

nun wirklich besser geholfen wird. Systematische Mechanismen, die dazu führen, dass nun hingeschaut und zeitiger eingegriffen wird, fehlen weiterhin. Dazu müsste der sexualisierte Missbrauch zudem umfassend und tatkräftig in Schulen, Vereinen und der Zivilgesellschaft thematisiert und wahrgenommen werden. Prävention und

Vertrauensarbeit, aber auch konkrete Perspektiven für Betroffene sollten aufgezeigt und gestärkt werden. Um effektiver Schutz zu schaffen, braucht es wahre Perspektiven und Hilfsprogramme für Opfer und deren Angehörige, viel Mut und somit weit mehr als (lediglich) strengere Gesetze.

DOI: 10.5771/1866-377X-2021-3-131

## Die nackte weibliche Brust als Sittlichkeits- und Rechtsproblem\*

Dr. Anja Schmidt

Mitglied der djb-Kommission Strafrecht, Leiterin des DFG-Forschungsprojekts „Pornographie und sexuelle Selbstbestimmung“ an der Martin-Luther-Universität-Halle-Wittenberg

Ende Juni löste eine in Berlin lebende Frau einen Polizeieinsatz aus, weil sie bei hochsommerlichen Temperaturen am Wasserspielplatz „Plansche“ im Plänterwald mit freiem Oberkörper ruhte und ihre Brust auf Aufforderung der Parkaufseher hin nicht bedecken wollte.<sup>1</sup> Das Argument, sie wolle mit Männern mit freiem Oberkörper gleichbehandelt werden, wurde nicht akzeptiert. Ihre unbedeckte Brust sei störend, zudem „gibt es hier Kinder“. Letztlich fühlte sie sich gezwungen (mit ihrem Kind) zu gehen und rief die Initiative „Gleiche Brust für alle“ ins Leben. Im Rahmen dieser Bewegung nahmen am 10. Juli an einer Oben-Ohne-Fahrrad-Demo unter dem Motto „No Nipple Is Free Until All Nipples Are Free“ hunderte Frauen und Männer mit freiem Oberkörper teil, um gegen die Sexualisierung (und die damit verbundene Tabuisierung) der weiblichen Brust zu demonstrieren.<sup>2</sup>

Ist ein Polizeieinsatz wegen einer unbedeckten weiblichen Brust an einem öffentlich zugänglichen Wasserspielplatz mit Liegewiese im Park eine staatlich zu verantwortende gleichheitswidrige Sexualisierung der weiblichen Brust?

### Mögliche rechtliche Grundlagen für das polizeiliche Einschreiten

Die Nutzungsordnung des von der Berliner Verwaltung betriebenen Wasserspielplatzes bildet keine rechtliche Grundlage für das polizeiliche Eingreifen. Aus ihr ergibt sich lediglich, dass „von allen Gästen Straßen- oder Alltagskleidung bzw. handelsübliche Badekleidung, wie z.B. Badehose, Badeshorts, Bikini, Badeanzug, Burkini zu tragen“ ist.<sup>3</sup> Die Nutzerin hatte eine Badehose getragen, was den Vorgaben entspricht. Denn durch die Nutzungsordnung war der Ort einem Textilstrand ähnlich gewidmet und es ist nicht unüblich, dass Frauen sich an Textilstränden „oben ohne“ aufhalten. Eine engere Auslegung der Nutzungsordnung würde tatsächlich die Frage aufwerfen, warum die weibliche Brust im Gegensatz zur männlichen Brust bedeckt werden muss. Ein sachlich nachvollziehbarer Grund dafür ist nicht ersichtlich – eine weibliche Brust ist nicht von sich aus anstößig oder sexuell, insbesondere nicht, wenn sie in einer strandartigen Situation sichtbar ist.

Das Vorgehen der Polizei ließe sich nur aufgrund der polizeilichen Generalklausel rechtfertigen, genauer dann, wenn die nackte weibliche Brust ein öffentliches Ärgernis im Sinne des § 183a StGB erregt oder sich die Allgemeinheit im Sinne des § 118 OWiG belästigt. Die Erregung eines öffentlichen Ärgernisses nach § 183a StGB setzt voraus, dass öffentlich eine sexuelle Handlung vorgenommen wird. Das Entblößen der Brust, auch der weiblichen Brust, an einem Wasserspielplatz mit Liegewiese im Hochsommer lässt sich schwerlich als sexuelle Handlung einordnen. Denn hier steht schon dem äußeren Erscheinungsbild nach der Wunsch im Vordergrund, sich bei hohen Temperaturen mit möglichst wenig Kleidung am Körper zu entspannen. Es kommt nicht darauf an, dass dies andere als störend empfinden mögen.

