



Deutscher Bundestag

Ausschuss für Recht und
Verbraucherschutz

Wortprotokoll der 95. Sitzung

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Berlin, den 27. Mai 2020, 11:02 Uhr

Berlin, Paul-Löbe-Haus, Saal 2.600

Vorsitz: : Stellvertretender Vorsitzender

Dr. Heribert Hirte, MdB

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Einziges Tagesordnungspunkt

Seite 8

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Persönlichkeitsschutzes bei Bildaufnahmen

BT-Drucksache 19/17795

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:

Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschuss Digitale Agenda

Gutachtlich:

Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

Berichterstatter/in:

Abg. Ingmar Jung [CDU/CSU]

Abg. Esther Dilcher [SPD]

Abg. Roman Johannes Reusch [AfD]

Abg. Dr. Jürgen Martens [FDP]

Abg. Friedrich Straetmanns [DIE LINKE.]

Abg. Canan Bayram [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



b) Gesetzentwurf des Bundesrates

**Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des
Strafgesetzbuchs – Strafbarkeit der Bildaufnahme
des Intimbereichs (sog. Upskirting)**

BT-Drucksache 19/15825

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:

Ausschuss für Inneres und Heimat

Sportausschuss

Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend

Ausschuss Digitale Agenda

Berichterstatter/in:

Abg. Ingmar Jung [CDU/CSU]

Abg. Esther Dilcher [SPD]

Abg. Roman Johannes Reusch [AfD]

Abg. Dr. Jürgen Martens [FDP]

Abg. Friedrich Straetmanns [DIE LINKE.]

Abg. Canan Bayram [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]

c) Gesetzentwurf der Abgeordneten Jens Maier,
Stephan Brandner, Dr. Lothar Maier, weiterer
Abgeordneter und der Fraktion der AfD

**Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des
Persönlichkeitsrechtsschutzes bei Bildaufnahmen**

BT-Drucksache 19/18980

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:

Ausschuss für Inneres und Heimat

Ausschuss für Kultur und Medien

Ausschuss Digitale Agenda

Berichterstatter/in:

Abg. Ingmar Jung [CDU/CSU]

Abg. Esther Dilcher [SPD]

Abg. Roman Johannes Reusch [AfD]

Abg. Dr. Jürgen Martens [FDP]

Abg. Friedrich Straetmanns [DIE LINKE.]

Abg. Canan Bayram [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]

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

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:

Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend

Berichterstatter/in:

Abg. Ingmar Jung [CDU/CSU]

Abg. Esther Dilcher [SPD]

Abg. Roman Johannes Reusch [AfD]

Abg. Dr. Jürgen Martens [FDP]

Abg. Friedrich Straetmanns [DIE LINKE.]

Abg. Canan Bayram [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



Teilnehmende Abgeordnete	Seite 4
Sprechregister Abgeordnete	Seite 6
Sprechregister Sachverständige	Seite 7
Anlagen:	
Stellungnahmen der Sachverständigen	Seite 31

**Mitglieder des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz**

	Ordentliche Mitglieder	Unter- schrift	Stellvertretende Mitglieder	Unter- schrift
CDU/CSU	Heil, Mechthild	<input type="checkbox"/>	Amthor, Philipp	<input type="checkbox"/>
	Heveling, Ansgar	<input type="checkbox"/>	Frei, Thorsten	<input type="checkbox"/>
	Hirte, Dr. Heribert	<input checked="" type="checkbox"/>	Gutting, Olav	<input type="checkbox"/>
	Hoffmann, Alexander	<input checked="" type="checkbox"/>	Hauer, Matthias	<input type="checkbox"/>
	Jung, Ingmar	<input checked="" type="checkbox"/>	Launert, Dr. Silke	<input type="checkbox"/>
	Lehrieder, Paul	<input type="checkbox"/>	Lindholz, Andrea	<input type="checkbox"/>
	Luczak, Dr. Jan-Marco	<input checked="" type="checkbox"/>	Maag, Karin	<input type="checkbox"/>
	Müller, Axel	<input type="checkbox"/>	Middelberg, Dr. Mathias	<input type="checkbox"/>
	Müller (Braunschweig), Carsten	<input checked="" type="checkbox"/>	Nicolaisen, Petra	<input type="checkbox"/>
	Sensburg, Dr. Patrick	<input type="checkbox"/>	Noll, Michaela	<input type="checkbox"/>
	Steineke, Sebastian	<input type="checkbox"/>	Oellers, Wilfried	<input type="checkbox"/>
	Thies, Hans-Jürgen	<input type="checkbox"/>	Schipanski, Tankred	<input type="checkbox"/>
	Ullrich, Dr. Volker	<input type="checkbox"/>	Throm, Alexander	<input type="checkbox"/>
	Warzen, Nina	<input type="checkbox"/>	Vries, Kees de	<input type="checkbox"/>
Wellenreuther, Ingo	<input type="checkbox"/>	Weisergerber, Dr. Anja	<input type="checkbox"/>	
SPD	Brunner, Dr. Karl-Heinz	<input type="checkbox"/>	Högl, Dr. Eva	<input type="checkbox"/>
	Dilcher, Esther	<input checked="" type="checkbox"/>	Miersch, Dr. Matthias	<input type="checkbox"/>
	Fechner, Dr. Johannes	<input checked="" type="checkbox"/>	Müller, Bettina	<input type="checkbox"/>
	Groß, Michael	<input type="checkbox"/>	Nissen, Ulli	<input type="checkbox"/>
	Heidenblut, Dirk	<input type="checkbox"/>	Özdemir (Duisburg), Mahmut	<input type="checkbox"/>
	Lauterbach, Prof. Dr. Karl	<input type="checkbox"/>	Rix, Sönke	<input type="checkbox"/>
	Post, Florian	<input type="checkbox"/>	Schieder, Marianne	<input type="checkbox"/>
	Scheer, Dr. Nina	<input type="checkbox"/>	Vogt, Ute	<input type="checkbox"/>
	Steffen, Sonja Amalie	<input type="checkbox"/>	Yüksel, Gülistan	<input type="checkbox"/>
AfD	Brandner, Stephan	<input type="checkbox"/>	Curio, Dr. Gottfried	<input type="checkbox"/>
	Jacobi, Fabian	<input type="checkbox"/>	Hartwig, Dr. Roland	<input type="checkbox"/>
	Maier, Jens	<input type="checkbox"/>	Haug, Jochen	<input type="checkbox"/>
	Maier, Dr. Lothar	<input type="checkbox"/>	Seitz, Thomas	<input type="checkbox"/>
	Peterka, Tobias Matthias	<input checked="" type="checkbox"/>	Storch, Beatrix von	<input type="checkbox"/>
	Reusch, Roman Johannes	<input checked="" type="checkbox"/>	Wirth, Dr. Christian	<input type="checkbox"/>
FDP	Buschmann, Dr. Marco	<input type="checkbox"/>	Fricke, Otto	<input type="checkbox"/>
	Helling-Plahr, Katrin	<input type="checkbox"/>	Ihnen, Ulla	<input type="checkbox"/>
	Martens, Dr. Jürgen	<input checked="" type="checkbox"/>	Schinnenburg, Dr. Wieland	<input type="checkbox"/>
	Müller-Böhm, Roman	<input type="checkbox"/>	Skudelny, Judith	<input type="checkbox"/>
	Willkomm, Katharina	<input type="checkbox"/>	Thomae, Stephan	<input type="checkbox"/>
DIE LINKE.	Akbulut, Gökay	<input checked="" type="checkbox"/>	Jelpke, Ulla	<input type="checkbox"/>
	Mohamed Ali, Amira	<input type="checkbox"/>	Lay, Caren	<input type="checkbox"/>
	Movassat, Niema	<input type="checkbox"/>	Möhring, Cornelia	<input type="checkbox"/>
	Straetmanns, Friedrich	<input type="checkbox"/>	Renner, Martina	<input type="checkbox"/>



	Ordentliche Mitglieder	Unter- schrift	Stellvertretende Mitglieder	Unter- schrift
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	Bayram, Canan	<input checked="" type="checkbox"/>	Kühn (Tübingen), Christian	<input type="checkbox"/>
	Keul, Katja	<input type="checkbox"/>	Künast, Renate	<input type="checkbox"/>
	Rößner, Tabea	<input type="checkbox"/>	Mihalic, Dr. Irene	<input type="checkbox"/>
	Rottmann, Dr. Manuela	<input type="checkbox"/>	Schauws, Ulle	<input type="checkbox"/>

sowie weiteres Mitglied des Deutschen Bundestages

FDP	Bauer, Nicole	<input checked="" type="checkbox"/>
-----	---------------	-------------------------------------



Sprechregister Abgeordnete

	Seite
Gökay Akbulut (DIE LINKE.)	18, 23
Canan Bayram (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	17, 23, 27, 29
Esther Dilcher (SPD)	18, 23
Stellvertretender Vorsitzender Dr. Heribert Hirte (CDU/CSU)	8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30
Ingmar Jung (CDU/CSU)	17, 23,
Dr. Jan-Marco Luczak (CDU/CSU)	16, 23, 24
Dr. Jürgen Martens (FDP)	18
Carsten Müller (Braunschweig) (CDU/CSU)	27, 28, 29
Tobias Matthias Peterka (AfD)	17



Sprechregister Sachverständige

	Seite
Prof. Dr. Jörg Eisele Eberhard Karls Universität Tübingen Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsrecht und Computerstrafrecht	9, 22, 24
Dr. Veronika Grieser Staatsanwaltschaft München I Leiterin der Abteilung für Jugendstrafsachen und Sexualstraftaten Erwachsener sowie Sexualstraftaten Jugendlicher und Heranwachsender zum Nachteil über 18-Jähriger	9, 21, 24, 29
Prof. Dr. Elisa Hoven Universität Leipzig Lehrstuhl für Deutsches und Ausländisches Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medienstrafrecht	10, 21
Dr. Jenny Lederer Deutscher Anwaltverein e. V. Mitglied im Strafrechtsausschuss Rechtsanwältin, Essen	12, 20
Dr. Clemens Prokop Staatsanwaltschaft Regensburg Leitender Oberstaatsanwalt	13, 20, 25
Frank Rebmann Staatsanwaltschaft Heilbronn Leitender Oberstaatsanwalt	13, 25
Hanna Seidel Leiterin Petition StopUpskirting, Manchester	14, 19, 26, 28, 29
Dr. Leonie Steinl, LL.M. (Columbia) Deutscher Juristinnenbund e.V. – Vereinigung der Juristinnen, Volks- und Betriebswirtinnen, Berlin Vorsitzende der Kommission Strafrecht	15, 18, 26, 28



Der stellvertretende Vorsitzende **Dr. Heribert Hirte**: Einen schönen guten Morgen zusammen. Ich eröffne die öffentliche Anhörung zum „Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Persönlichkeitsschutzes bei Bildaufnahmen“, zum „Gesetzentwurf des Bundesrates zur Änderung des Strafgesetzbuches zur Strafbarkeit der Bildaufnahme des Intimbereichs (sog. Upskirting)“, zum „Gesetzentwurf der Fraktion der AfD zur Verbesserung des Persönlichkeitsrechtschutzes bei Bildaufnahmen“ und zu dem „Antrag der Fraktion der FDP: Strafbarkeit von in der Öffentlichkeit heimlich gefertigten Bildaufnahmen der Intimsphäre – sog. Upskirting“. Ich begrüße die Kolleginnen und Kollegen, begrüße vor allen Dingen Sie, die Sachverständigen, von denen Herr Eisele, Herr Prokop und Frau Seidel per Video zugeschaltet sind – herzlich willkommen. Ich begrüße die Vertreterinnen und Vertreter der Bundesregierung sowie die Zuhörer auf der Tribüne sowie in dem zugeschalteten Saal. Wir haben uns verständigt, die heutige Anhörung unter Einhaltung der Abstandsregelungen grundsätzlich als Präsenzveranstaltung durchzuführen, aber Sachverständige zuzuschalten. Außerdem werden Bild und Ton, wie angesprochen, in die Räume PLH E.501 und E.502 übertragen, um weiteren Interessierten zu ermöglichen, die Anhörung zu verfolgen. Gegenstand der heutigen Anhörung sind die genannten Gesetzentwürfe der Bundesregierung, des Bundesrates und der Fraktion der AfD sowie ein Antrag der FDP zum Persönlichkeitsschutz bei Bildaufnahmen. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung sieht unter anderem vor, den entsprechenden Schutz auf Verstorbene auszuweiten. Außerdem sollen Bildaufnahmen von bestimmten gegen Anblick geschützten Körperteilen unter Strafe gestellt werden. Der Gesetzentwurf des Bundesrates sieht vor, Bildaufnahmen des Intimbereichs, das sog. Upskirting, unter Strafe zu stellen. Mit der Strafvorschrift sollen die Täter wegen eines Sexualdeliktes zur Verantwortung gezogen werden können. Der Gesetzentwurf der Fraktion der AfD hat die Strafbarkeit von Bildaufnahmen von Personen, die als Folge eines Unfalls verstorben sind oder verletzt wurden, zum Gegenstand. Ferner soll das Einwilligungs-

erfordernis des Kunsturhebergesetzes auf Bildnisse von Teilnehmern einer zulässigen politischen Veranstaltung erweitert werden. Nach dem Antrag der Fraktion der FDP soll der Bundestag die Bundesregierung auffordern, einen Gesetzentwurf vorzulegen, der unbefugte Aufnahmen intimer oder sexueller Bereiche einer Person und damit auch das Upskirting unter Strafe stellt. Sie, die Sachverständigen, erhalten zunächst die Gelegenheit zu einer kurzen Eingangsstellungnahme; wir beginnen dabei alphabetisch, also heute mit Herrn Professor Eisele. An die Sachverständigen die Bitte – einige kennen das ja schon –, sich zu bemühen, nicht länger als vier Minuten zu sprechen. Da wir die Bildschirme in der Mitte des Saales heute für die Videozuschaltung benötigen, müssen wir auf die sonst übliche Redezeitanzeige auf dieser Mitteltafel verzichten. Wir messen deshalb die Zeit hier vorne. Wenn ich Ihnen ein Signal gebe, bedeutet das, dass Ihre Redezeit abgelaufen ist und Sie bitte zum Ende Ihres Vortrages kommen sollten. Die zugeschalteten Sachverständigen bitte ich ihre Mikrofone auszuschalten, solange sie nicht selbst sprechen. An den Vortrag der Stellungnahmen schließen sich die Fragerunden an, eine oder mehrere, je nach dem wie viele Fragen es gibt. Und an die Kolleginnen und Kollegen, um das bewährte Verfahren nochmal in Erinnerung zu rufen: Sie können höchstens zwei Fragen stellen, also zwei Fragen an einen Sachverständigen oder eine Frage an zwei Sachverständige. Die Sachverständigen werden in der ersten Antwortrunde dann in umgekehrter alphabetischer Reihenfolge um ihre Antworten gebeten und die Sachverständigen werden dabei gebeten, sich kurz zu fassen. In der zweiten Fragerunde geht es dann umgekehrt herum. Die Anhörung ist öffentlich. Das Sekretariat fertigt auf der Grundlage einer Tonaufzeichnung ein Wortprotokoll an. Bild- und Tonaufnahmen von der Tribüne oder im Rahmen der Videozuschaltung sind nicht gestattet. Ebenfalls nicht gestattet sind Beifalls- oder Missfallensbekundungen von der Tribüne. Und rein vorsorglich möchte ich darauf aufmerksam machen, dass Störungen der Sitzung nach Ordnungswidrigkeiten- oder Strafrecht geahndet werden können. Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit. Und Herr Eisele, der uns online zugeschaltet ist, hat jetzt als Erster das Wort für die einführende Stellungnahme, bitte schön.



SV Prof. Dr. Jörg Eisele: Meine sehr geehrten Damen und Herren, ganz herzlichen Dank für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Zunächst zum Schutz von verstorbenen Personen: Für mich ist es überzeugend, dies in den Anwendungsbereich des § 201a Strafgesetzbuch (StGB) einzubeziehen. Bedenken habe ich nur hinsichtlich des Begriffs „grob anstößig“, der etwas unscharf ist. Dadurch ergeben sich zugleich erhebliche Überschneidungen mit Absatz 2, der die Schädigung des Ansehens von Personen betrifft und der nunmehr ja auch auf Verstorbene anwendbar sein soll. Ferner gibt es dann Überschneidungen mit dem Verunglimpfen des Andenkens Verstorbener nach § 189 StGB. Ich bin der Auffassung, dass man diese Regelung präziser fassen könnte, indem man explizit Bildaufnahmen erfasst von Personen, die an einem Unglücksfall verstorben sind, und zwar Bildaufnahmen, die am Unglücksort angefertigt werden. Alle anderen Fälle dürften über Absatz 2, der dann ja auch Anwendung findet, erfasst werden. Zum Upskirting: Das Upskirting ist sicherlich ein strafwürdiges Verhalten, das einen Eingriff in die Intimsphäre darstellt. Ich würde dem Entwurf der Bundesregierung folgen, die dies inhaltlich bei § 201a StGB verankern möchte, da die Gestaltung schon parallel verläuft und auch keine hinreichenden Bezüge zum Sexualstrafrecht gegeben sind. Auch in der Ausgestaltung halte ich den Entwurf der Bundesregierung für vorzuzugs-würdig. Beim Entwurf des Bundesrates wird etwa das Wort „Bekleidung“ verwendet, das Fotografieren unter ein umhüllendes Handtuch, etwa in einer Sauna, würde nicht erfasst, da ein Handtuch kein Bekleidungsstück ist. Mit dem „Schutz gegen den Anblick“, der im Entwurf der Bundesregierung verwendet wird, lassen sich aus meiner Sicht auch Zweifelsfragen lösen, da es letztlich auf die Überwindung dieses Sichtschutzes ankommt. Ich möchte auf zwei Punkte hinweisen: Zum einen ist möglicherweise der Begriff der Unterbekleidung sehr weit. Da müsste man präzisieren, was man darunter versteht, denn möglicherweise wird eine Jeans oder eine Leggings unter einem Rock getragen und dies wird man kaum als Unterbekleidung ansehen können. Insofern hielte ich es auch für denkbar, dass man das Wort „Unterwäsche“ oder Ähnliches verwendet. Zum anderen treten möglicherweise Probleme durch die Einbeziehung der weiblichen Brust auf und zwar deshalb, weil die Brust vom

Opfer teilweise ja unbedeckt gelassen werden kann. Hier ist es sicherlich so, dass der unbedeckte Teil, wenn er fotografiert wird, nach den Vorschlägen nicht erfasst wird. Im Übrigen ist aber die Grenzziehung sehr schwierig, weil es immer eine Frage des Standortes und des Blickwinkels ist, von dem man aus fotografiert. Das Ganze wird dadurch noch etwas erschwert, dass der Entwurf der Bundesregierung eben Eventualvorsatz genügen lässt und man da beim sog. Downblousing doch zu einer relativ weiten Strafbarkeit gelangt. In der Sache selbst halte ich es aber für richtig, dass keine besondere Absicht normiert wird, weil sich dies für die Strafverfolgungsorgane nur sehr schwer nachweisen lässt, wenn nachher im Ermittlungsverfahren nur ein Foto vorliegt. Nur ein letztes zum Abschluss: Ich würde es positiv finden, wenn das Upskirting in einen größeren Kontext eingeordnet würde, in dem Nacktaufnahmen insgesamt näher betrachtet würden und auch Spannungsverhältnisse zur Kinderpornografie und Jugendpornografie aufgelöst würden. Ich habe hierzu in meinem Papier einen ausführlichen Vorschlag unterbreitet, der etwa auch die Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes miteinbeziehen. Im Übrigen könnte man auch Regelungen aus dem Kunsturhebergesetz über das Verbreiten von reinen Nacktaufnahmen mit in das StGB aufnehmen und so insgesamt ein harmonisches Gesamtkonzept zum Schutz der Intimsphäre schaffen. Soweit vielleicht meine erste Stellungnahme. Ich danke Ihnen für die Aufmerksamkeit.

Der **stellvertretende Vorsitzende:** Herzlichen Dank, Herr Eisele. Wir machen gleich weiter mit Frau Grieser, bitte schön.

SVe **Dr. Veronika Grieser:** Meine sehr verehrten Damen und Herren, zunächst möchte ich mit der grundlegenden Frage anfangen: Besteht ein Bedürfnis für eine Strafbarkeit des Upskirting? Aus meiner Sicht ist die Frage ganz klar mit „Ja“ zu beantworten. Es liegt ein ganz erheblicher Eingriff in die Intimsphäre vor, in das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung. Meines Erachtens ist es wichtig, solche Eingriffe nicht zu bagatellisieren. Die Erfahrungen, die wir seit der Einführung des neuen Sexualstrafrechts gemacht haben, sind, dass die Folgen für die Betroffenen, auch bei vergleichsweise niederschweligen Eingriffen,



ganz erheblich sein können. Selbst dann können ganz extreme Einschränkungen der Lebensführung für die Betroffenen damit verbunden sein. Die derzeitige rechtliche Situation ist äußerst unbefriedigend. Wir können das nur in sehr seltenen Fällen als Beleidigung verfolgen, weil der Tatbestand meistens nicht erfüllt ist. Außerdem haben wir ganz häufig die Situation, dass eine Anzeige durch eine Frau erfolgt und auf der Kamera oder dem Mobiltelefon eine Vielzahl von Bildern gefunden wird. Diese Taten können dann strafrechtlich nicht verfolgt werden, weil kein Strafantrag gestellt wurde. Im Schwerpunkt geht es bei diesen Delikten um das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung, weswegen die Einführung eines neuen § 184k Strafgesetzbuch-Entwurf (StGB-E) aus meiner Sicht vorzugswürdig ist. Solche Taten dienen im Vordergrund der sexuellen Befriedigung des Täters, der die Betroffenen durch sein Handeln zu Objekten seiner Lust degradiert. Und für die Betroffenen steht in diesen Fällen der Eingriff in ihr Recht auf sexuelle Selbstbestimmung, die Demütigung, die damit verbunden ist, im Vordergrund. Die Frage nach dem Recht am eigenen Bild ist dem gegenüber nachrangig. In der Praxis stellen wir fest, dass es Opfern von Straftaten nicht nur darauf ankommt, dass und in welcher Höhe der Täter bestraft wird. Für die Wahrnehmung der Betroffenen, ob der Gerechtigkeit Genüge getan wird, kommt es ganz entscheidend auch darauf an, weshalb jemand verurteilt wird, wegen welches Strafgesetzes. Ein weiterer Aspekt ist aus meiner Sicht folgender: Der Gesetzentwurf für die Strafbarkeit nach § 184k StGB-E sieht vor, dass die Opferschutzrechte für die Betroffenen gelten. Das sind die Möglichkeit einer Videoübernahme, die Nebenklagebefugnis und die Möglichkeit, einen Rechtsbeistand zu nehmen. Das halte ich für sehr wesentlich. Außerdem halte ich es für wesentlich, dass der Straftatbestand nicht als Privatklagedelikt eingeordnet wird. Wenn man präventive Erwägungen heranzieht, um die Strafbarkeit zu begründen, finde ich es nicht passend, dass man das als Privatklagedelikt ausgestaltet und die Betroffenen darauf verweisen kann, dass sie sich selber darum kümmern, zu ihrem Recht zu kommen. Insgesamt wird eine Normierung als Sexualstraftat dem Unrechtsgehalt dieser Taten daher meines Erachtens besser gerecht. Eine weitere Frage, die sich bei den

beiden Gesetzesentwürfen stellt, ist der Umfang des strafrechtlichen Schutzes. Sollten Fotografien ins Dekolleté, das sog. Downblousing, auch unter Strafe gestellt werden? Aus meiner Sicht handelt es sich dabei um ein übergriffiges, abwertendes und im hohen Maße respektloses Verhalten. Der Unrechtsgehalt ist aber meines Erachtens mit dem Upskirting nicht vergleichbar. Der Intimbereich ist eine besonders geschützte Körperregion, die im öffentlichen Raum immer bedeckt ist. Je nach der Gelegenheit und der Bekleidung gilt das nicht immer für die weibliche Brust. Den Unrechtsgehalt einer Fotografie kann man deshalb meines Erachtens nicht vergleichen. Ein weiteres Problem sehe ich in der Anwendung der vorgeschlagenen Ergänzung des § 201a StGB in der Praxis. Erfasst würden so unbefugte Aufnahmen der weiblichen Brust, soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind. Wenn man sich das konkret vorstellt, wird die Abgrenzung zwischen strafbarem und nicht-strafbarem Verhalten schwierig. Die Grenze ist hier kaum klar zu ziehen. Vorstellen kann man sich Konstellationen, in denen der Täter quasi von oben, durch eine erhöhte Perspektive, weitergehende Einblicke erzwingt. Dann wird man in der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung die Situation haben, dass man klären muss, ob und in welchem Umfang auf dem Foto Bereiche zu sehen waren, die bei normaler Perspektive nicht zu sehen gewesen wären. Solche Beweisaufnahmen möchte man aus meiner Sicht den Betroffenen lieber ersparen. Wenn ich die Situation einschätze, dann halte ich es auch für sehr zweifelhaft, dass es hier häufig zu Verurteilungen kommen wird. Da muss man berücksichtigen, dass gerade bei Opfern von Übergriffen oder übergriffigem Verhalten dies zu einem hohen Maß an Frustration und emotionaler Belastung führt, wenn auf eine Anzeige keine Verurteilung des Täters folgt. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Grieser. Als Nächste hat Frau Hoven das Wort.

SVe **Prof. Dr. Elisa Hoven**: Herzlichen Dank. Die drei vorgelegten Entwürfe sehen in unterschiedlichem Umfang die Strafbarkeit unbefugter Bildaufnahmen sexuell konnotierter Körperteile einer anderen Person vor. Auf diesen Aspekt möchte ich mich in meiner Stellungnahme konzentrieren. Die gesetzgeberische Initiative ist



grundsätzlich zu begrüßen, denn die in den Gesetzentwürfen beschriebenen Handlungen sind nach geltendem Recht nicht strafbar, auch eine Ahndung nach § 118 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG) dürfte allenfalls in Einzelfällen in Betracht kommen, da die Bildaufnahmen – das Phänomen, über das wir hier sprechen – ja in der Regel heimlich gemacht werden, so dass sie gerade nicht geeignet sind, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen. Den notwendigen Schutz der betroffenen Einzelpersonen vermag § 118 OWiG daher nicht zu leisten. Für die Einführung von entsprechenden Straftatbeständen besteht auch eine kriminalpolitische Notwendigkeit. Durch die unbefugte Anfertigung solchen Bildmaterials verschafft sich der Täter einen perpetuierten visuellen Zugriff auf die Geschlechtsorgane des anderen und verletzt damit sowohl dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht als auch sein Recht auf sexuelle Selbstbestimmung. Dass das Phänomen real ist, zeigt bereits ein Blick in die sozialen Netzwerke und einschlägige Seiten im Internet. Der Gesetzentwurf des Bundesrates verortet das Unrecht, meiner Ansicht nach überzeugend, im Bereich der Sexualstraftaten, denn hierin liegt, wie auch die öffentliche Diskussion zeigt, der Kern des Vorwurfs. Verletzt wird die Freiheit, nicht für die sexuellen Bedürfnisse eines anderen instrumentalisiert zu werden. Die Voraussetzung einer Aufnahme des Intimbereichs, wie der Bundesratsentwurf es ja vorsieht, führt allerdings dazu, dass die weibliche Brust und damit das Phänomen des Downblousings nicht erfasst ist. Sie in den strafrechtlichen Schutz einzubeziehen, erscheint aber meiner Ansicht nach sinnvoll, da sie – ebenso wie die Genitalien oder das Gesäß – zu den besonders sensiblen und intimen Körperregionen gehört, die aufgrund ihrer sexuellen Konnotation regelmäßig dem visuellen Zugriff Dritter entzogen werden soll. Ich möchte kurz anmerken: Das Argument, zu sagen, dass man letztendlich den Opfern durch die Beweisaufnahme Probleme bereitet, finde ich immer etwas schwierig, weil man ja auf der anderen Seite sagen würde: „Das, was Dir geschehen ist, ist gar nicht strafbar und wir reagieren gar nicht.“ Das halte ich für deutlich invasiver. Eine konkrete Aufzählung der tatbestandlich erfassten Körperteile, wie sie sich

im Entwurf der Bundesregierung findet, ist demgegenüber meiner Ansicht nach vorzuzugwürdig, auch weil sie präziser ist und Auslegungsprobleme vermeidet. Beide Entwürfe sind allerdings zu sehr darauf fokussiert, konkrete Lebenssachverhalte unter Strafe zu stellen. Das sieht man schon an der Formulierung, Sie beschränken die Strafbarkeit darauf, dass der Täter unter die Bekleidung fotografiert oder filmt, so der Bundesrat, oder dass Bereiche betroffen sind, die gegen Anblick besonders geschützt sind, so die Bundesregierung. Dort nur am Rande: Die Formulierung halte ich für etwas widersprüchlich, denn dass dieser Schutz ja gerade nicht erfolgreich ist, zeigt die Verwirklichung des Tatbestandes, so dass man hier, wenn man das aufrechterhalten will, auf eine Schutzintention abstellen sollte. Phänomene wie Upskirting oder Downblousing können zwar Auslöser für gesetzgeberische Überlegungen sein, eine Neuregelung sollte sich jedoch nicht auf eine normative Umschreibung konkreter Phänomene beschränken, sondern Anlass für grundlegendere Überlegungen zur Gestaltung des Deliktsbereiches im Lichte des identifizierten Schutzzweckes sein. So sind Fälle denkbar, in denen ein schützenswertes Interesse an einem Verbot von Bildaufnahmen besteht, selbst wenn der Betroffene keine entsprechenden Schutzvorkehrungen durch Kleidungen getroffen hat. Lassen Sie mich ein kurzes Beispiel bringen: Person A wechselt an einem Badestrand schnell ihre Kleidung, ist für wenige Sekunden unbekleidet. Diesen Moment nutzt Person B, um ein Foto von den nackten Geschlechtsteilen von Person A anzufertigen. In diesem Beispiel hat Person A ein ganz klar schützenswertes Interesse daran, dass keine Aufnahmen von ihrem unbekleideten Körper erfolgen. Jeder Mensch kann beanspruchen, dass solche Bilder, gerade von mit Sexualität verbundenen Körperteilen, nur mit seinem Einverständnis hergestellt werden. Und diesen Anspruch verliert eine Person auch nicht dadurch, dass sie sich vorübergehend unbekleidet zeigt. Ein neuer Straftatbestand sollte daher sowohl die Überwindung eines geschaffenen Schutzbereiches, das haben wir jetzt schon geregelt, als auch das unbefugte bildliche Festhalten unbekleideter sexuell konnotierter Körperteile erfassen. Ich habe einen entsprechenden Formulierungsvorschlag auch in meine



Stellungnahme aufgenommen. Der Vorschlag der AfD weist in diese Richtung, geht jedoch noch deutlich darüber hinaus, indem er etwa auch die unbefugte Aufnahme von Personen in Badekleidung sanktioniert. Ein solcher Tatbestand würde das Delikt allerdings in die Nähe eines allgemeinen Indiskretionsdelikts rücken und wäre daher in besonderer Weise begründungsbedürftig. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Hoven. Als Nächste Frau Lederer.

SVe **Dr. Jenny Lederer**: Vielen Dank. Wie schon in meiner schriftlichen Stellungnahme beschränke ich mich auch hier auf die geplante Einführung einer Strafbarkeit des Upskirtings. So ernst das Anliegen im Rahmen eines gesellschaftlichen Diskurses zu nehmen ist, so wenig bedarf es mit Blick auf das Ultima-ratio-Prinzip und das Übermaßverbot eines Straftatbestandes. Das Strafrecht ist weder ein geeignetes Instrument für politischen Aktionismus, noch muss es Antworten auf jedes unerwünschte Verhalten bieten. Strafrecht muss immer das letzte Mittel zur Sicherung des Rechtsfriedens bleiben. Nicht jedem ungehörigen Verhalten, wie dem Upskirting, muss und darf der Staat mit dem schärfsten, ihm zur Verfügung stehenden Schwert, dem Strafrecht, begegnen. Eine Reaktion mithilfe des Ordnungswidrigkeitenrechts, wie bislang schon möglich, reicht aus – sanktionslos ist damit das Upskirting gerade nicht. Zu diskutieren wäre vielleicht ein spezieller Ordnungswidrigkeitentatbestand. Die Ausgestaltung, wie sie in den Entwürfen vorgesehen wird, wirft eine Vielzahl an Fragen auf, drei Aspekte möchte ich anreißen. Erstens: Die Verortung im 13. Abschnitt innerhalb der Sexualstraftaten erscheint unter anderem problematisch, da bei dem Upskirting ein Sexualbezug oder gar eine, gerade angesprochene, Instrumentalisierung zur Bedürfnisbefriedigung nicht automatisch anzunehmen ist. Darüber hinaus ist ein Blick auf die Vorschriften der § 184h StGB und § 184i StGB zu werfen. Bei Upskirting muss die Nacktheit nicht entscheidend sein, sondern bedeckte Körperteile sind miterfasst, bei deren passagerer Berührung die Erheblichkeitsschwelle des § 184h StGB nur ausnahmsweise überschritten würde. Die mit Einführung des § 184i StGB – der sexuellen Belästigung – schon erfolgte Ausdehnung der

Strafbarkeit auf Bereiche noch unterhalb dieser Schwelle wird zurecht kritisiert, weil die Bedeutung von § 184h StGB, eine Untergrenze für strafrechtlich relevante Störungen zu setzen und dies auf den verfassungsrechtlich verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu stützen – gleichsam ins Gegenteil verkehrt wird. Mit Blick auf § 184i StGB, der immerhin Hands-On-Delikte umfasst, der eine körperliche Berührung vorsieht, erschiene eine weitere Ausdehnung auf ein Hands-Off-Delikt im Bereich des StGB als Straftat unverhältnismäßig. Bei einer systematischen und mit Blick auf die Formulierungen in den Entwürfen jedenfalls konsequenteren Verortung im Rahmen des § 201a StGB lohnt ein Blick in die damalige Gesetzesbegründung bei Einführung der Norm. Dort wurde ausdrücklich für eine zu weite Ausdehnung sensibilisiert. Zweitens: Hier wie dort wird in foro einem „blaming the victim“ Tür und Tor geöffnet. Dem könnte auch nicht wirksam durch Streichung des Merkmals „gegen Anblick geschützt“ begegnet werden, wie es in der Stellungnahme des DJB (Deutscher Juristinnenbund) zum Beispiel vorgeschlagen wurde, da derartige Fragen – „Wie gut war der Bereich geschützt?“, „War er ‚angemessen‘ geschützt?“, „Was ist noch sozial adäquat?“ etc. – in einem Gerichtssaal zur Sprache kommen werden müssen. Darüber hinaus droht man damit, auch das Bestimmtheitsgebot aufzuweichen. Im Falle einer Einführung einer Norm bedürfte es klarer tatbestandlicher Eingrenzung, zum Beispiel auch im subjektiven Tatbestand. Drittens: Die Körperregionen mit „Intimbereich“ zu benennen, wie in dem Entwurf des Bundesrates, erscheint zu unbestimmt. Insbesondere den angrenzenden Oberschenkel hierunter zu verstehen, erscheint zu weit. Ebenfalls abzulehnen ist die Aufnahme der Brust in den Schutzbereich. Diesbezüglich haben wir gerade schon überzeugende Argumente gehört. Erst recht abzulehnen ist eine Strafbarkeit hinsichtlich „im öffentlichen Raum in Badebekleidung“. Festzuhalten ist: Das Strafrecht sagt dem Prinzip, in den Zwischenräumen der Strafgesetze Handlungsfreiräume zu garantieren, immer mehr ab. Gesellschaftliche Sensibilisierung für das Problem ist wünschenswert. Reaktionen hierauf mit dem Ordnungswidrigkeitenrecht aber ausreichend, einer strafrechtlichen Lösung bedarf es nicht. Danke.



Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Lederer. Als Nächster hat das Wort Herr Prokop, der uns online zugeschaltet ist.

