

# Upskirting und ähnliche Verhaltensweisen

## Unbefugte fotografische oder filmische Aufnahmen unter der Oberbekleidung

Von Dr. Gloria Berghäuser, Erlangen\*

*Nachdem zwei Männer auf einem Festival Fotografien unter ihrem Rock angefertigt hatten, kämpfte die Britin Gina Martin für eine Gesetzesänderung, nach der das sog. Upskirting unter Strafandrohung verboten ist. Mit Erfolg: Wer Genitalien oder Gesäß einer anderen Person ohne deren Zustimmung unter ihrer Oberbekleidung fotografiert, dem drohen in England und Wales seit April dieses Jahres bis zu zwei Jahre Freiheitsstrafe. Auch hierzulande fordern zwei Frauen, dass entsprechendes Verhalten strafbar sein soll: Ihre Petition „Verbietet #Upskirting in Deutschland!“ stößt eine Diskussion darüber an, wie mit verschiedenen Formen des unbefugten „Spannens“, Fotografierens oder Filmens und Zugänglichmachens der so hergestellten Aufnahmen an Dritte künftig umgegangen werden soll. Ein Überblick über die geltende Rechtslage in Deutschland macht mit der Thematik vertraut und legt ausgewählte Handlungsmöglichkeiten des Strafsetzgebers offen.<sup>1</sup>*

### I. Einführung

#### 1. Begriff und Relevanz des Upskirting

In Anlehnung an den Voyeurism (Offences) Act 2019<sup>2</sup> und die aktuelle Diskussion in Deutschland wird der Ausdruck Upskirt (engl. „up“ für „nach oben“ und „skirt“ für „Rock“) nachfolgend verwendet, um eine Fotografie oder Filmaufnahme von Genitalien oder Gesäß einer Frau zu beschreiben, die derart erstellt worden ist, dass einer Frau eine Kamera unter den Rock gehalten wurde. Dabei können die abgebildeten Körperteile von Unterwäsche bedeckt oder nackt sein.<sup>3</sup>

\* Die Verf. ist Akademische Rätin a.Z. und Habilitandin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medizinstrafrecht (Prof. Dr. Christian Jäger) an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

<sup>1</sup> Hierzu bereits Berghäuser, Upskirting und Co.: Spannen und unbefugte Bildaufnahmen – nicht nur unter Frauenröcken, Vortrag v. 10.8.2019, Zweites Symposium („Gender, Macht und Recht“) zu Musik, Recht und Geschichte im Mittelalterlichen Kriminalmuseum Rothenburg ob der Tauber; dazu u.a. Warkentin, FAZ v. 11.8.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/menschen/metoo-und-upskirting-immer-noch-in-der-grauzone-16328332.html?fbclid=IwAR2pFN-MMAZ8wHsWnte1HZZfM8zOZK3xkSCSEEWgu9wv0zXIyHFAU3wWl4g> (30.9.2019); Lorenz, Stuttgarter Zeitung v. 12.8.2019, S. 2, abrufbar unter <https://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.metoo-im-musikgeschaef-t-von-gleichberechtigung-weit-entfernt.7484ea45-e596-4b6d-8219-3f64b00a59c0.html?reduced=true> (30.9.2019); Löw, Nürnberger Nachrichten v. 24./25.8.2019, S. 6.

<sup>2</sup> Abrufbar unter <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/2> (30.9.2019).

<sup>3</sup> Zu den auf einem Upskirt abgebildeten Körperteilen und deren möglicher Bedeckung durch Unterwäsche vgl. Sexual

Daran anknüpfend wird mit dem Begriff des Upskirting die Herstellung einer solchen intimen Aufnahme unter dem Rock einer Frau beschrieben, die im vorliegend interessierenden Kontext unbefugt – und nicht zwingend, aber typischerweise heimlich – erfolgt.<sup>4</sup> Im Anschluss eröffnen moderne Kommunikationsformen Möglichkeiten, wie Täter die so angefertigten Aufnahmen (beispielsweise auf einer Internetplattform) Dritten zugänglich machen können.

Dabei dient das so definierte Upskirting – in Abweichung von seiner sexuell geprägten Verwendung in der Umgangssprache<sup>5</sup> – nicht zwingend dem Zweck der Luststeigerung. Anders als im Fall voyeuristischer Verhaltensweisen im eigentlichen Sinne, bei denen sich ein Voyeur (umgangssprachlich „Spanner“) durch das Betrachten sich entkleidender oder nackter Menschen oder durch das Beobachten sexueller Handlungen sexuell erregt,<sup>6</sup> kann das Upskirting einer Reihe anderer Motivationen geschuldet sein, wie etwa dem Bestreben, eine andere Person zu demütigen<sup>7</sup>. Soweit nachfolgend gleichwohl der Begriff des Voyeurismus verwendet wird, um einen Teilakt des Upskirting und anderer ähnlicher Verhaltensweisen zu beschreiben, findet er also nur entsprechend – auf den äußeren Vorgang des „Spannens“, aber nicht zwingend auf die sexuelle Motivation bezogen – Anwendung.

Indes kann in Ermangelung einer statistischen Erhebung, die sich speziell dem Upskirting widmen würde, aktuell noch schwerlich beziffert werden, wie viele Personen in Deutschland tatsächlich von entsprechenden Vorgängen betroffen sind, ebenso wenig wie in Ermangelung statistischer Daten ein fundiertes Profil von Tätern und Opfern gezeichnet werden kann.<sup>8</sup> Von Seiten des Polizeipräsidiums München bei-

Offences Act 2003 Section 67A (1) (b) (i), (2) (b) (i), infolge der Änderung durch den Voyeurism (Offences) Act 2019 (Fn. 2). Weitergehend BR-Drs. 443/19, S. 17: „Bereich der Genitalien, des Gesäßes oder unmittelbar angrenzende Bereiche der Oberschenkel“.

<sup>4</sup> Krit. zu einer verharmlosenden Wirkung des Begriffs die Initiatorin der Petition Hanna Seidel: „Es hört sich an wie ein Modetrend“; zitiert aus einem Interview mit Kolosowa, Zeit Campus v. 26.7.2019, abrufbar unter <https://www.zeit.de/campus/2019-07/upskirting-frauen-heimlich-fotografieren-rock-verbot-straftat> (30.9.2019).

<sup>5</sup> Vgl. Dalzell/Victor, Sex Slang, 2008, Stichwort „upskirt“: „a type of voyeurism devoted to seeing what is beneath a woman’s skirt (US, 1995)“.

<sup>6</sup> Stangl, Lexikon für Psychologie und Pädagogik, 2019, Stichwort „Voyeurismus“, abrufbar unter <https://lexikon.stangl.eu/sexualitaet/voyeurismus.shtml> (30.9.2019); vgl. auch Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 8. Aufl. 2015, S. 1966 mit Stichwort „Voyeur“.

<sup>7</sup> Vgl. Voyeurism (Offences) Act 2019 Section 2 (3) (b) (Fn. 2).

<sup>8</sup> Vgl. BR-Drs. 443/19, S. 6. Englischen Presseberichten, die nach Kriminalisierung einschlägiger Verhaltensweisen in

spielsweise liest man (für dessen Zuständigkeitsbereich) von „wenigen Einzelfällen“, deren Zahl u.a. während des Münchener Oktoberfestes leicht ansteige.<sup>9</sup> Offen bleibt, inwieweit Berichte über eine solch marginale polizeiliche Relevanz darin begründet liegen, dass Betroffene den Vorgang des Upskirting oftmals nicht bemerken oder nicht anzeigen.<sup>10</sup> Einschlägiges Bildmaterial, das im Internet veröffentlicht oder auf (aus anderen Gründen sichergestellten und durchgesehenen) Mobiltelefonen gefunden worden ist,<sup>11</sup> lässt jedenfalls solange nur eingeschränkt eine Schlussfolgerung auf die Fallzahlen des Upskirting zu, wie man einvernehmlich angefertigtes pornographisches Bildmaterial nicht von unbefugt erstellten Upskirts unterschieden hat. Darüber hinaus kann auf einzelne Täter eine Vielzahl von Geschädigten entfallen.<sup>12</sup>

England und Wales durch den Voyeurism (Offences) Act 2019 veröffentlicht worden sind, ist zu entnehmen, dass unter den dort betroffenen Opfern Kinder wie Senioren, mithin nicht nur bestimmte Zielgruppen vertreten sein sollen; siehe etwa *Jacobson*, *The Guardian* v. 12.4.2019, abrufbar unter <https://www.theguardian.com/uk-news/2019/apr/12/upskirting-law-comes-into-force-england-and-wales-cases-rise> (30.9.2019). Eine erhebliche Fallrelevanz des Upskirting kann z.B. in Japan nachvollzogen werden, dazu etwa *Johnston*, *The Japan Times* v. 25.5.2014, abrufbar unter

<https://www.japantimes.co.jp/news/2014/05/25/national/kyoto-law-puts-upskirt-photography-focus/#.XV5Nkfgp1s> (30.9.2019).

<sup>9</sup> Dazu und zitiert aus *Glöckner*, *Augsburger Allgemeine* v. 30.7.2019, abrufbar unter

<https://www.augsburger-allgemeine.de/bayern/Upskirting-Wie-zwei-Frauen-gegen-Spannerfotos-kaempfen-id54975556.html> (30.9.2019).

<sup>10</sup> Auf den (möglichen) Einfluss von Heimlichkeit des Upskirting und Anzeigeverhalten der Opfer hinweisend: ein Sprecher des Polizeipräsidiums München (dazu *Glöckner*, *Augsburger Allgemeine* v. 30.7.2019, abrufbar unter <https://www.augsburger-allgemeine.de/bayern/Upskirting-Wie-zwei-Frauen-gegen-Spannerfotos-kaempfen-id54975556.html> [30.9.2019]), ebenso wie Anne-Katrin Wolf von der Strafrechtskommission des Deutschen Juristinnenbundes (djb); zu letzterer *Lang*, *FAZ* v. 21.5.2019, abrufbar unter

<https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/diese-frauen-wollen-upskirting-straftbar-machen-16199079.html> (30.9.2019).

<sup>11</sup> Zum Fund solchen Bildmaterials *Lang*, *FAZ* v. 21.5.2019, abrufbar unter

<https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/diese-frauen-wollen-upskirting-straftbar-machen-16199079.html> (30.9.2019).

