



Baden-Württemberg
STAATSANWALTSCHAFT HEILBRONN
DER LEITENDE OBERSTAATSANWALT

Staatsanwaltschaft Heilbronn · Postfach 3420 · 74024 Heilbronn

Per E-Mail

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht und
Verbraucherschutz - PA 6
Paul-Löbe-Haus
Konrad-Adenauer-Straße 1
10557 Berlin

Datum 24. Mai 2020
Name Herr Rebmann
Durchwahl 07131 64 - 36000
Telefax 07131 64 - 36090
Aktenzeichen
(Bitte bei Antwort angeben)

 Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 27. Mai 2020 zu den nachstehend näher bezeichneten Gesetzentwürfen:

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Persönlichkeitsschutzes bei Bildaufnahmen - Vorabfassung -
BT-Drucksache 19/17795

b) Gesetzentwurf des Bundesrates

Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Strafbarkeit der Bildaufnahme des Intimbereichs (sog. Upskirting)
BT-Drucksache 19/15825

Informationen zum Schutz personenbezogener Daten bei deren Verarbeitung durch die Justiz nach Artikel 13 und 14 der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung und der EU-Richtlinie Datenschutz finden sich auf der Internetseite der Staatsanwaltschaft Heilbronn unter dem Menüpunkt „Service“ / „Informationen zum Datenschutz in der Justiz“. Auf Wunsch übersenden wir diese Informationen auch in Papierform.

- c) Gesetzentwurf der Abgeordneten Stephan Brandner, Jens Maier, Roman Johannes Reusch, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD
Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung des Persönlichkeitsschutzes bei Bildnissen - Vorabfassung -
BT-Drucksache 19/18980
- d) Antrag der Abgeordneten Stephan Thomae, Nicole Bauer, Grigorios Aggelidis, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP
Strafbarkeit von in der Öffentlichkeit heimlich gefertigten Bildaufnahmen der Intimsphäre – Sogenanntes Upskirting
BT-Drucksache 19/11113

A. Empfehlung

- I. Es wird vorgeschlagen, entsprechend des Entwurfes des Bundesrates einen neuen § 184k „Bildaufnahme des Intimbereichs“ in das Strafgesetzbuch (StGB) einzuführen, um Upskirting als Sexualdelikt unter Strafe zu stellen. Dabei sollte die Einfügung des persönlichen Strafmilderungs- oder -aufhebungsgrundes der tätigen Reue für den Fall der Herstellung und zeitnahen folgenlosen Löschung der Aufnahme bedacht werden.
- II. Es wird weiter vorgeschlagen, entsprechend des Entwurfes der Bundesregierung § 201a Abs. 1 StGB um eine neue Nummer 3 zu ergänzen, um den dort bislang geschützten Personenkreis auf Verstorbene auszudehnen. Dabei sollte auch hier die Einfügung des persönlichen Strafmilderungs- oder -aufhebungsgrundes der tätigen Reue für den Fall der Herstellung und zeitnahen folgenlosen Löschung der Aufnahme bedacht werden. Die Erweiterung des § 201a Abs. 2 StGB um einen neuen Satz 2 erscheint hingegen mangels praktischer Relevanz verzichtbar.
- III. Auf die Umsetzung aller übrigen Vorschläge sollte verzichtet werden.

B. Begründung

I. Upskirting (Bildaufnahmen unter den Rock)

Bevor die unterschiedlichen Vorschläge im Einzelnen näher beleuchtet werden sollen, ist zuerst der Frage nachzugehen, ob ein Bedürfnis für die Schaffung einer neuen Strafnorm besteht. Die Antwort hängt zunächst davon ab, ob insofern eine Strafbarkeitslücke im bestehenden materiellen Kern- oder Nebenstrafrecht besteht und ob darüber hinaus eine Strafbedürftigkeit und -würdigkeit des Upskirtings unter dem Gesichtspunkt des fragmentarischen Charakters des Strafrechts¹ und des Ultima-Ratio-Prinzips² gegeben ist.

1) Strafbarkeitslücke

Insbesondere der Gesetzentwurf des Bundesrates³ hat sich eingehend mit der Frage des Schutzes vor dem sog. Upskirting, also *dem unbefugten und heimlichen Fotografieren erogener Zonen unter Röcken und Kleidern im öffentlichen Raum*⁴, durch das geltende Recht befasst und die (weitgehende) Lückenhaftigkeit der bestehenden strafrechtlichen Bestimmungen nachvollziehbar und überzeugend dargetan⁵. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann hierauf verwiesen werden.

¹ Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. A., 1996, § 7 II

² BVerfGE 39, 1 (47)

³ BT-Drs. 19/15825, S. 10 ff.; sehr knapp nur im Entwurf der Bundesregierung: BT-Drs. 19/17795, S. 8; auch: Antrag der FDP: BT-Drs. 19/1113, S. 2

⁴ So: Bonnin/Berndt, HRRS 2019, 450; ähnlich: BT-Drs. 19/5825, S. 9

⁵ Ebenso: OLG Nürnberg, NSTZ 2011, 217; eingehend, auch zu § 238 StGB (Nachstellung): Bonnin/Berndt, HRRS 2019, 450 (451 ff. unter III); knapp: Mengler, ZRP, 2019, 224; Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbund e.V. zur Strafbarkeit des Upskirtings vom 11. Juli 2019; Berghäuser, ZIS 2019, 463 (475) sieht noch offene Fragen, etwa auch, ob eine Regelung im Ordnungswidrigkeitenbereich genügen könnte

2) Strafwürdigkeit und -bedürftigkeit

Auch über die Strafwürdigkeit und -bedürftigkeit des Upskirtings besteht nicht nur im politischen Raum, das zeigen die vorliegenden Gesetzentwürfe sowie der Antrag der FDP-Fraktion, sondern auch in der Literatur, soweit ersichtlich, jedenfalls im Ergebnis (weitgehend) Einigkeit⁶. Kritisiert wird allerdings eine fehlende empirisch fundierte oder dogmatische Begründung⁷. Dabei kommen empirischen Erkenntnissen erhebliche Bedeutung gerade für eine (vorrangig) generalpräventiv untermauerte Begründung der Strafbedürftigkeit zu, wie es etwa in den vorliegenden Gesetzentwürfen der Bundesregierung⁸ und des Bundesrates⁹ der Fall ist.

Mangels statistischer Daten¹⁰ oder verfügbaren Erkenntnissen aus der Dunkelfeldforschung ist eine brauchbare empirische Begründung unmöglich, was der Gesetzentwurf des Bundesrates in der Sache einräumt¹¹. Berghäuser¹² weist zudem darauf hin, dass entsprechendes *Bildmaterial*, das im Internet [u. a. sog. Candid Boards¹³] veröffentlicht oder auf (aus an-

⁶ Bonnin/Berndt, HRRS 2019, 450 (458 unter IV 2); Bonnin/Berndt, NJOZ 2020, 129; Mengler, ZRP, 2019, 224; Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbund e.V. zur Strafbarkeit des Upskirtings vom 11. Juli 2019; selbst Kubiciel räumt dies ein, obwohl er sich dezidiert gegen eine am Einzelfall orientierte kriminalpolitische Entgrenzung des Strafrechts wendet, ZStW, 2019, 1115 (1118); im Ergebnis ebenso: Walter, ZRP 20, 16 (19), auch wenn er die Begründung des vorliegenden Regierungsentwurfes unter Ultima-Ratio-Gesichtspunkten scharf kritisiert; vorsichtig abwägend, zurückhaltend und auf eine vertiefte Diskussion dringend: Berghäuser, ZIS 2019, 463 ff. (insbes. 471, 475)

⁷ Walter, ZRP 20, 16 (17); umfassender: Kubiciel, ZStW, 2019, 1115 ff.; Berghäuser, ZIS 2019, 463 (475) sieht noch offene und zu diskutierende Fragen

⁸ BT-Drs. 19/17795, S. 10

⁹ BT-Drs. 19/15825, S. 13, 14, 18

¹⁰ Dazu auch: Berghäuser, ZIS 2019, 463 f.

¹¹ BT-Drs. 19/15825, S. 10; bei nur oberflächlicher Lektüre könnte der Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 19/17795, S. 3) sogar Zweifel an der generalpräventiven Notwendigkeit einer Regelung wecken, nachdem dort im Zusammenhang mit eventuellen Mehrkosten im justiziellen Bereich ausgeführt wird, dass die (gesamte und umfassendere) Neuregelung lediglich Einzelfälle erfassen werde (sehr kritisch dazu: Walter, ZRP 20, 16 (18))

¹² Berghäuser, ZIS 2019, 463 (464)

¹³ Dazu Berghäuser, ZIS 2019, 463 m. FN 7: „Internetseiten mit professionell inszenierten Upskirtaufnahmen“ und 461 m. FN 99: „Hierbei handelt es sich um Internetplattformen oder Foren, in denen Upskirt-Aufnahmen (organisiert und öffentlich) verbreitet werden.“ sowie FN 100 (wohl auch zu illegalen

deren Gründen sichergestellten und durchgesehenen) Mobiltelefonen gefunden worden ist, solange nur eingeschränkt Schlussfolgerungen auf die Fallzahlen des Upskirtings zulässt, wie man *einvernehmlich angefertigtes pornographisches Bildmaterial* nicht von *unbefugt erstellten Upskirts* unterscheiden kann.

Angesichts dessen¹⁴ und vor dem Hintergrund der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung¹⁵ zur Aufgabe des Strafrechts im Lichte der freiheitlich-demokratischen Grundordnung bedarf es hierzu einer sorgsam Prüfung und Begründung¹⁶.

Das Strafrecht soll dem Schutz des menschlichen Zusammenlebens in der Gemeinschaft durch spürbare Ahndung von strafwürdigen Rechtsverletzungen (repressive Funktion) und durch Verhütung von künftigen Rechtsgutsverletzungen (präventive Funktion) dienen¹⁷, wobei dies angesichts der grundrechtlich gewährleisteten Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG nicht in *beliebiger Weise und nicht in beliebigem Umfang* erfolgen darf¹⁸, sondern nur insoweit dies zum *Schutze der Gesellschaft unvermeidlich* ist¹⁹. *Die Strafnorm stellt gewissermaßen die „ultima ratio“ im Instrumentarium des Gesetzgebers dar*²⁰. Das Strafrecht als schärfstes Machtinstrument des Staates sichert das gemeinsame Zusammenleben ab, wenn andere Maß-

Aufnahmen; aber nicht eindeutig): „Über *"Candit Boards"* werden heimliche Bildaufnahmen aus nahezu jeder Alltagssituation über das Internet öffentlich zur Verfügung gestellt.“

¹⁴ Walter, ZRP 20, 16 (18) weist bei defizitärer Datengrundlage auf erhöhte Begründungsanforderungen hin

¹⁵ BVerfGE 39, 1 (47)

¹⁶ Darauf dringend: Berghäuser, ZIS 2019, 463 ff. (475); ebenso eingehend am Beispiel des Regierungsentwurfes: Walter, ZRP 20, 16 ff.

¹⁷ Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. A., 1996, § 7 II

¹⁸ Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. A., 1996, § 1 I 2

¹⁹ BVerfGE 39, 1 (47); Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. A., 1996, § 1 I 2, § 7 I 1 m. w. N.

²⁰ BVerfGE 39, 1 (47); Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. A., 1996, § 1 I 2

nahmen und Möglichkeiten, insbesondere die des bürgerlichen oder öffentlichen Rechtes, versagen²¹ (Strafbedürftigkeit)²². Die Strafbedürftigkeit setzt jedoch die Strafwürdigkeit des Verhaltens voraus, die durch den Dreiklang „Wert des geschützten Rechtsgutes“, „Gefährlichkeit des Angriffs“ und das daraus resultierende „gesteigerte Schutzbedürfnis der Gesellschaft“ sowie des Einzelnen als Teil der Gesellschaft (Handlungsunrecht) und die in der Tat zum Ausdruck kommende „Verwerflichkeit der Tätergesinnung“, die in der Missachtung von grundlegenden Werten des menschlichen Zusammenlebens, in der Missachtung des geschützten Rechtsgutes und den berechtigten Interessen des Opfers zum Ausdruck kommt, maßgeblich bestimmt wird²³.

Über das Rechtsgut, das durch Upskirting verletzt wird und das nunmehr mit Mitteln des Strafrechts geschützt werden soll, besteht ausweislich der vorliegenden Gesetzentwürfe keine Einigkeit. Während die Entwürfe der Bundesregierung²⁴ und der AfD-Fraktion²⁵ auf eine Verletzung des Rechtes am eigenen Bild als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes abstellen und eine Strafbarkeit deshalb in § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB-E²⁶ regeln, stützt sich der Gesetzentwurf des Bundesrates auf eine Verletzung des speziellen Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung²⁷, weshalb die Schaffung eines neuen Straftatbestandes im Dreizehnten Abschnitt des Besonderen Teils des StGB - Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung - vorgeschlagen wird²⁸. Angesichts des hohen Wertes beider Rechtsgüter

²¹ BVerfGE 51, 324 (343 f.); Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. A., 1996, § 1 I 1; Walter, ZRP 20, 16

²² Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. A., 1996, § 7 I 1 m. w. N.

²³ Zum Ganzen: Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. A., 1996, § 7 I 1; ähnlich Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3. A., 2012, Rn. 6 spricht davon, dass Verhaltensweisen pönalisiert werden, die nicht nur „gefährlich“ oder „schädlich“ [für wichtig eingeschätzte kollektive oder individuelle Rechtspositionen], sondern auch „verwerflich“ sind.

²⁴ BT-Drs. 19/17795, S. 3

²⁵ BT-Drs. 19/18980, S. 10

²⁶ Dieser systematischen Einordnung zustimmend: Walter, ZRP 20, 16; Mengler, ZRP, 2019, 224 (226)

²⁷ BT-Drs. 19/15825; S. 1, 2, 9 ff., 14 ff.

²⁸ Dieser systematischen Einordnung stimmen zu: Bonnin/Berndt, HRRS 2019, 450 (458 unter IV 3 mit eigenem regelungsvorschlag); Bonnin/Berndt, NJOZ 2020, 129 (131); Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbund e.V. zur Strafbarkeit des Upskirtings vom 11. Juli 2019

für das Zusammenleben in der Gesellschaft²⁹ wird deutlich, dass es bei den Vorschlägen für eine Strafbarkeit nicht nur um die „Sanktionierung von bloßen Moralwidrigkeiten“³⁰ ohne konkret greifbares und definiertes Rechtsgut geht, weshalb an dieser Stelle die Frage der überzeugenden systematischen Einordnung, die maßgeblich durch das im Kern verletzte Rechtsgut bestimmt wird, noch offen bleiben kann.

Die „Gefährlichkeit des Angriffs“ (Handlungsunrecht) beim Upskirting ergibt sich kumulativ aus der seit langem fortschreitenden³¹ „Miniaturisierung und Digitalisierung“ der stets verfügbaren³² Aufnahmegeräte³³, aus der heimlichen³⁴ Überwindung oder „Unterwanderung“³⁵ des vom Opfer bewusst (auch) als Sichtschutz gewählten Kleidungsstücks³⁶ sowie der „Perpetuierung des voyeuristischen Angriffs“ durch die Bildaufnahme³⁷.