SV Dr. Clemens Prokop: Guten Morgen, sehr geehrte Damen und Herren. Vielen Dank für die Einladung zur Anhörung. Ich bitte zunächst aber um Nachsicht, dass Ihnen kein schriftliches Statement von mir vorliegt, weil ich die Einladung erst am vergangenen Freitag erhalten habe und dann zeitlich leider nicht mehr in der Lage war, Ihnen ein schriftliches Statement rechtzeitig zukommen zu lassen. Aufgrund der Zeitvorgabe und zur Vermeidung von Wiederholungen möchte ich dann auch gleich durch Bezugnahmen abkürzen und darf zunächst einmal feststellen, dass das Bedürfnis für entsprechende strafrechtliche Regelungen nach meiner Überzeugung in den Begründungen der Gesetzentwürfe und gerade in den Ausführungen von Herrn Professor Eisele und von Frau Dr. Grieser überzeugend dargelegt worden ist, so dass ich weitere Ausführungen hierzu nicht machen muss. Zum Regelungsort schließe ich mich auch den Ausführungen von Herrn Professor Eisele an. Ich befürworte auch eine Regelung im § 201a StGB. Ergänzend zu den Ausführungen von Herrn Professor Eisele möchte ich als Begründung noch ausführen, dass dafür auch das Prinzip der Regelungseinheit spricht. Wir haben in § 201a Absatz 1 Nummer 1 StGB die unbefugte Bildaufnahme – beispielsweise in einer Umkleidekabine – unter Strafe gestellt. Der Tatbestand ist dem Upskirting sehr wesensverwandt, so dass es aus meiner Sicht geradezu systemwidrig wäre, jetzt in einem neuen Paragraphen im Sexualstrafrecht vergleichbare Tatbestände in unterschiedlichen Gesetzen zu regeln. Darüber hinaus haben wir ja in einigen Fällen im Strafgesetzbuch auch Straftaten, die einen Sexualbezug aufweisen, außerhalb des klassischen Sexualstrafrechts geregelt. Zur Tatbestandsformulierung: Bei der geplanten Strafbarkeit der Abbildung Verstorbener halte ich die beiden Tatbestandmerkmale „in grob anstößiger Weise“ und „zur Schau stellen“ für erforderlich, schlichtweg deswegen, um zu verhindern, dass die Herstellung privat veranlasster Bilder oder von Bildern, bei denen der Verstorbene eine Randaufnahme darstellt, hier in die Strafbarkeit einbezogen wird. Deshalb halte ich da den Gesetzesvorschlag der Bundesregie-

rung für empfehlenswert. Das gilt im Ergebnis auch grundsätzlich für den Entwurf der Bundesregierung bezüglich des Upskirtings. Hier spricht aus meiner Sicht für den Entwurf der Bundesregierung vor allem, dass die betroffenen Körperteile klar definiert sind und eben alle Geschlechtsteile erfasst werden. Zwar ist der Frau Dr. Grieser hier sicherlich zuzugestehen, dass Bildnisse von der Brust hier nur unter besonderen Konstellationen in die Strafbarkeit rutschen würden, aber ich denke, um hier ein in sich geschlossenes System zu schaffen, ist es wichtig, hier auch die weibliche Brust in die Strafbarkeit mithereinzunehmen. Das einzige Problem, das ich hier beim Upskirting mit dem Gesetzentwurf der Bundesregierung habe, ist, dass jede Vorsatzform ausreichen soll, also auch dolus eventualis. Dies birgt die Gefahr, dass – weil eine aktive Umgehung eines Blickschutzes nicht erforderlich ist – eben auch Zufallsaufnahmen plötzlich in den strafrechtlichen Bereich rutschen würden. Deshalb würde ich hier empfehlen, die Anforderungen im Vorsatzbereich anzuheben. Ich würde allerdings auch nicht auf die Absicht gehen, weil diese in der Praxis in der Regel sehr schwer nachzuweisen ist, und würde hier einen Begriff aufgreifen, der dem dolus directus 2. Grades entspricht, nämlich die Formulierung „wissentlich“ als einschränkendes Tatbestandsmerkmal im subjektiven Tatbestand. Zusammengefasst deshalb in aller Kürze, um Wiederholungen zu vermeiden: Ich würde mich dem Entwurf der Bundesregierung mit der Maßgabe anschließen, dass bei § 201a Absatz 1 Nummer 4 StGB des Entwurfes eine wissentliche Tatbegehung eingefügt werden sollte.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Prokop. Als Nächster hier im Saal Herr Rebmann.

SV Frank Rebmann: Sehr geehrter Herr Vorsitzender, meine sehr verehrten Damen und Herren Abgeordnete, sehr geehrte Damen und Herren, die vorliegenden Gesetzentwürfe wie auch der Antrag der FDP-Bundestagsfraktion geben uns sieben Themenfelder vor, die es zu erörtern gilt. Es geht um das Upskirting, das Downblousing und weitergehend um die unbefugte Herstellung von Bildaufnahmen unbekleideter, also nackter Personen oder mit Bademoden bekleideter Personen. Die



Einbeziehung von Bildaufnahmen Verstorbener in den Tatbestand des § 201a StGB oder weitergehender die Einbeziehung von am Unfallort getöteter oder verletzter Personen und schließlich die unbefugte Aufnahme von Bildnissen von Veranstaltungsteilnehmern bzw. allgemein Bildnis-Aufnahmen nach Widerspruch. Beim Upskirting geht es vor allen Dingen um die systematische Einordnung und die Fassung des objektiven und subjektiven Tatbestands, daneben noch um die Frage der Ausgestaltung als Privatklagedelikt oder die Möglichkeit einer tätigen Reue durch Löschen der Bildaufnahme. Der Kern des Unrechts beim Upskirting ist die Verletzung des Rechts der sexuellen Selbstbestimmung. Die betroffenen Opfer fordern hier zu Recht ein klares Statement des Gesetzgebers, der es sanktioniert, dass sie nicht zum Opfer sexuellen Begehrens anderer gegen ihren Willen werden. Zudem sollte ein wegen Upskirting Verurteilter unabhängig von der Strafhöhe einen Eintrag in das erweiterte Führungszeugnis erhalten, denn es sollte klar sein, dass er zum Beispiel nicht mehr als Kinder- und Jugendtrainer tätig sein darf. Inhaltlich bevorzuge ich die Formulierung des Gesetzentwurfes des Bundesrates, der allgemein auf den Intimbereich abstellt. So vermeiden wir Strafbarkeitslücken, die mangels Versuchsstrafbarkeit entstehen könnten. Klargestellt werden sollte allerdings, dass auch der durch Unterbekleidung bedeckte Intimbereich gemeint ist. Um mögliche nicht-strafwürdige Grenzfälle, wie sie in den Gesetzentwürfen beispielhaft genannt sind, sicher auszuschließen, sollte der subjektive Tatbestand auf absichtliches Handeln beschränkt werden. Bei einem Sexualdelikt verbietet sich die Ausgestaltung als Privatklagedelikt. Die Einführung der tätigen Reue beim folgenlosen, gegebenenfalls auch sofortigen, Löschen der Aufnahme sollte bedacht werden. Hinsichtlich des Downblousings schließe ich mich der Kritik des Bundesrates an. Es besteht die Gefahr, dass durch den neuen Tatbestand nicht-strafwürdige Alltagsfälle erfasst werden und damit weite Teile der Bevölkerung, jedenfalls im Sommer an touristischen Hotspots, Gefahr laufen, strafrechtliche Ermittlungen auf sich zu ziehen. Nimmt man die Formulierung des Tatbestandes ernst, wonach auch das Fotografieren der weiblichen Brust strafrechtlich nur erfasst wird, wenn dieser Bereich – ich möchte ergänzen „im

Augenblick der Aufnahme“ – gegen Anblick besonders geschützt ist, dann wird es kaum einen praktischen Anwendungsbereich geben, denn Topografie oder bauliche Gegebenheiten können allein den Unrechtsgehalt einer Tat nicht steigern. Einen Anfangsverdacht für strafrechtliche Ermittlungen könnten wir in diesem Fall gleichwohl haben. Ich schlage vor, auf eine weitergehende Erfassung des unbefugten Herstellens von Bildaufnahmen unbekleideter, also nackter Personen oder mit Bademode bekleideter Personen, egal in welcher Variante, zu verzichten. Auch hier besteht die Gefahr, dass wir nicht-strafwürdige Alltagsfälle kriminalisieren. Nehmen wir als ein Beispiel eine Frau, die einen knappgeschnittenen, ich möchte sagen, String-Badeanzug oder Bikini trägt. Ist dieses Gesäß unbekleidet, weil man ihren Po vollständig sieht, oder ist ein Foto von ihrer Rückseite strafbar? Wenn dem so ist: Wann bietet ein knappgeschnittener Badeanzug so viel Bedeckung, dass das Gesäß der Trägerin als bekleidet gilt? Wir sollten uns auf die Fälle beschränken, in dem der Täter einen Sichtschutz tatsächlich überwindet. Ein kurzes Wort zur Einbeziehung Verstorbener in den Tatbestand des § 201a StGB: Ich befürworte den Gesetzesvorschlag der Bundesregierung auch und bewusst mit seiner engen Fassung. Mit dem Merkmal „grob anstößig“ wird die Praxis, wie in anderen Bereichen auch bereits, zurecht kommen. Der Bundesgerichtshof etwa arbeitete bei einer alten Fassung des § 370 Abgabenordnung unproblematisch mit der Definition des groben Eigennutzes als besonders anstößigem Streben nach eigenem Vorteil. Auch bei § 201a StGB wird eine kontextbezogene Konturierung des Inhalts gelingen. Alle weiteren Vorschläge sehe ich unter Beachtung des Ultima-ratio-Prinzips kritisch und rate von ihrer Umsetzung ab.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Rebmann. Als Nächste hat Frau Seidel das Wort, die uns elektronisch zugeschaltet ist. Bitte schön.

SVe **Hanna Seidel**: „Kriegt du einen Ständer beim Drehen?“, „Downblouse-Tipps“ und „Upskirting ist in Deutschland erlaubt“ – das sind von mir ins Deutsche übersetzte Post-Überschriften auf der Seite thecandidforum.com in der Kategorie „equipment, shooting technics and everything else“, die jeweils mehrere hunderte, tausende und



einige sogar zehntausende Reviews und etliche Antworten haben. Dies ist eines von vielen Foren im Internet, in denen sich die Täter über Techniken, Tipps und Gesetze austauschen, ihre Beute teilen und sogar an Fotowettbewerben teilnehmen. Diese ... *[unverständlich wegen Tönstörung bei der Videoübertragung]* ist ein wichtiger Grund dafür, dass Upskirting und Downblousing pönalisiert werden sollten und dass bei der Umsetzung möglichst wenig Lücken offengelassen werden sollten, was bei einem Absichtserfordernis der Fall wäre. Es betrübt mich, dass Upskirting oft noch zum Randphänomen gemacht wird. Die Täter gehen vorrangig heimlich vor und wollen natürlich nicht erwischt werden, daher werden sie auch seltener erwischt. Dadurch und weil Upskirting von keinem deutschen Gesetz richtig erfasst wird und es somit keine verlässliche Kriminalstatistik gibt, ist davon auszugehen, dass die Dunkelziffer wahrscheinlich entsetzen könnte. Dieser Eindruck bestärkt sich, wenn man auf einschlägigen Pornoplattformen oder sogenannten Candid-Foren nachschaut. Candid beschreibt ein Foto, das man von einer Person ohne deren Wissen aufnimmt. Sogar die Google-Videosuche nach „Upskirt“ brachte mir gestern 31.500.000 Ergebnisse. Upskirting kann bei der Betroffenen einen psychischen Schaden hinterlassen, da einige quälende Fragen über die Tat hinaus bleiben können: „Wer befriedigt sich zu den Aufnahmen von mir?“, „Bin ich auf den Aufnahmen zu erkennen?“, „Sind die Aufnahmen auf Pornoplattformen hochgeladen worden?“, „Werden die Bilder negative Folgen für mein weiteres Leben haben?“ und „Wird mir so etwas nochmal passieren?“. Durch diese Fragen, ein Gefühl der Ohnmacht und Scham kann das Sexualleben und der generelle Lebensverlauf der betroffenen Personen beeinträchtigt werden. Der Täter ermächtigt sich meines Intimsten ohne meine Einwilligung. Ich weiß noch gut, wie lange ich mich schmutzig und benutzt gefühlt habe, nachdem ich mit 13 und 16 Jahren Opfer von Upskirting geworden war. Die zuvor genannten Gründe, meine Erfahrung und die Erfahrung anderer Betroffener, mit denen Ida Sassenberg und ich Kontakt während unserer Petition hatten, zeigen für mich ganz klar, dass das betroffene Rechtsgut ganz richtig vom Bundesrat als die sexuelle Selbstbestimmung gesehen und deshalb

unter § 184k StGB-E im Sexualstrafrecht verortet werden sollte. Eine Pönalisierung von Upskirting würde Täter abschrecken, Opfern helfen gegen die Täter vorzugehen und würde einen wichtigen politischen Schritt ganz im Sinne der vor mehr als zwei Jahren in Kraft getretenen Istanbul-Konvention bedeuten. Um es den Betroffenen nicht unnötig zu erschweren, sollte auf das Absichtserfordernis, wie gesagt, verzichtet werden. Dieses stellt eine große Lücke für die Täter dar und kann zu einem erneuten Ohnmachtsgefühl und einer erneuten Demütigung für das Opfer in einem Verfahren führen, da in vielen Fällen Wort gegen Wort stehen wird. Ich glaube, dass die Sorge von Dr. Gloria Berghäuser, die die meisten von Ihnen auch zitiert haben, dass die Diskussion über die Verfolgung der sexuellen Belästigung durch eine Verortung von Upskirting im Sexualstrafrecht neu entfacht würde, ja eigentlich eine Chance aufweist. Die deutsche Bevölkerung scheint sich gerade sehr schnell weiterzuentwickeln und wir sollten uns denen entgegenstellen, die verhindern wollen, dass unsere Gesellschaft offener und vor allem gleichberechtigter für alle wird. Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Seidel. Als Letzte hat das Wort Frau Steinl, die hier im Saal sitzt. Bitte schön.

SVe **Dr. Leonie Steinl**: Vielen Dank. Sehr geehrter Herr Vorsitzender, sehr geehrte Damen und Herren, im Namen des Deutschen Juristinnenbundes (DJB) bedanke ich mich für die Einladung und die Gelegenheit zur Stellungnahme. Wir begrüßen nachdrücklich das Anliegen des Gesetzgebungsvorhabens, unbefugte Bildaufnahmen intimer Körperregionen unter Strafe zu stellen. Der DJB befürwortet den Gesetzentwurf der Bundesregierung, rät jedoch dringlich einige Änderungen an. Ich werde mich im Folgenden auf drei Punkte konzentrieren und verweise im Übrigen auf unsere schriftliche Stellungnahme. Erstens: Der DJB fordert, das Tatbestandsmerkmal „soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind“ zu streichen und schlägt stattdessen folgende Formulierung vor: „soweit diese nach dem erkennbaren Willen der anderen Person gegen Anblick geschützt sein sollen“. Wie der Regierungsentwurf zutreffend ausführt, kommt es für die Verwirklichung strafwürdigen Unrechts darauf an, ob der Täter sich über den erkennbaren Willen des Opfers hinwegsetzt, seine besonders



schützenswerten Körperregionen dem Anblick Außenstehender zu entziehen. Mit der derzeitigen Formulierung steht jedoch zu befürchten, dass der Schutzbereich zu sehr beschränkt wird und Teile des strafwürdigen Unrechts nicht vom Tatbestand erfasst werden. Das Merkmal könnte als Einfallstor für opferbeschuldigende und von Sexualitätsmythen geprägte Argumente – wie „Wenn die Zeugin sich so kleidet, ist sie selbst schuld.“ – sowie stereotype Narrative von „anständiger“ Bekleidung fungieren. Dies stünde nicht zuletzt im Widerspruch zu den Vorgaben der Istanbul-Konvention. Darüber hinaus ist zu beachten, dass sich der Täter beim unbefugten Fotografieren absichtlich gerade auch äußere Gegebenheit oder Bewegungen des Opfers zu Nutzen macht, bei denen ein Kleidungsstück verrutscht. Solche Fälle sind genauso strafwürdig, da sich der Täter hier ebenso über den erkennbaren Willen des Opfers hinwegsetzt, seine schützenswerten Regionen dem Anblick Außenstehender zu entziehen. Das Gleiche gilt, wenn sich das Opfer in einem geschützten Raum teilweise entkleidet. Im Zuge der Änderungen muss deshalb klargestellt werden, dass nicht nur Bekleidung gegen Anblick schützen soll, sondern auch geschützte Räume. Versäumt der Gesetzgeber diese Klarstellung, so bleibt etwa die praxisrelevante, nicht-identifizierbare Bildaufnahme mittels verdeckter Kamera in Toiletten und Umkleidekabinen außen vor. Soweit die derzeitige Formulierung beibehalten wird, weist der DJB darauf hin, dass die Auslegung des Tatbestandsmerkmals nicht mit einer Bewertung der Bekleidung als „angemessen“ oder „anständig“ einhergehen darf. Es muss klar sein, dass auch kurze Röcke oder Kleider, knappe Hosen oder Oberteile erkennbar den Willen des Opfers zum Ausdruck bringen, seine darunter liegenden Körperregionen dem Anblick Außenstehender zu entziehen. Zweitens: § 201a Absatz 1 Nummer 4 StGB neue Fassung ist nicht in den Katalog der Privatklagedelikte mitaufzunehmen. Eine Verweisung auf den Privatklageweg würde dem Gedanken des Opferschutzes widersprechen. Der Privatklageweg ist mit teils erheblichen Belastungen sowie großem finanziellen Risiko für das Opfer verbunden. Ist der Täter unbekannt, ist das erfolgreiche Beschreiten des Privatklagewegs zudem so gut wie ausgeschlossen. Gerade in Fällen von geschlechtsspezifischer Gewalt, und

dabei handelt es sich bei dem hier in Rede stehenden Phänomen, wird dies den Rechten und Interessen des Opfers nicht gerecht. So hat auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in der Vergangenheit für den Fall der häuslichen Gewalt immer wieder betont, dass der Privatklageweg nicht angemessen ist. Drittens: Im Zuge der Änderungen ist klarzustellen, dass der Tatbestand neben dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung dient. Beim Phänomen der unbefugten Bildaufnahmen intimer Körperregionen handelt es sich auch um einen Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers, das so gegen seinen Willen zum Objekt sexuellen Begehrens anderer gemacht wird. Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank unsererseits. Damit sind wir am Ende der Einführungsrunde und kommen zur Fragerunde. Als Erster hatte sich der Kollege Luczak gemeldet, bitte schön.

Abg. Dr. Jan-Marco Luczak (CDU/CSU): Vielen Dank. Ich würde gerne eine Frage an Frau Grieser und dann eine Frage an Herrn Eisele richten wollen. Zunächst an Frau Grieser: Sie hatten ja gerade ausgeführt, dass Sie beim Downblousing der Auffassung sind, dass es hier keinen vergleichbaren Unrechtsgehalt gibt wie beim Upskirting, also insofern eine Einschränkung des Tatbestandes begrüßen würden, auch weil es dort Abgrenzungsschwierigkeiten gibt. Das fand ich, ehrlich gesagt, auch ziemlich überzeugend. Wir haben aber jetzt von einer anderen Sachverständigen, Frau Hoven, gehört, dass sie für eine Ausweitung des Tatbestandes plädiert, insbesondere wenn es um die Situation geht, dass sich jemand, also jetzt nicht am FKK-Strand, aber vielleicht an einem „normalen“ Textilstrand umzieht und dann in einem unbeobachteten Augenblick auch fotografiert oder aufgenommen wird. Wäre das etwas, wo Sie sagen würden, wenn man auf der einen Seite den Tatbestand beschränkt, dass man das vielleicht dann auch aufnehmen könnte, weil hier ein vergleichbarer Unrechtsgehalt, wie beim Upskirting, gegeben ist? Das wäre meine Frage an Sie. An Herrn Eisele würde ich meine zweite Frage richten wollen. Wir hatten jetzt von verschiedenen Sachverständigen Ausführungen zur Frage der systematischen



Verortung des Phänomens des Upskirtings gehört. Ich will nicht verhehlen, dass ich auch mit Blick auf die Opferperspektive, die das insbesondere als eine sexuelle Konnotation empfinden werden, eine Verortung in § 184k StGB-E durchaus auch nachvollziehbar finden kann. Sie hatten sich dagegen ausgesprochen, deswegen meine Frage: Gäbe es denn, wenn man eine systematische Verortung in den Sexualstraftaten vornehmen würde, Nachteile, die man dort befürchten müsste oder ist es eher eine formale Frage der Regelungstechnik? Da würde ich gerne noch einmal Ihre Auffassung zu erfahren.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Luczak. Frau Bayram, bitte.

Abg. **Canan Bayram** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich habe zwei Fragen an Frau Lederer und zwar: Manche meinen, dass das Ordnungswidrigkeitenrecht mit seinen Geldbußen nicht die geeignete Sanktion sei. Sie hatten jetzt ausgeführt, dass Sie das für einen gangbaren Weg halten. Käme denn nach Ihrer Erfahrung, bei der von der Bundesregierung geplanten strafrechtlichen Sanktion, wenn denn der Tatnachweis überhaupt gelingt, in der Regel etwas anderes heraus als eine Geld-Sanktion? Das ist meine erste Frage. Und die zweite Frage auch an Sie, Frau Lederer: Wie schätzen Sie die beiden vorgeschlagenen Straftatbestände aus strafrechtspraktischer und aus der Sicht einer Strafverteidigerin ein? Auch hinsichtlich des zu erwartenden Verteidigerungsverhaltens? Nur nochmal zur Klarstellung: In Bezug auf das Fotografieren der Opfer gibt es für uns keinen Dissens, das bezieht sich jetzt hier nur auf die Vorschläge – so wie Sie es hier auch in Ihrer Stellungnahme gesagt haben – zu Downblousing und Upskirting.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Jung, bitte.

Abg. **Ingmar Jung** (CDU/CSU): Vielen Dank. Ich muss mich jetzt mal kurz für zwei Sachverständige entscheiden. Ich will auch quasi zwei Vorhalte machen. Einmal an Herrn Professor Eisele: Wir haben von Frau Dr. Lederer gehört, dass sie Bedenken hat, dass wir hier dem Ultima-ratio-Prinzip Genüge tun. Vielleicht können Sie aus Ihrer Sicht nochmal darlegen – Sie haben von Strafwürdigkeit gesprochen –, wo für Sie die

Grenze zwischen Aktionismus und Strafwürdigkeit ist, ob die Grenze hier eingehalten ist und wie man in zulässiger Weise an der Stelle Strafrecht schaffen kann? Und Frau Dr. Grieser: Sie würde ich gerne auch nochmal nach der Einordnung im StGB fragen. Wir haben von Herrn Prokop das Argument gehört, dass ja jetzt schon das Fotografieren des ganzen Körpers in grundsätzlich geschützten Räumen von § 201a StGB erfasst sei und deshalb eine klare Wesensverwandtheit zum neuen Straftatbestand bestehe. Sehen Sie das auch so oder sehen Sie da gleichwohl Unterschiede und worin bestehen diese?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Peterka, bitte.

Abg. **Tobias Matthias Peterka** (AfD): Vielen Dank. Ich hätte zwei Fragen an Frau Steidl. Und zwar: Sie haben ja richtig ausgeführt, dass möglichst weitgehender, auch strafrechtlicher Schutz zur Abschreckung notwendig ist. Und Sie haben auch – vorsichtig, nehme ich mal an – angedeutet, dass auf der Täterseite je nach Sozialisationshintergrund verschiedene Rechtfertigungen kommen könnten und davon die Forderung abgeleitet, dass Sie bei dem Merkmal „gegen Anblick geschützt“ auf den erkennbaren Willen abstellen wollen. Da ist meine Frage: Würde das denn nicht gerade die Rechtfertigung befördern? Zumindest, wenn man hier auf den subjektiv erkennbaren Willen abstellt, wenn ein Täter je nach Sozialisation eben glaubhaft macht: „Für mich war das hier nicht erkennbar, dass das geschützt sein soll.“ Sie haben es ja angedeutet mit: „Wenn sie sich so anzieht, dann...“. Deswegen die Frage, ob das nicht inkonsequent ist oder ob man hier auf einen objektiven Willen abstellt, dann könnte man das ja auch gleich bei dem eigentlichen Tatbestandmerkmal belassen? Und die andere Frage: Wie stehen Sie dann zu dem von uns aufgebrachten Merkmal „Badebekleidung“, das wir ja extra darüber hinausgehend einführen? Gerade bei Badebekleidung sind ja auch herabwürdigende Situationen vorstellbar. Wir haben ja noch andere Ausführungen gehört, was dort im Internet passiert – wie stehen Sie dazu? Aus unserer Sicht ist nämlich gerade auch Badebekleidung sehr anfällig für solche Fotosammlungen, von den wir gehört haben.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Martens, bitte.



Abg. **Dr. Jürgen Martens** (FDP): Vielen Dank. Für die Fraktion der FDP möchte ich mich auch zunächst bei den Sachverständigen bedanken, dass sie uns hier zur Verfügung stehen. Ich habe zwei Fragen an Frau Professorin Hoven. Die Einordnung des Upskirtings wird verschiedentlich entweder im 13. oder im 15. Abschnitt vorgenommen. Man kann es als Sexualdelikt sehen, aber dann liegt der Schwerpunkt wohl eher auf der Verwendung der Aufnahmen oder liegt der eigentliche Unrechtsgehalt nicht schon eher in der Aufnahme selber, in dem Fertigen der Aufnahmen? Und dann ist die Frage: Was hat das für Konsequenzen bei der Normkategorisierung? Und was spräche für das eine bzw. für das andere? Das ist die zweite Frage.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Martens. Frau Akbulut, bitte.

Abg. **Gökay Akbulut** (DIE LINKE.): Vielen Dank auch von uns für die Beiträge. Ich habe eine Frage an Herrn Professor Eisele und eine Frage an Frau Seidel. Herr Eisele, Sie weisen in Ihrem Artikel darauf hin, dass in den meisten anderen Ländern im subjektiven Tatbestand vorausgesetzt wird, dass die Tat in der Absicht vorgenommen wird, sich selbst oder einem Dritten eine sexuelle Befriedigung zu ermöglichen, auch lässt sich die Handlung dadurch dem Sexualstrafrecht zuordnen. Wie würde unter dieser Prämisse eine gute Formulierung des vom Bundesrat vorgeschlagenen § 184k StGB-E lauten? Welchen Vorschlag würden Sie haben? Und eine weitere Frage an Frau Seidel: Sie machen in Ihrer Stellungnahme auch den Zusammenhang zu sexueller Belästigung deutlich – warum fällt Upskirting darunter? Weshalb würden Sie sich für die Regelung in dem 13. Abschnitt – Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung –, wie vom Bundesrat vorgeschlagen, aussprechen?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Und als Nächste Frau Dilcher.

Abg. **Esther Dilcher** (SPD): Ich bedanke mich auch ganz herzlich für die sehr interessanten Ausführungen der Sachverständigen. Eine Frage an Herrn Dr. Prokop: Und zwar gibt es Fälle, in denen möglicherweise auch Täter den Opfern mehrmals auflauern, so dass auch eine Strafbarkeit nach dem Stalking-Paragraphen in Betracht kommen könnte. Wie sehen Sie das Verhältnis?

Müsste man da eventuell bei § 238 StGB auch nochmal nachschärfen, dass das dann zusammen passt? Und eine Frage an die Frau Dr. Steinl, die mir der Kollege von der AfD auch so ein bisschen vorweggenommen hat. Sie haben ja gesagt, es müsste über den Vorsatz nochmal gesprochen werden. Ich denke mal, das werden Sie ihm dann beantworten, welche Vorsatzform Sie präferieren. Für mich wäre jetzt auch nochmal wichtig: Sie haben gesagt, das Tatbestandsmerkmal würden Sie ganz streichen und den Schutzbereich dann weiterfassen, der sei zu sehr eingeschränkt. Wenn man den Tatbestand weiter fasst, wie groß schätzen Sie die Gefahr ein, dass dann eventuell durch Rechtsfortbildung da die Merkmale festgelegt werden? Wie weit geben wir da auch etwas aus der Hand, was wir jetzt regeln können? Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Kollegin Dilcher. Damit sind wir am Ende der Fragerunde, kommen jetzt zur Beantwortung. Da gehen wir in umgekehrter alphabetischer Reihenfolge vor. Das heißt, wir beginnen mit Frau Steinl, die zwei Fragen gestellt bekommen hat von Herrn Peterka und jetzt gerade zuletzt eine Frage von Frau Dilcher. Bitte schön, Sie haben das Wort.

Sve **Dr. Leonie Steinl**: Vielen Dank. Zu der ersten Frage von Herrn Peterka: Grundsätzlich ist es so, dass solch opferbeschuldigendes Tätervorbringen oder Verteidigungsverhalten nichts mit dem Sozialisationshintergrund zu tun hat, oder wenn, dann nur insofern, als dass geschlechtspezifische Gewalt in Deutschland weit verbreitet ist und nicht exklusiv bei ethnischen Minderheiten oder anderen Minderheiten zu verorten ist, sondern sich durch alle Gesellschaftsgruppen und alle sozialen Schichten und Bevölkerungsgruppen zieht. Und dieses opferbeschuldigende Zuschreiben bei Sexualdelikten kennen wir aus allen Formen von sexualisierter Gewalt in allen gesellschaftlichen Bereichen. Unsere Formulierung des erkennbaren Willens würde unseres Erachtens nicht die Rechtfertigung befördern, sondern es kommt natürlich auf den erkennbaren Willen an, insofern, als dass das Opfer sich erkennbar schützen will vor dem Anblick Außenstehender. Und das kann durch Bekleidung zum Ausdruck kommen. Das wird aber nicht aufgehoben, wenn das kurzzeitig verrutscht oder



wenn der Täter sich zum Beispiel äußere Gegebenheiten zu Nutze macht, wie wenn das Opfer über einen Luftschacht läuft oder wenn das Kleid kurz hochfliegt, sondern genau dann würde unser Vorschlag eben auch dafür sorgen, dass weiter nach dem subjektiv erkennbaren Willen diese darunterliegenden intimen Körperregionen vor Anblick geschützt sein sollen. Insofern wäre hier eben ein größerer strafwürdiger Unrechtsbereich erfasst, da eben auch in solchen Fällen ein Hinwegsetzen über den erkennbaren Willen des Opfers vorliegt. Zudem würden dann auch solche Konstellationen, in denen nicht nur Bekleidung schützt, sondern insbesondere auch räumliche Gegebenheiten schützen können, davon erfasst sein können. Zur Frage der Badebekleidung sehe ich keine vergleichbare Konstellation hier. Tatsächlich stellen wir genau auf diesen Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung ab, der eben dann geschieht, wenn Nacktaufnahmen der Person hergestellt werden; insofern würde ich da eine Differenzierung ziehen. In beiden Fällen wäre das Tätervorbringen ähnlich. Es ist also nicht so, dass Formulierungen wie „nach dem erkennbaren Willen“ dafür sorgen, dass solch opferbeschuldigendes Tätervorbringen in der Verhandlung keine Rolle spielt. Und deshalb ist es auch nochmal ganz wichtig, dass die Istanbul-Konvention hier klar vorsieht, dass wir eben ein geschlechtsbewusstes Verständnis von geschlechtsspezifischer Gewalt brauchen und deshalb auch eine Fortbildungsverpflichtung für alle Berufsgruppen, die mit Opfern von solcher Gewalt zu tun haben, hier eine notwendige Voraussetzung ist, um eben die nötige Sensibilisierung und auch das Verständnis für diese Form von geschlechtsspezifischer Gewalt, deren Auswirkungen und auch die Vermeidung von Sekundärviktimisierung in Strafprozessen hier ermöglichen zu können. Zu der Frage von Frau Dilcher: Richtig, wir sprechen uns aus für eine weitere Fassung, wo eben auch dieses kurzzeitige Verrutschen erfasst wird, wo es nach der derzeitigen Formulierung eben gerade in dem Moment nicht vor Anblick geschützt ist, oder eben auch diese räumlichen Gegebenheiten – also nicht nur die Bekleidung –, sondern tatsächlich auch, wenn man sich in einer Toilette entblößt und da eine versteckte Kamera ist, wo aber Nummer 1 des derzeitigen Tatbestandes nicht gegeben ist, weil die Person nicht identifizierbar

ist. Das halten wir für sehr wichtig, weil es auch eine sehr praxisrelevante Konstellation ist, die genau dem gleichen Phänomen der unbefugten sexualisierten Bildaufnahmen entspricht. Eine Gefahr der Rechtsfortbildung sehe ich hier nicht, also im Strafrecht grundsätzlich schon aufgrund des Analogieverbots und auch der restriktiven Handhabung nicht. Ich würde aber eben dafür plädieren, dass man in der Gesetzesbegründung klar umschreibt, welche Fälle davon erfasst sein sollen – also, dass es nicht nur Bekleidung ist, sondern auch geschützte Räume, und vielleicht auch, welche geschützten Räume man darunter fassen möchte. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank meinerseits. Als Nächste hat Frau Seidel das Wort mit der Antwort auf die Frage von Frau Akbulut.

SVe **Hanna Seidel**: Also die Auswirkungen auf das Sexualleben der Betroffenen sind einfach ganz enorm, unabhängig davon, was die Motivation des Täters war, das kann ich nur selbst sagen. Es ist für sehr, sehr viele danach anders als vorher. Und unabhängig davon – glaube ich –, wie stark eine Person ist, kann das länger dauern oder auch mal schneller gehen. Aber wir hatten Kontakt mit sehr vielen Betroffenen und da hat es bei vielen zu einer sehr langen Beschneidung, bei manchen sogar immer noch anhaltenden Beschneidung, des Sexuallebens geführt. Unabhängig davon ist aber die Motivation des Täters sehr häufig auch ganz klar sexuell. Man wird gegen seinen Willen zum sexuellen Objekt des Täters gemacht und sehr oft landen diese Aufnahmen auch noch auf Pornoplattformen oder werden in den von mir genannten Foren ausgetauscht. Ich denke, dass die Verortung im Sexualstrafrecht, wie vom Bundesrat gefordert, ein sehr wichtiges Zeichen für Betroffene wäre und – wie ja auch schon genannt wurde – es ein gutes abschließendes Gefühl für ein Opfer nach einer Verhandlung sein kann, dass man weiß, für diese Tat ist der Täter zur Rechenschaft gezogen worden und für diese Tat wurde der Täter bestraft und nicht, weil er meine Persönlichkeit angegriffen hat, sondern weil er meine sexuelle Selbstbestimmung angegriffen hat. Deswegen: Er hat eine Sexualstraftat begangen – das ist, glaube ich, ein sehr wichtiges Zeichen. Das ist in dem Fall einfach das betroffene Rechtsgut und sollte demnach auch so behandelt werden.



Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Herr Prokop ist als Nächster an der Reihe mit der Antwort auf die Frage von Frau Dilcher.

SV Dr. Clemens Prokop: Ja, in der Tat erleben wir auch Fälle, in denen eben diese Vorgänge des Upskirtings mit einer Fixierung auf eine bestimmte Frau verbunden sind, das dann zur Folge hat, dass eben neben den bereits geschilderten entwürdigenden Vorgängen selbst auch eine zusätzliche psychische Belastung auf die Frau zukommt, weil sie eben feststellt, dass hier diese Fixierung auf sie vorliegt. Damit kommt natürlich auch eine mögliche Strafbarkeit dieses Verhaltens als Nachstellung im Sinne des § 238 StGB in Betracht. Das Problem in der Praxis ist allerdings dabei, dass nach dem Gesetzeswortlaut in § 238 StGB eine schwerwiegende Beeinträchtigung als Folge der Tat gefordert wird. Und diese schwerwiegende Beeinträchtigung als Folge wird von der Rechtsprechung angenommen bei Folgen wie Aufgabe des Arbeitsplatzes, Aufgabe der Wohnung, Umzug in eine andere Stadt, aber nicht bei bloßen psychischen Auswirkungen. Das hat zur Folge, dass dieser Tatbestand der Nachstellung über den Begriff „Stalking“ in der Praxis fast nie richtig zur Anwendung kommt, jedenfalls nicht in der Anwendung, so wie es dem Gesetzeszwecke entspricht, und vor allem nicht zur Anwendung kommt, wenn wir Upskirting mit Fixierung verbunden erleben und damit für die Frauen eine doppelte Belastung entsteht. Mein Vorschlag wäre eben hier, um generell den Tatbestand des 238 StGB für Stalking-Fälle besser zu fassen, aber insbesondere auch, wenn eine Kombination von Upskirting-Fällen mit Fixierung auf eine bestimmte Frau vorliegt, das Tatbestandsmerkmal der schwerwiegenden Beeinträchtigung abzumildern und hier als Tatbestandsmerkmal eben nur „in nicht unerheblicher Weise“ aufzunehmen, weil wir dann auch bei Fixierungen diese Fälle über den 238 StGB zusätzlich strafrechtlich erfassen könnten.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Dann gab es zwei Fragen von Frau Bayram an Frau Lederer.

