

„Die von der Verfügungsbeklagten gesehene Gefahr, die Auffassung des Senats könne dazu führen, dass die Erstgerichte mangels zu befürchtender Sanktionen weiterhin Beschlussverfügungen ohne notwendige Beteiligung der Antragsgegner erlassen können, besteht nicht. Denn gerade im Falle eines bewussten und systematischen Übergehens prozessualer Rechte (...) ist dem Antragsgegner unmittelbar der Weg der Verfassungsbeschwerde gegen die Beschlussverfügung eröffnet. Es ist vor diesem Hintergrund nicht zu erwarten, dass die Erstgerichte ihre frühere Praxis fortsetzen, sondern Beschlussverfügungen ohne Anhörung des Antragsgegners zukünftig die absolute Ausnahme bilden werden.“

In der Tat hat das BVerfG die direkte Verfassungsbeschwerde zugelassen (s.o.). Diese Möglichkeit stellt sich gerade als Konsequenz dessen dar, dass die Rechtsverletzung vor den Zivilgerichten nicht erfolgreich geltend gemacht werden kann (vgl. OLG München, Urt. v. 12.12.2019 – 6 U 4009/19). Angesichts der Klärung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen und der zu erwartenden Rechtstreue der Fachgerichte hat das BVerfG neuerliche Verfassungsbeschwerde aber nicht zur Entscheidung angenommen (BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 15.4.2019 – 1 BvR 1811/17, 1 BvR 218/18, 1 BvR 871/18, 1 BvR 872/18):

„Die Verfahren haben (...) keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung mehr. Auch ist ihre Annahme zur Durchsetzung der (...) Rechte nicht mehr angezeigt. Denn ein Feststellungsinteresse der Beschwerdeführer ist durch die genannten Kammerbeschlüsse gleichfalls entfallen. Nach der Klärung der maßgeblichen Rechtsfragen in jenen Entscheidungen ist eine Wiederholungsgefahr nicht ersichtlich.“

Damit ist aber nicht gesagt, dass die Wiederholungsgefahr – und damit das gewichtige Feststellungsinteresse – nicht erneut entstehen könnte. Die nicht zur Entscheidung angenommenen Verfassungsbeschwerden betrafen nämlich Rechtsverletzungen, die vor den wegweisenden Entscheidungen des BVerfG vom 30.9.2018 erfolgt waren. Bei Verfahrensfehlern, die in Kenntnis der verfassungsrechtlichen Leitlinien – also nach dem Stichtag – erfolgen, könnte also eine Wiederholungsgefahr unter Umständen bejaht werden.

5. Fazit

Verfahrensverstöße im Verfügungsverfahren wirken sich letztlich kaum auf den Bestand der erlassenen einstweiligen Verfügung aus. Dennoch sollten die Verfahrensbeteiligten schon im Interesse der zügigen Streitbeilegung alles tun, um solche Fehler zu vermeiden. Antragsteller sind gut beraten, den Antragsgegner außergerichtlich abzumahnern und unter kurzer Fristsetzung eine Unterlassungserklärung zu verlangen. Etwaige Zurückweisungsschreiben wären dem sich anschließenden – deckungsgleichen – Verfügungsantrag beizufügen. Versäumt der Antragsteller die Gehörgewähr, tritt das Gericht auf den Plan. Es bleibt dem Antragsgegner zudem weiterhin unbenommen, Schutzschriften zu hinterlegen. Ein einseitiges – heimliches – Verfügungsverfahren wird es so oder so nur noch in seltenen Ausnahmefällen geben.



Mehr zum Thema: Kelp, IPRB 2019, 88.



Selbststudium nach § 15 FAO mit IPRB und AGEM: Zu diesem Beitrag finden Sie die Lernerfolgskontrolle online bis zum 31.12.2020 unter <https://www.otto-schmidt.de/15fao>

§ 15 FAO § 15 FAO Selbststudium

Upskirting und Downblousing

Neue Strafvorschriften gegen ein (angebliches) gesellschaftliches Phänomen

Dr. Daniel Kötz*

Einige Medienberichte zu den Phänomenen des „Upskirting“ (unter den Rock fotografieren) und „Downblousing“ (in die Bluse fotografieren, im Folgenden wird nur noch vom Upskirting gesprochen, aber beides gemeint) haben den Gesetzgeber veranlasst, einen neuen Straftatbestand zu schaffen, mit dem ein weiteres Fotografierverbot entsteht. Das stellt einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit und die Äußerungsfreiheit dar. Verschiedene Bundesländer haben zunächst einen Straftatbestand die sexuelle Selbstbestimmung betreffend angeregt (BR-Drucks. 443/19, § 184k StGB-E), dem ein Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drucks. 8/20, § 201a-E StGB) gegenübersteht. Gesetz geworden ist noch kein Vorschlag. Beide Vorschläge

sind verfassungsrechtlich problematisch und dienen erkennbar bestimmten moralischen Vorstellungen, weniger dem Bedürfnis nach Ahndung eines neuen Deliktstypus.

