

Zur Strafbarkeit sexueller Belästigung am Arbeitsplatz

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard Karls Universität Tübingen
vorgelegt von

Martin Thomas Schäfer
aus Reutlingen

2018

TOBIAS-lib Universitätsbibliothek Tübingen

Dekan:

Prof. Dr. Stefan Thomas

1. Berichterstatter:

Prof. Dr. Dr. Dres. h.c. Kristian Kühl

2. Berichterstatter:

Prof. Dr. Bernd Heinrich

Tag der mündlichen Prüfung:

20. Februar 2018

VORWORT

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen im Sommersemester 2017 als Dissertation angenommen. Sie wurde fertiggestellt während der Gültigkeit des StGB in der Fassung des 49. StrÄndG. Rechtsprechung und Literatur sind entsprechend berücksichtigt.

Diese Arbeit wäre ohne die Unterstützung durch zahlreiche Personen nicht möglich gewesen.

Zuvorderst danke ich meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dr. Dres. h.c. Kristian Kühl für seine Bereitschaft zur Betreuung der Arbeit, seine wertvollen Anregungen zu ihrer Gestaltung und seine Geduld über all die Jahre. Herrn Prof. Dr. Bernd Heinrich danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens und die hilfreiche Unterstützung in Verfahrensfragen. Besonderer Dank gilt Herrn Sebastian Ritter für seine jederzeit freundliche Unterstützung in organisatorischen Belangen.

Herrn Dr. Ralf Kittelberger danke ich für wertvolle Impulse und Ansporn, die Arbeit neben meiner beruflichen Tätigkeit anzufertigen.

Meiner Ehefrau Petra schließlich gilt ganz besonderer Dank für die stetige und vorbehaltlose Unterstützung des Vorhabens, für ihre Geduld und Gesprächsbereitschaft und dafür, dass sie stets an den Erfolg geglaubt hat. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

Martin Schäfer

INHALTSÜBERSICHT

A.	EINLEITUNG.....	1
I.	Sexuelle Belästigung in der Gesellschaft	1
II.	Problemaufriss	2
III.	Gang der Darstellung	3
B.	ENTWICKLUNG DES BELÄSTIGUNGSBEGRIFFS IM US-AMERIKANISCHEN UND EUROPÄISCHEN RECHT	5
I.	Einleitung	5
II.	Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz im US-amerikanischen Recht	6
III.	Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz im europäischen Recht	17
C.	SEXUELLE BELÄSTIGUNG AM ARBEITSPLATZ IM DEUTSCHEN RECHT	27
I.	Einleitung	27
II.	Rechtslage vor dem Inkrafttreten des AGG	27
III.	Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz im AGG	29
IV.	Typische Formen der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz	100
D.	STRAFBARKEIT DER SEXUELLEN BELÄSTIGUNG AM ARBEITSPLATZ	113
I.	Gegenstand der strafrechtlichen Untersuchung	113
II.	Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung	114
III.	Beleidigung	252
IV.	Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit	276
V.	Straftaten gegen die persönliche Freiheit	298
VI.	Straftaten gegen die öffentliche Ordnung.....	334
E.	ZUSAMMENFASSUNG UND BEWERTUNG DER ERGEBNISSE.....	344
I.	Zusammenfassung der Strafbarkeit	344
II.	Angemessenheit der festgestellten Strafbarkeit.....	352
F.	LITERATURVERZEICHNIS.....	365

INHALTSVERZEICHNIS

A.	EINLEITUNG.....	1
I.	Sexuelle Belästigung in der Gesellschaft	1
II.	Problemaufriss	2
III.	Gang der Darstellung	3
B.	ENTWICKLUNG DES BELÄSTIGUNGSBEGRIFFS IM US-AMERIKANISCHEN UND EUROPÄISCHEN RECHT	5
I.	Einleitung	5
II.	Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz im US-amerikanischen Recht	6
1.	Title VII des Civil Rights Act von 1964.....	6
a)	Quid-pro-quo-Fälle	7
aa)	Unwillkommenes sexuelles Verhalten.....	7
bb)	Diskriminierung wegen des Geschlechts	7
cc)	Beruflicher Vor- oder Nachteil.....	8
dd)	Zurechnung zum Arbeitgeber	8
ee)	Rechtsfolgen	9
ff)	Beweislast.....	10
b)	Hostile work environment harassment	10
aa)	Allgemeine Voraussetzungen	10
bb)	Hostile work environment	10
cc)	Zurechnung zum Arbeitgeber	12
dd)	Rechtsfolgen	13
ee)	Beweislast.....	13
c)	Rechtsweg.....	14
2.	Bundesstaatliches Deliktsrecht - „common law torts“	15
3.	Zusammenfassung	16
III.	Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz im europäischen Recht	17
1.	Richtlinie 76/207/EWG.....	17
2.	Entschließungen und Empfehlungen	17
3.	Richtlinie 2002/73/EG	18
4.	Richtlinie 2006/54/EG	20
5.	Sonstige Richtlinien	21
6.	Definition der sexuellen Belästigung	22
7.	Arbeitsplatzbezug.....	24
8.	Rechtsfolgen der sexuellen Belästigung.....	24
a)	Beweislast.....	24
b)	Sanktionen	25
9.	Vergleich der europäischen mit der US-amerikanischen Rechtslage	25

C.	SEXUELLE BELÄSTIGUNG AM ARBEITSPLATZ IM DEUTSCHEN RECHT	27
I.	Einleitung.....	27
II.	Rechtslage vor dem Inkrafttreten des AGG	27
1.	Beschäftigtenschutzgesetz (BSchG).....	27
2.	§ 611a BGB a. F.....	29
III.	Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz im AGG.....	29
1.	Ziel des AGG	29
2.	Das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG	30
a)	Sexuelle Belästigung als Benachteiligung.....	30
b)	Putativbenachteiligung.....	31
3.	Persönlicher Anwendungsbereich	31
a)	Geschützter Personenkreis	31
b)	Normadressaten.....	34
4.	Sachlicher Anwendungsbereich	34
a)	§ 2 Abs. 1 Nr. 1: Zugangs- und Aufstiegsbedingungen.....	35
b)	§ 2 Abs. 1 Nr. 2: Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen	36
c)	§ 2 Abs. 1 Nr. 3: Berufsberatung und -bildung	37
d)	§ 2 Abs. 1 Nr. 4: Mitgliedschaft in Vereinigungen	38
e)	Zusammenfassende Betrachtung.....	38
5.	Definition der sexuellen Belästigung in § 3 Abs. 4 AGG.....	40
a)	Umsetzung der europarechtlichen Richtlinienvorgabe durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz	40
aa)	Anwendungsbereich.....	40
bb)	Diskriminierungsverbot	41
b)	Begriff der sexuellen Belästigung	41
aa)	Sprachgebrauch.....	41
bb)	Übersetzung aus dem Englischen	42
c)	Systematische Einordnung - sexuelle Belästigung als Benachteiligung.....	43
aa)	Systematik des deutschen Gleichbehandlungsrechts.....	43
bb)	Der Würdebegriff in § 3 Abs. 4 AGG.....	44
(1)	Menschenwürde im Sinne von Art. 1 Abs. 1 GG?.....	44
(2)	Ausschnitt aus der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG?	46
(3)	Allgemeines Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG?	47
(4)	Zwischenfazit	50
cc)	Benachteiligung im Verständnis des AGG	50
(1)	Allgemeiner und besonderer Gleichheitssatz.....	50
(2)	Konzeption des Antidiskriminierungsrechts im AGG	52
dd)	Schutzgüter der sexuellen Belästigung	53
(1)	Würde und/oder Gleichheit?.....	53
(2)	Systemwidrigkeit von § 3 Abs. 4 AGG?.....	54
(3)	Zwischenfazit	56
d)	Unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten	56

aa)	Sexuell bestimmtes Verhalten	57
(1)	Verhalten	57
(2)	„sexuell“	58
(3)	Objektiv oder subjektiv sexuell bestimmtes Verhalten?	60
(4)	Verhaltensarten.....	61
(a)	Sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen	61
(b)	Sexuell bestimmte körperliche Berührungen	63
(c)	Bemerkungen sexuellen Inhalts	63
(d)	Unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen.....	64
(5)	Unter Strafe gestelltes Verhalten	68
(6)	Einmaliges oder fortgesetztes Verhalten?	69
(7)	AGG Konformität der Verhaltensweisen.....	70
bb)	Unerwünschtheit.....	71
(1)	Subjektive Unerwünschtheit.....	72
(2)	Verobjektivierte Unerwünschtheit.....	73
(3)	Maßstab der Unerwünschtheit	76
(4)	Zustimmung	77
e)	Würdeverletzung.....	78
aa)	Qualität der Würdeverletzung.....	79
bb)	Schaffung eines von negativen Umständen gekennzeichneten Umfelds	81
(1)	Reichweite des Umfeldes	82
(2)	Kennzeichnung.....	83
(3)	Schaffung des Umfeldes.....	84
cc)	Subjektiver oder objektiver Maßstab?	85
f)	Bezwecken oder bewirken der Würdeverletzung.....	85
aa)	Bewirken der Würdeverletzung	86
bb)	Bezwecken der Würdeverletzung	87
g)	Rechtswidrigkeit	88
h)	Anweisung zur Benachteiligung, § 3 Abs. 5 AGG	89
aa)	Ziel der Regelung	89
bb)	Anweisung zur Benachteiligung.....	90
cc)	Vorsatzerfordernis der Anweisung	91
dd)	Anweisung im arbeitsrechtlichen Bereich	92
(1)	Das Beispiel des § 3 Abs. 5 Satz 2 AGG.....	92
(2)	Versuchtes Bestimmen im arbeitsrechtlichen Anwendungsbereich.....	94
ee)	Zwischenergebnis	95
6.	Abgrenzung zur einfachen Belästigung.....	95
7.	Abgrenzung zum Mobbing.....	97
8.	Zusammenfassung.....	98
IV.	Typische Formen der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz	100
1.	Untersuchungen zur sexuellen Belästigung.....	101
2.	Sexuelle Belästigung in der gesellschaftlichen Realität	102
a)	Was ist sexuelle Belästigung?.....	102
b)	Wer sind die Betroffenen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz?	105

c)	Wer sind die Täter sexueller Belästigung am Arbeitsplatz?	106
d)	In welchem Kontext kommt sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz vor?	107
e)	Welche Tathandlungen sind verbreitet?	108
f)	Welche Verhaltensweisen erfüllen den Tatbestand des § 3 Abs. 4 AGG?	111
3.	Zusammenfassung	112
D.	STRAFBARKEIT DER SEXUELLEN BELÄSTIGUNG AM ARBEITSPLATZ	113
I.	Gegenstand der strafrechtlichen Untersuchung	113
1.	Formen sexueller Belästigung	113
2.	Straftatbestände	114
II.	Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung	114
1.	Geschützte Rechte und Rechtsgüter	114
a)	Nötigungsdelikte	116
b)	Missbrauch institutioneller Abhängigkeit	116
c)	Jugendschutzdelikte	117
d)	Schutz vor sexueller Belästigung	118
e)	Prostitutionsdelikte	118
f)	Pornographie	118
2.	Begriffsbestimmungen - § 184h StGB	119
a)	Sexuelle Handlung	119
aa)	Objektiv eindeutig sexuelle Handlung	120
bb)	Ambivalente Handlung	120
b)	Sexuelle Handlungen mit und ohne Körperkontakt	123
(1)	Handlung an einer Person	123
(2)	Handlung vor einer Person	123
c)	Sexuelle Handlungen von einiger Erheblichkeit	124
aa)	Quantitative Komponente	124
bb)	Qualitative Relation zum geschützten Rechtsgut	126
(1)	Rangfolge der geschützten Rechtsgüter	127
(2)	Strafdrohung als Maßstab	128
(3)	Stellungnahme	128
cc)	Besondere Berücksichtigung des Arbeitsplatzbezugs	129
d)	Subjektive Anforderungen	132
e)	Zwischenergebnis	132
3.	§ 177 StGB – Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung	133
a)	Einleitung	133
b)	Objektiver Tatbestand	134
aa)	Täter	134
bb)	Tathandlung Nötigung	134
(1)	Nötigung mit Gewalt - § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB	135
(a)	Der Gewaltbegriff des § 177 StGB	136
(b)	Mittel-Zweck-Relation	138

(aa) Fortwirkung früherer Gewalt mit divergierender Zielrichtung	140
(bb) Fortwirkung früherer Gewalt mit sexueller Zielrichtung	140
(cc) Gewalt durch Dritte	140
(c) Gewalt gegen Sachen und Gewalt gegen Dritte	141
(d) Überraschende sexuelle Handlungen.....	142
(e) Zwischenfazit.....	144
(2) Nötigung durch Drohung, § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB.....	145
(a) Drohung	145
(aa) Abgrenzung der Drohung von der Gewalt.....	146
(bb) Konkludente Drohung durch vorhergehende Gewalt	147
(b) Gefahr für Leib oder Leben.....	148
(c) Gegenwärtigkeit	150
(d) Adressat der Drohung.....	150
(e) Finalzusammenhang	151
(f) Zwischenfazit.....	151
(3) Ausnutzung einer schutzlosen Lage, § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB	152
(a) Lage schutzlosen Ausgeliefertseins.....	152
(aa) Objektiv-individuelle oder subjektive Sichtweise?	153
(bb) Arbeitsplatz als schutzlose Lage?.....	154
(b) Einwirkung des Täters.....	157
(c) Tathandlung Ausnutzen?	161
(aa) Ansicht der Rechtsprechung.....	161
(bb) Ansichten in der Literatur	162
(cc) Stellungnahme	164
(dd) Abgrenzung zur Widerstandsunfähigkeit	165
(d) Finalzusammenhang	166
(e) Zwischenfazit.....	166
cc) Sexuelle Handlung.....	166
dd) Kausalzusammenhang	167
c) Subjektiver Tatbestand.....	167
d) Vollendung und Versuch	168
e) Besonders schwere Fälle	168
f) Zwischenfazit.....	168
g) Täterschaft und Teilnahme.....	169
aa) Teilnahme des Arbeitgebers an der Tat einer anderen Person	170
(1) Strafbarkeit des Arbeitgebers in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 177	
Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB	170
(a) Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft	170
(b) Subsumtion	172
(2) Strafbarkeit des Arbeitgebers als Mittäter gem. §§ 177 Abs. 1, 25 Abs.	
2 StGB.....	172
(a) Voraussetzungen der Mittäterschaft	172
(b) Subsumtion	174

(3) Strafbarkeit des Arbeitgebers als Anstifter gem. §§ 177 Abs. 1, 26 StGB	174
(a) Voraussetzungen der Strafbarkeit als Anstifter	174
(b) Subsumtion.....	176
(4) Strafbarkeit des Arbeitgebers wegen Beihilfe gem. §§ 177 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB.....	176
(a) Voraussetzungen der Strafbarkeit als Gehilfe	177
(b) Subsumtion.....	178
(5) Strafbarkeit des Arbeitgebers wegen versuchter Beteiligung gem. §§ 177 Abs. 1, 30 Abs. 1 StGB.....	178
(a) Voraussetzungen der Strafbarkeit	179
(b) Subsumtion.....	179
bb) Strafbarkeit des Arbeitgebers aufgrund pflichtwidrigen Unterlassens. 180	
(1) Der Arbeitgeber als Beschützergarant	181
(2) Der Arbeitgeber als Überwachungsgarant (Geschäftsherrenhaftung)	182
(3) Zwischenfazit	184
4. § 179 StGB – Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen	184
a) Einleitung	184
b) Rechtsgut und Abgrenzung	185
c) Objektiver Tatbestand	186
aa) Täter.....	186
bb) Geschützter Personenkreis	186
(1) Widerstandsunfähigkeit	187
(2) Krankheit, Behinderung, tiefgreifende Bewusstseinsstörung	187
(3) Körperliche Widerstandsunfähigkeit	189
cc) Tathandlung	190
(1) Ausnutzen	190
(2) Missbrauch	190
(3) Sexuelle Handlung.....	191
d) Handlungen mit einem Dritten - § 179 Abs. 2 StGB.....	192
e) Subjektiver Tatbestand.....	193
f) Vollendung, Versuch.....	193
g) Zwischenfazit.....	193
h) Täterschaft und Teilnahme	194
5. § 174 StGB – Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen	194
a) Einleitung, Rechtsgut	194
b) Objektiver Tatbestand	195
aa) Geschützter Personenkreis	195
(1) Zur Ausbildung anvertraut nach § 174 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB	196
(2) Zur Ausbildung anvertraut nach § 174 Abs. 2 StGB	197
(3) In einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis untergeordnet - § 174 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 4 StGB	197
bb) Tathandlungen	198
(1) Missbrauch der Abhängigkeit - § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB.....	198
(a) Versprechen von Vorteilen als Missbrauch der Abhängigkeit... 199	

(a)	Sexuelle Handlungen zwischen Täter und Opfer - § 182 Abs. 1 Nr. 1 StGB	218
(b)	Sexuelle Handlungen zwischen Drittem und Opfer - § 182 Abs. 1 Nr. 2 StGB	219
bb)	Tatbestand des § 182 Abs. 2 StGB – Sexuelle Handlungen gegen Entgelt	219
cc)	Tatbestand des § 182 Abs. 3 StGB – Sexuelle Handlungen gegen Entgelt	221
dd)	Missbrauch.....	224
c)	Subjektiver Tatbestand.....	224
d)	Vollendung, Versuch, Antragserfordernis, Absehen von Strafe.....	224
e)	Zwischenfazit.....	225
f)	Täterschaft und Teilnahme	225
8.	§ 180 StGB – Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger	226
a)	Einleitung, Rechtsgut	226
b)	Fremde Sexualität als sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz?.....	226
aa)	Typisches sexuell belästigendes Verhalten	226
bb)	Atypische Ausnahmen	227
c)	Objektiver Tatbestand	228
aa)	§ 180 Abs. 1 StGB – Vorschub leisten durch Anweisung zur Benachteiligung.....	228
(1)	Vermittlung.....	228
(2)	Gewähren oder Verschaffen von Gelegenheit	230
bb)	§ 180 Abs. 2 StGB – Sexuelle Handlungen gegen Entgelt	230
cc)	§ 180 Abs. 3 StGB – Missbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses	231
d)	Subjektiver Tatbestand.....	232
e)	Vollendung, Versuch.....	232
f)	Zwischenfazit.....	232
g)	Täterschaft und Teilnahme	233
9.	§ 174a StGB – Sexueller Missbrauch von Gefangenen und behördlich Verwahrten	234
a)	Einleitung, Rechtsgut	234
aa)	Eröffnung des Anwendungsbereichs des AGG.....	234
bb)	Schutzgut des § 174a Abs. 1 StGB	235
b)	Objektiver Tatbestand	236
aa)	Geschützter Personenkreis	236
(1)	Gefangene oder auf behördliche Anordnung verwahrte Person.....	236
(2)	Spezifisches Obhutsverhältnis - Anvertrautsein	236
bb)	Tathandlung.....	237
(1)	Missbrauch der Stellung	237
(2)	Sexuelle Handlung an einer Person	238
c)	Subjektiver Tatbestand.....	239
d)	Versuch, Vollendung.....	239
e)	Zwischenfazit.....	240
f)	Täterschaft und Teilnahme	240
10.	§ 183 StGB – Exhibitionistische Handlungen	240

a)	Einleitung.....	240
b)	Rechtsgut	241
c)	Objektiver Tatbestand.....	241
aa)	Exhibitionistische Handlung eines Mannes	241
bb)	Belästigung einer anderen Person.....	242
d)	Subjektiver Tatbestand.....	242
e)	Strafantrag, Aussetzung	243
f)	Zwischenfazit.....	243
g)	Täterschaft und Teilnahme.....	243
11. § 184 StGB – Verbreitung pornographischer Schriften.....		243
a)	Einleitung.....	243
aa)	Pornographische Darstellungen bei § 3 Abs. 4 AGG.....	244
bb)	Unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen.....	244
b)	Rechtsgut	244
c)	Objektiver Tatbestand.....	245
aa)	Pornographische Schrift – § 184 Abs. 1 StGB.....	245
bb)	§ 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB - Anbieten, überlassen oder zugänglich machen	247
cc)	§ 184 Abs. 1 Nr. 2 StGB – Zugänglich machen an zugänglichen Orten	248
dd)	§ 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB – unaufgefordertes Gelangenlassen	248
d)	Subjektiver Tatbestand.....	250
e)	Zwischenfazit.....	251
f)	Täterschaft und Teilnahme.....	251
III. Beleidigung		252
1. § 185 StGB – Beleidigung		252
a)	Einleitung.....	252
b)	Rechtsgut und strafrechtlicher Ehrbegriff	253
c)	Tatbestand.....	255
aa)	Grundtatbestand.....	255
bb)	Qualifikation	256
cc)	Sexualbeleidigung	256
(1)	Entscheidungen der jüngeren Rechtsprechung	256
(2)	Bewertung und Kritik.....	259
(3)	Zwischenfazit zur Sexualbeleidigung.....	261
d)	Subjektiver Tatbestand.....	262
e)	Rechtswidrigkeit	262
f)	Strafantragsdelikt und Privatklageverfahren	263
g)	Zwischenfazit.....	263
aa)	Verbale Äußerungen.....	264
bb)	Nonverbale Äußerungen.....	265
h)	Täterschaft und Teilnahme.....	266
2. § 186 StGB – Üble Nachrede.....		266
a)	Einleitung und Abgrenzung zu § 185 StGB.....	266
b)	Objektiver Tatbestand.....	267
aa)	Tatsache.....	268

	(1) Qualität der Tatsache	269
	(2) Behaupten oder Verbreiten	269
c)	Subjektiver Tatbestand	270
d)	Objektive Bedingung der Strafbarkeit: Nichterweislichkeit der Wahrheit	270
e)	Rechtswidrigkeit	272
f)	Qualifikation "öffentlich oder durch Verbreiten von Schriften"	272
	(1) Öffentlich	272
	(2) Verbreiten von Schriften	272
g)	Zwischenfazit	273
	aa) Verbale Äußerungen	273
	bb) Äußerungen durch tatsächliche Kundgabe	274
h)	Täterschaft und Teilnahme	275
3.	§ 187 StGB – Verleumdung	275
	a) Abgrenzung zu § 186 StGB	275
	b) Zwischenfazit	276
	c) Täterschaft und Teilnahme	276
IV.	Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit	276
1.	§ 223 StGB – Körperverletzung	276
	a) Einleitung	276
	b) Rechtsgut	277
	c) Tatbestand	278
	aa) Körperliche Misshandlung	278
	(1) Körperliches Wohlbefinden	278
	(2) Körperliche Unversehrtheit	280
	(3) Erheblichkeit der Beeinträchtigung	280
	(4) Üble und unangemessene Behandlung	282
	bb) Gesundheitsschädigung	282
	cc) Kausalität und objektive Zurechnung	283
	dd) Subjektive Anforderungen	284
	d) Versuch, Vollendung, Strafantrag	284
	e) Zwischenfazit	284
	f) Täterschaft und Teilnahme	285
2.	§ 229 StGB – Fahrlässige Körperverletzung	285
	a) Einleitung	285
	b) Tatbestand	286
	aa) Eintritt und Verursachung des tatbestandlichen Erfolgs	286
	bb) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung, Vorhersehbarkeit, Zurechnung	286
	c) Persönliche Vorwerfbarkeit	288
	d) Zwischenfazit	288
	e) Täterschaft und Teilnahme	289
3.	§ 225 StGB – Misshandlung von Schutzbefohlenen	289
	a) Einleitung	289
	b) Rechtsgut	290
	c) Tatbestand	290
	aa) Geschützte Personen	290
	bb) Schutzverhältnis zwischen Täter und Opfer	291

(1) Dienst- oder Arbeitsverhältnis	291
(2) Unterordnung	292
cc) Tathandlung	292
(1) Quälen	293
(2) Rohes Misshandeln	294
(a) Erhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens – objektive Komponente	294
(b) Gefühllose Gesinnung – subjektive Komponente	295
(c) Sexuelle Belästigung als rohe Misshandlung?	295
dd) Vorsatz	297
d) Zwischenfazit zur Strafbarkeit nach § 225 StGB	297
V. Straftaten gegen die persönliche Freiheit	298
1. § 240 StGB – Nötigung	298
a) Einleitung und Abgrenzung zu § 177 StGB	298
b) Rechtsgut	298
c) Nötigen	299
d) Zwangsmittel	300
aa) Gewalt	300
(1) Formen der Gewalt: vis absoluta und vis compulsiva	301
(2) Gewalt gegen dritte Personen und Einwirkung auf Sachen	303
(3) Gewalt durch Unterlassen	303
(4) Widerstand	303
(5) Ist sexuelle körperliche Annäherung Gewalt?	304
(6) Zwischenfazit	305
bb) Drohung	306
(1) Definition der Drohung	306
(2) Abgrenzung zur Warnung	307
(3) Empfindliches Übel	308
(4) Drohung mit Unterlassen	309
(5) Zwischenfazit	311
e) Subjektiver Tatbestand	312
f) Verwerflichkeit	312
aa) Systematische Einordnung	312
bb) Zweck-Mittel-Relation	312
(1) Inkonnexität	314
(2) Geringfügigkeit	315
(a) Gewaltnötigung	315
(b) Drohung	316
g) Vollendung und Versuch	317
h) Besonders schwerer Fall	317
i) Zwischenfazit	318
2. § 241 StGB – Bedrohung	318
a) Rechtsgut	318
b) Bedrohungstatbestand, § 241 Abs. 1 StGB	319
c) Vortäuschungstatbestand, § 241 Abs. 2 StGB	320
d) Zwischenfazit	320

3.	§ 238 StGB – Nachstellung	321
a)	Einleitung	321
b)	Rechtsgut	322
c)	Objektiver Tatbestand	323
aa)	Tathandlung	323
(1)	Nachstellen	323
(2)	Beharrlichkeit	324
(3)	Unbefugtheit	325
(4)	Die einzelnen Nachstellungshandlungen	325
(a)	Aufsuchen der räumlichen Nähe - § 238 Abs. 1 Nr. 1 StGB	325
(b)	Versuch der Kontaktaufnahme - § 238 Abs. 1 Nr. 2 StGB	327
(c)	Bestellung von Waren oder Kontaktaufnahme durch Dritte - § 238 Abs. 1 Nr. 3 StGB	328
(d)	Bedrohung - § 238 Abs. 1 Nr. 4 StGB	329
(e)	Andere vergleichbare Handlung - § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB	329
(aa)	Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz als andere vergleichbare Handlung?	330
(bb)	Zwischenfazit	331
bb)	Taterfolg - Schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung	332
(1)	Beeinträchtigung der Lebensgestaltung	332
(2)	Schwere der Beeinträchtigung	332
d)	Subjektiver Tatbestand	333
e)	Vollendung, Strafantrag	334
f)	Zwischenfazit	334
g)	Täterschaft und Teilnahme	334
VI.	Straftaten gegen die öffentliche Ordnung	334
1.	§ 130 StGB – Volksverhetzung	334
a)	Einleitung	334
b)	Rechtsgut	335
c)	Objektiver Tatbestand des Abs. 1	335
aa)	Geschützter Personenkreis	335
(1)	Gruppenzugehörigkeit	336
(2)	Teile der Bevölkerung	336
(3)	Zwischenfazit	337
bb)	Tathandlung	337
(1)	Aufstacheln zum Hass, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen - Abs. 1 Nr. 1	337
(2)	Beschimpfen, böswillig verächtlich machen oder verleumden - Abs. 1 Nr. 2	337
cc)	Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens	338
d)	Objektiver Tatbestand des § 130 Abs. 2 StGB	339
e)	Zwischenfazit	339
2.	§ 140 StGB - Belohnung und Billigung von Straftaten	340
a)	Rechtsgut	340
b)	Tathandlung	340
aa)	Fremde Vortat	341

(1) Angewiesene Vortat	341
(2) Unabhängige Vortat.....	341
(a) § 140 Nr. 1 StGB – Belohnung.....	341
(b) § 140 Nr. 2 StGB – Billigung.....	341
bb) Eigene Vortat.....	342
c) Zwischenfazit.....	342
E. ZUSAMMENFASSUNG UND BEWERTUNG DER ERGEBNISSE.....	344
I. Zusammenfassung der Strafbarkeit	344
1. Darstellung nach Items.....	344
a) Indirekte Formen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz	344
b) Direkte Formen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz	345
2. Darstellung nach Straftatbeständen	346
3. Darstellung nach Opferkreisen.....	347
4. Darstellung nach tatsächlichem Erleben.....	349
5. Zwischenfazit.....	351
II. Angemessenheit der festgestellten Strafbarkeit.....	352
1. Pflicht des Staates zum Schutz vor sexueller Belästigung.....	353
a) Umsetzung des Grundgesetzes.....	353
b) Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben	353
c) Zwischenfazit.....	355
2. Schaffung eines Straftatbestandes gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz. 355	
a) Zulässigkeit eines Straftatbestandes der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz	355
b) Angemessenheit eines Straftatbestandes der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz.....	358
c) Vorschlag eines Straftatbestands der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz	362
F. LITERATURVERZEICHNIS.....	365

A. EINLEITUNG

I. SEXUELLE BELÄSTIGUNG IN DER GESELLSCHAFT

Mit verlässlicher Regelmäßigkeit ist sexuelle Belästigung bzw. Sexismus ein Thema in den Medien. Anlässe für die mediale Aufmerksamkeit sind öffentlichkeitswirksame Sachverhalte, die unter einem oder mehreren Gesichtspunkten besonders verwerflich erscheinen. Reflexartig folgt auf die Berichterstattung der Ruf nach höheren Strafen und eine allgemeine Debatte darüber, was sexistisch bzw. diskriminierend und welche Verhaltensweisen akzeptabel sind.

Jüngstes Ereignis sind die Geschehnisse der Silversternacht 2015 vor dem Kölner Dom. Dort haben Übergriffe alkoholisierter Männer auf Frauen zu über 500 Strafanzeigen geführt. Gegenstand waren sexuelle Belästigungen, Körperverletzungen und Diebstähle. Innerhalb einer Woche nach den Vorfällen war nicht nur der Polizeipräsident Kölns in den einstweiligen Ruhestand versetzt worden, sondern auch festzustellen, dass unabhängig von der Ethnie der Täter Sexismus das Problem sei¹, bzw. sexualisierte Gewalt in Deutschland „ein altes Phänomen sei“². Gefordert wurde wie stets: Prävention, mehr Polizeipräsenz, „intensive Opferberatung, Aufbrechen patriarchaler Strukturen und eine klare Bestrafung der Täter“³.

Dabei wird häufig übersehen, dass eine klare Bestrafung der Täter klare Straftatbestände erfordert, die ihrerseits wiederum einen Beitrag zur Prävention leisten könnten. Ab welcher Eingriffsintensität jedoch Sexismus – also die Diskriminierung wegen des Geschlechts – oder sexualisierte Gewalt im Allgemeinen strafbar sein soll, bleibt in der politischen Debatte regelmäßig offen. Eine Antwort hierauf kann nicht im Rahmen einer juristischen Untersuchung gefunden werden, da die maßgebende Schwelle für die Strafbarkeit sexualisierter Gewalt zunächst durch die Legislative (neu) zu definieren wäre.

Allerdings existiert ein sozialer Bereich, für den diskriminierende Verhaltensweisen zivilrechtlich definiert und sanktioniert wurden: der Arbeitsplatz im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG). Gleichwohl scheint auch innerhalb dessen Anwendungsbereich noch nicht alles geklärt zu sein, was eine Äußerung des ehemaligen Vorsitzenden der Bundestagsfraktion der FDP Rainer Brüderle im Jahre 2012 zeigte. Dieser

¹ Krause, Anna-Mareike, Nach den Übergriffen in der Silvesternacht: Das Problem ist und bleibt Sexismus, Stand: 07.01.2016, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/kommentar/kommentar-sexismus-101.html> (besucht am 09.01.2016): „Im öffentlichen Raum sind Übergriffe kein Einzelfall, sondern traurige Gewohnheit: Im vergangenen Jahr gab es auf dem Oktoberfest 20 Anzeigen wegen Sexualdelikten, darunter eine versuchte Vergewaltigung, Missbrauch von Widerstandsunfähigen, sexuelle Nötigung, Polizei und Hilfsvereine schätzen die Dunkelziffer auf bis zu 200 Sexualstraftaten jährlich - allein auf der Wiesn“.

² So Claudia Roth, MdB und Vizepräsidentin des Deutschen Bundestages in einem Interview von Kade, Claudia, "Mob ruft zur Jagd auf nicht weiße Menschen auf", Stand: 08.01.2016, abrufbar unter: <http://www.welt.de/politik/deutschland/article150753781/Mob-ruft-zur-Jagd-auf-nicht-weiße-Menschen-auf.html> (besucht am 09.01.2016): „Es wird jetzt aber von vielen der Eindruck vermittelt, als würde sexualisierte Gewalt alleinig von außen zu uns ins Land getragen. Dadurch wird vernebelt, dass diese Form von Gewalt in Deutschland leider ein altes Phänomen ist“.

³ Roth in Kade, "Mob ruft zur Jagd auf nicht weiße Menschen auf", a. a. O.

bemerkte gegenüber der Journalistin Laura Himmelreich mit Blick auf ihren Busen, sie könne ein Dirndl ausfüllen⁴.

II. PROBLEMAUFRISS

Die in Folge dieser Äußerung über sämtliche Medien und sozialen Netzwerke geführte Debatte über den „Herrenwitz“ zeigte, dass die Frage, was im professionellen beruflichen Umgang zwischen Männern und Frauen akzeptiert wird, in der deutschen Gesellschaft nach wie vor weitgehend ungeklärt ist. Dies obwohl der Begriff der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz seit der Einführung des Beschäftigtenschutzgesetzes (BSchG) im Jahre 1994 legal definiert ist und mit der Einführung des AGG im Jahre 2006 mediale und politische Aufmerksamkeit erfahren hat.

Die Gründe für die verschwommene Wahrnehmung, was bereits als sexuelle Belästigung gilt und welches Verhalten in Ordnung ist, sind vielfältig. Einer dieser Gründe dürfte die Definition der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz selbst sein, denn sie ist vielschichtig und schwierig zu verstehen. Hinzu kommt, dass die Sanktionierung sexueller Belästigung ebenfalls nicht leicht durchschaubar ist. Denn das AGG richtet sich an den Arbeitgeber und gewährt dem Belästigungsoffer (nur) einen Anspruch gegen diesen. Es ist sodann am Arbeitgeber, den Belästiger durch arbeitsrechtliche Maßnahmen von weiteren Belästigungen abzuhalten. Ein unmittelbarer zivilrechtlicher Täter-Opfer-Ausgleich ist nicht vorgesehen. Allgemeine Vorschriften müssen hierfür herangezogen werden.

Die Debatte zum „Herrenwitz“ hat auch gezeigt, dass die Regelungen des AGG zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz einerseits wenig bekannt sind und darüber hinaus gesellschaftlich kaum überzeugende Sanktionen vorsehen, die geeignet sind, das durch Belästigungshandlungen verwirklichte Unrecht zu ahnden. Wenn und solange jedoch keine klaren Tatbestände existieren, die vorgeben, welche Handlung noch rechtes ist und welche bereits gegen gesellschaftliche, zivil- oder strafrechtliche Vorschriften verstößt, ist gesellschaftspolitischer Wildwuchs vorprogrammiert. Ohne klare Sanktionen, die an die Tatbestandsverwirklichung geknüpft sind, wird sich in Fällen wie dem genannten stets die Frage stellen, wie das teilweise als Unrecht empfundene Verhalten zu bestrafen ist. Ähnliches ist zur Debatte nach den Vorfällen der Silvesternacht zu konstatieren⁵.

Wenn aber ein Thema regelmäßig Gegenstand der gesellschaftlichen und politischen Debatte ist, wirft dieser Umstand allein eine Reihe von Fragen auf – unter anderem auch juristische. Eine davon ist, ob mit der nationalen Lösung zur Gleichbehandlung den europäischen Richtlinien, die durch das AGG in nationales Recht umgesetzt werden sollten,

⁴ *Himmelreich, Laura*, Der Herrenwitz, stern-Porträt über Rainer Brüderle, Original in stern Ausgabe 5/2013, Stand: 01.02.2013, abrufbar unter: <http://www.stern.de/politik/deutschland/stern-portraet-ueber-rainer-bruederle-der-herrenwitz-1964668.html> (besucht am 16.01.2016).

⁵ *Fischer, Thomas*, Volk in Angst, Eine Kolumne von Thomas Fischer, Stand: 10.05.2016, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-05/sexualstrafrecht-noetigung-vergewaltigung-fischer-im-recht> (besucht am 29.05.2016).

Genüge getan wird. Diese Richtlinien fordern übereinstimmend, dass wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen vorgesehen werden⁶. Der nationale Gesetzgeber hat – anders als in anderen Mitgliedsstaaten – davon abgesehen, einen Straftatbestand der sexuellen Belästigung zu schaffen. Eine Verpflichtung hierzu bestand nach den europarechtlichen Vorschriften nicht ausdrücklich, könnte sich jedoch aus der offenbar fehlenden ausreichenden Abschreckung ergeben. Darauf deuten die regelmäßigen Beschwürungen besserer Prävention und intensiverer Nutzung vorhandener gesetzlicher Möglichkeiten hin, die jedoch nicht auszureichen scheinen. Anders ist kaum zu erklären, dass die Sexismus-Thematik nicht aus der Diskussionslandschaft verschwindet.

Eine andere juristische Frage ist, ob sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz überhaupt strafbar ist und falls ja wie. Das scheint auf den ersten Blick keine neue Fragestellung zu sein, wurden doch Arbeiten zu den zivilrechtlichen Folgen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz – jedenfalls zur Rechtslage unter dem BSchG – bereits vorgelegt⁷. Ebenso existieren Aufsätze⁸, die im Ergebnis zumeist von einem unzureichenden strafrechtlichen Schutz ausgehen. Was jedoch fehlt, ist eine Untersuchung der strafrechtlichen Folgen sexueller belästigenden Verhaltens auf der Grundlage der aktuell geltenden zivilrechtlichen Vorgaben des AGG⁹. Dass eine solche bislang nicht vorgelegt wurde, verwundert angesichts des gesellschaftlichen Diskussionsbedarfs und der Tatsache, dass das AGG seit knapp zehn Jahren in Kraft ist. Eine Erklärung findet sich darin, dass der Tatbestand der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz als „Belästigung“ ohnehin an den Grenzen des Strafrechts oder jenseits davon liegt, mithin ein rechtsbereichsübergreifender Ansatz erforderlich ist und dass die Formen sexueller Belästigung so vielfältig sind, dass für die strafrechtliche Nutzbarmachung eine Strukturierung zwingend ist.

Da eine vollständige Untersuchung zu den strafrechtlichen Folgen nicht existiert, ist bislang auch keine juristische Auseinandersetzung mit der Frage erfolgt, ob das zivil- und strafrechtliche Sanktionensystem diesbezüglich wirksam, verhältnismäßig und abschreckend ist oder ob *de lege ferenda* ein Straftatbestand zu schaffen ist. Denn eine Beantwortung dieser Frage setzt voraus, dass die vorstehend bezeichneten Aspekte untersucht und bewertet werden. Die vorliegende Arbeit unternimmt den Versuch, diese Lücke zu schließen und die folgenden Fragen zu beantworten.

III. GANG DER DARSTELLUNG

Zu welchen strafrechtlichen Folgen kann eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz in Deutschland führen? Dafür ist zunächst zu untersuchen, was unter sexueller Belästigung am Arbeitsplatz zu verstehen ist. Da der Begriff der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz aus dem US-amerikanischen Recht entlehnt und europarechtlich aufgeladen wurde,

⁶ Richtlinie 2006/54/EG vom 5.7.2006 Abs. 6; Richtlinie 2002/73/EG vom 5.10.2002 Abs. 22; Richtlinie 2000/43/EG vom 29.6.2000 Abs. 26; ebenso Richtlinie 2004/113/EG Abs. 27 für den Bereich der sexuellen Belästigung außerhalb des Arbeitsrechts, die vom nationalen Gesetzgeber bislang nicht umgesetzt wurde.

⁷ Vgl. hierzu *Mästle*, Schutz vor sexueller Belästigung, der zivilrechtliche Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz; *Herzog*, Sexuelle Belästigung im US-amerikanischen und deutschen Recht.

⁸ *Adelmann*, JURA 2009, 24 ff.; *Marzodko*, ZTR 2000, 305 ff.; *Mästle*, AuR 2002, 410 ff.; *Mästle*, BB 2002, 250 ff.; *Schlachter*, NZA 2001, 121 ff.; *Schaefer/Wolf*, ZRP 2001, 27 f.

⁹ Bei der Beschäftigung mit zivilrechtlichen Fragestellungen der sexuellen Belästigung wird regelmäßig auch eine kürzere strafrechtliche Betrachtung angefügt, vgl. *Mästle*, Schutz vor sexueller Belästigung, S. 83–89; *Herzog*, S. 90–108.

ist zunächst in der gebotenen Knappheit eine Betrachtung der Herkunft des Begriffs erforderlich (Abschnitt B.).

Anschließend ist es unerlässlich, Inhalt und Reichweite der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz nach dem AGG festzustellen (Abschnitt C.). Von besonderem Interesse ist hierbei, welche Mindestanforderungen an den objektiven und subjektiven Tatbestand zu stellen sind, d. h. ab welcher Intensität eine sexuelle Belästigung nach den zivilrechtlichen Vorgaben vorliegt (Abschnitt C. Unterabschnitt III.), denn ohne eine den gesetzlichen Anforderungen des AGG genügende Handlung, kann die Strafbarkeit nicht wegen der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz folgen.

In Unterabschnitt IV. werden sodann die bislang vorgelegten Befragungen zum Auftreten und Erleben sexueller Belästigung am Arbeitsplatz mit den gesetzlichen Anforderungen verglichen. Dies erfolgt aus zwei Gründen: einerseits soll geprüft werden, ob die zivilrechtliche Definition dem tatsächlichen Verständnis der Normadressaten entspricht. Die hieraus gewonnenen Erkenntnisse ließen sich politisch und soziologisch verwenden. Für die hier anzustellende Untersuchung sind die Befragungsergebnisse insofern von Nutzen als sie einerseits beispielhafte Verhaltensweisen tatsächlich vorkommender sexueller Belästigung am Arbeitsplatz und damit Anschauungsmaterial darstellen, das Gegenstand der strafrechtlichen Bewertung ist. Andererseits wird sich anhand der Befragungen am Ende der strafrechtlichen Untersuchung ein Bild ergeben, ob und inwieweit Strafrecht *de lege lata* in der Lage ist, das tatsächliche Verständnis und Bedürfnis nach Sanktionen zu erfüllen.

Den Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit bildet der Abgleich der sexuell belästigenden Verhaltensweisen mit den gegenwärtigen Strafvorschriften (Abschnitt D.). Dabei ist besonderes Augenmerk auf die Strafbarkeits- und Erheblichkeitsschwelle des jeweiligen Delikts zu legen, also welche Eingriffsintensität in objektiver wie subjektiver Hinsicht erforderlich und ausreichend ist, um den Tatbestand durch eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz zu verwirklichen. Von Interesse sind die Fälle im Randbereich der Strafvorschriften, denn nicht jede körperliche Berührung stellt eine sexuelle Belästigung dar und nicht jede körperliche Berührung ist strafbar.

Schließlich sind die gefundenen Ergebnisse im Licht der Frage zu betrachten, ob die erforderlichen Eingriffshandlungen, die Verletzung oder Gefährdung der betroffenen Rechtsgüter und das verwirklichte Unrecht bei strafbarer sexueller Belästigung in einem angemessenen Verhältnis zur übrigen Strafrechtsordnung stehen (Abschnitt E.).

B. ENTWICKLUNG DES BELÄSTIGUNGSBEGRIFFS IM US-AMERIKANISCHEN UND EUROPÄISCHEN RECHT

I. EINLEITUNG

Mit dem Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) am 18. August 2006 sind diverse Richtlinien der Europäischen Union durch das Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in nationales Recht umgesetzt worden¹⁰. Seitdem existiert in § 3 Abs. 4 AGG eine Legaldefinition der sexuellen Belästigung im Anwendungsbereich der in § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG genannten Bedingungen für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt und Entlassungsbedingungen sowie die Berufsbildung und die Mitgliedschaft in berufsbezogenen Organisationen. Die sexuelle Belästigung nach dem AGG stellt eine Benachteiligung der betroffenen Person durch eine weniger günstige Behandlung in Bezug auf eines der in § 1 AGG genannten Merkmale dar, zu denen auch das Geschlecht zählt. Eine Benachteiligung ist grundsätzlich verboten, sofern sie nicht ausnahmsweise aufgrund gesetzlicher Erlaubnistatbestände zulässig ist. Die verbotene Benachteiligung stellt eine Diskriminierung dar¹¹.

Für eine Auseinandersetzung mit der nationalen Regelung zur sexuellen Belästigung ist es daher unerlässlich, sich zunächst den europäischen Kontext zu vergegenwärtigen, da nationales Recht in Umsetzung europäischer Vorgaben gesetzt wurde. Falls die europäischen Richtlinien defizitär umgesetzt worden sind, ist jedenfalls nach Ablauf der Umsetzungsfrist Raum für eine europarechtskonforme Auslegung nationaler Vorschriften anhand der Regelungen der Richtlinien¹². Diese wiederum haben sich an den Richtlinien und Entscheidungen im US-amerikanischen Rechtsraum zur Diskriminierung wegen des Geschlechts orientiert, so dass zum Verständnis der hinter den europäischen Vorgaben stehenden Entwicklungen des Diskriminierungsrechts ein Blick in die Entstehung im Recht der Vereinigten Staaten von Amerika sinnvoll erscheint.

In der internationalen Entwicklung der Diskriminierungsverbote nehmen die USA eine Vorreiterrolle ein¹³. Seit dem Inkrafttreten des Title VII des Civil Rights Act im Jahre 1964 existiert dort eine bundesgesetzliche Regelung zu Diskriminierungsverboten. Die hierzu ergangene Rechtsprechung hat ein ausdifferenziertes System unzulässiger Diskriminierung durch sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz herausgebildet. Die europäischen Diskriminierungsverbote in den Richtlinien, die Gegenstand des AGG geworden sind, gehen auf die US-amerikanischen Vorschriften zurück. Teilweise stimmen die englischen Fassungen der europäischen Richtlinien mit dem Wortlaut der US-amerikanischen Regelungen überein.

¹⁰ Dies war jedenfalls das Ziel, vgl. BR-Drs. 329/06 vom 18.5.2006 und BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006. Vorausgegangen waren mehrere Anläufe zur Umsetzung der europäischen Richtlinien seit 2000 in nationales Recht; vgl. hierzu diese Arbeit unter C. I und C.II.

¹¹ *Eggert-Weyand*, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 22.

¹² *Thüsing*, in: MüKo-BGB, AGG, Einl. Rn. 31 unter Verweis auf die Rechtsprechung von BAG und EuGH.

¹³ *Thüsing*, in: MüKo-BGB, AGG, Einl. Rn. 9.

II. SEXUELLE BELÄSTIGUNG AM ARBEITSPLATZ IM US-AMERIKANISCHEN RECHT

Die sexuelle Belästigung in den USA zieht regelmäßig internationale Aufmerksamkeit auf sich. Teilweise aufgrund der enormen Schadensersatzzahlungen, die im US-amerikanischen Schadensersatzsystem aufgrund der *punitive damages* ausgeurteilt werden, teilweise aufgrund der mit den Verfahren verbundenen, international bekannten Personen, wie dem ehemaligen Direktor des Internationalen Währungsfonds Dominique Strauss-Kahn¹⁴ oder dem früheren Präsidenten der USA, William Jefferson „Bill“ Clinton, der von Paula Jones wegen sexueller Belästigung auf mehrere Millionen US-Dollar Schadensersatz verklagt wurde¹⁵. Belästigte Personen können verschiedene Anspruchsgrundlagen für die Geltendmachung eines Ersatzanspruchs nutzbar machen. Der Title VII des Civil Rights Acts von 1964 stellt die bedeutendste Anspruchsgrundlage bei sexueller Belästigung dar¹⁶.

1. Title VII des Civil Rights Act von 1964

Title VII verbietet die Diskriminierung durch den Arbeitgeber wegen der Rasse, der Hautfarbe, der Religion, des Geschlechts oder der nationalen Abstammung¹⁷. Aus dem Wortlaut folgt nicht unmittelbar, dass die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz als Form der Diskriminierung wegen des Geschlechts mit umfasst ist. Die US-amerikanischen Gerichte schreckten in den 1960er Jahren und bis Mitte der 1970er Jahre davor zurück, Title VII auf die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz anzuwenden¹⁸, u. a. mit dem Argument, dass andernfalls damit zu rechnen sei, dass jede freundlich gemeinte Annäherung einen Klagegrund darstelle und man ansonsten der drohenden Klagewelle nicht Herr werde¹⁹. Erst nach einer Entscheidung des *District Court for the District of Columbia* im Jahre 1976²⁰ setzte sich die Ansicht durch, dass Title VII jede auf dem Geschlecht beruhende Ungleichbehandlung abdecke²¹. Seit diesen Entscheidungen sind fortan die Fälle der sexuellen Gefälligkeiten gegen berufliche Vorteile, sog. *quid pro quo harassment*, unter Title VII subsumiert worden.²²

¹⁴ Dieser wurde im Mai 2011 wegen des Vorwurfs der sexuellen Belästigung und Vergewaltigung in New York festgenommen. Das zivilrechtliche Verfahren endete durch Vergleich mit der Klägerin.

¹⁵ Jones v. Clinton, 117 S. Ct. 1636 (1997); Jones v. Clinton, 990 F. Supp. 657 (E.D. Ark. 1998).

¹⁶ Nöth, S. 24 und Mästle, Schutz vor sexueller Belästigung, S. 58 bezeichnen Title VII auch als „Zentralnorm“.

¹⁷ 42 U.S.C. § 2000e-2 (a): “It shall be an unlawful employment practice for an employer - (1) to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual’s race, color, religion, sex, or national origin; [...]”.

¹⁸ Corne v. Bausch and Lomb Inc., 390 F.Supp. 161 (D.Ariz. 1975); Miller v. Bank of America, 418 F.Supp. 233 (N.D.Cal. 1976); Tomkins v. Public Service Electric & Gas Co., 422 F.Supp. 553 (D.N.J. 1976).

¹⁹ Tomkins v. Public Service Electric & Gas Co., 422 F.Supp. 553, 556 (D.N.J. 1976).

²⁰ Williams v. Saxbe, 413 F.Supp. 654 (D.D.C. 1976).

²¹ So Herzog, S. 44; Nöth, S. 44. Nach Mästle, Schutz vor sexueller Belästigung, S. 59 war dies erstmals in Barnes v. Costle, 561 F.2d 983 (D.C. Cir. 1977) der Fall.

²² Nöth, S. 45; nach Baer, Würde oder Gleichheit?, S. 282 sind dies Fälle “sexueller Erpressung”.

1986 stellte der *Supreme Court* klar, dass über die zuvor genannten Quid-pro-quo-Fälle hinaus, analog zur Rassendiskriminierung, auch die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz in Form der Schaffung eines *hostile work environment* eine Diskriminierung im Sinne von Title VII darstellt²³.

a) Quid-pro-quo-Fälle

Die Quid-pro-quo-Fälle zeichnen sich dadurch aus, dass der Belästiger von der belästigten Person ein sexuelles Verhalten fordert und im Gegenzug berufliche oder ökonomische Vorteile, z. B. eine Gehaltsverbesserung oder eine Beförderung in Aussicht stellt. Auch die Fälle in denen mit Nachteilen wie Kündigung gedroht wird, wenn die sexuellen Avancen abgelehnt werden, zählen hierzu²⁴.

aa) Unwillkommenes sexuelles Verhalten

Seit der *Meritor*-Entscheidung²⁵ des *Supreme Court* ist es gefestigte Rechtsprechung, dass es nicht darauf ankommt, ob die belästigte Person freiwillig handelt, wenn sie gefordertes sexuelles Verhalten leistet oder vom Belästiger vorgenommenes Verhalten duldet, bzw. eine sexuelle Beziehung mit ihm eingeht, da Freiwilligkeit auch gegeben sein kann, wenn Angst vor dem Verlust des Arbeitsplatzes als Motiv der Zustimmung zugrunde liegt. Maßgebend ist auch nicht, ob sich die belästigte Person auf das sexuelle Verhalten eingelassen hat²⁶. Vielmehr kommt es darauf an, ob die sexuellen Avancen des Belästigers ‚unwillkommen‘ sind²⁷.

Zur Feststellung der Unwillkommenheit werden die Umstände des Einzelfalls und insbesondere das Verhalten der belästigten Person betrachtet, wobei das Belästigungsoffer die Unwillkommenheit nachzuweisen hat. Bei eindeutig abweisendem Verhalten des Opfers bestehen keine Schwierigkeiten, Unwillkommenheit festzustellen. So etwa wenn das Opfer schreit oder flieht²⁸. Aber auch, wenn das Opfer das sexuelle Verhalten über sich ergehen lässt, ohne seinerseits auf sie einzugehen oder sie zu fördern, kann dies genügen, um Unwillkommenheit annehmen zu können²⁹.

Vorangegangenes Verhalten der betroffenen Person im privaten Bereich und gegenüber Kollegen darf nicht in die Prüfung eingestellt werden und aus freizügigem Umgang gegenüber anderen Mitarbeitern darf nicht geschlossen werden, dass der belästigten Person sexuelle Annäherungen grundsätzlich willkommen seien³⁰.

bb) Diskriminierung wegen des Geschlechts

Nach Title VII muss die Diskriminierung wegen des Geschlechts erfolgt sein, d. h. maßgebend muss sein, dass die belästigte Person gerade das ihr vom Belästiger zugeordnete Geschlecht hat. Dabei spielt es keine Rolle, ob das Geschlecht von Opfer und Belästiger

²³ *Meritor Savings Bank v. Vinson* 477 U.S. 57 (1986).

²⁴ *Nöth*, S. 42; *Mästle*, Schutz vor sexueller Belästigung, S. 59; *Herzog*, S. 54.

²⁵ *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986).

²⁶ *Boyd v. Vonnahmen*, 67 FEP Cases 1769 (S.D. Ill. 1995).

²⁷ *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57, 68 (1986): "The gravamen of any sexual harassment claim is that the alleged sexual advances were "unwelcome.""

²⁸ *Brooms v. Regal Tube Co.*, 881 F.2d 412, 417 (7th Cir. 1989).

²⁹ *Chamberlin v. 101 Realty, Inc.*, 915 F.2d 777, 784 (1st Cir. 1990).

³⁰ *Swentek v. USAIR, Inc.*, 830 F.2d 552, 557 (4th Cir. 1989); *Herzog*, S. 49.

übereinstimmen. Auch die gleichgeschlechtliche Belästigung fällt nach der Rechtsprechung des *Supreme Court* unter Title VII³¹. Problematisch sind seither nur noch die Fälle der bisexuellen Belästigung, da diesen keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts innewohnt. In diesen Fällen wurde die Anwendbarkeit von Title VII teilweise abgelehnt, da es an der Diskriminierung fehle, teilweise wurde eine Verletzung von Title VII mit dem Argument bejaht, ein Belästiger beider Geschlechter könne nicht bessergestellt werden als ein Belästiger nur eines Geschlechts³².

Ohne die Möglichkeit, Vergleichsgruppen für die festzustellende Benachteiligung zu bilden, versagt der Schutz vor Belästigung aus dem Diskriminierungsrecht, da keine Ungleichbehandlung vorliegt.

cc) Beruflicher Vor- oder Nachteil

Die belästigte Person muss einen beruflichen Nachteil gerade dadurch erlitten haben, dass sie sich den sexuellen Wünschen des Vorgesetzten entzogen hat oder aber einen Vorteil erzielt haben, indem sie den sexuellen Avancen des Vorgesetzten gefolgt ist. Dabei muss es sich um einen Vor- oder Nachteil mit wirtschaftlichen Auswirkungen handeln, also etwa eine Kündigung oder die Versetzung auf eine schlechter bezahlte Stelle³³ oder aber eine Beförderung mit Gehaltsverbesserung. Der Vor- oder Nachteil muss auch kausale Folge der sexuellen Belästigung sein, er darf nicht auf andere Gründe zurückzuführen sein, wie z. B. geringe Leistungsfähigkeit³⁴.

Problematisch sind die Fälle, in denen es nicht mehr zur Zufügung des beruflichen Nachteils durch den Vorgesetzten kommt, weil die belästigte Person das Arbeitsverhältnis durch Eigenkündigung beendet, sog. *constructive discharge*³⁵. Dem Arbeitgeber wird diese Kündigung zugerechnet; die belästigte Person kann Schadensersatzanspruch gegen den ehemaligen Arbeitgeber geltend machen, wenn eine vernünftige Person³⁶ ebenso gehandelt hätte. Dazu ist erforderlich, dass mildere Möglichkeiten, wie z. B. eine interne Beschwerde, ausgeschöpft wurden³⁷.

dd) Zurechnung zum Arbeitgeber

Der Arbeitgeber haftet für eigene Handlungen verschuldensunabhängig (*strict liability*)³⁸. Für das Handeln von Vorgesetzten haftet der Arbeitgeber gleichfalls nach den Grundsätzen der Gefährdungshaftung, da er diesen Personen die Befugnis erteilt hat, berufliche

³¹ *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 118 S. Ct., 998 (1998). Verschiedene ältere Ansichten bei *Herzog*, S. 50 f.

³² *Mästle*, Schutz vor sexueller Belästigung, S. 60 f. m. w. N.

³³ *Herzog*, S. 54.

³⁴ *Highlander v. K.F.C. Nat'l Management Co.*, 805 F.2d 64, 648 (6th Cir. 1986).

³⁵ Dem Arbeitgeber wird die Kündigung des Mitarbeiters zugerechnet, wenn die Verschlechterung der Arbeitsatmosphäre für den Arbeitnehmer nicht mehr hinnehmbar ist.

³⁶ Details zur *reasonable person* vgl. diese Arbeit unter B. II. 1. b) bb).

³⁷ *Yates v. Avco Corp.*, 819 F.2d 630, 636f. (6th Cir. 1987).

³⁸ *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57, 67 (1986).

Vor- und Nachteile für ihn zu erlassen. Er hat seine Autorität, arbeitsplatzbezogene Entscheidungen zu treffen, delegiert³⁹ und haftet deshalb für deren Verschulden vollumfänglich nach den Grundsätzen der stellvertretenden Haftung (*vicarious liability*)⁴⁰, ohne sich exkulpieren zu können. Im Übrigen erfolgt die Zurechnung zum Arbeitgeber nach dem *Restatement (Second) of Agency*, § 219⁴¹.

ee) Rechtsfolgen

In 42 U.S.C. § 2000e-5 (g) des Title VII des Civil Rights Acts von 1964 sind verschiedene Formen zur Wiedergutmachung des entstandenen materiellen Schadens geregelt. Ziel des Title VII ist nach Ansicht des *Supreme Court*, einerseits Naturalrestitution – die belästigte Person ist so zu stellen, als ob die diskriminierende Handlung nicht stattgefunden hätte⁴²; also z. B. nach einer Kündigung wiedereinzustellen und zwischenzeitlich entgangener Lohn nachzubezahlen. Andererseits ist Ziel die Verhinderung zukünftiger Diskriminierungen – das Gericht kann den Arbeitgeber verurteilen, seine Organisation so einzurichten, dass sexuelle Belästigungen künftig verhindert werden.

Immateriellen Schadensersatz in Form von *compensatory*⁴³ und *punitive damages*⁴⁴ kannte Title VII des Civil Rights Acts von 1964 nicht. Wollte die belästigte Person vor 1991 immateriellen Schaden geltend machen, musste sie Klage auf Basis der bundesstaatlichen „common law torts“ erheben. Das war besonders in den Fällen ratsam, in denen kein oder kein nennenswerter materieller Schaden entstanden war, wie dies überwiegend in den Fällen der feindlichen Arbeitsumgebung der Fall ist⁴⁵. Erst mit der Reform von Title VII durch den Civil Rights Act von 1991 wurde die Möglichkeit eröffnet, Ersatz des immateriellen Schadens zu erlangen⁴⁶.

Für *punitive damages* gelten allerdings betragsmäßige Beschränkungen (*caps*), die abhängig von der Anzahl der Mitarbeiteranzahl des betroffenen Unternehmens⁴⁷, die den Erstattungsanspruch auf maximal USD 300.000 limitieren. Diese Begrenzung kann von der be-

³⁹ Nöth, S. 46.

⁴⁰ Vom *Supreme Court* in *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57, 70 (1986) als *obiter dictum* kundgetan und seitdem von den Instanzgerichten beachtet.

⁴¹ Nach dem *agency-law* bestehen mehrere Möglichkeiten, den Arbeitgeber haftbar zu machen: Fälle in denen der Vorgesetzte die mit seiner Position verbundene Macht dazu nutzt, Untergebene sexuell zu belästigen, sog. *apparent authority*. Dagegen kann sich der Arbeitgeber schützen, indem er klare Richtlinien und Vorgaben erlässt, aus denen folgt, dass sexuelle Belästigung nicht von ihm toleriert wird. Nach der *Aided-in-the-Agency-Relation-Theorie* haftet der Arbeitgeber trotz vorhandener Richtlinien gegen sexuelle Belästigung, wenn er den Vorgesetzten in eine Position bringt, in der er über die Macht verfügt, die Arbeitsbedingungen zu kontrollieren und vorzugeben. Die Haftung des Arbeitgebers erfolgt aufgrund des Verschuldens bei der Machtdelegation.

⁴² *Albermale Paper Co. v. Moody*, 422 U.S. 405, 417 ff. (1975); *Herzog*, S. 59.

⁴³ Diese Form des Schadensersatzes entspricht am ehesten dem deutschen immateriellen Schadensersatz, gerichtet auf Ersatz von Nicht-Vermögensschäden oder künftigen Vermögensseinbußen.

⁴⁴ Dieser überkompensatorische Straf- und Präventivschadensersatz kann von Gerichten ausgesprochen werden, wenn der Verpflichtete aus besonders verwerflichen Motiven oder in besonders verwerflicher Art gehandelt hat, § 908 des *Restatement (2nd) of Torts*. Ausführlich hierzu *Mästle*, Schutz vor sexueller Belästigung, S. 38 ff.

⁴⁵ Zur Unterscheidung zwischen *hostile environment harassment* und *quid pro quo harassment* sogleich diese Arbeit unter B. II. 1. b) bb).

⁴⁶ 42 U.S.C. § 1981a (b).

⁴⁷ 42 U.S.C. § 1981a (b)(3).

lätigt Person umgangen werden, wenn sie zusätzlich aus Deliktsrecht gegen den Arbeitgeber vorgeht⁴⁸. Um *compensatory* oder *punitive damages* zu erlangen, muss freilich ein höherer Verschuldensgrad nachgewiesen werden.

ff) Beweislast

Grundsätzlich trägt die belästigte Person die Beweislast. Allerdings nicht im Sinne der vollen Beweislast nach deutschem Recht, sondern in Form des Anscheinsbeweises. Das Opfer hat die überwiegende Wahrscheinlichkeit für die fünf genannten Tatbestandsmerkmale darzutun. Ist ihm das gelungen, kann der Arbeitgeber seinerseits durch *rebuttal* darlegen, dass das Verhalten willkommen war oder es legitime Gründe für das Verhalten gab oder dass kein Zusammenhang bestand. Er kann jedoch aufgrund der *strict liability* nicht mit Einwänden gehört werden, ihm sei das Verhalten des Vorgesetzten nicht zuzurechnen⁴⁹.

b) Hostile work environment harassment

aa) Allgemeine Voraussetzungen

Neben den Quid-pro-quo-Fällen ist seit der Entscheidung *Meritor Savings Bank v. Vinson* des *Supreme Court* im Jahre 1986 eine weitere Form der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz höchststrichterlich anerkannt – sexuelle Belästigung durch Schaffung einer feindlichen oder beleidigenden Arbeitsumgebung⁵⁰. Dieser Form der Diskriminierung liegen zunächst die allgemeinen Voraussetzungen des Title VII zu Grunde, wonach die belästigte Person einer von Title VII geschützten Personengruppe angehören muss, sie Opfer unwillkommener sexueller Avancen sein muss und sie diese Avancen aufgrund ihres Geschlechts erfahren haben muss⁵¹. Diese Voraussetzungen sind über beide Fallgruppen hinweg identisch und bedürfen daher im Folgenden keiner weiteren Vertiefung. Unterschiede ergeben sich bei der Qualität der sexuellen Avancen und bezüglich der Zurechnung zum Arbeitgeber sowie bei prozessualen Fragen. Auf diese Unterschiede ist im Folgenden einzugehen.

bb) Hostile work environment

Nicht jede Form von sexueller Belästigung erfüllt die Anforderungen, die an eine feindliche Arbeitsumgebung gestellt werden. Wirtschaftliche oder berufliche Nachteile werden hier nicht verlangt. Stattdessen muss das Opfer einem feindlichen Arbeitsklima ausgesetzt sein⁵². Dieses muss hinreichend schwer und durchdrungen von Belästigung sein, so dass es die Bedingungen der Arbeit wesentlich verschlechtert und eine feindliche Arbeitsatmosphäre erzeugt⁵³.

⁴⁸ Siehe hierzu diese Arbeit unter B. II. 2.

⁴⁹ *Herzog*, S. 63.

⁵⁰ *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986).

⁵¹ *Nöth*, S. 103.

⁵² *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 67 (1986): “*For sexual harassment to be actionable, it must be sufficiently severe or pervasive 'to alter the conditions of [the victim's] employment and create an abusive working environment.*” unter Heranziehung von *Henson v. Dundee*, 682 F.2d 897 (CA11 1982).

⁵³ *Herzog*, S. 64; inhaltsgleiche Begrifflichkeiten bei *Nöth*, S. 56.

Das kann bereits bei einmaligen Vorfällen der Fall sein, wenn sie ausreichend schwerwiegend und durchdringend sind, wie z. B. wenn intime Körperstellen berührt werden⁵⁴ oder wenn die belästigte Person in unverschämter Weise angefasst wird und sich diesem Verhalten räumlich nicht entziehen kann⁵⁵. In der Regel wird aber erst mehrfaches belästigendes Verhalten ausreichend sein, um die Erheblichkeitsschwelle zu überschreiten. Maßgebend hierfür sind sämtliche Umstände des Einzelfalls⁵⁶. Das einmalige Erzählen eines sexuell eindeutigen Witzes reicht nicht aus⁵⁷, ebenso sind drei sexuelle Kommentare über einen Zeitraum von drei Monaten nicht ausreichend⁵⁸. Physische oder psychische Auswirkungen der Diskriminierung sind nach Ansicht des *Supreme Court* nicht erforderlich⁵⁹.

Die Belästigung muss nicht zwingend vom Arbeitgeber selbst oder von einem durch ihn bevollmächtigten Vorgesetzten erfolgen, sondern kann von Kollegen der belästigten Person oder Dritten verübt werden. Freilich können auch Vorgesetzte diese Form der Belästigung ausüben, wenn mangels wirtschaftlicher oder beruflicher Konsequenzen kein *quid pro quo harassment* vorliegt.

Nach welchem Maßstab beurteilt wird, ob eine feindliche Arbeitsumgebung vorliegt, ist lange Zeit umstritten gewesen und wird heute noch kontrovers diskutiert. Dahinter steht die Frage, ob objektiv oder subjektiv zu beurteilen ist, wann eine sexuelle Belästigung vorliegt. Ebenfalls in der Entscheidung *Harris v. Forklift* entschied der *Supreme Court*, dass Voraussetzung für die Annahme einer feindlichen Arbeitsumgebung sei, dass diese objektiv, d. h. von einer *reasonable person* so empfunden, vorliegt und subjektiv vom Opfer so empfunden wird⁶⁰.

Damit stellte sich die Frage, ob die vernünftige Person geschlechtslos sein sollte oder aber dem Geschlecht des Opfers angehören sollte, sodass geschlechtsspezifische Anschauungen und Empfindungen zum Tragen kommen können⁶¹. Diese Frage ist nicht abschließend geklärt⁶². Die hierbei von den Befürwortern der einen oder anderen Meinung vorgebrachten Argumente gleichen denen, die in Deutschland zu eben dieser Frage im Kontext des § 3 Abs. 4 AGG diskutiert werden⁶³.

Unabhängig von der Perspektive ergibt sich das Problem, dass der Standpunkt der vernünftigen Person vom Gericht (oder der Jury) einzunehmen ist. Sich hierbei in die Sichtweise einer geschlechtslosen Person zu versetzen, dürfte nahezu unmöglich sein. Gleiches wird auch Männern unterstellt, wenn sie sich in die Sichtweise einer *reasonable woman* versetzen sollen. Andererseits stellt sich für die Vertreter der Ansicht, es müsse sich um eine *reasonable woman* handeln die Frage, wer eine vernünftige Frau ist? Ist sie farbige

⁵⁴ *Nöth*, S. 56.

⁵⁵ *Barrett v. Omaha National Bank*, 726 F.2d 424 (8th Cir. 1984).

⁵⁶ *Harris v. Forklift Systems Inc.*, 114 S. Ct. 367, 371 (1993).

⁵⁷ *Polley v. Federal Reserve Bank of New York*, 67 FEP Cases 715, 719 (S.D.N.Y. 1994); *Mästle*, Schutz vor sexueller Belästigung, S. 63.

⁵⁸ *McKenzie v. Illinois Department of Transportation*, 92 F.3d 473, 480 (7th Cir. 1996).

⁵⁹ *Harris v. Forklift Systems Inc.*, 114 S. Ct. 367, 371 (1993).

⁶⁰ *Harris v. Forklift Systems Inc.*, 114 S. Ct. 367, 370 (1993).

⁶¹ *Herzog*, S. 66; ausführlich zur Entstehungsgeschichte *Nöth*, S. 78 ff.

⁶² Der *reasonable woman standard* wurde erstmals etabliert in *Ellison v. Brady*, 924 F.2d, 872, 879 (9th Cir. 1991).

⁶³ Siehe hierzu ausführlich diese Arbeit unter C. III. 5. d) bb).

oder weiß? Welcher Schicht entstammt sie? Welchen Bildungshintergrund hat sie? Ist sie religiös; eine Feministin⁶⁴?

cc) Zurechnung zum Arbeitgeber

Bis zu den Entscheidungen *Burlington Industries v. Ellerth*⁶⁵ und *Faragher v. City of Boca Raton*⁶⁶ durch den *Supreme Court* im Jahre 1998 konnte sich der Arbeitgeber für *hostile work environment harassment* durch seine Führungskräfte entschulden, wenn ihm der Nachweis gelang, dass er alles in seiner Macht Stehende unternommen hatte, um nach der Beschwerde durch die belästigte Person weitere sexuelle Belästigung zu verhindern⁶⁷. Maßgebend war dabei, ob er im Hinblick auf die Schwere und Dauer der Belästigung hinreichend wahrscheinlich eine Wiederholung ausschließen konnte. Darüber hinaus musste der Arbeitgeber den Belästiger ausreichend angemessen maßregeln, z. B. ihn versetzen, verwarnen, sein Gehalt kürzen oder ihn zurückstufen⁶⁸.

Mit seinen Entscheidungen vom 26. Juni 1998 modifizierte der *Supreme Court* die Haftung des Arbeitgebers in hostile-environment-Fällen, indem er zunächst feststellte, dass eine Abgrenzung zu den Quid-pro-quo-Fällen nur begrenzten Nutzen habe⁶⁹. Diese Fallunterscheidung habe jedoch in der Instanzrechtsprechung dazu geführt, dass in den hostile-environment-Fällen die Haftung des Arbeitgebers unter Anwendung des *agency-law* unterschiedlich beurteilt wurde. Der *Supreme Court* sah sich gezwungen, klarzustellen, dass der Arbeitgeber immer für Fehlverhalten seines Führungspersonals nach der Aided-in-the-Agency-Relation-Theorie haftet⁷⁰. (1) Liegt eine greifbare Arbeitsmaßnahme⁷¹ (*tangible employment action*) durch den Vorgesetzten vor, wie z. B. Kündigung oder Gehaltsänderung, haftet der Arbeitgeber verschuldensunabhängig. Dies entspricht der Handhabung der Quid-pro-quo-Fälle ohne Änderung der Zurechnung. (2) Liegt keine greifbare Arbeitsmaßnahme durch den Vorgesetzten vor, aber ein anderes sexuelle belästigendes Verhalten, kann sich der Arbeitgeber entlasten⁷² unter den Voraussetzungen, dass er nachweist, dass er angemessene Maßnahmen getroffen hat, sexueller Belästigung vorzubeugen und diese zu ahnden, sowie dass die belästigte Person unvernünftigerweise diese Möglichkeiten nicht genutzt hat oder sonst nichts zur Schadensvermeidung unternommen hat⁷³. Es reicht mithin nicht länger aus, darzulegen, dass der Arbeitgeber Richtlinien und Beschwerdemöglichkeiten bereitgestellt hat. Er muss darüber hinaus auch nachweisen, dass das Opfer diese Möglichkeiten nicht genutzt hat.

Unberührt von dieser Korrektur der Rechtsprechung haftet der Arbeitgeber für sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz durch Kollegen oder außenstehende Dritte nach dem *agency-*

⁶⁴ Ausführlicher hierzu und zum Versuch eines *respectful person standard* Nöth, S. 84 f.

⁶⁵ *Burlington Industries Inc. v. Ellerth*, 118 S. Ct. 2257 (1998).

⁶⁶ *Faragher v. City of Boca Raton*, 118 S. Ct. 2275 (1998).

⁶⁷ *Bayard v. Riccitelli*, 952 F. Supp. 977, 985 (E.D.N.Y. 1997).

⁶⁸ *S. Herzog*, S. 73 f. mit weiteren geeigneten Maßnahmen; so auch Nöth, S. 73 f.

⁶⁹ *Burlington Industries Inc. v. Ellerth*, 524 U.S. 742, 751 (1998).

⁷⁰ *Burlington Industries Inc. v. Ellerth*, 524 U.S. 742, 762 (1998).

⁷¹ *Burlington Industries Inc. v. Ellerth*, 524 U.S. 742, 761 (1998): "A tangible employment action constitutes a significant change in employment status, such as hiring, firing, failing to promote, reassignment with significantly different responsibilities, or a decision causing a significant change in benefits".

⁷² *Burlington Industries Inc. v. Ellerth*, 524 U.S. 742, 765 (1998): "When no tangible employment action is taken, a defending employer may raise an affirmative defense to liability or damages, [...]".

⁷³ *Burlington Industries Inc. v. Ellerth*, 524 U.S. 742, 765 (1998).

law für Fahrlässigkeit gemäß § 219 (2) (b) Restatement (2nd) of Agency. Hat er Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis muss er umgehend geeignete Maßnahmen treffen, um die belästigenden Handlungen zu unterbinden⁷⁴. Unterlässt er dies fahrlässig, haftet er nach Title VII⁷⁵.

dd) Rechtsfolgen

Wenn Vorgesetzte sexuell belästigen, entsprechen die Rechtsfolgen der hostile-environment-Fällen denen der Quid-pro-quo-Fälle⁷⁶. Der Arbeitgeber hat den entstandenen materiellen und immateriellen Schaden zu ersetzen. Strafschadensersatz (*punitive damage*) kann dem Opfer nur zugesprochen werden, wenn es darlegt, dass der Beklagte nach 42 U.S.C. § 1981a (b) (1) an diskriminierenden Praktiken, die mit böswilliger Absicht oder rücksichtsloser Gleichgültigkeit die durch Bundesrecht geschützten Rechte eines beschwerten Individuums verletzen, beteiligt ist⁷⁷. Es muss sich mithin um einen außergewöhnlich schweren Fall handeln⁷⁸.

Dies gilt umso mehr in den hostile-environment-Fällen, die nicht von Vorgesetzten verübt werden. Der Nachweis des fahrlässigen (Nicht-)Handelns reicht nur aus, um materiellen Schadensersatz zu erlangen. Will die belästigte Person darüber hinaus *punitive damages* erlangen, ist auch hier zunächst erforderlich, dass der Arbeitgeber mit *malice* oder *reckless indifference* gehandelt hat⁷⁹. Das wurde von der Rechtsprechung in den Fällen angenommen, bei denen zur Überzeugung des Gerichts oder der Jury⁸⁰ feststand, dass der Arbeitgeber einerseits wusste oder hätte wissen müssen, dass es zu sexuellen Belästigungen gekommen war und dennoch nichts dagegen unternommen hat und auch keine Richtlinien gegen sexuelle Belästigung etabliert hatte. Das Appellationsgericht in *Harris v. L & L Wings* hat zusammenfassend festgestellt, dass maßgebend sind: (1) Anhaltspunkte für die Einstellung des Arbeitgebers zur sexuellen Belästigung; (2) direkte Aussagen des Arbeitgebers über die Rechte oder Beschwerden des Klägers und (3) die Unerhörtheit des gegenständlichen Verhaltens⁸¹. Will der Kläger *punitive damages* erlangen, muss er eine „höhere Hürde“ überwinden, die darin besteht die schuldhaften Einstellung des Arbeitgebers und nicht nur des Belästigers darzutun⁸².

ee) Beweislast

Die Beweislast in hostile-environment-Fällen folgt denselben Grundsätzen wie in Quid-pro-quo-Fällen, d. h. die belästigte Person hat den prima-facie-Beweis zu erbringen, gegen den sich der Arbeitgeber dann verteidigen muss und ggf. exkulpiert kann durch *affirmative defense*. Die belästigte Person muss in diesem Umfang beweisen, dass die sexuellen Avancen so durchdringend und ernsthaft waren, dass sie sich spürbar nachteilig auf das Arbeitsumfeld ausgewirkt haben. Im Übrigen muss sie – wie im Quid-pro-quo-Fall –

⁷⁴ Nöth, S. 74.

⁷⁵ Ausführlich hierzu, insbesondere zu angemessenen Gegenmaßnahmen: *Herzog*, S. 72 ff.

⁷⁶ Vgl. hierzu diese Arbeit B.II.1.a)ee).

⁷⁷ Übersetzung von Nöth, S. 114.

⁷⁸ Vgl. hierzu *Harris v. L & L Wings, Inc.*, 132 F.3d 978, 982f. (1997) mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

⁷⁹ 42 U.S.C. § 1981a (b) (1) a.E.

⁸⁰ Verlangt die belästigte Person *compensatory* oder *punitive damages*, kann jede Partei verlangen, dass eine Jury eingesetzt wird, 42 U.S.C. § 1981a (c) (1).

⁸¹ *Harris v. L & L Wings, Inc.*, 132 F.3d 978, 982 (1997).

⁸² *Harris v. L & L Wings, Inc.*, 132 F.3d 978, 983 (1997).

beweisen, dass sie Mitglied einer durch Title VII geschützten Gruppe ist, Opfer unwillkommener sexueller Avancen wurde, diese aufgrund ihres Geschlechts erfahren hat und der Arbeitgeber hierfür haftet⁸³.

Gegenüber den Fällen mit Vorgesetztenbeteiligung muss bei der Belästigung durch Kollegen vom Opfer zusätzlich bewiesen werden, dass der Arbeitgeber Kenntnis der Vorgänge hatte oder hätte haben müssen. Insbesondere wenn mit dem Verfahren Strafschadensersatz angestrebt wird, kann sich der Arbeitgeber dadurch verteidigen, dass er einen effektiven Beschwerdeweg bei sexueller Belästigung geschaffen hat und damit eine Maßnahme zur Verhinderung sexueller Belästigung. Freilich ist er beweisbelastet für die Kenntnis der Beschäftigten von diesem Beschwerdeweg.

c) Rechtsweg

Da es sich bei Title VII des Civil Rights Act um Bundesrecht handelt, ist in letzter Instanz das oberste Bundesgericht der Vereinigten Staaten von Amerika, der *Supreme Court*, zuständig⁸⁴. Seine Entscheidungen binden die Eingangs- und Appellationsgerichte auf Bundesebene⁸⁵. Der *Supreme Court* ist zugleich Revisionsinstanz und Verfassungsgericht⁸⁶. Der Zugang ist in nicht verfassungsrechtlichen Angelegenheiten nur möglich, wenn der Instanzenweg der Bundesgerichte durchlaufen wurde. Zusätzlich ist für die Berufung auf einen Verstoß gegen eines der Diskriminierungsverbote nach Title VII erforderlich, dass ein Verfahren vor der Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) durchlaufen wurde⁸⁷.

Die EEOC wurde durch den Civil Rights Act von 1964 geschaffen, ihre Besetzung und Aufgaben festgelegt⁸⁸. Zu den Aufgaben dieser Behörde zählt es, Richtlinien zu Inhalt, Reichweite und Vermeidung von Diskriminierung zu erstellen. Diesen kommt zwar keine unmittelbare Rechtswirkung zu⁸⁹, die US-amerikanischen Gerichte folgen den Richtlinien jedoch in der Regel⁹⁰, insbesondere seitdem der *US Supreme Court* in *Meritor v. Vinson*⁹¹ festgestellt hat, dass diese Richtlinien sachkundige und fundierte Beurteilungen darstellen, welche die Gerichte und Prozessführer als Leitlinien gebrauchen sollten.

Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz sind danach unwillkommene sexuelle Avancen, Forderung sexueller Gefälligkeiten und andere verbale oder physische Verhaltensweisen sexueller Natur, wenn diese zur Bedingung für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses gemacht werden oder zur Grundlage für berufsbezogene Entscheidungen oder diese Verhaltensweisen in der Absicht erfolgen oder zum Ergebnis haben, dass unangemessen in

⁸³ Nöth, S. 104 f. mit einer Vereinheitlichung der Beweisanforderungen für beide Fallgruppen.

⁸⁴ Ausführlich zum Gerichtssystem und -aufbau im Zusammenhang mit sexueller Belästigung Nöth, S. 27 ff.

⁸⁵ *District- und Circuit-Courts* sind aufgrund der Doktrin der *stare decises* an die Entscheidungen des *Supreme Courts* gebunden.

⁸⁶ Nöth, S. 33.

⁸⁷ Ausführlich und weiterführend hierzu Herzog, S. 85 ff., Nöth, S. 119 ff.. Der EEOC kommt im Übrigen die Aufgabe zu, jedes Jahr einen Tätigkeitsbericht mit Empfehlungen für Verbesserungen vorzulegen, 42 U.S.C. § 2000e-4(e). Ähnlich ist die Aufgabe der Antidiskriminierungsstelle ausgestaltet, §§ 25, 27 AGG, freilich nur mit Berichtspflicht alle vier Jahre.

⁸⁸ 42 U.S.C. §§ 2000e-4 und 2000e-5.

⁸⁹ So auch Mästle, Schutz vor sexueller Belästigung, S. 30.

⁹⁰ Herzog, S. 85 m. w. N.

⁹¹ *Meritor Savings Bank v. Vinson* 477 U.S. 57, 65 (1986).

die Arbeitsleistung des Individuums eingegriffen wird oder eine einschüchternde, feindliche oder beleidigende Arbeitsumgebung erzeugt wird⁹².

Die belästigte Person muss innerhalb der in 42 U.S.C. § 2000e-5(c) bis (e) genannten Fristen den Vorwurf der Diskriminierung gegenüber der EEOC vorbringen, wobei bei einem fortgesetzten Verhalten die letzte Handlung maßgebend ist⁹³. Die EEOC prüft die Vorwürfe und erteilt der belästigten Person nach negativer Prüfung die Erlaubnis, selbst ein Gerichtsverfahren vor dem Bundesgericht zu eröffnen oder – nach positiver Prüfung – klagt die EEOC entweder selbst oder ermächtigt die belästigende Person zu klagen, falls eine davor versuchte Einigung mit dem betroffenen Unternehmen nicht erzielt werden konnte.

2. Bundesstaatliches Deliktsrecht - „common law torts“

Obwohl Title VII die wichtigste Anspruchsgrundlage im US-amerikanischen Recht darstellt, sind zwei Einschränkungen zu beachten. Title VII richtet sich ausschließlich an Arbeitgeber als Normadressaten. Eine Klage gegen den Belästiger kommt nach dieser Norm nicht in Betracht. Will die belästigte Person zivilrechtlich gegen den Belästiger vorgehen, ist sie auf allgemeines bundesstaatliches Deliktsrecht angewiesen.

Für die Inanspruchnahme des Arbeitgebers kann es auch nach der Einführung von *compensatory* und *punitive damages* in Title VII heute noch sinnvoll sein, eine Klage gestützt auf eine deliktische Anspruchsgrundlage zu erheben, da hierdurch die im Civil Rights Act von 1991 aufgeführten Begrenzungen⁹⁴ des Strafschadensersatzes entfallen können. Als deliktische Handlungen kommen die tätliche Bedrohung (*assault*) oder der tätliche Angriff (*battery*) und insbesondere die absichtliche Zufügung von emotionaler Bedrängnis (*intentional infliction of emotional distress*) in Betracht, wenn der Belästiger durch *extreme and outrageous conduct intentionally or recklessly [...] severe emotional distress* bei der belästigten Person verursacht hat⁹⁵. Das belästigende Verhalten muss danach nicht nur seelische Beeinträchtigungen von erheblichem Ausmaß verursacht haben, es muss auch alle Grenzen des Anstands überschritten haben und in einer zivilisierten Gesellschaft absolut inakzeptabel sein⁹⁶. In diesem Fall haftet der Belästiger unmittelbar. Eine Zurechnung seines Handelns an den Arbeitgeber kann nach den Grundsätzen des *agency law* erfolgreich sein⁹⁷.

Neben der bundesgesetzlichen Anspruchsgrundlage aus dem Civil Rights Act kann die belästigte Person daneben meist auch auf bundesstaatliche Anspruchsgrundlagen des

⁹² Verkürzte Wiedergabe von 29 CFR 1604.11 (a) in eigener Übersetzung. Wortlaut im Original: *Unwelcome sexual advances, requests for sexual favors, and other verbal or physical conduct of a sexual nature constitute sexual harassment when (1) submission to such conduct is made either explicitly or implicitly a term or condition of an individual's employment, (2) submission to or rejection of such conduct by an individual is used as the basis for employment decisions affecting such individual, or (3) such conduct has the purpose or effect of unreasonably interfering with an individual's work performance or creating an intimidating, hostile, or offensive working environment.*

⁹³ Vgl. hierzu *Herzog*, S. 86 f. zur maßgebenden Rechtsprechung.

⁹⁴ 42 U.S.C. § 1981a (b)(3).

⁹⁵ Restatement (2nd) of Torts, § 46 (1).

⁹⁶ Restatement (2nd) of Torts, § 46, comment d.

⁹⁷ *Märtle*, Schutz vor sexueller Belästigung, S. 75, vgl. auch diese Arbeit oben B.II.1.b)cc).

common law zurückgreifen. Viele Bundesstaaten haben eine Title VII vergleichbare Regelung erlassen, teilweise ohne Beschränkung der Höhe der *punitive damages*.

3. Zusammenfassung

Seit der Einführung des Title VII und seiner Diskriminierungsverbote im Jahre 1964 entwickelt sich in den USA das Fallrecht zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz und hat in dieser Zeit in einer Vielzahl höchstrichterlicher Entscheidungen zwei Fallgruppen sexueller Belästigung hervorgebracht, die sich nach der Art des sexuellen Verhaltens und der Haftung durch den Arbeitgeber, genauer dessen Enthaftungsmöglichkeiten, unterscheiden.

Trotz der höchstrichterlichen Klärung vieler Fragen, sind einige Probleme noch nicht gelöst. So herrscht weiterhin Streit in der Frage, welchem Geschlecht der objektive Betrachter zur Beurteilung der Schwere des sexuell belästigenden Verhaltens angehören soll und wie in den Fällen zu verfahren ist, in denen der Belästiger beide Geschlechter belästigt, also eine Diskriminierung wegen des Geschlechts nicht vorliegt.

Der Arbeitgeber haftet grundsätzlich bei sexueller Belästigung seiner Mitarbeiter – unabhängig ob durch Vorgesetzte, Kollegen oder Dritte und ist daher in der Pflicht, sexuelle Belästigung zu verhindern. Seine Haftung richtet sich u. a. danach, ob er durch die Einführung eines Beschwerdewesens und von Richtlinien gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz Klarheit darüber erzeugt hat, dass sexuelle Belästigung in seiner Organisation nicht toleriert wird und mit empfindlichen Konsequenzen für Belästiger zu rechnen ist.

In diesem System wird der in dieser Form präventiv handelnde Arbeitgeber dadurch belohnt, dass er sich entlasten kann. Arbeitgeber die keine oder weniger erfolgreiche Maßnahmen zur Vermeidung sexueller Belästigung eingeführt haben, ist die Exkulpationsmöglichkeit verstellt. Für sie kommt hinzu, dass sie Strafschadensersatz in bis zu sechsstelliger Höhe befürchten müssen. Diese Verbindung von hohen Zahlungsverpflichtungen und reduzierten Exkulpationsmöglichkeiten darf als besonderer Anreiz für wirtschaftlich denkende Arbeitgeber gewertet werden, ein effektives System zur Vermeidung sexueller Belästigung zu betreiben.

Schließlich kommt hinzu, dass sie sich in einem Verfahren wegen sexueller Belästigung vor Bundesgerichten wiederfinden können, bei denen klägerseitig eine Bundesbehörde auftritt, was zu weiteren empfindlichen Zahlungsverpflichtungen von Kosten und Gebühren im Fall des Unterliegens führen kann.

III. SEXUELLE BELÄSTIGUNG AM ARBEITSPLATZ IM EUROPÄISCHEN RECHT

Die vom europäischen Parlament und Rat erlassenen Richtlinien sind nach Art. 288 Abs. 3 AEUV⁹⁸ (ehemals Art. 249 Abs. 3 EGV) hinsichtlich des zu erreichenden Ziels für die Mitgliedstaaten verbindlich. Zur Umsetzung der Richtlinien in nationales Recht ist den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel überlassen.

1. Richtlinie 76/207/EWG

Mit der Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen⁹⁹ vom 9. Februar 1976 hat der Rat der Europäischen Gemeinschaften das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts etabliert. Der Grundsatz der Gleichbehandlung beinhaltet danach, dass keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts erfolgen darf, Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie. Dies gilt freilich nur in Bezug auf die genannten Bereiche des Zugangs zu Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen nach Art. 3 Abs. 1, des Zugangs zur Berufsbildung nach Art. 4 und der Gleichheit der Arbeitsbedingungen nach Art. 5 Abs. 1.

2. Entschlüsseungen und Empfehlungen

Mit Datum vom 29. Mai 1990 hat der Rat in seiner EntschlieÙung zum Schutz der Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz¹⁰⁰ erklärt, dass ein Verhalten sexueller Natur eine unerträgliche Verletzung der Würde von Arbeitnehmern und Auszubildenden darstellt, wenn a) ein solches Verhalten für die betroffene Person unerwünscht ist; b) der Umstand, das sexuelle Verhalten zu dulden oder zurückzuweisen zur Grundlage einer beruflichen Entscheidung gemacht wird und/oder c) das Verhalten eine feindliche Arbeitsumwelt für die betroffene Person schafft¹⁰¹.

In dieser EntschlieÙung sind wesentliche Eckpunkte der US-amerikanischen Definition der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz und die von der dortigen Rechtsprechung herausgebildeten Fallgruppen aufgegriffen worden. So wird unter lit. a) auf die Unerwünschtheit und nicht auf Freiwilligkeit abgestellt; lit. b) betrifft die Gruppe der Quid-pro-quo-Fälle, versucht diese jedoch auch auf Kollegen auszudehnen; schließlich werden unter lit. c) die hostile-environment-Fälle erfasst¹⁰².

Für den Rat kann unerwünschtes Verhalten sexueller Natur oder ein sonstiges Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, welches die Würde von Frauen und Männern am

⁹⁸ ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47.

⁹⁹ ABl. EG Nr. L 39 vom 14.2.1976, S. 40 ff.

¹⁰⁰ EntschlieÙung des Rates vom 29. Mai 1990 zum Schutz der Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz (90/C 157/2), ABl. EG Nr. C 157 vom 27.6.1990, S. 3 f.

¹⁰¹ EntschlieÙung des Rates vom 29. Mai 1990 zum Schutz der Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz (90/C 157/2), ABl. EG Nr. C 157 vom 27.6.1990, S. 3 unter I.

¹⁰² So wohl auch *Nöth*, S. 192.

Arbeitsplatz beeinträchtigt, unter Umständen gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der Artikel 3, 4 und 5 der Richtlinie 75/207/EWG verstoßen¹⁰³.

Für *Mästle* unterfällt die sexuelle Belästigung damit dem Verbot geschlechtsspezifischer Diskriminierung im Sinn der Richtlinie¹⁰⁴. Er leitet daraus ein Umsetzungsbedürfnis für den nationalen Gesetzgeber ab, dem dieser bis zum Inkrafttreten des BSchG¹⁰⁵ am 1.9.1994 nicht genügt habe. Da der Begriff der sexuellen Belästigung nicht einmal andeutungsweise in der Richtlinie enthalten ist und Ungleichbehandlung in den von der Richtlinie umfassten Bereichen nicht zwingend auf sexuelle Belästigung zurückgeht, scheint diese Auffassung zu weitgehend. Erst mit der Entschließung des Rates konnte der Gesetzgeber absehen, dass der Richtliniengeber mit dem Tatbestand der Gleichbehandlung auch würdevollverletzendes Verhalten sexueller Natur erfassen wollte.

Die Entschließung macht auch deutlich, dass der Rat Verhalten sexueller Natur am Arbeitsplatz oder im Zusammenhang mit dem Zugang dazu, nicht länger nur als Verstoß gegen die Würde einer Person versteht. Nicht nur im Hinblick auf die Kriterien, wann nicht mehr hinnehmbares Verhalten vorliegt, erfolgte eine Annäherung an die Auffassung in den USA. Auch bezüglich des geschützten Rechtsguts, ist die Würdeverletzung nur noch der Gradmesser für das Vorliegen einer Diskriminierung und damit der Verletzung des Gleichheitsgebotes.

Die Kommission ist der Aufforderung des Rates in ihrer Empfehlung vom 27.11.1991 gefolgt und hat darin den Mitgliedstaaten empfohlen, Maßnahmen zur Förderung des Bewusstseins zu treffen, dass ein Verhalten sexueller Natur die Würde der betroffenen Person verletzen kann und gegen die Richtlinie 76/207/EWG verstoßen kann¹⁰⁶. Im Anhang der Empfehlung findet sich eine Begriffsbestimmung der sexuellen Belästigung. Darin wird allein auf die Beeinträchtigung der Würde abgestellt¹⁰⁷, wengleich sich an anderer Stelle der ausdrückliche Hinweis findet, dass sexuelle Belästigung „als eine Form der geschlechtsbedingten Diskriminierung anzusehen“ ist¹⁰⁸.

3. Richtlinie 2002/73/EG

Empfehlungen sind nach Art. 288 Abs. 5 AEUV für die Mitgliedstaaten unverbindlich. Zwar hat die Bundesrepublik Deutschland auf die Empfehlung mit dem Erlass des BSchG reagiert, aber eine gemeinschaftsweite, zwingend in nationales Recht umzusetzende Richtlinie, die sich mit sexueller Belästigung am Arbeitsplatz befasst, wurde erst mit der

¹⁰³ Entschließung des Rates vom 29. Mai 1990 zum Schutz der Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz (90/C 157/2), ABl. EG Nr. C 157 vom 27.6.1990, S. 3.

¹⁰⁴ *Mästle*, Schutz vor sexueller Belästigung, S. 119; a. A. *Nöth*, S. 191, für die im Hinblick auf die Richtlinie kein Umsetzungserfordernis bezüglich der sexuellen Belästigung bestanden hat.

¹⁰⁵ Gesetz vom 24.06.1994 - Bundesgesetzblatt Teil I 1994 Nr. 39 30.06.1994 S. 1406

¹⁰⁶ Empfehlung der Kommission vom 27.11.1991 zum Schutz der Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz (92/131/EWG), ABl. EG Nr. L 49 vom 24.2.1992, S. 1 ff.

¹⁰⁷ Empfehlung der Kommission vom 27.11.1991 zum Schutz der Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz (92/131/EWG), ABl. EG Nr. L 49 vom 24.2.1992, S. 4 Ziffer 2.

¹⁰⁸ Empfehlung der Kommission vom 27.11.1991 zum Schutz der Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz (92/131/EWG), ABl. EG Nr. L 49 vom 24.2.1992, S. 4 Ziffer 3.

Richtlinie 2002/73/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG geschaffen¹⁰⁹.

Bereits im Vorschlag zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG vom 11. Juli 2000¹¹⁰ wurde sexuelle Belästigung als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bezeichnet¹¹¹. Sie sollte *expressis verbis* aufgenommen werden, um den Feststellungen des Rates in seiner Entschließung vom 29. Mai 1990 zu entsprechen¹¹². In der Begründung dazu wird darauf hingewiesen, dass in manchen Drittstaaten sexuelle Belästigung als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts angesehen und untersagt wird¹¹³ und dass gemäß dem Rat, der Kommission und dem europäischen Parlament sexuelle Belästigung ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung *und* eine grobe Beleidigung der Würde der Frauen und Männer am Arbeitsplatz ist¹¹⁴.

Seit dem Erlass der ursprünglichen Gleichbehandlungsrichtlinie waren weitere Richtlinien erlassen worden, die Regelungen zur mittelbaren Diskriminierung¹¹⁵ und zur Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts¹¹⁶ beinhalten und deren Regelungen in diese Richtlinie eingearbeitet werden sollten¹¹⁷.

Die Richtlinie 2002/73/EG beinhaltet in der endgültigen Fassung neben der sexuellen Belästigung auch eine Definition der geschlechtsbezogenen, jedoch nicht auf sexuellem Verhalten beruhenden Belästigung einer Person¹¹⁸. Die „einfache“ Belästigung wegen der Rasse oder der Herkunft einer Person oder ihrer Religion, Weltanschauung, sexuellen Ausrichtung, ihres Alters oder einer Behinderung war bereits zuvor in den Richtlinien zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf¹¹⁹ und zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft¹²⁰ definiert worden. Durch die Richtlinie 2002/73/EG wurde erstmals auch das Merkmal Geschlecht einbezogen¹²¹.

Von Bedeutung ist auch die Änderung von Artikel 6 der ursprünglichen Richtlinie durch die Richtlinie 2002/73/EG, wonach die Mitgliedstaaten nun sicherstellen müssen, dass der entstandene Schaden wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird, wobei dies auf eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise geschehen muss¹²².

¹⁰⁹ ABl. EG Nr. L 269 vom 5.10.2002, S. 15 ff.

¹¹⁰ ABl. EG Nr. C 337 vom 28.11.2000, S. 204 ff.

¹¹¹ ABl. EG Nr. C 337 vom 28.11.2000, S. 205 Artikel 1 Ziff. 2.

¹¹² ABl. EG Nr. C 337 vom 28.11.2000, S. 204 Abs. 3; zum Verfahren ausführlich *Nöth*, S. 195 ff. und *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 30 ff.

¹¹³ KOM(2000) endgültig, 2000/0142 (COD), S. 6 mit Verweis u. a. auf Title VII des Civil Rights Act 1964.

¹¹⁴ KOM(2000) endgültig, 2000/0142 (COD), S. 6 Ziffer 18.

¹¹⁵ Richtlinie 97/80/EG, ABl. EG Nr. L 14 vom 20.1.1998, S. 6.

¹¹⁶ Richtlinie 98/52/EG, ABl. EG Nr. L 205 vom 22.7.1998, S. 66.

¹¹⁷ ABl. EG Nr. C 337 vom 28.11.2000, S. 204 Abs. 4.

¹¹⁸ ABl. EG Nr. L 269 vom 5.10.2002, S. 17.

¹¹⁹ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmen für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. EG Nr. L 303 vom 2.12.2000, S. 16.

¹²⁰ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. EG Nr. L 180 vom 19.7.2000, S. 22.

¹²¹ So auch *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 34; ausführlich zum Verfahren vgl. *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 30 ff.

¹²² Richtlinie 2002/73/EG vom 23.09.2002, ABl. EG Nr. L 269 vom 5.10.2002, S. 18 Ziff. 5 Abs. 2.

Der Anwendungsbereich ist gegenüber 76/207/EWG in der Neufassung dahingehend geändert, dass die Artikel 4 und 5 entfallen und die Richtlinie nun in Artikel 3 Diskriminierung aufgrund des Geschlechts beim Zugang zu Erwerbstätigkeit und Fortbildung sowie den Bedingungen der Beschäftigung verbietet, wie auch im Zusammenhang mit der Mitgliedschaft in Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisationen¹²³.

4. Richtlinie 2006/54/EG

Mit der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen wurde der zunehmenden Anzahl an Richtlinien und Richtlinienänderungen und damit verbundener Unübersichtlichkeit Rechnung getragen. Aus Gründen der Klarheit¹²⁴ und zur Berücksichtigung der Entscheidungen des EuGH wurde eine Neufassung sowie die Zusammenfassung der wichtigsten Bestimmungen in einem einzigen Text erlassen.

In der Richtlinie sind sieben Gleichbehandlungsrichtlinien zusammengefasst, u. a. die Richtlinie 76/207/EWG nebst Änderungsrichtlinie 2002/73/EG¹²⁵. Gegenüber der Richtlinie 2002/73/EG blieb es beim identischen Wortlaut der sexuellen Belästigung – nunmehr in Artikel 2 Abs. 1 lit. d) geregelt. Inhaltlich unverändert ist geblieben, dass Belästigung und sexuelle Belästigung als Diskriminierung gelten¹²⁶. Entfallen ist jedoch die Einordnung als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ebenso wie das ausdrückliche Verbot derselben¹²⁷.

Aus der an die Quid-pro-quo-Fälle angelehnte Regelung des Artikel 1 Ziffer 2 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie 2002/73/EG, wonach belästigende oder sexuelle belästigende Verhaltensweisen nicht als Grundlage einer Entscheidung betreffend die Person herangezogen werden dürfen, wurde in der 2006er Richtlinie geregelt, dass jede *nachteilige* Behandlung aufgrund der Zurückweisung oder Duldung eine Diskriminierung darstellt¹²⁸. Damit scheinen die Fälle, in denen eine vorteilhafte Behandlung – z. B. eine Gehaltsverbesserung – an eine sexuelle Gefälligkeit geknüpft wird, nicht mehr zur Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu zählen. Das kann jedoch nicht der Wille der Kommission gewesen sein, die in ihrem Vorschlag für die Richtlinie darauf hinweist, dass die Definition der sexuellen Belästigung „identisch mit denen in der bereits verabschiedeten Richtlinie 2002/73/EG“ ist¹²⁹. Das bislang gesondert aufgeführte Verbot, Verhalten der betroffenen

¹²³ Richtlinie 2002/73/EG vom 23.09.2002, ABl. EG Nr. L 269 vom 5.10.2002, S. 18 Ziff. 3.

¹²⁴ So Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 2006/54/EG vom 07.07.2006, ABl. EG Nr. L 204 vom 26.7.2006, S. 23.

¹²⁵ Siehe ABl. EG Nr. L 204 vom 26.7.2006, S. 23 Abs. 1. Daneben wurden die folgenden Richtlinien berücksichtigt: 75/117/EWG, 86/378/EWG, 96/76/EWG, 97/80/EG, 98/52/EG. Keine Aufnahme in die Zusammenfassung fand u. a. die Richtlinie 2004/73/EG.

¹²⁶ ABl. EG Nr. L 204 vom 26.7.2006, S. 27 Artikel 2 Abs. 2.

¹²⁷ So noch in Artikel 1 Ziffer 2 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2002/73/EG, ABl. EG Nr. L 269 vom 5.10.2002, S. 17.

¹²⁸ Artikel 2 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie 2006/54/EG, ABl. EG Nr. L 204 vom 26.7.2006, S. 27.

¹²⁹ Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, KOM(2004) 0279 endgültig, 2004/0084 (COD), S. 26.

Person nach sexueller Belästigung zur Grundlage einer Entscheidung zu machen, ist jedenfalls in dieser Form nicht mehr Gegenstand der Richtlinie. Ob es inhaltlich von den Regelungen umfasst ist, wird die Auseinandersetzung mit der Definition zeigen¹³⁰.

Trotz dieser Änderung des Wortlauts ist jedenfalls der Kern dessen, was unter sexueller Belästigung zu verstehen ist, unverändert geblieben und darf trotz oder gerade wegen eines diesbezüglichen Änderungsverlangens des Parlaments¹³¹, das jedoch nicht in die Richtlinie umgesetzt wurde, als bestätigt gelten.

5. Sonstige Richtlinien

Auch die Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen¹³² enthält in Artikel 2 lit. d) eine Definition der sexuellen Belästigung, die ebenso wie die in Artikel 4 Abs. 3 verwendete Formulierung zur Geltung der sexuellen Belästigung als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts identisch ist. Diese Richtlinie wurde aufgrund ihrer thematischen Abweichungen nicht in die Richtlinie 2006/54/EG mit aufgenommen¹³³. Sie kann dennoch als Bestätigung der Definition der sexuellen Belästigung seit der Richtlinie 2002/73/EG angesehen werden.

Gleiches gilt für die Richtlinie 2010/41/EU des Europäischen Parlaments und Rates vom 7. Juli 2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zur Aufhebung der Richtlinie 86/613/EWG des Rates¹³⁴. Auch darin wird mit zur Richtlinie 2002/73/EG identischem Wortlaut die sexuelle Belästigung in Artikel 3 lit. d) definiert und als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Artikel 4 Abs. 2 verboten.

Zusammenfassend lässt sich damit feststellen, dass die Definition der sexuellen Belästigung mit der Richtlinie 2002/73/EG in die europäischen Richtlinien Eingang gefunden hat. Seit deren Erlass wird die Definition unverändert verwendet. Änderungen haben sich seitdem lediglich in der Einordnung der sexuellen Belästigung als Diskriminierung wegen des Geschlechts durch die Richtlinie 2006/54/EG ergeben. Hierzu hat der Richtliniengeber jedoch erklärt, dass es sich um identische Definitionen handele¹³⁵, so dass davon ausgegangen werden muss, dass er keine inhaltlichen Änderungen daran vornehmen wollte. Dafür spricht auch, dass der Richtliniengeber auch in der zeitlich nachfolgenden Richtlinie 2010/41/EU auf die Definition zurückgegriffen hat, da diese Definitionen aus dem bestehenden Gemeinschaftsrecht stammen und somit voll im Einklang mit den bislang festgelegten Ansätzen stehen¹³⁶.

¹³⁰ Vgl. hierzu diese Arbeit B.III.6.

¹³¹ Siehe Artikel 2 Abs. 1 lit. d) des Standpunktes des Europäischen Parlaments vom 6. Juli 2005, ABl. EG Nr. C 157E vom 6.7.2006, S. 356.

¹³² ABl. EG Nr. L 373 vom 21.12.2004, S. 37 ff.

¹³³ *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 36.

¹³⁴ ABl. EG Nr. L 180 vom 15.7.2010, S. 1 ff.

¹³⁵ KOM(2004) 279 endgültig, 2004/0084 (COD), S. 26.

¹³⁶ So der Vorschlag der Kommission für diese Richtlinie, KOM(2008) 0636 endgültig, 2008/0192 (COD).

6. Definition der sexuellen Belästigung

Nach Artikel 2 Abs. 1 lit. d) der Richtlinie 2006/54/EG¹³⁷ bezeichnet der Ausdruck

„Sexuelle Belästigung“ jede Form von unerwünschtem Verhalten sexueller Natur, das sich in unerwünschter verbaler, nicht-verbaler oder physischer Form äußert und das bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen und Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.

Die Feststellung, dass Belästigung und sexuelle Belästigung im Sinne der Richtlinie eine Diskriminierung *aufgrund des Geschlechts* darstellen, findet sich in dieser Form nur in der Änderungsrichtlinie 2002/73/EG. In der Neufassung (RL 2006/54/EG) wurde der Hinweis, dass es sich bei den beiden Belästigungsformen um eine Diskriminierung handelt, beibehalten¹³⁸. Dass es sich um eine Diskriminierung *aufgrund des Geschlechts* handelt, wird jedoch nur mehr in den Gründen zur Richtlinie unter Abs. 6 erwähnt. Änderungen an der Merkmalszuordnung ergeben sich hierdurch nicht.

Noch in der Richtlinie 2002/73/EG findet sich unter Artikel 2 Abs. 3 Satz 2 die Regelung, dass die Zurückweisung oder Duldung belästigender Verhaltensweisen durch die betreffende Person nicht als Grundlage für eine Entscheidung herangezogen werden dürfen, die diese Person berührt. Hierbei kann es sich um positive Entscheidungen wie etwa eine Beförderung oder eine Gehaltsverbesserung handeln, wenn die belästigende Handlung geduldet wird. Es kann sich aber auch um Benachteiligungen handeln, etwa das Unterlassen einer Beförderung, wenn die belästigende Handlung zurückgewiesen wird. Diese Regelung weist erkennbar Parallelen zu den Quid-pro-quo-Fällen auf, die gegeben sind, wenn der Belästiger von der belästigten Person ein sexuelles Verhalten fordert und im Gegenzug einen beruflichen oder ökonomischen Vorteil in Aussicht stellt¹³⁹.

Die Richtlinie 2006/54/EG enthält diese Regelung nicht mehr. Stattdessen bezeichnet sie gleichrangig neben den beiden Belästigungsformen jede nachteilige Behandlung aufgrund der Zurückweisung oder Duldung belästigender Verhaltensweisen als Diskriminierung. Auf den ersten Blick scheinen damit positive Behandlungen wegen der Duldung belästigender Verhaltensweisen nicht mehr als Diskriminierung erfasst zu werden. Angesichts der Intention des Richtliniengabers, Gleichbehandlung zu verbessern und Rechtsvorschriften zusammenzufassen, kann diese Einschränkung jedoch kaum gewollt sein. Man wird die Vorschrift deshalb so auffassen müssen, dass hier ein Fall der Mehrfachdiskriminierung in zeitlicher Hinsicht vorliegt. Belästigung und sexuelle Belästigung stellen für sich genommen Diskriminierungen dar. Liegt mindestens eine Belästigung oder sexuelle Belästigung vor und schließt sich daran eine nachteilige Behandlung wegen der Duldung oder Zurückweisung des belästigenden Verhaltens an, etwa eine Versetzung an einen minderwertigen Arbeitsplatz, stellt diese nachteilige Behandlung gleichsam eine weitere Diskriminierung dar. Diese Diskriminierung erfolgt dann ebenfalls wegen des Merkmals Geschlecht.

¹³⁷ Diese Definition ist identisch mit den Definitionen in den Richtlinien 2002/73/EG und 2010/41/EU.

¹³⁸ Artikel 2 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie 2006/54/EG.

¹³⁹ Vgl. diese Arbeit oben unter B.II.1.a).

Die Definition der sexuellen Belästigung geht auf die EntschlieÙung des Rates vom 29. Mai 1990¹⁴⁰ und auf die Empfehlung der Kommission vom 27. November 1991¹⁴¹ zurück¹⁴². Die sexuelle Belästigung setzt per Definition für die betroffene Person¹⁴³ unerwünschtes Verhalten voraus.

Gegenüber der EntschlieÙung des Rates, der die Kennzeichen und Voraussetzungen einer Würdeverletzung noch für sexuelles Verhalten und sonstiges Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit in einer gemeinsamen Aufzählung genannt hat¹⁴⁴, wird in der hier zu behandelnden Richtlinie unterschieden zwischen der einfachen Belästigung, die auf das Geschlecht bezogene Verhaltensweisen verlangt und der sexuellen Belästigung bei der es sich um ein Verhalten sexueller Natur handeln muss, das einen Bezug nicht nur zum Geschlecht sondern zum Geschlechtlichen aufweisen muss.

Sexuelles Interesse wird zu sexueller Belästigung, wenn das Verhalten fortgesetzt wird, nachdem es von der betroffenen Person abgelehnt wurde¹⁴⁵. In der Regel dürfte es sich nach der Empfehlung der Kommission um mehrfaches Verhalten handeln. Sie stellt aber zugleich klar, dass auch ein einmaliger, entsprechend schwerwiegender Zwischenfall den Tatbestand der sexuellen Belästigung erfüllen kann.

Dieses Verhalten muss sich äußern, d. h. erfassbar werden, in verbaler Form, also etwa durch Worte oder Laute wie z. B. keuchendes Atmen. Es kann auch in nicht-verbaler Form geäußert werden, etwa durch Gesten oder Mimik, die sexueller Natur sind. Schließlich kann es sich auch in physischer Form, d. h. unter anderem durch körperlichen Kontakt äußern¹⁴⁶.

Das Verhalten muss die Würde der betreffenden Person verletzen, wobei es in der dann auf ein Verschulden der belästigenden Person nicht mehr ankommt, wenn die Verletzung bewirkt ist. Das Verhalten kann auch in der Absicht erfolgt sein, die Würde zu verletzen. Maßgebend für das Vorliegen einer sexuellen Belästigung und damit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ist die Verletzung der Würde der betroffenen Person. Aus dem angefügten, nicht abschließenden Katalog soll ersichtlich werden, wann dies der Fall sein soll. Da es sich jedoch um eine nicht vollständige Aufzählung handelt, bleibt die Frage offen, welche sonstigen Umstände erfüllt sein müssen, um die Würde der betroffenen Person zu verletzen.

Die Würdeverletzung ist nach der Richtliniendefinition ein Gradmesser des Vorliegens einer sexuellen Belästigung, respektive einer Diskriminierung, da ohne Würdeverletzung keine Diskriminierung wegen sexueller Belästigung vorliegen kann. Die Verletzung des Schutzgutes Würde ist damit Tatbestandsmerkmal der Diskriminierung.

¹⁴⁰ ABl. EG Nr. C 157 vom 27.6.1990, S. 3 f.

¹⁴¹ ABl. EG Nr. L 49 vom 24.2.1992, S. 1, 4.

¹⁴² So auch *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 138.

¹⁴³ „[...] die Menschen müssen selbst bestimmen, welches Verhalten für sie akzeptabel ist und welches Verhalten sie als beleidigend empfinden.“, ABl. EG Nr. L 49 vom 24.2.1992, S. 4.

¹⁴⁴ ABl. EG Nr. C 157 vom 27.6.1990, S. 4.

¹⁴⁵ ABl. EG Nr. L 49 vom 24.2.1992, S. 4.

¹⁴⁶ Vgl. zur Unterscheidung zwischen nicht-verbaler und physischer Form die Begründung zur Ablehnung des Änderungsvorschlags KOM(2005) 380 endgültig, 2004/0084 (COD) S. 17 Ziffer 2.3.3 zu Abänderung 29.

Ob die Würdeverletzung stets einen Eingriff in die Menschenwürde darstellt, die nach der Grundrechtecharta der Europäischen Union zu schützen ist, lässt sich weder der Begründung der Richtlinie 2006/54/EG noch den Begründungen zu ihren Vorgängern entnehmen¹⁴⁷. Gegen diese Auffassung spricht, dass die Schwelle der Tatbestandsmäßigkeit der sexuellen Belästigung außerordentlich hoch läge, wenn stets eine Verletzung der Menschenwürde erforderlich wäre. Außerdem würde hierdurch eine Rangfolge der Grundrechte etabliert, die dem grundrechtlichen Verhältnis der Rechte widersprechen würde. Es müsste stets das allgemeinere Recht verletzt werden, bevor das speziellere Gebot der Gleichheit¹⁴⁸ verletzt sein könnte – jedenfalls bei der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz.

7. Arbeitsplatzbezug

Der Richtliniengeber hatte bereits in der 2002er Richtlinie klargestellt, dass Belästigungen nicht nur am Arbeitsplatz, sondern auch im Zusammenhang mit dem Zugang zur Beschäftigung und Ausbildung und während der Berufstätigkeit vorkommen¹⁴⁹. Diese Ansicht ist unverändert in die Richtlinie 2006/54/EG übernommen worden. Das Diskriminierungsverbot dieser gilt für den öffentlichen und privaten Sektor für den Zugang zur Beschäftigung oder Erwerbstätigkeit in abhängiger oder selbständiger Form; für den Zugang zur Berufsberatung, Berufsaus- und Weiterbildung, sowie für die Beschäftigungs- und Entlassungsbedingungen und die Mitgliedschaft in Organisationen der Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, Artikel 14 Abs. 1. Es schützt damit umfassend vor Diskriminierung während aller Stadien eines Beschäftigungs- oder Fortbildungsverhältnisses.

Den Mitgliedsstaaten bleibt es aufgrund der Einschränkung in Artikel 14 Abs. 2 unbenommen, geschlechtsbezogene Ungleichbehandlungen beim Zugang zur Beschäftigung und Berufsbildung zuzulassen. Der deutsche Gesetzgeber hat hiervon durch die Regelung in § 8 AGG Gebrauch gemacht.

8. Rechtsfolgen der sexuellen Belästigung

a) Beweislast

Ist der Tatbestand erfüllt, muss die belästigte Person zunächst beweisen, dass sie belästigt wurde. Hierfür kann ihr die Beweislastverteilung nach Artikel 19 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54/EG zu Gute kommen¹⁵⁰, wonach nur der Beweis des ersten Anscheins einer mittelbaren oder unmittelbaren Diskriminierung ausreicht und der Beklagte im Anschluss zu beweisen hat, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorliegt. Die sexuelle Belästigung gilt als Diskriminierung gem. Artikel 2 Abs. 2 lit. a). Auf sie ist die Beweislasteasenerleichterung ebenfalls anzuwenden¹⁵¹.

¹⁴⁷ So auch *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 100.

¹⁴⁸ Vgl. ausführlich zu den normativen Grundlagen: *Däubler*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, Einleitung Rn. 8 ff.

¹⁴⁹ ABl. EG Nr. L 269 vom 5.10.2002, S. 15 (8).

¹⁵⁰ Dieser entspricht Artikel 4 der Richtlinie 97/80/EG des Rates über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, ABl. EG Nr. L 14 vom 20.1.1998, S. 8.

¹⁵¹ So auch *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 58.

b) Sanktionen

Die Mitgliedstaaten sollen wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen festlegen, die bei einer Verletzung der aus dieser Richtlinie erwachsenden Verpflichtungen zu verhängen sind¹⁵². Der Wortlaut von Artikel 18 der Richtlinie 2006/54/EG legt den Mitgliedsstaaten dementsprechend die Verpflichtung auf, Regelungen zu erlassen, nach denen der entstandene Schaden tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird, wobei dies auf eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise geschehen muss¹⁵³.

Neben den Sanktionen sollen Arbeitgeber und die für die Berufsbildung zuständigen Personen ersucht werden, Maßnahmen zu ergreifen, um gegen alle Formen der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorzugehen und präventive Maßnahmen zur Bekämpfung der Belästigung und der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz zu treffen¹⁵⁴.

9. Vergleich der europäischen mit der US-amerikanischen Rechtslage

Die Kommission hatte sich die Regelungen diverser Drittstaaten für die Überarbeitung der Regelungen zum Diskriminierungsschutz wegen des Geschlechts genauer angesehen¹⁵⁵. Die US-amerikanische Regelung, die zum Zeitpunkt der Abänderung der Richtlinie 76/207/EWG seit Jahren höchstrichterliche Rechtsprechung und Literatur hervorgebracht hat, konnte hierfür ein geeignetes Vorbild sein.

Nach der US-amerikanischen Regelung¹⁵⁶ ist sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz:

Unwelcome sexual advances, requests for sexual favors, and other verbal or physical conduct of a sexual nature constitute sexual harassment when

- (1) submission to such conduct is made either explicitly or implicitly a term or condition of an individual's employment,
- (2) submission to or rejection of such conduct by an individual is used as the basis for employment decisions affecting such individual, or
- (3) such conduct has the purpose or effect of unreasonably interfering with an individual's work performance or creating an intimidating, hostile, or offensive working environment.

Bereits die Entschließung des Rates aus dem Jahr 1990¹⁵⁷ enthält in ihrer englischen Fassung eine beachtliche Übereinstimmung der Begrifflichkeiten und Struktur mit der US-amerikanischen Regelung. Darin wird wie in der EEOC-Definition unterschieden zwi-

¹⁵² Richtlinie 2006/54/EG, ABl. EG Nr. L 204 vom 26.7.2006, S. 26 Erwägungsgrund 35.

¹⁵³ Richtlinie 2006/54/EG, ABl. EG Nr. L 204 vom 26.7.2006, S. 30 Artikel 18; identischer Wortlaut in Richtlinie 2002/73/EG, ABl. EG Nr. L 269 vom 5.10.2002, S. 18 Ziffer 5 Abs. 2.

¹⁵⁴ Richtlinie 2006/54/EG, ABl. EG Nr. L 204 vom 26.7.2006, S. 26, Erwägungsgrund 7.

¹⁵⁵ KOM(2000) endgültig, 2000/0142 (COD), S. 6 mit Verweis u. a. auf Title VII des Civil Rights Act 1964.

¹⁵⁶ 29 CFR, § 1604.11 (a). Vgl. hierzu die eigene Übersetzung unter B.II.2. dieser Arbeit.

¹⁵⁷ ABl. EG Nr. C 157 vom 27.6.1990, S. 3 f.

schen der Fallgestaltung, dass Duldung oder Zurückweisung zur Grundlage einer beruflichen Entscheidung gemacht wird (Quid-pro-quo-Fälle)¹⁵⁸ und der Fallgestaltung der feindlichen Arbeitsumgebung¹⁵⁹.

Der größte Unterschied besteht darin, dass in der sexuellen Belästigung eine Würdeverletzung gesehen wird statt einer Diskriminierung. Bereits in der Empfehlung der Kommission im Jahr 1991 wird sexuelle Belästigung jedoch als Problem der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts aufgefasst¹⁶⁰. Daran hat sich auch in der heute gültigen Fassung der Definition in der Richtlinie 2006/54/EG nichts geändert. Weiterhin muss aber die Verletzung der Würde der betroffenen Person erreicht worden oder beabsichtigt sein. Diese Intention der belästigenden Person oder diese Schwelle der verletzenden Handlung kennt das US-amerikanische Recht nicht.

Ein weiterer Unterschied liegt darin, dass nach wie vor unerwünschtes Verhalten vorliegen muss¹⁶¹. Die klarstellende Bezeichnung der EEOC-Richtlinie wurde nicht übernommen. Eine abweichende Bewertung ist darin jedoch nicht zu erkennen, denn bereits die Begriffsbestimmung in der Kommissionsempfehlung¹⁶² führt als Reaktion der belästigten Person auch die Duldung an. Unerwünschtes Verhalten ist auch erduldetes Verhalten und im Sinne der US-amerikanischen Regelung unwillkommenes Verhalten.

Die Fallgruppenbildung ist seit der Änderungsrichtlinie zurückgeführt worden. In der Richtlinie 2002/73/EG ist in Ziffer 2 Abs. 3 Satz 2 noch eine abgewandelte Beschreibung der Quid-pro-quo-Fälle enthalten. In der 2006er-Richtlinie findet sich kein Anhaltspunkt einer kausalen Verknüpfung mit einer Entscheidung mehr, sondern stattdessen eine nachteilige Behandlung. In der Definition enthalten und damit wesentlich zentraler, befindet sich stattdessen die Prägung eines feindlichen Umfeldes als Beispiel einer Würdeverletzung und damit als Anhaltspunkt, welche Intensität ausreichend erheblich für die Rechtsverletzung ist¹⁶³.

Im US-amerikanischen System wird die Fallunterscheidung benötigt, um den Haftungsmaßstab des Arbeitgebers festzustellen. Nach der europäischen Konzeption legen die Mitgliedstaaten nach ihren nationalen Rechtsordnungen die Sanktionen fest. Eine Fallunterscheidung aus Haftungsgründen wird daher auf europäischer Ebene nicht benötigt.

Indem die Richtliniendefinition jede Form unerwünschten Verhaltens erfasst, dabei mit der ausdrücklichen Erwähnung nicht-verbaler Formen über die EEOC-Definition hinausgeht, schließt sie zugleich alle denkbaren Fallgruppen ein.

¹⁵⁸ 29 CFR, § 1604.11 (a) (1) und (2) und ABI. EG Nr. C 157 vom 27.6.1990, S. 4 unter I. b).

¹⁵⁹ 29 CFR, § 1604.11 (a) (3) und ABI. EG Nr. C 157 vom 27.6.1990, S. 4 unter I. c).

¹⁶⁰ ABI. EG Nr. L 49 vom 24.2.1992, S. 4.

¹⁶¹ In der englischen Fassung wird es stets mit *unwanted* bezeichnet. Anders im US-amerikanischen Recht, wo auf unwillkommenes (*unwelcome*) Verhalten abgestellt wird, um das Freiwilligkeitsmoment auszuschließen. Vgl. hierzu diese Arbeit oben unter B.II.1.a)aa).

¹⁶² ABI. EG Nr. L 49 vom 24.2.1992, S. 4. Duldung ist ferner Gegenstand sowohl der Richtlinie 2002/73/EG in Ziffer 2 Abs. 3 Satz 2 als auch der Richtlinie 2006/54/EG in Artikel 2 Abs. 2 a).

¹⁶³ So auch *Thüsing*, in: MüKo-BGB, AGG, § 3 Rn. 59 zur einfachen Belästigung unter Verweis auf die US-amerikanische Fallunterscheidung.

C. SEXUELLE BELÄSTIGUNG AM ARBEITSPLATZ IM DEUTSCHEN RECHT

I. EINLEITUNG

Aufgrund der Richtlinie 2002/73/EG war der nationale Gesetzgeber gefordert, die europarechtlichen Vorschriften bis zum 5. Oktober 2005 umzusetzen¹⁶⁴. Hierzu und zur Umsetzung der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG¹⁶⁵ wurde 2004 der Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien¹⁶⁶ eingebracht, der eine teilweise Übererfüllung der Vorgaben umfasste und nicht zuletzt deshalb auf Kritik in der Politik¹⁶⁷ und dem juristischen Schrifttum stieß¹⁶⁸. Die Kontroversen während des Gesetzgebungsverfahrens führten letztlich zum Scheitern des Entwurfs aufgrund von Diskontinuität¹⁶⁹.

II. RECHTSLAGE VOR DEM INKRAFTTRETEN DES AGG

1. Beschäftigtenschutzgesetz (BSchG)

Bis zum Inkrafttreten des AGG am 18. August 2006 blieb es damit bei der bisherigen Rechtslage nach dem BSchG. Dieses war als Art. 10 des 2. Gleichberechtigungsgesetzes am 1. September 1994, in Umsetzung der Empfehlung der Kommission vom 27. November 1991¹⁷⁰, in Kraft getreten. Gleichwohl die Empfehlung in Abs. 1 der Erwägungsgründe würdevollerndes Verhalten als Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz bezeichnet¹⁷¹, hat das BSchG diesen Ansatz nicht übernommen¹⁷². Sexuelle Belästigung nach § 2 Abs. 2 BSchG war sexuell bestimmtes Verhalten, das die Würde von Beschäftigten am Arbeitsplatz verletzt. Ziel des Gesetzes war es nicht, vor Diskriminierung zu schützen, sondern wie bereits § 1 BSchG als Ziel definiert: die Wahrung der Würde von Frauen und Männern durch den Schutz vor sexueller Belästigung. Da keine geschlechtsspezifischen Unterscheidungen getroffen wurden, erfasste das BSchG neben der sexuellen Belästigung durch Männer auch die Belästigung durch Frauen und die gleichgeschlechtliche sexuelle Belästigung.

¹⁶⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie, ABl. EG Nr. L 269 vom 5.10.2002, S. 20.

¹⁶⁵ Deren Umsetzung in der Literatur ebenfalls angemahnt wurde, u. a. von *Thüsing*, NZA 2001, 1061 ff.; *Schiek*, NZA 2004, 873 ff.

¹⁶⁶ BT-Drs. 15/4538 vom 16.12.2004.

¹⁶⁷ Vgl. hierzu die Ausführungen bei *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 41; *Thüsing*, in: MüKo-BGB (5. Aufl.), AGG, Einl. Rn. 21.

¹⁶⁸ *Wank*, NZA 2004 (Sonderbeilage zu Heft 22), 16 ff.; *Thüsing*, NZA 2004 (Sonderbeilage zu Heft 22), 3 ff.; *Steinau-Steinrück*, NZA 2005, 28 ff.; moderater mit Verweis auf nur geringen Umsetzungsbedarf *Hadelers*, NZA 2003, 77 (81); ähnlich *Wendeling-Schröder*, in: Bauer, FS-Schwerdtner, S. 269 ff.

¹⁶⁹ Vgl. hierzu mit Stellungnahme zu den Folgen der Nichtumsetzung *Klumpp*, NZA 2005, 848 ff.

¹⁷⁰ BT-Drs. 12/5468 vom 21.7.1993, S. 46.

¹⁷¹ ABl. EG Nr. L 49 vom 24.2.1992, S. 1.

¹⁷² *Schlachter*, in: ErfK (6. Aufl.), BSchG, § 1 Rn. 1.

Adressat des Gesetzes war der Arbeitgeber oder Dienstvorgesetzte. Diese Personen hatten Beschäftigte vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz zu schützen und vorbeugende Maßnahmen zu treffen, § 2 Abs. 1 BSchG.

Zur sexuelle Belästigung nach § 2 Abs. 2 BSchG gehörten aufgrund der nicht abschließenden Fallaufzählung nach Nr. 1 sexuelle Handlungen und Verhaltensweisen, die nach dem StGB unter Strafe gestellt sind und nach Nr. 2 darüber hinaus sonstige sexuelle Handlungen und Verhalten, die von den Betroffenen erkennbar abgelehnt werden. Die sexuelle Belästigung nach Nr. 1 musste den Tatbestand einer Strafvorschrift erfüllen. Auf Rechtswidrigkeit oder Schuld kam es für die Erfüllung dieser Tatalternative nicht an, da ausreichend war, dass die Verhaltensweisen unter Strafe gestellt sind¹⁷³. Nicht erforderlich war, dass sie zu einer Strafbarkeit der belästigenden Person führten. Nr. 1 stellte eine spezielle Fallgestaltung der sexuellen Belästigung dar, bei der Handlungen oder Verhaltensweisen in Bezug auf Intensität oder Rechtsgutsverletzung ein Maß erreicht hatten, das einerseits die erkennbare Ablehnung durch die belästigte Person entbehrlich machte und die vom Gesetzgeber bereits andernorts als mit der Rechtsordnung nicht zu vereinbarende Verhaltensweisen qualifiziert und unter Strafe gestellt wurden.

§ 2 Abs. 2 Nr. 2 BSchG war als Auffangtatbestand weiter als Nr. 1¹⁷⁴. Er beschrieb einzelne Handlungsformen, die zur Verwirklichung der sexuellen Belästigung führten, wenn sie von der betroffenen Person erkennbar abgelehnt wurden. Dabei handelte es sich um verbales (Bemerkungen sexuellen Inhalts), nonverbales (Zeigen und Anbringen von Pornographie) oder physisches (sexuelle Handlungen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen) Verhalten.

In beiden Ziffern musste jedoch die Würde der betroffenen Person verletzt werden. Teilweise wurde darin der Schutz der psychischen Integrität neben dem Schutz der physischen Integrität gesehen¹⁷⁵. Andere verstanden darunter das Recht, nicht in einem feindlichen Arbeitsumfeld tätig werden zu müssen¹⁷⁶. Die Würde war der Gradmesser der Tatbestandserfüllung der sexuellen Belästigung. Sie war nicht bereits bei jedem noch so geringen Eingriff verletzt. Erforderlich waren strafrechtlich relevante Eingriffe oder Eingriffe, welche die betroffene Person zur erkennbaren Ablehnung veranlassten. Weitere Formen der Würdeverletzung waren nach dem Wortlaut von § 2 Abs. 2 Satz 2 BSchG möglich. In diesem Sinne konnten auch Verhaltensweisen eine sexuelle Belästigung darstellen, die eine feindliche Arbeitsumgebung schafften oder die negative Auswirkungen auf die psychische Integrität erzeugten. Bei diesen Vorschlägen zur Konkretisierung des Tatbestandes handelte es sich jedoch lediglich um beispielhafte Erscheinungsformen der Würdeverletzung. Sie ermöglichten es zwar, indirekt Rückschlüsse auf die Schwere der Würdeverletzung zu ziehen, gaben jedoch keine Antwort auf die Frage, was mit Würde im Sinne des BSchG gemeint war und ob es sich dabei um die Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG handelte¹⁷⁷.

¹⁷³ *Schlachter*, in: *ErfK* (6. Aufl.), BSchG, § 2 Rn. 7.

¹⁷⁴ *Worzalla*, *NZA* 1994, 1016 (1018).

¹⁷⁵ *Schlachter*, in: *ErfK* (6. Aufl.), BSchG, § 2 Rn. 1.

¹⁷⁶ *Marzodko*, *ZTR* 2000, 305 (306).

¹⁷⁷ Hierzu ausführlich *Baer*, *Würde oder Gleichheit?*, S. 190 ff.; zum Würdebegriff im AGG vgl. diese Arbeit unter C. III. 5. c) bb).

Wegen des Vorsatzerfordernisses und der erkennbaren Ablehnung durch die betroffene Person war die Definition der sexuellen Belästigung im BSchG für die Umsetzung der Richtlinien zur Gleichbehandlung anzupassen.

2. § 611a BGB a. F.

Ein Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts war in § 611a BGB a. F. geregelt. Danach konnte ein Arbeitnehmer vom Arbeitgeber eine Entschädigung in Geld verlangen, wenn er oder sie bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, beim beruflichen Aufstieg, bei einer Weisung oder einer Kündigung wegen des Geschlechts benachteiligt worden war. Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts war jedoch zulässig, soweit eine Vereinbarung oder eine Maßnahme die Art der vom Arbeitnehmer auszuübenden Tätigkeit zum Gegenstand hatte und ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für diese Tätigkeit war. Der Anwendungsbereich des § 611a BGB a. F. war damit sowohl in persönlicher als auch sachlicher Hinsicht zu eng. Der Gesetzgeber entschloss sich, durch das AGG eine Verbesserung des Schutzes vor Diskriminierung zu versuchen und hob die entsprechenden Regelungen mit Inkrafttreten des neuen Gesetzes auf¹⁷⁸.

III. SEXUELLE BELÄSTIGUNG AM ARBEITSPLATZ IM AGG

1. Ziel des AGG

Im Mai 2006 hat sich die Bundesregierung der 16. Legislaturperiode der Richtlinienumsetzung erneut angenommen und den Entwurf eines entsprechenden Gesetzes beim Bundesrat eingereicht¹⁷⁹. Nach der Begründung sollten mit dem Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung die 2000er Richtlinien sowie die Richtlinien 2002/73/EG und 2004/113/EG in nationales Recht umgesetzt werden, um den Schutz vor Diskriminierungen zu verbessern¹⁸⁰. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz war als Artikel 1 Bestandteil des Gesetzes, das am 18.08.2006 in Kraft trat. Es sollte eine Kultur der Vielfalt und gegen Diskriminierung in Deutschland schaffen¹⁸¹. Ob die Schaffung einer Kultur als Gesamtheit der typischen Werteeinstellung, durch ein nationales Gesetz, das aufgrund europarechtlich vorgegebener Richtlinien und in Folge gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen erlassen wurde, erreichbar ist, darf ernsthaft bezweifelt werden. Dies nicht zuletzt, da Dreh- und Angelpunkt¹⁸² des Gesetzes eine Verbotsnorm ist, die in die grundrechtliche garantierte Privatautonomie der Art. 1 und 2 GG und damit in das allgemeine Prinzip der Selbstbestimmung eingreift¹⁸³.

¹⁷⁸ Artikel 3 Abs. 14 des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung v. 14.08.2006, BGBl. I S. 1897 (Nr. 39).

¹⁷⁹ Vgl. hierzu *Eggert-Weyand*, *Belästigung*, S. 42 f.; *Thüsing*, *Diskriminierungsschutz*, Rn. 20.

¹⁸⁰ BR-Drs. 329/06 vom 18.5.2006, S. 18.

¹⁸¹ BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 30.

¹⁸² Die Regelung enthält das zentrale Verbot der Benachteiligung in Beschäftigung und Beruf, vgl. BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 34.

¹⁸³ *Ellenberger*, in: *Palandt, BGB, Überblick v. § 104 Rn. 1.*

Das Ziel des Gesetzes ist in dessen § 1 definiert: Benachteiligungen wegen der genannten Merkmale sollen verhindert oder beseitigt werden. Bei der folgenden Prüfung der Reichweite des Tatbestandes der sexuellen Belästigung in § 3 Abs. 4 AGG wird diese Zielstellung zu berücksichtigen sein, da eine Auslegung der Vorschriften dem Ziel entsprechen muss¹⁸⁴, soweit Wortlaut und Systematik dies zulassen. Die Zielsetzung beschränkt sich nicht auf das Verbot einer Benachteiligung, sondern geht darüber hinaus: eine Benachteiligung soll *verhindert oder beseitigt* werden. Danach wäre ein Benachteiligungserfolg nicht erforderlich, eine Gefährdung ausreichend. So weit geht der Gesetzgeber jedoch nicht, denn ein Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch ist nicht normiert worden. Diesbezüglich ist gem. § 32 AGG auf die allgemeinen Bestimmungen zurückzugreifen. Das Ziel ist jedoch bei der Auslegung der Vorschriften zu berücksichtigen.

2. Das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG

a) Sexuelle Belästigung als Benachteiligung

Nach § 7 Abs. 1 AGG ist die Benachteiligung Beschäftigter wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes verboten. Eine Benachteiligung liegt nach der Begriffsbestimmung des § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG vor, wenn eine Person eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde und dies wegen eines in § 1 genannten Merkmals erfolgt. Die Formulierung des Gesetzgebers entspricht nahezu vollständig den Richtlinien 2006/54/EG und 2002/73/EG¹⁸⁵. Voraussetzung für das Vorliegen einer Benachteiligung ist mithin ein Vergleich zwischen der betroffenen Person und der anderen, ggf. hypothetischen Person, der ergeben muss, dass die Behandlung der betroffenen Person weniger günstig ausfällt¹⁸⁶. § 3 Abs. 4 AGG stellt klar, dass auch die sexuelle Belästigung eine Benachteiligung darstellt – in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG¹⁸⁷. Die sexuelle Belästigung unterliegt somit dem Benachteiligungsverbot des § 7 AGG. Ob der Gesetzgeber mit der Formulierung, dass eine sexuelle Belästigung oder eine einfache Belästigung nach § 3 Abs. 3 AGG eine Benachteiligung *ist*, über die Richtlinienvorgaben hinausgeht, ist zweifelhaft¹⁸⁸. Zwar enthält die deutsche Fassung der Richtlinie 2006/54/EG in Artikel 2 Abs. 2 die Formulierung „gelten als“, die in deutschen Gesetzestexten auf eine Fiktion schließen lassen. Diese Formulierung steht jedoch im Widerspruch mit Abs. 6 der Richtlinienbegründung. Nach dem dortigen Wortlaut *sind* Belästigung und sexuelle Belästigung als „Diskriminierung [...] im Sinne dieser Richtlinie anzusehen“. Die englische Fassung der Richtlinie verwendet sowohl in der Begründung wie auch in Artikel 2 Abs. 2 die Formulierung „for the purposes of this Directive“, also etwa „zum Zwecke dieser Richtlinie“ oder „im Sinne dieser Richtlinie“, ohne Formulierung einer Fiktion. Gleiches gilt für die französische

¹⁸⁴ *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 146.

¹⁸⁵ Die Verwendung des Begriffs der Benachteiligung ist darauf zurückzuführen, dass nach Ansicht des Gesetzgebers unter Diskriminierung die rechtswidrige, sozial verwerfliche Ungleichbehandlung zu verstehen ist, das AGG jedoch auch gerechtfertigte Ungleichbehandlungen kennt; vgl. BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 30. Diese werden jedoch als „zulässige unterschiedliche Behandlung“ bezeichnet. Ob es der abweichenden Begrifflichkeit tatsächlich bedurfte, darf bezweifelt werden. Wie die Begründung des Gesetzgebers: *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 1 Rn. 2; *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 59.

¹⁸⁶ *Thüsing*, in: MüKo-BGB, AGG, § 3 Rn. 12.

¹⁸⁷ Zum Arbeitsplatzbezug vgl. diese Arbeit unter C. III. 4.

¹⁸⁸ So jedoch *Eggert-Weyand*, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 38; *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 55.

Fassung der Richtlinie, so dass davon auszugehen ist, dass es sich bei der Fiktion in Artikel 2 Abs. 2 um ein Übersetzungsversehen ohne inhaltliche Bedeutung handelt.

b) Putativbenachteiligung

Nach der Regelung des § 7 Abs. 1 Hs. 2 AGG gilt, dass eine Benachteiligung grundsätzlich bereits dann vorliegt, wenn der Täter von einer Benachteiligung ausgeht. Die betroffene Person muss nicht Träger des Merkmals sein, dessen Vorliegen sich der Täter vorgestellt hat. Oder anders ausgedrückt: der „Versuch am untauglichen Objekt“¹⁸⁹ erfüllt den Tatbestand. Die Einbeziehung dieser Putativediskriminierung¹⁹⁰ in § 7 AGG trägt dem Umstand Rechnung, dass Menschen oft bestimmte Eigenschaften oder Verhaltensweisen zugeschrieben werden, z. B. allein auf Grund ihres äußeren Erscheinungsbildes¹⁹¹. Macht sich die benachteiligende Person Vorstellungen über das Vorliegen eines Benachteiligungsgroundes, kann dies genügen, um den Entschädigungsanspruch auszulösen¹⁹².

3. Persönlicher Anwendungsbereich

a) Geschützter Personenkreis

Beschäftigte im Sinne von § 7 Abs. 1 AGG sind zunächst Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AGG. Es gilt der allgemeine Arbeitnehmerbegriff, dessen Kennzeichen ist, dass eine Person aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags für eine andere nach deren Weisung Dienste erbringt¹⁹³. Diese Definition deckt sich weitestgehend mit dem gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff¹⁹⁴. Sofern jedoch Abweichungen auftreten, geht das europäische Verständnis vor¹⁹⁵.

Die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten sind ausdrücklich umfasst, womit nicht nur Auszubildende im Sinne von § 1 Abs. 3 BBiG gemeint sind, sondern auch die Personen, die an beruflichen Fortbildungs- oder Umschulungsmaßnahmen teilnehmen¹⁹⁶. Weiter sind arbeitnehmerähnliche Personen und Heimarbeiter einbezogen, die aufgrund ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit ähnlich schutzbedürftig sind. Sie unterscheiden sich von Arbeitnehmern durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit. Für sie ist kennzeichnend, dass sie – gleichwohl sie für mehrere Auftraggeber tätig sein können – im Wesentlichen für einen Auftraggeber tätig sind und die hieraus erwirtschaftete Vergütung die entscheidende Existenzgrundlage darstellt¹⁹⁷.

Ähnliches gilt für behinderte Menschen, die einer Erwerbstätigkeit nachgehen – sei dies auch in speziellen „Behindertenwerkstätten“. Erfolgt die Beschäftigung zum Erwerb eines

¹⁸⁹ *Bauer/Krieger*, AGG, § 7 Rn. 11; *Adomeit/Mohr*, AGG, § 7 Rn. 10; *BAG*, Urt. v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08, NZA 2010, 383 (384).

¹⁹⁰ Zum Begriff *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, 179 (181).

¹⁹¹ Gesetzesbegründung in BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 34.

¹⁹² *BAG*, Urt. v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08, NZA 2010, 383 (384).

¹⁹³ *Hueck/Nipperdey*, § 8 II, S. 33; *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 122.

¹⁹⁴ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 20.9.2007 – C-116/06, NZA 2007, 1274 (1276) Rn. 25; st. Rspr.

¹⁹⁵ *Schlachter*, in: *ErfK*, AGG, § 6 Rn. 1; *Preis/Sagan*, ZGR 2013, 26 (46f.).

¹⁹⁶ *Bauer/Krieger*, AGG, § 6 Rn. 7. Vgl. zur Änderung des Begriffs im Gesetzgebungsverfahren zum BSchG die Darstellung bei *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 125.

¹⁹⁷ *BAG*, Beschl. v. 11.4.1997 – 5 AZB 33/96, NZA 1998, 499 (499); *Preis*, in: *ErfK*, BGB, § 611 Rn. 110. Beispiele für arbeitnehmerähnliche Personen mit Rechtsprechungsnachweis bei *Preis* a. a. O. Rn. 114ff.

Einkommens zur Ermöglichung selbständiger Lebensgestaltung, liegt eine Arbeitstätigkeit und mithin Arbeitnehmereigenschaft vor. Erfolgt die Beschäftigung der behinderten Person zu therapeutischen Zwecken im Rahmen eines Fürsorgeverhältnisses als Fürsorgepflegling, kommt die Anwendung des AGG auf dieses Verhältnis nicht in Betracht¹⁹⁸.

Auch Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis fallen in den Schutzbereich, § 6 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 AGG. Allerdings genügt für die Eröffnung des Anwendungsbereichs nicht bereits die Absendung einer Bewerbung. Erforderlich ist, dass die sich bewerbende Person für die Stelle objektiv geeignet ist¹⁹⁹. Die neuere Rechtsprechung des BAG prüft die objektive Eignung eines Bewerbers nicht mehr bei der Eröffnung des Anwendungsbereichs, sondern nur noch bei der Feststellung einer benachteiligenden Behandlung. Objektiv ungeeignete Bewerber sind objektiv geeigneten nicht vergleichbar²⁰⁰. Ob eine Person objektiv geeignet ist, bestimmt sich nicht nach dem spezifischen Anforderungsprofil des Arbeitgebers, sondern ist anhand der Anforderungen zu ermitteln, die an die jeweilige Tätigkeit „nach der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsanschauung gestellt werden“²⁰¹. Dem ist zuzustimmen, da sich andernfalls eine vom Arbeitgeber definierbare Schutzlücke ergibt. Das wird an folgendem Beispiel sichtbar: Der Arbeitgeber schreibt eine Rechtsanwaltsstelle für Volljuristen mit mindestens vollbefriedigenden Examina aus. Bewerber, die lediglich die allgemeine Eignung für eine Rechtsanwaltsstelle erfüllen - als Rechtsanwalt zugelassene Volljuristen -, könnten vom Arbeitgeber im Rahmen von Vorstellungsgesprächen sexuell belästigt werden, insbesondere durch eine Quid-pro-quo-Belästigung, ohne dass dies ein Fall des § 7 Abs. 1 i. V. m. § 3 Abs. 4 AGG darstellte, da diesen Bewerbern bereits die objektive Eignung für die spezifische Anforderung fehlt.

Ob die früher angenommene Anforderung der zusätzlichen subjektiven Ernsthaftigkeit der Bewerbung noch aufrechterhalten werden kann, wurde dem EuGH durch das BAG zur Entscheidung vorgelegt²⁰². Bis dato war davon auszugehen, dass vorauszusetzen ist, dass die Bewerbung mit dem Ziel der Einstellung und nicht lediglich mit dem Ziel der Erreichung des Status eines Bewerbers nach § 6 Abs. 1 S. 2 AGG betrieben wird.

Auch Kinder können Arbeitnehmer sein. Maßgebend für die Beschäftigung ist das JArbSchG, nach dessen Legaldefinition in § 2 Abs. 1 Kinder Personen sind, die noch nicht 15 Jahre alt sind. Ihre Beschäftigung ist grundsätzlich verboten, § 5 Abs. 1 JArbSchG. Von diesem Verbot sind zahlreiche Ausnahmen zugelassen, die es gestatten, Kinder unterhalb dieser Altersgrenze, in der Regel mit Zustimmung des Personensorgeberechtigten zu beschäftigen. So dürfen nach der Verordnung über den Kinderarbeiterschutz²⁰³ Kinder über 13 Jahre mit Tätigkeiten in privaten und landwirtschaftlichen Haushalten beschäftigt werden, z. B. Personenbetreuungen, Botengängen oder Nachhilfeunterricht, § 2 Abs. 1 Nr. 2 KindArbSchV, wenn nur die Tätigkeit leicht und für sie geeignet ist. Dabei ist es wie bei

¹⁹⁸ *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 123.

¹⁹⁹ *Schmidt*, in: Schiek, AGG, § 6 Rn. 6; *Bauer/Krieger*, AGG, § 6 Rn. 10; *Schlachter*, in: ErFK, AGG, § 6 Rn. 3.

²⁰⁰ BAG, Urt. v. 18.3.2010 – 8 AZR 77/09, NZA 2010, 872 (874) Rn. 22.

²⁰¹ BAG, Urt. v. 18.3.2010 – 8 AZR 77/09, NZA 2010, 872 (874) Rn. 22.

²⁰² BAG, Beschl. v. 18.06.2015 – 8 AZR 848/13 (A), NZA 2015, 1063; ältere Rspr.: BAG, Urt. v. 12.11.1998 – 8 AZR 365/97, NZA 1999, 371 (373); BAG, Urt. v. 27.4.2000 – 8 AZR 295/99, abrufbar über juris.

²⁰³ Kinderarbeiterschutzverordnung vom 23. Juni 1998 (BGBl. I S. 1508).

jugendlichen oder erwachsenen Personen aufgrund des entstehenden Abhängigkeitsverhältnisses möglich, dass sie Opfer sexuell belästigenden Verhaltens werden. Gleiches gilt für die zulässige Beschäftigung von Kindern gem. § 5 Abs. 2 JArbSchG, z. B. im Rahmen eines Betriebspraktikums während der Vollzeitschulpflicht.

Eingeschränkter Schutz vor Benachteiligung kommt schließlich auch Selbstständigen und Organmitgliedern über § 6 Abs. 3 AGG zu. Das Benachteiligungsverbot ist für diese Personengruppen beschränkt auf den Zugang zur Erwerbstätigkeit und den beruflichen Aufstieg. Freie Mitarbeiter zählen als Selbstständige²⁰⁴. Die Beschränkung kommt nicht zu tragen, soweit einer Person bereits das Vollrecht aufgrund Arbeitnehmereigenschaft zusteht²⁰⁵. Das kann vor allem bei Fremdgeschäftsführern einer GmbH der Fall sein, wenn diese – wie vom EuGH in der Entscheidung *Danosa* entschieden – Leistungen gegenüber der Gesellschaft erbringen die sie bestellt hat, weisungsabhängig sind oder unter der Aufsicht eines anderen Organs der Gesellschaft stehen und jederzeit abberufen werden können²⁰⁶. § 6 Abs. 3 AGG ist dahingehend gemeinschaftsrechtskonform auszulegen. Weitere Details der Regelung um Organmitglieder sind umstritten – etwa ob nur der schuldrechtliche Anstellungsvertrag, der für den Entgeltbezug maßgebend ist, dem Benachteiligungsverbot unterliegt oder auch die organschaftliche Bestellung²⁰⁷. Ob für reine Organmitglieder die Benachteiligungsverbote ausschließlich die Zugangsbedingungen und den beruflichen Aufstieg betreffen oder ob diese Verbote nach Sinn und Zweck notwendig auch die Wiederbestellung nach Vertragsende²⁰⁸ oder die Beendigung bzw. Abberufung erfassen, mithin die Kehrseite des Zugangs und Aufstiegs²⁰⁹, wird kontrovers diskutiert²¹⁰. Ebenfalls ungeklärt ist die Frage, ob die Formulierung „entsprechend[e]“ Anwendung des § 6 Abs. 3 AGG auf Organmitglieder und Selbstständige einen weiteren Entscheidungsspielraum zu Gunsten der zuständigen Gremien einräumt, etwa bei Altersgrenzen²¹¹. Diese

²⁰⁴ BAG, Urt. v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08, NZA 2010, 383 (387); *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 6 Rn. 5; *Schmidt*, in: Schiek, AGG, § 6 Rn. 13.

²⁰⁵ *Oberthür*, NZA 2011, 253 (253); *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 134; *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 6 Rn. 5.

²⁰⁶ *EuGH*, Urt. v. 11.11.2010 – C-232/09 (*Dita Danosa/LKB Lizzings SIA*), NZA 2011, 143 (145): „Auch die formale Einstufung als Selbständiger nach innerstaatlichem Recht schließt nicht aus, dass eine Person als Arbeitnehmer im Sinne der Richtlinie 92/85/EWG einzustufen ist, wenn ihre Selbständigkeit nur fiktiv ist und damit ein Arbeitsverhältnis im Sinne dieser Richtlinie verschleiert“ (a. a. O. Rn. 41); a. A. nur *Bauer/Krieger*, AGG, § 6 Rn. 35a die aus der trotz entsprechender Kritik erlassenen nationalen Regelung ableiten, dass es unionsrechtswidrig bis zu einer eventuellen Gesetzesänderung so sei, „dass sich auch Fremdgeschäftsführer hinsichtlich der Ausübungsbedingungen einschließlich der Beendigung der Tätigkeit nicht auf die Benachteiligungsverbote berufen können“ – nur auf die Zugangsbedingungen.

²⁰⁷ Beides: *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 6 Rn. 6; *Lutter*, BB 2007, 725 (726); *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 97; auch *BGH*, Urt. v. 23.4.2012 – II ZR 163/10, NJW 2012, 2346 (2347): „Unter das Merkmal des Zugangs zur Erwerbstätigkeit i. S. des § 2 I Nr. 1 AGG fallen sowohl der Abschluss eines Geschäftsführeranstellungsvertrags als auch die Bestellung zum Geschäftsführer nach §§ 6, 35 ff. GmbHG“ (a. a. O.). A. A. *Bauer/Krieger*, AGG, § 6 Rn. 27.

²⁰⁸ *BGH*, Urt. v. 23.4.2012 – II ZR 163/10, NJW 2012, 2346 (2348).

²⁰⁹ *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 98; dagegen: *Bauer/Krieger*, AGG, § 6 Rn. 31.

²¹⁰ Zum Meinungsstand vgl. *Preis/Sagan*, ZGR 2013, 26 (27); für die Einbeziehung *Eßer/Baluch*, NZG 2007, 321 (324); *Stenslik/Zahn*, DStR 2012, 1865 (1865); ablehnend *Wolff*, BB 2012, 1932 (1932).

²¹¹ *Bauer/Krieger*, AGG, § 6 Rn. 36; *Lutter*, BB 2007, 725 (728 ff.) für Altersgrenzen; ablehnend *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 6 Rn. 7; *Schmidt*, in: Schiek, AGG, § 6 Rn. 17.

häufig einzelfallgeprägten Feinheiten können im Rahmen dieser Arbeit nicht erörtert werden. Zusammenfassend ist zu konstatieren, dass der personelle Anwendungsbereich weit ausgestaltet ist und über den Bereich abhängiger Beschäftigung hinausgeht.

Für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse besteht eine Sonderregelung in § 24 AGG für Richter und Beamte, nicht jedoch Soldatinnen und Soldaten, deren Diskriminierungsschutz im Soldatinnen- und Soldaten- Gleichbehandlungsgesetz – SoldGG geregelt ist.

Nach allgemeiner Ansicht sind Strafgefangene keine Arbeitnehmer²¹². Anders kann dies jedoch bei Freigängern sein, die einer Beschäftigung außerhalb der Strafanstalt nachgehen. Diese können Beschäftigte auf der Grundlage eines Arbeitsverhältnisses sein²¹³.

b) Normadressaten

Noch weiter ist die Regelung der Normadressaten. § 7 Abs. 1 AGG ist passivisch und generalisierend formuliert. Täter einer verbotenen Benachteiligung kann jedermann sein²¹⁴. Allen voran ist das AGG jedoch an die in § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG näher beschriebenen Arbeitgeber adressiert, zugleich auch an Entleiher bei Arbeitnehmerüberlassung²¹⁵ gemäß § 6 Abs. 2 Satz 2 AGG. Für Leiharbeiter ergibt sich damit ein Anspruch sowohl gegen den Vertragspartner als auch gegen das Unternehmen, bei dem die Leistung erbracht wird. Den Arbeitgeber allein treffen die Organisationspflichten der §§ 11 und 12 AGG und die in § 15 AGG normierten Schadensersatzansprüche. Das verwundert nicht, ist der Arbeitgeber doch Vertragspartner oder jedenfalls Partner der Vertragsanbahnung und/oder Inhaber des Weisungsrechts im bestehenden Arbeitsverhältnis. Neben dem Arbeitgeber sind auch andere Beschäftigte in § 7 Abs. 3 AGG ausdrücklich als mögliche benachteiligende Personen erwähnt, so dass – gleichviel sie die Schadensersatzfolge des § 15 AGG nicht fürchten müssen – sie auch zum engeren Adressatenkreis zu zählen sind, ebenso wie Dritte, z. B. in Gestalt von Kunden des Arbeitgebers²¹⁶.

4. Sachlicher Anwendungsbereich

Mit der Zieldefinition des § 1 AGG wird gleichzeitig auch mittelbar der sachliche Geltungsbereich umschrieben²¹⁷. Eine Benachteiligung kommt nur wegen eines oder mehrerer der genannten Merkmale in Betracht. Für die hier zu untersuchende sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ist der sachliche Anwendungsbereich über den Verweis in § 3 Abs. 4 AGG auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG beschränkt²¹⁸. Außer Betracht bleiben der in § 2

²¹² Vgl. *OLG Hamburg*, Beschl. v. 18.9.2015 – 3 Ws 79/15 Vollz, BeckRS 2015, 16364 zur Anwendbarkeit des MiLoG auf Strafgefangene; *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 123.

²¹³ *LAG Baden-Württemberg*, Urt. v. 15.9.1988 – 4b Sa 41/88, NZA 1989, 886.

²¹⁴ *Bauer/Krieger*, AGG, § 7 Rn. 6; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 7 Rn. 12.

²¹⁵ Überlassenen Personen steht damit ein Anspruch gegen beide „Arbeitgeber“ zu (*Bauer/Krieger*, AGG, § 6 Rn. 21). Das ist angesichts des Umstandes erforderlich, dass sowohl der Verleihunternehmen als auch der Entleiher benachteiligungsfähige berufliche Entscheidungen treffen können.

²¹⁶ BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 34.

²¹⁷ *Schlachter*, in: *ErFK*, AGG, § 1 Rn. 1.

²¹⁸ Sofern die Handlung jedoch neben den Tatbestandsanforderungen des § 3 Abs. 4 AGG zusätzlich die weitere Anforderung des § 3 Abs. 3 AGG erfüllt – kumulatives Vorliegen der Schaffung eines feindlichen Umfeldes – fällt diese Beschränkung weg. Aus europarechtskonformer Auslegung von § 3 Abs. 4 AGG folgt, dass aufgrund der bereits bis 21.12.2007 umzusetzenden Richtlinie 2004/113/EG (ABl. EG Nr. L 373 vom 21.12.2004, S. 37) die sexuelle Belästigung nicht länger nur für den arbeits-, sondern auch für den zivilrechtlichen Bereich des § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 AGG gilt. Vgl. auch *v. Roettenken*, § 3 Rn. 374. Für

Abs. 1 Nr. 5 bis 7 AGG geregelte Sozialschutz und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen nach Nr. 8. Anders als in § 1 Abs. 1 BSchG ist im AGG nicht nur vom „Arbeitsplatz“ die Rede, der Gesetzgeber hat vielmehr die „starke Differenzierung des Richtlinientextes“²¹⁹ nahezu identisch übernommen.

a) § 2 Abs. 1 Nr. 1: Zugangs- und Aufstiegsbedingungen

Der Anwendungsbereich beginnt in zeitlicher Hinsicht mit der Aufnahme von vorvertraglichen Kontakten im Rahmen einer Bewerbung um eine unselbstständige oder selbstständige Erwerbstätigkeit und etwaiger Auswahlverfahren, soweit die Bedingungen für den Zugang²²⁰ benachteiligend ausgestaltet sind. In dieser Hinsicht geht das AGG weiter als das BSchG das nur die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, d. h. im bestehenden Arbeitsverhältnis umfasste²²¹. Für eine Erwerbstätigkeit ist regelmäßige Voraussetzung, dass eine Tätigkeit ausgeübt werden soll, die den persönlichen Lebensunterhalt sicherstellt. Der Begriff ist weit auszulegen, so dass auch Teilzeit- und Zweittätigkeiten darunter fallen²²², unbezahlte, freiwillige Tätigkeiten hingegen gehören nicht dazu²²³. Unbezahlte Praktika, insbesondere Pflichtpraktika im Rahmen einer Berufsbildungsmaßnahme sind nicht nach dem Normzweck einzubeziehen, sondern fallen unter die Regelung der Nr. 3²²⁴. Zugangsbedingungen meint die gesamte Ausgestaltung des Auswahlverfahrens und ist nicht beschränkt auf Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, sondern erfasst darüber hinaus auch das Fragerecht des Arbeitgebers²²⁵ und generell das Recht des Arbeitgebers, Informationen über die betroffene Person einzuholen²²⁶. Bezogen auf die sexuelle Belästigung treten hier typischerweise die Quid-pro-quo-Fälle auf, in denen der Zugang oder Aufstieg gegen sexuelle Gefälligkeiten in Aussicht gestellt wird.

Auf den ersten Blick mag es erstaunen, dass gerade freiwillige und unbezahlte Personen bei den Zugangs- und Aufstiegsbedingungen nicht in den sachlichen Anwendungsbereich einbezogen sind, erbringen sie die beabsichtigte Leistung – etwa im Ehrenamt – ohne materielle Gegenleistung. Dass diese Personen aufgrund der kostenfreien Erbringung ihrer Leistungen nicht privilegiert sind, ist dem Umstand geschuldet, dass bei ihnen keine wirtschaftliche Abhängigkeit besteht, die sie aus finanziellen Motiven innerlich zwingt, eine Tätigkeit erbringen zu müssen, die sie nicht wollen.

die Untersuchung der Strafbarkeit der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz ist der zivilrechtliche Anwendungsbereich jedoch nicht von Bedeutung und bleibt daher in der folgenden Betrachtung unberücksichtigt.

²¹⁹ *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 2 Rn. 1.

²²⁰ Hierzu zählt auch der „fortgesetzte“ Zugang durch Aufrechterhaltung, *BGH*, Urt. v. 23.4.2012 – II ZR 163/10, NJW 2012, 2346 (2348).

²²¹ *Schlachter*, NZA 2001, 121 (122).

²²² *Bauer/Krieger*, AGG, § 2 Rn. 12 f.

²²³ *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 2 Rn. 5; vgl. ausführlich zur Erwerbstätigkeit *Däubler*, in: *Däubler/Bertzbach*, AGG, § 2 Rn. 3 ff.

²²⁴ *Däubler*, in: *Däubler/Bertzbach*, AGG, § 2 Rn. 15; a. A. *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 2 Rn. 5.

²²⁵ *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 2 Rn. 4a.

²²⁶ Z. B. bei Testverfahren, Gesundheitsuntersuchungen und dergleichen; vgl. hierzu ausführlich *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 46 ff.

b) § 2 Abs. 1 Nr. 2: Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen

Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen sind als „Gegenbegriff[e] zu den in § 2 Abs. 1 Nr. 1 bezeichneten Zugangsbedingungen“²²⁷ weit auszulegen. Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen sind nicht nur durch die vertragliche oder tarifliche Vereinbarung definiert, sondern unterliegen der Ausgestaltung durch die Vertragsparteien – etwa durch das Direktionsrecht des Arbeitgebers²²⁸. Arbeitsbedingungen sind alle mit dem Arbeitsverhältnis verbundenen Umstände²²⁹ „tatsächlicher oder rechtlicher Art“²³⁰. Hierzu zählen insbesondere Maßnahmen bei der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses – zu denken ist etwa an Abmahnungen oder Weisungen²³¹ – und bei der Beendigung, also etwa beim Abschluss von Aufhebungsverträgen²³².

Sowohl nach dem Wortlaut („Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen“) als auch nach der Systematik im Verhältnis zur Regelung des § 6 Abs. 3 AGG kann dieser Anwendungsbereich nur die unselbstständige Tätigkeit erfassen. Einerseits ist die selbstständige Erwerbstätigkeit in § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG in Abgrenzung zu Nr. 1 gerade nicht erwähnt. Darüber hinaus erklärt auch § 6 Abs. 3 AGG (nur) das Benachteiligungsverbot bei Zugang und Aufstieg Selbstständiger für anwendbar²³³. Es sind aber nicht nur die Bedingungen aus Arbeitsverhältnissen („Arbeitsbedingungen“) erfasst, sondern ebenfalls die Bedingungen anderer Beschäftigungsverhältnisse („Beschäftigungs-[...]bedingungen“), insbesondere der Berufsbildungsverhältnisse. Andernfalls ergäbe sich eine Schutzlücke für die Benachteiligung der Personen, die eine berufliche Bildungsmaßnahme durchlaufen. Nicht zu den mit dem Beschäftigungs- oder Arbeitsverhältnis verbundenen Umständen zählen reine Privatkontakte oder private Veranstaltungen zwischen Betriebsangehörigen.

Zweifelhaft kann sei, ob auch die Teilnahme an Weiterbildungs- oder Incentivierungsveranstaltungen zu den Arbeitsbedingungen zählt. Zunächst scheint dies nicht der Fall zu sein, da es sich hierbei nicht um die Erbringung der eigentlich geschuldeten Arbeitsleistung handelt. Jedoch bestimmt der Arbeitgeber Kraft seines Direktionsrechtes aus § 106 GewO über die Arbeitsleistung. Nach Sinn und Zweck des Benachteiligungsverbots muss der Anwendungsbereich auch für durch den Arbeitgeber angeordnete, externe Schulungen gelten – deren Zugang bereits nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG geschützt ist – deren Teilnahme aufgrund von Weisungen angeordnet werden kann und deren inhaltliche Ausgestaltung einem externen Beratungsunternehmen obliegt, denn es handelt sich um Beschäftigungsbedingungen²³⁴, denen sich die betroffene Person nicht entziehen kann, ohne sich dem

²²⁷ *Bauer/Krieger*, AGG, § 2 Rn. 27; auch *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 77.

²²⁸ *Schlachter*, in: *ErFK*, AGG, § 2 Rn. 8.

²²⁹ *EuGH*, Urt. v. 13.7.1995 – C-116/94, NZA-RR 1996, 121 (122).

²³⁰ *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 101.

²³¹ *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 76.

²³² *BAG*, Urt. v. 25.2.2010 – 6 AZR 911/08, NZA 2010, 561 (563) Rn. 23.

²³³ *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 77; *Bauer/Krieger*, AGG, § 2 Rn. 30; a. A. v. *Roetteken*, § 2 Rn. 22a mit dem Argument, die Beendigung einer Tätigkeit falle unter Nr. 2. Zutreffenderweise wird die Beendigung der selbstständigen Tätigkeit als *actus contrarius* zum Zugang (*Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 98) eher unter Nr. 1 zu subsumieren sein. Nr. 2 für Selbstständige zu öffnen wäre im Hinblick darauf, dass es sich um den Gegenbegriff zur Nr. 1 handelt, zu weitgehend. Aus den vor Benachteiligung geschützten Arbeitsbedingungen nur die Entlassungsbedingungen auf Selbstständige anzuwenden findet weder im Wortlaut einen Anhalt noch einen systematischen Zugang.

²³⁴ *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 2 Rn. 20.

Vorwurf der Leistungsverweigerung auszusetzen. Dem Arbeitgeber obliegt das Benachteiligungsverbot. Die Teilnahme erfolgt im Rahmen des Abhängigkeitsverhältnisses und zählt damit zu den Arbeits- oder Beschäftigungsbedingungen. Andernfalls wäre es möglich, teilnehmende Personen während externer Schulungen oder Veranstaltungen zu belästigen oder zu benachteiligen, ohne dass dies in den Anwendungsbereich des AGG fiel.

Ob dies auch für lediglich angebotene Schulungen gilt, deren Teilnahme freiwillig erfolgt, ist fraglich. Zunächst scheint die betroffene Person frei in der Ausübung ihrer Willensbildung zu sein, kann sie das Angebot doch ablehnen. Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass auch diesen Angeboten ein betrieblicher Zweck innewohnt²³⁵, der einen Bezug zum Beschäftigungsverhältnis aufweist. Das Angebot abzulehnen zieht zwar keine unmittelbaren arbeitsrechtlichen Konsequenzen nach sich, ist jedoch geeignet, Benachteiligungen wegen der Ablehnung auszulösen, die nicht unter den Schutz des AGG fallen, sofern dadurch keine mittelbare Benachteiligung verbunden ist²³⁶. Eine Ablehnung des Angebots wird oftmals trotz entgegenstehenden Willens vermieden, um den Arbeitgeber nicht zurückzuweisen oder gar zu brüskieren. Dieser aus der Abhängigkeit resultierende Zwang ist erst dann nicht mehr relevant, wenn kein betrieblicher Bezug mehr besteht, der durch den Arbeitgeber vermittelt wird – etwa bei einer privaten Party von Betriebsangehörigen. Die dortige Ablehnung kann zwar auch als Zurückweisung des Gastgebers interpretiert werden, eine Auswirkung auf das wirtschaftliche Abhängigkeitsverhältnis besteht jedoch nicht; der Schutzzweck entfällt²³⁷. Rein privates Verhalten ist für den Arbeitgeber aufgrund des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nur in Ausnahmefällen beeinflussbar²³⁸.

c) § 2 Abs. 1 Nr. 3: Berufsberatung und -bildung

Umfasst ist der Zugang zu allen Formen und Ebenen der Berufsberatung und der Berufsbildung. Es handelt sich um eine umfassende Regelung, die unabhängig von Träger oder Rechtsgrundlage alle Arten und Formen der beruflichen Bildung erfasst²³⁹. Zur Berufsberatung zählen die Arbeitsförderung durch die Bundesagentur für Arbeit und private Anbieter, insbesondere in Form von Wissensvermittlung, Training und Kostenübernahme²⁴⁰. Berufsbildung umfasst nach dem Berufsbildungsgesetz die Berufsausbildung, die berufliche Fortbildung und die berufliche Umschulung und damit alle Bereich der beruflichen Bildung, insbesondere Ausbildungsverhältnisse nach § 1 Abs. 1 BBiG. Ebenso sind Fortbildungen nach einer Fortbildungsordnung gemäß § 53 BBiG und die der beruflichen Weiterbildung dienenden Schulungen, Seminare oder Lehrgänge umfasst²⁴¹. Ob solche beruflichen Weiterbildungsmöglichkeiten vom Arbeitgeber angeboten werden, steht in

²³⁵ *Schlachter*, NZA 2001, 121 (124).

²³⁶ So kann z. B. die freigestellte Teilnahme an einer außerhalb der Arbeitszeiten liegenden, vom Arbeitgeber finanzierten Weihnachtsfeier bei Ablehnung durch die betroffene Person zur Folge haben, dass diese als weniger mit dem Arbeitgeber identifiziert eingeschätzt wird und aufgrund dessen bei anstehenden Beförderungen nicht berücksichtigt wird.

²³⁷ *Schlachter*, NZA 2001, 121 (125). Gleichwohl ist es denkbar, dass außerdienstliches Verhalten bei rein privaten Veranstaltungen Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis haben kann, etwa wenn eine Person bei einer privaten Feier von einer Person in Form strafrechtlich relevanten Handelns sexuell belästigt wird, mit der sie beruflich zusammenarbeiten muss. Aus diesem privaten Verhalten jedoch einen vertraglichen Ersatzanspruch gegen den Arbeitgeber nach § 15 AGG herzuleiten, scheint zu weitgehend.

²³⁸ *Schmidt*, in: ErfK, GG, Art. 2 Rn. 76.

²³⁹ *Bauer/Krieger*, AGG, § 2 Rn. 32.

²⁴⁰ *Däubler*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 2 Rn. 34.

²⁴¹ *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 102.

seiner freien unternehmerischen Entscheidung²⁴². Bietet er sie an, ist er bezüglich des Zugangs jedoch an das Benachteiligungsverbot gebunden²⁴³. Entsprechendes gilt für Umschulungen. Auch praktische Berufserfahrungen als Praktikant oder Volontär²⁴⁴ sind darunter zu subsumieren, soweit diese nicht bereits als Erwerbstätigkeit zu qualifizieren sind.

Von § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG nicht geschützt ist die Ausgestaltung der einbezogenen Bereiche. Die Entscheidung des Arbeitgebers ob Bildungsmaßnahmen angeboten werden und wenn ja welche, in welchem Umfang und mit welchem Inhalt, ist nicht nachprüfbar. Schutz für die Teilnahme während der Dauer der Teilnahme an einer Maßnahme der Berufsbildung oder Beratung folgt aus § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG – soweit ein Beschäftigungs- oder Arbeitsverhältnis besteht.

d) § 2 Abs. 1 Nr. 4: Mitgliedschaft in Vereinigungen

Hierzu zählt eine Benachteiligung in Bezug auf die Mitgliedschaft oder die Mitwirkung in einer Vereinigung, wie z. B. in einer Gewerkschaft, aber auch in einer berufsbezogenen Vereinigung wie einem Berufsfachverband, einer berufsständischen Kammer, der Handwerksinnung oder eine Einrichtung zur Gewährung sozialer Leistungen wie dem berufsständischen Versorgungswerk²⁴⁵.

Für die sexuelle Belästigung kommen hierbei Quid-pro-quo-Fälle beim Eintritt in die Vereinigung oder die feindliche Ausgestaltung der Mitwirkung in der Vereinigung in Betracht.

e) Zusammenfassende Betrachtung

Die stark ausdifferenzierte Gestaltung des Anwendungsbereichs des § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG ist Folge der „sklavischen Umsetzung der Richtlinienbestimmungen durch den deutschen Gesetzgeber“²⁴⁶ und stößt in der Literatur überwiegend auf Kritik²⁴⁷. Eine „eingängigere Umschreibung“²⁴⁸ wird vorgeschlagen. Eine solche wäre möglich gewesen, da der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinien über deren (Mindest-)Inhalt hinausgehen kann. Hiervon wollte der deutsche Gesetzgeber offenbar keinen Gebrauch machen²⁴⁹. Unter der Geltung des § 1 Abs. 1 BSchG bestand mit dem Anwendungsbereich „am Arbeitsplatz“ eine solche Umschreibung. Diese war wiederum auslegungsbedürftig, da die Terminologie einen örtlichen Bezug aufwies und nahelegte, es sei nur der Ort gemeint, an dem die Arbeit erbracht wird. *Schlachter* hat darauf hingewiesen, dass immer

²⁴² *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 97. Erforderlich ist ebenfalls ein Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, der bereits dann bestehen kann, wenn der Arbeitgeber eine (Teil-)Kostenübernahme für in der Freizeit besuchte extern organisierte Veranstaltung gewährt (ders. a. a. O.).

²⁴³ *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 99.

²⁴⁴ *Däubler*, in: *Däubler/Bertzach*, AGG, § 2 Rn. 36; *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 104; v. *Roetteken*, § 2 Rn. 27.

²⁴⁵ Vgl. statt aller v. *Roetteken*, § 2 Rn. 33 ff.

²⁴⁶ *Bauer/Krieger*, AGG, § 2 Rn. 3.

²⁴⁷ *Schlachter*, in: *ErfK*, AGG, § 2 Rn. 1; *Adomeit/Mohr*, AGG, § 2 Rn. 1; v. *Roetteken*, § 2 Rn. 3; *Däubler*, in: *Däubler/Bertzach*, AGG, § 2 Rn. 1; *Kamanabrou*, RdA 2006, 321 (322).

²⁴⁸ *Schlachter*, in: *ErfK*, AGG, § 2 Rn. 1.

²⁴⁹ Als „Verweigerungshaltung“ bezeichnet von v. *Roetteken*, § 2 Rn. 3.

dann ein Arbeitsplatzbezug besteht, wenn dieser „räumlich oder funktionell durch die Tätigkeit mindestens einer beteiligten Partei vermittelt“²⁵⁰ wird. Bei einer außerbetrieblichen Veranstaltung ist dieser Bezug dann stark genug, wenn der Arbeitgeber die Teilnahme angeordnet oder angeboten hat²⁵¹.

Der heute im AGG geltende Anwendungsbereich ist weiter als der des BSchG und umfasst diesbezüglich auch Bewerber und Praktikanten. Zeitlich ist der Anwendungsbereich bereits in der Anbahnungsphase einer Erwerbstätigkeit eröffnet und dauert über deren Beendigung hinaus an²⁵². Er besteht für den Zugang zur und die Bedingungen der abhängigen Beschäftigung. Durch die starke Detaillierung der Regelung treten der dahinterstehende Sinn und der Zweck des Anwendungsbereichs gerade für diese Bezüge nicht deutlich zum Vorschein. Dies ist jedoch erforderlich, um in Zweifelsfragen zu angemessenen Ergebnissen zu gelangen. Die berufsbezogenen Anwendungsbereiche des § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG gewähren den Schutz vor Diskriminierung in Situationen, in denen die betroffene Person nicht ohne Weiteres ausweichen kann, da sie gegenüber dem Arbeitgeber aufgrund wirtschaftlicher Abhängigkeit in einem hierarchisch geprägten, weisungsabhängigen Unterordnungsverhältnis steht das zumeist die Benachteiligung erst ermöglicht. Schutz ist dort nicht mehr möglich und angemessen, wo kein direkter Bezug mehr zum Arbeitsverhältnis besteht.

Für die sexuelle Belästigung bedeutet dies, dass der Anwendungsbereich mit der Bewerbung und dem Zugang eröffnet ist und für alle sexuellen Belästigungsfälle besteht, die auf Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen zurückzuführen sind. Wie dargestellt umfasst dies auch außerbetriebliche Veranstaltungen, die auf eine betriebliche Veranlassung zurückgehen²⁵³. Erst wenn kein betrieblicher Bezug durch den Arbeitgeber mehr vermittelt wird, endet der Anwendungsbereich, da kein direkter Zusammenhang mehr zum Abhängigkeitsverhältnis besteht und der Arbeitgeber darüber hinaus keine ausreichenden Möglichkeiten hat, auf rein privates Verhalten der Beschäftigten einzuwirken, um einen Schutz zu gewährleisten, der im Verhältnis zum Ersatzanspruch des § 15 AGG steht.

Als Täter einer sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz kommt primär der Arbeitgeber in Betracht. Er kann in allen betrieblich veranlassten Umgebungen, sei es unmittelbar am Arbeitsplatz, im Betrieb und auch außerhalb des Betriebs, sofern ein betrieblicher Zusammenhang besteht, Täter einer sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz sein. Weitere mögliche Täter sind Führungskräfte aber auch hierarchisch gleichgestellte oder unterstellte Betriebsangehörige ebenso wie Vertragspartner und völlig fremde Dritte. Sie alle können unmittelbare Täter sein. In den Konstellationen, in denen der Arbeitgeber nicht selbst als unmittelbarer Täter in Betracht zu ziehen ist, besteht die Möglichkeit, dass er als mittelbarer Täter, Mittäter oder Gehilfe an der Tat beteiligt ist oder die Tat durch Unterlassen begangen oder gefördert hat. Ab wann aus zivilrechtlicher Sicht in Anweisungsfällen von einer Benachteiligung auszugehen ist, wird die Untersuchung zu § 3 Abs. 5 AGG zeigen²⁵⁴.

²⁵⁰ *Schlachter*, NZA 2001, 121 (125).

²⁵¹ *Schlachter*, NZA 2001, 121 (125).

²⁵² Z. B. im Hinblick auf betriebliche Altersvorsorge, *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 135.

²⁵³ Vgl. diese Arbeit unter C. III. 4. b).

²⁵⁴ Vgl. diese Arbeit unter C. III. 5. h).

Da jedermann als Täter in Betracht zu ziehen ist, findet diesbezüglich keine Beschränkung des Anwendungsbereichs statt. Eine solche besteht nur bzgl. des geschützten Personenkreises und den in § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG geschützten Bedingungen. Für die Frage, ob zivilrechtlich eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz vorliegt kommt es mithin nicht darauf an, *wer* handelt. Von Bedeutung ist, *wem gegenüber*, *wo* und *wie* gehandelt wird. Es muss eine geschützte Person betroffen sein, die innerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs benachteiligt worden sein muss.

5. Definition der sexuellen Belästigung in § 3 Abs. 4 AGG

Eine sexuelle Belästigung ist eine Benachteiligung in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.

Mit dieser Definition der sexuellen Belästigung beabsichtigte der Gesetzgeber, die Anforderungen der europäischen Richtlinien in nationales Recht umzusetzen²⁵⁵. Dabei hat er die von den Richtlinien vorgegebenen Gleichbehandlungsvorschriften als Mindestanforderung einzuhalten. Für die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes günstigere nationale Vorschriften sind möglich²⁵⁶.

Bevor auf die einzelnen Bestandteile der Legaldefinition des § 3 Abs. 4 AGG eingegangen werden kann, sind der Anwendungsbereich zu klären und eine systematische Einordnung der sexuellen Belästigung als Benachteiligung vorzunehmen

a) Umsetzung der europarechtlichen Richtlinienvorgabe durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz

aa) Anwendungsbereich

Die Definition der sexuellen Belästigung in § 3 Abs. 4 AGG entspricht weitgehend der Richtlinie 2006/54/EG, die insofern identisch ist zur Richtlinie 2002/73/EG. Der Geltungsbereich von § 3 Abs. 4 AGG ist jedoch auf Benachteiligungen in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG – also auf den *arbeitsrechtlichen* Bereich – beschränkt. Diese Einschränkung kennt die Richtlinie 2004/113/EG für die *allgemeine* Gleichbehandlung von Männern und Frauen nicht. Nach der Richtlinie 2004/113/EG ist eine sexuelle Belästigung innerhalb der Anforderungen des § 3 Abs. 4 AGG ohne Einschränkungen möglich. Hingegen sind nach den Anforderungen des AGG für eine sexuelle Belästigung im Bereich des § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG aufgrund des beschränkten Geltungsbereichs in § 3 Abs. 4 AGG

²⁵⁵ Gesetzesbegründung in BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 20.

²⁵⁶ ABI. EG Nr. L 269 vom 5.10.2002, S.19 (Artikel I. Nr. 7 zu Artikel 8e).

zusätzlich die Anforderungen der einfachen Belästigung nach § 3 Abs. 3 AGG zu erfüllen²⁵⁷. Die Umsetzung der Richtlinie ist daher nur defizitär erfolgt²⁵⁸, da die nationale Regelung höhere Anforderungen stellt, bzw. im Schutzbereich hinter der Richtlinie zurückbleibt²⁵⁹.

bb) Diskriminierungsverbot

Der Gesetzgeber hat sich entschieden, bei der Regelung des § 3 Abs. 4 AGG begrifflich über die Richtliniendefinition hinauszugehen, indem er die aus dem BSchG bekannten Fallgruppen eingefügt hat²⁶⁰. Die beispielhafte Aufzählung möglicher sexuell bestimmter Verhaltensweisen erfasst typische Fälle und entspricht weitgehend den in § 2 Abs. 2 Satz 2 des BSchG aufgezählten unerwünschten Verhaltensweisen²⁶¹. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass die Fälle aus dem BSchG wie sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen stets eine sexuelle Belästigung darstellen²⁶². Das ist nur dann der Fall, wenn auch die übrigen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, d. h. das solchermaßen qualifizierte sexuelle Verhalten unerwünscht erfolgt und bewirkt oder bezweckt, dass die Würde der betroffenen Person verletzt wird.

Die Fortführung von Terminologie und Inhalten des BSchG zeigt sich ferner daran, dass die in den Richtlinien verwendete Formulierung „Verhalten sexueller Natur“ durch die aus dem BSchG bekannte Formulierung des „sexuell bestimmten Verhaltens“ ersetzt wurde. Die Gesetzesbegründung enthält darüber hinaus den ausdrücklichen Hinweis, dass „wie bisher“ erst recht sexuelle Handlungen und Verhaltensweisen, die nach strafgesetzlichen Vorschriften unter Strafe gestellt sind, zu den erfassten Verhaltensweisen zählen²⁶³.

Die Änderung gegenüber dem BSchG besteht letzten Endes darin, dass das Vorsatzerfordernis durch die Alternativen bezwecken und bewirken ausgetauscht wurde und die Verhaltensweisen nun nicht mehr erkennbar abgelehnt werden, sondern unerwünscht sein müssen²⁶⁴.

b) Begriff der sexuellen Belästigung

aa) Sprachgebrauch

Abseits der juristischen Definition der sexuellen Belästigung ist diese zunächst ein Gegenstand allgemeiner Sprache, der in der Gesellschaft mit Verhaltensweisen assoziiert ist. Unter „belästigen“ versteht man allgemein, jemanden zu stören oder gegenüber jemandem

²⁵⁷ Adomeit/Mohr, AGG, § 3 Rn. 135.

²⁵⁸ Schiek, in: Schiek, AGG, § 3 Rn. 62; Eggert-Weyand, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 69.

²⁵⁹ Gleiches gilt für die Richtlinie 2010/41/EU (ABl. EU Nr. L 180 vom 15.7.2010) zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben. Diese wäre bis zum 5. August 2012 ordentlich umzusetzen gewesen. Bei besonderen Schwierigkeiten im Sinne von Artikel 16 Abs. 2 der Richtlinie bis 5. August 2014.

²⁶⁰ Schiek, in: Schiek, AGG, § 3 Rn. 63.

²⁶¹ BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33.

²⁶² So wohl Schiek, in: Schiek, AGG, § 3 Rn. 63.

²⁶³ BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33.

²⁶⁴ Schlachter, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 18; Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3 Rn. 76; Bauer/Krieger, AGG, § 3 Rn. 48; Adomeit/Mohr, AGG, § 3 Rn. 138; Nollert-Borasio/Perreng, AGG, § 3 Rn. 36; einschränkend: Thüsing, in: MüKo-BGB, AGG, § 3 Rn. 65.

zudringlich zu werden²⁶⁵. Es handelt sich also um ein einmaliges, zeitlich abgegrenztes, unter Umständen sexuell motiviertes Verhalten einer anderen Person.

Das Eindringen in den Wahrnehmungskreis der betroffenen Person kann in unterschiedlicher Intensität erfolgen. Für eine einfache Belästigung reicht es aus, dass das Verhalten als lästig empfunden wird, vergleichbar einem geringen Übel ohne Bedrohungscharakter für die Selbstbestimmung der betroffenen Person. Wird durch das belästigende Verhalten jedoch die Sexualsphäre tangiert, spricht man von Aufdringlichkeit oder Zudringlichkeit, denn fremdes Verhalten, welches das Sexuelle und damit das Körperliche der betroffenen Person betrifft, wird ihr aufgedrängt und dadurch eine Reaktion oder jedenfalls eine geistige Verarbeitung verlangt.

bb) Übersetzung aus dem Englischen

Im englischen Sprachraum und in der englischen Fassung der maßgebenden europäischen Richtlinien wird der Begriff „harassment“ verwendet, den die gängigen Wörterbücher mit „Belästigung“ und entsprechend „sexual harassment“ als „sexuelle Belästigung“ übersetzen. Darüber hinaus wird dort aber „Schikanie“ oder „Bedrängnis“ angeboten²⁶⁶. Schikane ist eine böswillige Quälerei oder auch die unter Ausnutzung staatlicher oder dienstlicher Machtbefugnisse getroffene Maßnahme, durch die jemandem unnötig Schwierigkeiten bereitet werden²⁶⁷. Zeitlich steht in dieser Umschreibung ein auf eine gewisse Dauer angelegtes Verhalten im Vordergrund. Die Eingriffsintensität ist ebenfalls gegenüber der Belästigung höher: es sind körperliche oder seelische Schmerzen vorhanden („Quälerei“) oder es hat sich eine institutionalisierte Bedrohung durch „Schwierigkeiten“ realisiert.

Die Übersetzung von „harassment“ durch Schikanie entspricht der oben²⁶⁸ dargestellten Definition der sexuellen Belästigung nach dem US-amerikanischen Vorbild am ehesten und besser als die Übersetzung mit „Belästigung“. Die europäischen Richtlinien meinen, wenn sie vor dem Hintergrund des US-amerikanischen Vorbilds von „harassment“ sprechen, die Schikanie einer Person durch sexuelles Verhalten.

Dies spiegelt sich auch in der Qualifikation der sexuellen Belästigung als Würdeverletzung wieder. Nicht jede Lästigkeit reicht für die Erfüllung des Tatbestandes aus. Ähnlich dem US-amerikanischen Vorbild ist erforderlich, dass ein Schaden in Form einer Rechtsverletzung eingetreten ist²⁶⁹.

²⁶⁵ *Scholze-Stubenrecht*, Duden Universalwörterbuch, S. 282, Stichwort „belästigen“.

²⁶⁶ *Breitsprecher*, Pons-Wörterbuch, S. 529.

²⁶⁷ *Scholze-Stubenrecht*, Duden Universalwörterbuch, S. 1519, Stichwort „Schikane“.

²⁶⁸ Vgl. diese Arbeit unter B. II. 1.

²⁶⁹ Sog. „*harm principle*“ nach dem maßgebend ist, ob nur eine Ungerechtigkeit vorliegt oder ein Schaden eingetreten ist.

c) Systematische Einordnung - sexuelle Belästigung als Benachteiligung

aa) Systematik des deutschen Gleichbehandlungsrechts

Ursprünglich waren die sexuelle Belästigung und die Benachteiligung wegen des Geschlechts in zwei unterschiedlichen Gesetzen mit unterschiedlichen Schutzgütern normiert. Bis zum Inkrafttreten des AGG war die Benachteiligung wegen des Geschlechts im Bürgerlichen Gesetzbuch in § 611a BGB in der bis zum 18. August 2006 geltenden Fassung geregelt. Danach durfte der Arbeitgeber bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme nicht wegen des Geschlechts benachteiligen. Die Vorschrift wurde durch Art. 3 Abs. 14 des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aufgehoben²⁷⁰. Hingegen war das Verbot der sexuellen Belästigung im BSchG normiert, welches durch Art. 4 des EU GleichbUmsG ebenfalls aufgehoben wurde. Ziel des BSchG war die Wahrung der Würde durch den Schutz vor sexueller Belästigung. Nach § 2 Abs. 2 S. 2 BSchG stellte die sexuelle Belästigung allein Würde verletzendes Verhalten dar.

Im Hinblick auf das Erfordernis einer Würdeverletzung bei der sexuellen Belästigung hat die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben durch das AGG keine Änderung ergeben - die unerwünschte Verhaltensweise muss weiterhin geeignet sein, die Würde der betreffenden Person zu verletzen²⁷¹. Neu ist hingegen, dass damit per Definition auch eine Benachteiligung vorliegt. Die unmittelbare Benachteiligung ist in § 3 Abs. 1 AGG als eine weniger günstige Behandlung definiert. Um festzustellen, ob eine Benachteiligung vorliegt, ist es stets erforderlich, einen Vergleich mit einer anderen, vergleichbaren Person anzustellen. Im Arbeitsrecht besteht die Gruppe der vergleichbaren Personen aus allen Arbeitnehmern eines Arbeitgebers²⁷². Der Vergleich mit nicht belästigten Personen führt zur Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit der Benachteiligung, die nur dann entfällt, wenn der Arbeitgeber alle Personen gleichermaßen benachteiligt. Nach dieser Sichtweise würde eine Belästigung aufgrund des Geschlechts durch sexuell bestimmtes Verhalten unabhängig von einer eingetretenen Würdeverletzung eine weniger günstige Behandlung darstellen, mithin eine Benachteiligung, denn die belästigte Person wird gegenüber nicht belästigten Personen benachteiligt. In dieser Form entspräche die Einordnung der US-amerikanischen Konzeption, nach der *sexual harassment* eine Form der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ist²⁷³.

Demgegenüber verlangt die europäische Konzeption, und ihr folgend die deutsche Regelung, im Tatbestand nach § 3 Abs. 4 AGG eine Würdeverletzung der betroffenen Person, ohne die keine Benachteiligung wegen sexueller Belästigung gegeben ist. Ist die Würde verletzt worden, liegt Kraft gesetzlicher Fiktion (auch) eine Benachteiligung vor.

²⁷⁰ G. v. 14.08.2006, BGBl. I S. 1897 (Nr. 39).

²⁷¹ Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 3 AGG, BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33.

²⁷² *Thüsing*, in: MüKo-BGB, AGG, § 3 Rn. 3.

²⁷³ Entsprechend gerät die amerikanische Rechtsprechung in Schwierigkeiten, wenn ein Arbeitgeber Frauen und Männer gleichermaßen belästigt, vgl. die Fallbeispiele aus der US-amerikanischen Justiz bei *Herzog*, S. 51.

Vor dem historischen nationalen Verständnis von sexueller Belästigung muss diese Konzeption irritieren, denn da der Unwert der Tat bei der sexuellen Belästigung in der Handlung selbst liegt, ist eine vergleichende Betrachtung nicht erforderlich²⁷⁴. Sexuelle Belästigung durch ein Gleichbehandlungsgebot zu realisieren wird daher auch für systemwidrig gehalten²⁷⁵, da sie nicht in die Systematik eines Gleichbehandlungsgesetzes passe²⁷⁶. In der Vorschrift über die sexuelle Belästigung stehen sich dem Wortlaut nach zwei Grundrechte von verfassungsrechtlichem Rang gegenüber: die Würde und das Gleichheitsrecht.

Diese Feststellung hat eine Reihe von Fragen aufgeworfen, welche die rechtswissenschaftliche Literatur seit dem ersten Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien beschäftigt und zu „Grabenkämpfen“²⁷⁷ zwischen den Vertretern unterschiedlicher Auffassungen geführt hat. Am AGG im Allgemeinen und an den Vorschriften zur Belästigung im Besonderen entzündet sich der Streit um die „richtige“ Konzeption von Gleichheitsrecht zwischen Egalitaristen und Liberalisten. Die Frage danach, was Diskriminierungsschutz leisten soll, ist die Frage, wie weit dieser gehen darf und inwiefern er dem Recht auf freie Selbstbestimmung Grenzen zu setzen vermag. Die Debatte umfasst nicht nur die grundrechtliche Dimension des Verhältnisses von Art. 1 Abs. 1 GG zu Art. 3 GG, sondern darüber hinaus auch rechts- und gesellschaftspolitische Dimensionen und die Frage, ob es zulässig, geeignet und erforderlich ist, durch gesetzliche Vorgaben regulatorischen Zugriff auf das Verständnis von Gleichheit beim Normadressaten zu nehmen, um eine „Kultur der Antidiskriminierung“²⁷⁸ zu schaffen – und wenn ja, welche. Die Diskussion und den Streitstand in dieser Arbeit nachzuzeichnen, würde den Rahmen sprengen und der hier zu untersuchenden Frage, was unter sexueller Belästigung am Arbeitsplatz im AGG zu verstehen ist, nur geringen Gewinn bringen²⁷⁹.

Vorliegend ist die Frage von Interesse, in welchem Verhältnis die geschützten Rechtsgüter zueinanderstehen, um ermitteln zu können, welches Rechtsgut durch den Tatbestand der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz geschützt wird, bzw. ob die geschützten Rechtsgüter in einem Rangverhältnis stehen oder ob sie gleichrangig nebeneinander geschützt sind.

bb) Der Würdebegriff in § 3 Abs. 4 AGG

(1) *Menschenwürde im Sinne von Art. 1 Abs. 1 GG?*

Die Formulierung in § 3 Abs. 4 AGG „die Würde der [...] Person“ scheint nahe zu legen, dass die in Art. 1 Abs. 1 GG geschützte „Würde des Menschen“ gemeint ist. Die Menschenwürde als „oberster Verfassungswert“²⁸⁰ des GG stellt den sozialen Wert- und Achtungsanspruch dar, der dem Menschen wegen seines Menschseins zukommt²⁸¹. Was genau darunter zu verstehen ist, lässt sich aufgrund der Unbestimmtheit des Rechtsbegriffs

²⁷⁴ *Annufß*, BB 2006, 1629 (1632); *Thüsing*, in: MüKo-BGB, AGG, § 3 Rn. 53; *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § 3 Rn. 28.