<sup>12</sup> Vgl. *Küpper*, *Augsburger Allgemeine* v. 12.3.2014, abrufbar unter

<https://www.augsburger-allgemeine.de/bayern/Buergermeister-verurteilt-Er-fotografierte-Frauen-unter-den-Rock-id29167787.html>

## 2. Ähnliche Verhaltensweisen

Während sich die aktuelle Diskussion bislang noch mehrheitlich auf das Upskirting fokussiert, existiert eine ganze Spannbreite ähnlicher Verhaltensweisen, die schrittweise auch Eingang in die Debatte finden, angefangen mit dem sog. Downblousing, also dem (hier unbefugten) Herstellen einer Aufnahme von der weiblichen Brust, indem in den Ausschnitt einer Bluse fotografiert oder gefilmt wird.<sup>13</sup> Gleichmaßen denkbar wären unbefugte Fotografien vom männlichen Glied, das im weiten Beinkleid einer kurzgeschnittenen Männerhose beim Sitzen sichtbar wird.<sup>14</sup> Damit ist klargestellt, dass erstens die Art der Oberbekleidung (i.S.v. über der Unterwäsche getragenen Kleidung) variieren kann, unter der unbefugt Aufnahmen angefertigt werden, und dass zweitens auch Männer von entsprechenden Verhaltensweisen betroffen sein können, ohne dass man dafür zwingend den Kilt tragenden Schotten<sup>15</sup> oder einen männlichen Rockträger bemühen muss. Eine etwaige künftige Gesetzesänderung wäre folge-

(30.9.2019); *Utz*, *Augsburger Allgemeine* v. 18.9.2014, abrufbar unter

<https://www.augsburger-allgemeine.de/bayern/Unter-den-Rock-Fotos-keine-Straftat-Urteil-gegen-Ex-Buergermeister-aufgehoben-id31369717.html> (30.9.2019), zum Fund von 99 einschlägigen Fotografien und 27 Filmen auf einem Speicherchip; VG München BeckRS 2009, 48325, zur sicherheitsrechtlichen Anordnung nach einschlägigen Ermittlungen in zwölf Fällen im Zeitraum November 2003 bis Juni 2008; ferner *Spiegel-Online* v. 21.8.2019, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/madrid-mann-soll-hundert-frauen-unter-die-roecke-gefilmt-haben-a-1283053.html> (30.9.2019), zur Festnahme eines Mannes in Madrid, der Upskirts von geschätzt 555 Opfern angefertigt und im Internet hochgeladen haben soll.

<sup>13</sup> Vgl. *Wersig/Steinl*, *Deutscher Juristinnenbund (djb)*, Stellungnahme zur Strafbarkeit des „Upskirting“ v. 11.7.2019, S. 1 mit Fn. 1, abrufbar unter

[https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-16/#\\_ftn4](https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-16/#_ftn4) (30.9.2019); zur sexuell geprägten Verwendung in der Umgangssprache siehe die Erläuterung des Begriffs bei *Dalzell/Victor* (Fn. 5), Stichwort „downblouse“: „a type of voyeurism devoted specifically to seeing a woman’s breasts looking down her blouse (US, 1994)“.

<sup>14</sup> Hierzu und zum Nachfolgenden bereits *Berghäuser*, zitiert bei *Löw*, *Nürnberger Nachrichten* v. 24./25.8.2019, S. 6.

<sup>15</sup> Von der Zuschrift eines Mannes, der im Schottenrock Opfer von Upskirting wurde, berichtet die Initiatorin Seidel im Interview mit *Kolosowa*, *Zeit Campus* v. 26.7.2019, abrufbar unter

<https://www.zeit.de/campus/2019-07/upskirting-frauen-heimlich-fotografieren-rock-verbot-straftat> (30.9.2019); von „Männer[n] in schottischen Kilts“ schreibt *Glöckner*, *Augsburger Allgemeine* v. 30.7.2019, abrufbar unter <https://www.augsburger-allgemeine.de/bayern/Upskirting-Wie-zwei-Frauen-gegen-Spannerfotos-kaempfen-id54975556.html> (30.9.2019).

richtig einer geschlechtsneutralen Bezeichnung von Tat, Tätern und Opfern verpflichtet.<sup>16</sup>

### 3. Rechtspolitische Bestrebungen

Auf eine solche Gesetzesänderung drängen gegenwärtig (bzw. drängten in der jüngsten Vergangenheit) verschiedene Petitionen von Frauen, die selbst Opfer von Upskirting geworden sind. Erklärtes Ziel ist es, öffentliche Empörung über das erfahrene Verhalten und dessen als unzureichend bis fehlend wahrgenommene strafgesetzliche Ahndung zu erregen, welche der Politik als Anlass für eine Gesetzgebungsinitiative dienen soll.

So initiierte die Britin Gina Martin, nachdem sie im Juli 2017 auf einem Londoner Festival beobachtet hatte, dass zwei Männer Fotografien unter ihrem Rock gemacht hatten und die so angefertigten Bilder einander auf dem Mobiltelefon zuschickten, eine anderthalbjährige Kampagne zur Schaffung eines einschlägigen Straftatbestandes.<sup>17</sup> Mit Erfolg: Seit April 2019 ist es in England und Wales durch den Voyeurism (Offences) Act verboten, Geräte unter der Oberbekleidung einer anderen Person ohne deren Einverständnis einzusetzen, um sich oder einem Dritten – zum Zweck der sexuellen Erregung oder Demütigung – die Betrachtung von Genitalien, Gesäß oder der diese Körperteile bedeckenden Unterwäsche zu ermöglichen. Verboten ist ferner die Anfertigung einer Bildaufnahme unter entsprechenden Umständen und in entsprechender Absicht. Bei Zuwiderhandeln droht eine Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren.<sup>18</sup> Dieser Erfolg Martins dient hierzulande der Regiestudentin Hanna Seidel und der Redaktionsassistentin Ida Marie Sassenberg als Vorbild,<sup>19</sup> welche gemeinsam für eine Strafbarkeit des Upskirting in Deutschland eintreten. Ihre Petition „Verbietet #Upskirting in Deutschland“<sup>20</sup> ist seit April dieses Jahres 92.137-mal (Stand: 13.10.2019, 15.42 Uhr) unterzeichnet worden und hat regen Widerklang in den Medien gefunden. Im Anschluss an die umfassende Reform des deutschen Sexualstrafrechts aus dem

Jahr 2016,<sup>21</sup> die maßgeblich vom Grundsatz „Nein heißt Nein“ geprägt ist,<sup>22</sup> mahnt die Kampagne von Seidel und Sassenberg an, dass die Strafgesetze dem erkennbaren entgegenstehenden Willen des Opfers auch in anderen Zusammenhängen (nicht-sexueller Handlungen) Beachtung schenken sollen: Im Verhältnis zu den in Frage stehenden voyeuristischen Verhaltensweisen soll sich dieser Wille im Tragen von Oberbekleidung ausdrücken, d.h. darin, dass eine Person ihre intimen oder sonstigen sexuell konnotierten Körperteile ungewollten Blicken entzieht, ebenso wie sie diese vor der unbefugten Herstellung von (gegebenenfalls zur Weiterverbreitung<sup>23</sup> bestimmten) fotografischen oder filmischen Aufnahmen zu schützen sucht.

Das Anliegen der Petition scheint Gehör zu finden: Zwischenzeitlich haben die Bundesländer Bayern, Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen und Saarland einen gemeinsamen Gesetzentwurf für eine Initiative des Bundesrats gegen das Upskirting vorgelegt.<sup>24</sup> Die Justizministerin von Schleswig-Holstein unterstützt diesen Vorstoß.<sup>25</sup> Entsprechende Bestrebungen sind in den Ländern Rheinland-Pfalz und Bremen zu vermerken, deren Regierungen einen Entschließungsantrag gegen das unbefugte Upskirting im Bundesrat eingebracht haben.<sup>26</sup> Zuletzt hat Bundesjustizministerin Lambrecht angekündigt, dass auch das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz einen Gesetzentwurf zur Erfassung des Upskirting im Strafgesetzbuch vorlegen werde.<sup>27</sup>

## II. Die geltende Rechtslage

Bevor man hinterfragt, inwieweit Upskirting und ähnliche Verhaltensweisen nach geltendem Recht strafbar sind oder ob diesbezüglich ein Handlungsbedarf des Strafgesetzgebers besteht, bedarf es der Hervorhebung, dass man es mit mehraktigen Geschehensabläufen zu tun hat, deren Teilakte, wengleich sie sich in tatsächlicher Hinsicht überschneiden können, anlässlich der rechtlichen Bewertung zu unterscheiden sind. Diese Teilakte sind

<sup>16</sup> So auch BR-Drs. 423/19, S. 4 und 17; vgl. zur Forderung einer geschlechtsneutralen Formulierung des § 183 StGB *Wersig/Steinl* (djb), Stellungnahme zu weiterem Reformbedarf im Sexualstrafrecht v. 7.3.2019, S. 9 f., abrufbar unter <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-06/> (30.9.2019).

<sup>17</sup> Abrufbar unter <https://www.thepetitionsite.com/de/takeaction/887/239/401/> (30.9.2019), Tatschilderung entnommen der Petition.

<sup>18</sup> Sexual Offences Act 2003 Section 67A Subsections 1–4 gem. Änderung durch den Voyeurism (Offences) Act 2019 (Fn. 2).

<sup>19</sup> Zur Anstoßfunktion der Petition von Martin siehe Seidel im Interview mit *Kolosowa*, *Zeit Campus* v. 26.7.2019, abrufbar unter <https://www.zeit.de/campus/2019-07/upskirting-frauen-heimlich-fotografieren-rock-verbot-straftat> (30.9.2019).

<sup>20</sup> Petition abrufbar unter <https://www.change.org/p/verbieht-ups-kirting-in-deutschland> (30.9.2019).

<sup>21</sup> 50. StÄG v. 4.11.2016, BGBl. I, S. 2460; ausführlich dazu u.a. *Hörnle*, *NStZ* 2017, 13; *Hoven/Weigend*, *JZ* 2017, 182; *Renzikowski*, *NJW* 2016, 3553.

<sup>22</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 22.

<sup>23</sup> Der Begriff der Verbreitung wird hier im allgemeinsprachlichen Sinne verwendet, um ein Verhalten zu beschreiben, das dafür sorgt, dass etwas in einem weiteren Umkreis bekannt wird.

<sup>24</sup> BR-Drs. 443/19; dazu auch BR-PIPr 980, S. 346 ff.

<sup>25</sup> Sütterlin-Waack, Rede anlässlich der Landtagssitzung am 21.6.2019 zu TOP 38, abrufbar unter [https://schleswig-holstein.de/DE/Landesregierung/II/Ministerin/Reden/\\_documents/190621\\_LT\\_Upskirting.html](https://schleswig-holstein.de/DE/Landesregierung/II/Ministerin/Reden/_documents/190621_LT_Upskirting.html) (30.9.2019).

<sup>26</sup> BR-Drs. 423/19; dazu auch BR-PIPr 980, S. 346 ff.

<sup>27</sup> BT-PIPr 19/112, S. 13743; ferner dazu etwa tagesschau.de v. 12.9.2019, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/inland/gesetz-ups-kirting-101.html> (30.9.2019).

- erstens das unbefugte Betrachten intimer oder sonstiger sexuell konnotierter Körperteile (wie den Intimbereich oder das Gesicht), welche die betroffene Person durch das Tragen von Oberbekleidung erkennbar den Blicken Dritter entzogen hat, unter Verwendung von Hilfsmitteln,
- zweitens das unbefugte Anfertigen einer Fotografie oder Filmaufnahme von solchen Körperteilen, in denen der Täter das voyeuristisch Betrachtete perpetuiert, und
- drittens das unbefugte Zugänglichmachen der so hergestellten Aufnahmen an Dritte.

### 1. Strafbarkeit des unbefugten Betrachtens gemäß §§ 184i Abs. 1, 185 StGB?

Dieser Dreiteilung des Upskirting und vergleichbarer Verhaltensweisen – in einen voyeuristischen, abbildenden und weiterverbreitenden Teilakt – folgend, wird nachfolgend zunächst der Frage nach der Strafbarkeit des voyeuristischen Teilakts, umgangssprachlich des „Spannens“, nachgegangen.