I. Problem und Ziel

Nach Auffassung einiger Bundesländer ist das durch Art. 1 und Art. 2 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht in jüngerer Zeit besonderer Gefährdung dadurch ausgesetzt, dass mit den in jedem Smartphone ent-

* Der Autor ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht und Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz. Er ist Partner der Kanzlei Kötz Fusbahn in Düsseldorf.

haltenen Kameras heimlich Fotografien des Intimbereichs vorwiegend von Frauen erstellt werden, aber auch von der Brust, die dann in das Internet eingestellt würden. Dies stelle sich als „(g)ravierendes und auch strafwürdiges, bislang regelmäßig aber nicht strafbares Unrecht“ (BT-Drucks. 443/19, S. 1) dar, dem mit einer neuen Strafvorschrift begegnet werden müsse. Die Bundesregierung teilt die Auffassung der Länder hinsichtlich der abzuwendenden Gefahr. Bei einer einfachen Google-Recherche lassen sich für den deutschsprachigen Raum allerdings fast nur Berichte über die geplanten Gesetzeserweiterungen finden. Berichte über das soziale Phänomen des Upskirting aus der Zeit vor 2019 finden sich wenige, schon gar nicht Deutschland betreffend, sondern vorwiegend die jeweils neue Rechtslage im Ausland. Auch eine einfache Bildersuche führt überwiegend zu Darstellungen, die entsprechende Berichte illustrieren sollen.

Es drängt sich der Eindruck eines gewissen gesetzgeberischen Aktionismus auf, wenn zu lesen ist, dass „(u)ngesehen medial berichteter Einzelfälle...das tatsächliche Ausmaß des Phänomens nur schwer abzuschätzen“ sei, „da hierzu keine empirisch verlässlichen Zahlen existieren“ (BR-Drucks. 443/19, 6). Auf S. 12 heißt es weiter: „Ungeachtet des Umstands, dass – jedenfalls für Deutschland – keine belastbaren Erkenntnisse zur Prävalenz des „Upskirtings“ bestehen, erweist sich das entsprechende Verhalten sowohl als strafwürdig als auch strafbedürftig.“ Auch wird erkannt, dass „angesichts des typischerweise heimlichen Vorgehens der Täter (...) davon auszugehen“ sei, „dass die Opfer die Herstellung der Bildaufnahmen häufig nicht bemerken.“ (BR-Drucks. 443/19, 7). Diese unsichere Sachlage genügt den Ländern und der Bundesregierung, um ein weiteres **Fotografierverbot** zu erlassen.

II. Die Vorschläge der Länder und der Bundesregierung

Die Länder und die Bundesregierung planen eine Ergänzung des Strafgesetzbuches. Der Vorschlag der Länder ist ein neuer § 184k StGB. Dieser soll lauten:

§ 184k – Bildaufnahme des Intimbereichs

- (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 Abs. 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.“

Die Strafvorschrift soll damit in den 13. Abschnitt des Strafgesetzbuches aufgenommen werden, der sich mit den Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung befasst. Die Bundesregierung will stattdessen § 201a StGB erweitern, also eine Vorschrift aus dem 15. Abschnitt des Strafgesetzbuches, der sich mit der Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs befasst. Die Vorschrift des neuen § 201a Abs. 1 Nr. 4 soll lauten (Auszug):

§ 201a StGB – Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs und von Persönlichkeitsrechten durch Bildaufnahmen

Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, 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“.

Gemäß § 201a Abs. 5 StGB ist auch hier die Einziehung gem. § 74a StGB der Bildträger und Bildaufnahmegeräte (= Smartphones) möglich.

Der Symbolcharakter der Vorschriften wird durch das grundsätzliche Antragsbedürfnis unterstrichen. Wenn die betroffene Person die Tat nicht bemerkt, wird eine Anzeige nicht erstattet werden. Allerdings ist ein Einschreiten von Amts wegen möglich, wenn ein besonderes öffentliches Interesse besteht (§ 184k Abs. 4 StGB-E, § 205 Abs. 1 Satz 2 StGB).

III. Aktuelle Rechtslage

Die neuen Vorschriften müssen sich an der bestehenden Rechtslage messen lassen. Ist die Einführung einer neuen Strafvorschrift notwendig, sofern man die Strafwürdigkeit überhaupt bejaht?