SVe Dr. Jenny Lederer: Zu der ersten Frage: Ich muss sagen, dass wenn allein das Upskirting in Rede steht, also nicht weitere schwerwiegende Straftaten im Raum stehen, und ein erstmaliges

Auffallen des Beschuldigten in Rede steht, könnte ich mir vorstellen, dass eher an Einstellungen gedacht wird und an Geldstrafen und nicht an Freiheitsstrafen. Aber die Möglichkeit besteht, wenn man das so einführt wie vorgeschlagen, zum Beispiel dann bei Wiederholungstaten oder wenn eben auch andere Straftaten mit eine Rolle spielen. Und was ich dazu ergänzen möchte: Wenn man es eben nicht im Ordnungswidrigkeitenrecht regelt, sondern im Strafrecht, können ja auch eine Vielzahl von weiteren einschneidenden Maßnahmen damit verbunden sein, zum Beispiel je nach Verortung die Nebenklage oder auch das von Herrn Rebmann angesprochene Führungszeugnis, die Stigmatisierung als Sexualstraftäter, wenn man das im Sexualstrafrecht verorten würde. Zu der zweiten Frage: Also ich sehe durchaus viele Probleme in der praktischen Anwendung und in der Umsetzung. Zum einen: Wenn man sich einen Strafprozess vorstellt, auch in der Auslegung, in der Abgrenzung von den Tatbestandsmerkmalen, in der Frage der Individualisierung, da kann man sich natürlich die Fälle vorstellen, dass man durch eine Ermittlungsmaßnahme, durch einen Zugriff, plötzlich auf ganz viele Upskirting-Fotos stößt, bei denen aber die Opfer nicht individualisiert werden können. Das ist sowohl ein praktisches Problem für die Strafverfolgungsbehörden, als auch dann für die Strafverteidigung für den Beschuldigten, um sich da eben auch möglicherweise erklären zu können, wie es dazu kam. Das Strafantragserfordernis wird gerade auch in dem Zusammenhang mit der Individualisierung eine Rolle spielen, ob es dann auf eine quasi automatische Annahme des besonderen öffentlichen Interesses hinausläuft oder ob man da abwägt und eben sagt: „Das übersteigt auch die Kapazitäten.“ Und was ich angesprochen hatte, was ich auch als Probleme sehe, ist eben diese Opferpräzipitation, die auch aus Strafverteidiger-Sicht, aber auch aus gerichtlicher Sicht in der Strafzumessung eine Rolle spielen wird und die im Grunde ja auch keiner von uns will, dieses „blaming the victim“. Das wurde hier schon mehrfach angesprochen: der kurze Rock oder der weite Ausschnitt. Aber in einem Strafprozess wird das zur Sprache kommen und auch das birgt dann viele praktische Probleme. Und ich befürchte dann auch eben diese Frustration, mit der dann den Opfern auch nicht geholfen wird. Danke.



Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Lederer. Jetzt hat das Wort Frau Hoven mit den Antworten auf die beiden Fragen von Herrn Martens.

SVe **Prof. Dr. Elisa Hoven**: Danke schön. Die erste Frage bezog sich darauf, wo das Schutzinteresse liegt, gerade mit dem Blick darauf, dass es hier um das Fertigen der Aufnahme und auch den Besitz der Aufnahme geht und nicht um ein Hochladen, Verbreiten etc. Denn ja, auch da ist ganz klar das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung berührt, denn hier geht es ja gerade darum, dass der Täter einen bestimmten Moment nutzt, den perpetuiert, dann dieses Bild hat und das Opfer auch weiß: „Der Täter hat dauerhaft ein solches Bild von mir.“ Und das ist in meinen Augen ganz klar ein Bereich, wo wir hier im Bereich der sexuellen Selbstbestimmung sind. Was spricht für, was spricht gegen die Einordnung entweder bei § 201a StGB oder als Sexualstraftat? Für die Einordnung bei § 201a StGB spricht in der Tat – das wurde hier ja auch schon mehrfach angedeutet –, die Parallelität auch in den Formulierungen. Es geht ja ganz konkret bei § 201a StGB um Bildaufnahmen, da bietet es sich natürlich irgendwie auch auf den ersten systematischen Blick an, das dort zu verorten. Ich denke auch, dass man das machen kann. Ich würde mich trotzdem dafür aussprechen, das lieber in den Bereich der Sexualdelikte zu ziehen, denn meiner Ansicht nach ist entscheidender als eine solche eher systematische Überlegung die Frage: „Was ist hier Kern des Unrechtsvorwurfs?“ Und die Initiativen und auch die Auswirkungen, die Frau Seidel beschrieben hat, zeigen, worum es hier im Kern geht, nämlich um eine Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung. Und ich denke, dass der Gesetzgeber hier die Möglichkeit hat, klar gegenüber der Gesellschaft und auch den Opfern zu kommunizieren, dass er dieses spezifische Unrecht sieht, das über das hinausgeht, was wir sonst in § 201a StGB haben. Ich möchte da nur kurz am Rande zu sagen, dass ich auch nicht denke, dass es hier in irgendeiner Form um politischen Aktionismus geht. Frau Lederer hat völlig Recht, zu sagen, dass man bei der Einführung neuer Straftatbestände immer eine gewisse Zurückhaltung an den Tag legen sollte. Hier haben wir aber ein wirklich neues Phänomen mit einem ganz erheblichen Unrechtsgehalt. Und da haben wir gerade keinen

politischen Aktionismus, sondern eine politische Notwendigkeit, dass der Gesetzgeber das aufgreift – der muss auf solche neuen Phänomene reagieren und das Strafrecht ist der richtige Ort dafür. Es im bagatellarisch konnotierten Ordnungswidrigkeitenrecht zu verorten, hielte ich für grenzwertig. Ein letzter Satz dazu: Wenn man gerade diesen Vorwurf des politischen Aktionismus vermeiden will, und auch klar sagt, dass es sich um ein Sexualdelikt handelt, ist es meiner Ansicht nach wirklich wichtig, sich zu überlegen, was von diesem Schutzzweck noch erfasst sein sollte, um halt nicht nur ein kleines Gesetz zu machen, was ganz konkret einen Lebenssachverhalt umschreibt. Da finde ich es mehr als naheliegend, die unbefugte Erstellung von Nacktaufnahmen – da sind ja viele Bereiche, nicht nur das von mir skizzierte Beispiel, denkbar – ebenfalls unter Strafe zu stellen, weil da der Eingriff gerade in das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung noch viel massiver ist, als beim bloßen Upskirting; gerade in Anbetracht der Tatsache, dass § 201a StGB von der Justiz in der Praxis bislang ziemlich eng ausgelegt wird, was die geschützten Räume angeht, und hier ein wirkliches Schutzinteresse besteht. Danke schön.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Hoven. Nun Frau Grieser mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Luczak und Herrn Jung.

SVe **Dr. Veronika Grieser**: Vielen Dank. Zunächst die Antwort auf die Frage von Herrn Luczak: Sie hatten nach dem Downblousing gefragt, wenn das Umziehen am Strand usw., Gelegenheitsfotos der weiblichen Brust ermöglicht – wie das zu bewerten ist. Wenn man den Tatbestand in dieser Art und Weise ausweiten würde, gäbe es sicherlich kein Abgrenzungsproblem wie das, das ich beim Entwurf der Bundesregierung für das Downblousing gesehen habe. Dieses Argument würde dann wegfallen. Meines Erachtens kann man jetzt so argumentieren, dass der Unrechtsgehalt sogar höher ist, weil die nackte Brust abgebildet ist. Man kann aber auch argumentieren, dass es nach wie vor nicht eines aktiven Umgehens des Sichtschutzes durch den Täter bedarf. Beim Upskirting umgeht der Täter diesen Sichtschutz ja aktiv. Das ist ein Aspekt, finde ich, der den Unrechtsgehalt erhöht. Das andere lässt sich natürlich diskutieren. Ich sehe den Unrechtsgehalt beim Upskirting als höher an, weil das



andere ein Augenblick ist und der Täter den Schutz nicht selbst aktiv umgeht. Die Abgrenzungsproblematik hat man dann jedenfalls nicht. Und zu der zweiten Frage – zur Einordnung im Strafgesetzbuch – hat Frau Professorin Hoven schon viel gesagt, da kann ich mich weitgehend anschließen. Sicherlich ist in beiden Fällen das Recht am eigenen Bild betroffen, aber ich denke doch, dass der Schwerpunkt auf dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung liegt, und bei diesen Delikten auch rechtfertigt – auch wenn eine gewisse Parallelität zu den anderen Bildaufnahmen besteht –, dafür einen eigenen Tatbestand in den Sexualstraftaten zu normieren. Es geht um die aktive Umgehung des Sichtschutzes durch den Täter. Das ist ein virtueller Eingriff in den Intimbereich. Und man muss sich doch hier fragen, anders als jetzt bei § 201a Absatz 1 Nummer 1 StGB, welche Körperteile denn fotografiert werden. Es werden ganz gezielt Genital- und Gesäß-Bereich fotografiert und die Motivation des Täters ist ganz klar eine sexuelle. Es geht um die Befriedigung, um die sexuelle Befriedigung des Täters anhand dieser Fotos oder schon durch das Fertigen dieser Aufnahmen. Und genauso fühlen sich die Opfer. Sie fühlen sich in ihrem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung getroffen, zutiefst getroffen. Und ich finde, dem wird man überhaupt nicht gerecht, wenn man es mit dem Recht am eigenen Bild abtun will. Danke schön.

Der stellvertretende Vorsitzende: Vielen Dank, Frau Grieser. Als Letzter hat das Wort Herr Eisele mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Luczak, Herrn Jung und Frau Akbulut.

SV Prof. Dr. Jörg Eisele: Ich beginne mit der Frage von Herrn Luczak zur systematischen Verortung dieses Deliktes. Man muss, glaube ich, sehen, dass tatsächlich beide Bereiche betroffen sind: das Recht am Bild und das sexuelle Selbstbestimmungsrecht. Und deshalb ist es so schwierig, eine klare Zuordnung vorzunehmen. Ich habe mich ja eher dafür ausgesprochen, es bei § 201a StGB zu verorten. Mein Gedanke war, dass der Tatbestand, so wie er in den Entwürfen vorliegt, eben keinen hinreichenden Bezug zu Sexualdelikten in seiner Ausgestaltung hat. Ein Beispiel: Bei § 184i StGB brauchen wir eine sexuell bestimmte Berührung. Oder man könnte an eine bestimmte sexuelle Absicht denken, wie die Upskirting-Tatbestände

im Ausland teilweise ausgestaltet sind. Da hätten wir einen eindeutigen Bezug. Nach der jetzigen Ausgestaltung liegt der nicht auf der Hand, sondern da liegt der Schwerpunkt eben auf dem Bildnis-Schutz. Im Prinzip geht es mir aber darum, dass man keinen Flickenteppich schaffen sollte, indem man – wie Frau Hoven ja zu Recht gesagt hat – mit dem Upskirting nur einen kleinen Teil herausnimmt, sondern wir haben ja momentan in § 201a Absatz 3 StGB die Nacktaufnahmen von Kinder, die gegen Entgelt angefertigt werden und da gilt natürlich selbstverständlich dasselbe. Da geht es darum, Nacktbilder zu kommerzialisieren und da ist selbstverständlich auch das sexuelle Selbstbestimmungsrecht betroffen. Deshalb war mein Gedanke, eben einen einheitlichen Tatbestand zu schaffen, der die Intimsphäre schützt. Nach meinem Vorschlag wäre das ein § 201b StGB-E. Man könnte aber eine solche Regelung ebenso gut – wenn sie insgesamt diesen Bereich regelt – in das Sexualstrafrecht aufnehmen. Wichtig wäre mir nur, dass es einheitlich an einem Standort gemacht wird und dann die Dinge, die jetzt im § 201a StGB enthalten sind, tatsächlich auch mit in das Sexualstrafrecht überführt werden, weil ich da tatsächlich keinen Unterschied sehe bei Nacktaufnahmen von Kindern usw. Nach meinem Vorschlag würden auch jegliche Bilder der Genitalien, des Gesäßes erfasst, so dass der Fall, den Frau Hoven geschildert hat, mit dem Umziehen am Strand, von einem solchen Tatbestand auch erfasst wäre. Und da wäre es gut vertretbar, das im Sexualstrafrecht zu regeln. Dann darf ich vielleicht mit der dritten Frage fortfahren, weil die damit zusammenhängt. Das war die Frage, ob man nicht irgendwie eine Absicht, eine sexuelle Absicht verlangen sollte. In der Tat ist es in England und Wales erforderlich, dass ein sexueller Anreiz besteht. In Australien verlangt der Tatbestand des Upskirtings, dass man handelt, um sich oder einem anderen eine Befriedigung zu ermöglichen. Ich persönlich wäre da eher skeptisch. Ich denke, das wird im Einzelfall dann doch schwer nachweisbar sein, wenn der Täter mit allen möglichen Ausreden kommt und sagt: „Ja, das ist bei mir eher nur so eine sportliche Betätigung, auf eine sexuelle Komponente kommt es mir gar nicht an.“ Deshalb würde ich persönlich auf die Ausgestaltung als Absicht verzichten. Was sicherlich diskutabel wäre, was auch angesprochen wurde,



wäre, dass der Eventualvorsatz möglicherweise herausgenommen wird und auf Wissentlichkeit abgestellt wird – darüber könnte man nachdenken. Dann die Frage von Herrn Jung: Ultima-ratio-Prinzip und Strafwürdigkeit. Ich denke, das Ultima-ratio-Prinzip ist hier nicht verletzt. Wir haben einen schwerwiegenden Eingriff in die Intimsphäre und zwar bereits mit Herstellen der Aufnahme. Dieser Eingriff wird perpetuiert. Und was im Kunsturheberrecht auch eine Rolle spielt: Man muss ja sehen, dass es möglich ist, dass der Betroffene auch bei Aufnahmen in der Intimsphäre nachher identifiziert wird und deshalb auch durch die Verbreitung nochmal schwerwiegend betroffen wird. Also insgesamt würde ich sagen, auch unter verfassungsrechtlichem Blickwinkel, dass hier das Ultima-ratio-Prinzip nicht verletzt ist und der Gesetzgeber legitimiert ist, einen entsprechenden Straftatbestand zu schaffen.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Wir sind am Ende der ersten Antwortrunde. Jetzt schaue ich nochmal in die Runde, ob es weitere Fragen gibt. Da hat sich als erstes Frau Bayram gemeldet.

Abg. **Canan Bayram** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Und zwar habe ich zwei Fragen an Herrn Professor Eisele. Die erste Frage ist: Gibt es – und wenn ja, welche – Erkenntnisse zur Abschreckungswirkung von Straftatbeständen, wie sie hier vorgeschlagen werden? Bekanntlich ist ja etwa die Verbreitung der sogenannten einfachen Pornographie, § 184 StGB, eine praktisch weitgehend leerlaufende Strafnorm, die zudem, obwohl Officialdelikt, kaum effektiv verfolgt wird. Und die zweite Frage: Was meinen Sie als Strafrechtslehrer, ist der Gesetzgeber nicht verpflichtet, ungeachtet dessen, worin man den Zweck von Kriminalstrafen sieht, seine Begründung für neue Straftatbestände auf empirisch verifizierbare Fakten zu stützen oder reicht die – ja durchaus berechnete – Empörung für die Schaffung von Strafrecht aus?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Frau Dilcher, bitte.

Abg. **Esther Dilcher** (SPD): Meine Frage zielt in eine ähnliche Richtung, geht aber an Frau Dr. Steinl und Herrn Dr. Prokop. Es ist ja thematisiert worden, dass es durchaus auch im

Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts angesiedelt werden könnte. An Herrn Dr. Prokop, mit Ihrer praktischen Erfahrung: Da frage ich mich dann auch, was das jetzt für eine Wirkung auf den Täter hat. Wir wollen zukünftig solche Handlungen vermeiden. Was passiert Ihrer Auffassung nach, wenn wir das im Ordnungswidrigkeitenrecht lassen? Oder bedarf es da wirklich einer strafrechtlichen Sanktionierung? Es soll zum einen sanktionieren, zum anderen abschrecken. Kann ich das, wenn ich das im Ordnungswidrigkeitenrecht lasse? Dieselbe Frage auch an Frau Dr. Steinl. Sie fordern ja dann im Prinzip, sage ich mal, zu dem, was uns jetzt vorliegt, noch weitere Verschärfungen. Könnten Sie sagen: „Besser so, wie wir es jetzt hier vorliegen haben, als im Ordnungswidrigkeitenrecht ansiedeln oder gar nichts machen?“

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Jetzt Herr Jung als Nächster.

Abg. **Ingmar Jung** (CDU/CSU): Ich hätte eine Frage, für die mir so ein bisschen eine Einschätzung fehlt. Wir haben jetzt mehrmals schon eine Differenzierung zwischen Upskirting und Downblousing gehört. Was ich überhaupt nicht einschätzen kann, wie da die tatsächliche Relevanz draußen ist. Gibt es das eine besonders oft und das andere besonders selten oder kommt das alles genauso oft vor? Herr Rebmann, Frau Dr. Grieser, ich weiß nicht, ob es da staatsanwalt-schaftliche Erfahrungen gibt. Vielleicht können Sie uns da irgendwie mal eine Einschätzung zu geben.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Frau Akbulut, bitte.

Abg. **Gökay Akbulut** (DIE LINKE.): Ich habe eine Frage an Frau Seidel und Frau Steinl. Gerade in Bezug auf Ihre Stellungnahmen zu der Istanbul-Konvention – können Sie das nochmal kurz ausführen, inwiefern sich im Grunde genommen auch die Bundesregierung hier gegen die Konvention stellt, weil von der Istanbul-Konvention ja Upskirting auch mitbenannt wird? Könnten Sie das vielleicht nochmal ausführen?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Und nun Herr Luczak.

Abg. **Dr. Jan-Marco Luczak** (CDU/CSU): Danke. Ich hätte eine Frage, die ich an Herrn Rebmann



und Herrn Eisele richten möchte. In § 201a StGB wird ja in Nummer 4 auf die Unterbekleidung abgestellt. Wir haben jetzt hier schon gehört, dass man möglicherweise auch auf Unterwäsche als Begriff gehen könnte. Jetzt aber nochmal ein anderer Gedanke: Wie sieht es denn mit der Konstellation aus, wenn jetzt eine Frau beispielsweise eine Bluse trägt und darunter keine Unterbekleidung, auch keine Unterwäsche. Wenn ich da jetzt ein Bildnis von erstelle – also das Downblousing –, wäre das doch, weil es eben gar keine Unterbekleidung gibt, vom Tatbestand jetzt erstmal nicht erfasst. Es wäre aber wohl in gleicher Weise strafwürdig, würde ich meinen. Da würde mich nochmal Ihre Einschätzung interessieren, ob man nicht an der Stelle den Tatbestand ein wenig eng gefasst hat, wenn man das Downblousing grundsätzlich erfassen will. Das wäre meine Frage. Und vielleicht nur ergänzend, Frau Seidel, hinsichtlich der Frage von Herrn Jung, was die Empirie zu Downblousing und Upskirting angeht: Könnten Sie vielleicht, weil Sie doch wahrscheinlich am meisten Kontakt zu den Betroffenen haben, dazu auch nochmal eine Einschätzung zu geben?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Das war die zweite Fragerunde und jetzt kommen wir zur Beantwortung. Diesmal gehen wir wieder in alphabetischer Reihenfolge vor, so dass als Erster Herr Eisele das Wort hat mit den Antworten auf die beiden Fragen von Frau Bayram und die eine Frage von Herrn Luczak. Bitte schön.

SV **Prof. Dr. Jörg Eisele**: Ich beginne mit der Abschreckungswirkung und der Empirie. Das ist natürlich bei Strafvorschriften immer sehr schwierig – man müsste sie erst haben, um dann zu schauen, ob letztlich eine Abschreckung funktioniert. Sie haben § 184 StGB genannt. Da haben Sie völlig Recht, der wird in der Praxis nur selten, höchstens als Auffangtatbestand verfolgt. Das hat natürlich dann wieder Wechselwirkung, weil die Täter das wissen und ein Verbreiten ohne Jugendschutz im Netz de facto nicht verfolgt wird, und dann kann man letztlich die ganzen Dinge abrufen. Sie haben mich als Strafrechtslehrer angesprochen und da würde ich eben das antworten, was ich den Studierenden auch sage: Nicht nur die Strafvorschrift schreckt ab, sondern ganz maßgeblich dafür ist auch die Wahrscheinlichkeit der Tataufdeckung und der Verfolgung

durch die Strafverfolgungsorgane. Wenn das nicht gemacht wird, läuft eine Strafvorschrift leer – das gilt für § 184 StGB. Ich möchte Ihnen aber gerne ein Gegenbeispiel nennen. Dazu gibt es jetzt auch noch keine genauere Empirie, aber § 184i StGB – die sexuelle Belästigung. Wenn man sich hier die Fälle anschaut, hat das doch eine gewisse abschreckende Wirkung. Die Strafvorschrift und die Diskussion um die Einführung haben in der Gesellschaft gewirkt und potenzielle Täter wissen, dass die sexuelle Belästigung verfolgt wird. Und die Verfolgung läuft, nach meiner Wahrnehmung, in der Praxis in diesem Bereich auch sehr gut. Ich kann jetzt nicht mit empirischen Zahlen aufwarten, aber Entsprechendes wie bei § 184i StGB würde ich eher auch für den Bereich des Upskirtings erwarten, wenn tatsächlich die Taten dann auch verfolgt werden. Zu der zweiten Frage von Herrn Luczak mit der Unterbekleidung...

Abg. **Dr. Jan-Marco Luczak** (CDU/CSU): Die Frage ziehe ich zurück. Ich habe das „oder“ überlesen. Das ist erfasst, alles klar.

SV **Prof. Dr. Jörg Eisele**: Aber vielleicht haben Sie doch Recht. Stichwort „bedeckende Unterbekleidung“. Jetzt ist die Frage, was natürlich eine Unterbekleidung ist. Und ich hatte Sie so verstanden, dass sozusagen die Brust durch Unterbekleidung bedeckt sein muss. Jetzt könnte man fragen, ob ein T-Shirt, das über der im Übrigen unbedeckten Brust getragen wird, dann eine Unterbekleidung darstellt. Vielleicht haben Sie doch Recht mit Ihrer Frage. Und dann wäre es tatsächlich so, dass die Brust nicht durch Unterbekleidung, sondern durch Oberbekleidung bedeckt wird, es sei denn, man würde als Unterbekleidung sozusagen immer das letzte Kleidungsstück verstehen. Darüber müsste man vielleicht nochmal nachdenken.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Wir werden die Anhörung an die Studierenden als Beispiel für den Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht weitergeben, insofern sind wir schon einen Schritt weiter. Dann ist jetzt Frau Grieser an der Reihe mit der Antwort auf die Frage von Herrn Jung.

SVe **Dr. Veronika Grieser**: Vielen Dank. Sie hatten gefragt, ob wir das mit Downblousing und Upskirting zahlenmäßig einschätzen können. Das Problem bei den Staatsanwaltschaften ist, dass wir nur das kriegen, was die Polizei als Strafanzeige



erfasst. Das tut sie bei uns in manchen Fällen beim Upskirting. Ich muss jetzt gestehen, wir hatten in unserer Abteilung, seitdem ich da bin, noch keine Fälle von Downblousing. Da gibt es dann Fälle, bei denen Abgrenzungsprobleme bestehen oder bei denen das dabei ist oder wo das eine Rolle spielt. Aber ich muss ganz ehrlich sagen: Ich kann da zum eigentlichen Zustand keine belastbare Aussage treffen, weil das einfach von der Polizei nicht so an uns weitergegeben wird.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Das ist auch eine Aussage. Dann kommt als Nächster Herr Prokop mit der Antwort auf die Frage von Frau Dilcher.

SV **Dr. Clemens Prokop**: Vielen Dank. Die Frage zielte darauf ab, ob hier die Wirkungen im Falle der Einstufung als Ordnungswidrigkeit vergleichbar wären. Ich denke, man muss zunächst einmal vom Ansatz her sehen, dass die Einstufung eines Verhaltens als Ordnungswidrigkeit natürlich straftheoretisch eine ganz andere ist. Ordnungswidrigkeit bedeutet Verwaltungsunrecht. Die Einstufung als Strafrecht bedeutet, dass eine bestimmte Tat als so verwerflich angesehen wird, dass eben hier das Verhalten von der Gesellschaft nicht ohne Strafe hingenommen werden kann. Dementsprechend wäre es natürlich für die Betroffenen, glaube ich, schon ein Problem, wenn diese Taten zu ihren Lasten plötzlich nur als Verwaltungsunrecht eingestuft würden. Darüber hinaus gehe ich auch davon aus, dass die Abschreckungswirkungen von Ordnungswidrigkeitenahndungen deutlich geringer sind als bei Straftaten. Ich will mal die Praxis bei Einsprüchen gegen Bußgeldbescheide wegen Geschwindigkeitsüberschreitung als Beispiel nehmen: Da können wir feststellen, dass eigentlich die Geldbuße an sich – ohne Fahrverbot – kaum eine Abschreckungswirkung hat. Insofern gehe ich einfach davon aus, dass die generalpräventive Wirkung einer Einstufung als Ordnungswidrigkeit deutlich geringer einzustufen ist, als wenn es hier als Straftat eingestuft wird. Und dazu kommt natürlich, dass auch die spezialpräventive Wirkung einer Strafe – das heißt, wie kann ich als Folge der Tat auf den Täter einwirken? – ganz andere Möglichkeiten eröffnet, mit dem Ziel eine Wiederholung der Straftat zu vermeiden, als bei einer Ordnungswidrigkeit

gegeben ist. Deshalb bin ich überzeugt davon, dass hier bei einer Einstufung als Ordnungswidrigkeit die Verwerflichkeitsbestimmung dieses Verhaltens nicht dem Anlass gerecht werden würde und dass sowohl die generalpräventive Wirkung, aber auch die spezialpräventiven Möglichkeiten bei der Einstufung als Straftat so deutlich höher sind, dass hier eigentlich alles gegen eine bloße Reduzierung auf eine Ordnungswidrigkeit spricht und dass eben das Verhalten auch mit strafrechtlichen Sanktionen belegt sein sollte. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Prokop. Als Nächster Herr Rebmann mit den Antworten auf die Fragen von Herrn Jung und Herrn Luczak.

SV **Frank Rebmann**: Zunächst zur Frage von Herrn Jung: Da kann ich mich eigentlich den Ausführungen von Frau Dr. Grieser anschließen. Wir haben einige wenige Fälle von Upskirting, die wir dann typischerweise unter dem Tatbestand der Beleidigung untersucht haben und jeweils zum Ergebnis gekommen sind, dass es den Beleidigungstatbestand nicht erfüllt. Wir haben im Zusammenhang mit Durchsuchungsmaßnahmen auf Handys Bilder gefunden, die wir auch noch zuordnen konnten. Und in einem Fall, den wir hatten, wurde es tatsächlich vom Opfer bemerkt und der Betreffende wurde dann nicht über die Polizei, sondern direkt von dem weiblichen Opfer angezeigt. Aber auch da hatten wir das Problem, dass wir das dem gegenwärtigen Strafrecht nicht zuordnen konnten, aber das sind einige wenige Fälle. Der Grund dafür, dass uns das zu wenig bekannt wird, ist eben, dass bislang eine strafrechtliche Einordnung fehlt und die Polizei und die Staatsanwaltschaften eben nur mit Fragen betraut werden, die auch in der Bevölkerung bekanntermaßen strafrechtlich eingeordnet sind. Insofern ist, glaube ich, die Diskussion, die gegenwärtig um das Upskirting stattfindet, und gegebenenfalls der Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens ein deutliches Signal an alle: „Da guckt die Polizei drauf und da gucken die Staatsanwaltschaften und Gerichte dann drauf!“. Dann werden wir im Laufe der ersten Jahre der Anwendung sicherlich andere Zahlen bei uns bekommen. Welche Folgen das dann letztlich hat, also wie viele Fälle zur Verurteilung oder zu einem anderen Ergebnis führen, lässt sich heute kaum



abschätzen. Ich habe Herrn Luczak so verstanden, dass er seine Frage zurückzieht, insofern erübrigt sich für mich eine Antwort.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Rebmann. Frau Seidel mit den Antworten auf die Fragen von Frau Akbulut und Herrn Luczak.

SVe **Hanna Seidel**: Die sogenannte Istanbul-Konvention – also das Übereinkommen der Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt – bezieht alle Handlungen geschlechtsspezifischer Natur ein, die zu körperlichen, sexuellen, psychischen oder wirtschaftlichen Leiden bei Frauen führen können. Frauen sind verhältnismäßig stark betroffen. Wir hatten mit einem Mann Kontakt, der betroffen war, ansonsten waren es nur Frauen. Daher ist es eine Tat, die geschlechtsspezifischer Natur ist. Und nach Art. 40 Istanbul-Konvention – „Sexuelle Belästigung“ – ist jede Form von ungewolltem sexuell bestimmtem verbalem, nonverbalem oder körperlichem Verhalten strafrechtlich oder in einer sonstigen Form zu sanktionieren, das heißt genau aus diesen Gründen muss die Bundesregierung dagegen vorgehen und Upskirting strafrechtlich verfolgen. Die zweite Frage bezog sich ja auf die Empirie zum Downblousing: Aus unserer Erfahrung kann ich sagen, dass uns auch von Downblousing-Fällen berichtet wurde; häufiger jedoch eindeutig vom Upskirting. Und in den Foren, in denen ich recherchiert habe, gibt es auch ganze Bereiche zum Thema Downblousing, ist aber deutlich seltener vertreten als das Upskirting, in der Tat. Wenn ich das jetzt grob einschätzen müsste, nur von meiner Wahrnehmung der letzten Tage, weil ich wieder viel auf den Foren unterwegs war, um hier mit der aktuellen Einschätzung reingehen zu können, würde ich sagen, dass das vielleicht 1/15 im Verhältnis ausmacht.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Jetzt ist noch Frau Steinl an der Reihe mit den Antworten auf die Fragen von Frau Dilcher und von Frau Akbulut.

SVe **Dr. Leonie Steinl**: Vielen Dank. Ich beginne mit der Frage von Frau Akbulut, weil ich da gut an die Ausführungen von Frau Seidel anknüpfen kann. Wie sie ganz richtig ausgeführt hat, stellt Upskirting eine Form von geschlechtsspezifischer

Gewalt gegen Frauen im Sinne der Istanbul-Konvention dar, die seit dem 1. Februar 2018 in Deutschland innerstaatlich gilt. Und was das zum einen mit sich zieht, sind bestimmte Opferschutzregelungen, die dadurch nahe gelegt werden, insbesondere die Tatsache, dass es sich nicht um ein Privatklagedelikt handeln sollte, und auch die Nebenklagebefugnisse, um die Rechte und Interessen der Opfer von dieser Form von Gewalt gegen Frauen zu wahren. Zu der Frage der strafrechtlichen Sanktion: Art. 40 Istanbul-Konvention trägt den Titel „Sexuelle Belästigung“ und fasst darunter jede Form von ungewolltem sexuell bestimmtem verbalem, nonverbalem oder körperlichem Verhalten. Und nonverbales Verhalten wird beschrieben in den erläuternden Bemerkungen als jeder Ausdruck und jede Kommunikation seitens des Straftäters, die weder Worte noch Laute einschließt. Also darunter fällt klar Upskirting. Das allerdings ist – nach den Vorgaben der Istanbul-Konvention – nicht notwendig eine strafrechtliche Sanktionierung – sondern es heißt: „strafrechtlich oder sonstige rechtliche Sanktionierungen“ –, eben weil beispielsweise auch die „bloße“ verbale sexuelle Belästigung von diesem Artikel der Istanbul-Konvention erfasst wird und insofern es auch den Mitgliedstaaten überlassen ist, wie sie diesem Unrecht begegnen wollen. Meines Erachtens – und damit kommen wir zur Frage von Frau Dilcher – ist ganz klar, dass es sich hier um ein strafwürdiges Verhalten handelt, nämlich um einen Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung, dem die Ausgestaltung als Ordnungswidrigkeit nicht gerecht wird. Also zum einen ist § 118 OWiG – die Belästigung der Allgemeinheit – nicht passend, weil eben nicht die Allgemeinheit als solche primär betroffen ist, sondern gerade die individuelle Person, das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die sexuelle Selbstbestimmung, und weil auch gerade nicht alle Fälle – wie Frau Hoven vorhin schon ausgeführt hat – darunter gefasst werden können. Diese Phänomene, über die wir hier sprechen, haben ein erhebliches Handlungs- und Erfolgsunrecht und die spätere Verbreitung würde zu einer weiteren Vertiefung dieses Unrechtsgehalts führen. Es ist einerseits vergleichbar eben mit den unbefugten Bildaufnahmen, andererseits vergleichbar mit den sexuellen Belästigungen. In beiden Fällen kann es bei den Opfern zu Gefühlen von Hilf- und Macht-



losigkeit, von Scham- und Schuldgefühlen und eben auch zu Verhaltensbeschränkungen und langfristigen psychischen und physischen Schäden führen, die nicht bagatellisiert werden dürfen. Eine Einstufung als Ordnungswidrigkeit und die damit verbundene Einstufung auch als Zuwiderhandlung mit erheblich vermindertem Unrechtsgehalt – was eine Ordnungswidrigkeit ist –, entspräche daher nicht dem durch diese Handlung verwirklichten Tatunrecht, das wäre für mich ganz klar. Und die Frage nach den Verschärfungen, die wir anregen: Ich weiß nicht, ob es eine Verschärfung ist. Ich würde es eher sehen in Richtung eines konsequenten Schutzkonzeptes, wie auch einige der Sachverständigen bereits ausgeführt haben, dass man eben nicht nur den Einzelfall Upskirting, der auch wichtig ist, in den Blick nimmt, sondern tatsächlich sich fragt: „Okay, durch welche Art von sexualisierten Bildaufnahmen wird denn in das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung und das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingegriffen?“ Und insofern versuchen wir eben, über diese „durch Bekleidung geschützte“-Upskirting-Konstellationen hinaus zum Beispiel geschützte Räume zu erfassen, begrüßen aber auch die, von anderen Sachverständigen auch schon vorgetragene Erstreckung auf Nacktaufnahmen, jedenfalls zum Beispiel im Falle des Verbreitens, und würden sehen, dass das einem einheitlichen Schutzkonzept entspräche, der sexuellen Selbstbestimmung durch Bildaufnahmen, wie wir ihn im Ausland auch schon sehen, eben was dort als „Image-based sexual abuse“ bezeichnet wird, also bildbasierte sexualisierte Gewalt zurechnend strafrechtlich auch zu erfassen.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Damit sind wir am Ende der zweiten Antwortrunde. Jetzt habe ich noch zwei Wortmeldungen vorliegen, einmal von Frau Bayram und einmal von Herrn Müller. Frau Bayram, bitte.