²⁷⁵ *Thüsing*, in: MüKo-BGB, AGG, § 3 Rn. 52.

²⁷⁶ *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 272; *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 39; vgl. hierzu diese Arbeit unter C. III. 5. c) dd) (2).

²⁷⁷ *Bader*, S. 86.

²⁷⁸ BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 23.

²⁷⁹ Vgl. hierzu *Bader*, insbesondere S. 50 ff.

²⁸⁰ *BVerfG*, Urt. v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, 1084/99, BVerfGE 109, 279 (311).

²⁸¹ *BVerfG*, Beschl. v. 20.10.1992 – 1 BvR 698/89, BVerfGE 87, 209 (228).

und der „Vielfalt der Vorstellungen über Würde in Vergangenheit und Gegenwart“²⁸² nicht sagen, sondern nur „in Ansehung des konkreten Falles“²⁸³ bestimmen. Als „Schlagwort“²⁸⁴ dient die von *Dürig*²⁸⁵ entwickelte und vom Bundesverfassungsgericht²⁸⁶ übernommene Objektformel, wonach die Menschenwürde dann betroffen ist, wenn der Mensch zum bloßen Gegenstand staatlichen Handelns herabgewürdigt wird. Ob eine solche Verletzung nur dann vorliegt, wenn „seine Subjektqualität prinzipiell in Frage“²⁸⁷ gestellt wird oder ob es ausreicht, dass der Mensch als „Subjekt in konkreter Situation“²⁸⁸, d. h. als Rollenträger in Frage gestellt wird, ist umstritten²⁸⁹. Folgt man diesem rollenspezifischen Würdeschutz, ist bei der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz eine Würdeverletzung nach Art. 1 Abs. 1 GG nicht erst möglich, wenn das Menschsein der betroffenen Person als solches in Frage gestellt wird, sondern bereits, wenn die Rolle der betroffenen Person als Kollege oder Kollegin negiert wird und die Person zum Sexualobjekt herabgewürdigt wird²⁹⁰.

Dieses situationsspezifische Würdeverständnis scheint der Gesetzgeber aufgegriffen zu haben, wenn er in der Gesetzesbegründung konstatiert: „Die unerwünschte Verhaltensweise muss geeignet sein, die Würde der betreffenden Person zu verletzen. [...] Das Verhalten muss aber andererseits auch nicht die Qualität einer Verletzung der Menschenwürde im Sinne des Artikels 1 GG erreichen.“²⁹¹ Dadurch hat er zum Ausdruck gebracht, dass ein Würdeschutz unterhalb der Eingriffsschwelle des Menschenwürdekerns existiert und dass dieser maßgebend für die Würdeverletzung in § 3 Abs. 3 und 4 AGG sein soll. Wie dieser Schutz ausgestaltet sein soll, hat er freilich offengelassen. Es ist anerkannt, dass Art. 1 Abs. 1 GG nicht nur im Verhältnis von Bürger und Staat wirkt, sondern auch mittelbar zwischen Privatpersonen²⁹², so dass ein Menschenwürdeschutz durch das AGG jedenfalls denkbar ist. Versteht man den Würdeschutz situationsspezifisch, ist der Gesetzgeber durch die Verabschiedung des AGG seiner Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG nachgekommen.

Der Versuch einer differenztheoretischen Korrektur durch Anerkennung einer situations- oder geschlechtsspezifischen Würdekonzeption begegnet jedoch verfassungsrechtlichen Bedenken. Da „Menschenwürde und Freiheit jedem Menschen zukommen, die Menschen insoweit gleich sind“²⁹³, steckt in der gleichberechtigten Gewährung der Menschenwürde der Grundsatz der Gleichheit – jedenfalls gegenüber dem Staat. Wenn aber die Menschenwürde für alle Menschen gleich ist, kann es keine unterschiedlichen Ausprägungen von

²⁸² *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 1 Rn. 22.

²⁸³ *BVerfG*, Urt. v. 15.12.1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 und 308/69, BVerfGE 30, 1 (25).

²⁸⁴ *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 1 Rn. 22.

²⁸⁵ *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Rn. 36.

²⁸⁶ Zuletzt in *BVerfG*, Urt. v. 15.2.2006 – 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 118 (153).

²⁸⁷ So *BVerfG*, Urt. v. 15.12.1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 und 308/69, BVerfGE 30, 1 (26).

²⁸⁸ *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 1 Rn. 24.

²⁸⁹ Vgl. hierzu die Untersuchung von *Baer*, Würde oder Gleichheit?, S. 205 ff. zur geschlechtsspezifischen Würde.

²⁹⁰ *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 101.

²⁹¹ BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33.

²⁹² *BVerfG*, Beschl. v. 29.7.1968 – 1 BvL 20/63, 31/66 und 5/67, BVerfGE 24, 119 (144); *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 1 Rn. 14; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, Art. 1 Rn. 27.

²⁹³ *BVerfG*, Urt. v. 17.8.1956 – 1 BvB 2/51, BVerfGE 5, 85 (205).

Menschenwürde bei vergleichbaren Sachverhalten geben. Das hieße, eine geschlechtsspezifische Ausgestaltung der Menschenwürde bei im Übrigen vergleichbaren konkreten Sachverhalten wäre gleichheitswidrig und damit abzulehnen²⁹⁴.

Ein ähnliches Ergebnis zeigen die Untersuchungen von *Baer*²⁹⁵ zu Würde als Recht gegen Diskriminierung unter der Geltung des BSchG²⁹⁶. Sie geht vom Menschenwürdekern als Schutzgut und von Würde als Recht auf freie Selbstbestimmung aus. Die Menschenwürde als solche kann (nur) durch systematische Diskriminierung verletzt werden, die grundsätzlich auch bei einer sexuellen Belästigung vorliegen kann, jedoch nicht deren typischem Auftreten entspricht, da sie die Entpersonalisierung des Individuums²⁹⁷ als Erheblichkeitsschwelle fordert. Die Interpretation des Würdebegriffs des AGG gemäß der Menschenwürde i. e. S. nach Art. 1 Abs. 1 GG führt zu unangemessenen Ergebnissen, da die Würdeverletzung als Erheblichkeitsschwelle²⁹⁸ dadurch so weit angehoben wird²⁹⁹, dass die von der Mehrheit der Berufstätigen als sexuelle Belästigung qualifizierten Begehensweisen nicht mehr unter den Tatbestand fallen³⁰⁰ und die Charakterisierungsmerkmale des feindlichen Umfeldes bei weitem übersteigen und damit *ad absurdum* geführt werden.

Etwas Anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der geschützte Achtungsanspruch stets das Ergebnis einer Gesamtwürdigung ist³⁰¹. „Der so ermittelte Würdeanspruch gilt dann absolut. Eine Abwägung mit anderen Grundrechten und sonstigen Rechtsgütern von Verfassungsrang findet nicht mehr statt“³⁰². Die Unbestimmtheit und die Wandelbarkeit des unbestimmten Rechtsbegriffs der Würde verlangt, dass für den konkreten Fall die Reichweite bestimmt wird. Sie ist jedoch stets unter Beachtung der Gleichheitssätze des Art. 3 GG zu bestimmen und damit für alle Menschen gleich³⁰³. Inhalt und Umfang der Menschenwürde situationsspezifisch oder geschlechtsspezifisch anzupassen, ist daher unzulässig.

(2) Ausschnitt aus der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG?

In der Kommentarliteratur zum AGG wird vertreten, dass für eine Würdeverletzung eine „Beeinträchtigung des Selbstverständnisses in Bezug auf die Merkmale des § 1“ ausreicht³⁰⁴. *Schiek* beschreibt die Hauptfunktion des individualistischen Verständnisses der

²⁹⁴ So im Ergebnis auch *Baer*, Würde oder Gleichheit?, S. 205 ff.

²⁹⁵ *Baer*, Würde oder Gleichheit?, S. 190 ff.

²⁹⁶ In der Begründung zum BSchG findet sich kein Hinweis des Gesetzgebers darauf, dass nicht die Menschenwürde als Schutzgut der Würdeverletzung gemeint sein könnte.

²⁹⁷ *Baer*, Würde oder Gleichheit?, S. 204.

²⁹⁸ *Schlachter*, in: *ErfK*, AGG, § 3 Rn. 17.

²⁹⁹ *Thüsing*, in: *MüKo-BGB*, AGG, § 3 Rn. 56 spricht von einem „eindeutig zu hoch gegriffenen Maßstab“.

³⁰⁰ Vgl. hierzu diese Arbeit unter C. IVC.IV. sowie die Übersicht bei *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*, S. 210, Tabelle 44.

³⁰¹ *BVerfG*, Urt. v. 15.12.1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 und 308/69, *BVerfGE* 30, 1 (25): unter welchen Umständen die Menschenwürde verletzt sein kann läßt sich nicht generell sagen, sondern immer nur in Ansehung des konkreten Falles.

³⁰² *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 1 Rn. 47.

³⁰³ *Hofmann*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, GG, Art. 1 Rn. 9.

³⁰⁴ So *Schlachter*, in: *ErfK*, AGG, § 3 Rn. 17; ähnlich *Eggert-Weyand*, in: *Rust/Falke*, AGG, § 3 Rn. 83; v. *Roeteken*, § 3 Rn. 364.

Diskriminierungsverbote als die „Wahrung der Menschenwürde, die den Kern der Individualität jedes Einzelnen bildet“³⁰⁵. Wird eine Person wegen eines oder mehrerer dieser Merkmale benachteiligt, so stellt dies eine Menschenwürdeverletzung dar, da durch die Diskriminierung wesentliche Teile ihrer Persönlichkeit vernachlässigt werden und ihr dadurch nicht mehr die gleiche Würde wie anderen Menschen zuerkannt wird³⁰⁶. Anders formuliert: Schutzgut des AGG ist die in Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Würde des Menschen. Diese muss aber nicht in einer grundrechtsrelevanten Weise verletzt werden, indem der betroffenen Person in ihrem Menschsein als solchem zum Objekt herabgewürdigt wird. Es genügt vielmehr, dass die betroffene Person in einem oder mehreren Merkmalen des § 1 AGG herabgewürdigt und damit z. B. zum Sexualobjekt gemacht wird, um diesen Ausschnitt der Würde des Menschen zu verletzen.

Dagegen werden seitens der Literatur zum Grundgesetz³⁰⁷ Bedenken vorgebracht; es wird gewarnt davor, durch inflationären Umgang mit dem „höchsten Rechtswert“³⁰⁸ die Menschenwürde zur „kleinen Münze“³⁰⁹ zu machen. Die Unabänderlichkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG zwingt zu einer restriktiven Deutung³¹⁰. Diese Bedenken sind nachvollziehbar, betrachtet man die teilweise „phantasievollen Verletzungsbehauptungen“³¹¹, die unter einer Würdeverletzung vorgebracht werden. Insbesondere wenn andere geeignete Rechtsgüter zur Verfügung stehen, darf nicht vorschnell auf die Menschenwürde rekurriert werden.

(3) Allgemeines Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG?

Wenn in § 3 Abs. 4 AGG von Würdeverletzung die Rede ist, könnte damit ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht gemeint sein. Es steht in engem Zusammenhang mit dem Würdeschutz aus Art. 1 Abs. 1 GG und ist als eigenständiges, aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitetes Grundrecht³¹² anerkannt. Dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht liegt der Gedanke der Selbstbestimmung in Bezug auf die geschützten Bereiche der Privat-, Geheim- und Intimsphäre zu Grunde³¹³. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht konkretisiert den grundrechtlichen Schutz allgemeiner Handlungsfreiheiten aus Art. 2 Abs. 1 GG für jene Bereiche der Persönlichkeit eines Menschen, die nicht von speziellen Freiheitsgarantien des Grundgesetzes geschützt sind, die allerdings den geschützten Freiheiten in ihrer konstituierenden Bedeutung für die Persönlichkeit des Menschen nicht nachstehen³¹⁴. Der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts „ist daher nicht abschließend bestimmbar, sondern gerade für bisher unbekannte Persönlichkeitsgefahren offen“³¹⁵. Dogmatisch wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Auslegung der allgemeinen Handlungsfreiheit am Maßstab des Art. 1 Abs. 1 GG begründet, da Aspekte der

³⁰⁵ Schiek, in: Schiek, AGG, Einl. Rn. 43.

³⁰⁶ Dagegen Adomeit/Mohr, AGG, Einl. Rn. 94ff.

³⁰⁷ Vgl. Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Rn. 44 m. w. N.

³⁰⁸ BVerfG, Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187 (227).

³⁰⁹ Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Rn. 44; Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 1 Rn. 8.

³¹⁰ Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Rn. 44.

³¹¹ Vgl. nur die Fn. 1 und 2 bei Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Rn. 83.

³¹² Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 1 Rn. 10; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 127: kein „ge-sondertes“, „vollständig verselbstständigtes Grundrecht“ (ders. Rn. 128).

³¹³ Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 1 Rn. 63.

³¹⁴ BVerfG, Beschl. v. 26.02.1997 – 1 BvR 2172/96, BVerfGE 95, 220 (241).

³¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 26.02.1997 – 1 BvR 2172/96, BVerfGE 95, 220 (241).

Handlungsfreiheit existieren, die aufgrund ihrer Nähe zum stärker geschützten Würdebereich des Art. 1 GG aus der Perspektive der Menschenwürde zu definieren sind³¹⁶. Eingriffe in diese Bereiche, die von der Ausstrahlungswirkung des Art. 1 Abs. 1 GG erfasst sind, stehen unter dem Schutz gegenüber der Handlungsfreiheit erhöhter Rechtfertigungsanforderungen und einer umfassenden Interessenabwägung im Einzelfall.

Als richterrechtliche Fortbildung der Schutz- und Abwehrrechte des Bürgers ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht in typischen Eingriffsgruppen ausgestaltet. Es umfasst den Schutz der engeren Persönlichkeitssphäre³¹⁷, der Selbstbestimmung und der Persönlichkeitsentfaltung. Es wird unterschieden nach verschiedenen Eingriffssphären³¹⁸, wobei umso höhere Anforderungen an die Rechtfertigung zu stellen sind, je tiefer der Eingriff erfolgt. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann bildlich als Brücke zwischen den Rechten aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG verstanden werden, an deren Ende ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in Art. 1 Abs. 1 GG steht³¹⁹ und auf gegenüberliegender Seite der Öffentlichkeitsbereich liegt, der kaum noch Rechtfertigungsanforderungen stellt. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst insbesondere auch das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung. Es zielt auf Abwehr von Eingriffen bzw. auf Schutz der Integrität der Persönlichkeit³²⁰, u. a. durch Diskriminierung und schikanierendes Verhalten wie z. B. Mobbing³²¹.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht könnte durch das AGG eine Konkretisierung erfahren haben. Bereits vor Inkrafttreten des AGG war das allgemeine Persönlichkeitsrecht als zivilrechtlicher Anspruch des Einzelnen auf Achtung seiner Menschenwürde und auf Entfaltung seiner Persönlichkeit³²² anerkannt. Für das AGG im Allgemeinen ist jedoch umstritten, ob es als Persönlichkeitsschutzgesetz aufzufassen ist³²³. Für die hier zu beantwortende Frage nach dem Verständnis der „Würde“ im Tatbestand des § 3 Abs. 4 AGG sind die Besonderheiten der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz gegenüber den sonstigen Diskriminierungsverboten des AGG zu beachten, die dafürsprechen, die Würdeverletzung im Sinne der Vorschrift als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu betrachten. Der Schwerpunkt des Unrechts der sexuellen Belästigung liegt in der Handlung selbst und nicht in einem Vergleich mit anderen Personen. Sexuelle Belästigung soll „Verletzungen der Würde und des Persönlichkeitsrechts“³²⁴ unterbinden. Es geht primär um Integritätsschutz der Persönlichkeit und nicht um Gleichbehandlung. Der Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz wird daher auch als „klassischer Persönlichkeitsrechtsschutz“ betrachtet³²⁵. Durch eine normative Konkretisierung des allgemeinen Persönlich-

³¹⁶ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 130.

³¹⁷ *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 1 Rn. 63.

³¹⁸ Sog. „Sphärentheorie“.

³¹⁹ Für die absolut geschützte Intimsphäre als Kernbereich privater Lebensführung vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 15.1.1970 – 1 BvR 13/68, BVerfGE 27, 344 (351).

³²⁰ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 131.

³²¹ *Beater*, in: Soergel, BGB, § 823 Anh. IV Rn. 211 f.

³²² *BGH*, Urt. v. 25.5.1954 – 1 ZR 211/53, BGHZ 13, 334 (338); *BGH*, Urt. v. 14.2.1958 – 1 ZR 151/56, BGHZ 26, 349 (354) – Herrenreiter-Entscheidung.

³²³ Vgl. die ausführliche Darstellung bei *Bader*, S. 125 f.

³²⁴ *Thüsing*, in: MüKo-BGB, AGG, § 3 Rn. 53.

³²⁵ *Bader*, S. 117; ähnlich *Preis*, in: ErfK, BGB, § 611 Rn. 619.

keitsrechts für einen Anwendungsbereich könnte die ansonsten stets notwendige umfassende Güter- und Interessenabwägung teilweise³²⁶ entfallen, da diese durch den Gesetzgeber allgemein-abstrakt vorgenommen wurde³²⁷. Der Tatbestand wird dadurch abgrenzbar und gewinnt an Kontur. Gleichzeitig lassen sich über die zur Güter- und Interessenabwägung für das allgemeine Persönlichkeitsrecht entwickelten Fallgruppen und Sphärenzuordnungen brauchbar machen. So wäre ein Eingriff in die Intimsphäre in jedem Fall eine Rechtsgutsverletzung, unabhängig von Motivlage und Eingriffsintensität im Übrigen. Die Würdeverletzung als Persönlichkeitsrechtsverletzung zu begreifen, klingt in vielen Literaturstimmen an³²⁸, auch wenn nur wenige das Kind beim Namen nennen³²⁹.

Dieser Auffassung steht auch nicht die Rechtsprechung des BAG³³⁰ entgegen, nach der ein Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG wegen Nichtvermögensschäden grundsätzlich keine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts voraussetzt, sondern allein eine Benachteiligung hierfür ausreicht. Ob dies dogmatisch überzeugt, kann hier dahinstehen, denn die Persönlichkeitsrechtsverletzung stellt in den Belästigungsfällen des § 3 Abs. 3 und 4 AGG keine Qualifikation der feststehenden Benachteiligung dar, sondern ist tatbestandliche Voraussetzung der gesetzlich fingierten Benachteiligung, die sich aus der erforderlichen Würdeverletzung ergibt. Die Rechtsprechung des BAG wendet sich jedoch nur gegen eine *zusätzliche* Schutzgutsverletzung bei festgestellter Benachteiligung. Die zum Mobbing ergangene Rechtsprechung des BAG hingegen sieht in der Belästigungsdefinition des § 3 Abs. 3 AGG die Umschreibung des Mobbingbegriffs. Aus den gegenseitigen vertraglichen Schutzpflichten der Rechte und Rechtsgüter des anderen Teils folgt, dass der Arbeitgeber insbesondere „auch zum Schutz der Gesundheit und der Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers verpflichtet“ ist³³¹.

„Zum Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehört auch der sog. Ehrenschutz, der auf den Schutz gegen unwahre Behauptungen und gegen herabsetzende, entwürdigende Äußerungen und Verhaltensweisen und die Wahrung des sozialen Geltungsanspruchs gerichtet ist. Es umfasst damit auch den Anspruch auf Unterlassung der Herabwürdigung und Missachtung durch andere“³³².

³²⁶ Jedenfalls bei der Schaffung eines feindlichen Umfeldes als besonderem Beispiel einer Würdeverletzung wäre keine Abwägung mehr erforderlich, da der Gesetzgeber diesen Fall ausdrücklich geregelt hat.

³²⁷ *Beater*, in: Soergel, BGB, § 823 Anh. IV Rn. 12.

³²⁸ „Eingriff in die Persönlichkeitssphäre“ bei *Schrader/Schubert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3 Rn. 77; *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 103 verweist für die Würdeverletzung auf eine Eingriffsschwere ähnlich einer Beleidigung und zieht dadurch eine Parallele zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht; ebenso in *Eggert-Weyand*, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 57; v. *Roetteken*, § 3 Rn. 365 f. führt die Abwägungskriterien der Güterabwägung an.

³²⁹ *Adomeit/Mohr*, AGG, Einl. Rn. 256 und § 3 Rn. 117 ff.; *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, 179 (181); *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 3 Rn. 29; für Würde und Persönlichkeitsrecht *Schleuseener*, in: Schleuseener/Suckow/Voigt, AGG, § 3 Rn. 138.

³³⁰ BAG, Urt. v. 22.1.2009 – 8 AZR 906/07, NZA 2009, 945 (951); BAG, Urt. v. 18.3.2010 – 8

AZR 1044/08, NZA 2010, 1129 (1131) Rn. 37. A. A. *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 520.

³³¹ BAG, Urt. v. 25.10.2007 – 8 AZR 593/06, NZA 2008, 223 (225) Rn. 58; BAG, Urt. v. 16.5.2007 – 8 AZR 709/06, NZA 2007, 1154 (1160) Rn. 69.

³³² BAG, Urt. v. 16.5.2007 – 8 AZR 709/06, NZA 2007, 1154 (1160) Rn. 71.

Die Einwände, die gegen das Verständnis des Diskriminierungsschutzes des AGG als Persönlichkeitsrechtsschutz vorgebracht werden³³³, sind auf die hier zu entscheidende Zuordnung nicht übertragbar, da die sexuelle Belästigung nur per Fiktion zur Benachteiligung wird, jedenfalls nicht aufgrund ihrer dogmatischen Einordnung.

Für das Verständnis der Würde als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und nicht der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG spricht auch, dass letztgenannte schrankenlos ausgestaltet ist, wohingegen das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht durch andere Grundrechte beschränkt ist durch Freiheitsrechte Dritter. Die deshalb erforderliche Verhältnismäßigkeitsprüfung führt zu angemessenen Ergebnissen, da sie die jeweils konkret betroffenen Rechtsgüter berücksichtigt. Die Würde des § 3 Abs. 4 AGG dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zuzuordnen, schließt in Einzelfall auch eine Menschenrechtsverletzung nach Art. 1 Abs. 1 GG nicht aus, wenn absolut geschützte Positionen, wie die Intimsphäre, betroffen sind³³⁴.

(4) Zwischenfazit

Die Würde im Sinne des § 3 Abs. 4 AGG als Menschenwürde im Sinne des Art. 1 Abs. 1 GG zu verstehen, ist abzulehnen, da es sich dabei um ein eindeutig zu hoch hängendes Rechtsgut handelt. Aus der Menschenwürde einen nicht klar abgrenzbaren Teil in dogmatisch zweifelhafter Weise herauszuschneiden und seine Verletzung zum Tatbestandsmerkmal zu machen, die durch eine Abwägung der Umstände des Einzelfalls festzustellen ist, begegnet ebenfalls durchgreifenden Bedenken. Hingegen bietet es sich an, Würde im Kontext des § 3 Abs. 4 AGG als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG zu verstehen. Dadurch wird der Zugriff auf Methoden und Fallgruppen möglich, die durch Literatur und Rechtsprechung in langjähriger Rechtsfortbildung entwickelt wurden. Diese ermöglichen ein wenigstens einigermaßen vorhersehbares Ergebnis, ob eine Würdeverletzung vorliegt oder nicht. Dieses Mindestmaß an Bestimmtheit ist erforderlich, um dem Ziel des Gesetzes gerecht zu werden, Benachteiligungen nicht nur zu ahnden, sondern auch zu verhindern.

cc) Benachteiligung im Verständnis des AGG

§ 1 AGG lässt vermuten, dass der Schutz der dort genannten Merkmale im Zusammenhang mit den Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG steht. Die Listen³³⁵ stimmen jedoch nur teilweise überein, so dass Zweifel angebracht erscheinen, ob es sich bei § 1 AGG um eine einfachgesetzliche Konkretisierung der grundrechtlichen Differenzierungsverbote handelt.

(1) Allgemeiner und besonderer Gleichheitssatz

Der Ursprung des in Deutschland vorherrschenden Gleichheitsverständnisses reicht zurück in die Antike³³⁶. Es findet seine Ausprägung in den Gleichheitsrechten des Art. 3 GG. Der in Art. 3 Abs. 1 GG niedergelegte allgemeine Gleichheitssatz ist nach der neuen Formel des BVerfG „vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden

³³³ Vgl. Bader, S. 128 ff.

³³⁴ Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Rn. 130.

³³⁵ Zum Begriff und den mit Merkmalen verbundenen Problemen vgl. Baer, NJW 2013, 3145 (3146).

³³⁶ Vgl. die Darstellung der Entwicklung bei Adomeit/Mohr, AGG, Einl. Rn. 1 ff.

Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten³³⁷. Darin liegt die Prägung eines Willkürverbotes, denn jedes Vergleichspaar wird gemeinsame Merkmale aufweisen, sich aber in anderer Hinsicht unterscheiden³³⁸, so dass eine Ungleichbehandlung auf einem Differenzierungsgrund beruhen muss, der sachlich vertretbar und nicht sachfremd ist³³⁹ und eines Verhältnismäßigkeitserfordernisses dessen Gewicht davon abhängt, ob personen- oder sachbezogene Unterscheidungen zu prüfen sind³⁴⁰. Es handelt sich um ein in der Tendenz gruppen- oder rollenorientiertes Gleichheitsrecht³⁴¹, ohne jedoch das Individuum als Adressaten auszunehmen.

Der besondere Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 2 GG konkretisiert den allgemeinen Gleichheitssatz und gebietet die Gleichberechtigung zwischen Männern und Frauen. Die Gleichberechtigung der Geschlechter in Abs. 2 wird durch die herausgehobene Stellung gegenüber den anderen Gleichbehandlungsmerkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG eine besondere Bedeutung verliehen³⁴². Ziel des in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG enthaltenen Handlungsauftrags ist es, tatsächliche Chancengleichheit zwischen Männern und Frauen herzustellen. Die besonderen Gleichheitssätze der Abs. 2 und 3 sind zugleich objektives Recht und subjektive Abwehrrechte³⁴³. Der Staat hat die Diskriminierungsverbote zu beachten; er darf durch sein Handeln keine Benachteiligung wegen des Geschlechts oder der sonstigen genannten Merkmale konstituieren oder perpetuieren.

Da der nationale Gesetzgeber die Vorgaben der europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien umzusetzen hatte, war sein Gestaltungsspielraum bei der Fassung des AGG stark reduziert³⁴⁴. Der Erlass des AGG diente der europarechtskonformen Umgestaltung des nationalen Rechts nachdem bereits die Umsetzungsfrist der RL 2000/43/EG abgelaufen und eine Verletzungsklage der EU-Kommission gegen Deutschland erhoben worden war³⁴⁵. Der Gesetzgeber war gezwungen, europarechtlich vorgegebenes Recht in die grundrechtlich vorgegebene Struktur des Gleichbehandlungsrechts zu integrieren. Der Spielraum bestand nur noch in einer Übererfüllung der Anforderungen der Richtlinien oder des Grundgesetzes. Inhaltlich waren die verfassungsrechtliche Prägung nationalen

³³⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 7.10.1980 – 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79, BVerfGE 55, 72 (88).

³³⁸ *Adomeit/Mohr*, AGG, Einl. Rn. 107.

³³⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 12.3.1996 – 1 BvR 609, 692/90, BVerfGE 94, 241 (260): „Die rechtliche Unterscheidung muß also in sachlichen Unterschieden eine ausreichende Stütze finden. Die Anwendung dieses Grundsatzes verlangt den Vergleich von Lebenssachverhalten, die einander nie in allen, sondern stets nur in einzelnen Merkmalen gleichen. Unter diesen Umständen ist es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, welche von diesen Merkmalen er als maßgebend für eine Gleich- oder Ungleichbehandlung ansieht“.

³⁴⁰ *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 16.

³⁴¹ *Baer*, *Würde oder Gleichheit?*, S. 216: Gleichheit achtet „auf Gruppen und Individuen in ihrer kollektiven, nicht nur individuellen Identität“.

³⁴² *Schiek*, in: *Schiek*, AGG, Einl. Rn. 39.

³⁴³ *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 116.

³⁴⁴ A. A. *Schiek*, in: *Schiek*, AGG, Einl. Rn. 41, die den Gestaltungsspielraum darin sieht, dass der Gesetzgeber – quasi beliebig – über die europarechtlichen Mindestanforderungen hätte hinausgehen können.

³⁴⁵ *EuGH*, *Urt. v. 28.4.2005 – C-329/04*, *EuZW* 2005, 444.

Rechts gegen Diskriminierung als auch das in Art. 18 Abs. 1 AEUV³⁴⁶ verankerte allgemeine europäische Diskriminierungsverbot als Mindestanforderungen zu berücksichtigen³⁴⁷.

Mit dem AGG erlangt jede betroffene Person – für den Arbeitsrechtsbereich gemäß § 6 Abs. 1 AGG – einen gerichtlich durchsetzbaren Abwehranspruch gegenüber dem Arbeitgeber, § 6 Abs. 2 AGG. Dies ist ein Anspruch, der nicht auf Art. 3 GG zurückzuführen ist, sondern auf Unionsgrundrechte und dementsprechend auch nicht nach deutschem Verfassungsrecht auszulegen oder beschränkbar ist, sondern nach europäischem Antidiskriminierungsrecht³⁴⁸, sofern nicht über die unionsrechtlichen Mindeststandards hinausgegangen wird³⁴⁹. Dabei kann der nationale Methodenkanon so lange Anwendung finden, solange man zu gemeinschaftsrechtlich adäquaten Ergebnissen gelangt³⁵⁰. Dass diese Verfahrensweise dazu führt, dass auf nationaler Ebene vorrangig europäisches Recht vor nationalem Verfassungsrecht bei der Auslegung von einfachem Recht Anwendung findet, darf angesichts der Rechtsprechung des EuGH³⁵¹ als Festigung europarechtlicher Grundsätze zur Regulierung nationaler Rechtskultur wahrgenommen werden³⁵². Ob sich durch die Verordnung einer „Kultur der Vielfalt und gegen Diskriminierung“³⁵³ das Ziel erreichen lässt, Diskriminierungen nicht nur zu verbieten, sondern wirksam zu beseitigen, ist kritisch zu hinterfragen, kann im Rahmen dieser Arbeit aber nicht weiter ausgeführt werden.

(2) Konzeption des Antidiskriminierungsrechts im AGG

Die europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien waren Anlass und sind Umsetzungsvorgaben für das AGG und damit dessen Auslegungsmaßstab. Sie basieren auf den Diskriminierungsverboten der Charta der Grundrechte der Europäischen Union³⁵⁴. In deren Art. 23 Abs. 1 ist festgelegt, dass die Gleichheit zwischen den Geschlechtern herzustellen ist. Diese Maxime wird in den Gleichbehandlungsrichtlinien materiell interpretiert, indem u. a. in Art. 1 der RL 2006/54/EG „die Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit“ als Ziel ausgegeben wird. Materielle Gleichheit geht über den formalen Grundsatz, Gleiches gleich zu behandeln hinaus. Formaler Gleichheit ist die Wirkung ihres Gebots gleichgültig, sie erschöpft sich in konsistentem Handeln. Durch formale Gleichheit allein ist nicht erklärbar, weshalb Mutterschutz zulässig, Kündigung während der Schwangerschaft jedoch verboten sein soll³⁵⁵, wird doch in beiden Fällen eine schwangere Frau anders als nicht schwangere Frauen behandelt. Erst durch ein materielles, auf die Wirkungen bezogenes Verständnis von Gleichheit, das nicht die gleiche Behandlung, sondern die

³⁴⁶ Vormals Art. 12 EGV.

³⁴⁷ *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 147.

³⁴⁸ *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. Rn. 80; *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 151.

³⁴⁹ *Jestaedt*, in: Huber, S. 298 (327 ff.); *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. Rn. 81 sog. „gespaltene Auslegung“;

³⁵⁰ *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. Rn. 80.

³⁵¹ *EuGH*, Urt. v. 22.11.2005 – C-144/04, NJW 2005, 3695.

³⁵² *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 124.

³⁵³ BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 30.

³⁵⁴ ABl. EG Nr. C 364 vom 18.12.2000; vgl. Erwägungsgrund 5 der RL 2006/54/EG, ABl. EG Nr. L 204 vom 26.7.2006, S. 23.

³⁵⁵ *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. Rn. 52.

Chancengleichheit³⁵⁶ im Sinn hat, lassen sich Benachteiligungen aufgrund besonderer Merkmale verhindern³⁵⁷. So wird ein behinderter Mensch nur dann in der sozialen Realität nicht benachteiligt, wenn seine Behinderung bei dem anzustellenden Vergleich berücksichtigt wird. Formale Gleichheit geht von Symmetrie in Bezug auf den Ausgleich gegenüber einem neutralen Dritten aus³⁵⁸. Der behinderte Mensch wird formal gleichbehandelt, wenn er gegenüber einem nichtbehinderten gleiche Zugangs- und Entgeltbedingungen vorfindet. Aufgrund seiner Behinderung wird er dadurch jedoch faktisch benachteiligt. Die faktische Chancengleichheit läge darin, die Asymmetrie die gegenüber nichtbehinderten Menschen besteht, durch einen asymmetrischen Ausgleich zu suchen, ihm also z. B. bessere Zugangs- und Entgeltbedingungen zur Verfügung zu stellen, um ihn in Bezug auf seine Chancen gleich zu behandeln – ihm also gleichen Zugang und gleiches Entgelt zuzugestehen³⁵⁹.

Indem in § 1 AGG als Ziel die Verhinderung oder Beseitigung von Benachteiligungen aufgenommen wurde, ist diese materielle Zielstellung des europäischen Gleichheitsrechts in nationales Recht übernommen worden. Eine Benachteiligung ist daher nicht nur eine formale Ungleichbehandlung, sondern eine Behandlung, die aus den Merkmalen des § 1 AGG resultierende Asymmetrien verkennt und diese nicht zur Grundlage des Vergleichs macht.

dd) Schutzgüter der sexuellen Belästigung

(1) *Würde und/oder Gleichheit?*

Der Vorwurf der Systemwidrigkeit bezieht sich letztlich darauf, dass aus Sicht der Kritiker verschiedene grundrechtliche Schutzgüter in systemwidriger Weise angesprochen sind. Diskriminierung ist in erster Linie eine benachteiligende Ungleichbehandlung³⁶⁰. Der diskriminierende Charakter der Handlung kommt erst durch den Vergleich mit einer anderen Person zustande³⁶¹. Bei der sexuellen Belästigung wiederum stellt die Würdeverletzung eine tatbestandliche Voraussetzung für die Zuordnung zur Benachteiligung im Sinne des AGG dar.

Im Hinblick auf die Begriffe Würde und Gleichheit stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis Würdeschutz und Gleichbehandlungsgebot zueinanderstehen. Dass eine Überschneidung zwischen beiden Grundrechten möglich ist, gilt heute als gesichert. Dies ist insbesondere bei der Betrachtung von Art. 3 Abs. 3 GG deutlich, dessen Merkmale jeweils auch Inhalte eines Freiheitsgrundrechts sind³⁶². Die Gleichheitsrechte schützen den Menschen in seiner personalen Würde und Freiheit³⁶³. Wird das Gleichheitsrecht verletzt, kann darin zugleich, abhängig von der Schwere, eine Verletzung der Würde liegen. Je schwerer

³⁵⁶ *Kannengießer*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (12. Aufl.), GG, Art. 3 Rn. 53. In der Chancengleichheit liegt keine zwingende Ergebnisgleichheit, diese ist eine Utopie, *Dürig/Scholz*, in: Maunz/Dürig (Grundwerk), GG, Art. 3 Abs. 2 Rn. 61.

³⁵⁷ *Schiek*, in: Schiek, AGG, Einl. Rn. 54.

³⁵⁸ *Baer*, *Würde oder Gleichheit?*, S. 236.

³⁵⁹ Ähnliches Beispiel bei *Thüsing*, *Diskriminierungsschutz*, Rn. 155.

³⁶⁰ *Eggert-Weyand*, *Belästigung*, S. 56; siehe diese Arbeit oben unter C.III.5.c).

³⁶¹ Vgl. das Beispiel bei *Thüsing*, in: MüKo-BGB, AGG, § 3 Rn. 53.

³⁶² *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 203.

³⁶³ *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Rn. 120.

die Ungleichbehandlung ist, desto eher liegt darin gleichzeitig eine Würdeverletzung³⁶⁴. Die Unterscheidung der Schutzbereiche erfolgt mithin nach der Eingriffsintensität.

Problematisch wird die Überschneidung im vorliegenden Fall, denn die Würdeverletzung ist nicht Folge einer Ungleichbehandlung, sondern deren Voraussetzung. Verstünde man den Würdebegriff des § 3 Abs. 4 AGG nach dem Inhalt von Art. 1 Abs. 1 GG ergäbe sich eine Situation in der das oberste Verfassungsgut zum Gradmesser und zur Voraussetzung einer weiteren Grundrechtsverletzung würde. Diese „Reihenfolge“ der Rechtsgutsverletzungen spricht dafür, in der Würde des § 3 Abs. 4 AGG das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu erkennen. Andernfalls wäre die Würdeverletzung zugleich Voraussetzung und Folge der Ungleichbehandlung.

Fasst man die Würde bei der sexuellen Belästigung als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf, ergibt sich folgende „Reihenfolge“: Die nach Gesamtabwägung der Güter und Interessen des Einzelfalls festgestellte Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts erfüllt den Tatbestand und stellt damit per Definition eine Ungleichbehandlung dar. Ist die Rechtsverletzung relativ gering, bleibt es dabei. Handelt es sich um eine schwere Verletzung, könnte darin – in der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, respektive des Benachteiligungsverbots – eine Verletzung der Menschenwürde i. e. S. des Art. 1 Abs. 1 GG liegen. Diese „Reihenfolge“ der Grundrechte wäre jedenfalls bezüglich der Menschenwürde widerspruchsfrei.

Bleibt zu prüfen, ob die Fiktion zulässig ist, die aus der Verletzung des Freiheitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG eine Verletzung des Gleichheitsrechts macht – oder in anderen Worten: ist § 3 Abs. 4 AGG systemwidrig, da er die dem Gleichheitsrecht immanente Frage nach der relativen Ungleichbehandlung nicht stellt, sondern diese im Falle einer Persönlichkeitsrechtsverletzung fingiert?

(2) *Systemwidrigkeit von § 3 Abs. 4 AGG?*

Eine Ansicht in der Kommentarliteratur zum AGG hält die Verbindung einer Würdeverletzung mit einer Benachteiligung für systemwidrig³⁶⁵. Die frühere Regelung des Diskriminierungsverbots in § 611a BGB a. F. und der (sexuellen) Belästigung im BSchG lege nahe, dass das eine mit dem anderen nur wenig zu tun habe. Darüber hinaus sei es problematisch, auf den Diskriminierungsschutz zu vertrauen, da die Fälle, in denen der Täter beide Geschlechter belästige, mangels Ungleichbehandlung nicht unter den Schutz fielen³⁶⁶. Diskriminierungsverbote versuchten das Unrecht zu vermeiden, das dadurch entstehe, dass für sich genommen nicht zu beanstandendes Verhalten durch gleichheitswidrige Unterscheidung ungerecht werde. Wohingegen bei einer Belästigung kein Vergleich erforderlich sei, da diese zu unterbinden sei, weil sie eine Verletzung der Würde und des Persönlichkeitsrechts darstellten³⁶⁷. Den Schutz vor Belästigungen durch ein Gleichbehandlungsgebot zu realisieren sei daher systemwidrig³⁶⁸.

³⁶⁴ Baer, Würde oder Gleichheit?, S. 215.

³⁶⁵ Thüsing, in: MüKo-BGB, AGG, § 3 Rn. 52; ebenso Bauer/Krieger, AGG, § 3 Rn. 39: „im Grunde systemwidrig“.

³⁶⁶ Thüsing, in: MüKo-BGB (5. Aufl.), AGG, § 3 Rn. 53.

³⁶⁷ Thüsing, in: MüKo-BGB, AGG, § 3 Rn. 53.

³⁶⁸ Thüsing, in: MüKo-BGB, AGG, § 3 Rn. 52.

Dem wird entgegengehalten, die europäische Vorgabe, dass eine Belästigung eine Benachteiligung darstelle, sei systematisch geboten, da jedes Opfer einer sexuellen Belästigung im Vergleich zu nicht belästigten Personen schlechter behandelt werde, mithin stets eine Ungleichbehandlung vorliege³⁶⁹. Die Belästigung stelle neben der Ungleichbehandlung gleichzeitig auch eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts dar³⁷⁰. Schiek weist zu Recht darauf hin, dass es sich bei der Einordnung der Belästigung für das deutsche Recht um einen Systemwechsel handelt³⁷¹, der darin liegt, dass die sexuelle Belästigung trotz der erforderlichen Würdeverletzung auch dem Benachteiligungsverbot und nicht mehr allein dem Persönlichkeitsrecht unterstellt ist. Systemwidrigkeit kann nur innerhalb eines bestehenden Systems auftreten. Die Änderung des Systems als solches ist nicht systemwidrig, sondern begründet ein neues System. Der Systemwechsel der mit der Einführung des AGG verbunden ist, kann daher nicht systemwidrig sein. Auch innerhalb der Systematik des AGG liegt keine Systemwidrigkeit vor, denn Ziel des AGG ist es, vor Benachteiligungen aus Gründen der in § 1 AGG genannten Merkmale zu schützen. Versteht man Schutz vor Diskriminierung wie im AGG materiell und asymmetrisch, ist es sogar erforderlich, die auf Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zielende sexuelle Belästigung in das Benachteiligungsverbot zu integrieren. Nach dem individualistischen Verständnis der Diskriminierungsverbote³⁷² besteht die Hauptfunktion des Diskriminierungsschutzes in der Wahrung der Würde, die den Kern der Individualität jedes Einzelnen bildet. Eine Person soll nicht wegen eines Merkmals, das sie nicht ändern kann oder billigerweise nicht ändern muss, benachteiligt werden, da die Persönlichkeit des Menschen aus mehr als diesen Merkmalen besteht. Eine Benachteiligung wegen eines oder mehrerer der Gruppenmerkmale würde die individuellen Charaktereigenschaften der Person vernachlässigen und sie in ihrem persönlichen Achtungsanspruch verletzen. Nach diesem Verständnis sind auch Belästigungen durch merkmalsbezogene Herabsetzungen Diskriminierungen, die als Würdeverletzung zu begreifen sind³⁷³. Mithin stellt es keinen Widerspruch dar, dass Gleichbehandlungsgebot und Würde gleichzeitig verletzt sind³⁷⁴.

Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass keine Diskriminierung mehr vorliege, wenn der Arbeitgeber männliche und weibliche Personen im Unternehmen belästigt³⁷⁵. Ein formales Verständnis von Gleichheit scheidet an diesem Fall an der Ungleichbehandlung. Auch ein rein materielles Verständnis kann eine Ungleichbehandlung nicht begründen. Erst die asymmetrische Konzeption von Benachteiligung kommt zu einem angemessenen Ergebnis. Sie berücksichtigt, dass der Arbeitgeber aufgrund der im Arbeitsverhältnis herrschenden Besonderheiten – wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeit der Arbeitnehmer

³⁶⁹ Eggert-Weyand, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 41.

³⁷⁰ Eggert-Weyand, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 41.

³⁷¹ Schiek, in: Schiek, AGG, Einl. Rn. 57. Ihr Hinweis, dass für die frühere Rechtslage das Verhältnis des Belästigers zur belästigten Person maßgebend war, trifft den Kern der Sache nur bei der einfachen Belästigung. Bei der sexuellen Belästigung ist nach wie vor das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer anspruchrelevant, denn die §§ 3, 4 BschSchG enthalten die Rechte der belästigten Person gegen den Arbeitgeber.

³⁷² Schiek, in: Schiek, AGG, Einl. Rn. 43; ablehnend Adomeit/Mohr, AGG, Einl. Rn. 89 ff.

³⁷³ Schiek, in: Schiek, AGG, Einl. Rn. 43.

³⁷⁴ Abweichend wohl Adomeit/Mohr, AGG, § 3 Rn. 117 die den Unterschied zwischen der Belästigung und einer Benachteiligung gerade darin sehen, dass sich die Belästigung gegen die Würde der Arbeitnehmer richtet.

³⁷⁵ Vgl. das Beispiel aus der US-amerikanischen Rechtsprechung bei *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 274.

von seiner Person – erst in die Lage versetzt wird, diesen hierarchischen Unterschied zu nutzen, indem er belästigt³⁷⁶. Das bedeutet aber auch, dass die belästigende Person nicht zwingend der Arbeitgeber sein muss. Es genügt, wenn die Person aufgrund einer rechtlichen Befugnis hierarchisch übergeordnet ist. Dies gilt unproblematisch für Vorgesetzte, deren Handeln sich der Arbeitgeber zurechnen lassen muss. Schwierig wird die Situation in der keine Hierarchie existiert, die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergibt, z. B. bei der sexuellen Belästigung eines männlichen Arbeitnehmers gegenüber allen weiblichen Kolleginnen. Hier gelangt man nur dann zu einer Diskriminierung, wenn man eine Geschlechterhierarchie anerkennt, die auf geschlechtsspezifischer Macht basiert³⁷⁷. Das wird selbst bei gleichgeschlechtlicher Diskriminierung vertreten³⁷⁸. Schwule Opfer werden nicht wegen des gleichen Geschlechts belästigt, sondern weil sie als schwächeres Opfer vom Belästiger ausgemacht wurden, der gegenüber der betroffenen Person seine Mächtigkeit erkannt hat und aufgrund dieser Mächtigkeit in der Lage ist, ohne Gegenwehr der betroffenen Person deren Persönlichkeitsrecht zu verletzen.

(3) *Zwischenfazit*

Eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz verletzt die betroffene Person sowohl in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht als auch in ihrem Gleichheitsrecht. Durch das sexuell bestimmte Verhalten wird zunächst das Persönlichkeitsrecht verletzt, etwa das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung. Darin ist zugleich eine unzulässige Benachteiligung wegen des Geschlechts – ggf. unter besonderer Berücksichtigung des am Arbeitsplatz herrschenden hierarchischen Systems – zu sehen. Durch die Persönlichkeitsrechtsverletzung wird die Persönlichkeit der betroffenen Person auf das Merkmal Geschlecht verkürzt; sie wird aufgrund dieses Merkmals zum Sexualobjekt³⁷⁹ herabgewürdigt. Indem gerade diese Person in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzt wird, wird sie gegenüber nicht betroffenen Personen benachteiligt. Handelt es sich um eine schwere Verletzung, kann darin zusätzlich eine Verletzung der Menschenwürde liegen.

d) **Unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten**

Erstes hier zu betrachtendes Tatbestandsmerkmal ist das Vorliegen von unerwünschtem, sexuell bestimmtem Verhalten. Mit dieser Formulierung ist der Gesetzgeber von den Gleichbehandlungsrichtlinien abgewichen, die ein Verhalten „sexueller Natur“ verlangen. Ob dies eine inhaltliche Abweichung zu den Richtlinien darstellt, ist zu prüfen³⁸⁰. Die abweichende Formulierung ist mit einer beabsichtigten Anlehnung an die Begrifflichkeiten des § 2 Abs. 2 BSchG zu begründen, den der Gesetzgeber augenscheinlich an die geänderten europarechtlichen Anforderungen anpassen wollte. Anders ist der Vergleich der bisherigen mit der neuen Regelung, den der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung vornimmt, nicht zu deuten³⁸¹.

³⁷⁶ Vgl. Baer, *Würde oder Gleichheit?*, S. 237

³⁷⁷ Baer, *Würde oder Gleichheit?*, S. 224.

³⁷⁸ Baer, *Würde oder Gleichheit?*, S. 224.

³⁷⁹ Ähnliche Beispiele ergeben sich auch für die weiteren in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale: Menschen mit anderer Hautfarbe werden durch Diskriminierung zu „Negern“ oder „Schwarzen“; vgl. auch die Beispiele von Schiek, in: Schiek, AGG, § 3 Rn. 66.

³⁸⁰ Keine Abweichung zu den Richtlinien: Eggert-Weyand, *Belästigung*, S. 139.

³⁸¹ BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33.

aa) Sexuell bestimmtes Verhalten

Da das AGG und das BSchG dieselbe Formulierung verwenden und der Gesetzgeber selbst den Vergleich mit der bisherigen Regelung zur sexuellen Belästigung betont, liegt der Rückgriff auf die zum BSchG ergangene Rechtsprechung und Literatur nahe. Ob die sich hieraus ergebende Fortschreibung der bisherigen Definition der sexuellen Belästigung Sinn und Zweck der Gleichbehandlungsrichtlinien und dem Gleichheitssatz entsprechen, wird zu untersuchen sein.

Die Definition der sexuellen Belästigung in § 3 Abs. 4 AGG enthält eine beispielhafte Aufzählung³⁸² von sexuell bestimmtem Verhalten. Dabei handelt es sich um die bereits aus § 2 Abs. 2 Nr. 2 BSchG bekannten Verhaltensformen. Dieser nicht abschließende Katalog ist in der europäischen Richtlinienvorgabe nicht enthalten. Die Richtlinien sprechen stattdessen von einem Verhalten sexueller Natur das sich in verschiedenen Formen äußern kann. Bevor auf diese Formen näher eingegangen werden kann, ist zu klären, was sexuell bestimmtes Verhalten im AGG bedeutet.

(1) Verhalten

Unter den Begriff des Verhaltens ist jede bewusste Lebensäußerung zu subsumieren³⁸³. Hierzu zählen verbale Äußerungen, Gesten, Mimik, oder körperliche Übergriffe³⁸⁴. Teilweise wird verlangt, dass sich das Verhalten im Sinne einer konkret-individuellen Handlung gegen eine bestimmte Person richtet³⁸⁵ und dass das Verhalten vorsätzlich erfolgt³⁸⁶.

In § 2 Abs. 2 BSchG war das Vorsatzerfordernis noch ausdrücklich erwähnt. Aus der Definition des AGG lässt sich ein solches nicht mehr entnehmen. Der sich aus der europarechtlichen Vorgabe ergebende notwendige Verzicht auf das Vorsatzerfordernis war bereits während der Entstehung der Gesetzesentwürfe in der Literatur diskutiert worden³⁸⁷. Bereits mit Erlass der Richtlinien war deutlich, dass die europäische Anforderung ist, dass „jede Form von unerwünschtem Verhalten sexueller Natur“³⁸⁸ tatbestandsmäßig sein soll. Für eine Beschränkung auf vorsätzliches Verhalten wie noch im BSchG bleibt kein Raum³⁸⁹. Das Vorsatzerfordernis entspricht nicht der asymmetrischen Konzeption von Schutz vor Diskriminierung. Diskriminierung tritt unabhängig vom Vorsatz ein³⁹⁰. Es wird eine Gefährdungshaftung begründet, die im deutschen Recht zwar nicht unbekannt ist, aber bislang stets ein gefährliches Tun voraussetzte³⁹¹, weshalb wohl teilweise zielgerichtetes Handeln und bedingter Vorsatz gefordert werden³⁹². Dieses Erfordernis steht je-

³⁸² BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33.

³⁸³ Eggert-Weyand, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 44; Schlachter, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 16; Adomeit/Mohr, AGG, § 3 Rn. 127.

³⁸⁴ Wendeling-Schröder, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 3 Rn. 29.

³⁸⁵ Adomeit/Mohr, AGG, § 3 Rn. 127.

³⁸⁶ Adomeit/Mohr, AGG, § 3 Rn. 127; Marzodko, ZTR 2000, 305 (306); „bedingt vorsätzlich“ Thüsing, in: MüKo-BGB, AGG, § 3 Rn. 65 und im Widerspruch zu Rn. 66.

³⁸⁷ Vgl. Haderler, NZA 2003, 77 (78).

³⁸⁸ Richtlinie 2002/73/EG, ABl. EG Nr. L 269 vom 5.10.2002, S. 17.

³⁸⁹ So auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33 zu § 3 Abs. 3 und Abs. 4.

³⁹⁰ Ausführlich zum Vorsatzerfordernis unter dem Beschäftigtenschutzgesetz Baer, Würde oder Gleichheit?, S. 245 ff.

³⁹¹ Wank, NZA 2004 (Sonderbeilage zu Heft 22), 16 (19).

³⁹² Thüsing, in: MüKo-BGB, AGG, § 3 Rn. 65.

doch im Widerspruch zur Richtlinienvorgabe. Danach genügt „jede Form“ von Verhalten³⁹³ – also auch nicht vorsätzliches. Zielgerichtetheit ist ebenfalls keine geeignete Eingrenzung des Verhaltens. Eine Belästigung liegt nach den Verhaltensbeispielen³⁹⁴ auch dann vor, wenn ohne konkrete Zielperson (z. B. eine bestimmte Frau) oder konkrete Zielgruppe (z. B. alle Frauen eines Großraumbüros) ohne Belästigungsvorsatz pornographische Darstellungen allein „zur Unterhaltung der männlichen Kollegen“ aufgehängt werden. Jede subjektive Einschränkung des potentiell belästigenden Verhaltens stellt es in das Ermessen der belästigenden Person, ob eine Belästigung vorliegt. Das wäre nicht nur unangemessen, sondern würde darüber hinaus internationale Standards unterlaufen³⁹⁵. Auch Fahrlässigkeit ist daher nicht erforderlich³⁹⁶. Das Verhalten muss jedoch sexuell bestimmt sein.

(2) „sexuell“

Der Begriff entstammt dem lateinischen „*sexus*“ das die Bedeutung „Geschlecht“ trägt. Sexuell bedeutet dem Wortsinn nach „geschlechtlich“. Im allgemeinen Sprachgebrauch bezeichnet „sexuell“ jedoch nicht mehr allein einen allgemeinen geschlechtlichen Bezug, sondern einen verengten Bezug auf sexuelle Praktiken³⁹⁷ oder sexuelle Erregung.

Baer weist darauf hin, dass dieses Verständnis von „sexuell“ nicht nur dem allgemeinen deutschen Sprachgebrauch zu Grunde liege, sondern auch dem deutschen Recht, das „sexuell“ regelmäßig nicht nur auf das Geschlechtliche beziehe, sondern mit Obszönität in Verbindung bringe³⁹⁸. Das Sexuelle im deutschen Recht sei eine moralische Einschätzung von Anstößigkeit³⁹⁹. Ihre Kritik besteht darin, dass dieses Verständnis den Anwendungsbereich der sexuellen Belästigung nach dem BSchG in einer Weise einschränke, die der Lebenswirklichkeit im Arbeitsleben unangemessen sei, da nicht erst das Obszöne oder moralisch Anstößige eine Diskriminierung darstelle, sondern bereits die mit der Geschlechtszugehörigkeit verbundene Hierarchisierung eine Benachteiligung sei⁴⁰⁰.

Die europäischen Richtlinien unterscheiden – wie auch das AGG – zwischen Belästigung durch sexuell bestimmtes Verhalten und Belästigung durch geschlechtsbezogenes Verhalten. Legt man das Verständnis von *Baer* zu Grunde, so betrifft die einfache Belästigung wegen des Merkmals Geschlecht die Diskriminierung aufgrund der (reinen) Geschlechtszugehörigkeit, die sexuelle Belästigung des § 3 Abs. 4 AGG hingegen den speziellen Bereich der sexuellen Praktiken oder der sexuellen Erregung. Tatsächlich wird § 3 Abs. 4

³⁹³ So auch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33 zu § 3 Abs. 5: „Es ist hingegen nicht erforderlich, dass der Anweisende sich der Verbotswidrigkeit der Handlung bewusst ist“; a. A. *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 Rn. 41 ff.

³⁹⁴ Dazu im Detail diese Arbeit unter C. III. 5. d) aa) (4).

³⁹⁵ *Baer*, Würde oder Gleichheit?, S. 248 f.

³⁹⁶ v. *Roettenken*, § 3 Rn. 351; *Annuß*, BB 2006, 1629 (1632).

³⁹⁷ So auch *Baer*, Würde oder Gleichheit?, S. 251.

³⁹⁸ *Baer*, Würde oder Gleichheit?, S. 251.

³⁹⁹ *Baer*, Würde oder Gleichheit?, S. 252.

⁴⁰⁰ *Baer*, Würde oder Gleichheit?, S. 254.

AGG als Spezialfall⁴⁰¹ verstanden, der bezüglich seiner Struktur auf der einfachen Belästigung nach § 3 Abs. 3 AGG aufbaut⁴⁰². Aufgrund der wenig konturierten Begrifflichkeiten bleibt die Abgrenzung zwischen rein geschlechtsbezogenem und sexuellem Verhalten dennoch schwierig.

Der Sexualbezug lässt sich positiv und eindeutig feststellen, wenn die primären Geschlechtsmerkmale betroffen sind, indem sie zum Beispiel berührt oder Gegenstand sonstigen Verhaltens werden. Mit dem Bezug zu primären Geschlechtsmerkmalen ist stets der Sexualbereich betroffen und damit ein Zusammenhang mit dem Sexuellen gegeben. Die Fälle der Aufforderung oder Andeutung von Geschlechtsverkehr und hiermit verbundener Zwang sind damit ebenso erfasst wie das Berühren der Geschlechtsorgane oder Äußerungen hierüber. Gleiches gilt für das Zeigen oder Anbringen eindeutiger Abbildungen oder das Erzählen von darauf bezogenen Geschichten oder Witzen.

Eine Beschränkung auf die primären Geschlechtsmerkmale wäre jedoch nicht ausreichend, denn sie würde bedeuten, dass Berührungen der weiblichen Brust oder Klapse auf das Gesäß nicht zu sexuellem Verhalten zählen, obwohl auch diese Verhaltensweisen über den reinen Geschlechtsbezug hinausgehen und sexuell bestimmt sind. Eine Beschränkung auf sekundäre Geschlechtsmerkmale ist ebenfalls ungeeignet, da diese nicht zwingend in einem sexuellen Zusammenhang stehen – wie etwa Körpergröße oder Bartwuchs, so dass diesbezügliches Verhalten nicht zwingend sexuell ist. Sofern man auf erotisch definierte Körperzonen abstellt⁴⁰³, sind die Grenzen fließend. Unzweifelhaft handelt es sich bei der weiblichen Brust um eine erotisch definierte Zone, deren Berührung ein sexuelles Verhalten darstellt. Jedoch sind nicht alle Körperregionen dermaßen eindeutig definiert. Die menschliche Hand dürfte kaum als erotisch definierte Körperregion bezeichnet werden können. Dennoch ist für sexuell bestimmtes Verhalten zugänglich, indem sie etwa zärtlich streichelnd berührt wird. Eine abschließende positive Definition, die den vielfältigen Verhaltensweisen gerecht wird, die über das rein Geschlechtliche hinausgehen und einen Sexualbezug aufweisen, lässt sich nicht aufstellen.

Hingegen lässt sich eine negative Abgrenzung zum geschlechtsbezogenen Verhalten vornehmen. Sexuelles Verhalten liegt danach stets vor, wenn nicht nur ein ausschließlich geschlechtsbezogenes Verhalten gegeben ist⁴⁰⁴. Ein auf das soziale Geschlecht bezogenes Verhalten kann bei Vorliegen der weiteren Tatbestandsmerkmale nur eine einfache Belästigung darstellen. D. h., wenn die mit dem Geschlecht verbundenen gesellschaftliche Rolle oder mit ihr in Zusammenhang stehende Vorurteile adressiert werden, ist kein sexueller Zusammenhang gegeben. Sobald jedoch ein Verhalten auf das biologische Geschlecht bezogen ist, kommt grundsätzlich eine sexuelle Belästigung in Betracht. Dabei spielt es keine Rolle, wenn nach diesem Grundsatz jedes Verhalten das in irgendeiner

⁴⁰¹ So *Eggert-Weyand*, *Belästigung*, S. 140.

⁴⁰² Vgl. Begründung des Gesetzgebers in BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33; statt aller *Schlachter*, in: *ErfK*, AGG, § 3 Rn. 20: „Da eine sexuelle Belästigung ebenfalls eine Belästigung aus einem der in § 1 genannten Gründe darstellt, ist sie prinzipiell bereits von Abs. 3 erfasst“.

⁴⁰³ Beispiele bei *Eggert-Weyand*, *Belästigung*, S. 70.

⁴⁰⁴ So wohl auch *Eggert-Weyand*, *Belästigung*, S. 140; ähnlich *Baer*, *Würde oder Gleichheit?*, S. 254 die das zum BSchG wegen des dortigen Schutzzutes jedoch nicht für möglich hält.

Form auf das biologische Geschlecht bezogen ist, tatbestandsmäßig wirkt, da die Würdeverletzung die entscheidende Schwelle und das Korrektiv darstellt, an dem geringfügige Eingriffe ausscheiden⁴⁰⁵.

Allein diese negative Abgrenzung, nach der nur offensichtlich ungeeignetes Verhalten nicht in die Prüfung des Tatbestandes einzustellen ist, kann sicherstellen, dass effektiver Schutz vor sexueller Belästigung gewährleistet wird. Nur wenn zunächst alle potentiell belästigenden Verhaltensweisen erfasst werden und erst im Rahmen der Tatbestandsprüfung diejenigen geringfügigen Vorfälle mit bloßem Lästigkeitswert⁴⁰⁶ wieder ausgeschlossen werden, wird der asymmetrischen Konzeption von Gleichheitsrecht genüge getan. Würde über die Definition des sexuellen Verhaltens bereits eine Erheblichkeitsschwelle eingeführt, wäre die zusätzliche Prüfung der Würdeverletzung nicht erforderlich.

(3) *Objektiv oder subjektiv sexuell bestimmtes Verhalten?*

Das Verhalten hat nach § 3 Abs. 4 AGG nicht nur sexuell, sondern „sexuell bestimmt“ zu sein. Es handelt sich um die wortgleiche Formulierung wie im BSchG. Aus ihr wurde unter der Geltung des BSchG abgeleitet, dass die Bewertung, wann sexuell bestimmtes Verhalten vorliege, aus der subjektiven Sicht der belästigenden Person zu erfolgen habe, da diese ihr Verhalten bestimme⁴⁰⁷. Bereits zur früheren Rechtslage wurde das Problem erkannt, dass mit der subjektiven Bewertung der Bestimmtheit sexuellen Verhaltens die Fälle aus dem Anwendungsbereich ausscheiden, in denen trotz erkennbarer Ablehnung des Verhaltens dieses aus Sicht der belästigenden Person „nur freundschaftlich“ gemeint war⁴⁰⁸. Für die Frage nach der sexuellen Bestimmtheit konnte bereits unter dem Regime des BSchG nur der Eindruck von objektiven Beobachtern ein akzeptabler Maßstab sein⁴⁰⁹, denn für die Frage, ob eine Belästigung vorliegt, kommt es darauf an, ob Menschen, die gleichberechtigt miteinander umgehen wollen, ein Verhalten als Diskriminierung ansehen⁴¹⁰.

Die subjektive Sicht wird heute nicht mehr vertreten. Trotz des unveränderten Wortlauts wird heute allgemein von der Bestimmung durch objektive, weibliche und männliche Beobachter ausgegangen⁴¹¹. Auf das subjektiv von der belästigenden Person erstrebte Ziel kommt es nicht an⁴¹². Die objektive Auffassung überzeugt auch, denn nicht nur lassen sich mit ihr die soeben genannten Einschränkungen des Diskriminierungsschutzes vermeiden. Darüber hinaus findet sich auch in den Richtlinienvorgaben kein Anhaltspunkt, dass es bezüglich des potentiell belästigenden Verhaltens auf eine subjektive Bestimmung durch die belästigende Person ankommt. Für die Richtlinien ist „jede Form von [...] Verhalten sexueller Natur“ in Betracht zu ziehen. Die subjektive Komponente, die in der nationalen Formulierung angelegt ist, findet hier keinen Eingang.

⁴⁰⁵ BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33.

⁴⁰⁶ Schlachter, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 17.

⁴⁰⁷ Baer, Würde oder Gleichheit?, S. 253; Worzalla, NZA 1994, 1016 (1018) der dies aus dem Beispiel der sexuell bestimmten Berührungen ableitet, bei denen das subjektive Ziel sei, eine Beziehung herzustellen.

⁴⁰⁸ Baer, Würde oder Gleichheit?, S. 253; Schlachter, in: ErfK (6. Aufl.), BSchG, § 2 Rn. 5.

⁴⁰⁹ Hohmann, ZRP 1995, 167 (168); Schlachter, in: ErfK (6. Aufl.), BSchG, § 2 Rn. 5.

⁴¹⁰ Baer, Würde oder Gleichheit?, S. 253.

⁴¹¹ Bauer/Krieger, AGG, § 3 Rn. 54; Nollert-Borasio/Perreng, AGG, § 3 Rn. 37; Schlachter, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 21; Schleusener, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 3 Rn. 151; Wendeling-Schröder, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 3 Rn. 29; Herzog, S. 198.

⁴¹² Bauer/Krieger, AGG, § 3 Rn. 54.

In Fällen zweideutigen Verhaltens – etwa bei zweideutigen Bemerkungen oder vermeintlich zufälligen Berührungen – gelangt die subjektive Auffassung zu dogmatisch richtigen Ergebnissen, indem sie die subjektive Belästigungsintention erfasst und berücksichtigt, die objektiv nicht eindeutig feststellbar ist. Sie begegnet jedoch massiven Praktikabilitätsschwierigkeiten, da die Handlungen zweideutig sind und sich der Nachweis der subjektiven Zielrichtung nicht zweifelsfrei an der Handlung ableiten lässt. Die objektive Betrachtung kann in Zweideutigkeitsfällen stets nur zu einem uneinheitlichen Ergebnis gelangen, eben dem, dass die Handlung ambivalent ist. Das bedeutet, dass sie jedenfalls auch einen Aspekt enthält, der als sexuelles Verhalten zu qualifizieren ist. Stellt man auf diesen ab, ist jedes *auch* sexuelle Verhalten tatbestandsmäßig. Andernfalls wäre lediglich und ausschließlich *nur* sexuelles Verhalten unter § 3 Abs. 4 AGG zu subsumieren. Das scheint jedoch nach Sinn und Zweck der Vorschrift nicht ausreichend, da damit ambivalentes Verhalten ausscheiden würde, ohne es der Prüfung zuzuführen, ob der mitumfasste sexuelle Aspekt bereits ausreicht, um die Würdeverletzung zu bewirken. Doppeldeutiges Verhalten ist daher als *auch* sexuell bestimmtes Verhalten mit umfasst. Sofern sich der sexuelle Aspekt als völlig untergeordnet herausstellt, wäre das sexuelle Verhalten auf Ebene der Würdeverletzung aus dem Tatbestand auszuschneiden⁴¹³.

(4) Verhaltensarten

§ 3 Abs. 4 AGG spezifiziert in Rezeption des aufgehobenen § 2 Abs. 2 Nr. 2 BSchG, dass verschiedene beispielhaft genannte, mögliche Verhaltensweisen zu sexuell bestimmtem Verhalten zu zählen sind⁴¹⁴. Diese Aufzählung ist nicht abschließend. Auch andere als die in § 3 Abs. 4 AGG genannten Verhaltensweisen können eine sexuelle Belästigung darstellen, sofern sie unerwünscht und sexuell bestimmt sind⁴¹⁵.

Es handelt sich um sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie Zeigen und sichtbares Anbringen von pornografischen Darstellungen, die von den Betroffenen erkennbar abgelehnt werden⁴¹⁶.

(a) Sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen

Da die Formulierung „sexuelle Handlung“ derjenigen des § 184h Nr. 1 StGB entspricht, könnte der Gesetzgeber auf diese Legaldefinition verwiesen haben.

⁴¹³ Vgl. hierzu diese Arbeit unter C. III. 5. e) aa).

⁴¹⁴ Bauer/Krieger, AGG, § 3 Rn. 54; Schiek, in: Schiek, § 3 Rn. 63.

⁴¹⁵ Bauer/Krieger, AGG, § 3 Rn. 58.

⁴¹⁶ § 2 BSchG lautete:

§ 2 Schutz vor sexueller Belästigung

(1) Arbeitgeber und Dienstvorgesetzte haben die Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz zu schützen. Dieser Schutz umfasst auch vorbeugende Maßnahmen.

(2) Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ist jedes vorsätzliche, sexuell bestimmte Verhalten, das die Würde von Beschäftigten am Arbeitsplatz verletzt. Dazu gehören

1. sexuelle Handlungen und Verhaltensweisen, die nach den strafgesetzlichen Vorschriften unter Strafe gestellt sind, sowie
2. sonstige sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie Zeigen und sichtbares Anbringen von pornografischen Darstellungen, die von den Betroffenen erkennbar abgelehnt werden.

(3) Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ist eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten oder ein Dienstvergehen.

Hierzu ist bereits unter der Geltung des § 2 Abs. 2 Nr. 2 BSchG untersucht worden, ob mit der Verwendung der gleichlautenden Terminologie eine Übernahme der strafrechtlichen Definition und Reichweite verbunden ist⁴¹⁷. Für eine solche Annahme spricht, dass der Gesetzgeber des BSchG nicht in § 2 Abs. 2 Nr. 1 BSchG, mithin im selben Absatz innerhalb einer Vorschrift eines Gesetzes den identischen Begriff unterschiedlich verwenden wird, sondern eine einheitliche Terminologie gebraucht⁴¹⁸. Ferner spricht dafür, dass sich andernfalls für die Verhaltensweisen der körperlichen Berührung und der Bemerkung sexuellen Inhalts und u. U. auch des Zeigens pornographischer Darstellungen kein eigener Anwendungsbereich mehr bleibt, da diese ebenfalls als sexuelle Handlungen im weiteren Sinn aufgefasst werden können.

Dagegen lässt sich jedoch vorbringen, dass der Gesetzgeber ausweislich seiner Gesetzesbegründung in § 2 Abs. 2 Nr. 1 BSchG die strafrechtlich relevanten Fälle der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz erfassen wollte und in Nr. 2 „neben sexuellen Handlungen [...] alle sonstigen vorsätzlich sexuell bestimmten Handlungen“⁴¹⁹. Durch die Abweichung der Terminologie der Begründung vom insoweit einheitlichen Gesetzeswortlaut ist Raum für die Interpretation, dass in Nr. 2 nicht nur sexuelle Handlungen im Sinne des StGB gemeint sind, sondern alle sonstigen sexuellen Handlungen und Aufforderungen zu diesen. Für diese Ansicht spricht ferner, dass § 2 Abs. 2 Nr. 2 BSchG keinen Bezug zum Strafrecht enthält. Sähe man in Nr. 2 eine erneute Verweisung auf das StGB, wäre die Alternative der „Verhaltensweisen“ in Nr. 1 nach der hier vertretenen Auffassung vollständig ausgehöhlt und obsolet⁴²⁰.

Richtig ist daher das Verständnis der sexuellen Handlungen in § 2 Abs. 2 Nr. 2 BSchG im Sinne von allen sonstigen, d. h. nicht unter § 184h Nr. 1 StGB fallenden sexuellen Handlungen. Erheblichkeit im strafrechtlichen Sinne oder gar Strafbarkeit ist nicht erforderlich. Nach der hier vertretenen Auffassung sind dies alle Handlungen, die einen nicht rein sozialen Geschlechtsbezug aufweisen. Da sich nach der Begründung des Gesetzgebers hieran mit dem AGG nichts ändern sollte, gilt Entsprechendes auch unter der aktuellen Gesetzeslage.

Weder AGG noch BSchG enthalten Einschränkungen dahingehend, an wem die belästigende Person die Handlungen vornimmt. In Betracht kommt die belästigende Person selbst, die belästigte Person oder ein Dritter. Eine Belästigung kann mithin auch durch eine Handlung erfolgen, bei welcher die betroffene Person durch die Wahrnehmung einer körperfremden Handlung belästigt wird⁴²¹.

Die bloße Aufforderung zu einer sexuellen Handlung reicht aus; die Vornahme der Handlung ist nicht erforderlich. Die Aufforderung muss die belästigte Person selbst zur aktiven Vornahme solcher Handlungen veranlassen wollen⁴²². Darunter fällt jede direkte, ausdrückliche oder konkludente Ansprache einer Person mit dem Inhalt, dass diese dazu bewegt werden soll, eine sexuelle Handlung selbst vorzunehmen⁴²³. Dabei spielt es keine

⁴¹⁷ Herzog, S. 203; Worzalla, NZA 1994, 1016 (1018); Schlachter, in: ErfK (6. Aufl.), BSchG, § 2 Rn. 8.

⁴¹⁸ Herzog, S. 203.

⁴¹⁹ BT-Drs. 12/5468 vom 21.7.1993, S. 46.

⁴²⁰ Vgl. hierzu diese Arbeit unter C. II.

⁴²¹ Herzog, S. 204. Mithin sind auch Handlungen vor einer anderen Person umfasst.

⁴²² Schlachter, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 22.

⁴²³ Worzalla, NZA 1994, 1016 (1018).

Rolle, ob die belästigte Person die sexuelle Handlung an sich selbst, an der belästigenden Person oder an einer dritten Person vornehmen soll⁴²⁴.

(b) *Sexuell bestimmte körperliche Berührungen*

Folgt man der hier vertretenen, weiten Interpretation des Begriffs der sexuellen Handlung, bleibt für sexuell bestimmte körperliche Berührungen kein gesonderter Anwendungsbe-
reich, da jede mögliche tatbestandliche Ausführung bereits von der sexuellen Handlung
umfasst ist⁴²⁵. Das sexuell bestimmte Verhalten in § 3 Abs. 4 AGG ist objektiv zu bestim-
men⁴²⁶; nichts Anderes kann sich daher für die beispielhafte Aufzählung typischer Ver-
haltensweisen ergeben. Ob eine sexuell bestimmte körperliche Berührung vorliegt ist –
entgegen der Suggestion des Wortlauts – objektiv zu ermitteln⁴²⁷.

In der Gesetzesbegründung zum BSchG findet sich keine gesonderte Erwähnung der se-
xuell bestimmten körperlichen Berührung, so dass davon auszugehen ist, dass der Gesetz-
geber durch die beispielhafte Erwähnung verdeutlichen wollte, dass er insbesondere die-
sen besonders typischen Fall der sexuellen Belästigung unproblematisch unter den Tatbe-
stand subsumiert haben wollte. Entsprechend ist heute anerkannt, dass sexuell bestimmte
körperliche Berührungen von keiner besonderen Erheblichkeit sind müssen, um eine se-
xuelle Belästigung zu bewirken⁴²⁸ und dass des Fehlverhaltens bei Berührungen in der
Regel schwerer wiegt ist als bei verbalen Äußerungen⁴²⁹. Typische Beispiele für diese
Form von körperlichen Kontakten sind Küsse, Berühren der weiblichen Brust, Klapsen
des Gesäßes oder auch eine Umarmung⁴³⁰.

(c) *Bemerkungen sexuellen Inhalts*

Bemerkungen sexuellen Inhalts sind Äußerungen über sexuelles Verhalten, Partnerwahl,
sexuelle Neigungen oder Ausstrahlung und Erscheinungsbild an- oder abwesender Perso-
nen⁴³¹. Anders als der verwendete Plural es nahelegt genügt grundsätzlich auch eine ein-
zelne Äußerung von erheblichem Gewicht⁴³².

Es muss sich um verbale Äußerungen handeln⁴³³; diese müssen nicht zwingend oral ge-
äußert werden, Verkörperungen insbesondere in Schriftform sind gleichfalls geeignet.
Hierunter fallen auch zwei- oder mehrdeutige Äußerungen. Dies ergibt sich aus der Än-
derung der Gesetzesvorlage des BSchG durch die Gesetz gewordene Beschlussempfeh-
lung des Ausschusses für Frauen und Jugend vom 20.4.1994⁴³⁴. Denn gerade schlüpfrige

⁴²⁴ So auch *Herzog*, S. 204.

⁴²⁵ Aufgrund der Beispielhaftigkeit der aufgezählten Verhaltensweisen ist dies unbeachtlich.

⁴²⁶ Vgl. diese Arbeit unter C. III. 5. d) aa) (3).

⁴²⁷ A. A. *Worzalla*, NZA 1994, 1016 (1018).

⁴²⁸ *Thüsing*, in: MüKo-BGB, AGG, § 3 Rn. 71.

⁴²⁹ *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 22.

⁴³⁰ Beispiele nach *Schleusener*, in: *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG, § 3 Rn. 153 mit Nachweisen der ar-
beitgerichtlichen Rechtsprechung.

⁴³¹ *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 22; *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 56; ähnlich *VGH München*, Beschl.
v. 12.8.2004 – 22 CS 04.1679, NVwZ-RR 2005, 49 (49).

⁴³² Beispiele bei *LAG Niedersachsen*, Urt. v. 25.11.2008 – 1 Sa 547/08, NZA-RR 2009, 249.

⁴³³ *Thüsing*, in: MüKo-BGB, AGG, § 3 Rn. 72. Auch die Richtlinien verwenden die Terminologie des Äu-
ßerns in verbaler Form.

⁴³⁴ BT-Drs. 12/7333 vom 20.4.1994, S. 37.

Kommentare wie Witze mit sexuellem Inhalt beziehen ihre Pointe häufig aus ihrer Doppeldeutigkeit⁴³⁵. Die Bemerkung muss sich nicht unmittelbar an einen Empfänger richten⁴³⁶. Es reicht aus, dass eine Bemerkung sexuellen Inhalts geäußert wird. Ob diese sich direkt oder indirekt an eine anwesende Person richtet oder einen allgemeinen Bezug zum biologischen Geschlecht herstellt, ist unerheblich. Die Bemerkung kann auch unter Abwesenden den Tatbestand erfüllen, etwa wenn diese mittels Telefon oder Hinterlassen von Nachrichten auf einem Anrufbeantworter erfolgt⁴³⁷.

Nicht ausreichend sind hingegen bloße Geräusche, die in einem entsprechenden Kontext stehen⁴³⁸, wie z. B. Stöhnlaute. Bemerkungen und Äußerungen in verbaler Form⁴³⁹ ist gemein, dass es sich um verbalisiertes Verhalten handelt, ihr Inhalt also durch Worte ausgedrückt wird⁴⁴⁰. Bloße Lautmalerei erfüllt hingegen die Voraussetzungen der sonstigen sexuell bestimmten Handlung, wenn man der hier vertretenen weiten Auslegung der sexuellen Handlung folgt, da es sich um eine Handlung im Sinne einer bewussten Lebensäußerung handelt. Dies gilt auch bei rein akustischen Wiedergaben, die z. B. am Telefon durchgeführt werden. In der Regel sind Geräusche jedoch mit sinnbildlich unterstützender Mimik oder Gesten verbunden, wodurch ihre Einordnung als sexuelle Handlung unzweifelhaft wird.

(d) *Unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen*

Die Terminologie dieser beispielhaften Verhaltensweise geht auf das BSchG zurück und war bereits während dessen Geltung umstritten. Nach systematischen Gesichtspunkten liegt es nahe, dass der Gesetzgeber mit dem Begriff der pornographischen Darstellung ins StGB verweist. Gemäß § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB macht sich strafbar, wer pornographische Schriften an einen anderen gelangen lässt, ohne von diesem hierzu aufgefordert zu sein. Wenn aber Zeigen oder sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen bereits einen Straftatbestand darstellt, wäre die Erwähnung in § 2 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 4 BSchG und das damit verbundene Ablehnungserfordernis entbehrlich, da in Wahrheit der speziellere Fall des § 2 Abs. 2 Nr. 1 BSchG gegeben wäre.

Der Begriff der Darstellung ist im StGB bekannt. § 11 Abs. 3 StGB bestimmt, dass die Verwendung des Begriffs der „Schriften“ im StGB unter Verweis auf diese Vorschrift zugleich auch „Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen“ meint. Den Oberbegriff bildet dabei die Darstellung. Unter Darstellungen sind jegliche Arten stofflicher Zeichen zu verstehen, die sinnlich wahrnehmbar sind; die stoffliche Verkörperung muss von gewisser Dauer sein, so dass Live-Übertragungen oder Aufführungen ausscheiden⁴⁴¹.

Wenn der Gesetzgeber des BSchG von Darstellungen spricht, die gezeigt oder sichtbar angebracht werden, so steht dahinter die Vorstellung, dass es sich um visuell wahrnehmbare Verkörperungen pornographischer Art handelt, z. B. in Form von Photographien,

⁴³⁵ Herzog, S. 205.

⁴³⁶ Thüsing, in: MüKo-BGB, AGG, § 3 Rn. 72.

⁴³⁷ Eggert-Weyand, Belästigung, S. 71.

⁴³⁸ A. A. Eggert-Weyand, Belästigung, S. 71.

⁴³⁹ So die Terminologie der Richtlinien.

⁴⁴⁰ Wahrig-Burfeind, Renate, Wahrig, Fremdwörterlexikon, Gütersloh-München 2001.

⁴⁴¹ Eser/Hecker, in: Schönte/Schröder, StGB, § 11 Rn. 69.

Bildkalendern oder Magazinen mit einschlägigem Inhalt. Es kann sich bei gleicher Wertung auch um die digitalen Fassungen eben genannter Verkörperungen handeln. Damit besteht weitgehende Übereinstimmung mit der strafrechtlichen Auffassung von Darstellungen – allein reine Tondarstellungen, die nur auditiv zu erfassen sind, fallen nicht darunter. Diese können unter die Verhaltensweisen der Bemerkung sexuellen Inhalts oder eines sonstigen sexuell bestimmten Verhaltens gefasst werden, so dass sich keine Schutzlücke ergibt.

Etwas anders könnte aus der Qualifizierung der Darstellung als „pornographisch“ ergeben. Durch das Inkrafttreten des AGG ist keine Klarstellung erfolgt, ob eine Bezugnahme auf den strafrechtlichen Pornographiebegriff zu erfolgen hat, der nur einen vergleichsweise engen Anwendungsbereich hat⁴⁴². Danach ist eine Darstellung (nur) dann als pornographisch anzusehen, wenn sie sexuelle Vorgänge in grob aufdringlicher oder anreißerischer Weise in den Vordergrund rückt und ihre Gesamttendenz ausschließlich oder überwiegend auf das lüsterne Interesse an sexuellen Dingen abzielt⁴⁴³ und den Menschen zum bloßen, auswechselbaren Objekt geschlechtlicher Begierde degradiert⁴⁴⁴. Die Darstellung (halb-)nackter Frauen in Pin-Up Kalendern wäre demnach nicht vom Pornographiebegriff erfasst. Diese Form der Darstellung ist jedoch weit verbreitet.

Eine Öffnung enthält der strafrechtliche Pornographiebegriff, sofern es sich um Kunst handelt. Seit der Abwendung vom materiellen zum formalen Kunstbegriff⁴⁴⁵ schließen sich Pornographie und Kunst nicht mehr aus, sondern können sich überschneiden. Handelt es sich um pornographische Kunst, unterliegt diese nicht der strafrechtlichen Verfolgung. Der Grund hierfür liegt in der grundrechtlich gewährten Kunstfreiheit. Diese ist jedoch nicht schrankenlos ausgestaltet, sondern findet ihre Grenze in den Grundrechten anderer und sonstigen Rechtsgütern von Verfassungsrang. Bei der Abwägung, ob ein Kunstwerk mit pornographischen Inhalt geduldet werden muss, wird es maßgeblich auf die Intensität der Darstellung und die Art der Präsentation ankommen⁴⁴⁶. Hierbei sind die Besonderheiten des Arbeitslebens zu beachten, insbesondere der Umstand, dass der Darstellung nicht ohne Weiteres entgangen werden kann, wenn sie sich am regelmäßig aufzuschendenden Arbeitsplatz oder auf dem Weg dorthin befindet. Bewirkt das pornographische Kunstwerk, dass eine Auseinandersetzung mit Sexualität durch die Betrachter unausweichlich ist, greift die Darstellung in deren absolut geschützte Sexualsphäre ein. Deren Schutz schränkt die Handlungsfreiheit des Aufstellers der Darstellung ein, so dass diese zu entfernen ist.

Für die Anwendung des strafrechtlichen Pornographiebegriffs auf das AGG spricht zunächst die Systematik und der vermutete Wille des Gesetzgebers, identische Begriffe ein-

⁴⁴² Eggert-Weyand, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 74. Für die Anwendung der strafrechtlichen Grundsätze Adomeit/Mohr, AGG, § 3 Rn. 145; Herzog, S. 207; Bauer/Krieger, AGG, § 3 Rn. 57; Schleusener, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 3 Rn. 155; Wendeling-Schröder, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 3 Rn. 47; Worzalla, NZA 1994, 1016 (1018); ablehnend Eggert-Weyand, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 74; Schlachter, in: ErfK (6. Aufl.), BSchG, § 2 Rn. 11; weniger deutlich: Schlachter, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 22.

⁴⁴³ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rn. 8.

⁴⁴⁴ Vgl. zum Pornographiebegriff auch BGH, Urt. v. 21.6.1990 – 1 StR 477/89, BGHSt 37, 55 (58).

⁴⁴⁵ BVerfG, Beschl. v. 17.7.1984 – 1 BvR 816/82, BVerfGE 67, 213 (224 ff.); BVerfG, Beschl. v. 3.6.1987 – 1 BvR 313/85, BVerfGE 75, 369.

⁴⁴⁶ Herzog, S. 207.

heitlich zu verwenden. Die Gleichschaltung der Terminologien führt auch nicht unmittelbar zur Strafbarkeit einer in dieser Weise belästigenden Person, da hier Zeigen oder sichtbares Anbringen erforderlich ist, in § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB hingegen „gelangen lassen“ verlangt wird, was bedeutet, dass die belästigte Person regelmäßig Gewahrsam an der Darstellung erlangen muss⁴⁴⁷. Auch hat der Gesetzgeber davon abgesehen, eine anderslautende Formulierung – z. B. die der „sexuellen Darstellung“⁴⁴⁸ – zu verwenden, um den Sexualbezug zu verdeutlichen, sich aber vom StGB zu distanzieren⁴⁴⁹. Folgt man dieser Auffassung, liegt eine sexuelle Belästigung erst dann vor, wenn entweder Pornographie im Sinne von aufdringlich vergrößernden Darstellungen sexueller Vorgänge vorliegt oder wenn die Anzahl der sexuellen Darstellungen nicht-pornographischer Art so hoch ist, dass insgesamt doch von einem Eindruck entmenschlischer Sexualität gesprochen werden kann⁴⁵⁰.

Gegen eine solche Beschränkung des Anwendungsbereichs ist vorzubringen, dass der Gesetzgeber ausweislich seiner Gesetzesbegründung auch „alle sonstigen [...] sexuell bestimmten Handlungen, Aufforderungen und Verhaltensweisen“ erfassen wollte⁴⁵¹. § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB schützt die Intimsphäre der betroffenen Person und i. w. S. auch ihr Recht auf sexuelle Selbstbestimmung⁴⁵². Das AGG hingegen schützt vor Benachteiligungen⁴⁵³. Diesen unterschiedlichen Schutzgütern wird mit einem einheitlichen Pornographiebegriff nicht Rechnung getragen. Die Verletzung eines absoluten Schutzgutes wie der Intimsphäre erfordert naturgemäß einen stärkeren Eingriff als die Verletzung des Diskriminierungsverbots – insbesondere unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Verletzung am Arbeitsplatz. Dies mag zum BSchG noch anders gewesen sein, da dort nur die Würde als Schutzgut genannt ist und insofern zwei Schutzgüter betroffen waren, die sich dem Inhalt nach ähnlicher sind. Nach der Übernahme in das AGG ist eine Neubewertung im Sinne der soeben gezeigten Unterschiede zwingend. Auch nach Sinn und Zweck ist eine weite Auslegung des Begriffs geboten. Ausgangspunkt ist die Gesetzesbegründung zum AGG, wonach die beispielhafte Aufzählung von Verhaltensweisen „typische Fälle“ erfasst⁴⁵⁴. Zu den typischen Fällen zählt jedoch das Aufhängen von Kalendern und Postern (sog. Centerfolds) von (halb-)nackten Damen, ohne pornographische Qualität zu erreichen. Aus der weiten Verbreitung von Pinupgirls in Zeitungen, der Werbung und dem Fernsehen kann nicht auf den strafrechtlichen Pornographiebegriff geschlossen werden⁴⁵⁵, da sich eine solchermaßen konfrontierte Person der Darstellung einfach entziehen kann, was am Arbeitsplatz regelmäßig nicht ohne Weiteres möglich ist. Genau darin liegt der entscheidende Unterschied zur Begegnung mit Sexualität in der Öffentlichkeit.

Qualitativ unterscheidet sich das sichtbare Anbringen von den übrigen beispielhaften Verhaltensweisen dahingehend, dass ihm nicht nur ein vorübergehender oder flüchtiger Charakter innewohnt, wie dies bei Bemerkungen oder Berührungen der Fall ist, sondern dass

⁴⁴⁷ BGH, Beschl. v. 23.11.2004 – 5 StR 156/05, NSIZ-RR 2005, 309 (309).

⁴⁴⁸ Beispiel von Herzog, S. 207.

⁴⁴⁹ Herzog, S. 207.

⁴⁵⁰ Herzog, S. 207.

⁴⁵¹ BT-Drs. 12/5468 vom 21.7.1993, S. 46f.

⁴⁵² Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rn. 5.

⁴⁵³ Vgl. zum Verhältnis von Würde und Gleichheit diese Arbeit unter C. III. 5. c) dd).

⁴⁵⁴ BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33.

⁴⁵⁵ So aber Adomeit/Mohr, AGG, § 3 Rn. 145.

ihm eine Dauerhaftigkeit zukommt. Die sexuelle Belästigung wirkt, sobald und solange die Darstellung angebracht ist und sie von der belästigten Person wahrgenommen wird. Hierbei können leicht zeitlich intensive Belästigungen entstehen. Es ist daher geboten, die maßgebende Schwelle für die Eröffnung des Tatbestands einer Belästigung nicht unnötig zu erhöhen, zumal Darstellungen, die nach den Umständen ihrer Präsentation oder ihres Inhalts nicht geeignet sind, eine Würdeverletzung zu bewirken, wieder ausscheiden. So ist z. B. ein Bikinikalender, der in einer nichtöffentlichen und nur von männlichen Mitarbeitern genutzten Werkstatt angebracht ist, unbedenklich⁴⁵⁶. Wird diese Werkstatt einmal wöchentlich für wenige Minuten, z. B. zu Reinigungszwecken, von weiblichem Personal betreten, stellt der angebrachte Kalender zwar – da er sich nicht allein auf das soziale Geschlecht bezieht – ein sexuelles Verhalten dar, das jedoch keine Würdeverletzung darstellen muss. Anders hingegen dürfte dies sein, wenn in der Werkstatt täglich auch eine Kollegin arbeitet, insbesondere wenn diese die Unerwünschtheit zum Ausdruck gebracht hat. Der Unterschied folgt aus den Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses, das die tägliche Konfrontation mit der Darstellung unumgebar macht und aus der Tatsache, dass die belästigende Handlung dauerhaft fortwirkt.

Zeigen ist nicht im Sinne des Deutlichmachens durch Gesten zu verstehen, denn die Darstellung muss stofflich verkörpert sein, ein Zeigen im Sinne einer Darbietung oder Vorführung ist nicht ausreichend. Zeigen ist vielmehr in der Bedeutung von jemanden etwas ansehen oder betrachten lassen; etwas vorzeigen oder auf etwas aufmerksam machen⁴⁵⁷ gemeint. Im Kern steht die visuelle Wahrnehmung, wobei auch die taktile Wahrnehmung in Frage kommt, wenn die Sehkraft eingeschränkt ist. Die übrigen Sinneswahrnehmungen scheiden nach dem Wortsinn aus. Wesentlich ist, dass die betroffene Person sich der Wahrnehmung nicht ohne Weiteres entziehen kann, da das Zeigen gerade deshalb ausgeführt wird, um eine andere Person zu einer Wahrnehmung zu veranlassen und eine Kenntnisnahme herbeizuführen. Zeigen erfordert daher objektiv eine Vorzeigehandlung und subjektiv direkten Vorsatz der belästigenden Person bezüglich der Kenntnisnahme durch die betroffene Person⁴⁵⁸. Zeigen ist z. B. dann gegeben, wenn ein Vorgesetzter eine Mitarbeiterin im Dienst pornographische Bilder vorlegt⁴⁵⁹. Vorzeigehandlung und Kenntnisnahme können auch zeitlich auseinanderfallen, etwa wenn pornographische Darstellungen am Schreibtisch platziert werden, so dass die Vertreterin sie sieht⁴⁶⁰. Die Vorzeigehandlung liegt in der Platzierung, so dass die andere Person sich der Kenntnisnahme nicht ohne Weiteres entziehen kann, da sie an ihrem Arbeitsplatz konfrontiert wird. Anders verhält es sich, wenn pornographische Bilder an öffentlichen Plätzen oder an Orten platziert werden, die einem eingeschränkten Personenkreis zugänglich sind, sofern die betroffene Person zugangsberechtigt ist. Darin ist nur ein Zugänglichmachen im Sinne von § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu sehen, da die tatsächliche Kenntnisnahme einen zusätzlichen, hierauf gerichteten Willen der betroffenen Person voraussetzt.

⁴⁵⁶ Beispiel nach *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 3 Rn. 39.

⁴⁵⁷ So auch *Herzog*, S. 208.

⁴⁵⁸ *Herzog*, S. 208.

⁴⁵⁹ *LAG Schleswig-Holstein*, Urt. v. 27.9.2006 – 3 Sa 163/06, abrufbar über juris.

⁴⁶⁰ Beispiel nach *Worzalla*, NZA 1994, 1016 (1018) „z. B. durch Legen auf seinen Schreibtisch“. Das Platzieren „im Schreibtisch“ (Beispiel von *Herzog*, S. 208) könnte bereits der Straftatbestand des § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB verwirklicht sein, da die Vertreterin mindestens Mitgewahrsam an den im Schreibtisch befindlichen Sachen hat.

Sichtbares Anbringen setzt die auf eine gewisse Dauer angelegte Befestigung der Darstellung an einer anderen Sache voraus, etwa durch Klebestreifen oder Reißzwecke. Die Darstellung ist dann sichtbar, wenn sie für andere Personen visuell wahrnehmbar ist. Das ist auch der Fall, wenn die Darstellung in einem Raum angebracht ist, die nur einem eingeschränkten Personenkreis zugänglich ist. Typische Formen sind das Aufhängen von Nacktkalendern oder Centerfolds an Wänden und Schränken. Hierzu können auch die Innenseiten von Schränken zählen, wenn diese nicht ausschließlich der persönlichen Nutzung durch die handelnde Person zugewiesen sind⁴⁶¹.

(5) *Unter Strafe gestelltes Verhalten*

Die in dieser Arbeit vorstehend unter (4) dargestellten Verhaltensweisen stammen aus der vormaligen Regelung des § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BSchG und stellten dort einen Auffangtatbestand dar für den Fall, dass die Verhaltensweise der belästigenden Person nicht bereits unter Nr. 1 fiel⁴⁶². Die Regelung, dass sexuelle Handlungen und Verhaltensweisen, die nach den strafgesetzlichen Vorschriften unter Strafe gestellt sind, eine sexuelle Belästigung darstellen, ist in § 3 Abs. 4 AGG nicht mehr ausdrücklich enthalten. Nach der Begründung des Gesetzgebers zählen diese jedoch „erst recht“⁴⁶³ zu den erfassten Verhaltensweisen, da sie in jedem Fall gegenüber den aufgeführten Beispielen schwerer wiegen⁴⁶⁴.

Unter dem BSchG war die Frage nach der Strafbarkeit von maßgeblicher Bedeutung, da mit deren Bejahung das Erfordernis der erkennbaren Ablehnung nach § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BSchG nicht erforderlich war. Seit dem Inkrafttreten des AGG stellt sich diese Frage nicht mehr mit der genannten Konsequenz, denn das Tatbestandsmerkmal der Ablehnung ist dem Merkmal der Unerwünschtheit gewichen das stets gegeben sein muss. Die Erfüllung eines strafgesetzlichen Tatbestandes führt nicht länger zur Absenkung der tatbestandlichen Anforderungen der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz. Die Frage nach der strafrechtlichen Relevanz ist jedoch keinesfalls obsolet geworden. Die Schwere einer sexuellen Belästigung spielt auch heute noch eine Rolle bei der Frage nach den Rechtsfolgen und im Besonderen, wenn es um die Kündigung, ggf. außerordentliche Kündigung der belästigenden Person geht. Liegt eine Straftat vor oder besteht der dringende Verdacht einer Straftat, so kommt neben der ordentlichen auch eine fristlose Kündigung in Betracht⁴⁶⁵.

Teilweise wird noch vertreten, dass nur die §§ 174 ff. StGB als mögliche Straftaten in Betracht kommen⁴⁶⁶. Aus dem Wortlaut lässt sich diese Beschränkung nicht herleiten. Bereits zur Rechtslage unter dem BSchG durfte dies bezweifelt werden. Was sexuelle Handlungen sind, die nach strafgesetzlichen Vorschriften unter Strafe gestellt sind, ist im StGB nicht legaldefiniert⁴⁶⁷. § 184h Nr. 1 StGB setzt bereits eine Definition voraus und

⁴⁶¹ *Herzog*, S. 208.

⁴⁶² *Worzalla*, NZA 1994, 1016 (1018).

⁴⁶³ BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33.

⁴⁶⁴ *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 3 Rn. 37.

⁴⁶⁵ *BAG*, Urt. v. 25.3.2004 – 2 AZR 341/03, NJW 2004, 3508 (3509).

⁴⁶⁶ *Schrader/Schubert*, in: *Däubler/Bertzbach*, AGG, § 3 Rn. 77a; *Thüsing*, in: *MüKo-BGB*, AGG, § 3 Rn. 69 bezieht Beleidigungen (§ 185 StGB) mit ein.

⁴⁶⁷ *Laubenthal*, Rn. 102.

etabliert darüber hinaus ein Erheblichkeitserfordernis. Sexuelle Handlungen, die unterhalb der Erheblichkeitsschwelle bleiben, führen nicht zu einer Strafbarkeit – jedenfalls nicht nach den §§ 174 ff. StGB, die sexuelle Handlungen voraussetzen. Die Frage, ob der Gesetzgeber in § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BSchG nur sexuelle Handlungen oberhalb der Erheblichkeitsschwelle meinte oder auch unterhalb dieser, stellt sich nicht, da letztere nicht nach den strafgesetzlichen Vorschriften unter Strafe gestellt sind⁴⁶⁸. Abgesehen von den Straftatbeständen die eine sexuelle Handlung erfordern sind aber auch alle sonstigen unter Strafe gestellten Verhaltensweisen gemeint⁴⁶⁹. Das sind zunächst alle sonstigen Straftatbestände des 13. Abschnitts, wie z. B. die Verbreitung pornographischer Schriften (§ 184 StGB) oder exhibitionistische Handlungen (§ 183 StGB). Ob auch Straftaten außerhalb dieses Abschnitts gemeint waren, wurde angezweifelt⁴⁷⁰. Dies u. a. mit dem Argument, wenn auch andere Straftaten als solche gegen die sexuelle Selbstbestimmung im engeren Sinne erfasst würden, käme es zu einem Wertungswiderspruch zwischen StGB und BSchG aufgrund der unterschiedlichen Schutzgüter⁴⁷¹. Dem kann – jedenfalls zur heutigen Rechtslage und nach dem heutigen Verständnis von sexueller Belästigung am Arbeitsplatz – nicht gefolgt werden. Richtig ist zunächst, dass sexuelle Belästigung nach dem AGG im Kern die sexuelle Selbstbestimmung schützt. Darüber hinaus aber auch und besonders die Gleichheitsrechte. Ob der Gleichheitsgrundsatz durch eine sexuelle Belästigung im Gewand einer Sexualstraftat nach den §§ 174 ff. StGB verwirklicht wird oder im Gewand einer Nötigung nach § 240 StGB kann aus Sicht des Schutzgutes der Gleichheit keinen Unterschied darstellen. Anders als zum BSchG stellt die Erfüllung eines Straftatbestandes keine Tatbestandsalternative, sondern eine Qualifikation dar, aus der sich allein Rechtsfolgenmodifikationen ergeben können. Das Vorliegen eines Straftatbestandes macht es daher nicht entbehrlich, die übrigen Tatbestandsmerkmale des § 3 Abs. 4 AGG zu prüfen.

(6) *Einmaliges oder fortgesetztes Verhalten?*

Nach § 3 Abs. 4 AGG ist „ein [...] Verhalten“ erforderlich, d. h. bereits ein einmaliges sexuell bestimmtes Verhalten ist geeignet, eine sexuelle Belästigung darzustellen. Dass die aus § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BSchG übernommene beispielhafte Aufzählung von typischen Verhaltensweisen dann im Plural wiedergegeben ist, ändert hieran nichts. Dies unterscheidet die sexuelle Belästigung von der einfachen Belästigung nach § 3 Abs. 3 AGG. Dort sind „unerwünschte Verhaltensweisen“ – also nach dem Wortlaut mehrere erforderlich, wobei der Gesetzgeber in seiner Begründung zum AGG ausgeführt hat, dass auch bei einmaligem Verhalten die betroffene Person nicht schutzlos bleiben soll⁴⁷². Voraussetzung hierfür ist, dass ein feindliches Arbeitsumfeld entstanden ist, da dieses Merkmal bei der einfachen Belästigung zur Würdeverletzung hinzukommen muss. Bei der sexuellen Belästigung genügt allein die Verletzung der Würde und daher auch ein einmaliges Verhalten das diese verletzt.

⁴⁶⁸ A. A. Herzog, S. 201.

⁴⁶⁹ Grammatikalisch bleibt unklar, ob aus § 2 Abs. 2 Nr. 1 BSchG „sexuelle Handlungen und Verhaltensweisen“ auf „sexuelle Verhaltensweisen“ oder nur auf „Verhaltensweisen“ zu schließen ist.

⁴⁷⁰ *Worzalla*, NZA 1994, 1016 (1018).

⁴⁷¹ *Herzog*, S. 202.

⁴⁷² BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33; vgl. zur einfachen Belästigung ausführlich *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 73 ff. die zu dem Schluss gelangt, dass auch bei § 3 Abs. 3 AGG einfaches Verhalten ausreichend ist, sofern es geeignet ist, die feindliche Umfeldprägung auszulösen.

(7) *AGG Konformität der Verhaltensweisen*

Die Richtlinien unterscheiden nach „unerwünschtem Verhalten sexueller Natur, das sich in unerwünschter verbaler, nicht-verbaler oder physischer Form äußert“⁴⁷³. Diese Unterscheidung der Verhaltensweisen hat der Gesetzgeber nicht aufgegriffen. Stattdessen hat er die von ihm im BSchG eingeführten Verhaltensbeispiele in das AGG übernommen. Fraglich ist, ob sich hieraus Unterschiede zu den Richtlinien bezüglich der Reichweite des tatbestandsmäßigen Verhaltens ergeben.

Verbales Verhalten ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch in Worten ausgedrücktes Verhalten, unabhängig davon, ob es sich um gesprochene oder geschriebene Worte handelt. Der Schwerpunkt des Verhaltens liegt im Gebrauch von Sprache. Hierunter fallen die aus dem BSchG bekannten Aufforderungen zu sexuellen Handlungen sowie die Bemerkungen sexuellen Inhalts z. B. in Form von unsittlichen Bemerkungen oder Anträgen in mündlicher oder schriftlicher Form gegenüber an- oder abwesenden Personen, also auch per E-Mail oder telefonisch.

Nichtverbales Verhalten verzichtet auf den Gebrauch von Worten oder Sprache. Hierunter fallen aus dem akustischen Bereich Geräusche wie z. B. Stöhnlaute. Ebenso zählen hierunter Darstellungen ohne Wortverwendung, etwa Nacktaufnahmen, Zeichnungen oder Wandkalender. Zum nichtverbalen Verhalten zählt auch das Zeigen von pornografischen Darstellungen oder das Anbringen derselben, denn die würdevertende Wirkung resultiert nicht aus einem physischen Verhalten das mit dem Zeigen oder Anbringen gleichfalls verbunden ist, da die belästigende Person körperliche Kraft entfalten muss, um die Darstellung anzubringen oder zu zeigen. Diese körperliche Komponente unterstützt nur das eigentlich belästigende Verhalten, das Zeigen oder Anbringen.

Unter physischem Verhalten schließlich ist der Einsatz des Körpers durch die belästigende Person zu verstehen, der für sich genommen bereits das sexuell bestimmte Verhalten ausmacht. Hierunter fallen z. B. sexuell bestimmte Berührungen oder körperliche Angriffe⁴⁷⁴, die mit Bezug auf das biologische Geschlecht geführt werden. Hierfür ist es nicht erforderlich, dass eine direkte Berührung unter der Bekleidung oder an bekleidungsfreien Körperstellen durchgeführt wird. Ausreichend ist vielmehr indirekter Körperkontakt, etwa das vermeintlich versehentliche Streifen der bekleideten weiblichen Brust mit dem bekleideten Ellbogen oder Arm. Ob es ebenfalls zu den physischen Verhaltensweisen zu zählen ist, wenn der Körper der belästigenden Person den der belästigten Person weder direkt noch indirekt berührt, ihm aber sehr nahekommt, ist zweifelhaft. Diese berührungsfreie körperliche Verhaltensweise ist nur dann zu bejahen, wenn der physische Aspekt der Handlung überwiegt, z. B. wenn in einem engen Durchgang der Weg durch die belästigende Person physisch versperrt wird und sich die belästigte Person am Belästiger vorbeiquetschen muss, um einer Berührung zu entgehen. Mangels körperlichem Angriff und Kontakt sind Gesten und Mimik nicht unter physisches Verhalten zu subsumieren. Zwar wohnt jeder Geste auch eine körperliche Kraftentfaltung inne, jedoch steht diese nicht im Vordergrund. Hauptsächlich kommt es auf den Eindruck an, der durch die Körperhaltung

⁴⁷³ RL 2002/73/EG, ABl. EG Nr. L 269 vom 5.10.2002, S. 17.

⁴⁷⁴ Eggert-Weyand, Belästigung, S. 70.

beim Betrachter entsteht. Sie sind daher dem nichtverbalen Verhalten eher zuzurechnen als dem physischen⁴⁷⁵, wobei die Grenzziehung im Einzelfall schwierig sein dürfte.

Das AGG verwendet die bekannten Verhaltensbeispiele. Diese sind konkreter als die Äußerungsformen der Richtlinien. Hieraus folgt kein Umsetzungsdefizit oder eine Übererfüllung der Richtlinien, da beide Vorschriften auf einem möglichst weit verstandenen Verhaltensbegriff aufsetzen und mit unterschiedlichen Ansätzen versuchen, Beispiele für den abstrakten Begriff des sexuell bestimmten Verhaltens bzw. des Verhaltens sexueller Natur zu aufzuzeigen.

bb) Unerwünschtheit

An die Stelle der Beschreibung als „erkennbar abgelehnten“ Verhaltens, das eine nach außen in Erscheinung getretene Ablehnung des sexuellen Verhaltens erforderte⁴⁷⁶, ist entsprechend der Änderung in Artikel 2 Abs. 2 der Richtlinie 76/207/EWG die Formulierung „unerwünscht“ getreten⁴⁷⁷. Ob ein Verhalten unerwünscht ist, entscheidet die von diesem Verhalten betroffene Person. Unerwünschtheit scheint daher zunächst ein rein subjektives Kriterium zu sein. Unerwünscht ist eine Verhaltensweise jedenfalls dann, wenn sie den Verhaltenserwartungen der betroffenen Personen subjektiv nicht entspricht⁴⁷⁸. Diese hängen von vielen verschiedenen Faktoren ab, wie Erziehung, Ausbildung, Arbeitsumfeld, familiärer Hintergrund, aber auch von der persönlichen Sensibilität⁴⁷⁹ gegenüber sexuell bestimmtem Verhalten.

Ob ein sexuell bestimmtes Verhalten als unerwünscht qualifiziert wird, kann davon abhängen, in welchem Kontext es stattfindet. Am Arbeitsplatz im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 4 AGG ist darunter zu verstehen, welche Position der Belästiger gegenüber der belästigten Person innehat, also ob es sich um einen Kollegen, Kunden oder Vorgesetzten handelt. Zu letzterem ist oftmals das Verhältnis weniger vertraulich, es existiert eine größere persönliche Distanz als zu Kolleginnen oder Kollegen. Gleichzeitig liegt im hierarchischen Gefälle eine zusätzliche Machtposition, die sexuelle bestimmtem Verhalten eine wesentlich intensivere Qualität verleiht.

Die Vertrautheit im Umgang zwischen den Personen kann gleichfalls eine maßgebende Rolle spielen, ob ein Verhalten als unerwünscht eingeordnet wird. Das ist zum Beispiel dann nicht der Fall, wenn sexuell bestimmtes Verhalten von Gegenseitigkeit geprägt ist⁴⁸⁰. Teilweise wird dies auch auf die spezifischen Gepflogenheiten und Umgangsformen an einem Arbeitsplatz übertragen⁴⁸¹. Dem ist jedoch nur teilweise zu folgen, da ein allgemeiner Umgangston, z. B. auf einer Baustelle, nicht zwingend dazu führen muss, dass sich das subjektive Empfinden gegenüber sexuell bestimmtem Verhalten ändert.

Auch die persönliche Betroffenheit kann ein maßgebender Umstand sein⁴⁸². Richtet sich das sexuell bestimmte Verhalten, z. B. durch Anbringen von pornographischen Darstel-

⁴⁷⁵ A. A. Eggert-Weyand, *Belästigung*, S. 70.

⁴⁷⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 25.3.2004 – 2 AZR 341/03, NJW 2004, 3508 (3509).

⁴⁷⁷ So die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33.

⁴⁷⁸ Schlachter, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 16.

⁴⁷⁹ Eggert-Weyand, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 51.

⁴⁸⁰ So auch Schlachter, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 16.

⁴⁸¹ Eggert-Weyand, *Belästigung*, S. 80.

⁴⁸² Eggert-Weyand, *Belästigung*, S. 81.

lungen, gegen die Allgemeinheit, kann dies mangels direkter Personenbezogenheit subjektiv bei einer betroffenen Person, die weniger sensibel gegenüber dieser Art von Darstellungen ist, noch nicht zu Unerwünschtheit führen, wohingegen es bei einer anderen Person bereits das Merkmal erfüllt.

(1) *Subjektive Unerwünschtheit*

Bestimmt man das „unerwünschte Verhalten“ allein nach dem Empfinden der betroffenen Person, ist zu fragen, ob diese Unerwünschtheit seitens der belästigenden Person ausreichend vorhergesehen oder eingeschätzt werden kann. Es besteht die Gefahr der Rechtsunsicherheit⁴⁸³. Eine Person die ein sexuell bestimmtes Verhalten praktizieren möchte, müsste zuvor eine Prognose dazu anstellen, ob dieses Verhalten unerwünscht sein könnte. Da sie dabei die subjektiven Empfindungen der betroffenen Person(en) nicht mit Sicherheit vorhersagen kann, bestünde das Risiko einer Fehleinschätzung⁴⁸⁴.

Für das rein subjektive Verständnis von Unerwünschtheit spricht hingegen, dass dieses Risiko von Fehleinschätzungen für die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz nicht übermäßig groß ist, da – jedenfalls bei schwerwiegenden Fällen – die empirischen Untersuchungen gezeigt haben, dass das Verständnis, was von Frauen als sexuelle Belästigung aufgefasst wird und damit, welches sexuell bestimmte Verhalten unerwünscht ist, oberhalb von 90 Prozent liegt⁴⁸⁵. D. h. es existiert ein weitgehend einheitliches Verständnis, das z. B. für aufgedrängte Küsse bei 99-prozentiger Ablehnung liegt – nur eine von einhundert Frauen würde dieses Verhalten nicht als sexuelle Belästigung betrachten. Auch Männer wissen sehr genau, ob ein bestimmtes Verhalten sexuell belästigend ist⁴⁸⁶. Weiter spricht für das subjektive Verständnis, dass jede andere Betrachtung Diskriminierung perpetuieren kann, da sie nicht zwingend die Opferperspektive einnimmt⁴⁸⁷. Indem eine andere als die betroffene Person definiert, welches Verhalten noch als erwünscht zu gelten hat, übt diese Person zu Lasten der betroffenen Person die Definitionsmacht aus. Ein rein subjektives Verständnis ist danach Voraussetzung zur Erreichung des Schutzzweckes.

Gegen das subjektive Verständnis ist vorzubringen, dass es für den Verbotsadressaten erkennbar sein muss, welches Verhalten unerwünscht ist, um es unterlassen zu können⁴⁸⁸. Kann der potentielle Belästiger nicht erkennen, welches Verhalten (noch) erwünscht ist, kann er sein Verhalten nicht entsprechend steuern, um eine Schutzgutverletzung zu vermeiden⁴⁸⁹. Die Sanktionierung unerwünschten Verhaltens ist nur dann sinnvoll, wenn die Unerwünschtheit für den Handelnden auch erkennbar ist⁴⁹⁰. Unerwünschtheit allein subjektiv zu bewerten würde bedeuten, individueller Sensibilität der betroffenen Person

⁴⁸³ Eggert-Weyand, Belästigung, S. 81.

⁴⁸⁴ Eggert-Weyand, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 51.

⁴⁸⁵ Holzbecher/Braszeit/Müller u. a., S. 254, Tabelle 44. Auch die Einschätzung der befragten Männer, was als sexuelle Belästigung zu definieren ist, weicht in keinem Fall mehr als 11 Prozentpunkte, im Durchschnitt 4,7 Prozentpunkte voneinander ab, Holzbecher/Braszeit/Müller u. a., S. 210, Tabelle 40.

⁴⁸⁶ Goy, in: Koreuber u. a., S. 99 (105).

⁴⁸⁷ Baer, Würde oder Gleichheit?, S. 269.

⁴⁸⁸ Bauer/Krieger, AGG, § 3 Rn. 52; Schlachter, in: Erk, AGG, § 3 Rn. 16.

⁴⁸⁹ Eggert-Weyand, Belästigung, S. 82, sieht ein größer werdendes Risiko einer Verletzung, je mehr Frauen im Betrieb arbeiten. Das kann jedoch nur für die mildesten Eingriffe gelten, da bei den eindeutigen sexuellen Belästigungen eine nahezu vollständige Übereinstimmung unter den Frauen herrscht, die von den Männern weitgehend geteilt wird.

⁴⁹⁰ Hadeler, NZA 2003, 77 (78 f.)

Raum zu geben, zu Lasten von Vorhersehbarkeit und Sanktionsfähigkeit. Unter Berücksichtigung der Würde als Schutzgut mag dies noch zielführend sein, da das Ideal der Selbstbestimmung verlangt, dass jede Person selbst über ihre Vorstellung von Würde entscheidet⁴⁹¹. Jedoch ist Gleichheit das zentrale Schutzgut der sexuellen Belästigung und Gleichheit fragt anders als Würde nicht nach individueller Verletzung, sondern nach Gruppenzugehörigkeit und damit verbundener Benachteiligung. Daher kann es im Ergebnis nicht auf das subjektive Empfinden einer Einzelperson ankommen, sondern es ist auf das Empfinden der Gruppe der Merkmalsträger zu rekurrieren.

Diese Grenzziehung zwischen zulässigem und diskriminierendem Verhalten trifft nicht nur potentielle Belästiger, sondern auch die nach § 12 AGG zum Schutz verpflichteten Arbeitgeber, die bei einem subjektiven Verständnis ebenfalls nur bedingt ausreichenden Schutz vor sexueller Belästigung gewähren können⁴⁹².

(2) Verobjektivierte Unerwünschtheit

Aufgrund der genannten Schwierigkeiten mit einem rein subjektiven Verständnis von Unerwünschtheit besteht ein Bedürfnis nach einem objektiven Korrektiv. Unter der Geltung des § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BSchG bestand dieses in der erkennbaren Ablehnung des sexuell bestimmten Verhaltens in Form einer nach Außen in Erscheinung getretenen Reaktion⁴⁹³ der betroffenen Person. Teilweise wurde zur Richtlinie 76/207/EWG verlangt, die erkennbare Ablehnung sei in die Richtlinienregelung hineinzulesen⁴⁹⁴. Gegen ein solches Ablehnungserfordernis kann angeführt werden, dass es den Tatbestand unangemessen einschränkt, da Betroffene, die durch Ausweichen oder Dulden von belästigendem Verhalten keine Ablehnung äußern, nicht geschützt sind, wenn die sexuelle Belästigung erst durch die Ablehnung zu einer solchen wird⁴⁹⁵. Darüber hinaus spricht dagegen, dass mit einem Ablehnungserfordernis nicht das Täterverhalten, sondern das Opferverhalten bewertet wird⁴⁹⁶, wenn nach der objektiven Ablehnung und nicht nach der objektiven Handlung gefragt wird. Der Maßstab ist der eines objektiven Beobachters aus Sicht des Täters, der über die ausreichende Ablehnung des Opfers entscheidet. Die einem Ablehnungserfordernis zur Grunde liegende Annahme, falls keine Ablehnung erfolgt, sei alles in Ordnung, setzt eine Entscheidung der betroffenen Person über die Ablehnung voraus, die jedoch in einem hierarchischen Umfeld unmöglich sein kann. Das Ablehnungserfordernis wird dem Recht gegen Diskriminierung nicht gerecht⁴⁹⁷. Für ein Ablehnungserfordernis findet sich auch kein Anhalt im Richtlinienext.

Soweit vertreten wird, dass sich das Verbot objektiver Ablehnung bereits aus Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 76/207/EWG in der Fassung der Richtlinie 2002/73/EG ergebe, da die

⁴⁹¹ Baer, Würde oder Gleichheit?, S. 269.

⁴⁹² Eggert-Weyand, Belästigung, S. 82. Das Argument *ders.*, das Belästigungsoffer selbst könne nicht zutreffend beurteilen, welche Verhaltensweisen es noch hinzunehmen habe, verfährt nicht. Stellt man auf die rein subjektive Sicht des Opfers ab, ist allein sein Empfinden ausschlaggebend. Was das Opfer als unerwünscht empfindet ist unerwünscht.

⁴⁹³ BAG, Urt. v. 25.3.2004 – 2 AZR 341/03, NJW 2004, 3508 (3509); Eggert-Weyand, Belästigung, S. 83;

⁴⁹⁴ Hadelers, NZA 2003, 77 (78 f.)

⁴⁹⁵ Vgl. hierzu eingehend Baer, Würde oder Gleichheit?, S. 254 ff.

⁴⁹⁶ Eggert-Weyand, Belästigung, S. 87.

⁴⁹⁷ Baer, Würde oder Gleichheit?, S. 269.

erkennbare Ablehnung dem verbotenen Anknüpfungsmerkmal der Zurückweisung entspreche⁴⁹⁸, kann dem jedoch nicht gefolgt werden. Die Richtlinienregelung hat mit nahezu identischem Wortlaut unter § 16 Abs. 2 Satz 1 Eingang in das AGG gefunden. Gegenstand der Vorschrift ist das Verbot für den Arbeitgeber, Reaktionen betroffener Personen auf benachteiligendes Verhalten zum Gegenstand von Entscheidungen zu machen. Es geht mithin um Quid-pro-quo-Fälle, bei denen Zurückweisung üblicherweise zu negativen und Duldung zu positiven Entscheidungen führt. Die Regelung knüpft an benachteiligendes Verhalten an, setzt es mithin voraus. Sie kann daher nicht zur Definition von benachteiligendem Verhalten herangezogen werden. Darüber hinaus betrifft das Maßregelungsverbot nicht nur Belästigungsfälle, sondern alle Formen der Benachteiligung⁴⁹⁹.

Der Gesetzgeber hat sich gegen das Ablehnungserfordernis entschieden. Es reicht aus, dass die Handelnden aus der Sicht eines objektiven Beobachters davon ausgehen können, dass ihr Verhalten unter den gegebenen Umständen von den Betroffenen nicht erwünscht wird⁵⁰⁰. Damit wird bei der Frage nach der Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens nicht länger das ablehnende Opferverhalten bewertet, sondern das Täterverhalten⁵⁰¹ aus Sicht eines objektiven Dritten⁵⁰². Maßgeblich ist allein, ob die Unerwünschtheit der Verhaltensweise objektiv erkennbar war⁵⁰³. Auf die subjektive Erkennbarkeit, etwa eines besonders unsensiblen Belästigenden, kommt es nicht an⁵⁰⁴. Gegen das Unerwünschtheiterfordernis wird angeführt, es suggeriere die mögliche Existenz erwünschten sexuell belästigenden Verhaltens⁵⁰⁵. Im Kern geht es dabei jedoch um die Ablehnung jeder Einschränkung der rein subjektiven Bewertung des Verhaltens aus der Perspektive der betroffenen Person.

Für das Vorliegen von Unerwünschtheit muss dieselbe nicht zum Ausdruck gebracht werden⁵⁰⁶, sie kann sich auch allein aus den Umständen bzw. deren Wahrnehmung durch den objektiven Dritten ergeben. Da die Unerwünschtheit jedoch für die belästigende Person erkennbar sein muss⁵⁰⁷, besteht Streit darüber, ob der objektive Dritte vollständig objektiv sein soll, d. h. geschlechtsneutral, oder ob er dem Geschlecht und damit der Sichtweise des Opfers entsprechen soll.

Denn verobjektivierte Unerwünschtheit bedeutet nicht, dass aus Sicht der belästigten Person unerwünschtes Verhalten vorliegt, sondern dass sie aufgrund der Bewertung des Ver-

⁴⁹⁸ Wendeling-Schröder, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 3 Rn. 29.

⁴⁹⁹ Vgl. hierzu die klarere Formulierung in RL 2006/54/EG Art. 2 Abs. 2a.

⁵⁰⁰ Gesetzesbegründung in BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33.

⁵⁰¹ So auch Eggert-Weyand, Belästigung, S. 87; für Baer, Würde oder Gleichheit?, S. 266 f., ist auch diese Form der Bewertung belästigenden Verhaltens kritisch, da sie davon ausgeht, dass es „gute“ Sexualität am Arbeitsplatz gibt, was jedoch nicht vorausgesetzt werden kann, sondern nur kontextabhängig geprüft werden kann, da Sexualität am Arbeitsplatz grundsätzlich ein „Kontroll- und Unterwerfungsritual“ sein kann (S. 267).

⁵⁰² H. M. in der Literatur. Statt aller vgl. Schlachter, in: ErFK, AGG, § 3 Rn. 16.

⁵⁰³ BAG, Urt. v. 9.6.2011 – 2 AZR 323/10, NJW 2012, 407 (408).

⁵⁰⁴ Schlachter, in: ErFK, AGG, § 3 Rn. 16.

⁵⁰⁵ Baer, Würde oder Gleichheit?, S. 265 f., deren Frage nach der erwünschten Belästigung (S. 265) provozieren soll, denn dem Belästigungsbegriff liegt die Unerwünschtheit zu Grunde. Hingegen räumt Baer ein, dass es grundsätzlich erwünschte sexuell bestimmtes Verhalten am Arbeitsplatz geben könne (S. 266 f.).

⁵⁰⁶ Gesetzesbegründung in BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33.

⁵⁰⁷ Schlachter, in: ErFK, AGG, § 3 Rn. 16.

haltens durch einen objektiven Betrachter jenes als unerwünscht klassifizieren darf. Versteht man die vom AGG geschützte Würde als ein Recht auf Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs.1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, findet dieses Recht seine Schranke darin, dass ein objektiver Beobachter die Abgrenzung trifft, wann das Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit der belästigenden Person oder Äußerung ihrer Meinung das Recht auf Selbstbestimmung überwiegt. Gleiches gilt für das von § 3 Abs. 4 AGG geschützte Recht auf Gleichheit.

Baer ist der Ansicht, dass nur eine weibliche Perspektive in der Lage sei, die geschlechtsspezifische Diskriminierung, die in einer sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz liegt, angemessen zu erfassen. In allen anderen denkbaren Konstellationen werde letztlich durch den Spruchkörper, der meist männlich besetzt sei, doch wieder eine männliche Perspektive maßgebend werden⁵⁰⁸ und damit die Diskriminierung von Frauen perpetuieren. Nur die Opferperspektive des Beobachters bzw. der Beobachterin verhindere das mögliche Auseinanderfallen von subjektiv unerwünschtem, objektiv nicht unerwünschtem Verhalten zum Schutz der Betroffenen.

Dagegen steht zunächst der Wille des Gesetzgebers, einen objektiven Beobachter zu etablieren⁵⁰⁹, um die subjektiv beeinflussenden Faktoren auszuschalten. Ist diese objektive dritte Person ein Angehöriger des Opfergeschlechts kann sie nicht mehr als absolut objektiv bezeichnet werden; „er“ oder „sie“ wäre dann geschlechtsspezifisch geprägt. Die objektive Person soll in den Fällen, in denen keine objektiv erkennbare Ablehnung vorliegt oder sich die Unerwünschtheit nicht bereits aus den Umständen ergibt, der Maßstab des Verständnishorizonts nach dem Verständnis aller billig und gerecht Denkenden sein⁵¹⁰. Sie ist eine vernünftige Person, mit durchschnittlichen Einschätzungen ohne persönlich-individuelle Befindlichkeiten. Diese objektive Person spielt jedoch nur in Zweifelsfällen eine Rolle, denn in den schwereren Fällen sexueller Belästigung besteht zwischen den Geschlechtern nur eine geringe Wahrnehmungsdifferenz dahingehend, ob belästigendes Verhalten vorliegt⁵¹¹.

Mit der objektiven beobachtenden Person wird der verallgemeinerungsfähige Konsens der Unerwünschtheit sexuellen Verhaltens in den Vordergrund gerückt, subjektive Sensibilitäten der betroffenen Person oder Sensibilitätsstörungen der belästigenden Person müssen zurücktreten. Es mag zutreffen, dass die Wahrnehmung der Geschlechter bezüglich belästigender Verhaltensweisen nicht identisch ist⁵¹², dieser Umstand ist jedoch keine Begründung, den Schutzbereich über die Wahrnehmung einer „billig und gerecht denkenden Person“ auszudehnen. Die objektive, geschlechtsneutral beobachtende Person zeichnet

⁵⁰⁸ *Baer*, Würde oder Gleichheit?, S. 176 ff.

⁵⁰⁹ Anders *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 89 und *Eggert-Weyand*, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 80 mit Verweis auf die Gesetzesbegründung zum BSchG(!) und zu den beispielhaften Verhaltensweisen. Sie fordert, eine weibliche Perspektive einzunehmen, verkennt dabei jedoch, dass der Tatbestand geschlechtsneutral formuliert ist. Die zwar untypische, aber dennoch mögliche sexuelle Belästigung eines männlichen Täters an einem männlichen Opfer kann eindeutig nicht nach weiblicher Perspektive beurteilt werden. In Frage kann allenfalls stehen, ob eine Perspektive nach dem Opfergeschlecht sinnvoll ist. Dass die Gesetzesbegründung den maskulinen Begriff des Beobachters verwendet, stellt keinen Anhaltspunkt für eine geschlechtsspezifische Betrachtungsweise dar, sondern ist mit der weit verbreiteten Verwendung dieser Figur im deutschen Recht zu begründen.

⁵¹⁰ *Eggert-Weyand*, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 53.

⁵¹¹ *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*, S. 210, Tabelle 40; *Schiek*, in: Schiek, AGG, § 3 Rn. 72.

⁵¹² *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 90.

sich doch gerade dadurch aus, dass sie die Sichtweisen beider Geschlechter vereint und dadurch neutralisiert. Nur so können sich über alle Fälle der sexuellen Belästigung hinweg angemessene Bewertungen der Unerwünschtheit ergeben. In Einzelfällen mag dieser Maßstab auf der Seite einer sensiblen belästigten Person zur Verkürzung des Schutzes führen; gleiches gilt in Einzelfällen jedoch auch für eine unsensible belästigende Person – jeweils unabhängig vom Geschlecht⁵¹³.

Dieses Verständnis von durch einen objektiven Beobachter zu bestimmender Unerwünschtheit erfüllt die europarechtlichen Vorgaben, da kein abweichender Maßstab zu Lasten der betroffenen Person geschaffen wird – wie dies etwa bei dem Erfordernis einer erkennbaren Ablehnung der Fall wäre. Von der betroffenen Person werden durch den objektiven Beobachter keine ablehnenden Handlungen im Sinne von zusätzlichen Tatbestandsmerkmalen verlangt⁵¹⁴. Stattdessen wird der unbestimmte Rechtsbegriff der Unerwünschtheit lediglich konkretisiert, indem er einer verobjektivierten Betrachtungsweise unterworfen wird. Duldungen von sexuellem Verhalten fallen unter Anwendung dieser Figur nicht aus dem Anwendungsbereich, sofern sie für die objektive Person erkennbar bleiben⁵¹⁵.

(3) *Maßstab der Unerwünschtheit*

Wenn - wie hier - nicht von einer rein subjektiv verstandenen Unerwünschtheit ausgegangen wird, stellt sich die Frage, nach welchem Maßstab die verobjektivierte Unerwünschtheit durch den objektiven Beobachter festgestellt werden kann. Ausgehend von der Gesetzesbegründung soll es sich um ein Verhalten handeln, das unter den gegebenen Umständen von den Betroffenen nicht erwünscht ist oder auch nicht akzeptiert wird⁵¹⁶. Die Unerwünschtheit besteht danach aus einem objektiven Umstandselement und einem subjektiven Element der Erwünschtheit oder Akzeptanz.

Zur Ausfüllung des Umstandselementes ist das sexuell bestimmte Verhalten in den Kontext der sonst üblichen Verhaltensformen zu stellen⁵¹⁷. Je weniger eine Verhaltensweise in den betroffenen Kreisen üblich ist, desto eher ist sie nicht erwünscht⁵¹⁸. Was auf einer Baustelle üblich sein mag, kann in Büroräumen unangemessen sein⁵¹⁹. Diese Unterscheidung kann sowohl die Branchenzugehörigkeit eines Unternehmens als auch die Hierarchiestufen innerhalb einer Organisation betreffen. So wird im Bankengewerbe grundsätzlich ein anderes Umgangsniveau verlangt als im Handwerk; von Vorgesetzten wird grundsätzlich vorbildhaftes Verhalten gegenüber Unterstellten erwartet⁵²⁰. Das Umstandsmo-

⁵¹³ Eggert-Weyand, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 53; Wendeling-Schröder, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 3 Rn. 29; Adomeit/Mohr, AGG, § 3 Rn. 139; Bauer/Krieger, AGG, § 3 Rn. 54; Nollert-Borasio/Perreng, AGG, § 3 Rn. 36; ablehnend: Eggert-Weyand, Belästigung, S. 90; Baer, Würde oder Gleichheit?, S. 269.

⁵¹⁴ Eggert-Weyand, Belästigung, S. 88.

⁵¹⁵ Schiek, in: Schiek, § 3 Rn. 72 weist zu Recht darauf hin, dass damit die früheren vermeintlichen Duldungsfälle unter der Regelung des AGG anders zu bewerten sind.

⁵¹⁶ BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33.

⁵¹⁷ Wendeling-Schröder, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 3 Rn. 30.

⁵¹⁸ Schlachter, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 16.

⁵¹⁹ LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 25.5.2009 – 5 Sa 99/09, abrufbar über juris.

⁵²⁰ Schlachter, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 16.

ment allein ist jedoch nicht ausreichend und deshalb um Akzeptanz oder Willkommenheit⁵²¹ des Verhaltens zu ergänzen. Ohne dieses zusätzliche Erfordernis wären alle Personen schutzlos, die in einem besonders sexuell ausgerichteten – oder feindlichen – Umfeld arbeiten. Unerwünschtheit würde sich objektiv an diesem feindlichen Arbeitsumfeld ausrichten und damit die Erheblichkeitsschwelle zu Lasten des Schutzzwecks unangemessen erhöhen.

Willkommen und damit nicht tatbestandsmäßig ist ein Verhalten das von Gegenseitigkeit geprägt ist⁵²². Unerwünschte oder nicht akzeptierte Verhaltensweisen lassen sich durch die Ein- oder Zweiseitigkeit des Verhaltens abgrenzen⁵²³. So kann zwischen einzelnen Kollegen oder Kolleginnen eine Begrüßung mit „Küsschen auf die Wange“ willkommen sein, die anderen Kollegen oder Kolleginnen gegenüber jedoch unerwünscht ist, wenn keine Gegenseitigkeit dieses Verhaltens vorliegt. Gleiches gilt im Verhältnis zu Vorgesetzten, wobei hier aufgrund der hierarchischen Machtkomponente eine eventuell vorliegende Gegenseitigkeit besonders kritisch zu würdigen ist⁵²⁴.

(4) Zustimmung

Dass es auch am Arbeitsplatz „gute“ Sexualität geben kann, ist nicht ausgeschlossen⁵²⁵. Daher ist die Frage zu erörtern, wie im Einzelfall ein sexuell bestimmtes Verhalten, das objektiv unerwünscht aber willkommen ist, von der bloßen Duldung unerwünschten Verhaltens abgegrenzt werden kann.

In Betracht kommt eine Einwilligung in das sexuell bestimmte Verhalten. Diese setzt neben der Dispositionsbefugnis des geschützten Rechtsguts auch voraus, dass eine freie Entscheidung über die Einwilligung getroffen werden kann⁵²⁶. Da das Arbeitsverhältnis dem Erwerb und damit der Sicherung des sozialen Status dient, kann von einer freien Entscheidung nicht ohne Weiteres ausgegangen werden. Eine Person, der berufliche Vorteile gegen sexuelle Gefälligkeiten offeriert werden, ist kaum zu einer freien, selbstbestimmten Entscheidung über das Rechtsgut fähig, da die Entscheidung nicht allein das von § 3 AGG geschützte Rechtsgut betrifft, sondern stets auch die berufliche Perspektive⁵²⁷. Es ist daher zu weitgehend, zu unterstellen, dass keine Unerwünschtheit vorliegt, wenn ein solches Angebot von einem Vorgesetzten unterbreitet wird und eine Mitarbeiterin darauf eingeht⁵²⁸.

Anders ist dies zu beurteilen, wenn ein gleich- oder nachrangiger Kollege ein objektiv unerwünschtes aber willkommenes Verhalten an den Tag legt. Dabei steht nicht die berufliche Perspektive zur Disposition, sondern allein das sexuelle Selbstbestimmungsrecht. Über dieses kann die belästigte (erwachsene) Person frei verfügen. Da ein Handeln des Belästigers gegen den Willen der betroffenen Person Voraussetzung der Unerwünschtheit

⁵²¹ Vgl. zum US-amerikanischen Verständnis diese Arbeit unter B. II. 1. a) aa).

⁵²² *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § 3 Rn. 30; v. *Roeteken*, § 3 Rn. 359.

⁵²³ *Schlachter*, in: *ErfK, AGG*, § 3 Rn. 16.

⁵²⁴ Vgl. hierzu *Baer*, *Würde oder Gleichheit?*, S. 267 f.

⁵²⁵ *Baer*, *Würde oder Gleichheit?*, S. 265 ff.

⁵²⁶ Im Strafrecht wird hierfür der Maßstab der Drohung mit einem empfindlichen Übel (§ 240 StGB) angelegt, *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, Vor. §§ 32ff. Rn. 48; *Kühl*, StR AT, § 9 Rn. 36.

⁵²⁷ So auch *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § 3 Rn. 44.

⁵²⁸ So aber *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 53.

ist und dieses Merkmal entfällt, wenn das Verhalten willkommen ist, ist von einer tatbestandsausschließenden Zustimmung auszugehen⁵²⁹. Mit der Möglichkeit zur Zustimmung bleibt der Rechtsgutsinhaber eine autonome Instanz, die in der Lage ist, die ihr zustehende Rechtsposition aufzugeben. Diese Befugnis entfällt erst, wenn Druck auf den Rechtsgutsinhaber ausgeübt wird, so dass von Freiwilligkeit nicht mehr die Rede sein kann. In strafrechtlicher Hinsicht ist das dann der Fall, wenn mit einem empfindlichen Übel gedroht wird. Bei allen unterhalb dieser Schwelle liegenden Einwirkungen wird zu Recht verlangt, dass der Rechtsgutsinhaber diesen Stand zu halten hat.

Die Dinge liegen jedoch anders, wenn belästigte und belästigende Person in einem asymmetrischen Verhältnis zueinanderstehen. Diese im hierarchischen Arbeitsverhältnis vorliegenden Umstände berücksichtigt die strafrechtliche Bewertung nicht. Die von der belästigten Person befürchteten Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis werden sie regelmäßig bereits deutlich unterhalb einer Drohung mit einem empfindlichen Übel dazu bewegen, einen Eingriff in ihr Rechtsgut zuzulassen. Von Freiwilligkeit kann dabei aber keine Rede sein. Die Einwilligung ist daher im Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG bei Belästigung durch Vorgesetzte, den Arbeitgeber oder Kunden nicht erst bei *vis absoluta*⁵³⁰ oder der Drohung mit einem empfindlichen Übel abzulehnen.

Fraglich ist, ob innerhalb einer hierarchischen Beziehung überhaupt von Freiwilligkeit gesprochen werden kann. Schließt man die Möglichkeit zur Zustimmung in diesen Fällen jedoch generell aus, spricht man potentiellen Belästigungsopfern gleichzeitig die autonome Entscheidung über das höchstpersönliche Rechtsgut ab. Eine derartige Bevormundung kann nicht das Ziel von Antidiskriminierungsrecht sein. Der freiwillige Verzicht auf den gesetzlichen Schutz bzw. die freiwillige Zustimmung muss daher möglich sein. Die Schwierigkeit liegt nun darin, selbstbestimmte Freiwilligkeit, also tatsächliche Willkommenheit, festzustellen bei einem Verhalten, welches von einem objektiven Beobachter als unerwünscht klassifiziert wird und diese von erduldetem Verhalten zu unterscheiden. In Fällen von gegenseitigem Verhalten ist dies ebenso unproblematisch möglich, wie es in den Konstellationen von nicht gegenseitigem Verhalten unmöglich ist, da es sich bei Freiwilligkeit um ein intern bleibendes Merkmal handelt. Alle Vorgesetzten, Arbeitgeber und Kunden sind mithin gut beraten, ausschließlich gegenseitiges sexuelles Verhalten als tatbestandsausschließende Zustimmung aufzufassen und alles andere als unerwünschtes Verhalten zu bewerten.

e) Würdeverletzung

Das unerwünschte sexuell bestimmte Verhalten muss die Würde der betroffenen Person verletzen oder dies zumindest bezwecken⁵³¹. Durch das Merkmal der Würdeverletzung sollen geringfügige Eingriffe ausgeschieden werden⁵³². Die Frage, welche Eingriffsqualität tatsächlich erreicht werden muss, wird überwiegend mit Verweis auf die feindliche Umfeldprägung beantwortet⁵³³. Die Merkmale der feindlichen Umfeldprägung sollen den Maßstab für den vorauszusetzenden Schweregrad konkretisierten⁵³⁴. Damit ist nicht viel

⁵²⁹ In der strafrechtlichen Terminologie wird diese als „Einverständnis“ bezeichnet.

⁵³⁰ *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § 3 Rn. 44.

⁵³¹ Zu den beiden Begehensformen vgl. diese Arbeit unter C. III. 5. f).

⁵³² Gesetzesbegründung in BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33.

⁵³³ *Schrader/Schubert*, in: *Däubler/Bertzbach*, AGG, § 3 Rn. 77; *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 60; *Thüsing*, in: *MüKo-BGB*, AGG, § 3 Rn. 56.

⁵³⁴ *Schlachter*, in: *ErFK*, AGG, § 3 Rn. 19.

gewonnen, da es sich lediglich um eine beispielhafte Aufzählung handelt. Nach diesem Verständnis wäre nicht die Würdeverletzung, sondern die feindliche Umfeldprägung der Maßstab der Erheblichkeitsschwelle.

aa) Qualität der Würdeverletzung

Einigkeit besteht dahingehend, dass keine Verletzung der Menschenwürde im Sinne des Art. 1 Abs. 1 GG erforderlich ist⁵³⁵. Wie die Frage nach dem Schutzgut der sexuellen Belästigung ergeben hat⁵³⁶, ist die Menschenwürde ein „eindeutig zu hoch“ geöffneter Maßstab⁵³⁷. Freilich ist damit noch nichts dazu gesagt, welche Verletzungsintensität tatsächlich erforderlich ist. Sofern in der zum AGG vorhandenen Kommentarliteratur nicht lediglich auf die Formulierung der Gesetzesbegründung verwiesen wird⁵³⁸, konzentrieren sich die Meinungen entweder auf das Erfordernis feindlicher Umfeldprägung als eigentliche Grenze⁵³⁹ oder darauf, dass man sich hinsichtlich der Schwere etwa an einer Beleidigung im Sinne der §§ 185 ff. StGB zu orientieren habe⁵⁴⁰. *Schiek* verlangt eine Anknüpfung an die „gesellschaftlich inferiore Position“⁵⁴¹ der betroffenen Person, die sie bereits in der Verleugnung deren Individualität und der Zuschreibung bestimmter Gruppeneigenschaften sieht. Nach anderer Ansicht liege die Erheblichkeitsschwelle auf der Grenze zwischen geringfügigen Vorfällen mit bloßem Lästigkeitswert und einer Beeinträchtigung des Selbstverständnisses einer Person in Bezug auf eines der Merkmale des § 1 AGG⁵⁴².

Anders als bei der einfachen Belästigung nach § 3 Abs. 3 AGG, bei der die Würdeverletzung und die Schaffung eines feindlichen Umfeldes kumulativ vorliegen müssen⁵⁴³, genügt bei der sexuellen Belästigung allein die Würdeverletzung, wie sich aus der „insbesondere“-Formulierung des § 3 Abs. 4 AGG ergibt. Sie ist indiziert, wenn ein feindliches Umfeld vorliegt⁵⁴⁴. Es ist deshalb im Ergebnis zwar nicht falsch, für die sexuelle Belästigung die feindliche Umfeldprägung als „eigentliche Grenze“⁵⁴⁵ des Tatbestandes zu bezeichnen, zufriedenstellend und dogmatisch unbedenklich ist dies gleichwohl nicht, da von den Regelbeispielen auf die Eingriffsintensität lediglich geschlossen wird und damit die tatsächliche Eingriffsschwelle undefiniert bleibt.

⁵³⁵ So bereits die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33; *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 Rn. 132; *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 43; *Schrader/Schubert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3 Rn. 70; *Eggert-Weyand*, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 57; *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 17; *Schleusener*, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 3 Rn. 141; *Thüsing*, in: MüKo-BGB, AGG, § 3 Rn. 56; *Wendeling-Schröder*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 3 Rn. 32.

⁵³⁶ Vgl. diese Arbeit unter C. III. 5. c) dd).

⁵³⁷ *Thüsing*, in: MüKo-BGB, AGG, § 3 Rn. 56.

⁵³⁸ *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 43; *Wendeling-Schröder*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 3 Rn. 32.

⁵³⁹ *Thüsing*, in: MüKo-BGB, AGG, § 3 Rn. 56.

⁵⁴⁰ *Eggert-Weyand*, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 57.

⁵⁴¹ *Schiek*, in: Schiek, AGG, § 3 Rn. 65.

⁵⁴² *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 17; *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 Rn. 132; a. A. *Wank*, NZA 2004 (Sonderbeilage zu Heft 22), 16 (22), der die Belästigung „zwischen einer Belästigung im Sinne einer Beleidigung und einer Verletzung der Menschenwürde“ sieht.

⁵⁴³ *Schiek*, in: Schiek, AGG, § 3 Rn. 60; BAG, Urt. v. 24.9.2009 – 8 AZR 705/08, NZA 2010, 387 (389) Rn. 29. Zu den Inhalten der feindlichen Umfeldprägung siehe diese Arbeit unter C. III. 5. e) bb) (2).

⁵⁴⁴ *Schiek*, in: Schiek, AGG, § 3 Rn. 60. Ob die Würdeverletzung bereits indiziert ist, wenn sexuell bestimmte Handlungen, Bemerkungen oder Darstellungen überhaupt in den Geschäftsräumen vorkommen, so *dies*. § 3 Rn. 69 darf aufgrund des Erfordernisses eine Würdeverletzung zu bezwecken oder zu bewirken, indes bezweifelt werden.

⁵⁴⁵ *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 276.

Wie sich aus § 3 Abs. 3 AGG ableiten lässt, existieren zwei inhaltlich zu unterscheidende Tatbestandsmerkmale: die Würdeverletzung als konkreter Eingriff in die Integrität einer Person und das feindliche Umfeld als Ausgestaltung objektiver Arbeits- und sonstiger Bedingungen. Beide müssen kumulativ vorliegen⁵⁴⁶. Für § 3 Abs. 4 AGG genügt hingegen allein die Würdeverletzung und es stellt sich daher zunächst auch allein die Frage, ab welcher Eingriffsintensität diese im Sinne des Gesetzes verletzt ist. Dass die erforderliche Eingriffsintensität bei der Verwirklichung eines Regelbeispiels *jedenfalls* erreicht ist, unterstellt zunächst, dass es sich tatsächlich um Regelbeispiele handelt⁵⁴⁷, zeigt jedoch keine Folgen für die Frage nach der Mindesteingriffsintensität, sondern liefert lediglich Anhaltspunkte für ein Eingriffsniveau bei dessen Vorliegen *in der Regel* von einer Rechtsgutsverletzung auszugehen ist.

Geht man mit der hier vertretenen Meinung davon aus, dass es sich bei der Würde des § 3 Abs. 3 und 4 AGG um das allgemeine Persönlichkeitsrecht handelt, das durch die Vorschriften zur sexuellen Belästigung konkretisiert wird, stellt sich die Frage der Eingriffsintensität im Besonderen, da im Allgemeinen eine Verletzung dieses Rahmenrechts durch eine Güter- und Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Dauer und Schwere sowie der betroffenen Sphäre, und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu ermitteln ist⁵⁴⁸. Etwas Anderes gilt nur, wenn durch eine gesetzliche Regelung das Rahmenrecht eine Konkretisierung erfahren hat, die ggf. auch mit einer Verschärfung der gesetzlichen Folge einhergehen kann⁵⁴⁹. Bezogen auf die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz nach § 3 Abs. 4 AGG bedeutet das, dass der Gesetzgeber durch die Regelbeispiele eine Konkretisierung kodifiziert hat, indem er festgelegt hat, dass *insbesondere* bei der feindlichen Umfeldprägung die Abwägung aller Umstände ergibt, dass das Schutzrecht verletzt ist⁵⁵⁰. Im Übrigen hat er eine Konkretisierung nicht vorgenommen. Die Folge ist, dass für die Feststellung einer Würdeverletzung bereits auf Tatbestandsebene eine Gesamtabwägung durchzuführen ist. Dauer und Schwere des sexuell bestimmten Verhaltens sind ebenso in diese Abwägung einzustellen wie die betroffene Sphäre. Hierbei kommt nicht bereits aus dem Aspekt des Sexualbezugs ausschließlich die absolut geschützte Intimsphäre in Betracht. Sie ist freilich betroffen, wenn die innere Gedanken- und Gefühlswelt sowie Sexualeben und Gesundheit betroffen sind⁵⁵¹. Häufig – und insbesondere an der Grenze zu bloßen Lästigkeiten – wird durch die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts nur ein Eingriff in die Individualsphäre vorliegen, z. B. wenn pornografische Darstellungen aufgehängt werden. Die Würde ist hingegen erst verletzt, wenn der Eingriff schwerwiegend ist, d. h. entweder länger andauert oder massiver geführt wird, z. B. durch viele Darstellungen oder wenn die betroffene Person der Darstellung nicht nur vorübergehend ausgesetzt ist.

Für die Frage nach der Eingriffsqualität der Würdeverletzung bedeutet dies, dass zunächst zu prüfen ist, ob ein Regelbeispiel verwirklicht wurde, indem durch die darin genannte

⁵⁴⁶ Das BAG (a. a. O.) Rn. 29, verweist zu Recht darauf, dass die Gesetzesbegründung insoweit nicht als Auslegungsmaßstab herangezogen werden kann, da im Gesetzgebungsverfahren an dieser Stelle von insbesondere auf „und“ umformuliert wurde.

⁵⁴⁷ Vgl. hierzu diese Arbeit unter C. III. 5. e) bb).

⁵⁴⁸ Preis, in: ErFK, BGB, § 611 Rn. 621.

⁵⁴⁹ Beater, in: Soergel, BGB, § 823 Anh. IV Rn. 10; Sprau, in: Palandt, BGB, § 823 Rn. 85; Bader, S. 149.

⁵⁵⁰ Im Einzelnen hierzu vgl. sogleich diese Arbeit unter C. III. 5. e) bb).

⁵⁵¹ Sprau, in: Palandt, BGB, § 823 Rn. 87.

Verhaltensweise ein von negativen Umständen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wurde⁵⁵². Ist dies nicht der Fall – etwa weil der Vorgang einmalig und von kurzer Dauer war und damit eine Umfeldprägung abzulehnen ist – ist weiter zu prüfen, welche Persönlichkeitssphäre betroffen ist und ob im Rahmen einer Abwägung aller Umstände des Einzelfalls eine Verletzung der Würde anzunehmen ist. Anders als bei der einfachen Belästigung nach § 3 Abs. 3 AGG stellen die Regelbeispiele keine Mindestanforderung auf, da sie weder kumulativ noch überhaupt gegeben sein müssen. Sie können jedoch als Vergleichsmaßstab herangezogen werden. Das im Folgenden näher zu untersuchende Verhältnis von Dauer und Schwere der Eingriffshandlung und betroffener Sphäre in den Regelbeispielen kann für außerhalb der Regelbeispiele begangene Handlungen ein Anhaltspunkt sein, wann *jedenfalls* von einer Würdeverletzung auszugehen ist. Dann nämlich, wenn Dauer und Schwere der Eingriffsintensität und die betroffene Sphäre im gleichen Verhältnis wie im Regelbeispiel zueinanderstehen oder darüber hinausgehen, ist *jedenfalls* von einer Würdeverletzung auszugehen.

Nicht ausreichend sind hingegen Handlungen, die zwar einen sexuellen Bezug aufweisen, aber keine Würdeverletzung bezwecken oder bewirken, z. B. wenn Bekleidungsvorschriften im Betrieb vermeiden sollen, dass zu kurze Röcke oder zu freizügige Oberteile getragen werden⁵⁵³. Hierin ist zwar grundsätzlich ein Verhalten mit Bezug zum biologischen Geschlecht zu sehen, mithin ein sexuell bestimmtes. Der Tatbestand ist damit eröffnet. Diese Verhaltensweisen, die einen Beitrag zur Vermeidung von sexueller Belästigung leisten wollen und in Erfüllung der Verpflichtung aus § 12 Abs. 1 AGG erfolgen, schränken zwar das Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Personen ein, stellen jedoch keine Würdeverletzung dar, da trotz der Konzentration auf das Merkmal Geschlecht weder eine Herabwürdigung diesbezüglich bezweckt oder bewirkt wird.

bb) Schaffung eines von negativen Umständen gekennzeichneten Umfelds

Eine Würdeverletzung ist insbesondere dann gegeben, wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld (feindliches Umfeld) geschaffen wird. Überwiegend wird in der Schaffung eines feindlichen Umfeldes ein Regelbeispiel gesehen⁵⁵⁴, ohne dass dies jedoch im strafrechtlichen Sinn verstanden wird. In der strafrechtlichen Literatur wird unter diesem Begriff eine Begehungsweise verstanden, die *in der Regel* – und damit gerade nicht zwingend – einen besonders schweren Fall begründet⁵⁵⁵. Die grammatikalische Einleitung der Regelbeispiele in § 3 Abs. 4 AGG mit „insbesondere“ weist darauf hin, dass es sich bei dem nun folgenden Katalog um eine nicht abschließende Enumeration von Beispielen handelt, deren Vorliegen in jedem Fall eine Verwirklichung des Tatbestandsmerkmals darstellt.

Da die Verwirklichung des feindlichen Umfeldes ein sicherer Anhaltspunkt für eine Würdeverletzung ist, wäre es hilfreich, wenn die hierunter fallenden Begehungsweisen einer

⁵⁵² Dazu sogleich unter bb).

⁵⁵³ Beispiel nach *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 56.

⁵⁵⁴ *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 Rn. 148; *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 19; *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 60 „Regelfall“; *Schrader/Schubert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3 Rn. 77 „Beispiel“; ebenso *Eggert-Weyand*, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 84; *Eggert-Weyand*, *Belästigung*, S. 143 „Indiz“.

⁵⁵⁵ *Stree/Kinzig*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 38 ff. Rn. 48.

sexuellen Belästigung klar abgegrenzt werden könnten, um dem etwas konturenlosen Tatbestand Schärfe zu verleihen. Der Gesetzgeber hat sich am Wortlaut der Richtlinien orientiert, die klar zu erkennen geben, dass hier das aus dem US-amerikanischen Recht bekannte *hostile environment harassment* in das europäische bzw. nationale Recht implementiert werden soll⁵⁵⁶ – freilich ohne die hierzu in den Vereinigten Staaten von Amerika ergangene, dreißigjährige Rechtsprechung und Ausdifferenzierung zu übernehmen oder zu berücksichtigen. Im Einzelnen sind daher noch viele Details streitig. Eine umfassende dogmatische Aufarbeitung kann diese Arbeit nicht leisten. Für die Frage nach der Strafbarkeit sexuell belästigenden Verhaltens am Arbeitsplatz ist die „insbesondere“-Grenze der Würdeverletzung zu untersuchen.

(1) *Reichweite des Umfeldes*

Bereits die Frage nach der Reichweite des Umfeldes ist umstritten. Teilweise wird vertreten, dass es sich nicht auf den gesamten Betrieb beziehen könne, sich also auf den Arbeitsplatz beziehen müsse⁵⁵⁷, mithin nur das Arbeitsumfeld betreffe⁵⁵⁸. Das scheint zunächst auch naheliegend zu sein, wengleich der Wortlaut eine solche Einschränkung nicht zulässt. Jedoch ist der Anwendungsbereich durch den Verweis auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG auf den arbeitsrechtlichen Bereich eingegrenzt, so dass es teleologisch geboten scheint, dass nur das Arbeitsumfeld betroffen ist. Andererseits wird vertreten, dass eine solche Einschränkung nicht in die Definition hineingelesen werden kann⁵⁵⁹. Der Begriff des Umfeldes sei weit zu verstehen und beziehe sich auch auf das soziale Umfeld der betroffenen Person⁵⁶⁰. Diese Ansicht überzeugt nicht, dehnt sie doch die Reichweite des Umfeldes über den Anwendungsbereich der sexuellen Belästigung hinaus aus und verkennt dabei, dass das Umfeld gekennzeichnet werden muss. Ein Umfeld das über den Anwendungsbereich hinausgeht wird jedoch von den tatbestandlichen Handlungen nicht mehr erfasst und kann durch diese nicht gekennzeichnet werden. Auch lässt diese Ansicht außer Acht, dass ein weiter reichendes Umfeld höhere Anforderungen an eine Kennzeichnung stellt. Ein schlanker zugeschnittenes Umfeld ist schneller gekennzeichnet. Würde man das Umfeld lediglich auf den Arbeitsplatz beziehen, wäre vergleichsweise schnell von einer Kennzeichnung dieses räumlich überschaubaren Bereichs auszugehen. Durch ein weites Umfeld wird die Erheblichkeitsschwelle tatsächlich erhöht. Hingegen wäre ein hinter dem Anwendungsbereich zurückbleibendes Umfeld zwar zu kennzeichnen, es würde aber zu einer Regelungslücke führen. Würde nur der räumliche Arbeitsplatz als Umfeld anerkannt, fielen Pausengänge, Betriebsausflüge oder Weiterbildungen aus dem Regelbeispiel. Auf den ersten Blick scheint dies irrelevant, da die Würdeverletzung auch ohne Regelbeispiele festgestellt werden kann. Dies würde im Umkehrschluss jedoch bedeuten, dass der sicherere Maßstab der „jedenfalls“-Verletzung der Würde für diese Fälle entfielen, mithin die Sicherheit in der Rechtsanwendung gegenüber dem Arbeitsplatz reduziert wäre. Diese Folge lässt sich weder dem Wortlaut noch dem Schutzzweck der Regelung entnehmen. Der Maßstab für das Umfeld kann sich folglich nur im Anwendungsbereich finden und muss mit diesem korrelieren. Nur wenn Umfeld und Anwendungsbereich

⁵⁵⁶ *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 279.

⁵⁵⁷ *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 19; dagegen *Schrader/Schubert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3 Rn. 67.

⁵⁵⁸ *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 60.

⁵⁵⁹ *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 104.

⁵⁶⁰ *Eggert-Weyand*, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 59.

in zeitlicher, räumlicher und sozialer Dimension übereinstimmen, vermögen Tathandlungen dieses Umfeld so zu prägen, dass es als Maßstab für eine Würdeverletzung herangezogen werden kann.

(2) Kennzeichnung

Es besteht Streit darüber, wann das Umfeld von den genannten Merkmalen gekennzeichnet ist. Vertreten wird, dass von einer Kennzeichnung gesprochen werden kann, wenn die Merkmale für das Arbeitsverhältnis prägende Bedeutung erlangt haben⁵⁶¹. Teilweise wird verlangt, dass die Umstände charakteristisch oder typisch sein müssten, um von einer Kennzeichnung zu sprechen⁵⁶². Überwiegend wird gefordert, dass eine Kennzeichnung nur durch Vorkommnisse einer gewissen Erheblichkeit bewirkt werden kann⁵⁶³. Diese Ansicht nimmt für die Frage nach der Erreichung dieser Erheblichkeitsschwelle eine „wertende Gesamtschau“⁵⁶⁴ vor und fragt danach, ob „eine bestimmte Verhaltensweise oder ein bestimmter Vorfall das Umfeld kennzeichnet, also für dieses charakteristisch oder typisch ist“⁵⁶⁵. Gegen diese Auffassung spricht zunächst, dass sie es nicht vermag, die Erheblichkeitsschwelle des Regelbeispiels absolut zu definieren, was aus Gründen der Klarheit wünschenswert wäre. Hingegen überzeugt die situative Präzision im Einzelfall, da dessen Umstände zu berücksichtigen sind und so ein angemessenes Ergebnis erzielt werden kann.

Diese relativierende Ansicht bietet noch einen weiteren Vorzug: Sie hat keine Schwierigkeiten mit der Frage nach dem Wiederholungserfordernis des kennzeichnenden Verhaltens. Vom Wortlaut ausgehend liegt zunächst nahe, dass es sich um wiederholendes Verhalten handeln muss, da die Merkmale im Plural wiedergegeben sind. Vergleicht man die deutsche Übersetzung der Richtlinien mit anderen Sprachen, so wird jedoch schnell klar, dass es sich um ein Übersetzungsproblem handelt. Der Wortlaut kann diesbezüglich keine Hilfe bieten⁵⁶⁶. Auch nach Sinn und Zweck scheint wiederholendes Verhalten geboten, da einmalig bleibende Handlungen kaum kennzeichnende Kraft besitzen⁵⁶⁷. Erforderlich sei ein systematisches⁵⁶⁸ oder kontinuierliches⁵⁶⁹ Handeln. Dieses Verständnis scheint im

⁵⁶¹ *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 19; *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 279.

⁵⁶² BAG, Urt. v. 24.9.2009 – 8 AZR 705/08, NZA 2010, 387 (390); *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 45a.

⁵⁶³ *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 Rn. 134; *Schrader/Schubert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3 Rn. 70; v. *Roetteken*, § 3 Rn. 367; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 3 Rn. 36; a. A. *Eggert-Weyand*, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 59, die darauf abstellt, ob eine “Veränderung in Richtung einer der genannten” Merkmale stattgefunden hat (a. a. O.; auch *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 108). Sie übernimmt damit den von der US-amerikanischen Rechtsprechung entwickelte Einschränkung: “*For sexual harassment to be actionable, it must be sufficiently severe or pervasive ‘to alter the conditions of [the victim’s] employment and create an abusive working environment.’*” (*Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 67 (1986), unter Weglassung der “hinlänglich schwer und durchdringenden” (eigene Übersetzung) Qualität der Eingriffshandlung. Vgl. hierzu auch diese Arbeit unter B. II. 1. b) bb).

⁵⁶⁴ *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 45a; *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 280 und *Schleusener*, in: *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG, § 3 Rn. 143 stellen in die Gesamtschau die von der US-Rechtsprechung entwickelten Einflussfaktoren ein; nach BAG (a. a. O.) Rn. 33 sind alle Faktoren maßgebend.

⁵⁶⁵ BAG, Urt. v. 24.9.2009 – 8 AZR 705/08, NZA 2010, 387 (390) Rn. 32.

⁵⁶⁶ Vgl. hierzu ausführlich *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 106 ff.

⁵⁶⁷ *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 279.

⁵⁶⁸ *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 Rn. 134; *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 45; *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § 3 Rn. 36.

⁵⁶⁹ *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 279; *Schrader/Schubert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3 Rn. 74 (anders jedoch in Rn. 77).

Widerspruch zur Gesetzesbegründung zu stehen, nach der der Betroffene auch bei einmalig bleibenden Handlungen nicht schutzlos bleibt⁵⁷⁰. Fragt man nicht nach der absoluten Erheblichkeitsschwelle, sondern nach der relativen, d. h. nach dem Verhältnis zwischen Schwere und Dauer der Eingriffshandlung und betroffener Sphäre, kann man mit dem BAG zu dem Ergebnis gelangen, dass sich die Definitionsansätze nicht gegenseitig ausschließen, sondern ergänzen⁵⁷¹. So wird regelmäßig für eine Kennzeichnung ein wiederholendes, systematisches Verhalten von einer gewissen Dauer erforderlich sein. Zwingend ist dies jedoch nicht. Es kann bei einem besonders schwerwiegenden Verhalten – zum Beispiel durch einen körperlichen Übergriff des direkten Vorgesetzten – auch ein einmaliges Verhalten zu einer Umfeldkennzeichnung führen⁵⁷². Wann aber *in concreto* ein ausreichend schweres Verhalten vorliegt, das bereits bei Einmaligkeit das Umfeld kennzeichnet, ist eine Frage der Umstände des Einzelfalls und kann daher nicht absolut bezeichnet werden.

Die Kennzeichnung hat durch Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen zu erfolgen. Es genügt, wenn eine dieser Verhaltensweisen zur negativen Kennzeichnung führt, gleichwohl diese auch durch die Kumulation verschiedener Verhaltensweisen erfolgen kann. Den aufgezählten Verhaltensweisen ist gemein, dass sie Angst- oder Furchtgefühle auslösen können. Es handelt sich dabei nicht um Verhaltensweisen, die das Umfeld nur in geringem Umfang beeinflussen⁵⁷³. Die Verhaltensweisen sind Ausdruck einer Überlegenheitsstellung.

(3) Schaffung des Umfeldes

Das negativ gekennzeichnete Umfeld muss geschaffen werden, es muss also erreicht werden, dass das bislang noch nicht negativ gekennzeichnete Umfeld nunmehr erzielt wurde. Eine Veränderung des Umfeldes zum Negativen ist folglich erforderlich, um das Regelbeispiel zu verwirklichen⁵⁷⁴. Hierfür ist Voraussetzung, dass entweder eine einmalige, besonders schwere Handlung *ad hoc* das feindliche Umfeld schafft oder das durch vorhergehende Handlungen der Boden für die Schaffung der negativen Kennzeichnung bereitet wurde und dann die Eingriffshandlung – bildlich gesprochen – das Fass zum Überlaufen bringt und das Umfeld ausreichend negativ kennzeichnet. Die vorhergehenden Handlungen müssen nicht von derselben Person erfolgt sein. Für die Würdeverletzung spielt es keine Rolle, ob durch eine sexuell belästigende Handlung erst noch das feindliche Umfeld hergestellt wurde und darin die Würdeverletzung zu sehen ist oder ob in einem bereits bestehenden feindlichen Umfeld eine Würdeverletzung verübt wurde⁵⁷⁵. Wie oben⁵⁷⁶ dargestellt ist die Schaffung des feindlichen Umfeldes eine von unzähligen Möglichkeiten

⁵⁷⁰ BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33.

⁵⁷¹ BAG, Urt. v. 24.9.2009 – 8 AZR 705/08, NZA 2010, 387 (390) Rn. 32.

⁵⁷² Im Ergebnis auch BAG, Urt. v. 9.6.2011 – 2 AZR 323/10, NJW 2012, 407 (408) Rn. 18; *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 280; *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 60; *Schrader/Schubert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3 Rn. 77; v. *Roetteken*, § 3 Rn. 368; *Schiek*, in: Schiek, AGG, § 3 m. 73; *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 20; *Wendeling-Schröder*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 3 Rn. 36; einschränkend *Schleusener*, in: *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG, § 3 Rn. 143. A. A. *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 Rn. 134; *Eggert-Weyand*, in: *Rust/Falke*, AGG, § 3 Rn. 59.

⁵⁷³ *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 111. Vgl. zu den Verhaltensweisen im Einzelnen und ausführlich *dies*. S. 108ff.

⁵⁷⁴ Insofern zutreffend *Eggert-Weyand*, in: *Rust/Falke*, AGG, § 3 Rn. 59.

⁵⁷⁵ *Schrader/Schubert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3 Rn. 69.

⁵⁷⁶ Siehe diese Arbeit unter B. III. 5. e) aa).

der Würdeverletzung. Ist das Umfeld bereits negativ gekennzeichnet, kann dies bei der für die Ermittlung der Würdeverletzung vorzunehmenden Güterabwägung berücksichtigt werden und die Eingriffsschwelle senken, da in einem negativ gekennzeichneten Umfeld für belästigende Personen weitere Rechtsgutsverletzungen leichter werden, denn sie fügen sich in das bestehende Umfeld ein.

cc) Subjektiver oder objektiver Maßstab?

Ob eine Würdeverletzung vorliegt, ist objektiv zu beurteilen⁵⁷⁷, nicht durch die „subjektive Mimosensicht“⁵⁷⁸. Argumentativ stehen die gleichen Überlegungen im Raum wie bei der Frage nach dem Beurteilungsmaßstab der Unerwünschtheit⁵⁷⁹. Für einen subjektiven Maßstab spricht, dass die Würde dem Begriff nach etwas ist, das – ähnlich der Ehre – eine innere und äußere Dimension aufweist und dass diese „innere Würde“ nur subjektiv erfasst werden kann. Dagegen spricht jedoch, dass dieser subjektive Maßstab zur Konturierung des Tatbestandes einer Objektivierung bedarf. Ohne objektiv festzustellende Würdeverletzung stünde bei der sexuellen Belästigung abgesehen von einer objektiven Gefährdungshandlung die Verwirklichung allein im subjektiven Empfinden des Opfers. Darüber hinaus existiert – anders als bei der Unerwünschtheit - ein äußeres Element das zu berücksichtigen ist. Folgt man der hier vertretenen Meinung und betrachtet die Würdeverletzung als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht, so ist dieses Recht ohnehin objektiv zu konkretisieren und verfügt nur in einzelnen Ausprägungen, wie z. B. bei der Ehre, über ein inneres Element. Von größtem Gewicht ist schließlich, dass die Feststellung der Würdeverletzung einer Güter- und Interessenabwägung bedarf. Diese setzt voraus, dass sich objektiv fassbare Güter und Interessen gegenüberstehen

f) Bezwecken oder Bewirken der Würdeverletzung

Das Verhalten der belästigenden Person muss die Würdeverletzung „bezweckt oder bewirkt“ haben, § 3 Abs. 4 AGG. Es ist also Kausalität zwischen dem sexuell bestimmten Verhalten und der objektiv eingetretenen Würdeverletzung erforderlich⁵⁸⁰. Die beiden Begehensformen sind durch den logischen Junktor *oder* miteinander verknüpft. Es reicht aus, wenn die Begehungsweise eine der Alternativen erfüllt⁵⁸¹. Da es sich bei der verwendeten Terminologie um unbestimmte Rechtsbegriffe handelt, werden verschiedene Ansichten vertreten, wann die Alternativen erfüllt sind.

⁵⁷⁷ Adomeit/Mohr, AGG, § 3 Rn. 132; Bauer/Krieger, AGG, § 3 Rn. 59; Schlachter, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 18; v. Roetteken, § 3 Rn. 364; a. A. Eggert-Weyand, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 58 „reasonable person“ mit objektivem Beobachter.

⁵⁷⁸ Biester, Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf die betriebliche Praxis – Teil 1 – , Anm. 6.

⁵⁷⁹ Vgl. hierzu diese Arbeit unter B. III. 5. d) bb).

⁵⁸⁰ Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3 Rn. 68; Eggert-Weyand, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 61.

⁵⁸¹ Eggert-Weyand, Belästigung, S. 120. BAG, Urt. v. 24.9.2009 – 8 AZR 705/08, NZA 2010, 387 (389) Rn. 27 stellt fest, dass die Handlungen eine Würdeverletzung „bewirken“ und diese auch „bezweckt war“.

aa) Bewirken der Würdeverletzung

Dem Wortsinn nach bedeutet bewirken, etwas „hervorrufen“ oder „herbeiführen“⁵⁸². Gegen den Wortlaut, der eine vorsätzliche Begehung zulässt, richtet sich die die Gesetzesbegründung, nach der Vorsatz nicht erforderlich ist⁵⁸³. Es ist nach objektiven Maßstäben festzustellen, ob eine Rechtsgutsverletzung eingetreten ist⁵⁸⁴. Dazu zählt nicht nur, dass Vorsatz nicht erforderlich ist, sondern dass darüber hinaus auch kein sonstiges Verschulden, etwa in Form von Fahrlässigkeit, vorliegen muss⁵⁸⁵. Dieser weit überwiegenden Meinung in der Literatur hat sich auch das BAG angeschlossen⁵⁸⁶; nach der Rechtsprechung genügt der bloße „Eintritt der Belästigung“. Dagegen wendet sich *Thüsing* der „aus Gründen der Rechtssicherheit“ für eine Auslegung der Begehensformen mit zielgerichtetem und bedingt vorsätzlichem Verhalten für erforderlich hält⁵⁸⁷. Diese Form der Gefährdungs- oder Ergebnishaftung⁵⁸⁸ ist dem deutschen Recht nicht fremd. Die Gefährdungshaftung trägt, wer „zu seinem Nutzen rechtmäßig einen gefährlichen Betrieb eröffnet“⁵⁸⁹. Derjenige soll die Schäden tragen, die bei anderen in Verwirklichung dieses Risikos typischer Weise eintreten und von diesen nicht verhindert werden können⁵⁹⁰. Sinn und Zweck des § 3 Abs. 4 AGG ist der Schutz der Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, d. h. in einem Vertragsverhältnis auf das sie aus wirtschaftlichen Gründen angewiesen sind und dessen Ausgestaltung dem Arbeitgeber obliegt. Da dieser die Rahmenbedingungen vorgibt und die im Betrieb tätigen Personen auswählt, ist es nicht unbillig, wenn der Arbeitgeber – und nur er ist von den Rechtsfolgen in § 15 AGG betroffen – auch ohne Verschulden die Haftung dafür zu übernehmen hat, dass sich in dem ihm zuzurechnenden Risikokreis „Arbeitsplatz“ eine sexuelle Belästigung ereignet. Würde man zur belästigenden Person zusätzlich Vorsatz verlangen, würde dies nicht nur die Zurechnung zum Arbeitgeber aushöhlen, sondern darüber hinaus den Schutzzweck des Gesetzes untergraben, was auf Grundlage der hiergegen angeführten Gesichtspunkte der Gefährdungshaftung und der Rechtssicherheit jedoch nicht geboten ist. Ist die kausale Würdeverletzung objektiv festgestellt, ist sie auch unverschuldet bewirkt im Sinne des Gesetzes. Die Bewirken-Alternative der sexuellen Belästigung ist danach kein subjektives Tatbestandsmerkmal, da ein subjektives, Täterinneres Merkmal gerade nicht vorhanden sein

⁵⁸² *Scholze-Stubenrecht*, Duden Universalwörterbuch, S. 310, Stichwort „bewirken“.

⁵⁸³ BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S.33. Die englische Fassung der Richtlinie 2006/54/EG zur sexuellen Belästigung spricht von „effect“, also der Wirkung, welche die sexuell belästigende Verhaltensweise haben muss. Darin klingt kein Vorsatzerfordernis an, sondern es bleibt bei einer reinen Tatsachenfeststellung. Die in der deutschen Richtlinienfassung innewohnende Tendenz zu einer vorsätzlichen Interpretation des „bewirkens“ ist ein Gesetz gewordenes Übersetzungsproblem, welches der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung klargestellt hat.

⁵⁸⁴ *Schlachter*, in: *ErFK*, AGG, § 3 Rn. 18; *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 3 Rn. 31; *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 44; v. *Roetteken*, § 3 Rn. 352; *Schleusener*, in: *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG, § 3 Rn. 141; *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § 3 Rn. 35; *Wank*, NZA 2004 (Sonderbeilage zu Heft 22), 16 (19); *Annuß*, BB 2006, 1629 (1632).

⁵⁸⁵ *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 Rn. 133; *Eggert-Weyand*, in: *Rust/Falke*, AGG, § 3 Rn. 61; *Eggert-Weyand*, *Belästigung*, S. 123.

⁵⁸⁶ *BAG*, Urt. v. 9.6.2011 – 2 AZR 323/10, NJW 2012, 407 (408) Rn. 19.

⁵⁸⁷ *Thüsing*, *Diskriminierungsschutz*, Rn. 284; ähnlich *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 Rn. 41 der zwar vorsatzlos bewirken für ausreichend erachtet, jedoch das sexuell bestimmte Verhalten dem Vorsatzerfordernis unterstellt.

⁵⁸⁸ *Wank*, NZA 2004 (Sonderbeilage zu Heft 22), 16 (19).

⁵⁸⁹ *Sprau*, in: *Palandt*, BGB, Einf. v. § 823 Rn. 11.

⁵⁹⁰ *Sprau*, in: *Palandt*, BGB, Einf. v. § 823 Rn. 11.

muss. Sie ist dem objektiven Tatbestand zuzuordnen und liegt vor, wenn das sexuell bestimmte Verhalten kausal war für die Würdeverletzung.

bb) Bezwecken der Würdeverletzung

Ist eine Verletzung der Würde vom Handelnden bezweckt, kommt es nicht darauf an, ob die Verletzung tatsächlich eintritt⁵⁹¹. Bezweckt wird, was beabsichtigt wird oder zu erreichen gesucht wird⁵⁹². In diese Begehensalternative ist ein „subjektives Element eingewoben“⁵⁹³. Welche Anforderungen an das Bezwecken im Detail zu stellen sind, ist jedoch umstritten.

Teilweise wird vertreten, dass bereits Fahrlässigkeit genügt⁵⁹⁴, da der Begriff des Bezweckens nur impliziere, dass bereits der Versuch ausreichend sei. Eine Zielgerichtetheit sei nicht hineinzuiinterpretieren⁵⁹⁵. Nur so könne der angestrebten Verhaltenssteuerung „im Sinne einer Unterlassung aller Verhaltensweisen, die auf eine Belästigung hinauslaufen“ Genüge getan werden⁵⁹⁶.

Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt, § 276 Abs. 2 BGB. Der Sorgfaltsmaßstab ist objektiv-abstrakt zu bestimmen⁵⁹⁷; die Gefahr muss vorhersehbar und vermeidbar sein. Da die Würdeverletzung in der Bezwecken-Alternative nicht eintreten muss, handelt es sich stets nur um den Versuch der Tatbegehung. Wer fahrlässig handelt, vertraut darauf, dass der Schaden nicht eintritt, auch wenn er es für möglich hält. Im Ergebnis stimmen Gesinnung der belästigenden Person und die Norm überein: Der Normadressat wollte keinen Schaden verursachen und es ist kein Schaden eingetreten. Dass er sich dabei – bei bewusster Fahrlässigkeit – an die Grenze zum billigen in Kauf nehmen des Schadens begibt, ist unbedenklich, solange der Erfolg nicht eintritt. Ist der Erfolg jedoch eingetreten, greift die Bewirken-Alternative mit der jede Form der Fahrlässigkeit umfasst ist.

Die Ansicht, wonach Fahrlässigkeit ausreichend sei, trifft in der Literatur überwiegend auf Ablehnung⁵⁹⁸. Dies ergibt sich aus dem zielgerichteten Handeln, welches für das Bezwecken eines Erfolgs erforderlich sei⁵⁹⁹. Teilweise wird hierfür bedingter Vorsatz für genügend erachtet⁶⁰⁰. Bei bedingtem Vorsatz wird vom Handelnden der Erfolg billigend in Kauf genommen⁶⁰¹, das bedeutet, dass er den Erfolg nicht anstrebt, ihn aber toleriert. Dagegen wird vorgebracht, dass nach der Bedeutung von „bezwecken“ *dolus eventualis*

⁵⁹¹ Gesetzesbegründung in BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33.

⁵⁹² *Scholze-Stubenrecht*, Duden Universalwörterbuch, S. 313, Stichwort „bezwecken“.

⁵⁹³ *Schrader/Schubert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3 Rn. 68.

⁵⁹⁴ v. *Roetteken*, § 3 Rn. 356; *Annuß*, BB 2006, 1629 (1632). Unklar bei *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 18, die es für ausreichend hält, wenn die „subjektiv als Würdeverletzung geplante Verhaltensweise“ abstrakt geeignet ist, das Rechtsgut zu verletzen. Die abstrakte Eignung verweist auf den objektiv-abstrakten Sorgfaltsmaßstab bei Fahrlässigkeit im Zivilrecht. Ist die Verhaltensweise jedoch subjektiv *geplant*, handelt es sich um Vorsatz.

⁵⁹⁵ v. *Roetteken*, § 3 Rn. 356.

⁵⁹⁶ v. *Roetteken*, § 3 Rn. 358.

⁵⁹⁷ *BGH*, Urt. v. 11.4.2000 – X ZR 19/98, NJW 2000, 2812 (2813); *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 276 Rn. 15.

⁵⁹⁸ Vgl. hierzu die sogleich folgende Darstellung der Meinungen.

⁵⁹⁹ *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 121; *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 284.

⁶⁰⁰ *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 284; *Schrader/Schubert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3 Rn. 68.

⁶⁰¹ *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, § 276 Rn. 10.

nicht ausreiche, da der Erfolgseintritt, d. h. die Würdeverletzung beabsichtigt werden müsse, mithin *dolus directus* 1. Grades erforderlich sei⁶⁰². Nach teleologischer Würdigung ist jedoch zweifelhaft, ob absichtliches Handeln maßgebend sein darf. Wer z. B. zur eigenen Unterhaltung am Arbeitsplatz eine pornographische Darstellung sichtbar anbringt und dabei billigend in Kauf nimmt, dass andere Personen dadurch herabgewürdigt werden, versucht eine sexuelle Belästigung und begibt sich damit auf die Seite des Unrechts. Dass der Erfolg nicht eintritt, hängt nicht mehr von ihm ab, sondern vom Zufall, ob ein Betrachter erscheint. Diese Begehensform nicht in den Schutzbereich von § 3 Abs. 4 AGG einzubeziehen widerspricht dem Ziel des AGG umfassenden Schutz vor Diskriminierung zu gewähren⁶⁰³.

Zunächst scheint der Wortlaut die teleologische Auslegung zu unterstützen, denn der Gesetzgeber hat es unterlassen, ein Absichtserfordernis zu kodifizieren. Die Verwendung des Begriffs „bezwecken“ könnte ein Anhaltspunkt dafür sein, dass gerade keine Absicht erforderlich ist. Andererseits hat der Gesetzgeber die Richtlinienvorgabe wortgleich übernommen. Das wiederum deutet darauf hin, dass er keine von der Richtlinie abweichende Bewertung vornehmen wollte. Ein Indiz, von der Richtlinie abzuweichen ergibt sich auch nicht aus der Gesetzesbegründung. Also ist zu fragen, wie der Richtliniengeber „bezwecken“ versteht. Hierbei ergeben sich die gleichen Spannungen: einerseits soll ein umfassender Schutz gewährleistet werden, andererseits verwendet die englische Fassung der Richtlinie 2006/54/EG den Begriff die Wendung „with the purpose“, die ins Deutsche „mit der Absicht“ zu übersetzen ist⁶⁰⁴. Daraus ist zu folgern, dass der Richtliniengeber selbst im Bezwecken ein Absichtserfordernis sieht. Dem Gesetzgeber wäre es nach Art. 27 Abs. 1 der RL 2006/54/EG freigestanden, eine günstigere Regelung als das Absichtserfordernis zu kodifizieren. Einen Anhaltspunkt, dass er dies getan hat findet sich jedoch nicht, auch wenn dies nach Sinn und Zweck der Regelung wünschenswert gewesen wäre. Im Ergebnis ist für das Bezwecken Absicht erforderlich⁶⁰⁵. Dieser Alternative kommt eine überschießende Innentendenz zu, da das subjektive Absichtserfordernis keine Entscheidung im objektiven Tatbestand findet⁶⁰⁶.

g) Rechtswidrigkeit

Nach der Begründung des Gesetzgebers spricht das AGG von Benachteiligungen und nicht von Diskriminierung, um deutlich zu machen, „dass nicht jede unterschiedliche Behandlung, die mit der Zufügung eines Nachteils verbunden ist, diskriminierenden Charakter hat“⁶⁰⁷. Es existieren zulässige unterschiedliche Behandlungen, die keine Benachteiligungen im Sinne des Gesetzes und damit keine Diskriminierung darstellen. Diese sind in

⁶⁰² *Nollert-Borasio/Perrong*, AGG, § 3 Rn. 31; *Eggert-Weyand*, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 86; *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 121; wohl auch *Schleusener*, in: *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG, § 3 Rn. 141 „angestrebt“.

⁶⁰³ Gesetzesbegründung in BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 21.

⁶⁰⁴ *Breitsprecher*, Pons-Wörterbuch.

⁶⁰⁵ *Nollert-Borasio/Perrong*, AGG, § 3 Rn. 31; *Eggert-Weyand*, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 86; *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 121; wohl auch *Schleusener*, in: *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG, § 3 Rn. 141; a. A. *Schrader/Schubert*, in: *Däubler/Bertzbach*, AGG, § 3 Rn. 68; *Wank*, NZA 2004 (Sonderbeilage zu Heft 22), 16 (19).

⁶⁰⁶ *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 121; *Eggert-Weyand*, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 60.

⁶⁰⁷ Gesetzesbegründung in BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 30.

den §§ 8 ff. AGG normiert. Dieses Verständnis von Diskriminierungen macht es notwendig, nach der Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit einer Handlung deren Rechtswidrigkeit zu prüfen, die für unmittelbare Benachteiligungen⁶⁰⁸ zwar grundsätzlich durch die Tatbestandsmäßigkeit indiziert ist, jedoch aufgrund einer der gesetzlich normierten Rechtfertigungsgründe entfallen kann. Für die einfache und sexuelle Belästigung hat der Gesetzgeber in der Begründung des AGG bereits darauf hingewiesen, dass eine Rechtfertigung regelmäßig nicht in Betracht kommt⁶⁰⁹. Dem ist zuzustimmen. Die sexuelle Belästigung ist eine Benachteiligung wegen des Geschlechts. Aufgrund dieses Merkmals des § 1 AGG kommt eine Rechtfertigung nur nach § 8 AGG wegen beruflicher Anforderungen in Betracht. Es ist jedoch keine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung denkbar, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts durch eine Würdeverletzung⁶¹⁰ wegen der Art der ausübenden Tätigkeit oder gar der Bedingungen der Ausübung voraussetzt. Eine solche Tätigkeit wäre sittenwidrig. Für die sexuelle Belästigung liegt demzufolge in der Tatbestandsmäßigkeit zugleich die Rechtswidrigkeit der Handlung.

h) Anweisung zur Benachteiligung, § 3 Abs. 5 AGG

aa) Ziel der Regelung

Mit der Regelung setzt der Gesetzgeber die europäischen Richtlinienvorgaben um, nach denen eine Anweisung zur Diskriminierung als Diskriminierung gilt⁶¹¹. Durch die Vorschrift, dass bereits eine Anweisung ausreicht, um eine Benachteiligung herbeizuführen, wird der Anwendungsbereich der Benachteiligungsverbote sowohl zeitlich als auch materiell ausgedehnt⁶¹², denn eine Benachteiligung muss im Anweisungsfall weder bereits eingetreten sein, noch muss sie jemals eintreten. Auch ist die tatsächliche Ausführung der Anweisung nicht erforderlich⁶¹³. Sinn und Zweck der Erweiterung des Anwendungsbereichs sind darin zu sehen, dass sich der eigentliche Urheber nicht der Verantwortung entziehen kann. Insbesondere die sich aus dem (arbeits-)vertraglichen Hierarchiegefälle ergebende Möglichkeit, Anweisungsempfänger zu instrumentalisieren, um Diskriminierungen durchzuführen, soll unterbunden werden⁶¹⁴. Einem Arbeitgeber ist es möglich, eine Anweisung zur Benachteiligung oder Belästigung an Führungspersonal der mittleren

⁶⁰⁸ Für mittelbare Benachteiligungen nach § 3 Abs. 2 AGG ist bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes bereits der Tatbestand ausgeschlossen, BAG, Urt. v. 7.7.2011 – 2 AZR 355/10, NZA 2011, 1412 (1414) Rn. 26; *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 13.

⁶⁰⁹ Gesetzesbegründung in BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 35. *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 313 schließt die Möglichkeit einer Rechtfertigung völlig aus.

⁶¹⁰ Oder - wie hier vertreten - sogar einer Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

⁶¹¹ Vgl. z. B. Art. 2 Abs. 2 lit. b) der Richtlinie 2006/54/EG, ABl. Nr. L 204 vom 26.7.2007; Gesetzesbegründung in BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33 zu Absatz 5.

⁶¹² *Schleusener*, in: *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG, § 3 Rn. 162.

⁶¹³ Gesetzesbegründung in BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33; *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 302; *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 3 Rn. 47; *Deinert*, in: *Däubler/Bertzbach*, AGG, S. § 3 Rn. 90; a. A. *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 Rn. 161 die aus der Formulierung des § 3 Abs. 5 Satz 2 AGG schließen, dass ein Verhalten der bestimmten Person zwingend erforderlich sei. Sie fassen die Definition der Anweisung in Satz 2 als allgemeingültige Definition auf (*dies*. Rn. 154), verkennen dabei jedoch, dass Satz 2 lediglich eine beispielhafte Möglichkeit einer Anweisung im Bereich des Arbeitsrechts darstellt. Ihr Argument, im Strafrecht sei nur bei Verbrechen die versuchte Anstiftung strafbar, § 30 Abs. 1 StGB verfangt gleichfalls nicht, da die gesetzgeberische Wertung eine andere ist. Hierzu vgl. sogleich unten.

⁶¹⁴ v. *Roetteken*, § 3 Rn. 386b;

Ebene zu richten. Er selbst diskriminiert bei der Ausführung seiner Anweisung nicht⁶¹⁵. Er begibt sich jedoch ins Unrecht, da seine Anweisung zur Benachteiligung gegen die ihm obliegende Pflicht aus § 12 Abs. 1 AGG verstößt. Führt die so angewiesene Person die Anweisung aus, ist dem Arbeitgeber dieses Verhalten nach den allgemeinen Regeln (§§ 31, 278, 831 BGB) zuzurechnen⁶¹⁶ und stellt gleichzeitig eine Benachteiligung dar, § 7 Abs. 3 AGG. Unterbleibt die Ausführung jedoch oder führt sie nicht zum tatbestandlichen Erfolg, bleibt das pflichtwidrige Verhalten des Arbeitgebers ohne die Regelung des § 3 Abs. 5 AGG ohne Konsequenzen. Im Hinblick auf die vorzunehmende Prüfung der Strafbarkeiten beteiligter Personen wird durch § 3 Abs. 5 AGG der Begehung in mittelbarer Täterschaft oder als Anstifter Raum gegeben⁶¹⁷.

bb) Anweisung zur Benachteiligung

Voraussetzung für die Ausdehnung des Anwendungsbereichs ist eine Anweisung. Teilweise wird darunter eine arbeitsrechtliche Anweisung⁶¹⁸ oder eine „Weisung im arbeitsrechtlichen Sinn“ verstanden⁶¹⁹, also eine Konkretisierung der Arbeitspflicht nach Zeit, Ort und Art⁶²⁰. Dieses arbeitsrechtliche Verständnis ist dem Wortlaut nach jedoch zu eng, da § 3 Abs. 5 Satz 1 AGG ohne Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG die Anweisung der Benachteiligung gleichstellt. Demgegenüber ist § 3 Abs. 5 Satz 2 AGG lediglich ein nicht abschließendes Beispiel einer möglichen Anweisungsform im arbeitsrechtlichen Anwendungsbereich. § 3 Abs. 5 AGG betrifft mithin sämtliche zivilrechtlichen Vertragsgestaltungen in denen eine Anweisungssituation vorliegen kann⁶²¹.

Ob hierfür eine rechtliche Weisungsbefugnis existieren muss⁶²² oder die faktische Weisungsmöglichkeit ausreicht⁶²³, ist umstritten. Für den arbeitsrechtlichen Bereich erscheint dies zunächst unproblematisch, da der Arbeitgeber als Normadressat stets weisungsbefugt ist. Die Frage wird jedoch relevant, wenn ein Arbeitnehmer andere Personen im Unternehmen, die ihm hierarchisch gleichgestellt sind, „anweist“, eine bestimmte Person zu benachteiligen. Eine für § 7 Abs. 3 AGG relevante tatsächliche Benachteiligung ist darin nicht zu sehen, so dass ohne eine entsprechende Auslegung des § 3 Abs. 5 AGG die betroffene Person keinen Anspruch aus § 15 AGG gegen den Arbeitgeber hätte. Ihr stünde jedoch das Beschwerderecht des § 13 AGG zu. Dieses Ergebnis ist in der Sache angemessen.

⁶¹⁵ Sofern man nicht bereits in der Anweisung eine Diskriminierung der angewiesenen Person sieht (*Schiek*, in: *Schiek*, AGG, § 3 Rn. 78), was der Wortlaut des § 3 Abs. 5 Satz 1 AGG zwar zulässt, teleologisch aber nicht umfasst ist. So auch *Deinert*, in: *Däubler/Bertzbach*, AGG, § 3 Rn. 86; *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 295.

⁶¹⁶ Gesetzesbegründung in BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33.

⁶¹⁷ *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 66 ff.; Beihilfe kommt jedoch nicht in Betracht, da die Unterstützung einer Benachteiligung selbst keine Benachteiligung darstellt, *dies*. Rn. 66; ebenso *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 294; *Deinert*, in: *Däubler/Bertzbach*, AGG, § 3 Rn. 86a.

⁶¹⁸ *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 Rn. 151.

⁶¹⁹ *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 64.

⁶²⁰ *Preis*, in: *ErfK*, GewO, § 106 Rn. 2.

⁶²¹ *Deinert*, in: *Däubler/Bertzbach*, AGG, § 3 Rn. 85; ebenso *Rust*, in: *Rust/Falke*, AGG, § 3 Rn. 88;

Schlachter, in: *ErfK*, AGG, § 3 Rn. 23; *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § 3 Rn. 51.

⁶²² So: *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 299; *Kamanabrou*, RdA 2006, 321 (326); *Schleusener*, in: *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG, § 3 Rn. 167; *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § 3 Rn. 51; *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 64; *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 Rn. 158.

⁶²³ So: v. *Roeteken*, § 3 Rn. 393; *Deinert*, in: *Däubler/Bertzbach*, AGG, § 3 Rn. 85 f.

sen, da in einem solchen Fall keine hierarchische Ungleichheit für einen Diskriminierungsversuch ausgenutzt wird. Eine angemäÙte oder faktische Weisungsmöglichkeit ist mithin nicht ausreichend, erforderlich ist vielmehr eine rechtliche Weisungsbefugnis⁶²⁴.

§ 3 Abs. 5 Satz 1 AGG fingiert die Benachteiligung, wenn eine Anweisung zur Benachteiligung vorliegt. Es findet mithin keine Zurechnung diskriminierenden Verhaltens durch die angewiesene Person zum Arbeitgeber statt, da es faktisch nicht zu einer Benachteiligung gekommen sein muss⁶²⁵. Es handelt sich aufgrund der Fiktion um eine Benachteiligung durch den Arbeitgeber. Dessen verbotswidrige Weisung ist unwirksam gemäß § 7 Abs. 1 AGG i. V. m. § 134 BGB⁶²⁶, d. h. die angewiesene Person muss der Weisung nicht Folge leisten.

cc) Vorsatzerfordernis der Anweisung

Der Gesetzgeber hat sich bei der Formulierung von § 3 Abs. 5 Satz 1 AGG am Wortlaut der Richtlinien orientiert. Deshalb erstaunt es, dass die Weisung nach der Gesetzesbegründung vorsätzlich erfolgen muss⁶²⁷, da der Wortlaut der Vorschrift ein solches Erfordernis nicht vermuten lässt⁶²⁸. Auch aus dem Wortlaut der Richtlinien lässt sich dies ebenfalls nicht entnehmen⁶²⁹. Das Vorsatzerfordernis bezieht sich jedoch nur auf die Anweisung selbst. Die Verbotswidrigkeit der angewiesenen Handlung muss der anweisenden Person nicht bewusst sein; diesbezüglich sind weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit erforderlich, es genügt jedes bewusste Verhalten. Gegen die Begründung des Gesetzes wird neben dem Wortlautargument vorgebracht, das Ziel der vier Richtlinien spräche eher dafür, dass Vorsatz nicht erforderlich sei⁶³⁰; in die Vorschrift könne nicht hineingelesen werden, dass die betroffene Person den Anweisungsvorsatz beweisen müsse⁶³¹. Da es bei dem Benachteiligungsverbot auch darum gehe, Ergebnisse zu erzielen, sei ihm eine subjektivrechtliche Anforderung fremd⁶³². Diese Ansicht überzeugt jedoch nicht: gerade

⁶²⁴ A. A. *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3 Rn. 86 wonach es sich aufgrund der Nichtigkeit dieser Weisung nach § 7 Abs. 2 AGG in der Regel um faktische Weisungsbefugnis handle. Dagegen ist einzuwenden, dass § 7 Abs. 2 AGG nur „Bestimmungen in Vereinbarungen“ erfasst und gerade nicht das aus § 106 GewO abgeleitete Weisungsrecht des Arbeitgebers. Soweit das Weisungsrecht des Arbeitgebers durch § 7 Abs. 1 AGG seine gesetzliche Schranke findet und verbotswidrige Weisungen unwirksam sind, ist doch zu konstatieren, dass dem Arbeitgeber grundsätzlich die rechtliche Weisungsbefugnis zusteht, die im konkreten Fall auf eine faktische Weisungsmöglichkeit reduziert ist. Hingegen ist nicht ausreichend, wenn generell nur eine faktische Weisungsmöglichkeit besteht, da den Arbeitgeber andernfalls bereits bei jeder angemäÙten Anweisung ein Schadensersatzanspruch der potentiell benachteiligten Person träÙe.

⁶²⁵ *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 295; v. *Roetteken*, § 3 Rn. 386; *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 3 Rn. 47; die Begründung des Gesetzgebers in BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33 mit Verweis auf die §§ 31, 278, 831 BGB ist insofern missverständlich. Die Benachteiligung nach § 3 Abs. 5 AGG geht vom Anweisenden aus, unabhängig vom zivil- oder arbeitsrechtlichen Anwendungsbereich. Eine Zurechnung zum Arbeitgeber über die genannten Vorschriften ist immer dann erforderlich, wenn und soweit nicht er, sondern eine Person benachteiligt hat, deren Handeln dem Arbeitgeber zuzurechnen ist.

