

Anke Marie Gertzen

Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild

Eine Bewertung des § 201 a StGB
im Vergleich zu Art. 197 Código Penal



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild

Eine Bewertung des § 201 a StGB im Vergleich zu Art. 197 Código Penal

Inaugural-Dissertation

Zur Erlangung der Doktorwürde

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu

Kiel

Vorgelegt von Anke Marie Gertzen

aus Bremen

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2009

Zugl.: Kiel, Univ., Diss., 2009

978-3-86955-155-5

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Andreas Hoyer

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro

Universidad de La Laguna (Tenerife)

Dekan: Prof. Dr. Hartmut Oetker

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Juni 2009

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2009

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2009

Gedruckt auf säurefreiem Papier

978-3-86955-155-5

Vorwort

Die Arbeit lag im Wintersemester 2008/2009 der Juristischen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation vor. Sie ist im Oktober 2008 fertig gestellt worden. Die Idee zu einer Untersuchung des strafrechtlichen Schutzes des eigenen Bildes durch § 201 a StGB im Vergleich zum spanischen Recht ist neben meiner Vorliebe für die spanische Sprache nicht zuletzt auch durch den Gastaufenthalt von Herrn Professor Dr. Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro an der Juristischen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel entstanden.

An dieser Stelle möchte ich ganz herzlich Herrn Professor Dr. Andreas Hoyer danken, dass er mir die Möglichkeit gegeben hat an seinem Lehrstuhl zu promovieren und diese Arbeit mit großem Interesse und wertvollen Anregungen betreut hat. Ebenso möchte ich Herrn Professor Dr. Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro für seine freundliche Unterstützung und die Erstattung des Zweitgutachtens danken.

Mein Dank gilt ferner meiner Familie und meinen Freunden, die mich während der Anfertigung der Arbeit unterstützt und immer wieder ermutigt haben, insbesondere Dr. Felix Kiese, Isabel Azevedo, Heinke Bock und Valentina Kurusumuthu.

Bremen, im November 2009

Anke Marie Gertzen

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	III
Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung	1
1. Teil: Die Historische Entwicklung des Rechts am eigenen Bild.....	4
A. Die historische Entwicklung in Deutschland.....	4
I. Rechtslage im 19. Jahrhundert	4
II. Rechtslage nach Inkrafttreten des KunstUrhG	7
1. Begriff des Bildnisses.....	7
2. Das Verbreiten und öffentliche Zurschaustellen i.S.d. § 22 KunstUrhG	8
3. Erfordernis der Einwilligung.....	9
4. Ausnahmen zum Erfordernis der Einwilligung.....	11
a. Absolute und relative Personen der Zeitgeschichte.....	11
b. Interessenabwägung gemäß § 23 Abs. 2 KunstUrhG.....	13
5. Postmortaler Rechtsschutz.....	19
III. Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts (APR)	19
1. Die historische Entwicklung des APR	19
2. Die Sphärentheorie	22
3. Das Verhältnis des Schutzes des Rechts am eigenen Bild durch § 22 KunstUrhG zum APR	23
IV. Zivilrechtliche Ansprüche bei Verletzung des Rechts am eigenen Bild.....	25
1. §§ 37 ff. KunstUrhG: Anspruch auf Vernichtung der Bilder	26
2. Anspruch auf Unterlassung	26
3. Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung.....	27
4. Anspruch auf Schadensersatz	28
a. Materieller Schadensersatz	28
b. Immaterieller Schadensersatz.....	30
5. Anspruch aus Bereicherungsrecht	33

B. Die historische Entwicklung eines Rechts am eigenen Bild in Spanien.....	35
I. Rechtslage zu Beginn des 20. Jahrhunderts	35
II. Rechtslage nach Inkrafttreten der Ley Orgánica 1/1982 de 5 de Mayo	37
1. Begriff des Bildnisses („imagen“).....	38
2. Unerlaubtes Eindringen gemäß Art. 7 LO („intromisión ilegítima“).....	39
3. Einwilligung	40
4. Allgemeine Einschränkung des Schutzes durch Art. 2.1 LO	41
a. Durch die Gesetze („Por las leyes“)	41
b. Durch die sozialen Gebräuche („Por los usos sociales“).....	41
5. Rechtfertigung nach Art. 8 LO	42
a. Art. 8.2 - Besondere Rechtfertigung für Bildnisse	42
aa. Bildaufnahmen von „öffentlichen Personen“	42
bb. Karikaturen	46
cc. Bild lediglich „nebensächlich“	47
b. Art. 8.1- allgemeine Rechtfertigung	48
c. Abwägung.....	49
6. Postmortaler Schutz des Persönlichkeitsrechts.....	52
7. Rechtsfolgen der LO 1/1982	52
C. Zusammenfassung	53
2. Teil: Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild	57
A. Deutschland	57
I. § 33 KunstUrhG	57
1. Schutzzumfang	57
2. Bedeutung des § 33 KunstUrhG in der Praxis.....	58
II. § 201 a StGB.....	59
1. Entstehungsgeschichte des § 201 a StGB.....	59
a. Anlass der Gesetzesinitiative	60
b. Gesetzgebungsprozess	62
aa. Entwurf der FDP-Fraktion	62
bb. Entwurf der CDU/CSU-Fraktion.....	63
cc. Entwurf des Landes Baden-Württemberg/Bundesrats.....	64
dd. Fraktionsübergreifender Entwurf	65
ee. Empfehlung des Rechtsausschusses	66

ff. Endgültiger Wortlaut des § 201 a StGB	66
2. Der Tatbestand des § 201 a Abs. 1 StGB	68
a. Tatopfer.....	68
b. Räumliche Voraussetzung	69
aa. Begriff der Wohnung	69
(1) Anlehnung an den Wohnungsbegriff des § 123 StGB.....	70
(2) Anlehnung an den Wohnungsbegriff des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB	70
(3) Stellungnahme	71
bb. Der „gegen Einblick besonders geschützte Raum“	75
(1) Der Begriff des Raumes.....	75
(2) Das Erfordernis des Sichtschutzes	77
(3) Schutz ausschließlich privater Räume?	81
c. Das Herstellen oder Übertragen von Bildaufnahmen	84
aa. Bildaufnahme	84
bb. Herstellen im Sinne des § 201 a Abs. 1 StGB.....	86
(1) Unmittelbare Erkennbarkeit der Aufnahme.....	86
(2) Heimlichkeit des Vorgehens ?	87
cc. Übertragen im Sinne des § 201 a Abs. 1 StGB.....	87
dd. Erforderlichkeit einer Umgehung des Sichtschutzes.....	88
d. Die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs.....	89
aa. Auslegung nach der Gesetzesbegründung	92
bb. Diskussion in der Literatur	93
(1) Intimsphäre als höchstpersönlicher Lebensbereich	93
(2) Weite Auslegung von Kühl und Hoppe	94
(3) Die Wohnung an sich als höchstpersönlicher Lebensbereich.....	95
(4) Theorie des sozialen Geltungsschadens.....	97
(5) Anlehnung an § 68 a StPO, § 171 b GVG	99
(6) Theorie des „inneren Kreises“	101
cc. Vorschlag zur Begriffsbestimmung des höchstpersönlichen Lebensbereichs	101
e. Das Erfordernis der Erkennbarkeit	105
f. Der subjektive Tatbestand.....	107
g. Einordnung des Merkmals „unbefugt“	107
aa. Einordnung nach der Gesetzesbegründung.....	107
bb. Einordnung des Merkmals „unbefugt“ in den §§ 201-203 StGB.....	108

cc. Meinungen der Literatur zu „unbefugt“ i.S.d. § 201 a Abs.1 StGB	110
dd. Stellungnahme	110
3. Der Tatbestand des § 201 a Abs. 2 StGB	114
a. Tatobjekt: Nach Abs. 1 hergestellte Bildaufnahme	114
b. Gebrauchen oder Zugänglichmachen als Tathandlungen.....	115
aa. Gebrauchen einer Aufnahme	115
bb. Zugänglichmachen einer Aufnahme.....	118
4. Der Tatbestand des § 201 a Abs. 3 StGB	119
a. Tatobjekt	119
b. Tathandlung	120
c. Einordnung des Merkmals „unbefugt“	121
aa. „Unbefugt“ als Tatbestandsmerkmal	121
bb. „Unbefugt“ als Hinweis auf die Rechtswidrigkeitsebene.....	122
cc. Stellungnahme.....	122
d. Teleologische Reduktion bei strafunwürdigen Fällen	126
e. Beurteilung des § 201 a Abs. 3 StGB	128
5. Rechtfertigungsmöglichkeiten.....	129
a. Anwendbarkeit allgemeiner Rechtfertigungsgründe	129
aa. Einwilligung.....	129
bb. Notwehr und rechtfertigender Notstand	130
b. Anwendbarkeit besonderer Rechtfertigungsgründe	131
aa. Spezialgesetzliche Befugnisnormen der StPO.....	131
bb. Analoge Anwendung des § 193 StGB auf § 201 a StGB	132
cc. Analoge Anwendung der §§ 23 ff. KunstUrhG auf § 201 a StGB	133
6. Strafmaß	137
7. Konkurrenzen innerhalb des § 201 a StGB	138
8. Verhältnis von § 201 a StGB zu § 33 KunstUrhG	139
a. Unterschiede	139
b. Konkurrenzen	139
9. Das Erfordernis eines Strafantrags gemäß § 205 StGB.....	141
10. § 201 a Abs. 4 StGB	141
11. Kritik an § 201 a StGB	142
a. „Problem“ des investigativen Journalismus	142
b. Fehlen einer besonderen Rechtfertigungsklausel	146
c. Strafbarkeitslücken im Rahmen des § 201 a StGB.....	148

aa. Postmortaler Schutz	148
bb. Strafflosigkeit des „frechen Blickes“	149
cc. Kritik an der räumlichen Beschränkung	150
d. Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot.....	152
III. Zusammenfassung – § 201 a StGB	153
B. Spanien.....	155
I. Tatbestand des Art. 197.1 CP	155
1. Die „Privatsphäre“ als geschütztes Rechtsgut und das Recht am eigenen Bild	156
2. Differenzierung von drei Handlungsmodalitäten	159
3. Tathandlungen	160
a. Benutzung technischer Kunstgriffe zur Übertragung oder Aufnahme von Bildern	160
aa. Bildbegriff.....	160
bb. Technische Kunstgriffe.....	160
cc. Strafbarkeit des „frechen Blickes“	161
dd. Heimliches Vorgehen erforderlich?.....	162
b. Das „Ansichbringen“ von Papieren, Briefen, elektronisch übermittelten Nachrichten und anderen persönlichen Dokumenten oder Sachen	163
aa. Papiere („papeles“)	164
bb. Briefe („cartas“)......	164
cc. Elektronisch übermittelte Nachrichten („Mensajes de correo electrónico“)	164
dd. Andere persönliche Dokumente oder Sachen („Cualquier otro documento o efecto personal“)......	165
ee. Das „Ansichbringen“	166
(1) Physische Erlangung der Sache	166
(2) Herstellung einer Kopie der Sache	167
(3) Bloße Kenntnisnahme ausreichend?	167
(4) Das Ansichbringen von „elektronischer Post“.....	169
(5) Zusammenfassung	169
4. Erfordernis eines Taterfolgs?.....	170
5. Subjektiver Tatbestand	172
II. Der Tatbestand des Art. 197.2 CP	173
III. Tatbestand des Art. 197.3 CP	173

IV. Weitere Qualifikationstatbestände des Art. 197 CP	175
1. Art. 197.4 CP	175
2. Art. 197.5 CP	176
3. Art. 197.6 CP	177
V. Amtsträgerqualifikation des Art. 198 CP	177
VI. Rechtfertigungsgründe	179
1. Rechtfertigungsgründe der LO 1/1982	180
2. Allgemeine Rechtfertigungsgründe nach Art. 20 CP	180
a. Art. 20.4 und 20.5 CP	180
b. Art. 20.7 CP	182
VII. Strafbarkeit des Versuchs.....	184
VIII. Strafe.....	185
1. Strafmaß	185
2. Strafantrag	185
3. „El Perdón del ofendido“	185
IX. Zusammenfassung – Art. 197 CP	187
C. Rechtsvergleich des § 201 a StGB mit Art. 197 CP	189
I. Das Tatobjekt „Bildaufnahme“	189
II. Tathandlungen	190
1. Herstellung, Übertragung von Bildern	190
2. Wiedergabe eines Bildes	190
3. Zugänglichmachen	191
4. Der „freche Blick“	192
5. Heimlichkeit des Vorgehens.....	193
6. Die bloße Kenntnisnahme von Bildern und der bloße Besitz	193
III. Räumliche Einschränkungen des Schutzes.....	194
IV. Taterfolg	195
1. Erfolgs- oder Gefährdungsdelikt	195
2. Höchstpersönlicher Lebensbereich oder Privatsphäre.....	196
V. Rechtfertigungsmöglichkeiten	198
VI. Qualifikationen.....	199
1. Besonderer Minderjährigenschutz?	200
2. Handeln mit Bereicherungsabsicht.....	200
3. Amtsträgerqualifikation?	201

VII. Strafbarkeit des Versuchs.....	202
VIII. Strafrahmen.....	204
D. Fazit bezüglich § 201 a StGB	205
Anhang	208
Gesetzesentwürfe und Gesetzestexte.....	208
Literaturverzeichnis	234
Verzeichnis der zitierten Entscheidungen	247
Lebenslauf	254

Abkürzungsverzeichnis

A.a.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AfP	Archiv für Presserecht
AG	Amtsgericht
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AP	Actualidad Penal
Art.	Artikel
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
ff.	folgende
FJ	Fundamento Jurídico/Fundamentos de Derecho
FS	Festschrift

GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h.M.	herrschende Meinung
HRRS	Online-Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtspre- chung im Strafrecht
InDret	Revista para el Análisis del Derecho
i.S.d.	im Sinne des/der
i. V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JURA	Juristische Ausbildung
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht Berlin
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KunstUrhG	Kunsturhebergesetz
LG	Landgericht
LO	Ley Orgánica
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs- Report
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	Oberlandesgericht
RabelsZ	Rabelszeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht

RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi/ Entscheidungssammlung
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RTC	Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Aranzadi/Entscheidungssammlung
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
Sec.	Sección
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
StPO	Strafprozessordnung
STS	Sentencia Tribunal Supremo
StV	Strafverteidiger
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
u.a.	unter anderem
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
UrhG	Urhebergesetz
Vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert als
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
Zust.	Zustimmend

Einleitung

In den letzten Jahren haben die Persönlichkeitsrechtsverletzungen, insbesondere auch die Verletzung des Rechts am eigenen Bild, zugenommen. Zu dieser Zunahme haben neue technische Entwicklungen im Bereich der Fotoapparate und vor allem das Internet beigetragen. Die zunehmende Digitalisierung von Fotos in Verbindung mit dem Internet ermöglicht es, Fotos in Sekundenschnelle weltweit zu verbreiten.

Durch das Internet ist eine Veröffentlichung von Bildaufnahmen zudem nicht mehr der Presse oder Verlagen vorbehalten. Sie kann inzwischen „per Mausklick“ von jedermann bewirkt werden und ist in der Weite des Internets kaum mehr kontrollierbar. Die abgebildete Person kann die Verbreitung ihres Fotos – ist es erst einmal ins Internet gelangt – praktisch nicht mehr aufhalten. Hinzu kommt die sinkende Hemmschwelle der Gesellschaft, peinliche Aufnahmen anderer Personen ins Internet zu stellen. Der Erfolg von Internetplattformen wie „Youtube“, „Myspace“ oder „Myplace“ spricht für sich. Außerdem kann mit Hilfe von Suchmaschinen wie zum Beispiel Google im Internet gezielt nach Bildaufnahmen gesucht werden.

Neben dem Internet trägt aber auch die technische Weiterentwicklung von Mobiltelefonen – die Möglichkeit des Herstellens und Verschickens von Fotos oder ganzen Videos – zu einer Nichtkontrollierbarkeit bei. Die Tatsache, dass die „Fotoapparate“ immer kleiner werden, erleichtert das Herstellen des unbemerkten Schnappschusses. Inzwischen sind nicht nur Handykameras, sondern sogar Kameras in Kugelschreibern, sog. „Pencams“, für den privaten Gebrauch zu erwerben. Dies birgt die Gefahr, dass der Betroffene es oftmals gar nicht bemerken dürfte, dass er fotografiert wird, und somit gar keine Chance bekommt, die Aufnahme zu verweigern.

Der Fortschritt der Technik geht nicht nur mit positiven neuen Kommunikationsmöglichkeiten einher, sondern birgt auch die Gefahr zunehmender Persönlichkeitsrechtsverletzungen. Schon 1966 hat der BGH darauf hingewiesen, dass wenn durch die Fortschritte der Technik die Möglichkeiten, heimliche Bildauf-

nahmen herzustellen, erleichtert worden seien, auf die Wahrung der vom Recht gesetzten Schranken zu achten sei. „Das Recht darf sich der technischen Entwicklung nicht beugen“¹. Entsprechend dieser Aussage hat der Gesetzgeber Anlass zum Handeln gesehen und 2004 den neuen § 201 a – Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen – in das StGB eingefügt.

Die Arbeit widmet sich der Untersuchung des strafrechtlichen Schutzes des Rechts am eigenen Bild durch § 201 a StGB. Dieser soll anschließend mit dem strafrechtlichen Schutz des Bildnisses im spanischen Recht, Art. 197 Código Penal aus dem Jahr 1995, verglichen werden, um die Vorteile oder Nachteile der jeweiligen Regelung herauszuarbeiten. Ein Vergleich mit einer ähnlichen Strafnorm aus einem anderen europäischen Rechtsstaat bietet die Möglichkeit der Betrachtung des § 201 a StGB aus einem anderen Blickwinkel und ist insofern für dessen Beurteilung hilfreich. Das spanische Recht erscheint interessant, da der strafrechtliche Bildnisschutz durch Art. 197 Código Penal aus dem Jahr 1995 herrührt, also aus einer Zeit, in der die Internetverbreitung und Digitalisierung noch nicht so fortgeschritten war, und die dadurch bedingte Bedrohung des Persönlichkeitsschutzes in seiner heutigen Form noch nicht existierte.

Zudem handelt es sich bei Spanien um einen vergleichsweise jungen demokratischen Rechtsstaat, der aufgrund seiner Geschichte – der Demokratisierungsprozess setzte erst nach dem Tod General Francos im Jahr 1975 ein – zwangsläufig eine schnellere und auf der Basis einer parlamentarischen Monarchie auch andere rechtliche Entwicklung als der deutsche Rechtsstaat genommen hat.

In einem ersten Teil der Arbeit wird die historische Entwicklung des Rechts am eigenen Bild und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dargestellt. Dabei wird auch auf den zivilrechtlichen Schutz kurz eingegangen. Der Schwerpunkt der Betrachtung liegt aber auf dem strafrechtlichen Schutz.

Der zweite Teil der Arbeit befasst sich daher ausführlich mit dem strafrechtlichen Schutz des Bildes insbesondere durch den „neuen“ § 201 a StGB. Dabei wird nicht beabsichtigt zu beurteilen, ob tatsächlich eine Strafbarkeitslücke bestand

¹ BGH NJW 1966, 2353 (2354) – *Vor unserer eigenen Tür*.

und die Einführung des § 201 a StGB notwendig war². Auch von der Verfassungsmäßigkeit der Norm wird ausgegangen. Die Arbeit beschäftigt sich vielmehr mit der Auslegung der Norm, um die Reichweite des strafrechtlichen Schutzes des eigenen Bildes zu untersuchen. Nach der anschließenden Darstellung des Bildnisschutzes durch Art. 197 CP folgt in einem dritten Teil ein Vergleich der Straftatbestände § 201 a StGB und Art. 197 CP, um abschließend den Schutzzumfang des § 201 a StGB bewerten zu können.

² Vergleiche dazu *Linkens*, S. 9 ff., *Kächele*, S. 105 ff.

1. Teil: Die Historische Entwicklung des Rechts am eigenen Bild

A. Die historische Entwicklung in Deutschland

Um den (strafrechtlichen) Bildnisschutz des deutschen Rechts beurteilen zu können, ist es sinnvoll, zunächst einen Blick auf seine Entstehung und die zivilrechtliche Ausprägung zu werfen.

I. Rechtslage im 19. Jahrhundert

Die vorliegende Darstellung der historischen Entwicklung des Rechts am eigenen Bild beginnt im 19. Jahrhundert. Zu jener Zeit wurde der Schutz des Abgebildeten, der in der Regel zugleich der Besteller des Bildes war, lediglich als Ausnahme zum Urheberschutz gesehen und als Einschränkung des Vervielfältigungsrechts des Bildnisurhebers im Photographieurhebergesetz von 1876 geregelt³. Ein Schutz der Persönlichkeit der abgebildeten Person im Zusammenhang mit Bildaufnahmen bestand noch nicht. Das Recht am eigenen Bild – nach heutigem Verständnis – war also im 19. Jahrhundert noch nicht anerkannt.

Jedoch wurde es durch die unbefugte Herstellung und Veröffentlichung von Bildaufnahmen Ende des 19. Jahrhunderts zunehmend zu einem relevanten juristischen Problem. Die Notwendigkeit einer Regelung des Bildnisschutzes trat vor allem in zwei Fällen, die das Reichsgericht zu entscheiden hatte, zu Tage. Bereits 1898 hatte das Reichsgericht den Fall der „Dame im Badekostüm“ zu entscheiden. Es ging dabei um die heimlich aufgenommene Fotografie einer Dame im Badekostüm im Damenbad Cranz. Die Fotografie wurde auf Briefbeschwerern veröffentlicht und verkauft. Das Reichsgericht verurteilte die Täter wegen Beleidigung gemäß § 185 StGB und begründete das Urteil folgendermaßen: Bei Dritten werde die Annahme hervorgerufen, die Dame habe sich freiwillig im Badekostüm fotografieren und veröffentlichen lassen. Dies werfe ein bedenkliches Licht auf das Scham- und Sittlichkeitsgefühl der Dame und werde ihre Achtung

³ *Dreier* in *Dreier/Schulze*, vor § 22 KUG Rn. 2.

bei anderen schwer schädigen. Somit enthalte die Handlung der Täter eine vorsätzliche, die Ehre der Dame verletzende Kundgebung an andere und demzufolge eine Beleidigung im Sinne des § 185 StGB⁴. Da ein Recht am eigenen Bild im 19. Jahrhundert noch nicht anerkannt war, wurde vom Reichsgericht die Verletzung eines solchen Rechts gar nicht erst in Erwägung gezogen.

Ein Jahr später folgte der bekannte Bismarck-Fall, der die Diskussion bezüglich eines Rechts am eigenen Bild stark anregte und aus heutiger Sicht den Anlass zur Verabschiedung des „Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Kunst und der Photographie“, des so genannten KunstUrhG von 1907, gab⁵. In der Nacht nach dem Tod von Bismarck drangen die Täter widerrechtlich gegen den Willen der Kinder in das Zimmer ein, in dem die Leiche ruhte, und machten eine Aufnahme von Bismarcks Leichnam. Die Kinder klagten und forderten ein Verbot der Veröffentlichung und die Vernichtung der Aufnahmen. Das Reichsgericht verurteilte die Beklagten, sich die Vernichtung der Aufnahmen gefallen zu lassen und sich jeder Verbreitung zu enthalten. Das damals geltende Recht – die Hamburger Statuten und der Sachsenspiegel – enthielt jedoch keine einschlägigen Normen, die zur Anwendung gebracht werden konnten. Es gab also eine Gesetzeslücke im geltenden Recht. Das Reichsgericht versuchte jedoch nicht, die Lücke mit der Anerkennung eines Rechts am eigenen Bild zu füllen, sondern es griff auf das Römische Recht zurück und konstruierte eine bereicherungsrechtliche Lösung. Das Römische Recht gewähre dem durch eine rechtswidrige Handlung Verletzten eine *condictio iniustam causam* auf Wiedererstattung all desjenigen, was durch die rechtswidrige Handlung aus seinem Machtbereich in die Gewalt des Täters gelangt sei⁶. Das Reichsgericht vertrat die Ansicht, dass die rechtswidrige Handlung im Bismarck-Fall in einem Hausfriedensbruch zu sehen sei, da die Fotografen widerrechtlich das Zimmer betreten hätten, in dem die Leiche ruhte. Den Erben stehe daher ein Recht auf Erstattung all desjenigen zu, was durch den Hausfriedensbruch aus ihrem Machtbereich in die Gewalt der Hausfriedensbrecher gelangt sei, also auch ein Anrecht auf die fotogra-

⁴ RG, abgedruckt bei *Kohler*, S. 32 – *Dame im Badekostüm*.

⁵ Schricker/*Götting*, § 60/22 KUG Rn. 3; vgl. KG JW 1928, 363 (364).

⁶ RGZ 45, 170 (173 ff.) – *Bismarck*.

phischen Erzeugnisse und deren Vernichtung⁷. Diese Argumentation vermag aus heutiger Sicht wenig zu überzeugen. Auch damals wurde eine Unzulänglichkeit des geltenden Rechts wahrgenommen und der Bismarck-Fall regte eine lebhaftere Diskussion über ein Recht am eigenen Bild an.

Ein großer Befürworter des Rechts am eigenen Bild war *Hugo Keyssner*. Er vertrat eine persönlichkeitsrechtliche Sichtweise und betrachtete das Recht am eigenen Bild als ein besonderes Persönlichkeitsrecht⁸. Ohne eine Genehmigung dürfe keine Person „durch Abbilder veranschaulicht oder durch Illustration berühmt gemacht werden“⁹.

Josef Kohler dagegen bildete seine Meinung aus urheberrechtlicher Perspektive und lehnte ein Recht am eigenen Bild ab. „Ebenso beruht es auf einer völligen Verwechslung, wenn man sagt, am eigenen Bild habe man so viel Recht, wie an einem Bild, das man gezeichnet oder gemalt habe. Was ich geschaffen habe, habe ich in die Welt gebracht und ich kann darum verlangen, dass es mir vorbehalten bleibt; denn ich entziehe dadurch der Menschheit nichts, was sie nicht schon hatte. Habe ich aber meine eigene Gestalt geschaffen, bin ich der Urheber meines körperlichen Ichs? Meiner Erscheinung?“¹⁰.

Kohler vertrat die Ansicht, dass die Bevölkerung ein Recht habe, sich ein Bild machen zu können von den Personen, die den Staat regierten, die Geschichte beeinflussten oder aus einem anderen Grund in der Öffentlichkeit ständen. Jedoch wollte *Kohler* Ausnahmen für den Fall zulassen, dass die Veröffentlichung eines Bildes allein dem Zweck eines Skandals oder einer persönlichen Kränkung diene¹¹.

Die Diskussion über ein Recht am eigenen Bild war somit jedenfalls entfacht und führte einige Jahre später zur Verabschiedung des „Gesetzes betreffend das Ur-

⁷ RGZ 45, 170 (173 ff.) – *Bismarck*; auch wenn das Ergebnis in der Literatur Zustimmung fand, so wurde doch die Begründung, insbesondere von *Kohler*, stark kritisiert, vgl. *Kohler*, S. 12.

⁸ *Keyssner*, S. 23, 31, 49.

⁹ *Keyssner*, S. 31.

¹⁰ *Kohler*, S. 8.

¹¹ *Kohler*, S. 10.

heberrecht an Werken der bildenden Kunst und der Photographie“ vom 9. Januar 1907 – dem so genannten KunstUrhG.

II. Rechtslage nach Inkrafttreten des KunstUrhG

Am 9. Januar 1907 trat das KunstUrhG in Kraft. Die den Bildnisschutz betreffenden Vorschriften – § 22 ff. – gelten gemäß § 141 Abs. 5 UrhG bis heute fort. Das KunstUrhG regelte den Bildnisschutz als ein besonderes Persönlichkeitsrecht des Abgebildeten und als Einschränkung der Befugnisse des Bildurhebers. In den §§ 22 ff. KunstUrhG wird der Abgebildete gegen die unerlaubte Verbreitung und Veröffentlichung seiner Bildnisse durch den Fotografen sowie durch Dritte geschützt.

Gemäß § 22 S. 1 KunstUrhG dürfen Bildnisse nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Auffallend ist, dass das Anfertigen von Bildnissen als solches keiner Einwilligung bedarf und somit nicht durch das KunstUrhG beschränkt wird. Der Ausschluss der Herstellung einer Aufnahme aus dem Schutzbereich der Norm kann möglicherweise mit der damaligen Situation der Fotografie erklärt werden. Die Fotografie befand sich erst in ihren Anfängen. Die Technik war noch nicht so weit fortgeschritten, so dass das Herstellen eines Fotos eine gewisse Zeit in Anspruch nahm. Es wurden überwiegend Porträtaufnahmen von Personen gefertigt. Die vor allem von Prominenten „gefürchteten Schnappschüsse“ waren mit damaligen Fotoapparaten gar nicht möglich, so dass kein Bedürfnis für den Schutz vor unbefugtem Anfertigen eines Bildnisses bestand.

1. Begriff des Bildnisses

§ 22 S. 1 KunstUrhG schützt Bildnisse von Personen. Bildnisse sind „Abbildungen von Personen, das heißt die Darstellung der Person in ihrer wirklichen, dem Leben entsprechenden Erscheinung“¹². Damit sind nicht nur Fotografien gemeint, sondern jegliche Art der Darstellung, zum Beispiel Zeichnungen – auch Karika-

¹² Dreier in Dreier/Schulze, § 22 KUG Rn.1.

turen –, Gemälde und Skulpturen sowie Bilder in Film und Fernsehen¹³. Sogar die Darstellung einer Person durch ein Double oder einen Schauspieler kann dem Bildnisbegriff unterfallen¹⁴.

Voraussetzung ist aber immer, dass der Abgebildete erkennbar ist¹⁵. Die Erkennbarkeit wird nach großzügigem Maßstab bejaht. Sie soll bereits vorliegen, wenn der Abgebildete begründeten Anlass zu der Annahme hat, er könne als die abgebildete Person identifiziert werden¹⁶, sei es durch seine Gesichtszüge oder sonstige Merkmale, die seiner Person eigen sind¹⁷. So wurde zum Beispiel die Erkennbarkeit eines Torwarts, der nur von hinten durch das Netz fotografiert wurde, vom BGH bejaht, da er durch Haltung, Statur, Haarschnitt für einen Kenner der Fußballmannschaft unschwer zu erkennen gewesen sei¹⁸.

2. Das Verbreiten und öffentliche Zurschaustellen i.S.d. § 22 KunstUrhG

§ 22 KunstUrhG erfordert eine Einwilligung für das Verbreiten und öffentliche Zurschaustellen eines Bildnisses. Verbreiten im Sinne des § 22 KunstUrhG umfasst jede Art der Verbreitung in körperlicher Form, zum Beispiel in Zeitungen, Büchern und auf Werbeträgern. Dabei muss das Verbreiten nicht unbedingt zu kommerziellen Zwecken stattfinden und auch nicht an die Öffentlichkeit erfolgen, es reicht eine Weitergabe an einzelne Personen¹⁹. Öffentliches Zurschaustellen dagegen soll dann zu bejahen sein, wenn ein Bildnis öffentlich sichtbar gemacht wird – auch unkörperlich – und für Dritte die Möglichkeit der Wahrneh-

¹³ *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 22 KUG Rn. 1; LG München, AfP 1997, 559; Strittig bezüglich Karikaturen, wird von der h.M. aber bejaht vgl. *Schricker/Götting*, § 60/§ 22 KUG Rn. 15, 27; *von Strobl-Albeg* in *Wenzel*, 7/20.

¹⁴ KG JW 1928, 363ff. – *Piscator*; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 22 KUG Rn. 2; *Rehbinder*, Rn. 857; BGHZ 26, 52 (67) – *Sherlock Holmes*.

¹⁵ *Schricker/Götting*, § 60/§ 22 KUG Rn. 14, 16; *Rehbinder*, Rn. 857; *von Strobl-Albeg* in *Wenzel* 7/13.

¹⁶ BGH NJW 1971, 698 (700) – *Liebestropfen*.

¹⁷ *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 22 KUG Rn. 3; *Schricker/Götting*, § 60/§ 22 KUG Rn. 16; BGH NJW 1979, 2205 – *Fußballtor*. BGH GRUR 2000, 715 (717) – *Der blaue Engel*.

¹⁸ BGH NJW 1979, 2205 – *Fußballtor*; weitere Ausführungen zur Erkennbarkeit vgl. *Neumann-Klang*, S. 15 ff.

¹⁹ *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 22 KUG Rn. 9; *Rehbinder*, Rn. 858.

mung besteht, zum Beispiel Ausstellen eines Bildnisses im Schaufenster, Museum oder auch, wenn es live im Fernsehen gezeigt wird²⁰.

3. Erfordernis der Einwilligung

Gemäß § 22 KunstUrhG ist grundsätzlich eine Einwilligung des Abgebildeten erforderlich. Umstritten war lange die rechtliche Einordnung der Einwilligung. Einerseits wurde vertreten, dass die Einwilligung eine rechtsgeschäftliche Erklärung sei, andererseits wurde sie als geschäftsähnliche Handlung gesehen oder auch als bloßer Realakt²¹. Inzwischen wird heute herrschend vertreten, dass die Einwilligung eine rechtsgeschäftliche Erklärung ist und die §§ 104 ff. BGB Anwendung finden²². Dies ist insbesondere in Hinsicht auf den Minderjährigenschutz zu befürworten. Minderjährige bedürfen danach der Einwilligung ihrer Eltern, um zum Beispiel Aufnahmen zu kommerziellen Zwecken zu veröffentlichen. Aufgrund der persönlichkeitsrechtlichen Aspekte ist aber auch die Grundrechtsmündigkeit des Minderjährigen zu beachten. So dürfen die Eltern nicht allein die Einwilligung abgeben, wenn der Minderjährige widerspricht²³. Er hat also eine Art „Vetorecht“.

Die Einwilligung kann ausdrücklich oder konkludent erteilt werden, sie kann unbeschränkt oder räumlich, zeitlich oder bezüglich des Verwendungszweckes beschränkt erteilt werden²⁴. Der Umfang der Einwilligung ist anhand der Auslegung der Erklärung und der Umstände zu ermitteln. Sie reicht grundsätzlich nicht weiter als der mit ihrer Erteilung verfolgte Zweck. So ist beispielsweise bei einem Schauspieler, der sich für eine Rundfunkzeitung auf einem Motorroller fotografieren lässt, keine Einwilligung gegeben, das Foto auch zur Werbung des

²⁰ *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 22 KUG Rn. 11; *Schricker/Götting*, § 60/§22 KUG Rn. 37.

²¹ *von Strobl-Albeg* in *Wenzel*, 7/59 m.w.N.; *Dasch*, S. 38 ff.

²² *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 22 KUG Rn. 17; *Frömming/Peters*, NJW 1996, 958; *von Strobl-Albeg* in *Wenzel*, 7/59; OLG Hamburg AfP 1995, 504 (508) – *Caroline von Monacos Sohn*.

²³ *Dasch*, S. 103, 106; BGH NJW 1974, 1949.

²⁴ *Schricker/Götting*, § 60/§ 22 KUG Rn. 43; vgl. BGHZ 20, 345 (348) – *Paul Dahlke*.

Rollers zu verwenden²⁵. Ebenso wenig erstreckt sich die Einwilligung in die Veröffentlichung eines Nacktfotos in einem Biologiebuch darauf, dass das Foto in den Medien gezeigt werden darf²⁶. Dagegen ist bei einem Model, welches Bademoden auf einer Modenschau vorführt, eine konkludente Einwilligung bezüglich der späteren Veröffentlichung der Fotos in Modemagazinen im Rahmen eines Berichts über die Modenschau anzunehmen²⁷, denn Zweck einer Modenschau ist gerade die Publizierung der Kollektion.

Die Beweislast für das Vorliegen einer Einwilligung trägt grundsätzlich derjenige, der das Bild verbreitet²⁸. Zu erwähnen ist aber, dass § 22 S. 2 KunstUrhG eine Vermutung der Einwilligung für den Fall enthält, dass an den Abgebildeten eine Vergütung gezahlt wurde. In diesem Fall findet somit eine Beweislastumkehr statt, so dass der Abgebildete beweisen muss, dass er in die Aufnahme nicht eingewilligt hat.

Ist ermittelt, dass die betroffene Person eine Einwilligung abgegeben hat, stellt sich die Frage, ob die einmal abgegebene Einwilligung zur Veröffentlichung eines Fotos zurückgenommen werden kann. Zunächst kann die Einwilligung als Willenserklärung nach den Regeln des BGB angefochten werden, zum Beispiel wegen eines Inhaltsirrtums nach § 119 Abs. 1 BGB, wenn der Abgebildete sich in einem Irrtum darüber befand, in welche Verwendungszwecke seines Bildes er eingewilligt hat. Zudem wird von der Rechtsprechung dem Betroffenen unter engen Voraussetzungen die Möglichkeit eines Widerrufs der Einwilligung zugestanden. Er ist nur zulässig, wenn sich seit der Erteilung der Einwilligung die innere Einstellung der abgebildeten Person so grundlegend verändert hat, dass eine weitere Veröffentlichung eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellen würde²⁹.

²⁵ BGHZ 20, 345 (348) – *Paul Dahlke*; vgl. ähnliche Fälle: AG Frankfurt a. M. NJW 1996, 531 (532) – *Werbeprospekt*; OLG Frankfurt a. M. AfP 1986, 140 – *Ferienprospekt*.

²⁶ BGH NJW 1985, 1617 (1618, 1619) – *Nacktfoto*.

²⁷ OLG Koblenz GRUR 1995, 771 – *Werbefoto*.

²⁸ *von Strobl-Albeg* in Wenzel, 7/76; OLG München NJW-RR 1996, 93 (94) – *Ann Sophie Mutter*.

²⁹ *von Strobl-Albeg* in Wenzel, 7/85; vgl. LG Köln, AfP 1996, 186 (187).

4. Ausnahmen zum Erfordernis der Einwilligung

In den §§ 23, 24 KunstUrhG sind Ausnahmen normiert, in denen eine Einwilligung nicht erforderlich ist. Demnach ist sie entbehrlich bei Bildnissen aus dem Bereich der Zeitgeschichte, bei Bildern, auf denen die Personen nur als Beiwerk einer Landschaft erscheinen, Bildern von Versammlungen sowie bei Bildnissen, die einem höheren Interesse der Kunst dienen. Auch bei der Veröffentlichung von Bildern, die dem Zwecke der Rechtspflege und der öffentlichen Sicherheit dienen, ist eine Einwilligung nicht erforderlich.

Vorliegend soll sich die Darstellung jedoch nur auf die besonders praxisrelevante Ausnahme bezüglich Bildnissen „aus dem Bereich der Zeitgeschichte“ (§ 23 Abs. 1 Nr. 1 KunstUrhG) beschränken, zu denen insbesondere die sogenannten „Paparazzi-Fotos“ gehören.

Dem Bereich der Zeitgeschichte sind alle Erscheinungen der Gegenwart zuzurechnen, die von der Öffentlichkeit Beachtung und Aufmerksamkeit finden und im Informationsinteresse der Allgemeinheit stehen³⁰. Erfasst werden insbesondere Darstellungen und Abbildungen von Personen des politischen, wirtschaftlichen oder kulturellen Lebens, die im Blickfeld der Öffentlichkeit stehen – sog. „Personen der Zeitgeschichte“³¹. Dabei wird in der Rechtsprechung, je nachdem in welchem Bezug die jeweilige Person zur Zeitgeschichte steht, zwischen absoluten und relativen Personen der Zeitgeschichte unterschieden³².

a. Absolute und relative Personen der Zeitgeschichte

Absolute Personen der Zeitgeschichte sind Menschen, die über ihren Tod hinaus Personen der Zeitgeschichte bleiben, weil sie durch Geburt, Stellung, Leistungen oder Taten im Bereich der Zeitgeschichte unter den Mitmenschen außergewöhnlich herausragen und deshalb in der Öffentlichkeit ein Informationsinteresse her-

³⁰ Dreier in Dreier/Schulze, § 23 KUG Rn. 3; Schricker/Götting, § 60/23 KUG, Rn. 18; von Strobl-Albeg in Wenzel, 8/4, 5.

³¹ Dreier in Dreier/Schulze, § 23 KUG Rn. 3, 4; vgl. Neumann-Duesberg, JZ 1960, 114.

³² Dreier in Dreier/Schulze, § 23 KUG Rn. 4: Zurückgehend auf Neumann-Duesberg, JZ 1960, 114 ff; Schricker/Götting, § 60/23 KUG, Rn. 19.

vorrufen³³, zum Beispiel Staatsoberhäupter, Politiker³⁴, Angehörige der Königshäuser³⁵, Wissenschaftler, Künstler, Schauspieler³⁶, herausragende Sportler und ihre Trainer³⁷.

Relative Personen der Zeitgeschichte dagegen werden die Personen genannt, die nur vorübergehend zu Personen der Zeitgeschichte werden, da sie nur vorübergehend – im Zusammenhang mit einem konkreten zeitgeschichtlichen Ereignis – im Interesse der Allgemeinheit stehen³⁸. Dies kann zum Beispiel bei Straftätern einer Aufsehen erregenden Tat der Fall sein sowie bei dem Vorsitzenden Richter eines solchen Prozesses oder bei Unfallopfern³⁹. Außerdem können zu relativen Personen der Zeitgeschichte auch Familienangehörige und Lebensgefährten, so genannte „Begleitpersonen“ einer absoluten Person der Zeitgeschichte, werden⁴⁰. Das Bundesverfassungsgericht hat die Verwendung des Begriffs „Person der Zeitgeschichte“ als „verkürzte Ausdrucksweise“ für verfassungsrechtlich unbe-

³³ *Neumann-Duesberg*, JZ 1960, 114 (115, 116, 118); *Schricker/Götting*, § 60/23 KUG Rn. 21.

³⁴ KG JW 1928, 363 (365) – *Kaiser Wilhelm II*; BGH GRUR 1996, 195 (196) – *Abschiedsmedaille für Willy Brandt*.

³⁵ BVerfG GRUR 2000, 446 (448, 452) – *Caroline von Monaco*.

³⁶ BGH NJW 2000, 2195 (2200) – *Marlene Dietrich*; GRUR 1997, 125 (126) – *Bob Dylan*; LG Berlin AfP 2001, 246 (247) – *Nina Hagen*.

³⁷ BGH GRUR 1968, 652 (653) – *Ligaspieler*; GRUR 1979, 425 (426) – *Franz Beckenbauer*; OLG Frankfurt a.M. NJW 2000, 594 – *Katharina Witt*.

³⁸ *Neumann-Duesberg*, JZ 1960, 114 (115); *Wanckel*, Rn. 190; *von Strobl-Albeg* in *Wenzel*, 8/13.

³⁹ *Neumann-Duesberg*, JZ 1960, 114 (116); BVerfG E 35, 202 ff. – *Lebach*; BVerfG NJW 2000, 2890 – *Übertragung von Fernsehbildern aus dem Gerichtssaal*; OLG Hamburg ZUM 1995, 336 (337): Bei Straftätern ist das öffentliche Interesse allerdings nur in Zusammenhang mit der Straftat gegeben, spätestens mit der Haftentlassung überwiegt das Persönlichkeitsrecht und somit das Interesse des Straftäters an Resozialisierung gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Berichterstattung.

⁴⁰ BVerfG AfP 2001, 212 (218) – *Prinz Ernst August von Hannover*: Lebensgefährten einer absoluten Person der Zeitgeschichte müssen aber als solche in der Öffentlichkeit aufgetreten sein, um zur relativen Person der Zeitgeschichte zu werden, reine Spekulationen sind nicht ausreichend; BGH ZUM 1996, 243 (244) – *Caroline von Monacos Sohn*: Insbesondere Kinder werden nur zu relativen Personen der Zeitgeschichte, „wenn sie gleichfalls als Angehörige in der Öffentlichkeit auftreten oder im Pflichtenkreis ihrer Eltern öffentliche Funktionen wahrnehmen“; ebenso BGH ZUM 2005, 157 (159) – *Caroline von Hannovers Tochter*; zur sog. „Begleitpersonenrechtsprechung“ siehe *Wanckel*, Rn. 201 ff.

denklich erklärt, allerdings nur solange die einzelfallbezogene Abwägung zwischen dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit und dem Interesse des Abgebildeten nicht unterbleibe⁴¹. Letztlich geht es nicht um die formale Zuordnung einer Person, sondern um die Abgrenzung des Zeitgeschichtlichen, welches durch ein Informationsbedürfnis gekennzeichnet ist⁴². Die Qualifizierung einer Person als „Person der Zeitgeschichte“ erfordert demnach immer ein legitimes Informationsinteresse der Allgemeinheit. Daher ist eine Abgrenzung zur Abwägung im Sinne des § 23 Abs. 2 KunstUrhG in vielen Fällen kaum möglich, so dass die Frage der Einordnung als Person der Zeitgeschichte und die im Folgenden dargestellte Interessenabwägung im Sinne des § 23 Abs. 2 KunstUrhG häufig im Rahmen einer Gesamtwürdigung behandelt werden⁴³.

b. Interessenabwägung gemäß § 23 Abs. 2 KunstUrhG

Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte, also von absoluten und relativen Personen der Zeitgeschichte, können gemäß § 23 Abs. 1 KunstUrhG grundsätzlich im Informationsinteresse der Allgemeinheit ohne Einwilligung veröffentlicht werden.

Die Grenze der Abbildungsfreiheit ist gemäß § 23 Abs. 2 KunstUrhG jedoch dann erreicht, wenn die berechtigten Interessen des Abgebildeten das Informationsinteresse der Allgemeinheit überwiegen. In jedem Einzelfall ist somit eine konkrete Interessenabwägung vorzunehmen.

Der Bildnisschutz einer Person der Zeitgeschichte hat seit 1907 eine lebhafte Entwicklung durchgemacht. Zunächst war der Schutz eher gering und oft überwog das Informationsinteresse der Allgemeinheit gegenüber dem Interesse des Abgebildeten. So verhielt es sich auch in dem Fall „Ebert und Noske in der Badehose“, den das Schöffengericht Ahrensböck im Jahr 1920 zu entscheiden hatte. Es ging dabei um die Frage, ob die Verbreitung einer Fotografie des damaligen Reichspräsidenten Ebert und Reichswehrministers Noske in der Badehose im Ostseebad Haffkrug objektiv widerrechtlich war. Bezüglich Ebert und Noske

⁴¹ BVerfG GRUR 2000, 446 (452) – *Caroline von Monaco*.

⁴² OLG Hamburg, ZUM 1995, 878.

⁴³ Schrickler/*Götting*, § 60/23 KUG Rn. 80.

befand das Gericht, dass es sich um Personen der Zeitgeschichte handle und dass es deshalb gemäß § 23 KunstUrhG keiner Genehmigung zur Verbreitung bedürfte⁴⁴. Hierzu ist zu bemerken, dass angesichts der Tatsache, dass 1920 die Gesellschaft noch nicht so freizügig war, ein Foto von Politikern in der Badehose durchaus gesellschaftliches Aufsehen erregen konnte.

Aber auch kommerzielle Interessen des Abgebildeten blieben lange von der Rechtsprechung nicht ausreichend berücksichtigt oder sogar gänzlich unberücksichtigt. Zwar entschied das Reichsgericht 1910, dass es mit §§ 22, 23 KunstUrhG nicht vereinbar sei, ein Warenzeichen, bestehend aus einer Kombination des Namens – Graf Zeppelin – und dessen Brustbildes, eintragen zu lassen, es betonte bei dem Urteil jedoch nicht die kommerziellen Interessen des Grafen, sondern, dass mit der Eintragung als Warenzeichen die Befugnis zum ausschließlichen Gebrauch verbunden sei, was dem Zweck des § 23 Abs. 1 Nr. 1, der ja gerade darin bestehe, das Bild zum Gemeingebrauch freizustellen, widerspreche⁴⁵. Im Jahr 1929 entschied das Reichsgericht in der „Tull-Harder-Entscheidung“, dass es aufgrund des Allgemeininteresses gestattet sei, das Bild des damaligen berühmten Fußballspielers Tull Harder auch ohne dessen Einwilligung zu kommerziellen Zwecken – als Sammelbild in Zigarettenschachteln – zu verwenden, solange dadurch keine Ansehensminderung stattfindet⁴⁶. Es dauerte einige Jahrzehnte, bis der Schutz des Rechts am eigenen Bild von der Rechtsprechung auf kommerzielle Interessen ausgeweitet wurde. 1956, im „Paul-Dahlke-Fall“, sprach der BGH einer Person der Zeitgeschichte erstmals eine Geldentschädigung – die fiktive Lizenzgebühr – zu, wegen der ungenehmigten Verwendung von Aufnahmen für die Reklame eines Motorrollers⁴⁷.

Der Schutz von Personen der Zeitgeschichte wurde durch die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Jahr 1954 und vor allem durch drei „Caroline-von-Monaco-Entscheidungen“ aus den Jahren 1994/1995⁴⁸, wobei allerdings

⁴⁴ Schöffengericht Ahrensböck DJZ 1920, 596 – *Ebert und Noske in der Badehose*.

⁴⁵ RGZ 74, 308 (313) – *Graf Zeppelin*.

⁴⁶ RGZ 125, 80 (82, 82) – *Tull Harder*.

⁴⁷ BGHZ 20, 345 ff. – *Paul Dahlke*.

⁴⁸ BGH NJW 1995, 861 ff. – *Caroline von Monaco I*; BGH NJW 1996, 984 ff. – *Caroline von Monaco II*; BGH NJW 1996, 1128 ff – *Caroline von Monaco III*.

nur eine speziell die Veröffentlichung von Bildaufnahmen behandelt, zunehmend erweitert.

Heute wird vertreten, dass das Interesse des Abgebildeten zumindest dann überwiegt, wenn es um die Veröffentlichung eines Bildes aus der Intimsphäre geht⁴⁹.

Die Intimsphäre umfasst die innere Gefühls- und Gedankenwelt, das Sexualleben und den Gesundheitszustand einer Person⁵⁰, also den innersten privaten Kern.

Zudem ist die Veröffentlichung von Aufnahmen zu Werbezwecken oder sonstiger kommerzieller Verwendung grundsätzlich nicht ohne Einwilligung zulässig⁵¹.

Des Weiteren wird zwischen absoluten und relativen Personen der Zeitgeschichte differenziert. Bei relativen Personen der Zeitgeschichte wird eine Veröffentlichung nur von § 23 KunstUrhG gedeckt, wenn das Bildnis im Zusammenhang mit einem zeitgeschichtlichen Ereignis steht⁵².

Absolute Personen der Zeitgeschichte dagegen genossen lange einen geringeren Schutz. Die von § 23 KunstUrhG gedeckte Bildnisveröffentlichung war nicht auf Bildnisse beschränkt, die die Person bei der Ausübung ihrer gesellschaftlichen – zeitgeschichtlichen – Funktion zeigten. Es wurde vertreten, dass ein öffentliches Interesse auch daran bestehe, wie sich solche Personen generell in der Öffentlichkeit bewegen⁵³, also auch wenn sie rein privat in der Öffentlichkeit auftraten.

Zwar wurde auch absoluten Personen der Zeitgeschichte ein Recht auf Privatsphäre zugestanden, diese war lange Zeit aber nur geringfügig geschützt und auf den häuslichen Bereich beschränkt⁵⁴. Der BGH entschied jedoch 1995 in der „Caroline-von-Monaco-III-Entscheidung“, dass die Privatsphäre nicht an der eigenen Haustür ende, sondern auch an einem öffentlichen Ort gegeben sein könne. Die Privatsphäre setze dann aber voraus, dass „sich jemand in eine örtliche Ab-

⁴⁹ Dreier in Dreier/Schulze, § 23 KUG Rn. 7; vgl. Brandner, JZ 1983, 689 (690); LG Berlin AfP 2001, 246 (247) – *Nina Hagen*.

⁵⁰ Rickert, NJW 1990, 2097 (2098); vgl. Burkhardt in Wenzel, 5/47 ff; Palandt-Sprau, § 823 Rn. 87.

⁵¹ Dreier in Dreier/Schulze, § 23 KUG Rn. 35; BGHZ 20, 345 (350) – *Paul Dahlke*; BGH NJW 1971, 698 (700) – *Liebestropfen*; OLG Koblenz GRUR 1995, 771 (772) – *Werbefoto*.

⁵² Schricker/Götting, § 60/23 KUG, Rn. 32.

⁵³ So auch noch BVerfG GRUR 2000, 446, (452) – *Caroline von Monaco*.

⁵⁴ Rickert, NJW 1990, 2097 (2098).

geschiedenheit zurückgezogen hat, in der er objektiv erkennbar für sich allein sein will und in der er sich in der konkreten Situation im Vertrauen auf die Abgeschiedenheit so verhält, wie er es in der breiten Öffentlichkeit nicht tun würde“⁵⁵. Im dem Fall handelte es sich um einen abgelegenen Tisch in einem Gartenlokal. Als weitere Beispiele nannte der BGH abgeschiedene Räumlichkeiten eines Restaurants oder Hotels, Sportstätten oder auch Telefonzellen⁵⁶. Bilder, die in einer solchen Situation heimlich oder unter Ausnutzung einer Überraschung aufgenommen und anschließend veröffentlicht würden, verstießen gegen die §§ 22, 23 KunstUrhG.

Dagegen seien Bilder, die die Person bei einer Freizeitbeschäftigung – im konkreten Fall Caroline von Monaco beim Gang zum Markt, beim Reiten oder Fahrradfahren – zeigen, nicht der Privatsphäre, sondern der Öffentlichkeitssphäre zuzuordnen, in der Personen der Zeitgeschichte Veröffentlichungen ihrer Bildnisse aus dem Privatleben hinnehmen müssten⁵⁷. Das Bundesverfassungsgericht bestätigte die Rechtsprechung des BGH mit seiner Entscheidung vom 15. Dezember 1999, in der es ausführte, die Zuordnung der Bilder, die Caroline von Monaco allein beim Reiten oder Fahrradfahren zeigten, zur Öffentlichkeitssphäre sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden⁵⁸. Lediglich bezüglich der Fotos, auf denen der familiäre Umgang von Caroline von Monaco mit ihren Kindern veröffentlicht wurde, forderte das Bundesverfassungsgericht aufgrund von Art. 6 GG einen erweiterten Schutz des Privatlebens⁵⁹.

Man könnte sagen, dass in Deutschland die Auffassung herrschte, dass die Öffentlichkeit ein Informationsinteresse daran habe zu erfahren, wie prominente

⁵⁵ BGH NJW 1996, 1128 – *Caroline von Monaco III*; BVerfG GRUR 2000, 446, (453) – *Caroline von Monaco*.

⁵⁶ BGH NJW 1996, 1128 (1130) – *Caroline von Monaco III*.

⁵⁷ BGH NJW 1996, 1128 – *Caroline von Monaco III*; BVerfG GRUR 2000, 446 (453) – *Caroline von Monaco*.

⁵⁸ BVerfG GRUR 2000, 446 (452) – *Caroline von Monaco*.

⁵⁹ BVerfG GRUR 2000, 446 (453) – *Caroline von Monaco*. BGH NJW 1996, 984 (986) – *Caroline von Monaco II*: Bereits 1995 hatte der BGH entschieden, dass die Kinder einer Person der Zeitgeschichte nur dann zu einer Person der Zeitgeschichte werden, deren Fotos veröffentlicht werden dürfen, wenn sie als Angehörige in der Öffentlichkeit auftreten oder im Pflichtenkreis ihrer Eltern öffentliche Funktionen wahrnehmen.

Personen leben, wo sie einkaufen und wie sie ihre Freizeit verbringen. Dieses Informationsinteresse, was meines Erachtens mit bloßer Neugier gleichgesetzt werden kann, wurde gegenüber dem Schutz der Persönlichkeit prominenter Personen als vorrangig angesehen. Caroline von Monaco wollte diese deutsche Rechtsprechung nicht akzeptieren und zog vor den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR). Der EGMR verwarf in seinem Urteil vom 24. Juni 2004 die Argumentation der deutschen Rechtsprechung und kam zu dem Ergebnis, dass die deutschen Gerichte bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen das Recht auf Achtung des Privatlebens – wozu auch das Recht am eigenen Bild gehört – nach Art. 8 Abs. 1 EMRK verletzt haben⁶⁰. Nach Auffassung des EGMR ist grundsätzlich zu unterscheiden zwischen Berichterstattungen, die einen Beitrag zu einer öffentlichen Diskussion in einer demokratischen Gesellschaft leisten, da sie Personen, zum Beispiel Politiker, bei Ausübung ihres Amtes betreffen, und einer Berichterstattung über das Privatleben einer Person, die keine öffentliche Funktion innehat, wie zum Beispiel Caroline von Hannover⁶¹. Im Fall von Caroline von Hannover handelte es sich um Fotos, die ausschließlich Einzelheiten ihres Privatlebens darstellten⁶² und nur die Neugier einer bestimmten Leserschaft befriedigen sollten, also keineswegs zu irgendeiner öffentlichen Diskussion im allgemeinen Interesse beitragen. Der EGMR erklärte, dass unter diesen Umständen die Freiheit der Meinungsäußerung weniger weit auszulegen sei und dass die Öffentlichkeit kein berechtigtes Interesse daran habe zu wissen, wie Caroline von Hannover sich allgemein in ihrem Privatleben verhalte⁶³. Zudem kritisierte der EGMR die Auslegung des § 23 KunstUrhG durch die deutsche Rechtsprechung. „Die von den deutschen Gerichten entwickelten Kriterien („absolute Person der Zeitgeschichte“ und „örtliche Abgeschiedenheit“)

⁶⁰ EGMR NJW 2004, 2647 – *Caroline von Hannover./Bundesrepublik Deutschland*.

⁶¹ Caroline von Monaco änderte durch ihre Heirat ihren Namen in Caroline von Hannover.

⁶² EGMR NJW 2004, 2647 (2648): In dem Verfahren handelte es sich um Fotos, die Caroline von Hannover zeigen, wie sie ihre Einkäufe macht, ein Restaurant besucht, Fahrrad fährt, beim Reiten, beim Tennisspiel oder auch als sie im „Beach-Club“ von Monte Carlo über einen Gegenstand stolpert.

⁶³ EGMR NJW 2004, 2647, (2650/2651) – *Caroline von Hannover./Bundesrepublik Deutschland*.

reichen für einen wirksamen Schutz des Privatlebens der Beschwerdeführerin (...) nicht aus“⁶⁴. Der Begriff der absoluten Person der Zeitgeschichte – der einen geringen Schutz des Privatlebens zur Folge habe – möge zwar für Politiker in Betracht kommen, nicht jedoch für eine Privatperson, die nur aufgrund ihrer Herkunft in der Öffentlichkeit stehe. Weiterhin stellte der EGMR die Unbestimmtheit der „örtlichen Abgeschiedenheit“ fest, die zudem in der Praxis für den Abgebildeten nur schwer nachweisbar sein dürfte⁶⁵. Das Urteil des EGMR wurde teils kritisiert, hat aber auch Zustimmung in der Literatur gefunden⁶⁶.

Nach dem Urteil des EGMR hat die deutsche Rechtsprechung die Begrifflichkeit der Person der Zeitgeschichte zwar beibehalten, aber das Erfordernis der „örtlichen Abgeschiedenheit“ für einen Schutz vor Bildaufnahmen aus dem Privatleben gelockert⁶⁷. Im Sinne des EGMR kann einer Person der Zeitgeschichte auch dann ein Anspruch auf Achtung ihres Privatlebens zustehen, wenn sie sich nicht an einer abgeschiedenen Örtlichkeit aufhält, sondern bei einer privaten Handlung in der Öffentlichkeit, zum Beispiel während eines privaten Einkaufsbummels⁶⁸ oder eines Cafébesuchs⁶⁹ fotografiert wird.

Bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen steht nunmehr nicht der Aufenthaltsort und der Bekanntheitsgrad der abgebildeten Person im Vordergrund, sondern die Frage, ob das Bild ein zeitgeschichtliches Ereignis von allgemeinem Interesse darstellt⁷⁰. Auch wenn der Begriff der Zeitgeschichte weiterhin grundsätzlich weit auszulegen ist, fällt die Berichterstattung über den Urlaub Prominenter, sei es ein Foto von Caroline von Hannover in St. Moritz oder ein Foto

⁶⁴ EGMR NJW 2004, 2647 – *Caroline von Hannover./Bundesrepublik Deutschland*.

⁶⁵ EGMR NJW 2004, 2647 (2650) – *Caroline von Hannover./Bundesrepublik Deutschland*.

⁶⁶ Kritisch.: *Soehring/Seelmann-Eggebert*, NJW 2005, 571 (576); *Grabenwarter*, AfP 2004, 309 ff.; zustimmend: *Stürner*, JZ 2004, 1018 (1019).

⁶⁷ KG NJW 2005, 605 ff. – *Lebenspartnerin von Herbert Grönemeyer II*.

⁶⁸ Vgl. KG ZUM 2006, 872 (874 ff.).

⁶⁹ KG NJW 2005, 605 (607) – *Lebenspartnerin von Herbert Grönemeyer II*.

⁷⁰ Vgl. BGH NJW 2007, 1977 – *Caroline von Hannover*; BGH ZUM 2007, 858 (860) – *Oliver Kahn*.

von Oliver Kahn bei einem Spaziergang in St. Tropez, nicht darunter⁷¹. Allerdings ist grundsätzlich auch die zu dem Bild gehörende Wortberichterstattung für die Beurteilung eines allgemeinen zeitgeschichtlichen Interesses maßgeblich. So hat der BGH entschieden, dass die Veröffentlichung eines Fotos des Prinzen Ernst August von Hannover während eines Skiurlaubs in St. Moritz als Bebilderung einer Berichterstattung nicht zu beanstanden ist, sofern der Bericht sich nicht auf den Urlaub, sondern auf eine Erkrankung des Prinzen – also ein zeitgeschichtliches Ereignis – bezieht⁷².

Festzustellen ist, dass die deutsche Rechtsprechung durch das Urteil des EGMR von der Voraussetzung der örtlichen Abgeschiedenheit Abstand genommen hat und sich somit die Möglichkeit eines deutlich stärkeren Schutzes des Privatlebens prominenter Personen, auch in der Öffentlichkeit, ergeben hat. Nach dem letztgenannten Urteil des BGH bleibt aber abzuwarten, inwieweit die Rechtsprechung davon Gebrauch machen wird oder ob die Boulevardzeitungen die Urlaubsschnappschüsse Prominenter in Zukunft mit „seriösen“ Berichterstattungen von zeitgeschichtlichem Interesse versehen werden.

5. Postmortaler Rechtsschutz

Zu bemerken bleibt noch, dass § 22 S. 3 KunstUrhG ausdrücklich einen 10-jährigen postmortalen Schutz des Bildnisses normiert, den die Angehörigen nach § 22 S. 4 KunstUrhG geltend machen können.

III. Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts (APR)

1. Die historische Entwicklung des APR

Die Idee eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts stammt aus dem 19. Jahrhundert. Die Anerkennung eines solchen Rechts wurde jedoch lange Zeit abgelehnt⁷³. Erst nach dem Zweiten Weltkrieg und den Machenschaften des na-

⁷¹ BGH NJW 2007, 1977 (1980) – *Caroline von Hannover*; BGH ZUM 2007, 858 ff. – *Oliver Kahn*.

⁷² BGH NJW 2007, 1981 (1982) – *Prinz Ernst August von Hannover II*.

⁷³ Vgl. Darstellung bei *Kächele*, S. 31.

tionalsozialistischen Regimes kam in Deutschland verstärkt das Bedürfnis nach Persönlichkeitsschutz auf. Diesem ist zunächst im Grundgesetz in den Art. 1, 2 Ausdruck verliehen worden. In Art. 1 des Grundgesetzes wurde die Würde des Menschen zum unantastbaren Recht erklärt. Art. 2 Abs. 1 GG garantiert die freie Entfaltung der Persönlichkeit⁷⁴.

Aus diesen Artikeln des Grundgesetzes wird heute das allgemeine Persönlichkeitsrecht abgeleitet⁷⁵.