Abg. **Canan Bayram** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank. Ich will nur nochmal vorweg sagen, dass wir ebenso wie der Deutsche Juristinnenbund der Ansicht sind, dass es einen Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung darstellt. Das ist eine, wenn auch berührungslose, sexuelle Belästigung. Sie ist widerlich und vor allem frauenfeindlich, da besteht überhaupt keine Frage. Meine Frage, einmal an Sie, Frau Steinl,

und an die Frau Seidel: Wäre der gewählte Weg, das jetzt hier über Persönlichkeitsschutz bei Bildaufnahmen zu machen, ein Weg, den sie akzeptieren könnten oder müsste das in seiner Konsequenz dann auch bedeuten, dass es tatsächlich im Sexualstrafrecht zu regeln wäre, nämlich mit der Zielsetzung, die sexuelle Selbstbestimmung zu schützen und nicht das Recht am eigenen Bild? Also das wäre für mich jetzt nochmal relevant, wenn Sie sagen, es geht auch um die Opfer. Frau Seidel, an Ihrer Petition haben sich ja über hunderttausend Leute beteiligt. Ich hoffe, die sind nicht alle betroffen. Ich gehe mal davon aus, dass sind Menschen, die das Anliegen an sich unterstützen, aber das hat keine Aussagekraft über die Anzahl der betroffenen Opfer. Das würde mich nochmal interessieren: Würde sozusagen dieser Vorschlag, wie er jetzt von der Bundesregierung auf dem Tisch liegt, überhaupt Ihre Anforderungen erfüllen oder wäre das sozusagen am Ende eine Regelung, die auf etwas ganz anderes abzielt und auch bei den Tätern hier gar nicht die Botschaft hinterlässt, die Sie sich wünschen, nämlich dass ja ein Eingriff in ein Rechtsgut der Frauen in diesem Bereich stattgefunden hat. Da würde ich Sie bitten, das nochmal zu erläutern, damit ich das verstehe.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Und nun Herr Müller.

Abg. **Carsten Müller (Braunschweig)** (CDU/CSU): Herr Rebmann hat das eben richtig gesagt: Es geht natürlich auch – und auch in dieser heutigen Anhörung – darum, das Interesse der Öffentlichkeit auf diese Fragestellung zu lenken, und jedenfalls bei dem Schlagwort „Upskirting“ hat das funktioniert. Ich habe eben mal die beiden hier diskutierten Begriffe gegoogelt und dort wird in der Trefferliste umfangreich zunächst auf das Thema an sich, auf die Gesetzentwürfe und auf die heutige Anhörung verwiesen. Wir haben uns viel über Strafrecht unterhalten. Ich habe eben nochmal versucht, das zu ergründen und habe deswegen eine kurze Frage an Frau Dr. Grieser und an Frau Seidel. Es gibt ja auch eine zivilrechtliche Komponente, also beispielsweise die Zuerkennung von Schmerzensgeld bei Opfern. Ist Ihnen davon etwas bekannt und können Sie uns für Verhandlungen über solche kompromittierenden Fotos mal eine Idee geben, was nach Ihrer



Kenntnis den Opfern bislang an Schmerzensgeld zuerkannt wird?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Da ich Insolvenzrecht mache, stellt sich mir dann immer die Frage, ob Geld da ist. Aber das werden wir ja jetzt hören.

Abg. **Carsten Müller (Braunschweig)** (CDU/CSU): Wenn ich das nochmal sagen darf: Man muss auch sehen, wieviel Geld damit gemacht wird!

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Die Frage ging mir auch durch den Kopf. Wir werden ja jetzt etwas dazu hören. Bei der Beantwortung der Fragen gehen wir wieder in umgekehrter alphabetischer Reihenfolge vor. Frau Steinl beginnt mit der Antwort auf die Frage von Frau Bayram.

SVe **Dr. Leonie Steinl**: Vielen Dank, Frau Bayram. Wir haben lange überlegt, wie eine sinnvolle Einordnung dieses Delikts möglich ist und haben uns diese beiden Gesetzentwürfe angeguckt, also insbesondere den des Bundesrats und den der Bundesregierung, und haben jetzt – wie in unserer Stellungnahme – vertreten, dass eine Verankerung in § 201a StGB für uns insofern als praktikabel angesehen wird, wenn klar ist – und das müsste in der Begründung klar werden –, dass hier auch die sexuelle Selbstbestimmung verletzt ist. Denn da sind wir uns alle einig. Das ist eine, meines Erachtens, ganz klare Verletzung dieses Rechtsguts. Wir kennen das ja auch aus anderen strafrechtlichen Vorschriften, dass verschiedene Rechtsgüter verletzt sind, und dann geht man bei der Einordnung eben nach dem Schwerpunkt bzw. der Systematik vor, wie beispielsweise beim Menschenhandel zum Zwecke der sexualisierten Ausbeutung, der eben in den Delikten für die persönliche Freiheit verortet ist. Wir sind also einverstanden mit einer solchen Verankerung in § 201a StGB, wenn klar ist, dass es auch ein Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung ist, und wenn man auch den damit erforderlichen besonderen Schutzbedürfnisse der Betroffenen gerecht wird, durch die konkrete Ausgestaltung. Und da sehen wir eben einmal beim Tatbestandsmerkmal „gegen Anblick geschützt“ das Problem der nicht vollständigen Erfassung des strafwürdigen Unrechts, das geändert werden müsste, und zum anderen eben diese prozessrechtlichen Änderungen der Nebenklage und dass das Delikt

nicht als Privatklagedelikt ausgestaltet wird. Diese Punkte sind ganz wichtig. Aber unter diesen Voraussetzungen, dass das alles klargestellt wird, halten wir eine Einordnung in § 201a StGB für praktikabel. Und ich kann mich da insofern auch Herrn Eiseles Ausführungen zu der Abwägung zu den beiden Entwürfen anschließen, als dass eben der Entwurf des Bundesrates für uns noch weitere Strafbarkeitslücken offenlässt.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Steinl. Nun Frau Seidel mit den Antworten auf die Fragen von Frau Bayram und Herrn Müller.

SVe **Hanna Seidel**: § 184k StGB-E hat natürlich noch gewisse Lücken, und die gilt es zu schließen. Aber generell wäre die Verortung im Sexualstrafrecht richtig, weil es das trifft, was bei den Opfern betroffen wird, welches Rechtsgut hier betroffen ist, wie sich die Opfer fühlen. Und ich möchte hier keinen emotional manipulierenden Aktionismus irgendwie vorantreiben. Es sind viele gute Punkte genannt worden, die noch mitberücksichtigt werden sollten, deswegen finde ich auch wichtig, dass das Gesetz nicht schnell, einfach, gedankenlos durchgeschossen wird, sondern dass Sie als Fachmänner und Fachfrauen wirklich über die genannten Punkte, die man noch in Bezug auf die sexuelle Belästigung diskutieren müsste, nachdenken. Ich denke, deswegen wäre eine Verortung dort auch wichtig, weil wir die Diskussion jetzt nach dem Inkrafttreten der Istanbul-Konvention, nach „#MeToo“ und nach „Männerwelten“ nochmal führen sollten: „Wo fängt sexuelle Belästigung an, ist das wirklich erst bei einer Berührung?“ Und deswegen finde ich, ist es sehr, sehr wichtig, dass es dort verortet wird. Und, wie schon gesagt, ich glaube, wenn ich damals die Möglichkeit gehabt hätte, den Täter anzuzeigen und er wegen einer Sexualstraftat verurteilt worden wäre, dann hätte sich das auf jeden Fall deutlich richtiger angefühlt, als eben für in § 201a StGB Genanntes. Dann zu der Frage des Schmerzensgeldes: Ich hoffe, ich habe das richtig verstanden, dass Sie interessiert, ob ich schon erlebt hätte, dass mir jemand berichtet hat, dass jemand Schmerzensgeld bekommen hätte oder wie hoch die Summen da waren.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Wenn ich das richtig verstanden habe, war die Frage, ob das



sozusagen als Sanktionsansatz auch im Raum steht? So habe ich es verstanden. Oder?

Abg. **Carsten Müller (Braunschweig)** (CDU/CSU): Nein. Einfach nur die Frage, ob Schmerzensgeldzahlungen bekannt sind und wenn ja, in welcher Höhe?

SVe **Hanna Seidel**: Mir sind tatsächlich keine Schmerzensgeldzahlungen bekannt, aber ich finde, dass das zusätzlich auf jeden Fall wünschenswert und ein gutes symbolisches Zeichen für die Opfer wäre, und natürlich vielleicht auch dafür sorgen könnte, dass sich die Opfer privat mit diesen finanziellen Mitteln auch besser um eine psychische Betreuung bemühen können – im Vergleich zu Frauenhäusern oder einfach normalen Psychotherapeuten, dass man sich da nach so einem Vorfall mehr um sich selbst kümmern kann.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Dann ist noch eine Frage von Herrn Müller an Frau Grieser offen.

SVe **Dr. Veronika Grieser**: Vielen Dank. Zur Frage des Schmerzensgeldes: Auch jetzt im Strafverfahren gäbe es ja das Adhäsionsverfahren, wo man das gleich geltend machen kann. Davon wird jetzt meiner Erfahrung nach nicht so häufig Gebrauch gemacht. Was es öfters gibt, ist der Täter-Opfer-Ausgleich, wo dann Summen in unterschiedlicher Höhe gezahlt werden, um einen Ausgleich zu schaffen, was dann zu einer Strafmilderung führen kann, wenn das zu berücksichtigen ist. Das sind, meines Erachtens, dann auch ernster zu nehmende Summen als beim Schmerzensgeld. Mir ist jetzt kein Schmerzensgeld-Fall konkret bekannt, aber aus meiner Zeit als Zivilrichterin weiß ich, dass die Schmerzensgeldzahlungen in Deutschland nicht besonders hoch sind. Von daher glaube ich, dass das keine zufriedenstellenden Summen wären. Da würde dann wahrscheinlich eher der Unterlassungsanspruch greifen.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Jetzt sehe ich noch eine Frage von Frau Bayram.

Abg. **Canan Bayram** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ja, ich würde gerne bei Frau Seidel nochmal nachfragen, weil Sie gesagt haben, dass es für Sie schon entscheidend drauf ankommt, dass hier nicht schnell ein Gesetz beschlossen

wird, sondern dass wirklich deutlich gemacht wird: Hier gibt es Frauen, die sind Opfer einer sexuellen Belästigung geworden und da soll dann auch dem Täter halt nicht gesagt werden: „Du hast dann irgendwie Bildaufnahmen gemacht, die nicht ganz mit Einverständnis waren.“, sondern hier soll das klar einsortiert werden. Und hier wurde ja so ein bisschen die Unbestimmtheit der möglichen Vorlagen diskutiert. Gibt es denn eine Vorlage, die Sie präferieren? Oder würden Sie sagen, die Debatte muss erst noch weitergehen, um möglichst das Bewusstsein in der Gesellschaft dafür zu schärfen, dass es hier einen Missstand gibt, der behoben werden muss? Der Kollege Müller hat halt gesagt, er hat da was gegoogelt und hat dann viele Treffer gefunden. Das kann an seinem Algorithmus liegen, dass er gerne juristische oder politische Texte liest. Das ist ja noch kein Beleg dafür, dass es in der Gesellschaft überhaupt ein Bewusstsein dafür gibt. Beim Täter muss ja auch ankommen, dass das verboten ist, was er da macht. Insoweit würde mich interessieren – Sie sind ja jetzt jemand, der sich sehr intensiv damit beschäftigt –, was Ihrer Ansicht nach, wenn Sie sich das wünschen dürften, der Rechtsausschuss jetzt machen sollte, wenn ich das mal so offen fragen darf.

SVe **Hanna Seidel**: Also ich finde, es sind sehr viele gute Punkte in den verschiedenen Vorschlägen dabei. Ich finde, kein Gesetzentwurf trifft es bisher für mich wirklich befriedigend. Ich denke, dass der Deutsche Juristinnenbund zum Beispiel richtige Punkte bei § 184k StGB-E kritisiert hat und dass Frau Hoven und Herr Eisele auch sehr wichtige Punkte miteingebracht haben, was zum Beispiel das Fotografieren von unbedeckten Personen oder die Aufnahmen Minderjähriger aus kommerziellen Interessen angeht. Und ich denke, dass es daher wirklich noch weiter diskutiert werden sollte. Wir haben natürlich als Aktivistinnen gefordert, dass schnell etwas passiert, weil die Täter sich wirklich im Netz darüber austauschen: „Wo sind die Lücken?“, „Was kann man machen?“, und natürlich gerade bekannt ist: „Okay, es ist in Deutschland keine Straftat.“ Deswegen sollte man das jetzt nicht unnötig hinauszögern, aber ich denke, dass es trotzdem wichtig ist, dass diese Punkte noch diskutiert werden, zumal ja die Verbände vor den Gesetzentwürfen nicht angehört worden sind, sondern das jetzt quasi das erste Mal



ist, dass die Verbände von Ihnen angehört werden. Und deswegen, finde ich, ist es sehr wichtig, dass Sie sich die Punkte von den Sachverständigen nochmal ganz gut durchlesen und auch wirklich nochmal selbst recherchieren, wie häufig diese Seiten sind und diese Candid-Foren zum Beispiel. Auch wenn das nicht angenehm ist, sollte man sich das auch nochmal bewusst machen.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank. Sie sehen, auch mit Gruß nach England: Durchgeschossen wird hier nichts und die Sachverständigen-Anhörung des Bundestages ist diese hier. Ob die Bundesregierung vorher Sachverständige gehört hat – da gehe ich fest von aus, dass das passiert ist. Normalerweise wäre das jedenfalls der Ablauf gewesen. Aber die Vertreter der Bundesregierung brauchen jetzt nichts dazu sagen, da sie ja hier sozusagen nur als Gast an der Anhörung teilnehmen. Weitere Wortmeldungen,

auch von den Abgeordneten, oder weitere Fragen sehe ich nicht. Dann sind wir am Ende dieser Anhörung angelangt. Ich danke erstmal Ihnen, den Sachverständigen, dafür, dass Sie uns hier Rede und Antwort gestanden haben, insbesondere auch denjenigen, die uns über die Ferne zugeschaltet sind. Ich danke dem Kameramann, der mir genau gegenüber sitzt, dass er das hier so professionell gemacht hat. Wir haben jetzt zum ersten Mal in dieser Form getagt. Bisher haben wir das jetzt einige Male über Webex gemacht, aber ich muss schon sagen, das hier ist eine Nummer besser – herzlichen Dank. Wir werden das, was Sie gesagt haben, berücksichtigen und die Fraktionen werden darüber beraten und am Ende, da bin ich mir sicher, wird es ein Gesetz geben – mit welchem Inhalt, das können wir jetzt noch nicht sagen. Herzlichen Dank. Die Sitzung ist geschlossen. Alles Gute.

Schluss der Sitzung: 12:44 Uhr

Dr. Heribert Hirte, MdB
Stellvertretender Vorsitzender



Anlagen:

Stellungnahmen der Sachverständigen

Prof. Dr. Jörg Eisele	Seite 32
Dr. Veronika Grieser	Seite 50
Prof. Dr. Elisa Hoven	Seite 58
Dr. Jenny Lederer	Seite 65
Frank Rebmann	Seite 75
Hanna Seidel	Seite 128
Dr. Leonie Steinl, LL.M. (Columbia)	Seite 135

**Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für
Recht und Verbraucherschutz
des Deutschen Bundestages am 27. Mai 2020**

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Persönlichkeitsschutzes bei Bildaufnahmen; 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

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 (Herstellung von Bildnissen ohne Einwilligung des Abgebildeten in die Tatbestände der §§ 22 und 23 KunstUrhG); BT-Drucksache 19/...

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

Zentraler Regelungsgegenstand der Entwürfe ist zum einen der Schutz von verstorbenen Personen und zum anderen der Schutz der Intimsphäre gegen unbefugte Bildaufnahmen (sog. Upskirting).¹

I. Schutz von verstorbenen Personen gegen Bildaufnahmen

Es überzeugt, in den Anwendungsbereich des § 201a StGB auch verstorbene Personen miteinzubeziehen, um bestehende Lücken zu schließen. Dabei ist freilich auf eine hinreichend bestimmte Formulierung zu achten und zu sehen, dass verfassungsrechtlich der postmortale Persönlichkeitsschutz aus dem Anwendungsbereich des Art. 2 Abs.1 GG herausfällt und nur in engeren Grenzen durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützt wird.²

¹ Zur ausführlichen Analyse des Upskirtings wird auf die gemeinsam mit meiner Wissenschaftlichen Mitarbeiterin *Maren Straub* publizierte Stellungnahme „Strafbarkeit der Bildaufnahmen des Intimbereichs durch sog. Upskirting“ in KriPoZ 2019, 367 ff. verwiesen; dieser Beitrag ist dieser Stellungnahme mit ausdrücklicher Zustimmung der Co-Autorin sowie der Redaktion der KriPoZ als Anhang beigelegt.

² Vgl. BVerfG 30, 173 (194); BVerfG NJW 2001, 2957 (2959); näher *Lenk*, KriPoZ 2019, 361 (364).

1. Der Begriff „grob anstößig“

Der Entwurf der Bundesregierung möchte insoweit Bildaufnahmen erfassen, „die in grob anstößiger Weise eine verstorbene Person zu Schau stellen“. Das Zur-Schau-Stellen wird auch in § 33 KUG verwendet, so dass auf die entsprechenden Grundsätze zurückgegriffen werden kann. Hingegen begegnet das Merkmal in „grob anstößiger Weise“ aufgrund seiner Unschärfe Bedenken; es bietet sich geradezu als Einfallstor für „sittliche“ Erwägungen des Rechtsanwenders an. Verwendet wird dieses Merkmal zwar in § 219a StGB bei der Werbung für den Schwangerschaftsabbruch und in § 119 OWiG für grob anstößige und belästigende Handlungen; dieses Merkmal ist dort verwirklicht, wenn entweder der Inhalt der Schrift oder die sonstigen Umstände (Zeit und Ort) ihrer Verbreitung in erheblicher Weise Sitte, Anstand und Schamgefühl verletzen.³ Freilich hat der Vorschlag hier eine andere Zielrichtung, weil der Verstorbene als Inhalt eines Bildes in grob anstößiger Weise zur Schau gestellt werden muss, so dass Begleitumstände außerhalb des Bildes von vornherein nicht maßgeblich sein können.⁴ Nach der Begründung ist die Bildaufnahme grob anstößig, wenn der „Inhalt der Aufnahme unter Missachtung des postmortalen Achtungsanspruchs den über den Tod hinauswirkenden sittlichen Geltungswert der verstorbenen Person verletzt“. Dabei muss die Aufnahme nicht zwingend dazu geeignet sein, dem Ansehen der Person i.S.d. § 201 a Abs. 2 StGB erheblich zu schaden.⁵

Wann der Tatbestand außerhalb von Unglücksfällen überhaupt verwirklicht sein könnte, wird aus der Begründung nicht deutlich; lediglich Bildaufnahmen bei Trauerfeiern sollen ausgenommen sein.⁶ Stellt man mit der Begründung auf die Verletzung des sittlichen Geltungswerts ab, so ist an inhaltlicher Bestimmtheit kaum etwas gewonnen.⁷ Hinzukommt, dass die Unterschiede zu § 201a Abs. 2 StGB, der künftig auch auf Verstorbene Anwendung finden soll, marginal sind und sich – im Falle der Zugänglichmachung des Bildes – auch erhebliche Überschneidungen mit dem Verunglimpfen des Andenkens Verstorbener nach § 189 StGB ergeben.

2. Vorschlag für eine präzisere Fassung

Vor allem angesichts der Regelung des § 201a Abs. 2 StGB könnte der Tatbestand deutlich präziser gefasst werden, in dem nur Bildaufnahmen von Personen am Unglücksort erfasst werden, die bei einem Unglücksfall verstorben sind.⁸ Damit würde anders als bei der Verwendung des Begriffs „Unfalls“⁹ etwa auch ein Suizid einbezogen, der bei § 323c StGB ebenfalls vom Begriff des Unglücksfalls erfasst wird. Angesichts der Regelung in § 201a Abs. 2 StGB dürften hier keine entscheidenden Strafbarkeitslücken verbleiben. Entsprechendes gilt auch für den Vorschlag, dass für Verstorbene § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB für entsprechend anwendbar erklärt wird und

³ BT-Drs. VI/3521 S. 62 ff.

⁴ Lenk, KriPoZ 2019, 361 (364).

⁵ BT-Drs. 19/17795, S. 11.

⁶ BT-Drs. 19/17795, S. 11.

⁷ Kritisch auch Lenk, KriPoZ 6/2019, 361 (363).

⁸ Hingegen erscheint es zu weit, jegliche Bildaufnahme eines Verstorbenen zu erfassen; so BR-Drs. 142/19.

⁹ So BT-Drs. 19/18980 (Entwurf der Fraktion AfD).

es dann darauf ankommen soll, dass – bei hypothetischer Prüfung – im Falle einer lebenden Person die tatbestandlichen Voraussetzungen verwirklicht wären.¹⁰

Eine Ausdehnung auf verletzte Personen wird nicht empfohlen, um nicht weitere Doppelungen und Überschneidungen mit § 201a Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 StGB hervorzurufen.¹¹ Eine Verzahnung mit den Sonderregelungen des KUG wird ebenfalls nicht empfohlen, solange nicht insgesamt ein harmonisches Regelungskonzept zwischen § 201a StGB und den Regelungen des Kunsturheberrechts besteht.

II. Schutz der Intimsphäre gegen Bildaufnahmen sog. Upskirting

1. Legitimation der Bestrafung des Upskirtings

a) Schutzgut

Das Upskirting verletzt das Allgemeine Persönlichkeitsrecht sowie das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung der von der Bildaufnahme betroffenen Person, das verfassungsrechtlich über Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet wird. Dieses Recht wird bereits durch das Herstellen der Bildaufnahme verletzt und kann durch das Gebrauchen und Zugänglichmachen an Dritte perpetuiert und vertieft werden.¹² Damit bewegt sich das Upskirting zwischen der unerlaubten Bildaufnahme, die in § 201a StGB geregelt ist, und den Pornografiedelikten der §§ 184 ff. StGB, die den Sexualdelikten zuzuordnen sind. Dieser Aspekt wird im Folgenden bei der Bewertung der Vorschläge immer wieder Bedeutung erlangen.

b) Strafbarkeitslücke

Die bestehenden Strafvorschriften erfassen das Upskirting bislang nicht hinreichend.¹³ Die Regelung des § 33 KUG über die Verletzung des Rechts am eigenen Bild erfasst lediglich Fälle, in denen der Täter entgegen §§ 22, 23 KUG ein Bildnis *verbreitet oder öffentlich zur Schau stellt*. Daraus folgt, dass das bloße *Herstellen, Übertragen oder einem Dritten Zugänglichmachen* einer Bildaufnahme und damit das eigentliche Upskirting nicht erfasst wird.¹⁴ § 201a Abs. 1 StGB ist in solchen Fällen ebenfalls regelmäßig nicht einschlägig, da der erforderliche räumliche Schutzbereich von § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht betroffen ist, wenn die Bildaufnahme in der Öffentlichkeit entsteht. Zudem wird bei § 201a StGB zu Recht eine Identifizierbarkeit der betroffenen Person über die Bildaufnahme verlangt,¹⁵ zumal andernfalls der höchstpersönliche Lebensbereich kaum verletzt sein wird;¹⁶ dies ist aber bei Bildaufnahmen, die unter die Kleidung zielen, meist nicht der Fall. Auch eine Beleidigung nach § 185 StGB, der eine Herabsetzung der Ehre einer anderen Person durch Kundgabe der Nichtachtung oder Missachtung voraussetzt, scheidet bei heimlich angefertigten Bildaufnahmen. Eine

¹⁰ So *Lenk*, KriPoZ 2019, 361 (366).

¹¹ Anders BT-Drs. 19/18980 (Entwurf der Fraktion AfD).

¹² Gesetzentwurf des Bundesrats, BT-Drs. 19/15825/15, S. 9.

¹³ Zutreffend Gesetzentwurf des Bundesrats, BT-Drs. 19/15825/15, S. 10 ff.

¹⁴ BT-Drs. 15/1891, S. 6; *Eisele*, JR 2005, 6 (7); *Fricke*, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 8.

¹⁵ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 201a Rn. 7; *Bosch*, in: SSW-StGB, 4. Aufl. 2019, § 201a Rn. 5; dagegen *Fischer*, StGB, 67. Aufl. 2020, § 201a Rn.11; *Koch*, GA 2005, 589 (595).

¹⁶ OLG Koblenz, NSTZ 2009, 268 (269); *Eisele*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2020, § 201a Rn. 7; *Valerius*, in: LK-StGB, 12. Aufl. 2009, § 201a Rn. 11.

sexuelle Belästigung nach § 184i StGB liegt nicht vor, da es hierfür einer körperlichen Berührung in sexuell bestimmter Weise bedarf.¹⁷ Eine mögliche Ordnungswidrigkeit nach § 118 OWiG wegen Belästigung der Allgemeinheit¹⁸ vermag diese Lücke nicht hinreichend zu schließen. Neben der kurzen Verjährungsfrist verfolgt diese Vorschrift mit dem Schutz des Allgemeininteresses am Bestand der öffentlichen Ordnung¹⁹ einen ganz anderen Schutzzweck als das Allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht der sexuellen Selbstbestimmung.²⁰

c) Strafwürdigkeit

Eine zu konstatierende Strafbarkeitslücke begründet freilich nicht per se das Erfordernis eines Straftatbestandes. Jedoch spricht für eine Pönalisierung solcher Verhaltensweisen, dass die Herstellung der Bildaufnahmen und deren Zugänglichmachung einen schwerwiegenden Eingriff in die Intimsphäre der betroffenen Person darstellen, da die Nacktheit zum intimsten Bereich eines Menschen gehört.²¹ Dabei ist zu beachten, dass der Betroffene stets mit der Möglichkeit der Aufdeckung der Anonymität rechnen muss. Daher ist es für den Eingriff in die Intimsphäre auch nicht entscheidend, ob der Betroffene auf dem Bild selbst erkennbar oder identifizierbar ist.²² Der Eingriff in die Intimsphäre entsteht auch bereits mit dem Herstellen und nicht erst dem Zugänglichmachen der Bildaufnahme.²³ So ist seit langem anerkannt, dass sich der Betroffene gegenüber dem unbefugten Anfertigen einer Bildaufnahme mit Notwehr gemäß § 32 StGB zur Wehr setzen darf.²⁴ Sieht man im Upskirting ein strafwürdiges Verhalten, so bleibt zu beachten, dass die tatbestandliche Ausgestaltung einer solchen Strafvorschrift den verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Verhältnismäßigkeits- bzw. Schuldprinzip sowie an das Bestimmtheitsgebot genügen muss.

2. Einordnung in die Systematik des Strafgesetzbuchs

Die neue Strafvorschrift soll nach dem Gesetzentwurf des Bundesrates als § 184k StGB bei den Sexualstraftaten in den 13. Abschnitt des StGB eingeordnet werden, während der Gesetzentwurf der Bundesregierung eine Ergänzung des § 201a Abs. 1 StGB vorsieht, der der Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimnisbereichs im 15. Abschnitt zugeordnet ist. Letztere Sichtweise ist überzeugender, wenngleich das Schutzgut beider Abschnitte betroffen ist (eben II 1 a). Dies folgt schon daraus, dass sich beide Entwürfe – und damit auch derjenige des Bundesrates – in ihrer inhaltlichen Ausgestaltung an § 201a StGB orientieren.²⁵ Im Übrigen muss man sehen, dass vom Sexualstrafrecht lediglich pornografische Abbildungen erfasst werden und die in § 201a Abs. 3 StGB geregelte Nacktaufnahme von Minderjährigen gerade von den Vorschriften der Kinder- und Jugendpornografie im Sexualstrafrecht abgeschichtet

¹⁷ BT-Drs. 18/9097, S. 30; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 184i Rn. 4.

¹⁸ OLG Nürnberg, NSTZ 2011, 217.

¹⁹ RGSt 25, 405; BayObLG JZ 1977, 277; *Senge*, in: KK-OWiG, 5. Aufl. 2018, § 118 Rn. 2.

²⁰ Gesetzentwurf des Bundesrats, BT-Drs. 19/15825/15, S. 12 f.

²¹ BGH NJW 1985, 1617 (1618); OLG Frankfurt, NJW 2000, 594 (595).

²² BGH NJW 1974, 1947 (1948 f.).

²³ BGHZ 24, 200 (208 f.); OLG Stuttgart, NJW-RR 1987, 1434 (1435).

²⁴ BGH NJW 1994, 1971 f.

²⁵ Ausdrücklich auch der Gesetzentwurf des Bundesrats, BT-Drs. 19/15825/15, S. 12 f.

und nicht in den 13. Abschnitt aufgenommen wurde. Da auch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht betroffen ist, ist es zutreffend, dass die amtliche Überschrift des § 201a StGB um die Verletzung von Persönlichkeitsrechten ergänzt werden soll.

3. Tatbestandliche Ausgestaltung

a) Objektiver Tatbestand

Entscheidendes Kriterium der Entwürfe ist die Umgehung des Sichtschutzes, der durch die Kleidung des Opfers bewirkt wird. Insoweit enthalten beide Vorschläge eine viktimodogmatische Komponente, die letztlich Friktionen im Hinblick auf das KUG vermeidet. Denn wer sich etwa unbedeckt an einen See zum Baden legt und hierbei fotografiert wird, ist nur im Rahmen des § 33 KUG hinsichtlich des Verbreitens oder Zurschaustellens in der Öffentlichkeit geschützt, weil er es selbst in der Hand hat, durch Tragen der Kleidung das Herstellen solcher Aufnahmen zu vermeiden.²⁶ Der Entwurf des Bundesrates verwendet insoweit die Formulierung „*indem er unter deren Bekleidung fotografiert oder filmt*“, der Entwurf der Bundesregierung „*soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind*“. Neben der Ausgestaltung dieses Sichtschutzes unterscheiden sich die Entwürfe aber auch hinsichtlich der geschützten Bereiche. Im Einzelnen:

aa) Sichtschutz

Maßgeblicher Begriff ist nach dem Bundesratsentwurf die „Bekleidung“. Darunter soll nicht nur ein Rock oder Kleid fallen, sondern auch eine luftige Hose,²⁷ während das in der Sauna umhüllende Handtuch zwar einen Schutz gegen Anblick im Sinne des Entwurfs der Bundesregierung,²⁸ nicht aber eine Bekleidung darstellen dürfte, so dass der Bundesratsentwurf insoweit Lücken belässt. Der Sichtschutz muss – ebenso wie bei einem „gegen Einblick besonders geschützten Raum“ i.S.d. § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB – nicht „perfekt“ sein; denn andernfalls würde die Bildaufnahme ja gerade nicht gelingen. Daher soll zu Recht auch eine in einem öffentlichen Verkehrsmittel sitzende Person, bei welcher die Fotografie des Intimbereichs aus einer waagrechten Position heraus hergestellt wird, erfasst werden, obgleich der Sichtschutz zwar vorhanden, jedoch nicht „überwunden“ wird. Entsprechendes soll gelten, wenn beim Aussteigen aus einem Fahrzeug der Intimbereich (für jeden Betrachter) sichtbar wird.²⁹ Denn letztlich ist es immer eine Frage des Blickwinkels bzw. Standortes, inwieweit man ungehindert eine Bildaufnahme anfertigen kann. Kein Sichtschutz besteht aber konsequenterweise, wenn bei einem Windstoß der Rock hochgeweht wird; so möchte auch der Gesetzentwurf der Bundesregierung explizit Bildaufnahmen bei sportlichen Ereignissen ausklammern, wenn wie beim Eiskunstlauf bei regelkonformer Ausführung die Unterbekleidung sichtbar ist.³⁰ Dies entspricht dann auch wieder § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB, der etwa bei Umkippen des Sichtschutzes entfallen würde. Insgesamt ist die Regelung im Gesetzentwurf der Bundesregierung insoweit vorzuzugswürdig.

²⁶ So schon zu § 201a StGB BT-Drs. 15/1891, S. 7 und BT-Drs. 15/2466, S. 5; *Eisele*, JR 2005, 6 (8); vgl. aber *Kühl*, AfP 2004, 190 (194).

²⁷ Gesetzentwurf des Bundesrats, BT-Drs. 19/15825/15, S. 16.

²⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drs. 19/17795, S. 11.

²⁹ Gesetzentwurf des Bundesrats, BT-Drs. 19/15825/15, S. 16.

³⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drs. 19/17795, S. 12.

bb) Geschützte Bereiche

Der Entwurf des Bundesrates möchte den Intimbereich schützen, der sodann nur durch die Begründung näher definiert wird. Er soll bei Frauen und Männern den Bereich „der Genitalien, des Gesäßes oder unmittelbar angrenzende Bereiche der Oberschenkel“, nicht aber „Knie oder Unterschenkel“ erfassen.³¹ Den damit verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten vor allem hinsichtlich etwaiger „angrenzender Bereiche“ entgeht der Entwurf der Bundesregierung, der explizit auf die Genitalien, das Gesäß sowie – weiter als der Bundesratsentwurf – die weibliche Brust und diese zuvor genannten Körperteile bedeckende Unterbekleidung abstellt.

(1) Unterbekleidung: Der Gesetzentwurf der Bundesregierung trägt dem Umstand Rechnung, dass die zuvor genannten Körperbereiche regelmäßig durch Unterwäsche bedeckt sind. Inwieweit die Lösung sachgerecht ist, hängt aber vom Begriff der Unterbekleidung ab. Denn unter einem Rock oder einer kurzen Hose können schon aus modischen Gründen allerlei andere Kleidungsstücke getragen werden. So wäre es nicht plausibel, warum etwa das Fotografieren einer Leggings, Radlerhose oder Jeans, die ersichtlich unter einem Rock getragen wird, als Unterbekleidung erfasst sein sollte. Gemeint sein kann nur Unterbekleidung, die wiederum durch ein anderes Kleidungsstück geschützt ist. Um dies klarzustellen, wäre aus meiner Sicht der Begriff „Unterwäsche“ präziser.

(2) Weibliche Brust: Durch die Einbeziehung der weiblichen Brust, die in der Sache selbst gut vertretbar ist, werden freilich nicht unerhebliche Abgrenzungsprobleme hervorgerufen. Das folgt schon daraus, dass der Entwurf der Bundesregierung in subjektiven Hinsicht Eventualvorsatz genügen lässt und diesbezüglich keine Absicht erfordert. Hinsichtlich der gegen Anblick geschützten Genitalien und des Gesäßes bereitet das keine größeren Schwierigkeiten, da hier regelmäßig der Sichtschutz überwunden werden muss. Problematisch ist dies aber hinsichtlich Aufnahmen der weiblichen Brust, die vom Opfer bewusst nur teilweise bedeckt sein kann. Insoweit ist es sicherlich nicht erfasst, den unbedeckten Teil zu fotografieren, da dieser nicht gegen Anblick geschützt ist. Im Übrigen ist freilich nur schwer eine Grenze zu ziehen, da der nicht gegen Anblick geschützte Bereich im Wesentlichen eine Frage des Standorts und des Blickwinkels ist. Friktionen entstehen auch dadurch, dass der Gesetzgeber bei der Kinderpornografie darauf verzichtet hat, neben den Genitalien und dem Gesäß die – bei älteren Kindern bereits entwickelte – weibliche Brust miteinzubeziehen.³² Würde man auf die Einbeziehung der weiblichen Brust verzichten, würde der Schutz insoweit in den Grenzen des § 33 KUG gewährleistet.

³¹ Gesetzentwurf des Bundesrats, BT-Drs. 19/15825/15, S. 16.

