



# Stellungnahme

**des Deutschen Anwaltvereins durch  
den Ausschuss Strafrecht in Zusammenarbeit  
mit dem Genderausschuss**

**zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur  
Änderung des StGB - Verbesserung des  
Persönlichkeitsschutzes bei Bildaufnahmen (BT-  
Drs. 19/17795) und des Bundesrates zur  
Strafbarkeit der Bildaufnahme des  
Intimbereichs, sog. Upskirting (BT-Drs.  
19/15825)**

Stellungnahme Nr.: 36/2020

Berlin, im Mai 2020

## **Mitglieder des Ausschusses**

- RA Dr. Rainer Spatscheck, München (Vorsitzender)
- RA Stefan Conen, Berlin
- RAin Dr. Gina Greeve, Frankfurt am Main
- RA Prof. Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt am Main
- RAin Dr. Jenny Lederer, Essen (Berichterstatte(r)in)
- RA Prof. Dr. Bernd Müssig, Bonn
- RA Dr. Ali B. Norouzi, Berlin
- RAin Dr. Anna Oehmichen, Mainz
- RAin Gül Pinar, Hamburg
- RA Michael Rosenthal, Karlsruhe
- RA Martin Rubbert, Berlin
- RAin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam

**Deutscher Anwaltverein**  
Littenstraße 11, 10179 Berlin  
Tel.: +49 30 726152-0  
Fax: +49 30 726152-190  
E-Mail: [dav@anwaltverein.de](mailto:dav@anwaltverein.de)

**Büro Brüssel**  
Rue Joseph II 40, Boîte 7B  
1000 Brüssel, Belgien  
Tel.: +32 2 28028-12  
Fax: +32 2 28028-13  
E-Mail: [bruessel@eu.anwaltverein.de](mailto:bruessel@eu.anwaltverein.de)  
EU-Transparenz-Registernummer:  
87980341522-66

[www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de)

## **Zuständig in der DAV-Geschäftsführung**

- RAin Tanja Brexl, Berlin

## Verteiler

---

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Rechts- und Verbraucherschutzausschuss, Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Rechts- und Verbraucherschutzausschusses des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Innenausschusses des Deutschen Bundestages
- Landesjustizministerien
- Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft
  
- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
- Vorsitzende des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft des DAV
  
- Deutscher Strafverteidiger e. V.
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen
  
- Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Kriminalbeamter
  
- Strafverteidiger-Forum (StraFo)
- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NSTZ
- Strafverteidiger
- Juris
- KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift
  
- Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
- ver.di, Bereich Recht und Rechtspolitik
- Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)
- Prof. Dr. Schöch, LMU München

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit seinen über 62.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

---

Mit den vorliegenden Gesetzentwürfen wird eine Erweiterung der Strafbarkeit intendiert:

Zum einen sollen auch verstorbene Personen bei Bildaufnahmen von Unfällen oder Unglücksfällen in den Schutzbereich des **§ 201a StGB** integriert werden:

*U. a. hierzu der Entwurf der **Bundesregierung** (BT-Drs. 19/17795); danach soll in **Absatz 1** der genannten Vorschrift eine **Nr. 3 nF** eingefügt werden, wonach auch bestraft werden soll, wer eine Bildaufnahme, die in grob anstößiger Weise eine verstorbene Person zur Schau stellt, unbefugt herstellt oder überträgt; **Absatz 2** soll dahingehend ergänzt werden, dass das bislang in jenem Absatz geregelte Zugänglichmachen an Dritte von Bildaufnahmen, die geeignet sind, dem Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schaden, auch für Bildaufnahmen von einer verstorbenen Person gelte.*

Zum anderen werden Entwürfe einer Erweiterung der Strafbarkeit bzgl. des sog. „Upskirting“ und „Downblousing“ vorgelegt:

*Während ebenfalls in dem Entwurf der **Bundesregierung** (BT-Drs. 19/17795) eine Ergänzung des **§ 201a StGB** vorgesehen wird, wonach mit einer neuen **Nr. 4 E** bestraft wird, wer von den Genitalien, dem Gesäß, der weiblichen Brust oder der diese Körperteile bedeckenden Unterbekleidung einer anderen Person unbefugt eine Bildaufnahme herstellt oder überträgt, soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind, sieht der Gesetzentwurf des **Bundesrates** (BT-Drs. 19/15825) eine Integration in den **13. Abschnitt des StGB** vor, mit einer Neuschaffung eines **§ 184k StGB-E**, wonach nach Abs. 1 bestraft wird, wer absichtlich eine Bildaufnahme des Intimbereichs einer anderen Person unbefugt herstellt, indem er unter deren Bekleidung fotografiert oder filmt oder eine*

*derartige Aufnahme überträgt (bzw. – nach Abs. 2 – eine nach Abs. 1 hergestellte Aufnahme gebraucht oder zugänglich macht).*

Der DAV steht einer Pönalisierung des sog. „Upskirting“ und/oder „Downblousing“ kritisch gegenüber. (Allein) hierzu soll sich die Stellungnahme verhalten.