Die Entwicklung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts ging aber von den Zivilgerichten aus. In der „Leserbrief-Entscheidung“ erkannte der BGH im Jahr 1954 erstmals das allgemeine Persönlichkeitsrecht an. Damals ging es um die Veröffentlichung eines anwaltlichen Schreibens, in dem um die Berichtigung eines Artikels über das politische Wirken des Dr. S. während des nationalsozialistischen Regimes gebeten wurde. Die Zeitung veröffentlichte die schriftlichen Ausführungen des Rechtsanwalts, allerdings in veränderter Form unter der Rubrik Leserbriefe. Der Rechtsanwalt klagte wegen Verletzung seiner Persönlichkeitsrechte, da die Zeitung den unrichtigen Eindruck erweckt habe, er hätte einen Leserbrief – der Ausdruck seiner politischen Meinung sei – zu dem vorangegangenen Artikel geschrieben. Der BGH gab der Klage statt und erklärte, dass aus dem in den Art. 1, 2 GG verankerten Schutz der Persönlichkeit folge, dass grundsätzlich dem Verfasser allein die Befugnis zustehe, ob und in welcher Form seine Aufzeichnungen der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden⁷⁶.

Der BGH sprach in diesem Fall einem Kläger erstmals ein allgemeines Persönlichkeitsrecht zu und erkannte es als ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB an⁷⁷, so dass der in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Verletzte die Möglichkeit bekam, Schadensersatz zu verlangen, wenn auch zunächst nur für Vermögensschäden. Der genaue Inhalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wurde allerdings von Anfang an aufgrund dessen Unbestimmtheit

⁷⁴ BVerfGE 6, 32 (36) – *Elfes*.

⁷⁵ Hk-BGB/*Staudinger*, § 823 Rn. 90.

⁷⁶ BGHZ 13, 334 (338, 339) – *Leserbrief*.

⁷⁷ BGHZ 13, 334 (338) – *Leserbrief*; vgl. BGHZ 24, 72.

nicht abschließend definiert. Vielmehr stellte der BGH fest, dass stets eine Güterabwägung im Einzelfall vorgenommen werden müsse⁷⁸.

Bereits 1958 folgte eine weitere Leitentscheidung des BGH, der sogenannte „Herrenreiter-Fall“. Der BGH sprach einem Herrenreiter, dessen Bild unbefugt als Vorlage für ein Werbeplakat diente, Schadenersatz wegen eines immateriellen Schadens zu⁷⁹. Er begründete sein Urteil damit, dass die Art. 1, 2 GG den inneren Persönlichkeitsbereich schützen, der nur der freien und eigenverantwortlichen Selbstbestimmung des Einzelnen unterstehe und dessen Verletzung gerade durch Erzeugung immaterieller Schäden gekennzeichnet sei⁸⁰. Dabei stützte der BGH sein Urteil auf den damaligen § 847 BGB (heutiger § 253 BGB), der im Wege der Analogie auch bei Eingriffen, die das Recht der freien Willensbetätigung verletzen, anwendbar sei⁸¹. In diesem Fall sprach der BGH dem in seinem Persönlichkeitsrecht Verletzten erstmals Schadenersatz wegen eines immateriellen Schadens zu. In folgenden Entscheidungen baute der BGH dann die Grundsätze des „Herrenreiter-Falles“ weiter aus, mit dem Unterschied, dass er nicht mehr § 847 BGB analog anwendete, sondern direkt § 823 Abs. 1 BGB. Der BGH betonte stets, dass den Schädiger eine schwere Schuld treffen müsse oder es sich um eine erhebliche Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts handeln müsse, um Schadenersatz wegen eines immateriellen Schadens zugesprochen zu bekommen⁸².

Das Bundesverfassungsgericht bestätigte die Verfassungsgemäßheit dieser Rechtsprechung des BGH 1973 in der „Soraya-Entscheidung“⁸³.

Bemerkenswert ist, dass trotz dieser rasanten Entwicklung der Rechtsprechung bezüglich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in den 50er Jahren, es bis heute nicht kodifiziert worden ist. Der „Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschatzes“ der Bundesregierung 1959,

⁷⁸ BGHZ 13, 334 (338) – *Leserbrief*.

⁷⁹ BGHZ 26, 349 ff. – *Herrenreiter*.

⁸⁰ BGHZ 26, 349 (355) – *Herrenreiter*.

⁸¹ BGHZ 26, 349 (356) – *Herrenreiter*.

⁸² Zum Beispiel BGHZ 35, 363 (369) – *Ginseng*.

⁸³ BVerfG NJW 1973, 1221 – *Soraya*.

der eine Grundnorm des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes im BGB (§ 12 BGB) vorsah, wurde im Bundestag nicht verabschiedet⁸⁴. Auch ein weiterer Gesetzesentwurf von 1967, der die Aufnahme des APR als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB beabsichtigte, scheiterte⁸⁵. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht wird weiterhin ausschließlich von der Rechtsprechung geprägt und erweitert.

2. Die Sphärentheorie

Um den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu konkretisieren, wurde der Persönlichkeitsschutz in verschiedene, unterschiedlich stark geschützte Sphären unterteilt. *Hubmann* bemühte sich als erster, eine geeignete Einteilung zu formulieren. Er unterscheidet drei Schutzkreise des Persönlichkeitsrechts: die Individualsphäre, die Privatsphäre und die Geheimsphäre⁸⁶. Die Individualsphäre schütze den Eigenwert des Menschen in der Öffentlichkeit. Zur Privatsphäre gehören die Lebensumstände, die zwar einer beschränkten Anzahl von Personen zugänglich sind, die der einzelne aber nicht der breiten Öffentlichkeit preisgeben möchte. Die Geheimsphäre letztlich umfasse die Handlungen, Äußerungen und Gedanken, an denen ein Geheimhaltungsinteresse besteht, die niemand oder nur eng vertraute Personen kennen dürfen⁸⁷. Der Schutz einer Person sei unterschiedlich, je nachdem in welcher Sphäre sie betroffen sei⁸⁸. *Hubmann* folgten andere Autoren mit ähnlichen Sphären, die sich inhaltlich nur geringfügig unterscheiden⁸⁹. Daher kann auf eine ausführliche Darstellung verzichtet werden. Die Rechtsprechung folgt heute einer Sphärentheorie, die den Ansätzen von *Hubmann* entspricht. Sie unterscheidet zwischen drei Sphären: einer Intimsphäre, einer Privatsphäre und einer Individual- oder Sozialsphäre⁹⁰.

⁸⁴ BT-Drucks. 3. Wahlperiode 63/1237.

⁸⁵ Vgl. BVerfG NJW 1973, 1221 – *Soraya*.

⁸⁶ *Hubmann*, JZ 1957, 521 (524); siehe auch *Hubmann*, S. 269.

⁸⁷ *Hubmann*, S. 270.

⁸⁸ *Hubmann*, S. 271.

⁸⁹ Vgl. *Burkhardt* in *Wenzel*, 5/38 ff.; *Nipperdey*, UFITA 30/1960, 1(17ff.).

⁹⁰ *Palandt-Sprau*, § 823 Rn. 87; *Rickert*, NJW 1990, 2097 (2098).

Die Intimsphäre umfasst die innere Gefühls- und Gedankenwelt mit ihren äußeren Erscheinungsformen und ist umfassend geschützt, so dass Eingriffe grundsätzlich unzulässig sind und eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellen⁹¹.

Die Privatsphäre umfasst vor allem den familiären und häuslichen Bereich⁹², ist aber seit der „Caroline-von-Monaco-III-Entscheidung“ nicht mehr auf diesen beschränkt⁹³.

Bei einem Bild aus der Privatsphäre ist eine Abwägung der gegenläufigen Interessen vorzunehmen. Eingriffe in die Privatsphäre können durch Überwiegen des Informationsinteresses der Allgemeinheit gerechtfertigt sein⁹⁴.

Die Individual- oder Sozialsphäre bezieht sich auf die Beziehungen einer Person zu ihrer Umwelt und auf ihr Auftreten in der Öffentlichkeit⁹⁵. Die Individual- oder Sozialsphäre genießt den geringsten Schutz. Es überwiegt grundsätzlich das öffentliche Interesse gegenüber dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht⁹⁶.

3. Das Verhältnis des Schutzes des Rechts am eigenen Bild durch § 22 KunstUrhG zum APR

Auch das Recht am eigenen Bild, als besonderes Persönlichkeitsrecht, gehört zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht⁹⁷. Daher fließt der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bei der Interessenabwägung im Rahmen des § 23 KunstUrhG mit ein, wie man bereits an der Rechtsprechung in den Caroline-von-Monaco-Fällen erkennen konnte. Der Schutz des Rechts am eigenen Bild gemäß den §§ 22, 23 KunstUrhG wird durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht ergänzt. Wie bereits festgestellt, schützt das KunstUrhG nicht vor der Herstellung von Bildnissen. Vor dieser kann aber durch das allgemeine Persönlichkeits-

⁹¹ BGH NJW 1981, 1366; Palandt-*Sprau*, § 823 Rn. 87, 96; Hk-BGB/*Staudinger*, § 823 Rn. 99; Soergel-*Beater*, § 823 Anh. IV Rn. 43.

⁹² *Burkhardt* in Wenzel 5/54; Hk-BGB/*Staudinger*, § 823 Rn 99; Palandt-*Sprau*, § 823 Rn. 87.

⁹³ BGH NJW 1996, 1128 (1130) – *Caroline von Monaco III*.

⁹⁴ Palandt-*Sprau*, § 823 Rn. 96; *Burkhardt* in Wenzel, 5/60.

⁹⁵ Soergel-*Beater*, § 823 Anh.IV Rn. 45.

⁹⁶ Soergel-*Beater*, § 823 Anh.IV Rn. 45.

⁹⁷ BVerfG E 35, 202 (224) – *Lebach*.

recht geschützt werden⁹⁸. Zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht gehört das Recht auf Selbstbestimmung. Daraus abgeleitet ergibt sich, dass jeder selbst bestimmen kann, ob ein Bildnis von ihm angefertigt wird.

Bereits drei Jahre nach der Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts wurde in dem „Spätheimkehrer-Fall“ eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts nicht erst mit der Veröffentlichung von Fotos angenommen, sondern bereits mit der Herstellung einer Aufnahme, und zwar wenn sie heimlich mit der Absicht gemacht wird, sie später ohne Erlaubnis zu veröffentlichen⁹⁹. Während in dem „Spätheimkehrer-Fall“ der BGH noch eine Veröffentlichungsabsicht forderte, hält die jüngere Rechtsprechung dies nicht mehr für erforderlich¹⁰⁰.

Um ein weiteres Beispiel zu nennen, inwiefern die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts die Rechtsprechung zum Recht am eigenen Bild beeinflusst hat, kann der Fall „Nacktaufnahmen“ herangezogen werden. In dem Fall „Nacktaufnahmen“ war die Klägerin von hinten fotografiert worden und daher auf dem Foto nicht erkennbar. Aufgrund fehlender Erkennbarkeit konnte der BGH einen Schutz des Rechts am eigenen Bild gemäß § 22 KunstUrhG nicht bejahen. Er leitete jedoch einen Schutz des Rechts am eigenen Bild aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Klägerin ab. „Zum rechtlich geschützten Bereich des Persönlichkeitsrechts gehört in Ausformung der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung der Art. 1 und Art. 2 GG zugunsten des freien eigenverantwortlichen Individuums auch, dass der Einzelne allein zur Verfügung über die Verwendung seines Bildnisses oder seines Namens berechtigt ist. Auch wer Abbildungen eines anderen ohne Erlaubnis veröffentlicht, insbesondere aus gewerblichen Gründen, kann damit, auch wenn er dessen Namen nicht erwähnt und der Abgebildete nicht erkennbar ist, das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen verletzen, weil er dessen Selbstbestimmungsrecht missachtet“¹⁰¹.

⁹⁸ Hubmann, S. 298; Nipperdey, UFITA 30/1960, 1 (10); Schrickler/Götting, § 60/22 KUG Rn. 5; BGHZ 24, 200 (208) – *Spätheimkehrer*; BGH NJW 1966, 2353 (5354) – *Vor unserer eigenen Tür*; vgl. BVerfG GRUR 2000, 446.

⁹⁹ BGHZ 24, 200 (208 ff.) – *Spätheimkehrer*.

¹⁰⁰ BGH AfP 1995, 597 – *Videoüberwachung*.

¹⁰¹ BGH NJW 1974, 1948, 1949.

Der BGH hat somit den Schutz des Rechts am eigenen Bild, der bereits von § 22 KunstUrhG gewährleistet wurde, durch die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts erweitert. Dies gilt auch bezüglich des Schutzes Verstorbener vor Persönlichkeitsrechtsverletzungen. § 22 S. 3 KunstUrhG gewährt einen auf zehn Jahre befristeten, postmortalen Schutz des Bildnisses. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährt ebenfalls einen postmortalen Persönlichkeitschutz¹⁰². Es können grundsätzlich die Ansprüche geltend gemacht werden, die auch einem Lebenden zugestanden hätten, mit der Beschränkung, dass Geldansprüche ausgeschlossen sind, da der Zweck der Genugtuung bei einem Verstorbenen nicht mehr erreicht werden kann¹⁰³.

Im Gegensatz zu § 22 S. 3 KunstUrhG lässt sich die Dauer des Schutzes des Persönlichkeitsrechts Verstorbener jedoch nicht generell festlegen, sondern ist von den Umständen des Einzelfalls abhängig. Er kann sogar 30 Jahre nach dem Tod noch bestehen¹⁰⁴. Der Schutz nimmt jedoch ab, je mehr die Erinnerung an den Verstorbenen verblasst und sich damit auch das Interesse an der „Nichtverfälschung des Lebensbildes“ verringert¹⁰⁵. Insofern ist auch im Bereich des postmortalen Schutzes des Rechts am eigenen Bild durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein ergänzender Schutz gewährleistet.

IV. Zivilrechtliche Ansprüche bei Verletzung des Rechts am eigenen Bild

Bei einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – sei es durch Bilder, erfundene Interviews oder sonstige falsche Darstellungen einer Person – gibt es mehrere Möglichkeiten einer zivilrechtlichen Klage. Vorliegend ist die Darstellung auf einen Überblick derjenigen Ansprüche beschränkt, die bei einer Verletzung des Rechts am eigenen Bild in Betracht kommen.

¹⁰² BGHZ 50, 133 (138) – *Mephisto*; BGHZ 107, 385 (391) – *Emil Nolde*; *Hubmann*, S. 340 ff.

¹⁰³ *Hubmann*, S. 348.

¹⁰⁴ BGHZ 107, 385 (392) – *Emil Nolde*.

¹⁰⁵ BGHZ 107, 385 (392) – *Emil Nolde*; BGHZ 50, 133 (141) – *Mephisto*; BVerfGE 30, 173 (196) – *Mephisto*.

1. §§ 37 ff. KunstUrhG: Anspruch auf Vernichtung der Bilder

Gemäß § 37 KunstUrhG hat der Verletzte einen Anspruch auf Vernichtung der Bilder. Er kann aber auch statt der Vernichtung nach § 38 KunstUrhG verlangen, die Bilder gegen Zahlung einer angemessenen, höchstens dem Betrag der Herstellungskosten gleichkommenden Vergütung zu übernehmen.

2. Anspruch auf Unterlassung

Bei Verletzung des Rechts am eigenen Bild hat die betroffene Person einen Anspruch auf Unterlassung gemäß § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog. Es handelt sich dabei um einen quasi-negatorischen Anspruch. Der Anspruch besteht verschuldensunabhängig und verlangt stattdessen eine Wiederholungsgefahr oder eine Erstbegehungsgefahr. Die Wiederholungsgefahr erfordert die Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen¹⁰⁶ und ist bei einer bereits erfolgten Verletzung regelmäßig indiziert¹⁰⁷. Eine Beseitigung der Wiederholungsgefahr ist durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung möglich¹⁰⁸. Zudem kann sie auf Grund veränderter Umstände aus rechtlichen Gründen zu verneinen sein. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn eine unbekannte Person selbst in der Öffentlichkeit ihre Rolle als neue Lebensgefährtin eines Prominenten offenlegt, so dass die künftige Veröffentlichung von Aufnahmen nicht mehr zwangsweise rechtswidrig ist¹⁰⁹. Eine Erstbegehungsgefahr erfordert konkrete und greifbare Anhaltspunkte dafür, dass eine Rechtsverletzung droht¹¹⁰, zum Beispiel bei nachweisbarer Absicht einer Filmausstrahlung¹¹¹. Das bloße journalistische Recherchieren reicht für die Annahme einer Begehungsgefahr allerdings noch nicht aus¹¹². Der Anspruch auf Unterlassung mag zwar die Gefahr der Wiederholung einer unbefugten Bildnisveröffentlichung bannen, da der Verletzte in der Regel die Verletzung

¹⁰⁶ BGH NJW 2005, 594 (595).

¹⁰⁷ Dreier in Dreier/Schulze, § 33 KUG ff. Rn.6; LG Köln NJW 1992, 443 (444).

¹⁰⁸ BGH NJW 2005, 594 (595).

¹⁰⁹ BGH NJW 2005, 594 (595 ff.).

¹¹⁰ Fricke in Wandtke/Bullinger, § 22 KUG Rn. 24; Petersen, § 5 Rn. 9; vgl. Palandt-Bassenge, § 1004 Rn. 32; Burkhardt in Wenzel, 12/33.

¹¹¹ LG München AfP 1997, 559 ff.

¹¹² Burkhardt in Wenzel, 12/35; OLG Hamburg AfP 1992, 279, 280.

jedoch erst durch die Veröffentlichung seines Bildnisses bemerken dürfte, vermag er nur in seltenen Fällen eine Veröffentlichung gänzlich zu vereiteln. Daher ist ihm wohl bezüglich des Schutzes des Verletzten nur wenig Bedeutung beizumessen.

3. Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung

Zudem hat der Betroffene gemäß § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB analog einen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigungen, die nach der Verletzung noch fortwirken, zum Beispiel kann er die Entfernung oder das Überkleben von Plakaten verlangen¹¹³. Des Weiteren kann als besondere Form der Beseitigung eine Gegendarstellung in Form einer berichtigenden Bildveröffentlichung verlangt werden¹¹⁴. Der Gegendarstellungsanspruch ist in den Landespressegesetzen normiert, in Schleswig-Holstein lautet er gemäß § 11 Schl-HPrG “der verantwortliche Redakteur und der Verleger eines periodisch erschienenen Druckwerks sind verpflichtet, eine Gegendarstellung der Person oder Stelle zum Abdruck zu bringen, die durch eine in dem Druckwerk aufgestellte Tatsachenbehauptung betroffen ist (...)”¹¹⁵. Voraussetzung des Anspruchs ist demnach, dass mit dem Bild eine Tatsachenbehauptung, das heißt eine Behauptung, die dem Beweis zugänglich ist und sich als wahr oder falsch feststellen lässt¹¹⁶, verbunden ist. Zunächst ist daher festzustellen, dass auch Bilder eine Tatsachenbehauptung enthalten können. Dies ist zum Beispiel der Fall bei der Verwechslung eines Bildes, bei einem falschen Bezug von Bild und Text oder bei einer Verfälschung des Inhalts durch Fotomontage¹¹⁷. Die Gegendarstellung kann in Form eines Textes¹¹⁸ oder

¹¹³ *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 33 KUG ff. Rn. 9.

¹¹⁴ *Seitz/Schmidt/Schoener*, Rn. 367; vgl. OLG Hamburg AfP 1984, 115 (116).

¹¹⁵ *Seitz/Schmidt/Schoener*, S. 329; Aufstellung der Gegendarstellungsansprüche in den Landespressegesetzen von *Burkhardt* in *Wenzel*, 11/9 ff. und *Seitz/Schmidt/Schoener*, S. 304 ff.

¹¹⁶ *Burkhardt* in *Wenzel*, 11/38; vgl. ausführliche Darstellung des Begriffs der Tatsachenbehauptung bei *Seitz/Schmidt/Schoener*, Rn. 292 ff.

¹¹⁷ *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 33 KUG ff. Rn. 12; *Burkhardt* in *Wenzel*, 11/45; OLG München AfP 1979, 364; OLG München ZUM 1996, 160 (161) – „*Telefonsex-Foto*“; LG München AfP 2003, 373 (374).

¹¹⁸ LG München AfP 2003, 373ff.; *Gerhardt*, Anm. zu OLG München AfP 1979, 365.

als Gegenfoto¹¹⁹ erfolgen. Das zu veröffentlichende Gegenfoto muss grundsätzlich in gleicher Größe, Technik und Farbe abgedruckt werden wie das ursprüngliche Foto¹²⁰.

In der „Caroline-von-Monaco-I-Entscheidung“ wurde ihr ein Gegendarstellungsrecht bezüglich eines Fotos, das mit dem Begleittext “Der Photobeweis: Erster Schnappschuss aus dem neuen Familienalbum. Caroline, 35, Vincent Lindon, 32, Pierre, 4.” erschienen war, zugesprochen. Die Gegendarstellung sah folgendermaßen aus: “Hierzu stelle ich fest: das Photo stammt nicht aus meinem Familienalbum”¹²¹.

In der Regel dürften Gegendarstellungen bei einer Verletzung des Rechts am eigenen Bild aber die Ausnahme darstellen und eher bei falschen Berichten oder Interviews üblich sein.

4. Anspruch auf Schadensersatz

a. Materieller Schadensersatz

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht – zu dem auch das Recht am eigenen Bild gehört – ist als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt¹²². Der in seinem Recht am eigenen Bild Verletzte kann daher gemäß § 823 Abs. 1 BGB oder § 823 Abs. 2 i.V.m. §§ 22, 23 KunstUrhG den Schaden ersetzt verlangen, der ihm durch die unberechtigte Bildnisveröffentlichung entstanden ist. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist allerdings wesensverschieden von denen in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechten und Rechtsgütern. Es beinhaltet im Gegensatz zu den anderen Rechten und Rechtsgütern des § 823 Abs. 1 BGB keinen abschließend festgelegten Schutzbereich, sondern hat einen generalklauselartigen Charakter¹²³. Der BGH hat entschieden, dass es ein sogenanntes Rahmenrecht darstellt, bei dem die Rechtswidrigkeit der Verletzung des allgemeinen Persön-

¹¹⁹ OLG Hamburg AfP 1984, 115 (116); *Gerhardt*, Anm. zu OLG München AfP 1979, 365.

¹²⁰ *Seitz/Schmidt/Schoener*, Rn. 367; vgl. *Burkhardt* in *Wenzel*, 11/119.

¹²¹ BGH NJW 1995, 861 – *Caroline von Monaco I*.

¹²² BGHZ 24, 72.

¹²³ *Burkhardt* in *Wenzel*, 5/10.

lichkeitsrechts nicht indiziert ist, sondern aufgrund einer Güter – und Pflichtenabwägung im Einzelfall konkret festgestellt werden muss¹²⁴. Es ist also in jedem Einzelfall eine Interessenabwägung zwischen dem in seinem Persönlichkeitsrecht Betroffenen und dem Veröffentlichungsinteresse vorzunehmen.

Als deliktischer Anspruch ist zudem ein Verschulden des Verwenders erforderlich. An dieses stellt die Rechtsprechung jedoch nicht allzu hohe Anforderungen. So soll es ausreichen, wenn der Verwender des Fotos keine Nachprüfung vorgenommen hat, ob und inwieweit er zur Verwertung befugt ist¹²⁵. Diese Prüfungspflicht entfällt auch dann nicht, wenn das Foto von einer Agentur erworben wurde¹²⁶. Die Qualität der erforderlichen Nachprüfung ist allerdings abhängig von den jeweiligen Umständen, unter denen das Bild entstanden und dem Beklagten zugesandt worden ist. Wird das Bild einem Unternehmen von seinem Einkaufsverband zugesandt mit dem Vermerk „Abdruck honorarfrei“ und dem Hinweis, dass das Bild für die Pressearbeit bestimmt sei, werden an die Prüfungspflicht sehr geringe Anforderungen gestellt¹²⁷.

Ersatzfähig ist der materielle Schaden im Sinne des §§ 249 ff. Ein Schaden liegt vor, „wenn der jetzige Wert des Vermögens des Geschädigten geringer ist als der Wert, den das Vermögen ohne das die Ersatzpflicht begründende Ereignis haben würde“¹²⁸.

Das Problem des Anspruchs liegt darin, dass ein Vermögensschaden durch eine unberechtigte Bildveröffentlichung häufig nicht nachweisbar sein wird, da der Verletzte sein Bild gar nicht gegen Entgelt veröffentlicht hätte.

Anders sieht es in dem Fall kommerzieller Nutzung von Bildern bekannter Persönlichkeiten aus, typischerweise bei Werbefotos. In diesem Fall kann ein Schaden in Form der üblichen, entgangenen Lizenzgebühr ermittelt werden.

¹²⁴ Vgl. BGHZ 50, 133 (143) – *Mephisto*; BGH NJW 1978, 751 (752, 753).

¹²⁵ BGHZ 24, 200 (211) – *Spätheimkehrer*; BGH NJW 1971, 698 (700) – *Liebestropfen*; vgl. BGH GRUR 1992, 557 – *Talkmasterfoto*; vgl. *Neumann-Duesberg*, NJW 1966, 624 (625); vgl. *Hubmann*, S. 349.

¹²⁶ BGH NJW 1980, 994; OLG Frankfurt a.M. AfP 1986, 140 (141) – *Ferienprospekt*; OLG Frankfurt NJW 1992, 441 (442); BGH GRUR 1992, 557 – *Talkmasterfoto*.

¹²⁷ BGH GRUR 1992, 557 – *Talkmasterfoto*.

¹²⁸ *Fricke* in Wandtke/Bullinger, § 22 KUG Rn. 29.

Der Verletzte erhält als Schadensersatz die fiktive Lizenzgebühr – das heißt die Gebühr, die gezahlt worden wäre, wenn ein Lizenzvertrag zustande gekommen wäre¹²⁹. Voraussetzung des Anspruchs ist dabei aber, dass der Verletzte der Verwendung seines Bildnisses zu Werbezwecken gegen ein übliches Honorar generell zugestimmt hätte¹³⁰.

b. Immaterieller Schadensersatz

Eine Geldentschädigung für einen immateriellen Schaden gewährte der BGH erstmals im bereits genannten „Herrenreiter-Fall“. Der BGH bildete damals eine Analogie zum Schmerzensgeld gemäß § 253 Abs. 2 (früher § 847 BGB) und sprach von einer „Freiheitsberaubung im Geistigen“¹³¹. Diese Begründung gab der BGH jedoch bald wieder auf und vertritt seit der „Ginseng-Entscheidung“ von 1961, dass der Anspruch auf Geldentschädigung wegen schwerer Persönlichkeitsrechtsverletzung einen eigenständigen Anspruch darstelle und sich aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 1, 2 Abs. 1 GG ergebe¹³². Man könnte meinen, dies verstößt gegen § 253 Abs. 1 BGB, wonach Schadensersatz für immaterielle Schäden nur in den durch Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden kann.

Dem ist entgegenzusetzen, dass die vermeintliche Durchbrechung des § 253 BGB vom Bundesverfassungsgericht in der „Soraya-Entscheidung“ als mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt worden ist. Der BGH habe die Bestimmung des § 253 BGB unangetastet gelassen und nicht für verfassungswidrig gehalten. Er habe lediglich die Fälle des immateriellen Schadensersatzes um einen Fall erweitert, „in dem ihm die Entwicklung der Lebensverhältnisse, aber auch jus superveniens von höherem Rang, nämlich Art. 1 und Art. 2 des Grundgesetzes

¹²⁹ BGHZ 20, 345 (353) – *Paul Dahlke*; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 33 KUG ff. Rn. 18; BGH NJW 1979, 2205 (2206) – *Fußballtor*; BGH GRUR 1992, 557 (558) – *Talkmasterfoto*; OLG Koblenz GRUR 1995, 771 – *Werbefoto*; BGH NJW 2000, 2195 (2201) – *Marlene Dietrich*.

¹³⁰ BGHZ 26, 349 (352) – *Herrenreiter*; BGH GRUR 1959, 430 (433) – *Caterina Valente*.

¹³¹ BGHZ 26, 349 (356) – *Herrenreiter*; Kritik zur Analogie: *Larenz*, NJW 1958, 827 (829).

¹³² BGHZ 35, 363 (369) – *Ginseng*; vgl. BGH NJW 1995, 861 (864) – *Caroline von Monaco I*.

diese Entscheidung als zwingend erforderlich erschienen ließ¹³³. Zudem kann man heute davon ausgehen, dass der immaterielle Schadensersatz inzwischen nach fast 50-jähriger Rechtsprechungspraxis gewohnheitsrechtlich anerkannt ist.¹³⁴

Der BGH hat die Geldentschädigung anerkannt, um die Lücke im Gesetz zu füllen, die besteht, wenn ein materieller Schaden bei einer Persönlichkeitsrechtsverletzung nicht nachweisbar ist. „Die Zubilligung einer Geldentschädigung beruht auf dem Gedanken, dass ohne einen solchen Anspruch Verletzungen der Würde und der Ehre des Menschen häufig ohne Sanktion blieben mit der Folge, dass der Rechtsschutz der Persönlichkeit verkümmern würde“¹³⁵. Im Vordergrund der Schadensersatzleistung steht daher auch nicht die Entschädigungsfunktion, sondern die Genugtuung des Opfers und der Präventionszweck¹³⁶. Es ist daher in jedem Einzelfall zu prüfen, ob dem Betroffenen Genugtuung für die erlittene Unbill zuzusprechen ist¹³⁷. Dies ist nur unter besonderen Voraussetzungen zu bejahen, und zwar im Falle einer schweren Schuld des Schädigers oder im Falle eines schwerwiegenden Eingriffs, wenn die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise befriedigend ausgeglichen werden kann¹³⁸. Kriterien für eine schwerwiegende Verletzung sind dabei die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, der Beweggrund des Handelnden und der Grad seines Verschuldens¹³⁹.

¹³³ BVerfG NJW 1973, 1221 (1226) – *Soraya*.

¹³⁴ *Petersen*, § 4 Rn. 11.

¹³⁵ BGH NJW 1995, 861 (865) – *Caroline von Monaco I*; vgl. BGH NJW 1996, 984 (985) – *Caroline von Monaco II*; BGH ZUM 2005, 157 (159) – *Caroline von Hannovers Tochter*.

¹³⁶ Während bei BGHZ 35, 363 (369) – *Ginseng*, noch ausschließlich die Genugtuungsfunktion im Vordergrund stand, betont der BGH inzwischen zunehmend, dass mit der Geldentschädigung auch ein Präventionszweck verfolgt werden soll. BGH NJW 1995, 861 (865) *Caroline von Monaco I*; BGH NJW 1985, 1617 (1619) – *Nacktfoto*; OLG Koblenz NJW 1997, 1375 (1376); Palandt-*Sprau* § 823, Rn. 124; BGH NJW 1997, 1148 (1150) – „*Stern TV*“; BGH ZUM 2005, 157 (159) – *Caroline von Hannovers Tochter*.

¹³⁷ BGHZ 35, 363 (369) – *Ginseng*.

¹³⁸ BGH NJW 1971, 698 (699) – *Liebestropfen*; BGH NJW 1985, 1617 (1619) – *Nacktfoto*; BGH NJW 1995, 861 (864) – *Caroline von Monaco I*; LG Frankfurt a.M. ZUM 2003, 974 (975).

¹³⁹ BGH ZUM 1996, 243 (244) – *Caroline von Monacos Sohn*; OLG Koblenz NJW 1997, 1375 (1376); OLG Frankfurt NJW 1992, 441 (442).

1995 hat der BGH entschieden, dass auch eine wiederholte, hartnäckige Verletzung des Rechts am eigenen Bild einen Anspruch auf eine Geldentschädigung rechtfertigen könne, auch wenn die einzelnen Bildveröffentlichungen nicht als schwerwiegend einzustufen sind. In jenem Fall, den der BGH zu entscheiden hatte, hatte die Beklagte wiederholt Fotos des Sohnes von Caroline von Monaco veröffentlicht¹⁴⁰, obwohl der Sohn bereits nach dem ersten Bild eine einstweilige Verfügung erwirkt hatte, die eine erneute Veröffentlichung des Fotos verbot, und sich die Beklagte bezüglich zwei weiterer Bilder nach einer Abmahnung in einer Unterlassungserklärung verpflichtete, diese nicht erneut zu veröffentlichen. Der BGH stellte fest, dass die Persönlichkeitsrechtsverletzung eine besondere Schwere dadurch erhalte, dass die Beklagte weitere Fotos veröffentlichte und sich wiederholt über den ihr ausdrücklich erklärten gegenteiligen Willen des Klägers hinwegsetzte, wobei sie um ihres eigenen wirtschaftlichen Vorteils willen handelte. Dieser Rechtsprechung folgte der BGH auch 2005 in einem ähnlichen Fall, in dem er nochmals betonte, dass die Besonderheit bei einer Verletzung des Rechts am eigenen Bild darin bestehe, dass dem Verletzten keine anderen Abwehrmöglichkeiten als ein Anspruch auf Geldentschädigung zur Verfügung ständen¹⁴¹.

Die Entschädigung soll zwar subsidiär gewährt werden, sie tritt aber nicht an die Stelle der negatorischen Ansprüche, sondern ergänzt diese¹⁴².

Die Höhe der Geldentschädigung ist mit Hilfe verschiedener Bemessungsfaktoren vom Tatrichter zu ermitteln, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Höhe der Entschädigung letztlich zu einem Hemmungseffekt für die Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit beitragen soll¹⁴³. Zu den Bemessungsfaktoren zählen zum Beispiel das Verschulden des Verletzers, die Solvenz des Verletzers, wei-

¹⁴⁰ BGH ZUM 1996, 243 – die Fotos zeigten den Sohn vor einem PKW, auf dem Weg zur Schule, beim Fußballspielen und am Strand, sie stellten jeweils keine schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzung dar.

¹⁴¹ BGH ZUM 2005, 157 (158, 160): Hier handelte es sich um die wiederholte Veröffentlichung einiger Fotos von der Tochter von Caroline von Hannover.

¹⁴² Steffen, NJW 1997, 11 (12, 13).

¹⁴³ BGH NJW 1995, 861 (865) – *Caroline von Monaco I*; BGH ZUM 2005, 157 (160) – *Caroline von Hannovers Tochter*.

terhin als präventive Kriterien die Wiederholungsgefahr und Gewinnerzielung¹⁴⁴. Allerdings vertritt der BGH, dass auch im Falle vorsätzlicher, rücksichtsloser Kommerzialisierung der Persönlichkeit keine „Gewinnabschöpfung“ vorzunehmen ist, sondern der Gewinn weiterhin lediglich als Bemessungsfaktor in die Entscheidung über die Höhe der Geldentschädigung einzubeziehen ist¹⁴⁵. Meines Erachtens ist insbesondere bei einer vorsätzlichen Verletzung des Rechts am eigenen Bild, bei der zum Beispiel Illustrierte rücksichtslos auf Kosten des Persönlichkeitsrechts anderer ihre Auflage – und damit ihren Umsatz – steigern, dem Präventionszweck mehr Beachtung zu schenken. Denn wie *Medicus* zutreffend formuliert, ist der Schutz vor der Presse nicht minder wichtig als der oft viel stärker betonte Schutz der Presse¹⁴⁶.

Prinz ist zuzustimmen, wenn er kritisiert, dass die zugebilligten Geldbeträge für die Verlage nicht fühlbar seien und die Großverlage Persönlichkeitsrechtsverletzungen als ein kalkulierbares, lohnendes Geschäft betrachten könnten¹⁴⁷. Es kann nicht hingenommen werden, dass Großverlage ihre Auflagen vorsätzlich mit Persönlichkeitsrechtsverletzungen steigern. Ob sich die Höhe der Geldentschädigungen in Deutschland allerdings ändern wird, bleibt abzuwarten. Ein mit den USA vergleichbares Niveau werden sie sicherlich nicht erreichen.

5. Anspruch aus Bereicherungsrecht

Zudem kommt für den Verletzten ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß §§ 812 ff. BGB in Betracht, insbesondere wenn ein Verschulden nach § 823 BGB nicht festgestellt werden konnte. Das Erlangte ist in den Fällen die Nutzungsmöglichkeit des Bildnisses. Herauszugeben ist gemäß

¹⁴⁴ *Prinz*, NJW 1996, 953 (955); vgl. *Hubmann*, S. 356.

¹⁴⁵ BGH NJW 1995, 861 (865) – *Caroline von Monaco I*; BGH ZUM 2005, 157 (160) – *Caroline von Hannovers Tochter*.

¹⁴⁶ *Medicus*, Rn. 615.

¹⁴⁷ *Prinz*, NJW 1996, 953 (954); Dr. Matthias Prinz hat Caroline von Monaco in mehreren Prozessen vertreten. In seinem Artikel moniert er u. a., dass der beklagte Verlag die zugesprochene Geldentschädigung „aus der Portokasse“ bezahlen könne, da sie nur 0,0006% des Jahresumsatzes ausmache.

§ 818 Abs. 2 BGB deren objektiver Verkehrswert – die übliche Lizenzgebühr¹⁴⁸. Unbeachtlich ist dabei der Einwand des Beklagten, dass er die Fotos nicht verwendet hätte, wenn er eine Lizenzgebühr hätte zahlen müssen. Der Verwender muss sich an dem von ihm geschaffenen Zustand festhalten lassen¹⁴⁹.

Das LG Frankfurt am Main hat in einem Urteil vom Juli 2003 den Anspruch allerdings ausgeschlossen, wenn das Bildnis des Abgebildeten keinen Vermögenswert besitzt, weil eine Erlaubniserteilung der Nutzung gegen Entgelt gar nicht üblich ist, da es sich um eine in der Öffentlichkeit völlig unbekannte Person handelt, die nicht in der Lage sei, ihr Foto zu kommerzialisieren¹⁵⁰. Dem ist jedoch zu entgegnen, dass sich auch unbekannte Personen gegen Zahlung einer Gebühr für Werbung zur Verfügung stellen können und sonst das Recht am eigenen Bild zu einem Recht für Prominente werden würde¹⁵¹.

Umstritten ist ferner, ob der Anspruch besteht, wenn der Abgebildete der Vermarktung seines Bildes nicht zugestimmt hätte, sich also generell gar nicht für Werbefotos zur Verfügung gestellt hätte. Nach älterer Rechtsprechung wurde – wie auch beim materiellen Schadensersatz – der Anspruch ausgeschlossen, wenn der Abgebildete mit einer kommerziellen Verwertung generell nicht einverstanden gewesen wäre¹⁵². Inzwischen ist die Rechtsprechung aber von dieser Voraussetzung abgewichen¹⁵³, mit der Begründung, dass im Bereicherungsrecht nicht die Vermögensminderung auf der Opferseite entscheidend sei, sondern der Vermögenszuwachs auf Seiten des Verletzers den Anspruch begründe¹⁵⁴.

Meines Erachtens handelt es sich bei den Fällen, in denen der Abgebildete keiner Vermarktung zugestimmt hätte, um einen Fall der Verletzung des Persönlich-

¹⁴⁸ Dreier in Dreier/Schulze, § 33 KUG ff., Rn. 13,14; MK-BGB/Rixecker § 12 Anh. Rn. 234; vgl. BGHZ 20, 345 (346) – *Paul Dahlke*; OLG München ZUM 1996, 160 (162) – „*Telefonsex-Foto*“; BGH NJW 2007, 689 (690).

¹⁴⁹ BGH GRUR 1992, 557 (558) – *Talkmasterfoto*.

¹⁵⁰ LG Frankfurt ZUM 2003, 974 (976); vgl. *Hubmann*, S. 365.

¹⁵¹ *Marwitz*, Anm. zu LG Frankfurt a.M. ZUM 2003, 977; vgl. *Götting*, S. 54, 55.

¹⁵² BGHZ 26, 349 (352) – *Herrenreiter*; OLG Hamburg AfP 1995, 504 (505) – *Caroline von Monacos Sohn*; *Steffen* NJW 1997, 11 (13).

¹⁵³ OLG München ZUM 1996, 160 (162) – „*Telefonsex-Foto*“; vgl. BGH NJW 2007, 689; *Beuthien/Hieke*, AfP 2001, 353 (361); *Götting*, S. 55.

¹⁵⁴ *Fricke* in Wandtke/Bullinger § 22 KUG Rn. 27; *Götting*, S. 55.

keitsrechts, bei der die Möglichkeit immateriellen Schadensersatzes zu prüfen ist. Typisch für das Bereicherungsrecht ist eine Vermögensverschiebung. Diese hat aber in den Fällen gerade nicht stattgefunden, da kein Vermögen geflossen ist. Dem Abgebildeten geht es auch gar nicht um seine finanziellen Interessen, da er an einer Vermarktung nicht interessiert ist, sondern es geht ihm um die Achtung seiner Person – seines Rechts am eigenen Bild. Wenn sein Bildnis unbefugt veröffentlicht wird, wird er folglich nicht in seinen kommerziellen Interessen verletzt, sondern in seinem Persönlichkeitsrecht. Daher handelt es sich meines Erachtens um einen Fall des immateriellen Schadensersatzes.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass der Schutz des Rechts am eigenen Bild seit 1900 eine beachtliche Entwicklung durchgemacht hat, so dass dem Betroffenen zum Schutz seines Rechts am eigenen Bild inzwischen einige zivilrechtliche Möglichkeiten offenstehen.

Dennoch besteht weiterhin gerade im Hinblick auf den immateriellen Schadensersatz im deutschen Zivilrecht noch Diskussionsbedarf.

B. Die historische Entwicklung eines Rechts am eigenen Bild in Spanien

Die Entwicklung des Bildnisschutzes in Spanien soll ebenfalls kurz skizziert werden.

I. Rechtslage zu Beginn des 20. Jahrhunderts

Während in Deutschland der Bildnisschutz entwickelt wurde, hatte in Spanien zunächst der Schutz der Ehre Vorrang. Zivilrechtlicher Ehrenschatz wurde vom Tribunal Supremo (TS) im Urteil vom 6. Dezember 1912 anerkannt, indem erstmals immaterieller Schadensersatz wegen einer Verletzung der Ehre zugesprochen worden ist¹⁵⁵. Es wurde dabei auf Art. 1902 Código Civil verwiesen, die Generalklausel für außervertragliche, zivilrechtliche Haftung.

¹⁵⁵ STS vom 6.12.1912, Jurisdicción civil, tomo (Band) 125, S. 582.

Der Bildnisschutz hat erst sehr viel später Einzug ins spanische Recht erhalten. 1967 erkannte die Audiencia Territorial de Zaragoza erstmals ein Recht am eigenen Bild als Persönlichkeitsrecht an. Da es weder ein Gesetz noch Gewohnheitsrecht bezüglich des Rechts am eigenen Bild gab, stützte sich das Gericht auf die „principios generales del derecho“ – die allgemeinen Prinzipien des Rechts¹⁵⁶. Bis zu seiner Kodifizierung in der spanischen Verfassung existierte in der spanischen Rechtsordnung keine Norm, die das Recht am eigenen Bild geschützt hat¹⁵⁷.

Kodifiziert wurde das Recht am eigenen Bild in der spanischen Verfassung von 1978 im Abschnitt der Grundrechte in Art. 18.1. „*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*“. Das Recht auf Ehre, auf persönliche und familiäre Privatsphäre¹⁵⁸ und am eigenen Bild werden garantiert. Es ist also im Gegensatz zum deutschen Recht ausdrücklich in der Verfassung verankert.

Zudem hat der Schutz der in Art. 18.1 Constitución Española (CE) genannten Persönlichkeitsrechte seine zivilrechtliche Ausprägung in der Ley Orgánica¹⁵⁹ 1/1982 de 5 de Mayo, de la Protección Civil del derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, gefunden (zivilrechtlicher Schutz des Rechts auf Ehre, auf persönliche und familiäre Privatsphäre und am eigenen Bild).

¹⁵⁶ ADC 1968, 195 ff; RabelsZ 33 (1969), 153 f.

¹⁵⁷ Crevillén Sánchez, S. 94; O'Callaghan, S. 119.

¹⁵⁸ Der Begriff „Intimidad“ wird zum Teil auch mit „Intimsphäre“ übersetzt (vgl. *Neumann-Klang*, S. 190). Er entspricht inhaltlich aber der Privatsphäre, weshalb diese Übersetzung vorliegend bevorzugt wird. Im strafrechtlichen Teil wird auf den Begriff „Intimidad“ - als geschütztes Rechtsgut - noch näher eingegangen.

¹⁵⁹ Ley Orgánica ist mit „Organgesetz“ zu übersetzen. Nach Art. 81 CE sind Organgesetze jene Gesetze, die sich auf die Entwicklung der Grundrechte und der öffentlichen Freiheiten beziehen, jene, die die Autonomiestatute und das allgemeine Wahlgesetz verabschieden sowie die weiteren von der Verfassung vorgesehenen Gesetze. Es handelt sich also um Gesetze, die die verfassungsrechtlichen Regelungen näher ausgestalten.

II. Rechtslage nach Inkrafttreten der Ley Orgánica 1/1982 de 5 de Mayo

Die Ley Orgánica (LO) gewährleistet zivilrechtlichen Schutz der Ehre, der Privatsphäre und des eigenen Bildes. Untersucht werden soll ausschließlich der Schutz des Rechts am eigenen Bild.

Allerdings sind in vielen Fällen, in denen Bilder private Situationen abbilden, wie zum Beispiel bei Nacktaufnahmen, das Recht am eigenen Bild und die Privatsphäre betroffen. Auch die Rechtsprechung behandelt in vielen Fällen beide Rechte zusammen und verzichtet oftmals auf eine genaue Differenzierung. Trotzdem sind das Recht auf eine Privatsphäre und das Recht am eigenen Bild autonome Rechte. Die Verletzung eines Rechts bedeutet nicht automatisch auch die Verletzung des anderen Rechts¹⁶⁰.

Das Besondere des Rechts am eigenen Bild gegenüber den anderen beiden Rechten ist der Schutz vor Reproduktionen des Bildes, die zwar die persönliche Sphäre des Inhabers betreffen, aber weder seinen guten Ruf verletzen noch sein Intimleben bekannt geben¹⁶¹.

Das Recht am eigenen Bild stellt sich als ein Persönlichkeitsrecht dar, welches, abgeleitet von der Würde des Menschen, darauf gerichtet ist, die Integrität („dimensión moral“) der Personen zu schützen. Es verleiht seinem Inhaber ein Recht, über seine grafische Information in Form seiner persönlichen physischen Gesichtszüge zu bestimmen, die öffentlich verbreitet werden könnten. Dieses Recht, insoweit ein Grundrecht, besteht im wesentlichen darin, den Erhalt, die Reproduktion oder Veröffentlichung des eigenen Bildes durch einen nicht autorisierten Dritten zu verbieten, ungeachtet des Ziels, welches dieser verfolgt – sei es informativ, kommerziell, wissenschaftlich, kulturell, etc.¹⁶².

Das Gesetz wurde wegen seiner Lücken in der spanischen Literatur als „schlechtes Gesetz“ bezeichnet. Dem Gesetzgeber wurde vorgeworfen, er habe vergessen, das Recht auf eine Privatsphäre adäquat zu regeln, er differenziere nicht ausrei-

¹⁶⁰ STC 14/2003 vom 28.01., FJ 4; *Santos Vijande*, S. 121.

¹⁶¹ STC 81/2001 vom 26.03., FJ 2; STC 139/2001 vom 18.06., FJ 4; STC 83/2002 vom 22.04., FJ 4; SAP Madrid 51/2006 vom 06.06., FJ 1.

¹⁶² STC 81/2001 vom 26.03., FJ 2; STC 139/2001 vom 18.06., FJ 4; STC 83/2002 vom 22.04., FJ 4; SAP Madrid 51/2006 vom 06.06., FJ 1.

chend zwischen den drei Rechten und erwähne mit keinem Wort die Pressefreiheit¹⁶³.

Auch bezüglich des Rechts am eigenen Bild enthält das Gesetz keine allgemeine Definition. In Art. 7 LO 1/1982 werden lediglich Handlungen aufgeführt, die ein unerlaubtes Eindringen („intromisión ilegítima“) darstellen. Diese werden aber nicht als abschließend betrachtet¹⁶⁴. Zum einen erfordert die technologische Weiterentwicklung eine flexible Auslegung, zum anderen folgt dies aus der Einleitung der LO 1/1982 selbst, in der es heißt, dass Art. 7 aus der Vielfalt möglicher Eingriffe diverse aufzählt¹⁶⁵. Des Weiteren enthalten Art. 8.1 allgemeine und Art. 8.2 besondere das Recht am eigenen Bild betreffende Ausnahmen, in denen kein unerlaubtes Eindringen vorliegt. Insofern bestehen strukturelle Ähnlichkeiten zu den Normen des KunstUrhG. Zusätzlich wird jedoch in Art. 2.1 generell der Schutzbereich der Ley Orgánica begrenzt.

Die Rechtsprechung zur LO 1/1982 hat im Laufe des 25 jährigen Bestehens des Gesetzes die „Lücken“ ergänzt und eigene Auslegungskriterien entwickelt, die im Folgenden noch benannt werden.

1. Begriff des Bildnisses („imagen“)

Das spanische Recht spricht von „imagen“, was mit Bild oder Abbild übersetzt werden kann. Der Begriff „imagen“ beinhaltet die Reproduktion einer Person mit jeglichen Mitteln, wie zum Beispiel Malerei, Fotografie, Zeichnungen oder Bildhauerei¹⁶⁶. Es handelt sich um die grafische Darstellung einer menschlichen Gestalt mittels eines mechanischen oder technischen Vorgehens der Reproduktion¹⁶⁷. Wie auch beim KunstUrhG ist aber die Erkennbarkeit der abgebildeten Person

¹⁶³ *Fayos Gardó*, InDret 4/2007, S. 7, 8; vgl. *Trebes*, GRUR Int. 2003, 519 (521).

¹⁶⁴ Vgl. *Romero Coloma*, S. 43; *Crevillén Sánchez*, S. 95.

¹⁶⁵ Vgl. *Romero Coloma*, S. 43.

¹⁶⁶ *Crevillén Sánchez*, S. 93.

¹⁶⁷ *Caballero Gea*, S. 31; *O' Callaghan*, S. 127; STS vom 11.04.1988, AC 640; STS vom 29.03.1988, AC 586, FJ 3; STS vom 19.10.1992, AC 108/93, FJ 1; SAP Madrid 312/2007 vom 05.06., FJ 7.

erforderlich¹⁶⁸. Die Gesichtszüge, die Gestalt der Person müssen erkennbar sein¹⁶⁹. Der Bildnisbegriff erfasst ebenfalls Karikaturen¹⁷⁰. Dies ergibt sich auch schon aus Art. 8.2 LO 1/1982, der sich speziell auf Karikaturen bezieht. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass der spanische Bildnisbegriff dem Begriff des Bildnisses im Sinne des KunstUrhG entspricht.

2. Unerlaubtes Eindringen gemäß Art. 7 LO („intromisión ilegítima“)

In Art. 7 LO 1/1982 werden verschiedene Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte einschließlich des Rechts am eigenen Bild aufgezählt. Näher eingegangen wird im Rahmen dieser Arbeit aber nur auf die Eingriffe in das Recht am eigenen Bild.

Art. 7.1 LO 1/1982 erwähnt zwar auch die Aufstellung von Filmkameras, aber die besonderen Eingriffe in das Recht am eigenen Bild sind grundlegend in Art. 7.5 LO 1/1982 genannt. Nach Art. 7.5 LO 1/1982 werden die Gewinnung, Vervielfältigung oder Veröffentlichung des Bildes einer Person an Orten oder während Momenten ihres Privatlebens oder außerhalb dessen durch Fotografie, Film oder jegliches anderes Vorgehen als unerlaubtes Eindringen betrachtet, abgesehen von den in Art. 8.2 genannten Ausnahmen.

Zu „jeglichem anderen Vorgehen“ im Sinne der Norm sind auch das Anfertigen von einfachen Zeichnungen und Karikaturen zu zählen¹⁷¹. Damit enthält die LO 1/1982 eine weitreichende Eingriffsdefinition, unter die zunächst jede Anfertigung eines Bildes subsumiert werden kann.

Der Gesetzestext spricht von einem Schutz in und außerhalb der privaten Sphäre. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass das Recht am eigenen Bild unabhängig von der Privatsphäre geschützt wird, das heißt unabhängig davon, ob

¹⁶⁸ *Romero Coloma*, S. 80, 81; *O' Callaghan*, S. 116; SAP Madrid 312/2007 vom 05.06., FJ 8; SAP Madrid 117/2006 vom 07.03., FJ 8; STS vom 18.05.2007; RJ 2325, FJ 3.

¹⁶⁹ *Romero Coloma*, S. 80, 81.

¹⁷⁰ Vgl. *O' Callaghan*, S. 122.

¹⁷¹ *O' Callaghan*, S. 122.

sich das Bild auf die Privatsphäre bezieht oder nicht¹⁷². Dem Wortlaut nach beinhaltet das Gesetz somit einen umfassenden Schutz des Rechts am eigenen Bild.

3. Einwilligung

Wie im deutschen Recht, scheidet auch im spanischen Recht ein Eingriff aus, wenn die Einwilligung der betroffenen Person eingeholt worden ist (Art. 2.2 LO 1/1982). Eine Einwilligung setzt die Erklärung des Inhabers des Rechts am eigenen Bild voraus, dass er die Gewinnung, Reproduktion oder Publikation seines Bildes gestattet¹⁷³. Die LO 1/1982 sieht in Art. 2.2 nur die ausdrückliche Einwilligung vor. Ebenfalls wird aber bestimmtes Verhalten als Einwilligung interpretiert, wie zum Beispiel das Posieren vor der Kamera¹⁷⁴. Insofern ist auch eine konkludente, stillschweigende Einwilligung möglich. Die Einwilligung kann generell erteilt werden oder nur für die Herstellung der Aufnahme ohne eine anschließende Veröffentlichung. Die Reichweite der Zustimmung ist in jedem Einzelfall zu ermitteln¹⁷⁵. Wird die Zustimmung zur Herstellung eines Bildnisses erteilt, bedeutet das nicht zugleich, dass auch eine Veröffentlichung des Bildes gestattet ist¹⁷⁶.

Die Einwilligung ist nach Art. 2.3 LO 1/1982 jederzeit widerrufbar. Im Falle eines Widerrufs ist jedoch der entstandene Schaden inklusive der berechtigten Erwartungen zu ersetzen.

Minderjährige und Unmündige sind gemäß Art. 3.1 LO 1/1982 einwilligungsfähig, soweit ihre Reife dies erlaubt, in Einklang mit der Zivilgesetzgebung. In den übrigen Fällen muss gemäß Art. 3.2 LO 1/1982 schriftlich die Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters erteilt werden, der verpflichtet ist, vorher das „Ministerio Fiscal“ – die Staatsanwaltschaft – von der geplanten Zustimmung in Kenntnis zu setzen. Erhebt die Staatsanwaltschaft innerhalb einer Frist von acht Tagen Einwendungen, entscheidet der Richter.

¹⁷² *O' Callaghan*, S. 123.

¹⁷³ *O' Callaghan*, S. 137.

¹⁷⁴ Vgl. STS vom 3.11.1988, AC 268/1989, FJ 1, 2.

¹⁷⁵ Vgl. *O' Callaghan*, S. 139; *Crevillén Sánchez*, S. 101.

¹⁷⁶ STS vom 3.11.1988, AC 268/1989, FJ 2.

4. Allgemeine Einschränkung des Schutzes durch Art. 2.1 LO

„La Protección Civil del Honor, de la Intimidación y de la Propia Imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservada por sí mismo o su familia”.

Nach Art. 2.1 LO 1/1982 bleibt der zivilrechtliche Schutz begrenzt durch die Gesetze und die sozialen Gebräuche, wobei der Bereich berücksichtigt wird, den sich jede Person durch ihre eigenen Handlungen für sich selbst oder für ihre Familie vorbehalten hat.

a. Durch die Gesetze („Por las leyes“)

Der Schutz des Rechts am eigenen Bild wird durch die Gesetze begrenzt. Die erste gesetzliche Beschränkung ergibt sich aus Art. 120.1 CE, nach dem die gerichtlichen Handlungen öffentlich sind, mit den Ausnahmen, die das Verfahrensrecht vorsieht. Daraus folgt, dass Bilder, die von einem Prozess gemacht werden, keinen Eingriff in das Recht am eigenen Bild der Betroffenen darstellen¹⁷⁷. Weitere gesetzliche Einschränkungen enthält Art. 8.2. LO 1/1982, auf den später näher eingegangen wird.

b. Durch die sozialen Gebräuche („Por los usos sociales“)

Eine zusätzliche Einschränkung erfolgt durch die „usos sociales“. Der Begriff bedeutet die üblichen Praktiken, die bestehenden Gewohnheiten in einer bestimmten Gesellschaft und im gegebenen Moment¹⁷⁸. Man könnte vielleicht von gesellschaftlichen Verhaltensnormen oder sozialen Gebräuchen sprechen. Als Beispiel können zunächst die Fälle des Art. 8.2 LO 1/1982 genannt werden. Des Weiteren wird unter Hinweis auf das niedrige moralische Niveau der Gesellschaft, die Veröffentlichung von Fotos von bekannten Personen in Begleitung ihrer „compañeros o compañeras sentimentales genannt“¹⁷⁹. Damit dürfte der Auftritt von Prominenten mit ihren Partnern in der Öffentlichkeit gemeint sein.

¹⁷⁷ O’Callaghan, S. 146.

¹⁷⁸ O’Callaghan, S. 147.

¹⁷⁹ Crevillén Sánchez, S. 100.

Nach deutschem Recht würde man von der sogenannten „Begleitperson“ sprechen. Jedoch führen die Gebräuche der Gesellschaft nicht dazu, dass öffentlichen Personen jeglicher Schutz abgesprochen wird. Sie müssen zwar größere Eingriffe in ihr privates Leben dulden als Private, was aber nicht so radikal zu verstehen ist, dass sie freiwillig das Risiko der Verletzung ihrer Privatsphäre, welches die Figur der öffentlichen Person impliziert, akzeptieren¹⁸⁰. Auf den Schutz öffentlicher Personen wird im Rahmen des Art. 8.2 LO 1/1982, der ausdrücklich die Herstellung von Bildern öffentlicher Personen regelt, noch näher eingegangen.

Im Ergebnis ist damit zusammenzufassen, dass es keinen objektiv eingegrenzten Schutzbereich des Gesetzes gibt, sondern dieser allgemein abhängig ist von den jeweils herrschenden gesellschaftlichen Normen und dem individuellen Verhalten der betroffenen Person. Daraus folgt, dass Personen, die generell ihr Privatleben in der Öffentlichkeit ausbreiten, mit einem geringeren Schutz ihres Rechts am eigenen Bild rechnen müssen. Es ist also in jedem Einzelfall zu prüfen, inwieweit der Schutz des Gesetzes greift.

5. Rechtfertigung nach Art. 8 LO

a. Art. 8.2 - Besondere Rechtfertigung für Bildnisse

Art. 8.2 LO 1/1982 enthält besondere Rechtfertigungsgründe für einen Eingriff in das Recht am eigenen Bild.

aa. Bildaufnahmen von „öffentlichen Personen“

Die ersten beiden Unterabsätze des Art. 8.2 LO 1/1982 enthalten Ausnahmen, in denen von „öffentlichen Personen“ Bildaufnahmen hergestellt werden dürfen. Gemäß Art. 8.2. a LO 1/1982 verbietet das Recht am eigenen Bild nicht das Anfertigen, die Vervielfältigung oder Veröffentlichung eines Bildes durch jegliches Medium, wenn es sich um Personen handelt, die ein öffentliches Amt oder einen Beruf von öffentlichem Interesse ausüben und das Bildnis während eines öffentlichen Aktes oder an einem öffentlichen Ort hergestellt wird. Die Ausnahme ist

¹⁸⁰ *Fayos Gardó*, InDret 4/2007, S. 9.

allerdings ausdrücklich nicht anwendbar auf Amtsträger oder Personen, die Funktionen wahrnehmen, die ihrer Natur nach Anonymität erfordern.

Zunächst muss es sich um Personen handeln, die ein öffentliches Amt ausüben oder einen Beruf ausüben, der ihnen zu Berühmtheit verhilft. Politiker oder auch Schauspieler und Sportler stellen Personen in diesem Sinne dar. Der Verweis auf Personen, die ein öffentliches Amt ausüben oder einen Beruf von öffentlichem Interesse, ist weit zu verstehen¹⁸¹. Er umfasst auch Personen, die nur aufgrund ihrer Liebesbeziehungen, ihrer Ehe oder ihres Adelstitels öffentliche Bekanntheit oder Berühmtheit erlangt haben¹⁸².

Zusätzlich muss die Bildaufnahme der Personen während einer öffentlichen Handlung oder an einem öffentlichen Ort hergestellt worden sein. Der erste diesbezügliche Fall, über den das Tribunal Supremo (TS) zu entscheiden hatte, war der des Toreros „Paquirri“. Er erlitt während eines Stierkampfes schwere Verletzungen. Journalisten filmten seine Verletzungen in der Arena und seinen anschließenden Todeskampf in der Krankenstation der Arena. Die Bilder wurden zunächst im Fernsehen ausgestrahlt und anschließend von der Beklagten als Video vermarktet. Die Witwe klagte gegen die Verbreitung des Videos wegen Verletzung des Rechts am eigenen Bild und der Privatsphäre.

Das TS wies die Klage ab, mit der Begründung, dass der Schutz des eigenen Bildes bezogen auf öffentliche Personen aufhöre, wenn das Bild während einer öffentlichen Handlung oder an öffentlichen Orten hergestellt worden ist. Es betonte, dass die hergestellten Bilder nach Art. 8.2.a LO 1/1982 an einem öffentlichen Ort, nämlich unter Anwesenheit von geschätzten 17.000 Zuschauern hergestellt worden waren. Zudem berief es sich darauf, dass der Stierkampf mit all seinen Konsequenzen ein Teil der spanischen Kultur sei, so dass auch ein kulturelles Interesse im Sinne des Art. 8.1 LO 1/1982 vorliege.

Indem der Torero an einem solchen öffentlichen Spektakel teilnehme, akzeptiere er außerdem das Risiko, im Rahmen eines Kampfes, unter den Augen der öffent-

¹⁸¹ *Caballero Gea*, S. 31; SAP Zaragoza 32/2004 vom 20.01., FJ 3.

¹⁸² *O'Callaghan*, S. 149.

lichen Massen, Verletzungen bis hin zu seinem Tod davonzutragen¹⁸³. Die Kommerzialisierung der Bilder problematisierte das TS in seinem Urteil nicht.

Die daraufhin eingelegte Verfassungsbeschwerde der Witwe hatte Erfolg. Das Tribunal Constitucional (TC) bejahte trotz der Öffentlichkeit die intime Natur der Bilder, die keine Verbreitung zuließen¹⁸⁴.

Da die Persönlichkeitsrechte des Toreros mit seinem Tod endeten, bezog es sich aber auf die eigenen Rechte der Witwe. Es sah ihr Recht auf familiäre Privatsphäre als verletzt an. Auch das TC unterließ in seinem Urteil eine Differenzierung zwischen der Ausstrahlung der Bilder im Fernsehen und der Vermarktung als Video¹⁸⁵. Außerdem wurde dem TC vorgeworfen, es habe in seinem Urteil verfehlt, angemessen zwischen dem Recht auf Privatsphäre und dem Recht am eigenen Bild zu differenzieren¹⁸⁶.

Zwei Jahre später relativierte auch das TS im Fall der Schauspielerin „Silvia M.“ den Begriff des öffentlichen Ortes. In dem Fall ging es um Bildaufnahmen der Schauspielerin, die nur mit einer Bikinihose bekleidet war und an einem wenig besuchten Strand auf Menorca mit einem Teleobjektiv aufgenommen wurde. Die Aufnahmen wurden anschließend in einer Zeitschrift veröffentlicht. Das Gericht bejahte eine Verletzung des Rechts am eigenen Bild, obwohl es sich bei der Schauspielerin um eine „öffentliche Person“ handelte und die Aufnahmen an einem öffentlich zugänglichen Ort hergestellt worden waren. Das Gericht verneinte diesen öffentlichen Charakter des Strandes jedoch, da die Schauspielerin einen ausgewählten Ort des Strandes aufgesucht habe, von wenig Leuten besucht und entfernt von den Bevölkerungszentren und somit mit ihrem Verhaltensmuster klar zum Ausdruck gebracht habe, dass sie beabsichtigte, ihre Privatsphäre und ihr eigenes Bild zu bewahren und zu beschützen¹⁸⁷.

¹⁸³ STS vom 28.10.1986, AC 1041, FJ 7.