1. §§ 22, 33 KUG

§ 22 KUG regelt seit 1907 die Verbreitung und Zurschaustellung von Bildnissen, die ohne Einwilligung grundsätzlich unzulässig sind. Bestimmte Ausnahmen werden in §§ 23, 24 KUG geregelt. Wer entgegen §§ 22, 23 KUG ein Bildnis verbreitet oder öffentlich zur Schau stellt, kann mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft werden, § 33 Abs. 1 KUG. Aus § 33 Abs. 2 KUG folgt, dass die Tat nur auf Antrag verfolgt wird. §§ 22, 33 KUG greifen allerdings insoweit zu kurz, als die Anfertigung von Bildnissen schon vom Wortlaut her nicht von der Strafbarkeit umfasst ist einerseits. Andererseits würde auch für diesen Fall nichts anderes gelten, weil es sich bei den Bildern, deren Fertigung und Verbreitung künftig bestraft werden soll, gar nicht um Bildnisse handelt: ein Bildnis ist nur ein dann ein solches, wenn der Abgebildete erkennbar ist (*Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl., § 22 KUG, Rz. 3). Allerdings hat die Rechtsprechung das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Auffangrecht eingesetzt (*Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl., § 22 KUG, Rz. 5f. m.w.N.) mit der Folge, dass einerseits die Anfertigung von Fotografien untersagt sein kann, andererseits dies erst recht für Aktbilder auch dann gilt, wenn die betreffende Person nicht erkennbar ist

(Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl., § 22 KUG, Rz. 6). Ein entsprechendes Verhalten führt allerdings wegen des Analogieverbots (Art. 103 GG) nicht zu einer Strafbarkeit gem. § 33 KUG.

2. § 185 StGB

Eine Strafbarkeit gem. § 185 StGB kommt ebenfalls nicht in Betracht. Die Tathandlung ist eine Äußerung (Fischer, Strafgesetzbuch, 64. Aufl., § 185 StGB, Rz. 4), also die Kundgabe der Missachtung des Opfers. Das kann konkludent erfolgen, muss aber dem Empfänger verständlich sein (Fischer, Strafgesetzbuch, 64. Aufl., § 185 StGB, Rz. 4.). Ein heimliches Fotografieren kann nicht als Beleidigung bestraft werden. Dazu kommt, dass die Funktion der Beleidigungsdelikte es nicht ist, Lücken zu schließen, die ein bestimmtes moralisches Empfinden nicht hinnehmen möchte (OLG Nürnberg, Beschl. v. 3.11.2010 – 1 St OLG Ss 219/10).

3. § 184i StGB

Der neue Tatbestand der sexuellen Belästigung könnte auf den ersten Blick Anwendung finden, zumal das von der betroffenen Person bemerkte Upskirting sich subjektiv zweifellos als Belästigung darstellt. Eine sexuelle Handlung ist für die Tatbegehung zwar nicht erforderlich, wohl aber eine Berührung in sexuell bestimmter Weise. Diese fällt beim Upskirting gerade aus. Die Vorschrift kann damit nicht angewendet werden.

4. § 201a StGB

Vereinzelt wurde diskutiert, jedenfalls das Upskirting (aber nicht das Downblousing) als einen gegen Einblick besonders geschützten Raum i.S.d. § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB anzusehen und so zu einer Strafbarkeit zu kommen (Flehsig, ZUM 2004, 605 [610], allerdings ohne nähere Begründung). Dass das gegen das Analogieverbot verstoßen würde, ist evident, insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Materialien zu § 201a StGB als Beispiele ausdrücklich Toiletten, Umkleieräume und ärztliche Behandlungszimmer nennen (vgl. Fischer, Strafgesetzbuch, 64. Aufl., § 201a StGB, Rz. 8).

Aus dem Vorstehenden folgt, dass mit den neuen Strafvorschriften ein Verhalten bestraft werden soll, das bisher nicht strafbar ist. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass das bemerkte Upskirting durchaus notwehrfähig ist, gefallen lassen muss sich die betroffene Person ein solches Verhalten nicht (vgl. Erb in MünchKommStrafgesetzbuch, 3. Aufl., § 32 StGB, Rz. 93). Es wird sich indes die Frage der Gegenwärtigkeit des Angriffs stellen können, weil eine Fotografie schnell gemacht ist.

IV. Ausland

Wie eingangs erwähnt, bezieht sich die Berichterstattung in deutschsprachigen Medien vor allem auf die Inkriminierung des beschriebenen Verhaltens im Ausland. Der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages hat diese für einige Länder übersichtlich dargestellt (WD 7 - 3000 - 106/19) hervorgehoben werden soll an dieser Stelle

allein § 91L des *Crimes Act* von Australien. Strafbar macht sich,

„(a) person who, for the purpose of obtaining, or enabling another person to obtain, sexual arousal or sexual gratification, films another person’s private parts, in circumstances in which a reasonable person would reasonably expect the person’s private parts could not be filmed ...“ (Auszug)

Anders als in den deutschen Entwürfen wird auf der subjektiven Tatbestandsseite verlangt, dass der Täter sich sexuell erregen oder befriedigen will. Geradezu grotesk ist allerdings die später in der Vorschrift vorgenommene Legaldefinition von „private parts“, denn dazu gehören

„the breasts of a female person, or transgender or intersex person identifying as female, whether or not the breasts are sexually developed.“

Für die Strafbarkeit genügt es also, dass eine Männerbrust fotografiert wird auch dann, wenn diese nicht (durch Hormongabe oder eine Operation) einer weiblichen Brust angeglichen ist, solange der Mann sich als weiblich identifiziert. Die Auswüchse des sog. Gender Mainstreaming werden hier in besonderer Form deutlich. Das spiegelt sich allerdings in der Begründung des Länderentwurfs wieder (dazu V.1.)