²⁹ Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. A., 1996, § 7 I 1

³⁰ Bonnin/Berndt, HRRS 2019, 450 (458 unter IV 1); allgemein zu rechtspolitischen Tendenz zum Remoralisieren: Kubiciel, ZStW, 2019, 1115 (1119)

³¹ Allgemein zum Verhältnis von Recht und technischer Entwicklung: BGH, NJW 1966, 2353 (2354) „Sind durch die Fortschritte der Technik die Möglichkeiten erleichtert worden, heimliche Bildnisaufnahmen herzustellen, sie zu vielfältigen und einer breiten Öffentlichkeit vorzuführen, so muss besonderer Anlass bestehen, auf eine Wahrung der vom Recht gesetzten Schranken zu achten und einem Missbrauch des leichter verletzbar gewordenen Persönlichkeitsrechts vorzubeugen. **Das Recht darf sich in diesem Punkt der technischen Entwicklung nicht beugen.**“; zustimmend: Ernst, NJW 2004, 1277 (1279); ähnlich: Buchholz, JA 2018, 511 zur rechtspolitischen Bedeutung des § 201a StGB: „... insbesondere auch als rechtspolitische Antwort auf die Ausweitung der technischen Angriffsmöglichkeiten auf das Persönlichkeitsrecht zu verstehen.“; ebenso: BeckOK StGB/Heuchemer, 46. Ed. 1.5.2020, StGB § 201a Rn. 5, 5.3;

³² BT-Drs. 19/15825, S. 9

³³ Eisele, JR 2005, 6 f.; Bosch in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Aufl. 2018, § 201a Rn. 1; Cornelius in Anm. zu BGH NJW 2017, 1891 (1893) Mavany, AfP 2017, 478 (482): „... eine Entwicklung hin zu neuen und weitreichenden Gefährdungen des Persönlichkeitsrechts, die die Tatopfer durch die Einfachheit, Geschwindigkeit und Reichweite digitaler Medien besonders empfindlich treffen können. Der gesetzgeberischen Aufgabe, hier Einhaltung zu gebieten ...“; Buchholz, JA 2018, 511: „... als rechtspolitische Antwort auf die Ausweitung der technischen Angriffsmöglichkeiten auf das Persönlichkeitsrecht zu verstehen.“

³⁴ Zur Heimlichkeit des Vorgehens als u. U. bedeutsamer Faktor bei der Bestimmung des strafwürdigen Handlungsunrechts: Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. A., 1996, § 7 I 1

³⁵ Berghäuser, ZIS 2019, 463 (472)

³⁶ Dazu dezidiert: BT-Drs. 19/15825, S. 1, 9, 10, 13 und 16; Berghäuser, ZIS 2019, 463 (472) spricht in diesem Kontext auch von „besonderen Maßnahmen“ des Täters, „um die den Blick **versperrende Barriere zu umgehen.**“

³⁷ BT-Drs. 19/15825, S. 2, 14, 17; Berghäuser, ZIS 2019, 463 (466); Mengler, ZRP, 2019, 224 (225)

Schließlich zeigt sich die in der Tat zum Ausdruck kommende „Verwerflichkeit der Tätergesinnung“ in Fällen des Upskirtings in der bewussten Missachtung des geschützten Rechtsgutes und noch mehr der berechtigten Interessen des Opfers, die darin zu erkennen ist, dass der Täter sich über den erkennbaren Willen des Opfers, bestimmte Körperregionen zu schützen bewusst hinwegsetzt, wie es der Entwurf der Bunderegierung unterstreicht³⁸ bzw. das Opfer bewusst für seine Bedürfnisbefriedigung und im Regelfall zum Objekt seiner sexuellen Fantasien herabwürdigt, wie es etwa der Gesetzentwurf des Bundesrates³⁹ zum Ausdruck bringt.

Eine die Strafwürdigkeitsschwelle überschreitende Erheblichkeit des Rechtsgutsangriffs ist damit zu bejahen⁴⁰.

Für die Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns in Fällen des Upskirtings wird neben vorstehenden Überlegungen auch auf die Vorgaben des Art. 40 des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (sog. Istanbul-Konvention) verwiesen, wonach *„jede Form von ungewolltem sexuell bestimmtem verbalem, nonverbaalem oder körperlichem Verhalten“ staatlicher Sanktion unterliegen muss*⁴¹.

Nicht abschließend beantwortet werden muss, ob sich auch Art. 8 EMRK für die Notwendigkeit gesetzgeberischen Handelns in Fällen des Upskirtings fruchtbar machen ließe⁴².

³⁸ BT-Drs. 19/17795, S. 1, 7, 11 (dort: *„Denn nur derjenige begeht ein **strafwürdiges Unrecht**, der sich neben der unbefugten Fertigung der Bildaufnahme auch über die durch die Bekleidung nach außen hin dokumentierte Bestrebung des Opfers hinwegsetzt, diese Körperteile fremden Anblicken zu entziehen.“*)

³⁹ BT-Drs. 19/15825, S. 1, 2, 9, 10, 13

⁴⁰ Wohl zweifelnd: Berghäuser, ZIS 2019, 463 (473 f.)

⁴¹ Mengler, ZRP 2019, 224; Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbund e.V. zur Strafbarkeit des Upskirtings vom 11. Juli 2019

⁴² Zu der sich aus Art. 8 EMRK ergebenden staatlichen Pflicht, vor Verletzungen des sexuellen Selbstbestimmungsrechts strafrechtlichen Schutz zu gewähren, vgl. EGMR NJW 85, 2075

3) Systematische Einordnung

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung⁴³ und ebenso der Entwurf der AfD-Fraktion⁴⁴ ordnet das Upskirting im fünfzehnten Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches - Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs - als weitere Variante in § 201a Abs. 1 StGB - Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs [und von Persönlichkeitsrechten] durch Bildaufnahmen - ein. Die Begründung hierfür fällt denkbar knapp und im Ergebnis kaum überzeugend aus: „*Denn im Vordergrund steht bei entsprechenden Handlungen die Verletzung des Rechts am eigenen Bilde als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Die Handlung erscheint vergleichbar mit dem unbefugten Fotografieren oder Filmen in Umkleidekabinen oder Schlafzimmern, das strafrechtlich von § 201a Absatz 1 Nummer 1 StGB erfasst wird.*“⁴⁵

Dass im *Vordergrund* des Upskirtings, d. h. des unberechtigten Fotografierens der [gegen Blicke geschützten] Genitalien, des Gesäßes sowie der weiblichen Brust, wie es beide Entwürfe vorsehen, die *Verletzung des Rechts am eigenen Bild* stehen soll, dürfte das Empfinden und die Sichtweise der Opfer ebenso wenig präzise und treffend beschreiben, wie die typische Motivation des Täters oder auch nur das reale Geschehen in der Wahrnehmung eines Außenstehenden⁴⁶. Das eigentliche Unrecht der Tat wird so nicht zutreffend erfasst.

Die Initiatoren einer im April 2019 gestarteten Online-Petition zur strafrechtlichen Ahndung des Upskirtings haben zur fehlenden Beachtung der Opferperspektive deutliche Worte gefunden:

⁴³ BT-Drs. 19/17795, S. 5

⁴⁴ BT-Drs. 19/18980, S. 7

⁴⁵ BT-Drs. 19/17795, S. 3, 9

⁴⁶ Kritisch zur Einordnung bei § 201a StGB und für einen neuen Straftatbestand § 184k StGB: Bonnin/Berndt, NJOZ 2020, 129 ff.

„Was wirklich zählt, ist den Opfern zuzuhören. Nicht ernst genommen zu werden, das ist einfach scheiße.“⁴⁷

*„Wir befürchten, dass Politikerinnen und Politiker gegen das Upskirting vorgehen, indem sie das Gesetz zur Verletzung des persönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahme ausweiten. Und zwar so, dass das Fotografieren und Filmen unter die Röcke auch dann eine Straftat ist, wenn es im öffentlichen Raum passiert. Aber das ist nicht genug. ... Wir wollen, dass Upskirting als sexuelle Belästigung zählt⁴⁸. ... Aber ich finde, dass heimlich im Intimbereich fotografiert zu werden ein krasser Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung ist. ... **Als mir unter den Rock fotografiert wurde, habe ich mich unfassbar schmutzig gefühlt. Der Gedanke, dass jemand die Fotos zur sexuellen Erregung benutzt, ist sehr beklemmend.**“⁴⁹*

Damit hat eine der Initiatoren der Online-Petition das im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches - Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung - geschützte Rechtsgut der „sexueller Selbstbestimmung“ treffend umschrieben, nämlich *das Recht des Einzelnen, nicht gegen seinen Willen zum Objekt sexuellen Begehrens anderer gemacht zu werden*⁵⁰.

⁴⁷ So Initiatorin Seidel, selbst zweimaliges Opfer von Upskirting, FAZ vom 11.08.2019, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/menschen/metoo-und-upskirting-immer-noch-in-der-grauzone-16328332.html?fbclid=IwAR2pFN-MMAZ8wHsWnte1HZZfM8zOZK3xkSCSEEWgu9wv0zXlYH-FAU3wWI4g>

⁴⁸ „Eine entsprechende Kritik hatte schon die Aktivistin Martin an der früheren Rechtslage in England und Wales geäußert, nach der Upskirting nur als sog. „Outraging Public Decency“ verfolgt werden konnte. Bestimmend für ihr Engagement war die gewünschte Klarstellung, dass es sich bei Upskirting um ein Sexualdelikt handelt, das sich gegen ein individuelles Opfer richtet.“, zitiert nach Berghäuser, ZIS 2019, 463 (471 m. FN 88)

⁴⁹ So die Initiatorin Seidel, Zeit Campus v. 26.7.2019, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/campus/2019-07/upskirting-frauen-heimlich-fotografieren-rock-verbot-straftat>

⁵⁰ Schönke/Schröder/Eisele, 30. Aufl. 2019, StGB Vorbem. zu §§ 174 ff. Rn. 1b; ähnlich: MüKoStGB/Renzikowski, 3. Aufl. 2017, StGB Vorbem. zu §§ 174 ff. Rn. 8; Hörnle in: Laufhütte u.a., StGB Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2009, Vorbemerkungen zu den §§ 174 ff. Rn. 28

Der Gesetzentwurf des Bundesrates greift diese im Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung präzise widergespiegelte Opferperspektive auf⁵¹ und fügt konsequent und überzeugend im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches einen neuen Straftatbestand, § 184k StGB - Bildaufnahme des Intimbereichs - ein. Damit beschreibt er das vom Täter verwirklichte Unrecht treffend.

Auch die weitere Argumentation im Entwurf der Bundesregierung - „*Die Handlung erscheint vergleichbar mit dem unbefugten Fotografieren oder Filmen in Umkleidekabinen oder Schlafzimmern, das strafrechtlich von § 201a Absatz 1 Nummer 1 StGB erfasst wird.*“⁵² - trägt nicht.

Das Fotografieren und Filmen in Umkleidekabinen oder Schlafzimmern ist nur ein kleiner, kaum prägender oder gar beispielgebender Teilausschnitt aus dem weiten Anwendungsbereich des § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB, der *neben der Intimsphäre vor allem die Bereiche Krankheit, Tod und Sexualität sowie bestimmte Aufnahmen aus dem engeren Familienbereich* umfasst⁵³. Schlüsse für die Einordnung des bislang strafrechtlich nicht erfassten Upskirtings lassen sich hieraus somit nicht ziehen.

Systematische Überlegungen sprechen zudem gegen die Verortung des Upskirtings in § 201a StGB.

In § 201a Nr. 1 und 2 StGB wird mit Blick auf den Wortlaut „andere Person“ die Identifizierbarkeit des fotografierten Opfers durch Dritte oder jedenfalls

⁵¹ BT-Drs. 19/15825, S. 1, 2, 9, 10, 13 und sehr deutlich auf S. 14; ähnlich Mengler, ZRP 2019, 224 (225): „*Das Kerncharakteristikum voyeuristischer Aufnahmen ist, dass sie ohne den Willen der abgebildeten Person zum Zwecke der sexuellen Stimulation hergestellt werden, wodurch diese Person zum bloßen Lustobjekt degradiert wird.*“, wobei er von diesem Ausgangspunkt wenig überzeugend für eine Verortung des Upskirtings in § 201a StGB plädiert.

⁵² BT-Drs. 19/17795, S. 3, 9; ebenso aber: Berghäuser, ZIS 2019, 463 (471)

⁵³ MüKoStGB/Graf, 3. Aufl. 2017, StGB § 201a Rn. 45; Schönke/Schröder/Eisele, 30. Aufl. 2019, StGB § 201a Rn. 14

durch dieses selbst⁵⁴ anhand der Aufnahme gefordert. Bei § 201a Abs. 2 StGB erscheint eine Identifizierbarkeit wegen der dort geforderten Ansehenschädigung für die abgebildete Person unabweisbar⁵⁵. Da beim Upskirting (wohl) regelmäßig Identifizierungsmerkmale fehlen, müsste „andere Person“ in § 201 Abs. 1 Nr. 4 StGB-E. abweichend von Nr. 1 und 2 und Abs. 2 ausgelegt werden⁵⁶ oder die allermeisten Fälle des Upskirtings würden vom neugeschaffenen Tatbestand nicht erfasst werden.

Hinzu kommt, dass bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals in § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB-E. *„diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind“* aus systematischen Gründen ebenfalls Schwierigkeiten bereiten könnte. § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB stellt tatbestandlich auf das objektive Bestehen eines (wirksamen) „Sichtschutzes“ ab. *„Mangelt es dagegen an einem [wirksamen] Sichtschutz – wie beim hell erleuchteten Zimmer einer vorhanglosen Anwaltspraxis (OLG Karlsruhe NJW-RR 2006, 987) oder beim ungeschirmten Saunabereich eines Erlebnisbades (OLG Koblenz NSTZ 2009, 268) – handelt es sich nicht um eine geschützte Räumlichkeit.“*⁵⁷

Berghäuser⁵⁸ führt hierzu im Weiteren sehr anschaulich aus:

⁵⁴ So etwa der BGH, NSTZ 2015, 391 m. w. N. auch auf abweichende Auffassungen; zum Problem beim Upskirting: Berghäuser, ZIS 2019, 463 (469); Bonnin/Berndt, NJOZ 2020, 129; Bonnin/Berndt, HRRS 2019, 450 (453 unter III 1 a) cc)

⁵⁵ So etwa: Berghäuser, ZIS 2019, 463 (469 f.)

⁵⁶ Bonnin/Berndt, NJOZ 2020, 129 (130); zum Problem der Identifizierbarkeit auch: BT-Drs. 19/15825, S. 11

⁵⁷ NK-StGB/Walter Kargl, 5. Aufl. 2017, StGB § 201a Rn. 6; ähnlich: MüKoStGB/Graf, 3. Aufl. 2017, StGB § 201a Rn. 42): *„Soweit allerdings bspw. im Bereich eines ebenfalls vorhandenen nicht so hohen Gartentores Einblicke von außen möglich sind, ist ein vollständiger Sichtschutz nicht mehr gegeben. – Wird die andere Person in einem Büro oder einer Kanzlei durch ein vorhangloses Fenster fotografiert, ist der Tatbestand nicht gegeben, weil es sich um keine Wohnung handelt und die Kanzlei wegen des fehlenden Sichtschutzes keinen geschützten Raum iSv § 201a darstellt.“* Schönke/Schröder/Eisele, 30. Aufl. 2019, StGB § 201a Rn. 11: *„Auch das Fotografieren durch eine offenstehende Tür, durch nicht abgedunkelte Scheiben eines Kfz oder durch ein vorhangloses Fenster in eine hell erleuchtete Anwaltskanzlei (Karlsruhe NJW-RR 06, 987) ist nicht tatbestandsmäßig.“*

⁵⁸ Berghäuser, ZIS 2019, 463 (472 und knapp im Fazit auf S. 475)

„Soweit man einen so gestalteten Sichtschutz im Rahmen des § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB beispielsweise für ein Grundstück verneint, das im Bereich eines vergleichsweise niedrigen Gartentores von außen einsehbar ist, würde sich für eine parallele Sanktionierung des Herstellens fotografischer oder filmischer Aufnahmen unterhalb der Oberbekleidung die Frage anschließen, welche Art der Kleidung einen entsprechend „besonderen“ Schutz vor Einblick zu entfalten weiß, nämlich objektiv den Blick auf intime oder sexualbezogene Körperteile erschwert und nach dem erkennbaren Willen des Trägers der Kleidung auch erschweren soll. Jedenfalls für die textile Verdeckung der nicht intimen, sondern nur sonstigen sexualbezogenen Körperstellen (wie der weiblichen Brust in Sachverhalten des Downblousing oder – nach dem Vorbild des Voyeurism Offences Act – des Gesäßes in Fällen des Upskirting) könnten diesbezüglich Zweifel aufkommen, wenn etwa das tief ausgeschnittene Dirndl den Blick auf Teile der weiblichen Brust freigibt oder ein kurz geschnittener Minirock in der Bewegung den unteren Bereich des Gesäßes entblößt. Mit der Fragestellung nach der Eignung zum Sichtschutz machte man so verschiedentlich den Weg frei für eine Beurteilung der Funktion von Kleidungsstücken betroffener Personen, was nicht nur den jeweils damit befassten Richter zu unangenehmen Abgrenzungen anhalten würde, sondern auch unerwünschte Neutralisierungstechniken von Tätern, ebenso wie eine Sekundärviktimisierung durch Dritte befördern⁵⁹ könnte.“

Mengler⁶⁰ weist in diesem Zusammenhang allerdings zurecht darauf hin, dass dem deutschen Strafrecht solche viktimodogmatischen Ansätze, bei denen die Strafbarkeit eines Verhaltens davon abhängig zu machen, wie leicht das Opfer dem Täter die Rechtsgutverletzung gemacht hat, fremd sind.

