

## Schon wieder: Der „Gaffer“ im Blickpunkt des Referentenentwurfs des Bundesjustizministeriums vom 9. September 2019

von Dr. Maximilian Lenk\*

### Abstract

Das Bundesjustizministerium hat am 9. September 2019 einen Referentenentwurf für ein „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Persönlichkeitsschutzes von Verstorbenen“ veröffentlicht, mit dem erneut dem Phänomen des „Gaffens“ begegnet werden soll. Der folgende Beitrag beleuchtet die geplanten Neuerungen, arbeitet die damit einhergehenden Probleme heraus und zeigt zum Schluss einen alternativen Regelungsvorschlag auf.

On 9 September 2019, the Federal Ministry of Justice published a draft bill for an "Act Amending the Criminal Code - Improving the Protection of the Personality of the Deceased", which is intended to counter the phenomenon of "gaffing" once again. The following article examines the planned innovations, points out the associated problems and finally presents an alternative regulatory proposal.

### I. Einleitung

Der ehemalige Bundesjustizminister *Heiko Maas* wird wohl nicht als ministerialer Wahrer eines subsidiären Rechtsgüterschutzes und der fragmentarischen Natur des Strafrechts in die Geschichte eingehen. Schenkt man seinem Leitspruch „Modernes Recht für eine moderne Gesellschaft“ Glaube, muss konstatiert werden, dass die moderne Gesellschaft in besonderer Weise auf das Strafrecht angewiesen ist, dieses also das besagte „moderne Recht“ darstellt.<sup>1</sup> Die nunmehr amtierende Bundesjustizministerin *Christine Lambrecht* scheint seine Nachfolge in dieselbe Richtung antreten zu wollen, indem sie die von *Maas* offengelassenen strafrechtlichen Schutzlücken nun schließt.

Mit dem Gesetz zur Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften aus dem Jahr 2017 wurde § 323c Abs. 2 StGB neu eingefügt.<sup>2</sup> Durch die Strafvorschrift soll schaulustigen „Gaffern“ das Handwerk gelegt werden, indem bestraft wird, wer bei einem Unglücksfall, einer gemeinen Gefahr oder Not eine hilfeleistende Person behindert.<sup>3</sup> Der neuen *Justizministerin*

scheint das nicht zu reichen. Nach dem Referentenentwurf für ein „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Persönlichkeitsschutzes von Verstorbenen“ ihres Ministeriums vom 9. September 2019 soll der postmortale Persönlichkeitsschutz effektiviert werden, indem das Strafrecht Bildaufnahmen Verstorbener unter bestimmten Voraussetzungen untersagt. Anlass ist wiederum, dass Schaulustige bei Unfällen immer häufiger entsprechende Bildaufnahmen anfertigen.<sup>4</sup> Dieser Referentenentwurf hat inhaltlich unverändert – und angereichert um die Strafbarkeit des sog. Upskirtings – inzwischen bereits Eingang in einen Gesetzentwurf der Bundesregierung gefunden.<sup>5</sup>

Der folgende Beitrag beschäftigt sich einzig mit dem angestrebten effektiveren Persönlichkeitsschutz Verstorbener.

### II. Gesetzgebungsgeschichte des postmortalen Persönlichkeitsschutzes durch Strafrecht

Die Forderung nach einem solchen Straftatbestand ist keineswegs neu. Bereits bei der Einführung des § 201a StGB im Jahr 2004 wurde die Einbeziehung Verstorbener in den strafrechtlichen Persönlichkeitsschutz angeregt, damals aber nicht weiter verfolgt.<sup>6</sup> Im Gesetzgebungsverfahren, welches schließlich in § 323c Abs. 2 StGB mündete, schlug der Bundesrat eine ähnliche Regelung vor, mit der dem Persönlichkeitsschutz Verstorbener Rechnung getragen werden sollte.<sup>7</sup> Nachdem der Bundestag § 323c Abs. 2 StGB noch verabschiedete, fiel das übrige Gesetzgebungsverfahren – und damit auch der Vorstoß zu § 201a StGB – der sachlichen Diskontinuität des Bundestags zum Opfer. Der Bundesrat bekräftigte inzwischen sein Anliegen durch eine neue, inhaltlich gleichbleibende Initiative.<sup>8</sup>

Der Bundesrat schlägt darin vor, bei § 201a Abs. 1 StGB eine neue Nr. 3 einzufügen, wonach bestraft wird, wer von einer verstorbenen Person eine Bildaufnahme, die diese zur Schau stellt, unbefugt herstellt oder überträgt. Die bislang in Nr. 3 und Nr. 4 geregelten Tatbestandsvarianten sollten angepasst und bzgl. der neu einzufügenden Nr. 3 ausgedehnt werden. Absatz 2 soll entsprechend ergänzt

\* Der Autor ist Akad. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Strafrecht, Strafprozessrecht sowie Umwelt- und Wirtschaftsstrafrecht von Prof. Dr. Bernd Hecker an der Universität Tübingen.