⁶²⁶ *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 23.

⁶²⁷ BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33; zustimmend *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 293; *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 67; *Schleusener*, in: *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG, § 3 Rn. 164; *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § 3 Rn. 52; *Deinert*, in: *Däubler/Bertzbach*, AGG, § 3 Rn. 89; *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 23; *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 Rn. 155.

⁶²⁸ *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 3 Rn. 43.

⁶²⁹ v. *Roetteken*, § 3 Rn. 391.

⁶³⁰ *Rust*, in: *Rust/Falke*, AGG, § 3 Rn. 90.

⁶³¹ *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 3 Rn. 43.

⁶³² v. *Roetteken*, § 3 Rn. 391.

wenn Ergebnisse durch Verhaltensänderungen erzielt werden sollen, ist hierfür unverschuldertes Verhalten nicht ausreichend. Es soll doch gerade auf das Verhalten derjenigen Person eingewirkt werden, die sich bewusst für eine Gefährdung oder Verletzung der geschützten Rechtsgüter entschieden hat oder zu entscheiden gedenkt. Auch das Beweislastargument überzeugt aufgrund der Regelung der Beweislastverteilung in § 22 AGG nicht. Die betroffene Person hat nur Indizien für eine Anweisung darzutun. Der Arbeitgeber hat sodann zu beweisen, dass keine vorsätzliche Anweisung zur Benachteiligung erteilt wurde. Ziel der Richtlinien ist es, vor Diskriminierung zu schützen, also eine Verletzung des Gleichheitssatzes zu verhindern. § 3 Abs. 5 AGG betrifft jedoch überwiegend die Fälle, in denen eine Verletzung ausgeblieben ist. Die Regelung erweitert die Reichweite des Benachteiligungsverbotessoweit, dass eine Rechtsgutsverletzung für die Tatbestandsmäßigkeit nicht mehr erforderlich ist. Eine Abgrenzung zu verbotskonformem Verhalten kann mithin nicht mehr durch die Verletzung dargetan werden. Es ist daher sinnvoll, wenn nicht sogar geboten, im Sinne der Rechtsklarheit des Tatbestandes die Aufgabe eines objektiven Tatbestandselementes durch ein zusätzliches subjektives Tatbestandselement zu kompensieren⁶³³.

dd) Anweisung im arbeitsrechtlichen Bereich

(1) Das Beispiel des § 3 Abs. 5 Satz 2 AGG

§ 3 Abs. 5 Satz 2 AGG ist – was aus der „insbesondere“-Formulierung folgt – ein nicht abschließendes Beispiel in Bezug auf den arbeitsrechtlichen Anwendungsbereich des AGG in § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG⁶³⁴. Die Vorschrift stellt aufgrund ihres Beispielcharakters die Grenze dessen dar, was im arbeitsrechtlichen Anwendungsbereich *jedenfalls* als Anweisung zu erachten ist. Sie bietet hingegen keinen Rahmen für den zivilrechtlichen Anwendungsbereich, der allein aus Satz 1 folgt. Die Formulierung erinnert an die strafrechtliche Anstiftung in § 26 StGB⁶³⁵, setzt jedoch abweichend zum Strafrecht keine vorsätzliche, rechtswidrige Tat voraus. Es genügt, dass das Verhalten zu dem bestimmt wurde, benachteiligen *kann*; Akzessorietät ist hingegen nicht erforderlich. Daraus folgt, dass eine Anstiftung nach § 26 StGB zwar die Voraussetzungen des § 3 Abs. 5 Satz 2 Alt. 1 AGG erfüllt, die Verwirklichung der „Haupttat“ wegen Alt. 2 jedoch nicht erforderlich ist, da eine fiktive Benachteiligung bereits vorliegt, wenn die angewiesene Person zu einem potentiell benachteiligenden Verhalten angewiesen wurde, ohne dass der Erfolg eintritt. Mögliche Gründe für die Nichtverwirklichung der „Haupttat“ und damit für das Aus-

⁶³³ Nach *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3 Rn. 84 ist auch eine Anweisung durch Unterlassen möglich. Hierfür müsste nach den allgemeinen Anforderungen eine Handlungspflicht bestehen. Diese könnte aus § 12 Abs. 1 AGG abgeleitet werden. Nach dieser Vorschrift hat der Arbeitgeber erforderliche Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen zu treffen. Unterlässt er eine Anweisung vorsätzlich, obwohl er erkennt, dass eine Benachteiligung durch eine ihm gegenüber weisungsabhängige Person droht, wäre Kraft der Fiktion des § 3 Abs. 5 AGG die Benachteiligung bereits eingetreten. Liegt der Schwerpunkt im Unterlassen, lässt sich eine Anweisung durch Unterlassen dogmatisch widerspruchsfrei vertreten; allenfalls der Begriff der Anweisung legt ein aktives Handeln nahe. Zu weitgehend ist es freilich, die Anweisung zur Diskriminierung der Duldung einer solchen gleichzustellen, *ders. a. a. O.* Rn. 86b.

⁶³⁴ v. *Roeteken*, § 3 Rn. 387; A. A. *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 Rn. 154.

⁶³⁵ *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 297; *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3 Rn. 84; *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 66.

bleiben der Benachteiligung können sein: die angewiesene Person gibt den hervorgerufenen Tatentschluss⁶³⁶ wieder auf, ohne zur Verwirklichung anzusetzen⁶³⁷ – d. h. sie führt die Anweisung nicht aus – oder sie setzt zwar unmittelbar zur Benachteiligung an, diese gelingt wegen der Untauglichkeit des Objekts oder der Mittel jedoch nicht⁶³⁸.

Für den objektiven Tatbestand ist stets eine Anweisung im Sinne von § 3 Abs. 5 Satz 1 AGG erforderlich, d. h. eine verbotswidrige Weisung aufgrund rechtlicher Weisungsbefugnis gegenüber einer Person. Angewiesen werden können – auch in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG – alle Personen⁶³⁹, nicht nur Beschäftigte. Potentielle Opfer der angewiesenen Person können hingegen nur Beschäftigte sein. Die angewiesene Person muss zu einem Verhalten bestimmt werden. Nach strafrechtlichen Maßstäben ist eine Person bestimmt, wenn in ihr der Tatentschluss hervorgerufen wurde⁶⁴⁰. Dieser Definition hat sich eine Meinung im Schrifttum zum AGG angeschlossen⁶⁴¹. Systematisch ist dies überzeugend⁶⁴². Teilweise werden jedoch aus teleologischen Gründen Modifikationen gefordert. So soll es für das Bestimmen ausreichen, dass die bereits zur Diskriminierung entschlossene Person eine Erlaubnis des Weisungsbefugten erhält⁶⁴³. Diese Auffassung überschreitet jedoch die Wortlautgrenze des Bestimmens. In der „Freigabe“ einer bereits beabsichtigten Diskriminierung ist vielmehr eine Unterstützungshandlung des *omnimodo facturus* zu sehen, sofern nicht ein weiter reichender Tatentschluss durch die anweisende Person herbeigeführt wird. Nicht ausreichend für § 3 Abs. 5 AGG ist die Hilfe zur Benachteiligung⁶⁴⁴.

Auf subjektiver Ebene ist für die Anstiftung „doppelter“ Anstiftungsvorsatz erforderlich: Der Vorsatz muss die eigene Anstiftungshandlung und die Ausführung der Haupttat umfassen⁶⁴⁵. Im Anwendungsbereich des AGG ist für die Benachteiligung jedoch kein Vorsatz erforderlich⁶⁴⁶, d. h. auch auf subjektiver Ebene bleibt § 3 Abs. 5 Satz 2 AGG hinter der

⁶³⁶ Dazu sogleich unter (2). Strafrechtlich wäre diese Alternative als versuchte Anstiftung im Sinne des § 30 StGB zu qualifizieren, da § 26 StGB wegen der limitierten Akzessorietät wenigstens den Versuch einer Haupttat voraussetzt (vgl. *Kühl*, StR AT, § 20 Rn. 137) und damit neben dem Tatentschluss mindestens noch unmittelbares Ansetzen zur Tat.

⁶³⁷ Nach der Gesetzesbegründung in BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33 ist eine Ausführung der Benachteiligung nicht erforderlich; ebenso *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3 Rn. 90; *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 68; *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, § 3 Rn. 53; *Schleusener*, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 3 Rn. 163; *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 302; v. *Roeteken*, § 3 Rn. 395; *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 3 Rn. 47.

⁶³⁸ Z. B. wenn das sexuell bestimmte Verhalten nicht tatbestandsmäßig oder nicht unerwünscht ist oder eine Würdeverletzung nicht bewirkt. Der grob unverständige und der irrealer Versuch reichen für § 3 Abs. 5 Satz 2 AGG nicht aus, da die Handlung die Benachteiligung objektiv nicht bewirken kann.

⁶³⁹ *Schleusener*, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 3 Rn. 166; *Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 23; *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3 Rn. 86d; wohl auch *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 300. Ablehnend *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 Rn. 158.

⁶⁴⁰ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 26 Rn. 2.

⁶⁴¹ *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 297; *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3 Rn. 84; *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 66.

⁶⁴² So auch *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 Rn. 157.

⁶⁴³ *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 298; *Schleusener*, in: Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, § 3 Rn. 164.

⁶⁴⁴ *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3 Rn. 86a; *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 66.

⁶⁴⁵ *Kühl*, StR AT, § 20 Rn. 195.

⁶⁴⁶ Da es sich bei § 3 Abs. 5 AGG um eine Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 7 AGG handelt (*Schlachter*, in: ErfK, AGG, § 3 Rn. 23), vgl. zum allgemeinen Verschuldensmaßstab diese Arbeit unter B. III. 2. sowie B. III. 5. d) aa) (1); speziell zum Verschulden bei § 3 Abs. 5 vgl. Gesetzesbegründung in BT-

strafrechtlichen Anstiftung zurück. Der Vorsatz muss jedoch auch nach dem AGG die Anweisung, d. h. nach Satz 2 das Bestimmen im Sinne des Hervorrufens des Tatenschlusses umfassen⁶⁴⁷.

(2) *Versuchtes Bestimmen im arbeitsrechtlichen Anwendungsbereich*

Im arbeitsrechtlichen Bereich sind auch Anweisungen erfasst, die Satz 2 nicht erfüllen und gleichwohl nach Satz 1 eine Benachteiligung sein können, da Satz 2 nur ein Beispiel, jedoch keine Begrenzung des in Satz 1 definierten Grundtatbestandes darstellt⁶⁴⁸. Ob bereits der Versuch einer Anweisung, mithin der Versuch des Bestimmens zu einem benachteiligenden Verhalten als Anweisung ausreicht, ist umstritten⁶⁴⁹. *Adomeit*⁶⁵⁰ vertritt, dass der Versuch der Anweisung nicht erfasst sei, da weder ein Tatenschluss hervorgerufen, noch zur Tathandlung unmittelbar angesetzt werde. Der Wortlaut gebe dies nicht her, da ausdrücklich ein Verhalten gefordert werde. Auch stimme diese Wertung mit dem Strafrecht nicht überein, das in § 30 Abs. 1 StGB nur die versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen unter Strafe stelle. Es fehle auch an jeder tatsächlichen Benachteiligung. Dagegen wird mit der Gesetzesbegründung vorgebracht, dass es unerheblich sei, ob die angewiesene Person der Anweisung Folge leiste⁶⁵¹. Da es jedenfalls nicht zum Vollzug der Benachteiligung komme, sei die Anweisung der einzige Anknüpfungspunkt⁶⁵². Der Unwertgehalt liege in der Herabwürdigung der von der Benachteiligung betroffenen Person, die von der Durchführung der angewiesenen Handlung unabhängig sei⁶⁵³. Ob der Versuch des Bestimmens unter § 3 Abs. 5 AGG fällt, kann jedoch nicht vom Wortlaut des Satz 2 abhängen, der nur deskriptiven, beispielhaften Charakter besitzt. Normativ ist allein Satz 1, der diese Anforderung nicht kennt. Für ihn ist allein die Anweisung maßgebend. Ob die angewiesene Person in Folge der Anweisung Tatenschluss fasst oder nicht spielt für Satz 1 keine Rolle. Für Satz 2 hingegen stellt dies eine Voraussetzung dar. Systematisch scheint die Wertung des StGB zunächst richtig, da es sich bei der „versuchten Anstiftung“ um eine Vorstufe der Beteiligung im Vorbereitungsstadium handelt, deren Strafbarkeit hohe Anforderungen an die Legitimation des Gesetzgebers stellt und deshalb kritisch zu hinterfragen ist⁶⁵⁴.

Beiden Normen ist gemein, dass die anweisende bzw. anstiftende Person das von ihr angestoßene Unrecht aus der Hand gibt, sodass es sich ohne weiteres Zutun zur Straftat fortentwickeln kann⁶⁵⁵. Es scheint also geboten zu sein, den Anweisenden wie den Anstifter

Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33 Zu Absatz 5; *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 67; *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG, § 3 Rn. 43; *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rn. 293; kritisch dazu *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 Rn. 159.

⁶⁴⁷ Vgl. *Deinert*, in: *Däubler/Bertzbach*, AGG, § 3 Rn. 89 m. w. N.; a. A. v. *Roetteken*, § 3 Rn. 390 der für ausreichend erachtet, zur Tat zu „veranlassen, anzuhalten“.

⁶⁴⁸ v. *Roetteken*, § 3 Rn. 387.

⁶⁴⁹ Nach *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 68 handelt es sich dabei um den „praktisch wichtigsten Fall der Anweisung“. Dabei wird übersehen, dass die versuchte Anweisung von der versuchten Anstiftung zu unterscheiden ist.

⁶⁵⁰ *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 Rn. 161.

⁶⁵¹ Vgl. diese Arbeit unter C. III. 5. h) aa).

⁶⁵² *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 68.

⁶⁵³ *Deinert*, in: *Däubler/Bertzbach*, AGG, § 3 Rn. 90.

⁶⁵⁴ *Kühl*, StR AT, § 20 Rn. 244.

⁶⁵⁵ *BGH*, Urt. v. 10.6.1998 – 3 StR 113/98, BGHSt 44, 99 (102 f.).

zu behandeln, d. h. auch den Versuch zu erfassen. Etwas Anderes könnte sich daraus ergeben, dass im Strafrecht nur Verbrechen erfasst werden. Den Versuch des Bestimmens auszuklammern würde im Ergebnis bedeuten, dass eine als Beispiel dienende Anweisung zu einer sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz in Form einer Vergewaltigung nach §§ 177, 30 Abs. 1, 23 Abs. 1 StGB zwar eine „versuchte Anstiftung“ wäre, nicht jedoch eine Benachteiligung durch den Arbeitgeber. Das genaue Gegenteil wird von der Vorschrift bezweckt: eine möglichst frühzeitige Erfassung benachteiligenden Verhaltens soll verhindern, dass es Gefährdung oder Verletzung des geschützten Rechtsguts kommt. Dabei kann es keine Rolle spielen, ob die angewiesene Person aufgrund der Anweisung Tatentschluss fasst (ein Fall des § 3 Abs. 5 Satz 2 AGG) jedoch nicht unmittelbar ansetzt oder bereits keinen Tatentschluss fasst, sich also nicht bestimmen lässt (kein Fall von Satz 2). Der Verursachungsbeitrag der anweisenden Person ist derselbe, das damit verwirkte Unrecht identisch. Allein die Gefährdung des Rechtsguts ist etwas geringer, was ggf. – wie vorgeschlagen wird⁶⁵⁶ – bei der Höhe der Entschädigung zu berücksichtigen ist.

ee) Zwischenergebnis

§ 3 Abs. 5 AGG erweitert den Anwendungsbereich des Benachteiligungsverbots. Eine Verletzung des Rechtsguts ist unter seinen Voraussetzungen nicht erforderlich. Es reicht aus, dass eine Person von einer ihr gegenüber rechtlich weisungsbefugten Person angewiesen wird, eine beschäftigte Person zu benachteiligen. Ob die solchermaßen angewiesene Person sich zur Benachteiligung bestimmen lässt oder nicht, spielt keine Rolle. Ebenso wenig ist maßgebend, ob die Anweisung ausgeführt wird oder eine Benachteiligung tatsächlich eintritt, solange nur die Anweisung geeignet war, bei ihrer Umsetzung eine Benachteiligung herbeizuführen. Der Anweisende muss vorsätzlich bezüglich der Anweisung gehandelt haben. Im Übrigen ist kein Verschulden erforderlich, um per Fiktion eine Benachteiligung durch die anweisende Person gegenüber der potentiell benachteiligten Person herbeizuführen.

Im Hinblick auf die noch zu prüfende Strafbarkeit der anweisenden Person kommt damit auch die „versuchte Anstiftung“ in Betracht. Hingegen sind Unterstützungshandlungen von § 3 Abs. 5 AGG nicht erfasst. Sinn und Zweck dieses, auf das Vorbereitungsstadium ausgedehnten Benachteiligungsverbots ist es, die mit der Weisungsbefugnis verbundene Mächtigkeit der anweisenden Person unmittelbar zu erfassen, so dass für solchermaßen befugte Personen keine Möglichkeit besteht, sich durch die Hierarchie zu schützen, die sie zu instrumentalisieren imstande sind.

6. Abgrenzung zur einfachen Belästigung

Neben der sexuellen Belästigung in Bezug auf die § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG kennt das Gesetz auch die (einfache) Belästigung gemäß § 3 Abs. 3 AGG durch unerwünschtes Verhalten, das mit einem in § 1 AGG genannten Grund in Zusammenhang steht. Nach der

⁶⁵⁶ Thüsing, Diskriminierungsschutz, Rn. 302; Bauer/Krieger, AGG, § 3 Rn. 68.

Begründung des Gesetzgebers baut die sexuelle Belästigung auf der Struktur der Belästigungsdefinition des § 3 Abs. 3 AGG auf⁶⁵⁷. Ob daraus abgeleitet werden kann, die einfache Belästigung stelle den „Grundtatbestand“⁶⁵⁸ der sexuellen Belästigung dar, ist fraglich.

Ein Grund- oder Auffangtatbestand ist genereller oder weiter ausgestaltet als der speziellere Sondertatbestand, so dass der Auffangtatbestand stets miterfüllt ist, wenn der Sondertatbestand verwirklicht wird. Das gilt jedoch für das Verhältnis von sexueller zu einfacher Belästigung im AGG nicht ohne Weiteres. Zunächst ist die einfache Belästigung weiter, denn sie erfordert weder ein sexuell bestimmtes Verhalten – es genügt jede Verhaltensweise – noch den Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG. Der Anwendungsbereich ist der einfachen Belästigung ist mithin § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 8 AGG. Die sexuelle Belästigung ist auch insofern enger als sie stets eine Benachteiligung wegen des Geschlechts darstellt, wohingegen für eine einfache Belästigung jeder des in § 1 AGG genannten Merkmale in Frage kommt⁶⁵⁹. Andererseits weist die einfache Belästigung jedoch teilweise höhere Anforderungen auf. Bei der sexuellen Belästigung ist die Schaffung eines feindlichen Umfeldes lediglich ein Beispiel einer Würdeverletzung, wohingegen dieses Merkmal bei der einfachen Belästigung kumulativ zur Würdeverletzung vorliegen muss⁶⁶⁰.

Anders als die sexuelle Belästigung, die *ein* sexuell bestimmtes Verhalten verlangt, sind bei der einfachen Belästigung mehrere unerwünschte Verhaltensweisen erforderlich. Aus der Verwendung des Plurals folgt, dass einmaliges Verhalten nicht tatbestandsmäßig sein soll. Bestärkt wird diese Auffassung dadurch, dass die Schaffung eines feindlichen Umfeldes erforderlich sei, was regelmäßig mehrfaches, systematisches Verhalten⁶⁶¹ erfordere, um prägenden Charakter zu besitzen⁶⁶². Dagegen richtet sich die Gesetzesbegründung, die auch einmalig bleibendes Verhalten unter den Tatbestand führt⁶⁶³. Gegen den Wortlaut lässt sich die europarechtskonforme Auslegung anführen. Die englische und französische Fassung der Richtlinien verwenden den Singular. Da Ziel des Gesetzgebers die Umsetzung der einschlägigen Richtlinien war⁶⁶⁴, ist von einer grammatikalischen Unschärfe auszugehen. Sinn und Zweck der Vorschrift ist der Schutz vor herabwürdigenden Belästigungen wegen eines Merkmals des § 1 AGG. Dieser Zweck gebietet es, in Extremfall auch einmalig bleibende Handlungen zu erfassen, wenn sie die Schaffung eines feindlichen Umfeldes zur Folge haben⁶⁶⁵. Das ist jedoch nur ausnahmsweise in besonders

⁶⁵⁷ Gesetzesbegründung in BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33.

⁶⁵⁸ Eggert-Weyand, Belästigung, S. 145.

⁶⁵⁹ Aus der Formulierung in § 3 Abs. 3 AGG „[...] die mit *einem* in § 1 genannten Grund [...]“ (Markierung durch den Verfasser) kann wegen § 4 nicht geschlossen werden, dass Monokausalität erforderlich ist. Eggert-Weyand, Belästigung, S. 99.

⁶⁶⁰ Schlachter, in: ErIK, AGG, § 3 Rn. 20; v. Roetteken, § 3 Rn. 372; Eggert-Weyand, Belästigung, S. 143; Eggert-Weyand, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 84; Wendeling-Schröder, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 3 Rn. 40; Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3 Rn. 77; Adomeit/Mohr, AGG, § 3 Rn. 134; Bauer/Krieger, AGG, § 3 Rn. 60. Die Gesetzesbegründung hierzu (BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33 Zu Absatz 3) ist missverständlich. Vgl. auch diese Arbeit unter C. III. 5. e) aa).

⁶⁶¹ Wendeling-Schröder, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 3 Rn. 36.

⁶⁶² Bauer/Krieger, AGG, § 3 Rn. 45; Adomeit/Mohr, AGG, § 3 Rn. 134.

⁶⁶³ BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33 zu Absatz 3.

⁶⁶⁴ Gesetzesbegründung in BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 20.

⁶⁶⁵ Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3 Rn. 71; v. Roetteken, § 3 Rn. 368.

schwerwiegenden Fällen anzunehmen⁶⁶⁶. Kurz: je massiver das Verhalten, desto weniger oft muss es wiederholt werden. Da das Kumulationserfordernis im Tatbestand der sexuellen Belästigung nicht vorhanden ist, kann die einfache Belästigung kein Auffangtatbestand gegenüber § 3 Abs. 3 AGG darstellen⁶⁶⁷. Auch der umgekehrte Fall ist nicht möglich, da die sexuelle Belästigung zusätzlich stets sexuell bestimmtes Verhalten verlangt⁶⁶⁸. Gleichwohl kann eine sexuelle Belästigung gleichzeitig eine einfache Belästigung beinhalten, wenn Würdeverletzung und Schaffung des feindlichen Umfeldes ausnahmsweise kumulativ vorliegen.

7. Abgrenzung zum Mobbing

Mobbing ist weder ein Rechtsbegriff noch eine Anspruchsgrundlage⁶⁶⁹. Bei Mobbing handelt es sich nach der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte um das „systematische Anfeinden, Schikanieren oder Diskriminieren von Arbeitnehmern untereinander oder durch Vorgesetzte“⁶⁷⁰ oder um „fortgesetzte, aufeinander aufbauende oder ineinander übergreifende, der Anfeindung, Schikane oder Diskriminierung dienende Verhaltensweisen, die [...] das allgemeine Persönlichkeitsrecht, die Ehre oder die Gesundheit des Betroffenen verletzen“⁶⁷¹. Die Besonderheit des Phänomens⁶⁷² Mobbing liegt darin, dass eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch eine Zusammenfassung mehrerer für sich neutraler Teilakte in einem Prozess⁶⁷³ bewirkt wird, der das Ausstoßen der Betroffenen aus dem Arbeitsverhältnis zum Ziel hat⁶⁷⁴. Für Mobbing sind drei Voraussetzungen erforderlich: ein systematisches Vorgehen aufgrund dessen mehrere Einzelakte zu einem Gesamtzusammenhang verbunden werden⁶⁷⁵; weiter muss ein Rechtsgut der betroffenen Person verletzt worden sein, insbesondere das Persönlichkeitsrecht – das eine entsprechende Güterabwägung⁶⁷⁶ voraussetzt – oder die Gesundheit; und schließlich muss eine sog. Täter-Opfer-Konstellation vorliegen⁶⁷⁷, d. h. es darf kein wechselseitiges Verhalten zwischen betroffener Person und schikanierender Person stattfinden. Zwar ist auch die einfache Belästigung nach § 3 Abs. 3 AGG grundsätzlich auf wiederholendes Verhalten ausgerichtet,

⁶⁶⁶ *Schrader/Schubert*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3 Rn. 74; *Hey*, in: Hey/Forst, AGG, § 3 Rn. 78 (anders noch in der Voraufgabe § 3 Rn. 29). Nach v. *Roetteken*, § 3 Rn. 368 soll maßgeblich sein, dass das einmalige Verhalten in die Zukunft wirkt. Als alleiniges Kriterium ist dies jedoch unzureichend, da jedes Verhalten nur dann geeignet ist, das Umfeld zu prägen, wenn es jedenfalls auch in die Zukunft wirkt und nicht so unbedeutend ist, dass es augenblicklich vergessen wird.

⁶⁶⁷ Etwas Anderes ergibt sich auch nicht dadurch, dass der Arbeitsplatzbezug in § 3 Abs. 4 AGG in europarechtskonformer Auslegung wegen der Erstreckung der sexuellen Belästigung in Richtlinie 2004/113/EG keine Berücksichtigung mehr finden kann; a. A. *Eggert-Weyand*, Belästigung, S. 144f.

⁶⁶⁸ A. A. wohl *Eggert-Weyand*, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 85.

⁶⁶⁹ *Preis*, in: Erfk, BGB, § 611 Rn. 623; *BAG*, Urt. v. 16.5.2007 – 8 AZR 709/06, NZA 2007, 1154 (1159) Rn. 56.

⁶⁷⁰ *BAG*, Beschl. v. 15.1.1997 – 7 ABR 14/96, NZA 1997, 781 (781); *Eggert-Weyand*, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 64; *Wendeling-Schröder*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 3 Rn. 37; *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 Rn. 121.

⁶⁷¹ *LAG Thüringen*, Urt. v. 15.2.2001 – 5 Sa 102/00, NZA-RR 2001, 577 (579).

⁶⁷² *Haller/Koch*, NZA 1995, 356 (356).

⁶⁷³ *BAG*, Urt. v. 16.5.2007 – 8 AZR 709/06, NZA 2007, 1154 (1159) Rn. 58.

⁶⁷⁴ *LAG Schleswig-Holstein*, Urt. v. 19.3.2002 – 3 Sa 1/02, NZA-RR 2002, 457 (457); *Benecke*, NZA-RR 2003, 225 (226); vgl. zu den Folgen von Mobbing *Meschkatut/Stackelbeck/Langenhoff*, Mobbing-Report, S. 76 ff.

⁶⁷⁵ *Benecke*, NZA-RR 2003, 225 (226); *Bauer/Krieger*, AGG, § 3 Rn. 46 „systematische Verklammerung“.

⁶⁷⁶ Vgl. diese Arbeit unter C. III. 5. c).

⁶⁷⁷ *BAG*, Urt. v. 16.5.2007 – 8 AZR 709/06, NZA 2007, 1154 (1159) Rn. 86; *Benecke*, RdA 2008, 357 (361).

kann im Einzelfall aber auch durch einmalig bleibende Handlungen verwirklicht werden. Hingegen reicht bei der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz stets singuläres Handeln aus, wenn dadurch die Würde der betroffenen Person verletzt wird. Hierin liegt einerseits die Nähe des Mobbings zu einfachen Belästigung nach dem AGG⁶⁷⁸, andererseits stellt die Handlungshäufigkeit ein deutliches Abgrenzungskriterium zur sexuellen Belästigung dar.

Mobbing setzt im Unterschied zu den Tatbeständen des § 3 Abs. 3 und 4 AGG Verschulden voraus⁶⁷⁹. Hinzu kommt, dass für „einfaches“ Mobbing kein Bezug auf ein Merkmal des § 1 AGG erforderlich ist, so wie dies ausdrücklich in § 3 Abs. 3 AGG für die einfache Belästigung geregelt ist und wie sich dies für die sexuelle Belästigung aus dem Geschlechtsbezug ergibt, der dem Sexuellen innewohnt⁶⁸⁰. Mobbing kann zwar eine Belästigung nach § 3 Abs. 3 AGG darstellen – sog. „diskriminierendes Mobbing“⁶⁸¹ –, wenn das schikanierende Verhalten an ein Merkmal des § 1 AGG anknüpft⁶⁸², das AGG ist jedoch kein „Anti-Mobbing-Gesetz“⁶⁸³. Eine in Bezug auf ein Merkmal des § 1 AGG schikanierete Person ist bezüglich der aus dem AGG resultierenden Schadensersatzansprüche gegenüber einer von Mobbing betroffenen Person ohne Bezug zu einem Merkmal des § 1 AGG privilegiert⁶⁸⁴. Gleiches gilt für die sexuelle Belästigung. Grundsätzlich ist es zwar denkbar, dass eine besondere Form von Mobbing eine sexuelle Belästigung sein könnte⁶⁸⁵, insbesondere wenn man – wie hier – von einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts als „Würdeverletzung“ ausgeht. Voraussetzung wäre freilich, dass es sich um sexuell bestimmtes Verhalten handelt, mit dem systematisch schikanieren wird. Die speziellere sexuelle Belästigung würde wegen § 15 Abs. 5 AGG die allgemeinen Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB und ggf. §§ 31, 278, 831 BGB nicht verdrängen, jedoch der betroffenen Person zusätzlich die Ansprüche aus § 15 Abs. 1 und 2 AGG zur Verfügung stellen. Eine Benachteiligung, Belästigung oder Schikanie wegen eines der dort genannten Merkmale wurde vom Gesetzgeber als besonders sanktionswürdig eingestuft. Die gesetzliche Privilegierung ist als gesetzgeberischer Wille hinzunehmen.

8. Zusammenfassung

Die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ist eine Form der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Infolge der Zielsetzung des Gesetzes, Benachteiligungen nicht nur zu ahnden, sondern bereits zu verhindern, ist der Schutz in zeitlicher, personeller und sachlicher Hinsicht weit ausgestaltet. Er beginnt bereits mit dem Anbahnungsverhältnis und greift

⁶⁷⁸ Nach BAG, Urt. v. 25.10.2007 – 8 AZR 593/06, NZA 2008, 223 (225) hat der Gesetzgeber mit der Definition der Belästigung in § 3 Abs. 3 AGG letztlich auch den Begriff des Mobbings umschrieben (Rn. 58), da die Schaffung des Umfeldes „grundsätzlich nicht durch einmaliges, sondern durch fortdauerndes Verhalten geschaffen [wird]“ (Rn. 59); „[d]ie gesetzliche Regelung des § 3 Abs. 3 AGG entspricht auch inhaltlich im Wesentlichen dem vom Bundesarbeitsgericht verwendeten Mobbing-Begriff“ (Rn. 60).

⁶⁷⁹ BAG, Urt. v. 16.5.2007 – 8 AZR 709/06, NZA 2007, 1154 (1161f.) Rn. 80; Wendeling-Schröder, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 3 Rn. 38; Eggert-Weyand, Belästigung, S. 134;

⁶⁸⁰ Vgl. hierzu diese Arbeit unter B. III. 5. d) aa) (2).

⁶⁸¹ Eggert-Weyand, in: Rust/Falke, AGG, § 3 Rn. 66.

⁶⁸² Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 3 Rn. 72.

⁶⁸³ Hey, in: Hey/Forst, AGG, § 3 Rn. 80; missverständlich Preis, in: ErfK, BGB, § 611 Rn. 623.

⁶⁸⁴ Vgl. Benecke, RdA 2008, 357 (363).

⁶⁸⁵ Benecke, NZA-RR 2003, 225 (227) spricht von „Spezialfall“.

während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses, bezüglich nachvertraglich zu gewählender Leistungen sogar über dessen Bestand hinaus.

Der Schutz erfasst alle Personen, die in wirtschaftlicher oder personeller Abhängigkeit zu einem Arbeit- oder Auftraggeber stehen, solange nur ein Zusammenhang zu den Beschäftigungs- oder Arbeitsbedingungen besteht. Neben den klassischen Arbeitnehmern werden also auch Auszubildende, Praktikanten und freie Mitarbeiter erfasst. Es kommt mithin nicht darauf an, dass die Belästigung am Arbeitsplatz selbst oder in dessen örtlichem Zusammenhang – etwa im Betrieb – erfolgt. Belästigt werden können Männer und Frauen durch Belästiger desselben oder des anderen Geschlechts. Als Täter kommen alle Personen in Betracht. Eine Beschränkung auf Betriebsangehörige oder den Arbeitgeber findet nicht statt. Die Belästigung kann auch durch Dritte verübt werden. Sofern sie durch den Arbeitgeber verübt wird, liegt darin ein unmittelbarer Pflichtverstoß aus dem Vertragsverhältnis zur betroffenen Person. Wird die Belästigung durch Kollegen, Vorgesetzte oder Dritte verübt, ist maßgebend, ob dem Arbeitgeber dieses Verhalten zugerechnet werden kann, da die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz zwar von jedermann begangen werden kann, jedoch nur gegenüber dem Arbeitgeber einen Ersatzanspruch auslöst.

Tatbestandlich setzt eine der Begehungsalternativen der sexuellen Belästigung objektiv voraus, dass der Täter durch ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten die Würdeverletzung des Opfers bewirkt. Hierfür genügt jedes Verhalten, das objektiv Bezug nimmt auf das biologische Geschlecht der betroffenen Person und das aus Sicht eines objektiven Beobachters, der nicht dem Geschlecht der betroffenen Person angehören muss, unerwünscht ist, d. h. vom dem mangels Gegenseitigkeit nicht davon ausgegangen werden kann, es sei erwünscht. Dabei kann es sich um einmaliges oder wiederholtes Verhalten handeln. Subjektiv ist weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit erforderlich; es handelt sich um einen Gefährdungstatbestand.

Die zweite Alternative setzt voraus, dass der Täter die Würdeverletzung durch unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten bezweckt. Die Würdeverletzung muss nicht eingetreten sein. Es genügt, wenn der Täter die Absicht (*dolus directus* I. Grades) besitzt und unmittelbar zur Tatbegehung ansetzt.

Beide Alternativen setzen die Verletzung, bzw. die beabsichtigte Verletzung der Würde der betroffenen Person voraus. Dabei handelt es sich nicht um die Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG, sondern um das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, das bei der sexuellen Belästigung insbesondere in Form der Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung, der Ehre und des Rechts auf Achtung des sozialen Geltungsanspruchs verletzt sein kann. Das *Ob* der Würdeverletzung ist durch eine umfassende Gesamtabwägung zu ermitteln, in die Dauer und Schwere des sexuell bestimmten Verhaltens ebenso einzustellen sind wie die betroffene Persönlichkeitssphäre. Die Würde ist insbesondere dann tatbestandsausfüllend verletzt, wenn ein von negativen Umständen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wurde, was nur in Ausnahmefällen keine länger dauernden oder wiederholten sexuell bestimmten Verhaltensweisen erfordert.

Aufgrund des Verbots der Anweisung zu einer Benachteiligung folgt, dass auch dann eine sexuelle Belästigung vorliegt, wenn eine Person, z. B. der Arbeitgeber, eine andere Person aufgrund rechtlicher Weisungsbefugnis anweist, eine beschäftigte Person zu benachteiligen. Ob die solchermaßen angewiesene Person sich zur Benachteiligung bestimmen lässt

oder nicht, spielt keine Rolle. Die Anstiftung zur einer Belästigung und der Versuch der Beteiligung stellen eine Benachteiligung dar. Einzig die Beihilfe zu einer Belästigung ist vom AGG nicht erfasst.

IV. TYPISCHE FORMEN DER SEXUELLEN BELÄSTIGUNG AM ARBEITSPLATZ

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, dass die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ein äußerst komplexer zivilrechtlicher Tatbestand ist. Darüber hinaus sind seine Konturen kaum greifbar, da die gesetzliche Definition oftmals uneindeutig ist. Die rechtliche Reichweite ist so groß ist, dass der Tatbestand – wenn auch nicht systemwidrig – eine Ausnahme im Haftungsgefüge des nationalen Privatrechts darstellt. Im Kern der sexuellen Belästigung geht es um eine Würdeverletzung, die dann vorliegt, wenn dies die Abwägung aller Umstände des Einzelfalls ergibt. Es ist fraglich, ob eine solchermaßen unbestimmte Vorschrift geeignet ist, die Richtlinienanforderungen nach Sanktionen, die wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen, zu erfüllen⁶⁸⁶. Diese Frage wird nach der Prüfung der strafrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten zu beantworten sein. Bevor untersucht werden kann, welche von diesen in Frage kommen, eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz zu ahnden, ist zunächst ein Abgleich mit den Normadressaten durchzuführen. Anhand empirischer Studien zu sexueller Belästigung ist herauszufinden, welche Verhaltensweisen von den betroffenen Personen und Normadressaten tatsächlich subjektiv als sexuelle Belästigung eingestuft werden und in welcher Quantität einzelne Handlungsmodalitäten begangen werden. Diese Betrachtung der sozio-realen Qualität und Quantität von sexueller Belästigung am Arbeitsplatz dient der Konkretisierung und Gewichtung des Gegenstandes der strafrechtlichen Untersuchungen. Gleichzeitig lässt sich nur so im Anschluss an die Überprüfung der Strafbarkeit darstellen, ob und in welchem Umfang Strafrecht *de lege lata* fähig ist, das gesellschaftliche Verständnis von sexueller Belästigung am Arbeitsplatz zu erfassen und in welchem Verhältnis dieses subjektive Verständnis zur zivilrechtlichen Definition im AGG steht.

Was wird von den Personen die als Täter und Opfer in Betracht kommen als sexuelle Belästigung angesehen? Die Antwort auf diese Frage definiert den Anwendungsbereich der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz in der sozialen Wirklichkeit. Innerhalb dieses Anwendungsbereichs ist sodann für die Schwerpunktsetzung festzustellen, in welcher Form sexuelle Belästigung tatsächlich auftritt. Das führt zu den Fragen: wer hat bereits sexuelle Belästigung erlebt, d. h. ist Opfer einer Belästigung geworden? Wer war Täter? Wo bzw. in welchem Kontext erfolgte die Belästigung? Und schließlich: worin bestand die Belästigung, d. h. worin lag die Tathandlung?

⁶⁸⁶ Vgl. Art. 25 S. 2 der RL 2006/54/EG vom 5. Juli 2006, ABl. EG Nr. L 204 vom 26.7.2006, S. 23.

1. Untersuchungen zur sexuellen Belästigung

Die zur Beantwortung der vorstehend aufgeworfenen Fragen zur Verfügung stehenden Studien sind zahlreich. Bereits 1984 haben *Plogstedt/Bode* eine Untersuchung zu sexueller Belästigung veröffentlicht⁶⁸⁷. Den befragten Personen wurde eine Liste mit vorausgewählten, typischen Formen sexueller Belästigung zur Auswahl vorgelegt. Auch spätere Studien haben sexuelle Belästigung in Form dieser Items abgefragt, freilich mittels erweiterten oder abgeänderten Listen. Im Einzelnen sind dies:

Schneble/Domsch befragten 1988 insgesamt 2 161 Personen beim Hamburger Öffentlichen Dienst, davon 463 Männer, und erhielten 464 auswertbare Fragebögen weiblicher und 135 männlicher Teilnehmer zurück⁶⁸⁸. Die Zielstellung war es u. a., herauszufinden, welche Verhaltensweisen von Frauen und Männern als sexuelle Belästigung wahrgenommen werden.

Die nächste größere Untersuchung erfolgte 1991 im Auftrag des Bundesministeriums für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit durch das Landesinstitut Sozialforschungsstelle, um verallgemeinerungsfähige Aussagen über das Ausmaß und die Auswirkungen sexueller Belästigung in Deutschland zu gewinnen⁶⁸⁹. Dabei wurden branchenübergreifend 1 981 Frauen schriftlich befragt. Zusätzlich wurden in drei Betrieben insgesamt 1 970 Frauen und weitere 265 Männer aus einem Betrieb schriftlich befragt.

Ende 2002 wurde der Bericht zum Beschäftigtenschutzgesetz in der Praxis vorgelegt⁶⁹⁰. Bei diesem handelt es sich um eine rechtstatsächliche Untersuchung mit den Zielen, die Rechtswirklichkeit des BSchG angemessen zu erfassen und mögliche Probleme bei der Umsetzung des Gesetzes zu analysieren, um den Gesetzeserfolg bemessen zu können⁶⁹¹. Hierfür wurden 1 000 telefonische Interviews mit Geschäftsführern, Inhabern oder Personalverantwortlichen von 1 000 Arbeitsstätten überwiegend privatwirtschaftlich geführter Unternehmen und zusätzlich weitere 250 Interviews mit Betriebsräten dieser Arbeitsstätten geführt.

Eine weitere größere Studie, bei der sexuelle Belästigung von Frauen neben anderen Formen von Gewalt gegen Frauen untersucht wurde, basiert auf 10 264 Interviews, die bundesweit von Februar bis Oktober 2003 mit in Deutschland lebenden Frauen im Alter von 16 bis 85 Jahren durchgeführt wurden⁶⁹². Die Extraktion der Befragungsergebnisse zur sexuellen Belästigung ist aufgrund vergleichbarer Items möglich.

Die *Antidiskriminierungsstelle des Bundes* (ADS) hat das Jahr 2015 zum Themenjahr für Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausgerufen und durch die Sozialwissenschaft-

⁶⁸⁷ *Plogstedt, Sibylle/Bode, Kathleen*, Übergriffe, Sexuelle Belästigung in Büros und Betrieben. Eine Dokumentation der Grünen Frauen im Bundestag, Reinbek b. Hamburg 1984. Es wurden 903 Frauen und Männer im Rahmen einer INFAS Befragung danach befragt, was für sie eine sexuelle Belästigung wäre, ob sie dies schon einmal selbst erlebt haben und worin die Belästigung bestand. Aufgrund der relativ geringen Repräsentanz bleibt diese Untersuchung hierin folgend ohne weitere Beachtung.

⁶⁸⁸ *Schneble/Domsch*, S. 17 – auch Hamburger Studie genannt.

⁶⁸⁹ *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*, S. 9 – auch Dortmunder Studie genannt.

⁶⁹⁰ *Pflüger/Baer/Schlick u. a.*, Beschäftigtenschutzgesetz in der Praxis

⁶⁹¹ *Pflüger/Baer/Schlick u. a.*, Beschäftigtenschutzgesetz in der Praxis, S. 24.

⁶⁹² *Müller/Schörde*, Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland., S. 13.

liches Umfragezentrum GmbH Duisburg (SUZ) eine repräsentative Umfrage von sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in Deutschland durchführen lassen (Los 1). Die Befragung fand im Zeitraum 28.11.2014 bis 02.01.2015 statt⁶⁹³. Auch hierfür wurden mehrere der bereits in früheren Untersuchungen verwendeten Items abgefragt. Zusätzlich wurde eine nicht repräsentative Befragung unter 667 Personalverantwortlichen und Betriebsräten durchgeführt, die hier jedoch unberücksichtigt bleibt, da für denselben Erhebungszeitraum Daten von potentiell betroffenen Personen vorliegen, die zudem repräsentativ sind⁶⁹⁴.

2. Sexuelle Belästigung in der gesellschaftlichen Realität

a) Was ist sexuelle Belästigung?

Die befragten Personen wurden jeweils gebeten, anzugeben, was aus ihrer Sicht sexuelle Belästigung darstellt. Dabei wurden sie u. a. mit den folgenden Items konfrontiert. Legt man die Ergebnisse der Befragung nach Itemlisten übereinander, ergibt sich die aus Tabelle 1 hervorgehende Zusammenfassung, die Folgendes zeigt:

Die Gruppe der zweideutigen Gesten und Äußerungen liefert ein gespaltenes Bild. Taxierende Blicke und Hinterherpfeifen wurden trotz des eindeutigen Personenbezugs mehrheitlich *nicht* als sexuelle Belästigung eingestuft⁶⁹⁵. Daran scheint auch der zeitliche Unterschied zwischen den Untersuchungen bis zum Jahr 2002 nichts geändert zu haben⁶⁹⁶. Anzüglichlichen Bemerkungen über die Figur oder das sexuelle Verhalten im Privatleben hingegen wurden im Durchschnitt von mehr als 75 Prozent der Befragten als sexuelle Belästigung eingestuft. Die neueste Befragung aus dem Jahr 2015 scheint hiervon etwas abzuweichen. Es ist eine starke Zunahme bei der Belästigung durch Anstarren zu erkennen. Dies kann auf eine erhöhte Sensibilität für mildere Belästigungsformen hindeuten. Dieser Trend ist bei der Belästigung durch anzügliche Bemerkungen jedoch nicht erkennbar, so dass die Zunahme auch mit einer veränderten Formulierung der Items zu begründen sein kann.

Vermeintlich zufällige Berührungen zeigen ein stark heterogenes Ergebnis, welches daran liegen könnte, dass in der Hamburger Studie ausdrücklich nach vermeintlich zufälligen Berührungen gefragt wurde, also von der befragten Person eine negative Absicht unterstellt werden durfte: „Anscheinend rein zufällige[n] Körperberührungen“⁶⁹⁷. Ebenso bei *Pflüger/Baer/Schlick u. a.* mit „Scheinbar zufällige Berührung“⁶⁹⁸. Anders hingegen in der Dortmunder Studie, wo nur nach „’Zufällige’ Körperberührungen“⁶⁹⁹ gefragt wurde.

⁶⁹³ ADS, Umfrage Beschäftigte, S. 3.

⁶⁹⁴ Im Übrigen ergeben auch die Ergebnisse dieser Untersuchung kein anderes Bild als die bisherigen Befragungen zeigen. Vgl. ADS, Umfrage PV.

⁶⁹⁵ Vgl. *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*, S. 253, Tabelle 43.

⁶⁹⁶ Auffällig ist jedoch, dass die im Jahr 2002 befragten männlichen Personalverantwortlichen besonders kritisch bezüglich dieser Verhaltensweisen sind – im Übrigen auch kritischer als die weiblichen Personalverantwortlichen, *Pflüger/Baer/Schlick u. a.*, Beschäftigtenschutzgesetz in der Praxis, S. 46.

⁶⁹⁷ *Schneble/Domsch*, S. 34.

⁶⁹⁸ *Pflüger/Baer/Schlick u. a.*, Beschäftigtenschutzgesetz in der Praxis, S. 46.

⁶⁹⁹ *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*, S. 253, Tabelle 43 und *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*, S. 210, Tabelle 40.

Der Durchschnitt aller Antworten dieser drei Studien beträgt 50,6 Prozent. Ob eine „zufällige“ Berührung als sexuelle Belästigung bewertet wird, scheint an der Grenze des Verhaltens zu liegen, dass gerade noch keine sexuelle Belästigung darstellt oder aber gerade die Schwelle zum belästigenden Verhalten überschreitet. Hierbei scheint es sehr auf den konkreten Einzelfall und die Toleranzschwelle der belästigten Person anzukommen⁷⁰⁰. Die Untersuchung im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle fragte nach „unerwünschten Berührungen“, also eine nicht willkommene Form körperlicher Annäherung, bei der jedoch nicht klar ist, ob sie vom Belästiger unabsichtlich bzw. ‚vermeintlich zufällig‘ oder gezielt begangen wurde. Die Ergebniswerte liegen im Bereich zwischen den beiden Items (4) und (11) und wurden für die Darstellung in Tabelle 1 der Gruppe der direkten Formen (11) zugeordnet, bleiben aber wohl aufgrund der Unschärfe der Befragung wertemäßig etwas hinter den übrigen Ergebnissen zurück.

⁷⁰⁰Vgl. hierzu die berufsgruppenbezogene Detailanalyse bei *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*, S. 255 f.

Alle Angaben in Prozent (gerundet) der befragten Personen. Leere Felder wurden in der jeweiligen Studie nicht abgefragt.

		<i>Schneble/Domsch</i> ⁷⁰¹		<i>Holzbecher u. a.</i> ⁷⁰²		<i>Pflüger u. a.</i> ⁷⁰³		ADS/SUZ Los 1 ⁷⁰⁴			
		W	M	W	M	W	M	W	M		
indirekte Formen	Zweideutige Gesten und Äußerungen ⁷⁰⁵										
	(1) Anstarren, taxierende Blicke, Hinterherpeifen	40	39	41	36	33	46	67	64		
	(2) Anzügliche Witze	45	37	39	40	34	53				
	(3) Anzügliche Bemerkungen über Figur oder sexuelles Verhalten im Privatleben	80	76	84	79	73	85	74	60		
	Zweideutige körperliche Annäherung										
	(4) Vermeintlich zufällige Berührungen	62	63	31	26	53	69				
	Handlungen mit eindeutig sexuellem Bezug										
	(5) Pornografische Bilder am Arbeitsplatz	46	33	71	75	82	91	72	55		
	direkte Formen sex. Bel. ⁷⁰⁶	(6) Unerwünschte Einladung mit sexuellen Absichten	91	85	90	84			92	87	
		(7) Telefonate, Briefe mit sexuellen Anspielungen	91	83	95	89					
(8) Aufforderung zu sexuellem Verkehr				100	94	99	99	95	90		
Sexuelle Erpressung											
(9) Versprechen beruflicher Vorteile gegen sexuelles Entgegenkommen		99	99	98	94	98	99				
(10) Androhung von Nachteilen bei sexueller Verweigerung		99	97	97	94	96	99				
Sexuelle körperliche Annäherungen											
(11) Körperliche Annäherung (Küssen, Umarmen)		95	90			99	99	84	75		
(12) Auf den Po klatschen				93	82						
(13) Unerwartetes Berühren der Brust				96	94						
(14) Küssen			100	94							
(15) Zurschaustellen des Genitals			100	95							
(16) Erzwingen von sexuellen Handlungen	99	99	100	98	99	99					

Tabelle 1: Übersicht, was von weiblichen (W) und männlichen (M) Befragten als sexuelle Belästigung empfunden wird.

⁷⁰¹ Vgl. *Schneble/Domsch*, S. 36 f., Abb. 13 und 14.

⁷⁰² Vgl. *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*, S. 210, Tabelle 40.

⁷⁰³ *Pflüger/Baer/Schlick u. a.*, Beschäftigtenschutzgesetz in der Praxis, S. 46.

⁷⁰⁴ ADS, Umfrage Beschäftigte, S. 4.

Die Gruppe der Handlungen mit eindeutig sexuellem Bezug ist in personenbezogenes Verhalten und allgemeines Verhalten zu untergliedern. Das Anbringen pornografischer Bilder am Arbeitsplatz zählt zu letztgenannter Untergruppe und scheint sich über die Zeit gewandelt zu haben. Während 1988 nur eine Minderheit der Befragten – insbesondere der männlichen Befragten – dieses Verhalten als sexuelle Belästigung qualifiziert hat, betrachtete dies 2002 die weit überwiegende Mehrheit der befragten Personalverantwortlichen als sexuelle Belästigung. Bereits in der Dortmunder Studie hatten sich mehr Männer als Frauen für den sexuell belästigenden Charakter dieses Verhaltens ausgesprochen. Dies lässt auf eine unterschiedliche Wahrnehmung der Bedeutung des Anbringens pornografischer Darstellungen schließen, wenn man unterstellt, dass beide Geschlechter dieselbe Begriffsdefinition zu Grunde legen. Die jüngste Befragung aus 2015 liefert etwas geringere Ergebniswerte, was an der Bezeichnung des Items als „Anbringen aufreizender Bilder“⁷⁰⁷ liegen kann, so dass nicht unbedingt pornografische Qualität erreicht werden muss, weshalb möglicherweise weniger Befragte aufreizende Bilder als Belästigung ansehen. Bei den personenbezogenen, verbalen oder schriftlichen Verhaltensweisen ist das Bild klar: jeweils deutlich mehr als dreiviertel der Befragten halten das für eine sexuelle Belästigung.

Sexuelle Erpressung wird von allen Befragten unabhängig vom Geschlecht als sexuelle Belästigung eingeordnet. Bemerkenswert ist, dass die befragten männlichen Personalverantwortlichen, diese Form – wenn auch nur geringfügig – stärker als sexuelle Belästigung gewertet haben als die weiblichen Personalverantwortlichen. Auch bezüglich der sexuellen körperlichen Annäherungen besteht ein homogenes Verständnis der Befragten. Ausgenommen davon ist, wie bereits angesprochen, die wenig eindeutige Fragestellung der Befragung aus dem Jahr 2015. Die Dortmunder Studie hat gegenüber der Hamburger Studie mit detaillierteren Items nach körperlichen Übergriffen gefragt. Der Mittelwert passt zu den weniger ausgeformten Fragen der Hamburger Studie und der Befragung von *Pflüger/Baer/Schlick u. a.*

Zusammenfassend lässt sich konstatieren, dass die befragten Personen nahezu alle der oben genannten Items als sexuelle Belästigung betrachten. Zurückhaltung ist allein beim Taxieren mit Blicken bzw. beim Hinterherpfeifen (1) und bei sexuellen oder anzüglichen Witzen (2) geboten.

b) Wer sind die Betroffenen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz?

Grundsätzlich kommen beide Geschlechter als Opfer sexueller Belästigung in Betracht. Sofern sich die Untersuchungen überhaupt mit der sexuellen Belästigung von Männern beschäftigt haben⁷⁰⁸, fällt das Ergebnis jedoch eindeutig aus: Betroffen von sexueller Belästigung am Arbeitsplatz sind weit überwiegend Frauen. Die Betroffenheit von Männern als Opfer liegt bei 13,9⁷⁰⁹ bzw. 19 Prozent⁷¹⁰.

⁷⁰⁵ Gruppierung nach Art und Bezug nach *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*, S. 167 f.

⁷⁰⁶ Gruppierung in direkte und indirekte Formen nach *Schneble/Domsch*, S. 38 f.

⁷⁰⁷ ADS, Umfrage Beschäftigte, S. 4

⁷⁰⁸ *Schneble/Domsch und Müller/Schörde*, Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland, untersuchen nur die Situation von Frauen.

⁷⁰⁹ *Pflüger/Baer/Schlick u. a.*, Beschäftigtenschutzgesetz in der Praxis, S. 64.

⁷¹⁰ *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*, S. 212.

Die Betroffenheit hängt vom Alter der belästigten Person ab. Jüngere Frauen werden häufiger Opfer sexueller Belästigung am Arbeitsplatz. So gaben in der Dortmunder Studie 53 Prozent der Frauen in der Altersgruppe von 20 bis 29 Jahren an, sexuell belästigt worden zu sein. Die Werte liegen mit 22 Prozent für die vorangegangene Altersgruppe unter 20 Jahren und die anschließende Altersgruppe von 30 bis 39 Jahren mit 19 Prozent auf bereits deutlich geringerem Niveau. In der Gruppe ab 40 Jahren bis zum Renteneintrittsalter beträgt der Anteil insgesamt 6 Prozent⁷¹¹. Dieser Befund steht nicht im Widerspruch zu der Feststellung, dass mit 58 Prozent überwiegend langjährig beschäftigte Frauen belästigt werden, denn gleichzeitig beträgt die Quote bei kürzer Beschäftigten 37 Prozent, die typischerweise jünger sind⁷¹². Der Anteil der Belästigten bis zu einer Betriebszugehörigkeit von einem Jahr beträgt 35 Prozent, der von einem bis drei Jahren liegt bei 31 Prozent⁷¹³.

c) Wer sind die Täter sexueller Belästigung am Arbeitsplatz?

Der Täterquotient ist annähernd umgekehrt proportional zum Opferquotient zwischen den Geschlechtern: in 90 Prozent der Fälle handelt es sich bei der belästigenden Person um einen Mann⁷¹⁴. Dabei gehen Belästigungen nach allen Untersuchungen zum überwiegenden Teil nicht von hierarchisch übergeordneten Personen aus, sondern von gleichrangigen und Kollegen. Erst danach folgt die Gruppe der vorgesetzten oder höherrangigen Personen oder des Arbeitgebers. Auch Kunden oder sonstige Dritte in einem kundenähnlichen Verhältnis sind vergleichsweise häufig Täter einer sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz.

⁷¹¹ Holzbecher/Braszeit/Müller u. a., S. 276, Tabelle 56; dem entsprechend die Werte bei Schneble/Domsch, S. 50, Abb. 22 mit 38 Prozent in der Gruppe der 21-30jährigen und 13 Prozent insgesamt ab dem 41. Lebensjahr.

⁷¹² Pflüger/Baer/Schlick u. a., Beschäftigtenschutzgesetz in der Praxis, S. 65.

⁷¹³ Holzbecher/Braszeit/Müller u. a., S. 277, Tabelle 58.

⁷¹⁴ Pflüger/Baer/Schlick u. a., Beschäftigtenschutzgesetz in der Praxis, S. 64. Über den Arbeitsbezug hinaus sogar über 95 Prozent, Müller/Schörde, Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland., S. 99, Tabelle 45.

Alle Angaben in Prozent (gerundet) der befragten Personen	<i>Schneble/ Domsch</i> ⁷¹⁵	<i>Holzbe- cher u. a.</i> ⁷¹⁶	<i>Pflüger u. a.</i> ⁷¹⁷	<i>Müller u. a.</i> ⁷¹⁸	<i>ADS/SUZ Los</i> ⁷¹⁹
Position des Belästigers					
Kollege/Beschäftigte gleichrangig	33	50	47	46	65
Vorgesetzter/Chef	24	29	24	25	31
Beschäftigte höherrangig			10		31
Kunde/Klient/Patient	16	13		19	
Ausbilder		3		8	
Mitglied des Personal-/Betriebsrats		2			
Beschäftigte niederrangig	8	1	6		
Sonstiges/Unbekannt		2	13	21	

Tabelle 2 Übersicht der Täter sexueller Belästigung am Arbeitsplatz nach Position im Verhältnis zur belästigten Person.

d) In welchem Kontext kommt sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz vor?

Innerhalb des Anwendungsbereichs von § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG kommt sexuelle Belästigung überwiegend während der täglichen Arbeit vor. Dies entspricht 38 Prozent der Nennungen sowohl in der Hamburger als auch der Dortmunder Studie⁷²⁰. Eine nach dem Ort der Belästigung aufgestellte Übersicht zeigt, dass es in ca. einem Drittel dieser Fälle am Arbeitsplatz des Vorgesetzten oder Kollegen zur belästigenden Handlung kommt⁷²¹. Der zweithäufigste Kontext sind Betriebsfeste (15 Prozent i. d. Dortmunder Studie, 25 Prozent i. d. Hamburger Studie), gefolgt von Dienstreisen und Lehrgängen (9 Prozent i. d. Dortmunder Studie, 10 Prozent i. d. Hamburger Studie). Das bedeutet, dass sexuelle Belästigung in der überwiegenden Zahl der Fälle keinen gesonderten Anlass benötigt, um begangen zu werden. Der meistverbreitete Fall ist derjenige in den Arbeitsräumen, bevorzugt im Büro des Belästigers, während der Arbeitszeit und damit in einer Alltagssituation.

⁷¹⁵ *Schneble/Domsch*, S. 47, Abb. 19.

⁷¹⁶ *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*, S. 272, Tabelle 52.

⁷¹⁷ *Pflüger/Baer/Schlick u. a.*, Beschäftigtenschutzgesetz in der Praxis, S. 65.

⁷¹⁸ *Müller/Schörde*, Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland., S. 97, Tabelle 43,

⁷¹⁹ ADS, Umfrage Beschäftigte, S. 8.

⁷²⁰ *Schneble/Domsch*, S. 45, Abb. 17; *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*, S. 266, Tabelle 48, wobei diese zwischen Arbeits- und Pausenzeiten unterscheiden. In den Pausen liegt der Prozentsatz bei 12 Prozent.

⁷²¹ *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*, S. 267, Tabelle 49.

e) Welche Tathandlungen sind verbreitet?

Befragt wurden weibliche Personen, die sexuelle Belästigung selbst erlebt haben und männliche Personen, die sexuelle Belästigung beobachtet haben bzw. die Personalverantwortlichen. Die in den Studien gewonnenen Ergebnisse sind in der folgenden Tabelle 3 zusammengefasst⁷²².

⁷²²

Zu beachten ist dabei, dass die Untersuchung von *Müller/Schörde* zu den Lebenssituationen von Frauen nicht allein auf die Verhaltensweisen am Arbeitsplatz bezogen ist, sondern darüber hinaus Verhalten in allen Lebensbereichen abgefragt wurde. Sexuelle Belästigungen am Arbeitsplatz, Ausbildung und Schule sind jedoch mit 42 Prozent die nach dieser Erhebung zweithäufigsten Kontexte nach der Belästigung an öffentlichen Orten.

		Alle Angaben in Prozent (gerundet) der befragten Personen							
		Schneble/ Domsch 723		Holzbe- cher u. a. ⁷²⁴		Pflü- ger u. a. ⁷²⁵	Mül- ler u. a. ⁷²⁶	ADS/SU Z Los 727	
		W	M (beob.)	W	M (beob.)	PV	W ⁷²⁸	W	M
indirekte Formen	Zweideutige Gesten und Äußerungen								
	(1) Anstarren, taxierende Blicke, Hinterher- pfeifen	67	81	84	86	28	54	19	12
	(2) Anzügliche Witze	62	81	81	89	24	22	39	47
	(3) Anzügliche Bemerkungen über Figur oder sexuelles Verhalten im Privatleben	42	63	56	74	55	33	22	30
	Zweideutige körperliche Annäherung								
	(4) Vermeintlich zufällige Berührungen	55	55	70	65	25		19	12
	Handlungen mit eindeutig sexuellem Be- zug								
	(5) Pornografische Bilder am Arbeitsplatz	42	78	33	53	10	5	2	7
	(6) Unerwünschte Einladung mit sexuellen Absichten	15	19	35	37		34		
	(7) Telefonate, Briefe mit sexuellen Anspielun- gen	16	20	14	21		55	3	12
(8) Aufforderung zu sexuellem Verkehr			12	26	20				
direkte Formen	Sexuelle Erpressung								
	(9) Versprechen beruflicher Vorteile gegen se- xuelles Entgegenkommen	6	14	7	15	8			
	(10) Androhung von Nachteilen bei sexueller Verweigerung	4	12	5	12	6	4		
	Sexuelle körperliche Annäherungen								
	(11) Körperliche Annäherung (Küssen, Umar- men)	31	40			40	32	13	10
	(12) Auf den Po klatschen			34	47				
	(13) Unerwartetes Berühren der Brust			22	24				
	(14) Küssen			15	26				
	(15) Zurschaustellen des Genitals			3	7			3	3
	(16) Erzwingen von sexuellen Handlungen	2	2	3	10	7			

Tabelle 3 Übersicht der von den befragten weiblichen Personen (W) erlebten und von den männlichen Personen (M) sowie Personalverantwortlichen (PV) beobachteten Formen sexueller Verhaltensweisen.

Die beiden Gruppen der zweideutigen Verhaltensweisen sind die aus Sicht der Betroffenen am häufigsten erlittenen bzw. beobachteten Arten. Dies überrascht kaum, da sie es der handelnden Person bei einer eventuellen Konfrontation ermöglichen, den nicht-sexuellen Charakter der Handlung in den Vordergrund zu stellen. Gleichzeitig sind diese Verhaltensweisen auch diejenigen, die der sexuellen Belästigung am wenigsten deutlich zugeordnet werden können, so dass auch fehlendes Unrechtsbewusstsein in Betracht zu ziehen ist oder die Energie des Täters ausreicht, sich in dieser noch vergleichsweise milden Form über den gesetzlichen Appell hinwegzusetzen. Es passt ins Bild, dass die nicht personenbezogenen Verhaltensweisen dabei häufiger auftreten als die personenbezogenen. Bemerkenswert ist, dass der Bericht von *Pflüger/Baer/Schlick u. a.* zum BSchG hier ein etwas anderes Bild zeichnet. Dort treten anzügliche Bemerkungen am häufigsten auf, gefolgt von körperlichen Annäherungen. Der Grund hierfür dürfte darin liegen, dass die Personalverantwortlichen danach befragt wurden, welche Kenntnisse sie von Vorkommnissen haben. Dabei können die Verhaltensweisen, die von den Betroffenen nicht gemeldet wurden, auch nicht erfasst sein. Das dürfte besonders diejenigen Vorkommnisse betreffen und damit zahlenmäßig reduzieren, die an der Grenze zur sexuellen Belästigung stehen und daher nicht gemeldet wurden. Es ist ebenfalls hervorzuheben, dass von Männern überwiegend ein höherer Anteil an Vorkommnissen beobachtet wurde als von Frauen erlebt wurde. Das ist aufgrund der Zulässigkeit von Mehrfachnennungen grundsätzlich möglich. Da männliche Befragte jedoch angegeben haben, dass für sie Verhaltensweisen weniger häufig eine sexuelle Belästigung darstellen, dürfte die Ursache hierfür darin liegen, dass Frauen eher zum Verdrängen des Verhaltens tendieren⁷²⁹ als die befragten Männer.

Pornografische Darstellungen sind nach der Häufigkeit des Erlebens auf dem Rückzug. Chronologisch betrachtet nimmt die Anzahl ihres Auftretens ab, was bei den übrigen indirekten Verhaltensformen nicht festzustellen ist.

Von den direkten Belästigungsformen erleben 30 bis 40 Prozent der betroffenen Personen körperliche Annäherungsversuche oder Kontakte, gefolgt von verbalen oder schriftlichen Bemerkungen oder Einladungen mit sexuellem Bezug. Im Vergleich zu diesen eindeutig sexuellen und personenbezogenen Verhaltensweisen kommen die erpresserischen Formen weniger häufig vor. Die Anwendung von Gewalt, die den eindeutigsten Fall der sexuellen Belästigung darstellt tritt am seltensten auf⁷³⁰.

⁷²³ Zum Erleben von Frauen vgl. *Schneble/Domsch*, S. 41, Abb. 15; zur Beobachtung von Männern vgl. *Schneble/Domsch*, S. 43, Abb. 16.

⁷²⁴ Zum Erleben von Frauen vgl. *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*, S. 258, Tabelle 45; zur Beobachtung von Männern vgl. *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*, S. 217, Tabelle 41.

⁷²⁵ *Pflüger/Baer/Schlick u. a.*, Beschäftigtenschutzgesetz in der Praxis, S. 64.

⁷²⁶ *Müller/Schörde*, Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland., S. 93, Diagramm 10.

⁷²⁷ ADS, Umfrage Beschäftigte, S. 5. Von Männern und Frauen „erlebt“.

⁷²⁸ Bei den hier wiedergegebenen Werten handelt es sich um erlebte Handlungen sexueller Belästigung insgesamt, d. h. nicht nur am Arbeitsplatz.

⁷²⁹ Vgl. *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*, S. 282, Tabelle 59.

⁷³⁰ Die neueste Untersuchung der ADS ist diesbezüglich bereits wegen der indifferenten Fragestellung nicht direkt vergleichbar; die Werte liegen deutlich unter den übrigen Untersuchungen. Eine weitere Ursache mag in der vergleichsweise geringen Anzahl der Befragten Personen (1002) und dem wenig einschränkenden Auswahlkriterium der Sozialversicherungspflicht liegen.

f) Welche Verhaltensweisen erfüllen den Tatbestand des § 3 Abs. 4 AGG?

Dass die befragten Personen eine Verhaltensweise als sexuelle Belästigung empfunden oder erlebt haben, sagt noch nichts darüber aus, ob diese eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz i. S. d. gesetzlichen Definition des § 3 Abs. 4 AGG ist. Maßgebend ist im Kern, dass die Handlung sexuell bestimmt ist und eine Würdeverletzung der betroffenen Person bezweckt oder bewirkt.

Die direkten Verhaltensweisen des Erzwingens von sexuellen Handlungen und des Zurschaustellens des Genitals sind sexuelle Handlungen im Sinne von § 3 Abs. 4 AGG – wenn auch nicht notwendigerweise zugleich i. S. d. § 184h StGB – und erfüllen damit die Anforderungen an die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, wenn und soweit sie die Würde der betreffenden Person verletzen. Davon ist regelmäßig auszugehen. Das gilt auch für die Aufforderung zum sexuellen Verkehr die eine Aufforderung zu einer sexuellen Handlung im Sinne der Vorschrift darstellt. Die körperlichen Annäherungsformen (Berühren der Brust, Küssen und Auf-den-Po-klatschen) erfüllen den Tatbestand in der Alternative der sexuell bestimmten körperlichen Berührungen. Gleiches gilt für unerwünschte Einladungen mit sexuellen Absichten und Telefonate bzw. Briefe mit sexuellen Anspielungen als Formen der Bemerkungen sexuellen Inhalts⁷³¹. Die Formen der sexuellen Erpressung durch Androhung von Nachteilen oder Versprechen von Vorteilen sind ebenfalls in diese Verhaltenskategorie einzuordnen, sofern sie nicht bereits wegen des Aufforderungscharakters zur erstgenannten Gruppe zu zählen sind. Dass pornografische Bilder pornografische Darstellungen im Sinne von § 3 Abs. 4 AGG sind, bedarf keiner weiteren Ausführungen.

Die Subsumtion unter den Tatbestand kann in den Fällen zweideutiger Verhaltensweisen sexueller Belästigung zweifelhaft sein, insbesondere wenn diese indirekt erfolgen, da gerade keine eindeutig sexuelle Verhaltensweise vorliegt. Gleichwohl ist mehrdeutiges Verhalten als *auch* sexuelles Verhalten zu interpretieren und daher unter den Tatbestand zu subsumieren⁷³². Für personalisiertes, sexuell bestimmtes Verhalten wie anzügliche Bemerkungen über die Figur oder das sexuelle Verhalten einer Person sowie körperliche Berührungen ist daher der Tatbestand grundsätzlich eröffnet in Form von körperlichen Berührungen und Bemerkungen sexuellen Inhalts.

Zweifelhaft ist dies hingegen bei nicht-personalisiertem Verhalten wie dem Erzählen von anzüglichen Witzen – insbesondere wenn dies gegenüber einer Personenmehrheit erfolgt – oder nonverbalen Verhaltensweisen, wie Anstarren oder taxierende Blicke. Nach der hier vertretenen Auffassung, dass immer wenn es sich um *auch* sexuell bestimmtes Verhalten handelt, der Tatbestand eröffnet ist und die Prüfung der Würdeverletzung die Erheblichkeitsschwelle des Verhaltens darstellt, sind diese Verhaltensweisen grundsätzlich prüfungsrelevant, jedoch regelmäßig auszuschneiden, da sie nicht die Qualität würdeverletzenden Verhaltens erreichen. Realgesellschaftlich wird dieser Ansatz durch die hier untersuchten Befragungen bestätigt. Weniger als die Hälfte der Interviewten empfinden Anstarren, taxierende Blicke und Hinterherpfeifen sowie anzügliche Witze als sexuelle Belästigung, obgleich die breite Mehrheit der Befragten dieses Verhalten persönlich erlebt

⁷³¹ Siehe diese Arbeit unter C. III. 5. d) aa) (4) (c).

⁷³² Vgl. hierzu diese Arbeit unter C. III. 5. d) aa) (3).

hat, diesbezüglich mithin eine individuelle persönliche Einschätzung zu äußern in der Lage ist.

3. Zusammenfassung

Die Analyse der Befragungen in den Tabellen 1 und 3 hat gezeigt, dass was die befragten Personen als sexuelle Belästigung empfinden und was von ihnen erlebt oder beobachtet wurde, in einem annähernd umgekehrten Verhältnis zueinandersteht. Die eindeutigsten Formen sexueller Belästigung treten am seltensten auf. Die vagen Verhaltensweisen hingegen werden am häufigsten erlebt. Das zeigt, dass die sexuelle Belästigung überwiegend in einer Ausprägung begangen wird, die es den betroffenen Personen bereits definitorisch schwermacht, die Tat als sexuelle Belästigung eindeutig zu bezeichnen, nachzuweisen und Fürstreiter im Unternehmen für die Ahndung zu finden – zusätzlich zu den sonstigen Nachweisschwierigkeiten.

Deutlich ist auch, dass § 3 Abs. 4 AGG nicht alles erfasst, was gesellschaftlich als sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz verstanden wird. Bereits auf der zivilrechtlichen Ebene besteht ein Bruch zur gesellschaftlichen Erwartung. Dieser ist nur dann gering, wenn man den von der gesetzlichen Definition vorgegebenen Raum vollständig nutzt, was angesichts der Komplexität der Regelung dem Gesetzesanwender nicht immer leichtfallen dürfte.

D. STRAFBARKEIT DER SEXUELLEN BELÄSTIGUNG AM ARBEITSPLATZ

I. GEGENSTAND DER STRAFRECHTLICHEN UNTERSUCHUNG

1. Formen sexueller Belästigung

Die Auswertung der Studien zu sexueller Belästigung am Arbeitsplatz hat ergeben, dass die direkten Verhaltensweisen am klarsten, d. h. von mindestens 90 Prozent der befragten Frauen, als eine sexuelle Belästigung betrachtet werden. Die männlichen Befragten sehen dies ganz ähnlich. Sie liegen nur bis höchstens 11 Prozentpunkte hinter den weiblichen Befragten zurück. Diese direkten Verhaltensweisen erfüllen auch am ehesten den Tatbestand der gesetzlichen Definition des § 3 Abs. 4 AGG, da es sich um eindeutig sexuell bestimmtes Verhalten handelt. Die solchermaßen sowohl im Zivilrecht als auch in der Laiensphäre eindeutig der sexuellen Belästigung zuzurechnende Verhaltensweisen empfehlen sich besonders als strafrechtliche Untersuchungsobjekte. Mengenmäßig stellen sie von den erlebten Verhaltensweisen zwar nicht die größte Gruppe dar, sind mit einer Wahrnehmung von bis zu 47 Prozent unter den befragten Personen jedoch keinesfalls eine Randerscheinung.

Zweideutige, nichtkörperliche Formen wie Anstarren, Hinterherpfeifen oder Erzählen anzüglicher Witze werden überwiegend nicht für sexuelle Belästigung gehalten und sind es regelmäßig auch nicht, da es an der erforderlichen Würdeverletzung fehlt. Die Strafbarkeit dieser Verhaltensweisen ist in dieser Arbeit mithin nicht zu untersuchen, da bereits tatbestandlich keine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz vorliegt¹.

Wenn indirektes Verhalten jedoch körperlich oder personenbezogen wird, wie etwa bei vermeintlich zufälligen Berührungen oder anzüglichen Bemerkungen über eine Person, scheint die Grenze tolerierten Verhaltens erreicht. Diese Formen werden überwiegend als sexuelle Belästigung betrachtet. Am wenigsten deutlich bei zufälligen Berührungen. Hier stellen sich rechtliche die Fragen zur sexuellen Bestimmtheit des Verhaltens und zusätzlich zum würdeverletzenden Charakter. Bei pornografischen Bildern ist der Sexualbezug nicht problematisch, allein die Würdeverletzung ist zu hinterfragen. Bei anzüglichen Bemerkungen über sexuelles Verhalten im Privatleben liegt die Herabwürdigung nahe – freilich stets unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls. Diese drei Verhaltensweisen sind geeignet, rechtlich eine sexuelle Belästigung darzustellen und daher in die strafrechtliche Untersuchung einzubeziehen.

Bei der Frage nach der Strafbarkeit sexueller Belästigung am Arbeitsplatz ist zu berücksichtigen, dass zu den von § 3 Abs. 4 AGG erfassten Verhaltensweisen erst recht sexuelle Handlungen und Verhaltensweisen zählen, die nach strafgesetzlichen Vorschriften unter Strafe gestellt sind². Diesem gesetzgeberischen Hinweis ist rein deklaratorischer Charakter beizumessen, denn was sexuelle Belästigung ist, folgt aus § 3 Abs. 4 AGG und kann für Straftaten nur im Anwendungsbereich des § 3 Abs. 4 AGG gelten. Gleichzeitig zeigt

¹ Hinzu kommt, dass auch in der Sphäre der betroffenen Personen keine eindeutige Zuordnung zur sexuellen Belästigung erkennbar ist.

² Gesetzesbegründung in BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33.

die Gesetzesbegründung aber auch, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen sein muss, dass sexuelle Belästigung auch außerhalb des Strafgesetzes – oder genauer: unterhalb des strafgesetzlichen Unrechtsniveaus – vorkommt.

2. Straftatbestände

Die Straftatbestände des dreizehnten Abschnitts des Strafgesetzbuchs, allen voran die sexuelle Nötigung und Vergewaltigung, § 177 StGB, drängen sich für die Prüfung auf. Alle Delikte, die in den Anwendungsbereich der §§ 6 und 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG fallen können, sind zu prüfen. Soweit sie eine sexuelle Handlung erfordern, sind die Einschränkungen des § 184h StGB zu berücksichtigen.

Außerhalb der Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung kommen die Delikte gegen die persönliche Freiheit, namentlich die Nötigung nach § 240 StGB und die Bedrohung gem. § 241 StGB in Betracht, die in Quid-pro-quo Fällen einschlägig sein können. Auch die Nachstellung nach § 238 StGB ist zu berücksichtigen. Weiter sind die Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit zu prüfen, §§ 223 ff. StGB, die bei den körperlichen Verhaltensweisen erfüllt sein können. Ferner die Beleidigungsdelikte der §§ 185 ff. StGB aufgrund des herabwürdigenden Charakters der Belästigung sowie Volksverhetzung, § 130 StGB und Belohnung und Billigung von Straftaten, § 140 StGB.

II. STRAFTATEN GEGEN DIE SEXUELLE SELBSTBESTIMMUNG

1. Geschützte Rechte und Rechtsgüter

Die Überschrift des dreizehnten Abschnitts des StGB erklärt, dass es sich um Straftaten handelt, die sich gegen die sexuelle Selbstbestimmung richten³. Gegenüber der früheren Abschnittsüberschrift sollte damit zum Ausdruck gebracht werden, dass nicht länger die Sittlichkeit, also die Sexualmoral, geschützt wird, sondern das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung. Strafrecht soll nur die äußere Ordnung sozialen Verhaltens wahren⁴. Der Abschnitt fügt sich seitdem in die Ordnung des Besonderen Teils ein, die sich überwiegend am Schutzzweck orientiert⁵.

Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung wird dabei nicht im Sinne einer positiven Freiheit zu sexuellen Kontakten verstanden, denn auf solche Kontakte besteht kein Anspruch. Es wird vielmehr im negativen Sinn als Abwehrrecht vor sexuellen Kontakten verstanden, „als Freiheit davor, nicht zum Objekt fremdbestimmter sexueller Übergriffe herabgewürdigt zu werden“⁶. In diesem Abwehrrecht liegt freilich die (negative) Freiheit, der Person,

³ Vor dem 4. StrRG lautete die Überschrift: „Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit“.

⁴ BT-Drs. 6/1552 vom 4.12.1970, S. 15.

⁵ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, Vor. § 174 Rn. 1.

⁶ Sick/Renzikowski, in: Hoyer u. a., FS-Schroeder, S. 603 (604); Renzikowski, in: MK, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 8; vgl. auch Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 17 Rn. 20.

über Ort, Zeit, Form und Partner sexueller Betätigung frei zu entscheiden⁷, indem Übergriffe abgewehrt werden können, bzw. sexuelle Fremdbestimmung vermindert werden soll⁸.

Abgeleitet wird das Recht aus der grundrechtlich gewährten allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG als Teil des Persönlichkeitsrechts⁹. Teilweise wird direkt auf die Menschenwürde rekurriert, da die Freiheit der Person letztlich ein Ausfluss dieser sei¹⁰. Ob tatsächlich bei jedem Eingriff in das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ein Angriff auf die absolut geltende Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG vorliegt, darf kritisch bezweifelt werden, da damit nicht gleichzeitig die betroffene Person generell in ihrem Menschsein in Frage gestellt wird. Mag dies auch im Einzelfall so sein, ist es doch angemessen und ausreichend zugleich, an das Persönlichkeitsrecht anzuknüpfen, welches durch einen Übergriff verletzt wird. Der Qualität dieses beschränkten Grundrechts entspricht es, wenn in § 184h StGB wenig erhebliche Handlungen ausgeschieden werden, die mithin keinen ausreichenden Angriff auf das Rechtsgut darstellen, also noch innerhalb der Schranken der persönlichen Freiheit des Angreifers liegen.

Unabhängig von der genauen Ableitung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung handelt es sich dabei jedenfalls um ein Individualrechtsgut und nicht (mehr) um ein Gemeinrecht wie noch zum früheren Sittlichkeitsrecht¹¹. Als solches ist es der individuellen Entscheidung über das Rechtsgut durch den Rechteinhaber zugänglich. Selbstbestimmung setzt mithin voraus, dass die berechnigte Person in der Lage ist, die mit dem Recht verbundene Kompetenz auszuüben¹², um in erwünschte sexuelle Handlungen einwilligen zu können. Das bedeutet jedoch nicht, dass das Recht einer Person nicht zustehen kann, die zu einer solchen Kompetenz nicht fähig ist. Solche Personen können lediglich nicht wirksam in die Rechtsgutsverletzung einwilligen. Ihnen gegenüber stellt jeder Eingriff in das Recht mangels Zustimmung eine Verletzungshandlung dar¹³. „Die sexuelle Selbstbestimmung ist also immer dann verletzt, wenn (überhaupt) keine Zustimmung vorliegt, aber auch dann, wenn keine wirksame Zustimmung vorliegt“¹⁴. Trifft die berechnigte Person eine defektfreie Disposition, so sind deren Inhalt und Reichweite zu berücksichtigen¹⁵.

Gleichwohl wird Minderjährigen das Recht als solches (und nicht nur die Einwilligungsmöglichkeit) teilweise abgesprochen mit dem Argument, sie seien zur Selbstbestimmung

⁷ *Fischer*, StGB, Vor. § 174 Rn. 5; *Sick*, ZStW 103 (1991), 43 (51); *Sick/Renzikowski*, in: Hoyer u. a., FS-Schroeder, S. 603 (605); *Renzikowski*, in: MK, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 9. Hoheitsanmaßende Fremdverwaltung des sexuellen Selbst bei *Botke*, in: Dannecker u. a., FS-Otto, S. 535 (540).

⁸ *Botke*, in: Dannecker u. a., FS-Otto, S. 535 (541).

⁹ *Renzikowski*, in: MK, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 8; *Fischer*, StGB, Vor. § 174 Rn. 5.

¹⁰ *Fischer*, StGB, Vor. § 174 Rn. 5; *Laubenthal*, Rn. 143; *Hörnle*, in: LK, StGB, Vor. § 174 Rn. 30 mit dem Hinweis auf die erforderliche Konkretisierung der Menschenwürde bei ungewollten Sexualkontakten. Vermutlich daher auch einschränkend nur bei bestimmten Eingriffsintensitäten. Bei nur schwachen Eingriffen liege noch kein Eingriff in die Menschenwürde vor, *dies*. a. a. O. Fn. 65.

¹¹ *Frommel*, in: NK, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 1;

¹² *Sick/Renzikowski*, in: Hoyer u. a., FS-Schroeder, S. 603 (605).

¹³ *Renzikowski*, in: MK, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 9; *Hörnle*, in: LK, StGB, Vor. § 174 Rn. 31; *Botke*, in: Dannecker u. a., FS-Otto, S. 535 (544).

¹⁴ *Sick/Renzikowski*, in: Hoyer u. a., FS-Schroeder, S. 603 (606); ähnlich *Botke*, in: Dannecker u. a., FS-Otto, S. 535 (539 f.).

¹⁵ Kritisch daher zu Recht *Sick/Renzikowski*, in: Hoyer u. a., FS-Schroeder, S. 603 (605) zur Rechtsprechung bei Prostituierten. A. A. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 18 Rn. 6.

nicht fähig¹⁶. Das überzeugt jedoch nicht. Leitet man das Recht aus der Menschenwürde ab, wäre es bereits verfassungswidrig, die sexuelle Selbstbestimmung erst ab einem gewissen Alter zu gewähren. Selbst wenn man diesen grundrechtlichen Aspekt außer Acht lässt, ist es nicht schlüssig, von der Fähigkeit, über ein Rechtsgut zu verfügen, auf dessen Bestand zu schließen. Der in der Literatur¹⁷ bemühte Vergleich mit dem Eigentum zeigt auch hier, dass mangelnde Einsichts- und Steuerungsfähigkeit nicht zur Versagung des Rechts führt¹⁸. Dies insbesondere dann, wenn hierdurch aufgrund gesetzlicher Regelungen kein Nachteil zu besorgen ist.

Aus der Formulierung „des jeweils geschützte[n] Rechtsgut[s]“ in § 184h Nr. 1 StGB lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass sich das Schutzgut der sexuellen Selbstbestimmung in den Tatbeständen des dreizehnten Abschnitts in unterschiedlicher Weise konkretisiert¹⁹. D. h. das Rechtsgut oder die Rechtsgüter eines Tatbestandes sind gesondert zu bestimmen. Wie dies genau zu erfolgen hat und welche Rechtsgüter einem konkreten Tatbestand zu Grunde liegen, ist umstritten. Üblicherweise werden sechs Deliktgruppen gebildet, die nach der konkreten Ausgestaltung der Schutzgüter unterschieden werden.

a) Nötigungsdelikte

Zur Gruppe der Nötigungsdelikte zählt die sexuelle Nötigung und Vergewaltigung nach § 177 StGB nebst ihrer Qualifikation in § 178 StGB sowie die außerhalb der §§ 174 ff. StGB normierte qualifizierte Nötigung nach § 240 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 Nr. 1 StGB²⁰. Hierbei handelt es sich um den „klassischen Angriff auf das sexuelle Selbstbestimmungsrecht“²¹ durch Gewalt oder Drohung, indem der Täter durch den Übergriff unmittelbar das Schutzgut verletzt²². Auch § 179 StGB gehört hierher, bei dem das Opfer an Beeinträchtigungen leidet, aufgrund derer es sich gegen den Übergriff nicht zu Wehr setzen kann und infolgedessen dieser nicht mit Gewalt oder Drohung ausgeführt werden muss. Das Schutzgut dieser Gruppe ist ausschließlich das Recht zur sexuellen Selbstbestimmung.

b) Missbrauch institutioneller Abhängigkeit

Hierzu zählt primär der sexuelle Missbrauch nach den §§ 174a bis 174c StGB, denn bei diesen Delikten bestehen Abhängigkeiten und damit ein hierarchisches Machtgefälle zwi-

¹⁶ So noch *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder (28. Aufl.), StGB, Vor. §§ 174ff. Rn. 1.

¹⁷ Vgl. *Sick/Renzikowski*, in: Hoyer u. a., FS-Schroeder, S. 603 (609 f.); *Renzikowski*, in: MK, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 7.

¹⁸ Die minderjährige Person kann innerhalb der Altersstufen des StGB nicht bzw. nur begrenzt über ihr Recht verfügen, d. h. in den Eingriff in ihr Rechtsgut einwilligen.

¹⁹ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 1a; *Botke*, in: Dannecker u. a., FS-Otto, S. 535 (544); *Laubenthal*, Rn. 94; einschränkend *Hörnle*, in: LK, StGB, Vor. § 174 Rn. 41.

²⁰ *Laubenthal*, Rn. 95, der von den Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung im engeren Sinne spricht.

²¹ *Renzikowski*, in: MK, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 13.

²² *Hörnle*, in: LK, StGB, Vor. § 174 Rn. 41.

schen Täter und Opfer. Aufgrund dieser asymmetrischen Beziehung ist die freie Entscheidung des Opfers, sich eines Übergriffs zu erwehren oder in diesen einzuwilligen, eingeschränkt oder unmöglich²³.

§§ 174a Abs. 1 und 174b StGB richten sich gegen die „wucherähnliche Ausbeutung persönlicher Bedrängnis“²⁴. Ob mit diesen Tatbeständen neben Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung zugleich Störungen von Verwahrungs- und Abhängigkeitsverhältnissen sanktioniert werden, ist umstritten. Nach einer Ansicht ist das Interesse der Allgemeinheit am ordnungsgemäßen Ablauf dieser Verhältnisse mit geschützt²⁵. Nach anderer Ansicht stellt dies nur eine Nebenwirkung dar²⁶. Ähnliches gilt für die Einordnung der §§ 174a Abs. 2 und 174c StGB, die Personen schützen, die aufgrund Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit besonders anfällig sind²⁷. Auch die §§ 174 und 180 Abs. 3 StGB könnten aufgrund des hierarchischen Machtgefälles zu dieser Kategorie zählen²⁸, werden jedoch überwiegend aufgrund der Altersgrenzen dem Jugendschutz zugerechnet.

c) Jugendschutzdelikte

Jugendschutzdelikte²⁹ sind zunächst solche, die in Abgrenzung zum Schutz erwachsener Personen, Menschen im jugendlichen Alter schützen. Hierzu hat der Gesetzgeber in den §§ 174 ff. StGB vielfältige Tatbestände geschaffen, die Personen bis zum 18. Lebensjahr weitgehend schützen als Erwachsene. Um welches Schutzgut es sich dabei handelt, ist damit noch nicht gesagt. Teilweise wird angenommen, dass das Recht der sexuellen Selbstbestimmung allein nicht für den Schutz Minderjähriger ausreicht, da diese – abhängig vom Lebensalter – nicht die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit besäßen, die für das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung vorauszusetzen sei³⁰. Aus dieser Sicht ist es folgerichtig und erforderlich, ein zusätzliches Recht der ungestörten sexuellen Entwicklung Minderjähriger anzuerkennen. Freilich handelt es sich dabei um ein weitgehend konturloses Rechtsgut, da keine gesicherten Ergebnisse vorliegen, ab welcher Eingriffsintensität eine Fehlentwicklung kausal bewirkt ist, ob und welche sozialen Begleitumstände zu berücksichtigen sind und was überhaupt unter einer ungestörten Entwicklung zu verstehen ist³¹.

Der Schutz Minderjähriger ist aufgrund der „Disparität der Macht“³² und der Wünsche Erwachsener und Kinder bis zu einem Alter von 14 Jahren durch §§ 176 bis 176b sowie

²³ Hörnle, in: LK, StGB, Vor. § 174 Rn. 72; Renzikowski, in: MK, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 19; Sick/Renzikowski, in: Hoyer u. a., FS-Schroeder, S. 603 (609).

²⁴ Renzikowski, in: MK, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 20.

²⁵ Fischer, StGB, Vor § 174 Rn. 5a; Laubenthal, Rn. 96; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 1b; kritisch zur Ersetzung des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung in den Tatbeständen des 13. Abschnitt Botke, in: Dannecker u. a., FS-Otto, S. 535 (543).

²⁶ Sick/Renzikowski, in: Hoyer u. a., FS-Schroeder, S. 603 (609 f.); Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 19 Rn. 3; Hörnle, in: LK, StGB, Vor. § 174 Rn. 41.

²⁷ Sick/Renzikowski, in: Hoyer u. a., FS-Schroeder, S. 603 (610).

²⁸ Renzikowski, in: MK, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 21.

²⁹ Vgl. kritisch zum Begriff und den dahinter stehenden Schutzgütern Hörnle, in: LK, StGB, Vor. § 174 Rn. 44.

³⁰ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 1b; Fischer, StGB, Vor. § 174 Rn. 5a.

³¹ Vgl. Sick/Renzikowski, in: Hoyer u. a., FS-Schroeder, S. 603 (607) m. w. N.; ablehnend Botke, in: Dannecker u. a., FS-Otto, S. 535 (542 f.). Ausführlich Beck, Die sexuelle Handlung, S. 70 f.

³² Vgl. zum Begriff Renzikowski, in: MK, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 26.

§ 184b StGB absolut ausgestaltet³³. Ab einem Alter von 14 Jahren nimmt der Schutz mit der Vollendung des 15. und 17. Lebensjahres ab³⁴. Er wird gewährt durch §§ 174, 180, 180a, 182, 184 und 184c StGB. Der Schutz hängt jedoch z. T. von der Beziehung zum Täter ab, der insbesondere innerhalb eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses (§§ 174 Abs. 1 Nr. 2, 180 Abs. 3 StGB) imstande ist, nicht nur das „psycho-soziale Gefälle“³⁵, sondern darüber hinaus auch die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des Jugendlichen auszunutzen.

d) Schutz vor sexueller Belästigung

Hierzu zählen die §§ 183, 183a sowie 184e StGB, die auf den Schutz vor unerwünschter Konfrontation mit fremder Sexualität abstellen³⁶. Diese Konfrontation stellt die „unrechtsärmere Variante“³⁷ des Eingriffs in die sexuelle Selbstbestimmungsfreiheit dar, da nicht nur die Teilnahme mit Körperkontakt geschützt ist, sondern auch die Teilnahme auf andere Weise, also z. B. durch Betrachten. Dagegen wird differenzierend vertreten, dass dies nur für § 183 StGB gelten könne, nicht jedoch für § 183a StGB, der aus Individualgütersicht die Abgrenzung privaten und öffentlichen Verhaltens und die eigene Bezugnahme dazu in Frage stelle³⁸, also die Privatsphäre schütze³⁹.

e) Prostitutionsdelikte

Im dreizehnten Abschnitt regeln die §§ 180a, 181a, 184e und 184f StGB die Strafbarkeit im Zusammenhang mit der Prostitution, die als solche grundsätzlich straffrei ist, sofern sie nicht an einem verbotenen Ort ausgeübt wird. Die §§ 180a und 181a StGB schützen das sexuelle Selbstbestimmungsrecht der Prostituierten, nicht gegen ihren Willen sexuelle Handlungen vornehmen zu müssen⁴⁰.

f) Pornographie

Die Straftatbestände gegen die Pornographie in den §§ 184 bis 184d StGB stellen ein „fünfteliges Ungetüm mit 26 Tatbestandsalternativen“ dar⁴¹. Eine ausführliche Darstellung kann daher an dieser Stelle nicht stattfinden. Das Ziel des Gesetzgebers bei der Neuordnung der Vorschriften mit dem 4. StrRG war der Jugendschutz⁴². Nach der h. M. ist

³³ Vgl. die übersichtliche Darstellung der Jugendschutzzonen bei *Laubenthal*, Rn. 100.

³⁴ Trotz der hieran geübten Kritik werden von der Lit. keine echten Alternativen hierzu gesehen: *Sick/Renzikowski*, in: Hoyer u. a., FS-Schroeder, S. 603 (611); *Renzikowski*, in: MK, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 29 f.; *Fischer*, StGB, Vor. § 174 Rn. 5a; *Frommel*, in: NK, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 1.

³⁵ *Renzikowski*, in: MK, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 24.

³⁶ *Laubenthal*, Rn. 98; *Renzikowski*, in: MK, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 31; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 183a Rn. 1 m. w. N.

³⁷ *Hörnle*, in: LK, StGB, Vor. § 174 Rn. 77.

³⁸ *Fischer*, StGB, § 183a Rn. 2a.

³⁹ *Renzikowski*, in: MK, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 32; *Sick/Renzikowski*, in: Hoyer u. a., FS-Schroeder, S. 603 (613). Für Schutz sozial-moralischer Grundanschauung *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 183a Rn. 1. Auf Individualrechte abstellend BT-Drs. 6/3521 vom 14.6.1972 S. 65: „Anschauungen eines anderen“.

⁴⁰ *Renzikowski*, in: MK, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 36; *Hörnle*, in: LK, StGB, Vor. § 174 Rn. 78; differenzierend *Laubenthal*, Rn. 99 f.

⁴¹ *Renzikowski*, in: MK, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 48.

⁴² BT-Drs. 6/3521 vom 14.6.1972, S. 59.

der Schutz Heranwachsender vor Störungen in der sexuellen Entwicklung das dominierende Schutzgut der Vorschriften⁴³. Jugendschutz besteht jedoch nicht allein darin, Jugendliche vor Fehlentwicklungen zu schützen. Jugendschutz ist auch das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung von Jugendlichen, die noch nicht autonom darüber verfügen können. Es umfasst das Recht, „von sexuellen Geschehnissen verschont zu bleiben, die noch nicht verarbeitet werden können“⁴⁴ bzw. den Schutz vor ungewollter Konfrontation mit Sexualität bzw. Pornographie⁴⁵. Ausgenommen von dieser Systematik ist § 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB, bei dem es sich um einen „Fremdkörper“⁴⁶ handelt, da er dem Schutz außenpolitischer Interessen dient⁴⁷.

2. Begriffsbestimmungen - § 184h StGB

Der Begriff der sexuellen Handlung ist ein Merkmal nahezu sämtlicher Delikte des dreizehnten Abschnitts. Lediglich in den Vorschriften gegen die Ausbeutung von Prostituierten, der Zuhälterei und den Belästigungsdelikten ist er nicht enthalten. Die sexuelle Handlung ist mithin ein normübergreifendes Merkmal der meisten Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und darüber hinaus weiterer Tatbestände des StGB⁴⁸. Die Abkehr von einem am Maßstab der Sittlichkeit orientierten Sexualstrafrecht durch das 4. StrRG wurde zwar allerseits begrüßt, kritische Stimmen bemängeln jedoch, dass man „Zuflucht ausschließlich bei Fremdwörtern gesucht“ habe⁴⁹ und dass § 184h StGB keine Legaldefinition enthalte, sondern dass der Begriff vielmehr eine „außerrechtliche Definition“ voraussetze⁵⁰. Die Begriffsbestimmung in § 184h StGB dient denn auch primär dazu, „die teleologische Restriktion bei der Auslegung aller Tatbestände“⁵¹ zu sichern, indem nicht jede sexuelle Handlung in Betracht zu ziehen ist, sondern nur solche von einiger Erheblichkeit.

a) Sexuelle Handlung

Sexuelle Handlungen können homosexueller wie heterosexueller Art sein. Welche Anforderungen an eine sexuelle Handlung zu stellen sind und welches Verhalten diese erfüllt, ist umstritten. Dabei wird zwischen objektiv eindeutig sexualbezogenen und objektiv ambivalenten Handlungen unterschieden.

⁴³ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rn. 5; Laubenthal, Rn. 100; Hörnle, in: LK, StGB, Vor § 172 Rn. 80; nach Fischer, StGB, § 184 Rn. 2 ist unmittelbar der Jugendschutz betroffen bei den Nr. 1, 2, 3a und 5 sowie mittelbar auch bei Nr. 3, 4, 6, 7; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 184 Rn. 1; kritisch zum Individualgüterschutz Frommel, in: NK, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 1.

⁴⁴ Sick/Renzikowski, in: Hoyer u. a., FS-Schroeder, S. 603 (615); Renzikowski, in: MK, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 49.

⁴⁵ Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 23 Rn. 2; Laubenthal, Rn. 912; Renzikowski, in: MK, StGB, Vor. §§ 174 ff. Rn. 31 für § 184 Abs. 1 Nr. 5 und 6 StGB; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 184 Rn. 1; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rn. 5.

⁴⁶ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 184 Rn. 1.

⁴⁷ Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 23 Rn. 19; Sick/Renzikowski, in: Hoyer u. a., FS-Schroeder, S. 603 (616).

⁴⁸ Der Begriff findet sich auch in § 232 Abs. 1 und Abs. 4 StGB sowie in § 240 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB.

⁴⁹ Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 17 Rn. 24.

⁵⁰ Wolters, in: SK, StGB, § 184g Rn. 1.

⁵¹ Frommel, in: NK, StGB, § 184g Rn. 1.

aa) Objektiv eindeutig sexuelle Handlung

Einigkeit besteht zunächst darin, dass die Handlung stets mindestens einen objektiven Sexualbezug, also eine Beziehung zum Geschlechtlichen im Menschen, aufweisen muss⁵². Handlungen, die äußerlich völlig neutral sind und keinen Anhaltspunkt für einen Bezug zum Geschlechtlichen enthalten, verletzen das sexuelle Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Person nicht bereits deshalb, weil der Täter insgeheim sexuelle Motive verfolgt und können daher keine sexuelle Handlung darstellen⁵³. Die Handlung muss die Sexualbezogenheit nach ihrem äußeren Erscheinungsbild für das allgemeine Verständnis erkennen lassen⁵⁴. Dabei ist auf das Urteil eines objektiven Beobachters abzustellen, der alle Umstände des Einzelfalls kennt⁵⁵.

Was jedoch in diesem Sinne als eindeutig sexuelle Handlung klassifiziert werden kann, ist nicht legaldefiniert, sondern unterliegt einer außerrechtlichen „sexuaethischen Definition“⁵⁶ und damit dem Wandel des gesellschaftlichen Sexualverständnisses. Das Gesetz unterscheidet zwei Handlungsalternativen: die sexuelle Handlung mit Körperkontakt *an* einer Person (z. B. § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB) und die sexuelle Handlung ohne Körperkontakt *vor* einer Person (z. B. § 174 Abs. 2 Nr. 1 StGB). Ob die Handlung den nötigen Sexualbezug aufweist, hängt auch davon ab, ob die Handlung *vor* oder *an* einer anderen Person vorgenommen wird. Nach der Rechtsprechung und der h. M. in der Literatur reicht bei objektiv eindeutig sexuellen Handlungen die objektive Feststellung des Sexualbezugs nach dem äußeren Erscheinungsbild aus⁵⁷. Auf subjektiver Ebene muss der Vorsatz des Täters die Geschlechtsbezogenheit umfassen. Das ist dann nicht der Fall, wenn dem Täter das Bewusstsein des sexuellen Charakters seines Tuns fehlt⁵⁸.

bb) Ambivalente Handlung

Handlungen, die ihrem äußeren Erscheinungsbild nach nicht eindeutig geschlechtsbezogen sind, bereiten bei der Zuordnung Schwierigkeiten.

Die gemischt objektiv-subjektive Ansicht beurteilt ambivalente Handlungen danach, ob der Täter bei der Tat die Absicht hatte, sich selbst oder einen anderen geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen⁵⁹. Dafür wird vorgebracht, dass weder eine rein objektive

⁵² *BGH*, Beschl. v. 26.8.2008 – 4 StR 373/08, NStZ 2009, 29; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184g Rn. 6; *Laubenthal*, Rn. 103; *Wolters*, in: SK, StGB, § 184g Rn. 2; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 184g Rn. 1; *Laufhütte/Roggenbuck*, in: LK, StGB, § 184g Rn. 5; *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184g Rn. 2; *Fischer*, StGB, § 184h Rn. 3. Die rein subjektive Theorie wird in der aktuellen Literatur nicht mehr vertreten.

⁵³ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184g Rn. 6; *Laufhütte/Roggenbuck*, in: LK, StGB, § 184g Rn. 6; *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184g Rn. 4; *Fischer*, StGB, § 184h Rn. 3.

⁵⁴ *BGH*, Urt. v. 09.11.1982 – 1 StR 672/82, NStZ 1983, 167; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 184g Rn. 2.

⁵⁵ *BGH*, Beschl. v. 23.8.1991 – 3 StR 292/91, NJW 1992, 325; *BGH*, Urt. v. 20.12.2007 – 4 StR 459/07, NStZ-RR 2008, 339; *Fischer*, StGB, § 184h Rn. 4; *Laubenthal*, Rn. 102; *Frommel*, in: NK, StGB, § 184g Rn. 1.

⁵⁶ *Wolters*, in: SK, StGB, § 184g Rn. 1; ähnlich *Beck*, Die sexuelle Handlung, S. 26.

⁵⁷ *BGH*, Urt. v. 24.9.1980 – 3 StR 255/80, NJW 1981, 134 (136); statt aller vgl. *Laubenthal*, Rn. 102 m. w. N., der in Rn. 103 jedoch einen Bezug zur subjektiven(?) Bedürfnisbefriedigung herstellt; a. A. *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 184g Rn. 3 für eine gemischt objektiv-subjektive Deutung.

⁵⁸ *BGH*, Urt. v. 24.9.1980 – 3 StR 255/80, NJW 1981, 134 *BGH*, Beschl. v. 26.8.2008 – 4 StR 373/08, NStZ 2009, 29; *Frommel*, in: NK, StGB, § 184g Rn. 2.

⁵⁹ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 184g Rn. 2; *Fischer*, StGB, § 184h Rn. 4a; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184g Rn. 9.

noch eine rein subjektive Anknüpfung dem Begriff der sexuellen Handlung gerecht würde⁶⁰. Auch führe die von der rein objektiven Ansicht vorgenommene Betrachtung der Handlung durch einen optimalen Beobachter nicht zu einem angemessenen Ergebnis, da ohne Berücksichtigung der Motivation des Täters kaum mehr als die Erkenntnis zu gewinnen sei, dass die Handlung eben ambivalent sei⁶¹. Dagegen wird argumentiert, dass nur wenige Handlungen eindeutig sexualbezogen seien und dass fast jede Handlung ambivalenten Charakter habe, so dass in der Mehrzahl der Fälle letztlich die innere Haltung des Täters den Ausschlag gebe⁶². Wenn eine Handlung ambivalent, also doppeldeutig sei, dann habe sie jedenfalls auch einen Bezug zum Geschlechtlichen, eine Gefährdung des Rechtsguts sei daher gegeben. Ob die Handlung darüber hinaus auch nicht-sexuelle Bedeutung habe, darauf könne es dann nicht mehr ankommen⁶³. Überzeugender erscheint jedoch, dass auch Kinder sexuelle Handlungen vornehmen, wenn sie z. B. im Rahmen des § 176 Abs. 1 Alt. 2, Abs. 2 StGB hierzu bestimmt werden. Sofern es sich hierbei um ambivalente Handlungen handelt, müsste ein sexuelles Motiv des Kindes hinzutreten, zu dem es jedoch möglicherweise noch nicht in der Lage ist oder es nicht in sich trägt und folglich schutzlos wäre⁶⁴. Bedenken rühren ferner aus der Anknüpfung an die Gesinnung des Täters für ein *objektiv* sozialschädliches Verhalten, das seit der 4. Strafrechtsreform dem Verbot allein zu Grunde liegt⁶⁵. Ein objektiver Eingriff in das sexuelle Selbstbestimmungsrecht liegt bei ambivalentem Verhalten nicht bereits deshalb vor, weil der Täter ihn sich vorstellt⁶⁶.

Die in der Literatur überwiegend vertretene objektive Ansicht berücksichtigt bei ambivalenten Handlungen die Motive des Täters nur, wenn diese nach außen erkennbar werden, also von einem objektiven, alle Umstände des Einzelfalls berücksichtigenden Beobachter⁶⁷ oder vom Opfer⁶⁸ erkannt werden. *Wolters* vertritt eine strenge objektive Ansicht, die in keinem Fall das Verhalten des Handelnden zur Grundlage der Frage nach einer sexuellen Handlung macht, sondern auch und gerade bei ambivalenten Handlungen, allein auf die Wahrnehmung der Gesamtumstände durch einen objektiven Beobachter abstellt⁶⁹.

Sofern auf die Erkennbarkeit des Sexualbezugs durch das Opfer abgestellt wird, ist dem entgegenzuhalten, dass Schutzlücken dadurch entstehen, dass die betroffenen Personen, insbesondere wenn es sich um Kinder handelt, nicht immer in der Lage sind, den Sexualbezug zu erkennen, obwohl er gegeben ist. Doppeldeutige Handlungen letztlich aus Sicht

⁶⁰ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 184g Rn. 3.

⁶¹ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184g Rn. 9.

⁶² *Beck*, Die sexuelle Handlung, S. 42.

⁶³ *Beck*, Die sexuelle Handlung, S. 43.

⁶⁴ Diesem Argument steht nicht die Rechtsprechung des BGH entgegen, der davon ausgeht, dass bei einem Kinde das eine sexuelle Handlung nicht als solche erkennt, dennoch eine sexuelle Handlung vorliegt, *BGH*, Urt. v. 24.9.1980 – 3 StR 255/80, NJW 1981, 134 (135), denn bei ambivalenten Handlung fehlt es gerade an einer nach dem äußeren Erscheinungsbild erkennbaren sexuellen Handlung.

⁶⁵ So auch *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184g Rn. 4.

⁶⁶ Differenzierend daher bei Motivbündelung *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184g Rn. 10.

⁶⁷ *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 184g Rn. 2; *Laufhütte/Roggenbuck*, in: LK, StGB, § 184g Rn. 6; *Frommel*, in: NK, StGB, § 184g Rn. 1; *Laubenthal*, Rn. 108.

⁶⁸ *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184g Rn. 4; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 17 Rn. 31.

⁶⁹ *Wolters*, in: SK, StGB, § 184g Rn. 2.

des Opfers zu betrachten, begegnet zudem Bedenken im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz, da es denkbar ist, dass aus Opfersicht ein Bezug hergestellt wird, der objektiv keine ausreichende Bestätigung findet.

Das Argument, eine objektiv ambivalente Handlung bleibe eine ambivalente Handlung, wenn man die intern gebliebenen Motive des Täters nicht berücksichtige, überzeugt nicht⁷⁰. Doppeldeutige Handlungen erschweren die Entscheidung, ob insgesamt eine sexuelle Handlung im Sinne einer Gefährdung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung vorliegt. Bezieht man die nach außen erkennbaren Motive des Täters ein, mag dies im schlechtesten Fall⁷¹ dazu führen, dass weiterhin eine – auch nach subjektiven Gesichtspunkten – doppeldeutige Handlung vorliegt, die entweder grundsätzlich nicht für eine sexuelle Handlung gehalten wird⁷² oder aber richtigerweise grundsätzlich eine solche darstellt, da sie jedenfalls auch sexuelle Relevanz aufweist⁷³. Der vermeintliche Gewinn bei der Berücksichtigung intern gebliebener Motive mag eine Klärung der Doppeldeutigkeit bewirken, jedoch zum Preis einer Verschiebung der Bemessungsgrundlage hin zum Gesinnungsstrafrecht.

Die Rechtsprechung stellt bei eindeutigen und ambivalenten Handlungen allein auf das Urteil eines objektiven Beobachters ab, berücksichtigt bei ambivalenten Handlungen neuerdings jedoch auch sexuelle Absichten des Täters⁷⁴.

Vorzugswürdig ist nach der hier vertretenen Auffassung auch bei ambivalenten Handlungen ein objektiver Ansatz unter Zuhilfenahme von objektiv erkennbaren Motiven des Täters. Bleiben die Motive intern, sind sie mangels Erkennbarkeit für einen außenstehenden, objektiven Betrachter verborgen und können für die Klassifizierung der Handlung nicht herangezogen werden.

Beispiel: Ein Gynäkologe untersucht eine Frau *lege artis* in der Scheide, d. h. im gynäkologischen Stuhl seines Behandlungszimmers unter Nutzung von Fingerringen etc. Dies stellt nach der objektiven Ansicht keine (ambivalente) sexuelle Handlung dar⁷⁵, unabhängig davon ob der Arzt (auch) sexuelle Absichten hegt. Erst wenn diese äußerlich erkennbar werden, sind sie zu berücksichtigen. Denn erst dann ist ein objektiver Beobachter in der Lage, den Angriff auf das sexuelle Selbstbestimmungsrecht zu erfassen⁷⁶.

⁷⁰ So aber wohl *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184g Rn. 9.

⁷¹ Beispiel Motivbündelung: der Täter hegt sexuelle und nicht-sexuelle Absichten.

⁷² So *Wolters*, in: SK, StGB, § 184g Rn. 2.

⁷³ *Laubenthal*, Rn. 108.

⁷⁴ *BGH*, Urt. v. 6.2.2002 – 1 StR 506/01, NStZ 2002, 431 (432) Rn. 3; *BGH*, Urt. v. 20.12.2007 – 4 StR 459/07, NStZ-RR 2008, 339 (340); *BGH*, Urt. v. 14. 3. 2012 – 2 StR 561/11, NStZ-RR 2013, 10 (12); zur früheren Auffassung, dass auch bei ambivalenten Handlungen auf das Urteil eines objektiven Betrachters abzustellen ist: *BGH*, Beschl. v. 23.8.1991 – 3 StR 292/91, NJW 1992, 325.

⁷⁵ *Wolters*, in: SK, StGB, § 184g Rn. 7; *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184g Rn. 4; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184g Rn. 10; *Frommel*, in: NK, StGB, § 184g Rn. 1.

⁷⁶ A. A. *Laubenthal*, Rn. 108, der in allen Fällen der Doppeldeutigkeit von einer sexuellen Handlung ausgeht, da jedenfalls auch eine sexualbezogene Komponente vorliegen, die durch das Hinzutreten einer weiteren, nicht sexuellen Komponente nicht neutralisiert wird.

b) Sexuelle Handlungen mit und ohne Körperkontakt

Die Deliktvorschriften des StGB unterscheiden zwischen sexuellen Handlungen an einer Person und solchen vor einer Person.

(1) Handlung an einer Person

Erforderlich ist eine taktile Manipulation am Körper der anderen Person⁷⁷. Dabei kommt es nicht darauf an, dass der Täter das Opfer unmittelbar berührt – also Hautkontakt hergestellt wird. Ausreichend ist vielmehr, dass diese Berührung durch einen Gegenstand vermittelt wird, z. B. durch die Kleidung des Opfers oder einen Handschuh des Täters, solange der Körper des anderen selbst - nicht nur seine Kleidung und gegebenenfalls seine psychische Verfassung - in Mitleidenschaft gezogen wird⁷⁸. Hierfür genügt auch, dass Körperflüssigkeiten (Urin, Ejakulat) den körperlichen Kontakt herstellen⁷⁹. Grundsätzlich reichen Berührungen über der Bekleidung aus, jedoch nur an Körperstellen, die unmittelbar mit dem Geschlechtlichen in Verbindung gebracht werden⁸⁰. Hierzu zählen klassischerweise die primären Geschlechtsorgane beider Geschlechter, das Gesäß und die weibliche Brust⁸¹. Ob darüber hinaus Berührungen an anderen Körperregionen in einer Beziehung zum Geschlechtlichen stehen, hängt einerseits davon ab, durch welches Körperteil der Kontakt vermittelt wird⁸² und orientiert sich letztlich am Sexualverhalten der Bevölkerung⁸³. Die Wahrnehmung der sexuellen Handlung durch die andere Person ist nicht erforderlich⁸⁴. Es werden auch Personen geschützt, die aufgrund Bewusstlosigkeit oder Schlaf die Handlung nicht (bewusst) wahrnehmen können oder die aus anderen Gründen der Wahrnehmung des Sexualbezugs nicht fähig sind – z. B. Kleinkinder. Handlungen an einer Person umfassen auch Handlungen des Opfers am Täter oder an einem Dritten, wenn der Täter das Opfer dazu bestimmt hat, diese vorzunehmen⁸⁵.

(2) Handlung vor einer Person

Nach § 184h Nr. 2 StGB ist für eine Handlung vor einer Person erforderlich, dass der Vorgang von dieser wahrgenommen wird. Hierfür ist die sinnliche – optische oder akustische – Wahrnehmung der Handlung erforderlich und ausreichend⁸⁶. Die bloße Anwesenheit genügt nicht. Das Erkennen des Sexualbezugs wird nicht vorausgesetzt⁸⁷, da an-

⁷⁷ *BGH*, Urt. v. 20.05.1992 – 2 StR 73/92, NStZ 1992, 433; *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184g Rn. 9; *Laubenthal*, Rn. 120.

⁷⁸ *BGH*, Urt. v. 20.05.1992 – 2 StR 73/92, NStZ 1992, 433; krit. *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184g Rn. 9.

⁷⁹ *BGH*, Beschl. v. 19. 12. 2008 – 2 StR 383/08, NStZ 2009, 262 Rn. 8. Daher nicht ausreichend nach *BGH*, Urt. v. 20.05.1992 – 2 StR 73/92, NStZ 1992, 433 bei ejakulieren nur auf die Bekleidung.

⁸⁰ *Wolters*, in: SK, StGB, § 184g Rn. 6; weitergehend *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184g Rn. 4.

⁸¹ *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184g Rn. 10.

⁸² Alle durch das Geschlechtsteil vermittelten Kontakte sind sexualbezogen. An welcher Körperstelle die andere Person berührt wird, kann nicht maßgebend sein. Andernfalls wäre die Rechtsprechung zur sexuellen Handlung an einer anderen Person durch bespritzen mit Körperflüssigkeiten gleichfalls beschränkt auf das Bespritzen der Geschlechtsteile der anderen Person.

⁸³ *Beck*, Die sexuelle Handlung, S. 26.

⁸⁴ *Laubenthal*, Rn. 124; *Fischer*, StGB, § 184h Rn. 8; *Wolters*, in: SK, StGB, § 184g Rn. 6.

⁸⁵ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184g Rn. 19.

⁸⁶ *Laubenthal*, Rn. 127; *Fischer*, StGB, § 184h Rn. 9; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 184g Rn. 8; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184g Rn. 21; *Laufhütte/Roggenbuck*, in: LK, StGB, § 184g Rn. 18; *Frommel*, in: NK, StGB, § 184g Rn. 5.

⁸⁷ *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 184g Rn. 8; *Fischer*, StGB, § 184h Rn. 9; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 184g Rn. 8; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184g Rn. 21 f.

demfalls kleinere Kinder mangels Fähigkeit der Zuordnung einer Handlung zum Geschlechtlichen aus dem Schutzbereich fielen. Räumliche Nähe ist keine zwingende Voraussetzung für die sexuelle Handlung mehr⁸⁸, wenn die zeitgleiche Wahrnehmung z. B. bei Übertragung von Bildinhalten durch das Internet erfolgt. Nicht ausreichend ist die Wiedergabe zuvor aufgezeichneter Inhalte⁸⁹. Die Frage nach der Erheblichkeit der Handlung stellt sich nicht.

c) Sexuelle Handlungen von einiger Erheblichkeit

Die sexuelle Handlung *an* einer Person muss nach § 184h Nr. 1 StGB von einiger Erheblichkeit für das jeweils geschützte Rechtsgut sein. Was darunter zu verstehen ist, lässt das Gesetz freilich offen, was zu einiger Kritik an dem Begriff geführt hat⁹⁰. Tatsächlich ist der Wortlaut „von einiger Erheblichkeit“ als unglücklich zu bezeichnen, da er kaum Ansatzpunkte für eine dogmatische Abgrenzung von Handlungen einiger Erheblichkeit zu Handlungen nicht ausreichender Erheblichkeit bietet⁹¹. Dem Wortlaut nach hat die festgestellte sexuelle Handlung einem quantitativen Aspekt zu genügen, der im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut ausreichend ist. Der Begriff führt mithin zu einer Einengung der in Frage kommenden, möglichen sexuellen Handlungen⁹². Gleichwohl vertritt eine Mindermeinung, dass unerhebliche Handlungen bereits keine sexuellen seien⁹³. Das ist zwar richtig im Hinblick auf die Definition des § 184h Nr. 1 StGB, jedoch ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift bereits das Gegenteil, denn wenn für die Vorschriften des StGB nur sexuelle Handlungen von einiger Erheblichkeit relevant sind, bedeutet das im Umkehrschluss, dass es auch sexuelle Handlungen geben muss, die unterhalb dieser Schwelle liegen.

aa) Quantitative Komponente

Der quantitative Aspekt grenzt sozialadäquate Handlungen von tatbestandsmäßig erheblichen ab⁹⁴ bzw. erfasst nur solche, die nach sozialetischen Maßstäben nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigungen des jeweils geschützten Rechtsguts darstellen⁹⁵ und damit

⁸⁸ *BGH*, Beschl. v. 21.4.2009 – 1 StR 105/09, NStZ 2009, 500 (501); *Laubenthal*, Rn. 127; *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184g Rn. 14; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184g Rn. 20; a. A. *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 184g Rn. 8.

⁸⁹ *BGH*, Beschl. v. 21.4.2009 – 1 StR 105/09, NStZ 2009, 500 (501); bestätigt von *BGH*, Beschl. v. 21.10.2014 – 1 StR 79/14, NJW 2014, 3672 (3673); zust. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184g Rn. 20; *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184g Rn. 14.

⁹⁰ So z. B. bei *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 17 Rn. 32: die Flucht ins Latein verbinde sich hier mit groteskem Amtsdeutsch zu einer grandiosen Stilblüte; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184g Rn. 15 *Fischer*, StGB, § 184h Rn. 5: „weithin ohne Funktion“, ähnlich *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 184g Rn. 6; *Gössel*, § 1 Rn. 24; *Laubenthal*, Rn. 111 spricht von einem „Einfalltor für moralisierende Wertungen“.

⁹¹ Bedeutet er doch nach *Scholze-Stubenrecht*, Duden Universalwörterbuch nichts anderes als „beträchtliche Beträchtlichkeit“, S. 482, Stichwort „einig...“ und S. 535, Stichwort „erheblich“.

⁹² *Wolters*, in: SK, StGB, § 184g Rn. 9. Hierin soll jedoch keine Bagatellgrenze zu sehen sein. Diese werde vom Begriff der sexuellen Handlung selbst dargestellt, *ders.* a. a. O. Rn. 15. Das überzeugt jedoch nicht, da als sexuelle Handlung jede Handlung mit objektiv erkennbarem Geschlechtsbezug in Frage kommt, sei sie auch nur von geringer Erheblichkeit.

⁹³ *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 184g Rn. 6; wie hier: *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184g Rn. 18.

⁹⁴ *Fronmel*, in: NK, StGB, § 184g Rn. 3.

⁹⁵ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 184g Rn. 5; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184g Rn. 15; *Fischer*, StGB, § 184h Rn. 5; *Laubenthal*, Rn. 112; *Beck*, Die sexuelle Handlung, S. 51.

eine kritische Schwelle des Erfolgsunrechts überschreiten⁹⁶. Fraglich ist, wie sich diese Schwelle bestimmen lässt, die unerhebliche sexuelle Handlungen von erheblichen abgrenzt.

Die Rechtsprechung zum früheren Begriff der unzüchtigen Handlung hat das bloß Unanständige, Unangebrachte, Anstößige, Geschmacklose, Unschamhafte, Widerwärtige aus dem Bereich des Strafrechts ausgeschieden⁹⁷ und damit eine negative Abgrenzung vorgenommen. Die Rechtsprechung zur Erheblichkeit einer sexuellen Handlung stellt hingegen auf den „Grad der Gefährlichkeit der Handlung für das jeweils betroffene Rechtsgut“ ab⁹⁸. Von Bedeutung für die Beurteilung, sind vor allem „Art, Intensität und Dauer des sexualbezogenen Vorgehens“⁹⁹. Daneben jedoch auch der Handlungsrahmen, in dem die Handlung begangen wird¹⁰⁰, die Begleitumstände der Handlung¹⁰¹, die Beziehung der Beteiligten¹⁰² und dabei insbesondere, ob ein Über-Unterordnungsverhältnis vorliegt¹⁰³ oder zuvor eine längere intime Beziehung bestanden hat¹⁰⁴ und die konkrete Tatsituation¹⁰⁵. Es kommt mithin auf die Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls an¹⁰⁶.

In der Literatur findet diese Rechtsprechung grundsätzliche Zustimmung, jedoch auch Kritik, die sich entweder gegen die Grundsätze zur Feststellung der Erheblichkeit richtet oder gegen die kasuistische Zuordnung einzelner Handlungen zur Gruppe der erheblichen bzw. unerheblichen Handlungen. So wird kritisiert, dass das Abstellen auf die Gesamtumstände des Einzelfalls letztendlich nicht mehr sei, als der ohnehin zu beachtende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz¹⁰⁷. Mangels Praktikabilität könne weiterhin nur eine Negativabgrenzung vorgenommen werden¹⁰⁸. Weitergehend wird darauf hingewiesen, dass selbst das Ausschließen von Bagatellfällen nicht möglich sei, da dies relativ zum Deliktstyp vorzunehmen sei¹⁰⁹ und daher insbesondere die jeweilige Strafdrohung maßgeblich

⁹⁶ Hörnle, in: MK, StGB, § 184g Rn. 18.

⁹⁷ BGH, Beschl. v. 18.5.1962 – 2 StR 366/61, BGHSt 17, 280 (288); Wolters, in: SK, StGB, § 184g Rn. 12; Laufhütte/Roggenbuck, in: LK, StGB, § 184g Rn. 10.

⁹⁸ BGH, Urt. v. 3.4.1991 – 2 StR 582/90, BHGR Strafsachen StGB § 178 Abs. 1 - Gewalt I.; BGH, Urt. v. 6.5.1992 – 2 StR 490/91, NStZ 1992, 432; BGH, Beschl. v. 30. 1. 2001 – 4 StR 569/00, NStZ 2001, 370; BGH, Urt. v. 14.8.2007 – 1 StR 201/07, NStZ 2007, 700.

⁹⁹ BGH, Urt. v. 6.5.1992 – 2 StR 490/91, NStZ 1992, 432; BGH, Urt. v. 14.8.2007 – 1 StR 201/07, NStZ 2007, 700; BGH, Beschl. v. 23.7.2013 – 1 StR 204/13, NStZ 2013, 708.

¹⁰⁰ BGH, Urt. v. 3.4.1991 – 2 StR 582/90, BHGR Strafsachen StGB § 178 Abs. 1 - Gewalt I.

¹⁰¹ BGH, Beschl. v. 6.7.1983 – 2 StR 350/83, StV 1983, 415; BGH, Beschl. v. 8.2.2006 – 2 StR 575/05, NStZ-RR 2007, 12 (13); OLG Brandenburg, Beschl. v. 28.10.2009 – 1 Ss 70/09, NStZ-RR 2010, 45 (46).

¹⁰² BGH, Urt. v. 1.12.2011 – 5 StR 417/11, NStZ 2012, 269 (270).

¹⁰³ BGH, Beschl. v. 6.7.1983 – 2 StR 350/83, StV 1983, 415; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 18.4.1995 – 1 Ws 196/95, NStZ 1998, 357 (358).

¹⁰⁴ BGH, Beschl. v. 8.2.2006 – 2 StR 575/05, NStZ-RR 2007, 12 (13).

¹⁰⁵ BGH, Urt. v. 1.12.2011 – 5 StR 417/11, NStZ 2012, 269 (270).

¹⁰⁶ BGH, Beschl. v. 8.2.2006 – 2 StR 575/05, NStZ-RR 2007, 12 (13); OLG Brandenburg, Beschl. v. 28.10.2009 – 1 Ss 70/09, NStZ-RR 2010, 45 (46).

¹⁰⁷ Fischer, StGB, § 184h Rn. 5.

¹⁰⁸ Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 17 Rn. 33.

¹⁰⁹ Hörnle, in: MK, StGB, § 184g Rn. 20; a. A. Wolters, in: SK, StGB, § 184g Rn. 15, der davon ausgeht, dass bereits die sexuelle Handlung die Bagatellgrenze darstelle.

sei¹¹⁰. Die Täter-Opfer-Beziehung sei nicht generell in die Gesamtabwägung einzubeziehen, sondern nur bei „Grenzfällen zweifelhaften Erfolgsunrechts“, wenn das Verhalten unter diesem Aspekt als noch adäquat erscheine¹¹¹.

Grundsätzlich lässt sich sagen, dass der direkte Kontakt der zur Fortpflanzung dienenden Geschlechtsteile eine quantitativ erhebliche sexuelle Handlung darstellt¹¹². Die Erheblichkeit nimmt ab bei einem Angriff gegen die sekundären Geschlechtsmerkmale wie dem Betasten der weiblichen Brust¹¹³. Je eindeutiger der quantitative Aspekt geschlechtsbezogen ist, desto weniger kommt es auf die Relation zum geschützten Rechtsgut und die begleitenden Umstände an. Oder umgekehrt: bei weniger eindeutig mit den primären Geschlechtsorganen in Zusammenhang stehenden Handlungen kommt es stärker auf die Umstände der Tat und das geschützte Rechtsgut an. Insbesondere beim aufgedrängten Zungenkuss besteht Uneinigkeit darüber, ob dieser als erhebliche sexuelle Handlung gelten kann. Die Rechtsprechung¹¹⁴ lehnt diese gegen die teilweise Kritik der Literatur¹¹⁵ unter geschlechtlich reifen Personen ab. Bei minderjährigen Personen und einem Delikt, bei dem die ungestörte sexuelle Entwicklung geschützt wird, könnte Erheblichkeit jedoch anzunehmen sein, da die Erheblichkeit nicht nur vom quantitativen Aspekt abhängt.

bb) Qualitative Relation zum geschützten Rechtsgut

Die Schwierigkeit bei der Feststellung der Erheblichkeit liegt darin, dass diese nicht absolut, sondern stets in Relation zum geschützten Rechtsgut zu bestimmen ist, da dieselbe Handlung für unterschiedliche Rechtsgüter verschieden gefährlich sein kann. Die Erheblichkeit hängt vom Grad der Gefährlichkeit der Handlung für das konkret betroffene Rechtsgut ab¹¹⁶. Für die hier interessierenden Tatbestände, die am Arbeitsplatz verwirklicht werden können, kommen als Rechtsgüter die sexuelle Selbstbestimmung i. e. S., die ungestörte Entwicklung des Sexuallebens Heranwachsender und die Belästigung Unbeteiligter in Betracht. Die relative Orientierung am Rechtsgut führt zu einer objektiven Bewertung der Erheblichkeit, da es sich bei den Sexualtatbeständen durchweg um abstrakte Gefährdungsdelikte handelt, deren Rechtsgüter nicht erst verletzt sind, wenn die betroffene Person dies subjektiv empfindet, sondern deren Verletzung objektiv sozialschädlichen Handlung gegeben ist. Andernfalls blieben Personen, die zu subjektiven Vorstellungen über die Sexualbezogenheit nicht oder nur eingeschränkt in der Lage sind, schutzlos¹¹⁷.

¹¹⁰ Dies. a. a. O.; vgl. hierzu diese Arbeit sogleich unter D.II.2.c)bb)(2).

¹¹¹ Hörnle, in: MK, StGB, § 184g Rn. 19.

¹¹² Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, S. 265.

¹¹³ Hörnle, in: MK, StGB, § 184g Rn. 21.

¹¹⁴ BGH, Urt. v. 24.9.1987 – 4 StR 419/87, NStZ 1988, 70 (71); BGH, Beschl. v. 30. 1. 2001 – 4 StR 569/00, NStZ 2001, 370; OLG Brandenburg, Beschl. v. 28.10.2009 – 1 Ss 70/09, NStZ-RR 2010, 45 (46) bei einem 15jährigen Mädchen.

¹¹⁵ Laubenthal, Rn. 114; Wolters, in: SK, StGB, § 184g Rn. 12 und Rn. 15; Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, S. 268 f.

¹¹⁶ BGH, Urt. v. 6.5.1992 – 2 StR 490/91, NStZ 1992, 432; BGH, Urt. v. 14.8.2007 – 1 StR 201/07, NStZ 2007, 700; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 184g Rn. 5; Laubenthal, Rn. 115.

¹¹⁷ Vgl. hierzu Laufhütte/Roggenbuck, in: LK, StGB, § 184g Rn. 12.

(1) *Rangfolge der geschützten Rechtsgüter*

Dieser Ansatz scheint zunächst schlüssig, da er bei ein und derselben Handlung abhängig von der Wertigkeit des jeweils in Betracht kommenden Rechtsguts zu differenzierten, verhältnismäßigen Ergebnissen kommt. Ihm liegt gleichzeitig die Wertung zu Grunde, dass bei den hier in Frage kommenden Rechtsgütern eine Rangfolge existiert. Aufgrund der Schutzwürdigkeit kommt dem Individualrechtsgut der ungestörten sexuellen Entwicklung Heranwachsender der höchste Rang zu¹¹⁸. Das bedeutet, dass die Erheblichkeit der sexuellen Handlung geringer ist als bei Delikten zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung im engeren Sinn. Bei Belästigungsdelikten ist die Erheblichkeitsschwelle danach am höchsten was sich u. a. damit begründen lässt, dass der Betrachter nicht selbst angegriffen wird¹¹⁹. Innerhalb des jeweiligen Rechtsguts wird jedoch weiter differenziert. So soll die Erheblichkeitsschwelle bei Delikten zum Schutz der geschlechtlichen Entwicklung Heranwachsender vom Alter der betroffenen Person abhängen¹²⁰. Auch diese Abstufung scheint zunächst plausibel, da ein 13-jähriger Junge bezüglich seiner sexuellen Entwicklung stärker gefährdet ist als ein nahezu 18-jähriger¹²¹. Ob dies jedoch über die gesamte Entwicklung vom Kleinkind zum Erwachsenen der Fall ist, darf zu Recht kritisch hinterfragt werden¹²², da keine allgemeingültige Konnexität zwischen der Qualität und den Folgen von Eingriffen in die sexuelle Entwicklung Heranwachsender nachgewiesen ist¹²³. Welcher Eingriff in welchem Alter welche nachteiligen Folgen zeigt, ist ungewiss und dementsprechend, wie weit der Schutz reichen muss. Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Reichweite des Rechtsguts erschweren daher die Beantwortung der Erheblichkeitsfrage.

Kritische Stimmen in der Literatur weisen darauf hin, dass weitergehende Schwierigkeiten bestehen, wenn eine Vorschrift wie § 174 StGB mehrere Rechtsgüter schützt¹²⁴. Insbesondere beim Jugendschutz sei außerdem unklar, „unter welchen Umständen und in welchem Ausmaß das jeweils in Rede stehende Rechtsgut durch eine sexuelle Handlung tangiert“ werde¹²⁵. Teilweise wird daher zusätzlich darauf abgestellt, ob die betroffene Person bereits sexuelle Erfahrungen gemacht hat¹²⁶.

¹¹⁸ *BGH*, Beschl. v. 13.7.1983 – 3 StR 255/83, NStZ 1983, 553; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 184g Rn. 6; *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184g Rn. 25; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184g Rn. 16.

¹¹⁹ *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184g Rn. 24; *Laubenthal*, Rn. 117.

¹²⁰ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184g Rn. 16; *Laubenthal*, Rn. 116; *Beck*, Die sexuelle Handlung, S. 55. A. A. *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184g Rn. 26.

¹²¹ Beispiel bei *Beck*, Die sexuelle Handlung, S. 55.

¹²² *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184g Rn. 26 lehnt daher eine schematisierende Betrachtung ab, stimmt aber zu, dass bei knapp 18-jährigen Jugendlichen geringere Anforderungen an die Erheblichkeit zu stellen sind.

¹²³ Zu Recht kritisch daher bei *Wolters*, in: SK, StGB, § 184g Rn. 11.

¹²⁴ *Laufhütte/Rogenbuck*, in: LK, StGB, § 184g Rn. 11. *Wolters*, in: SK, StGB, § 184g Rn. 10 plädiert für eine Festlegung, an welchem Rechtsgut die sexuelle Handlung auszurichten sei. Anders *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184g Rn. 16, der die Handlung zu allen Rechtsgütern einer Vorschrift in Beziehung setzt.

¹²⁵ *Wolters*, in: SK, StGB, § 184g Rn. 10 ff. Da „niemand die Umstände beschreiben [kann], unter denen ein hypothetisch Normaljugendlicher [...] in eine ‚Fehlentwicklung‘ [...] gedrängt oder gar zu Schaden gebracht“ wird, hält *Wolters* die normative Abgrenzung für untauglich. Auszuschneiden seien beim Jugendschutz die Handlungen, die so unerheblich sind, dass sie objektiv „absolut untauglich“ sind, die sexuelle Entwicklung zu stören. Ähnlich *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184g Rn. 25, wonach beim Jugendschutz „selbst kleine Eingriffe nicht in Kauf genommen und offensichtlich harmlose Handlungen ausgeschlossen werden sollen“.

¹²⁶ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184g Rn. 16.

(2) *Strafandrohung als Maßstab*

Neben der Relation zum geschützten Rechtsgut soll auch die Strafandrohung für die Frage der Erheblichkeit einer sexuellen Handlung relevant sein¹²⁷. Je höher die Strafandrohung, desto höher müsse die Erheblichkeit sein, da Strafe und begangenes Unrecht im Verhältnis zueinanderstehen müssten, insbesondere bei Strafrahmen, die keine Geldstrafe vorsehen, sei Zurückhaltung geboten¹²⁸. Grundsätzlich ist dem zuzustimmen, soweit diese Verhältnismäßigkeit als finales Korrektiv nach den oben genannten Erheblichkeitskriterien angewendet wird¹²⁹. Allein darauf abzustellen hieße, die sozialetische Bedeutung der Rechtsgüter der gesetzgeberischen Schädlichkeitsbewertung durch den Strafrahmen zu opfern. Eine Verhältnismäßigkeitsbewertung steckt auch in einer gesetzesändernden Strafschärfung. Der Hinweis, dass eine Strafschärfung zu einer Korrektur der Erheblichkeit führen müsse¹³⁰, ist daher nur unter der Prämisse richtig, dass der Gesetzgeber mit der Strafschärfung zugleich geringes Unrecht zum Nachteil der Betroffenen *ausscheiden* wollte, anstatt durch schärfere Sanktionen eine höhere Abschreckung zu erreichen.

(3) *Stellungnahme*

Die sexuelle Handlung muss eine objektive und unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalls nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigung des jeweils geschützten Rechtsguts darstellen, wobei die Beeinträchtigung nicht außer Verhältnis zur Strafandrohung stehen darf. So lässt sich die Erheblichkeitsanforderung in Rechtsprechung und der herrschenden Meinung der Literatur zusammenfassen. Viel gewonnen ist damit jedoch noch nicht, denn das Abstellen auf die Gesamtumstände gibt Raum für tatrichterliche Bewertungen, die zwar zu sachdienlichen Ergebnissen führen können, gleichzeitig jedoch die Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit und damit letztlich die Kontur der Erheblichkeit der sexuellen Handlung verwischen.

Die Begriffsbestimmung soll sozialschädliches von sozialadäquatem Verhalten abgrenzen, steht dabei jedoch vor der Schwierigkeit, dass nicht immer eindeutig ist, welches Verhalten bereits Sozialschädlichkeit aufweist, da das geschützte Gut selbst nicht eindeutig ist. Als wäre diese Schwierigkeit nicht bereits ausreichend, sind noch Verhältnismäßigkeitsüberlegungen im Hinblick auf die Übereinstimmung mit der Strafandrohung – also Einzelfallgerechtigkeit – herzustellen. Es überrascht nicht, dass dabei Wertungswidersprüche auftreten, wie von *Sick* zu Recht kritisiert wird¹³¹.

Der vom Gesetzgeber intendierte Ausschluss unerheblichen sexualbezogenen Verhaltens, das keinen sozialschädlichen Inhalt für das jeweilige Rechtsgut besitzt, aus dem Anwendungsbereich des StGB, ist nachvollziehbar und begrüßenswert. Trotz des wenig konturierten Rechtsguts der ungestörten sexuellen Entwicklung Heranwachsender¹³² besteht

¹²⁷ *BGH*, Beschl. v. 18.5.1962 – 2 StR 366/61, BGHSt 17, 280 (288); *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 184g Rn. 5; *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184g Rn. 20; *Laufhütte/Roggenbuck*, in: LK, StGB, § 184g Rn. 12.

¹²⁸ *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184g Rn. 25. Auf Verhältnismäßigkeit abstellend *Fischer*, StGB, § 184h Rn. 5.

¹²⁹ So *Laufhütte/Roggenbuck*, in: LK, StGB, § 184g Rn. 12 „Im Übrigen [...] ergänzend auch [...] zu fragen, ob [...] in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der angedrohten Strafe steht“.

¹³⁰ So *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184g Rn. 25.

¹³¹ *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, S. 266 f. zu Wertungswidersprüchen der sexuellen Selbstbestimmungsfreiheit gegenüber der allgemeinen Handlungsfreiheit und *dies*. S. 269 zu Widersprüchen innerhalb der Delikte zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmungsfreiheit zwischen den Geschlechtern.

¹³² Vgl. die Kritik bei *Wolters*, in: SK, StGB, § 184g Rn. 11.

weitgehende Einigkeit, dass zum Schutz des Rechtsguts bereits vergleichsweise geringfügige Eingriffe, mithin solche geringer Erheblichkeit, ausreichen sollen¹³³. Das könnte angesichts der Ungewissheit, ob geringfügige Eingriffe tatsächlich zu einer gestörten Entwicklung führen, verwundern, da hierbei bereits eine nur vermutete Sozialschädlichkeit für die Strafbarkeit ausreicht¹³⁴. Der Grund dafür dürfte darin liegen, dass jeder von uns Kind war und die meisten Kinder haben, also ein Grundverständnis und eine allgemeine Übereinkunft besteht, dass das Kind als solches ein sexuelles Tabu ist und sexuelle Handlungen an einem Kind sozialschädlich sind.

Die Wertungsschwierigkeiten beginnen mit der Pubertät, also mit dem Ende der Kindheit. Ab diesem Zeitpunkt steht nicht mehr die sexuelle Entwicklung im Mittelpunkt, sondern das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung. Jetzt wird es begrüßt, dass „Minima‘ generell nicht als strafwürdig“ gelten¹³⁵. Und ob Erheblichkeit vorliegt, kann davon abhängen, ob bereits zuvor einschlägige sexuelle Erfahrungen gemacht wurden¹³⁶. Dabei wird verkannt, dass es weiterhin im Kern auf die Sozialschädlichkeit des Verhaltens ankommt, d. h. darauf, ob die sexuelle Handlung für das Zusammenleben der Menschen schädlich ist. Im Hinblick auf das Recht zur sexuellen Selbstbestimmung, d. h. dem Recht, über „Zeitpunkt, Art, Form und Partner sexueller Betätigung nach eigenem Belieben zu entscheiden“¹³⁷, ist das ungewollte Betasten der weiblichen Brust für einige Augenblicke mit spürbarem Griff eindeutig sozialschädlich¹³⁸. Der Täter überschreitet die Schranke seiner Handlungsfreiheit durch unverhältnismäßigen Eingriff in das Freiheitsrecht der betroffenen Person. Die Gründe dafür, weshalb dieses Verhalten dennoch nicht eindeutig als erhebliche sexuelle Handlung anerkannt ist, sind darin zu sehen, dass – anders als bei Kindern – nicht jede Person betroffen sein kann, sondern ausschließlich Frauen. Die Bewertung der Erheblichkeit unterliegt der Geschlechterperspektive. Ein Mann ist bereits nicht in der Lage, sich diesen Eingriff körperlich vorzustellen, indem er sich an die Stelle des Opfers setzt. Berücksichtigt man zusätzlich mildernd die Gesamtumstände des Einzelfalls und stellt dann noch die Verhältnismäßigkeit zur Strafdrohung her, ergeben sich leicht Bewertungen, die an sich sozialschädliches Verhalten aufgrund individueller Bewertung des Einzelfalls als unerheblich ausscheiden. Die solchermaßen gefundenen Ergebnisse sind bereits *in casu* fragwürdig, sie tragen jedenfalls zur Erosion der Erheblichkeitsanforderung bei.

cc) Besondere Berücksichtigung des Arbeitsplatzbezugs

Fraglich ist, ob die Besonderheiten, die sich aus der Vornahme einer sexuellen Handlung am Arbeitsplatz ergeben, Berücksichtigung bei der Frage nach der Erheblichkeit finden können¹³⁹. Das Arbeitsverhältnis wird in § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB und § 180 Abs. 3 StGB

¹³³ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184g Rn. 16; Hörnle, in: MK, StGB, § 184g Rn. 25; ablehnend Laufhütte/Roggenbuck, in: LK, StGB, § 184g Rn. 10.

¹³⁴ Kritisierend daher Wolters, in: SK, StGB, § 184g Rn. 11 f.

¹³⁵ So Laufhütte/Roggenbuck, in: LK, StGB, § 184g Rn. 10.

¹³⁶ OLG Brandenburg, Beschl. v. 28.10.2009 – 1 Ss 70/09, NStZ-RR 2010, 45.

¹³⁷ Fischer, StGB, § 177 Rn. 2.

¹³⁸ Anders BGH, Beschl. v. 13.7.1983 – 3 StR 255/83, NStZ 1983, 553 „Grenzfall“; wie hier: Hörnle, in: MK, StGB, § 184g Rn. 22; vgl. auch die insoweit übereinstimmende Kritik bei Beck, Die sexuelle Handlung, S. 80 ff.

¹³⁹ Ablehnend Herzog, S. 90 mit Hinweis auf die geschützten Rechtsgüter.

erwähnt. Der Gesetzgeber war sich also der besonderen Umstände eines Arbeitsverhältnisses und des ihm innewohnenden Über-Unterordnungsverhältnisses jedenfalls bei minderjährigen Arbeitnehmern bewusst. Eine weitergehende allgemeine Regelung zu Arbeitsverhältnissen findet sich im Gesetz jedoch nicht.

Die Rechtsprechung hat in der Vergangenheit mehrfach darauf hingewiesen, dass die Beziehung der Beteiligten als Kriterium für die Erheblichkeitsanforderungen einzubeziehen ist, ebenso die konkrete Tatsituation¹⁴⁰. Die Beziehung zwischen den Beteiligten kann gekennzeichnet sein durch eine vormalige sexuelle Beziehung¹⁴¹, eine verwandtschaftliche Beziehung¹⁴² oder eine Eltern-Kind-Beziehung¹⁴³. Sofern die Beziehung durch ein Über-Unterordnungsverhältnis charakterisiert wird, ist dieses bei der Erheblichkeit zu berücksichtigen¹⁴⁴, jedenfalls wenn die ungestörte sexuelle Entwicklung betroffen ist. Wenn aber die Beziehung als solche auch beim Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung i. e. S. zu berücksichtigen ist, dann muss auch deren besondere Ausprägung in Form eines Über-Unterordnungsverhältnisses Eingang in die Gesamtwürdigung finden.

Die Besonderheiten einer sexuellen Handlung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses liegen in der wirtschaftlichen und persönlichen Zwangslage der betroffenen Person, die zunächst wirtschaftlich gezwungen ist, persönlich zur Erwirtschaftung ihres Existenzminimums einer Beschäftigung nachzugehen. Diese Beschäftigung erfolgt weisungsgebunden, d. h. die Person kann sich weder örtlich noch zeitlich oder persönlich der Handlung ohne weiteres entziehen. Das gilt bereits bei sexuellen Handlungen durch Kollegen, da die Verpflichtung besteht, persönlich am Arbeitsplatz zu erscheinen. Die betroffene Person ist in ihren Möglichkeiten beschränkt, einem Angriff auszuweichen, selbst wenn dieser sich durch zunächst unerhebliche Handlungen ankündigt. Umso mehr gilt dies bei sexuellen Handlungen durch Kunden oder durch den Arbeitgeber selbst. Bei diesen Personengruppen kommt ein faktisches bzw. rechtliches Über-Unterordnungsverhältnis hinzu. Parallelen bestehen insofern zum minderjährigen Kind, das sich seinen Verwandten oder Eltern auch nicht ohne weiteres entziehen kann und bei dem daher das Über-Unterordnungsverhältnis Einfluss auf die Erheblichkeit nimmt.

Sinn und Zweck der Erheblichkeitsschwelle ist es, sozialadäquates Verhalten von sozial-schädlichem abzugrenzen¹⁴⁵. Senkt man die Erheblichkeitsschwelle bei Handlungen mit Bezug zum Arbeitsplatz, verschiebt sich dadurch die Abgrenzung dahingehend, dass Handlungen, die außerhalb des Arbeitsverhältnisses als noch sozialadäquat eingeordnet würden, im Arbeitsverhältnis sozial-schädlich wären. Das wäre dann nicht nur vertretbar, sondern erforderlich, wenn im Arbeitsverhältnis eine größere Gefahr für das Rechtsgut besteht. Oder anders formuliert: muss man sich am Arbeitsplatz sozioethischer verhalten als im sonstigen Verkehr?

¹⁴⁰ *BGH*, Beschl. v. 8.2.2006 – 2 StR 575/05, NStZ-RR 2007, 12; *BGH*, Ur. v. 1.12.2011 – 5 StR 417/11, NStZ 2012, 269.

¹⁴¹ So in *BGH*, Beschl. v. 8.2.2006 – 2 StR 575/05, NStZ-RR 2007, 12.

¹⁴² *BGH*, Beschl. v. 8.9.1999 – 3 StR 357/99, StV 2000, 197.

¹⁴³ *OLG Zweibrücken*, Beschl. v. 18.4.1995 – 1 Ws 196/95, NSZ 1998, 357.

¹⁴⁴ *BGH*, Beschl. v. 6.7.1983 – 2 StR 350/83, StV 1983, 415; *OLG Zweibrücken*, Beschl. v. 18.4.1995 – 1 Ws 196/95, NSZ 1998, 357.

¹⁴⁵ *Frommel*, in: NK, StGB, § 184g Rn. 3.

Dagegen spricht, dass der Arbeitgeber, der eine Beschäftigungsmöglichkeit eröffnet, mit einer Absenkung der Erheblichkeitsschwelle belastet wird. Seine persönliche Handlungsfreiheit wird beschränkt. Das erscheint zunächst unbillig, lässt sich jedoch dadurch rechtfertigen, dass die tägliche Zusammenarbeit am Arbeitsplatz nicht nur für das persönliche Fortkommen der Beschäftigten, sondern auch für das gesellschaftliche Fortkommen besonders wichtig ist. Die Einschränkung seiner diesbezüglichen Handlungsfreiheit ist die Kehrseite der Tatsache, dass der Arbeitgeber gegenüber abhängig beschäftigten Personen das Weisungsrecht aus § 106 GewO erlangt.

Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass bei täglichem Kontakt am Arbeitsplatz und durch das Entstehen einer Arbeitsbeziehung unter den Beteiligten die Gefahr für versehentliche Grenzüberschreitungen zunimmt, auch ohne dass die Erheblichkeitsschwelle abgesenkt wird. Die Erhöhung der Tatmöglichkeiten darf nicht dazu führen, dass die Unrechtsschwelle gleichsam erhöht wird. Richtig ist hingegen, dass im Arbeitsverhältnis persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeiten bestehen, die einen regelmäßigen Kontakt zur betroffenen Person erleichtern. So kann der Vorgesetzte oder Arbeitgeber vergleichsweise leicht eine Person durch einen Besprechungstermin vereinzeln und eine sexuelle Handlung vornehmen, wie etwa das spürbare Betasten der weiblichen Brust. Die Gefährlichkeit für das Rechtsgut steigt dadurch, dass für den Angriff weniger Hürden überwunden werden müssen. Deshalb ist es zulässig und erforderlich, die Reduzierung der Hemmschwelle durch eine Absenkung der Erheblichkeitsanforderungen zu kompensieren.

Eschelbach vertritt am Beispiel des Zungenkusses, dass dieser unter Fremden von größerem Gewicht sei als unter Bekannten¹⁴⁶. Das überzeugt in dieser Pauschalität nicht, denn es ist stets das betroffene Rechtsgut zu berücksichtigen. Selbst bei identischem Rechtsgut kommt es auf die gesamten Begleitumstände des Einzelfalls an¹⁴⁷. Bestand zwischen den Beteiligten zuvor eine längere Beziehung, kann dies die Erheblichkeitsschwelle zwar erhöhen, wenn und soweit die Beziehung hierfür die Basis bildet¹⁴⁸, kann sie aber auch absenken¹⁴⁹. Die Auswirkung hängt von der Art der Beziehung ab. Handelt es sich um eine abhängige Beziehung, die aus wirtschaftlichem Zwang wie beim Arbeitsverhältnis oder gar kraft Gesetzes begründet wird, ist eine Absenkung des Schutzniveaus durch Erhöhung der Erheblichkeitsschwelle abzulehnen, da in der Eingehung der Beziehung keine Einwilligung im weitesten Sinn gesehen werden kann.

Hörnle will die Beziehung zwischen den Beteiligten nur in „Grenzfällen zweifelhaften Erfolgsunrechts“ berücksichtigen und auch dann nur wenn die Beziehung das Verhalten als noch tolerierbar erscheinen lässt¹⁵⁰. Das trifft auf Bedenken, denn die Berücksichtigung vorangegangenen Verhaltens der betroffenen Person darf nicht allein zu einer Re-

¹⁴⁶ *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 184g Rn. 7.

¹⁴⁷ *BGH*, Beschl. v. 8.2.2006 – 2 StR 575/05, NSiZ-RR 2007, 12 (13); enger *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184g Rn. 14.

¹⁴⁸ *BGH*, Beschl. v. 8.2.2006 – 2 StR 575/05, NSiZ-RR 2007, 12 – dort bestand zwischen den Beteiligten eine längere intime Beziehung; der BGH hat es jedoch offengelassen, ob der Kuss unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und des konkreten Tatgeschehens gegenüber einer volljährigen Person eine erhebliche sexuelle Handlung darstellt.

¹⁴⁹ *BGH*, Beschl. v. 6.7.1983 – 2 StR 350/83, StV 1983, 415; *OLG Zweibrücken*, Beschl. v. 18.4.1995 – 1 Ws 196/95, NSiZ 1998, 357.

¹⁵⁰ *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184g Rn. 19.

duzierung des ihr zustehenden Rechtsgutsschutzes außerhalb einer defektfreien Einwilligung oder eines Einverständnisses führen¹⁵¹. Richtigerweise sind mit der Rechtsprechung die gesamten Begleitumstände zu berücksichtigen und zwar sowohl für als auch gegen den Täter. Andernfalls wäre eine Beziehung immer nur für das Opfer von Nachteil, da allein der Täter darin Anhaltspunkte für die Unerheblichkeit seiner Handlung finden könnte, nicht auch die betroffene Person Anhaltspunkte für die konkrete Erheblichkeit im Einzelfall.

Wolters vertritt, dass zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung alle Handlungen erheblich seien, die nicht an einer Person vorgenommen worden sind, die „defektfrei“ mit der Vornahme einverstanden sind¹⁵². Dies scheint im Ergebnis zu weitgehend. Relevant daran ist jedoch, dass unter Berücksichtigung der Beziehung zwischen den Beteiligten und der konkreten Tatumstände die betroffene Person vielfach – und insbesondere am Arbeitsplatz aufgrund der persönlichen und wirtschaftlichen Zwänge – nicht „defektfrei“ in die sexuelle Handlung eingewilligt hat. Eine Beziehung, die durch ein hierarchisches Gefälle gekennzeichnet ist, hat bei der Grenzziehung der Erheblichkeit Eingang zu finden, um die aus der Beziehung resultierende Gefährlichkeit und Sozialschädlichkeit berücksichtigen zu können.

d) Subjektive Anforderungen

Auf subjektiver Ebene muss der Vorsatz des Täters die Geschlechtsbezogenheit umfassen. Das ist dann nicht der Fall, wenn dem Täter das Bewusstsein des sexuellen Charakters seines Tuns fehlt¹⁵³. *Dolus eventualis* reicht aus und liegt vor, wenn der Täter den sexuellen Bezug nach Laienart erkennt¹⁵⁴. Ein besonderes subjektives Element ist bei der hier vertretenen objektiven Meinung auch bei ambivalenten Handlungen nicht erforderlich.

e) Zwischenergebnis

Der überwiegende Teil der Handlungen, die von betroffenen Personen als sexuelle Belästigung aufgefasst werden, stellt keine sexuelle Handlung i. S. d. § 184h StGB dar. Vermeyntlich versehentlichen, kurzen, wenig intensiven körperlichen Berührungen, sexuellen Anspielungen oder Versprechen bzw. Androhungen fehlt es an der geforderten Erheblichkeit¹⁵⁵. An Kritik daran, dass diese als ekelhaft empfundenen Übergriffe nicht strafbar sind, mangelt es nicht¹⁵⁶. Ebenso wenig an negativen Folgen für die Betroffenen¹⁵⁷. Bereits *de lege lata* besteht jedoch nach der hier vertretenen Ansicht die Möglichkeit, durch Einbeziehung des objektiven Abhängigkeitsverhältnisses in die Gesamtwürdigung der Tatumstände für die Fälle sexueller Belästigung am Arbeitsplatz die Erheblichkeitsschwelle bei massiveren körperlichen Übergriffen angemessen abzusenken. Dann könn-

¹⁵¹ So auch *Wolters*, in: SK, StGB, § 184g Rn. 15 f.

¹⁵² *Wolters*, in: SK, StGB, § 184g Rn. 16. Die Begründung sieht er darin, dass die anderen Abgrenzungsmethoden keine brauchbaren Ergebnisse liefern.

¹⁵³ *BGH*, Urt. v. 24.9.1980 – 3 StR 255/80, NJW 1981, 134 *BGH*, Beschl. v. 26.8.2008 – 4 StR 373/08, NStZ 2009, 29; *Frommel*, in: NK, StGB, § 184g Rn. 20.

¹⁵⁴ *Laufhütte/Roggenbuck*, in: LK, StGB, § 184g Rn. 8.

¹⁵⁵ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 2. c); *Herzog*, S. 93; *Adelmann*, JURA 2009, 24 (24); *Schaefer/Wolf*, ZRP 2001, 27 (27).

¹⁵⁶ Vgl. *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184g Rn. 22 ff.

¹⁵⁷ Vgl. hierzu die zusammenfassende Darstellung bei *Mästle*, Schutz vor sexueller Belästigung, S. 33 ff. – überwiegend zu *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*

ten, vorbehaltlich der Tatbestandsmäßigkeit im Übrigen, auch körperliche Annäherungsversuche wie Busengrapschen oder das Po-Klappen sowie massivere Küsse als sexuelle Handlungen berücksichtigt werden, die immerhin bei bis zu einem Drittel der betroffenen Personen erlebt wurden.

1. Abschnitt

Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung im engeren Sinn

3. § 177 StGB – Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung

Eine Nötigung stellt nach allgemeinem Sprachverständnis eine Handlung dar, die darin besteht, dass jemand einen anderen mit rechtswidrigen Mitteln zu einem bestimmten Verhalten zwingt¹⁵⁸. Das Erzwingen sexueller Handlungen am Arbeitsplatz ist – jedenfalls in der Wahrnehmung der befragten Personen – vergleichsweise selten¹⁵⁹. Es ist jedoch festgestellt worden, dass solche Verhaltensweisen durchaus auftreten¹⁶⁰. Wenn es um das Erzwingen sexueller Handlungen geht, kommt eine Strafbarkeit nach § 177 StGB wegen sexueller Nötigung in Betracht. Da § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB auch die Drohung als Nötigungsmittel anführt, könnte der Tatbestand auch bei der Androhung von beruflichen Nachteilen bei sexueller Verweigerung einschlägig sein.

Zu prüfen ist, ob und in welcher Form sexuell belästigendes Verhalten am Arbeitsplatz eine sexuelle Nötigung darstellt und welche tatbestandlichen Besonderheiten sich im Hinblick auf die Vornahme am Arbeitsplatz ergeben. Dabei ist insbesondere festzustellen, welches die geringste, den Tatbestand verwirklichende Eingriffsintensität darstellt und ferner ob sich aus dem Arbeitsplatzbezug und den damit verbundenen Abhängigkeiten Besonderheiten für die Eingriffsschwelle ergeben. Neben diesen, die Strafbarkeit des unmittelbaren Täters betreffenden Fragen, ist auch zu untersuchen, inwiefern Täterschaft und Teilnahme an einer sexuellen Handlung eines Arbeitnehmers oder Kunden durch Vorgesetzte und Arbeitgeber möglich und strafbar sind.

a) Einleitung

Rechtsgut des § 177 Abs. 1 und 2 StGB ist die Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung im engeren Sinn¹⁶¹, d. h. „die Freiheit des einzelnen, nicht gegen den eigenen Willen sexuelle Körperkontakte mit anderen dulden oder sexuelle Handlungen vornehmen zu müssen“¹⁶² und über Zeit, Ort und Person einer sexuellen Handlung selbst zu disponieren¹⁶³. Abs. 1 stellt den Grundtatbestand der Vorschrift dar, der durch die Strafzumessungsvorschrift des Abs. 2, ausgestaltet mit dem Regelbeispiel der Vergewaltigung und dem der gemeinschaftlichen Begehung, ergänzt wird. Abs. 3 und 4 enthalten Qualifikationen, die zusätzlich zum Rechtsgut des Abs. 1 auch Leib und Leben des Tatopfers schützen¹⁶⁴. Abs.

¹⁵⁸ *Scholze-Stubenrecht*, Duden Universalwörterbuch, S. 1267, Stichwort „Nötigung“.

¹⁵⁹ *Märtle*, AuR 2002, 410 (410); vgl. auch diese Arbeit unter C. IV. 2. e)

¹⁶⁰ Vgl. die Schilderung bei *Plogstedt/Bode*, S. 50.

¹⁶¹ *Laubenthal*, Rn. 95.

¹⁶² *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 1.

¹⁶³ *Wolters*, in: SK, StGB, § 177 Rn. 2.

¹⁶⁴ *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 4; *Wolters*, in: SK, StGB, § 177 Rn. 2.

5 reduziert die Strafzumessung für minder schwere Fälle des Grundtatbestandes und der Qualifikationen.

b) Objektiver Tatbestand

aa) Täter

Täter der sexuellen Nötigung kann jedermann sein. Es handelt sich weder um ein Sonderdelikt, das nur durch Täter begangen werden kann, die über eine qualifizierte Tätereigenschaft verfügen, noch handelt es sich um ein eigenhändiges Delikt¹⁶⁵. Täter kann seit dem 33. StrÄndG auch eine Frau sein. Für die Täterschaft ist es unerheblich, ob der Täter mit dem Opfer verwandt oder verheiratet ist und ob das Opfer demselben oder einem anderen Geschlecht angehört¹⁶⁶. Für die hier interessierenden Fallkonstellationen am Arbeitsplatz ist festzuhalten, dass Arbeitgeber, Vorgesetzte, Kollegen, Kunden und alle sonstigen Personen, mit denen betroffene Personen am Arbeitsplatz in Kontakt kommen, Täter der sexuellen Nötigung sein können und dies unabhängig von ihrem Geschlecht, sofern sie wenigstens 14 Jahre alt und damit grundsätzlich schuldfähig sind, § 19 StGB.

bb) Tathandlung Nötigung

§ 177 Abs. 1 StGB erfordert, dass der Täter eine andere Person nötig, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen. Erforderlich ist mithin grundsätzlich sowohl eine Nötigungshandlung als auch eine sexuelle Handlung.

Nach der Rechtsprechung des *BGH* und des *BVerfG* bedeutet nötigen seinem Wortsinn nach, „einem anderen ein von ihm nicht gewolltes Verhalten aufzwingen, ihn gegen seinen Willen zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen bestimmen“¹⁶⁷. Der Täter muss Zwang ausüben, um den entgegenstehenden Willen des Opfers durch die Nötigungshandlung zu beugen. Die bloße Vornahme sexueller Handlungen gegen den Willen des Opfers reicht für die Nötigung nicht aus¹⁶⁸. Nach diesem Verständnis handelt es sich bei § 177 Abs. 1 StGB in den Alternativen Nr. 1 und Nr. 2 um ein zweiaktiges Delikt das aus der Nötigungskomponente und der Sexualkomponente besteht. Nr. 3 hingegen ist einaktig ausgestaltet. Es genügt „jede [...] Überwindung eines entgegenstehenden Opferwillens“¹⁶⁹, eine Nötigungshandlung ist nicht erforderlich¹⁷⁰.

Die Literatur stimmt der Auffassung der Rechtsprechung überwiegend zu, soweit die generell an eine Nötigung zu stellenden Anforderungen betroffen sind¹⁷¹. Hingegen besteht

¹⁶⁵ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 2. Etwas Anderes gilt für die Vergewaltigung nach § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB. Bei dieser handelt es sich um ein insoweit eigenhändiges Delikt, als nur der Täter den Beischlaf oder die beischlafähnliche Handlung tatbestandsmäßig vollziehen kann, *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 72; a. A. *Frommel*, in: NK, StGB, § 177 Rn. 19.

¹⁶⁶ *Laubenthal*, Rn. 155; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 2.

¹⁶⁷ *BGH*, Urt. v. 20.10.1999 – 2 StR 248/99, NSiZ 2000, 140 (141) = BGHSt 45, 253; *BVerfG*, Beschl. v. 1.7.2004 – 2 BvR 568/04, NSiZ 2005, 30.

¹⁶⁸ *BGH*, Beschl. v. 5.10.2004 – 3 StR 256/04, NSiZ 2005, 268 (269).

¹⁶⁹ *BGH* a. a. O.

¹⁷⁰ *BGH*, Urt. v. 20.10.1999 – 2 StR 248/99, NSiZ 2000, 140 (141) = BGHSt 45, 253. Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 3. b) bb) (3) (c).

¹⁷¹ *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 4; *Frommel*, in: NK, StGB, § 177 Rn. 29; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 4; *Laubenthal*, Rn. 164; *Gössel*, § 2 Rn. 14. Das Erfordernis von Zwang ablehnend *Hörnle*, in:

Streit darüber, ob entgegen der Rechtsprechung Voraussetzung *aller* Tatbestandsalternativen des Abs. 1 ist, dass das Opfer gegen seinen Willen durch eine Nötigungshandlung willensbeugenden Zwangs zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen bestimmt wird¹⁷².

Die für die Nötigung konstitutive Willensbeugung setzt voraus, dass das Opfer einen entgegenstehenden Willen zu bilden in der Lage ist. Ist das Opfer hierzu generell nicht fähig – z. B. Säuglinge oder Menschen mit entsprechender Erkrankung – ist eine Nötigung tatbestandlich bereits nicht in Betracht zu ziehen. Fehlt es dem Opfer zum Zeitpunkt der Tat an der Willensbildungsfähigkeit, z. B. wegen Bewusstlosigkeit aufgrund Schlafs, so scheidet die Nötigung ebenfalls aus¹⁷³. Gleiches gilt, wenn das Opfer in die Zwangshandlung freiwillig einwilligt, diese also nicht gegen seinen, sondern mit seinem Willen stattfindet, etwa bei masochistischen Sexualpraktiken. Die überkommene Konstruktion der *vis haud ingrata* ist jedenfalls in heutiger Zeit abzulehnen¹⁷⁴. Bei dieser „nicht unwillkommenen Gewalt“ wurde davon ausgegangen, dass der geäußerte entgegenstehende Wille einer Frau nicht ernstlich gemeint sei. Die Überwindung dieses schamhaften Sträubens sollte keine Nötigung darstellen.

Der entgegenstehende Wille muss nicht geäußert werden, auch wenn dies den Nachweis vereinfacht¹⁷⁵. Es genügt der „ernstliche innere Widerstand“ bis zur Vollendung der Tat. Die Aufgabe des äußeren Widerstands unter Nötigungsdruck während der Tat sagt noch nichts über den inneren Widerstand aus, der regelmäßig ungebrochen ist¹⁷⁶. Denn der Nötigungserfolg besteht gerade darin, den entgegenstehenden Willen des Opfers zu beugen, so dass es die sexuelle Handlung vornimmt oder duldet, obwohl die genötigte Person es innerlich nicht will. Auch der umgekehrte Fall stellt eine Nötigung dar: das Opfer willigt in die sexuelle Handlung ein, widerruft dann jedoch die Einwilligung und bildet einen entgegenstehenden Willen, etwa weil die Person Schmerzen erleidet¹⁷⁷. Die Fortsetzung der sexuellen Handlung wird dann zur Nötigung.

(1) Nötigung mit Gewalt - § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Die erste Tatbestandsalternative des § 177 Abs. 1 StGB erfordert die Nötigung mit Gewalt und damit die Prüfung, wie der Gewaltbegriff i. S. des § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu interpretieren ist.

LK, StGB, 14 ff., nach der es ausreicht, dass der Täter den Willen des Opfers missachtet, *dies. a. a. O.* Rn. 17.

¹⁷² Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 3. b) bb) (3) (c).

¹⁷³ In Betracht kommen dann Missbrauchstatbestände, bei denen es sich der Täter zu nutze macht, dass ein entgegenstehender Wille nicht gebildet werden kann. Der Täter missbraucht in diesen Fällen seine geistige und ggf. auch körperliche Überlegenheit, um sexuelle Handlungen vorzunehmen oder diese vornehmen zu lassen. Zu Recht daher die Kritik bei *Fischer*, StGB, Vor. § 174 Rn. 8 zu den Überschriften der Missbrauchstatbestände.

¹⁷⁴ *Laubenthal*, Rn. 166 m. w. N.

¹⁷⁵ *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 18; *Laubenthal*, Rn. 164; *Frommel*, in: NK, StGB, § 177 Rn. 30;

¹⁷⁶ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 3.

¹⁷⁷ *Laubenthal*, Rn. 165 mit Verweis auf *BGH*, Urt. v. 23.10.2002 – 1 StR 274/02, NSZ 2003, 165.

(a) *Der Gewaltbegriff des § 177 StGB*

Der von der Rechtsprechung geprägte allgemeine Gewaltbegriff¹⁷⁸ war zunächst beschränkt auf physische Einwirkung des Täters auf das Opfer¹⁷⁹. Diese strenge Orientierung am Körperlichkeitsmoment wurde im Lauf der Zeit verschoben, hin zu einer relevanten physischen Zwangswirkung beim Opfer, und danach immer mehr aufgegeben, bis nicht einmal mehr eine Nervenregung als physische Zwangswirkung¹⁸⁰ erforderlich war, sondern allein der psychisch empfundene Zwang von einigem Gewicht ausreichend war, um nötigende Gewalt zu begründen¹⁸¹. Das *BVerfG* hat diesen weitgehenden Gewaltbegriff als unbestimmt i. S. des Art. 103 Abs. 2 GG beurteilt und entschieden, dass die Gewalt einerseits nicht mit dem Zwang zusammenfallen kann, sondern über diesen hinausgehen muss, da „die Ausübung von Zwang auf den Willen Dritter bereits im Begriff der Nötigung enthalten ist und die Benennung bestimmter Nötigungsmittel in § 240 Abs. 2 StGB die Funktion hat, innerhalb der Gesamtheit denkbarer Nötigungen die strafwürdigen einzugrenzen“¹⁸². Erforderlich ist ferner, dass der Zwang nicht lediglich psychisch wirkt, sondern vom Opfer körperlich empfunden wird. Hierfür reicht die bloße körperliche Anwesenheit des Täters nicht aus. Hinzutreten muss eine körperliche Kraftentfaltung¹⁸³. Die Anforderungen an diese Krafteinwirkung sind jedoch als sehr gering zu bezeichnen. Es genügt das Anbringen einer Metallkette an zwei Torpfosten oder die Betätigung des Gaspedals in einem Kraftfahrzeug¹⁸⁴. Die Krafteinwirkung muss sich nicht unmittelbar gegen die genötigte Person richten.

Gegenüber diesem allgemeinen Gewaltbegriff der bei § 240 StGB Anwendung findet, legt die Rechtsprechung den Gewaltbegriff bei § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB restriktiv aus. Als Gewaltanwendung ausreichend sind nur solche, eine gewisse – nicht notwendig erhebliche – körperliche Kraftentfaltung darstellenden Handlungen, die gegen eine Person gerichtet sind und von dieser als nicht nur seelischer, sondern auch körperlicher Zwang empfunden werden¹⁸⁵. Dafür reicht es allerdings aus, dass ein psychisch determinierter Prozess mit nur geringem körperlichem Kraftaufwand in Lauf gesetzt wird. Rein verbale Einwirkungen auf das Opfer genügen nicht¹⁸⁶.

Diese differenzierende, jedoch auf dem identischen Wortlaut der „Gewalt“ basierende Auslegung findet ihre Begründung darin, dass in § 177 StGB die Gewalt einer qualifizierten Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gleichgestellt ist, wohingegen sie in § 240 StGB als Alternative zu einer Drohung mit einem empfindlichen Übel den Tatbestand bildet, der einen geringeren Strafraum von bis zu drei Jahren vorsieht. Der

¹⁷⁸ Vgl. auch die Darstellung der Entwicklung des Begriffs bei *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, S. 96 ff.

¹⁷⁹ *RG*, Urt. v. 13.1.1913 – I 1124/12, RGSt 46, 403 (404).

¹⁸⁰ So noch bei *RG*, Urt. v. 15.3.1926 – II 86/26, RGSt 60, 157 (158).

¹⁸¹ *BGH*, Urt. v. 8.8.1969 – 2 StR 171/69, NJW 1969, 1770 (1772) = BGHSt 23, 46 (54) – sog. „vergeistigter Gewaltbegriff“.

¹⁸² *BVerfG*, Beschl. v. 10.1.1995 – 1 BvR 718/89 u. a., BVerfGE 92, 1 (276).

¹⁸³ *BVerfG*, Beschl. v. 24.10.2001 – 1 BvR 1190/90 u. a., NJW 2002, 1031 (1032) = BVerfGE 104, 92.

¹⁸⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 24.10.2001 – 1 BvR 1190/90 u. a., NJW 2002, 1031 (1032); *BVerfG*, Beschl. v. 29.3.2007 – 2 BvR 932/06, NJW 2007, 1669.

¹⁸⁵ *BGH*, Beschl. v. 09.03.1990 – 3 StR 58/90, NSiZ 1990, 335; *BGH*, Urt. v. 10.10.1984 – 3 StR 390/84, NSiZ 1985, 71.

¹⁸⁶ *BGH*, Urt. v. 4.3.1981 – 2 StR 742/80, NSiZ 1981, 218.

Grundtatbestand des § 177 StGB hingegen umfasst den Verbrechensstrafrahmen von einem bis 15 Jahren. Vor dem Inkrafttreten des 6. StrRG hat diese restriktive Interpretation des Gewaltbegriffs zu Strafbarkeitslücken bei unter dieser Schwelle liegender Gewalt geführt¹⁸⁷. Durch die Einführung der Ausnutzungsalternative in § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB sind diese Lücken größtenteils geschlossen worden, freilich nicht ohne andere Fragen aufzuwerfen¹⁸⁸. Erreicht die Gewalt nicht die für § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB erforderliche Körperlichkeit beim Opfer oder Täter, kommt § 240 Abs. 1 StGB, ggf. in Form des besonders schweren Falls nach Abs.4 Nr. 1 in Betracht.

Die h. M. in der Literatur teilt grundsätzlich den restriktiven Gewaltbegriff der Rechtsprechung bei § 177 StGB, gleichwohl bei den einzelnen Elementen des Begriffs unterschiedliche Ansichten bestehen¹⁸⁹. Gewalt kann tatbestandsmäßig in Form der absoluten, den Willen des Opfers ausschaltenden Gewalt (*vis absoluta*) oder der den Willen des Opfers beugenden Gewalt (*vis compulsiva*) ausgeübt werden¹⁹⁰. Eindeutig um Gewalt handelt es sich in den Fällen, bei denen der Täter mit „aggressiver Dynamik“¹⁹¹ zu Werke geht, indem er mit körperlicher Kraftentfaltung mit Zielrichtung auf das Opfer bei diesem eine körperliche Zwangswirkung zur Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstandes ausübt.

Das Erfordernis einer gewissen – nicht notwendig erheblichen – körperlichen Kraftentfaltung des Täters wird im Schrifttum teilweise abgelehnt, da es jenseits der Fälle aggressiver Dynamik erfordere, dass erhebliche von nicht erheblicher Kraftentfaltung abzugrenzen sei¹⁹². Teilweise wird daher auf das Element der Kraftentfaltung durch den Täter verzichtet¹⁹³. Eine solche Interpretation des Gewaltbegriffs verkürzt den Wortsinn des Begriffs der aus beiden Elementen – der Zwangsanwendung und der Zwangswirkung – besteht und ist daher abzulehnen¹⁹⁴. Versteht man mit Teilen der Literatur Gewalt als Typusbegriff, besteht die Möglichkeit, die schwache Ausprägung des einen Merkmals durch eine

¹⁸⁷ Mit Kritik hierzu *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, S. 100 ff.

¹⁸⁸ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 3. b) bb) (3) ff.

¹⁸⁹ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 4; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 5; *Frommel*, in: NK, StGB, § 177 Rn. 40 f.; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 177 Rn. 12; *Wolters*, in: SK, StGB, § 177 Rn. 10; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 18 Rn. 10; *Laubenthal*, Rn. 170 f.; ablehnend und für identische Auslegung des Gewaltbegriffs bei §§ 240 und 177 StGB: *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 5 ff.; *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 33; *Gössel*, § 2 Rn. 21; *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, S. 100 ff. insbesondere S. 120.

¹⁹⁰ H. M. und st. Rspr; vgl. statt aller *Wolter*, NStZ 1985, 245 (248); a. A. *Simm*, in: MK, StGB, § 240 Rn. 10; *Köhler*, NJW 1983, 10 (12); *Hruschka*, NJW 1996, 160 (162), wonach nur *vis compulsiva* den Tatbestand einer Nötigung erfüllen könne, da die Nötigung ein zweiaktiges Delikt sei, das voraussetze, dass Gewalt (oder Drohung als Tatbestandsalternative) eingesetzt werde, um das Opfer zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen zu bewegen. Die Nötigung könne sich daher nicht in der Gewaltanwendung erschöpfen, was aber bei der unwiderstehlichen Gewalt der Fall sei, da in diesem Fall die Reaktion des Tatopfers nicht über das Erleiden der Gewalt hinausgehe. Kritisch auch *Paeffgen*, in: Samson u. a., FS-Grünwald, S. 433 (448), wonach *vis compulsiva* in Wahrheit keine Gewalt, sondern eine Drohung darstelle, da das Opfer den Willen nicht wegen der verübten Gewalt beuge, sondern aus Furcht vor neuer Gewalt.

¹⁹¹ *Paeffgen*, in: Samson u. a., FS-Grünwald, S. 433 (450).

¹⁹² *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 38, die deshalb diese Komponente des Gewaltbegriffs ablehnt und stattdessen zur Abgrenzung die Sicht eines typischen Opfers mit der Frage heranziehen möchte, ob die Täterreinwirkung Widerstand oder Entkommen erschwert hat (a. a. O. Rn. 39).

¹⁹³ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 5 – Kraftentfaltung sei nicht „essentiell“.

¹⁹⁴ *Paeffgen*, in: Samson u. a., FS-Grünwald, S. 433 (440 f.).

starke Ausprägung des anderen Merkmals zu kompensieren¹⁹⁵. Dieses Verständnis ist jedoch nur so lange überzeugend, wie nicht vollständig auf eines der Elemente verzichtet wird¹⁹⁶.

Einigkeit besteht darin, dass das Maß der vom Täter ausgeübten Gewalt oder der von ihm aufgewendeten Körperkraft nicht entscheidend ist, soweit dies jedenfalls beim Opfer als körperliche Zwangslage empfunden wird¹⁹⁷. Aufgrund des Körperlichkeitserfordernisses ergibt sich, dass rein verbale Einwirkungen nicht ausreichen¹⁹⁸. An den körperlichen Zwang des Opfers werden keine allzu hohen Anforderungen gestellt. Nach der Rechtsprechung reicht das Festhalten des Opfers an der Hand, an den Armen oder am Hals aus, ebenso das Niederdrücken des Opfers durch das Körpergewicht des Täters sowie das Festhalten durch Umarmen. Ebenfalls für ausreichend erachtet wurde das Zuhalten des Mundes, um Schreie zu vermeiden, Stoßen auf ein Bett und das Drücken eines Kissens ins Gesicht des Opfers¹⁹⁹.

Auch bei weniger erheblichen Kraftentfaltungen hat die Rechtsprechung die Zwangslage angenommen. Hierzu zählen das Einsperren in einen umschlossenen Raum, wenn es dazu dient, das Opfer am Verlassen des Raumes zu hindern, um die sexuellen Handlungen zu ermöglichen²⁰⁰. Ebenso wurde das heimliche Beibringen bewusstseinsverändernder Mittel als Gewalt gewertet²⁰¹.

(b) *Mittel-Zweck-Relation*

Von Rechtsprechung und h. M. wird verlangt, dass ein vom Täter hergestellter Finalzusammenhang zwischen dem eingesetzten Nötigungsmittel und der sexuellen Handlung besteht²⁰². Die Gewalt muss gerade zum Zwecke der Duldung oder Vornahme sexueller Handlungen²⁰³, d. h. zur Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstandes eingesetzt werden²⁰⁴. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Gewalt der sexuellen Handlung zeitlich vorangehen muss und § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB daher zwingend ein zweiseitiges

¹⁹⁵ Hörnle, in: LK, StGB, § 177 Rn. 37 m. w. N.

¹⁹⁶ A. A. dies. a. a. O. mit Verzicht auf die Kraftentfaltung des Täters.

¹⁹⁷ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 4; Renzikowski, in: MK, StGB, § 177 Rn. 25; Hörnle, in: LK, StGB, § 177 Rn. 41.

¹⁹⁸ Statt aller Wolters, in: SK, StGB, § 177 Rn. 10; BGH, Urt. v. 4.3.1981 – 2 StR 742/80, NStZ 1981, 218. Vgl. die Aufzählung bei Laubenthal, Rn. 171 mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

¹⁹⁹ BGH, Urt. v. 02.10.2002 (fehlerhafte Angabe in NStZ-RR) – 2 StR 153/02, NStZ-RR 2003, 42 (43), wobei es am Finalzusammenhang fehlt, wenn das Abschließen nur aus dem Grund erfolgt, ungestört zu sein und eine Entdeckung zu verhindern (a. a. O.).

²⁰⁰ BGH, Urt. v. 15.01.1960, Az.: 4 StR 528/59, BGHSt 14, 81; BGH, Urt. v. 15.09.1998, Az.: 5 StR 173/98; BGH, Beschl. v. 13.11.2003, Az.: 3 StR 359/03, NStZ-RR 2004, 355, Nr. 10 bei Pfister. Vgl. die Nachweise bei Renzikowski, in: MK, StGB, § 177 Rn. 26 (Fn. 95).

²⁰¹ BGH, Beschl. v. 10.1.1995 – 3 StR 588/94, NStZ 1995, 229 = StV 1996, 29; BGH, Beschl. v. 5.10.2004 – 3 StR 256/04, NStZ 2005, 268; OLG Köln, Beschl. v. 5.3.2004 – Ss 493/03, NStZ-RR 2004, 168 (168); Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 4; Fischer, StGB, § 177 Rn. 13; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 6; Renzikowski, in: MK, StGB, § 177 Rn. 30; a. A. Hörnle, in: LK, StGB, § 177 Rn. 57 ff.

²⁰² BGH, Beschl. v. 15.3.1984 – 1 StR 72/84, NJW 1984, 1632; BGH, Beschl. v. 13.4.1999 – 4 StR 101/99, NStZ 1999, 506; Renzikowski, in: MK, StGB, § 177 Rn. 30.

²⁰³ Folkers, NJW 2000, 3317 (3318); Fischer, StGB, § 177 Rn. 13; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 6; Frommel, in: NK, StGB, § 177 Rn. 40.

Delikt darstellt²⁰⁵. Die Gewalt kann vielmehr zeitlich mit der sexuellen Handlung zusammenfallen, wenn sie ihrer Erzwingung dient²⁰⁶, oder auch im Verlauf eines bis dahin einverständlichen Sexualverkehrs eingesetzt werden, um diesen gegen den Willen des Opfers fortzusetzen²⁰⁷. Klare Zweifeltigkeit ist gegeben, wenn Handlungen am Täter oder an Dritten erzwungen werden, da dann nicht in der Nötigungshandlung zugleich auch die sexuelle Handlung liegen kann²⁰⁸. Gewalt im Nachgang zur sexuellen Handlung kann nicht tatbestandsmäßig sein, da die Willensbeugung nicht – jedenfalls nicht mit dieser Gewalt – erzwungen wurde²⁰⁹. Ob das Opfer tatsächlich Widerstand geleistet hat, ist unerheblich²¹⁰.

Von *Hörnle* wird gegen das Erfordernis der Mittel-Zweck-Relation angeführt, dass diese vom Wortlaut nicht vorausgesetzt werde, das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung durch die Einführung des Finalzusammenhangs entgegen der Intention des Reformgesetzgebers geschwächt werde und schließlich, dass die Beweggründe für die Anwendung von Gewalt bei Sexualdelikten komplexer sei als bei Eigentumsdelikten und deshalb nicht die beim Raub anerkannte finale Verknüpfung auf § 177 StGB übertragen werden könne²¹¹.

Dem ist entgegenzuhalten, dass dem Wortlaut nach der Finalzusammenhang in § 177 Abs. 1 StGB durchaus vorhanden ist. Die finale Infinitivkonstruktion „nötigt, [...] zu“ erfolgt in diesem Fall unter Weglassung der ansonsten üblichen, jedoch nicht stets zwingenden Konjunktion „um“²¹². Der Hinweis, dass für eine finale Verknüpfung „durch Gewalt“ erforderlich gewesen wäre, überzeugt unabhängig davon nicht. Die Präpositionen „durch“ und „mit“ werden auch synonym verwendet²¹³, denn beide bezeichnen das Mittel mit dem etwas vorgenommen wird, nicht die Finalität, die sich aber aus der Satzkonstruktion ergibt. Das historische Argument verfängt gleichfalls nicht. Ziel des Gesetzgebers war es, nur noch sozialschädliches Verhalten unter Strafe zu stellen und nicht länger sexuelle Sittlichkeitsvorstellungen zu schützen. Dass es dabei zu Einschränkungen der Strafbarkeiten kommt, war dem Gesetzgeber durchaus bewusst²¹⁴. Dass Gewalt im Zusammenhang mit Sexualdelikten auch anderen Motiven dienen kann als dem reinen Lustgewinn, darf als feststehend gelten. Allerdings dient Gewalt beim Raub auch nicht lediglich der Besitzverschaffung, sondern kann dort gleichfalls ein Vehikel der Aggressionsabfuhr, der Dominanz oder der Rachebefriedigung sein. Für den Finalzusammenhang ist aber nicht der Beweggrund (=Motiv) des Täters maßgebend – also aus welchem Grund er Gewalt anwendet – sondern vielmehr, welches Ziel (=Zweck) er damit verfolgt. Die Motive sind für den Finalzusammenhang nicht von Relevanz.

²⁰⁵ *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 30; einschränkend *Wolters*, in: SK, StGB, § 177 Rn. 11; *Frommel*, in: NK, StGB, § 177 Rn. 41 (vgl. dort Fn. 52).

²⁰⁶ *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 177 Rn. 17.

²⁰⁷ *BGH*, Urt. v. 23.10.2002 – 1 StR 274/02, NSZ 2003, 165 (167).

²⁰⁸ *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 30; *Wolters*, in: SK, StGB, § 177 Rn. 3.

²⁰⁹ *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 30.

²¹⁰ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 6.

²¹¹ *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 64-66.

²¹² Siehe z. B. *Ickler, Theodor*, Theodor Icklers Sprachtagebuch, Grammatische Exerzition 2 - Infinitivkonstruktionen, Stand: 12.02.2014, abrufbar unter: <http://www.sprachforschung.org/ickler/index.php/?show=news&id=1602> (besucht am 10.11.2015)

²¹³ *Beil/Eickhoff*, Duden Synonymwörterbuch, S. 278.

²¹⁴ Vgl. die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 6/1552 vom 4.12.1970, S. 9.

Problematisch im Kontext des Finalnexus sind die Fälle, in denen der Täter eine zuvor von ihm oder einem Dritten durchgeführte Gewaltanwendung zur Vornahme sexueller Handlungen ausnutzt, da die Mittel-Zweck-Relation nicht nur objektiv vorliegen muss, sondern vom Täter auch in seinen Tatvorsatz aufgenommen sein muss.

(aa) *Fortwirkung früherer Gewalt mit divergierender Zielrichtung*

Wendet der Täter zunächst Gewalt an – etwa im Rahmen eines Raubs – und entscheidet sich anschließend, diese Gewaltanwendung zu sexuellen Handlungen auszunutzen, ist danach zu differenzieren, ob Gewalt auch nach dem Vorsatzwechsel zum Einsatz gelangt. Ist dies nicht der Fall, stellt die zuvor ausgeübte Gewalt kein Nötigungsmittel zur Begehung einer sexuellen Handlung dar²¹⁵.

(bb) *Fortwirkung früherer Gewalt mit sexueller Zielrichtung*

Wendet der Täter zweckgerichtet Gewalt an, um sexuelle Handlungen vorzunehmen, kommt es zur Vornahme jedoch erst später, ist zu unterscheiden: Wirkt die frühere Gewaltanwendung beim Opfer fort, d. h. dauert der körperliche Zwang noch an, genügt die frühere Gewaltanwendung. Das kann der Fall sein, „wenn nicht zwischen der Gewaltanwendung und der sexuellen Handlung ein längerer Zeitraum liegt“²¹⁶. Wie lange dieser Zeitraum ist, wird unterschiedlich beurteilt²¹⁷.

Eine allgemeine Furcht des Opfers aufgrund früherer Gewaltanwendungen reicht jedoch nicht aus²¹⁸. In diesen Fällen kommt aber eine (konkludente) Drohung nach § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB als Nötigungsmittel in Betracht²¹⁹, wenn der Täter erkennt, dass sein Vorverhalten vom Opfer als Drohung mit weiterer Gewalt empfunden wird, es deshalb von Widerstand absieht und der Täter dies billigend in Kauf nimmt.

(cc) *Gewalt durch Dritte*

Da § 177 StGB kein eigenhändiges Delikt ist, kommt grundsätzlich in Betracht, dass die Nötigung durch eine andere Person vorgenommen wird als diejenige, die sexuelle Handlungen vornimmt oder vornehmen lässt²²⁰. Jedoch ist aufgrund des Finalnexus erforderlich, dass der Täter sich die Gewaltanwendung des Dritten zu eigen macht²²¹. Das ist nicht der Fall, wenn der Täter erst nach der Gewaltanwendung hinzukommt und diese dann ausnutzt. In diesen Fällen ist § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB in Betracht zu ziehen.

²¹⁵ *BGH*, Beschl. v. 13.2.1997 – 4 StR 648/96, NStZ-RR 1997, 292; *BGH*, Beschl. v. 15.3.1984 – 1 StR 72/84, NJW 1984, 1632; *Laubenthal*, Rn. 179. Es liegt bereits keine Gewalt im Sinne des § 177 StGB vor, wenn der Zwang nicht zur Überwindung von Widerstand ausgeübt wird, wie etwa bei einer Körperverletzung nach § 223 StGB, *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 6a.

²¹⁶ *BGH*, Beschl. v. 5.10.2004 – 3 StR 256/04, NStZ 2005, 268 (269); vgl. auch *BGH*, Beschl. v. 27.3.1996 – 3 StR 518/95, NJW 1996, 2107 = BGHSt 42, 111.

²¹⁷ Bereits halbstündige Zeitspanne ablehnend *BGH*, Beschl. v. 10.1.1995 – 3 StR 588/94, NStZ 1995, 229 (230).

²¹⁸ *BGH*, Beschl. v. 5.10.2004 – 3 StR 256/04, NStZ 2005, 268 (269).

²¹⁹ *BGH*, Beschl. v. 24.6.2010 – 4 StR 260/10, NStZ 2010, 570 (571); *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 33; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 6a; *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 16.

²²⁰ *BGH*, Urt. v. 10.2.2011 – 4 StR 566/10, NStZ 2011, 456 (457); *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 17.

²²¹ *BGH*, Urt. v. 22.4.1999 – 4 StR 3/99, NJW 1999, 2909 (2910); *Laubenthal*, Rn. 181; enger *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 17 (Willensübereinstimmung erforderlich); *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 17.

(c) *Gewalt gegen Sachen und Gewalt gegen Dritte*

Gewalt gegen Sachen wird überwiegend nicht für ausreichend erachtet. Der Grund dafür ist in der Drohungsspezifikation zu sehen. Diese erfordert im Gegensatz zu § 240 Abs. 1 StGB bei § 177 Abs. 1 StGB gegenwärtige *Gefahr für Leib und Leben*. An die erforderliche Gewalt sind komplementäre Anforderungen zu stellen. Nach h. M. in der Literatur genügt daher die Anwendung von Gewalt gegen Sachen regelmäßig nicht²²². Sie kommt nur dann in Betracht, wenn die Gewalt eine unmittelbare körperliche Zwangswirkung auf das Opfer entfaltet²²³. Das ist etwa der Fall bei der Beschädigung des Rollstuhls einer behinderten Person²²⁴.

Ähnliches gilt nach überwiegender Ansicht für Gewalt gegen dritte Personen – sie reicht in der Regel nicht aus, da die genötigte Person mit dem Opfer der sexuellen Handlung identisch sein muss²²⁵. Einigkeit besteht insoweit, dass Gewalt gegen einen Dritten dann genügt, wenn sie „*zugleich* eine körperliche Zwangswirkung auf das Opfer des § 177 entfaltet“²²⁶. Ob es bereits ausreicht, dass das Sexualopfer die Gewalteinwirkung gegenüber einem Dritten bloß wahrnimmt und dadurch unter rein psychischen Druck gesetzt wird, ist umstritten²²⁷.

Dem Wortlaut der Vorschrift lässt sich nicht entnehmen, dass die von der ausgeübten *Gewalt* betroffene Person und das Sexualopfer identisch sein müssen²²⁸, denn es reicht aus, dass der Wille einer Person mit Gewalt – möglicherweise gegen Dritte – gebeugt wird, sexuelle Handlungen an sich zu dulden. Diese „Dreiecksnötigung“ wird im Rahmen des § 240 StGB teilweise für ausreichend erachtet²²⁹. Versteht man Nötigung mit der h. M. als Willensbeugung durch Zwang, setzt dies voraus, dass der Täter Nötigungsdruck auf das Opfer ausübt. In § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB muss dieser Nötigungsdruck *mit Gewalt* erzeugt werden. Nach dem restriktiven Gewaltbegriff muss hierfür vom Täter eine gewisse körperliche Kraftentfaltung ausgeübt werden, die beim Adressaten der Gewalt zu körperlichem Zwang führt. Nach diesem Verständnis der Begriffe Nötigung und Gewalt ist in der Konstellation der Gewalt gegen Dritte keine Körperlichkeit beim Nötigungsopfer erforderlich. Da nach dem Wortlaut der Vorschrift *mit Gewalt* und nicht *durch Gewalt* genötigt werden muss, ist psychischer Nötigungsdruck beim Sexualopfer ausreichend, wenn die für den Gewaltbegriff erforderliche körperliche Zwangswirkung bei einem Dritten eintritt. Freilich muss das Nötigungsopfer die Gewalt gegen eine dritte Person wahrnehmen, andernfalls kann die Nötigung nicht *mit Gewalt* erfolgt sein. Etwas andere würde

²²² Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 5a; Fischer, StGB, § 177 Rn. 9; Renzikowski, in: MK, StGB, § 177 Rn. 27; Frommel, in: NK, StGB, § 177 Rn. 40; a. A. Hörnle, in: LK, StGB, § 177 Rn. 53.

²²³ BGH, Beschl. v. 22.6.2004 – 4 StR 135/04, NStZ 2005, 35; Fischer, StGB, § 177 Rn. 9.

²²⁴ Beispiel bei Laubenthal, Rn. 173.

²²⁵ Fischer, StGB, § 177 Rn. 10; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 5a; Wolters, in: SK, StGB, § 177 Rn. 12.

²²⁶ Fischer, StGB, § 177 Rn. 12; ebenso Hörnle, in: LK, StGB, § 177 Rn. 51; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 4.

²²⁷ Zustimmung Hörnle, in: LK, StGB, § 177 Rn. 51. Ablehnend Wolters, in: SK, StGB, § 177 Rn. 12 – außer die Personen stehen sich „wirklich“ nahe. Lediglich (konkludente) Drohung und keine Gewalt: Renzikowski, in: MK, StGB, § 177 Rn. 28.

²²⁸ Hingegen müssen Nötigungs- und Sexualopfer nach dem Wortlaut identisch sein, da es sich um *eine* Person handelt, die *an sich* duldet.

