particular consideration is given to**

<sup>340</sup> Prop 2017/18 :177 En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet (government bill/government proposal), p. 30.

<sup>341</sup> Ibid, p. 31.

<sup>342</sup> Ibid, p. 29.

<sup>343</sup> A requirement of consent was discussed and considered already in the 2005 and 2013 reforms of the sexual offense legislation. However, the government concluded each time that such legislation would entail difficulties that would not be proportionate to its benefits. Prop 2017/18 :177 En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet (government bill/government proposal), p. 21.

<sup>344</sup> Ibid, p. 32.

<sup>345</sup> Ibid.

<sup>346</sup> Ibid.

<sup>347</sup> Ibid.

<sup>348</sup> Ibid.

**whether the voluntariness was expressed by word or deed or in some other way.**<sup>349</sup> This means that the point of departure of the assessment is that a person who participates voluntarily expresses this in some way and that the absence of any expression generally should be interpreted as non-consent. Therefore, a person performing a sexual act on another person has a responsibility to ensure that that person wants to participate.<sup>350</sup> This is of particular importance in cases of passivity or ambiguous signals, as **discussed by the Supreme Court in case NJA 2019 s. 668** decided on 11 July 2019.<sup>351</sup> The basic facts were as follows: Via social media, a woman had offered a man who lived in another city to spend the night in her apartment. At the same time, she informed the man that she did not want to have sex with him. They ended up having sexual intercourse, which the woman argued was against her will. The parties had, however, agreed to sleep in the same bed dressed only in underwear and the woman had essentially acted with passivity during throughout the intercourse. The Court held that this could not be relied on for concluding that the woman participated voluntarily. The man was finally convicted for negligent rape to 2 years and 3 months imprisonment. In its reasoning the Court held that the woman's account of the night was clear and coherent whereas the man had responded more vaguely and with certain contradictions.

The judgment of the Supreme Court indicates that the possibility to consider mere passivity as an expression of consent is limited.<sup>352</sup>

### 1.3. Temporal scope of voluntariness

The obligation of mutual willingness to engage in sexual relations does not apply solely at the beginning of the initial sexual act, extending instead throughout the entire time of the sexual acts.<sup>353</sup> Given that **consent is required during the entire sexual act**, a person can at any time decide to no longer participate in the act. Or put differently: a prior consent from a person does not have the effect that a subsequent sexual act must be considered voluntary.<sup>354</sup>

### 1.4. Application in practice

The new legislation requiring voluntariness has been in force since 1 July 2018. We are not aware of any data or analysis of its application in practice. The lack of documentation is probably due to the rather short period of time it's been in force.

The **Swedish National Council for Crime Prevention (*Brottsförebyggande rådet – Brå*) is responsible for the official criminal statistics**. It is an agency under the auspices of the Ministry of Justice and a knowledge center for the criminal justice system. Its mandate includes producing, analysing, and reporting on criminality and the criminal justice system's responses to crime. The data on rape and other sexual offenses are published for 2018, but the figures from 2019 are not yet available.<sup>355</sup> In 2018, a total of 22,500 sex offences were reported of which 7,960 concerned rape. The total number of reported sex offenses was up 2 percent from 2017, while reported rapes were up 8 percent. There were 198 convictions for rape in 2018, an increase of 28 percent from 2017.<sup>356</sup>

<sup>349</sup> Brottsbalken (1962:700), Chapter 6 section 1. See also Prop 2017/18 :177 En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet (government bill/government proposal), p. 33.

<sup>350</sup> A. Bäcklund *et al.*, Brottsbalken en kommentar, 2019, Stockholm: Norstedts, 2019, BrB 6:1 s. 5.

<sup>351</sup> Case is published and available at <https://www.domstol.se/hogsta-domstolen/avgoranden/2019/21142/> (14.04.2020).

<sup>352</sup> A. Bäcklund *et al.*, Brottsbalken en kommentar, 2019, Stockholm: Norstedts, 2019, BrB 6:1 s. 7

<sup>353</sup> Prop 2017/18 :177 En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet (government bill/government proposal), p. 34.