<sup>1</sup> Vgl. zur so überschriebenen rechtspolitischen Bilanz für die 18. Legislaturperiode *Maas*, ZRP 2017, 130.

<sup>2</sup> BGBl. I 2017, S. 1226.

<sup>3</sup> Vgl. dazu etwa *Lenk*, JuS 2018, 229.

<sup>4</sup> BMJV, Referentenentwurf, S. 1 (abrufbar: [https://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Personlichkeitsschutz\\_Verstorbene.html](https://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Personlichkeitsschutz_Verstorbene.html) (zuletzt abgerufen am 22.10.2019)).

<sup>5</sup> Im Folgenden RegE, abrufbar unter: [https://kripoz.de/wp-content/uploads/2019/11/RegE\\_Verbesserung\\_Personlichkeitsschutz.pdf](https://kripoz.de/wp-content/uploads/2019/11/RegE_Verbesserung_Personlichkeitsschutz.pdf) (zuletzt abgerufen am 25.11.2019).

<sup>6</sup> Hierzu *Kühl*, AfP 2004, 190 (195), von dem ebenjene Anregung stammt.

<sup>7</sup> Vgl. BR-Drs. 226/16; BT-Drs. 18/9327;

<sup>8</sup> Zur erneuten Einbringung BR-Drs. 41/18 und BR-Drs. 142/19; BT-Drs. 19/1594.

werden, indem nach dem Wort „anderen“ die Wörter „oder verstorbenen“ eingefügt werden. Mit einem neuen Absatz 4 möchte der Bundesrat überdies die Versuchsstrafbarkeit einführen.<sup>9</sup> Er begründet den Gesetzesvorstoß damit, dass der strafrechtliche Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs nur dann umfassend gewährleistet sei, wenn nicht nur der „Tod“ als Sterbevorgang selbst, sondern auch der Verstorbene vor unbefugten Bildaufnahmen geschützt ist.<sup>10</sup> Während die Bundesregierung zunächst nur die sorgfältige Prüfung des Gesetzentwurfs zusagte,<sup>11</sup> gab sie zwischenzeitlich zu verstehen, dass sie das Anliegen unterstütze, den strafrechtlichen Schutz Verstorbener vor der Herstellung und Verbreitung bloßstellender Aufnahmen zu verbessern und prüfe, wie dies rechtstechnisch am besten umgesetzt werden könne.<sup>12</sup> Im jüngsten Referentenentwurf und dem darauf folgenden Gesetzentwurf hat diese Prüfung ihr vorläufiges Ende gefunden.

### III. Die Pläne des Referentenentwurfs im jüngsten Gesetzentwurf der Bundesregierung

Die Pläne des Referentenentwurfs haben sich im Gesetzentwurf wie folgt niedergeschlagen:<sup>13</sup>

- Änderung der Überschrift von § 201a StGB: „Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs und von Persönlichkeitsrechten durch Bildaufnahmen“.
- Einführung eines neuen § 201a Abs. 1 Nr. 3 E-StGB: Danach wird derjenige bestraft, wer „eine Bildaufnahme, die in grob anstößiger Weise eine verstorbene Person zur Schau stellt, unbefugt herstellt oder überträgt“.
- Die bislang in § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB geregelte Strafbarkeit des Gebrauchs oder Zugänglichmachens einer solchen Bildaufnahme soll in § 201a Abs. 1 Nr. 5 E-StGB verschoben werden und ebenso den neuen Straftatbestand in Nr. 3 mitumfassen.
- § 201a Abs. 1 Nr. 6 E-StGB erweitert die – bislang in Nr. 4 – geregelte Strafbarkeit entsprechend auf die neu einzuführende Nr. 3. Damit wird die wissenschaftlich unbefugte Zugänglichmachung einer zunächst befugten Bildaufnahme der in Nr. 3 bezeichneten Art strafbar. Insoweit – nur bezogen auf die neue Nr. 3 – kommt es auf die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs nicht an.
- Absatz 2, der bislang denjenigen bestraft, der unbefugt von einer anderen Person eine Bildaufnahme, die geeignet ist, dem Ansehen der abge-

bildeten Person erheblich zu schaden, einer dritten Person zugänglich macht, wird um einen Satz 2 ergänzt, wonach dies unter den gleichen Voraussetzungen auch für eine Bildaufnahme einer verstorbenen Person gilt.

- Die neuen Straftatbestände finden schließlich Eingang in den Tatbestandsausschluss bzw. Rechtfertigungsgrund (str.) des § 201a Abs. 4 StGB.
- Da § 201a StGB ein relatives Antragsdelikt ist (vgl. § 205 Abs. 1 S. 2 StGB), spricht ein neu einzufügender § 205 Abs. 2 S. 4 E-StGB für die Fälle des § 201a Abs. 1 Nr. 3 und § 201a Abs. 2 S. 2 E-StGB das Antragsrecht den in § 77 Abs. 2 StGB bezeichneten Angehörigen zu.

