

## Die Strafbarkeit des Upskirting und des Downblousing – Der neue § 184k StGB: Gelungene Reform oder politischer Aktivismus?

*Von Wiss. Mit. Katharina Sachen\**

### Abstract

*Der Beitrag beschäftigt sich mit dem am 1.1.2021 neu eingeführten § 184k StGB und der Fragestellung, inwiefern dieser eine gelungene Reform oder politischen Aktivismus darstellt. Im Einzelnen werden Fragen zu Aspekten der Erforderlichkeit einer solchen Norm beleuchtet, etwaige tatbestandliche Mängel abgestellt, die systematische Einordnung der Vorschrift hinterfragt, auf Fragen der Beweisaufnahme und Konsequenzen einer Kriminalisierung eingegangen, sowie verbleibende Strafbarkeitslücken herausgestellt.*

*This article examines § 184k StGB, which was newly introduced on 1.1.2021 and discusses whether this paragraph is considered a successful legislative reform or political activism. In detail, this work analyzes aspects of necessity for the newly introduced paragraph, addresses deficiencies of the article and questions the systematic classification of § 184k StGB. It examines the process of taking evidence as well as the consequences of criminalization. Finally, remaining criminal liability gaps are highlighted.*

### I. Einleitung

Unter dem Slogan „Verbietet #Upskirting in Deutschland!“ wurde 2019 in Deutschland eine Onlinepetition ins Leben gerufen, die zuletzt über 110.000 Unterstützer\*innen zählte.<sup>1</sup> Anlass bot den beiden Petentinnen *Hanna Seidel* und *Ida Marie Sassenberg* eine in Großbritannien von *Gina Martin* erfolgreich gestartete Onlineinitiative, die in England und Wales eine Gesetzänderung im April 2019<sup>2</sup> hin zu einer Einstufung des sog. „Upskirting“ (engl. „up“ für „nach oben“ und „skirt“ für „Rock“) als Sexualdelikt zur Folge hatte.<sup>3</sup>

Der Gesetzgeber definiert darunter ein vieldiskutiertes Phänomen, bei dem der Betroffenen<sup>4</sup> eine Kamera unter

den Rock gehalten wird, um eine Fotografie oder Filmaufnahme von ihren Genitalien oder dem Gesäß herzustellen.<sup>5</sup> Nicht erheblich ist, ob die genannten Körperteile nackt oder von Unterwäsche bedeckt sind.<sup>6</sup> Klassischerweise erfolgt die Aufnahme unbefugt und meist, jedoch nicht zwingend, heimlich. Oftmals wird die Fotografie dann – bspw. über Internetforen oder sozialen Netzwerken – Dritten zugänglich gemacht.<sup>7</sup> Gefördert wird dieses Phänomen durch die zunehmende Verfügbarkeit von hochauflösenden Kameras in Smartphones und Handys, die immer bessere Aufnahmen erzielen können.<sup>8</sup> Die so gegebene stetige Verwendungsmöglichkeit in jeglichen Situationen des Alltags hat oftmals zur Folge, dass Betroffene gar nicht bemerken, dass unbefugte Aufnahmen von ihnen erstellt werden.<sup>9</sup> Ebenso wird von der Existenz zahlreicher Internetseiten berichtet, die Upskirt-Aufnahmen professionell inszeniert darstellen.<sup>10</sup>

Die beiden Frauen stellten fest, dass das Phänomen in Deutschland zu diesem Zeitpunkt nicht unter Strafe stand.<sup>11</sup> Der *1. Strafsenat* des *OLG Nürnberg*, der eine Auffangfunktion des Beleidigungstatbestandes in Fällen heimlichen voyeuristischen Vorgehens verneinte, appellierte an den Gesetzgeber, vorhandene Strafbarkeitslücken durch maßvolle, widerspruchsfreie und differenzierte Strafgesetzgebung zu schließen.<sup>12</sup> Dies und die Forderung der Petentinnen nach einer gesetzlich geregelten Strafbarkeit hatten ein umfassendes Gesetzgebungsverfahren zur Folge mit dem Resultat, dass das Gesetz zum 1.1.2021 in Kraft trat.<sup>13</sup>

Der folgende Artikel wird sich mit dem neu eingeführten § 184k StGB kritisch auseinandersetzen. Insbesondere wird auf die Fragestellung einzugehen sein, inwiefern es sich bei der Gesetzesneuerung um eine gelungene Gesetzesreform oder um politischen Aktivismus handelt. Untersucht werden die Erforderlichkeit einer solchen Norm (II.) und etwaige tatbestandliche Mängel (III.). Ferner wird die systematische Einordnung des Straftatbestandes (IV.) in

\* Die Verfasserin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Straf-, Strafprozess- und Wirtschaftsstrafrecht von *Frau Prof. Dr. Scarlett Jansen* an der Universität Trier.

<sup>1</sup> Petition abrufbar unter: <https://www.change.org/p/verbietet-upskirting-in-deutschland> (zuletzt abgerufen am 4.10.2021); vgl. <https://merkur.de/welt/fotografieren-unter-den-rock-upskirting-soll-dank-petition-straftbar-werden-tr-12862454.html> (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).

<sup>2</sup> *Voyeurism (Offences) Act 2019*, abrufbar unter <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/2> (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).

<sup>3</sup> <https://www.sueddeutsche.de/panorama/grossbritannien-upskirting-verbot-gesetz-1.4291449> (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).

<sup>4</sup> Miterfasst sind auch betroffene Männer.

<sup>5</sup> BT-Drs. 19/15825, S. 9; BT-Drs. 19/17795, S. 9; *Eisele/Straub*, KriPoZ 2019, 367.

<sup>6</sup> BT-Drs. 19/15825, S. 16; BT-Drs. 19/17795, S. 10.

<sup>7</sup> *Berghäuser*, ZIS 2019, 463; BT-Drs. 19/15825, S. 9.

<sup>8</sup> BT-Drs. 19/20668, S. 3; BT-Drs. 19/15825, S. 1; BT-Drs. 19/18980, S. 1, 3; *Gramlich/Lütke*, MMR 2020, 662.

<sup>9</sup> BT-Drs. 19/20668, S. 3; BT-Drs. 19/15825, S. 1; BT-Drs. 19/18980, S. 1, 3.

<sup>10</sup> So die sog. *candid boards*, vgl. <https://www.mirror.co.uk/tech/seedy-upskirt-porn-site-candid-9688517> (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).

<sup>11</sup> *OLG Nürnberg*, Urt. v. 3.11.2010, NStZ 2011, 217; *BayVGH*, Beschl. v. 7.5.2009, 10 CS 09.747.

<sup>12</sup> *OLG Nürnberg*, Urt. v. 3.11.2010, NStZ 2011, 217; *Bonnin/Berndt*, HRRS 2019, 450 (451).

<sup>13</sup> BR-Drs. 443/19; BT-Drs. 19/15825; BT-Drs. 19/17795; BT-Drs. 19/20668 (Endfassung).

den Blick genommen, sowie die Konsequenzen einer Kriminalisierung beleuchtet (V.). Nicht zuletzt werden verbleibende Strafbarkeitslücken umrissen (VI.).

## II. Erforderlichkeit der Vorschrift

Erforderlich war die Etablierung des § 184k StGB sowohl im Hinblick auf die Strafwürdigkeit des zu inkriminierenden Verhaltens (1.) als auch hinsichtlich bis dato bestehender Strafbarkeitslücken (2.).

### 1. Strafwürdigkeit

Primär bedarf es einer Feststellung, ob die Phänomene des Upskirting und Downblousing nachweislich in der deutschen Gesellschaft verbreitet sind. Insbesondere im Hinblick auf das mit der Strafnorm verfolgte Ziel der Generalprävention ist eine Feststellung des tatsächlichen Vorkommens von großer Bedeutung.<sup>14</sup> Problematisch ist jedoch, dass dem deutschen Gesetzgeber, anders als es bspw. in Frankreich<sup>15</sup> und England<sup>16</sup> der Fall ist,<sup>17</sup> keine verlässlichen Zahlen aus der Kriminalstatistik oder verfügbare Erkenntnisse aus der Dunkelfeldforschung zur Verfügung stehen. Eine empirische Begründung für die Einführung eines Straftatbestands in Deutschland kann so nicht gelingen.