<sup>354</sup> A. Bäcklund *et al.*, Brottsbalken en kommentar, 2019, Stockholm: Norstedts, 2019, BrB 6:1 s. 5.

<sup>355</sup> Brå's statistics on sexual offenses is available at <https://www.bra.se/statistik/statistik-utifran-brottstyper/valdtakt-och-sexualbrott.html> (14.04.2020).

<sup>356</sup> Ibid.



## 1.5. Criticism of the 2018 reform

Several stakeholders criticized the introduction of the requirement of voluntariness, arguing that it would be difficult to enforce. The **Swedish Council of Legislation (Lagrådet)**, an independent body whose members are current and former Supreme Court judges tasked with scrutinizing new bills' compatibility with the constitution and general legal principles, argued that the legislation lacked predictability and therefore advised against it. The main argument was that the **new voluntariness requirement** defined as "*a person who is not participating voluntarily*" is too vague and **makes it difficult to predetermine with sufficient accuracy the actions that are punishable**.<sup>357</sup> Several courts shared these concerns.<sup>358</sup>

The National Courts Administration (*Domstolsverket*) (the authority responsible for overall coordination and common issues within the Swedish Judiciary), expressed **concerns that the law will create a gap between the expectations and the results of the law**. It suggested that there would be a likely increase in reported cases of rape with allegations of non-voluntariness but that few of these cases would lead to convictions due to a lack of both evidence and witnesses.<sup>359</sup>

## 2. What is the penalty, if it amounts to a criminal offence, for a sexual partner to engage in deceptive behaviour during sexual intercourse ("stealthing")?

There are **no provisions in the Swedish Criminal Code specifically addressing stealthing or any other deceptive behaviour during sexual intercourse or acts**. Certain deceptive behaviors, however, may fall under other criminal provisions. Thus, for deceptive behaviour to be punishable a case-by-case approach taking into account all relevant circumstances would be needed. In general terms, however, deceptive behaviour involving **stealthing is likely to fall within the provision on sexual molestation (*sexuellt ofredande*)**, since it involves a violation of a person's sexual integrity.<sup>360</sup> The punishment for sexual molestation ranges from a fine to imprisonment of maximum two years. However, we are not aware of any case law regarding stealthing and it does not seem to be an issue subject to discussion to any extent in the scholarly literature. One hypothesis explaining the limited discussion is that the number of cases involving deception appears to be limited.<sup>361</sup>

It may be mentioned, however, that the **Julian Assange case** included allegations of stealthing. Assange was accused of rape, sexual molestation and unlawful coercion, but the case was never decided in

<sup>357</sup> Lagrådets yttrande över en ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet 23-01-2018, available at [https://www.lagradet.se/2018/?post\\_type=opinion](https://www.lagradet.se/2018/?post_type=opinion) (12.03.2020).

<sup>358</sup> Prop 2017/18 :177 En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet (government bill/government proposal), p. 29.

<sup>359</sup> Remissyttrande över betänkandet Ett starkare skydd för den sexuella integriteten (SOU 2016:60), p. 2, available at <https://www.regeringen.se/490ab1/contentassets/27fbcd56ce384dc4b5db2d1fe22d8e62/10.-domstolsverket.pdf>.

<sup>360</sup> See statement by prosecutor Lundström Kron at <https://nyheter24.se/nyheter/inrikes/883012-tjejer-berattar-tog-av-kondomen-sex> (17.04.2020).