³² Der Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Modernisierung des Schriftenbegriffs und anderer Begriffe sowie Erweiterung der Strafbarkeit nach den §§ 86, 86a, 111 und 130 des Strafgesetzbuches bei Handlungen im Ausland möchte für die Jugendpornografie eine entsprechende Vorschrift einführen, die ebenfalls nur Genitalien und Gesäß schützt ; https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Schriftenbegriff.pdf;jsessionid=FDB86E42DF6999E01F5AD7AAFAD978F8.2_cid324?__blob=publicationFile&v=2 (Stand 22. Mai 2020).

cc) Tathandlungen

Beide Entwürfe sehen entsprechend § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB als Tathandlungen das Herstellen oder Übertragen einer Bildaufnahme vor. Das Merkmal des Übertragens erfasst sog. Echtzeitübertragungen auf informationstechnische Geräte oder ins Internet – z.B. mittels Web- oder Spycams – ohne dauerhafte Speicherung der Bilder.³³ Die Tathandlung muss jeweils unbefugt vorgenommen werden. Es handelt sich richtigerweise lediglich um einen deklaratorischen Verweis auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe, insbesondere auf eine rechtfertigende Einwilligung des Betroffenen. Beide Entwürfe erweitern konsequenterweise nach dem Vorbild des § 201a Abs. 2 StGB die Tathandlungen und möchte auch das Gebrauchen und das einem Dritten Zugänglichmachen einer nach Abs. 1 hergestellten Bildaufnahme pönalisieren. Dem ist zuzustimmen.

b) Subjektiver Tatbestand

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung verzichtet im Grundsatz zu Recht auf jegliches Absichtserfordernis und lässt Eventualvorsatz ausreichen. Strafbar ist damit die Missachtung der persönlich gezogenen Grenze der betroffenen Person, indem ein Sichtschutz umgangen wird, welcher die Intimsphäre vor der Öffentlichkeit verbergen soll. Wie bereits dargestellt, kann dies aber bei Fotografien hinsichtlich der weiblichen Brust im Bereich des Eventualvorsatzes zu einer zu weiten Strafbarkeit führen. Die entscheidende Einengung soll nach dem Gesetzentwurf des Bundesrates durch ein Absichtserfordernis im subjektiven Tatbestand erreicht werden. Demnach muss der Täter mit *dolus directus* 1. Grades hinsichtlich des unbefugten Herstellens einer Bildaufnahme des Intimbereichs handeln.³⁴ Bildaufnahmen, bei denen der Intimbereich nur anlässlich einer Fotografie zu anderen Zwecken mit abgebildet wird, sind demgemäß nicht ausreichend. Dies überzeugt aber im Ergebnis nicht. Im Vergleich zu ausländischen Regelungen reicht aber auch der Vorschlag des Bundesrates recht weit, da etwa in England, Wales und Schottland das Bild mit der Intention hergestellt worden sein muss, sich oder einem Dritten sexuelle Befriedigung zu ermöglichen oder die aufgenommene Person zu erniedrigen, zu beängstigen oder zu erschrecken.³⁵ Im Ergebnis dürfte es aber konsequent sein, auf eine solche subjektive Komponente mit Bezug zum Sexualstrafrecht zu verzichten. Dies folgt daraus, dass der Intimbereich unabhängig davon schutzwürdig ist, welche Intention der Täters mit der Bildaufnahme verfolgt.³⁶

Unabhängig von der Formulierung wird sich die vom Bundesrat vorgesehene Absicht in der Praxis jedoch nicht ohne Weiteres erweisen lassen, wenn später lediglich die Bildaufnahme den Strafverfolgungsbehörden vorliegt. Lediglich wenn der Fokus der Bildaufnahme ganz auf den Intimbereich gelegt ist, mag vieles dafür sprechen.³⁷

³³ BT-Drs. 15/2466 S. 5.

³⁴ Hinsichtlich des Merkmals des Übertragens bleibt die subjektive Komponente jedoch ungenau. Nach dem Wortlaut muss eine „derartige“, d.h. absichtlich hergestellte Aufnahme übertragen werden, das Übertragen selbst aber nicht absichtlich erfolgen. Allerdings setzt das Übertragen als Echtzeitübertragung gerade kein vorheriges Herstellen, d.h. Abspeichern der Bildaufnahme voraus. Gemeint sein dürfte mit dieser missverständlichen vielmehr, dass absichtlich eine Bildaufnahme der Intimsphäre, die durch Fotografieren oder Filmen unter den Rock zustande kommt, übertragen wird

³⁵ Siehe oben III.

³⁶ Dazu unten VII 2 a).

³⁷ Gesetzentwurf des Bundesrats, BT-Drs. 19/15825/15, S. 17.

Allerdings ist immer zu erwägen, ob die Aufnahme nicht ganz anders entstanden ist und der Ausschnitt des Intimbereichs nur einen Teil der ursprünglichen Aufnahme darstellt, welcher vergrößert wurde. In den Fällen des Gebrauchs und Zugänglichmachen soll auch nach dem Gesetzentwurf der Länder Eventualvorsatz genügen,³⁸ sodass anders als bei Abs. 1 keine spezifische Absicht vorliegen muss. Allerdings muss es sich stets um eine nach Abs. 1 hergestellte Bildaufnahme handeln, sodass das Gebrauchen und Zugänglichmachen nicht erfasst wird, wenn die Aufnahme nicht mit der spezifischen Absicht des Abs. 1 hergestellt wurde, was mit weiteren Nachweisschwierigkeiten verbunden sein kann.

4. Folgerungen

a) Systematische Erwägungen

Abgesehen von den Schwierigkeiten hinsichtlich der Einbeziehung der weiblichen Brust und den Unklarheiten hinsichtlich des Begriffs der Unterbekleidung ist der Entwurf der Bundesregierung überzeugend. Allerdings betrifft das Upskirting nur einen sehr kleinen Ausschnitt von Bildaufnahmen, die das Persönlichkeitsrecht verletzen. Daher wäre es wünschenswert, wenn die Problematik (künftig) in einen größeren Kontext eingeordnet würde. In den Blick zu nehmen ist insbesondere § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB, der Abbildungen der Genitalien und des Gesäßes erfasst, sowie § 201a Abs. 3 StGB, der kommerzielle Nacktaufnahmen von Personen und 18 Jahren pönalisiert. Beide Entwürfe klären nicht hinreichend, warum Bildaufnahmen unter der Kleidung, sogar der bedeckenden Unterwäsche stets, Großabbildungen der Geschlechtsorgane bei nackten Personen jedoch straflos sein sollen. So gehören etwa Saunalandschaften oder FKK-Bäder nach h.M. nicht mehr zum geschützten Rückzugsbereich gemäß § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB,³⁹ so dass dort Bilder von unbedeckten Personen samt fokussierten Großaufnahmen des Intimbereichs straflos angefertigt werden.

Es wird vorgeschlagen in einem gesonderten § 201b StGB „die Verletzung der Intimsphäre durch Bildaufnahmen“ zu regeln und hier auch den bisherige § 201a Abs. 3 StGB zu integrieren. Dies erscheint auch im Hinblick auf die Einbeziehung von Verstorbenen (sinnvoll), um die Übersichtlichkeit der einzelnen Regelungen in § 201a StGB zu wahren. Zu beachten ist auch, dass es sich hierbei nicht um pornografische Aufnahmen handelt, so dass die Abschichtung zu §§ 184 ff. StGB gewährleistet bleibt. Das Strafantragserfordernis und die Einziehung könnten – ggf. durch Verweis – parallel zu § 201a StGB geregelt werden:

b) § 201b StGB: Verletzung der Intimsphäre durch Bildaufnahmen

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unbefugt eine Bildaufnahme herstellt oder überträgt, die

1. die Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes einer anderen Person zum Gegenstand hat.

³⁸ Gesetzentwurf des Bundesrats, BT-Drs. 19/15825/15, S. 17.

³⁹ So OLG Koblenz, NStZ 2009, 268 (269); krit.eta *Murmann*, FS Maiwald (2010), 585 (598 f.).

2. die Wiedergabe der durch Unterwäsche bedeckten Genitalien oder des Gesäßes einer anderen Person zum Gegenstand hat, soweit diese Bereiche durch Anblick geschützt sind.

(2) Ebenso wird bestraft, wer eine durch eine Tat nach Absatz 1 hergestellte Bildaufnahme gebraucht oder einer dritten Person zugänglich macht.

(3) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. unbefugt eine Bildaufnahme, die die Nacktheit einer anderen Person unter achtzehn Jahren zum Gegenstand hat, herstellt oder anbietet, um sie einer dritten Person gegen Entgelt zu verschaffen, oder sich oder einer dritten Person gegen Entgelt verschafft.

2. unbefugt eine Bildaufnahme, die die Nacktheit einer anderen Person zum Gegenstand hat, verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich macht.

aa) In § 201b Abs. 1 Nr. 1 StGB soll das Herstellen oder Übertragen einer Bildaufnahme, die die Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes einer anderen Person zum Gegenstand hat, erfasst werden. Die Formulierung lehnt sich an § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB an, so dass auf die hierfür entwickelten Grundsätze weitgehend zurückgegriffen werden kann. Es muss sich jedoch nicht um eine pornografische Aufnahme handeln, sodass hier bereits die bloße Wiedergabe genügt, d.h. diese gerade anders als bei § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB nicht zwingend als „sexuell aufreizend“ zu qualifizieren sein muss, mag auch die sexuelle Motivation häufig Anlass einer solchen Aufnahme sein. Wie bei § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB müssen Genitalien oder Gesäß jedoch in den Vordergrund der Bildaufnahme gerückt sein, sodass aus Sicht des Betrachters der Fokus hierauf liegt; dies ist etwa bei Aufnahmen von nackten Personen am FKK-Strand oder von nackt im Garten spielenden Kindern nicht ohne Weiteres der Fall.⁴⁰ § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB stellt dabei für den Bereich der Kinderpornografie die speziellere Strafvorschrift dar, deren höherer Strafrahmen auf das kindliche Opfer und den pornografischen Charakter der Abbildung zurückzuführen ist.

Soweit unbedeckte Genitalien oder das Gesäß durch eine Fotografie unter der Bekleidung abgebildet werden, wird das Upskirting also bereits von dieser Regelung erfasst. Für das Merkmal der Unbedecktheit ist insofern die Wiedergabe auf der Bildaufnahme entscheidend. Die weibliche Brust wird entsprechend den Regelungen im Bereich der Pornografie nicht erfasst.

bb) Mit Nr. 2 soll sodann das eigentliche Upskirting erfasst werden, d.h. das Abbilden der durch Unterwäsche bedeckten Genitalien oder des Gesäßes. Das Fotografieren unter einen Rock, der über einer Jeans, Leggings oder Radlerhose getragen wird, genügt nicht.⁴¹ Erst recht nicht erfasst wird das Herstellen von Aufnahmen reiner Badebekleidung oder der Unterwäsche, wenn diese ohne entsprechende Oberbekleidung und damit Sichtschutz getragen werden.

⁴⁰ Krause, MMR 2016, 665 (668 f.); Eisele, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 184b Rn. 16.

⁴¹ Dazu schon oben VI 1 b).

cc) Entsprechend § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB (und § 184k Abs. 2 des Entwurfs) werden in Abs. 2 die Tathandlungen des Gebrauchs und einem Dritten Zugänglichmachens erfasst.

dd) In § 201b Abs. 3 Nr. 1 StGB soll die bisherige Regelung des § 201a Abs. 3 StGB über entgeltliche Nacktaufnahmen von Minderjährigen unverändert integriert werden. Zur Klarstellung soll hier aufgenommen werden, dass die Bildaufnahme unbefugt erfolgen muss.⁴² Anders als in den Fällen des § 201b Abs. 1 Nr. 1 StGB (und auch bei § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB) liegt hier der Fokus auf der Aufnahme der nackten Person als Ganzes und nicht auf den Genitalien bzw. dem Gesäß; auf eine pornografische Komponente kommt es nicht an.

ee) § 201b Abs. 3 Nr. 2 StGB soll die Strafbarkeit auf alle Nacktaufnahmen unabhängig von einem kommerziellen Zweck und dem Alter des Tatopfers erweitern. Allerdings soll das bloße Herstellen einer Nacktaufnahme nicht strafbar sein, mag auch hier die Intimsphäre mitbetroffen sein.⁴³ Entsprechendes gilt für die Ablichtung in Badebekleidung.⁴⁴ Vielmehr wird hier die Strafbarkeit nach § 33 KUG integriert und nur das Verbreiten oder das der Öffentlichkeit Zugänglichmachen unter Strafe gestellt. Zwar sah der Gesetzentwurf zum 49. Strafrechtsänderungsgesetz aufgrund der Verletzung der Intimsphäre ursprünglich auch das unbefugte Herstellen oder Übertragen einer Bildaufnahme einer (minder- oder volljährigen) unbedeckten Person als Straftat vor.⁴⁵ Jedoch wurde darauf letztlich zu Recht verzichtet und nur die kommerzielle Bildaufnahme von Minderjährigen aufgenommen, weil ansonsten die Gefahr bestanden hätte, bei Aufnahmen von Kindern im Freundes- und Familienkreis auch nicht strafwürdige Fälle zu erfassen.⁴⁶ Entsprechendes würde für Aufnahmen gelten, bei denen eine nackte Person nur anlässlich eines anderen Aufnahmезweckes am Rande abgebildet wird. Hierin liegt der entscheidende Unterschied zur fokussierten Abbildung der Intimsphäre nach § 201b Abs. 1 Nr. 1 StGB. Bei Nacktaufnahmen in geschlossenen Räumen wäre auch schon jetzt § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB verwirklicht, wenn der höchstpersönliche Lebensbereich verletzt wird.

⁴² Zum Fehlen dieses Merkmals bei § 201a Abs. 3 StGB näher *Eisele*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 201a Rn. 51.

⁴³ Anders BT-Drs. 19/18980 (Entwurf der Fraktion AfD).

⁴⁴ Anders BT-Drs. 19/18980 (Entwurf der Fraktion AfD).

⁴⁵ BT-Drs. 18/2601, S. 10 und S. 37 f.

⁴⁶ BT-Drs 18/3202 (neu), S. 28.

Strafbarkeit der Bildaufnahmen des Intimbereichs durch sog. Upskirting

von Prof. Dr. Jörg Eisele und
Wiss. Mit. Maren Straub*

Abstract

Die Strafbarkeit des Anfertigens von Bildaufnahmen des Intimbereichs durch sog. Upskirting ist ein Phänomen, das in jüngerer Zeit aufgrund medialer Berichterstattung zum Thema breiter öffentlicher Debatten wurde. Inzwischen wurden über den Bundesrat sowie durch die Bundesregierung zwei Gesetzentwürfe für einen neuen Straftatbestand vorgelegt. Der nachfolgende Beitrag setzt sich nicht nur kritisch mit diesen Gesetzentwürfen auseinander, sondern bettet solche Verhaltensweisen in einen größeren Kontext ein.

The criminal liability of taking pictures of the genital area (Upskirting) is a phenomenon that has recently become a topic of a broad public discussion due to media reporting. In the meantime, two draft laws have been introduced by the German Bundesrat and the German Federal Government. The following article critically reviews these draft laws and embeds the behaviours in a larger context.

I. Einleitung

Ein Gesetzesantrag der Länder Bayern, Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen und Saarland¹ sowie ein Gesetzentwurf der Bundesregierung² möchten Bildaufnahmen des Intimbereichs und damit ein im anglo-amerikanischen Rechtskreis als „Upskirting“ bezeichnetes Verhalten unter Strafe stellen. Gemeint ist mit dem Begriff des Upskirtings das Herstellen von Bildaufnahmen, die (von unten) nach oben unter den Rock des Opfers erfolgen. Anlass für diese Gesetzesinitiative sind mediale Berichte über Bildaufnahmen, die dadurch angefertigt werden, dass den weiblichen Opfern – etwa mit Hilfe eines Selfiesticks – unter die Bekleidung fotografiert wird. In Großbritannien wurde in diesem Jahr ein entsprechender Tatbestand eingeführt,³ nachdem die 27-jährige Aktivistin *Gina Martin* auf einem Musikfestival Opfer eines Upskirtings wurde und anschließend erfolgreich eine Petition für die Strafbarkeit solcher Handlungen in das Leben rief.⁴ Die

Begründung des Länderentwurfs zum Vorschlag für einen neuen Straftatbestand weist freilich explizit darauf hin, dass für Deutschland keine empirisch verlässlichen Zahlen existierten, aber in England und Wales von einem „erheblichen“ Anstieg berichtet werde.⁵ Der nachfolgende Beitrag möchte die Frage der Pönalisierung des Upskirtings unter Berücksichtigung der bestehenden Strafvorschriften über unbefugte Bildaufnahmen näher analysieren und in einen größeren inhaltlichen Kontext einordnen.

II. Inhalt der Gesetzesvorschläge

Der Vorschlag der Länder sieht vor, in § 184k StGB-E einen neuen Straftatbestand zu schaffen, der konstruktiv an die Regelung des § 201a StGB angelehnt ist.⁶ Der Regelungsvorschlag eines Abs. 1 Var. 1 erfordert in objektiver Hinsicht das Herstellen einer Bildaufnahme, indem der Täter unter der Bekleidung des Opfers fotografiert oder filmt. Neben den allgemeinen Vorsatz – insoweit ist Eventualvorsatz ausreichend – hinsichtlich der Anfertigung einer Bildaufnahme unter der Bekleidung muss die zielgerichtete Absicht (*dolus directus* I. Grades) hinsichtlich der Herstellung einer Bildaufnahme des Intimbereichs treten. Es genügt also nicht, dass der Täter zwar vorsätzlich unter die Bekleidung fotografiert, hierbei aber nicht die Absicht hat, den Intimbereich abzubilden. Ergänzt werden soll die Strafbarkeit in Var. 2 dadurch, dass auch die Übertragung einer „derartigen Aufnahme“ einbezogen ist. Erforderlich ist also, dass eine Aufnahme nach Var. 1 vorliegt, d.h. unter die Bekleidung fotografiert oder gefilmt wird.⁷ Abs. 2 soll entsprechend § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB die Tathandlungen erweitern und möchte auch das Gebrauchen und das einem Dritten Zugänglichmachen einer nach Abs. 1 hergestellten Bildaufnahme unter Strafe stellen. In Abs. 3 und Abs. 4 wird – in Parallele zu § 201a Abs. 5 StGB und § 205 Abs. 1 S. 2 StGB – das Strafantragserfordernis sowie die Einziehung geregelt.

* Der Autor *Eisele* ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht an der Universität Tübingen; die Autorin *Straub* ist Akad. Mitarbeiterin am vorgenannten Lehrstuhl.

¹ BR-Drs. 443/19.

² https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Verbesserung_Persoenelichkeitsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).

³ Dazu unten IV.

⁴ Vgl. <https://www.tagesspiegel.de/gesellschaft/panorama/upskirting-grossbritannien-verbietet-fotografieren-unter-frauenroecke/23877438.html> (zuletzt abgerufen am 27.11.2019); eine entsprechende Online-Petition in Deutschland wurde mehr als 110.000 Mal unterschrieben; vgl. <https://www.merkur.de/welt/fotografieren-unter-rock-upsirting-soll-dank-petition-strafbar-werden-zr-12862454.html> (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).

⁵ BR-Drs. 443/19, S. 6 und S. 12.

⁶ Die Vorschrift soll wie folgt lauten:

(1) Wer absichtlich eine Bildaufnahme des Intimbereichs einer anderen Person unbefugt herstellt, indem er unter deren Bekleidung fotografiert oder filmt, oder eine derartige Aufnahme überträgt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer eine durch eine Tat nach Absatz 1 hergestellte Bildaufnahme gebraucht oder einer dritten Person zugänglich macht.

(3) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

(4) Die Bildträger sowie Bildaufnahmegeräte oder andere technische Mittel, die der Täter oder Teilnehmer verwendet hat, können eingezogen werden. § 74a ist anzuwenden.

⁷ Näher dazu unten VII 2 a).

Der zeitlich später vorgelegte Vorschlag der Bundesregierung möchte das Upskirting in § 201a Abs. 1 StGB als neue Nummer 4 integrieren. Bestraft werden soll demnach, wer „von den Genitalien, dem Gesäß, der weiblichen Brust oder der diese Körperteile bedeckenden Unterbekleidung einer anderen Person unbefugt eine Bildaufnahme herstellt oder überträgt, soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind“. Durch Verweis soll dann auch hier das Gebrauchen und einem Dritten Zugänglichmachen erfasst werden. Für Strafantrag und Einziehung gelten die bereits in § 201a StGB getroffenen Regelungen.

III. Begründung der Gesetzesvorschläge

Der Länderentwurf sieht durch das Upskirting das Allgemeine Persönlichkeitsrecht im Allgemeinen und das hieraus fließende Recht auf sexuelle Selbstbestimmung im Besonderen, das verfassungsrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet wird, gefährdet.⁸ Er verweist auf das Abwehrrecht des Einzelnen, nicht gegen seinen Willen zum Objekt sexuellen Begehrens anderer gemacht zu werden.⁹ Dabei wird ähnlich wie bei der Einführung des § 201a StGB darauf Bezug genommen,¹⁰ dass es mittels moderner Smartphones ein Leichtes sei, Bilder vom Intimbereich einer anderen Person anzufertigen.¹¹ Hinzukomme häufig eine Vertiefung der Rechtsgutsverletzung durch das Zugänglichmachen via Internet, zumal es oft nicht möglich sei, solche Aufnahmen wieder gänzlich zu löschen.¹² Auch im Übrigen zeigten sich Parallelen zu § 201a StGB, weil – ähnlich wie in § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB mit dem gegen Einblick besonders geschützten Raum – der mit dem Kleidungsstück bezweckte Sichtschutz und damit ein vom Betroffenen gesetztes optisches Hindernis überwunden werden muss.¹³ Der Entwurf der Bundesregierung bringt dies schon nach dem Wortlaut zum Ausdruck, wenn die entsprechenden Körperteile gerade gegen Anblick geschützt sein müssen.¹⁴

IV. Blick auf ausländische Rechtsordnungen

Das Upskirting wird in anderen Staaten bereits teilweise pönalisiert.¹⁵ Dabei lassen sich diejenigen Staaten, die solche Handlungen bestrafen, in zwei Gruppen gliedern. Die erste Gruppe umfasst diejenigen Staaten, die als Tathandlung explizit das Fotografieren unter die Bekleidung sanktionieren. Die zweite Gruppe stellen diejenigen Staaten dar, in denen das Upskirting unter bereits bestehende, weiter gefasste Straftatbestände subsumiert werden kann. Für erstere Gruppe ist die seit 2010 bestehende Strafvorschrift in Schottland¹⁶ sowie die neue Strafnorm für England und Wales zu nennen.¹⁷ Auch in Frankreich existiert ein entsprechender Straftatbestand, der darauf abstellt, dass der Intimbereich einer Person sichtbar gemacht wird, der durch die Kleidung vor den Augen Dritter verborgen ist.¹⁸

Eine umfassendere Strafbarkeit, die auch das Upskirting erfasst,¹⁹ besteht etwa in der Schweiz mit Art. 179quater des schweizerischen StGB.²⁰ Erfasst werden Fälle, in denen der Täter eine nicht jedermann ohne Weiteres zugängliche Tatsache aus dem Privatbereich eines anderen ohne dessen Einwilligung mit einem Aufnahmegerät beobachtet oder auf einen Bildträger aufnimmt. Hier wird das Upskirting demnach bereits von einem allgemeinen Straftatbestand erfasst, der die unbefugte Bildaufnahme regelt. In Belgien wird die Problematik dagegen ganz unabhängig von einer Bildaufnahme als sexistische Handlung pönalisiert.²¹

Im Gegensatz zu den deutschen Gesetzgebungsvorschlägen beinhalten die meisten ausländischen Strafvorschriften eine zusätzliche subjektive Voraussetzung, die einen sexuellen Bezug fordert. So wird in Australien das Filmen von sogenannten „private parts“ nur dann unter Strafe gestellt, wenn die Handlung in der Absicht vorgenommen wird, sich selbst oder einem Dritten eine sexuelle Befriedigung zu ermöglichen.²² Durch diese Erweiterung des subjektiven Tatbestandes lässt sich die Handlung zugleich

⁸ BR-Drs. 443/19, S. 4.

⁹ BR-Drs. 443/19, S. 4 f. mit Verweis auf *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), Vor §§ 174 ff. Rn. 1b.

¹⁰ BR-Drs. 15/1891, S. 6.

¹¹ BR-Drs. 443/19, S. 4.

¹² BR-Drs. 443/19, S. 5 f.

¹³ BR-Drs. 443/19, S. 4.

¹⁴ https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Verbesserung_Persoelichkeitsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=2, S. 4 (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).

¹⁵ Siehe dazu das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes, WD 7 – 3000 – 106/19, mit Ausführungen zu Australien, England und Wales, Frankreich, Indien, Belgien, Neuseeland und Schottland.

¹⁶ § 9 (Voyeurismus) Sexual Offences Act (Scotland), abrufbar unter: <https://www.legislation.gov.uk/asp/2009/9> (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).

¹⁷ Voyeurism (Offences) Act 2019, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/2> (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).

¹⁸ Vgl. Art. 226-3-1 Code pénal: „*Le fait d'user de tout moyen afin d'apercevoir les parties intimes d'une personne que celle-ci, du fait de son habillement ou de sa présence dans un lieu clos, a caché à la vue des tiers, lorsqu'il est commis à l'insu ou sans le consentement de la personne, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.*“

¹⁹ <https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/upskirting-ist-in-england-neu-strafbar-so-ist-die-situation-in-der-schweiz-133972708> (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).

²⁰ Art. 179quater: Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegerät

Wer eine Tatsache aus dem Geheimbereich eines andern oder eine nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsache aus dem Privatbereich eines andern ohne dessen Einwilligung mit einem Aufnahmegerät beobachtet oder auf einen Bildträger aufnimmt, wer eine Tatsache, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie auf Grund einer nach Absatz 1 strafbaren Handlung zu seiner Kenntnis gelangte, ausgewertet oder einem Dritten bekannt gibt, wer eine Aufnahme, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie durch eine nach Absatz 1 strafbare Handlung hergestellt wurde, aufbewahrt oder einem Dritten zugänglich macht, wird, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

²¹ Art. 2 des Gesetzes zur Bekämpfung des Sexismus im öffentlichen Raum, abrufbar unter: https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/downloads/loi_sexisme_fr.pdf (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).

²² § 91L Crimes Act; Unter private parts, wird nach § 91I Crimes Act der Genital- sowie der Anusbereich bezeichnet, unabhängig davon, ob diese durch Unterwäsche bedeckt sind. Des Weiteren werden in Australien auch die Brust einer weiblichen Frau, eines Transsexuellen oder intersexuellen Person, welche sich als weibliche Person fühlt dazugezählt. Dabei ist unerheblich, ob die Brust als sexuell entwickelt anzusehen ist.

dem Bereich des Sexualstrafrechts zuordnen. Auch die angesprochenen Regelungen in England, Wales und Schottland sehen eine solche subjektive Komponente vor, weil das Filmen unterhalb der Bekleidung einer anderen Person nur dann sanktioniert wird, wenn dies aufgrund eines sexuellen Anreizes geschieht oder um die betroffene Person zu erniedrigen, beängstigen oder zu erschrecken. Geschützt ist demnach der Intimbereich vor unbefugter Bildaufnahme nur, wenn eine entsprechende Absicht nachweisbar ist. Ausgeklammert wären beispielsweise Konstellationen, in welchen der Filmende heimliche Aufnahmen zu künstlerischen oder journalistischen Zwecken anfertigt.

V. Strafbarkeitslücken

Die Frage, ob es in Deutschland überhaupt einer Strafvorschrift bedarf, ist zunächst mit Blick auf bestehende Strafvorschriften zu erörtern.²³ Die spezifische Regelung des § 33 KUG über die Verletzung des Rechts am eigenen Bild erfasst von vornherein nur Fälle, in denen der Täter entgegen §§ 22, 23 KUG ein Bildnis verbreitet oder öffentlich zur Schau stellt. Daraus folgt, dass das bloße Herstellen, Übertragen oder einem Dritten Zugänglichmachen einer Bildaufnahme und damit auch das Upskirting selbst nicht erfasst wird.²⁴ Zudem fehlt es regelmäßig an der nach den Vorschriften des KUG erforderlichen Identifizierung oder Identifizierbarkeit der aufgenommenen Person, da mit dem Intimbereich nur ein einzelner Körperteil aufgenommen wird.²⁵ Auch § 201a Abs. 1 StGB vermag solche Konstellationen nur selten zu erfassen, da der räumliche Schutzbereich von Abs. 1 Nr. 1 gerade dann nicht betroffen ist, wenn die Bildaufnahme in der Öffentlichkeit erfolgt. Einen Verstoß gegen das von Art. 103 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich garantierte Analogieverbot dürfte es jedenfalls darstellen, wenn ein Rock als besonders geschützter Raum im Sinne dieser Vorschrift qualifiziert wird.²⁶ Zudem wird auch insoweit überwiegend eine Identifizierbarkeit der betroffenen Person über die Bildaufnahme verlangt,²⁷ zumal andernfalls der höchstpersönliche Lebensbereich kaum verletzt sein wird.²⁸

Dem Tatbestand der Beleidigung nach § 185 StGB kommt gegenüber Sexualstraftaten grundsätzlich keine Auffangfunktion zu.²⁹ Denn erforderlich ist stets die Herabsetzung der Ehre durch Kundgabe der Nichtachtung oder Missachtung einer Person. Das ist in Fällen des Upskirtings ebenso wie bei der nunmehr in § 184i StGB geregelten sexuellen

Belästigung nicht per se der Fall. Vielmehr fehlt es beim heimlichen Herstellen einer Bildaufnahme gerade an einer Kundgabe gegenüber dem Opfer oder einem Dritten.³⁰ Auch der eben genannte § 184i StGB vermag diesen Fall nicht als sexuelle Belästigung zu erfassen, da es hierfür einer körperlichen Berührung in sexuell bestimmter Weise bedarf.³¹ Im Einzelfall mag zwar eine Ordnungswidrigkeit nach § 118 OWiG wegen Belästigung der Allgemeinheit vorliegen.³² Ungeachtet der Problematik der kurzen Verjährungsfrist verfolgt diese Vorschrift mit dem Schutz des Allgemeininteresses am Bestand der öffentlichen Ordnung³³ einen ganz anderen Schutzzweck als das Abwehrrecht hinsichtlich der sexuellen Selbstbestimmung.³⁴

Eine davon zu trennende Frage ist, ob diese Lücke durch eine Strafvorschrift zu schließen ist, weil es sich um ein strafwürdiges Verhalten handelt oder diese Strafflosigkeit gerade dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts entspricht. Die vom Entwurf der Länder hierzu genannte Begründung ist gleichermaßen inhaltsleer wie zirkelschlüssig und vermag für sich genommen die Legitimation einer solchen Strafnorm nicht zu begründen, da sich diese praktisch für jedes Verhalten nennen ließe. Dass durch eine Strafnorm Täter bestraft werden können, ist zwangsläufige Folge der Strafbarkeit, nicht aber deren Begründung: „Mit einer das Phänomen des >Upskirtings< erfassenden Strafnorm kann und soll erreicht werden, dass – das Unrecht derartiger Taten in das Bewusstsein der Bevölkerung gebracht wird, – potentielle Täter abgeschreckt werden, – ein wirksamerer Schutz der Opfer bewirkt wird und – Täter auch strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können.“³⁵

Ungeachtet der Frage einer den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden tatbestandlichen Ausgestaltung einer solchen Strafvorschrift spricht für eine Pönalisierung immerhin, dass solche Bildaufnahmen und deren Zugänglichmachung einen Eingriff in die Intimsphäre darstellen. So ist anerkannt, dass die Nacktheit zum intimsten Bereich eines Menschen gehört,³⁶ die ausschließlich zur Disposition des Betroffenen steht. Da der Betroffene stets mit der Möglichkeit der Aufdeckung der Anonymität rechnen muss, kommt es für die Frage des Eingriffs in die Intimsphäre auch nicht darauf an, ob der Betroffene auf dem Bild selbst erkennbar oder identifizierbar ist.³⁷ Ungeachtet der Regelungen des KUG über die Verbreitung, besteht der Eingriff in die Intimsphäre

²³ Dazu BR-Drs. 443/19, S. 7 ff.; *OLG Nürnberg*, NSTZ 2011, 217 f.

²⁴ BT-Drs. 15/1891, S. 6; *Fricke*, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 5. Aufl. (2019), § 22 KUG Rn. 8; *Eisele*, JR 2005, 6 (7).

²⁵ Zu diesem Erfordernis BT-Drs. 15/1891, S. 6; *Fricke*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 24), § 22 KUG Rn. 7.

²⁶ So aber *Flechsigt*, ZUM 2004, 605 (610); dagegen zutreffend *Berghäuser*, ZIS 2019, 463 (469); *Valerius*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2009), § 201a Rn. 17; *Rahmlow*, HRRS 2005, 84 (88).

²⁷ *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 201a Rn. 7; *Hoyer*, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 201a Rn. 15; *Bosch*, in: SSW-StGB, 4. Aufl. (2019), § 201a Rn. 5; dagegen *Fischer*, StGB, 66. Aufl. (2019), § 201a Rn. 11; *Altenhain*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 201a Rn. 2; *Kargl*, ZStW 115, 324 (340); *Koch*, GA 2005, 589 (595); *Linkens*, Der strafrechtliche Schutz vor unbefugter Bildaufnahme, 2005, S. 108.

²⁸ *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 201a Rn. 7; *OLG Koblenz*, NSTZ 09, 268 (269); *Hoyer*, in: SK-StGB (Fn. 27), § 201a Rn. 15; *Valerius* in: LK-StGB (Fn. 26), § 201a Rn. 11.

²⁹ BGHSt 16, 58 (63); *Fischer* (Fn. 27), § 185 Rn. 11; *Gaede*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 27), § 185 Rn. 10.

³⁰ BR-Drs. 443/19, S. 7.

³¹ BR-Drs. 443/19, S. 7 und S. 12; BT-Drs. 18/9097, S. 30; *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 184i Rn. 4.

³² *OLG Nürnberg*, NSTZ 2011, 217; ferner BR-Drs. 443/19, S. 10 mit Verweis auf *VGH München*, BeckRS 2009, 43260.

³³ RGSt 25, 405; *BayObLG*, JZ 1977, 277; *Senge*, in: KK-OWiG, 5. Aufl. (2018), § 118 Rn. 2.

³⁴ BR-Drs. 443/19, S. 10 f.

³⁵ BR-Drs. 443/19, S. 12.

³⁶ *BGH*, NJW 1985, 1617 (1618); *OLG Frankfurt*, NJW 2000, 594 (595); *Fricke*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 24), § 23 KUG Rn. 26.

³⁷ *BGH*, NJW 1974, 1947 (1948 f.).

aber bereits in der Abbildung selbst.³⁸ Daher ist auch anerkannt, dass gegen das unbefugte Anfertigen einer Bildaufnahme Notwehr gemäß § 32 StGB geübt werden darf.³⁹ Angesichts dessen wird man dem Gesetzgeber kaum die verfassungsrechtliche Legitimation absprechen können, über die bestehenden Strafvorschriften hinaus bestehende Lücken zu schließen, um strafrechtlichen Schutz zu gewähren.

VI. Einordnung in den 13. Abschnitt des Strafgesetzbuchs

Die neue Strafvorschrift soll nach dem Gesetzentwurf der Länder als § 184k StGB bei den Sexualstraftaten in den 13. Abschnitt des StGB eingeordnet werden, während der Gesetzentwurf der Bundesregierung eine Ergänzung des § 201a Abs. 1 StGB vorsieht, der der Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimnisbereichs im 15. Abschnitt zugeordnet ist. Insoweit vermisst man beim Entwurf der Länder jedoch eine klare Linie. Denn dieser Entwurf ist inhaltlich ebenfalls eng an § 201a StGB angelehnt.⁴⁰ Zwar lässt sich bei Bildaufnahmen der Intimsphäre durchaus sagen, dass das Recht der sexuellen Selbstbestimmung auch dann betroffen ist, wenn der Tatbestand keine sexuelle Motivation des Täters voraussetzt.⁴¹ Das gilt jedoch auch für den in § 201a Abs. 3 StGB geregelten Fall der Nacktaufnahme von Minderjährigen, der gerade von den Vorschriften der Kinder- und Jugendpornografie im Sexualstrafrecht abgeschichtet und nicht in den 13. Abschnitt aufgenommen wurde. So verwundert es auch nicht, dass sich in der Begründung des Gesetzgebers aus dem Jahre 2014 zu § 201a Abs. 3 StGB die Formulierung findet „ist (...) davon auszugehen, dass davon der höchstpersönliche Lebensbereich, ja sogar die Intimsphäre verletzt wird“.⁴²

Insoweit ist bei den weiteren Überlegungen mit zu bedenken, wie das Upskirting im Verhältnis zu Nacktaufnahmen zu bewerten ist.⁴³ § 201a Abs. 3 StGB pönalisiert nämlich nur Nacktaufnahmen von Personen unter 18 Jahren und nur im Zusammenhang mit einer entgeltlichen kommerziellen Vermarktung.⁴⁴ Daraus folgt, dass das Herstellen von Nacktaufnahmen erwachsener Personen außerhalb des räumlichen Schutzbereichs des § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB derzeit auch dann nicht strafbar ist, wenn die Aufnahme heimlich oder gegen den Willen der betroffenen Person erfolgt. Insofern ist es dann aber zumindest erklärungsbedürftig, warum das Abbilden der bloßen Unterbekleidung beim Upskirting strafbar sein soll,⁴⁵ während Saunalandschaften oder FKK-Bäder nach

h.M. nicht mehr zum geschützten Rückzugsbereich gemäß § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB gehören⁴⁶ und daher dort Bilder von unbedeckten Personen samt fokussierten Großaufnahmen des Intimbereichs straflos angefertigt werden können.