Bei defizitärer Datengrundlage bedarf es jedoch einer sorgfältigen Begründung durch den Gesetzgeber, der grundsätzlich eine gewisse Einschätzungsprärogative hat.<sup>18</sup> Trotz bisher fehlender Nachweisbarkeit stützt sich die Annahme des Gesetzgebers, dass es sich bei Upskirting und Downblousing nicht mehr um bloße Randphänomene handelt, auf die stetig wachsende Anzahl an pornografischen Internetplattformen (u.a. sogenannte Candid Boards<sup>19</sup>), in denen getätigte Aufnahmen zur Verfügung gestellt werden. Jedoch lässt das nur dann einen Schluss auf tatsächliche Fallzahlen zu, wenn unbefugt hergestellte Aufnahmen von befugt hergestellten und hochgeladenen Aufnahmen unterschieden werden können.<sup>20</sup>

Obwohl in der Gesetzesbegründung lediglich auf die generalpräventive Funktion der Norm abgestellt wurde<sup>21</sup> und insoweit eine Begründung des Straftatbestands fragwürdig erscheint, kommt dem Strafrecht jedoch auch eine repressive Funktion zu. Unabhängig von der Frage, ob es sich beim Upskirting und Downblousing um ein nach-

weislich weit verbreitetes Phänomen in Deutschland handelt, muss daher auch die Verwerflichkeit der Tat berücksichtigt werden.

In Betracht gezogen werden müssen bei der Einordnung der Tat als strafwürdiges Phänomen der „Wert des geschützten Rechtsguts“, die „Gefährlichkeit des Angriffs“ und das „gesteigerte Schutzbedürfnis der Gesellschaft“ des einzelnen Bürgers, sowie die aus der Tat resultierende verwerfliche Gesinnung des Täters.<sup>22</sup> Letztere zeigt sich in der Missachtung von grundlegenden Werten des menschlichen Zusammenlebens, der Missachtung des zu schützenden Rechtsguts und den berechtigten Opferinteressen.<sup>23</sup>

Im Hinblick auf das hier untersuchte Phänomen des Upskirting und Downblousing liegt das Verwerfliche der Tat insbesondere in der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung<sup>24</sup> des fotografierten oder gefilmten Opfers zu sehen. Gerade der Schutz dieses Rechtsguts ist von stetig wachsender Bedeutung<sup>25</sup>, wie vergangene Reformen des Sexualstrafrechts<sup>26</sup> und die andauernde #MeToo-Debatte<sup>27</sup> zeigen. Ein Tätigwerden des Gesetzgebers spiegelt hier das zu unterstützende Ziel wider, das Recht der Betroffenen auf Schutz vor sexuellen Übergriffen zu stärken. Durch die Einordnung als Sexualdelikt wird deutlich, dass es sich nicht lediglich um die Sanktionierung bloßer Moralwidrigkeiten<sup>28</sup> handeln soll. Hier ist zwischen dem Upskirting und Downblousing näher zu differenzieren.<sup>29</sup>

### a) Upskirting

Das Handlungsunrecht beim Upskirting ergibt sich aus einem Zusammenspiel zwischen stets verfügbaren Aufnahmegeräten<sup>30</sup>, der heimlichen Überwindung des Kleidungsstücks als Sichtbarriere<sup>31</sup> und der Perpetuierung des voyeuristischen Spannens durch das Herstellen oder Übertragen der Aufnahme<sup>32</sup>. In vielen Fällen vertieft sich die Rechtsgutsverletzung, indem diese einem unüberschaubaren Adressatenkreis online zugänglich gemacht wird.<sup>33</sup>

Die Verwerflichkeit der täterlichen Gesinnung zeigt sich beim Upskirting darin, dass der Täter bewusst gesetzte Grenzen mutwillig überschreitet und sich über den erkennbaren Willen des Opfers, intime Körperregionen schützen zu wollen, eigenmächtig unbefugt hinwegsetzt. Das Opfer wird dabei zum bloßen Objekt seiner Begierde

<sup>14</sup> BT-Drs. 19/17795, S. 2.

<sup>15</sup> Vgl. [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000043409377](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000043409377) (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).

<sup>16</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/2/section/1/enacted> (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).

<sup>17</sup> BR-Drs. 443/19, S. 6, 12.

<sup>18</sup> BVerfG, Beschl. v. 29.9.2010 – 1 BvR 1789/10, Rn. 18; BR-Drs. 443/19, S. 6, 12; Walter, ZRP 2020, 16 ff.

<sup>19</sup> Walter, ZRP 2020, 16 ff.

<sup>20</sup> Berghäuser, ZIS 2019, 463 (464).

<sup>21</sup> BT-Drs. 19/17795, S. 2.

<sup>22</sup> Z.Stn. der StA Heilbronn zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 27.5.2020, S. 6.

<sup>23</sup> Zum Ganzen: Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl. (1996), § 7 Abs. 1 S. 1.

<sup>24</sup> BT-Drs. 19/20668, S. 15; Bonnin/Berndt, HRRS 2019, 450 (456 ff.); Renzikowski, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 184k Rn. 1; Laue, in: NK-StGB, 9. Aufl. (2022), § 184k Rn. 2; Ziegler, in: BeckOK-StGB, 50. Ed (Stand: 1.5.2021), § 184k Rn. 2.

<sup>25</sup> <https://verfassungsblog.de/warum-die-reform-des-sexualstrafrechts-keine-ist/> (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).

<sup>26</sup> Hoven, KriPoZ 2018, 2 (11).

<sup>27</sup> <https://www.bpb.de/veranstaltungen/dokumentation/286474/folgen-der-metoo-bewegung> (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).

<sup>28</sup> Bonnin/Berndt, HRRS 2019, 450 (458).

<sup>29</sup> Überblicksartig dazu: Eisele/Straub, KriPoZ 2019, 367 (374); Berghäuser, ZIS 2019, 463 (475); Kötz, IPRB 2020, 143 (148).

<sup>30</sup> BR-Drs. 443/19, S. 1.

<sup>31</sup> Berghäuser, ZIS 2019, 463 (472).

<sup>32</sup> BT-Drs. 19/15825, S. 9.

<sup>33</sup> BR-Drs. 443/19, S. 1; BT-Drs. 19/20668, S. 3.

und sexuellen Fantasie.<sup>34</sup> Es macht jedoch nicht nur deutlich, dass Täter im Einzelnen gesetzte Grenzen nicht akzeptieren, sondern zeigt ein tiefgehendes strukturelles Problem auf: In den meisten Fällen sind es Frauen, die Opfer von Upskirting werden.<sup>35</sup> Das legt nahe, dass gerade diese weiterhin gegen ihren Willen von Tätern für deren Zwecke objektiviert werden. Es bedarf einer Klarstellung durch den Gesetzgeber, dass ein solches sozial-schädliches Verhalten in einer offenen, fortschrittlichen und aufgeklärten Gesellschaft, in der sich Männer und Frauen auf Augenhöhe begegnen, in keinem Fall zu tolerieren ist und einer Sanktion bedarf. Von einer Erheblichkeit ist insofern auszugehen und eine Notwendigkeit einer Strafnorm in Bezug auf das Upskirting zu bejahen.<sup>36</sup>

### b) Downblousing

Eine solche Strafwürdigkeit ist beim sog. „Downblousing“ nicht ersichtlich. Dieses Phänomen liegt vor, wenn der Fotograf oder die Fotografin für die Aufnahme einen solchen Winkel wählt, mit dem auch Teile der Brust abgeleuchtet werden, die durch Kleidungsstücke vor fremden Einblicken verborgen bleiben sollen.<sup>37</sup>

