

Die strafrechtliche Bewertung des Fotografierens von Unfalltoten *de lege lata* und *de lege ferenda*

Zur geplanten Erweiterung des § 201a StGB

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. **Tamina Preuß**, Würzburg

I. Einführung

In jüngster Zeit häufen sich die Berichte über „Gaffer“ bei Verkehrsunfällen. Gemeint sind Personen, die an der Unfallstelle langsamer werden oder sogar stehen bleiben, um die verunfallten Fahrzeuge und die Verletzten oder Toten mit ihren Smartphones zu fotografieren oder zu filmen und hierdurch unter Umständen die Rettungsarbeiten behindern. Das Bildmaterial wird oftmals an Medienunternehmen zur Veröffentlichung weitergegeben¹ oder in den sozialen Medien geteilt, sodass sich manche Unfallopfer „schneller auf YouTube als im Rettungswagen“² wiederfinden. Für die Angehörigen der Verunfallten kann die – möglicherweise unvorbereitete – Konfrontation mit den Bildern traumatisierend wirken.³ Das neuerdings gehäuft vorkommende Phänomen des „Gaffens“ ist aber kein vollkommen neuartiges: Bereits in den 1990er-Jahren wurde wegen des Problems der Schaulustigen u.a. beim Rheinhochwasser der Ruf nach schärferen Gesetzen laut.⁴ Durch die ständige Verfügbarkeit von Smartphones mit hochauflösender Bildqualität und die zunehmende Tendenz, sein Leben durch Messenger und soziale Netzwerke permanent „zu teilen“ hat es allerdings mittlerweile eine neue Dimension angenommen. So führen bei einem schweren Unfall auf der Autobahn 10 zwischen dem Dreieck Havelland und der Anschlussstelle Oberkrämer bei Berlin am 24.2.2018, bei dem ein mit Papier beladener LKW umgekippt war und sich quer über die komplette Fahrbahn legte, wobei dessen Fahrer schwer verletzt und durch zwei Folgeunfälle zwei weitere Menschen schwere Verletzungen erlitten,⁵ etliche Fahrzeuge an der Unfallstelle vorbei und filmten bzw. fotografierten den Vorfall mittels Handy.⁶ Ein Autofahrer, der seinen Pkw auf der Autobahn geparkt hatte und über die Mittelleitplanke stieg, um das Unfallgeschehen zu fotografieren, erhielt eine Anzeige wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr.⁷ Zu vergleichbarem Verhalten kam es bei einem Unfall

mit drei Toten auf der Autobahn 3 bei Rohrbrunn im Spessart am 9.11.2017. Nach Umstürzen eines Kieslasters durchbrach ein Paketlasterfahrer bei dem Versuch auszuweichen die Mittelleitplanke und prallte in einen entgegenkommenden Transporter.⁸ Die Strecke wurde komplett gesperrt; nur auf der Gegenfahrbahn ließ die Polizei Fahrzeuge in Schrittgeschwindigkeit passieren. Als die Leichen der Unfallopfer geborgen wurden, zückten mehrere LKW-Fahrer ihre Handys und filmten die Verstorbenen aus ihren Führerkabinen, aus denen sie die von den Rettungskräften aufgestellten Sichtschutzwände übersehen konnten.⁹ Daraufhin bespritzte Feuerwehrmann Rudi H. die Seitenfenster der LKW mit Wasser aus dem Feuerweherschlauch, wofür er Kritik seitens seines Einsatzleiters und der Polizei erntete, aber in den sozialen Netzwerken sehr viel Zuspruch erfuhr.¹⁰

Der Gesetzgeber reagierte auf die zunehmende Erschwerung von Rettungsarbeiten durch „Gaffer“, indem er durch das 52. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften – vom 23.5.2017¹¹ in § 323c Abs. 2 StGB mit Wirkung zum 30.5.2017 die Behinderung von hilfeleistenden Personen – nicht nur „professioneller“ Retter, sondern auch privater Ersthelfer¹² – unter Strafe stellte. Zuvor war in § 114 Abs. 3 StGB a.F. nur die Behinderung Hilfeleistender der Feuerwehr, des Katastrophenschutzes oder eines Rettungsdienstes unter Strafe gestellt, sofern sie durch Drohung oder

<https://www.morgenpost.de/berlin/polizeibericht/article213539103/Umgestuerzter-Lkw-blockiert-die-A10.html> (24.5.2018).

⁸ BR24 v. 9.11.2017, abrufbar unter:

<https://www.br.de/nachrichten/unterfranken/inhalt/a3-bei-rohrbrunn-lkw-unfall-forderte-drei-todesopfern-102.html> (24.5.2018).

⁹ *Havliza*, DRiZ 2018, 86 (86).

¹⁰ RP Online v. 13.11.2017, abrufbar unter:

<http://www.rp-online.de/panorama/deutschland/unfall-gaffer-auf-a3-mit-wasser-bespritzt-kein-strafverfahren-gegen-feuerwehrmann-aid-1.7200968> (24.5.2018); SZ v. 13.11.2017, abrufbar unter:

<http://www.sueddeutsche.de/bayern/unfall-auf-der-a-wasser-gegen-gaffer-polizei-kritisiert-feuerwehrmann-1.3747032> (24.5.2018). Rudi H. hat mittlerweile gemeinsam mit dem Antenne Bayern-Team ein Lied gegen „Gaffer“ aufgenommen, Merkur.de v. 20.3.2018, abrufbar unter:

<https://www.merkur.de/bayern/er-spritzte-gaffer-mit-wasser-ab-jetzt-macht-er-etwas-voellig-unerwartetes-9370954.html> (20.03.2018).