V. Kritik

Das gesellschaftlich zweifellos unerwünschte Verhalten des Upskirting ist bisher nicht strafbar. Es fragt sich aber, ob dieses Verhalten durch eine Strafnorm geregelt werden muss, zumal diese, dazu sogleich, über die schlichte Strafbarkeit hinaus auch sozial-, evtl. auch jugendtypisches Verhaltensweisen pönalisiert und einen Staat fördert, in dem mehr und mehr alles verboten ist, was nicht ausdrücklich erlaubt ist.

1. Begründung der Länder und der Bundesregierung

Oben wurde bereits dargetan, dass die Länder und die Bundesregierung nicht auf nennenswertes Zahlenmaterial rekurrieren können, um zu begründen, dass es sich um ein Phänomen bestimmten Umfangs handelt, das endlich eingegrenzt werden muss. Die oben zitierten Textstellen beginnen mit „ungeachtet“; doch **gerade im Bereich des Strafrechts muss das Wissen um das Auftreten des zu sanktionierenden Fehlverhaltens dringend beachtet** werden. Das ist aber nicht der Fall, wenn man weiter liest (BR-Drucks. 443/19, 14):

„Demgegenüber fällt es mit Blick auf die mit der Neuregelung verfolgten Belange der Generalprävention nicht entscheidend ins Gewicht, dass die Handlung häufig nicht entdeckt oder der Täter nicht identifiziert oder gestellt werden kann. Das durch die Tat verwirklichte Unrecht kann von diesen rechtstatsächlichen Fragen nicht abhängen.“

In BR-Drucks. 443/19, 19 heißt es:

„Die Regelung ist notwendig, weil sich erfahrungsgemäß eine nicht unbeträchtliche Anzahl an „Upskirting“-Auf-

nahmen zeitnah nach ihrer Herstellung auf einschlägigen Seiten im In-ternet wiederfindet.“

Das erstaunt, weil doch gerade gesagt wurde, dass eine Empirie nicht existiert. Man will eine Vorschrift schaffen, die ein Unrecht bestraft, dass niemandem zugerechnet werden kann oder das als Handlung nicht entdeckt wird – entweder, weil die erzeugten Bilder nicht verbreitet werden oder weil die betroffene Person gar kein Opfer ist, weil sie nicht erkennbar ist.

2. Verzicht auf Absichtserfordernis

Der Vorschlag der Bundesregierung verzichtet auf das Erfordernis einer (sexuell motivierten) Absicht bei der Fertigung oder Weiterleitung der Aufnahmen. In der Begründung der Länder ist der Verzicht auf eine sexuell motivierte Absicht ausdrücklich gewollt, um Strafbarkeitslücken zu vermeiden (BR-Drucks. 443/19, 13), die sich daraus ergeben können, dass auch Wut, Sadismus, Scherz oder ein Demütigungswille tatleitend sein können. Beides lässt die Strafbarkeit auf der anderen Seite ausufern. Auch zufällige oder versehentliche Aufnahmen können zur Strafbarkeit führen. Das wird immerhin gesehen von den Ausschussempfehlungen (BR-Drucks. 8/1/20 S. 1f.), in denen darauf hingewiesen wird, dass auch nicht hinreichend strafwürdige Verhaltensweisen erfasst werden können. Dazu, so die Empfehlungen, können alltägliche Fotografien gehören, wie Aufnahmen von Personen, die leicht bekleidet auf einer Treppe sitzen. Tatsächlich wird auch auf die Fälle verwiesen, in denen leicht bekleidete Prominente ungeschickt aus einem Auto aussteigen und dabei von der anwesenden Presse fotografiert werden. Kritisch verwiesen wird weiter auf Bildaufnahmen der weiblichen Brust und deren Unterbekleidung, weil die Abgrenzung des geschützten Bereichs mit erheblichen Unsicherheiten behaftet sei.