Während Fälle des Upskirting sich dadurch auszeichnen, dass der Täter eine bewusst vom Betroffenen errichtete Kleidungsbarriere durchbricht, indem er unbefugt unter den Rock, ein Kleid oder in eine weite Shorts fotografiert oder filmt, ist dies beim Downblousing nicht zwingend der Fall. Auch hier nimmt die Kamera einen Blickwinkel ein, den das menschliche Auge im Alltag nicht hat. Jedoch besteht ein Unterschied darin, dass der Intimbereich und das Gesäß grundsätzlich vollständig bedeckt sind, die weibliche Brust hingegen nicht zwangsläufig. So kann sie auch willentlich nur zum Teil bedeckt sein, sodass der unbedeckte Teil nicht gegen Anblick geschützt wäre. Ohne diese gezielte Überwindung des Sichtschutzes können das Handlungsunrecht und die zum Ausdruck kommende Gesinnung des Täters nicht mit dem Upskirting gleichgestellt werden. Ein bloßes Ausnutzen von Einblicken, die der Täter aufgrund baulicher oder topografischer Gegebenheiten erhält, ist nicht mit dem Unrechtsgehalt des unbefugten und zielgerichteten Fotografierens unter den Rock oder das Kleid vergleichbar.<sup>38</sup>

Umstritten ist weiterhin, ob die Brüste dem Bereich der sexuellen Intimsphäre zugeordnet und entsprechende Fotos als pornografisch angesehen werden können.<sup>39</sup> So gelten sie in der heutigen Zeit als „Kennzeichen allgemeiner

Libertinage und Körperzugewandtheit“<sup>40</sup>, was für eine unterschiedliche Bewertung der Schutzbedürftigkeit spricht.<sup>41</sup> Stützen lässt sich dieser Gedanke auch auf aktuelle Bewegungen und Initiativen, die sich gegen die Sexualisierung und die damit einhergehende Tabuisierung der weiblichen Brust einsetzen. So fordert etwa die Initiative „Gleiche Brust für alle“<sup>42</sup> unter dem Motto „No Nipple Is Free Until All Nipples Are Free“ die Gleichbehandlung von Männer- und Frauenbrüsten.<sup>43</sup> Dies zeigt, dass kein gesellschaftlicher Konsens mehr herrscht über eine sexualisierte Zuordnung der weiblichen Brust.

Im Ergebnis handelt es sich folglich beim Downblousing zwar um ein übergriffiges, respektloses und abwertendes Verhalten, jedoch bleibt der Unrechtsgehalt des unbefugten Fotografierens der weiblichen Brust hinter dem des Upskirting zurück. Eine Gleichstellung des Downblousing mit dem Upskirting erscheint schon deshalb problematisch, da die Brust weiblich gelesener Personen dadurch, anders als die Brust männlich gelesener Menschen, rechtlich unzulässig und gleichheitswidrig sexualisiert würde.<sup>44</sup> Dass der Körperbereich der weiblichen Brust nicht wesentlich intimer ist als andere Bereiche des Körpers, spricht ebenso für eine unterschiedliche Bewertung.<sup>45</sup> Demnach sollte die weibliche Brust nicht mehr von dem Tatbestand des § 184k Abs. 1 Nr. 1 StGB erfasst werden.

### c) Wahrung des ultima ratio-Prinzips

Das Strafrecht als schärfstes Schwert des Staates muss als ultima ratio in einem funktionierenden Rechtsstaat fungieren. Es bestimmt, was zum sozialem Minimum einer Gesellschaft und des Zusammenlebens gehört.<sup>46</sup> Vereinzelt wird vertreten, dass eine Einordnung der Tat als Ordnungswidrigkeit ausreichend sei, um das begangene Unrecht zu sanktionieren.<sup>47</sup> Gestützt wird die Annahme unter anderem auch auf Zweifel an der gewollten abschreckenden Wirkung einer Strafvorschrift.<sup>48</sup> Eine solche Einordnung verkennt allerdings maßgeblich die betroffenen Rechtsgüter des Upskirting: Ein Täter ist hier nicht mit einem Falschparker gleichzusetzen, gegenüber dem ein schlichtes Bußgeld zu erlassen ist. Es handelt sich daher vielmehr um ein übergriffiges Verhalten durch eine Person, die ein strafwürdiges, gesellschaftlich nicht zu tolerierendes Handlungsunrecht begeht. Eine Einordnung als Ordnungswidrigkeit, die ihrer Natur nach kein kriminelles Unrecht sondern nur Verwaltungsunrecht sanktioniert,<sup>49</sup> wird einer individuell erfahrenen Belästigung des

<sup>34</sup> BT-Drs. 19/17795, S. 1; BT-Drs. 19/15825, S. 1, 2, 9, 10, 13.

<sup>35</sup> Djb in seiner Stellungnahme vom 25.5.2020, S. 2.

<sup>36</sup> So auch: *Bonnin/Berndt*, HRRS 2019, 450; *Berghäuser*, ZIS 2019, 463; BR-Drs. 443/19, S. 1 ff.

<sup>37</sup> *Walter*, ZRP 2020, 16.

<sup>38</sup> BT-Drs. 19/17795, S. 1, 7, 11.

<sup>39</sup> *Bonnin/Berndt*, NJOZ 2020, 131; *Fischer*, StGB, 68. Aufl. (2021), § 184k Rn. 4a; <https://www.sueddeutsche.de/bayern/augsburg-frauen-brueste-de-mo-1.5375990> (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).

<sup>40</sup> *Fischer*, StGB, § 184k Rn. 4a.

<sup>41</sup> BT-Drs. 19/17795, S. 16.

<sup>42</sup> <https://www.tagesspiegel.de/berlin/nach-polizeieinsatz-wegen-nackter-brueste-oben-ohne-fahrraddemo-zieht-durch-berlin/27409784.html> (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).

<sup>43</sup> *Schmidt*, Die nackte weibliche Brust als Sittlichkeits- und Rechts-

problem, VerfBlog v. 19.7.2021, <https://verfassungsblog.de/die-nackte-weibliche-brust/> (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).

<sup>44</sup> So auch: *Schmidt*, Die nackte weibliche Brust als Sittlichkeits- und Rechtsproblem, VerfBlog v. 19.7.2021, <https://verfassungsblog.de/die-nackte-weibliche-brust/> (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).

<sup>45</sup> So auch *Fischer*, StGB, § 184k Rn. 4a.

<sup>46</sup> *Lambrecht*, Plenarprotokoll 19/157, 19454 B; BVerfGE 39, 1 (47).

<sup>47</sup> *Kötz*, IPRB 2020, 148; DAV in seiner Stellungnahme 36/2020 in der KriPoZ, online abrufbar unter: DAV-SN\_36-20\_Upskirting.pdf (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).

<sup>48</sup> Z.Stn. des DAV: <https://anwaltsverein.de/de/newsroom/sn-36-20-gesetzesentwurf-zur-straftbarkeit-des-sog-upskirting> (zuletzt abgerufen am 28.4.2022); *Kötz*, IPRB 2020, 148.

<sup>49</sup> *Weber/Werner*, in: Creifelds Rechtswörterbuch, XX. Aufl. (jahr) „Verwaltungsunrecht“.

Einzelnen keinesfalls gerecht. Ebenso würde eine solche Einordnung ein falsches Statement dahingehend setzen, dass nicht individuelle Rechtsgüter, sondern unmittelbar nur die öffentliche Ordnung geschützt würde. Ein konsequentes Vorgehen jedenfalls gegen Fälle des Upskirting ist notwendig, um dem Eindruck entgegenzuwirken, dass ein solches Verhalten durch den Rechtsstaat gebilligt werde. Eine Strafbarkeit solcher intoleranten, das Opfer instrumentalisierenden Verhaltensweisen ist trotz der Funktion des Strafrechts als ultima ratio angezeigt.