¹¹ BGBl. I 2017, S. 1226.

¹² v. *Heintschel-Heinegg*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.2.2018, § 323c Rn. 26; *Kubiciel*, jurisPR-StrafR 11/2017, Anm. 1.

¹ *Heger/Jahn*, KriPoZ 2017, 113 (117); *Pistorius*, ZRP 2016, 158.

² *Gasch/Weber*, Kriminalistik 2017, 571 (571).

³ Überlebt der Betroffene, droht Retraumatisierung, *Gasch/Weber*, Kriminalistik 2017, 571 (575, 577).

⁴ *Gasch/Weber*, Kriminalistik 2017, 571 (571). Vgl. auch *Scheffer*, NJW 1995, 232 (232).

⁵ Berliner Morgenpost v. 25.2.2018, abrufbar unter: <https://www.morgenpost.de/berlin/polizeibericht/article213539103/Umgestuerzter-Lkw-blockiert-die-A10.html> (24.5.2018).

⁶ BERNAU LIVE v. 24.2.2018, abrufbar unter: <https://bernaulive.de/umgekippter-lkw-sorgt-fuer-verkehrschao-auf-der-a10/> (24.5.2018).

⁷ Berliner Morgenpost v. 25.2.2018, abrufbar unter:

mit Gewalt erfolgte.¹³ Das abstrakte Gefährdungsdelikt¹⁴ des § 323c Abs. 2 StGB greift jedoch nur, wenn es zu einer spürbaren, nicht unerheblichen Störung der Rettungstätigkeit, wodurch die Hilfsmaßnahmen zumindest erschwert werden, kommt.¹⁵ Wenn das Unfallopfer bereits verstorben ist und keine weiteren Schäden für andere Rechtsgüter drohen, wird das Blockieren von Rettungskräften nicht erfasst.¹⁶ Gleiches gilt für das bloße „Gaffen“ ohne Auswirkungen auf die Rettungstätigkeit.

Das Filmen oder Fotografieren von verletzten Unfallopfern ist von § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB, worin das unbefugte, den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzende Herstellen und Übertragen einer Bildaufnahme, welche die Hilflosigkeit einer anderen Person zur Schau stellt, unter Strafe gestellt ist, erfasst,¹⁷ während die Aufnahme von Toten de lege lata straffrei bleibt. Nachdem im Jahre 2016 ein gleichlautender Gesetzentwurf¹⁸ nicht umgesetzt wurde, hat der Bundesrat am 2.3.2018 den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches (StGB) – Effektive Bekämpfung von so genannten „Gaffern“ sowie Verbesserung des Schutzes des Persönlichkeitsrechts von Verstorbenen¹⁹ beschlossen. Kernstück des nach einem Blick auf die aktuelle Rechtslage (II.) im Detail vorgestellten Gesetzentwurfs (III.) ist die Aufnahme der Strafbarkeit von Bildaufnahmen verstorbener Personen in § 201a StGB.

II. Aktuelle Rechtslage

Bevor der de lege lata geltende strafrechtliche Persönlichkeitsschutz Verstorbener untersucht wird, soll zunächst an die verfassungsrechtliche Herleitung des Persönlichkeitsschutzes post mortem erinnert werden.

1. Verfassungsrechtliche Herleitung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Verstorbene nicht Träger des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, da dieses die Existenz einer lebenden Person voraussetzt. Verstorbenen kommt aber ein aus der Unverletzlichkeit der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitetes postmortales Persönlichkeitsrecht zu.²⁰ Geschützt ist der allgemeine Ach-

tungsanspruch, der dem Menschen kraft seines Personseins zusteht. Dieser Schutz bewahrt den Verstorbenen insbesondere davor, herabgewürdigt oder erniedrigt zu werden. Schutz genießt aber auch der sittliche, personale und soziale Geltungswert, den die Person durch ihre eigene Lebensleistung erworben hat. Das postmortale Persönlichkeitsrecht ist in seiner Schutzwirkung nicht mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht deckungsgleich und gegenüber anderen Rechtsgütern nicht abwägungsfähig.²¹ Der postmortale Persönlichkeitsschutz schwindet mit Zeitablauf in dem Maße, in dem die Erinnerung an den Verstorbenen verblasst.²²