VII. Tatbestandliche Fassung in den beiden Entwürfen

1. Objektiver Tatbestand und insbesondere Erfordernis eines Sichtschutzes

Entscheidendes Kriterium der Strafbarkeit ist nach dem Entwurf der Länder – in Parallele zu § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB – letztlich die Umgehung des Sichtschutzes, der durch die Kleidung des Opfers bewirkt wird. Insoweit enthalten beide Vorschläge eine viktimodogmatische Komponente. Denn wer sich etwa unbedeckt an einen See zum Baden legt und hierbei fotografiert wird, ist nur im Rahmen des § 33 KUG hinsichtlich des Verbreitens oder Zurschaustellens in der Öffentlichkeit geschützt, weil er es selbst in der Hand hat, durch Tragen der Kleidung das Herstellen solcher Aufnahmen zu vermeiden.⁴⁷ Dementsprechend soll die Strafbarkeit nach Ansicht des Länderentwurfs dadurch gerechtfertigt sein, dass der durch die Kleidung verborgene Intimbereich – anders als es bei einem „normalen Betrachter“ der Fall wäre – trotz Sichtschutz in den Blick gerät und abgebildet wird.⁴⁸

a) Zur Intimsphäre gehören nach Auffassung des Länderentwurfs bei Frauen und Männern der Bereich „der Genitalien, des Gesäßes oder unmittelbar angrenzende Bereiche der Oberschenkel“, nicht aber „Knie oder Unterschenkel“.⁴⁹ Auf die Identifizierbarkeit der Person soll es dabei – nunmehr anders als bei § 201a StGB⁵⁰ – nicht ankommen, da diese bei solchen Aufnahmen typischerweise nicht möglich ist und die Beeinträchtigung nicht in der Abbildung der Person, sondern deren Intimsphäre liegt.⁵¹ Den damit verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten entgeht der Entwurf der Bundesregierung, der explizit auf die Genitalien und das Gesäß sowie – insoweit weiter als der Entwurf der Länder – die weibliche Brust abstellt.

b) Geschützt werden soll der Intimbereich nur, wenn dieser durch Kleidung verborgen bzw. gegen Anblick geschützt ist. Dabei soll als Kleidung im Sinne des Länderentwurfs nicht nur ein Rock oder Kleid, sondern auch eine luftige Hose gelten,⁵² während das umhüllende Handtuch zwar einen Schutz gegen Anblick im Sinne des Entwurfs der Bundesregierung,⁵³ nicht aber eine Bekleidung

³⁸ BGHZ 24, 200 (208 f.); *OLG Stuttgart*, NJW-RR 1987, 1434 (1435).

³⁹ *BGH*, NJW 1994, 1971 f.; dazu näher *Perron/Eisele*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 9), § 32 Rn. 5a.

⁴⁰ BR-Drs. 443/19, S. 13.

⁴¹ Insoweit zutreffend BR-Drs. 443/19, S. 13 f.

⁴² BT-Drs. 18/2601, S. 37.

⁴³ Dazu unten VIII 2 b) dd).

⁴⁴ Zur Einfügung dieser Beschränkung während des Gesetzgebungsverfahrens vgl. BT-Drs. 18/3202, S. 28.

⁴⁵ Zur Einbeziehung dieser Fälle BR-Drs. 443/19, S. 17.

⁴⁶ So *OLG Koblenz*, NStZ 2009, 268 (269); *Altenhain*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 27), § 201a Rn. 5; krit. *Murmann*, FS Maiwald, 2010, S. 585 (598 f.).

⁴⁷ So schon zu § 201a StGB BT-Drs. 15/1891, S. 7 und BT-Drs. 15/2466, S. 5; *Eisele*, JR 2005, 6 (8); vgl. aber *Kühl*, AfP 2004, 190 (194).

⁴⁸ BR-Drs. 443/19, S. 17.

⁴⁹ BR-Drs. 443/19, S. 17.

⁵⁰ Dazu bereits oben V.

⁵¹ BR-Drs. 443/19, S. 17.

⁵² BR-Drs. 443/19, S. 17.

⁵³ [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Verbesserung_Persoenelichkeitsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=2, S. 11 \(zuletzt abgerufen am 27.11.2019\).](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Verbesserung_Persoenelichkeitsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=2, S. 11 (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).)

darstellen dürfte. Der Wortlaut des Entwurf der Länder soll nach seiner Begründung jedoch nicht dahingehend verstanden werden, dass eine Strafbarkeit aufgrund der Worte „unter der Bekleidung“ nur dann in Betracht kommt, wenn eine Fotografie „von unten nach oben“ hergestellt wird.⁵⁴ Diesbezüglich ist auch die Bezeichnung „Upskirting“ (engl. „up“ für „nach oben“ und „skirt“ für „Rock“) irreführend, da diese eine Richtungsangabe suggeriert. Daher soll auch eine sitzende Person in einem öffentlichen Verkehrsmittel, bei welcher die Fotografie des Intimbereichs aus einer waagrechten Position heraus hergestellt wird, durch die strafrechtliche Norm geschützt werden. Entsprechendes soll gelten, wenn beim Aussteigen aus einem Fahrzeug der Intimbereich (für jeden Betrachter) sichtbar wird.⁵⁵ Dies dürfte entsprechend auch für den Gesetzentwurf der Bundesregierung gelten, da es auf den Blickwinkel bzw. den Standort des Aufnehmenden nicht ankommen kann. Kein Sichtschutz besteht aber konsequenterweise, wenn bei einem Windstoß der Rock hochgeweht wird; in diesem Fall wird gerade nicht unter den Rock fotografiert. Nach dem Entwurf der Bundesregierung dürfte es an dem erforderlichen Schutz gegen Anblick fehlen. Dafür spricht auch, dass dieser Entwurf explizit Bildaufnahmen bei sportlichen Ereignissen ausklammern möchte, wenn wie beim Eiskunstlauf bei regelkonformer Ausführung die Unterbekleidung sichtbar ist.⁵⁶ Ob der Begriff der Unterbekleidung unter Strafwürdigkeitsgesichtspunkten wirklich geeignet ist, strafwürdige Fälle einzugrenzen, erscheint fraglich. Denn es ist nicht plausibel, warum etwa das Fotografieren einer Leggings, Radlerhose oder Jeans, die ersichtlich unter einem Rock getragen wird, als Unterbekleidung erfasst sein sollte. Gemeint sein kann nur Unterbekleidung bzw. Unterwäsche, die gerade selbst durch ein anderes Kleidungsstück geschützt ist.

c) Beide Entwürfe sehen entsprechend § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB als Tathandlungen das Herstellen oder Übertragen einer Bildaufnahme vor. Herstellen meint alle Handlungen, mit denen optische Informationen auf einem Bild- oder Datenträger abgespeichert werden.⁵⁷ Das Merkmal des Übertragens erfasst hingegen sog. Echtzeitübertragungen auf informationstechnische Geräte oder ins Internet – z.B. mittels Web- oder Spycams – ohne dauerhafte Speicherung der Bilder.⁵⁸ Dagegen bleibt das bloße Beobachten, d.h. der sog. „freche Blick“, ebenso wie bei § 201a StGB straflos.⁵⁹ Die Tathandlung muss jeweils unbefugt vorgenommen werden. Es handelt sich richtigerweise lediglich um einen deklaratorischen Verweis auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe, insbesondere auf eine rechtfertigende Einwilligung des Betroffenen.⁶⁰ Dem ent-

spricht es, wenn das Merkmal insbesondere in Fällen entfallen soll, „in denen ausnahmsweise die (vorherige) Zustimmung der abgebildeten Person vorliegt“.⁶¹

d) Beide Entwürfe erweitern auch nach dem Vorbild des § 201a Abs. 2 StGB die Tathandlungen und möchte auch das Gebrauchen und das einem Dritten Zugänglichmachen einer nach Abs. 1 hergestellten Bildaufnahme pönalisieren. Ein Gebrauchen liegt vor, wenn die technischen Möglichkeiten eines Bildträgers, etwa durch Speichern, Archivieren, Kopieren, Fotomontage oder durch Sichtbarmachen bzw. Ansehen, genutzt werden, wobei dies durch den Hersteller der Aufnahme oder durch einen Dritten erfolgen kann.⁶² Ein Zugänglichmachen ist hingegen anzunehmen, wenn einem Dritten der Zugriff auf das Bild – etwa durch Übersenden einer Datei oder Ablegen auf einem Server – ermöglicht wird.⁶³ Eine tatsächliche Kenntnisnahme oder die Möglichkeit eines „physischen Zugriffs“ ist dabei nicht erforderlich.⁶⁴

2. Subjektiver Tatbestand und Erfordernis einer besonderen Absicht

a) Die entscheidende Einengung soll nach dem Gesetzentwurf der Länder durch ein Absichtserfordernis im subjektiven Tatbestand erreicht werden. Demnach muss der Täter mit *dolus directus* 1. Grades hinsichtlich des unbefugten Herstellens einer Bildaufnahme des Intimbereichs handeln.⁶⁵ Bildaufnahmen, bei denen der Intimbereich nur anlässlich einer Fotografie zu anderen Zwecken mit abgebildet wird, sind demgemäß nicht ausreichend. Hinsichtlich des Merkmals des Übertragens bleibt die subjektive Komponente jedoch ungenau. Nach dem Wortlaut muss eine „derartige“, d.h. absichtlich hergestellte Aufnahme übertragen werden, das Übertragen selbst aber nicht absichtlich erfolgen. Allerdings setzt das Übertragen als Echtzeitübertragung gerade kein vorheriges Herstellen, d.h. Abspeichern der Bildaufnahme voraus.⁶⁶ Gemeint sein dürfte vielmehr, dass absichtlich eine Bildaufnahme der Intimsphäre, die durch Fotografieren oder Filmen unter den Rock zustande kommt, übertragen wird.

b) Unabhängig von der Formulierung wird sich diese Absicht in der Praxis jedoch nicht ohne Weiteres erweisen lassen, wenn später lediglich die Bildaufnahme den Strafverfolgungsbehörden vorliegt. Lediglich wenn der Fokus der Bildaufnahme ganz auf den Intimbereich gelegt ist, mag vieles dafür sprechen.⁶⁷ Allerdings ist immer zu erwägen, ob die Aufnahme nicht ganz anders entstanden ist und der Ausschnitt des Intimbereichs nur einen Teil der ursprünglichen Aufnahme darstellt, welcher vergrößert wurde. Im Vergleich zu ausländischen Regelungen ist der

⁵⁴ BR-Drs. 443/19, S. 17.

⁵⁵ BR-Drs. 443/19, S. 17.

⁵⁶ https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Verbesserung_Persoenelichkeitsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=2, S. 12 (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).

⁵⁷ BR-Drs. 443/19, S. 16; ferner BT-Drs. 15/2566, S. 5; Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 201a Rn. 13.

⁵⁸ BT-Drs. 15/2466 S. 5; Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 201a Rn. 5; Heuchemer/Paul, JA 2006, 616 (617).

⁵⁹ Zu § 201a StGB BT-Drs. 15/1891, S. 6; BT-Drs. 15/2466, S. 4; Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 201a Rn. 13.

⁶⁰ Zur streitigen Einordnung bei § 201a StGB näher Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 201a Rn. 17.

⁶¹ BR-Drs. 443/19, S. 18.

⁶² BT-Drs. 15/2466, S. 5; Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 201a Rn. 28; Kühl, in: Lackner/Kühl (Fn. 58), § 201a Rn. 6.

⁶³ BT-Drs. 15/2466, S. 5; Valerius, in: LK-StGB (Fn. 26), § 201a Rn. 25.

⁶⁴ Altenhain, in: Matt/Renzikowski (Fn. 27), § 201a Rn. 10; Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 201a Rn. 29.

⁶⁵ BR-Drs. 443/19, S. 18.

⁶⁶ Vgl. oben II.

⁶⁷ BR-Drs. 443/19, S. 18.

Vorschlag dennoch recht weit, da etwa in England, Wales und Schottland das Bild mit der Intention hergestellt worden sein muss, sich oder einem Dritten sexuelle Befriedigung zu ermöglichen oder die aufgenommene Person zu erniedrigen, zu beängstigen oder zu erschrecken.⁶⁸ Im Ergebnis dürfte es aber konsequent sein, auf eine solche subjektive Komponente zu verzichten. Dies folgt daraus, dass der Intimbereich unabhängig davon schutzwürdig ist, welche Intention der Täter mit der Bildaufnahme verfolgt.⁶⁹ In den Fällen des Gebrauchs und Zugänglichmachen soll auch nach dem Gesetzentwurf der Länder Eventualvorsatz genügen,⁷⁰ sodass anders als bei Abs. 1 keine spezifische Absicht vorliegen muss. Allerdings muss es sich stets um eine nach Abs. 1 hergestellte Bildaufnahme handeln, sodass das Gebrauchen und Zugänglichmachen nicht erfasst wird, wenn die Aufnahme nicht mit der spezifischen Absicht des Abs. 1 hergestellt wurde, was mit weiteren Nachweisschwierigkeiten verbunden sein kann.

c) Der Gesetzentwurf der Bundesregierung verzichtet hingegen auf jegliches Absichtserfordernis und lässt Eventualvorsatz ausreichen. Dies dürfte hinsichtlich der gegen Anblick geschützten Genitalien und des Gesäßes keine größeren Schwierigkeiten bereiten, da hier regelmäßig der Sichtschutz überwunden werden muss. Problematisch ist dies aber hinsichtlich Aufnahmen der weiblichen Brust, die vom Opfer bewusst nur teilweise bedeckt sein kann. Insoweit ist es sicherlich nicht erfasst, den unbedeckten Teil zu fotografieren, da dieser nicht gegen Anblick geschützt ist. Im Übrigen ist freilich nur schwer eine Grenze zu ziehen, da der nicht gegen Anblick geschützte Bereich im Wesentlichen eine Frage des Standorts und des Blickwinkels ist und insoweit die Einbeziehung des Eventualvorsatzes zu einer zu weiten Ausdehnung der Strafbarkeit führen kann. Auch aus materiellen Gründen überzeugt es nicht, dieses sog. Downblousing miteinzubeziehen. So hat der Gesetzgeber zu Recht auch bei der Kinderpornografie darauf verzichtet, neben den Genitalien und dem Gesäß die – bei älteren Kindern bereits entwickelte – weibliche Brust miteinzubeziehen.⁷¹ Der recht weiten Strafbarkeit wird nur insofern entgegengewirkt, als der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung überwiegend berechtigter Interessen nach § 201a Abs. 4 StGB zur Gewährleistung der Pressefreiheit Anwendung finden soll.⁷² Dies dürfte freilich sehr selten der Fall sein, da Upskirting zu Zwecken der Bildaufnahme auch bei prominenten Persönlichkeiten kaum je der Wahrnehmung überwiegend berechtigter Interessen dienen dürfte.

⁶⁸ Siehe oben IV.

⁶⁹ Dazu unten VIII 2 a).

⁷⁰ BR-Drs. 443/19, S. 19.

⁷¹ Der Referentenentwurf zum Schriftenbegriff möchte für die Jugendpornografie eine entsprechende Vorschrift einführen, die ebenfalls nur Genitalien und Gesäß schützt https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Schriftenbegriff.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (Stand 27.11.2019); siehe auch unten VII b) bb).

⁷² https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Verbesserung_Persoenelichkeitsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=2, S. 12 (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).

⁷³ Näher oben IV.

⁷⁴ <https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/upskirting-ist-in-england-neu-straftbar-so-ist-die-situation-in-der-schweiz-133972708> (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).

⁷⁵ S. oben IV.

VIII. Kritik und Gegenvorschlag

Wie bereits ausgeführt, berücksichtigen die Vorschläge nicht ausreichend den Bezug zu anderen Straftatbeständen. Zu nennen ist insbesondere § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB, der Abbildungen der Genitalien und des Gesäßes erfasst, sowie § 201a Abs. 3 StGB, der kommerzielle Nacktaufnahmen von Personen und 18 Jahren pönalisiert. Beide Entwürfe klären nicht hinreichend, warum Bildaufnahmen unter der Kleidung stets, Großabbildungen der Geschlechtsorgane bei nackten Personen jedoch straflos sein sollen. Der nachfolgende Vorschlag entfernt sich daher von einer Anlagesgesetzgebung oder gar einem symbolischen Strafrecht, da er die Problematik von Bildaufnahmen der Intimsphäre in einen größeren Kontext einordnet. Der Blick auf die Vorschriften ausländischer Rechtsordnungen hat insoweit gezeigt, dass zwei grundsätzliche Regelungsmöglichkeiten bestehen.⁷³ Teilweise wird das Phänomen des Upskirtings mit spezifischen Vorschriften, teils mit weiter gefassten Vorschriften erfasst, die allgemein auf eine Verletzung der Intimsphäre abstellen.

1. Die Verletzung der Privatsphäre als Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit

Eine umfassendere Strafbarkeit, die auch das Upskirting erfasst,⁷⁴ ist etwa – wie bereits angesprochen⁷⁵ – in der Schweiz mit Art. 179quater des schweizerischen StGB vorgesehen.⁷⁶ Erfasst werden Fälle, in denen eine nicht jedermann ohne Weiteres zugängliche Tatsache aus dem Privatbereich eines anderen ohne dessen Einwilligung mit einem Aufnahmegerät beobachtet oder auf einen Bildträger aufgenommen wird. Zu beachten ist diesbezüglich ferner, dass bereits der Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs aus dem Jahre 1971 eine entsprechende Regelung über unbefugtes Abhören und Abbilden vorsah.⁷⁷ Die Notwendigkeit einer Regelung sah man schon damals in Zeiten analoger Bildaufnahmen in der „durch die in der gegenwärtigen Gesellschaft auftretende Tendenz zur Missachtung fremden privaten Lebens.“ Demnach sollte mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bestraft werden, „wer 1. von einer fremden Person in ihren Privaträumen oder 2. von einem anderen oder von dessen Privaträumen unter Verletzung des Anspruchs auf Wahrung des höchstpersönlichen Lebensbereichs ohne Einwilligung Bildaufnahmen herstellt oder überträgt.“ Damit

⁷⁶ Art. 179quater: Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte

Wer eine Tatsache aus dem Geheimbereich eines andern oder eine nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsache aus dem Privatbereich eines andern ohne dessen Einwilligung mit einem Aufnahmegerät beobachtet oder auf einen Bildträger aufnimmt, wer eine Tatsache, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie auf Grund einer nach Absatz 1 strafbaren Handlung zu seiner Kenntnis gelangte, auswertet oder einem Dritten bekannt gibt, wer eine Aufnahme, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie durch eine nach Absatz 1 strafbare Handlung hergestellt wurde, aufbewahrt oder einem Dritten zugänglich macht, wird, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

⁷⁷ Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, Zweiter Halbband, 1971, S. 32 ff.

sollten gerade Eingriffe in den Intimbereich der betroffenen Person sanktioniert werden,⁷⁸ wobei neben Privaträumen – die aktuell bereits von § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB erfasst sind – die Person auch im „sozialen Außenraum“ vor Verletzungen geschützt werden sollte.⁷⁹ Die Problematik des Entwurfs lag freilich im recht unbestimmten Begriff des Anspruchs auf Wahrung des „höchstpersönlichen Lebensbereichs“. Der Begriff wird derzeit zwar auch bei § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB verwendet. Er wird jedoch – obgleich nur als zusätzliches einschränkendes Merkmal ausgestaltet – auch dort als unscharf angesehen.⁸⁰ Entsprechend bereitet der sehr weite Begriff des Privatbereichs in Art. 179quater des schweizerischen StGB erhebliche Schwierigkeiten im Hinblick auf seine Bestimmtheit, so dass aus deutscher Sicht die Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG bei der Verwendung eines solchen Begriffs durchaus bezweifelt werden könnte.⁸¹

2. Beschränkung auf bestimmte Bildaufnahmen

a) Der nachfolgende Vorschlag berücksichtigt den Rahmen, der durch §§ 184b und 184c StGB im Bereich der Kinderpornografie und Jugendpornografie sowie durch § 201a Abs. 3 StGB im Bereich von Nacktaufnahmen von Minderjährigen gezogen wird. Systematisch sollte die Strafbarkeit mit dem Gesetzentwurf der Bundesregierung im 15. Abschnitt des StGB verortet werden und nicht bei den Sexualdelikten. Dies folgt daraus, dass bereits § 201a StGB den Bereich der Intimsphäre schützt und der Kern der Strafbarkeit – ungeachtet dessen, dass das sexuelle Selbstbestimmungsrecht ebenfalls mitbetroffen ist – auf der unbefugten Bildaufnahme und nicht einer sexuellen Handlung liegt. Der Intimbereich stellt insoweit den Kernbereich der Privatsphäre dar⁸² und sollte bereits unabhängig von einer möglichen sexuellen Komponente geschützt werden. Gerade damit verträgt sich auch der Verzicht auf ein spezielles Absichtserfordernis hinsichtlich eines sexuellen Interesses des Aufnehmenden. Strafbar ist vielmehr die Missachtung der persönlich gezogenen Grenze der betroffenen Person, indem ein Sichtschutz umgangen wird, welcher die Intimsphäre vor der Öffentlichkeit verbergen soll. Um die Übersichtlichkeit der einzelnen Regelungen zu wahren, sollte in einem § 201b StGB „die Verletzung der Intimsphäre durch Bildaufnahmen“ geregelt werden und in diese Regelung der bisherige § 201a Abs. 3 StGB integriert werden. Zu beachten ist auch, dass es sich hierbei nicht zwingend um pornografische Aufnahmen handeln muss, so dass eine Abschichtung zu §§ 184 ff. StGB gewährleistet ist. Das Strafantragserfordernis und die Einziehung sind – ggf. durch Verweis – parallel zu § 201a StGB zu regeln. Hierauf soll im Folgenden nicht weiter eingegangen werden.

b) Aus dem Gesagten ergibt sich folgender Regelungsvorschlag

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unbefugt eine Bildaufnahme herstellt oder überträgt, die

1. die Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes einer anderen Person zum Gegenstand hat.

2. die Wiedergabe der durch Unterwäsche bedeckten Genitalien oder des Gesäßes einer anderen Person zum Gegenstand hat, soweit diese Bereiche durch Anblick geschützt sind.

(2) Ebenso wird bestraft, wer eine durch eine Tat nach Absatz 1 hergestellte Bildaufnahme gebraucht oder einer dritten Person zugänglich macht.

(3) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. unbefugt eine Bildaufnahme, die die Nacktheit einer anderen Person unter achtzehn Jahren zum Gegenstand hat, herstellt oder anbietet, um sie einer dritten Person gegen Entgelt zu verschaffen, oder sich oder einer dritten Person gegen Entgelt verschafft.

2. unbefugt eine Bildaufnahme, die die Nacktheit einer anderen Person zum Gegenstand hat, verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich macht.

aa) In § 201b Abs. 1 Nr. 1 StGB soll das Herstellen oder Übertragen einer Bildaufnahme, die die Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes einer anderen Person zum Gegenstand hat, erfasst werden. Die Formulierung lehnt sich an § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB an, so dass auf die hierfür entwickelten Grundsätze weitgehend zurückgegriffen werden kann. Es muss sich jedoch nicht um eine pornografische Aufnahme handeln, sodass hier bereits die bloße Wiedergabe genügt, d.h. diese gerade anders als bei § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB nicht zwingend als „sexuell aufreizend“ zu qualifizieren sein muss, mag auch die sexuelle Motivation häufig Anlass einer solchen Aufnahme sein. Wie bei § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB müssen Genitalien oder Gesäß jedoch in den Vordergrund der Bildaufnahme gerückt sein, sodass aus Sicht des Betrachters der Fokus hierauf liegt; dies ist etwa bei Aufnahmen von nackten Personen am FKK-Strand oder von nackt im Garten spielenden Kindern nicht ohne Weiteres der Fall.⁸³ § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB stellt dabei für den Bereich der Kinderpornografie die speziellere Strafvorschrift dar, deren höherer Strafrahmen auf

⁷⁸ Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs (Fn. 77), S. 33.

⁷⁹ Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs (Fn. 77), S. 34.

⁸⁰ Zu den Unschärfen des Begriffs *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 201a Rn.14.

⁸¹ *Trechsel/Pieth*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl. (2013), Art. 179quater, Rn. 4; *Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 5. Aufl. (1995), § 12 Rn. 54: „Dem Straftatbestand hinreichend bestimmte deutliche Konturen zu geben, bleibt in jedem Fall, entgegen dem Bestimmtheitsgebot (...), praktisch allein dem Richter überlassen.“

⁸² BVerfGE 109, 279 (313); BVerfGE 34, 238 (245); *Lang*, in: BeckOK, Grundgesetz, 41. Aufl. (2019), Art. 2 GG Rn. 39.

⁸³ *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 184b Rn. 16; *Krause*, MMR 2016, 665 (668 f.).

das kindliche Opfer und den pornografischen Charakter der Abbildung zurückzuführen ist. Soweit unbekleidete Genitalien oder das Gesäß durch eine Fotografie unter der Bekleidung abgebildet werden, wird das Upskirting also bereits von dieser Regelung erfasst, sofern ein entsprechender Vorsatz vorliegt. Für das Merkmal der Unbekleidetheit ist insofern die Wiedergabe auf der Bildaufnahme entscheidend. Die weibliche Brust wird entsprechend den Regelungen im Bereich der Pornografie nicht erfasst.⁸⁴

bb) Mit Nr. 2 soll sodann das Upskirting erfasst werden, d.h. das Abbilden der durch Unterwäsche⁸⁵ bekleideten Genitalien oder des Gesäßes. Sofern die Bildaufnahme hergestellt wird, sollen hier – anders als in § 184k des Länderentwurfs – entsprechend der ultima ratio-Funktion des Strafrechts und zur Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes nur die Genitalien und das Gesäß, nicht aber angrenzende Bereiche wie Oberschenkel erfasst werden. Insofern bleibt auch die Parallele zu Nr. 1 des hiesigen Vorschlags gewahrt. Erforderlich ist, dass der Intimbereich durch Unterwäsche bedeckt ist. Das Fotografieren unter einen Rock, der über einer Jeans, Leggings oder Radlerhose getragen wird, genügt nicht.⁸⁶ Erst recht nicht erfasst wird das Herstellen von Aufnahmen reiner Badebekleidung oder der Unterwäsche, wenn diese ohne entsprechende Oberbekleidung getragen werden.

cc) Entsprechend § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB (und § 184k Abs. 2 des Entwurfs) werden in Abs. 2 die Tathandlungen des Gebrauchs und einem Dritten Zugänglichmachen erfasst.⁸⁷

dd) In § 201b Abs. 3 Nr. 1 StGB soll die bisherige Regelung des § 201a Abs. 3 StGB über entgeltliche Nacktauf-

nahmen von Minderjährigen unverändert integriert werden. Zur Klarstellung soll hier aufgenommen werden, dass die Bildaufnahme unbefugt erfolgen muss.⁸⁸ Anders als in den Fällen des § 201b Abs. 1 Nr. 1 StGB (und auch bei § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB) liegt hier der Fokus auf der Aufnahme der nackten Person als Ganzes und nicht auf den Genitalien bzw. dem Gesäß; auf eine pornografische Komponente kommt es nicht an.

§ 201b Abs. 3 Nr. 2 StGB soll die Strafbarkeit auf alle Nacktaufnahmen unabhängig von einem kommerziellen Zweck und dem Alter des Tatopfers erweitern. Allerdings soll das bloße Herstellen einer Nacktaufnahme nicht strafbar sein, mag auch hier die Intimsphäre mitbetroffen sein. Vielmehr wird hier die Strafbarkeit nach § 33 KUG integriert und nur das Verbreiten oder das der Öffentlichkeit Zugänglichmachen unter Strafe gestellt. Zwar sah der Gesetzentwurf zum 49. Strafrechtsänderungsgesetz aufgrund der Verletzung der Intimsphäre ursprünglich auch das unbefugte Herstellen oder Übertragen einer Bildaufnahme einer (minder- oder volljährigen) unbekleideten Person als Straftat vor.⁸⁹ Jedoch wurde darauf letztlich verzichtet und nur die kommerzielle Bildaufnahme von Minderjährigen aufgenommen, weil ansonsten die Gefahr bestanden hätte, bei Aufnahmen von Kindern im Freundes- und Familienkreis auch nicht strafwürdige Fälle zu erfassen.⁹⁰ Entsprechendes würde für Aufnahmen gelten, bei denen eine nackte Person nur anlässlich eines anderen Aufnahmeweckes am Rande abgebildet wird. Hierin liegt der entscheidende Unterschied zur fokussierten Abbildung der Intimsphäre nach § 201b Abs. 1 Nr. 1 StGB. Bei Nacktaufnahmen in geschlossenen Räumen wäre auch schon jetzt § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB verwirklicht, wenn der höchstpersönliche Lebensbereich verletzt wird.

⁸⁴ Zu einer entsprechenden Forderung zur Einbeziehung des sog. „Downblousing“ jedoch *Wersig/Steinl*, Zur Strafbarkeit des „Upskirting“ Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes v. 11.7.2019, <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-16/> (zuletzt abgerufen am 27.11.2019).

⁸⁵ Zum Begriff oben VII 1 b).

⁸⁶ Dazu schon oben VII 1 b).

⁸⁷ Zu diesen näher oben VII 1 d).

⁸⁸ Zum Fehlen dieses Merkmals bei § 201a Abs. 3 StGB näher *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 201a Rn. 51.

⁸⁹ BT-Drs. 18/2601, S. 10 und S. 37 f.

⁹⁰ BT-Drs 18/3202 (neu), S. 28.



Datum
25. Mai 2020

Sachbearbeiter
OStAin Dr. Grieser

Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz

Persönlichkeitsschutz bei Bildaufnahmen (Upskirting)

Stellungnahme:

1. Regelungsbedürfnis

Beim Upskirting handelt es sich nicht um ein neues Phänomen. Durch die derzeitigen technologischen und medialen Möglichkeiten gelingt jedoch die Ausführung ebenso wie die Verbreitung derartiger Aufnahmen immer einfacher und unauffälliger und bietet damit einen möglichen Anreiz für Nachahmung.

In der Erstellung oder Verbreitung unbefugter Aufnahmen des Intimbereichs liegt ein erheblicher Unrechtsgehalt, der vergleichbar ist mit Tat handlungen des § 201a StGB (Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen), aber auch mit denjenigen des § 184i StGB (sexuelle Belästigung). Zwar setzt die sexuelle Belästigung eine Berührung voraus. Beim Upskirting wird jedoch die Sichtbarriere der Kleidung überwunden und dadurch in den Intimbereich eingegriffen. Angesichts der Verwendungs- und Verbreitungsmöglichkeiten der Bildaufnahmen wirkt diese Rechtsgutverletzung fort.

Für die Betroffenen handelt es sich um einen erheblichen Eingriff in ihre Intimsphäre sowie in ihr Recht auf sexuelle Selbstbestimmung. Ein derartiger Übergriff kann zu einem Gefühl der Herabwürdigung, der Instrumentalisierung als Objekt zur sexuellen Bedürfnisbefriedigung und auch des Missbrauchtseins führen. Hinzu kommt die Ungewissheit und Angst der Opfer, wofür die Bilder verwendet werden und ob und in welchem Kontext sie verbreitet werden. Die Erfahrungen seit der Einführung des Straftatbestands des sexuellen Übergriffs und der sexuellen Belästigung zeigen, dass die Reaktionen bei den Opfern derartiger Übergriffe äußerst unterschiedlich sind. Auch vergleichsweise niederschwellige Eingriffe können für die Betroffenen zu ganz erheblichen psychischen und physischen Belastungen führen und massive Beeinträchtigungen in der Lebensführung bewirken.

Nach der derzeitigen Rechtslage kann Upskirting strafrechtlich nicht oder nur in sehr seltenen Fällen verfolgt werden. In wenigen Einzelfällen ist eine strafrechtliche Bewertung als Beleidigung möglich; nach ständiger Rechtsprechung ist jedoch für den Tatbestand der Beleidigung über das Fertigen der Bildaufnahme ein zusätzlicher herabwürdigender Aspekt erforderlich. Darüber hinaus findet man oftmals eine Vielzahl von Fotografien. In der Regel kann in all diesen Fällen nicht herausgefunden werden, wer die betroffenen Frauen sind, so dass – weil der erforderliche Strafantrag nicht gestellt wurde – ein Strafverfolgungshindernis besteht.

2. Systematische Einordnung im StGB

Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung sieht eine Ergänzung des § 201a StGB vor – „Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen“. Der Gesetzesentwurf des Bundesrates schlägt die Einführung eines § 184k StGB – „Bildaufnahme des Intimbereichs“ – in Abschnitt 13 des StGB vor, der Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung beinhaltet.

Die Einordnung von Upskirting als Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung wird dem Unrechtsgehalt solcher Taten besser gerecht. Durch Bildaufnahmen des Intimbereichs wird in die Intimsphäre der Betroffenen eingegriffen, beeinträchtigt wird insbesondere das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung. Auch steht in der Mehrzahl der Fälle bei den Tätern eine sexuelle Motivation im Vordergrund, nämlich die Befriedigung des Täters, der die Betroffenen zu Objekten seiner Lust herabwürdigt. Weitere Motive können Machtausübung oder Reiz des Verbotenen sein. Der Schwerpunkt der Tat und vor allem der Betroffenheit der Opfer liegt aber im Eingriff in die Intimsphäre, konkret in das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung.

Sicher bedeutet die Fertigung solcher Aufnahmen allgemein auch eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs. Der Unrechtsgehalt einer solchen Tat geht aber über den Eingriff in das Recht am eigenen Bild hinaus. Wenn man davon ausgeht, dass die Betroffenen sich vor allem hilflos oder ausgeliefert fühlen, weil sie als Sexual- oder Lustobjekte degradiert werden, dann wird man dem Bedürfnis für eine Verfolgung derartiger Eingriffe besser gerecht durch deren Bewertung als Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung.

3. Umfang des Schutzes

Die Gesetzesentwürfe der Bundesregierung und des Bundesrates unterscheiden sich im Schutzzumfang. Durch die von der Bundesregierung vorgeschlagene Ergänzung des § 201a StGB soll neben Bildaufnahmen des Intimbereichs auch das unbefugte Herstellen oder Übertragen einer Bildaufnahme der weiblichen Brust oder der diese Körperteile bedeckenden Unterbekleidung, soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind, unter Strafe gestellt werden. Damit wird auch das sogenannte Downblousing erfasst.

Dabei handelt es sich ohne Zweifel um ein übergriffiges, abwertendes und in hohem Maße respektloses Verhalten. Der Unrechtsgehalt des Anfertigen solcher Fotografien erscheint aber nicht vergleichbar mit dem Upskirting. Der Intimbereich stellt einen besonders geschützten Bereich dar, der im öffentlichen Raum stets vollständig bedeckt ist. Je nach Gelegenheit und Wahl der Bekleidung gilt dies nicht immer für die weibliche Brust. Wenn durch eine bestimmte Perspektive weitere Einblicke erzwungen werden, ist das sicherlich beanstandenswert, vom Unrechtsgehalt her aber nicht vergleichbar mit einer Fotografie des Intimbereichs.

Auch die Formulierung des Straftatbestands sowie die strafrechtliche Verfolgbarkeit birgt erhebliche Schwierigkeiten. Die Einschränkung der Strafbarkeit von Aufnahmen der weiblichen Brust im Gesetzesentwurf der Bundesregierung, „soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind“ ist erforderlich, um eine ausufernde Kriminalisierung zu vermeiden. Allerdings lassen sich so kaum Fallkonstellationen vorstellen, in denen der Tatbestand erfüllt wäre.