3. Mangelnde Bestimmtheit

Als abwegig bezeichnet wurde unter IV. die australische Regelung, wonach eine Strafbarkeit des Abbildens der Brust auch dann gegeben ist, wenn die Brust einem Mann gehört, der sich als Frau definiert. Das wurde im Entwurf der Bundesregierung tatsächlich in ähnlicher Weise übernommen. In BR-Drucks. 8/20, 11 heißt es zur Strafbarkeit des Downblousing, wenn also die weibliche Brust fotografiert wird:

„Das Adjektiv „weiblich“ bezieht sich dabei allein auf die Brust und nicht auf das Geschlecht des Opfers, so dass auch **Brüste von Personen erfasst sind, die formal dem männlichen Geschlecht zuzuordnen sind**, die sich aber erkennbar dem weiblichen Geschlecht zugehörig fühlen (z.B. Transgender). Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund geboten, dass das Fertigen oben benannter Bildaufnahmen zu Lasten einer aus Tätersicht weiblichen Person nicht allein deshalb zur Straflosigkeit der Täterin oder des Täters führen darf, weil das Opfer formal dem männlichen Geschlecht angehört.“

Auslegungsmaßstab einer strafrechtlichen Vorschrift ist der Wortlaut. Die Akteure stellen sich aber vor, dass sich die Weiblichkeit (der Brust) danach bemisst, ob die be-

troffenen Person sich erkennbar dem weiblichen Geschlecht zugordnet sehen will. Offen bleibt, ob sie dazu „typisch weiblich“ auftreten muss (Rock, aufwendige Frisur, Stöckelschuhe, Make-up) und offen bleibt auch, ob die Brust einer Frau, die sich dem männlichen Geschlecht zugehörig fühlt, straflos fotografiert werden kann. Im Zuge des gesellschaftlichen Wandels ist anerkannt, dass Personen sich dem einen oder anderen Geschlecht zugehörig fühlen können. Das heißt aber nicht, dass der Begriff „weiblich“ in einer Strafvorschrift anders, gewissermaßen politisch korrekt, ausgelegt werden kann, als in seiner zutreffenden Bedeutung; alles andere gehört in den Bereich gesellschaftspolitischer Wunschorstellungen.

Im Entwurf der Länder ist von Bildaufnahmen die Rede, die **unter der Bekleidung** einer anderen Person hergestellt werden, allerdings „**vom Intimbereich**“. Damit ist die Aufnahme unter den Rock einer Frau, die darunter etwa eine Sport- oder eine lange Hose trägt, nicht erfasst. Allerdings steht nirgends, dass die Aufnahme der Unterwäsche für eine Strafbarkeit ausreicht. Denn damit wird der Intimbereich ja gerade bedeckt. Soll nur die Ablichtung des nackten Intimbereichs strafbar sein? Natürlich nicht – aber die aktuelle Fassung der Vorschrift lässt das über den Wortlaut allein nicht erkennen.

Unbestimmt ist aber auch die Fassung der Bundesregierung, weil strafbar auch die Aufnahme „**der diese Körperteile** (Genitalien, Gesäß, weibliche Brust) **bedeckenden Unterbekleidung**“ ist. Diese Körperteile stellen zwar den Intimbereich dar. Da es aber allein auf bedeckende Unterbekleidung ankommen soll, wäre der fotografische Blick unter den Rock auch dann strafbar, wenn sich dort Shorts befinden und auch eine Fotografie in den Ausschnitt einer Bluse, unter der sich ein T-Shirt befindet rückt in die Nähe der Strafbarkeit.

Schließlich soll auch der „**Gebrauch**“ der so hergestellten Bildaufnahmen bestraft werden (§ 184k Abs. 2 StGB-E, § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB-E). Der Begriff des Gebrauchs geht sehr weit; dazu gehört jede Nutzung der Aufnahme für eigene oder fremde, private oder öffentliche Zwecke, wozu das Speichern, Kopieren und Archivieren gehört (*Fischer*, Strafgesetzbuch, 64. Aufl., § 201a StGB, Rz. 15; *Flehsig*, ZUM 2004, 605 [614]), nicht dagegen das bloße Betrachten (a.A. *Sauren*, ZUM 2005, 425 [429]).

Betont wird die Strafbarkeit des schlichten Gebrauchs durch Speicherung und Archivierung in BT-Drucks. 443/19 S. 19 mit dem Ziel, dass auch Fälle fassbar werden, in denen nicht feststellbar ist, ob derjenige, der die Aufnahme gespeichert hat, diese auch hergestellt hat. Wer also eine Sammlung von Upskirting-Bildern besitzt, soll sich künftig nach dem Vorschlag der Länder eines Sexualdelikts (!) strafbar machen, obwohl weder „nackte Tatsachen“ zu sehen sind, noch ggf. dem Täter bekannt ist, wem die abgelichtete Unterwäsche gehört. Hier von einem fortgesetzten Eingriff in die Intimsphäre zu reden, ist schon einigermassen gewagt.

Verwunderlich ist und bleibt, warum in § 201a StGB und den Entwürfen nicht, wie in anderen Delikten (z.B. § 184b

StGB), auch von Besitz die Rede ist. Das wäre erheblich deutlicher.