⁵⁹ Hierzu passt eine Reaktion auf die Bemühungen der Initiatorin der Online-Petition Upskirting unter Strafe zu stellen: *„Wenn ich ein billiges Flittchen sei und so einen Rock trage, dann müsste ich auch damit leben, dass ich darunter fotografiert werde. Ich würde es schließlich so wollen ...“* (zitiert nach: Berghäuser, ZIS 2019, 463 (472))

⁶⁰ Mengler, ZRP 2019, 224 (225)

Des Weiteren spricht die typische⁶¹, betont sexualbezogene Tätermotivation⁶² beim Upskirting für eine Einordnung desselben im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB. Sehr deutlich hat dies Mengler⁶³ formuliert:

*„Das Kerncharakteristikum voyeuristischer Aufnahmen ist, dass sie ohne den Willen der abgebildeten Person zum **Zwecke der sexuellen Stimulation** hergestellt werden, wodurch diese **Person zum bloßen Lustobjekt** degradiert wird.“*

Betont⁶⁴ wird auch, dass die Behandlung als Sexualdelikt deutlich machen würde, dass der Gesetzgeber den Wert der sexuellen Selbstbestimmung in diesen Fällen stärken wolle. Zudem ließe sich bei dieser Einordnung, die eine klare, eindeutige sowie unmissverständliche gesetzgeberische Botschaft vermittelt, die generalpräventive Wirkung der Norm sicherlich steigern.

Schließlich scheint es auch in Fällen des Upskirtings dringend angezeigt, dass der Täter vom ehrenamtlichen oder beruflichen Umgang mit Minderjährigen ausgeschlossen ist. Ihn als Jugendtrainer im Turn-, Schwimm- oder Eissportverein zu beschäftigen erscheint unangebracht. Über den Eintrag in einem erweiterten Führungszeugnis gem. §§ 32 Abs. 5, 30 Abs. 1 Nr. 2 a), b), 31 Abs. 2 BZRG könnte dieses Ziel bei Einstufung als Sexualdelikt erreicht werden, wie dies etwa Art. 2 Abs. 4 des Gesetzentwurfes

⁶¹ Berghäuser, ZIS 2019, 463 hält auch andere Motive möglich, etwa das Motiv der Demütigung des Opfers. Hiergegen spricht jedoch die regelmäßige Heimlichkeit des Vorgehens des Täters, die sie selbst im Folgenden immer wieder hervorhebt (etwa S. 467, 468), ebenso wie das im Vordergrund stehende Motiv der Luststeigerung (S. 463) oder sexuellen Bedürfnisbefriedigung.

⁶² Dezidiert: Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbund e.V. zur Strafbarkeit des Upskirtings vom 11. Juli 2019; auch: Bonnin/Berndt, NJOZ 2020, 129 (130); deutlich hierzu auch der Gesetzentwurf des Bundesrates, BT-Drs. 19/15825, S. 2, 9, 10, 13, 15

⁶³ ZRP 2019, 224 (225)

⁶⁴ Berghäuser, ZIS 2019, 463 (466)

des Bundesrates durch Ergänzung der entsprechenden Bestimmungen im BZRG ermöglicht⁶⁵.

4) Tatbestandliche Ausgestaltung

a) Tatbestand

Während die Gesetzentwürfe der Bundesregierung⁶⁶ und der AfD-Fraktion⁶⁷ die geschützten Körperteile - Genitalien, Gesäß und weibliche Brüste - konkret bezeichnen, spricht der Gesetzentwurf des Bundesrates⁶⁸ allgemeiner von Intimbereich, welcher nach der Entwurfsbegründung⁶⁹ den Bereich der Genitalien, des Gesäßes und der unmittelbar angrenzenden Bereiche der Oberschenkel erfassen soll.

Jedenfalls auf den ersten Blick scheinen sich die Entwürfe hinsichtlich der erfassten Körperteile bzw. -regionen insofern zu unterscheiden, als es um die weibliche Brust und die *angrenzenden Bereiche der Oberschenkel* geht.

Der Entwurf der Bundesregierung bezweifelt allerdings, dass mit „Intimbereich“ im Gesetzentwurf auch das *Gesäß* gemeint sein könnte. Nachdem das Bundesverfassungsgericht⁷⁰ die rektale Untersuchung bzw. Durchsuchung eines Untersuchungsgefangenen auch als Untersuchung

⁶⁵ BT-Drs. 19/15825, S. 8

⁶⁶ BT-Drs. 19/17795, S. 5

⁶⁷ BT-Drs. 19/18980, S. 7

⁶⁸ BT-Drs. 19/15825, S. 7

⁶⁹ BT-Drs. 19/15825, S. 16

⁷⁰ BVerfG, StV 2009, 253 = EuGRZ 2009, 159: „Untersuchung im Intimbereich“; „... zum Zweck des Einschmuggelns in die Haftanstalt Drogen oder andere gefährliche Gegenstände in Körperöffnungen des Intimbereichs versteckt haben, ...“

des Intimbereichs bezeichnete, sollten hieran jedoch keine Zweifel bestehen⁷¹.

Des Weiteren geht der Entwurf der Bundesregierung⁷² davon aus, dass mit „Intimbereich“ die weibliche Brust nicht erfasst werden⁷³. Dies entspricht auch der Auffassung des Bundesrates⁷⁴. In der Literatur ist dies allerdings nicht unbestritten: Unter Intimbereich soll bei einem natürlichen Wortverständnis auch die weibliche Brust erfasst werden⁷⁵.

Angesichts der eindeutigen Begriffsbestimmung in der Gesetzesbegründung dürfte für den (künftigen) Rechtsanwender ausreichend bestimmt sein, dass die weibliche Brust vom Begriff des Intimbereichs nicht erfasst sein soll (historische Argumentation).

Des Weiteren hegt der Entwurf der Bundesregierung Zweifel, ob die Bezeichnung der geschützten Körperteile bzw. -region im Entwurf des Bundesrates hinreichend bestimmt und verhältnismäßig ist sowie eine Abgrenzung zu nicht strafwürdigen Verhaltensweisen ermöglicht⁷⁶.

Unbestreitbar übertrifft die konkrete Bezeichnung der geschützten Körperteile, wie sie im Gesetzentwurf der Bunderegierung vorgeschlagen wird, den Begriff des Intimbereichs, wie er im Gesetzentwurf des Bundesrates Verwendung findet, an Bestimmtheit. Allerdings lässt sich der konkrete Inhalt des unbestimmten Rechtsbegriffes „Intimbereich“ durchaus mit den klassischen Auslegungsmethoden bestimmen.

⁷¹ In diesem Sinne auch: Bonnin/Berndt, NJOZ 2020, 129 (130) mit näherer Begründung; A. A. offenbar: Berghäuser, ZIS 2019, 463 (466): „erstens das unbefugte Betrachten intimer oder sonstiger sexuell konnotierter Körperteile (wie den Intimbereich *oder* das Gesäß), ...“

⁷² BT-Drs. 19/17795, S. 3, 9

⁷³ Ebenso wohl Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbund e.V. zur Strafbarkeit des Upskirtings vom 11. Juli 2019: „... ungewollte Fotografieren des Intimbereichs (*oder* des Ausschnittes) ...“

⁷⁴ BT-Drs. 19/15825, S. 16: Bei der Bestimmung des Intimbereichs wird die weibliche Brust nicht genannt.

⁷⁵ Bonnin/Berndt, NJOZ 2020, 129 (130); Bonnin/Berndt, HRRS 2019, 450 (460 unter IV 4)

⁷⁶ BT-Drs. 19/17795, S. 12

Das Wort „Intimbereich“ ist in der Alltagssprache fest verankert. Gesprächspartner haben daher eine konkrete Vorstellung von seinem Inhalt. Auch das Bundesverfassungsgericht⁷⁷ hatte in der oben zitierten Entscheidung deshalb eine klare Vorstellung von dem von ihm verwendeten Begriff. „Intim“ bedeutet im natürlichen Sprachgebrauch „den *Bereich* der Geschlechtsteile betreffend“⁷⁸. Damit ist bereits hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, dass es nicht allein um die Geschlechtsteile selbst geht, sondern auch die angrenzenden *Bereiche*, etwa die oberen Partien der Oberschenkel, erfasst werden sollen. In systematischer Hinsicht kann aus der im Vergleich zu § 184 Abs. 1 Nr. 1 c) StGB weiteren Fassung geschlussfolgert werden, dass die geschützte Körperpartie nicht allein die Geschlechtsteile selbst umfasst, sondern auch einen daran angrenzenden Bereich. Des Weiteren kann die eindeutige Begründung im Gesetzentwurf des Bundesrates im Wege der historischen Auslegung zum treffenden Verständnis des Begriffsinhalts beitragen.

Die Frage der Verhältnismäßigkeit und der Eignung zum Ausscheiden nicht strafwürdiger Verhaltensweisen kann sich, da es an dieser Stelle nur um die durch die künftige Strafnorm konkret zu schützenden Körperteile gehen kann, nur auf den durch den Entwurf des Bundesrates mit in den Schutzbereich einbezogenen *oberen Bereich der Oberschenkel* beziehen. Warum das Herstellen von Fotografien der oberen Partien der Oberschenkel, die unmittelbar an die Genitalien grenzen, einen geringeren Unrechtsgehalt haben soll, wie das Herstellen von Fotografien des (bekleideten) Gesäßes erschließt sich allerdings nicht. Die beschämende Wirkung beim Opfer ist in diesen Fällen keineswegs geringer. Das gilt in gleicher Weise für die luststeigernde Wirkung beim Täter.

⁷⁷ StV 2009, 253 = EuGRZ 2009, 159

⁷⁸ Duden, abrufbar unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/intim>

Durch die weitere Fassung des geschützten Bereiches vermeidet der Gesetzentwurf des Bundesrates daher Strafbarkeitslücken, wenn auf der Fotografie zwar weder Genitalien noch Gesäß, aber doch der diesen unmittelbar angrenzende Bereich der Oberschenkel klar zu erkennen ist, auch weil eine Versuchsstrafbarkeit nicht vorgesehen ist und hier auch nicht vorgeschlagen wird.

Für die Frage der Abgrenzung von strafwürdigem und -bedürftigem Verhalten zu sozialadäquaten oder allenfalls moralwidrigem Verhalten kommt nach den Gesetzesbegründungen⁷⁹ sowie den obigen Ausführungen zur Strafwürdigkeit einer anderen, nämlich den *Sichtschutz* betreffenden Passage des objektiven Tatbestandes höhere Bedeutung zu.

Die Gesetzesentwürfe formulieren diesen Teil des Tatbestandes unterschiedlich *und* - was entscheidend ist - messen ihm auch unterschiedliche Bedeutung zu.

In den Gesetzentwürfen der Bundesregierung und der AfD-Fraktion heißt es im vorgeschlagenen Gesetzestext zum Sichtschutz jeweils wie folgt: „... soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind ...“.

Ausweislich der Gesetzesbegründung kommt diesem *im Zeitpunkt* des Herstellens der Fotografie *aktiv wirksamen* Schutz entscheidende Bedeutung für die Abgrenzung zwischen strafwürdigem und -bedürftigem Verhalten zu sozialadäquaten oder allenfalls moralwidrigem Verhalten

⁷⁹ BT-Drs. 19/ 17795, S. 11: „Diese Körperteile müssen gegen Anblick geschützt worden sein. Denn nur derjenige begeht ein strafwürdiges Unrecht, der sich neben der unbefugten Fertigung der Bildaufnahme auch über die durch die Bekleidung nach außen hin dokumentierte Bestrebung des Opfers hinwegsetzt, diese Körperteile fremden Anblicken zu entziehen.“ BT-Drs. 19/15825, S. 16: „Die Bildaufnahme muss dadurch bewirkt werden, dass der Täter „unter die Bekleidung“ einer anderen Person fotografiert oder filmt. Diese besondere Modalität bei der Anfertigung der Aufnahme soll das typische Vorgehen der Täter erfassen, die den durch die (Ober-)Bekleidung gewährten Blickschutz durch zu meist heimliches Vorgehen überwinden.“

zu⁸⁰. Auf Seite 12 der Gesetzesbegründung heißt es hierzu unmissverständlich: *„So bleiben beispielsweise Aufnahmen am Strand, auf denen im Hintergrund Personen mit nur teilweise bedecktem Gesäß zu sehen sind, **von der Strafbarkeit ausgenommen**, da sich der Fotograf nicht unrechtmäßig über den erkennbaren Willen des Opfers, seine besonders schützenswerten Körperregionen dem Anblick Außenstehender zu entziehen, hinweggesetzt hat. Gleiches gilt für Bildaufnahmen bei sportlichen Ereignissen wie beispielsweise dem Eiskunstlauf, in deren Rahmen bei **regelkonformer Ausführung die Unterbekleidung sichtbar und somit nicht gegen Anblick geschützt ist.**“*

Im Gesetzentwurf des Bundesrates heißt es im vorgeschlagenen Gesetzestext zum Sichtschutz hingegen wie folgt: *„indem er unter deren Bekleidung fotografiert oder filmt“.*

Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen auch Fälle als *strafwürdiges* Unrecht jedenfalls im objektiven Tatbestand erfasst werden, in denen der Blickschutz *nicht aktiv umgangen* wird. Hierzu wird Folgendes näher ausgeführt: *„Als Beispiel können Fallgestaltungen genannt werden, in denen gezielt der gegebenenfalls sehr kurze Moment erfasst wird, in welchem beim Aussteigen aus einem Fahrzeug⁸¹ oder beim Übereinanderschlagen der Beine einer sitzenden Frau der Intimbereich unter einem Rock oder Kleid sichtbar wird. Auch in solchen Fällen wird, ohne dass der Täter das Aufnahmegerät in eine besondere, niedrige Position bringen muss, „unter die Bekleidung“ fotografiert.“⁸²*

Die Wortlautgrenze wird bei dieser Auslegung sicher nicht überschritten.

⁸⁰ BT-Drs. 19/17795, S. 11, 12

⁸¹ Fall nach LG München, AfP 2016, 368=BeckRS 2016, 17992

⁸² BT-Drs. 19/15825, S. 16

Auch systematische Überlegungen streiten nicht zwingend für diese restriktive Auslegung des Gesetzesvorschlages des Bundesrates. Zwar ist dieser Vorschlag inhaltlich an § 201a Abs. 1 StGB angelehnt⁸³, weshalb es durchaus möglich erscheint, an die Wirksamkeit des Sichtschutzes dieselben Grundsätze wie bei § 201a StGB anzulegen. Allerdings wurde - neben zahlreichen weiteren, auch maßgeblicheren - Überlegungen eine Verortung des Upskirting-Tatbestands außerhalb des § 201a StGB vorgeschlagen, um eben nicht denselben strengen Vorgaben an die Wirksamkeit des Sichtschutzes unterworfen zu sein wie dort. Eine Diskussion über die „Kürze“ des Minirockes darf es im freiheitlichen Interesse der Opfer nicht geben. Deshalb ist im Rahmen des § 184k StGB durchaus eine andere, weniger strikte Auslegung möglich.