2. Strafrechtlicher Schutz des postmortalen Persönlichkeitsrechts

a) Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen, § 201a StGB

De lege lata lässt sich das Fotografieren bzw. Filmen von Verstorbenen nicht unter die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen nach § 201a StGB subsumieren, denn Aufnahmegegenstand kann nur eine „andere Person“ sein. Dass Verstorbene nicht unter § 201a StGB fallen, ergibt sich bereits im Umkehrschluss aus § 203 Abs. 4 StGB.²³ Mit einer „anderen Person“ wird – auch in sonstigen Strafnormen des StGB (§§ 174 ff., 223 ff., 232 ff. StGB) – stets eine lebende Person bezeichnet; anderenfalls spricht das StGB vom „Verstorbenen“ (§§ 168, 189 StGB),²⁴ sodass die Anwendung von § 201a StGB auf Bildaufnahmen von Toten gegen das strafrechtliche Analogieverbot aus § 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen würde.²⁵ Geht der Täter irrtümlich davon aus, dass eine tatsächlich verstorbene Person noch lebt, verwirklicht er einen nach derzeitiger Rechtslage nicht strafbaren (untauglichen) Versuch des § 201a StGB. Hält er eine lebende Person für bereits verstorben, fehlt es am Vorsatz; eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ist nicht normiert.

b) Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener, § 189 StGB

§ 189 StGB schützt nach überwiegender, aber nicht unbestrittener²⁶ Auffassung ein gegenüber der Ehre eingeschränktes

Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 81. Lfg., Stand: September 2017, Art. 1 Abs. 1 Rn. 57 m.w.N.

²¹ BVerfG NJW 2001, 2957 (2958 f.).

²² BVerfG NJW 1971, 1645 (1647); *Herdegen* (Fn. 20), Art. 1 Abs. 1 Rn. 57; *Petersen*, Jura 2008, 271 (272).

²³ *Hoppe*, GRUR 2004, 990 (993 f.).

²⁴ *Flechsig*, ZUM 2004, 606 (613); *Sauren*, ZUM 2005, 425 (430); *Valerius*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 6, 12. Aufl. 2011, § 201a Rn. 10.

²⁵ *Hoppe*, GRUR 2004, 990 (993 f.). Dagegen nahm das Schweizerische Bundesgericht (NJW 1994, 504 [505 f.]) bei vergleichbarer Gesetzeslage im Fall „Barschel“ an, ein Verstorbener sei „ein anderer“ i.S.d. Art. 179^{quater} StGB.

²⁶ Ausführlich zum Streitstand *Regge/Pegel*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. 2017, Bd. 4, § 189 Rn. 1 ff.

¹³ Daneben stellte § 114 Abs. 3 StGB a.F. den tätlichen Angriff auf diese Personen unter Strafe. Eine entsprechende Regelung findet sich nunmehr in § 115 Abs. 3 StGB.

¹⁴ *Lenk*, JuS 2018, 229 (230). A.A.: (Erfolgssdelikt) *Heger/Jahn*, KriPoZ 2017, 113 (115); (konkretes Gefährdungsdelikt) *Zöller*, KriPoZ 2017, 143 (147).

¹⁵ BT-Drs. 18/12153, S. 7; *Heger/Jahn*, KriPoZ 2017, 113 (115).

¹⁶ Zu den unterschiedlichen Begründungen *Lenk*, JuS 2018, 229 (231).

¹⁷ *Eisele/Sieber*, StV 2015, 312 (314).

¹⁸ BR-Drs. 226/16.

¹⁹ BR-Drs. 41/18.

²⁰ BVerfG NJW 2001, 2957 (2958 f.). A.A. für ein postmortales wirkendes allgemeines Persönlichkeitsrecht *Herdegen*, in:

und entsprechend verändertes Persönlichkeitsrecht eigener Art, das in der postmortalen Respektierung eines Kernbereichs dessen, was den Verstorbenen in seinem Leben ausmachte und prägte, seinen Ausdruck findet.²⁷ In der Bildaufnahme von einem Verstorbenen ist jedoch nicht ohne Weiteres eine Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener nach § 189 StGB zu sehen, denn eine solche setzt eine besonders schwere Kränkung in Form einer Beleidigung (§ 185 StGB), üblen Nachrede (§ 186 StGB) oder Verleumdung (§ 187 StGB)²⁸ voraus.²⁹

c) Schutz des Rechts am eigenen Bild durch das KunstUrhG

§ 33 Abs. 1 KunstUrhG stellt die Verletzung des Rechts am eigenen Bilde unter Strafe, erfasst jedoch nur das Verbreiten und öffentliche Zurschaustellen von Bildnissen entgegen §§ 22, 23 KunstUrhG. Die Fertigung der Aufnahme selbst und deren Vervielfältigung sind im KunstUrhG nicht unter Strafe gestellt.³⁰ Gleiches gilt für den „Privatgebrauch“, d.h. das nicht-öffentliche Zeigen der Aufnahme.³¹ § 33 KunstUrhG enthält keine Versuchstrafbarkeit, sodass es auf die in der Entwurfsbegründung aufgegriffene Frage, ob im Erstellen der Aufnahme bereits ein unmittelbares Ansetzen zum Verbreiten zu sehen ist, überhaupt nicht ankommt.³²

d) Datenschutzrecht

Auch das Datenschutzrecht, strafrechtlich abgesichert in § 42 BDSG n.F.,³³ steht dem Fotografieren bzw. Filmen von Verstorbenen nicht entgegen. Der Anwendungsbereich der DS-GVO ist nach Art. 2 DS-GVO auf personenbezogene Daten, legaldefiniert in Art. 4 Nr. 1 DS-GVO, begrenzt. Hierunter werden nur Daten bestimmter oder bestimmbarer lebender, natürlicher Personen gefasst, sodass Daten von Verstorbenen außerhalb des Anwendungsbereichs der DS-GVO liegen.³⁴

²⁷ BGH NJW 1994, 1421 (1423); LG Bonn NSTz-RR 2014, 79 (79); *Lencker/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 189 Rn. 1; *Regge/Pegel* (Fn. 26), § 189 Rn. 20.