#### a) Sexuelle Belästigung gem. § 184i Abs. 1 StGB

Insoweit richtet sich der Blick eingangs auf die §§ 174 ff. StGB. Eine Behandlung als Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung<sup>28</sup> würde nicht nur dem Empfinden der Betroffenen entsprechen, wenn man Berichte wie den der Initiatorin Seidel liest, die nach zweimaliger Erfahrung des Upskirting unter anderem angibt, sich „unfassbar schmutzig gefühlt“<sup>29</sup> zu haben. Darüber hinaus klingen gemäß diesen Berichten mit Abwertung des Opfers („billiges Flittchen“<sup>30</sup>) und Schuldzuweisung an das Opfer („selbst schuld, wenn [es] so einen Rock trage“<sup>31</sup>) Neutralisierungstechniken von Tätern

<sup>28</sup> Zum Schutzgut der §§ 174 ff. StGB etwa Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, Vor § 174 Rn. 1; Hörnle, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, Vor § 174 Rn. 28 ff.; Renzikowski, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, Vor § 174 Rn. 7 ff.

<sup>29</sup> Zitiert aus dem Interview von Seidel mit Kolosowa, Zeit Campus v. 26.7.2019, abrufbar unter

<https://www.zeit.de/campus/2019-07/upskirting-frauen-heimlich-fotografieren-rock-verbot-straftat> (30.9.2019).

<sup>30</sup> Zitat von Seidel aus einer Zuschrift in Reaktion auf die Petition; nachzulesen bei Zobel, bento v. 26.4.2019, abrufbar unter

<https://www.bento.de/politik/upskirting-frauen-unter-den-rock-zu-fotografieren-ist-in-deutschland-nicht-straftar-eine-petition-soll-das-aendern-a-52b26cef-3aee-4a49-82b4-4c15e7391e0a> (30.9.2019).

<sup>31</sup> Bericht der Initiatorin Seidel über die Reaktion des Mannes, der sie im Alter von 16 Jahren heimlich unter dem Rock fotografiert habe, zitiert aus ihrem Interview mit Kolosowa, Zeit Campus v. 26.7.2019, abrufbar unter

<https://www.zeit.de/campus/2019-07/upskirting-frauen-heimlich-fotografieren-rock-verbot-straftat> (30.9.2019).

und eine sekundäre Viktimisierung durch Dritte an, wie sie in dieser Form aus den Sexualdelikten bekannt sind.<sup>32</sup> Vor diesem Hintergrund könnte man denken, dass der Gesetzgeber den Wert der sexuellen Selbstbestimmung zu stärken versucht hätte, indem er Upskirting und vergleichbare Verhaltensweisen auch und gerade als Sexualstraftat ahndet. Tatsächlich ist dies aber nicht der Fall.

#### aa) Körperliche Berührung

So sanktioniert der durch das 50. StÄG<sup>33</sup> neu eingefügte § 184i StGB zwar die sexuelle Belästigung. Erklärter Zweck der Vorschrift ist die Ahndung solcher – für strafwürdig befundener<sup>34</sup> – Handlungen, welche die in § 184h Nr. 1 StGB normierte Erheblichkeitsgrenze nicht überschreiten und in der Folge keine sexuelle Handlung darstellen.<sup>35</sup> Bestraft werden nunmehr bereits körperliche Berührungen, die nur in sexuell bestimmter Weise (d.h. sexuell motiviert<sup>36</sup>) erfolgen und eine belästigende Wirkung entfalten.

Anhaltend erforderlich ist jedoch, dass es bei Tatbegehung zu einem Kontakt mit unbedeckten oder bedeckten<sup>37</sup> Körperstellen des Opfers kommt, wobei die Gesetzesbegründung ausdrücklich einen unmittelbaren Kontakt zwischen dem Körper des Täters und demjenigen des Opfers verlangt („Hands on-Delikt“).<sup>38</sup> Im Regelfall voyeuristischer Verhaltensweisen kommt es zu keiner solchen Berührung, auch nicht zu einer solchen, die durch das zur Betrachtung bzw.

<sup>32</sup> Zur Neutralisierungstechnik des „Denial of the Victim“ (einschließlich der Abwertung des Opfers und der Schuldzuweisung an dasselbe) Sykes/Matza, American Sociological Review 22 (1957), 664 (668); zum „Victim Blaming“ Lembke, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2014, 253 (263 ff.).

<sup>33</sup> 50. StÄG v. 4.11.2016, BGBl. I, S. 2460, sowie die Nachweise in Rn. 21.

<sup>34</sup> Reformkommission zum Sexualstrafrecht, Abschlussbericht v. 19.7.2017, S. 308, abrufbar unter

[https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abschlussbericht\\_Reformkommission\\_Sexualstrafrecht.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.html) (30.9.2019).

<sup>35</sup> BT-Drs. 18/9097, S. 29 f.; erläuternd Renzikowski/Schmidt, KriPoZ 2018, 325 (327); krit. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 184i Rn. 2; Frommel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 184i Rn. 4.

<sup>36</sup> BT-Drs. 18/9097, S. 30. Siehe aber auch die Empfehlung der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, Abschlussbericht v. 19.7.2017, S. 309 f., das Merkmal „in sexuell bestimmter Weise“ zu objektivieren, abrufbar unter

[https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abschlussbericht\\_Reformkommission\\_Sexualstrafrecht.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.html) (30.9.2019).

<sup>37</sup> Fischer (Fn. 35), § 184i Rn. 3; Renzikowski (Fn. 28), § 184i Rn. 7.

<sup>38</sup> BT-Drs. 18/9097, S. 30; Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.8.2019, § 184i Rn. 3.

Aufnahme verwendete Gerät vermittelt wird.<sup>39</sup> Den Tätern ist im Gegenteil üblicherweise an der Heimlichkeit ihres Vorgehens gelegen, sodass sie körperlichen Kontakt mit dem Opfer objektiv meiden (und subjektiv nicht wollen), damit dieses sein voyeuristisches Tun nicht bemerkt. In der Folge ist das bloße, d.h. berührungslose „Spannen“ bereits mangels Verwirklichung des Körperlichkeitskriteriums vom Straftatbestand des § 184i StGB nicht erfasst,<sup>40</sup> unabhängig davon, ob es sich – wie in den Sachverhalten des Upskirting – unter Zuhilfenahme von Hilfsmitteln vollzieht und der Täter das voyeuristisch Betrachtete in einer Fotografie oder Filmaufnahme perpetuiert.

### bb) Belästigung qua Wahrnehmung

Vorbehaltlich der (gelungenen oder mindestens gewollten) Heimlichkeit mangelt es für den Eintritt des von § 184i Abs. 1 StGB vorausgesetzten Belästigungserfolgs außerdem (d.h. über die mangelnde Ursächlichkeit einer körperlichen Berührung hinaus) an einem Opfer, das den unbefugten Blick unter seine Oberbekleidung überhaupt wahrnimmt und sich – vermittelt durch diese Wahrnehmung – belästigt fühlen könnte bzw. nach dem Willen des Täters belästigt fühlen soll. So verweist die Gesetzesbegründung zu § 184i StGB zwar darauf, dass im Fall der Begehungsvarianten des § 177 StGB, einschließlich des Handelns unter Ausnutzung bestimmter Situationen gemäß § 177 Abs. 2 StGB, in der Regel von einer solchen Belästigung auszugehen ist.<sup>41</sup> Dies sollte jedoch nicht etwa zum Anlass genommen werden, um eine sexuelle Belästigung eines das täterliche Handeln gar nicht bemerkenden Opfers anerkennen zu wollen.<sup>42</sup> Sexuelle Belästigung heißt, das Opfer nicht unerheblich in seinem Empfinden zu beeinträchtigen,<sup>43</sup> was dessen Kenntnisnahme von dem zu empfindenden Reiz voraussetzt. Entsprechend nehmen die Materialien zur Auslegung der Belästigung i.S.d. § 184i Abs. 1 StGB

auch ausdrücklich auf die Kommentierung des Tatbestands exhibitionistischer Handlungen (§ 183 StGB) Bezug,<sup>44</sup> dessen Verwirklichung seinerseits den Eintritt eines Belästigungserfolgs und dieser wiederum eine Wahrnehmung der Tathandlung durch das Opfer erfordert.<sup>45</sup>

### b) Beleidigung gemäß § 185 StGB

Im Anschluss könnte man erwägen, Erscheinungsformen des „Spannens“ (mit oder ohne Perpetuierung des Betrachteten in einer Aufnahme) wenigstens als Beleidigung gemäß § 185 StGB erfassen zu wollen.<sup>46</sup> So hat es die frühere Rechtsprechung verschiedentlich unternommen, sexuell konnotierte Verhaltensweisen, die nicht unter den Tatbestand eines Sexualdelikts gefasst werden konnten, immerhin für eine tatbestandliche Beleidigung zu befinden, wobei sowohl eine Herabwürdigung des Opfers (in seiner „Geschlechtsehre“<sup>47</sup>) als auch eine Missachtung eines Dritten (z.B. in dessen Ehre als Ehegatte<sup>48</sup>) angenommen wurde.<sup>49</sup> In der heutigen Rechtsprechung stoßen entsprechende Vorstöße nicht nur, aber gerade für voyeuristische Verhaltensweisen (einschließlich des Upskirting) auf Ablehnung.

### aa) Vorsätzliche Kundgabe

Dies liegt für voyeuristische Verhaltensweisen zunächst darin begründet, dass die Beleidigung ein „Äußerungsdelikt“<sup>50</sup> ist, d. h. voraussetzt, dass ein Werturteil oder eine unwahre Tatsachenbehauptung gegenüber einem anderen kundgegeben wird. Kundgabe verlangt eine Äußerung (im weiteren Sinne), die an einen anderen gerichtet ist und von einem anderen zur Kenntnis genommen und in ihrem ehrwürdigen Sinne verstanden wird.<sup>51</sup> Sobald sich das fragliche Verhalten aber heimlich vollziehen soll, mangelt es mindestens am Kundgabevorsatz des Täters, der im Gegenteil nicht will, dass ein anderer – weder das Opfer noch ein Dritter – seines Verhaltens überhaupt gewahr wird. In den Regelfällen des Upskirting und anderer Formen des „Spannens“ wird mithin nicht nur die

<sup>39</sup> Hinreichend gemäß *Fischer* (Fn. 35), § 184i Rn. 3; *Renzikowski* (Fn. 28), § 184i Rn. 7.

<sup>40</sup> So auch *Berghäuser*, zitiert von *Warkentin*, FAZ v. 11.8.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/menschen/metoo-und-upskirting-immer-noch-in-der-grauzone-16328332.html?fbclid=IwAR2pFN-MMAZ8wHsWnte1HZZfM8zOZK3xkSCSEEWgu9wv0zXIyHFAU3wWl4g> (30.9.2019); *Löw*, Nürnberger Nachrichten v. 24./25.8.2019, S. 6; *Lorenz*, Stuttgarter Zeitung v. 12.8.2019, S. 2, abrufbar unter <https://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.metoo-im-musikgeschaef-von-gleichberechtigung-weit-entfernt.7484ea45-e596-4b6d-8219-3f64b00a59c0.html?reduced=true> (30.9.2019); zwischenzeitlich ebenfalls BR-Drs. 443/19, S. 7.

<sup>41</sup> BT-Drs. 18/9097, S. 30.

<sup>42</sup> Demgegenüber ist es im Rahmen des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB unbeachtlich, ob das Opfer die sexuelle Handlung wahrnimmt; *Hörnle* (Fn. 28), § 179 Rn. 40; *Renzikowski* (Fn. 28), § 177 Rn. 67.

<sup>43</sup> BT-Drs. 18/9097, S. 30; *Joecks/Jäger*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 12. Aufl. 2018, § 184i Rn. 4.

<sup>44</sup> BT-Drs. 18/9097, S. 30.

<sup>45</sup> *Hörnle* (Fn. 28), § 183 Rn. 11; *Laufhütte/Roggenbuck*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Fn. 28), § 183 Rn. 4; *Wolters*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 183 Rn. 5.