Allerdings streiten die hiesigen Ausführungen zum Handlungsunrecht („Gefährlichkeit des Angriffs“) des Upskirtings sowie zur in der Tat selbst zum Ausdruck kommenden „Verwerflichkeit der Tätergesinnung“ als Bestandteil der Strafwürdigkeitsprüfung gegen ein *objektiv* strafwürdiges Unrecht. Kern dieses Angriffs auf das geschützte Rechtsgut bzw. Ausdruck der bewussten Missachtung des geschützten Rechtsgutes und noch mehr der berechtigten Interessen des Opfers ist beim *Herstellen* der Fotografie die (zumeist) heimlichen *Überwindung* oder „*Unterwanderung*“ des vom Opfer bewusst (auch) als Sichtschutz gewählten Kleidungsstücks, womit sich der Täter über den erkennbaren Willen des Opfers, bestimmte Körperregionen zu schützen bewusst hinwegsetzt, wie es der Entwurf der Bunderegierung unterstreicht⁸⁴. Ohne diese gezielte *Überwindung* des Sichtschutzes ist das Handlungsunrecht des Täters sowie die in der Tat zum Ausdruck kommende Tätergesinnung deutlich reduziert. Sein Verhalten beschränkt sich, Absicht unterstellt, auf das -

⁸³ BT-Drs. 19/15825, S. 14

⁸⁴ BT-Drs. 19/17795, S. 1, 7, 11 (dort: „Denn nur derjenige begeht ein **strafwürdiges Unrecht**, der sich neben der unbefugten Fertigung der Bildaufnahme auch über die durch die Bekleidung nach außen hin dokumentierte Bestrebung des Opfers hinwegsetzt, diese Körperteile fremden Anblicken zu entziehen.“)

sicherlich moralwidrige, sittlich anstößige Verhalten des Ausnutzens des günstigen Augenblicks⁸⁵.

Auch der Bundesrat ist, wie seine Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zeigt⁸⁶, im Ergebnis der Auffassung, dass es sich in den (alltäglichen) Fällen, die die Gesetzesentwürfe schildern, in denen die grundsätzlich sichtgeschützten Körperbereiche *im Einzelfall offen zu Tage treten*, nicht um strafwürdige Verhaltensweisen handelt. Dieselben Bedenken hinsichtlich der Strafwürdigkeit äußert er hinsichtlich der vom Downblousing erfassten Fälle. All diese Fälle möchte er über das subjektive Tatbestandsmerkmal des *dolus directus* 1. Grades ausscheiden.

Auch wenn hier die Auffassung vertreten wird, dass ein Ausscheiden der genannten Fälle, in denen ein irgendwie geartetes *Überwinden* oder *Unterwandern* eines Sichtschutzes für die *Herstellung* der Fotografie nicht erforderlich ist, bereits im objektiven Tatbestand erfolgen kann, ist doch der Stellungnahme des Bundesrates zuzustimmen, dass - bei einer möglichen anderen Auslegung der in Frage stehenden Gesetzespassage - eine hinreichend sichere Ausscheidung nicht strafwürdiger Verhaltensweisen nicht gewährleistet ist, weshalb als zusätzliches Korrektiv im subjektiven Tatbestand *dolus directus* 1. Grades zu fordern

⁸⁵ ... oder auch nur der Serienbildfunktion seiner Digitalkamera

⁸⁶ BT-Drs. 19/17795, S. 15: „Zu denken ist ferner an Fälle, in denen leicht bekleidete Prominente ungeschickt aus einem Auto aussteigen und dabei von der anwesenden Presse fotografiert werden. Die Beispielfälle zeigen, dass es vor allem eine Frage des Standorts und des Blickwinkels wie auch des Bewegungsverhaltens des Betroffenen ist, ob bestimmte Körperbereiche sichtbar sind. Auch wenn derartige Bereiche grundsätzlich sichtgeschützt sind, können sie aus den vorgenannten Gründen im Einzelfall offen zu Tage treten, ohne dass der Fotograf die Herbeiführung oder Ausnutzung einer solchen Situation intendiert hat. Das Merkmal des gegen Anblick geschützten Körperbereichs ermöglicht daher noch keine hinreichend sichere Ausgrenzung nicht strafwürdiger Verhaltensweisen, wenn für die Strafbarkeit bereits bedingter Vorsatz ausreichend ist.“

ist⁸⁷. In diesem Sinne bemerkt auch Mengler⁸⁸: „Das Erfordernis der voyeuristischen Zweckbestimmung hat zugleich Filterfunktion für alltagstypische, sozialadäquate Verhaltensweisen.“

Eine solche Absicht lässt sich in der Praxis, worauf der Gesetzentwurf des Bundesrates⁸⁹ zutreffend hinweist, durchaus nachweisen, etwa durch das planmäßig heimliche Vorgehen beim Überwinden des Sichtschutzes oder worauf Mengler⁹⁰ abstellt, durch den (bewusst gewählten) engen und fokussierten Bildausschnitt.

Angesichts des oben geschilderten „Candid Boards“-Phänomen (Internetseiten mit professionell *inszenierten* und *einvernehmlich*⁹¹ hergestellten Upskirtaufnahmen)⁹² ist es im Einzelfall fraglich, ob allein aus der Vielzahl von entsprechenden Bildaufnahmen - diese könnten legal erworben sein - auf eine entsprechende Absicht geschlossen werden kann. Dies dürfte jedenfalls dann möglich sein, wenn anhand der Metadaten der Bilder das im Besitz des Täters befindliche Aufnahmegerät als Tatinstrument identifiziert werden kann⁹³.

Das „Candid Board“-Phänomen bereitet damit im Einzelfall auch Nachweisschwierigkeiten hinsichtlich des Tätervorsatzes bei der Prüfung der Verwirklichung des § 184k Abs. 2 StGB-E. bzw. des § 201a Abs. 1 Nr. 3

⁸⁷ Bonnin/Berndt, HRRS 2019, 450 (458 unter IV 2) sehen hingegen keinen Anlass für eine Begrenzung auf subjektiver Tatbestandsebene, weil *in der Praxis wohl selten Unterschiede zwischen Eventualvorsatz und direktem Vorsatz auszumachen* [sind].“

⁸⁸ ZRP 2019, 224 (225)

⁸⁹ BT-Drs. 19/15825, S. 17

⁹⁰ ZRP 2019, 224 (225)

⁹¹ Berghäuser, ZIS 2019, 463 (464)

⁹² mit (u. U.) legal hergestellten Upskirts; dazu: Berghäuser, ZIS 2019, 463 m. FN 7, S. 461 m. FN 99 und 100

⁹³ schwerlich jedoch bei Bildern aus (im Einzelfall legalen (s. o.)) Tauschbörsen

und Nr. 5⁹⁴ StGB-E. Dieser Vorsatz müsste sich auf das Gebrauchen oder Verwenden einer durch einen Dritten *unbefugt* hergestellten Fotografie beziehen⁹⁵.

Abschließend zu diesem Problemkomplex sei noch festgestellt, dass unbenommen von vorstehenden Ausführungen eine drucktechnisch hervorgehobene, fokussierte *Veröffentlichung* des Mißgeschicks einer Prominenten beim Aussteigen aus einem Wagen gem. §§ 22, 23, 33 KUG strafbar⁹⁶ bleibt.

5) Versuchsstrafbarkeit

Anlass für die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit wird angesichts der niedrigen Höchststrafe nicht gesehen⁹⁷.

6) Besonders schwere Fälle

Bonnin und Berndt⁹⁸ schlagen die Einführung von Regelbeispielen für besonders schwere Fälle wie folgt vor:

„(2) In besonders schweren Fällen ist die Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.

Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

⁹⁴ Bisherige Nr. 3

⁹⁵ Losgelöst vom „Candid Board“-Phänomen zum Vorsatzproblem: MüKoStGB/Graf, 3. Aufl. 2017, StGB § 201a Rn. 103: „*Hinsichtlich der Tathandlung nach Abs. 1 Nr. 3 muss sich der Vorsatz auch darauf beziehen, dass die „nach Nr. 1 oder 2 hergestellte Aufnahme“ unbefugt erfolgt ist. Glaubt daher der Täter einer Handlung nach Abs. 1 Nr. 3, die Aufnahme sei befugt hergestellt worden, dann scheidet auch eine Strafbarkeit insoweit aus.*“; ähnlich: NK-StGB/Walter Kargl, 5. Aufl. 2017, StGB § 201a Rn. 24: „*Bei Abs. 1 Nr. 3 muss sich der Vorsatz auch darauf beziehen, dass die „hergestellte Bildaufnahme“ unbefugt erfolgt ist. Geht der Täter in diesen Fällen fälschlich von einer befugten Herstellung der Abbildung aus, entfällt der Vorsatz.*“

⁹⁶ Überzeugend hierzu in zivilrechtlicher Hinsicht: LG München I, AfP 2016, 368 =BeckRS 2016, 17992

⁹⁷ Ebenso: Bonnin/Berndt, HRRS 2019, 450 (459 unter IV 3); BT-Drs. 19/17795, S. 8 hinsichtlich der insoweit vergleichbaren „Gaffer“-Problematik; Eisele, JR 2005, 6 (11) hinsichtlich der damaligen Einführung des neuen § 201a StGB.

⁹⁸ Bonnin/Berndt, HRRS 2019, 450 (459 unter IV 3)

1. *die Hilflosigkeit einer anderen Person, ein Unglücksfall oder eine gemeine Gefahr ausnutzt wird*
oder
2. *die Tat begangen wird, um sich oder einem Dritten einen vermögenswerten Vorteil zu verschaffen oder*
3. *die Bildaufnahme öffentlich zugänglich gemacht wird.“*

Mangels aussagekräftiger und tragfähiger empirischer Erkenntnisse⁹⁹ zum tatsächlichen Ausmaß des Upskirtings erscheint es jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt verfrüht, unrechtsorientierte Ausdifferenzierungen, wie etwa die Einführung von Regelbeispielen für besonders schwere Fälle mit einem deutlich erhöhten Strafraum von drei Monaten bis 5 Jahren anzustreben.

7) Tätige Reue

Walter¹⁰⁰ plädiert beim Upskirting dafür, eine Regelung zur tätigen Reue als persönlichem Strafaufhebungs- oder Strafmilderungsgrund in Betracht zu ziehen, wenn der Täter die angefertigte Aufnahmen wieder löscht, bevor er sie weitergeleitet oder Dritten auf andere Weise als Datei zugänglich gemacht hat. Dies soll vor allem dann gelten, wenn er die Aufnahmen bereits kurz nach ihrem Anfertigen löscht.

Das erscheint durchaus bedenkenswert, wenn die obenstehenden Ausführungen zum Handlungsunrecht des Täters in die Überlegungen mit einbezogen werden, wonach in der Bildaufnahme eine unrechtsmitbestimmende „Perpetuierung des voyeuristischen Angriffs“ zu sehen ist, die sich durch die Löschung mindert.

⁹⁹ Oben wurde bereits hervorgehoben, dass empirischen Erkenntnissen erhebliche Bedeutung für eine generalpräventiv untermauerte Begründung der Strafbedürftigkeit zukommt; dies muss entsprechend für eine Strafschärfung gelten.

¹⁰⁰ ZRP 2016, 16 (19)

Dem Täter könnte so zudem ein Anreiz geboten werden, die von der Fotografie ausgehenden Gefahren einer weiteren Vertiefung der Rechtsgutsverletzung abzuwenden oder zu mindern.

Im Umfeld des § 201a StGB wäre dies allerdings ein Novum, weshalb gegebenenfalls eine Ausdehnung auf diesen in seiner aktuell geltenden¹⁰¹ sowie künftig erweiterten Fassung nachzudenken wäre.

Als klassische Alternative bliebe es bei der Möglichkeit, die Löschung der Aufnahmen im Ermittlungsverfahren unter Opportunitätsgesichtspunkten zu berücksichtigen oder im Strafverfahren, wenn eine Opportunitätseinstellung im konkreten Fall nicht mehr in Betracht kommt, gem. § 46 Abs. 2 StGB - Nachtatverhalten - bei der Strafzumessung als mildernder Faktor einzustellen.

8) Relatives Antragsdelikt, § 205 StGB respektive § 184k Abs. 3 StGB-E.

Die Ausgestaltung des Upskirtings als relatives Antragsdelikt erscheint sachgerecht.

„Aus Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 103 Abs. 1, Abs. 3 GG werden als verfahrensrechtliche Grundsätze u. a. das zwingend zu gewährende rechtliche Gehör jedes Beteiligten sowie das Öffentlichkeitsprinzip abgeleitet. Daraus folgt auch der nur unter engen Voraussetzungen einschränkbare Grundsatz der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung, der in Konflikt steht mit dem Geheimhaltungsinteresse, das dem Schutz des Persönlichkeitsrechts typisch ist. Ist ein Strafverfahren wegen Verletzung des persönlichen Lebensbereichs einmal eingeleitet, kann die damit einhergehende öffentliche Preisgabe von persönlichen Details in der Hauptverhandlung dem Verletzten Schaden zu-

¹⁰¹ So: Walter, ZRP 2016, 16 (19)

fügen, der sein Genugtuungsinteresse übersteigt. Es kollidieren die Belange des Persönlichkeitsrechtsschutzes mit den verfahrensrechtlichen Prinzipien des Untersuchungsgrundsatzes (§ 155 Abs. 2 StPO, § 202 StPO und insbes. § 244 Abs. 2 StPO) sowie des Öffentlichkeitsgrundsatzes, der in § 169 Abs. 1 GVG und Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK mit einfachgesetzlichem Rang niedergelegt ist. Die Möglichkeiten zum Ausschluss der Öffentlichkeit aus Gründen des Schutzes der Privatsphäre eines Prozessbeteiligten nach § 171b GVG¹⁰² bieten keine ausreichende Abhilfe – zumal sie von den Gerichten im Hinblick auf die Gefahr einer Aufhebung des Urteils gemäß dem absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 6 StPO in der Praxis eher restriktiv angewendet werden.“¹⁰³

Damit kann im Grundsatz, sofern nicht die Staatsanwaltschaft das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung, wobei sie auch Opferinteressen mitberücksichtigt, bejaht, das Opfer, dessen Persönlichkeitsrecht betroffen ist, selbst entscheiden, ob es sich den oben skizzierten Belastungen eines Strafverfahrens aussetzen will¹⁰⁴. Beim Upskirting wird es allerdings zumeist an einer Identifizierbarkeit und damit Ermittelbarkeit des Opfers anhand der etwa auf einem aus anderen Gründen sichergestellten Handy eines Beschuldigten festgestellten Upskirts fehlen, weshalb, sofern die weiteren Voraussetzungen vorliegen, ein Einschreiten von Amtswegen geboten sein kann und damit auch möglich sein muss¹⁰⁵.

¹⁰² Wie es auch der Gesetzentwurf des Bundesrates für das Upskirting in Art. 2 Abs. 2 vorsieht.

¹⁰³ Zitiert nach: BeckOK StGB/Heuchemer, 46. Ed. 1.5.2020, Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts, Rn. 14.1-16

¹⁰⁴ So etwa Eisele, JR 2005, 6 (11) zur Ausgestaltung des neu eingeführten § 201a StGB als damals noch absolutes Antragsdelikt

¹⁰⁵ So z. B.: Schönke/Schröder/Eisele, 30. Aufl. 2019, StGB § 205 Rn. 2a zur Ausgestaltung des geltenden § 201a StGB als relatives Antragsdelikt mit Blick auf die Einbeziehung von Bildaufnahmen nackter Minderjähriger in § 201a Abs. 3 StGB

9) Privatklagedelikt

Durch die systematische Verortung des Upskirtings in § 201a StGB im Regierungsentwurf sowie im Entwurf der AfD-Fraktion wird dieses als Privatklagedelikt ausgestaltet, § 374 Abs. 1 Nr. 2a)¹⁰⁶, 376 StPO.

Walter¹⁰⁷ betrachtet diese Ausgestaltung als Privatklagedelikt äußerst kritisch, wenn er Folgendes dazu bemerkt:

„Die neuen Tatbestandsvarianten sollen – wie schon § 201 a StGB in seiner geltenden Fassung – Privatklagedelikte werden. Das entwertet sie, und dies ungeachtet dessen, was man als ihren (Straf-)Zweck betrachtet. Denn die Regelungen zur Privatklage sind schlechtes und daher auch nahezu totes Recht.

...

Pointiert gesprochen handelt ein Gesetzgeber derzeit selbstwidersprüchlich, wenn er einen neuen Straftatbestand schafft, aber zu einem Privatklagedelikt macht.“

Diese Kritik muss man, jedenfalls in dieser Schärfe, sicherlich nicht teilen, jedoch konterkariert man ein Stück weit die grundsätzlichen Interessen der Opfer an einer *staatlichen* Strafverfolgung, weshalb auch an dieser Stelle durchaus Kritik von Seiten der Betroffenen kommen könnte.

