

Professor Dr. Jörg Eisele

**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 unbekleidet 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-upskirting-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_Persoenslichkeitsschutz.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; *Rahmlof*, 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.