<sup>46</sup> Zur Frage einer Beleidigung durch das Zugänglichmachen der Aufnahmen an Dritte siehe nachfolgend 3. b).

<sup>47</sup> Dazu etwa und vorstehendes Zitat aus BGHSt 8, 357 (358).

<sup>48</sup> BGH NJW 1952, 476; vgl. auch BGHSt 7, 129 (130), zur Missachtung der Ehre des „elterlichen Gewalthabers“ bei eigenmächtiger Behandlung des Genitalbereichs eines Kindes.

<sup>49</sup> Zusammenfassend m.w.N. *Hilgendorf*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Fn. 28), § 185 Rn. 28; *Valerius*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 38), § 185 Rn. 29–29.1.

<sup>50</sup> *Hilgendorf* (Fn. 49), § 185 Rn. 10; *Joecks/Jäger* (Fn. 43), Vor § 185 Rn. 29, § 185 Rn. 21 f.; *Valerius* (Fn. 49), § 185 Rn. 17.

<sup>51</sup> *Hilgendorf* (Fn. 49), § 185 Rn. 19; *Valerius* (Fn. 49), § 185 Rn. 18–19.

Strafbarkeit gemäß § 184i StGB, sondern auch diejenige wegen Beleidigung an der gelungenen oder wenigstens gewollten Heimlichkeit des Vorgehens scheitern.<sup>52</sup>

*bb) Selbstständig beleidigender Inhalt*

Einer abweichenden Beurteilung wären hingegen noch solche Sachverhalte zugänglich, in denen der Täter sich so verhält, dass andere (sei es das Opfer, seien es Dritte) sein Verhalten wahrnehmen sollen, so beispielsweise, wenn der Täter das Opfer durch das als solches wahrgenommene Upskirting zu einer Reaktion provozieren will oder vor einem Dritten mit seinem Tun angibt. Auch in diesen Fällen bedürfte es aber des Nachweises, dass der Täter das Opfer in seiner Ehre herabwürdigt. In Wahrung des eigenständigen Unrechtsgehalts des § 185 StGB genügt der Rechtsprechung dabei nicht bereits die Geringschätzung, die der nicht einvernehmlichen Vornahme einer voyeuristischen Handlung anhaften mag. § 185 StGB ist kein „Auffangtatbestand“, der es erlauben würde, Handlungen allein deshalb zu bestrafen, weil sie der Verwirklichung eines Sittlichkeitsdeliktes nahekommen.<sup>53</sup> Damit der Tatbestand verwirklicht ist, muss dem Täterverhalten nach den gesamten Umständen vielmehr ein selbstständig beleidigender Inhalt anhaften. Der Täter muss durch begleitende Äußerungen oder anderweitig durch sein Verhalten eine herabsetzende Bewertung des Opfers zum Ausdruck bringen, die über die alleinige Vornahme einer sexuellen oder sexualbezogenen Handlung hinausgeht, sich aber aus deren konkreten Art und Weise oder Begleitumständen ergeben kann.<sup>54</sup> Bejaht wurde dies etwa vom OLG Karlsruhe in einem Fall, in dem der Täter seinem Opfer auf offener Straße entgegengetreten war und während seines Versuchs, jenem an das Geschlechtsteil zu greifen, „macht doch nichts“ gesagt hatte.<sup>55</sup> Soweit der Nachweis eines solchen selbstständig beleidigenden Verhaltens nicht erbracht werden kann, hindert sein

<sup>52</sup> So für einen Fall des Upskirting OLG Nürnberg NStZ 2011, 217 (218); siehe auch schon *Berghäuser*, zitiert in *Lorenz*, *Stuttgarter Zeitung* v. 12.8.2019, S. 2, abrufbar unter <https://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.metoo-im-musikgeschaefft-von-gleichberechtigung-weit-entfernt.7484ea45-e596-4b6d-8219-3f64b00a59c0.html?reduced=true> (30.9.2019); unterdessen entsprechend BR-Drs. 443/19, S. 7.

<sup>53</sup> So ausdrücklich zum Upskirting OLG Nürnberg NStZ 2011, 217 (217 mit Leitsatz 2, 218 m.w.N.); zum Beobachten auf der Toilette OLG Düsseldorf NJW 2001, 3562 (3563); LG Darmstadt NStZ-RR 2005, 140; vgl. außerdem zur Vornahme sexueller Handlungen BGHSt 36, 145 (149); allg. *Fischer* (Fn. 35), § 185 Rn. 11; grundsätzlich zustimmend *Hilgendorf* (Fn. 49), § 185 Rn. 30 f., der i.Ü. aber auf die meist gleichzeitige Verletzung des Achtungsanspruchs durch ein Sexualdelikt hinweist.

<sup>54</sup> OLG Karlsruhe NJW 2003, 1263 (1264); BGHSt 36, 145 (150); BGH NStZ 1986, 453 (454); NStZ 1992, 33 (34); *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 185 Rn. 4; *Joecks/Jäger* (Fn. 43), § 185 Rn. 16 f.

<sup>55</sup> OLG Karlsruhe NJW 2003, 1263 (1264).

Fehlen nach der heutigen Rechtsprechung eine Verfolgung des „Spannens“ als Ehrdelikt.

*2. Strafbarkeit des unbefugten Fotografierens oder Filmens gemäß § 201a Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 StGB?*

Kann der Täter wegen des voyeuristischen Teilakts strafrechtlich nicht belangt werden, schließt sich die Frage an, ob der zweite Teilakt des Upskirting, das unbefugte Herstellen einer Fotografie oder Filmaufnahme, für sich genommen einen tatsächlichen Anhaltspunkt bietet, an den zwar keine Strafbarkeit wegen sexueller Belästigung oder Beleidigung (s.o.), aber eine solche wegen Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs gemäß § 201a Abs. 1 StGB geknüpft werden kann.

*a) Höchstpersönlicher Lebensbereich*

§ 201a StGB schützt den sog. höchstpersönlichen Lebensbereich einer Person,<sup>56</sup> den die Gesetzesmaterialien mit der Intimsphäre, dem inneren Kern des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, gleichsetzen. Neben der inneren Gedanken- und Gefühlswelt mit ihren äußerlichen Manifestationen (z.B. in vertraulichen Briefen oder Tagebuchaufzeichnungen) sind hiervon solche Angelegenheiten erfasst, „für die ihrer Natur nach Anspruch auf Geheimhaltung besteht“, ob sie nun den Gesundheitszustand, Sachverhalte von Sexualität oder Nacktheit im Allgemeinen oder die Benutzung von Toiletten und Umkleiden im Besonderen betreffen.<sup>57</sup> Indem der Gesetzgeber einen so abgesteckten höchstpersönlichen Lebensbereich garantiert, verschafft er dem Einzelnen einen „letzten Rückzugsbereich“, d.h. einen unantastbaren, der Abwägung entzogenen Bereich menschlicher Freiheit.<sup>58</sup>

Dabei erfährt der Tatbestand des § 201a StGB jedoch zwei maßgebliche Einschränkungen, die in Sachverhalten des Upskirting und ähnlicher Verhaltensweisen zum Tragen kommen: Die Vorschrift schirmt den höchstpersönlichen Lebensbereich nur vor Bildaufnahmen ab und schützt höchstpersönliche Angelegenheiten traditionell – d.h. grundsätzlich (Ausnahmen seit dem Jahr 2015 in § 201a Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Nr. 3 und 4, Abs. 2 und 3 StGB<sup>59</sup>) – in bestimmten Rückzugsbereichen, wie sie eine Wohnung oder ein besonders gegen Einblick geschützter Raum bilden.<sup>60</sup> Während die

<sup>56</sup> Einfügung der Vorschrift durch das 36. StÄG v. 30.7.2004; BGBl. I, S. 2012.

<sup>57</sup> Sachverhalte von „Krankheit, Tod und Sexualität“; dazu und vorstehendes Zitat aus BT-Drs. 15/2466, S. 5; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl* (Fn. 28), § 201a Rn. 3; dazu *Heuchemer*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 38), § 201a Rn. 14; *Joecks/Jäger* (Fn. 43), § 201a Rn. 8; *Flechtsig*, ZUM 2004, 605 (609).

<sup>58</sup> Dazu und vorstehendes Zitat aus BT-Drs. 15/2466, S. 5.

<sup>59</sup> 49. StÄG v. 21.1.2015, BGBl. I, S. 10; ausführlich dazu *Busch*, NJW 2015, 979. Auf § 201a Abs. 2 StGB wird anlässlich der Erörterung des Zugänglichmachens der Upskirts und ähnlicher Aufnahmen an Dritte eingegangen.

<sup>60</sup> Vgl. § 201a Abs. 1 bis 3 StGB i.d.F. des 36. StÄG, heute normiert in § 201a Abs. 1 Nr. 1, 3 und 4 StGB; dazu und zum

tatbestandliche Voraussetzung einer Bildaufnahme anlässlich der Besprechung des dritten Teilakts (des Zugänglichmachens an Dritte) noch näher erörtert werden wird, widmen sich die nachfolgenden Ausführungen dem Merkmal des besonders gegen Einblick geschützten Raums.

### b) Geschützte Räume und Grenzen des Wortlauts

Solche besonders geschützten Räume i.S.d. § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB können nach den Gesetzesmaterialien beispielsweise Toiletten, Saunen, Solarien oder Umkleidekabinen sein.<sup>61</sup> Demgegenüber wird der höchstpersönliche Lebensbereich grundsätzlich (vorbehaltlich der vorangehend unter a) genannten Ausnahmen) nicht berührt durch Aufnahmen, die in der Öffentlichkeit angefertigt werden. Öffentlich zugängliche Orte hat der Gesetzgeber bewusst vom Tatbestand ausgenommen,<sup>62</sup> u.a. deshalb, weil der Einzelne damit rechnen müsse, dort abgelichtet zu werden.<sup>63</sup> Die Regelfälle des Upskirting und ähnlicher Verhaltensweisen – die sich an Rolltreppen, im Supermarkt, in U-Bahnen oder andernorts im öffentlichen Raum ereignen – sind dem Verbot des § 201a Abs. 1 StGB somit entzogen.<sup>64</sup> Weder Herstellung und Übertragung der Upskirts noch – im Anschluss hieran – das Zugänglichmachen selbiger an einen Dritten können nach § 201a Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 3 StGB verfolgt werden, wenn sich das Opfer zum Zeitpunkt der Herstellung oder Übertragung in keinem Raum befand, auf dessen besonderen Sichtschutz es vertrauen konnte.

Zu einem anderen Ergebnis kann man nach der geltenden Rechtslage auch nicht etwa gelangen, indem man auf eine Vergleichbarkeit, also nur wertungsmäßige Gleichheit der in § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB umschriebenen Sachverhalte mit denen des Upskirting verweisen wollte. Denn zwar baut die Frau durch das Tragen eines Rockes in ähnlicher Weise einen Sichtschutz auf, wie wenn sie sich hinter den Vorhang einer Umkleidekabine begibt. Ungeachtet dessen spricht das Gesetz aber explizit davon, dass die Verwirklichung des Tatbestandes den Eingriff in einen besonders gegen Einblick geschützten „Raum“ voraussetzt, in dem sich das Opfer zum Zeitpunkt der Tatbegehung „befinde[n]“ muss. Insoweit hindert eine nur vorübergehende räumliche Abgrenzung die Bejahung des Tatbestands noch nicht, sodass man die Entstehung eines Raums sowohl für den Fall des Spannens von Handtüchern zwischen vier Stöcken am Badestrand<sup>65</sup> als auch für das Aufstellen von Sichtschutzständern auf einem Kran-

kenhausflur bejaht hat.<sup>66</sup> Darüber hinaus jedoch bedarf es der – wenn ggf. auch nur temporär bestehenden, so doch – festen Eingrenzung einer Ausdehnung in Länge, Breite, Höhe,<sup>67</sup> was weder Funktion noch tatsächliche Wirkung eines herkömmlichen Kleidungsstücks ist, in dem sich nach dem allgemeinen Sprachgebrauch außerdem keine Person „befinden“ i.S.v. aufhalten kann. Wer Upskirting und vergleichbare Verhaltensweisen gleichwohl unter den Tatbestand des § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB subsumieren wollte,<sup>68</sup> verletzte nach geltendem Recht die Wortlautgrenze.