¹⁸⁴ STC 231/1988 vom 02.12., FJ 8, 10.

¹⁸⁵ Zwei Richter nahmen jedoch in einem abweichenden Votum eine Differenzierung zwischen der Herstellung der Bilder – die sie nicht als persönlichkeitsrechtsverletzend ansahen – und der Kommerzialisierung der Bilder vor. Letztere sei aber rein zivilrechtlicher Natur, so dass sie über diese Frage mangels einer verfassungsrechtlichen Dimension nicht entscheiden könnten.

¹⁸⁶ Vgl. *Fayos Gardó*, InDret 4/2007, S. 8.

¹⁸⁷ STS vom 29.03.1988, AC 586, FJ 3; *O`Callaghan*, S. 150.

Das Tribunal Constitucional hat in weiteren Fällen von Bildern an öffentlichen Orten, wie einem Strand oder einem Jagdrevier in Kenia, den Klägern Recht gegeben¹⁸⁸. In einem weiteren „Strand-Fall“ vertrat das TC, dass sich aus der Natur der Bilder (der private Charakter) und den Umständen, unter denen die Aufnahmen hergestellt worden seien (von einem Freund mit dessen Kamera als private Erinnerung), eine Verletzung des Rechts am eigenen Bild ergebe. Dass die Aufnahmen an einem öffentlichen Ort hergestellt worden waren, sah das Gericht als irrelevant an, da diese Tatsache nicht den besonderen Umstand eliminiere, dass die Bilder innerhalb des intimen Kreises der betroffenen Personen entstanden seien, ohne dass sie ihre Privatsphäre preisgegeben und der Öffentlichkeit geöffnet haben. Daher lag eine Verletzung des Rechts am eigenen Bild und auch der Privatsphäre vor¹⁸⁹. In dem „Kenia-Reise-Fall“ betonte das Gericht ebenfalls den privaten Charakter der Aufnahmen, die während einer privaten Reise, begleitet von Familienangehörigen und Freunden, entstanden waren und bejahte eine Verletzung des Rechts am eigenen Bild¹⁹⁰. Das Kriterium des „öffentlichen Ortes“ ist demnach nicht wörtlich zu nehmen, sondern wird im Einzelfall je nach den spezifischen Gegebenheiten des Aufenthaltsortes von der Rechtsprechung ausgelegt. Dabei stellt die Rechtsprechung darauf ab, ob die Person sich einen Ort ausgesucht hat, an dem sie eine gewisse Erwartung hatte, privat zu sein¹⁹¹. Es bestehen insofern Ähnlichkeiten zur Rechtsprechung der „örtlichen Abgeschlossenheit“ des BGH.

Die Lehre und Rechtsprechung verlangen zudem eine dritte, ungeschriebene Voraussetzung. Gefordert wird, dass ein öffentliches Interesse an der Information besteht. Der Eingriff werde gerechtfertigt durch das öffentliche Interesse, welches das Leben dieser Personen begleitet und durch die in Art. 20.1.d CE anerkannte Pressefreiheit¹⁹². Nur das Ziel bloßer Information legitimiert die Herstellung oder Veröffentlichung einer Bildaufnahme ohne Zustimmung, niemals je-

¹⁸⁸ STC 83/2002 vom 22.04.; FJ 5; STC 139/2001 vom 18.06., FJ 6.

¹⁸⁹ STC 83/2002 vom 22.04., FJ 5; *Caballero Gea*, S. 147.

¹⁹⁰ STC 139/2001 vom 18.06., FJ 5.

¹⁹¹ *Fayos Gardó*, InDret 4/2007, S. 14.

¹⁹² *O'Callaghan*, S. 151.

doch kommerzielle oder Werbezwecke¹⁹³. An das Informationsinteresse stellt die Rechtsprechung jedoch nicht allzu hohe Anforderungen. Die Fälle, in denen ein solches Informationsinteresse abgelehnt wurde, handelten überwiegend von „Oben-ohne-Fotos“, Nacktfotos, Aufnahmen einer Schauspielerin mit ihrem Freund im Bett, von einem sich küssenden Paar oder von Misshandlungsfotos eines minderjährigen Opfers¹⁹⁴, also Bilder, die den intimen Lebensbereich der abgebildeten Personen betrafen. Eine prominente Person kann demnach an öffentlichen Orten fotografiert werden, es sei denn, ihr intimer Lebensbereich ist betroffen oder die Aufnahme ist unter privaten Umständen innerhalb des intimen Kreises der betroffenen Person entstanden. Die Veröffentlichung von Nacktaufnahmen einer Person ohne deren Zustimmung ist grundsätzlich, auch bei Prominenten, rechtswidrig¹⁹⁵.

Die kommerzielle Verwendung von Bildern öffentlicher Personen stellt dagegen nicht in jedem Fall einen unerlaubten Eingriff in das Recht am eigenen Bild dar. So wurden kommerzielle Zwecke in dem Fall abgelehnt, in dem das Foto eines Athleten bei der Teilnahme an einem öffentlichen Wettkampf auf der Titelseite eines Buches abgebildet war. Da es sich um ein wissenschaftliches Buch handelte und das Bild des Athleten zufällig auf das Titelbild geraten war und nicht aus Werbe- oder anderen kommerziellen Gründen benutzt wurde, lehnte das Gericht einen unerlaubten Eingriff ab¹⁹⁶.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass trotz der Erforderlichkeit eines Informationsinteresses der Öffentlichkeit und dem Ausschluss bloßer Neugier, sich der Schutz öffentlicher Personen vor unbefugten Bildaufnahmen in der Praxis auf einem eher niedrigen Niveau bewegt.

bb. Karikaturen

In Art. 8.2. b LO 1/1982 wird klargestellt, dass auch Karikaturen von „öffentlichen Personen“ zulässig sind, vorausgesetzt sie stehen in Übereinkunft mit dem

¹⁹³ STS vom 09.05.1988, AC 732, FJ 3.

¹⁹⁴ *Fayos Gardó*, InDret 4/2007, S. 15 m.w.N.

¹⁹⁵ *Fayos Gardó*, InDret 4/2007, S. 14.

¹⁹⁶ SAP Zaragoza 32/2004 vom 20.01., FJ 4.

sozialen Gebrauch. In Übereinkunft mit dem sozialen Gebrauch bedeutet nichts anderes, als in Übereinstimmung mit der Meinung der Gesellschaft bezüglich des Gebrauchs von Karikaturen, um einen Kommentar zu illustrieren, eine Parodie oder einen Witz zu machen¹⁹⁷. Der Gesetzgeber beabsichtigte mit dieser Ausnahme, dass Karikaturen von bekannten Persönlichkeiten in der täglichen Presse als Ergänzung zu einem Artikel oder als mehr oder weniger seriöse Nachricht benutzt werden können, aber ohne dass die besagte Person verachtet oder lächerlich gemacht wird¹⁹⁸. Die Grenze der Zulässigkeit von Karikaturen wurde der Presse zuletzt im Juli 2007 in einem prominenten Fall der spanischen Königsfamilie aufgezeigt. Nachdem der spanische Ministerpräsident José Luis Rodríguez Zapatero verkündet hatte, an junge Mütter eine Geburtsprämie von 2500 € für jedes Neugeborene zahlen zu wollen, war auf der Titelseite des spanischen Satiremagazin „El Jueves“ eine Karikatur des Thronfolgerpaares Prinz Felipe von Asturien und Prinzessin Letizia in einer eindeutigen Sexualpose abgebildet worden. Der Richter Juan del Olmo vom Nationalen Gerichtshof in Madrid („Audiencia Nacional“) ließ die Ausgabe des Magazins wegen Majestätsbeleidigung beschlagnahmen, denn die Justiz hielt die Karikatur für „klar beleidigend und objektiv entehrend“¹⁹⁹.

cc. Bild lediglich „nebensächlich“

Art. 8.2. c LO 1/1982 dagegen bezieht sich auf alle Personen, also auch auf Private. Ihm zufolge verbietet das Recht am eigenen Bild keine Bildinformationen über ein Geschehen oder öffentliches Ereignis, wenn das Bildnis der bestimmten Person nur „nebensächlich“ erscheint.

Bei dieser Ausnahme tritt das Recht am eigenen Bild zugunsten des objektiven Interesses zurück. So wurde von der Lehre darauf hingewiesen, dass die Dringlichkeit, die die Information charakterisiert, dazu führen kann, dass die Fotografie eines Geschehens versehentlich Bildnisse beinhaltet, die objektiv nichts mit dem zu berichtenden Geschehen zu tun haben und außerdem zu Personen gehö-

¹⁹⁷ O'Callaghan, S. 152.

¹⁹⁸ Crevillén Sánchez, S. 97.

¹⁹⁹ Vgl. El País vom 20.07.07; FAZ vom 24.07.07.

ren, die vom Gegenstand der grafischen Information getrennt sind. In diesem Fall erscheine es logisch, dass die Verbreitung des „nebensächlichen“ Bildes keine Verantwortung erzeugen könne²⁰⁰. Das Recht am eigenen Bild ist nicht verletzt, da das Bild nicht Gegenstand oder Mittelpunkt der Information ist²⁰¹. Der Begriff der Nebensächlichkeit stellt darauf ab, was das Hauptobjekt der grafischen Information ist und ob eine Verbindung des Bildes zu der geschriebenen Information besteht²⁰².

Als Beispiel kann folgender Fall genannt werden. Eine Zeitschrift berichtete über wahre Ereignisse, die von Interesse der Allgemeinheit waren. Es ging dabei um den beruflichen Bereich des Klägers, der mit seinen Kollegen an einer Fernsehsendung teilgenommen hatte. Die Sendung berichtete über einen Arbeitskonflikt zwischen der Feuerwehr und dem Gemeinderat. Die veröffentlichte Fotografie war ein Standbild der Fernsehsendung und hatte lediglich nebensächliche Bedeutung zur geschriebenen Information. In diesem Fall bestand eine direkte Verbindung zwischen dem Bild und dem Inhalt des Artikels. Das Gericht stellte ein Überwiegen der Pressefreiheit fest gegenüber dem Recht am eigenen Bild des Klägers²⁰³. Weitere Beispiele dieser Fallgruppe sind Fernsehreportagen über ein Fußballspiel, einen Stierkampf oder ein Radrennen²⁰⁴. Die in Art. 8.2. c LO 1/1982 normierte Ausnahme entspricht der in § 23 KunstUrhG genannten Ausnahme zum Erfordernis der Einwilligung, in dem Fall, dass eine Person nur „als Beiwerk“ einer Landschaft erscheint.

b. Art. 8.1- allgemeine Rechtfertigung

Art. 8.1 LO 1/1982 enthält allgemeine Rechtfertigungsgründe für Eingriffe in das Recht auf Ehre, auf Privatsphäre und das Recht am eigenen Bild. Demnach liegt kein unerlaubtes Eindringen vor, wenn die Handlungen autorisiert oder von der zuständigen Behörde in Übereinstimmung mit dem Gesetz angeordnet werden.

²⁰⁰ Caballero Gea, S. 143, 144.

²⁰¹ Crevillén Sánchez, S. 98.

²⁰² Caballero Gea, S. 34; STS vom 17.03.2004, RJ 1927, FJ 2.

²⁰³ STS vom 17.03.2004, RJ 1927, FJ 2.

²⁰⁴ Crevillén Sánchez, S. 98.

Solche Fälle liegen bei Fotos oder Zeichnungen der Polizei von gesuchten Straftätern und Fotos, die im Prozess als Beweismittel dienen, vor²⁰⁵.

Ebenso ist nach Art. 8.1 LO 1/1982 kein Eindringen anzunehmen, wenn ein relevantes historisches, wissenschaftliches oder kulturelles Interesse überwiegt.

Ein historisches Interesse, sei es vergangene Geschichte oder Zeitgeschichte, ist anzunehmen, wenn das Bild ein wichtiges Geschehen reflektiert, das für die Entwicklung der Gesellschaft relevant und von allgemeinem Interesse ist. Beispielfähig wird eine Fotoserie des Todeskampfes vom sterbenden General Franco genannt²⁰⁶. Ein wissenschaftliches Interesse ist ein solches, das jeglicher Wissenschaft dient, es wirkt sich aber vor allem in der Medizin aus²⁰⁷. Ein kulturelles Interesse kann jeglicher Art sein. Es muss sich jedoch um ein relevantes Interesse handeln, was ein Interesse reiner – mehr oder weniger krankhafter – Neugier oder ein kommerzielles Interesse ausschließt²⁰⁸. Das Tribunal Supremo hat zum Beispiel einem an Pädagogen gerichteten Artikel über die Gesundheit von Kindern in Las Palmas kulturelle Relevanz zugesprochen, nicht jedoch dem begleitenden Foto eines an einem Dialysator angeschlossenen Kindes, das in keinem Zusammenhang zu den geschilderten Erfahrungen stand und in einem Krankenhaus außerhalb der öffentlichen Schule aufgenommen worden war. In dem Fall wurde eine Verletzung des Rechts am eigenen Bild des Kindes bejaht²⁰⁹.

Zusammenfassend kann man sagen, dass auch hier ein öffentliches Interesse erforderlich ist, welches gegenüber dem Interesse der abgebildeten Person überwiegen muss. Bei Privatpersonen werden aber höhere Anforderungen an ein allgemeines Informationsinteresse gestellt.

c. Abwägung

Zur Klarstellung sei nochmals erwähnt, dass im spanischen Recht – wie im deutschen Recht – eine Abwägung im Einzelfall zwischen dem Informationsinteresse

²⁰⁵ O'Callaghan, S. 147.

²⁰⁶ O'Callaghan, S. 148.

²⁰⁷ O'Callaghan, S. 148.

²⁰⁸ Crevillén Sánchez, S. 99.

²⁰⁹ STS vom 19.10.1992, AC 108/1993, FJ 1.

und dem Interesse der betroffenen Person vorgenommen wird²¹⁰. In jedem Fall ist also für eine Rechtfertigung der Veröffentlichung ein öffentliches Interesse erforderlich. Auch wenn das öffentliche Interesse in der LO 1/1982 nicht ausdrücklich erwähnt wird, wird es als Basis betrachtet, um den Schutzbereich zu bestimmen²¹¹. Dies gilt insbesondere auch für die Veröffentlichung von Bildern öffentlicher Personen. Die Rechtsprechung betont zwar, dass öffentliche Personen stärkere Eingriffe in ihr Privatleben zu erdulden haben. Wenn das Enthüllte/Preisgegebene allerdings unnötig ist für die Information und die auf die Ausübung eines öffentlichen Amtes bezogene Kritik, die professionelle Tätigkeit der Person oder eine zuvor verbreitete Information, ist auch eine öffentliche Person eine Privatperson wie jede andere, die ihr Recht auf Ehre, ihr Recht auf eine Privatsphäre und das Recht am eigenen Bild geltend machen kann gegenüber den verletzenden Meinungen, Kritiken oder Informationen²¹². An dieser Stelle ist aber nochmals darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung bei öffentlichen Personen in der Praxis dennoch großzügig ein öffentliches Interesse bejaht.

Im Rahmen der Abwägung ist außerdem zu beachten, dass die Pressefreiheit gemäß Art. 20.1.d CE nur die Verbreitung „wahrer“ Informationen schützt. Dies ist jedoch nicht so zu verstehen, dass die Verbreitung irrtümlich falscher oder unbewiesener Informationen gänzlich vom Schutz ausgenommen ist²¹³. Die Anforderung an die „Wahrheit“ beinhaltet, dass der Informant die besondere Pflicht hat, die Wahrheit der angegebenen Tatsachen nach seinen Ermittlungsmöglichkeiten und mit der einem Professionellen zumutbaren Sorgfalt zu überprüfen²¹⁴. Die „Wahrheit“ ist demnach nicht gleichbedeutend mit „der Wirklichkeit“. Die Informationen müssen lediglich im Rahmen der üblichen professionellen Pressearbeit festgestellt worden sein, was Erfindungen, Gerüchte und bloße Intrigen ausschließt²¹⁵. Das Erfordernis der Wahrheit bezieht sich zwar eher auf die Ver-

²¹⁰ *Fayos Gardó*, InDret 4/2007, S. 17.

²¹¹ *Fayos Gardó*, InDret 4/2007, S. 11.

²¹² *Fayos Gardó*, InDret 4/2007, S. 10; STC 134/1999 vom 15.07., FJ 7.

²¹³ STC 105/90 vom 06.06., FJ 5.

²¹⁴ STC 105/90 vom 06.06., FJ 5.

²¹⁵ *Caballero Gea*, S. 36; STC 105/90 vom 06.06., FJ 5; STC 134/1999 vom 15.07., FJ 4.

öffentlichung von Informationen, es kann aber auch auf Bildveröffentlichungen übertragen werden und zwar in dem Sinne, dass überprüft werden muss, ob es sich um ein Originalfoto oder um eine Fotomontage handelt.

Um ein Überwiegen des öffentlichen Interesses anzunehmen, ist ferner erforderlich, dass die verbreitete Information für die Gemeinschaft relevant ist. Denn diese Relevanz rechtfertigt die Forderung, dass jemandem für die Verbreitung einer bestimmten Nachricht gelegentlich Belästigungen aufgebürdet werden²¹⁶. Entscheidendes Element der Abwägung ist also die öffentliche Relevanz der enthüllten Tatsachen, an deren Kenntnis die öffentliche Meinung aus legitimen Motiven interessiert ist²¹⁷. Eine solche Relevanz kann zum Beispiel bei einer investigativen Reportage mit versteckter Kamera über Missstände in einem Altenheim angenommen werden²¹⁸. Grundsätzlich ist bloße Neugier kein relevantes öffentliches Interesse, was die spanische Rechtsprechung immer wieder in ihren Urteilen betont²¹⁹ und zumindest bezüglich privater Personen auch befolgt. So wurde zum Beispiel ein öffentliches Interesse an Bildern einer nicht prominenten Person, die im Zusammenhang mit dem Scheitern der Beziehung eines Prominenten veröffentlicht wurden, abgelehnt²²⁰. Bei Prominenten ist die öffentliche Meinung nach der Rechtsprechung zum Teil aber auch an scheinbar unbedeutenden Aufnahmen interessiert, wie an der Veröffentlichung des Fotos eines bekannten Finanziers, das ihn beim Essen eines Brötchens in seiner Gefängniszelle zeigt²²¹. Das Gericht bejahte ein Überwiegen des öffentlichen Informationsinteresses gegenüber der Privatsphäre und dem Recht am eigenen Bild. Bezogen auf das Recht am eigenen Bild fügte es hinzu, dass das Foto ein übliches Mittel sei, eine öffentlich relevante Nachricht zu ergänzen oder hervorzuheben²²². Dieser Fall ist ein weiteres Bei-

²¹⁶ *Caballero Gea*, S. 147; STC 127/2003 vom 30.06., FJ 8; vgl. STC 134/1999 vom 15.07., FJ 8; STC 83/2002 vom 22.04., F 5.

²¹⁷ *Fayos Gardó*, InDret 4/2007, S. 16; STS vom 08.07.2004, RJ 694, FJ 1; vgl. SAP Madrid 312/2007 vom 05.06., FJ 9.

²¹⁸ SAP Madrid 312/2007 vom 05.06., FJ 9.

²¹⁹ STC 83/2002 vom 22.04., FJ 2; SAP Madrid 268/2007 vom 11.05., FJ 4; vgl. SAP Madrid 312/2007 vom 05.06., FJ 9.

²²⁰ SAP Madrid 268/2007 vom 11.05., FJ 4.

²²¹ STS vom 08.07.2004, RJ 694, FJ 1.

²²² STS vom 08.07.2004, RJ 694, FJ 1.

spiel dafür, dass bei prominenten Personen wesentlich niedrigere Anforderungen an ein überwiegendes öffentliches Interesse gestellt werden. Im Übrigen ergibt sich aus Art. 7.6 LO 1/1982, dass im spanischen wie im deutschen Recht eine Veröffentlichung zu rein kommerziellen Zwecken ohne Einwilligung nicht rechtmäßig ist.

6. Postmortaler Schutz des Persönlichkeitsrechts

Schon in der Präambel der LO 1/1982 wird der postmortale Schutz der Persönlichkeit angesprochen. Demnach schließt der Tod des Rechtssubjekts zwar die Persönlichkeitsrechte aus, nicht jedoch den Schutz des Andenkens an die verstorbene Person. In dem Fall, dass die Verletzung nach dem Versterben einer Person stattgefunden hat, ist die Geltendmachung des Schutzes in einer als angemessen erachteten zeitlichen Begrenzung demjenigen übertragen, der in dem Testament dazu bestimmt worden ist oder in Ermangelung eines Testaments den Verwandten oder letzten Endes dem „Ministerio Fiscal“. Wer das Recht des Verstorbenen geltend machen kann, ist ausführlich in Art. 4 LO 1/1982 geregelt.

Wenn die Rechtsverletzung vor dem Versterben der Person stattgefunden hat, ohne dass der Rechtsinhaber die vom Gesetz vorgesehenen Klagemöglichkeiten ausgeübt hat, bestehen diese nur weiter, wenn sie durch ihn oder seinen gesetzlichen Vertreter nicht ausgeübt werden konnten. Denn wenn sie ausgeübt werden konnten und der Rechtsinhaber nicht geklagt hat, besteht die fundierte Annahme, dass die Handlungen, die objektiv gesehen eine Verletzung darstellen könnten, aus der Sicht des Geschädigten nicht als eine solche angesehen worden sind. Art. 4-6 LO 1/1982 enthalten detaillierte Regelungen. Der postmortale Schutz muss gemäß Art. 4.3 LO 1/1982 innerhalb von 80 Jahren nach dem Tod des Betroffenen geltend gemacht werden.

7. Rechtsfolgen der LO 1/1982

Gemäß Art. 9. 2 LO 1/1982 umfasst der gerichtliche Schutz die Ergreifung aller Maßnahmen, die notwendig sind, um dem Eingriff ein Ende zu setzen und dem Geschädigten die Nutzung seines Rechts wieder zu ermöglichen, sowie um unerlaubten Eingriffen vorzubeugen oder diese zu verhindern. Zu diesen Maßnahmen gehören einstweilige Maßnahmen, die dazu dienen, den Eingriff unmittelbar zu

beenden, sowie die Anerkennung des Rechts auf Gegendarstellung, die Veröffentlichung des Urteils und die Verurteilung zum Ersatz der verursachten Schäden.

Nach Art. 9.3 LO 1/1982 wird das Bestehen eines Schadens immer dann vermutet, wenn ein unerlaubter Eingriff vorliegt. Die Entschädigung erstreckt sich auch auf den immateriellen Schaden („daño moral“), der nach den Umständen des Einzelfalles und der Schwere der tatsächlich zugefügten Verletzung bewertet wird, wobei die Verbreitung oder das Publikum des Mediums, durch welches sie zugefügt wurde, zu berücksichtigen ist. Ebenso wird der Gewinn, den der Verursacher der Verletzung durch diese erhalten hat, gewertet.

Das spanische Recht sieht somit einen Unterlassungsanspruch, einen Anspruch auf Gegendarstellung und Schadensersatzansprüche (ausdrücklich auch den Ersatz des immateriellen Schadens) vor. Darüber hinaus wird die Veröffentlichung des Urteils als mögliche Maßnahme genannt.

Der Unterlassungsanspruch und der Gegendarstellungsanspruch haben in der Praxis aber nur geringe Bedeutung. Überwiegend wird nur auf Schadensersatz in Verbindung mit einer Urteilsveröffentlichung geklagt²²³.

C. Zusammenfassung

Der zivilrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild im deutschen und im spanischen Recht weist große Gemeinsamkeiten auf. Zunächst ist der Bildnisbegriff identisch. Es wird die Erkennbarkeit der abgebildeten Person verlangt und Zeichnungen oder Karikaturen werden in den Begriff einbezogen.

In beiden Rechtsordnungen ist grundsätzlich die Veröffentlichung eines Bildes ohne Einwilligung der betroffenen Person nicht gestattet. Die LO 1/1982 enthält eine weit reichende Definition des Eingriffs in das Recht am eigenen Bild, die einen Eingriff nur bei Vorliegen einer Einwilligung ausschließt. Das KunstUrhG erklärt ebenfalls in § 22 S. 1 KunstUrhG zunächst die Veröffentlichung eines Bildnisses ohne Einwilligung grundsätzlich für unzulässig.

²²³ Trebes, GRUR Int. 2003, 519 (523).

Im Gegensatz zum KunstUrhG sieht die LO 1/1982 allerdings nicht erst die Veröffentlichung, sondern bereits die Gewinnung – also die Herstellung – eines Bildes als rechtswidrig an. Die LO 1/1982 enthält damit nicht die von deutscher Seite stark kritisierte, im KunstUrhG bestehende Strafbarkeitslücke bezüglich der Herstellung von Bildnissen.

Beide Gesetze sehen aber auch ähnliche Ausnahmen zum Erfordernis einer Einwilligung der abgebildeten Person vor – zum Beispiel „Person als Beiwerk“ – und die in der Öffentlichkeit bekannten Personen genießen einen geringeren Schutz ihres Bildnisses als Private. Das spanische Recht kennt dabei jedoch keine Differenzierung zwischen „relativen“ und „absoluten Personen der Zeitgeschichte“, sondern spricht lediglich von „öffentlichen Personen“. Auch gibt es im spanischen Recht keine Abstufung des Schutzes nach der Unterscheidung verschiedener Sphären. Dennoch basieren die Urteile der Rechtsprechung in beiden Ländern auf einer Abwägung zwischen dem Interesse der Öffentlichkeit und dem Interesse der abgebildeten Person.

Im Rahmen dieser Abwägung wird von der deutschen wie auch von der spanischen Rechtsprechung stets betont, dass bloße Neugier kein öffentliches Interesse begründe. Die Anwendung in der Praxis spricht jedoch in beiden Ländern eine andere Sprache. Der BGH vertrat noch in den 90er Jahren, dass ein generelles Interesse auch an dem privaten Verhalten Prominenter bestünde²²⁴. Das Urteil des TS vom 08. Juli 2004, in dem ein Interesse an dem Bild eines Finanziers beim Essen eines „bocadillo“ in seiner Zelle bejaht wurde, lässt auf eine ähnlich hohe Wertung des öffentlichen Interesses schließen²²⁵.

Allerdings wird in beiden Ländern Prominenten auch in der Öffentlichkeit eine Privatsphäre zugestanden. In Spanien darf eine öffentliche Person an einem öffentlich zugänglichen Ort nicht fotografiert werden, wenn sie sich abseits der breiten Öffentlichkeit intim verhält, zum Beispiel „oben ohne“ an einem einsamen Strand liegt. Auch Fotos, die abgeschieden im privaten Kreis aufgenommen wurden, wie zum Beispiel bei dem „Kenia-Reise-Fall“, dürfen nicht ohne Einwil-

²²⁴ Vgl. BGH NJW 1996, 1128 – *Caroline von Monaco III*.

²²⁵ STS vom 08.07.2004, RJ 694, FJ 1.

ligung veröffentlicht werden. Der Schutz wird also nicht so sehr nach der Örtlichkeit, sondern vor allem nach dem Inhalt des Bildes und den Umständen, unter denen es hergestellt wurde, bestimmt.

Auch in Deutschland können Bilder, die die Intimsphäre betreffen, insbesondere Nacktaufnahmen, nicht aufgrund eines Überwiegens des öffentlichen Interesses veröffentlicht werden. Darüber hinaus hat der BGH Prominenten ebenfalls in der Öffentlichkeit in einer „örtlichen Abgeschlossenheit“ Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen gewährt. Bis zu dem EGMR-Urteil vom 24. Juni 2004 hat er den Schutz der Privatsphäre mittels der „örtliche Abgeschlossenheit“ räumlich eingegrenzt. Erst seit dem EGMR-Urteil hat der BGH von der Voraussetzung der „örtlichen Abgeschlossenheit“ Abstand genommen und bestimmt den Schutz der Privatsphäre in der Öffentlichkeit nach rein inhaltlichen Kriterien. Das Bild muss ein zeitgeschichtliches Ereignis von allgemeinem Interesse zeigen, was der BGH bei reinen Urlaubsfotos Prominenter verneint hat. Das EGMR-Urteil hat damit in Deutschland seine Wirkung gezeigt und den Schutz Prominenter vor unbefugten Bildaufnahmen in der Öffentlichkeit verbessert.

Im Ergebnis kann man sagen, dass sich die Reichweite des zivilrechtlichen Schutzes des Rechts am eigenen Bild in beiden Ländern bis zu dem EGMR-Urteil in der Praxis qualitativ nur wenig unterschieden hat.

Die spanische Rechtsprechung tendierte zu einer etwas großzügigeren Auslegung des öffentlichen Interesses, indem sie fast nur bei Bildern, die die Intimsphäre betrafen, ein solches verneint hat. Dies lässt sich aber auf eine Besonderheit des spanischen Rechts zurückführen: Der Schutz des eigenen Bildes wird nach Art. 2.1 LO 1/1982 generell durch die allgemeinen Gebräuche der Gesellschaft und durch das eigene Verhalten der betroffenen Person begrenzt, was den Gerichten gerade bei prominenten Personen, die häufig auch ihr privates Leben in die Öffentlichkeit tragen, einen großen subjektiven Auslegungsspielraum zugunsten der Pressefreiheit ermöglicht.

Dass der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Spanien generell geringer ist, geht im Übrigen auch aus der Ausstrahlung des Kinofilms „Rohten-

burg“²²⁶ hervor. Während das OLG Frankfurt aufgrund einer Persönlichkeitsrechtsverletzung des Täters es untersagte, den Film vorzuführen²²⁷, wurde dagegen in Spanien die Ausstrahlung des Films nicht verboten. Der Film hat am 14. Oktober 2006 auf dem „Sitges Festival Internacional de Cinema de Catalunya“ sogar Preise gewonnen.

Bezogen auf das Recht am eigenen Bild bleibt festzuhalten, dass der Schutz des Bildnisses einer prominenten Person seit dem Urteil des EGMR in Deutschland angestiegen ist. Daher kann man sagen, dass das deutsche Recht Personen in der Öffentlichkeit inzwischen immerhin einen qualitativ höheren Schutz gewährt als das spanische Recht.

²²⁶ Es handelt sich dabei um den Horrorfilm einer kalifornischen Filmproduktionsgesellschaft, der an den wahren Fall des so genannten „Kannibalen von Rohtenburg“ angelehnt ist. Der Film hält sich eng an der Lebensgeschichte des Klägers, der in den Medien als „Kannibale von Rohtenburg“ bezeichnet wurde und die vom Schauspieler gespielte Hauptfigur weist große Ähnlichkeiten zu seinem äußeren Erscheinungsbild auf, vgl. OLG Frankfurt a.M. ZUM 2006, 407 ff. – *Rohtenburg*.

²²⁷ OLG Frankfurt a.M. ZUM 2006, 407 – *Rohtenburg*.

2. Teil: Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild

A. Deutschland

In diesem Abschnitt soll der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild in Deutschland untersucht werden. Dabei werden nur die Strafnormen betrachtet, die gerade einen Bildnisschutz bezwecken, insbesondere § 201 a StGB. Auf die Darstellung der Vorschriften, die lediglich indirekt oder als Reflex das Opfer vor unbefugten Bildaufnahmen schützen, wie § 123 StGB und § 185 StGB wird verzichtet.

I. § 33 KunstUrhG

Das Recht am eigenen Bild wurde seit Inkrafttreten des KunstUrhG auch strafrechtlich geschützt. Allerdings wurde der strafrechtliche Schutz nicht in das StGB integriert, sondern durch § 33 i.V.m. §§ 22, 23 KunstUrhG – Normen des Nebenstrafrechts – gewährleistet.

1. Schutzzumfang

Gemäß § 33 KunstUrhG wird mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wer entgegen den §§ 22, 23 KunstUrhG ein Bildnis verbreitet oder öffentlich zur Schau stellt. Im objektiven Tatbestand setzt § 33 KunstUrhG demnach einen Verstoß gegen §§ 22, 23 KunstUrhG voraus. Da §§ 22, 23 KunstUrhG nur das Verbreiten oder öffentliche Zurschaustellen ohne Einwilligung der abgebildeten Person verbieten, wird das Herstellen einer Aufnahme somit nicht durch § 33 KunstUrhG strafrechtlich bekämpft.

Als Straftatbestand erfordert § 33 KunstUrhG zudem im subjektiven Tatbestand einen Vorsatz. Aufgrund fehlender gegenteiliger Anzeichen kann davon ausgegangen werden, dass dolus eventualis ausreichend ist. Der Täter muss es also zumindest für möglich halten und billigend in Kauf nehmen, dass er ein Bildnis ohne die erforderliche Einwilligung der abgebildeten Person veröffentlicht.

Weiterhin ist das Erfordernis eines Strafantrags zu beachten (§ 33 Abs. 2 KunstUrhG). Berechtigter, Strafantrag zu stellen, ist gemäß

§ 77 Abs. 1 StGB der Verletzte, das heißt derjenige, in dessen Rechtsgut durch die Tat unmittelbar eingegriffen wird²²⁸.

Es handelt sich bei § 33 KunstUrhG gemäß § 374 Abs. 1 Nr. 8 StPO um ein Privatklagedelikt. Die Staatsanwaltschaft verfolgt gemäß § 376 StPO Privatklagedelikte nur, wenn ein öffentliches Interesse daran besteht. Ein öffentliches Interesse ist gegeben, wenn der Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten hinaus gestört und die Strafverfolgung ein allgemeines Anliegen ist²²⁹. Stellt die Staatsanwaltschaft kein öffentliches Interesse fest, muss der Kläger den Privatklageweg gehen.

2. Bedeutung des § 33 KunstUrhG in der Praxis

§ 33 KunstUrhG hat in der Praxis nur wenig Bedeutung erlangt²³⁰. Das mag zunächst daran liegen, dass das Opfer in vielen Fällen die Tat gar nicht bemerken dürfte, wenn es nicht zufällig sein veröffentlichtes Bild wahrnimmt oder von Bekannten darauf aufmerksam gemacht wird. Hat das Opfer die unbefugte Veröffentlichung seines Bildnisses bemerkt, treten Schwierigkeiten bei der Strafverfolgung auf. Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt und ist ein Privatklagedelikt. Wenn ein Bildnis entgegen den §§ 22, 23 ff. KunstUrhG verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt wird, ist aber in der Regel nur das Interesse der abgebildeten Person betroffen, so dass die Staatsanwaltschaften aufgrund fehlenden öffentlichen Interesses gemäß § 376 StPO keine Anklage erheben. Daher wird der Kläger häufig gemäß § 374 Abs. 1 Nr. 8 StPO mit dem Privatklageweg vorlieb nehmen müssen²³¹.

Der Privatklageweg birgt aber das Risiko der Kostentragung²³² im Falle eines Scheiterns, was den Verletzten möglicherweise von der Erhebung einer Privat-

²²⁸ *Stree/Sternberg-Lieben* in Schönke/Schröder, § 77 Rn. 10.

²²⁹ *Meyer-Goßner*, StPO § 376 Rn. 1.

²³⁰ Vgl. *Koch*, GA 2005, 589 (594); *Hoppe*, GRUR 2004, 990 (995); vgl. *Schertz*, AfP 2005, 421 (426); *von Strobl-Alberg* in Wenzel, 9/44.

²³¹ Vgl. *Koch*, GA 2005, 589 (594), er verweist dabei auf den Fall der Geigerin Ann-Sophie Mutter, OLG München NJW-RR 1996, 93; vgl. *Kühl*, AfP 2004, 190 (193).

²³² Der Privatkläger muss bei einer Zurückweisung der Klage oder bei einem Freispruch des Beschuldigten gemäß § 471 Abs. 2 StPO die Kosten des Verfahrens tragen, sowie die notwendigen Auslagen des Beschuldigten.

klage abhält. So kommt es, dass kaum Fälle der Rechtsprechung zu § 33 KunstUrhG dokumentiert sind. Als ein gegenteiliges Beispiel können nur einzelne Fälle angeführt werden, zum Beispiel ein Polizeibeamter, der während eines Einsatzes gezielt fotografiert worden war und wegen der Verbreitung dieses Bildes Strafantrag stellte²³³. In einem weiteren Fall wurde Strafantrag wegen der unbefugten Veröffentlichung von Tauffotos eines prominenten Kindes gestellt²³⁴. Außerdem kann auf eine Zeitungsnotiz verwiesen werden, die dokumentiert, dass Strafantrag wegen der Verbreitung eines Fotos von einer an Lassa-Fieber erkrankten Studentin gestellt worden ist²³⁵.

Ein weiterer Grund für die Zurückhaltung der Strafanträge kann darin gesehen werden, dass der Geschädigte es möglicherweise vorzieht, zivilrechtlich gegen den Täter vorzugehen. Neben einer Strafanzeige bleibt ihm die Möglichkeit gemäß §§ 22, 23 KunstUrhG in Verbindung mit §§ 823 Abs. 1, 2 StGB Schadensersatz zu verlangen. Die Persönlichkeitsrechtsverletzung des Opfers ist bereits vollzogen. Dass das Bildnis in die Öffentlichkeit gelangt ist, ist nicht mehr rückgängig zu machen. Daher ist zu vermuten, dass das Opfer ein größeres Interesse daran hat, aus der Bildnisveröffentlichung wenigstens einen wirtschaftlichen Vorteil zu ziehen als strafrechtliche Sanktionen zu fordern – auch wenn sich dies gegenseitig nicht ausschließt.

II. § 201 a StGB

1. Entstehungsgeschichte des § 201 a StGB

Die Forderung nach einem Bildnisschutz im StGB ist nicht neu. Es gab sie bereits im Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches von 1971: § 146 des Entwurfs stellte unbefugtes Abhören und Abbilden in einer Norm unter Strafe²³⁶. Begründet wurde die Regelung damit, dass der Angriff des Abbildens nach Art und

²³³ OLG Karlsruhe, NJW 1980, 1701.

²³⁴ OLG München NJW-RR 1996, 93 – *Ann-Sophie Mutter*.

²³⁵ Vgl. *Schertz*, AfP 2005, 421 (423) mit Verweis auf die „Berliner Zeitung“ vom 07.3.2002, S. 17.

²³⁶ Alternativ Entwurf-StGB § 146; vgl. *Kühl*, FS Schünemann, S. 212.

Schwere dem des Abhörens gleichwertig sei²³⁷. Durchsetzen konnte sich diese Regelung damals jedoch nicht.

a. Anlass der Gesetzesinitiative

Im Jahr 2001 erhob der Bundesbeauftragte für den Datenschutz die Forderung, einen Straftatbestand bezüglich Bildaufnahmen zu schaffen. In seinem Tätigkeitsbericht vom 13. März 2001 für den Zeitraum 1999/2000 warnte er vor einer ansteigenden Anzahl von Persönlichkeitsrechtsverletzungen und appellierte an den Gesetzgeber, im Strafgesetzbuch eine Regelung für die Fälle zu schaffen, in denen mittels Bildaufnahme bzw. -veröffentlichung unbefugt in den Kernbereich der Privatsphäre und in die Intimsphäre eingegriffen werde²³⁸. Vor allem neue technische Entwicklungen in der Videotechnik und im Internet würden es ermöglichen, Bilder von Menschen unbemerkt aufzunehmen und weltweit zu verbreiten, ohne dass der Einzelne dies wahrnehme, geschweige denn seine Zustimmung geben könne. Er habe mit großer Besorgnis immer öfter Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte der Bürger festgestellt, insbesondere Veröffentlichungen von Fotos im Internet, von denen die abgebildete Person keine Kenntnis gehabt habe. Zudem seien diese Personen an Orten abgebildet, an denen sie sich bewusst der Öffentlichkeit entzögen und nicht mit einer Aufnahme zu rechnen bräuchten, zum Beispiel in Umkleidekabinen von Schwimmbädern. Zudem wies er darauf hin, dass es keinen sachlichen Grund für die unterschiedliche Behandlung gebe, die Aufnahme des nicht öffentlich gesprochenen Wortes gemäß § 201 StGB unter Strafe zu stellen, die unbefugte Aufnahme eines Bildes dagegen nicht²³⁹.

Im Mai 2001 kündigte die Bundesregierung auf die Anfrage des Abgeordneten Jörg van Essen an, diese Strafbarkeitslücke zu schließen, kam diesem Vorhaben aber nicht nach²⁴⁰.

²³⁷ Alternativ Entwurf-StGB, S. 33.

²³⁸ BT-Drucks. 14/5555, S. 22.

²³⁹ BT-Drucks. 14/5555, S. 22.

²⁴⁰ BT-Drucks. 14/6117, S. 6.

In seinem Tätigkeitsbericht vom 07. Mai 2003 wiederholte der Bundesdatenschutzbeauftragte seinen Appell an die Politik und erinnerte daran, dass er schon in seinem letzten Tätigkeitsbericht angemahnt habe, dass dringend Regeln im Strafgesetzbuch geschaffen werden müssten, die das unbefugte Aufnehmen von Bildern unter Strafe stellen²⁴¹.

Im Januar 2003, noch vor dem erneuten Appell des Bundesdatenschutzbeauftragten, hatte die FDP-Fraktion bereits den ersten Entwurf für einen Straftatbestand vorgelegt²⁴². Neben der Feststellung einer Zunahme der Verletzung der Intimsphäre durch die Verbreitung von Bildaufnahmen, verweist die FDP-Fraktion darauf, dass auch die Europäische Union in einer EU-Richtlinie zum Datenschutz für elektronische Kommunikation²⁴³ auf die Brisanz der technischen Entwicklung des Internets aufmerksam gemacht habe²⁴⁴. In dieser Richtlinie wird darauf hingewiesen, dass Kommunikationsdienste über das Internet den Nutzern zwar neue Möglichkeiten eröffnen, aber auch neue Risiken in Bezug auf personenbezogene Daten und die Privatsphäre beinhalten. Die Mitgliedsstaaten werden daher aufgefordert, die Vertraulichkeit für öffentliche Kommunikationsnetze sicherzustellen. Es sollen besondere rechtliche, ordnungspolitische und technische Vorschriften zum Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten erlassen werden, insbesondere im Hinblick auf die zunehmenden Fähigkeiten zur automatischen Speicherung und Verarbeitung personenbezogener Daten über Teilnehmer und Nutzer²⁴⁵.

Vor allem aber wurde die Ungleichbehandlung des Schutzes vor heimlichen Tonaufnahmen gegenüber Bildaufnahmen betont und auf die bestehende Strafbarkeitslücke hingewiesen²⁴⁶. Als Beispiel ist dazu der Fall eines Gynäkologen

²⁴¹ BT-Drucks. 15/888, S. 50.

²⁴² BT-Drucks. 15/361.

²⁴³ EU-RL 2002/58/EG vom 12. Juli 2002, in dem Gesetzesentwurf der FDP fälschlicherweise als EU-RL 2002/56/EG vom 12. Juli 2002 bezeichnet.

²⁴⁴ BT-Drucks. 15/361, S. 3.

²⁴⁵ EU-RL 2002/58/EG vom 12. Juli 2002.

²⁴⁶ BT-Drucks. 15/361, S. 3.

zu nennen, der heimlich während der Untersuchung seine Patientinnen filmte und nur bestraft werden konnte, weil zufällig auch der Ton aufgenommen wurde²⁴⁷.

Um die Strafbarkeitslücke hinsichtlich unbefugter Bildaufnahmen zu schließen, hat der Gesetzgeber im Jahr 2004 den § 201 a StGB eingeführt²⁴⁸.

b. Gesetzgebungsprozess

Während des Gesetzgebungsprozesses wurden unterschiedliche Entwürfe des § 201 a StGB diskutiert, auf die im Folgenden näher eingegangen wird. Der Gesetzgebungsprozess zog sich vom Januar 2003 bis zum August 2004 über ein- und einhalb Jahre hin.

aa. Entwurf der FDP-Fraktion

Der erste “Entwurf eines Gesetzes zum verbesserten Schutz der Intimsphäre” vom 28. Januar 2003 wurde durch die FDP-Fraktion eingebracht. Sie nannte § 201 a StGB “Verletzung der Intimsphäre durch unbefugte Bildaufnahme und Beobachtung”. Nach dem Entwurf sollte bestraft werden, “wer die Intimsphäre einer anderen Person dadurch verletzt, dass er sie unbefugt auf einen Bildträger aufnimmt oder eine so hergestellte Aufnahme gebraucht oder einem Dritten zugänglich macht”²⁴⁹. Dem sollte die Verletzung der Intimsphäre durch bloßes Beobachten mittels technischer Geräte in einem zweiten Absatz gleichgestellt werden. Ausdrücklich sollte nur die Intimsphäre unter den strafrechtlichen Schutz gestellt werden. Zum Begriff der Intimsphäre verwies die FDP auf die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Sphären – Sozial-, Privat- und Intimsphäre –, wobei die Intimsphäre im Sinne des Gesetzentwurfs „der letzte unantastbare Kernbereich privater Lebensgestaltung” sei²⁵⁰. Als Beispiele wurden Tagebuchaufzeichnungen oder das Geschlechtsleben genannt.

Der Tatbestand sollte eine Bagatellklausel enthalten, die den Anwendungsbereich

²⁴⁷ ZRP 2003, 293, Bericht der Justizministerin von Baden-Württemberg, *Corinna Werwigg-Hertneck* in einem Interview.

²⁴⁸ Vgl. BT-Drucks. 15/2466, S.4; BT-Drucks. 15/2995, S. 2.

²⁴⁹ BT-Drucks. 15/361, S. 3.

²⁵⁰ BT-Drucks. 15/361, S. 4.

auf strafwürdiges Verhalten begrenzte. Außerdem sollte im Rahmen eines speziellen Rechtfertigungsgrundes – der Wahrnehmung überragender öffentlicher Interessen – die Meinungsfreiheit ausreichend berücksichtigt werden. Zudem befürwortete die FDP-Fraktion eine Qualifikation für Amtsträger und die Strafbarkeit des Versuchs.

bb. Entwurf der CDU/CSU-Fraktion

Im März folgte der “Entwurf eines Gesetzes zum verbesserten Schutz der Privatsphäre” vom 10. März 2003 von der CDU/CSU-Fraktion²⁵¹. Sie nannte § 201 a StGB “Verletzung des persönlichen Lebensbereichs”.

Im Gegensatz zum Entwurf der FDP stellte die CDU/CSU auf die Verletzung des *persönlichen Lebensbereichs* ab. Begründet wurde die Ablehnung der Intimsphäre damit, dass der Begriff dem Strafrecht fremd sei. Der Begriff des persönlichen Lebensbereichs dagegen sei aus §§ 171 b GVG, 68 a Abs. 1 StPO bekannt und durch eine bereits gefestigte Rechtsprechung hinreichend ausgelegt. Der erweiterte Anwendungsbereich des § 201 a werde durch die Aufnahme eines besonderen Rechtfertigungsgrundes ausreichend begrenzt²⁵². Wenn auch in abweichender Formulierung, so befürwortete auch die CDU/CSU einen besonderen Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen, der weitgehend inhaltsgleich mit § 193 StGB sein sollte.

Erwähnenswert ist ferner, dass im Gegensatz zum Entwurf der FDP-Fraktion das bloße Beobachten einer Person straffrei bleiben sollte. Dafür sah die CDU/CSU zusätzlich den Fall für strafwürdig an, in dem eine befugt hergestellte Aufnahme gegen den Willen des Berechtigten gebraucht oder einem Dritten zugänglich gemacht wird. Außerdem wurde eine Qualifikation für Amtsträger ebenso wie die Strafbarkeit des Versuchs in den Entwurf übernommen.

²⁵¹ BT-Drucks. 15/533.

²⁵² BT-Drucks. 15/533, S. 4.

Ebenfalls im März, am 11. März 2003, legte das Land Baden-Württemberg dem Bundesrat einen Gesetzesentwurf vor²⁵³, den der Rechtsausschuss des Bundesrates jedoch erheblich modifizierte, bevor er dem Bundesrat empfahl ihn in den Bundestag einzubringen²⁵⁴. Der modifizierte Entwurf wurde anschließend mit Beschluss vom 26. September 2003 vom Bundesrat wörtlich übernommen und im November 2003 in den Bundestag eingebracht²⁵⁵.

Der Entwurf nannte § 201 a StGB “Verletzung der Intimsphäre durch Bildaufnahmen”²⁵⁶. In ihm wurde erstmals eine Eingrenzung des räumlichen Schutzbereichs vorgenommen. Bestraft werden sollte nur, wer von einer in einer Wohnung oder einem gegen Einblicke besonders geschützten Raum befindlichen anderen Person unbefugt Bildaufnahmen herstellt oder überträgt und dadurch deren höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt. Umfasst werden sollten eigene und fremde Wohnungen (auch Hotelzimmer) sowie Toilettenkabinen, Umkleide- oder ärztliche Behandlungszimmer – Räume, die Schutz vor unbefugten Einblicken gewähren. Der strafrechtliche Schutz sollte auf den persönlichen Rückzugsbereich begrenzt werden, da sonst eine Vielzahl von Fotos, die in der Öffentlichkeit gemacht werden und nur zufällig Personen zum Beispiel am Badestrand abbilden, pönalisiert würden. Es wurde die Gefahr eines Verstoßes gegen das Übermaßverbot staatlichen Strafens und das Bestimmtheitsgebot gesehen. Als weiteres Argument für diese Eingrenzung wurde aufgeführt, dass jeder in der Öffentlichkeit damit rechnen müsse, auf Bildaufnahmen abgebildet zu werden, so dass keine strafwürdige Rechtsgutsverletzung vorliege²⁵⁷.

Aus ähnlichen Gründen wurde in Übereinstimmung mit dem Entwurf der CDU/CSU-Fraktion die Strafbarkeit des bloßen Beobachtens, des sog. “frechen Blickes” abgelehnt.

²⁵³ BR-Drucks. 164/03.

²⁵⁴ BR-Drucks. 164/1/03.

²⁵⁵ BR-Drucks. 164/03 (Beschluss); BT-Drucks. 15/1891.

²⁵⁶ BR-Drucks. 164/1/03; vgl. BT-Drucks. 15/1891, S. 5.

²⁵⁷ BR-Drucks. 164/1/03, S. 6; vgl. BT-Drucks. 15/1891, S. 6, 7.

Abweichend von den vorhergehenden Entwürfen stellte der vom Rechtsausschuss empfohlene Entwurf weder auf die Verletzung der Intimsphäre noch auf den persönlichen Lebensbereich, sondern auf eine Verletzung des *höchstpersönlichen Lebensbereichs* ab. In der Begründung wird dazu ausgeführt, der Begriff sei enger als der persönliche Lebensbereich und entspreche dem Begriff der Intimsphäre. Wie der höchstpersönliche Lebensbereich genau zu definieren ist, lässt der Entwurf jedoch offen.

Im Gegensatz zu den vorhergehenden Entwürfen wurde auf einen besonderen Rechtfertigungsgrund mit der Begründung verzichtet, dass § 201 a StGB kein „Verbreitungsdelikt“ sei, sondern bezüglich der Verbreitung § 33 i.V.m. §§ 22-24 KunstUrhG die entsprechenden Kriterien enthielten²⁵⁸.

Weiterhin sah der Entwurf auch eine Bestrafung desjenigen vor, der eine durch die oben genannte Tat unbefugt hergestellte Bildaufnahme gebraucht oder einem Dritten zugänglich macht. Im Gegensatz zur CDU/CSU-Fraktion hielt der Rechtsausschuss des Bundesrats allerdings das unbefugte Gebrauchen einer be-
fugt hergestellten Aufnahme nicht für strafwürdig. Es liege im Risikobereich des Betroffenen, nur von verlässlichen Personen Aufnahmen herstellen zu lassen. Zudem gewähre § 33 KunstUrhG ausreichend strafrechtlichen Schutz²⁵⁹.

Letztlich bleibt noch zu bemerken, dass auch dieser Entwurf eine Strafbarkeit des Versuchs vorsah.

dd. Fraktionsübergreifender Entwurf

Im Februar 2004 folgte ein letzter, fraktionsübergreifender Entwurf des § 201 a StGB – „Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen“²⁶⁰. Der Entwurf übernahm die Eingrenzung des Schutzes auf die Wohnung und einen gegen Einblicke besonders geschützten Raum sowie die Verletzung des *höchstpersönlichen Lebensbereichs*. Weiterhin sah der Entwurf in einem Absatz 2 die von dem Bundesrat vorgeschlagene Strafbarkeit des Gebrauchs oder Zugänglichmachens einer unbefugt hergestellten Aufnahme sowie in

²⁵⁸ BR-Drucks. 164/1/03, S. 9; vgl. BT-Drucks. 15/1891, S. 7.

²⁵⁹ BR-Drucks. 164/1/03, S. 9; vgl. BT-Drucks. 15/1891, S. 7.

²⁶⁰ BT-Drucks. 15/2466.

einem Absatz 3 die von der CDU/CSU angeregte Strafbarkeit des unbefugten Gebrauchs einer befugt hergestellten Aufnahme vor. Der Regelung des Absatzes 2 liegt die Überlegung zugrunde, dass ein Gebrauchen einer unbefugt hergestellten Aufnahme ebenso strafwürdig sei wie das Herstellen. Die Regelungen bezüglich des Gebrauchs einer Aufnahme sollten die Strafvorschrift des § 33 KunstUrhG ergänzen.

Auf einen besonderen Rechtfertigungsgrund wurde verzichtet und im Gegensatz zu allen vorhergehenden Entwürfen wurde auch eine Strafbarkeit des Versuchs abgelehnt.

ee. Empfehlung des Rechtsausschusses

Der Rechtsausschuss des Bundestags empfahl die Annahme des fraktionsübergreifenden Entwurfs. Allerdings nahm er in seine Empfehlung zwei Änderungen bezüglich § 201 a Abs. 3 StGB auf. Vor dem Wort „unbefugt“ wurde das Wort „wissentlich“ eingefügt, so dass der Täter „wissentlich unbefugt“ handeln muss. Darüber hinaus wurde die Tathandlung des unbefugten Gebrauchs einer befugt hergestellten Bildaufnahme aus der Vorschrift gestrichen²⁶¹. Als Begründung dieser Änderungen wird angeführt, dass nicht strafwürdiges, sozialadäquates Verhalten damit aus der Vorschrift ausgenommen werden soll²⁶².

ff. Endgültiger Wortlaut des § 201 a StGB

Am 29. April 2004 hat der Bundestag die Einführung des neuen § 201 a StGB – Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen – beschlossen. Die Vorschrift trat mit folgendem Wortlaut am 06. August 2004 in Kraft²⁶³:

²⁶¹ BT-Drucks. 15/2995, S. 4.

²⁶² BT-Drucks. 15/2995, S. 6.

²⁶³ BGBl. 2004/I, S. 2012 (36. StrafÄndG).

§ 201 a

Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen

- (1) Wer von einer anderen Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, unbefugt Bildaufnahmen herstellt oder überträgt und dadurch deren höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft.*
- (2) Ebenso wird bestraft, wer eine durch eine Tat nach Abs. 1 hergestellte Bildaufnahme gebraucht oder einem Dritten zugänglich macht.*
- (3) Wer eine befugt hergestellte Bildaufnahme von einer anderen Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, wissentlich unbefugt einem Dritten zugänglich macht und dadurch deren höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft.*
- (4) Die Bildträger sowie Bildaufnahmegeräte oder andere technische Mittel, die der Täter oder Teilnehmer verwendet hat, können eingezogen werden.
§ 74 a ist anzuwenden.*

Zusammenfassend kann man feststellen, dass die Reichweite des § 201 a StGB im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zunehmend eingeschränkt wurde. Bloßes Beobachten wurde in den Tatbestand nicht aufgenommen, es bleibt damit weiterhin straflos²⁶⁴. Die Versuchsstrafbarkeit wurde endgültig abgelehnt, ebenso wie eine Qualifikation für Amtsträger. Der Strafrahmen wurde von Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe auf Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe abgemildert.

Als Schutzgut des § 201 a StGB wurde weder der in den Gesetzesentwürfen diskutierte enge Begriff der Intimsphäre noch der weite Begriff des persönlichen

²⁶⁴ Zumindest nach § 201 a StGB. Das Beobachten bzw. Nachstellen von Personen ist inzwischen mit der Einführung des § 238 StGB unter gewissen Umständen strafbar worden.

Lebensbereichs angenommen. Stattdessen einigten sich die Fraktionen auf einen neuen Begriff, den des höchstpersönlichen Lebensbereichs. Eine genauere Auslegung dieses Begriffes folgt im Rahmen der Erörterung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 201 a Abs. 1 StGB.

2. Der Tatbestand des § 201 a Abs. 1

Gemäß § 201 a Abs. 1 StGB wird, wer von einer anderen Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, unbefugt Bildaufnahmen herstellt oder überträgt und dadurch deren höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft.

a. Tatopfer

Tatopfer ist eine andere Person. Eine Selbstaufnahme ist demnach nicht tatbestandsmäßig. Da es sich um Bildaufnahmen einer Person handeln muss, werden Aufnahmen von Sachen, wie zum Beispiel Fotos von Anwesen Prominenter oder deren privaten Räumlichkeiten, nicht von § 201 a StGB erfasst.

§ 33 KunstUrhG i.V.m § 22 S. 3 KunstUrhG gewährt der abgebildeten Person einen postmortalen zehnjährigen Schutz des Rechts am eigenen Bild, der durch die Angehörigen wahrgenommen wird. Auch andere Strafrechtsnormen schützen die betroffene Person bis über ihren Tod hinaus. So erstreckt § 203 Abs. 4 StGB die Anwendbarkeit der Norm auf den Fall, dass der Täter das fremde Geheimnis nach dem Tod des Betroffenen offenbart. Es stellt sich daher die Frage, ob auch § 201 a StGB postmortalen Schutz gewährt und Bildaufnahmen verstorbener Personen erfasst.

Bei einem Blick ins StGB fällt zunächst auf, dass der Begriff der Person nur bezüglich lebender Menschen verwendet wird. Handelt es sich um Tote, wie in § 168 StGB, wird von verstorbenen Menschen gesprochen²⁶⁵. Der Begriff „Person“ beinhaltet demnach nur lebende Menschen. Dies ergibt sich des Weiteren aus dem Schutzgut des höchstpersönlichen Lebensbereichs, der seinem Wortlaut

²⁶⁵ So auch *Flehsig*, ZUM 2004, S. 605 (613).

nach ebenfalls eine lebende Person voraussetzt. Zudem enthält § 201 a StGB keine dem § 22 S. 3 KunstUrhG oder dem § 203 Abs. 4 StGB entsprechende Regelung. Daraus kann geschlossen werden, dass der Gesetzgeber in § 201 a StGB Bildaufnahmen von Verstorbenen nicht unter Strafe stellen wollte.

Aufnahmen eines Leichnams werden folglich vom Tatbestand des § 201 a StGB nicht erfasst²⁶⁶.

Man könnte in Erwägung ziehen, Bilder einer Person, die zu Lebzeiten gemacht wurden, aber erst nach ihrem Tod im Sinne des § 201 a Abs. 2 StGB gebraucht oder anderen zugänglich gemacht werden, anders zu behandeln als Bilder eines Leichnams. Ein Grund für eine differenzierende Betrachtung ist allerdings nicht erkennbar. Auch in diesem Fall handelt es sich im Zeitpunkt der Tathandlung um Aufnahmen von verstorbenen Personen. Sie sind daher nicht durch § 201 a StGB erfasst.

b. Räumliche Voraussetzung

Der Tatbestand des § 201 a Abs. 1 StGB enthält eine räumliche Einschränkung. Das Opfer muss sich zum Zeitpunkt der Bildaufnahme in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befinden.

aa. Begriff der Wohnung

§ 201 a Abs. 1 StGB erfordert in seiner ersten Variante, dass sich die abgebildete Person in einer Wohnung befunden hat.

Der Begriff der Wohnung ist in den Gesetzesentwürfen bezüglich § 201 a StGB nicht definiert. Im Rahmen anderer Paragraphen des StGB ist er aber bereits umfangreich erläutert worden.

Dabei wird der Wohnungsbegriff in den verschiedenen Paragraphen des StGB jedoch unterschiedlich eng ausgelegt. Bezüglich des § 201 a StGB gehen die Meinungen auseinander, ob er an einem engen Wohnungsbegriff des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu orientieren ist oder wie bei § 123 StGB weit ausulegen ist.

²⁶⁶ Vgl. Koch, GA 2005, 589 (592); Lackner/Kühl, § 201 a Rn. 3.

(1) Anlehnung an den Wohnungsbegriff des § 123 StGB

Von einigen wird zur Interpretation des Wohnungsbegriffs § 123 Abs. 1 StGB herangezogen²⁶⁷. Bezüglich des § 123 Abs. 1 StGB wird ein weiter Wohnungsbegriff vertreten. Eine Wohnung sind die Räumlichkeiten, die einer Person zur Unterkunft dienen oder zur Benutzung freistehen²⁶⁸. Unter diesen weiten Wohnungsbegriff fallen auch Hotelzimmer und Nebenräume wie zum Beispiel Keller, Treppenhäuser oder Garagen und bewegliche Räume wie zum Beispiel Wohnwagen oder Zelte²⁶⁹.

(2) Anlehnung an den Wohnungsbegriff des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Andere dagegen vertreten, dass der Wohnungsbegriff des § 201 a StGB dem des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB entspricht²⁷⁰.

Der Wohnungsbegriff des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB wird von der herrschenden Meinung eng ausgelegt. Es werden nur die Räumlichkeiten als Wohnung anerkannt, die den Mittelpunkt des privaten Lebens bilden²⁷¹. Nebenräume, wie zum Beispiel Kellerräume eines Wohnblocks²⁷² oder Nebengebäude, wie Garagen und Gartenhäuser,²⁷³ gehören nicht zum Wohnungsbegriff. Auch Hotelzimmer sind nach überwiegender Ansicht nicht in den Wohnungsbegriff mit einzubeziehen²⁷⁴.

²⁶⁷ So etwa *Rahmlow*, HRRS 2005, 84 (86); *Eisele*, JR 2005, 6 (8); *Koch*, GA 2005, 589 (599); *Kargl*, ZStW 117 (2005), 324 (330).

²⁶⁸ *Lackner/Kühl*, § 123 Rn. 3; *Krey/Heinrich*, BT/1 Rn. 432; *Wessels/Hettinger*, BT I Rn 579; NK-StGB/*Ostendorf*, §123 Rn. 21.

²⁶⁹ *Lenckner* in *Schönke/Schröder*, § 123 Rn. 4; *Krey/Heinrich*, BT/1 Rn. 432; *Wessels/Hettinger*, BT I Rn. 579; NK-StGB/*Ostendorf*, § 123 Rn. 21.

²⁷⁰ *Joecks*, § 201 a Rn. 2; SK-StGB/*Hoyer*, § 201 a Rn. 14; *Lackner/Kühl*, § 201 a Rn. 2; *Kühl*, AfP 2004, 190 (194); *Heuchemer/Paul*, JA 2006, 616 (618); *Otto*, § 34 Rn. 15 b.

²⁷¹ *Lackner/Kühl*, § 244 Rn. 11; *Wessels/Hillenkamp*, BT II Rn. 267; OLG Schleswig NStZ 2000, 479 (480); *Rengier*, BT I § 4 Rn. 84, 85; a. A. *Eser* in *Schönke/Schröder*, § 244 Rn. 30.

²⁷² OLG Schleswig NStZ 2000, 479.

²⁷³ *Fischer*, § 244 Rn. 24 a; *Wessels/Hillenkamp*, BT II Rn. 267; *Rengier*, BT I § 4 Rn. 85.

²⁷⁴ *Lackner/Kühl*, § 244 Rn. 11; *Wessels/Hillenkamp*, BT II Rn. 267; MK-StGB/*Schmitz* § 244 Rn. 56; *Hellmich*, NStZ 2001, 511, 513; zw. *Fischer*, § 244 Rn. 24 a; a.A.: BGH StV 2001, 624.

(3) Stellungnahme

Zu klären bleibt nach den verschiedenen Verständnismöglichkeiten des Wohnungsbegriffs des § 201 a StGB, ob ein weiter oder ein enger Wohnungsbegriff anzunehmen ist. Der Wortlaut des § 201 a StGB ist in der Hinsicht nicht eindeutig. Zum einen will § 201 a StGB seinem Wortlaut zur Folge eine Person nicht nur in Räumlichkeiten, die den Mittelpunkt des privaten Lebens darstellen, vor einer Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs schützen, sondern auch in anderen gegen Einblick besonders geschützten Räumen. Insofern könnte man aufgrund der Weite des Tatbestandes auch einen weiten Wohnungsbegriff annehmen.