Wie bereits angesprochen, sieht sich das Bundesjustizministerium zu dieser Regelung veranlasst, weil die zunehmende Verfügbarkeit von Kameras (insb. verbaut in Smartphones) immer häufiger dazu führt, dass Schaulustige bei Unfällen oder Unglücksfällen Bildaufnahmen vom Geschehen und dabei verletzten und verstorbenen Personen anfertigen und diese zudem über soziale Netzwerke verbreiten oder mitunter an die Medien weitergeben.<sup>14</sup> Ähnlich wie der Bundesrat erachtet das Bundesjustizministerium bislang einen effektiven postmortalen Persönlichkeitsschutz auch im Hinblick auf die schutzwürdigen Interessen des Angehörigen, das Andenken der verstorbenen Person zu bewahren, für nicht hinreichend gewährleistet, weshalb es den Schutz des § 201a StGB auf verstorbene Personen ausweiten will.<sup>15</sup> Dabei geht der Referentenentwurf zutreffend davon aus, dass der persönliche Schutzbereich der Vorschrift bislang auf lebende Personen begrenzt ist.<sup>16</sup> Richtig ist auch, dass § 33 Kunst-UrhG nur die Verbreitung des Bildnisses eines Verstorbenen ohne die Einwilligung der Angehörigen (vgl. § 22 S. 3 KunstUrhG), nicht aber die bloße Fertigung der Aufnahme unter Strafe stellt.<sup>17</sup>

In der Tat erscheint die bisherige Rechtslage im Ausgangspunkt wenig sinnig, die denjenigen bestraft, der das noch lebende (Unfall-)Opfer abfotografiert, hingegen andere straffrei stellt, deren Kameras auf das bereits verstorbene (Unfall-)Opfer gerichtet waren. Nicht zuletzt im Hinblick auf makabre Verteidigungsstrategien (etwa: „Ich dachte, das Opfer sei schon tot“) erscheinen die unterschiedlichen strafrechtlichen Konsequenzen kaum nachvollziehbar.

<sup>9</sup> BT-Drs. 18/9327, S. 7; BT-Drs. 19/1594, S. 5.

<sup>10</sup> BT-Drs. 18/9327, S. 11; BT-Drs. 19/1594, S. 8.

<sup>11</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9327, S. 12.

<sup>12</sup> Vgl. BT-Drs. 19/1594, S. 10.

<sup>13</sup> Vgl. BMJV, Referentenentwurf, S. 3; Änderungen zum Referentenentwurf ergeben sich im RegE nur insoweit, als die (ebenso) neu einzufügende Nr. 4 das sog. Upskirting unter Strafe stellen soll, wodurch die übrigen Ziffern um eine Stelle nach hinten versetzt werden.

<sup>14</sup> BMJV, Referentenentwurf, S. 1; ganz ähnlich bereits in BT-Drs. 18/9327, S. 1; BT-Drs. 19/1594, S. 1.

<sup>15</sup> Vgl. BMJV, Referentenentwurf, S. 1.

<sup>16</sup> Dazu *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 201a Rn. 6; *Kargl*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 201a Rn. 22; näher *Sauren*, ZUM 2005, 425 (430 f.); krit. anerkennend auch *Kühl*, AfP 2004, 190 (195). Anders aber beispielsweise in der Schweiz, wo das Schweizerische Bundesgericht (BGE) die Verurteilung wegen Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte (§ 179quater StGB) des Stern- Fotografen aufrechterhielt, der den ehemaligen Ministerpräsidenten *Uwe Barschel* tot in der Badewanne seines Genfer Hotelzimmers auffand, vgl. BGE, NJW 1994, 504.

<sup>17</sup> BMJV, Referentenentwurf, S. 1; ebenso RegE, S. 1.

## IV. Kritik

### 1. Grundsätzliches

Ob die Aufnahme verstorbener Personen in den Schutzbereich des § 201a StGB im Grundsatz begrüßenswert ist oder nicht, hängt in erster Linie von der (eher akademischen) Streitfrage ab, welche Aufgabe man einem solchen Straftatbestand zuschreibt. Verortet man diese beim Schutz des postmortalen Persönlichkeitsrechts, lässt sich leicht argumentieren, dass verstorbene Personen erst recht „hilflos“ und daher eines solchen strafrechtlichen Schutzes bedürftig sind; zumal ein schutzwürdiges Interesse an entsprechenden Aufnahmen regelmäßig nicht besteht.<sup>18</sup> Der Gesetzgeber vermittelt aber zunehmend den Eindruck, dass es ihm weniger um den Individualschutz als vielmehr darum geht, bestimmte medial skandalisierte Verhaltensweisen einzufangen und zu unterbinden.<sup>19</sup> In soweit betont der vorliegende Entwurf vor allem auch die generalpräventive Wirkung, die einem solchen Straftatbestand im Hinblick auf das Phänomen Schaulustiger und deren Verhalten bei Unglücken zukommt.<sup>20</sup> Die Kritik eines symbolischen Zeichen-Setzens, mit dem das Strafrecht den moralischen Zeigefinger über anstößiges, widerliches oder unmoralisches Verhalten erhebt, trifft damit in gewisser Weise auch den Referentenentwurf.<sup>21</sup> Dem Gesetzgeber deshalb seinen Entscheidungs- und Beurteilungsspielraum abzusprechen, scheint aber vermessen, weshalb es sich mehr lohnt, den einzelnen Tatmodalitäten auf den Grund zu gehen.