Die neue Strafbarkeit eines gesellschaftlich unerwünschten Verhaltens gerät damit in gefährliche Nähe zu echten Straftaten. Das mögliche Argument, es könnte ja auch das Gesicht des Opfers zu sehen sein (beim Downblousing), verfängt nicht. Denn eine solche Verbreitung wäre bereits nach § 33 KUG mit bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe strafbar.

4. Problematik des Verzichts auf das Antragsersfordernis, Einordnung in den 13. Abschnitt des StGB

Gerade der Verzicht auf das Antragsersfordernis im Fall eines besonderen öffentlichen Interesses, dessen Vorliegen gerichtlich nicht nachgeprüft werden kann (BVerfG, Beschl. v. 8.5.1979 – 2 BvL 782/78, NJW 1979, 1591), macht es Strafverfolgungsbehörden allzu leicht, Verdächtige, denen sonst nichts nachzuweisen ist, wegen einiger Fotos auf dem Smartphone anzuklagen, die etwa in einem Chat unter Freunden weitergeleitet wurden. Die mögliche soziale Stigmatisierung wegen eines Sexualdelikts (im Fall des Entwurfs der Länder) verfolgt bzw. angeklagt und bestraft zu werden, wird vollkommen außer Acht gelassen. Der Schüler, der unbedarft in einem Chat ein Bild von der Unterwäsche einer ihm unbekanntem Frau weitergeleitet hat, sieht sich künftig als Sexualstraftäter gebrandmarkt.

Doch auch mit Blick auf das Opfer ist die Vorschrift abzulehnen. Gefährlich ist vor diesem Hintergrund die Behauptung, die Einstufung des Upskirting als Sexualdelikt entspreche dem Opferinteresse (BT-Drucks. 44/19, 13). Das übersieht eklatant den Gesichtspunkt der **Opferstigmatisierung** bzw. der sekundären Viktimisierung, die insbesondere in islamisch geprägten Gruppen eine erhebliche, ja fatale negative Rolle spielen kann (vgl. hierzu *Kury*, Wie werden Opfer von Straftaten gesehen?, S. 419 in Lamnek S., Boatcă M. (eds) *Geschlecht – Gewalt – Gesellschaft*, Wiesbaden 2003, außerdem OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.9.2015 – 16 U 120/15, Rz. 44). Das wird auch übersehen von den Ausschussempfehlungen (BR-Drucks. 8/1/20 S. 3f.), in denen weiter darauf gedrängt wird, das neue Delikt in den 13. Abschnitt des StGB aufzunehmen. Man gewinnt den Eindruck, Betroffene sollen auf Biegen und Brechen zu Opfern einer Sexualstraftat gemacht werden – ob sie wollen oder nicht. (Vgl. hierzu *Klein*, Taking Unauthorized (Yawn) Photos Under Your Skirt, aufrufbar unter <https://www.martyklein.com/taking-unauthorized-yawn-photos-under-your-skirt/-lesenswert>):

„Calling women whose body parts are surreptitiously photographed „victims“ demeans victims of actual violence. And it trivializes women as delicate creatures who must be protected from interfacing with the adult world“,

zu Deutsch:

„Frauen, deren Körperteile heimlich fotografiert werden, als „Opfer“ zu bezeichnen, erniedrigt Opfer tatsächlicher Gewalt. Und es verharmlost Frauen als zarte Geschöpfe, die vor der Begegnung mit der Erwachsenenwelt geschützt werden müssen.“

Klein weist bereits 2008 darauf hin, dass (über die allgegenwärtige Videoüberwachung) täglich massenhaft Film- und Bildaufnahmen von jedermann gemacht werden, und zwar nicht von Körperteilen, die ggf. bedeckt und nicht zuzuordnen sind, sondern vom Gesicht.

5. Was ist nicht strafbar?

Ein weiterer Kritikpunkt ergibt sich auch aus der Frage, was nicht strafbar ist. Die Anfertigung von **Aufnahmen des ganzen unbedeckten Körpers** – etwa an einem Strand, in der Sauna – begegnet zwar einem Persönlichkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch, ist aber nicht strafbar. Auch die Weiterleitung derartiger Aufnahmen ist, soweit die Person nicht erkennbar ist, nicht strafbar. Demgegenüber aber soll, um es zu wiederholen, die Weiterleitung des Anblicks eines Höschens ohne Erkennbarkeit der Trägerin (oder des Trägers) eine Sexualstraftat darstellen (Länder), jedenfalls künftig aber eine strafbare Verletzung des Persönlichkeitsrechts (Bundesregierung). Die AfD hat in BT-Drucks. 19/18980 (ansonsten nicht Gegenstand dieser Erörterung) einen eigenen Antrag eingebracht, der – ebenfalls viel zu weitgehend – dies immerhin sieht. Danach soll im Rahmen eines ergänzten § 201a StGB strafbar sein, „wer gezielt und unbefugt eine Bildaufnahme herstellt, die die Nacktheit einer anderen Person oder eine andere Person in Badekleidung zum Gegenstand hat“. Nochmals: Strafbar soll es werden, Personen in Badebekleidung zu fotografieren. Diese Konsequenz macht die Vorschrift indes noch schlimmer und nicht besser.