²²⁹ Siehe hierzu die Nachweise bei Fischer, StGB, § 240 Rn. 26.

nur dann gelten, wenn man mit der Mindermeinung bei der Nötigung keinen Zwang, sondern allein die Missachtung des Opferwillens verlangt²³⁰. Nötigungsdruck durch Wahrnehmung der Gewalt wäre dann nicht erforderlich.

Diese Wortlaut-Interpretation lässt sich jedoch nicht mit dem restriktiven Gewaltbegriff der h. M. in Einklang bringen, der für § 177 StGB erfordert, dass die Gewalt nicht nur gegen *eine* Person ausgeübt wird, sondern gerade gegen *die* Person, die genötigt werden soll und die sodann das Sexualopfer darstellt, mithin genau bei dem Sexualopfer körperlichen Zwang auslöst²³¹.

Etwas Anderes soll gelten, wenn Gewalt eingesetzt wird gegen einen Dritten, der dem Opfer helfen möchte²³². Der BGH ist der Ansicht, dass es keinen Unterschied machen könne, „ob der Täter unter Gewaltanwendung dem Opfer etwa einen von ihm selbst zur Verteidigung gebrauchten Gegenstand (etwa eine Waffe) entwindet oder ob er gewaltsam das Hindernis ausräumt, das sich ihm in der Person eines zum Schutz des Opfers eingreifenden, den Angriff abwehrenden, also Nothilfe übenden Dritten entgegenstellt“²³³. Hiergegen richtet sich die Kritik, dass der Vergleich zirkelschlüssig sei, da im Entwinden einer Waffe bereits Gewalt gegen das Opfer zu sehen sei²³⁴. Im Übrigen wird in der ablehnenden Literatur darauf hingewiesen, dass eigener körperlicher Zwang beim Opfer entstehen muss²³⁵.

Neben der körperlichen Zwangswirkung beim Opfer ist auch unmittelbarer Handlungszusammenhang zwischen der Gewaltanwendung gegen eine dritte Person und der sexuellen Handlung erforderlich²³⁶.

(d) *Überraschende sexuelle Handlungen*

Nach der Rechtsprechung kann eine überraschende Sexualhandlung nicht als Nötigung zu dieser Handlung angesehen werden, denn Voraussetzung der sexuellen Nötigung ist, dass das Tatopfer das sexuelle Ansinnen erkannt und einen entgegenstehenden Willen gebildet hat²³⁷. Hieran fehlt es in den Fällen, in denen der Täter die sexualbezogene Handlung so

²³⁰ Hörnle, in: LK, StGB, § 177 Rn. 17.

²³¹ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 5a; ebenso Fischer, StGB, § 177 Rn. 5; Wolters, in: SK, StGB, § 177 Rn. 10. Die Figur der „Dreiecksnötigung“ findet damit im Rahmen des § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB keine Anwendung. A. A. Hörnle, in: LK, StGB, § 177 Rn. 52.

²³² Hörnle, in: LK, StGB, § 177 Rn. 52; Laubenthal, Rn. 174; Gössel, § 2 Rn. 23; Frommel, in: NK, StGB, § 177 Rn. 40. Ablehnend Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 4; Fischer, StGB, § 177 Rn. 11; Wolters, in: SK, StGB, § 177 Rn. 12; Renzikowski, in: MK, StGB, § 177 Rn. 28.

²³³ BGH, Beschl. v. 31.1.1997 – 2 StR 651/96, NJW 1997, 1244 (1244) = BGHSt 42, 378 (379).

²³⁴ Fischer, StGB, § 177 Rn. 11.

²³⁵ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 4; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 5a; Fischer, StGB, § 177 Rn. 12. Unklar bei Wolters, in: SK, StGB, § 177 Rn. 12 der fordert, dass die Gewalt gegen den Dritten zugleich eine qualifizierte Drohung gegen das Opfer darstellt. Dann läge aber tatbestandsmäßig § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB vor, da die Willensbeugung dann primär durch Drohung und nicht durch Gewalt gegen das Opfer erfolgt. Darüber hinaus ist fraglich, ob in der Gewalt gegen hilfsbereite Dritte eine Drohung gesehen werden kann. Schutzbereite Personen werden eher zur ungestörten Ermöglichung oder Fortsetzung der Tat ausgeschaltet als zur Willensbeugung. Anders mag dies bei nahestehenden Personen sein.

²³⁶ BGH, Beschl. v. 5.10.2004 – 3 StR 256/04, NStZ 2005, 268; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 5a.

²³⁷ BGH, Beschl. v. 8.2.2006 – 2 StR 575/05, NStZ-RR 2007, 12 (13). Ist es hierzu aufgrund Willensbildungsmangel (Bewusstlosigkeit, Behinderung, etc.) nicht in der Lage, scheidet bereits die Nötigung aus. Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 3. b) bb) (3) (c) (dd).

überraschend vornimmt, dass das Opfer einen Abwehrwillen nicht bilden kann²³⁸, § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist nur dann erfüllt, wenn der Täter diesen Willen durch die Gewalt zu beeinflussen oder „dessen Betätigung zu verhindern sucht“²³⁹. Nimmt der Täter die sexuelle Handlung so überraschend vor, dass das Tatopfer einen Abwehrwillen nicht bilden kann, liegt keine sexuelle Nötigung vor, denn die Vorschrift setzt voraus, dass das Mittel zur Ermöglichung der sexuellen Handlungen Gewalt ist²⁴⁰. Dem stimmt die h. M. des Schrifttums zu²⁴¹. Überraschende sexuelle Handlungen sind auch dann auszuschließen, „wenn die betroffene Person sie nicht will, einen konkreten Abwehrwillen aber nicht bilden kann“²⁴².

Dagegen wird eingewendet, dass bei einem überraschenden Sexualangriff kein Unterschied zu *vis absoluta* bzw. zum Beibringen von Betäubungsmitteln zu sehen sei – es handele sich um die Überwindung erwarteten Widerstands²⁴³. Dieser Einwand vermag nicht zu überzeugen, denn ob es sich bei der Gewalt um die Überwindung erwarteten Widerstands handelt, hängt einerseits von der angestrebten sexuellen Handlung und andererseits von der Vorstellung des Täters ab. Im Fall der Beibringung von Betäubungsmitteln erfolgt dies offensichtlich, um die spätere sexuelle Handlung zu ermöglichen. Gleiches gilt für die meisten Fälle von *vis absoluta*, die gerade deshalb angewendet wird, um erwarteten Widerstand restlos zu beseitigen. Bei überraschenden sexuellen Handlungen ist zu unterscheiden: Erschöpft sich die sexuelle Handlung in einem oder mehreren Schlägen gegen sexuell belegte Körperregionen zur Verschaffung eines Lustgewinns, liegt in der Gewaltanwendung zugleich die sexuelle Handlung. Bereits aufgrund dieser einaktigen Ausgestaltung ist der Vergleich mit oben genannten zweiaktigen Beispielen nicht überzeugend. Hinzu kommt, dass die vom Täter vorgenommene Handlung zeitlich derart kurz ist, dass stets kein aktueller Widerstandswille gebildet werden kann. Gewalt und folglich Nötigung nach § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB sind in diesen Fällen abzulehnen, da die sexuelle Handlung temporal-faktisch gegenläufige Willensbildung nicht zulässt²⁴⁴.

Anders liegt die Sache hingegen, wenn der Täter überraschend handelt, um Widerstand zu überwinden, etwa wenn er sich dem ahnungslosen Opfer von hinten nähert, es mit einem Arm um beide Oberarme und Oberkörper umfasst, zugleich mit der Hand des freien Armes fest an das Geschlechtsteil des Opfers greift und daran manipuliert²⁴⁵. In dieser Fallgestaltung ist das Opfer zunächst gleichfalls überrascht, einen entgegenstehenden Willen kann die Person bis zum Beginn der zeitgleich durchgeführten sexuellen Handlung nicht bilden. Die überraschende sexuelle Handlung dient hier gleichzeitig dem körperlichen Zwang und der Überwindung von Widerstand, da sich die Sexualkomponente nicht

²³⁸ *BGH*, Beschl. v. 17.9.1992 – 4 StR 416/92, NSStZ 1993, 78. Besitzt das Opfer keinen Abwehrwillen, kommt Widerstandsunfähigkeit nach § 179 StGB in Betracht. Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 4.

²³⁹ *BGH*, Urt. v. 2.6.1982 – 2 StR 669/81, NJW 1982, 2264.

²⁴⁰ *BGH*, Urt. v. 2.6.1982 – 2 StR 669/81, NJW 1982, 2264 = BGHSt 31, 76.

²⁴¹ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 4; *Laubenthal*, Rn. 182; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 5 für den § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB in diesem Fall nicht in Betracht kommt, da es an einer Stabilisierung der schutzlosen Lage fehle (a. a. O. Rn. 10); *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 14; *Wolters*, in: SK, StGB, § 177 Rn. 11.

²⁴² *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 14 m. w. N.

²⁴³ *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 31.

²⁴⁴ *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 14.

²⁴⁵ Vergleichbarer Sachverhalt bei *BGH*, Urt. v. 3.4.1991 – 2 StR 582/90, BGHR StGB § 178 Abs. 1 - Gewalt 1.

in einer Augenblickshandlung erschöpft. Wenn aber erst im Verlauf der sexuellen Handlung der Widerstandswille gebildet werden kann und bis zu diesem Zeitpunkt dieselbe sexuelle Handlung allein deswegen nicht strafbar wäre, würde dies zu nicht hinnehmbaren Strafbarkeitslücken führen, da alle Täter bevorzugt würden, die sich besonders zielstrebig vorgehen und sich dabei zeitlich zurückhalten.

Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass in diesen Fällen möglicherweise § 179 StGB wegen Widerstandsunfähigkeit des Opfers in Form tiefgreifender Bewusstseinsstörung aufgrund Überraschung, Schreck oder Schock Anwendung findet. Die absolute(!) Widerstandsunfähigkeit muss kausal auf einem der dort abschließend aufgezählten Defekte beruhen und der Täter muss diesen Umstand bewusst in sein Vorgehen aufgenommen haben. Wenn dem jedoch so wäre, könnte der Täter nicht von erwartetem Widerstand ausgehen. Die Vorstellung des Täters ist insofern inkompatibel zu § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

Die im Grunde zutreffende Rechtsprechung und h. M. zu den Anforderungen der Nötigung und Gewalt bei § 177 StGB ist daher aus teleologischen Erwägungen in den Fällen überraschender sexueller Handlungen zu modifizieren. Übt der Täter überraschende *Gewalt* zur Überwindung erwarteten Widerstandes aus, kann es auf einen entgegenstehenden Willen nicht ankommen, da sonst nur Fälle strafbar wären, bei denen Täter die Gewaltanwendung ankündigt²⁴⁶. Nimmt der Täter überraschende *Sexualhandlungen* vor, kann es zwar an der Gewaltanwendung fehlen, wenn die Sexualhandlung temporal- und faktisch erreicht wird, ohne dass das Opfer hiergegen einen aktuellen Widerstandswillen bilden konnte. Überraschende Sexualhandlungen können darüber hinaus aber auch mit Gewalt zusammenfallen und dann durchaus den Tatbestand des § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfüllen.

(e) *Zwischenfazit*

Bei einem sexuellen Übergriff nach § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB muss der Täter Gewalt mit dem Ziel einer sexuellen Handlung ausüben, d. h. er muss durch eine gewisse Kraftentfaltung eine körperliche Zwangswirkung beim Opfer erreichen. Hierfür kann es genügen, wenn er das Opfer in sein Büro einschließt. Ebenso reicht ein etwa im Rahmen einer Betriebsfeier verabreichtes Betäubungsmittel als Gewalt aus.

Die nötigende Gewalt wird regelmäßig, muss jedoch nicht zwingend der sexuellen Handlung vorgelagert sein. Sie kann auch mit dieser zusammenfallen. Nötigung und sexuelle Handlung können mit einer Bewegung vorgenommen werden, etwa wenn die betroffene Person beim Umfassen gleichzeitig an den Geschlechtsteilen massiv berührt wird. Die am Arbeitsplatz vermehrt anzutreffenden, überraschenden sexuellen Handlungen sind nach Rechtsprechung und h. M. keine Gewalt, da aufgrund der Überraschung kein entgegenstehender Wille des Opfers gebildet werden kann. Wie hier dargestellt wurde, ist es sinnvoll, zu differenzieren, ob sich die überraschende sexuelle Handlung temporal und faktisch im Gewaltangriff erschöpft oder darüber hinausgehen soll. In letzterem Fall ist nach der hier vertretenen Auffassung Gewalt zu bejahen.

²⁴⁶ Im Ergebnis auch *Eschelbach*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 177 Rn. 14; weiter *Renzikowski*, in: *MK*, StGB, § 177 Rn. 31; Kritik an der h. M. auch bei *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, S. 213 ff.; *Hörnle*, in: *LK*, StGB, § 177 Rn. 21 und 61 die sowohl das Widerstandserfordernis als auch die Mittel-Zweck-Beziehung bei der Gewalt ablehnt und zusätzlich einen allgemeinen entgegenstehenden Willen unterstellt.

Eine sexuelle körperliche Annäherung als direkte Form sexueller Belästigung am Arbeitsplatz stellt eine Nötigung mit Gewalt dar, wenn Gewalt angewendet wird, um sexuelle Handlungen zu erzwingen. Nach h. M. ist dies durch unerwartetes Berühren der weiblichen Brust nicht möglich, da es an der Bildung des Widerstandswillens beim Opfer fehlt. Die rein verbale Aufforderung zum Verkehr und die Androhung von Nachteilen bei Verweigerung sexueller Handlungen stellen keine Gewalt dar, könnten jedoch als Drohung unter § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB fallen.

(2) *Nötigung durch Drohung, § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB*

Für die Drohungsalternative des § 177 Abs. 1 StGB kommt wie für die Begehung mit Gewalt das *Erzwingen sexueller Handlungen* als Form der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz in Betracht, da nach herrschendem Verständnis der für eine Nötigung erforderliche Zwang auch durch Drohung ausgeübt werden kann. Welche Anforderungen an eine solchermaßen erzwungene Nötigung in Form einer sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz zu stellen sind, ist folgend zu untersuchen. Fraglich ist, ob sich eine sexuelle Belästigung in Form der *Aufforderung zum sexuellen Verkehr* und eine sexuelle Erpressung durch *Androhung von Nachteilen bei sexueller Verweigerung* als sexuelle Nötigung nach § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfassen lassen.

(a) *Drohung*

Unter einer Drohung verstehen Rechtsprechung²⁴⁷ und h. M. der Literatur die explizite oder konkludente Inaussichtstellung eines zukünftigen Übels, dessen Eintritt vom Willen des Drohenden abhängt, wenn die bedrohte Person nicht gemäß dem Willen des Täters reagiert²⁴⁸. Ob der Täter die Drohung tatsächlich verwirklichen kann oder will, ist unerheblich²⁴⁹. Es genügt, dass der Täter den Anschein erweckt, er habe die Macht, den Eintritt des Übels zu bewirken – anders als bei einer bloßen Warnung²⁵⁰. Das ist auch dann der Fall, wenn der Täter mittelbar durch die Einschaltung einer dritten Person droht²⁵¹. Der Drohende muss aus Sicht der betroffenen Person „Herr des Geschehens“ sein²⁵². Dies ist aus der Perspektive der bedrohten Person zu beurteilen, wobei jedoch nicht allein die rein subjektive Auffassung der bedrohten Person maßgebend sein kann, sondern vielmehr auf

²⁴⁷ *BGH*, Beschl. v. 13.1.1983 – 1 StR 737/81, *NStZ* 1983, 311; *BGH*, Beschl. v. 2.12.2008 – 3 StR 203/08, *NStZ* 2009, 692.

²⁴⁸ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 12; *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 234 ff. Rn. 30; *Fischer*, StGB, § 240 Rn. 31; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 37; *Wolters*, in: SK, StGB, § 177 Rn. 8a; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 177 Rn. 18; *Frommel*, in: NK, StGB, § 177 Rn. 42; *Laubenthal*, Rn. 184; *Gössel*, § 2 Rn. 24; *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 71; *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, S. 199; *Harbeck*, S. 110.

²⁴⁹ *BGH*, Urt. v. 30.6.1970 – 1 StR 127/70, *BGHSt* 23, 294 (295 f.); *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 12; die Bedrohung mit einer Scheinwaffe kann demnach ausreichend sein, *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 234 ff. Rn. 33; str. Zum Streitstand vgl. *Kindhäuser*, LPK-StGB, Vor. §§ 232-241a Rn. 28 ff.

²⁵⁰ Bei der Warnung wird auf eine unabhängig vom Willen des Täters eintretende Folge des Verhaltens der betroffenen Person hingewiesen, *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 234 ff. Rn. 31.

²⁵¹ *BGH*, Urt. v. 18.1.1955 – 2 StR 284/54, *BGHSt* 7, 197 (198); *BGH*, Beschl. v. 17. 8. 2006 – 3 StR 238/06, *NStZ-RR* 2007, 16.

²⁵² *BGH*, Beschl. v. 13.1.1983 – 1 StR 737/81, *NStZ* 1983, 311 (312) = *BGHSt* 31, 195; *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 71.

den ex-ante Empfängerhorizont eines verständigen Beobachters abzustellen ist²⁵³. Hierfür ist es erforderlich, dass das Opfer die Drohung wahrnimmt²⁵⁴. Es genügt, dass die objektiv als ernstlich erscheinende Drohung geeignet ist, beim Bedrohten mindestens Zweifel zu erwecken, ob sie verwirklicht werden kann²⁵⁵.

(aa) *Abgrenzung der Drohung von der Gewalt*

Einer anderen Meinung zufolge ist die Abgrenzung nicht sinnvoll oder möglich, da Überschneidungen von Gewalt und Drohung möglich seien²⁵⁶. Dagegen spricht das historische Argument, dass die Drohungsalternative in die Nötigungstatbestände aufgenommen wurde, um Strafbarkeitslücken, die sich aus dem Gewaltbegriff ergaben, zu schließen. Es ging nicht darum, den Begriff der Gewalt zu erweitern, sondern ihn um eine gleichrangige Begehungsalternative zu ergänzen. Daraus konstituiert sich jedoch das Bedürfnis nach Abgrenzung. Auch in quantitativ-zeitlicher Hinsicht drängt sich das Abgrenzungserfordernis auf: Bei der Drohung wird das Übel nur in Aussicht gestellt, wohingegen bei der Nötigung mit Gewalt die Zufügung des Übels im Zeitpunkt der Tat bereits erfolgt ist²⁵⁷.

Teilweise wird vertreten, dass jede mit *vis compulsiva* geführte Gewalt in Wahrheit eine Drohung sei, da nicht die verspürte Gewalt der Grund für die Handlung oder Duldung des Opfers gegen den eigenen Willen sei, sondern die Angst vor weiterer Gewalt, die als Drohung in ausgeübter Gewalt enthalten sei²⁵⁸. Nach diesem Verständnis wäre die Drohung ein Unterfall kompulsiver Gewalt, da in jeder Gewalt zugleich eine Drohung beinhaltet ist. Die vorzunehmende Abgrenzung wäre durch die mindestens einmalige *Zufügung des Übels* möglich. Diese Auffassung geht allein von den Konstellationen aus, in denen der Täter eine Gewalthandlung ausübt – etwa einen Schlag mit der Faust ins Gesicht – die für das Opfer schmerzhaft ist. Danach entscheidet das Opfer unter dem Eindruck der aus der Gewalt resultierenden, nachwirkenden Schmerzen, gegen seinen eigentlichen Willen zu handeln. Die Ansicht ist ungeeignet, wenn das Opfer unter dem Eindruck fortdauernder Gewalt – z. B. Verbrennen der Haut mit einem heißen Gegenstand oder eine Zigarette – sich einverstanden erklärt, um einen Stopp der körperlichen Schmerzen zu erreichen. Der Grund kann hier nicht in der Drohung mit weiteren Schmerzen liegen, sondern in dem reflexartigen Verhalten, bei starken körperlichen Schmerzen diesen auszuweichen, um die körperliche Integrität zu schützen²⁵⁹.

Vorzugswürdig ist die Abgrenzung nach der Qualität des Zwangs für das Opfer. Sie ist – jedenfalls bei § 177 StGB – geboten und sinnvoll, da Gewalt erst durch physischen Zwang

²⁵³ *BGH*, Urt. v. 26.5.1988 – 1 StR 111/88, BHGR Strafsachen, StGB § 177 Abs. 1 Drohung 4; *Hörmle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 71; *Mildenberger*, S. 37; *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, S. 208; offen gelassen bei *Wolters*, in: SK, StGB, § 177 Rn. 9; a. A. *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 37 „vor allem [kommt es] auf den Horizont des Opfers an“ (a. a. O.); *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 234 ff. Rn. 33. Vgl. auch *Blanke*, S. 222 f.

²⁵⁴ *BGH*, Beschl. v. 1.9.2004 – 2 StR 313/04, NJW 2004, 3437.

²⁵⁵ *BGH*, Urt. v. 16.3.1976 – 5 StR 72/76, NJW 1976, 976 = BGHSt 26, 309 (310); *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 12.

²⁵⁶ *BGH*, Urt. v. 27. 8. 1969 – 4 StR 268/69, NJW 1970, 61; *Fischer*, StGB, § 240 Rn. 30 für Drohung mit einem empfindlichem Übel; *Kindhäuser*, in: NK, StGB, Vor. §§ 249 ff. Rn. 25 f.; *Herzberg*, GA 1998, 211 (214); vgl. *Blanke*, S. 231 f.

²⁵⁷ *Mildenberger*, S. 35.

²⁵⁸ Vgl. die Überlegungen und Nachweise bei *Paeffgen*, in: Samson u. a., FS-Grünwald, S. 433 (448).

²⁵⁹ Allgemein anerkannt ist hingegen, dass *vis compulsiva* Gewalt ist, obwohl sie Drohungselemente enthält, vgl. *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 234 ff. Rn. 16 m. w. N.

für das Opfer konstituiert wird, wohingegen sich die Drohung gerade durch den psychischen Zwang auszeichnet²⁶⁰. Dieser mag zwar in Einzelfällen so stark sein, dass er sich auch körperlich bemerkbar macht, aber bleibt jedoch psychisch induziert. Die körperlichen Auswirkungen wie Angstschweiß, nervöses Zittern oder Herzrasen stellen Nebeneffekte dar, die infolge des psychischen Zwangs auftreten²⁶¹.

(bb) *Konkludente Drohung durch vorhergehende Gewalt*

Eine Drohung erfolgt üblicherweise durch die verbale Äußerung des begehrten Verhaltens unter Ankündigung eines künftigen Übels, sollte sich das Opfer weigern²⁶². Die Drohung kann jedoch auch durch schlüssiges Verhalten – etwa durch Gesten – erfolgen²⁶³. Eine Drohung kann auch dadurch ausgebracht werden, dass der Täter auf zuvor angewendete Gewalt Bezug nimmt. Wenn der Täter zuvor Gewalt angewendet hat, kann auch diese Gewalt als konkludente Drohung fortwirken²⁶⁴. Hierfür ist jedoch nicht jede jemals zuvor angewandte Gewalt ausreichend. Die Gewalt muss zur Drohung in einem zeitlichen Zusammenhang stehen. Das ist der Fall, wenn das Opfer angesichts der früheren Gewalteinwirkung die Gegenwehr gegen den Täter unterlässt²⁶⁵. Liegen zwischen der Gewaltanwendung und der konkludenten Drohung mehrere Wochen oder sogar Monate, scheidet die konkludente Drohung mit vorhergehender Gewalt aus²⁶⁶. Der Grund hierfür wird darin gesehen, dass die Wirkung der vormals angewendeten Gewalt beim Opfer umso stärker verblasst, je länger die Gewalt zurückliegt²⁶⁷. Eine allgemeine Angst vor dem Täter genügt nicht²⁶⁸.

Nach Ansicht der Rechtsprechung und der h. M. der Literatur ist auch bei Serienstraftaten für jede Tat konkret und individualisiert festzustellen, ob und wie durch die Drohung genötigt wurde²⁶⁹. Etwas Anderes kann nur ausnahmsweise dann gelten, wenn der Täter ein durch vorangehende Tötlichkeiten oder Drohungen geschaffenes Klima der Gewalt ausgenutzt hat²⁷⁰. Solche Gewaltklimata werden in familiären Beziehungen zwischen Eltern und Kinder diskutiert. Eine mögliche Übertragung auf ein Arbeitsverhältnis das von Gewalt geprägt ist, erscheint zweifelhaft. Zwar existiert hier wie dort ein Abhängigkeits- und

²⁶⁰ Vgl. hierzu auch *Blanke*, S. 239.

²⁶¹ Der Täter wird nicht durch seinen Angstschweiß motiviert, sondern durch die ihn auslösende Angst vor künftigem Verhalten des Täters. *Simm*, in: SK, StGB, § 249 Rn. 13; *Blanke*, S. 241; *Geilen*, JZ 1970, 521 (528); *Kindhäuser*, in: NK, StGB, Vor. §§ 249 ff. Rn. 26.

²⁶² Zum Begriff der Drohung gehört es, daß der Drohende dem Opfer ein künftiges Übel in Aussicht stellt, *BGH*, Beschl. v. 27.8.1985 – 4 StR 436/85.

²⁶³ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 7; *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 22; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 177 Rn. 18.

²⁶⁴ Kritisch zu dieser Formulierung *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 21 mit dem berechtigten Einwand, dass für die Tatbestandsmäßigkeit des § 177 StGB nicht die Fortwirkung der früheren Gewalt maßgebend ist (sonst Gewaltalternative Nr. 1), sondern die aktuelle (konkludente) Drohungshandlung des Täters.

²⁶⁵ *BGH*, Urt. v. 02.10.2002 (fehlerhafte Angabe in NStZ-RR) – 2 StR 153/02, NStZ-RR 2003, 42 (43).

²⁶⁶ *BGH*, Beschl. v. 17.4.2007 – 4 StR 34/07, NStZ 2007, 468; *BGH*, Urt. v. 02.10.2002 (fehlerhafte Angabe in NStZ-RR) – 2 StR 153/02, NStZ-RR 2003, 42 (43); *BGH*, Beschl. v. 24.6.2010 – 4 StR 260/10, NStZ 2010, 570 (571); krit. *Hörnle*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 88

²⁶⁷ Mit Kritik an dieser rein zeitlichen ABgrenzung *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 88; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 38.

²⁶⁸ *Laubenthal*, Rn. 195.

²⁶⁹ *BGH*, Beschl. v. 27.3.1996 – 3 StR 518/95, NJW 1996, 2107 = NStZ 1996, 349 = BGHSt 42, 107.

²⁷⁰ *BGH*, Beschl. v. 5.10.2004 – 3 StR 256/04, NStZ 2005, 268. Kritik an dieser als restriktiv empfundenen Rechtsprechung bei *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 90; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 38; *Mildenberger*, S. 37 ff.

Über-Unterordnungsverhältnis und daraus resultierende Macht, jedoch ist hinsichtlich des Grades der Abhängigkeit zu unterscheiden, ob es sich bei der Täterperson um ein leibliches Elternteil, einen anderen Erziehungsberechtigten oder den Ausbilder bzw. Arbeitgeber handelt. Die in dieser Reihenfolge absteigende Abhängigkeit ist bei der Annahme eines „Klimas der Gewalt“ zu berücksichtigen.

Subjektiv ist erforderlich, dass der Täter zumindest erkennt und billigt, dass das Opfer sein Verhalten als Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben empfindet²⁷¹. Das kann dann nicht der Fall sein, wenn das Opfer, mit dem der Täter zuvor eine längere, freiwillige, intime Beziehung unterhielt, nach vorhergehender Gewalt keinen Widerstand zeigt²⁷².

Die Drohung bei § 177 StGB hat in qualifizierter Form zu erfolgen – ebenso wie in §§ 249, 255 StGB. Die Drohung mit einem empfindlichen Übel reicht anders als in §§ 108, 240, 253 StGB nicht aus. Es muss sich um eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben handeln.

(b) Gefahr für Leib oder Leben

Um die für § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB erforderliche Drohungsintensität zu erreichen, hat der Täter ein Übel anzudrohen, welches entweder eine Gefahr für das Leben des Opfers darstellt oder bei dem eine Verletzung des Körpers zu befürchten sein muss²⁷³.

Nach Ansicht der Rechtsprechung und eines Teils des Schrifttums ist eine gewisse Schwere der körperlichen Verletzung erforderlich²⁷⁴. Die Begründung hierfür liegt darin, dass mit der Formulierung „Leib oder Leben“ die Körperverletzung dem Gewicht einer Lebensgefährdung angenähert wurde, so dass nicht jede einfache Körperverletzung ausreichend ist²⁷⁵. So genügt die Androhung von Schlägen in der Form, dem Opfer „eine zu knallen“, nicht²⁷⁶, wohingegen die Drohung „Wenn du nicht das Maul hältst, schlag ich Dich“ für tatbestandsmäßig erachtet wurde, da in diesem Fall die Einsamkeit des Opfers und die Gesamtschau der Umstände der Drohung ein starkes Gewicht gaben²⁷⁷. Die Drohung mit einer Vergewaltigung reicht aus²⁷⁸.

²⁷¹ BGH, Beschl. v. 26.2.1986 – 2 StR 76/86, NStZ 1986, 409; BGH, Ur. v. 02.10.2002 (fehlerhafte Angabe in NStZ-RR) – 2 StR 153/02, NStZ-RR 2003, 42 (43); BGH, Beschl. v. 24.6.2010 – 4 StR 260/10, NStZ 2010, 570 (571); Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 12; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 7a.

²⁷² BGH, Beschl. v. 10.1.1995 – 3 StR 588/94, NStZ 1995, 229.

²⁷³ BGH, Ur. v. 17.10.2000 – 1 StR 270/00, NStZ 2001, 246 (246); Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 7; Laubenthal, Rn. 190.

²⁷⁴ BGH, Ur. v. 17.10.2000 – 1 StR 270/00, NStZ 2001, 246 (246); BGH, Ur. v. 6.7.1999 – 1 StR 216/99, NStZ 1999, 505 (505); Fischer, StGB, § 177 Rn. 18a; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 7; Laubenthal, Rn. 190; Wolters, in: SK, StGB, § 177 Rn. 9; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 177 Rn. 19; Gössel, § 2 Rn. 28; Folkers, NJW 2000, 3317 (3318).

²⁷⁵ BGH, Ur. v. 29.10.1974 – 1 StR 525/74, MDR, 196; vgl. auch die Kritik hierzu bei Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, S. 201.

²⁷⁶ BGH, Beschl. v. 8.5.2001 – 4 StR 58/01, StV 2001, 679.

²⁷⁷ BGH, Ur. v. 6.7.1999 – 1 StR 216/99, NStZ 1999, 505 (505).

²⁷⁸ BGH, Ur. v. 17.10.2000 – 1 StR 270/00, NStZ 2001, 246 (246).

Nach a. A. ist diese einschränkende Interpretation des Drohungsbegriffs bei § 177 StGB nicht sinnvoll²⁷⁹, da sie dazu führt, dass manche Drohung nicht tatbestandsmäßig ist, obwohl die Realisierung des angedrohten Übels Gewalt im Sinne von § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB darstellen würde²⁸⁰. Gegen die „Harmonisierung“ der Begriffe wird angeführt, dass diese dem Wortlaut der Norm zuwiderläuft, denn beide Begriffe werden als Alternativen nebeneinander aufgeführt²⁸¹. Auch aus Gesichtspunkten des Opferschutzes ist eine restriktive Interpretation kontraindiziert, da sie verkennt, dass die Gefahr der Eskalation in die Ausübung der angedrohten Gewalt auch bei der Drohung mit nur geringfügigen Körperverletzungen besteht²⁸². Schließlich weisen die Vertreter dieser Ansicht darauf hin, dass es auf die Wirkung der Drohung beim Opfer ankommt, die in Form von Stubenarrest auch für Kinder schon ausreichend massiv sein kann²⁸³ und dass gegen die Ansicht der Rechtsprechung und der h. M. spricht, dass als Ergebnis ihrer Auffassung das Vermögen nach §§ 240, 253 StGB besser geschützt ist als das höchstpersönliche Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung²⁸⁴.

Weitgehende Einigkeit besteht hingegen, dass angedrohte, rein soziale Konsequenzen außerhalb des Wortlauts der Vorschrift liegen und daher keine ausreichende Drohung darstellen. Hierzu zählt die Drohung mit beruflichen Nachteilen, etwa einer arbeitsrechtlichen Kündigung²⁸⁵. Diese kann jedoch ein empfindliches Übel und damit eine tatbestandliche Drohung i. S. v. § 240 Abs. 1 StGB darstellen²⁸⁶. Insoweit ist der h. M. zu folgen, denn jede andere Auffassung lässt den Wortlaut außer Acht, der bei § 177 StGB mindestens eine Gefahr für den Leib verlangt, jedoch bei §§ 240, 253 StGB auch Drohungen mit anderen Übeln zulässt.

Im Übrigen spricht gegen die Ansicht der Rechtsprechung und der h. M., dass der Wortlaut des § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB keinen Ansatzpunkt für die restriktive Auslegung bietet und systematische Überlegungen eine Einschränkung ebenfalls nicht stützen. Vermutlich aus diesem Grund stellt die Judikatur letztlich auf eine Gesamtschau ab, um die Intensität der Drohung umfassend würdigen zu können²⁸⁷. Diese Tatsache allein kann jedoch nicht zur Ablehnung der h. M. führen, die zwar keinen Anhalt im Wortlaut findet, aber auch nicht gegen diesen verstößt. Die von der Mindermeinung kritisierte Folge, dass ein Verhalten bei Inaussichtstellung keine Drohung, aber bei Realisierung Gewalt wäre, ist bei genauerem Hinsehen nicht „seltsam“²⁸⁸, sondern adäquat. Maßstab der erforderlichen Nötigungshandlung ist die beim Opfer eintretende Zwangswirkung. Diese hängt jedoch nach dem restriktiven Gewaltbegriff vom körperlichen Bezug ab. Gerade dieser ist bei einer Drohung jedoch nicht physisch, sondern nur psychisch vermittelt. Es ist aus dieser Sicht auf die Nötigung geradezu erforderlich, für die Drohung mehr zu verlangen als für die

²⁷⁹ *Harbeck*, S. 112 spricht vom Verdacht „willkürlicher Handhabung“.

²⁸⁰ *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 72 f.; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 39; *Frommel*, in: NK, StGB, § 177 Rn. 45; *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, S. 201. Unklar bei *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 18 II Rn. 11.

²⁸¹ *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, S. 202; *Harbeck*, S. 112 f.

²⁸² *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 39; *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, S. 201.

²⁸³ Beispiel bei *Harbeck*, S. 113.

²⁸⁴ *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, S. 203.

²⁸⁵ *Frommel*, in: NK, StGB, § 177 Rn. 45; *Folkers*, NStZ 2005, 181 (182) und Fn. 26. A. A. *Harbeck*, S. 113.

²⁸⁶ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. V. 1. d) bb) (3).

²⁸⁷ *BGH*, Urt. v. 6.7.1999 – 1 StR 216/99, NStZ 1999, 505 (505).

²⁸⁸ *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, S. 201.

Gewaltanwendung, um dieses Defizit gegenüber der Gewaltanwendung auszugleichen. Dass dabei nicht jede Drohung ausreicht, ist konsequent, denn Maßstab für die Drohung ist die Gefahr einer Verletzung der körperlichen Integrität oder des körperlichen Wohlbefindens. Hingegen genügt für die Gewalt jede körperliche Zwangswirkung, ohne dass diese zugleich eine körperliche Misshandlung im Sinne von § 223 StGB darstellen müsste. Diese Eingriffsintensität ist jedoch der Drohung zu Grunde zu legen²⁸⁹.

(c) *Gegenwärtigkeit*

Eine Gefahr ist gegenwärtig, wenn bei natürlicher Weiterentwicklung der Dinge der Eintritt eines Schadens sicher oder doch höchstwahrscheinlich ist, falls nicht alsbald Abwehrmaßnahmen ergriffen werden²⁹⁰. Das ist bei einer Augenblicksgefahr dann der Fall, wenn der Eintritt des Übels unmittelbar bevorsteht²⁹¹. Auch Dauergefahren, bei denen ungewiss ist, wann der Schaden eintritt, er aber jederzeit eintreten kann, sind gegenwärtig i. S. d. Vorschrift²⁹². Da der Täter die Drohung nicht umsetzen wollen oder können muss, reicht es aus, wenn die Gefahr aus Sicht des Opfers gegenwärtig ist²⁹³. Frühere Drohungen und frühere Gewaltanwendungen – auch solche ohne Finalzusammenhang zur sexuellen Handlung – können als Dauergefahr in Betracht zu ziehen sein²⁹⁴.

(d) *Adressat der Drohung*

Adressat der Drohung ist primär die Person, die sexuelle Handlungen vornehmen oder dulden soll. Die Drohung kann sich jedoch auch gegen eine dritte Person richten. Für die Tatbestandserfüllung kann dies ausreichen, wenn die dritte Person dem Opfer nahe steht²⁹⁵. Dabei kommt es nicht auf den verwandtschaftlichen Grad der Person an, sondern ob die dem Dritten drohende Gefahr vom Opfer als eigene Gefahr empfunden wird²⁹⁶. Nur dann ist der Willen des Opfers selbst durch ein Nötigungsmittel gebeugt worden. Es kann nicht jedes Eigeninteresse des Opfers daran, dass der Dritte nicht verletzt wird, ausreichen²⁹⁷. Andernfalls würde der qualifizierte Drohungsbegriff des § 177 ausgehöhlt, denn die Gefahr für Leib oder Leben beim Sexualopfer wäre entbehrlich. Es mag auch bei

²⁸⁹ Die Rechtsprechung ist freilich noch etwas restriktiver, denn für sie genügt nicht jede Androhung von Schlägen. Hingegen wurden Ohrfeigen als ausreichend für die Drohung erachtet (*BGH* a. a. O.) – jedenfalls in der Gesamtschau – die zugleich an der unteren Grenze einer Körperverletzung liegen.

²⁹⁰ *BGH*, Urt. v. 30.6.1988 – 1 StR 165/88, BGHR StGB § 255 Drohung 4.

²⁹¹ *Fischer*, StGB, § 32 Rn. 17; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 32 Rn. 17.

²⁹² *BGH*, Urt. v. 27.5.2004 – 3 StR 500/03, NStZ 2004, 682 (682); *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 7; *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 77; *Laubenthal*, Rn. 193. Nicht ausreichend sind Dauergefahren im weiteren Sinn, bei denen der Eintritt des Übels nicht jederzeit, sondern erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums möglich ist, zu dessen Abwehr jedoch gegenwärtig eine Abwehrmaßnahme zu ergreifen ist, *Blanke*, S. 223 ff.

²⁹³ *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 75; a. A. *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 40.

²⁹⁴ *BGH*, Beschl. v. 15.3.1984 – 1 StR 72/84, NJW 1984, 1632; nicht jedoch bei längeren Zeiträumen von mehreren Tagen oder einigen Wochen: *BGH*, Beschl. v. 17.4.2007 – 4 StR 34/07, NStZ 2007, 468; *Laubenthal*, 179; *Harbeck*, S. 114; ablehnend *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 7a.

²⁹⁵ *BGH*, Beschl. v. 25.3.1998 – 1 StR 89/98, NStZ-RR 1998, 270, so entschieden für eine Drohung, sich andernfalls mit einem Messer an die jüngere Schwester des Opfers zu wenden; *BGH*, Beschl. v. 16.9.1993 – 1 StR 471/93, NStZ 1994, 31; BGHR StGB § 177 Abs. 1 Drohung 9; *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 18; *Frommel*, in: NK, StGB, § 177 Rn. 44; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 5; weiter: *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 83; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 41; *Laubenthal*, Rn. 187; *Güssel*, § 2 Rn. 32; *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, S. 210.

²⁹⁶ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 7; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 177 Rn. 18; *Wolters*, in: SK, StGB, § 177 Rn. 12; *Laubenthal*, Rn. 187;

²⁹⁷ So jedoch *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 83; i. E. auch *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, S. 210.

unbekannten dritten Personen eine missliche Situation für das Opfer darstellen, wenn es vor die Wahl gestellt wird, sexuelle Handlungen zu gestatten oder für den Tod einer anderen Person „verantwortlich“ zu sein. Solange das Opfer keine eigene Gefahr hierbei empfindet bleibt diese Wahl als empfindliches Übel unterhalb der für § 177 Abs. 1 Nr. 2 erforderlichen Intensität.

Richtet der Täter die Drohung gegen sich selbst, indem er etwa mit Selbstmord droht, genügt dies nach h. M. nicht, denn der Gesetzgeber habe diese Fallkonstellationen nicht im Sinn gehabt, als er die Norm schuf²⁹⁸. Diese teleologische Anleihe hat jedoch keinen Eingang in den Wortlaut gefunden, nach dem ausreichend ist, dass das Opfer durch Drohung genötigt wird, unabhängig davon, gegen wen sich die Drohung richten muss. Wenn – zu Recht – bei der Drohung gegen Dritte auf die Nähe zum Nötigungsoffer abgestellt wird, dann muss dies unter den gleichen Voraussetzungen auch bei der Selbstmorddrohung des Täters gelten. Eine Selbstmorddrohung ist danach ausreichend, wenn die Gefahr aufgrund der engen Beziehung des Opfers zum Täter gleichsam als eigene empfunden wird²⁹⁹.

(e) *Finalzusammenhang*

Wie bei der Gewaltanwendung so ist auch bei der Drohung erforderlich, dass der Täter die Drohung mit dem Ziel ausspricht, sexuelle Handlungen oder deren Erduldung zu erwirken. Hierfür wird verlangt, dass der Täter erkennt und wenigstens billigend in Kauf nimmt, dass das Opfer sein Verhalten als Drohung empfindet³⁰⁰. Nicht ausreichend sind daher Drohungen, die erst nach dem Ende der sexuellen Handlung ausgestoßen werden, um deren Entdeckung zu verhindern³⁰¹.

(f) *Zwischenfazit*

Aufgrund der an die Intensität einer Drohung zu stellenden Anforderungen scheiden Fallkonstellationen aus, in denen der Täter das Opfer zu sexuellen Handlungen drängt und dabei im Verweigerungsfall negative Konsequenzen für die Karriere oder den Bestand des Arbeitsverhältnisses ankündigt. Gleiches gilt, wenn der Täter Negative für nahestehende Personen – etwa den ebenfalls im Unternehmen beschäftigten Sohn oder Lebenspartner – in Aussicht stellt.

Erforderlich ist, dass der Täter mit einer körperlichen Verletzung von gewisser Schwere droht. Hierfür müssen jedoch keine gravierenden körperlichen Integritätsverletzungen in Aussicht gestellt werden. Die Androhung von Schlägen allein wird nur bei Vorliegen weiterer Umstände des Einzelfalls, die das Gewicht der Drohung verstärken, ausreichend sein. Zu denken ist hierbei an vorausgegangene Gewalt oder Vereinzelnungsmaßnahmen.

²⁹⁸ BGH, Beschl. v. 21.4.1982 – 3 StR 46/82, NStZ 1982, 286; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 41; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 5; *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 84; *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 18b; *Frommel*, in: NK, StGB, § 177 Rn. 44; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 177 Rn. 18; *Wolters*, in: SK, StGB, § 177 Rn. 12; *Laubenthal*, Rn. 188.

²⁹⁹ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 7; *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, S. 210; *Gössel*, § 2 Rn. 32; *Harbeck*, S. 115.

³⁰⁰ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 7a.

³⁰¹ BGH, Beschl. v. 29.9.2006 – 2 StR 358/06, NStZ 2007, 31 (32).

(3) *Ausnutzung einer schutzlosen Lage, § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB*

Die dritte Alternative durch die ein Täter eine sexuelle Nötigung begehen kann, ist unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Diese Tatvariante wurde durch das 33. StrÄndG 1997 vom Gesetzgeber eingefügt, um Strafbarkeitslücken in Fallkonstellationen zu schließen, bei denen der Täter sein Opfer in eine Situation oder an einen Ort bringt und es aufgrund der äußeren Gegebenheiten entweder erkennt, dass Widerstand sinnlos ist, dass das Opfer vor Schrecken starr nicht zu Widerstand fähig ist oder dass es aus Angst vor Gewalt des Täters auf Widerstand verzichtet und dadurch dem Täter Gelegenheit gibt, sein Ziel – die sexuelle Handlung – ohne Einsatz von Gewalt oder Drohung zu erreichen³⁰². Die ursprünglich als Auffangtatbestand³⁰³ verstandene Alternative steht nach aktueller Auffassung der Rechtsprechung selbständig neben den beiden anderen Begehungsweisen³⁰⁴. Allerdings bestehen im Detail Differenzen zwischen der Rechtsprechung der Strafsenate des BGH. Der 3. Strafsenat ist der Ansicht, die Alternative erfasse nur Fälle, in denen weder Gewalt ausgeübt noch mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gedroht werde³⁰⁵. Der 2. Strafsenat vertritt die Ansicht, es könne zwar Fälle geben, in denen „aufgrund außergewöhnlicher Umstände“ der Ausnutzung einer schutzlosen Lage neben einer Drohung oder Gewaltanwendung ein eigener Unrechtsgehalt zukommen könne, dies sei jedoch regelmäßig nicht der Fall, da sich bei einer erfolgreichen Drohung das Opfer regelmäßig in einer schutzlosen Lage befinde³⁰⁶. Dagegen wendet sich der 1. Strafsenat. Nach seiner Auffassung könne die Ausnutzung der schutzlosen Lage auch zu einer Gewaltanwendung oder Drohung hinzutreten, da der Ausnutzungsalternative grundsätzlich eigener Unrechtsgehalt zukomme³⁰⁷. Vorzugswürdig ist die Auffassung, nach der auf Basis der Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalls festgestellt wird, ob eine schutzlose Lage vorliegt. Hierbei ist in die Abwägung auch einzubeziehen, ob bei einer zuvor oder zugleich ausgeübten Drohung oder Gewaltanwendung der Ausnutzung zusätzlicher Unrechtsgehalt zukommt.

(a) *Lage schutzlosen Ausgeliefertseins*

Erforderlich ist, dass sich das Opfer in einer Lage befindet, in der es der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist³⁰⁸. Aus der Begründung des Gesetzgebers zur Aufhebung des § 237 StGB a. F. ergibt sich, dass die schutzlose Lage des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB an die der hilflosen Lage der aufgehobenen Vorschrift anknüpft³⁰⁹. Maßgebend hierfür ist

³⁰² BT-Drs. 13/7324 vom 21.3.1997, S. 6. Vgl. zum Gesetzgebungsverfahren *Fischer*, ZStW 112 (2000), 75 (76 ff.).

³⁰³ BGH, Beschl. v. 8.9.1998 – 1 StR 439/98, NStZ 1999, 30. Dagegen lässt jedoch bereits die dortige Formulierung mit „neben Gewalt und Drohung“ (BT-Drs. 13/7324 a. a. O.) einwenden.

³⁰⁴ BGH, Urt. v. 3.11.1998 – 1 StR 521/98, NStZ 1999, 130 = BGHSt 44, 228; BGH, Beschl. v. 12.1.2011 – 1 StR 580/10, NStZ 2011, 274

³⁰⁵ BGH, Beschl. v. 21.12.2010 – 3 StR 401/10, NStZ-RR 2011, 116 (117); BGH, Beschl. v. 5.10.2004 – 3 StR 256/04, NStZ 2005, 268.

³⁰⁶ BGH, Beschl. v. 10.12.2008 – 2 StR 517/08, NStZ 2009, 207 (207).

³⁰⁷ BGH, Beschl. v. 12.1.2011 – 1 StR 580/10, NStZ 2011, 274.

³⁰⁸ BGH, Urt. v. 25.1.2006 – 2 StR 345/05, NStZ 2006, 395 (396) = BGHSt 50, 359; BGH, Beschl. v. 10.5.2011 – 3 StR 78/11, NStZ 2012, 34.

³⁰⁹ BT-Drs. 13/7324 vom 21.3.1997, S. 7; BGH, Beschl. v. 8.9.1998 – 1 StR 439/98, NStZ 1999, 30; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 43; *Laubenthal*, Rn. 203; eingehend *Fischer*, ZStW 112 (2000), 75 (80); *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 98: die Begriffe schutzlos und hilflos sind als Synonyme aufzufassen.

nach der Rechtsprechung eine Gesamtwürdigung aller tatbestandsspezifischen Umstände³¹⁰. D. h. die Umstände konstituieren die schutzlose Lage³¹¹.

Eine solche Lage liegt nicht erst dann vor, wenn für das Opfer überhaupt keine Verteidigungs- oder Ausweichmöglichkeiten mehr gegeben sind, sondern bereits, wenn die Schutz- und Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers in einem Maß vermindert sind, dass es dem ungehemmten Einfluss des Täters preisgegeben ist³¹². Das Opfer ist schutzlos ausgeliefert, wenn es aufgrund der Umstände weder mit Aussicht auf Erfolg körperlichen Widerstand leisten, noch sich durch Flucht dem Täter entziehen, noch auf Hilfe dritter Personen hoffen kann³¹³. Schutzlosigkeit in diesem Sinne ist eine Kombination aus inneren Umständen in der Person des Opfers und des Täters und äußeren Umständen. Dabei können sich die Umstände ergänzen oder einander entgegenstehen. Aus dem bloßen Alleinsein mit dem potentiellen Täter ergibt sich noch keine schutzlose Lage³¹⁴. Das Vorliegen einer Lage erfordert eine zeitliche Stabilisierung der Umstände. Von einer Lage kann daher bei überraschenden Angriffen nicht ausgegangen werden, da es an der Zeit für das Opfer fehlt, den entgegenstehenden Willen zu bilden und für den Täter daran, die entstandene Lage auszunutzen³¹⁵.

(aa) *Objektiv-individuelle oder subjektive Sichtweise?*

Nach Auffassung der Rechtsprechung ist die schutzlose Lage per Gesamtabwägung aus objektiver ex-ante Sicht zu ermitteln³¹⁶. Dabei ist zu berücksichtigen, welche individuellen Möglichkeiten das Opfer in der konkreten Situation besaß, Widerstand zu leisten oder zu fliehen³¹⁷.

Dagegen wird von Teilen des Schrifttums eingewandt, dass es auf die subjektive Opferperspektive ankomme, denn eine Objektivierung sei im Wortlaut der Vorschrift nicht angelegt³¹⁸. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten die Fällen erfasst werden, bei denen

³¹⁰ *BGH*, Beschl. v. 10.5.2011 – 3 StR 78/11, NStZ 2012, 34.

³¹¹ *BGH*, Urt. v. 25.1.2006 – 2 StR 345/05, NStZ 2006, 395 (396) Rn. 9.

³¹² *BGH*, Beschl. v. 8.9.1998 – 1 StR 439/98, NStZ 1999, 30.

³¹³ *BGH*, Urt. v. 25.1.2006 – 2 StR 345/05, NStZ 2006, 395 (396); *Fischer*, ZStW 112 (2000), 75 (81); *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 9; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 6; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 42; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 177 Rn. 23; *Frommel*, in: NK, StGB, § 177 Rn. 51; *Wolters*, in: SK, StGB, § 177 Rn. 13b; *Laubenthal*, Rn. 208; weiter *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 99 ff., die bereits bei Alleinsein des Opfers mit dem Täter regelmäßig von Schutzlosigkeit ausgeht.

³¹⁴ *BGH*, Urt. v. 25.1.2006 – 2 StR 345/05, NStZ 2006, 395 (395); *BGH*, Beschl. v. 1.12.2009 – 3 StR 479/09, NStZ 2010, 273 (274); *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 44; *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 29; a. A. *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 100.

³¹⁵ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 10.

³¹⁶ *BGH*, Urt. v. 25.1.2006 – 2 StR 345/05, NStZ 2006, 395 (396). Mit dieser Entscheidung hat der 2. StrS seine vielfach kritisierte Rechtsprechung aufgegeben, wonach die Schutzlosigkeit der Lage nicht erforderlich, dass das Opfer die objektiv gegebene Schutzlosigkeit erkenne, es vielmehr allein ausreiche, dass der Täter die Schutzlosigkeit erkenne, *BGH*, Urt. v. 28.1.2004 – 2 StR 351/03, NStZ 2004, 440. Zur Kritik vgl. *BGH* a. a. O. Rn. 7; enger *BGH*, Beschl. v. 20.3.2012 – 4 StR 561/11, NStZ 2013, 466 mit abl. Anm. von *Renzikowski/Sick*, NStZ 2013, 468 ff.

³¹⁷ Die Widerstandsfähigkeit kann infolge geistiger oder körperlicher Behinderung herabgesetzt sein, *BGH*, Beschl. v. 1.12.2009 – 3 StR 479/09, NStZ 2010, 273 (273); *BGH*, Beschl. v. 10.5.2011 – 3 StR 78/11, NStZ 2012, 34; *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 28.

³¹⁸ *Renzikowski/Sick*, NStZ 2013, 468 (469); ohne Begründung *Frommel*, in: NK, StGB, § 177 Rn. 51; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 177 Rn. 24; differenzierend *Wolters*, in: SK, StGB, § 177 Rn. 13b.

Opfer aufgrund subjektiver Defizite keinen Widerstand leisten könnten oder wollten³¹⁹. Schließlich könne es bei der erforderlichen Willensbeugung immer nur um den Willen des Opfers gehen. Dies ergebe auch der Vergleich mit der Drohung, bei welcher der Täter nicht in der Lage sein müsse, die Drohung wahr zu machen. Es genüge der Irrtum beim Opfer. Dies müsse auch in der Ausnutzungsalternative gelten, die sachlich ein Fall der konkludenten Drohung darstelle³²⁰.

Eine andere Auffassung im Schrifttum stimmt der Rechtsprechung zu³²¹. Sie ist *de lege lata* vorzugswürdig, da der Wortlaut „der Einwirkung [...] ausgeliefert ist“ von einer objektiv bestimmten schutzlosen Lage ausgeht. Richtig ist, dass der Gesetzgeber Strafbarkeitslücken schließen wollte. Diese bestanden darin, dass das Opfer „angesichts seiner hilflosen Lage eine Verteidigung für sinnlos“³²² hielt. Der Verweis auf die Begründung ergibt gerade nicht, dass der Gesetzgeber auch die Fälle *irrtümlicher* Auffassung einer schutzlosen Lage erfassen wollte. Der Vergleich mit der Drohung stellt ebenfalls kein Argument für eine subjektive Betrachtung dar, denn bei der Drohung übt der Täter nötigenden psychischen Zwang auch dann aus, wenn er z. B. mit einer Scheinwaffe droht³²³. Das Opfer irrt nicht über die Drohung, sondern über die Möglichkeit des Täters, das Übel zu bewirken. Das ist mit der Verursachung des Opferzwangs bei der schutzlosen Lage nicht unbedingt vergleichbar – insbesondere dann nicht, wenn der Täter die Lage nicht herbeigeführt, sondern nur vorgefunden hat. Verzichtet man mit der Rechtsprechung auf eine Nötigungshandlung des Täters, ist dieser bereits nicht in der Lage den Irrtum durch seine Handlung hervorzurufen. Allein das Opfer kann sich über die Umstände irren. Dieser Irrtum kann jedoch mangels Verursachung nicht dem Täter zugerechnet werden.

Erforderlich ist stets, dass das Opfer die bestehende Schutzlosigkeit seiner Lage wahrnimmt³²⁴. Andernfalls ist bereits keine Nötigung möglich, da diese nach zutreffender Ansicht voraussetzt, dass der Wille des Opfers durch die Nötigungshandlung gebeugt wird³²⁵. Nimmt das Opfer die Nötigungshandlung bereits nicht wahr, erkennt es die Schutzlosigkeit seiner Lage nicht, kann sein Wille hierdurch nicht manipuliert werden.

(bb) Arbeitsplatz als schutzlose Lage?

Aus § 106 GewO folgt für den Arbeitgeber das Weisungsrecht gegenüber Arbeitnehmern: er kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen bestimmen. Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens des Arbeitnehmers im Betrieb, § 106 Satz 2 GewO. Wenn der Arbeitnehmer mithin bzgl. Ort, Zeit und Verhalten nicht frei ist, sondern sein Aufenthaltsort und sein Verhalten im Betrieb von Weisungen des Arbeit-

³¹⁹ Renzikowski, in: MK, StGB, § 177 Rn. 44.

³²⁰ Renzikowski/Sick, NStZ 2013, 468 (469).

³²¹ Hörnle, in: LK, StGB, § 177 Rn. 104; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 9; Laubenthal, Rn. 209; Gössel, § 2 Rn. 35; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 18 II Rn. 12; differenzierend Mildemberger, S. 62 ff.

³²² BT-Drs. 13/7324 vom 21.3.1997, S. 6.

³²³ Ist sich der Täter hingegen seiner Drohung bereits nicht bewusst, fehlt es am Nötigungsvorsatz oder jedenfalls am Finalzusammenhang, wenn es zu sexuellen Handlungen mit einem Opfer kommt, das sich irrtümlich bedroht fühlt.

³²⁴ BGH, Urt. v. 25.1.2006 – 2 StR 345/05, NStZ 2006, 395 (396) Rn. 8 u. 10; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 6; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 9; Laubenthal, Rn. 214.

³²⁵ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 3. b) bb).

gebers abhängen, könnte darin unter Gesamtwürdigung aller tatbestandspezifischen Umstände eine Verminderung seiner Verteidigungs- und Ausweichmöglichkeiten zu sehen sein, die ihn dem ungehemmten Einfluss des Täters preisgibt. Das ist der Fall, wenn das Opfer weder mit Aussicht auf Erfolg körperlichen Widerstand leisten kann, noch sich durch Flucht dem Täter entziehen noch auf Hilfe dritter Personen hoffen kann³²⁶.

Ob das Opfer in der Lage ist, dem Täter mit Aussicht auf Erfolg körperlichen Widerstand zu leisten, hängt nicht von Arbeitsplatz oder Arbeitsverhältnis ab, sondern von den beteiligten Personen. Es gilt jedoch auch am Arbeitsplatz, dass in der Regel ein körperlich überlegener Mann eine weniger kräftige Frau bedrängt.

Ob das Opfer auf die Hilfe Dritter hoffen kann, hängt hingegen von der konkreten Situation am Arbeitsplatz ab, ebenso ob es sich durch Flucht entziehen kann. Konstellationen in denen dritte Personen nicht eingreifen können, etwa weil diese außer Hörweite sind und deshalb nicht aufmerksam gemacht werden können, sind am Arbeitsplatz leicht vorstellbar. Solche Wahrnehmbarkeitslücken bieten etwa Anlagenumgebungen mit hohem Lärmpegel ebenso wie Büroumgebungen mit abgeschiedenen Räumen oder auch Reise-tätigkeiten, bei denen keine weiteren Personen zugegen sind.

In den Fällen, in denen der physisch überlegene Täter eine Situation wählt, in denen keine dritten Personen eingreifen können³²⁷, kommt es maßgebend darauf an, ob das Opfer sich dem Täter entziehen kann. Rein faktisch mag diese Möglichkeit bestehen, sie kann jedoch gleichzeitig einen Verstoß gegen die arbeitsvertragliche Verpflichtung darstellen, sich persönlich während der Arbeitszeit am Arbeitsort aufzuhalten. Aufgrund dieser Verpflichtung könnte das Opfer trotz Furcht vor der Gewaltanwendung des Täters darauf verzichten, eine bestehende Fluchtmöglichkeit zu nutzen, um den Arbeitsplatz nicht zu verlieren³²⁸. Fraglich ist, ob der hierdurch beim Opfer entstehende Zwang für den Tatbestand des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB ausreicht. Oder anders formuliert: muss sich ein Opfer durch Flucht den Einwirkungen des Täters am Arbeitsplatz entziehen und so die schutzlose Lage verhindern, auch wenn dies möglicherweise soziale Nachteile für das Opfer bedeutet?

Voraussetzung ist zunächst, dass sich das Opfer über die Möglichkeit zur Flucht nicht irrt. Es muss erkennen, dass grundsätzlich die Möglichkeit zur Flucht, also sich dem Täter körperlich zu entziehen, besteht. Entscheidet sich das Opfer in dieser Situation aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtung oder der Befürchtung, bei Flucht dagegen zu verstoßen und den Arbeitsplatz zu verlieren, liegt nach objektiv-individueller Ansicht keine schutzlose Lage vor. Nach subjektiver Auffassung wäre eine schutzlose Lage hingegen zu bejahen, da sich das Opfer aus seiner Sicht nicht frei entschieden hat.

Es könnte daher für die objektiv-individuelle Auffassung geboten sein, die Anforderung an die schutzlose Lage am Arbeitsplatz abzuschwächen. Zwar ist auch am Arbeitsplatz nicht generell von einer schutzlosen Lage auszugehen, wenn zwei Personen allein sind. Sofern aber keine hilfsbereiten Dritten zugegen sind und der Täter dem Opfer physisch

³²⁶ BGH, Urt. v. 25.1.2006 – 2 StR 345/05, NStZ 2006, 395.

³²⁷ Hörnle, in: LK, StGB, § 177 Rn. 100 weist zu Recht darauf hin, dass in den am häufigsten vorkommenden Situationen der männliche Täter dem weiblichen Opfer körperlich überlegen ist. Diese Überlegenheit dürfte für einen Großteil der Fälle konstitutiv sein für den Willenentschluss, sexuelle Handlungen erzwingen zu wollen.

³²⁸ Diese Situation ist von derjenigen zu unterscheiden, in der sich das Opfer nicht vor körperlichen Einwirkungen des Täters fürchtet, sondern vor sozialen Einwirkungen.

überlegen ist, könnte es zur Verbesserung des Opferschutzes sinnvoll sein, vom Erfordernis einer Fluchtmöglichkeit abzusehen, wenn zwischen Täter und Opfer ein hierarchisches Machtgefälle besteht, der Täter mithin in der Lage ist, über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses des Opfers oder dessen berufliches Fortkommen zu entscheiden. Es müsste sich beim Täter also um eine Person handeln, die entweder als Arbeitgeber oder leitender Angestellter in der Lage ist, das Arbeitsverhältnis mit dem Opfer zu beenden oder aufgrund übertragener Befugnis über berufliche Vor- oder Nachteile für das Opfer zu entscheiden. Die Entscheidung zur Flucht verlangt dem Opfer, das sich in einer nicht nur körperlichen, sondern auch wirtschaftlichen Zwangssituation wiederfindet, mehr ab als in einer schutzlosen Lage außerhalb wirtschaftlicher Verhältnisse. Es hat zwischen seinem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung und seinem beruflichen Fortkommen zu entscheiden. Nutzt das Opfer die Fluchtmöglichkeit, so kann es sich dem Täter doch nicht dauerhaft entziehen, wenn es am Arbeitsplatz festhalten möchte, auf den es zurückkehren muss. Die Fluchtmöglichkeit besteht nur punktuell und ist daher weniger geeignet als in anderen Konstellationen, in denen sich Täter und Opfer nicht aufgrund vertraglicher Verpflichtung regelmäßig wiedersehen. Die Situation am Arbeitsplatz stellt sich für das Opfer insgesamt als gefährlicher dar, da es nur eingeschränkte Verteidigungsmöglichkeiten besitzt³²⁹.

Eine solche Erweiterung der schutzlosen Lage mag viktimodogmatisch wünschenswert sein, da diese Auffassung den Opferschutz vervollständigt. Insbesondere am Arbeitsplatz, an dem die sozialen Zwänge einer Person dem Täter häufig bekannt sind und er diese leicht für seine Zwecke ausnutzen kann, scheint es sinnvoll zu sein, diese soziale Zwangsausübung mit einzubeziehen. Allerdings müsste sich diese Ansicht fragen lassen, worin die Nötigungshandlung des Täters liegt, der die wirtschaftliche Zwangssituation am Arbeitsplatz erkennt und auch zu sexuellen Handlungen ausnutzt, jedoch keine Nötigungshandlung vornimmt. Selbst wenn man mit der Rechtsprechung keine gesonderte Nötigungshandlung verlangt, verliert der Tatbestand an Bestimmtheit, denn das Opfer nötigt sich gewissermaßen selbst, indem es sich den sozialen bzw. arbeitsrechtlichen Verpflichtungen unterwirft und nicht mehr *allein* von Furcht vor Gewaltanwendung motiviert wird. Den Tatbestand derart auszuweiten hieße, auf eine Nötigungshandlung zu verzichten und den Tatbestand in den Bereich „bloßer ‚Vorstellungen‘“ des Opfers zu verschieben³³⁰. Eine Modifikation der Anforderungen an die schutzlose Lage am Arbeitsplatz ist daher abzulehnen.

Irrt das Opfer hingegen über die faktische Fluchtmöglichkeit und nimmt es an, es *könne* den Arbeitsplatz nicht verlassen, sondern müsse die Handlungen gegen seinen Willen aufgrund vertraglicher Verpflichtung erdulden, befindet es sich im Irrtum über die Fluchtmöglichkeit. Im Anschluss an die objektiv-individuelle Auffassung der Rechtsprechung und eines Teils des Schrifttums wäre auch hier der Irrtum über die Fluchtmöglichkeit unbeachtlich, eine schutzlose Lage daher zu verneinen. Anders hingegen nach der subjektiven Ansicht, die darauf abstellt, ob das Opfer aus seiner Perspektive zur Flucht imstande ist. Danach wäre hier eine schutzlose Lage gegeben, denn das Opfer irrt über die Möglichkeit, sich dem Täter zu entziehen.

³²⁹ Zur Furcht des Opfers vor der arbeitsrechtlich-sozialen Macht des Täters vgl. diese Arbeit unter D. II. 3. b) bb) (3) (b).

³³⁰ Fischer, StGB, § 177 Rn. 28a mit Kritik gegen die subjektive Opfersicht.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist dieser grundsätzlich wünschenswerte Schutzzumfang mit der gegenwärtigen Tatbestandsgestaltung nicht möglich³³¹. Erforderlich wäre einerseits mit der Rechtsprechung bei § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB auf die Zweiaktigkeit des Tatbestandes zu verzichten und gegen den Wortlaut die Zwangswirkung aus den Umständen, welche die schutzlose Lage konstituieren ausreichen zu lassen³³². Darüber hinaus müsste die schutzlose Lage aus subjektiver Sicht bewertet werden, was sich ebenfalls mit dem Wortlaut nicht vereinbaren lässt³³³.

(b) *Einwirkung des Täters*

§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB fordert, dass das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist. Das Opfer muss unter dem Eindruck seines schutzlosen Ausgeliefertseins aus Furcht vor einer nur möglichen Einwirkung des Täters auf ihm grundsätzlich möglichen Widerstand verzichten³³⁴. Nach der Rechtsprechung muss es sich dabei um eine potentielle Gewaltanwendung des Täters in Gestalt von Körperverletzungs- oder gar Tötungshandlungen handeln³³⁵.

Die sexuelle Handlung selbst kann nicht die (einzige) Einwirkung des Täters sein³³⁶. Ebenfalls keine ausreichende Einwirkung ist eine Drohung des Täters, denn das Opfer fürchtet sich nicht vor der Drohung als Ankündigung eines Übels, sondern vor ihrer Verwirklichung – der Zufügung des Übels³³⁷. Das gilt auch, wenn die Drohung die Intensität gemäß § 177 Abs. 1 Alt. 2 StGB besitzt. Das Überreden oder Überzeugen des Opfers durch den Täter von den Vorteilen einer sexuellen Handlung ist ebenfalls nicht tatbestandsmäßig³³⁸.

Das Opfer wird aufgrund der als schutzlos erkannten Lage durch seine Angst vor der möglichen Gewaltanwendung motiviert, sexuelle Handlungen zu dulden oder vorzunehmen. Es genügt nicht, dass das Opfer möglichen Widerstand aus Angst vor der Zufügung

³³¹ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 6; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 9; *Fischer*, ZStW 112 (2000), 75 (82); krit. *Mildenberger*, S. 58 ff.

³³² *BGH*, Urt. v. 25.1.2006 – 2 StR 345/05, NStZ 2006, 395 (396) Rn. 9.

³³³ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 3. b) bb) (3) (a).

³³⁴ *BGH*, Urt. v. 25.1.2006 – 2 StR 345/05, NStZ 2006, 395 (397); *Laubenthal*, Rn. 204.

³³⁵ *BGH*, Urt. v. 27.3.2003 – 3 StR 446/02, NStZ 2003, 533 (534); *BGH*, Urt. v. 25.1.2006 – 2 StR 345/05, NStZ 2006, 395 (396) = BGHSt 50, 359 (366); *BGH*, Beschl. v. 4.4.2007 – 4 StR 345/06, NStZ 2008, 50 (52) = BGHSt 51, 280 (284); *BGH*, Beschl. v. 11.6.2008 – 5 StR 193/08, NStZ 2009, 263 (263); *BGH*, Beschl. v. 10.5.2011 – 3 StR 78/11, NStZ 2012, 34 (34).

³³⁶ *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 26 mit dem zutreffenden Hinweis, dass eine Person ihren Widerstand gegen sexuelle Handlungen nicht aufgibt, wenn diese Handlungen das Einzige sind das sie fürchtet.

³³⁷ *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 25; *Fischer*, ZStW 112 (2000), 75 (82); *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 43. Spricht der Täter die Drohung tatsächlich aus, droht er im Sinne der Alt. 2, die damit verwirklicht ist.

³³⁸ *Fischer*, ZStW 112 (2000), 75 (82); a. A. *Frommel*, ZRP 1988, 233 (235).

anderer Übel – etwa soziale Nachteile wie Zerstörung der Ehe durch den Schwiegervater³³⁹ oder die Kündigung des Arbeitsverhältnisses – unterlässt³⁴⁰. Dem stimmt die Literatur nahezu vollständig zu³⁴¹. Diese fast einhellige Ansicht findet keinen Anhalt im Wortlaut, denn als Einwirkung eines Täters kommt zunächst jedes beliebige – nicht nur gewalttätiges – Verhalten gegenüber dem Opfer in Betracht³⁴². Im Hinblick darauf, dass Fälle beschrieben werden³⁴³, bei denen eine weibliche Person aufgefordert wird, sexuelle Handlungen zu dulden oder vorzunehmen und dies aus Angst vor dem Verlust ihres Arbeitsplatzes unternimmt, ist die Gültigkeit dieser Beschränkung des Tatbestandes zu prüfen.

Als Begründung für die einschränkende Auffassung, nach der sich das Opfer nur dann in einer schutzlosen Lage befindet, wenn es sich vor Gewalteinwirkungen fürchtet, wird der Wille des Gesetzgebers angeführt, der eben in diesen Fällen der Furcht vor Gewaltanwendung durch den körperlich überlegenen Täter Strafbarkeitslücken schließen wollte³⁴⁴. Aus der Systematik der Norm wird abgeleitet, dass deren „innere Stimmigkeit“³⁴⁵ entfällt, wenn auch soziale Nachteile als Grund für das Erstarren des Opfers akzeptiert werden, da dann Handlungen unterschiedlichsten Unrechtsgehalts mit derselben Strafe bedroht werden³⁴⁶. § 177 StGB will das Recht der sexuellen Selbstbestimmung jedoch nur vor besonders intensiven Angriffsformen schützen³⁴⁷. Würde man den Tatbestand derart ausweiten, wäre der Unterschied zu den Delikten des sexuellen Missbrauchs weitgehend eingeebnet³⁴⁸. Nach Sinn und Zweck muss es sich bei der Einwirkung um eine Handlung handeln, der das Opfer konkret hilflos ausgeliefert ist, d. h. die zum Zeitpunkt des Bestehens der schutzlosen Lage „an Ort und Stelle“³⁴⁹ ausgeführt werden kann. Unzureichend ist es, wenn diese erst für einen späteren Zeitpunkt droht³⁵⁰. Rein soziale Nachteile beschränken die unmittelbaren körperlichen Verteidigungs- oder Fluchtmöglichkeiten des Opfers nicht wesentlich, so dass sie keine schutzlose Lage zu begründen vermögen³⁵¹. Bei Alt. 3 soll es sich um einen Auffangtatbestand der Drohungsalternative handeln, der nur dann erfüllt

³³⁹ So der Sachverhalt bei *BGH*, Urt. v. 27.3.2003 – 3 StR 446/02, NStZ 2003, 533.

³⁴⁰ *BGH*, Urt. v. 4.4.2007 – 2 StR 34/07, NStZ 2007, 468 (52) Rn. 15; *BGH*, Beschl. v. 11.6.2008 – 5 StR 193/08, NStZ 2009, 263 (263); *BGH*, Beschl. v. 4.12.2008 – 3 StR 494/08, NStZ 2009, 443 (443); *BGH*, Beschl. v. 7.7.2009 – 3 StR 223/09, NStZ 2010, 149 (149); *BGH*, Beschl. v. 21.12.2010 – 3 StR 401/10, NStZ-RR 2011, 116 (117);

³⁴¹ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 6; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 9; *Laubenthal*, Rn. 206; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 43; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 177 Rn. 25; *Frommel*, in: NK, StGB, § 177 Rn. 50; *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 95; *Wolters*, in: SK, StGB, § 177 Rn. 13b; *Fischer*, ZStW 112 (2000), 75 (82); krit. *Mildenberger*, S. 58 ff.

³⁴² *Fischer*, ZStW 112 (2000), 75 (83): „Sie umfasst von der Gewaltanwendung bis zur argumentativen Überredung die gesamte Bandbreite möglichen Verhaltens“.

³⁴³ *Plogstedt/Degen*, S. 20 ff.; *Kausch, Martina*, Sexuelle Nötigung im Vorstellungsgespräch, abrufbar unter: <http://www.abendblatt.de/region/norderstedt/article107883673/Sexuelle-Noetigung-im-Vorstellungsgespraech.html> (besucht am 20.11.2015)

³⁴⁴ So *BGH*, Urt. v. 27.3.2003 – 3 StR 446/02, NStZ 2003, 533 (534) mit Verweis auf BT-Drs. 13/7324 vom 21.3.1997, S. 6.

³⁴⁵ *BGH*, Urt. v. 27.3.2003 – 3 StR 446/02, NStZ 2003, 533 (534).

³⁴⁶ *Laubenthal*, Rn. 206.

³⁴⁷ *BGH*, Urt. v. 27.3.2003 – 3 StR 446/02, NStZ 2003, 533 (534).

³⁴⁸ *BGH*, Urt. v. 27.3.2003 – 3 StR 446/02, NStZ 2003, 533 (534).

³⁴⁹ *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 95.

³⁵⁰ *Fischer*, ZStW 112 (2000), 75 (83).

³⁵¹ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 9; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 43; *Folkers*, NStZ 2005, 181 (182); *Lehmann*, NStZ 2002, 353 (353).

sein könne, wenn ebenfalls mindestens Gefahr für Leib oder Leben bestehe³⁵². Wenn das Opfer in der Lage ist, nach rationaler Abwägung der Vor- und Nachteile sich für den Sexualkontakt zu entscheiden, liegt keine schutzlose Lage vor³⁵³.

Diese Argumente überzeugen nur teilweise: Ein Auffangtatbestand kommt nur dann zum Tragen, wenn der speziellere Tatbestand nicht verwirklicht wird. Hingegen kann § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB auch neben Nr. 1 oder Nr. 2 treten, wenn ein über diese Alternativen hinausgehendes Unrecht festgestellt wird³⁵⁴. Auch die Abgrenzung zu Missbrauchstatbeständen hat nicht zwingend danach zu erfolgen, ob die Anwendung von Gewalt oder sozialen Nachteilen befürchtet wird. Die Abgrenzung richtet sich primär danach, ob ein entgegenstehender Wille des Opfers generell möglich ist³⁵⁵. Mit dem Verweis auf die Gesetzesmaterialien ist belegt, dass es dem Gesetzgeber darum ging, Strafbarkeitslücken zu schließen, die sich aus inneren Umständen des Opfers ergaben. Furcht vor sozialen Nachteilen sind jedoch ebenfalls innere Umstände des Opfers, die zu Strafbarkeitslücken führen. Der Verweis überzeugt aufgrund des indifferenten Wortlauts, der nicht nach Anlass der Furcht (vor Gewalt oder anderen Übeln) unterscheidet, nicht. Schwerer wiegt das historisch-systematische Argument, dass alle Alternativen für die innere Stimmigkeit der Norm vergleichbaren Unrechtsgehalt besitzen müssen. Da es sowohl bei der Einführung der Drohungsalternative als auch der Ausnutzungsvariante darum ging, Strafbarkeitslücken zu schließen und nicht, den Tatbestand in Richtung der Fallkonstellationen geringeren Unrechts oder geringerer Angriffsintensität zu erweitern, muss Nr. 3 diesbezüglich einer Gewaltanwendung (nach dem restriktiven Gewaltbegriff) oder einer Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben entsprechen.

Mildenberger weist darauf hin, dass es nicht einleuchte, dass zwar körperliches Ausgeliefertsein von § 177 StGB geschützt, soziales Ausgeliefertsein hingegen nur über § 240 StGB erfasst sei, der dem Unrechtsgehalt der Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts nicht gerecht werde³⁵⁶. Angriffsintensität und Rechtsgutsgefährdung auf Opferseite seien relational zu betrachten, so dass fehlende Angriffsintensität wie bei Nr. 3 durch hohe Schutzbedürftigkeit des Opfers kompensiert werde³⁵⁷. Ist die Schutzbedürftigkeit des Opfers nur ausreichend hoch, d. h. sind die sozialen Übel nur schwer genug, bringen diese das Opfer wenigstens mittelbar in Lebens- oder Leibesgefahr und fügen sich so in den von § 177 StGB benötigten Unrechtsgehalt ein. Ob diese Überlegungen einer genaueren Nachprüfung standhalten, ist zu prüfen:

Das Opfer soll nach allgemeiner Ansicht aus Furcht motiviert sein, die sexuelle Handlung hinzunehmen. Es trifft – mit Ausnahme allein der Fälle, in denen es aufgrund Schreckens erstarrt – stets unter dem Eindruck der für die schutzlose Lage maßgebenden Umstände eine Entscheidung. Dieser liegt die Abwägung zugrunde, sexuelle Handlungen gegen seinen Willen hinzunehmen oder hierzu durch Gewalt gezwungen zu werden. Erkennt das Opfer, dass an der sexuellen Handlung kein Weg vorbeiführt, kann es sich entscheiden,

³⁵² *Wolters*, in: SK, StGB, § 177 Rn. 13b.

³⁵³ *Frommel*, in: NK, StGB, § 177 Rn. 50.

³⁵⁴ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 3. b) bb) (3).

³⁵⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 1.7.2004 – 2 BvR 568/04, NStZ 2005, 30 (30) Rn. 5; Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 4. c) bb).

³⁵⁶ *Mildenberger*, S. 60.

³⁵⁷ *Mildenberger*, S. 61.

auf Widerstand zu verzichten ohne dass dies Auswirkungen auf die Strafbarkeit des Täters hat. Fürchtet sich das Opfer hingegen nur vor sozialen Nachteilen – z. B. weil es weiß, dass der Täter keine Gewalt ausüben wird – besteht für das Opfer hingegen eine Möglichkeit, sich der sexuellen Handlung zu entziehen. Entweder es beugt sich dem empfindlichen Übel oder es widersteht, ggf. durch körperlichen Widerstand. In beiden Fällen(!) kommt es nicht zur sexuellen Handlung gegen den Willen des Opfers, sondern allenfalls zum Eintritt des empfindlichen Übels³⁵⁸. Üblicherweise – wenn auch nicht zwingend – realisieren sich die empfindlichen Übel erst außerhalb der konkret schutzlosen Lage³⁵⁹.

Die Schutzbedürftigkeit des Opfers, das sich vor rein sozialen Nachteilen fürchtet, ist daher geringer als die des Opfers, welches Gewalt fürchten muss. Sie ist nicht ausreichend hoch, um mit der Schutzbedürftigkeit eines mit Gewalt bedrohten Opfer vergleichbar zu sein, denn im Fall sozialer Nachteile hat das Opfer eine reale Chance, der sexuellen Handlung zu entgehen und muss diese nach der gegenwärtigen Konzeption zum Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung auch nutzen. Die Angemessenheit dieser Konzeption mag zweifelhaft sein, denn sie zwingt das Opfer in z. T. gravierende Nachteile, um eine Rechtsgutsverletzung abzuwenden. Im Vergleich zu anderen, nicht persönlichen Rechtsgütern, wie den Vermögensdelikten, scheint der Schutzbereich unangemessen eng. Das liegt einerseits am unflexiblen Verbrechenstrafrahmen, der für eine Einbeziehung von Taten geringeren Unrechts keine Handhabe bietet, zeugt jedoch auch von den rechtspolitischen Schwierigkeiten im Umgang mit dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung³⁶⁰.

Wenn das Opfer Gewalt fürchten muss, hat es keine reale Chance der sexuellen Handlung zu entgehen. Es hat allein die Wahl zwischen sexueller Handlung mit und ohne vorherige Gewaltanwendung und ist aus diesem Grund schutzbedürftiger als das Opfer, welches durch die Inkaufnahme sozialer Nachteile der sexuellen Handlung entgehen kann.

Die Schutzbedürftigkeit von Personen, die von sozialen Nachteilen am Arbeitsplatz als Einwirkung des Täters bei bestehender schutzloser Lage ausgehen, ist nicht ausreichend hoch, um daraus eine Vergleichbarkeit im Hinblick auf (un-)mittelbare Lebens- oder Leibesgefahr bei einer Gewalteinwirkung abzuleiten. Sofern man bei sozialen Nachteilen überhaupt von einer schutzlosen Lage ausgehen kann, sind diese jedenfalls nicht ausreichend als mögliche Einwirkung auf das Opfer.

³⁵⁸ Im Ergebnis so auch *Folkers*, S. 71.

³⁵⁹ Etwas Anderes würde für die Androhung von beruflichen Nachteilen nur dann gelten, wenn der Arbeitsplatz als solcher eine schutzlose Lage darstellen würde. Das lässt sich jedoch aufgrund der unterschiedlichen Umstände eines Arbeitsplatzes nicht grundsätzlich annehmen. Auch wäre es sachfremd, einen konkreten Arbeitsplatz, der nominal die Anforderungen an die schutzlose Lage erfüllt (körperlich überlegener Mitarbeiter, keine hilfsbereiten Dritten, keine Fluchtmöglichkeit) generell als schutzlose Lage zu bezeichnen, die Zwang ausübt. Hierfür müssen weitere Umstände hinzutreten.

³⁶⁰ Das Rechtsgut, welches bei einer Drohung mit sozialen Nachteilen verletzt ist, wenn das Opfer der Drohung standgehalten hat, ist nicht das sexuelle Selbstbestimmungsrecht, in das der Täter aufgrund des entgegenstehenden Willen gerade nicht eingreifen konnte.

(c) *Tathandlung Ausnutzen?*

Wie oben bereits dargestellt, ist § 177 Abs. 1 StGB in den Alt. 1 und 2 so konzipiert, dass die Norm eine Nötigungskomponente und eine damit final verknüpfte sexuelle Komponente erfordert³⁶¹. Ob dies auch für die Ausnutzenalternative gilt, ist jedoch umstritten.

Das Gesetz schreibt für diese Tatbestandsalternative im Gegensatz zu den beiden anderen Alternativen keine bestimmte Handlungsform vor³⁶². Verlangt wird allein, dass der Täter „unter Ausnutzung [...] nötigt“, um sexuelle Handlungen zu dulden oder vorzunehmen. Ausnutzen bedeutet, etwas oder jemanden in rücksichtsloser, egoistischer Weise für seine Zwecke in Anspruch zu nehmen oder aus seiner vorteilhaften Situation für sich bedenkenlos Nutzen zu ziehen³⁶³. Ausnutzen beschreibt mithin keine Handlung, sondern bewertet eine Handlung im Verhältnis zu den Umständen³⁶⁴. Der Täter nutzt aus, wenn die Tathandlung durch die schutzlose Lage ermöglicht oder mindestens erleichtert wurde und der Täter dies erkennt und sich zunutze macht³⁶⁵.

Anders als bei § 237 StGB a. F. ist nicht erforderlich, dass der Täter selbst das Opfer in die schutzlose Lage bringt. Es genügt, wenn er es in dieser Lage vorfindet³⁶⁶. Oder anders ausgedrückt: „Der Täter muss das Ausgeliefertsein des Opfers dazu ausnutzen, dieses zur Duldung oder Vornahme sexueller Handlungen zu nötigen. Dies bedeutet, dass [...] das Opfer in die sexuellen Handlungen nicht einwilligt und dass es gerade wegen seiner Schutzlosigkeit auf einen grundsätzlich möglichen Widerstand verzichtet, das Opfer also die Handlungen nur wegen seiner Schutzlosigkeit vornimmt oder geschehen lässt“³⁶⁷. Man könnte daher erwarten, dass die nach dem Wortlaut erforderliche Nötigungshandlung durch das Merkmal der Ausnutzung konkretisiert wird.

(aa) *Ansicht der Rechtsprechung*

Nach Ansicht der Rechtsprechung ist eine über die sexuelle Handlung hinausgehende Nötigungshandlung jedoch nicht erforderlich³⁶⁸. In seiner Entscheidung vom 20.10.1999 hat der 2. *Strafsenat* des BGH die „Einaktivität“ dieser Tatbestandsalternative bestätigt:

Eine Nötigung im Sinne von § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB liegt danach auch dann vor, wenn die Nötigungshandlung nicht die Voraussetzungen des § 240 Abs. 1 StGB erfüllt, denn nötigen bedeutet lediglich, einer anderen Person ein von ihr nicht gewolltes Verhalten aufzuzwingen. Begrifflich wird daher jede Einwirkung von Zwang auf den Willen eines

³⁶¹ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 3. b) bb) (1) (b).

³⁶² Fischer, StGB, § 177 Rn. 32.

³⁶³ Scholze-Stubenrecht, Duden Universalwörterbuch, S. 229, Stichwort „ausnutzen“.

³⁶⁴ Fischer, StGB, § 177 Rn. 34.

³⁶⁵ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 6; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 10; kritisch zur Begrifflichkeit Fischer, StGB, § 177 Rn. 34; Mildenerger, S. 65; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 177 Rn. 25; Renzikowski, in: MK, StGB, § 177 Rn. 46.

³⁶⁶ BGH, Urt. v. 20.10.1999 – 2 StR 248/99, NStZ 2000, 140 (141) = BGHSt 45, 253.; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 9; Fischer, ZStW 112 (2000), 75 (99).

³⁶⁷ BGH, Beschl. v. 1.12.2009 – 3 StR 479/09, NStZ 2010, 273 (274) Rn. 7; BGH, Beschl. v. 10.5.2011 – 3 StR 78/11, NStZ 2012, 34 (34).

³⁶⁸ BGH, Urt. v. 20.10.1999 – 2 StR 248/99, NStZ 2000, 140 = BGHSt 45, 253. Diese Auffassung wurde in der Fassung der noch weiter gehenden, heute nicht mehr aufrecht erhaltenen Rechtsprechung des BGH, Urt. v. 28.1.2004 – 2 StR 351/03, NStZ 2004, 440 vom BVerfG für ausreichend bestimmt gehalten, BVerfG, Beschl. v. 1.7.2004 – 2 BvR 568/04, NStZ 2005, 30.

anderen erfasst. Dass diese Einwirkung eine gewisse Qualität erreicht, ist nur dort erforderlich, wo dies vorgeschrieben ist, um den Schutz der Willensfreiheit des Einzelnen auf den strafwürdigen Bereich zu beschränken, so wie dies z. B. in § 240 Abs. 1 oder in § 253 Abs. 1 StGB geschehen ist. Ob das Nötigen einer anderen Person strafbar ist, hängt vom Angriffsmittel ab, wie in § 240 Abs. 1 StGB, wo nur Gewalt und Drohung strafbar sind. Wenn aber erst die tatbestandliche Verknüpfung mit einem benannten Angriffsmittel das Nötigen zur strafbaren Nötigung macht, folgt daraus zwingend, dass der Begriff des Nötigens im Kontext anderer Vorschriften in seinem Bedeutungsgehalt nicht mit einer Nötigung i. S. des § 240 Abs. 1 StGB gleichgesetzt werden kann³⁶⁹. Dass der Begriff des Nötigens und die Nötigung nach § 240 StGB nicht deckungsgleich sind, folgt auch aus § 121 Abs. 1 Nr. 1 StGB, wo auf § 240 StGB hingewiesen wird, was nicht erforderlich gewesen wäre, wenn die Begriffe deckungsgleich sind. Aus der systematischen Struktur des § 177 Abs. 1 StGB ergibt sich nichts Anderes, legt man das soeben Festgestellte und die Gleichrangigkeit der drei Tatbestandsalternativen³⁷⁰ zu Grunde. Die Ausnutzung einer schutzlosen Lage sei kein qualifizierendes Merkmal eines ansonsten durch § 240 Abs. 1 StGB definierten Nötigungshandlung. Auch die Entstehungsgeschichte spreche dafür, da Ziel der Tatbestandserweiterung war, die Fälle zu erfassen, in denen das Opfer ohne Anwendung von Gewalt oder Drohung sexuelle Handlungen erduldet oder vornimmt, weil es sich in einer hilflosen Lage befindet und Widerstand gegen den überlegenen Täter aussichtslos erscheint³⁷¹.

Da in § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB gerade kein spezifisches Zwangsmittel angegeben sei, muss sich die Zwangswirkung aus den Umständen ergeben, welche die Lage des Opfers konstituieren. Käme es auf die Zwangswirkung der spezifischen Schutzlosigkeit nicht an, müsste das Gesetz sie nicht zur Voraussetzung der Nötigung nach dieser Norm machen³⁷².

Indem die Rechtsprechung auf eine gesonderte Nötigungskomponente bei § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB verzichtet, wendet sie sich zugleich gegen die Zweiaktigkeit des Tatbestandes und stellt damit die Zweiaktigkeit der sexuellen Nötigung des § 177 StGB als solches und in Folge dessen jeder Nötigung in Frage.

(bb) Ansichten in der Literatur

Die Rechtsprechung ist im Schrifttum teilweise auf Zustimmung, überwiegend jedoch auf Ablehnung gestoßen. *Frommel* begrüßt ausdrücklich, dass die Rechtsprechung die Doktrin aufgegeben habe, dass die Nötigungshandlung nicht mit dem Nötigungserfolg zusammenfallen dürfe. Insbesondere für § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB reiche es aus, dass Zwang durch die sexuelle Handlung gegen eine schutzlose Person ausgeübt werde³⁷³. *Hörnle* spricht sich für Einaktigkeit im Zwei-Personen-Verhältnis aus, nimmt jedoch in den Fällen der Vornahme von sexuellen Handlungen an oder durch eine dritte Person Zweiaktigkeit an³⁷⁴. Erforderlich sei in diesen Fällen eine weitere Handlung des Täters, wie z. B. eine Aufforderung an das Opfer, sexuelle Handlungen an dem Dritten vorzunehmen³⁷⁵.

³⁶⁹ *BGH*, Ur. v. 20.10.1999 – 2 StR 248/99, NSz 2000, 140 (141).

³⁷⁰ Festgestellt durch *BGH*, Ur. v. 3.11.1998 – 1 StR 521/98, NSz 1999, 130 (130) = BGHS 44, 228.

³⁷¹ *BGH*, Ur. v. 20.10.1999 – 2 StR 248/99, NSz 2000, 140 (141).

³⁷² *BGH*, Ur. v. 25.1.2006 – 2 StR 345/05, NSz 2006, 395 (396) Rn. 9.

³⁷³ *Frommel*, in: NK, StGB, § 177 Rn. 55.

³⁷⁴ *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 94.

³⁷⁵ *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 94.

Gegen die Konzeption der Zweiaktivität – jedenfalls in Zwei-Personen-Verhältnissen – wird angeführt, dass es oft praktisch schwierig sei, zwischen der ersten, nötigen Handlung und der zweiten, der sexuellen Handlung zu unterscheiden, wenn diese in einer Bewegung vorgenommen werden³⁷⁶.

Die h. M. im Schrifttum lehnt die Ansicht der Rechtsprechung ab, dass es über die sexuelle Handlung hinaus keiner weiteren Handlung des Täters bedürfe. Sie sieht auch in der Ausnutzungsalternative des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB eine zweiaktige Nötigung und damit das Erfordernis einer Nötigungshandlung³⁷⁷. Welche Anforderungen an diese zu stellen sind, ist freilich umstritten.

Grammatikalisch sei nötigen „unter“ und nicht „durch“ Ausnutzung einer schutzlosen Lage vorgeschrieben, so dass im Ausnutzen allein keine Nötigung liegen könne³⁷⁸. Das Ausnutzen selbst stelle keine Handlung dar. Nötigen durch Ausnutzen sei daher nicht möglich³⁷⁹. Dass willensbeugendes Verhalten des Täters verlangt wird, zeige sich nicht allein im Wort nötigen, sondern auch darin, dass das Opfer nach dem Tatbestand ausdrücklich den Einwirkungen des Täters ausgesetzt sein müsse³⁸⁰. Bei den Einwirkungen könne es sich nicht allein um die sexuellen Handlungen handeln, denn keine Person würde aus Angst allein vor der sexuellen Handlung auf Widerstand gegen diese verzichten³⁸¹.

Systematisch wird angeführt, dass nach der Ansicht der Rechtsprechung in § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB als einzigem aller Nötigungsdelikt die Unterscheidung zwischen Nötigungshandlung und -erfolg aufgegeben werde, was zwar grundsätzlich möglich sei, aber da systematische Widersprüche mit den Alt. 1 und 2 derselben Norm und innerhalb desselben Satzes entstünden, sei diese Auffassung nicht überzeugend und zeige die Schwächen der Konzeption der Rechtsprechung³⁸². Darüber hinaus könne die Einaktivitätskonzeption nur für die Fälle gelten, in denen das Opfer Handlungen des Täters an sich dulde. Nicht hingegen in Fällen, in denen das Opfer Handlungen am Täter oder an einem Dritten vornimmt oder von einem Dritten duldet³⁸³. Im Sinne des Bestimmtheitsgebots und des Verbots der Entgrenzung und Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen sei es erforderlich, dass der Normadressat erkennen könne, was von ihm verlangt wird³⁸⁴.

Teilweise wird vertreten, die Nötigungshandlung könne in jeder beliebigen Handlung liegen, die nicht die Qualifikation der § 177 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB und auch nicht die des

³⁷⁶ Wolters, in: SK, StGB, § 177 Rn. 3. Diese Abgrenzung birgt jedoch die gleichen Schwierigkeiten, wie die Gewaltalternative, wenn die Handlung des Täters sich in einer Körperbewegung erschöpft, mit der er Gewalt anwendet und zugleich eine sexuelle Handlung vornimmt, vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 3. b) bb) (1) (d).

³⁷⁷ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 11 f.; Renzikowski, in: MK, StGB, § 177 Rn. 47 ff.; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 177 Rn. 30 ff.; Fischer, StGB, § 177 Rn. 36a ff.; Laubenthal, Rn. 199 f.; Gössel, § 2 Rn. 43; Folkers, NSIZ 2005, 181 (182).

³⁷⁸ Fischer, StGB, § 177 Rn. 33; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 11; Folkers, NSIZ 2005, 181 (182).

³⁷⁹ Fischer, ZStW 112 (2000), 75 (85).

³⁸⁰ Folkers, NSIZ 2005, 181 (182).

³⁸¹ Fischer, StGB, § 177 Rn. 26; vgl. auch diese Arbeit unter D. II. 3. b) bb) (3) (b).

³⁸² Fischer, StGB, § 177 Rn. 36b.

³⁸³ Fischer, StGB, § 177 Rn. 36c.

³⁸⁴ Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 177 Rn. 34.

§ 240 Abs. 1 StGB erreichen müsse³⁸⁵. Dagegen wird von Vertretern des Schrifttums verlangt, dass die Anforderung des § 240 Abs. 1 StGB auch in diesem Fall erfüllt sein müssten, da nötigen stets Zwang erfordere und die Mittel zur Ausübung von Zwang allein Gewalt oder eine (konkludente) Drohung mit einem empfindlichen Übel seien³⁸⁶.

(cc) *Stellungnahme*

Mit seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Auslegung des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB durch den BGH hat das *BVerfG* judiziert, dass der Verzicht auf eine separate Nötigungshandlung, mithin die Einaktigkeit des Tatbestandes, nicht gegen das Bestimmtheitsgebot verstößt³⁸⁷. Damit ist jedoch noch keine Entscheidung darüber getroffen, ob diese Auslegung sinnvoll und geboten ist. Da die Zweiaktigkeitskonzeption *erst Recht* den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, gewährleistet sie doch, dass im systematischen Gefüge der Tatbestandsalternativen und der übrigen Nötigungstatbestände eine einheitliche Terminologie zur Anwendung gelangt.

Der Wortlaut verlangt vom Täter, dass dieser nötigt unter Ausnutzung der schutzlosen Lage. Dass darin eine Nötigung im Sinne von § 240 Abs. 1 StGB gesehen wird, liegt nahe, ist jedoch nicht zwingend, wenn man mit der Rechtsprechung³⁸⁸ davon ausgeht, dass es auch Nötigungen unterhalb dieser Schwelle oder mit anderen Zwangsmitteln geben kann und § 240 StGB als „Strafbare Nötigung“ zutreffender bezeichnet wäre. Zu einem anderen Ergebnis gelangt nur, wer § 240 StGB als Definition der Nötigung als solcher versteht, für den es keine Nötigung außerhalb der strafbaren geben kann. Ob der allgemeine Wort-sinn die weite Interpretation eines Nötigens unterhalb der strafbaren Nötigung stützt, ist zweifelhaft. Die Allgemeinheit verwendet die begrifflichen Definitionen der Straftatbestände nach Laienart, verbindet damit jedoch stets eine – wenn auch nicht immer zutreffend verknüpfte – Strafbarkeit. So wird z. B. der Begriff der Körperverletzung allgemein als strafbares Unrecht verstanden, auch wenn die juristische Definition und damit die Eingriffsschwelle oder die Abgrenzung zur schweren Körperverletzung einer juristisch nicht vorgebildeten Person nicht geläufig ist. In diesem Sinn dürfte auch der Begriff „Nötigung“ allgemein als stets strafbares Unrecht verstanden werden. Letztlich kann das allgemeine Sprachempfinden jedoch nicht allein Grundlage der Grenzziehung des Tatbestandes sein, da das allgemeine Sprachempfinden von vielen Einflüssen – nicht zuletzt auch von Fehlvorstellungen – geprägt wird, die für die juristische Diskussion unbeachtlich sind. Sofern keine Denkgrundsätze verletzt werden, steht es dem Gesetzgeber frei, den Begriff der Nötigung einzuschränken und damit auch einen Bereich der straffreien Nötigung anzuerkennen. Wenn dagegen vorgebracht wird, es gebe keine Zwangsmittel unterhalb der Gewalt und Drohung, beweist § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB doch das Gegenteil, indem die Ausübung von Zwang auch in der Ausnutzung von Umständen liegen kann, die eine Person

³⁸⁵ Z. B. Wegschieben von Spaziergängern, die dem von dem Täter ausgewählten Opfer zur Hilfe kommen könnten und das Opfer damit demoralisieren, *Folkers*, NStZ 2005, 181 (182).

³⁸⁶ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 11; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 51; *Fischer*, ZStW 112 (2000), 75 (85 f.).

³⁸⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 1.7.2004 – 2 BvR 568/04, NStZ 2005, 30 (30) Rn. 4.

³⁸⁸ Das *BVerfG* (a. a. O.) formuliert: „§ 240I StGB stellt das Nötigen nur bei Einsatz bestimmter, umschriebener Nötigungshandlungen unter Strafe. [...] Danach macht erst die tatbestandliche Verknüpfung mit den Tatmitteln Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel in § 240I StGB das Nötigen zur strafbaren Nötigung. Dies lässt den Schluss zu, dass der Begriff des Nötigens im Kontext anderer Vorschriften in seinem Bedeutungsgehalt nicht mit einer Nötigung i. S. d. § 240I StGB gleichzusetzen, sondern ein weiter reichender Sinngehalt zu Grunde zu legen ist“.

in eine schutz- oder hilflose Lage bringen oder gebracht haben. Im Ergebnis ist es nach hier vertretener Auffassung unter Berücksichtigung des Wortlauts und der Systematik des Gesetzes nicht erforderlich, dass der Täter durch eine Nötigung im Sinne des § 240 Abs. 1 StGB nötigen muss, um § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu verwirklichen. Es genügt jede nötigende Handlung.

Damit ist bereits angedeutet, dass auf eine gesonderte nötigende Handlung – gegen die Auffassung der Rechtsprechung – nicht verzichtet werden kann. Der Wortlaut spricht eindeutig dafür, eine separate Nötigungshandlung zu verlangen, da er erfordert, dass der Täter das Opfer „nötigt, [...] sexuelle Handlungen des Täters [...] zu dulden“. Es überzeugt nicht, darauf mit dem Argument zu verzichten, es sei keine *bestimmte* Zwangshandlung erforderlich, weshalb diese auch in der sexuellen Handlung liegen könne. Mangels Qualifikation der erforderlichen Handlung auf diese als solche zu verzichten ist ein Schluss, der sich aus dem Gesetz nicht entnehmen lässt. Zu Recht wird kritisiert, dass die Auffassung der Rechtsprechung nicht nur den Wortlaut überdehnt, sondern auch den Tatbestand weitgehend in die subjektive Opfersicht verschiebt. Dass die Qualität der nötigenden Handlung unterhalb der Schwelle des § 240 Abs. 1 StGB liegen kann und dennoch mit den beiden anderen Alternativen des § 177 Abs. 1 StGB vergleichbares Unrecht verwirklicht, wird durch die zusätzlich erforderliche und im Gesetz aus diesem Grund auch vorausgesetzt schutzlose Lage gewährleistet. Freilich könnte man dies auch annehmen, wenn man die Anforderung des § 240 Abs. 1 StGB an die Nötigungshandlung stellt. Dagegen spricht jedoch, dass in der Ausnutzenalternative tatsächlich nicht die Nötigungshandlung qualifiziert wird, sondern die Umstände, die für die Zwangslage konstitutiv sind. Der Schwerpunkt des Zwangs ist deshalb in den Umständen zu sehen. Zusätzlich eine Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB zu verlangen, wäre eine zu restriktive Interpretation des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Auf die Nötigungshandlung völlig zu verzichten, führt zwar nicht zu Abgrenzungsschwierigkeiten ist jedoch vom Wortlaut nicht gedeckt und verkennt die für § 177 StGB konstitutive Nötigungskomponente, die auch im Zwei-Personen-Verhältnis vorliegen muss. Wenn in Einzelfällen die körperliche Nötigungshandlung des Täters mit seiner sexuellen Handlung zusammenfallen kann, stellt dies keinen Anlass dar, auf die grundsätzlich gebotene Trennung zwischen Nötigungshandlung und Nötigungserfolg zu verzichten.

(dd) *Abgrenzung zur Widerstandsunfähigkeit*

Mit der Einführung der Ausnutzungsalternative und insbesondere nach der Entscheidung des *BGH* vom 28.1.2004³⁸⁹ entstand Streit darüber, wie § 177 StGB in dieser Alternative von § 179 StGB abzugrenzen sei, wenn es nicht darauf ankomme, ob das Opfer seine schutzlose Lage erkenne und der Täter keine gesonderte Nötigungshandlung vornehmen müsse. Das *BVerfG* hat mit seiner den Bundesgerichtshof bestätigenden Entscheidung ausgeführt, dass § 179 StGB im Unterschied zu § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB diejenigen Fälle erfasst, in denen keine Handlung gegen den Willen des Opfers vorliegt³⁹⁰. Maßgebendes Unterscheidungskriterium ist demnach, ob das Opfer generell zur Bildung eines entgegenstehenden Willens in der Lage ist und diesen in der konkreten Tatsituation gebildet

³⁸⁹ *BGH*, Urt. v. 28.1.2004 – 2 StR 351/03, NStZ 2004, 440.

³⁹⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 1.7.2004 – 2 BvR 568/04, NStZ 2005, 30 (30) Rn. 5.

hat. Ist das Opfer hingegen hierzu generell oder in der Tatsituation – z. B. aufgrund Bewusstlosigkeit – nicht in der Lage, scheidet § 177 StGB aus, der Willensbeugung voraussetzt. Stattdessen kommt § 179 StGB in Betracht, bei dem der Täter den Umstand der diesbezüglichen Willenslosigkeit ausnutzt³⁹¹. Dem stimmt die h. M. der Literatur im Ergebnis zu³⁹².

(d) Finalzusammenhang

Wie bei der Gewalt- und Drohungsalternative ist dem Wortlaut nach Finalität in der Täterhandlung erforderlich. Die Zwangshandlung muss auch in dieser Alternative zielgerichtet sein auf Ermöglichung der sexuellen Handlung³⁹³.

(e) Zwischenfazit

Die im Arbeitsverhältnis weitgehend fremdbestimmten zeitlichen und örtlichen Umstände sowie die wirtschaftliche und rechtliche Verpflichtung, den Arbeitsplatz regelmäßig aufzusuchen, verursachen die im zivilrechtlichen Teil dieser Arbeit aufgezeigten Zwänge der Opfer sexueller Belästigung, die dazu führen, dass es Tätern leichtfällt, sexuelle Übergriffe zu begehen. Für das Strafrecht gelten die gleichen Muster. In § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB wird das aufgrund äußerer und innerer Umstände schutzlose Opfer vor dem Täter geschützt, der diese Lage auszunutzen imstande ist. Allerdings ist die Regelung universal formuliert und wird von Rechtsprechung und Literatur restriktiv ausgelegt. Für die schutzlose Lage kommt es darauf an, dass das Opfer dem Täter physisch unterlegen ist und sich ihm nicht entziehen kann. Die arbeitsplatzspezifischen Ausprägungen der Umstände, dass das Opfer dem Täter sozial unterlegen ist und sich ihm regelmäßig nur unter Inkaufnahme sozialer Nachteile entziehen kann, finden keine Berücksichtigung bzw. genügen für den Tatbestand nicht. Ebenso wenig reicht es aus, dass sich das Opfer allein vor sozialen Nachteilen durch den Täter fürchtet. Einzelne Fälle sexueller Belästigung mögen unter diese Tatbestandalternative zu subsumieren sein. Die Aufforderung zum sexuellen Verkehr am Arbeitsplatz z. B. durch den Vorgesetzten ist für sich genommen noch nicht ausreichend für eine sexuelle Nötigung unter Ausnutzung einer schutzlosen Lage.

cc) Sexuelle Handlung

Nötigungserfolg ist die Duldung oder Vornahme der sexuellen Handlung. Diese muss *an* einer Person erfolgen. Nicht ausreichend ist, dass die sexuelle Handlung *vor* einer Person vorgenommen wird. Als sexuelle Handlungen kommen mithin nur solche nach § 184h Nr. 1 StGB in Betracht. Das Opfer muss also entweder an dem Täter oder an einer dritten Person sexuelle Handlungen vornehmen oder von dem Täter oder einer dritten Person an

³⁹¹ So bereits *BGH*, Urt. v. 20.10.1999 – 2 StR 248/99, NStZ 2000, 140 = BGHSt 45, 253 mit krit. Anm. von *Fischer*.

³⁹² *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 30; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 50; ausführlich *Wolters*, in: SK, StGB, § 177 Rn. 14 ff.; *Frommel*, in: NK, StGB, § 177 Rn. 53; *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 112; *Eisele*, in: Schönte/Schröder, StGB, § 177 Rn. 11; *Laubenthal*, Rn. 205; *Mildenberger*, S. 76 f.; a. A. *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 177 Rn. 29.

³⁹³ *BGH*, Urt. v. 25.1.2006 – 2 StR 345/05, NStZ 2006, 395 (396) Rn. 11; *Eisele*, in: Schönte/Schröder, StGB, § 177 Rn. 11a; *Folkers*, NStZ 2005, 181 (182); *Wolters*, in: SK, StGB, § 177 Rn. 18; a. A. *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 109 nach der Finalität eine „Eigenschaft von Handlungen“ sei. Da bei § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB keine Nötigungshandlung erforderlich ist, sei Finalität hier abzulehnen; *Mildenberger*, S. 90 wonach Finalität in der Ausnutzungsalternative stets zu bejahen sei, da Nötigungshandlung und -erfolg zeitlich zusammenfallen.

sich dulden. Körperkontakt ist erforderlich; dieser kann auch durch die Bekleidung oder Gegenstände vermittelt werden³⁹⁴. Ein Körperkontakt, der lediglich das Mittel zur Vornahme der sexuellen Handlung ist, wie etwa das Festhalten des Opfers, reicht zur Tatbestandsverwirklichung allerdings nicht aus³⁹⁵.

dd) Kausalzusammenhang

Zwischen den beiden Komponenten des Tatbestandes muss nach der h. M. des Schrifttums und der Rechtsprechung ein Kausalzusammenhang bestehen³⁹⁶. Das Verhalten des Opfers – Duldung oder Vornahme sexueller Handlungen – muss die kausale Folge des Zwangs sein³⁹⁷. Das gilt auch für die Ausnutzungsalternative: auch bei § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB muss der Zwang, der aus den Umständen resultiert und vom Täter ausgenutzt wird, ursächlich für die sexuelle Handlung sein³⁹⁸.

c) Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz des Täters erforderlich. Der Vorsatz muss alle objektiven Merkmale des Tatbestandes umfassen. Der Täter muss den entgegenstehenden Willen des Opfers in seinen Vorsatz aufnehmen und wenigstens billigend in Kauf nehmen, dass er sich darüber hinwegsetzt³⁹⁹. Erforderlich ist ferner, dass der Vorsatz des Täters die finale Verknüpfung zwischen der Nötigungshandlung und dem Sexualkontakt umfasst⁴⁰⁰. Einem Teil des Schrifttums zufolge reicht hierfür billigende Inkaufnahme durch den Täter nicht aus, sondern ist die Absicht des Täters bezüglich der Herstellung des Sexualkontakts unter Anwendung von Zwang erforderlich⁴⁰¹.

Für die Tatbestandsalternative Nr. 3 ist darüber hinaus erforderlich, dass der Täter die tatsächlichen Voraussetzungen der Schutzlosigkeit auch als Bedingung für das Erreichen seiner sexuellen Handlungen erkennt und erfasst, dass das Opfer gerade wegen seiner Schutzlosigkeit auf einen grundsätzlich möglichen Widerstand verzichtet, das Opfer also die Handlungen nur wegen seiner Schutzlosigkeit vornimmt oder geschehen lässt⁴⁰². Diesbezüglich muss der Täter bedingt vorsätzlich handeln⁴⁰³.

³⁹⁴ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 2. b) (1).

³⁹⁵ *BGH*, Beschl. v. 26.10.2006 – 4 StR 354/06, NStZ 2007, 217.

³⁹⁶ *BGH*, Urt. v. 25.1.2006 – 2 StR 345/05, NStZ 2006, 395 (396) Rn. 9 = BGHSt 50, 359 (365f.); *Folkers*, NStZ 2005, 181 (182); *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 12.

³⁹⁷ *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 49; *Laubenthal*, Rn. 161; a. A. *Hörnle*, in: Paeffgen, FS-Puppe, S. 1143 ff. mit einer Übersicht über die vertretenen Auffassungen S. 1144.

³⁹⁸ *BGH*, Urt. v. 25.1.2006 – 2 StR 345/05, NStZ 2006, 395 (396) Rn. 9.

³⁹⁹ *BGH*, Beschl. v. 16.7.2003 – 2 StR 209/03, NStZ-RR 2003, 325 (325); *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 51; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 58; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 13; *Frommel*, in: NK, StGB, § 177 Rn. 58; *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 117.

⁴⁰⁰ *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 52.

⁴⁰¹ *Wolters*, in: SK, StGB, § 177 Rn. 16; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 13; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 58; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 177 Rn. 39; *Gössel*, § 2 Rn. 53; a. A. *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 123; *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, S. 218 f.

⁴⁰² *BGH*, Urt. v. 25.1.2006 – 2 StR 345/05, NStZ 2006, 395 (397); *BGH*, Beschl. v. 10.5.2011 – 3 StR 78/11, NStZ 2012, 34 (34); *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 53; *Laubenthal*, Rn. 213.

⁴⁰³ *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 53; *Hörnle*, in: LK, StGB, § 177 Rn. 120; a. A. *Gössel*, § 2 Rn. 52.

Kennt der Täter ein Merkmal des objektiven Tatbestandes nicht oder irrt er darüber, fehlt es am Vorsatz. Das gilt insbesondere dann, wenn der Täter irrtümlich von einer freiwilligen Hingabe des Opfers ausgeht – auch wenn er zuvor Gewalt angewendet hat⁴⁰⁴. Gleiches gilt, wenn der Täter die Zwangslage des Opfers begründenden Umstände in Alt. 3 nicht kennt, ihm also das Ausnutzungsbewusstsein fehlt⁴⁰⁵.

d) Vollendung und Versuch

Die Tat ist vollendet mit Beginn der Vornahme der sexuellen Handlung, wobei es sich nicht zwingend um die vom Täter konkret geplante sexuelle Handlung handeln muss, sondern bereits jede sexualbezogene mit Gewalt vorgenommene Handlung auf dem Weg zu diesem Endziel den Tatbestand erfüllt⁴⁰⁶. Bereits ein „Weniger“ reicht zur Vollendung aus und verstellt den Weg zum strafbefreienden Rücktritt⁴⁰⁷.

Der Versuch beginnt mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Nötigungshandlung. Das gilt auch, wenn das Opfer das Ziel des Täters noch nicht kennt oder der Täter sich über den entgegenstehenden Willen des Opfers irrt⁴⁰⁸. Verzichtet man entgegen der hier vertretenen Auffassung mit der Rechtsprechung auf eine gesonderte Nötigungshandlung bei § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB, bleibt kein Raum für Versuch, wenn der Täter bei Vorliegen einer schutzlosen Lage sexuelle Handlungen am Opfer vorzunehmen beginnt, da mit der Vornahme der sexuellen Handlung zugleich Vollendung eintritt⁴⁰⁹.

e) Besonders schwere Fälle

Nach § 177 Abs. 2 StGB sind besonders schwere Fälle der sexuellen Nötigung, namentlich die Vergewaltigung als Regelbeispiel eines besonders schweren Falls, strafbar. Deren tatbestandliche Voraussetzungen können im Rahmen dieser Arbeit nicht untersucht werden. Besonders schwere Fälle sind Begehungsweisen der Strafnorm, die sich nach Unrecht und Schuld von der durchschnittlichen Begehungsweise positiv abheben. Die in dieser Arbeit vorzunehmende Prüfung der Strafbarkeit sexueller Belästigung am Arbeitsplatz hängt hiervon nicht ab. Sofern nach dem Grundtatbestand die Strafbarkeit nach einer Norm möglich ist, kann sie auch – bei entsprechend höherem Unrecht oder größerer Schuld – einen besonders schweren Fall darstellen.

f) Zwischenfazit

Sexuelle Belästigung liegt u. a. vor, wenn unerwünschte sexuelle Handlungen bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird. Unerwünschte sexuelle Handlungen eines Täters sind im Rahmen des § 177 Abs. 1 StGB nur dann strafbar, wenn der Täter

⁴⁰⁴ *BGH*, Urt. v. 24.6.1993 – 4 StR 33/93, NStZ 1993, 581 (581) = BGHSt 39, 245; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 13.

⁴⁰⁵ *BGH*, Beschl. v. 17.11.2011 – 3 StR 359/11, NStZ 2012, 268 (269); *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 53.

⁴⁰⁶ *BGH*, Urt. v. 16.5.1995 – 1 StR 188/95, NStZ 1996, 31 (31): Der Täter verlangte Oralverkehr und presste hierzu sein erriertes Geschlechtsteil gegen das Gesicht des Opfers. Dies stellt für sich genommen eine sexuelle Handlung dar, die den Anforderungen des § 184h Nr. 1 StGB genügt, auch wenn der Täter den beabsichtigten Oralverkehr nicht erzwingen konnte.

⁴⁰⁷ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 14; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 93.

⁴⁰⁸ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 177 Rn. 10; *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 55; *Eisele*, in:

Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 14; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 177 Rn. 93.

⁴⁰⁹ Zur Versuchsstrafbarkeit bei Aufforderung des Opfers und dessen Ablehnung vgl. *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 55a.

entweder Gewalt anwendet, wobei für § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB ein restriktiver Gewaltbegriff anzuwenden ist, der nicht jede Form körperlicher Zwangsausübung ausreichen lässt, sondern Gewalt im Sinne einer Körperverletzung erfordert. Strafbar ist nach § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB auch der Täter, der dem Opfer mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht. Drohungen mit sozialen Nachteilen fallen nicht hierunter, da diese häufig bereits nicht gegenwärtig sind und wenn doch, sich allenfalls mittelfristig auf Leib oder Leben des Opfers auswirken können. Schließlich macht sich nach Alt. 3 strafbar, wer ausnutzt, dass sich das Opfer in einer schutzlosen Lage befindet. Allerdings stellt weder der Arbeitsplatz als solcher eine schutzlose Lage dar in welcher das Opfer den Einwirkungen des Täters ausgeliefert ist, noch reicht es aus, dass sich das Opfer vor sozialen Nachteilen – wie einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses – fürchtet.

Zusammenfassend lässt sich konstatieren, dass die arbeitsplatzspezifischen Autoritäts- und Machtstrukturen weitgehend keine Berücksichtigung bei der Anwendung des § 177 Abs. 1 StGB finden. Die hier vertretene zweiaktige Ausgestaltung des Tatbestandes erfordert stets eine gesonderte Nötigungshandlung, die zudem in Alt. 1 und 2 der Vorschrift besonders qualifiziert erfolgen muss. Eine solche Zweiaktigkeit kennt die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz nach § 3 Abs. 4 AGG nicht; dort ist jede unerwünschte sexuelle Handlung ausreichend, welche die Würde verletzt.

Die Erzwingung von sexuellen Handlungen wird eindeutig und von nahezu 100 Prozent aller befragten Personen als sexuelle Belästigung angesehen. Sie ist als sexuelle Nötigung jedoch nur dann strafbar, wenn sie durch die qualifizierten Nötigungsmittel zielgerichtet herbeigeführt wird. Erreicht die Tathandlung nicht die von § 177 Abs. 1 StGB geforderte Schwere, kommt die Strafbarkeit nach § 240 StGB in Betracht. Unerwartetes Berühren der Geschlechtsteile oder die Aufforderung zu sexuellem Verkehr ohne Drohungsqualität genügen für eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 StGB ebenso wenig wie die Androhung von Nachteilen bei sexueller Verweigerung und alle weiteren in § 3 Abs. 4 AGG genannten und in den Studien als Items aufgeführten Verhaltensweisen.

g) Täterschaft und Teilnahme

Da jedermann als Normadressat von § 7 Abs. 1 AGG in Betracht kommt, können auch andere Personen als der Arbeitgeber eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz begehen, namentlich insbesondere Personen auf gleicher oder niedriger hierarchischer Stufe (Kollegen), Personen auf höherer hierarchischer Stufe (Vorgesetzte) oder Personen, die nicht zur Belegschaft zählen (Kunden, Lieferanten, etc.). Hat eine dieser anderen Personen die sexuelle Belästigung begangen, kann eine Strafbarkeit des Arbeitgebers nach Beteiligungsgrundsätzen in Betracht kommen⁴¹⁰. Dabei ist zu beachten, dass eine sexuelle Belästigung bereits dann vorliegt, wenn eine Würdeverletzung bezweckt wird, § 3 Abs. 4 AGG. D. h. es ist in den Kategorien des Strafrechts ausgedrückt kein Erfolg erforderlich, sondern der Versuch der Tat ausreichend. Für die Straftatbestände, bei denen wie bei §§ 177 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB Versuchsstrafbarkeit angeordnet ist, bedeutet dies auch eine Berücksichtigung der Beteiligung am Versuch.

⁴¹⁰ Grundsätzlich kommt auch eine Prüfung der Strafbarkeit jedes möglichen weiteren Beteiligten in Betracht. Diese richtet sich jedoch stets nach den allgemeinen Vorschriften. Besonderheiten können sich allein für den Arbeitgeber sowohl aus der zivilrechtlichen als auch aus der ggf. vorhandenen strafrechtlichen Sonderstellung ergeben.

aa) Teilnahme des Arbeitgebers an der Tat einer anderen Person

(1) *Strafbarkeit des Arbeitgebers in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 177 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB*

(a) *Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft*

Bei § 177 Abs. 1 StGB handelt es sich weder um ein Sonder- noch ein eigenhändiges Delikt⁴¹¹, da die sexuelle Handlung nicht nur durch Körperkontakt mit dem Täter, sondern auch mit einem Dritten möglich ist⁴¹². Mittelbare Täterschaft des Arbeitgebers ist daher möglich, erfordert jedoch dessen Tatherrschaft, die sich aus der Wissens- oder Willensherrschaft gegenüber dem Werkzeug ergibt⁴¹³. Bekanntermaßen ist hierfür – ausgenommen die Fallgruppe des „Täters hinter dem Täter“ – ein „Defekt“ beim Werkzeug erforderlich, der die Figur des mittelbaren Täters erst ermöglicht und nach dem verschiedene Fallgruppen gebildet werden. Der Tatmittler kann tatbestandslos, vorsatzlos, absichtslos oder qualifikationslos, rechtmäßig, schuldlos oder entschuldigt handeln.

Diese Fallkonstellationen darzustellen, ist im Rahmen dieser Arbeit weder möglich noch erforderlich⁴¹⁴. Allein interessant ist der Blick auf die Fallgruppe des defektfreien Werkzeugs, bei dem sowohl ein strafbarer Vordermann als auch ein Hintermann existiert, der für die Tat des Vordermanns verantwortlich ist. In den Details ist diese Fallgruppe höchst umstritten⁴¹⁵. Eine erste Orientierung gibt eine Entscheidung des *BGH*, nach welcher der Hintermann regelmäßig nicht mittelbarer Täter ist, wenn der Vordermann irrtumsfrei und uneingeschränkt schulfähig handelt⁴¹⁶:

„Es gibt aber Fallgruppen, bei denen trotz eines uneingeschränkt verantwortlich handelnden Tatmittlers der Beitrag des Hintermannes nahezu automatisch zu der von diesem Hintermann erstrebten Tatbestandsverwirklichung führt. Solches kann vorliegen, wenn der Hintermann durch Organisationsstrukturen bestimmte Rahmenbedingungen ausnutzt, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöst. Derartige Rahmenbedingungen mit regelhaften Abläufen kommen insbesondere bei staatlichen, unternehmerischen oder geschäftsähnlichen Organisationsstrukturen und bei Befehlshierarchien in Betracht. Handelt in einem solchen Fall der Hintermann in Kenntnis dieser Umstände, nutzt er insbesondere auch die unbedingte Bereitschaft des unmittelbar Handelnden, den Tatbestand zu erfüllen, aus und will der Hintermann den Erfolg als Ergebnis seines eigenen Handelns, ist er Täter in der Form mittelbarer Täterschaft“⁴¹⁷.

Der entschiedene Sachverhalt bezog sich auf die Organisationsherrschaft im staatlichen Machtapparat der ehemaligen DDR. Der dahinterstehende Grundsatz wird von der Recht-

⁴¹¹ Anders hingegen bei dem hier nicht näher untersuchten § 177 Abs. 2 StGB.

⁴¹² Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 3. b) bb) (1) (c).

⁴¹³ Die Begrifflichkeit des Werkzeugs lehnt *Botke*, JuS 2002, 320 (322) mit zutreffendem Hinweis ab.

Gleichwohl werden die Begriffe häufig synonym verwendet – so auch hier.

⁴¹⁴ Vgl. die ausführliche Darstellung aller Fallkonstellationen mit Nachweisen der verschiedenen Ansichten und Rechtsprechung bei *Kühl*, StR AT, § 20 Rn. 36 ff.

⁴¹⁵ Überblick über den Diskussionsstand bei *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 25 Rn. 28 ff.

⁴¹⁶ *BGH*, Urt. v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218 (236).

⁴¹⁷ *BGH*, a. a. O.

sprechung aber auch auf betriebliche Organisationen angewendet, bei denen sich der Hintermann eines geregelten Ablaufs bedienen kann, um den Vordermann dadurch fernzusteuern und bei denen der Organisationsgrad so hoch ist, dass nicht mehr von Mittäterschaft gesprochen werden kann⁴¹⁸. Die Rechtsprechung hat das ursprünglich von *Roxin*⁴¹⁹ entwickelte Modell der Organisationsherrschaft ausgebaut und wendet es auf Sachverhalte an, bei denen regelhafte Abläufe in Organisationen ausgenutzt werden⁴²⁰. Dabei verzichtet die Rechtsprechung auf wesentliche Kriterien, die in der Literatur als Voraussetzung für die Anwendung des Modells verlangt werden. Nach der überwiegenden Meinung des Schrifttums kommt ein „Täter hinter dem Täter“ kraft Organisationsherrschaft nur dort in Betracht, wo sich die Organisation als solche vom Recht distanziert hat – also in staatlichen Unrechtsapparaten oder in mafiaähnlichen Unrechtsorganisationen⁴²¹. Denn wenn die Organisation grundsätzlich innerhalb des gültigen Rechts handelt, haben die Gesetze einen höheren Rang als die Anordnung strafbarer Handlungen, so dass hierdurch keine Herrschaft über den Tatmittler begründet werden kann⁴²². Da in der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft eine Durchbrechung des Verantwortungsprinzips liegt, kann diese Konstruktion nur ausnahmsweise und dort zur Anwendung gelangen, wo der Hintermann eine Machtstellung in einer Organisation einnimmt und der Tatmittler trotz Vollverantwortlichkeit für seine Tat Werkzeugcharakter aufweist. Dafür wird verlangt, dass es sich bei dem Vordermann um ein vom Hintermann austauschbares Werkzeug handelt, welches jederzeit und insbesondere im Falle des Nichtgehorsams ausgetauscht werden kann (Fungibilität)⁴²³. Weitergehend wird teilweise verlangt, dass der Vordermann im Falle seiner Verweigerung mit erheblichen Sanktionen rechnen müsse⁴²⁴.

Die Ansicht der Literatur hat die überzeugenderen Argumente auf ihrer Seite, denn sie kann auf vergleichsweise griffige Kriterien zurückgreifen, die eine Durchbrechung des Verantwortungsprinzips objektivierbar machen. Dies ist aufgrund der einhergehenden Einschränkung des Verantwortungsprinzips eine gebotene Voraussetzung um sicherzustellen, dass mittelbare Täterschaft hinter einem voll verantwortlichen Vordermann nur ausnahmsweise und in beschränktem Umfang zur Anwendung gelangt⁴²⁵. Die Rechtsprechung hingegen verlangt lediglich die prozessorientierte Organisationsweise, die heute ab

⁴¹⁸ *BGH*, Beschl. v. 2.11.2007 – 2 StR 384/07, NStZ 2008, 89 (89) Ls.

⁴¹⁹ *Roxin*, GA 1963, 193 ff.; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 242 ff.; ablehnend bereits zum Modell der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft *Rotsch*, NStZ 1998, 491 (495); *Rotsch*, NStZ 2005, 13 (18); *Botke*, JuS 2002, 320 (322 f.).

⁴²⁰ *BGH*, Urte. v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218 (236); *BGH*, Urte. v. 6.6.1997 – 2 StR 339/96, BGHSt 43, 219 (232); *BGH*, Urte. v. 8.11.1999 – 5 StR 632/98, BGHSt 45, 270 (296); *BGH*, Beschl. v. 26.8.2003 – 5 StR 145/03, BGHSt 48, 331 (342); *BGH*, Urte. v. 13.5.2004 – 5 StR 73/03, BGHSt 49, 147 (163) „Bremer Vulkan“ = NStZ 2004, 559 (561) Rn. 18.

⁴²¹ H. M., vgl. die Nachweise des Schrifttums bei *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 25 Rn. 28 einschließlich der diese Ansicht ablehnenden Meinungen; siehe auch *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 704 f.

⁴²² *Roxin*, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 25 Rn. 129.

⁴²³ Grundlegend *Roxin*, GA 1963, 193 (200 f.).

⁴²⁴ *Joecks*, in: MK, StGB, § 25 Rn. 148.

⁴²⁵ Vgl. die von *Botke*, JuS 2002, 320 (323) angeführten Fälle von Atrozität.

mittlerer Unternehmensgröße in Deutschland als Standard zu bezeichnen ist, um eine fragwürdige zusätzliche Strafbarkeit des hierarchisch Verantwortlichen in der Organisationsstruktur zu erzielen⁴²⁶.

Da eine sexuelle Belästigung bereits vorliegt, wenn diese lediglich bezweckt aber nicht bewirkt wird, ist auch die Versuchsstrafbarkeit einzubeziehen. Nach der allgemeinen Theorie beginnt der Versuch bei mittelbarer Täterschaft, wenn der Tatmittler das Rechtsgut bereits unmittelbar gefährdet oder der Hintermann das Tatgeschehen aus der Hand gegeben hat⁴²⁷. D. h., dass eine Strafbarkeit des Hintermanns nach §§ 177 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB dann in Betracht kommt, wenn der Arbeitgeber die Weisung zur Belästigung in der Form des § 177 Abs. 1 StGB in die Organisation ausgegeben hat.

(b) *Subsumtion*

Für die Frage nach der Strafbarkeit des Arbeitgebers für sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz durch Mitarbeiter, Vorgesetzte oder Kunden, ist zu unterscheiden: Organisationsherrschaft kommt gegenüber Kunden bereits nicht in Frage. Bei Mitarbeitern und Vorgesetzten ist nach Ansicht der Rechtsprechung zu prüfen, ob eine hierarchische Organisation mit regelhaften Abläufen vorliegt, innerhalb derer der Täter eine Machtposition innehat, was regelmäßig zu bejahen sein wird. Demgegenüber ist nach der Ansicht der h. M. in der Literatur in diesen Fällen überwiegend nicht von mittelbarer Täterschaft des Arbeitgebers auszugehen, da zusätzliche Anforderungen zu erfüllen sind. Sofern im Einzelfall Fungibilität vorliegt – was bei einem spezialisierten Facharbeiter bereits zu verneinen sein kann – so wird doch regelmäßig kein Unrechtssystem gegeben sein. Die Strafbarkeitsanforderungen der mittelbaren Täterschaft nach der vorzugswürdigen herrschenden Ansicht der Literatur werden demnach in den üblichen Fällen sexueller Belästigung regelmäßig nicht erreicht. Die Literatur behilft sich in diesen Fällen mit Verweis auf entweder mittäter-schaftliche Begehung oder Anstiftung des Täters durch den Arbeitgeber.

(2) *Strafbarkeit des Arbeitgebers als Mittäter gem. §§ 177 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB*

Mittäterschaft kommt in Betracht, wenn mehrere Personen die Tat gemeinschaftlich begehen und es sich nicht um ein eigenhändiges oder ein Sonderdelikt handelt.

(a) *Voraussetzungen der Mittäterschaft*

Nach Ansicht der Rechtsprechung ist im Ansatz die innere Willensrichtung maßgebend. Für eine täterschaftliche Begehung muss die Tat als eigene gewollt sein, was nach dem Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, dem Umfang der Tatbeteiligung und der Tatherrschaft oder wenigstens dem Willen zur Tatherrschaft bewertet wird. Durchführung und Ausgang der Tat müssen somit zumindest aus der subjektiven Sicht des Tatbeteiligten maßgeblich auch von seinem Willen abhängen. Dabei deutet eine ganz untergeordnete Tätigkeit schon objektiv darauf hin, dass der Beteiligte nur Gehilfe ist⁴²⁸.

⁴²⁶ Krit. Joecks, in: MK, StGB, § 25 Rn. 147 ff.; Heine/Weißer, in: Schöнке/Schröder, StGB, § 25 Rn. 30; Hoyer, in: SK, StGB, § 25 Rn. 91 f., der in der Organisationsherrschaft eine Spezialform der Willensherrschaft sieht.

⁴²⁷ Siehe Kühn, StR AT, § 20 Rn. 93 m. w. N. zu den Vertretern dieser Ansicht sowie zu den übrigen Theorien zum Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft (a. a. O. Rn. 90 ff.).

⁴²⁸ St. Rspr.; vgl. BGH, Beschl. v. 23.12.2009 – 1 BJs 26/77-5 – StB 51/09, NStZ 2010, 445 (447) Rn. 12.

Nach der Tatherrschaftslehre, die im Schrifttum überwiegend vertreten wird, ist erforderlich, dass mehrere gemeinschaftlich Tatherrschaft durch arbeitsteiliges, bewusstes und gewolltes Zusammenwirken ausüben, also Zentralgestalten des Geschehens sind (funktionale Tatherrschaft)⁴²⁹. Diese funktionelle Tatherrschaft setzt als subjektives Element den gemeinschaftlichen Entschluss zur gemeinschaftlichen Tatbegehung voraus. Dieser muss nicht ausdrücklich, sondern kann konkludent erfolgen, indem der Tatplan des anderen durch seine Ausführung übernommen wird⁴³⁰. In objektiver Hinsicht ist die gemeinschaftliche Ausführung der Tat erforderlich, wobei jeder Mittäter einen wesentlichen Tatbeitrag zu leisten hat⁴³¹. Hierfür genügt es regelmäßig, dass der Mittäter nach Versuchsbeginn bis zur Vollendung hinzutritt und seinen Tatbeitrag leistet. Ist dieser nur von untergeordneter Bedeutung, kommt nur Teilnahme in Betracht, wobei auch ein rein psychischer Beitrag dann täterschaftsbegründend sein kann, wenn er für die Gesamttat wesentlich ist.

Ob die Beteiligung eines Mittäters allein im Vorbereitungsstadium ausreicht, ist umstritten. Nach der Rechtsprechung erfordert die Annahme von Mittäterschaft nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen. Für eine Tatbeteiligung als Mittäter soll ein auf der Grundlage gemeinsamen Wollens die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag ausreichen, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränken kann⁴³². Eine Anwesenheit am Tatort ist nicht erforderlich⁴³³. Nach herrschender Ansicht in der Literatur muss der Tatbeitrag des nicht unmittelbar an der Tatbegehung Beteiligten der Tat insgesamt ihr Gepräge geben, etwa als „planender Kopf“ der Bande oder als Organisator⁴³⁴.

Der Versuch der Mittäterschaft ist möglich und beginnt nach der Gesamtlösung für alle Mittäter, sobald der erste der Täter das Vorbereitungsstadium verlassen hat und die Schwelle zum Versuch überschreitet⁴³⁵. Das ist für den Bandenchef dann der Fall, wenn die Bandenmitglieder unmittelbar ansetzen⁴³⁶.

Sukzessive Mittäterschaft nach Beendigung der Tat kommt nicht in Betracht⁴³⁷. Allerdings kann der Mittäter auch nach der Vollendung der Tat diese bis zu deren materieller Beendigung durch einen eigenen Beitrag fördern und dadurch zum Mittäter werden. Nach

⁴²⁹ *Joecks*, in: MK, StGB, § 25 Rn. 183; siehe ausführlich zu den verschiedenen Theorien *Kühl*, StR AT, § 20 Rn. 17 ff.

⁴³⁰ *BGH*, Urt. v. 26.6.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 (130); *BGH*, Beschl. v. 10.1.2011 – 5 StR 515/10, NStZ-RR 2011, 111 (111f.); *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 25 Rn. 10.

⁴³¹ Bejaht man mit der Rechtsprechung die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft hinter einem voll verantwortlichen Vordermann, ist die Ablauforganisation das entscheidende Abgrenzungskriterium zur Mittäterschaft. Bei dieser muss eine organisatorisch-zeitliche Nähe der Tatbeiträge vorhanden sein, wohingegen bei der mittelbaren Täterschaft ein organisatorischer Abstand zwischen Vorder- und Hintermann bestehen muss.

⁴³² St. Rspr.; vgl. *BGH*, Beschl. v. 2.7.2008 – 1 StR 174/08, NStZ 2009, 25 (26); *BGH*, Beschl. v. 29.1.2009 – 3 StR 540/08, NStZ-RR 2009, 199 (200).

⁴³³ *BGH*, Urt. v. 17.10.2002 – 3 StR 153/02, NStZ 2003, 253 (254); weitere Nachweise bei *Kühl*, StR AT, § 20 Rn. 113.

⁴³⁴ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 25 Rn. 11 m. w. N. zur Literatur und Rspr.; *Joecks*, in: MK, StGB, § 25 Rn. 199; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 25 Rn. 67; weiter *Fischer*, StGB, § 25 Rn. 32; enger *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 294 f.

⁴³⁵ Vgl. *Kühl*, StR AT, § 20 Rn. 123 m. w. N.

⁴³⁶ A. A. die Vertreter der Einzellösung *Roxin*, AT II, § 29 Rn. 297 ff.; *Putzke*, JuS 2009, 1083 (1083).

⁴³⁷ *BGH*, Beschl. v. 10.1.2011 – 5 StR 515/10, NStZ-RR 2011, 111 (112); *BGH*, Urt. v. 27.1.2011 – 4 StR 502/10, NStZ, 699 (700).

Auffassung der Rechtsprechung ist dafür die Vorstellung des Hinzutretenden erforderlich, die Herbeiführung des Erfolgs durch die eigene Handlung weiter zu fördern⁴³⁸. Ist hingegen für die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges schon alles getan und bleibt deshalb das Handeln des Hinzutretenden ohne Einfluss auf den Taterfolg, kommt eine Zurechnung nach den Grundsätzen der (sukzessiven) Mittäterschaft trotz Kenntnis, Billigung und Ausnutzung der durch einen Anderen geschaffene Lage nicht in Betracht⁴³⁹. Von den Vertretern der Tatherrschaftslehre wird diese Auffassung abgelehnt, da der später Eintretende keine Tatherrschaft über die in der Vergangenheit geleisteten Beiträge der anderen Personen haben kann⁴⁴⁰. Etwas Anderes kann nur bei einem Dauerdelikt gelten, das in der Beendigungsphase durch eine tatbestandskonforme Handlung gefördert wird, die das Unrecht der Tat erhöht⁴⁴¹.

(b) *Subsumtion*

Für die Beteiligung des Arbeitgebers bedeutet das: Treffen der Arbeitgeber und z. B. ein Abteilungsleiter den Entschluss, eine angestellte Person an ihrem Arbeitsplatz zu sexuellen Handlungen zu zwingen, kommt im Erfolgsfall eine Strafbarkeit des Arbeitgebers nach §§ 177, 25 Abs. 2 StGB in Betracht. Dafür genügt nach der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung im Schrifttum, dass der Arbeitgeber als Organisationschef der Tat seinen wesentlichen Tatbeitrag im Vorbereitungsstadium leistet, sofern er der Tat dadurch ihr Gepräge gibt, beispielsweise indem er eine Betriebsfeier veranstalten und dort Alkohol ausschenken lässt, um planmäßig dem Abteilungsleiter die Gelegenheit zur Tat zu verschaffen, die andernfalls nicht durchführbar gewesen wäre. Auch die Teilnahme des Arbeitgebers an einer laufenden Tatbegehung kommt in Betracht. Nicht jedoch die Beteiligung an einer bereits vollendeten Tat, etwa durch Vertuschung des bereits abgeschlossenen Übergriffs.

Die Strafbarkeit des Arbeitgebers als Mittäter einer Tat eines Mitarbeiters oder Kunden folgt den allgemeinen Grundsätzen und hängt im Übrigen von der bevorzugten Auffassung zur Beteiligung an einer Straftat ab. Es ergeben sich mithin für die aktive Begehung keine Besonderheiten aus der Arbeitgeberstellung. Darüber hinaus kommt eine Beteiligung auch durch Unterlassen in Betracht, was Garantenstellung des Unterlassungstäters voraussetzt⁴⁴².

(3) *Strafbarkeit des Arbeitgebers als Anstifter gem. §§ 177 Abs. 1, 26 StGB*

(a) *Voraussetzungen der Strafbarkeit als Anstifter*

Hat eine andere Person eine vorsätzliche und rechtswidrige Tat nach § 177 Abs. 1 StGB begangen, kommt eine Strafbarkeit des Arbeitgebers als Anstifter in Betracht. Es genügt, dass die Haupttat das Versuchsstadium erreicht hat.

Die Abgrenzung zur mittelbaren Täterschaft erfolgt – je nach vertretener Auffassung – objektiv nach der Tatherrschaft des Teilnehmers. Ist dieser nur eine Randgestalt die keine Tatherrschaft innehat, kommt Anstiftung und nicht mittelbare Täterschaft in Betracht. Die

⁴³⁸ *BGH*, Urt. v. 1.12.2011 – 5 StR 360/11, *NStZ* 2012, 207 (209); *BGH*, Beschl. v. 10.1.2011 – 5 StR 515/10, *NStZ-RR* 2011, 111 (112).

⁴³⁹ *BGH*, Urt. v. 27.1.2011 – 4 StR 502/10, *NStZ*, 699 (702).

⁴⁴⁰ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, *StGB*, § 25 Rn. 12 m. w. N. zu den Vertretern dieser Auffassung.

⁴⁴¹ *Kühl*, *StR AT*, § 20 Rn. 126.

⁴⁴² Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 3. g) bb).

Unterscheidung kann insbesondere bei mittelbarer Täterschaft kraft Organisationsherrschaft hinter einem voll verantwortlichen Täter schwierig sein. Auf subjektiver Ebene lässt sich eine Unterscheidung nach der Vorstellung des Täters durchführen. Will dieser die Tat als eigene, liegt mittelbare Täterschaft vor, andernfalls, wenn er die Tat als fremde will, handelt es sich um Anstiftung.

Maßgebend für die Strafbarkeit als Anstifter ist, ob dieser den Täter zur Tat bestimmt hat. Nach der von der Rechtsprechung und Teilen der Literatur vertretenen Verursachungstheorie reicht hierfür das irgendwie geartete Hervorrufen des Tatentschlusses aus; auf das Mittel kommt es nicht an⁴⁴³. So genügt danach bereits das Schaffen von tatprovokierenden Umständen⁴⁴⁴.

Nach einschränkender und in der Literatur überwiegend verteilter Auffassung ist ein kommunikativer Akt zur Willensbeeinflussung erforderlich, z. B. indem der Anstifter den Täter zur Tat überredet oder auf andere Art und Weise geistigen Kontakt herstellt⁴⁴⁵; schlüssiges oder konkludentes Verhalten genügt hierfür⁴⁴⁶. Die Vertreter dieser Auffassung können für sich den Wortlaut des § 26 StGB in Anspruch nehmen, denn „bestimmen“ bedeutet nach allgemeinem Sprachgebrauch „prägen, entscheidend beeinflussen“ oder auch „zu etwas veranlassen“⁴⁴⁷, also Verhaltensformen mit einer aktiven Kommunikation im Sinne einer geistigen Beeinflussung⁴⁴⁸. Darüber hinaus scheint die tätergleiche Bestrafung des Anstifters unangemessen, sofern dieser keinen tätergleichen Tatbeitrag leistet. Dieser ist in der Einflussnahme auf den Täter zu sehen, hängt mithin von deren Qualität ab. Tatanreize geringer Einflussnahme – etwa passive, die vom Täter die Wahrnehmung der tatgünstigen Umstände erfordern – sind daher als nicht ausreichend zu bewerten. Erforderlich sind Tatanreize, die eine kommunikative Einflussnahme im Sinne eines Aufmerksam-machens des Täters auf die Tatmöglichkeiten beinhalten. Weitergehende Restriktionen sind hingegen nicht erforderlich, da diese wiederum vom Wortlaut nicht verlangt sind.

Bloßes Unterlassen reicht nach allgemeiner Auffassung in der Regel nicht aus⁴⁴⁹. Darin ist regelmäßig kein Bestimmen zu sehen, da es an einem aktiven Verhalten mangelt und durch Passivität kaum eine geistige Beeinflussung vorstellbar ist⁴⁵⁰. Bei konkludentem

⁴⁴³ St. Rpr.; *BGH*, Urt. v. 8.1.1985 – 1 StR 686/84, NJW 1985, 924; *BGH*, Urt. v. 20.1.2000 – 4 StR 400/99, NSiZ 2000, 321 (322); *BGH*, Beschl. v. 23.5.2007 – 2 StR 569/06, NSiZ 2008, 42 (42); *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 26 Rn. 2 m. w. N. zu den Vertretern dieser Auffassung.

⁴⁴⁴ *Kühl*, StR AT, § 20 Rn. 171.

⁴⁴⁵ *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 26 Rn. 3; *Fischer*, StGB, § 26 Rn. 3; *Schünemann*, in: LK, StGB, § 26 Rn. 2; auch *BGH*, Beschl. v. 5.8.2008 – 3 StR 244/08, NSiZ 2009, 393 (393).

⁴⁴⁶ Enger die Vertreter der Kollusionstheorie, nach denen die Kommunikation auffordernden Charakter besitzen müsse, *Roxin*, AT II, § 26 Rn. 74; *Schünemann*, in: LK, StGB, § 26 Rn. 51. Noch enger die Vertreter der Unrechtspakttheorie, die verlangen, dass zwischen Anstifter und Täter eine materielle oder immaterielle Gegenleistung vereinbart (*Hoyer*, in: SK, StGB, § 26 Rn. 14; ähnlich *Joecks*, in: MK, StGB, § 26 Rn. 20, Belonung „für die Tat“) oder ein Unrechtspakt geschlossen werde (*Puppe*, GA 1984, 101 (112 f.); *Puppe*, NSiZ 2006, 424 (425 f.)).

⁴⁴⁷ *Scholze-Stubenrecht*, Duden Universalwörterbuch, S. 300, Stichwort „bestimmen“.

⁴⁴⁸ So auch *Krüger*, JA 2008, 492 (494), der auch unter Anwendung der weiteren Auslegungsmethoden zum Schluss gelangt, dass eine kommunikative Beeinflussung erforderlich und ausreichend sei, a. a. O. S. 498.

⁴⁴⁹ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 26 Rn. 3; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 26 Rn. 4; *Fischer*, StGB, § 26 Rn. 6.

⁴⁵⁰ So auch *Joecks*, in: MK, StGB, § 26 Rn. 92.

oder schlüssigem Verhalten dürfte der Schwerpunkt auf der Handlung und nicht dem Unterlassen liegen.

Die Anstiftungshandlung muss den Tatentschluss hervorrufen oder wenigstens mitursächlich für den Tatentschluss des Täters sein⁴⁵¹. Kettenanstiftung, also die Anstiftung zur Anstiftung, ist nach herrschender Auffassung möglich⁴⁵².

In subjektiver Hinsicht muss der Anstifter vorsätzlich bzgl. einer konkreten Haupttat und bzgl. seiner Anstiftung handeln und die Vollendung der Haupttat wollen – nicht nur deren Versuch.

(b) *Subsumtion*

Folgt man der h. M. der Literatur ist eine Anstiftung durch den Arbeitgeber nicht möglich, wenn dieser lediglich Umstände schafft, die beim Haupttäter zum Tatentschluss führen. Dies kann etwa dadurch erfolgen, dass die vom Arbeitgeber erstellte Organisation Defizite bei der Ahndung von bedrohenden oder gewalttätigen Verhaltensweisen aufweist, die bei anderen Personen dazu führen, dass mit betrieblichen Konsequenzen und der Stellung einer Strafanzeige nicht zu rechnen ist. Denkbar sind auch Vereinzlungsszenarien, die den Übergriff auf das Opfer erleichtern, wie etwa bei Dienstreisen zu zweit, Gesprächen zu zweit in abgelegenen Räumlichkeiten oder Tätigkeiten zu zweit in unüberwachten Betriebsteilen.

Der Arbeitgeber muss stattdessen den Tatentschluss durch Willensbeeinflussung im Wege des geistigen Kontaktes hervorrufen. Dabei wird man zu berücksichtigen haben, dass die Kommunikation des Arbeitgebers nicht selten auf die „Goldwaage“ gelegt werden wird, dass also bereits Andeutungen ausreichen können, um den Täter zur Tat zu bewegen. Umso mehr hat dies dann zu gelten, wenn der Angestiftete sich davon einen beruflichen Vorteil verspricht. Damit werden die (Minimal-)Anforderungen an Teilnahmehandlung überschritten und ein Unrechtspakt im Sinne der gleichnamigen Theorie geschlossen, aus dem der Haupttäter seine „Belohnung“ erhält. Denkbar ist durchaus, dass der Arbeitgeber einen Mitarbeiter dazu anstiftet, es einer Mitarbeiterin „ordentlich zu besorgen“, wenn sich diese in einer Weise verhalten hat, die den männlichen Arbeitgeber in seiner hierarchischen Überstellung verletzt haben und er sich dafür rächen will.

(4) *Strafbarkeit des Arbeitgebers wegen Beihilfe gem. §§ 177 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB*

Ebenso wie die Anstiftung kommt auch die Beihilfe zur Haupttat in Betracht, wenn der Arbeitgeber die Tat nicht selbst begangen, sie aber durch eine Teilnahmehandlung gefördert hat. Der Gehilfe ist, wie der Anstifter, eine Randgestalt des Geschehens ohne eigene Tatherrschaft, dies unterscheidet ihn insbesondere vom Mittäter. Ferner ist die Beihilfe, wie die Anstiftung, akzessorisch zu einer mindestens versuchten, vorsätzlichen und rechtswidrigen fremden Haupttat.

⁴⁵¹ BGH, Urt. v. 20.1.2000 – 4 StR 400/99, NStZ 2000, 321 (322).

⁴⁵² BGH, Urt. v. 8.7.1954 – 3 StR 796/53, BGHSt 6, 359; Kühn, in: Lackner/Kühl, StGB, § 26 Rn. 8; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 26 Rn. 15; Joecks, in: MK, StGB, § 26 Rn. 102; Kühn, StR AT, § 20 Rn. 193; Koch/Wirth, JuS 2010, 203 (209).

(a) Voraussetzungen der Strafbarkeit als Gehilfe

Beihilfe erfordert ein Hilfeleisten im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB. Dafür kommt zunächst jeder Tatbeitrag in Betracht, der nicht als Täterschaft oder Anstiftung zu qualifizieren ist⁴⁵³. Nach h. M. in der Literatur hat dieser Tatbeitrag kausal für die Erfolgsverursachung zu sein, d. h. er muss die Rechtsgutsverletzung ermöglicht oder verstärkt haben oder die Tatdurchführung ermöglicht oder abgesichert haben⁴⁵⁴. Nach der Auffassung der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur ist auch die nicht-kausale, tatsächliche Förderung der Tathandlung ausreichend⁴⁵⁵. Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass eine Förderung der Tat ohne Ursächlichkeit nicht möglich ist⁴⁵⁶. Selbst wenn man ein Fördern außerhalb des Mitverursachens anerkennt, ist die Verursachungstheorie vorzugswürdig, da für die Beihilfe ein Zusammenwirken zwischen Täter und Teilnehmer nicht erforderlich ist, mithin das Kausalitätserfordernis die objektive Qualität des Gehilfenbeitrags definiert und aus diesem Grund nicht verzichtbar ist. Ohne eine kausale Bindung an die Haupttat würde die Akzessorität zur Haupttat und die Abgrenzung zwischen strafbarer Beihilfe und deren straflosem Versuch verwischt⁴⁵⁷. Darüber hinaus ist eine Begrenzung der Strafbarkeit durch objektive Zurechnungskriterien geboten, wonach ein Tatbeitrag, der keine Risikohöherung bewirkt, als Beihilfehandlung ausscheidet⁴⁵⁸.

Das gilt auch für allgemein übliche Alltagsgeschäfte und insbesondere berufsbedingte Handlungen, sofern sich der Gehilfe mit dem Täter solidarisiert, nachdem ihm bekannt wurde, dass das Handeln des Täters auf die Begehung einer Straftat gerichtet ist⁴⁵⁹. Die Alltagshandlung verliert dann ihren Alltagscharakter und ist nicht mehr als sozialadäquat anzusehen⁴⁶⁰. Gleiches gilt, wenn der Gehilfe zwar nicht sicher weiß, wie der von ihm geleistete Tatbeitrag vom Täter verwendet werden wird, er es nur für möglich hält, dass er eine Straftat unterstützt, aber das von ihm erkannte Risiko einer Tatbegehung sehr hoch ist⁴⁶¹.

⁴⁵³ Schünemann, in: LK, StGB, § 27 Rn. 1; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 27 Rn. 1; Kühl, StR AT, § 20 Rn. 211. Zur Abgrenzung zwischen Anstiftung und Beihilfe vgl. Amelung, in: Hoyer u. a., FS-Schroeder, S. 147 (160 ff.).

⁴⁵⁴ Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 27 Rn. 2; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 27 Rn. 3 m. w. N.; Schünemann, in: LK, StGB, § 27 Rn. 2; Joecks, in: MK, StGB, § 27 Rn. 32; Fischer, StGB, § 27 Rn. 14a.

⁴⁵⁵ St. Rspr.: RG, Urt. v. 18.3.1924 – I 50/24, RGSt 58, 113; BGH, Urt. v. 21.12.1951 – 1 StR 431/51, BGHSt 2, 129 (131); BGH, Beschl. v. 20.3.2002 – 5 StR 448/01, NJW 2002, 1963 (1965); BGH, Beschl. v. 2.9.2009 – 5 StR 266/09, BGHSt 54, 140 (142 f.); Übersicht bei Timpe, JA 2012, 430 (430 f.).

⁴⁵⁶ Fischer, StGB, § 27 Rn. 14a.

⁴⁵⁷ Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 27 Rn. 2; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 27 Rn. 6; Fischer, StGB, § 27 Rn. 14a; Kühl, StR AT, § 20 Rn. 220.

⁴⁵⁸ Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 27 Rn. 2a; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 27 Rn. 8; Hoyer, in: SK, StGB, § 27 Rn. 23; Schünemann, in: LK, StGB, § 27 Rn. 6; Joecks, in: MK, StGB, § 27 Rn. 46; Roxin, AT II, § 26 Rn. 211; Kühl, StR AT, § 20 Rn. 221.

⁴⁵⁹ BGH, Urt. v. 1.8.2000 – 5 StR 624/99, BGHSt 46, 107 (112); BGH, Beschl. v. 20.3.2002 – 5 StR 448/01, NJW 2002, 1963 (1965); krit. im Hinblick auf die Subjektivität des Bewertungsmaßstabs der Rspr: Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 27 Rn. 2a.

⁴⁶⁰ BGH, Urt. v. 1.8.2000 – 5 StR 624/99, BGHSt 46, 107 (112); BGH, Urt. v. 8.3.2001 – 4 StR 453/00, NJW 2001, 2409 (2410); Bespr. von Kudlich, JuS 2002, 751 (754) m. w. N. zu den verschiedenen Auffassungen i. d. Literatur.

⁴⁶¹ BGH, Urt. v. 1.8.2000 – 5 StR 624/99, BGHSt 46, 107 (112); BGH, Urt. v. 18.6.2003 – 5 StR 489/02, NJW 2003, 2996 (2999).

Zeitlich ist die Beihilfe bereits im Vorbereitungsstadium möglich⁴⁶². Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur kann Beihilfe auch noch nach der Vollendung der Haupttat geleistet werden⁴⁶³. Nach deren Beendigung ist sie jedoch ausgeschlossen.

Als Mittel der Beihilfe kommen physische und psychische Hilfeleistungen in Betracht. Physische Hilfeleistungen sind körperliche Beteiligungen ohne Tatherrschaft, wie z. B. das Schmiere stehen zur Gefahrenabwehr oder Warnfunktion, selbst wenn kein akuter Fall während der Tatausführung eintritt. Psychische Beihilfe ist das Einwirken auf die Psyche des Täters entweder durch technische Rathilfe oder durch Bestärkung des Tatentschlusses⁴⁶⁴. Nach der neueren Rechtsprechung ist mit der h. M. der Literatur richtigerweise davon auszugehen, dass bloßes Dabeisein oder die Kenntnisnahme der Tat hierfür nicht ausreicht⁴⁶⁵.

In subjektiver Hinsicht ist – wie bei der Anstiftung – Vorsatz im Hinblick auf die eigene Beihilfehandlung als auch auf die Haupttat erforderlich.

(b) *Subsumtion*

Der Arbeitgeber kann sich auch als Gehilfe zu einer mindestens versuchten sexuellen Nötigung eines Mitarbeiters oder Kunden strafbar machen, wenn er diese Tat durch eine Hilfeleistung unterstützt. Dafür ist jedoch nicht ausreichend, dass er zwischen Vorbereitung und Vollendung Kenntnis der Tat erlangt und nicht einschreitet⁴⁶⁶. Der Arbeitgeber ist nicht bereits dann Gehilfe einer fremden Tat, wenn er eine alltägliche berufstypische Handlung vornimmt. So wird der die Zusammensetzung von gemischtgeschlechtlichen Zwei-Personen-Außendienstteams disponierende Arbeitgeber nur dann zum Gehilfen des Täters, wenn er über sichere Kenntnis verfügt, dass das männliche Teammitglied beim Außendienstinsatz einen Übergriff auf das weibliche Teammitglied durchführen wird.

(5) *Strafbarkeit des Arbeitgebers wegen versuchter Beteiligung gem. §§ 177 Abs. 1, 30 Abs. 1 StGB*

Bei den in § 30 StGB geregelten Vorstufen der Beteiligung handelt es sich um die Pönalisierung von Kriminalität im Vorfeld eines Verbrechens (§ 12 Abs. 1 StGB), bei dem das Versuchsstadium nicht erreicht ist. Entsprechend existiert keine Haupttat, aus der eine Akzessorietät abgeleitet werden könnte, was die Legitimation einer Strafbarkeit begründungspflichtig macht. Hierfür wird für die Vorstufen der Beteiligung des § 30 Abs. 1 StGB der Einflussverlust des Täters nach Inangasetzung eines zur Strafbarkeit führenden Geschehensablaufs und die Steigerung der Begehungswahrscheinlichkeit bei Einbeziehung Dritter angeführt⁴⁶⁷.

⁴⁶² *BGH*, Urt. v. 1.8.2000 – 5 StR 624/99, BGHSt 46, 107 (115); *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 27 Rn. 17; *Kühl*, StR AT, § 20 Rn. 232. Die Haupttat muss aufgrund der Akzessorietät mindestens in Versuchsstadium gelangen.

⁴⁶³ Statt aller siehe die Nachweise zur Rspr. und zur Lit. bei *Fischer*, StGB, § 27 Rn. 6.

⁴⁶⁴ *Kühl*, StR AT, § 20 Rn. 225 f.

⁴⁶⁵ *BGH*, Beschl. v. 13.1.1993 – 3 StR 516/92, NStZ 1993, 233; *BGH*, Beschl. v. 10.1.2011 – 5 StR 515/10, NStZ-RR 2011, 111 (112); *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 27 Rn. 4; *Fischer*, StGB, § 27 Rn. 13 f.; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 27 Rn. 15; andernfalls wäre reines Unterlassen auch außerhalb jeder Garantienpflicht strafbar. Vgl. zu weiteren Nachweisen *Kühl*, StR AT, § 20 Rn. 228.

⁴⁶⁶ In diesem Fall ist jedoch an pflichtwidriges Unterlassen als Garant zu denken. Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 3. g) bb).

⁴⁶⁷ *Kühl*, StR AT, § 20 Rn. 244; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 30 Rn. 1.

Ähnlich weit ist die Vorverlagerung einer Benachteiligung wegen eines der in § 1 AGG genannten Merkmale in den Anweisungsfällen des § 3 Abs. 5 AGG. Dort gilt nach Satz 1 bereits die Anweisung zu einer Benachteiligung als eine Benachteiligung. Da eine solche nach Satz 2 „insbesondere“ dann vorliegt, wenn im arbeitsrechtlichen Geltungsbereich jemand bestimmt wurde, eine beschäftigte Person zu benachteiligen, ist eine Benachteiligung im Sinne von Satz 1 bereits dann gegeben, wenn versucht wurde, eine andere Person anzuweisen oder nach Satz 2 Alt. 2 eine Person tatsächlich angewiesen wurde, eine Benachteiligung aber nicht erfolgte. Es kommt mithin nicht auf die Umsetzung, sondern auf die Erteilung der Anweisung an⁴⁶⁸. Auch dabei geht es um Einflussverlust in Folge einer Einwirkung auf eine andere Person. Entsprechend dieser zivilrechtlichen Untersuchungs- begrenzung interessiert hier allein noch der Fall des § 30 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 StGB.

(a) *Voraussetzungen der Strafbarkeit*

Voraussetzung des versuchten Bestimmens ist fehlende Vollendung der Anstiftung. Es muss sich um eine misslungene Anstiftung handeln, bei welcher der Täter bereits fest zur Tat entschlossen war oder er den vom Anstifter hervorgerufenen Tatentschluss nicht bis ins Versuchsstadium der Haupttat umsetzt oder aber die Anstiftungshandlung nicht den Erfolg des Tatentschlusses bei der vermeintlich angestifteten Person erzielt⁴⁶⁹.

Der Bestimmende muss Tatentschluss hinsichtlich seiner Anstiftungshandlung und der auszuführenden Haupttat aufweisen. Ferner ist das Ansetzen zur Verwirklichung der Anstiftung erforderlich. Es ist jedoch umstritten, wann der Versuch der Beteiligung beginnt. Die h. M. stellt mit der Rechtsprechung nach den allgemeinen Grundsätzen der Versuchs- strafbarkeit auf den Beginn des unmittelbaren Ansetzens zur Tatbestandsverwirklichung ab⁴⁷⁰. Das wäre z. B. der Beginn eines Bestimmens-Gesprächs oder die Absendung eines bestimmenden Briefs. Nach anderer Auffassung sollen diese Grundsätze bei § 30 Abs. 1 StGB wegen der Vorverlagerung restriktiv auszulegen und unmittelbares Ansetzen soll erst gegeben sein, wenn die Bestimmens-Handlung in der Sphäre des Empfängers angelangt ist⁴⁷¹. Das überzeugt in zweierlei Hinsicht nicht: Berücksichtigt man den Straf- grund des § 30 Abs. 1 StGB, ist das Verlassen der Sphäre des Bestimmenden der maßge- bende Augenblick. Aus Sicht des unmittelbar ansetzenden Täters kann es auf nichts Anderes ankommen als die Handlung, mit der er alles Erforderliche getan hat. Ferner wäre der in § 31 StGB geregelte Rücktritt vom Versuch der Beteiligung kaum mehr möglich, da Versuchsbeginn und -beendung auf denselben Zeitpunkt des Zugangs fielen.

(b) *Subsuntion*

Die Anweisung zur Benachteiligung gilt nach § 3 Abs. 5 Satz 1 AGG als Benachteiligung. Damit wird der zivilrechtliche Haftungsgrund des § 15 Abs. 1 AGG i. V. m. §§ 7 Abs. 1, 3 Abs. 4, 5 AGG weit ausgedehnt und in einen Bereich vorverlagert, bei dem es noch nicht zu einer Benachteiligung gekommen sein kann. Ob letztlich eine tatsächliche Be- nachteiligung stattgefunden hat, spielt keine Rolle. Anders ist die Reichweite im Straf-

⁴⁶⁸ Vgl. hierzu diese Arbeit unter C. III. 5. h) bb).

⁴⁶⁹ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 30 Rn. 4.

⁴⁷⁰ *BGH*, Urt. v. 17.11.1955 – 3 StR 358/55, BGHSt 8, 261 (262); *Kühl*, StR AT, § 20 Rn. 249; *Schünemann*, in: LK, StGB, § 30 Rn. 17; *Hoyer*, in: SK, StGB, § 30 Rn. 32; *Fischer*, StGB, § 30 Rn. 9a; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 30 Rn. 18.

⁴⁷¹ *Letzgas*, in: Dölling/Duttge/Rössner, StGB, § 30 Rn. 19; *Zaczyk*, in: NK, StGB, § 30 Rn. 12 ff. der einen Teilerfolg verlangt.

recht zu beurteilen. Hier ist der Nicht-Erfolg des Bestimmens Voraussetzung der Vorverlagerung. Hinzutreten muss eine Qualität der in Aussicht genommenen Haupttat als Verbrechen. Für die in dieser Arbeit zu untersuchenden Tatbestände folgt daraus, dass der Versuch der Beteiligung allein bei § 177 Abs. 1 StGB in Frage kommt – vorbehaltlich der Begehung einer Qualifikation eines sonstigen Tatbestandes, der Verbrechensqualität aufweist.

Die sexuelle Nötigung selbst kann als atypischer Fall der sexuellen Belästigung verstanden werden, da sie ein Mehr an Belästigungsqualität aufweist und mit nur geringer Häufigkeit als eingetretener Fall sexueller Belästigung am Arbeitsplatz genannt wurde. Der Versuch der Beteiligung an einer sexuellen Nötigung nach § 30 Abs. 1 StGB kann als absoluter Sonderfall deklariert werden, der gleichwohl nicht undenkbar ist und von der deutlich weitergehenden zivilrechtlichen Ausgangsnorm des § 3 Abs. 5 AGG umfasst wird.

bb) Strafbarkeit des Arbeitgebers aufgrund pflichtwidrigen Unterlassens

Nach §§ 177 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer es unterlässt, den tatbestandlichen Erfolg abzuwenden, obwohl er für den Nichteintritt rechtlich einzustehen hat. Neben der Frage nach dem Schwerpunkt des vorwerfbaren Verhaltens und der physisch-realen Möglichkeit, den Erfolg abzuwenden, ist eine Garantenstellung erforderlich. Nach der Funktionenlehre⁴⁷² werden zwei Gruppen von Garantenstellungen unterschieden: Beschützergaranten, denen Obhutspflichten für bestimmte Rechtsgüter obliegen, diese gegen Angriffe aus allen Richtungen zu beschützen sowie Überwachungsgaranten, die Sicherungspflichten zur Überwachung von Gefahrenquellen zu Gunsten anderer Personen einzuhalten haben⁴⁷³.

Die Garantenstellung des Betriebsinhabers wird unter dem Begriff der Geschäftsherrenhaftung diskutiert, die regelt, ob und inwieweit einem Geschäftsherrn die Pflicht obliegt, Straftaten eigenverantwortlich handelnder anderer Mitglieder der Organisation zu verhindern⁴⁷⁴. Es handelt sich dabei um einen der am meisten umstrittenen Problemkreise der unechten Unterlassungsdelikte, der bis heute nicht befriedigend gelöst ist⁴⁷⁵. Die Geschäftsherrenhaftung ist in der Rechtsprechung des BGH seit längerem implizit, jedoch erst seit 2009 ausdrücklich anerkannt⁴⁷⁶. Gleichwohl bestehen trotz des grundlegenden Charakters einer Entscheidung des BGH vom 20.10.2011 viele ungeklärte Fragen, deren dogmatische Aufarbeitung im Rahmen dieser Untersuchung nicht zu leisten ist, weshalb hier eine knappe Auseinandersetzung mit den Grundsätzen der Rechtsprechung genügen soll⁴⁷⁷.

⁴⁷² Vgl. hierzu *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 13 Rn. 12.

Kühl, JuS 2007, 497 (500).

⁴⁷⁴ *Schlösser*, NZWiSt 2012, 281 (281).

⁴⁷⁵ *Jäger*, JA 2012, 392 (392); *Spring*, S. 196.

⁴⁷⁶ Vgl. *BGH*, Urt. v. 23.3.1973 – 2 StR 390/72, BGHSt 25, 158 (162 f.); *BGH*, Urt. v. 26.6.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 (123) „Lederspray“; *BGH*, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 (50) „Compliance-Officer“; *BGH*, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42 (=NJW 2012, 1237 ff.; =NSTz 2012, 142 ff.)

⁴⁷⁷ Tiefergehende Beiträge zur Diskussion finden sich u. a. bei *Jäger*, JA 2012, 392 ff.; *Kuhn*, wistra 2012, 297 ff.; *Mansdörfer/Trüg*, StV 2012, 432 ff.; *Schlösser*, NZWiSt 2012, 281 ff.; *Bülte*, NZWiSt 2012, 176 ff.; *Schramm*, JZ 2012, 967 ff.; *Roxin*, JR 2011, 303 ff.; *Grützner*, BB 2012, 150 ff.

Gegenstand der Entscheidung waren mehrere gewalttätige Übergriffe über einen Zeitraum von ca. 2,5 Jahren durch Mitarbeiter eines städtischen Bauhofs, die dem Angeklagten unterstanden, gegenüber einem weiteren Mitarbeiter des städtischen Bauhofs, der jedoch einer anderen Kolonne angehörte und demgegenüber der Angeklagte keine Vorgesetztenfunktion innehatte.

(1) *Der Arbeitgeber als Beschützergarant*

Der BGH verneinte eine Garantenstellung des angeklagten Kolonnenführers zum Schutz der Rechtsgüter des Geschädigten, da sich dieser nicht innerhalb des personellen Verantwortungsbereichs des Angeklagten befunden habe, denn der Angeklagte sei zu keinem Zeitpunkt weder der planmäßige noch der vertretungsmäßige Vorgesetzte des Geschädigten gewesen. Weiter wird unter Verweis auf die Compliance-Officer Entscheidung aber ausgeführt, dass eine solche Schutzpflicht jedoch grundsätzlich möglich sei. Voraussetzungen sind, dass den Arbeitgeber eine solche Pflicht trifft und er diese wirksam auf den Vorgesetzten übertragen hat – z. B. mittels arbeitsvertraglicher Vereinbarung⁴⁷⁸. Ergeben kann sich eine Schutzpflicht aus Gesetz, wie z. B. § 618 BGB, aus Gewährübernahme oder einem besonderen Vertrauensverhältnis. Hierher gehören auch die allgemeine arbeitsvertragliche Fürsorgepflicht des Arbeitgebers⁴⁷⁹, der Schutz vor Benachteiligung im Rahmen des AGG, wozu auch die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz zählt⁴⁸⁰, sowie die Gewährleistung des Betriebsfriedens⁴⁸¹.

Aus dem Verweis auf die Entscheidung des 5. Strafsenats folgt, dass nicht nur die rechtliche Übertragung, sondern die tatsächliche Übernahme des Verantwortungsbereichs durch den Delegaten erfolgen muss⁴⁸². Hinzutreten muss regelmäßig ein besonderes Vertrauensverhältnis, das den Übertragenden gerade dazu veranlasst, dem Verpflichteten besondere Schutzpflichten zu übertragen⁴⁸³. Der Inhalt der Garantenstellung ergibt sich sodann aus dem konkreten Pflichtenkreis, den der Verantwortliche übernommen hat⁴⁸⁴.

Festzuhalten ist daher zunächst, dass nach der Auffassung der Rechtsprechung eine Stellung des Arbeitgebers als Beschützergarant in Betracht zu ziehen ist, wenn und soweit eine entsprechende Schutzpflicht besteht oder übernommen und nicht wirksam auf eine Person im Unternehmen delegiert wurde.

Fraglich ist, ob bei einer Beschützergarantenstellung auch die Betriebsbezogenheit der Taten vorausgesetzt wird. Hierzu bedurfte es in der Entscheidung keiner Klärung, da sich die geschädigte Person außerhalb des personellen Verantwortungsbereichs des Angeklagten und damit außerhalb des von ihm übernommenen Pflichtenkreises befand⁴⁸⁵. Die Systematik des Judikats legt nahe, dass das Kriterium der Betriebsbezogenheit nur bei einer

⁴⁷⁸ BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42 (45) Rn. 11.

⁴⁷⁹ Kuhn, wistra 2012, 297 (298).

⁴⁸⁰ Mansdörfer/Trüg, StV 2012, 432 (434); Kuhn, wistra 2012, 297 (299).

⁴⁸¹ Mansdörfer/Trüg, StV 2012, 432 (434).

⁴⁸² BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 (48f.); Schlösser, NZWiSt 2012, 281 (282).

⁴⁸³ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 (49) Rn. 25.

⁴⁸⁴ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 (49) Rn. 26.

⁴⁸⁵ Krit. zur Beschränkung auf den personellen Verantwortungsbereich Schlösser, NZWiSt 2012, 281 (283), der eine Delegation auf Machtpositionen in der Organisation zulassen will, nicht jedoch auf Vorgesetzte unterer Hierarchiestufen. Ähnliche Bedenken, insbesondere im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG, äußert Bülte, NZWiSt 2012, 176 (180). Für eine Ausdehnung des Verantwortungsbereichs von Mitarbeitern mit

Überwachungsgarantenstellung maßgebend sein soll. Dagegen kann auch nicht die Formulierung eingewendet werden, dass die Beschränkung der Garantienstellung unabhängig davon sei, welche tatsächlichen Umstände für die Begründung maßgebend sind, da es sich dabei um die Umstände der Begründung allein der Überwachungsgarantenstellung handeln kann⁴⁸⁶. Jedoch hatte der 5. *Strafsenat* bereits ausgeführt, dass es dahinstehen könne, ob einer Unterscheidung zwischen Schutz- und Überwachungspflichten bei der Übernahme eines Verantwortungsbereiches wesentliches Gewicht zukomme⁴⁸⁷, was dafür spräche, einheitliche Prüfkriterien zu vergeben. Schließlich soll der Verzicht auf die Betriebsbezogenheit zu einer Allzuständigkeit des Geschäftsherrn führen, was mit der Vollverantwortlichkeit der Mitarbeiter kaum zu vereinbaren wäre⁴⁸⁸.

Diese Auffassung verkennt jedoch, dass die Reichweite der dem Beschützergaranten obliegenden Schutzpflicht vom „Inhalt der Pflichtenbindung“⁴⁸⁹ bzw. der „besonderen Pflichtenstellung“⁴⁹⁰ abhängt, die tatsächlich übernommen wurde. Umfasst diese Pflicht auch den Schutz vor nicht betriebsbezogenen Straftaten, entfällt die diesbezügliche Beschränkung. Das wird regelmäßig jedoch nicht der Fall sein, da der Arbeitgeber damit eine über seine Überwachungspflicht hinausreichende Schutzpflicht übernehme.

(2) *Der Arbeitgeber als Überwachungsgarant (Geschäftsherrenhaftung)*

Der BGH verneint in seiner Entscheidung im Ergebnis auch eine Strafbarkeit als Überwachungsgarant, hält eine Garantienpflicht als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter je nach den Umständen des einzelnen Falls aber grundsätzlich für möglich⁴⁹¹. Die ausdrückliche Anerkennung dieser von der h. M. des Schrifttums⁴⁹² bereits seit langem vertretenen Garantienpflicht ist überwiegend positiv rezipiert worden, gleichwohl auch hier einige Fragen ungeklärt sind. Eine Begründung, auf welche Umstände des Einzelfalls die Überwachungsgarantenstellung zurückzuführen ist oder aus welchem Haftungsgrund sich diese ergeben, bleibt der 4. *Strafsenat* schuldig, da das übergeordnete Kriterium der Betriebsbezogenheit nicht gegeben war.

In der Literatur werden zur Begründung der Garantienstellung verschiedene Ansätze vertreten. Der prominenteste ist die Weisungsbefugnis des Geschäftsherrn über untergeordnete Personen aufgrund der ihm besonders wirkungsvolle Möglichkeiten der Tatverhinderung zustünden, die er nutzen müsse. Diese Verpflichtung zur Verhinderung von Straftaten aus dem sozialen Raum der Organisation sei gleichsam die Kehrseite der unternehmerischen

Führungsaufgaben über den personellen Kompetenzbereich auf den räumlich-zeitlichen Leistungsbereich, *Mansdörfer/Trüg*, StV 2012, 432 (434), was jedoch aufgrund fehlender Befugnisse gegenüber Personen außerhalb des Weisungsbereichs abzulehnen ist.

⁴⁸⁶ Vgl. *BGH*, UrT. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42 (46) Rn. 14; so aber *Bülte*, NZWiSt 2012, 176 (177).

⁴⁸⁷ *BGH*, UrT. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 (48) Rn. 23.

⁴⁸⁸ *Jäger*, JA 2012, 392 (394).

⁴⁸⁹ *BGH*, UrT. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 (48) Rn. 23.

⁴⁹⁰ *BGH*, UrT. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42 (44) Rn. 9.

⁴⁹¹ *BGH*, UrT. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42 (45) Rn. 13.

⁴⁹² Vgl. die Nachweise bei *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 13 Rn. 14. Nach a. A. „sperrn“ die gesetzlichen Regelungen von § 357 StGB, § 41 WStG und § 108 SeemG einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, (*Rudolphi/Stein*, in: SK, StGB, § 13 Rn. 35a m. w. N.) bzw. verhindert dies die Privilegierung des § 130 OWiG, *Stoffers*, NJW 2009, 3173 (3176).

Betätigungsfreiheit⁴⁹³. Eine weitere Begründung wird in der Herrschaft über die Gefahrenquelle Betrieb gesehen, wobei von Personen ausgehende Gefahren wie Sachgefahren zu behandeln seien⁴⁹⁴. Bei beiden Ansätzen stellt sich das Problem der Strafbarkeit des Garanten neben einem voll verantwortlich handelnden Täter, weshalb die Reichweite der Garantenstellung einzuschränken ist. Eine Ansicht sieht den Garanten nur im Rahmen eines ihm zustehenden Weisungsrechtes gegenüber dem Täter zur Erfolgsverhinderung verpflichtet⁴⁹⁵. Nach a. A. ist das Regime der gesetzlichen Haftung nach §§ 30 und 130 OWiG zur Begrenzung auf betriebsbezogene Taten von Mitarbeitern heranzuziehen⁴⁹⁶.

Der BGH beschränkt die Garantenstellung auf betriebsbezogene Taten, da sich unter keinem Gesichtspunkt eine besondere Verpflichtung des Betriebsinhabers begründen lasse, Taten von voll verantwortlichen Angestellten zu verhindern, die sich außerhalb des Betriebs genauso ereignen könnten⁴⁹⁷. Erforderlich sei ein innerer Zusammenhang zur zu erbringenden Tätigkeit bzw. einer dem Betrieb spezifisch anhaftenden Gefahr. Als Beispiele führt er eine strafgeneigte Firmenpolitik und die Ausnutzung von arbeitstechnischen Machtbefugnissen an⁴⁹⁸. Der 4. Strafsenat übernimmt damit die von der Literatur erarbeitete Einschränkung, wonach Taten, die nur bei Gelegenheit einer Tätigkeit im Betrieb begangen werden, nicht betriebsbezogen sind. Die Mobbing-Taten des Angeklagten seien solche, nicht betriebsbezogenen Exzesstaten, denn in ihnen realisiere sich nicht eine dem Betrieb eines städtischen Bauhofs spezifisch anhaftende Gefahr, da Mobbing-Taten in allen Betrieben mit mehreren Beschäftigten vorkommen könnten⁴⁹⁹.

Vom GBA und von Vertretern der Literatur wird vorgebracht, dass sich jedenfalls bei wiederholenden Mobbing-Handlungen eine betriebsspezifische Gefahr verwirklichen könne. Diese resultiere aus dem Umstand, dass die Mitarbeiter nicht über ausreichende Möglichkeiten verfügten, den „sozialen Raum“ des Betriebs, von dem sie wirtschaftlich abhängig seien, zu verlassen⁵⁰⁰. Diese Auffassung ist mit der Rechtsprechung abzulehnen, denn sie überdehnt den Begriff der Betriebsbezogenheit⁵⁰¹. Eine sinnvolle und dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG ausreichende Konturierung erfährt die Betriebsbezogenheit nur dadurch, dass Taten, die betriebsunspezifisch sind, nicht zur Unterlassungshaftung des Geschäftsherrn führen. Zwar besteht eine wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeit vom Arbeitsplatz und damit eine nicht zu unterschätzende Bindungswirkung an den Betrieb, aufgrund derer der Arbeitgeber verpflichtet ist, im Rahmen seiner Organisationspflicht dafür zu sorgen, dass keine Gesetzesübertretungen begangen wer-

⁴⁹³ Dannecker/Dannecker, JZ 2010, 981 (989) m. w. N.; Spring, S. 126 ff.; Rönnau/Schneider, ZIP 2010, 53 (54).

⁴⁹⁴ Roxin, AT II, § 32 Rn. 137; Jäger, JA 2012, 392 (394); Dannecker/Dannecker, JZ 2010, 981 (989); Bülte, NZWiSt 2012, 176 (298); a. A. Spring, S. 169. Neben diesen beiden Ansätzen wird vereinzelt eine Haftung aus Ingerenz, wegen der Verletzung der Pflicht zur Gestaltung des Organisationskreises vertreten. Vgl. hierzu die Darstellungen bei Spring, S. 169 ff.

⁴⁹⁵ Schlösser, NZWiSt 2012, 281 (284); Dannecker/Dannecker, JZ 2010, 981 (989).

⁴⁹⁶ Bülte, NZWiSt 2012, 176 (179 f.); vgl. Spring, S. 182 ff.; ablehnend Dannecker/Dannecker, JZ 2010, 981 (989). Siehe zu weiteren Begründungsansätzen im Überblick Spring, S. 125 ff.

⁴⁹⁷ BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42 (46) Rn. 14.

⁴⁹⁸ BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42 (46) Rn. 15.

⁴⁹⁹ BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42 (47) Rn. 17.

⁵⁰⁰ BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42 (47) Rn. 16; Fischer, StGB, § 13 Rn. 69; Schlösser, NZWiSt 2012, 281 (285).

⁵⁰¹ BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42 (47) Rn. 17.

den. Die darüber wesentlich hinausgehende Pflicht, für begangene Straftaten Untergebenen als Unterlassungstäter einstehen zu müssen, steht außer Relation zu den Möglichkeiten, die sich den abhängig beschäftigten Personen trotz des wirtschaftlichen Drucks bieten. Ferner wäre eine solche Haftung dogmatisch bedenklich, da sie zu einer Strafbarkeit des Geschäftsherrn neben voll verantwortlich handelnden Tätern führt.

Da sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz in der Ausprägung der hier untersuchten sexuellen Nötigung in allen Betrieben und an allen Arbeitsplätzen erfolgen kann, wo mehr als eine Person tätig ist, also regelmäßig nicht betriebsbezogen sein kann, kommt eine Haftung des Arbeitgebers als Überwachungsgarant nicht in Betracht. Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass die Handlung wiederholt und über einen längeren Zeitraum durchgeführt wird⁵⁰².

(3) *Zwischenfazit*

Eine Strafbarkeit wegen pflichtwidrigem Unterlassen ist nur dort in Betracht zu ziehen, wo der Arbeitgeber ausnahmsweise aufgrund einer besonderen Pflichtenbindung eine spezifische Pflichtenstellung tatsächlich übernommen hat. Nur in diesen als selten zu bezeichnenden Fällen kommt der Schutz vor nicht betriebsbezogenen Straftaten in Betracht. Und nur in diesem Fall wäre eine Garantstellung zur Verhinderung einer sexuellen Nötigung durch einen Mitarbeiter zu bejahen, die im Übrigen eine nicht betriebsbezogene Tat darstellt, da sie in allen Betrieben möglich ist. Die Strafbarkeit der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz durch pflichtwidriges Unterlassen ist daher nur im Fall einer besonderen Pflichtenübernahme möglich, weshalb im weiteren Prüfungsverlauf dieser Arbeit hierauf nicht einzugehen ist.

4. § 179 StGB – Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen

a) Einleitung

Nach § 179 Abs. 1 StGB wird bestraft, wer die Widerstandsunfähigkeit einer anderen Person ausnutzt, um sexuelle Handlungen an ihr vorzunehmen oder an sich vornehmen zu lassen. Widerstandsunfähigkeit und Arbeitstätigkeit scheinen sich auf den ersten Blick auszuschließen. Die genauere Betrachtung ergibt jedoch, dass der Anwendungsbereich des AGG auch betrieblich veranlasste Feiern umfasst⁵⁰³, bei denen die Gelegenheit besteht, dass sich eine Person durch übermäßigen Alkoholenuss widerstandsunfähig macht, denn Widerstandsunfähigkeit liegt auch bei tiefgreifenden Bewusstseinsstörungen vor, zu denen auch Schlaf zählt. Danach sind auch Konstellationen denkbar, bei denen – etwa im Bereitschaftsraum eines Krankenhauses – „beruflich“ geschlafen wird. Und selbstverständlich sind alle Sachverhalte mit entsprechend kranken oder behinderten Personen relevant, die einer beruflichen Tätigkeit nachgehen, z. B. in einer Behindertenwerkstatt.

Beispiel ⁵⁰⁴: Zeugin Z ist im Altenpflegeheim des A als Altenpflegerin beschäftigt. Während ihres Nachtdienstes begibt sie sich im Bereitschaftsraum zu Bett

⁵⁰² BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42 (47) Rn. 16; a. A. Fischer, StGB, § 13 Rn. 69, der einen Ausnahmefall in der durch die Wiederholung von z. B. sexuellen Übergriffen sieht, wenn dies dem Betriebsinhaber bekannt ist und die Gefahr weitere Taten dadurch gesteigert wird.

⁵⁰³ Vgl. hierzu diese Arbeit unter C. III. 4. b).

⁵⁰⁴ In Anlehnung an *OLG Zweibrücken*, Beschl. v. 5.7.1985 – 1 Ss 62/84, NJW 1986, 2960.

und schläft ein. T, der in die Zeugin verliebt ist, entkleidet sich, steigt zur schlafenden A ins Bett und beginnt, sie an den Brüsten zu streicheln und an der Scheide zu manipulieren, worauf Z erwacht. Entsprechend aufgefordert verlässt T sofort Bett und Raum.

Beispiel 2⁵⁰⁵: Arbeitgeber A unterhält eine gemeinnützige Behindertenwerkstatt. In dieser arbeitet die mehrfach schwer behinderte, gutachterlich belegt widerstandsunfähige Z gegen Entgelt. A verliebt sich in Z und führt im Rahmen einer Betriebsfeier sexuelle Handlungen an Z aus, die Z als angenehm empfindet.

Beispiel 3: Die 18-jährige Zeugin Z arbeitet als Praktikantin im Unternehmen des A. Als dieser sie in sein Büro ruft ist A sehr aufgeregt und lässt Unterlagen zu Boden fallen. Während sie diese vornübergebeugt aufhebt, fasst ihr A plötzlich von hinten zwischen die Beine und führt manipulierende Bewegungen aus. Z ist aufgrund ihrer Körperposition und des unerwarteten Übergriffs überrascht und geschockt und zu einem Widerstand zunächst außer Stand. Erst einige Augenblicke später kann sie sich aufrichten und dem Griff entgehen.

b) Rechtsgut und Abgrenzung

Rechtsgut und systematische Stellung sind in der rechtsdogmatischen Literatur umstritten. Die h. M. sieht in § 179 StGB eine Vorschrift zum Schutz des sexuellen Selbstbestimmungsrechts⁵⁰⁶. Teilweise wird vertreten, dass dies mindestens missverständlich sei und die Freiheit vor Fremdbestimmung auf sexuellem Gebiet das vorherrschende Schutzgut sei⁵⁰⁷. Darin liegt jedoch kein Widerspruch, denn das sexuelle Selbstbestimmungsrecht ist als Abwehrrecht zu verstehen. Es handelt sich somit stets um ein Recht auf Abwehr ungewünschter Sexualität, das bei § 179 StGB lediglich erweitert ist auf die Abwehr jeglicher sexuellen Fremdbestimmung, da der eigene Wille des Opfers nicht gebildet oder geäußert werden kann⁵⁰⁸. Geschützt werden Personen, die einen sexuellen Widerstandswillen nicht oder nicht sinnvoll fassen, bzw. ihn körperlich nicht betätigen können⁵⁰⁹.

Das Verhältnis von § 179 StGB zu § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist nicht abschließend geklärt⁵¹⁰. Die wohl h. M. des Schrifttums vertritt mit der Rechtsprechung unter Verweis auf die Gesetzesbegründung die Auffassung, dass § 179 StGB als Auffangtatbestand für Fälle nicht-willensbeugender Ausnutzung der Widerstandsunfähigkeit des Opfers fungiere⁵¹¹.

⁵⁰⁵ In Anlehnung an *BGH*, Urt. v. 6.12.1983 – 1 StR 651/83, BGHSt 32, 183.

⁵⁰⁶ BT-Drs. 6/1552 vom 4.12.1970, S. 18; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 179 Rn. 1; *Fischer*, StGB, § 179 Rn. 2; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 179 Rn. 1; *Gössel*, § 3 Rn. 1; *Hörnle*, in: LK, StGB, § 179 Rn. 2; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 18 II Rn. 6; *Laue*, in: Dölling/Dutge/Rössner, StGB, § 179 Rn. 1; abweichend *Frommel*, in: NK, StGB, § 179 Rn. 12.

⁵⁰⁷ *Wolters*, in: SK, StGB, § 179 Rn. 2; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 179 Rn. 1; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 179 Rn. 1; *Laubenthal*, Rn. 300; ähnlich *Hörnle*, in: LK, StGB, § 179 Rn. 2.

⁵⁰⁸ Ein absolutes Abstinenzgebot für die betroffenen Personen ist damit nicht verbunden; vgl. *Fischer*, StGB, § 179 Rn. 2; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 179 Rn. 1.

⁵⁰⁹ *Fischer*, StGB, § 179 Rn. 2; *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 179 Rn. 1; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 179 Rn. 1; *Laubenthal*, Rn. 300.

⁵¹⁰ Vgl. zur Abgrenzung diese Arbeit unter D. II. 3. b) bb) (3) (c) (dd).

⁵¹¹ BT-Drs. 13/7663 vom 14.5.1997, S. 4; BT-Drs. 13/9064 vom 13.11.1997, S. 13; *BGH*, Urt. v. 20.10.1999 – 2 StR 248/99, NStZ 2000, 140 (142) = BGHSt 45, 253 (260); *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 179 Rn. 1; *Laubenthal*, Rn. 298; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 179 Rn. 3; *Laue*, in: Dölling/Dutge/Rössner, StGB, § 179 Rn. 1; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 179 Rn. 1

Differenzierend wird dagegen vorgebracht, dass die Vorschrift aufgrund neuerer Entwicklungen und Ansichten den Charakter eines Auffangtatbestandes heute nicht mehr haben könne⁵¹².

Das mit § 179 StGB begangene Unrecht unterscheidet sich von dem des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB dadurch, dass der Täter hier erkennt und ausnutzt, dass das Opfer zu einer Willensbildung und deswegen zum Widerstand nicht fähig ist oder dass das Opfer den entgegenstehenden Willen nicht durchsetzen kann. Im Gegensatz dazu fügt sich ein Opfer in schutzloser Lage entgegen seinem wahren Willen aufgrund einer Chancen-Risiken-Abwägung.

Die dritte Alternative des § 177 Abs. 1 StGB erfasst auch die Fälle, in denen Opfer, die sich aufgrund einer der in § 179 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB genannten Beeinträchtigungen in einer schutzlosen Lage befinden, unter Überwindung ihres entgegenstehenden Willens zu einem sexuellen Verhalten bestimmt werden⁵¹³. Die Vorschriften lassen sich mithin nicht nach der Beeinträchtigung des Opfers unterscheiden, sondern allein nach dem Umstand, ob der Täter den entgegenstehenden Willen des Opfers überwunden hat. Insofern erfordert § 179 StGB gegenüber § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB weniger und ist daher als Auffangtatbestand zu qualifizieren. Daran ändert auch die neue Auffassung der Rechtsprechung nichts, die bei § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB von einem einaktigen Delikt ausgeht, da weiterhin die Nötigung des Opfers verlangt wird, die nun auch durch die sexuelle Handlung selbst erfolgen kann. Wer sich in einer Lage befindet, in der Widerstand gegen den Täter aussichtslos erscheint, dessen Willen wird gebeugt. Hingegen liegt § 179 StGB vor, wenn das Opfer zum Widerstand *absolut* unfähig ist⁵¹⁴. Das Opfer des § 179 StGB kann demgegenüber nur eine widerstandsunfähige Person nach Maßgabe der im Folgenden näher dargestellten Anforderungen sein.

c) Objektiver Tatbestand

aa) Täter

Täter kann grundsätzlich jede Person sein. § 179 Abs. 1 StGB erfordert Körperkontakt zwischen Opfer und Täter und damit insofern *Eigenhändigkeit*⁵¹⁵. Der durch das 6. StrRG 1998⁵¹⁶ eingefügte Abs. 2 erweitert den „Mikrokosmos differenzierter Straftatbestände“⁵¹⁷ des § 179 StGB auf Dritte, so dass auch (Mit-)Täterschaft eines körperlich Unbeteiligten möglich ist.

bb) Geschützter Personenkreis

Als Opfer kommt gleichfalls jede Person – unabhängig von ihrem Alter, Geschlecht oder ihrer Beziehung zum Täter – in Betracht, die körperlich zum Widerstand unfähig ist und

⁵¹² Hörnle, in: LK, StGB, § 179 Rn. 6 ff.; Frommel, in: NK, StGB, § 179 Rn. 5 f.; offen lassend Fischer, StGB, § 179 Rn. 3 ff.

⁵¹³ BGH, Urt. v. 20.10.1999 – 2 StR 248/99, NSiZ 2000, 140 (142) = BGHSt 45, 253 (260).

⁵¹⁴ Vgl. BGH a. a. O.; Renzikowski, in: MK, StGB, § 179 Rn. 18; abw. Hörnle, in: LK, StGB, § 179 Rn. 7.

⁵¹⁵ BGH, Beschl. v. 1.10.2008 – 2 StR 385/08, NSiZ-RR 2009, 14 (14); Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 179 Rn. 2; Gössel, § 3 Rn. 3.

⁵¹⁶ BGBl. I 1998, S. 164-188.

⁵¹⁷ Renzikowski, in: MK, StGB, § 179 Rn. 3.

deren Widerstandsunfähigkeit auf einer der in § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB genannten Gründe im Sinne eines Kausalzusammenhangs beruht⁵¹⁸.

(1) *Widerstandsunfähigkeit*

Widerstandsunfähigkeit liegt nach der Definition von Rechtsprechung und h. M. vor, wenn das Opfer gegenüber dem sexuellen Ansinnen des Täters keinen zur Abwehr ausreichenden Widerstandswillen bilden, äußern oder durchsetzen kann⁵¹⁹. Das Opfer muss vollständig widerstandsunfähig sein, selbst erhebliche Einschränkung der Abwehrmöglichkeiten reichen nicht aus⁵²⁰. Hingegen genügt es, wenn die Person zu Beginn der Tat⁵²¹ oder vorübergehend widerstandsunfähig ist⁵²². Die Widerstandsunfähigkeit muss auf Grund eines der in § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB genannten Defekte eingetreten oder nach Nr. 2 körperlicher Art sein.

(2) *Krankheit, Behinderung, tiefgreifende Bewusstseinsstörung*

Eine geistige Krankheit oder Behinderung liegt vor, wenn das Opfer aufgrund intellektueller Defizite widerstandsunfähig ist. Um eine Krankheit handelt es sich, wenn ein heilbarer Zustand gegeben ist, so etwa wenn die Krankheit aufgrund von Medikamenten aufgelöst wird oder beseitigt werden kann. Hingegen liegt eine Behinderung vor, wenn es sich um eine irreversible Verfassung handelt. Seelische Krankheiten oder Behinderungen sind festzustellen, wenn die Persönlichkeit des Opfers einen Defekt aufweist, der die Person widerstandsunfähig werden lässt, etwa bei vorübergehenden Psychosen oder dauerhaften Persönlichkeitsstörungen⁵²³. Suchterkrankungen zählen gleichfalls dazu.

Die Z in Beispiel 2 ist in diesem Sinne widerstandsunfähig.

⁵¹⁸ Wolters, in: SK, StGB, § 179 Rn. 5; Fischer, StGB, § 179 Rn. 11; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 179 Rn. 5; Laubenthal, Rn. 312. Vgl. zur Nichteinbeziehung von Kindern, die nur aufgrund ihres Alters gegenüber sexuellem Mißbrauch widerstandsunfähig sind BGH, Urt. v. 27.5.1981 – 3 StR 148/81, BGHSt 30, 144 (145).