Während also eine Strafwürdigkeit im Hinblick auf das Upskirting bejaht werden kann, bleibt der Unrechtsgehalt des Downblousing dahinter zurück. Allenfalls in Fällen, in denen ein Sichtschutz gegen fremde Einblicke überwunden wird, ließe sich für eine Strafwürdigkeit argumentieren.

## 2. Strafbarkeitslücken

Während das *AG* und *LG München I*<sup>50</sup> im Upskirting noch eine Beleidigung gemäß § 185 StGB sah, stufte das *OLG Nürnberg* ein solches Verhalten als straflos ein.<sup>51</sup> Demnach fehle es bereits an dem Tatbestandsmerkmal der Kundgabe der Geringschätzung oder der Missachtung, die sich durch eine Entäußerung eines beleidigenden Inhalts in den Rechtsverkehr kennzeichnet.<sup>52</sup> Das Phänomen des Upskirting jedoch ist geprägt durch die intendierte Heimlichkeit des Verhaltens.<sup>53</sup> In solchen Fällen liegt daher schon keine Entäußerung in den Rechtsverkehr vor. Ebenso wirkt die vom Täter erstrebte Heimlichkeit vorsatzausschließend.<sup>54</sup> Möchte man dennoch die Kundgabe bejahen, scheitert man jedoch an einer mangelnden Identifizierbarkeit des Opfers. Dem dualistischen Ehrbegriff<sup>55</sup> zufolge bleibt die Betroffene im Regelfall anonym, da eine eindeutige Identifizierbarkeit aufgrund des oftmals kleinen Bildausschnittes, der sich auf die in § 184k Abs. 1 Nr. 1 StGB umschriebenen Bereiche begrenzt, ausscheidet. So entzieht sich auch die Aufnahme einer personellen Zuordnung. Ausnahmen soll es nur in solchen Fällen geben, in denen der Täter nicht heimlich vorgeht.<sup>56</sup> Dann muss allerdings ein Nachweis erbracht werden, dass der Täter das Opfer – sei es durch das Angeben mit der Tat vor Dritten oder durch das gewollte Provozieren einer Reaktion bei dem Opfer – in dessen Ehre herabwürdigen wollte.<sup>57</sup>

Ebenso fallen Foto- oder Filmaufnahmen, die die geschützten Bereiche unter der Oberbekleidung zum Gegenstand haben, nicht unter den Tatbestand der sexuellen Be-

lästigung gemäß § 184i StGB. Diese setzt seit der Gesetzesneuerung am 10.11.2016 eine körperliche Berührung („Hands-on-Delikt“)<sup>58</sup> in sexuell motivierter Weise voraus, die zu einer Belästigung beim Opfer führen soll.<sup>59</sup> Merkmal des Upskirting und des Downblousing ist jedoch, dass gerade keine o.g. Berührung des Opfers stattfindet, um die Heimlichkeit des Vorgehens zu wahren und den Taterfolg, das Anfertigen der Aufnahmen, zu erreichen.<sup>60</sup>

Auch eine Strafbarkeit nach § 201a StGB kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht: Dieser schützt Personen vor dem unbefugten Herstellen oder Übertragen einer unbefugten Bildaufnahme lediglich in ihrer Wohnung oder in einem besonders gegen Einblick geschützten Raum.<sup>61</sup> Die abgebildete Person muss zudem identifizierbar sein.<sup>62</sup> Upskirting- und Downblousing-Aufnahmen zeichnen sich hingegen dadurch aus, dass die Opfer nicht identifiziert werden können, da es lediglich zu einer Aufnahme der in § 184k Abs. 1 Nr. 1 StGB umschriebenen Körperstellen kommt. Ferner handelt es sich i.d.R. um Akte mit Öffentlichkeitsbezug. Lediglich in Ausnahmefällen, in denen der Täter in einer Wohnung oder einem besonders gegen Einblick geschützten Raum agiert und sich die abgelenkete Person ermitteln lässt, ist eine Strafbarkeit denkbar.

Die §§ 22, 33 Abs. 1 KUG greifen ebenso zu kurz, da diese nicht bereits den Vorgang der Anfertigung der Aufnahmen unter Strafe stellen, sondern erst später ansetzen, wenn der Täter diese verbreitet und öffentlich zur Schau stellt.<sup>63</sup> Jedoch scheitert es in letztgenannten Fällen ebenfalls an der Identifizierbarkeit, deren Notwendigkeit sich aus dem Merkmal „Recht am eigenen Bild“ ergibt, der eine Erkennbarkeit der Person auf dem Bild voraussetzt.<sup>64</sup>

Zudem stellt sich auch § 118 Abs. 1 OWiG als ein das Unrecht der Tat nicht hinreichend erfassender Tatbestand heraus. Dieser setzt voraus, dass der Täter eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen.<sup>65</sup> So dient dieser zwar dem Schutz des äußeren Bestandes der öffentlichen Ordnung<sup>66</sup>, nicht jedoch der durch das Upskirting bzw. Downblousing tangierten Wahrung der sexuellen Selbstbestimmung. Zwar kann das o.g. Phänomen auch nach außen hin für die Allgemeinheit sichtbar oder wahrnehmbar stattfinden und so den Tatbestand des § 118 Abs. 1 OWiG erfüllen; findet das Upskirting oder Downblousing jedoch heimlich in der Öffentlichkeit statt, etwa durch eine versteckte Kamera, kommt eine Belästigung oder Gefährdung der Allgemeinheit etwa durch visuelle

<sup>50</sup> Darauf Bezug nehmend: BeckRS 2016, 137123.

<sup>51</sup> *OLG Nürnberg*, NSZ 2011, 217.

<sup>52</sup> BGHSt 1, 289; *Bomin/Berndt*, HRRS 2019, 450 (451 f.); BR-Drs. 443/19, S. 7; *Eisele/Straub*, KriPoZ 2019, 367 (369).

<sup>53</sup> *Berghäuser*, ZIS 2019, 463 (467).

<sup>54</sup> BR-Drs. 4433/19, S. 8.

<sup>55</sup> *Valerius*, in: BeckOK-StGB, 50. Ed. (Stand: 1.5.2021), § 185 Rn. 2; *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), Vorb. §§ 185 ff. Rn. 1.

<sup>56</sup> *Berghäuser*, ZIS 2019, 463 (468).

<sup>57</sup> *Berghäuser*, ZIS 2019, 463 (468).

<sup>58</sup> *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, 50. Ed. (Stand: 1.5.2021), § 184i Rn. 3.

<sup>59</sup> *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 184i Rn. 10 f.; BT-Drs. 18/9097, S. 30.

<sup>60</sup> BR-Drs. 443/19, S. 7, 12.

<sup>61</sup> BT-Dr. 15/2995, S. 5; 15/2466, S. 4; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, XX. Aufl. (Jahr), § 201a Rn. 2.

<sup>62</sup> *Graf*, in: MüKo-StGB, § 201a Rn. 27.

<sup>63</sup> *Engels*, in: BeckOK-Urheberrecht, 31. Ed. (Stand: 1.5.2021), § 22 KUG Rn. 50 ff.

<sup>64</sup> *Engels*, in: BeckOK-Urheberrecht, § 22 KUG Rn. 22 ff.

<sup>65</sup> *Weiner*, in: BeckOK-OWiG, 31. Ed. (Stand: 1.7.2021), § 118 Rn. 3 ff.

<sup>66</sup> *Weiner*, in: BeckOK-OWiG, § 118 Rn. 1.