Schwieriger ist die Beurteilung, ob eine Belästigung der Allgemeinheit nach § 118 OWiG vorliegt. Denn diese Norm setzt mit sehr unscharfen Begriffen voraus, dass eine „grob ungehörige Handlung“ vorgenommen wird, „die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen“. Was ist „grob ungehörig“? Was kann die Allgemeinheit belästigen oder gefährden oder die öffentliche Ordnung beeinträchtigen? Und: woran wird dies bemessen? Am Gefühl der Belästigung oder Störung zufällig Anwesender, der

\* Dieser Text ist erstmals erschienen als: Schmidt, Anja, Die nackte weibliche Brust als Sittlichkeits- und Rechtsproblem, VerfBlog v. 19.07.2021, abrufbar unter: <<<https://verfassungsblog.de/die-nackte-weibliche-brust>>> (letzter Zugriff: 26.7.2021), DOI: 10.17176/20210719-140024-0. Die Hyperlinks wurden durch Fußnoten ersetzt und die Quellennachweise der Veröffentlichungsform entsprechend präzisiert.

1 Koch-Klaucke, Norbert/Debionne, Philippe, Frauenfeindlicher Vorfall: Polizeieinsatz in Berlin: „Entweder Sie tragen einen BH oder Sie müssen gehen“, Berliner Zeitung, abrufbar unter: <<<https://www.berliner-zeitung.de/mensch-metropole/polizeieinsatz-in-berlin-entweder-sie-tragen-einen-bh-oder-sie-muessen gehen-li.168397>>> (letzter Zugriff: 26.7.2021)

2 Kröber, Susanne, Nach Polizeieinsatz: Oben-ohne-Fahrraddemo in der Hauptstadt: Radeln für freie Nippel, 24hHamburg, abrufbar unter: <<<https://www.24hamburg.de/hamburg/oben-ohne-fahrraddemo-in-berlin-radeln-fuer-freie-nippel-90854440.html>>> (letzter Zugriff: 26.7.2021).

3 Vgl. Nutzungsordnung für den Wasserspielplatz Kinderplansche, Dammweg 1, 12435 Berlin, abrufbar unter: <<<https://www.berlin.de/ba-treptow-koepenick/politik-und-verwaltung/aemter/strassen-und-gruenflaechenamt/gruen/artikel.965788.php>>> (letzter Zugriff: 26.7.2021).

Parkaufseher\*innen oder der Polizei? An der Messlatte allgemeinen Sittlichkeitsempfindens oder anhand rechtlicher Maßstäbe?

### Schutz individueller Rechte statt des Schutzes von Sittlichkeit

Als grob ungehörig definiert *Lothar Senge* in der aktuellen 5. Auflage des Karlsruher Kommentars zu § 118 OWiG mit Bezug auf ältere Rechtsprechung ein Verhalten, das sich „bewusst nicht in die für das gedeihliche Zusammenleben der jeweiligen Rechtsgemeinschaft erforderliche Ordnung einfügt und dadurch im *deutlichen Widerspruch* zur Gemeinschaftsordnung steht“.<sup>4</sup> Später verwendet er die Begriffe der „*anerkannten Regeln* von Sitte, Anstand und Ordnung“ anstelle des Begriffs der Gemeinschaftsordnung.<sup>5</sup> Belästigend sei eine Handlung, wenn sie Dritten ein nicht nur geringfügiges Unbehagen zufügt.<sup>6</sup> § 118 OWiG ist damit ersichtlich eine Norm, die in der Tradition eines Sittlichkeitsrechts steht, das gesellschaftlich allgemein übliche Umgangsweisen schützt. Es geht also gerade nicht um den Schutz von Rechten, sondern um den Schutz des gesellschaftlich Üblichen oder allgemein moralisch Anerkannten, um zumindest ein nicht nur geringfügiges Unbehagen zu vermeiden.