### 2. Änderung der Überschrift

Mit der beabsichtigten Einbeziehung verstorbener Personen sehen sich die Entwurfsschreiber dazu veranlasst, die Überschrift hinsichtlich der Persönlichkeitsrechte zu erweitern. Grund hierfür ist, dass zum höchstpersönlichen Lebensbereich zwar die Phasen der Krankheit bis hin zum Tod zählen. Die Bildaufnahme Verstorbener soll hingegen den höchstpersönlichen Lebensbereich nicht mehr tangieren.<sup>22</sup> Mit dem umfassenden Begriff der „Persönlichkeitsrechte“ will der Referentenentwurf sowohl dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, das nur lebenden Personen zusteht, wie auch dem postmortalen Persönlichkeitsschutz als einem Kernbereich dessen, was den Verstorbenen in seinem Leben ausmachte und prägte, Rechnung tragen.<sup>23</sup> Was zunächst als reine Gesetzeskosmetik

erscheint, hat für die Neuerungen der Vorschrift durchaus Konsequenzen, weil der höchstpersönliche Lebensbereich nicht nur Rechtsgut, sondern darüber hinaus explizit genannter tatbestandlicher Erfolg des § 201a Abs. 1 StGB ist.<sup>24</sup>

### 3. Zu § 201a Abs. 1 Nr. 3 E-StGB

Kernstück des Entwurfs ist § 201a Abs. 1 Nr. 3 E-StGB. Anders als der Bundesrat, der lediglich das Herstellen oder Übertragen einer Bildaufnahme von einer verstorbenen Person, die diese zur Schau stellt, für die Strafbarkeit ausreichen lassen möchte, plädiert der Referentenentwurf und darauf aufbauend der RegE für das einschränkende Kriterium, wonach die Bildaufnahme die verstorbene Person „in grob anstößiger Weise“ zur Schau stellt. In der Begründung heißt es dazu, dass andernfalls auch die Bildaufnahme einer im Rahmen einer Trauerfeier aufgebahrten Leiche erfasst sein könnte, was als über die Regelungsin-tention hinausgehend abzulehnen sei.<sup>25</sup>

Die Intention einer tatbestandlichen Einschränkung ist nachvollziehbar und begrüßenswert. Ob das mit einem solch äußerst unbestimmten Rechtsbegriff gelingt, ist zweifelhaft, obgleich sich das begriffliche Pendant in § 219a StGB (Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft) – oder auch in § 119 OWiG (Grob anstößige und belästigende Handlungen) – wiederfindet. Substanzieller Gewinn folgt daraus nicht: so wird bei § 219a StGB grob anstößiges Werben damit umschrieben, dass sie die nach den allgemeinen gesellschaftlichen Wertvorstellungen gezogenen Grenzen des Anstands weit überschreitet<sup>26</sup> oder geeignet ist, das Empfinden anderer Menschen zu verletzen.<sup>27</sup> Auch von „anreißerischem“ Werben ist die Rede.<sup>28</sup> Der Kontext ist bei § 201a StGB freilich ein anderer. Der Referentenentwurf präzisiert die „grob anstößige“ Bildaufnahme dann auch wie folgt:

„Grob anstößig ist eine Bildaufnahme, wenn der Inhalt der Aufnahme unter Missachtung des postmortalen Achtungsanspruchs den über den Tod hinauswirkenden sittlichen Geltungswert der verstorbenen Person verletzt. Zu denken ist hier beispielsweise an Fälle, in denen eine Person verunglückt und ihr lebloser Körper verletzt und blutend oder entblößt am Boden liegend mittels Bildaufnahme zur Schau gestellt wird, ohne dass dies zwingend geeignet sein muss, ihrem Ansehen erheblich zu schaden.“

<sup>18</sup> So etwa *Graf*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 201a Rn. 20, der den Schutz gegen bloßstellende Aufnahmen verstorbener Personen für „sehr wünschenswert“ hält.

<sup>19</sup> Vgl. *Kargl*, in: NK-StGB, § 201a Rn. 9, der von einem „reflexhaften, auf mediale Skandalisierung hyperaktiv reagierenden Strafrechts“ spricht.