Wahrnehmung des Fotografierens und somit eine Strafbarkeit nicht in Betracht.<sup>67</sup> Vor diesem Hintergrund liegt dann auch keine Belästigung der Allgemeinheit i.S.d. § 118 Abs. 1 OWiG vor. Ebenfalls ist eine Einziehung der Tatmittel und Tatprodukte auf der Basis des § 118 Abs. 1 OWiG nicht möglich.<sup>68</sup>

Das Upskirting, in dem zweifelsohne ein erheblicher Eingriff in die Intimsphäre als Kernbereich des aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG abgeleiteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu sehen ist, konnte daher bis zur Einführung des § 184k StGB lediglich zivilrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche des Opfers nach den §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB nach sich ziehen.<sup>69</sup> Dadurch können zwar zukünftige Rechtsgutsverletzungen unterbunden und das Leid des Opfers durch eine Schmerzensgeldzahlung kompensiert werden, jedoch blieb eine Pönalisierung des Unrechts durch ein strafrechtliches Urteil ausgeschlossen.<sup>70</sup>

Es bestand also dringender Handlungsbedarf für den Gesetzgeber, da bereits bestehende Strafnormen nicht in hinreichendem Maße gegen Upskirting und Downblousing schützten. Die große Verbreitungsmöglichkeit von Aufnahmen durch Smartphones, soziale Netzwerke und Internetforen birgt die Gefahr missbräuchlichen Verhaltens. Upskirting und Downblousing können sich demnach immer weiter ausbreiten. Die Sozialschädlichkeit dieser Entwicklungen ist nicht von der Hand zu weisen: Durch die Handlungen werden hauptsächlich Frauen diskriminiert und ihre sexuelle Selbstbestimmung angetastet. Ein gesetzgeberisches Einschreiten war folglich unumgänglich.

### III. Kriminalisierte Verhaltensweisen

§ 184k StGB sanktioniert sowohl das unbefugte Herstellen oder Übertragen von Bildaufnahmen (Nr. 1) als auch das Gebrauchen oder einem Dritten Zugänglichmachen (Nr. 2), sowie das unbefugte Zugänglichmachen einer befugt hergestellten Bildaufnahme an einen Dritten (Nr. 3). Hinsichtlich der Frage, ob der Gesetzgeber zu kriminalisierende Verhaltensweise in gelungener Weise ausgestaltet hat, lohnt sich eine nähere Betrachtung der einzelnen Tatbestandsmerkmale:

#### 1. Upskirting

Vor solchen Bildaufnahmen geschützt werden sollen u.a. die Bereiche der Genitalien und des Gesäßes, unabhängig davon, ob diese nackt oder durch Unterwäsche bedeckt sind. Die o.g. Tathandlungen sind jedoch nur dann strafbar, sofern die tangierten Bereiche des Körpers gegen Anblick geschützt waren. Die Formulierung „soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind“ birgt jedoch erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten. Nicht abschlie-

ßend geklärt wurde vom Gesetzgeber, ob das Tatbestandsmerkmal auch schon dann erfüllt sein soll, wenn der Rock versehentlich einmal hochrutscht oder die Trägerin oder der Träger ungünstig sitzt, sodass der Blick auf die Unterwäsche ohne weiteres möglich ist. Eine Klarstellung dahingehend wäre wünschenswert.

An den Formulierungen der geschützten Bereiche und des Begriffs der „Unterwäsche“ ist im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot keine Kritik zu üben. Es ergibt sich aus dem Wortlaut deutlich, welche Bereiche vor unbefugten Aufnahmen geschützt werden sollen. Anders stellt sich die Rechtslage hingegen beim Downblousing dar.

#### 2. Downblousing

##### a) „Weibliche Brust“

Ebenfalls geschützt werden soll die nackte oder mit Unterwäsche bekleidete weibliche Brust. § 184k Abs. 1 Nr. 1 StGB geht somit in seinem Schutzbereich weiter als bspw. die englische Strafnorm, die lediglich das Upskirting unter Strafe stellt. Unabhängig von der zweifelhaften Strafwürdigkeit ist im Folgenden auf die Frage der Bestimmtheit der Formulierung einzugehen.

Kritik lässt sich an dem uneindeutigen Wortlaut und der Unbestimmtheit der Vorschrift des § 184k Abs. 1 Nr. 1 StGB üben. In der Gesetzesbegründung heißt es, dass der Begriff „weiblich“ nicht geschlechtsspezifisch auszulegen ist. Folglich sollen nach dem Willen des Gesetzgebers auch Brüste von Personen erfasst werden, die formal dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, sich jedoch nicht so fühlen (Transgender).<sup>71</sup> Vor dem Hintergrund des eindeutigen Wortlauts des § 184k Abs. 1 Nr. 1 StGB („weibliche Brust“) erscheint es fraglich, ob alle Normunterworfenen diesen Gedanken des Gesetzgebers aufgreifen. Denn eine solch weite Ausdehnung des von der Bedeutung klar eingegrenzten Adjektivs „weiblich“ über den engen Wortlaut hinaus muss sich den Vorwurf des Verstößes gegen das Bestimmtheitsgebot gefallen lassen und weckt sodann Zweifel an der verfassungsmäßigen Zulässigkeit.<sup>72</sup> So liegt es auf der Hand, die Weiblichkeit der Brust danach zu bemessen, ob sich die Person dem weiblichen Geschlecht zugeordnet sehen will. Das ruft jedoch ungeklärte Fragen hervor, wie etwa die, ob die Person sich in ihrer Art oder ihrem Aussehen als typisch weiblich zu erkennen geben muss oder ob es strafbar sein soll, wenn der Täter die Brust einer Frau fotografiert, die sich jedoch nicht als Frau identifiziert.<sup>73</sup>

Zudem spricht auch die Wertung des Beschlusses des *BVerfG* vom 10.10.2017<sup>74</sup> für eine geschlechtsunabhängige Formulierung. So ergebe sich aus dem Art. 3 Abs. 2 GG auch die Schutzverpflichtung des Staates hinsichtlich

<sup>67</sup> Berghäuser, ZIS 2019, 463 (471).

<sup>68</sup> BR-Drs. 443/10, S. 12.

<sup>69</sup> Berghäuser, ZIS 2019, 463 (470).

<sup>70</sup> BT-Drs. 19/20668, S. 4.

<sup>71</sup> Ziegler, in: BeckOK-StGB, § 184k Rn. 3.1; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 184k Rn. 4; Laue, in: NK-StGB, § 184k Rn. 4.

<sup>72</sup> Ziegler, in: BeckOK-StGB, § 184k Rn. 3.1; Kötz, IPRB 2020, 146; Möbius, [https://www.juraforum.de/ratgeber/strafrecht/upskirting-heimliches-fotografieren-unter-den-rock#\\_ftn4](https://www.juraforum.de/ratgeber/strafrecht/upskirting-heimliches-fotografieren-unter-den-rock#_ftn4) (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).

<sup>73</sup> Kötz, IPRB 2020, 143 (146).

<sup>74</sup> *BVerfG* v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16; NJW 2017, 3643.

solcher Personen, die sich als weder weiblich noch männlich identifizieren. Eine ungehinderte Persönlichkeitsentfaltung sei nur dann möglich, wenn man auf eindeutige Geschlechtszuordnungen verzichte.<sup>75</sup> Wenn schon das Geschlecht in der Rechtsprechung ein kaum noch anerkanntes Differenzierungskriterium ist, erscheint es antiquiert, wenn der Gesetzgeber seinen Opferschutz auf die weibliche Brust beschränkt. Möchte man nun die Brust trotz fehlender Anwendungsfälle in der Norm verankert wissen, ist insofern zumindest ein klarer, unmissverständlicher Gesetzestext wünschenswert, der sich an geschlechtsneutraler Sprache orientiert.

Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „weiblichen Brust“ i.S.d. § 184k Abs. 1 Nr. 1 StGB bleibt unklar. Eine Strafbarkeit des Downblousing ist – jedenfalls nach der derzeitigen Rechtslage – nicht zu unterstützen.