Aus *strafrechtlicher* Sicht genügt die – bisherige – Reaktion mit dem Ordnungswidrigkeitenrecht auf derartige Bildaufnahmen; einer Regelung im StGB bedarf es nicht.

## **A.**

Bislang ist die unbefugte Herstellung oder Übertragung von Bildaufnahmen der Genitalien oder des Gesäßes unter den Rock (sog. „Upskirting“) oder von oben in den Ausschnitt und Abbildung der Brust (sog. „Downblousing“) nicht strafbar, sondern stellt eine Ordnungswidrigkeit nach § 118 Abs. 1 OWiG dar.

Die Probleme, die eine Pönalisierung der Herstellung oder Übertragung solcher Aufnahmen mit sich bringt, klingen schon in dem Gesetzentwurf der Bundesregierung an; es drängt sich die Frage auf, ob mit dem Ordnungswidrigkeitenrecht dem „Phänomen“ – zu dem im Übrigen „keine empirisch verlässlichen Zahlen existieren“ und sich „das tatsächliche Ausmaß des Phänomens nur schwer abschätzen“ lässt (so ausdrücklich in der Begründung des Entwurfes des Bundesrates)<sup>1</sup> – nicht besser und ausreichend Rechnung getragen wird. Dass es „grob unanständig und ungehörig“ ist, derartige Aufnahmen herzustellen,<sup>2</sup> ist ohne Zweifel. Diese Terminologie ist gerade dem Ordnungswidrigkeitenrecht entlehnt.

Kritisiert wird an einer bloß im OWiG geregelten Verbotsnorm – neben der damit verbundenen „verhältnismäßige[n] Geringschätzung vom Unrecht der zu ahndenden Verhaltensweise“ –, dass mit § 118 Abs. 1 OWiG die öffentliche Ordnung geschützt und der „individuell erfahrenen Belästigung des einzelnen Rechtsgutsträgers nur mittelbar Rechnung“ getragen werde.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> BT-Drs. 19/15825, S. 10.

<sup>2</sup> BT-Drs. 19/17795, S. 1.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu *Berghäuser*, ZIS 2019, 463, 471, mwN.

So sehr *gesellschaftlich*, auch pädagogisch, für ein Bewusstsein der Respektierung gesetzter Grenzen eingestanden und sensibilisiert werden sollte und muss, so fraglich ist die Reaktion auf derartige „Phänomene“ mithilfe des Strafrechtes, das ultima ratio ist und bleiben muss.

Mit dem Abstellen auf die „individuell erfahrene Belästigung“ wird gerade der Blick verstellt auf die Besonderheiten des regelmäßig klandestinen Upskirting und die auch für die Strafrechts*praxis* – die Ermittlungsbehörden, die Gerichte – zu erwartenden (Beweis-)Probleme z.B. im Falle fehlender Individualisierbarkeit (Tatbestandsmerkmal der „Unbefugtheit“, Hinauslaufen des Antragserfordernisses auf die Annahme eines besonderen öffentlichen Interesses) –, und eine geschaffene Strafnorm droht auf Symbolpolitik hinauszulaufen bzw. sich darauf zu reduzieren.

*Insofern wurde in der Vergangenheit auch zu Recht eine sorgfältige Prüfung hinsichtlich einer gesetzgeberischen Intention gefordert bzw. angemahnt.<sup>4</sup>*

Ob dem – *gesellschaftlich* nachvollziehbar anzugehenden – Problem mit den Entwürfen befriedigende Lösungen geboten werden und ein Erfordernis für eine strafrechtliche Reaktion besteht, erscheint fraglich.

## **B.**

Sowohl der Gesetzentwurf der Bundesregierung als auch derjenige des Bundesrates werfen viele Zweifel auf, auf die im Folgenden eingegangen werden soll:

### **I. Systematik**

Der DAV lehnt eine Regelung als *Sexualstraftat*, wie es in dem Entwurf des Bundesrates mit der Neuschaffung eines § 184k StGB-E vorgesehen ist, ab. Dabei sei zunächst die Anmerkung erlaubt, dass es befremdet, gar von einem „visuelle[n](...) Eindringen in den körperlichen Intimbereich“ zu sprechen.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> So seitens des *drb* in seiner Stellungnahme vom 11.07.2019, S. 2; siehe auch – einen „möglicherweise überschießenden Aktionismus“ besorgend – *Berghäuser*, ZIS 2019, 463, 474.