In einem normativen Sinne ist es jedoch nicht Aufgabe des Rechts, herrschende Moralauffassungen zu schützen. Insbesondere im Bereich von Nacktheit und Sexualität ist dies aufgrund der Pluralisierung moralischer Vorstellungen auch gar nicht mehr möglich. Aufgabe des Rechts ist es vielmehr, Freiheit unter anderem durch individuelle Freiheitsrechte zu gewährleisten. Damit sind auch individuelle moralische Entscheidungen und deren Umsetzung geschützt, soweit hierdurch die individuellen Rechte anderer nicht verletzt werden. Auf diese Weise schützt das Recht unter anderem vor faktisch herrschenden sozialmoralischen Anschauungen. Beispielsweise stehen homosexuellen Menschen die gleichen Rechte wie heterosexuellen Menschen zu, auch wenn es Menschen gibt, die Homosexualität als anstößig oder moralisch verwerflich empfinden. Vor diesem Hintergrund bedarf es einer restriktiven, auf individuelle Rechte bezogenen Auslegung des § 118 OWiG. In einem Beschluss des OLG Hamburg vom 2. Juni 2005 wurden deshalb die unbestimmten Rechtsbegriffe des § 118 OWiG mit einem Rückgriff auf die grundgesetzliche Werteverordnung konkretisiert, genauer wurde auf eine Missachtung der von Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Menschenwürde abgestellt und die Meinungs- und Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 und 3 GG einbezogen.<sup>7</sup>

### Anstand, Schamgefühl und Nacktheit

Im Zusammenhang mit Nacktheit geht die Rechtsprechung in jüngerer Zeit davon aus, dass § 118 OWiG einschlägig ist, wenn „das Scham- und Anstandsgefühl der ungewollt mit fremder Nacktheit konfrontierten Menschen nachhaltig tangiert wird“<sup>8</sup> oder „wenn die Handlung in einem so deutlichen Widerspruch zur Gemeinschaftsordnung steht, dass sie jeder billig und gerecht denkende Bürger als eine grobe Rücksichtslosigkeit gegenüber jedem Mitbürger ansehen würde, sie sich also gleichsam als eine Missachtung der durch die Gemeinschaftsordnung geschützten Interessen darstellt“.<sup>9</sup> Deshalb werden das Nacktradeln oder Nacktjoggen im städtischen Raum, bei dem der „Schambereich“, oft ein Penis, sichtbar ist, regelmäßig aufgrund § 118 OWiG in Verbindung mit der polizeilichen Generalklausel verboten. Teils wird auch, unabhängig vom Geschlecht,

auf die Nacktheit insgesamt abgestellt. Letztlich kommt es auf die Umstände des Einzelfalles, konkret darauf an, ob an dem fraglichen Ort mit Nacktheit zu rechnen ist. Das nackte Baden an Stränden oder in Schwimmbädern wird dabei als nicht mehr unüblich betrachtet, Nacktheit an Orten, wo sie üblicherweise nicht erwartet werden kann, gilt hingegen als „Verletzung des natürlichen nicht übertriebenen Schamgefühls der betroffenen Allgemeinheit“.<sup>10</sup>

„Die Allgemeinheit“ als solche kann kein Schamgefühl haben. Dennoch lässt sich anhand dieser Maßstäbe für die nackte weibliche Brust an der Plansche feststellen, dass es nicht unüblich ist, an einem sommerlichen Wasserspielplatz mit Liegewiese nackte Oberkörper (also gerade nicht einen Penis oder eine Vulva) zu sehen. Das gilt nicht nur für die männliche, sondern auch für die weibliche Brust. Zwar ist es gesellschaftlich üblich, die weibliche Brust stärker zu sexualisieren als die männliche, aber es lässt sich nicht sagen, dass der Anblick einer nackten weiblichen Brust an einem Wasserspielplatz mit Liegewiese so deutlich im Widerspruch zur Gemeinschaftsordnung steht, dass sie jeder billig und gerecht denkende Mensch als grob rücksichtslos betrachten würde. Es lässt sich zwar kaum anhand allgemeiner Merkmale bestimmen, was diesen billig und gerecht denkenden Menschen als Maßstabfigur ausmacht, dennoch liegt keine grobe, allgemein konsentierte Rücksichtslosigkeit vor, die geradezu eine Missachtung der Interessen der Anwesenden darstellen würde. Die Frage nach einer Ungleichbehandlung im Vergleich zu Menschen mit männlicher Brust stellt sich insofern noch gar nicht. Allerdings wäre eine solche Ungleichbehandlung nicht legitim, denn sie würde auf einer Sexualisierung und Tabuisierung der weiblichen Brust beruhen, die jedenfalls an einer strandartigen Badestelle unangemessen ist.