<sup>20</sup> Vgl. BMJV, Referentenentwurf, S. 5; RegE, S. 6.

<sup>21</sup> Vgl. *Kargl*, in: NK-StGB, § 201a Rn. 9; überaus kritisch bereits *Nehm*, ZRP 2016, 158 („Härtere Strafen für Gaffer?“): „Verschonene wir Staatsanwälte und Richter. Sie haben Wichtigeres zu tun. Bewahren wir sie vor dem aussichtslosen Unterfangen, über menschlichen Anstand richten zu müssen. Bestrafen wir die Gaffer mit sozialer Missachtung!“. Das aber durchaus befürwortend (wenngleich in anderem Zusammenhang) *Kühl*, AfP 2004, 190 (194): „Es geht beim Persönlichkeitsschutz nicht nur um die Überwindung äußerer Hindernisse, sondern auch um ideelle („Anstands“-) Grenzen, deren Einhaltung nicht nur die Moral, sondern auch das (Straf-)Recht fordern sollte.“

<sup>22</sup> Vgl. BMJV, Referentenentwurf, S. 8.

<sup>23</sup> BMJV, Referentenentwurf, S. 8.

<sup>24</sup> So instruktiv *Kühl*, AfP 2004, 190 (195 f.).

<sup>25</sup> So BMJV, Referentenentwurf, S. 6 (ferner S. 9); RegE, S. 11.

<sup>26</sup> Vgl. dazu *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 219a Rn. 5.

<sup>27</sup> Hierzu *Merkel*, in: NK-StGB, § 219a Rn. 15.

<sup>28</sup> Vgl. *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 219a Rn. 5.

Maßgeblich ist dabei die objektive Eignung der Bildaufnahme hierzu, nicht die Vorstellung des Täters. Kennt der Täter die Umstände, aus denen sich die grobe Anstößigkeit ergibt, handelt er auch dann vorsätzlich, wenn er selbst keinen Anstoß nimmt.<sup>29</sup>

Wenngleich maßgeblicher Anlass des Referentenentwurfs die Bildaufnahmen Schaulistiger bei Verkehrsunfällen bildet, stellt das Gesetz nicht auf die „grob anstößigen“ Umstände der Aufnahme Verstorbener ab, sondern auf den „grob anstößigen“ Inhalt der Abbildung. Vom Schutzzut ist das freilich verständlich und richtig; die „grob anstößige“ von der nur „anstößigen“ und damit grds. legitimen Abbildung zu unterscheiden bleibt jedoch außerordentlich schwierig. Insbesondere wird es im Einzelfall – wie bei lebenden Personen – darauf ankommen, inwieweit der/die abgebildete Verstorbene identifizierbar ist.<sup>30</sup> Von daher darf bezweifelt werden, dass die Bild- und Videoaufzeichnungen vorbeifahrender Autofahrer oder Mitfahrer an Verkehrsunfallgeschehen häufig dem Tatbestand des § 201a Abs. 1 Nr. 3 E-StGB unterfallen. Die Unschärfe der bewegten Bilder, die Entfernung zum Unfallort, die Unfallstelle abschirmende Fahrzeuge von Rettungskräften etc. verhindern die Identifizierbarkeit zu meist.

Bemerkenswert mutet weiterhin an, dass § 201a Abs. 1 Nr. 3 E-StGB anders als alle bisherigen Tatvarianten des § 201a Nr. 1-4 StGB keinen Verletzungserfolg in der Form erfordert, dass durch die Tathandlungen der höchstpersönliche Lebensbereich verletzt wird.<sup>31</sup> Der Referentenentwurf geht (wohl) davon aus, dass der höchstpersönliche Lebensbereich eines Verstorbenen nicht mehr verletzt werden kann und bewertet deshalb einen solchen Tatbestandserfolg als sowohl inhaltlich wie begrifflich ungeeignet.<sup>32</sup> Demnach stellt § 201a Abs. 1 Nr. 3 E-StGB ein abstraktes Gefährdungsdelikt dar.

An dieser Stelle soll zu bedenken gegeben werden, dass der postmortale Persönlichkeitsschutz graduell weniger schutzwürdig als das allgemeine Persönlichkeitsrecht lebender Personen ist, da Gegenstand des postmortalen Persönlichkeitsschutzes nicht mehr die zukünftige Entfaltung der Persönlichkeit sein kann.<sup>33</sup> Zwar findet der postmortale Persönlichkeitsschutz seine Begründung unmittelbar in Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>34</sup> Er bewahrt den Verstorbenen davor, erniedrigt und herabgewürdigt zu werden und schützt den sittlichen, personalen und sozialen Geltungswert, den die Person durch ihre Lebensleistung erworben hat.<sup>35</sup> Für die Annahme, dass der Gebrauch eines Grundrechts aber