### 3. Strafbarkeit des Zugänglichmachens an Dritte?

Damit gilt es zuletzt, eine Strafbarkeit wegen des Zugänglichmachens der unbefugt erstellten Aufnahmen an Dritte zu erwägen. In diesem Zusammenhang wird auf die vorangehend im Rahmen des § 201a StGB vorläufig noch offen gelassene Fragestellung eingegangen, ob eine im Einzelfall ggf. fehlende Identifizierbarkeit der abgebildeten Person auf Upskirts und ähnlichen fotografischen oder filmischen Aufnahmen den Vorwurf strafbaren Verhaltens hindert.

#### a) § 201a Abs. 2 StGB, § 33 Abs. 1 i.V.m. § 22 KUG

Gemäß § 201a Abs. 2 StGB wird bestraft, wer unbefugt von einer anderen Person eine Bildaufnahme, die geeignet ist, dem Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schaden, einer dritten Person zugänglich macht. §§ 33, 22 KUG verbieten unter Strafandrohung, ohne Einwilligung des Abgebildeten ein Bildnis zu verbreiten oder öffentlich zur Schau zu stellen. Mit dem Merkmal der Bildaufnahme verlangt § 201a StGB die Möglichkeit der Identifizierung des abgebildeten Opfers, wenngleich die diesbezüglichen Anforderungen unterschiedlich streng als Identifizierbarkeit durch Dritte<sup>69</sup> oder durch das Opfer selbst, das die Bildaufnahmen der eigenen Person zuordnen kann,<sup>70</sup> formuliert werden. Aufgrund der notwendigen Eignung zur (in Anlehnung an den äußeren Ehrschutz zu konkretisierenden<sup>71</sup>) Ansehenschädigung wird man folgerichtig zumindest im Kontext des Abs. 2 auf die Identifizierbarkeit durch Dritte abzustellen haben. Unter einem Bildnis i.S.d. § 22 KUG wiederum versteht man die

durch das 49. StÄG gewandelten Gesetzeszweck *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 20. Aufl. 2019, § 31, Rn. 9 f.

<sup>61</sup> BT-Drs. 15/2466, S. 5.

<sup>62</sup> BT-Drs. 15/2466, S. 5.

<sup>63</sup> BT-Drs. 15/2466, S. 4; dazu *Flehsig*, ZUM 2004, 605 (606).

<sup>64</sup> Siehe auch schon *Berghäuser*, zitiert in *Löw*, Nürnberger Nachrichten v. 24./25.8.2019, S. 6; ebenso zwischenzeitlich BR-Drs. 443/19, S. 8.

<sup>65</sup> Zu diesem Beispiel siehe *Bosch*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 201a Rn. 9; *Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 35), § 201a Rn. 6.

<sup>66</sup> Dazu *Fischer* (Fn. 35), § 201a Rn. 8a; *Kargl* (Fn. 65), § 201a Rn. 6.

<sup>67</sup> Vgl. *Duden* (Fn. 6), S. 1426 mit Stichwort „Raum“, Ziffer 1 und 3.

<sup>68</sup> So noch *Flehsig*, ZUM 2004, 605 (610): „auch der ‚aufzeichnende Blick unter den Rock‘ in der Öffentlichkeit gehört dazu“; diesbezüglich schreibt *Bosch* (Fn. 65), § 201a Rn. 9 von einem „kaum verständlichen Interpretationsversuch[h]“.

<sup>69</sup> Siehe etwa *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 54), § 201a Rn. 7; *Kühl* (Fn. 57), § 201a Rn. 4, wobei eine mögliche Identifizierung über die abgebildete Umgebung (statt über persönliche Merkmale) ausreichen soll.

<sup>70</sup> BGH NSTZ 2015, 391 m.w.N.; *Fischer* (Fn. 35), § 201a Rn. 5; *Rengier* (Fn. 60), § 31, Rn. 16; *Kargl* (Fn. 65), § 201a Rn. 14 a.E.

<sup>71</sup> *Eisele* (Fn. 69), § 201a Rn. 39.

Darstellung einer natürlichen Person in einer für Dritten – wenn schon nicht für den flüchtigen Betrachter, so doch zumindest für einen mehr oder minder großen Bekanntenkreis – erkennbaren Weise, wobei sich die Erkennbarkeit nicht zwingend aus einer Abbildung der Gesichtszüge ergeben muss. Hinreichend ist etwa, dass der Abgebildete aufgrund von Merkmalen, die sich aus dem Bildnis ergeben und die gerade ihm eigen sind, erkennbar ist oder dass seine Person durch den beigegebenen Text oder durch den Zusammenhang mit früheren Veröffentlichungen erkannt werden kann.<sup>72</sup> Demgegenüber zeichnet sich eine Anzahl von Upskirts aber dadurch aus, dass auf ihnen nur ein kleiner, gemeinhin nicht unmittelbar sichtbarer und durch besondere Merkmale nicht gekennzeichnete Ausschnitt des menschlichen Körpers abgebildet ist.<sup>73</sup> Werden in Sachverhalten des Upskirting und vergleichbarer Verhaltensweisen allein solche Aufnahmen, auf denen das Opfer nicht erkennbar dargestellt ist, Dritten zugänglich gemacht, sind also bereits die Voraussetzungen des Bildnisses i.S.d. § 22 KUG und der (zur Ansehenschädigung geeigneten) Bildaufnahme i.S.d. § 201a Abs. 2 StGB nicht gegeben.

Stattdessen bleiben Betroffene in diesen Fällen auf die Geltendmachung einer Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB, Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG verwiesen.<sup>74</sup> Jedenfalls in Sachverhalten der eigenmächtigen Verbreitung von Nacktaufnahmen oder pornografischen Bildern bejaht die Rechtsprechung eine solche Persönlichkeitsrechtsverletzung unabhängig davon, ob die abgelichtete Person erkennbar ist.<sup>75</sup> Für die mutmaßliche Mehrzahl unbefugter hergestellter Upskirts, die von Unterwäsche bedeckte intime oder sonstige sexualbezogene Körperteile zeigen, müsste man die sexuelle Konnotation dieser Bilder bemühen, um eine entsprechend enge Verbindung zur Intimsphäre herzustellen, wie sie für Nacktaufnahmen (im eigentlichen Sinne) ausdrücklich angenommen worden ist.<sup>76</sup>

<sup>72</sup> Vgl. BGH NJW 1979, 2205; *Prinz/Peters*, Medienrecht, 1. Aufl. 1999, Rn. 827; *Slizyk*, Beck'sche Schmerzengeldtabelle 2019, Systematische Kommentierung, 15. Aufl. 2019, Rn. 209.

<sup>73</sup> Vgl. schon *Berghäuser*, zitiert in *Löw*, Nürnberger Nachrichten v. 24./25.8.2019, S. 6; mittlerweile auch BR-Drs. 443/19, S. 9.

<sup>74</sup> Allgemein zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht als „Auffangtatbestand“ im Verhältnis zu § 22 KUG siehe *Specht*, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 5, Vor § 22 KUG Rn. 3.

<sup>75</sup> BGH NJW 1974, 1947 (1948 f.); LG Duisburg BeckRS 2017, 106861 mit Rn. 29; LG Frankfurt a.M. BeckRS 2014, 19319 (zu einem Fall des „Sexting“); LG Frankfurt a.M., Urt. v. 19.1.2006 – 2/03 O 457/05 mit Rn. 14 (juris); dazu *Specht* (Fn. 74), § 22 KUG Rn. 6, Vor § 22 KUG Rn. 3; *Prinz/Peters* (Fn. 72), Rn. 827 a.E., 875; v. *Strobl-Alberg*, in: Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rn. 16; *Slizyk* (Fn. 72), Rn. 219.

<sup>76</sup> Vgl. zu § 201a (Abs. 3) StGB BR-Drs. 127/14, S. 15; *Eisele* (Fn. 69), § 201a Rn. 47: Maßgebliches Indiz für die Nackt-

#### b) § 185 StGB

Im Anschluss scheidet es in den Fällen mangelnder Identifizierbarkeit auch von vornherein aus, das Zugänglichmachen der Aufnahmen an Dritte als (selbstständige) Beleidigung verfolgen zu wollen, weil der Tatbestand des § 185 StGB zu seiner Verwirklichung voraussetzt, dass das Opfer für den Adressaten der Kundgabe erkennbar ist, d.h., dass es als beleidigte Person objektiv feststeht oder festgestellt werden kann und für den Dritten durch bestimmte Merkmale gekennzeichnet ist.<sup>77</sup>

#### 4. Belästigung der Allgemeinheit gemäß § 118 Abs. 1 OWiG

Im Ergebnis stellt man damit fest, dass Upskirting und vergleichbare Verhaltensweisen in einer Vielzahl der Fälle straflos sind, jedenfalls was ihre voyeuristischen und abbildenden Teillekte betrifft. Regelmäßig möglich bleibt (neben der zivilrechtlichen Geltendmachung einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts<sup>78</sup>) die Ahndung als Ordnungswidrigkeit wegen Belästigung der Allgemeinheit gemäß § 118 Abs. 1 OWiG.<sup>79</sup>

§ 118 Abs. 1 OWiG setzt voraus, dass der Täter eine „grob ungehörige Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen“. Grob ungehörig ist eine Handlung, die sich bewusst nicht in die für das gedeihliche Zusammenleben der Rechtsordnung erforderliche Ordnung einfügt und in einen deutlichen Widerspruch zur Gemeinschaftsordnung tritt.<sup>80</sup> Erforderlich ist also eine objektiv grobe Verletzung des Minimums an Regeln, ohne deren Be-

heit sei, ob zumindest Geschlechtsorgane oder Gesäß unbekleidet sind. Demgegenüber *Kühl* (Fn. 57), § 201a Rn. 9b m.w.N.; *Fischer* (Fn. 35), § 201a Rn. 27 (jeweils zu § 201a Abs. 3 StGB): Badekleidung oder Unterwäsche mit Nacktheit gleichsetzend.

<sup>77</sup> Vgl. BGHSt 9, 17 (18 f.), zur Beleidigung durch Weitergabe von Aktlichbildern; *Eisele/Schittenhelm* (Fn. 54), § 185 Rn. 9; *Hilgendorf* (Fn. 49), § 185 Rn. 10 a.E.; *Regge/Pegel*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 185 Rn. 30; jeweils m.w.N.

<sup>78</sup> Zur Frage der Persönlichkeitsrechtsverletzung vgl. aus der Rspr VG München BeckRS 2009, 48325; VGH München BeckRS 2009, 43260 mit Rn. 9 ff.; VGH Mannheim NVwZ-RR 2008, 700 (701).