<sup>5</sup> So aber BT-Drs. 19, 15825, S. 10.

Darüber hinaus erscheint zweifelhaft, ob (stets/zwingend) eine sexuelle Konnotation gegeben ist, die eine Einordnung als Sexualstrafrecht rechtfertigen würde, und das mit dem 13. Abschnitt geschützte Rechtsgut der *sexuellen Selbstbestimmung* (vs. den mit § 201a StGB intendierten Persönlichkeitsschutz) verletzt würde. Insofern wird auch in dem Entwurf nicht vorausgesetzt, dass es – über das in jenem Entwurf vorausgesetzte *Absichtserfordernis* hinaus – „sexuelle[r] Motive“ bedürfe; hierauf komme es nicht an.<sup>6</sup>

Die Zweifel an der systematischen Einordnung drängen sich umso mehr auf, wenn sich umgekehrt in sprachlicher/inhaltlicher Hinsicht die Entwurfsfassung – und zwar bewusst<sup>7</sup> – eng an § 201a StGB in der geltenden Fassung anlehnt.<sup>8</sup>

Überzeugender und konsequenter<sup>9</sup> wäre es jedenfalls – wie es der Bundesregierung vorschwebt - mit Blick auf den Focus der Tathandlung, der unbefugten Bildaufnahme, und *nicht* einer *sexuellen* Handlung, und mit Blick auf den Focus auf die geschützte Privat- in Form der Intimsphäre, derartige Regelungen in den 15. Abschnitt i.R.d. § 201a StGB zu integrieren.<sup>10</sup> Schon in der geltenden Fassung wird mit § 201a StGB (auch) die Intimsphäre geschützt.

## II. Tatbestandliche Probleme

In tatbestandlicher Hinsicht unterscheiden sich die Entwürfe in gewissen Punkten (hierzu sogleich). Ein allgemeines, bereits eingangs angerissenes, Problem bzgl. der Strafbarkeit ist beiden gemein (hierzu ad 2.):

1. Nach dem Entwurf der Bundesregierung sind Genitalien, Gesäß, weibliche Brust schützenswert, soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind.

Bedenkenswert ist, ob die Brust in einen etwaigen Tatbestand aufgenommen werden sollte.

---

<sup>6</sup> BT-Drs. 19/15825, S. 17.

<sup>7</sup> BT-Drs. 19/15825, S. 14; siehe auch aaO, S. 17.

<sup>8</sup> *Berghäuser*, ZIS 2019, 463, 474, spricht davon, dass „hybridartig eine an § 201a Abs. 1 StGB angelehnte Gesetzesformulierung mit der Schutzrichtung des § 184i StGB kombiniert“ werde.

<sup>9</sup> Vorausgesetzt, ein Strafbedürfnis bestünde.

<sup>10</sup> Mit ähnlichen Bedenken *Eisele/Straub*, KriPoZ 2019, 370, 373.

Entsprechend der Begründung des Entwurfs des Bundesrates, in dem der „Intimbereich“ als zu schützender Bereich benannt wird, sieht jener Entwurf keinen Schutz gegen das sog. „Downblousing“ vor.

Umgekehrt gerät der Tatbestand in dem Entwurf des Bundesrates mit Blick auf den Bezug auf den „Intimbereich“ zu weit bzw. zu unbestimmt. Nach der Begründung soll nicht nur der Bereich der Genitalien und des Gesäßes erfasst sein, sondern sich auch auf „unmittelbar angrenzende Bereiche der Oberschenkel“ erstrecken;<sup>11</sup> nicht erfasst sein sollen sich „lediglich auf die Knie oder die Unterschenkel erstreckt[e]“ Bildaufnahmen. Unabhängig davon, dass bereits *sprachlich* fraglich erscheint, mit dem „Intimbereich“ die *Oberschenkel* zu umfassen, ginge eine derart weite Kriminalisierung zu weit.