²⁸ *Regge/Pegel* (Fn. 26), § 189 Rn. 20.

²⁹ Auch Störung der Totenruhe in Form des Verübens beschimpfenden Unfugs nach § 168 Abs. 1 Alt. 2 StGB scheidet aus, denn vorausgesetzt wird, dass der Täter durch ein von besonderer Pietätslosigkeit und Rohheit gekennzeichnetes Verhalten seine Miss- oder Nichtachtung zum Ausdruck bringt, *Lenckner/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 27), § 168 Rn. 10 m.w.N.

³⁰ *Hoyer*, ZIS 2006, 1 (1); *Kaiser*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 217. Lfg., Stand: Oktober 2017, § 33 KunstUrhG Rn. 9.

³¹ *Koch*, GA 2005, 589 (593).

³² Vgl. III. 2.

³³ Geltend ab 25.5.2018, BGBl. I 2018, S. 2097.

³⁴ Etwas anderes gilt nur, wenn es sich gleichzeitig um die Daten einer lebenden Person handelt, *Schild*, in: Brink/Wolff (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Datenschutzrecht, Stand: 1.2.2018, Art. 4 Rn. 11 f.

III. Gesetzentwurf des Bundesrats

Der Bundesrat hat am 2.3.2018 den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches (StGB) – Effektive Bekämpfung von so genannten „Gaffern“ sowie Verbesserung des Schutzes des Persönlichkeitsrechts von Verstorbenen³⁵ beschlossen, welcher aktuell der Bundesregierung zur Stellungnahme zugeleitet wurde, ehe diese ihn an den Bundestag weiterleitet.

1. Zielsetzung

Durch die Erweiterung des § 201a Abs. 1 StGB soll eine Regelungslücke geschlossen werden, die sich daraus ergibt, dass es mit zunehmendem technischen Fortschritt immer häufiger dazu kommt, dass Schaulustige bei Unfällen oder Unglücksfällen Bild- oder Videoaufnahmen anfertigen und über soziale Netzwerke teilen und/oder an Zeitungen und Fernsehanstalten weitergeben, worin eine erhebliche Missachtung des Persönlichkeitsrechts der Opfer zu sehen sei.³⁶ § 201a Abs. 1 StGB schütze in seiner derzeitigen Fassung lediglich lebende Personen. Der Schutz durch § 33 KunstUrhG sei nicht ausreichend, da hier nur die Verbreitung, nicht die Fertigung der Aufnahme selbst, unter Strafe gestellt sei. Die Absicht, die Aufnahmen zu verbreiten, könne im Zeitpunkt der Fertigung der Aufnahmen regelmäßig nicht festgestellt werden, sodass dieses Verhalten nach dem KunstUrhG nicht strafbar sei.³⁷ Der strafrechtliche Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs sei nur dann umfassend geregelt, wenn nicht nur der Sterbevorgang, sondern auch der Verstorbene vor unbefugten Bildaufnahmen geschützt ist.³⁸

2. Geplante Änderungen

Der Entwurf sieht eine Änderung der amtlichen Überschrift des § 201a StGB in „§ 201a Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Bildaufnahmen“ vor. Die Aufnahme verstorbener Personen in den Schutzbereich des § 201a StGB soll in der Gestalt erfolgen, dass eine neue Nr. 3 in § 201a Abs. 1 StGB aufgenommen wird („von einer verstorbenen Person eine Bildaufnahme, die diese zur Schau stellt, unbefugt herstellt oder überträgt“).³⁹

In § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB-E soll das Gebrauchen oder das einer dritten Person Zugänglichmachen einer durch eine Tat nach § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E hergestellten Bildaufnahme unter Strafe gestellt werden.⁴⁰ Nach § 201a Abs. 1 Nr. 5 StGB-E soll bestraft werden, wer eine befugte hergestellte Bildaufnahme der § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E bezeichneten Art wissentlich unbefugt einer dritten Person zugänglich macht und dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt.⁴¹ Die Strafandrohung des § 201a Abs. 1 StGB – Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder

³⁵ BR-Drs. 41/18.

³⁶ BR-Drs. 226/16, S. 3.

³⁷ BR-Drs. 226/16, S. 3.

³⁸ BR-Drs. 226/16, S. 5.

³⁹ BR-Drs. 226/16, S. 1.

⁴⁰ BR-Drs. 226/16, S. 1.

⁴¹ BR-Drs. 226/16, S. 2.