⁵¹⁹ BGH, Urt. v. 6.12.1983 – 1 StR 651/83, BGHSt 32, 183 (185); BGH, Urt. v. 15.3.1989 – 2 StR 662/88, BGHSt 36, 145 (147); BGH, Beschl. v. 23.9.1997 – 4 StR 433/97, NStZ 1998, 83 (83); BGH, Beschl. v. 1.4.2003 – 4 StR 96/03, NStZ 2003, 602 (603); BGH, Beschl. v. 28.10.2008 – 3 StR 88/08, NStZ 2009, 324 (325); BGH, Beschl. v. 23.11.2010 – 3 StR 410/10, NStZ 2011, 210 (210); Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 179 Rn. 3; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 179 Rn. 3; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 179 Rn. 4; Laue, in: Dölling/Dutge/Rössner, StGB, § 179 Rn. 3; krit. Renzikowski, in: MK, StGB, § 179 Rn. 17; Fischer, StGB, § 179 Rn. 8a; Hörnle, in: LK, StGB, § 179 Rn. 28 ff. weiter: Frommel, in: NK, StGB, § 179 Rn. 8 die Widerstandsunfähigkeit bereits annimmt bei der Unfähigkeit, den gebildeten Willen effektiv durchzusetzen.

⁵²⁰ BGH, Beschl. v. 28.10.2008 – 3 StR 88/08, NStZ 2009, 324 (325); BGH, Beschl. v. 10.8.2011 – 4 StR 338/11, NStZ 2012, 150 (150); BGH, Urt. v. 14.3.1991 – 4 StR 16/91, BGHR StGB § 179 Abs. 1, Widerstandsunfähigkeit 3; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 179 Rn. 5; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 179 Rn. 3; Renzikowski, in: MK, StGB, § 179 Rn. 18; Fischer, StGB, § 179 Rn. 8b; Gössel, § 3 Rn. 5; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 179 Rn. 3; Wolters, in: SK, StGB, § 179 Rn. 3; Laue, in: Dölling/Dutge/Rössner, StGB, § 179 Rn. 3; Laubenthal, Rn. 306. A. A. Frommel, in: NK, StGB, § 179 Rn. 3; Hörnle, in: LK, StGB, § 179 Rn. 30 „eingeschränkte Widerstandsfähigkeit“.

⁵²¹ BGH, Urt. v. 24.9.1991 – 5 StR 364/91, NJW 1992, 324 (325) = BGHSt 38, 68 (71).

⁵²² BGH, Urt. v. 15.3.1989 – 2 StR 662/88, BGHSt 36, 145 (147); Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 179 Rn. 3.

⁵²³ Vgl. die Darstellung bei Laubenthal, Rn. 308 ff.

Der Begriff der tiefgreifenden Bewusstseinsstörung entspricht grundsätzlich dem des § 20 StGB. Es handelt sich um eine zeitweise Zerstörung des seelischen Gefüges der betroffenen Person⁵²⁴. Im Fall des § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB kann sich dieser Zustand nach h. M. durch Ohnmacht oder Schlaf äußern⁵²⁵. Eine tiefgreifende Bewusstseinsstörung kann sich auch aus dem Zusammentreffen einer besonderen Persönlichkeitsstruktur des Opfers und seiner Beeinträchtigung durch die Tatsituation infolge Überraschung, Schreck oder Schock ergeben⁵²⁶.

In Beispiel 1 ist die schlafende Z absolut widerstandsunfähig.

Es ist festzustellen, ob sich die Widerstandsunfähigkeit gerade aus der Beeinträchtigung ergibt, denn die in § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB genannten Beeinträchtigungen führen für sich genommen nicht zwingend zur Widerstandsunfähigkeit. Außer in den Fällen, in denen sich die Widerstandsunfähigkeit zwingend aus der Art der Beeinträchtigung ergibt – wie etwa bei Schlaf oder Ohnmacht – ist die Kausalität stets positiv festzustellen.

Bedeutsam ist diese Feststellung insbesondere für die Frage, ob das Opfer seine Zustimmung zum Sexualkontakt wirksam erteilen konnte. Ist es aufgrund einer der genannten Beeinträchtigungen widerstandsunfähig, ist seine Einwilligung unwirksam, da es sich nicht in der Lage befindet, einen sinnvollen Willen zu fassen, zu äußern oder durchzusetzen. Die Einwilligung darf nicht auf dem Defekt beruhen⁵²⁷. Falls doch nutzt der Täter die Widerstandsunfähigkeit trotz des (unwirksamen) Einverständnisses aus, da diese ihm die sexuelle Handlung erleichtert oder ermöglicht⁵²⁸. Die Feststellung wirkt einerseits strafbarkeitsbegründend, andererseits führt sie bei zu weitreichender Handhabung zu einer – von § 179 StGB nicht beabsichtigten – Einschränkung der sexuellen Selbstbestimmung behinderter Menschen. Es verwundert daher nicht, dass Uneinigkeit in der Frage nach dem *Wie* der Feststellung herrscht.

Eine Auffassung trifft die Feststellung aufgrund eines hypothetischen Vergleichs zwischen der Person mit und ohne den Widerstandsunfähigkeit begründenden Defekt bei ansonsten gleichbleibender Persönlichkeitsstruktur⁵²⁹. Nach einer anderen Auffassung sei zwar auch der hypothetische Vergleich maßgebend, es komme aber nicht darauf an, ob das Opfer das Ansinnen zurückgewiesen hätte – denn es gebe keine objektiv richtigen oder nachvollziehbaren Entscheidungen im Bereich der Sexualität – sondern ob es das

⁵²⁴ Fischer, StGB, § 20 Rn. 29.

⁵²⁵ BGH, Urt. v. 24.9.1991 – 5 StR 364/91, NJW 1992, 324 (325) = BGHSt 38, 68 (71); BGH, Beschl. v. 19.2.2013 – 5 StR 613/12, NSiZ-RR 2013, 316 (316). Wolters, in: SK, StGB, § 179 Rn. 6 ordnet Schlaf der körperlichen Widerstandsunfähigkeit zu. Das ist m. E. nicht richtig, da Schlaf nicht auf ein körperliches Defizit zurückgeht, sondern ein vom Zentralnervensystem gesteuerter Vorgang ist, der seine Ursache mithin im Seelischen hat. A. A. Oberlies, ZStW 114 (2002), 130 (140).

⁵²⁶ BGH, Urt. v. 15.3.1989 – 2 StR 662/88, BGHSt 36, 145 (147); BGH, Beschl. v. 23.11.2010 – 3 StR 410/10, NSiZ 2011, 210 (210);

⁵²⁷ Gössel, § 3 Rn. 17.

⁵²⁸ Vgl. hierzu diese Arbeit sogleich unten.

⁵²⁹ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 179 Rn. 6a, der jedoch sogleich einräumt, dass dieses Verfahren nur bei vorübergehenden Störungen möglich ist und dort versagt, wo die Störung angeboren ist. Hilfsweise wird auf das Handeln eines geistig Gesunden abgestellt.

Ansinnen hätte zurückweisen können⁵³⁰. *Renzikowski* weist darauf hin, dass sich der hypothetische Vergleich nur durchführen lässt, wenn das Opfer selbst als Vergleichsperson zur Verfügung steht – also bei nur vorübergehenden Einschränkungen. Bei Dauerdefekten sei auf die normale psychische Verfassung des Bevölkerungsdurchschnitts abzustellen⁵³¹. Deutlich restriktiver ist die Auffassung von *Hörnle*, wonach überhaupt kein Vergleich anzustellen sei, sondern jede sexuelle Interaktion bei Kenntnis des Täters vom Defekt zu seinen Lasten gehe⁵³². Das ist aus Sicht des Opferschutzes die weitgehendste Lösung, die allerdings Fragen im Hinblick auf das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung für die Betroffenen aufwirft.

Es ist zu bedenken, dass bei der Festlegung der Wirksamkeit der Zustimmung des Opfers das Freiheitsrecht des Opfers nicht nur dann eingeschränkt wird, wenn der Täter die unwirksame Zustimmung ausnutzt, sondern auch, wenn dem Opfer durch Gesetzgebung und Judikatur das Recht auf wirksame Einwilligung in sexuelle Handlungen genommen wird. Ein möglichst umfassender Opferschutz ist zugleich eine normative Beschränkung des Freiheitsrechts. Der absolute Schutz vor Fremdbestimmung in der Konzeption von *Hörnle* greift nach hier vertretener Auffassung zu stark in das Freiheitsrecht ein und ist deshalb abzulehnen. Die Ansichten, die einen Vergleich bemühen, kämpfen mit der Frage nach der Angemessenheit des Maßstabs. Das überrascht nicht. Wie sollte es auch gelingen, wo bereits unter normalpsychologischen Gesichtspunkten kein einheitlicher Maßstab existiert, sondern nur Abnormales ausgeschieden wird, für Personen mit psychischen Einschränkungen eine geeignete Vergleichsrichtlinie zu finden. Zur Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit darf es nicht beim Vergleich allein bleiben – zu ungenau sind die zu erzielenden Ergebnisse – sondern es sind ferner alle Umstände des Einzelfalls über das Kriterium des Missbrauchs einzubeziehen.

(3) *Körperliche Widerstandsunfähigkeit*

Sie liegt vor, wenn das Opfer seinen entgegenstehenden Willen wegen körperlicher Beeinträchtigung oder körperlichen Hemmnissen (z. B. Fesselung) nicht äußern oder durchsetzen kann⁵³³. Führt der Täter den Zustand erst durch Gewalt herbei, liegt nicht § 179 StGB, sondern § 177 StGB vor.

Die Z in Beispiel 3 ist möglicherweise aufgrund des Schocks widerstandsunfähig. Ihre Widerstandsunfähigkeit könnte aber auch in der vornübergebeugten Position begründet sein. Hierbei handelt es sich nicht um absolute Widerstandsunfähigkeit, da sie einen Willen bilden und jedenfalls mündlich äußern könnte. Der zugleich eingetretene Schock könnte ausreichend sein, wenn die

⁵³⁰ *Fischer*, StGB, § 179 Rn. 13; *Eschelbach*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 179 Rn. 8 die beide aufgrund der mit der wertenden Betrachtung verbundenen Unsicherheiten für einen restriktiven Maßstab plädieren. Ähnlich auch *Wolters*, in: *SK*, StGB, § 179 Rn. 5; *Laubenthal*, Rn. 312.

⁵³¹ *Renzikowski*, in: *MK*, StGB, § 179 Rn. 30.

⁵³² *Hörnle*, in: *LK*, StGB, § 179 Rn. 43 f. Auch *Frommel*, in: *NK*, StGB, § 179 Rn. 27 wendet sich gegen ein vergleichendes Feststellungsverfahren. Sie bemängelt, dass bei der gegenwärtigen Rechtsprechungspraxis, die stets ein psychiatrisches Gutachten verlange, für den Normadressaten kein Verhaltensgebot mehr erkennbar sei, was die geschützten Personen diskriminiere und zur Enthaltensamkeit zwingt.

⁵³³ *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, § 179 Rn. 5; *Renzikowski*, in: *MK*, StGB, § 179 Rn. 33; *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 179 Rn. 7.

Widerstandsunfähigkeit kausal allein auf ihn zurückzuführen wäre, also im Verhältnis zur körperlichen Einschränkung ein Fall alternativer Kausalität vorläge.

cc) Tathandlung

Der Täter muss die Widerstandsunfähigkeit des Opfers ausnutzen und die Person dadurch für sexuelle Handlungen missbrauchen.

(1) *Ausnutzen*

Ist dem Täter die sexuelle Handlung aufgrund der Beeinträchtigung des Opfers ermöglicht oder erleichtert worden und hat der Täter dies bewusst in sein Vorgehen einkalkuliert, ist das Ausnutzen der Widerstandsunfähigkeit zu bejahen⁵³⁴. Willigt die betroffene Person wirksam in die sexuelle Handlung ein bevor sie einschläft oder auf andere Weise widerstandsunfähig wird, fehlt es unproblematisch am Ausnutzen⁵³⁵; der Tatbestand entfällt. Geht die Initiative von der widerstandsunfähigen Person aus oder stimmt diese der sexuellen Handlung zu, ist zu differenzieren. Zunächst ist mit der h. M. danach zu fragen, ob die Zustimmung nach dem soeben festgestellten Maßstab als wirksam anzusehen ist⁵³⁶. Ist sie unwirksam, kann sich der Täter aus normativen Gründen nicht auf das Einverständnis berufen. Steht das Opfer in einer Beziehung zum Täter kommt es darauf an, ob das Opfer zum Objekt fremdbestimmter sexueller Absichten herabgewürdigt wird⁵³⁷.

In Beispiel 1 nutzt A unzweifelhaft die Widerstandsunfähigkeit der Z aus.

In Beispiel 2 könnte man am Ausnutzen zweifeln, da A die Handlungen als angenehm empfindet. Auf ihre Zustimmung kann es jedoch nach überwiegender Auffassung nicht ankommen, sondern auf den hypothetischen Vergleich. Dieser führt aufgrund des Handlungsrahmens – alkoholisiert auf einer Betriebsfeier – zur Bejahung des Tatbestandsmerkmals.

Der A in Beispiel 3 nutzt objektiv das Überraschungsmoment seiner Handlung und die Tatumstände aus, die ihm die sexuelle Handlung ermöglichen. Fraglich ist jedoch, ob er dies so in sein Vorgehen einkalkuliert hat oder ob er durch die überraschende Handlung dem erwarteten Widerstand zuvorkommen wollte – dann wäre § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB anzuwenden.

(2) *Missbrauch*

Teilweise wird in der Formulierung kein tatbestandliches Korrektiv gesehen – d. h. es wird abgelehnt, dass es sich beim Missbrauchen des Opfers um eine über das Ausnutzen hinausgehendes Tatbestandselement handelt – da sämtliche Beispiele fehlenden Missbrauchs in Wahrheit das Ausnutzen entfallen ließen⁵³⁸. Die Rechtsprechung hingegen

⁵³⁴ BGH, Urt. v. 11.7.1985 – 4 StR 307/85, NJW 1986, 77 (78); BGH, Beschl. v. 28.10.2008 – 3 StR 88/08, NSiZ 2009, 324 (325); Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 179 Rn. 7; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 179 Rn. 9; Renzikowski, in: MK, StGB, § 179 Rn. 35; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 18 Rn. 32; Hörnle, in: LK, StGB, § 179 Rn. 43; Laubenthal, Rn. 323.

⁵³⁵ BGH, Beschl. v. 17.6.2008 – 3 StR 198/08, NSiZ 2009, 90; BGH, Beschl. v. 1.10.1996 – 1 StR 517/96, NSiZ-RR 1997, 98.

⁵³⁶ Statt vieler Fischer, StGB, § 179 Rn. 13; a. A. Hörnle, in: LK, StGB, § 179 Rn. 43.

⁵³⁷ Fischer, StGB, § 179 Rn. 16; Renzikowski, in: MK, StGB, § 179 Rn. 38; ähnlich Wolters, in: SK, StGB, § 179 Rn. 11.

⁵³⁸ Renzikowski, in: MK, StGB, § 179 Rn. 41.

sieht im Missbrauch ein (negatives) Tatbestandselement, welches den Grund des Vorgehens und die Motive des Täters umfasse. Diese müssten als Missbrauch des Opfers erscheinen⁵³⁹. Sind sie altruistischer Natur oder handelt der Täter aus Liebe, soll es am Missbrauch fehlen. In der Literatur wird dem Tatbestandsmerkmal überwiegend keine größere Bedeutung beigemessen und mit der Rechtsprechung davon ausgegangen, dass unter dem Missbrauch die innere Haltung des Täters gegenüber dem Opfer zu subsumieren sei und dieser in der Regel vorliege, wenn der Täter die Widerstandsunfähigkeit des Opfers ausnutze⁵⁴⁰.

Zweifel am Missbrauch könnten sich in Beispiel 2 ergeben, da A in Z verliebt ist, möglicherweise also nicht allein zur Befriedigung seiner sexuellen Bedürfnisse handelt, sondern aus innerer Verbundenheit mit A. Nicht jeder vermeintlich lautere Beweggrund darf aber dazu führen, dass der Opferschutz eingeschränkt wird. Im Übrigen handelt A in einem betrieblichen Kontext, so dass er sich jedenfalls auch das Über-Unterordnungsverhältnis zunutze macht. Seine innere Haltung ist nicht rein altruistischer Natur, sondern trieb- und machtorientiert und damit auf Missbrauch ausgerichtet.

(3) Sexuelle Handlung

Erforderlich ist die Vornahme einer sexuellen Handlung durch den Täter am Opfer oder umgekehrt. Die Handlung muss *an*, nicht lediglich *vor* einer Person erfolgen. Es kommen mithin nur Handlungen von einiger Erheblichkeit nach § 184h Nr. 1 StGB in Betracht. Hierfür ist erforderlich, dass sie eine objektive und unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalls nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigung des jeweils geschützten Rechtsguts darstellt⁵⁴¹. Das ist für die vermeintlich zufälligen Berührungen über der Bekleidung und für alle Formen nicht-körperlichen Verhaltens unzweifelhaft nicht der Fall. Weitere Unterscheidungen sind bei den Formen sexueller körperlicher Annäherung zu treffen. Hier sind Umarmungen und Klapse auf das Gesäß mangels Bezug zu primären oder sekundären Geschlechtsteilen als unerheblich auszuscheiden, sofern diesen Verhaltensweisen im konkreten Einzelfall überhaupt ein sexueller Bezug innewohnt.

Fraglos ist hingegen der direkte Kontakt mit den zur Fortpflanzung dienenden Geschlechtsteilen eine erhebliche sexuelle Handlung an einer Person. Manipuliert der Täter an diesen oder dringt er gar in die widerstandsunfähige Person ein, ist der Tatbestand erfüllt. Für die Frage danach, ob ein Kuss den Tatbestand erfüllen kann, sind die oben genannten Kriterien heranzuziehen⁵⁴². Maßgebend sind bei weniger eindeutigen sexuellen

⁵³⁹ BGH, Urt. v. 6.12.1983 – 1 StR 651/83, BGHSt 32, 183 (186); *Laubenthal*, Rn. 326; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 18 Rn. 33; *Gössel*, § 3 Rn. 24; *Eschelbach*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 179 Rn. 10; krit. *Laue*, in: *Dölling/Duttge/Rössner*, StGB, § 179 Rn. 7.

⁵⁴⁰ *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 179 Rn. 11; abl. *Fischer*, StGB, § 179 Rn. 17 nach dem nicht pauschal die innere Haltung des Täters als wesentlicher Beurteilungsmaßstab anzulegen sei. Zustimmend aber, dass es sich bei diesem Merkmal meist um die Abgrenzung „strafwürdiger von hinnehmbaren Fällen“ (Rn. 18) handle. Differenzierend *Frommel*, in: *NK*, StGB, § 179 Rn. 28 wonach dem Missbrauchsmerkmal neben dem Ausnutzen eigenständige Bedeutung zukomme und Missbrauch dann entfällt, wenn „die sexuelle Handlung Ausdruck eines personalen Verhältnisses ist“ (a. a. O.). Enger *Hörnle*, in: *LK*, StGB, § 179 Rn. 53 ff. die zwar auch eine Filterfunktion des Merkmals anerkennt, aber nicht auf die Vorstellungen und Gefühle des Täters abstellt, sondern auf die Wünsche der geschützten Person – nicht jedoch bei Abs. 2.

⁵⁴¹ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 2. c) bb) (3).

⁵⁴² Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 2. c) ff.

Handlungen, die Umstände des Einzelfalls und das Verhältnis zum geschützten Rechtsgut. Nutzt der Täter die Widerstandsunfähigkeit zur Betastung der weiblichen Brust – insbesondere unter der Bekleidung – aus, könnte dies ausreichend sein. Begreift man die Strafdrohung als Indikator für das im Rahmen der Tatbestandsbegehung mögliche Unrecht, sind gegenüber § 177 Abs. 1 StGB geringere Anforderungen an die Erheblichkeit zu stellen, da § 179 Abs. 1 StGB gegenüber der sexuellen Nötigung als Vergehen nach § 12 Abs. 2 StGB ausgestaltet ist. Folglich könnten auch die dort nicht als sexuelle Handlung in Frage kommenden „Busengrapscher“ bei § 179 Abs. 1 StGB ausreichend sein. Für diese Bewertung spricht auch die besondere Ausprägung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts bei § 179 StGB, der die Freiheit eines absolut widerstandsunfähigen Opfers vor Fremdbestimmung schützt. Da das Opfer aufgrund seiner Widerstandsunfähigkeit keine Entscheidung über den Sexualkontakt treffen kann, sind die Anforderungen gegenüber § 177 StGB abzusenken, so dass auch nicht gegen die primären Geschlechtsteile gerichtete Angriffe diese erfüllen.

Bei Küssen ist zu differenzieren nach der Art des Kusses und dem Alter der betroffenen Person. Küsse mit geschlossenen Lippen reichen in keinem Fall aus, sofern sie nicht auf ein primäres Geschlechtsteil aufgebracht werden. Zungenküsse hingegen können erheblich sein, wenn sie nach quantitativen Aspekten, also insbesondere der Art der Ausführung und der Beziehung der Beteiligten sozialschädlich sind. Minderjährigkeit des Opfers führt zu einer Absenkung der Erheblichkeitsschwelle⁵⁴³.

d) Handlungen mit einem Dritten - § 179 Abs. 2 StGB

Nach § 179 Abs. 2 StGB macht sich strafbar, wer die widerstandsunfähige Person zu sexuellen Handlungen mit einem Dritten bestimmt. Bestimmen ist hier nicht identisch mit dem Hervorrufen des Entschlusses zur Tat wie bei § 26 StGB, sondern erfordert eine wenigstens kommunikative Einwirkung auf das Opfer, die es zur Vornahme einer sexuellen Handlung an einem Dritten oder zur Duldung einer sexuellen Handlung durch einen Dritten veranlasst⁵⁴⁴. Die dritte Person braucht hiervon keine Kenntnis zu haben⁵⁴⁵.

⁵⁴³ Vgl. hierzu *Laubenthal*, Rn. 116 sowie diese Arbeit unter D. II. 2. c) aa).

⁵⁴⁴ H. M.; *Fischer*, StGB, § 179 Rn. 21; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 176 Rn. 5; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 179 Rn. 44; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 179 Rn. 15; *Wolters*, in: SK, StGB, § 179 Rn. 17 (alles außer *vis absoluta*); weitergehend *Hörnle*, in: LK, StGB, § 179 Rn. 60; *Laubenthal*, Rn. 319 die es ausreichen lassen, dass der Täter den Sexualkontakt mit dem Dritten tatsächlich verursacht. Nach dieser Ansicht ist die sexuelle Handlung auch möglich bei einem bewussten Opfer.

⁵⁴⁵ Z. B. bei der Vornahme von sexuellen Handlungen an einem schlafenden Dritten – der dann ebenfalls widerstandsunfähig ist.

e) Subjektiver Tatbestand

Der Täter muss wenigstens vorsätzlich hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale handeln, insbesondere hinsichtlich der Widerstandsunfähigkeit und den Voraussetzungen des Ausnutzens⁵⁴⁶. Nach h. M. genügt *dolus eventualis*⁵⁴⁷. Bewertet der Täter sein Handeln unzutreffend als nicht missbräuchlich, liegt ein unbeachtlicher Subsumtionsirrtum vor⁵⁴⁸. Kann dem Täter weder Vorsatz hinsichtlich § 179 StGB noch hinsichtlich § 177 StGB nachgewiesen werden, kommt eine fahrlässige Körperverletzung in Betracht⁵⁴⁹.

f) Vollendung, Versuch

Die Tat ist jeweils mit Beginn der Vornahme der sexuellen Handlung vollendet. Im Fall des Abs. 1 durch Vornahme am Opfer durch den Täter oder umgekehrt; im Fall des Abs. 2 durch das Opfer am Dritten oder umgekehrt. Der Versuch von Abs. 1 und Abs. 2 ist nach Abs. 4 strafbar.

g) Zwischenfazit

Die Untersuchung hat ergeben, dass eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz bei entsprechendem Sachverhalt durchaus als Missbrauch widerstandsunfähiger Personen strafbar sein kann. Freilich kommen nur sexuelle Handlungen von einiger Erheblichkeit in Betracht. Dass diese Erheblichkeit aber vom Schutzgut abhängt, wurde bereits festgestellt und spielt bei § 179 StGB eine Rolle für die Frage nach den Mindestanforderungen der Erheblichkeit. Damit stellt § 179 StGB jedoch keine Ausnahme dar. Wie für alle anderen Delikte, die eine sexuelle Handlung erfordern, muss der Täter die Erheblichkeitshürde überwinden. Ist das geschehen, findet § 179 StGB seinen eigenen Anwendungsbereich und hat nicht nur als Auffangtatbestand für § 177 StGB zu dienen, denn ein Missbrauch widerstandsunfähiger Personen kommt nach den Vorstellungen und Motiven des Täters bei der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz durchaus in Betracht. Wie bereits bei § 177 StGB festgestellt, geht der Belästiger regelmäßig nicht final vor. Auf die Überwindung erwarteten Widerstands zur Duldung durch das Opfer kommt es ihm nicht an – diesen Widerstand gilt es vielmehr regelmäßig zu vermeiden. In den wenigstens Fällen möchte der Täter Gewalt ausüben, um sein Ziel zu erreichen, denn die Anwendung von Gewalt konterkariert seine Vorstellung von Überlegenheit und/oder Macht gegenüber dem Opfer. Ihm genügt es, wenn er die sexuelle Handlung vornehmen kann. Aus diesen Gründen ist es nicht fernliegend, dass der Belästiger immer dann seine Chance sieht, wenn das Opfer widerstandsunfähig ist.

⁵⁴⁶ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 179 Rn. 10; Fischer, StGB, § 179 Rn. 22.

⁵⁴⁷ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 179 Rn. 10; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 179 Rn. 13; Fischer, StGB, § 179 Rn. 22; Wolters, in: SK, StGB, § 179 Rn. 15; Laue, in: Dölling/Duttge/Rössner, StGB, § 179 Rn. 9; Hörnle, in: LK, StGB, § 179 Rn. 63 ff.; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 18 Rn. 35; Frommel, in: NK, StGB, § 179 Rn. 31.

Die a. A. verlangt *dolus directus* (sicheres Wissen) hinsichtlich des Zustands der Widerstandsunfähigkeit des Opfers, Renzikowski, in: MK, StGB, § 179 Rn. 43; Gössel, § 3 Rn. 26; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 179 Rn. 17. Das überzeugt nicht, da auch derjenige die Widerstandsunfähigkeit ausnutzt, der sie nur für möglich hält und billigend in Kauf nimmt; so auch Hörnle, in: LK, StGB, § 179 Rn. 65. Offen gelassen von BGH, Beschl. v. 8.2.2007 – 3 StR 11/07 bei Pfister, NStZ-RR 2007, 361 (361 f.) Nr. 3.

⁵⁴⁸ Hörnle, in: LK, StGB, § 179 Rn. 67.

⁵⁴⁹ BGH, Urt. v. 28.11.1995 – 1 StR 558/95, NStZ 1996, 188.

Die Trauben hängen bei § 179 StGB für eine Strafbarkeit allerdings sehr hoch, denn absolute (!) Widerstandsunfähigkeit wird aufgrund Überraschung, Schock oder Schrecken nur in Ausnahmefällen festzustellen sein. Klarer liegt der Fall, wenn das Opfer schläft – das wird aber wiederum auch nur in Ausnahmefällen am Arbeitsplatz der Fall sein. Nicht übersehen werden darf, dass mit § 179 StGB ein Auffangtatbestand für behinderte Menschen konzipiert wurde, der seit seinem Inkrafttreten weiter in Richtung vorübergehende Widerstandsunfähigkeit nicht behinderter Menschen ausgebaut wurde, um strafwürdige Sachverhalte, die nicht unter § 177 StGB zu subsumieren sind, zu sanktionieren⁵⁵⁰. Es darf daher nicht verwundern, dass dieser Ansatz auch heute noch zu Strafbarkeitslücken führt.

h) Täterschaft und Teilnahme

§ 179 Abs. 1 StGB erfordert die Vornahme der sexuellen Handlung des Täters am Opfer oder von diesem am Täter, mithin Eigenhändigkeit. Mittelbare Täterschaft oder Mittäterschaft sind bei Abs. 1 nicht möglich, was für die Bestimmung eines anderen, der von der Widerstandsunfähigkeit des Opfers nichts weiß bedeutet, dass der Hintermann weder als mittelbarer Täter noch – mangels strafbarer Haupttat – als Teilnehmer zu bestrafen ist⁵⁵¹. Dieses Problem ist auch nach der Einführung des Abs. 2 nicht obsolet geworden, da in Abs. 2 die Bestimmung der widerstandsunfähigen Person durch den Täter zu erfolgen hat. Wirkt der Täter nur auf den Dritten ein, liegt kein Fall des Abs. 2 vor⁵⁵². Die Teilnahme an der Tat des Haupttäters folgt den allgemeinen Regeln.

2. Abschnitt

Straftaten gegen die sexuelle Entwicklung

5. § 174 StGB – Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

a) Einleitung, Rechtsgut

Die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz umfasst sowohl die Berufsbildung, § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG, als auch die Tätigkeit im Rahmen eines Praktikumsverhältnisses oder Volontariats⁵⁵³. Es ist deshalb erforderlich, die Strafnormen zu prüfen, die den Schutz von – in der Regel minderjährigen Personen – in solchen Ausbildungs- und/oder Arbeitsverhältnissen zum Ziel haben. Eine davon ist § 174 StGB. Er dient dem Schutz Jugendlicher in bestimmten Abhängigkeitsverhältnissen. Die Jugendlichen sollen davor bewahrt werden, unter dem Druck der Abhängigkeit von diesem Verhältnis in ihrem sexuellen Verhalten bestimmt zu werden, da sie – aufgrund ihres Alters – häufig nicht ausreichend reif, erfahren oder sicher genug sind, sich den sexuellen Wünschen einer überlegenen Person zu

⁵⁵⁰ BT-Drs. 13/7663 vom 14.5.1997, S. 5.

⁵⁵¹ KG, Urt. v. 25.8.1976 – (1) Ss 374/75 (27/76), NJW 1977, 817 (818 f.); Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 179 Rn. 2; Eisele, in: Schöne/Schröder, StGB, § 179 Rn. 8; Hörnle, in: LK, StGB, § 179 Rn. 68; Renzikowski, in: MK, StGB, § 179 Rn. 63; Fischer, StGB, § 179 Rn. 7; a. A. Renzikowski, NSz 1999, 377 (385).

⁵⁵² Hörnle, in: LK, StGB, § 179 Rn. 68; Fischer, StGB, § 179 Rn. 7.

⁵⁵³ Vgl. hierzu diese Arbeit unter C. III. 4. c).

widersetzen⁵⁵⁴. Geschütztes Rechtsgut ist nach dieser Zielstellung die sexuelle Selbstbestimmungsfreiheit im weiteren Sinn; genauer die ungestörte geschlechtliche Entwicklung von Kindern und Jugendlichen innerhalb bestimmter Abhängigkeitsverhältnisse⁵⁵⁵. Darüber hinaus geht es bei § 174 StGB darum, bestimmte Autoritätsverhältnisse um ihrer sozialen Funktion willen von sexuellen Kontakten nach Möglichkeit völlig frei zu halten⁵⁵⁶.

b) Objektiver Tatbestand

Die Vorschrift wurde durch das 49. StrÄndG vom 27.01.2015 erweitert. Sie enthält neben der Korrektur eines redaktionellen Versehens in Abs. 1 Nr. 3 in der aktuellen Fassung einen neuen Abs. 2 der die Anwendung der Norm auch auf Personen ausdehnt, die dem Täter nicht dauerhaft anvertraut sind. Damit werden nun auch Vertreter von Schutzpersonen einbezogen, denen das Opfer nicht selbst anvertraut ist, die jedoch aufgrund ihrer Zugehörigkeit zur Einrichtung, in welcher die Erziehung, Ausbildung oder Betreuung stattfindet, ebenfalls in einem Autoritätsverhältnis zum Opfer stehen⁵⁵⁷.

Die Tatbestände der Absätze 1 und 2 werden durch die Erweiterung der Anforderungen an die sexuelle Handlung in Abs. 3 ergänzt, zugleich findet eine Differenzierung der Tatbestände durch die Anforderungen in ihren Nr. 1 bis 3 bzw. Nr. 1 und 2 statt. Dem Schutz von § 174 StGB unterliegen insgesamt nur Personen, die noch nicht achtzehn Jahre alt sind und die in einem Verhältnis nach Abs. 1 Nr. 1 bis 3 zum Täter oder nach Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 zur Einrichtung stehen. § 174 StGB ist ein Sonderdelikt, da für die Tätereigenschaft erforderlich ist, dass eine Autoritätsstellung ausgeübt wird oder werden kann⁵⁵⁸.

aa) Geschützter Personenkreis

Aufgrund des für diese Untersuchung erforderlichen Arbeitsplatzbezugs kommen von den Sonderverhältnissen des § 174 StGB nur die Ausbildung (nach § 174 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 und Nr. 2 Alt. 2 StGB sowie nach § 174 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB) und das Dienst- oder Arbeitsverhältnis (nach § 174 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 4 StGB) in Betracht. Die sonstigen in § 174 Abs. 1 StGB genannten Verhältnisse zwischen Täter und Opfer erfordern eine Beziehung, der zwar auch ein Über-Unterordnungsverhältnis zu Grunde liegt, das sich aber aus anderen Umständen als einem Arbeits- oder Ausbildungsverhältnis konstituiert

⁵⁵⁴ Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform (4. StrRG), BT-Drs. 6/3521 vom 14.6.1972, S. 20.

⁵⁵⁵ *BGH*, Urt. v. 22.3.1995 – 3 StR 625/94, NJW 1995, 2234 (2235); *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 174 Rn. 1; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 174 Rn. 1; *Fischer*, StGB, § 174 Rn. 2; *Laue*, in: Dölling/Duttge/Rössner, StGB, § 174 Rn. 1; *Frommel*, in: NK, StGB, § 174 Rn. 8; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 20 Rn. 4; *Laubenthal*, Rn. 564; krit. *Wolters*, in: SK, StGB, § 174 Rn. 2: geschützt werde eine bestimmte „Sexualverfassung“; ähnlich *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 174 Rn. 1 ff., der darauf hinweist, dass unklar sei, welche sexuellen Handlungen erheblich im Sinne von § 184h StGB seien und sich dies nur bei einer Betrachtung der Spätfolgen herausfinden lasse. Der aktuelle Eingriff in das Rechtsgut müsse jedoch für die Unrechtsbetrachtung maßgebend sein; wie dieser auch *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 174 Rn. 1. Abw. *Gössel*, § 4 Rn. 1 auch bei § 174 StGB sei das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Integrität staatlicher Abhängigkeitsverhältnisse geschützt.

⁵⁵⁶ BT-Drs. 6/3521 vom 14.6.1972, S. 20; *BGH*, Beschl. v. 23.11.2000 – 1 StR 430/00, NStZ 2001, 194; vgl. auch *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 174 Rn. 1; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 174 Rn. 1.

⁵⁵⁷ Begründung des Fraktionsentwurfs, BT-Drs. 18/2601 vom 23.9.2014, S. 28; *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, S. 7; krit. *Hörnle*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss am 13. Oktober 2014, S. 5 f.

⁵⁵⁸ *Fischer*, StGB, § 174 Rn. 3; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 179 Rn. 4.

und daher auch nicht am Arbeitsplatz zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer i. S. d. AGG verwirklicht werden kann.

§ 174 StGB enthält keine Anforderung an ein Mindestalter. Für die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz folgt diese jedoch aus arbeitsrechtlichen Vorschriften. Nach § 5 Abs. 1 i. V. m. § 2 Abs. 1 des Gesetzes zum Schutz der arbeitenden Jugend (JArbSchG) ist die Beschäftigung von Kindern unter 15 Jahren verboten, sofern nicht eine Ausnahme des § 5 Abs. 2 bis 4 JArbSchG gilt. Kinder über 13 Jahren können unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 3, 4a JArbSchG i. V. m. § 2 der Verordnung über den Kinderarbeiterschutz (KindArbSchV) beschäftigt werden. Für die vorliegende Untersuchung kann infolgedessen bei zu unterstellender Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften von einem Mindestalter der belästigten Person von 13 Jahren ausgegangen werden.

(1) Zur Ausbildung anvertraut nach § 174 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB

Die Tatvariante ist eröffnet, wenn das Opfer – dessen Alter unter sechzehn Jahren liegen muss – dem Täter zur Ausbildung anvertraut ist. Das ist der Fall, wenn es dem Täter in seine Obhut gegeben wurde. Voraussetzung eines Obhutsverhältnisses in diesem Sinne ist, dass einer Person das Recht und die Pflicht obliegen, die Lebensführung des Minderjährigen und damit dessen geistig-sittliche Entwicklung zu überwachen und zu leiten⁵⁵⁹. Das erfordert mehr als die bloße Zuweisung von Arbeitstätigkeiten oder die Anleitung zu einfachen Verrichtungen⁵⁶⁰. Voraussetzung ist einerseits ein Über-Unterordnungsverhältnis⁵⁶¹, denn erst ein solches verschafft dem Täter die nötige Macht über das Opfer. Gleichzeitig versetzt es das Opfer in eine, aufgrund der Abhängigkeit vom Täter bestehende Drucksituation, in der es sich sexuellen Handlungen nicht frei widersetzen kann. Weitere Voraussetzung ist, dass das Verhältnis eine Erziehungskomponente enthält, mithin der Täter aufgrund des Obhutsverhältnisses die Persönlichkeit des Opfers prägen soll⁵⁶². Die Form der Begründung des Obhutsverhältnisses ist unerheblich. Der Schutzbefohlene kann sich auch selbst in die Obhut einer anderen Person begeben. Maßgebend ist die tatsächliche Gestaltung des Einzelfalls⁵⁶³.

Das Ausbildungsverhältnis ist eine Alternative des von § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB verlangten Obhutsverhältnisses. Die Grenzen zwischen Ausbildung und Erziehung sind fließend⁵⁶⁴. Beide Anforderungen an ein Obhutsverhältnis sind bei einer Berufsausbildung nach dem Berufsbildungsgesetz (BBiG) erfüllt, da die ausbildende Person nach § 14 Abs. 1 Nr. 5 BBiG dafür zu sorgen hat, dass Auszubildende charakterlich gefördert aber sittlich und körperlich nicht gefährdet werden; sie soll darüber hinaus die berufliche Handlungsfähigkeit vermitteln, § 1 Abs. 3 BBiG. Die auszubildende Person ist gegenüber dem sog. Lehrherrn weisungsunterworfen, § 13 Nr. 3 BBiG. Es spielt keine Rolle, ob der Arbeitgeber *in persona* die Rolle des Lehrherrn übernimmt oder diese Aufgabe einer anderen,

⁵⁵⁹ *BGH*, Beschl. v. 21.4.1995 – 3 StR 526/94, BGHSt 41, 137 (139); *BGH*, Beschl. v. 26.6.2003 – 4 StR 159/03, NSiZ 2003, 661; *BGH*, Urt. v. 10.6.2008 – 5 StR 180/08, NSiZ-RR 2008, 307 (307).

⁵⁶⁰ BT-Drs. 6/3521 vom 14.6.1972, S. 21; *BGH*, Beschl. v. 31.1.1967 – 1 StR 595/65, BGHSt 21, 196 (198);

⁵⁶¹ *BGH*, Beschl. v. 21.4.1995 – 3 StR 526/94, BGHSt 41, 137 (139).

⁵⁶² *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 174 Rn. 6; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 174 Rn. 7; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 174 Rn. 19; *Laubenthal*, Rn. 578. Fehlt die Erziehungskomponente kommt allenfalls ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis nach § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB oder bei entsprechendem Alter der Kindesmissbrauch nach § 176 StGB in Betracht.

⁵⁶³ *BGH*, Beschl. v. 31.1.1967 – 1 StR 595/65, BGHSt 21, 196 (202).

⁵⁶⁴ BT-Drs. 6/3521 vom 14.6.1972, S. 21; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 174 Rn. 7.

hierzu geeigneten Person überträgt⁵⁶⁵. Unerheblich ist auch, wie das Ausbildungsverhältnis begründet wurde. Praktikanten- und Volontärverhältnisse können, wenn sie die Anforderungen im Einzelfall erfüllen, ebenfalls darunter fallen⁵⁶⁶; nicht hingegen gewöhnliche Arbeitsverhältnisse, auch wenn dem Arbeitnehmer neue Tätigkeiten zugewiesen werden⁵⁶⁷.

§ 174 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 StGB kommt aufgrund regelmäßiger Erfüllung der Anforderungen bei Vorliegen eines gewöhnlichen Ausbildungsverhältnisses für Personen unter sechzehn Jahren als strafrechtliche Sanktion sexueller Belästigung am Arbeitsplatz durch die ausbildende Person in Betracht. Das einzige, darüber hinaus zu erfüllende objektive Tatbestandsmerkmal ist eine sexuelle Handlung im Sinne von Abs. 1 oder Abs. 3. Auf ein Ausnutzen kommt es bei Nr. 1 nicht an. Auch eine Zustimmung des Opfers zur sexuellen Handlung ist für den Tatbestand unerheblich, allenfalls kommt Abs. 5 in Betracht⁵⁶⁸.

(2) *Zur Ausbildung anvertraut nach § 174 Abs. 2 StGB*

Solange die betroffene Person noch nicht sechzehn Jahre alt ist, genügt nach der neu eingefügten Nr. 1 des § 174 Abs. 2 StGB bereits die Zugehörigkeit des Täters (als Schutzperson) und des Opfers zu einer Einrichtung, die zur Erziehung, Ausbildung oder Betreuung in der Lebensführung bestimmt ist, wobei das Opfer in einem Rechtsverhältnis zur Einrichtung zu stehen hat. Die Regelung zielt auf öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Schul- und Betreuungsverhältnisse ab⁵⁶⁹. Auf die Ausnutzung der Stellung des Täters kommt es dabei nur an, wenn die Person zwischen sechzehn und achtzehn Jahren alt ist, § 174 Abs. 2 Nr. 2 StGB. Die Anforderungen an die Ausbildung entsprechen denen des Abs. 1.

(3) *In einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis untergeordnet - § 174 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 4 StGB*

Hat die betroffene Person das fünfzehnte Lebensjahr vollendet, scheidet Nr. 1 aus. Bis zur Vollendung des siebzehnten Lebensjahrs kommt Nr. 2 in Betracht, gleichwohl die Anwendung der Nr. 2 nicht auf Taten gegen Jugendliche zwischen 16 und 18 Jahren beschränkt ist⁵⁷⁰. Von Nr. 2 werden zunächst dieselben Obstandsverhältnisse wie bei Nr. 1 erfasst, darüber hinaus auch alle privat- oder öffentlich-rechtlichen Dienst- und Arbeitsverhältnisse, wobei der Grund ihrer Entstehung, ihr Inhalt und ihre Rechtswirksamkeit unerheblich sind⁵⁷¹. Maßgebend ist, ob zum Täter ein Unterordnungsverhältnis besteht,

⁵⁶⁵ Ist der Arbeitgeber jedoch nicht selbst Lehrherr, kommt er als (unmittelbarer) Täter aufgrund der Eigenhändigkeitsanforderung nicht in Betracht.

⁵⁶⁶ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 174 Rn. 7; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 174 Rn. 7; Renzikowski, in: MK, StGB, § 174 Rn. 19.

⁵⁶⁷ BGH, Beschl. v. 31.1.1967 – 1 StR 595/65, BGHSt 21, 196 (198).

⁵⁶⁸ Vgl. BT-Drs. 6/3521 vom 14.6.1972, S. 21.

⁵⁶⁹ M. E. ist es als unglücklich zu bezeichnen, dass die Strafbarkeit vom Vorliegen eines Rechtsverhältnisses abhängen soll. Damit sind für die Frage nach der Tatbestandsmäßigkeit bei Jugendlichen unter sechzehn Jahren zivilrechtliche Überlegungen zur Geschäftsfähigkeit und zur schwebenden Unwirksamkeit von Willenserklärungen Minderjähriger anzustellen. Jugendliche unter sechzehn Jahren, die Zuflucht in einer entsprechenden Institution suchen, sind durch die Neufassung nicht betroffen. Für sie kommen weiterhin nur Abs. 1 und Abs. 3 in Betracht.

⁵⁷⁰ BGH, Urt. v. 20.1.1982 – 2 StR 511/81, BGHSt 30, 355 (358); BGH, Urt. v. 24.10.1990 – 3 StR 257/90, NSZ 1991, 81 (81); statt aller Renzikowski, in: MK, StGB, § 174 Rn. 27.

⁵⁷¹ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 174 Rn. 10; Hörnle, in: LK, StGB, § 174 Rn. 29; Renzikowski, in: MK, StGB, § 174 Rn. 28; Laubenthal, Rn. 592.

Kraft dessen das Opfer Weisungen des Täters zu befolgen hat. Diese Weisungsbefugnis hat über den Einzelfall hinauszugehen, muss also auf eine gewisse Dauer angelegt sein, da andernfalls die Abhängigkeit vom Täter und mithin die darauf beruhende Drucksituation für das Opfer nicht entstehen⁵⁷².

bb) Tathandlungen

(1) *Missbrauch der Abhängigkeit - § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB*

Der Erweiterung des Anwendungsbereichs bei Nr. 2 steht das zusätzliche Erfordernis des Missbrauchs des Abhängigkeitsverhältnisses gegenüber, welches ein Plus an Anforderungen darstellt und den Tatbestand einschränkt⁵⁷³. Dem Täter muss in jedem Einzelfall nachgewiesen werden, dass er gerade die Abhängigkeit des Opfers ausgenutzt hat. Das ist der Fall, wenn diese ihm die Tathandlung ermöglicht oder erleichtert hat und er die sich ihm so gebotene Gelegenheit wahrgenommen hat⁵⁷⁴. Missbräuchlich handelt derjenige, der offen oder verdeckt seine Macht und Überlegenheit in einer für den Jugendlichen erkennbar werdenden Weise als Mittel einsetzt, um sich diesen gefügig zu machen. Ebenso handelt derjenige missbräuchlich, der seine Macht gegenüber dem Schutzbefohlenen erkennt und die auf ihr beruhende Abhängigkeit zu sexuellen Handlungen ausnutzt⁵⁷⁵. Der Zusammenhang zwischen dem Abhängigkeitsverhältnis und der sexuellen Handlung muss beiden Teilen bewusst sein⁵⁷⁶. Für den Missbrauch der Abhängigkeit genügt es, wenn die schutzbefohlene Person glaubt, dem Täter Gehorsam schuldig zu sein und der Täter seine diesbezügliche Autorität einsetzt – indem er eine Drucksituation schafft – um das Opfer gefügig zu machen⁵⁷⁷. Beispielhaft ist dies der Fall, wenn er die Person im Weigerungsfall beschimpft, schikaniert oder gegenüber anderen Personen zurücksetzt und diese Verhaltensweisen erst bei willfährigem Verhalten wieder aufgibt. Eine Drohung mit Nachteilen wie z. B. einer Kündigung kann, muss aber nicht ausgesprochen werden, da schlüssiges Verhalten genügt⁵⁷⁸.

Von den möglichen Verhaltensweisen der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz kommen für § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB also grundsätzlich nur solche in Betracht, bei denen der Täter seine Autorität missbräuchlich einsetzt – jeweils mit der Maßgabe, dass eine sexuelle Handlung im Sinne des § 184h StGB ausgeführt wird. Das Paradebeispiel ist die sexuelle Erpressung durch Androhung von beruflichen Nachteilen. Auch körperliche Annäherungen wie das Berühren der weiblichen Brust, der Griff an das Genital oder Zungen-

⁵⁷² *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 174 Rn. 29; *Laubenthal*, Rn. 593. So entschieden für eine Babysitterin *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 10.7.2000 – 1 Ws 218/00, NStZ-RR 2001, 201 (201).

⁵⁷³ Vgl. BT-Drs. 6/3521 vom 14.6.1972, S. 22; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 20 Rn. 42.

⁵⁷⁴ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 174 Rn. 9.

⁵⁷⁵ St. Rspr: *BGH*, Urt. v. 4.4.1979 – 3 StR 98/79, BGHSt 28, 365 (367); *BGH*, Urt. v. 4.5.1982 – 1 StR 88/82, NStZ 1982, 329; *BGH*, Urt. v. 24.10.1990 – 3 StR 257/90, NStZ 1991, 81 (82); *BGH*, Urt. v. 23.1.1997 – 4 StR 591/96, NStZ 1997, 337 (338); *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 10.7.2000 – 1 Ws 218/00, NStZ-RR 2001, 201 (201);

⁵⁷⁶ *BGH*, Urt. v. 4.4.1979 – 3 StR 98/79, BGHSt 28, 365 (367); *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 174 Rn. 9; *Fischer*, StGB, § 174 Rn. 15; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 174 Rn. 31; *Wolters*, in: SK, StGB, § 174 Rn. 17; *Laubenthal*, Rn. 595; a. A. *Hörnle*, in: LK, StGB, § 174 Rn. 35.

⁵⁷⁷ *BGH*, Urt. v. 24.10.1990 – 3 StR 257/90, NStZ 1991, 81 (82); *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 174 Rn. 14; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 174 Rn. 31.

⁵⁷⁸ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 174 Rn. 14.

küsse können den Tatbestand erfüllen, wenn und soweit Täter und Opfer auf der Grundlage der Ausnutzung der Abhängigkeit zur sexuellen Handlung gelangen. Die Aufforderung zu sexuellem Verkehr kommt nur dann in Betracht, wenn die vorstehenden Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind und eine sexuelle Handlung vorgenommen wird. Die Verhaltensweisen, die ohne Missbrauch auskommen, insbesondere die überraschend ausgeführten, können nicht einschlägig sein.

(a) *Versprechen von Vorteilen als Missbrauch der Abhängigkeit*

Fraglich ist, ob es genügt, wenn der Täter Vorteile verspricht, auf die das Opfer keinen Anspruch hat; etwa wenn er eine Beförderung gegen sexuelle Hingabe in Aussicht stellt⁵⁷⁹. Nach wohl überwiegender Meinung im Schrifttum reicht dies aus⁵⁸⁰. Die Gegenansicht verweist darauf, dass der Täter nicht durch die Ausnutzung der Abhängigkeit, sondern durch Ausnutzung seiner Stellung zum Ziel komme⁵⁸¹. Beide Auffassungen sind nur teilweise richtig, wie das Folgende zeigt: Der Täter, der seinem Opfer „befiehlt“, zu ihm ins Bett zu kommen, nutzt die bestehende Abhängigkeit aus⁵⁸². D. h. es bedarf weder der Inaussichtstellung von Vor- oder Nachteilen, noch der Anwendung von Gewalt oder ausdrücklicher Drohung. In dem „Befehl“ liegt für das Opfer bereits eine stillschweigende Androhung von Nachteilen aus dem Abhängigkeitsverhältnis, die das Opfer zur Willfährigkeit motiviert. Oder um es mit der Missbrauchs-Definition zu sagen: das Opfer glaubt, Gehorsam schuldig zu sein, nachdem der Täter seine Macht und Überlegenheit als Mittel eingesetzt hat. Wenn es aber nicht des Versprechens von Vorteilen bedarf (und nicht der Androhung von Nachteilen) und trotzdem ein Missbrauch vorliegen kann, hat diese „Erpressung“ keinen Einfluss auf die Frage nach der Ausnutzung des Jugendlichen. Zwar ist die sexuelle Erpressung ein starkes Indiz für das Vorliegen von Missbrauch, es begründet ihn aber nicht. Die Begründung findet sich allein im Ausnutzen der Abhängigkeit. Abhängigkeit des Opfers beschreibt jedoch nichts Anderes als dessen Stellung im Über-Unterdordnungsverhältnis zwischen Täter und Opfer. In genau derselben Beziehung nimmt der Täter die Stellung einer Autoritätsperson ein. Seine Stellung und die Abhängigkeit des Opfers sind untrennbar miteinander in der Täter-Opfer-Beziehung verwoben. Deshalb lässt sich nicht danach unterscheiden, ob der Täter seine (Autoritäts-)Stellung oder die Abhängigkeit des Opfers ausnutzt. Beide sind gleichermaßen Kennzeichen des Schutzverhältnisses von § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Wenn dem aber so ist, kann der Täter keine Vorteile versprechen, ohne hierbei seine Stellung – genauer: seine Stellung in der Beziehung zum Opfer, einem stark asymmetrischen Verhältnis – auszunutzen. Der Täter der dem Opfer einen Vorteil in Aussicht stellt, nutzt sein Verhältnis zum Opfer (Autoritätsstellung einerseits und Abhängigkeit andererseits) genauso aus, wie derjenige Täter der dem Opfer schlicht einen „Befehl“ erteilt. Der Unterschied liegt allein in der Ausprägung der Asymmetrie, die beim Täter der eine „Gegenleistung“ in Form eines Vorteils ausloben

⁵⁷⁹ Unproblematisch ist der Fall, wenn das Opfer ein Anspruch auf einen Vorteil besitzt – z. B. eine Gehaltserhöhung –, der Täter die Gewährung des Vorteils aber verweigert, um Willfährigkeit zu erreichen. Hierbei handelt es sich um schikanöses Verhalten unter missbräuchlicher Ausnutzung der Abhängigkeit des Opfers.

⁵⁸⁰ *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 174 Rn. 31; *Hörnle*, in: LK, StGB, § 174 Rn. 32; *Frommel*, in: NK, StGB, § 174 Rn. 20; *Eschelbach*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 174 Rn. 17; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 20 Rn. 42; vgl. auch BT-Drs. 6/3521 vom 14.6.1972, S. 22 „künftige Vorteile“.

⁵⁸¹ *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 174 Rn. 14; *Fischer*, StGB, § 174 Rn. 15.

⁵⁸² Vgl. *BGH*, Urt. v. 23.1.1997 – 4 StR 591/96, NStZ 1997, 337 (338).

muss, schwächer ausgeprägt ist, andernfalls er sich dieses Hilfsmittels nicht bedienen müsste.

Damit ist nachgewiesen, dass die Gewährung von Vorteilen ein Fall des Missbrauchs der Abhängigkeit sein kann. Gleichzeitig ist aber auch gesagt, dass nicht jede Vorteilserräumung zwingend einen Missbrauch der Abhängigkeit darstellen muss. Wenngleich dies ein Indiz sein kann, so kommt es doch vorrangig auf das Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Personen an. Indizien gegen den Missbrauch der Abhängigkeit sind ein fehlender Zusammenhang zum Abhängigkeitsverhältnis und die Initiative der schutzbefohlenen Person oder wenn diese mit dem Sexualkontakt einverstanden ist, etwa bei einer ernsthaften Liebesbeziehung⁵⁸³. Ihr Vorliegen kann den Missbrauch ausschließen, was von den Umständen des Einzelfalls abhängt.

(b) Gewalteinsatz als Missbrauch der Abhängigkeit

Wendet der Täter Gewalt im Sinne von § 177 oder § 240 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 StGB an, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der genannten Delikte zu § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB⁵⁸⁴, da nach e. A. der Missbrauch Schutzbefohleener und die Nötigung Tateinheitlich nebeneinander anwendbar sind⁵⁸⁵, nach a. A. die Anwendung von Gewalt den Missbrauch entfallen lässt, da das Abhängigkeitsverhältnis nicht mehr die entscheidende Rolle spielt⁵⁸⁶.

Im Kern geht es um die Frage, ob § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB nur unter *ausschließlicher* Ausnutzung des Abhängigkeitsverhältnisses oder ob die sexuelle Handlung *auch* unter Ausnutzung des Abhängigkeitsverhältnisses verwirklicht werden kann. Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist eine solche Exklusivität nicht indiziert. Nach teleologischen Gesichtspunkten ist sie abzulehnen, da diese Anforderung den Schutzbereich der Nr. 2 einschränken würde und deshalb aus Gesichtspunkten des Opferschutzes bedenklich wäre. Denn neben der Feststellung des Missbrauchs eines Abhängigkeitsverhältnisses müsste dessen Alleinursächlichkeit festgestellt werden. Sofern dies nicht gelänge, wäre der Täter nicht länger wegen sexuellen Missbrauchs Schutzbefohleener strafbar, gleichwohl die Abhängigkeit des Opfers eine Rolle bei der Tatbegehung gespielt hat. Die Gewaltanwendung für sich sagt noch nichts darüber aus, ob das Abhängigkeitsverhältnis ausgenutzt wurde. Das ist aber bei § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB das entscheidende Kriterium, weshalb es keine Rolle spielen kann, ob zugleich auch Nötigungsmittel der §§ 177, 240 StGB angewendet werden. Deren Einsatz ist allenfalls ein Gradmesser der Asymmetrie der Täter-Opfer-Beziehung. Auf Exklusivität ist daher nicht abzustellen.

⁵⁸³ *BGH*, Urt. v. 4.4.1979 – 3 StR 98/79, BGHSt 28, 365 (367); *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 174 Rn. 9; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 174 Rn. 14; *Fischer*, StGB, § 174 Rn. 15; *Laubenthal*, Rn. 596; krit. *Hörnle*, in: LK, StGB, § 174 Rn. 34.

⁵⁸⁴ Der Einsatz von Nötigungsmitteln unterhalb der Schwellen der Nötigungsvorschriften ist unproblematisch, da kein Konkurrenzverhältnis entstehen kann.

⁵⁸⁵ *BGH*, Urt. v. 23.1.1997 – 4 StR 591/96, NStZ 1997, 337; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 174 Rn. 18; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 174 Rn. 14; *Fischer*, StGB, § 174 Rn. 15a; *Laue*, in: Dölling/Duttge/Rössner, StGB, § 174 Rn. 11; *Frommel*, in: NK, StGB, § 174 Rn. 29; *Hörnle*, in: LK, StGB, § 174 Rn. 31; *Laubenthal*, Rn. 597.

⁵⁸⁶ *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 174 Rn. 31; *Wolters*, in: SK, StGB, § 174 Rn. 17; einschränkend *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 174 Rn. 19 der „im Allgemeinen“ keinen Missbrauch verwirklicht sieht.

Für Tateinheit spricht außerdem, dass §§ 177, 240 StGB und § 174 StGB unterschiedliche Rechtsgüter schützen, die zwar beide unter dem Oberbegriff der sexuellen Selbstbestimmungsfreiheit i. w. S. zusammengefasst werden, im Detail aber voneinander unabhängige Schutzbereiche umfassen, mithin selbständig nebeneinanderstehen.

(2) *Ausnutzung der Stellung - § 174 Abs. 2 Nr. 2 StGB*

Bei Opfern im Alter zwischen sechzehn und achtzehn Jahren ist die Ausnutzung der Stellung des Täters als Autoritätsperson als zusätzliches Tatbestandsmerkmal erforderlich. Täter kann sein, wem abstrakt-generell eine andere Person zur Erziehung, Ausbildung oder Betreuung in der Lebensführung anvertraut ist. Damit scheidet z. B. das Reinigungspersonal solcher Einrichtungen oder auch Sporttrainer als Täter aus⁵⁸⁷. Ausnutzen bedeutet dem Wortlaut nach, dass der Täter aus einer für ihn vorteilhaften Situation für sich bedenkenlos Nutzen zieht oder auch, dass er das Opfer in rücksichtsloser, egoistischer Weise für seine Zwecke in Anspruch nimmt⁵⁸⁸. Teleologisch sollen durch den neu eingefügten § 174 Abs. 2 StGB auch die Fälle erfasst werden, bei denen keine konkret-individuelle Zuordnung eines Schutzbefohlenen zu einer Schutzperson erfolgt, sondern der Täter kraft Zugehörigkeit zur Einrichtung eine Autoritätsstellung gegenüber dem Schutzbefohlenen besitzt. Danach handelt derjenige unter Ausnutzung seiner Stellung, der die ihm gegenüber dem Jugendlichen zukommende Autoritätsstellung offen oder verdeckt in einer für den Jugendlichen erkennbar werdenden Weise als Mittel einsetzt, um sich diesen gefügig zu machen. Auch hier gilt wie bei § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB, dass der Zusammenhang zwischen dem Abhängigkeitsverhältnis und der sexuellen Handlung beiden Teilen bewusst sein muss. Andernfalls würde die sexuelle Handlung des Jugendlichen oder deren Duldung nicht auf der Ausnutzung der Stellung beruhen. Im Übrigen ist auf die Ausführungen zum Missbrauch der Abhängigkeit zu verweisen.

(3) *Sexuelle Handlungen mit Körperkontakt - § 174 Abs. 1 und Abs. 2 StGB*

Erforderlich ist, dass der Täter sexuelle Handlungen am Opfer vornimmt oder das Opfer an ihm⁵⁸⁹. Dafür ist eine körperliche Berührung unerlässlich. Diese kann durch die Bekleidung oder einen Gegenstand vermittelt werden. In Betracht kommen zunächst alle Formen *körperlicher* Annäherung durch den Täter, nicht jedoch das Zurschaustellen des Genitals, oder verbale Belästigungen. Sofern eine sexuelle Erpressung im Raum steht, muss diese zu einer erheblichen sexuellen Handlung mit Körperkontakt geführt haben, um den Tatbestand zu erfüllen.

Die Erheblichkeit der sexuellen Handlung richtet sich nach der Hinnehmbarkeit der Beeinträchtigung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und in Relation zum geschützten Rechtsgut und der jeweiligen Strafdrohung⁵⁹⁰. Legt man diesen Maßstab zu Grunde folgt daraus zunächst, dass die Erheblichkeit bei § 174 StGB niedriger anzusetzen ist als bei § 177 StGB, da beim Missbrauch von Schutzbefohlenen mit der ungestörten geschlechtlichen Entwicklung von Kindern und Jugendlichen ein Rechtsgut geschützt

⁵⁸⁷ Vgl. *BGH*, Urt. v. 10.6.2008 – 5 StR 180/08, NStZ-RR 2008, 307; *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, S. 8; für die Einbeziehung von nicht-pädagogischem Personal *Hörnle*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss am 13. Oktober 2014, S. 6.

⁵⁸⁸ *Scholze-Stubenrecht*, Duden Universalwörterbuch, S. 229, Stichwort „ausnutzen“.

⁵⁸⁹ Vgl. zu den Anforderungen im Einzelnen diese Arbeit unter D. II. 2. b) (1).

⁵⁹⁰ Vgl. diese Arbeit unter D. II. 2. c) bb) (3).

wird, dessen Schutzbedürftigkeit aufgrund des jugendlichen Alters und des erforderlichen Schutzverhältnisses größer ist⁵⁹¹. D. h. bereits weniger erhebliche Eingriffe stellen eine relevante Schutzgutsverletzung dar. Im Vergleich der Tatbestände des § 174 Abs. 1 StGB ist darüber hinaus bei Nr. 1 aufgrund des geringeren Alters des Opfers eine weitere Absenkung der Erheblichkeitsschwelle geboten, die bei Nr. 2 jedenfalls dann nicht in Betracht kommt, wenn das Opfer zwischen sechzehn und achtzehn Jahren alt ist und es sich bei dem Schutzverhältnis „nur“ um ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis handelt und nicht um ein insofern qualitativ höher zu bewertendes Obhutsverhältnis. Auch aus der gegenüber § 177 StGB – und auch gegenüber § 179 StGB – geringeren Strafdrohung lässt sich eine Absenkung ableiten, da der Strafraum als Indikator für das zu verwirklichende Unrecht zu betrachten und daran die Erheblichkeitsanforderung zu bemessen ist⁵⁹².

Demzufolge sind unerwartete Berührungen der Genitalien und der weiblichen Brust ausreichend. Auch Zungenküsse können ausreichen – abhängig vom Alter der betroffenen Person. Einfache Umarmungen oder sonstige körperliche Berührungen, einschließlich Klapsen auf den Po, sind bei § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB unerheblich.

Es handelt sich bei § 174 Abs. 1 StGB um ein eigenhändiges Delikt, das nur derjenige als Täter verwirklichen kann, der das Opfer körperlich berührt⁵⁹³. Aus diesem Grund ist eine Begehung durch Unterlassen nicht möglich. Die Duldung der sexuellen Handlung am Täter durch den Täter genügt, da in der Hinnahme meist eine Bestärkung des Opfers zu sehen ist⁵⁹⁴.

(4) *Sexuelle Handlung ohne Körperkontakt - § 174 Abs. 3 StGB*

(a) *Sexuelle Handlung vor dem Schutzbefohlenen - § 174 Abs. 3 Nr. 1 StGB*

Für § 174 Abs. 3 Nr. 1 StGB genügt es, wenn der Täter vor dem Schutzbefohlenen sexuelle Handlungen an sich vornimmt⁵⁹⁵. Um eine sexuelle Handlung handelt es sich, wenn sie eine objektive Beziehung zum Geschlechtlichen im Menschen aufweist⁵⁹⁶, z. B. wenn der Täter vor dem Opfer masturbiert. Bei ambivalenten Handlungen kommt es nach der im Schrifttum zu Recht mehrheitlich vertretenen Ansicht darauf an, ob die sexuelle Absicht des Täters objektiv erkennbar ist⁵⁹⁷. Es kommen auch exhibitionistische Handlungen in Betracht⁵⁹⁸. Diese bestehen im Zeigen oder Entblößen des Geschlechtsteils, um sich oder eine andere Person zu erregen⁵⁹⁹.

⁵⁹¹ Vgl. Hörnle, in: LK, StGB, § 174 Rn. 6.

⁵⁹² Vgl. diese Arbeit unter D. II. 2. c) bb) (2).

⁵⁹³ BGH, Urt. v. 7.9.1995 – 1 StR 236/95, BGHSt 41, 242 (243); BGH, Beschl. v. 18.4.2007 – 2 StR 19/07, NSZ 2007, 699; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 174 Rn. 11; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 174 Rn. 12; Fischer, StGB, § 174 Rn. 12; Renzikowski, in: MK, StGB, § 174 Rn. 24; Hörnle, in: LK, StGB, § 174 Rn. 50.

⁵⁹⁴ Hörnle, in: LK, StGB, § 174 Rn. 7; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 174 Rn. 12; a. A. Fischer, StGB, § 174 Rn. 12; Renzikowski, in: MK, StGB, § 174 Rn. 24.

⁵⁹⁵ Nicht jedoch, wenn ein Dritter am Täter vor dem Schutzbefohlenen sexuelle Handlungen vornimmt, BGH, Beschl. v. 14.7.2009 – 3 StR 239/09, NSZ 2010, 32 (32).

⁵⁹⁶ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 2. a) aa).

⁵⁹⁷ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 2. a) bb).

⁵⁹⁸ Renzikowski, in: MK, StGB, § 174 Rn. 37; Laubenthal, Rn. 613.

⁵⁹⁹ Fischer, StGB, § 183 Rn. 5; vgl. hierzu auch diese Arbeit unter D. II. 10. c) aa).

Vor dem Schutzbefohlenen sind die Handlungen vorgenommen, wenn dieser die Möglichkeit zur unmittelbaren sinnlichen Wahrnehmung hat⁶⁰⁰. Gleichzeitige körperliche Anwesenheit an einem Ort ist nicht erforderlich, es genügt die Live-Übertragung per Telefon oder Video – nicht jedoch die Wiedergabe zuvor aufgezeichneter Handlungen⁶⁰¹.

(b) *Bestimmen des Schutzbefohlenen zu sexuellen Handlungen - § 174 Abs. 3 Nr. 2 StGB*

Unter den Voraussetzungen der Abs. 1 und 2 reicht es aus, dass der Schutzbefohlene sexuelle Handlungen vornimmt. Es kommen neben sexuellen Handlungen an sich selbst oder an Dritten auch exhibitionistische Handlungen des Schutzbefohlenen und aufreizende Posen in Betracht⁶⁰².

Der Täter muss das Opfer zur sexuellen Handlung bestimmt haben. Nach der Rechtsprechung ist hierfür erforderlich und ausreichend, dass der Täter das gesetzlich geforderte Verhalten verursacht oder mitverursacht hat; durch welches Mittel, ist unerheblich⁶⁰³. Der Jugendliche kann auch wesentlich durch Zwang bestimmt werden. Ein kommunikativer Akt wie bei § 26 StGB ist nicht erforderlich, da das Opfer stets minderjährig ist und deshalb eine der Anstiftung i. S. v. § 26 StGB gleichzusetzende Beeinflussung des Willens oft nicht in Betracht kommt⁶⁰⁴. Die h. M. im Schrifttum folgt dieser Ansicht⁶⁰⁵.

Nach a. A. ist bei § 174 Abs. 3 Nr. 2 StGB eine kommunikative Beeinflussung des Willens erforderlich, die wenigstens mitursächlich sein müsse. Das Bestimmen durch *vis absoluta* reiche nicht aus. Der Grund dafür liege in der Form der sexuellen Handlung. Bei § 176 Abs. 2 StGB genügt das vollkommen passive Erdulden der sexuellen Handlung der dritten Person. Das Opfer könne daher mittels Zwang bestimmt werden. Hingegen bedürfe es für § 174 Abs. 3 Nr. 2 eines „Anreizes“ in Form einer Einwirkung auf den Willen, da die schutzbefohlene Person nicht passiv bleiben könne⁶⁰⁶.

Richtig an dieser Auffassung ist, dass bei § 176 Abs. 2 StGB andere Anforderungen an die sexuelle Handlung gestellt werden und dass bei § 174 Abs. 3 Nr. 2 StGB *vis absoluta* nicht ausreicht. Ob aus der Qualität der sexuellen Handlung ein Rückschluss auf deren Verursachung gezogen werden kann, ist jedoch zweifelhaft. Mit dem Wortlaut ist sie nicht zu begründen, da unabhängig von der sexuellen Handlung ein Bestimmen erforderlich ist. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift lässt sich die Mindermeinung kaum vertreten, schränkt sie doch den Schutz der minderjährigen Opfer ein, die sich zur Vornahme von sexuellen Handlungen vor dem Täter durch nicht-kommunikative Einwirkungen haben bewegen lassen, ohne von diesem hierzu in Sinne des § 26 StGB „bestimmt“ worden zu sein. Auch systematisch überzeugt die Ansicht nicht, da ihre Vertreter auch bei § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB die gleichen Anforderungen an das Bestimmen stellen wie bei § 174 Abs. 3

⁶⁰⁰ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 2. b) (2).

⁶⁰¹ Fischer, StGB, § 174 Rn. 14; Laubenthal, Rn. 610.

⁶⁰² Hörnle, in: LK, StGB, § 174 Rn. 42.

⁶⁰³ BGH, Urt. v. 7.9.1995 – 1 StR 236/95, BGHSt 41, 242 (245) = NSStZ 1996, 130 (131); BGH, Urt. v. 8.1.1985 – 1 StR 686/84, NJW 1985, 924.

⁶⁰⁴ BGH, Urt. v. 7.9.1995 – 1 StR 236/95, BGHSt 41, 242 (245).

⁶⁰⁵ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 174 Rn. 13; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 174 Rn. 17; Fischer, StGB, § 174 Rn. 13; Frommel, in: NK, StGB, § 174 Rn. 22; Laubenthal, Rn. 609; differenzierend Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 174 Rn. 30 f.

⁶⁰⁶ Hörnle, in: LK, StGB, § 174 Rn. 44 u. 46; Renzikowski, in: MK, StGB, § 174 Rn. 38.

Nr. 2 StGB und damit den Begriff innerhalb derselben Norm unterschiedlich belegen⁶⁰⁷. Die h. M. ist daher vorzugswürdig, auch wenn in der Praxis eine nicht-kommunikative Beeinflussung – jedenfalls unter Berücksichtigung des für diese Untersuchung stets erforderlichen Arbeitsplatzbezugs – kaum vorkommen dürfte, so dass von einer eher theoretischen Fallgestaltung zu sprechen ist.

Gegenüber Abs. 1 und Abs. 2 ist der Strafrahmen des Abs. 3 reduziert und zeigt damit an, dass das Unrecht von Handlungen ohne Körperkontakt geringer ist⁶⁰⁸. Auf die Erheblichkeit kommt es bei sexuellen Handlungen vor einer Person nicht an, § 184h Nr. 2 StGB. Maßgebend ist daher allein, ob es sich um eine objektiv eindeutige sexuelle Handlung handelt oder um eine ambivalente, die zusätzlich das Zutage treten der sexuellen Gesinnung des Täters erfordert.

Von den typischen Formen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz kommt die Vornahme von sexuellen Handlungen vor der schutzbefohlenen Person in Form von exhibitionistischen Handlungen, ggf. in Verbindung mit Masturbation, in Betracht. Die Vornahme von sexuellen Handlungen durch das Opfer vor dem Täter kann die Folge einer sexuellen Erpressung sein. Die belästigende, würdeverletzende Handlung liegt jedoch bereits in der Erpressung und nicht erst in der sexuellen Handlung – wenngleich diese für das Opfer ebenfalls entwürdigend sein kann. Die Bestrafung kann sich ggf. nach § 183 Abs. 4 Nr. 2 Alt. 1 StGB richten.

c) Subjektiver Tatbestand

In allen Fällen des § 174 StGB ist wenigstens bedingter Vorsatz erforderlich. Dieser muss insbesondere das Alter des Opfers und das Obhutsverhältnis betreffen⁶⁰⁹. Im Fall von Abs. 1 Nr. 2 muss der Täter zusätzlich bedingt vorsätzlich hinsichtlich der Voraussetzungen des Missbrauchs – der tatsächlichen Abhängigkeit des Opfers und des Beruhens des Opferverhaltens hierauf – handeln⁶¹⁰.

Zusätzlich ist für Abs. 3 Absicht im Sinne eines zielgerichteten Willens erforderlich, sich selbst oder die schutzbefohlene Person sexuell zu erregen, wobei die Absicht ausreicht, eine bereits vorhandene Erregung zu steigern oder diese länger aufrecht zu erhalten⁶¹¹. Das ist z. B. dann nicht der Fall, wenn der Täter es nur in Kauf nimmt, dass das Kind den Sexualverkehr zwischen den Eltern im angrenzenden Kinderzimmer hören kann⁶¹².

d) Vollendung, Versuch, Absehen von Strafe

Die Tat ist vollendet mit der Vornahme der sexuellen Handlung. Der Versuch ist nach Abs. 4 strafbar. Gemäß § 174 Abs. 5 StGB kann in Fällen des § 174 Abs. 1 Nr. 1 oder des Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 Nr. 1 StGB von Strafe abgesehen werden. Die Möglichkeit nach

⁶⁰⁷ Hörnle, in: LK, StGB, § 176 Rn. 84.

⁶⁰⁸ Hörnle, in: LK, StGB, § 174 Rn. 40.

⁶⁰⁹ Vgl. statt aller Hörnle, in: LK, StGB, § 174 Rn. 47.

⁶¹⁰ H. M.; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 174 Rn. 15 ; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 174 Rn. 18; Fischer, StGB, § 174 Rn. 16; weiter Hörnle, in: LK, StGB, § 174 Rn. 47; dol. dir. fördernd Renczkowski, in: MK, StGB, § 174 Rn. 35.

⁶¹¹ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 174 Rn. 14.

⁶¹² Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 174 Rn. 18.

Abs. 5 von Strafe abzusehen entfällt daher, wenn der speziellere Tatbestand des § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB gegeben ist⁶¹³.

e) Zwischenfazit

Die Vorschrift des § 174 StGB setzt sich aus mehreren verschiedenen Tatbestandsalternativen zusammen, die ihrerseits weiter untergliedert sind. Für die hier vorzunehmende Bewertung kommen nur Konstellationen innerhalb eines Ausbildungs- oder Dienst- bzw. Arbeitsverhältnisses in Betracht, dessen Bestand ein asymmetrisches Verhältnis zwischen übergeordnetem Täter und untergeordnetem Opfer begründet und so dem Täter die Tatbegehung erleichtert. Nur wenn das Opfer älter als fünfzehn Jahre ist, muss der Missbrauch des Verhältnisses dazu treten. Ein typisches Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnis eines Jugendlichen entspricht diesen Anforderungen und eröffnet den Anwendungsbe- reich.

Es ist stets eine sexuelle Handlung im Sinne des § 185h StGB erforderlich. Aufgrund dessen scheiden einige der in Frage kommenden, sexuell belästigenden Verhaltensweisen aus, die diese Anforderungen nicht erfüllen, wie z. B. unerwünschte Einladungen. Auch Verhaltensweisen mit Körperkontakt unterhalb der Erheblichkeitsschwelle des § 185h Nr. 1 StGB sind bei § 174 Abs. 1 und Abs. 2 StGB auszuschneiden. Die Erheblichkeitsschwelle ist in Abhängigkeit vom Alter des Opfers, welches zwischen dreizehn und achtzehn Jahren liegen kann, gegenüber erwachsenen Personen tatangemessen abzusenken, um den besonderen Schutzanforderungen und dem mit der Tatalternative verwirklichten Unrechtsgehalt gerecht zu werden. Daher können bei § 174 Abs. 1 StGB sexuelle Handlungen erheblich sein, die gegenüber erwachsenen Personen nicht erheblich wären. Auch kann eine Handlung gegenüber einem Kind erheblich sein, die gegenüber einem Jugendlichen nicht erheblich wäre.

Beim Erzwingen von sexuellen Handlungen und beim Berühren der weiblichen Brust handelt es sich um erhebliche sexuelle Handlungen im Sinne des § 174 Abs. 1 und Abs. 2 i. V. m. § 185h Nr. 1 StGB. Das Zurschaustellen des Genitals genügt für § 174 Abs. 3 StGB. Ferner sind von den hier zu untersuchenden belästigenden Verhaltensweisen aufgrund der Minderjährigkeit des Opfers und der Verbindung mit einem Über-Unterordnungsverhältnis aufgedrängte Küsse, insbesondere Zungenküsse als erhebliche sexuelle Handlung im Sinne des § 174 Abs. 1 und Abs. 2 StGB einzuordnen. Bei Kindern können auch sonstige auf das biologische Geschlecht orientierte körperliche Annäherungen als erhebliche Handlungen in Betracht kommen. Ob im Einzelfall die Erheblichkeit zu bejahen ist, kann jedoch nicht allgemein festgestellt werden, sondern obliegt der konkreten Tatsituation. Nach der hier vertretenen Ansicht ist das Tätscheln oder Klapsen des Gesäßes hierfür nicht ausreichend erheblich.

Bei sexueller Erpressung ist zu beachten, dass stets eine sexuelle Handlung vorliegen muss, die außer im Fall des § 174 Abs. 3 StGB erheblich zu sein hat. Dies vorausgesetzt ist zu unterscheiden: die Androhung von Nachteilen bei sexueller Verweigerung erfüllt stets das Missbraucherfordernis des § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Das Inaussichtstellung von Vorteilen bei sexueller Zuwendung ist nur dann als Missbrauch zu qualifizieren, wenn –

⁶¹³ Fischer, StGB, § 174 Rn. 21; Laubenthal, Rn. 591. Vgl. zum Regelungsinhalt von Abs. 5 Jung/Kunz, NSZ 1982, 409 ff.

was jedoch regelmäßig der Fall sein dürfte – dabei das Verhältnis zum Opfer ausgenutzt wird.

f) Täterschaft und Teilnahme

§ 174 Abs. 1 StGB und der neu geschaffene Abs. 2 setzen eine besondere Stellung des Täters gegenüber dem Schutzbefohlenen voraus. Es handelt sich mithin um ein Sonderdelikt, weshalb mittelbare Täterschaft oder Mittäterschaft nur in den Fällen möglich ist, bei denen allen Täter die von Abs. 1 oder Abs. 2 geforderte Stellung gegenüber dem Opfer zukommt und nicht Eigenhändigkeit verlangt ist⁶¹⁴. Täterschaftliche Beteiligung ist mithin nur in den Fällen des Abs. 3 möglich. Anstiftung und Beihilfe sind nach allgemeinen Regeln möglich⁶¹⁵.

6. § 176 StGB – Sexueller Missbrauch von Kindern

a) Einleitung, Rechtsgut

§ 176 StGB schützt die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern⁶¹⁶. Sie ist eine besondere Ausprägung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung. Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ist ein Freiheitsrecht, auf dessen Bestand nicht von der Dispositionsfähigkeit her geschlossen werden kann, denn es schützt insbesondere die absolute Freiheit vor sexuellen Einwirkungen⁶¹⁷. Es handelt sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, da bei tatbestandsgemäßigem Verhalten in die sexuelle Entwicklung von Kindern eingegriffen wird. Eine nachteilige Veränderung der Entwicklung muss nicht eintreten. Diese kann ggf. erst Jahre später festgestellt werden.

b) Objektiver Tatbestand

aa) Geschützter Personenkreis:

§ 176 StGB schützt ausschließlich Personen unter vierzehn Jahren. Auch diese können – jedenfalls ab 13 Jahren – von sexueller Belästigung am Arbeitsplatz betroffen sein⁶¹⁸, weshalb im Alter zwischen 13 und 14 Jahren eine Strafbarkeit nach § 176 StGB in Betracht kommt. Ist das Opfer älter, können – abhängig von den weiteren Gegebenheiten des Einzelfalls – die §§ 174, 180, 182 StGB zur Anwendung kommen.

⁶¹⁴ *BGH*, Urt. v. 7.9.1995 – 1 StR 236/95, BGHSt 41, 242 (243); *Fischer*, StGB, § 174 Rn. 18.

⁶¹⁵ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 174 Rn. 20; vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 3. g) aa) (3) und D. II. 3. g) aa) (4).

⁶¹⁶ *BGH*, Urt. v. 16.6.1999 – 2 StR 28/99, BGHSt 45, 131 (132); m. Anm. *Hörmle*, NStZ 2000, 310; *BGH*, Beschl. v. 19. 12. 2008 – 2 StR 383/08, NStZ 2009, 262 (262) Rn. 5 = BGHSt 53, 118 (119); *BGH*, Beschl. v. 14.4.2011 – 2 StR 65/11, NStZ 2012, 33 (33) = BGHSt 56, 223 (224); *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 176 Rn. 1; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 176 Rn. 1a; *Fischer*, StGB, § 176 Rn. 2; *Laubenthal*, Rn. 427; *Frommel*, in: NK, StGB, § 176 Rn. 10; *Wolters*, in: SK, StGB, § 176 Rn. 2; a. A. *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 176 Rn. 4; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 176 Rn. 3; vgl. *Eschelbach* und *Renzikowski* (jeweils a. a. O.) zur Kritik an der Schutzaltersgrenze und der Beweisbarkeit der störenden Einwirkung auf die sexuelle Entwicklung, insbesondere bei schlafenden Kindern.

⁶¹⁷ *Vgl. Wolters*, in: SK, StGB, § 176 Rn. 2 es soll „vor jeder Fremdeinwirkung bewahrt werden“ (a. a. O.); vgl. hierzu auch diese Arbeit unter D. II. 1.

⁶¹⁸ *Vgl. zum Anwendungsbereich des AGG auf Kinder und Jugendliche diese Arbeit unter C. III. 3. a).*

bb) Tathandlungen

(1) Sexuelle Handlungen mit Körperkontakt zum Täter - § 176 Abs. 1 StGB

Es sind unmittelbare oder durch Gegenstände vermittelte körperliche Kontakte zwischen Täter und Opfer erforderlich. Bei diesen Kontakten muss es sich um eine sexuelle Handlung von einiger Erheblichkeit im Sinne des § 184h Nr. 1 StGB handeln. Hierfür ist zunächst eine objektive sexuelle Handlung nötig oder jedenfalls, dass die sexuelle Motivation des Täters objektiv zu Tage tritt⁶¹⁹.

Die Erheblichkeitsschwelle ist grundsätzlich niedriger anzusetzen als bei sexuellen Handlungen mit erwachsenen Personen⁶²⁰. Der Grund liegt in der besonderen Schutzbedürftigkeit von Kindern und der ungewissen Auswirkungen bereits geringer Eingriffe. Das trifft auch im Vergleich mit § 174 Abs. 1 StGB zu. Der bei § 176 StGB höhere Strafrahmen spricht nach der hier vertretenen Auffassung nicht dagegen, denn dieser dient lediglich als (finales) Korrektiv nach der von § 184h Nr. 1 StGB geforderten, rechtsgutsabhängigen Definition der Erheblichkeitsschwelle⁶²¹. Die Erheblichkeit wurde abgelehnt für kurze Griffe über der Bekleidung an Brust oder Gesäß⁶²²; ebenso bei einem Kuss auf die Wange⁶²³.

Für die Frage der Erheblichkeit einer sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz ist zu berücksichtigen, dass die Sozialschädlichkeit durch sexuelle Handlungen *am Arbeitsplatz* erhöht ist, was sich nach der hier vertretenen Auffassung auf die Erheblichkeitsschwelle absenkend auswirken kann⁶²⁴. Die soeben genannten Handlungen, die unmittelbar am Rande der Erheblichkeitsschwelle liegen, sind daher nicht aufgrund der genannten Entscheidungen pauschal auszuschließen, sondern prüfend in Betracht zu ziehen und nach Dauer und Intensität zu bewerten. Der mehrfache Griff an das nackte Gesäß eines neunjährigen Kindes ist in diesem Sinne als erheblich bewertet worden⁶²⁵, der Griff über der Bekleidung jedoch als unerheblich⁶²⁶. Dies zur Grundlage der Erheblichkeitsschwelle gemacht, senkt die Beziehung der Personen in einem Arbeitsverhältnis die Erheblichkeitsanforderungen, hingegen steigert höheres Alter des Opfers diese. Es könnte danach auch der Griff bei einer 13-jährigen Person noch ausreichend sein, wobei ein Klaps auf das Gesäß nach Dauer und Intensität einen geringeren Eingriff darstellt, der – sofern über der Bekleidung ausgeführt – nicht ausreichend wäre.

Ähnlich verhält es sich bei dem Griff an die weibliche Brust. Dieser ist bei kurzer und wenig intensiver Ausführung an einem 9-jährigen Mädchen als unerheblich bewertet worden, so dass er erst recht bei identischer Ausführung an einem 13-jährigen Mädchen un-

⁶¹⁹ Vgl. diese Arbeit unter D. II. 2. a).

⁶²⁰ *BGH*, Urt. v. 6.5.1992 – 2 StR 490/91, NStZ 1992, 432 (433); *BGH*, Urt. v. 14.8.2007 – 1 StR 201/07, NStZ 2007, 700; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 176 Rn. 3; *Hörnle*, in: LK, StGB, § 176 Rn. 9; *Laubenthal*, Rn. 444.

⁶²¹ Vgl. diese Arbeit unter D. II. 2. c) bb) (2).

⁶²² *BGH*, Beschl. v. 10.9.1998 – 1 StR 476/98, NStZ 1999, 45; anders *BGH*, Urt. v. 6.5.1992 – 2 StR 490/91, NStZ 1992, 432 (433) für die Berührung der Brust unter dem T-Shirt jedoch über dem Unterhemd des Opfers.

⁶²³ *OLG Zweibrücken*, Beschl. v. 18.4.1995 – 1 Ws 196/95, NStZ 1998, 357.

⁶²⁴ Vgl. diese Arbeit unter D. II. 2. c) cc).

⁶²⁵ *BGH*, Urt. v. 10.5.2001 – 1 StR 504/00, NJW 2001, 2984 (2984).

⁶²⁶ *BGH*, Beschl. v. 10.9.1998 – 1 StR 476/98, NStZ 1999, 45.

erheblich wäre. Steht dieses jedoch in einem durch Beschäftigung hergestellten Abhängigkeitsverhältnis zum Täter, verschiebt sich die Erheblichkeitsschwelle zu Gunsten des Opfers, weshalb die Erheblichkeit wieder zu bejahen sein könnte, was im Ergebnis jedoch von den Umständen des Einzelfalls abhängt. Zu diesen zählen Intensität und Dauer des Griffs. Der zeitlich nur kurze und streichelartige Griff über der Oberbekleidung wäre nicht ausreichend; derselbe Griff zwischen zwei Bekleidungsschichten könnte hingegen ausreichend sein; der Griff an die nackte Brust ist es. Auch bei Küssen wird man in ähnlicher Weise abzuschichten haben, wobei hier die Art des Kontaktes kaum einmal auf der Bekleidung stattfinden wird. Es wäre aber zusätzlich zum Alter des Opfers auch die Dauer, die vom Kuss betroffene Körperstelle – und die Art des Kusses – z. B. unter Verwendung der Zunge – zu unterscheiden.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Anforderungen an die Erheblichkeit bei § 176 Abs. 1 StGB vergleichsweise gering sind, sodass bei diesem Tatbestand die meisten der sexuell belästigenden körperlichen Verhaltensweisen zur Bejahung einer sexuellen Handlung führen können. Freilich ist bezogen auf die Menge der relevanten Arbeitsverhältnisse der Anwendungsbereich von § 176 Abs. 1 StGB kaum von Relevanz.

(2) *Sexuelle Handlungen mit Körperkontakt zum Dritten - § 176 Abs. 2 StGB*

Für diesen Tatbestand ist wie bei Abs. 1 erforderlich, dass ein körperlicher Kontakt stattfindet – in diesem Fall zwischen Opfer und Drittem. Insofern ergeben sich keine Abweichungen zu vorstehenden Ausführungen.

Der Täter muss das Opfer bestimmen, die Handlungen an einem Dritten auszuführen oder von diesem an sich ausführen zu lassen. Bestimmen ist das Verursachen oder Mitverursachen des Entschlusses zur oder der tatsächlichen Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung durch das Kind⁶²⁷. Auf die Form der (Mit-)Verursachung – etwa durch ausdrückliche oder konkludente Kommunikation oder auch durch *vis absoluta* – kommt es nicht an⁶²⁸. Erforderlich ist jedoch, dass der Täter das Kind unmittelbar bestimmt. Die mittelbare Bestimmung über eine dritte Person reicht nicht aus⁶²⁹. Für die Strafbarkeit des Täters nach Abs. 2 ist irrelevant, ob sich die dritte Person nach Abs. 1 strafbar macht. Dritter kann auch ein Kind sein⁶³⁰.

(3) *Sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt - § 176 Abs. 4 Nr. 1 und 2 StGB*

Die Regelung des § 176 Abs. 4 StGB stellt einen selbstständigen Tatbestand dar, der weitere Formen des Missbrauchs erfasst, die regelmäßig einen geringeren Eingriff in die sexuelle Entwicklung darstellen.

(a) *Sexuelle Handlungen vor einem Kind - § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB*

Der Täter muss sexuelle Handlungen im Sinne von § 184h Nr. 2 StGB vor einem Kind vornehmen, welches diese sinnlich wahrnimmt, ohne dass es die sexuelle Bedeutung der Handlungen erfassen müsste⁶³¹. Exhibitionistische Handlungen reichen hierfür aus. Auf

⁶²⁷ Vgl. diese Arbeit unter D. II. 5. b) bb) (4) (b).

⁶²⁸ BGH, Urt. v. 7.9.1995 – 1 StR 236/95, BGHSt 41, 242 (245) = NSZ 1996, 130 (131).

⁶²⁹ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 176 Rn. 8 m. w. N.; Laubenthal, Rn. 453; a. A. Fischer, StGB, § 176 Rn. 7; Hörnle, in: LK, StGB, § 176 Rn. 16.

⁶³⁰ BGH, Urt. v. 30.9.2004 – 4 StR 134/04, NSZ 2005, 152 (153); Laubenthal, Rn. 451.

⁶³¹ Vgl. diese Arbeit unter D. II. 5. b) bb) (4) (a).

eine körperliche Nähe zwischen Täter und Opfer kommt es nicht an⁶³². Erforderlich und ausreichend ist, dass das Kind die sexuelle Handlung zeitgleich wahrnimmt⁶³³. Die rein akustische oder optische (Fern-)Wahrnehmung reicht aus. Unter zeitgleich wird man keine physikalisch-mathematische Gleichheit verlangen können, da diese aus naturwissenschaftlichen Gründe in keinem denkbaren Fall gegeben ist, sondern Zeitgleichheit im Sinne einer Simultanübertragung ausreichen lassen müssen, bei der es aufgrund der Datenübertragung zu geringen zeitlichen Verzögerungen kommt. Nicht ausreichend ist allerdings die Wiedergabe zuvor aufgezeichneter sexueller Handlungen. Anstelle von § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB kommt hierfür Abs. 4 Nr. 4 in Betracht.

Bei Abs. 4 Nr. 1 ist in subjektiver Hinsicht weitergehend erforderlich, dass der Täter das Kind so in das sexuelle Geschehen einbezieht, dass für ihn die Wahrnehmung der sexuellen Handlung durch das Tatopfer von handlungsleitender Bedeutung ist⁶³⁴. Unproblematisch ist danach das Zurschaustellen des Genitals eine sexuelle Handlung vor dem Kind, wenn es dem Täter gerade hierauf ankommt, was bei sexueller Belästigung regelmäßig der Fall ist.

(b) *Bestimmen zu sexuellen Handlungen - § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB*

Bestraft wird der Täter, der das Kind bestimmt, sexuelle Handlungen vorzunehmen, die nicht bereits nach Abs. 1 oder Abs. 2 bestraft werden. Der Begriff des Bestimmens entspricht dem des Abs. 2. Da nach Abs. 1 und 2 sexuelle Handlungen am Täter oder Dritten sowie durch den Täter oder Dritten bestraft werden, kommen bei Abs. 4 Nr. 2 sexuelle Handlungen des Kindes an sich selbst oder vor einer Person in Betracht. Das umfasst nach aktueller Gesetzeslage Handlungen des Kindes *an* seinem Körper und *mit* seinem Körper – ohne diesen selbst zu berühren, z. B. durch die Einnahme obszöner Stellungen, sog. Posing⁶³⁵. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die sexuelle Handlung nach § 184h Nr. 1 StGB von einiger Erheblichkeit sein muss. Das ist nur dann der Fall, wenn die eingenommene Stellung eindeutigen Sexualbezug aufweist⁶³⁶. Objektiv nicht sexualbezogene Handlungen – z. B. nackt duschen oder baden – genügen nicht – auch dann nicht, wenn diese vom Täter sexualbezogen verstanden werden.

Als Form der sexuellen Belästigung kommt nur erpresserisches Verhalten oder *vis absoluta* in Betracht, da der Täter die sexuelle Handlung nicht selbst vornimmt, sondern sie lediglich wahrnimmt. Verlangt der Arbeitgeber von einem 13-jährigen Mädchen, das z.

⁶³² BGH, Beschl. v. 21.4.2009 – 1 StR 105/09, NStZ 2009, 500 (500) Rn. 5 ff. = BGHSt 53, 283 (285); BGH, Beschl. v. 21.10.2014 – 1 StR 79/14, NJW 2014, 3672 (3672); statt aller Fischer, StGB, § 176 Rn. 9.

⁶³³ BGH, Beschl. v. 21.10.2014 – 1 StR 79/14, NJW 2014, 3672 (3673) Abs. 15; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 176 Rn. 12; Fischer, StGB, § 176 Rn. 9; Renzikowski, in: MK, StGB, § 176 Rn. 33; Wolters, in: SK, StGB, § 176 Rn. 15; Laubenthal, Rn. 464.

⁶³⁴ BGH, Urt. v. 14. 12. 2004 – 4 StR 255/04, BGHSt 49, 376 (381); BGH, Urt. v. 12.5.2011 – 4 StR 699/10, NStZ 2011, 633 (633); BGH, Beschl. v. 13.11.2012 – 3 StR 370/12, NStZ 2012, 278 (278); BGH, Beschl. v. 21.10.2014 – 1 StR 79/14, NJW 2014, 3672 (3673) Abs. 19; Fischer, StGB, § 176 Rn. 9; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 176 Rn. 18; Hörnle, in: LK, StGB, § 176 Rn. 75; Wolters, in: SK, StGB, § 176 Rn. 16; krit. Schroeder, JR 2005, 256 (258).

⁶³⁵ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 176 Rn. 4; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 176 Rn. 13; Renzikowski, in: MK, StGB, § 176 Rn. 36; Frommel, in: NK, StGB, § 176 Rn. 19; Hörnle, in: LK, StGB, § 176 Rn. 80; Wolters, in: SK, StGB, § 176 Rn. 19; Laubenthal, Rn. 471; krit. zur Reichweite Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 176 Rn. 19 f.

⁶³⁶ Offen gelassen beim Ablichten stramm gezogener Unterwäsche, BGH, Beschl. v. 23.8.1991 – 3 StR 292/91, NJW 1992, 325 (326).

B. einer Beschäftigung im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 KindArbSchV nachzugehen sucht, dass sie ihren Oberkörper vor ihm entblößt, so dass er sie eine Zeitlang ansehen und ihr sexualbezogene Fragen stellen kann, belästigt er das Mädchen im Sinn von § 3 Abs. 4 AGG sexuell und begeht dadurch den Missbrauch von Kindern durch das Bestimmen zu einer sexuellen Handlung, § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB⁶³⁷. Wann immer das Geschlechtsteil oder die weibliche Brust entblößt wird oder gar das Kind daran manipuliert, wird man davon ausgehen können, dass auch bei einem Alter an der Schutzgrenze der Norm die Erheblichkeitsschwelle überschritten ist. Ohne Entblößung sind ist die Einnahme von aufreizend-sexuellen Positionen zu verlangen. Allein in ambivalenten Positionen, wie dem Vornüberbeugen zur Aufnahme eines herabgefallenen Gegenstandes und dem damit möglichen Blick in den Ausschnitt, ist die erforderliche Erheblichkeit nicht erreicht.

(c) *Einwirken mittels Schriften - § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB*

Diese Tatbestandsalternative soll nach dem Willen des Gesetzgebers des SexualDelÄndG vom 27.12.2003 die Verabredung von pädophilen Personen mit Kindern durch Tricks oder Verführungen zu Treffen unter Nutzung von Internetchaträumen unter Strafe stellen (sog. Cyber-Grooming)⁶³⁸. Die Vorschrift wurde durch das 49. StrÄndG vom 27.01.2015 erweitert, um die vollständige Umsetzung von Artikel 6 Absatz 1 der Richtlinie 2011/93/EU und Artikel 23 der Lanzarote-Konvention sicherzustellen⁶³⁹. Zu Recht wird kritisch darauf hingewiesen, dass durch Nr. 3 Vorbereitungshandlungen strafbar gemacht werden, bei denen die Rechtsgutsverletzung zweifelhaft ist⁶⁴⁰. Freilich sind auch strafbare Handlungen außerhalb von Chaträumen denkbar, sofern der Täter – entgegen dem Wortlaut – eine Schrift verwendet; mündliche Einwirkungen reichen nicht aus. Eine Schrift im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB ist zunächst jede verkörperte Darstellung von Gedankeninhalten, wie z. B. in Briefen⁶⁴¹, ferner deren Verkörperung auf Ton- und Bilddatenträgern, Datenspeichern, Abbildungen und sonstigen Darstellungen, § 11 Abs. 3 StGB. Schriften können danach auch auf Datenträgern wie CDs oder Festplatten gespeicherte Gedankeninhalte sein – E-Mails oder SMS reichen aus⁶⁴². Selbst die Verwendung des Arbeitsspeichers eines Geräts während der Dauer eines Live-Chats genügt, da die Inhalte dort für eine gewisse Zeit abgelegt werden⁶⁴³. Anders wurde dies zur a. F. bei Streaming-Inhalten gesehen, die nicht gespeichert werden, sondern den Arbeitsspeicher nur für die Dauer der Anzeige der Inhalte „durchlaufen“ und daher dem Verkörperungsmerkmal nicht genügen. Nach der Ergänzung der Vorschrift „mittels Informations- oder Kommunikationstechnologie“ in § 176 Abs. 4 Nr. 3 Hs. 2 StGB sind auch nicht-verkörperte Inhalte einbezogen. Der Inhalt muss nicht sexueller Art sein oder einen Sexualbezug aufweisen⁶⁴⁴.

⁶³⁷ Sachverhalt in Anlehnung an *BGH*, Beschl. v. 22.8.1984 – 3 StR 321/84, NStZ 1985, 24.

⁶³⁸ BGBl. I 2003, S. 3007ff.; vgl. die Begr. d. Gesetzesentwurfs BT-Drs. 15/350 vom 28.1.2003, S. 17 f.

⁶³⁹ Vgl. hierzu *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, S. 8-13.

⁶⁴⁰ *Fischer*, StGB, § 176 Rn. 15; *Hörnle*, in: LK, StGB, § 176 Rn. 87; *Laubenthal*, Rn. 477; *Duttge/Hörnle/Renzikowski*, NJW 2004, 1065 (1067 f.).

⁶⁴¹ *BGH*, Urt. v. 22.12.1959 – 3 StR 52/59, BGHSt 13, 375 (375); *Fischer*, StGB, § 176 Rn. 14.

⁶⁴² *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 176 Rn. 14a; *Hörnle*, in: LK, StGB, § 176 Rn. 90; *Froemel*, in: NK, StGB, § 176 Rn. 23.

⁶⁴³ *Eisele*, Computer- und Medienstrafrecht, § 19 Rn. 5; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 176 Rn. 39; *Wolters*, in: SK, StGB, § 176 Rn. 24b.

⁶⁴⁴ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 176 Rn. 14a; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 176 Rn. 39; krit. *Wolters*, in: SK, StGB, § 176 Rn. 24b; a. A. *Hörnle*, in: LK, StGB, § 176 Rn. 89.

Einwirken ist die psychische Einflussnahme tiefergehende Art⁶⁴⁵. Mittels Schriften wirkt der Täter auf das Kind ein, wenn er mit einer gewissen Hartnäckigkeit die Kontaktaufnahme herbeiführen will⁶⁴⁶ und das Kind die Schrift sinnlich wahrnimmt. Der Täter kann sich aller in Frage kommender Einwirkungsformen bedienen, wie z. B. Drängen, Überreden, Versprechungen, Täuschung, Drohung, etc.⁶⁴⁷. Die Tat ist vollendet mit Kenntnisnahme des Inhalts der Schrift⁶⁴⁸ oder der mittels Informations- oder Kommunikationstechnologie transportierten Inhalts.

In subjektiver Hinsicht muss der Täter in der zielgerichteten Absicht handeln, sexuelle Handlungen nach Art des Abs. 4 Nr. 3 lit. a) kausal herbeizuführen⁶⁴⁹. Seit dem Inkrafttreten des 49. StrÄndG kommt nach lit. b) auch die Absicht der Begehung einer Tat nach § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB oder nach § 184b Abs. 3 StGB in Betracht.

Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz erfordert sexuell bestimmtes Verhalten, wie z. B. anzügliche Nachrichten oder verkörperte Einladungen mit sexuellen Anspielungen, die zwar stets in wörtlicher Form, aber nicht zwingend gesprochen, geäußert werden müssen⁶⁵⁰. Der Anwendungsbereich des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB hingegen ist weiter, da die Schrift keinen Sexualbezug aufweisen muss, so dass von einem tatbestandlichen Einwirken mittels Schriften oder Informations- oder Kommunikationstechnologie immer dann auszugehen ist, wenn entsprechend jungen Personen wiederholt anzügliche Nachrichten hinterlassen oder übermittelt werden mit dem Ziel, sexuelle Handlungen herbeizuführen. Da der Täter sein Ziel nicht zu realisieren braucht, reicht es für eine Strafbarkeit bereits aus, dass das Opfer die Inhalte zur Kenntnis nimmt.

(d) *Einwirken durch Pornographie - § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB*

(aa) *Vorzeigen pornographischer Darstellungen – Alt. 1*

Wie bei Abs. 4 Nr. 3 ist ein Einwirken des Täters auf das Kind durch beliebige Einwirkungsformen erforderlich und ausreichend. Als Einwirkungsmittel kommen bei Nr. 4 nur pornographische Inhalte⁶⁵¹ in den genannten Kommunikationsformen in Betracht. Der Täter kann auf das Opfer durch Abbildungen oder Darstellungen einwirken. Zu diesen zählen Bilder, Zeichnungen und Filme, die visuell wahrgenommen werden können. Diese können auch über das Internet übertragen werden⁶⁵². Erforderlich ist stets, dass der Täter das pornographische Material vorzeigt, also aktiv präsentiert⁶⁵³. Damit scheiden solche

⁶⁴⁵ BGH, Urt. v. 20.6.1979 – 3 StR 143/79, BGHSt 29, 29 (30); BGH, Beschl. v. 22.6.2010 – 3 StR 177/10, NStZ 2011, 455; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 176 Rn. 4a.

⁶⁴⁶ BGH, Urt. v. 28.7.1999 – 3 StR 206/99, BGHSt 45, 158 (161); Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 176 Rn. 14b; Hörnle, in: LK, StGB, § 176 Rn. 88; Renzikowski, in: MK, StGB, § 176 Rn. 38.

⁶⁴⁷ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 176 Rn. 4a; Laubenthal, Rn. 479.

⁶⁴⁸ Hörnle, in: LK, StGB, § 176 Rn. 91; Renzikowski, in: MK, StGB, § 176 Rn. 38; Laubenthal, Rn. 480.

⁶⁴⁹ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 176 Rn. 4a; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 176 Rn. 14c; Hörnle, in: LK, StGB, § 176 Rn. 92; Fischer, StGB, § 176 Rn. 14a; ; Laubenthal, Rn. 480.

⁶⁵⁰ Vgl. diese Arbeit unter C. III. 5. c) bb) (1).

⁶⁵¹ Vgl. zum Pornographiebegriff diese Arbeit unter D. II. 11. c) aa).

⁶⁵² Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 176 Rn. 17; Renzikowski, in: MK, StGB, § 176 Rn. 40.

⁶⁵³ Hörnle, in: LK, StGB, § 176 Rn. 96; bei Übertragung im Internet z. B. mittels Instant Messaging. Zweifelhaft ist das Tatbestandsmerkmal bei der Einräumung von Bezugs- oder Kenntnisnahmemöglichkeiten, wie beim Versenden eines Links oder E-Mail-Anhangs, der gesondert aktiviert oder geöffnet werden muss. Vgl. Hörnle (a. a. O.); enger Wolters, in: SK, StGB, § 176 Rn. 25; weiter Renzikowski, in: MK, StGB, § 176 Rn. 39.

Belästigungen aus, bei denen allein pornographisches Material am Arbeitsplatz angebracht, liegen gelassen oder in sonstiger Form passiv zugänglich gemacht wird.

Zu Recht weist eine Ansicht darauf hin, dass Nr. 4 eine Ungereimtheit enthält, wenn für die Einwirkung einerseits das Vorzeigen im Sinne der unmittelbaren Kenntnisnahme durch Betrachten von Darstellungen den Tatbestand verwirklicht, andererseits aber erst die gedankliche Verarbeitung strafbegründend sein kann – wie beim Hören und Verstehen einer entsprechenden Rede⁶⁵⁴. § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB sanktioniert das Einwirken auf die Psyche des Kindes durch Mittel, welche seine seelische Entwicklung und soziale Orientierung ungünstig beeinflussen können⁶⁵⁵. Sinnvoll wäre daher eine Einschränkung auf sinnlich wahrgenommene und gedanklich verstandene pornographische Inhalte, denn sinnlich nimmt auch derjenige wahr, der etwas hört, aber nicht versteht, was er hört; oder etwas sieht, aber nicht erkennt um was es sich handelt. Diese Einschränkung ist im Wortlaut jedoch nicht angelegt und kann daher nicht Platz greifen⁶⁵⁶. Nach Ansicht von Rechtsprechung und h. M. sind Bücher ohne Abbildungen keine Schriften im Sinne von Nr. 4 Alt. 1⁶⁵⁷.

Um Pornographie handelt es sich, wenn die Darstellung ein sexualbezogenes Geschehen vergrößert unter Ausklammerung emotional-individualisierter Bezüge in den Vordergrund rückt und ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung sexueller Reize abzielt⁶⁵⁸. Es muss sich bei § 174 Abs. 4 Nr. 4 StGB nicht um harte Pornographie im Sinne der §§ 184a ff. StGB handeln. Allerdings reichen Anschauungsmaterial in Aufklärungsbüchern oder Jugendzeitschriften ebenso wenig aus wie künstlerische Werke⁶⁵⁹.

Da Einwirken eine psychische Einflussnahme tiefergehender Art verlangt, ist eine Erheblichkeitsschwelle zu verlangen, so dass nicht jedes Vorzeigen ausreichend ist⁶⁶⁰, insbesondere flüchtiges Vorzeigen genügt nicht⁶⁶¹.

(bb) Abspielen von Tonträgern – Alt. 2 und pornographische Reden – Alt. 4

Gibt der Täter einen Tonträger mit pornographischem Inhalt wieder oder hält er eine entsprechende Rede und wirkt dadurch auf das Kind ein, macht er sich strafbar. Wie bei Alt. 1 genügt auch hier jeweils, dass das Kind den pornographischen Inhalt sinnlich – d. h. hier akustisch – erfasst hat. Wie dort ist eine Mindestintensität für das Merkmal des Einwirkens erforderlich. Eine sexualbezogene Rede erfüllt den Tatbestand nicht; maßgeblich

⁶⁵⁴ Laue, in: Dölling/Duttge/Rössner, StGB, § 176 Rn. 9; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 176 Rn. 16; Fischer, StGB, § 176 Rn. 17; Wolters, in: SK, StGB, § 176 Rn. 25.

⁶⁵⁵ BGH, Urt. v. 20.6.1979 – 3 StR 143/79, BGHSt 29, 29 (31).

⁶⁵⁶ A. A. Fischer, StGB, § 176 Rn. 18, der bei einem Säugling akustisches Einwirken ablehnt.

⁶⁵⁷ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.11.1999 – 2b Ss 301/99 - 106/99 I, NJW 2000, 1129 m. w. N.; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 176 Rn. 5; Hörnle, in: LK, StGB, § 176 Rn. 95.

⁶⁵⁸ BGH, Urt. v. 21.6.1990 – 1 StR 477/89, BGHSt 37, 55 (60); BGH, Beschl. v. 22.6.2010 – 3 StR 177/10, NStZ 2011, 455; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 176 Rn. 5; Fischer, StGB, § 184 Rn. 7; Laubenthal, 484.

⁶⁵⁹ Hörnle, in: LK, StGB, § 176 Rn. 94; Renzikowski, in: MK, StGB, § 176 Rn. 42.

⁶⁶⁰ BGH, Beschl. v. 12.7.1991 – 2 StR 657/90, NJW 1991, 3162 am Fall einer kurzen verbalen Einwirkung; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 176 Rn. 5; Renzikowski, in: MK, StGB, § 176 Rn. 43; Hörnle, in: LK, StGB, § 176 Rn. 99; Wolters, in: SK, StGB, § 176 Rn. 25; Laubenthal, Rn. 483; a. A. Gössel, § 6 Rn. 24.

⁶⁶¹ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 176 Rn. 17; Renzikowski, in: MK, StGB, § 176 Rn. 43.

ist, dass die Äußerung in ihrer Art und ihrer Intensität pornographischem Material entspricht⁶⁶². Das ist für anzügliche Bemerkungen über sexuelles Verhalten unzweifelhaft abzulehnen; auch unerwünschte Einladungen oder Gespräche mit sexuellen Anspielungen sind keine entsprechenden Reden. Freilich ist der Raum bei verbaler sexueller Belästigung am Arbeitsplatz nach oben offen – entsprechend grobe Äußerungen ohne Sinnzusammenhang und zur sexuellen Erregung wären daher ausreichend.

(cc) *Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Informations- und Kommunikationstechnologie – Alt. 3*

Diese durch das 49. StrÄndG eingefügte Alternative berücksichtigt die Nutzung moderner, überwiegend internetbasierter Technologien. Unter Zugänglichmachung ist das Zurverfügungstellen in Datennetzen zu verstehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass allein das bloße Bereitstellen von pornografischen Inhalten mittel Informationstechnologie für die Zugänglichmachung ausreichen mag – ähnlich wie eine pornografische Schrift, die öffentlich liegen gelassen wird. Hinzutreten muss aber auch für diese Tatbestandsalternative ein Einwirken auf das Kind.

c) Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht ist bei § 176 StGB grundsätzlich *dolus eventualis* hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale erforderlich und ausreichend, sofern die jeweilige Tatbestandsalternative keine weitergehenden Anforderungen stellt. Der Vorsatz muss stets auch das Alter des Kindes umfassen⁶⁶³. Hält der Täter das Opfer für älter, kommt § 182 StGB in Betracht.

Bei § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB muss sich der Vorsatz auf die Wahrnehmung durch das Kind beziehen⁶⁶⁴. Bei Nr. 3 ist Absicht hinsichtlich der sexuellen Handlung erforderlich⁶⁶⁵.

Schwierigkeiten bereitet die Unterscheidung zwischen Störungen der sexuellen Entwicklung und der Förderung der sexuellen Entwicklung durch sozialadäquates Verhalten wie z. B. die sexualpädagogische Aufklärung. Nachdem seit dem 6. StrRG keine besondere Absicht der sexuellen Erregung mehr gefordert wird, besteht in der Literatur Streit darüber, ob und wie die Motivation des Täters zu berücksichtigen ist. Nach h. M. ist eine sexuelle Motivation unterhalb der Absicht erforderlich, um Täterverhalten auszuschneiden, das sozialadäquate Ziele verfolgt⁶⁶⁶. Nach a. A. kann die Motivation des Täters keine Berücksichtigung finden, da andernfalls eine Schutzlücke entstünde; wobei auch nach dieser Ansicht (objektiv) sozialadäquate Handlungen auszuschneiden sind⁶⁶⁷. Zu Recht weist Gössel darauf hin, dass eine sozialadäquate Aufklärung kaum jemals der Verwendung

⁶⁶² BGH, Urt. v. 20.6.1979 – 3 StR 143/79, BGHSt 29, 29 (30); Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 176 Rn. 5; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 176 Rn. 16; Fischer, StGB, § 176 Rn. 19a; Laubenthal, Rn. 486.

⁶⁶³ BGH, Urt. v. 12.5.2011 – 4 StR 699/10, NStZ 2011, 633 (633); Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 176 Rn. 7; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 176 Rn. 10.

⁶⁶⁴ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 6. b) bb) (3) (a); enger Renzikowski, in: MK, StGB, § 176 Rn. 47.

⁶⁶⁵ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 176 Rn. 18; Fischer, StGB, § 176 Rn. 30.

⁶⁶⁶ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 176 Rn. 18; Fischer, StGB, § 176 Rn. 16a; Wolters, in: SK, StGB, § 176 Rn. 26; Laubenthal, Rn. 483; Frommel, in: NK, StGB, § 176 Rn. 22; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 176 Rn. 22.

⁶⁶⁷ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 176 Rn. 5; Laue, in: Dölling/Duttge/Rössner, StGB, § 176 Rn. 11; Gössel, § 6 Rn. 24; Hörnle, in: LK, StGB, § 176 Rn. 99.

von pornographischem Material im Sinne des Pornographiebegriffs bedarf⁶⁶⁸. Seriös aufklärende Materialien fallen bereits objektiv nicht unter den Tatbestand, so dass es diesbezüglich nicht auf die Tätermotivation ankommen muss. Berücksichtigt man ferner die Erheblichkeitsschwelle, für die einmalige oder kurzzeitige Handlungen kein tatbestandsmäßiges Einwirken darstellt, so ist festzustellen, dass vermeintliche Täter ausreichend „geschützt“ sind vor ungewollter Tatbestandsverwirklichung. Es besteht nach der hier vertretenen Auffassung keine Veranlassung, aus den Einwirkungsalternativen des Abs. 4 Tatbestände mit überschießender Innentendenz zu konstruieren, die den Schutz des Kindes einschränken, nur um theoretische Ausnahmefälle auszuschneiden.

d) Vollendung, Versuch

Die Tat ist vollendet mit der Vornahme der sexuellen Handlung bzw. mit der Wahrnehmung derselben durch das Kind in den Fällen des Abs. 4 Nr. 3 und Nr. 4⁶⁶⁹. Der Versuch ist mit Ausnahme dieser beiden Alternativen, die keine sexuellen Handlungen erfordern, und mit Ausnahme des hier nicht zu untersuchenden Abs. 5 strafbar, § 176 Abs. 6 StGB.

e) Zwischenfazit

Die Untersuchung des § 176 StGB hat ergeben, dass sexuelles Verhalten gegenüber einem Kind aufgrund der deutlich herabgesetzten Erheblichkeitsschwelle eher als sexuelle Handlung und damit als tatbestandsmäßig anzusehen ist. Darüber hinaus schützt § 176 StGB in seinen Absätzen 1 und 2 vor sexuellen Handlungen absolut und ohne die Berücksichtigung von Intention des Täters. Jegliche sexuelle Handlung ist ausreichend, die den (reduzierten) Erheblichkeitsanforderungen genügt.

Darüber hinaus sind nach § 176 Abs. 4 StGB sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt strafbar, sowie Verhaltensweisen, die bereits keine sexuellen Handlungen im Sinne des § 184h StGB erfordern. Die Erheblichkeitsschwelle bzw. die Sexualbezogenheitsanforderungen ist dadurch ausgeschaltet und es kommen auch deutlich geringfügigere sexuelle Verhaltensweisen in Betracht – gepaart jedoch mit zusätzlichen Anforderungen wie der Absicht in Nr. 3 oder der pornographischen Qualität in Nr. 4.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass § 176 StGB sämtliche direkten Formen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz erfasst, abhängig freilich von ihrer Ausführung und der Erheblichkeit der sexuellen Handlung im Einzelfall. Die indirekte Form sexueller Belästigung durch pornographische Darstellungen ist insoweit erfasst, als diese Darstellungen aktiv vorgezeigt werden, nicht jedoch, wenn diese nur passiv bereitgehalten werden – also etwa am Spind oder über dem Arbeitsplatz angebracht sind.

f) Täterschaft und Teilnahme

Grundsätzlich kommt als Täter des § 176 StGB jede Person in Betracht, so dass Täterschaft und Teilnahme nach den allgemeinen Regeln möglich ist. Für den Arbeitgeber als Täter oder Teilnehmer gelten die benannten Einschränkungen⁶⁷⁰. Weitere Einschränkungen

⁶⁶⁸ Gössel, § 6 Rn. 24.

⁶⁶⁹ Fischer, StGB, § 176 Rn. 31.

⁶⁷⁰ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 3. g) ff.

gen ergeben sich aus einzelnen Totalalternativen. So ist für Abs. 1 wegen des Körperlichkeitserfordernisses Eigenhändigkeit zu verlangen, was die täterschaftlichen Begehungsmöglichkeiten einschränkt⁶⁷¹. Gleiches gilt für Abs. 4 Nr. 1 für die Vornahme der sexuellen Handlung vor dem Kind⁶⁷².

7. § 182 StGB – Sexueller Missbrauch von Jugendlichen

a) Einleitung, Rechtsgut

Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis als Grundvoraussetzung für sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz wird in der Regel eingegangen, um Entgelt für den Lebensunterhalt zu verdienen oder zur Qualifizierung der eigenen Arbeitskraft, um letztlich das Gleiche auf höherem Niveau zu erreichen. In den wenigsten Fällen – und insbesondere nicht bei Jugendlichen – handelt es sich um Liebhaberei, sondern um ein mehr oder minder stark ausgeprägtes Erfordernis. Mag bei Personen unter achtzehn Jahren dieses Erfordernis, den eigenen Lebensunterhalt selbständig zu erarbeiten, noch nicht in allen Fällen vollständig ausgeprägt sein, z. B. wenn Unterhalt von Dritten gewährt wird, so zeigt die Eingehung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses doch stets an, dass ein Bedürfnis an dem besteht, was der Arbeitgeber schuldet – Geld und Arbeit. Für die Arbeit gebende Person ist es daher ein Leichtes, die Abhängigkeit von Entgelt und Arbeit auszunutzen, um zusätzliche Dienste – wie z. B. die sexuelle Hingabe – zu fordern.

§ 182 StGB schützt nach h. M. das sexuelle Selbstbestimmungsrecht jugendlicher Personen⁶⁷³. Dieses ist aufgrund des jugendlichen Alters der Opfer in der Regel noch nicht vollständig ausgebildet und daher insbesondere in den Tatmodalitäten des § 182 StGB im Vergleich zum sexuellen Selbstbestimmungsrecht erwachsener Personen schutzbedürftiger. Eine a. A. vertritt, dass auch die ungestörte sexuelle Entwicklung – eine besondere Ausprägung der negativen sexuellen Selbstbestimmungsfreiheit – geschützt werde⁶⁷⁴. Dem ist zuzustimmen. Zwar mag es sein, dass bei Jugendlichen zwischen 16 und 18 Jahren dieser Aspekt keine entscheidende Bedeutung mehr erlangt⁶⁷⁵, es darf aber nicht übersehen werden, dass § 182 StGB keine Mindestaltersgrenze vorsieht, mithin auch Personen unter 16 Jahren erfasst, bei denen jedenfalls ein diesbezügliches Schutzbedürfnis zu bejahen ist.

⁶⁷¹ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 176 Rn. 25; Fischer, StGB, § 176 Rn. 33; Renzikowski, in: MK, StGB, § 176 Rn. 56; Laubenthal, Rn. 448; Gössel, § 6 Rn. 10; a. A. Frommel, in: NK, StGB, § 176 Rn. 28.

⁶⁷² Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 176 Rn. 25; Fischer, StGB, § 176 Rn. 33; a. A. Gössel, § 6 Rn. 26.

⁶⁷³ BGH, Beschl. v. 23.1.1996 – 1 StR 481/95, BGHSt 42, 27 (27); BGH, Urt. v. 28.2.1996 – 3 StR 309/95, BGHSt 42, 51 (53); BGH, Urt. v. 25.2.1997 – 4 StR 40/97, BGHSt 42, 399 (400); anders BGH, Beschl. v. 21.9.2000 – 3 StR 323/00, NJW 2000, 3726 (3726); Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 182 Rn. 2; Fischer, StGB, § 182 Rn. 2; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 182 Rn. 2; Hörnle, in: LK, StGB, § 182 Rn. 1; Frommel, in: NK, StGB, § 182 Rn. 4; Laubenthal, Rn. 670 f.

⁶⁷⁴ BT-Drs. 12/4584 vom 18.3.1993, S. 7; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 182 Rn. 1; Schroeder, NJW 1994, 1501 (1502); Kusch/Mössle, NJW 1994, 1504 (1505); Laue, in: Dölling/Duttge/Rössner, StGB, § 182 Rn. 1; krit. Renzikowski, in: MK, StGB, § 182 Rn. 1; differenzierend Wolters, in: SK, StGB, § 182 Rn. 2.

⁶⁷⁵ So Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 182 Rn. 2.

b) Objektiver Tatbestand

aa) Tatbestand des § 182 Abs. 1 StGB – Ausnutzung einer Zwangslage

Als Tatopfer kommen ausweislich des Wortlauts nur Personen unter achtzehn Jahren in Betracht. Das Alter des Täters ist unerheblich; er kann auch jünger als das Opfer sein⁶⁷⁶. Damit ist klargestellt, dass gegenüber der Fassung der Vorschrift vom 11. Juni 1994 kein Machtgefälle *aufgrund Alters* zwischen Täter und Opfer bestehen muss, welches der Täter sich nutzbar macht; vielmehr muss der Täter eine Zwangslage des Opfers zu den in Nr. 1 und 2 beschriebenen sexuellen Handlungen ausnutzen.

(1) Zwangslage

Nach Rechtsprechung und Schrifttum ist sie eine ernste persönliche oder wirtschaftliche Bedrängnis des Opfers⁶⁷⁷. Die Zwangslage setzt Umstände von Gewicht voraus, denen die spezifische Gefahr anhaftet, sexuellen Übergriffen gegenüber einem Jugendlichen in einer Weise Vorschub zu leisten, dass sich der Jugendliche ihnen gegenüber nicht ohne weiteres entziehen kann⁶⁷⁸. Maßgebend ist, dass gravierende, das Maß des für eine Person im Alter und in der Situation des Jugendlichen Üblichen deutlich übersteigende Umstände vorliegen, die geeignet sind, die Entscheidungsmöglichkeiten des Jugendlichen gerade über sein sexuelles Verhalten einzuschränken⁶⁷⁹. Eine Notlage oder eine die Existenz bedrohende Lage ist nicht erforderlich, bloße Hilflosigkeit hingegen erfüllt die Anforderungen nicht. Es genügt, dass der Täter die Zwangslage vorfindet. Nach h. M. reichen psychische Beeinträchtigungen aus⁶⁸⁰. Ebenso genügt es, wenn das Opfer subjektiv von einer Zwangslage ausgeht, jedenfalls wenn auch ein vernünftiger Dritter eine bedrängende Lage angenommen haben würde⁶⁸¹.

Typische Zwangslagen sind nach der Vorstellung des Gesetzgebers von zuhause fortgelaufene oder drogenabhängige Jugendliche⁶⁸². Fraglich ist, ob abhängige Beschäftigung einschließlich der Berufsbildung oder der Zugang zu derselben den Jugendlichen in eine tatbestandsmäßige Zwangslage führen kann. Ein Arbeits-, Praktikums- oder Ausbildungsverhältnis als solches stellt keine solche Zwangslage dar. Zwar besteht ein existentieller Zwang, für den eigenen Lebensunterhalt zu sorgen, sofern diese Aufgabe nicht andere Personen übernehmen, und deshalb ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis einzugehen. Diesem kann man sich aber durch Kündigung entziehen und in ein anderes Beschäftigungsverhältnis wechseln, weshalb die Abhängigkeit von einem ordentlichen Beschäftigungsverhältnis keine Bedrängnis gravierender Art ist, d. h. § 182 StGB ist nicht bereits durch den Bestand eines Arbeitsverhältnisses eröffnet. Allerdings lassen sich Umstände im Zusammenhang mit einem abhängigen Ausbildungs- oder Beschäftigungsverhältnis

⁶⁷⁶ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 182 Rn. 5; Fischer, StGB, § 182 Rn. 4.

⁶⁷⁷ BGH, Urt. v. 25.2.1997 – 4 StR 40/97, BGHSt 42, 399 (400) = NJW 1997, 1590 = NSZ 1997, 386. Freilich sind die Begriffe „Zwangslage“ und „Bedrängnis“ Synonyme, die Definition ist bis hierher nicht mehr als die qualifizierende Verdichtung des gleichen Inhalts.

⁶⁷⁸ BGH, Beschl. v. 16.4.2008 – 5 StR 589/07, NSZ-RR 2008, 238.

⁶⁷⁹ BGH, Beschl. v. 16.4.2008 – 5 StR 589/07, NSZ-RR 2008, 238; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 182 Rn. 5; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 182 Rn. 4; Fischer, StGB, § 182 Rn. 5; Laue, in: Dölling/Duttge/Rössner, StGB, § 182 Rn. 2; Renzikowski, in: MK, StGB, § 182 Rn. 36; Hörnle, in: LK, StGB, § 182 Rn. 15; Wolters, in: SK, StGB, § 182 Rn. 6; Laubenthal, Rn. 681.

⁶⁸⁰ Statt aller Laubenthal, Rn. 681 m. w. N.; a. A. Frommel, in: NK, StGB, § 182 Rn. 8.

⁶⁸¹ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 182 Rn. 4; Fischer, StGB, § 182 Rn. 6; Hörnle, in: LK, StGB, § 182 Rn. 21 f.; Laubenthal, Rn. 682.

⁶⁸² BT-Drs. 12/4584 vom 18.3.1993, S. 8.

vorstellen, welche die erforderlichen Umstände beinhalten können. Erforderlich ist, dass im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses oder dessen Eingehung eine Zwangslage geschaffen oder aufrechterhalten wird.

Bsp.: Die 17-jährige *J* ist auf der Suche nach einem Ausbildungsplatz. Arbeitgeber *A* erklärt ihr, er habe eine Ausbildungsstelle für eine Frau, die sich ihm sexuell hingibt, was *J* sodann auch macht, um den Ausbildungsplatz zu erhalten.

A könnte eine Zwangslage der *J* ausgenutzt haben. Es müsste sich bei der Bewerbungssituation um die Ausbildungsstelle um gravierende, das Maß des für *J* Üblichen deutlich übersteigende Umstände handeln, die geeignet sind, die Entscheidungsmöglichkeiten des Jugendlichen gerade über sein sexuelles Verhalten einzuschränken. Für *J* steht ihre berufliche Bildung gegen Ausbildungsvergütung auf dem Spiel. Damit ist für Jugendliche finanzielle und persönliche Unabhängigkeit verbunden ebenso wie berufliche Perspektive. Hinzu kommt, dass es sich bei der Bewerbung um einen Ausbildungsplatz um einen Vorgang handelt, mit dem Jugendliche üblicherweise wenig Erfahrung haben. Diese Situation ist nicht von der gleichen Qualität wie ein drogenabhängiger Jugendlicher, der Geld für Drogenkonsum benötigt oder wie ein fortgelaufener, der Obdach sucht. Eine solche Qualität der Zwangslage ist aber auch nicht erforderlich.

Eine Zwangslage ist dadurch gekennzeichnet, dass der wahre Wille zu Gunsten der durch Zwang eröffneten Möglichkeit aufgegeben wird und das Opfer gegen seinen wahren Willen handelt. Bei einer Zwangslage wird der Zwang nicht unmittelbar durch den Täter erzeugt, vielmehr werden Umstände geschaffen oder vorgefunden, die beim Opfer Zwang erzeugen. Dieser Zwang wirkt auf die sexuelle Selbstbestimmungsfreiheit des Opfers ein. Üblicherweise hat das Opfer dem Zwang standzuhalten. Tatbestandsmäßig sind nur die Fälle, in denen nach den Umständen genau das nicht erwartet werden kann, da sie das Maß des Üblichen übersteigen und gravierend sind. Bejaht wurde eine Zwangslage bei der Androhung, kompromittierende Fotos der Obdach gewährenden Großmutter zu zeigen⁶⁸³. Die darin enthaltene Zwangsqualität ist nicht existenzbedrohend, wie bei drogenabhängigen Jugendlichen, aber durchaus gravierend und aufgrund des Umstandes, dass der Jugendliche bei seiner Großmutter wohnt, auch von einem Maß, welches seine Widerstandsfähigkeit gegen den Zwang übersteigt.

Die Suche nach einem geeigneten oder dem gewünschten Ausbildungsplatz kann hinsichtlich der Umstände Zwang auf den Jugendlichen ausüben. Maßgebende Umstände können insbesondere die Dauer der Suche, die Verfügbarkeit eines Ausbildungsplatzes und die Qualifikation des Jugendlichen sein, der ggf. bereits mehrfach abgelehnt wurde. Zur Lösung des Beispielsfalls wären die Umstände der *J* genauer zu ermitteln.

Im o. g. Sachverhalt kann *J* zwischen zwei Übeln wählen: Nichterhalt des Ausbildungsplatzes und sexuelle Hingabe. Zweifellos eine Zwangslage, in der Jugendliche geneigt sein könnten, die langfristige Perspektive und Verdienstmöglichkeit, die mit einem Ausbildungsplatz verbunden ist, gegen die kurzzeitige Aufgabe ihres wahren Willens in Kauf

⁶⁸³ BGH, Urt. v. 25.2.1997 – 4 StR 40/97, BGHSt 42, 399 (403).

zu nehmen und dadurch eine von Zwang bewirkte Verletzung ihrer sexuellen Selbstbestimmungsfreiheit sowie potentielle Störung ihrer sexuellen Entwicklung zu akzeptieren⁶⁸⁴.

Daran ändert auch die Einschränkung des *BGH* nichts, der § 182 Abs. 1 StGB nur in Nötigungs- oder nötigungsähnlichen Fällen eigenständige Bedeutung beimisst⁶⁸⁵. Diese Reduktion auf nötigungsnahen Sachverhalte ist abzulehnen, denn sie verkehrt Aktiv- und Passivverhalten des Täters bei § 182 Abs. 1 StGB. Für das Bestehen einer Zwangslage kommt es nicht auf die Ausübung von Zwang durch den Täter an, sondern auf die Umstände, die das Opfer unter Zwang setzen und die der Täter manipuliert oder zu seinem Vorteil ausnutzt. Demgegenüber nötigt nach der Rechtsprechung nur der Täter, der Zwang ausübt, um den entgegenstehenden Willen des Opfers durch die Nötigungshandlung zu beugen⁶⁸⁶.

(2) Ausnutzen

Der Täter muss die Zwangslage zu sexuellen Handlungen ausnutzen. Das ist der Fall, wenn er die ihm gebotene Gelegenheit zur Tatausführung wahrnimmt, wobei er erkennt und einkalkuliert, dass die Umstände sein Vorhaben ermöglichen oder erleichtern⁶⁸⁷.

(a) Sexuelle Handlungen zwischen Täter und Opfer - § 182 Abs. 1 Nr. 1 StGB

In Betracht kommen ausschließlich sexuelle Handlungen nach § 182 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB. Das sind nach Nr. 1 zunächst Handlungen des Täters am Opfer und des Opfers am Täter. Körperkontakt ist zwingend erforderlich; es handelt sich insoweit um ein eigenhändiges Delikt. Das Vornehmenlassen ist kein echtes Unterlassungsdelikt, sondern erfordert – wie stets auch hier – die Veranlassung des Opfers in einer wie auch immer gearteten Form.

Handlungen mit Körperkontakt sind solche des § 184h Nr. 1 StGB. Damit stellt sich auch hier die Frage nach der Erheblichkeit⁶⁸⁸. Eine besondere Erhöhung der Erheblichkeitsschwelle bei § 182 Abs. 1 StGB, insbesondere aufgrund des Erfordernisses einer Zwangslage, ist abzulehnen⁶⁸⁹. Stattdessen ist die Erheblichkeitsschwelle nach den allgemeinen Kriterien (Rechtsgut, Schutzbedürftigkeit, Straffrahmen) zu definieren.

⁶⁸⁴ Im Ergebnis ebenso *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 182 Rn. 4; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 182 Rn. 37.

⁶⁸⁵ *BGH*, Urt. v. 25.2.1997 – 4 StR 40/97, BGHSt 42, 399 (402) mit Verweis auf *Kusch/Mössle*, NJW 1994, 1504 (1506). Wie hier: *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 182 Rn. 5; *Hörnle*, in: LK, StGB, § 182 Rn. 18; *Fischer*, StGB, § 182 Rn. 9.

⁶⁸⁶ Vgl. diese Arbeit unter D. II. 3. b) bb).

⁶⁸⁷ H. M.; statt aller *Fischer*, StGB, § 182 Rn. 9 m. w. N.; vgl. diese Arbeit unter D. II. 4. c) cc) (1).

⁶⁸⁸ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 2. c).

⁶⁸⁹ So jedoch *Kusch/Mössle*, NJW 1994, 1504 (1506). Deren Argumentation, die jugendliche Person müsse das „Spiel mit dem Feuer“ lernen, es könne daher nur das Äußerste – der Vaginal-, Oral- oder Analverkehr – erheblich sein, bei dem sich der Jugendliche nicht mehr damit trösten könne, es sei nicht zum Äußersten gekommen, überzeugt nicht. Entgegen deren Ansicht besteht die „Gefahr rechtsgutsverletzender Traumatisierung“ überall dort, wo das Opfer gegen seinen wahren Willen seinen Körper zu sexuellen Handlungen zur Verfügung stellt. D. h. auch bei Manipulationshandlungen, bei Ejakulation auf das Opfer, etc.

Wie hier: *BGH*, Urt. v. 28.2.1996 – 3 StR 309/95, BGHSt 42, 51 (53); *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 182 Rn. 3; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 182 Rn. 6; *Hörnle*, in: LK, StGB, § 182 Rn. 12; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 182 Rn. 47.

Wie bei §§ 174 und 176 StGB wird durch § 182 StGB die sexuelle Selbstbestimmungsfreiheit in der Ausprägung des Schutzes der ungestörten sexuellen Entwicklung geschützt, so dass sich hieraus kaum Differenzierungen ableiten lassen. Nach der Auffassung, die bei § 182 StGB wegen der höheren Schutzalters nur noch die Selbstbestimmungsfreiheit geschützt sieht, könnten sich Abschwächungen der Erheblichkeit ergeben. Dabei ist – wie stets – für die konkrete Feststellung der Erheblichkeit das Alter des Opfers zu berücksichtigen. Dieses kann bei § 182 StGB auch unter 16 Jahren liegen, weshalb im Ergebnis gegenüber den vorgenannten Vorschriften aus diesem Aspekt keine Unterschiede abzuleiten sind. Sofern jedoch das Opfer *in casu* zwischen 16 und 18 Jahren alt ist, wäre die Erheblichkeit altersgemäß zu reduzieren. Nichts Anderes folgt aus der Betrachtung des Strafrahmens. Dieser ist milder ausgestaltet als bei §§ 174 und 176 StGB, so dass auch weniger erhebliche Handlungen das Unrecht erfüllen können.

Da die erforderliche Zwangslage nicht bereits im abhängigen Beschäftigungsverhältnis zu sehen ist, kommt eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz als Ausnutzung der Zwangslage nicht in Betracht. Erforderlich ist, dass im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses oder dessen Eingehung eine Zwangslage geschaffen oder aufrechterhalten wird, die zu sexuellen Handlungen ausgenutzt wird. Die (vollendeten) Fälle sexueller Erpressung in Kombination mit einer erheblichen sexuellen Handlung, z. B. durch geschlechtlichen Verkehr, Manipulationen am Geschlechtsteil oder auch durch das längere Betasten der weiblichen Brust sind nach Voraussetzungen des § 182 StGB ausreichend, sexuelle Handlungen ohne vorhergehende Erpressung jedoch nur dann, wenn der Täter auf andere Art und Weise eine Zwangslage ausgenutzt hat, was ohne entsprechende Kommunikation mit dem Opfer schwer vorstellbar ist. Die (versuchte) sexuelle Erpressung für sich genommen genügt ebenfalls nicht, denn bedrängendem, sexuell belästigendem verbalem Verhalten fehlt es an der sexuellen Handlung.

(b) Sexuelle Handlungen zwischen Drittem und Opfer - § 182 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Auch bei Nr. 2 ist Körperkontakt erforderlich – in diesem Fall zwischen dritter Person und Opfer. Die Anforderungen an die sexuelle Handlung entsprechen denen der Nr. 1.

Der Täter muss das Opfer zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen mit einem Dritten bestimmt haben. Bestimmen i. S. v. § 182 Abs. 1 Nr. 2 StGB unterscheidet sich vom Bestimmen bei §§ 174 und 176 StGB dadurch, dass ein Bestimmen durch absoluten Zwang ausscheidet. Der Zwang bei § 182 StGB hat aus der Zwangslage auf das Opfer einzuwirken, welches der Täter ausnutzen muss. Für § 182 StGB ist jede Form kommunikativer Einwirkung erforderlich und ausreichend, wie z. B. täuschen, drohen, überreden⁶⁹⁰, sofern es tatsächlich zu einem sexuellen Kontakt kommt – allein die Hervorrufung eines Entschlusses beim Opfer genügt nicht⁶⁹¹.

bb) Tatbestand des § 182 Abs. 2 StGB – Sexuelle Handlungen gegen Entgelt

Der Tatbestand des Abs. 2 unterscheidet sich von Abs. 1 dadurch, dass als Täter nur Personen über 18 Jahren in Betracht kommen und dass nur sexuelle Handlungen mit Körperkontakt zwischen Täter und Opfer umfasst sind, die gegen Entgelt vorgenommen werden.

⁶⁹⁰ Renzikowski, in: MK, StGB, § 182 Rn. 42; Hörnle, in: LK, StGB, § 182 Rn. 14; Wolters, in: SK, StGB, § 182 Rn. 11; a. A. Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 182 Rn. 6.

⁶⁹¹ Eisele, in: Schönte/Schröder, StGB, § 182 Rn. 7; Fischer, StGB, § 182 Rn. 8.

Entgelt ist nach § 11 Abs. 1 Nr. 9 StGB zunächst jede in einem Vermögensvorteil bestehende Gegenleistung. Neben finanziellen Zuwendungen gehören dazu auch Süßigkeiten, Geschenke und Einladungen zu Freizeitaktivitäten⁶⁹². Für die Verwirklichung des Tatbestandes reicht es aus, dass sich Täter und Opfer vor oder spätestens während des sexuellen Kontakts darüber einig sind, dass der Vermögensvorteil die Gegenleistung für das Sexualverhalten des Jugendlichen sein soll. Zu einer tatsächlichen Gewährung des Entgelts muss es nicht kommen. Es reicht aus, wenn das Opfer zur Duldung oder Vornahme der sexuellen Handlung durch die Entgeltvereinbarung wenigstens mitmotiviert wird⁶⁹³.

Rein immaterielle Vorteile – wie z. B. die Aufnahme in das Schulorchester⁶⁹⁴ – fallen nicht unter den Entgeltbegriff⁶⁹⁵. Ebenso fallen Zuwendungen mit Entgeltcharakter nicht unter Abs. 2, wenn diese nicht im Austauschverhältnis zur sexuellen Handlung stehen, z. B. wenn das Entgelt gegen Arbeitsleistung bezahlt wird, insbesondere bei länger bestehenden persönlichen Kontakten⁶⁹⁶.

Übertragen auf die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz bedeuten diese Maßgaben, dass das Arbeitsentgelt aus abhängiger Beschäftigung kein Entgelt ist, welches für eine sexuelle Handlung bezahlt oder in Aussicht gestellt wird, denn es wird für geleistete Arbeit bezahlt. § 182 Abs. 2 StGB ist nicht bereits in allen Beschäftigungsverhältnissen mit Entgeltverpflichtung eröffnet.

Weiter bedeuten die Anforderungen des Straftatbestandes, dass die Vergabe oder die Inaussichtstellung eines Arbeitsplatzes kein Entgelt im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 9 StGB ist, mithin kein Vermögensvorteil. Im o. g. Beispielsfall verlangt A die sexuelle Hingabe gegen Gewährung des Ausbildungsplatzes; darin ist keine Entgeltlichkeit i. S. d. § 182 Abs. 2 StGB zu erkennen, da nur ein Ausbildungsplatz und kein Vermögensvorteil versprochen wird. Konsequenz hieraus ist, dass diese Form der sexuellen Erpressung nicht nach § 182 Abs. 2 StGB geahndet werden können. Anders hingegen fällt die Bewertung aus, wenn der Arbeitgeber einen finanziellen oder sonstigen Vermögensvorteil, wie z. B. die Einladung zu einem Essen oder sonstige geldwerte Zuwendungen für sexuelle Handlungen verspricht.

Der Wertungsunterschied zwischen § 182 StGB i. V. m. § 11 Abs. 1 Nr. 9 StGB und der Würdeverletzung bei § 3 Abs. 4 AGG liegt darin, dass für die sexuelle Belästigung bereits die Erpressung mit beruflichen Vorteilen bzw. Nachteilen ausreichend ist, wohingegen der Nötigungscharakter bei § 182 Abs. 2 StGB nur durch Vermögensvorteile bzw. -nachteile erfüllt werden kann. Stellt der Täter berufliche, d. h. immaterielle Aussichten zur

⁶⁹² *BGH*, Urt. v. 12.10.2005 – 5 StR 315/05, NStZ 2006, 444.

⁶⁹³ *BGH*, Urt. v. 18.07.1995 – 1 StR 320/95, NStZ 1995, 540 (540); *BGH*, Beschl. v. 1.7.2004 – 4 StR 5/04, NStZ 2004, 683 (683) m. w. N. zum Schrifttum; *BGH*, Urt. v. 12.10.2005 – 5 StR 315/05, NStZ 2006, 444; vgl. auch *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 182 Rn. 9; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 182 Rn. 51.

⁶⁹⁴ Beispiel bei *Schroeder*, NJW 1994, 1501 (1502).

⁶⁹⁵ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 182 Rn. 5a; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 182 Rn. 9; *Wolters*, in: SK, StGB, § 182 Rn. 14; *Eschelbach*, in: Matz/Renzikowski, StGB, § 182 Rn. 12; *Laubenthal*, Rn. 694 mit krit. Anm. und w. N.

⁶⁹⁶ *BGH*, Urt. v. 25.2.1997 – 4 StR 40/97, BGHSt 42, 399 (402) für die Mithilfe bei Holzarbeiten; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 182 Rn. 9; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 182 Rn. 51; *Laubenthal*, Rn. 692; *Kusch/Mössle*, NJW 1994, 1504 (1506).

Disposition, liegt eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz vor – der Straftatbestand hingegen nicht. Dass immaterielle Vorteile nicht unter § 182 Abs. 2 StGB fallen, ist in der Literatur der Kritik ausgesetzt, vorwiegend mit dem Argument, dass Jugendliche in anderen Wertungssystemen handelten als Erwachsene⁶⁹⁷. Dem ist zuzustimmen und gerade aus diesem Grund besonders für die Konstellationen im Zusammenhang mit einem Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnis zu kritisieren, dass immaterielle Vorteile nicht unter § 182 Abs. 2 StGB zu subsumieren sind. Jedenfalls für den Zusammenhang mit einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis oder einem Ausbildungs- oder Praktikumsverhältnis trägt die Argumentation des Gesetzgebers nicht, dass dadurch der Tatbestand zu weit gerate⁶⁹⁸. Das Gegenteil ist der Fall: notwendig einzubeziehende Sachverhalte im Zusammenhang mit der in § 182 StGB geschützten Rechtsposition würden strafbar. Eine solche Erweiterung fielen mit dem Schutzzweck der Norm zusammen, denn § 182 StGB schützt Jugendliche davor, ihren wahren Willen gegenüber einem mächtigeren Täter nicht durchsetzen zu können und deshalb dessen Ansinnen Folge zu leisten. Diese Machtasymmetrie ist doch geradezu typisch für abhängige Beschäftigungsverhältnisse.

cc) Tatbestand des § 182 Abs. 3 StGB – Sexuelle Handlungen gegen Entgelt

Der dritte Tatbestand des § 182 StGB setzt voraus, dass das Opfer unter 16 Jahren und der Täter über 21 Jahre alt ist. Das aus diesem Altersunterschied resultierende Machtgefälle soll erfasst werden, nicht jedoch jugendtypische Beziehungen mit *etwas* älteren Partnern⁶⁹⁹. Ein erheblicher Altersunterschied stellt nach Auffassung des Gesetzgebers ein erstes Indiz für das Bestehen eines Machtgefälles dar⁷⁰⁰. Auf den ersten Blick ist dies eine typische Konstellation für sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz: der arrivierte Täter nutzt das Machtgefälle zum Opfer für sexuell belästigendes Verhalten. Diese Asymmetrie kann am Arbeitsplatz neben einem Altersunterschied auch durch Hierarchie, Kenntnisreichtum durch längere Betriebszugehörigkeit oder gruppendynamische Umstände wie z. B. Netzwerke oder Seilschaften begründet sein. Auf den wahren Grund für das konkrete Machtgefälle zwischen Täter und Opfer kommt es nicht an, solange der Altersunterschied gewahrt ist. Dieser ist für den Gesetzgeber von indizieller Bedeutung für ein Machtgefälle. Solange die Altersgrenzen eingehalten sind, kann ein sexueller Belästiger sich nach § 182 Abs. 3 StGB strafbar machen, auch wenn das Fehlen der Fähigkeit zu sexueller Selbstbestimmung sich im Einzelfall mehr aus der hierarchischen Stellung und weniger aus der Altersdifferenz ergibt. Eine präzise Abgrenzung dürfte bei Gemengelagen ohnehin unmöglich sein.

Als sexuelle Handlungen kommen nur solche mit Körperkontakt zwischen Opfer und Täter nach Nr. 1 sowie solche mit Körperkontakt zwischen dem Opfer und einer dritten Person nach Nr. 2 in Betracht, wobei der Täter das Opfer bei Nr. 2 zur sexuellen Handlung bestimmt haben muss. Es besteht kein Unterschied zu Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 im Hinblick auf die sexuelle Handlung und das Bestimmen des Opfers⁷⁰¹. Einzig für die Frage der

⁶⁹⁷ Vgl. *Schroeder*, NJW 1994, 1501 (1502).

⁶⁹⁸ BT-Drs. 16/3439 vom 16.11.2006, S. 13.

⁶⁹⁹ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 182 Rn. 6; BT-Drs. 12/4584 vom 18.3.1993, S. 8.

⁷⁰⁰ BT-Drs. 12/4584 vom 18.3.1993, S. 8.

⁷⁰¹ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 182 Rn. 12; vgl. zu den Anforderungen des Bestimmens diese Arbeit unter D. II. 7. b) aa) (2) (b).

Erheblichkeit, sind hier die geänderten tatbestandlichen Anforderungen zu berücksichtigen: die Schutzaltersgrenze liegt bei 16 Jahren, d. h. das Opfer kann jünger sein, was die Anforderungen an die Erheblichkeit grundsätzlich absenkt. Gleichzeitig ist auch der Strafrahmen auf drei Jahre reduziert. Dies wird damit begründet, dass das verwirklichte Unrecht bei Abs. 3 geringer sei, da der Täter keine ihm bewusste Zwangslage ausnutze⁷⁰². Berücksichtigt man beide Änderungen ist bei Abs. 3 von einem gegenüber Abs. 1 leicht reduzierten Erheblichkeitsniveau auszugehen, dessen Definition – wie stets – von den Umständen des Einzelfalls abhängt, insbesondere vom jeweiligen Alter des Opfers zur Tatzeit.

Der Täter muss die ihm gegenüber fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung zu den genannten sexuellen Handlungen ausnutzen. Bei § 182 Abs. 3 StGB ist der Begriff der sexuellen Selbstbestimmungsfreiheit als Fähigkeit zu verstehen, die Bedeutung eines sexuellen Geschehens zu erfassen und eine adäquate Entscheidung zu treffen. Voraussetzung für eine angemessene Entscheidung ist, dass das Opfer auf intellektueller Ebene Tragweite und Bedeutung erfasst und auf voluntativer Ebene entsprechend der intellektuell gewonnenen Einsicht zu handeln⁷⁰³. Es ist nicht erforderlich, dass dem Opfer die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung absolut fehlt; es genügt, dass diese Fähigkeit altersbedingt fehlt. Diese Einschränkung ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang, nach dem widerstandsunfähige Personen bei § 179 StGB erfasst werden und sich andernfalls ein Widerspruch zwischen den beiden Straftatbeständen ergäbe⁷⁰⁴.

Ob die in diesem Sinne fehlende Selbstbestimmungsfreiheit kontextunabhängig, also objektiv gegenüber jedermann oder kontextabhängig gerade gegenüber dem Täter bestehen muss, ist in der Literatur umstritten⁷⁰⁵. Durch das 49. StrÄndG vom 21.01.2015 wurde der Wortlaut dahingehend ergänzt, dass die sexuelle Selbstbestimmung gerade gegenüber dem Täter („*ihr gegenüber*“) fehlen muss⁷⁰⁶. Mit der Änderung sollte klargestellt werden, dass das Tatbestandsmerkmal der fehlenden Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung nicht im Sinne eines situationsunabhängigen Zustandes zu interpretieren ist, in dem die jugendliche Person generell unfähig ist, in sexuelle Handlungen wirksam einzuwilligen⁷⁰⁷. Sofern man bisher angenommen hat, es handele sich bei der fehlenden Fähigkeit

⁷⁰² Vgl. Hörnle, in: LK, StGB, § 182 Rn. 78. Das überzeugt nach der jüngsten Gesetzesänderung (siehe sogleich unten) nicht mehr, da nun klargestellt ist, dass das Opfer dem Täter gegenüber nicht zur Selbstbestimmung in der Lage ist. Der Täter bringt die Umstände zur Ausnutzung des Opfers gewissermaßen in seiner Person mit, so wie er sie bei Abs. 1 schaffen oder vorfinden kann.

⁷⁰³ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 182 Rn. 13; Renzikowski, in: MK, StGB, § 182 Rn. 57 (einschränkend aber in Rn. 58); Frommel, in: NK, StGB, § 182 Rn. 11; Laubenthal, Rn. 701; ähnlich BT-Drs. 12/4584 vom 18.3.1993, S. 8 (sittliche und geistige Entwicklung); Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 182 Rn. 6 (sexuelle und psychische Reifung); Gössel, § 6 Rn. 124 (geistiger und sittlicher Entwicklungsstand).

⁷⁰⁴ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 182 Rn. 13; Fischer, StGB, § 182 Rn. 12; Laubenthal, Rn. 700; einschränkend, nur für einen Auffangtatbestand ggü. § 176 StGB plädierend: Frommel, in: NK, StGB, § 182 Rn. 11; ähnlich Renzikowski, in: MK, StGB, § 182 Rn. 58, wonach ein Zurückbleiben in der Entwicklung gegenüber dem „Standard ihrer Altersgruppe“(?) im Hinblick auf Urteilsvermögen und Willensstärke erforderlich ist. „Die Schwelle der Widerstandsunfähigkeit nach § 179 Abs. 1 braucht nicht erreicht zu werden“ (a. a. O.).

⁷⁰⁵ Kontextabhängig: Fischer, StGB, § 182 Rn. 13; Hörnle, in: LK, StGB, § 182 Rn. 63; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 182 Rn. 17; a. A. Renzikowski, in: MK, StGB, § 182 Rn. 59; Frommel, in: NK, StGB, § 182 Rn. 11.

⁷⁰⁶ BGBl. I 2015, S. 10.

⁷⁰⁷ Vgl. BT-Drs. 18/2601 vom 23.9.2014, S. 29.

des § 182 Abs. 3 StGB um eine „personenbezogene Anomalie“⁷⁰⁸, lässt sich von einer Änderung der bisherigen Schutzkonzeption sprechen⁷⁰⁹. Das gilt nicht für die Auffassung, die bereits zur a. F. davon ausging, dass der Schwerpunkt der Vorschrift im Ausnutzen des Machtgefälles gegenüber dem Täter zu sehen ist – sie findet sich durch den Gesetzgeber bestätigt.

Da § 182 StGB auch anwendbar ist, wenn das Tatopfer noch nicht 14 Jahre alt ist, stellt sich die Frage, ob die Unterschreitung dieser, in § 176 StGB absolut ausgestalteten, Schutzaltersgrenze einen Unterschied für die Feststellung der fehlenden Fähigkeit zur Selbstbestimmung in sexueller Hinsicht darstellt. Nach h. M.⁷¹⁰ und der Rechtsprechung⁷¹¹ fehlt bei Personen unter 14 Jahren die Fähigkeit stets, so dass das Fehlen nicht gesondert festzustellen ist. Hingegen ist bei Jugendlichen zwischen 14 und 15 Jahren eine solche Feststellung erforderlich, da die altersbedingte Entwicklung und insbesondere die Fähigkeit gegenüber dem konkreten Täter maßgebend sind⁷¹². Dieses prozessuale Problem ist für die weitere Beurteilung, ob sexuelle Belästigung den Straftatbestand erfüllt, nicht vorrangig, sondern als im Einzelfall gegeben anzusehen.

§ 182 Abs. 3 StGB verlangt, dass der Täter die fehlende Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutzt⁷¹³. Das Schwergewicht dieses Tatbestandes liegt auf dem Merkmal „Ausnutzen“. Der Täter muss sich die Unreife des jugendlichen Opfers bewusst zunutze machen. Hierfür ist entscheidend, dass ein unlauteres Verhalten des Täters dazu führt, dass das Opfer einen entgegenstehenden Willen nicht entwickeln oder verwirklichen kann⁷¹⁴. Fraglich bleibt freilich, was „unlauter“ in diesem Sinne bedeutet. In Übereinstimmung mit den sonstigen Anforderungen des 13. Abschnitts an das Merkmal des Ausnutzens wird man auch hier verlangen und ausreichen lassen müssen, dass der Täter die altersbedingte Unreife und die dadurch ihm gegenüber fehlende Fähigkeit zur sexuellen

⁷⁰⁸ Begriff nach *Hörnle*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss am 13. Oktober 2014, S. 7.

⁷⁰⁹ Vgl. *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, S. 13.

⁷¹⁰ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 182 Rn. 13; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 182 Rn. 56; *Fischer*, StGB, § 182 Rn. 13a; *Gössel*, § 6 Rn. 124; *Laubenthal*, Rn. 699; a. A.; *Eschelbach*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 182 Rn. 15.

⁷¹¹ *BGH*, Beschl. v. 23.1.1996 – 1 StR 481/95, BGHSt 42, 27 (28); *BGH*, Urt. v. 19.11.1996 – 1 StR 510/96, NSZ-RR 1996, 98 (99); *BGH*, Beschl. v. 23.1.2008 – 2 StR 555/07, StV 2008, 238 (239); abweichend (Feststellung auch bei Kindern) *BGH*, Beschl. v. 17.10.2006 – 4 StR 341/06, NSZ 2007, 329.

⁷¹² *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, § 182 Rn. 6; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 182 Rn. 56; *Fischer*, StGB, § 182 Rn. 12a; *Hörnle*, in: LK, StGB, § 182 Rn. 60; *Frommel*, in: NK, StGB, § 182 Rn. 11; *Gössel*, § 6 Rn. 124; *Laubenthal*, Rn. 700; a. A. *Wolters*, in: SK, StGB, § 182 Rn. 20 der auch für 14- bis 15-jährige Personen eine Vermutung der fehlenden Fähigkeit zur Selbstbestimmung vertritt; *Kusch/Mössle*, NJW 1994, 1504 (1507).

⁷¹³ Vgl. zunächst diese Arbeit unter D. II. 4. c) cc) (1).

⁷¹⁴ *BT-Drs.* 12/4584 vom 18.3.1993, S. 8; krit. zur Bestimmtheit der Vorschrift und zu den Einschränkungen *Kusch/Mössle*, NJW 1994, 1504 (1507); *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, § 182 Rn. 6; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 182 Rn. 14; *Fischer*, StGB, § 182 Rn. 14. Vgl. auch *BGH*, Beschl. v. 24.7.2014 – 3 StR 286/14, NSZ 2014, 573 (574), wonach § 182 Abs. 3 StGB auch bei einem sich sträubenden Tatopfer in Betracht kommt, wenn allein das voluntative Element der Selbstbestimmungsfreiheit beim Opfer fehlt.

Selbstbestimmung als Faktor erkennt und in dem Bewusstsein, dass es seinem Erfolg zugutekommt, in sein Vorgehen einkalkuliert⁷¹⁵. Es bedarf mithin keiner besonderen, unlauteren Verhaltensweise im Sinne eines unsittlichen Ansinnens oder intensiver Beeinflussung⁷¹⁶.

dd) Missbrauch

Nach überwiegender Ansicht im Schrifttum kommt dem Missbrauchsmerkmal keine nennenswerte eigenständige Bedeutung zu⁷¹⁷. Nach dem Willen des Gesetzgebers „soll es die Ausscheidung exzeptioneller Fälle ermöglichen, in denen die Vermögensvorteile völlig in den Hintergrund treten und die Tathandlung keinen sozialetischen Tadel verdient“⁷¹⁸. Welche das sein könnten ist unklar, da bei Abs. 1 die Ausnutzung einer Zwangslage regelmäßig das tatbestandliche Unrecht verwirklicht und bei Abs. 2 die ggf. altruistische Motivationslage nicht geeignet ist, die Entgeltlichkeit zu kompensieren⁷¹⁹. Handelt es sich hingegen um eine echte Liebesbeziehung, fehlt es bereits am Tatbestandsmerkmal des Ausnutzens⁷²⁰.

c) Subjektiver Tatbestand

Für alle Tatbestände des § 182 StGB reicht grundsätzlich bedingter Vorsatz des Täters aus. Dieser muss sich auf alle objektiven Umstände und insbesondere auch auf das Alter des Opfers beziehen. Bei Abs. 1 muss sich der Vorsatz auch auf die Umstände der Zwangslage, bei Abs. 2 die Ursächlichkeit des Entgelts für die Bereitschaft zu sexuellen Handlungen und bei Abs. 3 die fehlende Fähigkeit zu sexueller Selbstbestimmung dem Täter gegenüber beziehen⁷²¹.

d) Vollendung, Versuch, Antragsfordernis, Absehen von Strafe

Die Tat ist vollendet mit Beginn der sexuellen Handlung. Der Versuch ist nach § 182 Abs. 4 StGB strafbar. Für die Verfolgung einer Tat nach Abs. 3 ist ein Strafantrag des Verletzten bzw. dessen Sorgeberechtigten gem. § 77 Abs. 3 StGB erforderlich, soweit nicht das besondere öffentliche Interesse bejaht wird. Abs. 6 schließlich sieht vor, dass von Strafe abgesehen werden kann, wenn das Unrecht der Tat gering ist.

⁷¹⁵ Hörnle, in: LK, StGB, § 182 Rn. 69; Renzikowski, in: MK, StGB, § 182 Rn. 60; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 182 Rn. 18; Gössel, § 6 Rn. 125; Laubenthal, Rn. 704; enger Fischer, StGB, § 182 Rn. 14.

⁷¹⁶ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 182 Rn. 14; Fischer, StGB, § 182 Rn. 15; Renzikowski, in: MK, StGB, § 182 Rn. 62.

⁷¹⁷ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 182 Rn. 2; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 182 Rn. 11; Fischer, StGB, § 182 Rn. 17; Hörnle, in: LK, StGB, § 182 Rn. 25; Renzikowski, in: MK, StGB, § 182 Rn. 46; Laubenthal, Rn. 688 u. 705; Kusch/Mössle, NJW 1994, 1504 (1507); Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 20 Rn. 36 (jedoch mit Ausnahmefall bei § 182 Abs. 2 StGB); differenzierend Frommel, in: NK, StGB, § 182 Rn. 7; a. A. Schroeder, NJW 1994, 1501 (1504).

⁷¹⁸ BT-Drs. 12/4232 vom 18.3.1993, S. 5.

⁷¹⁹ Vgl. hierzu Fischer, StGB, § 182 Rn. 17.

⁷²⁰ Hörnle, in: LK, StGB, § 182 Rn. 25 m. w. N.

⁷²¹ Krit. Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 182 Rn. 15; Fischer, StGB, § 182 Rn. 21; vgl. aber auch Renzikowski, in: MK, StGB, § 182 Rn. 65

e) **Zwischenfazit**

Aufgrund der Schutzaltersgrenzen kommen nur Personen unter 18 bzw. 16 Jahren als Opfer in Betracht. Diese für den Jugendschutz sinnvolle Einschränkung reduziert die Anwendbarkeit bei den hier zu untersuchenden Konstellationen sexueller Belästigung *am Arbeitsplatz* auf Ausbildungs-, Aushilfs-, Praktikums- oder sonstige Beschäftigungsverhältnisse von Berufseinsteigern. Im Verhältnis zur Gesamtzahl der arbeitstätigen Personen stellen sie eine kleine Gruppe dar. Eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz kann zwar eine Strafbarkeit gem. § 182 StGB nach sich ziehen, die Reichweite des sexuellen Missbrauchs von Jugendlichen ist jedoch dadurch begrenzt, dass auch Jugendliche lediglich vor erheblichen sexuellen Handlungen i. S. v. § 184h StGB geschützt werden, die zudem noch unter den besonderen Voraussetzungen des jeweiligen Tatbestandes erfolgen müssen.

Für die Zwangslage des Abs. 1 reicht das Bestehen eines Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnisses nicht aus. Es genügt nicht, zur Existenzsicherung arbeiten zu müssen. Die erforderliche Zwangslage kann im Rahmen oder bei der Eingehung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses aber vergleichsweise leicht geschaffen oder ausgenutzt werden.

Gleiches gilt für die Entgeltlichkeit nach § 182 Abs. 2 StGB: die Bezahlung von Arbeitsentgelt allein genügt nicht. Das Entgelt muss gerade für die konkreten sexuellen Handlungen bezahlt werden, so dass selbst bei Prostituierten Abs. 2 nur dann zur Anwendung gelangt, wenn der Zuhälter dem minderjährigen Opfer Entgelt für konkrete Handlungen an ihm oder einer konkreten dritten Person in Aussicht stellt. Das für die sexuelle Erpressung ausreichende Ansinnen sexueller Gefälligkeiten gegen Vorteilsgabe oder Nachteilsabwendung erfüllt den Tatbestand des § 182 Abs. 2 StGB nicht. Es ist stets auch eine erhebliche sexuelle Handlung nötig.

Schwieriger ist die Lage bei Abs. 3, der aufgrund seiner zu Recht kritisierten Konturllosigkeit grundsätzlich im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Betracht zu ziehen ist, dessen tatsächliches Vorliegen aber nur im konkreten Einzelfall durch den Tatrichter festgestellt werden kann. Die Erheblichkeitsschwelle ist bei Abs. 3 unter Berücksichtigung der Feststellungen im Einzelfall niedriger als bei Abs. 1 und 2, so dass bereits weniger intensive körperliche Übergriffe wie beispielsweise das nicht nur kurze Betasten der weiblichen Brust ausreichend sein können.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass § 182 StGB zwar dem Schutzbedürfnis gegen sexuelle Belästigung weitgehend entspricht, denn die Vorschrift geht von einem überlegenen Täter aus, der Umstände schafft oder ausnutzt (Zwangslage, Entgelt, fehlende Selbstbestimmungsfreiheit ihm gegenüber), die weitgehend in seiner Dispositionsbefugnis stehen, um das sich aus den Umständen ergebende Machtgefälle – welches für Abs. 3 auch als solches benannt ist – für seine Zwecke zu nutzen. Gleichwohl sind von den möglichen Belästigungshandlungen, zu denen sich ein Arbeitgeber aufgrund des Machtgefälles versteigen kann, nur solche erfasst, die eine sexuelle Handlung von einiger Erheblichkeit i. S. v. § 184h Nr. 1 StGB beinhalten.

f) **Täterschaft und Teilnahme**

Als Täter des § 182 Abs. 1 und Abs. 2 StGB kommt nur in Betracht, wer den Altersgrenzen entspricht, was bei Arbeitgebern überwiegend, wenn auch nicht stets der Fall sein wird. Für die Teilnahme gelten die allgemeinen Regeln. Die Tathandlungen nach § 182

Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 und Abs. 3 Nr. 1 StGB können nur eigenhändig vorgenommen werden⁷²². Das Opfer ist als notwendiger Teilnehmer stets straflos⁷²³. Der Dritte des § 182 Abs. 1 Nr. 2 StGB, der die Zwangslage kennt, ist als Täter nach Nr. 1 zu bestrafen. Gleiches gilt bei § 182 Abs. 3 Nr. 2 StGB sofern der Täter über der Altersgrenze liegt⁷²⁴.

8. § 180 StGB – Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger

a) Einleitung, Rechtsgut

Mit dem Verbot der Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger liegt eine Vorschrift vor, die in den Absätzen 1 bis 3 jeweils einen gesonderten Tatbestand enthält, wobei der Tatbestand des Abs. 3 insbesondere Bezug nimmt auf ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis, aus dem heraus der Täter agiert. Bereits der Überschrift nach sind nur minderjährige Personen betroffen, die sich aufgrund ihres Alters typischerweise noch nicht über eine voll ausgebildete Fähigkeit zur für sie schadlosen Nutzung ihrer sexuellen Selbstbestimmungsfreiheit verfügen. Rechtsgut des § 180 StGB ist das sexuelle Selbstbestimmungsrecht in besonderer Ausprägung der ungestörten sexuellen Entwicklung jugendlicher Personen⁷²⁵.

b) Fremde Sexualität als sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz?

aa) Typisches sexuell belästigendes Verhalten

Den Tatbeständen des § 180 StGB ist gemein, dass es stets und ausschließlich um fremde Sexualität dritter Personen geht und nicht um Sexualität zwischen Täter und Opfer⁷²⁶. Der Täter muss den sexuellen Handlungen zwischen Opfer und Drittem Vorschub leisten, durch Vermittlung oder Verschaffen von Gelegenheit (Abs. 1) oder das Opfer bestimmen, gegen Entgelt sexuelle Handlungen mit dem Dritten durchzuführen oder solchen Handlungen durch Vermittlung Vorschub leisten (Abs. 2). Oder aber der Täter missbraucht ein Abhängigkeitsverhältnis zum Opfer, um es zu bestimmen, sexuelle Handlungen mit dem Dritten auszuführen. Ob der Täter dabei auch eigene sexuelle Interessen verfolgt, etwa beim Triolenverkehr, kann für die Strafbarkeit keine Rolle spielen⁷²⁷.

Fraglich ist, ob die Tatbestände des § 180 StGB als mögliche Fälle sexueller Belästigung am Arbeitsplatz zu betrachten sind, obwohl der Täter selbst nicht in die sexuelle Handlung einbezogen ist. § 3 Abs. 4 AGG definiert die sexuelle Belästigung ohne jede Einschränkung, durch welche Person das unerwünschte, sexuell bestimmte Verhalten erfolgen muss. Täter kann daher jede Person sein⁷²⁸. Nach § 3 Abs. 5 AGG gilt bereits die Anwei-

⁷²² *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 182 Rn. 66; *Gössel*, § 6 Rn. 109 u. 121; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 182 Rn. 21.

⁷²³ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 182 Rn. 8.

⁷²⁴ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 182 Rn. 18; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 182 Rn. 68; *Hörmle*, in: LK, StGB, § 182 Rn. 43.

⁷²⁵ *BGH*, Beschl. v. 21.6.2005 – 4 StR 28/05, NJW, 2933 (2933); *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 180 Rn. 1; krit. *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 180 Rn. 1 f.

⁷²⁶ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 180 Rn. 1a; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 180 Rn. 3; *Laubenthal*, Rn. 617.

⁷²⁷ *BGH*, Beschl. v. 21.6.2005 – 4 StR 28/05, NJW, 2933 (2934); *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 180 Rn. 20.

⁷²⁸ Vgl. diese Arbeit unter C. III. 3. b).

sung zur Benachteiligung einer Person aus einem in § 1 AGG genannten Grund als Benachteiligung. Eine solche Anweisung liegt in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG insbesondere vor, wenn jemand eine Person zu einem Verhalten bestimmt, das einen Beschäftigten oder eine Beschäftigte wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt oder benachteiligen kann, § 3 Abs. 5 Satz 2 AGG. Dem Wortlaut des § 3 Abs. 4 und 5 AGG nach ist an Fallgestaltungen zu denken, bei denen der Vorgesetzte oder der Arbeitgeber eine Person im Unternehmen anweist, eine andere Person zu benachteiligen, beispielsweise wegen ihres Alters zu kündigen. Da sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz eine Form der Benachteiligung darstellt, wären auch Fälle erfasst, in denen der Vorgesetzte eine Person anweist, eine beschäftigte Person sexuell zu belästigen.

Die Anweisung zu einer sexuellen Belästigung ist absolut untypisch für sexuell belästigendes Verhalten am Arbeitsplatz. Dem sexuellen Belästiger kommt es bei seinem sexuellen Verhalten darauf an, Macht aus dem asymmetrischen Verhältnis zur belästigten Person auszuüben. Freilich übt auch derjenige Macht aus, der andere dazu benutzt, Kraft der ihnen übertragenen Befugnis, andere Personen zu benachteiligen. Für die Benachteiligungen nach § 3 Abs. 1 und Abs. 2 AGG mag das ausreichen, bei der einfachen Belästigung und der sexuellen Belästigung als Sonderformen der Benachteiligung hingegen wird es dem Täter stets darauf ankommen, seine Macht unmittelbar gegenüber der belästigten Person auszuüben, um dadurch eine Befriedigung seiner triebhaften Veranlagung zu erlangen. Geht es dem Täter bei der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz darum, durch sexuelles Verhalten Überlegenheit gegenüber der belästigten Person zu demonstrieren, kann dieses Verlangen nicht durch Dritte befriedigt werden. Jedenfalls dann nicht, wenn der Täter nicht auch anwesend ist. In den typischen Zwei-Personen-Konstellationen der sexuellen Belästigung findet § 180 StGB keine Anwendung, da stets eine dritte Person einbezogen werden muss.

bb) Atypische Ausnahmen

Geht man trotz der vorangegangenen Feststellungen davon aus, dass es den einen oder anderen Vorgesetzten geben mag, der lieber zusieht als selbst tätig zu werden, kommt einerseits eine Aufforderung zu sexuellen Handlungen gemäß § 3 Abs. 4 AGG durch den Täter gegenüber dem Opfer mit Zielrichtung auf den Dritten in Betracht. Der sexuelle Belästiger fordert das Opfer z. B. auf, sexuelle Handlungen an einer dritten Person vorzunehmen. Hierbei kommen die Bestimmen-Tatbestände des § 180 Abs. 2 Alt. 1 und Abs. 3 StGB in Betracht.

Andererseits kann der Arbeitgeber die Anweisung zur sexuellen Belästigung des Opfers nach § 3 Abs. 4 i. V. m. Abs. 5 AGG auch an einen Dritten richten. Die Anweisung setzt eine rechtliche Weisungsbefugnis voraus⁷²⁹. Die Anweisung liegt insbesondere im Bestimmen zu einer Benachteiligung eines Beschäftigten, § 3 Abs. 5 Satz 2 AGG. Sie richtet sich mithin stets an den unmittelbaren Benachteiliger und nicht an die benachteiligte Person, etwa die sexuelle Belästigung zu dulden. Nach § 180 Abs. 2 Alt. 1 und Abs. 3 StGB muss der Täter jedoch *das Opfer* „bestimmen“. Die Anweisung gegenüber einer dritten Person genügt hierfür nicht⁷³⁰. Für die Anweisungsbelästigung kommen daher nur § 180

⁷²⁹ Vgl. diese Arbeit unter C. III. 5. h) bb).

⁷³⁰ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 180 Rn. 21; Vgl. zur Kettenbestimmung diese Arbeit unter D. II. 5. b) bb) (4) (b).

Abs. 1 und Abs. 2 Alt. 2 StGB in Betracht, in denen der Täter sich auch an den Dritten wenden kann, um die sexuelle Handlung zu fördern.

Unzweifelhaft ist in der Vornahme sexueller Handlungen des Dritten, z. B. eines Kollegen, gegenüber dem Opfer eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz *durch den Dritten* gegenüber der betroffenen Person zu sehen⁷³¹. Ob es sich dabei *auch* um eine mittelbare sexuelle Belästigung durch den Arbeitgeber handelt, hängt nach § 3 Abs. 5 AGG von der Anweisung ab. Hat diese benachteiligenden Charakter, sind die Anforderungen erfüllt, denn nach Sinn und Zweck der Regelung soll es Arbeitgebern oder Vorgesetzten nicht möglich sein, sich durch die Hierarchie zu schützen⁷³². In diesem Fall ist zu prüfen, ob in der Anweisung ein Vorschubleisten zu sehen ist.

c) Objektiver Tatbestand

aa) § 180 Abs. 1 StGB – Vorschub leisten durch Anweisung zur Benachteiligung

Beispiel: Meister M weist Lehrling L an, mit der neuen, 15-jährigen Auszubildenden A bei nächster Gelegenheit geschlechtlich zu verkehren, um ihr zu zeigen „wo der Hammer hängt“.

Grundfall: L und A sind einander bisher nicht persönlich bekannt. Um L zu unterstützen, macht M den L mit der A bekannt. L nimmt bei der nächsten sich ihm bietenden Gelegenheit sexuelle Handlungen an A vor.

Abwandlung: M stellt L den Handwerker-Kleinbus zur Verfügung, um gemeinsam mit A zu Kunden zu fahren, um möglichst viel ihrer Arbeitszeit und Arbeitspausen gemeinsam ungestört im Fahrzeug zu verbringen. Bei einer so verbrachten Arbeitspause nimmt L sexuelle Handlungen an A vor.

Strafbarkeit des M nach § 180 Abs. 1 StGB?

Das Opfer muss unter 16 Jahren sein und der Täter sexuellen Handlungen mit einem Dritten durch Vermittlung oder durch Gewährung oder Schaffung von Gelegenheiten Vorschub leisten. Vorschub leistet der Täter, indem er günstigere Bedingungen für sexuelle Handlungen zwischen dem Opfer und dem Dritten schafft. Dafür genügt nicht jede beliebige Förderungshandlung. Erforderlich und ausreichend ist, dass diese zeitlich und in Bezug auf die Person des Opfers hinreichend konkretisiert sind⁷³³.

Nach Rechtsprechung und h. M. muss es für § 180 Abs. 1 StGB nicht tatsächlich zu sexuellen Handlungen gekommen sein⁷³⁴. Der Grund dafür ist bereits im Wortlaut zu sehen,

⁷³¹ Freilich ist weiter erforderlich, dass der betriebliche Sachzusammenhang besteht, wovon im Rahmen dieser Untersuchung stets auszugehen ist.

⁷³² Vgl. diese Arbeit unter C. III. 5. h).

⁷³³ *KG*, Urt. v. 16.7.1998 – (4) 1 Ss 308–97 (126–97), *NJW* 1998, 3791 (3792); *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 180 Rn. 4; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 180 Rn. 6; *Fischer*, StGB, § 180 Rn. 6; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 180 Rn. 19; *Frommel*, in: NK, StGB, §§ 180, 180a Rn. 13; krit. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 20 Rn. 29.

⁷³⁴ *BGH*, Urt. v. 19.4.1951 – 4 StR 90/50, *BGHSt* 1, 115 (116); *BGH*, Urt. v. 24.11.1971 – 3 StR 160/71, *BGHSt* 24, 249 (250); *BGH*, Urt. v. 12.9.1996 – 4 StR 173/96, *NJW* 1997, 334 (335); *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 180 Rn. 4; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 180 Rn. 6; *Laubenthal*, Rn. 630;

der in Abs. 1 das Vorschub leisten zu einer sexuellen Handlung und die damit verbundene Gefahr des Einwirkens auf die sexuelle Entwicklung zur Straftat erklärt. Dagegen lässt sich nicht überzeugend einwenden, dies überdehne und verflüchtige gleichsam den Schutzzweck, indem die „Gefahr einer Gefahr“⁷³⁵ zur Verwirklichung ausreiche, denn Schutzzut ist die sexuelle Selbstbestimmung, die durch konkretes Vorschubleisten gefährdet wird. Diese Gefährdung zu sanktionieren ist Sinn und Zweck eines Straftatbestandes, der Förderhandlungen zu fremder Sexualität im Fokus hat⁷³⁶. Die unterschiedliche Auslegung des Begriffs in Abs. 1 und Abs. 2 ist aufgrund der differenzierten Tatbestandsanforderungen hinzunehmen.

An der erforderlichen Konkretisierung fehlt es, wenn weder das Opfer noch die dritte Person sexuelles Interesse am Anderen haben⁷³⁷.

Der Täter kann sexuellen Handlungen ausschließlich durch Vermittlung gemäß § 180 Abs. 1 Nr. 1 StGB sowie durch Gewähren oder Verschaffen von Gelegenheit nach § 180 Abs. 1 Nr. 2 StGB Vorschub leisten.

(1) Vermittlung

Vermittlung meint „Partnervermittlung“, d. h. der Täter bringt das Opfer und die dritte Person zusammen, zwischen denen bislang keine – jedenfalls keine sexuell motivierte – Beziehung bestand. Dabei spielt es keine Rolle, von wem die Initiative zur Vermittlung ausgeht⁷³⁸. Von einem Vermitteln lässt sich aufgrund des Konkretisierungserfordernisses nach der hier vertretenen Ansicht der h. M. nicht sprechen, solange eine der beiden vermittelten Personen von den sexuellen Absichten der anderen Person nichts weiß, bzw. beide nicht wissen, dass die Vermittlung mit dem Ziel sexueller Kontakte erfolgt⁷³⁹. Solange die jugendliche Person das sexuelle Ansinnen noch nicht kennt, ist der Tatbestand nicht erfüllt. Die Vermittlung setzt nicht voraus, dass das Opfer zur sexuellen Handlung bereits entschlossen ist⁷⁴⁰.

Im Beispielsfall hat M Täter und Opfer bekannt gemacht. Dies geschah im Hinblick auf sexuelle Handlungen zwischen den konkretisierten Personen. Da aber weder ein zeitlicher Rahmen für die sexuelle Handlung feststand noch A Kenntnis davon hatte, ist darin allein kein ausreichendes Vorschubleisten zu erkennen. Anders könnte die Sache zu beurteilen sein, wenn L umgehend nach dem Bekanntmachen sexuelle Handlungen mit A vorgenommen hätte und M davon ausging, dass diese im zeitlichen Zusammenhang mit seiner Vermittlung begangen werden.

Wolters, in: SK, StGB, § 180 Rn. 2; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 20 Rn. 29; a. A. Fischer, StGB, § 180 Rn. 8; Gössel, § 6 Rn. 70; Renzikowski, in: MK, StGB, § 180 Rn. 25 f.; Hörnle, in: LK, StGB, § 180 Rn. 14; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 180 Rn. 11.

⁷³⁵ Renzikowski, in: MK, StGB, § 180 Rn. 26.

⁷³⁶ Wolters, in: SK, StGB, § 180 Rn. 2; krit. Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 180 Rn. 7.

⁷³⁷ BGH, Urt. v. 24.11.1971 – 3 StR 160/71, BGHSt 24, 249 (253); Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 180 Rn. 6; Gössel, § 6 Rn. 69.

⁷³⁸ Laubenthal, Rn. 635; Renzikowski, in: MK, StGB, § 180 Rn. 27.

⁷³⁹ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 180 Rn. 8; Laubenthal, Rn. 634 u. 636.

⁷⁴⁰ BGH, Urt. v. 1.10.1957 – 5 StR 404/57, BGHSt 10, 386 (387); Fischer, StGB, § 180 Rn. 4; Laubenthal, Rn. 636.

(2) *Gewähren oder Verschaffen von Gelegenheit*

Darunter ist das Bereitstellen oder Herbeiführen günstiger äußerer Bedingungen zur Durchführung sexueller Handlungen zu verstehen⁷⁴¹. Beim Gewähren überlässt der Täter den Sexualpartnern ihm zur Verfügung stehende Mittel, wie z. B. Räumlichkeiten, wohingegen er diese beim Verschaffen erst selbst organisieren muss⁷⁴². Nicht jede Förderungshandlung ist ausreichend, sondern nur eine solche, die einen typischen Förderungscharakter besitzt⁷⁴³, mithin in einem konkreten und unmittelbaren Bezug zur sexuellen Handlung steht⁷⁴⁴. Eine bloß psychische Einwirkung reicht nicht aus⁷⁴⁵. In dieser Alternative sorgt der Täter nicht für den Kontakt zwischen Jugendlichen und Drittem, diese müssen ihren Sexualpartner selbst finden, was zur Konsequenz hat, dass das Tatopfer zu sexuellen Handlungen mit dem Dritten bereit sein muss⁷⁴⁶. In jedem anderen Fall läge entweder eine Zwangs- oder Missbrauchssituation vor, die dann entweder nach § 180 Abs. 3 StGB für den Täter oder nach §§ 174, 182, 177 oder möglicherweise § 176 StGB für den Dritten strafbar wäre.

In der Abwandlung des Beispielsfalles stellt *M* einen Kleinbus zur Verfügung. Darin könnte das Gewähren von Gelegenheit zu sehen sein. Allerdings wird das Fahrzeug überwiegend und primär dazu eingesetzt wird, Fahrten zu Kunden des *M* zu erledigen. Nur gelegentlich einer solchen Fahrt, kommt es in einer Arbeitspause zu einer sexuellen Handlung. *M* hat durch das Fahrzeug hierfür nur mittelbar Gelegenheit geboten; das reicht nicht aus, denn bei der Zurverfügungstellung des Fahrzeugs handelt sich um eine neutrale, nicht auf sexuelle Handlungen zweckgerichtetes Verhalten des *M*. Dass es irgendwann im Bus zu sexuellen Handlungen gekommen ist, reicht nicht aus⁷⁴⁷.

bb) § 180 Abs. 2 StGB – Sexuelle Handlungen gegen Entgelt

Der Tatbestand des § 180 Abs. 2 StGB soll vor einem Abgleiten des Opfers in die Prostitution schützen. Die Förderung entgeltlicher Sexualkontakte eines Jugendlichen mit einem Dritten gilt als besonders gefährlich für die ungestörte sexuelle Entwicklung, weshalb Schutzaltersgrenze und Strafraumen gegenüber Abs. 1 erhöht sind⁷⁴⁸. Abs. 2 enthält mit dem Bestimmen des Opfers einerseits und dem Vorschub leisten durch Vermittlung andererseits zwei Alternativen, die beide voraussetzen, dass eine mindestens konkludente Entgeltvereinbarung vor oder während der sexuellen Handlung getroffen wird⁷⁴⁹. Wem

⁷⁴¹ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 180 Rn. 6; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 180 Rn. 9; *Gössel*, § 6 Rn. 74; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 180 Rn. 29; *Hörnle*, in: LK, StGB, § 180 Rn. 19.

⁷⁴² *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 180 Rn. 9; *Gössel*, § 6 Rn. 74; *Laubenthal*, Rn. 639.

⁷⁴³ *BGH*, Urt. v. 25.7.1967 – 1 StR 215/67, BGHSt 21, 272 (276).

⁷⁴⁴ *Laue*, in: Dölling/Duttge/Rössner, StGB, § 180 Rn. 5; *Laubenthal*, Rn. 640; *Hörnle*, in: LK, StGB, § 180 Rn. 20; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 180 Rn. 15; differenzierend *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 20 Rn. 29.

⁷⁴⁵ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 180 Rn. 6; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 180 Rn. 9; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 180 Rn. 29.

⁷⁴⁶ *Fischer*, StGB, § 180 Rn. 5.

⁷⁴⁷ Vgl. zum Ergebnis *KG*, Urt. v. 16.7.1998 – (4) 1 Ss 308–97 (126–97), NJW 1998, 3791 (3792); *Hörnle*, in: LK, StGB, § 180 Rn. 20.

⁷⁴⁸ Vgl. *Laubenthal*, Rn. 651.

⁷⁴⁹ *BGH*, Urt. v. 18.7.1995 – 1 StR 320/95, NStZ 1995, 540 (540); *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 180 Rn. 24; *Fischer*, StGB, § 180 Rn. 15; *Laubenthal*, Rn. 655; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 180 Rn. 7; *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 180 Rn. 51; *Hörnle*, in: LK, StGB, § 180 Rn. 49.

das Entgelt am Ende zufließt, spielt keine Rolle⁷⁵⁰. Stets aber muss klar sein, dass das Entgelt (i. S. v. § 11 Abs. 1 Nr. 9 StGB) die Gegenleistung für die sexuelle Handlung sein soll⁷⁵¹.

Davon kann bei der Bezahlung von Arbeitsentgelt nicht ausgegangen werden. Dieses wird als Kompensation für die eingesetzte Arbeitskraft gewährt und nicht für eine sexuelle Handlung⁷⁵². Freilich mag es Fallkonstellationen geben, bei denen ein Arbeitgeber minderjähriges Personal einer anderen Person gegen Entgelt für sexuelle Handlungen zur Verfügung stellt, ohne dass es sich dabei bereits um Personen handelt, die gewerbsmäßig der Prostitution nachgehen. Dabei aber von sexueller Belästigung am Arbeitsplatz zu sprechen, wäre abwegig. Der Täter nutzt zwar auch für § 180 Abs. 2 StGB ein Machtverhältnis gegenüber der zur Selbstbestimmung nicht oder nur eingeschränkt fähigen Person aus, dabei handelt es sich aber um ein aliud zur asymmetrischen Beziehung aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Vorgesetztem und untergebener Person. Der Täter des § 180 Abs. 2 StGB handelt darüber hinaus auch aus anderen Motiven als der sexuell belästigende Vorgesetzte und in einem anderen qualitativen Rahmen, indem er das Opfer Dritten gegen Entgelt zur Verfügung stellt. § 180 Abs. 2 StGB kommt daher als Straftatbestand in Folge einer sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz nicht in Betracht.

cc) § 180 Abs. 3 StGB – Missbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses

Ist das Opfer dem Täter im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet, besteht die Gefahr, dass der Täter die hieraus resultierende Abhängigkeit missbraucht, um das Opfer zu sexuellen Handlungen zu bestimmen. Insofern ergeben sich keine Abweichungen zu § 174 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 2 StGB, dessen Regelungsbereich von § 180 Abs. 3 StGB ergänzt wird um sexuelle Handlungen mit oder vor einem Dritten⁷⁵³. Wie dort sind auch hier nur Personen unter achtzehn Jahren geschützt.

Für die Frage nach der Erheblichkeit der sexuellen Handlung ergeben sich aus der identischen Schutzaltersgrenze keine Unterschiede. § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB sieht für sexuelle Handlungen an der anderen Person einen Strafrahmen zwischen drei Monaten und fünf Jahren Freiheitsstrafe vor; bei § 180 Abs. 3 StGB beträgt dieser bis zu fünf Jahre. Aus diesem Unterschied lässt sich für die Frage nach der Erheblichkeit kein Erkenntnisgewinn ableiten. Es ist von übereinstimmenden Erheblichkeitsanforderungen bei § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB und § 180 Abs. 3 StGB auszugehen.

Bei § 174 Abs. 3 StGB (Handlungen vor dem Täter oder der schutzbefohlenen Person) weicht der Strafrahmen mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe hingegen deutlich von den bis zu fünf Jahren des § 180 Abs. 3 StGB ab. Das wird teilweise für richtig gehalten, da es bei § 180 Abs. 3 StGB um die Gefahr der Korruption des Sexualverhaltens gehe⁷⁵⁴. Dabei wird übersehen, dass die Entgeltlichkeit sexuellen Verhaltens in § 180 Abs. 2 StGB

⁷⁵⁰ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 180 Rn. 7.

⁷⁵¹ BGH, Urt. v. 18.7.1995 – 1 StR 320/95, NSZ 1995, 540 (540).

⁷⁵² Vgl. auch diese Arbeit unter D. II. 7. b) bb). Selbst wenn es sich bei der beschäftigten Person um eine Prostituierte handelte, die ihr Entgelt grundsätzlich für sexuelle Handlungen erhält, so müsste für die Anwendbarkeit des § 180 Abs. 2 StGB zusätzlich eine Entgeltvereinbarung für die nun konkret vorzunehmenden sexuellen Handlungen getroffen werden.

⁷⁵³ Vgl. daher zu den tatbestandlichen Anforderungen diese Arbeit unter D. II. 5. b) ff.

⁷⁵⁴ Fischer, StGB, § 180 Rn. 17; krit. Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 180 Rn. 26.

geregelt ist und Abs. 3 wie bei § 174 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 Nr. 2 StGB den Missbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses betrifft. Überzeugender scheint hingegen, dass bei § 180 Abs. 3 StGB Verhalten *vor* und *an* der Person von einem einheitlichen Strafraum erfasst worden sind. Dieser Strafraum ist freilich nach der Art der sexuellen Handlung auszuschnüpfen, wobei nicht-körperliche Handlungen *vor* einem anderen in der Regel weniger intensiv sind als solche mit Körperkontakt und daher eine geringere Strafe angemessen sein ist⁷⁵⁵. Für die Frage nach der Erheblichkeit der sexuellen Handlung lässt sich mithin aus dem Strafraum ebenfalls kein Unterschied zu § 174 StGB ableiten⁷⁵⁶.

d) Subjektiver Tatbestand

Bedingter Vorsatz ist ausreichend. Dieser muss insbesondere das Alters der jugendlichen Person umfassen sowie die weiteren normativen Merkmale des jeweiligen Tatbestandes⁷⁵⁷. Das ist bei Abs. 1 und Abs. 2 die für den Sexualkontakt fördernde Wirkung des Täterhandelns, bei Abs. 2 zusätzlich die Entgeltlichkeit und bei Abs. 3 schließlich die tatsächliche Abhängigkeit des Opfers und das Beruhen des Opferverhaltens hierauf.

e) Vollendung, Versuch

Die Tat nach Abs. 1 ist vollendet mit hinreichender Konkretisierung des sexuellen Kontakts. Für die Vollendung der Tatbestände der Absätze 2 und 3 ist Beginn der sexuellen Handlungen erforderlich. Der Versuch ist in diesen Fällen nach Abs. 4 strafbar.

f) Zwischenfazit

Rein formal betrachtet, sind Fälle denkbar, die sowohl die normativen Anforderungen des § 3 Abs. 4 AGG i. V. m. § 3 Abs. 5 AGG erfüllen und gleichzeitig den Tatbestand des § 180 Abs. 1 StGB. Weniger realistisch sind dabei die Vermittlungsfälle der Nr. 1, da sich die beteiligten Personen regelmäßig bekannt sein dürften und ein unmittelbares Fördern sexueller Handlungen am Arbeitsplatz kaum denkbar ist. Dass ein Arbeitgeber sexuelle Handlungen durch Gewähren oder Verschaffen von Gelegenheit nach Nr. 2 fördern kann, steht sicher außer Frage. Gleichwohl mutet es seltsam an, hierin eine mittelbare sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz des Arbeitgebers zu sehen.

Dass bei der Frage, ob sexuelle Belästigung nach § 180 Abs. 1 StGB strafbar ist, eine Schiefelage eintritt, liegt zum einen daran, dass nur mittelbare sexuelle Belästigungen in Betracht kommen. Dabei handelt es sich um eine Beteiligungsform, die in die Literatur zur sexuellen Belästigung bislang keinen nennenswerten Eingang gefunden hat – was daran liegen dürfte, dass sie in der Praxis nicht vorkommt. Zu den Gründen hierfür wurde bereits festgestellt, dass es atypisch für einen Belästiger ist, dass er sich einer anderen Person bedient. Ferner passt § 180 Abs. 1 StGB nicht zu den für diese Untersuchung im Raum stehenden Fälle. Bei § 180 Abs. 1 StGB geht es darum, Jugendliche gezielt sexuellen Handlungen zuzuführen, ohne dass der Täter daran persönlich, finanziell oder in sonstiger Form beteiligt ist. Auch wenn seine Anwesenheit nicht schadet, so stimmt die Tätermotivation regelmäßig nicht mit derjenigen des sexuellen Belästigers überein, der meist

⁷⁵⁵ Vgl. *Renzikowski*, in: MK, StGB, § 180 Rn. 79; *Hörnle*, in: LK, StGB, § 180 Rn. 67.

⁷⁵⁶ Vgl. zum Erheblichkeitsmaßstab diese Arbeit unter D. II. 5. b) bb) (3) sowie unter D. II. 5. b) bb) (4).

⁷⁵⁷ *Fischer*, StGB, § 180 Rn. 20.

das Opfer erniedrigen möchte, um dadurch Macht und sexuelle Befriedigung zu verspüren.

Versucht man, diese beiden nicht zueinander passenden Tatbestände übereinander zu legen, darf es nicht verwundern, wenn ein Ergebnis zutage gefördert wird, das formal betrachtet möglich, im Lichte der Realität jedoch äußerst unwahrscheinlich ist. Als Fazit bleibt daher zu ziehen, dass es zwar *de lege lata* möglich ist, einen sexuellen Belästiger bei Vorliegen der hier genannten Tatbestandsvoraussetzungen nach § 180 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB zu bestrafen. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Tatbestandsvoraussetzungen jedoch in genau dieser Art und Weise vorliegen, ist als quasi ausgeschlossen zu bezeichnen.

Eine Strafbarkeit nach Abs. 2 kommt nicht in Betracht. Für Abs. 3 ergeben sich keine Unterschiede zu den Feststellungen bei § 174 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 2 StGB.

g) Täterschaft und Teilnahme

Täter des § 180 StGB kann grundsätzlich jede Person sein, die nicht an den sexuellen Handlungen zwischen Opfer und dritter Person beteiligt ist⁷⁵⁸. § 180 Abs. 3 StGB ist ein Sonderdelikt, bei dem nur eine Person mit entsprechender Autoritätsstellung Täter sein kann.

Die Teilnahme folgt grundsätzlich den allgemeinen Regeln. Der Jugendliche ist als notwendiger Teilnehmer stets straffrei. Im Übrigen sind die folgenden, im Detail umstrittenen Besonderheiten zu berücksichtigen: Nach h. M. ist auch der an der sexuellen Handlung beteiligte Dritte nicht nach § 180 StGB zu bestrafen, allenfalls nach anderen Vorschriften⁷⁵⁹. Etwas Anderes gilt jedoch für nicht an der sexuellen Handlung beteiligte dritte Personen, da diese nicht notwendige Teilnehmer sind⁷⁶⁰. Für die Strafbarkeit nach Abs. 3 trifft das jedoch nach h. M. nicht zu, da dieser systematisch zu § 174 StGB gehört und daher eine Ausnahme zu machen und der Dritte als nicht notwendiger Teilnehmer zu bestrafen ist⁷⁶¹. Wieder anders liegt der Fall, wenn das Erzieherprivileg des Abs. 1 Satz 2 eingreift, da dann bereits keine strafbare Haupttat vorliegt.