tatsächlich auf die unantastbare Menschenwürde durchschlägt, sie also nicht nur berührt, sondern „treffend verletzt“<sup>36</sup>, fordert das *BVerfG* eine umso sorgfältigere Begründung.<sup>37</sup> Der Zweck des § 201a StGB liegt gerade auch im präventiven Schutz der Persönlichkeit, als entsprechende Bildaufnahmen erst gar nicht entstehen sollen, um dem Einzelnen (spätere) Unannehmlichkeiten zu ersparen. Dieser Grund trägt beim Verstorbenen nicht, weil Beeinträchtigungen seines zukünftigen sozialen Wirkens nicht mehr möglich sind. Mit Blick auf die Wertungskohärenz der Norm erscheint deshalb kaum gerechtfertigt, dass innerhalb derselben das weniger schutzwürdige Rechtsgut durch abstraktes Gefährdungsdelikt, das stärkere hingegen (nur) durch Erfolgsdelikt geschützt wird; dies zumal der Strafrahmen derselbe ist.

Es liegt nicht fern, dass die (ohnehin zahlreichen) Kritiker des Verletzungserfolgs in § 201a Abs. 1 StGB darin ihre Chance wittern, eine umfängliche Reform des Absatzes 1 anzustoßen, um den tatbestandlichen Verletzungserfolg gänzlich aus der Vorschrift zu streichen.<sup>38</sup>

#### 4. Zu § 201a Abs. 1 Nr. 5 und Nr. 6 E-StGB

Redaktionell angepasst werden sollen die bislang in Nr. 3 und Nr. 4 gelisteten Straftatbestände und in diesem Zug auf die Bildaufnahmen Verstorbener erweitert werden. Hinsichtlich der Tatmodalitäten gelten die bisherigen Auslegungsgrundsätze. Durch eine etwas umständliche Umformulierung wird § 201a Abs. 1 Nr. 3 E-StGB vom Erfordernis des Verletzungserfolgs bei § 201a Abs. 1 Nr. 6 E-StGB ebenfalls freigestellt (vgl. oben). Nachvollziehbar will der Referentenentwurf damit ein gleiches Schutzniveau für alle Bildaufnahmen gewährleisten;<sup>39</sup> zwingend erscheint aber auch dies – wiederum vor dem Hintergrund unterschiedlich gewichtiger Schutzgüter (vgl. oben) – nicht.

#### 5. Zu § 201a Abs. 2 E-StGB

Der durch das 49. Strafrechtsänderungsgesetz im Jahr eingefügte § 201a Abs. 2 StGB<sup>40</sup> soll nach der Intention des Entwurfs ebenfalls auf Bildaufnahmen Verstorbener erweitert werden. Gesetzestechisch weicht der Vorschlag der Bundesregierung von dem des Bundesrats ab. Letzter schlug vor, nach dem Wort „anderen“ die Wörter „oder verstorbenen“ einzufügen.<sup>41</sup> Der jetzige Entwurf schlägt einen Satz 2 vor, wonach dies unter den gleichen Voraussetzungen auch für eine Bildaufnahme einer verstorbenen Person gilt. Die Abweichung hat (wohl) rein praktikable

<sup>29</sup> BMJV, Referentenentwurf, S. 9; RegE, S. 11.

<sup>30</sup> Vgl. *BGH*, NStZ 2015, 391; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 201a Rn. 7.

<sup>31</sup> Dass § 201a Abs. 1 StGB durch den vorausgesetzten tatbestandlichen Erfolg Verletzungsdelikt ist, entspricht jedenfalls der h.M.: *OLG Koblenz*, NStZ 2009, 268; vgl. *Eisele*, JR 2005, 6 (9); *ders.*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 201a Rn. 14; *Kühl*, AfP 2004, 190 (195); *ders.*, in: Lackner/Kühl, § 201a Rn. 3 m.w.N.; *Valerius*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2009), § 201a Rn. 29; diff. hingegen *Graf*, in: MüKo-StGB, § 201a Rn. 15.

<sup>32</sup> BMJV, Referentenentwurf, S. 9; RegE, S. 11.

<sup>33</sup> Vgl. *Leipold*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. (2017), § 1922 Rn. 127 f.

<sup>34</sup> Vgl. bereits *BVerfGE* 30, 173 (194); *BVerfG*, NJW 2001, 2957 (2959).

<sup>35</sup> So *BVerfG*, NJW 2001, 2957 (2959).

<sup>36</sup> A.a.O.

<sup>37</sup> *BVerfGE* 93, 266 (293); *BVerfG*, NJW 2001, 2957 (2959).

<sup>38</sup> Hierfür bereits *Kühl*, AfP 2004, 190 (195), nicht zuletzt angesichts des (oft angestellten) Vergleichs zu § 201 StGB, der keinen entsprechenden Erfolg verlangt. Ferner (im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot) krit. *Bergmann*, NJW 2004, 2133 (2134); vgl. auch *Eisele*, JR 2005, 5 (9) „immer noch zu unscharfen Begriffs“; *ders.*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 201a Rn. 14.