#### b) „Gegen Anblick geschützt“

Bezogen auf die weibliche Brust ist die Formulierung insofern nicht stimmig, als dass man von dieser im Regelfall nicht mehr sieht, als die Trägerin bewusst zeigt. Anwendungsbeispiele, bei denen eine Strafbarkeit dann noch in Betracht käme, sind jedoch kaum denkbar. Lediglich in Fällen, in denen der Täter von unten unter ein weit wallendes Oberteil oder in eine Bluse hineinfotografiert oder filmt, bei der sich versehentlich ein Knopf gelöst hat und sich somit einen Einblick auf Teile der weiblichen Brust verschafft, kommt eine Strafbarkeit in Betracht.<sup>76</sup> De facto besteht folglich kaum ein nennenswerter Anwendungsfall beim Downblousing.

#### 3. Subjektiver Tatbestand: Bedarf es einer sexuellen Motivation des Täters?

Anders als es noch der Bundesrat in seinem Gesetzentwurf forderte<sup>77</sup>, stellt der Tatbestand des § 184k Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht nur das absichtliche, sondern auch das wissentliche Ablichten der weiblichen Brust und das Übertragen der Aufnahmen unter Strafe. Dies soll einer Eingrenzung des Anwendungsbereichs dienen.<sup>78</sup> Nicht hinreichend strafwürdige Verhaltensweisen, die nur auf bedingten Vorsatz zurückzuführen sind, werden so richtigerweise aus dem Anwendungsbereich entnommen. Eine solche Restriktion erscheint im Hinblick auf folgende Beispiele sinnvoll: Angehörige der Presse müssen keine Strafverfolgung fürchten, wenn sie eine aus dem Auto aussteigende Prominente fotografieren, der dabei versehentlich der Rock hochrutscht. Strafflos bleibt es auch, wenn jemand leicht bekleidete Personen, die auf einer Treppe sitzen, fotografiert und dabei unbeabsichtigt die Unterhose einer Frau mitfotografiert.<sup>79</sup>

In diesen Alltagssituationen ergibt sich die Gefahr, dass

grundsätzlich geschützte Bereiche aus unterschiedlichsten Gründen, wie bspw. des Standorts, des Blickwinkels oder des Bewegungsverhaltens der betroffenen Person, sichtbar werden. Dem Fotografen muss es jedoch weder auf die Herbeiführung, noch auf die Ausnutzung einer solchen Situation angekommen sein, sodass die Eingrenzung insofern gelungen ist.<sup>80</sup>

Während für den in Nr. 3 geregelten Fall Wissentlichkeit vorausgesetzt wird, hat der Gesetzgeber keine konkrete Vorsatzform für die in Nr. 2 genannten Fälle aufgenommen. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll bedingter Vorsatz im Hinblick auf eine Tat nach Nr. 1 genügen.<sup>81</sup> Ungeklärt bleibt, ob der Vortäter auch (entsprechend zu Nr. 1) wissentlich oder absichtlich gehandelt haben muss oder ob eine objektive Tatbestandsverwirklichung genügt. Während der Wortlaut, der sich auf eine nach Nr. 1 (vom Vortäter absichtlich oder wissentlich) hergestellte Bildaufnahme bezieht, für Ersteres streitet, steht dem jedoch eine teleologische Auslegung von Nr. 2 entgegen: Eine solche Einschränkung lediglich auf wissentlich oder absichtlich handelnde Vortäter erscheint, insbesondere im Hinblick auf das schützenswerte Interesse der Betroffenen und nicht zu vernachlässigende Nachweisschwierigkeiten, nicht sinnvoll. Folglich reicht für diese Fälle das Vorliegen von *dolus eventualis* im Hinblick auf die in Nr. 1 getätigten Aufnahmen aus.

Im Hinblick auf die Frage, ob es ferner einer sexuellen Motivation des Täters bedarf, heißt es in der Gesetzesbegründung<sup>82</sup>, dass das Recht des Opfers, nicht zum Gegenstand sexuell konnotierter Betrachtung zu werden, geschützt werden soll. Das würde denklösig eine sexuelle Motivation seitens des Täters voraussetzen. Jedoch passt das nicht zu dem in Rede stehenden Tatbestand, der keine über den Vorsatz hinausgehende subjektive Komponente vorsieht. Unabhängig von der missverständlichen Gesetzesbegründung hat der Gesetzgeber jedoch im Tatbestand richtigerweise keinerlei sexuelle Motivation vorausgesetzt, denn die Einschränkung der sexuellen Selbstbestimmung ist nicht abhängig von der Motivation des Täters. Insofern ist die Formulierung gelungen.

#### 4. Sozialadäquanzklausel, § 184k Abs. 3 StGB

Aus § 184k Abs. 3 StGB ergibt sich, dass solche Handlungen nicht vom Tatbestand erfasst sind, die in Wahrnehmung überwiegender berechtigter Interessen verfolgt werden, namentlich der Kunst oder Wissenschaft, der Forschung oder Lehre, der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte oder ähnlichen Zwecken dienen. Der Gesetzgeber orientierte sich dabei an dem Wortlaut des § 201a Abs. 4 StGB<sup>83</sup> und übernahm den in Rede stehenden Absatz nahezu wortgleich. Während § 201a StGB jedoch das Recht am eigenen Bild als

<sup>75</sup> BVerfG v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16; NJW 2017, 3643.

<sup>76</sup> Walter, ZRP 2020, 16; Eisele/Straub, KriPoZ 2019, 367 (372).

<sup>77</sup> BT-Drs. 19/15825, S. 17.

<sup>78</sup> Joecks/Jäger, StGB, 13. Aufl. (2021), § 184k S. 367; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 184k Rn. 23; Laue, in: NK-StGB, § 184k Rn. 7; BT-Drs. 19/20668, 16.

<sup>79</sup> So auch Eisele/Straub, KriPoZ 2019, 371, die Bildaufnahmen, bei denen der Intimbereich nur anlässlich einer Fotografie zu anderen Zwecken mit abgebildet werden, als nicht ausreichend erachten.

<sup>80</sup> BT-Drs. 19/17795, S. 16.

<sup>81</sup> BT-Drs. 19/15825, S. 17.

<sup>82</sup> BT-Drs. 19/20668, S. 15.

<sup>83</sup> Ziegler, in: BeckOK-StGB, § 184k Rn. 14.

Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung begrenzt auf den höchstpersönlichen Lebensbereich schützt,<sup>84</sup> nennt die Gesetzesbegründung bei § 184k StGB als Schutzgut neben dem höchstpersönlichen Lebensbereich die sexuelle Selbstbestimmung.<sup>85</sup> Vor dem Hintergrund dieser unterschiedlichen Schutzgüter, überzeugt eine Übernahme der Sozialadäquanzklausel in den Tatbestand des § 184k Abs. 3 StGB nicht. Im Hinblick auf die sexuelle Selbstbestimmung ist nicht ersichtlich, dass eine Aufnahme zwar unbefugt, aber in einem überwiegenden berechtigten Interesse erfolgen kann. Schlechterdings ist kaum ein Fall denkbar, indem die Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung durch die Pressefreiheit gerechtfertigt werden könnte.<sup>86</sup> Allenfalls in Fällen, in denen die oder der Betroffene nicht zu erkennen ist, könnte die Pressefreiheit (ausnahmsweise) überwiegen. Worin dann allerdings Sinn und Zweck der Veröffentlichung liegen, bleibt zweifelhaft. Beim Anfertigen einer Aufnahme zu wissenschaftlichen Zwecken ist die vorherige Einholung eines Einverständnisses letztlich zumutbar. Schließlich ergibt sich aus der Norm kein klares Verhältnis zwischen den Tatbestandsmerkmalen der „Unbefugtheit“ (§ 184k Abs. 1 Nr. 1, 3 StGB) und der „berechtigten Interessen“ (§ 184k Abs. 3 StGB). Denklogisch hat jeder, der im überwiegenden Interesse handelt, gleichzeitig eine Befugnis,<sup>87</sup> sodass beide Begrifflichkeiten nicht gleichzeitig erfüllt sein können. Somit sind keine nennenswerten Anwendungsfälle denkbar, in denen eine Sozialadäquanzklausel gerechtfertigt wäre.<sup>88</sup>