⁷⁵⁸ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 180 Rn. 29; Renzikowski, in: MK, StGB, § 180 Rn. 65.

⁷⁵⁹ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 180 Rn. 14; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 180 Rn. 23; Fischer, StGB, § 180 Rn. 23; Renzikowski, in: MK, StGB, § 180 Rn. 67; Hörnle, in: LK, StGB, § 180 Rn. 40; a. A. BGH, Urt. v. 1.10.1957 – 5 StR 404/57, BGHSt 10, 386 (387) zu § 180 StGB a. F.

⁷⁶⁰ Renzikowski, in: MK, StGB, § 180 Rn. 69; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 180 Rn. 35.

⁷⁶¹ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 180 Rn. 32; Fischer, StGB, § 180 Rn. 23; a. A. Renzikowski, in: MK, StGB, § 180 Rn. 68.

3. Abschnitt
Missbrauch institutioneller Abhängigkeit

9. § 174a StGB – Sexueller Missbrauch von Gefangenen und behördlich Verwahrten

a) Einleitung, Rechtsgut

Der Gesetzgeber des 4. StrRG hat es für erforderlich gehalten, Gefangene oder auf behördliche Anordnung Verwahrte gegen sexuelle Übergriffe durch das Aufsichts- und Betreuungspersonals zu schützen, § 174a Abs. 1 StGB.

aa) Eröffnung des Anwendungsbereichs des AGG

§ 174a Abs. 2 StGB ist für die anzustellende Untersuchung sexueller Belästigung am Arbeitsplatz nicht zu berücksichtigen, denn eine solche setzt einen Arbeitsplatzbezug voraus. Abs. 2 sieht jedoch weder ausdrücklich Ausbildungs- oder Arbeitstätigkeiten vor noch ist bei der Aufnahme kranker oder hilfsbedürftiger Menschen in einer Einrichtung zur Beaufsichtigung oder Betreuung davon auszugehen, dass diese in der Einrichtung einer Beschäftigung nachgehen. Mithin ist weder der sachliche Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 4 AGG noch der persönliche Anwendungsbereich des § 6 AGG eröffnet.

Auch bei § 174a Abs. 1 StGB ist der persönliche Anwendungsbereich fraglich, denn § 6 Abs. 1 AGG spricht von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen sowie zur Berufsbildung beschäftigten Personen und solchen die als arbeitnehmerähnlich anzusehen sind. Gefangene haben in den Werkbetrieben der Vollzugsanstalten jedoch keinen Arbeitnehmerstatus. Zwischen ihnen und dem Träger der Vollzugsanstalt besteht ein besonderes, öffentlich-rechtliches Gewaltverhältnis⁷⁶². Allerdings gewährt § 39 Abs. 1 StVollzG, dass dem Gefangenen gestattet werden soll, einer Arbeit, Berufsausbildung oder beruflichen Weiterbildung auf der Grundlage eines freien Beschäftigungsverhältnisses außerhalb der Anstalt nachzugehen, wenn dies im Rahmen des Vollzugsplanes dem Ziel dient, Fähigkeiten für eine Erwerbstätigkeit nach der Entlassung zu vermitteln, zu erhalten oder zu fördern und nicht überwiegende Gründe des Vollzuges entgegenstehen. Diese Freigänger können ein ordentliches Arbeitsverhältnis außerhalb der Vollzugsanstalt begründen⁷⁶³. Steht ein Gefangener in einem solchen Verhältnis, besteht die Gelegenheit zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz sowohl durch den Arbeitgeber oder Ausbilder außerhalb der Vollzugsanstalt als auch durch Anstaltspersonal, welches den Gefangenen an seinem Arbeitsplatz aufsucht. Ob die strafatbestandlichen Anforderungen in diesen Fällen erfüllt sind, ist zu untersuchen.

⁷⁶² BAG, Beschl. v. 3.10.1978 – 6 ABR 46/76, DB 1979, 1186, AP Nr. 18 zu § 5 BetrVG 1972; BAG, Beschl. v. 18.11.1986 – 7 AZR 311/85, NSZ 1987, 575; Sigel, NSZ 1987, 543 (544); Thüsing, Diskriminierungsschutz, Rn. 123.

⁷⁶³ LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 15.9.1988 – 4b 41/88, NSZ 1989, 141.

bb) Schutzgut des § 174a Abs. 1 StGB

Das strafrechtliche Schutzbedürfnis gefangener und verwahrter Personen resultiert aus der besonders hohen Abhängigkeit dieser Personen, die unfreiwillig ihrer persönlichen Freiheit entkleidet und erheblichen Einschränkungen unterworfen sind⁷⁶⁴. Schutzgut ist nach herrschender Ansicht die sexuelle Selbstbestimmungsfreiheit dieser Personen, die in ihrer Handlungs- und Entscheidungsfreiheit eingeengt sind⁷⁶⁵. Darüber hinaus soll aber auch das Interesse der Allgemeinheit an der störungsfreien Anstaltsfunktion zur Erreichung des Zwecks der Verwahrung⁷⁶⁶, das Vertrauen der Gesellschaft in die Objektivität bzw. Integrität des verantwortlichen Personals⁷⁶⁷ und die Gleichbehandlung der Anstaltsinsassen⁷⁶⁸ geschützt sein.

Entgegen vereinzelt vertretener Auffassungen ist damit weder ein absolutes Abstinenzgebot verbunden, da die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen nach den Umständen des Einzelfalls zu ermitteln und dabei zu prüfen ist, ob nicht eine „echte Liebesbeziehung“ vorliegt, die den Tatbestand entfallen lässt⁷⁶⁹. Es kann auch nicht richtig sein, allein auf die sexuelle Selbstbestimmung als Schutzgut abzustellen, denn diese muss nicht in jedem Einzelfall verletzt sein, da es durchaus Konstellationen geben kann, in denen der Sexualkontakt von der gefangenen Person erwünscht ist⁷⁷⁰. Nach zutreffender h. M. schützt § 174a Abs. 1 StGB sowohl das sexuelle Selbstbestimmungsrecht des Individuums als auch die Interessen der Allgemeinheit. Dem Einzelne wird – abhängig von der Asymmetrie der Beziehung – die Dispositionsbefugnis über sein sexuelles Selbstbestimmungsrecht entzogen, um Fehldispositionen unter dem Einfluss der Abhängigkeit zu vermeiden. Gleichzeitig wird damit eine Ungleichbehandlung des Einzelnen gegenüber anderen Gefangenen vermieden, indem der Einzelne bevorzugt (z. B. durch menschlich-sexuelle Hinwendung) oder benachteiligt (z. B. durch Ausübung von Druck in sexueller Hinsicht) wird. Solcherlei Ungleichbehandlung tangiert aber auch das Vertrauen der übrigen Gefangenen und schließlich auch der Öffentlichkeit in die Integrität des Personals und die Zweckgerichtetheit des Vollzugs. Diese vermeintlichen „Nebeneffekte“ sind stets gegeben und daher auch dann zu berücksichtigen, wenn im Einzelfall keine Verletzung der Sexualfreiheit vorliegt⁷⁷¹.

⁷⁶⁴ BT-Drs. 6/3521 vom 14.6.1972, S. 25.

⁷⁶⁵ BGH, Urt. v. 15.6.2000 – 4 StR 156/00, NStZ-RR 2000, 354 (354); OLG München, Beschl. v. 28.6.2010 – 5 St RR (1) 34/10, NStZ 2011, 464 (466); Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 174a Rn. 1; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 174a Rn. 1; Fischer, StGB, § 174a Rn. 2; Gössel, § 4 Rn. 53; Laue, in: Dölling/Dutte/Rössner, StGB, § 174a Rn. 1; Wolters, in: SK, StGB, § 174a Rn. 2; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 19 Rn. 3, wonach dies allein das Schutzgut darstelle; abl. Frommel, in: NK, StGB, § 174a Rn. 5 wonach ein absolutes Abstinenzgebot nicht konsistent begründbar sei; krit. Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 174a Rn. 1 wonach es sich außerhalb der sexuellen Selbstbestimmung nur um Nebeneffekte handele; ebenso Renzikowski, in: MK, StGB, § 174a Rn. 2; Hörnle, in: LK, StGB, § 174a Rn. 4.

⁷⁶⁶ Laubenthal, Rn. 386; Fischer, StGB, § 174a Rn. 2; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 174a Rn. 1; abl. Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 19 Rn. 3; vorrangiger Gesetzeszweck nach Wolters, in: SK, StGB, § 174a Rn. 2.

⁷⁶⁷ Laubenthal, Rn. 386; Fischer, StGB, § 174a Rn. 2; Gössel, § 4 Rn. 53.

⁷⁶⁸ BT-Drs. 6/3521 vom 14.6.1972, S. 25; BGH, Urt. v. 15.6.2000 – 4 StR 156/00, NStZ-RR 2000, 354 (354); Frommel, in: NK, StGB, § 174a Rn. 6.

⁷⁶⁹ OLG München, Beschl. v. 28.6.2010 – 5 St RR (1) 34/10, NStZ 2011, 464 (465).

⁷⁷⁰ Vgl. BGH, Beschl. v. 25.2.1999 – 4 StR 23–99, NStZ 1999, 349.

⁷⁷¹ Zutreffend OLG München, Beschl. v. 28.6.2010 – 5 St RR (1) 34/10, NStZ 2011, 464 (466); Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 174a Rn. 1; Wolters, in: SK, StGB, § 174a Rn. 2.

Für die weitere Untersuchung ist festzuhalten, dass § 174a Abs. 1 StGB nur dann in Betracht zu ziehen ist, wenn *jedenfalls auch* eine Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts vorliegt, da Ausgangspunkt der Prüfung unerwünschtes sexuelles Verhalten im Sinne des § 3 Abs. 4 AGG sein muss. Mangelt es bereits an der Unerwünschtheit, liegt in keinem Fall eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz vor.

b) Objektiver Tatbestand

aa) Geschützter Personenkreis

Mögliches Opfer des § 174a Abs. 1 StGB kann ausschließlich eine gefangene oder auf behördliche Anordnung verwahrte Person sein, die dem Täter zur Erziehung, Ausbildung, Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist.

(1) *Gefangene oder auf behördliche Anordnung verwahrte Person*

Der Begriff des Gefangenen richtet sich nach § 120 Abs. 1 StGB. Es handelt sich um eine Person, die aufgrund richterlicher, polizeilicher oder sonst zuständiger hoheitlicher Zwangsgewalt zur Sanktionierung von Fehlverhalten oder zur Erzwingung prozessualer Pflichten die persönliche Freiheit entzogen ist und sich deshalb in tatsächlichem staatlichem Gewahrsam befindet⁷⁷²; dazu zählen insbesondere Strafgefangene. Auf behördliche Anordnung verwahrt ist eine Person, die sich aufgrund hoheitlicher Gewalt in staatlichem Gewahrsam befindet, z. B. zur Sicherungsverwahrung oder Abschiebehaft⁷⁷³.

Es ist nicht erforderlich, dass die Tat innerhalb der Anstalt begangen wird, denn auch Freigänger und Gefangene während des Transports bzw. solche, die mit Außenarbeiten beschäftigt sind, haben Gefangenenstatus⁷⁷⁴. Für § 174a Abs. 1 StGB ist ein Autoritätsverhältnis erforderlich, welches während des Vollzugs außerhalb der Anstalt fortbestehen kann. Die h. M. legt den Begriff der gefangenen Person daher zu Recht weit aus, denn spätestens mit der Rückkehr des Gefangenen wirkt sich das Über-Unterordnungsverhältnis wieder unmittelbar auf die betroffene Person aus⁷⁷⁵.

(2) *Spezifisches Obhutsverhältnis - Anvertrautsein*

Erforderlich ist, dass das Opfer dem Täter zum Zwecke der Erziehung, Ausbildung, Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist. Erziehung ist die physische oder psychische Entwicklung des Betroffenen, etwa durch einen Anstaltslehrer⁷⁷⁶; bei der Ausbildung steht die Entwicklung von Fähigkeiten und Fertigkeiten zur Erreichung eines Ausbildungsziels im Mittelpunkt. Anders als bei § 174 Abs. 1 StGB ist keine umfassende Persönlichkeitsbildung erforderlich ist⁷⁷⁷.

⁷⁷² Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 120 Rn. 3; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, § 120 Rn. 3; Renzikowski, in: MK, StGB, § 174a Rn. 10; Laubenthal, Rn. 391.

⁷⁷³ Vgl. Renzikowski, in: MK, StGB, § 174a Rn. 11; Laubenthal, Rn. 393 mit weiteren Beispielen.

⁷⁷⁴ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 174a Rn. 2; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 174a Rn. 4; Fischer, StGB, § 174a Rn. 6; Renzikowski, in: MK, StGB, § 174a Rn. 10; Gössel, § 4 Rn. 56; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 174a Rn. 4; Wolters, in: SK, StGB, § 174a Rn. 3; Laue, in: Dölling/Duttge/Rössner, StGB, § 174a Rn. 3; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 19 Rn. 10.

⁷⁷⁵ Hörnle, in: LK, StGB, § 174a Rn. 10; Laubenthal, Rn. 395.

⁷⁷⁶ Vgl. Sachverhalt bei OLG München, Beschl. v. 28.6.2010 – 5 St RR (1) 34/10, NSIZ 2011, 464 (Deutschlehrerin).

⁷⁷⁷ Laubenthal, Rn. 397.

Der Zweck und die Zuweisung von Ausbildung und Arbeit ergeben sich aus §§ 37 ff. Strafvollzugsgesetz. Danach soll allen Gefangenen Gelegenheit zur Ausbildung oder Arbeit gegeben werden. Als Täter kommt u. a. der Ausbildungsleiter in Betracht, da ihm die Auszubildenden anvertraut sein können⁷⁷⁸. Durch die Einbeziehung der Beaufsichtigung wird § 174a Abs. 1 StGB auf das gesamte Wachpersonal erstreckt, von dem die Gefangenen abhängig sind. Gleiches gilt für die Personen, die Verantwortung für das körperliche und psychische Wohl im Rahmen einer Betreuung übernehmen, soweit und solange sich die gefangene Person in ihrem Verantwortungsbereich befinden, wie z. B. Seelsorger, Pfleger oder auch die Anstaltsleitung⁷⁷⁹. Erforderlich ist ein dienstlicher Umgang mit dem Opfer⁷⁸⁰.

Anvertraut ist, wer in einem Über-Unterordnungsverhältnis zum Täter steht⁷⁸¹. Dieses Verhältnis muss nicht zwingend während der gesamten Dauer der Gefangenschaft bestehen. Es reicht aus, wenn sich die gefangene Person vorübergehend im Verantwortungsbereich des Täters befindet, wie z. B. bei Lehrern nur während des Unterrichts oder bei Pflegern nur während des Aufenthalts auf der Krankenstation⁷⁸².

bb) Tathandlung

Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen im Hinblick auf die Beziehung zwischen Opfer und Täter vor, muss dieser unter Missbrauch seiner Stellung eine sexuelle Handlung an der gefangenen Person vornehmen oder an sich von dieser vornehmen lassen.

(1) Missbrauch der Stellung

Ein Missbrauch ist nach dem Willen des Gesetzgebers die illegitime Wahrnehmung einer Chance, die sich dem Täter dadurch eröffnet, dass er in einer Vollzugs- oder Verwahranstalt seinen Dienst verrichtet⁷⁸³. Ein Missbrauch liegt jedoch nicht per se vor, wenn es zwischen Anstaltspersonal und Gefangenen zu sexuellen Handlungen kommt, sondern erfordert das Vorliegen eines Obhutsverhältnisses zum Tatzeitpunkt und die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, um Ausnahmefälle entsprechend würdigen zu können⁷⁸⁴. Ein solcher Ausnahmefall, der den Tatbestand entfallen lässt, ist eine echte

⁷⁷⁸ Dabei ist zu beachten, dass – wie eingangs dargestellt – die Ausbildung oder Arbeit in der Anstalt keine sexuelle Belästigung im Sinne des AGG sein kann; in Frage kommt nur die außeranstaltliche Ausbildung oder Arbeit.

⁷⁷⁹ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 174a Rn. 3; Laubenthal, Rn. 398; vgl. auch BGH, Beschl. v. 29.9.1998 – 4 StR 324/98, NStZ 1999, 29 (29).

⁷⁸⁰ BGH, Urt. v. 2.11.1982 – 5 StR 308/82, NJW 1983, 404; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 174a Rn. 5.

⁷⁸¹ BGH, Beschl. v. 29.9.1998 – 4 StR 324/98, NStZ 1999, 29 (29); BGH, Beschl. v. 25.2.1999 – 4 StR 23–99, NStZ 1999, 349; OLG München, Beschl. v. 28.6.2010 – 5 St RR (1) 34/10, NStZ 2011, 464 (465); statt aller Renzikowski, in: MK, StGB, § 174a Rn. 13.

⁷⁸² Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 174a Rn. 3; Eisele, in: Schönte/Schröder, StGB, § 174a Rn. 5; Laubenthal, Rn. 400; einschränkend Fischer, StGB, § 174a Rn. 6 unter Verweis auf BGH, Beschl. v. 29.9.1998 – 4 StR 324/98, NStZ 1999, 29, wonach jedoch nur nähere Feststellungen zu treffen sind, wenn sich die zeitlich umfassende Verantwortung nicht bereits aus der Tätigkeit des Täters ergibt.

⁷⁸³ BT-Drs. 6/3521 vom 14.6.1972, S. 26.

⁷⁸⁴ BT-Drs. 6/3521 vom 14.6.1972, S. 26; BGH, Beschl. v. 29.9.1998 – 4 StR 324/98, NStZ 1999, 29 (29); BGH, Beschl. v. 25.2.1999 – 4 StR 23–99, NStZ 1999, 349. A. A. Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 19 Rn. 13.

Liebesbeziehung zwischen gefangener Person und Täter⁷⁸⁵. Diese festzustellen ist schwierig, denn allein dass die gefangene Person mit der sexuellen Handlung einverstanden ist oder die Initiative gar von ihr ausgeht, vermag den Missbrauch nicht zu beseitigen, wenn das Einverständnis des Opfers auf seiner Abhängigkeit vom Täter beruht und damit seine Selbstbestimmung eingeschränkt ist⁷⁸⁶. Auf eine Ausnutzung der Abhängigkeit durch den Täter kommt es hingegen nicht an⁷⁸⁷. Verkürzend lässt sich festhalten, dass die Erheblichkeit der Abhängigkeit den Missbrauch der Stellung indiziert⁷⁸⁸; je höher die Abhängigkeit, desto eher liegt Missbrauch vor⁷⁸⁹.

(2) Sexuelle Handlung an einer Person

Wie bei § 174 Abs. 1 StGB ist auch hier erforderlich, dass der Täter sexuelle Handlungen am Opfer vornimmt oder das Opfer an ihm⁷⁹⁰. Diese müssen nach § 184h Nr. 1 StGB von einiger Erheblichkeit sein⁷⁹¹. Hierzu ist zunächst zu prüfen, ob das geschützte Rechtsgut nach Art, Intensität, Dauer und den sonstigen konkreten Umständen in einer Weise verletzt ist, dass von einiger Erheblichkeit gesprochen werden kann⁷⁹². Das ist bei § 174a Abs. 1 StGB bereits schwierig, da – wie eingangs dargestellt – mehrere Rechtsgüter betroffen sind. Regelmäßig wird jedenfalls auch das sexuelle Selbstbestimmungsrecht der gefangenen Person und damit ein Individualgut verletzt sein, welches gegenüber den von § 174a Abs. 1 StGB geschützten Gütern der Allgemeinheit schwerer wiegt und damit weniger Eingriff benötigt, um erheblich verletzt zu sein. Sofern im Einzelfall lediglich Allgemeingüter tangiert sind, müssen an die sexuelle Handlung höhere Anforderungen gestellt werden. Nach Art, Intensität und Dauer sind bei sexuellen Handlungen, welche die direkten Geschlechtsorgane einbeziehen die Anforderungen erfüllt. Sofern diese nicht betroffen sind – wie etwa beim Anfassen der weiblichen Brust oder bei Zungenküssen – ist weiter zu differenzieren.

Maßgebend für die Frage der Erheblichkeit der sexuellen Handlung ist die Relation zum geschützten Rechtsgut und der jeweiligen Strafdrohung⁷⁹³. Bei § 174a Abs. 1 StGB geht es um den Missbrauch zum Nachteil von nicht notwendig volljährigen Personen, die aber – ähnlich der Widerstandsunfähigen des § 179 StGB – aufgrund der Umstände ihr Selbstbestimmungsrecht nur eingeschränkt ausüben können. Da gefangene Personen nicht in der Lage sind, sich dem Übergriff zu entziehen, sind die Anforderungen an die Erheblichkeit zu reduzieren.

⁷⁸⁵ *OLG München*, Beschl. v. 28.6.2010 – 5 St RR (1) 34/10, NStZ 2011, 464 (465); der Gesetzgeber (a. a. O.) spricht von Heirat oder Verlöbnis. Krit. *Fischer*, StGB, § 174a Rn. 10; enger *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 19 Rn. 13; *Gössel*, § 4 Rn. 68.

⁷⁸⁶ *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 174a Rn. 6; *Renzikowski*, in: *MK*, StGB, § 174a Rn. 16; *Fischer*, StGB, § 174a Rn. 10; *Frommel*, in: *NK*, StGB, § 174a Rn. 11.

⁷⁸⁷ *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, § 174a Rn. 4; *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 174a Rn. 6; *Laue*, in: *Dölling/Dutge/Rössner*, StGB, § 174a Rn. 5; *Eschelbach*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 174a Rn. 6. ⁷⁸⁸ *Hörnle*, in: *LK*, StGB, § 174a Rn. 29; *Renzikowski*, in: *MK*, StGB, § 174a Rn. 17; *Laubenthal*, Rn. 403.

⁷⁸⁹ *BGH*, Beschl. v. 29.9.1998 – 4 StR 324/98, NStZ 1999, 29 (29); *OLG München*, Beschl. v. 28.6.2010 – 5 St RR (1) 34/10, NStZ 2011, 464 (465); *Frommel*, in: *NK*, StGB, § 174a Rn. 11; *Eschelbach*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 174a Rn. 6; *Gössel*, § 4 Rn. 68; *Wolters*, in: *SK*, StGB, § 174a Rn. 7.

⁷⁹⁰ Vgl. zu den Anforderungen im Einzelnen diese Arbeit unter D. II. 2. b) (1) sowie die Ausführungen zur Erheblichkeit der sexuellen Handlung bei § 174 StGB unter D. II. 5. b) bb) (3) dieser Arbeit.

⁷⁹¹ Vgl. zum Maßstab und den hierfür anzuwendenden Kriterien diese Arbeit unter D. II. 2. c) bb) (3).

⁷⁹² *BGH*, Urt. v. 6.5.1992 – 2 StR 490/91, NStZ 1992, 432 (432); *BGH*, Urt. v. 1.12.2011 – 5 StR 417/11, NStZ 2012, 269 (270); *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 184g Rn. 15a.

⁷⁹³ Vgl. diese Arbeit unter D. II. 2. c) bb) (2).

Nimmt man den Strafrahmen als Maßstab des verwirklichten Unrechts, ist festzustellen, dass § 174a StGB mit den §§ 174, 174b und 174c StGB korreliert. Bei allen Normen ist ein Strafrahmen von drei Monate bis fünf Jahre vorgesehen. Das erstaunt nicht, da sämtliche Vorschriften ein Freiheitsdefizit des Opfers schützen; bei § 174 StGB bedingt durch das Alter, im Übrigen durch die Umstände begründet. Keine Berücksichtigung erfährt demgegenüber, dass auch bei den §§ 174a ff. StGB Minderjährige als Opfer in Betracht kommen und damit „doppelt“ schutzbedürftig sein könnten. Wenn demgegenüber in § 180 Abs. 2 und 3 sowie in § 182 Abs. 1 StGB keine untere Strafrahmengrenze vorgesehen ist, bedeutet das, dass auch weniger verwirklichtes Unrecht angemessen geahndet werden soll. Daraus lässt sich folgern, dass bei § 174a Abs. 1 StGB nicht jedes beliebige Unrecht ausreichend ist; die Erheblichkeitsschwelle mithin trotz des geschützten Selbstbestimmungsrechts nicht zu niedrig festzusetzen ist, da mindestens drei Monate Freiheitsstrafe judiziert werden müssen.

Danach ist – wie bei § 174 Abs. 1 StGB – festzustellen, dass unerwartete Berührungen der Genitalien und der weiblichen Brust ausreichend sind. Auch Zungenküsse können ausreichen – abhängig vom Alter der betroffenen Person. Einfache Umarmungen oder sonstige körperliche Berührungen, einschließlich Klapsen auf das Gesäß, sind nicht ausreichend erheblich.

c) Subjektiver Tatbestand

Wie bei § 174 StGB ist auch bei § 174a StGB umstritten, ob *dolus eventualis* für alle Elemente des objektiven Tatbestandes ausreicht⁷⁹⁴. Eine Mindermeinung verlangt *dolus directus* mit dem Argument, von Missbrauch könne nur gesprochen werden, wenn der Täter seine Stellung bewusst ausnutzt⁷⁹⁵. Zutreffend wird dagegen von *Hörnle* eingewendet, dass Missbrauch auch dann möglich sei, wenn der Täter die relevanten Umstände nur für ernstlich möglich halte, sich damit aber abfinde⁷⁹⁶. Dies ist um den Aspekt zu ergänzen, dass der Missbrauch nach allen Umständen des Einzelfalls festzustellen ist. Zwar liegt der Schwerpunkt des Missbrauchsbegriffs im objektiven Abhängigkeitsverhältnis zur gefangenen Person, erschöpft sich darin jedoch nicht. Er umfasst – wie soeben festgestellt – auch die subjektive Abhängigkeit der gefangenen Person und deren Einwilligungsbereitschaft in die sexuellen Handlungen – was in Ausnahmefällen bis zum Wegfall der Tatbestandsmäßigkeit führen kann. *Dolus directus* zu verlangen hieße, den vom Gesetzgeber sehr weit gestalteten Tatbestand auf subjektiver Ebene einzuschränken, da der Täter regelmäßig keine sicheren Erkenntnisse über die Bereitschaft der gefangenen Person am Sexualkontakt erlangen kann.

d) Versuch, Vollendung

Der Versuch ist nach Abs. 3 strafbar. Die Tat ist mit dem Beginn der sexuellen Handlung vollendet.

⁷⁹⁴ H. M. Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 174a Rn. 11; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 174a Rn. 11; Fischer, StGB, § 174a Rn. 14 mit Verweis auf die Kommentierung in § 174 Rn. 16; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 174a Rn. 12; Frommel, in: NK, StGB, § 174a Rn. 16; Wolters, in: SK, StGB, § 174a Rn. 8.

⁷⁹⁵ Renzikowski, in: MK, StGB, § 174a Rn. 18; Gössel, § 4 Rn. 70.

⁷⁹⁶ Hörnle, in: LK, StGB, § 174a Rn. 31.

e) Zwischenfazit

Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ist nach § 174a Abs. 1 StGB strafbar, wenn eine gefangene Person, die in einem ordentlichen Arbeitsverhältnis steht, an ihrem Arbeitsplatz von einer Vertrauensperson sexuell belästigt wird, wenn diese dabei unter Missbrauch ihrer Stellung erhebliche sexuelle Handlungen an der gefangenen Person vornimmt oder sich von dieser vornehmen lässt. Der Anwendungsbereich für die Fälle sexueller Belästigung ist gering und zahlenmäßig auf die Freigänger beschränkt, gleichwohl aber denkbar. Von einer Strafbarkeit des Arbeitgebers lässt sich jedoch nur dann sprechen, wenn die sexuelle Belästigung durch den Arbeitgeber oder Ausbilder erfolgt, bei dem der Freigänger einer Beschäftigung oder Ausbildung nachgeht. Nicht hingegen bei der Belästigung durch Anstaltspersonal im Rahmen eines Besuchs, da es sich dabei um bedienstete Personen geht, die Gefangenen oder Verwahrten im Dienst gegenüberreten.

f) Täterschaft und Teilnahme

§ 174a Abs.1 StGB ist ein Sonderdelikt und verlangt zudem Eigenhändigkeit, so dass nur Teilnahme in Betracht kommt.

4. Abschnitt

Exhibitionismus und Pornographieverbote

10. § 183 StGB – Exhibitionistische Handlungen

a) Einleitung

Wer als Mann eine andere Person durch eine exhibitionistische Handlung belästigt, wird nach § 183 Abs. 1 StGB bestraft. Im Allgemeinen wird unter Exhibitionismus die Entblößung der Geschlechtsteile in Gegenwart fremder Personen, meist des anderen Geschlechts verstanden⁷⁹⁷. Das Zurschaustellen des Genitals ist wiederum als klarer Fall sexueller Belästigung am Arbeitsplatz bezeichnet worden, auch wenn die Häufigkeit im Vergleich zu den anderen Befragungssitemen am geringsten ausfällt⁷⁹⁸.

Die Legaldefinition der sexuellen Belästigung in § 3 Abs. 4 AGG führt exhibitionistische Handlungen nicht ausdrücklich auf. Diese sind unter allgemein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten zu subsumieren. Die Entblößung des männlichen Geschlechtsteils kann aber auch zu anderen als sexuellen Zwecken erfolgen – etwa zum Urinieren oder zur Provokation⁷⁹⁹. Es ist deshalb zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen die Entblößung des Geschlechtsteils gleichzeitig eine sexuelle Belästigung und eine strafbare exhibitionistische Handlung darstellt, mithin eine Strafbarkeit wegen sexueller Belästigung begründet.

⁷⁹⁷ Vgl. *Scholze-Stubenrecht*, Duden Universalwörterbuch, S. 558, Stichwort „Exhibitionismus“.

⁷⁹⁸ Vgl. diese Arbeit C.IV.2.a) und e).

⁷⁹⁹ BT-Drs. 6/1552 vom 4.12.1970, S. 31; BT-Drs. 6/3521 vom 14.6.1972, S. 53.

b) Rechtsgut

Das Rechtsgut des § 183 Abs. 1 StGB ist umstritten. Vertreten wird der Schutz von Individualrechtsgütern wie der psychischen und körperlichen Integrität⁸⁰⁰, der Privatsphäre⁸⁰¹, der Persönlichkeitssphäre⁸⁰² oder der Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung⁸⁰³ aber auch der Schutz der öffentlichen Ordnung⁸⁰⁴.

Sinn und Zweck der Regelung ist es, einzelne Personen vor ungewollter – und meist überraschender – Konfrontation mit fremder Sexualität zu schützen⁸⁰⁵. Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmungsfreiheit ermöglicht es dem Rechteinhaber, selbst zu entscheiden, ob und wie er in ein sexuelles Geschehen einbezogen werden möchte. Dieses Recht ist verletzt, wenn eine Person zur sexuellen Erregung einer anderen Person zum Teilnehmer eines sexuellen Geschehens gemacht wird. Dieses Recht ist vorrangig verletzt, wenn einer Person den Anblick fremder Sexualität erdulden muss – sofern dies zur sexuellen Erregung erfolgt. Wie auch in anderen Straftatbeständen des dreizehnten Abschnitts, kann es bei der Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung auch zu psychischen oder gar körperlichen Integritätsverletzungen kommen, etwa dadurch, dass durch überraschende Konfrontation ein Schock ausgelöst wird. Der Schutz dieser Integritätsverletzungen sind aber als Annex – oder nach *Gössel*: „Reflex“⁸⁰⁶ – zum Schutz des sexuellen Selbstbestimmungsrechts aufzufassen, da jede Verletzung des Selbstbestimmungsrechts potentiell diese Folgen für die Integrität der betroffenen Person haben kann. Der Schutz öffentlicher Interessen passt nicht zum Antragerfordernis des Abs. 2.

c) Objektiver Tatbestand

aa) Exhibitionistische Handlung eines Mannes

Was eine exhibitionistische Handlung ist, wird weder in § 183 StGB noch sonst im Gesetz definiert. Nach der Rechtsprechung und der h. M. im Schrifttum liegt eine solche vor, wenn der männliche Täter einer anderen Person ohne deren Einverständnis sein entblößtes Glied vorweist, um sich allein dadurch oder zusätzlich durch die Reaktion des anderen sexuell zu erregen, seine Erregung zu steigern oder zu befriedigen⁸⁰⁷. Die exhibitionisti-

⁸⁰⁰ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 183 Rn. 1; *Laue*, in: Dölling/Duttge/Rössner, StGB, § 183 Rn. 1; *Frommel*, in: NK, StGB, § 183 Rn. 1; ablehnend *Gössel*, § 7 Rn. 4.

⁸⁰¹ *Hörnle*, in: MK, StGB, § 183 Rn. 1; einschränkend *Wolters*, in: SK, StGB, § 183 Rn. 1a.

⁸⁰² *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 22 Rn. 3; BT-Drs. 6/3521 vom 14.6.1972, S. 53.

⁸⁰³ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 183 Rn. 1; *Fischer*, StGB, § 183 Rn. 2; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 183 Rn. 2; *Gössel*, § 7 Rn. 3; *Laufhütte/Roggenbuck*, in: LK, StGB, § 183 Rn. 1; *Bottkje*, in: Joerden u. a., FS-Szwarc, S. 297 (300) – „negatorische sexuelle Irritationshoheit [als] Unterart des Rechtes auf sexuelle Selbstbestimmung“ (a. a. O.); dieses Rechtsgut ist jedenfalls auch tangiert nach *Hörnle*, in: MK, StGB, § 183 Rn. 2; *Wolters*, in: SK, StGB, § 183 Rn. 1a; zudem auch psychisches Wohlbefinden betroffen *Laubenthal*, Rn. 719.

⁸⁰⁴ *Benz*, S. 184 f.; dagegen *Wolters*, in: SK, StGB, § 183 Rn. 1a; *Gössel*, § 7 Rn. 4.

⁸⁰⁵ Vgl. hierzu auch diese Arbeit unter D. II. 1. d).

⁸⁰⁶ *Gössel*, § 7 Rn. 4.

⁸⁰⁷ *BGH*, Urt. v. 5.9.1995 – 1 StR 396/95, abrufbar über juris; *OLG Hamm*, Beschl. v. 8.11.2012 – III-3 RVs 67/12, StRR 2013, 43; *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 24.2.1998 – 5 Ss 409/97 - 13/98 I, NStZ 1998, 412 (413); *BayOBLG*, Urt. v. 16.6.1998 – 2 St RR 86-98, NJW 1999, 72 (73); BT-Drs. 6/3521 vom 14.6.1972, S. 53; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 183 Rn. 2; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 183 Rn. 3; *Fischer*, StGB, § 183 Rn. 5; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 22 Rn. 6; *Laubenthal*, Rn. 723; a. A. *Hörnle*, in: MK, StGB, § 183 Rn. 6 nach der die sexuelle Motivation des Täters nicht maßgebend sein

sche Handlung ist nicht allein ein äußerlicher Vorgang, sondern eine Handlung mit sexueller Motivation⁸⁰⁸. Für die Tatbestandsverwirklichung ist es unschädlich, wenn der Täter zusätzlich zu dieser Erregungs- bzw. Befriedigungsabsicht eine spätere, freiwillige sexuelle Zuwendung seines Opfers erhofft⁸⁰⁹. Täter und Opfer müssen gleichzeitig körperlich anwesend sein⁸¹⁰. Mangels Entblößung genügt das Vorzeigen von Abbildungen oder Aufzeichnungen ebenso wenig wie das Vorzeigen eines Kunstpenis⁸¹¹. Handlungen ohne sexuelle Tendenz wie Nacktbaden, Urinieren oder Provokationen⁸¹² fehlt es an der sexuellen Erregungsabsicht. Gleiches gilt für eine Exhibitionshandlung, die lediglich einen Zwischenschritt zum Erreichen des eigentlichen Ziels – z. B. der Ausübung des Geschlechtsverkehrs mit der anderen Person – darstellt. Auf die öffentliche Begehung oder die Distanz zum Opfer kommt es nicht an⁸¹³.

bb) Belästigung einer anderen Person

Durch die exhibitionistische Handlung muss eine andere Person beliebigen Geschlechts belästigt werden. Das ist nur dann der Fall, wenn diese die Entblößung wahrnimmt – ob es sich um die Person handelt, auf die es dem Täter ankam ist unerheblich – und sich dadurch belästigt fühlt⁸¹⁴. Erforderlich und ausreichend ist jede nicht unerhebliche negative Gefühlsempfindung, wie Angst, Schrecken, Ekel oder Empörung⁸¹⁵. Keine Belästigung ist es daher, wenn die betroffene Person der Entblößung gleichgültig oder belustigt gegenübersteht oder die sexuelle Bedeutung nicht erkennt⁸¹⁶.

d) Subjektiver Tatbestand

Der Täter muss hinsichtlich der Wahrnehmung durch eine andere Person mit direktem Vorsatz handeln⁸¹⁷. Es genügt nicht, dass er die Beobachtung durch eine andere Person nur billigend in Kauf nimmt. Ferner ist nach h. M. das absichtliche Exhibitionieren der

soll, sondern vielmehr der sexuelle Kontext der Entblößung aus Sicht eines objektiven Beobachters; *Eschelbach*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 183 Rn. 5 nach dem das Handlungsmotiv eine Machtdemonstration des Täters sein soll.

⁸⁰⁸ *BGH*, Beschl. v. 8.8.2007 – 2 StR 235/07, NStZ-RR 2007, 374.

⁸⁰⁹ *OLG Hamm*, Beschl. v. 8.11.2012 – III-3 RVs 67/12, StRR 2013, 43; *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 183 Rn. 3; *Laufhütte/Roggenbuck*, in: *LK*, StGB, § 183 Rn. 3.

⁸¹⁰ *Laubenthal*, Rn. 724.

⁸¹¹ *LG Koblenz*, Urt. v. 30.10.1996 – 2103 Js 48515/94 - 8 Ns, NStZ-RR 1997, 104.

⁸¹² Kritisch zum Ausschluss von Provokationen *Hörnle*, in: *MK*, StGB, § 183 Rn. 6.

⁸¹³ *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 183 Rn. 3.

⁸¹⁴ *Laufhütte/Roggenbuck*, in: *LK*, StGB, § 183 Rn. 4. Teilweise wird darüber hinaus zu Recht verlangt, dass die exhibitionistische Handlung auch objektiv zur Belästigung geeignet sein müsse, *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, § 183 Rn. 3; *Hörnle*, in: *MK*, StGB, § 183 Rn. 11. Zwar mag dies in den meisten Fällen einer objektiven exhibitionistischen Handlung gegeben sein und die Frage daher eher akademischer Natur sein. Jedoch vermag allein dieses Tatbestandsmerkmal eine unzulässige Ausdehnung der Strafbarkeit zu Lasten des Täters zu verhindern, die ansonsten von den subjektiven Reaktionen eines ggf. (über-)sensiblen Opfers abhängt; ähnlich *Wolters*, in: *SK*, StGB, § 183 Rn. 3.

⁸¹⁵ *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, § 183 Rn. 3; *Eschelbach*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 183 Rn. 6; *Fischer*, StGB, § 183 Rn. 6; ähnlich „von einigem Gewicht“ *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 183 Rn. 4; *Laubenthal*, Rn. 728; „erhebliche negative Gefühlsregungen“ *Laufhütte/Roggenbuck*, in: *LK*, StGB, § 183 Rn. 4; *Hörnle*, in: *MK*, StGB, § 183 Rn. 9 f.; *Gössel*, § 7 Rn. 11.

⁸¹⁶ *Fischer*, StGB, § 183 Rn. 6; *Laubenthal*, Rn. 728.

⁸¹⁷ *BGH*, Beschl. v. 8.8.2007 – 2 StR 235/07, NStZ-RR 2007, 374; *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, § 183 Rn. 4; *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 183 Rn. 5; *Fischer*, StGB, § 183 Rn. 7; *Laubenthal*, Rn. 726; *Gössel*, § 7 Rn. 14 (zielgerichtetes Verhalten); *Laufhütte/Roggenbuck*, in: *LK*, StGB, § 183 Rn. 5.

Genitalien erforderlich⁸¹⁸. Im Übrigen und damit insbesondere für die Belästigung der anderen Person genügt bedingter Vorsatz⁸¹⁹.

e) Strafantrag, Aussetzung

Sofern nicht das besondere öffentliche Interesse zu bejahen ist, wird die Tat nur auf Antrag verfolgt, §§ 183 Abs. 2, 77 Abs. 1 StGB. Da es sich bei Exhibitionismus um eine anerkannte krankhafte psychische Störung handelt, die zu tatbestandlichen exhibitionistischen Handlungen führen kann, ist in Abs. 3 eine erweiterte Aussetzungsmöglichkeit normiert, die nach Abs. 4 auch bei einer Bestrafung nach einer anderen Vorschrift wegen einer exhibitionistischen Handlung zur Anwendung gelangen kann.

f) Zwischenfazit

Die Eingangsfrage, unter welchen Voraussetzungen die Entblößung des Geschlechtsteils gleichzeitig eine sexuelle Belästigung und eine strafbare exhibitionistische Handlung darstellt, ist dahingehend zu beantworten, dass sowohl Belästiger als auch Exhibitionist jeweils sexuell motiviertes Verhalten an den Tag legen müssen, um die Normanforderungen zu erfüllen. Sexuelle Belästigung und exhibitionistische Handlungen überschneiden sich dort, wo der Täter zu seiner sexuellen Erregung oder Befriedigung handelt⁸²⁰. Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz kann daher als exhibitionistische Handlung nach § 183 Abs. 1 StGB strafbar sein. Die Anzahl der Fälle, in denen sich tatsächlich eine Strafbarkeit ergibt, dürften aber gering sein, denn es besteht keine Überschneidung, wenn der sexuelle Belästiger durch das Entblößen seines Geschlechtsteils lediglich weitere sexuelle Handlungen ermöglichen will⁸²¹. In diesen Fällen ist der Straftatbestand des § 183 StGB nicht, die sexuelle Belästigung hingegen bereits erfüllt.

g) Täterschaft und Teilnahme

Als Täter des § 183 StGB kommen nur Männer in Betracht. Die Tat ist ein eigenhändiges Delikt⁸²². Die Teilnahme hingegen ist nach den allgemeinen Regeln möglich – selbst durch eine Frau⁸²³.

11. § 184 StGB – Verbreitung pornographischer Schriften

a) Einleitung

Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ist auch durch unerwünschtes Zeigen oder sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen als Fallbeispiel des unerwünschten,

⁸¹⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.2.1998 – 5 Ss 409/97 – 13/98 I, NStZ 1998, 412 (413); Hörnle, in: MK, StGB, § 183 Rn. 12.

⁸¹⁹ H. M.; siehe Fischer, StGB, § 183 Rn. 7; a. A. Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 183 Rn. 7.

⁸²⁰ Nach der Mindermeinung auch dort, wo der Täter Macht demonstrieren will, Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 183 Rn. 5; ähnlich Hörnle, in: MK, StGB, § 183 Rn. 6.

⁸²¹ Vgl. den Sachverhalt bei OLG Zweibrücken, Beschl. v. 5.7.1985 – 1 Ss 62/84, NJW 1986, 2960. Der dortige Täter legte sich nur noch mit einem T-Shirt bekleidet zum Belästigungsoffer ins Bett. Insofern ist dieser Sachverhalt vergleichbar mit BayObLG, Urt. v. 16.6.1998 – 2 St RR 86-98, NJW 1999, 72, wo der Täter sich auch teilweise entkleidet hat, aber nicht um sich zu erregen oder zu befriedigen, sondern um einvernehmlichen sexuellen Kontakt vorzubereiten.

⁸²² Fischer, StGB, § 183 Rn. 16; Laufhütte/Roggenbuck, in: LK, StGB, § 183 Rn. 6.

⁸²³ Hörnle, in: MK, StGB, § 183 Rn. 14.

sexuell bestimmten Verhaltens gemäß § 3 Abs. 4 AGG möglich. Für die Frage nach der Strafbarkeit solchen Verhaltens ist zunächst der Anwendungsbereich des § 3 Abs. 4 AGG zu untersuchen und sodann zu analysieren, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Tatbestand des § 184 StGB erfüllt sein kann.

aa) Pornographische Darstellungen bei § 3 Abs. 4 AGG

Wie bereits festgestellt, entspricht der Terminus der pornographischen Darstellung des § 3 Abs. 4 AGG nicht dem strafrechtlichen Begriff der pornographischen Schrift. Die Systematik legt zwar eine konforme Verwendung des gleichlautenden Begriffs nahe, gegen eine solche sprechen jedoch die Historie, die Gesetzesbegründung und die teleologische Interpretation des Begriffs bei § 3 Abs. 4 AGG⁸²⁴. Gegenstand des § 184 Abs. 1 StGB ist zwar eine pornographische *Schrift*, es besteht jedoch allgemein Einigkeit, dass die *Darstellung* der Oberbegriff ist, der nach § 11 Abs. 3 StGB in die Norm hineinzulesen ist.

Der zivilrechtliche Begriff ist zugleich enger und weiter als der strafrechtliche Begriff. Er ist weiter da die Anforderungen, welche an die Darstellung zu stellen sind, hinter den Anforderungen des Strafrechts zurückbleiben, denn nach § 3 Abs. 4 AGG sind nicht allein Darstellungen erfasst, die den strafrechtlichen Pornographiebegriff ausfüllen, sondern aufgrund des weiteren Schutzbereichs alle „typischen Fälle“⁸²⁵, d. h. Kalender und Poster auch von (halb-)nackten Damen oder Herren, deren Geschlechtsteil oder bei Damen auch deren Brust zu sehen ist. Er ist enger im Hinblick darauf, dass nicht jede Form der Verkörperung, Präsentation oder Wahrnehmung genügt; die in diesem Sinne pornographische Darstellung muss gezeigt oder sichtbar angebracht sein.

bb) Unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen

Zu den Details der Definitionen des unerwünschten Zeigens und sichtbaren Anbringens ist nach oben zu verweisen⁸²⁶. Zusammenfassend ist unerwünschtes Zeigen als das Vorzeigen, Ansehen- oder Betrachtenlassen einer pornografischen Darstellung gegen den Willen des Adressaten zu verstehen. Sichtbares Anbringen setzt die auf eine gewisse Dauer angelegte Befestigung der Darstellung an einer anderen Sache voraus. Die Darstellung ist sichtbar, wenn sie von anderen Personen visuell wahrgenommen werden kann. Gegenüber dem strafrechtlichen Verständnis der pornographischen Darstellung scheidet z. B. die akustische Wahrnehmung aus.

b) Rechtsgut

§ 184 Abs. 1 StGB enthält neun sich mehrfach überschneidende Tatbestände, die unterschiedliche – zum Teil auch mehrere – Rechtsgüter schützen. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Norm dem Jugendschutz und dem Schutz vor unverlangter Konfrontation mit Pornographie dienen⁸²⁷. Das gilt nach heute überwiegender Ansicht für die Nrn. 1 bis 5 und 7, die vorrangig oder ausschließlich dem Jugendschutz dienen⁸²⁸. Ferner für Nr. 6, die den Schutz einer Person vor unerwünschter Konfrontation mit Pornographie

⁸²⁴ Vgl. zu diesen Ergebnissen diese Arbeit unter C. III. 5. d) aa) (4) (d).

⁸²⁵ BT-Drs. 16/1780 vom 8.6.2006, S. 33.

⁸²⁶ Vgl. hierzu diese Arbeit unter C. III. 5. d) aa) (4) (d).

⁸²⁷ BT-Drs. 6/3521 vom 14.6.1972, S. 58.

⁸²⁸ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 184 Rn. 1; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rn. 5; Fischer, StGB, § 184 Rn. 2; Laubenthal, Rn. 889; Hörnle, NJW 2002, 1008 (1008).

gewähren soll⁸²⁹. Nr. 8 erfasst Vorbereitungshandlungen zu den Nrn. 1-7 und schützt daher dieselben Rechtsgüter. Nr. 9 schließlich schützt die Beziehung zu anderen Staaten, indem ein in Deutschland an sich strafloses Verhalten kriminalisiert wird, um die ausländischen Sittlichkeitsvorschriften nicht zu gefährden⁸³⁰.

c) Objektiver Tatbestand

Pornographische Schriften sind nicht als solche verboten. Zur Begründung einer Strafbarkeit nach § 184 Abs. 1 StGB ist stets erforderlich, dass eine pornographische Schrift vorliegt *und* mit dieser gemäß Nr. 1 bis 9 in tatbestandserfüllender Weise verfahren wird. Die Untersuchung ist auf die Ziffern einzuschränken, die unerwünschtes Zeigen oder sichtbares Anbringen als Form der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz erfüllen können. Dadurch scheiden die Tatbestände aus, die nicht die visuelle Wahrnehmung betreffen, sondern den Handel oder Versand von pornographischen Schriften (Nrn. 4, 8 und 9). Ebenso kommen jene Tatbestände nicht in Betracht, die nicht am Arbeitsplatz der belästigten Person erfüllbar sind (Nrn. 3, 3a, 5 und 7).

aa) Pornographische Schrift – § 184 Abs. 1 StGB

Die Gleichstellungsklausel des § 11 Abs. 3 StGB bestimmt, dass bei ausdrücklicher Verweisung auf diesen Absatz in die verweisende Norm auch „Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen“ einbezogen sind. Den Oberbegriff bildet dabei die Darstellung⁸³¹. Unter Darstellungen sind jegliche Arten stofflicher Zeichen zu verstehen, die sinnlich wahrnehmbar sind; die stoffliche Verkörperung muss von gewisser Dauer sein, so dass Live-Übertragungen oder Aufführungen ausscheiden⁸³². Es muss sich nicht zwingend um gedruckte Pornographie handeln. In Betracht kommt beispielsweise auf das unerwünschte Zeigen eines pornographischen Films auf einem mobilen Abspiegelgerät, z. B. einem Smartphone.

Pornographisch ist eine Darstellung nicht bereits dann, wenn sie einen Bezug zum Sexuellen aufweist; es müssen weitere Elemente hinzutreten. Freilich ist mangels Legaldefinition unklar, welche Anforderungen im Detail zu stellen sind. Die in der Rechtsprechung und Literatur herrschende Auffassung einer pornographischen Darstellung ähnelt denn auch eher einer Sammlung von Topoi als einer abstrakten Begriffsdefinition. Nach heute h. M. zeichnet sich eine pornographische Darstellung dadurch aus, dass sie die folgenden Merkmale erfüllt⁸³³.

⁸²⁹ Erdemir, MMR 2003, 628 (630); Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 184 Rn. 1; Wolters, in: SK, StGB, § 184 Rn. 2; Hörnle, in: MK, StGB, § 184 Rn. 8.

⁸³⁰ Dieses gesetzgeberische Motiv ist zweifelhaft. Zu Recht daher die Kritik bei Fischer, StGB, § 184 Rn. 22.

⁸³¹ Eser/Hecker, in: Schönte/Schröder, StGB, § 11 Rn. 68; Laubenthal, Rn. 895. Durch das 49. StRÄndG wurde der Numerus der „Schriften“ in § 184 Abs. 1 StGB in den Singular „Schrift“ geändert, um klarzustellen, dass nicht mehrere Schriften für die Erfüllung des Tatbestandes erforderlich sind. Die dadurch eingetretene grammatikalische Friktion zum Numerus des § 11 Abs. 3 StGB ist ohne Bedeutung. Laubenthal, Rn. 896.

⁸³² Abweichende Konzeptionen des Pornographiebegriffs vertreten u.a. Wolters, in: SK, StGB, § 184 Rn. 5, wonach eine teleologische Auslegung geboten sei und von Pornographie bei ungewollter Konfrontation nur gesprochen werden könne, wenn ein „nach den §§ 174 ff. strafbares Geschehen“ vorliege (a. a. O.). Ferner Schumann, in: Eser u. a., FS-Lenckner, S. 565 ff.; ähnlich wie hier jedoch mit wesentlich mehr Kriterien Schroeder, Pornographie, S. 17 ff.

Inhaltlich zielt die pornographische Darstellung nach ihrer objektiven Gesamttendenz ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung sexuellen Reizes beim Betrachter ab⁸³⁴. Sie reduziert diesen auf ein physiologisches Reiz-Reaktions-Wesen⁸³⁵. Darüber hinaus stellt sie Sexualität entmenschlicht und verabsolutiert, d. h. weitgehend gelöst von den menschlichen Bezügen dar⁸³⁶. Dem Menschen bleibt lediglich die Rolle eines austauschbaren Sexualobjektes⁸³⁷. Formal erfolgt die pornographische Darstellung typischerweise aufdringlich, vergrößert, verzerrt oder anreißerisch⁸³⁸. In der Literatur wird mit der Gesetzesbegründung zusätzlich verlangt, dass die Darstellung die Grenzen des sexuellen Anstandes, welche durch die allgemeinen gesellschaftlichen Wertvorstellungen gesetzt sind, eindeutig überschreiten⁸³⁹.

Reine Nacktdarstellungen von Menschen erfüllen diese Anforderungen in der Regel nicht⁸⁴⁰; es kann bereits am Erfordernis der Stimulierungswirkung fehlen. Anders mag dies bei erotisch-sinnlichen Darstellungen sein, bei denen der Schwerpunkt auf der Anregung der sexuellen Fantasie des Betrachters liegt. Wenn Geschlechtsorgane abgebildet sind – wie häufig bei Pin-ups – ist das Stimulierungskriterium jedenfalls erfüllt. Die Frage ist dann, ob dies die objektive Gesamttendenz der Darstellung ausmacht, d. h. ob die Darstellung überwiegend die Aufreizung des Sexualtriebs zum Zweck hat. Aber selbst, wenn diese Frage in einem konkreten Fall bejaht werden kann, muss hinzutreten, dass die Sexualität vorrangig vor der Menschlichkeit dargestellt wird. Das ist z. B. dann nicht der Fall, wenn zwar ein Mann mit einem erigierten Penis abgebildet ist, d. h. die Stimulierungstendenz klar zu bejahen ist, aber die damit verbundene sexuelle Aussage der Darstellung nicht im Vordergrund steht, z. B. weil das Modell in seiner körperlichen Individualität gezeigt wird und nicht nur das Geschlechtsteil⁸⁴¹. Das führt dazu, dass Makrodarstellungen von Geschlechtsteilen häufig aber nicht zwingend als Pornographie zu bewerten sind. Hinzukommen muss ferner das formale Merkmal der Aufdringlichkeit, d. h. die

⁸³⁴ *BGH*, Urt. v. 21.6.1990 – 1 StR 477/89, BGHSt 37, 55 (60) = NJW 1990, 3026 (3027); *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 184 Rn. 2; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rn. 8

⁸³⁵ *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 16.5.1974 – 1 Ss 75/74, NJW 1974, 2015 (2016); *KG*, Beschl. v. 8.2.2008 – (4) 1 Ss 312/07 (192/07), NStZ 2009, 446 (447) Rn. 5. Sog. „Reizwirkungs- bzw. Stimulierungstendenz“, *Erdemir*, MMR 2003, 628 (631); *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rn. 8; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 184 Rn. 11; *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184 Rn. 17.

⁸³⁶ Sog. „Apersonalität der Geschlechtspartner“, *Erdemir*, MMR 2003, 628 (631).

⁸³⁷ *BGH*, Urt. v. 21.6.1990 – 1 StR 477/89, BGHSt 37, 55 (59) „Hintansetzung sonstiger menschlicher Bezüge“; *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 28.3.1974 – 1 Ss 847/73, NJW 1974, 1474 (1475); *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 27.11.1986 – 4 Ss 184/86, NJW 1987, 1957 (1957); *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 16.5.1974 – 1 Ss 75/74, NJW 1974, 2015 (2016) „Ausklammerung sonstiger menschlicher Bezüge“; *KG*, Beschl. v. 8.2.2008 – (4) 1 Ss 312/07 (192/07), NStZ 2009, 446 (447) Rn. 5; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rn. 8; *Gössel*, § 7 Rn. 40.

⁸³⁸ *BGH*, Urt. v. 22.7.1969 – 1 StR 456/68, BGHSt 23, 40 (44); *BGH*, Urt. v. 21.6.1990 – 1 StR 477/89, BGHSt 37, 55 (60); *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 16.5.1974 – 1 Ss 75/74, NJW 1974, 2015 (2016); *KG*, Beschl. v. 8.2.2008 – (4) 1 Ss 312/07 (192/07), NStZ 2009, 446 (447) Rn. 5; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 184 Rn. 2; *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184 Rn. 19.

⁸³⁹ BT-Drs. 6/3521 vom 14.6.1972, S. 60; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rn. 8; *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184 Rn. 20; die Rspr. ist uneinheitlich, vgl. abl. *BGH*, Urt. v. 21.6.1990 – 1 StR 477/89, BGHSt 37, 55 (60); anders *BVerwG*, Urt. v. 20.2.2002 – 6 C 13/01, NJW 2002, 2966 (2969) und die führer Rspr., vgl. *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 28.3.1974 – 1 Ss 847/73, NJW 1974, 1474 (1475).

⁸⁴⁰ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 184 Rn. 2; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rn. 10.

⁸⁴¹ *KG*, Beschl. v. 8.2.2008 – (4) 1 Ss 312/07 (192/07), NStZ 2009, 446 (Ls.).

sexuelle Abbildung muss den wesentlichen Inhalt der Darstellung ausmachen, die verkörperte Sexualität ihn gleichsam „anspringen“, sich dem Betrachter aufdrängen, ohne dass ein weiterer Zweck erkennbar wird.

Diese differenzierten Anforderungen an eine pornographische Darstellung stellt § 3 Abs. 4 AGG nicht. Dort genügen die weit verbreiteten Pin-ups, die nackte Personen in sexuell aufreizender Weise darstellen⁸⁴². Vielfach sind dabei Geschlechtsorgane sichtbar oder kaum verdeckt. Dadurch soll die Fantasie des Betrachters in sexueller Weise stimuliert werden, was für eine sexuelle Belästigung ausreichend ist. Bei typischen Pin-Up-Darstellungen kann es an der Entmenschlichung der Abbildung und an der erforderlichen anreißerischen Darstellung im Einzelfall fehlen. Es sind aber nahezu beliebig Darstellungen verfügbar, welche die vorstehenden Anforderungen erfüllen, weshalb zu prüfen ist, welche weiteren Tatbestandsanforderungen vorliegen müssen.

bb) § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB - Anbieten, überlassen oder zugänglich machen
Ist das Tatopfer unter achtzehn Jahren alt, kommt § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB in Betracht. Nach Alt. 1 muss der Täter die pornographische Schrift anbieten, d. h. einer konkret bestimmten Person unter achtzehn Jahren ausdrücklich oder konkludent ein Angebot zur Besitzübertragung machen⁸⁴³. Nach Alt. 2 ist auch das Überlassen in Form der Verschaffung des Besitzes zu eigenem, wenn auch nur vorübergehendem Gebrauch möglich⁸⁴⁴. Die 3. Alternative schließlich besteht im Zugänglichmachen der Schrift. Darunter ist die Zugriffsmöglichkeit auf die Sache – etwa wenn diese unbeaufsichtigt liegen gelassen wird – oder auf den Inhalt der Darstellung – etwa durch Vorlesen oder Zurverfügungstellung in Datennetzen – zu verstehen⁸⁴⁵.

Sichtbares Anbringen einer pornographischen Darstellung stellt mithin gegenüber Personen unter achtzehn Jahren ein Verstoß gegen § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch Zugänglichmachen (Alt. 3) dar; Gleiches gilt für unerwünschtes Zeigen. Wegen Anbietens (Alt. 1) oder Überlassens (Alt. 2) vermag unerwünschtes Zeigen nur dann eine Strafbarkeit zu begründen, wenn es in der jeweils erforderlichen Form, also mit einem Angebot zum Besitz oder der Verschaffung des Besitzes erfolgt. Hierfür müssen zusätzliche Motive beim Täter vorliegen, die über das bloße Zeigen hinausgehen.

§ 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB kann auch jenseits des unerwünschten Zeigens und sichtbaren Anbringens von pornographischen Darstellungen erfüllt sein, z. B. wenn eine pornografische Schrift in Form einer E-Mail mit pornographischem Inhalt (in Wort, Bild oder Ton) einer jugendlichen Person durch Übersendung zugänglich gemacht wird⁸⁴⁶. Insofern ist § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht nur bei pornographischen Abbildungen am Arbeitsplatz zu prüfen, sondern auch bei unerwünschten sexuellen Einladungen sowie bei verkörperten

⁸⁴² Vgl. zu den Indizien für den pornographischen Charakter einer Darstellung *Laubenthal*, Rn. 918.

⁸⁴³ *BGH*, Beschl. v. 10.6.1986 – 1 StR 41/86, BGHSt 34, 94 (98); *OLG Hamburg*, Urt. v. 28.1.1992 – 2 Ss 124/91, NJW 1992, 1184 (1184); *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 184 Rn. 5; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rn. 14; *Laubenthal*, Rn. 936; *Horn*, NJW 1977, 2329 (2332) „tatsächliche Abgabebeziehung“.

⁸⁴⁴ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rn. 15; *Laubenthal*, Rn. 940.

⁸⁴⁵ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 184 Rn. 5; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rn. 16 f.; *Laubenthal*, Rn. 942 f.

⁸⁴⁶ BT-Drs. 15/350 vom 28.1.2003, S. 18; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rn. 17; *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184 Rn. 28; *Laubenthal*, Rn. 947.

sexuellen Anspielungen. Die Grenze der Strafbarkeit ist in diesen Fällen vom Pornographiebegriff vorgegeben.

Zu beachten ist das Erzieherprivileg des § 184 Abs. 2 S. 1 StGB, welches die Anwendung der Nr. 1 ausschließt, wenn der Sorgeberechtigte handelt, ohne seine Erziehungspflicht gröblich zu verletzen.

cc) § 184 Abs. 1 Nr. 2 StGB – Zugänglichmachen an zugänglichen Orten

Bei Personen unter achtzehn Jahren kommt auch § 184 Abs. 1 Nr. 2 StGB in Betracht. Dieser soll bereits im Vorfeld einer möglichen Strafbarkeit nach Nr. 1 verhindern, dass es soweit kommt. Die Tathandlung ist nach dem Inkrafttreten des 49. StRÄndG allein das Zugänglichmachen, das aber bereits vor dieser Gesetzesänderung als Oberbegriff der bis dahin zusätzlich und nicht abschließend aufgeführten Tathandlungen aufgefasst wurde. Entsprechend dieser Konzeption geht es bei Nr. 2 um die abstrakte und bei Nr. 1 um die konkrete Möglichkeit der Kenntnisnahme durch Jugendliche⁸⁴⁷. D. h. eine Konkretisierung auf eine bestimmte Person ist nicht erforderlich. Die Zugänglichmachung muss an einem Ort erfolgen, der von jugendlichen Personen ohne Weiteres betreten oder eingesehen werden kann und zwar gerade zu der Zeit, zu der dort die pornographische Schrift zugänglich ist. Ein Ort ist dann nicht zugänglich, wenn ein tatsächliches Zugangshindernis besteht oder ein rechtliches Zugangsverbot, das faktisch durchgesetzt wird⁸⁴⁸.

Strafbar macht sich demnach nicht nur, wer einer konkretisierten Person unerwünscht pornographische Darstellungen zeigt oder sie für diese Person sichtbar anbringt, sondern auch wer dies auf eine Weise unternimmt, so dass unbestimmte jugendliche Personen betroffen sein können. Also etwas das „Herumzeigen“ einer pornographischen Darstellung im Betrieb in dem auch Personen unter achtzehn Jahren tätig oder anwesend sind sowie das Senden entsprechender Nachrichten an einen Verteiler oder auch das Anbringen von pornographischen Schriften an Orten, die von jugendlichen Personen aufgesucht oder eingesehen werden können. Das können Räume sein, zu denen der Zutritt Jugendlicher rechtlich verboten aber faktisch möglich ist und nicht sanktioniert wird und daher nicht unzugänglich ist.

dd) § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB – unaufgefordertes Gelangelassen

Bei volljährigen Personen kommt für die Begehungsweise am Arbeitsplatz das unaufgeforderte Gelangelassen von Pornographie an eine andere Person in Betracht, § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB. Dieser Tatbestand schützt die ungewollte Konfrontation mit pornographischem Material, weshalb für Nr. 6 kein Raum mehr bleibt, wenn der Täter vom Empfänger aufgefordert wurde, ihm pornographisches Material zukommen zu lassen und Erstgenannter davon auch nicht qualitativ abweicht⁸⁴⁹. Gelangelassen liegt dann vor, wenn die pornographische Schrift so in den Machtbereich einer anderen Person gelangt ist, dass diese

⁸⁴⁷ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rn. 23; Hörnle, in: MK, StGB, § 184 Rn. 36; Laubenthal, Rn. 965.

⁸⁴⁸ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 184 Rn. 5; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rn. 24; Hörnle, in: MK, StGB, § 184 Rn. 34; Laufhütte/Roggenbuck, in: LK, StGB, § 184 Rn. 20; Laue, in: Dölling/Duttge/Rössner, StGB, § 184 Rn. 7; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 23 Rn. 9; Gössel, § 7 Rn. 60; Laubenthal, Rn. 960; wohl enger Fischer, StGB, § 184 Rn. 11; tatsächliches und rechtliches Verbot; ebenso Wolters, in: SK, StGB, § 184 Rn. 28.

⁸⁴⁹ Hörnle, in: MK, StGB, § 184 Rn. 84; Fischer, StGB, § 184 Rn. 17.

Kenntnis von ihrem Inhalt nehmen kann – ohne dass die tatsächliche Kenntnisnahme erforderlich ist⁸⁵⁰. Das ist regelmäßig erst dann der Fall, wenn die andere Person Gewahrsam an dem Material erlangt hat⁸⁵¹.

Ob das bloß unerwünschte Zeigen oder sichtbare Anbringen den Tatbestand erfüllen kann, ist fraglich, denn sofern eine pornographische Darstellung lediglich vorgehalten wird, kann diese von der belästigten Person zwar zur Kenntnis genommen werden, worin eine unerwünschte Konfrontation mit Sexualität zu sehen ist; die bloße Kenntnisnahme erfüllt das Merkmal des Gelangenlassens jedoch nicht, insbesondere begründet sie keinen Gewahrsam, und erfüllt damit den Tatbestand nicht. Gewahrsam setzt eine vom Herrschaftswillen getragene, tatsächliche Herrschaft über die Sache voraus⁸⁵².

Die tatsächliche Sachherrschaft besteht, wenn der unmittelbaren Verwirklichung des Einwirkungswillens keine faktischen Hindernisse entgegenstehen⁸⁵³. Deshalb reicht es für Nr. 6 nicht aus, wenn pornographische Darstellungen vorgeführt werden – z. B. auf einem Smartphone – oder wenn diese nur vorgehalten werden, ohne dass die belästigte Person einen Herrschaftswillen ausüben kann. Anders kann dies sein, wenn solche Darstellungen am Arbeitsplatz abgelegt⁸⁵⁴ oder per Post oder E-Mail übersendet werden, denn mit solchermaßen überlassenen Darstellungen kann die betroffene Person faktisch verfahren wie sie möchte.

Trotz der unmittelbaren Sachherrschaft über Pornographika, die sich am Arbeitsplatz abgelegt wurden, stellt sich die Frage, ob die belästigte, abhängig beschäftigte Person nicht lediglich Mitgewahrsam an dem pornographischen Material erwirbt. Für soziale Abhängigkeitsverhältnisse ist überwiegend anerkannt, dass die untergeordnete Person den Gewahrsam der übergeordneten brechen kann, jedoch nicht umgekehrt. Die Rechtsprechung verwendet hierfür die Figur des mehrstufigen Gewahrsams⁸⁵⁵, die Literatur überwiegend die des Mitgewahrsams⁸⁵⁶. Das gilt, sofern nicht die untergeordnete Person ausnahmsweise Alleingewahrsam besitzt, etwa aufgrund dessen, dass ihr ausdrücklich die alleinige Verantwortung für die Sache übertragen wurde⁸⁵⁷. Das ist bei unerwünscht überlassener Pornographie kaum denkbar.

Fraglich ist auch, ob bei der belästigten Person der erforderliche Herrschaftswille gegeben ist. Aufgrund des für die Belästigung erforderlichen Arbeitsplatzbezugs besteht der Herr-

⁸⁵⁰ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 184 Rn. 6c; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rn. 52; *Fischer*, StGB, § 184 Rn. 17; *Laubenthal*, Rn. 1017; *Laufhütte/Roggenbuck*, in: LK, StGB, § 184 Rn. 35.

⁸⁵¹ *BGH*, Beschl. v. 23.11.2004 – 5 StR 156/05, NStZ-RR 2005, 309 (309); enger *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184 Rn. 81 wonach eine Konfrontation ohne Gewahrsam nicht ausreichen soll; ähnlich *Wolters*, in: SK, StGB, § 184 Rn. 57 der den Schwerpunkt ebenfalls nicht in der Kenntnisnahmemöglichkeit, sondern in der Gewahrsamsbegründung sieht.

⁸⁵² H. M.; statt aller vgl. *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 242 Rn. 8a.

⁸⁵³ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 242 Rn. 9; *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 242 Rn. 25.

⁸⁵⁴ Im Hinterlassen am Arbeitsplatz ist ein Zeigen im Sinne des § 3 Abs. 4 AGG zu sehen, vgl. hierzu diese Arbeit unter C. III. 5. d) aa) (4) (d).

⁸⁵⁵ *BGH*, Urt. v. 26.7.1957 – 4 StR 257/57, BGHSt 10, 400 (401 f.); *BGH*, Beschl. v. 13.7.1995 – 1 StR 309/95, NStZ-RR 1996, 131 (132); *OLG Celle*, Beschl. v. 13.9.2011 – 1 Ws 355/11, NStZ 2012, 447 (447).

⁸⁵⁶ *Fischer*, StGB, § 242 Rn. 14a.

⁸⁵⁷ Beispiele bei *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 242 Rn. 13.

schaftswille möglicherweise nur beim Arbeitgeber, der das betriebliche Umfeld beherrscht. Der Herrschaftswille muss darauf gerichtet sein, im Rahmen des tatsächlich Möglichen mit der Sache nach eigenem Willen verfahren zu können⁸⁵⁸. Dabei genügt generell und potenzieller Gewahrsamswille bezüglich eines bestimmten Gewahrsamsbereichs sowie antizipierter Erlangungswille im eigenen Herrschaftsbereich⁸⁵⁹. D. h. wenn der Arbeitgeber selbst eine pornographische Darstellung am Arbeitsplatz einer Person deponiert, verliert er zwar Alleingewahrsam daran, die Person erlangt aber nur Mitgewahrsam, da sich die Darstellung weiterhin im generellen Gewahrsamsbereich des Arbeitgebers und getragen vom generellen Gewahrsamswillen desselben befindet. Deponiert ein Mitarbeiter die pornographische Darstellung am Arbeitsplatz, erlangt die belästigte Person gleichfalls nur Mitgewahrsam. Nichts Anderes gilt für juristische Personen als Arbeitgeber. Diese können zwar nicht selbst Gewahrsam haben, wohl aber deren Organe oder Vertreter⁸⁶⁰.

Auf Alleingewahrsam kann es für § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB jedoch nicht ankommen, da nach h. M. die Kenntnisnahmemöglichkeit das zentrale Element des Gelangenlassen ist. Es wird flankiert von dem Regelerfordernis des Gewahrsams, um die reine Kenntnisnahme von der verkörperten oder digital konservierten⁸⁶¹ Überlassung mit der Möglichkeit zur Kenntnisnahme zu unterscheiden und Erstgenannte aus dem Tatbestand auszuschließen. Es geht im Kern darum, dass die belästigte Person die faktische Einwirkungsmöglichkeit über das pornographische Material erlangt. Dafür genügt auch Mitgewahrsam.

Dieser ist zu bejahen, wenn pornographische Darstellungen in der Form gezeigt werden, die der belästigten Person die tatsächliche Sachherrschaft ermöglichen, indem sie z. B. am Arbeitsplatz abgelegt werden. Nichts Anderes gilt für Darstellungen, die am Arbeitsplatz sichtbar in einer Art und Weise angebracht werden, welche die tatsächliche Sachherrschaft einräumt. Das ist bei sichtbar angebrachten Darstellungen dann nicht mehr der Fall, wenn diese zwar sichtbar sind, aber kein Gewahrsam begründet wird, etwa weil sich diese im Nachbarbüro befindet, welches durch eine Glaswand getrennt ist, zu dem die betroffene Person jedoch keinen Zugang hat.

Festzuhalten bleibt, dass sich das Zeigen und sichtbare Anbringen vom Gelangenlassen hinsichtlich der faktischen Einwirkungsmöglichkeit auf die pornographische Darstellung unterscheiden und aufgrund dieses Unterschied auseinanderfallen können. Gelangenlassen ist mehr als nur Kenntnisgabe bzw. die reine Kenntnisnahmemöglichkeit, die für die sexuelle Belästigung ausreichend sind.

d) Subjektiver Tatbestand

Auf der subjektiven Ebene ist für alle hier relevanten Tatbestände des § 184 Abs. 1 StGB bedingter Vorsatz erforderlich und ausreichend⁸⁶². Er muss die Elemente des objektiven

⁸⁵⁸ *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 242 Rn. 29.

⁸⁵⁹ Ausführlich hierzu *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 242 Rn. 30; *Rönnau*, JuS 2009, 1088 (1089 f.).

⁸⁶⁰ *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 242 Rn. 29; *Fischer*, StGB, § 242 Rn. 13.

⁸⁶¹ Z. B. in Form von E-Mails mit Anhang.

⁸⁶² *Fischer*, StGB, § 184 Rn. 42; *Hörnle*, in: MK, StGB, § 184 Rn. 102.

Tatbestandes umfassen, wozu hier insbesondere die in der Laiensphäre vorzunehmende Bewertung der Schrift als pornographisch zählt.

e) **Zwischenfazit**

§ 184 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB bieten für Personen unter achtzehn Jahren einen umfassenden Schutz vor pornographischen Darstellungen. Ein Defizit in der strafrechtlichen Reichweite in Relation zum zivilrechtlichen Belästigungsschutz folgt diesbezüglich nur im Hinblick auf den Pornographiebegriff, der einerseits weiter ist, da er jede Form der sinnlichen Wahrnehmung umfasst und andererseits enger, da die Anforderungen an den pornographischen Charakter höher sind. Es zeigt sich mithin das gleiche Problem wie bei tatsächlich ausgeführten sexuellen Handlungen, dass nämlich die strafrechtliche Eingriffsschwelle, die eine Aktivierung der Strafnormen bewirkt, höher liegt als das zivilrechtliche Schutzniveau, weshalb eine absolute Synchronisierung – unabhängig von der Frage ihrer Sinnhaftigkeit – nicht möglich ist.

§ 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB enthält demgegenüber eine zusätzliche Anforderung durch die Begründung von (Mit-)Gewahrsam, die gleichfalls dazu führt, dass eine Strafbarkeit in Abhängigkeit von den konkreten Umständen des Einzelfalls zwar möglich ist, aber nicht zwingend.

f) **Täterschaft und Teilnahme**

Für die Täterschaft und die Teilnahme an § 184 Abs. 1 StGB kommt grundsätzlich jede Person in Betracht, insbesondere kommt es auf das Alter nicht an. Sofern es für das Verbreiten auf den Gewahrsam ankommt, kann Täter nur der Gewahrsamsinhaber sein⁸⁶³. Teilnahme folgt den allgemeinen Regeln, wobei die straffreie notwendige Teilnahme des jugendlichen Empfängers der Schrift zu beachten ist.

⁸⁶³ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rn. 91; *Laufhütte/Roggenbuck*, in: LK, StGB, § 184 Rn. 51; *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 184 Rn. 86; *Wolters*, in: SK, StGB, § 184 Rn. 21; weiter *Hörmler*, in: MK, StGB, § 184 Rn. 103 für die Fälle, bei denen das pornografische Material nur in elektronischer Form vorliegt – etwa im Internet.

III. BELEIDIGUNG

1. § 185 StGB – Beleidigung

a) Einleitung

Bis Mitte der 1980er Jahre war es nach der Rechtsprechung keine Frage, dass die Verwirklichung eines Sexualdelikts regelmäßig zugleich auch eine Beleidigung des Opfers darstellte, da die sexuelle Handlung zugleich eine Verletzung der Geschlechtslehre bewirkte⁸⁶⁴. § 185 StGB kam die Funktion eines kleinen Sexualdelikts zu. Der Beleidigungstatbestand wurde insbesondere immer dann angewendet, wenn eine Strafbarkeit wegen eines tatbestandlich gegebenen Sexualdelikts ausschied – namentlich wegen Rücktritts vom Versuch – oder wenn die gesetzlichen Anforderungen an die Nötigungsmittel oder die sexuelle Handlung nicht festgestellt werden konnten, die Tat gleichsam aber als moralisch verwerflich und daher als strafwürdig angesehen wurde⁸⁶⁵. Sofern wegen eines Sexualdelikts schuldig gesprochen werden konnte, trat § 185 StGB auf Konkurrenzenebene zurück⁸⁶⁶.

Daran änderte auch die Reform der Sexualdelikte durch das Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 23.11.1973 nichts. Es bedurfte erst einer weiteren Dekade der Kritik der Literatur an der Rechtsprechungspraxis bis zur Einleitung der Wende der Judikatur durch die Entscheidung des 3. *Strafsenats* des BGH vom 14.05.1986⁸⁶⁷. Darin stellte der BGH fest, dass für eine Bestrafung nach § 185 StGB erforderlich sei, dass das Verhalten des Täters aufgrund „der besonderen Umstände des Einzelfalls über die mit der sexuellen Handlung regelmäßig verbundene Beeinträchtigung hinaus einen Angriff auf die Geschlechtslehre“⁸⁶⁸ enthalte. Es müssen besondere Begleitumstände vorliegen, so der 3. *Strafsenat*, die nach „Art und Weise ihrer Vornahme das Verhalten des Täters [...] als einen Angriff auf die Ehre erscheinen lassen“⁸⁶⁹. Die bisherige Rechtsprechungspraxis sei mit Neufassung des Sexualstrafrechts nicht zu vereinbaren⁸⁷⁰.

Weitergehend erkannte der 2. *Strafsenat* am 15.03.1989, dass die Ehre nur einen Teilaspekt der Personenwürde darstelle, nicht mit dieser oder dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht einer Person identisch sei. Ein Angriff auf die Ehre werde geführt, wenn der Täter dem Opfer zu Unrecht Mängel nachsage, die, wenn sie wahr wären, den aus der Ehre fließenden Achtungsanspruch verletzen⁸⁷¹. Da das Rechtsgut der Ehre nicht mit der Personenwürde oder der Persönlichkeitssphäre gleichgesetzt werden könne, sei für die Verwirklichung des § 185 StGB in den Fällen einer Sexualdelinquenz erforderlich, dass „der

⁸⁶⁴ *BGH*, Urt. v. 16.1.1951 – 3 StR 45/50, NJW 1951, 368; *BGH*, Urt. v. 12.11.1953 – 3 StR 713/52, BGHSt 5, 362.

⁸⁶⁵ Vgl. *Kiehl*, NJW 1989, 3003 (3003); *Sick*, JZ 1991, 330 (330);

⁸⁶⁶ Sog. Konkurrenzlösung, vgl. *BGH*, Urt. v. 18.9.1986 – 4 StR 432/86, NSiZ 1987, 21.

⁸⁶⁷ *BGH*, Urt. v. 14.05.1986 – 3 StR 504/85, NSiZ 1986, 453. Zur Kritik an der früheren Rechtsprechung vgl. die Nachweise bei *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 185 Rn. 4.

⁸⁶⁸ *BGH*, Urt. v. 14.05.1986 – 3 StR 504/85, NSiZ 1986, 453 (453).

⁸⁶⁹ *BGH*, Urt. v. 14.05.1986 – 3 StR 504/85, NSiZ 1986, 453 (454).

⁸⁷⁰ Anders jedoch noch *BGH*, Urt. v. 15.10.1987 – 4 StR 420/87, NJW 1988, 2054 (2054) = BGHSt 35, 76 (77); mit Bejahung der besonderen Umstände des Einzelfalls bei Unterbliebener Verurteilung nach § 177 StGB wegen nicht erkennbaren Widerstandes des Opfers noch *BGH*, Urt. v. 18.9.1986 – 4 StR 432/86, NSiZ 1987, 21 (22).

⁸⁷¹ *BGH*, Urt. v. 15.3.1989 – 2 StR 662/88, NSiZ 1989, 528 (528) = BGHSt 36, 145 (148).

Tatbestand des § 185 StGB nur dann erfüllt ist, wenn der Täter durch sein Verhalten zum Ausdruck bringt, der Betroffene weise einen seine Ehre mindernden Mangel auf. Eine solche Kundgabe ist in der sexuellen Handlung allein regelmäßig nicht zu sehen und erfüllt deshalb auch nicht den Tatbestand des § 185 StGB⁸⁷².

Die Literatur hat diese Umkehr der früheren Rechtsprechung begrüßt⁸⁷³. Gleichwohl ist festzustellen, dass „jedoch noch manche Abgrenzungsprobleme zu lösen“⁸⁷⁴ sind, denn wann „nach den gesamten Umständen in dem Verhalten des Täters zugleich eine – von ihm gewollte – herabsetzende Bewertung des Opfers zu sehen ist“⁸⁷⁵ bleibt vage⁸⁷⁶.

Für die Frage der Strafbarkeit einer sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz bleibt festzuhalten: eine Beleidigung kommt bei einer sexuellen Handlung nicht automatisch in Betracht, da die in § 185 StGB geschützte Ehre nicht mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und damit nicht mit dem Recht der sexuellen Selbstbestimmungsfreiheit gleichzusetzen ist. Es muss sich vielmehr aus den gesamten Umständen der Tat ergeben, dass eine Herabwürdigung im Sinne einer Verletzung des Achtungsanspruchs vorliegt und gewollt war. Welches Verhalten hierfür ausreichend und erforderlich ist, bleibt zu untersuchen. Ebenso die Frage nach dem Inhalt und der Art der Kundgabe des beleidigenden Verhaltens.

b) Rechtsgut und strafrechtlicher Ehrbegriff

Das von § 185 StGB geschützte Rechtsgut der Ehre ist – wie oben dargestellt – nach herrschender Auffassung nicht identisch mit der Personenwürde. Die Ehre stellt nur einen Ausschnitt aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht dar⁸⁷⁷. Was jedoch unter Ehre zu verstehen ist, ist umstritten. Der Streit kann hier nicht im Detail dargestellt werden, sondern ist unter Berücksichtigung des zu untersuchenden Gegenstandes auf die hierfür relevanten Fragen einzugrenzen⁸⁷⁸.

Ehre ist *ein* Aspekt der Personenwürde, die jedem Menschen zuteilwird, so dass sich festhalten lässt, dass jeder Mensch über Ehre verfügt. Die Ehre die einer Person zukommt ist nicht steigerbar, d. h., dass auch besonders verdienstvolle Personen nicht mehr Ehre besitzen können als ein Durchschnittsmensch⁸⁷⁹. Ehre ist gleichsam die Abwesenheit von Geltungsmängeln. Freilich kann eine Person selbst ihre Ehre durch entsprechende Handlungen reduzieren⁸⁸⁰. Zur strafrechtlichen Konturierung werden seit Jahrzehnten Versuche unternommen, den Wert der Ehre in einen Ehrbegriff zu fassen, der seinerseits jedoch

⁸⁷² *BGH*, Urt. v. 15.3.1989 – 2 StR 662/88, *NStZ* 1989, 528 (528 f.) = *BGHSt* 36, 145 (150).

⁸⁷³ *BGHSt* 36, 145 mit Anm. *Hillenkamp*, *NStZ* 1989, 529 (529 f.); *Otto*, *JZ* 1989, 803 (803); *Kiehl*, *NJW* 1989, 3003 (3003).

⁸⁷⁴ *Hilgendorf*, in: *LK, StGB*, § 185 Rn. 31.

⁸⁷⁵ *BGH*, Urt. v. 15.3.1989 – 2 StR 662/88, *NStZ* 1989, 528 (529) = *BGHSt* 36, 145 (150).

⁸⁷⁶ So auch *Sick*, *JZ* 1991, 330 (332), die insbesondere das Fehlen von eindeutigen Kriterien bemängelt.

⁸⁷⁷ *BGH*, Urt. v. 15.3.1989 – 2 StR 662/88, *NStZ* 1989, 528 (528) = *BGHSt* 36, 145 (148); *Kühl*, in: *Lackner/Kühl, StGB*, Vor. § 185 Rn. 1; *Fischer*, *StGB*, § 185 Rn. 3; *Hilgendorf*, in: *LK, StGB*, § 185 Rn. 2; *Hirsch*, *Ehre und Beleidigung*, S. 59.

⁸⁷⁸ Vgl. die ausführlichen Darstellungen bei *Hirsch*, *Ehre und Beleidigung*, S. 1 ff.; *Amelung*, *Ehre*, S. 4 ff.; *Tenckhoff*, *Ehrbegriff*, insbes. S. 27 ff.; *Ignor*, *Der Straftatbestand der Beleidigung*, S. 172 ff.

⁸⁷⁹ A. A. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, *BT* 1, § 24 Rn. 7.

⁸⁸⁰ Der überführte Dieb muss sich als solcher bezeichnen lassen; der ihm gegenüber geäußerte Geltungsanspruch stellt keine Beleidigung dar, da der Dieb seinen diesbezüglichen Mangel bereits bewiesen hat. Dieser ist wahr und damit keine Kundgabe einer Missachtung; vgl. hierzu diese Arbeit unter D. III. 2. d).

kulturellen und gesellschaftlichen Werteveränderungen unterliegt. Entsprechend vielfältig sind die Facetten der verschiedenen Ehrbegriffe.

Die Rechtsprechung vertritt den normativ-faktischen Ehrbegriff, der aus einer inneren Ehre, dem sittlichen und sozialen Persönlichkeitswert, und einer äußeren Ehre, sozusagen dem „guten Ruf“ besteht⁸⁸¹. In der Literatur finden sich Ansichten, die den faktischen Ehrbegriff in dualistischer Ausprägung vertreten. Ehre ist danach einerseits die „äußere Ehre“ oder auch der „gute Ruf“ und zum anderen das innere Ehrgefühl oder die „subjektive Ehre“⁸⁸². Gegen diese Auffassung wird von *Hirsch* zu Recht vorgebracht, dass das innere Ehrgefühl höchst subjektiv ist und keinen Anhaltspunkt in der Realität haben muss. Ferner wird eingewendet, dass die äußere Ehre stark von der Zugehörigkeit zu verschiedenen Gruppierungen und der Anerkennung in diesen abhängen kann oder auch stark reduziert sein kann bei entsprechender sozialer Isolation⁸⁸³.

Von der Mehrheit der Literaturmeinungen wird heute ein normativ geprägter Ehrbegriff vertreten. Ehre ist entweder der aus der Personenwürde entspringende personale Geltungswert eines Menschen⁸⁸⁴ oder der verdiente soziale Achtungsanspruch⁸⁸⁵ oder nach h. M. eine Kombination von faktischem und normativem Verständnis⁸⁸⁶. Gegen den normativen Ehrbegriff wird eingewendet, dass er den Kontakt zur Wirklichkeit verliere, denn eine solchermaßen verstandene Ehre könne nicht verletzt werden, da sie unantastbar und damit unverletzlich sei⁸⁸⁷. Dagegen wird zu Recht vorgebracht, dass zwar die Ehre das Schutzgut ist, diese aber für die Tatbestandsmäßigkeit nicht verletzt zu werden brauche. Ein Angriff auf den Anspruch auf Achtung der Ehre reiche für § 185 StGB aus⁸⁸⁸. Das Angriffsobjekt der Beleidigung ist nach weit verbreiteter Ansicht der aus der Ehre fließende *verdiente* Anspruch auf Achtung ihres Daseins⁸⁸⁹.

Eine beachtenswerte Stimme der Literatur vertritt einen Ehrbegriff, der Ehre als Anerkennungs- oder Beziehungsverhältnis zur Umwelt versteht⁸⁹⁰. Danach ist Ehre nicht nur ein Aspekt der Personenwürde, sondern auch eine Voraussetzung für Existenz und Wirken von Personen und Institutionen⁸⁹¹. § 185 StGB schützt die solchermaßen verstandene Ehre jedoch nur vor der Zuschreibung einer negativen Qualität; das Absprechen besonderer Verdienste stellt keine Verletzung dar. Nach einer modernen, nicht an die Personenwürde anknüpfenden Auffassung wird Ehre funktional als Kommunikationsvoraussetzung begriffen⁸⁹².

⁸⁸¹ *BGH*, Beschl. v. 18.11.1957 – GSSt 2/57, BGHSt 11, 67 (70 f.).

⁸⁸² *Stern*, in: Baumgärtel u. a., FS-Hübner, S. 815 (824); *Hilgendorf*, JZ 2009, 139 (142).

⁸⁸³ Vgl. *Amelung*, Ehre, S. 4 f.

⁸⁸⁴ So *Hirsch*, Ehre und Beleidigung, S. 29 ff.; *Hirsch*, in: Zaczyk u. a., FS-Wolff, S. 125 (127).

⁸⁸⁵ *Arzt*, JuS 1982, 717 (717); *Tenckhoff*, Ehrbegriff, S. 35 ff.

⁸⁸⁶ *Otto*, NJW 2006, 575 (575) mit zahlreichen w.N.; *Hilgendorf*, in: LK, StGB, Vor § 185 Rn. 21; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, Vor. § 185 Rn. 1.

⁸⁸⁷ *Wolff*, ZStW 81 (1969), 886 (889 ff.); *Tenckhoff*, Ehrbegriff, S. 85.

⁸⁸⁸ *Hilgendorf*, in: LK, StGB, Vor. § 185 Rn. 22.

⁸⁸⁹ *Hilgendorf*, in: LK, StGB, Vor. § 185 Rn. 3; *Hirsch*, Ehre und Beleidigung, S. 32; *Arzt*, JuS 1982, 717 (717).

⁸⁹⁰ *Zaczyk*, in: NK, StGB, Vor. § 185 Rn. 1 m. w. N.; *Schramm*, in: Eser u. a., FS-Lenckner, S. 539 (545);

Ignor, Der Straftatbestand der Beleidigung, S. 176; *Fischer*, StGB, Vor. § 185 Rn. 4; *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. § 185 Rn. 1.

⁸⁹¹ *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. § 185 Rn. 1.

⁸⁹² *Amelung*, Ehre; *Amelung*, in: Rogall u. a., FS-Rudolphi, S. 373 (375 ff.).

Im Ergebnis und damit in der Beurteilung einer Strafbarkeit nach § 185 StGB unterscheiden sich die heute überwiegend vertretenen Auffassungen von Ehre kaum. Ihnen ist gemein, dass eine Beleidigung die Verletzung des Achtungsanspruchs darstellt, der aus der Ehre resultiert. Der Achtungsanspruch ist verletzt, wenn dem Opfer durch den Täter Mängel nachgesagt werden, die – wenn sie vorlägen – seinen Geltungswert mindern würden⁸⁹³.

c) Tatbestand

aa) Grundtatbestand

Um den Tatbestand der Beleidigung zu erfüllen, muss der Täter dem Opfer eine negative Qualität zusprechen, indem er ihm den sittlichen, personalen oder sozialen Geltungswert ganz oder teilweise abspricht und dadurch den Achtungsanspruch des Opfers verletzt⁸⁹⁴. Das kann mündlich, schriftlich, durch Gesten oder auch durch schlüssiges Verhalten geschehen. Dabei sind drei Begehungsformen möglich: der Täter kann gegenüber dem Opfer ein abschätziges Werturteil (1) oder eine Tatsachenbehauptung (2) äußern. Tatsachen sind äußere Geschehnisse, die sinnlich wahrnehmbar und dem Beweis zugänglich sind⁸⁹⁵. Nach h. M. muss die Tatsache unwahr sein⁸⁹⁶. Werturteile hingegen sind subjektive Wertungen oder Meinungsäußerungen, die nur nach persönlicher Überzeugung richtig oder falsch sind. Sofern die Beleidigung Dritten gegenüber erfolgt, erfüllt nur ein Werturteil (3) den Tatbestand des § 185 StGB; eine Dritten gegenüber geäußerte Tatsachenbehauptung ist nach § 186 oder § 187 StGB zu prüfen. Eine Beleidigung liegt auch vor, wenn trotz erwiesener Wahrheit der behaupteten Tatsache, sich der beleidigende Charakter aus der Form der Äußerung ergibt, § 192 StGB. In allen Fällen ist erforderlich, dass der Täter die eigene Missachtung kundgibt⁸⁹⁷.

Täter kann jeder Mensch sein. Passiv beleidigungsfähig sind alle natürlichen Personen⁸⁹⁸. Bei Kindern hängt die Verletzung des Achtungsanspruchs davon ab, ob der behauptete Mangel entsprechend der Altersstufe des Kindes bereits von dessen Geltungswert umfasst ist⁸⁹⁹. Unproblematisch kann daher der Vorgesetzte, der Arbeitgeber als Naturalperson oder das Organ des Arbeitgebers, sofern es eine natürliche Person ist, einer beschäftigten

⁸⁹³ BGH, Urt. v. 15.3.1989 – 2 StR 662/88, NStZ 1989, 528 (528) = BGHSt 36, 145 (148); Kühll, in: Lackner/Kühl, StGB, Vor. § 185 Rn. 1; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 185 Rn. 1; Fischer, StGB, § 185 Rn. 4 ff.; Rogall, in: SK, StGB, Vor. § 185 Rn. 42; Hilgendorf, in: LK, StGB, § 185 Rn. 1; Zaczyk, in: NK, StGB, § 185 Rn. 2; Gaede, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 185 Rn. 3.

⁸⁹⁴ Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 185 Rn. 2; Kühll, in: Lackner/Kühl, StGB, § 185 Rn. 4; Fischer, StGB, § 185 Rn. 8.

⁸⁹⁵ Vgl. zum Begriff und zur Abgrenzung diese Arbeit unter D. III. 2. b) aa).

⁸⁹⁶ Kühll, in: Lackner/Kühl, StGB, § 185 Rn. 11; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 185 Rn. 6; Hilgendorf, in: LK, StGB, § 185 Rn. 35; Rogall, in: SK, StGB, § 185 Rn. 25; Regge/Pegel, in: MK, StGB, § 185 Rn. 21; Gaede, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 185 Rn. 4; Zaczyk, in: NK, StGB, § 185 Rn. 11; Eisele, Computer- und Medienstrafrecht, § 24 Rn. 70 ff.; a. A. Gössel/Dölling, Strafrecht BT I, § 30 Rn. 27; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 26 Rn. 9 ff.; Amelung, Ehre, S. 63 f.

⁸⁹⁷ H. M.: Kühll, in: Lackner/Kühl, StGB, § 185 Rn. 3; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 185 Rn. 1; Rogall, in: SK, StGB, § 185 Rn. 4; Regge/Pegel, in: MK, StGB, § 185 Rn. 8; Gaede, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 185 Rn. 3; Zaczyk, in: NK, StGB, § 185 Rn. 2; a. A. Tenckhoff, JuS 1988, 787 (791).

⁸⁹⁸ Die darüberhinausgehende, jedoch in Teilen streitige Frage, ob Personengemeinschaften als Kollektive Ehrträger sein können, ist für die hier zu untersuchenden Fälle nicht maßgeblich. Vgl. hierzu Kühll, in: Lackner/Kühl, StGB, Vor. § 185 Rn. 5; Fischer, StGB, Vor. § 185 Rn. 12 jeweils m. w. N.

⁸⁹⁹ Hilgendorf, in: LK, StGB, Vor. § 185 Rn. 24.

Person im Sinne von § 6 Abs. 1 AGG eine negative Qualität zusprechen. Dies kann auch unter einer Kollektivbezeichnung geschehen, sofern die betroffene Personenmehrheit aus der Allgemeinheit derart hervortritt, dass der Kreis der beteiligten Einzelpersonen deutlich umgrenzt ist⁹⁰⁰. Bei der Kollektivbezeichnung „Frauen“ ist dies nach Ansicht des *BGH* nicht der Fall⁹⁰¹. Unzweifelhaft liegt daher eine Beleidigung vor, wenn eine Frau als „Schlampe“ bezeichnet wird, da durch diese verbale Kundgabe eines Werturteils genau dieser Frau der sittliche Geltungswert abgesprochen wird⁹⁰². Keine Beleidigung ist es dagegen, wenn geäußert wird: „Frauen sind Schlampe“.

bb) Qualifikation

Die Beleidigung kann auch durch eine Tätlichkeit, im Sinne einer unmittelbaren körperlichen Einwirkung auf eine andere Person, begangen werden. Erforderlich ist auch in dieser qualifizierten Begehungsform, dass in dem Angriff auf den Körper des Opfers die Kundgabe einer Nicht- oder Missachtung liegt⁹⁰³.

cc) Sexualbeleidigung

Nachdem bei einer sexuellen Handlung nicht ohne Weiteres von einer Beleidigung ausgegangen werden kann, ist zu fragen, welche sexuelle Handlung oder welches sexuelle Verhalten erforderlich ist, um den Tatbestand zu erfüllen. Dabei gelten auch nach der jüngeren Rechtsprechung weiterhin die Anforderungen der Entscheidung des *BGH* vom 15.3.1989⁹⁰⁴. Da in der sexuell motivierten Handlung allein regelmäßig keine ehrverletzende Kundgabe von Missachtung gesehen werden kann, ist nach den gesamten Umständen festzustellen, ob in dem Verhalten des Täters eine von ihm gewollte herabsetzende Bewertung des Opfers zu sehen ist⁹⁰⁵.

(1) Entscheidungen der jüngeren Rechtsprechung

Ein Blick in die seit den 1980er Jahren ergangenen Rechtsprechung zeigt jedoch, dass der Umgang mit der Anforderung der nach den gesamten Umständen festzustellenden herabsetzenden Bewertung des Opfers uneinheitlich und die Ausbildung geeigneter Abgrenzungskriterien oder einer einheitlichen Kasuistik nur bedingt erfolgt ist.

1. OLG Zweibrücken, Beschl. v. 5.7.1985 – 1 Ss 62/84 - Altenheimfall

Bereits 1985 hat das *OLG Zweibrücken* festgestellt, dass nach dem 4. StrRG ein Ehranriff immer nur dann angenommen werden kann, wenn der Täter das Opfer in seinem inneren Wert, seiner Selbstachtung oder seiner sozialen Wertschätzung mindert. Dort hatte sich der Arbeitgeber der betroffenen Person nachts zu dieser ins Bett des Bereitschaftsraums gelegt und angefangen, sie unter dem BH an den Brüsten zu streicheln. Als die Betroffene dies bemerkte erklärte der Arbeitgeber, die Angestellte habe ihm schon

⁹⁰⁰ *BGH*, Beschl. v. 28.2.1958 – 1 StR 387/57, BGHSt 11, 207 (208); *BGH*, Urt. v. 21.12.1989 – 1 StR 641/88, BGHSt 36, 83 (85 f.) = NJW 1989, 1365 (1365).

⁹⁰¹ *BGH*, Urt. v. 21.12.1989 – 1 StR 641/88, BGHSt 36, 83 (86).

⁹⁰² Sofern der Begriff „Schlampe“ im betreffenden Kulturkreis keinen anderen als den allgemein bekannten Bedeutungsgehalt hat, da nicht die Benutzung bestimmter Worte pönalisiert wird, sondern die Kundgabe des damit verbundenen negativen Sinngelalts.

⁹⁰³ Beispielsweise durch das Anspucken des Opfers, *BGH*, Urt. v. 5.3.2009 – 4 StR 594/08, NStZ-RR 2009, 172 (173); *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 185 Rn. 13; *Fischer*, StGB, § 185 Rn. 18.

⁹⁰⁴ *BGH*, Urt. v. 15.3.1989 – 2 StR 662/88, NStZ 1989, 528; jüngst bestätigt in *BGH*, Beschl. v. 16.2.2012 – 3 StR 13/12, NStZ-RR 2012, 206.

⁹⁰⁵ H. M., statt aller *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 185 Rn. 6 m. w. N.;

immer sehr gefallen und er möchte mit ihr schlafen. Auf Aufforderung der Angestellten entfernte sich der Täter.

Das Verhalten des Täters bewertete das *OLG* zwar als schamlos, unverschämt und aufdringlich, erkannte aber in dem werbenden Verhalten mit dem Ziel des geschlechtlichen Verkehrs keine Beleidigung. Ein Angriff auf die Ehre hätte nur dann vorgelegen, wenn der Täter das Opfer durch sein Verhalten zum reinen Sexualobjekt erniedrigt hätte, zum Ausdruck gebracht hätte, dass ihr ein Anspruch auf Selbstgestaltung im Sexualbereich nicht zukomme oder dieser für gleichgültig erachtet werden könne, ein ihm vermeintlich zustehendes Verfügungsrecht ausgeübt hätte oder das Opfer als eine Frau behandelt hätte, die sich nach Dirnenart undifferenziert und primitiv stets zu jedweder sexuellen Praktik bereitfände⁹⁰⁶. Damit hat das *OLG* gleich vier Kriterien für die Bejahung des Beleidigungstatbestandes aufgezeigt – freilich ohne Kenntnis der maßgebenden Rechtsprechungskorrektur durch den *BGH*⁹⁰⁷.

2. *BGH, Urt. v. 15.10.1987 – 4 StR 420/87 - Geldbörsenfall*

Nach einer Entscheidung des *BGH* aus dem Jahre 1987 stellte das Abtasten eines Mädchens über und unter der Kleidung unter dem Verdacht, Geld aus einer Brieftasche entwendet zu haben, einen Angriff auf die Geschlechtsehre dar, da diese gegen ihren Willen durch körperliche Untersuchungen zum Objekt sexualbezogener Handlungen gemacht würden und dadurch ihr sozialer Achtungsanspruch verletzt worden sei⁹⁰⁸. Der zuständige *4. Strafsenat* hat sich zwar mit der Entscheidung des *3. Strafsenats* vom 14.05.1986 auseinandergesetzt, die dortigen Einschränkungen für den eigenen Sachverhalt jedoch verneint.

3. *BGH, Urt. v. 15.3.1989 – 2 StR 662/88 – Arztfall*

In der für die neuere Rechtsprechung grundlegenden Entscheidung des *2. Strafsenats* hat dieser keine Beleidigung im geschlechtlichen Verkehr eines Arztes mit seiner Patientin unter Ausnutzung deren Willensschwäche gesehen, da die hierfür erforderliche Missachtung der Frau in der Vornahme der sexuellen Handlung allein – in diesem Fall wie auch regelmäßig – nicht zu sehen sei. Für die Annahme einer Beleidigung sei erforderlich, dass nach den gesamten Umständen in dem Verhalten des Täters zugleich eine – von ihm gewollte – herabsetzende Bewertung des Opfers zu sehen sei⁹⁰⁹.

4. *BGH, Urt. v. 25.7.1989 – 1 StR 95/89 - Schwimmbadfall*

In einem anderen Fall hat der *1. Strafsenat* eine herabsetzende Bewertung eines 12-jährigen Mädchens bejaht⁹¹⁰. Der Täter hatte mehrfach die Oberschenkel des Opfers zwischen Knie und Schritt betastet unter Missachtung des entgegenstehenden und klar geäußerten Willens. Unter Berücksichtigung der einschränkenden Rechtsprechung des *2. und 3.*

⁹⁰⁶ *OLG Zweibrücken*, Beschl. v. 5.7.1985 – 1 Ss 62/84, NJW 1986, 2960 (2961).

⁹⁰⁷ Siehe sogleich unter (3); vgl. *Sick*, JZ 1991, 330 (331 ff.) zur älteren Rechtsprechung mit kritischer Analyse.

⁹⁰⁸ *BGH*, Urt. v. 15.10.1987 – 4 StR 420/87, NJW 1988, 2054.

⁹⁰⁹ *BGH*, Urt. v. 15.3.1989 – 2 StR 662/88, NSZ 1989, 528 (529) = BGHSt 36, 145 (150). Zur Rezeption in der Literatur vgl. diese Arbeit unter D. III. 1. a).

⁹¹⁰ *BGH*, Urt. v. 25.7.1989 – 1 StR 95/89, NJW 1989, 3029.

Strafsenats stelle dieses Verhalten eine Ehrverletzung in Form der Missachtung der Geschlechtslehre dar⁹¹¹.

Bereits die Entscheidungen Nr. 2 und Nr. 4 zeigen, dass eine Einschränkung des Beleidigungstatbestandes trotz der Vorgaben des Strafrechtsreformgebers schwierig umzusetzen war, da aus Sicht der Spruchkörper ein Bedürfnis für Bestrafung bestand und die jahrzehntelange Praxis eine Abkehr von der bisherigen Handhabung des § 185 StGB erschwerte.

5. BGH, Urt. v. 19.9.1991 – 1 StR 509/91

Es war ebenfalls der *I. Strafsenat*, der im Fall einer 16-jährigen Geschädigten, die vom Täter in dessen Fahrzeug mitgenommen wurde und dabei gefragt wurde, was sie von Sex halte und “ob sie nicht ihr Taschengeld aufbessern möchte”⁹¹², urteilte, dass dies eine Beleidigung darstelle, da der Täter die Geschädigte sinngemäß einer Prostituierten gleichgestellt habe und damit seine Missachtung der Ehre des Mädchens zum Ausdruck gebracht habe, das die Frage des Täters als Angebot für sexuelle Handlungen gegen Geld verstand und verneinte. Der Senat entschied, dass das Ansinnen einer sexuellen Handlung dann den Beleidigungstatbestand erfüllen kann, wenn der Täter das Opfer einer Prostituierten gleichstellt, indem er zu erkennen gibt, dass er die Betroffene für eine Person hält, mit der man „so etwas ohne weiteres machen kann“⁹¹³.

6. BGH, Beschl. v. 12.8.1992 – 3 StR 318/92

Keine Beleidigung sei das unerwartete Umfassen des Opfers mit beiden Armen und Küssen auf Nacken, Haar und Kopf, das Drücken der mit einem Lederhandschuh bekleideten Hand gegen das Geschlechtsteil bei gleichzeitiger Äußerung „fick, fick“. Unter Verweis auf BGHSt 36, 145 hob der erkennende Senat die Verurteilung wegen einer Beleidigung auf, da die herabsetzende Bewertung nicht hinreichend festgestellt sei⁹¹⁴.

7. BGH, Urt. v. 20.9.1994 – 1 StR 466/94 - Reitlehrerfall

In einem anderen Fall wurde eine Beleidigung angenommen, da der Täter mit seinen Übergriffen zum Ausdruck brachte, er traue seiner 16-jährigen Reitschülerin zu, mit ihm völlig unvermittelt sexuelle Handlungen vorzunehmen. Ein solches Ansinnen sei geeignet, das junge Mädchen in seiner Ehre zu kränken⁹¹⁵.

8. BGH, Beschl. v. 26.7.2006 – 2 StR 285/06

Abgelehnt wurde eine Beleidigung in einem Fall in dem der Täter telefonisch gegenüber einer Mitarbeiterin des Sozialamtes Stöhnlaute von sich gab, die den Eindruck erweckten,

⁹¹¹ Die Entscheidung ist nicht unproblematisch, da der Senat auf eine Begründung für die Annahme einer Ehrverletzung verzichtet hat. Dabei ist unklar, worin genau die Verletzung des Achtungsanspruchs gesehen wird. Allein in der Vornahme der sexuellen Handlung kann sie seit *BGH*, Urt. v. 15.3.1989 – 2 StR 662/88, *NStZ* 1989, 528 nicht mehr gesehen werden. Obwohl der erkennende Senat auf diese Entscheidung hinweist, setzt er sich gleichwohl darüber hinweg.

⁹¹² *BGH*, Urt. v. 19.9.1991 – 1 StR 509/91, *NStZ* 1992, 33 (34).

⁹¹³ *BGH*, Urt. v. 19.9.1991 – 1 StR 509/91, *NStZ* 1992, 33 (34); damit handelt es sich nicht um eine Sexualbeleidigung, da nicht durch eine sexuelle Handlung beleidigt wurde, sondern durch eine verbale Äußerung.

⁹¹⁴ *BGH*, Beschl. v. 12.8.1992 – 3 StR 318/92, *NStZ* 1993, 182.

⁹¹⁵ *BGH*, Urt. v. 20.9.1994 – 1 StR 466/94, *NStZ* 1995, 129.

er onaniere, unterbrochen von seiner Äußerung „fuck you“. Der BGH entschied, dass Voraussetzung für die Bejahung einer Beleidigung sei, dass der Täter selbst das Verhalten, welches er der betroffenen Person ansinnt, als verwerflich oder ehrenrührig betrachte und durch seine Äußerung zum Ausdruck bringe, dass er dem Tatopfer eine solche verachtenswerte Haltung zu Unrecht unterstelle, was nicht hinreichend festgestellt sei⁹¹⁶.

9. BGH, Beschl. v. 16.2.2012 – 3 StR 13/12

Ebenfalls keine Beleidigung stelle es dar, wenn der bekleidete Täter sich einer anderen, ebenfalls bekleideten Person von hinten nähert und sein Becken dabei so stark gegen das Gesäß des Opfers drückt, dass dieses das Geschlechtsteil des Täters spürt während dieser sagt „Hups, angedockt“. Da in der sexuell motivierten Handlung allein regelmäßig keine Beleidigung zu erkennen sei und im Verhalten des Täters nach den gesamten Umständen keine herabsetzende Bewertung des Opfers zu sehen sei, stelle das Verhalten keine Beleidigung dar⁹¹⁷.

10. OLG Hamm, Urt. v. 27.11.2007 – 3 Ss 410/07

Der Täter hat das Opfer in seiner Privatwohnung aufgesucht, um in seiner Eigenschaft als Behördenmitarbeiter ein Dienstgespräch in einer Familiensache zu führen. Dieses hat er ausgenutzt, um das Opfer nach persönlichen und intimen Dingen zu fragen. Der Täter erklärte der Geschädigten dann, dass sie eine sehr schöne Frau sei und er sich vorstellen könne, mit ihr zu schlafen. Dann zog er ihr Oberteil hoch und leckte nacheinander die Brüste der Frau. Im Anschluss daran führte er die Hand des Opfers über der Kleidung zu seinem erigierten Geschlechtsteil und sagte sinngemäß „Kommen Sie Frau L, wir schaffen das noch“⁹¹⁸. Dieses Verhalten wurde vom OLG insgesamt als Beleidigung gewertet, wobei die Erklärung, das Opfer sei schön und er könne sich vorstellen mit ihm zu schlafen noch keine beleidigende Herabsetzung sei. Diese liege darin, dass der Täter eine abschätzende Bewertung zum Ausdruck gebracht hat, als er – nachdem er erkennen musste, dass das Opfer kein Interesse an spontanem Sex mit ihm hatte – dennoch äußerte, „Kommen Sie [...] wir schaffen das noch“ und ihre Hand zu seinem Geschlechtsteil führte. Er habe damit zu erkennen gegeben, dass er sie für eine Frau halte, die sich zu „von ihr unerwünschtem spontanem sexuellen Kontakt“ bereitfinde, worin das Gericht eine Herabwürdigung der Ehre sah.

(2) Bewertung und Kritik

Aus dieser knappen Übersicht lässt sich ersehen, dass die Rechtsprechung Schwierigkeiten hatte, die vom 2. Strafsenat aufgestellten Anforderungen an eine Sexualbeleidigung tatsächlich umzusetzen. Anders sind die abweichenden Entscheidungen in den Fällen Nr. 4 und Nr. 7 nicht zu erklären. Die Entscheidungen Nrn. 1, 5 und 10 zeigen, dass die Notwendigkeit besteht, die generalklauselartige Voraussetzung der *Herabsetzung nach den gesamten Umständen* in eine griffigere Formulierung zu übersetzen. So soll die herabsetzende Bewertung des Opfers dann vorliegen, wenn der Täter das Opfer wie eine Prostituierte behandelt, indem er zum Ausdruck bringt, es stelle keine gefühlsmäßigen Anforderungen an Sexualkontakte, sondern mache es jederzeit mit jedermann.

⁹¹⁶ BGH, Beschl. v. 26.7.2006 – 2 StR 285/06, NStZ-RR 2006, 338 (339).

⁹¹⁷ BGH, Beschl. v. 16.2.2012 – 3 StR 13/12, NStZ-RR 2012, 206 (206).

⁹¹⁸ OLG Hamm, Urt. v. 27.11.2007 – 3 Ss 410/07, NStZ-RR 2008, 108 (109).

Die Grenzziehung, welches Täterverhalten eine solche Kundgabe enthält, ist jedoch weder klar noch nachvollziehbar und es muss bezweifelt werden, dass allein die Verletzung der Ehre durch Kundgabe einer Missachtung der Maßstab der Entscheidungen war. Anders ist es kaum zu erklären, dass „zulässige“ Übergriffe wie das Anstoßen mit dem Becken oder der nächtliche Besuch im Bereitschaftsbett keinen Ehrangriff enthalten, das Abtasten vermeintlicher Diebinnen oder das Berühren der Oberschenkelinnenseite trotz Ablehnung hingegen eine beleidigende Kundgabe enthalten. Es ist davon auszugehen, dass moralische Wertungen eine Rolle gespielt haben. Es lässt sich nicht übersehen, dass bei minderjährigen Opfern eher von einer Ehrverletzung ausgegangen wird als bei erwachsenen Personen; ebenso wenn es sich um besonders verwerfliches Täterverhalten handelt, wie z. B. bei einem plötzlichen Übergriff durch einen Griff in den Schritt des Opfers⁹¹⁹. Die Entscheidungen belegen in der Zusammenschau, dass § 185 StGB immer noch – wenn auch nicht mehr im Umfang wie vor BGHSt 36, 145 – als „moralischer Empörungstatbestand“⁹²⁰ genutzt wird, der zur Anwendung kommt, wenn keine andere Strafnorm das vom Gericht als moralisch verwerflich eingestufte Verhalten (ausreichend) pönalisiert.

Ein Beispiel hierfür gibt die zuletzt aufgeführte Entscheidung des *OLG Hamm* vom 27.11.2007⁹²¹. Keine der dort genannten Handlungen stellt für sich und auch nicht das Tatgeschehen insgesamt eine ehrverletzende Herabwürdigung der Person des Opfers dar. Der Täter hat durch seine Erklärung zum Ausdruck gebracht, dass er die Dame als sexuell attraktiv ansieht und seine Bereitschaft zu sexuellen Handlungen demonstriert. Ohne Zweifel hat er das Opfer, welches mit diesen Handlungen nicht einverstanden war, dabei massiv belästigt. Spätestens nachdem ihm gegenüber zum Ausdruck gebracht wurde, dass seitens des Opfers kein Einverständnis mit sexuellen Handlungen bestand, handelte der Täter gegen das sexuelle Selbstbestimmungsrecht des Opfers, indem er es in sexuelle Handlungen einbezog, die das Opfer nicht wünschte. Damit ist die Prüfung der Sexualdelikte indiziert, die in diesem Fall mangels Gewalt oder Erheblichkeit der sexuellen Handlung jedoch nicht erfüllt sind. Verständlich ist auch, dass dieses Ergebnis – keine Strafbarkeit trotz Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts – nicht angemessen erscheint. Immerhin hat der Täter unter Ausnutzung seiner behördlichen Stellung und damit unter Ausnutzung eines asymmetrischen Verhältnisses, zugleich in der Privatwohnung des Opfers, eine tätliche sexuelle Belästigung begangen. Dies darf jedoch nicht dazu führen, dass aus moralischen Empfindungen Strafbarkeiten abgeleitet werden, indem Täterverhalten tatbestandserfüllend interpretiert wird, welches in Wahrheit eine Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts – und nicht der Ehre – darstellt⁹²².

Auffällig ist, dass in asymmetrischen Täter-Opfer-Verhältnissen, wenn also der Täter z. B. durch Altersunterschied, Körperkraft oder gesellschaftlicher Stellung einen Mächtigkeitsvorteil gegenüber dem Opfer besitzt und diesen zu Belästigungen *ausnutzt*, dies nach

⁹¹⁹ *OLG Bamberg*, Beschl. v. 28.9.2006 – 3 Ss 48/06, NStZ 2007, 96 (96); zu Recht ablehnend *Fischer*, StGB, § 185 Rn. 11b.

⁹²⁰ *Kiehl*, NJW 1989, 3003 (3004)

⁹²¹ *OLG Hamm*, Urt. v. 27.11.2007 – 3 Ss 410/07, NStZ-RR 2008, 108.

⁹²² Ähnlich auch bei *BGH*, Urt. v. 15.10.1987 – 4 StR 420/87, NJW 1988, 2054 (2054) wo die Beleidigung nicht im Abtasten zu sehen ist, sondern in der Behauptung, dass die Opfer Geld aus der Geldbörse gestohlen haben. Wie hier *Sick*, JZ 1991, 330 (333).

den Gesamtumständen der Tat tendenziell eher zur Bejahung einer Beleidigung führt⁹²³. Wo dies nicht der Fall ist, wird die Beleidigung eher abgelehnt⁹²⁴. Eine Ausnahme stellt die Entscheidung des *OLG Zweibrücken* dar, das trotz des Abhängigkeitsverhältnisses keine Ehrverletzung erkannte, ebenso wie die Entscheidung BGHSt 36, 145 bei der die asymmetrische Beziehung zwischen Arzt und Patientin ebenfalls nicht zur Bejahung einer Beleidigung geführt hat. Diese Entscheidungen haben sich am Willen des Gesetzgebers orientiert und sich der naheliegenden Nutzbarmachung des Beleidigungstatbestandes verwehrt.

Die Schwierigkeit für den Spruchkörper liegt darin, zwischen den geschützten Rechtsgütern der sexuellen Selbstbestimmung und der Ehre zu differenzieren. Beide sind Teilaspekte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, dessen Verletzung nur teilweise strafrechtlich geschützt ist, das aufgrund des fragmentarischen Charakters des Strafrechts, jedoch überwiegend straffrei verletzt werden kann. Dabei werden diejenigen Verletzungen, die eine besondere Schwere darstellen, eher erfasst als leichtere Verletzungen. Allerdings gelten im StGB unterschiedliche Schwellen für die Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts und der Ehre, weshalb der Griff zum „Auffangtatbestand“ aufgrund des dahinterstehenden, identischen Rechtsguts nahe zu liegen scheint, jedoch wegen der entgegenstehenden gesetzgeberischen Wertung abzulehnen ist. Nutzt der Täter zur Vornahme sexueller Handlungen seine Überlegenheit gegenüber dem Opfer kraft Asymmetrie aus, mag dies besonders verwerflich sein und zu moralischer Empörung beitragen, stellt aber bei genauer Betrachtung kein Indiz für eine herabsetzende Bewertung des Opfers dar⁹²⁵.

Die übrigen, von *OLG Zweibrücken* aufgeworfenen Kriterien hat der BGH – soweit erkennbar – in seiner Rechtsprechung bislang nicht aufgegriffen. Dies ist bedauerlich, stellen doch die dort genannte Erniedrigung zum reinen Sexualobjekt, Negierung eines sexuellen Selbstgestaltungsrechts und Ausübung eines Verfügungsrechts über die Person des Opfers Verhalten dar, die – wie die Gleichstellung mit einer Prostituierten – ebenfalls geeignet sind, einen ehrmindernden Sittlichkeitsmangel des Opfers zu demonstrieren.

(3) Zwischenfazit zur Sexualbeleidigung

Für die Strafbarkeit der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz wegen Beleidigung sind die zuvor festgestellten Ergebnisse von besonderer Bedeutung, da bis auf den Fall der Belästigung durch gleichgestellte Kollegen stets ein asymmetrisches Verhältnis vorliegt – insbesondere bei der Belästigung durch den Arbeitgeber. Die Ausnutzung dieses Verhältnisses darf nicht dazu führen, dass eine Beleidigung leichtfertig bejaht wird. Vielmehr ist in diesen Fällen genau zu untersuchen, ob in dem Verhalten des Belästigers tatsächlich eine Missachtung enthalten ist. Hierfür können die vom *OLG Zweibrücken* aufgeworfenen Kriterien nützlich sein.

⁹²³ Vgl. hierzu die zitierten Entscheidungen Nrn. 2, 4, 7 und 10 sowie ergänzend zu diesen auch *BGH*, Urt. v. 18.9.1986 – 4 StR 432/86, *NStZ* 1987, 21.

⁹²⁴ Vgl. hierzu die zitierten Entscheidungen Nrn. 6, 8 und 9 sowie ergänzend zu diesen *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 29.5.2001 – 2a Ss 50/01, *NJW* 2001, 3562.

⁹²⁵ Ähnlich auch *Hilgendorf*, in: *LK, StGB*, § 185 Rn. 29, der aus dem methodischen Vorgehen des Täters ableitet, dass dieser die sittliche Integrität des Opfers kennt und berücksichtigt.

d) Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht reicht es aus, dass der Täter billigend in Kauf nimmt, dass seine Äußerung nach ihrem objektiven Sinn eine Miss- oder Nichtachtung darstellt⁹²⁶. Eine Beleidigungsabsicht ist nicht erforderlich. Der Tätersvorsatz muss auch die Wahrnehmung durch den Äußerungsempfänger umfassen⁹²⁷. Handelt es sich bei der Äußerung um eine Tatsache, so muss sich der Vorsatz nach h. M. auch auf deren Unwahrheit erstrecken⁹²⁸.

e) Rechtswidrigkeit

Sofern nicht bereits einer der allgemeinen Rechtfertigungsgründe dazu führt, dass die Tat gerechtfertigt ist, kommt für Beleidigungen der besondere Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen gem. § 193 StGB in Betracht⁹²⁹. Die Vorschrift findet Anwendung auf die Tatbestände des vierzehnten Abschnitts. Eine weitergehende Anwendung auf andere Delikte wird überwiegend abgelehnt⁹³⁰.

Die Tat ist nach § 193 StGB gerechtfertigt, wenn der Täter ein berechtigtes Interesse für sich in Anspruch nehmen kann, aufgrund dessen er zur Ehrverletzung berechtigt ist, die geeignet und erforderlich sein muss. Es darf keine Formalbeleidigung vorliegen, § 193 Hs. 2 StGB. Bei dem berechtigten Interesse muss es sich um ein eigenes Interesse des Täters handeln, sei dies persönlich oder mittelbar kraft Stellung oder Amt, oder um ein Interesse der Allgemeinheit⁹³¹. Das Interesse muss von der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkannt sein. Das ist nicht der Fall, wenn es gegen die Rechtsordnung oder gegen die guten Sitten verstößt⁹³².

In § 193 StGB ist ausdrücklich eine beispielhafte Fallgruppe der Wahrnehmung berechtigter Interessen bei Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen genannt. Diese wird allgemein auf ähnliche Fälle der Über-Unterordnung ausgedehnt, z. B. im Lehrer-Schüler-Verhältnis⁹³³. Um die Wahrnehmung eines berechtigten Interesses handelt es sich z. B. bei der formellen Abmahnung, mag diese aufgrund der Nichterfüllung arbeitsvertraglicher Verpflichtungen den sozialen Geltungswert der betroffenen Person verletzen. Sofern sie durch den Arbeitgeber oder Vorgesetzten erfolgt, dieser also in eigenem oder mittelbarem Interesse handelt und die Abmahnung zugleich das mildeste

⁹²⁶ Fischer, StGB, § 185 Rn. 17.

⁹²⁷ Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 185 Rn. 10 m. w. N.; Regge/Pegel, in: MK, StGB, § 185 Rn. 30;

⁹²⁸ Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 185 Rn. 11; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 185 Rn. 14; Regge/Pegel, in: MK, StGB, § 185 Rn. 32; Gaede, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 185 Rn. 19; Zaczyc, in: NK, StGB, § 185 Rn. 15; Rogall, in: SK, StGB, § 185 Rn. 19; a. A. Otto, Grundkurs Strafrecht, § 32 Rn. 15; Gössel/Dölling, Strafrecht BT I, § 30 Rn. 27.

⁹²⁹ Nach h. M. handelt es sich bei § 193 StGB um besondere Rechtfertigungsgründe, die als Ausprägung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung dazu führen, dass im Rahmen einer Güter- und Interessenabwägung die Kollision der Grundrechte der Ehre und der Meinungsfreiheit gelöst werden; BGH, Urt. v. 15.1.1963 – 1 StR 478/62, BGHSt 18, 182 (187); Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 193 Rn. 1; Fischer, StGB, § 193 Rn. 1; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 193 Rn. 1 m. w. N.; nach a. A. handelt es sich um Strafunrechts- bzw. Schuldausschließungsgrund, vgl. die Nachweise bei Kühl a. a. O.

⁹³⁰ OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.10.2005 – III-5 Ss 63/05 - 33/05 I, NSZ 2006, 243 (244); Vgl. hierzu die

Nachweise bei Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 193 Rn. 2.

⁹³¹ Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 193 Rn. 6 f.; Fischer, StGB, § 193 Rn. 11 ff.

⁹³² Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 193 Rn. 5; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 193 Rn. 9; Fischer, StGB, § 193 Rn. 10; Hilgendorf, in: LK, StGB, § 193 Rn. 18; Rogall, in: SK, StGB, § 193 Rn. 13.

⁹³³ Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 193 Rn. 7; Fischer, StGB, § 193 Rn. 40; Hilgendorf, in: LK, StGB, § 193 Rn. 32; Zaczyc, in: NK, StGB, § 193 Rn. 37.

geeignete Mittel ist, die betroffene Person auf ihre Verfehlung hinzuweisen, ist darin keine rechtswidrige Beleidigung zu sehen.

Für die in dieser Untersuchung im Raum stehenden Verhaltensweisen kommt die Inanspruchnahme des Rechtfertigungsgrundes jedoch nicht in Frage. Sofern Äußerungen oder Verhaltensweisen, die eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz nach § 3 Abs. 4 AGG darstellen und tatbestandlich als Beleidigung zu bewerten sind, handelt es sich bei diesen jedenfalls um gesetzeswidrige Verhaltensweisen, die nicht unter dem Schutz der Rechtsordnung stehen. Eine Rechtfertigung nach § 193 StGB kommt mithin nicht in Betracht.

f) Strafantragsdelikt und Privatklageverfahren

Für sämtliche Delikte des vierzehnten Abschnitts ist grundsätzlich ein Strafantrag als Prozessvoraussetzung erforderlich. Ausnahmen gelten für die in § 194 Abs. 1 S. 2 bis 4 sowie Abs. 2 S. 2 bis 4 StGB genannten Fälle. Wird ein Amtsträger im Sinne des Abs. 3 S. 1 beleidigt, so ist auch der Dienstvorgesetzte selbständig neben dem Geschädigten berechtigt, den Strafantrag zu stellen, da ggf. auch ein Interesse der Behörde an der Strafverfolgung besteht. Vorgesetzter ist hierbei die Person, die in Personal- und Disziplinarangelegenheiten weisungsbefugt ist, wobei es auf die funktionale Stelle und nicht deren Inhaber ankommt, so dass bei einem Wechsel des Stelleninhabers auch die nachfolgende Person antragsbefugt ist⁹³⁴. Eine Beleidigung einer Person des Abs. 3 S. 1 liegt nur dann vor, wenn die Tat während der Ausübung des Dienstes erfolgt oder in Beziehung auf den Dienst begangen wird. Ersteres ist der Fall, wenn die Beleidigung mit der Ausübung des Dienstes zeitlich zusammentrifft und sie zu dieser in einer örtlichen Beziehung steht⁹³⁵. Eine Beziehung auf den Dienst ist anzunehmen, wenn die Beleidigung die Tätigkeit im Dienst oder der Stellung im Beruf erkennbar zum Gegenstand hat⁹³⁶.

Sofern die Beleidigung nicht gegen eine der in § 194 Abs. 4 StGB genannten Körperschaften gerichtet ist, kann der Verletzte (und im Falle des § 194 Abs. 3 StGB auch der Dienstvorgesetzte) die Tat im Privatklageverfahren verfolgen, § 374 Abs. 1 Nr. 2 StPO. Die Staatsanwaltschaft erhebt Anklage nur, wenn bei gestellten Strafantrag auch das öffentliche Interesse bejaht wird, § 376 StPO, was regelmäßig dann der Fall ist, wenn der Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten hinaus gestört und die Strafverfolgung ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist, z. B. wegen der Stellung des Verletzten im öffentlichen Leben, RiStBV Nr. 86 Abs. 2.

g) Zwischenfazit

Wenn durch sexuell bestimmtes Verhalten ein von Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird, ist dies eine Form sexueller Belästigung am Arbeitsplatz. Zu sexuell bestimmtem Verhalten zählen sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen und Bemerkungen sexuellen Inhalts.

⁹³⁴ Fischer, StGB, § 194 Rn. 8, 9.

⁹³⁵ Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 194 Rn. 13; Fischer, StGB, § 194 Rn. 6; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 194 Rn. 13; Hilgendorf, in: LK, StGB, § 194 Rn. 11; Rogall, in: SK, StGB, § 194 Rn. 21; Zaczyk, in: NK, StGB, § 194 Rn. 21.

⁹³⁶ Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 194 Rn. 13; Fischer, StGB, § 194 Rn. 7; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 194 Rn. 14.

aa) Verbale Äußerungen

Es bedarf nach den bisherigen Feststellungen keiner näheren Erörterung mehr, dass verbale sexuell belästigende Verhaltensweisen den Tatbestand der Beleidigung grundsätzlich zu erfüllen vermögen, z. B. wenn der Täter erklärt, die betroffene Person verhalte sich „wie eine Prostituierte“ und damit dem Opfer seinen sittlichen Geltungswert jedenfalls teilweise abspricht. Zweideutige Äußerungen und Gesten in Form von anzüglichen Bemerkungen über Figur oder sexuelles Verhalten im Privatleben wurden von über 70 Prozent der befragten Personen als Beispiele indirekter Formen der sexuellen Belästigung genannt. Stellt der Belästiger fest, dass die Mitarbeiterin privat sicher „gut zu vögeln sei“⁹³⁷ und nimmt er dabei billigend in Kauf, dass die angesprochene Person die Doppeldeutigkeit der Äußerung in sexuellem Sinn versteht, ist darin eine sexuelle Belästigung zu sehen⁹³⁸. Eine Beleidigung liegt hingegen nur vor, wenn der Geltungswert der Person gemindert oder abgesprochen wird. Stellt der Täter das Opfer mit einer Prostituierten gleich, ist diese Anforderung (jedenfalls) erfüllt. Die Gleichstellung ist dann vollzogen, wenn der Täter zum Ausdruck bringt, dem Opfer sei es völlig egal, mit wem es geschlechtlich verkehre und es sei jederzeit – insbesondere gegen Entgelt – dazu bereit.

Dieser Erklärungsinhalt ist der beispielhaft genannten Zweideutigkeit nicht zu entnehmen. Der Täter bringt zwar zum Ausdruck, die solchermaßen adressierte Person sei gut darin, da sie Erfahrung habe, die aus der vielfachen Betätigung resultiere, sie dies mithin gerne tue. Die Erklärung kann aber nicht dahingehend interpretiert werden, dass die Person gegen Entgelt oder ohne Ansehung der Person zur Verfügung stehe. Eine *Gleichstellung* mit einer Prostituierten liegt – jedenfalls nach den Kriterien der Rechtsprechung – nicht vor. Gleichwohl handelt es sich um eine Beleidigung. Denn nach dem heute herrschenden sittlichen Verständnis in Deutschland ist es ein ehrmindernder Makel, wenn einer Frau nachgesagt wird, sie übe regelmäßig und gerne den sexuellen Verkehr aus. Bei einem Mann mag dies – je nach Verkehrskreis – eine besondere Auszeichnung darstellen; einer Frau wird damit ein Sittlichkeitsniveau nachgesagt, das unterhalb des üblichen Verständnisses liegt, also einen Mangel aufweist.

Eine generelle Aussage lässt sich aus diesem Beispiel insoweit ableiten, als belästigende zweideutige Äußerungen eine Beleidigung darstellen *können*. Dass dies nicht zwingend der Fall sein muss, zeigt die Frage gegenüber einer aus dem Urlaub zurückgekehrten Kollegin, ob sie „überall so braun sei“. Dieser Frage besitzt belästigende Qualität, da sie *auch* die sexuell belegten Körperzonen umfasst, also *auch* sexuellen Inhalt hat. Das Opfer fühlt sich – bildlich gesprochen – von der Frage ausgezogen und auf seinen Körper als Objekt reduziert. Darin wäre nur dann eine Beleidigung zu erkennen, wenn die Frage dahingehend auszulegen wäre, dass der Täter eine abschätzigere Aussage über die in Frage stehenden Gewohnheiten der betroffenen Person, sich ggf. völlig unbekleidet zu sonnen, treffen wollte. Anders als bei einer dementsprechenden Aussage ist dieser Bedeutungsgehalt in einer solchen Frage nicht enthalten; die Belästigung hat keine beleidigende Qualität.

Gleiches gilt für eindeutige Äußerungen wie unerwünschte Einladungen oder Nachrichten in mündlicher, fernmündlicher oder schriftlicher Form. Sinnt der Belästiger der betroffenen Person ein unsittliches sexuelles Verhalten an, das der Täter selbst für verwerflich

⁹³⁷ In Anlehnung an LAG Niedersachsen, Urt. v. 13.10.2009 – 1 Sa 832/09, abrufbar über juris.
⁹³⁸ Vgl. zu den Anforderungen des subjektiven Tatbestands diese Arbeit unter D. III. 1. d).

oder ehrenrührig hält und bringt er zum Ausdruck, dass er die belästigte Person für jemanden hält, mit dem man so etwas ohne weiteres machen kann, stellt dieses Verhalten nicht nur eine sexuelle Belästigung, sondern auch eine Beleidigung dar⁹³⁹.

Davon sind die Fälle zu unterscheiden, in denen der Täter belästigt, der Person aber nicht zutraut, dass sie auf sein Ansinnen eingeht, sondern er nur den dahingehenden Wunsch hegt und zum Ausdruck bringt⁹⁴⁰. Der Täter der die belästigte Person *nicht* für jemanden hält, mit dem man so etwas ohne weiteres machen kann, nutzt seine asymmetrische Beziehung zum Opfer aus, um sein Ziel zu erreichen. Anders hingegen der Täter, der dem Opfer einen ehrmindernden Sittlichkeitsmangel unterstellt, der das Opfer für eine Person hält, mit der man so etwas machen kann und deshalb davon ausgeht, er könne sein Ziel auch ohnedies erreichen. Das Vorliegen einer asymmetrischen Beziehung ist in Wahrheit also eher ein Indiz *gegen* eine vom Vorsatz umfasste Ehrverletzung⁹⁴¹. Dementsprechend sind Fälle wie der des OLG Hamm, bei denen der Täter zunächst seine Achtung zum Ausdruck bringt, sich danach aber gegen den Willen der belästigten Person stellt und dabei das asymmetrische Verhältnis ausnutzt, mangels Kundgabe einer Missachtung nicht als Beleidigung zu bewerten⁹⁴².

Freilich kann der Täter trotz einer asymmetrischen Beziehung durch sein Verhalten zu erkennen geben, dass er das Opfer für eine Person hält, die demgemäß seinem verwerflichen Ansinnen Folge leistet. Die Beziehung zwischen Täter und Opfer zu untersuchen und in die Gesamtumstände der Tat einzubeziehen, drängt sich in klaren Fallkonstellationen nicht auf, bei denen sich der beleidigende Charakter bereits aus den äußeren Umständen, d. h. dem Inhalt der Äußerung ergibt. Bietet der Täter eine Gegenleistung für sexuelle Handlungen, liegt regelmäßig die Kundgabe eines sittlichen Mangels vor – das Opfer gibt sich für Geld oder sonstige Vorteile hin. Die sexuelle Hingabe wird zum Handelsgut, wie bei einer Prostituierten. Bei den Quid-pro-quo-Fällen der sexuellen Belästigung, bei denen der Belästigte dem Opfer einen Vorteil oder das Unterlassen eines Nachteils in Aussicht stellt, wenn es zu sexuellen Gefälligkeiten bereit ist, handelt es sich demnach um eine Beleidigung. Der Täter sinnt dem Opfer ein unsittliches Verhalten an. Dabei nutzt er zwar auch die asymmetrische Beziehung aus, seine Handlung wäre aber auch gegenüber jeder anderen Person, zu der er keine oder eine *symmetrische* Beziehung unterhält, eine Beleidigung, da allgemein in dem Angebot „Sex für Geld“ gegenüber nicht-gewerblich handelnden Personen die Kundgabe eines sittlichen Mangels liegt. Auf die Beziehung zum Opfer kommt es mithin nur an, wenn die Tat nicht ohnehin bereits eine Ehrverletzung darstellt.

bb) Nonverbale Äußerungen

Die Schwierigkeit bei nonverbalen Äußerungen besteht darin, dass für die Ermittlung des Erklärungsinhalts die juristischen Auslegungsregeln nur bedingt nutzbar sind, denn es ist keine Aussage, sondern ein Verhalten zu bewerten. Da sexuelle Handlungen nach der ständigen Rechtsprechung und der h. M. im Schrifttum nicht per se eine Ehrverletzung

⁹³⁹ BGH, Urt. v. 19.9.1991 – 1 StR 509/91, NStZ 1992, 33; BGH, Beschl. v. 26.7.2006 – 2 StR 285/06, NStZ-RR 2006, 338.

⁹⁴⁰ Vgl. die Sachverhalte bei OLG Zweibrücken, Beschl. v. 5.7.1985 – 1 Ss 62/84, NJW 1986, 2960; OLG Hamm, Urt. v. 27.11.2007 – 3 Ss 410/07, NStZ-RR 2008, 108; wie hier Hilgendorf, in: LK, StGB, § 185 Rn. 29.

⁹⁴¹ Vgl. auch die Ausführungen in dieser Arbeit unter D.III.1.c)cc)2).

⁹⁴² OLG Hamm, Urt. v. 27.11.2007 – 3 Ss 410/07, NStZ-RR 2008, 108.

darstellen, muss sich aus den gesamten Umständen die herabsetzende Bewertung des Opfers ergeben. Hierfür kann die bereits zuvor erwähnte Asymmetrie der Beziehung zwischen Täter und Opfer ein Indiz sein, das im Rahmen der Gesamtabwägung zu berücksichtigen ist. Ohne besondere Feststellungen zu den weiteren Umständen erfüllen sexuelle körperliche Annäherungen – seien sie ein- oder zweideutig – den Tatbestand der Beleidigung nicht. Das bedeutet, dass sämtliche Formen der körperlichen Annäherung wie aufgedrängte Küsse, auf-den-Po-klatschen und „Busengrapschen“ keine Beleidigung darstellen, wenn sich nicht aus den Umständen ergibt, dass der Täter einen ehrmindernden Mangel kundgeben wollte. Gleiches gilt auch für pornographische Darstellungen am Arbeitsplatz.

h) Täterschaft und Teilnahme

Der Täter muss eigene Missachtung zum Ausdruck bringen⁹⁴³. Als Täter kommt daher nur in Frage, wer selbst eine ehrverletzende Äußerung tätigt oder sich eine fremde Kundgabe zu eigen macht⁹⁴⁴. Mittäterschaft erfordert daher von jedem Beteiligten, dass ihm die Kundgabe zuzurechnen ist und er sie als eigene verstanden wissen will⁹⁴⁵. Entsprechend ist bei mittelbarer Täterschaft nötig, dass der Hintermann seine eigene Missachtung durch das Werkzeug äußert⁹⁴⁶.

Teilnahme ist bis zur Vollendung der Beleidigung durch Zugang der Missachtung bei einem Empfänger – nicht notwendigerweise bei dem vom Täter gewünschten Empfänger – möglich⁹⁴⁷.

2. § 186 StGB – Üble Nachrede

a) Einleitung und Abgrenzung zu § 185 StGB

Auch § 186 StGB schützt als Rechtsgut die Ehre. Anders als bei § 185 StGB muss für die üble Nachrede jedoch stets eine Dreiecksstruktur zwischen den Täter, Drittem und Opfer bestehen. § 186 StGB erfordert, dass der Täter gegenüber einem Dritten eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die dazu geeignet ist, dass der Dritte das Tatopfer künftig geringachtet. Oder kurz: § 186 StGB schützt vor der Ermöglichung fremder Missachtung⁹⁴⁸. Durch die Tat wird die Möglichkeit des Opfers gefährdet, ein seinem Geltungswert entsprechendes Leben zu führen, in dem dieser durch Tatsachenbehauptungen des Täters gegenüber Dritten erschüttert wird.⁹⁴⁹ Die üble Nachrede ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt⁹⁵⁰. Bereits die Eignung der ehrenrührigen Tatsachenbehauptung ist ausreichend, un-

⁹⁴³ BVerfG, Beschl. v. 19.4.1990 – 1 BvR 40/86, 42/86, NJW 1990, 1980 (1981) = BVerfGE 82, 43 (51).

⁹⁴⁴ Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 185 Rn. 17; Hilgendorf, in: LK, StGB, § 185 Rn. 40; Fischer, StGB, § 185 Rn. 13;

⁹⁴⁵ Regge/Pegel, in: MK, StGB, § 185 Rn. 39.

⁹⁴⁶ A. A. Zaczyk, in: NK, StGB, § 185 Rn. 19: keine mittelbare Täterschaft, da § 185 StGB ein eigenhändiges Delikt sei.

⁹⁴⁷ Regge/Pegel, in: MK, StGB, § 185 Rn. 40; Fischer, StGB, § 185 Rn. 14.

⁹⁴⁸ Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 186 Rn. 2; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 1;

Zaczyk, in: NK, StGB, § 186 Rn. 2; Regge/Pegel, in: MK, StGB, § 186 Rn. 2.

⁹⁴⁹ Rogall, in: SK, StGB, § 186 Rn. 2.

⁹⁵⁰ Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 1; Regge/Pegel, in: MK, StGB, § 186 Rn. 2; Gadede, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 186 Rn. 1; Rogall, in: SK, StGB, § 186 Rn. 11; Eppner/Hahn, JA

abhängig davon, ob sie wahr oder unwahr ist. Aufgrund der Dreiecksstruktur sind Tathandlungen möglich, bei denen neben dem Opfer mindestens eine weitere Person zugegen ist oder Äußerungen gegenüber Dritten, die in Abwesenheit des Opfers erfolgen.

Eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz liegt nach der Begriffsbestimmung des § 3 Abs. 3 AGG vor, wenn die Würde der betreffenden Person durch sexuelles – d. h. auf das körperliche Geschlecht bezogenes – Verhalten des Belästigers verletzt wird⁹⁵¹. Das kann unproblematisch dann der Fall sein, wenn eine ehrenrührige Tatsachenbehauptung vom Belästiger aufgestellt wird und Dritte sowie die betreffende Person dabei anwesend sind. In diesem Fall ist bei Erfüllung der übrigen Tatbestandsmerkmale auch eine üble Nachrede begangen. Problematisch ist die Begehung des Vergehens, wenn die betreffende Person nicht anwesend ist. Zwar spielt es für § 186 StGB keine Rolle, ob das Tatopfer Kenntnis von der Tatsachenbehauptung erlangt, da die Ermöglichung *fremder* Missachtung geschützt ist; fraglich ist jedoch, ob eine sexuelle Belästigung nach dem AGG vorliegt, wenn die belästigte Person hiervon keine Kenntnis hat.

Lenkt man den Blick auf die Fallgruppen der sexuellen Belästigung, so ist stets die Kenntnisnahme einer Äußerung oder eine körperlich spürbare Form des Verhaltens erforderlich. Daraus ließe sich schlussfolgern, dass die üble Nachrede ohne Kenntnis keine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz darstellen kann, da die betroffene Person nichts davon erfährt, die Belästigung „hinter ihrem Rücken“ geschieht. Auch der Wortlaut der Regelbeispiele des § 3 Abs. 4 AGG geht teilweise in diese Richtung. Danach ist die Würde insbesondere dann verletzt, wenn ein negativ geprägtes Umfeld geschaffen wird. Um von einem negativen Umfeld für die betroffene Person sprechen zu können ist erforderlich, dass die betroffene Person von der Durchführung erfahren hat, wenn sie auch möglicherweise nicht selbst Adressat einer Einschüchterung, Anfeindung, etc. geworden ist.

Für die sexuelle Belästigung genügt jedoch *jede* Würdeverletzung. Versteht man die Würde § 3 Abs. 4 AGG im Sinne des Menschenwürdebegriffs, ist es unproblematisch, dass die betroffene Person keine Kenntnis ihrer Würdeverletzung haben muss, denn die Menschenwürde ist unantastbar, sie gilt auch für ungeborenes Leben und Tote.

Die hier vertretene Auffassung versteht die in § 3 Abs. 4 AGG bezeichnete Würde als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Hinsichtlich der Kenntnisnahme gilt für das allgemeine Persönlichkeitsrecht nichts Anderes. Für die Frage nach der Strafbarkeit der sexuellen Belästigung kommt es nicht darauf an, ob das Belästigungsoffer in die Belästigung einbezogen wurde oder ob sich diese gleichsam „hinter seinem Rücken“ ereignet, da auch durch solchermaßen erfolgtes, sexuelles Verhalten die in § 3 Abs. 4 AGG geschützte Würde verletzt werden kann.

b) Objektiver Tatbestand

Für die üble Nachrede ist – als weiteres Unterscheidungsmerkmal gegenüber der Beleidigung in § 185 StGB – nur die Behauptung oder Verbreitung einer Tatsache tatbestands erfüllend, wenn die Tatsache geeignet ist, die betroffene Person verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen. § 186 StGB erfordert mithin die Unterscheidung zwischen einer Tatsachenbehauptung und einem Werturteil. Der Grund für

2006, 860 (861); a. A. Zaczyk, in: NK, StGB, § 186 Rn. 6; Amelung, Ehre, S. 60; Hirsch, in: Zaczyk u. a., FS-Wolff, S. 125 (145).

⁹⁵¹ Vgl. hierzu diese Arbeit unter C. III. 5. d) aa) (2).

die Strafbarkeit einer Tatsachenbehauptung ist im grundrechtlichen Schutz der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG zu sehen. Dieses Grundrecht gewährleistet jedermann das Recht, seine Meinung frei zu äußern⁹⁵². Was dagegen nicht zur verfassungsmäßig vorausgesetzten Meinungsbildung beitragen kann, ist nicht geschützt⁹⁵³.

aa) Tatsache

Tatsachen sind nach herrschender Meinung äußere, d. h. in die Wirklichkeit getretene Geschehnisse oder Zustände, die sinnlich wahrgenommen werden können und die daher dem Beweis zugänglich sind⁹⁵⁴. Von Tatsachen sind Meinungsäußerungen zu unterscheiden. Meinungen sind durch die subjektive Beziehung des Einzelnen zum Inhalt seiner Aussage geprägt⁹⁵⁵. Für sie ist das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens kennzeichnend. Insofern lassen sie sich auch nicht als wahr oder unwahr erweisen⁹⁵⁶. Die Unterscheidung zwischen den Begriffen ist teilweise schwierig, da die Behauptung einer Tatsache auch ein Werturteil enthalten kann und umgekehrt. Unabdingbare Voraussetzung für eine zutreffende Einordnung einer Äußerung ist die Ermittlung des Aussagegehalts⁹⁵⁷. Enthält eine Aussage sowohl tatsächliche als auch wertende Elemente stellt sich die Frage, welches Element im Vordergrund steht und die Aussage prägt⁹⁵⁸.

Um Tatsachenbehauptungen handelt es sich, wenn Werturteile durch das Anfügen von Tatsachen belegt werden. Keine Tatsachenbehauptung liegt vor, wenn das wertende Element den tatsächlichen Gehalt der Aussage darstellt, der durch Tatsachen gestützt wird, die sich nicht auf Handlungen des Betroffenen beziehen⁹⁵⁹. Oder wenn der tatsächliche Gehalt aufgrund Substanzarmut völlig in den Hintergrund tritt⁹⁶⁰. Um eine Tatsachenbehauptung handelt es sich auch, wenn der Sachverhalt, welcher der Behauptung zu Grunde liegt, verkürzt wird und in Gestalt eines Werturteils geäußert wird⁹⁶¹. Um eine Tatsachenbehauptung handelt es sich bei der Bezeichnung als ‚Dieb‘, da dies auf das tatsächliche Geschehen des Diebstahls bezogen ist, das in dem Werturteil verkürzt wiedergegeben

⁹⁵² BVerfG, Beschl. v. 11.5.1976 – 1 BvR 163/72, BVerfGE 42, 163 (170 f.).

⁹⁵³ BVerfG, Beschl. v. 22.6.1982 – 1 BvR 1376/79, BVerfGE 61, 1 (8).

⁹⁵⁴ Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 186 Rn. 3; Fischer, StGB, § 186 Rn. 2; Rogall, in: SK, StGB, § 186 Rn. 6; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 3; Hilgendorf, in: LK, StGB, § 186 Rn. 6; Regge/Pegel, in: MK, StGB, § 186 Rn. 5; Gaede, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 186 Rn. 2; differenzierend Zaczyk, in: NK, StGB, § 186 Rn. 2, der die Verbindung der Äußerung mit dem Tatopfer betont, die Grundlage für eine selbständige Stellungnahme des Dritten werden muss.

⁹⁵⁵ BVerfG, Beschl. v. 14.5.1972 – 2 BvR 41/71, BVerfGE 33, 1 (14).

⁹⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 13.4.1994 – 1 BvR 23/94, BVerfGE 90, 241 (247).

⁹⁵⁷ BGH, Urt. v. 16.6.1998 – VI ZR 205–97, NJW 1998, 3047 (3048).

⁹⁵⁸ Vgl. die Beispiele bei Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 186 Rn. 3 und die Nachweise zur Rechtsprechung bei Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 4.

⁹⁵⁹ Fischer, StGB, § 186 Rn. 3.

⁹⁶⁰ BVerfG, Beschl. v. 22.6.1982 – 1 BvR 1376/79, BVerfGE 61, 1 (9); Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 4.

⁹⁶¹ BayObLG, Beschl. v. 22.8.1994 – 4 St RR 81/94, NJW 1995, 2501 (2502) „Als verkürzte Bezeichnung eines bestimmten Sachverhalts tritt die mit jeder verkürzten Bezeichnung eines Sachverhalts notwendig verbundene Bewertung eines tatsächlichen Geschehens als dieser Bezeichnung unterfallend derart in den Hintergrund, daß ihr nicht mehr der Ausdruck einer Stellungnahme im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung zuerkannt werden kann (vgl. BVerfGE 65, 1 (41) = NJW 1984, 419).“

ist⁹⁶²; nicht jedoch bei der Bezeichnung eines Widerstandskämpfers als ‚Landesverräter‘, da darin vorrangig ein abwertendes Werturteil zu sehen ist⁹⁶³.

(1) *Qualität der Tatsache*

Die Tatsache muss geeignet sein, die betroffene Person verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen. Darin sind alle Aspekte des Ehrbegriffs enthalten. Eine qualitative oder quantitative Unterscheidung der beiden Varianten wird im Schrifttum überwiegend abgelehnt⁹⁶⁴. Da es sich bei § 186 StGB um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt, reicht die Eignung aus – eine tatsächlich eingetretene Herabwürdigung oder Verächtlichmachung ist nicht erforderlich.

(2) *Behaupten oder Verbreiten*

Für die üble Nachrede ist erforderlich, dass die Tatsache behauptet oder verbreitet wird. Eine Behauptung liegt vor, wenn der Täter eine Tatsache als nach eigener Überzeugung wahr hinstellt⁹⁶⁵. Dabei ist nicht erforderlich, dass er die zu Grunde liegenden Umstände mitteilt⁹⁶⁶. Ein Behaupten ist auch darin zu sehen, dass er sich in Form von Fragen äußert oder lediglich einen Verdacht bekundet, solange er eigenes Wissen zum Ausdruck bringt⁹⁶⁷. Selbst das Bestreiten einer Tatsache kann dafür ausreichend sein, wenn darin die konkludente Behauptung des Gegenteils zu sehen ist⁹⁶⁸. Das Behaupten kann insgesamt konkludent, also allein durch eine nonverbale Handlung erfolgen⁹⁶⁹. Allerdings ist allein das Schaffen einer kompromittierenden Sachlage keine üble Nachrede, da es entweder an der Äußerung oder am Drittbezug fehlt⁹⁷⁰.

Der Täter verbreitet eine Tatsache, wenn er eine fremde Tatsachenäußerung weitergibt⁹⁷¹. Dafür reicht es aus, wenn er nur ein Gerücht weitergibt, dessen Urheber ihm nicht bekannt ist – nicht jedoch, wenn er dem Gerücht ernsthaft entgegentritt⁹⁷². Die Form der Weitergabe ist unerheblich. Eine Kontroverse besteht in der Frage, ob es für die Verbreitung ausreicht, dass sich Personen unterhalten, denen die Tatsache bereits bekannt ist. Dagegen spreche, dass aufgrund der Bekanntheit der Tatsache nur dann eine Verbreitung stattfindet, wenn zu den bereits bekannten Informationen zusätzliches Wissen weitergegeben werde

⁹⁶² *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 4.

⁹⁶³ *BGH*, Urt. v. 6.5.1958 – 5 StR 14/58, BGHSt 11, 329 (330); *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 186 Rn. 3.

⁹⁶⁴ *Rogall*, in: SK, StGB, § 186 Rn. 10; *Fischer*, StGB, § 186 Rn. 4; *Hilgendorf*, in: LK, StGB, § 186 Rn. 10; *Regge/Pegel*, in: MK, StGB, § 186 Rn. 14; *Zaczyk*, in: NK, StGB, § 186 Rn. 5; *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 5.

⁹⁶⁵ *OLG Köln*, Urt. v. 7.6.1963 – Ss 85/63, NJW 1963, 1634 (1634); *Hilgendorf*, in: LK, StGB, § 186 Rn. 7; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 186 Rn. 5; *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 7; *Gaede*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 186 Rn. 9; *Rogall*, in: SK, StGB, § 186 Rn. 13.

⁹⁶⁶ *Hilgendorf*, in: LK, StGB, § 186 Rn. 7.

⁹⁶⁷ *Fischer*, StGB, § 186 Rn. 8.

⁹⁶⁸ *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 7; *Fischer*, StGB, § 186 Rn. 8.

⁹⁶⁹ Vgl. *OLG Hamm*, Beschl. v. 30.6.1986 – 4 Ss 271/86, NJW 1987, 1034 (1034) zur Behauptung einer ehrwürdigen Tatsache durch eine sog. Sensorkontrolle im Kaufhaus; a. A. *Regge/Pegel*, in: MK, StGB, § 186 Rn. 17.

⁹⁷⁰ *Hilgendorf*, in: LK, StGB, § 186 Rn. 7; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 186 Rn. 5; *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 7; *Fischer*, StGB, § 186 Rn. 8; a. A. *Streng*, GA 1985, 214 (214 ff.); *Gössel/Dölling*, Strafrecht BT I, § 31 Rn. 20.

⁹⁷¹ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 186 Rn. 5; *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 8;

⁹⁷² *Hilgendorf*, in: LK, StGB, § 186 Rn. 8.

oder Zweifel ausgeräumt würden⁹⁷³. Allerdings ist jede Kommunikation - auch über bekannte Tatsachen - geeignet, den Kenntnisstand zu präzisieren und zu verfestigen, so dass auch bei der erneuten Äußerung bekannter Tatsachen eine abstrakte Gefährdung der Ehre des Opfers und damit ein Angriff auf das Rechtsgut des § 186 StGB vorliegt⁹⁷⁴.

c) Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht reicht es aus, dass der Täter mit bedingtem Vorsatz bezüglich der Ehrenrührigkeit der Tatsache handelt, dass er diese kundtut und dass seine Äußerung an eine dritte Person gelangt⁹⁷⁵. Beleidigungsabsicht ist nicht erforderlich⁹⁷⁶. Der Vorsatz muss sich nicht auf die Unwahrheit der Tatsache oder deren Nichterweislichkeit beziehen⁹⁷⁷.

d) Objektive Bedingung der Strafbarkeit: Nichterweislichkeit der Wahrheit

Eine weitere Voraussetzung der Strafbarkeit nach § 186 StGB liegt darin, dass die Wahrheit der behaupteten oder verbreiteten Tatsache nicht erwiesen werden kann. Die Wahrheit der Äußerung ist von Amts wegen vom Gericht zu erforschen. Maßgebend ist nicht, ob die geäußerte Tatsache wahr oder unwahr ist, sondern ob sie sich als wahr erweisen lässt⁹⁷⁸. Diese Pflicht trifft das Gericht selbst dann, wenn bereits feststeht, dass der Täter aufgrund Wahrnehmung berechtigter Interessen nach § 193 StGB straffrei bleibt⁹⁷⁹. Der Grund hierfür wird darin gesehen, dass durch das Behaupten oder Verbreiten abträglicher Tatsachen dem Betroffenen ein kaum wiedergutzumachender Nachteil entstehen kann⁹⁸⁰. Dies insbesondere, wenn der Täter straffrei bleibt. In diesen Fällen ist es deshalb aus Gründen des Opferschutzes geboten, unabhängig von § 193 StGB die Wahrheit der Tatsache festzustellen⁹⁸¹.

Nach Ansicht der Rechtsprechung und der herrschenden Auffassung in der Literatur handelt es sich bei der Nichterweislichkeit der Wahrheit um eine objektive Bedingung der Strafbarkeit, nicht um ein Tatbestandsmerkmal⁹⁸². Ist die Wahrheit der Tatsache erwiesen,

⁹⁷³ Hilgendorf, in: LK, StGB, § 186 Rn. 9; Zaczek, in: NK, StGB, § 186 Rn. 10; Rogall, in: SK, StGB, § 186 Rn. 15.

⁹⁷⁴ Fischer, StGB, § 186 Rn. 9; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 8; Regge/Pegel, in: MK, StGB, § 186 Rn. 18; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 25 Rn. 28.

⁹⁷⁵ Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 186 Rn. 10; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 11; Fischer, StGB, § 186 Rn. 13.

⁹⁷⁶ Hilgendorf, in: LK, StGB, § 186 Rn. 11.

⁹⁷⁷ Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 186 Rn. 10. Hierzu sogleich.

⁹⁷⁸ Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 13.

⁹⁷⁹ BGH, Beschl. v. 12.2.1958 – 4 StR 1891/57, BGHSt 11, 273 (274); Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 186 Rn. 7a; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 14; ausf. Graul, NSZ 1991, 457 (459 ff.); Zaczek, in: NK, StGB, § 186 Rn. 25.

⁹⁸⁰ BGH, Beschl. v. 12.2.1958 – 4 StR 1891/57, BGHSt 11, 273 (274).

⁹⁸¹ Zudem hat die Feststellung die Funktion, den guten Ruf des Opfers bei unwahren Tatsachenbehauptungen wieder herzustellen, BGH, Beschl. v. 12.2.1958 – 4 StR 1891/57, BGHSt 11, 273 (275).

⁹⁸² BGH, Beschl. v. 12.2.1958 – 4 StR 1891/57, BGHSt 11, 273 (274); Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 186 Rn. 7; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 10; Fischer, StGB, § 186 Rn. 11; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 25 Rn. 21; Tenckhoff, JuS 1988, 618 (622); Geppert, JURA 1983, 580 (583); Geppert, JURA 2002, 820 (822); ausführlich Rogall, in: SK, StGB, § 186 Rn. 20 ff.; Gössel/Dölling, Strafrecht BT I, § 31 Rn. 34.

liegt ein Strafausschließungsgrund vor⁹⁸³. Hintergrund ist, dass die Behauptung wahrer Tatsachen keine Ehrverletzung darstellt. Solange die Wahrheit nicht bewiesen ist, wird zum Schutz des Opfers dessen Vollbesitz der Ehre angenommen⁹⁸⁴. Das bedeutet, dass der mutmaßliche Täter des § 186 StGB im Zweifel nicht freigesprochen wird, sondern – sofern die Wahrheit der Tatsachenbehauptung nicht nachgewiesen werden kann – einer Verurteilung wegen übler Nachrede entgegensehen muss.

Hiergegen wird allerdings eine beachtliche Kritik vorgebracht, die sich an der Umkehrung der Unschuldsumvermutung kristallisiert. Der Grundsatz *in dubio pro reo* werde in sein Gegenteil verkehrt, da die Nichterweislichkeit der Wahrheit der Tatsachenbehauptung zu Lasten des Täters zu einer Strafbarkeit führe. Vertreter dieser Ansicht sehen in dem Merkmal der Nichterweislichkeit der Wahrheit eine Sorgfaltspflicht des Täters bezüglich der Unwahrheit der Tatsache⁹⁸⁵. Sie korrigieren die Wertung des Gesetzgebers zu Lasten des Opfers, das nun mitansehen muss, wie der Täter freigesprochen wird, wenn er sich darauf beruft, er sei irrig von der Wahrheit der Tatsache ausgegangen. Am Opfer kann somit leicht ein Ehrmangel haften bleiben.

An dem Willen des Gesetzgebers, bei § 186 StGB *de lege lata* eine Umkehrung des Zweifelssatzes in Kauf zu nehmen, bestehen heute keine Zweifel. Daraus folgt, dass gleichfalls keine Zweifel daran bestehen, dass bei der üblen Nachrede der Schutz der Ehre höher als die Unschuldsumvermutung anzusiedeln ist. Dass damit, wie von den Vertretern der Sorgfaltspflicht angeführt, gleichzeitig ein Verstoß gegen das Schuldprinzip erfolgt, ist zweifelhaft: § 186 StGB ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Die Vorschrift schützt die Gefährdung der Ehre einer anderen Person. Eine solche Gefährdung – und damit die Verwirklichung des tatbestandlichen Unrechts – liegt bereits darin, dass Tatsachen behauptet werden, deren Wahrheit sich nicht erweisen lässt. Der Täter, der nicht erweisbare Tatsachen äußert, riskiert stets eine Ehrverletzung der anderen Person.

Die herrschende Auffassung ist vorzugswürdig. Sie kann den Wortlaut und die Intention des Gesetzgebers für sich verbuchen. Sie vermeidet eine unbillige Einschränkung des Ehrschutzes unter Inkaufnahme einer Verschiebung der Unschuldsumvermutung, jedoch unter Berücksichtigung des übergeordneten Schuldprinzips. Die hieraus resultierenden Ergebnisse sind auch nicht unbillig, da selbst nach der Bejahung des Tatbestandes die Strafbarkeit aufgrund der Rechtfertigungsvorschrift des § 193 StGB entfallen kann⁹⁸⁶.

Für die Erweislichkeit der Wahrheit ist erforderlich, dass der Tatsachenkern der Äußerung erwiesen ist⁹⁸⁷. Ob die Äußerung daneben auch unbedeutende Abweichungen von der Wahrheit enthält, spielt keine Rolle.

⁹⁸³ BGH, Beschl. v. 12.2.1958 – 4 StR 1891/57, BGHSt 11, 273 (274); OLG Hamm, Beschl. v. 30.6.1986 – 4 Ss 271/86, NJW 1987, 1034 (1034); Lenckner/Eisele, in: Schöne/Schröder, StGB, § 186 Rn. 10.

⁹⁸⁴ Tenckhoff, JuS 1988, 618 (621).

⁹⁸⁵ Hirsch, Ehre und Beleidigung, S. 152 f.; Wolff, ZStW 81 (1969), 886 (905 f.); Zaczyk, in: NK, StGB, § 186 Rn. 16; Hilgendorf, in: LK, StGB, § 186 Rn. 4; Regge/Pegel, in: MK, StGB, § 186 Rn. 29; Gaede, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 186 Rn. 13; Küpper, JA 1985, 453 (459); Eppner/Hahn, JA 2006, 860 (862).

⁹⁸⁶ Vgl. Tenckhoff, JuS 1988, 618 (622).

⁹⁸⁷ BGH, Urt. v. 15.1.1963 – 1 StR 478/62, BGHSt 18, 182 (183).

e) Rechtswidrigkeit

Nach den allgemeinen Rechtfertigungstatbeständen kommt § 193 StGB als zusätzlicher Rechtfertigungsgrund in Betracht. Unterschiede zur Anwendung bei übler Nachrede oder Beleidigung bestehen nicht, weshalb auf die hierzu erfolgten Ausführungen verwiesen werden kann⁹⁸⁸.

f) Qualifikation “öffentlich oder durch Verbreiten von Schriften”

Begeht der Täter die üble Nachrede öffentlich oder durch das Verbreiten von Schriften, erfüllt er die den Strafraumen erhöhende Qualifikation.

(1) Öffentlich

Öffentlichkeit in diesem Sinne besteht, wenn die Äußerung von einem größeren, zahlenmäßig und individuell unbestimmten Personenkreis wahrgenommen werden kann⁹⁸⁹. Darin liegt die gegenüber dem Grundtatbestand erhöhte Gefahr, dass die Missachtung des Opfers schnellere und weitere Kreise zieht und daher stärker wirkt und zugleich, dass ein Widerruf der Äußerung weniger wirksam ist, da unbekannt ist, wen die Äußerung erreicht hat.

Entsprechend sind Äußerungen in Rundfunk und Fernsehen öffentlich in diesem Sinn. Ebenso die Äußerung in Computernetzen wie dem Internet, sofern diese allgemein abrufbar sind⁹⁹⁰. Öffentlich ist die Äußerung auch, wenn sie in einer Versammlung erfolgt, deren Teilnehmerkreis nicht bestimmt ist, wie etwa bei Demonstrationen oder Kundgebungen. Hierfür nicht ausreichend sind Versammlungen, die nur für einen bestimmten Personenkreis zugänglich sind – mag dieser auch zahlenmäßig groß sein, wie etwa die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft, eine Parteiversammlung oder eine Betriebsversammlung. Das gilt auch für eine allgemein zugängliche Versammlung, sofern bei dieser keine unbeteiligten Personen anwesend sind, wie dies z. B. bei öffentliche Gerichtsverhandlungen der Fall sein kann⁹⁹¹. Die Anwesenheit von drei unbeteiligten Personen ist ausreichend, um das Merkmal zu erfüllen⁹⁹².

Auf die Öffentlichkeit des Ortes kommt es nicht an. Die Qualifikation ist nicht dadurch erfüllt, dass der Täter auf einem öffentlichen Platz hintereinander verschiedene Passanten anspricht⁹⁹³.

(2) Verbreiten von Schriften

Der Begriff des Verbreitens von Schriften ist nicht identisch mit dem Verbreiten der Tatsache in § 186 Hs. 1 StGB. Es gilt der presserechtliche Verbreitungsbegriff. Dieser findet u. a. auch bei der Verbreitung pornographischer Schriften Anwendung. Bei § 186 StGB ergeben sich keine Besonderheiten, weshalb zur Vermeidung von Wiederholungen auf

⁹⁸⁸ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. III. 1. e).

⁹⁸⁹ *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 19; *Zaczyk*, in: NK, StGB, § 186 Rn. 27; *Fischer*, StGB, § 186 Rn. 16; *Regge/Pegel*, in: MK, StGB, § 186 Rn. 35; *Hilgendorf*, in: LK, StGB, § 186 Rn. 13.

⁹⁹⁰ *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 19.

⁹⁹¹ *Hilgendorf*, in: LK, StGB, § 186 Rn. 13; *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 186 Rn. 19.

⁹⁹² *OLG Celle*, Urt. v. 10.5.1994 – 1 Ss 71/94, NSTz 1994, 440 (441).

⁹⁹³ *RG*, Urt. v. 28.6.1923 – IV 262/23, RGSt 57, 343; *Zaczyk*, in: NK, StGB, § 186 Rn. 29.

die dortigen Untersuchungsergebnisse verwiesen wird⁹⁹⁴. Maßgebend ist die körperliche Zugänglichmachung.

Das Aufhängen eines oder mehrerer Poster oder Plakate am Arbeitsplatz, welches ehrenrührige Tatsachenbehauptungen in schriftlicher oder anderer Form enthält, stellt keine öffentliche Äußerung dar, wenn der Arbeitsplatz nur bestimmten Personen, nämlich den Firmenangehörigen, zugänglich ist. Beim Anbringen von Plakaten handelt es sich auch nicht um das Verbreiten von Schriften, da nicht die physikalische Weitergabe, sondern die des Inhalts intendiert wird. Öffentlichkeit ist hingegen bei Arbeitsplätzen mit Besucherzugang gegeben, da die Behauptung damit einer unbestimmten Anzahl von Personen gegenüber erfolgt. Dies ist unabhängig davon, ob ein Besucher tatsächlich Kenntnis der behaupteten Tatsache erlangt hat⁹⁹⁵.

g) Zwischenfazit

Die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz wird durch sexuell bestimmtes Verhalten begangen, wozu auch unerwünschte sexuelle Handlungen und Bemerkungen sexuellen Inhalts gehören. Der Täter muss nicht zwingend eine Äußerung bewirken, tatsächliches Handeln kann ausreichen.

aa) Verbale Äußerungen

Betrachtet man die Formen sexueller Belästigung, in denen verbalisiert wird, etwa bei zweideutigen Äußerungen und eindeutig sexuellen Anspielungen, kann in der Verbalisierung die Äußerung einer Tatsache liegen, z. B. wenn der Arbeitgeber gegenüber einer anderen Person verkündet, er unterhalte ein sexuelles Verhältnis mit seiner Sekretärin. Ist die solchermaßen behauptete Tatsache nicht erweislich wahr, liegt darin eine üble Nachrede und damit eine Ehrverletzung. Zugleich liegt eine sexuelle Belästigung vor, da durch eine Bemerkung sexuellen Inhalts die Würde der betroffenen Person verletzt wurde.

Lästereien kommen am Arbeitsplatz in großer Zahl vor. Erreichen sie die Qualität einer Tatsachenbehauptung und beinhalten sie den Bezug zum biologischen Geschlecht, kann es sich bei der Äußerung um eine sexuelle Belästigung handeln, die als üble Nachrede strafbar ist. Gleichviel der Tatbestand erfüllt ist, kann dieser Fall nicht als typisches Beispiel einer sexuellen Belästigung verstanden werden. Nach den Erhebungen zur sexuellen Belästigung fallen darunter überwiegend direkte Verhaltensweisen zwischen Täter und Opfer und gerade keine Dreieckstaten.

Die Quid-pro-quo-Fälle, in denen der Arbeitgeber eine positive Entscheidung oder das Unterlassen einer negativen beruflichen Entscheidung von sexuellem Verhalten abhängig macht, stellen keine üble Nachrede dar. Es fehlt sowohl an der Kundgabe gegenüber einem Dritten als auch an der Tatsachenbehauptung. Aufforderungen zu sexuellem Verkehr sind gleichfalls keine Tatsachenbehauptungen und daher nicht nach § 186 StGB strafbar. Bei Einladungen zu sexuellem Verhalten wird es regelmäßig an der Beziehung auf einen anderen fehlen, da es nicht ausreicht, dass eine Dritte Person die Möglichkeit zur Kenntnisnahme der Tatsachenäußerung hat. Die Tatsache muss gezielt einem oder mehreren

⁹⁹⁴ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 11. c) aa).

⁹⁹⁵ *Lenckner/Eisele*, in: *Schönke/Schröder, StGB*, § 186 Rn. 19.

Adressaten gegenüber kundgetan werden; daran wird es bei Einladungen fehlen, es sei denn es werden mehrere Personen eingeladen.

Typisch ist hingegen, dass der Täter einer sexuellen Belästigung durch eine verbale Äußerung gegenüber Dritten – in einem persönlichen Gespräch oder per sachlichem bzw. elektronischem Kommunikationsmittel – eine ehrwürdige Tatsache äußert. Als Beispiel mag hierfür dienen, dass der Arbeitgeber per E-Mail gegenüber allen Mitarbeitern äußert, er habe gesehen, wie sich Frau F privat sexuell verhalten habe. Die qualifizierte üble Nachrede zum Nachteil von F liegt auf der Hand. Sie kann nicht durch § 193 gerechtfertigt sein⁹⁹⁶.

Die Konfrontation mit unerwünschter Sexualität kann zwar eine Belästigung darstellen, jedoch reicht dies für eine üble Nachrede nicht aus. Daher sind Telefonate oder Briefe oder sonstige Kommunikationsformen, die sexuelle Anspielungen beinhalten in der Regel nicht nach § 186 StGB strafbar. Es fehlt regelmäßig an der Dreiecksbeziehung und ggf. an der Tatsachenbehauptung. Tatbestandserfüllende Sachverhalte sind gleichwohl nicht ausgeschlossen. So kann der Brief oder eine E-Mail an eine Person eine sexuelle Anspielung dahingehend enthalten, dass der Täter behauptete, er habe bereits mit der Kollegin sexuell interagiert und dieser habe es gut gefallen.

Verbale Äußerungen sind typisch sowohl für die üble Nachrede als auch die sexuelle Belästigung. Eine Strafbarkeit nach § 186 StGB ist grundsätzlich in Betracht zu ziehen.

bb) Äußerungen durch tatsächliche Kundgabe

Für die Kundgabe der Tatsache sind auch Formen nonverbalen Verhaltens denkbar. In Betracht kommt das Verbreiten von Schriften, wozu auch Darstellungen z. B. in Form von Fotografien zählen. Ob allerdings die klassischen Erscheinungsformen der sexuellen Belästigung, die körperlichen Aufdringlichkeiten, dazu zählen ist fraglich.

Rein körperliches Verhalten kann einen Tatsachenkern haben, der eine Strafbarkeit nach § 186 StGB begründen kann⁹⁹⁷. Wenn jedoch nonverbales Verhalten eine Tatsachenkundgabe darstellen soll, dann muss genau dieses Verhalten in der Wahrnehmung der Allgemeinheit einer Tatsachenkundgabe gleichkommen und darf nicht nach § 193 StGB gerechtfertigt sein. Das *OLG Hamm* hat dies in der Entscheidung „Sensorkontrolle“ bejaht. Dem dortigen Verhalten kam die Behauptung eines Diebstahlsverdachts durch Untersuchung mit einem Sensor zu⁹⁹⁸. Danach kann noch nicht jede Kontrolle die Behauptung einer Tatsache darstellen, denn der Verdacht muss so konkretisiert sein, dass allein durch die Handlung die Kommunikation erfolgt. Beispielsweise bei der Verwendung eines Atemalkoholtesters im Rahmen einer Verkehrskontrolle ohne Einwilligung des Betroffenen; dort entsteht der Verdacht aus dem Verhalten, dass der Verkehrsteilnehmer alkoholisiert ist.

Eine rein körperliche Betätigung, die ein sexuelles Verhalten im Sinn von § 3 Abs. 4 AGG darstellt und gleichzeitig eine allgemein bekannte Handlungsweise ist, die eine ehrwürdige Tatsache ausdrückt, lässt sich nicht ohne Weiteres finden. Das liegt daran, dass sexuelle Handlungen einerseits nicht in einem Maße verkehrsblich sind, dass eine Handlung mit

⁹⁹⁶ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. III. 1. e).

⁹⁹⁷ Vgl. *OLG Hamm*, Beschl. v. 30.6.1986 – 4 Ss 271/86, NJW 1987, 1034 – *Sensorkontrolle*; *strittig*.

⁹⁹⁸ *OLG Hamm*, Beschl. v. 30.6.1986 – 4 Ss 271/86, NJW 1987, 1034 (1035).

einer Tatsachenbehauptung gleichgesetzt werden kann. Andererseits kommt es dem sexuellen Belästiger regelmäßig nicht darauf an, Dritten gegenüber durch nonverbales, sexuelles Verhalten(!) Tatsachen über die betroffene Person mitzuteilen.

Allenfalls Kombinationen von verbaler und tatsächlicher Kundgabe sind denkbar. So etwa, wenn der Täter Dritten gegenüber verkündet, seiner Mitarbeiterin M habe es gefallen, wie er sie angefasst habe und der Täter dies sogleich bei einer nahe stehenden Kollegin K demonstriert, indem er ihr auf das Gesäß klapst. Damit behauptet der Täter die Tatsache, M gefalle es, wenn man ihr leicht auf den Hintern schlägt. Durch den verbalen Teil seiner Äußerung behauptet er, M habe ein körperlicher Kontakt gefallen – was für sich genommen bereits eine Tatsache darstellt – und mit der Veranschaulichung konkretisiert der Täter, um welche Art des Kontaktes es ging. Der Klaps auf den Hintern von K allein ist keine Tatsachenbehauptung, sondern kann nur in Verbindung mit der verbalen Äußerung so verstanden werden.

Rein körperliche Übergriffe unter Anwesenheit dritter Personen kommt mithin nicht die Qualität einer üblen Nachrede zu, da sexuelles Verhalten allein im allgemeinen keinen Bedeutungsinhalt trägt, der als Tatsachenbehauptung aufgefasst werden kann. Die Fallgruppen rein körperlicher sexueller Belästigung scheiden demnach aus; sie sind nicht als üble Nachrede strafbar.

h) Täterschaft und Teilnahme

Es gelten die allgemeinen Regeln unter Berücksichtigung der Feststellungen zu § 185 StGB⁹⁹⁹.

3. § 187 StGB – Verleumdung

a) Abgrenzung zu § 186 StGB

Der Tatbestand des § 187 StGB entspricht größtenteils dem der üblen Nachrede. Er enthält zwei Varianten mit unterschiedlichen Schutzgütern. In Alt. 1 wird die Verletzung der Ehre geschützt. Auch die Formulierung der Vorschrift ist weitgehend identisch zu § 186 StGB, enthält jedoch über die üble Nachrede hinausgehend das Erfordernis des Handelns wider besseren Wissens. § 187 Alt. 2 StGB ist ein Vermögensdelikt, welches die Kreditwürdigkeit der betroffenen Person vor einer Gefährdung durch unwahre Tatsachenbehauptungen schützt.

Der Unterschied zu § 186 StGB liegt darin, dass sowohl in objektiver als auch subjektiver Hinsicht erforderlich ist, dass es sich um eine unwahre Tatsache handelt, die durch den Täter kundgetan wird. Der Strafraum ist für die Verwirklichung des Grundtatbestandes auf bis zu zwei Jahre erhöht, um das mit der Verbreitung bekanntermaßen unwahrer Tatsachen verbundene größere Unrecht angemessen zu sanktionieren. Gleiches gilt für die Qualifikation, die bis auf das erhöhte Strafmaß der Regelung des § 186 StGB entspricht, freilich mit den erweiterten Anforderungen des Grundtatbestandes. Behauptet der sexuelle Belästiger ehrenrührige Tatsachen gegenüber Dritten, kommt es für die Strafbarkeit nach § 186 oder § 187 StGB darauf an, ob er vorsätzlich – bedingt genügt – wider seines

⁹⁹⁹ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. III. 1. h).

besseren Wissens gehandelt hat. Ist ihm diese nicht nachzuweisen, entfällt einer Verurteilung wegen Verleumdung.

b) Zwischenfazit

Gegenüber der Untersuchung zu § 186 StGB ergeben sich keine Unterschiede, weshalb auf die dortigen Feststellungen verwiesen werden kann¹⁰⁰⁰.

c) Täterschaft und Teilnahme

Es gelten die allgemeinen Regeln unter Berücksichtigung der Feststellungen zu § 185 StGB¹⁰⁰¹.

IV. STRAFTATEN GEGEN DIE KÖRPERLICHE UNVERSEHRTHEIT

Zu den weit verbreiteten Formen der sexuellen Belästigung zählen körperliche Übergriffe. Es verwundert daher, dass Beiträge zur Frage der Strafbarkeit sexueller Belästigung die Körperverletzungsdelikte unerwähnt lassen¹⁰⁰². Wer aber bei sexuellen Belästigungen den Nötigungscharakter verneint oder den Tatbestand mangels Gewalt ablehnt, der muss die Frage nach einer möglichen Verletzung der körperlichen Unversehrtheit stellen, da für §§ 223 ff. StGB diese Tatbestandsmerkmale nicht erforderlich sind.

1. § 223 StGB – Körperverletzung

a) Einleitung

Direkte Formen sexueller Belästigung bestehen überwiegend aus körperlicher Annäherung¹⁰⁰³. Sie sind von der betroffenen Person – jedenfalls in dieser Form – nicht gewollt. Die verschiedenen körperlichen Kontakte lassen sich nach der einwirkenden Energie (leichte Berührung oder kraftvoller Klaps), der Dauer und dem Sexualbezug unterscheiden. Typische Fälle sind folgend beispielhaft dargestellt:

Beispiel 1: Arbeitgeber A bespricht sich mit seiner Sekretärin S, die neben ihm steht. Überraschend für S küsst er sie auf den Mund. S empfindet hierbei Ekel der noch über Stunden anhält.

Abwandlung 1: Statt des Kusses fasst A über der Bekleidung an die Brust von S und streicht mit seiner Hand darüber. S erschrickt und verlässt den Raum. Ihr ist längere Zeit schlecht, sie kann sich nicht mehr konzentrieren und muss sich schließlich übergeben.

Abwandlung 2: Wie Abwandlung 1, A greift jetzt aber so kräftig an die Brust von S, dass diese Schmerzen empfindet, die nach wenigen Minuten abklingen.

¹⁰⁰⁰ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. III. 2. g).

¹⁰⁰¹ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. III. 1. h).

¹⁰⁰² So *Schaefer/Wolf*, ZRP 2001, 27 f.; *Adelmann*, JURA 2009, 24 ff.

¹⁰⁰³ Vgl. hierzu diese Arbeit unter C. IV. 2. e).

Abwandlung 3: Wie Abwandlung 1, S geht infolge des Übergriffs jeden Tag psychisch angespannt zur Arbeit und erbringt ihre Leistungen in der permanenten Furcht vor weiteren Übergriffen. Aufgrund der dauernden Angespanntheit erleidet sie krankhaften Haarausfall.

Abwandlung 4: Statt des Kusses kneift A der S in den Po. Daraus entsteht ein „blauer Fleck“ auf der Haut, der nach einigen Tagen abklingt.

Strafbarkeit des A nach § 223 StGB?

b) Rechtsgut

Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte ist die körperliche Unversehrtheit des Menschen¹⁰⁰⁴. Diese kann tatbestandlich durch körperliche Misshandlung oder Schädigung der Gesundheit verletzt werden, wobei eine Tathandlung im Einzelfall auch beide Tatvarianten erfüllen kann.

Die h. M. und die Rechtsprechung gehen von einem somatologischen Verständnis aus, wonach stets eine körperliche Auswirkung erforderlich ist, um von einer Verletzung der körperlichen Integrität zu sprechen¹⁰⁰⁵. Ursache der körperlichen Reaktion kann sowohl eine physische als auch psychische Verletzung sein, etwa durch einen Schock oder die Erzeugung von psychischem Druck. Sofern die betroffene Person aber keine körperlichen Auswirkungen zeigt, liegt keine Körperverletzung vor, da rein psychische Auswirkungen wie Angst oder Ekel nicht unter den Tatbestand des § 223 StGB fallen, solange sie nicht durch körperliche Reaktionen objektiviert sind¹⁰⁰⁶.

Dagegen wendet sich eine Auffassung in der Literatur, die aufgrund der mannigfaltigen und nur schwer abgrenzbaren Wechselwirkungen zwischen Körper und Geist auch seelische Auswirkungen erfasst sehen will¹⁰⁰⁷. Vertreter der h. M. führen dagegen den Wortlaut des Gesetzes an, der sowohl in der Abschnitt- als auch Deliktsüberschrift von einem Körperlichkeitsmoment spricht. Die systematische Betrachtung zeigt, dass das Gesetz in § 225 Abs. 3 Nr. 2 StGB psychische Schädigungen kennt, in § 223 StGB aber nicht erwähnt, diese daher bei der Körperverletzung außer Betracht zu bleiben haben. Schließlich führt die Einbeziehung rein seelischer Auswirkungen zu Schwierigkeiten der Nachweisbarkeit, da es sich um subjektive Empfindungen handelt und führt zu einem ausufernden Tatbestand der Injurie.

¹⁰⁰⁴ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 223 Rn. 1; *Fischer*, StGB, § 223 Rn. 2; *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, Rn. 223 Rn. 1; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 8 Rn. 5; *Paeffgen*, in: NK, StGB, § 223 Rn. 2; *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 223 Rn. 2; *Joecks*, in: MK, StGB, Vor. §§ 223 ff. Rn. 4; weitergehend *Wolters*, in: SK, StGB, § 223 Rn. 35 ff. der in der unmittelbaren und physischen Einwirkung auf den Organismus eines anderen ohne dessen wirksame tatsächliche oder mutmaßliche Einwilligung eine Verletzung des körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts und dadurch den Misshandlungstatbestand erfüllt sieht (a. a. O. Rn. 36). Ebenfalls weiter *Freund/Heubel*, MedR 1995, 194 (198); dagegen *Schroeder*, in: Weigend u. a., FS-Hirsch, S. 725 (736).

¹⁰⁰⁵ *BGH*, Beschl. v. 11.7.2012 – 2 StR 60/1, NStZ-RR 2012, 340 (341); *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 223 Rn. 4-5; *Lilie*, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 223 Rn. 2; *Paeffgen*, in: NK, StGB, § 223 Rn. 3; *Fischer*, StGB, § 223 Rn. 6; *Joecks*, in: MK, StGB, § 223 Rn. 4; *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 223 Rn. 2; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 9 Rn. 2; *Hardtung*, JuS 2008, 864 (866); *Bloy*, in: Arnold u. a., FS-Eser, S. 233 (234).

¹⁰⁰⁶ *BGH*, Urt. v. 9.10.2002 – 5 StR 42/02, BGHSt 48, 34 (150) = NJW 2003, 150 (153) = BGHSt 48, 34 (37).

¹⁰⁰⁷ *Wolters*, in: SK, StGB, § 223 Rn. 35 ff.; *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 1.

Zusätzlich zu den Nachweisschwierigkeiten des *Ob* der tatbestandlichen Empfindung, die dadurch entstünden, dass eine betroffene Person behauptet, sie habe Angst oder Ekel erlitten, stellt sich die Frage nach der Intensität des Eingriffs, um Bagatellen ausscheiden zu können. In einem Erkenntnisverfahren ist die Intensität einer innerlich durchlebten Empfindung jedoch nicht zweifelsfrei zu klären, sondern muss stets an einer körperlichen Reaktion abgeleitet werden. Verzichtet man auf das Erfordernis einer körperlichen Auswirkung der physischen oder psychischen Einwirkung auf den Körper einer anderen Person, wäre nicht länger der Körper derselben geschützt, sondern deren Recht auf Freiheit vor psychischen(!) Einwirkungen durch andere. Dann könnten unliebsame Empfindungen wie sie etwa bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber¹⁰⁰⁸ oder infolge des Scheidungsantrag des Ehepartners entstehen können, eine Verletzung des Körpers darstellen. Mithin wäre alles was eine Person innerlich bewegt oder erregt potentiell strafbar.

Die Körperverletzung erfordert *de lege lata* körperliche Auswirkungen. Ob es sinnvoll ist, *de lege ferenda* Eingriffe in die emotionale Persönlichkeit eines anderen zu sanktionieren und damit letztlich das Recht auf Selbstbestimmung zu schützen, kann im Rahmen dieser Untersuchung nur im Hinblick auf die Einwirkung durch eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz hinterfragt werden.

c) Tatbestand

Erforderlich ist, dass ein anderer, lebender Mensch körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt wird.

aa) Körperliche Misshandlung

Eine Körperliche Misshandlung ist eine üble und unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt¹⁰⁰⁹. Nach dieser gängigen Definition von Rechtsprechung und h. M. findet eine weitere Aufgliederung in körperliches Wohlbefinden und körperliche Unversehrtheit statt.

(1) Körperliches Wohlbefinden

Hierunter ist die subjektive Befindlichkeit des Opfers zu verstehen¹⁰¹⁰. Der Begriff ist irreführend, denn Ausgangspunkt muss nicht etwa eine „wohlige“, positive Befindlichkeit sein¹⁰¹¹. Es genügt, wenn der Täter den *status quo ante* objektiv verschlechtert, unabhängig davon, ob das Opfer sich bereits vor der Täterwirkung schlecht gefühlt hat, z. B. Schmerzen hatte¹⁰¹². Ein Körperschaden ist nach der hier verwendeten Definition für die

¹⁰⁰⁸ Beispiel bei *Paeffgen*, in: NK, StGB, § 223 Rn. 3.

¹⁰⁰⁹ *BGH*, Urt. v. 3.5.1960 – 1 StR 131/60, BGHSt 14, 269 (271); *BGH*, Urt. v. 23.1.1974 – 3 StR 324/73, BGHSt 25, 277 (278); *BGH*, Urt. v. 14.1.2009 – 1 StR 158/08, BGHSt 53, 145 (158); *BGH*, Urt. v. 15.9.2010 – 2 StR 400/10, NStZ-RR 2010, 374; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 223 Rn. 4; *Joecks*, in: MK, StGB, § 223 Rn. 4; *Fischer*, StGB, § 223 Rn. 4; *Hardtung*, JuS 2008, 864 (865). Abweichend *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 3; *Paeffgen*, in: NK, StGB, § 223 Rn. 8; *Wolters*, in: SK, StGB, § 223 Rn. 4 die darunter nur die Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens verstehen und die Begriffe des Wohlbefindens und der Unversehrtheit synonym verwenden.

¹⁰¹⁰ *Fischer*, StGB, § 223 Rn. 6; *Joecks*, in: MK, StGB, § 223 Rn. 12.

¹⁰¹¹ Der Duden definiert Wohlbefinden mit „gutes körperliches, seelisches Befinden“, *Scholze-Stubenrecht*, Duden Universalwörterbuch, S. 2024, Stichwort „Wohlbefinden“.

¹⁰¹² *Paeffgen*, in: NK, StGB, § 223 Rn. 8.

Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens nicht erforderlich, sondern ein Fall der Verletzung der körperlichen Unversehrtheit.

Das Wohlbefinden kann u. a. durch unmittelbare Einwirkungen beeinträchtigt werden. Die Kasuistik, welche Einwirkungen ausreichend sind, ist unübersichtlich und teilweise widersprüchlich. Auch die Meinungen in der Literatur divergieren teilweise stark, was nicht zuletzt daran liegt, dass bereits Schutzbereich und Schutzgut der Norm umstritten sind, was zwingende Auswirkungen auf die Reichweite der tatbestandsmäßigen Handlung hat.

Eine unmittelbare Einwirkung kann ein Schlag oder eine Ohrfeige sein. Umstritten ist, ob das Opfer hierbei Schmerzen verspüren muss oder ob der Tatbestand auch unterhalb der Schmerzgrenze erfüllt sein kann¹⁰¹³. Damit ist die Frage verbunden, ob auch andere unmittelbare Einwirkungen, die zwar keine Schmerzen verursachen, aber andere unangenehme Empfindungen wie Ekel oder Angst auslösen, ausreichend sind¹⁰¹⁴. Nimmt man mit der wohl h. M. und der Rechtsprechung an, dass Schmerzen nicht in jedem Fall ausreichend sind, gleichwohl aber einen Grad der negativen körperlichen Befindlichkeit darstellen, der üblicherweise ausreicht, um von einem körperlichen Unwohlsein auszugehen, stellt die – wenigstens kurzzeitige – Verursachung von Schmerzen durch unmittelbare Einwirkungen die tatbestandlich erforderliche Handlung dar. Dazu steht nicht im Widerspruch, dass auch ohne das Erleiden von Schmerzen das körperliche Wohlbefinden beschädigt sein kann, da Schmerzen nicht die einzige Form negativer Befindlichkeit darstellen.

Auch andere Empfindungsformen können eine dem Schmerz vergleichbare negative Qualität erreichen. So ist etwa ein vom Täter durch eine sehr schnelle Körperbewegung des Opfers herbeigeführter Schwindel, der zwar schmerzfrei ist, aber zu Übelkeit und schließlich Erbrechen des Opfers führt, ein Angriff auf das körperliche Wohlbefinden, da die körperliche Verfassung somatisch objektivierbar beeinträchtigt ist. Handelt es sich hingegen um ein rein psychisches Befinden, also um eine negative Emotion, fehlt es nach der hier vertretenen Auffassung am Körperlichkeitsmoment, da lediglich das psychische Wohlbefinden, nicht hingegen das körperliche verletzt wurde. Deshalb sind Empfindungen wie Angst oder Ekel nicht ausreichend, sofern sie sich nicht aufgrund ihrer Intensität in einer körperlichen Auswirkung niederschlagen, mithin nicht eine dem Schmerz vergleichbare Qualität und damit den somatisch objektivierbaren Zustand erreichen¹⁰¹⁵. Auch

¹⁰¹³ Keine Schmerzen erforderlich nach *BGH*, Urt. v. 23.1.1974 – 3 StR 324/73, BGHSt 25, 277 (278); (anders aber jüngst *BGH*, Beschl. v. 22.10.2013 – 3 StR 323/13, NStZ-RR 2014, 11.); ebenso die h. M.: *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 223 Rn. 4; *Fischer*, StGB, § 223 Rn. 6; *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 3; *Joecks*, in: MK, StGB, § 223 Rn. 13; *Paeffgen*, in: NK, StGB, § 223 Rn. 8; zur Bedeutung der Schmerzgrenze *Schroeder*, in: Weigend u. a., FS-Hirsch, S. 725 (729 f.).

¹⁰¹⁴ Nach der ständigen Rechtsprechung reichen diese milden Formen negativer Empfindung nicht aus: *BGH*, Beschl. v. 5.11.1996 – 4 StR 490/96, NStZ 1997, 123 (124); *BGH*, Beschl. v. 11.7.2012 – 2 StR 60/1, NStZ-RR 2012, 340 (340).

¹⁰¹⁵ Ob Schmerz überhaupt ein geeignetes Kriterium ist, um einen Eingriff in das körperliche Wohlbefinden abzugrenzen, darf bezweifelt werden, kann jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht näher untersucht werden. Nur so viel: es existieren unterschiedlichste Arten von Schmerzen, die durch verschiedene körperliche Vorgänge entstehen und körperlich wahrgenommen werden. Dass Schmerz primär eine Interpretation der Nervenimpulse durch das Gehirn ist, zeigt der Phantomschmerz, bei dem die betroffene Person vermeintliche Schmerzen dort wahrnimmt, wo keine Körpersubstanz mehr existiert. Darüber hinaus ist die Wahrnehmung von Schmerz stets subjektiv. Wird Schmerz erwartet, etwa beim Blutabnehmen, ist der

das Erleiden von Schrecken – durch unmittelbare oder mittelbare Einwirkung – allein reicht nicht aus.

Als mittelbare Einwirkung wurde für tatbestandsmäßig erachtet, wenn Personen in einem Abhängigkeitsverhältnis der Über-Unterordnung sich selbst in einen Zustand körperlichen unangenehmen Empfindens bringen – z. B. Überanstrengung – durch Befolgung von Anweisungen¹⁰¹⁶.

Bis hierher bleibt festzuhalten, dass es für die körperliche Misshandlung durch Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens nicht auf die Einwirkung des Täters auf das Opfer ankommt, sondern auf die Reaktion des Opfers, genauer der bei ihm eintretenden Auswirkungen. Diese hängen aber – jedenfalls auch – davon ab, auf welches Körperteil eingewirkt wird. So kann der feste Griff an die Geschlechtsteile bereits sehr schmerzhaft sein, wohingegen die gleiche Krafteinwirkung im Bereich des Torsos keine unangenehmen Gefühle ausgelöst hätte. Wenn aber die beim Opfer auftretenden körperlichen Auswirkungen maßgebend sind und Einwirkungen auf geschlechtliche Körperregionen tendenziell zu stärkeren Auswirkungen führen, lässt sich bereits mit dieser Erkenntnis nicht mehr vertreten, dass Busengrapschen und Klapse auf das Gesäß *per se* keine Körperverletzung darstellen. Vielmehr ist zu prüfen, welche Auswirkungen beim Opfer eintreten.