### Grundrechtliche Einordnung

Eine stärker an der grundrechtlichen Werteordnung orientierte Argumentation kommt zu dem gleichen Ergebnis: Freiheitsrechtlich gedacht geht es beim Zeigen der nackten Brust an einer sommerlichen Wasserplanschstelle um die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG in zweierlei Hinsicht – positiv als die Freiheit, sich nach eigenem Gutdünken in der Öffentlichkeit bewegen zu können, und negativ als die Freiheit, nicht mit Zulassungen, die die Schwelle des rechtlich Hinzunehmenden überschreiten, konfrontiert zu werden. Die abzuwägenden Rechtspositionen verbürgen zudem nach Art. 3 GG gleiche Freiheiten, es darf also nicht diskriminiert werden, insbesondere nicht wegen des Geschlechts (Art. 3 Abs. 2 und 3 S. 1 GG).

<sup>4</sup> Mitsch, Wolfgang, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Auflage, München 2018, § 118 OWiG, Rn. 6.

<sup>5</sup> Ebenda.

<sup>6</sup> Ebenda, Rn. 13.

<sup>7</sup> OLG Hamburg, Beschluss vom 02.06.2005 – III – 28/05 – 3 Ss 20/05 OWi (NStZ 2006, 528 (529 Rn. 5 ff.)).

<sup>8</sup> VGH Mannheim, Beschluss v. 3.9.2002, Az.: 1 S 972/02 (NJW 2003, 234 (235)).

<sup>9</sup> OLG Karlsruhe, Beschluss v. 4.5.2000, Az.: 2 Ss 166/99 (NStZ-RR 2000, 309 (310)); VG Karlsruhe, Beschluss v. 2.6.2005, Az.: 6 K 1058/05 (NJW 2005, 3658 (3658)).

<sup>10</sup> OLG Karlsruhe, Beschluss v. 4.5.2000, Az.: 2 Ss 166/99 (NStZ-RR 2000, 309 (310)); VG Karlsruhe, Beschluss v. 2.6.2005, Az.: 6 K 1058/05 (NJW 2005, 3658 (3658 f.)).

Grundsätzlich ist die Freiheit, sich an einer Wasserplanschstelle mit strandartiger Liegewiese mit nacktem Oberkörper aufzuhalten, von der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG erfasst. Zwar kann eine Nutzungsordnung hier grundsätzlich Einschränkungen vorsehen, allerdings schloss die Nutzungsordnung mit dem Verweis auf die Notwendigkeit von Badebekleidung hier nur vollständige Nacktheit aus. Mit dieser Freiheit ist das Recht abzuwägen, nicht ungewollt mit unzumutbaren Verhaltensweisen anderer konfrontiert zu werden. Ein notwendiger Konfrontationsschutz ist dabei sorgfältig zu begründen, denn nicht jede Lästigkeit sollte zu Einschränkungen der Rechte anderer führen können. Zum einen verletzt eine bloße Lästigkeit gerade keine Rechte, zum anderen ist das, was als lästig empfunden wird, häufig subjektiv. Vorliegend war an der strandartigen Liegewiese am Wasserspielplatz mit nackten Oberkörpern zu rechnen, der Anblick war also nicht unüblich oder unerwartet. Eine Unzumutbarkeit ergibt sich auch nicht daraus, dass die Frau den anderen Nutzer\*innen der Wasserplansche ein sexuelles Geschehen aufdrängt hätte. Denn eine nackte weibliche Brust ist zunächst einmal eine nackte weibliche Brust und keine sexuelle Intervention, insbesondere wenn