Zum anderen kann der Wohnungsbegriff aber auch eng ausgelegt werden, da alle anderen Räumlichkeiten, die nicht den Mittelpunkt des privaten Lebens darstellen, über den Begriff des „gegen Einblick besonders geschützten Raumes“ erfasst werden können.

Auch aus der Gesetzesbegründung geht keine eindeutige Auslegung des Wohnungsbegriffs hervor. Nach ihr werden von § 201 a StGB eigene und fremde Wohnungen umfasst, einschließlich Gäste- und Hotelzimmer²⁷⁵. Da Hotelzimmer von der herrschenden Meinung nicht in den Wohnungsbegriff des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB einbezogen werden, spricht diese Aussage dafür, die Auslegung des Begriffs an dem weiteren Wohnungsbegriff des § 123 StGB zu orientieren.

Allerdings besagt die Gesetzesbegründung auch, dass § 201 a StGB den „letzten Rückzugsbereich“ einer Person schützt²⁷⁶. Ob die zum weiten Wohnungsbegriff gehörenden Nebenräume, wie zum Beispiel Keller, nach dem allgemeinen Sprachgebrauch zum letzten Rückzugsbereich einer Person zählen, erscheint aber fragwürdig.

Sinn und Zweck der Vorschrift ist der Schutz eines privaten Rückzugsbereichs, einer „individuellen Eigensphäre als eines Freiraums, der für die Entfaltung der

²⁷⁵ BT-Drucks. 15/2466 S. 5; Hesse, ZUM 2005, 432 (433).

²⁷⁶ BT-Drucks. 15/2466 S. 5.

menschlichen Persönlichkeit unerlässlich ist²⁷⁷. Insofern bestehen Parallelen zum Hausfriedensbruch, der ebenfalls den privaten Rückzugsbereich einer Person schützt. Schutzgut des § 123 StGB ist das Hausrecht²⁷⁸. Es soll ein räumlicher Rückzugsbereich des Opfers gewährleistet werden, in dem es vor unbefugtem Eindringen Dritter geschützt ist. § 201 a StGB schützt ebenfalls vor unbefugtem Eindringen – wenn auch nicht vor körperlichem, sondern vor optischem Eindringen in eine private Sphäre.

Auf den ersten Blick ist kein Grund dafür ersichtlich, warum der durch § 201 a StGB gewährleistete optische Schutz dieser privaten Sphäre im Gegensatz zu § 123 StGB auf Räume beschränkt sein soll, die den Mittelpunkt des privaten Lebens bilden. *Koch* ist insofern zuzustimmen, als das Opfer auch in Räumen, die nicht den Mittelpunkt seines privaten Lebens ausmachen, über die berechnete Erwartung verfügen darf, vor einer Verletzung seines höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen geschützt zu sein²⁷⁹. Dieser Erwartung kann § 201 a StGB aber auch mit dem alternativen Tatbestandsmerkmal des „gegen Einblick besonders geschützten Raumes“ gerecht werden. Eine weite Auslegung des Wohnungsbegriffs ist dafür nicht unbedingt erforderlich.

Auf den zweiten Blick weist § 201 a StGB nämlich einen erheblichen Unterschied gegenüber § 123 StGB auf: Im Gegensatz zu § 123 StGB kommt es nicht darauf an, dass der Geschädigte das Hausrecht innehat, da der Schutz in eigenen und fremden Wohnungen besteht²⁸⁰. In § 201 a StGB findet somit anders als in § 123 StGB keine weitere Einschränkung statt. Dies spricht dafür zum Ausgleich in § 201 a StGB einen engen Wohnungsbegriff zu wählen. Zudem besteht eine Parallele zu § 244 Abs. 1 S. 3 StGB, indem der Täter auch bei § 201 a StGB aus der Wohnung etwas entwenden muss, und zwar das Abbild des Opfers²⁸¹.

²⁷⁷ *Kargl*, ZStW 117 (2005), 324 (331).

²⁷⁸ *Krey/Heinrich*, BT/1 Rn. 431.

²⁷⁹ *Koch*, GA 2005, 589 (599).

²⁸⁰ Vgl. BT-Drucks. 15/2466, 3 (5).

²⁸¹ SK-StGB/*Hoyer*, § 201 a Rn. 14.

Auch die vor allem aus dem Erfordernis der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs hervorgehende restriktive Schutzrichtung des § 201 a StGB spricht für einen engen Wohnungsbegriff.

Der Wohnungsbegriff des § 201 a StGB ist daher im Ergebnis eng auszulegen und an § 244 Abs. 1 S. 3 StGB zu orientieren. Abweichend von der herrschenden Meinung zu § 244 Abs. 1 S. 3 StGB sind in § 201 a StGB jedoch auch Hotelzimmer mit einzubeziehen²⁸². Ebenso sind auch alle anderen Räumlichkeiten, die nur vorübergehend den Lebensmittelpunkt ausmachen, wie zum Beispiel Wohnwagen oder Schiffskajüten von Hausbooten inbegriffen. Denn diese Räumlichkeiten stellen zumindest zeitweise einen intensiven privaten Rückzugsbereich dar. Da § 201 a StGB mit einer Strafandrohung von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr im Gegensatz zu § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB – Mindeststrafe von sechs Monaten Freiheitsstrafe – eine geringe Strafandrohung vorsieht, gilt das Argument der hohen Strafandrohung für eine strikt restriktive Auslegung des Wohnungsbegriffs hier nicht.

Zu einer Wohnung gehören demnach alle Räumlichkeiten, die den Mittelpunkt des privaten Lebens darstellen, wobei auch vorübergehende „Lebensmittelpunkte“ wie Hotelzimmer, Wohnwagen oder Hausboote inbegriffen sind. Nebenräume wie zum Beispiel Kellerräume oder Nebengebäude wie Garagen, sind dagegen nicht als Wohnung anzusehen, können aber unter Umständen „gegen Einblick besonders geschützte Räume“ darstellen.

Unterschiedlich wird beurteilt, ob auch Gefängniszellen dem Wohnungsbegriff unterfallen. Praktisch gesehen geht es dabei um die Frage, ob die Bildaufnahmen aus Abu Ghraib 2004 oder die 2005 um die Welt gegangenen Fotos von Saddam Hussein „in Unterhose“ den Tatbestand des § 201 a StGB erfüllen würden.

Gefängnisinsassen stehen als „letzter privater Rückzugsbereich“ lediglich ihre Zellen zur Verfügung. Gefängniszellen ersetzen für die Häftlinge die „Wohnung“, auch wenn bei ihnen ein durch den Strafvollzug bedingter Zwangsaufenthalt vorliegt, der ihre Rechte und ihre Privatsphäre einschränkt. Trotz des für ihren Insassen dort im Grunde unerwünschten Aufenthaltes, dient sie als Raum für

²⁸² Vgl. BT-Drucks. 15/2466, S. 5; SK-StGB/Hoyer, § 201 a Rn. 14; Sauren, ZUM 2005, 425 (429); Hoppe, GRUR 2004, 990 (992).

seine persönlichen Bedürfnisse und der Aufbewahrung seiner persönlichen Sachen etc. Daher sind auch Gefängniszellen als Wohnung im Sinne des § 201 a StGB zu betrachten²⁸³. Die Fotos von Saddam Hussein wären damit tatbestandsmäßig. Anders verhält es sich dagegen mit den Fotos aus Abu Ghraib. Der Schutz von Gefängniszellen als Wohnung muss nämlich in den Fällen entfallen, in denen sie „zur Folter zweckentfremdet“ werden²⁸⁴. In diesen Fällen dient die Zelle dem Opfer nicht mehr als räumlicher Rückzugsbereich; im Gegenteil verliert sie unter diesen Umständen jeglichen Charakter als Rückzugsbereich und es tritt die Folter in den Vordergrund, der sich das Opfer entziehen will. Diese Fälle sind vom Sinn und Zweck der Norm daher nicht erfasst und mittels einer teleologischen Reduktion vom Tatbestand auszunehmen. Es ist damit weiterhin möglich, Bildaufnahmen von Folter in Gefängnissen ungestraft an die Öffentlichkeit zu bringen.

Hinzuzufügen bleibt, dass die Wohnung absolut geschützt ist, das heißt, ein Sichtschutz ist nicht erforderlich. Sie ist vom Schutz des § 201 a StGB umfasst, selbst wenn durch eine Glasfront der Einblick möglich ist²⁸⁵. Die Wohnung als privater Bereich genießt einen hohen Stellenwert, was durch Art. 13 GG zum Ausdruck gebracht wird und vom BVerfG in seinem Urteil zum „großen Lauschangriff“ unterstrichen worden ist. Die Privatwohnung sei „als letztes Refugium ein Mittel zur Wahrung der Menschenwürde“. Dies verlange einen absoluten Schutz des Verhaltens in diesen Räumen, soweit es sich als individuelle Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung darstelle²⁸⁶. Daher ist die Wohnung vor unbefugtem Eindringen, sei es auch nur optischer Natur, besonders stark zu schützen.

²⁸³ Im Ergebnis so auch *Hoppe*, GRUR 2004, 990 (992); *Mitsch*, JURA 2006, 117 (119): gegen Einblick besonders geschützter Raum; a. A. *Wendt*, AfP 2004, 181 (189); kritisch auch *Bosch*, JZ 2005, 377 (379).

²⁸⁴ *Kächele*, S. 85.

²⁸⁵ *Lackner/Kühl*, § 201 a Rn. 2; *Eisele*, JR 2005, 6 (8); *Sauren*, ZUM 2005, 425 (429); *Joecks*, § 201 a R. 2.

²⁸⁶ BVerfG NJW 2004, 999 (1002) – „großer Lauschangriff“.

bb. Der „gegen Einblick besonders geschützte Raum“

Alternativ zur Wohnung wird der „gegen Einblick besonders geschützte Raum“ aufgeführt. Dieser Begriff ist neu im StGB. Nach *Kargl* soll der Bereich, der zwar nicht zum Wohnen, aber dennoch zur „Intimsphäre und zur privaten Lebensgestaltung“ gehört, erfasst werden²⁸⁷. Nach *Koch* umfasst der Begriff private Räume, die die Funktion haben, vor unbefugten Einblicken zu schützen²⁸⁸. In den Gesetzesentwürfen wird beispielhaft auf Toilettenräume, Umkleidekabinen und ärztliche Behandlungszimmer verwiesen²⁸⁹.

(1) Der Begriff des Raumes

Der Begriff des Raumes ist bereits aus anderen Strafvorschriften, wie zum Beispiel § 306 a StGB bekannt. Ein Raum setzt zunächst voraus, dass ein Aufenthaltsort hinreichend von der Umwelt abgegrenzt ist²⁹⁰. Diese allgemeine Voraussetzung kann auch auf § 201 a StGB übertragen werden. Um den Begriff des Raumes zu erfüllen, muss der Aufenthaltsort des Tatopfers zunächst deutlich von der Umwelt abgegrenzt sein²⁹¹. Es muss also ein eingegrenzter Bereich vorliegen. Eine einzelne Seitenbegrenzung zum Beispiel eine Hecke, die zu keinem Raumgebilde beiträgt, ist nicht ausreichend²⁹². Selbstverständlich muss der Raum die Möglichkeit des Aufenthalts von zumindest einem Menschen – dem Tatopfer – bieten²⁹³, denn anderenfalls könnte in dem Raum keine unbefugte Bildaufnahme des Tatopfers hergestellt werden.

Weitere Anforderungen bezüglich der Größe sind an die Räumlichkeit aber nicht zu stellen, so dass auch der Kofferraum eines Kraftfahrzeugs ausreichend sein kann.

Eine andere Frage ist, ob der Raum zusätzlich „umschlossen“ sein muss, wie bei § 243 I Abs. 1 Nr. 1 StGB. Dann müsste er zum Betreten durch Menschen be-

²⁸⁷ *Kargl*, ZStW 117 (2005), 324 (331).

²⁸⁸ *Koch*, GA 2005, 589 (599).

²⁸⁹ BT-Drucks. 15/1891, 5 (7); BT-Drucks. 15/2466, 3 (5).

²⁹⁰ Vgl. *Heine* in Schönke/Schröder, § 306 a Rn. 4.

²⁹¹ So auch *Rahmlow*, HRRS 2005, 84 (87); SK-StGB/*Hoyer*, § 201 a Rn. 15.

²⁹² *Rahmlow*, HRRS 2005, 84 (87).

²⁹³ Vgl. SK-StGB/*Hoyer*, § 201 a Rn. 15; *Koch*, GA 2005, 589 (599).

stimmt und mit künstlichen Vorrichtungen zur Abwehr des Eindringens versehen sein²⁹⁴. Nach der Gesetzesbegründung verlangt § 201 a StGB aber gerade keinen „umschlossenen“ Raum im Sinne des § 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Vielmehr ist der Sichtschutz entscheidend²⁹⁵. Auch Umkleidekabinen, die oftmals nur durch einen Vorhang Sichtschutz gewähren, stellen Räume im Sinne der Vorschrift dar²⁹⁶. Es kommt also nicht auf die absolute Umschlossenheit an, sondern auf die Nutzung des Raumes als höchstpersönlichem Rückzugsbereich. Gerade Umkleidekabinen stellen einen typischen höchstpersönlichen Rückzugsbereich dar, in den sich Personen zurückziehen, um unbeobachtet zu sein und damit rechnen zu können, dass sie dies auch bleiben.

Nach der Intention des Gesetzgebers sollen auch Gärten tatbestandsmäßige Räume sein können²⁹⁷. Dieser Auslegung ist allerdings mit Skepsis begegnet worden²⁹⁸. Die Einbeziehung eines Gartens verstoße gegen das Bestimmtheitsgebot. Außerdem stelle ein Garten schon dem Wortlaut nach keinen „Raum“ dar²⁹⁹.

Diesen Einwänden ist jedoch folgendes zu entgegnen: Der Sinn und Zweck des § 201 a StGB ist es, einen privaten Rückzugsbereich zu gewährleisten. Ein Garten gehört zwar nicht zur Wohnung an sich, er gehört aber jedenfalls zum privaten Rückzugsbereich einer Person. Er befindet sich auf einem Privatgrundstück und ist üblicherweise durch Mauern oder Zäune eingegrenzt. Zudem kann er dem Aufenthalt von Menschen dienen. Somit erfüllt ein Garten die Voraussetzungen eines „Raumes“ im Sinne des § 201 a StGB. Dass er nicht überdacht ist, ist unerheblich, da für § 201 a StGB gerade kein allseits umschlossener Raum verlangt wird. Der Persönlichkeitsschutz wäre zudem zufällig, würde er an der Terrassentür zum Garten enden. Gerade auf einer geschützten Terrasse neigen Personen dazu, sich ungestört zu fühlen und zum Beispiel beim Sonnenbaden zu entspan-

²⁹⁴ *Lackner/Kühl*, § 243 Rn. 9.

²⁹⁵ BT-Drucks. 15/2466, 3 (5).

²⁹⁶ BT-Drucks. 15/ 2466, S. 5; *Rahmlow*, HRRS 2005, 84 (87); *Eisele*, JR 2005, 6 (8); SK-StGB/*Hoyer*, § 201 a Rn. 15.

²⁹⁷ BT-Drucks. 15/2466, 3 (5).

²⁹⁸ *Eisele*, JR 2005, 6 (8); *Lackner/Kühl*, § 201 a Rn. 2; *Sauren*, ZUM 2005, 425 (429); *Heuchemer/Paul*, JA 2006, 616 (618).

²⁹⁹ Vgl. *Eisele*, JR 2005, 6 (8); *Sauren*, ZUM 2005, 425 (429).

nen. Nach dem Sinn und Zweck der Norm sind daher auch Personen in einem Garten vor unbefugten Bildaufnahmen geschützt.

Flechtsig geht noch weiter und will sogar Bekleidung als „Raum“ im Sinne des § 201 a StGB anerkennen und somit das Fotografieren unter den Rock als strafbare Handlung einbeziehen³⁰⁰. Dies ist jedoch abzulehnen, da ein Kleidungsstück kein eingrenzbarer Aufenthaltsort eines Menschen ist. Kleidungsstücke dienen nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht dem Aufenthalt, sondern werden getragen. Sie als Raum zu betrachten, ist mit dem Wortlaut unvereinbar und widerspricht dem Bestimmtheitsgebot.

(2) *Das Erfordernis des Sichtschutzes*

§ 201 a StGB verlangt, dass der Raum gegen Einblick besonders geschützt ist. Das heißt, er darf von außen nicht einsehbar sein³⁰¹. Das OLG Karlsruhe hat daher den Tatbestand des § 201 a StGB in dem Fall verneint, in dem ein Rechtsanwalt in seiner hell erleuchteten Anwaltskanzlei hinter einem vorhanglosen Fenster fotografiert worden war³⁰².

Der Sichtschutz ist also unbedingte Voraussetzung. Ein Sichtschutz kann zum Beispiel durch Mauern, Zäune oder durch dichte Hecken gewährleistet werden³⁰³. Ebenso kann er in Form von Vorhängen oder verdunkelten Scheiben bestehen³⁰⁴.

Als problematisch wird zum Teil der vom Gesetzgeber genannte Sichtschutz durch Hecken angesehen³⁰⁵. Nach dem Gesetzgeber könne sich, wer sich zum Sonnen in seinen durch eine hohe, undurchdringliche Hecke begrenzten, nicht einsehbaren Garten legt, darauf verlassen, vor unbefugten Aufnahmen geschützt zu sein³⁰⁶. In diesem Zusammenhang werden zahlreiche Auslegungsfragen ge-

³⁰⁰ *Flechtsig*, ZUM 2004, 605 (610).

³⁰¹ *Mitsch*, JURA 2006, 117 (119); SK-StGB/*Hoyer*, § 201 a Rn. 16.

³⁰² OLG Karlsruhe, AfP 2006, 262 ff.

³⁰³ *Schertz*, AfP 2005, 421 (427); *Sauren*, ZUM 2005, 425 (429); BT-Drucks. 15/2466, 3 (5).

³⁰⁴ *Hoppe*, GRUR 2004, 990 (992).

³⁰⁵ *Obert/Gottschalck*, ZUM 2005, 436 (437); *Bosch*, JZ 2005, 377, (379); *Borgmann*, NJW 2004, 2133 (2135).

³⁰⁶ Vgl. BT-Drucks. 15/2466, 3 (5).

stellt, zum Beispiel wie dicht oder undurchdringlich eine Hecke sein muss, um ausreichenden Sichtschutz zu gewähren³⁰⁷, oder ob der Sichtschutz jahreszeitenabhängig unterschiedlich zu beurteilen ist³⁰⁸. Letzteres ist jedenfalls zu bejahen, da es eine Tatsache ist, dass Sträucher im Winter ihre Blätter verlieren und offensichtlich keinen Sichtschutz mehr bieten. Es widerspräche der allgemeinen Lebenserfahrung, würde man Hecken generell – auch im Winter – Sichtschutz zusprechen. Den Bedenken, dass es für einen Fotografen schwierig sein könnte zu bestimmen, ab wann eine Hecke undurchdringlich ist³⁰⁹, ist folgendes zu entgegnen. Jeder Fotograf, der vor einer Hecke steht, ist in der Lage, mit gesundem Menschenverstand unter Einsatz seiner natürlichen Sehkraft festzustellen, ob eine Hecke Sichtschutz gewährt oder nicht. Die angesprochene Problematik, ab wann eine Hecke Sichtschutz gewährt, ist daher eher theoretischer denn praktischer Relevanz. Im Ergebnis ist die Hecke als Sichtschutz ausreichend bestimmbar und kann von § 201 a StGB miteinbezogen werden.

Der Sichtschutz muss nicht qualitativ hochwertig sein. Er muss das willkürliche Hineinsehen erschweren³¹⁰. Nicht zu verlangen ist, dass der Einblick vollständig, von jedwedem Ort unmöglich ist. So ist nach *Schertz* zum Beispiel auch ein Privatgrundstück geschützt, welches nur zur Meerseite einsehbar ist und somit die Herstellung von Fotos mittels eines Teleobjektivs ermöglicht. Ebenso unterfallen seiner Meinung nach Luftaufnahmen von Personen, die sich auf eingezäunten, sichtgeschützten Grundstücken befinden, dem § 201 a StGB³¹¹. Letzterem ist zuzustimmen, da es Personen nicht zumutbar ist, sich in ihrem privaten Rückzugsbereich gegen „Fotoangriffe“ aus der Luft abschotten zu müssen. Anderenfalls müssten Prominente ihre Grundstücke nicht nur sichtgeschützt einzäunen, sondern vollständig überdachen, wollten sie sicher gehen, keine intimen Fotos von sich auf den Titelblättern der Boulevard-Zeitungen vorzufinden.

³⁰⁷ Vgl. *Borgmann*, NJW 2004, 2133 (2135).

³⁰⁸ Vgl. *Obert/Gottschalck*, ZUM 2005, 436 (437).

³⁰⁹ *Obert/Gottschalck*, ZUM 2005, 436 (437).

³¹⁰ *Rahmlow*, HRRS 2005, (87).

³¹¹ *Schertz*, AfP 2005, 421 (427).

Keinen Sichtschutz im Sinne des § 201 a StGB stellt allerdings die bloße Entfernung dar³¹². Wenn sich also jemand in einem privaten, aber einseharen Garten aufhält und unter Einsatz eines Teleobjektivs fotografiert wird, liegt keine Tat nach § 201 a StGB vor. Auch das Deck einer Yacht, die in großer Entfernung zum Ufer liegt, ist nicht geschützt³¹³. Im Gegensatz zu den Luftaufnahmen eines ansonsten sichtgeschützten Grundstückes, fehlt es in diesen Fällen nämlich bereits gänzlich an einem Sichtschutz. Daher ist auch das von *Schertz* genannte Privatgrundstück, welches nur zur Meerseite einsehbar ist, gegen Fotos, die von Schiffen aus gemacht werden, nicht geschützt. Das Meer an sich bietet keinen Sichtschutz, sondern vermittelt nur durch die Entfernung zum nächsten Ufer einen gewissen Schutz. Dieser ist jedoch, wie bereits festgestellt, für § 201 a StGB gerade nicht ausreichend.

Aus der Formulierung „gegen Einblick *besonders* geschützter Raum“ leitet *Rahmlow* als zusätzliche Voraussetzung ab, dass es über den durch die Umgrenzung des Raumes geschaffenen Sichtschutz hinaus der Installierung einer bewussten, nach außen erkennbaren Abschirmung bedürfe. So müsse zum Beispiel die Umkleidetür geschlossen sein. Als weiteres Beispiel für eine bewusste, erkennbare Abschirmung nennt *Rahmlow* eine Felsgrotte, deren Eingang mit einem Handtuch verdeckt werden müsse. Diese Abschirmung sei jedoch entbehrlich in den Fällen, in denen der Raum ohnehin nahezu lückenlosen Sichtschutz gewähre. In diesen Fällen müsse das „besonders“ als besonders intensiver Sichtschutz interpretiert werden³¹⁴.

Das Beispiel der Felsgrotte ist nur in sehr wenigen Fällen einschlägig. *Rahmlow* übersieht, dass eine Felsgrotte in der Regel kein privater, sondern ein der allgemeinen Öffentlichkeit zugänglicher Raum ist, vergleichbar einem Badestrand, der schon nicht von § 201 a StGB geschützt wird³¹⁵. Nur in den Fällen, in denen

³¹² *Rahmlow*, HRRS 2005, 84 (87); *Hoppe*, GRUR 2004, 990 (992); *Koch*, GA 2005, 589 (600).

³¹³ *Hesse*, ZUM 2005, 432 (433).

³¹⁴ *Rahmlow*, HRRS 2005, 84 (88).

³¹⁵ Nähere Erläuterungen bzgl. der Öffentlichkeit des Raumes folgen unter (3) im nächsten Abschnitt.

sich die Felsgrotte auf einem Privatgrundstück befindet, kommt überhaupt eine Verwirklichung des § 201 a StGB in Betracht. Für diese Fälle ist der Frage nachzugehen, ob es tatsächlich einer weiteren besonderen Abschirmung bedarf. Der Wortlaut des § 201 a StGB verlangt, dass der Raum gegen Einblick besonders geschützt ist. Ob dem „besonders“ tatsächlich eigenständige Bedeutung zukommt, ist aber nicht eindeutig. „Besonders“ könnte generell lediglich ausdrücken, dass es eines starken, qualifizierten Sichtschutzes bedarf und zum Beispiel nicht jeder Strauch, sondern nur eine hohe, undurchdringliche Hecke ausreichend ist. Schließlich vertritt *Rahmlow* selbst diese Interpretation für die Fälle, in denen bereits nahezu lückenloser Sichtschutz besteht.

Es sind meines Erachtens keine Gründe dafür ersichtlich, das „besonders“ auf unterschiedliche Weise zu interpretieren und in einigen Fällen zusätzlich eine erkennbare Abschirmung zu verlangen, insbesondere, da die von *Rahmlow* genannte Abschirmung in Form von Schließen der Umkleidetür üblicherweise erfüllt sein wird. Anderenfalls besteht ohnehin kein Sichtschutz, da eine offene Tür Einblick in die jeweilige Räumlichkeit ermöglicht. Zudem bereitet es überflüssige Schwierigkeiten auszulegen, ob ein nahezu lückenloser Sichtschutz besteht oder eine bewusste Abschirmung erforderlich ist und ob diese nach außen erkennbar ist. Das Erfordernis einer weiteren bewussten Abschirmung ist daher abzulehnen und das „besonders“ in dem Sinne auszulegen, dass ein besonders starker Sichtschutz bestehen muss.

Zum Teil wird auch eine Zweckbestimmung des Sichtschutzes gefordert³¹⁶. Die Funktion des Sichtschutzes müsse sein, gerade gegen eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs zu schützen³¹⁷. Diese Zweckbestimmung wäre zum Beispiel bei Zelten gegeben, bei Kraftfahrzeugen mit abgedunkelten Scheiben dagegen nicht³¹⁸.

Gegen eine Zweckbestimmung des Sichtschutzes ist einzuwenden, dass der Wortlaut des § 201 a StGB eine solche nicht vorsieht. Zudem bestehen Schwie-

³¹⁶ *Fischer*, § 201 a Rn. 9; a.A.: SK-StGB/*Hoyer*, § 201 a Rn. 16; *Rahmlow*, HRRS 2005, 84 (87).

³¹⁷ *Fischer*, § 201 a Rn. 9.

³¹⁸ *Fischer*, § 201 a Rn. 9.

rigkeiten zu bestimmen, wann der Zweck zum Beispiel einer Mauer darin besteht, Sichtschutz zu gewähren. Die meisten Wände oder Mauern dienen mehreren Zwecken, in erster Linie der Schaffung eines Raumes oder einer Eingrenzung. Die Gewährung von Sichtschutz stellt in den überwiegenden Fällen lediglich einen Reflex oder eine Nebenfolge dar. Da der Tatbestand des § 201 a StGB bereits insgesamt sehr eng gefasst ist, ist eine derart restriktive Auslegung bezüglich des Sichtschutzes auch nicht erforderlich.

(3) Schutz ausschließlich privater Räume?

Des Weiteren sollen nach der Gesetzesbegründung alle öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten vom Schutz ausgeschlossen sein³¹⁹. Der Gesetzgeber hielt diese Einschränkung für geboten, da sonst Alltagshandlungen unter Strafe gestellt würden und die Gefahr bestünde, das Übermaßverbot staatlichen Strafens zu verletzen. Zudem müsse der Einzelne in der Öffentlichkeit damit rechnen, auf Bildaufnahmen abgebildet zu werden³²⁰.

Aus dem systematischen Zusammenhang mit dem Wohnungsbegriff kann abgeleitet werden, dass der Raum ein vergleichbares Gefühl der Abgeschiedenheit vermitteln muss³²¹, welches vor allem in privaten Räumen gewährleistet sein dürfte. Daher sind Personen, die sich in einem Park oder an einem öffentlichen Badestrand aufhalten, nicht von § 201 a StGB geschützt. Auch der in dem BGH-Urteil „Caroline-von-Monaco-III“ angesprochene abgelegene Tisch in einem Restaurant³²² stellt jedenfalls keine geschützte Räumlichkeit im Sinne des § 201 a StGB dar.

Es gilt aber zu hinterfragen, ob tatsächlich alle öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten vom räumlichen Schutzbereich ausgeklammert werden dürfen, so dass nur private Räumlichkeiten geschützt werden.

Nach *Hoppe* sollen Geschäftsräume, deren Betreten von einer Einlasskontrolle

³¹⁹ BT-Drucks. 15/2466, S. 4, 5; *Schertz*, AfP 2005, 421 (427); so auch *Sauren*, ZUM 2005, 425 (429); *Koch*, GA 2005, 589 (600).

³²⁰ BT-Drucks. 15/2466, S. 4.

³²¹ *Koch*, GA 2005, 589 (599); vgl. *Wendt*, AfP 2004, 181 (189).

³²² BGH NJW 1996, 1128 – *Caroline von Monaco III*.

abhängig ist – zum Beispiel Besprechungsräume von Rechtsanwaltskanzleien – einen Raum im Sinne des § 201 a StGB darstellen können³²³. Ebenso seien Personen in Krankenhauszimmern geschützt³²⁴.

Diesen Räumen ist zunächst gemein, dass sie keine privaten Räumlichkeiten darstellen, sondern einer Öffentlichkeit zugänglich sind. Sie erfüllen aber dennoch die Kriterien eines gegen Einblick besonders geschützten Raumes, da sie nicht der allgemeinen, sondern nur einer eingeschränkten Öffentlichkeit zugänglich sind.

Geschäftsräume, deren Betreten von einer Einlasskontrolle abhängig ist, haben fast privaten Charakter und vermitteln ein Gefühl der Abgeschiedenheit. In ihnen muss keine Person damit rechnen, auf Bildaufnahmen abgebildet zu werden. Man denke zum Beispiel an ein Besprechungszimmer einer Rechtsanwaltskanzlei, das zu einem vertraulichen Gespräch genutzt wird.

Auch Räume in Krankenhäusern sind nur einer begrenzten Öffentlichkeit, nämlich dem Personal, den Patienten und ihrem Besuch, zugänglich. Sie vermitteln ebenfalls ein Gefühl der Abgeschiedenheit, solange sie nicht wie Flure oder eine Cafeteria dem öffentlichen Durchgangsverkehr ausgeliefert sind.

Als weitere Beispiele für diese Gruppierung von Räumlichkeiten sind die Wahlkabine oder der Beichtstuhl in der Kirche zu nennen. Hier erfolgt die Begrenzung der Öffentlichkeit dadurch, dass die Räumlichkeit immer nur von einer Person zurzeit betreten wird, was das Gefühl der Abgeschiedenheit noch verstärkt. Es gibt also Räumlichkeiten, die trotz einer gewissen Öffentlichkeit in bestimmten Momenten „privat“ sind. Auch diese Räumlichkeiten sind meines Erachtens in den Schutzbereich des § 201 a StGB mit einzubeziehen.

Aus der Gesetzesbegründung geht im Übrigen lediglich hervor, dass *grundsätzlich* keine öffentlichen Räume von § 201 a StGB geschützt werden. Jedoch kann ihr entnommen werden, dass unter den „gegen Einblick besonders geschützten Raum“ auch beschränkt öffentlich genutzte Räume subsumiert werden können³²⁵. Nach der Gesetzesbegründung sind zu solchen Räumlichkeiten Umkleidekabinen

³²³ Hoppe, GRUR 2004, 990 (992); ebenso Hesse, ZUM 2005, 432 (433).

³²⁴ Hoppe, GRUR 2004, 990 (992).

³²⁵ BT-Drucks. 15/2466, S. 5.

und ärztliche Behandlungszimmer zu zählen. Ein ärztliches Behandlungszimmer ist ebenfalls nicht als privat zu qualifizieren, sondern als eine einer eingeschränkten Öffentlichkeit zugängliche Räumlichkeit. Besprechungszimmer von Kanzleien und Krankenhauszimmer sind vergleichbarer vertraulicher Natur. Auch sie sind nur einer eingeschränkten Öffentlichkeit zugänglich, gewähren eine Abgeschildertheit und weisen dadurch privaten Charakter auf.

Im Ergebnis heißt das, sobald eine Räumlichkeit nur noch begrenzt der Öffentlichkeit zugänglich ist wie zum Beispiel bei Kanzleien, ärztlichen Behandlungszimmern, einer Wahlkabine oder einer geschlossenen Gesellschaft in einem Restaurant, ist ein strafrechtlicher Schutz nach § 201 a StGB möglich. Sofern das Kriterium des Sichtschutzes erfüllt ist, sind auch diese Räume, um Wertungswidersprüche zu vermeiden, in den Schutz des § 201 a StGB mit einzubeziehen.

Allerdings wird auch die Ansicht vertreten, dass es für die Frage, wann ein gegen Einblick besonders geschützter Raum vorliegt, nicht auf die Öffentlichkeit eines Raumes ankommt. Vorzugswürdiger sei, diese Frage mittels einer sozialnormativen Anschauung zu beantworten. Neben dem Sichtschutz müsse die berechnete Erwartung bestehen, dass die betroffene Person prinzipiell selbst bestimmen könne, wer Einblick nehmen dürfe. Dies sei der Fall, wenn der Einblick einen erheblichen sozialen Tabubruch darstelle³²⁶.

Diese Ansicht bemängelt das Kriterium der Öffentlichkeit, übersieht dabei aber, dass zumindest die allgemeine Öffentlichkeit grundsätzlich als Indiz dafür dient, dass kein gegen Einblick besonders geschützter Raum vorliegt. Sie führt dazu, dass eine Räumlichkeit nicht mehr als ein privater Rückzugsbereich verstanden werden kann, den § 201 a StGB gerade schützen soll. Daher ist die Öffentlichkeit grundsätzlich bei der Ermittlung des gegen Einblick geschützten Raumes mit einzubeziehen. Ist ein Raum ohne jegliche Einschränkung der allgemeinen Öffentlichkeit zugänglich, ist ein Schutz nach § 201 a StGB ausgeschlossen, auch wenn der Einblick einen Tabubruch darstellt. Anders verhält es sich dagegen bei Räumen, die zwar öffentlich zugänglich sind, deren Zugang aber eingeschränkt werden kann, sei es durch eine Einlasskontrolle in ein Besprechungszimmer einer

³²⁶ *Heuchemer/Paul*, JA 2006, 616 (618).

Kanzlei, Schließen der Tür einer Umkleide- oder Wahlkabine oder schlicht der Besetzung eines Beichtstuhls.

Im Übrigen ist die Bestimmung eines gegen Einblick besonders geschützten Raumes an der Qualität eines vorhandenen Sichtschutzes zu orientieren. Eine sozial-normative Anschauung ist entbehrlich und führt meines Erachtens lediglich zu weiteren Unklarheiten bei der Auslegung des § 201 a StGB.

Als Definition bleibt damit festzuhalten: Ein gegen Einblick besonders geschützter Raum ist ein an allen Seiten eingegrenzter, besonderen Sichtschutz bietender Ort, der zumindest einem Menschen Aufenthalt gewähren kann, aber nicht der allgemeinen Öffentlichkeit jederzeit frei zugänglich ist. Unter diese Definition können eine Vielzahl an Räumlichkeiten subsumiert werden, so dass letztlich die Einzelfallentscheidung der Rechtsprechung entscheidend sein wird.

c. Das Herstellen oder Übertragen von Bildaufnahmen

Die Tathandlungen des § 201 a Abs. 1 StGB sind das Herstellen und Übertragen von Bildaufnahmen.

aa. Bildaufnahme

Der § 201 a StGB gebraucht im Gegensatz zu § 22 ff. KunstUrhG nicht den Begriff des Bildnisses, sondern den der Bildaufnahme. Dieser Begriff ist enger. Eine Aufnahme setzt voraus, dass das Bild zumindest teilweise durch einen technischen Vorgang hergestellt worden ist. Dies ergibt sich auch aus § 201 a Abs. 4 StGB, in dem von Bildaufnahmegeräten und anderen technischen Mitteln, die der Täter verwendet hat, gesprochen wird. Fotografien und Filme werden unter Zuhilfenahme von technischen Geräten hergestellt und stellen typische Bildaufnahmen dar. Dagegen werden Zeichnungen und Karikaturen von Personen nicht von § 201 a StGB erfasst³²⁷. Denn hier wird die Personenabbildung nicht durch technische Vorgänge, sondern handschriftlich, durch menschliche Fertigkeiten bewirkt. Unbefugte Zeichnungen und Karikaturen einer Person

³²⁷ Fischer, § 201 a Rn. 4; Lackner/Kühl, § 201 a Rn. 2.

stellen aber Bildnisse im Sinne des § 22 KunstUrhG dar und können von dem Betroffenen gemäß § 33 KunstUrhG strafrechtlich verfolgt werden.

Fraglich ist, ob eine Bildaufnahme nur angenommen werden kann, wenn sie stofflich fixiert sichtbar ist oder auf einem Datenträger gespeichert ist. Dagegen spricht, dass bereits nur flüchtige Aufnahmen und Übertragungen, die nicht dauerhaft gespeichert werden (zum Beispiel heimliche Live-Übertragungen im Internet aus fremden Wohnungen) von dritten Personen wahrgenommen werden können, so dass eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs gegeben sein kann. Diese Verletzung in Fällen permanenter Übertragung von Aufnahmen dürfte in vielen Fällen sogar qualitativ stärker sein als bei einer Fotografie, die „nur“ eine Momentaufnahme darstellt. Zudem hatte der Gesetzgeber mit der Formulierung der Tathandlung des „Übertragens einer Bildaufnahme“ die Intention, Echtzeitübertragungen, die gerade nicht dauerhaft gespeichert werden, mit einzubeziehen³²⁸. Der Begriff der Bildaufnahme erfordert somit keine dauerhafte Speicherung. Auch flüchtige Übertragungen werden von § 201 a StGB erfasst.

Zudem können auch Fotomontagen in den Schutz des § 201 a StGB einbezogen werden. Dabei sind keine satirischen, offensichtlich als solche erkennbaren Montagen gemeint, sondern solche, die für Laien nicht erkennbar sind. Auch wenn der Inhalt des Bildes manipuliert ist, stellt die Fotomontage dennoch ein Personenabbild dar. Des Weiteren werden sie in der Regel am Computer, also mithilfe technischer Mittel, hergestellt. Auch der Sinn und Zweck des § 201 a StGB, der Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs, erfordert eine Einbeziehung von Fotomontagen. Denn gerade eine Fotomontage ist geeignet, den höchstpersönlichen Lebensbereich einer Person zu verletzen, indem sie ein Geschehen zum Ausdruck bringt, dass so gar nicht stattgefunden hat oder allenfalls unter Ausschluss der Öffentlichkeit im höchstpersönlichen Lebensbereich stattfinden würde. Strafrechtlicher Schutz muss vor wahren und erst recht vor unwahren, nicht der Wirklichkeit entsprechenden Bildaufnahmen gegeben sein. Daher ist auch eine als solche nicht erkennbare Fotomontage als Bildaufnahme im Sinne des § 201 a StGB zu betrachten.

³²⁸ BT-Drucks. 15/2466, 3 (5).

bb. Herstellen im Sinne des § 201 a Abs. 1 StGB

Der Begriff „Herstellen“ erfasst die Handlungen, mit denen Bildaufnahmen auf einem Bild- oder Datenträger abgespeichert werden³²⁹.

Die in § 16 Abs. 2 UrhG enthaltene Legaldefinition für den Begriff des Bildträgers kann für § 201 a StGB übernommen werden³³⁰. Ein Bildträger ist demnach eine Vorrichtung zur wiederholbaren Wiedergabe von Bildfolgen. Bei der Fixierung des Bildes auf einem Träger ist es unbedeutend, ob diese auf chemische, elektromagnetische oder digitale Weise erfolgt³³¹. Maßgeblich ist allein, dass das Bild reproduzierbar ist, also wahrnehmbar gemacht werden kann³³². Typische Tathandlungen sind demnach das Fotografieren oder Filmen mit herkömmlichen oder auch Digitalkameras und Mobiltelefonen. Die Bildträger sind bei herkömmlichen Kameras der Negativfilm, bei Digitalkameras und Mobiltelefonen die jeweilige Speicherkarte. Aber auch die Nutzung anderer technischer Mittel, die zur Reproduzierbarkeit der Aufnahme führen, müssen in Zeiten rasanter technischer Entwicklungen erfasst werden, so dass die Aufzählung als nicht abschließend betrachtet werden kann.

(1) Unmittelbare Erkennbarkeit der Aufnahme

Eine unmittelbare Erkennbarkeit der Aufnahme ist für das Herstellen nicht erforderlich. Ausreichend ist, wenn das Bild mittels technischen Geräts sichtbar gemacht werden kann³³³. Ein Herstellen einer Aufnahme ist daher bereits zu bejahen, wenn eine Aufnahme mittels eines Fotoapparats auf einem Negativfilm festgehalten ist. Eine Entwicklung des Films ist nicht notwendig. Ebenso ist die Speicherung der Aufnahme auf der Speicherkarte einer Digitalkamera ausreichend, auch wenn die Kamera nicht über einen Display verfügt, auf dem die Aufnahme sofort betrachtet werden kann. Die Herstellung ist in dem Zeitpunkt

³²⁹ BT-Drucks. 15/2466, 3 (5); *Lackner/Kühl*, § 201 a Rn. 4; *NK-StGB/Kargl*, § 201 a Rn. 6.

³³⁰ *Pollähne*, *KritV* 2003, 387 (409).

³³¹ *Heuchemer/Paul*, *JA* 2006, 616 (617).

³³² *Heuchemer/Paul*, *JA* 2006, 616 (617).

³³³ *Rahmlow*, *HRRS* 2005, 84 (89).

vollendet, in dem der Speichervorgang des Bildes beendet ist. Allerdings wird nur die erstmalige Speicherung erfasst. Mit jeder weiteren Speicherung, zum Beispiel einer Kopie, wird die Bildaufnahme nicht hergestellt, sondern gebraucht im Sinne des § 201 a Abs. 2 StGB³³⁴.

(2) Heimlichkeit des Vorgehens ?

Des Öfteren wird die Frage aufgeworfen, ob der Täter heimlich vorgehen müsse³³⁵. Ein heimliches Vorgehen wird zum Teil bei § 201 StGB gefordert, da der Betroffene nicht in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt sein könne, wenn er wissentlich hinnehme, dass er abgehört werde³³⁶. Bei § 201 a StGB spricht zunächst der Wortlaut gegen ein heimliches Vorgehen, da er ein solches nicht voraussetzt. Darüber hinaus widerspricht das Erfordernis eines heimlichen Vorgehens aber auch dem Sinn und Zweck der Norm. Penetrante Fotografen, insbesondere Paparazzi, die unbefugt Bilder machen und den betroffenen Personen dabei auch noch ohne jegliche Hemmungen direkt gegenüberstehen, würden sich nicht strafbar machen. § 201 a StGB soll aber gerade dem Schutz vor derartigen Situationen dienen. Des Weiteren schließt ein Bemerkten der Aufnahme die Verletzung des Rechts am eigenen Bild nicht aus. Wenn der Täter erst beim Drücken des Auslösers der Kamera vom Opfer wahrgenommen wird, geschieht die Herstellung der Aufnahme zwar wissentlich, jedoch keineswegs mit Einwilligung des Opfers. Niemand würde auf die Idee kommen zu behaupten, das Persönlichkeitsrecht des Opfers sei nicht betroffen. Ein heimliches Vorgehen ist daher als Voraussetzung abzulehnen.

cc. Übertragen im Sinne des § 201 a Abs. 1 StGB

Das Übertragen einer Bildaufnahme ist eine eigenständige Tathandlung und stellt entgegen der Ansicht der Medienverbände keinen Unterfall der Herstellung dar³³⁷. Das ergibt sich zum einen aus der Formulierung „herstellt *oder* überträgt“.

³³⁴ Vgl. Hoppe, GRUR 2004, 990 (992).

³³⁵ Linkens, S. 110 ff.; Kächele, S. 165.

³³⁶ Lenckner in Schönke/Schröder, § 201 Rn. 13; vgl. AG Hamburg, NJW 1984, 2111.

³³⁷ Medienverbände, AfP 2004, 110 (112).

Zum anderen ergibt sich die eigenständige Bedeutung aber auch daraus, dass der Gesetzgeber mit dem Begriff des Übertragens auch Echtzeitübertragungen, bei denen die für eine Herstellung erforderliche dauerhafte Speicherung gerade nicht vorgenommen wird, mit einbeziehen wollte³³⁸. Insofern ist die Formulierung in der Gesetzesbegründung „das Merkmal „Übertragen“ *stellt klar*, dass (...)“³³⁹ unglücklich gewählt.

Das Übertragen soll also jegliche Fälle erfassen, in denen die Bildaufnahme nicht gespeichert wird. Dies ergibt sich im Übrigen auch schon aus dem Wortlaut „Übertragen“, der eine *direkte* Übermittlung an andere beinhaltet. Beispielhaft wird in der Gesetzesbegründung die Übertragung mittels WebCams oder Spy-Cams genannt. Unter den Begriff dürften aber auch alle anderen Arten der direkten Übertragung, zum Beispiel auch durch Überwachungskameras, fallen. Der Gesetzgeber wollte jegliche Fälle erfassen, in denen Bildaufnahmen nicht dauerhaft gespeichert werden. Der Begriff ist meines Erachtens daher weit auszulegen. Nicht erforderlich ist es, dass der Täter während der Tat die Aufnahmen zur Kenntnis nimmt³⁴⁰. Der technische Begriff des „Übertragens“ beinhaltet keine Kenntnisnahme. Zudem besteht durch die Übertragung ins Internet die Möglichkeit, dass zahlreiche Internetnutzer von den Aufnahmen Kenntnis nehmen und diese speichern. Dies ist bereits ausreichend, um eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs zu begründen.

dd. Erforderlichkeit einer Umgehung des Sichtschutzes

Zu klären ist, ob der Täter bei der Herstellung oder Übertragung der Aufnahme den vorhandenen Sichtschutz umgangen haben muss. Grundsätzlich muss es besonderer Maßnahmen bedürfen, um den Sichtschutz zu überwinden³⁴¹.

Allerdings ist eine Überwindung des Sichtschutzes in den Fällen nicht erforderlich, in denen der Täter sich im Tatzeitpunkt bereits in dem gegen Einblick be-

³³⁸ BT-Drucks. 15/2466, 3 (5).

³³⁹ BT-Drucks. 15/2466, 3 (5).

³⁴⁰ *Heuchemer/Paul*, JA 2006, 616 (617); *Lackner/Kühl*, § 201 a Rn. 5.

³⁴¹ SK-StGB/*Hoyer*, § 201 a Rn. 16; *Rahmlow*, HRRS, 84 (88).

sonders geschützten Raum befindet³⁴². Der Wortlaut des § 201 a StGB enthält keine Angaben darüber, ob der Täter sich im Tatzeitpunkt außerhalb oder in dem entsprechenden Raum aufhalten muss. Typischerweise wird er zwar von außen in den geschützten Raum hinein fotografieren, dies ist aber nicht erforderlich. Die Tat kann von jedem beliebigen Ort aus begangen werden³⁴³. Demzufolge können sich Täter und Opfer im selben Raum befinden. Dies führt zu dem Ergebnis, dass sich auch ein Gastgeber nach § 201 a StGB strafbar machen kann, der seine Gäste in seinen eigenen Räumen fotografiert, oder umgekehrt die Gäste, die auf einer Feier den Gastgeber fotografieren. Um dem Gastgeber oder den Gästen in diesen Fällen eine Straflosigkeit einzuräumen, wird teilweise eine teleologische Reduktion vorgeschlagen³⁴⁴. Der Gastgeber habe mit der Abendeinladung die Wohnung so geöffnet, dass sie nicht mehr als absolut geschützter Rückzugsbereich gelten könne³⁴⁵. Eine teleologische Reduktion ist jedoch nicht notwendig. Zum einen dürften im Rahmen von Feiern mit geladenen Gästen kaum Situationen entstehen, in denen der höchstpersönliche Lebensbereich eines Anwesenden verletzt wird. Zum anderen besteht kein Anlass dazu – sollte eine derartige Situation auftreten – den Gästen oder dem Gastgeber den Schutz des § 201 a StGB zu versagen. Weder erhält der Gastgeber einen „Freifahrtsschein“ für eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs seiner Gäste, noch beinhaltet die Einladung für die Gäste das Recht, ihren Gastgeber in höchstpersönlichen Situationen bildlich festzuhalten.

d. Die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs

§ 201 a StGB besagt, wer von einer anderen Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, unbefugt Bildaufnahmen herstellt oder überträgt und *dadurch* deren höchstpersönlichen Le-

³⁴² Schertz, AfP 2005, 421 (427); Kühl, AfP 2004, 190 (194); SK-StGB/Hoyer, § 201 a Rn. 17; Eisele, JR 2005, 6 (8).

³⁴³ BT-Drucks. 15/1891, 5 (7).

³⁴⁴ Kühl, AfP 2004, 190 (194).

³⁴⁵ Kühl, AfP 2004, 190 (194); zust. Kächele, S. 89.

Lebensbereich verletzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft.

Aus dem Wort *dadurch* ergibt sich, dass als Taterfolg der „höchstpersönliche Lebensbereich“ der abgebildeten Person verletzt worden sein muss. Der höchstpersönliche Lebensbereich ist damit nicht nur geschütztes Rechtsgut, sondern zugleich Tatbestandsmerkmal³⁴⁶. Neben der Frage, was dem höchstpersönlichen Lebensbereich zuzurechnen ist, ist zunächst unklar, auf welche Art und Weise der höchstpersönliche Lebensbereich verletzt worden sein muss. Worauf sich das Wort „dadurch“ bezieht geht aus dem Wortlaut der Norm nicht eindeutig hervor. Es könnte sich auf das Herstellen der Aufnahme oder auf die Bildaufnahme an sich beziehen. Bezöge es sich auf das Herstellen, müssten die Bedingungen, unter denen die Aufnahme entstanden ist, den höchstpersönlichen Lebensbereich verletzen. Nimmt man dagegen die Bildaufnahme als Bezugspunkt, müsste in der Bildaufnahme selbst eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs widerspiegelt werden.

Da das bloße Beobachten weiterhin straflos bleibt, kann davon ausgegangen werden, dass der Strafgrund des § 201 a StGB nicht in der Wahrnehmung einer bestimmten Situation durch den Täter liegt, sondern in einem darüber hinausgehenden Unrecht.

Bei der Herstellung einer Bildaufnahme im Sinne des § 201 a Abs. 1 StGB wird ein flüchtiges Ereignis festgehalten und für immer reproduzierbar gemacht. Die reine Übertragung einer Aufnahme zum Beispiel durch eine Webcam beinhaltet, die Bildaufnahme durch das Internet als Massenmedium direkt an beliebig viele Personen weiterzuleiten. Beide Tathandlungen des § 201 a Abs. 1 StGB bieten demzufolge im Gegensatz zum straflosen Beobachten die Möglichkeit der Weitergabe der vom Täter beobachteten Situation an Dritte. Der Strafgrund des § 201 a StGB liegt daher nicht in der Kenntnisnahme des Täters, sondern in der möglichen Kenntnisnahme der höchstpersönlichen Situation durch Dritte³⁴⁷. Damit aber überhaupt die Möglichkeit der Wahrnehmung des höchstpersönlichen

³⁴⁶ Kühn, AfP 2004, 190 (196).

³⁴⁷ Hoyer, ZIS 2006, 1 (2).

Lebensvorgangs durch Dritte gegeben ist, muss das höchstpersönliche Geschehen selbst in der Aufnahme erkennbar sein³⁴⁸. Dass die Umstände, unter denen die Aufnahme hergestellt worden ist, den höchstpersönlichen Lebensbereich einer Person verletzen, ist somit nicht ausreichend.

Ein weiteres Argument für diese Ansicht kann aus § 201 a Abs. 2 StGB hergeleitet werden. § 201 a Abs. 2 StGB setzt eine nach § 201 a Abs. 1 StGB hergestellte Aufnahme voraus. Hier hat der Gesetzgeber eine Aufnahme gemeint, die eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs abbildet³⁴⁹. Würde für § 201 a Abs. 1 StGB jede Aufnahme ausreichen, die unter verletzenden Umständen aufgenommen worden ist, wäre der Anwendungsbereich des § 201 a Abs. 2 StGB äußerst problematisch. Für Dritte wäre es nicht erkennbar, unter welchen Umständen ein Bild hergestellt worden ist, und es bestände bei der Verwendung der Bildaufnahme die Gefahr, sich strafbar zu machen, vorausgesetzt eine strafbare Herstellung der Aufnahme würde wenigstens im Sinne des *dolus eventualis* für möglich gehalten werden³⁵⁰. Im Ergebnis muss daher die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs aus dem Bild selbst ersichtlich sein.

Zu klären bleibt damit, welche Abbildungen einer Person eine Verletzung ihres höchstpersönlichen Lebensbereichs darstellen.

Das Tatbestandsmerkmal der „Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs“ ist mit dem § 201 a neu in das StGB eingeführt worden. Die Auslegung dieses Merkmals kann als das zentrale Problem der Norm bezeichnet werden. Von mehreren Seiten werden Probleme hinsichtlich des Bestimmtheitsgebots gesehen³⁵¹.

³⁴⁸ Vgl. *Hoyer*, ZIS 2006, 1 (2).

³⁴⁹ BT-Drucks. 15/2246, 3 (5); *Rahmlow*, HRRS 2005, 84 (92).

³⁵⁰ Vgl. *Rahmlow*, HRRS 2005, 84 (92).

³⁵¹ *Borgmann*, NJW 2004, 2133 (2134); *Tillmanns/Führ*, ZUM 2005, 441 (444); *Obert/Gottschalck*, ZUM 2005, 436 (439); *Schertz*, AfP 2005, 421 (427).

aa. Auslegung nach der Gesetzesbegründung

Nach der Gesetzesbegründung umfasst der Begriff des „höchstpersönlichen Lebensbereichs“ den Bereich privater Lebensgestaltung, in dem eine Abwägung zwischen dem Interesse der Allgemeinheit und dem Interesse des Einzelnen nicht stattfindet. Er sei an dem Begriff der Intimsphäre zu orientieren³⁵².

Der Intimsphäre sind insbesondere die Bereiche Krankheit, Tod und Sexualität zuzuordnen, eine abschließende Aufzählung der zugehörigen Lebensbereiche ist aber noch nicht entwickelt worden. Grundsätzlich umfasst die Intimsphäre die innere Gedanken- und Gefühlswelt mit ihren äußeren Erscheinungsformen wie Tagebucheintragen und vertrauliche Briefe. Zudem umfasst sie alle Bereiche, die ihrer Natur nach Anspruch auf Geheimhaltung beanspruchen. Beispielhaft werden der Gesundheitszustand, Einzelheiten über das Sexualleben und Nacktaufnahmen genannt. So gehören zur Intimsphäre auch die gynäkologische Untersuchung, die Benutzung von Toiletten, Saunen oder Solarien und Umkleidekabinen³⁵³. Dem höchstpersönlichen Lebensbereich sollen zusätzlich aber auch bestimmte Familienangelegenheiten zuzuordnen sein, und zwar solche, die die wechselseitigen persönlichen Beziehungen und Verhältnisse innerhalb der Familie betreffen und unbeteiligten Dritten nicht zugänglich sind.³⁵⁴ Dabei wird auf ein BGH-Urteil verwiesen, das sich mit dem Ausschluss der Öffentlichkeit bei einer Zeugenvernehmung befasste, in der es allerdings um Umstände aus dem persönlichen Lebensbereich eines Prozessbeteiligten ging und nicht um den höchstpersönlichen Lebensbereich³⁵⁵.

Die Gesetzesbegründung enthält demnach eine Anzahl von Beispielen, welche Bereiche dem höchstpersönlichen Lebensbereich zuzuordnen sind. Zusammenfassend kann man sagen, dass es sich dabei nicht ausschließlich um Bereiche handelt, die der Intimsphäre zuzuordnen sind, sondern auch um Familienangelegenheiten, die der Privatsphäre zugerechnet werden. Eine abschließende Aufzählung

³⁵² BT-Drucks. 15/2466, 3 (5).

³⁵³ BT-Drucks. 15/2466, 3 (5).

³⁵⁴ BT-Drucks. 15/2466, (5).

³⁵⁵ BGHSt 30, 212 (214).

lung oder eine allgemeine Definition des Begriffs „höchstpersönlicher Lebensbereich“ enthält die Gesetzesbegründung allerdings nicht und hilft insofern nicht weiter.

bb. Diskussion in der Literatur

In der Literatur wurde der Begriff des höchstpersönlichen Lebensbereichs vielfach kritisiert³⁵⁶ und seine Auslegung ist äußerst umstritten. Es existieren verschiedene Ansätze.

(1) Intimsphäre als höchstpersönlicher Lebensbereich

Es wird vertreten, dass der Begriff des höchstpersönlichen Lebensbereichs mit dem der Intimsphäre inhaltsgleich ist³⁵⁷. Zum Inhalt der Intimsphäre kann auf die in der Gesetzesbegründung gemachten Ausführungen verwiesen werden. Diese entsprechen auch der zivilrechtlichen Rechtsprechung³⁵⁸.

Bloße indiskrete Aufnahmen von privaten, familiären oder peinlichen Situationen betreffen nicht den höchstpersönlichen Lebensbereich und seien somit straflos, ebenso wie Aufnahmen von Familienereignissen wie Hochzeiten, Taufen oder Trauerfeiern³⁵⁹.

Der Gesetzgeber hat den Begriff der Intimsphäre lediglich abgelehnt, weil er befürchtete, dass mit der Intimsphäre möglicherweise einengende Assoziationen auf die Bereiche Nacktheit und Sexualität verbunden werden³⁶⁰. Die zur Intimsphäre gehörenden Bereiche einer Person sollen aber jedenfalls geschützt werden. Insofern erscheint es auf den ersten Blick vertretbar, den höchstpersönlichen Lebensbereich inhaltlich mit der Intimsphäre gleichzusetzen.

Zu beachten ist aber, dass der Gesetzgeber den geschützten Bereich gerade nicht auf die Intimsphäre begrenzen wollte, sondern zudem bestimmte familiäre Bereiche dem Schutz des § 201 a StGB unterstellt werden sollen³⁶¹. Familiäre Bezie-

³⁵⁶ Vgl. *Kühl*, AfP 2004, 190 (193).

³⁵⁷ *Koch*, GA 2005, 589 (596 ff.); *Eisele*, JR 2005, 6 (9).

³⁵⁸ Vgl. Erläuterungen im zivilrechtl. Teil, S. 22; *Palandt-Sprau*, § 823 Rn. 87.

³⁵⁹ *Koch*, GA 2005, 589 (597).

³⁶⁰ BT-Drucks. 15/2466, S. 4.

³⁶¹ BT-Drucks. 15/2466, S. 5.

hungen gehören aber der Privatsphäre an. Den Begriff des höchstpersönlichen Lebensbereichs mit der Intimsphäre gleichzusetzen, würde zu einem Ausschluss familiärer Beziehungen führen und widerspräche somit dem Anliegen des Gesetzgebers. Daher ist diese Ansicht im Ergebnis abzulehnen.

(2) *Weite Auslegung von Kühl und Hoppe*

Kühl geht zunächst vom letzten unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung aus und übernimmt auch die Aufzählung von Krankheit, Tod und Sexualität. Dieser Schutz geht ihm jedoch nicht weit genug. Zusätzlich will er alle Lebensäußerungen erfasst wissen, „mit denen man allein gelassen werden will und die andere nichts angehen“³⁶².

Auch *Hoppe* vertritt eine weite Auslegung des Begriffs. Nach seiner Ansicht sind neben familiären, ehelichen Beziehungen auch Freundschaften und außereheliche Affären geschützt³⁶³. Da die Gesetzesbegründung nicht abschließend gemeint sei und kein Grund für die Schlechterstellung persönlicher Beziehungen des Abgebildeten mit sonstigen Partnern oder Freunden bestehe, müssten auch diese Beziehungen geschützt sein. Insbesondere gebe es Situationen, in denen für den Täter nicht erkennbar sei, ob der Betroffene mit einem Familienmitglied zusammen sei oder einem Dritten³⁶⁴.

Die Definition von *Kühl* ist sehr vage und führt zu keinen eindeutigen Ergebnissen. Mit welchen Lebensäußerungen man allein gelassen werden will, ist eine subjektive persönliche Ansichtssache. Dies kann nicht objektiv beurteilt werden und ist auch nicht zu verallgemeinern. Zudem führt diese weite Auslegung dazu, dass möglicherweise auch Handlungen vom Tatbestand des § 201 a StGB erfasst werden, die keine so gravierende Persönlichkeitsrechtsverletzung darstellen, dass für sie ein Strafbedürfnis besteht. Man möchte auch mit Lebensäußerungen allein gelassen werden, die der Privatsphäre, dem persönlichen Lebensbereich zugeordnet werden. Der Gesetzgeber hat sich aber gegen den von der CDU/CSU-

³⁶² *Kühl*, AfP 2004, 190 (196).

³⁶³ *Hoppe*, GRUR 2004, 990 (993).

³⁶⁴ *Hoppe*, GRUR 2004, 990 (993).

Fraktion vorgeschlagenen Begriff des persönlichen Lebensbereichs entschieden. Daher widerspricht diese Auslegung dem Willen des Gesetzgebers.

Auch *Hoppe* ist zu entgegnen, dass seine Interpretation zu Auslegungsschwierigkeiten führt. Es stellt sich die Frage, wie lange eine Freundschaft bestehen muss oder wie intensiv sie sein muss, um als Bestandteil des höchstpersönlichen Lebensbereichs geschützt zu werden. Flüchtige Freundschaften und Bekanntschaften gehören jedenfalls schon vom Wortlaut her nicht zum höchstpersönlichen Lebensbereich.

(3) Die Wohnung an sich als höchstpersönlicher Lebensbereich

Wolter will bereits die Wohnung an sich als höchstpersönlichen Lebensbereich ansehen³⁶⁵. Der höchstpersönliche Lebensbereich wäre also immer verletzt, wenn der Betroffene in seiner Wohnung fotografiert würde, unabhängig davon, ob er bekleidet oder nackt abgebildet wäre. Eine gesonderte Feststellung der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs sei nur erforderlich, wenn der Betroffene seine Wohnung für andere geöffnet, sie also der Öffentlichkeit zugänglich gemacht habe. Als Beispiel nennt *Wolter* den Fall, dass sich der Täter als Gast in der Wohnung befindet oder dass die Vorhänge geöffnet sind. In diesen Fällen begeben sich der Betroffene des „Schutzwalles“ seiner Wohnung und eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs sei gesondert festzustellen³⁶⁶. Wie in diesen Fällen der höchstpersönliche Lebensbereich zu definieren ist, beantwortet *Wolter* allerdings nicht.

Mit einem ähnlichen Ansatz versucht auch *Kächele* die Schwierigkeiten des unbestimmten Begriffs „höchstpersönlicher Lebensbereich“ in den Griff zu bekommen. Der Wohnungsbegriff sei restriktiv auszulegen und an § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB anzulehnen, so dass nur Räumlichkeiten des privaten Lebens geschützt würden. Befinde sich eine Person in diesen Räumen, könne vermutet werden, dass durch die Herstellung einer Bildaufnahme ihr höchstpersönlicher Lebensbereich verletzt sei. Diese Vermutung gelte auch bei einem

³⁶⁵ *Wolter*, FS Schünemann 2005, 225 (231).

³⁶⁶ *Wolter*, FS Schünemann 2005, 225 (232).

Rückzug des Opfers in gegen Einblick besonders geschützte Räume³⁶⁷. Dabei ist allerdings nicht ganz eindeutig, ob es sich um eine widerlegliche oder unwiderlegliche Vermutung handeln soll.

Diese Ansätze bieten den Vorteil, dass sie die Auslegung vereinfachen. Jedoch verstoßen sie gegen den Wortlaut der Norm. Indem der Gesetzgeber formuliert hat „wer von einer anderen Person, die sich in einer Wohnung (...) befindet, unbefugt Bildaufnahmen herstellt oder überträgt und *dadurch* deren höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt, (...)“, bringt er zum Ausdruck, dass eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs nicht schon allein dadurch bewirkt wird, dass eine andere Person in einer Wohnung fotografiert wird.