6. Nebenfolgen

Nicht zuletzt würde künftig der Besitz (= Gebrauch) einer einschlägigen Aufnahme, jedenfalls aber ein Chatverlauf in einer *WhatsApp*-Gruppe, in dem einschlägige Bilder verbreitet werden, zur **Einziehung des regelmäßig teuren Smartphones** führen – in Anbetracht von Bildern, die das vermeintliche Opfer gar nicht erkennen lassen, eine erhebliche und nicht gerechtfertigte Folge, zumal der Täter heutzutage auf ein Smartphone angewiesen sein wird (anders als der Mörder auf sein Messer, seine Schusswaffe).

7. Opferbegriff

Abschließend sei die Frage zur Diskussion gestellt, was das Opfer charakterisiert. Wird etwa von einer Person im Internet das Gesicht gezeigt und hat diese nicht eingewilligt, stellt sie sich als Opfer einer Straftat nach § 33 KUG dar, soweit nicht die Strafbarkeit aus anderen Gründen entfällt (§§ 23, 24 KUG). Der Gesetzgeber erkennt an, dass die Aufgabe der Verfügungsmöglichkeit über das eigene Bildnis ein Ohnmachts- und damit Opfergefühl hervorrufen kann. Auch wenn man selber nichts von der Veröffentlichung oder Weitergabe weiß, erkennen doch andere einen oder können einen jederzeit erkennen. Die in den Drucksachen geschriebenen Personen bemerken wegen des „typischerweise heimlichen Vorgehens“ (hier alles aus BT-Drucks. 443/19 S. 7) die Tat nicht, dennoch fühlten diese sich „zum Gegenstand“ sexueller Fantasien „herabgewürdigt“. Das setzt aber Kenntnis voraus. „Die Unbefangenheit, sich auch mit Kleidern und Röcken sicher und geschützt in der Öffentlichkeit bewegen zu kön-

nen“ gehe verloren; darauf, dass aktuell ein mögliches Fotografiertwerden die geringste Sorge darstellen dürfte, wird nicht eingegangen. „Zusätzlich belastend ist für die Opfer, dass sie über den Umgang des Täters mit den Bildaufnahmen im Ungewissen bleiben“ – wohlgermerkt, von deren Anfertigung keiner etwas bemerkt und die die Person nicht erkennen lassen. „Damit bekommen die Bilder, auch wenn sie keine Identifizierung des Opfers erlauben sollten, eine unüberschaubare Öffentlichkeit. Nochmals: Es sind Bilder der Unterwäsche, gerade nicht des Opfers. Niemand wird erkannt.“

VI. Fazit

Beide Entwürfe sind abzulehnen. Dass der Besitz einer einschlägigen Aufnahme (regelmäßig als Datei) den „Täter“ nach Auffassung der Länder zu einem Sexualstraftäter machen soll, steht außerhalb jeden Verhältnisses zu einem etwaigen Eingriff in den Intimbereich, der von der betreffenden Person nicht bemerkt wird. Der Intimbereich ist

auch bei Verwendung der Bildaufnahme dann nicht tangiert, soweit er nicht auf die betreffende Person zurückzuführen ist, was nichts daran ändert, dass die Anfertigung solcher Bilder ein abzulehnendes Verhalten darstellt. Wenn überhaupt, hätte es eine vorsichtige Erweiterung des § 118 OWiG (Belästigung der Allgemeinheit) auch getan.

In rechtspolitischer Hinsicht fällt ein Aktionismus auf, mit dem eine neuer Opfertypus geschaffen werden soll, und das vor dem Hintergrund, dass die vermeintlichen Opfer von ihrer Opfereigenschaft nichts wissen und auch insoweit keine sind, als Unterbekleidung, Intimregion und Brust regelmäßig nicht einer bestimmten Person zugeordnet werden können.

§ 15 FAO **Selbststudium nach § 15 FAO mit IPRB und AGEM:** Zu diesem Beitrag finden Sie die Lernerfolgskontrolle online bis zum 31.12.2020 unter <https://www.otto-schmidt.de/15fo>

Impressum

Der IP-Rechts-Berater (IPRB)

Redaktion: Rechtsanwältin Elisabeth Ivanyi (verantw. Redakteurin), Fischer & Partner Rechtsanwälte, Hohenstaufenring 55, D-50674 Köln, Tel. + 49 (0)221 - 474 94 0, E-Mail: iprb@otto-schmidt.de > Vertrieb/Abonnementsverwaltung, Tel. 0221/9 37 38-9 97, Fax 0221/9 37 38-9 43, > Internet: www.ip-rb.de

Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln, Postfach 51 10 26, 50946 Köln, Geschäftsführender Gesellschafter: Prof. Dr. Felix Hey, Erfüllungsort und Gerichtsstand ist Köln.