#### 5. Antragserfordernis, § 184k Abs. 2 StGB

§ 184k StGB ist als relatives Antragsdelikt ausgestaltet. In den meisten Fällen kann es nicht zu einem Strafantrag kommen: Ein Strafantrag ist nur dann denkbar, wenn der Täter für das Opfer sichtbar eine Aufnahme der geschützten Bereiche tätigt oder das Opfer im Nachhinein durch Zeugen hierauf aufmerksam gemacht wird. In diesen Fällen erscheint ein Strafantragserfordernis sinnvoll, weil das Opfer selbst entscheiden kann, ob es den Vorfall als private Angelegenheit behandeln oder die Strafverfolgungsbehörden hinzuziehen möchte. Maßgeblich betroffen ist die Intimsphäre des Opfers, sodass es sachgerecht erscheint, das Opfer über eine Strafverfolgung entscheiden zu lassen. So wird ihm die Möglichkeit belassen, den damit verbundenen Gefahren wie einer sekundären Viktimisierung oder unangenehmen Fragen zum Tathergang zu entgehen.<sup>89</sup>

In den meisten Fällen handelt es sich bei dem Upskirting und Downblousing jedoch um eine heimliche Tat.<sup>90</sup> So erscheint es als unwahrscheinlich, dass ein Opfer sich auf Fotos auf Internetplattformen wiederentdeckt, wenn nur ein kleiner Bereich ohne besondere Identifizierungsmerkmale auf den Aufnahmen abgebildet ist.

Das mag im ersten Moment für einen eher symbolischen Charakter der Vorschrift sprechen, da der Gesetzgeber zwar materiell die verpönten Verhaltensweisen unter Strafe stellt, jedoch eine effektive Strafverfolgung aufgrund eines Strafantrags seitens des Opfers von vornherein ausgeschlossen hat. Für diese Fälle hat der Gesetzgeber jedoch das Einschreiten von Amts wegen bei einem besonderen öffentlichen Interesse etabliert. Erhalten die Strafverfolgungsbehörden bspw. Kenntnis davon, dass in den sozialen Netzwerken oder auf Internetplattformen entsprechende inkriminierte Fotos zirkulieren, ist es diesen möglich, auch bei unbekanntem Täter und Opfer ein Ermittlungsverfahren einzuleiten. Zudem ist im Hinblick auf die angestrebte Generalprävention ein öffentliches Interesse in Fällen anzunehmen, wo der bekannte Täter wiederholt tätig geworden ist.<sup>91</sup>

Denkbar wäre daher, ein Strafantragserfordernis nur in Fällen des § 184k Abs. 1 Nr. 1 StGB vorauszusetzen. Dort geht es lediglich um die unbefugte Aufnahme der geschützten Körperbereiche und damit im Kern um den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung des Opfers. Kommt es hingegen zu einer (unkontrollierten) Zugänglichmachung an Dritte (Nr. 2 und 3), steht nicht mehr nur die individuelle Selbstbestimmung des Opfers im Vordergrund, sondern auch der Schutz aller Betroffenen, die zukünftig zu potenziellen Opfern von Upskirting und Downblousing werden könnten. Hier stehen also generalpräventive Erwägungen im Vordergrund. Ein Antragserfordernis sollte in Fällen des § 184k Abs. 1 Nr. 2 und 3 StGB, bei denen das Opfer unbekannt ist, daher entfallen.

#### IV. Gelungene systematische Einordnung der Vorschrift: § 184k StGB als Sexualdelikt

Ausweislich der Gesetzesbegründung und im Zusammenspiel mit der Aufnahme des § 184k StGB in den 13. Abschnitt des StGB wird deutlich, welchem Schutzgut diese Norm zu dienen bestimmt ist: Primär geschützt ist die sexuelle Selbstbestimmung und sekundär das Recht am eigenen Bild.<sup>92</sup> Erstgenanntes umfasse auch das Recht, „selbst darüber zu bestimmen, ob und inwieweit man durch Abbildung des Intimbereichs zum Gegenstand sexuell konnotierter Betrachtung durch andere werden will“.<sup>93</sup>

Offen bleibt demnach, ob diese Einordnung des Upskirting und Downblousing als Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung dem Unrechtsgehalt dieser Taten gerecht wird. Als Gegenentwurf wurde eine Verankerung in § 201a StGB und damit im 15. Abschnitt angedacht. Dass beim Upskirting eine Verletzung des Rechts am eigenen Bild im Fokus stehen soll, wie es noch der ursprüngliche

<sup>84</sup> Graf, in: MüKo-StGB, § 201a Rn. 10; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 201a Rn. 3; Tag, in: NK-StGB, § 201a Rn. 2; BT-Drs. 19/17795, S. 9.

<sup>85</sup> BT-Drs. 19/15825, S. 1.

<sup>86</sup> Siehe dazu: Eisele/Straub, KriPoZ 2019, 367.

<sup>87</sup> Fischer, StGB, § 184k Rn. 14.

<sup>88</sup> So auch Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 184k Rn. 22.

<sup>89</sup> Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 184k Rn. 30.

<sup>90</sup> BR-Drs. 443/19, S. 7, 12.

<sup>91</sup> BT-Drs. 19/15825, S. 18.

<sup>92</sup> So auch die Empfehlung des djb in seiner Stn. 19-16 vom 11.7.2019; Ziegler, in: BeckOK-StGB, § 184k Rn. 2; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 184k Rn. 1.

<sup>93</sup> BT-Drs. 19/20668, 15; ebenso bereits BT-Drs. 19/15825, 2 und 9; Joecks/Jäger, StGB, § 184k S. 367; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 184k Rn. 1; krit. Kötz, IPBR 2020, 147.

Gesetzentwurf der Bundesregierung<sup>94</sup> vorsah, ist jedoch nicht überzeugend. Nicht hinreichend berücksichtigt würde dadurch die Motivation des Täters, die typischerweise sexualbezogen ist<sup>95</sup>, und das Geschehen in der Wahrnehmung eines Außenstehenden. Eine Behandlung des Upskirting als Sexualdelikt hebt ferner die besondere Bedeutung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung in der Rechtsordnung hervor. Eine Einordnung in den 13. Abschnitt ist somit zielführend und folglich gelungen.

## V. Weitere Konsequenzen einer Kriminalisierung

Nicht außer Acht zu lassen sind potentiell negative Folgen für das Opfer, die sich aus einer belastenden Beweisaufnahme ergeben können. Die Gefahren sekundärer Viktimisierung, eines „victim-blaming“<sup>96</sup> und Opferstigmatisierung sind dabei nicht zu vernachlässigen.<sup>97</sup>

Wenn es um die Frage geht, inwiefern sich der Täter eines Downblousing strafbar gemacht hat, muss sich das Opfer mit Feststellungen dahingehend konfrontiert sehen, ob und in welchem Umfang Dekolleté-Einblicke zu sehen waren, die bei normaler Betrachtung auf Augenhöhe nicht zu sehen gewesen wären. Ebenso birgt die Formulierung „soweit diese gegen Anblick geschützt sind“ im Zusammenhang mit dem Downblousing die Gefahr unangenehmer Fragen dahingehend, wie gut und angemessen der Bereich geschützt war, ob die Bedeckung noch sozial adäquat war und wie umfassend ein Schutz vor fremden Einblicken sein muss.<sup>98</sup> Nicht ausgeschlossen werden kann das Einfließen stereotypischer Narrative von angemessener, anständiger Kleidung. Eine solche Beweisaufnahme ist nicht nur beschämend und unwürdig, sondern führt auch in den wenigsten Fällen zu einem belastbaren Ergebnis.