Auch eine Vermutung einer Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs ist abzulehnen. Dabei kann dahinstehen, ob *Kächele* von einer unwiderleglichen oder widerleglichen Vermutung ausgegangen ist. Bei einer unwiderleglichen Vermutung der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch die Herstellung einer Bildaufnahme in den geschützten Räumlichkeiten wird eine Prüfung der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs umgangen. Das Tatbestandsmerkmal der *Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs* wäre damit überflüssig. Gegen eine solche Vermutung spricht des Weiteren, dass sie zu einer weiten Auslegung des Tatbestandes führt. Jede Bildaufnahme in einer Wohnung, auch sozialadäquate Fotos, würden tatbestandsmäßig sein. Der Gesetzgeber beabsichtigte aber einen restriktiven Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs. Daher ist eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs in jedem Einzelfall gesondert festzustellen.

Geht man dagegen von einer widerleglichen Vermutung aus, so wird das Auslegungsproblem des „höchstpersönlichen Lebensbereichs“ nicht gelöst, sondern nur verschoben. Denn auch im Rahmen der Prüfung, ob die Vermutung im Einzelfall widerlegt ist, bedarf es einer Definition des „höchstpersönlichen Lebensbereichs“. Den Ansichten von *Wolter* und *Kächele* kann daher nicht gefolgt werden.

³⁶⁷ *Kächele*, S. 98.

(4) Theorie des sozialen Geltungsschadens

Hoyer betrachtet § 201 a StGB als abstraktes Gefährdungs- und Verletzungsdelikt. Bei einer Bildaufnahme bestehe die Gefahr, dass das Foto einem Dritten vorgelegt werde und die abgebildete Person bloßgestellt werde. Das Tatopfer könne dadurch einen so genannten sozialen Geltungsschaden erleiden. Allerdings müsse das Foto aber gar nicht einem Dritten gezeigt werden, bereits die abstrakte Gefahr eines sozialen Geltungsschadens sei ausreichend, um eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs anzunehmen. Der Verletzungserfolg – die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs – bestehe also in der abstrakten Gefahr eines sozialen Geltungsschadens.

In welchen Fällen diese Gefahr eines sozialen Geltungsschadens angenommen werden kann, leitet *Hoyer* aus einem Vergleich zu den Ehrdelikten, §§ 186, 187 StGB, her.

Die Ehrdelikte zielen ebenfalls darauf ab, den sozialen Geltungswert einer Person oder auch ihren guten Ruf zu erhalten³⁶⁸.

Eine Verleumdung gemäß § 187 StGB erfordert die Behauptung von Tatsachen, die geeignet sind, das Opfer verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen oder dessen Kredit zu gefährden. Dabei muss es sich um eine Behauptung unwahrer Tatsachen handeln³⁶⁹. Die unwahre Tatsache kann zum Beispiel auch in einer kompromittierenden Fotomontage bestehen³⁷⁰.

§ 187 StGB begegne der Gefahr, dass ein richtiges Persönlichkeitsbild durch die Behauptung wahrheitswidriger Tatsachen verfälscht wird. Dagegen bestehe bei § 201 a StGB die Gefahr, dass ein möglicherweise falsches Bild einer Person durch ein wahrheitsgemäßes Bild richtig gestellt wird. Der Schutz des falschen Bildes könne aber nicht stärker sein, als der durch § 187 StGB gewährleistete Schutz des richtigen Bildes. Daher sei auch bei § 201 a StGB zur Bestimmung des Begriffs des höchstpersönlichen Lebensbereichs auf den sozialen Geltungsschaden im Sinne der §§ 186, 187 StGB als Kriterium abzustellen.

³⁶⁸ *Lenckner* in Schönke/Schröder, vor § 185 Rn 1; MK- StGB/*Regge*, vor § 185 Rn. 28.

³⁶⁹ MK- StGB/*Regge*, § 187 Rn. 9.

³⁷⁰ *Hoyer*, ZIS 2006, 1 (5).

Der höchstpersönliche Lebensbereich sei demzufolge dann verletzt, wenn eine Aufnahme „im Falle einer Verbreitung geeignet wäre, den Abgebildeten verächtlich zu machen, öffentlich herabzuwürdigen oder seine Kreditwürdigkeit zu gefährden“³⁷¹.

Im Widerspruch zu der Intention des Gesetzgebers sind private Familienaufnahmen, auf denen sich die abgebildeten Personen rollengerecht verhalten, nach *Hoyers* Ansicht nicht nach § 201 a StGB mit Strafe bedroht.

Hoyers Ansicht ist auf den ersten Blick überzeugend. Sie ermöglicht es, den höchstpersönlichen Lebensbereich dem Bestimmtheitsgebot entsprechend einzugrenzen. Auf den zweiten Blick hat sie jedoch eine wesentliche Schwachstelle, indem bestimmte „neutrale“, meines Erachtens aber dennoch höchstpersönliche Lebensvorgänge aus dem Schutz ausgeschlossen werden.

Nach *Hoyer* beinhaltet ein Bild aus dem höchstpersönlichen Lebensbereich immer die Gefahr eines sozialen Geltungsschadens. Das Abbild von rollengerechtem Verhalten wird folglich nicht durch § 201 a StGB geschützt. Dieses ist jedoch auch schutzbedürftig, wie folgende Beispiele verdeutlichen. Man stelle sich vor, eine stillende Mutter oder ein sich innig küssendes Ehepaar wird in seiner Wohnung fotografiert. Beide Handlungen sind nicht mit einer sozialen Missachtung behaftet, sondern stellen ein gesellschaftlich akzeptiertes Verhalten dar. Nach *Hoyers* Definition würden diese Aufnahmen demnach nicht den höchstpersönlichen Lebensbereich der Mutter oder des Paares verletzen. Dem ist zu widersprechen. Stillen und Küssen sind intime Angelegenheiten. Auch wenn sie nicht sozial verachtet werden, soll die Öffentlichkeit nicht gegen den Willen der Beteiligten daran teilhaben können. Als weiteres Beispiel kann die mit „verheultem“ Gesicht in ihrer Wohnung sitzende, trauernde Witwe angeführt werden. Dieses Verhalten birgt jedenfalls auch keinen sozialen Geltungsschaden in sich, sondern stellt eine natürliche Reaktion eines Menschen auf den Tod seines Angehörigen dar. Es ist fragwürdig, ob solche höchstpersönlichen Aufnahmen nicht den höchstpersönlichen Lebensbereich verletzen sollen, nur weil sie nicht „sozial geltungsschädlich“ sind. Meines Erachtens sind gerade solche Aufnahmen, die

³⁷¹ *Hoyer*, ZIS 2006, 1 (5).

Emotionen eines Menschen zeigen, höchstpersönlich und sollten von § 201 a StGB geschützt werden. An dieser Stelle kann darauf verwiesen werden, dass auch die Störung einer Bestattungsfeier gemäß § 167 a StGB strafbar ist. Geschütztes Rechtsgut ist bei § 167 a StGB – im Gegensatz zu § 201 a StGB – das Pietätsempfinden der Angehörigen und der Allgemeinheit³⁷². „Störung ist jede Verhaltensweise, die den Fortgang der Bestattungsfeier und das Pietätsempfinden nicht nur unwesentlich beeinträchtigt“³⁷³, es bedeutet das Behindern oder Erschweren der Feier, wobei es auf das Störungsmittel nicht ankommt³⁷⁴. Demzufolge kann auch exzessives Fotografieren, zum Beispiel bei der Beerdigung eines Prominenten, die Bestattungsfeier stören. Das hat zur Folge, dass das Fotografieren unter Umständen während einer Bestattungsfeier strafbar sein kann. Besteht sogar die Möglichkeit der Strafbarkeit des Fotografierens während des Trauerzuges in der Öffentlichkeit, ist es nach dem allgemeinen Rechtsempfinden zumindest vertretbar, auch das Fotografieren einer trauernden Witwe oder eines Familienangehörigen in ihren privaten Räumen strafrechtlich zu sanktionieren. Bei einem Verstoß gegen das allgemeine Pietätsempfinden liegt die Annahme einer höchstpersönlichen Situation nahe.

Das Kriterium des sozialen Geltungsschadens ist im Ergebnis nicht geeignet. Die Ansicht ist daher abzulehnen.

(5) Anlehnung an § 68 a StPO, § 171 b GVG

Rahmlow leitet seine Definition des höchstpersönlichen Lebensbereichs aus § 68 a Abs. 1 StPO und § 171 Abs. 1 S. 1 GVG ab.

Auch nach der Gesetzesbegründung lehnt sich der Begriff des höchstpersönlichen Lebensbereichs an den Begriff des persönlichen Lebensbereichs des § 68 a Abs. 1 StPO und § 171 Abs. 1 S. 1 GVG an³⁷⁵.

Gemäß § 68 a Abs. 1 StPO sollen Fragen nach Tatsachen, die dem Zeugen oder einer Person, die im Sinne des § 52 Abs. 1 sein Angehöriger ist, zur Unehre ge-

³⁷² NK-StGB/*Herzog*, § 167 a Rn. 1; *Fischer*, § 167 a Rn. 1.

³⁷³ NK-StGB/*Herzog*, § 167 a Rn. 4.

³⁷⁴ *Lackner/Kühl*, § 167 a Rn. 2.

³⁷⁵ BT-Drucks. 15/2466, S. 4.

reichen können oder deren persönlichen Lebensbereich betreffen, nur gestellt werden, wenn es unerlässlich ist. Gemäß § 171 b GVG kann die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden, soweit Umstände aus dem persönlichen Lebensbereich eines Prozessbeteiligten, Zeugen oder durch eine rechtswidrige Tat Verletzten zur Sprache kommen, deren öffentliche Erörterung schutzwürdige Interessen verletzen würde, soweit nicht das Interesse an der öffentlichen Erörterung dieser Umstände überwiegt.

Zunächst stellt *Rahmlow* fest, dass unter den persönlichen Lebensbereich die Tatsachen fallen, nach denen im Sozialleben nicht gefragt werde und über die man sich nicht spontan äußere. Als Beispiele werden der Gesundheitszustand, das Familienleben und religiöse oder politische Anschauungen genannt³⁷⁶. Da man den Begriff des „persönlichen Lebensbereichs“ aus dem Strafprozessrecht aber nicht mit dem des „höchstpersönlichen Lebensbereichs“ im materiellen Strafrecht gleichsetzen könne, müsse in jedem Einzelfall ermittelt werden, ab wann eine Verletzung des persönlichen Bereichs so intensiv sei, dass sie den höchstpersönlichen Lebensbereich verletze. Bei Bildaufnahmen, die politische oder religiöse Anschauungen betreffen, hält er dies zum Beispiel kaum für möglich³⁷⁷. Als Definition schlägt *Rahmlow* letztlich vor, dass eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs vorliege, wenn auf dem Bild Geschehnisse abgebildet sind, über die im sozialen Miteinander nicht ohne Überwindung einer erheblichen Hemmschwelle zu sprechen gepflegt wird³⁷⁸.

Durch das Merkmal der Überwindung einer erheblichen Hemmschwelle erfordert diese Ansicht keine von der Gesellschaft negativ bewerteten Abbildungen, sondern erfasst auch „neutrale Handlungen“. Die trauernde Witwe wäre demzufolge geschützt. Problematisch ist aber die Bestimmbarkeit der erheblichen Hemmschwelle, denn gerade bezüglich persönlicher Angelegenheiten setzen Menschen ihre Hemmschwelle abhängig von ihrem Charakter individuell sehr unterschiedlich an. Eine allgemeine objektive Hemmschwelle ist schon allein aufgrund von

³⁷⁶ *Rahmlow*, HRRS 2005, 84 (90); vgl. *Meyer-Goßner*, § 68 a StPO Rn. 4; § 171 b GVG Rn. 3.

³⁷⁷ *Rahmlow*, HRRS 2005, 84 (92).

³⁷⁸ *Rahmlow*, HRRS 2005, 84 (92).

unterschiedlichen Auffassungen innerhalb der Generationen nicht konkretisierbar. Die Hemmschwelle des Betroffenen wäre im Einzelfall subjektiv zu bestimmen, was zu erheblichen Beweisschwierigkeiten führt.

(6) *Theorie des „inneren Kreises“*

Nach *Linkens* handelt es sich bei dem höchstpersönlichen Lebensbereich um den inneren Kreis einer Person mit einem besonderen persönlichen Bezug, über den die jeweilige Person frei verfügen kann, in den sie sich allein oder mit von ihr ausgewählten Personen zurückziehen und aus dem sie die nicht zu diesem Kreis zählende Öffentlichkeit ausschließen kann³⁷⁹.

Der Begriff des inneren Kreises ist nicht geläufig und wenig greifbar. Zudem wird nicht deutlich, worin gerade der besondere persönliche Bezug liegt oder anhand welcher Kriterien dieser zu bestimmen ist. Wo der Grad des persönlichen Bezugs verläuft, der den höchstpersönlichen Lebensbereich vom bloßen persönlichen Lebensbereich unterscheidet, ist aber meines Erachtens gerade die Problematik des Begriffs.

cc. Vorschlag zur Begriffsbestimmung des höchstpersönlichen Lebensbereichs

Nach der Darstellung der verschiedenen Definitionsansätze bleibt letztlich zu klären, welche Inhalte dem „höchstpersönlichen Lebensbereich“ zugeordnet werden können.

Dazu ist zunächst auf den Wortlaut abzustellen. Grammatikalisch betrachtet stellt das Wort „höchstpersönlich“ einen Superlativ dar, so dass keine weitere Steigerung möglich ist. Der Wortlaut „höchstpersönlicher Lebensbereich“ bringt somit zum Ausdruck, dass es sich um den persönlichsten Bereich überhaupt handelt. Daher beinhaltet der Begriff jedenfalls den engsten Kernbereich privater Lebensgestaltung – die so genannte Intimsphäre. Alle Bereiche, die zur Intimsphäre gerechnet werden, zum Beispiel Sexualität, Krankheit und Tod, gehören auch zum höchstpersönlichen Lebensbereich. In diesem Punkt sind sich auch alle Meinungen in der Literatur einig.

³⁷⁹ *Linkens*, S. 67.

In der Gesetzesbegründung wird erwähnt, dass der Begriff des „höchstpersönlichen Lebensbereichs“ an den Begriff des „persönlichen Lebensbereichs“ aus § 68 a Abs. 1 StPO und § 171 b Abs. 1 S. 1 GVG angelehnt sei³⁸⁰. Die Orientierung an dem Begriff des persönlichen Lebensbereichs als Ausgangspunkt erscheint zudem sinnvoll, da auch die systematische Einordnung des § 201 a in den 15. Abschnitt des StGB – Schutz des persönlichen Lebensbereichs – dafür spricht.

Zum „persönlichen Lebensbereich“ einer Person gehören im Rahmen des § 171 b GVG die Umstände, die dem privaten Bereich zuzuordnen sind. Dazu zählen insbesondere private Eigenschaften und Neigungen, der Gesundheitszustand, die Sexualsphäre, politische und religiöse Einstellungen³⁸¹. Zudem sind auch bestimmte Tatsachen aus dem Familienleben inbegriffen.

Der BGH hat festgestellt, dass zum persönlichen Lebensbereich solche Tatsachen aus dem Familienleben gehören, die die wechselseitigen persönlichen Beziehungen betreffen, daher unbeteiligten Dritten nicht ohne weiteres zugänglich sind und Schutz vor Einblicken Außenstehender verdienen³⁸². In der Gesetzesbegründung zu § 201 a StGB werden diese Zeilen des BGH-Urteils zitiert, mit dem Hinweis, dass auch persönliche Familienbeziehungen zum höchstpersönlichen Lebensbereich gehören. Obwohl der Gesetzgeber zur Interpretation des „höchstpersönlichen Lebensbereichs“ auf den „persönlichen Lebensbereich“ verweist, hat er sich jedoch zuvor im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens eindeutig gegen den Begriff des persönlichen Lebensbereichs entschieden. Zudem hat er in der Gesetzesbegründung ausdrücklich klargestellt, dass der verwendete Begriff des „höchstpersönlichen Lebensbereichs“ enger ist als der des „persönlichen Lebensbereichs“³⁸³. Der „höchstpersönliche Lebensbereich“ umfasst demnach neben der Intimsphäre einen zusätzlichen Bereich, der zwischen der Intimsphäre und dem persönlichen Lebensbereich anzusiedeln ist. Diesen Bereich gilt es zu bestimmen.

³⁸⁰ BT-Drucks. 15/2466, S. 4, 5.

³⁸¹ *Meyer-Goßner*, § 171 b GVG Rn. 3.

³⁸² BGHSt 30, 212 (214).

³⁸³ BT-Drucks. 15/1891, S. 7; BT-Drucks. 15/2466, S. 4.

Dabei kann der Sinn und Zweck des § 201 a StGB möglicherweise hilfreich sein. Sinn und Zweck des Gesetzes war unter anderem, die Ungleichbehandlung zwischen dem Schutz der Persönlichkeit vor heimlichen Aufnahmen des gesprochenen Wortes (§ 201 StGB) und dem vor heimlichen Bildaufnahmen zu beseitigen³⁸⁴. Bei § 201 StGB kommt es aber im Gegensatz zu § 201 a StGB nicht darauf an, ob sich die betroffene Person in besonders geschützten Räumlichkeiten aufhält. Des Weiteren erfordert die Vorschrift keine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch die Tonaufnahme als Taterfolg und dieser ist auch nicht geschütztes Rechtsgut. § 201 StGB schützt die Privatsphäre³⁸⁵, die dem persönlichen Lebensbereich zugeordnet wird. Der Schutz geht also viel weiter als bei § 201 a StGB. Auch wenn der Gesetzgeber die Absicht hatte, eine bestehende Ungleichbehandlung zu beseitigen, hilft § 201 StGB aber bei der Auslegung des „höchstpersönlichen Lebensbereichs“ nicht weiter.

Die Gesetzesinitiative zu § 201 a StGB ist durch die Berichte des Bundesdatenschutzbeauftragten beeinflusst worden. Dieser hatte vor heimlichen Aufnahmen von Personen zum Beispiel in Umkleidekabinen gewarnt³⁸⁶. § 201 a StGB wurde demnach geschaffen, um zu verhindern, dass Menschen solche intimen Situationen anderer Leute in Bildaufnahmen festhalten und an Dritte weiterreichen. Der Appell des Bundesdatenschutzbeauftragten spricht dafür, den höchstpersönlichen Lebensbereich weit auszulegen, um einen möglichst großen Schutz zu gewährleisten.

Es muss jedoch stets das Übermaßverbot des Strafrechts beachtet werden. Die strafbewehrte Persönlichkeitsrechtsverletzung muss so gravierend sein, dass ein zivilrechtliches Vorgehen gegen den Täter, zum Beispiel die Erstreitung einer Geldentschädigung, nicht ausreichend ist.

Eine solche gravierende Verletzung kann zum Teil in den von *Hoyer* genannten Fällen der rufschädigenden Wirkung der Aufnahme gesehen werden. *Hoyer* ist bedingt zuzustimmen, dass der höchstpersönliche Lebensbereich verletzt ist, wenn die Aufnahme geeignet ist, den Abgebildeten verächtlich zu machen oder

³⁸⁴ BT-Drucks. 15/2466, S. 4.

³⁸⁵ *Lackner/Kühl*, § 201 Rn. 1.

³⁸⁶ BT-Drucks. 14/5555, S. 22.

in der Öffentlichkeit herabzuwürdigen. Meines Erachtens ist es erforderlich, dass der Bildaufnahme gerade aufgrund eines intimen Bezuges rufschädigende Wirkung zugeschrieben wird. Ein intimer Bezug ist zum Beispiel bei einer Aufnahme, die die Annahme von Bestechungsgeldern dokumentiert, abzulehnen.

Wie bereits erörtert, gibt es darüber hinaus auch „neutrale“ Handlungen, die höchstpersönlich sind. Es bietet sich daher folgende Definition an: Der höchstpersönliche Lebensbereich einer Person ist verletzt, wenn persönliche oder familiäre Situationen abgebildet sind, bei denen davon auszugehen ist, dass die an ihnen Beteiligten sie nach allgemeiner Lebenserfahrung aufgrund ihres intimen Bezuges nicht an die Öffentlichkeit getragen haben wollen.

Unter diese Definition können auch neutrale Bildaufnahmen, wie die Aufnahme der trauernden Witwe, subsumiert werden.

Dabei wird nicht verkannt, dass auch diese Definition sehr abstrakt ist und es einer konkreten Auslegung des Einzelfalles bedarf. Dies muss jedoch bei jedem Versuch einer Definition des „höchstpersönlichen Lebensbereichs“ in Kauf genommen werden, da der Begriff ebenso wie die „Intimsphäre“ nicht eindeutig bestimmbar ist. Eine Konkretisierung des Begriffs kann immer nur durch eine Auslegung im Einzelfall erfolgen. Um dem Vorwurf der Unbestimmtheit entgegenzuwirken und eine einheitliche Auslegung zu ermöglichen, sind Indizien zur Hilfe zu nehmen. Ein Indiz, welches für eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs spricht, ist zunächst die von *Hoyer* genannte Eignung der Aufnahme, den Abgebildeten in der Öffentlichkeit verächtlich zu machen. Als weiteres Indiz kann der Grad der Emotionalität herangezogen werden. Stark emotionale Fotos, wie beim Beispiel der trauernden Witwe, weisen einen ausgeprägten persönlichen Charakter auf und gehören damit zum höchstpersönlichen Lebensbereich.

Zudem ist die Nähe zur Intimsphäre als Indiz zu werten, während ein starker Bezug zur Öffentlichkeits- oder Sozialsphäre gegen eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs spricht. Ein starker Bezug zur Sozialsphäre kann zum Beispiel bei Fotos einer Straftat zu bejahen sein. Wird ein Politiker bei einem Betrug gefilmt, ist sein höchstpersönlicher Lebensbereich nicht betroffen, da der Bezug des Fotos zur Sozialsphäre des Politikers – sein öffentliches Auftreten,

seine Glaubwürdigkeit etc. – stärker ist als zu seiner Intimsphäre. Die Straftat an sich reicht nicht aus, um einen Vorgang höchstpersönlich zu machen. Alle Aufnahmen, die Straftaten in Zusammenhang mit öffentlichen Ämtern festhalten, zum Beispiel die Annahme von Bestechungsgeldern, Veruntreuung von Geldern oder Betrug, stellen somit keine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs dar. In diesen Fällen kann der Fotograf das Bild aufnehmen und an die Öffentlichkeit bringen, ohne sich nach § 201 a StGB strafbar zu machen.

Nimmt der Täter bei Begehung der Straftat intime Verhaltensweisen vor, wie zum Beispiel sexuelle Handlungen, ist dagegen der höchstpersönliche Lebensbereich betroffen. Hier ist die Nähe zur Intimsphäre ausschlaggebend. Die Herstellung von Bildaufnahmen kann aber in diesen Fällen durch § 34 StGB gerechtfertigt sein.

Die aufgezählten Indizien sollen eine konkrete Auslegung im Einzelfall ermöglichen. Letztlich bleibt es aber abzuwarten, welche Fallgruppen von der Rechtsprechung zum „höchstpersönlichen Lebensbereich“ entwickelt werden.

e. Das Erfordernis der Erkennbarkeit

Bei §§ 22, 23 KunstUrhG ist es erforderlich, dass die abgebildete Person erkennbar ist. Bei § 201 a StGB dagegen wird zum Teil keine Erkennbarkeit der abgebildeten Person vorausgesetzt³⁸⁷. Das hat zur Folge, dass § 201 a StGB bereits dann verwirklicht werden kann, wenn der Täter nur einen intimen Körperteil fotografiert, ohne dass die dazugehörige Person auf der Aufnahme erkennbar ist. Begründet wird diese Auffassung damit, dass bereits das Fehlen der Entscheidungsbefugnis über die Herstellung der Aufnahme den höchstpersönlichen Lebensbereich verletze³⁸⁸.

Zudem hinge es sonst vom Zufall und technischen Geschick des Täters ab, ob die Aufnahme scharf sei und die Person erkannt werden könne³⁸⁹.

³⁸⁷ *Ernst*, NJW 2004, 1277 (1278); *Koch*, GA 2005, 589 (595); *Kargl*, ZStW 117 (2005), 324 (340); *Linkens*, S. 107.

³⁸⁸ *Linkens*, S. 107.

³⁸⁹ *Linkens*, S. 108.

Dieser Auffassung ist jedoch zu widersprechen. Zwar erfordert § 201 a StGB nach seinem Wortlaut keine Erkennbarkeit, dies schließt jedoch die Annahme eines solchen Erfordernisses nicht aus. § 22 KunstUrhG verlangt ebenfalls nach seinem Wortlaut keine Erkennbarkeit, diese ist jedoch als notwendige Voraussetzung allgemein anerkannt³⁹⁰.

Als Taterfolg verlangt § 201 a StGB eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs. Der Täter muss einen Vorgang, der eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs beinhaltet, in einer Bildaufnahme fixieren. Ein Vorgang ist aber nur dann persönlich und kann damit auch erst höchstpersönlich werden, wenn er einer bestimmten Person zugeordnet werden kann³⁹¹. Anderenfalls handelt es sich um eine unpersönliche, neutrale Aufnahme. Daher ist auch bei § 201 a StGB für die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs eine gewisse Erkennbarkeit erforderlich³⁹². Der Wortlaut des § 201 a StGB verlangt Bildaufnahmen einer Person, das heißt die Aufnahmen müssen auf eine Person rückführbar sein. Die Abbildung von nicht personell zuzuordnenden Körperteilen eines Menschen ist nicht tatbestandsmäßig. Es dürfte aber ausreichen, wenn Identifikationsmerkmale erkennbar sind, an Hand derer man die Aufnahme, die zum Beispiel nur einen Körperteil zeigt, einer Person zuordnen kann. Denn sobald der Betroffene, wenn auch nur von Bekannten auf der Aufnahme erkannt werden kann, ist die Aufnahme nicht mehr neutral, sondern persönlich. Auch dürften unscharfe Bildaufnahmen ausreichen, da gewöhnlich trotz der Unschärfe die abgebildete Person noch erkannt werden kann.

Die betroffene Person muss demnach also nicht komplett auf der Aufnahme abgebildet und in aller Schärfe zu erkennen sein. § 201 a StGB erfordert aber, dass die Person in dem Sinne erkennbar ist, dass sie identifiziert werden kann³⁹³. Anderenfalls könnte sich zudem die Beweisführung in einem Strafverfahren als

³⁹⁰ Dreier in Dreier/Schulze, § 22 KUG Rn. 3; Schrickler/Götting, § 60/§ 22 KUG Rn. 16; BGH NJW 1979, 2205 – *Fußballtor*. BGH GRUR 2000, 715, (717) – *Der blaue Engel*.

³⁹¹ Vgl. Hoyer, ZIS 2006, 1 (2).

³⁹² So auch Hoyer, ZIS 2006, 1 (2); vgl. Lackner/Kühl, § 201 a Rn 4; Wendt, AfP 2004, 181 (189).

³⁹³ So auch Hoyer, ZIS 2006, 1 (2); vgl. Lackner/Kühl, § 201 a Rn 4.

schwierig erweisen, denn im Rahmen der Sachverhaltsermittlung muss die Bildaufnahme der Geschädigten oder dem Geschädigten zugeordnet werden können. Dies gilt insbesondere, wenn der Geschädigte im Wege des Adhäsionsverfahrens einen Schmerzensgeldanspruch geltend macht. Antragsberechtigt ist nach § 403 StPO nur der aus der Straftat Verletzte und dessen Erbe.

f. Der subjektive Tatbestand

Der subjektive Tatbestand erfordert vorsätzliches Handeln. Damit ist grundsätzlich Vorsatz in Form des *dolus eventualis* ausreichend. Der Täter muss also nach einer Parallelwertung in der Laiensphäre zumindest für möglich halten, dass er den höchstpersönlichen Lebensbereich einer Person verletzt, und dieses billigend in Kauf nehmen.

g. Einordnung des Merkmals „unbefugt“

Das Merkmal „unbefugt“ kann grundsätzlich auf der Tatbestandsebene oder auf der Rechtfertigungsebene von Bedeutung sein. Im Rahmen des § 201 a Abs. 1 StGB ist nicht eindeutig, auf welche Ebene das Merkmal „unbefugt“ einzuordnen ist.

aa. Einordnung nach der Gesetzesbegründung

Einerseits heißt es in der Gesetzesbegründung, die Befugnis wird sich in den überwiegenden Fällen aus dem *Einverständnis* der abgebildeten Person ergeben³⁹⁴. Ein Einverständnis wirkt tatbestandsausschließend³⁹⁵. Demzufolge wäre „unbefugt“ als Tatbestandsmerkmal einzuordnen.

Andererseits wird aber zugleich darauf verwiesen, dass gesetzliche Befugnisnormen und allgemeine Rechtfertigungsgründe unberührt bleiben³⁹⁶. Das spricht dafür, „unbefugt“ lediglich als Verweis auf die Rechtfertigungsebene zu verste-

³⁹⁴ BT-Drucks. 15/2466, S. 5.

³⁹⁵ *Wessels/Beulke*, Rn. 366; *Kühl* AT, § 9 Rn. 25; *Krey*, AT 1 § 15 Rn. 611, *Lenckner* in Schönke/Schröder, vor § 32 Rn. 29.

³⁹⁶ BT-Drucks. 15/2466, S. 5.

hen. Eine eindeutige Zuordnung des Merkmals „unbefugt“ kann demnach der Gesetzesbegründung nicht entnommen werden.

bb. Einordnung des Merkmals „unbefugt“ in den §§ 201-203 StGB

Nach der Gesetzesbegründung kann zur Auslegung des Merkmals „unbefugt“ aber die zu §§ 201-203 StGB ergangene Rechtsprechung und Literatur herangezogen werden³⁹⁷. Möglicherweise kann die Betrachtung der genannten Normen Auskunft über die Einordnung des Merkmals „unbefugt“ geben.

Bei § 201 StGB wird überwiegend vertreten, dass das Merkmal „unbefugt“ auf mögliche Rechtfertigungsgründe verweise, die in diesem Bereich besonders häufig vorlägen³⁹⁸.

Zum Teil wird dem Merkmal aber auch schon Bedeutung auf der Tatbestandsebene zugeschrieben. Und zwar komme einer Einwilligung der betroffenen Person in die jeweilige Handlung bereits tatbestandsausschließende Wirkung zu³⁹⁹.

Dagegen wird vertreten, dass die Einwilligung nur rechtfertigend wirke⁴⁰⁰, so dass das Merkmal unbefugt auf der Tatbestandsebene keine Bedeutung habe.

Im Rahmen des § 201 StGB existiert demzufolge keine einheitliche Einordnung des Merkmals „unbefugt“.

Auch in § 202 StGB wird das Merkmal „unbefugt“ überwiegend auf der Rechtswidrigkeitsebene eingeordnet⁴⁰¹. Jedoch wird auch hier vertreten, dass eine Ein-

³⁹⁷ BT-Drucks. 15/2466, S. 5.

³⁹⁸ LK-StGB/Schünemann, § 201 Rn. 27; Fischer, § 201 Rn. 9; Wölfl, JURA 2000, 231; Klug, FS-Oehler, S. 397 (401 ff.); Gössel/Dölling, § 37 Rn. 63; Wessels/Hettinger, BT I Rn. 532; NK-StGB/Kargl, § 201 Rn. 22; Otto, § 34 Rn. 10; BGH NJW 1983, 1570 (1571).

³⁹⁹ Gössel/Dölling, § 37 Rn. 63; Maurach/Schroeder/Maiwald BT I, § 29 Rn. 59; vgl. Lenckner in Schönke/Schröder, § 201 Rn. 29.

⁴⁰⁰ LK-StGB/Schünemann, § 201 Rn. 32; Fischer, § 201 Rn. 9, 10; NK-StGB/Kargl, § 201 Rn. 23; Otto, § 34 Rn. 11.

⁴⁰¹ SK-StGB/Hoyer, § 202 Rn. 25; LK-StGB/Schünemann, § 202 Rn. 33; Fischer, § 202 Rn. 13; Lenckner in Schönke/Schröder, § 202 Rn. 12; Otto, § 34 Rn. 22, 10.

willigung bereits tatbestandsausschließend wirkt, weil dann in der Regel eine Berechtigung zur Kenntnisnahme vorliege⁴⁰².

„Unbefugt“ verweist auch innerhalb des § 202 a StGB auf die Rechtswidrigkeitsebene⁴⁰³. Einerseits wird vertreten, dass die Einwilligung des Berechtigten bereits den Tatbestand ausschließe⁴⁰⁴, andererseits wird angenommen, dass die Einwilligung nur rechtfertigend eingreife⁴⁰⁵.

Im Rahmen des § 203 StGB wird „unbefugt“ ebenfalls als allgemeines Merkmal der Rechtswidrigkeit verstanden⁴⁰⁶. Aber auch hier wird dem Merkmal teilweise eine Doppelfunktion zugeschrieben, indem die Einwilligung bereits den Tatbestand ausschließen soll⁴⁰⁷. Eine tatbestandsausschließende Wirkung der Einwilligung wird aber größtenteils abgelehnt, da es trotz der Einwilligung bei der Verletzung eines objektiven Geheimhaltungsinteresses bleibe⁴⁰⁸.

Als Ergebnis der Betrachtung ist damit festzuhalten, dass das Merkmal „unbefugt“ innerhalb des 15. Abschnitts zwar allgemein als Hinweis auf die Rechtfertigungsebene verstanden wird. Ob ihm aber als „Doppelfunktion“ im Rahmen einer Einwilligung bereits Bedeutung auf der Tatbestandsebene zukommt, ist umstritten. Ein Blick auf die zu §§ 201-203 StGB ergangene Rechtsprechung und Literatur führt somit zu keiner eindeutigen Einordnung des Merkmals „unbefugt“ innerhalb des § 201 a Abs. 1 StGB, sondern wirft die Frage auf, welche Wirkung eine Einwilligung in die Tathandlungen des § 201 a Abs. 1 StGB hat.

⁴⁰² Lackner/Kühl, § 202 Rn. 7; LK-StGB/Schünemann, § 202 Rn. 38; Maurach/Schroeder/Maiwald BT I, § 29 Rn. 18; Lenckner in Schönke/Schröder, § 202 Rn. 12; SK-StGB/Hoyer, § 202 Rn. 25.

⁴⁰³ SK-StGB/Hoyer, § 202 a Rn. 15; Fischer, § 202 a Rn. 12; Lenckner in Schönke/Schröder, § 202 a Rn. 11.

⁴⁰⁴ LK-StGB/Schünemann, § 202 a Rn. 11; Gössel/Dölling, § 37 Rn. 126, 62; SK-StGB/Hoyer, § 202 a Rn. 15.

⁴⁰⁵ Lackner/Kühl, § 202 a Rn. 7; Lenckner in Schönke/Schröder, § 202 a Rn. 11.

⁴⁰⁶ SK-StGB/Hoyer, § 203 Rn. 67; LK-StGB/Schünemann, § 203 Rn. 119; Fischer, § 203 Rn. 31; Rogoll, NStZ 1983, 1 (6); OLG Köln NJW 2000, 3656 (3657); OLG Schleswig NJW 1985, 1090 (1092).

⁴⁰⁷ Lenckner in Schönke/Schröder, § 203 Rn. 21, 22; Krey/Heinrich, BT/1 Rn. 459, 475; Maurach/Schroeder/Maiwald BT I, § 29 Rn. 45.

⁴⁰⁸ SK-StGB/Hoyer, § 203 Rn. 67; LK-StGB/Schünemann, § 203 Rn. 93; Fischer, § 203 Rn. 31; Rogoll, NStZ 1983, 1 (6); vgl. Otto, 34 Rn. 35, 10.

cc. Meinungen der Literatur zu „unbefugt“ i.S.d. § 201 a Abs.1 StGB

Die Ansichten in der Literatur zur Einordnung des Merkmals „unbefugt“ in § 201 a Abs. 1 StGB sind entsprechend den oben genannten Auffassungen unterschiedlich.

Überwiegend wird vertreten, dass das Merkmal „unbefugt“ auf die Rechtswidrigkeitsebene gehöre⁴⁰⁹. Es sei lediglich als Hinweis auf mögliche Rechtfertigungsgründe, insbesondere die Einwilligung, zu verstehen⁴¹⁰. *Kühl* begründet diese Auffassung damit, dass der Tatbestand und das darin verkörperte Unrecht schon verwirklicht sei, wenn von einer anderen Person im räumlichen Rückzugsbereich eine Bildaufnahme hergestellt wird, die ihren höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt. Das dann typischerweise in Form einer Interessenverletzung vorliegende Unrecht führe nur bei Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes nicht zum Rechtswidrigkeitsurteil⁴¹¹.

Zum Teil wird dagegen das Merkmal „unbefugt“ auch als Tatbestandsmerkmal eingeordnet⁴¹². Das Tatbestandsmerkmal „unbefugt“ habe die Bedeutung, die Tatbestandslosigkeit bei Vorliegen einer diesbezüglichen Einwilligung zu sichern⁴¹³. Demnach soll die Einwilligung nach dieser Ansicht tatbestandsausschließend wirken⁴¹⁴. Dem Merkmal „unbefugt“ soll also auch auf der Tatbestandsebene Bedeutung zukommen.

dd. Stellungnahme

Es ist zum einen zu klären, ob das Merkmal „unbefugt“ ein Tatbestandsmerkmal darstellt oder als allgemeines Verbrechenmerkmal auf die Rechtswidrigkeits-

⁴⁰⁹ *Kühl*, AfP 2004, 190 (196); *Koch*, GA 2005, 589 (602); *Fischer*, § 201 a Rn. 16; *Eisele*, JR 2005, 6 (10); SK-StGB/*Hoyer*, § 201 a Rn. 23; NK-StGB/*Kargl*, § 201 a Rn. 15.

⁴¹⁰ *Heuchemer/Paul*, JA 2006, 616 (619); *Kühl*, AfP 2004, 190 (196); *Fischer*, § 201 a Rn. 16.

⁴¹¹ *Kühl*, AfP 2004, 190 (196).

⁴¹² *Flehsig*, ZUM 2004, 605 (612).

⁴¹³ *Flehsig*, ZUM 2004, 605 (612); vgl. *Pollähne*, der von einem Einverständnis ausgeht, KritV 2003, 387 (414).

⁴¹⁴ So auch *Linkens*, S. 122.

ebene verweist. Zum anderen ist zu untersuchen, welche Wirkung eine Einwilligung der betroffenen Person in die Tathandlung hat.

Zunächst ist die Frage der Einordnung des Merkmals „unbefugt“ zu beantworten. Dazu ist aus folgenden Gründen die Unrechtsbegründung einer Tat im Sinne des § 201 a Abs. 1 StGB näher zu untersuchen. Handelt ein Täter tatbestandsmäßig, hat er typischerweise Unrecht begangen⁴¹⁵. Die Tatbestandsmäßigkeit einer Handlung indiziert ihre Rechtswidrigkeit, welche nur ausnahmsweise durch Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes entfallen kann⁴¹⁶. Folglich stellt ein tatbestandsmäßiges Verhalten abstrakt strafwürdiges Unrecht dar, welches im konkreten Einzelfall gerechtfertigt sein kann.

Die Unbefugtheit einer Handlung ist demnach Tatbestandsmerkmal, wenn der Tatbestand die Strafwürdigkeit eines Handelns gerade aus dessen Unbefugtheit, zum Beispiel aus dem Fehlen einer Einwilligung, herleitet. Wenn die Tatbestandsverwirklichung an sich schon ausreicht, um strafwürdiges Unrecht zu begründen, verweist das Merkmal „unbefugt“ dagegen nur auf die Rechtswidrigkeitsebene.

Es kommt also darauf an, ob das in § 201 a Abs. 1 StGB verkörperte typische Unrecht aus der Handlung an sich oder erst aus deren Unbefugtheit herrührt.

Der Gesetzgeber wollte den Einzelnen in seinem letzten Rückzugsbereich vor einer Verletzung seines höchstpersönlichen Lebensbereichs durch unbefugte Bildaufnahmen schützen. Aus der Nähe zur Intimsphäre leitet sich ab, dass der höchstpersönliche Lebensbereich einer Person grundsätzlich für andere unantastbar ist. Inhalte, die zu diesem Bereich zählen, gehen andere nichts an. Das wird auch durch den Stellenwert des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Grundgesetz zum Ausdruck gebracht. Die Beeinträchtigung einer Person an sich in diesem höchstpersönlichen Bereich stellt daher bereits Unrecht dar, welches ausreicht, um eine Tatbestandsmäßigkeit zu bejahen.

⁴¹⁵ Vgl. *Kühl*, AT § 3 Rn. 2.

⁴¹⁶ Vgl. *Lackner/Kühl*, vor § 32 Rn. 2.

Die Unbefugtheit der Handlung ist demnach nicht erforderlich, um die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens zu begründen. Für diese Auffassung spricht auch die Tatsache, dass eine einmal hergestellte Aufnahme von beliebig vielen Personen zur Kenntnis genommen und weitergereicht werden kann. Die Norm beinhaltet somit ein hohes Gefährdungspotential, welches es rechtfertigt, die Herstellung einer Bildaufnahme, die den höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt, bereits als abstrakt strafwürdiges Verhalten tatbestandsmäßig sein zu lassen. Das Merkmal „unbefugt“ wäre demnach auf der Rechtswidrigkeitsebene einzuordnen.

Diese Ansicht stimmt auch mit der herrschenden Meinung bezüglich der Einordnung des Merkmals „unbefugt“ im 15. Abschnitt des StGB als Hinweis auf mögliche Rechtfertigungsgründe überein. Im Ergebnis ist das Merkmal „unbefugt“ damit nicht als Tatbestandsmerkmal, sondern als Hinweis auf die Rechtswidrigkeitsebene einzustufen.

Fraglich ist aber, ob eine Einwilligung bereits tatbestandsausschließend wirkt. Ob eine Einwilligung generell rechtfertigend oder tatbestandsausschließend wirkt, ist umstritten⁴¹⁷. Nicht umstritten ist aber, dass das Einvernehmen einer Person mit dem Handeln des Täters als Einverständnis bei einigen Strafrechtsnormen bereits den Tatbestand ausschließt.

Unabhängig von der Bezeichnung als Einverständnis oder Einwilligung geht es auch bei § 201 a Abs. 1 StGB um die Frage, inwiefern das Einvernehmen der abgebildeten Person zu einem Tatbestandsausschluss führen kann. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, woran das strafwürdige Unrecht der Handlungen des § 201 a Abs. 1 StGB geknüpft ist.

Wenn das vom Tatbestand umschriebene Verhalten für seine Strafwürdigkeit ein Handeln gegen den Willen des Betroffenen erfordert, wird im Allgemeinen ein tatbestandsausschließendes Einverständnis angenommen⁴¹⁸.

⁴¹⁷ Darstellung des Streitstandes: *Kühl*, AT § 9 Rn. 21, 22; *Kindhäuser*, AT § 12 Rn. 2 ff.

⁴¹⁸ *Lackner/Kühl*, vor § 32 Rn. 11; *Kindhäuser*, AT § 12 Rn. 33, 34; *Wessels/Beulke*, Rn. 362.

Im Rahmen der §§ 201-203 StGB wird von den Vertretern der tatbestandsausschließenden Wirkung der Einwilligung angeführt, dass erst durch das Fehlen einer Einwilligung das Unrecht begründet werde⁴¹⁹. Das Unrecht rührt in diesen Fällen also aus dem entgegenstehenden Willen des Opfers her.

Wenn die Tatbestandsverwirklichung an sich schon ausreicht, um strafwürdiges Unrecht zu begründen und keinen entgegenstehenden Willen des Opfers voraussetzt, stellt sich die Einwilligung lediglich als Rechtsschutzverzicht dar. Als Rechtsschutzverzicht wirkt sie nur rechtfertigend⁴²⁰.

Wie *Kühl* formuliert, kommt es daher für die Abgrenzung von tatbestandsausschließender Wirkung und rechtfertigender Wirkung des Einvernehmens darauf an, „ob schon die Tatbestandsverwirklichung allein als nicht unerheblicher Interessenverlust zu bewerten ist“⁴²¹.

Fraglich ist somit, ob die Tatbestandsverwirklichung des § 201 a Abs. 1 StGB allein als ein nicht unerheblicher Interessenverlust zu bewerten ist oder das vom Tatbestand umschriebene Verhalten für seine Strafwürdigkeit einen entgegenstehenden Willen der abgebildeten Person erfordert.

Gegen einen solchen erheblichen Interessenverlust und für eine tatbestandsausschließende Einwilligung wird angeführt, dass wenn eine Person freiwillig Einblick in ihre Privatsphäre gestatte, sie zum Ausdruck bringe, dass sie sich durch diese Aufnahmen nicht in ihrem höchstpersönlichen Lebensbereich, mithin in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, verletzt sehe⁴²².

Dem ist jedoch zu widersprechen. Gegen eine tatbestandsausschließende Wirkung spricht nämlich, dass der Gesetzgeber in § 201 a Abs. 1 StGB ein Verhalten unter Strafe stellt, das generell einen Eingriff in ein fremdes Rechtsgut darstellt. Wenn eine Aufnahme einer Person in ihrem Rückzugsbereich hergestellt wird, die den höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt, liegt bereits typisches Unrecht in Form einer Interessenverletzung vor⁴²³. Das Interesse der betroffenen

⁴¹⁹ OLG Köln, NJW 1962, 686 ff.; zust. *Maurach/Schroeder/Maiwald* BT I, § 29 Rn. 13.

⁴²⁰ Vgl. *Lackner/Kühl*, vor § 32 Rn. 10.

⁴²¹ *Lackner/Kühl*, vor § 201 Rn. 2.

⁴²² *Linkens*, S. 121.

⁴²³ *Kühl*, AfP 2004, 190 (196).

Person an einer Geheimhaltung ihres persönlichsten Bereiches ist verletzt. Auch wenn die Aufnahme befugt hergestellt worden ist, besteht die Gefahr, dass sie unbefugt weitergereicht wird. Diese Gefahr reicht meines Erachtens für die Bejahung einer Interessenverletzung aus.

Die abstrakte Strafwürdigkeit entfällt nicht schon dadurch, dass die betroffene Person mit der Herstellung einer Bildaufnahme einverstanden ist. Das Einvernehmen der Person führt lediglich dazu, dass sie in dem konkreten Fall auf den Schutz ihres Rechtsguts verzichtet. Im Ergebnis ist der Einwilligung daher lediglich rechtfertigende Wirkung zuzusprechen.

3. Der Tatbestand des § 201 a Abs. 2 StGB

Gemäß § 201 a Abs. 2 StGB wird ebenso bestraft, wer eine durch eine Tat nach Abs. 1 hergestellte Bildaufnahme gebraucht oder einem Dritten zugänglich macht. Diesem Absatz lag die Überlegung zugrunde, dass das unbefugte Nutzen einer den höchstpersönlichen Lebensbereich verletzenden Bildaufnahme ebenso strafwürdig sei wie das Herstellen einer solchen Aufnahme⁴²⁴.

a. Tatobjekt: Nach Abs. 1 hergestellte Bildaufnahme

Tatobjekt ist die „durch eine Tat nach Abs. 1 hergestellte Bildaufnahme“. Zunächst ist daher klärungsbedürftig, unter welchen Umständen eine Bildaufnahme durch eine Tat nach Abs. 1 hergestellt worden ist. Jedenfalls muss sie durch eine tatbestandsmäßige Handlung im Sinne des Abs. 1 hergestellt worden sein. Zudem muss es sich um eine unbefugte, das heißt rechtswidrige Aufnahme handeln. Nach dem Gesetzgeber liegt der Regelung die Überlegung zugrunde, dass die unbefugte Nutzung einer *unbefugten* Bildaufnahme ebenso strafwürdig sei, wie deren Herstellung⁴²⁵. Außerdem wird anderenfalls, zum Beispiel in § 201 a Abs. 3 StGB, ausdrücklich von einer *befugt* hergestellten Aufnahme gesprochen. Auch aus dem Umkehrschluss ergibt sich somit, dass § 201 a Abs. 2 StGB ebenso wie Abs. 1 eine unbefugt hergestellte Aufnahme voraussetzt. Auf ein Verschulden des Vortäters soll es dagegen nicht ankom-

⁴²⁴ BT-Drucks. 15/2466, S. 5.

⁴²⁵ BT-Drucks. 15/2466, S. 5.

men⁴²⁶. Auf ein Verschulden des Täters zu verzichten, erscheint sinnvoll, da sonst der Hintermann B, der eine vom schuldunfähigen A hergestellte Aufnahme gebraucht, nicht für das Gebrauchen strafrechtlich belangt werden könnte. Wenn A eine Aufnahme schuldlos herstellt und B diese vorsätzlich gebraucht, besteht aber für B ein Strafbedürfnis.

Des Weiteren ist zu bemerken, dass es sich um eine *hergestellte* Bildaufnahme handeln muss. Eine gemäß § 201 a Abs. 1 StGB *übertragene* Aufnahme ist kein taugliches Tatobjekt. Dies ist auch nicht notwendig, da eine übertragene Aufnahme mit ihrer Speicherung *hergestellt* wird, so dass auch sie letztlich ein taugliches Tatobjekt sein kann⁴²⁷.

b. Gebrauchen oder Zugänglichmachen als Tathandlungen

Der Tatbestand unterscheidet zwei Handlungsalternativen, das Gebrauchen der Aufnahme und das Zugänglichmachen.

aa. Gebrauchen einer Aufnahme

Gebrauchen umfasst nach seinem Wortsinn jegliche Nutzung der Bildaufnahme. Der Gesetzgeber hat dieser weiten Deutung des Begriffs aber vorgebeugt. Ein Gebrauchen der Aufnahme sei nur dann zu bejahen, wenn die technischen Möglichkeiten des Bildträgers ausgenutzt werden, die Aufnahme zum Beispiel archiviert, gespeichert oder kopiert wird⁴²⁸. Die Nutzung muss demnach auf technischem Wege erfolgen. Weitere Beispiele für den Gebrauch einer Bildaufnahme sind daher auch alle Handlungen, die mithilfe des Computers vorgenommen werden können, wie zum Beispiel das Scannen oder das Brennen der Aufnahme auf CD.

Nach dem Gesetzesentwurf des Bundesrats soll ein Gebrauchen bereits dann vorliegen, „wenn der Täter eine Aufnahme für sich sichtbar macht, zum Beispiel einen gefertigten Film ansieht“⁴²⁹. Aus dieser Aussage ergibt sich die Frage, ob

⁴²⁶ Fischer, § 201 a, Rn. 17.

⁴²⁷ Vgl. Fischer, § 201 a, Rn. 17.

⁴²⁸ BT-Drucks. 15/2466, S. 5.

⁴²⁹ BT-Drucks. 15/1891, S. 7.

das bloße Betrachten einer Aufnahme bereits ein Gebrauchen darstellt. Teilweise wird dies bejaht⁴³⁰. Das Gebrauchen im Sinne des § 201 a Abs. 2 StGB entspreche dem Gebrauchen im Sinne des § 201 StGB. Da es bei letzterem auf die Nutzung der fixierten Äußerung ankomme, stelle auch das Betrachten einer Bildaufnahme ein Gebrauchen dar⁴³¹. *Hoppe* vertritt sogar, dass § 201 a StGB auch den Endverbraucher erfasse, der in einer Zeitschrift eine Aufnahme betrachtet. Als Argument führt er an, dass es keinen Unterschied machen könne, ob jemand ein Bild im Internet herunterlade und auf seiner Festplatte betrachte oder es im Zeitschriftenhandel erwerbe⁴³².

Demgegenüber wird es überwiegend abgelehnt, das bloße Betrachten eines Bildes als tatbestandsmäßiges Gebrauchen anzusehen⁴³³.

Der Gesetzgeber hat sich im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens des § 201 a StGB dafür entschieden, den „frechen Blick“ straflos zu lassen, da dieser nur Gebote des Anstands verletze⁴³⁴. Dies wird als Hauptargument gegen die Strafbarkeit des bloßen Betrachtens angeführt, mit dem Zusatz, dass es widersprüchlich wäre, wenn das Betrachten eines Bildes strafbar wäre, während das „live Beobachten“ der abgebildeten Szene straflos ist⁴³⁵. Zudem wird darauf verwiesen, dass selbst bei kinderpornografischen Schriften das bloße Betrachten nicht strafbar sei⁴³⁶. § 184 b Abs. 4 StGB stellt nur die Verschaffung des Besitzes unter Strafe. Wann Besitz an den Bildern erlangt ist, ist bei Internetdateien zwar problematisch⁴³⁷, überwiegend wird aber vertreten, dass zur Besitzverschaffung ein Abspeichern auf der Festplatte oder anderen Datenträgern erforderlich ist.

⁴³⁰ *Hoppe*, GRUR 2004, 991 (992); *Sauren*, ZUM 2005, 425 (429); *Kargl*, ZStW 117 (2005), 324 (334); *Linkens*, S. 96.

⁴³¹ *Kargl*, ZStW 117 (2005), 324 (334).

⁴³² *Hoppe*, GRUR 2004, 991 (992).

⁴³³ *Koch*, GA 2005, (601); SK-StGB/*Hoyer*, § 201 a Rn.28; *Flechsig*, ZUM 2004, 605 (614); *Lenckner* in Schönke/Schröder, § 201 a Rn. 9; für eine allg. teleologische Reduktion: *Bosch*, JZ 2005, 377 (380), für eine teleologische Reduktion nur auf den unbefugten Zugriff durch Dritte: *Kächele*, S. 172.

⁴³⁴ Vgl. BT-Drucks. 15/2466, S. 4.

⁴³⁵ *Koch*, GA 2005, (601); *Bosch*, JZ 2005, 377 (380).

⁴³⁶ *Koch*, GA 2005, (601); *Heuchemer/Paul*, JA 2006, 616 (619).

⁴³⁷ Vgl. *Harms*, NStZ 2003, 646 ff. m.w.N.

Das mit dem bloßen Betrachten verknüpfte kurzfristige Speichern der Aufnahmen im Arbeitsspeicher soll dagegen nicht ausreichend sein⁴³⁸.

Nach dem Wortlaut könnte man zwar das bloße Betrachten als tatbestandmäßiges Gebrauchen bejahen. Aber das Gegenargument, dass der „freche Blick“ als lediglich moralwidriges Verhalten eingestuft worden sei und daher das Betrachten eines Bildes erst recht als bloßes moralwidriges Verhalten angesehen werden müsse, hat auch nach der Einführung eines „Stalking-Paragrafen“ nicht an Überzeugungskraft verloren⁴³⁹.

Gegen eine Strafbarkeit des bloßen Betrachtens einer Bildaufnahme spricht zudem das Gebot des maßvollen Strafens. Das Strafrecht soll grundsätzlich nur ultima ratio sein. Jeder, der in einer Boulevardzeitung blättert, in der strafbar hergestellte Fotos abgebildet sind, würde nach *Hoppe* Gefahr laufen, sich strafbar zu machen, vorausgesetzt, er handelt zumindest mit *dolus eventualis*. Dieses Ergebnis widerspricht nicht nur dem Gebot des maßvollen Strafens, sondern auch dem Sinn und Zweck des § 201 a StGB, der grundsätzlich durch einen sehr eingeschränkten Schutzbereich gekennzeichnet ist.

Hinzu kommt, dass der Unrechtsgehalt des bloßen Betrachtens nicht mit dem des Gebrauchs im Sinne von Kopieren oder Archivieren und dem Herstellen in Abs. 1 vergleichbar ist. Das bloße Betrachten einer Aufnahme ist eine passive Handlung, wohingegen das Herstellen und Archivieren einen aktiven Eingriff in den höchstpersönlichen Lebensbereich darstellt. Daher beinhaltet das bloße Betrachten nicht annähernd die kriminelle Energie, die bezüglich des Herstellens oder Archivierens einer den höchstpersönlichen Lebensbereich verletzenden Aufnahme erforderlich ist. Ferner muss, wenn selbst bei Kinderpornografie nur der Besitz als strafbar angesehen wird, auch im Rahmen des § 201 a StGB das bloße Betrachten straffrei bleiben.

Letztlich spricht schon gegen eine Strafbarkeit des bloßen Betrachtens, dass der Gesetzgeber das Ausnutzen technischer Möglichkeiten des Bildträgers ver-

⁴³⁸ *Harms*, NStZ 2003, 646 (648); *Lenckner* in Schönke/Schröder, § 184 b Rn. 15; *Lackner/Kühl*, § 184 b Rn 8; a.A. *Fischer*, § 184 b Rn. 22.

⁴³⁹ Am 31. März 2007 ist mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zum strafrechtlichen Schutz von Stalking-Opfern der § 238 „Nachstellung“ in das StGB eingefügt worden. Der flüchtige „freche Blick“ ist jedoch in § 238 StGB nicht mit einbezogen.

langt⁴⁴⁰. Wenn der Täter einen gefertigten Film für sich selbst sichtbar macht, indem er ihn abspielt, nutzt er die technischen Möglichkeiten des Bildträgers. In diesem Fall ist ein bloßes Betrachten tatbestandsmäßig, wobei in der Regel der Tatbestand auch schon durch ein vorheriges Abspeichern oder Archivieren erfüllt ist. Ein Dritter, der ihm dabei zusieht, tut dies dagegen nicht. Derjenige, der ein Bild lediglich betrachtet, ohne dass er es sich selbst verschafft und technisch bearbeitet, nutzt also keinerlei technische Möglichkeiten des Bildträgers und „gebraucht“ das Bild demzufolge nicht.

Im Ergebnis bleibt daher festzustellen, dass das bloße Betrachten einer Aufnahme nicht unter den Tatbestand des § 201 a StGB fällt.

Wenn das bloße Betrachten bereits kein Gebrauchen darstellt, ist erst recht auch der bloße Besitz nicht als eine Form des Gebrauchs anzusehen. Der Besitz der Bildaufnahme erfolgt nämlich in der Regel ohne jegliche Ausnutzung technischer Geräte. Lediglich Bilddateien werden mittels eines technischen Geräts – des Computers – besessen. In diesem Fall muss aber, wenn bezüglich § 184 b Abs. 4 StGB überwiegend vertreten wird, dass zur Besitzverschaffung einer Internetdatei ein Abspeichern auf der Festplatte oder anderen Datenträgern erforderlich ist, dies auch für § 201 a StGB gelten. Dann kann aber ein Gebrauchen bereits durch das Abspeichern der Aufnahme bejaht werden.

Die typischen strafbaren Handlungen im Sinne des Gebrauchs sind damit das Archivieren, Speichern oder Kopieren von Bildaufnahmen, die in der Regel der Bildhersteller vornehmen wird, der sich schon gemäß § 201 a Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat. Der Tatbestand erlangt damit nur in den Fällen eigenständige Bedeutung, in denen ein anderer als der Bildhersteller die tatbestandsmäßigen Handlungen des § 201 a Abs. 2 StGB ausführt.

bb. Zugänglichmachen einer Aufnahme

Eine Aufnahme ist einem Dritten zugänglich gemacht, wenn der Täter Dritten die Kenntnisnahme der Aufnahme oder Zugriff auf diese ermöglicht⁴⁴¹. Es ist demnach nicht notwendig, dass ein Dritter die Aufnahmen tatsächlich visuell wahr-

⁴⁴⁰ BT-Drucks. 15/2466, S. 5.

⁴⁴¹ BT-Drucks. 15/2466, S. 5.

nimmt, auch wenn dies in der Regel der Fall sein dürfte. Einen typischen Fall des Zugänglichmachens stellt die vom Täter veranlasste Vorführung der Fotos oder Filme dar. Von praktisch größerer Bedeutung dürfte aber die Verbreitung der Aufnahme im Internet sein⁴⁴², die durch die unbegrenzte Zahl von Internetsurfern eine quantitativ und dadurch bedingt qualitativ stärkere Verletzung des Persönlichkeitsrechts beinhaltet. Da es nur auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme ankommt, genügt bereits das Einstellen einer Aufnahme ins Internet. Nicht erforderlich ist, dass die Website von Dritten aufgerufen wird.

4. Der Tatbestand des § 201 a Abs. 3 StGB

Gemäß § 201 a Abs. 3 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft, wer eine befugt hergestellte Bildaufnahme von einer anderen Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, wissentlich unbefugt einem Dritten zugänglich macht und dadurch deren höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt.

a. Tatobjekt

Im Gegensatz zu den vorherigen Absätzen ist das Tatobjekt eine befugt hergestellte Aufnahme. Die Befugnis kann vor allem aus einer Einwilligung der abgebildeten Person, aber auch aus sonstigen Rechtfertigungsgründen herrühren.

Der Gesetzgeber stellt hier demnach nicht ein Eindringen des Täters in den höchstpersönlichen Lebensbereich unter Strafe, sondern die unbefugte Weitergabe der Bildaufnahme und insbesondere den Vertrauensbruch bei der Weitergabe der Bildaufnahme, die mit Einwilligung hergestellt worden ist. Der Gesetzgeber hatte dabei insbesondere häusliche Nacktaufnahmen vor Augen, von denen der verlassene Partner aus Rache oder verletzter Eitelkeit andere Personen Kenntnis nehmen lässt⁴⁴³.

⁴⁴² Fischer, § 201 a, Rn. 18.

⁴⁴³ Vgl. Raab, Protokoll der 105. Sitzung des BT, S. 9540.

b. Tathandlung

Tathandlung ist das Zugänglichmachen der befugt hergestellten Bildaufnahme. Zur Erläuterung des Begriffs kann auf die Ausführungen zu § 201 a Abs. 2 StGB verwiesen werden.

Der Entwurf der CDU-Fraktion und der fraktionsübergreifende Entwurf sahen in Absatz 3 ebenfalls das Gebrauchen der Bildaufnahme als Tathandlung vor⁴⁴⁴. Auf Empfehlung des Rechtsausschusses des Bundestags wurde diese Alternative aber gestrichen, um sozialadäquates Verhalten von der Vorschrift auszunehmen⁴⁴⁵. Als sozialadäquates Gebrauchen einer Bildaufnahme kann zum Beispiel das unbefugte Kopieren oder Archivieren einer befugt hergestellten Aufnahme betrachtet werden.

Die Streichung des Gebrauchens aus § 201 a Abs. 3 StGB durch den Gesetzgebers wird zum Teil kritisiert. Es seien auch Fälle denkbar, in denen das unbefugte Gebrauchen einer befugt hergestellten Aufnahme strafwürdig sei. Und zwar sei dies bei Manipulationen einer Aufnahme der Fall, durch die auf die abgebildete Person ein falsches Licht geworfen werde⁴⁴⁶.

Dem ist nicht zuzustimmen. Der genannte Fall der Manipulation, also der Herstellung einer Fotomontage, kann bereits von § 201 a Abs. 1 StGB strafrechtlich erfasst werden. Es kann offen bleiben, ob der Täter mit einer kompromittierenden Manipulation eine befugt hergestellte Bildaufnahme gebraucht. Er stellt nämlich zugleich unbefugt eine neue Bildaufnahme her. Herstellen erfordert ein Speichern einer Bildaufnahme. Auch eine Fotomontage stellt eine Bildaufnahme dar, die in der Regel mit dem Computer erarbeitet und dann als neue Datei gespeichert wird. Demzufolge wird eine neue Bildaufnahme hergestellt. Diese neue Bildaufnahme kann den höchstpersönlichen Lebensbereich verletzen, und zwar dann, wenn die Montage als solche nicht erkennbar ist, so dass für den Abgebildeten die Gefahr besteht, Dritte könnten die Aufnahme für „echt“ halten. Dabei ist bei einer Montage die Besonderheit zu beachten, dass sie aus mehreren Perso-

⁴⁴⁴ BT-Drucks. 15/533, S. 3; BT-Drucks. 15/2466, S. 3.

⁴⁴⁵ BT-Drucks. 15/2995, S. 4 ff.

⁴⁴⁶ *Linkens*, S. 104.

nen zusammengesetzt sein kann, wie zum Beispiel, wenn der Kopf einer Person auf den nackten Körper einer anderen Person montiert wird. In diesem Fall wird der höchstpersönliche Lebensbereich desjenigen verletzt, der in der Fotomontage erkennbar abgebildet ist, also in der Regel desjenigen, dessen Gesicht zu erkennen ist. Die Manipulation einer Aufnahme kann demnach bereits den Tatbestand des § 201 a Abs. 1 StGB erfüllen. Es besteht somit keine Strafbarkeitslücke. Die Kritik an der Entscheidung des Gesetzgebers ist unbegründet.

c. Einordnung des Merkmals „unbefugt“

Umstritten ist, ob das Merkmal „unbefugt“ in § 201 a Abs. 3 StGB als Tatbestandsmerkmal oder auf der Rechtswidrigkeitsebene einzuordnen ist. Der Streit rührt aus der Kombination von „wissentlich unbefugt“ her, deren Auslegung sich als schwierig erweist.