(2) *Körperliche Unversehrtheit*

Unter körperlicher Unversehrtheit ist der zum Zeitpunkt des Eingriffs vorliegende, relative Körperzustand zu verstehen¹⁰¹⁷. Auch bereits versehrte Personen können – wie im Übrigen alle geeigneten Tatopfer – geschädigt werden durch: körperliche Substanzverluste wie das Abtrennen von Extremitäten oder auch nur der Haare¹⁰¹⁸, durch Substanzschädigungen wie Beulen, Blutergüssen, Wunden¹⁰¹⁹ sowie Defloration¹⁰²⁰ oder durch Herabsetzung der Körperfunktion, etwa durch vorübergehenden Verlust des Gehörs¹⁰²¹.

(3) *Erheblichkeit der Beeinträchtigung*

Die Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens oder der körperlichen Unversehrtheit muss mehr als nur unerheblich sein. Damit werden Bagatellen ausgeschieden, bei denen begrifflich nicht von Misshandlungen gesprochen werden kann. Maßstab ist nicht

Schmerz subjektiv stärker, als wenn die Aufmerksamkeit auf anderen Dingen liegt. Umgekehrt gilt das Gleiche: nicht selten lassen sich Substanzverletzungen in Form von Rissen, Schnitten oder kleinen Hämatomen entdecken, deren Ursache unbekannt ist, da das schadenstiftende Ereignis außerhalb der bewussten Wahrnehmung lag und der mit der Schädigung verbundene objektive Nervenerregung subjektiv nicht zu einem Schmerzereignis führte.

¹⁰¹⁶ *BGH*, Urt. v. 14.1.2009 – 1 StR 158/08, BGHSt 53, 145 (158).

¹⁰¹⁷ *Fischer*, StGB, § 223 Rn. 7; *Joecks*, in: MK, StGB, § 223 Rn. 7.

¹⁰¹⁸ *BGH*, Urt. v. 25.9.1952 – 3 StR 742/51, NJW 1953, 1440 (1440); jedenfalls unregelmäßiges Kurzschneiden der Haupthaare, wenn dies zu einer Entstellung der Person führt. Andernfalls möglicherweise keine unangemessene, schlimme Behandlung; *BGH*, Urt. v. 5.7.1966 – 5 StR 280/66, NJW 1966, 1763 (1763); *BGH*, Beschl. v. 17.4.2008 – 4 StR 634/07, NSiZ-RR 2009, 50; einschränkend *OLG München*, Beschl. v. 9.7.2010 – 2 Ws 571/10, NJW 2010, 3527 (3529). H. M.: vgl. *Fischer*, StGB, § 223 Rn. 7; einschränkend *Joecks*, in: MK, StGB, § 223 Rn. 9; ablehnend *Paeffgen*, in: NK, StGB, § 223 Rn. 8.

¹⁰¹⁹ *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 3; *Joecks*, in: MK, StGB, § 223 Rn. 11.

¹⁰²⁰ *BGH*, Urt. v. 10.2.2011 – 4 StR 566/10, NSiZ 2011, 456 (457).

¹⁰²¹ Bei dauerhaftem Verlust ist § 226 Abs.1 Nr. 1 StGB erfüllt.

das subjektive Empfinden der betroffenen Person, sondern das eines objektiven Betrachters¹⁰²². Allerdings sind dabei subjektive Faktoren weiterhin zu berücksichtigen, wenn sie objektivierbar sind – bspw. besondere Schmerzempfindlichkeit¹⁰²³.

Anhaltspunkte für die nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung sollen Dauer und Intensität der *Einwirkung* sein¹⁰²⁴. Unerheblich sollen Beeinträchtigungen sein, die nur Lästigkeitscharakter besitzen, wie Schweißausbruch, Herzklopfen oder Durchfall¹⁰²⁵. Nicht nur unerheblich sind hingegen Magenschmerzen, Übelkeit, Erbrechen, Schlaflosigkeit oder Schwindelgefühl¹⁰²⁶. Die Auflistung dieser *Auswirkungen* zeigt eine gewisse Beliebigkeit im Ergebnis, denn weshalb genau Magenschmerzen oder Übelkeit erheblich, Durchfall hingegen unerheblich sein soll, erschließt sich nicht ohne Weiteres, denn bei sämtlichen dieser Merkmale handelt es sich um negative Veränderungen der Magen-Darm-Tätigkeit, die vorübergehenden Charakter und vergleichbare Intensität aufweisen.

Die in der Kommentarliteratur und Rechtsprechung für die Abgrenzung unerheblicher von nicht nur unerheblichen Beeinträchtigungen angeführten Beispiele, zeigen, dass es stets um *Auswirkungen* bei der betroffenen Person geht, die bewertet werden¹⁰²⁷. Die Definition spricht jedoch in aktiver Form von der Beeinträchtigung¹⁰²⁸. Wenn tatsächlich die Auswirkungen beim Opfer maßgebend sein sollen, müsste passivisch formuliert werden, dass „beeinträchtigt wird“. Möglicherweise ist gerade diese Unschärfe der Begrifflichkeit dafür relevant, dass nicht nach Intensität und Dauer der *Auswirkung* – zwei durchaus geeigneten Kriterien für den Erheblichkeitsmaßstab – entschieden wird, sondern auch die Qualität der Einwirkungshandlung in der Bewertung mitschwingt. Die Intensität oder Dauer der *Einwirkung* hingegen kann nicht maßgebend sein, wenn der Körperlichkeitsbezug nicht zwingend eine körperliche Einwirkung voraussetzt¹⁰²⁹.

Wenn aber allein die Auswirkung für die Erheblichkeit entscheidend ist, dann ist auf deren Dauer und Intensität der Auswirkung abzustellen. Die Kriterien stehen relational zueinander. Kürzere körperliche Reaktionen, müssen intensiver ausfallen und umgekehrt. Demzufolge reichen vergleichsweise milde, jedoch lang andauernde körperliche Beeinträchtigungen, wie Schlaflosigkeit aus, um die Erheblichkeitsschwelle zu überschreiten.¹⁰³⁰

¹⁰²² *BGH*, Urt. v. 14.1.2009 – 1 StR 158/08, BGHSt 53, 145 (158) = NJW 2009, 1360 (1363); *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 29.5.1991 – 5 Ss 168/91 - 58/91 I, NJW 1991, 2918 (2919); *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 4a; *Paefßen*, in: NK, StGB, § 223 Rn. 8.

¹⁰²³ *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 29.5.1991 – 5 Ss 168/91 - 58/91 I, NJW 1991, 2918 (2919); *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 4a; *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 223 Rn. 6; *Lilie*, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 223 Rn. 9.

¹⁰²⁴ *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 4a; Dauer ablehnend: *Lilie*, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 223 Rn. 9.

¹⁰²⁵ *OLG Köln*, Beschl. v. 8.3.1996 – Ss 106/96 - 42, NJW 1997, 2191 (2192); *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 4a;

¹⁰²⁶ *OLG Köln*, Beschl. v. 8.3.1996 – Ss 106/96 - 42, NJW 1997, 2191 (2192) mit Verweis auf die Rspr. des BayObLG.

¹⁰²⁷ Vgl. die Beispiele bei *Lilie*, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 223 Rn. 9 und *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 4a.

¹⁰²⁸ Vgl. diese Arbeit oben unter D.IV.1.c)aa); nach Ansicht von *Hardtung*, JuS 2008, 864 (865) die „beste unter den gängigen Definitionen“.

¹⁰²⁹ Widersprüchlich daher *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 4 und 4a.

¹⁰³⁰ Vgl. *BGH*, Urt. v. 31.10.1995 – 1 StR 527/95, NStZ 1996, 131 (1069); zutreffend abweichend *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 23.5.2002 – 2a Ss 97/02 - 41/02 II, NJW 2002, 2118 bei mehrfacher Schlafstörung, da darin nicht mehr als eine unerhebliche körperliche Auswirkung zu sehen ist, denn letztlich handelt es sich

Übertragen auf die typischen Einwirkungen bei sexueller Belästigung ist aus diesen Erkenntnissen zu folgern, dass immer dann von einer Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens auszugehen ist, wenn die körperliche Auswirkung der belästigenden Handlung beim Belästigungsoffer nach Dauer oder Intensität nicht nur unerheblich ist¹⁰³¹. Es kommt nicht auf die nur kurzzeitige Einwirkung des Küssens, Umarmens oder Berührens der weiblichen Brust an, sondern darauf, was diese Verhaltensweise beim Opfer auslösen. Dabei sind die Tatumstände höchst relevant. Denn das Opfer eines sexuellen Übergriffs ist aufgrund der wirtschaftlichen und persönlichen Abhängigkeit gezwungen, sich arbeitstäglich erneut in den Machtbereich des Täters oder an den Tatort zu begeben. Hierin liegt ein wesentlich stärkerer psychischer Druck, der regelmäßig bereits bei geringen Einwirkungen zu somatisch objektivierbaren Auswirkungen führen kann. Diese Verschiebung der tatbestandlichen Erheblichkeitsschwelle zu Lasten des Täters ist auch angemessen, denn es sind doch gerade die Tatumstände – die asymmetrische Beziehung zum Opfer –, die dem Belästiger die Gelegenheit zur Tat geben oder die Hemmschwelle jedenfalls herabsetzen. Oder kurz: wer aufgrund einer Arbeitsbeziehung zum Opfer einen Übergriff leicht durchführen kann, muss die erhöhten Konsequenzen seines Verhaltens tragen. Das ist vorliegend eine Strafbarkeit nach § 223 Abs. 1 StGB wegen nicht nur unerheblicher Auswirkungen, die ein beliebiges Opfer „auf der Straße“ mangels Beziehung zum Täter nicht gezeigt hätte.

(4) Üble und unangemessene Behandlung

Die Rechtsprechung wendet das Kriterium der unangemessenen Behandlung auf die Fälle an, in denen in der Wehrausbildung erschöpfende Zusatzübungen mit Strafcharakter zu leisten sind¹⁰³². In der Literatur wird teilweise versucht, dadurch den ärztlichen Heileingriff aus dem Tatbestand auszuklammern¹⁰³³. Ein Teil der Literatur geht hingegen zu Recht davon aus, dass das Kriterium aus einer Zeit stammt, in der die objektive Zurechnung noch nicht als allgemeingültiges Tatbestandsmerkmal etabliert war und misst diesem Teil der Definition heute keine Bedeutung mehr bei¹⁰³⁴.

bb) Gesundheitsschädigung

Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustandes¹⁰³⁵. Die Gesundheitsschädigung erfordert insofern mehr als die Beeinträchtigung, da

um eine nur kurzfristige Störung des für den Schlaf relevanten Hormonhaushaltes. Abzulehnen ist allerdings die Begründung, es müssten „die Nerven in einen krankhaften Zustand versetzt werden“ (a. a. O. – Hervorhebung durch den Autor). Das dürfte biologisch zu hoch gegriffen sein. Die Interpretation von Nervenerregung oder der Nervenimpulse durch das Gehirn sind das Problem und die Ursache eines pathologischen Zustandes.

¹⁰³¹ Weitergehend *Wolters*, in: SK, StGB, § 223 Rn. 7, der bei übler, unangemessener Behandlung auch unerhebliche Beeinträchtigungen erfassen will; krit. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 9 Rn. 4; *Joecks*, in: MK, StGB, § 223 Rn. 26; *Paeffgen*, in: NK, StGB, § 223 Rn. 11.

¹⁰³² Vgl. *BGH*, Urt. v. 3.5.1960 – 1 StR 131/60, BGHSt 14, 269 (271); *BGH*, Urt. v. 14.1.2009 – 1 StR 158/08, BGHSt 53, 145.

¹⁰³³ *Lilie*, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 223 Rn. 6, nach dem auch beim nicht einverständlichen Geschlechtsverkehr keine üble, unangemessene Behandlung vorliegen soll; offen gelassen bei *BGH*, Beschl. v. 22.11.2006 – 2 StR 382/06, NSiZ 2007, 218; a. A. *BGH*, Urt. v. 10.2.2011 – 4 StR 566/10, bei *Miebach*, NSiZ-RR 2012, 225 (225); *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, S. 309.

¹⁰³⁴ *Joecks*, in: MK, StGB, § 233 Rn. 27; *Hardung*, JuS 2008, 864 (866); *Murmann*, JURA 2004, 102 ff.

¹⁰³⁵ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 223 Rn. 5; *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 5; *Fischer*, StGB, § 223 Rn. 8; *Joecks*, in: MK, StGB, § 223 Rn. 28

sie erst vorliegt, wenn ein Heilungsprozess erforderlich ist¹⁰³⁶. Es genügt aber bereits das, wenn auch nur vorübergehende, Herbeiführen einer pathologischen Verfassung, wobei die Beeinträchtigung nicht von Dauer zu sein braucht, sie muss aber andererseits über lediglich unerhebliche Beeinträchtigungen hinausgehen¹⁰³⁷. Eine körperliche Misshandlung ist nicht vorausgesetzt, da die Gesundheitsschädigung etwa durch Beibringung gesundheitsschädlicher Stoffe ohne Beeinträchtigung des Wohlbefindens oder der körperlichen Unversehrtheit erfolgen kann.

Streit besteht bei der Frage, ob für die Gesundheitsschädigung eine rein psychische Schädigung ausreichend oder eine körperliche Schädigung erforderlich ist. Im Wortlaut ist diesbezüglich kein Körperlichkeitskriterium zu finden, was einige Autoren dazu veranlasst, psychische Erkrankungen ausreichen zu lassen¹⁰³⁸. Hingegen verlangt die Rechtsprechung auch in dieser Alternative einen somatisch objektivierbaren Zustand und mit ihr ein Großteil der Literatur¹⁰³⁹. Nach der hier vertretenen Auffassung spricht *de lege lata* mehr dafür, dass der Gesetzgeber von einem zwingenden Körperlichkeitsbezug ausgegangen ist¹⁰⁴⁰. Für die hier allein interessierende Frage der Strafbarkeit sexueller Belästigung am Arbeitsplatz ist zu konstatieren, dass diese auch durch eine Gesundheitsschädigung, unter denselben Voraussetzungen wie bei einer körperlichen Misshandlung, d. h. unter Hervorbringung einer somatischen Reaktion des Opfers, die nicht nur unerheblich sein darf, zu einer Strafbarkeit wegen § 223 Abs. 1 StGB führen kann.

cc) Kausalität und objektive Zurechnung

Da es für die Körperverletzung stets auf die körperlichen Auswirkungen beim Opfer ankommt, stellt sich die Frage, ob die Auswirkungen dem Täter zuzurechnen sind. Das bedarf keiner Diskussion in den Fällen der direkten körperlichen Auswirkung – z. B. wenn der Täter beim Opfer ein Hämatom verursacht das an der Stelle entsteht, an welcher der Täter zugegriffen hat. Anders stellt sich das für die Fälle indirekter körperlicher Auswirkungen dar, die quasi einen Umweg über die Psyche des Opfers nehmen, bevor sie auftreten – vgl. Abwandlung 3 zu o.g. Beispielsfall 1. Ob Kausalität vorliegt, lässt sich – wie regelmäßig – unproblematisch feststellen: die Einwirkung des Täters lässt sich nicht wegdenken ohne dass der Erfolg entfällt. Etwas Anderes könnte aber für die ebenfalls erforderliche, zu Recht weit verbreitete Lehre von der objektiven Zurechnung gelten. Es muss sich gerade die vom Täter durch seine Handlung geschaffene oder gesteigerte, rechtlich missbilligte Gefahr im tatbestandlichen Erfolg realisiert haben¹⁰⁴¹. Indem der Täter auf das Opfer mit sexueller Intention übergreift, schafft er unzweifelhaft die rechtlich miss-

¹⁰³⁶ Vgl. zu den Schwierigkeiten, die Gesundheit und den Zustand ihrer Schädigung medizinisch zutreffend zu erfassen *Joecks*, in: MK, StGB, § 223 Rn. 30.

¹⁰³⁷ *BGH*, Urt. v. 3.12.1997 – 2 StR 397/97, NSZ 1999, 132 (132) m. w. N. zur Rechtsprechung.

¹⁰³⁸ *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 6; *Wolters*, in: SK, StGB, § 223 Rn. 23; *Joecks*, in: MK, StGB, § 223 Rn. 30; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 9 Rn. 5; *Hardtung*, JuS 2008, 864 (867).

¹⁰³⁹ *BGH*, Urt. v. 3.12.1997 – 2 StR 397/97, NSZ 1999, 132 (132); *BGH*, Urt. v. 9.10.2002 – 5 StR 42/02, BGHSt 48, 34 (37) = NJW 2003, 150 (153); NSZ 2003, 149 (150); *BGH*, Beschl. v. 18.7.2013 – 4 StR 168/13, NJW 2013, 3383 (3383); *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 223 Rn. 5; *Fischer*, StGB, § 223 Rn. 12; *Paeffgen*, in: NK, StGB, § 223 Rn. 15; *Lilie*, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 223 Rn. 15; *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 223 Rn. 7.

¹⁰⁴⁰ Vgl. dieser Arbeit unter D.IV.1.b). *De lege ferenda* mag es sinnvoll sein, aufgrund der Erkenntnisse der neueren Medizin über die Zusammenhänge zwischen Geist und Körper, künftig auch rein psychische Erkrankungen einzubeziehen.

¹⁰⁴¹ *Kühl*, StR AT, § 4 Rn. 43; *Fischer*, StGB, Vor. § 13 Rn. 25; *Frisch*, JuS 2011, 205 (209).

billigte Gefahr, dass das Opfer eine Körperverletzung erleidet. Ausnahmen durch Sozialadäquanz oder erlaubtem Mindestrisiko sind selbst dann nicht vorstellbar, wenn es sich um eine berufliche Tätigkeit auf engstem Raum handelt, die körperliche Berührungen unvermeidbar machen, denn für die hier zu untersuchenden Fälle der Körperverletzung ist ein Sexualbezug erforderlich. Eine körperliche Berührung mit Bezug zum biologischen Geschlecht kann aber nicht mehr als sozialadäquat gelten. In der indirekten körperlichen Auswirkung hat sich allein die vom Täter gesetzte Gefahr realisiert, da keines der von der Lehre entwickelten Kriterien, die zu einer Ablehnung der Zurechnung beim Täter führen, Anwendung findet. Diese betreffen u. a. die Abänderung des Kausalverlaufs durch Dritte oder durch die geschädigte Person selbst – beides ist bei den hier in Frage stehenden Fällen nicht einschlägig. Der sog. pflichtwidrigkeitszusammenhang, nach dem keine Zurechnung möglich ist, wenn auch rechtmäßiges Alternativverhalten zum Erfolg geführt hätte, ist zu bejahen, da der körperliche Übergriff in der Verhaltensalternative entfielen und mit ihm bereits die Kausalität. Auch der Schutzzweckzusammenhang ist unproblematisch gegeben.

dd) Subjektive Anforderungen

Der Täter muss wenigstens bedingt vorsätzlich handeln¹⁰⁴². Eine rohe Gesinnung ist nicht erforderlich¹⁰⁴³. Allerdings muss der Vorsatz auf die Begehung einer körperlichen Misshandlung oder Gesundheitsschädigung gerichtet sein; aus welchem Grund – also z. B. auch im Scherz – ist ohne Bedeutung¹⁰⁴⁴. Es spielt daher keine Rolle, ob die sexuelle Belästigung unter gezielter Ausnutzung der hierarchischen Position erfolgt oder auf der Weihnachtsfeier. Der Täter eines solchen Übergriffs nimmt auch in der mildesten Begehungsweise in Kauf, dass das körperliche Wohlbefinden des Opfers beeinträchtigt wird, indem er auf den Körper desselben einwirkt. Deshalb können nur gravierende Abweichungen vom Kausalverlauf zur Verneinung des Vorsatzes führen.

d) Versuch, Vollendung, Strafantrag

Der Versuch ist nach § 223 Abs. 2 StGB möglich. Die Tat ist vollendet mit Eintritt des ersten Misshandlungserfolgs. Für die Verfolgung ist ein Strafantrag nach § 230 Abs. 1 StGB erforderlich, sofern nicht das besondere öffentliche Interesse zu bejahen ist. Das ist nach RiStBV Nr. 234 dann der Fall, wenn dem Opfer wegen seiner persönlichen Beziehung zum Täter nicht zugemutet werden kann, einen Strafantrag zu stellen, und die Strafverfolgung ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist. Andererseits kann auch der Umstand beachtlich sein, dass der Verletzte auf Bestrafung keinen Wert legt.

e) Zwischenfazit

Nach der hier vertretenen Auffassung kommt eine Körperverletzung, ggf. als Versuch, in Betracht, da der Täter stets in Kauf nimmt, das Opfer in seinem Wohlbefinden oder seiner Integrität zu beeinträchtigen. Auch wenn dies nicht stets das vorrangige Ziel des Täters ist, so ist es ihm jedenfalls gleichgültig.

¹⁰⁴² *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 223 Rn. 6; *Fischer*, StGB, § 223 Rn. 52; *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 223 Rn. 65.

¹⁰⁴³ *Lilie*, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 223 Rn. 19; *Joeks*, in: MK, StGB, § 223 Rn. 55.

¹⁰⁴⁴ *BGH*, Beschl. v. 19.10.1999 – 4 StR 467/99, NSZ-RR 2000, 106 (106).

Die Hürden des objektiven Tatbestandes sind nicht sehr hoch. Es genügen körperliche oder psychische Einwirkungen, wenn diese zu körperlichen Auswirkungen beim Opfer führen. Es dürfte regelmäßig ungewiss sein, in welchem Umfang dies bei dem individualisierten Opfer der Fall ist. Jede Person reagiert anders auf einen körperlichen Übergriff. Das asymmetrische Verhältnis zwischen Täter und Opfer in Verbindung mit der Abhängigkeit vom Arbeitsplatz wird eher zu einer körperlichen Auswirkung führen als ein gleichartiger Übergriff gegenüber einer völlig fremden Person. Dieses Risiko haben bereits der Gesetzgeber des BSchG als auch der europäische Richtliniengeber gesehen, auf dessen Vorgabe das AGG beruht. Es ist deshalb nur konsequent, wenn auch der strafrechtliche Täter die Folgen seines leichteren Zugriffs auf das Opfer zu tragen hat.

Die eingangs dargestellten Beispielfälle sind nach alledem wie folgt zu beantworten: Im *Ausgangsfall* handelt es sich um bei dem empfundenen Ekel um eine nicht-körperliche Emotion, die eine Strafbarkeit nicht zu begründen vermag. In *Abwandlung 1* reichen Übelkeit und die Eintrübung des Konzentrationsvermögens nicht aus. Indem sich S jedoch Übergeben hat, zeigt sie körperliche Auswirkungen, die nach der Rechtsprechung auch nicht mehr nur unerheblich sind. A hat sie durch den kräftigen Griff an die Brust körperlich misshandelt. Die von S in *Abwandlung 2* empfundenen Schmerzen sind für sich genommen bereits eine ausreichende körperliche Auswirkung und damit Beeinträchtigung des Wohlbefindens. Die weitere Folge des krankhaften Haarausfalls stellt in *Abwandlung 3* eine Gesundheitsschädigung dar. Diese ist dem A auch objektiv zurechenbar, da sich hierin der von ihm gesetzte körperliche Übergriff fortsetzt. In *Abwandlung 4* schließlich hat A eine Integritätsverletzung durch Substanzschädigung begangenen. Ein Heilungsvorgang des Körpers von S ist hierdurch erforderlich geworden. Von einer Gesundheitsbeschädigung kann jedoch bei einem „blauen Fleck“ nicht gesprochen werden.

f) Täterschaft und Teilnahme

Es gelten grundsätzlich die allgemeinen Regeln zu Täterschaft und Teilnahme.

2. § 229 StGB – Fahrlässige Körperverletzung

a) Einleitung

Die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz kann nach § 3 Abs. 4 AGG *bezweckt* oder *bewirkt* werden¹⁰⁴⁵. Die Bewirken-Alternative erfordert nach h. M. weder vorsätzliches noch fahrlässiges Handeln des Täters, sondern schlichtes Verursachen der Belästigung des Opfers¹⁰⁴⁶. Bewirken kann der Täter die sexuelle Belästigung damit jedenfalls auch durch fahrlässiges Handeln. Ist beim sexuellen Belästiger Körperverletzungsvorsatz nicht festzustellen, kommt eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung in Betracht, § 229 i. V. m. §§ 15, 16 Abs. 1 Satz 2 StGB.

Bei den Fahrlässigkeitsdelikten besteht in der Literatur Einigkeit nur darin, dass Vieles noch ungeklärt ist und weiterer Diskussion bedarf¹⁰⁴⁷. So ist bereits der genaue Inhalt des Fahrlässigkeitsbegriffs nicht abschließend gesichert; eine gesetzliche Definition im StGB

¹⁰⁴⁵ Ein solches Verursachungsverbot berücksichtigt nicht das im Strafrecht erforderliche strafwürdige Unrecht. Vgl. *Kühl*, StR AT, § 17 Rn. 9.

¹⁰⁴⁶ Vgl. hierzu diese Arbeit unter C. III. 5. f) aa).

¹⁰⁴⁷ Vgl. den Überblick über die verschiedenen Auffassungen bei *Paeffgen*, in: NK, StGB, § 229 Rn. 6 ff.

fehlt. Darüber hinaus sind Fragen zum Maßstab der erforderlichen Sorgfaltspflichtverletzung und zu deren Einordnung im Rahmen des Prüfungsaufbaus umstritten. Eine Beschäftigung mit diesen Fragen des Delikttaufbaus verbietet sich in der vorliegenden Arbeit. Stattdessen gilt es – nachdem die Voraussetzungen des Erfolgeintritts bereits bei § 223 StGB dargestellt sind – abzu prüfen, ob Anhaltspunkte bestehen, die eine Zurechnung des Taterfolgs zum Belästiger ausschließen.

b) Tatbestand

aa) Eintritt und Verursachung des tatbestandlichen Erfolgs

Die Körperverletzung bei § 229 StGB entspricht sachlich dem Begriff des § 223 StGB¹⁰⁴⁸, d. h. die Verletzungshandlung ist mit § 223 StGB identisch und umfasst sowohl die körperliche Misshandlung als auch die Gesundheitsbeschädigung¹⁰⁴⁹. Diesbezüglich kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. § 229 StGB enthält keinen subjektiven Tatbestand und erfordert entsprechend kein vorsätzliches Handeln; ausreichend ist, dass der Täter den tatbestandlichen Erfolg fahrlässig verursacht hat. Fahrlässig handelt nach Ansicht der Rechtsprechung und der h. M. des Schrifttums, wer eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung begeht, sofern er diese nach seinen subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten vermeiden konnte und wenn gerade die Pflichtwidrigkeit objektiv und subjektiv vorhersehbar den Erfolg herbeigeführt hat¹⁰⁵⁰. Die subjektiven Merkmale sind im Rahmen der individuellen Vorwerfbarkeit zu prüfen¹⁰⁵¹.

Da es für die Körperverletzung stets auf die körperlichen Auswirkungen beim Opfer ankommt, stellt sich die Frage, ob die Auswirkungen dem Täter zurechenbar sind. Das bedarf keiner Diskussion in den Fällen der direkten körperlichen Auswirkung – z. B. wenn der Täter beim Opfer ein Hämatom verursacht das an der Stelle entsteht, an welcher der Täter fahrlässig zugegriffen hat. Anders sieht es möglicherweise in den Fällen indirekter körperlicher Auswirkungen aus, die quasi einen Umweg über die Psyche des Opfers nehmen, bevor sie auftreten¹⁰⁵². Der erforderliche Kausalzusammenhang lässt sich in beiden Fällen jedoch regelmäßig unproblematisch feststellen: die Einwirkung des Täters lässt sich nicht wegdenken ohne dass der Erfolg entfällt.

bb) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung, Vorhersehbarkeit, Zurechnung

Die zu beachtende Sorgfaltspflicht folgt bei sexueller Belästigung aus den Vorschriften des AGG, dessen in § 1 AGG erklärtes Ziel es ist, Benachteiligungen – u. a. wegen des

¹⁰⁴⁸ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 229 Rn. 2; *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 229 Rn. 2; *Hardtung*, in: MK, StGB, § 229 Rn. 2; *Paeffgen*, in: NK, StGB, § 229 Rn. 4.

¹⁰⁴⁹ *Hardtung*, in: MK, StGB, § 229 Rn. 2; *Hirsch*, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 229 Rn. 2.

¹⁰⁵⁰ *BGH*, Urt. v. 22.11.2000 – 3 StR 331/00, NStZ 2001, 143 (144); *BGH*, Urt. v. 26.5.2004 – 2 StR 505/03, BGHSt 49, 166 (174); *Hirsch*, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 229 Rn. 5; A. A. die Vertreter der „Risikoerhöhungstheorie“, nach deren Auffassung eine Sorgfaltspflichtverletzung bereits nicht erforderlich, statt dessen allein die objektive Zurechnung ausschlaggebend sei; vgl. hierzu die Nachweise bei *Kühl*, StR AT, § 17 Rn. 21a.

¹⁰⁵¹ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. IV. 2. c).

¹⁰⁵² Vgl. Abwandlung 3 zu o. g. Beispielsfall 1.

Geschlechts in Form sexueller Belästigung gem. § 3 Abs. 4 AGG – zu verhindern. Normadressat ist nach § 7 Abs. 1 AGG jedermann¹⁰⁵³.

Der Maßstab, der für die Feststellung einer objektiven Sorgfaltspflichtverletzung anzulegen ist, entspricht nach Rechtsprechung und h. M. dem eines durchschnittlich gewissenhaften und besonnenen Teilnehmers des jeweiligen Verkehrskreises¹⁰⁵⁴. Ob positives oder negatives Sonderwissen bzw. Sonderkönnen, also individuelle Fähigkeiten oder Defizite der Person zu berücksichtigen sind, ist umstritten. Nach h. M. muss der Täter besondere Fähigkeiten oder Kenntnisse über die er verfügt auch einsetzen¹⁰⁵⁵. Sie werden ihm bei der Sorgfaltspflichtverletzung zugerechnet. Defizite hingegen werden von der h. M. nur im Rahmen der Schuldfrage berücksichtigt¹⁰⁵⁶.

Der Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs muss nach h. M. objektiv vorhersehbar sein, denn nur wenn der Erfolg voraussehbar ist, kann er bei der Steuerung seines Verhaltens vom Täter zur Vermeidung schädlicher Auswirkungen einkalkuliert werden¹⁰⁵⁷. Die Einzelheiten des durch das pflichtwidrige Verhalten in Gang gesetzten Kausalverlaufs brauchen dagegen nicht vorhersehbar zu sein¹⁰⁵⁸. Wer dabei die Tatbestandsverwirklichung nicht erkennt, weil er die Sorgfalt außer Acht lässt, zu der er nach den Umständen und seinen persönlichen Fähigkeiten verpflichtet wäre, handelt unbewusst fahrlässig. Derjenige, der seine Pflichten erkennt und im Vertrauen darauf handelt, dass die negative Folge nicht eintritt, handelt bewusst fahrlässig¹⁰⁵⁹.

Der Erfolg muss dem Täter auch objektiv zurechenbar sein. Das ist bei Fahrlässigkeitsdelikten insbesondere dann nicht mehr der Fall, wenn der Erfolg außerhalb des Schutzzwecks der Sondernorm liegt oder wenn der Erfolg seine Ursache nicht mehr in der Pflichtwidrigkeit des Täters hat, sondern auch dann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre, wenn der Täter sich pflichtgemäß verhalten hätte¹⁰⁶⁰.

Der Arbeitgeber hat nach § 12 AGG Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen zu treffen und dergleichen zu ergreifen, wenn es zu einer Benachteiligung gekommen ist. Gemäß § 7 Abs. 1 AGG dürfen Beschäftigte von keiner Person benachteiligt werden – jedenfalls nicht aus einem oder mehreren der in § 1 AGG genannten Gründe. Diese Sondernorm konkretisiert die Sorgfaltspflicht, die allen Personen im Rahmen des gesetzlichen Anwendungsbereichs obliegt. Der Arbeitgeber selbst handelt mithin sorgfaltspflichtig,

¹⁰⁵³ Freilich *haftet* nach dem AGG nur der Arbeitgeber für eine Verletzung, § 12 AGG; vgl. hierzu auch diese Arbeit unter D. III. 3. b).

¹⁰⁵⁴ *BGH*, Urt. v. 19.4.2000 – 3 StR 442/99, NJW 2000, 2754 (2758); *BGH*, Urt. v. 14.3.2003 – 2 StR 239/02, NSZ 2003, 657 (658) Rn. 8; *BGH*, Urt. v. 1.2.2005 – 1 StR 422/04, NSZ 2005, 446 (447) Rn. 7; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 15 Rn. 37; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 15 Rn. 133; „objektive Maßstabsperson“ *Fischer*, StGB, § 15 Rn. 16; *Kühl*, StR AT, § 17 Rn. 25 m. w. N.; *Kaspar*, JuS 2012, 16 (20).

¹⁰⁵⁵ *Fischer*, StGB, § 15 Rn. 17a; *Hirsch*, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 229 Rn. 6; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 15 Rn. 138 ff.; *Kühl*, StR AT, § 17 Rn. 31; *Kaspar*, JuS 2012, 16 (20).

¹⁰⁵⁶ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 15 Rn. 38; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 15 Rn. 132; *Fischer*, StGB, § 15 Rn. 17a; weitere Nachweise der h. M. bei *Kühl*, StR AT, § 17 Rn. 25.

A. A. die Vertreter der „Theorie von der individuellen Sorgfaltswidrigkeit“ vgl. die Nachweise zu Vertretern dieser Ansicht bei *Kühl*, StR AT, § 17 Rn. 27 Fn. 57.

¹⁰⁵⁷ *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 15 Rn. 125.

¹⁰⁵⁸ *BGH*, Urt. v. 22.11.2000 – 3 StR 331/00, NSZ 2001, 143 (144).

¹⁰⁵⁹ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 15 Rn. 35.

¹⁰⁶⁰ Sog. „Vermeidbarkeitstheorie“: *BGH*, Beschl. v. 6.11.1984 – 4 StR 72/84, BGHSt 33, 61 (63); *Hirsch*, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 229 Rn. 7.

wenn er keine Schutzmaßnahmen vor sexueller Belästigung ergreift, diese nicht ahndet oder sie gar selbst vornimmt.

Dass die Benachteiligung, respektive die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz zu einem Schaden für die betroffene Person führen kann, ergibt sich aus § 15 AGG. Der Gesetzgeber bringt dadurch zum Ausdruck, dass die Verletzung der Sorgfaltsnorm zu einem Schaden führt, der zu ersetzen ist. Für den Normadressaten bedeutet dies, dass er damit rechnen muss, bei einer Verletzung der Norm einen Schaden zu verursachen. Dass dieser infolge einer sexuellen Belästigung darin liegen kann, dass die betroffene Person körperliche Auswirkungen zeigt, welche die Qualität einer körperlichen Misshandlung oder Gesundheitsschädigung aufweisen, ist jedenfalls bei einer körperlichen Einwirkung objektiv vorhersehbar.

Von einem atypischen Kausalverlauf, der die objektive Zurechnung unterbricht, kann nicht gesprochen werden. Es stellt eine doch geradezu typische Folge dar, dass eine Person, die einen körperlichen sexuellen Übergriff erlitten hat und weiterhin regelmäßig dem Täter im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit – die ja nicht zum Selbstzwecke ausgeübt wird¹⁰⁶¹ – begegnet oder sogar mit diesem im Rahmen eines Über-Unterordnungsverhältnisses zusammenarbeiten muss, mit körperlichen Auswirkungen aufgrund der psychischen Belastung reagiert. Keines der in Rechtsprechung unter Literatur verwendeten Zurechnungskriterien vermag den Zurechnungszusammenhang zu unterbrechen. Der Erfolg liegt im Schutzbereich des AGG das nach § 1 AGG das Ziel verfolgt, Benachteiligungen zu verhindern. Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang ist gegeben, da der Erfolg bei gehöriger Sorgfalt – d. h. nicht belästigendem Verhalten – mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden worden wäre. Auf Tatbestandsebene bestehen mithin regelmäßig keine Ansatzpunkte, die eine Strafbarkeit nach § 229 StGB entfallen lassen könnten.

c) Persönliche Vorwerfbarkeit

Der Täter muss nach der h. M. aufgrund seiner individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse in der Lage sein, die objektive Sorgfaltspflicht zu erfüllen¹⁰⁶². Ist er es nicht, kann ihm kein Schuldvorwurf gemacht werden. Gleiches gilt für die Vorhersehbarkeit des Erfolgs. Zwar muss der Täter nach Ansicht der ständigen Rechtsprechung die Einzelheiten nicht im Detail vorhersehen können, aber doch ihrem Gewicht nach im Wesentlichen¹⁰⁶³.

d) Zwischenfazit

Für die Frage nach der Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung ist letzten Endes entscheidend, ob dem sexuellen Belästiger die Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden kann, also ob diese für ihn vermeidbar und vorhersehbar war. Da es für die Verantwortung auf die Person des Belästigers ankommt, kann hier eine allgemeingültige Feststellung nicht getroffen werden. Es dürfte jedoch kaum Fälle geben, in denen eine durchschnittliche erwachsene Person, die eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz begeht, die darin liegende Pflichtverletzung nicht erkennt und den mit ihr verbundenen Erfolg nicht

¹⁰⁶¹ Vgl. *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*, S. 70 ff.

¹⁰⁶² *Kühl*, StR AT, § 17 Rn. 90.

¹⁰⁶³ *BGH*, Beschl. v. 25.9.1990 – 4 StR 359/90, BGHSt 37, 179 (180); *BGH*, Ur. v. 8.9.1993 – 3 StR 341/93, BGHSt 39, 322 (324); *BGH*, Ur. v. 22.11.2000 – 3 StR 331/00, NSZ 2001, 143 (174); *BGH*, Ur. v. 20.11.2008 – 4 StR 328/08, BGHSt 53, 55 (59).

vorhersehen kann. Es mag allenfalls in Ausnahmekonstellationen so sein, dass eine äußerst milde Einwirkung zu einer krass überproportionalen Auswirkung führt, die nicht vorhersehbar war. In der Regel aber jedenfalls eine fahrlässige Körperverletzung zu bejahen sein, wenn deren objektive Tatbestandsmerkmale gegeben sind und der Täter nicht vorsätzlich gehandelt hat.

e) Täterschaft und Teilnahme

Eine Teilnahme am Fahrlässigkeitsdelikt kommt mangels vorsätzlicher Haupttat nicht in Betracht. Eine fahrlässige mittelbare Täterschaft wird zu Recht überwiegend abgelehnt, da die nach der Tatherrschaftslehre erforderliche Beherrschung des Tatnächsten durch den Tatmittler mindestens zweifelhaft ist und im Übrigen der Rückgriff auf dieses Institut wegen täterschaftlicher Fahrlässigkeitshaftung nicht erforderlich ist¹⁰⁶⁴.

Fahrlässige Mittäterschaft wird von einem großen Teil der Literatur befürwortet, auch wenn eine ausdrückliche Anerkennung durch die Rechtsprechung bislang noch nicht erfolgt ist¹⁰⁶⁵. Die Anforderungen, die an die fahrlässige Mittäterschaft zu stellen sind, entsprechen weitgehend denen der vorsätzlichen Begehung¹⁰⁶⁶.

3. § 225 StGB – Misshandlung von Schutzbefohlenen

a) Einleitung

Nach Ansicht der h. M. in der Literatur handelt es sich bei § 225 StGB teilweise um eine Qualifikation des Grundtatbestandes § 223 StGB¹⁰⁶⁷. Auf Qualifikationen wird in dieser Untersuchung nicht eingegangen, da sie für die hier zu stellende Frage, ob ein sexueller Belästiger *überhaupt* wegen Körperverletzung bestraft werden kann, nicht zu einem Erkenntnisgewinn führen. Zwar kann es für den Täter einen gewaltigen Unterschied darstellen, ob er aus § 223 StGB oder z. B. §§ 227, 223 StGB bestraft wird. Die für die Qualifikationen erforderlichen zusätzlichen Tathandlungen oder -folgen sind jedoch von den sexuellen Verhaltensweisen des § 3 Abs. 4 AGG und den für typisch gehaltenen Begehungsweise einer sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz¹⁰⁶⁸ regelmäßig nicht umfasst. Ob der Täter also im Einzelfall statt aus § 223 StGB wegen gefährlicher oder schwerer Körperverletzung bestraft wird, hängt allein von den Umständen des Einzelfalls ab. Aus diesem Grund ist auch § 225 StGB nur *insoweit* von Interesse als es sich bei der Vorschrift *nicht* um eine Qualifikation, sondern um ein eigenständiges Delikt handelt.

¹⁰⁶⁴ Kühnl, StR AT, § 20 Rn. 10; Joecks, in: MK, StGB, § 25 Rn. 287; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 25 Rn. 109.

¹⁰⁶⁵ Vgl. den Streitstand hierzu bei Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 25 Rn. 111; zum Bedürfnis für das Institut und zur Rspr. siehe Fischer, StGB, § 25 Rn. 49 ff.

¹⁰⁶⁶ Vgl. hierzu Joecks, in: MK, StGB, § 25 Rn. 275 ff.; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 25 Rn. 115 ff.

¹⁰⁶⁷ Kühnl, in: Lackner/Kühnl, StGB, § 225 Rn. 1; Hirsch, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 225 Rn. 1; Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, § 225 Rn. 1/2 (noch anders in 28. Auflage); Fischer, StGB, § 225 Rn. 2; Hardtung, in: MK, StGB, § 225 Rn. 3; Engländer, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 225 Rn. 1; Wolters, in: SK, StGB, § 225 Rn. 2; a. A. Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 10 Rn. 2 (reines Sonderdelikt); diff. Paeffgen, in: NK, StGB, § 225 Rn. 2 zwar unechtes Sonderdelikt das aber stets eine körperliche Symptomatik fordert.

¹⁰⁶⁸ Vgl. diese Arbeit unter D. IV. 2. e).

b) Rechtsgut

§ 225 StGB schützt die körperliche Unversehrtheit bestimmter Personen, die in einem von der Vorschrift umfassten Schutzverhältnis zum Täter stehen¹⁰⁶⁹. Zusätzlich zum Schutz aus § 223 StGB wird hier teilweise auch die psychische Integrität erfasst.

c) Tatbestand

aa) Geschützte Personen

Opfer einer Misshandlung von Schutzbefohlenen können nur Personen unter achtzehn Jahren sein oder wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit wehrlose Personen, § 225 Abs. 1 StGB.

Das Alter betreffend kommen hier primär Ausbildungs- oder Praktikumsverhältnisse in Betracht, die sich regelmäßig durch das geringe Alter der Beschäftigten auszeichnen. Ebenso sind aber auch Aushilfsverhältnisse oder Arbeitsverhältnisse während der Schulferien denkbar¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁹ Hirsch, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 225 Rn. 2; Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, § 225 Rn. 3.

¹⁰⁷⁰ Die vom Gesetzgeber getroffene Unterscheidung zwischen Körperverletzungen unter voneinander unabhängigen Personen und solchen innerhalb von besonderen Schutzverhältnissen zeigt die in solchen Verhältnissen liegende größere Gefahr für das Schutzgut, der durch Erweiterungen des Tatbestandes und Anpassung des Strafrahmens Rechnung getragen wird. Gleichzeitig enthält § 225 StGB aber auch eine Aussage dazu, dass diese Gefahr nur für junge oder wehrlose Personen anerkannt wird, da eine diesbezüglich unauffällige Person dem strafrechtlichen Schutz nicht unterfällt. Da diese aber gleichwohl in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis stehen kann, liegt für den Gesetzgeber die tatbestandsspezifische Gefahr in der erhöhten Wehrlosigkeit oder Gehemtheit der genannten Personengruppen. Oder anders ausgedrückt: ein Opfer ohne diese Merkmale kann sich und hat sich nach Auffassung des Gesetzgebers zur Wehr zu setzen.

Ob diese Auffassung zutrifft, ist fraglich. Dass junge und aufgrund Alter oder Gebrechlichkeit wehrlose Personen eher einem Angriff nach § 225 Abs. 1 Nr. 4 StGB zum Opfer fallen können als durchschnittlich wehrhafte Personen mag noch zutreffen. Ob hingegen der dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts geschuldete, eingeschränkte Schutz der körperlichen und seelischen Integrität besonders schutzbedürftiger Personen innerhalb eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses angemessen gewählt wurde, ist zweifelhaft. Die Grenzziehung, nach der nur wehrlose Personen oder solche unter achtzehn Jahren geschützt sind, erscheint willkürlich wie folgendes Beispiel zeigt: Es sei die A eine Auszubildende, die nach Erreichen der allgemeinen Hochschulreife während ihres 19. Lebensjahres eine Ausbildung beginnt. Wird sie von der auszubildenden Person sexuell belästigt, ohne dass körperliche Auswirkungen auftreten, liegt auch bei einer quälenden Behandlung kein Straftatbestand vor, da sie über der Altersgrenze liegt. Anders bei ihrer Kollegin K die noch keine achtzehn Jahre alt ist. Man mag mit dem Gesetzgeber sagen, dass K jünger und daher schutzbedürftiger sei. Diese Auffassung erfasst jedoch nicht, dass nicht allein das Alter und die damit nur möglicherweise verbundene Gehemtheit die Schutzbedürftigkeit soweit erhöht, dass sie für das Strafrecht relevant wird. Dieser Auffassung kann daher nicht gefolgt werden, denn für beide Personen ist vorrangig das Unterordnungsverhältnis gegenüber der auszubildenden Person der relevante Umstand, der zu einer Gefährdung und Verletzung der seelischen Integrität führt. Wenn aber die Unterordnung in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis ausschlaggebend ist, führt die Begrenzung auf vermeintlich besonders gefährdete Personengruppen zu einer Privilegierung des Täters. Dieser kann bei wehrhaften Personen über achtzehn Jahren im Fall der Nr. 4 erheblichen psychischen Schaden verursachen, ohne dass dies zu einer Strafbarkeit führt. Dabei liegt stets die dem Dienst- oder Arbeitsverhältnis innewohnende Abhängigkeit vor. Diese muss der Täter anders als bei § 174 StGB nicht bewusst ausnutzen, sie ermöglicht aber regelmäßig das für § 225 StGB tatbestandliche Täterverhalten.

Konsequenterweise ist *de lege ferenda* auf die Beschränkung auf wehrlose Personen oder solche unter achtzehn Jahren bei § 225 Abs. 1 Nr. 4 StGB zu verzichten. Alternativ wäre auch eine Erweiterung des

Wehrlos sind Personen, die sich gegen eine Misshandlung nicht zur Wehr setzen können¹⁰⁷¹. Sie müssen jedoch nicht hilflos sein¹⁰⁷². Die Wehrlosigkeit muss gerade auf der Gebrechlichkeit oder der Krankheit beruhen. Nicht ausreichend ist es, wenn der Täter die Wehrlosigkeit im Tatverlauf herbeiführt¹⁰⁷³. Gebrechlich ist, wer infolge hohen Alters oder Behinderung nur noch eingeschränkt körperlich bewegungsfähig ist¹⁰⁷⁴. Krankheit ist ein pathologischer Zustand, der – im Gegensatz zur Gebrechlichkeit – von vorübergehender Natur ist¹⁰⁷⁵.

bb) Schutzverhältnis zwischen Täter und Opfer

§ 225 StGB kennt vier Beziehungsverhältnisse zwischen Täter und Opfer aus denen heraus die Tathandlung zu erfolgen hat. § 225 Abs. 1 Nr. 4 StGB springt ins Auge: Unterordnung im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses. Für die Frage nach der Strafbarkeit sexueller Belästigung am Arbeitsplatz können die übrigen Schutzverhältnisse zunächst außer Betracht bleiben.

(1) Dienst- oder Arbeitsverhältnis

Das Opfer muss dem Täter in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis untergeordnet sein. Erfasst ist jedes öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Dienst- oder Arbeitsverhältnis und zwar unabhängig von dessen Entstehung, Inhalt, Entgeltlichkeit oder Rechtswirksamkeit¹⁰⁷⁶. Da für die Reichweite der unter § 225 Abs. 1 Nr. 4 StGB fallenden Verhältnisse die aus ihnen resultierende Abhängigkeit des Opfers entscheidend ist, zählen auch arbeitnehmerähnliche Verhältnisse dazu, die aufgrund von Art und Umfang ihres Inhalts zu einer Abhängigkeit des Opfers führen¹⁰⁷⁷.

Für die sexuelle Belästigung wurde festgestellt, dass der Anwendungsbereich des AGG mit dem Zugang der Bewerbung eröffnet ist und für alle sexuellen Belästigungsfälle besteht, die auf Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen zurückzuführen sind¹⁰⁷⁸. Dies um-

Grundtatbestandes der Körperverletzung auf rein psychisch bleibende Auswirkungen möglich, was jedoch mit deutlich weitreichenderen Veränderungen verbunden wäre.

¹⁰⁷¹ Hirsch, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 225 Rn. 4.

¹⁰⁷² Hilflos ist, wer sich selbst nicht helfen kann, *Scholze-Stubenrecht*, Duden Universalwörterbuch, S. 849, Stichwort „hilflos“. Wer fliehen kann ist nicht hilflos, kann aber bereits wehrlos sein, *Hardtung*, JuS 2008, 1060 (1060). Vgl. zur Unterscheidung auch *Fischer*, ZStW 112 (2000), 75 (80 f.).

¹⁰⁷³ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 225 Rn. 2; *Fischer*, StGB, § 225 Rn. 3; *Hirsch*, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 225 Rn. 4.

¹⁰⁷⁴ *Fischer*, StGB, § 225 Rn. 3; *Hardtung*, JuS 2008, 1060 (1060) „dauerhaft, nicht mehr ausheilende gesundheitliche Schwächen“ (a. a. O.); ausführlich *Paeffgen*, in: NK, StGB, § 225 Rn. 10 f.

¹⁰⁷⁵ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 225 Rn. 2; *Hirsch*, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 225 Rn. 4; mit *Hardtung*, JuS 2008, 1060 (1060) lässt sich der Begriff so verstehen wie bei § 223 StGB. Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. IV. 1. c) bb).

¹⁰⁷⁶ *Hirsch*, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 225 Rn. 20; vgl. auch die Kommentierung zu § 174 bei *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 174 Rn. 10; *Hardtung*, in: MK, StGB, § 225 Rn. 9; *Hardtung*, JuS 2008, 1060 (1060).

¹⁰⁷⁷ *Fischer*, StGB, § 225 Rn. 7; *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 225 Rn. 10; *Paeffgen*, in: NK, StGB, § 225 Rn. 8.

¹⁰⁷⁸ Vgl. hierzu diese Arbeit unter C. III. 4.

fasst auch außerbetriebliche Veranstaltungen, die auf eine betriebliche Veranlassung zurückgehen. Der Anwendungsbereich endet dort, wo kein betrieblicher Bezug mehr vermittelt wird; Entsprechendes wird auch bei § 225 StGB zu Grunde gelegt¹⁰⁷⁹.

(2) *Unterordnung*

Unterordnung liegt vor, wenn der Täter als Vorgesetzter des Opfers diesem gegenüber weisungsbefugt ist¹⁰⁸⁰. Die Arbeitgebereigenschaft des Täters ist nicht zwingend erforderlich – aber stets ausreichend. Unzweifelhaft fallen hierunter Berufs- und Ausbildungsverhältnisse, in denen das Opfer als weisungsabhängiger Arbeitnehmer, hierarchisch dem Täter untergeordnet, also von diesem abhängig ist¹⁰⁸¹. Gegenüber dem Missbrauch von Schutzbefohlenen erfordert der Wortlaut von § 225 Abs. 1 Nr. 4 StGB jedoch nicht, dass eine mit dem Dienst- oder Arbeitsverhältnis verbundene Abhängigkeit missbraucht, d. h. bewusst ausgenutzt wird¹⁰⁸².

Bei Einrichtungen, die für behinderte Personen die Möglichkeit zu einer Arbeitstätigkeit bieten, ist zu unterscheiden: Erfolgt eine Beschäftigung zum Erwerb eines Einkommens für die Ermöglichung selbständiger Lebensgestaltung, liegt eine Arbeitstätigkeit vor. Sofern hieraus ein Unterordnungsverhältnis nach dargestellten Grundsätzen folgt, ist die Anwendung von § 225 Abs. 1 Nr. 4 StGB eröffnet. Erfolgt die Beschäftigung der behinderten Person nur zu therapeutischen Zwecken, wie etwa um Kontakt zu anderen Personen durch arbeitsteiliges Zusammenwirken zu ermöglichen oder die Person auf eine selbständige Erwerbstätigkeit vorzubereiten, liegt kein Dienst- oder Arbeitsverhältnis vor. Stattdessen käme ein Fürsorge- oder Obhutsverhältnis nach Nr. 1 in Betracht. Diese Konstellation liegt jedoch außerhalb des AGG und damit außerhalb des von dieser Arbeit erfassten Untersuchungsbereichs¹⁰⁸³.

cc) *Tathandlung*

Die Misshandlung von Schutzbefohlenen kann durch quälen des Opfers, durch rohes misshandeln oder durch böswillige Vernachlässigung der Fürsorgepflicht erfolgen. Die letztgenannte Alternative ist ein echtes Unterlassungsdelikt, das eine entsprechende Fürsorgepflicht voraussetzt. Dabei handelt es sich um eine auf Dauer angelegte Verpflichtung, für das leibliche oder seelische Wohl des Pfleglings und Zöglings zu sorgen¹⁰⁸⁴. Eine solche Pflicht trifft den Arbeitgeber oder dessen Mitarbeiter und Kunden regelmäßig nicht.

¹⁰⁷⁹ *Hirsch*, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 225 Rn. 10; *Paeffgen*, in: NK, StGB, § 225 Rn. 8; *Fischer*, StGB, § 225 Rn. 7.

¹⁰⁸⁰ *Fischer*, StGB, § 225 Rn. 7; *Wolters*, in: SK, StGB, § 225 Rn. 8; *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 225 Rn. 10; *Hirsch*, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 225 Rn. 10.

¹⁰⁸¹ *Paeffgen*, in: NK, StGB, § 225 Rn. 8; *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 225 Rn. 10; *Fischer*, StGB, § 225 Rn. 7; *Hirsch*, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 225 Rn. 10. Vgl. auch BT-Drs. 13/8587 vom 25.9.1997 S. 37.

¹⁰⁸² Vgl. zu den Anforderungen, die an den Missbrauch iSv § 174 StGB zu stellen sind, diese Arbeit unter D. II. 5. b) bb) (1).

¹⁰⁸³ Vgl. hierzu diese Arbeit unter C. III. 4. b) sowie D. II. 5. b) aa).

¹⁰⁸⁴ *Hirsch*, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 225 Rn. 6.

(1) Quälen

Quälen ist das Verursachen länger dauernder oder sich wiederholender Schmerzen oder Leiden¹⁰⁸⁵. Dieses Tatbestandsmerkmal wird typischerweise durch Vornahme mehrerer Handlungen verwirklicht¹⁰⁸⁶; oft macht erst die ständige Wiederholung den besonderen Unrechtsgehalt aus¹⁰⁸⁷. Die Leiden (oder Schmerzen) können körperlicher oder seelischer Art sein¹⁰⁸⁸. § 225 Abs. 1 StGB geht in seiner Alt. 1 hinsichtlich der Verursachung seelischer Leiden über § 223 StGB hinaus. Eine niedere Gesinnung des Täters wird von der h. M. nicht verlangt¹⁰⁸⁹. Dem ist zuzustimmen, da gegenüber § 223 StGB der gesteigerte Unrechtsgehalt im Zeitpunkt dieser Begehensform enthalten ist. Die dagegen vertretene Auffassung mit historischer Begründung überzeugt angesichts des (heutigen) Begriffsverständnisses nicht.

Der Blick auf die hierzu ergangene Rechtsprechung zeigt, dass es sich um Fälle handelt, in denen die geschützte Person entweder regelmäßig durch massive Schläge verletzt wird oder ihr durch Umstände, die sich aus der Mächtigkeit des Täters gegenüber dem Opfer ergeben, regelmäßig Leiden zugefügt werden, wie z. B. bei Nahrungsentzug oder Unterkühlung¹⁰⁹⁰. Es soll ausreichen, wenn das Opfer in Todesangst versetzt wird¹⁰⁹¹. Daraus erwachsen Zweifel, ob die Begehungsvariante bei der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz überhaupt in Betracht zu ziehen ist oder ob nicht die Tathandlung bei § 225 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 1 StGB über den Charakter einer sexuellen Belästigung deutlich hinausgeht.

Nach § 3 Abs. 4 AGG ist eine Würdeverletzung erforderlich, die insbesondere dann vorliegt, wenn ein von Entwürdigungen oder Erniedrigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Ausreichend ist also, wie beim Quälen, die einmalige Begehung. Typisch, wenn auch nicht zwingend, ist für die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, dass sie vom

¹⁰⁸⁵ *BGH*, Urt. v. 30.3.1995 – 4 StR 768/94, BGHSt 41, 113 (115); *BGH*, Urt. v. 6.12.1995 – 2 StR 465/95, NSZ-RR 1996, 197; *BGH*, Urt. v. 17.7.2007 – 5 StR 92/07, NSZ-RR 2007, 304 (306); *BGH*, Beschl. v. 20.3.2012 – 4 StR 561/11 bei *Miebach*, NSZ-RR 2013, 265 (268) Nr. 19; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 225 Rn. 4; *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 225 Rn. 12; *Hirsch*, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 225 Rn. 12; *Fischer*, StGB, § 225 Rn. 8a; *Hardtung*, in: MK, StGB, § 225 Rn. 11; *Paeffgen*, in: NK, StGB, § 225 Rn. 13; *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 225 Rn. 7;

¹⁰⁸⁶ Weiter *Wolters*, in: SK, StGB, § 225 Rn. 10 „manchmal“ (a. a. O.); enger *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 10 Rn. 8 „mindestens wiederholte Begehung“ (a. a. O.) – sonst ggf. rohe Misshandlung; differenzierend *Hardtung*, in: MK, StGB, § 225 Rn. 13 „typischerweise [...] durch eine Handlung“ (a. a. O.) bei dauernden Schmerzen und durch mehrere Handlungen bei wiederholenden Schmerzen.

¹⁰⁸⁷ *BGH*, Urt. v. 30.3.1995 – 4 StR 768/94, BGHSt 41, 113 (115) = NJW 1995, 2045 (2046) = NSZ 1996, 35 mit Anm. *Hirsch*; *BGH*, Urt. v. 17.7.2007 – 5 StR 92/07, NSZ-RR 2007, 304 (306); *Fischer*, StGB, § 225 Rn. 8a.

¹⁰⁸⁸ H. M.; vgl. statt aller *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 225 Rn. 12 m. w. N.; anders wohl nur *Paeffgen*, in: NK, StGB, § 225 Rn. 2, der zwar unter Quälen „zweifelsfrei auch das Zufügen seelischer Schmerzen“ (a. a. O.) versteht, daraus – und aus der die Körperverletzung nicht erwähnenden Überschrift der Norm – jedoch nicht den Schluss zieht, dass diese erfasst sind, wenn sie im rein Seelischen verbleiben. Dies ergebe sich aus der systematischen Stellung („Körperverletzung“) und aus historischen Gesichtspunkten, u. a. der eingeschränkten Verwendung des Begriffs im TierschutzG v. 24.11.1933.

¹⁰⁸⁹ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 225 Rn. 4; *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 225 Rn. 12; *Hirsch*, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 225 Rn. 12; *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 225 Rn. 7; *Hardtung*, in: MK, StGB, § 225 Rn. 26; a. A. *Wolters*, in: SK, StGB, § 225 Rn. 10; *Paeffgen*, in: NK, StGB, § 225 Rn. 13.

¹⁰⁹⁰ Vgl. *BGH*, Urt. v. 30.3.1995 – 4 StR 768/94, BGHSt 41, 113; *BGH*, Urt. v. 17.7.2007 – 5 StR 92/07, NSZ-RR 2007, 304.

¹⁰⁹¹ *BGH*, Urt. v. 21.10.1954 – 4 StR 460/54, NJW 1954, 1942.

selben Täter mehrfach gegenüber dem selben Opfer verübt wird¹⁰⁹². Insofern besteht ebenfalls eine Parallele zu § 225 StGB. Für die sexuelle Belästigung reicht es aus, wenn das Opfer an der Würde verletzt wird oder ein entwürdigendes Umfeld entsteht. § 225 StGB stellt demgegenüber höhere Anforderungen, indem erhebliche Leiden verlangt werden. Die Folgen sexueller Belästigung erreichen nur in Ausnahmefällen diese Qualität. Regelmäßig werden Angst, Empfindsamkeit oder auch Aggression genannt. Lediglich von kleineren Gruppen genannte Nachwirkungen sind Allergien oder Depressionen¹⁰⁹³. Es kann freilich nicht ausgeschlossen werden, dass ein sexueller Übergriff am Arbeitsplatz zu dauernden Schmerzen oder mehrfache Übergriffe zu wiederholtem Leiden führt, regelmäßig dürfte davon jedoch nicht auszugehen sein.

(2) *Rohes Misshandeln*

Eine rohe Misshandlung liegt vor, wenn der Täter einem anderen eine Körperverletzung aus gefühlloser Gesinnung zufügt, die sich in erheblichen Handlungsfolgen äußert¹⁰⁹⁴.

(a) *Erhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens – objektive Komponente*

Die Rohheit der Misshandlung muss objektiv zu Tage treten¹⁰⁹⁵. Die Definition der körperlichen Misshandlung bei § 223 StGB verlangt eine üble und unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt¹⁰⁹⁶. Bei § 225 StGB muss es sich um eine dementsprechende Behandlung handeln, die hier jedoch erheblich sein, also über das durchschnittliche Maß hinausgehen muss¹⁰⁹⁷. Zu verlangen sind demnach starke Schmerzen, etwa infolge von knöchernen Frakturen oder vergleichbare Leiden, die sich in nicht remedierenden Verletzungen äußern¹⁰⁹⁸.

Umstritten ist, ob eine Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens erforderlich oder eine des nur seelischen ausreichend ist. Die h. M. verlangt wie bei § 223 StGB eine körperliche Beeinträchtigung¹⁰⁹⁹. Sie stützt sich auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift und systematisch darauf, dass es eine unangemessene Ausdehnung und große Unbestimmtheit bedeuten würde, den Begriff im Sinne der Mindermeinung zu verstehen¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹² Vgl. hierzu *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*, S. 185, Tabelle 27. Nach der von diesen durchgeführten Untersuchung besteht ein nahezu ausgewogenes Verhältnis zwischen einmaliger, 2-3maliger und häufigerer sexueller Belästigung. D. h. knapp 2/3 der sexuell belästigenden Handlungen liegt ein Wiederholungsfall vor.

¹⁰⁹³ *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*, S. 197, Tabelle 33.

¹⁰⁹⁴ *BGH*, Urt. v. 23.1.1974 – 3 StR 324/73, BGHSt 25, 277 (278).

¹⁰⁹⁵ *BGH*, Beschl. v. 3.3.2009 – 3 StR 47/09, NSTZ-RR 2009, 180 (181).

¹⁰⁹⁶ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. IV. 1. c) aa).

¹⁰⁹⁷ *Hardtung*, in: MK, StGB, § 225 Rn. 12. Was überdurchschnittliche Schmerzen sein sollen, bleibt freilich offen. Die von der Rechtsprechung zu entscheidenden Fallgestaltungen weisen jeweils massive Schädigungen des Körpers (von zumeist Kleinkindern) auf, die zu irreparablen (wenn nicht sogar tödlichen) körperlichen Veränderungen führen. Vgl. die Nachweise zur Rspr. bei *Fischer*, StGB, § 225 Rn. 9. A. A. *Wolters*, in: SK, StGB, § 225 Rn. 16 die auch die Gesundheitsschädigung bei § 255 StGB unter den Begriff subsumieren.

¹⁰⁹⁸ Nicht jedoch bei schmerzunempfindlichen Personen, sofern in anderer Form erhebliche Leiden verursacht werden.

¹⁰⁹⁹ *Hirsch*, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 225 Rn. 13; *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 225 Rn. 13; *Paeffgen*, in: NK, StGB, § 225 Rn. 16; offen gelassen bei *Fischer*, StGB, § 225 Rn. 9 und *Engländer*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 225 Rn. 8.

¹¹⁰⁰ *Hirsch*, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 225 Rn. 13; *Paeffgen*, in: NK, StGB, § 225 Rn. 16.

Dagegen wendet sich eine abweichende Meinung, die mit dem Wortlaut des § 225 StGB keine Beschränkung auf körperliche Misshandlungen vornimmt¹¹⁰¹. Sie kann für ihre Auffassung die historische Parallele zum TierSchG nutzbar machen, das Formulierungsvorlage für den ursprünglichen § 223b StGB war und gegenüber früher nunmehr ausdrücklich auch Leiden erfasst. Ergänzend lässt sich für diese Ansicht anführen, dass „roh“ dem Wortsinn nach körperlich *oder* seelisch verletzend bedeutet¹¹⁰².

Diese Ansicht überzeugt. Wie in § 223 StGB wird hier von Misshandlung gesprochen. Sie ist in § 223 StGB als „körperlich“ näher qualifiziert und in § 225 StGB als „roh“. Bereits daraus folgt, dass der Gesetzgeber in § 223 StGB davon ausgegangen sein muss, dass die „Misshandlung“ als solche nicht allein auf körperliche Auswirkungen gerichtet ist; andernfalls würde es sich um einen unbegründeten Pleonasmus handeln. Wenn aber in § 223 StGB die Einschränkung über das Adjektiv erfolgt, dann muss für § 225 StGB dasselbe gelten: die Misshandlung wird als „roh“ qualifiziert. Wie bereits nachgewiesen, kann es sich bei rohem Verhalten um körperlich oder seelisch verletzendes Verhalten handeln. Hätte der Gesetzgeber die Totalalternative des § 225 StGB auf körperliche Leiden einschränken wollen, hätte er dies nach seinem, in § 223 StGB dokumentierten, Verständnis der Begrifflichkeit durch „roh körperlich misshandelt“ zum Ausdruck bringen können.

(b) *Gefühllose Gesinnung – subjektive Komponente*

Rohes Misshandeln setzt auch eine gefühllose, fremdes Leiden missachtende Gesinnung voraus¹¹⁰³. Der Täter muss das Gefühl für das Leiden der misshandelten Person verloren haben, das sich bei jedem menschlich und verständig Denkenden eingestellt haben würde¹¹⁰⁴. Dies braucht keine dauerhafte Eigenschaft des Täters zu sein. Rohes Misshandeln ist z. B. das Schütteln von Kleinkindern¹¹⁰⁵ oder das Zufügen von Knochenfrakturen bei diesen¹¹⁰⁶. Dieses subjektive Element liegt nach Ansicht der Rechtsprechung in der Regel vor, wenn der Täter dem Opfer erhebliche Schmerzen oder Leiden verursacht¹¹⁰⁷.

(c) *Sexuelle Belästigung als rohe Misshandlung?*

Ob eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz eine körperliche Misshandlung darstellen kann, ist positiv beantwortet¹¹⁰⁸. Dadurch ist zugleich festgestellt, dass grundsätzlich auch wegen einer rohen Misshandlung i. S. v. § 225 StGB bestraft werden kann, soweit die zusätzlichen Voraussetzungen vorliegen. Dass bei der rohen Misshandlung auch rein seelische Leiden umfasst sind, macht den Misshandlungstatbestand für den sexuellen Beläs-

¹¹⁰¹ Kühn, in: Lackner/Kühl, StGB, § 225 Rn. 5; Hardtung, in: MK, StGB, § 225 Rn. 17; Hardtung, JuS 2008, 1060 (1061); Küper/Zopfs, Rn. 377.

¹¹⁰² Scholze-Stubenrecht, Duden Universalwörterbuch, S. 1461, Stichwort „roh“.

¹¹⁰³ BGH, Ur. v. 6.6.1952 – 1 StR 708/51, BGHSt 3, 105 (109); BGH, Ur. v. 3.7.2003 – 4 StR 190/03, NStZ 2004, 94 (94); Kühn, in: Lackner/Kühl, StGB, § 225 Rn. 5; Fischer, StGB, § 225 Rn. 9; Stree/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, § 225 Rn. 13.

¹¹⁰⁴ BGH, Beschl. v. 28.2.2007 – 5 StR 44/07, NStZ 2007, 405 (405).

¹¹⁰⁵ BGH, Beschl. v. 28.2.2007 – 5 StR 44/07, NStZ 2007, 405.

¹¹⁰⁶ BGH, Ur. v. 3.7.2003 – 4 StR 190/03, NStZ 2004, 94.

¹¹⁰⁷ BGH, Ur. v. 23.1.1974 – 3 StR 324/73, BGHSt 25, 277 (279).

¹¹⁰⁸ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. IV. 1. e).

tiger zunächst erreichbarer, da nach einer sexuellen Belästigung nicht zwingend körperliche Auswirkungen auftreten, sondern (rein) psychische Folgen die Regel sind, die *de lege lata* von § 223 StGB nicht erfasst werden¹¹⁰⁹.

Der Täter muss über § 223 StGB hinaus jedoch sowohl objektiv als auch subjektiv roh handeln, d. h. überdurchschnittliche Schmerzen oder Leiden verursachen und dabei gefühllos vorgehen. Im Einzelfall mag es durchaus möglich sein, dass bei einer sexuellen Belästigung überdurchschnittliche Schmerzen verursacht werden, da es sich bei den sexuell bedeutsamen Körperregionen um stark innervierte Bereiche handelt, auf die eine physische Einwirkung im Vergleich zu anderen Körperregionen stärkere Schmerzen auslösen kann. Regelmäßig ist jedoch die Einwirkung nicht ausreichend stark und führt nicht zu einem überdurchschnittlichen Schmerz, denn typischerweise geht es um Küsse, Umarmungen, Klapse oder andere Berührungen mit mäßigem Krafteinsatz, die, wenn überhaupt, nur leichte, d. h. durchschnittliche oder mildere Schmerzen auslösen.

Anders könnte dies bei der Verursachung überdurchschnittlicher Leiden zu bewerten sein, da es dabei gerade nicht überwiegend auf die physische Einwirkung ankommt. Nach der hier vertretenen Auffassung reicht seelisches Leiden aus. Das Leiden ist ein Gebrechen oder eine Krankheit, mit der eine Person über längere Zeit oder dauernd behaftet ist. Zur Bildung des Vergleichsmaßstabs wird man auf den normalen – d. h. durchschnittlichen – Verlauf abzustellen haben. Ist das Leiden stärker, etwa bei einem intensiveren oder längeren Verlauf der Krankheit, liegt überdurchschnittliches, d. h. tatbestandsmäßiges Leiden vor. Bei rein psychischen Leiden ergeben sich keine Unterschiede. Hier ist zunächst festzustellen, ob es sich um ein psychisches Gebrechen oder eine Krankheit handelt, mithin ob nicht nur eine – normale, wenn auch unangenehme – psychische Reaktion erfolgt: Wird jemand gekränkt oder in seiner Würde verletzt, mag dies eine psychische Reaktion zur Folge haben, die jedoch nicht zu einem Leiden werden muss. Die rohe Misshandlung des § 225 StGB ist etwas anderes als die Würdeverletzung des § 3 Abs. 4 AGG¹¹¹⁰. Nur ausnahmsweise dürfte die erforderliche Würdeverletzung durch die Zufügung erheblicher Schmerzen oder Leiden erfolgen.

Hinzu kommt, dass der Täter mit gefühlloser, fremdes Leiden missachtender Gesinnung handeln muss. Dem sexuellen Belästiger kommt es regelmäßig nicht auf die Verursachung erheblicher Schmerzen oder Leiden an, mag er diese auch billigend in Kauf nehmen. Doch selbst wenn der vorsätzliche sexuelle Belästiger sich zur Befriedigung eigener sexueller Gefühle oder Machtfantasien einer anderen Person bemächtigt und mit niederer Gesinnung handelt, genügt dies noch nicht für die erforderliche rohe Gesinnung des § 225 StGB. Die Frage, ob der sexuelle Belästiger gefühllos, d. h. bar jeder menschlichen Empfindung hinsichtlich der zugefügten Leiden handelt, dürfte jedoch regelmäßig zu verneinen sein, ist jedoch im Ausnahmefall durchaus kritisch zu prüfen.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass eine sexuelle Belästigung durchaus auch in Form einer rohen Misshandlung begangen werden kann. Allerdings ist zugleich zu konstatieren, dass es sich aufgrund der objektiven nötigen Auswirkungen und der subjektiv

¹¹⁰⁹ Vgl. Plogstedt/Bode, S. 103; Holzbecher/Braszeit/Müller u. a., S. 197 „Ängste, Verunsicherung, Misstrauen“ (a. a. O.).

¹¹¹⁰ Zu Recht der Hinweis bei Hirsch, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 225 Rn. 14.

erforderlichen Gesinnung um massive Formen der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz handeln muss, die ein sexueller Übergriff nur in absoluten Ausnahmefällen erreicht.

dd) **Vorsatz**

Eventualvorsatz ist erforderlich und ausreichend¹¹¹¹. Die Quälen-Alternative erfordert mit der h. M. keine Grausamkeit. Da bei der Begehung durch Misshandlung eine gefühllose Gesinnung nötig ist, ergibt sich beim Quälen ein geringeres subjektives Unrecht, das aber durch das (zeitlich) größere objektive Unrecht des Quälens nivelliert wird¹¹¹².

d) **Zwischenfazit zur Strafbarkeit nach § 225 StGB**

Die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz und § 225 Abs. 1 Nr. 4 StGB weisen eine leicht zu erkennende Parallele auf: Beide Vorschriften erfordern ein Schutzverhältnis in Form eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses aus dem heraus der Täter agiert. Im Übrigen ist § 225 StGB jedoch deutlich enger, denn er schützt in den hier maßgebenden Alternativen Körper und Geist des Opfers vor roher Misshandlung und Qual. Dabei handelt es sich um von der Würde des § 3 Abs. 4 AGG verschiedene Schutzgüter. Der Täter kann zwar durch *eine* Handlung die Schutzgüter beider Vorschriften verletzen. Diese liegen jedoch nicht so dicht beisammen, dass durch die Verletzung des einen regelmäßig auch das andere verletzt wird. Das Gegenteil ist der Fall. Nur in sehr schweren Fällen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz dürfte zugleich eine Misshandlung Schutzbefohlener vorliegen. Selbst wenn der Täter sexuelle Handlungen erzwingt, ist damit noch nicht gesagt, ob er sein Opfer zugleich im Sinne von § 225 Abs. 1 Nr. 4 StGB misshandelt hat.

¹¹¹¹ Kühn, in: Lackner/Kühn, StGB, § 225 Rn. 7.

¹¹¹² Hardung, in: MK, StGB, § 225 Rn. 26.

V. STRAFTATEN GEGEN DIE PERSÖNLICHE FREIHEIT

1. § 240 StGB – Nötigung

a) Einleitung und Abgrenzung zu § 177 StGB

Die Erzwingung von sexuellen Handlungen mit qualifizierter Gewalt, Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder die Ausnutzung einer schutzlosen Lage können eine Strafbarkeit wegen sexueller Nötigung begründen. Die meisten direkten Formen¹¹¹³ sexueller Belästigung am Arbeitsplatz erfüllen jedoch entweder nicht die Qualifikationen der Nötigungsmittel¹¹¹⁴ oder stellen keine sexuelle Handlung im Sinne von § 184h Nr. 1 StGB dar.

Durch das 6. StrRG wurde mit dem Regelbeispiel des § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB ein Auffangtatbestand¹¹¹⁵ geschaffen, dessen Verwirklichung nicht dieselben hohen Anforderungen an die Nötigungshandlung stellt wie § 177 Abs. 1 StGB, der jedoch wie dieser voraussetzt, dass die sexuelle Handlung die Erheblichkeitsschwelle des § 184h Nr. 1 StGB überschreitet¹¹¹⁶. Wann immer die Nötigungshandlung nicht den Nötigungsmitteln des § 177 Abs. 1 StGB entspricht, stellt sich die Frage, ob sexuelle Erpressungen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts oder sexuelle Handlungen als besonders schwerer Fall der Nötigung nach § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB strafbar sind. Erreicht die sexuelle Handlung hierbei nicht die Erheblichkeitsschwelle des § 184h Nr. 1 StGB, so ist der Grundtatbestand des § 240 Abs. 1 StGB in Erwägung zu ziehen. Die Prüfung der Strafbarkeit nach § 240 StGB und dessen Regelbeispiel in Abs. 4 S. 2 Nr. 1 kann auf die Differenzen zum spezielleren § 177 StGB beschränkt werden.

b) Rechtsgut

Schutzgut des Nötigungstatbestandes ist nach h. M. in der Literatur und Rechtsprechung die persönliche Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung¹¹¹⁷. Opfer können nur natürliche Personen sein. Die Freiheit der Willensentschließung oder Willensbildung stellt das Vermögen einer Person dar, unter einer von mehreren Verhaltensweisen auszuwählen, wohingegen die Freiheit der Willensbetätigung oder Willensausübung die Verwirklichung der zuvor ausgewählten Verhaltensweise bedeutet. Nach h. M. ist die Freiheit zu beliebigem Verhalten geschützt, d. h. sie ist insbesondere nicht beschränkt auf die rechtlich garantierte Verhaltensfreiheit aus der nur der Schutz rechtlich gebilligten Verhaltens resultiert¹¹¹⁸.

¹¹¹³ Vgl. hierzu diese Arbeit unter C. IV. 2. e).

¹¹¹⁴ Vgl. diese Arbeit unter D. II. 3. f).

¹¹¹⁵ *Renzikowski*, NStZ 1999, 440 (440).

¹¹¹⁶ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 2. Etwas Anderes gilt, wenn man von der Identität des Gewaltbegriffs bei § 177 und § 240 StGB ausgeht.

¹¹¹⁷ *BVerfG*, Urt. v. 11.11.1986 – 1 BvR 713/83, BVerfGE 73, 206 (237); *BVerfG*, Beschl. v. 10.1.1995 – 1 BvR 718/89 u. a., BVerfGE 92, 1 (13 f.) = NStZ 1995, 275 ff.; *Fischer*, StGB, § 240 Rn. 2; *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, § 240 Rn. 1; *Eser/Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 240 Rn. 1; *Toepel*, in: *NK*, StGB, § 240 Rn. 13; a. A. *Sinn*, in: *MK*, StGB, § 240 Rn. 10; *Köhler*, NJW 1983, 10 (12); *Hruschka*, NJW 1996, 160 (162).

¹¹¹⁸ Vgl. die Kritik zur Mindermeinung bei *Toepel*, in: *NK*, StGB, § 240 Rn. 21 f.; *Fischer*, StGB, § 240 Rn. 2; *Eser/Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 240 Rn. 1a.

Die Freiheit der Willensentschließung und noch mehr die der Willensbetätigung unterliegen allerdings vielfältigen gesellschaftlichen Zwängen, die keineswegs alle als Unrecht gelten oder gar strafwürdig erscheinen. Der Gesetzgeber hat daher die Strafbarkeit auf die Nötigung mit bestimmten Mitteln beschränkt¹¹¹⁹.

c) Nötigen

Nötigen bedeutet, einer anderen Person ein von dieser nicht gewolltes Verhalten aufzuzwingen, d. h. sie gegen ihren Willen zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen zu bestimmen¹¹²⁰. Daran fehlt es, wenn die Person keinen eigenen Willen zum geforderten Verhalten hat, bilden kann oder dieses Verhalten bereits selbst will. Die vorsätzliche Überwindung eines entgegenstehenden Willens einer anderen Person ist ein alltäglicher Vorgang und als solcher nicht zwingend Unrecht. Zu denken ist an berufliche oder private Situationen, in denen der „Täter“ die andere Person dazu bringt, sich gegen ihren Willen zu verhalten, etwa einen Preisnachlass zu akzeptieren oder in einem anderen als dem bevorzugten Restaurant zu speisen. Hierfür können durch den „Täter“ beliebige Handlungsformen eingesetzt werden. Nach der hier vertretenen Ansicht handelt es sich hierbei um ein Nötigen unterhalb der Strafbarkeitsschwelle¹¹²¹. Eine strafbare Nötigung nach § 240 StGB setzt demgegenüber voraus, dass bestimmte, vom Gesetzgeber benannte Zwangsmittel eingesetzt werden zu einem Zweck, der die Wahl dieser Mittel verwerflich erscheinen lässt.

Darin klingt ein Wesensmerkmal des Nötigens an. Das vom Täter beabsichtigte Verhalten der genötigten Person kann sich nicht in der Duldung des Zwangsmittels erschöpfen¹¹²². Der Einsatz des Nötigungsmittels muss darauf gerichtet sein, das Tatopfer gegen dessen Willen zu einem vom Täter erwünschten Verhalten zu veranlassen. So ist z. B. eine Körperverletzung nach § 223 StGB nicht zugleich eine Nötigung zur Duldung einer körperlichen Integritätsverletzung. Denn obgleich man davon ausgehen darf, dass ein genereller Wille dahingehend besteht, keine Körperverletzung zu erleiden und insofern zugleich der Wille des Opfers verletzt wurde, ist das Schutzgut des Nötigungstatbestandes nicht betroffen¹¹²³. Geschützt ist die freie Willensentschließung und -betätigung, die nicht stattgefunden hat, wenn das Opfer nicht unter dem Zwang des Nötigungsmittels gegen seinen eigentlichen Willen handelt, duldet oder unterlässt¹¹²⁴.

Für die Frage nach der Strafbarkeit sexueller Belästigung am Arbeitsplatz ist diese Einschränkung von großer Bedeutung, denn die überwiegend vorkommenden indirekten Formen sexuell belästigenden Verhaltens, wie vermeintlich zufällige Berührungen oder anzügliche Bemerkungen über die Figur oder über privates Sexualverhalten, erschöpfen sich

¹¹¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 10.1.1995 – 1 BvR 718/89 u. a., BVerfGE 92, 1 (16).

¹¹²⁰ BGH, Urt. v. 20.10.1999 – 2 StR 248/99, NSStZ 2000, 140 (141) = BGHSt 45, 253; BVerfG, Beschl. v. 1.7.2004 – 2 BvR 568/04, NSStZ 2005, 30.

¹¹²¹ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 3. b) bb) (3) (c) (cc).

¹¹²² Fischer, StGB, § 240 Rn. 6; Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 240 Rn. 12; Schroeder, in: Dölling u. a., FS-Gössel, S. 415 (421); Horn/Wolters, in: SK, StGB, § 240 Rn. 5; vgl. auch diese Arbeit unter D. II. 3. b) bb) (1) (a).

¹¹²³ BGH, Beschl. v. 1.12.2005 – 4 StR 506/05, NSStZ-RR 2006, 77 (77); BGH, Beschl. v. 1.12.2005 – 4 StR 506/05, NSStZ-RR 2006, 77.

¹¹²⁴ BGH, Beschl. v. 15.1.2004 – 3 StR 490/03, NSStZ 2004, 385 (386); BGH, Urt. v. 2.6.1982 – 2 StR 669/81, NJW 1982, 2264.

in der Durchführung der Handlung und stellen somit keine Nötigung dar, obwohl sie gegen den allgemein zu unterstellenden Willen der betroffenen Personen ausgeführt werden, solche Handlungen nicht dulden zu müssen¹¹²⁵. Gleiches gilt – wie bereits zu § 177 StGB festgestellt – für alle Formen der überraschenden Vornahme sexuellen Verhaltens wie unerwartetes Berühren der weiblichen Brust, überraschende Küsse oder ähnliches, sofern sie nicht mit einer darüberhinausgehenden Zwangswirkung verbunden sind, welche auf Willensbeugung gerichtet ist, wie etwa das Umarmen einer Person, um einen Kuss zu ermöglichen. Hierauf ist sogleich bei der Untersuchung des Gewaltbegriffs einzugehen.

d) Zwangsmittel

Als Zwangsmittel kommen nach § 240 StGB ausschließlich Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel in Betracht. Die Ausnutzung einer vom Täter unabhängigen Zwangslage¹¹²⁶ oder die Anwendung einer List¹¹²⁷ sind hingegen keine geeigneten Mittel.

aa) Gewalt

Verlangt man mit der Rechtsprechung und der hier vertretenen Meinung bei § 177 StGB ein erhöhtes Maß an Gewalt in Form einer durch Körperkraft des Täters vermittelten körperlichen Zwangslage gegen die Person des Opfers, ist der allgemeine Gewaltbegriff des § 240 StGB zunächst hiervon abzugrenzen. Es reicht aus, dass der vom Täter physisch ausgeübte Zwang beim Opfer physisch empfunden wird, auch wenn sich die Krafterwirkung gegen Sachen oder Dritte richtet, so etwa, wenn der Täter sein Kraftfahrzeug instrumentalisiert durch Betätigung des Gaspedals¹¹²⁸ oder wenn eine Metallkette an Torpfosten angebracht wird¹¹²⁹.

Eine umfassende Darstellung der vielfältigen und unterschiedlichen Literaturstimmen zum Gewaltbegriff nach der Entscheidung des *BVerfG*¹¹³⁰ vom 10. Januar 1995 und die darauf ergangene „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ des *BGH*¹¹³¹ würden den Rahmen dieser Arbeit sprengen, da die Diskussion im Schrifttum gegenwärtig von individuellen Erweiterungen und Einschränkungen des Gewaltbegriffs aufgrund unterschiedlichster methodischer Ansätze geprägt ist¹¹³².

In der Literatur wird neben dem von Krafterwirkungen und -auswirkungen geprägten Gewaltbegriff der Rechtsprechung ein weiter Gewaltbegriff vertreten. Gewalt ist danach die gegenwärtige Zufügung eines empfindlichen Übels. Dieser von *Knodel* entwickelte Ansatz verzichtet auf das Merkmal physischer Krafterwirkung ebenso wie auf den Eintritt einer Zwangswirkung beim Opfer¹¹³³. Gewalt ist nach diesem Verständnis der Dro-

¹¹²⁵ Vgl. die hierzu in dieser Arbeit unter C. IV. 2. a) dargestellten Anteil in Höhe von ca. 80 Prozent aller befragten Personen, die solches Verhalten als sexuell belästigend qualifizieren.

¹¹²⁶ *Toepel*, in: NK, StGB, § 240 Rn. 33.

¹¹²⁷ *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 240 Rn. 3.

¹¹²⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 29.3.2007 – 2 BvR 932/06, NJW 2007, 1669 (1670) Rn. 10.

¹¹²⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 24.10.2001 – 1 BvR 1190/90 u. a., NJW 2002, 1031 = BVerfGE 104, 92.

¹¹³⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 10.1.1995 – 1 BvR 718/89 u. a., BVerfGE 92, 1.

¹¹³¹ *BGH*, Beschl. v. 23.3.1991 – 1 StR 3/90, NSStZ 1991, 582 = BGHSt 37, 350.

¹¹³² Vgl. zum Überblick über den Streitstand *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 10; *Simm*, in: MK, StGB, § 240 Rn. 55 ff.

¹¹³³ *Knodel*, S. 59.

hung mit einem empfindlichen Übel angenähert, denn der einzige Unterschied zur Drohung besteht darin, dass das empfindliche Übel *gegenwärtig* zugefügt wird¹¹³⁴. Die Definition des Gewaltbegriffes als Zufügung empfindlichen Übels vermeidet die bei der herkömmlichen Definition entstehenden Probleme an der Grenze zwischen Drohung und Gewalt. So kann eine Drohung mit einem empfindlichen Übel den Nötigungstatbestand erfüllen. Die Verwirklichung der Drohung ohne physische Beeinträchtigung des Opfers stellt nach dem herrschenden Gewaltbegriff jedoch keine strafbare Nötigung dar¹¹³⁵. Aufgrund der neueren Rechtsprechung des BVerfG kann diese Definition im Rahmen der Verfassungsmäßigkeit freilich nicht mehr ohne zusätzliche Berücksichtigung des Erfordernisses einer physischen Beeinträchtigung des Opfers angewendet werden¹¹³⁶.

(1) *Formen der Gewalt: vis absoluta und vis compulsiva*

Es kann als heute allgemein anerkannt bezeichnet werden, dass die willensbeugende Gewalt (*vis compulsiva*) Gewalt im Sinne des „kleinsten gemeinsamen Nenners“¹¹³⁷ des Gewaltbegriffes darstellt¹¹³⁸. *Vis compulsiva* braucht nicht unwiderstehlich zu sein, sondern liegt auch dann vor, wenn sich das Opfer z. B. durch Flucht der Zwangsanwendung entziehen könnte. Die Überwindung eines erwarteten Widerstandes reicht aus¹¹³⁹. Durch Kompulsivgewalt soll das Opfer durch gegenwärtige Übelszufügung zu einem Verhalten veranlasst werden. Dabei kann es sich auch um psychischen Druck handeln, der beim Opfer zu merkbaren Angstreaktionen körperlicher Art führt¹¹⁴⁰. Diese Körperlichkeitskomponente ist es, die *vis compulsiva* von der Drohung unterscheidet, denn auch in der willensbeugenden Gewalt kann eine Drohung enthalten sein; etwa mit der Gewalt zeitlich fortzufahren oder sie zu intensivieren. Maßgebend ist, ob das Übel nur angekündigt wird oder bereits gegenwärtig ist¹¹⁴¹. Die Abgrenzung zur Drohung kann dabei durchaus schwierig sein. So ist die Bewegung der Sprechmuskulatur zwar stets ein physischer Vorgang, stellt jedoch keine Gewalt dar, da auf das Opfer nicht körperlich eingewirkt wird. Die solchermaßen mittels Muskelkraft geäußerten Laute können jedoch bei entsprechendem Inhalt eine Drohung mit einem empfindlichen Übel darstellen. Hingegen stellt es nach der Rechtsprechung Gewalt dar, wenn die Bewegung der Sprechmuskulatur dazu

¹¹³⁴ *Knodel*, S. 81. Dies erschwert die Abgrenzung zur Drohung und bietet Raum für Kritik. Gewalt sei dann von der Drohung kaum noch unterscheidbar, *Fischer*, StGB, § 240 Rn. 12a.

¹¹³⁵ Hieran kristallisiert sich ein Großteil der Kritik. Vgl. *Horn/Wolters*, in: SK, StGB, § 240 Rn. 11a; *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 234 ff. Rn. 17a; ablehnend: *Toepel*, in: NK, StGB, § 240 Rn. 40; *Fischer*, StGB, § 240 Rn. 12 f. Keine Schwierigkeit stellt dies für Vertreter der Auffassung dar, Drohung sei kein weniger von Gewalt, sondern etwas Anderes, vgl. *Altwater*, in: LK, StGB, § 240 Rn. 50.

¹¹³⁶ Vgl. hierzu *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 234 ff. Rn. 6; *Toepel*, in: NK, StGB, § 240 Rn. 40.

¹¹³⁷ *Horn/Wolters*, in: SK, StGB, § 240 Rn. 11a.

¹¹³⁸ Anders noch Teile der älteren Literatur, die allein *vis absoluta* als Gewalt verstanden. Vgl. die Nachweise bei *Toepel*, in: NK, StGB, § 240 Rn. 55.

¹¹³⁹ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 3. b) bb) (1) (b).

¹¹⁴⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 29.3.2007 – 2 BvR 932/06, NJW 2007, 1669 (1670); ablehnend *Toepel*, in: NK, StGB, § 240 Rn. 92a „nicht harmonisierbare[r] Bruch“; *Sinn*, in: MK, StGB, § 240 Rn. 51; von *Jakobs*, in: *Baumann u. a.*, FS-Peters, S. 69 (77) bereits 1974 als „groteske Amateurphysiologie“ bezeichnet.

¹¹⁴¹ So soll nach der Rechtsprechung bereits im Vorhalten einer entscherten Pistole Gewalt liegen, *BGH*, Urt. v. 3.2.1993 – 3 StR 356/92, NSiZ 1993, 333 (334) = BGHSt 39, 133, ablehnend *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 234 ff. Rn. 16. Gleiches gilt für die Abgabe von Schreckschüssen, *BGH*, Urt. v. 5.4.1951 – 4 StR 129/51, BGHSt 1, 145 (147).

verwendet wird, eine Geräuschkulisse zu erzeugen, welche die Fortsetzung einer Vorlesung stört und dies zu einer physischen Reaktion des Opfers führt¹¹⁴².

Eine Person gegen die Gewalt in Form der *vis compulsiva* verübt wird, deren Willensbetätigung oder Willensentschließung gebeugt werden soll, wird nicht durch die bereits erlittene Gewalt motiviert, denn diese ist vergangen, der Gewalteininsatz kann nicht mehr ungeschehen gemacht werden. Die Motivation zur Abweichung vom eigentlichen Willen erfolgt durch die vom Opfer antizipierte Aufrechterhaltung der Gewalteinwirkung, ihrer zeitlichen oder qualitativen Ausdehnung oder erneuten Anwendung¹¹⁴³. Insofern ist in fast jeder Kompulsivgewalt faktisch eine Drohungskomponente enthalten¹¹⁴⁴. Ob man daher mit einem Teil der Literatur davon ausgehen kann, dass Drohung und Gewalt im Sinne des § 240 StGB nicht in einem Rangverhältnis stehen, ist zweifelhaft¹¹⁴⁵. Jedenfalls für *vis compulsiva* drängt sich diese Ansicht nicht auf.

Neben willensbeugender Gewalt kommt auch überwältigende Gewalt (*vis absoluta*) als Zwangsmittel in Betracht. Sie ist unwiderstehlich. Ihr Einsatz führt dazu, dass das vom Opfer erwünschte Verhalten unmittelbar erzwungen wird. Aufgrund dieser unmittelbaren Steuerung des Opfers durch den Täter kann *eigentlich* nicht mehr von einem „vertypen Delikt in mittelbarer Täterschaft“¹¹⁴⁶ gesprochen werden und auch *eigentlich* nicht davon, dass das Opfer zu einer Handlung, Duldung oder einem Unterlassen gegen seinen Willen genötigt wird. Der h. M. genügt daher das Opferverhalten in einem „uneigentlichen Sinne“¹¹⁴⁷. Die Mindermeinung, *vis absoluta* könne keine nötigende Gewalt sein, da damit die Zweiaktigkeit der Nötigung und die Zielgerichtetheit des Zwangsmiteinsatzes zusammenfielen, weist darauf hin, dass es sich nicht mehr um eine Duldung im Sinne des Wortlauts handele, wenn das Opfer keine Möglichkeit zu alternativen Verhaltensformen mehr habe¹¹⁴⁸. Dieser Meinung wird entgegengehalten, dass dem Opfer durch das Nötigungsmittel ein bestimmtes Verhalten abgezwungen werden soll, was erst recht bei *vis absoluta* der Fall sei¹¹⁴⁹. Dabei wird jedoch nicht ausreichend berücksichtigt, dass Schutzgut die Willensbildungs- und Willensbetätigungsfreiheit ist. Das Opfer wird zu einem Verhalten gezwungen, jedoch nicht in allen Fällen gegen seinen Willen, sondern unter Ausschluss seines Willens¹¹⁵⁰. Überzeugender scheint im Hinblick auf die Systematik und den Zweck der Vorschrift, dass für den Täter der so hart zuschlägt, dass das Opfer bewusstlos wird, eine Strafbarkeit nach § 240 StGB ausscheidet, wohingegen der weniger hart zuschlagende Täter, der nur willensbeugende Gewalt anwendet, strafbar wäre.

¹¹⁴² BGH, Beschl. v. 8.10.1981 – 3 StR 449/450/81, NStZ 1982, 158 (159).

¹¹⁴³ Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 234 ff. Rn. 17a sprechen von „psychisch-motivatorischer Zwangswirkung“.

¹¹⁴⁴ Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 234 ff. Rn. 16.

¹¹⁴⁵ So aber Altvater, in: LK, StGB, § 240 Rn. 50; Sinn, in: MK, StGB, § 240 Rn. 29 m. w. N.; Sommer, NJW 1985, 769 (771).

¹¹⁴⁶ Toepel, in: NK, StGB, § 240 Rn. 18.

¹¹⁴⁷ Statt aller Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 234 ff. Rn. 13; dies. § 240 Rn. 12.

¹¹⁴⁸ Hruschka, NJW 1996, 160 (162); Sinn, in: MK, StGB, § 240 Rn. 10.

¹¹⁴⁹ Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 240 Rn. 1a.

¹¹⁵⁰ Das Führen des Arms als unwiderstehliche Gewalt gegen den Willen bildet den Unrechtsgehalt im Hinblick auf das Schutzgut ab. Hingegen ist die Herbeiführung einer Bewusstlosigkeit des Opfers zum Zwecke der Duldung eines Verhaltens außerhalb des Schutzbereichs.

(2) *Gewalt gegen dritte Personen und Einwirkung auf Sachen*

Gewalt gegen dritte Personen kann auch Gewalt gegen das Nötigungsoffer sein, wenn sie von ihm als Zwang empfunden wird¹¹⁵¹. Ob hierfür physischer Zwang beim Nötigungsoffer erforderlich ist oder psychischer Zwang ausreicht, ist umstritten¹¹⁵². Ebenso, ob und wie sehr die dritte Person dem Opfer nahe stehen muss¹¹⁵³. Diese Fälle der sog. Dreiecksnotigung sind dadurch gekennzeichnet, dass Gewaltopfer und Nötigungsoffer auseinanderfallen. Ähnliches gilt, wenn der Täter auf Sachen einwirkt, um beim Opfer einen physischen Zwang zu bewirken, etwa indem er im Winter die Heizung abdreht, worauf das Opfer zu frieren beginnt¹¹⁵⁴.

(3) *Gewalt durch Unterlassen*

Nach Ansicht der h. M. kann der Täter Gewalt auch durch Unterlassen verüben¹¹⁵⁵. Hierfür ist erforderlich, dass der Täter eine Garantenstellung gegenüber dem Nötigungsoffer innehat, also zum Handeln verpflichtet ist¹¹⁵⁶. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass nicht jedes Unterlassen dem Entsprechenserfordernis des § 13 Abs. 1 StGB genügt. Erforderlich ist eine aus der Garantenstellung resultierende Handlungspflicht, deren Unterlassen sich eine bereits eingetretene physische Zwangswirkung perpetuiert oder eine solche bewirkt¹¹⁵⁷. Diese liegt nicht bereits dann vor, wenn lediglich eine – z. B. aus Vertrag resultierende – Verpflichtung besteht, etwas zu tun.

(4) *Widerstand*

Der Täter muss die Gewalt nicht zur Überwindung eines aktuellen Widerstands anwenden. Es genügt, wenn er Widerstand erwartet, den er vorsorglich durch die Gewaltanwendung auszuschalten beabsichtigt¹¹⁵⁸. Die heimliche Beibringung von Betäubungsmitteln ist ein solcher Fall¹¹⁵⁹. Gegen die Einbeziehung erwarteten Widerstandes ließe sich einwenden, dass die Gedanken des Täters für die Strafbarkeit maßgebend werden, wenn das Opfer – z. B. aufgrund Schocks – keinen Widerstand übt. Erwarteten Widerstand nicht zu berücksichtigen und nur aktuellen Widerstand ausreichen zu lassen, hieße jedoch, das Opfer zu einem Widerstand zu verpflichten, da andernfalls die Strafbarkeit entfele, mithin

¹¹⁵¹ *BGH*, Beschl. v. 31.1.1997 – 2 StR 651/96, NJW 1997, 1244 (1244); *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 11; *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 240 Rn. 6; *Altvater*, in: LK, StGB, § 240 Rn. 55; *Toepel*, in: NK, StGB, § 240 Rn. 58; *Fischer*, StGB, § 240 Rn. 26.

¹¹⁵² Psychischen Zwang setzen voraus *Simm*, in: MK, StGB, § 240 Rn. 66; *Toepel*, in: NK, StGB, § 240 Rn. 58 ff.; *Altvater*, in: LK, StGB, § 240 Rn. 55; *Eidam*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 240 Rn. 29, andernfalls liege nur eine Drohung gegenüber dem Nötigungsoffer vor. A. A. *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 11; *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 234 ff. Rn. 19; *Fischer*, StGB, § 240 Rn. 26. Differenzierend *Schroeder*, NJW 1985, 2392 f.

¹¹⁵³ Beeinflussungsnähe erforderlich bei *Fischer*, StGB, § 240 Rn. 26; hingegen „nicht notwendig [...] einander ‚nahe stehende‘ Personen“ bei *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 234 ff. Rn. 19.

¹¹⁵⁴ *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 234 ff. Rn. 13a; *Simm*, in: MK, StGB, § 240 Rn. 64.

¹¹⁵⁵ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 9a; *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 240 Rn. 8; *Fischer*, StGB, § 240 Rn. 22; *Toepel*, in: NK, StGB, § 240 Rn. 72; *Altvater*, in: LK, StGB, § 240 Rn. 72; *Horn/Wolters*, in: SK, StGB, § 240 Rn. 14; *Eidam*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 240 Rn. 31; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 13 II Rn. 21; ablehnend *Simm*, in: MK, StGB, § 240 Rn. 67; *Bergmann*, S. 64; vgl. auch die weiteren Nachweise bei *Timpe*, Nötigung, S. 92.

¹¹⁵⁶ Vgl. zur Unterlassungshaftung des Arbeitgebers diese Arbeit unter D. II. 3. g) bb).

¹¹⁵⁷ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 9a; *Fischer*, StGB, § 240 Rn. 22.

¹¹⁵⁸ *BGH*, Urt. v. 20.10.1999 – 2 StR 248/99, NSZ 2000, 140 (§ 240 Rn. 8); *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 234 ff. Rn. 22.

¹¹⁵⁹ *Toepel*, in: NK, StGB, § 240 Rn. 57; *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 234 ff. Rn. 22.

Schutzlücken entstünden. Die h. M. geht daher zu Recht mit der Rechtsprechung von der Einbeziehung erwarteten Widerstandes aus.

Hingegen soll die überraschende Vornahme sexueller Handlungen keine Nötigung sein¹¹⁶⁰. Das ist nach der hier vertretenen Ansicht richtig, so lange der Täter keinen Widerstand erwartet und die Handlung zeitlich so kurz ausfällt, dass das Opfer nicht in der Lage ist, während der überraschenden Handlung einen entgegenstehenden Willen zu bilden¹¹⁶¹. Dauert die Handlung jedoch an und kann das Opfer infolgedessen einen entgegenstehenden Willen bilden und äußern und setzt der Täter die Handlung in Kenntnis des nunmehr vorhandenen Willens fort, beugt er denselben durch Gewalt. Übt der Täter *überraschende Gewalt* zur Überwindung erwarteten Widerstandes aus, kann es auf einen entgegenstehenden Willen nicht ankommen, da sonst nur Fälle strafbar wären, bei denen Täter die Gewaltanwendung ankündigt¹¹⁶².

(5) *Ist sexuelle körperliche Annäherung Gewalt?*

Fraglich ist, ob die Belästigungsformen eindeutiger und zweideutiger körperlicher Annäherung Gewalt in dem soeben definierten Sinn sein können¹¹⁶³. Für die wenig konkret ausgestaltete Fallgruppe der Erzwingung von sexuellen Handlungen ist dies zweifelsohne der Fall, da hierfür eine beliebige Form von Zwang erforderlich ist. Die übrigen Fallgruppen erschöpfen sich in körperlichen Berührungen, die mehr oder weniger intensiv ausgeführt werden. Ihnen allen ist gemein, dass die Körperlichkeit des Verhaltens auf der Hand liegt, die Frage deshalb zu stellen ist, ob Zwang und Widerstand im Sinne des Gewaltbegriffs nach § 240 StGB gegeben sind.

Leistet die belästigte Person Widerstand oder erwartet die belästigende Person solchen und handelt sie zu dessen Überwindung, indem sie Entziehungsmöglichkeiten des Opfers vermindert, insbesondere durch Festhalten oder Versperren des Fluchtweges, ist von Zwang auszugehen¹¹⁶⁴. Dieser wirkt beim Opfer physisch in Form der Einschränkung von Bewegungsmöglichkeiten. Umrarmt der Täter das Opfer, um einen Kuss zu ermöglichen, liegt ebenso Gewalt vor, wie wenn der Täter einen Aus- oder Durchgang körperlich verstellt, um eine körperliche Berührung zu ermöglichen. Auch das Heranziehen des Opfers, um es auf den Mund zu küssen ist ausreichend¹¹⁶⁵. Die rein physische Anwesenheit des Täters an einem Ort reicht hingegen nicht aus, um Gewalt zu bewirken. Begibt sich der Täter jedoch an einen Ort, den das Opfer passieren muss oder an dem es sich aufhält, liegt in der Bewegung dorthin die körperliche Kraftentfaltung, da diese bereits mit dem Ziel der Nötigung entfaltet wird¹¹⁶⁶. In Übertragung dieser Rechtsprechung des *BGH* zu den Demonstrations- bzw. Blockade-Fällen ist die Annäherung an eine Fließbandarbeiterin,

¹¹⁶⁰ *Altwater*, in: LK, StGB, § 240 Rn. 89; *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 234 ff. Rn. 23. Vgl. auch diese Arbeit unter D. II. 3. b) bb) (1) (d).

¹¹⁶¹ *BGH*, Ur. v. 12.12.1989 – 1 StR 613/89, BHGR Strafsachen StGB § 249 Abs. 1 Gewalt 4.

¹¹⁶² Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 3. b) bb) (1) (d).

¹¹⁶³ Vgl. zu den hier zu untersuchenden direkten und indirekten Formen sexueller Belästigung diese Arbeit unter C. IV. 2. e).

¹¹⁶⁴ Anders aber, wenn das Versperren des Weges auf offener Straße stattfindet und das Opfer leicht ausweichen kann, *OLG Karlsruhe*, Ur. v. 6.6.2002 – 1 Ss 13/02, NJW 2003, 1263.

¹¹⁶⁵ *OLG Hamm*, Beschl. v. 26.2.2013 – 5 RVs 6/13, BeckRS 2013, 04710 mit Besprechung von *Hecker*, JuS 2013, 751 ff.

¹¹⁶⁶ Vergleichbar dem „Sich-auf-die-Fahrbahn-Begeben“ nach *BGH*, Ur. v. 20.7.1995 – 1 StR 126/95, NJW 1995, 2643 (2643) = BGHSt 41, 182.

die aufgrund arbeitsvertraglicher Pflichten ihre Station nicht ohne Weiteres verlassen kann, um weiteren körperlichen Kontakt herzustellen, als Gewalt zu qualifizieren, wenn eine physische Zwangswirkung eintritt¹¹⁶⁷.

Erschöpft sich die von der belästigenden Person vorgenommene Handlung in einem Verhalten gegenüber der belästigten Person ohne Vorsatz bezüglich der Bewirkung eines weitergehenden, gegen den Willen des Opfers gerichteten Verhaltens, liegt mangels Willensbeugungsabsicht keine Nötigung vor. Davon ist in den Fällen der vermeintlich zufälligen oder überraschend und zeitlich sehr kurz ausgeführten körperlichen Annäherungen auszugehen, bei denen es dem Täter nicht auf die Willensbeugung des Opfers ankommt, sondern der hierarchisch begünstigte Macht- oder Lustphantasien befriedigen will. Diese Fälle der überrumpelnden Handlungen stellen keine Nötigung dar.

Anders ist dies jedoch zu bewerten, wenn das Opfer dem Täter zuvor klargemacht hatte, dass es solches Verhalten ablehnt, mithin seinen entgegenstehenden Willen klar zum Ausdruck bringt¹¹⁶⁸. Ist dem Täter bekannt, dass das Opfer bereits milderes sexuelles Verhalten ablehnt, nimmt er bei anschließendem sexuellem Verhalten billigend in Kauf, dass er sich über den entgegenstehenden Willen hinwegsetzt. Gewalt kann somit auch bei zeitlich sehr kurzen Handlungen vorliegen, da das Opfer einen entgegenstehenden Willen aufgrund des Vorverhaltens des Täters bereits gebildet hat.

Dieser einmal geäußerte Wille ist vom Täter dauerhaft zu berücksichtigen. Aus Gründen des Opferschutzes kann sich die Validität des entgegenstehenden Willens nicht auf die konkrete Situation beziehen. Der einmal geäußerte Wille ist als gültig zu betrachten, solange das Opfer keine anderslautende Erklärung – ausdrücklich oder aus den Umständen zu entnehmen – abgibt. Für die Belästigung durch den Arbeitgeber, Vorgesetzte, Kollegen oder Dritte am Arbeitsplatz besitzt der entgegenstehende Wille Gültigkeit mindestens für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses und zwar unabhängig davon, ob die Erklärung am Arbeitsplatz oder im Kontext des Arbeitsverhältnisses – z. B. auf einer Betriebsfeier – erfolgte.

(6) Zwischenfazit

Der Nötigungstatbestand ist so konzipiert, dass das Dulden der Zwangshandlung allein nicht ausreicht, um eine Nötigung zu bewirken. Das schließt die Anwendung des Tatbestandes in all jenen Fällen aus, in denen es dem Täter nicht auf die Überwindung eines entgegenstehenden Willens zur Erreichung des erzwungenen Verhaltens ankommt, sondern in denen es dem Täter schlicht darum geht, ein für ihn befriedigendes Verhalten unter Einbeziehung der belästigten Person durchzuführen. Für Gewaltnötigung bleibt kein Raum in den hier zu untersuchenden Fällen sexueller körperlicher Annäherung.

Anders ist dies freilich für alle Fälle zu beurteilen, in denen sich der Arbeitgeber, Vorgesetzte, Kollege oder Dritte eine überlegene körperliche Konstitution oder Befugnisse am Arbeitsplatz zunutze macht und durch z. B. Versperren des Weges oder Einsperren, den

¹¹⁶⁷ Beispiel nach dem Sachverhalt von *LAG Mecklenburg-Vorpommern*, Urt. v. 14.8.2012 – 5 Sa 324/11, BeckRS 2012, 75369.

¹¹⁶⁸ *OLG Hamm*, Beschl. v. 26.2.2013 – 5 RVs 6/13, BeckRS 2013, 04710. In der Entscheidung des *OLG Hamm* hatte ein Musiklehrer gegenüber seiner Schülerin in einer Unterrichtspause verbale Annäherungsversuche unternommen. Diese hatte erklärt, sie wolle das nicht. Daraufhin hatte der Täter das Opfer herangezogen und geküsst.

entgegenstehenden Willen des Opfers beugt. Dort ist unter Zugrundelegung der vorstehend dargestellten Anforderungen an den Gewaltbegriff von Gewaltnötigung auszugehen. Gewalt liegt auch in den Fällen vor, in denen das spätere Opfer seinen entgegenstehenden Willen bereits zuvor zum Ausdruck gebracht hatte und der Täter sich darüber hinweggesetzt hat.

bb) Drohung

Der Täter hat für eine Nötigung nach § 240 Abs. 1 StGB das empfindliche Übel nicht zwingend gegenwärtig zuzufügen; es genügt, wenn er dem Opfer droht. Dem Begriff nach fällt hierunter insbesondere die Fallgruppe des Androhens beruflicher Nachteile bei sexueller Verweigerung. Fraglich ist hingegen, ob auch andere Fälle der Äußerung sexueller Absichten oder Anspielungen sowie die Inaussichtstellung von Vorteilen bei sexuellen Gefälligkeiten unter den Drohungsbegriff subsumiert werden können. Hierfür sind zunächst die tatbestandlichen Anforderungen an eine Drohung zu betrachten.

(1) Definition der Drohung

Unter einer Drohung wird von der h. M. in der Literatur und der Rechtsprechung das Inaussichtstellen eines künftigen Übels verstanden, auf dessen Eintreten der Drohende tatsächlich oder angeblich Einfluss besitzt und das er verwirklichen wird, wenn die bedrohte Person sich nicht seinem Willen entsprechend verhält¹¹⁶⁹.

Wesensmerkmal der Drohung ist die Herstellung einer „Wenn-Dann-Beziehung“¹¹⁷⁰ durch den Täter mittels derer dieser das Opfer in eine Zwangslage versetzt, um die Willensbeugung zu ermöglichen. Ob der Täter den Eintritt des Übels tatsächlich zu bewirken vermag, kann immer dann keine Rolle spielen, wenn das Opfer – ggf. irrtumsbedingt – davon ausgeht, der Täter verfüge über die Möglichkeit der Übelzuefügung¹¹⁷¹. Eine Drohung liegt dann vor, wenn sie objektiv und aus Sicht der bedrohten Person ernstlich erscheint¹¹⁷²; so z. B. bei der Verwendung einer Scheinwaffe. Die vom Täter angewendete List kann seine Drohung verstärken. Listiges Verhalten allein stellt jedoch keine Drohung dar.

Die Äußerung der Drohung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen¹¹⁷³. Dass der Täter die Drohung ausspricht oder sonst äußert, ist nicht erforderlich¹¹⁷⁴. Dies kann zu Überschneidungen mit dem Gewaltbegriff führen. So kann in der vorhergehenden Anwendung von *vis compulsiva* die konkludente Drohung zu sehen sein, diese Gewalt erneut oder so

¹¹⁶⁹ BGH, Urt. v. 19.12.1961 – 1 StR 288/61, NJW 1962, 596 (596); statt aller Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 12.

¹¹⁷⁰ Sinn, JuS 2009, 577 (582).

¹¹⁷¹ BGH, Urt. v. 30.6.1970 – 1 StR 127/70, BGHSt 23, 294 (295 f.); Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 12; Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 234 ff. Rn. 31; Toepel, in: NK, StGB, § 240 Rn. 99; a. A. Küper, GA 2006, 439 ff.

¹¹⁷² Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 234 ff. Rn. 33.

¹¹⁷³ Eidam, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 240 Rn. 38; Fischer, StGB, § 240 Rn. 31.

¹¹⁷⁴ BGH, Urt. v. 16.3.1976 – 5 StR 72/76, NJW 1976, 976 (976).

lange anzuwenden, bis die bedrohte Person sich tätergemäß verhält¹¹⁷⁵. Eine Drohung kann auch dann vorliegen, wenn das Opfer den ersten Schritt tut¹¹⁷⁶.

Es ist zweifelhaft, ob unerwünschte Einladungen mit sexuellen Absichten und Telefonate oder Briefe mit sexuellen Anspielungen als Drohungen in diesem Sinne darstellen können, denn es könnte an der Wenn-Dann-Beziehung mangeln. Eine solche wäre nur zu begründen, wenn man annimmt, dass in sexuellen Anspielungen oder Einladungen mit sexuellen Absichten die konkludente Drohung mit der Wiederholung liegt. Für ersteres wäre erforderlich, dass in einer Einladung gegen den Willen der eingeladenen Person Gewalt im Sinne zuvor dargestellten Gewaltbegriffs zu sehen ist. Zwar ließe sich mit Verweis auf die Rechtsprechung des *BVerfG* das Schreiben einer Einladung noch als unrechtsrelevantes Verhalten und damit als Gewalt einordnen, wenn es bei der eingeladenen Person zu einer physischen Zwangslage kommt¹¹⁷⁷, etwa weil das Opfer seine Aufstiegschancen bei Ablehnung gefährdet sieht. Einer solchen Einladung jedoch zugleich auch die konkludente Drohung ihrer Aufrechterhaltung oder Wiederholung beizumessen, dürfte den Rahmen herkömmlichen Handlungswillens der einladenden Person überschreiten¹¹⁷⁸. Gleiches gilt für sexuelle Anspielungen: die genannten Verhaltensweisen beinhalten nicht ohne Weiteres eine konkludente Drohung. In der Regel wird eine Nötigung daher nur bei einer ausdrücklichen Wenn-Dann-Beziehung in Frage kommen, z. B. wenn berufliche Nachteile in Aussicht gestellt werden.

(2) Abgrenzung zur Warnung

Macht der „Täter“ das Opfer lediglich auf ein möglicherweise eintretendes Übel als Folge eines bestimmten Opferverhaltens aufmerksam, auf dessen Verwirklichung der Warnende keinen Einfluss hat, stellt dies keine Drohung dar¹¹⁷⁹. Maßgebend ist, ob der Eintritt des Übels vom Willen des Täters abhängt, ob dieser „Herr des Geschehens“ ist¹¹⁸⁰. Das ist nach h. M. auch dann der Fall, wenn der Täter vorgibt, diesen Einfluss zu besitzen, z. B. auf einen Dritten Einfluss zu haben, vom dem das Übel droht¹¹⁸¹.

Erklärt ein Arbeitnehmer seiner neuen Kollegin bewusst wahrheitswidrig, sie müsse mit einer Arbeitgeberkündigung rechnen, wenn sie sich nicht aufreizender anziehe, ist darin eine Warnung und Täuschung zu sehen, jedoch keine Drohung¹¹⁸². Zwar wird das Opfer gegen seinen Willen manipuliert und eine Willensbeugung jedenfalls versucht. Jedoch

¹¹⁷⁵ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 12; Sinn, in: MK, StGB, § 240 Rn. 70.

¹¹⁷⁶ BGH, Urt. v. 3.2.1993 – 2 StR 410/92, NJW 1993, 1484 (1484); OLG Karlsruhe, Beschl. v. 20.10.2004 – 1 Ss 76/03, NJW 2004, 3724 (3724); Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 12.

¹¹⁷⁷ BVerfG, Beschl. v. 29.3.2007 – 2 BvR 932/06, NJW 2007, 1669.

¹¹⁷⁸ Mögen die Einladungen oder Anspielungen massiver sexueller Art sein, so ist regelmäßig nicht davon auszugehen, dass der Belästiger mehr erreichen will als die Duldung der Belästigung durch die belästigte Person.

¹¹⁷⁹ Horn/Wolters, in: SK, StGB, § 240 Rn. 17.

¹¹⁸⁰ BGH, Beschl. v. 13.1.1983 – 1 StR 737/81, NJW 1983, 765 (767) = BGHS 31, 195 (201); Toepel, in: NK, StGB, § 240 Rn. 97; Eidam, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 240 Rn. 38

¹¹⁸¹ Fischer, StGB, § 240 Rn. 36; Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 234 ff. Rn. 31; a. A. Sinn, in: MK, StGB, § 240 Rn. 74 der bereits die Instrumentalisierung des Opfers durch Täuschung ausreichen lässt.

¹¹⁸² Nach a. A. ist in diesem Fall aufgrund der Herrschaft über den Entscheidungsprozess des Opfers von einer Drohung auszugehen. Diese Auffassung wird jedoch nicht mehr vom Wortlaut getragen, der für die Drohung erfordert, dass eine tatsächliche oder vorgegebene Einflussmöglichkeit auf das Übel besteht.

gibt die warnende Person nicht vor, Einfluss darauf zu haben oder täuscht über diesen Umstand.

(3) *Empfindliches Übel*

Bei einem Übel handelt es sich um einen Nachteil für das Opfer¹¹⁸³. Dieser setzt eine gewisse Konkretisierung voraus, d. h. die allgemeine oder unspezifische Ankündigung von „Problemen“ oder „Schwierigkeiten“ reicht nicht aus¹¹⁸⁴. Das Übel ist empfindlich, wenn es geeignet ist, aufgrund seiner Erheblichkeit das Opfer zu motivieren, dem Täterverlangen nachzukommen¹¹⁸⁵. Ob die Zufügung des Übels erlaubt ist, spielt keine Rolle¹¹⁸⁶. Die Ankündigung eines Verhaltens, das bei Verwirklichung Gewalt im Sinne des § 240 StGB darstellt, ist stets ausreichend, bloße Belästigungen hingegen nicht¹¹⁸⁷.

Umstritten ist, aus welcher Perspektive ein solches empfindliches Übel vorliegen muss. Früher wurde verlangt, dass ein objektiver Maßstab eines „besonnenen Durchschnittsmenschen“ für die Beurteilung der Empfindlichkeit geeignet und erforderlich sei¹¹⁸⁸. Seit der Entscheidung des *BGH* aus dem Jahr 1983 liegt für die Rechtsprechung kein empfindliches Übel vor, wenn von dem Bedrohten in seiner Lage erwartet werden kann, dass er der Drohung in besonnener Selbstbehauptung standhält¹¹⁸⁹. Die h. M. in der Literatur ist dieser Auffassung gefolgt und hält gleichfalls den Opferhorizont für maßgebend¹¹⁹⁰. Jedoch nicht ohne Einschränkungen: die rein subjektive Opfersicht wird um das objektive Korrektiv der besonnenen Selbstbehauptung, je nach Ansicht allgemein oder in besonderen Fallgestaltungen – wie in den Fällen allein innersubjektiver Nachteile – ergänzt¹¹⁹¹.

Droht der Arbeitgeber mit beruflichen Nachteilen bei der Verweigerung sexueller Gefälligkeiten könnte darin ein empfindliches Übel für die belästigte Person liegen. Entscheidend hierfür ist allein die Frage, ob der Nachteil von solcher Erheblichkeit ist, dass bereits seine Ankündigung geeignet ist, die bedrohte Person im Sinne des Täterverhaltens zu motivieren. Oder kann von der Person noch erwartet werden, dass sie in ihrer Lage dem in Aussicht gestellten Nachteil in besonnener Selbstbehauptung standhält¹¹⁹²? Der Verlust des Arbeitsplatzes kann – freilich in Abhängigkeit von weiteren Umständen wie Nachfrage der Qualifikation am Arbeitsmarkt, Alter, familiäre Situation, etc. – zu massiven wirtschaftlichen Einschnitten bei der bedrohten Person führen, nach deren Androhung be-

¹¹⁸³ *Toepel*, in: NK, StGB, § 240 Rn. 103;

¹¹⁸⁴ *BGH*, Urt. v. 28.1.1976 – 2 StR 696/75, NJW 1976, 760 (760); *Fischer*, StGB, § 240 Rn. 32; *Eidam*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 240 Rn. 39; *Altvater*, in: LK, StGB, § 240 Rn. 77.

¹¹⁸⁵ *Fischer*, StGB, § 240 Rn. 32a; *Eser/Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 240 Rn. 9.

¹¹⁸⁶ *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, § 240 Rn. 13; *Altvater*, in: LK, StGB, § 240 Rn. 82.

¹¹⁸⁷ *Fischer*, StGB, § 240 Rn. 33.

¹¹⁸⁸ Vgl. *BGH*, Urt. v. 31.3.1982 – 2 StR 2/82, NStZ 1982, 287 mit Verweis auf die ältere Literatur.

¹¹⁸⁹ *BGH*, Beschl. v. 13.1.1983 – 1 StR 737/81, NJW 1983, 765 (767) = NStZ 1983, 311 (312) = BGHSt 31, 195 (201).

¹¹⁹⁰ *Fischer*, StGB, § 240 Rn. 32a mit Einschränkung für innersubjektive Nachteile; *Eser/Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 240 Rn. 9; krit. *Heger*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, § 240 Rn. 13.

¹¹⁹¹ *Altvater*, in: LK, StGB, § 240 Rn. 80; *Toepel*, in: NK, StGB, § 240 Rn. 104; abl. *Sinn*, in: MK, StGB, § 240 Rn. 81 ff. der auf das Prinzip der Selbstverantwortung abstellt und stärker die subjektiven Umstände zum Maßstab macht.

¹¹⁹² *BGH*, Beschl. v. 13.1.1983 – 1 StR 737/81, NJW 1983, 765 (767). Unklar bei *Mästle*, AuR 2002, 410 (411) der das Korrektiv der besonnenen Selbstbehauptung nur für die Fälle der Drohung mit einem Unterlassen anzuwenden scheint.

sonnenes Standhalten nicht mehr verlangt werden kann. Davon ist selbst dann auszugehen, wenn die wirtschaftlichen Nachteile im Einzelfall gering ausfallen, da die Drohung zugleich den Entzug der Verdienstmöglichkeit darstellt, die, auf die Dauer eines ansonsten fortbestehenden Arbeitsverhältnisses gesehen, stets einen Wert darstellt, der geeignet ist, die bedrohte Person im Sinne des Täterverhaltens zu motivieren. Eine Drohung mit Verlust des Arbeitsplatzes reicht daher für die erforderliche Empfindlichkeit aus¹¹⁹³.

Etwas Anderes kann gelten, wenn der Arbeitgeber nicht mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern mit dessen Umgestaltung droht – etwa dem Ausspruch einer Änderungskündigung oder einer zulässigen Weisung. Von ausreichender Empfindlichkeit wird man auszugehen haben, sobald die Entgelthöhe vom angedrohten Verhalten in vom Opfer spürbarer Weise erfasst wird, da die Erzielung von Einkommen üblicherweise das Primärziel einer abhängigen Beschäftigung ist. Soll dieses mit einer angedrohten Änderungskündigung verringert werden, ist das Übel empfindlich. Dieser Maßstab ist auch für Sachzuwendungen mit Entgeltcharakter anzusetzen, da auch der Entzug z. B. des privat genutzten Dienstwagens einen wirtschaftlichen Nachteil in signifikanter Höhe bedeutet, der das Opfer entsprechend motivieren kann. Hingegen sind Weisungen – unabhängig davon ob im Einzelfall zulässig oder nicht – eher unterhalb der Empfindlichkeitsschwelle anzusehen, sofern sie keinen spürbaren Einfluss auf die Entgelthöhe besitzen. So mag die Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz oder der Entzug von Sonderrechten zwar ein Nachteil für die belästigte Person darstellen, der ggf. vor den Arbeitsgerichten überprüft werden kann, von strafbarem Unrecht ist jedoch nicht auszugehen. Von einer solchermaßen bedrohten Person kann verlangt werden, dass sie dem geforderten sexuellen Verlangen nicht nachgibt. Die Schwelle ist allerdings nicht allzu hoch anzusetzen, da andernfalls kein Raum für eine Strafbarkeit des Versuchs verbleibt, der voraussetzt, dass der Täter Nötigungsmittel anwendet¹¹⁹⁴.

(4) *Drohung mit Unterlassen*

Nach gefestigter Rechtsprechung kann eine Drohung auch dadurch ausgeübt werden, dass der Täter ankündigt, er werde eine Handlung unterlassen, wenn sich das Opfer nicht nach seinem Willen verhält¹¹⁹⁵. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Unterlassen rechtmäßig oder rechtswidrig erfolgt, denn für die Zwangswirkung beim Opfer ist diese Unterscheidung unerheblich. Das Übel für die bedrohte Person liegt im angekündigten Unterlassen. Mit einem Unterlassen droht z. B. der künftige Arbeitgeber, wenn er ankündigt, er werde eine Bewerberin nach Zusage nun doch nicht einstellen, wenn sie nicht mit ihm geschlechtlich verkehrt¹¹⁹⁶. Wie die Drohung mit einem aktiven Tun ist auch die Drohung mit einem Unterlassen ein Begehungsdelikt und erfordert entsprechend, dass der Täter „Herr des Geschehens“ ist, das in Aussicht gestellte Übel für die bedrohte Person empfindlich ist und diese ihm nicht unter Berücksichtigung ihrer individuellen Fähigkeiten und Umstände in besonnener Selbstbehauptung standhalten kann¹¹⁹⁷. Freilich kann dies auch in Fällen rechtmäßiger Drohung mit einem Unterlassen der Fall sein, wie im soeben genannten Fall der angedrohten Nicht-Einstellung. Die Rechtsprechung verlangt bereits

¹¹⁹³ *BGH*, Urt. v. 25.2.1993 – 1 StR 652/92, NJW 1993, 1807 (1807); *Eidam*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 240 Rn. 41; *Toepel*, in: *NK*, StGB, § 240 Rn. 107.

¹¹⁹⁴ *H. M.*, vgl. diese Arbeit unter D. V. 1. g).

¹¹⁹⁵ *BGH*, Beschl. v. 13.1.1983 – 1 StR 737/81, NJW 1983, 765 (767).

¹¹⁹⁶ *BGH*, Urt. v. 25.2.1993 – 1 StR 652/92, NJW 1993, 1807.

¹¹⁹⁷ *BGH*, Beschl. v. 13.1.1983 – 1 StR 737/81, NJW 1983, 765 (766 f.).

für die Tatbestandsmäßigkeit eine verwerfliche Verbindung von Mittel und Zweck und scheidet die Fälle aus dem Bereich der Strafbarkeit aus, bei denen die Verquickung von Mittel und Zweck nach allen bei der Wertung zu berücksichtigenden Umständen nicht als verwerflich zu qualifizieren ist. Solche Konstellationen mangelnder Verwerflichkeit sollen lediglich zu einer Erweiterung des Handlungsspielraums der bedrohten Person führen, ohne jedoch die Autonomie ihrer Entschlüsse in strafwürdiger Weise zu beeinträchtigen¹¹⁹⁸.

In der Literatur wird teilweise einschränkend verlangt, dass nur dann eine Drohung mit einem Unterlassen vorliege, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln bestehe, da der rechtlich garantierte Freiheitsraum der bedrohten Person von vornherein mit diesem Unterlassensübel belastet sei¹¹⁹⁹. Diese Auffassung ist konsequent, sofern man davon ausgeht, dass nur die rechtlich garantierte Freiheit von § 240 StGB geschützt wird. Sie führt jedoch dazu, dass die Strafbarkeit von Formulierungsnuancen abhängt und ist daher im Ergebnis abzulehnen¹²⁰⁰.

Die h. M. in der Literatur teilt die Auffassung der Rechtsprechung¹²⁰¹. Diese Ansicht ist vorzugswürdig, denn es darf im Ergebnis keinen Unterschied bedeuten, ob der Täter mit einem rechtmäßigen Verhalten, z. B. einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses, ein Übel zufügt und dieses dann durch Drohung mit Unterlassen (z. B. der „Rücknahme“ der Kündigung) nötigt¹²⁰² oder ob er bereits mit der Zufügung, also mit dem Ausspruch der Kündigung, droht und dadurch nötigt. Die Situation in der sich das Opfer befindet ist identisch. Aus Sicht des Opfers steht es vor der Wahl, den Nachteil des Verlusts des Arbeitsplatzes durch sexuelle Handlungen zu vermeiden.

Von den vorgenannten Fällen der Eingriffsunterlassungsnötigung sind solche Konstellationen zu unterscheiden, in denen der Täter allein eine Verbesserung des Status quo in Aussicht stellt, ohne zuvor oder zugleich ein Übel in Gang gesetzt zu haben oder sich das von einem Dritten gesetzte Übel zu Nutzen zu machen. Als Beispiel hierfür mag der Arbeitgeber dienen, der eine freiwillige Beförderung gegen sexuelle Gefälligkeiten in Aussicht stellt. Von einem Nachteil im Sinne einer negativen Auswirkung auf das Opfer ließe sich nur im Verhältnis zur potentiellen Verbesserung sprechen, so dass bereits das Vorliegen eines Übels zweifelhaft ist. Von einem Nachteil könnte aber auch im Verhältnis zu einer anderen Person auszugehen sein, wenn der Vorteil – wie etwa eine vakante Position

¹¹⁹⁸ BGH, Beschl. v. 13.1.1983 – 1 StR 737/81, NJW 1983, 765 (767). Diese grundlegende Entscheidung des BGH aus den 1980er Jahren ist im Schrifttum zunächst auf Kritik gestoßen, weil sie die erforderliche Abgrenzung straffreien Verhaltens von strafwürdiger Einwirkung auf die Willensfreiheit auf die Rechtswidrigkeitsebene verlagere und den Tatbestand ausweite.

¹¹⁹⁹ Horn/Wolters, in: SK, StGB, § 240 Rn. 16; Horn, NSZ 1983, 497 ff.; Ostendorf, NJW 1980, 2592 (2592); Jakobs, in: Baumann u. a., FS-Peters, S. 69 (78 f.).

¹²⁰⁰ Vgl. zum Erfordernis der Einschränkung Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 14 m. w. N. zu den hierzu diskutierten Ansätzen in der Literatur.

¹²⁰¹ Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 240 Rn. 10; Fischer, StGB, § 240 Rn. 34 f.; Eidam, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 240 Rn. 42; Toepel, in: NK, StGB, § 240 Rn. 118 m. w. N.; Altvater, in: LK, StGB, § 240 Rn. 82; Sinn, in: MK, StGB, § 240 Rn. 89; ders., JuS 2009, 577 (583). Krit. Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 14 m. w. N. zu den kritischen Stimmen i. d. Literatur, die im Hinblick auf die Unbestimmtheit der Verwerflichkeitsklausel um eine Konkretisierung der Abgrenzungskriterien bemüht sind.

¹²⁰² Von Herdegen als „Eingriffs-Unterlassendrohung“ bezeichnet, Herdegen, in: LK (11. Aufl.), StGB, § 253 Rn. 4; ihm folgend Vogel, in: LK, StGB, § 253 Rn. 11.

– nur einmal besteht, die Anzahl der dafür in Frage kommenden Personen jedoch größer ist, so dass das Widerstehen der solchermaßen „bedrohten“ Person zu einem Nachteil führt, da die Position dann anderweitig vergeben wird. Sofern man darin noch einen Nachteil erkennt, sind jedoch große Zweifel geboten, was die Empfindlichkeit anbelangt, da dem Opfer keine Verschlechterung des Status quo in Aussicht gestellt wird, sondern ihm vom Täter lediglich zusätzliche Handlungsoptionen geboten werden. Dem Opfer steht es frei, seine Situation zu verbessern oder es beim Status quo zu belassen¹²⁰³. Ohne eine Verschlechterung des bestehenden Status', ist eine Drohung abzulehnen¹²⁰⁴.

In der Rechtsprechung wird jedoch darauf hingewiesen, dass eine solche Einschränkung des Straftatbestandes zu restriktiv sein könne, wenn „die Fortdauer eines Übels für den Adressaten ein besonderes, dem Eintritt eines neuen Übels gleichwertiges Gewicht erlangt“¹²⁰⁵. Zu denken wäre im hier zu untersuchenden Rechtskreis an die Aussicht auf Einstellung einer alleinerziehenden Mutter, die auf Basis der Grundsicherung ihre Kinder durchbringen muss und die für die Einstellung sexuelle Handlungen vorzunehmen hat. Dabei könnte sowohl die Fortdauer der Inanspruchnahme der staatlichen Grundsicherung ein besonderes Gewicht haben als auch die Vornahme sexueller Handlungen eine besonders schwere Zumutung darstellen. Die Fortdauer eines Übels – auch bei großem Gewicht – dem mit einer Unterlassung drohenden Täter zuzurechnen, kommt einer Gleichordnung dieser Fallgestaltungen mit jenen dar, bei denen der Täter aufgrund Garantstellung zu einem Tun verpflichtet ist; es würde eine quasi-Garantstellung „durch die Hintertür“ begründet. Diese Fallgruppe ist – jedenfalls für die hier zu untersuchenden möglichen Fälle – abzulehnen.

Abzugrenzen ist die Drohung *mit* Unterlassung von der Drohung *durch* Unterlassung, bei der eine Handlungspflicht des Täters bestehen muss, aufgrund der er zum Eingreifen verpflichtet wäre¹²⁰⁶. Es bestehen keine Besonderheiten; die Drohung *durch* Unterlassen ist ein unechtes Unterlassungsdelikt.

(5) Zwischenfazit

Für die Frage der Strafbarkeit einer sexuellen Belästigung durch Versprechen von beruflichen Vorteilen gegen sexuelles Entgegenkommen als Form eines Quid-pro-quo-Falles ist festzuhalten, dass es nach Rechtsprechung und h. M. grundsätzlich keine Rolle spielt, ob der Täter mit der aktiven Zufügung eines Nachteils oder mit dem Unterlassen eines „Vorteils“ in Form der Beseitigung des von ihm gesetzten Nachteils droht. Voraussetzungen sind in beiden Fällen, dass der Täter als „Herr des Geschehens“ angesehen wird und dass das Übel für die betroffene Person so empfindlich ist, dass von ihr ein Standhalten in besonnener Selbstbehauptung nicht erwartet werden kann. Das ist jedoch in den Konstellationen zu erwarten, wenn der Täter keine Verschlechterung des Status quo setzt, sondern diesen lediglich verbessert, die Nichtannahme seiner Inaussichtstellung mithin das Verbleiben auf dem Status quo das Übel darstellt. Von ausreichender Empfindlichkeit ist im-

¹²⁰³ BGH, Beschl. v. 22.4.1998 – 5 StR 5/98, NJW 1998, 2612 (2614).

¹²⁰⁴ Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 240 Rn. 20a.

¹²⁰⁵ BGH, Beschl. v. 22.4.1998 – 5 StR 5/98, NJW 1998, 2612 (2614).

¹²⁰⁶ Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 234 ff. Rn. 35.

mer dann auszugehen, wenn der Grund für die Aufnahme und Durchführung einer Arbeitstätigkeit betroffen ist, wenn also die synallagmatischen Essentialia des Arbeitsverhältnisses berührt werden.

e) Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz bezüglich aller Merkmale des objektiven Tatbestandes erforderlich. Nach Rechtsprechung und h. M. reicht hierfür bedingter Vorsatz aus¹²⁰⁷. Die Opferreaktion muss vom Täter bezweckt werden; das ergibt sich bereits aus § 240 Abs. 2 StGB. Sie darf nicht nur Folge, sondern muss Ziel des Täterhandelns sein und als solches vom Täter gewollt sein.

f) Verwerflichkeit

aa) Systematische Einordnung

Es besteht Streit darüber, ob die in § 240 Abs. 2 StGB eingefügte Verwerflichkeitsklausel ein Merkmal des Tatbestandes der Vorschrift oder eine besondere Rechtswidrigkeitsregel darstellt. Ihr Zweck ist die Begrenzung des Tatbestandes, der nach der Erweiterung um die Drohungsalternative ein einschränkendes Korrektiv benötigte zur Abgrenzung strafwürdigen willensbeugenden Zwangs von sozialadäquater Einflussnahme¹²⁰⁸. Nach einer Ansicht sei aus der Funktion als Tatbestandskorrektiv abzuleiten, dass die Verwerflichkeitsklausel zu den Tatbestandsmerkmalen zu zählen sei¹²⁰⁹. Rechtsprechung und h. M. fassen die Verwerflichkeitsklausel als spezielle Rechtswidrigkeitsregel auf, der im Rahmen der Prüfung der Rechtswidrigkeit nach den allgemeinen Rechtfertigungsgründen die besondere Funktion der Abgrenzung zukommt, denn bei § 240 StGB wird die Rechtswidrigkeit nicht durch die Tatbestandmäßigkeit indiziert, da die Ausübung von Zwang eine solche Wirkung nicht besitzt¹²¹⁰. Die Rechtswidrigkeit ist positiv festzustellen, da erst die Verquickung des Nötigungsmittels mit der angestrebten Verhaltensweise des Nötigten den Schluss auf tatbestandsmäßig-rechtswidriges Verhalten begründen kann¹²¹¹. Praktische Auswirkungen zeigt der Streit jedoch nur beim Irrtum des Täters über die Verwerflichkeit, der nach Ansicht der h. M. als Tatumstandsirrtum nach § 16 Abs. 1 StGB, nach a. A. als Verbotsirrtum gem. § 17 StGB zu behandeln ist.

bb) Zweck-Mittel-Relation

Von größerer Bedeutung für die hier zu betrachtende Strafbarkeit sexueller Belästigung am Arbeitsplatz ist, welche Anforderungen an die Verwerflichkeitsklausel zu stellen sind.

¹²⁰⁷ *BGH*, Urt. v. 2.10.1953 – 3 StR 151/53, BGHSt 5, 245 (246); *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 16; *Fischer*, StGB, § 240 Rn. 53; *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 240 Rn. 34; *Sinn*, in: MK, StGB, § 240 Rn. 105; *Toepel*, in: NK, StGB, § 240 Rn. 194; *Altwater*, in: LK, StGB, § 240 Rn. 150.

¹²⁰⁸ *BVerfG*, Urt. v. 11.11.1986 – 1 BvR 713/83, BVerfGE 73, 206 (253); *BGH*, Beschl. v. 5.5.1988 – 1 StR 5/88, NJW 1988, 1739 (1740) = BGHSt 35, 270 (275f.); *Fischer*, StGB, § 240 Rn. 38.

¹²⁰⁹ *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 240 Rn. 16. Für gesamtatbewertendes Merkmal, welches sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtswidrigkeitsebene zu beachten ist, *Toepel*, in: NK, StGB, § 240 Rn. 139.

¹²¹⁰ *BGH*, Beschl. v. 5.5.1988 – 1 StR 5/88, NJW 1988, 1739 (1740 f.).

¹²¹¹ *BGH*, Beschl. v. 18.3.1952 – GSSSt 2/51, BGHSt 2, 194 (196).

Das *BVerfG* sieht die Zweck-Mittel-Relation als Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit¹²¹². Die Rechtsprechung beurteilte das Verhältnis von Zweck und Mittel als verwerflich, wenn ein erhöhter Grad sittlicher Missbilligung vorlag¹²¹³. Die Zweck-Mittel-Relation ist nach allgemeiner Ansicht im Schrifttum dann verwerflich, wenn die Tat sozial unerträglich ist¹²¹⁴. Da Kern der Verwerflichkeitsklausel die Relation von Mittel und Zweck ist, kann nicht allein auf das Mittel abgestellt werden. Es sind stets der vom Täter erstrebte Zweck und das hierfür angewendete Mittel zueinander in Beziehung zu setzen¹²¹⁵.

Nach der Rechtsprechung bleibt die Motivationslage des Täters in Form eines über die Erzwingung des unmittelbaren Nötigungserfolgs hinausgehenden Fernzieles bei dieser Frage unberücksichtigt, sie ist allenfalls bei der Strafzumessung zu bedenken¹²¹⁶. Dagegen wendet sich eine verbreitete Auffassung in der Literatur. Nach dieser sind Fernziele in die Gesamtwürdigung bei Abs. 2 einzubeziehen, da sie in die „Gesamtzielsetzung des Täters eingebettet“ sind und von dieser nicht getrennt werden können¹²¹⁷. Ferner besteht überwiegend Einigkeit, dass für die Frage der Verwerflichkeit der unmittelbare Nötigungszweck bei der zu bildenden engen Zweck-Mittel-Relation als Schwerpunkt der Abwägung zu berücksichtigen ist¹²¹⁸. Wie die Fernziele des Täters *in concreto* zu berücksichtigen sind, ist freilich umstritten¹²¹⁹. An der Einbeziehung der Fernziele ist begrüßenswert, dass eine solche Gesamtzielabwägung zu Ergebnissen führt, die der individuellen Verwerflichkeit der Tat angemessener sind, da nicht allein die Tatumstände, sondern auch Motive und Hintergründe einbezogen werden, was dem Strafrecht grundsätzlich nicht fremd ist. Es besteht jedoch die Gefahr, dass eine moralische Verfärbung eintritt, da eine Bewertung der sozialen Billigkeit der Fernziele des Täters durch den gesetzlichen Richter zu erfolgen hat und Fernziele mit politischer Gesinnung und Meinung behaftet sein können¹²²⁰. Nach hier vertretener Ansicht ist die Gesamtzielmotivation des Täters bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. Dort können billigenswerte Fernziele zu einer Reduzierung oder unbillige zu einer Erhöhung der Strafe sinnvoll beitragen. Bei der Verwerflichkeitsprüfung hingegen kann nur der direkte Nötigungszweck berücksichtigt werden. Gegen die Aufnahme über den direkten Nötigungszweck hinausgehender Ziele spricht, dass andernfalls die Konturen des ohnehin die Grenze zur Unbestimmtheit berührenden

¹²¹² *BVerfG*, Urv. v. 11.11.1986 – 1 BvR 713/83, BVerfGE 73, 206 (253); *BVerfG*, Beschl. v. 24.10.2001 – 1 BvR 1190/90 u. a., NJW 2002, 1031 (1034) = BVerfGE 104, 92 (109); *Toepel*, in: NK, StGB, § 240 Rn. 145; ablehnend *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 17.

¹²¹³ *BGH*, Beschl. v. 18.3.1952 – GSSt 2/51, BGHSt 2, 194 (196); *BGH*, Urv. v. 11.5.1962 – 4 StR 81/62, BGHSt 17, 328 (331).

¹²¹⁴ Statt aller *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 18. So auch die neuere Rechtsprechung seit *BGH*, Beschl. v. 19.6.1963 – 4 StR 132/63, BGHSt 18, 389 (391); jüngst *BGH*, Beschl. v. 5.9.2013 – 1 StR 162/13, NSStZ 2014, 149 (152) Rn. 58 = NJW 2014, 401 (403).

¹²¹⁵ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 18; *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 240 Rn. 17.

¹²¹⁶ *BGH*, Beschl. v. 5.5.1988 – 1 StR 5/88, NJW 1988, 1739 (1740) = BGHSt 35, 270 (275).

¹²¹⁷ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 18a; *Sinn*, JuS 2009, 577 (584); *Sinn*, in: MK, StGB, § 240 Rn. 126; *Otto*, NSStZ 1987, 212 (213); ablehnend *Horn/Wolters*, in: SK, StGB, § 240 Rn. 37a.

¹²¹⁸ *Fischer*, StGB, § 240 Rn. 44; *Hilgendorf*, in: Arzt/Weber, StR BT, § 9 Rn. 78; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 13 II Rn. 35; *Eidam*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 240 Rn. 62; *Altwater*, in: LK, StGB, § 240 Rn. 105.

¹²¹⁹ Für eine Berücksichtigung im Rahmen der Verwerflichkeit: *Toepel*, in: NK, StGB, § 240 Rn. 156 m. w. N.; *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 240 Rn. 29.

¹²²⁰ Hierauf weist auch hin: *Otto*, NSStZ 1992, 568 (571).

Straftatbestandes aufgelöst würden und der Strafrichter endgültig an die Stelle des Gesetzgebers gesetzt würde. Ob dies allerdings aus dem Wortlaut entnommen werden kann, ist zweifelhaft, da sowohl Fern- als auch Nahziele „angestrebt“ werden¹²²¹.

Je unerträglicher der Zweck, desto geringer ist die Akzeptanz des Mittels und umgekehrt¹²²². Stellt das Nötigungsmittel selbst eine Straftat dar, so ist Verwerflichkeit in der Regel zu bejahen¹²²³. Hingegen kann auch erlaubtes Verhalten selbst dann verwerflich sein, wenn dadurch rechtlich gebilligtes Verhalten erzwungen werden soll, es den beiden Verhalten aber an einem inneren Zusammenhang fehlt (Inkonnexität)¹²²⁴. Damit ist gemeint, dass der Einsatz des gebilligten Mittels nicht zum gebilligten Zweck erlaubt ist. Um die Verwerflichkeit festzustellen, ist ein Werturteil erforderlich, das auf der Grundlage objektiver Maßstäbe zu treffen ist¹²²⁵. *Roxin* hat aus den allgemeinen sozialen Ordnungsprinzipien Hilfestellungen bei der Bewertung der Verwerflichkeit abgeleitet. Nach seiner Prinzipienlehre sind die Rechtswidrigkeit des vom Opfer geforderten Verhaltens, ein Verstoß gegen den Vorrang staatlicher Zwangsmittel, die Hinderung des Opfers an sozialwidrigen Zielen, das Geringfügigkeitsprinzip, das Prinzip mangelnden Zusammenhangs und das Autonomieprinzip zu beachten¹²²⁶. Die drei erstgenannten Prinzipien sind auf die hier zu untersuchenden Sachverhalte nicht anwendbar und bleiben im Folgenden außer Betracht.

(1) Inkonnexität

Nach dem Prinzip mangelnden Zusammenhangs ist Sozialwidrigkeit dort naheliegend, wo das eingesetzte Mittel in keiner inneren Beziehung zum Zweck steht¹²²⁷. Danach ist es verwerflich, wenn der Gläubiger dem Schuldner mit der Aufdeckung früherer Straftaten droht, nicht jedoch, wenn er mit einer Strafanzeige droht, um die Zahlung auf seinen Schaden zu erreichen¹²²⁸. Konnexität ist z. B. dort anzunehmen, wo der Arbeitgeber die Ableistung unbezahlter Überstunden für berufliches Fortkommen fordert.

Es bedarf jedoch keiner umfangreichen Erörterung, dass zwischen einer Drohung mit beruflichen Nachteilen oder der Inaussichtstellung von beruflichen Vorteilen gegen sexuelle Gefälligkeiten keine innere Beziehung besteht und ein solches Verhalten in hohem Grad sozialwidrig erscheint¹²²⁹. Berufliche Veränderungen sind Folge des Vorhandenseins oder

¹²²¹ Anders jedoch *Arzt*, in: Stratenwerth u. a., FS-Welzel, S. 823 (828).

¹²²² *Toepel*, in: NK, StGB, § 240 Rn. 149; *Sinn*, JuS 2009, 577 (584).

¹²²³ *Sinn*, in: MK, StGB, § 240 Rn. 129.

¹²²⁴ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 18a; ; *Sinn*, JuS 2009, 577 (584); krit. zum Sprachgebrauch *Toepel*, in: NK, StGB, § 240 Rn. 153.

¹²²⁵ *BGH*, Beschl. v. 4.3.1964 – 4 StR 529/63, BGHSt 19, 263 (268); *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 18.

¹²²⁶ *Roxin*, JuS 1964, 373 (376 f.); zustimmend *Toepel*, in: NK, StGB, § 240 Rn. 151; *Küper/Zopfs*, Rn. 402; ablehnend *Horn/Wolters*, in: SK, StGB, § 240 Rn. 39 ff.

¹²²⁷ *Eidam*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 240 Rn. 59; *Roxin*, JuS 1964, 373 (377); *Arzt*, in: Stratenwerth u. a., FS-Welzel, S. 823 (835). Ablehnend *Horn/Wolters*, in: SK, StGB, § 240 Rn. 42 die nur die rechtlich garantierte Freiheit als geschütztes Rechtsgut erkennen. Für deren Verletzung könne es jedoch keinen Unterschied bedeuten, ob Zweck und Mittel inkonnex seien. Sofern es sich um einen Eingriff in eine nicht garantierte Freiheit handle, werde diese nicht dadurch verwerflich, dass der Täter seine Handlung mit einem inkonnexen Zweck verknüpfe.

¹²²⁸ *BGH*, Urt. v. 19.11.1953 – 3 StR 17/53, BGHSt 5, 254 (258). Die Verwerflichkeit wurde bei *BGH*, Beschl. v. 5.9.2013 – 1 StR 162/13, NSTZ 2014, 149 bejaht, da die Ersatzforderung dort nicht bestand.

¹²²⁹ *Arzt*, in: Stratenwerth u. a., FS-Welzel, S. 823 (836).

der Ermangelung persönlicher Fähigkeiten und Leistungen. Zwischen der Leistung im Rahmen der Arbeitstätigkeit und Karriereaussichten besteht ein Zusammenhang. Nicht jedoch zwischen nichtleistungsbezogenem Verhalten in Form von sexuellen Gefälligkeiten und beruflicher Veränderung. Eine solche Konnexität besteht selbst dort nicht, wo die betroffene Person beruflich mit der Vornahme oder Duldung von sexuellen Handlungen befasst ist. Selbst im Milieu besteht die Arbeitsleistung aus der Vornahme sexueller Leistungen gegenüber zahlenden Kunden, nicht gegenüber dem Arbeitgeber als Gefälligkeit für berufliches Fortkommen. Freilich ist denkbar, dass die Inkonnexität von Mittel und Zweck wegen Geringfügigkeit aus dem Bereich strafbarer Nötigungen auszuschneiden ist.

(2) Geringfügigkeit

Im Bereich des Straßenverkehrs ist nach der ständigen Rechtsprechung nicht jeder vorsätzliche, ein Nötigungselement enthaltende Regelverstoß eine Nötigung im Sinne des § 240 StGB¹²³⁰. Nach dem Geringfügigkeitsprinzip ist für die Annahme einer Nötigung ein Verhalten erforderlich, das eine gewisse Intensität und Dauer umfasst und das nicht nur zur Folge hat, dass eine andere Person physisch wirkenden Zwang erleidet, sondern dass dies gerade der Zweck des Täterverhaltens ist¹²³¹. Die Begründung wird darin gesehen, dass nicht jede Belästigung strafwertes Unrecht darstelle, da sich im heutigen Straßenverkehr die Verkehrsteilnehmer ständig gegenseitig behinderten¹²³². In der Literatur besteht Einigkeit darüber, dass es ganz generell eines Mindestmaßes an Zwangswirkung bedarf und dass darunterliegende Gewalt als Bagatelle auszuschneiden ist¹²³³. Die Grenze wird bei bloßen Belästigungen gesehen. Sofern diese vielfach auftreten, kann die Bagatellegrenze jedoch aufgrund des Kumulationseffekts wieder überschritten sein¹²³⁴.

Fraglich ist, wo bei sexuellem Verhalten die Grenze zur Bagatelle oder zur bloßen Belästigung zu ziehen ist. Für sexuelle Handlungen des Opfers wird vertreten, dass die Begriffsbestimmungen des § 184h StGB die Grenze darstellen¹²³⁵. Allein dieser Verweis hilft nicht weiter, wenn die bezweckte Handlung keine sexuelle in diesem Sinne ist und der Straftatbestand eine solche nicht erfordert. Angesichts der Strafdrohungen von mindestens sechs Monaten bei § 240 Abs. 4 StGB bzw. einem Jahr bei § 177 Abs. 1 StGB und ist es angemessen, eine erhebliche sexuelle Handlung zu verlangen¹²³⁶. Der Strafrahmen des § 240 Abs. 1 StGB ist demgegenüber nach unten offen, weshalb sich eine Mindestanforderung an das sexuelle Verhalten hieraus nicht ergeben kann.

(a) Gewaltnötigung

Raum für die Anwendung des Geringfügigkeitsprinzips besteht nur dort, wo der Täter mehr bezweckt als die reine Duldung der Zwangshandlung, da andernfalls keine Nötigung

¹²³⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.8.2007 – 5 Ss 130/07 – 61/07 I, NJW 2007, 3219 (3220).

¹²³¹ BGH, Urt. v. 21.5.1969 – 4 StR 18/69, NJW 1969, 1444 = BGHSt 23, 4; BGH, Urt. v. 20.2.2003 – 4 StR 228/02, NStZ 2003, 486 = BGHSt 48, 233; BGH, Urt. v. 31.8.1995 – 4 StR 283/95, NJW 1996, 203 (205); OLG Hamm, Beschl. v. 25.6.2008 – 4 Ss 234/08, NStZ 2009, 213 (213); zustimmend Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 9; BGH, Urt. v. 20.10.1999 – 2 StR 248/99, NStZ 2000, 140 (§ 240 Rn. 27 f.); Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 234 ff. Rn. 24.

¹²³² OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.8.2007 – 5 Ss 130/07 – 61/07 I, NJW 2007, 3219 (3220).

¹²³³ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 21; Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor. §§ 234 ff. Rn. 24; Altwater, in: LK, StGB, § 240 Rn. 54; Toepel, in: NK, StGB, § 240 Rn. 56.

¹²³⁴ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 21; Toepel, in: NK, StGB, § 240 Rn. 56; Altwater, in: LK, StGB, § 240 Rn. 54; Eidam, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 240 Rn. 35.

¹²³⁵ Altwater, in: LK, StGB, § 240 Rn. 117.

¹²³⁶ Vgl. zur Definition und zu den Anforderungen der Erheblichkeit diese Arbeit unter D. II. 2. c).

vorliegt. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies bei überraschender Gewalt dann der Fall, wenn der Angriff so lange dauert, dass das Opfer in die Lage versetzt wird, einen entgegenstehenden Willen zu bilden. Hat das Opfer seinen Willen gebildet und hält der Täter das Nötigungsmittel in Kenntnis des gegenläufigen Willens aufrecht, stellt sich die Frage, ob im Rahmen der dann vorliegenden Gewaltnötigung Raum für die Ablehnung der Verwerflichkeit wegen Geringfügigkeit bleibt.

Dafür ließe sich vorbringen, dass z. B. eine flüchtige aber unfreiwillige Umarmung durch den bedingt vorsätzlich handelnden Täter noch kein strafbares Unrecht verwirkliche, da der Eingriff in die Willensfreiheit gering sei. Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass zum Zwecke persönlicher Triebbefriedigung – sei es aus macht- oder lustmotiviertem Antrieb – der Eingriff in die Körpersphäre der genötigten Person bei Gesamtwürdigung als solcher bereits fragwürdig ist. Jedenfalls ist eine solche Verquickung von Zweck und Mittel im Rahmen einer durch das Arbeitsverhältnis bedingten wirtschaftlichen und sozialen Abhängigkeit sowie der im Arbeitsverhältnis vorherrschenden Mächtigkeitsverhältnisse als sozial inadäquat einzustufen. Eine solche Zweck-Mittel-Relation ist für das Zusammenleben der Menschen und insbesondere für das notwendige Zusammenarbeiten jenseits der Grenze des Angemessenen. Spätestens wenn nicht mehr nur die Körpersphäre, sondern der Sexualbereich betroffen ist, weil sich die Nötigungshandlung gegen primäre Geschlechtsmerkmale oder sexuell belegte Körperregionen richtet, ist eine abweichende Bewertung nicht mehr denkbar.

Der Zweck der Nötigungshandlung bei sexueller Belästigung am Arbeitsplatz ist derart nieder, dass bereits jedes Mittel über die Geringfügigkeitsschwelle führt, welches nicht nur so kurz angewendet wird, dass die Bildung eines entgegenstehenden Willens möglich ist. Dies belegt auch die Ausgestaltung der Nötigung zu einer sexuellen Handlung als besonders schwerer – d. h. besonders verwerflicher – Fall einer Nötigung¹²³⁷.

Etwas Anderes könnte nur dort gelten, wo das Opfer nach einer ersten Nötigung seinen entgegenstehenden Willen kundgetan hat und diesen täglich neu perpetuiert, so dass auch ein erneuter Angriff auf einen entgegenstehenden Willen trifft. Hier wird man jedoch auch dann nicht zur Verneinung der Verwerflichkeit wegen Geringfügigkeit gelangen können, da eine Kumulierung mit dem zeitlich vorausgehenden Angriff gleichfalls die Grenze einer Bagatelle überschritten ist. So lange das Opfer eines Angriffs den vormaligen Täter als potentiellen Wiederholungstäter betrachtet und sich eines erneuten Angriffs versieht, wirkt die Initialtat fort, so dass für Geringfügigkeit kein Raum bleibt.

(b) *Drohung*

Auch bei der Nötigung durch Drohung ist die Geringfügigkeitsschwelle zu beachten. Sie ist bereits im Tatbestandsmerkmal der Empfindlichkeit enthalten¹²³⁸. In Aussicht gestellte, jedoch nicht empfindliche Übel sind schon tatbestandlich unerheblich. Eine Dro-

¹²³⁷ Der Gesetzgeber hat die Nötigung zu sexuellen Handlungen einer bestimmten Qualifikation (Erheblichkeit des § 184h StGB) als besonders schweren Fall herausgehoben. Dadurch hat er zum Ausdruck gebracht, dass sexuelle Handlungen dieser Erheblichkeit als erzwungene Handlungen besonders verwerflich sind. Das lässt den Schluss zu, dass unterhalb der Erheblichkeitsschwelle des § 184h StGB liegende sexuelle Handlungen zwar keine besonders schweren Fälle sind, die eine Erhöhung des Strafrahmens rechtfertigen, aber dass die Erzwingung von sexuellen Handlungen generell besonders verwerflich ist. Die Einordnung der Erzwingung sexueller Handlungen als Bagatelle ist daher nur in Ausnahmefällen möglich.

¹²³⁸ *Roxin*, JuS 1964, 373 (377).

hung mit einem tatbestandsmäßigen Übel kann dennoch unterhalb der Bagatellgrenze liegen. Stellt der Arbeitgeber z. B. in Aussicht, er werde unbezahlte Überstunden anordnen, wenn die bedrohte Person ihm keinen Kaffee bringe, gleichviel dies nicht zu ihren geschuldeten Tätigkeiten zählt, so ist darin noch keine nicht mehr hinnehmbare Sozialwidrigkeit zu erkennen. Ob solcherlei Drohungen auch mit sexuellem Anstrich denkbar sind, ohne den Bagatellcharakter zu verlieren, ist zweifelhaft. Denn besteht der Drohungszweck aus einer körperlichen Annäherung, z. B. einer Umarmung oder einem Kuss, wird in die Körper- bzw. Sexualsphäre der betroffenen Person eingegriffen. Damit stünde am Ende, d. h. bei Verwirklichung der Drohung, nicht nur die Arbeitskraft der Person zur Disposition des Arbeitgebers, sondern die Person als solche. Dass dies nicht dem modernen Verständnis einer sozialen Grundordnung entspricht, bedarf keiner Ausführungen. Damit ist zugleich festgestellt, dass, wie bei der Gewaltnötigung auch, bei einer Drohung im sexuellen Bereich keine Fälle denkbar sind, die unterhalb der Bagatellgrenze liegen.

g) Vollendung und Versuch

Die Tat ist vollendet, wenn die genötigte Person aufgrund des vom Täter ausgeübten Zwangs mit der Ausführung der verlangten Handlung wenigstens begonnen hat¹²³⁹. Ein nach § 240 Abs. 3 StGB strafbarer Versuch liegt vor, wenn der Täter mit der Ausführung des Nötigungsmittels beginnt¹²⁴⁰.

h) Besonders schwerer Fall

§ 240 Abs. 4 StGB sanktioniert besonders schwere Fälle einer Nötigung mit erhöhtem Strafraumen von sechs Monaten bis fünf Jahren. Nach Abs. 4 Nr. 1 liegt ein besonders schwerer Fall in der Regel vor, wenn das Opfer zu einer sexuellen Handlung genötigt wird. Anders als bei § 177 Abs. 1 StGB ist bei § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB nur die Nötigung zur Vornahme einer sexuellen Handlung durch das Opfer tatbestandsmäßig; die Duldung einer sexuellen Handlung fällt nicht unter das Regelbeispiel¹²⁴¹, könnte aber unter Berücksichtigung des Unrechtsgehalts des jeweiligen Sachverhalts einen besonders schweren Fall nach § 240 Abs. 4 S. 1 StGB darstellen¹²⁴².

Der Anwendungsbereich des Regelbeispiels ist eröffnet, wenn der Täter durch Mittel nötigt, die unterhalb der Grenze des § 177 Abs. 1 StGB liegen. Etwa wenn der Arbeitgeber als Täter droht, er werde die genötigte Person entlassen, sofern sie nicht sexuelle Handlungen an ihm vornimmt. Ein weiterer Anwendungsfall besteht darin, dass der Täter zwar mit den Nötigungsmitteln des § 177 Abs. 1 StGB nötigt, jedoch nicht die dort verlangte Körperlichkeit der sexuellen Handlung an einer anderen Person bezweckt, sondern z. B. die Vornahme einer sexuellen Handlung *vor* dem Täter¹²⁴³.

¹²³⁹ *BGH*, Urt. v. 26.8.1986 – 1 StR 365/86, NSZ 1987, 70 (71); *BGH*, Beschl. v. 15.1.2004 – 3 StR 490/03, NSZ 2004, 385 (386); *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 26; *Fischer*, StGB, § 240 Rn. 55.

¹²⁴⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 7.9.2006 – 2 BvR 1219/05, NJW 2007, 1443 (1443); *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 240 Rn. 37; *Fischer*, StGB, § 240 Rn. 56; weiter, bereits mit Beginn der Tatbestandsausführungshandlung, nicht zwingend der Nötigungshandlung *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 240 Rn. 26.

¹²⁴¹ *BGH*, Beschl. v. 26.11.2008 - 5 StR 506/08 – BeckRS 2008, 25833 = *BGH* bei *Pfister*, NSZ-RR 2010, 5 (6) Nr. 44; *Fischer*, StGB, § 240 Rn. 59; *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 240 Rn. 38;

¹²⁴² *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 240 Rn. 38; *Laubenthal*, Rn. 217. Dies übersiehen *Horn/Wolters*, in: SK, StGB, § 240 Rn. 59, die nur den Normalstrafrahmen für anwendbar halten.

¹²⁴³ *Horn/Wolters*, in: SK, StGB, § 240 Rn. 59a.

i) Zwischenfazit

Die Überprüfung der Strafbarkeit der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz nach § 240 StGB hat ergeben, dass kaum Raum für die Ablehnung der Strafbarkeit mangels Verwerflichkeit des nötigen Verhaltens bleibt, sofern das Täterverhalten den Anforderungen an die Nötigungsmittel entspricht. Ein sexuelles Verhalten oder gar sexuelle Handlungen vom Opfer innerhalb eines Arbeitsverhältnisses als Arbeitgeber zu fordern ist derart verwerflich, dass kaum Bagatellfälle und keine konnexe Zweck-Mittel-Relation denkbar sind.

Die Grenze für tatbestandsmäßiges Verhalten bilden demnach die Nötigungsmittel selbst. Bereits das Versperren eines Durchgangs durch den Körper des Täters zu Nötigungszwecken kann ausreichend sein; erst Recht die körperliche physische Zwangseinwirkung auf das Opfer. Problematisch sind bei der Gewaltnötigung jedoch die Fälle, in denen der Täter überraschend zugreift und dabei ausnutzt, dass das Opfer keinen entgegenstehenden Willen bilden kann. Aus Opfersicht ist es ein schwacher Trost, dass die Strafbarkeit bei weiteren Übergriffen durch den Täter, die im Arbeitsverhältnis typisch sind, daran nicht scheitert, wenn der entgegenstehende Wille geäußert wurde. Die Fälle der sexuellen Erpressung durch Versprechen von Vorteilen oder Androhung von Nachteilen gegen sexuelles Entgegenkommen werden von der Drohungsalternative nahezu vollständig erfasst. Wann immer der Täter mit der Verschlechterung des Status quo droht oder die Verschlechterung bereits in Gang gesetzt hat und nun die Verbesserung der Situation durch Wiederherstellung des Status quo in Aussicht stellt, handelt es sich um die Drohung mit einem empfindlichen Übel. Es sei denn die Verschlechterung ist so gering, dass sie bereits nicht mehr als empfindlich betrachtet werden kann oder der Täter stellt „einfach so“ die Verbesserung des gegenwärtigen Zustandes gegen sexuelle Gefälligkeiten in Aussicht. In diesen beiden Fällen hat das Opfer dem Ansinnen in Selbstbehauptung standzuhalten; eine Nötigung liegt nicht vor.

Im Ergebnis dürfte dies für belästigte Personen kein zufriedenstellender Befund sein. Zwar ist sexuelle Erpressung nach § 240 StGB strafbar, ggf. sogar als besonders schwerer Fall. Die vielfältigen und häufiger vorkommenden Belästigungen durch sexuelle körperliche Annäherung oder Übergriffe stellen größtenteils jedoch keine Nötigung dar.

Für Täterschaft und Teilnahme gelten grundsätzlich die allgemeinen Regeln.

2. § 241 StGB – Bedrohung

Droht der Täter dem Opfer, ohne dass es ihm darauf ankommt, dass das Opfer eine Handlung vornimmt, duldet oder unterlässt, kann ein Fall der strafbaren Bedrohung gem. § 241 StGB vorliegen.

a) Rechtsgut

Schutzgut des § 241 StGB ist der Rechtsfriede des Einzelnen im Sinne eines individuellen Rechtssicherheitsvertrauens, insbesondere des Vertrauens in dessen Fortbestand, sowie

seine durch die Bedrohung gefährdete Handlungsfreiheit¹²⁴⁴. Nach überwiegender Ansicht handelt es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt¹²⁴⁵. Die bedrohte Person muss sich nicht als tatsächlich gefährdet sehen¹²⁴⁶. Es genügt, wenn ihr Vertrauen in die Nichtbeeinträchtigung erschüttert wird.

b) Bedrohungstatbestand, § 241 Abs. 1 StGB

Objektiv verwirklicht der Täter den Tatbestand, wenn er dem Opfer mit der Begehung eines Verbrechens im Sinne von § 12 Abs. 1 StGB droht. Drohen meint das Inaussichtstellen einer vom Willen des Täters abhängigen Begehung des Verbrechens. Die Drohung muss objektiv den Eindruck der Ernstlichkeit erwecken¹²⁴⁷. Nicht erforderlich ist, ob die bedrohte Person die Drohung subjektiv glaubt oder ernst genommen hat und ob der Täter sie realisieren wollte. Die Drohung muss nicht ausdrücklich, sondern kann auch konkludent erfolgen (z. B. durch die Abgabe von Schreckschüssen)¹²⁴⁸. Sie hat sich jedoch auf ein bestimmtes tatsächliches Verhalten zu beziehen. Allgemein gehaltene Drohungen, bei denen die wesentlichen Merkmale des Verbrechens nicht hinreichend konkret bestimmt sind und aus der Äußerung – ggf. in Verbindung mit Begleitumständen wie Gesten – nicht hervorgehen, reichen nicht aus¹²⁴⁹. Die Drohung muss an einen oder mehrere bestimmte Adressaten gerichtet sein¹²⁵⁰. Das Verbrechen kann auch gegen andere, der bedrohten Person nahestehende Personen verübt werden, diese müssen jedoch tatsächlich existieren¹²⁵¹. Es genügt, dass die Drohung einem Dritten gegenüber geäußert wird, wenn dieser den Erklärungsinhalt erwartungsgemäß der eigentlich bedrohten Person übermittelt¹²⁵².

Von einer tatbestandlichen Drohung sind bloße Beschimpfungen oder Verwünschungen zu unterscheiden¹²⁵³. Sie erfüllen den Tatbestand ebenso wenig wie jugendliche Wichtigtuereien wie Prahlerien oder großmäulige Redensarten¹²⁵⁴. Dabei kann auf das im Lebensumfeld der Beteiligten typische Verständnis dieser Großspurigkeiten abgestellt werden¹²⁵⁵. Eine Warnung genügt ebenfalls nicht¹²⁵⁶. Hat der Täter bereits mit der Ausführung einer verbrecherischen Handlung begonnen, kann darin nicht zugleich die Androhung des begonnenen Verbrechens gesehen werden¹²⁵⁷.

¹²⁴⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 19.12.1994 – 2 BvR 1146/94, NJW 1995, 2776 (2777); *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 241 Rn. 1; *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 241 Rn. 2; *Fischer*, StGB, § 241 Rn. 2; *Eidam*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 241 Rn. 2; *Schluckebier*, in: LK, StGB, § 241 Rn. 1; *Wolters*, in: SK, StGB, § 241 Rn. 2; a. A. *Schroeder*, in: Küper u. a., FS-Lackner, S. 665 (671), der die Willensentschlussfreiheit als Schutzgut ansieht; *Spendel*, in: Geppert u. a., FS-Schmitt, S. 205 (207 f.).

¹²⁴⁵ *RG*, Urt. v. 16.3.1899 – 557/99, RGSt 32, 102; *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 241 Rn. 2; *Eidam*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 241 Rn. 3.

¹²⁴⁶ *Toepel*, in: NK, StGB, § 241 Rn. 5.

¹²⁴⁷ *OLG Koblenz*, Beschl. v. 20.2.2006 – 1 Ss 367/05, NJW 2006, 3015 (3015); statt aller *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 241 Rn. 4.

¹²⁴⁸ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 241 Rn. 2; *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 241 Rn. 4.

¹²⁴⁹ *BGH*, Urt. v. 3.7.1962 – 1 StR 213/62, BGHSt 17, 307 (308); *Wolters*, in: SK, StGB, § 241 Rn. 6.

¹²⁵⁰ *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 241 Rn. 2; *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 241 Rn. 6;

¹²⁵¹ *BVerfG*, Beschl. v. 19.12.1994 – 2 BvR 1146/94, NJW 1995, 2776 (2777).

¹²⁵² *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 241 Rn. 6.

¹²⁵³ *RG*, Urt. v. 16.3.1899 – 557/99, RGSt 32, 102 (103).

¹²⁵⁴ *AG Saalfeld*, Urt. v. 13.4.2004 – 663 Js 11878/03 2 Ds jug., NSZ-RR 2004, 264 (264).

¹²⁵⁵ *Fischer*, StGB, § 241 Rn. 3a; *Schluckebier*, in: LK, StGB, § 241 Rn. 14.

¹²⁵⁶ *Wolters*, in: SK, StGB, § 241 Rn. 4; vgl. zum Begriff diese Arbeit unter D. V. 1. d) bb) (2).

¹²⁵⁷ *BGH*, Beschl. v. 8.6.1984 – 2 StR 293/84, NSZ 1984, 454; *Fischer*, StGB, § 241 Rn. 3a;

Im subjektiver Hinsicht ist Eventualvorsatz erforderlich hinsichtlich des Drohcharakters der Äußerung, deren Kundgabe und der Möglichkeit, dass die Drohung ernst genommen wird¹²⁵⁸. Weiter ist die – jedenfalls laienhafte – Bewertung des angedrohten Verhaltens als schweres Delikt nötig. Eine zutreffende Bewertung als Verbrechen im Sinne von § 12 Abs. 1 StGB ist hingegen nicht erforderlich¹²⁵⁹. Ebenso wenig, dass der Täter seine Drohung ernst meint und zu verwirklichen beabsichtigt¹²⁶⁰.

c) Vortäuschungstatbestand, § 241 Abs. 2 StGB

Kündigt der Täter an, dass die Verwirklichung eines gegen das Opfer oder einer ihm nahestehenden Person gerichteten Verbrechens geplant ist, und gibt der Täter vor, keinen Einfluss auf die Verwirklichung zu haben, liegt eine tatbestandliche Vortäuschung vor, wenn die Ankündigung objektiv falsch ist, mithin die Verwirklichung der Tat gerade nicht bevorstand¹²⁶¹. Der Hinweis auf wirklich bevorstehende Taten ist nicht strafbar. Gibt der Täter vor, Einfluss auf die Verwirklichung zu haben, kommt Abs. 1 in Frage.

Der Täter muss wider besseres Wissen handeln, d. h. es ist zusätzlich zu den subjektiven Erfordernissen von § 241 Abs. 1 StGB erforderlich, dass der Täter zum Zeitpunkt seiner Äußerung sicher weiß, dass das Verbrechen nicht geplant ist.

d) Zwischenfazit

§ 241 StGB ist ein Äußerungsdelikt; der Täter muss die Bedrohung oder Vortäuschung kundgeben. Dies kann zwar auch konkludent geschehen, erfordert aber – ähnlich wie bei den Beleidigungstatbeständen¹²⁶² – ein Verhalten, welches genau den Inhalt hat, dass die Verwirklichung eines, nach seinen wesentlichen Merkmalen konkretisierten Verbrechens in Aussicht gestellt wird. Da dem sexuell belästigenden Verhalten regelmäßig kein weiterer Inhalt beigemessen werden kann als Lust- und Machtbefriedigung, kommt § 241 StGB in beiden Tatbeständen nur dann in Betracht, wenn eindeutige verbale Äußerungen vorgenommen werden oder eindeutiges Handeln vorliegt, dem die Qualität einer Bedrohung oder Vortäuschung zukommt. Die typischen sexuell belästigenden Handlungen der körperlichen Berührung scheiden mithin aus. Auch verbale Äußerungen ohne Droh- oder Vortäuschungscharakter kommen nicht in Frage. Ebenso wenig allein das Zurschaustellen von Genitalien, sofern dadurch nicht zugleich zum Ausdruck kommt, der Täter wolle das Opfer penetrieren oder in anderer Form sexuell nötigen.

An eine Strafbarkeit nach § 241 StGB ist zu denken, wenn der Täter sexuelle Absichten oder Anspielungen äußert. Nicht ausreichen dürften Fragestellungen sein, wie die Frage danach, ob sexuelle Handlungen erwünscht sind oder die – hier verallgemeinernd formulierte – rhetorische Frage „*Soll ich sexuelle Handlungen an dir ausführen?*“¹²⁶³. Andererseits wird man die Strafbarkeit nicht allein an Formulierungsnuancen festmachen können, so dass sich der Charakter einer ernsthaften Bedrohung – insbesondere bei Äußerungen in Frageform – aus den gesamten Umständen ergeben kann. Erklärt der Täter hingegen,

¹²⁵⁸ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 241 Rn. 3; Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 241 Rn. 7; Schluckebier, in: LK, StGB, § 241 Rn. 21.

¹²⁵⁹ BGH, Urt. v. 3.7.1962 – 1 StR 213/62, BGHSt 17, 307 (308 f.); Fischer, StGB, § 241 Rn. 6.

¹²⁶⁰ RG, Urt. v. 16.3.1899 – 557/99, RGSt 32, 102 (102);

¹²⁶¹ Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 241 Rn. 11.

¹²⁶² Vgl. hierzu diese Arbeit unter D.III., insbesondere D. III. 1. g) bb).

¹²⁶³ Vgl. hierzu die Entscheidung des OLG Koblenz, Beschl. v. 20.2.2006 – 1 Ss 367/05, NJW 2006, 3015, das die Unentschlossenheit, die in der Fragestellung liegt, hervorgehoben hat.

er werde sexuelle Handlungen am Opfer vornehmen, ist darin die Bedrohung mit dem Verbrechen einer gegen das Opfer gerichteten sexuellen Nötigung gem. § 177 Abs. 1 StGB zu sehen; sofern der Täter das Eindringen in den Körper des Opfers ankündigt sogar die Bedrohung mit einer Vergewaltigung nach § 177 Abs. 2 StGB. Ist einer sexuellen Bemerkung oder der Aufforderung zu sexuellem Verhalten ein solcher Erklärungsinhalt beizumessen, liegt eine Bedrohung in tatbestandlichem Sinne vor.

Das bedeutet nicht, dass jede Form eindeutigen, sexuellen Verhaltens in verbaler Form nach § 241 StGB strafbar wäre, zeigt aber, dass eindeutige sexuelle Äußerungen durchaus im Umfeld strafbarer Handlungen liegen können. Freilich ist die für die Tatbestandsverwirklichung erforderliche Verbindung mit einem Verbrechen nicht typisch für allgemeine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz. Ein solches Täterverhalten ist aber auch nicht fernliegend. Eine (anonyme) Nachricht an die Mitarbeiterin mit dem sinngemäßen Inhalt „auf der Weihnachtsfeier werde ich dich penetrieren“ reicht aus.

In der bloßen Aufforderung zum sexuellen Verkehr oder sonstigen sexuellen Handlungen, die nicht zum Ausdruck bringen, die Durchführung des Verkehrs stehe in der Macht des Täters, ist hingegen keine Bedrohung zu sehen. Ebenfalls keine Bedrohung ist die sexuelle Erpressung des Opfers z. B. durch Inaussichtstellen von beruflichen Nachteilen bei sexueller Verweigerung. Es fehlt bereits auf Tatbestandsebene an der Bedrohung mit einem Verbrechen, stattdessen wird mit beruflichen Konsequenzen gedroht. Darüber hinaus stellt sich auch die Frage, nach dem Verhältnis zwischen § 177, § 240 und § 241 StGB¹²⁶⁴.

Es gelten grundsätzlich die allgemeinen Regeln zu Täterschaft und Teilnahme.

3. § 238 StGB – Nachstellung

a) Einleitung

Die Nachstellung in § 238 StGB ist durch das 40. StrÄndG vom 22.3.2007 in das Strafgesetzbuch eingefügt worden und am 31.3.2007 in Kraft getreten¹²⁶⁵. Gleichwohl viel Aufhebens um den Begriff der Nachstellung gemacht wurde, ist heute weitgehend geklärt, dass es sich dabei um Verhaltensweisen handelt, die auf ungewollte Kommunikation und die Beeinträchtigung von Rechtsgütern gerichtet sind. Ihnen liegt eine vom Täter definierte Beziehung zum Opfer zu Grunde. Die Verhaltensweisen sind von Einseitigkeit geprägt und haben mindestens belästigenden, wenn nicht bedrohenden Charakter oder erfüllen gar einen Straftatbestand – z. B. den der Bedrohung, § 241 StGB. Das Täterverhalten zielt auf Erlangung oder Demonstration von Kontrolle und Macht gegenüber dem Opfer ab, ist von einer gewissen Dauerhaftigkeit geprägt und dient dazu, durch Eingriffe in den persönlichen Lebensbereich des Opfers dessen Handlungs- und Entschließungsfreiheit zu beeinträchtigen¹²⁶⁶.

¹²⁶⁴ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. V. 1. a).

¹²⁶⁵ Vgl. zum Gesetzgebungsverfahren *Kinzig/Zander*, JA 2007, 481 (482); zum Rechtsgüterschutz durch § 238 StGB *Kinzig*, ZRP 2006, 255 (257 f.); massive Kritik bei *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 16 Rn. 9.

¹²⁶⁶ BT-Drs. 16/575 vom 8.2.2006, S. 7; *Fischer*, StGB, § 238 Rn. 9; *Krehl*, in: LK, StGB, § 238 Rn. 31.

Der Vergleich mit der Definition der sexuellen Belästigung ergibt, dass hier wie dort unerwünschte, belästigende Handlungen, die im Einzelnen oftmals unterhalb der strafrechtlichen Erheblichkeitsschwelle liegen, Gegenstand des Verhaltens sind. Dieses ist in beiden Fällen von Einseitigkeit geprägt und basiert in der Regel auf einer (ehemaligen) Beziehung zwischen Täter und Opfer, die von Asymmetrie gekennzeichnet ist. Bei der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz geht es wie bei der Nachstellung um Dominanz über die betroffene Person zur Befriedigung von Täterbedürfnissen¹²⁶⁷. Im Unterschied zur sexuellen Belästigung, die gem. § 3 Abs. 4 AGG bereits bei einmaligem Verhalten gegeben sein kann, muss es sich bei der Nachstellung um beharrliches Verhalten handeln, dem eine gewisse Dauerhaftigkeit innewohnt. Gleichwohl liegt insbesondere eine Verletzung der vom AGG geschützten Würde vor, wenn ein feindliches Umfeld geschaffen wird, wofür regelmäßig mehrere Handlungen im zeitlichen Verlauf erfolgen müssen¹²⁶⁸.

§ 238 Abs. 1 StGB sanktioniert Täterverhalten, welches für sich genommen im Einzelfall regelmäßig als bloße Belästigung zu qualifizieren ist¹²⁶⁹. Erfolgt es jedoch unbefugt und beharrlich und führt es zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers, kann das Verhalten gleichwohl strafrechtlich relevant werden. Die sexuelle Belästigung korrespondiert damit insoweit, als dort auch die belästigende Kontaktaufnahme geahndet wird. § 3 Abs. 4 AGG ist insofern weiter als es keines Erfolgs bedarf, da es ausreicht, dass die Rechtsgutsverletzung vom Belästiger bezweckt wird. Nachstellung und sexuelle Belästigung sind ähnliche, wenn auch nicht übereinstimmende Tatbestände. Übereinstimmung ist für die Frage nach der Strafbarkeit sexueller Belästigung nicht erforderlich, solange durch die sexuelle Belästigung eine Verletzung oder zumindest Gefährdung des Schutzgutes zu besorgen ist und die Belästigungshandlung in einer denkbaren Form den Straftatbestand erfüllen kann.

b) Rechtsgut

Die Bestimmung des von § 238 StGB geschützten Rechtsguts ist aufgrund der unterschiedlichsten Angriffsmöglichkeiten schwierig. Einerseits besteht das Interesse, die Opfer möglichst umfassend vor Nachstellungshandlungen zu schützen und daher ein übergeordnetes Rechtsgut zu wählen, andererseits gewährleistet die Konkretisierung des Rechtsguts den Boden für eine ausreichend bestimmte Strafnorm, die es ermöglicht, strafbare Handlungen von straffreien abzugrenzen. Allgemeine Rechtswünsche wie das „Recht in Ruhe gelassen zu werden“¹²⁷⁰ oder der „Rechtsfrieden des Einzelnen“¹²⁷¹ sind daher nicht geeignet, den Rahmen der Strafbarkeit zu definieren¹²⁷². Auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Schutzgut scheint zu abstrakt, da es ein Auffangbecken für eine Vielzahl von Freiheitsrechten ist, die im Einzelnen unterschieden werden können. Wo

¹²⁶⁷ Vgl. die Definition der verschiedenen Stalkertypen bei *Dressing/Kühner/Gass*, FPR 2006, 176 (178 ff.); *Krehl*, in: LK, StGB, § 238 Rn. 6 ff.

¹²⁶⁸ Siehe hierzu diese Arbeit unter C. III. 5. e) bb).

¹²⁶⁹ Wie z. B. unerwünschte Telefonanrufe, Briefe oder sonstige Kontaktaufnahme. Der Begriff der Nachstellung ist aus § 1 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) Gewaltschutzgesetz bekannt. Dort ist die wiederholte Nachstellung eine unzumutbare Belästigung, sofern sie nicht der Wahrnehmung berechtigter Interessen dient.

¹²⁷⁰ *Mosbacher*, NSZ 2007, 665 (666); *Mitsch*, NJW 2007, 1237 (1238); *Gazeas*, JR 2007, 497 (498).

¹²⁷¹ *Meyer*, ZStW 115 (2004), 249 (284); *Mitsch*, NJW 2007, 1237 (1238).

¹²⁷² *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 4.

aber eine solche Unterscheidungsmöglichkeit besteht, ist sie zur Konkretisierung der Bestimmtheit und aufgrund des fragmentarischen Charakters des Strafrechts zu nutzen¹²⁷³.

Nach überwiegender Meinung wird der individuelle Lebensbereich des Opfers geschützt, d. h. seine Handlungs- und Entschließungsfreiheit im Rahmen der persönlichen Lebensgestaltung¹²⁷⁴. Der individuelle Lebensbereich umfasst die individuellen Freiheitsrechte, die aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgen¹²⁷⁵. Angesprochen ist damit das Recht, Herr der eigenen, privaten Lebensführung zu sein und freie Entscheidungen zu seiner Gestaltung zu treffen. Eingeschränkt wird dieses Recht durch psychische und physische Angriffe auf die Entschließungsfreiheit, z. B. durch Körperverletzung, Nötigung, Bedrohung, Freiheitsberaubung oder auch durch die Verletzung des Rechts auf informationelle oder sexuelle Selbstbestimmung. Daraus folgt, dass auch die psychische und physische Integrität vom Schutzzweck umfasst sind als Bestandteile des Schutzes des individuellen Lebensbereichs¹²⁷⁶. Das Vermögen des Opfers ist hingegen nicht Bestandteil des individuellen Lebensbereichs und von § 238 StGB nicht geschützt¹²⁷⁷.

Es besteht eine große Übereinstimmung zwischen der Nachstellung und der sexuellen Belästigung im Hinblick auf die geschützten Rechtsgüter, denn in beiden Fällen werden Freiheitsrechte der betroffenen Personen gegen körperliche oder psychische Angriffe geschützt. Aufgrund des fragmentarischen Charakters des Strafrechts stellt sich nun die Frage, inwiefern sich die Alternativen der Tathandlung des § 238 Abs. 1 StGB mit sexueller Belästigung überschneiden.

c) Objektiver Tatbestand

aa) Tathandlung

Tathandlung ist das unbefugte Nachstellen durch beharrliche unmittelbare und mittelbare Verhaltensweisen nach den Nrn. 1 bis 5.

(1) Nachstellen

Der Begriff des Nachstellens umschreibt bei § 238 StGB alle tatbestandlichen Handlungen, die darauf ausgerichtet sind, in den persönlichen Lebensbereich des Opfers einzugreifen und dadurch dessen Handlungs- und Entschließungsfreiheit zu beeinträchtigen¹²⁷⁸.

¹²⁷³ Krit. auch *Kinzig/Zander*, JA 2007, 481 (482).

¹²⁷⁴ BT-Drs. 16/575 vom 8.2.2006, S. 6; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 238 Rn. 1; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 4; ähnlich *BGH*, Beschl. v. 19.11.2009 – 3 StR 244/09, BGHSt 54, 189 (193) = NStZ 2010, 277 (278) „Schutz der eigenen Lebensführung vor gezielten, hartnäckigen und schwerwiegenden Belästigungen der Lebensgestaltung“; ebenso *Mosbacher*, NStZ 2007, 665 (665 f.); *Krehl*, in: LK, StGB, § 238 Rn. 14; *Eidam*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 238 Rn. 1; *Gericke*, in: MK, StGB, § 238 Rn. 1; *Wolters*, in: SK, StGB, § 238 Rn. 2; *Rössner/Krupna*, in: Dölling/Dutge/Rössner, § 238 Rn. 1; *Sonnen*, in: NK, StGB, § 238 Rn. 13.

¹²⁷⁵ *Fischer*, StGB, § 238 Rn. 2.

¹²⁷⁶ *Kühl*, in: Geisler u. a., FS-Geppert, S. 311 (314); *Fischer*, StGB, § 238 Rn. 2; *Eidam*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 238 Rn. 1.

¹²⁷⁷ *Fischer*, StGB, § 238 Rn. 2; a. A. *Mosbacher*, NStZ 2007, 665 (666).

¹²⁷⁸ BT-Drs. 16/575 vom 8.2.2006, S. 7; *BGH*, Beschl. v. 19.11.2009 – 3 StR 244/09, BGHSt 54, 189 (193).

Nachstellung ist ein Gesamtverhalten, das stets aus mehreren einzelnen Handlungen zusammengesetzt ist¹²⁷⁹. Der Begriff der Nachstellung wird durch die aufgeführten Verhaltensweisen ausgefüllt; er bedarf keiner darüberhinausgehenden, selbständigen Definition¹²⁸⁰. Eine solche ist aufgrund der offenen Tatbestandsstruktur kaum sinnvoll möglich¹²⁸¹.

(2) Beharrlichkeit

Beharrlichkeit bezeichnet eine besondere Hartnäckigkeit und eine gesteigerte Gleichgültigkeit des Täters gegenüber dem gesetzlichen Verbot aus, die in der Tatbegehung zum Ausdruck kommen. Dem Begriff wohnen objektive Momente der Zeit sowie subjektive und normative Elemente der Uneinsichtigkeit und Rechtsfeindlichkeit inne¹²⁸². Beharrlichkeit erfordert daher die wiederholte Begehung der genannten Verhaltensweisen, ist aber nicht bereits bei bloßer Wiederholung zu bejahen¹²⁸³. Erforderlich ist vielmehr, dass der Täter aus Missachtung des entgegenstehenden Opferwillens oder aus Gleichgültigkeit gegenüber den Wünschen des Opfers mit dem Willen handelt, sich auch in Zukunft immer wieder entsprechend zu verhalten¹²⁸⁴. Die Beharrlichkeit ergibt sich aus der Gesamtwürdigung der verschiedenen Handlungen, wobei keine verallgemeinerungsfähige Mindestanzahl von Angriffen festgelegt werden kann, da bei der Bewertung u. a. der zeitliche Abstand der Angriffe und deren innerer Zusammenhang von Bedeutung sind¹²⁸⁵. Die Anzahl der Angriffe ist gleichfalls zu berücksichtigen, wobei es nicht erforderlich ist, dass der Täter *dieselbe* Handlung wiederholt vorgenommen hat¹²⁸⁶. Entscheidend ist, dass mehrere Handlungen der Nrn. 1 bis 5 vorliegen, wobei die Aufgabe des Merkmals, sozialadäquate Handlungen von unerwünschten Verhaltensweisen abzugrenzen, nicht an den beispielhaft genannten fünf Handlungen hängt, sondern an deren Qualität¹²⁸⁷.

¹²⁷⁹ Fischer, StGB, § 238 Rn. 9; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 6.

¹²⁸⁰ Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 238 Rn. 3; Wolters, in: SK, StGB, § 238 Rn. 7; Eidam, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 238 Rn. 5; a. A. Krehl, in: LK, StGB, § 238 Rn. 32; Gazeas, JR 2007, 497 (498); Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 16 Rn. 12.

¹²⁸¹ Vgl. hierzu die Definitionen der Vertreter der Gegenansicht. Beispielhaft diejenige von Krehl, in: LK, StGB, § 238 Rn. 31, die nicht über die Umschreibung des Schutzgutes nebst Tätermotivation hinauskommt.

¹²⁸² BGH, Beschl. v. 19.11.2009 – 3 StR 244/09, BGHSt 54, 189 (195); Fischer, StGB, § 238 Rn. 19; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 25; Wolters, in: SK, StGB, § 238 Rn. 15; krit. zu den subjektiven Elementen, die Feststellungen zur „inneren Einstellung“ des Täters erforderlich machen Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 238 Rn. 3; Gazeas, JR 2007, 497 (502); Kinzig/Zander, JA 2007, 481 (484); Mosbacher, NStZ 2007, 665 (666).

¹²⁸³ H. M., vgl. Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 25; a. A. Mitsch, NStZ 2010, 513 (514), wonach Dauerhaftigkeit ohne Wiederholung ausreichen soll.

¹²⁸⁴ BT-Drs. 16/575 vom 8.2.2006, S. 7; Rössner/Krupna, in: Dölling/Duttge/Rössner, § 238 Rn. 4.

¹²⁸⁵ BT-Drs. 16/575 vom 8.2.2006, S. 7; BGH, Beschl. v. 19.11.2009 – 3 StR 244/09, BGHSt 54, 189 (195); OLG Brandenburg, Beschl. v. 23.11.2009 – 1 Ss 93/09, NStZ 2010, 519 (520); OLG Zweibrücken, Urt. v. 15.1.2010 – 1 Ss 10/09, BeckRS 2010, 04520 = NJW 2010, 1827 (Ls.); Fischer, StGB, § 238 Rn. 19; Gericke, in: MK, StGB, § 238 Rn. 44; krit. Mitsch, NStZ 2010, 513 (514 f.).

¹²⁸⁶ BGH, Beschl. v. 19.11.2009 – 3 StR 244/09, BGHSt 54, 189 (196); Fischer, StGB, § 238 Rn. 20; Kinzig/Zander, JA 2007, 481 (484); Valerius, JuS 2007, 319 (322).

¹²⁸⁷ Zu Recht wird daher die Ansicht vertreten, bei den „fünf Handlungen“ in BT-Drs. 16/1030 vom 23.3.2006, S. 7 handle es sich lediglich um eine Orientierungsgröße: Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 25; Krüger, NStZ 2010, 546 (550); a. A. (mindestens fünf Handlungen) Eidam, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 238 Rn. 9; Kinzig/Zander, JA 2007, 481 (484).

Die zwingende Wiederholung der Handlung ist ein signifikanter Unterschied zur sexuellen Belästigung, die bereits bei einfacher unerwünschter Verhaltensweise gegeben ist. Anzumerken bleibt jedoch, dass auch die sexuelle Belästigung regelmäßig wiederholend begangen wird. Im Übrigen jedoch ähneln sich die Verhaltensmuster. Hier wie dort setzt sich der Täter über die Wünsche der Rechtsordnung und des Opfers hinweg in der Absicht, eigene Bedürfnisse zum Nachteil des Opfers zu befriedigen.

(3) *Unbefugtheit*

Bei dem Merkmal „unbefugt“ soll es sich um einen zum Tatbestand gehörenden Umstand handeln, der den Anwendungsbereich auf die strafwürdigen Fälle beschränkt, indem er klarstellt, dass ein Einverständnis des Opfers den Tatbestand ausschließt und dass der Täter nicht unbefugt handelt, der sich auf eine Befugnisnorm berufen kann¹²⁸⁸. Es ist zweifelhaft, ob dieses Merkmal geeignet ist, sozialadäquates Verhalten aus dem Tatbestand auszuklammern¹²⁸⁹. Sowohl das Vorliegen eines Einverständnisses als auch einer Befugnisnorm setzen dem Grunde nach tatbestandsmäßiges, d. h. strafbares und strafwürdiges Verhalten voraus. Solches kann nicht sozialadäquat (= gesellschaftlich angemessen) sein. Durch Einverständnis oder Befugnisnorm wird das Verhalten nicht sozialadäquat, sondern lediglich strafrechtlich irrelevant, da gerechtfertigt.