<sup>39</sup> Vgl. BMJV, Referentenentwurf, S. 9.

<sup>40</sup> Vgl. BGBl. I, S. 10.

<sup>41</sup> S. BT-Drs. 19/1594, S. 5.

Gründe für die einfachere Verweisung innerhalb der Strafantragsvorschrift § 205 StGB. Dem Entwurf folgend kommt es auch insoweit auf ein lebendenden Personen gegenüber angeglichenes Schutzniveau an.<sup>42</sup> Ein Anwendungsbereich verbleibe der Vorschrift deshalb, weil nicht jede Bildaufnahme, die geeignet ist, dem Ansehen der abgebildeten verstorbenen Person erheblich zu schaden, diese auch in grob anstößiger Weise zur Schau stelle.<sup>43</sup>

Zur rechtspolitischen Diskussion steht aber, ob es der Regelung in § 201a Abs. 2 E-StGB tatsächlich bedarf oder ob dem postmortalen Persönlichkeitsschutzes nicht bereits durch § 201a Abs. 1 Nr. 3 (Nr. 5 und Nr. 6) E-StGB hinreichend Rechnung getragen ist. Mit dem bestehenden § 201a Abs. 2 StGB wollte der Gesetzgeber insbesondere ein Signal gegen das Phänomen des sog. Cybermobbing setzen.<sup>44</sup> Zuvorderst geht es darum, der allgegenwärtigen Diffamierung, Belästigung, Bedrängung und Nötigung mithilfe elektronischer Medien gegenüber (lebenden) Personen – insb. Kinder und Jugendlichen – entgegenzuwirken. Damit setzt die Vorschrift im Ausgangspunkt eine Gefahrenlage voraus, wie sie bei verstorbenen Personen so gar nicht besteht. Inkonsequent erscheint weiterhin, dass der Entwurf im Rahmen des Absatzes 2 auf das bei § 201a Abs. 1 Nr. 3 E-StGB für notwendig befundene Eingrenzungsmerkmal der groben Anstößigkeit der Bildaufnahme verzichtet. Kompensiert wird dies freilich teils dadurch, dass die Bildaufnahme die Eignung aufweisen muss, dem Ansehen der abgebildeten (verstorbenen) Person erheblich zu schaden. Die bereits bestehenden Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit der Vorschrift reduzieren sich jedenfalls nicht dadurch, dass dann auch die Schädigungseignung von Bildaufnahmen bzgl. des Ansehens verstorbener Personen rechtlich bemessen werden muss.<sup>45</sup>

#### 6. Ergänzung § 201a Abs. 4 StGB

Die Ergänzung des § 201a Abs. 4 StGB um Bildaufnahmen Verstorbener ist als Kehrseite des strafrechtlichen Schutzes folgerichtig.

#### 7. Keine Versuchsstrafbarkeit

Der Referenten- und nunmehr auch der Regierungsentwurf folgen dem Bundesrat nicht darin, für § 201a StGB die Versuchsstrafbarkeit aus der Taufe zu heben. Im Entwurf heißt es dazu, eine solche Vorverlagerung der Strafbarkeit in das Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsverletzung sei aufgrund des (teilweisen) Gefährdungsdeliktscharakters und der niedrigen Höchststrafe nicht geboten.<sup>46</sup> Im Übrigen verweist der Entwurf auf die mangels einer Bildaufnahme entstehenden Nachweisschwierigkeiten.<sup>47</sup> Dem ist nichts hinzuzufügen, zumal die Diskussion keine neue ist.<sup>48</sup>

## V. Fazit und Alternativvorschlag

Der Referentenentwurf kommt der Forderung nach einem effektiveren postmortalen Persönlichkeitsschutz nach, wie er bislang – jedenfalls verglichen mit dem Schutz lebender Personen vor Bildaufnahmen – nicht besteht. Folgt der Bundestag diesem durchaus berechtigten Anliegen, sollte das Gesetzgebungsverfahren Anlass dafür geben, seine konkrete gesetzliche Ausgestaltung zu überdenken. Fragwürdig erscheint insbesondere, ob der Referentenentwurf den Gerichten mit dem konturenlosen Erfordernis einen Gefallen tut, wonach die Bildaufnahme eine verstorbene Person „in grob anstößiger Weise“ zur Schau stellen muss; gegen ein eingrenzendes Kriterium ist freilich nichts einzuwenden. Wertungsinkohärent erscheint, dass der postmortale Persönlichkeitsschutz durch das Strafrecht bereits bei abstrakten Gefährdungen greift, wohingegen der strafrechtliche Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts lebender Personen einen Verletzungserfolg voraussetzt, wo doch Letzteres aufgrund der anhaltenden sozialen Belastungen für lebende Personen schutzwürdiger ist. Schließlich muss dem Gesetzgeber klar sein, dass der Gesetzentwurf gegen die skandalösen Bild- und Videoaufzeichnungen vorbeifahrender Autofahrer oder Mitfahrer bei Verkehrsunfällen kein probates Mittel darstellt, sofern die aufgezeichneten Verstorbenen nicht identifizierbar sind. Hinsichtlich der angestrebten Änderung des Absatzes 2 steht die Notwendigkeit eines postmortalen Persönlichkeitsschutzes insgesamt infrage. Begrüßenswert ist, dass der Entwurf – anders als die Initiative des Bundesrats – weiterhin von einer Versuchsstrafbarkeit absieht.