Auch die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, die den Begriff „wissentlich“ in § 201 a Abs. 3 StGB eingeführt hat, hat in der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses des Bundestags bemerkt, „man verhehle nicht, dass man sich damit außerordentlich schwer tue, weil es zu einem Problem in der Rechtsanwendung komme. Der Begriff „wissentlich“ sei ein Vorsatzelement und der Begriff „unbefugt“ sei nach überwiegender Meinung und in der Rechtsprechung ein Rechtfertigungselement. Man müsse abwarten, wie die Rechtsprechung die Kombination „wissentlich“ und „unbefugt“ auslege“⁴⁴⁷.

aa. „Unbefugt“ als Tatbestandsmerkmal

Nach der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestags stellt das Merkmal „unbefugt“ ein Tatbestandsmerkmal dar, auf welches sich das Wissen des Täters beziehen muss⁴⁴⁸. „Der Täter, der die Aufnahme an einen Dritten unbefugt weitergebe, müsse wissen, dass er dieses nicht darf“⁴⁴⁹. Sinn und Zweck

⁴⁴⁷ BT-Drucks. 15/2995, S. 6.

⁴⁴⁸ BT-Drucks. 15/2995, S. 6; so auch *Flehsig*, ZUM 2004, 605 (615); *Fischer*, § 201 a Rn. 24; *Koch*, GA 2005, 589 (602); *Heuchemer/Paul*, JA 2006, 616 (620); *Lackner/Kühl*, § 201 a Rn. 8.

⁴⁴⁹ BT-Drucks. 15/2995, S. 6.

sei es, sozialadäquate, nicht strafwürdige Fälle vom Tatbestand auszuschließen⁴⁵⁰. Nach dieser Ansicht muss der Täter somit sicher wissen – in Form des *dolus directus* 2. Grades –, dass er unbefugt handelt.

Bosch ordnet das Merkmal „unbefugt“ zwar auch als Tatbestandsmerkmal ein. Aber seiner Ansicht nach kann der Nachweis, dass der Handelnde sicher wusste, dass er keine Befugnis hatte, die Aufnahme anderen zugänglich zu machen, nicht gelingen. Daher zieht er in Erwägung, „wissentlich unbefugt“ in dem Sinne auszulegen, dass der Täter sicher gewusst haben muss, dass keine *ausdrückliche* Genehmigung der abgebildeten Person vorgelegen hat⁴⁵¹.

bb. „Unbefugt“ als Hinweis auf die Rechtswidrigkeitsebene

Hoyer vertritt die Ansicht, dass „unbefugt“ auch in § 201 a Abs. 3 StGB lediglich auf die Rechtswidrigkeitsebene verweist⁴⁵². Das Wissentlichkeitsmerkmal stehe dem nicht entgegen, da das Vorsatzerfordernis nach der eingeschränkten Schuldtheorie analog für die Rechtswidrigkeitsebene gelte. Bei § 201 a Abs. 3 StGB müsse der Täter bezüglich der Rechtswidrigkeit seines Zugänglichmachens *dolus directus* 2. Grades haben⁴⁵³. Der Täter muss also sicher wissen, dass kein Rechtfertigungsgrund, insbesondere keine Einwilligung, vorliegt.

cc. Stellungnahme

Verkörpert „unbefugt“ ein Tatbestandsmerkmal, schließt eine Einwilligung der abgebildeten Person in die Weitergabe des befugt hergestellten Bildes an Dritte bereits den Tatbestand aus.

Folgt man der Auffassung des Rechtsausschusses des Bundestags, reicht ein Handeln ohne Einwilligung der abgebildeten Person aber zur Erfüllung des Tatbestandes nicht aus. Durch die Einfügung des Wortes „wissentlich“ erfordert der subjektive Tatbestand vielmehr, dass der Täter Vorsatz in Form des *dolus directus* 2. Grades bezüglich der Unbefugtheit seines Handelns hat. Er muss also posi-

⁴⁵⁰ BT-Drucks. 15/2995, S. 6.

⁴⁵¹ *Bosch*, JZ 2005, 377 (382).

⁴⁵² SK-StGB/*Hoyer*, § 201 a Rn. 36.

⁴⁵³ SK-StGB/*Hoyer*, § 201 a Rn. 36.

tiv wissen, dass er die Bildaufnahme ohne Einverständnis der abgebildeten Person, also gegen ihren Willen, einem anderen zugänglich macht. Der *dolus eventualis* als Vorsatzform bezüglich der Unbefugtheit ist demnach ausgeschlossen. Es reicht somit nicht aus, wenn der Täter es lediglich für möglich hält, dass die abgebildete Person nicht damit einverstanden ist, dass er die Aufnahme anderen Personen zeigt.

Bosch ist insofern zuzustimmen, als der Nachweis des sicheren Wissens des Täters, dass er unbefugt gehandelt hat, im Prozess kaum zu erbringen ist. Der Täter wird immer angeben, er sei von einem konkludenten Einverständnis ausgegangen, so dass er sich in einem Tatbestandsirrtum befände, der gemäß § 16 StGB den Vorsatz entfallen ließe. Die Norm ist damit nach dieser Auslegung in der Praxis großen Beweisschwierigkeiten ausgesetzt.

Folgt man der Auslegung von *Bosch* und verlangt ein sicheres Wissen, dass keine *ausdrückliche* Genehmigung der abgebildeten Person vorgelegen hat, macht sich der Täter bereits nach § 201 a Abs. 3 StGB strafbar, sobald er kein ausdrückliches Einverständnis der betroffenen Person zur Weitergabe der Bildaufnahme an Dritte einholt. Indirekt setzt nach dieser Auslegung § 201 a StGB damit voraus, dass vor jedem Zeigen einer befugt hergestellten Aufnahme immer ein ausdrückliches Einverständnis einzuholen ist. Somit wird dem Täter die Berufung auf ein konkludentes Einverständnis verwehrt und damit eine Haftungsverschärfung herbeigeführt. Diese Auslegung mag zwar bei Nacktfotos von der Ex-Freundin zu vertretbaren Lösungen führen, da in diesen Fällen erwartet werden kann, ein ausdrückliches Einverständnis der abgebildeten Person einzuholen. Zu beachten ist jedoch, dass der Gesetzgeber mit der Einfügung des Merkmals „wissentlich“ § 201 a Abs. 3 StGB beschränken wollte. Sozialadäquate Fälle sollten vom Tatbestand ausgeschlossen werden. Das Erfordernis eines ausdrücklichen Einverständnisses führt dagegen zu einer verschärften Strafbarkeit, da die Berufung auf ein konkludentes Einverständnis ausgeschlossen wird. Insbesondere sozialadäquate Handlungen, bei denen der Täter oftmals ein konkludentes Einverständnis annehmen wird, wie zum Beispiel das Herumzeigen der Aufnahme seines Neugeborenen an der Mutterbrust, wären strafbar. Die Auslegung von *Bosch* ist daher abzulehnen.

Es bleibt aber die Frage, ob „unbefugt“ auf der Tatbestandsebene oder der Rechtswidrigkeitsebene einzuordnen ist.

Als Hauptargument für die Einordnung als Tatbestandsmerkmal wird angeführt, dass „unbefugt“ mit dem Vorsatzelement „wissentlich“ kombiniert worden sei⁴⁵⁴. Die Kombination von „wissentlich unbefugt“ bedeutet jedoch nicht stets, dass „unbefugt“ ein Tatbestandsmerkmal darstellt.

In § 108 b Abs. 1 Nr. 2 UrhG findet man ebenfalls die Kombination „wissentlich unbefugt“. Dort heißt es verkürzt dargestellt, wer wissentlich unbefugt eine von Rechteinhabern stammende Information für die Rechtswahrnehmung entfernt oder verändert und dadurch wenigstens leichtfertig die Verletzung von Urheberrechten veranlasst, wird, wenn die Tat nicht ausschließlich zum eigenen privaten Gebrauch des Täters erfolgt, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. In dieser Norm wird das Merkmal „unbefugt“, trotz der Kombination mit dem Vorsatzelement „wissentlich“, lediglich als Hinweis auf allgemeine Rechtfertigungsgründe eingeordnet⁴⁵⁵. Als Argument wird angeführt, dass die Norm die Sozialwidrigkeit ahnde, die in der Verletzungshandlung an sich liege und nicht in der fehlenden Autorisierung. Der Eingriff als solcher verletze das geschützte Rechtsgut, was auch durch eine Einwilligung nicht beseitigt werden könne. Die Einwilligung führe nur dazu, dass das rechtsgutsverletzende Verhalten ausnahmsweise gestattet sei⁴⁵⁶.

Diese Argumentation zur Problematik der Einordnung des Merkmals „unbefugt“ entspricht derjenigen, die bereits in Bezug auf § 201 a Abs. 1 StGB verfolgt worden ist und kann auf § 201 a Abs. 3 StGB übertragen werden. Ahndet § 201 a Abs. 3 StGB eine Sozialwidrigkeit, die in der Verletzungshandlung an sich liegt, ist „unbefugt“ auf der Rechtswidrigkeitsebene einzuordnen. Ergibt sich die Sozialwidrigkeit und damit die Strafwürdigkeit erst aus einer fehlenden Autorisierung, stellt „unbefugt“ ein Tatbestandsmerkmal dar.

Kühl vertritt, dass das Zugänglichmachen befugt hergestellter Aufnahmen in § 201 a Abs. 3 StGB ohne das Merkmal der Unbefugtheit noch kein typisches

⁴⁵⁴ Vgl. *Lackner/Kühl*, § 201 a Rn. 8.

⁴⁵⁵ *Schricker/Vassilaki*, § 108 b Rn. 11.

⁴⁵⁶ *Schricker/Vassilaki*, § 108 b Rn. 11.

Unrecht, sondern sozialübliches Verhalten umschreibt; zum Unrecht werde es erst, wenn gegen den Willen des Abgebildeten gehandelt werde⁴⁵⁷. Dem ist jedoch zu widersprechen: Bei § 201 a Abs. 3 StGB ist die Aufnahme zwar befugt hergestellt worden, die Bildaufnahme beinhaltet aber dennoch eine abstrakt strafwürdige Rechtsgutsverletzung in Form der Verletzung des Geheimhaltungsinteresses des höchstpersönlichen Lebensbereichs. Die Befugnis – zum Beispiel durch Einwilligung – zur Herstellung einer den höchstpersönlichen Lebensbereich betreffenden Bildaufnahme beseitigt nicht den Tatbestand, sondern wirkt lediglich rechtfertigend⁴⁵⁸.

Wenn die befugte Herstellung der Aufnahme eine abstrakt strafwürdige Rechtsgutsverletzung beinhaltet, gilt dies konsequenterweise auch für das Zugänglichmachen dieser Aufnahme. Denn auch durch das Zugänglichmachen – zum Beispiel in Form der Weitergabe an Dritte – wird das Interesse der abgebildeten Person an der Geheimhaltung ihres höchstpersönlichen Lebensbereichs verletzt. Daher liegt das typische Unrecht des § 201 a Abs. 3 StGB nicht bloß in einer fehlenden Autorisierung. Das Merkmal „unbefugt“ ist demnach in § 201 a Abs. 3 StGB als Hinweis auf mögliche Rechtfertigungsgründe zu verstehen.

Für eine solche Einordnung des Merkmals „unbefugt“ spricht auch die Systematik des 15. Abschnitts des StGB und des Tatbestandes des § 201 a StGB. Das Merkmal „unbefugt“ stellt in den §§ 201 ff. StGB und auch in § 201 a Abs. 1 StGB, nur einen Hinweis auf etwaige Rechtfertigungsgründe dar⁴⁵⁹. Würde man „unbefugt“ in § 201 a Abs. 3 StGB als Tatbestandsmerkmal ansehen, würde es innerhalb derselben Norm dogmatisch unterschiedlich eingeordnet werden. Dies würde einen „Bruch im System“⁴⁶⁰ darstellen.

Im Ergebnis ist das Merkmal „unbefugt“ daher auch in § 201 a Abs. 3 StGB als Hinweis auf mögliche Rechtfertigungsgründe einzuordnen.

⁴⁵⁷ Lackner/Kühl, § 201 a Rn. 8.

⁴⁵⁸ Vgl. die Ausführungen zu „unbefugt“ in § 201 a Abs. 1 StGB, S. 111 ff.

⁴⁵⁹ Koch, GA 2005, 589 (602); Eisele, JR 2005, 6 (10); Kühl, AfP 2004, 190 (196).

⁴⁶⁰ Eisele, JR 2005, 6 (10).

Problematisch bleibt die Beurteilung des Vorsatzelementes „wissentlich“. Mit der Einordnung des Merkmals „unbefugt“ auf die Rechtswidrigkeitsebene bezieht sich das Vorsatzelement „wissentlich“ auf Rechtswidrigkeitsgründe. Diese Konstellation stellt zwar ein Novum im StGB dar, sie ist jedoch nicht ausgeschlossen.

Hoyer ist zuzustimmen, dass eine Übertragung des Wissentlichkeitsmerkmals auf die Rechtswidrigkeitsebene möglich ist.

Nach der eingeschränkten Schuldtheorie gilt das Vorsatzerfordernis analog für die Rechtswidrigkeitsebene. Danach ist für die Vorsatzstrafe ein Unrechtsvorsatz, das heißt Kenntnis der Umstände des gesetzlichen Tatbestandes sowie die Nichtannahme rechtfertigender Umstände, erforderlich⁴⁶¹. Dagegen wird der Vorsatz analog § 16 StGB bei der irrtümlichen Annahme rechtfertigender Umstände ausgeschlossen. Während gewöhnlich ein Mitbewusstsein bezüglich des Fehlens rechtfertigender Umstände ausreicht⁴⁶², ist bei einem wissentlich unbefugten Handeln erforderlich, dass der Täter sicher wissen muss, dass Rechtfertigungsgründe nicht eingreifen.

Hoyers Ansicht ist somit im Ergebnis zu folgen. Dabei bleibt das Problem der Beweisführung bestehen. Es ist anzunehmen, dass der Täter auch hier immer behaupten wird, er habe geglaubt oder auch nur für möglich gehalten, dass eine Einwilligung vorliege. Dann wusste er nicht sicher, dass er rechtswidrig handelte, und wäre nicht strafbar. Bei § 201 a Abs. 3 StGB muss somit in Kauf genommen werden, dass die Norm aufgrund der Beweisschwierigkeiten in der Praxis wahrscheinlich keine große Bedeutung erlangen wird.

d. Teleologische Reduktion bei strafunwürdigen Fällen

Ein weiterer Kritikpunkt an § 201 a Abs. 3 StGB ist, dass der Tatbestand Verhaltensweisen erfasst, deren Strafwürdigkeit höchst fraglich ist. Den Tatbestand verwirklicht der Mann, der heimlich Bilder seiner nackten Ex-Freundin im Internet veröffentlicht, genauso wie derjenige, der die Bilder im privaten Kreis einem

⁴⁶¹ *Roxin*, AT I § 14 Rn. 70; vgl. *SK-StGB/Rudolphi*, § 16 Rn. 10.

⁴⁶² *Roxin*, AT I § 14 Rn. 71.

guten Freund zeigt. Fraglich ist, ob letzteres die Grenze der Strafwürdigkeit bereits überschreitet. *Bosch* nennt als weiteres Beispiel den Familienvater, der Fotos seiner Frau beim Stillen des Kindes ohne deren Wissen im Familienkreis zeigt⁴⁶³. Zum Familienvater ist jedoch festzustellen, dass dieser gewöhnlich darauf vertraut, dass eine konkludente Einwilligung seiner Frau vorliegt. Nach der hier favorisierten Auslegung fehlt dem Familienvater in diesem Fall das sichere Wissen im Sinne des *dolus directus* 2. Grades, dass Rechtfertigungsgründe nicht vorliegen. Er macht sich demnach nicht nach § 201 a Abs. 3 StGB strafbar.

Anders hingegen sieht es bei den Fällen aus, in denen nicht an eine konkludente Einwilligung geglaubt wird, deren Strafwürdigkeit aus ganz anderen Gründen fragwürdig erscheint. Zu nennen ist der Fall, in dem ein Redakteur ein für eine bestimmte Veröffentlichung genehmigtes Foto unbefugt an andere Zeitungen weitergibt oder ein Fotograf innerhalb einer Wohnung Nacktaufnahmen eines Models herstellt und diese dann vertragswidrig an weitere Magazine verkauft⁴⁶⁴. Zunächst ist festzustellen, dass diese Fälle unter § 201 a Abs. 3 StGB subsumiert werden können. Das Model befand sich in einer Wohnung und die Weitergabe von Nacktaufnahmen verletzt den höchstpersönlichen Lebensbereich. Der Fotograf, der die Aufnahmen unbefugt weiterverkauft, weiß auch sicher – im Sinne des *dolus directus* 2. Grades – dass für die vertragswidrige Weitergabe der Bildaufnahmen keine Rechtfertigungsgründe eingreifen. Denn in seinem Vertrag wird die Verwendung der Aufnahmen ausdrücklich geregelt sein.

Würden diese Fälle von § 201 a Abs. 3 StGB erfasst werden, hinge die Strafbarkeit bei vertragswidrigem Verkauf professioneller Nacktaufnahmen lediglich davon ab, ob die Fotos in einer Wohnung oder an einem öffentlichen Ort hergestellt worden sind. Diese willkürliche Ungleichbehandlung ist in einem Rechtsstaat jedoch nicht hinnehmbar. *Koch* vertritt daher eine teleologische Reduktion des Tatbestandes. Die Aufnahmen, die von vornherein für anonyme Dritte bestimmt gewesen seien, seien nicht von § 201 a Abs. 3 StGB geschützt. Denn wer eingewilligt habe, dass die Bilder einem unbestimmten Leserkreis zugänglich gemacht

⁴⁶³ *Bosch*, JZ 2005, 377 (381).

⁴⁶⁴ *Koch*, GA 2005, 589 (602).

werden, könne sich nicht auf die Verletzung seiner Intimsphäre berufen⁴⁶⁵. In diesen Fällen wird zwar auch ein Vertrauensbruch begangen, jedoch kein besonders schwerer, persönlicher Vertrauensbruch, sondern einer auf geschäftlicher Ebene.

Es wird eine Vertragsverletzung begangen, der mit Mitteln des Zivilrechts ausreichend begegnet werden kann. Der Fotograf kann zum Beispiel gemäß den §§ 812 ff. BGB zur Zahlung der üblichen Lizenzgebühr verurteilt werden. Eine Strafverfolgung ist nicht gerechtfertigt. Zudem haben die Models ihre Intimsphäre preisgegeben. Sie bedarf in diesen Fällen nicht mehr des Schutzes durch § 201 a StGB. Würde man eine Strafbarkeit annehmen, würde § 201 a StGB kommerzielle Interessen der abgebildeten Person schützen. Der Schutzzweck des § 201 a StGB besteht aber in dem Schutz der Intimsphäre vor der Öffentlichkeit und nicht im Schutz von Vermögenswerten. Die teleologische Reduktion ist daher zu befürworten. Unter einer „befugt hergestellten Bildaufnahme“ im Sinne des § 201 a Abs. 3 StGB ist somit nur eine Aufnahme zu verstehen, die nicht von vornherein für anonyme Dritte bestimmt gewesen ist.

e. Beurteilung des § 201 a Abs. 3 StGB

Insgesamt ist § 201 a Abs. 3 StGB im Ergebnis als missglückte Vorschrift einzustufen. Sie weist durch die Kombination von „wissentlich unbefugt“ dogmatische Schwierigkeiten auf. Zudem wird sie in der Praxis erheblichen Beweisschwierigkeiten ausgesetzt sein. Die Erforderlichkeit einer teleologischen Reduktion bringt des Weiteren zum Ausdruck, dass dem Gesetzgeber eine präzise Abgrenzung von strafwürdigem und strafunwürdigem Verhalten nicht gelungen ist. Es bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung die Probleme des § 201 a Abs. 3 StGB handhaben wird.

⁴⁶⁵ Koch, GA 2005, (602).

5. Rechtfertigungsmöglichkeiten

a. Anwendbarkeit allgemeiner Rechtfertigungsgründe

Die allgemeinen Rechtfertigungsgründe sind anwendbar⁴⁶⁶. In Betracht kommen vor allem die Einwilligung sowie die Rechtfertigungsgründe der Notwehr und des Notstands.

aa. Einwilligung

Praxisrelevant ist vor allem die Einwilligung. Wenn die abgebildete Person in die Herstellung der Aufnahme einwilligt, handelt der Täter nicht mehr unbefugt. Sind auf einer Bildaufnahme mehrere Personen abgebildet, kann jede Person nur für sich selbst eine Einwilligung abgeben⁴⁶⁷. Die Einwilligung kann ausdrücklich, aber auch konkludent erteilt werden. Eine konkludente Einwilligung wird aber nur dann annehmbar sein, wenn die betroffene Person Kenntnis von der Bildaufnahme hat und es trotz Kenntnis unterlässt, der Aufnahme entgegenzuwirken⁴⁶⁸. Anderenfalls gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass die betroffene Person mit der Herstellung einer Bildaufnahme einverstanden ist.

Auch eine mutmaßliche Einwilligung kommt als Rechtfertigungsgrund in Betracht. Sie ist aber gegenüber der Einwilligung subsidiär, das heißt wenn der Täter die betroffene Person befragen kann, ist eine Rechtfertigung über eine mutmaßliche Einwilligung nicht möglich⁴⁶⁹. Eine mutmaßliche Einwilligung setzt voraus, dass der Betroffene nicht rechtzeitig einwilligen kann⁴⁷⁰.

Bezüglich § 201 a Abs. 1 StGB wird die mutmaßliche Einwilligung in der Regel daran scheitern, dass der Täter bei der Herstellung der Aufnahme der betroffenen Person gegenübersteht und somit die Möglichkeit hatte, vor der Aufnahme eine Einwilligung der betroffenen Person einzuholen.

⁴⁶⁶ BT-Drucks. 15/2466, S. 5; BT-Drucks. 15/2995, S. 6.

⁴⁶⁷ NK-StGB/Kargl, § 201 a Rn. 16.

⁴⁶⁸ So auch NK-StGB/Kargl, § 201 a Rn. 16.

⁴⁶⁹ Kühl, AT § 9 Rn. 46; Roxin, AT I § 18 Rn. 10; Hoyer, JR 2000, 473 (474); Lenckner in Schönke/Schröder, Vorbem. § 32 Rn. 54.

⁴⁷⁰ BVerfG NJW 2002, 2164 (2165); Fischer, Vorbem. § 32 Rn. 4; Kindhäuser, AT § 19 Rn. 5.

bb. Notwehr und rechtfertigender Notstand

Zudem könnte auch eine Rechtfertigung durch Notwehr gemäß § 32 StGB oder durch Notstand gemäß § 34 StGB möglich sein. Bei § 201 StGB ist in den Fällen der Erpressungskonstellationen nach überwiegender Ansicht die Aufnahme der Stimme des Erpressers gerechtfertigt, wobei unterschiedlich Notwehr oder Notstand als Rechtfertigungsgrund herangezogen werden⁴⁷¹.

Auch bei § 201 a StGB kann die Aufnahme eines Erpressers gerechtfertigt sein, wenn die Dauergefahr einer Erpressung anders nicht beendet werden kann⁴⁷². Notwehr oder Notstand dürften aber bei § 201 a StGB eher selten einschlägig sein. Es sind nur wenige Ausnahmefälle denkbar, in denen gerade eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs des Täters durch Bildaufnahmen zur Verteidigung von Rechtsgütern erforderlich ist. Zu denken ist zum Beispiel an Fälle, in denen heimlich Fotos von regelmäßigem sexuellem Missbrauch hergestellt werden, um den Täter zu überführen und weitere Übergriffe zu verhindern. In diesem Fall ist eine Rechtfertigung nach § 34 StGB möglich. Die Notstandslage besteht in einer Dauergefahr für das geschützte Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit und sexuellen Selbstbestimmung des Opfers. Eine Bildaufnahme ist geeignet, die Gefahr zu beenden. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung des § 34 StGB überwiegt hier das geschützte Interesse des Opfers an seiner körperlichen Unversehrtheit gegenüber dem beeinträchtigten Interesse des Täters an der Unverletzbarkeit seines höchstpersönlichen Lebensbereichs. Handelt der Fotograf zudem mit Rettungswillen, ist er gemäß § 34 StGB gerechtfertigt.

Vertritt man mit der herrschenden Meinung, dass auch Rechtsgüter der Allgemeinheit durch § 34 StGB geschützt werden⁴⁷³, kann sich auch die Presse bei

⁴⁷¹ BGH NJW 1982, 277 (278); BGH NJW 1958, 1344 (1345); BVerfG, NJW 2002, 3619 (3624); BGHSt 34, 39 (51); NK-StGB/Kargl, § 201 Rn. 25; Kramer, NJW 1990, 1760 (1762); Wölfl, JURA 2000, 231 (232); SK-StGB/Hoyer, § 201 Rn. 39; Lenckner in Schönke/Schröder, § 201 Rn. 31 a.

⁴⁷² Hoppe, GRUR 2004, 990 (994).

⁴⁷³ Krey, AT 1 Rn. 544; Kühl, AT § 8 Rn. 27 ff.; Fischer, § 34 Rn 3 a; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 34 Rn. 10; LK-StGB/Zieschang, § 34 Rn. 23; Kindhäuser, AT § 17 Rn. 17; a. A: SK-StGB/Günther, § 34 Rn. 23.

Aufnahmen zur Aufdeckung von gesellschaftlichen Missständen auf § 34 StGB berufen. Zu beachten ist aber, dass es für eine Rechtfertigung nach § 34 StGB nicht ausreicht, wenn die Bildherstellung dem bloßen Informationsinteresse der Allgemeinheit dient. Vielmehr verlangt § 34 StGB, dass die Aufnahme geeignet und erforderlich zur Gefahrabwendung für ein Rechtsgut der Allgemeinheit ist, welches gegenüber dem Interesse der abgebildeten Person an der Unverletzbarkeit ihres höchstpersönlichen Lebensbereichs überwiegt. Diese Voraussetzung dürfte aber nur in den wenigsten Fällen gegeben sein zum Beispiel, wenn die Bildaufnahmen der Aufdeckung und dadurch der Beendigung schwerer Straftaten⁴⁷⁴ oder erheblicher gesellschaftlicher Missstände – u.a. in Pflegeheimen und ähnlichen Institutionen – dienen.

Im Rahmen der Interessenabwägung wird daher sehr genau untersucht werden müssen, ob die Herstellung der Bildaufnahme bloßer Information und Neugier der Allgemeinheit oder aber der Abwendung einer Gefahr für ein rechtlich geschütztes Interesse der Allgemeinheit dient.

Ein allgemeiner Beweisnotstand auch zur Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche ist aber abzulehnen, da der Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs des Täters im Rahmen der Interessenabwägung des § 34 StGB überwiegt⁴⁷⁵.

Die allgemeinen Rechtfertigungsgründe der Notwehr und des Notstandes dürften im Ergebnis gegenüber der Einwilligung eine sehr untergeordnete Rolle spielen.

b. Anwendbarkeit besonderer Rechtfertigungsgründe

Neben den allgemeinen Rechtfertigungsgründen kommen möglicherweise auch besondere Rechtfertigungsgründe in Betracht.

aa. Spezialgesetzliche Befugnisnormen der StPO

Die StPO enthält einige Vorschriften, die die Herstellung von Lichtbildaufnahmen gegen den Willen des Betroffenen zulassen. Diese Vorschriften gelten je-

⁴⁷⁴ Vgl. *Schertz*, AfP 2005, 421 (428); vgl. *SK-StGB/Hoyer*, § 201 a Rn. 26; *Flechtsig*, ZUM 2005, (609) *Kühl*, AfP 2004, 190 (197).

⁴⁷⁵ Vgl. *NK-StGB/Kargl*, § 201 a Rn. 17; *Hoppe*, GRUR 2004, 990 (994).

doch nur für das Handeln der Strafverfolgungsbehörden und rechtfertigen somit nicht das Handeln Privater.

Gemäß § 81 b StPO dürfen, soweit es für die Zwecke der Durchführung des Strafverfahrens notwendig ist, Lichtaufnahmen des Beschuldigten gegen seinen Willen aufgenommen werden.

Die Vorschrift gestattet Identifizierungsmaßnahmen und Maßnahmen für erkennungsdienstliche Zwecke⁴⁷⁶. Da grundsätzlich die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme gewahrt werden muss, sind auch hier kaum Fallkonstellationen denkbar, in denen eine den höchstpersönlichen Lebensbereich verletzende Aufnahme des Beschuldigten notwendig und zulässig ist.

§ 100 h Abs. 1 Nr. 1 StPO gestattet die Herstellung von Lichtbildern zu Zwecken der Observation, allerdings nur außerhalb einer Wohnung⁴⁷⁷. Aufnahmen von Personen, die sich in gegen Einblick besonders geschützten Räumen im Sinne des § 201 a StGB aufhalten, können demnach theoretisch nach § 100 h Abs. 1 Nr. 1 StPO zulässig sein. Jedoch wird die Zulässigkeit einer tatbestandsmäßigen Aufnahme im Sinne des § 201 a StGB auch hier gewöhnlich an der Unverhältnismäßigkeit der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs scheitern.

bb. Analoge Anwendung des § 193 StGB auf § 201 a StGB

§ 201 a StGB selbst enthält keinen besonderen Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen. Möglicherweise könnte man einen solchen aber analog anwenden. In Betracht kommt § 193 StGB. Er normiert besondere Rechtfertigungsgründe für den Bereich der Beleidigungsdelikte. Gemäß § 193 StGB ist eine Beleidigung unter Umständen nicht strafbar, wenn sie unter anderem zur Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen begangen worden ist. Ob eine Wahrnehmung berechtigter Interessen einschlägig ist, ist durch eine Abwägung zu ermitteln, wobei insbesondere die in Art. 5 GG garantierte Meinungs- und Pressefreiheit zu berücksichtigen ist.

⁴⁷⁶ Meyer-Goßner, § 81 b StPO Rn. 2, 3.

⁴⁷⁷ Meyer-Goßner, § 100 h StPO Rn. 1.

Auch Handlungen von Journalisten, die den Tatbestand des § 201 a StGB verwirklichen, könnten durch die Pressefreiheit geschützt sein. Fraglich ist, ob § 193 StGB analog bezüglich § 201 a StGB angewendet werden kann. Das setzt zunächst voraus, dass eine Analogie im Strafrecht überhaupt möglich ist. Art. 103 Abs. 2 GG enthält ein Verbot für strafbegründende oder strafschärfende Gesetzesanalogien, also solchen, die zu Lasten des Täters wirken⁴⁷⁸. Wenn eine Analogie im Strafrecht zu Gunsten des Täters eingesetzt wird, ist sie demnach möglich. Da Rechtfertigungsgründe immer zu Gunsten des Täters wirken, ist eine analoge Anwendung jedenfalls nicht ausgeschlossen.

Voraussetzung für jede Analogie ist aber eine planwidrige Regelungslücke, an der es hier bereits fehlt. Die Entwürfe der FDP-Fraktion und der CDU/CSU-Fraktion hatten noch die Rechtswidrigkeit der Tat verneint, wenn die Tat zur Wahrnehmung überragender öffentlicher Interessen begangen wird⁴⁷⁹. Dabei sollte die Rechtfertigung inhaltsgleich mit § 193 StGB sein⁴⁸⁰. Letztlich hat sich der Gesetzgeber aber ausdrücklich gegen einen besonderen Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung überragender öffentlicher Interessen entschieden. Der Gesetzgeber hat also die Problematik gesehen und sich mit dem Thema eines besonderen Rechtfertigungsgrundes befasst. Daher liegt keine planwidrige Regelungslücke vor. Eine analoge Anwendung des § 193 StGB ist im Ergebnis abzulehnen⁴⁸¹.

cc. Analoge Anwendung der §§ 23 ff. KunstUrhG auf § 201 a StGB

In den §§ 23 ff. KunstUrhG sind Ausnahmen normiert, in denen eine Einwilligung der abgebildeten Person nicht erforderlich ist. Gemäß § 23 Abs. 1 KunstUrhG ist sie entbehrlich bei Bildnissen aus dem Bereich der Zeitgeschichte, bei Bildern, auf denen die Personen nur als Beiwerk einer Landschaft erscheinen, Bildern von Versammlungen und bei Bildnissen, die einem höheren Interesse der Kunst dienen.

⁴⁷⁸ BGHSt, 35, 390, 395; BVerfGE 73, 206 (234 ff.); Krey, AT 1 § 3 Rn. 85; vgl. Roxin, AT I § 5 Rn. 8.

⁴⁷⁹ BT-Drucks. 15/361, S. 2; BT-Drucks. 15/533, S. 2.

⁴⁸⁰ BT-Drucks. 15/533, S. 4.

⁴⁸¹ So auch Fischer, § 201 a Rn. 16.

Gemäß § 24 KunstUrhG dürfen Behörden ohne Einwilligung Bildnisse, die dem Zwecke der Rechtspflege und der öffentlichen Sicherheit dienen, veröffentlichen. Fraglich ist, ob diese Fälle auf § 201 a StGB übertragbar sind und die §§ 23 ff. KunstUrhG analog auf § 201 a StGB angewendet werden können.

Dass es sich bei §§ 23 ff. KunstUrhG um zivilrechtliche Normen handelt, steht einer analogen Anwendung auf § 201 a StGB nicht entgegen. Die Einheit der Rechtsordnung gebietet, dass auch Erlaubnissätze des Zivilrechts, die Rechtswidrigkeit von Straftatbeständen ausschließen. So sind zum Beispiel auch §§ 228, 904 BGB als Rechtfertigungsgründe anerkannt.

Zunächst ist § 23 KunstUrhG zu untersuchen. Fraglich ist, ob die genannten Ausnahmen bei § 201 a StGB überhaupt einschlägig sein können. § 201 a StGB erfasst nur Bilder, die in einer geschützten Räumlichkeit hergestellt wurden und den höchstpersönlichen Lebensbereich verletzen. Diese Art von Bildern ist meines Erachtens nur bei Bildnissen von Personen der Zeitgeschichte und bei Bildnissen, die einem höheren Interesse der Kunst dienen wie zum Beispiel Aktaufnahmen möglich.

Zu klären ist damit, ob in diesen zwei Fällen, wenn der Tatbestand des § 201 a StGB erfüllt ist, § 23 KunstUrhG analog angewendet werden kann.

Voraussetzung für jede Analogie ist das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage. Es ist bereits fraglich, ob eine Regelungslücke besteht. Der Gesetzgeber hat einen besonderen Rechtfertigungsgrund entsprechend dem § 193 StGB in Erwägung gezogen, im Ergebnis aber abgelehnt. Die Möglichkeit besonderer Rechtfertigungsgründe ist damit vom Gesetzgeber erkannt worden. Dies spricht gegen die Planwidrigkeit einer möglichen Lücke. Hätte der Gesetzgeber die Anwendbarkeit von § 23 ff. KunstUrhG befürwortet, hätte er dies durch einen Verweis in § 201 a StGB zum Ausdruck bringen können. Da ein solcher Verweis in § 201 a StGB keinen Eingang gefunden hat, ist davon auszugehen, dass eine Anwendung der §§ 23 ff. KunstUrhG nicht gewollt ist. Auch dies spricht gegen das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke.

Ob tatsächlich eine Lücke besteht, kann aber dahingestellt bleiben, wenn die Ausnahmen der § 23 ff. KunstUrhG ohnehin bezüglich § 201 a StGB nicht einschlägig sind.

Der Sinn und Zweck der §§ 23 ff. KunstUrhG besteht darin, das Recht am eigenen Bild mit der Pressefreiheit und dem Informationsinteresse der Allgemeinheit in Einklang zu bringen⁴⁸². § 23 Abs. 2 KunstUrhG sieht zu diesem Zweck eine Interessenabwägung zwischen dem Recht am eigenen Bild der abgebildeten Person und dem Informationsinteresse der Allgemeinheit vor.

§ 201 a StGB dagegen sieht diese Abwägung nicht vor. Dies hängt damit zusammen, dass er einen wesentlich engeren Schutzbereich aufweist. Das Recht am eigenen Bild ist nur im Rahmen des höchstpersönlichen Lebensbereichs geschützt, der insbesondere die Intimsphäre beinhaltet und nach der Gesetzesbegründung mit dem Bereich privater Lebensgestaltung umschrieben wird, in dem eine Abwägung zwischen dem Interesse der Allgemeinheit und dem Interesse des Einzelnen nicht stattfindet⁴⁸³.

Im Rahmen des § 23 Abs. 2 KunstUrhG überwiegt die Intimsphäre der abgebildeten Person gegenüber dem Informationsinteresse der Allgemeinheit⁴⁸⁴. Der Begriff des „höchstpersönlichen Lebensbereichs“ ist in Bezug auf § 23 KunstUrhG noch nicht verwendet worden. Aus seiner Nähe zur Intimsphäre und dem Umstand, dass er nach der Gesetzesbegründung keiner Abwägung mit dem Allgemeininteresse zugänglich sein soll, ergibt sich aber, dass auch der höchstpersönliche Lebensbereich bei einer Abwägung mit dem allgemeinen Informationsinteresse im Rahmen des § 23 KunstUrhG überwiegt. Daher kann ein Eingriff in den höchstpersönlichen Lebensbereich nicht aufgrund eines Überwiegens des bloßen Informationsinteresses der Allgemeinheit gemäß § 23 KunstUrhG gerechtfertigt werden. Es bleibt demnach kein Raum für eine

⁴⁸² Vgl. Schrickler/*Götting*, § 60/§23 KUG Rn. 1.

⁴⁸³ BT-Drucks. 15/2466, 3 (5).

⁴⁸⁴ *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 23 KUG Rn. 27; *Fricke* in *Wandtke/Bullinger*, § 23 KUG Rn. 40; *Schricker/Götting*, § 60/§ 23 KUG Rn. 102; *Eisele*, JR 2005, 6 (10).

Interessenabwägung und demzufolge auch kein Raum für eine analoge Anwendung des § 23 KunstUrhG.

Auf den ersten Blick könnte man dieses Ergebnis als Widerspruch zu einer möglichen Rechtfertigung nach § 34 StGB sehen, in dem eine Interessenabwägung zu Lasten des höchstpersönlichen Lebensbereichs der betroffenen Person ausfallen kann. Es ist jedoch zwischen der Abwägung im Rahmen des § 23 KunstUrhG auf der einen Seite und derjenigen des § 34 StGB auf der anderen Seite zu differenzieren.

Bei § 23 KunstUrhG wird unmittelbar zwischen dem Informationsinteresse der Allgemeinheit – und der dahinter stehenden Pressefreiheit – und dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen abgewogen.

Im Gegensatz dazu findet im Rahmen des § 34 StGB keine direkte Abwägung mit dem bloßen Informationsinteresse der Allgemeinheit statt. Vielmehr wird eine Abwägung zwischen einem, sich *in Gefahr* befindenden, geschützten Rechtsgut, welches ein Rechtsgut der Allgemeinheit sein kann, und dem beeinträchtigten Interesse des Abgebildeten am Schutz seines höchstpersönlichen Lebensbereichs vorgenommen. Das bedeutet, wenn die Presse Bildaufnahmen herstellt, müssen diese zur Abwendung einer Gefahr für ein rechtlich geschütztes Allgemeininteresse erforderlich sein. § 34 StGB erfordert demnach andere Voraussetzungen als § 23 KunstUrhG, so dass eine unterschiedliche Beurteilung der Normen keinen Widerspruch darstellt.

Möglicherweise könnte aber § 24 KunstUrhG analog angewendet werden. Diesbezüglich ist aber ebenfalls aufgrund der oben gemachten Ausführungen eine planwidrige Regelungslücke eher zu verneinen.

§ 24 KunstUrhG erlaubt nur Behörden die Veröffentlichung von Bildnissen zum Zweck der Rechtspflege. Daher kommt diese Norm als Rechtfertigungsgrund für Privatpersonen nicht in Betracht. Typische Fälle des § 24 KunstUrhG sind die Veröffentlichung von Bildnissen gesuchter Straftäter oder von vermissten Personen. Auch Fernsehsendungen, die im Ersuchen der Staatsanwaltschaft Fahndungshilfe leisten, sind nach § 24 KunstUrhG zulässig. Die in diesem Zusammenhang verwendeten Bilder, zumeist Portraitfotos, verletzen den höchstpersön-

lichen Lebensbereich der abgebildeten Person allerdings nicht. Fraglich ist, ob überhaupt eine Veröffentlichung von Bildnissen, die den höchstpersönlichen Lebensbereich verletzen, zugunsten der Rechtspflege nötig und verhältnismäßig ist. § 24 KunstUrhG setzt zwar keine Interessenabwägung im Einzelfall voraus, aber das Handeln von Behörden unterliegt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁴⁸⁵. Insofern wird auch hier von Gesetzes wegen eine Interessenabwägung vorgenommen, in der das Interesse an der Aufklärung und der Verhinderung von Straftaten gegenüber dem Persönlichkeitsrecht der betroffenen Person überwiegt⁴⁸⁶. Bildaufnahmen, die den höchstpersönlichen Lebensbereich, also insbesondere die Intimsphäre, verletzen, sind nicht verhältnismäßig. So darf meines Erachtens eine Aufnahme von einem sexuellen Missbrauch, die Täter und Opfer abbildet, zwecks Fahndung aus Gründen der Unverhältnismäßigkeit nicht veröffentlicht werden. Dies dürfte aber auch nicht erforderlich sein, da es zur Fahndung ausreicht, den Kopf der gesuchten Person abzubilden, und die Bildaufnahme insoweit technisch bearbeitet werden kann. Problematisch könnte ausschließlich die Herstellung der Aufnahme sein, was jedoch nicht von § 24 KunstUrhG erfasst wird: § 24 KunstUrhG erlaubt nur das Vervielfältigen, Verbreiten oder öffentliche Zurschaustellen eines Bildnisses. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass für eine analoge Anwendung des § 24 KunstUrhG kein Raum bleibt.

6. Strafmaß

Die Strafdrohung beträgt Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. Damit fällt das Strafmaß deutlich geringer aus als bei § 201 StGB, der in seinem Grundtatbestand eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vorsieht. Ein Grund für die unterschiedlich hohe Strafandrohung ist hingegen nicht erkennbar, da schließlich beide Delikte den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bezwecken und der Schutz des Rechts am eigenen Bild nicht weniger wiegt als der Schutz des gesprochenen Wortes, zumal bei § 201 a StGB zusätzlich der höchstpersönliche Lebensbereich betroffen ist.

⁴⁸⁵ Dreier in Dreier/Schulze, § 24 KUG Rn. 7.

⁴⁸⁶ Schricker/Götting, § 60/24 KUG Rn. 4.

Vergleicht man die Strafraumen der anderen Vorschriften des 15. Abschnitts des StGB stellt man fest, dass die Obergrenze des Strafraumens bis auf § 201 Abs. 3 StGB und § 206 Abs. 1 StGB zwischen einem und drei Jahren liegt. Lediglich die Qualifikation des § 201 Abs. 3 StGB für Amtsträger und § 206 Abs. 1 StGB sehen mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren ein höheres Strafmaß vor. Somit kann man zugunsten des Gesetzgebers sagen, dass § 201 a StGB insgesamt dem Strafraumengefüge des 15. Abschnitts des StGB entspricht. Zudem entspricht das Strafmaß auch dem des § 33 KunstUrhG und trägt somit zu einer einheitlichen strafrechtlichen Sanktionierung der Verletzung des Rechts am eigenen Bild bei.

7. Konkurrenzen innerhalb des § 201 a StGB

Es können nur die Tathandlungen im Sinne der § 201 a Abs. 1 StGB und § 201 a Abs. 2 StGB aufeinandertreffen. § 201 a Abs. 1, 2 StGB und § 201 a Abs. 3 StGB schließen sich dagegen aus, da § 201 a Abs. 3 StGB eine befugte Aufnahme voraussetzt, während es sich in den vorhergehenden Absätzen um eine unbefugte Bildaufnahme handeln muss.

Innerhalb des § 201 a Abs. 1 StGB schließen sich ebenfalls die Handlungen „Herstellen“ und „Übertragen“ bezüglich derselben Bildaufnahme gegenseitig aus, da das Übertragen im Gegensatz zum Herstellen gerade keine Speicherung der Bildaufnahmen beinhaltet.

Das Herstellen im Sinne des Abs. 1 und Gebrauchen der Aufnahme im Sinne des Abs. 2 wird von einem späteren Zugänglichmachen im Sinne des Abs. 2 verdrängt, wenn der Täter schon bei der Herstellung der Aufnahme den Vorsatz hatte, diese später Dritten zugänglich zu machen⁴⁸⁷. Das Zugänglichmachen stellt nämlich die intensivere Rechtsgutsverletzung dar, indem die Aufnahme den Täterkreis verlässt und weiteren Personen bekannt gegeben wird. Fasst der Täter dagegen erst später den Entschluss des Zugänglichmachens, ist Tatmehrheit anzunehmen⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ SK-StGB/Hoyer, § 201 a Rn. 40; Fischer, § 201 a Rn. 30.

⁴⁸⁸ Fischer, § 201 a Rn. 30.

Realkonkurrenz ist auch anzunehmen, wenn Bildaufnahmen mehrmals gebraucht werden oder einzelne Bildaufnahmen mehreren verschiedenen Personen zugänglich gemacht werden⁴⁸⁹.

8. Verhältnis von § 201 a StGB zu § 33 KunstUrhG

§ 201 a StGB und § 33 KunstUrhG dienen beide dem Bildaufnahmeschutz. Im Gegensatz zu § 201 a StGB befindet sich § 33 KunstUrhG aber im Nebenstrafrecht. Daneben weisen die Normen noch weitere Unterschiede auf.

a. Unterschiede

Beim Vergleich der Normen fällt zunächst auf, dass im Gegensatz zu § 33 KunstUrhG der § 201 a StGB kein Privatklagedelikt, sondern ein Antragsdelikt ist. Es wird gemäß § 205 StGB auf Antrag verfolgt.

Ferner ist zu bemerken, dass § 201 a StGB zwar keine Abwägung vorsieht, dafür aber den Schutz auf den höchstpersönlichen Lebensbereich innerhalb der geschützten Räumlichkeiten begrenzt.

§ 33 KunstUrhG dagegen ist grundsätzlich weiter gefasst, insbesondere örtlich nicht eingeschränkt. Er ermöglicht dafür aber im Rahmen der §§ 22, 23 KunstUrhG eine Abwägung. Die Normen weisen somit starke strukturelle Unterschiede auf.

§ 201 a StGB wurde eingeführt, um den § 33 KunstUrhG zu ergänzen, der nur das Verbreiten und öffentliche Zurschaustellen von Aufnahmen unter Strafe stellt⁴⁹⁰. § 201 a Abs. 1 StGB beseitigt die Strafbarkeitslücke, die bezüglich des Herstellens von Aufnahmen bestand. Zudem erfasst er auch das private Herumzeigen von Bildaufnahmen.

b. Konkurrenzen

§ 33 KunstUrhG ist von der Einführung des § 201 a StGB nicht beeinträchtigt worden. Die Vorschrift besteht weiterhin im Nebenstrafrecht und stellt das

⁴⁸⁹ SK-StGB/Hoyer, § 201 a Rn. 40.

⁴⁹⁰ BT-Drucks. 15/2466, S. 4.

Verbreiten oder öffentliche Zurschaustellen entgegen den §§ 22, 23 KunstUrhG unter Strafe. Der Gesetzgeber hat ausdrücklich festgestellt, dass es bei dem zusätzlichen Schutz des § 33 KunstUrhG bleibt⁴⁹¹. Zu klären ist daher, wie die beiden Vorschriften zueinander stehen.

Das Zugänglichmachen einer Aufnahme im Sinne des § 201 a Abs. 2 StGB kann zugleich ein „Verbreiten“ oder „öffentliches Zurschaustellen“ der Aufnahme im Sinne des § 33 KunstUrhG darstellen. Wenn beide Tatbestände einschlägig sind, verdrängt § 201 a Abs. 2 StGB als Spezialtatbestand den § 33 KunstUrhG, da das Zugänglichmachen im Sinne des § 201 a StGB eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs beinhaltet⁴⁹². Es ist also die intensivere Rechtsgutsverletzung.

Ist die abgebildete Person im Zeitpunkt des Zugänglichmachens allerdings bereits verstorben, ist § 201 a Abs. 2 StGB nicht mehr einschlägig. Der Täter bleibt aber wegen des „Verbreitens“ der Aufnahme gemäß § 33 KunstUrhG strafbar. Fraglich ist, wie dann die Herstellung der Aufnahme im Sinne des § 201 a Abs. 1 StGB zu dem Verbreiten derselben im Sinne des § 33 KunstUrhG steht. In diesem Fall tritt die Herstellung der Aufnahme nicht zurück. Sie beinhaltet durch die Verletzung des persönlichen Rückzugsbereichs eine qualitativ stärkere Verletzung des Rechts am eigenen Bild. Um dies zum Ausdruck zu bringen, stehen § 33 KunstUrhG und § 201 a Abs. 1 StGB in Tatmehrheit zueinander⁴⁹³.

Bei einem einheitlichen Vorsatz bezüglich der Herstellung und anschließenden Verbreitung kann allerdings auch hier Tateinheit angenommen werden.

Das Nebeneinander des § 201 a StGB und des § 33 KunstUrhG führt zu einigen Unübersichtlichkeiten. Daher wäre es ratsam gewesen, den § 33 KunstUrhG vollständig in § 201 a StGB zu integrieren.

⁴⁹¹ BT-Drucks. 15/2995, S. 5.

⁴⁹² SK-StGB/Hoyer, § 201 a Rn. 40; vgl. Hoppe, GRUR 2004, 990 (995).

⁴⁹³ Lackner/Kühl, § 201 a Rn. 11; Fischer, § 201 a Rn. 30; a.A: SK-StGB/Hoyer, § 201 a Rn. 40: Idealkonkurrenz.

9. Das Erfordernis eines Strafantrags gemäß § 205 StGB

Gemäß § 205 Abs. 1 StGB ist ein Strafantrag Voraussetzung für die Verfolgung einer Tat nach § 201 a StGB. Das Strafantragserfordernis gilt, abgesehen von zwei Ausnahmen (§ 201 Abs. 3 StGB und § 206 StGB), für alle Delikte des 15. Abschnitts des StGB. In dieser Hinsicht entspricht § 201 a StGB der Systematik des 15. Abschnitts des StGB.

Antragsberechtigt ist gemäß § 77 Abs. 1 StGB der Verletzte, also derjenige, in dessen Rechtsgut durch die Tat unmittelbar eingegriffen worden ist⁴⁹⁴. Somit ist die Person antragsberechtigt, von der den höchstpersönlichen Lebensbereich verletzende Bildaufnahmen hergestellt, gebraucht oder Dritten zugänglich gemacht wurden.

Begründet wurde die Einordnung des § 201 a StGB als Antragsdelikt damit, dass es um den höchstpersönlichen Lebensbereich einer Person gehe und diese selbst entscheiden solle, ob ein Strafverfahren in Gang gesetzt werde⁴⁹⁵. Der Begründung ist zuzustimmen, da durch einen Prozess weitere Personen die Aufnahmen aus dem höchstpersönlichen Lebensbereich des Betroffenen zur Kenntnis nehmen. Würde die abgebildete Person nicht selbst über eine Strafverfolgung entscheiden können, könnte ihr eine erneute Bloßstellung ihres höchstpersönlichen Lebensbereichs gegenüber weiteren an dem Prozess beteiligten Personen aufgezwungen werden. Das kann aber nicht der Sinn einer Vorschrift sein, die dem Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs dient.

10. § 201 a Abs. 4 StGB

Nach § 201 a Abs. 4 StGB können die Bildträger sowie Bildaufnahmegeräte oder andere technische Mittel, die der Täter oder Teilnehmer verwendet hat, eingezogen werden. § 74 a StGB ist anzuwenden.

Dieser Absatz der Vorschrift ist der Gesetzesbegründung zufolge § 201 Abs. 5 StGB nachgebildet⁴⁹⁶. Die Einziehung der Aufnahme und der technischen Geräte dient der Beweissicherung. Durch den Verweis auf § 74 a StGB

⁴⁹⁴ *Stree/Sternberg-Lieben* in Schönke/Schröder, § 77 Rn. 10.

⁴⁹⁵ BT-Drucks. 15/1891, S. 7; BT-Drucks. 15/2466, S. 5.

⁴⁹⁶ BT-Drucks. 15/2466, S. 5.

können die genannten Gegenstände nicht nur vom Täter selbst eingezogen werden, sondern auch von Dritten. Jedoch ist bei jeder Einziehung gemäß § 74 b StGB der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren. Die Einziehung darf nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der begangenen Tat und zum Vorwurf, der den Täter oder Teilnehmer oder den von der Einziehung betroffenen Dritten trifft, stehen.

11. Kritik an § 201 a StGB

Der § 201 a StGB ist zum Teil stark kritisiert worden, vor allem auch von Seiten der Medienverbände. Der folgende Abschnitt dient der Darstellung der Hauptkritikpunkte und soll untersuchen, ob sie berechtigt sind.

a. „Problem“ des investigativen Journalismus

Die Presse lebt vor allem von der Bildberichterstattung. Denn Bilder ziehen das Interesse der Leser auf die jeweiligen Zeitschriften und werden deshalb nicht grundlos oft als „Aufhänger“ für brisante Artikel verwendet. Die Einführung des § 201 a StGB ist daher für die Presse von nicht unbedeutender Relevanz.

Die Presse beurteilt die Einführung des § 201 a StGB überwiegend kritisch. Der § 201 a Abs. 1 StGB tangiere das „Kernarbeitsfeld“ von Pressefotografen, es wird von einer „praktischen Beschneidung der investigativen Recherche“ gesprochen⁴⁹⁷. Der Tatbestand des § 201 a StGB führe zu Verunsicherungen der Journalisten und Fotografen⁴⁹⁸.

§ 201 a StGB stellt bereits das Herstellen einer Aufnahme unter Strafe. Während bislang erst in der Redaktion in aller Ruhe beurteilt werden konnte, ob eine Veröffentlichung bestimmter Aufnahmen zulässig ist, muss der Fotograf die Entscheidung, ob der beabsichtigte „Schnappschuss“ den Straftatbestand verwirklicht, jetzt in den wenigen Sekunden treffen, bevor er das Bild herstellt. Zudem muss er vor Ort Auslegungsfragen bezüglich des geschützten Raumes und der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs bewältigen.

⁴⁹⁷ *Tillmanns/Führ*, ZUM 2005, 441 (442).

⁴⁹⁸ *Hesse*, ZUM 2005, 432 (433); *Obert/Gottschalck*, ZUM 2005, 436 (438).

Es wird befürchtet, dass die persönliche strafrechtliche Haftung des Journalisten und die Unsicherheiten bezüglich der Auslegung des § 201 a StGB dazu führen, dass Journalisten sich nunmehr grundsätzlich gegen investigative Recherchen entscheiden werden⁴⁹⁹. Fraglich ist, ob diese Befürchtungen berechtigt sind und der § 201 a StGB den investigativen Journalismus zu stark beeinträchtigt, so dass die Journalisten Gefahr laufen, sich strafbar zu machen.

Von den Kritikern werden verschiedene Beispiele der Behinderung des investigativen Journalismus genannt, deren Stichhaltigkeit im Folgenden zu untersuchen ist.

Des Öfteren wird der Fall des hochrangigen Politikers aufgegriffen, der nachdem er zuvor „das hohe Lied auf Ehe und Familie gesungen hat“, mit einer fremden Frau in einem Wohnwagen verschwindet⁵⁰⁰.

Dieses Beispiel ist jedoch nicht einschlägig. Denn § 201 a StGB erfordert, dass die abgebildeten Personen sich in einer Wohnung oder einem sichtgeschützten Raum befinden. Solange der Politiker sich mit seiner Begleitung vor dem Wohnwagen aufhält oder gerade dabei ist, ihn zu betreten, können Journalisten Bildaufnahmen herstellen. Lediglich die Aufnahme in dem Wohnwagen wäre strafbar, aber nur dann, wenn der höchstpersönliche Lebensbereich betroffen ist. Es bleibt den Journalisten demnach genügend Raum, um nicht strafbare Bildaufnahmen – zum Beispiel eine Aufnahme des Abschiedskusses in der Wohnwagentür – herzustellen und die Öffentlichkeit auf die Unglaubwürdigkeit des betroffenen Politikers aufmerksam zu machen oder zumindest bei nicht eindeutigen Bildaufnahmen eine Diskussion über dessen Glaubwürdigkeit anzuregen⁵⁰¹.

Zudem wird behauptet, dass eine Reportage über Folter in Gefängnissen unter Verwendung einer versteckten Kamera nicht mehr hergestellt werden könnte⁵⁰². Auch diese Behauptung ist jedoch nicht haltbar. Gefängniszellen sind zwar grundsätzlich geschützt, bei Folter ist aber eine teleologische Reduktion vorzu-

⁴⁹⁹ Vgl. *Obert/Gottschalck*, ZUM 2005, 436 (437/438).

⁵⁰⁰ *Tillmanns/Führ*, ZUM 2005, 441 (442). *Medienverbände*, AfP 2004, 110 (112).

⁵⁰¹ Im Ergebnis so auch *Koch*, GA 2005, 589 (604); *Sauren*, ZUM 2005, 425 (431).

⁵⁰² Vgl. *Obert/Gottschalck*, ZUM 2005, 436 (437).

nehmen⁵⁰³, so dass die Herstellung dieser Bildaufnahmen nicht nach § 201 a StGB strafbar wäre.

Des Weiteren werden mehrfach Beispiele aus dem Magazin „Akte“ angeführt, die nach Einführung des § 201 a StGB problematisch sein sollen.

Als erstes Beispiel kann folgender Fall genannt werden. Zur Aufdeckung eines Geldwechselbetruges hatten Reporter die Geldübergabe in der Ecke einer Hotelbar sowie die Festnahme der Täter durch die Polizei mit versteckter Kamera gefilmt⁵⁰⁴. Schon dieses erste Beispiel aus dem Magazin „Akte“ ist nicht einschlägig. Die Handlungen der Reporter sind nicht nach § 201 a StGB strafbar. Die Ecke einer Hotelbar ist der Öffentlichkeit zugänglich und stellt daher keinen gegen Einblick besonders geschützten Raum im Sinne der Vorschrift dar. Zudem ist keine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs gegeben, da die Begehung eines Betrugs außerhalb des höchstpersönlichen Lebensbereichs liegt⁵⁰⁵. Jegliche Fälle, in denen Journalisten Betrügereien oder Korruptionsfälle, in die Politiker verwickelt sind, mit verdeckter Kamera aufdecken, bleiben weiterhin straflos.

Als weiteres Beispiel des Magazins „Akte“ wird eine Reportage über einen Kinderpornohändler genannt. Reporter filmten mit versteckter Kamera ein Treffen mit einem Kinderpornohändler in einem Hotelzimmer. Während des Treffens wurden zwei Mädchen, die von ihrer Mutter begleitet worden, nackt fotografiert⁵⁰⁶. In diesem Fall ist der Tatbestand des § 201 a StGB erfüllt. Das Hotelzimmer stellt eine geschützte Räumlichkeit dar und der höchstpersönliche Lebensbereich der beiden Mädchen ist aufgrund ihrer Nacktheit eindeutig verletzt. Die Reporter können aber gemäß § 34 StGB gerechtfertigt sein. Das geschützte Rechtsgut ist in diesem Fall der Schutz von Kindern vor Kinderpornographie im Allgemeinen sowie die körperliche bzw. seelische Unversehrtheit der Mädchen im Einzelnen. Durch die Aufdeckung der Tat wird die bestehende Dauergefahr erneuten Missbrauchs beendet. Das Interesse der Allgemeinheit an der Aufde-

⁵⁰³ Vgl. S. 74.

⁵⁰⁴ *Obert/Gottschalck*, ZUM 2005, 436 (437).

⁵⁰⁵ Vgl. S. 104.

⁵⁰⁶ *Obert/Gottschalck*, ZUM 2005, 436 (439).

ckung dieses Kinderpornohändlers überwiegt gegenüber dem Persönlichkeitsrecht der abgebildeten Mädchen. Folgt man der Auffassung, dass eine Personenverschiedenheit der Interesseninhaber für § 34 StGB nicht erforderlich ist⁵⁰⁷, kann auch eine Abwägung zwischen verschiedenen Interessen eines Rechtsgutsträgers vorgenommen werden. Dann überwiegt das Interesse der Mädchen an ihrer körperlichen bzw. seelischen Unversehrtheit gegenüber ihrem Interesse am Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs. Nach der Gegenansicht sind solche Fälle, in denen Erhaltungs- und Eingriffsgut demselben Rechtsgutträger zustehen, nach den Regeln der mutmaßlichen Einwilligung zu behandeln⁵⁰⁸. Eine mutmaßliche Einwilligung könnte in diesem Fall daran scheitern, dass der Fotograf mit versteckter Kamera, theoretisch die Möglichkeit hatte, eine Einwilligung der Mädchen einzuholen. Allerdings besteht diese Möglichkeit hier faktisch nicht, denn dies liefe dem Zweck des Handelns mit versteckter Kamera zuwider. Im Übrigen wäre eine Rechtfertigung nach § 34 StGB auch unter Berufung auf das Interesse der Allgemeinheit am Schutz von Kindern vor Kinderpornographie möglich.

Die genannten Beispiele zeigen, dass der investigative Journalismus nicht unverhältnismäßig durch § 201 a StGB beeinträchtigt wird. Grundsätzlich hat die Presse die Möglichkeit, durch Berichte auf Missstände aufmerksam zu machen. Auch weiterhin kann sie außerhalb der engen Grenzen des § 201 a StGB durch Bildberichterstattung Missstände dokumentieren. Es sind kaum Fälle denkbar, in denen eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs der abgebildeten Person notwendig ist, um die Öffentlichkeit auf Missstände aufmerksam zu machen. Eine seriöse Berichterstattung erfordert in der Regel keine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen. Einzig denkbare Fälle sind die der Kindesmisshandlung oder anderer schwerer Straftaten, wobei auch hier fragwürdig ist, ob ausgerechnet eine Bilddokumentation notwendig ist. In diesen

⁵⁰⁷ *Kühl*, AT § 8 Rn. 34; *Wessels/Beulke*, Rn. 322; *Fischer*, § 34 Nr. 7; vgl. BGHSt 42, 301 (305).

⁵⁰⁸ *Jacobs*, 13. Abschn. Rn. 34; *Kindhäuser*, AT § 17 Rn. 33; differenzierend *Roxin*, AT I § 16 Rn. 101: im Normalfall über mutmaßliche Einwilligung, anders nur, wenn der Rechtsgutträger einwilligungsunfähig ist oder über das gefährdete Rechtsgut nicht verfügen kann.

Fällen bleibt der Presse jedenfalls die Möglichkeit einer Rechtfertigung nach § 34 StGB.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die Befürchtungen der Medien in Bezug auf den investigativen Journalismus bei näherer Betrachtung der genannten Beispiele unbegründet sind. Der investigative Journalismus wird nicht unverhältnismäßig „beschnitten“. Auch wenn in einigen Fällen die Herstellung von Bildaufnahmen im Rahmen von Pressearbeit den Tatbestand des § 201 a StGB erfüllen kann, wird jedenfalls nicht das „Kernarbeitsfeld“ von seriösen Pressefotografen tangiert.

b. Fehlen einer besonderen Rechtfertigungsklausel

Die Entwürfe der FDP-Fraktion und der CDU/CSU-Fraktion sahen jeweils innerhalb des § 201 a StGB eine besondere Rechtfertigungsklausel vor. Die Tat sollte nicht rechtswidrig sein, wenn sie zur Wahrnehmung überragender öffentlicher Interessen begangen werde⁵⁰⁹. Dieses sei dann der Fall, wenn die Bedeutung der Information für die Unterrichtung der Öffentlichkeit gegenüber den Nachteilen des Rechtsbruches überwiege. Dazu müsse es um die Aufdeckung erheblicher Missstände gehen⁵¹⁰. Die vorgesehene Rechtfertigungsklausel entsprach inhaltlich derjenigen des § 201 Abs. 2 S. 3 StGB⁵¹¹.