Es ist nach der Nachstellungshandlung zu differenzieren: soweit die Nrn. 1 und 2 betroffen sind, handelt es sich um sozialadäquate Verhaltensweisen, zu denen jedermann grundsätzlich ohne Einverständnis oder Befugnisnorm befugt ist. Die Beharrlichkeit der Begehungweise eröffnet den Tatbestand, der nur dann wieder entfällt, wenn eine besondere Befugnis durch Einverständnis oder Legitimationsnorm auch in diesem Fall besteht, wie z. B. bei Gerichtsvollziehern oder observierenden Beamten. Soweit die Handlungen der Nrn. 3 und 4 betroffen sind, handelt es sich stets um sozial inadäquate Verhaltensweisen mit der Konsequenz, dass diese dem Zweck des Merkmals nach nicht aus dem Tatbestand ausscheiden, sondern allenfalls als gerechtfertigt bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit ausgeschieden werden können. Unbefugt bedeutet bei Nrn. 3 und 4 lediglich das Fehlen von Rechtfertigungsgründen¹²⁹⁰. Der Irrtum über das Merkmal ist bei Handlungen nach Nrn. 1 und 2 als Tatbestandsirrtum, bei Nrn. 3 und 4 als Erlaubnistatbestandsirrtum zu qualifizieren. Für Nr. 5 gilt, dass diese auch sozialadäquate Handlungen erfassen kann, weshalb das Merkmal wie bei Nrn. 1 und 2 einzuordnen ist¹²⁹¹.

(4) *Die einzelnen Nachstellungshandlungen*

(a) *Aufsuchen der räumlichen Nähe - § 238 Abs. 1 Nr. 1 StGB*

Die sexuelle Belästigung verlangt nach § 3 Abs. 4 AGG in der hier vertretenen Ansicht *objektiv* unerwünschtes sexuell bestimmtes Verhalten. Solches wird von § 238 Abs. 1 Nr.

¹²⁸⁸ BT-Drs. 16/575 vom 8.2.2006, S. 7; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 238 Rn. 6.

¹²⁸⁹ Dem Merkmal wird diese Funktion zugeordnet durch *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 26 unter Verweis auf BT-Drs. 16/575 vom 8.2.2006, S. 7; *Rössner/Krupna*, in: Dölling/Duttge/Rössner, § 238 Rn. 3 („zentrales Unrechtskriterium“); *Eidam*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 238 Rn. 6; *Eidam*, JuS 2010, 869 (872); *Valerius*, JuS 2007, 319 (322).

¹²⁹⁰ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 26; *Fischer*, StGB, § 238 Rn. 26; *Eidam*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 238 Rn. 6; *Krehl*, in: LK, StGB, § 238 Rn. 69; weitergehend *Mitsch*, NJW 2007, 1237 (1240) – „Doppelnatur“; *Wolters*, in: SK, StGB, § 238 Rn. 8 - stets nur Fehlen von Rechtfertigungsgründen; wie dieser *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1, § 16 Rn. 12.

¹²⁹¹ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 26; *Krehl*, in: LK, StGB, § 238 Rn. 69.

1 StGB nicht vorausgesetzt. Für diese Tatbestandsalternative reicht es aus, dass der Täter die räumliche Nähe zum Opfer aufsucht, sofern er diese dadurch tatsächlich herstellt. Ob räumliche Nähe vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Von räumlicher Nähe kann dann nicht mehr gesprochen werden, wenn zur Wahrnehmung Sichtgeräte erforderlich wären¹²⁹². Auf die Wahrnehmung des Täters durch das Opfer kommt es nicht an¹²⁹³, was folgendes Beispiel illustrieren mag: Führt der Täter in der Nähe des Opfers Handlungen durch, wie z. B. das Anfertigen von Fotografien des Opfers, von denen das Opfer erst später erfährt, kann dies eine noch stärkere Verletzung des Rechtsguts darstellen, als die aktuelle körperliche Anwesenheit des Täters, denn dem Opfer wird so vor Augen geführt, dass es nicht in der Lage ist, sich Kenntnis über die räumliche Nähe des Täters zu verschaffen oder darauf zu reagieren. Dominanz und Macht des Täters über das Opfer kommen darin zum Ausdruck. Im Übrigen gibt der Wortlaut keinen Anhaltspunkt einer einschränkenden Auslegung. Das Präsentieren entsprechender Bildaufnahmen ohne verbale Kommunikation wäre nach der restriktiven Ansicht bei Nr. 3 gleichfalls nicht strafbar – es bliebe allein Nr. 5 als Auffangtatbestand¹²⁹⁴. Die Wahrnehmung durch das Opfer kann mithin nicht das entscheidende Kriterium sein, vielmehr kommt es auf die Kenntnisnahme an, die ggf. auch nachträglich erfolgen und so zu schwerwiegenden Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung führen kann.

Das Aufsuchen beinhaltet zunächst ein dynamisches Element, denn der Täter muss die räumliche Nähe zum Opfer herstellen. Das setzt eine auf das Opfer gerichtete Bewegung voraus, die z. B. durch Verfolgen, Auflauern oder schlichtes Zubewegen erfüllt ist. Der bloße Verbleib in der räumlichen Nähe genügt nicht, weshalb das Unterlassen des Sich-Entfernens nicht in den Anwendungsbereich fällt¹²⁹⁵. Ferner enthält der Begriff ein finales Element. Die räumliche Nähe muss gezielt herbeigeführt werden; rein zufällige Begegnungen genügen nicht¹²⁹⁶. Um Zufall handelt es sich aber nicht, wenn der Täter damit rechnet, das Opfer könne die Stelle passieren, an der er ihm auflauert.

Sucht der Arbeitgeber beharrlich die räumliche Nähe zu einer Mitarbeiterin ist dies sozialadäquat, solange er hierzu befugt ist. Die Befugnis entfällt, wenn keine beruflichen Gründe vorliegen. Da sexuelle Belästigung regelmäßig körperliche Nähe erfordert, könnte § 238 Abs. 1 Nr. 1 StGB eine mögliche Vorstufe der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz sein. Zwingend ist das freilich nicht, da (verbale) sexuelle Belästigung auch über Telekommunikationsmittel möglich ist und eine Wiederholung gleichfalls nicht nötig ist, mithin das Merkmal der Beharrlichkeit nicht erfüllt sein muss. Sexuelle Belästigung wäre auch bei befugtem Aufsuchen der räumlichen Nähe denkbar. Bei einer sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz mag § 238 Abs. 1 Nr. 1 StGB mit verwirklicht sein. Das der Belästigung inwohnende Unrecht kommt darin jedoch nicht ausreichend zum Ausdruck.

¹²⁹² *Gazeas*, JR 2007, 497 (499); wohl weiter *Valerius*, JuS 2007, 319 (321).

¹²⁹³ Wie hier: *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 8; *Fischer*, StGB, § 238 Rn. 12; *Sonnen*, in: NK, StGB, § 238 Rn. 32; *Gericke*, in: MK, StGB, § 238 Rn. 20. A. A. *Krehl*, in: LK, StGB, § 238 Rn. 38; *Eidam*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 238 Rn. 13; *Rössner/Krupna*, in: Dölling/Duttge/Rössner, § 238 Rn. 5; *Gazeas*, JR 2007, 497 (499); *Krüger*, NStZ 2010, 546 (549); *Mitsch*, NJW 2007, 1237 (1239); wohl auch *Valerius*, JuS 2007, 319 (321).

¹²⁹⁴ Zu beiden Nachstellungsalternativen vgl. diese Arbeit sogleich unter (b) und (c).

¹²⁹⁵ *Wolters*, in: SK, StGB, § 238 Rn. 10.

¹²⁹⁶ *Wolters*, in: SK, StGB, § 238 Rn. 10; *Gazeas*, JR 2007, 497 (499); *Valerius*, JuS 2007, 319 (321); *Kinzig/Zander*, JA 2007, 481 (483).

(b) *Versuch der Kontaktaufnahme - § 238 Abs. 1 Nr. 2 StGB*

Diese Tatbestandsalternative umfasst den Versuch der Kontaktaufnahme, darüber hinaus aber auch die erfolgreiche Herstellung desselben. Das kann nach Alt. 1 entweder durch Telekommunikationsmittel wie SMS, E-Mail, Fax, Telefon oder durch die Nutzung von internetbasierten Diensten wie Chat, instant messaging, (sozialen) Netzwerken oder ähnlichem geschehen. Der Versuch ist unternommen, wenn sprachlich-gedankliche Informationen vom Täter mit Zielrichtung auf das Opfer ausgesendet wurden.

Unter sonstigen Mitteln der Kommunikation ist zunächst an verbale Kommunikation in Form von Sprache in verkörperter Form als Briefe oder sonstige geschriebene Nachrichten zu denken. Weiter sind auch reine Darstellungen wie Fotos oder deren Verkörperung auf Datenträgern sowie akustische Nachrichten auf Tonträgern umfasst.

Umstritten ist, ob nonverbale Kommunikation, insbesondere die Verwendung eines Kommunikationsmittels ohne Informationsgehalt, wie z. B. eine E-Mail ohne Inhalt und Betreff oder „Telefonterror“ durch Telefonanrufe ohne sprachliche Nutzung sowie Sendungen ohne „Begleitschreiben“ darunterfallen. Nach e. A. zählen diese Verhaltensweisen nicht zur Nr. 2, da andernfalls praktisch jedes Stalkingverhalten unter diese Tatbestandsalternative zu subsumieren und eine sinnvolle Abgrenzung zu anderen Handlungen kaum möglich sei¹²⁹⁷. Konsequenz dieser Auffassung ist, dass solche nonverbalen Handlungen über den Auffangtatbestand der Nr. 5 Eingang finden müssten, was die Folgefrage der Vergleichbarkeit aufwirft. Nach a. A. zählen auch nonverbale Verhaltensweisen zur Nr. 2¹²⁹⁸.

Nach dem Wortlaut der Nr. 2 Alt. 1 und Alt. 2 geht es um den Versuch der Kontaktherstellung unter Verwendung von Kommunikationsmitteln, also gerade nicht um die Kommunikation als solche, was bereits für ein weites Verständnis der Tatbestandsalternative spricht. Kontakt und Kommunikation können zwar synonym verstanden werden, Kontakt wird jedoch auch in der Bedeutung „Herstellung einer Verbindung“ verwendet¹²⁹⁹. Da der Gesetzgeber die Begriffe der Kommunikation und des Kontaktes final-konnex verwendet, bringt er zum Ausdruck, dass diese nicht synonym zu verstehen sind. Kontakt ist bei § 238 Abs. 1 Nr. 2 mehr als (verbale) Kommunikation. Selbst wenn man auf die Kommunikation des Täters mit dem Opfer abstellt, sind jedenfalls alle Kontaktversuche einzubeziehen, die einen kommunikativen Akt enthalten. Das mag nicht für anonyme Geschenke gelten, bei denen sich allein aus einer Vermutung des Opfers die Kommunikation ergibt, gilt hingegen für Störanrufe oder sonstige Verhaltensweisen, die dem Opfer kommunizieren, dass der Täter die Lebensgestaltung des Opfers kontrollieren kann¹³⁰⁰.

Auch Sinn und Zweck der Vorschrift gebieten es, die Kontaktherstellung nicht auf verbale Kommunikationsvorgänge einzuschränken, denn es geht um den Schutz vor psychischen Angriffen auf den individuellen Lebensbereich. Der sozial inadäquaten Nutzung von Kommunikationsmitteln – auch und gerade in sachfremder Art und Weise – kann sich das Opfer nur durch Verzicht auf das jeweilige Kommunikationsmittel entziehen, wenn es dem dadurch vermittelten Verkehr mit dem Täter entgehen will. Dieser Verzicht stellt

¹²⁹⁷ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 13; Wolters, in: SK, StGB, § 238 Rn. 11; Gazeas, JR 2007, 497 (500); Eidam, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 238 Rn. 16; Sonnen, in: NK, StGB, § 238 Rn. 36.

¹²⁹⁸ Fischer, StGB, § 238 Rn. 14; Gericke, in: MK, StGB, § 238 Rn. 23.

¹²⁹⁹ Scholze-Stubenrecht, Duden Universalwörterbuch, S. 1034, Stichwort „Kontakt“.

¹³⁰⁰ So auch Krehl, in: LK, StGB, § 238 Rn. 42.

jedoch eine Beeinträchtigung des individuellen Lebensbereichs dar, da er durch die sachfremde Nutzung durch den Täter erzwungen wird. Der Systematik nach bedarf es keiner Abgrenzung zwischen den einzelnen Tatbestandsalternativen bei der Kontaktaufnahme durch nonverbale Kommunikation. Das Argument mangelnder Abgrenzbarkeit verfährt nicht, denn wie zuvor festgestellt, handelt es sich bei Nrn. 1 und 2 um Verhaltensweisen, die sich aufgrund ihrer grundsätzlichen Sozialadäquanz von denen der Nrn. 3 und 4 unterscheiden. Bereits daraus ergibt sich ein geeignetes Abgrenzungskriterium. Zwischen Nrn. 1 und 2 ist die Abgrenzung ebenfalls nicht davon abhängig, ob verbal kommuniziert wird, sondern ob die bei Nr. 1 erforderliche körperlich-räumliche Nähe geschaffen wurde. Die Befürchtung, eine sinnvolle Abgrenzung sei nicht möglich, geht mithin ins Leere. Vorzugswürdig ist die Auffassung, nach der jede beharrliche Verwendung von Kommunikationsmitteln den Tatbestand erfüllt, denn dadurch wird eine vormals sozialadäquate Handlung zur Rechtsgutsverletzung, die sich von allen anderen Stalkinghandlungen dadurch unterscheidet, dass bei ihr nicht die räumliche Nähe maßgebend ist (Nr. 1) und sie nicht bereits bei der einmaligen Vornahme sozial inadäquat war (Nrn. 3 und 4).

Schließlich kann nach Alt. 3 die offene Kontaktherstellung auch durch gut- oder bösgläubige Dritte, wie Arbeitskollegen oder Freunde, erfolgen. Ein besonderes Näheverhältnis zwischen dem Dritten und dem Opfer ist nicht erforderlich¹³⁰¹.

Unter die Tatvariante des § 238 Abs. 1 Nr. 2 StGB lassen sich alle Fälle verbaler sexueller Belästigung fassen, insbesondere die milden Formen der zweideutigen Äußerungen oder der Einladungen und Briefe mit sexuellen Absichten, da es für § 238 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht auf den Inhalt der Kommunikation ankommt. Gleichwohl ist festzuhalten, dass die Schutzrichtung eine andere ist. Der Straftatbestand schützt vor dem unerwünschten Kontakt, die Vorschriften des AGG vor dem sexuellen Inhalt der Kommunikation. Nur wenn beides zusammenkommt, ist die sexuelle Belästigung nach § 238 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar.

(c) *Bestellung von Waren oder Kontaktaufnahme durch Dritte - § 238 Abs. 1 Nr. 3 StGB*

§ 238 Abs. 1 Nr. 3 StGB betrifft die Fälle, bei denen der Täter für das Opfer – ob im Namen des Opfers oder als dessen Vertreter spielt keine Rolle – eine Bestellung aufgibt, z. B. bei einem Pizzalieferservice, oder in anderer Weise Dritte veranlasst, mit dem Opfer Kontakt aufzunehmen, z. B. durch eine Kontaktanzeige¹³⁰². Ob dem Opfer ein wirtschaftlicher Nachteil zugefügt wird, ist unerheblich¹³⁰³, denn im Kern geht es um die Verletzung des Schutzgutes durch mittelbare Kontaktherstellung des Täters mit dem Opfer über dritte Personen. Einer tatsächlichen Kontaktherstellung bedarf es dem Wortlaut nach nicht. In Nr. 3 wird auf die Aufgabe der Bestellung bzw. die Veranlassung Dritter abgestellt, mithin auf den Zeitpunkt und die Handlung, die gegenüber dritten Personen den Geschehensablauf in Gang setzt. Dabei kann es sich um Umstände handeln, die zeitlich der mittelbaren Kontaktherstellung weit vorgelagert sind. Freilich wird § 238 Abs. 1 StGB kaum jemals

¹³⁰¹ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 14; *Wolters*, in: SK, StGB, § 238 Rn. 11; *Eidam*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 238 Rn. 17; a. A. *Rössner/Krupna*, in: *Dölling/Dutge/Rössner*, § 238 Rn. 6.

¹³⁰² *Enger Gazeas*, JR 2007, 497 (500) der Schenkungen ausnehmen will. Das dürfte aber dem Sinn und Zweck der Vorschrift zuwiderlaufen. Ob Todesanzeigen unter Nr. 3 oder Nr. 5 fallen ist umstritten, für diese Arbeit jedoch unerheblich. Zum Streitstand vgl. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 18.

¹³⁰³ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 16; *Fischer*, StGB, § 238 Rn. 15a; anders wohl *Krehl*, in: *LK*, StGB, § 238 Rn. 46.

verwirklicht sein, wenn das Opfer von der Bestellung oder Veranlassung nichts erfährt, denn eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung ist dann nicht zu besorgen.

Bei der Bestellung oder Veranlassung ist die missbräuchliche Verwendung der personenbezogenen Daten des Opfers erforderlich. Für den Begriff der personenbezogenen Daten kann die Definition in § 3 Abs. 1 BDSG herangezogen werden. Danach sind personenbezogene Daten Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person. Diese werden missbräuchlich verwendet, wenn der Täter nicht zur Nutzung im Sinne von § 238 Abs. 1 Nr. 3 StGB befugt ist¹³⁰⁴. Für eine Strafbarkeit ist mithin hier „doppelte“ Unbefugtheit erforderlich durch unbefugte Verwendung von Daten und unbefugtes Nachstellen.

Mangels direkter Kontaktaufnahme ist kaum ein Fall sexueller Belästigung am Arbeitsplatz denkbar, denn bei dieser kommt es dem Täter regelmäßig auf die unmittelbare Verübung sexuellen Verhaltens an.

(d) Bedrohung - § 238 Abs. 1 Nr. 4 StGB

Bedroht der Täter das Opfer mit der Verletzung einer der in Nr. 4 genannten Rechtsgüter des Opfers oder einer dem Opfer nahestehenden Person, ist die Tatvariante erfüllt. Zum Begriff der Drohung ist auf § 240 StGB zu verweisen¹³⁰⁵. Die Drohung ist weiter als bei § 241 StGB, da auch die Drohung mit einem Vergehen erfasst wird. Die tatsächliche Durchführung der angedrohten Verhaltensweisen durch Gewalt oder einen tätlichen Angriff wird von Nr. 4 nicht gefordert¹³⁰⁶.

(e) Andere vergleichbare Handlung - § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Auch andere, mit Nrn. 1 bis 4 vergleichbare Handlungen sollen von Nr. 5 erfasst werden, bei der es sich um einen Auffangtatbestand handelt, der Strafbarkeitslücken für solche Verhaltensweisen vermeiden soll, die sich nicht unter eine der vorgesehenen Fallgruppen subsumieren lassen und es ermöglichen soll, künftigen technischen Entwicklungen Rechnung zu tragen. Damit werde der für das Phänomen Stalking typischen Vielgestaltigkeit möglicher Verhaltensformen Rechnung getragen¹³⁰⁷. Diese gesetzgeberische Aufforderung zur Analogie zu Ungunsten des Täters wird im Schrifttum überwiegend und zu Recht abgelehnt¹³⁰⁸. Ein Auffangtatbestand ist in einem fragmentarischen Strafrecht nicht nötig, zumal die harten Formen des Stalkings von anderen Straftatbeständen erfasst werden und

¹³⁰⁴ Fischer, StGB, § 238 Rn. 15.

¹³⁰⁵ Vgl. diese Arbeit unter D. V. 1. d) bb).

¹³⁰⁶ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 19.

¹³⁰⁷ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses BT-Drs. 16/3641 vom 29.11.2006, S. 14. Krit. Schöch, NStZ 2013, 221 (222) „totes Recht“ mangels Anwendung. Bereits aus dieser Begründung des Gesetzgebers folgt, dass gegenwärtig nicht absehbare Verhaltensweisen künftig – quasi vorbeugend – unter Strafe gestellt werden sollen, was mit dem Bestimmtheitsgebot nicht vereinbar ist. Zu Recht daher der ablehnende Hinweis bei Eidam, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 238 Rn. 21.

¹³⁰⁸ Vgl. die Nachweise bei Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 23; Gazeas, JR 2007, 497 (501 f.); a. A. Gericke, in: MK, StGB, § 238 Rn. 35; Mosbacher, NStZ 2007, 665 (668); Krüger, FPR 2011, 219 (221).

die weichen Formen von § 238 Abs. 1 Nrn. 1 bis 4 StGB¹³⁰⁹. Die Zulässigkeit einer in-
 nertatbestandlichen Analogie, wie bei §§ 315, 315b StGB, ist aufgrund des Verweises auf
 die in Nrn. 1 bis 4 genannten vergleichbaren Handlungen bereits fraglich¹³¹⁰, da diese
 disparate Begehensweisen beinhalten. Selbst wenn man die Analogie insoweit für zulässig
 hielt, führte eine solche jedoch zu einer nicht hinreichend bestimmten Vorschrift im
 Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG, da, anders als bei § 315b StGB, der Ausgangsbegriff des
 beharrlichen Nachstellens und der Erfolg der schwerwiegenden Beeinträchtigung der Le-
 bensgestaltung zu wenig konturiert sind¹³¹¹.

Beispiele für vergleichbare Handlungen wären das Schalten von Anzeigen zu Lasten des
 Opfers, die jedoch keine Kontaktaufnahme durch Dritte ermöglichen, wie z. B. Todesan-
 zeigen oder verdeckte Ausforschung sowie alle Verhaltensweisen, die quantitativ und
 qualitativ eine vergleichbare Schwere aufweisen¹³¹².

(aa) Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz als andere vergleichbare Handlung?

Kann unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten i. S. v. § 3 Abs. 4 AGG eine andere
 vergleichbare Handlung darstellen? Dazu müssen zunächst die Anforderungen an eine
 Nachstellung erfüllt sein, d. h. es muss sich um ein Täterverhalten handeln, das darauf
 gerichtet ist, durch unmittelbare oder mittelbare Annäherungen an das Opfer in dessen
 persönlichen Lebensbereich einzugreifen und dadurch seine Handlungs- und Entschlie-
 ßungsfreiheit zu beeinträchtigen¹³¹³. Dies muss beharrlich erfolgen, mithin von besonde-
 rer Hartnäckigkeit und gesteigerter Gleichgültigkeit des Täters gegenüber dem gesetzli-
 chen Verbot gekennzeichnet sein und objektiv durch Wiederholung zum Ausdruck ge-
 bracht werden, wobei sich die Beharrlichkeit aus der Gesamtwürdigung der verschiedenen
 Handlungen ergibt, bei der die Anzahl der Angriffe ist zu berücksichtigen ist¹³¹⁴. Wie
 zuvor bereits festgestellt, beinhaltet der Tatbestand der sexuellen Belästigung die Beharr-
 lichkeitsanforderungen nicht.

Weiter muss die sexuelle Belästigung eine Handlung sein, die ihrer Bedeutung nach den
 in § 238 Abs. 1 Nrn. 1 bis 4 StGB genannten entspricht, also sowohl quantitativ als auch
 qualitativ eine vergleichbare Schwere aufweist und in ihrem Handlungs- und Erfolgsun-
 wert diesen gleichkommt, so die Anforderungen der Beschlussempfehlung¹³¹⁵. Folgt man
 der von *Kühl* vertretenen Ansicht, dass die vergleichbare Handlung nicht knapp neben
 oder kurz vor den genannten Handlungen liegen darf, ergibt sich hieraus eine zusätzliche
 Einschränkung bzw. die Anforderung an Andersartigkeit¹³¹⁶.

Die erforderliche Quantität hängt von den Umständen des Einzelfalls und damit auch von
 der Qualität der Handlung ab.

¹³⁰⁹ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 238 Rn. 5; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 22; *Wolters*,
 in: SK, StGB, § 238 Rn. 14.

¹³¹⁰ Vgl. den kritischen Hinweis von *Kühl*, Stellungnahme als Sachverständiger vom 13.10.2006, S. 8.

¹³¹¹ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 23; ausführlich *Fischer*, StGB, § 238 Rn. 6 ff.; *Gazeas*, JR
 2007, 497 (502); *Wolters*, in: SK, StGB, § 238 Rn. 14; *Krehl*, in: LK, StGB, § 238 Rn. 55 f.

¹³¹² Vgl. zu weiteren Beispielen *Fischer*, StGB, § 238 Rn. 17a; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn.
 21; *Gericke*, in: MK, StGB, § 238 Rn. 37; einschränkend *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 238 Rn. 5, wo-
 nach nur „andere“ Verhaltensweisen erfasst werden; ihm folgend *Gazeas*, JR 2007, 497 (502).

¹³¹³ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. V. 3. c) aa) (1).

¹³¹⁴ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. V. 3. c) aa) (2).

¹³¹⁵ BT-Drs. 16/3641 vom 29.11.2006, S. 14.

¹³¹⁶ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 238 Rn. 5.

Hinsichtlich der Qualität ist ein Vergleich der in Ziffern 1 bis 4 genannten Handlungen mit den Verhaltensweisen des § 3 Abs. 4 AGG anzustellen. Die dort genannten Verhalten sind jeweils sexuell bestimmt und entweder kommunikativer oder physischer Art.

Soweit es sich um Verhalten physischer Art handelt, geht die Qualität der Handlung und damit das Handlungsunrecht über die Anforderungen des § 238 StGB hinaus, denn darin sind keine physischen Übergriffe erfasst. Aufgrund des intensiveren Eingriffs in die Körpersphäre statt lediglich in den individuellen Lebensbereich steht fest, dass Andersartigkeit angenommen werden kann. Fraglich ist jedoch, ob Vergleichbarkeit noch gegeben ist. Betrachtet man den Erfolgswert, so lässt sich sowohl bei der sexuellen Belästigung als auch bei der Nachstellung als Gemeinsamkeit festhalten, dass im Erfolgsfall ein Freiheitsrecht des Opfers verletzt wurde. Die Tatfolgen sind mithin vergleichbar: das Opfer leidet psychisch unter dem dominierenden Einfluss des Täters, der sich seine Überlegenheit in sexueller Hinsicht bei der physischen Belästigung bzw. in kommunikativer Hinsicht bei der Nachstellung zunutze macht und das Opfer dadurch in seiner individuellen Freiheit beschneidet.

Vergleichbarkeit einer anderen Handlung nach Nr. 5 mit den Handlungen der Nrn. 1 bis 4 setzt voraus, dass die zu vergleichenden Handlungen in bestimmten Merkmalen übereinstimmen¹³¹⁷. Die Anforderung des Gesetzes und des Gesetzgebers ist mithin nicht, dass identische oder sehr ähnliche Handlungen bei Nr. 5 einbezogen werden können, sondern lediglich solche, bei denen Vergleichbarkeit möglich ist hinsichtlich der oben genannten Kriterien. Da bei sexuellen Berührungen mehrere Merkmale übereinstimmen, ist die Vergleichbarkeit zu bejahen. Sexuell bestimmte Berührungen sind als Form der sexuellen Belästigung eine mögliche Nachstellungshandlung des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB.

Gleiches gilt für die milderen Begehungsweisen der Belästigung durch nicht berührende Verhaltensweisen. Diese kommunikativen Verhaltensformen stellen gegenüber den Ziffern 1 bis 3 ein Plus dar, da Nr. 1 die räumliche Nähe genügen lässt, Nr. 2 den Versuch und Nr. 3 schließlich stellt auf die Bestellung bzw. Veranlassung ab, so dass es in allen Fällen nicht zur Kommunikation mit dem Opfer kommen muss. Zu dem die Vergleichbarkeit begründenden Erfolgswert ist auf die obigen Feststellungen zu verweisen.

(bb) Zwischenfazit

Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ist eine Form der Belästigung des § 3 Abs. 4 AGG. Zwar ist sie aufgrund der Eingriffsintensität regelmäßig bereits bei einmaliger sexueller Verhaltensweise verwirklicht und unterscheidet sich dadurch von den quantitativ höheren Anforderungen des § 238 Abs. 1 StGB. Das verwundert jedoch nicht, handelt es sich bei einer Strafnorm stets um die Ultima-ratio des Gesetzgebers. Inhaltlich geht es bei § 238 Abs. 1 StGB um die beharrliche Begehung belästigender Verhaltensweisen von gewisser Schwere. Die sexuell belästigenden Verhaltensweisen stehen diesen nicht nach, sondern übertreffen sie dem Handlungsunwert nach sogar. Die Wiederholungsanforderungen sind daher im Rahmen der Beharrlichkeit an der unteren Grenze zu verorten, freilich stets abhängig von den Gesamtumständen des Einzelfalls. Die wiederholte sexuelle Belästigung

¹³¹⁷ Stimmen sie in allen Merkmalen überein, sind sie identisch; stimmen sie in keinem Merkmal überein, sind sie inkomparabel.

am Arbeitsplatz stellt demnach hinsichtlich der Tathandlung eine Nachstellung nach § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB dar¹³¹⁸.

bb) Taterfolg - Schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung

Die Nachstellung ist als Erfolgsdelikt ausgestaltet. Der Täter muss die Lebensgestaltung des Opfers schwerwiegend beeinträchtigen.

(1) *Beeinträchtigung der Lebensgestaltung*

Eine Beeinträchtigung der Lebensgestaltung liegt vor, wenn das Opfer zu einem Verhalten veranlasst wird, welches es ohne Zutun des Täters nicht gezeigt hätte – oder anders ausgedrückt: welches es gegen seinen wahren Willen vornimmt¹³¹⁹. Dabei geht es um Maßnahmen zum Schutz vor den Nachstellungshandlungen des Täters oder um diesen auszuweichen. Sofern die Maßnahmen nicht allein aufgrund der Nachstellungshandlungen ergriffen werden, sind Kausalitätsüberlegungen oder Fragen der objektiven Zurechnung anzustellen, die im Rahmen dieser Arbeit jedoch nicht untersucht werden können. Die Reaktion des Opfers muss objektiv erkennbar sein, also in der Außenwelt wahrnehmbar sein. Rein interne, psychische Vorgänge werden nicht erfasst¹³²⁰.

(2) *Schwere der Beeinträchtigung*

Die Beeinträchtigung der Lebensgestaltung ist schwerwiegend, wenn das unfreiwillige Verhalten des Opfers zu gravierenden, ernst zu nehmenden Folgen führt, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung erheblich und objektivierbar hinausgehen¹³²¹. Als Beispiele hierfür wird der Wechsel der Wohnung oder des Arbeitsplatzes angeführt. Nicht ausreichend sind weniger gewichtige Maßnahmen der Eigenvorsorge wie z. B. die Einrichtung einer Fangschaltung¹³²².

Nach einer Auffassung im Schrifttum wird vom Opfer verlangt, dass es gewissen Nachstellungshandlungen in besonnener Selbstbehauptung standhält¹³²³. Richtig an dieser Anforderung ist, dass das Opfer „warten“ muss, bis der Täter die Tathandlung begangen hat, was bei der Nachstellung aufgrund ihrer Mehrgliedrigkeit die wiederholte Begehung einer Handlung nach Nrn. 1 bis 5 voraussetzt, bevor es in tatbestandsbegründender Weise unfreiwillige Abwehr- oder Ausweichmaßnahmen durchführt. Das kann für besonders empfindliche Personen eine zu hohe Hürde sein. Freilich ist es nicht gehindert, solche bereits vor Abschluss der Tathandlung vorzunehmen. Das kann den Täter begünstigen, denn die Beeinträchtigung der Lebensgestaltung muss auf den Nachstellungshandlungen beruhen („dadurch“). Entspricht die Tathandlung (noch) nicht den gesetzlichen Anforderungen,

¹³¹⁸ Ähnlich *Valerius*, JuS 2007, 319 (322).

¹³¹⁹ *BGH*, Beschl. v. 19.11.2009 – 3 StR 244/09, BGHSt 54, 189 (197) „erzwungene Veränderung der Lebensumstände“; *Rössner/Krupna*, in: Dölling/Dutge/Rössner, § 238 Rn. 10.

¹³²⁰ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 30; *Fischer*, StGB, § 238 Rn. 22; *Wolters*, in: SK, StGB, § 238 Rn. 4.

¹³²¹ *BGH*, Beschl. v. 19.11.2009 – 3 StR 244/09, BGHSt 54, 189; *OLG Rostock*, Beschl. v. 27.05.2009 – 1 Ss 96-09 I 40/09, BeckRS 2009, 19346 II. b.; *Fischer*, StGB, § 238 Rn. 23; *Gazeas*, JR 2007, 497 (503); krit. *Mitsch*, NStZ 2010, 513 (514). Vgl. zu neueren Ausweitungstendenzen *Köhne*, ZRP 2014, 141 ff.

¹³²² BT-Drs. 16/575 vom 8.2.2006, S. 8; *BGH*, Beschl. v. 19.11.2009 – 3 StR 244/09, BGHSt 54, 189 (197); *OLG Hamm*, Beschl. v. 20.11.2008 – 3 Ss 469/08, NStZ-RR 2009, 175; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 238 Rn. 2; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 30; *Wolters*, in: SK, StGB, § 238 Rn. 6; *Fischer*, StGB, § 238 Rn. 24.

¹³²³ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 30; *Gericke*, in: MK, StGB, § 238 Rn. 50;

liegt mithin insbesondere Beharrlichkeit (noch) nicht vor, hat das Opfer aber bereits reagiert, führt das Opferverhalten nicht zu einer Begründung der Strafbarkeit.

Problematisch ist hingegen der Fall, in dem das Opfer trotz ausreichend gegebener Nachstellungshandlungen nicht reagiert, denn dieses Standhalten führt zur Verneinung der Strafbarkeit eines objektiv strafbaren Verhaltens. Besonders standhafte Opfer schützen mithin den Täter, etwa wenn das Opfer trotz andauernden Telefonterrors bis zur Stellung des Strafantrags nicht unternimmt¹³²⁴. Daran ändert auch die objektivierbare Beeinträchtigung nichts, die nicht allein auf die subjektive Sicht des Opfers abstellt. Denn dieser Betrachtungsmaßstab hilft nur bei der Frage, ob es sich um eine schwerwiegende Beeinträchtigung handelt oder diese noch hinzunehmen ist. Da sich sowohl bei besonders empfindsamen als auch standhaften Personen Strafbarkeitslücken ergeben, ist davon auszugehen, dass die Norm auf durchschnittlich empfindsame Personen zugeschnitten ist¹³²⁵.

Für die Frage nach der Erheblichkeitsschwelle der Schwere der Beeinträchtigung gibt die Definition des Gesetzgebers, der sich die Rechtsprechung und zum überwiegenden Teil auch die Literatur angeschlossen haben, wenig Ansatzpunkte. Es bleibt vage, wann die Beeinträchtigung ausreichend schwerwiegend ist. Einigkeit besteht darüber, dass der Wechsel des Arbeitsplatzes hierfür ausreichen soll. Darunter ist nach Sinn und Zweck der Vorschrift jede Form des Wechsels zu verstehen, mithin der räumliche Wechsel ebenso wie der Positions- oder Arbeitgeberwechsel. Positions- und Arbeitgeberwechsel sind unzweifelhaft schwerwiegende Beeinträchtigungen der beruflichen Lebensgestaltung. Der räumliche Wechsel des Arbeitsplatzes – z. B. von einem Bürotrakt in einen anderen oder von einer Stadt in eine andere – kann in besonders milden Ausprägungen noch hinzunehmen sein, etwa wenn in das benachbarte Büro umgezogen wird, weil dort neben Frauen auch Männer arbeiten und das Opfer sich davon eine Verhinderung künftiger Nachstellungen erhofft. Abgesehen von diesen Grenzfällen ist der räumliche Arbeitsplatzwechsel aber auch bei vergleichsweise geringfügigen Veränderungen ausreichend, denn mit ihm geht stets eine Veränderung des arbeits-sozialen und arbeits-organisatorischen Umfeldes einher, das sich darüber hinaus arbeitstäglich perpetuiert und dadurch auf das Opfer einwirkt.

d) Subjektiver Tatbestand

Nach der h. M. genügt grundsätzlich *dolus eventualis* hinsichtlich aller Merkmale des objektiven Tatbestandes¹³²⁶. Das gilt nach überwiegender Meinung trotz der subjektiven Elemente, die der Beharrlichkeit innewohnen und der Zielgerichtetheit des Aufsuchens räumlicher Nähe bei Nr. 1. Der Vorsatz muss sich dabei auch auf die Unbefugtheit erstrecken¹³²⁷.

¹³²⁴ Vgl. wie hier *Schöch*, NStZ 2013, 221 (223).

¹³²⁵ *Wolters*, in: SK, StGB, § 238 Rn. 2; ähnlich *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 238 Rn. 2; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 30; *Mitsch*, NJW 2007, 1237 (1240).

¹³²⁶ H. M., vgl. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 33; *Gericke*, in: MK, StGB, § 238 Rn. 51; *Krehl*, in: LK, StGB, § 238 Rn. 73; *Mosbacher*, NStZ 2007, 665 (669); *Kinzig/Zander*, JA 2007, 481 (484). A. A. *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 238 Rn. 4 u. 7 der bei Nr. 1 "Gezieltheit" fordert; *Gazeas*, JR 2007, 497 (499) verlangt bei Nr. 1 *dolus directus* 1. Grades; krit. *Fischer*, StGB, § 238 Rn. 30 zu be- dingt vorsätzlicher Verwirklichung von Beharrlichkeit.

¹³²⁷ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 33.

e) **Vollendung, Strafantrag**

Vollendet ist die Nachstellung mit Eintritt der Beeinträchtigung. Der Versuch ist als solcher nicht strafbar, allerdings genügt bei Handlungen nach Nr. 2 der Versuch der Kontaktaufnahme. Es handelt sich nach § 238 Abs. 4 StGB um ein relatives Antragsdelikt, sofern nicht besonderes öffentliches Interesse vorliegt.

f) **Zwischenfazit**

Der wiederholt sexuell belästigende Arbeitgeber macht sich der Nachstellung strafbar, wenn er die Belästigung in Form gleicher oder unterschiedlicher Nachstellungshandlungen nach § 238 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 StGB verübt. Regelmäßig sind dabei das Aufsuchen der räumlichen Nähe oder Kontaktversuche durch Kommunikationsmittel betroffen oder vergleichbare andere Handlungen nach Nr. 5. Gegenüber den Sexualdelikten besteht bei § 238 StGB keine Erheblichkeitsschwelle hinsichtlich der sexuellen Handlung, so dass der Nachstellungstatbestand als Auffangtatbestand für belästigende sexuelle Handlungen dienen könnte. Dass dem nicht so ist, ergibt sich aus der Wiederholungsanforderung des Beharrlichkeitsmerkmals, welche die vereinzelt Belästigung unberücksichtigt lässt und aus dem Charakter des Erfolgsdelikts, welches eine vom Opfer vorzunehmende, objektivierbare Reaktion auf die Tathandlungen voraussetzt. Dieses Reaktionserfordernis entspricht nicht dem überwiegenden Verhalten sexuell belästigter Frauen, die eher dazu tendieren, den Übergriff mit sich selbst auszumachen und zu verschweigen; jedenfalls nicht gravierende und ernst zu nehmende Ausweichhandlungen zu vollziehen.

§ 238 Abs. 1 StGB kann daher nur dort als Straftatbestand einer sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz zur Anwendung gelangen, wo sich einerseits Übergriffe häufen und das Opfer zu einer entsprechenden Veränderung der Lebensgestaltung bewogen haben.

g) **Täterschaft und Teilnahme**

Es gelten grundsätzlich die allgemeinen Regeln zu Täterschaft und Teilnahme, wobei zu beachten ist, dass die Begehung nach § 238 Abs. 1 Nr. 1 StGB ein eigenhändiges Delikt darstellt, da räumliche Nähe zwischen Täter und Opfer hergestellt werden muss¹³²⁸. Dritte Personen bei Nr. 2 und Nr. 3 können Gehilfenstatus haben, sofern sie – was regelmäßig nicht der Fall sein wird – bösgläubig sind¹³²⁹.

VI. **STRAFTATEN GEGEN DIE ÖFFENTLICHE ORDNUNG**

1. **§ 130 StGB – Volksverhetzung**

a) **Einleitung**

Baer stellt in ihrer Schrift zur grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung fest, dass § 130 StGB nicht auf Fälle sexueller Belästigung angewendet werde, obwohl „sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz [...] nicht selten die Form grober Beschimpfung aller oder bestimmter Frauen“ annehme¹³³⁰. Diese Feststellung wird durch

¹³²⁸ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 238 Rn. 35.

¹³²⁹ *Gericke*, in: MK, StGB, § 238 Rn. 57; *Fischer*, StGB, § 238 Rn. 33.

¹³³⁰ *Baer*, Würde oder Gleichheit?, S. 141 ff.

die in der vorliegenden Arbeit berücksichtigten Umfragen und empirischen Untersuchungen zur sexuellen Belästigung nicht gestützt. Es handelt sich bei sexueller Belästigung am Arbeitsplatz primär um individualbezogenes Verhalten, das meist aus einem körperlichen Übergriff besteht, so dass die Nichtanwendung in diesen Fällen berechtigt erscheint. Da sexuelle Belästigung aber auch durch Äußerungen erfolgen kann, ist die Strafbarkeit nach § 130 StGB zu untersuchen.

b) Rechtsgut

Welches Rechtsgut von § 130 StGB geschützt wird, ist umstritten. Abs. 1 und 2 der Vorschrift schützen nach überwiegender Ansicht in erster Linie den öffentlichen Frieden¹³³¹. Darüber hinaus wird die Menschenwürde als weiteres Schutzgut angesehen¹³³². Je nach vertretener Auffassung wird dieses auch als das zentrale Schutzgut verstanden¹³³³. Eine a. A. vertritt, dass § 130 StGB vor allem dem Schutz von Individualrechtsgütern diene¹³³⁴.

Folgt man der h. M. und sieht den öffentlichen Frieden im Sinne eines Zustandes des frei von Furcht verlaufenden Zusammenlebens der Bürger und des Vertrauens der Bevölkerung, mindestens jedoch einer nicht unbeträchtlichen Anzahl von Personen, in die Fortdauer dieses Zustandes als zentrales Schutzgut¹³³⁵, ergeben sich bereits hier Zweifel, ob eine sexuelle Belästigung eine Gefährdung des Schutzgutes hervorzubringen vermag.

Erforderlich und ausreichend ist die *Eignung* zur Störung des öffentlichen Friedens. Es handelt sich mithin um ein abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt¹³³⁶, für dessen Verwirklichung es nicht darauf ankommt, dass eine konkrete Gefahr für den öffentlichen Frieden verursacht wird. Die Tathandlung muss konkret geeignet sein, eine Friedensstörung herbeizuführen¹³³⁷.

c) Objektiver Tatbestand des Abs. 1

aa) Geschützter Personenkreis

Angriffsobjekte sind die in § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB genannten Gruppen, Teile der Bevölkerung und einzelne Personen, die zu einer Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung zählen. Ob sich Schnittmengen der geschützten Personen bei § 130 Abs. 1 StGB und § 3 Abs. 4 AGG ergeben, scheint zunächst fraglich, da sich sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz regelmäßig nur gegen *eine* Person richtet. Auch der Wortlaut des § 3 Abs. 4 AGG deutet darauf hin, indem er von *der* betreffenden Person spricht. Da bei § 130 Abs. 1 StGB seit der Erweiterung durch das Gesetz vom 16.3.2011¹³³⁸ auch einzelne Personen

¹³³¹ Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, § 130 Rn. 1a; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 130 Rn. 1; Schäfer, in: MK, StGB, § 130 Rn. 2; Altenhain, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 130 Rn. 3; Krauß, in: LK, § 130 Rn. 2 m. w. N.

¹³³² Maurach/Schroeder/Maiwald, BT 1, § 60 Rn. 57; Ostendorf, in: NK, StGB, § 130 Rn. 4 („quantitative Menschenwürde“).

¹³³³ Rössner/Krupna, in: Dölling/Duttge/Rössner, § 130 Rn. 1.

¹³³⁴ Fischer, StGB, § 130 Rn. 2; Rudolphi/Stein, in: SK, StGB, § 130 Rn. 1c („Persönlichkeitsrechte“).

¹³³⁵ Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, § 126 Rn. 1.

¹³³⁶ Auch als potentielles Gefährdungsdelikt bezeichnet, vgl. Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, § 130 Rn. 1.

¹³³⁷ BGH, Urt. v. 12.12.2000 – 1 StR 184/00, BGHSt, 212 (218); OLG Stuttgart, Urt. v. 19.5.2009 – 2 Ss 1014/09, NStZ 2010, 453 (455); Schäfer, in: MK, StGB, § 130 Rn. 9.

¹³³⁸ BGBI. I 2011, S. 418 ff.

Angriffsobjekt sein können, könnte sich daraus eine Anwendbarkeit des Volksverhetzungstatbestandes bei sexueller Belästigung ergeben. Hierfür ist die Zugehörigkeit zu einer der genannten Gruppen oder zu einem Teil der Bevölkerung erforderlich.

Damit stellt sich die Frage, welche Gruppe oder welcher Bevölkerungsteil betroffen ist. Sofern die sexuelle Belästigung in tätlicher Weise begangen wird, liegt keine Äußerung hierzu vor. In diesem Fall ist es nicht vorstellbar, dass das rein körperliche Verhalten zugleich einen Angriff auf eine bestimmte Gruppe oder einen Bevölkerungsteil darstellt. Dies kann auch nicht aus der Zugehörigkeit der betroffenen Person zu einer Gruppe oder zu einem Bevölkerungsteil hergeleitet werden. Handelt es sich um eine verbale Äußerung, hat diese zunächst sexuell bestimmt zu sein und muss gleichzeitig den Angriff gegenüber der Einzelperson auf die Gruppe oder den Bevölkerungsteil transportieren. Das kann z. B. bei verbalen Äußerungen der Fall sein, bei denen die betreffende Person zum sexuellen Verkehr aufgefordert wird unter Verweis darauf, dass die Mitglieder der nationalen, rassistischen, religiösen oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmten Gruppe gerne mit wechselnden Partnern verkehren würden.

(1) Gruppenzugehörigkeit

Unter einer solchermaßen gesetzlich geschützten Gruppe ist eine durch gemeinsame Merkmale und deren subjektive Entsprechung verbundene Mehrzahl von Personen zu verstehen, die sich hierdurch von anderen unterscheiden¹³³⁹. Diese können zugleich auch Teile der Bevölkerung darstellen, sofern sie über eine entsprechende Größe verfügt. Im Unterschied zum Bevölkerungsteil müssen sich ihre Mitglieder jedoch nicht im Inland befinden.

Da der Katalog der geschützten Gruppen abschließend ist und das Geschlecht dabei keine Rolle spielt, kommt eine Gruppenzugehörigkeit allein aufgrund des weiblichen Geschlechts nicht in Betracht. Gleiches gilt für die weniger häufigen sexuellen Belästigungen von männlichen oder andersgeschlechtlichen Personen oder aus Gründen der Homosexualität. Eine Strafbarkeit nach § 130 Abs. 1 StGB kommt mithin nur dann in Betracht, wenn der Täter die sexuelle Belästigung einer Person, die zu einer der geschützten Gruppen zählt, unter Verweis auf die Gruppenzugehörigkeit begeht.

(2) Teile der Bevölkerung

Um Teile der Bevölkerung handelt es sich bei Personenmehrheiten, die sich auf Grund gemeinsamer äußerer oder innerer Merkmale als eine von der übrigen Bevölkerung unterscheidbare Bevölkerungsgruppe darstellen und die zahlenmäßig von einiger Erheblichkeit, d. h. individuell nicht mehr überschaubar sind¹³⁴⁰. Dabei muss es sich um in Deutschland lebende Personen handeln, unabhängig von ihrer Staatsbürgerschaft.

Das ist für das weibliche Geschlecht der Fall, da sich diese Personen durch körperliche Merkmale von andersgeschlechtlichen Personen unterscheiden. Dass es sich bei den weiblichen Personen tatsächlich um die Personenmehrheit in Deutschland handelt, spielt keine

¹³³⁹ *Schäfer*, in: MK, StGB, § 130 Rn. 28; *Krauß*, in: LK, § 130 Rn. 75.

¹³⁴⁰ *BGH*, Urt. v. 30.1.1979 – 5 StR 642/78, GA 1979, 391 ff., abrufbar über juris; *BGH*, Urt. v. 3.4.2008 – 3 StR 394/07, BHGR Strafsachen § 130 Nr. 1 - Bevölkerungsteil 3.; *OLG Stuttgart*, Urt. v. 19.5.2009 – 2 Ss 1014/09, NSz 2010, 453 (454); *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 130 Rn. 2; *Fischer*, StGB, § 130 Rn. 4.

Rolle¹³⁴¹, da § 130 Abs. 1 StGB nicht voraussetzt, dass der Bevölkerungsteil zur Minderheit zählt und auch die Gefährdung des öffentlichen Friedens gerade dieses Bevölkerungsteils auch dann in Frage kommt, wenn es sich dabei um die Mehrheit handelt – jedenfalls solange diese Mehrheit nicht weit überwiegt ist¹³⁴². In den Fällen der sexuellen Belästigung von Männern durch Frauen oder der gleichgeschlechtlichen Belästigung von Männern stellt sich diese Frage aufgrund der Zugehörigkeit zur Minderheit bereits nicht.

(3) Zwischenfazit

Auch eine einzelne Person kann im Rahmen einer sexuellen Belästigung Angriffsobjekt einer Volksverhetzung sein, wenn dadurch ein Angriff auf eine geschützte Gruppe oder einen Teil der Bevölkerung verübt wird. Der Angriff muss den gesetzlichen Anforderungen an die Tathandlung genügen.

bb) Tathandlung

(1) Aufstacheln zum Hass, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen - Abs. 1 Nr. 1

Aufstacheln zum Hass ist das Einwirken auf Sinne und Gefühle einer anderen Person das objektiv geeignet und subjektiv bestimmt ist, eine gesteigerte, über die bloße Ablehnung und Verachtung hinausgehende feindselige Haltung gegen die betreffenden Bevölkerungsteile zu erzeugen oder zu steigern¹³⁴³. Zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen stachelt auf, wer andere in einer über das bloße Befürworten hinausgehenden Art und Weise ausdrücklich oder konkludent einwirkt mit dem Ziel, in ihnen den Entschluss zu diskriminierenden Handlungen hervorzurufen, die den elementaren Geboten der Menschlichkeit widersprechen¹³⁴⁴. Der Appell richtet sich gegen Dritte. Bei der sexuellen Belästigung geht es zwar auch um diskriminierendes Verhalten, dieses richtet sich jedoch regelmäßig direkt gegen die betroffene Person. Selbst in den Fällen der Anweisung zur Belästigung oder der Belästigung in Gegenwart dritter Personen erreicht belästigendes Verhalten üblicherweise nicht die Qualität des Aufstachelns.

(2) Beschimpfen, böswillig verächtlich machen oder verleumden - Abs. 1 Nr. 2

Die Begehungsmöglichkeiten der Nr. 2 stellen qualitativ niedrigere Anforderungen an die Tathandlung. So stellt das Beschimpfen eine nach Inhalt oder Form besonders verletzendes Äußerung der Missachtung dar, die sowohl durch Tatsachenbehauptungen als auch durch Werturteile erfolgen kann¹³⁴⁵. Auch böswilliges Verächtlichmachen ist eine Äußerung.

¹³⁴¹ Krit. *Fischer*, StGB, § 130 Rn. 4.

¹³⁴² Das Verhältnis von Frauen zu Männern beträgt nach dem fortgeschriebenen Ergebnis des Zensus 2011 zum Stichtag 31.03.2014 ca. 51 Prozent zu ca. 49 Prozent, *Statistisches Bundesamt*, Bevölkerung 30.09.2014, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Bevoelkerungsstand/Tabellen/Zensus_Geschlecht_Staatsangehoerigkeit.html (besucht am 16.06.2016)

¹³⁴³ *BGH*, Urt. v. 15.3.1994 – 1 StR 179/93, BGHSt 40, 97 (102) unter Verweis auf *BGH*, Urt. v. 15.11.1967 – 3 StR 4/67; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 130 Rn. 4; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 130 Rn. 5a; *Schäfer*, in: MK, StGB, § 130 Rn. 40.

¹³⁴⁴ *BGH*, Urt. v. 3.4.2008 – 3 StR 394/07, BGHR StGB, § 130 Nr. 1, Auffordern 1; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 130 Rn. 5b; *Fischer*, StGB, § 130 Rn. 10.

¹³⁴⁵ *BGH*, Urt. v. 12.12.2000 – 1 StR 184/00, BGHSt, 212 (216); *Schäfer*, in: MK, StGB, § 130 Rn. 51; *Fischer*, StGB, § 130 Rn. 11.

Durch sie soll eine Person als der Achtung der Staatsbürger unwert und unwürdig hingestellt werden¹³⁴⁶. Das Verleumden schließlich ist im Sinne des § 187 StGB zu verstehen als eine wider besseren Wissens aufgestellte Tatsachenbehauptung¹³⁴⁷.

Neben diesen Missachtungsäußerungen setzt Nr. 2 auch einen Angriff auf die Menschenwürde voraus. Dieser erfordert, dass die betroffene Person nicht nur in einzelnen Persönlichkeitsrechten angegriffen, sondern im Kern ihrer Persönlichkeit getroffen wird, d. h. sie muss als unterwertig bezeichnet und ihr Lebensrecht in der Gemeinschaft in Abrede gestellt werden¹³⁴⁸. Das ist dann der Fall, wenn die Person, die Gruppe oder der Bevölkerungsteil so wie Tiere abzuschießen, zu vergasen oder in sonstiger Weise zu behandeln sei, durch welche das Menschentum des bzw. der Angegriffenen bestritten wird. Eine tatsächliche Verletzung der Menschenwürde ist nicht erforderlich¹³⁴⁹.

Eine Verneinung des Menschentums der sexuell belästigten Person wird mit den hier aufgestellten Kategorien von Übergriffen regelmäßig nicht erreicht. So stellen weder unerwünschte Einladung noch anzügliche Bemerkungen einen derart massiven Angriff auf die Persönlichkeitsrechte dar. Bei sexuellen Erpressungen ist ebenfalls davon auszugehen, dass auch hierin regelmäßig kein Unwerturteil über das Lebensrecht in der Gemeinschaft enthalten ist, mag die Erpressung auch mit Beschimpfungen oder Verächtlichmachung einhergehen. In Fällen krasser Unverhältnismäßigkeit des Vorteils – oder des zu vermeidenden Nachteils – und der sexuellen Handlung lässt sich dem Ansinnen möglicherweise eine Bewertung der betroffenen Person als unterwertig entnehmen, wenn die Auslegung der Äußerung ergibt, dass der unverhältnismäßige Vorschlag genau das zum Ausdruck bringen sollte.

cc) Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens

Die Tat muss ferner geeignet sein, den öffentlichen Frieden nach eingangs genannter Definition zu stören. Die Eignung ist zu bejahen, wenn die Tat nach Art und Inhalt der tatbestandlichen Äußerung oder den sonstigen relevanten Umständen des Einzelfalls so beschaffen ist, dass das Ergebnis einer Gesamtwürdigung die Besorgnis rechtfertigt, es werde zu einer Störung des öffentlichen Friedens kommen¹³⁵⁰. Dafür ist nicht erforderlich, dass der Angriff öffentlich erfolgt oder dass der betroffene Bevölkerungsteil oder die Gruppe überhaupt davon erfährt, sondern lediglich, dass nach den konkreten Umständen mit einem bekannt werden in der Öffentlichkeit zu rechnen ist, wofür die öffentliche Resonanz in den Medien ein gewichtiges Indiz darstellt¹³⁵¹.

Bei sexistischem Verhalten von prominenten Personen wie z. B. Politikern kann dies möglich sein, wie der erwähnte Fall des Politikers der FDP Herr Rainer Brüderle im Jahr 2012

¹³⁴⁶ *BGH*, Urt. v. 14.10.1952 – 2 StR 339/52, BGHSt 3, 346 (348).

¹³⁴⁷ *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 130 Rn. 5d; vgl. hierzu auch diese Arbeit unter D. III. 3.

¹³⁴⁸ *BGH*, Urt. v. 15.11.1967 – 3 StR 4/67, BGHSt 21, 371 (373); *BGH*, Urt. v. 12.12.2000 – 1 StR 184/00, BGHSt 212; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 130 Rn. 3 mit weiteren Nachweise zur Rechtsprechung und Literatur; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 130 Rn. 6.

¹³⁴⁹ *Fischer*, StGB, § 130 Rn. 12 – 12c; *Streng*, in: Küper u. a., FS-Lackner, S. 501 (508).

¹³⁵⁰ *Schäfer*, in: MK, StGB, § 130 Rn. 23

¹³⁵¹ *BGH*, Urt. v. 20.6.1979 – 3 StR 131/79, BGHSt 29, 26 (27); *BGH*, Urt. v. 6.4.2000 – 1 StR 502/99, BGHSt 46, 36 (42); *BGH*, Urt. v. 10.4.2002 – 5 StR 485/01, BGHSt 47, 275 (282); *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 130 Rn. 11; *Schäfer*, in: MK, StGB, § 130 Rn. 25.

gezeigt hat. Gleiches ist für sexuell diskriminierendes Verhalten anzunehmen. Andererseits deuten die Anzahl der statistisch erfassten Fälle sexueller Belästigung am Arbeitsplatz und das weit verbreitete Desinteresse der Öffentlichkeit an der darüber erfolgenden Berichterstattung, dass eine konkrete sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz im Allgemeinen nicht geeignet ist, den öffentlichen Frieden des betroffenen Bevölkerungsteils zu stören. In der Öffentlichkeit bekannte Täter müssten davon ausgehen, dass ihre Handlungen bevorzugt auf mediales Interesse stoßen und daher eher dazu geeignet sind, den öffentlichen Frieden zu stören.

Das *OLG Stuttgart* pflegt einen unkomplizierten Umgang mit diesem Tatbestandsmerkmal, wenn es feststellt, dass ein Werturteil, welches einen Angriff gegen die Menschenwürde darstellt, in der Regel geeignet sei, den öffentlichen Frieden zu stören¹³⁵².

Ein Automatismus zwischen einer sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz und ihrer Eigenschaft zur Störung des öffentlichen Friedens lässt sich nicht annehmen, da die sich aus der sexuellen Belästigung der betroffenen Person ergebenden Rechte nach den §§ 13 ff. AGG keine zwingende Veröffentlichung vorsehen. Das Ergebnis der Beschwerdestelle ist nach § 13 Abs. 1 Satz 2 AGG der die Beschwerde führenden Person mitzuteilen; die Rechte aus den übrigen Vorschriften richten sich gegen den Arbeitgeber und sehen keine zwingende Teilnahme von Behörden oder Dritten vor. Es lässt sich daher nicht sagen, dass eine sexuelle Belästigung stets geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören.

d) Objektiver Tatbestand des § 130 Abs. 2 StGB

Die Tathandlungen des Abs. 2 entsprechen denen des Abs. 1. Hierzu ist auf die vorangegangenen Ausführungen zu verweisen. Eine sexuelle Belästigung wird kaum jemals die erforderliche Angriffsqualität aufweisen. Die Tatmittel des Abs. 2 sind Schriften i. S. d. § 11 Abs. 3 StGB oder Darbietungen, die durch Rundfunk, Medien- und Teledienste verbreitet werden. In Betracht kommen mithin schriftliche sexuell bestimmte Verhaltensweisen wie unerwünschte Einladungen per E-Mail oder als Brief sowie pornografische Darstellungen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass es kein Verbreiten im Sinne der Vorschrift darstellt, wenn die Schrift lediglich zwischen zwei Personen ausgetauscht wird, denn das Tatbestandsmerkmal des Verbreitens erfordert, dass die Schrift einem größeren, nicht mehr kontrollierbaren Personenkreis zugänglich gemacht wird¹³⁵³. Daran mangelt es bei den hier zu untersuchenden typischen Konstellationen der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz, die sich entweder darin erschöpfen, dass sie der belästigten Person oder allenfalls noch einem Kreis von Kollegen zugehen.

e) Zwischenfazit

Die Volksverhetzung nach § 130 Abs. 1 und Abs. 2 StGB setzt einen qualifizierten Angriff voraus, dessen Unrechtsgehalt im Vergleich zu den Beleidigungsdelikten gesteigert sein muss. Die Tat muss von Feindseligkeit geprägt sein und sich gegen den unverzichtbaren Persönlichkeitskern der betroffenen Person richten. Ferner kommen Angriffe in Betracht, die eine schwerwiegende Missachtung durch ein hohes Maß an Gehässigkeit oder Rohheit

¹³⁵² *OLG Stuttgart*, Urt. v. 19.5.2009 – 2 Ss 1014/09, NStZ 2010, 453 (Ls.).

¹³⁵³ Siehe nur *BVerfG*, Beschl. v. 9.11.2011 – 1 BvR 461/08, NJW 2012, 1498 (1500).

zum Ausdruck bringen und das Existenzrecht der angegriffenen Person in der Gemeinschaft negieren¹³⁵⁴.

Es ist bereits zweifelhaft, dass eine verbale sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz die für § 130 StGB erforderliche Angriffsqualität erreicht. Aber selbst wenn dies einmal der Fall wäre, bliebe zweifelhaft, ob beim kumulativen Vorliegen der objektiven Voraussetzungen des § 130 Abs. 1 StGB und des § 3 Abs. 4 AGG davon gesprochen werden kann, dass die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz *als* Volksverhetzung strafbar ist. Zwar richten sich beide Taten gegen die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person, die Angriffsqualität unterscheidet sich jedoch so gravierend, dass üblicherweise anhand der subjektiven Anforderungen eine Abgrenzung vorgenommen werden kann. Allerdings umfasst die Bewirken-Alternative von § 3 Abs. 4 AGG keine subjektive Komponente¹³⁵⁵, weshalb eine Unterscheidung in dieser Konstellation nicht möglich ist. Denknotwendig und systematisch kann folglich nicht ausgeschlossen werden, dass sich der sexuelle Belästiger in einem extrem krassen Fall auch der Volksverhetzung strafbar macht.

Daraus abzuleiten, dass die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz als Volksverhetzung strafbar *sei*, wird dem Befund nicht gerecht. Zutreffender ist die Feststellung, dass eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz zu einer strafbaren Volksverhetzung führend kann, wenn die Angriffshandlung das Maß dessen massiv überschreitet, welches für eine sexuelle Belästigung typisch ist und der Angriff nicht nur gegen die sexuelle Selbstbestimmungsfreiheit geführt wird, sondern gegen die Person als Mitglied der Gemeinschaft – und zwar stellvertretend für alle Personen des Bevölkerungsteils oder der Gruppe.

2. § 140 StGB - Belohnung und Billigung von Straftaten

a) Rechtsgut

Nach § 140 StGB macht sich strafbar, wer eine der genannten Straftaten, nachdem sie begangen oder in strafbarer Weise versucht wurde, belohnt oder öffentlich billigt. Geschütztes Rechtsgut ist nach h. M. der öffentliche Friede vor der Entstehung eines psychischen Klimas am sich greifender Verbrechensbereitschaft¹³⁵⁶. Individualrechtsgüter sind nicht geschützt, was die Anwendung des § 140 StGB auf eine sexuelle Belästigung fraglich erscheinen lässt.

b) Tathandlung

Bei der erforderlichen Vortat kann es sich um eine eigene oder fremde rechtswidrige Straftat handeln¹³⁵⁷, sofern diese nur konkret bestimmt ist – eine Billigung der Gattung nach

¹³⁵⁴ *Krauß*, in: LK, § 130 Rn. 34; *Schäfer*, in: MK, StGB, § 130 Rn. 21.

¹³⁵⁵ Vgl. diese Arbeit C.III.5.f)aa).

¹³⁵⁶ *BGH*, Urt. v. 17.12.1968 – 1 StR 161/68, BGHSt 22, 282 (286); *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 19.10.1995 – 3 Ss 9/95, NStZ-RR 1996, 58 (58); *Hanack*, in: LK, § 140 Rn. 1a; *Rudolphi/Stein*, in: SK, StGB, § 140 Rn. 2a; krit. *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 140 Rn. 1; *Kühl*, NJW 1987, 737 (745); *Fischer*, StGB, § 140 Rn. 2 (Schutz der Rechtsgüter der in § 140 StGB genannten Tatbestände vor Wiederholung bzw. Nachahmung); so auch *Hohmann*, in: MK, StGB, § 140 Rn. 2; *Dietmeier*, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 140 Rn. 1; a. A. *Ostendorf*, in: NK, StGB, § 140 Rn. 3 („Rechtskonsens in der Bevölkerung“); ähnlich *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 2, § 102 Rn. 2: „§ 140 schützt daher die grundlegenden Wertauffassungen der Gemeinschaft“.

¹³⁵⁷ *BGH*, Urt. v. 9.8.1977 – 1 StR 74/77, NJW 1978, 58 (58); *Fischer*, StGB, § 140 Rn. 3.

genügt nicht¹³⁵⁸. Von den maßgebenden Straftaten kommt unter den hier untersuchten allein § 177 StGB in Betracht.

aa) Fremde Vortat

(1) *Angewiesene Vortat*

Zu einer fremden Vortat kann ein Vorgesetzter nach § 3 Abs. 5 AGG angewiesen haben. Die Anweisung zur Benachteiligung stellt eine Benachteiligung dar.

Bei § 140 StGB muss die Belohnung oder die Billigung erfolgen, *nachdem* die Vortat begangen oder versucht wurde, andernfalls eine Beteiligung an der Vortat vorliegt¹³⁵⁹. Anders hingegen bei § 3 Abs. 5 AGG, wo die Anweisung dem Wortsinn nach bereits ein zeitlich vor der Benachteiligung liegendes Tun oder Unterlassen voraussetzt. Die Tat handlungen fallen zeitlich zwingend auseinander, weshalb sich keine Schnittmenge zwischen den objektiven Tatbeständen bilden lässt, mithin eine Strafbarkeit nach § 140 StGB ausscheidet, wenn es sich um die sexuelle Belästigung durch eine dritte Person handelt, welche mindestens die Qualität einer versuchten sexuellen Nötigung gem. §§ 177 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB erreicht.

(2) *Unabhängige Vortat*

Bei einer fremden Vortat, die nicht auf einer Anweisung basiert, also in keiner Verbindung zur Belohnung oder Billigung steht, könnte eine Strafbarkeit nach § 140 StGB wegen sexueller Belästigung gegeben sein, da der soeben aufgeworfene zeitliche Widerspruch in dieser Konstellation nicht existiert.

(a) § 140 Nr. 1 StGB – Belohnung

Belohnen nach § 140 Nr. 1 StGB erfordert die Zuwendung eines zuvor nicht versprochenen, ggf. auch nicht materiellen Vorteils. Eine Belohnung wäre z. B. die Beförderung des Täters oder eines Teilnehmers einer sexuellen Belästigung, sofern diese mindestens die Qualität einer versuchten sexuellen Nötigung, §§ 177 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB erreicht hat. Befördert der Arbeitgeber den sexuellen Belästiger nach seiner (mindestens versuchten) Tat, ohne dies zuvor versprochen zu haben, liegt darin die Verwirklichung des § 140 Nr. 1 StGB. Eine sexuelle Belästigung ist hierin jedoch nicht zu sehen, da die Beförderung die Tatbestandsanforderungen des § 3 Abs. 4 oder des Abs. 5 AGG nicht erfüllt. Infolge dessen lässt sich auch nicht feststellen, dass die sexuelle Belästigung *als* Belohnung von Straftaten nach § 140 Nr. 1 StGB strafbar sei. Etwas Anderes könnte sich bei der Billigung der sexuellen Belästigung ergeben.

(b) § 140 Nr. 2 StGB – Billigung

Eine Vortat billigt, wer diese „guteißt“ oder sich moralisch hinter den Täter stellt¹³⁶⁰. Die Billigung hat dabei nicht ausdrücklich zu erfolgen, muss jedoch von außen wahrnehmbar sein. Ferner muss sie zur Störung des öffentlichen Friedens geeignet sein und der Form

¹³⁵⁸ BGH, Urt. v. 17.12.1968 – 1 StR 161/68, BGHSt 22, 282 (287); BGH, Urt. v. 9.8.1977 – 1 StR 74/77, NJW 1978, 58 (58); *Sternberg-Lieben*, in: Schöнке/Schröder, StGB, § 140 Rn. 1; *Hohmann*, in: MK, StGB, § 140 Rn. 8.

¹³⁵⁹ *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 140 Rn. 5; *Fischer*, StGB, § 140 Rn. 6.

¹³⁶⁰ BGH, Urt. v. 17.12.1968 – 1 StR 161/68, BGHSt 22, 282 (286 f.); *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 15.11.2002 – 1 Ws 179/02, NJW 2003, 1200 (1201); *Sternberg-Lieben*, in: Schöнке/Schröder, StGB, § 140 Rn. 5.

nach öffentlich, d. h. gegenüber einer individuell nicht feststehenden Anzahl von Personen, oder in einer Versammlung oder durch Schriften erfolgen. Daran wäre zu denken, wenn ein Vorgesetzter per Mitteilung eine sexuelle Nötigung positiv bewertet.

Doch gilt auch hier, dass die Billigung für sich genommen weder den Anforderungen des § 3 Abs. 4 noch des Abs. 5 AGG genügt; es sei denn sie enthält die dortigen Tatbestandsmerkmale. Entscheidend für die Verbindung zwischen sexueller Belästigung und dem hier untersuchten Straftatbestand ist also, ob es sich bei diesem Gutheißenden selbst um eine sexuelle Belästigung handeln kann. Das bedeutet, dass *eine* sexuelle Belästigung für sich genommen nicht zugleich den Straftatbestand des § 140 StGB erfüllen kann, selbst wenn es sich um eine Tat handelt, die nach § 177 StGB strafbar ist. Erforderlich ist stets eine weitere sexuelle Belästigung, die in der Art und Weise der Billigung der ersten sexuellen Belästigung liegt. Ferner ist einschränkend zu berücksichtigen, dass die Billigung nur in den genannten Formen möglich ist.

Nimmt der sexuelle Belästiger Bezug auf die Vortat eines anderen – etwa bei einer schriftlichen sexuellen Einladung – ist darüber hinaus stets auch das Erfordernis der Eignung zur Friedensstörung zu erfüllen. Nicht jede E-Mail, die auf eine fremde Vortat Bezug nimmt, hat die erforderliche Qualität, zu einem psychischen Klima um sich greifender Verbrechensbereitschaft zu führen. Tatsächlich dürfte dies – wie auch bei § 130 StGB – nur in absoluten und extremen Ausnahmefällen gegeben sein, weshalb unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Schutzgüter, des Erfordernisses einer Vortat und der Qualität der Billigung nicht davon gesprochen werden kann, dass eine (typische) sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz nach § 140 StGB strafbar ist.

bb) Eigene Vortat

Nichts Anderes ergibt sich bei einer Vortat durch den Belohner oder Billiger selbst, sofern man berücksichtigt, dass die Begehung der Tat allein für § 140 StGB nicht genügt. Erforderlich ist eine über die mit der Tatbegehung verbundene Rechtsstörung hinausgehende Eignung zur Friedensstörung¹³⁶¹.

c) Zwischenfazit

Wie bereits bei § 130 StGB so ist auch bei § 140 StGB die Frage nach der Tatbestandsmäßigkeit bei sexueller Belästigung am Arbeitsplatz zu verneinen. Die Begründung dafür wird einerseits getragen von den nicht übereinstimmenden Schutzgütern. Hinzu tritt, dass nur besondere Begehungsweisen der sexuellen Belästigung eine Strafbarkeit begründen. Das ist zwar bei allen anderen hier untersuchten Straftatbeständen auch der Fall, da die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz als solche ein große Bandbreite möglicher Begehungsweisen zulässt. Im Unterschied zu den übrigen Delikten, insbesondere den Sexualdelikten, ist hier jedoch zusätzlich zu einer bestimmten Vorgehensweise eine Vortat nach § 177 StGB erforderlich.

Dieser Umstand alleine führt nicht zu einem logischen Ausschluss des § 140 StGB aus der Reihe möglicher Straftatbestände, schränkt jedoch in Verbindung mit den in Frage kommenden Begehungsweisen die denkbaren Fallkonstellationen dahingehend ein, dass

¹³⁶¹ Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, § 140 Rn. 5.

aufgrund der Vortat weder von *einer* sexuellen Belästigung noch wegen der zur friedensstörenden geeigneten Begehungsweise der (zweiten) sexuellen Belästigung von einer *typischen* gesprochen werden kann.

Stattdessen ist von einer Strafbarkeit *anlässlich* einer sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz oder mit Bezug auf eine solche auszugehen. Für die hier angestellte Untersuchung der Strafbarkeit *wegen* sexueller Belästigung ist die Frage nach derselben zu verneinen.

E. ZUSAMMENFASSUNG UND BEWERTUNG DER ERGEBNISSE

I. ZUSAMMENFASSUNG DER STRAFBARKEIT

In der Literatur finden sich vereinzelte Stimmen, die von einer Strafflosigkeit der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz oder einzelner Handlungen, die als sexuelle Belästigung zu qualifizieren sind, ausgehen. Am prominentesten konstatiert *Frommel*¹³⁶² und ihr folgend *Baer*¹³⁶³, dass sexuelle Belästigung in einen strafrechtsfreien Raum falle. Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangen *Schaefer/Wolf*, die eine Strafbarkeitslücke festgestellt haben und *Adelmann*, deren Beitrag mangelnde Strafbarkeit von sexuellen Grapschereien im Allgemeinen kritisiert¹³⁶⁴. Zu einem differenzierten Ergebnis gelangt *Mästle*, der bei gewalttätigen Belästigungen und Quid-pro-quo-Fällen eine Strafbarkeit des Belästigers nach § 177 Abs. 1 StGB oder § 240 StGB erkennt, gleichzeitig aber bei weniger schweren Belästigungen Defizite sieht¹³⁶⁵. Auch *Herzog* stellt fest, dass belästigendes Verhalten lediglich vereinzelt strafbar ist¹³⁶⁶.

Die vorliegende Untersuchung hat sich zum Ziel gesetzt, diese teilweise sehr knappen Einschätzungen zu überprüfen. Hierzu wurden anhand vielfach verwendeter typischer Items Formen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz gebildet und sodann deren Strafbarkeit untersucht. Das hat zu folgenden Ergebnissen geführt:

1. Darstellung nach Items

a) Indirekte Formen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz

(1) Anzügliche Bemerkungen über die Figur oder sexuelles Verhalten im Privatleben als indirekte Form sexueller Belästigung ohne körperlichen Übergriff kann als Beleidigung oder Verleumdung strafbar sein. Tritt das Verhalten wiederholt auf, kommt auch § 238 StGB in Betracht.

(2) Vermeintlich zufällige körperliche Berührungen wie z. B. das Vorbeistreifen an einer Kollegin bei beengten Platzverhältnissen ist aufgrund des zweideutigen Charakters nicht strafbar. Es erfüllt weder die Erheblichkeitsanforderungen einer sexuellen Handlung noch ist der Eingriff in die körperliche Sphäre ausreichend stark, um die Körperverletzungsdelikte zu eröffnen. Es liegt hierbei auch keine Nötigung der für § 240 StGB erforderlichen Qualität vor.

(3) Pornografische Bilder am Arbeitsplatz fallen erwartbarerweise unter § 184 StGB und – sofern es sich bei der davon belästigten Person um ein Kind handelt – auch unter § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB.

¹³⁶² *Frommel*, NK 1993, 22 (27).

¹³⁶³ *Baer*, Würde oder Gleichheit?, S. 146.

¹³⁶⁴ *Schaefer/Wolf*, ZRP 2001, 27 f.; *Adelmann*, JURA 2009, 24 ff.

¹³⁶⁵ *Mästle*, AuR 2002, 410 (411 f.). Ferner könne beim Handel mit sexuellen Gefälligkeiten der sexuelle Missbrauch von Schutzbefohlenen gem. § 174 StGB oder ggf. exhibitionistische Handlungen gem. § 183 StGB vorliegen. § 185 StGB könne allenfalls punktuell zum Einsatz gelangen.

¹³⁶⁶ *Herzog*, S. 88.

b) Direkte Formen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz

(1) Unerwünschte Einladungen mit sexuellen Absichten und Nachrichten mit sexuellen Anspielungen können Kindern gegenüber nach § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB strafbar sein, wenn es sich um Schriften im Sinne des Gesetzes handelt. Solches Verhalten kann auch gegenüber Erwachsenen als Nachstellung strafbar sein, wenn es beharrlich erfolgt. Im Einzelfall kann durch diese Belästigungsformen auch ein Beleidigungsdelikt oder eine Bedrohung verwirklicht werden.

(2) Sexuelle Erpressung durch Versprechen beruflicher Vorteile gegen sexuelles Entgegenkommen ist Kindern gegenüber nach § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB und eingeschränkt auch nach § 174 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 StGB strafbar und kann bei Jugendlichen die Anforderungen des § 182 StGB erfüllen. Außerhalb dieser Tatbestände stellt sexuelle Erpressung stets eine Beleidigung dar und bei Beharrlichkeit eine Nachstellung. Sofern zuvor vom Belästiger ein Nachteil zugefügt wurde kommt auch eine Nötigung durch Drohung in Betracht. Hiervon zu unterscheiden ist die sexuelle Erpressung durch Androhung von Nachteilen bei sexueller Verweigerung, die bei ansonsten unverändertem Befund stets eine Nötigung nach § 240 Abs. 1 Alt. 2 StGB darstellt.

(3) Die direkte Aufforderung zum sexuellen Verkehr ist gegenüber Kindern als sexueller Missbrauch nach § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB strafbar, im Übrigen nur bei beharrlichem Verhalten als Nachstellung. Sofern sie entsprechend vorgetragen wird, kommt auch eine Beleidigung in Betracht.

(4) Beim Erzwingen von sexuellen Handlungen besteht kein Zweifel an der Erheblichkeit im Sinne des § 184h StGB. Regelmäßig wird eine sexuelle Nötigung, jedenfalls aber eine einfache Nötigung, ggf. auch ein besonders schwerer Fall derselben, vorliegen. Bei beharrlichem Vorgehen kommt auch eine Nachstellung in Betracht. Sofern es sich beim Opfer um eine besonders schutzbedürftige Person handelt, kommen abhängig vom Schutzgrund die §§ 176 und 180 StGB bei Kindern und Jugendlichen, § 182 StGB bei Jugendlichen sowie die §§ 179, 174, 174a StGB bei entsprechenden Personen in Betracht.

Mildere Formen sexueller körperlicher Übergriffe sind im Einzelnen:

Das Klatschen auf das Gesäß, welches mangels sexueller Erheblichkeit nur als Körperverletzung nach § 223 StGB oder § 229 StGB strafbar ist, sofern die dortigen Voraussetzungen erfüllt werden.

Das Berühren der weiblichen Brust ist bei entsprechend starker Einwirkung gleichfalls als Körperverletzung strafbar. Es wird in dieser Arbeit als sexuell erhebliche Handlung bewertet und kann daher zudem gegenüber Widerstandsunfähigen nach § 179 StGB sowie gegenüber Kindern nach §§ 176 und 180 StGB und Jugendlichen nach § 182 StGB strafbar sein. Ebenso in den Sonderschutzverhältnissen nach § 174 Abs. 1 StGB und § 174a StGB.

Küsse fallen nach der hier vertretenen Auffassung nicht zwingend in die Kategorie sexuell erheblicher Handlungen. Es ist nach der Art ihrer Ausführung und dem Alter des Opfers zu unterscheiden. Ein Zungenkuss wäre mit Ausnahme der Körperverletzungsdelikte wie das Berühren der weiblichen Brust zu bestrafen. Weniger intensive Küsse werden regelmäßig unter der Erheblichkeitsschwelle bleiben, sofern nicht das Opfer ein Kind ist.

Das Zurschaustellen des männlichen Genitals ist eine exhibitionistische Handlung und demzufolge nach § 183 StGB strafbar. Sofern es sich zugleich um eine sexuelle Handlung handelt, kommen die §§ 176 Abs. 2, 174 Abs. 3 sowie 180 Abs. 3 StGB in Betracht.

2. Darstellung nach Straftatbeständen

(1) Delikte gegen die öffentliche Ordnung, insbesondere die §§ 130 und 140 StGB werden durch sexuelle Belästigung nicht verwirklicht¹³⁶⁷.

(2) Die Körperverletzungsdelikte der §§ 223 und 229 StGB kommen bei den körperlichen Übergriffen in Betracht. Voraussetzung hierfür ist jedoch ein entsprechend massiver Übergriff, der nicht bereits bei jeder körperlichen Berührung vorliegt, weshalb bei vermeintlich zufälligen Berührungen grundsätzlich nicht auf Körperverletzung zu erkennen ist. § 225 StGB stellt für die sexuelle Belästigung zu hohe Anforderungen an die Verletzungshandlung, um eine Strafbarkeit zu begründen.

(3) Von den Delikten gegen die persönliche Freiheit kommt bei beharrlichem Vorgehen regelmäßig eine Strafbarkeit wegen Nachstellung in Betracht. Sofern Handlungen erzwungen werden, liegt eine Nötigung nach § 240 StGB vor, die auch bei der sexuellen Erpressung verwirklicht sein kann. Die sexuelle Belästigung ist nur in Ausnahmefällen als Bedrohung nach § 241 StGB strafbar.

(4) Meist ist in der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz kein Beleidigungsdelikt zu sehen. Üble Nachrede oder Verleumdung sind nur in Ausnahmefällen und bei Anwesenheit weiterer Personen verwirklicht. Eine Beleidigung nach § 185 StGB liegt hingegen regelmäßig in Fällen sexueller Erpressung vor.

(5) Die Sexualdelikte führen bei sexueller Belästigung am Arbeitsplatz überwiegend nicht zu einer Strafbarkeit. Sie sind aufgrund der mit der sexuellen Handlung verbundenen Erheblichkeitsanforderung des § 184h Nr. 1 StGB bereits tatbestandlich oftmals nicht erfüllt. Als Ausnahme ist § 176 StGB anzusehen, bei dem einerseits mit Abs. 4 Nr. 4 eine Vorschrift innerhalb der Sexualdelikte vorliegt, die keine sexuelle Handlung erfordert. Darüber hinaus ist bei § 176 StGB allgemein aufgrund des geringen Alters des Opfers die Erheblichkeitsschwelle abzusenken, so dass gegenüber Erwachsenen nicht erhebliche Handlungen bereits als sexuelle Handlungen zu qualifizieren sein können. Gegenüber erwachsenen, nicht gesondert schutzbedürftigen Personen ist selbst der eindeutige Griff an die weibliche Brust nicht zwingend eine erhebliche sexuelle Handlung i. S. d. § 184h StGB.

Die sexuelle Nötigung nach § 177 StGB kann nur dort zur Anwendung gelangen, wo eine erzwungene sexuelle Handlung vorliegt.

Beim Missbrauch einer widerstandsunfähigen Person sind die Anforderungen an die Erheblichkeit zu reduzieren, weshalb hier auch der Griff an die weibliche Brust und ggf. auch aufgedrängte Küsse als sexuelle Handlungen an einer Person zu werten sind.

Der Missbrauch Schutzbefohlener nach § 174 StGB setzt ein entsprechendes Obhutsverhältnis voraus. Das Obhutsverhältnis ist ein Grund für die Reduzierung der Erheblichkeitsanforderungen ebenso wie das geringe Alter bzw. die Jugendlichkeit des Opfers. Es

¹³⁶⁷ A. A. Baer, Würde oder Gleichheit?, S. 145.

ist daher unter Berücksichtigung des konkreten Alters der körperliche Übergriff gegen die weibliche Brust als sexuelle Handlung zu werten. Abhängig von der Heftigkeit auch aufgedrängte Küsse und nach Abs. 3 das Zurschaustellen des Genitals, sofern dabei sexuelle Handlungen vor dem Opfer vorgenommen werden.

Personen nach § 174a StGB sind aufgrund ihrer Abhängigkeit vom Anstaltspersonal im Vergleich zu nicht gesondert schutzbedürftigen Personen ebenfalls stärker zu schützen, mithin sind die Anforderungen des § 184h StGB zu reduzieren, so dass auch Grapscheereien an der weiblichen Brust oder am Genital erheblich sein können. Mildere körperliche Übergriffe sind nicht erheblich.

Bereits aus den genannten drei Tatbeständen, bei denen es um den Schutz der sexuellen Selbstbestimmungsfreiheit von Personen mit erhöhter Schutzbedürftigkeit geht und die teilweise Sonderdelikte sind, wird erkennbar, dass die Beschränkung des § 184h StGB die tragende Rolle für die Strafbarkeit vergleichbarer Übergriffe bildet. Diese Vorschrift ist gleichsam das Tor zu den meisten Sexualdelikten, denn sie bestimmt, ob mit dem Vorliegen einer sexuellen Handlung der Anwendungsbereich eröffnet ist.

Es ist daher angebracht, die Schwelle der Erheblichkeit bei Kindern auf das geringste Niveau abzusenken und sexuelle Handlungen zum Schutz der Opfer bereits in pornografischen Bildern und sexuellen Einladungen oder Anspielungen zu sehen. Selbstverständlich hat dies dann auch für Formen sexueller Erpressung und sexueller körperlicher Übergriffen jeglicher Art zu gelten. Danach sind bei § 176 StGB von den genannten Items nur zufällige Berührungen, anzügliche, d. h. nicht eindeutig sexuelle Bemerkungen und nicht-sexuelle körperliche Berührungen straffrei.

Bei Jugendlichen ist, abhängig vom jeweiligen Alter des Opfers, die Erheblichkeitsschwelle entsprechend nach oben anzupassen. § 182 StGB ist mithin bei sexueller Erpressung in Betracht zu ziehen, da die Vorschrift auf die Zwangslage der jugendlichen Person abzielt bzw. auf die mit der Jugendlichkeit verbundene leichtere Disposition sexueller Selbstbestimmung gegen Entgelt. Die Qualität der sexuellen Handlung hängt von der Tatbestandsalternative und dem damit verbundenen Alter ab, welches bei Abs. 1 keiner Beschränkung nach unten unterliegt.

Ähnliches gilt bei § 180 Abs. 3 StGB, der jedoch wegen des zusätzlich erforderlichen Obhutsverhältnisses leicht verringerte Anforderungen stellt, so dass der Griff an die Brust den Tatbestand klar erfüllt. Da die Handlung vor einem Dritten genügt, kommt auch das Zeigen des Genitals in Betracht.

Exhibitionismus des Täters ist nach § 183 StGB unproblematisch strafbar, da keine sexuelle Handlung erforderlich ist. Gleiches gilt für pornografische Schriften am Arbeitsplatz.

3. Darstellung nach Opferkreisen

Die vorstehenden Zusammenfassungen zeigen, dass im deutschen Strafrecht besonders schutzbedürftige Personen, die ihr Recht auf sexuelle Selbstbestimmung aufgrund geringen Alters oder anderer Gründe nicht oder nicht vollständig wahrnehmen können, durch eigens hierfür konzipierte Tatbestände geschützt werden. Dieser Schutz ist begrenzt durch die Erheblichkeitsanforderungen des § 184h StGB. Um ihn durch diese Vorschrift nicht

auszuhöhlen, sind die Erheblichkeitsanforderungen entsprechend des konkret geschützten Rechtsguts anzupassen.

Die meisten Personen sind jedoch nicht gesondert schutzbedürftig. Zur Strafbarkeit einer sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz in einer der typischen Begehensweisen an einer erwachsenen, nicht in der Ausbildung befindlichen, gesunden Person ist Folgendes festzustellen.

Von den Delikten, die eine sexuelle Handlung erfordern, kommt allein die sexuelle Nötigung in Betracht, deren Anforderungen an die Erheblichkeit der sexuellen Handlung entsprechend der Strafdrohung sehr hoch sind. Ein Straftatbestand gemäß § 12 Abs. 2 StGB, der mildere Übergriffe entsprechend angemessen sanktionieren könnte, existiert nicht. Entsprechend hat der Rechtsanwender Heil in anderen Abschnitten des StGB zu suchen. Innerhalb der Sexualstraftaten wird er allein bei Exhibitionismus oder Pornografie noch fündig. Es darf daher nicht verwundern, dass in der Vergangenheit versucht wurde, dem Sanktionierungsbedürfnis durch die Sexualbeleidigung nach § 185 StGB Rechnung zu tragen. Zu Recht wurde dieser Verfahrensweise durch den BGH eine Absage erteilt. Damit verbleibt der Anwendungsbereich der Beleidigungstatbestände bei ehrverletzenden Äußerungen – primär verbaler Art. Mithin ist nach dem vierzehnten Abschnitt keine Strafbarkeit bei körperlichen Übergriffen gegeben.

Aber auch die Körperverletzungsdelikte können nicht beispringen, da sie nicht die unsittliche körperliche Berührung ahnden, sondern die Verletzung der körperlichen Integrität und der Gesundheit, die zwar bei psychischen Schäden nach sexueller Belästigung möglicherweise aber doch nicht zwingend und primär verletzt sind. Eine unmittelbare Strafbarkeit wegen einer Körperverletzung kommt daher nur bei heftiger geführten Übergriffen in Betracht oder wenn das Opfer körperliche Symptome entwickelt.

Die Nötigung nach § 240 StGB führt zur Strafbarkeit der sexuellen Erpressung – jedoch nur in den Fällen der Nachteilsandrohung, bzw. bei der vorherigen Zufügung eines Nachteils. Sie lässt sich durch einen aufmerksamen Täter umgehen. Oder anders ausgedrückt: die Strafbarkeit wegen Nötigung hängt zu einem guten Teil von der Sachverhaltsgestaltung ab, die aber in der Sache aus Sicht des Opfers irrelevant ist. Sie führt damit zu unvorhersehbaren, jedenfalls zu unbefriedigenden Ergebnissen.

Der breite Anwendungsbereich der Nachstellung nach § 238 StGB kann dies und auch die Unzuständigkeit der anderen Straftatbestände nicht kompensieren. Sie selbst kann zwar formal auf viele Sachverhaltskonstellationen angewendet werden, da sie jedoch Beharrlichkeit und schwerwiegende Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung als weitere Strafbarkeitsvoraussetzungen mit sich bringt, bleibt der Schutz vor einfacher und einmaliger sexueller Belästigung durch einen körperlichen Übergriff lückenhaft.

4. Darstellung nach tatsächlichem Erleben¹³⁶⁸

Ob sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz strafbar ist, hängt wesentlich davon ab, was unter sexueller Belästigung verstanden und was als solche erlebt wird¹³⁶⁹. Das durch Befragungen ermittelte Verständnis sexueller Belästigung und die Begriffsdefinition des AGG sind Gegenstand und Begrenzung der hier durchgeführten Untersuchung. Aufgrund des weitreichenden Verständnisses und der komplexen gesetzlichen Definition bleibt die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ein weit reichender Terminus, der vielfältige Belästigungsformen unter sich vereint, die in unterschiedlicher Häufigkeit tatsächlich auftreten. Genaue Zahlen hierzu liegen jedoch nicht vor. Jede der durchgeführten Befragungen hat sich an einen unterschiedlichen Teilnehmerkreis gerichtet und unterschiedliche Ergebnisse produziert. So darf es nicht verwundern, dass die Dortmunder Studie¹³⁷⁰ festgestellt hat, dass (nur) fast jede neunte Frau tatsächlich Anstarren, taxierende Blicke und Hinterherpfeifen erlebt hat, während die jüngste Befragung durch die Antidiskriminierungsstelle ergeben hat, dass bereits jede zweite Frau dies erlebt hat. Ähnliches gilt für beobachtende Männer bei dieser Belästigungsform¹³⁷¹.

Ermittelt man den Durchschnitt der gefundenen Werte ergibt sich die folgende Betroffenheit tatsächliches Erleben von Frauen oder Beobachten von Männern von Verhaltensweisen, die überwiegend als sexuelle Belästigung bewertet werden durch:

Prozent ¹³⁷²	Belästigungsform	strafbar gem. (StGB)
47	Anzügliche Bemerkungen über Figur oder sexuelles Verhalten im Privatleben	§ 185, § 186, § 187, § 238
43	Vermeintlich zufällige Berührungen	nicht strafbar
29	Pornografische Bilder am Arbeitsplatz	§ 184
28	Unerwünschte Einladung mit sexuellen Absichten	§ 238
20	Telefonate, Briefe mit sexuellen Anspielungen	§ 238
10	Versprechen beruflicher Vorteile gegen sexuelles Entgegenkommen	§ 185, § 238
7	Androhung von Nachteilen bei sexueller Verweigerung	§ 185, § 238, ggf. § 240
28	Körperliche Annäherung (Grapschereien, Klapse, Küsse, Umarmungen)	§ 223 bzw. § 229
4	Zurschaustellen des Genitals	§ 183
19	Aufforderung zum sexuellen Verkehr	§ 238

¹³⁶⁸ Für die hierunter festgestellten Ergebnisse bleiben die besonders schutzbedürftigen Personen außer Betracht, da es sich hierbei um Minderheiten handelt, die auch im Rahmen der empirischen Untersuchungen nicht berücksichtigt wurden, die Grundlage der zahlenmäßigen Bewertung sind.

¹³⁶⁹ Vgl. hierzu diese Arbeit unter C. IV. 2. a).

¹³⁷⁰ Vgl. hierzu diese Arbeit unter C. IV. 2. e).

¹³⁷¹ Zu den mutmaßlichen Gründen für diese Differenz der Ergebnisse vgl. diese Arbeit unter C. IV. 1.

¹³⁷² Durchschnittlicher Prozentsatz der Befragten der Untersuchungen, die ein entsprechendes Item beinhaltet haben; teilweise gerundet.

5	Erzwingen von sexuellen Handlungen	§ 177, § 240, § 238
---	------------------------------------	---------------------

Tabelle 4 Übersicht prozentualer Betroffenheit von bestimmten Belästigungsformen und deren Strafbarkeit.

Es lässt sich erkennen, dass es für einzelne Verhaltensweisen dedizierte Straftatbestände gibt. So ist § 183 StGB speziell für exhibitionistische Handlungen von Männern konzipiert und erfasst damit die vergleichsweise konkrete Belästigungsform des Zurschaustellens des Genitals. Gleiches gilt für § 177 StGB der die Nötigung zu sexuellen Handlungen sanktioniert und damit das Erzwingen dergleichen recht präzise erfasst. Für § 184 StGB gilt das bereits nur noch eingeschränkt. Zwar erfordern sowohl die Strafnorm als auch die belästigende Verhaltensweise Pornographika, allerdings führt § 184 StGB bei Erwachsenen nur bei der Begründung von (Mit-)Gewahrsam zur Strafbarkeit.

Für die prozentual wenig erlebten Formen des Zurschaustellens des Genitals mit durchschnittlich 4 Prozent und des Erzwingens sexueller Handlungen mit durchschnittlich 5 Prozent lässt sich die Strafbarkeit recht präzise vorhersehen. Bei der ca. 6-fach häufiger vorkommenden Verhaltensweise der pornografischen Bilder am Arbeitsplatz von der durchschnittlich knapp 1/3 der Befragten betroffen sind, liegt eine Strafbarkeit nur dann vor, wenn (Mit-)Gewahrsam begründet wird.

Die am häufigsten auftretenden Formen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz führen entweder überhaupt nicht zu einer Strafbarkeit (vermeintlich zufällige Berührungen) oder nur dann, wenn sie beharrlich im Sinne des § 238 StGB begangen werden (unerwünschte Einladungen mit sexuellen Absichten, sexuelle Anspielungen und direkte Aufforderungen zu sexuellen Handlungen, anzügliche Bemerkungen) oder aber wenn sie in einer besonderen Form ausgeführt werden, die zugleich den Tatbestand einer Strafnorm erfüllt, die spezieller ist oder einen anderen Schwerpunkt besitzt und daher über die belästigende Verhaltensweise hinausgehende Anforderungen stellt (anzügliche Bemerkungen als Beleidigung, Verleumdung oder üble Nachrede und sexuelle Erpressung als Beleidigung).

Die massivste aller Formen sexuell belästigenden Verhaltens, der körperliche Übergriff durch sexuelle Handlungen, die durchschnittlich von jeder vierten befragten Person erlebt oder beobachtet wurde, ist lediglich als Körperverletzung strafbar und das auch nur in den Fällen, in welchen körperliche Folgen durch den Eingriff in die körperliche Integrität sichtbar oder durch psychische Folgen hervorgerufen werden. Dies hängt oftmals vom Zufall bzw. der Konstitution der belästigten Person ab.

Es besteht ein Missverhältnis zwischen der Strafbarkeit und dem tatsächlichen Auftreten sexueller Belästigung am Arbeitsplatz. Verhaltensweisen geringer Häufigkeit sind strafbar, hingegen sind die am weitesten verbreiteten Formen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz straffrei bzw. nur dann strafbar, wenn sie die für die sexuelle Belästigung untypischen Tatbestandsmerkmale der jeweiligen Strafnorm erfüllen. Diese Schieflage lässt sich nicht durch den Hinweis darauf begründen, dass sich die Strafbarkeit nicht an der Häufigkeit, sondern an der Schwere des Rechtsgutseingriffs orientieren sollte. Dann müsste es nämlich so sein, dass ab einer bestimmten Schwere die Strafbarkeit endet. Bei der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz trifft dies nicht zu. Zwar sind die schwersten Verletzungen des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung durch Zwang strafbar nach § 177

StGB, die weniger schweren Verletzungen des Rechtsguts durch körperlichen Übergriffe ohne Zwang bleiben jedoch regelmäßig straffrei. Jenseits der körperlichen Übergriffe und damit unterhalb deren Eingriffsintensität finden sich die milderen Formen der Rechtsgutsverletzung durch verbales Verhalten z. B. Beleidigung oder Exhibitionismus, die aber wiederum strafbar sind bzw. sein können. Freilich ist diese Strafbarkeitslücke der Tatsache geschuldet, dass die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ein vielschichtiger Tatbestand ist, für den viele Strafnormen nutzbar gemacht werden, die mit abweichender Zielrichtung konzipiert wurden. Gleichwohl ist festzustellen, dass eine Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung durch ein physisches Verhalten, mangels sexueller Handlung oder mangels Erheblichkeit derselben regelmäßig straffrei bleibt, da die (zusätzlichen) Tatbestandsanforderungen der Körperverletzungsdelikte gleichfalls nicht vorliegen.

Den Schwerpunkt der auftretenden Verhaltensweisen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz bilden verbale und körperliche Übergriffe mit insgesamt 48 Prozent für sexualisierte Kommunikation und 28 Prozent für sexuelle Übergriffe. Beide Verhaltensweisen sind nur rechtsgutsfremd strafbar, denn bei den verbalen Kommunikationsvorgängen kommt nur eine Strafbarkeit wegen Nachstellung in Betracht, die auf der Verletzung der persönlichen Freiheit basiert und nicht auf der Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung. Gleiches gilt für körperliche Übergriffe, die allenfalls als Verletzung der körperlichen Unversehrtheit geahndet werden können und gleichfalls nicht als Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts.

Mit § 238 StGB wurde zwar eine Verbotsnorm geschaffen, die belästigendes Verhalten erfassen soll. Sie kommt jedoch nur bei beharrlichem Verhalten zur Anwendung. Das ist eine für die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz unerträgliche Einschränkung der strafrechtlichen Folge, da sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz nach § 3 Abs. 4 AGG gegenüber der früheren Regelung des BSchG keine Wiederholung des belästigenden Verhaltens voraussetzt. Die Nachstellung des § 238 StGB kann daher lediglich als Auffangtatbestand für die Fälle beharrlicher Belästigung dienen.

5. Zwischenfazit

Die Betrachtung der Ergebnisse zeigt, dass es typische Verhaltensweisen sexueller Belästigung am Arbeitsplatz gibt, die zu einer klaren Strafbarkeit führen. Es lässt sich daher nicht behaupten, sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz sei ein straffreier Raum¹³⁷³. Richtig ist, dass die Strafbarkeit sexueller Belästigung am Arbeitsplatz von Erwachsenen, nicht gesondert schutzbedürftigen Personen nur unvollständig ausgestaltet ist. Von den Sexualdelikten des dreizehnten Abschnitts kommen lediglich die Verbreitung pornographischer Schriften, exhibitionistische Handlungen und die sexuelle Nötigung in Betracht. Diese Verhaltensweisen kommen im Durchschnitt der durchgeführten Befragungen mit 18,4 Prozent für pornographische Darstellungen am Arbeitsplatz, 3 Prozent für Exhibitionismus und 4 Prozent für das Erzwingen sexueller Handlungen jedoch nur selten vor. Noch geringer ist der Anteil in der jüngsten Befragung mit 2 und 3 Prozent für die beiden erstgenannten Verhaltensweisen¹³⁷⁴. Danach lässt sich festhalten, dass die Sexualdelikte

¹³⁷³ So aber *Baer*, Würde oder Gleichheit?, S. 146.

¹³⁷⁴ Angegeben sind die Werte der befragten Frauen. Nach durch Zwang herbeigeführte sexuelle Handlungen wurde in der ADS-Umfrage nicht gefragt.

kaum zur Anwendung kommen, wenn es um den Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz geht.

Die durchschnittlich am häufigsten vorkommenden Verhaltensweisen der verbalen sexuellen Belästigung sind nur dann strafbar, wenn sie entweder beharrlich, d. h. mindestens wiederholt, vorgenommen werden oder aber andere strafatbestandliche Qualifikationen erfüllen. Insofern kann zwar nicht grundsätzlich von Straffreiheit solcher Verhaltensweisen gesprochen werden. Allerdings ist die wiederholte Belästigung der zivilrechtlichen Regelung fremd. Genau diese einmalige verbale Belästigung kann jedoch als straffrei gelten, denn einen Tatbestand des StGB erfüllt diese nur bei der Erfüllung belästigungsuntypischer Straftatbestandsmerkmale.

Eine Ausnahme hiervon ist für die Untergruppe der Verhaltensweisen in Form von sexueller Erpressung zu bilden. Diese führen zu einer Strafbarkeit wegen Nötigung oder Beleidigung. Das liegt nicht zuletzt daran, dass bei dieser Form das sexuell belästigende Verhalten konkreter bezeichnet ist. Im Übrigen hängt die Strafbarkeit stark von der individuellen Ausgestaltung der sexuellen Belästigung ab, die für die Anwendung von Strafnormen besondere, meist intensive Formen aufweisen muss.

Der von durchschnittlich jeder vierten Person erlebte oder beobachtete körperliche Übergriff, der von durchschnittlich über 80 Prozent der befragten Personen als sexuelle Belästigung aufgefasst wird, ist nur dann strafbar, wenn entweder eine Körperverletzung nach § 223 StGB oder § 229 StGB gegeben ist. Das darf als untypisch für eine sexuelle Belästigung bezeichnet werden, da entweder ein die körperliche Integrität verletzenden Übergriff vorliegen muss oder aber ein Fall körperlich auftretender psychischer Folgen beim Opfer. Das bedeutet, dass bei körperlichen Übergriffen die Strafbarkeit des belästigenden Verhaltens nicht von der Würdeverletzung, sondern von der Körperlichkeit – ggf. auch als Folge der psychischen Einwirkung – abhängt.

Bei sexueller Belästigung am Arbeitsplatz gegenüber gesondert schutzbedürftigen Personen wird im Verhältnis zur Allgemeinheit eher eine Strafbarkeit begründet, da die Anwendung der Sexualdelikte wegen der abgesenkten Erheblichkeitsschwelle des § 184h StGB in deutlich mehr Fällen möglich ist.

II. ANGEMESSENHEIT DER FESTGESTELLTEN STRAFBARKEIT

Wie weit eine Strafbarkeit *de lege lata* reicht, hat diese Untersuchung ergeben. Dabei ist offenbar geworden, dass eine Strafbarkeit der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz nur in besonders schweren oder in wenig verbreiteten Begehungsweisen und damit nur in untypischen Formen strafbar ist. Die Strafbarkeit sexueller Belästigung am Arbeitsplatz ist mithin lückenhaft oder unvollständig. Diese Lückenhaftigkeit bedeutet jedoch nicht automatisch, dass eine zu schließende, möglicherweise sogar systemwidrige Strafbareitslücke vorliegt. Denn strafrechtliche Sanktionen als ultima ratio staatlichen Rechtsgüterschutzes sind nur dort zum Einsatz zu bringen, wo mildere Mittel nicht ausreichend erfolgreich sind.

Ob in Deutschland ein Straftatbestand der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz zu schaffen ist, hängt davon ab, ob eine rechtliche Verpflichtung des Staates hierzu besteht.

1. Pflicht des Staates zum Schutz vor sexueller Belästigung

a) Umsetzung des Grundgesetzes

In der juristischen Literatur sind vielfach Rufe nach einem Straftatbestand gegen sexuelle Belästigung und insbesondere einer solchen am Arbeitsplatz laut geworden¹³⁷⁵. Dabei ist auf die aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete Pflicht des Staates zum Schutz von grundrechtlich garantierten Rechtsgütern vor dem Eingriff Dritter verwiesen worden¹³⁷⁶. Ferner darauf, dass das dem Kernbereich des Persönlichkeitsrechts zugehörige Recht auf sexuelle Selbstbestimmung gegenüber dem Eigentum weniger umfassend und damit entgegen der Werteordnung des Grundgesetzes geschützt sei¹³⁷⁷.

Mit Inkrafttreten des BSchG im Jahr 1994 hat der Gesetzgeber eine das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung am Arbeitsplatz schützende, zivilrechtliche Regelung erlassen. Diese wurde durch Inkrafttreten des AGG am 14.08.2006 abgelöst. Es ist ständige Rechtsprechung des *BVerfG*, dass der Gesetzgeber grundsätzlich darin frei ist, den Bereich strafbaren Handelns festzulegen¹³⁷⁸.

„Bei der Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit des gewählten Mittels zur Erreichung der erstrebten Ziele sowie bei der in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Einschätzung und Prognose der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren steht dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum zu, welcher vom Bundesverfassungsgericht je nach Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter und den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann.“¹³⁷⁹ Dabei hat der Gesetzgeber jedoch zu berücksichtigen, dass Strafrecht nur als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes eingesetzt werden kann, wenn „ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist“¹³⁸⁰

Durch den Erlass des BSchG hat der Gesetzgeber von seinem Spielraum bei der Bewertung der Erforderlichkeit eines Straftatbestandes Gebrauch gemacht.

b) Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben

Bereits zur Richtlinie 76/207/EWG hat der EuGH entschieden, dass es Sache des nationalen Gesetzgebers sei, die Sanktion für einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zu wählen, diese müsse jedoch abschreckende Wirkung haben¹³⁸¹. An diesem Erfordernis hat sich durch die Zusammenfassung der Richtlinie 2006/54/EG nur geändert, dass bereits in Nr. 35 der Erwägungsgründe aufgeführt ist, dass die Mitgliedstaaten wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen festlegen sollten, die bei einer Verletzung der aus dieser Richtlinie erwachsenden Verpflichtungen zu verhängen sind. Eine Verpflichtung des nationalen Gesetzgebers erwächst aus Art. 18 der Richtlinie, nach welchem

¹³⁷⁵ *Adelmann*, JURA 2009, 24 (26); *Schaefer/Wolf*, ZRP 2001, 27 (28); *Mästle*, AuR 2002, 410 (412); *Sick*, JZ 1991, 330 (335).

¹³⁷⁶ *Mästle*, AuR 2002, 410 (412).

¹³⁷⁷ *Sick*, JZ 1991, 330 (335).

¹³⁷⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 17.1.1979 – 1 BvL 25/77, BVerfGE 50, 142 (162).

¹³⁷⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 26.02.2008 – 2 BvR 392/07, BVerfGE 120, 224 (240).

¹³⁸⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 26.02.2008 – 2 BvR 392/07, BVerfGE 120, 224 (240).

¹³⁸¹ *EuGH*, Urt. v. 10.04.1984 – Rs 14/83, NJW 1984, 2021 (2022).

die Mitgliedstaaten die Regeln für die Sanktionen festlegen, die bei einem Verstoß gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie zu verhängen sind, und alle erforderlichen Maßnahmen treffen, um deren Anwendung zu gewährleisten.

Daraus lässt sich nicht ableiten, dass gerade eine Strafnorm erforderlich und geboten ist, um eine ausreichend abschreckende Wirkung zu entfalten. Zwar ließe sich gegen einen Straftatbestand nur schwer einwenden, er sei in seiner Wirkung nicht ausreichend abschreckend. Es gilt jedoch das Übermaßverbot, wonach Strafrecht nur dann zur Anwendung kommen soll, wenn mildere Mittel nicht ausreichen. Fraglich ist, ob der Gesetzgeber mit der Einführung des AGG als nationale Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben eine Regelung mit abschreckenden Sanktionen erlassen hat.

Dies könnte auf den ersten Blick zweifelhaft sein, da Rechtsfolgenadressat des AGG allein der Arbeitgeber ist. Für den Fall, dass der Arbeitgeber selbst diskriminiert, richtet sich das Gesetz gegen den Verursacher. Sofern eine andere Person diskriminiert, ist diese zwar in den Adressatenkreis des § 7 Abs. 1 AGG einbezogen, wird in den Rechtsfolgen durch das AGG jedoch nicht direkt und unmittelbar mit Konsequenzen bedroht. Das Gesetz wendet sich an den Arbeitgeber, der durch Ergreifung geeigneter Maßnahmen nach § 12 AGG, insbesondere durch Versetzung oder Kündigung belästigender Personen für den Schutz der Betroffenen sorgen soll. Das AGG verzichtet darauf, konkrete Maßnahmen oder einen Maßnahmenkatalog anzudrohen und so im Sinne negativer Generalprävention eine abschreckende Wirkung zu etablieren. Stattdessen verweist es auf geeignete, erforderliche und angemessene Maßnahmen, die im Einzelfall zu treffen sind und zwar durch ein privatrechtliches Subjekt und nicht durch eine Behörde oder öffentliche Stelle. Welche Maßnahme droht, ist für den potentiellen Belästiger nicht im Voraus zu durchschauen. Eine darauf aufbauende, abschreckende Wirkung ist dem AGG daher kaum zuzuschreiben. Hinzu kommt, dass die ultimative Maßnahme, eine Beendigungskündigung des Arbeitsverhältnisses, leicht und mit geringen Kosten einer gerichtlichen Überprüfung anheimgestellt werden kann, die prozessordnungsgemäß auf eine gütliche Einigung angelegt ist. Macht der betroffene Arbeitnehmer davon Gebrauch – was auch für den Arbeitgeber eine effiziente Lösung des Rechtsstreits sein kann – bleibt am Belästiger kaum mehr ein sozialer Makel haften; seine Schuld wird nicht festgestellt.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Verlust des Arbeitsplatzes ein größerer finanzieller Schaden darstellen kann als ihn das Strafrecht mit einer möglicherweise verhängten Geldstrafe oder womöglich einer Verwarnung unter Strafvorbehalt verursachen könnte. Da von einem Arbeitsplatz auch die Existenz der Familienangehörigen abhängen kann, kommt dem „Spiel mit der Beschäftigung“ durch sexuelle Belästigung eine gewisse abschreckende Wirkung zu. Auch die soziale Ächtung kann bei einer internen (Straf-)Versetzung stärker sein als bei einem der Öffentlichkeit nicht ohne Weiteres zugänglichen Strafbefehlsverfahren.

Dass auch die Rechtsgestaltung durch die zivilrechtlichen Regelungen des BSchG und des AGG abschreckende Wirkung entfalten, lässt sich aus den dieser Arbeit zu Grunde gelegten Untersuchungen zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz entnehmen. Zu jedem Befragungssitem ist der Anteil der Personen, die das Verhalten tatsächlich erlebt hat in der letzten Befragung der Antidiskriminierungsstelle im Jahr 2014 geringer als in der ersten Untersuchung von *Schneble/Domsch* aus dem Jahr 1990. Zwar ist eine teilweise Zunahme tatsächlich erlebter sexueller Belästigung zwischen 1990 und der Befragung von

Holzbecher et al. 1997 festzustellen, diese ist jedoch seit diesem Zeitpunkt im Mittel auf weniger als die Hälfte zurückgegangen. Waren 1990 noch durchschnittliche ca. 24 Prozent aller befragten Frauen von sexueller Belästigung¹³⁸² selbst betroffen, betrug dieser Anteil Ende 2014 noch durchschnittlich ca. 10 Prozent. Während zur Zeit der Gültigkeit des BSchG der Wert zwischen ca. 21 Prozent und ca. 27 Prozent (im Jahr 2003) schwankte, zeigt die neueste Untersuchung den deutlichen Rückgang. Die Befragungen selbst sind zwar stets repräsentativ, ob sie jedoch auch direkt vergleichbar sind, ist aus mehreren Gründen zweifelhaft¹³⁸³. Aus diesem Grund darf den hieraus abgeleiteten Zahlen keine absolute Richtigkeit zugemessen werden. Als Grundlage für die hier angestellte, trendartige Bewertung sind sie ausreichend.

c) Zwischenfazit

Weder aus dem nationalen Recht noch aus Gemeinschaftsrecht ergibt sich eine Pflicht des Gesetzgebers zum Erlass eines Straftatbestandes der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz. Die grundrechtlichen Anforderungen sind durch den Erlass der zivilrechtlichen Gesetze erfüllt. Der Richtlinienvorgabe einer abschreckenden Sanktion ist durch das AGG und seinen Regelungen für den Fall sexueller Belästigung Rechnung getragen. Die Richtlinie ist insoweit ausreichend umgesetzt. Die Anzahl der Fälle ist rückläufig und belegt den abschreckenden Charakter auch dann, wenn man davon ausgeht, dass gesellschaftliche Veränderungen ebenfalls zu einem Rückgang beigetragen haben.

2. Schaffung eines Straftatbestandes gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz

Auch wenn keine Pflicht des Gesetzgebers besteht, einen Straftatbestand zu erlassen, könnte dies gleichwohl empfehlenswert sein, um die Fälle sexueller Belästigung am Arbeitsplatz zu reduzieren. Nach der jüngsten Untersuchung der Antidiskriminierungsstelle hat jede zweite befragte Person gesetzlich verbotene Belästigungen am Arbeitsplatz schon einmal erlebt. Jede sechste Frau und jeder 14. Mann stuft das Erlebte explizit als „sexuelle Belästigung“ ein.¹³⁸⁴ Dabei ist zu vergegenwärtigen, dass es sich beim Arbeitsplatz um eine Zwangsgemeinschaft mit Arbeitgeber und Kollegen handelt, die der wirtschaftlichen Existenz dient und die regelmäßig nicht die Möglichkeit bietet, dem Verhalten von Arbeitgeber, Kollegen oder Kunden auszuweichen, sondern vielmehr die werktägliche Rückkehr auf den Arbeitsplatz verlangt. Grund genug, über einen Straftatbestand nachzudenken, um eine Reduzierung des tatsächlichen Auftretens herbeizuführen.

a) Zulässigkeit eines Straftatbestandes der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz

Ob ein Straftatbestand geschaffen werden kann, ist am Rechtsstaatslichkeitsprinzip zu messen. Nach Art. 20 Abs. 3 GG ist die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung und nach Art. 1 Abs. 3 GG an das grundrechtliche Wertesystem gebunden. Der Staat hat

¹³⁸² Bezogen auf die für diese Untersuchung als relevant charakterisierten Items, vgl. diese Arbeit unter C. IV. 2. f). Errechnet wurde der Anteil durch Bildung des Mittelwertes über alle Items unter Ausschluss der Items „Anstarren, taxierende Blicke, Hinterherpfeifen“ und „Anzügliche Witze“.

¹³⁸³ Vgl. hierzu die Anmerkungen zu den Untersuchungen in dieser Arbeit unter C. IV. 1 und 3.

¹³⁸⁴ ADS, Umfrage Beschäftigte, S. 6, Folie „Sexuelle Belästigung: konkrete Erfahrung und persönliche Einschätzung“.

die grundrechtlich garantierten Freiheitsrechte des Einzelnen zu schützen. Da der Freiheitsschutz des einen regelmäßig einen Eingriff in die Freiheit des anderen umfasst, ist stets eine Abwägung im Geiste des grundrechtlichen Wertesystems erforderlich. Das gilt erst recht, wenn der Gesetzgeber zu seinem schärfsten Schwert greift, dem Strafrecht.

Nach dem *BVerfG* ist es Sache des Gesetzgebers, die Strafzwecke und die zu schützenden Güter festzulegen. Es misst die Strafgesetze am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bzw. dem Übermaßverbot¹³⁸⁵ und lehnt eine Beschränkung auf vor- oder überpositive Wertungen ab¹³⁸⁶. Die Strafrechtswissenschaft folgt überwiegend der Rechtsgutslehre, wonach ein Rechtsgut eines Einzelnen oder der Allgemeinheit betroffen sein muss. Beim von der sexuellen Belästigung betroffenen Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts taucht zwar die Schwierigkeit auf, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht kein so eindeutiger Begriff ist wie das Leben oder die körperliche Unversehrtheit, sondern eine „diffuse normative Struktur“ aufweist¹³⁸⁷. Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ist jedoch Schutzgut vieler Normen des dreizehnten Abschnitts und wird als Abwehrrecht vor sexuellen Kontakten verstanden¹³⁸⁸. Es ist daher jenseits aller Abgrenzungs- und Konturierungsschwierigkeiten als schützenswertes Rechtsgut zu bezeichnen, dessen Strafrechtsschutz nicht aufgrund von strukturellen Schwierigkeiten unterbleiben darf.

Es ist jedoch nicht zulässig, *jede* Einwirkung auf das Rechtsgut mit einer strafrechtlichen Sanktion zu versehen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet, dass eine Strafnorm dem Schutz anderer oder der Allgemeinheit dienen muss und dass ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich zu sein hat¹³⁸⁹. Abzugrenzen hiervon sind unmoralische oder unsittliche Verhaltensweisen, die nicht zu einem Rechtsgutsschutz führen.

Ob eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz als sozialschädlich zu klassifizieren ist, hängt von mehreren Faktoren ab. Einerseits von der Schwere der Belästigung, d. h. der Intensität der Einwirkung auf das geschützte Rechtsgut. Denn grundsätzlich ist eine Belästigung eine Lästigkeit, die nicht per se sozialschädliche Züge aufweist, sondern bis zu einer festzulegenden Grenze auszuhalten ist. „Eine Belästigung ist dadurch charakterisiert, dass sie vom Betroffenen auszuhalten ist, sie damit gerade im Gegensatz zu einer Rechtsgutsverletzung steht“¹³⁹⁰. Darüber hinaus hängt die Sozialschädlichkeit vom Ausmaß des Schadens ab, der bei einem Verstoß gegen das Verhaltensverbot eintritt, und von der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts¹³⁹¹.

Beispielhaft kann dies die für diese Untersuchung ausgeschlossene Kategorie der anzüglichen Witze veranschaulichen, die von weniger als der Hälfte der befragten Personen als sexuelle Belästigung qualifiziert wurde. Die Befassung mit einem sexuellen Vorgang findet nur in den Gedanken der betroffenen Person statt, die dem Witzeerzähler zuhört. Der

¹³⁸⁵ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 13 Rn. 10a.

¹³⁸⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 26.02.2008 – 2 BvR 392/07, BVerfGE 120, 224 (241 f.); gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Prüfungsmaßstab *Kühl*, in: Hilgendorf u. a., FS-Heinz, S. 766 (767 ff.).

¹³⁸⁷ *Schünemann*, in: LK, StGB, Vor § 201 Rn. 4; *Kühl*, in: Geisler u. a., FS-Geppert, S. 311 (312).

¹³⁸⁸ Vgl. hierzu diese Arbeit unter D. II. 1.

¹³⁸⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 26.02.2008 – 2 BvR 392/07, BVerfGE 120, 224 (239 f.).

¹³⁹⁰ *Kinzig/Zander*, JA 2007, 481 (483) mit Verweis auf die SV-Stellungnahme von *Kühl*.

¹³⁹¹ *Günther*, JuS 1978, 8 (10).

„Eingriff“ erfolgt mithin nur in der Vorstellung des „Opfers“, dem es sich ohne Weiteres entziehen kann, indem es seine Aufmerksamkeit auf etwas Anderes lenkt. Eine negative Auswirkung auf das geordnete Zusammenleben der Menschen geht nicht über hinzunehmende Aspekte der Ausübung eines Freiheitsrechts hinaus.

Anders ist dies – ebenfalls beispielhaft – bei der einmaligen Androhung beruflicher Nachteile wegen Verweigerung sexueller Hingabe zu beurteilen. Unzweifelhaft handelt es sich um eine moralisch und sittlich nicht hinnehmbare Forderung, da berufliche Nachteile, die regelmäßig von beruflichem Verhalten oder beruflicher Leistung abhängen, zu einem Verhalten in Beziehung gesetzt werden, welches in keinerlei Kontext zur beruflichen Leistung steht und darüber hinaus regelmäßig eine persönliche und gerade keine berufliche Beziehung zum „Empfänger“ der sexuellen Leistung voraussetzt. Dieses Verhalten ist auch sozialschädlich, da es die Überlegenheit der Stellung einer Person gegenüber der belästigten Person ausnutzt. Die belästigte Person kann sich dem nicht ohne Weiteres entziehen, da ein Eingriff in ihre wirtschaftliche Existenz durch die Nachteilzufügung droht. Ist die belästigte Person nicht bereit, den beruflichen Nachteile in Kauf zu nehmen, verschlechtert sie damit ihre wirtschaftliche Lage aus sachfremden Gründen, über die der Täter bestimmen kann. Der gesellschaftliche Schaden besteht darin, dass nicht länger berufliche Leistungsfähigkeit darüber entscheiden würde, wer beruflichen Nachteilen ausgesetzt ist, sondern die Bereitschaft zu berufsfremder körperlicher Hingabe maßgebend würde, mithin ein Zustand der Korruption, der zu einem massiven wirtschaftlichen Schaden aller betroffenen Personen und des Staates selbst führen würde.

Wo aber ist die Grenze der Sozialschädlichkeit bei der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz zu ziehen? Dem Gesetzgeber wird für die Beantwortung dieser Frage vom *BVerfG* ein weiter Beurteilungsspielraum eingeräumt. Er ist bei der Entscheidung grundsätzlich frei, ob er ein bestimmtes Rechtsgut gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen will. Die Strafnorm muss geeignet und erforderlich sein, den erstrebten Zweck zu erreichen, den der Gesetzgeber jedoch entsprechend ausgestalten kann. Ein Gesetz ist erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel wählen könnte¹³⁹². Schließlich hat die Verhältnismäßigkeit i. e. S. – also die Zumutbarkeit für die Verbotsadressaten – durch Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe gewahrt zu sein¹³⁹³.

Als Zweck kommt vorliegend die weitere Reduzierung der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz in Betracht. Hierzu ist ein entsprechender Straftatbestand grundsätzlich und insbesondere aufgrund der Strafdrohung geeignet. Er ist auch erforderlich, da die gegenwärtige Gesetzeslage sich nicht unmittelbar an den Belästiger richtet, sondern die zivilrechtliche Ahndung durch den Arbeitgeber vorsieht. Betrachtet man den gegenwärtigen Eingriff durch das AGG in die Rechte der belästigten Person, wird für den zu schaffenden Straftatbestand nicht mehr verlangt werden, da dieser inhaltlich nicht über die Regelungen des AGG hinausgehen soll. Daher ist allein die Frage zu stellen, ob der Eingriff auch mit den Mitteln des Strafrechts verhältnismäßig ist. Verlangt wird erstens, unerwünschte Körperlichkeiten mit sexuellem Bezug am Arbeitsplatz zu unterlassen. Dabei handelt es sich

¹³⁹² *BVerfG*, Beschl. v. 26.02.2008 – 2 BvR 392/07, BVerfGE 120, 224 (240).

¹³⁹³ *BVerfG*, Beschl. v. 26.02.2008 – 2 BvR 392/07, BVerfGE 120, 224 (241).

um eine Einschränkung der Verhaltensfreiheit, die nicht zu diskutieren ist. Zweitens sollen Formen sexueller Erpressung sanktioniert werden, die einen berufliche Vor- oder Nachteile von sexuellem Verhalten abhängig machen. Die Sozialschädlichkeit solcher Verhaltensweisen wurde zuvor erörtert, das Abwägungsergebnis ist eindeutig. Ferner sollen am Arbeitsplatz unerwünschte *persönliche* verbale sexuelle Verhaltensweisen unterlassen werden, wozu sexuelle Anspielungen und sexuelle Anmache u. a. durch Einladungen zählen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Arbeitstätigkeit regelmäßig um eine existenzsichernde Maßnahme eines Individuums handelt, deren Aufgabe zu gravierenden finanziellen Nachteilen führt, so dass Ausweichen nicht in Betracht kommt. Die alltägliche Rückkehr auf den Arbeitsplatz ist erforderlich zur – jedenfalls kurzfristigen – Erlangung des Einkommens. Unter Berücksichtigung der zuvor bereits ausgeführten Gründe gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz wird man verlangen können, dass die belästigende Person den Eingriff in ihre Freiheitsrechte zu akzeptieren hat, da die Leistungsfähigkeit und -willigkeit der belästigten Person für ihre wirtschaftliche Existenz und für die Gemeinschaft von größerer Bedeutung ist. Selbst wenn man von ehrenhaftem Werben um eine andere Person ausginge, würde das nichts am Abwägungsergebnis ändern, da hierfür außerhalb der Arbeitszeit und des beruflichen Umfeldes genügend Möglichkeiten bestehen, die keine unerwünschte und zu vermeidende Sexualisierung des beruflichen Umfeldes der betroffenen Person zu Folge haben. Da regelmäßig keine Freiheit im eigentlichen Sinn bei der täglichen Wahl des Arbeitsplatzes vorliegt, stellen auch verbal bleibende persönliche sexuelle Verhaltensweisen nicht akzeptable Eingriffe in das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung dar. Das Arbeitsumfeld ist von solchen Verhaltensweisen frei zu halten.

Schließlich ist zu fragen, ob auch zweideutige oder *unpersönliche* unerwünschte sexuelle Bemerkungen oder Verhalten strafrechtlich zu sanktionieren sind. Anders formuliert: ist alles Sexuelle aus dem Arbeitsverhältnis zu entfernen? Hierbei ist zu berücksichtigen, dass in einer aufgeklärten Gesellschaft Sexualität, jedenfalls in abstrakter Form, ein Thema ist wie jedes andere auch. Gespräche darüber am Arbeitsplatz strafrechtlich zu untersagen wäre eine Überdehnung des Freiheitsrechtes allein kraft Kenntnisnahme, jedoch nicht inhaltlich betroffener Personen zu Lasten der Rechte derer, die in Gespräche über sexuelle Themen keine Belästigung sehen.

Ein Straftatbestand also, welcher am Arbeitsplatz körperliche sexuelle Annäherung, sexuelle Erpressung und auf eine bestimmte Person bezogene, unerwünschte sexuelle Äußerungen unter Strafe stellt, wäre erforderlich, geeignet und verhältnismäßig.

b) Angemessenheit eines Straftatbestandes der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz

Angesichts der im Rahmen dieser Untersuchung festgestellten Lücken der Strafbarkeit sexueller Belästigung am Arbeitsplatz könnte ein spezieller Straftatbestand sinnvoll sein, um die Anzahl der Belästigungsfälle zu reduzieren¹³⁹⁴. Seit langem wird eine Anpassung

¹³⁹⁴

Sofern man das persönliche Erleben sexueller Belästigung von 17 Prozent der befragten Frauen der ADS-Untersuchung als ausreichend erachtet, sind freilich keine weiteren Maßnahmen veranlasst. Diese Quote ist jedoch aufgrund des sozialschädlichen Charakters der zuvor qualifizierten Verhaltensweisen nach Auffassung des Verfassers nicht hinzunehmen.

des Strafrechts bezüglich der sexuellen Gewalt- und Belästigungsdelikte gefordert¹³⁹⁵. Die Stimmen sind jeweils mit Einführung des BSchG und des AGG leiser geworden, da seitdem eine zivilrechtliche Grundlage existiert, um sexueller Belästigung am Arbeitsplatz beizukommen. Gleichwohl wird auch im jüngeren Schrifttum festgestellt, dass die Delikte zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung in einem Missverhältnis zur Strafbarkeit des Eigentums stehen, weshalb ein Straftatbestand zur Sanktionierung sexueller Belästigung zu schaffen sei¹³⁹⁶.

Vor Inkrafttreten der zivilrechtlichen Regelungen zum Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz wurde eine strafrechtliche Lösung von Teilen der Literatur abgelehnt, da hierin gegenüber einer auf dem Gleichheitsgrundsatz basierenden zivilrechtlichen Lösung Nachteile gesehen wurden.

In der Untersuchung von *Holzbecher et al.* wird angeführt, dass 50 Prozent der Frauen, die bereits eine Anzeige aufgrund eines Sexualdelikts gestellt hätten, dies nicht mehr tun würden. Die Gründe hierfür seien die psychischen und physischen Belastungen eines langen Verfahrens, dessen Ausgang ungewiss sei und bei dem die belästigte Person neben dem Beweisrisiko auch das Kostenrisiko ihrer Anwältin trage¹³⁹⁷. Nicht nur aus Kostengründen sei die Betroffene nach einem Strafverfahren erneut geschädigt, denn das Strafverfahren werde häufig als zweite Vergewaltigung empfunden¹³⁹⁸. Zu dieser sekundären Viktimisierung komme eine der Rechtsprechung „inhärente Bagatellisierung sexueller Gewalt“¹³⁹⁹. Ein weiteres Problem liege darin, dass es sich um eine Verfahren handele, welches sich auf den Täter und nicht auf das Opfer konzentriere¹⁴⁰⁰. Da die meisten der in Frage kommenden Delikte Officialcharakter besitzen, könne das Opfer das Verfahren nicht steuern, wenn es kein Interesse (mehr) daran habe. Zivilrechtlicher Schutz sei gegenüber strafrechtlichem ausreichend und biete flexiblere Möglichkeiten, die dem Opfer gerechter würden¹⁴⁰¹.

Bekanntermaßen hat sich der Gesetzgeber letztlich für eine zivilrechtliche Lösung entschieden, die im aktuellen Kleid vorsieht, dass die betroffene Person Schutz beim Arbeitgeber sucht, der sich um die Angelegenheit zu kümmern hat. Das ist unzweifelhaft sachnäher, da die beteiligten Personen meist betriebszugehörig sind und der betroffenen Person kostenlose Unterstützung durch die Arbeitnehmervertretung und Antidiskriminierungsverbände zur Verfügung steht. Sie ist bei der Durchsetzung ihrer Recht nicht mehr allein oder auf bürokratisches Behördenhandeln angewiesen, sondern kann darauf vertrauen, dass der Arbeitgeber dazu gebracht wird, den Belästiger zu sanktionieren. Auch für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen muss die betroffene Person dem Belästiger nicht gegenüberreten, sofern es sich nicht um den Arbeitgeber in Person handelt. Sie kann den Schaden gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen, § 15 AGG.

¹³⁹⁵ Vgl. *Sick*, JZ 1991, 330 (335); *Frommel*, ZRP 1988, 233 (236 ff.); *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*, S. 328 ff.; *Schaefer/Wolf*, ZRP 2001, 27 (28); *Mästle*, AuR 2002, 410 (412).

¹³⁹⁶ *Adelmann*, JURA 2009, 24 (26).

¹³⁹⁷ *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*, S. 325 f.

¹³⁹⁸ *Degen in Sadrozinski*, S. 103.

¹³⁹⁹ *Baer*, Würde oder Gleichheit?, S. 145.

¹⁴⁰⁰ *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*, S. 329.

¹⁴⁰¹ *Holzbecher/Braszeit/Müller u. a.*, S. 328 ff. mit weitergehenden, besonders bemerkenswerten strafprozessualen Forderungen die ihrerseits größtenteils den Gleichheitssatz verletzen, da sie sich allein auf Frauen beziehen; ähnlich *Baer*, Würde oder Gleichheit?, S. 145.

Durch die Einordnung der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz in das gegen Ungleichbehandlung gerichtete AGG hat der Gesetzgeber die meisten Forderungen nach einem verbesserten Verfahren für Opfer sexueller Belästigung berücksichtigt. Er ist insbesondere den Stimmen gefolgt, welche die zivilrechtliche Lösung der strafrechtlichen vorgezogen haben. Dass dies zu Lasten der Arbeitgeber ging, hat man knapp zehn Jahre nach Inkrafttreten des AGG nahezu verwunden. Indem eine isoliert zivilrechtliche Regelung geschaffen wurde, hat der Gesetzgeber jedoch auf die vollständige Nutzung vorhandener Gestaltungsmöglichkeiten ohne Not verzichtet. Möglich wäre es gewesen und möglich ist es noch, den Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz zweigleisig auszugestalten und zusätzlich zur bestehenden zivilrechtlichen Lösung eine Strafbarkeit zu schaffen. Denn nur eine konkrete Strafdrohung gegenüber dem Belästiger hat abschreckenden, generalpräventiven Charakter und nur das Strafverfahren ist in der Lage, über ein sozial-schädliches Verhalten ein Unwerturteil zu fällen.

Wer heute wissen möchte, was auf sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz steht, wird im Gesetz nicht fündig, da hierfür kein Tatbestand existiert. Es ist für den rechtlichen Laien kaum mehr nachzuvollziehen, wann er im Belästigungskontext eine sexuelle Handlung im Sinne des § 185h StGB begeht und welche sonstigen Tatbestände jenseits der Sexualdelikte einschlägig sein könnten, einmaliges sexuell orientiertes Verhalten zu sanktionieren. Erweitert der Rechtsanwender seinen Blick, findet er in § 12 AGG die Pflicht des Arbeitgebers, angemessene Maßnahmen zu treffen. Ungemach droht dem Belästiger mit hin primär nicht vom Staat, sondern lediglich vom Arbeitgeber. Mangels Androhung konkreter Konsequenzen schreckt das weder Personen ab, die nicht an ihrem Arbeitsplatz hängen noch Arbeitgeber selbst. Es fehlt eine klare Strafdrohung bei sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, die sich direkt an den Belästiger richtet. Nur eine solche, vom Staat verhängte Konsequenz hat wahrhaft abschreckenden Charakter (negative Generalprävention) für diejenigen, die durch einen drohenden Verlust ihres Arbeitsplatzes nicht erreicht werden können.

Dazu kommt, dass mit einer entsprechend ausgestalteten Strafbarkeit zugleich der strafbewehrte Kern sexueller Belästigung gekennzeichnet wird. Das ultima-ratio-Prinzip bleibt gewahrt, wenn nur die strafwürdigen Verhaltensweisen sozialschädlicher sexueller Belästigung strafrechtlich sanktioniert werden. Die übrigen Formen sexueller Belästigung unterfallen weiterhin einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot und sind allein nach dem AGG zu behandeln. Dort wo schwere Verfehlungen vorliegen, greift zusätzlich die strafrechtliche Folge.

An der abschreckenden Wirkung einer konkreten Strafdrohung ändert sich nichts, wenn der zu schaffende Straftatbestand als Antragsdelikt ausgestaltet wird. Diese Form würde ungewolltes hoheitliches Eingreifen mit den zuvor beschriebenen Nachteilen vermeiden. Gleichzeitig wird der betroffenen Person ein scharfes Schwert an die Hand gegeben, zusätzlich zu den vom Arbeitgeber zu ergreifenden Maßnahmen ein Strafverfahren zu lancieren, das mit negativen Folgen für den Belästiger verbunden ist. Seien dies Verfahrenskosten, Geldstrafe oder negative Öffentlichkeitswirkung. Über das Ob dieses Verfahrens entscheidet das Opfer, sofern nicht besonderes öffentliches Interesse vorliegt. Dadurch bleibt für die betroffene Person ein prozessualer Gestaltungsspielraum erhalten.

Nach der zivilrechtlichen Konzeption ist die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz eine Verletzung vertraglicher Pflichten, § 7 Abs. 3 AGG, und zugleich eine Benachteiligung

der betroffenen Person. Diese Ausgestaltung verfügt über die zuvor aufgezeigten Vorteile, muss dabei jedoch nicht nur mangels konkreter Konsequenzen auf eine abschreckende Wirkung verzichten, sondern auch auf positive Generalprävention durch Errichtung eines hoheitlichen sozialethischen Unwerturteils über das Täterverhalten. Nur ein solches, vom Staat und nicht von einer Person des Privatrechts erlassenes Urteil ist in der Lage, Vertrauen in Recht und Befriedung durch Recht zu stiften. Ein hoheitliches Unwerturteil ist geboten und erforderlich als angemessene Reaktion auf das sexuell belästigende Verhalten des Täters, nimmt man es mit der Sozialschädlichkeit der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz ernst.

Es verwundert nicht, dass die Umfrage der Antidiskriminierungsstelle des Bundes nach Inkrafttreten des AGG gegenüber früheren Befragungen verbesserte Ergebnisse liefert, denn für viele Menschen hat der ungetrübte Bestand des Arbeitsverhältnisses existenzielle Bedeutung. Auch wenn § 12 AGG keine konkreten Konsequenzen aufzeigt, so wird doch als Benachteiligungsfolge ein negativer Verlauf des Arbeitsverhältnisses in Aussicht gestellt. Wenn man aber daraufsetzt, dass gerade die große Bedeutung des Arbeitsverhältnisses des Belästigers diesen dazu bringt, Belästigungen zu unterlassen, um keine Maßnahmen nach § 12 AGG auszulösen, dann ist zwingend, dass die Bedeutung des ungetrübten Arbeitsverhältnisses für das Belästigungsoffer ebenso hoch angesetzt wird. Hat der positive Bestand eines Arbeitsverhältnisses aber große Bedeutung für die Existenz der einzelnen Person, hat er letztlich auch große Bedeutung für den Staat und die Gesellschaft. Es ist daher nicht nur sinnvoll und angemessen, sondern geboten und erforderlich, dass sich der Staat negativen Auswirkungen annimmt und diese einem Unwerturteil zuführt oder wenigstens die Möglichkeit hierfür eröffnet. Dass dies nicht für jeden Angriff auf das psychische Wohlbefinden gilt, sondern auf die sexuell belästigenden Verhaltensformen beschränkt ist, die einen sozialschädlichen Angriff auf das sexuelle Selbstbestimmungsrecht darstellen, wurde bereits zuvor ausgeführt und bedarf daher keiner weiteren Vertiefung.

Die Abwehr sozialschädlichen Verhaltens ist eine grundrechtliche Verpflichtung des Staates. Einer Abwehr durch Personen des Privatrechts mangelt es an der Legitimation hoheitlichen Handelns. Aufgrund dieses Defizits zeigt sie weniger Wirkung. Das wird besonders daran deutlich, dass die Möglichkeiten der Sanktion durch den Arbeitgeber limitiert sind und sich maximal auf die Beendigung der vertraglichen Beziehung sowie Schadensersatz belaufen können. Eine Langzeitwirkung existiert nicht. So kommt es, dass ein Arbeitgeber der selbst belästigt, auch nach der Geltendmachung der Rechte aus §§ 13 ff. AGG durch eine belästigte Person weiter belästigen kann, solange er z. B. durch Klapse auf das Gesäß jenseits der strafbaren Handlungen *de lege lata* bleibt. Eine negative Konsequenz für seine Befähigung als Arbeitgeber unterbleibt ebenso wie weitere Auswirkungen im Wiederholungsfall. Gleiches gilt für einen abhängig beschäftigten Belästiger, der nach der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses bei einem neuen Arbeitgeber – regelmäßig in vergleichbarer Stellung – erneut Übergriffe begehen kann. Die Konsequenz ist stets gleichbleibend. Auch wenn § 12 Abs. 3 AGG offen formuliert ist, fehlt es an der Reichweite und den Möglichkeiten von Personen des Privatrechts. Die negative Konsequenz für einen Wiederholungstäter erhöht sich nicht. Es ist ein negativer Lern- und Abstumpfungseffekt für den Belästiger zu erwarten, der bei fortgesetzter Belästigung und damit erhöhter Schuld keine härtere Sanktion befürchten muss. Warum sollte er sein Verhalten ändern, wenn er sich mit der gleich bleibenden Sanktion arrangieren kann oder von dieser

nicht erreicht wird? Mit der gegenwärtigen Konzeption sind diese Defizite vom Gesetzgeber hingenommen worden. Sie würden durch eine Strafbarkeit der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz ausgeglichen.

Eine strafrechtliche Ahndung wegen tätlicher sexueller Belästigung hätte gravierendere Folgen. Sie könnte dazu führen, dass die Tat im Bundeszentralregister gespeichert wird und bei sexueller Belästigung einer anderen Person eine Erhöhung der neu zu verhängenden Strafe bewirkt. Freilich sind die Tilgungsregelungen der §§ 45ff. Bundeszentralregistergesetz zu beachten. Dennoch: der Täter verspürt allein durch ein Strafverfahren das hoheitliche Unwerturteil und die mit dem Eingang in sein Strafregister verbundenen Auswirkungen seines Verhaltens. Ein Vertrauenseffekt der Gesellschaft würde sich einstellen, dass es nicht länger allein Sache des Arbeitgebers ist, sich zur Antidiskriminierungspolizei zu machen, sondern dass auch der Staat selbst in gravierenden, nicht länger privatrechtlich auszugleichenden Fällen das Gesetz zur Anwendung bringt, die sozialschädliche Verhaltensweise zu ächten.

c) **Vorschlag eines Straftatbestandes der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz**

Auch wenn Lautstärke und Frequenz von Forderungen nach Verbesserung der gesetzlichen Regelung abgenommen haben, ist doch festzustellen, dass das Problem der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz weiterhin nicht gelöst ist, was die neuesten Umfrageergebnisse belegen¹⁴⁰². Die Vorteile einer ergänzenden strafrechtlichen Regelung hingegen liegen auf der Hand, wie soeben ausgeführt. Die gegen einen Straftatbestand der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz vorgebrachten Einwände überzeugen nicht, da sie bei der Gestaltung des Delikts berücksichtigt werden können.

Aus der durchgeführten Untersuchung ergeben sich folgende Anforderungen an den Tatbestand: einfache Belästigungen, die noch keinen Eingriff in das sexuelle Selbstbestimmungsrecht darstellen, werden nicht erfasst. Diese untere Grenze der erfassten Verhaltensweisen ist jedoch gegenüber allgemeinen Belästigungen niedriger auszugestalten, um der Bedeutung des Arbeitsplatzes Rechnung zu tragen und um zu berücksichtigen, dass das Opfer nicht selbständig zu einer Ausweichreaktion im Stande ist, sondern zur Vertragserfüllung täglich auf den Arbeitsplatz zurückkehren muss. Eine angemessene Lösung erfordert eine Unterscheidung danach, ob eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz oder allgemeine sexuelle Belästigung stattgefunden hat bzw. ob sonstige Gründe besonderer Schutzbedürftigkeit bestehen¹⁴⁰³. Das kann in einer Norm erfolgen, die durch verschiedene Tatbestandsalternativen oder strafscharfende Gründe ausgestaltet ist oder durch eine

¹⁴⁰² Nicht ohne Grund hat die Antidiskriminierungsstelle des Bundes das Jahr 2015 zum Themenjahr unter dem Motto „Gleiches Recht. Jedes Geschlecht“ ausgerufen und dabei der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz einen Schwerpunkt gesetzt, vgl. *Antidiskriminierungsstelle des Bundes* (Hrsg.), *Sexuelle Belästigung*, Stand: 06.01.2016, abrufbar unter: http://www.antidiskriminierungsstelle.de/DE/ThemenUndForschung/Geschlecht/sexuelle_Belaestigung/sexBelaestigung_node.html (besucht am 16.01.2016).

¹⁴⁰³ Frankreich hat sich 2012 zur Differenzierung nicht im Tatbestand, sondern erst auf Rechtsfolgenebene entschieden. Nach Art. 222-33 des französischen *code pénal* wird mit Gefängnisstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis EUR 30.000 bestraft, wer durch verbale oder tätliche sexuelle Verhaltensweisen die Würde einer anderen Person verletzt. Ein besonders schwerer Fall liegt vor, wenn die Autorität des Belästigers ausgenutzt wird, die belästigte Person unter 15 Jahren ist oder die belästigte Person aus anderen Gründen besonders schutzbedürftig ist, wobei ein Grund die wirtschaftliche Abhängigkeit vom Täter ist. Die Strafe beträgt dann bis zu drei Jahren Haft oder bis zu EUR 45.000 Geldstrafe. Die jeweils gültige

Einzelnorm ausschließlich zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz, die dann aber aufgrund der Spezialität sinnvollerweise im Nebenstrafrecht zu erlassen ist. Eine allgemeine Strafnorm gegen sexuelle Belästigung müsste sich aufgrund des Übermaßverbots an einer sexuellen Handlung orientieren und könnte folglich die besonderen Belästigungsformen am Arbeitsplatz nicht ausreichend berücksichtigen¹⁴⁰⁴.

*Schaefer/Wolf*¹⁴⁰⁵ haben 2001 eine Neuregelung vorgeschlagen, die große tatbestandliche Übereinstimmung mit dem seit 1. Oktober 1992 geltenden Art. 198 des schweizerischen Strafgesetzbuchs aufweist. Danach ist eine sexuelle Belästigung zunächst die Vornahme einer sexuellen Handlung vor einer anderen Person. Darüber hinaus kann eine sexuelle Belästigung jedoch auch durch eine Tätlichkeit jenseits sexueller Handlungen erfolgen oder durch Worte, sofern dies in grober Weise geschieht¹⁴⁰⁶. Für die tätliche sexuelle Belästigung wird gefordert, dass die Handlung mit Sexualität im weitesten Sinn in Verbindung zu bringen ist¹⁴⁰⁷. Für die grobe verbale sexuelle Belästigung wird sozial inadäquates Verhalten verlangt¹⁴⁰⁸. Der Tatbestand erweckt in beiden Alternativen Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit der Norm¹⁴⁰⁹. Das Delikt ist als Antragsdelikt ausgestaltet, da der schweizerische Bundesrat die Auffassung vertritt, dass geringfügige Delikte nicht unabhängig vom Willen des Verletzten verfolgt werden sollen¹⁴¹⁰. Auch der Vorschlag von *Schaefer/Wolf* ist als Antragsdelikt ausgestaltet. Das ist soziologisch dadurch zu erhärten, dass abhängig vom konkreten Belästigungssachverhalt tatsächlich eine sekundäre Viktimisierung des Opfers zu besorgen ist, wenn Aussage gegen Aussage steht oder besonders unangenehme Details zu schildern sind. Die Vorschrift sollte daher als Antragsdelikt ausgestaltet werden, um dem Belästigungsoffer die Wahl zu lassen, ob ein strafrechtliches Verfahren in Gang gesetzt werden soll. Eine Ausnahme für minderjährige Personen ist nicht zu machen, da gegenständlich nur die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz geregelt werden soll, bei der Kindesarbeit ausgeschlossen ist und besondere Vorschriften für Jugendliche und in einem Ausbildungsverhältnis stehende Personen bereits existieren.

Fassung des code pénal ist im Internet abrufbar unter: <http://legifrance.gouv.fr/> (zuletzt besucht am 25.10.2015).

1404 Im österreichischen Strafgesetzbuch findet sich unter § 218 eine Vorschrift gegen sexuelle Belästigung und öffentliche geschlechtliche Handlungen. Danach wird bestraft, wer eine Person durch eine geschlechtliche Handlung an ihr oder vor ihr unter Umständen, unter denen dies geeignet ist, berechtigtes Ärgernis zu erregen, belästigt, wenn die Tat nicht nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist. Der Strafrahmen beträgt Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen. Damit ist die entscheidende Tatbestandanforderung jedoch erneut die geschlechtliche (=sexuelle) Handlung, welche bei nicht gesondert schutzbedürftigen erwachsenen Personen die Anwendung der Sexualdelikte verhindert.

1405 *Schaefer/Wolf*, ZRP 2001, 27 (28).

1406 Der Wortlaut der Vorschrift lautet: Sexuelle Belästigungen – „Wer vor jemandem, der dies nicht erwartet, eine sexuelle Handlung vornimmt und dadurch Ärgernis erregt, wer jemandem tätlich oder in grober Weise durch Worte sexuell belästigt, wird, auf Antrag, mit Busse bestraft.“ Einsehbar im Internet unter: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html> (zuletzt besucht am 25.10.2015).

1407 *Kummer*, S. 73.

1408 *Kummer*, S. 89.

1409 Gleiches gilt dann auch für den Vorschlag von *Schaefer/Wolf*, der insofern wortgleich ist.

1410 Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates vom 29.10.2014 zur Motion 14.3666 vom 14.08.2014 durch die Kommission für Rechtsfragen NR sowie zur Motion 12.3476 vom 12.06.2012 durch *Schmid-Federer*, einsehbar im Internet unter http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20143666 (zuletzt besucht am 25.10.2015).

Ausreichende Bestimmtheit der zu schaffenden Vorschrift lässt sich entweder über einen Katalog strafbarer Verhaltensweisen schaffen, wie es zuletzt bei der Gestaltung von § 238 StGB unternommen wurde. Dort hat der Gesetzgeber jedoch mit der vergleichbaren Handlung in § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB eine Öffnungsklausel eingefügt, die sich zu Recht dem Vorwurf unzureichender Bestimmtheit ausgesetzt sieht. Eine andere Möglichkeit besteht für eine nebenstrafrechtliche Regelung darin, an den zivilrechtlichen Tatbestand anzuknüpfen, was jedoch für den maßgebenden § 3 Abs. 4 AGG kaum gelingen wird, da dieser bereits für eine zivilrechtliche Regelung äußerst komplex und unbestimmt ist.

Vorgeschlagen wird daher eine Regelung, die allein die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz regelt, indem sie an die tatbestandlichen Anforderungen des AGG anknüpft und von diesen die strafrechtlich relevanten in Form von Regelbeispielen benennt. Strafrechtlich erfasst werden die drei Fallgruppen der sexuellen Erpressung (Quid-pro-quo-Fälle), der körperlichen Annäherung und der zielgerichteten Belästigung des Opfers in verbaler Form oder durch Gesten. Zur Vermeidung von Verstößen gegen das Verbot unbestimmter Gesetze sind diese drei Fallgruppen als Regelbeispiele besonders schwerer sexueller Belästigung ausgestaltet.

Da es sich um eine spezielle Strafbarkeit handelt, die nur innerhalb der Reichweite des Arbeitsplatzbezugs nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 AGG zu schaffen ist, ist die Vorschrift im AGG einzuordnen. Es sollte ein neuer § 31a AGG geschaffen werden, der – typisch für das Nebenstrafrecht – unter einer eingängigen Überschrift die sich aus dem Zivilgesetz ergebenden Strafvorschriften regelt.

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

§ 31a Strafvorschriften

- (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine andere Person in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 besonders schwer sexuell belästigt. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor,
 - a) bei sexuell bestimmten körperlichen Berührungen,
 - b) bei sexuell bestimmten Äußerungen oder Gesten, welche die Person betreffen sowie
 - c) bei der Inaussichtstellung beruflicher Auswirkungen infolge sexuellen Verhaltens.
- (2) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt.

F. LITERATURVERZEICHNIS

Adelmann, Nina, Die Straflosigkeit des "Busengrapschens", JURA 2009, 24–26.

Adomeit, Klaus/Mohr, Jochen, Benachteiligung von Bewerbern (Beschäftigten) nach dem AGG als Anspruchsgrundlage für Entschädigung und Schadensersatz, NZA 2007, 179–184.

Adomeit, Klaus/Mohr, Klaus, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Kommentar zum AGG und zu anderen Diskriminierungsverboten, 2. Aufl., Stuttgart u. a. 2011 [zitiert: *Adomeit/Mohr, AGG*].

Amelung, Knut, Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung, Studien zum Wirklichkeitsbezug des Ehrbegriffs und seiner Bedeutung im Strafrecht, Baden-Baden 2002 [zitiert: *Amelung, Ehre*].

Ders., Zum Wirklichkeitsbezug der Ehre und ihrer Verletzung, insbesondere bei sexuellen Beleidigungen, in: Rogall, Klaus u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, Neuwied 2004, S. 373–380.

Ders., Die Anstiftung als korrumpierende Aufforderung zu strafbedrohtem Verhalten, in: Hoyer, Andreas u. a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2006, S. 147–178.

Annuß, Georg, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht, BB 2006, 1629–1636.

Antidiskriminierungsstelle des Bundes (Hrsg.), Sexuelle Belästigung, Stand: 06.01.2016, abrufbar unter: http://www.antidiskriminierungsstelle.de/DE/ThemenUndForschung/Geschlecht/sexuelle_Belaestigung/sexBelaestigung_node.html (besucht am 16.01.2016).

Arnold, Jörg, u. a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München 2005 [zitiert: *FS-Eser*].

Arzt, Gunther, Zum Zweck und Mittel der Nötigung, in: Stratenwerth, Günter u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, Berlin 1974, S. 823–839.

Ders., Der strafrechtliche Ehrenschutz - Theorie und praktische Bedeutung, JuS 1982, 717–728.

Arzt, Gunther/Weber, Ulrich (Begr.), Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Bielefeld 2015 [zitiert: *Bearbeiter*, in: *Arzt/Weber*].

Bader, Johannes, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, Funktion und Schutz der arbeitsrechtlichen Benachteiligungsverbote des AGG, Berlin 2012.

- Baer, Susanne*, Würde oder Gleichheit?, Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, Baden-Baden 1995 [zitiert: *Baer*, Würde oder Gleichheit?].
- Dies.*, Gleichberechtigung revisited, Zur Interpretation des Art. 3 GG und internationaler Gleichbehandlungsgebote, NJW 2013, 3145–3149.
- Bauer, Jobst-Hubertus* (Hrsg.), Festschrift für Peter Schwerdtner zum 65. Geburtstag, Neuwied 2003 [zitiert: FS-Schwerdtner].
- Bauer, Jobst-Hubertus/Krieger, Steffen*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 2015 [zitiert: *Bauer/Krieger*, AGG].
- Baumann, Jürgen/Tiedemann, Klaus* (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974 [zitiert: FS-Peters].
- Baumgärtel, Gottfried, u. a.* (Hrsg.), Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984, Berlin, New York 1984 [zitiert: FS-Hübner].
- Beck, Karl*, Die sexuelle Handlung, Inaugural-Dissertation, Tübingen 1988 [zitiert: *Beck*, Die sexuelle Handlung].
- Beil, Christine/Eickhoff, Birgit*, Das Synonymwörterbuch, Ein Wörterbuch sinnverwandter Wörter, 5. Aufl., Mannheim, Zürich 2010 [zitiert: *Beil/Eickhoff*, Duden Synonymwörterbuch].
- Benecke, Martina*, "Mobbing" im Arbeitsrecht, NZA-RR 2003, 225–232.
- Dies.*, Persönlichkeitsschutz und Haftung des Arbeitgebers, Zugleich Besprechung zum Urteil BAG v. 16. 5. 2007 - 8 AZR 709/06, RdA 2008, 357–364.
- Benz, Werner*, Sexuell anstößiges Verhalten, Ein kriminologischer Beitrag zum Exhibitionismus (§ 183 StGB) und zur Erregung öffentlichen Ärgernisses (§ 183a StGB) sowie zu deren strafrechtlicher Problematik - mit einem rechtshistorischen und einem rechtsvergleichenden Überblick -, Lübeck 1982.
- Bergmann, Alfred*, Das Unrecht der Nötigung (§ 240 StGB), Berlin 1983.
- Biester, Frauke*, Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf die betriebliche Praxis – Teil 1 –, jurisPR-ArbR 35/2006 Anm. 6, abrufbar unter: www.juris.de (besucht am 08.11.2015).
- Blanke, Nikolas*, Das qualifizierte Nötigungsmittel der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben, Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Gefahrbegriffs des Strafgesetzbuches, Berlin 2007.
- Bloy, René*, Der strafrechtliche Schutz der psychischen Integrität, in: Arnold, Jörg u. a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 233–256.
- Botke, Wilfried*, Täterschaft und Teilnahme im deutschen Wirtschaftskriminalrecht - de lege lata und de lege ferenda, JuS 2002, 320–324.

- Ders.*, Zum Rechtsgut der §§ 174 ff. StGB, in: Dannecker, Gerhard u. a. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, Köln 2007, S. 535–560.
- Ders.*, Exhibitionistische Handlungen und Erregung öffentlichen Ärgernisses, in: Joerden, Jan C. u. a. (Hrsg.), Vergleichende Strafrechtswissenschaft, Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, S. 297–318.
- Breitsprecher, Roland*, Pons-Wörterbuch für Schule und Studium, Teil 1, 3. Aufl., Stuttgart u. a. 1998 [zitiert: *Breitsprecher*, Pons-Wörterbuch].
- Bülte, Jens*, Die Beschränkung der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten, Zugleich eine Besprechung von BGH, Urt. v. 20.10.2011 - 4 StR 71/11, NZWiSt 2012, 176–182.
- Dannecker, Gerhard, u. a.* (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, Köln 2007 [zitiert: FS-Otto].
- Dannecker, Gerhard/Dannecker, Christoph*, Die "Verteilung" der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen, Zur strafrechtlichen Verantwortung des Compliance Officers und (leitender) Angestellter bei der Übernahme unternehmensbezogener Aufgaben - zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 17.7.2009 - 5 StR 394/08, JZ 2010, 981–992.
- Däubler, Wolfgang/Bertzbach, Martin* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2013 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Däubler/Bertzbach].
- Dieterich, Thomas, u. a.* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 6. Aufl., München 2006 [zitiert: *Bearbeiter*, in: ErfK (6. Aufl.)].
- Dölling, Dieter/Erb, Volker* (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002, Heidelberg 2002 [zitiert: FS-Gössel].
- Dölling, Dieter, u. a.* (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, StGB, StPO, Nebengesetze; Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2013 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Dölling/Duttge/Rössner].
- Dressing, Harald/Kühner, Christine/Gass, Peter*, Was ist Stalking? - Aktueller Forschungsstand, FPR 2006, 176–180.
- Duttge, Gunmar/Hörnle, Tatjana/Renzikowski, Joachim*, Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, NJW 2004, 1065–1072.
- Eggert-Weyand, Sabine*, Belästigung am Arbeitsplatz, Eine Form der verbotenen Benachteiligung wegen des Geschlechts, Frankfurt am Main 2010 [zitiert: *Eggert-Weyand*, Belästigung].
- Eidam, Lutz*, Die Straftaten gegen die persönliche Freiheit in der strafrechtlichen Examenklausur, JuS 2010, 869–873.

- Eisele, Jörg*, Computer- und Medienstrafrecht, München 2013 [zitiert: *Eisele*, Computer- und Medienstrafrecht].
- Ders.*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, zum Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs - Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht, Stand: 10.10.2014, abrufbar unter: <http://www.bundestag.de/blob/338844/f833f1ea050bb7978ef55f06174ff16b/eisele-data.pdf> (besucht am 08.02.2015).
- Eppner, Dirk/Hahn, Antje*, Die Tatbestände der Beleidigungsdelikte, JA 2006, 860–864.
- Erdemir, Murad*, Neue Paradigmen der Pornografie? – Ein unbestimmter Rechtsbegriff auf dem Prüfstand, MMR 2003, 628–635.
- Eser, Albin, u. a.* (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998 [zitiert: FS-Lenckner].
- Eßer, Walter/Baluch, Christina*, Bedeutung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes für Organmitglieder, NZG 2007, 321.
- Fischer, Thomas*, Sexuelle Selbstbestimmung in schutzloser Lage, Zum Anwendungsbereich von § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB, ZStW 112 (2000), 75–105.
- Ders.*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 63. Aufl., München 2016 [zitiert: *Fischer*, StGB].
- Ders.*, Volk in Angst, Eine Kolumne von Thomas Fischer, Stand: 10.05.2016, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-05/sexualstrafrecht-noetigung-vergewaltigung-fischer-im-recht> (besucht am 29.05.2016).
- Folkers, Susanne*, Die Reform der Notzuchtatbestände in den Jahren 1997 und 1998, NJW 2000, 3317–3321.
- Dies.*, Ausgewählte Probleme bei sexueller Nötigung und Vergewaltigung aus der Sicht der Praxis, Baden-Baden 2004.
- Dies.*, Schutzlos - widerstandsunfähig - und trotzdem vergewaltigt?, NSTZ 2005, 181–184.
- Freund, Georg/Heubel, Friedrich*, Der menschliche Körper als Rechtsbegriff, MedR 1995, 194–198.
- Frisch, Wolfgang*, Objektive Zurechnung des Erfolgs Entwicklung, Grundlinien und offene Fragen der Lehre von der Erfolgzurechnung, JuS 2011, 205–211.
- Frommel, Monika*, Das klägliche Ende der Reform der sexuellen Gewaltdelikte, ZRP 1988, 233–238.
- Dies.*, Rechtsprechung statt Rechtsverweigerung: Vorüberlegungen zu einer umfassenden Reform des Sexualstrafrechts, NK 5 (1993), 22–29.
- Gazeas, Nikolaos*, Der Stalking-Straftatbestand – § 238 StGB (Nachstellung), JR 2007, 497–505.

- Geilen, Gerd*, Lebensgefährliche Drohung als Gewalt in § 251 StGB?, JZ 1970, 521–529.
- Geisler, Claudius, u. a.* (Hrsg.), Festschrift für Claus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011, Berlin 2011 [zitiert: FS-Geppert].
- Geppert, Klaus*, Straftaten gegen die Ehre (§§ 185 ff. StGB), JURA 1983, 580–592.
- Geppert, Klaus, u. a.* (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag, Tübingen 1992 [zitiert: FS-Schmitt].
- Geppert, Klaus*, Zur Systematik der Beleidigungsdelikte und zur Bedeutung des Wahrheitsbeweises im Rahmen der §§ 185 ff. StGB, JURA 2002, 820–825.
- Gössel, Karl Heinz/Dölling, Dieter*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 2. Aufl., Heidelberg 2004 [zitiert: *Gössel/Dölling*, Strafrecht BT I].
- Gössel, Karl Heinz*, Das neue Sexualstrafrecht, Eine systematische Darstellung für die Praxis, Berlin 2005.
- Goy, Alexandra*, Sexuelle Belästigung - ein juristisch unscharfer Sachverhalt?, in: Koreruber, Mechthild/Mager, Ute (Hrsg.), Recht und Geschlecht, Zwischen Gleichberechtigung, Gleichstellung und Differenz, Baden-Baden 2004, S. 99–108.
- Graul, Eva*, Tatbestand vor Rechtswidrigkeit? - Zum Freispruch aus § 193 StGB, NSTZ 1991, 457–462.
- Grütznert, Thomas*, Anm. zu BGH, Urt. v. 20.10.2011 -4 StR 71/11, BB 2012, 150–152.
- Günther, Hans-Ludwig*, Die Genese eines Straftatbestandes, Eine Einführung in die Frage der Strafgesetzbuchslehre, JuS 1978, 8–14.
- Hadeler, Indra*, Die Revision der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG - Umsetzungsbedarf für das deutsche Arbeitsrecht, NZA 2003, 77–81.
- Haller, Robert/Koch, Ulrike*, Mobbing - Rechtsschutz im Krieg am Arbeitsplatz, NZA 1995, 356–360.
- Harbeck, Birgit*, Probleme des Einheitstatbestandes sexueller Nötigung Vergewaltigung, Baden-Baden 2001.
- Hardtung, Bernhard*, Die Körperverletzungsdelikte, JuS 2008, 1060–1065.
- Ders.*, Die Körperverletzungsdelikte, JuS 2008, 864–869.
- Hecker, Bernd*, Nötigung durch sexuelle Belästigung, Voraussetzungen für die Einstufung einer sexuellen Belästigung als Nötigung, JuS 2013, 751–753.
- Herzberg, Rolf*, Die Sitzblockade als Drohung mit einem empfindlichen Übel, GA 1998, 211–214.
- Herzog, Ulrich*, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz im US-amerikanischen und deutschen Recht, Heidelberg 1997.

- Hey, Thomas/Forst, Gerrit* (Hrsg.), Kommentar AGG, Frankfurt am Main 2015 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Hey/Forst].
- Hilgendorf, Eric*, Strafrecht und Interkulturalität, Plädoyer für eine kulturelle Sensibilisierung der deutschen Strafrechtsdogmatik, JZ 2009, 139–144.
- Hilgendorf, Eric/Rengier, Rudolf* (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Heinz zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2012 [zitiert: FS-Heinz].
- Hillenkamp, Thomas*, Anm. zu BGH, Urt. v. 15.3.1989 - 2 StR 662/88, NSTz 1989, 529–530.
- Himmelreich, Laura*, Der Herrenwitz, stern-Porträt über Rainer Brüderle, Original in stern Ausgabe 5/2013, Stand: 01.02.2013, abrufbar unter: <http://www.stern.de/politik/deutschland/stern-portraet-ueber-rainer-bruederle-der-herrenwitz-1964668.html> (besucht am 16.01.2016).
- Hirsch, Hans Joachim*, Ehre und Beleidigung: Grundfragen des strafrechtlichen Ehrenschutzes, Karlsruhe 1967 [zitiert: *Hirsch*, Ehre und Beleidigung].
- Ders.*, Grundfragen von Ehre und Beleidigung, in: Zaczyk, Rainer u. a. (Hrsg.), Festschrift für E. A. Wolff, Zum 70. Geburtstag am 1.10.1998, Berlin 1998, S. 125–151.
- Hofmann, Hans/Henneke, Hans-Günter* (Hrsg.), GG Kommentar zum Grundgesetz, 13. Aufl., Köln 2014 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein].
- Hofmann, Hans/Hopfauß, Axel* (Hrsg.), GG - Kommentar zum Grundgesetz, 12. Aufl., Köln 2011 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (12. Aufl.)].
- Hohmann, Harald*, Thesen zur Weiterentwicklung des Beschäftigtenschutzgesetzes mit dem Ziel eines besseren Schutzes vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, ZRP 1995, 167–169.
- Holzbecher, Monika/Braszeit, Anne/Müller, Ursula/Plogstedt, Sibylle*, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, 5. Aufl., Stuttgart u. a. 1997.
- Horn, Eckhard*, Das "Inverkehrbringen" als Zentralbegriff des Nebenstrafrechts, NJW 1977, 2329–2336.
- Ders.*, Die Drohung mit einem erlaubten Übel: Nötigung?, NSTz 1983, 497–499.
- Hörnle, Tatjana*, Pornographische Schriften im Internet: Die Verbotsnormen im deutschen Strafrecht und ihre Reichweite, NJW 2002, 1008–1013.
- Dies.*, Wider das Dogma vom Finalzusammenhang bei Raub und sexueller Nötigung, in: Paeffgen, Hans-Ullrich (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 1143–1161.
- Dies.*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss am 13. Oktober 2014, zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD: Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer

- Vorgaben zum Sexualstrafrecht BT-Drucksache 18/2601, Stand: 13.10.2014, abrufbar unter: <http://www.bundes-tag.de/blob/338850/f0532cb0f8b2a123177e9f837ccd5f69/hoernle-data.pdf> (besucht am 16.01.2016).
- Hoyer, Andreas, u. a.* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2006 [zitiert: FS-Schroeder].
- Hruschka, Joachim*, Die Blockade einer Autobahn durch Demonstranten - eine Nötigung?, NJW 1996, 160–164.
- Huber, Peter Michael* (Hrsg.), Der Sozialstaat in Deutschland und Europa, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Jena vom 6. bis 9. Oktober 2004, Berlin 2005.
- Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans C.*, Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. I, 1. Aufl., Mannheim 1928.
- Ickler, Theodor*, Theodor Icklers Sprachtagebuch, Grammatische Exerzitionen 2 - Infinitivkonstruktionen, Stand: 12.02.2014, abrufbar unter: <http://www.sprachforschung.org/ickler/index.php/?show=news&id=1602> (besucht am 10.11.2015).
- Ignor, Alexander*, Der Straftatbestand der Beleidigung, Zu den Problemen des § 185 Strafgesetzbuch im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Artikel 103, Absatz 2 Grundgesetz, Baden-Baden 1995 [zitiert: *Ignor*, Der Straftatbestand der Beleidigung].
- Jäger, Christian*, Von mobbenden Kollegen und betriebsblinden Vorgesetzten, JA 2012, 392–395.
- Jähnke, Burkhard, u. a.* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Erster Band §§ 1 bis 31, 11. Aufl., Berlin 2003 [zitiert: *Bearbeiter*, in: LK (11. Aufl.)].
- Dies.*, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Sechster Band §§ 223 bis 263a, 11. Aufl., Berlin 2005 [zitiert: *Bearbeiter*, in: LK (11. Aufl.)].
- Jakobs, Günther*, Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt, in: Baumann, Jürgen/Tiedemann, Klaus (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 69–90.
- Jestaedt, Matthias*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, in: Huber, Peter Michael (Hrsg.), Der Sozialstaat in Deutschland und Europa, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Jena vom 6. bis 9. Oktober 2004, Berlin 2005, S. 298–350.
- Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1 - §§ 1-37 StGB, 2. Aufl., München 2011 [zitiert: *Bearbeiter*, in: MK].
- Dies.*, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3 - §§ 80-184g StGB, 2. Aufl., München 2012 [zitiert: *Bearbeiter*, in: MK].

- Dies.*, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4 - §§ 185-262 StGB, 2. Aufl., München 2012 [zitiert: *Bearbeiter*, in: MK].
- Joerden, Jan C., u. a.* (Hrsg.), Vergleichende Strafrechtswissenschaft, Frankfurter Festschrift für Andrzej J. Szwarc zum 70. Geburtstag, Berlin 2009 [zitiert: FS-Szwarc].
- Jung, Heike/Kunz, Karl-Ludwig*, Das Absehen von Strafe nach § 174IV StGB, NStZ 1982, 409–413.
- Kade, Claudia*, "Mob ruft zur Jagd auf nicht weiße Menschen auf", Stand: 08.01.2016, abrufbar unter: <http://www.welt.de/politik/deutschland/article150753781/Mob-ruft-zur-Jagd-auf-nicht-weisse-Menschen-auf.html> (besucht am 09.01.2016).
- Kamanabrou, Sudabeh*, Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, RdA 2006, 321–339.
- Kaspar, Johannes*, Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte, JuS 2012, 16–21.
- Kausch, Martina*, Sexuelle Nötigung im Vorstellungsgespräch, abrufbar unter: <http://www.abendblatt.de/region/norderstedt/article107883673/Sexuelle-Noetigung-im-Vorstellungsgespraech.html> (besucht am 20.11.2015).
- Kiehl, Walter*, Das Ende der "kleinen Sexualdelikte"?, NJW 1989, 3003–3005.
- Kindhäuser, Urs, u. a.* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Band 1 Allgemeiner Teil §§ 1 - 79b; Band 2 Besonderer Teil §§ 80-241a; Band 3 Besonderer Teil §§ 242-358, 4. Aufl., Baden-Baden 2013 [zitiert: *Bearbeiter*, in: NK].
- Kindhäuser, Urs*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 6., völlig neu bearbeitete Auflage, Baden-Baden 2015 [zitiert: *Kindhäuser*, LPK-StGB].
- Kinzig, Jörg*, Stalking - ein Fall für das Strafrecht?, ZRP 2006, 255–258.
- Kinzig, Jörg/Zander, Sebastian*, Der neue Tatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB), JA 2007, 481–488.
- Klump, Steffen*, Diskontinuität und ihre Folgen für das Antidiskriminierungsrecht, NZA 2005, 848–854.
- Knodel, Klaus Dieter*, Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, München 1962.
- Koch, Arnd/Wirth, Katrin*, Grundfälle zur Anstiftung, JuS 2010, 203–209.
- Köhler, Michael*, Vorlesungsstörung als Gewaltnötigung?, NJW 1983, 10–12.
- Köhne, Michael*, „Unerwünschte Nähe“ – Mehr Opferschutz bei der Nachstellung?, ZRP 2014, 141–143.
- Koreuber, Mechthild/Mager, Ute* (Hrsg.), Recht und Geschlecht, Zwischen Gleichberechtigung, Gleichstellung und Differenz, Baden-Baden 2004.
- Krause, Anna-Mareike*, Nach den Übergriffen in der Silvesternacht: Das Problem ist und bleibt Sexismus, Stand: 07.01.2016, abrufbar unter: <https://www.tageschau.de/kommentar/kommentar-sexismus-101.html> (besucht am 09.01.2016).

- Krüger, Matthias*, Zum »Bestimmen« im Sinne von §§ 26, 30 StGB, JA 2008, 492–498.
- Ders.*, Stalking in allen Instanzen, Kritische Bestandsaufnahme erster Entscheidungen zu § 238 StGB, NStZ 2010, 546–553.
- Ders.*, Stalking als familien- und strafrechtliches Problem, FPR 2011, 219–224.
- Kudlich, Hans*, „Neutrale Beihilfe“ bei der Mitwirkung an der Sicherung der innerdeutschen Grenze - BGH, NJW 2001, 2409, JuS 2002, 751–755.
- Kühl, Kristian*, Stellungnahme als Sachverständiger vom 13.10.2006, zum Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen, BT-Dr 16/575 v.08.02.2006, zum Entwurf eines Stalking-Bekämpfungsgesetzes des Bundesrates, BT-Dr 16/1013 v.23.03.2006 und zu einem Formulierungsvorschlag des Bundesministeriums der Justiz, übersandt an den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 07.09.2006, abrufbar unter: http://webarchiv.bundestag.de/archive/2010/0304/bundestag/ausschuesse/a06/anhoerung/Archiv/06_Stalking/04_StN/Prof_Kuehl.pdf (besucht am 16.01.2016).
- Ders.*, Neue Gesetze gegen terroristische Straftaten, NJW 1987, 737–747.
- Ders.*, Die strafrechtliche Garantenstellung - Eine Einführung mit Hinweisen zur Vertiefung, JuS 2007, 497–504.
- Ders.*, Einordnungs- und Anwendungsprobleme bei der Nachstellung, in: Geisler, Claudius u. a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011, Berlin 2011, S. 311–321.
- Ders.*, Beobachtungen zur nachlassenden und begrenzten Legitimationswirkung des Rechtsguts für Strafvorschriften, in: Hilgendorf, Eric/Rengier, Rudolf (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Heinz zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2012, S. 766–777.
- Ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München 2012 [zitiert: *Kühl*, StR AT].
- Kühl, Kristian/Heger, Martin* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., München 2014 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Lackner/Kühl].
- Kuhn, Bernd*, Die Garantenstellung des Vorgesetzten, - Zugleich eine Besprechung von BGH wistra 2012, 64 -, wistra 2012, 297–299.
- Kummer, Kathrin*, Sexuelle Belästigung aus strafrechtlicher Sicht, Bern u. a. 2001.
- Kunig, Philip* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 1: Präambel bis Art. 69, 6. Aufl., München 2012 [zitiert: *Bearbeiter*, in: v. Münch/Kunig].
- Küper, Wilfried, u. a.* (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, Berlin, New York 1987 [zitiert: FS-Lackner].
- Küper, Wilfried*, Drohung und Warnung, Zur Rekonstruktion und Revision des klassischen Drohungsbegriffs, GA 2006, 439–468.
- Küper, Wilfried/Zopfs, Jan*, Strafrecht, Besonderer Teil, Definitionen mit Erläuterungen, 9. Aufl., Heidelberg 2015.

- Küpper, Georg*, Grundprobleme der Beleidigungsdelikte, §§ 185 ff. StGB, JA 1985, 453–462.
- Kusch, Roger/Mössle, Karen Ilka*, Verschärfter Jugendschutz, Zur Auslegung des neuen § 182 StGB, NJW 1994, 1504–1508.
- Laubenthal, Klaus*, Handbuch Sexualstraftaten, Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, Berlin, Heidelberg 2012.
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm, u. a.* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 1. Band Einleitung §§ 1-31, 12. Aufl. 2007 [zitiert: *Bearbeiter*, in: LK].
- Dies.*, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 6. Band §§ 146-210, 12. Aufl., Berlin 2009 [zitiert: *Bearbeiter*, in: LK].
- Dies.*, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 5. Band §§ 110-145d, 12. Aufl., Berlin 2009 [zitiert: *Bearbeiter*, in: LK].
- Dies.*, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 8. Band §§ 242-262, 12. Aufl., Berlin 2010 [zitiert: *Bearbeiter*, in: LK].
- Dies.*, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 7. Band 2. Teilband - §§ 232-241 a, 12. Aufl., Berlin 2015 [zitiert: *Bearbeiter*, in: LK].
- Lehmann, Jens*, Zur Zulassung der Nebenklage bei Nötigung zu einer sexuellen Handlung (§ 240I, IV Nr. 1 StGB), NStZ 2002, 353–356.
- Lutter, Marcus*, Anwendbarkeit der Altersbestimmungen des AGG auf Organpersonen, BB 2007, 725–731.
- Mansdörfer, Marco/Trüg, Gerson*, Umfang und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, - zugleich eine Besprechung von BGH, Urt. v. 20.10.2011 - 4 StR 71/11 -, StV 2012, 432–436.
- Marzodko, Christina*, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, ZTR 2000, 305–309.
- Mästle, Tobias*, Der zivilrechtliche Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, Berlin 2000 [zitiert: *Mästle*, Schutz vor sexueller Belästigung].
- Ders.*, Ist sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz strafbar?, AuR 2002, 410–413.
- Ders.*, Sexuelle Belästigung im Betrieb - angemessene Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers, BB 2002, 250–252.
- Matt, Holger/Renzikowski, Joachim* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, München 2013 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Matt/Renzikowski].
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Begr.), Grundgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, München Grundwerk [zitiert: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig (Grundwerk)].
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Begr.), Grundgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, München Stand: September 2015 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig].

- Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred*, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1 - Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 10. Aufl., Heidelberg 2009 [zitiert: *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 1].
- Dies.*, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 2 - Straftaten gegen Gemeinschaftswerte, 10. Aufl., Heidelberg 2013 [zitiert: *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT 2].
- Meinel, Gernod/Heyn, Judith/Herms, Sascha*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2010 [zitiert: *Meinel/Heyn/Herms*, AGG].
- Meschkutat, Bärbel/Stackelbeck, Martina/Langenhoff, Georg*, Der Mobbing-Report, Eine Repräsentativstudie für die Bundesrepublik Deutschland, Dortmund, Berlin 2002 [zitiert: *Meschkutat/Stackelbeck/Langenhoff*, Mobbing-Report].
- Meyer, Frank*, Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von „Stalking“ im deutschen Recht, ZStW 115 (2004), 249–293.
- Miebach, Klaus*, Aus der neueren Rechtsprechung des BGH zu den Körperverletzungsdelikten, NStZ-RR 2012, 225–229.
- Ders.*, Aus der neueren Rechtsprechung des BGH zu den Körperverletzungsdelikten, NStZ-RR 2013, 265–270.
- Mildenberger, Elke H.*, Schutzlos - hilflos - widerstandsunfähig, Einige Anmerkungen zur Auslegung der Tatbestandserweiterung des § 177 StGB n. F., Münster 1998.
- Mitsch, Wolfgang*, Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch, NJW 2007, 1237–1242.
- Ders.*, Anm. zu BGH, Beschl. v. 19.11.2009 - 3 StR 244/09, NStZ 2010, 513–515.
- Mosbacher, Andreas*, Nachstellung – § 238 StGB, NStZ 2007, 665–671.
- Müller, Ursula/Schörde, Monika*, Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland., Eine repräsentative Untersuchung zu Gewalt gegen Frauen in Deutschland, Hauptstudie des Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Stand: 06.01.2005, abrufbar unter:
<http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Abteilung4/Pdf-Anlagen/langfassungstudie-frauen-teil-eins.property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf>
(besucht am 16.01.2016).
- Müller-Glöge, Rudi, u. a.* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl., München 2016 [zitiert: *Bearbeiter*, in: ErfK].
- Murmann, Uwe*, Die "üble, unangemessene Behandlung", JURA 2004, 102–105.
- Nollert-Borasio, Christiane/Perreng, Martina*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Basiskommentar zu den arbeitsrechtlichen Regelungen, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2015 [zitiert: *Nollert-Borasio/Perreng*, AGG].
- Nöth, Alexandra*, Materieller und prozessualer Rechtsschutz gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz in den USA, Europa und Deutschland, Frankfurt am Main u. a. 2003.

- Oberlies, Dagmar*, Wertungswidersprüche im Sexualstrafrecht?, ZStW 114 (2002), 130–147.
- Oberthür, Nathalie*, Unionsrechtliche Impulse für den Kündigungsschutz von Organvertretern und Arbeitnehmerbegriff, NZA 2011, 253–258.
- Ostendorf, Heribert*, Voraussetzung einer Nötigung durch Unterlassung, Anm. zu OLG Hamburg, Urt. v. 2.4.1980 - 1 Ss 12/80, NJW 1980, 2592–2593.
- Otto, Harro*, Sitzdemonstrationen und strafbare Nötigung in strafrechtlicher Sicht, NStZ 1987, 212–213.
- Ders.*, Beleidigung durch eine sexuelle Handlung, Anm. zu BGH, Urt. v. 15.3.1989 - 2 StR 662/88, JZ 1989, 803–804.
- Ders.*, Strafbare Nötigung durch Sitzblockaden in der höchstrichterlichen Rechtsprechung und die Thesen der Gewaltkommission zu § 240 StGB, NStZ 1992, 568–573.
- Ders.*, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl., Berlin 2005 [zitiert: *Otto*, Grundkurs Strafrecht].
- Ders.*, Der strafrechtliche Schutz vor ehrverletzenden Meinungsäußerungen, NJW 2006, 575–578.
- Paeffgen, Hans-Ullrich*, Unzeitgemäße (?) Überlegungen zum Gewalt- und Nötigungsbegriff, in: Samson, Erich u. a. (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebenzigsten Geburtstag, Baden-Baden 1999, S. 433–468.
- Paeffgen, Hans-Ullrich* (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011 [zitiert: FS-Puppe].
- Palandt, Otto* (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, mit Nebengesetzen, 75. Aufl., München 2016 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Palandt].
- Pfister, Wolfgang*, Aus der Rechtsprechung des BGH zu materiellrechtlichen Fragen des Sexualstrafrechts 2006/2007, NStZ-RR 2007, 361–367.
- Ders.*, Aus der Rechtsprechung des BGH zu materiell-rechtlichen Fragen des Sexualstrafrechts 2008/2009 - 2. Teil, NStZ-RR 2010, 5–7.
- Pflüger, Almut/Baer, Susanne/Schlick, Gabriele/Büchs, Milena/Kalender, Ute*, Beschäftigtenschutzgesetz in der Praxis, Bericht, abrufbar unter:
<http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Abteilung4/Pdf-Anlagen/beschaefigtenschutzgesetz,property=pdf,bereich=bmfsfj,sprache=de,rwb=true.pdf> (besucht am 16.01.2016).
- Plogstedt, Sibylle/Bode, Kathleen*, Übergriffe, Sexuelle Belästigung in Büros und Betrieben. Eine Dokumentation der Grünen Frauen im Bundestag, Reinbek b. Hamburg 1984.
- Plogstedt, Sibylle/Degen, Barbara*, Nein heisst nein!, DGB-Ratgeber gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, München 1992.

- Preis, Ulrich/Sagan, Adam*, Der GmbH-Geschäftsführer in der arbeits- und diskriminierungsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH, BGH und BAG, ZGR 2013, 26–75.
- Puppe, Ingeborg*, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 1984, 101–123.
- Dies.*, Was ist Anstiftung?, Zugleich eine Besprechung von BGH, Urteil vom 11. 10. 2005 - 1 StR 250/05, NStZ 2006, 424–426.
- Putzke, Holm*, Der strafbare Versuch, JuS 2009, 1083–1087.
- Renzikowski, Joachim*, Das Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz - 1. Teil, NStZ 1999, 377–385.
- Ders.*, Das Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz - 2. Teil, NStZ 1999, 440–442.
- Renzikowski, Joachim/Sick, Brigitte*, Anm. zu BGH, Beschl. v. 20.3.2012 - 4 StR 561/11, NStZ 2013, 468–470.
- Rogall, Klaus, u. a.* (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, Neuwied 2004 [zitiert: FS-Rudolphi].
- Rönnau, Thomas*, Grundwissen – Strafrecht: Gewahrsam, JuS 2009, 1088–1090.
- Rönnau, Thomas/Schneider, Frédéric*, Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant, ZIP 2010, 53–61.
- Rotsch, Thomas*, Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen, NStZ 1998, 491–495.
- Ders.*, Neues zur Organisationsherrschaft, NStZ 2005, 13–18.
- Roxin, Claus*, Straftaten im Rahmen organisierter Machtapparate, GA 1963, 193–207.
- Ders.*, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JuS 1964, 373–381.
- Ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II - Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 3. Aufl., München 2003 [zitiert: *Roxin*, AT II].
- Ders.*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., Berlin 2006 [zitiert: *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft].
- Ders.*, Anm. zu BGH, Urt. v. 20.10.2011 - 4 StR 71/11, JR 2011, 303–308.
- Rust, Ursula/Falke, Josef* (Hrsg.), AGG, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften, Berlin 2007 [zitiert: *Bearbeiter*, in: *Rust/Falke*].
- Säcker, Franz/Rixecker, Roland* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 2. Halbband: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - AGG, 5. Aufl., München 2007 [zitiert: *Bearbeiter*, in: *MüKo-BGB* (5. Aufl.)].

- Säcker, Franz, u. a.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 Allgemeiner Teil §§ 1-240 - ProstG - AGG, 7. Aufl., München 2015 [zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB].
- Sadrozinski, Renate*, Grenzverletzungen, Sexuelle Belästigung im Arbeitsalltag, Frankfurt am Main 1993.
- Samson, Erich, u. a.* (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebenzigsten Geburtstag, Baden-Baden 1999 [zitiert: FS-Grünwald].
- Schaefer, Peer/Wolf, Jens*, Strafbarkeitslücke sexuelle Belästigung - regelungsbedürftig oder politisch gewollt?, ZRP 2001, 27–28.
- Schiek, Dagmar*, Gleichbehandlungsrichtlinien der EU - Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht, NZA 2004, 873–884.
- Schiek, Dagmar* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, München 2007 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Schiek].
- Schlachter, Monika*, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz - Inhalt und Funktion des Arbeitsplatzbezugs, NZA 2001, 121–126.
- Schleusener, Axel Aino, u. a.* (Hrsg.), AGG, Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 4. Aufl., Köln 2013 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Schleusener/Suckow/Voigt].
- Schlösser, Jan*, Die Anerkennung der Geschäftsherrenhaftung durch den BGH, NZWiSt 2012, 281–286.
- Schneble, Andrea/Domsch, Michel*, Sexuelle Belästigung von Frauen am Arbeitsplatz, Eine Bestandsaufnahme im Hamburger Öffentlichen Dienst, München, Mering 1990.
- Schöch, Heinz*, Zielkonflikte beim Stalking-Tatbestand, NStZ 2013, 221–224.
- Scholze-Stubenrecht, Werner*, Duden - Deutsches Universalwörterbuch, 7. Aufl., Mannheim-Zürich 2011 [zitiert: *Scholze-Stubenrecht*, Duden Universalwörterbuch].
- Schönke, Adolf, u. a.* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., München 2010 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Schönke/Schröder (28. Aufl.)].
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst* (Begr.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., München 2014 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Schönke/Schröder].
- Schramm, Edward*, Über die Beleidigung von behinderten Menschen, in: Eser, Albin u. a. (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998, S. 539–564.
- Ders.*, Anm. zu BGH, Urt. v. 20.10.2011 - 4 StR 71/11, JZ 2012, 967–972.
- Schroeder, Friedrich-Christian*, Widerstand gegen Willensmittler als Nötigung?, NJW 1985, 2392–2393.

- Ders.*, Die Bedrohung mit Verbrechen, in: Küper, Wilfried u. a. (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, Berlin, New York 1987, S. 665–675.
- Ders.*, Pornographie, Jugendschutz und Kunstfreiheit, Heidelberg 1992 [zitiert: *Schroeder*, Pornographie].
- Ders.*, Das 29. Strafrechtsänderungsgesetz §§ 175, 182 StGB, NJW 1994, 1501–1503.
- Ders.*, Begriff und Rechtsgut der „Körperverletzung“, in: Weigend, Thomas/Küpper, Georg (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, Berlin 1999, S. 725–737.
- Ders.*, Die drei Arten der Nötigung, in: Dölling, Dieter/Erb, Volker (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002, Heidelberg 2002, S. 415–427.
- Ders.*, Anm. zu BGH, Urt. v. 14.12.2004 - 4 StR 255/04, JR 2005, 256–258.
- Schumann, Heribert*, Zum strafrechtlichen und rundfunkrechtlichen Begriff der Pornographie, in: Eser, Albin u. a. (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998, S. 565–584.
- Sick, Brigitte*, Die Rechtsprechung zur Sexualbeleidigung, oder: Wann sexuelle Gewalt die Frauenehre verletzt, JZ 1991, 330–335.
- Dies.*, Zweierlei Recht für zweierlei Geschlecht, Wertungswidersprüche im Geschlechterverhältnis am Beispiel des Sexualstrafrechts, ZStW 103 (1991), 43–91.
- Dies.*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, Ein Beitrag zur gegenwärtigen Diskussion einer Neufassung des § 177 StGB unter Berücksichtigung der Strafbarkeit de lege lata und empirischer Gesichtspunkte, Berlin 1993 [zitiert: *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht].
- Sick, Brigitte/Renzikowski, Joachim*, Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, in: Hoyer, Andreas u. a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2006, S. 603–619.
- Siebert, Wolfgang* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, Band 12 - Schuldrecht 10 - §§ 823-853, 13. Aufl., Stuttgart 2005 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Soergel].
- Sigel, Walter*, Beschäftigungs- und Berufsausbildungsverhältnis zwischen Vollzugsanstalt und Gefangenen, NSTZ 1987, 543–545.
- Sinn, Arndt*, Die Nötigung, JuS 2009, 577–584.
- Sommer, Ulrich*, Lücken im Strafrechtsschutz des § 240 StGB?, Zum Verhältnis von Gewalt und Drohung bei der Nötigung, NJW 1985, 769–773.
- Spindel, Günter*, Zum Problem der Bedrohung durch einen Gewalttäter, in: Geppert, Klaus u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag, Tübingen 1992, S. 205–214.

- Spring, Patrick*, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, Unterlassungshaftung betrieblich Vorgesetzter für Straftaten Untergebener, Hamburg 2009.
- Steinau-Steinrück, Robert von*, Der Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes: Ein Beitrag zur Kultur der Antidiskriminierung?, NZA 2005, 28–32.
- Stenslik, Bastian-Peter/Zahn, Florian*, Diskriminierungsschutz für Organe von Kapitalgesellschaften, DStR 2012, 1865.
- Stern, Klaus*, Ehrenschatz und „allgemeine Gesetze“, in: Baumgärtel, Gottfried u. a. (Hrsg.), Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984, Berlin, New York 1984, S. 815–829.
- Stoffers, Kristian*, Anm. zu BGH, Urt. v. 17.7.2009 - 5 StR 394/08, NJW 2009, 3173–3177.
- Stratenwerth, Günter, u. a.* (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, Berlin 1974 [zitiert: FS-Welzel].
- Streng, Franz*, Verleumdung durch Tatsachenmanipulation?, GA 1985, 214–230.
- Ders.*, Das Unrecht der Volksverhetzung, in: Küper, Wilfried u. a. (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, Berlin, New York 1987, S. 501–526.
- SUZ – Sozialwissenschaftliches Umfragezentrum GmbH Duisburg*, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Ergebnisse einer repräsentativen Umfrage unter Beschäftigten in Deutschland, Stand: 03.03.2015, abrufbar unter: http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Umfragen/Umfrage_sex_Belaestigung_Los_1.pdf;jsessionid=ABE217681C36D8CB615D230E60B45344.2_cid322?__blob=publicationFile (besucht am 06.05.2015) [zitiert: ADS, Umfrage Beschäftigte].
- SUZ – Sozialwissenschaftliches Umfragezentrum GmbH Duisburg*, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Umfrage unter 667 Personalverantwortlichen und Betriebsräten, Stand: 03.03.2015, abrufbar unter: http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Umfragen/Umfrage_sex_Belaestigung_Los_2.pdf?__blob=publicationFile (besucht am 06.05.2015) [zitiert: ADS, Umfrage PV].
- Tenckhoff, Jörg*, Die Bedeutung des Ehrbegriffs für die Systematik der Beleidigungstatbestände, Berlin 1974 [zitiert: *Tenckhoff*, Ehrbegriff].
- Ders.*, Grundfälle zum Beleidigungsrecht, JuS 1988, 618–623.
- Ders.*, Grundfälle zum Beleidigungsrecht, 2. Teil. Die Beleidigungstatbestände, JuS 1988, 787–793.
- Thüsing, Gregor*, Handlungsbedarf im Diskriminierungsrecht, Die Umsetzungsergebnisse auf Grund der Richtlinien 200/78/EG und 200/43/EG, NZA 2001, 1061–1064.

- Ders.*, Das Arbeitsrecht der Zukunft? - Die deutsche Umsetzung der Anti-Diskriminierungsrichtlinien im internationalen Vergleich, NZA 2004 (Sonderbeilage zu Heft 22), 3–16.
- Ders.*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote, 2. Aufl., München 2013 [zitiert: *Thüsing*, Diskriminierungsschutz].
- Timpe, Gerhard*, Die Nötigung, Berlin 1989 [zitiert: *Timpe*, Nötigung].
- Ders.*, Der Tatbestand der Beihilfe, JA 2012, 430.
- v. Roeteken, Torsten*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - AGG, Kommentar zu den arbeits- und dienstrechtlichen Regelungen, Loseblattsammlung, Heidelberg Stand: 2016.
- Valerius, Brian*, Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung in § 238 StGB, JuS 2007, 319–324.
- Wahrig-Burfeind, Renate*, Wahrig, Fremdwörterlexikon, Gütersloh-München 2001.
- Wank, Rolf*, Diskriminierung in Europa - Die Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien aus deutscher Sicht, NZA 2004 (Sonderbeilage zu Heft 22), 16–26.
- Weigend, Thomas/Küpper, Georg* (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, Berlin 1999 [zitiert: FS-Hirsch].
- Wendeling-Schröder, Ulrike*, Diskriminierung und Privilegierung im Arbeitsleben, in: Bauer, Jobst-Hubertus (Hrsg.), Festschrift für Peter Schwerdtner zum 65. Geburtstag, Neuwied 2003, S. 269–287.
- Wendeling-Schröder, Ulrike/Stein, Axel* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, München 2008 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Wendeling-Schröder/Stein].
- Wolff, Alexander*, Anm. zu BGH, Urt. v. 23.4.2012 – II ZR 163/10, BB 2012, 1932.
- Wolff, Ernst Amadeus*, Ehre und Beleidigung, Zugleich eine Besprechung des gleichnamigen Buchs von H. J. Hirsch, ZStW 81 (1969), 886–911.
- Wolter, Jürgen*, Gewaltanwendung und Gewalttätigkeit, - 2. Teil -, NStZ 1985, 245–252.
- Wolter, Jürgen* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Loseblattsammlung, 8. Aufl., München Stand: 2014 [zitiert: *Bearbeiter*, in: SK].
- Worzalla, Michael*, Das Beschäftigtenschutzgesetz in der Praxis, NZA 1994, 1016–1021.
- Zaczyk, Rainer, u. a.* (Hrsg.), Festschrift für E. A. Wolff, Zum 70. Geburtstag am 1.10.1998, Berlin 1998 [zitiert: FS-Wolff].