Oben wurden die Initiatoren der im April 2019 gestarteten Online-Petition zur strafrechtlichen Ahndung des Upskirtings bereits mit folgenden Worten zitiert:

¹⁰⁶ Im Regierungsentwurf ist in Art. 2 eine Folgeänderung des § 374 StPO enthalten.

¹⁰⁷ ZRP 2020, 16 (19 f.)

„Was wirklich zählt, ist den Opfern zuzuhören. Nicht ernst genommen zu werden, das ist einfach scheiße.“¹⁰⁸

Der Gesetzentwurf des Bundesrates setzt sich auch an dieser Stelle dieser möglichen Kritik nicht aus.

Letztlich entscheidend dürfte allerdings sein, dass die Einstufung eines Sexualdelikts, wozu das Upskirting nach den vorstehenden Ausführungen gehört, ein Fremdkörper im Katalog der Privatklagedelikte nach § 374 Abs. 2 StPO wäre. Die Einstufung als Privatklagedelikt kommt daher nicht in Betracht.

II. Downblousing (Bildaufnahmen in den Ausschnitt)

Sowohl der Regierungsentwurf wie der Entwurf der AfD-Fraktion wollen in § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB-E. das unbefugte Herstellen einer Fotografie von *„der weiblichen Brust oder der diese Körperteile bedeckenden Unterbekleidung einer anderen Person [...], soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind.“* (sog. Downblousing) unter Strafe stellen.

In seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung äußert der Bundesrat erhebliche Bedenken gegen die Bestimmtheit der Tatbestandsfassung¹⁰⁹, die Strafwürdigkeit dieses Verhaltens¹¹⁰ und weist auf Schwierigkeiten

¹⁰⁸ So Initiatorin Seidel, selbst zweimaliges Opfer von Upskirting, FAZ vom 11.08.2019, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/menschen/metoo-und-upskirting-immer-noch-in-der-grauzone-16328332.html?fbclid=IwAR2pFN-MMAZ8wHsWnte1HZZfM8zOZK3xkSCSEEWgu9wv0zXlyH-FAU3wWI4g>

¹⁰⁹ BT-Drs. 19/17795, S. 15: *„Für die Fälle der Bildaufnahmen, die von der weiblichen Brust oder der diese bedeckenden Unterbekleidung gemacht werden, kommt hinzu, dass bereits die Abgrenzung des geschützten Bereichs mit erheblichen Unsicherheiten behaftet ist.“*

¹¹⁰ BT-Drs. 19/17795, S. 15: *„Wie sich aus dem Gesetz ergibt (siehe § 184b Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe c StGB), können insoweit gegenüber den anderen beiden Bereichen (Genitalien, Gesäß) bereits auch ganz grundsätzlich Unterschiede im Schutzbedarf gezogen werden. Über die Fälle der sogenannten Sozialadäquanzklausel in § 201a Absatz 4 StGB kann diese Weite des Tatbestands nicht hinreichend und nicht auf sachgerechte Weise eingegrenzt werden. Die vorgenannten Fälle würden hiervon nicht erfasst und wären damit – bedingten Vorsatz vorausgesetzt – strafbar.“*

bei der Abgrenzung von alltäglichen, sozialtypischen zu wirklich strafwürdigem Verhalten hin¹¹¹.

Ebenfalls auf die mangelnde Strafwürdigkeit des Downblousing weist Walter¹¹² in scharf formulierter Form hin:

„Die Dekolleté-Alternative ist unsinnig formuliert worden, denn das Gesetz verlangt auch für diese Alternative – wie für ein „Upskirting“ – Aufnahmen von Körperpartien, die „gegen Anblick“, soll heißen: gegen fremde Blicke geschützt worden sind. Das ist beim Fotografieren unter einen Rock gewiss der Fall. Von einem Dekolleté hingegen sieht man nie mehr als die Trägerin bewusst gestattet. Dass dies von einer Empore oder dem oberen Teil einer Treppe aus mehr ist als beim Betrachten von vorn, ändert nichts. Und es gibt auch keine gesellschaftliche Konvention, die es verböte, von einer erhöhten Position aus einen Blick in ein Dekolleté zu werfen. Schließlich hat eine Frau so wenig wie sonst ein Mensch Anspruch darauf, stets nur von vorn betrachtet zu werden. Zudem kann sie unerwünschte Einblicke von oben leicht verhindern, indem sie einen kleineren Ausschnitt wählt¹¹³. Daher hat die Dekolleté-Alternative in der Formulierung des Entwurfs praktisch keinen Anwendungsbereich. Sie erfasst nur Aufnahmen unter ein weit wallendes Oberteil, etwa eine Bluse.

Es wäre auch schwer, das zu ändern, ohne komisch zu klingen. Denn man hätte von Aufnahmen zu sprechen, die jemand gewiss oder mutmaßlich gegen den Willen einer Frau von oben von ihrer Brust macht. Dabei würde auch deutlich, worum es eigentlich geht: um eine sexualisierte Unhöflichkeit in Form einer Aufnahme, die hauptsächlich ein Geschlechtsmerkmal sowie mehr zeigt, als bei einer Begegnung auf gleicher Augenhöhe zu sehen wäre. Das aber ist

Um eine weitergehende rechtsstaatliche Konturierung zu erreichen, ist insbesondere zu erwägen, die Strafbarkeit an ein absichtliches Handeln des Täters anzuknüpfen, ...“

¹¹¹ Siehe vorstehendes Zitat (FN 110)

¹¹² ZRP 2020, 16

¹¹³ Diese viktimodogmatische Überlegung erscheint allerdings - wie bereits an anderer Stelle ausgeführt - sehr fragwürdig

nach der Art des Unrechts – wenn man denn von Unrecht sprechen will – ein Ausdruck von Geringschätzung und daher etwas, das eher zu § 185 StGB passt als zu § 201 a StGB.“

In der Sache ist sowohl dem Bundesrat wie auch Walter zuzustimmen.

Auch hier streiten die hiesigen Ausführungen zum Handlungsunrecht („Gefährlichkeit des Angriffs“) sowie zur in der Tat selbst zum Ausdruck kommenden „Verwerflichkeit der Tätergesinnung“ als Bestandteil der Strafwürdigkeitsprüfung gegen ein *objektiv* strafwürdiges Unrecht. Kern auch dieses Angriffs auf das geschützte Rechtsgut bzw. Ausdruck der bewussten Missachtung des geschützten Rechtsgutes und noch mehr der berechtigten Interessen des Opfers ist beim *Herstellen* der Fotografie die *Überwindung* des vom Opfer bewusst (auch) als Sichtschutz gewählten Kleidungsstücks, womit sich der Täter über den erkennbaren Willen des Opfers, bestimmte Körperregionen zu schützen bewusst hinwegsetzt, wie es, worauf bereits hingewiesen wurde, der Entwurf der Bunderegierung unterstreicht¹¹⁴. Ohne diese gezielte *Überwindung* des Sichtschutzes ist das Handlungsunrecht des Täters sowie die in der Tat zum Ausdruck kommende Tätergesinnung deutlich reduziert. Das bloße Ausnutzen topografischer oder baulicher Besonderheiten ist in seinem Unrechts- oder Unwertgehalt, was Walter deutlich zum Ausdruck gebracht hat, erheblich geringer einzustufen, als das unbefugte zielgerichtete Fotografieren unter einen Rock, dergestalt, dass der Täter das Aufnahmegerät, in unmittelbarer Nähe des Opfers stehend, unter den Rock hält und den Auslöser betätigt.

Eine andere Bewertung, zumal ohne eine restriktive Fassung des subjektiven Tatbestandes, würde die Gefahr einer Kriminalisierung weiter Bevölke-

¹¹⁴ BT-Drs. 19/17795, S. 1, 7, 11 (dort: „Denn nur derjenige begeht ein **strafwürdiges Unrecht**, der sich neben der unbefugten Fertigung der Bildaufnahme auch über die durch die Bekleidung nach außen hin dokumentierte Bestrebung des Opfers hinwegsetzt, diese Körperteile fremden Anblicken zu entziehen.“)

rungsteile mit sich bringen, die etwa als Sommerurlauber in Städten oder sonstigen touristischen Hotspots Erinnerungsfotos herstellten und dabei aus erhöhter Position fotografierten¹¹⁵. Gleiches gilt für Besucher von Sportveranstaltungen, die Fotografien von ihrer erhöhten Tribünenposition herstellen. Hierauf hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme deutlich hingewiesen¹¹⁶.

Walter¹¹⁷ hat - wie im oben wiedergegebenen Zitat - deutlich wird, den eigentlichen Knack- oder Problempunkt der Erfassung des Downblousings von der vorgeschlagenen Tatbestandsfassung treffend herausgearbeitet. Es geht letztlich, was auch hier in Bezug auf besondere Sachverhaltskonstellationen beim Upskirting (Missgeschick beim Aussteigen Prominenter aus Fahrzeugen, Eiskunstläuferinnen, etc.) bereits eingehend dargetan wurde, um einen *aktiven* Sichtschutz im Zeitpunkt der Aufnahme. Die entsprechenden Überlegungen gelten auch für das Downblousing.

Die Gesetzesentwürfe der Bundesregierung und der AfD-Fraktion formulieren hier zum Sichtschutz, was nochmals in Erinnerung gerufen werden soll, wie folgt: „... soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind ...“.

Ausweislich der Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung kommt diesem *im Zeitpunkt* des Herstellens der Fotografie *aktiv wirksamen* Schutz entscheidende Bedeutung für die Abgrenzung zwischen strafwürdigem und -bedürftigem Verhalten zu sozialadäquaten oder allenfalls moralwidrigem Verhalten zu¹¹⁸. Auf Seite 12 der Gesetzesbegründung heißt es hierzu, was nochmals wiederholt wird, unmissverständlich: „*Gleiches gilt für Bildaufnahmen bei sportlichen Ereignissen wie beispielsweise dem Eiskunstlauf, in deren Rah-*

¹¹⁵ Dabei kann es für das Ausscheiden nicht strafwürdiger Fälle angesichts der hohen Auflösung digitaler Aufnahmeegeräte nicht darauf ankommen, ob bereits im Zeitpunkt der Aufnahme ein Fokus auf dem Ausschnitt des Opfers lag. Diesen Fokus kann er sofort durch Zoomen der digital gespeicherten Fotografie selbst oder auch erst später bei der digitalen Bildbearbeitung am Computer herstellen.

¹¹⁶ BT-Drs. 15/17795, S. 15

¹¹⁷ ZRP 2020, 16

¹¹⁸ BT-Drs. 19/17795, S. 11, 12

men bei **regelkonformer Ausführung die Unterbekleidung sichtbar und somit nicht gegen Anblick geschützt ist.**“ Genau diese Argumentation gilt auch für eine Fotografie in das Dekolleté. Durch den gewählten Ausschnitt, ist dieser Teil im Zeitpunkt des Herstellens des Lichtbildes nicht bedeckt, sondern „tritt offen zu Tage“, wie es der Bundesrat in seiner Stellungnahme¹¹⁹ anschaulich formuliert. Höhenunterschiede *allein*¹²⁰ dürfen, worauf bereits hingewiesen, bei der Unrechtsbewertung und Strafwürdigkeitsbetrachtung keinen Unterschied machen. Damit ist in den Fällen des Downblousings regelmäßig bereits der objektive Tatbestand nicht erfüllt.

Ein Straftatbestand ohne relevanten Anwendungsbereich erscheint verzichtbar.

III. Grob anstößige Bildaufnahmen Verstorbener

1. Strafbarkeitslücke

Das unbefugte Herstellen von Bildaufnahmen von verstorbenen Unfall- oder Anschlagsoffern ist de lege lata straflos. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung stellt dies im Wesentlichen apodiktisch fest¹²¹, was insofern unproblematisch ist, als hierüber weitgehend Einigkeit besteht¹²². Aus grammatischen, systematischen (§§ 168, 189 StGB, §203 Abs. 4 Nr. 3 StGB e

¹¹⁹ BT-Drs. 19/17795, S. 15

¹²⁰ Man mag beim Upskirting auf einer Rolltreppe einwenden, dass der Täter seine tiefere Position für die Herstellung des Fotos ausnutzt. Tatsächlich muss er aber sein Aufnahmegerät bewusst *unter das Bekleidungsstück* (etwa den Rock) - vgl. die Textfassung im Gesetzesvorschlag des Bundesrates, BT-Drs. 19/15825, S. 7 - halten und auf diese Weise den Sichtschutz überwinden.

¹²¹ BT-Drs. 19/17795, S. 1, 7, 11

¹²² Ausführlicher: Gesetzentwurf des Bundesrates, BT-Drs. 19/1594, S. 1, 7; zuvor auch Gesetzesantrag der Länder Niedersachsen und Berlin, BR-drs. 226/16, S. 3; sehr ausführlich, auch unter Berücksichtigung von § 189 StGB und § 42 BDataSchG: Preuß, ZIS 2018, 212 (213 f.); knapp: Kubiciel, jurisPR-StrafR 7/2018 Anm. 1; Flechsig, ZUM 2004, 605 (612); Kühl, AfP 2004, 190 (195), der darauf hinweist, dass er bei der Sachverständigenanhörung ausdrücklich die Anregung gegeben habe, auch Verstorbene in den strafrechtlichen Persönlichkeitsschutz einzubeziehen, welcher aber der Gesetzgeber ersichtlich nicht gefolgt sei; Hoppe, GRUR 2004, 990 (994); abwägend, jedoch aus Klarstellungsgründen eine Regelung befürwortend: MüKoStGB/Graf, 3. Aufl. 2017, StGB § 201a Rn. 26 f. (insbes. 27 a. E.); die Einbeziehung Verstorbener befürwortend und argumentativ unterlegend hingegen: Buchholz, JA 2018, 511 (512)

contrario) und teleologischen Gründen (Rechtsgut ist der „höchstpersönlicher Lebensbereich“)¹²³ ist dieser Auffassung zuzustimmen. Auf das Problem des Fehlens einer in sich stimmigen, harmonischen und für den Bürger durchschaubaren Gesamregelung im Verhältnis § 33 KUG und § 201a StGB¹²⁴ wurde bereits von anderer Seite hingewiesen und soll hier nicht weiter vertieft werden¹²⁵.

2. Strafbedürftigkeit

Auch in dieser Hinsicht besteht (weitgehend) Einigkeit¹²⁶.

Kritisch äußert sich allerdings Kargl¹²⁷ vor dem Hintergrund eines entsprechenden Gesetzesantrages des Landes Niedersachsen¹²⁸:

„Der Gesetzentwurf sieht eine Erweiterung des § 201a dahingehend vor, den Schutz vor dem Anfertigen und Verbreiten von Aufnahmen hilfloser lebender Personen auch auf „Verstorbene“ auszudehnen. Damit soll gewährleistet sein, dass Tote ebenfalls vor Fotos geschützt werden, die sie zur Schau stellen (s. Niedersachsens Innenminister Boris Pistorius im Bundesrat: „Ein solches Verhalten ist schlicht und ergreifend widerlich“).

...