Die Rechtfertigungsklausel wurde jedoch im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens aus folgenden Gründen abgelehnt: Eines solchen Rechtfertigungsgrundes bedürfe es nicht, da § 201 a StGB im Gegensatz zu § 201 StGB kein Verbreitungsdelikt sei. Die öffentliche Verbreitung von Bildaufnahmen sei in § 33 KunstUrhG unter Strafe gestellt und werde nach den in den §§ 22-24 KunstUrhG normierten spezifischen Kriterien beurteilt⁵¹². Zudem sei der Tatbestand des § 201 a StGB in seinem endgültigen Wortlaut wesentlich enger gefasst worden als zu Beginn des Gesetzgebungsprozesses beabsichtigt war⁵¹³.

⁵⁰⁹ BT-Drucks. 15/361, S. 2; BT-Drucks. 15/553 S. 2.

⁵¹⁰ BT-Drucks. 15/361, S. 4.

⁵¹¹ Vgl. *Fischer*, § 201 Rn. 13.

⁵¹² BT-Drucks. 15/1891, S. 7; so auch NK-StGB/*Kargl*, § 201 a Rn. 15.

⁵¹³ BT-Drucks. 15/2995, S. 6.

Die Ablehnung einer besonderen Rechtfertigungsklausel wurde von den Medienverbänden kritisiert⁵¹⁴ und als „besonders bedenklich“ bewertet, da der Presse kein Rechtfertigungsgrund zur Verfügung stehe, der eine besondere Interessenabwägung mit der Pressefreiheit vorsehe⁵¹⁵.

Fraglich ist daher, ob der Entscheidung des Gesetzgebers zuzustimmen ist oder ob es nicht doch einer besonderen Rechtfertigungsklausel bedurft hätte. Dem Argument des Gesetzgebers, dass § 201 a StGB kein Verbreitungsdelikt sei, kann nicht gefolgt werden. Die Tathandlungen des Gebrauchens und Zugänglichmachens von Bildaufnahmen erfordern, dass dritte Personen Kenntnis von der Aufnahme erlangen. Wie viele Personen die Aufnahme wahrnehmen, ist dabei unerheblich. Somit wird auch die öffentliche Verbreitung der Bilder, die die Kenntnisnahme einer unbestimmten Zahl von Personen zur Folge hat, erfasst. Daher kann auch § 201 a StGB als Verbreitungsdelikt gesehen werden.

Als Argument kann aber der unterschiedlich weite Schutzbereich der beiden Vorschriften herangezogen werden. Der § 201 StGB ist insgesamt weiter gefasst. Geschütztes Rechtsgut ist nicht der höchstpersönliche Lebensbereich, sondern die Privatsphäre und zwar als Vertraulichkeitssphäre, in der die Unbefangtheit menschlicher Kommunikation gesichert werden soll⁵¹⁶. Des Weiteren enthält § 201 StGB keine räumliche Einschränkung. Aufgrund des weiten Schutzbereiches ist eine Einschränkung der Strafbarkeit durch eine besondere Rechtfertigungsklausel durchaus geboten.

Dagegen zeichnet sich § 201 a StGB bereits durch einen sehr restriktiven Schutzbereich aus. Seine Anwendung ist bereits räumlich und durch das Erfordernis eines Verletzungserfolgs erheblich begrenzt. Daher ist es nicht erforderlich, die Strafbarkeit weiter einzuschränken.

Des Weiteren wird zu Recht befürchtet, dass bei einer weiteren Einschränkung, insbesondere durch einen so offenen Begriff wie der des „berechtigten, öffentli-

⁵¹⁴ *Medienverbände*, AfP 2004, 110 (112); *Obert/Gottschalck*, ZUM 2005, 436 (440).

⁵¹⁵ *Tillmanns/Führ*, ZUM 2005, 441 (446).

⁵¹⁶ *Fischer*, § 201 Rn. 2; *Lenckner* in Schönke/Schröder, § 201 Rn. 2.

chen Interesses“ die Gefahr besteht, dass der Straftatbestand nach Belieben ausgehebelt werden könnte⁵¹⁷.

Zudem ist selbst den Strafverfolgungsbehörden durch § 100 f StPO nur gestattet, Bildaufnahmen außerhalb der Wohnung anzufertigen. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb den Medien weitergehende Eingriffsmöglichkeiten gestattet werden sollen⁵¹⁸. Im Übrigen stehen die Medien nicht völlig schutzlos vor unverhältnismäßiger Strafverfolgung da. Es steht ihnen weiterhin eine Rechtfertigung nach § 34 StGB offen. Der Entscheidung des Gesetzgebers gegen die Aufnahme einer besonderen Rechtfertigungsklausel ist im Ergebnis zuzustimmen. Die Kritik der Medienverbände ist unberechtigt.

c. Strafbarkeitslücken im Rahmen des § 201 a StGB

Der § 201 a StGB enthält einige „Strafbarkeitslücken“, die im Folgenden dargestellt werden sollen. Zudem soll der Frage nachgegangen werden, ob sie zu Recht kritisiert wurden oder eine Straflosigkeit des relevanten Verhaltens vertretbar ist.

aa. Postmortaler Schutz

§ 201 a StGB schützt nur lebende Personen. Der Verzicht auf postmortalen Schutz ist zu Recht kritisiert worden⁵¹⁹.

Durch die Norm soll der Schutz der Intimsphäre gewährleistet werden. Da der Tod in den Gesetzesentwürfen mehrfach als Beispiel für den Schutzbereich der Intimsphäre genannt worden ist⁵²⁰, ist es widersprüchlich, dass der Gesetzgeber Bildaufnahmen Verstorbener aus dem Tatbestand ausgeschlossen hat⁵²¹. Der Ausschluss Verstorbener aus dem Schutzbereich der Norm hat zur Folge, dass es zwar verboten ist, jemanden während der Sterbephase zu fotografieren, sobald der Tod eingetreten ist, ist die Herstellung eines Fotos aber nicht mehr strafbar. Paparazzi können somit „auf den Todeseintritt warten“, um die beabsichtigten

⁵¹⁷ So *Gisela Hilbrecht* (SPD), Protokoll der 105. Sitzung des BT, S. 9539.

⁵¹⁸ So zu Recht *Hoppe*, GRUR 2004, 990 (994).

⁵¹⁹ *Hoppe*, GRUR 2004, 990 (994); *Kühl*, AfP 2004, 190 (195); *Kächele*, S. 187.

⁵²⁰ BT-Drucks. 15/1891, S.7; BT-Drucks. 15/2466, S. 5.

⁵²¹ Ähnlich: *Kächele*, S. 187.

Bildaufnahmen herzustellen. Dieses Ergebnis ist nicht hinnehmbar, insbesondere, da gerade an der Veröffentlichung von Aufnahmen prominenter Verstorbener seit jeher ein großes Interesse der Presse besteht⁵²². Da das Persönlichkeitsrecht auch zivilrechtlich über den Tod hinaus geschützt ist⁵²³, ist kein Grund für eine Beschränkung des § 201 a StGB auf den Schutz lebender Personen ersichtlich.

bb. Straflosigkeit des „frechen Blickes“

Das bloße Beobachten einer Person war noch im Entwurf der FDP-Fraktion unter Strafe gestellt. Der Entwurf sah einen Absatz vor, nach dem bestraft werden sollte, wer unbefugt die Intimsphäre dadurch verletzt, dass er sie mit einem Bildaufnahmegerät oder anderen technischen Mitteln beobachtet⁵²⁴. Diese Regelung ist aber letztlich nicht in den Tatbestand des § 201 a StGB aufgenommen worden. Begründet wurde die Ablehnung damit, dass der „freche Blick“ keine strafwürdige Rechtsgutsverletzung darstelle, sondern lediglich als Moralwidrigkeit Gebote des Anstands verletze. Hinzu kämen kaum überwindliche Interpretation- und Nachweisprobleme⁵²⁵. Diese Entscheidung des Gesetzgebers hat überwiegend Zustimmung gefunden⁵²⁶. Vereinzelt ist sie aber auch kritisiert worden. Es liege nur ein „kurzer Schritt“ zwischen der Beobachtung und dem Festhalten des Blickes und die Zielsetzung der Norm, der Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs, spreche ebenfalls für eine Strafbarkeit⁵²⁷. *Flechtsig* verweist zudem auf § 6 b BDSG, nach dem sogar die Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume in Form der Videoüberwachung nur begrenzt zulässig ist⁵²⁸.

Die Kritik von *Flechtsig* ist aber unbegründet. Bei der Beobachtung einer Person mit dem Objektiv eines Fotoapparates liegt tatsächlich nur ein kurzer Schritt zwischen Beobachtung und Aufzeichnung. Dieser Schritt ist jedoch entscheidend.

⁵²² Dies zeigt schon der Bismarck-Fall, RGZ 45, 170 oder auch der Fall des toten Ministerpräsidenten Uwe Barschel, der von einem Reporter in der Badewanne eines Genfer Hotels fotografiert wurde (NJW 1994, 504).

⁵²³ BGHZ 50, 133 (138) – *Mephisto*.

⁵²⁴ BT-Drucks. 15/361, S. 2.

⁵²⁵ BT-Drucks. 15/1891, S. 6.

⁵²⁶ *Bosch*, JZ 2005, 377 (380); *Eisele*, JR 2005, 6 (9); *Kühl*, AfP 2004, 190 (194).

⁵²⁷ *Flechtsig*, ZUM 2005, 605 (607).

⁵²⁸ *Flechtsig*, ZUM 2005, 605 (607).

Das Beobachten ist häufig die Vorstufe vor der Herstellung der Aufnahme und wäre damit von einer Versuchsstrafbarkeit umfasst. Der Gesetzgeber hat sich aber gegen eine Versuchsstrafbarkeit entschieden und damit auch gegen die Strafbarkeit des Beobachtens mit einem technischen Mittel wie einer Kamera. Das BDSG ist nur für die Erhebung von personenbezogenen Daten durch öffentliche Stellen anwendbar (§ 1 BDSG). Es regelt demnach nur die zulässige staatliche Beobachtung der Bürger und setzt dieser gewisse Grenzen. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass die Beobachtung von Personen durch einen Privaten strafwürdig ist.

Der „freche Blick“ ist für die betroffene Person zwar ärgerlich, aber nicht in jedem Fall strafwürdig. Im Unterschied zum Herstellen der Aufnahme wird die Situation nur im Kopf des Beobachters gespeichert. Sie wird nicht körperlich festgehalten, so dass keine Gefahr besteht, dass sie von weiteren Personen zur Kenntnis genommen wird. Es liegt daher keine intensive Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs vor. Im Übrigen bieten bei wiederholter, penetranter Beobachtung das Gewaltschutzgesetz und § 238 StGB Schutz. Die strafwürdigen Fälle können demnach auch strafrechtlich verfolgt werden. Eine Strafbarkeit des Beobachtens gemäß § 201 a StGB ist daher zu Recht abgelehnt worden, nicht zuletzt auch deshalb, weil tatsächlich Beweisschwierigkeiten bestehen würden, was oder wen der Täter genau im Blickfeld gehabt hat.

cc. Kritik an der räumlichen Beschränkung

Die räumliche Beschränkung ist zum Teil kritisiert worden. Sie sei nicht sachgerecht und zu unbestimmt⁵²⁹ oder sie beschränke den Persönlichkeitsschutz zu sehr⁵³⁰. Die räumliche Beschränkung des Tatbestandes führt in der Tat zu einigen Strafbarkeitslücken.

Alle intimen Situationen von Personen auf offener Straße können ohne strafrechtliche Konsequenzen abgelichtet werden, zum Beispiel ein schwerverletztes

⁵²⁹ *Bosch*, JZ 2005, 377 (379); vgl. auch *Obert/Gottschalck*, ZUM 2005, 436.

⁵³⁰ *Kühl*, AfP 2004, 190 (194).

Opfer eines Verkehrsunfalls⁵³¹, ein sich übergebender Marathonläufer⁵³² oder eine Person während des Toilettengangs im Gebüsch. Auch die Herstellung von Nacktaufnahmen an einem öffentlichen Badestrand ist nach § 201 a StGB nicht strafbar. Der Ausschluss von öffentlich zugänglichen Orten aus dem Schutzbereich der Norm wird damit begründet, dass der Einzelne in der Öffentlichkeit damit rechnen müsse, auf Bildaufnahmen abgebildet zu werden⁵³³. Dagegen fragt *Kühl* zu Recht, wer anderen das Recht gebe, einen am Badestrand zu fotografieren⁵³⁴.

Aber der Gesetzgeber führt noch ein weiteres Argument an. Ohne eine räumliche Einschränkung bestehe die Gefahr, ein weites Spektrum an Alltagshandlungen unter Strafe zu stellen und das Übermaßverbot staatlichen Strafens sowie das Bestimmtheitsgebot zu verletzen⁵³⁵. Sozialadäquate Handlungen müssen aus dem Bereich der Norm ausgenommen werden. Die Abgrenzung bei Handlungen auf offener Straße zwischen strafwürdigem und sozialadäquatem Verhalten erscheint schwierig, insbesondere auch aufgrund der zusätzlichen Schwierigkeiten bei der Auslegung des „neuen Begriffs“ des höchstpersönlichen Lebensbereichs. Als Beispiel stelle man sich vor, eine Person wird am Badestrand fotografiert. Auf der Bildaufnahme sind im Hintergrund weitere unbeteiligte Personen „oben ohne“ abgebildet. Je nachdem wie sehr diese Personen erkennbar in den Vordergrund gerückt sind oder sich im Hintergrund der Aufnahme befinden, verschwimmt hier die Grenze zwischen strafwürdigem und sozialadäquatem Verhalten. Eine räumliche Beschränkung ist daher geeignet, Bestimmtheit in den Tatbestand zu bringen.

Zu beachten ist außerdem, dass die oben genannten Opfer nicht völlig schutzlos gegen Aufnahmen, die außerhalb der geschützten Räumlichkeiten hergestellt wurden, sind. Bei einer Veröffentlichung der Bilder kann immer noch nach § 33 KunstUrhG oder zivilrechtlich gegen den Fotografen vorgegangen werden.

⁵³¹ *Eisele*, JR 2005, 6 (11).

⁵³² Beispiel von *Kühl*, AfP 2004, 190 (194).

⁵³³ BT-Drucks. 15/2466, S. 4; so auch *Eisele*, JR 2005, 6 (11).

⁵³⁴ *Kühl*, AfP 2004, 190 (194).

⁵³⁵ BT-Drucks. 15/2466, S. 4.

Um dem Subsidiaritätsprinzip des Strafrechts gerecht zu werden, ist die räumliche Beschränkung in § 201 a Abs. 1, 2 StGB daher akzeptabel.

Anders hingegen ist die Beschränkung auf geschützte Räumlichkeiten in § 201 a Abs. 3 StGB zu beurteilen. Die Beschränkung auf Bilder, die in den geschützten Räumlichkeiten hergestellt worden sind, ist hier nicht überzeugend. Tathandlung im Sinne des Abs. 3 ist das unbefugte Zugänglichmachen einer befugt hergestellten Aufnahme. Dabei kann es aber keinen wesentlichen Unterschied machen, ob die Aufnahme befugt in einer Wohnung oder befugt am Badestrand gemacht worden ist.⁵³⁶ Sie ist ohnehin befugt, also zum Beispiel mit Einwilligung der betroffenen Person aufgenommen worden, so dass der Ort, an dem sie hergestellt wurde, für die Beurteilung der Strafwürdigkeit nicht mehr relevant ist. Der häusliche Rückzugsbereich wurde von der abgebildeten Person bereits geöffnet und ist damit nicht mehr schutzwürdig.

§ 201 a Abs. 3 StGB schützt folglich im Gegensatz zu den vorhergehenden Absätzen nicht den räumlichen, höchstpersönlichen Rückzugsbereich. Vielmehr ist § 201 a Abs. 3 StGB in dem Sinne zu verstehen, dass er den Schutz des Rechts am eigenen Bild auf die Art und Weise bezweckt, selbst entscheiden zu können, welche höchstpersönlichen Bilder zur Kenntnisnahme Dritter gelangen sollen. Dann macht aber eine Beschränkung des Schutzes auf die Bilder, die in den geschützten Räumlichkeiten hergestellt worden sind, keinen Sinn⁵³⁷.

Im Ergebnis lässt sich zusammenfassen, dass die räumliche Beschränkung in § 201 a Abs. 1, 2 StGB als akzeptabel angesehen werden kann, während sie in Abs. 3 der Norm als unnötig abzulehnen ist.

d. Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot

Bei mehreren Tatbestandsmerkmalen wurde kritisiert, sie seien zu unbestimmt und verletzen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG⁵³⁸. „Dieses Gebot verlangt, dass jedermann vorhersehen kann, welches Verhalten mit welcher Stra-

⁵³⁶ Eisele, JR 2005, 6 (10), vgl. Rahmlow, HRRS 2005, 84 (93).

⁵³⁷ So auch Rahmlow, HRRS 2005, 84 (93).

⁵³⁸ Tillmanns/Führ, ZUM 2005, 441 (444); Obert/Gottschalck, ZUM 2005, 436 (439); Schertz, AfP 2005, 421 (427), Borgmann, NJW 2004, 2133 (2134).

fe bedroht ist, um sein Verhalten entsprechend einrichten zu können“⁵³⁹. Die Vorwürfe der Unbestimmtheit sind jedoch unbegründet, wie bereits im Zusammenhang mit den jeweiligen Tatbestandsmerkmalen erläutert worden ist.

III. Zusammenfassung – § 201 a StGB

§ 201 a StGB weist einen sehr engen Schutzbereich auf. Er schützt lediglich eine lebende Person innerhalb ihres höchstpersönlichen Lebensbereichs vor der unbefugten Herstellung von Bildaufnahmen. Die Konkretisierung des Begriffs des höchstpersönlichen Lebensbereichs erweist sich dabei als schwierig⁵⁴⁰.

Zudem enthält der Tatbestand eine räumliche Einschränkung. Die betroffene Person muss sich in einer Wohnung oder einem sichtgeschützten Raum aufhalten. Der Wohnungsbegriff ist dabei an § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu orientieren⁵⁴¹. Öffentliche Orte sind nur eingeschränkt geschützt⁵⁴², was dazu führt, dass einige strafwürdige Fälle wie zum Beispiel Aufnahmen von Unfallopfern auf offener Straße straflos bleiben.

Der Begriff der Bildaufnahme ist enger als der Begriff des Bildnisses und beinhaltet nur technisch hergestellte Aufnahmen. Darunter ist jedoch auch eine als solche nicht erkennbare Fotomontage zu verstehen⁵⁴³.

Die Tathandlungen des § 201 a Abs. 1 StGB sind das Herstellen und Übertragen einer Bildaufnahme. Während das Herstellen eine Speicherung der Aufnahme erfordert, bezieht sich das Übertragen auf die direkte Übermittlung, die gerade keine Speicherung beinhaltet. Ein heimliches Vorgehen des Täters wird nicht verlangt⁵⁴⁴.

Das Gebrauchen einer Aufnahme im Sinne des § 201 a Abs. 2 StGB ist einschränkend auszulegen und umfasst nur Handlungen, bei denen die technischen Möglichkeiten des Bildträgers ausgenutzt werden. Das bloße Betrachten einer

⁵³⁹ BGHSt 34, 171 (178); BVerfGE 73, 206 (234 ff.).

⁵⁴⁰ Vgl. S. 93 ff.

⁵⁴¹ Vgl. S. 73.

⁵⁴² Vgl. Ausführungen auf S. 82 ff.

⁵⁴³ Vgl. S. 85.

⁵⁴⁴ Vgl. S. 87.

Aufnahme ist nicht tatbestandsmäßig⁵⁴⁵. Die Tathandlung des Zugänglichmachens erfordert, dass der Täter Dritten die Kenntnisnahme der Bildaufnahme ermöglicht. Nicht notwendig ist, dass der Dritte die Aufnahme tatsächlich zur Kenntnis nimmt.

§ 201 a Abs. 3 StGB bestraft das wissentlich unbefugte Zugänglichmachen einer befugt hergestellten Bildaufnahme, wobei „unbefugt“ trotz der Kombination mit dem Vorsatzelement „wissentlich“ lediglich als Hinweis auf mögliche Rechtfertigungsgründe einzuordnen ist⁵⁴⁶. Der Absatz birgt mehrere Probleme und erfordert eine teleologische Reduktion in den Fällen, in denen die Bildaufnahme von vornherein für anonyme Dritte bestimmt war, da in diesem Fall eine Berufung auf die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereich ausgeschlossen ist⁵⁴⁷. Bezüglich der Rechtfertigungsmöglichkeiten ist lediglich auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe hinzuweisen. Auf einen besonderen Rechtfertigungsgrund für die Presse hat der Gesetzgeber verzichtet. Ebenso wurden die Strafbarkeit des Versuchs und eine Qualifikation für Amtsträger abgelehnt.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass erstens der Gesetzgeber die von ihm festgestellte Ungleichbehandlung zwischen dem Schutz des gesprochenen Wortes gegenüber dem des Bildes nicht beseitigt hat. Aufgrund des sehr engen Tatbestandes des § 201 a StGB besteht diese Ungleichbehandlung fort. Zweitens weisen einige Tatbestandsmerkmale und die Kombination „wissentlich unbefugt“ erhebliche Auslegungsschwierigkeiten auf und drittens sind Strafbarkeitslücken bestehen geblieben. Diese Gründe mögen dafür stehen, weshalb § 201 a StGB aus deutscher Sicht nicht als gelungene Vorschrift gelobt werden kann.

Möglicherweise verdient § 201 a StGB aber eine andere, positivere oder auch negativere Bewertung, wenn man einen Vergleich zum spanischen Recht zieht.

⁵⁴⁵ Vgl. S. 116 ff.

⁵⁴⁶ Vgl. S. 125.

⁵⁴⁷ Vgl. S. 126 ff.

B. Spanien

In diesem Abschnitt wird der Schutz des Rechts am eigenen Bild im spanischen Strafgesetzbuch, dem Código Penal, untersucht, um die Unterschiede zum deutschen Recht herausarbeiten zu können.

Das Recht am eigenen Bild wird im Código Penal (CP) von 1995 im 10. Abschnitt (Título X) – Straftaten gegen die Privatsphäre, das Recht am eigenen Bild und die Unverletzlichkeit der Wohnung (Delitos contra la Intimidación, el Derecho a la Propia Imagen y la Inviolabilidad del Domicilio) – geschützt. Der mit § 201 a StGB zu vergleichende Art. 197 CP befindet sich im ersten Kapitel dieses Abschnitts – Ausspähen und Preisgabe von Geheimnissen (Del descubrimiento y revelación de secretos). Zu bemerken ist zunächst, dass diese Vorschrift nicht nur Bildnisschutz, sondern den gesamten strafrechtlichen Datenschutz regelt. Sie ist daher äußerst umfangreich. Es wird beabsichtigt, nur auf die für den Bildnisschutz relevanten Aspekte der Norm einzugehen.

I. Tatbestand des Art. 197.1 CP

“El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.

Wer, um die Geheimnisse eines anderen auszuspähen oder die Privatsphäre eines anderen zu verletzen, ohne dessen Einwilligung seine Papiere, Briefe, elektronisch übermittelte Nachrichten oder irgendwelche anderen persönlichen Dokumente [Urkunden]⁵⁴⁸ oder Sachen an sich bringt, seinen Fernmeldeverkehr abfängt oder technische Kunstgriffe zum Abhören, zur Übertragung, Aufnahme

⁵⁴⁸ Übersetzung nach Hoffmann, wobei statt der Übersetzung „Urkunden“ der Begriff „Dokumente“ vorgezogen wird, um eine Verwechslung mit dem Rechtsterminus „Urkunde“ im Sinne des StGB vorzubeugen.

oder Wiedergabe von Ton, Bild oder eines anderen Kommunikationszeichens anwendet, wird mit Gefängnis von einem Jahr bis zu vier Jahren und Geldstrafe von zwölf bis zu 24 Monaten bestraft⁵⁴⁹.

1. Die „Privatsphäre“ als geschütztes Rechtsgut und das Recht am eigenen Bild

Auffallend ist, dass Art. 197.1 CP nicht ausdrücklich das Recht am eigenen Bild schützt, sondern als geschütztes Rechtsgut die Privatsphäre vorsieht⁵⁵⁰. Das Recht am eigenen Bild wird aber in der Titelüberschrift – „Delikte gegen die Privatsphäre, das Recht am eigenen Bild und die Unverletzlichkeit der Wohnung“ – ausdrücklich genannt. Das Recht am eigenen Bild wird von einigen als Facette der Privatsphäre angesehen⁵⁵¹, von anderen wird die Privatsphäre zumindest in dem weiten Sinn verstanden, dass sie in Bezug auf die Artikel dieses Titels des CP das Recht am eigenen Bild umfasst⁵⁵². Jedenfalls wird das Recht am eigenen Bild indirekt durch Art. 197.1 CP geschützt. Oder anders ausgedrückt, es wird insoweit geschützt, als der Angriff auf die Privatsphäre durch die unbefugte Aufnahme von Bildern vollzogen wird⁵⁵³, mithin durch eine Verletzung des Rechts am eigenen Bild.

Art. 197.1 CP und § 201 a StGB ähneln sich insoweit, dass sie das Recht am eigenen Bild nur innerhalb einer Sphäre, und zwar innerhalb des höchstpersönlichen Lebensbereichs oder der Privatsphäre, schützen.

Um den höchstpersönlichen Lebensbereich mit der Privatsphäre vergleichen zu können, ist der Begriff der Privatsphäre näher zu erläutern. Dabei ist zunächst kurz auf die Übersetzung einzugehen. Privatsphäre ist meines Erachtens die Übersetzung im rechtlichen Sinne des spanischen Ausdrucks „Intimidad“. Der spanische Wortlaut „Intimidad“ erweckt den Eindruck, den Begriff mit „Intim-

⁵⁴⁹ Übersetzung nach *Hoffmann*.

⁵⁵⁰ *Conde-Pumpido Ferreiro*, S. 616; vgl. *Serrano Gomez/Serrano Maillo*, S. 269; *Romeo Casabona*, S. 31; *González Rus* in *Cobo del Rosal*, S. 348; *Calderón Cerezo/Choclán Montalvo*, S. 131; *Jorge Barreiro* in *Comentario Cobo del Rosal*, S. 111.

⁵⁵¹ *Córdoba Roda/García Arán*, S. 451, 458; vgl. *Rueda Martín*, S. 20.

⁵⁵² *Romeo Casabona*, S. 31.

⁵⁵³ *Conde-Pumpido Ferreiro*, S. 618.

sphäre“ zu übersetzen. Wörtlich übersetzt bedeutet „Intimidad“ tatsächlich Intimität oder Vertrautheit. Die „Intimidad“ kann jedoch keinesfalls mit der Intimsphäre gleichgesetzt werden. Während zur Intimsphäre der innerste Kern der Privatheit zählt, umfasst der spanische Begriff weitere Bereiche. Indem Art. 197.5 CP eine Strafschärfung für den „núcleo duro de la privacy“⁵⁵⁴ („den harten Kern der Privatheit“) vorsieht, wird ebenfalls deutlich, dass die „Intimidad“ nicht nur den engsten Kernbereich – nach deutschem Recht die Intimsphäre – umfasst. Vielmehr entspricht sie ihrem Sinngehalt nach der Privatsphäre. „Intimidad“ ist daher mit dem weiteren Begriff der Privatsphäre übersetzt worden.

Das Recht auf Privatsphäre wird von der Würde des Menschen abgeleitet, die in Art. 10.1 der spanischen Verfassung (CE) garantiert wird⁵⁵⁵. Zudem ist es aber auch selbst in der Verfassung in Art. 18.1 CE anerkannt. Es beinhaltet das Recht auf Geheimnisse, unbekannt zu sein, so dass andere nicht wissen, wer wir sind oder was wir machen, und verbietet zudem Dritten, seien es Private oder Behörden, zu entscheiden, was die Grenzen unseres privaten Lebens sind. Es gewährt jeder Person das Recht, sich einen sie vor fremder Neugier schützenden Raum zu reservieren und, was auch immer der Inhalt dieses Raumes sein mag, die Kenntnisnahme durch Dritte von den besagten Informationen ihrem Willen zu unterwerfen und die Verbreitung ohne ihre Zustimmung zu verbieten. Allerdings findet dieses Recht seine Grenzen in den restlichen Grundrechten und den von der Verfassung geschützten Rechtsgütern⁵⁵⁶.

Kurz gesagt, das Recht auf Privatsphäre gibt einer Person das Recht, sie selbst zu sein und zu bestimmen, wann und bis wohin sie mit der Gesellschaft in Kontakt treten möchte⁵⁵⁷. Der Begriff der Privatsphäre ist weit auszulegen. Er beinhaltet einen privaten Bereich, der geschützt ist vor der Einmischung und Kenntnisnahme Dritter und notwendig ist, für die Ausübung anderer Rechte und die freie Entwicklung der Persönlichkeit⁵⁵⁸. Die Privatsphäre beinhaltet demnach einen

⁵⁵⁴ *Alonso de Escamilla* in *Lamarca Pérez*, S. 185.

⁵⁵⁵ *Rodríguez Ramos*, S. 494.

⁵⁵⁶ STC 134/1999 vom 15.07., FJ 5; *Rodríguez Ramos*, S. 494.

⁵⁵⁷ *Romero Coloma*, S. 38.

⁵⁵⁸ *Calderón Cerezo/Choclán Montalvo*, S. 132.

persönlichen Rückzugsbereich. Der Begriff Privatsphäre ist ebenso wie die Intimsphäre oder die Privatsphäre im deutschen Recht diffus. Aufgrund ihrer vielen Dimensionen muss hingenommen werden, dass von ihr kein endgültiges „Porträt“ geschaffen werden kann⁵⁵⁹.

Der strafrechtliche Schutz der Privatsphäre kann in drei Hauptrichtungen eingeteilt werden.

An erster Stelle wird die Privatsphäre als „Festung“ für die Offenbarung der Persönlichkeit im Privatleben geschützt („como reducto de la manifestación de la personalidad en la vida privada“). Sie bezieht sich auf den Bereich der Privatsphäre, der exklusiv und unmittelbar für ihren Inhaber reserviert bleibt, in dessen Händen es liegt, über die Größe dieses Bereichs innerhalb gewisser Grenzen zu entscheiden. Es handelt sich dabei um einen physischen Raum⁵⁶⁰. In diesen Bereich gehört zum Beispiel die Wohnung als persönlicher Rückzugsbereich.

An zweiter Stelle wird die Privatsphäre als Erscheinungsform einer gemeinsamen Vertraulichkeit („confidencialidad compartida“) geschützt. Damit sind die Aspekte der Privatsphäre gemeint, zu denen Dritte durch Gesetz oder aufgrund der Natur der Sache berechtigten Zugang haben, dabei aber durch Gesetz zur Vertraulichkeit verpflichtet sind. Dem Schutz dieser Vertraulichkeit widmen sich die Art. 198, 199 CP⁵⁶¹.

An dritter Stelle wird die Privatsphäre in Bezug auf die Datenverarbeitung und Kommunikation mittels der modernen Informations- und Kommunikationstechnologien geschützt⁵⁶². Auf diesen Aspekt der Privatsphäre wird hier aber nicht näher eingegangen. Vielmehr ist vor allem der erste Aspekt in Bezug auf einen Vergleich mit § 201 a StGB von Relevanz: die Privatsphäre als Ausdruck der Persönlichkeit in ihrem Privatleben. In diesen Bereich der Privatsphäre wird nämlich durch die unbefugte Herstellung von Bildaufnahmen eingegriffen.

⁵⁵⁹ Vgl. *Romeo Casabona*, S. 31.

⁵⁶⁰ *Romeo Casabona*, S. 37.

⁵⁶¹ *Romeo Casabona*, S. 38, 39.

⁵⁶² *Romeo Casabona*, S. 39.

Man könnte sagen, der Schutz des eigenen Bildes im Código Penal unterscheidet sich letztlich nicht von dem der Privatsphäre, da die unerlaubten Eingriffe in das Recht am eigenen Bild, die nicht die Privatsphäre betreffen (zum Beispiel die unbefugte kommerzielle Nutzung), lediglich zivilrechtlich verfolgt werden⁵⁶³.

2. Differenzierung von drei Handlungsmodalitäten

Art. 197.1 CP beinhaltet drei Modalitäten. Erstens das „Ansiehbringen“ von Papieren, Briefen, Emails und anderen persönlichen Dokumenten und persönlichen Sachen („efectos personales“), zweitens das Abfangen von Fernmeldeverkehr und drittens der Gebrauch jeglicher technischer Kunstgriffe zum Abhören, zur Übertragung, Aufnahme oder Wiedergabe von Ton oder Bild. Alle Verhaltensweisen müssen mit dem Ziel vorgenommen werden, Geheimnisse auszuspähen oder die Privatsphäre zu verletzen. Auf die Handlungsmodalitäten wird im Rahmen der Tathandlungen näher eingegangen, mit Ausnahme von dem Abfangen des Fernmeldeverkehrs, da diese Handlung im Hinblick auf § 201 a StGB keine Relevanz hat.

Kritisiert wurde zu Recht, dass alle Modalitäten das gleiche Strafmaß vorsehen, obwohl die letzteren einen intensiveren Angriff beinhalten, indem sie eine bessere Sophistikation für den Gebrauch der technischen Kunstgriffe erfordern und der Angriff heimtückischer ist, da er gewöhnlich vom Opfer unbemerkt stattfindet⁵⁶⁴. Bemerkenswert ist, dass der CP im Gegensatz zum deutschen StGB nicht zwischen dem Briefgeheimnis und dem unbefugten Herstellen von Tonaufnahmen oder Bildaufnahmen differenziert, sondern alle Handlungen in einer Strafnorm integriert.

Auffallend ist im Allgemeinen, dass der Tatbestand sehr weit gefasst ist, indem er eine große Skala an „Geheimnisträgern“ einer Person schützt. Eine genaue Eingrenzung des Schutzbereiches erweist sich daher zum Teil, wie sich in den folgenden Ausführungen zeigen wird, als schwierig.

⁵⁶³ *Romeo Casabona*, S. 38.

⁵⁶⁴ *Conde-Pumpido Ferreiro*, S. 617; *Jorge Barreiro* in *Comentario Cobo del Rosal*, S. 111; kritisch auch *Morales Prats* in *Quintero Olivares/Morales Prats*, S. 1060.

3. Tathandlungen

a. Benutzung technischer Kunstgriffe zur Übertragung oder Aufnahme von Bildern

Die Tathandlung, die vor allem das Recht am eigenen Bild betrifft, ist die mit technischen Kunstgriffen („artificios técnicos“) vorgenommene Übertragung („Transmisión“), Aufnahme („Grabación“) oder Wiedergabe („Reproducción“) des Bildes. Auch wenn diese Tatalternative sich erst am Ende der Norm befindet, wird sie vorrangig erörtert, da sie das Recht am eigenen Bild betrifft.

aa. Bildbegriff

Der Bildbegriff beinhaltet die körperlichen Expressionen des Individuums, die seiner freien Verfügungsgewalt unterliegen⁵⁶⁵. Der Begriff entspricht insoweit dem zivilrechtlichen Begriff des Bildnisses. Bilder von persönlichen Gegenständen oder privaten Anwesen sind nicht tatbestandsmäßig. Nur Bildnisse von Personen sind strafrechtlich geschützt⁵⁶⁶. Dabei muss es sich um lebende Personen handeln. Bilder eines Leichnams sind nicht tatbestandlich. Dies ergibt sich aus dem Begriff eines „anderen“, worunter nach dem allgemeinen Sprachgebrauch eine lebende Person und keine Leiche zu verstehen ist. Zudem setzt Art. 197 CP voraus, dass der Täter ohne Zustimmung der betroffenen Person handelt. Eine Zustimmung kann aber nur eine lebende Person erteilen. Die Norm enthält im Gegensatz zur zivilrechtlichen LO 1/1982 keine postmortalen Regelungen. Somit ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 197 CP ein Ausschluss des postmortalen Schutzes vor unbefugten Bildaufnahmen.

bb. Technische Kunstgriffe

Der Tatbestand verlangt die Benutzung technischer Kunstgriffe.

Unter technischen Kunstgriffen sind alle technischen Mittel zu verstehen, mit denen man Bilder wahrnehmen, aufzeichnen oder wiedergeben kann⁵⁶⁷. Die Be-

⁵⁶⁵ Lozano Miralles in Bajo Fernández, S. 213.

⁵⁶⁶ Romeo Casabona, S. 96.

⁵⁶⁷ Rueda Martín, S. 46; Lozano Miralles in Bajo Fernández, S. 213.

nutzung von Fotoapparaten, Videokameras und Handykameras stellt demnach einen technischen Kunstgriff dar.

Art. 197.1 CP lässt allerdings als Tathandlung nicht die Aufstellung der technischen Geräte ausreichen, sondern verlangt zur Vollendung der Tat, dass das Bild erfasst worden ist⁵⁶⁸.

cc. Strafbarkeit des „frechen Blickes“

Die Erfassung eines Bildes mittels natürlicher Sinne ist vom Tatbestand ausgeschlossen⁵⁶⁹. Somit ist auch im spanischen Recht der „freche Blick“ mit dem bloßen Auge straflos. Diskutiert wird aber, ob auch die „simple Erfassung“ des Bildes mittels Ferngläsern, Fernrohren oder Teleobjektiven vom Tatbestand erfasst wird. Dies wird aus dem Grund abgelehnt, dass Apparate, die die natürliche Sehkraft verstärken, nicht ausreichend seien, sondern es erforderlich wäre, dass die Sehkraft ersetzt würde⁵⁷⁰.

Der Wortlaut „technische Kunstgriffe“ schließt dagegen die Einbeziehung von Ferngläsern etc. nicht aus. Von den Befürwortern wird somit angeführt, dass als technisches Mittel jedes Gerät zu verstehen sei, das durch bestimmte Mechanismen dazu dient, ein bestimmtes Ergebnis – in diesem Fall die Erfassung eines Bildes – zu produzieren, unabhängig vom Schwierigkeitsgrad der Bedienung oder der technischen Komplexität. Ferngläser und Teleobjektive seien technische Geräte in diesem Sinne, fähig den Tatbestand zu verwirklichen. Der CP bestrafe nicht nur Verhaltensweisen, die ein Bild in einem bestimmten Träger in der Form fixieren, dass es später benutzt werden kann, sondern auch die simple visuelle, unbefugte Wahrnehmung durch technische Kunstgriffe⁵⁷¹. Eine herrschende Meinung zu der Einbeziehung technischer Hilfsmittel ist nicht erkennbar. Aber der Tatsache, dass die Tat mit der Erfassung des Bildes vollendet ist⁵⁷² und nicht

⁵⁶⁸ *Jorge Barreiro* in *Comentario Cobo del Rosal*, S. 115; *Romeo Casabona* in *Comentario Díez Ripollés/Romeo Casabona*, Art. 197 Rn. 253.

⁵⁶⁹ *Romeo Casabona*, S. 96; *González Rus* in *Cobo del Rosal*, S. 358.

⁵⁷⁰ *Luzón Peña* nach *Cobo del Rosal*, S. 358.

⁵⁷¹ *González Rus* in *Cobo del Rosal*, S. 359.

⁵⁷² *Romeo Casabona*, in *Comentario Díez Ripollés/Romeo Casabona*, Art. 197 Rn. 253.

mit einer Speicherung, kann entnommen werden, dass die Benutzung von Ferngläsern und ähnlichen Mitteln tatbestandlich sein kann.

dd. Heimliches Vorgehen erforderlich?

Der Tatbestand erfordert nach ganz herrschender Meinung den Gebrauch von heimlichen oder heimtückischen Mitteln („medios insidiosos“), auch wenn dies nicht aus dem Wortlaut der Norm hervorgeht⁵⁷³. Die Erforderlichkeit von heimtückischen Mitteln ergebe sich aus dem Begriff der technischen Kunstgriffe und aus dem Ultima-Ratio-Prinzip des Strafrechts, welches den strafrechtlichen Schutz auf solche Handlungen begrenzt, bei denen heimtückische Mittel angewendet werden, die die Möglichkeiten der Selbstverteidigung des Opfers überschreiten⁵⁷⁴.

Als Beispiele werden die heimliche Aufstellung von Filmapparaten oder das Filmen aus Distanz genannt⁵⁷⁵ sowie die Übertragung von Bildaufnahmen aus geschlossenen Räumen⁵⁷⁶. Zum Teil wird die heimliche Aufstellung von Filmapparaten in geschlossenen Räumen, wie zum Beispiel in der Wohnung oder im Büro, oder der Einsatz der besagten technischen Kunstgriffe, um von außen in geschlossene Räume zu filmen, verlangt⁵⁷⁷. Diese Voraussetzung liegt bei der heimlichen Aufnahme eines in seinem Schlafzimmer liegenden Opfers von der Terrasse aus jedenfalls vor⁵⁷⁸. Als anderes Beispiel kann der Fall genannt werden, in dem in einem Zimmer heimlich aus einem Schrankversteck gefilmt wurde⁵⁷⁹.

⁵⁷³ *Calderón Cerezo/Choclàn Montalvo*, S. 134, *Romeo Casabona*, S. 96.; *Morales Prats* in *Quintero Olivares/Morales Prats*, S. 1060; vgl. *Jorge Barreiro* in *Comentario Cobo del Rosal*, S. 115, 116; vgl. SAP Pontevedra 15/2001 vom 18.05., FJ 2; STS vom 10.12.2004, RJ 7917, FJ 8.

⁵⁷⁴ *Calderón Cerezo/Choclàn Montalvo*, S. 132, 135.

⁵⁷⁵ *Calderón Cerezo/Choclàn Montalvo*, S. 134, *Romeo Casabona*, S. 96.; *Morales Prats* in *Quintero Olivares/Morales Prats*, S. 1060; vgl. *Jorge Barreiro* in *Comentario Cobo del Rosal*, S. 115, 116.

⁵⁷⁶ *Corcoy Bidasolo*, S. 375 Rn. 2.1.3; *Morales Prats* in *Quintero Olivares/Morales Prats*, S. 1060; *Jorge Barreiro* in *Comentario Cobo del Rosal*, S. 116.

⁵⁷⁷ *Morales Prats* in *Quintero Olivares/Morales Prats*, S. 1060; ebenso: *Jorge Barreiro* in *Comentario Cobo del Rosal*, S. 116; *Córdoba Roda/García Arán*, S. 459.

⁵⁷⁸ *Jorge Barreiro* in *Comentario Cobo del Rosal*, S. 116.

⁵⁷⁹ SAP Madrid 352/2002 vom 31.07., FJ. 1, 2.

Allgemeiner beschreibt *Romeo Casabona*, dass die Aufnahmen unter Umständen gemacht werden müssen, die zum Privatleben der Person gehören (wie zum Beispiel in deren Wohnung oder am Arbeitsplatz), oder anders ausgedrückt, an Orten, an denen die Person sich außerhalb der natürlichen Sichtweite von Dritten befindet⁵⁸⁰. In den Begriff „Orte“ könnte man ebenso wie im deutschen Recht zum Beispiel auch sichtgeschützte Gärten einbeziehen.

Dagegen sollen Bildaufnahmen, die an öffentlichen Orten, zum Beispiel am Strand, gemacht werden, nur zivilrechtlich über die LO 1/1982 erfasst werden und zwar auch dann, wenn sie heimlich oder aus Distanz aufgenommen werden⁵⁸¹.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass jedenfalls das heimliche Herstellen von Bildaufnahmen von Personen, die sich in einem geschlossenen Raum befinden, vom Tatbestand erfasst wird, während an öffentlichen Orten der Schutz vor Bildaufnahmen ausgenommen ist. Nicht eindeutig ist, ob Personen auch außerhalb geschlossener Räume an sichtgeschützten Orten vor der heimlichen Herstellung von Bildaufnahmen geschützt werden.

b. Das „Ansichbringen“ von Papieren, Briefen, elektronisch übermittelten Nachrichten und anderen persönlichen Dokumenten oder Sachen

Als erste Tathandlung des Art. 197.1 CP wird das Ansichbringen von Papieren („papeles“), Briefen („cartas“), elektronisch übermittelten Nachrichten („mensajes de correo electrónico“) oder anderen persönlichen Dokumenten oder Sachen genannt. Diese Tatalternative bezieht sich nicht speziell auf den Bildnisschutz, sondern allgemein auf den Schutz der Privatsphäre. Da aber auch Bildaufnahmen unter die genannten Tatobjekte subsumiert werden können, wird auf diese Tathandlung eingegangen.

⁵⁸⁰ *Romeo Casabona*, S. 96.

⁵⁸¹ *Morales Prats* in *Quintero Olivares/Morales Prats*, S.1060; *Jorge Barreiro* in *Comentario Cobo del Rosal*, S. 116; *Córdoba Roda/García Arán*, S. 459; ähnl. *Romeo Casabona*, S. 96.

aa. Papiere („papeles“)

Der Begriff der „papeles“ (Papiere) ist weit auszulegen. Sie müssen keinen dokumentarischen Charakter haben oder juristischer Natur sein und beinhalten neben Texten, Illustrationen/Abbildungen, Drucksachen auch Zeichnungen und Grafiken, zum Beispiel Fotografien⁵⁸². Es handelt sich also um Objekte, die eine räumliche Abbildung der Privatsphäre erlauben, begrenzt auf eine Körperlichkeit von Dokumenten oder persönlichen Sachen (wie zum Beispiel Fotos)⁵⁸³. Aus den Zitaten ergibt sich, dass es sich hierbei um Bildaufnahmen jeder Art handeln kann, die die Privatsphäre betreffen. Da diese Alternative nicht spezifisch das Recht am eigenen Bild, sondern die Privatsphäre im Allgemeinen schützt, muss die Bildaufnahme keine Person abbilden. Die Fotografien können auch persönliche Gegenstände beinhalten.

bb. Briefe („cartas“)

Als „cartas“ werden alle Schriftstücke bezeichnet, die an einen konkreten Empfänger gerichtet sind und persönlichen Charakter haben, indem in ihnen Ideen, Gefühle, Vorschläge und Nachrichten kommuniziert werden⁵⁸⁴. Da Bildaufnahmen nicht unter diesen Begriff subsumiert werden können, wird auf diese Alternative nicht näher eingegangen.

cc. Elektronisch übermittelte Nachrichten („Mensajes de correo electrónico“)

„Mensajes de correo electrónico“ ist wörtlich mit „Nachrichten durch elektronische Post“ zu übersetzen. Das spanische Recht enthält keine eigene Definition, von *Romeo Casabona* wird aber auf folgende Definition einer EU-Richtlinie verwiesen: „*Todo mensaje de voz, sonido o imagen enviado a través de una red*

⁵⁸² *Rueda Martín*, S. 43; *Romeo Casabona*, S. 78; *Corcoy Bidasolo*, S. 371 Rn. 1.5.4.

⁵⁸³ SAP Valencia 114/2002 vom 13.05., FJ 3.

⁵⁸⁴ *Corcoy Bidasolo*, S. 371 Rn. 1.5.4; *Romeo Casabona* in *Comentario Díez Ripollés/Romeo Casabona* Art. 197 Rn. 129.

de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que pueda accederse al mismo”⁵⁸⁵.

„Jede über ein öffentliches Kommunikationsnetz verschickte Sprach-, Ton- oder Bildnachricht, die im Netz oder im Endgerät des Empfängers gespeichert werden kann, bis sie von diesem abgerufen wird“. Unter diese Definition können vor allem Emails, aber auch andere elektronische Nachrichten wie zum Beispiel Faxe und Fernkopien, subsumiert werden⁵⁸⁶. Da auch Bildaufnahmen als Datei per Email versandt werden können, sind insofern auch sie taugliches Tatobjekt.

dd. Andere persönliche Dokumente oder Sachen („Cualquier otro documento o efecto personal“)

Der Begriff „documento“ ist in Art. 26 CP legaldefiniert: *„A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”*.

„Mit Wirkung für diesen Código betrachtet man als Dokument alle Trägerformen, die Daten, Tatsachen oder Erzählungen mit Beweiskraft oder jeglicher anderer juristischer Relevanz ausdrücken oder verkörpern“.

Diese Legaldefinition ist jedoch äußerst ungenau und ermöglicht insbesondere durch den letzten Halbsatz großen Auslegungsspielraum. Der Begriff „documento“ ist bis jetzt weder von der Literatur noch der Rechtsprechung genau skizziert worden⁵⁸⁷. Der Begriff schließt aber zum Beispiel Disketten, Magnetkarten, Audio- und Videokassetten mit ein⁵⁸⁸. Alle Träger, die Daten, Töne oder Bilder enthalten, die der Definition entsprechen, sind inbegriffen⁵⁸⁹. Damit kann auch die Speicherkarte einer Digitalkamera ebenso wie ein bereits ausgedrucktes oder entwickeltes Bild unter den Begriff des Dokuments subsumiert werden. Voraus-

⁵⁸⁵ Art. 2. h der EU-RL 2002/58/EG zum Datenschutz für elektronische Kommunikation (Directiva 2002/58/CE, sobre privacidad y comunicaciones electrónicas); *Romeo Casabona*, S. 79.

⁵⁸⁶ Vgl. *Corcoy Bidasolo*, S. 371 Rn. 1.5.4.

⁵⁸⁷ *Serrano Gomez/Serrano Maillo*, S. 269.

⁵⁸⁸ *Queralt Jiménez*, S. 169; *Rueda Martín*, S. 44; *Morant Vidal*, S. 62.

⁵⁸⁹ *Romeo Casabona*, S. 81.

setzung ist aber, dass die Bilder beweiskräftig oder von irgendeiner anderen juristischen Relevanz sind.

Für den Begriff „efecto personal“ gibt es keine wörtliche Übersetzung. Der Begriff umfasst jedes materielle Objekt, welches für den Betroffenen eine private Bedeutung besitzt⁵⁹⁰. Es wird auch als Objekt des persönlichen Gebrauchs umschrieben, welches an sich keine Privatsphäre preisgibt, es sei denn, es wird gebraucht oder der Gebrauch wird dem Inhaber der Privatsphäre zugeschrieben⁵⁹¹. Als Beispiele werden eine Zahnprothese oder eine Schachtel Präservative genannt⁵⁹² oder auch Gepäck oder Postpakete⁵⁹³. Unter „efectos personales“ können damit jegliche Objekte des persönlichen Gebrauchs verstanden werden, die es erlauben, den Träger der Privatsphäre zu identifizieren⁵⁹⁴. Der Begriff „efectos personales“ kann mit „persönlichen Sachen“ übersetzt werden.

ee. Das „Ansiehbringen“

Der Tatbestand erfordert das Ansiehbringen der genannten Tatobjekte, worunter auch eine Bildaufnahme fällt.

(1) Physische Erlangung der Sache

Das Ansiehbringen wird verstanden als verbotene Erlangung oder „aprehensión“⁵⁹⁵, was zum einen mit „Ergreifung“, zum anderen mit „Wahrnehmung“ der Tatobjekte übersetzt werden kann. So wird zum Teil vertreten, dass das Ansiehbringen in demselben Sinn zu verstehen ist wie bei den Vermögensdelikten, und zwar als „entreißen“ oder „behalten“⁵⁹⁶.

⁵⁹⁰ *Corcoy Bidasolo*, S. 372 Rn. 1.5.4; *Romeo Casabona* in *Comentario Díez Ripollés/Romeo Casabona*, Art 197 Rn. 132.

⁵⁹¹ *Queralt Jiménez*, S. 169.

⁵⁹² *Corcoy Bidasolo*, S. 372 Rn. 1.5.4; *Queralt Jiménez*, S. 169.

⁵⁹³ *Corcoy Bidasolo*, S. 372 Rn. 1.5.4.

⁵⁹⁴ *Jorge Barreiro* in *Comentario Cobo del Rosal*, S. 114.

⁵⁹⁵ *Rueda Martín*, S. 41.

⁵⁹⁶ *Jorge Barreiro* in *Comentario Cobo del Rosal*, S. 113; *Córdoba Roda/García Arán*, S. 456; *Lozano Miralles* in *Bajo Fernández*, S. 210; *Higuera Guimerá*, AP 31/2002, S. 774, 775; STS vom 18.02.1999, RJ 510, FJ 1.

Da diese die engste Auslegung des Begriffs Ansiehbringen ist, liegt unstrittig ein Ansiehbringen vor, wenn die besagten Papiere etc. physisch in den Besitz des Täters gelangt sind. Nach ganz herrschender Meinung ist eine Kenntnisnahme des Inhalts nicht erforderlich⁵⁹⁷. Als Beispiel kann man einen Umschlag mit intimen Fotos nennen, den der Täter mitnimmt, ohne sich die Fotos angeschaut zu haben.

(2) Herstellung einer Kopie der Sache

Die Rechtsprechung verlangt aber nicht in jedem Fall eine physische Ansiehnahme der Papiere oder Dokumente, sondern lässt eine virtuelle Ergreifung genügen und zwar der Art, dass sich der Täter den Inhalt auf jegliche technische Art und Weise zueigen macht, die es ihm erlaubt, den Inhalt später zu reproduzieren, zum Beispiel mittels einer Fotografie⁵⁹⁸.

Diese Ansicht hat auch in der Literatur Zustimmung gefunden⁵⁹⁹. Das bloße Fotokopieren, Fotografieren oder auch Speichern von Emails auf Diskette soll als Ansiehbringen ausreichen. Dies ergebe die teleologische Auslegung, nach der auf die Privatsphäre als Rechtsgut abzustellen sei und die Ansiehnahme lediglich als ein Instrument anzusehen sei, um an die intimen Informationen zu kommen⁶⁰⁰.

(3) Bloße Kenntnisnahme ausreichend?

Des Weiteren wird in der Literatur diskutiert, ob bereits die bloße Kenntnisnahme des Inhalts für ein Ansiehbringen ausreicht, ohne dass der Täter sich den Besitz an dem Träger der Information verschafft⁶⁰¹.

⁵⁹⁷ *Romeo Casabona*, S. 84; *Corcoy Bidasolo*, S. 379 Rn. 2.6.2; *Morales Prats* in *Quintero Olivares/Morales Prats*, S. 1057; *Jorge Barreiro* in *Comentario Cobo del Rosal*, S. 113; *Mata y Martín*, S. 127, 128; a.A.: *Queralt Jiménez*, S. 170: er verlangt, dass der Täter den Inhalt der Dokumente zur Kenntnis nimmt, sonst liege nur ein Versuch vor.

⁵⁹⁸ STS vom 14.09.2000, RJ 7942, FJ 3.

⁵⁹⁹ *Calderón Cerezo/Choclàn Montalvo*, S. 113; *Romeo Casabona*, S. 85; *Romeo Casabona* in *Comentario Díez Ripollés/Romeo Casabona*, Art. 197 Rn. 139.

⁶⁰⁰ *Romeo Casabona*, S. 85; im Ergebnis so auch *Mata y Martín*, S. 129.

⁶⁰¹ Vgl. *Romeo Casabona*, S. 86 ff m.w.N; *Morales Prats* in *Quintero Olivares/Morales Prats*, S. 1055; *Córdoba Roda/García Arán*, S. 457.

Zum einen wird der Fall angesprochen, in dem der Täter direkt den Inhalt zur Kenntnis nehmen kann, ohne den Informationsträger überhaupt zu berühren, zum Beispiel ein Schreiben, das offen auf dem Tisch liegt. Demzufolge wäre ein Ansiehbringen schon dann zu bejahen, wenn jemand einen Brief, den ein anderer auf seinem Schreibtisch liegen gelassen hat, oder eine Email, die sich geöffnet auf dem Bildschirm eines Computers befindet, liest⁶⁰².

Gegen die Tatbestandsmäßigkeit eines solchen Verhaltens wird aber hervorgebracht, dass der Wortlaut verlangt, die Papiere etc. an sich zu nehmen und nicht bloß die in ihnen enthaltenen Informationen. Daher wird eine materielle Handlung des Täters in Bezug auf den Träger gefordert, aufgrund derer der Träger, sei es auch nur für einen kurzen Moment, in die Verfügungsgewalt des Täters gelangt. Diese Verfügungsgewalt ist dabei als Fähigkeit zu verstehen, Zugang zur Kenntnis des Geheimnisses oder der persönlichen Information zu haben⁶⁰³. Auch *Mata y Martín* verlangt eine Art der Materialisierung des Tatobjektes, und zwar in einer Art und Weise, die es dem Täter erlaubt, die Sache wahrzunehmen. Damit werden die Verhaltensweisen aus dem Tatbestand ausgeschlossen, mit denen keine Art der Materialisierung verbunden ist⁶⁰⁴. Zum Teil wird es aber auch abgelehnt, die bloße Kenntnisnahme ausreichen zu lassen⁶⁰⁵.

Romeo Casabona spricht als zweiten Fall an, dass der Täter zunächst ein Hindernis beseitigen muss, um von der Information Kenntnis nehmen zu können, zum Beispiel das Öffnen eines Briefumschlages, um den Brief anschließend zu lesen. Der Inhaber des Informationsträgers muss objektiv den Willen zum Ausdruck gebracht haben, dass er das Geheimnis beschützen und außerhalb der Reichweite Dritter halten möchte⁶⁰⁶.

Indem der Täter zunächst ein Hindernis beseitigt, findet eine Materialisierung des Objektes statt. Insofern müsste diese Ansicht mit den zuvor geforderten Voraussetzungen vereinbar sein. Dieser Fall scheint im Gegensatz zum erstgenannten

⁶⁰² Beispiele von *González Rus* in Cobo del Rosal, S. 349.

⁶⁰³ *González Rus* in Cobo del Rosal, S. 349.

⁶⁰⁴ *Mata y Martín*, S. 128.

⁶⁰⁵ *Higuera Guimerá*, AP 31/2002, S. 774.

⁶⁰⁶ *Romeo Casabona* in Comentario Díez Ripollés/Romeo Casabona, Art. 197 Rn. 140.

Fall eher vertretbar. Die spanische Literatur ist sehr geteilter Meinung, wie weit der Begriff „Ansichbringen“ ausgelegt werden kann⁶⁰⁷. Die Mehrheit der Literatur betont wohl die physische Ansichnahme des Objekts⁶⁰⁸.

(4) Das Ansichbringen von „elektronischer Post“

Wann von einem Ansichbringen „elektronischer Post“ gesprochen werden kann, ist ebenfalls umstritten.

Von der Literatur wird zum Teil gefordert, das Ansichbringen auf Verhaltensweisen zu begrenzen, die einen physischen Ortswechsel von bereits ausgedruckten Telefaxen oder Emails beinhalten⁶⁰⁹. Demnach würde eine Kopie einer Email den Tatbestand des Art. 197.1 CP nicht erfüllen.

Dieser Meinung wird jedoch entgegnet, dass es der Natur von Emails entspricht, dass sie nicht materiell, sondern virtuell sind⁶¹⁰. Würde man für die Tatbestandsmäßigkeit grundsätzlich einen Ausdruck der Emails verlangen, wäre ihre Erwähnung im Gesetzestext überflüssig gewesen, da sie als Ausdruck jedenfalls unter die Begriffe Papiere, Briefe oder Dokumente subsumiert werden könnten⁶¹¹. Vorzugswürdiger erscheint daher die Meinung, nach der Emails nicht erst durch die Erlangung eines Ausdrucks, sondern bereits mit vorhergehenden Handlungen, die den Zugriff erleichtern, an sich genommen werden.

(5) Zusammenfassung

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass diese Tatmodalität das Ansichbringen von Bildaufnahmen erfasst, die den Definitionen des „Papiers“ oder „Dokuments“ entsprechen oder die Datei einer Email darstellen. Zu beachten ist dabei, dass es sich auch um Bildaufnahmen von Gegenständen handeln kann. Die Rechtsinha-

⁶⁰⁷ *Romero Casabona* in *Comentario Díez Ripollés/Romero Casabona*, Art. 197 Rn. 197 m.w.N.

⁶⁰⁸ Vgl. *Córdoba Roda/García Arán*, S. 457.

⁶⁰⁹ *Morales Prats* in *Quintero Olivares/Morales Prats*, S. 1055.

⁶¹⁰ *Romero Casabona* in *Comentario Díez Ripollés/Romero Casabona*, Art. 197 Rn. 144; zust. *Rueda Martín*, S. 42.

⁶¹¹ *Romero Casabona*, S. 88; zust. *Rueda Martín*, S. 42, 43.

berschaft am Tatobjekt und am privaten Inhalt müssen aber derselben Person zustehen⁶¹². Dies ergibt sich aus der Benutzung des Possessivpronomens „*suos papeles...*“ (seine Papiere). Das heißt also, die auf einem privaten Foto abgebildete Person muss auch der Inhaber des Fotos oder digitalen Bildträgers sein.

4. Erfordernis eines Taterfolgs?

Die Tathandlungen müssen dem Wortlaut nach mit dem Ziel vorgenommen werden, Geheimnisse auszuspähen oder die Privatsphäre zu verletzen.

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist ein Geheimnis das Vertrauliche, Verborgene, Vorbehaltene oder Verschwiegene.

Darunter fallen Kenntnisse über eine Eigenschaft oder die Beschaffenheit einer Sache oder einer nützlichen Methode in der Medizin oder in einer anderen Wissenschaft, in der Kunst oder im Beruf⁶¹³.

Nach der Literatur versteht man unter dem strafrechtlichen Geheimnis Inhalte, von denen nur eine Person oder ein auf bestimmte Personen reduzierter Kreis Kenntnis hat und die der Betroffene in seinem Interesse nicht Dritten bekannt zu geben wünscht⁶¹⁴.

Es wird auch als die einem begrenzten Kreis von Personen vorbehaltene Kenntnis bezeichnet, die anderen verschwiegen wird oder verborgen bleibt⁶¹⁵. Der Begriff des Geheimnisses ist dabei in den Bereich des Rechtsguts „Privatsphäre“ eingebunden⁶¹⁶. Das Geheimnis ist nicht als strikte Verschwiegenheit zu verstehen, sondern muss in Beziehung zu der Privatsphäre stehen⁶¹⁷. Die „geheimen Tatsachen“ müssen demzufolge mit der Intimität oder der Privatheit in Zusammen-

⁶¹² *Corcoy Bidasolo*, S. 372 Rn. 1.6.1; *Comentario Calderón Cerezo/Choclàn Montalvo*, S. 454; *Jorge Barreiro* in *Comentario Cobo del Rosal*, S. 112; *Rueda Martín*, S. 40; *Morant Vidal*, S. 63.

⁶¹³ *Romeo Casabona*, S. 65.

⁶¹⁴ *Serrano Gomez/Serrano Mailló*, S. 269; vgl. *Rueda Martín*, S. 35, 36.

⁶¹⁵ *Romeo Casabona*, S. 65.

⁶¹⁶ *Rueda Martín*, S. 35; *Serrano Gomez/Serrano Mailló*, S. 269; *Suárez-Mira Rodríguez/Judel Pietro/Piñol Rodríguez*, S. 193; *Morales Prats* in *Quintero Olivares/Morales Prats*, S. 1056; *Queralt Jiménez*, S. 192; *Córdoba Roda/García Arán*, S. 456; *Jorge Barreiro* in *Comentario Cobo del Rosal*, S. 118; *Higuera Guimerá*, AP 31/2002, S. 771; *Corcoy Bidasolo*, S. 370 Rn. 1.5.1.

⁶¹⁷ STS vom 14.09.2000, RJ 7942, FJ 3.

hang stehen⁶¹⁸. Das ergibt sich zum einen auch aus dem geschützten Rechtsgut der Privatsphäre und zum anderen aus der Systematik des Abschnitts, der die Überschrift trägt, „Delikte gegen die *Privatsphäre*, das Recht am eigenen Bild und die Unverletzlichkeit der Wohnung“⁶¹⁹. Zum Teil wird der Verweis auf die Geheimnisse daher als überflüssig angesehen, da die Geheimnisse kein eigenes, von der Privatsphäre zu unterscheidendes, geschütztes Rechtsgut darstellen und es ausgereicht hätte, lediglich die Privatsphäre in den Tatbestand aufzunehmen⁶²⁰.

Der Begriff der Privatsphäre ist bereits als geschütztes Rechtsgut erläutert worden, so dass hier auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann.