sie auf einer strandartigen Liegewiese zu sehen ist, wo sich viele Menschen in Badekleidung aufzuhalten. Eine gegenteilige rechtliche Wertung würde die weibliche Brust gegenüber der männlichen Brust gleichheitswidrig sexualisieren. Ein anderes Ergebnis lässt sich auch nicht damit begründen, dass Kinder eine nackte weibliche Brust sehen können. Für Kinder dürften nackte Körper und Körperteile unabhängig von der Sexualisierung durch andere häufig nichts weiter sein als nackte Körper und Körperteile; die weibliche Brust assoziieren sie wohl eher mit dem Stillen. In dem Verweis der Parkaufseher auf die anwesenden Kinder drücken sich vermutlich vor allem das Unbehagen und die Anstandsvorstellungen von Erwachsenen aus.

#### **Keine Sexualisierung weiblicher Körper durch Recht**

Der polizeiliche Platzverweis der Frau mit der unbekleideten Brust von dem Wasserspielplatz stellt sich damit als rechtlich unzulässige und gleichheitswidrige Sexualisierung ihres Körpers und als rechtswidrig dar. Einem rechtlichen Vorgehen dagegen ist Erfolg zu wünschen, auch im Sinne aller Menschen mit weiblich gelesenen Körpern.

DOI: 10.5771/1866-377X-2021-3-133

# **Strafbarkeit von „Upskirting“ und „Downblousing“ – ein Meilenstein in der Stärkung des Opferschutzes und der Frauenrechte!**

**Dr. jur. Rahsan Dogan**

2. Vorsitzende der djb Regionalgruppe Karlsruhe, Rechtsanwältin

Moderne Technologien eröffnen der Gesellschaft faszinierende Möglichkeiten. So lässt sich das Mobiltelefon von heute nicht nur auf das einfache Telefonieren sowie Versenden und Empfangen von SMS reduzieren. Auch nutzen wir das Mobilgerät nicht mehr nur als schlichtes Kommunikationsmittel. Die Kamerafunktion bietet mit zahlreichen Spielereien Aufnahmen von hoher Qualität. Über entsprechende Apps kann auf Inhalte im Netz zugegriffen und auch aktiv alles sofort im Netz eingestellt werden. Was wir gemeinhin als eine Errungenschaft ansehen und was immer mehr Menschen Spaß am Fotografieren bereitet, wenn man sich allein die Hobbyfotografen in den Social Media betrachtet, birgt andererseits nicht zu unterschätzende Gefahren.

## **I. Begriffsdefinition**

In den letzten Jahren haben Täter sich die Errungenschaft moderner Technologien, insbesondere die Weiterentwicklung von Handykameras zunutze gemacht, so etwa beim sogenannten „Upskirting“ oder „Downblousing“.

„Upskirting“ oder „Downblousing“ bezeichnet heimliche Aufnahmen unter den Rock oder in den Ausschnitt. Tatperso-

nen filmen oder fotografieren dabei mit dem Smartphone, ohne dass Betroffene es bemerken. Werden die Aufnahmen öffentlich gemacht, kann das verheerende Folgen für das Ansehen oder das Berufsleben der betroffenen Person, in aller Regel Frauen und Mädchen, haben. Im Internet oder auf Sozialen Medien erreichen Bilder eine unbegrenzte Vielzahl von Menschen und sind auch Jahre später abrufbar. Die Täter machen sich dabei die vermeintliche Anonymität der digitalen Welt zunutze. Erschwerend kommt hinzu, dass selbst etwaige zivilrechtliche Unterlassungs- oder Löschungsansprüche das Opfer nicht hinreichend schützen. Für Betroffene ein Alptraum. Denn das Netz vergisst nie.

## **II. Strafbarkeitslücke im deutschen Recht**

Es stellte sich in der Vergangenheit die Frage der strafrechtlichen Bewertung der oben skizzierten Tathandlungen. Waren die bestehenden Vorschriften ausreichend oder bedurfte es einer neuen gesetzlichen Regelung?

Denkbar wäre eine Subsumierung unter die Vorschrift des § 201a StGB. Der Straftatbestand der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs und von Persönlichkeitsrechten durch Bildaufnahmen gemäß § 201 a Abs. 1 StGB setzt allerdings voraus, dass sich das Opfer in der Wohnung bzw. einem