<sup>361</sup> M. Heidenborg *et al.*, Government appointed inquiry SOU 2016:60 Ett starkare skydd för den sexuella integriteten, 2016, p. 216, available at <https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/statens-offentliga-utredningar/2016/10/sou-201660/> (21.04.2020).

court. In November 2019, the prosecutor finally dropped the case with reference to insufficient evidence due to the long period of time passed since the acts in question took place.<sup>362</sup>

It should be noted, however, that **serious forms of deceptive behaviour could fall within the provision on rape**. This is possible as the exploitation of a victim's vulnerable situation is sufficient for a conviction (following amendments to the rape provision in 2013).<sup>363</sup> A typical situation would be if someone claims to be a person that the victim knows (and with whom the victim previously had sexual relations) enters into the victim's dark room and bed and have sexual relations with the (unaware) victim.<sup>364</sup> Sexual acts in so-called "surprise situations" (*övertumpling*) can also be regarded as rape. An example would be if the victim had consented to a massage and the perpetrator surprises the victim with a sexual act.<sup>365</sup>

In the government-appointed inquiry *SOU 2016:60 Ett starkare skydd för den sexuella integriteten* relied upon for the 2018 reform, the authors discussed the issue of **consent that is conditioned on the use of contraceptives**.<sup>366</sup> They held that holding someone responsible for sexual assault for a deceptive behaviour limited exclusively to the assurance of contraceptives would be too severe. It referred to a situation in which an intercourse, conditioned on the (woman's) use of contraceptive pill in order to avoid pregnancy, results in the (deceiving) woman getting pregnant. The authors first referred to the fact that sexual offence provisions are intended to protect sexual integrity and sexual self-determination. They then argued that it is the sexual act in itself that the consent decision is concerned with, independently of the use of contraceptives. Instead, they suggested that the situation should be treated similar to cases of omitted or wrongful information regarding a person's sexual transmittable diseases (see below for a discussion of this particular situation).<sup>367</sup>

The issue of **deceptive behaviour more generally was briefly addressed in the government bill/government proposal to the 2018 reform** of the sexual offence legislation. The government held that behaviour such as deceiving someone into sexual relations by **promising a steady relationship or by claiming to be a famous person must not constitute sexual crimes**.<sup>368</sup> The same applies and shall continue to apply for the (incorrect) assurance regarding the **existence of sexual transmittable diseases or whether or not contraceptives will be used**.<sup>369</sup>

However, it does not exclude that **such behaviour can be punished under other (non-sexual) provisions in the Criminal Code**. Accordingly, deceptive behaviour in relation to a sexual partner of a

---

<sup>362</sup> The Prosecutor's decision is available at [https://www.aklagare.se/globalassets/dokument/ovriga-dokument/beslut\\_19nov.pdf](https://www.aklagare.se/globalassets/dokument/ovriga-dokument/beslut_19nov.pdf) (21.04.2020).

<sup>363</sup> Prop 2017/18 :177 En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet (government bill/government proposal), p. 42.

<sup>364</sup> Prop 2012/13:111 En skärpt sexualbrottslagstiftning, frivillighet (government bill/government proposal), p. 27.

<sup>365</sup> Ibid.

<sup>366</sup> Available at <https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/statens-offentliga-utredningar/2016/10/sou-201660/> (21.04.2020).

<sup>367</sup> M. Heidenborg *et al.*, Government appointed inquiry *SOU 2016:60 Ett starkare skydd för den sexuella integriteten*, 2016, p. 219, available at <https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/statens-offentliga-utredningar/2016/10/sou-201660/> (21.04.2020).

<sup>368</sup> Prop 2017/18 :177 En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet (government bill/government proposal), p. 30.

<sup>369</sup> Prop 2017/18 :177 En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet (government bill/government proposal), p. 30.

person's HIV/AIDS condition can be punished as either attempt to assault (*försök till misshandel*) or as occasioning danger to another (*framkallande av fara för annan*).<sup>370</sup>

### 3. Are there governmental or non-governmental mechanisms to prevent non-violent but problematic sexual behaviour?

In addition to criminal law, there are a number of governmental and non-governmental mechanisms and measures to prevent unlawful as well as other problematic sexual behaviour.