Umgekehrt erscheint aber die Einbeziehung der Brust, die demgegenüber von dem Entwurf der Bundesregierung erfasst sein soll, als zu weitgehende Ausdehnung einer Strafbarkeit:

Zunächst ist ein Blick auf den Straftatbestand des § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB angezeigt, bei dem der Gesetzgeber in Zusammenhang mit Kinderpornographie auf eine Einbeziehung der (auch bereits entwickelten/in der Entwicklung befindlichen) weiblichen Brust – neben den Genitalien und dem Gesäß – verzichtet hat.<sup>12</sup>

Ob darüber hinaus gerade auch mit Blick auf Opferinteressen (Stichwort: „blaming the victim“) Diskussionen darüber, ob – wie es der Tatbestand ausdrücklich vorsieht – „diese Bereiche gegen Anblick geschützt“ bzw. ausreichend geschützt sind oder inwieweit sie geschützt (und damit gleichsam „schützenswert“) sind, in Gerichtsverfahren zielführend sind, erscheint zweifelhaft. Je nach Ausschnitt und damit einhergehendem bewussten Nicht-Bedecken, je nach Aufnahmeposition sind zu viele Unsicherheiten und zu viel Spielraum vorhanden, um das „Downblousing“ in eine potentielle Strafbarkeit mit einzubeziehen.

*Als gleichsam „Steilvorlage“ bietet die Begründung bereits Potential, sich zu verteidigen, wenn es dort heißt, dass nur Derjenige „ein strafwürdiges Unrecht [begehe], der sich (...) auch über die durch die Bekleidung nach außen hin*

---

<sup>11</sup> BT-Drs. 19/15825, S. 16.

<sup>12</sup> So auch *Eisele/Straub*, KriPoZ 2019, 367, 373.

*dokumentierte Bestrebung des Opfers hinwegsetzt, diese Körperteile fremden Anblicken zu entziehen.“<sup>13</sup>*

*Abgrenzungsprobleme, ob und inwieweit Körperteile „gegen Anblick geschützt“ sind, sind vorprogrammiert und werden – wenn man auch die Ausführungen in der Stellungnahme des Bundesrates zu dem Absichtserfordernis als Eingrenzungsmöglichkeit ernst nimmt – in einer Vielzahl von Fällen zu einer Strafflosigkeit führen.*

Diese Schwierigkeiten gelten zwar auch für zu erwartende Diskussionen um etwaige Sitzpositionen, Kürze/Knappheit von Kleidungsstücken etc., was Genitalien und Gesäß betrifft; diese Bereiche sind aber regelmäßig bedeckt/verborgen,<sup>14</sup> wobei in jedem Falle – also bzgl. jeder der genannten Körperbereiche – Abgrenzungsschwierigkeiten auftreten werden, was eine „Eignung zum Sichtschutz“ betrifft.<sup>15</sup>

Aber auch insofern erscheint es dann – auch aus Opfer-Perspektive (ebenfalls in Zusammenhang mit einem zu besorgenden „blaming the victim“), aber insbesondere auch mit Blick auf die Bestimmtheit und Bestimmbarkeit und Abgrenzbarkeit von straflosem und strafbarem Verhalten – problematisch, wenn in den Begründungen jeweils auf nicht strafwürdiges Verhalten, insbesondere sozialadäquates Alltagsverhalten (aufgeführt werden Photographien am Strand, bei denen auch andere Personen mit abgebildet werden; alltägliche Photographien leicht bekleidet auf einer Treppe sitzender Personen; aufgeworfen werden Probleme des Standortes, Blickwinkels, Bewegungsverhaltens) abgestellt wird.<sup>16</sup> Ob es insofern ausreicht, mithilfe des subjektiven Tatbestandes und der Implementierung eines Absichts-Erfordernisses die – aus Sicht des DAV im Falle einer Umsetzung des Entwurfes dringend erforderlichen – Einschränkungen einer Strafbarkeit und Strafwürdigkeit zu regeln, oder ob nicht gerade die in der Begründung bzw. der Stellungnahme des Bundesrates genannten Beispiele deutlich aufzeigen, dass die geplante Strafbarkeit auf einen Einzelfall – das focussierte Photographieren der (ggfs. teilweise oder bedeckten) Genitalien –

<sup>13</sup> BT-Drs. 19/17795, S. 11.

<sup>14</sup> Wobei auch bei Windstößen – und dem Ausnutzen der „Unbedecktheit“, des fehlenden Sichtschutzes – keine Strafbarkeit anzunehmen sein wird. So auch *Eisele/Straub*, ZIS 2019, 367, 371, die insofern auch die Vergleichbarkeit mit von der Bundesregierung in seiner Begründung herangezogenen Sportereignissen (Eiskunstlauf) – dort S. 12 – sehen.

<sup>15</sup> So auch *Berghäuser*, ZIS 2019, 463, 472, die insofern sowohl Abgrenzungsprobleme aufzeigt als auch Neutralisationstechniken von Beschuldigten und Sekundärviktimsierung thematisiert.