Die Deutsche Polizeigewerkschaft und der Deutsche Feuerwehrverband haben die Initiative als „Signal“ gegen das Massenphänomen des Voyeuris-

¹²³ Schönke/Schröder/Eisele, 30. Aufl. 2019, StGB § 201a Rn. 3; ausführlich dazu: Gesetzentwurf der Bundesregierung: BT-Drs. 19/17795, S. 10

¹²⁴ Soweit es um verstorbene Personen geht, käme zudem noch § 189 StGB in Betracht (Walter, ZRP 2020, 16)

¹²⁵ Dazu Eisele, JR 2005, 6 (11); Eisele/Sieber, StV 2015, 312 (318)

¹²⁶ Preuß, ZIS 2018, 212 (215 f.); MüKoStGB/Graf, 3. Aufl. 2017, StGB § 201a Rn. 27 a. E.; Kubiciel, jurisPR-StrafR 7/2018 Anm. 1: Beendigung eines „race to the bottom“ auf deutschen Straßen; zustimmend auch: Pistorius, ZRP 2016, 158; Walter, ZRP 2020, 16 sieht insgesamt ein Begründungsdefizit und wirft die Frage nach der Beachtung des Ultima-Ratio-Prinzips auf. Ablehnend: Nehm, ZRP 2016, 158

¹²⁷ NK-StGB/Walter Kargl, 5. Aufl. 2017, StGB § 201a Rn. 9

¹²⁸ Ohne nähere Benennung, wohl der Antrag der Länder Niedersachsen und Berlin, BR-Drs. 226/16

mus auf unseren Straßen begrüßt, gleichzeitig jedoch vor überhöhten Erwartungen gewarnt (Kölner Stadt-Anzeiger v. 9.5.2016). Diese Stellungnahmen geben (unfreiwillig) zentrale Merkmale des reflexhaften, auf mediale Skandalisierungen hyperaktiv reagierenden Strafrechts wieder. **Ein solches Strafrecht verzichtet auf die empirische Überprüfung des spezialpräventiven Nutzens neuer Normen, hier etwa auf den Nachweis, ob Polizisten nach einem Unfall auf der Autobahn überhaupt in der Lage sind, die Smartphones der Vorbeifahrenden zu kontrollieren oder ob es möglich ist, per Gesetz den (evolutionär evtl. programmierten) Automatismus der Neugier und Aufmerksamkeit gegenüber allem Neuen und Spektakulären zu unterdrücken. Stattdessen setzt der moderne Gesetzgeber ganz auf die symbolische Funktion des Zeichen-Setzens, also auf indirekte Generalprävention. Dazu passt der moralische Zeigefinger, der das Strafrecht gegen „widerliches Verhalten“ in Stellung bringt. In der Praxis dürften mobile Sichtschutzwände, die bereits in Nordrhein-Westfalen gegen unerwünschte Blicke eingesetzt werden, hilfreicher sein als strafrechtliche Verbote.“**

Preuß¹²⁹ entgegnet hier überzeugend wie folgt:

„Es ist zwar richtig, dass Verstöße gegen § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E voraussichtlich nicht in allen Fällen geahndet werden könnten, da die Einsatzbeamten bei einem Unfall oder sonstigem Unglücksfall vor Ort nicht in der Lage sein werden, alle Verstöße festzustellen und die Verantwortlichen ausfindig zu machen. **Gewisse Ahnungs- und Beweisschwierigkeiten sind jedoch für sich genommen kein Grund, einer Strafnorm ihren Nutzen abzusprechen.**

...

¹²⁹ ZIS 2018, 212 (216)

*Der Einsatz mobiler Sichtschutzwände ist eine sinnvolle präventive und den strafrechtlichen Schutz ergänzende Maßnahme, um die Ablichtung verstorbener Personen zu unterbinden, die überdies auch gegen das bloße „Gaffertum“ hilft, er **kann jedoch eine strafrechtliche Ahndung nicht ersetzen.**“*

Letzterem ist schon deshalb zuzustimmen, weil aus der Presseberichterstattung Fälle bekannt wurden, in denen LKW-Fahrer von ihrer erhöhten Position aus über die Sichtschutzwände hinweg filmten oder fotografierten¹³⁰.

Im Ergebnis plädiert auch Kargl¹³¹ für eine Ausdehnung des Anwendungsbereiches des § 201a StGB auf bereits Verstorbene:

„Damit sind nicht nur Aufnahmen des Täters selbst, sondern auch Aufnahmen gerade Verstorbener (z. B. des Unfallopfers oder des toten Ministerpräsidenten in der Badewanne eines Hotelzimmers) ausgeschlossen. Dass somit das postmortale Persönlichkeitsrecht von § 201a nicht erfasst wird, ist eine weitere Schwachstelle der Norm, die mit der verfassungsrechtlichen und menschenrechtlichen Dimension des Persönlichkeitsschutzes nicht vereinbar ist.“

Die Einbeziehung des Schutzes Verstorbener ist angesichts des von § 201a StGB geschützten Rechtsguts, des Rechts am eigenen Bild als Unterfall des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, allerdings gegenwärtig noch beschränkt auf den höchstpersönlichen *Lebensbereich*, der die Bereiche Krankheit, *Tod* und Sexualität erfasst, sachgerecht. Gerade die Erwähnung auch des Todes als Teil des geschützten Intimbereichs in der damaligen

¹³⁰ Wiedergegeben bei Preuß, ZIS 2018, 212

¹³¹ NK-StGB/Walter Kargl, 5. Aufl. 2017, StGB § 201a Rn. 22

Gesetzesbegründung¹³² ist an dieser Stelle von erheblicher Bedeutung. Graf¹³³ führt hierzu überzeugend aus:

*„Der h. M. ist zuzugestehen, dass jedenfalls die in §§ 168, 189 und 203 Abs. 3 gemeinten Verstorbenen, welche regelmäßig schon längere Zeit tot sind, sicher nicht vom Schutz des § 201a erfasst sind. Ob eine **andere Person** aber nicht auch **ein gerade versterbender oder gerade erst verstorbenen Mensch sein kann**, steht damit nicht fest. In diesem **Grenzbereich** wird zudem allein unter Benutzung der Abbildung der jeweilige Status des Menschen u. U. nur schwer oder gar nicht feststellbar sein. Stellt man weiter darauf ab, ob der Mensch bei der Aufnahme gerade noch lebte (dann strafbar) oder gerade schon gestorben war (nicht mehr strafbar), dann kann die Frage einer **Strafbarkeit des Herstellers einer Bildaufnahme oftmals allein vom Zufall abhängen**, so dass insoweit die Bestimmtheit des Tatbestands in Frage stünde.“*

Ergänzend könnte man hier noch ergänzen, dass die Strafbarkeit nach aktuell geltender Rechtslage auch von einer geschickten Einlassung des Beschuldigten abhängig ist oder jedenfalls sein kann: Behauptet der Beschuldigte, er sei irrigerweise davon ausgegangen, dass das noch lebende Unfallopfer bereits verstorben sei, so fehlt es ihm gegenwärtig am Vorsatz hinsichtlich des Merkmals andere Person, da eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nicht geregelt ist, bliebe er, soweit man ihm glaubt¹³⁴, straflos¹³⁵.

Sowohl Kargl¹³⁶, als auch Preuß¹³⁷ weisen schließlich zutreffend und überzeugend darauf hin, dass die Einbeziehung des postmortalen Persönlichkeitsrechts in den strafrechtlichen Schutzbereich des § 201a StGB unter

¹³² BT-Drs. 15/2466, S. 5

¹³³ MüKoStGB/Graf, 3. Aufl. 2017, StGB § 201a Rn. 27

¹³⁴ § 261 StPO - Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung

¹³⁵ Zum Problem auch: Preuß, ZIS 2018, 212 (213)

¹³⁶ NK-StGB/Walter Kargl, 5. Aufl. 2017, StGB § 201a Rn. 22

¹³⁷ Preuß, ZIS 2018, 212 (216)

dem Gesichtspunkt des Schutzes der Menschenwürde zwingend geboten ist. Insoweit ist die Strafbedürftigkeit eindeutig zu bejahen.

3. Systematische Einordnung

Die vorstehenden am geschützten Rechtsgut des § 201a StGB orientierten Ausführungen machen zugleich deutlich, dass dies systematische Einordnung in § 201a StGB sachgerecht ist¹³⁸. An dem bereits kurz angerissenen Problem des Fehlens einer in sich stimmigen Gesamtregelung im Verhältnis § 33 KUG und § 201a StGB ändert dies selbstverständlich nichts.

4. Tatbestandliche Ausgestaltung

Walter¹³⁹ sieht gesetzliche Formulierung „in grob anstößiger Weise“, die der tatbestandlichen Begrenzung dienen soll¹⁴⁰, als verfassungswidrig unbestimmt an. Die Frage, was anstößig sei, sei das Ergebnis eines Werturteils, für dessen Findung der Gesetzesentwurf keine konkretisierenden Hinweise liefere.

Diese Bedenken werden nicht geteilt. „Grob anstößig“ ist als gesetzliche Formulierung auch in §§ 219a StGB und § 119 OWiG zu finden. Mit Ausnahme von Walter¹⁴¹ werden in der Literatur¹⁴² oder Rechtsprechung¹⁴³ zu

¹³⁸ So explizit: Preuß, ZIS 2018, 212 (216) gegen Walter, ZRP 2020, 16, der für eine systematische Einordnung bei § 189 StGB votiert: „Während die Upskirting-Alternative systematisch in § 201 a StGB gut aufgehoben ist, passt die Toten-Alternative dort nicht hin: Handlungen zum Nachteil bereits Verstorbener werden bislang nur in § 168 (Störung der Totenruhe) und § 189 StGB (Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener) unter Strafe gestellt.“

¹³⁹ ZRP 2020, 16 (19)

¹⁴⁰ BT-Drs. 19/17795, S. 11

¹⁴¹ ZRP 2020, 16 (19)

¹⁴² Lediglich beispielhaft: MüKoStGB/Gropp, 3. Aufl. 2017, StGB § 219a Rn. 8; KK-OWiG/Kurz, 5. Aufl. 2018, OWiG § 119 Rn. 19: „Grob anstößig (Abs. 1 Nr. 2) ist die Tathandlung, wenn sie erheblich gegen Sitte, Anstands- und Schamgefühl verstößt, so dass sie für den jeweiligen moralischen Standard unzumutbar ist. Dabei ist auch dem gewandelten Verständnis der Bevölkerung Rechnung zu tragen.“ Die in der Gesetzesbegründung enthaltene Erläuterung zur Bedeutung der „groben Anstößigkeit“ fällt deutlich zurückhaltender aus (BT-Drs. 19/17795, S. 11), weshalb Zweifel bestehen, ob sie der Formulierung „grob“ im Tatbestand hinreichend Rechnung trägt.

¹⁴³ BGH BeckRS 2006, 12068

diesen Normen - soweit ersichtlich - keine verfassungsrechtlichen Bedenken erhoben. Auch im Zusammenhang mit weiteren Vorschriften aus allen Rechtsgebieten spielen oder spielten die Begriffe „grob“ und „anstößig“ jeweils eine Rolle und werden dort jeweils mit Leben gefüllt. Beispiele hierfür sind etwa der Begriff „grober Eigennutz“ in den §§ 264 Abs. 2 Nr. 1¹⁴⁴, 266a Abs. 4 Nr. 1¹⁴⁵ StGB, § 11 Abs. 2 SchwarzarbeitsG¹⁴⁶ und früher § 370 Abs. 3 Nr. 1 a)¹⁴⁷ a. F.¹⁴⁸ AO, der in diesem Zusammenhang als „besonders anstößig“ verstanden wird bzw. wurde. Anstößig spielt des Weiteren u. a. bei der Beurteilung von Rechtsgeschäften nach § 138 BGB¹⁴⁹ eine Rolle, ebenso bei § 8 Abs. 2 Nr. 5 - öffentliche Ordnung - Markengesetz¹⁵⁰.

Deutlich problematischer erscheint die Regelung des § 201a Abs. 2 S. 2 StGB-E. i. V. m. § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E. Danach wird künftig bestraft, wer *unbefugt von einer verstorbenen Person eine Bildaufnahme, die geeignet ist, dem Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schaden, einer dritten Person zugänglich macht*. Diese Norm wird voraussichtlich keinen praktischen Anwendungsbereich haben wird. Die Gesetzesbegründung erschöpft sich an dieser Stelle allenfalls in allgemeinen, nicht näher belegten Vermutungen¹⁵¹ und weist an anderer Stelle¹⁵² selbst auf die eigentliche, allgemein anerkannte¹⁵³ Problematik hin: „*Der Bericht*¹⁵⁴ *führt weiter aus,*

¹⁴⁴ NK-StGB/Uwe Hellmann, 5. Aufl. 2017, StGB § 264 Rn. 136

¹⁴⁵ Schönke/Schröder/Perron, 30. Aufl. 2019, StGB § 266a Rn. 29b

¹⁴⁶ BGH, NStZ 2020, 270

¹⁴⁷ MüKoStGB/Schmitz/Wulf, 3. Aufl. 2019, AO § 370 Rn. 507

¹⁴⁸ In der bis 31.12.2007 geltenden Fassung

¹⁴⁹ Näher: MüKoBGB/Armbrüster, 8. Aufl. 2018, BGB § 138 Rn. 117

¹⁵⁰ BeckOK MarkenR/Albrecht, 20. Ed. 1.1.2020, MarkenG § 8 Rn. 699.1: „*anstößig, obszön und abstoßend*“ und RN 701, 703: „*sittlich anstößig*“

¹⁵¹ BT-Drs. 19/17795, S. 11, 12

¹⁵² BT-Drs. 19/17795, S. 11

¹⁵³ Schönke/Schröder/Eisele, 30. Aufl. 2019, StGB § 201a Rn. 40; Walter, ZRP 2020, 16 (17): *2Für die geplante Ergänzung des § 201 a II StGB ist allerdings schon schwer einzusehen, dass sie überhaupt geeignet wäre, das gesetzgeberische Ziel zu erreichen. ... Es ist nun aber kaum vorstellbar, dass das Übermitteln oder Vorzeigen der Aufnahme eines Unfalltoten geeignet wäre, dessen Ansehen erheblich zu schaden. Ein solches Verhalten schadet am ehesten – und zu Recht – dem Ansehen desjenigen, der es vollzieht.*“

¹⁵⁴ Gemeint ist: Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom 12.11.2014, BT-Drs. 18/3202, S. 28

dass man diese Eignung, dem Ansehen zu schaden, jedoch insbesondere dann nicht annehmen könne, wenn die abgebildete Person unverschuldet in die Lage gerät, etwa als Opfer einer Gewalttat.“ Das gilt selbstverständlich auch für ein tödlich verunglücktes Unfallopfer.

Ehrlicher wäre es auf die Neureglung in § 201a Abs. 2 S. 2 StGB-E zu verzichten.

5. Versuchsstrafbarkeit

Der Bundesrat hat in einem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches (StGB) – Effektive Bekämpfung von sogenannten Gaf-fern sowie Verbesserung des Schutzes des Persönlichkeitsrechts von Verstorbenen vorgeschlagen, bei § 201a StGB in einem neu zu schaffenden Abs. 4 eine Versuchsstrafbarkeit einzuführen¹⁵⁵. Damit sollten Fälle erfasst werden, in denen Rettungskräfte, Dritte oder technische Defekte das Herstellen einer Aufnahme verhinderten.

Der vorliegende Gesetzentwurf der Bundesregierung begründet¹⁵⁶ das Absehen von der Einführung einer Versuchsstrafbarkeit vor allem mit dem Deliktscharakter eines (abstrakten) Gefährdungsdeliktes¹⁵⁷ und der geringen Strafdrohung, weshalb eine (weitere) Vorverlagerung der Strafbarkeit nicht geboten sei. Dem ist zuzustimmen.

6. Tätige Reue

Dies erscheint, wie bereits oben (Upskirting) ausgeführt, jedenfalls für den Fall des folgenlosen Löschens des Bildes bedenkenswert.

¹⁵⁵ BT-Drs. 19/1594, S. 5, 7; befürwortend: Preuß, ZIS 2018, 212 (217) zur Herstellung des Gleichklangs mit § 201 Abs. 4 StGB; ebenso Koch, GA 2005, 589 (598)

¹⁵⁶ BT-Drs. 19/17795, S. 8 f.; ähnlich: Eisele, JR 2005, 6 (11)

¹⁵⁷ Für die Herstellungsvariante: MüKoStGB/Graf, 3. Aufl. 2017, StGB § 201a Rn. 15

7. Privatklagedelikt

Da es sich hier, anders als beim Upskirting, nicht um ein Sexualdelikt handelt, bestehen keine Bedenken.

8. Relatives Antragsdelikt

Es gilt das zum Upskirting Ausgeführte entsprechend.

IV. Bildaufnahmen von am Unfallort getötet und verletzten Personen

Der Gesetzesentwurf der AfD-Fraktion schlägt vor, in § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E. das Herstellen von Bildaufnahmen am Unfallort von verletzten und getöteten Personen zu verbieten, soweit diese durch das Unfallereignis verletzt oder getötet wurden¹⁵⁸.