<sup>79</sup> Zur Anwendung des § 118 Abs. 1 OWiG auf Sachverhalte des Upskirting siehe VG München BeckRS 2009, 48325; VGH München BeckRS 2009, 43260; ferner *Wersig/Steinl* (djb), Stellungnahme v. 11.7.2019, S. 1, abrufbar unter <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-16/> (30.9.2019).

<sup>80</sup> BGHSt 13, 241 (244); OLG Karlsruhe NJW 1970, 64 (jeweils zur grob ungebührlichen Handlung i.S.d. § 360 Abs. 1 Nr. 11 StGB a.F.); AG Göttingen NJW 1983, 1209 (1210); zusammenfassend *Senge*, in: Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Aufl. 2018, § 118 Rn. 6.

achtung auch eine für Entwicklungen offene Gesellschaft nicht auskommt.<sup>81</sup> Dem genügt nach der Rechtsprechung das Verhalten eines Upskirt-Fotografen, der durch die unbefugte Herstellung einschlägiger Fotografien in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingreife.<sup>82</sup> Da die Tathandlung lediglich „geeignet“ sein muss, die Allgemeinheit zu belästigen und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen (z.B. Unmutsäußerungen oder Abwehrmaßnahmen zu verursachen<sup>83</sup>), verlangt die Vorschrift nicht, dass das Tun des Täters tatsächlich (durch einen individuell nicht abgrenzbaren Personenkreis) wahrgenommen wird. Hinreichend ist die konkrete Möglichkeit der Wahrnehmung, und auf der Vorsatzebene,<sup>84</sup> dass der Täter es für möglich hält und billigend in Kauf nimmt, dass sein Tun bemerkt werden kann (nicht: bemerkt werden wird). Damit erfasst die Vorschrift auch heimliches Vorgehen der Täter, solange sich selbiges nur an einem allgemein zugänglichen Ort und somit in einem räumlichen Bereich ereignet, in dem regelmäßig andere Menschen unterwegs sind.<sup>85</sup>

Eine Abbildung des Unrechtsgehalts des Upskirting und ähnlicher Verhaltensweisen gelingt dem Gesetzgeber auf diesem Wege aber nur höchst unvollständig: Zum einen ist mit einer Regelung im Ordnungswidrigkeitenrecht eine verhältnismäßige Geringschätzung vom Unrecht der zu ahnenden Verhaltensweise verbunden, zum anderen und vor allem aber schützt § 118 Abs. 1 OWiG die öffentliche Ordnung,<sup>86</sup> während die Vorschrift der individuell erfahrenen Belästigung des einzelnen Rechtsgutsträgers nur mittelbar Rechnung trägt.<sup>87</sup> Eine entsprechende Kritik hatte schon die Aktivistin Martin an der früheren Rechtslage in England und Wales geäußert, nach der Upskirting nur als sog. „Outraging Public Decency“ verfolgt werden konnte. Bestimmend für ihr Engagement war die gewünschte Klarstellung, dass es sich bei Upskirting um ein Sexualdelikt handelt, das sich gegen ein individuelles Opfer richtet.<sup>88</sup>

### III. Handlungsmöglichkeiten des Gesetzgebers

Einem reformwilligen Gesetzgeber böte das Strafgesetzbuch nach dem Vorstehenden mithin verschiedene Anknüpfungspunkte, um Upskirting und vergleichbare Verhaltensweisen

unter Strafordrohung zu verbieten. Nachfolgend wird auf ausgewählte Handlungsoptionen einer tatbestandlichen Erweiterung des § 201a Abs. 1 StGB oder der sexuellen Belästigung (§ 184i Abs. 1 StGB) eingegangen.<sup>89</sup> Soweit man erwägt, einen eigenständigen (gleichermaßen den höchstpersönlichen Lebensbereich und/oder die sexuelle Selbstbestimmung schützenden) Tatbestand<sup>90</sup> zu normieren, sind die diesbezüglichen Ausführungen entsprechend zu bedenken.

#### 1. Strafbarkeit als Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs (§ 201a Abs. 1 StGB)

Eine naheliegende Option bildet die Ergänzung des Tatbestands der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs gemäß § 201a Abs. 1 StGB.

##### a) Zu schützende Enklaven im öffentlichen Raum

Wertungsmäßig steht das Upskirting den in § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB geregelten Sachverhalten nahe,<sup>91</sup> weil der Rock einer Frau gleichermaßen einen Sichtschutz bildet wie der Vorhang einer Umkleidekabine und die Frau mit dem Tragen des Rockes – ähnlich wie durch das Schließen des Vorhangs – zum Ausdruck bringt, dass sie die von Textilien verborgenen Körperregionen gerade nicht der Öffentlichkeit zeigen will.<sup>92</sup> Wer diese durch ein Kleidungsstück hergestellte

<sup>89</sup> Für eine Behandlung des Upskirting und vergleichbarer Verhaltensweisen als Ehrdelikt demgegenüber jüngst *Hilgen-dorf* auf dem Symposium „Gender, Macht und Recht“; siehe dazu *Warkentin*, FAZ v. 11.8.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/menschen/metoo-und-upskirting-immer-noch-in-der-grauzone-16328332.html?fbclid=IwAR2pFN-MMAZ8wHsWnte1HZZfM8zOZK3xkSCSEEWgu9wv0zXIyHFAU3wWl4g> (30.9.2019); *Löw*, Nürnberger Nachrichten v. 24./25.8.2019, S. 6.

<sup>90</sup> So bereits BR-Drs. 443/19 (für einen neuen § 184k StGB; dazu sogleich unter 3.). Ebenfalls mutmaßlich auf einen eigenständigen Tatbestand abzielend der angekündigte Gesetzentwurf des BMJV: „Aktuell erarbeiten wir Vorschläge, wie eine solche Strafnorm aussehen kann, und wollen das zügig umsetzen“ (*Hervorhebung* durch die *Verf.*); zitiert u.a. bei tagesschau.de v. 12.9.2019, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/inland/gesetz-upskirting-101.html> (30.9.2019); vgl. zwischenzeitlich auch BR-PIPr 980, S. 349.

<sup>91</sup> Entsprechende Wertung bei *Wersig/Steinl* (djb), Stellungnahme v. 11.7.2019, S. 3, abrufbar unter <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-16/> (30.9.2019); BR-Drs. 443/19, S. 11 f.

<sup>92</sup> Siehe auch *Berghäuser*, zitiert in *Warkentin*, FAZ v. 11.8.2019, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/menschen/metoo-und-upskirting-immer-noch-in-der-grauzone-16328332.html?fbclid=IwAR2pFN-MMAZ8wHsWnte1HZZfM8zOZK3xkSCSEEWgu9wv0zXIyHFAU3wWl4g> (30.9.2019); vgl. zur Funktion des Rocks als Kleidungsstück außerdem die Ausführungen des VG München BeckRS 2009, 48325.

<sup>81</sup> OLG Karlsruhe NStZ-RR 2000, 309 (310); *Gürtler*, in: *Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kommentar*, 17. Aufl. 2017, § 118 Rn. 4; *Senge* (Fn. 80), § 118 Rn. 6.

<sup>82</sup> VG München BeckRS 2009, 48325; VGH München BeckRS 2009, 43260 mit Rn. 9.

<sup>83</sup> *Senge* (Fn. 80), § 118 Rn. 19 a.E.

<sup>84</sup> Zum subjektiven Tatbestand des § 118 OWiG etwa *Senge* (Fn. 80), § 118 Rn. 21.

<sup>85</sup> VG München BeckRS 2009, 48325; VGH München BeckRS 2009, 43260, Rn. 10.

<sup>86</sup> *Senge* (Fn. 80), § 118 Rn. 2.

<sup>87</sup> So auch *Wersig/Steinl* (djb), Stellungnahme v. 11.7.2019, S. 1, abrufbar unter

<https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-16/> (30.9.2019); unterdessen ebenfalls BR-Drs. 443/19, S. 10.

<sup>88</sup> Siehe dazu die *Petition Martins*, abrufbar unter <https://www.thepetitionsite.com/de/takeaction/887/239/401/> (30.9.2019).

Sichtbarriere ohne Einverständnis des Opfers unterwandert und eine fotografische oder filmische Aufnahme von intimen oder sonstigen sexualbezogenen Körperregionen herstellt, greift gleichermaßen in die Intimsphäre eines anderen ein wie ein Täter, der in einem besonders geschützten Raum i.S.d. § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB ein beim Sich-Umkleiden begriffenes Opfer fotografiert. Der Rock bildet in der Öffentlichkeit nicht weniger eine Enklave des höchstpersönlichen Lebensbereichs als jene, die durch die Umkleidekabine im Kaufhaus oder die zwischen vier Stöcken gespannten Handtücher am Badestrand geschaffen wird. Insbesondere ist auch unerheblich, dass der vorhandene (hier durch Oberbekleidung hergestellte) Sichtschutz durch Nutzung mechanischer oder technischer Hilfsmittel umgangen werden kann. Dies beurteilt sich im Falle der unter einen Rock gehaltenen Kamera nicht anders als im Fall einer Umkleide- oder provisorischen „Umziehkabine“, deren Seitenbegrenzung ein Fotograf überwindet, indem er auf eine Leiter steigt oder mit einer Drohne über den Badestrand fliegt.<sup>93</sup> Es ist gerade das Kennzeichen eines „besonderen“ Sichtschutzes i.S.d. Gesetzes, dass es besonderer Maßnahmen bedarf, um die den Blick versperrende Barriere zu umgehen.<sup>94</sup>

In einer Vielzahl der Fälle wird die Strafbedürftigkeit entsprechenden Verhaltens stattdessen davon abhängen, ob oder inwieweit man auch Upskirts, auf denen die abgebildete Person nicht erkannt werden kann, vom Tatbestand des § 201a Abs. 1 StGB erfasst sehen will, sofern die Art der abgelichteten Körperteile nur einen hinreichenden Sexualbezug (d.h. Bezug zum höchstpersönlichen Lebensbereich) vermittelt.<sup>95</sup> Die Rechtsprechung hat die Vorschrift bislang immerhin dann zur Anwendung gebracht, wenn eine Aufnahme zwar nicht von Dritten, aber vom Abgebildeten selbst aufgrund hinreichend vorhandener Identifizierungsmerkmale der eigenen Person zugeordnet werden kann.<sup>96</sup>

#### b) Erschwerung des Einblicks und Art der Kleidung

Dabei drohte eine Integration des Upskirting und vergleichbarer Verhaltensweisen in den Tatbestand des § 201a Abs. 1 StGB jedoch Abgrenzungsschwierigkeiten zu produzieren, derer man sich vor einer gegebenenfalls darauf ausgerichteten Gesetzgebungsinitiative bewusst sein sollte. Dies liegt darin begründet, dass § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB einen objektiv bestehenden Sichtschutz verlangt, der zwar nicht zwingend

lückenlos sein muss, aber nach außen erkennbar den Einblick erschwert und vom Opfer im Einzelfall genutzt wird, sodass es darauf vertraut, nicht abgelichtet zu werden.<sup>97</sup> Soweit man einen so gestalteten Sichtschutz im Rahmen des § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB beispielsweise für ein Grundstück verneint, das im Bereich eines vergleichsweise niedrigen Gartentores von außen einsehbar ist,<sup>98</sup> würde sich für eine parallele Sanktionierung des Herstellens fotografischer oder filmischer Aufnahmen unterhalb der Oberbekleidung die Frage anschließen, welche Art der Kleidung einen entsprechend „besonderen“ Schutz vor Einblick zu entfalten weiß, nämlich objektiv den Blick auf intime oder sexualbezogene Körperteile erschwert und nach dem erkennbaren Willen des Trägers der Kleidung auch erschweren soll. Jedenfalls für die textile Verdeckung der nicht intimen, sondern nur sonstigen sexualbezogenen Körperstellen (wie der weiblichen Brust in Sachverhalten des Downblousing oder – nach dem Vorbild des Voyeurism Offences Act<sup>99</sup> – des Gesäßes in Fällen des Upskirting) könnten diesbezüglich Zweifel aufkommen, wenn etwa das tief ausgeschnittene Dirndl den Blick auf Teile der weiblichen Brust freigibt oder ein kurz geschnittener Minirock in der Bewegung den unteren Bereich des Gesäßes entblößt. Mit der Fragestellung nach der Eignung zum Sichtschutz machte man so verschiedentlich den Weg frei für eine Beurteilung der Funktion von Kleidungsstücken betroffener Personen,<sup>100</sup> was nicht nur den jeweils damit befassten Richter zu unangenehmen Abgrenzungen anhalten würde, sondern auch unerwünschte Neutralisierungstechniken von Tätern, ebenso wie eine Sekundärviktimsierung durch Dritte<sup>101</sup> befördern könnte. Erklärungen des Inhalts, wie sie die Initiatorinnen der Petition in Reaktion auf ihre Bemühungen nach Durchsetzung einer Gesetzesänderung berichten, bieten insoweit jedenfalls schon jetzt einen bedenklichen Ausblick: „Wenn ich ein billiges Flittchen sei und so einen Rock trage, dann müsste ich auch damit leben, dass ich darunter fotografiert werde. Ich würde es schließlich so wollen [...]“<sup>102</sup>

<sup>93</sup> Vgl. die Beispiele bei *Graf*, in: Joecks/Miebach (Fn. 77), § 201a Rn. 43.