Geldstrafe – soll beibehalten werden. In § 201a Abs. 2 StGB-E soll unter Strafe gestellt werden, dass die Bildaufnahme der verstorbenen Person, die geeignet ist, dem Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schaden, unbefugt einer dritten Person zugänglich gemacht wird,⁴² denn es seien Konstellationen denkbar, in denen Bildaufnahmen von verstorbenen Personen geeignet sind, ihrem Ansehen postmortal zu schaden, ohne dass der Tod des Betroffenen selbst zur Schau gestellt wird.⁴³ In § 201a Abs. 4 StGB-E soll eine Versuchsstrafbarkeit eingeführt werden, da die Tat ansonsten straffrei bleiben würde, wenn die Anfertigung der Aufnahme, beispielsweise durch das rechtzeitige Eingreifen der Rettungskräfte oder durch einen technischen Defekt, verhindert wird. In diesen Fällen ermögli­che die Strafbarkeit des Versuchs über § 201a Abs. 6 StGB-E die Einziehung.⁴⁴ Weiter soll die Sozialadäquanzklausel⁴⁵ des § 201a Abs. 5 StGB-E der Wahrnehmung berechtigter Interessen auch auf § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E erstreckt werden, da ansonsten die verstorbene Person umfassender als die lebende geschützt wäre.⁴⁶ Nach § 205 Abs. 2 S. 1 StGB-E geht das Strafantragsrecht, wenn der Verletzte stirbt oder sich die Tat nach § 201a StGB auf eine verstorbene Person bezieht, nach § 77 Abs. 2 StGB auf die Angehörigen über. Anderenfalls wäre die Verfolgung von Taten, die sich auf eine verstorbene Person beziehen, nicht möglich.⁴⁷

3. Kritische Stimmen

Kritische Stimmen hinterfragen, ob den auf Bildaufnahmen fixierten „Gaffern“ überhaupt durch das Strafrecht in sinnvoller Weise entgegengewirkt werden kann. Es sei empirisch nicht geprüft, ob die Polizisten nach einem Unfall auf der Autobahn überhaupt in der Lage seien, die Smartphones der Vorbeifahrenden zu kontrollieren.⁴⁸ Die Problematik liege nicht in der fehlenden Regulierung, sondern in der mangelnden Durchsetzbarkeit des geltenden Rechts, da der Fokus der Einsatzkräfte am Unfallort nicht auf die Verfolgung derartiger Normverstöße, sondern auf Hilfsmaßnahmen in der Not-situation gerichtet ist.⁴⁹ Der geplanten Reformierung des § 201a StGB wird demnach rein symbolischer Wert zuge-

schrieben⁵⁰ und davon ausgegangen, dass mobile Sichtschutz­wände in der Praxis hilfreicher als strafrechtliche Verbote seien.⁵¹

IV. Stellungnahme

Der Gesetzentwurf des Bundesrats bringt auch über die strafrechtliche Sanktionierung der Fertigung von Bildaufnahmen von Toten hinaus Änderungen mit sich. Ausdrücklich zu begrüßen ist, dass der postmortale Persönlichkeitsschutz nunmehr strafrechtlich weitergehend abgesichert werden soll.

1. Keine generelle Strafbarkeit des „Gaffens“

Die generelle Strafbarkeit des „Gaffens“ wird – soweit ersichtlich – nicht ernsthaft gefordert und wäre auch mit dem Ultima-ratio-Gedanken des Strafrechts⁵² nicht zu vereinbaren.⁵³ Einen hinreichend bestimmten Tatbestand zu formulieren, würde sich aller Voraussicht nach als ein „Ding der Unmöglichkeit“ erweisen.⁵⁴ Zudem wäre eine trennscharfe Abgrenzung von „Gaffern“ und Ersthelfern und auch von jenen, die hinzukommen, um sich einen Überblick über die Lage zu verschaffen und um in Erfahrung zu bringen, ob noch Hilfe benötigt wird, mitunter schwierig.⁵⁵ Eine zu extensive Strafbarkeit würde unter Umständen dazu führen, dass die Bereitschaft zu Hilfeleistungen abnimmt, denn aus Sicht des (potentiellen) Ersthelfers bestünde die Gefahr, dass er sich strafbar macht, wenn er seiner Aufgabe nicht gewachsen ist und „dann auch einmal herumsteht.“⁵⁶

2. Aufnahme Verstorbener in den Anwendungsbereich des § 201a StGB-E

Die geplante Erstreckung des § 201a Abs. 1 StGB auf Tote ist zu begrüßen.⁵⁷ Anderenfalls hinge die Strafbarkeit der „Gaffer“, die es nicht beim „Gaffen“ belassen, sondern auch noch Bildaufnahmen tödlich verunfallter Personen erstellen, davon ab, ob sich ein zunächst lebensgefährlich verletztes Opfer im Zeitpunkt der Erstellung der Aufnahme noch im Sterbevergang befand oder bereits verstorben war.⁵⁸ Richtig

⁴² BR-Drs. 226/16, S. 2.

⁴³ BR-Drs. 226/16, S. 5.

⁴⁴ BR-Drs. 226/16, S. 5 f.

⁴⁵ Statt vieler *Graf*, in: Joecks/Miebach (Fn. 26), § 201a Rn. 91.

⁴⁶ BR-Drs. 226/16, S. 6.

⁴⁷ BR-Drs. 226/16, S. 6. § 205 Abs. 2 S. 1 StGB-E ist missverständlich formuliert, denn genau genommen geht das Antragsrecht bei einem bereits im Tatzeitpunkt verstorbenen Opfer nicht auf die Angehörigen über, sondern besteht von vornherein nur seitens der Angehörigen.