Der Vorschlag begegnet unter Bestimmtheit- sowie Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkt erheblichen Bedenken. Die vom Gesetzesentwurf als lückenhaft und daher unzureichend beanstandete gegenwärtige Regelung in § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB¹⁵⁹ trägt hingegen dem bereits oben näher herausgearbeiteten Ultima-Ratio-Prinzip¹⁶⁰ durch die einschränkenden Tatbestandsmerkmale „Hilflosigkeit“ und „Zur-Schau-stellen“ hinreichend Rechnung, ist sie doch hierdurch geeignet, nicht strafwürdige Fälle auszuscheiden¹⁶¹. Soweit der Entwurf rügt, dass *Verletzte gegenüber einer unbefugten Bildaufnahme allenfalls den zivilrechtlichen Schutz ihrer Persönlichkeitsrechte, aber keinen strafrechtlichen Schutz geltend machen können*¹⁶², übersieht er, dass der strafrechtliche

¹⁵⁸ BT-Drs. 19/18980, S. 1, 3, 5, 7, 10, 12

¹⁵⁹ BT-Drs. 19/18980, S. 1, 5

¹⁶⁰ BVerfGE 39, 1 (47); Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. A., 1996, § 1 I 2; Walter, ZRP 2020, 16 ff.

¹⁶¹ Dazu eingehend: Eisele/Sieber, StV 2015, 312 (313)

¹⁶² BT-Drs. 19/18980, S. 5

Schutz des weiten, jedenfalls in seinen äußeren Grenzen schwer fassbaren und aus Art. 1, 2 Abs. 1 GG hergeleiteten Persönlichkeitsrechtes fragmentarisch ausgestaltet bleiben muss, geht es doch gerade bei der Festlegung der Reichweite dieses am Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB) zu messenden strafrechtlichen Schutzes¹⁶³ um eine Abwägung widerstreitender Interessen¹⁶⁴. Insgesamt muss daher bei seiner Fassung eine verfassungsrechtlich tragfähige und strafrechtlich sinnvolle Balance gefunden und gewahrt werden¹⁶⁵.

Das aus vorstehender Abwägung hervorgegangene bisherige Konzept („roter Faden“) des § 201a StGB, welches durch die Aufnahme des Upskirtings unter Berücksichtigung obiger Anmerkungen fortgeführt wird, zeigt sich daran, dass Angriffe auf das Persönlichkeitsrecht durch das *Herstellen* von Bildaufnahmen, wegen des aus der lediglich abstrakten Gefährlichkeit¹⁶⁶ resultierenden geringeren Unwertgehaltes¹⁶⁷, bislang nur dann pönalisiert werden, wenn eine weitere Unrechtssteigerung feststellbar ist, die entweder daraus resultiert, dass ein vom Opfer bewusst gewählter „Schutzbereich“ (Nr. 1: Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum; beim Upskirting: das Bekleidungsstück) bei der Aufnahme gezielt überwunden wird oder das Opfer selbst nicht in der Lage ist, für seinen Schutz zu sorgen (Nr. 2: Hilflosigkeit; Abs. 3 Nr. 1: bei Minderjährigen kann man eine konstitutionelle Schutzlosigkeit annehmen)¹⁶⁸. Durch das „Zur-Schau-stellen“ gerade der Hilflosigkeit wird der An-

¹⁶³ Heuchmer, JA 2006, 616

¹⁶⁴ Heuchmer, JA 2006, 616

¹⁶⁵ Heuchmer, JA 2006, 616

¹⁶⁶ MüKoStGB/Graf, 3. Aufl. 2017, StGB § 201a Rn. 15: „Aus der Gesamtschau der Vorschrift und deren Ausgestaltung ergibt sich jedoch weiterhin, dass mit dem Verbot der unbefugten Herstellung von Bildaufnahmen von anderen, sich in geschützten Räumen befindlichen Personen (Abs. 1 Nr. 1), **bereits der Gefahr des Gebrauchs oder der Weitergabe vorgebeugt** werden sollte. ... Danach sind die Tatbestände der unbefugten Herstellung und der unbefugten Übertragung von Bildaufnahmen als **abstrakte Gefährungsdelikte** einzustufen, die Gebrauchs- und Verwertungshandlungen nach Abs. 1 Nr. 2 bis 4 sowie die Tatbestände Abs. 2 u. 3 als **Verletzungsdelikte**.“

¹⁶⁷ Allg. zu (abstrakten) Gefährungsdelikten: Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. A., 1996, § 26 II 2

¹⁶⁸ In der Sache ebenso: Eisele/Sieber, StV 2015, 312 (313)

wendungsbereich des Tatbestandes nochmals eingeschränkt, um - unter Berücksichtigung des Unrechtsgehaltes¹⁶⁹ - nur die wirklichen strafwürdigen Fälle¹⁷⁰ zu erfassen¹⁷¹.

Bei der Erfassung von - nicht hilflosen - Verletzten wird diese bisherige gesetzgeberische Konzeption aufgegeben und der Anwendungsbereich des objektiven Tatbestandes „uferlos“¹⁷². Er erfasst damit auch und gerade unrechtsmindernde nicht strafwürdige Fälle. Gerade auch aus leichteren Unfällen können leichtere Verletzungen (Gurthämatome, Prellungen, Schleudertraumata, etc.) resultieren, die vom Gesetzeswortlaut ebenfalls umfasst sind. Was diese Fälle im äußeren Erscheinungsbild und im Unrechtsgehalt von Unfällen mit Beteiligung unverletzter Personen unterscheiden soll, wird nicht deutlich. Bei Unfällen mit leichtverletzten Personen stellt sich zudem ein Vorsatzproblem. Der Beschuldigte wird nicht selten, die geschilderten, häufig vorkommenden leichten Verletzung nicht erkannt haben, möglicherweise auch nicht erkennen können, weshalb seine Strafbarkeit im Ergebnis ausscheidet. Mit dem Fotografieren eines Unfalls mit Personenbeteiligung wird jedoch jedenfalls ein Anfangsverdacht für eine Straftat nach § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E. zu bejahen sein, weshalb ggf. (durch die Polizeibeamten am Unfallort) ein für den Beschuldigten belastendes Ermittlungsverfahren eingeleitet wird. Der geringe Unrechtsgehalt rechtfertigt dies nicht. Auch generalpräventive Überlegungen¹⁷³ tragen diese Fallkonstellation als strafwürdige Fälle nicht, ist doch kein besonderes Fallaufkommen bekannt, in denen Passanten Fotografien von leichten Verkehrsunfällen mit allenfalls leichtverletzten Personen fertigen.

¹⁶⁹ Dazu ausführlich: Walter, ZRP 2020, 16 (17)

¹⁷⁰ Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. A., 1996, § 7 I: Die Straftat als strafwürdiges Unrecht

¹⁷¹ Eisele/Sieber, StV 2015, 312 (313)

¹⁷² Eisele/Sieber, StV 2015, 312 (313): „Um zu verhindern, dass zukünftig sozialadäquate Bildaufnahmen pönalisiert werden, ist zunächst der Begriff der Hilflosigkeit der Person zu präzisieren.“

¹⁷³ BT-Drs. 19/18980, S. 3

V. Bildaufnahmen nackter Personen und solcher Personen in Badekleidung

Der Gesetzentwurf der AfD-Fraktion schlägt weiter vor, in § 201a Abs. 3 StGB-E. das gezielte und unbefugte Herstellen von Nacktaufnahmen anderer (auch Erwachsener) oder von anderen Personen in Badekleidung unter Strafe zu stellen¹⁷⁴.

Mit der unbefugten Herstellung von Nacktaufnahmen anderer hatte sich der Bundestag bereits im Gesetzgebungsverfahren zum *Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht*¹⁷⁵ zu befassen. Dort war ursprünglich vorgesehen, § 201a Abs. 1 StGB zu ergänzen und auch das unbefugte Herstellen (und Weitergeben) von Aufnahmen unbekleideter Personen zu pönalisieren.

Dieser Gesetzesvorschlag erfuhr im Gesetzgebungsverfahren erheblich Kritik¹⁷⁶¹⁷⁷, weshalb er nach dem Ergebnis der abschließenden Beratungen im

¹⁷⁴ BT-Drs. 19/18980, S. 1, 4, 6, 7, 12

¹⁷⁵ BT-Drs. 18/2601

¹⁷⁶ Eisele, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zum Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht vom 10.10.2014, S. 23 f.; Cirullies, Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD betreffend die Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht (BT-Drucksache 18/2601) vom 12.10.2014, S. 3; befürwortend hingegen: Hörnle, 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 vom 13.10.2014, S. 11 (räumt jedoch Abgrenzungsprobleme zu sozialtypischen Verhalten ein (S. 12)

¹⁷⁷ Kritisch bereits zum entsprechenden Referentenentwurf: Deutscher Anwaltverein, zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung Europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht vom 07.04.2014 - Stellungnahme Nr.: 50/2014, Oktober 2014, S. 20; Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht sowie zum Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen des Europarats vom 25. Oktober 2007 zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch vom Juli 2014 (12/14), S. 10; knapp und pauschal zustimmend hingegen: Stellungnahme der Neuen Richtervereinigung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht vom 25. Juli 2014, S. 5

Rechtsausschuss am 12. November 2014, der hierzu am 13. Oktober 2014 Sachverständige angehört hatte, nicht weiterverfolgt wurde¹⁷⁸.

Im Kern ging es bei der Kritik zum einen darum, dass durch die geplante Neuregelung auch sozialübliches Verhalten im privaten Bereich kriminalisiert werde¹⁷⁹, aber vor allem auch darum, dass eine Strafwürdigkeit wegen des geringeren Unrechtsgehaltes des bloßen Herstellungsvorgangs im öffentlichen Raum zu verneinen sei.

Sehr prägnant hierzu hat sich die Sachverständige Cirullies geäußert¹⁸⁰:

„Es erscheint zweifelhaft, ob bereits das Herstellen der in § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E beschriebenen Bildaufnahmen im öffentlichen Raum als strafwürdig erachtet werden muss. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die erwähnten Personen sich – bewusst oder unbewusst – in ihrer Nacktheit oder in ihrer peinlichen Situation jedermann präsentieren. Sie erscheinen damit erheblich geringer

¹⁷⁸ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom 12.11.2014 - BT-Drs. 18/3202 (neu), S. 17, 28: *„Der Ausschuss schlägt vor, sich in Bezug auf **Bildaufnahmen, die die Nacktheit einer anderen Person zum Gegenstand haben, auf die strafwürdigen Sachverhalte** im Zusammenhang mit der Herstellung und kommerziellen Vermarktung solcher Bildaufnahmen von Kindern und Jugendlichen (Personen unter 18 Jahren) zu beschränken.“*

¹⁷⁹ Eisele, 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 vom 10.10.2014, S. 24: *„Hinsichtlich des jetzigen Entwurfs ist zu befürchten, dass in größerem Umfang sozialübliche Fotoaufnahmen erfasst werden. ... so dass gerade Fälle sozialüblicher Bildaufnahmen im privaten Umfeld nicht ausgeklammert werden.“*; zum Problem auch: Hörnle, 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 vom 13.10.2014, S. 11: *„Das Szenario „Fotos am Strand oder im Planschbecken, bei denen nackte Kinder außerhalb der eigenen Familie mitabgebildet werden“ würde ebenfalls nicht zwangsläufig zur Annahme einer tatbestandsmäßigen Handlung führen. „Herstellen einer Bildaufnahme einer unbedeckten anderen Person“ sollte so interpretiert werden, dass die Aufnahme erkennbar darauf abzielt, genau dieses Individuum in seiner Nacktheit darzustellen. Handelt es sich nur um ein nebensächliches Detail innerhalb einer erkennbar anders angelegten Landschafts- oder Gruppenaufnahme, sollte dies nicht als tatbestandsmäßig eingeordnet werden. Natürlich werden sich hier ggf. **Abgrenzungsprobleme** stellen – aber das ist der Normalfall bei der Anwendung abstrakt gefasster Normen auf Lebenssachverhalte.“*

¹⁸⁰ Cirullies, Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD betreffend die Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht (BT-Drucksache 18/2601) vom 12.10.2014, S. 3

schutzwürdig¹⁸¹ als diejenigen, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblicke besonders geschützten Raum aufhalten. Diese Menschen werden durch das bloße Herstellen eines Bildes nur geringfügig mehr beeinträchtigt als durch die Blicke, denen sie sich selbst ausgesetzt haben. Es ist die Weitergabe der hergestellten Aufnahmen, die die Abgebildeten in ihrem persönlichen Lebensbereich verletzt.“

Ebenso formulierte es der Deutsche Richterbund in seiner Stellungnahme¹⁸²:

*„Freilich **kann nicht bereits jede unbefugte Herstellung eines Bildes strafrechtlich geahndet werden**, soweit dieses Bild anschließend nicht weiterverbreitet wird und auch sonst keine missbräuchliche Verwendung droht. ... Auf diese Weise würde dem unterschiedlichen **Unrechtsgehalt** der unbefugten Anfertigung von Bildaufnahmen innerhalb und außerhalb des geschützten Bereichs Rechnung getragen, ...“*

Die kritischen Stellungnahmen der Sachverständigen konnten überzeugen, wie nicht nur die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses¹⁸³, sondern auch die abschließenden Beratungen im Bundestag¹⁸⁴.

Einige der Äußerungen in den abschließenden Beratungen bringen den Kernpunkt der Kritik nochmals deutlich zum Ausdruck:

¹⁸¹ In diesem Sinne auch: Bonnin/Berndt, NJOZ 2020, 129 (130): „Vielmehr geht es in solchen Fällen um das allgemeine Lebensrisiko, Opfer einer Fotografie Fremder zu werden.“; Mengler, ZRP, 2019, 224 (226): „Der Einwand, es sei nicht strafwürdig, Situationen abzubilden, die andere Personen bewusst in die Öffentlichkeit tragen, ist zwar berechtigt, betrifft jedoch die Rechtsgutebene.“

¹⁸² Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht sowie zum Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen des Europarats vom 25. Oktober 2007 zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch vom Juli 2014 (12/14), S. 10

¹⁸³ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom 12.11.2014 - BT-Drs. 18/3202 (neu), S. 17, 28: „Der Ausschuss schlägt vor, sich in Bezug auf Bildaufnahmen, die die Nacktheit einer anderen Person zum Gegenstand haben, auf die strafwürdigen Sachverhalte im Zusammenhang mit der Herstellung und kommerziellen Vermarktung solcher Bildaufnahmen von Kindern und Jugendlichen (Personen unter 18 Jahren) zu beschränken.“

¹⁸⁴ Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 67. Sitzung vom 14. November 2014, Plenarprotokoll 18/67; S. 6337 ff. (6351)

So formulierte Frau Elisabeth Winkelmeier-Becker MdB (CDU/CSU):

*„Auf der einen Seite haben wir jetzt das, was **strafwürdiges Unrecht** sein soll, viel besser gefasst. Auf der anderen Seite haben wir klargestellt, dass niemand in Bezug auf sein privates Fotoalbum Sorge haben muss, wenn sich darin normale Urlaubsfotos von den Kindern am Strand befinden, auch wenn einmal Nachbarskinder dabei sind. **Es zieht nicht die Anstandsdame ein. Es gibt keine verordnete Prüderie im privaten Bereich, aber eben Schutz, wo er nötig ist.**“*

...

Strafwürdiges Verhalten** haben wir unter Strafe gestellt. Aber wir haben viele Korrektive installiert, die dafür sorgen, dass die **vorgesehenen Regelungen an dieser Stelle nicht zu weit gehen.

...

*„Es ist also sichergestellt, dass sich die geplante Regelung nur auf das Verhalten bezieht, das wir für **strafwürdig** halten, und nicht darüber hinausgeht. Wer sich **sozial adäquat verhält, ist absolut im grünen Bereich.**“*

Frau Katja Keul MdB (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN) führte hierzu aus:

*Im neuen Absatz 3 haben Sie auf die **Kritik bei der Strafbarkeit von Nacktbildern** reagiert und diese auf **Bilder von Minderjährigen beschränkt.**“*

Mit dieser Entscheidung gegen eine Pönalisierung von (bloßen) Nacktbildern wurde dem Ultima-Ratio-Prinzip zutreffend Rechnung getragen, die Gefahr einer ausufernden Kriminalisierung, gar einer Kriminalisierung sozialadäquater oder jedenfalls nicht sozialschädlicher Verhaltensweisen gebannt¹⁸⁵.