<sup>94</sup> *Hoyer*, in: Wolter (Fn. 45), § 201a Rn. 19; *Rahmlow*, HRRS 2005, 84 (88).

<sup>95</sup> Bejahend *Wersig/Steinl* (djb), Stellungnahme v. 11.7.2019, S. 2, abrufbar unter

<https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-16/>

(30.9.2019); siehe auch schon *Valerius*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 28), § 201a Rn. 11, zu Nahaufnahmen von Körperteilen (z.B. Geschlechtsmerkmalen) einer Person; a.A. *Hoyer*, ZIS 2006, 1 (2).

<sup>96</sup> BGH NStZ 2015, 391, zur Anfertigung von Bildaufnahmen während der gynäkologischen Untersuchung; siehe dazu bereits oben II. 3. a) mit Fn. 70.

<sup>97</sup> *Eisele* (Fn. 69), § 201a Rn. 11; *Rahmlow*, HRRS 2005, 84 (87 f.); *Safferling*, Marburg Law Review 2008, 36 (40); *Hoyer* (Fn. 94), § 201a Rn. 19.

<sup>98</sup> *Graf* (Fn. 93), § 201a Rn. 42 (dort auch entsprechend für ein Büro mit vorhanglosem Fenster); ferner OLG Karlsruhe NJW-RR 2006, 987 (988).

<sup>99</sup> Siehe dazu bereits oben Fn. 3 und Sexual Offences Act 2003 Section 67A (1) (b) (i), (2) (b) (i) infolge der Änderung durch den Voyeurism (Offences) Act 2019 (Fn. 2).

<sup>100</sup> Darauf für eine etwaige Gesetzesänderung bereits hinweisend *Berghäuser*, zitiert in *Lorenz*, Stuttgarter Zeitung v. 12.8.2019, S. 2, abrufbar unter

<https://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.metoo-im-musikgeschaef-t-von-gleichberechtigung-weit-entfernt.7484ea45-e596-4b6d-8219-3f64b00a59c0.html?reduced=true> (30.9.2019).

<sup>101</sup> Zu Neutralisierungstechniken und Sekundärviktimsierung siehe bereits oben II. 1. a).

<sup>102</sup> Zitat aus einem Interview mit der Initiatorin Seidel, nachzulesen bei: *Zobel*, bento v. 26.4.2019, abrufbar unter

2. Strafbarkeit als sexuelle Belästigung (§ 184i Abs. 1 StGB)

Zusätzlich oder alternativ zu einer Änderung des § 201a Abs. 1 StGB wird von den Initiatorinnen der *Petition de lege ferenda* eine rechtliche Bewertung des Upskirting und ähnlicher Verhaltensweisen als sexuelle Belästigung begehrt,<sup>103</sup> wie sie auch bereits der Deutsche Juristinnenbund vorge schlagen hat.<sup>104</sup> Dem vorausgesetzt wäre, dass man durch das „Spannen“ auf Körperteile, die der allgemeinen Wahrnehmung durch das Tragen von Oberbekleidung entzogen sind, das Schutzgut der Sexualdelikte beeinträchtigt sähe, dies jedenfalls dann, wenn sich das voyeuristische Verhalten unter Verwendung von Hilfsmitteln vollzieht<sup>105</sup> und/oder der Täter das voyeuristisch Betrachtete auf einer Fotografie oder Film aufnahme perpetuiert.

Mithin müsste man einen Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung bejahen, obwohl es in einschlägigen Sachverhalten aufgrund der regelmäßigen Heimlichkeit des Vorgehens an einer vorsätzlichen körperlichen Berührung und einer vorsätzlich dadurch herbeigeführten sexuellen Belästigung mangelt. Während es noch nachvollziehbar ist, dass man dem Bedürfnis der Betroffenen Rechnung tragen möchte, die Tat als Verletzung ihrer sexuellen Selbstbestimmung zu kennzeichnen, mahnt indes der allgemeine Grundsatz der Strafbedürftigkeit zur Vorsicht. Der Rückgriff auf das Strafrecht bildet im Verhältnis der verschiedenen Teilrechtsordnungen die *ultima ratio* und setzt eine gewisse Erheblichkeit der zu verfolgenden Rechtsgutsverletzung voraus. Die Strafgesetze bleiben so notwendigerweise fragmentarisch, und nicht alle Verhaltensweisen, die ein geschütztes Rechtsgut beeinträchtigen, werden durch sie sanktioniert. Der Gesetzgeber hat sich aber erst 2016 entschlossen, die in § 184h Nr. 1 StGB normierte Erheblichkeitsgrenze zu unterschreiten, indem er die sexuelle Belästigung ahndet.<sup>106</sup> Mit dem Verzicht auf die

<https://www.bento.de/politik/upskirting-frauen-unter-den-rock-zu-fotografieren-ist-in-deutschland-nicht-strafbar-eine-petition-soll-das-aendern-a-52b26cef-3aee-4a49-82b4-4c15e7391e0a> (30.9.2019); weiterführend dazu bereits oben II. 1. a).

<sup>103</sup> So ausdrücklich die Initiatorin Seidel im Interview mit *Kolosowa*, *Zeit Campus* v. 26.7.2019, abrufbar unter <https://www.zeit.de/campus/2019-07/upskirting-frauen-heimlich-fotografieren-rock-verbot-straftat> (30.9.2019): „Wir befürchten, dass Politikerinnen und Politiker gegen das Upskirting vorgehen, indem sie das Gesetz zur Verletzung des persönlichen [sic] Lebensbereichs durch Bildaufnahmen ausweiten. [...] Aber das ist nicht genug. [...] Wir wollen, dass Upskirting als sexuelle Belästigung zählt.“

<sup>104</sup> *Wersig/Steinl* (djb), *Stellungnahme* v. 11.7.2019, S. 1, abrufbar unter <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-16/> (30.9.2019); für die Prüfung einer Änderung des § 184i StGB zwischenzeitlich auch der Entschließungsantrag der Länder Rheinland-Pfalz, Bremen, BR-Drs. 423/19, S. 4.

<sup>105</sup> Vgl. *Sexual Offences Act 2003 Section 67A (1) (a)* infolge der Änderung durch den *Voyeurism (Offences) Act 2019* (Fn. 2).

<sup>106</sup> Dazu oben II. 1. a) aa) mit Fn. 33.

Voraussetzung einer körperlichen Berührung – in § 184i StGB oder einem neu einzufügenden Sexualdelikt – würde er die Anforderungen an die Strafbedürftigkeit in kürzester Zeit ein weiteres Mal reduzieren.<sup>107</sup> In Abhängigkeit von der konkreten Gesetzesformulierung könnte er das Sexualstrafrecht gar für eine weite Spannbreite belästigender (nicht nur voyeuristischer) Verhaltensweisen öffnen.<sup>108</sup> Die Diskussion über die Verfolgung der sexuellen Belästigung im Wege der Strafe<sup>109</sup> würde so neu entfacht.

Demgegenüber wäre eine Gesetzesfassung, welche den Verzicht auf das Merkmal der körperlichen Berührung zu kompensieren suchte, indem sie die fotografische oder filmische Perpetuierung der voyeuristischen Betrachtung im Tatbestand berücksichtigt,<sup>110</sup> ähnlichen Bedenken ausgesetzt, wie sie in jüngerer Zeit schon im Zusammenhang mit dem Verbot der geschäftsmäßigen Suizidhilfe (§ 217 StGB) formuliert worden sind.<sup>111</sup> Denn zwar ist es zutreffend, dass ein

<sup>107</sup> Jedenfalls die Empfehlungen der Reformkommission zum Sexualstrafrecht weisen nicht in diese Richtung; vgl. Abschlussbericht v. 19.7.2017, S. 307–312, abrufbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abschlussbericht\\_Reformkommission\\_Sexualstrafrecht.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.html) (30.9.2019).

<sup>108</sup> Frankreichs Ahndung der sog. Straßenbelästigung („*le harcèlement de rue*“) gibt ein beredtes Zeugnis davon, wie sich ein Staat – und sei es auch nur im Ordnungswidrigkeitenrecht – entschließen kann, bereits insistierenden Blicken, Pöffen, dem bedrängenden Aufrücken in der U-Bahn und auch sexistischen Kommentaren zwangsweise Einhalt zu gebieten; vgl. *Le Monde* v. 24.2.2018, abrufbar unter: [http://www.lemonde.fr/societe/article/2018/02/24/harcelement-de-rue-un-rapport-parlementaire-pour-une-amende-immediate-de-90-euros\\_5261854\\_3224.html#FaEsGdlJ5LoBXEKh.99](http://www.lemonde.fr/societe/article/2018/02/24/harcelement-de-rue-un-rapport-parlementaire-pour-une-amende-immediate-de-90-euros_5261854_3224.html#FaEsGdlJ5LoBXEKh.99) (30.9.2019).

<sup>109</sup> Krit. bereits zur aktuellen Rechtslage *Fischer* (Fn. 35), § 184i Rn. 2 ff., insbesondere Rn. 2, 5a und 12; *Frommel* (Fn. 35), § 184i Rn. 4; vor dem 50. StÄG *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht Besonderer Teil*, 3. Aufl. 2015, § 10, Rn. 21.

<sup>110</sup> So in der Zwischenzeit ausdrücklich die Begründung des Entwurfs eines neuen § 184k StGB gem. BR-Drs. 443/19, S. 12.