Anzeigen: Christian Kamradt (verantw.), Anschrift des Verlages; Verkauf: sales friendly Verlagsdienstleistungen, Pfaffenweg 15, 53227 Bonn, Tel. 02 28/9 78 98-0, Fax 02 28/

9 78 98-20, E-Mail: media@sales-friendly.de, gültig ist die Preisliste 11 vom 1.1.2020.

Druck: msk marketingservicekölfn gmbh, www.mzsued.de

Erscheinungsweise: Jeweils zum 15. eines Monats.

Bezugspreis: Jahresabonnement 249 € (Print-Anteil 232 €/Online-Anteil 17 €**), für Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Geistiges Eigentum & Medien im Deutschen Anwaltverein (AGEM) jährlich 209 € (Print-Anteil 182 €/Online-Anteil 17 €**), Einzelheft 23,20 €*. Alle Preise verstehen sich inkl. gesetzlicher MwSt. *7 % oder **19 % sowie zzgl. Versandkosten. Die Rechnungsstellung erfolgt jährlich zu Beginn des Bezugszeitraumes für das aktuelle Kalenderjahr (ggf. anteilig).

ISSN 1869-5639

Bestellungen bei jeder Buchhandlung sowie beim Verlag. Kündigungstermin für das Abonnement 6 Wochen vor Jahresschluss.

Urheber- und Verlagsrechte: Mit Annahme eines Manuskripts (Aufsatz, Bearbeitung, Leitsatz, Blog-Text) geht für die Dauer von vier Jahren das räumlich unbeschränkte, alleinige und uneingeschränkte (ausschließliche), danach das einfache Nutzungsrecht vom Autor auf den Verlag über, jeweils auch für Übersetzungen, Nachdrucke, Nachdruckgenehmigungen und die Kombination mit anderen Werken oder Teilen daraus. Soweit ein Beitrag zur Lern- und Erfolgskontrolle – auch im Rahmen des Fortbildungsnachweises für einen Fachanwalt gem. § 15 FAO – vorgesehen ist, erstreckt sich die Nutzungsrechtsübertragung auch

auf die vom Autor hierzu formulierten Fragen und Antworten. Das Nutzungsrecht umfasst das Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in gedruckter Form. Zur eigenen Vermarktung, zur gemeinsamen Vermarktung mit einem Kooperationspartner, zur Vermarktung durch ein Unternehmen, an dem der Verlag überwiegend beteiligt ist, und/oder zur Vermarktung durch einen Dritten, den der Verlag hierzu berechtigt, umfasst das Nutzungsrecht ferner insbesondere die Befugnis zur vollständigen oder teilweisen Aufzeichnung in elektronischer Form, zur Programmierung, sonstigen Be- und Verarbeitung für eine elektronische Nutzung einschließlich Zusammenlegung mit anderen Werken zu einem elektronischen Produkt sowie Speicherung in eigenen oder fremden Datenverarbeitungsanlagen, in elektronischen Datenbanken und auf Datenträgern sowie zur Vervielfältigung, Verbreitung einschließlich der öffentlichen Wiedergabe und zur sonstigen Nutzung im Wege fotomechanischer, elektronischer und anderer Verfahren, insbesondere in elektronischen Offline- und Online-Datenbanken und -Diensten, im Wege von Wiedergabetechniken in körperlicher und/oder nichtkörperlicher Form, im Wege von allen Techniken der Datenübertragung sowie auf Datenträgern, z.B. CD-ROM, DVD, Stick und vergleichbaren Techniken. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Dies gilt auch für Entscheidungen und deren Leitsätze, soweit sie vom Einsender redigiert bzw. erarbeitet wurden. Die Zeitschrift und alle veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede vom Urheberrechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung des Zeitschrifteninhalts bedarf einer vorherigen schriftlicher Zustimmung des Verlages. Das Zitieren von Rezensionen ist in vollem Umfang erlaubt.

Hinweise für Autoren und Einsender: Bitte senden Sie alle Manuskripte (als Datei per E-Mail), zum Abdruck bestimmte Gerichtsentscheidungen und Leserbriefe unmittelbar an die Redaktion. Bei der Einsendung von Gerichtsentscheidungen sind wir für den Hinweis dankbar, ob sie rechtskräftig sind. Wird im Fall des Abdrucks eine Pauschalvergütung gezahlt, gilt sie für die Übertragung eines ggf. bestehenden Nutzungsrechts mit der Maßgabe, die Entscheidung auch in anderen Print- und elektronischen Produkten des Verlages veröffentlichen zu können.