⁴⁸ *Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 201a Rn. 9.

⁴⁹ *Voelzke*, jM 2016, 133.

⁵⁰ *Kargl* (Fn. 48), § 201a Rn. 9: „Stattdessen setzt der moderne Gesetzgeber ganz auf die symbolische Funktion des Zeichen-Setzens, also auf indirekte Generalprävention.“

⁵¹ *Kargl* (Fn. 48), § 201a Rn. 9. Vgl. auch *Voelzke*, jM 2016, 133.

⁵² Vgl. hierzu BVerfG NJW 1993, 1751 (1754).

⁵³ Vgl. auch *Nehm*, ZRP 2016, 158 (Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Pönalisierung des „Gaffens“ wäre zweifelhaft).

⁵⁴ Vgl. *Nehm*, ZRP 2016, 158.

⁵⁵ Vgl. *Heger/Jahn*, KriPoZ 2017, 113 (116); *Winkelmeier-Becker/Voss*, DRiZ 2017, 162 (163).

⁵⁶ *Winkelmeier-Becker/Voss*, DRiZ 2017, 162 (163).

⁵⁷ Vgl. auch *Kargl* (Fn. 48), § 201a Rn. 22.

⁵⁸ Dies führt zu „grotesken Abgrenzungsfragen“, vgl. *Havliza*, DRiZ 2018, 86 (87). Ist der Todeszeitpunkt nicht aufzuklären, muss nach dem Zweifelsgrundsatz davon ausgegangen werden, dass das Opfer im Aufnahmezeitpunkt bereits verstorben war.

ist, dass nach geltendem Recht eine Regelungslücke besteht, die auch durch § 33 KunstUrhG nicht geschlossen wird.⁵⁹ Entgegen der Entwurfsbegründung⁶⁰ kann es hierfür auf eine – im Zeitpunkt der Fertigung der Aufnahme nicht feststellbare – Verbreitungsabsicht nicht ankommen, denn § 33 KunstUrhG kennt ohnehin keine Versuchsstrafbarkeit.⁶¹ Daher führt es nicht weiter, sich Gedanken darüber zu machen, ob ein im Vorfeld des § 33 KunstUrhG liegendes Verhalten Versuchsunrecht darstellt. Im Übrigen setzt § 33 KunstUrhG subjektiv keine Verbreitungsabsicht, sondern lediglich *dolus eventualis* voraus.⁶² Die Einbeziehung des Schutzes Verstorbener ist angesichts des von § 201a StGB geschützten Rechtsguts, des Rechts am eigenen Bild als Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als Unterfall des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, beschränkt auf den höchstpersönlichen Lebensbereich,⁶³ sachgerecht. Dieses Recht besteht nach dem Tode für eine gewisse Zeitspanne⁶⁴ aufgrund der Menschenwürdegarantie fort und ist von staatlicher Seite auch mit Mitteln des Strafrechts gegen rechtswidrige Eingriffe zu schützen. Es ist zwar richtig, dass Verstöße gegen § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E voraussichtlich nicht in allen Fällen geahndet werden könnten, da die Einsatzbeamten bei einem Unfall oder sonstigem Unglücksfall vor Ort nicht in der Lage sein werden, alle Verstöße festzustellen und die Verantwortlichen ausfindig zu machen. Gewisse Ahndungs- und Beweisschwierigkeiten sind jedoch für sich genommen kein Grund, einer Strafnorm ihren Nutzen abzusprechen. Im Übrigen ist es, wie die Presseberichterstattung⁶⁵ zeigt, auch gegenwärtig möglich, die von fotografierenden und filmenden „Gaffern“, welche aufgrund ihres geringen Tempos den Verkehr blockieren, begangenen Verkehrsordnungswidrigkeiten zu ahnden. Der Einsatz mobiler Sichtschutzwände ist eine sinnvolle präventive und den strafrechtlichen Schutz ergänzende Maßnahme, um die Ablichtung verstorbener Personen zu unterbinden, die überdies auch gegen das bloße „Gaffertum“ hilft, er kann jedoch eine strafrechtliche Ahndung nicht ersetzen.

Zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „zur Schau stellen“ in § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E könnte auf Literatur und Rechtsprechung zur Zurschaustellung der Hilflosigkeit nach § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB zurückgegriffen werden. Hilflos ist eine Person, die sich in einer Lage befindet, aus der sie sich nicht selbst befreien kann, sodass sie der Bildaufnahme wehrlos ausgesetzt ist.⁶⁶ Ein Zurschaustellen liegt in einem Hervorheben der Hilflosigkeit als Bildinhalt, sodass diese für den

Betrachter alleine aus der Aufnahme erkennbar wird.⁶⁷ Ein Zurschaustellen wird dagegen verneint, wenn die Hilflosigkeit der abgebildeten Person lediglich an der Peripherie des Bildinhalts gezeigt wird.⁶⁸ § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E verlangt nicht, dass der Tod der Person, sondern die verstorbene Person, zur Schau gestellt wird, sodass aus der Aufnahme nicht erkennbar sein muss, dass die Person im Aufnahmezeitpunkt verstorben war. Übernimmt man die Auslegung des § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB, ist zu verlangen, dass die Aufnahme erkennbar darauf gerichtet ist, die verstorbene Person als Hauptmotiv abzulichten.