Sofern auf die Wahl der Perspektive abgestellt werden sollte, d.h. in Fällen, in denen der Täter sich in einer erhöhten Position befindet oder die Kamera in eine erhöhte Perspektive bringt, wäre in jedem Einzelfall zu klären, ob durch diese Änderung der Perspektive Bereiche zu sehen sind, die gegen Anblick geschützt waren. Für die Praxis bedeutet das, dass in der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung geklärt werden müsste, ob und in welchem Umfang Ausschnitte zu sehen sind, die bei normaler Betrachtung dem Blick entzogen wären. Nicht nur wäre ein solcher Nachweis in vielen Fällen kaum zu führen, auch würde sich eine derartige Beweisaufnahme als unwürdige und belastende Situation für die betroffenen Frauen darstellen.

In den meisten Fällen wird es wohl aber gar nicht zur Beweisaufnahme kommen, weil das Verfahren eingestellt werden muss, da fraglich ist, ob ein Einblick in einen geschützten Bereich auf dem Foto zu sehen ist; gerade bei Opfern von Übergriffen oder übergriffigem Verhalten führt es zu einem ho-

hen Maß an Frustration, wenn eine Anzeige nicht verfolgt, sondern das Verfahren eingestellt wird.

Es sind also kaum Verurteilungen wegen Downblousings zu erwarten. Seine Einbeziehung in einen neuen Straftatbestand würde dann zu einer Diskrepanz zwischen der Rechtslage und der daraus resultierenden Erwartung bei Betroffenen und der tatsächlichen Umsetzung und Verfolgung in der Praxis führen. Damit verbunden wäre eine erhebliche Frustration und Enttäuschung bei den Betroffenen.

4. Anmerkungen zur Formulierung eines neuen Straftatbestands

a) Einführung eines neuen § 184 k StGB (Gesetzesentwurf des Bundesrates)

- **Absichtlich**

Eine Einschränkung im subjektiven Tatbestand auf Fälle, in denen der Täter absichtlich, also mit Vorsatz ersten Grades handelt, ist sinnvoll und erforderlich, um gerade in Fällen, in denen kurzfristige Einblicke abgebildet werden, eine Eingrenzung der strafwürdigen Fälle zu ermöglichen und eine ausufernde Strafbarkeit zu vermeiden. Wer zufällig ein Foto des Intimbereichs einer Teilnehmerin einer Podiumsdiskussion oder einer prominenten Person beim Aussteigen aus einem Fahrzeug anfertigt, macht sich nicht strafbar; wenn dieses Foto dann aber absichtlich verwendet oder zugänglich gemacht wird, liegt ein strafbares Verhalten vor.

- **Unter die Bekleidung**

Diese Formulierung umfasst sowohl Fälle, in denen der Blickschutz durch die Bekleidung aktiv umgangen wird, z.B. dadurch, dass die Kamera in eine niedrigere Position gebracht wird (Rolltreppe oder Selfie-

stick) oder gezielt Augenblicke ausgenutzt, in denen kurzfristig Einblicke möglich sind (z.B. Podium oder Aussteigen aus Fahrzeugen).

- **Intimbereich**

Der Begriff „Intimbereich“ wird in der Gesetzesbegründung erläutert als der Bereich der Genitalien, des Gesäßes oder des unmittelbare angrenzenden Bereichs der Oberschenkel. Hier wäre eine Präzisierung des Gesetzeswortlautes wünschenswert. Erforderlich wäre wohl eine Klarstellung, dass auch Fälle erfasst sind, in denen diese Bereiche durch Unterwäsche bedeckt sind.

- **Antragsdelikt**

Die Tat wird grundsätzlich nur auf Antrag verfolgt. Bei besonderem öffentlichen Interesse ist auch eine Verfolgung von Amts wegen möglich. Dies erscheint sinnvoll, weil dadurch auch Mehrfachtäter verfolgt werden können, ohne dass die Opfer einen Strafantrag stellen. Häufig werden zahlreiche Aufnahmen auf der Kamera oder dem Mobiltelefon gefunden, bei denen eine Zuordnung im Einzelnen nicht möglich ist. Diese Fälle können, wenn das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung bejaht wird, was bei Mehrfachtätern in der Regel der Fall sein wird, auch verfolgt werden.

- **Folgeänderungen**

Die im Entwurf vorgenommene Gleichstellung mit anderen Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung im Hinblick auf Verfahrensrechte der Betroffenen erscheint sinnvoll. Damit besteht, sofern die Voraussetzungen im Übrigen vorliegen, die Möglichkeit der audiovisuellen Vernehmung (Videovernehmung) der Zeuginnen gem. § 255a StPO. Auch im Hinblick auf weitere Opferschutzrechte, wie Nebenklagebefugnis

(§ 395 Abs. 1 Nr. 1 StPO) oder Beiordnung eines Rechtsbeistandes (§ 397a Abs. 1 Nr. 4 StPO) ist eine Gleichbehandlung beispielsweise mit Opfern einer sexuellen Belästigung sinnvoll.

b) Einführung als zusätzliche Totalalternative in § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB
(Entwurf der Bundesregierung)

- **Einschränkung „soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind“**

Diese Formulierung kann aus praktischer Sicht zu verschiedenen Abgrenzungsproblemen führen:

- Sind Aufnahmen unter den Rock bei einer Person, die so aus einem Auto aussteigt, dass sich Einblicke ergeben, oder auf einem Podium oder in einer Gesprächsrunde ungünstig sitzt, davon erfasst? In diesen Fällen könnte man argumentieren, dass diese Bereiche in der konkreten Situation gerade nicht gegen Anblick geschützt sind.
- In welchen Fällen verbleibt ein Anwendungsbereich bei unbefugten Aufnahmen der weiblichen Brust?

- **Subjektiver Tatbestand**

Der subjektive Tatbestand ist nach diesem Entwurf sehr weit gefasst. Eventualvorsatz wäre danach für die Verwirklichung der Straftat ausreichend; zufällige Aufnahmen, bei denen entsprechende Einblicke, etwa beim Aussteigen aus Fahrzeugen oder auf einem Podium, in Kauf genommen werden, sind auch erfasst, was zu einer sehr breiten Strafbarkeit führen würde. Ein ausreichender strafrechtlicher Schutz wäre auch bei einer Beschränkung auf absichtliches Handeln gegeben. Sofern eine Aufnahme, die zufällig Einblicke zeigt, übertragen oder einer anderen Person zugänglich gemacht wird, geschieht dies absichtlich

- **Privatklagedelikt**

Für einen Eingriff in das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung erscheint die Einstufung als Privatklagedelikt nicht angemessen. Die Möglichkeit, Betroffene auf den Privatklageweg zu verweisen, kann zu einer unterschiedlichen Rechtspraxis führen. Im Hinblick auf die präventiven Gesichtspunkte, die zur Begründung der Strafbarkeit des Upskirtings herangezogen werden, wäre eine solche Situation nicht nachvollziehbar.

**Stellungnahme
zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für
Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages**

zum

Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Persönlichkeitsschutzes bei Bildaufnahmen“ (BT-Drucksache 19/17795)

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

Gesetzentwurf der Abgeordneten Jens Maier, Stephan Brandner, Dr. Lothar Maier, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Persönlichkeitsrechtsschutzes bei Bildaufnahmen“ (BT-Drucksache 19/18980)

Prof. Dr. Elisa Marie Hoven

I. Allgemeines zur Einführung eines Straftatbestandes zur Ahndung von „Upskirting“ und „Downblousing“

Die Entwürfe sind sich darin einig, dass die verbreitete Verfügbarkeit gerade von äußerlich unauffälligen Kameras etwa in Mobiltelefonen neue Gefahren für die Wahrung von Persönlichkeitsrechten schafft. Dabei wird von allen drei Entwürfen das besondere Phänomen des sogenannten „Upskirting“ aufgegriffen, bei dem Bildaufnahmen des Intimbereichs unter der Kleidung einer Person hergestellt werden. Der Entwurf der Bundesregierung erweitert den geplanten strafrechtlichen Schutz um eine Strafbarkeit des „Downblousings“, bei dem in den Ausschnitt einer Person fotografiert oder gefilmt wird. Der Gesetzentwurf der AfD geht hier noch weiter und möchte – über den Vorschlag der Bundesregierung hinaus – die Herstellung von Aufnahmen unter Strafe stellen, die die Nacktheit einer Person oder eine Person in Badebekleidung zum Gegenstand haben.

Die in den Gesetzentwürfen beschriebenen Handlungen sind nach geltendem Recht nicht strafbar. Eine Ahndung nach § 118 OWiG dürfte nur in Einzelfällen in Betracht kommen. § 118 OWiG erfasst Handlungen, die geeignet sind, „die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen“. Die in Rede stehenden Bildaufnahmen werden jedoch in aller Regel heimlich gemacht, so dass die Anfertigung des Materials der Allgemeinheit nicht zur Kenntnis gelangt – und sie daher auch weder belästigt noch gefährdet werden kann. Den notwendigen Schutz der betroffenen Einzelperson vermag § 118 OWiG daher nicht zu leisten.

II. Schutzwürdige Interessen und die Reichweite des strafrechtlichen Schutzes

Die Gesetzesentwürfe stellen durch die systematische Einordnung der Tatbestände unterschiedliche Schutzzwecke in den Vordergrund. Während bei der von der Bundesregierung vorgeschlagenen Erweiterung von § 201a StGB das Recht am eigenen Bild im Vordergrund steht, ordnet der Entwurf des Bundesrates das Delikt als Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung ein. Eine trennscharfe Abgrenzung zwischen den Schutzgütern ist nicht möglich. Durch die Anfertigung entsprechenden Bildmaterials verschafft sich der Täter einen perpetuierten visuellen Zugriff auf die Geschlechtsorgane des anderen und verletzt damit sowohl dessen höchstpersönlichen Lebensbereich als auch sein Recht auf sexuelle Selbstbestimmung¹.

Für die Festlegung der Reichweite eines strafrechtlichen Verbots kommen zwei Anknüpfungspunkte in Betracht: (1) Das Eindringen in einen geschützten intimen Bereich und (2) der Gegenstand der Bildaufnahme.

Die Entwürfe des Bundesrats und der Bundesregierung beschränken sich auf die Umschreibung der konkreten Phänomene des Upskirtings und/oder des Downblousings. Die Strafbarkeit soll davon abhängen, dass der Täter „unter [die] Bekleidung fotografiert oder filmt“ (Entwurf des Bundesrates) oder einen Blickschutz („soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind“) umgeht. Der Vorwurf an den Täter liegt hier – zu Recht – darin, dass er sich „bewusst über das offensichtliche Bestreben des Opfers hinweg[setzt], bestimmte besonders schützenswerte Körperteile dem Anblick anderer Personen zu entziehen.“² Auch in der Begründung des Bundesrates heißt es, dass durch „dieses – zumeist heimlich vorgenommene – Verhalten [...] der durch das Bekleidungsstück bezweckte Sichtschutz überwunden“ werde.³ In den meisten Fällen ist damit zugleich ein Ausnutzen der Verletzbarkeit insbesondere von Frauen aufgrund der Beschaffenheit der überwiegend von Frauen getragenen Kleidungsstücke (Rock oder Kleid) sowie ihre Instrumentalisierung als Sexualobjekt für den Täter selbst oder für beliebige Dritte verbunden.

¹ Tangiert ist hier die Freiheit, nicht für die sexuellen Bedürfnisse eines anderen instrumentalisiert zu werden. Dass mit dieser Argumentation zwingend auch ein „Spannen“ unter Strafe gestellt werden müsste (in diese Richtung *Berghäuser*, ZIS 2019, S. 474), ist nicht überzeugend. Der Eingriff in das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ist deutlich intensiver – und damit strafrechtlich mit Recht anders zu beurteilen – wenn eine dauerhafte Aufnahme angefertigt wird.

² BT-Drs. 19/17795, S. 7.

³ BT-Drs. 19/15825, S. 1.

Die Tatbestandsentwürfe der Bundesregierung und des Bundesrats weisen hier eine deutliche Parallele zu § 201a Abs.1 Nr. 1 StGB auf; eine Strafbarkeit tritt nur ein, wenn das Opfer durch seine Bekleidung einen visuellen Schutzbereich geschaffen hat, der vom Täter überwunden wird.

Es sind jedoch auch Fälle denkbar, in denen ein schützenswertes Interesse an einem Verbot von Bildaufnahmen besteht, selbst wenn der Betroffene keine Schutzvorkehrungen getroffen hat.

Bsp.1: Person A wechselt an einem Badestrand schnell ihre Kleidung und ist dabei für wenige Sekunden unbekleidet. Diesen Moment nutzt Person B, um ein Foto von den nackten Geschlechtsteilen der A zu machen.

Bsp.2: Person A liegt unbekleidet an einem FKK-Strand. Person B nutzt die Zoom-Funktion ihrer Kamera, um Nahaufnahmen von den Geschlechtsteilen der A anzufertigen.

Person A hat in den gebildeten Beispielen ein schutzwürdiges Interesse daran, dass keine Aufnahmen von ihrem unbekleideten Körper erfolgen; jeder Mensch kann beanspruchen, dass Bilder seiner unbekleideten, mit Sexualität verbundenen Körperteile (Genitalien, Gesäß, weibliche Brust) nur mit seinem Einverständnis hergestellt werden. Diesen Anspruch verliert ein Person auch nicht dadurch, dass sie diese Körperteile vorübergehend unbekleidet den Blicken anderer aussetzt. Zudem besteht kein rechtlich beachtenswertes Interesse daran, Nacktaufnahmen dieser Art ohne Einwilligung der betroffenen Person herzustellen.

III. Einzelkritik der vorgeschlagenen Regelungen

1) Systematische Einordnung der Straftatbestände

Da durch die geplanten Straftatbestände sowohl der Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs als auch das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung betroffen sind, ist eine eindeutige Zuordnung zum 13. oder 15. Abschnitt des StGB nicht möglich. Weder die Aufnahme der geplanten Strafnorm in § 201a StGB noch die Einführung eines eigenständigen § 184k StGB begegnen also durchgreifenden Bedenken.

Aus kriminalpolitischer Sicht sprechen jedoch gute Gründe für die Einordnung in das Sexualstrafrecht. Im Mittelpunkt der Diskussion um die Strafbarkeit insbesondere des „Upskirtings“ steht der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung. Verletzt wird hier die Freiheit, nicht für die

sexuellen Bedürfnisse oder Wünsche eines anderen instrumentalisiert zu werden.⁴ Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes sind daher auch nur sexuell konnotierte Körperteile und nicht etwa sonstige körperliche Auffälligkeiten.⁵ Durch die Einführung eines § 184k StGB würde dem Unrechtsgehalt, der gerade in dem unbefugten Eingriff in den Sexualbereich des Opfers besteht, deutlicher Rechnung getragen.⁶

2) Formulierungen der tatbestandlichen Voraussetzungen

Im Folgenden soll zu einigen Aspekten der in den Entwürfen formulierten Tatbestandsvoraussetzungen Stellung genommen werden.

a) Der Entwurf der Bundesregierung

Der Entwurf der Bundesregierung für eine Ergänzung des § 201a Abs. 1 StGB lautet:

„Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer (...) 2. von den Genitalien, dem Gesäß, der weiblichen Brust oder der diese Körperteile bedeckenden Unterbekleidung einer anderen Person unbefugt eine Bildaufnahme herstellt oder überträgt, soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind“

Die Aufzählung der konkret erfassten Körperteile erscheint sinnvoll. Auf diese Weise werden Auslegungsprobleme, die mit der Verwendung eines allgemeinen Oberbegriffs (wie dem „Intimbereich“) verbunden sein können, vermieden. Zudem wird im Vorschlag der Bundesregierung zu Recht auch das sogenannte „Downblousing“ unter Strafe gestellt. Die weibliche Brust gehört ebenso wie die Genitalien und das Gesäß zu den besonders sensiblen und intimen Körperregionen, die aufgrund ihrer sexuellen Konnotation regelmäßig dem visuellen Zugriff Dritter entzogen werden sollen.

Mit der Voraussetzung, dass die betroffenen Bereiche „gegen Anblick geschützt“ sein müssen, werden unbefugte Nahaufnahmen unbedeckter Geschlechtsteile nicht erfasst. Dies gilt selbst

⁴ Dass mit dieser Argumentation zwingend auch ein „Spannen“ unter Strafe gestellt werden müsste (in diese Richtung *Berghäuser*, ZIS 2019, S. 474), trifft nicht zu. Der Eingriff in das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ist deutlich intensiver – und damit strafrechtlich mit Recht anders zu beurteilen –, wenn eine dauerhafte Aufnahme angefertigt wird.

⁵ Hierauf weist auch Kubiciel hin, *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 23/2019 Anm. 1.

⁶ Im Übrigen wäre es auch unschädlich, wenn der Täter die Aufnahmen nicht zum eigenen Lustgewinn, sondern etwa zu Gewinn- oder Erpressungszwecken herstellt. Auch hier spielt der Täter gerade mit dem Schutz des Sexualsphäre des Opfers.

dann, wenn sie unbewusst nicht „geschützt“ sind: So bleibt nach dem Wortlaut des Entwurfs etwa der Täter straflos, der in einem Schwimmbad eine Aufnahme des Intimbereichs des Opfers anfertigt, dessen Badehose verrutscht ist und das Geschlechtsteil nicht mehr bedeckt.

b) Der Entwurf des Bundesrates

Der Bundesrat hat folgenden Entwurf eines § 184k StGB vorgelegt:

*„(1) Wer absichtlich eine Bildaufnahme des Intimbereichs einer anderen Person unbefugt herstellt, indem er unter deren Bekleidung fotografiert oder filmt, oder eine derartige Aufnahme überträgt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
(2) Ebenso wird bestraft, wer eine durch eine Tat nach Absatz 1 hergestellte Bildaufnahme gebraucht oder einer dritten Person zugänglich macht. (...)“*

Die Bezugnahme auf einen „Intimbereich“ ist in der Literatur auf Kritik gestoßen.⁷ Der Begriff ist weniger konkret als die Formulierung im Entwurf der Bundesregierung: Allein aus dem Wortlaut ist etwa nicht eindeutig abzuleiten, dass auch der bekleidete Intimbereich erfasst werden soll. Zudem klammert der Tatbestand – ohne nähere Begründung – unbefugte Aufnahmen der weiblichen Brust aus.

Die Formulierung „*indem er unter deren Bekleidung fotografiert oder filmt*“ schließt Aufnahmen unbekleideter Körperteile von einer Strafbarkeit aus und begegnet damit den gleichen Bedenken wie der Entwurf der Bundesregierung.

c) Der Entwurf der Abgeordneten der AfD-Fraktion

Der Entwurf übernimmt den Vorschlag der Bundesregierung, ergänzt ihn jedoch um eine weitere Vorschrift in § 201a Abs. 3 StGB-E:

„Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer gezielt und unbefugt eine Bildaufnahme herstellt, die die Nacktheit einer anderen Person oder eine andere Person in Badekleidung zum Gegenstand hat.“

⁷ Siehe etwa *Bonnon/ Berndt*: NJOZ 2020, 129; *Berghäuser*, ZIS 10/2019, S. 474.

Die Formulierung „die die Nacktheit einer anderen Person zum Gegenstand hat“ ist zwar aus dem geltenden § 201a Abs. 3 StGB entlehnt, ist aber – ebenso wie die dortige Regelung – äußerst unbestimmt und würde zu denselben Auslegungsschwierigkeiten führen, wie sie mit Blick auf § 201a Abs. 3 StGB bestehen.⁸ Bei einer nach dem Wortlaut naheliegenden weiten Auslegung von „Nacktheit“ würde etwa auch die unbefugte Aufnahme eines nackten männlichen Rückens erfasst werden.

Das strafbewehrte Verbot einer Aufnahme von Personen in Badekleidung erscheint zufällig (so erschließt sich mit Blick auf die betroffenen Schutzgüter nicht, weshalb Aufnahmen von Personen in Unterbekleidung dann nicht erfasst werden sollen) und in seiner Reichweite begründungsbedürftig. Allein der Hinweis auf mögliche negative Reaktionen auf entsprechende Bildaufnahmen ist wenig überzeugend; schließlich kann ein ungewolltes Fotografiertwerden stets zu einer nachvollziehbaren Abwehrhaltung führen. Ein solcher Tatbestand würde das Delikt in die Nähe eines allgemeinen Indiskretionsdelikts rücken.⁹

3) Ausgestaltung als Antragsdelikt

Der Entwurf des Bundesrats gestaltet den Tatbestand in § 184k Abs. 3 StGB-E als relatives Antragsdelikt aus; dasselbe würde gem. § 205 StGB auch für einen erweiterten § 201a StGB gelten. Für die grundsätzliche Notwendigkeit eines Strafantrags spricht, dass die Tat nicht gegen den Willen des Verletzten verfolgt werden sollte – der ein verständliches Interesse daran haben kann, dass die Bildaufnahmen nicht Gegenstand eines Strafverfahrens werden. Auf der anderen Seite muss es den Strafverfolgungsbehörden in den hier behandelten Fällen möglich sein, auch ohne Kenntnis von der Person des Opfers – etwa beim Auffinden von anonymem Bildmaterial – gegen den Täter vorzugehen.

Durch die Formulierung als relatives Antragsdelikt wird versucht, beiden Belangen Rechnung zu tragen. Im Kontext der geltenden Gestaltung des Strafantragsrechts ist diese Regelung sinnvoll. Allerdings zeigen sich hier die grundlegenden Defizite der §§ 77 ff. StGB: Weder kann das Opfer die Durchführung des Strafverfahrens im Ergebnis verhindern noch ist in Fällen, in

⁸ Siehe MK StGB/Graf, § 201a Rn. 76.

⁹ Hierzu etwa LK-Schünemann, vor § 201 Rn. 13

denen kein individuelles Opfer bekannt ist, die Staatsanwaltschaft zur Strafverfolgung verpflichtet.¹⁰

IV. Empfehlung

Auch wenn die Phänomene des Upskirtings und des Downblousings Auslöser für die gesetzgeberischen Überlegungen waren, sollte sich eine Neuregelung nicht auf die normative Umschreibung der konkreten Lebenssachverhalte beschränken, sondern Anlass für grundlegende Überlegungen zur Gestaltung des Deliktsbereichs sein. Im Fokus einer Überarbeitung der bisherigen Entwürfe muss eine konsequente Bestimmung der Reichweite des tatbestandlichen Schutzes im Lichte des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung und der Wahrung des höchstpersönlichen Lebensbereichs stehen. Ein neuer Straftatbestand sollte daher sowohl die Überwindung eines geschaffenen Schutzbereiches als auch das unbefugte bildliche Festhalten unbekleideter, sexuell konnotierter Körperteile erfassen.

Auf Basis der skizzierten Erwägungen wird die nachfolgende Ausgestaltung des Tatbestandes vorgeschlagen.

§ 184k StGB

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unbefugt von den unbekleideten Genitalien, der unbekleideten weiblichen Brust oder dem unbekleideten Gesäß einer anderen Person eine Bildaufnahme herstellt oder überträgt.

(2) Ebenso wird bestraft, wer eine Bildaufnahme von einem nur mit Unterbekleidung bedeckten in Abs. 1 genannten Körperteil einer anderen Person herstellt oder überträgt, wenn die Person diesen Körperteil durch das Tragen von Oberbekleidung verdecken wollte.

¹⁰ Zu einer Reform der §§ 77 ff. StGB bereits überzeugend *Weigend*, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989, S. 452-455



Stellungnahme

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

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

Stellungnahme Nr.: 36/2020

Berlin, im Mai 2020

Mitglieder des Ausschusses

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

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

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

www.anwaltverein.de

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- RAin Tanja Brexl, Berlin

Verteiler

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Rechts- und Verbraucherschutzausschuss, Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Rechts- und Verbraucherschutzausschusses des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Innenausschusses des Deutschen Bundestages
- Landesjustizministerien
- Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft

- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
- Vorsitzende des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft des DAV

- Deutscher Strafverteidiger e. V.
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen

- Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Kriminalbeamter

- Strafverteidiger-Forum (StraFo)
- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NSTZ
- Strafverteidiger
- Juris
- KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift

- Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
- ver.di, Bereich Recht und Rechtspolitik
- Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)
- Prof. Dr. Schöch, LMU München

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

Mit den vorliegenden Gesetzentwürfen wird eine Erweiterung der Strafbarkeit intendiert:

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

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

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

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

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

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

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

A.

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

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

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

¹ BT-Drs. 19/15825, S. 10.

² BT-Drs. 19/17795, S. 1.

³ Vgl. hierzu *Berghäuser*, ZIS 2019, 463, 471, mwN.

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

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

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

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

B.

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

I. Systematik

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

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

⁵ So aber BT-Drs. 19, 15825, S. 10.

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

Die Zweifel an der systematischen Einordnung drängen sich umso mehr auf, wenn sich umgekehrt in sprachlicher/inhaltlicher Hinsicht die Entwurfsfassung – und zwar bewusst⁷ – eng an § 201a StGB in der geltenden Fassung anlehnt.⁸

Überzeugender und konsequenter⁹ wäre es jedenfalls – wie es der Bundesregierung vorschwebt - mit Blick auf den Focus der Tathandlung, der unbefugten Bildaufnahme, und *nicht* einer *sexuellen* Handlung, und mit Blick auf den Focus auf die geschützte Privat- in Form der Intimsphäre, derartige Regelungen in den 15. Abschnitt i.R.d. § 201a StGB zu integrieren.¹⁰ Schon in der geltenden Fassung wird mit § 201a StGB (auch) die Intimsphäre geschützt.

II. Tatbestandliche Probleme

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

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

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

⁶ BT-Drs. 19/15825, S. 17.

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

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

⁹ Vorausgesetzt, ein Strafbedürfnis bestünde.

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

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

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

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

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

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

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

¹¹ BT-Drs. 19/15825, S. 16.

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

dokumentierte Bestrebung des Opfers hinwegsetzt, diese Körperteile fremden Anblicken zu entziehen.“¹³

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

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

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

¹³ BT-Drs. 19/17795, S. 11.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸ BT-Drs. 19/15825, S. 17.

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

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

C.

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

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




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, nonverbalem 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 unabgeschirmten 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 Privatkloedelikte nach § 374 Abs. 2 StPO wäre. Die Einstufung als Privatkloedelikt 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 abzuspochen.**

...

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 fotografieren¹³⁰.

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 Bericht¹⁵⁴ 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 auszuschneiden¹⁶¹. 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 Strafgesetzbuchs – 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 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; knapp und pauschal zustimmend hingegen: Stellungnahme der Neuen Richtervereinigung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs – 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

**Stellungnahme der Petentinnen Hanna Seidel
und Ida Marie Sassenberg zum Gesetzesentwurf
des Bundesrates:**

***“Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des
Strafgesetzbuchs – Strafbarkeit der Bildaufnahme des
Intimbereichs (sog. Upskirting)”***

Ich bin Hanna Seidel, Gründerin der change.org-Petition für die Strafbarkeit von Upskirting, und war selbst zweimal Opfer von Upskirting. Ich begrüße im Namen der Betroffenen und meiner Mitstreiterin Ida Marie Sassenberg das Anliegen der Bundesregierung, unbefugte Bildaufnahmen des Intimbereichs unter Strafe zu stellen. Ich stelle mich hinter den **Gesetzesentwurf des Bundesrates, der Upskirting unter §184k im Sexualstrafrecht verorten will**. Ich möchte die Perspektive der Betroffenen vertreten, einige Änderungen anregen und erklären, warum die strafrechtliche Verfolgung von Upskirting notwendig ist.

Upskirting ist eine Form der sexualisierten Gewalt, die weit über den Tathergang hinauswirkt. Die Täter befriedigen ihre eigene sexuelle Lust und erheben sich über die sexuelle Selbstbestimmung der Betroffenen. Diese erleben nicht nur Gefühle von Scham und Entwürdigung, Ohnmacht und Angst, sie bleiben auch mit allerlei quälenden Fragen zurück: Was macht der Täter mit den Aufnahmen? Werden sie auf pornografischen Plattformen hochgeladen? Wie viele Menschen werden sich zu den Aufnahmen von mir befriedigen? Bin ich darauf zu erkennen?

Die zahlreichen Möglichkeiten der Weiterverbreitung, sowie die Gewissheit, diese Bilder nie wieder ungesehen machen zu können, fügen den Betroffenen auch nach der Tat noch psychisches Leid zu. **Die geringe juristische Handhabe stellt für die Opfer eine weitere, nicht zu unterschätzende Belastung dar**. Aufgrund dieser Auswirkungen für Betroffene und um ein öffentliches Zeichen gegen sexualisierte Gewalt zu setzen, ist es unserer Ansicht nach unumgänglich, Upskirting unter Strafe zu stellen.

Die sexuelle Selbstbestimmung sollte als das zu schützende Rechtsgut in dieser Sache anerkannt werden. Dies ist zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der Istanbul-Konvention¹ ein notwendiger Schritt beim Kampf gegen die geschlechtsspezifische Gewalt gegen Frauen.

¹ vgl. Nicole Bauer et al. (2019): Kleine Anfrage zum Stand der Umsetzung der Istanbul-Konvention, unter: dipbt.bundestag.de/dip21/btd/19/146/1914677.pdf (Stand: 25.05.2020)

Inhaltsverzeichnis:

Seite 2.....	Meine persönlichen Erfahrungen
Seite 3.....	Erfahrungen anderer Betroffener
Seite 3.....	Täter und Betroffene
Seite 4.....	Betroffenes Rechtsgut: Sexuelle Selbstbestimmung
Seite 5.....	Die Absicht hinter der Tat ist für dieses Gesetz irrelevant
Seite 5.....	Sexualisierte Gewalt als strukturelles Problem
Seite 6.....	Forderungen an das kommende Gesetz

Meine Persönlichen Erfahrungen

Ich musste meine erste Erfahrung mit Upskirting machen als ich 13 Jahre alt war. Damals war ich auf einer Klassenfahrt nach Borkum. Dort wurde regelmäßig eine Kinderdisco für die Schüler*innen organisiert, die von den Lehrenden betreut wurde.

Nach der Rückkehr gab es eine Klassenkonferenz, auf der den Kindern und Eltern mitgeteilt wurde, dass Lehrer einer anderen Schule den Mädchen in der betreuten Schülerdisco unter die Röcke gefilmt haben. Mir war bis dahin nicht bewusst gewesen, dass wir Opfer eines sexuellen Übergriffs geworden sind. Übrig blieben Scham und die Angst, als Mädchen nirgendwo wirklich sicher zu sein.

Den zweiten Übergriff erlebte ich mit 16 Jahren beim Besuch eines Musikfestivals. Es war früher Nachmittag, als eine Freundin mich darauf hinwies, dass mir ein Mann eine Kamera unter den Rock hält. Der Täter war ein deutlich älterer, muskulöser Mann. Als ich ihn mit seinem Verhalten konfrontierte, stritt er seine Tat aggressiv ab.

In der Nähe standen ein Polizist und eine Polizistin, die ich auf den Vorfall ansprach. Sie sagten mir, dass sie mir nicht helfen könnten. Ich forderte den Täter erneut dazu auf, die Bilder zu löschen. Wahrscheinlich hätten sich das die meisten Mädchen in diesem Alter nicht getraut. Er bezeichnete mich als „Flittchen“ und sagte mir, dass ich doch wolle, dass man mir unter den Rock fotografiere, wenn ich so einen kurzen Rock trüge. Er übertrug mir als 16-jährigem Mädchen die Verantwortung für seine Tat, mit der Begründung, dass ich

mich falsch gekleidet hätte. Ich ließ nicht locker und verlangte, dass er die Fotos löscht. Er drohte damit, mich zu schlagen, woraufhin sich endlich einige der Umherstehenden einmischten und ihn von mir fernhielten. Ich fühlte mich wehrlos und zu einem Objekt degradiert.

Auch wenn ich mich mutig verhielt, so ging es mir danach sehr schlecht. Ich befürchtete, dass der Täter mich abends abpassen und mich erneut sexuell bedrängen würde. Da die Polizei zuvor so verständnislos reagiert hatte, wollte ich sie nicht noch einmal ansprechen. Ich verließ das Festival früher als geplant.

Noch immer fühle ich mich unsicher, wenn ich Röcke trage. Meistens kann ich das nur in Kombination mit einer blickdichten Strumpfhose. Bis heute quälen mich die Fragen, ob die Aufnahmen aus 2004 und 2007 noch irgendwo im Umlauf sind und fremde Männer sich dazu befriedigen und ob mir so etwas erneut passieren wird.

Erfahrungen anderer Betroffener

Im Zusammenhang mit unserer Upskirting-Petition hatten wir über verschiedene soziale Medien, Emails und Telefonate mehrfach Kontakt zu Betroffenen. Zwei Geschichten haben uns besonders beschäftigt:

Ein 14-jähriges Mädchen wurde in der Klasse von Jungs ungewollt zwischen die Beine fotografiert. Sie wandte sich daraufhin hilfesuchend an die Lehrkräfte. Man sagte ihr, sie solle keine Röcke tragen, wenn sie nicht wolle, dass so etwas passiere.

Eine andere junge Frau erzählte uns, wie ein Mann in der S-Bahn unter ihren Rock fotografierte. Der Täter und die Betroffene saßen nebeneinander, während er für alle anderen Fahrgäste deutlich sichtbar die Hände weit nach vorne nahm, um ihr unter den Rock zu fotografieren. Aus Scham und weil ihr niemand beistand, schwieg sie und presste die Beine zusammen, um weitere Fotos zu verhindern.

Oftmals fehlt es an Sensibilisierung für dieses Thema in der Gesellschaft. Ein Gesetz im Sexualstrafrecht hätte eine Signalwirkung, die die Zivilcourage in dieser Angelegenheit unterstützen würde.

Täter und Betroffene

Aus der Kommunikation mit Betroffenen konnten wir feststellen, dass Täter und Betroffene nicht auf bestimmte gesellschaftliche Kategorien zu beschränken sind. Die Täter, von

denen uns berichtet wurde, sind unterschiedlich alt, unterschiedlicher Ethnie (meistens aber weiß-europäisch) und aus unterschiedlichen sozialen Schichten, jedoch in den allermeisten Fällen männlich.

Die Betroffenen sind ähnlich vielfältig, was Herkunft und sozialen Status betrifft. Allerdings richten sich die Übergriffe mit deutlicher Mehrheit gegen jüngere Frauen. Uns ist ebenfalls aufgefallen, dass teils noch weitere Motive wie Rassismus, Trans*- oder Homofeindlichkeit hinzukommen.

Für die Erkenntnis, dass **Upskirting kein Randphänomen** ist, reicht bereits ein kurzer Blick in einschlägige pornografische Plattformen. Die fehlende strafrechtliche Verfolgung sorgt für unzureichende Zahlen in der Kriminalstatistik und erklärt solche Übergriffe auf Frauen im öffentlichen Raum für tolerabel. Die Dunkelziffer der Taten ist vermutlich sehr hoch, da die Täter oft einen hohen Aufwand betreiben und bewusst heimlich mit unauffälligen Kameras arbeiten, um als Täter unerkannt zu bleiben (es sind sogar Praktiken üblich, bei denen Mini-Kameras auf Schuhe geklebt werden²).

Wir sind der Überzeugung, dass ein großer Teil der Täter durch die Strafbarkeit abgeschreckt werden könnte. Darüber hinaus erachten wir es als wichtig, dass die Bundesregierung sich gegenüber einer solchen Thematik positioniert und Upskirting als Straftat im Sexualstrafrecht einordnet. Die Relativierung eines solch massiven Eingriffs in die sexuelle Selbstbestimmung, durch die Einstufung als bloße Ordnungswidrigkeit, greift hier eindeutig zu kurz.

Betroffenes Rechtsgut: Sexuelle Selbstbestimmung

Die Bundesjustizministerin Christine Lambrecht sprach in ihrer Rede im Bundestag davon, dass die Betroffenen von Upskirting mit „Wut und Empörung“ auf diese Verletzung ihrer Intimsphäre reagierten. Das trifft es unserer Einschätzung nach nicht. Die Betroffenen sind oft lange nicht in der Lage, so zu empfinden. Scham, Erniedrigung und Ohnmacht sind hier treffendere Beschreibungen. Die Angst der Betroffenen ist groß, die Schuld für den Übergriff selbst zugeschoben zu bekommen.