#### 3.1. Civil law remedies

A victim of a crime can always claim **pecuniary damages in a civil procedure**. According to the choice of the victim, the civil procedure can either be joined with the criminal procedure (which is generally the case) or dealt with in a separate procedure. If the civil procedure is joined with the criminal proceeding, the plaintiff can only receive civil damages if the accused is convicted. Given that the standard of proof is lower in civil procedure than in criminal procedure, this system has been subject to criticism in the legal literature.<sup>371</sup>

If there is a separate procedure for the civil law claims, a non-conviction in the criminal procedure is not an obstacle for being granted civil damages. Separate procedures are unusual however, because in accordance with the "loser pays" rule, the plaintiff risks incurring the other party's litigation costs.<sup>372</sup>

#### 3.2. Government initiatives and funding to programmes for the prevention of sexual violence and harassment

The **government provides funding earmarked for the prevention of sexual violence and harassment to several authorities and organisations**. The major funding decisions are often taken within the framework of the **government's national strategy and targeted action programme to prevent and combat men's violence against women**. Launched in 2016 with a budget of 600 million SEK (approximately 60 million EUR) for the period 2017 to 2027, the strategy focuses in particular on preventive measures and emphasizes the importance of men's participation and responsibility in the efforts to prevent violent behavior.<sup>373</sup> In essence, the strategy intends to:

- support the development and spread of universal violence preventive efforts with the objective of reaching all young people;
- conduct a review of sex and relationship education in schools;
- counteract demand for the purchase of sexual services;
- strengthen professional treatment of men who have been violent and investigate the ability of municipalities to work with perpetrators of violence early on; and
- further strengthen prevention of reoffending by convicted perpetrators of violence, both within the Swedish Prison and Probation Service and with other stakeholders.<sup>374</sup>

<sup>370</sup> See for example Supreme Court Cases NJA 2004 s. 176 and NJA 1994 s. 614.

<sup>371</sup> See for example P. Ekelöf et al., *Rättegång – Tredje häftet*, 8th ed., Stockholm: Norstedts, 2018, p. 168.

<sup>372</sup> S. Friberg, *Kränkningersättning : skadestånd för kränkning genom brott*, 1st ed., Uppsala: lustus, 2010, p. 328.

<sup>373</sup> <https://www.government.se/information-material/2016/11/fact-sheet-national-strategy-to-prevent-and-combat-mens-violence-against-women/> (17.04.2020).

<sup>374</sup> Ibid.

The major actions taken so far can be summarized as follows:

In 2018, the Work Environment Authority (*Arbetsmiljöverket*) was granted 25 million SEK (approximately 2.5 million EUR) in order to support employers with information and education regarding sexual harassment.<sup>375</sup> The same year, the Swedish National Agency for Education (*Skolverket*) received 50 million SEK (approximately 5 million EUR) aimed at **developing schools' sex education and schools' efforts to prevent harassment**. Funding was also granted to civil society organisations that offer trainings to school personnel on these issues.<sup>376</sup> In addition, the National Agency for Education was instructed to revise the national school curricula on sex education in order to ensure that issues related to harassment, consent and pornography are duly treated.<sup>377</sup>

Another concrete measure taken was the mandate to the Swedish Agency for Youth and Civil Society (*Myndigheten för ungdom- och civilsamhällesfrågor*) to **inform young asylum seekers on matters regarding health, sexuality and equality**.<sup>378</sup>

Finally, it should be mentioned that the government decided that the **educational programmes for certain professions** such as physiotherapists, jurists, physicians, psychologists, nurses and social workers must include a **mandatory course on men's violence against women and violence within the family / in close relationships**.<sup>379</sup>

### 3.1. Non-governmental organisations and initiatives

There are numerous of non-governmental organisations and initiatives aiming in different ways to prevent sexual violence. Often concerned more generally with rights and support of women and young women and with the aim of shaping public opinion, their activities include **advocacy, specific educational campaigns and publications**.<sup>380</sup>

The **organisation FATTA!** (which could be translated into English as "Understand/Get this!") is **concerned specifically with the question of consent in sexual relationships** in law and in practice.<sup>381</sup> Among other things, it offers **information and education material aimed for schools and other organisations working with youth**.<sup>382</sup>

<sup>375</sup> <https://www.regeringen.se/artiklar/2017/12/regeringens-samlade-atgarder-mot-sexuellt-vald-och-trakasserier/> (17.04.2020).