<sup>16</sup> BT-Drs. 19/17795, S. 12, sowie S. 14 f. (Stellungnahme des Bundesrates)



hinausläuft, wirft erhebliche Bedenken an einer Erweiterung des StGB und einem Regelungsbedürfnis (über das Ordnungswidrigkeitenrecht hinaus) auf.<sup>17</sup>

2. Das Kernproblem der Entwürfe und einer Pönalisierung derartiger Aufnahmen klingt in den jeweiligen Begründungen bereits an und ergibt sich erst Recht im Zusammenspiel mit den Tatbestandsvoraussetzungen: *typischerweise* erfolgen derartige Aufnahmen *heimlich*; sie werden häufig *nicht bemerkt*, die in der Regel nur *Detail*-Aufnahmen erlauben kaum eine Identifizierung (im Nachhinein), eine Individualisierung, eine Zuordnung.

Wenn daher ein Aufnehmender nicht (ausnahmsweise?) während des Aufnehmens bemerkt wird, wird eine Zuordnung der Bilder zu bestimmten Personen *kaum möglich* sein, regelmäßig sogar den Photographierten selbst.

Dann aber drohen sowohl Tatbestandsmerkmale leerzulaufen (wie auch das Antragserfordernis in § 205 StGB bzw. es droht, gleichsam automatisch, auf die Annahme eines besonderen öffentlichen Interesses hinauszulaufen):

Wenn eine Individualisierung/Individualisierbarkeit nicht möglich ist, erscheint das Tatbestandsmerkmal der „Unbefugtheit“ gleichsam unterstellt oder fingiert zu werden; zumindest droht die Abgrenzung von strafbaren *unbefugten* Aufnahmen und straflosen Aufnahmen im Einverständnis vorschnell zugunsten der Strafbarkeit bejaht zu werden: so wird in dem Entwurf des Bundesrates – mit etwas zirkelschlüssiger Begründung – konstatiert, dass „das Handeln des Täters sich in aller Regel als ‚unbefugt‘ darstellen“ werde, und zwar „[a]ngesichts des mit der Tat bewirkten Eingriffs in die Intimsphäre, des damit einhergehenden Schutzinteresses der Betroffenen und auch der typischen Heimlichkeit des Vorgehens“.<sup>18</sup>

Auch insofern erscheint es umso überzeugender, es mit dem OWiG-Tatbestand zu belassen und keine Strafbarkeitsausdehnung erfolgen zu lassen, als es dort auf die Allgemeinheit ankommt und nicht auf den Einzelnen: zum einen ist die Handlung gem. § 118 Abs. 1 OWiG (unzweifelhaft) grob ungehörig (gegenüber dem

---

<sup>17</sup> Dabei sei erwähnt, dass in der geltenden Fassung des § 201a Abs. 1 und 2 StGB tatbestandliche Einschränkungen enthalten sind, während wird hier auf ein Tatbestandsmerkmal wie der „Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches“ (wie in Abs. 1) oder der „Eignung, der Person erheblich zu schaden“ (wie in Abs. 2), verzichtet und gleichsam unterstellt wird.

<sup>18</sup> BT-Drs. 19/15825, S. 17.

Betroffenen), zum anderen ist sie entsprechend der Vorschrift geeignet, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen.

*Alternativ wäre allenfalls zu diskutieren, ob über den allgemein gehaltenen § 118 Abs. 1 OWiG hinaus ein konkreterer OWi-Tatbestand eines unbefugten Herstellens und Verbreitens von Bildaufnahmen neugefasst werden könnte. Auch hierbei gilt zu bedenken, dass sich ähnliche Abgrenzungs- und Formulierungsprobleme stellen dürften, zumindest was den zu erfassenden, zu schützenden Bereich der Bildaufnahmen betrifft. Auch bei einer etwaigen neuen OWi-Norm sollte lediglich der Genitalbereich erfasst werden; das „Downblousing“ bedürfte – auch im Rahmen einer OWi – keiner Regelung.*

### **C.**

Nimmt man all die Bedenken und die Abgrenzungsschwierigkeiten ernst, ist zu konstatieren, dass eine strafrechtliche Reaktion (auf letztlich einen Anwendungsfall) auf eine öffentliche Empörung bzw. eine solche der Petitionen über ein ungehöriges Verhalten dem strafrechtlichen **ultima-ratio-Prinzip nicht gerecht** wird.

Eine Regelung im Ordnungswidrigkeitenrecht – sei es, wie bislang, über § 118 Abs. 1 OWiG, sei es, über eine neu zu schaffende, speziellere OWi-Norm – stellt eine ausreichende Reaktion im Bereich des Rechts – fernab von gesellschaftlichen Diskussionen und Sensibilisierung – dar.