Problematisch ist bei dieser Auslegung, dass sie auch Aufnahmen von Toten erfasst, die aus einer verständlichen Motivation heraus erfolgen, wie beispielsweise die – auch heutzutage noch, wenn auch selten, von Fotografen praktizierte – *post-mortem*-Fotografie (Totenfotografie) zur Unterstützung der Trauerarbeit⁶⁹ oder aber auch zu Wissenschafts- oder Ermittlungs- oder sonstigen Beweis Zwecken erstellte Aufnahmen. Denkbar wäre es, unter das Zurschaustellen allein eine Darstellung des Verstorbenen als Objekt des Geschehens ohne erkennbare, vernünftige Zielsetzung zu subsumieren. Dieser Ansatz vermengt aber objektive mit subjektiven Kriterien. Im Übrigen kann man einer Aufnahme mitunter die dahinterstehende Absicht nicht ansehen. Während dies bei mit Bedacht erstellten *post-mortem*-Fotografien, die den Toten aus wohl gewählter Perspektive auf seinem Sterbebett zeigen, noch möglich ist, sieht man einem Foto vom Unfallort nicht ohne Weiteres an, ob es aus Ermittlungsgründen oder zwecks „Effekthascherei“ angefertigt wurde. Des Weiteren wäre nicht nachvollziehbar, aus welchem Grund gleichlautende Tathandlungen innerhalb desselben Straftatbestandes ohne Not unterschiedlich ausgelegt werden sollten. Man sollte die Tathandlung daher in Anlehnung an § 201a Abs. 1 Nr. 2 StGB verstehen und zur Wahrnehmung überwiegender berechtigter Interessen erstellte Aufnahmen nach § 201a Abs. 5 StGB-E vom Tatbestand ausnehmen.

§ 201a Abs. 1 Nr. 5 StGB-E stellt unter Strafe, wenn eine befugte hergestellte Bildaufnahme der in § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E bezeichneten Art wissentlich unbefugt einem Dritten zugänglich gemacht und hierdurch der höchstpersönliche Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt wird. Unter dem höchstpersönlichen Lebensbereich versteht man den Bereich privater Lebensgestaltung, in dem eine Abwägung zwischen dem Interesse der Allgemeinheit und dem Schutzinteresse des Einzelnen, wie sie bei einem Eingriff in den sonstigen persönlichen Lebensbereich erforderlich ist, nicht stattfindet.⁷⁰ Dieser Bereich ist enger zu verstehen als der „persönliche Lebensbereich“ aus § 68a Abs. 1 StPO, § 171b Abs. 1 S. 1 GVG⁷¹ und als der in der Überschrift des

⁵⁹ Vgl. II. 2. c).

⁶⁰ BR-Drs. 226/16, S. 3.

⁶¹ Kaiser (Fn. 30), § 33 KunstUrhG Rn. 26.

⁶² Kaiser (Fn. 30), § 33 KunstUrhG Rn. 26.

⁶³ Graf (Fn. 45), § 201a Rn. 10.

⁶⁴ Vgl. II. 1.

⁶⁵ Stern v. 28.3.2018, abrufbar unter:

<https://www.stern.de/panorama/weltgeschehen/nachrichten-aus-deutschland--polizei-filmt-gaffer-nach-lkw-unfall-7915096.html> (24.5.2018).

⁶⁶ Ausführlich Graf (Fn. 45), § 201a Rn. 49.

⁶⁷ BGH NJW 2017, 1981 (1893 Rn. 20).

⁶⁸ Kargl (Fn. 48), § 201a Rn. 8.

⁶⁹ Spiegel Online v. 26.2.2014, abrufbar unter:

<http://www.spiegel.de/karriere/leichenfotograf-postmortem-bilder-fuer-die-angehoerigen-a-952750.html> (24.5.2018).

⁷⁰ BT-Drs. 15/2466, S. 5.

⁷¹ Busch, NJW 2015, 977 (980); Kargl (Fn. 48), § 201a Rn. 20.

15. Abschnitts des StGB bezeichnete „persönliche Lebens- und Geheimbereich.“⁷² Als Orientierung dient der vom Bundesverfassungsgericht verwendete und in der zivilgerichtlichen Rechtsprechung näher ausgeformte Begriff der Intimsphäre.⁷³ Umfasst sind vor allem, aber nicht abschließend, die Bereiche Krankheit, Tod und Sexualität.⁷⁴ Dass die Aufnahme einen Toten zeigt, kann nicht ausreichen, um den höchstpersönlichen Lebensbereich zu verletzen, denn anderenfalls wäre das Merkmal der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs für § 201a Abs. 3 StGB-E bedeutungslos. Geht man davon aus, dass der letzte Rückzugsbereich eines Menschen nur im Leben geschützt ist, wofür der Begriff des höchstpersönlichen Lebensbereichs angeführt wird, besteht nach dem Tode keine Verletzungsmöglichkeit mehr.⁷⁵ Diese Auffassung wäre aber mit dem Wortlaut des § 201a Abs. 1 Nr. 5 StGB-E nicht zu vereinbaren. Vorzugswürdig ist es, dasjenige als umfasst anzusehen, was nach hypothetischer Betrachtungsweise zu Lebzeiten in den höchstpersönlichen Lebensbereich zuzuordnen ist, wenn ein erkennbar schwer verletzter oder erkrankter Mensch gezeigt wird, sollte das Zeigen eines gerade verstorbenen Menschen gleichermaßen umfasst sein. Etwas anderes mag – in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 22 S. 2 KunstUrhG und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum allmählichen Verblenden des postmortalen Persönlichkeitsschutzes⁷⁶ – nur gelten, wenn der Tote bereits längere Zeit verstorben ist.