Viele Frauen und Mädchen berichteten uns zudem von einem negativen Einfluss auf ihr Sexualleben. Es handelt sich somit aus unserer Sicht eindeutig um einen Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung der Betroffenen.

² vgl. BBC News (2013): Man secretly filmed female shoppers with shoe-mounted camera, unter: www.bbc.co.uk/news/uk-northern-ireland-22880367 (Stand 25.05.2020)

Die Absicht hinter der Tat ist für dieses Gesetz irrelevant

Laut deutscher Gesetzgebung ist es nicht erlaubt, Bildnisse einzelner Personen zu veröffentlichen, deren Einwilligung nicht vorliegt. Das heißt, sie spricht den Bürger*innen zu, wahrzunehmen zu können, was auf einem Foto oder Video zu sehen ist.³ Wer in der Lage ist, einen Fotoapparat oder ein Smartphone zu bedienen, der sollte vernünftigerweise in der Lage sein, nicht "aus Versehen" intime Bereiche einer anderen Person zu fotografieren. Gerechtfertigte Zweifel an einer Absicht der Täter sind daher aus unserer Sicht sehr unwahrscheinlich.

Das Gesetz würde mit einer Absichtserfordernis einen großen Spielraum für die Täter lassen, da sie bewusst ein Bild so kadrieren könnten, dass es noch einen anderen vermeintlichen Bildinhalt gibt, der die wahre Absicht der Aufnahme verschleiert.

Es ist davon auszugehen, dass Täter sich in misogynen Netzwerken im Dark Net und im Internet über Taktiken und Gesetzeslücken austauschen.⁴ Wenn das Gesetz eine solche Lücke aufweisen sollte, wird sie höchstwahrscheinlich von Tätern ausgenutzt werden.

Selbst wenn man von verschiedenen Formen der Motivation ausgeht, sei es eine jugendliche Mutprobe, kommerzielle Interessen, oder die sexuelle Befriedigung der Täter - die Folgen für die Betroffenen blieben gleich. Dieses für die Betroffenen so wichtige Gesetz darf nicht ausgehöhlt werden, bevor es überhaupt in Kraft tritt.

Sexualisierte Gewalt als strukturelles Problem

Mädchen werden in dem Bewusstsein erzogen, dass sie aufpassen müssen, was sie anziehen und wie sie sich Männern gegenüber verhalten.⁵ Das nimmt uns Frauen, neben vielen anderen strukturellen Nachteilen, einen wichtigen Teil der persönlichen Freiheit und gibt uns dafür ein omnipräsentes Gefühl der Bedrohung. Bitte vergegenwärtigen Sie sich: Jede siebte Frau in Deutschland hat schon einmal sexualisierte Gewalt erlebt.⁶

³ § 22 KunstUrhG

⁴ vgl. Manoel Horta Ribeiro et al. (2020): From Pick-Up Artists to Incels: A Data-Driven Sketch of the Manosphere, unter: www.researchgate.net/publication/338737324_From_Pick-Up_Artists_to_Incels_A_Data-Driven_Sketch_of_the_Manosphere (Stand: 25.05.2020)

⁵ vgl. European Agency for Fundamental Rights (2014): Violence against women: an EU-wide survey, unter: fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_en.pdf (Stand: 25.05.2020)

⁶ vgl. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (2004): Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland, unter: bmfjsfj.de/blob/84316/10574a0dff2039e15a9d3dd6f9eb2dff/kurzfassung-gewalt-frauen-data.pdf (Stand: 25.05.2020)

Im Februar 2018 wurde die Istanbul-Konvention in Kraft gesetzt, mit der Deutschland sich dazu verpflichtet hat, gegen geschlechtsspezifische und sexualisierte Gewalt gegen Frauen vorzugehen. Die Strafbarkeit von Upskirting wäre ein wichtiger Teil zur Erreichung dieses Ziels.

„Eine EU-Untersuchung ergab: In einer Gesellschaft mit vielen Fällen sexueller Belästigung gibt es auch viele Vergewaltigungen [...] In Gesellschaften, in denen obszöne, beleidigende Kommentare toleriert werden, kommt es also wahrscheinlich häufiger zu sexueller Gewalt.“⁷

Forderungen an das kommende Gesetz

Als Petentinnen sind wir der Ansicht, dass der Gesetzesentwurf des Bundesrates die Thematik der ungewollten intimen Bildaufnahmen richtig im Sexualstrafrecht einordnet.

Es ist den Schädigungen der Betroffenen angemessen, als betroffenes Rechtsgut die sexuelle Selbstbestimmung festzuhalten.

Ob die betroffene Person auf dem Foto klar zu identifizieren ist, ist in diesem Gesetzesentwurf richtigerweise unerheblich: Die Opfer sind auf den meisten Upskirts nicht eindeutig zu identifizieren; unabhängig davon sind aber auch solche Upskirts ein harscher Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung. Das Erfordernis einer Identifizierbarkeit würde folglich den Großteil der Geschädigten ausschließen.

Dennoch ist der Entwurf bisher zu eng gefasst, was in der Anwendung ein Nachteil für die Opfer und ein Vorteil für die Täter bedeuten könnte.

- Wichtig ist, dass auch die **weibliche Brust (unter Einbeziehung von Trans*- und Inter*Personen) vor derartigen Aufnahmen geschützt ist**, da sie ähnlich wie der Genital- und Gesäßbereich überdurchschnittlich häufig von sexualisierten Übergriffen bedroht ist. Die Auswirkungen beim sogenannten “Downblousing” ähneln denen des Upskirting.
- Zudem sollte die Formulierung vermieden werden, dass „unter“ die Kleidung fotografiert oder gefilmt werden muss, da dies beispielsweise heimliche

⁷ Süddeutsche Zeitung (2016): Welche Frauen es trifft - und wie man Täter erkennen kann, unter: www.sueddeutsche.de/panorama/vergewaltigung-die-7-wichtigsten-fakten-zu-sexueller-gewalt-1.2937498-2 (Stand: 25.05.2020)

Aufnahmen mit versteckten Kameras in Toiletten, wie im Fall des Musikfestivals „Monis Rache“⁸, ausschließt.

- Die Absicht des Täters ist irrelevant für die Bemessung des zugefügten Schadens. Die Einschränkung der sexuellen Selbstbestimmung ist, wie zuvor dargelegt, unabhängig von der Motivation des Täters.

Ida Marie Sassenberg (B.A.)

Petentin

Hanna Seidel (B.A.)

Petentin

⁸ vgl. Zwille Kulturrachen GmbH (2020): Ausführliches Statement von Monis Rache zu den Straftaten auf dem Festival 2016 und 2018, unter: <https://monisrache.wtf/> (Stand: 25.05.2020)

Berlin, 25. Mai 2020

STELLUNGNAHME

Deutscher Juristinnenbund e.V.

Vereinigung der Juristinnen,

Volkswirtinnen und Betriebswirtinnen

Geschäftsstelle / Office:

Anklamer Straße 38 • D-10115 Berlin

fon: +49 30 4432700 • fax: +49 30 44327022

geschaeftsstelle@djb.de • <https://www.djb.de>

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Persönlichkeitsschutzes bei Bildaufnahmen“

Der Deutsche Juristinnenbund e.V. (djB) begrüßt das Anliegen des Gesetzentwurfs, unbefugte Bildaufnahmen der Genitalien, des Gesäß- und weiblichen Brustbereiches unter Strafe zu stellen.

Der djB befürwortet den Gesetzentwurf der Bundesregierung, regt jedoch dringlich einige Änderungen an, die unter II. und III. näher ausgeführt werden. Insbesondere sind folgende Änderungen vorzunehmen:

- Im Zuge der Änderungen ist klarzustellen, dass § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB n. F. neben dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung dient (vgl. II.);
- Inter* Personen mit weiblicher Brust sind in den Schutzbereich der Norm aufzunehmen (vgl. III.1);
- Im Zuge der Änderungen ist klarzustellen, dass die abgebildete Person in den Fällen des auf § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB n.F. nicht identifizierbar sein muss (vgl. III.2);
- Das Tatbestandsmerkmal „*soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind*“ ist zu streichen. Stattdessen sollte die Formulierung „*soweit diese nach dem erkennbaren Willen der anderen Person gegen Anblick geschützt sein sollen*“ aufgenommen werden (vgl. III.3);
- § 201a Abs. 1 Nummer 4 StGB n. F. ist nicht in den Katalog der Privatklagedelikte des § 374 StPO aufzunehmen (vgl. III.5);
- § 201a Abs. 1 Nummer 4 StGB n. F. ist in den Katalog der Nebenklageberechtigung in § 395 Abs. 1 StPO aufzunehmen (vgl. III.6).

I. Notwendigkeit eines Straftatbestandes

Der djB begrüßt, dass der Gesetzesentwurf anerkennt, dass mit Blick auf das unbefugte Fotografieren intimer Bereiche des Körpers strafrechtliche Schutzlücken bestehen.

Bislang war im Fall des unbefugten Fotografierens unter den Rock (sogenanntes „Upskirting“) unter bestimmten Voraussetzungen § 118 OWiG (Belästigung der Allgemeinheit) einschlägig. Dieser erfasst das Tatunrecht aber nur unzureichend. Das unbefugte Fotografieren intimer Bereiche des Körpers greift primär in die sexuelle Selbstbestimmung und das allgemeine Persönlichkeitsrecht der betroffenen Person ein;¹ die Allgemeinheit, die eine solche Form des Übergriffes im öffentlichen Raum nicht duldet, ist davon nur sekundär betroffen.

Beim Phänomen des unbefugten Herstellens oder Übertragens von Bildaufnahmen der Genitalien, des Gesäß- und weiblichen Brustbereiches handelt es sich um eine Erscheinungsform geschlechtsspezifischer Gewalt gegen Frauen: Darunter fallen, der in Deutschland seit dem 1. Februar 2018 geltenden Istanbul-Konvention (IK) zufolge,² alle Handlungen geschlechtsspezifischer Natur, die zu körperlichen, sexuellen, psychischen oder wirtschaftlichen Schäden oder Leiden bei Frauen führen oder führen können, einschließlich der Androhung solcher Handlungen, der Nötigung oder der willkürlichen Freiheitsentziehung, sei es im öffentlichen oder privaten Leben.³ Geschlechtsspezifischer Natur sind sie dann, wenn sie sich gegen eine Frau richten, weil sie eine Frau ist oder Frauen unverhältnismäßig stark betreffen.⁴ Die unbefugte Herstellung oder Übertragung solcher Bildaufnahmen fällt unter die Konvention, insbesondere weil sie Frauen unverhältnismäßig häufig betrifft. Zugleich ist dieses Phänomen im Kontext der sexualisierten Belästigung von Frauen im öffentlichen Raum zu sehen.⁵ Darüber hinaus ist die sich oftmals anschließende Verbreitung der Bilder über digitale Medien und Netzwerke im Internet und Darknet typisch für gegen Frauen und vulnerable Gruppen gerichtete Formen von digitaler Gewalt.⁶

Die strafrechtliche Ahndung des unbefugten Fotografierens des Intim-, Gesäß- und weiblichen Brustbereiches entspricht dabei den Vorgaben der Istanbul-Konvention. Artikel 40 IK – der die Überschrift „Sexuelle Belästigung“ trägt – sieht vor, dass *„jede Form von ungewolltem sexuell bestimmtem verbalem, **nonverbaalem** oder körperlichem Verhalten“* strafrechtlich oder in einer sonstigen Form zu sanktionieren ist. Nach den Erklärungen im Erläuternden Bericht zur Istanbul-Konvention umfasst nonverbales Verhalten *„jeden Ausdruck und jede Kommunikation seitens des Straftäters bzw. der Straftäterin, die weder Worte noch Laute einschließt“*.⁷ Die Konvention sieht zwar Sanktionsmöglichkeiten außerhalb des Strafrechtes vor. Eine strafrechtliche Sanktionierung ist in Fällen des unbefugten Fotografierens des Intimbereiches oder

¹ Siehe dazu auch djb, Stellungnahme zur Strafbarkeit des „Upskirting“ vom 11. Juli 2019, abrufbar unter <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-16/>. Gleichzeitig wird im Gesetzesentwurf des Bundesrates „Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit der Bildaufnahme des Intimbereiches (sog. Upskirting)“, BR-Drs. 443/19, zu Recht auf die fehlende Möglichkeit der Einziehung bei der Verwirklichung des § 118 OWiG hingewiesen, vgl. Anlage zur Drs., S. 12, § 22 Abs. 1 OWiG.

² Konvention des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention), BGBl. II 2017, S. 1026.

³ Art. 3 lit. a IK.

⁴ Art. 3 lit. d IK.

⁵ Vgl. dazu auch *Lembke*, Sexuelle Übergriffe im öffentlichen Raum, 11. Januar 2016, abrufbar unter: <https://www.legal-gender-studies.de/sexuelle-uebergriffe-im-oeffentlichen-raum-rechtslage-und-reformbedarf>.

⁶ Siehe hierzu umfassend djb, Policy Paper, Mit Recht gegen Hate Speech – Bekämpfung digitaler Gewalt gegen Frauen, Stellungnahme vom 4. November 2019, abrufbar unter <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/ASDigi/st19-23/>.

⁷ Erläuternder Bericht zur Istanbul-Konvention, Art. 40, S. 83.

anderer üblicherweise nicht zur Schau gestellter Körperregionen indes angemessen. Sowohl das verwirklichte Handlungs- als auch das Erfolgsunrecht (Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung und das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die damit einhergehenden Folgen) sind durch einen derartigen Übergriff als hoch anzusehen; ein späteres Verbreiten führt zu einer weiteren Vertiefung des Unrechtsgehaltes. Das strafwürdige Unrecht ist vergleichbar einerseits mit dem der unbefugten Bildaufnahmen in räumlichen Schutzbereichen und andererseits mit dem der sexuellen Belästigung nach § 184i StGB verwirklichten Unrecht, etwa beim ungewollten Herandrängen durch eine andere Person – beides kann beim Opfer zu Gefühlen von Hilf- und Machtlosigkeit, Scham- und Schuldgefühlen⁸ oder Verhaltensbeschränkungen führen. Eine Regelung als Ordnungswidrigkeitentatbestand und die damit verbundene Einstufung als eine Zuwiderhandlung mit erheblich vermindertem Unrechtsgehalt⁹ entspräche daher nicht dem durch die Handlung verwirklichten Tatunrecht. Eine strafrechtliche Regelung des Phänomens wird nachdrücklich begrüßt.

II. Verankerung in § 201a StGB

Die Verankerung der neuen Regelung im § 201a StGB wird als praktikable Lösung angesehen. Allerdings ist zu beachten, dass die in Rede stehenden Handlungen auch einen Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers bedeuten. Im Gesetzesentwurf des Bundesrates vom 8. November 2019 wurde insoweit zutreffend ausgeführt, dass es sich bei dem in Rede stehenden Phänomen um einen Angriff gegen die sexuelle Selbstbestimmung handelt, da der Täter das Opfer (ohne/gegen dessen Willen) zum Objekt sexuellen Begehrens macht.¹⁰ Insofern ist eine Verankerung im 13. Abschnitt des StGB (Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung), wie sie auch der Gesetzesentwurf des Bundesrats zum Gegenstand hat, durchaus naheliegend. Eine Verankerung in § 201a StGB erweist sich jedoch insofern als praktikabel, als dass die Norm dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung dient. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht dient auch dem Schutz der Intimsphäre, u.a. im Bereich der Sexualität. Dieses Rechtsgut weist eine besondere Nähe zum Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung auf. Auch in der verfassungsrechtlichen Dogmatik wird das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als Teilbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts verstanden.

Der djb fordert daher im Zuge der Änderungen klarzustellen, dass § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB n.F. neben dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung dient.

⁸ Gesetzesentwurf des Bundesrates „Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit der Bildaufnahme des Intimbereiches (sog. Upskirting)“, Beschluss vom 8. November 2019, BR-Drs. 443/19, Anlage zum Beschluss S. 19.

⁹ KK-OWiG/Rogall, 2018, Erster Teil. Allgemeine Vorschriften. Vorbemerkungen, Rn. 1.

¹⁰ Gesetzesentwurf des Bundesrates „Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit der Bildaufnahme des Intimbereiches (sog. Upskirting)“, Beschluss vom 8. November 2019, BR-Drs. 443/19, Anlage zum Beschluss S. 2.

III. Konkrete Ausgestaltung des § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB n.F.

Im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung des § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB n.F. sind folgende Gesichtspunkte zu beachten:

1. Erfassung der Genitalien, des Gesäß- und Brustbereiches

Der djb begrüßt, dass das unbefugte Fotografieren nicht nur der Genitalien, sondern auch des Gesäß- und Brustbereiches oder der diese Körperteile bedeckenden Unterbekleidung durch den Gesetzentwurf der Bundesregierung strafrechtlich sanktioniert werden soll.

Der Gesetzentwurf des Bundesrats hingegen erscheint mit Blick auf den im Grundgesetz verankerten Bestimmtheitsgrundsatz bedenklich. Er will den „Intimbereich“ unter Schutz stellen, enthält aber weder in § 184k n. F. eine genaue Definition, welche Bereiche des Körpers hierunter fallen, noch führt er Begriffsbestimmungen in § 11 StGB ein. Der Vorschlag der Bundesregierung ist konkreter und bestimmt genug im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG. Zudem greift er zurück auf bereits bestehende Legalvorschriften, wenn er Begriffe wie „Genitalien“ und „Gesäß“ dem § 184b Abs. 1 Nummer 1 Buchstabe c StGB entlehnt.

Der djb begrüßt, dass das Merkmal der weiblichen Brust ausweislich der Entwurfsbegründung auch trans* Personen erfassen soll. Gleichwohl enthält die Formulierung mehrere Risiken. Zum einen besteht die Gefahr, dass bei Zugrundelegen einer binären Geschlechterordnung – die Gesetzesbegründung spricht nur von „Transgender“ – inter* Personen gänzlich aus dem Schutzbereich der Norm ausgeschlossen werden.¹¹ Zum anderen könnte die völlige Loslösung des Begriffs „weiblich“ als Attribut einer Brust vom Geschlecht seiner*ihrer Träger*in zu bedenklichem Verteidigungsvorbringen führen. Die Frage, ob eine Brust – gerade im Hinblick auf nicht binäre Personen – objektiv als weiblich angesehen werden kann oder nicht, als Gegenstand der Beweisaufnahme zuzulassen, birgt die Gefahr diskriminierender und entwürdigender Beweisangebote.

Der djb fordert, dass Personen mit weiblicher Brust unabhängig von ihrem personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag in den Schutzbereich der Norm aufgenommen werden.

2. Identifizierbarkeit der abgebildeten Personen

§ 201a StGB a.F. erfordert bisher, dass die abgebildeten Personen identifizierbar sind.¹² Für die neue Tatvariante in § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB kann dieses Erfordernis nicht gelten, da sie ansonsten das Phänomen nur völlig unzulänglich erfassen würde. In den allermeisten Fällen wird eine Bildaufnahme nur der genannten Bereiche hergestellt, ohne dass das Opfer als solches identifiziert werden kann. Der Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung und das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Opfers steht nicht mit der Identifizierbarkeit in Zusammenhang, sondern besteht in dem durch die Herstellung bzw. Übertragung der Bildaufnahme vom Täter zum Ausdruck gebrachten Hinwegsetzen über den erkennbaren Willen des Opfers, bestimmte besonders sensible Körperbereiche, dem Anblick Außenstehender zu entziehen, und

¹¹ Vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2017, 1 BvR 2019/16.

¹² BGH, Beschl. v. 26. Februar 2015, 4 StR 328/14; Fischer, StGB, 2019, § 201a, Rn. 5.

der damit einhergehenden vom Täter intendierten Degradierung des Opfers zum (Sexual-)Objekt.

Auch der Wortlaut der Norm gebietet eine solche Auslegung, da im Gegensatz zu § 201a Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB a.F. nicht Bildaufnahmen „einer anderen Person“, sondern solche „von den Genitalien, dem Gesäß, der weiblichen Brust oder der diese Körperteile bedeckenden Unterbekleidung einer anderen Person“.

Dies betrifft insbesondere praxisrelevante¹³ Begehungsweisen, die derzeit nicht unter § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB wegen fehlender Identifizierbarkeit fallen, wie etwa das heimliche Abfilmen des Intimbereiches Betroffener auf Toiletten.¹⁴

Um sicherzustellen, dass die Praxis die bisherigen Maßstäbe zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „einer anderen Person“ nicht auf § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB n.F. überträgt, ist ausdrücklich klarzustellen, dass die abgebildete Person in den Fällen des § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB n.F. nicht identifizierbar sein muss.

Der djb fordert, im Zuge der Änderungen klarzustellen, dass die abgebildete Person in den Fällen des auf § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB n.F. nicht identifizierbar sein muss.

3. Tatbestandsmerkmal „soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind“

Für problematisch wird befunden, dass der Gesetzentwurf der Bundesregierung die Strafbarkeit derzeit an das Tatbestandsmerkmal „soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind“ knüpft. Auch wenn – wie der Regierungsentwurf zutreffend ausführt – es für die Verwirklichung des strafwürdigen Unrechts auch darauf ankommt, ob der Täter sich über den erkennbaren Willen des Opfers hinwegsetzt, seine besonders schützenswerten Körperregionen dem Anblick Außenstehender zu entziehen¹⁵, steht mit der oben genannten Formulierung zu befürchten, dass der Schutzbereich zu sehr beschränkt wird und Teile des strafwürdigen Unrechts nicht vom Tatbestand erfasst werden.

Hintergrund ist zum einen, dass das Tatbestandsmerkmal die Frage aufwirft, wann ein körperlicher Bereich gegen Anblick geschützt ist und wie umfassend dieser Schutz sein muss. Diskussionen darüber, ob ein „sehr“ kurzer Rock, eine „sehr“ knappes Oberteil oder eine zu durchsichtig erscheinende Bekleidung zureichend vor dem Anblick anderer schützen, sind damit unfraglich zu erwarten. Es steht zu befürchten, dass so opferbeschuldigende und von Sexualitätsmythen geprägte Argumente („Wenn sie sich so anzieht, will sie das doch bzw. ist sie selbst schuld“) und stereotype Narrative von „anständiger“ und dadurch zugleich vor dem Anblick schützender Bekleidung auf der Tagesordnung stehen und die Auslegung und damit letztlich

¹³ Vgl. dazu Republikanischer Anwalt*innenverein, Rechtliche Einschätzung zu sexualisierten Aufnahmen bei Festivals, 5. Februar 2020, abrufbar unter: <https://www.rav.de/publikationen/mitteilungen/mitteilung/rechtliche-einschaetzung-zu-sexualisierten-aufnahmen-bei-festivals/c248efb168dadfc2c5fa9ffa37a05f84/>

¹⁴ In diesem Zusammenhang sei auch darauf hingewiesen, dass auch die im vorliegenden Gesetzesvorhaben nicht in den Blick genommene und derzeit nicht strafbare Verbreitung heimlich angefertigter – etwa mithilfe sog. spy-cams – Nacktaufnahmen außerhalb von geschützten Räumen im Sinne des § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB durchaus als strafwürdig erachtet wird.

¹⁵ BT-Drucksache 19/17795, S. 12.

Strafbarkeit beeinflussen. Dies stünde nicht im Einklang mit den Vorgaben der Istanbul-Konvention, die in Art. 49 Abs. 2 IK erfordert, dass Strafverfolgungsmaßnahmen wegen geschlechtsspezifischer Gewalt, zu denen das in Rede stehende Verhalten unfraglich zählt, von einem „geschlechtsbewusste[n] Verständnis von Gewalt“ getragen sein müssen. In diesem Zusammenhang weist der djb auch mit Nachdruck auf die aus der Istanbul-Konvention folgende Verpflichtung zur Bereitstellung geeigneter Fortbildungsangebote für alle Personengruppen, die beruflich mit den Betroffenen geschlechtsspezifischer Gewalt zu tun haben, hin.¹⁶

Darüber hinaus ist zu beachten, dass sich der Täter beim unbefugten Fotografieren absichtlich gerade auch Bewegungen des Opfers zunutze machen, bei denen ein Kleidungsstück verrutscht oder ein Körperbereich aufgrund eines bestimmten Winkels kurzzeitig nicht mehr gegen den Anblick geschützt ist – etwa wenn sich das Opfer bückt oder eine bestimmte Sitzhaltung einnimmt. Ebenso werden zum Teil absichtlich äußere Gegebenheiten genutzt, die zu einem Verrutschen der Kleidung führen, wie etwa, wenn das mit Rock oder Kleid bekleidete Opfer über bzw. an einem Belüftungsschacht vorbeiläuft. Strafwürdiges Unrecht des Verhaltens des Täters ist – wie der Regierungsentwurf zutreffen ausführt – das Hinwegsetzen über den erkennbaren Willen des Opfers, seine besonders schützenswerten Körperregionen dem Anblick Außenstehender zu entziehen. Dieser Wille besteht jedoch auch dann weiter und ist als solcher erkennbar, wenn die Kleidung des Opfers kurzzeitig verrutscht und in diesem Moment nicht mehr gegen Anblick schützt.

Ebenso besteht der erkennbare Wille weiter, auch wenn sich das Opfer in einem vor Einblick geschützten Raum teilweise entkleidet, wie beispielsweise in einer Toilette. Auch auf diese Weise entstandene Aufnahmen der genannten Körperregionen sollten unter den Tatbestand des § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB n.F. fallen, wenn sie aufgrund der mangelnden Identifizierbarkeit nicht die Voraussetzungen des § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB erfüllen. Denn nicht nur Bekleidung soll vor Anblick schützen, auch die (teilweise) Entkleidung in einem geschützten Raum im Sinne des § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB bringt eindeutig den erkennbaren Willen zum Ausdruck, diese Körperregionen vor Anblick zu schützen.

Der djb fordert, das Tatbestandsmerkmal „soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind“ zu streichen und schlägt stattdessen folgende Formulierung vor:

von den Genitalien, dem Gesäß, der weiblichen Brust oder der diese Körperteile bedeckenden Unterbekleidung einer anderen Person unbefugt eine Bildaufnahme herstellt, soweit diese nach dem erkennbaren Willen der anderen Person gegen Anblick geschützt sein sollen, oder diese überträgt

Im Zuge der Änderungen sollte auch klargestellt werden, dass nicht nur Bekleidung gegen Anblick schützen soll, sondern auch geschützte Räume im Sinne des § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB.

Soweit die derzeitige Formulierung in § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB beibehalten wird, weist der djb darauf hin, dass die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind“ nicht mit einer Bewertung der Bekleidung als „angemessen“ bzw.

¹⁶ Art. 15 Abs. 1 IK. Vgl. djb, Policy Paper: Opferrechte in Strafverfahren wegen geschlechtsbezogener Gewalt, Stellungnahme vom 22. November 2018, abrufbar unter: <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st18-18/>.

„anständig“ einhergehen darf. Auch kurze Röcke oder Kleider, knappe Hosen oder Oberteile bringen erkennbar den Willen des Opfers zum Ausdruck, seine besonders schützenswerten Körperregionen dem Anblick Außenstehender zu entziehen.

4. Strafantragserfordernis

§ 205 Abs. 1 S. 2 StGB sieht vor, dass Taten nach § 201a StGB nur auf Antrag und im Fall eines besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung von Amts wegen verfolgt werden. Nach den Vorgaben des Gesetzesentwurfes soll dies auch für § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB n.F. gelten. Die Ausgestaltung als relatives Antragsdelikt ist – in Abgrenzung zum absoluten Antragsdelikt – zu begrüßen.¹⁷

Aufgrund der oftmals heimlichen Natur des Deliktes und der Art der Aufnahmen wird aufgefundenes Bildmaterial, etwa im Rahmen eines Zufallsfundes, oder sichergestelltes Material über die frisch ertappte Tat hinaus, regelmäßig identifizierbaren Opfern nicht mehr zuzuordnen sein. Ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung sollte insbesondere in folgenden Fällen angenommen werden: Auffinden einer Vielzahl von Bildern; Verbreiten von Bildern auf Plattformen, Messenger-Diensten u.ä.; gewerbsmäßige Handlungen bzw. solche mit Gewinnerzielungsabsichten; minderjährige Opfer; wenn der Täter aus rassistischen, fremdenfeindlichen oder sonstigen menschenverachtenden Beweggründen gehandelt hat. Eine entsprechende Änderung der RiStBV wird angeregt.

Zwar werden, wie oben festgestellt, durch das oftmals heimliche Aufnehmen primär individuelle Rechtsgüter (Recht auf sexuelle Selbstbestimmung und allgemeines Persönlichkeitsrecht) verletzt. Allerdings bleibt die Allgemeinheit sekundär betroffen. So muss das Anfertigen derartiger Aufnahmen im größeren Kontext der geschlechtsspezifischen Gewalt gegen Frauen verstanden werden. Es ist daher auch im Interesse der Allgemeinheit, den Schutz vor geschlechtsspezifischer Gewalt und die unbeschränkte Bewegungsfreiheit von Frauen im öffentlichen Raum unabhängig von der Art der Bekleidung ohne Repressalien und Selbstbeschränkungen zu ermöglichen. Deswegen ist sachgerecht, Taten auch ohne Strafantrag verfolgen zu können, wenn die Opfer sich nicht identifizieren lassen.

5. Ausgestaltung als Privatklagedelikt

Der djb hält indes die Aufnahme des § 201a Abs. 1 Nummer 4 StGB n. F. in den Katalog der Privatklagedelikte für nicht angebracht. Hintergrund ist, dass ein Beschreiten des Privatklagewegs mit teils als erheblich empfundenen Belastungen sowie großem finanziellen Risiko für das Opfer verbunden ist. Ist der Täter unbekannt, ist ein erfolgreiches Beschreiten des Privatklagewegs zudem so gut wie ausgeschlossen. Eine Ausgestaltung als Privatklagedelikt wird des Weiteren – gerade in Fällen von geschlechtsspezifischer Gewalt – den Rechten und Interessen der Opfer nicht gerecht; so hat auch der EGMR in Fällen von häuslicher Gewalt betont, dass

¹⁷ Gleiches gilt mit Blick auf den Regelungsvorschlag Gesetzesentwurf des Bundesrates „Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit der Bildaufnahme des Intimbereiches (sog. Upskirting)“, Beschluss vom 8. November 2019, BR-Drs. 443/19, Anlage zum Beschluss S. 1.

die Verweisung auf den Privatklageweg unangemessen ist und nicht den Vorgaben der Konvention entspricht, da so dem Opfer „eine exzessive Bürde“ auferlegt wird.¹⁸ Eine Verweisung auf den Privatklageweg würde daher dem Gedanken des Opferschutzes widersprechen. Die Bundesregierung hat aus diesem Grund in der letzten Legislatur die Vorschrift des § 238 StGB (Nachstellung) aus Opferschutzgesichtspunkten aus dem Katalog der Privatklagedelikte herausgenommen.¹⁹ Gleiches sollte für die neue Regelungsvorschrift gelten; der Änderungsbeehl in Artikel 2 sollte entsprechend angepasst werden.

Zu beachten ist des Weiteren, dass in jedem Fall die Vorschrift der Nr. 86 RiStBV jetzt bereits die Bejahung des öffentlichen Interesses in den Fällen des § 201a Abs. 1 Nummer 4 StGB n. F. nahelegt. Denn Nr. 86 RiStBV regelt, dass das öffentliche Interesse regelmäßig dann vorliegt, wenn der Täter aus sonstigen menschenverachtenden Beweggründen handelt. Unter diese fallen auch frauenverachtende Beweggründe²⁰ – ebenso wie behindertenfeindliche, trans*feindliche oder homophobe Beweggründe.²¹ Die Verwirklichung des § 201a Abs. 1 Nummer 4 StGB n. F. wird regelmäßig von frauenverachtenden Beweggründen getragen sein. Der djb fordert darüber hinaus eine klarstellende Änderung der Nr. 86 RiStBV, dass in Fällen von geschlechtsspezifischer Gewalt ein öffentliches Interesse regelmäßig anzunehmen ist.

Der djb fordert, § 201a Abs. 1 Nummer 4 StGB n. F. nicht in den Katalog der Privatklagedelikte des § 374 StPO aufzunehmen.

6. Nebenklageberechtigung

Der djb regt nachdrücklich an, § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB n. F. in den Katalog des § 395 Abs. 1 StPO aufzunehmen. Dies entspricht dem Gesetzentwurf des Bundesrates. Die Nebenklage ist gerade bei Erscheinungsformen von geschlechtsspezifischer Gewalt ein sehr wichtiges Instrument zum Schutz des Opfers und zu Vermeidung einer Sekundärviktimsierung im Strafprozess;²² zumal vorliegend eine geschlechtergerechte Handhabung und Auslegung des Tatbestands angesichts der oben unter II.3 ausgeführten Problematik besondere Bedeutung erlangt.

Mindestens aber sollte 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB n. F. in § 395 Abs. 3 StPO aufgenommen werden. Dies ist vor allem sachgerecht, weil der Unrechtsgehalt der Tat schwerer wiegt als bei den Beleidigungsdelikten gem. §§ 185 ff StGB. Hier wäre zudem zu erwägen, ob der gesamte Straftatbestand des § 201a StGB aufzunehmen wäre.

Der djb fordert, § 201a Abs. 1 Nummer 4 StGB n. F. in den Katalog der Nebenklageberechtigung in § 395 Abs. 1 StPO aufzunehmen.

¹⁸ EGMR Volodina gg. Russland, Urteil vom 9. Juli 2019, Nr. 41.261/17, para. 82; EGMR, Bevacqua und S. gg. Bulgarien, Urteil vom 12. Juni 2008, Nr. 71127/01, para. 83. Vgl. auch COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS, Recommendation Rec(2002)5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence, 30. April 2002, abrufbar unter: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e2612.

¹⁹ Artikel 2 des Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen vom 1. März 2017, BGBl. I S. 386.

²⁰ BT-Drs. 19/17741, S. 18. Vgl. dazu auch Steinl, ZfRSoz 38 (2018), 179 ff.

²¹ BT-Drs. 19/17741, S. 18.

²² Vgl. djb, Policy Paper: Opferrechte in Strafverfahren wegen geschlechtsbezogener Gewalt, Stellungnahme vom 22. November 2018, abrufbar unter: <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st18-18/>; Zur Zielsetzung der Nebenklage vgl. Valerius, in: Münchener Kommentar zur StPO, 1. Auflage 2019, § 395 Rn. 5.

7. Prüfbitte des Bundesrates: Erfordernis eines Absichtsmerkmals

Der Bundesrat hat gebeten zu prüfen, ob ein Absichtserfordernis einzufügen ist, um der Gefahr zu begegnen, dass nicht hinreichend strafwürdige Verhaltensweisen erfasst werden.

In der Prüfbitte wird darauf Bezug genommen, dass alltägliche Fotografien, wie Aufnahmen von Personen, die leicht bekleidet auf einer Treppe sitzen, Fotos von einem erhöhten Standpunkt nach unten in eine weit ausgeschnittene Bluse, oder auch Fotos, in denen leicht bekleidete Prominente ungeschickt aus einem Auto aussteigen, ohne ein solches Absichtserfordernis vom Tatbestand erfasst sein könnte.

Der djb ist der Auffassung, dass ein solches Merkmal nicht erforderlich ist. Zwar erfordert § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB n.F. lediglich bedingten Vorsatz. Jedoch setzt auch die Vorsatzform des *dolus eventualis* voraus, dass der Täter den Erfolgseintritt konkret für möglich hält. Tut er dies, also hält er es bei der Bildaufnahme konkret für möglich, dass er auch Genitalien, Gesäß, weibliche Brust oder die diese Körperteile bedeckende Unterbekleidung einer anderen Person fotografiert, so liegt darin bereits die Verwirklichung des strafwürdigen Unrechts.

Prof. Dr. Maria Wersig
Präsidentin

Dr. Leonie Steinl, LL.M. (Columbia)
Vorsitzende der Kommission Strafrecht