<sup>376</sup> <https://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2018/06/50-miljoner-kronor-mot-sexuella-trakasserier-i-skolan--sa-ska-pengarna-anvandas/> (17.04.2020).

<sup>377</sup> <https://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2018/07/skolverket-far-i-uppdrag-att-se-over-laroplanerna-for-en-bättre-sex--och-samlevnadsundervisning/> (17.04.2020).

<sup>378</sup> <https://www.regeringen.se/regeringsuppdrag/2018/07/uppdrag-angaende-forstarkta-informationsinsatser-rorande-halsa-sexualitet-och-jamstalldhet-riktade-till-unga-nyanlanda-och-unga-asylsokande/> (17.04.2020).

<sup>379</sup> <https://www.regeringen.se/artiklar/2017/12/regeringens-samlade-atgarder-mot-sexuellt-vald-och-trakasserier/> (17.04.2020).

<sup>380</sup> See for example Föreningen Storasyter (<http://www.foreningenstorasyter.se/wordpress/>), Riksorganisationen för kvinnojourer och tjejjourer i Sverige (<https://www.roks.se/>), Sveriges kvinnolobby (<https://sverigeskvinnolobby.se/>) (21.04.2020).

<sup>381</sup> [www.fatta.nu](http://www.fatta.nu) (21.04.2020).

<sup>382</sup> <http://samtyckeskultur.nu/#paket> (21.04.2020).

## ANNEX

## SWEDISH CRIMINAL CODE, CHAPTER 6 – ON SEXUAL OFFENCES

## Section 1

A person who performs sexual intercourse, or some other sexual act that in view of the seriousness of the violation is comparable to sexual intercourse, with a person who is not participating voluntarily is guilty of *rape* and is sentenced to imprisonment for at least two and at most six years. When assessing whether participation is voluntary or not, particular consideration is given to whether voluntariness was expressed by word or deed or in some other way. A person can never be considered to be participating voluntarily if:

1. their participation is a result of assault, other violence or a threat of a criminal act, a threat to bring a prosecution against or report another person for an offence, or a threat to give detrimental information about another person;

2. the perpetrator improperly exploits the fact that the person is in a particularly vulnerable situation due to unconsciousness, sleep, grave fear, the influence of alcohol or drugs, illness, bodily injury, mental disturbance or otherwise in view of the circumstances; or

## 1 §

Den som, med en person som inte deltar frivilligt, genomför ett samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag, döms för *våldtäkt* till fängelse i lägst två år och högst sex år. Vid bedömningen av om ett deltagande är frivilligt eller inte ska det särskilt beaktas om frivillighet har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt. En person kan aldrig anses delta frivilligt om

1. deltagandet är en följd av misshandel, annat våld eller hot om brottslig gärning, hot om att åtala eller ange någon annan för brott eller hot om att lämna ett menligt meddelande om någon annan,

2. gärningsmannen otillbörligt utnyttjar att personen på grund av medvetlöshet, sömn, allvarlig rädsla, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada, psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i en särskilt utsatt situation, eller

3. the perpetrator induces the person to participate by seriously abusing the person's position of dependence on the perpetrator.

If, in view of the circumstances associated with the offence, the offence is considered less serious, the person is guilty of rape and is sentenced to imprisonment for at most four years.

If an offence referred to in the first paragraph is considered gross, the person is guilty of *gross rape* and is sentenced to imprisonment for at least five and at most ten years. When assessing whether the offence is gross, particular consideration is given to whether the perpetrator used violence or a threat of a particularly serious nature, or whether more than one person assaulted the victim or took part in the assault in some other way, or whether, in view of the method used or the young age of the victim or otherwise, the perpetrator exhibited particular ruthlessness or brutality. Act 2018:618.

#### **Section 1a**

A person who commits an act referred to in Section 1 and is grossly negligent regarding the circumstance that the other person is not participating

3. gärningsmannen förmår personen att delta genom att allvarligt missbruka att personen står i beroendeställning till gärningsmannen.