Die Erweiterung der Sozialadäquanzklausel des § 201a Abs. 4 StGB, welche überwiegend als Tatbestandsausschluss⁷⁷ verstanden wird, auf § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E ist folgerichtig. Was Presseveröffentlichungen angeht, wird ihr Anwendungsbereich wohl eher gering sein, da gerade zur Schau stellende Aufnahmen Verstorbener wohl selten für eine Berichterstattung erforderlich sein werden. Selbst wenn ein (überwiegendes) Interesse daran besteht, die Umstände oder die Dimension eines Verkehrsunfalls bildlich zu zeigen, so trifft dies doch nicht auf Aufnahmen zu, die verstorbene Unfalltote zum Hauptmotiv haben.

3. Einführung einer Versuchsstrafbarkeit in § 201a Abs. 4 StGB-E

Mit der Einführung einer Versuchsstrafbarkeit, die bereits früher Gegenstand von Reformbemühungen war,⁷⁸ in § 201a Abs. 4 StGB-E wird ein Gleichklang zum Straftatbestand der Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes, dessen versuchte Begehung in § 201 Abs. 4 StGB unter Strafe gestellt ist,

hergestellt.⁷⁹ Zuvor war von der Normierung einer Versuchsstrafbarkeit abgesehen worden, da bei einem Gefährdungsdelikt mit derart geringer Strafandrohung eine Vorverlagerung der Strafbarkeit nicht sachgerecht sei⁸⁰ und sich das unmittelbare Ansetzen in der Praxis kaum nachweisen ließe.⁸¹ Da der Täter nach § 22 StGB unmittelbar zur Tat ansetzen muss, wofür das bloße In-der-Hand-Halten eines Smartphones nicht ausreicht – der Täter muss vielmehr schon im Begriff sein die Aufnahme zu erstellen,⁸² indem er die mobile Kamera-Applikation öffnet oder aber das Motiv anvisiert – besteht keine Gefahr einer zu weit gehenden Vorverlagerung der Strafbarkeit. Die Versuchsstrafbarkeit vermeidet die anderenfalls bestehende Strafbarkeitslücke, wenn der Täter einem Irrtum über die Frage unterliegt, ob das Tatopfer bereits verstorben ist.⁸³ Hält der Täter eine verunfallte lebende Person für verstorben oder umgekehrt eine bereits verstorbene Person für noch am Leben, verwirklicht er jeweils den objektiven Tatbestand des § 201a Abs. 1 StGB-E. Der Irrtum über die Tatbestandsvariante (§ 201a Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 StGB-E) sollte als unerheblich eingeordnet werden.⁸⁴ Der Gesetzgeber sollte sich aber – ebenso wie der Rechtsanwender – darüber im Klaren sein, dass die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit Konsequenzen für den gesamten Anwendungsbereich des § 201a StGB haben würde. Strafbar wären dann z.B. Fälle, in denen dem Täter die Aufnahme misslingt, sodass keine Person als solche erkennbar ist.⁸⁵

⁷² Hoyer, ZIS 2006, 1 (1); Obert/Gottschalck, ZUM 2005, 436 (438).

⁷³ BT-Drs. 15/2466, S. 5; Flechsig, ZUM 2004, 606 (609).

⁷⁴ BT-Drs. 15/2466, S. 5; Flechsig, ZUM 2004, 606 (609) m.w.N.

⁷⁵ Flechsig, ZUM 2004, 606 (613).

⁷⁶ Vgl. II. 1.

⁷⁷ Graf (Fn. 45), § 201a Rn. 96. A.A. Rechtfertigungsgrund Eisele/Sieber, StV 2015, 312 (318).

⁷⁸ Vgl. BT-Drs. 164/03, S. 7.

⁷⁹ Vgl. Kühl, AfP 2004, 190 (195).

⁸⁰ BT-Drs. 15/2466, S. 4; Eisele, JR 2005, 5 (11). Kritisch zur Straflosigkeit des Versuchs Koch, GA 2005, 589 (598).

⁸¹ Eisele, JR 2005, 5 (11).

⁸² Flechsig, ZUM 2004, 606 (608); Kühl, AfP 2004, 190 (195).

⁸³ Vgl. II. 2. a).

⁸⁴ Vgl. zum Irrtum über Tatbestandsalternativen Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 13 Rn. 16a. Wenn der Täter billigend in Kauf nimmt, dass die Person noch lebt oder aber bereits verstorben ist, liegt *dolus alternativus* vor, dessen rechtliche Behandlung strittig ist, vgl. hierzu Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2017, § 14 Rn. 48 ff.

⁸⁵ Vgl. Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2017, § 201a Rn. 15.