Im Falle des Upskirting besteht zudem die Gefahr, dass die Einordnung der betroffenen Personen als „Opfer eines Sexualdelikts“ mit negativen Stereotypen verbunden werden könnte. Problematisch wird dies immer dann, wenn sie sich auf die negative Vorstellung beziehen, die Betroffene habe es durch die Kleidung provoziert. In Ausnahmesituationen kann jedoch eine schonende Vernehmung des Opfers nach § 255a Abs. 2 S. 1 StPO angedacht werden, die eine Entfernung des Angeklagten für die Dauer der Vernehmung aus dem Sitzungssaal oder eine audiovisuelle Übertragung der Zeugenvernehmung aus einem anderen Raum in der Hauptverhandlung ermöglicht. Jedoch sind hier letztlich auch die prozessualen Rechte des Angeklagten zu wahren. In weniger schwerwiegenden Fällen kann dem (potentiellen) Opfer daher nicht jegliche Belastung erspart bleiben.

## VI. Verbleibende Strafbarkeitslücken

### 1. Voyeuristisches Spannen

Der Tatbestand knüpft erst an den Teilakt des Upskirting bzw. Downblousing an. Fälle, in denen der Täter sich mithilfe eines Geräts einen Einblick auf die geschützten Körperbereiche verschafft, ohne jedoch den Auslöseknopf zu drücken, bleiben straflos. Der Gesetzgeber schuf kein eigenständiges Unrecht für den voyeuristischen Teilakt des Spannens, was zunächst im Hinblick auf die davon ebenso betroffene sexuelle Selbstbestimmung inkonsequent erscheint.<sup>99</sup> Jedoch liegt ein deutlicher Unterschied zwischen dem voyeuristischen Spannen und dem Tätigen von Bildaufnahmen darin, dass Letzteres immer die Gefahr einer Perpetuierung der Rechtsgutsverletzung durch analoges oder digitales Teilen birgt. Ebenso bleibt das wiederholte Ansehen von einmal getätigten Aufnahmen straflos.

### 2. Straflose Nacktaufnahmen des gesamten Körpers und strafbare Aufnahmen von bekleideten Teilbereichen

Zudem besteht Unklarheit über das Verhältnis zwischen Upskirting-Aufnahmen und dem Fotografieren nackter Personen samt Großabbildungen der Geschlechtsorgane. Aus dem § 201a Abs. 3 StGB ergibt sich lediglich eine Strafbarkeit hinsichtlich des Anfertigns von Nacktaufnahmen Minderjähriger im Zusammenhang mit einer kommerziellen Nutzung. Im Umkehrschluss wird das unerlaubte Tätigen und Weiterleiten von Aufnahmen unbekleideter Erwachsener samt fokussierter Großaufnahme des Intimbereichs durch § 201a StGB, der dem 15. Abschnitt zugeordnet ist, dann nicht mit Strafe bedroht, sofern sich die abgelichtete Person in nicht geschützten Rückzugsbereichen wie etwa einer Saunalandschaft oder einem FKK-Bad aufhält.<sup>100</sup>

§ 184k StGB würde nur greifen, wenn man den Schutz vor Einblicken umfassend verstünde, also nicht beschränkt auf Kleidungsstücke. Der Wortlaut lässt eine solche Ausweitung auf andere Sichtschutzvorrichtungen zu, wohingegen die Gesetzesbegründung<sup>101</sup> lediglich von einem Blickschutz vermittelt durch Bekleidung spricht. Bei Etablierung der Norm nahm der Gesetzgeber maßgeblich die Fälle in den Blick, in denen eine Aufnahme durch gezielte Überwindung des lediglich durch die Kleidung vermittelten Sichtschutzes erfolgte.<sup>102</sup> Insofern ist hier von einer Strafbarkeitslücke auszugehen.

<sup>94</sup> BT-Drs. 19/17795, S. 3, 9.

<sup>95</sup> *Bonnin/Berndt*, NJOZ 2020, 129 (130); z.Stn. des djb zur Strafbarkeit des Upskirtings v. 11.7.2019; BT-Drs. 19/15825, S. 2, 9, 10, 13, 15.

<sup>96</sup> Bei dem sog. „victim-blaming“ handelt es sich um eine Umkehr von Täter und Opfer, bei der die Schuld für die Tat bei dem Opfer selbst gesucht wird.

<sup>97</sup> *Kötz*, IPRB 2020, 143 (147).

<sup>98</sup> *Möbius*, [https://www.juraforum.de/ratgeber/strafrecht/upskirting-heimliches-fotografieren-unter-den-rock#\\_ftn4](https://www.juraforum.de/ratgeber/strafrecht/upskirting-heimliches-fotografieren-unter-den-rock#_ftn4) (zuletzt abgerufen am 28.4.2022).

<sup>99</sup> *Berghäuser*, ZIS 2019, 463 (474).

<sup>100</sup> *Berghäuser*, ZIS 2019, 463 (469); BT-Drs. 15/2466, 5.

<sup>101</sup> BT-Drs. 19/15825, 16.

<sup>102</sup> BT-Drs. 19/17795, 13; vgl. bereits BT-Drs. 19/15825, 1, (9); *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 184k Rn. 15.

Ebenso führen die §§ 33 Abs. 1, 22 KUG zu keiner Strafbarkeit, sofern die Person nicht erkennbar ist. Hingegen soll das Abbilden der bloßen Unterwäsche einer nicht identifizierbaren Person strafbar sein im Rahmen des § 184k StGB.<sup>103</sup> Dies erscheint im Hinblick auf das vergleichbare Unrecht wertungswidersprüchlich. Denkbar wäre eine Einstufung als Ordnungswidrigkeit oder eine Anpassung des § 201a StGB dahingehend, dass auch solche Handlungen zukünftig erfasst werden.

## VII. Schlussbetrachtung

Zusammenfassend handelt es sich bei § 184k StGB um eine insgesamt gelungene Gesetzesreform: Die Strafbarkeit des Downblousing überzeugt zwar im Hinblick auf die zweifelhafte Strafwürdigkeit, die unklare Formulierung der „weiblichen Brust“ als zu schützender Bereich und die fehlende Justiziabilität nicht, sodass eine Ausnahme aus dem Tatbestand sinnvoll erscheint. Jedoch ist die Kriminalisierung im Hinblick auf das Upskirting gelungen: Dabei handelt es sich um ein strafwürdiges Verhalten, das im Gegensatz zum Downblousing in vielen Fällen eine effektive Strafverfolgung zulässt. Zudem wurde der Upskirting-Tatbestand, der auf die Genitalien und das Gesäß als geschützte Bereiche abstellt, hinreichend bestimmt gefasst.

Ein vom Gesetzgeber aufgenommenes Strafantragserfordernis macht nur in den in § 184k Abs. 1 Nr. 1 StGB genannten Fällen Sinn, in denen das Opfer das Vorgehen bemerkt. In allen anderen Fällen ist die Aufnahme von Ermittlungen im Rahmen des Legalitätsprinzips geboten. Eine Einschränkung des Strafantragserfordernisses auf die Fälle der Nr. 1 erscheint damit sinnvoll. Zudem ist, mangels kaum denkbarer Anwendungsfälle, die Sozialadäquanzklausel obsolet und gehört folglich ebenfalls dem Straftatbestand des § 184k StGB entnommen.

Obgleich an manchen Stellen noch Verbesserungs- und Konkretisierungsbedarf seitens des Gesetzgebers besteht, ist die Botschaft der Etablierung des § 184 k StGB doch eindeutig: In einer Zeit, in der Gleichberechtigung sowie angemessener Respekt vor Frauen in der Gesellschaft eine immer wichtigere Rolle spielen, kann und darf ein solches Verhalten nicht straflos bleiben. § 184k StGB ebnet erstmals seit 2021 einer Strafverfolgung den Weg und setzt nebenbei ein längst überflüssiges politisches Statement: Eine Lösung des Problems kann nicht sein, dass dem weiblichen Geschlecht zugehörigen Personen die Kleiderordnung vorgeschrieben wird, sondern dass sich die Gesetzgebung ändert.

<sup>103</sup> Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 184k Rn. 4; Kötz, IPBR 2020, 143 (147); Eisele/Straub, KriPoZ 2019, 367 (372).