<sup>111</sup> Vgl. zu § 217 StGB die Kritik an der Formulierung einer strafbarkeitsbegründenden Geschäftsmäßigkeit, so u.a. *Duttge* NJW 2016, 120 (122); *Hoven* ZIS 2016, 1 (3, 7); *Merkel*, *Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung am 23.9.2015 im Ausschuss des Deutschen Bundestages für Recht und Verbraucherschutz*, S. 3 f., abrufbar unter [https://www.bundestag.de/resource/blob/388404/%20ad2069\\_6aca7464874fd19e2dd93933c1/merkel-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/388404/%20ad2069_6aca7464874fd19e2dd93933c1/merkel-data.pdf) (30.9.2019). Ob des spezifischen Gesetzeszwecks, gerade die aus einer geschäftsmäßigen Struktur entspringenden Gefahren abzuwenden, bildet die organisierte potenzielle Wiederholung dort aber noch eine durch einen legitimen Zweck gedeckte Diffe-

Upskirt-Fotograf sich oder Dritten die Möglichkeit verschafft, ein Abbild der intimen (sexualbezogenen) Körperteile des Opfers beliebig oft zu betrachten, sodass dieses eventuell wiederholt und gegebenenfalls gar auf unbestimmte Zeit der Schaulust anderer Personen ausgesetzt ist. Allein die drohende oder gewollte Wiederholung eines für sich genommen nach § 184i StGB nicht strafwürdigen Verhaltens (des „Spannens“) vermag den Unrechtsgehalt einer sexuellen Belästigung aber nicht zu begründen.

### 3. Eigenständige Strafbarkeit (§ 184k StGB-E)

Der jüngst erst vorgelegte Gesetzentwurf der Länder Bayern, Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen und Saarland<sup>112</sup> schließlich vermeidet eine Änderung der §§ 201a und 184i StGB und unternimmt stattdessen den Versuch, die Charakteristika der beiden Vorschriften in einem eigenständigen Straftatbestand, dem neu einzufügenden § 184k StGB-E (Bilddaufnahme des Intimbereichs), zusammenzuführen.<sup>113</sup> Während die Tat in weitgehender Anlehnung an § 201a Abs. 1 StGB beschrieben wird,<sup>114</sup> wird die Vorschrift systematisch – unter Rücksichtnahme auf das Empfinden der Betroffenen<sup>115</sup> und auch aus generalpräventiven Gründen<sup>116</sup> – in den 13. Abschnitt über Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung eingestellt.<sup>117</sup> Soweit der vorgeschlagene Tatbestand damit hybridartig eine an § 201a Abs. 1 StGB angelehnte Gesetzesformulierung mit der Schutzrichtung des § 184i StGB kombiniert, beanspruchen die vorangegangenen Ausführungen zu einer möglichen Änderung des § 201a StGB bzw. § 184i StGB jeweils entsprechende Geltung.

Darüber hinaus sei kritisch angemerkt, dass die skizzierte neue Gesetzesfassung nicht nur Konflikte mit dem Bestimmtheitsgrundsatz produzieren würde, soweit sie mit dem Begriff des „Intimbereichs“ den ggf. auch von Unterwäsche bedeckten „Bereich der Genitalien, des Gesäßes *oder* unmittelbar angrenzende Bereiche der Oberschenkel“ zu beschreiben sucht<sup>118</sup> sowie die Tatmodalität des Herstellens unnö-

renzung; so schon *Berghäuser*, ZStW 128 (2016), 741 (763 f. mit Fn. 93); im Anschluss *dies.*, GA 2017, 383.

<sup>112</sup> BR-Drs. 443/19.

<sup>113</sup> Vgl. aus der Entwurfsbegründung BR-Drs. 443/19, S. 11. Unter Beschränkung auf den „Intimbereich“ erteilt der Entwurf Bestrebungen, das Downblousing strafgesetzlich zu sanktionieren, mithin eine Absage.

<sup>114</sup> BR-Drs. 443/19, S. 13, 16. Abweichend u.a. das Absichtserfordernis in § 184k Abs. 1 StGB-E, mit dem die Entwurfsverfasser einer befürchteten Überkriminalisierung des Fotografierens oder Filmens im öffentlichen Raum begegnen wollen, ebenso der Verzicht auf den Taterfolg einer Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs, der im Fall der unbefugten Bilddaufnahme vom Intimbereich immer betroffen ist.

<sup>115</sup> BR-Drs. 443/19, S. 6, 13.

<sup>116</sup> BR-Drs. 443/19, S. 12 f.

<sup>117</sup> BR-Drs. 443/19, S. 13, 16; BR-PIPr 980, S. 348; insoweit zweifelnd der Parlamentarische Staatssekretär Lange (BMJV), BR-PIPr 980, S. 349.

<sup>118</sup> BR-Drs. 443/19, S. 17 (*Hervorhebung durch die Verf.*).

gerweise konkretisiert. Vor allem ebnete ein solcher Hybrid-Tatbestand die tatbestandsspezifischen Unterschiede zwischen einer Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung und einer solchen des höchstpersönlichen Lebensbereichs ein, indem er zwischen dem voyeuristischen und abbildenden Teilakt des Upskirting nicht trennt. So klingt in der Entwurfsbegründung verschiedentlich an, dass ein Upskirt-Fotograf die sexuelle Selbstbestimmung maßgeblich deswegen verletze, weil er sich den „visuellen Zugriff“ auf intime Körperbereiche des Opfers verschafft, d.h. „über die Bilddaufnahme“<sup>119</sup> und/oder „mittels eines Aufnahmeggeräts unter Überwindung eines Blickschutzes“<sup>120</sup> spannt. Weil § 184k StGB-E aber das Merkmal der Bilddaufnahme voraussetzt (das im neuen systematischen Zusammenhang keine Identifizierbarkeit der abgebildeten Person mehr verlangen soll<sup>121</sup>), knüpft die vorgeschlagene neue Vorschrift erst an den abbildenden Teilakt des Upskirting an. Wer sich also mithilfe eines Aufnahmeggeräts nur einen Blick auf die geschützten Körperbereiche verschafft, ohne den Auslöser zu betätigen, bliebe im Einklang mit der gesetzgeberischen Wertung zur Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs (§ 201a StGB)<sup>122</sup> straflos. Mit dem vorgeblichen Zweck des Entwurfs, vor unbefugter sexuell konnotierter Betrachtung des Intimbereichs zu schützen, harmonierte ein solches Ergebnis hingegen schwerlich; dies umso weniger, als die bloße Gelegenheit zur Wiederholung des „Spannens“ (unter Zuhilfenahme der Bilddaufnahme) kein eigenständiges Unrecht schafft.<sup>123</sup>

### IV. Schlussbemerkungen

Eingedenk all dessen verdient es Zustimmung, wenn der Deutsche Juristinnenbund eine „sorgfältig[e] Prüfung hinsichtlich einer gesetzgeberischen Intervention“ anmahnt.<sup>124</sup> Ob derlei Mahnungen nun der Sorge vor einem möglicherweise überschießenden Aktionismus geschuldet sind (so die *Verf.*) oder Ausdruck weiterreichender Ambitionen sind (so der Juristinnenbund, der einen Schutz vor dem „umfassenderen Proble[m] der Belästigung von Frauen im öffentlichen Raum und neuer Formen digitaler Gewalt“, ebenso wie eine Nachbesserung der bestehenden Normen des Sexualstrafrechts, erreichen möchte<sup>125</sup>): Im einen wie im anderen Fall

<sup>119</sup> Vgl. dazu und vorstehende Zitate aus BR-Drs. 443/19, S. 13 („über die Bilddaufnahme den visuellen Zugriff [...] verschafft“), ferner S. 5 („visuelles Eindringen in den körperlichen Intimbereich einer Person“).

<sup>120</sup> BR-Drs. 443/19, S. 14, vgl. auch S. 16 f. („durch das Aufnahmeggerät vermittelte[r] Blick“).

<sup>121</sup> BR-Drs. 443/19, S. 17 f.

<sup>122</sup> Zur Straflosigkeit des Beobachtens mit einem Aufnahmeggerät gem. § 201a StGB *Kargl* (Fn. 65), § 201a Rn. 14.

<sup>123</sup> Siehe schon oben unter 2.

<sup>124</sup> Dazu und vorstehendes Zitat aus *Wersig/Steinl* (djb), Stellungnahme v. 11.7.2019, S. 2, abrufbar unter <https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-16/> (30.9.2019).

<sup>125</sup> *Wersig/Steinl* (djb), Stellungnahme v. 11.7.2019, S. 2, abrufbar unter

sind sie dem Umstand geschuldet, dass durch die Petition von Seidel und Sassenberg grundlegende Rechtsfragen aufgeworfen werden, die als solche vor dem Entwurf einer etwaigen Gesetzesänderung eine eingehende Erörterung verdienen. Nach vorliegend vertretener Ansicht bedarf die gegenwärtig noch eher diffus geführte öffentliche Diskussion weiterer Präzisierung, um u.a. zu entscheiden,<sup>126</sup>

Beitrag die verhältnismäßig leisere Hoffnung gegenübergestellt, dass künftige (teils bereits in Vorbereitung befindliche) Gesetzgebungsinitiativen dieser Komplexität die gebotene Achtung zollen werden.

- welche Verhaltensweisen man überhaupt unter Strafandrohung verbieten will (nur das unbefugte Anfertigen eines Upskirts und dessen Übertragung wie Zugänglichmachen an Dritte oder bereits das unbefugte Betrachten, nach dem Vorbild des Voyeurism [Offences] Act 2019 mit Hilfsmitteln<sup>127</sup> oder gegebenenfalls auch ohne Verwendung solcher?<sup>128</sup>),
- welche Rechtsgüter man durch diese Verhaltensweisen jeweils beeinträchtigt sieht (nur das Recht am eigenen Bild oder den Kern des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im höchstpersönlichen Lebensbereich und/oder auch die sexuelle Selbstbestimmung im Besonderen?),
- ob und inwieweit ein Verbot gerade einer Regelung im Strafgesetzbuch bedarf oder eine Regelung im Ordnungswidrigkeitenrecht genügen würde (insbesondere, inwieweit körperliche Berührung oder Identifizierbarkeit unerlässliche Voraussetzungen einer strafbedürftigen Handlung nach den §§ 184i bzw. 201a StGB bilden), und schließlich
- welche Folgen eine Integration des Upskirting in bestehende Straftatbestände eventuell nach sich zöge (z.B. die Förderung täterlicher Neutralisierungstechniken und sekundärer Viktimisierung durch Diskussion über den besonderen Sichtschutz im Rahmen des § 201a StGB) und ob der deutsche Gesetzgeber diese zu tragen bereit wäre oder aber wie er solche zu vermeiden gedenkt.

Aus diesem Grunde sei einem etwaigen öffentlichen „Aufschrei“<sup>129</sup> nach einer schnell umzusetzenden und möglichst weitreichenden gesetzlichen Regelung mit vorliegendem

---

<https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-16/> (30.9.2019), unter Verweis auf *dies.*, Stellungnahme v. 7.3.2019, abrufbar unter

<https://www.djb.de/verein/Kom-u-AS/K3/st19-06/> (30.9.2019).

<sup>126</sup> Weitere Fragen aufwerfend der Parlamentarische Staatssekretär Lange (BMJV) in der 980. Sitzung des Bundesrats; BR-PIPr 980, S. 349.

<sup>127</sup> Vgl. Sexual Offences Act 2003 Section 67A (1) (a) infolge der Änderung durch den Voyeurism (Offences) Act 2019 (Fn. 2).

<sup>128</sup> Gegen eine Strafbedürftigkeit und -würdigkeit des „fremden Blicks“ noch BT-Drs. 15/2466, S. 4.

<sup>129</sup> Zitat aus der Presse: „Wir brauchen immer einen Aufschrei“, siehe *Kreutzer*, ze.tt v. 2.2.2019, abrufbar unter: <https://ze.tt/heimliches-fotografieren-wie-upskirting-in-deutschland-endlich-verboden-werden-kann/> (30.9.2019).

---