Är brottet med hänsyn till omständigheterna vid brottet att anse som mindre grovt, döms för våldtäkt till fängelse i högst fyra år.

Är brott som avses i första stycket att anse som grovt, döms för *grov våldtäkt* till fängelse i lägst fem och högst tio år. Vid bedömningen av om brottet är grovt ska det särskilt beaktas om gärningsmannen har använt våld eller hot som varit av särskilt allvarlig art eller om fler än en förgripit sig på offret eller på annat sätt deltagit i övergreppet eller om gärningsmannen med hänsyn till tillvägagångssättet eller offrets låga ålder eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet. Lag (2018:618).

#### **1 a §**

Den som begår en gärning som avses i 1 § och är grovt oaktsam beträffande omständigheten att den andra personen inte deltar frivilligt, döms för

voluntarily is guilty of *negligent rape* and is sentenced to imprisonment for at most four years.

If, in view of the circumstances, the act is less serious, the person is not held responsible. Act 2018:618.

## Section 2

A person who performs a sexual act other than those referred to in Section 1 with a person who is not participating voluntarily is guilty of *sexual assault* and is sentenced to imprisonment for at most two years. When assessing whether participation was voluntary or not, Section 1, first paragraph, second and third sentences apply.

If the offence is considered gross, the person is guilty of *gross sexual assault* and is sentenced to imprisonment for at least six months and at most six years. When assessing whether the offence is gross, particular consideration is given to whether the perpetrator used violence or a threat of a particularly serious nature, or whether more than one person assaulted the victim or took part in the assault in some other way, or whether, in view of the method used or the young age of the victim or otherwise, the

*oaktsam våldtäkt* till fängelse i högst fyra år.

Om gärningen med hänsyn till omständigheterna är mindre allvarlig, ska det inte dömas till ansvar. Lag (2018:618).

## 2 §

Den som, med en person som inte deltar frivilligt, genomför en annan sexuell handling än som avses i 1 §, döms för *sexuellt övergrepp* till fängelse i högst två år. Vid bedömningen av om ett deltagande är frivilligt eller inte tillämpas 1 § första stycket andra och tredje meningarna.

Är brottet att anse som grovt, döms för *grovt sexuellt övergrepp* till fängelse i lägst sex månader och högst sex år. Vid bedömningen av om brottet är grovt ska det särskilt beaktas om gärningsmannen har använt våld eller hot som varit av särskilt allvarlig art eller om fler än en förgripit sig på offret eller på annat sätt deltagit i övergreppet eller om gärningsmannen med hänsyn till tillvägagångssättet eller offrets låga ålder eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet. Lag (2018:618).

perpetrator exhibited particular ruthlessness or brutality. Act 2018:618.

### Section 3

A person who commits an act referred to in Section 2 and is grossly negligent regarding the circumstance that the other person is not participating voluntarily is guilty of *negligent sexual assault* and is sentenced to imprisonment for at most four years.

If, in view of the circumstances, the act is less serious, the person is not held responsible. Act 2018:618.

### 3 §

Den som begår en gärning som avses i 2 § och är grovt oaktsam beträffande omständigheten att den andra personen inte deltar frivilligt, döms för *oaktsamt sexuellt övergrepp* till fängelse i högst fyra år.

Om gärningen med hänsyn till omständigheterna är mindre allvarlig, ska det inte dömas till ansvar. Lag (2018:618).



PD Dr. Krista Nadakavukaren Schefer  
Vize-Direktorin

Belgien:	Anne-Grace Kleczewski <i>Referentin für die Rechtsordnungen der Benelux-Staaten</i>
Deutschland und Österreich:	Dr. Johanna Fournier, LL.M. <i>Referentin für deutschsprachige Rechtsordnungen</i>
England & Wales:	John Curran, LL.M. <i>Referent für Common Law</i>
Schweden:	Henrik Westermarck, LL.M. <i>Referent fürskandinavische Rechtsordnungen</i>