Alternativ wäre zu überlegen, den postmortalen Persönlichkeitsschutz entsprechend seinem Rangverhältnis zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht „schlanker“ auszugestalten. Das Motiv des Gesetzgebers, insbesondere verstorbene Unfallopfer vor Bildaufnahmen zu schützen, legt es nahe, hierfür allein an die Regelung des § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB anzuknüpfen. Dieser stellt bzgl. lebender Personen die unbefugte Herstellung oder Übertragung einer Bildaufnahme unter Strafe, welche die Hilflosigkeit einer anderen Person zur Schau stellt und dadurch den höchstpersönlichen Schutzbereich der abgebildeten Person verletzt. Die Tatvariante umfasst demnach vor allem Bildaufnahmen von Unfallopfern.<sup>49</sup> Zwar wird die Hilflosigkeit nur einer noch lebenden Person zugeschrieben werden können, weil sie auf bestehende Gefahren für Leib oder Leben einer Person abstellt,<sup>50</sup> die sich im Fall ihres Ablebens bereits im Tod realisiert haben. Gerade diese Unterscheidung scheint aber wegen der Zufälligkeit, ob das Unfallopfer noch lebt oder bereits verstorben ist, nicht sachgerecht (vgl. oben III.). Gleiches gilt für eine Verletzung des höchstpersönlichen Schutzbereichs, die im Fall der durch nicht nur unerhebliche Gefahren hervorgerufenen

<sup>42</sup> BMJV, Referentenentwurf, S. 9 f; RegE, S. 12.

<sup>43</sup> BMJV, Referentenentwurf, S. 10; RegE, S. 12.

<sup>44</sup> Vgl. BT-Drs. 18/2601, S. 37; dazu jüngst *Jülicher*, NJW 2019, 2801 (2802).

<sup>45</sup> Zu den bereits bestehenden Bedenken bzgl. der Bestimmtheit s. *Busch*, NJW 2015, 977 (978); auch *Eisele/Sieber*, StV 2015, 312 (314) m.w.N.

<sup>46</sup> BMJV, Referentenentwurf, S. 2; RegE, S. 8

<sup>47</sup> BMJV, Referentenentwurf, S. 2, unter Verweis auf *Eisele*, JR 2005, 5 (11).

<sup>48</sup> Vgl. zur Diskussion einer Versuchsstrafbarkeit bei Einführung des § 201a StGB *Eisele*, JR 2005, 5 (11).

<sup>49</sup> So ausdrücklich *Eisele/Sieber*, StV 2015, 312 (314).

<sup>50</sup> Vgl. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 201a Rn. 20; hierzu auch *ders./Sieber*, StV 2015, 312 (313 f.); vgl. auch im RegE, S. 11.

Hilflosigkeit ohnehin nur noch selten zu einer Einschränkung des Tatbestands führt.<sup>51</sup>

Eine solch „schlanke“ Lösung könnte in einen neuen § 201a Abs. 1 S. 2 E-StGB münden, der § 201a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 E-StGB für entsprechend anwendbar erklärt, wenn die (abgebildete) Person bereits verstorben ist. Mithilfe der Entsprechungsklausel würden die Merkmale der Hilflosigkeit und der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs, die ansonsten ausschließlich bei lebenden Personen einschlägig sind, einzig für den Bereich des § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB auf verstorbene Personen ausgeweitet: Dabei wäre den Merkmalen ein Verständnis zu-

grunde zu legen, wie wenn die verstorbene Person noch lebte. Eine solche Lösung wahrte die oben bemängelte Wertungskohärenz, vermied das mit dem Bestimmtheitsgebot konfligierende Merkmal der „groben Anstößigkeit“ und beschränkte den strafrechtlichen Schutz der postmortalen Persönlichkeit auf das Wesentliche. Mit einer die „Hilflosigkeit zur Schau stellenden Bildaufnahme“ würden Merkmale für die Neuregelung übernommen, die zum einen durch Wissenschaft und Praxis bereits hinreichend konkretisiert sind und zum anderen einschränkend wirkten, wie es der Gesetzentwurf – auf andere Weise – ebenso beabsichtigte.

---

<sup>51</sup> Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 201a Rn. 23; ders./Sieber, StV 2015, 312 (314).