¹⁸⁵ In diesem Sinne: Bausback, in der 929. Sitzung des Bundesrates am 19.12.2014, Stenografischer Bericht, 929. Sitzung, vom 19. Dezember 2014, S. 414 f.

Diese Überlegungen gelten erst recht für das Herstellen von Bildern anderer Personen in Badekleidung¹⁸⁶.

VI. Bildaufnahmen von Teilnehmern an politischen Veranstaltungen

Der Gesetzentwurf der AfD-Fraktion schlägt weiter vor, in § 22 Abs. 2 KUG-E. das Herstellen von Bildnissen von Personen, die Teilnehmer zulässiger politischer Versammlungen etc. sind, unter Einwilligungsvorbehalt zu stellen und nach Folgeänderungen in § 23 KUG gem. § 33 KUG unter Strafe zu stellen, wenn die Einwilligung sowie die Voraussetzungen nach § 23 KUG beim Herstellen der Bildaufnahme nicht vorliegen¹⁸⁷.

Ausweislich der Begründung ist Ziel der Änderung mit der *abschreckenden Wirkung des Strafrechts und ggf. polizeilichen Präventivmaßnahmen* zu verhindern, dass insbesondere unbekannte „Aktivisten“ von Teilnehmern politischer Veranstaltungen (auch unvorteilhafte)¹⁸⁸ Bildaufnahmen herstellen, um Datensammlungen anzulegen oder diese auf anonymen Websites zu veröffentlichen¹⁸⁹, ggf. um die Abgebildeten zum Objekt des öffentlichen Spotts¹⁹⁰ herabzuwürdigen. Wegen der einschüchternden Wirkung (der Veröffentlichung) könnten Menschen davon abgehalten werden, von ihren Grundrechten auf Versammlungs- und Meinungsfreiheit Gebrauch zu machen¹⁹¹.

Auch mit der unbefugten *Herstellung* von zur Ansehensschädigung geeigneten Aufnahmen anderer hatte sich der Bundestag bereits im genannten Gesetzgebungsverfahren zum Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetz-

¹⁸⁶ Zur Sozialadäquanz entsprechender Strandbilder: BT-Drs. 19/17795, S. 12; Bonnin/Berndt, NJOZ 2020, 129 (131)

¹⁸⁷ BT-Drs. 19/18980, S. 2, 3, 4, 5, 8, 12

¹⁸⁸ BT-Drs. 19/18980, S. 3

¹⁸⁹ BT-Drs. 19/18980, S. 3

¹⁹⁰ BT-Drs. 19/18980, S. 3

¹⁹¹ BT-Drs. 19/18980, S. 2

buches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht zu befassen¹⁹². Dort war ursprünglich vorgesehen, § 201a Abs. 1 StGB zu ergänzen und auch das unbefugter Herstellen (und Übertragen) von Bildaufnahmen anderer Personen, die geeignet sind, dem Ansehen der abgebildeten Person *erheblich zu schaden*, zu pönalisieren.

Auch in diesem Punkt gab es erhebliche Kritik¹⁹³, weshalb die damals vorgesehene Pönalisierung auch in diesem Punkt gestrichen wurde¹⁹⁴. Insbesondere die oben bereits im Wortlaut zitierten Stellungnahmen der Sachverständigen Cirullies und des Deutschen Richterbundes machen deutlich, dass der bloße Herstellungsakt eines Bildes in der Öffentlichkeit aufgrund des geringeren Unrechtsgehaltes keine Pönalisierung trägt.

Nach dem damaligen Gesetzentwurf sollten zudem nur Bilder erfasst werden, die geeignet sind, dem Ansehen der Person erheblich zu schaden. Nach dem aktuellen Gesetzentwurf der AfD-Fraktion kommt es hierauf nicht an, auch wenn im Hintergrund mitschwingt, dass „*unvorteilhafte*“ Bildaufnahmen Anlass für Spott und Häme im Netz sein könnten.

Die kritischen Stellungnahmen der Sachverständigen konnten hier ebenfalls überzeugen, weshalb der Bundestag auch hier in den abschließenden Beratungen der Empfehlung des Rechtsausschusses gefolgt ist¹⁹⁵.

¹⁹² BT-Drs. 18/2601, S. 10

¹⁹³ Eisele, 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 vom 10.10.2014, S. 22 f.; Cirullies, *Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD betreffend die Änderung des Strafgesetzbuchs – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht (BT-Drucksache 18/2601) vom 12.10.2014*, S. 3

¹⁹⁴ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom 12.11.2014 - BT-Drs. 18/3202 (neu), S. 17, 28: „*Der Ausschuss schlägt vor, auf die Strafbarkeit der darüberhinausgehenden Tathandlungen, insbesondere die Herstellung, zu verzichten, da diese von den Sachverständigen in der Anhörung am 13. Oktober 2014 als zu weitgehend erachtet wurden.*“

¹⁹⁵ Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 67. Sitzung vom 14. November 2014, Plenarprotokoll 18/67; S. 6337 ff. (6351)

Das *Veröffentlichen* eines lediglich „unvoreilhaften“ Bildes würde de lege lata den Tatbestand des Cybermobbings nach § 201a Abs. 2 StGB nicht erfüllen, weil bloße *Taktlosigkeiten oder Geschmacklosigkeiten* für eine (Eignung zur) erheblichen Schädigung nicht genügen¹⁹⁶. Erforderlich ist vielmehr, dass das Ansehen *nach Art, Intensität und Dauer sowie Berücksichtigung der Begleitumstände in schwerwiegender Weise beeinträchtigt werden*¹⁹⁷ kann. Was schon für das *Veröffentlichen* eines unvoreilhaften Bildes zur Begründung der Strafbarkeit nicht ausreichend ist, kann für den unrechtsminderen Vorgang des *Herstellens* erst recht nicht als tragfähig betrachtet werden.

Dies macht aber umso deutlicher, dass der aktuelle Gesetzentwurf in diesem Punkt noch weit über den früheren, bereits kritisierten und deshalb nicht umgesetzten Entwurf hinausgeht. Anlass nunmehr anders zu entscheiden, gibt die Begründung des Entwurfes nicht. Soweit etwa auf eine *ggf.* einschüchternde Wirkung einer *möglichen* Veröffentlichung der *ggf.* unvoreilhaften Bilder bei der Wahrnehmung der Grundrechte auf Versammlungs- und Meinungsfreiheit hingewiesen wird, die es notwendig mache, *dem Betroffenen in diesen Fällen eine Handhabe zu geben, die **wirksam abschreckt**, damit die **Belästigung** für die Zukunft unterbunden werden kann*, trägt dies die Begründung einer Strafbarkeit weit im Vorfeld einer nur *ggf.* zu erwartenden Verbreitungshandlung, die auch nur *ggf.* als Cybermobbing i. S. v. § 201a Abs. 2 StGB zu werten sein wird, nicht.

Das Recht am eigenen Bild als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wird auf vielfältige Weise, vor allem zivilrechtlich, etwa gem. §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB geschützt. Das scharfe Schwert des Strafrechts sichert den Schutz des menschlichen Zusammenlebens in der Gemeinschaft durch spürbare Ahndung von *strafwürdigen* Rechtsverletzungen (repressive Funktion) und durch

¹⁹⁶ Schönke/Schröder/Eisele, 30. Aufl. 2019, StGB § 201a Rn. 41

¹⁹⁷ Schönke/Schröder/Eisele, 30. Aufl. 2019, StGB § 201a Rn. 41

Verhütung von künftigen Rechtsgutsverletzungen (präventive Funktion)¹⁹⁸, wobei dies angesichts der grundrechtlich gewährleisteten Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG (sowie weiterer Grundrechte, etwa der Presse-, Meinungs- und ggf. sogar Kunstfreiheit¹⁹⁹ nach Art. 5 Abs. 1 S. 1, 2, Abs. 3 GG) nicht in *beliebiger Weise und nicht in beliebigem Umfang* erfolgen darf²⁰⁰, sondern nur insoweit dies zum *Schutze der Gesellschaft unvermeidlich* ist²⁰¹. *Die Strafnorm stellt gewissermaßen die „ultima ratio“ im Instrumentarium des Gesetzgebers dar*²⁰².

Die im Gesetzentwurf ausschließlich präventiv begründete Verhinderung von *einfachen* Belästigungen durch Bildaufnahmen²⁰³ ist nicht Aufgabe des Strafrechts, wie beispielhaft die hohen Anforderungen für strafwürdiges Unrecht in §§ 238, 240 Abs. 2 StGB belegen. Der Nötigungstatbestand zeigt zugleich, dass der Einzelne den für ihn gegebenenfalls einschüchternd wirkenden Situationen (z. B.: Herstellen einer Fotografie auf dem Weg zu einer politischen Versammlung) nicht selten in *besonnener Selbstbehauptung*²⁰⁴ standhalten muss und nicht auf strafrechtlichen Schutz bauen kann sowie im Interesse der grundrechtlich gewährleisteten Freiheiten anderer auch nicht darf.

Die ausschließlich *präventiv begründete* Schaffung neuer Straftatbestände übersieht zudem, dass unverzichtbarer Kern staatlichen Strafens der gerechte

¹⁹⁸ Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. A., 1996, § 7 II

¹⁹⁹ MüKoStGB/Graf, 3. Aufl. 2017, StGB § 201a Rn. 72 a. E.: „*Noch problematischer wird eine solche Beurteilung, wenn etwa im Zusammenhang mit einer bestimmten Aufnahme ein künstlerischer Zusammenhang geltend gemacht wird.*“

²⁰⁰ Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. A., 1996, § 1 I 2

²⁰¹ BVerfGE 39, 1 (47); Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. A., 1996, § 1 I 2, § 7 I 1 m. w. N.

²⁰² BVerfGE 39, 1 (47); Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. A., 1996, § 1 I 2

²⁰³ Der Gesetzentwurf verwendet den Begriff „Belästigung“ in verschiedenen Varianten insgesamt neunmal sowie den Begriff „störend“ zweimal, auch um die Notwendigkeit der abschreckend wirkenden strafrechtlichen Prävention darzutun, BT-Drs. 19/18980, S. 1, 2, 3, 4, 12, 13

²⁰⁴ BGH, NStZ 92, 278; BGH, NStZ 2014, 151; BGHSt 32 174; Schönke/Schröder/Eisele, 30. Aufl. 2019, StGB § 240 Rn. 9

Ausgleich für Unrecht und Schuld ist²⁰⁵. Zum Zweck der (Freiheits-) Strafe²⁰⁶ hat das Bundesverfassungsgericht²⁰⁷ Folgendes ausgeführt:

„Der Zweck der (Freiheits-)strafe besteht dementsprechend vornehmlich in einer repressiven Übelszufügung als Reaktion auf schuldhaftes Verhalten, welche – jenseits anderer denkbarer zusätzlicher Strafzwecke, die die Verfassung nicht ausschließt – dem Schuldausgleich dient.“

Wer dies berücksichtigen will, *hat darzulegen, inwieweit das zu inkriminierende Verhalten eine so große Schuld bedeute, dass sie mit einer Kriminalstrafe ausgeglichen werden müsse*²⁰⁸ und wenn präventive Überlegungen als tragend hinzukommen, zu begründen, dass zivil- und öffentlich-rechtliche Mittel hierzu ungenügend wären (Ultima-Ratio-Prinzip).

Mit der Fotografie wird lediglich das fixiert, was der Fotografierte in die Öffentlichkeit trägt²⁰⁹. Die Teilnahme an einer zulässigen politischen Veranstaltung hat nichts Verwerfliches oder zu Verheimlichendes. Sie ist Ausdruck der Bereitschaft zur Teilnahme am politischen Meinungsbildungsprozess. An einer über diese Fixierung des Offensichtlichen hinausgehenden Handlungs-„unrechts“-steigerung fehlt es ebenso, wie an einer in der Tat selbst zum Ausdruck kommenden verwerflichen Tätergesinnung. Anhaltspunkte für *strafwürdiges* Unrecht sind daher für das bloße Herstellen eines Bildes nicht zu erkennen.

²⁰⁵ Dies kommt in § 46 Abs. 1 S. 1 StGB eindeutig zum Ausdruck. Zur Bedeutung des Schuldgrundsatzes für gesetzgeberisches Handeln: BVerfG NJW 1979, 1037; Bruns/Güntge, Das Recht der Strafzumessung, 3. A., 2018; Kapitel 7, RN 19 ff.

²⁰⁶ In Abgrenzung zum Zweck einer Maßregel

²⁰⁷ BVerfGE 22, 125; BVerfGE 39, 1 (57); BVerfG, NJW 2011, 1931 (1938); BVerfGE 109, 133 (173); BVerfGE 128, 326 (374, 377); BVerfGE 131, 306; BVerfGE 134, 81; MüKoStGB, Allgemeiner Teil, Dritter Abschnitt, Vorbemerkung zu § 38 RN 69: „*Strafen als durch die Schuld des Täters legitimierte und zugleich begrenzte staatliche Übelszufügung im Sinne einer repressiven Reaktion auf vergangenes Unrecht.*“; Schönke/Schröder/Kinzig, StGB, 30. A. 2019, vor § 38 RN 1

²⁰⁸ Walter, ZRP 2020, 16 (17, 18)

²⁰⁹ Cirullies, Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD betreffend die Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht (BT-Drucksache 18/2601) vom 12.10.2014, S. 3; Bonnin/Berndt, NJOZ 2020, 129 (130); Mengler, ZRP, 2019, 224 (226)

Zur Wahrnehmung des hier allein zur Verfügung stehenden und aus Gründen des Übermaßverbotes auch als ausreichend zu erachtenden zivilrechtlichen Schutzes ist der einzelne selbst berufen, ggf. auch mit Hilfe der Polizei. So heißt es etwa in § 2 Abs. 2 PolizeiG Baden-Württemberg²¹⁰: *„Der Schutz privater Rechte obliegt der Polizei nach diesem Gesetz nur auf Antrag des Berechtigten und nur dann, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert wird.“*

VII. Bildaufnahmen nach Widerspruch

Der Gesetzentwurf der AfD-Fraktion schlägt weiter vor, in § 22 Abs. 4 KUG-E. das Herstellen von Bildnissen von Personen, die mit dem Hersteller nicht durch persönliche Beziehung verbunden sind und die dem Hersteller ihren Widerspruch gegen die Bildherstellung im konkreten Fall ausdrücklich mitgeteilt haben, zu verbieten und nach Folgeänderungen in § 23 KUG gem. § 33 KUG unter Strafe zu stellen²¹¹.

Nach den vorangegangenen Überlegungen sollte es keinem Zweifel unterliegen, dass die vorgesehene Schaffung einer Strafnorm mit dem Übermaßverbot nicht in Einklang zu bringen ist. Mit der Fotografie wird lediglich das fixiert, was der Fotografierte in die Öffentlichkeit trägt²¹². An einer darüber hinausgehenden Handlungs-„unrechts“-steigerung fehlt es ebenso, wie an einem in der Tat selbst zum Ausdruck kommenden verwerflichen Tätergesinnung. Anhalts-

²¹⁰ Entsprechende Regelungen finden sich in Polizeigesetzen der anderen Länder, etwa: § 1 Abs. 2 PolG NRW; § 1 Abs. 3 Saarländisches PolG oder § 1 Abs. 2 Brandenburgisches PolG

²¹¹ BT-Drs. 19/18980, S. 4, 5, 8, 12, 13

²¹² Cirullies, Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD betreffend die Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht (BT-Drucksache 18/2601) vom 12.10.2014, S. 3; Bonnin/Berndt, NJOZ 2020, 129 (130); Mengler, ZRP, 2019, 224 (226)

punkte für strafwürdiges Unrecht sind daher auch hier nicht zu erkennen. Sofern der Fotografierte mit dem Herstellen einer Aufnahme nicht einverstanden ist und sein Persönlichkeitsrecht verletzt sieht, mag er zivilrechtlichen Schutz nachsuchen. Nachdem er den Widerspruch zuvor ausdrücklich gegenüber dem Fotografen erklärt hat, kann er sogleich seine zivilrechtlichen Absichten dartun und dessen Daten zur Vorbereitung seines weiteren zivilprozessualen Handelns erfragen.

Rebmann