Eine andere Frage ist es, ob als Taterfolg die Privatsphäre durch die Handlung tatsächlich verletzt worden sein muss. Die Norm erfordert keine tatsächliche Verletzung der Privatsphäre. Vielmehr reicht es aus, wenn der Täter die tatbestandlichen Handlungen mit der Absicht vornimmt, die Privatsphäre zu verletzen⁶²¹. Somit ist also objektiv allein die Vornahme der tatbestandlichen Handlungen ausreichend, um die Erfüllung des Tatbestandes zu bejahen. Nicht erforderlich ist, dass die Privatsphäre verletzt wurde⁶²². In Bezug auf die Tathandlung des Ansichbringens ist es durchaus möglich, dass die Privatsphäre nicht verletzt wird, zum Beispiel wenn der Täter einen Umschlag mit Bildaufnahmen gar nicht öffnet. In Bezug auf die Aufnahme oder Übertragung einer Bildaufnahme sind solche Fälle allerdings nur schwer denkbar. Hier beinhaltet gewöhnlich bereits der Gebrauch von Film- oder Tonaufnahmegeräten aufgrund seines Charakters ein Ausspähen der Privatsphäre und somit eine Verletzung⁶²³.

⁶¹⁸ *Serrano Gomez/Serrano Maillo*, S. 269.

⁶¹⁹ So *Morales Prats* in Quintero Olivares/Morales Prats, S. 1056.

⁶²⁰ So *Morales Prats* in Quintero Olivares/Morales Prats, S. 1056; ebenso *Córdoba Roda/García Arán*, S. 456.

⁶²¹ *Rodríguez Ramos*, S. 495, 496; *Córdoba Roda/García Arán*, S. 455; STS vom 10.12.2004, RJ 7917, FJ 8; *Conde-Pumpido Ferreiro*, S. 618; vgl. *Alonso de Escamilla* in Lamarca Pérez, S.183; *Jorge Barreiro* in Comentario Cobo del Rosal, S. 114.

⁶²² Vgl. SAP Madrid 142/2003 vom 27.03., FJ 2.

⁶²³ Vgl. *Morales Prats* in Quintero Olivares/Morales Prats, S. 1058.

Dennoch handelt es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt („delito de peligro abstracto“)⁶²⁴, welches keinen Verletzungserfolg erfordert.

Insofern bietet der Art. 197.1 CP stärkeren Schutz als § 201 a StGB, der als Taterfolg die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs erfordert.

5. Subjektiver Tatbestand

Der Täter muss vorsätzlich handeln, das heißt mit dem Bewusstsein und dem Willen, den objektiven Tatbestand zu verwirklichen⁶²⁵. Dabei ist jegliche Vorsatzform, dolus ersten Grades, dolus zweiten Grades oder dolus eventualis, ausreichend. Zusätzlich muss der Täter aber mit der Absicht handeln, die Privatsphäre eines anderen zu verletzen⁶²⁶. Es handelt sich um ein Absichtsdelikt („delito de intención“). Uneinigkeit besteht in der spanischen Literatur aber darüber, welche Modalität eines Absichtsdeliktens gegeben ist. Es ist umstritten, ob es sich um ein „delito de resultado cortado“⁶²⁷ („Delikt mit abgeschnittenem Ergebnis“) oder um ein „delito mutilado de dos actos“⁶²⁸ („aus zwei Handlungen gekürztes Delikt“) handelt. Ein „delito de resultado cortado“ liegt vor, wenn der Täter eine Handlung vornimmt, um ein bestimmtes, aber außerhalb des Tatbestandes liegendes Ergebnis zu erzielen, dessen Erreichen nicht in der Herrschaftssphäre des Täters liegt, sondern von externen Faktoren abhängt.

Ein „delito mutilado de dos actos“ dagegen ist gegeben, wenn der Täter ein Delikt schon mit der ersten Handlung vollendet, die er aber in der Absicht vornimmt, eine weitere Handlung zu bewirken und der Erfolg dieser zweiten Handlung in der Herrschaftssphäre des Täters liegt⁶²⁹. Meines Erachtens handelt es sich bei Art. 197.1 CP um ein „delito mutilado de dos actos“, da es in der Herrschaftssphäre des Täters liegt, eine Verletzung der Privatsphäre tatsächlich her-

⁶²⁴ *Rueda Martín*, S. 48; *Romeo Casabona*, S. 99.

⁶²⁵ *Rueda Martín*, S. 49.

⁶²⁶ *Romeo Casabona*, S. 99.

⁶²⁷ *Rueda Martín*, S. 51; *Queralt Jiménez*, S. 171; STS vom 10.12.2004, RJ 7917, FJ 8.

⁶²⁸ *Morales Prats* in *Quintero Olivares/Morales Prats*, S. 1055; *Romeo Casabona* in *Comentario Díez Ripollés/Romeo Casabona*, Rn. 161; SAP Pontevedra 15/2001 vom 18.05., FJ 5. *Rodríguez Ramos*, S. 495.

⁶²⁹ *Morales Prats* in *Quintero Olivares/Morales Prats*, S. 1055.

beizuführen. Eine vergleichbare Differenzierung ist dem deutschen Strafrecht unbekannt. Im deutschen Recht würde man lediglich von einem Delikt mit überschießender Innentendenz sprechen.

II. Der Tatbestand des Art. 197.2 CP

Art. 197.2 CP schützt die persönlichen, in EDV- oder elektronischen Karteien gespeicherten Daten von Personen vor unbefugtem Zugriff und Verfälschung. Er stellt den Grundtatbestand der Delikte gegen die „Datenverarbeitungsfreiheit“ („libertad informática“) dar, das heißt der Delikte, die sich gegen die Privatsphäre der Personen richten, indem in ihnen, die in eine elektronische Datenverarbeitung eingegebenen persönlichen Daten offen gelegt oder illegal benutzt werden. Das Recht auf eine Privatsphäre ist hier als Bestätigung der eigenen Freiheit und Würde der Person gegenüber der Macht der Datenverarbeitung zu verstehen, indem es dem Individuum Kontrollmöglichkeiten über seine computergestützten persönlichen Daten einräumt⁶³⁰.

Geschütztes Rechtsgut ist die „Privatsphäre der elektronischen Datenverarbeitung“ („intimidación informática“), das heißt eine neue Dimension der Privatsphäre, die nicht nur die Befugnis zum Ausschluss Dritter enthält, sondern auch die Befugnis zur Kontrolle der auf EDV umgestellten persönlichen Daten⁶³¹. Bildnisse einer Person stellen jedoch keine Daten im Sinne dieser Norm dar. Das ergibt sich aus Art. 197.3 S.1 CP, der explizit von Daten *oder* Bildern spricht. Daher spielt dieser Absatz in Bezug auf das Recht am eigenen Bild keine Rolle und wird im Rahmen dieser Arbeit nicht näher erläutert.

III. Tatbestand des Art. 197.3 CP

Dieser Absatz stellt die Verbreitung, Preisgabe oder Überlassung der ausgespähten Daten oder der aufgenommenen Bilder an Dritte unter Strafe. Es ist zwischen Art. 197.3 S. 1 und S. 2 CP zu differenzieren. Gemäß Art. 197.3 S. 1 CP wird

⁶³⁰ SAP Madrid 115/1999 vom 15.04., FJ 3; vgl. *Jorge Barreiro* in *Comentario Cobo del Rosal*, S. 125.

⁶³¹ *Jorge Barreiro* in *Comentario Cobo del Rosal*, S. 126.

Gefängnisstrafe von zwei bis zu fünf Jahren verhängt, „wenn die ausgespähten Daten oder Tatsachen oder aufgenommenen Bilder, auf die sich die vorhergehenden Ziffern beziehen, verbreitet, preisgegeben oder Dritten überlassen werden“. Art. 197.3 S. 1 CP stellt eine Qualifikation dar. Er setzt voraus, dass der Täter bereits eine von Art. 197.1 CP umschriebene Handlung vorgenommen hat und darüber hinaus die gewonnenen Papiere, Tonaufnahmen oder Bilder an Dritte verbreitet⁶³². Er ist demnach verwirklicht, wenn eine nach Art. 197.1 CP hergestellte Bildaufnahme anschließend von derselben Person verbreitet wird. Um ein Verbreiten zu bejahen, ist die Weitergabe an eine einzige Person ausreichend⁶³³. Zum Teil wird aber auch die Bekanntgabe an mehrere Personen – mindestens zwei – verlangt⁶³⁴.

Als weitere Tathandlung wird das Verb „revelar“, was mit „offenbaren“ oder „preisgeben“ übersetzt werden kann, genannt. Die Tathandlung wird aber auch umschrieben als Aufdecken oder Kundgeben des Geheimnisses, wobei hier die Preisgabe gegenüber einer Person ausreichen soll⁶³⁵. Der Begriff „revelar“ ist kritisiert worden. „Revelar“ beinhaltet, dass der Täter den geheimen oder intimen Inhalt erfasst habe, was jedoch für den Tatbestand des Art. 197 CP gar nicht nötig sei⁶³⁶. Schließlich ist es ausreichend, wenn der Täter lediglich in der Absicht handelt, die Privatsphäre zu verletzen. Insofern ist der Begriff zu Recht zu kritisieren. Die letzte alternative Tathandlung ist die Überlassung an Dritte.

Der erhöhte Strafraum des Art. 197.3 S. 1 CP wird damit begründet, dass die Handlungen eine intensivere Verletzung des geschützten Rechtsguts beinhalten. Mit einer Verbreitung verlassen die Bilder die Sphäre des Täters und gelangen an eine unbegrenzte Anzahl Dritter, insbesondere bei der Nutzung des Internets⁶³⁷. Art. 197.3 S.2 CP sieht dagegen eine geringere Strafe vor als der Grundtatbestand. Er stellt eine Privilegierung dar. Gemäß Art. 197.3 S. 2 CP wird mit Ge-

⁶³² *Suárez-Mira Rodríguez/Judel Pietro/Piñol Rodríguez*, S. 194; *Conde-Pumpido Ferreiro*, S. 620; *Comentario Calderón Cerezo/Cholán Montalvo*, S. 459.

⁶³³ *Romeo Casabona*, S. 147.

⁶³⁴ *Higuera Guimerá*, AP 31/2002, S. 781.

⁶³⁵ *Higuera Guimerá*, AP 31/2002, S. 781.

⁶³⁶ *Romeo Casabona*, S. 148.

⁶³⁷ *Romeo Casabona* in *Comentario Díez Ripollés/Romeo Casabona*, Rn. 269.

fängnis von einem bis zu drei Jahren und Geldstrafe von zwölf bis zu 24 Monaten bestraft, „wer in Kenntnis der rechtswidrigen Herkunft und ohne am Ausspähen teilgenommen zu haben, die im vorhergehenden Absatz beschriebene Verhaltensweisen verwirklicht“.

Die Vorschrift richtet sich an Täter, die zwar die illegale Herkunft der Bilder kennen, an der Aufnahme selbst aber nicht mitgewirkt haben⁶³⁸. Der Absatz stellt einen autonomen Tatbestand dar⁶³⁹. Er entspricht kriminalpolitischen Beweggründen, die darin bestehen, die Straffreiheit von Tätern zu verhindern, die zwar nicht direkt im Sinne des Grundtatbestandes in die Privatsphäre eingegriffen haben, aber deren Handlungen die Privatsphäre gleichermaßen attackieren⁶⁴⁰. Der Tatbestand ist in Fällen relevant, in denen zum Beispiel der Redakteur einer Zeitschrift Bilder, deren illegale Herkunft ihm bekannt ist, veröffentlicht.

IV. Weitere Qualifikationstatbestände des Art. 197 CP

Art. 197 CP beinhaltet zudem eine Reihe weiterer Qualifikationen, die aufgrund der besonderen Täterqualität, einer besonderen Opferkonstitution, besonders sensibler Daten oder der besonderen Motivation des Täters eine verschärfte Strafe vorsehen.

1. Art. 197.4 CP

Dieser Absatz enthält eine Qualifikation für den Fall, dass die in den Absätzen 1 und 2 der Vorschrift beschriebenen Taten durch Personen begangen werden, die mit EDV-, elektronischen oder telematischen Karteien, Datenträgern, Archiven oder Registern betraut sind oder für sie verantwortlich sind. Als Strafe sind drei bis fünf Jahre Freiheitsstrafe vorgesehen. Voraussetzung des Art. 197.4 CP ist, dass die Personen nicht nur tatsächlich mit den Daten zu tun haben, sondern dass

⁶³⁸ Vgl. *Conde-Pumpido Ferreiro*, S. 620; *Suárez-Mira Rodríguez/Judel Pietro/Piñol Rodríguez*, S. 194, 195; *Alonso de Escamilla* in *Lamarca Pérez*, S. 185.

⁶³⁹ *Higuera Guimerá*, AP 31/2002, S. 781; *Rodríguez Ramos*, S. 498, STS vom 10.12.2004, RJ 7917, FJ 20.

⁶⁴⁰ *Rodríguez Ramos*, S. 498, STS vom 10.12.2004, RJ 7917, FJ 20.

eine gesetzliche oder vertragliche Verpflichtung der Personen zur Überwachung der Daten besteht und sie diese verletzen⁶⁴¹.

Die Strafschärfung hat ihre Berechtigung darin, dass diese Personen vereinfachten Zugriff auf persönliche Daten haben und zur Verschwiegenheit verpflichtet sind⁶⁴². Bei einem tatbestandlichen Verhalten begehen sie damit zugleich eine Pflichtverletzung bezüglich der Verschwiegenheit und Treue, die ihnen durch Gesetz oder Vertrag auferlegt worden ist.

2. Art. 197.5 CP

Gemäß Art. 197.5 CP ist die Strafe aus der oberen Hälfte des Strafrahmens zu verhängen, wenn die in den vorhergehenden Absätzen beschriebenen Tatbestände Daten persönlicher Art betreffen, die die Weltanschauung, Religion, den Glauben, die Gesundheit, die Abstammung oder das Sexualleben offenbaren oder wenn das Opfer minderjährig oder unmündig ist.

Die Qualifikation wird aus folgenden Gründen als notwendig angesehen: zum einen aufgrund der sensiblen Natur der genannten Daten, die sich auf Aspekte beziehen, die den Kern der Privatheit⁶⁴³ darstellen, so dass der Angriff auf die Privatsphäre intensiver ist, und zum anderen, da die Opfer minderjährig oder unmündig sind⁶⁴⁴ und aufgrund ihrer persönlichen Eigenart gegenüber Angriffen auf ihre Privatsphäre verletzbarer sind⁶⁴⁵. Diese besondere Verletzbarkeit rührt entweder aus dem Alter her oder aus der Unmündigkeit, die die physische oder psychische Unreife widerspiegelt⁶⁴⁶. Minderjährig ist, wie im deutschen Recht,

⁶⁴¹ *Suárez-Mira Rodríguez/Judel Pietro/Piñol Rodríguez*, S. 195.

⁶⁴² *Romeo Casabona* in *Comentario Díez Ripollés/Romeo Casabona*, Art. 197 Rn. 281; *Conde-Pumpido Ferreiro*, S. 620.

⁶⁴³ STS vom 11.07.2001, RJ 1056, FJ 3; *Morales Prats* in *Quintero Olivares/Morales Prats*, S. 1073.

⁶⁴⁴ *Conde-Pumpido Ferreiro*, S. 620.

⁶⁴⁵ *Suárez-Mira Rodríguez/Judel Pietro/Piñol Rodríguez*, S. 195.

⁶⁴⁶ *Romeo Casabona* in *Comentario Díez Ripollés/Romeo Casabona*, Art. 197 Rn. 300.

wer das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat⁶⁴⁷. Die Unmündigkeit einer Person ist in Art. 25 CP geregelt⁶⁴⁸.

3. Art. 197.6 CP

Gemäß Art. 197.6 CP ist die in den Abs. 1-4 jeweils angedrohte Strafe aus der oberen Hälfte des Strafrahmens zu verhängen, wenn die Taten mit Bereicherungsabsicht („fines lucrativos“) begangen werden. Wenn darüber hinaus die in Abs. 5 genannten Daten betroffen sind, beträgt die zu verhängende Strafe Gefängnis von vier bis zu sieben Jahren.

Der erhöhte Strafrahmen dieses Absatzes basiert auf der Überlegung, dass die Handlungen von einem Gewinnstreben geleitet werden⁶⁴⁹. Dieses Motiv führe zu einer größeren Schuld und größeren Vorwerfbarkeit⁶⁵⁰. Nicht erforderlich ist, dass tatsächlich ein ökonomischer Gewinn eingetreten ist. Allein die Motivation ist ausreichend⁶⁵¹. Der Tatbestand ist damit vor allem für Paparazzi relevant, die kompromittierende Fotos herstellen, um diese an Zeitschriften zu verkaufen⁶⁵². Er nimmt Bezug auf die Professionalität des Täters, der mit fremder Privatsphäre Handel in einem Land treibt, in dem sich in den letzten Jahren ein solider Markt für illegale Informationen stabilisiert hat⁶⁵³.

V. Amtsträgerqualifikation des Art. 198 CP

Art. 198 CP enthält eine Qualifikation für Amtsträger: Der Amtsträger oder Beamte, der in anderen als den gesetzlich erlaubten Fällen, ohne dass ein gesetzmä-

⁶⁴⁷ Vgl. *Serrano Gomez/Serrano Maillo*, S. 277.

⁶⁴⁸ Art. 25 CP: Mit Wirkung für dieses Gesetzbuch ist eine Person ungeachtet dessen, ob sie als unmündig erklärt wurde oder nicht, als unmündig zu betrachten, wenn sie an einer dauerhaften Krankheit leidet, die ihr verbietet sich selbst oder ihre Rechtsgüter eigenständig zu verwalten („A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por si misma“).

⁶⁴⁹ *Suárez-Mira Rodríguez/Judel Pietro/Piñol Rodríguez*, S. 195.

⁶⁵⁰ *Comentario Calderón Cerezo/Choclán Montalvo*, S. 459.

⁶⁵¹ *Queralt Jiménez*, S. 180; *Serrano Gomez/Serrano Maillo*, S. 277.

⁶⁵² Vgl. *Serrano Gomez/Serrano Maillo*, S. 277.

⁶⁵³ *Morales Prats* in *Quintero Olivares/Morales Prats*, S. 1075.

biges Verfahren wegen einer Straftat vorliegt, unter Ausnutzung seines Amtes eine der im vorhergehenden Artikel beschriebenen Verhaltensweisen verwirklicht, wird aus der oberen Hälfte des jeweils angedrohten Strafrahmens und zusätzlich mit einer absoluten Untauglichkeitserklärung („inhabilitación“) für die Dauer von 6 bis zu 12 Jahren bestraft.

Die Strafe der absoluten Untauglichkeitserklärung ist in Art. 41 CP geregelt. Demnach bewirkt sie einen endgültigen Entzug aller öffentlichen Ehren, Anstellungen und Ämter, die der Bestrafte innehat, selbst wenn sie durch Wahl erlangt wurden. Außerdem führt sie zur Unfähigkeit, für die Dauer der Strafe diese oder andere öffentlichen Ehren, Ämter oder Anstellungen zu erlangen und für ein öffentliches Amt gewählt zu werden.

Der Tatbestand des Art. 198 CP erfordert, dass sich der Täter mit seinem Handeln über sein Amt hinwegsetzt und dass der illegale Zugriff auf die Privatsphäre stattfindet, obwohl kein gesetzmäßiges Verfahren und keine Ermittlungen laufen⁶⁵⁴. Die Strafschärfung findet ihre Begründung in der subjektiven Qualität des Täters, der aufgrund seines Amtes leichteren Zugang zu intimen Informationen anderer hat. Zudem besteht eine größere Gefahr, dass die privilegierte Position und ihre widerrechtliche Nutzung von Seiten der Behörden als Mittel der Kontrolle der Bürger oder auch als Instrument der Spionage gegenüber politischen Gegnern benutzt werden könnten⁶⁵⁵.

Zu beachten ist, dass Art. 198 CP immer vom Amtsdelikt des Art. 536 CP abzugrenzen ist.

Art. 198 CP ist also nur anwendbar, wenn keinerlei Ermittlungen laufen⁶⁵⁶. Art. 198 CP regelt eine Qualifikation des Deliktes, beruhend auf der Qualität des Täters, der sich als öffentlicher Amtsträger unter Ausnutzung seiner Position außerhalb seiner Aufgaben bewegt⁶⁵⁷.

⁶⁵⁴ *Morales Prats* in Quintero Olivares/Morales Prats, S. 1077.

⁶⁵⁵ *Romeo Casabona*, S. 171.

⁶⁵⁶ *Morales Prats* in Quintero Olivares/Morales Prats, S. 1077; *Romeo Casabona*, S. 175.

⁶⁵⁷ *Comentario Calderón Cerezo/Choclán Montalvo*, S. 460.

Der Art. 536 CP dagegen schützt die Privatsphäre als rechtliche Garantie im Verhältnis von Bürger zu Staat und ist in den Fällen anwendbar, in denen der Amtsträger bei Ausübung seines Amtes seine Befugnisse überschreitet und gegen verfassungsrechtliche oder gesetzliche Garantien verstößt⁶⁵⁸.

Wenn der illegale Zugriff auf die Daten im Rahmen einer strafrechtlichen Ermittlung stattfindet, ist Art. 536 CP mit seiner geringeren Strafe anwendbar⁶⁵⁹. Art. 536 CP ist aber nicht in jedem Fall, in dem ein „Ermittlungsverfahren“ läuft, anwendbar. In Anbetracht seiner gegenüber Art. 198 CP geringeren Strafe muss hinzukommen, dass das Attentat gegen die Privatsphäre sich zugleich als eine Ermittlungstätigkeit darstellt, die eine Verletzung der Garantien der Bürger beinhaltet⁶⁶⁰. Daraus folgt, dass Art. 198 CP anwendbar bleibt, wenn zwar ein Ermittlungsverfahren läuft, aber völlig abseits der Ermittlungen eine Verletzung der Privatsphäre eintritt.

VI. Rechtfertigungsgründe

Zu beachten ist zunächst, dass die Einwilligung nicht rechtfertigend wirkt, sondern schon den Tatbestand ausschließt⁶⁶¹. Die tatbestandsausschließende Wirkung kann man bereits dem Wortlaut der Norm entnehmen: „ (...) sin su consentimiento“ ist mit „ohne seine Einwilligung“ zu übersetzen. Es gibt aber auch in der Literatur eine Mindermeinung, die der Einwilligung erst rechtfertigende Wirkung zukommen lässt⁶⁶².

⁶⁵⁸ Comentario Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, S. 460.

⁶⁵⁹ Morales Prats in Quintero Olivares/Morales Prats, S. 1077; Romeo Casabona, S. 175.

⁶⁶⁰ Morales Prats in Quintero Olivares/Morales Prats, S. 1078.

⁶⁶¹ Romeo Casabona, S. 128; Serrano Gomez/Serrano Maillo, S. 270, 273; Alonso de Escamilla in Lamarca Pérez, S. 183; Jorge Barreiro in Comentario Cobo del Rosal, S. 117; Higuera Guimerá, AP 31/2002, S. 775; Morant Vidal, S. 64; SAP Pontevedra 15/2001 vom 18.05., FJ 2.

⁶⁶² Siehe Corcoy Bidasolo, S. 179 Rn. 2.7.1 m.w.N.

1. Rechtfertigungsgründe der LO 1/1982

Die in Art. 8 LO 1/1982 aufgezählten Ausnahmefälle, in denen die Privatsphäre und das Recht am eigenen Bild nicht verletzt sind, müssen aufgrund der Einheit der Rechtsordnung auch in Bezug auf Art. 197 CP anwendbar sein. Zu denken ist insbesondere an die Ausnahme bei Aufnahmen von bekannten Persönlichkeiten an öffentlichen Orten⁶⁶³. Da diese Ausnahmen bereits eingehend erläutert worden sind⁶⁶⁴, erübrigen sich an dieser Stelle nähere Ausführungen.

2. Allgemeine Rechtfertigungsgründe nach Art. 20 CP

Die im Código Penal anerkannten allgemeinen Rechtfertigungsgründe sind die „legítima defensa“ (Art. 20.4 CP), der „estado de necesidad“ (Art. 20.5 CP) und die „ejercicio de un derecho“ (Art. 20.7 CP)⁶⁶⁵. Während die „legítima defensa“ und der „estado de necesidad“ mit Notwehr und Notstand zu übersetzen sind, gibt es im deutschen StGB keine dem Art. 20.7 CP entsprechende Norm.

a. Art. 20.4 und 20.5 CP

Zunächst ist auf Art. 20.4 und 20.5 CP kurz einzugehen, da Notwehr und Notstand, wie bezüglich des deutschen Rechts bereits festgestellt, auch bei der Herstellung einer Bildaufnahme eingreifen können. Auch in der spanischen Literatur wird darauf hingewiesen, dass diese Rechtfertigungsgründe bei Delikten des Título X des CP eingreifen können⁶⁶⁶.

Nach Art. 20.4 CP ist nicht strafrechtlich verantwortlich, wer in Verteidigung der Person oder eigener oder fremder Rechte handelt, sofern die folgenden Voraussetzungen vorliegen:

Erstens muss ein rechtswidriger Angriff gegeben sein. Im Falle der Verteidigung von Gütern wird der eine Straftat oder Übertretung entsprechende Angriff, der diese Güter in die schwere Gefahr der unmittelbar bevorstehenden Zerstörung

⁶⁶³ Comentario Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, S. 456.

⁶⁶⁴ Vgl. hierzu S. 42 ff.

⁶⁶⁵ Suárez-Mira Rodríguez/Judel Pietro/Piñol Rodríguez, S. 218.

⁶⁶⁶ Alonso de Escamilla in Lamarca Pérez, S. 194.

oder des unmittelbar bevorstehenden Verlusts versetzt, als rechtswidriger Angriff angesehen. Im Falle der Verteidigung der Wohnung oder ihrer Nebengebäude wird das unerlaubte Eindringen in diese als rechtswidriger Angriff angesehen.

Zweitens muss eine vernunftgemäße Erforderlichkeit des zur Verhinderung oder Abwehr angewandten Mittels vorliegen.

Drittes ist das Fehlen einer ausreichenden Provokation auf Seiten des Verteidigers erforderlich⁶⁶⁷.

Art. 20.5 CP regelt den Notstand. Nach ihm ist nicht strafrechtlich verantwortlich, wer im Notstand, um ein eigenes oder fremdes Übel zu vermeiden, ein Rechtsgut einer anderen Person verletzt oder gegen eine Pflicht verstößt, sofern die folgenden Voraussetzungen vorliegen:

Erstens darf das verursachte Übel nicht größer sein als dasjenige, um dessen Vermeidung es geht.

Zweitens darf der Notstand durch den Täter nicht absichtlich provoziert worden sein.

Drittens darf der in Not Befindliche nicht aufgrund seines Berufes oder Amtes verpflichtet sein, sich aufzuopfern⁶⁶⁸.

Der Notstand kann rechtfertigend wirken, wenn eine Bildaufnahme für Beweis-zwecke hergestellt wird, um eine Straftat gegen Personen zu verhindern⁶⁶⁹. Dies gilt allerdings nur für Private und nicht für Amtsträger, deren Befugnisse beschränkend geregelt sind⁶⁷⁰. In der Praxis sind außer dem genannten Fall des Beweiszweckes kaum weitere Fälle denkbar, in denen die Herstellung einer Bildaufnahme ein geeignetes Mittel zur Vermeidung eines eigenen oder fremden Übels darstellt.

⁶⁶⁷ Übersetzung nach *Hoffmann*.

⁶⁶⁸ Übersetzung nach *Hoffmann*.

⁶⁶⁹ *Queralt Jiménez*, S. 172.

⁶⁷⁰ *Queralt Jiménez*, S. 172.

b. Art. 20.7 CP

In der Literatur findet man jedoch im Zusammenhang mit Art. 197 CP mehr Verweise auf Art. 20.7 CP⁶⁷¹. Nach dieser Vorschrift handelt derjenige außerhalb strafrechtlicher Verantwortung, der in Erfüllung einer Pflicht oder einer rechtmäßigen Ausübung eines Rechtes, einer beruflichen Tätigkeit oder eines Amtes handelt. Die Norm stellt eine Generalklausel dar, die die Aufgabe erfüllt, Lücken im System zu schließen, da zuletzt Notwehr und Notstand nichts weiter sind als Konkretisierungen der Ausübung eines Rechts.

Der erste Fall – Handeln in Erfüllung einer Pflicht – erfordert eine aus der Rechtsordnung abgeleitete rechtliche Pflicht, lediglich ethische Pflichten sind nicht ausreichend⁶⁷². Diese Variante des Art. 20.7 CP hat die stärkste praktische Bedeutung in Bezug auf alle Personen, die öffentliche Ämter ausüben, insbesondere die Sicherheitskräfte⁶⁷³.

Interessanter ist jedoch der zweite Fall – die rechtmäßige Ausübung eines Rechts. Ein Recht in diesem Sinne ist nämlich die in Art. 20.1 CE gewährleistete Pressefreiheit. Steht die Pressefreiheit im Konflikt zum Recht auf Privatsphäre oder dem Recht am eigenen Bild, kann zugunsten von Journalisten der Rechtfertigungsgrund des Art. 20.7 CP eingreifen⁶⁷⁴. So nahm das Gericht die legitime Ausübung eines Rechts zugunsten einer Journalistin an, die in einer Tageszeitung die Identität zweier Personen veröffentlichte, die Aids hatten und in einem Gefängnis in der Küche arbeiteten⁶⁷⁵.

Der Rechtfertigungsgrund verlangt im Rahmen des Art. 20.7 CP die Vornahme einer Interessenabwägung, bei der die Informationsfreiheit gegenüber dem Recht auf Privatsphäre überwiegt⁶⁷⁶. Die Rechtsprechung hat folgende Abwägungskri-

⁶⁷¹ Zum Beispiel *Rueda Martín*, S. 53, *Romeo Casabona* in *Comentario Díez Ripollés/Romeo Casabona*, Art. 197 Rn. 218.

⁶⁷² *Suárez-Mira Rodríguez/Judel Pietro/Piñol Rodríguez*, S. 235.

⁶⁷³ *Rodríguez Ramos*, S. 96; *Suárez-Mira Rodríguez/Judel Pietro/Piñol Rodríguez*, S. 235.

⁶⁷⁴ Vgl. *Quintero Olivares*, S. 493.

⁶⁷⁵ STS vom 18.02.1999, RJ 510, FJ 6.

⁶⁷⁶ *Rueda Martín*, S. 53, 54; vgl. *Suárez-Mira Rodríguez/Judel Pietro/Piñol Rodríguez*, S. 236.

terien entwickelt: Wenn die Informationsfreiheit in Bereichen geltend gemacht wird, die andere verfassungsrechtlich geschützte Güter betreffen – wie die Privatsphäre–, ist es notwendig, dass die Information von öffentlichem Interesse ist⁶⁷⁷. Dieser Rechtfertigungsgrund gründet auf dem Prinzip des überwiegenden Interesses, bei dem das Recht vorrangig ist, das sich auf die Kollektivinteressen auswirkt, wie zum Beispiel jegliche Aspekte politischer Handlungen.

Es muss sich um Tatsachen oder Situationen handeln, die die Gemeinschaft interessieren und nicht nur um bloße fremde Neugier. Das Kriterium der allgemeinen Relevanz ist das entscheidende Element der Wertung, um den Konflikt zwischen den Ansprüchen auf Information auf der einen Seite und Diskretion auf der anderen Seite aufzulösen⁶⁷⁸. Das Überwiegen des Informationsinteresses lässt nach, sobald sich die Kritik mit für die Ehre anderer demütigenden Behauptungen vereint, die in jedem Fall unnötig sind für die öffentliche Meinungsbildung, oder wenn sich die Informationen ausschließlich auf Fragen beziehen, die das Privatleben von Personen beinhalten, Fälle also, in denen das Recht auf Ehre seine größte Wirksamkeit erreicht⁶⁷⁹.

Demnach ist die Veröffentlichung von Bildaufnahmen nicht rechtswidrig, wenn sie der Information der Allgemeinheit dienen und zur öffentlichen Meinungsbildung beitragen. Viele Fälle des investigativen Journalismus können damit über diese Klausel aus der Strafbarkeit herausgenommen werden. Dagegen sind die Fälle nicht zu rechtfertigen, in denen Paparazzi die Privatsphäre betreffende Aufnahmen von zum Beispiel Schauspielern herstellen, die nur der Befriedigung der Neugier dienen und von keiner informativen Relevanz sind.

In der Praxis wird mittels des Art. 20.7 CP der relativ weite Tatbestand des Art. 197 CP letztlich sehr stark eingegrenzt.

⁶⁷⁷ STC 127/2003 vom 30.06., FJ 8; STC 154/1999 vom 14.09., FJ 9.

⁶⁷⁸ *Rueda Martín*, S. 54; STC 171/1990 vom 12.11., FJ 5; vgl. STC 121/2002 vom 20.05., FJ 1.

⁶⁷⁹ *Suárez-Mira Rodríguez/Judel Pietro/Piñol Rodríguez*, S. 236.

VII. Strafbarkeit des Versuchs

Der Versuch ist in den Art. 15.1, 16 CP geregelt. Im Unterschied zu anderen Rechtsordnungen unterzieht sich der Versuch im spanischen Recht den allgemeinen Strafbarkeitsregeln⁶⁸⁰. Der Versuch ist als allgemeine Form einer Straftat generell in Art. 15 CP für strafbar erklärt worden und in Art. 16 CP legaldefiniert⁶⁸¹. Art. 15.1 CP: *“Son punibles el delito consumado y la tentativa del delito”*. „Strafbar sind das vollendete Delikt und der Versuch des Delikts“. Dennoch wird auch im spanischen Recht der Versuch von „Übertretungen“⁶⁸² gemäß Art. 15.2 CP nicht in jedem Fall bestraft: „Übertretungen werden nur bestraft, wenn sie vollendet wurden, mit Ausnahme versuchter Übertretungen gegen Personen oder das Vermögen“⁶⁸³. Im spanischen Recht ist der Versuch demnach bei „Übertretungen“, die gegen die Person oder das Vermögen gerichtet sind, stets strafbar.

Auch der Versuch des Art. 197 CP ist strafbar⁶⁸⁴. Gemäß Art. 16.1 CP ist ein Versuch gegeben, wenn der Täter „die Ausführung der Tat unmittelbar durch äußere Handlungen beginnt und alle oder einen Teil derjenigen Handlungen vornimmt, die objektiv den Erfolg herbeiführen würden, dieser jedoch aus von dem Willen des Täters unabhängigen Gründen nicht eintritt“.

Zum Beispiel ist ein Versuch gegeben, wenn der Täter die Installation technischer Geräte oder deren Vorbereitung vornimmt, ohne dass es ihm gelingt, sie anzuschließen⁶⁸⁵. Die heimliche Installation einer Videokamera oder einer Webcam stellt damit eine typische Versuchshandlung dar. Ebenso ist ein Versuch anzunehmen, wenn der Täter zu dem Zeitpunkt entdeckt wird, indem er gerade dabei ist, sich Zugang zum elektronischen Postfach zu verschaffen⁶⁸⁶. Die Strafan-

⁶⁸⁰ *Quintero Olivares* in *Quintero Olivares/Morales Prats*, S.122.

⁶⁸¹ *Jiménez Díaz* in *Comentario Cobo del Rosal*, S. 780.

⁶⁸² Übersetzung nach *Hoffmann*; „Übertretungen“ sind gemäß Art. 13.3 CP Taten, die das Gesetz mit leichter Strafe bestraft.

⁶⁸³ Übersetzung nach *Hoffmann*.

⁶⁸⁴ Vgl. *Higuera Guimerá*, AP 31/2002, S. 777; *Rodríguez Ramos*, S. 496.

⁶⁸⁵ *Serrano Gomez/Serrano Maillo*, S. 274.

⁶⁸⁶ *Suárez-Mira Rodríguez/Judel Pietro/Piñol Rodríguez*, S. 193.

drohung des Versuchs ist geringer als die des vollendeten Delikts und in Art. 62 CP geregelt.

VIII. Strafe

1. Strafmaß

Der Art. 197.1 CP sieht als Strafe Freiheitsstrafe von einem bis zu vier Jahren und Geldstrafe von zwölf bis zu 24 Monaten vor. Zudem beinhaltet Art. 197 CP eine Reihe von Qualifikationen, die einen erhöhten Strafraum vorsehen. Die höchste Strafe beinhaltet Art. 197.6 S. 2 CP mit vier bis zu sieben Jahren. Für Amtsträger ist außerdem in Art. 198 CP die Strafe der absoluten Untauglichkeitserklärung für die Dauer von sechs bis zu zwölf Jahren vorgesehen.

2. Strafantrag

Ebenso wie im deutschen Recht wird die Tat nur auf Antrag verfolgt. Das Antragserfordernis ergibt sich aus Art. 201 CP. Antragsberechtigt ist die verletzte Person oder ihr gesetzlicher Vertreter. Ist die Person minderjährig, unmündig oder hilflos, kann auch die Staatsanwaltschaft Strafanzeige stellen. Nach Art. 201.2 CP ist eine Strafanzeige allerdings bei Taten nach Art. 198 CP und wenn die Straftat die Interessen der Allgemeinheit oder eine Vielzahl von Personen betrifft, entbehrlich.

3. „El Perdón del ofendido“

Gemäß Art. 201.3 CP führt das „Perdón“ des Verletzten oder gegebenenfalls seines gesetzlichen Vertreters zum Erlöschen der Strafklage oder der Vollstreckung der Strafe, unbeschadet der Regelung in Art. 130.4 Abs. 2.

„Perdón del ofendido“ ist wörtlich mit „Verzeihung oder Begnadigung durch den Verletzten“ zu übersetzen.

Eine solche „Begnadigung“ ist nur bei Antragsdelikten oder bei Strafanzeige des Geschädigten anwendbar und wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht. Dabei handelt es sich um Delikte, die ein Rechtsgut schützen, das der besonderen Disponibilität seines Inhabers untersteht, der frei entscheiden kann, ob er die Inter-

vention der Gerichte wünscht oder die Stille über die Sache bevorzugt, zum Beispiel bei einer Beleidigung⁶⁸⁷.

Nach dem alten Art. 130.4 CP musste die Verzeihung ausdrücklich erklärt werden, bevor die Vollstreckung der verhängten Strafe begonnen hat. Umstritten war, ob es vor dem Urteilsspruch oder auch noch nach Bekanntgabe des Urteils erteilt werden konnte⁶⁸⁸. Der Gesetzgeber hat den Streit aber inzwischen dahingehend entschieden, dass gemäß Art. 130.5 S. 1 CP das Perdón erteilt werden muss, bevor das Urteil diktiert wurde. Dazu hat das Gericht den Verletzten zuvor anzuhören. Bei Delikten gegen Minderjährige oder Geschäftsunfähige kann der Richter das von den gesetzlichen Vertretern erteilte Perdón zurückweisen und die Fortführung des Prozesses unter Teilnahme der Staatsanwaltschaft nach Art. 130.5 S. 2 CP anordnen. Zuvor müssen die Vertreter des Minderjährigen oder Geschäftsunfähigen allerdings erneut gehört werden.

Diese Rechtsfigur des „Perdón del ofendido“ wird nicht unkritisch gesehen. Es wird kritisiert, dass zu häufig eine Art Erpressung angeboten werde, indem eine Entschädigung entsprechend den finanziellen Möglichkeiten des Täters gefordert wird. Im Prinzip animiere dieses Institut, Taten anzuzeigen, in der Hoffnung eine Entschädigung zu erzielen⁶⁸⁹. Zudem wird auf den herausragenden öffentlichen Charakter des Strafrechts hingewiesen und darauf, dass die „Verzeihung“ nicht mit einer Wiedergutmachung des Schadens verwechselt werden dürfe, mittels der die Strafe in einigen Delikten umgangen werden könne⁶⁹⁰.

Als ein vergleichbares deutsches Rechtsinstitut ist der in § 46 a StGB geregelte „Täter-Opfer-Ausgleich“ zu nennen. Danach kann das Gericht die Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB mildern, oder, wenn keine höhere Strafe als Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen verwirkt ist, von Strafe absehen. Voraussetzung dafür ist, dass der Täter entweder in dem Bemühen, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen, seine Tat ganz oder zum über-

⁶⁸⁷ *Quintero Olivares*, S. 769.

⁶⁸⁸ Erklärung vor dem Urteil; *Morales Prats* in *Quintero Olivares/Morales Prats*, S. 1096, auch nach dem Urteil: *Rueda Martín*, S. 135; *Gracia Martín/Boldovar Pasamar/Alastuey Dobón*, S. 287.

⁶⁸⁹ *Serrano Gomez/Serrano Maillo*, S. 282.

⁶⁹⁰ *Quintero Olivares*, S. 769.

wiegenden Teil wiedergutmacht hat oder deren Wiedergutmachung ernsthaft erstrebt hat, oder in einem Fall, in welchem die Schadenswiedergutmachung von ihm erhebliche persönliche Leistungen oder persönlichen Verzicht erfordert hat, das Opfer ganz oder zum überwiegenden Teil entschädigt hat.

IX. Zusammenfassung – Art. 197 CP

Art. 197 CP regelt nicht nur den strafrechtlichen Bildnisschutz, sondern allgemein den strafrechtlichen Schutz der Privatsphäre in ihren verschiedenen Ausprägungen. Geschütztes Rechtsgut ist die Privatsphäre. Der Tatbestand erfordert aber keine Verletzung der Privatsphäre als Taterfolg, sondern verlangt lediglich, dass der Täter in der Absicht handelt, die Privatsphäre zu verletzen.

Bezüglich des Rechts am eigenen Bild wird eine Person von Art. 197.1 CP vor einer mit technischen Kunstgriffen vorgenommenen Übertragung, Aufnahme oder Wiedergabe ihres Bildes geschützt. Ungeschriebene Voraussetzung ist dabei, dass der Täter heimlich vorgeht⁶⁹¹. Auch wenn die Strafnorm keine räumliche Begrenzung enthält, ist nach herrschender Meinung der Schutz in der Öffentlichkeit ausgeschlossen⁶⁹². Aufgrund dieser ungeschriebenen Voraussetzungen ist es fraglich, ob die Norm dem „deutschen Bestimmtheitsgebot“ gerecht werden würde.

Art. 197.3 S.1 CP enthält eine Qualifikation, in der die unbefugte Verbreitung, Preisgabe oder Überlassung der gewonnenen Bilder an Dritte durch den Täter unter Strafe gestellt wird. Es ist aber auch eine Privilegierung für denjenigen vorgesehen, der die Bilder, ohne dass er selbst an deren Herstellung mitgewirkt hat, verbreitet, preisgibt oder Dritten überlässt.

Art. 198 CP enthält eine Amtsträgerqualifikation, nach der neben einer erhöhten Strafe auch eine Art Berufsverbot in Form der absoluten Untauglichkeitserklärung verhängt werden kann.

Zudem sieht Art. 197.5 CP eine erhöhte Strafe vor, wenn das Opfer minderjährig oder unmündig ist oder die Aufnahme besonders persönlichen Charakter hat,

⁶⁹¹ Vgl. S. 162.

⁶⁹² Vgl. S. 163.

zum Beispiel wenn sie das Sexualleben betrifft. Ein höheres Strafmaß ist ebenfalls vorgesehen, wenn der Täter mit Bereicherungsabsicht handelt.

Die Strafnorm ist damit durch eine Vielzahl an Qualifikationen gekennzeichnet. Der Versuch ist strafbar.

Zusätzlich ist im Rahmen des Schutzes der Privatsphäre und privater Geheimnisse auch das „Ansichbringen“ von Bildaufnahmen strafbar. Diese Bildaufnahmen müssen jedoch nicht eine Person abbilden, sondern können jeglichen privaten Inhalt zum Gegenstand haben. Die Tatalternative bezieht sich nicht nur auf eine Verletzung der Privatsphäre, die eine Verletzung des Rechts am eigenen Bild beinhaltet, sondern auf die Privatsphäre im Allgemeinen. Das Ansichbringen einer Bildaufnahme ist zu bejahen, wenn der Täter die Aufnahme oder eine Kopie derselben physisch an sich genommen hat. Die bloße Kenntnisnahme ist nicht ausreichend⁶⁹³.

Eine Rechtfertigung ist nach den allgemeinen Rechtfertigungsgründen möglich, wobei der in Deutschland unbekanntere Rechtfertigungsgrund des Art. 20.7 CP, die „rechtmäßige Ausübung eines Rechts“, nennenswert ist. Er ermöglicht eine direkte Abwägung mit der Pressefreiheit.

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass der Tatbestand zunächst einen weiten Eindruck macht. Durch das Erfordernis der Heimlichkeit wird dieser Eindruck aber revidiert. Eine Rechtfertigung, insbesondere der Presse, ist aufgrund des Art. 20.7 CP in großem Ausmaß möglich.

⁶⁹³ Vgl. S. 168 ff.

C. Rechtsvergleich des § 201 a StGB mit Art. 197 CP

Nach der Darstellung beider Strafrechtsnormen soll in einem letzten Teil der Arbeit herausgearbeitet werden, worin die Gemeinsamkeiten und die wesentlichen Unterschiede bestehen. Anschließend wird bewertet, welche der jeweils unterschiedlichen Regelungen sinnvoll sind und ob ein Anlass dazu bestünde, die Regeln des Art. 197 CP in § 201 a StGB zu übernehmen.

I. Das Tatobjekt „Bildaufnahme“

§ 201 a StGB spricht von einer Bildaufnahme, worunter nur technisch hergestellte Aufnahmen fallen. Zeichnungen und Karikaturen sind darin nicht enthalten.

Art. 197 CP dagegen begrenzt den Schutz nur in gewissem Sinne auf eine technisch hergestellte Bildaufnahme. Zum einen stellt er zwar die mit technischen Geräten vorgenommene Übertragung, Aufnahme oder Vervielfältigung des Bildes unter Strafe, so dass es sich um technisch hergestellte Aufnahmen handelt. Zusätzlich schützt er aber auch vor der unbefugten Ansichnahme von Papieren, worunter neben Fotos auch Zeichnungen und Karikaturen fallen können. Ebenso können Bildnisse von Personen auch unter den Begriff der „Dokumente“ subsumiert werden, vorausgesetzt sie sind von juristischer Relevanz. Das heißt, eine Person ist durch Art. 197 CP nur vor der Herstellung von technischen Bildaufnahmen geschützt und nicht vor der Herstellung einer Zeichnung. Bezüglich Zeichnungen ist eine Person lediglich davor geschützt, dass ein Dritter diese unbefugt an sich nimmt. Das deutsche Recht und das spanische Recht stimmen insofern überein, als die Herstellung einer Zeichnung oder Karikatur nicht in den speziellen strafrechtlichen Bildnisschutz einbezogen ist. Die Beeinträchtigung durch Karikaturen oder Zeichnungen ist qualitativ nicht mit der durch eine Fotografie aus dem persönlichen Lebensbereich einer Person vergleichbar. Denn Karikaturen und Zeichnungen nehmen im Gegensatz zu einer Fotografie nicht für sich in Anspruch, die Wirklichkeit wiederzugeben. Für das Anfertigen von Zeichnungen oder Karikaturen ist daher der zivilrechtliche Schutz ausreichend. Zudem besteht bei einer ehrverletzenden Karikatur – wie zum Beispiel im „El

Jueves-Fall“ – die Möglichkeit der Strafverfolgung wegen Beleidigung⁶⁹⁴. Die Beschränkung der Strafbarkeit auf das Herstellen von Bildaufnahmen in beiden Normen ist daher zu befürworten.

Kritik verdient dagegen der Ausschluss von Bildaufnahmen verstorbener Personen. Nicht nur § 201 a StGB, sondern auch Art. 197 CP sieht keinen postmortalen Schutz vor. Der Verzicht des Schutzes Verstorbener führt zu einer Strafbarkeitslücke, bezüglich derer es in beiden Ländern einer Nachbesserung bedarf⁶⁹⁵.

II. Tathandlungen

Die tatbestandsmäßigen Handlungen beider Tatbestände weisen Unterschiede auf. § 201 a StGB stellt das unbefugte Herstellen und Übertragen einer Bildaufnahme unter Strafe ebenso wie das Gebrauchen oder Zugänglichmachen einer unbefugt hergestellten Bildaufnahme. Außerdem wird das wissentlich unbefugte Zugänglichmachen einer befugt hergestellten Aufnahme bestraft.

Art. 197.1 CP stellt die Benutzung technischer Kunstgriffe zur Übertragung, Aufnahme oder Wiedergabe von Bildern ohne Zustimmung des Betroffenen unter Strafe. Darüber hinaus ist auch das Ansichbringen von Bildern strafbar.

1. Herstellung, Übertragung von Bildern

In beiden Rechtsordnungen sind die Herstellung und die Übertragung einer Bildaufnahme strafbar.

2. Wiedergabe eines Bildes

Außerdem ist die Wiedergabe in beiden Normen tatbestandsmäßig, da die Wiedergabe eines Bildes mit technischen Mitteln, zum Beispiel das Vorführen eines Films, ein „Gebrauchen“ der Bildaufnahme im Sinne des § 201 a Abs. 2 StGB darstellt. Allerdings ist bei § 201 a Abs. 2 StGB erforderlich, dass es sich um das Gebrauchen einer unbefugt hergestellten Bildaufnahme handelt, während der

⁶⁹⁴ Vgl. S. 47.

⁶⁹⁵ Vgl. S. 148 ff.

Wortlaut des spanischen Art. 197.1 CP nicht zwischen unbefugt hergestellten und befugt hergestellten Bildaufnahmen differenziert, sondern nur von der Wiedergabe eines Bildes ohne Zustimmung der betroffenen Person spricht. Er erfasst somit auch die unbefugte Wiedergabe befugt hergestellter Aufnahmen. Der deutsche Gesetzgeber hat sich bewusst dagegen entschieden, das „Gebrauchen“ einer befugt hergestellten Aufnahme unter Strafe zu stellen⁶⁹⁶. Der Entscheidung des deutschen Gesetzgebers ist insofern zuzustimmen, als es sich bei der unbefugten Wiedergabe einer befugt hergestellten Aufnahme um einen Vertrauensbruch oder bei professionellen Fotos um einen Vertragsbruch handelt, dem mit Hilfe des Zivilrechts ausreichend begegnet werden kann.

Aus den genannten Gründen ist der offene Wortlaut des Art. 197.1 CP, der die Wiedergabe einer befugt hergestellten Aufnahme ohne Zustimmung des Betroffenen unter Strafe stellt, zu kritisieren.

3. Zugänglichmachen

Der Tathandlung des Zugänglichmachens im Sinne des § 201 a StGB, das heißt einem Dritten die Kenntnisnahme zu ermöglichen, entsprechen die in Art. 197.3 CP enthaltenen Tathandlungen des Verbreitens, Preisgebens oder Überlassens der aufgenommenen Bilder an Dritte.

§ 201 a StGB differenziert zwischen dem Zugänglichmachen einer unbefugt hergestellten Aufnahme (Abs. 2) und dem wissentlich unbefugten Zugänglichmachen einer befugt hergestellten Bildaufnahme (Abs. 3).

Der Código Penal dagegen kennt keine Strafbarkeit des Überlassens einer befugt hergestellten Aufnahme an Dritte. Er setzt eine unbefugt hergestellte Bildaufnahme voraus und differenziert nach der Täterqualität. Art. 197.3 S.1 CP ist verwirklicht, wenn eine nach Art. 197.1 CP hergestellte Bildaufnahme anschließend von derselben Person verbreitet wird.

Art. 197.3 S. 2 CP richtet sich an Täter, die zwar die illegale Herkunft der Bilder kennen, an der Aufnahme selbst aber nicht mitgewirkt haben⁶⁹⁷. Diese Differen-

⁶⁹⁶ BT-Drucks. 15/2995, S. 4 ff.

⁶⁹⁷ Vgl. *Conde-Pumpido Ferreiro*, S. 620; *Suárez-Mira Rodríguez/Judel Pietro/Piñol Rodríguez*, S. 194, 195; *Alonso de Escamilla* in *Lamarca Pérez*, S. 185.

zierung ist sachgerecht, denn der Täter, der eine Aufnahme zunächst selbst hergestellt und zusätzlich verbreitet, weist eine höhere kriminelle Energie auf als derjenige, der die Aufnahme „nur“ verbreitet.

Die Strafbarkeit des wissentlich unbefugten Zugänglichmachens einer befugt hergestellten Bildaufnahme gemäß § 201 a Abs. 3 StGB ist in ihrer jetzigen Form abzulehnen. Der Tatbestand erfasst zu viele strafunwürdige Fälle des Alltags, bringt erhebliche Beweisprobleme mit sich und ist dem deutschen Gesetzgeber deutlich misslungen⁶⁹⁸.

Eine Differenzierung nach der Täterqualität nach dem Vorbild des Art. 197.3 CP wäre dagegen in § 201 a Abs. 2 StGB zu befürworten.

4. Der „freche Blick“

Während der „freche Blick“ in § 201 a StGB straflos geblieben ist, gilt dies auf spanischer Seite nur eingeschränkt. Der Blick mit dem bloßen Auge ist auch nach Art. 197.1 CP nicht strafbar. Teilweise wird aber eine Strafbarkeit des Beobachtens mittels Ferngläsern etc. befürwortet⁶⁹⁹. Dies ist im Ergebnis jedoch abzulehnen. Zum einen ist der „freche Blick“ durch ein Fernglas mangels einer Fixierung des Bildes kaum nachweisbar. Zum anderen fehlt es auch an einer Strafbedürftigkeit. Die Strafwürdigkeit des Verhaltens ist in Art. 197 CP und in § 201 a StGB darin begründet, dass der Täter in einen privaten Bereich eindringt und dabei die abstrakte Gefahr schafft, dass zudem Dritte das Bild der betroffenen Person wahrnehmen, sei es durch eine direkte Übertragung oder durch die Herstellung einer Bildaufnahme. Beobachtet der Täter lediglich einen anderen, nimmt nur er an dessen Bild Anteil. Eine abstrakte Gefährdung der Privatsphäre durch die Kenntnisnahme weiterer Personen ist nicht gegeben. Es kommt daher nicht darauf an, ob der Täter Hilfsmittel zur Beobachtung einsetzt.

⁶⁹⁸ Vgl. S. 128.

⁶⁹⁹ Vgl. *González Rus* in Cobo del Rosal, S. 359.

5. Heimlichkeit des Vorgehens

Bezüglich Art. 197.1 CP vertritt die herrschende Meinung, dass der Tatbestand nur erfüllt ist, wenn der Täter heimliche oder heimtückische Mittel benutzt⁷⁰⁰, während bei § 201 a StGB dagegen kein heimliches Vorgehen erforderlich ist⁷⁰¹. An dieser Stelle erfährt der Schutz des Bildnisses erstmals eine Einschränkung auf spanischer Seite. Aufgrund des weiten Tatbestandes des Art. 197.1 CP ist dies sinnvoll, wobei aber zu bemängeln ist, dass die Heimlichkeit des Vorgehens nicht aus dem Wortlaut der Norm entnommen werden kann.

In Bezug auf § 201 a StGB ist ein heimliches Vorgehen zur Einschränkung des Tatbestandes nicht notwendig. Der Tatbestand ist bereits durch die räumlichen Voraussetzungen eingegrenzt. Außerdem würde das Erfordernis der Heimlichkeit besonders dreiste Fotografen, die Personen direkt gegenüberreten, um sie zu fotografieren, privilegieren. § 201 a StGB verzichtet daher zu Recht auf die Voraussetzung der Heimlichkeit.

6. Die bloße Kenntnisnahme von Bildern und der bloße Besitz

Eine weitere Besonderheit des Art. 197.1 CP ist, dass er auch die Inbesitznahme von Bildern, das „Ansichbringen“, ohne Zustimmung des Inhabers unter Strafe stellt. Unstrittig hat der Täter das Bild an sich gebracht, wenn er es physisch erlangt hat. Es reicht also aus, wenn ein Foto eingesteckt und mitgenommen wird. Umstritten ist in der spanischen Literatur, ob die bloße Kenntnisnahme des Bildes ebenfalls ausreichend ist.

Auch im deutschen Recht werden diese Möglichkeiten in Bezug auf die Tathandlung des „Gebrauchens“ diskutiert. Der bloße Besitz und das Betrachten einer Bildaufnahme stellen im Ergebnis aber kein „Gebrauchen“ im Sinne der Norm dar, da das Gebrauchen nur Handlungen erfassen soll, bei denen die Bildaufnahme mit technischen Mitteln gebraucht wird, wie zum Beispiel beim Scannen oder Kopieren⁷⁰².

⁷⁰⁰ Vgl. S. 162.

⁷⁰¹ Vgl. S. 87.

⁷⁰² Vgl. S. 115 ff.

Die bloße Kenntnisnahme eines Bildes muss außerhalb des Straftatbestandes bleiben. Die Gefahr wäre zu groß, dass Alltagshandlungen strafbar würden, ganz abgesehen von den unlösbaren Beweisschwierigkeiten bezüglich einer möglichen stattgefundenen Bildwahrnehmung.

Eine andere Frage ist, wie es zu bewerten ist, die bloße Inbesitznahme von Bildaufnahmen unter Strafe zu stellen.

Bei § 201 a Abs. 2 StGB ist die Inbesitznahme einer Bildaufnahme als eine Form des „Gebrauchens“ nur unter der Voraussetzung strafbar, dass der Besitz auf technischem Wege ergriffen wird, zum Beispiel durch das Abspeichern oder Archivieren einer Datei. Die bloße Inbesitznahme einer Bildaufnahme ohne Nutzung technischer Mittel, wie zum Beispiel das Mitnehmen eines Bildes, ist nicht vom Tatbestand erfasst.

Da das bloße Betrachten im Rahmen des § 201 a StGB überwiegend als nicht tatbestandsmäßiges Verhalten angesehen wird und auch im spanischen Recht höchst umstritten ist, muss meines Erachtens auch das bloße Ansichbringen eines Bildes straffrei bleiben. Denn in diesem Fall hat der Täter noch nicht einmal Kenntnis von der Aufnahme genommen. Er versetzt sich durch das Ansichbringen des Bildes nur in die Lage einer möglichen, späteren Kenntnisnahme oder Verwertung des Bildes. Der Täter entzieht das Bild nur seinem Inhaber. Dieses Verhalten beinhaltet aber noch keine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs oder der Privatsphäre, da weder der Täter noch ein Dritter von deren Inhalt Kenntnis haben. Die Strafbarkeit der bloßen Inbesitznahme ist im Ergebnis zu Recht nicht in § 201 a StGB vorgesehen.

III. Räumliche Einschränkungen des Schutzes

§ 201 a StGB beinhaltet räumliche Voraussetzungen. Die aufgenommene Person muss sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befinden.

Art. 197.1 CP sieht seinem Wortlaut nach keine räumlichen Einschränkungen vor und erfordert auch keinen Sichtschutz. Es wird aber in der Literatur überwiegend vertreten, dass Bildaufnahmen in der Öffentlichkeit nicht vom Tatbestand erfasst

werden, sondern nur zivilrechtlich bekämpft werden können⁷⁰³. Auch im spanischen Recht ist demnach der Gedanke der räumlichen Einschränkung vorhanden. Aufgrund des Bestimmtheitsgebotes wäre es wünschenswert, wenn dieser auch im Gesetzestext zum Ausdruck gekommen wäre. So ist nicht ganz eindeutig, ob der Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen in Spanien nur in geschlossenen Räumen besteht oder auch an anderen sichtgeschützten Orten, wie zum Beispiel in einem Garten.

Eine ausdrückliche räumliche Einschränkung des Schutzes in § 201 a StGB ist im Vergleich zum spanischen Recht vorzugswürdig.

Wie bereits dargelegt, ist es im Allgemeinen akzeptabel, den Schutz räumlich einzuschränken, da der Einzelne damit rechnen muss, in der allgemeinen Öffentlichkeit fotografiert zu werden. Dies ist wohl im Zuge des Zeitalters der „Handy-kameras“ eine Tatsache, der das Strafrecht nicht entgegenwirken kann.

IV. Taterfolg

1. Erfolgs- oder Gefährdungsdelikt

§ 201 a StGB verlangt die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs als Taterfolg. Es handelt sich damit um ein Erfolgsdelikt.

Art. 197.1 CP dagegen verlangt keine Verletzung der Privatsphäre, sondern lässt es ausreichen, wenn der Täter in der Absicht handelt, diese zu verletzen. Es handelt sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.

Den Bildnisschutz als abstraktes Gefährdungsdelikt zu konstruieren, ist meines Erachtens vorzugswürdig gegenüber der Konstruktion als Erfolgsdelikt. Es ist nach Art. 197.1 CP nicht erforderlich, dass das Bild selbst eine Verletzung der Privatsphäre beinhaltet, sondern allein die Handlung der Herstellung des Bildes in der entsprechenden Absicht ist ausreichend. Mit der Anfertigung einer Bildaufnahme in der Absicht, in den persönlichen Bereich des Abgebildeten einzudringen, wird meines Erachtens bereits sein Recht am eigenen Bild verletzt und die Privatsphäre derart gefährdet, dass eine strafrechtliche Verfolgung angemessen

⁷⁰³ Vgl. S. 163.

sen ist. Die tatsächliche Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs oder der Privatsphäre ist zur Begründung der Strafbarkeit nicht erforderlich. Dafür spricht auch die aus der Einordnung als Grundrecht in der spanischen Verfassung zum Ausdruck kommende große Bedeutung des Rechts auf Privatsphäre. In Bezug auf § 201 a StGB kommt hinzu, dass außerdem bereits eine starke räumliche Beschränkung des Schutzbereiches besteht. Eine Wohnung oder ein gegen Einblick besonders geschützter Raum stellt einen privaten Rückzugsbereich dar. Ein Eindringen in diesen Bereich mit der entsprechenden Verletzungsabsicht ist meines Erachtens daher ausreichend, um eine Strafbarkeit des Verhaltens zu begründen.

Die Einordnung als Absichtsdelikt führt zudem dazu, dass gerade diejenigen, die zielgerichtet um der privaten Situationen willen Bilder herstellen, wie zum Beispiel Paparazzi, den Tatbestand erfüllen. Bildaufnahmen, die im Kreis von Freunden oder der Familie gemacht werden, ohne die Absicht den privaten Bereich zu verletzen, bleiben dagegen zu Recht straffrei. Der in Art. 197.1 CP dargelegte Bildnisschutz als abstraktes Gefährdungsdelikt ist in der Konsequenz also dem Schutz durch § 201 a StGB als Erfolgsdelikt vorzuziehen.

2. Höchstpersönlicher Lebensbereich oder Privatsphäre

§ 201 a StGB schützt den höchstpersönlichen Lebensbereich. Zum höchstpersönlichen Lebensbereich gehören nach der hier vertretenen Ansicht persönliche oder familiäre Situationen, bei denen nach allgemeiner Lebenserfahrung davon auszugehen ist, dass die an ihnen Beteiligten sie aufgrund ihres intimen Bezuges nicht an die allgemeine Öffentlichkeit getragen haben wollen. Als Indiz dient zum einen die Eignung, den Ruf des Abgebildeten zu schädigen oder ihn in der Öffentlichkeit herabzuwürdigen, und zum anderen die Nähe des Geschehens zur Intimsphäre⁷⁰⁴. Der höchstpersönliche Lebensbereich ist damit ein sehr enger Bereich. Indem Art. 197 CP die Privatsphäre als geschütztes Rechtsgut vorsieht, beinhaltet er einen wesentlich größeren Schutzbereich als § 201 a StGB. Der Begriff ist im Gegensatz zum „höchstpersönlichen Lebensbereich“ weit auszulegen. Auch

⁷⁰⁴ Vgl. S. 104.

die von *Kühl* genannten Lebensäußerungen, mit denen man allein gelassen werden will und die andere nichts angehen⁷⁰⁵, würden zum Beispiel dem Bereich der Privatsphäre zuzuordnen sein.

Das spanische Recht hat im Gegensatz zum deutschen Recht einen weiten Begriff gewählt. Ein Vorteil dieses weiten Tatbestandes ist der großzügige Opferschutz. Alle Bildaufnahmen, die vom Täter in der Absicht angefertigt werden, in den persönlichen Bereich des Abgebildeten einzudringen, werden tatbestandlich erfasst.

Gegen einen derart weiten Schutzbereich ist aber das ultima-ratio-Prinzip des Strafrechts anzuführen. Ebenso ist es zumindest diskutabel, ob der weite Begriff der Privatsphäre dem Bestimmtheitsgebot entspricht. Im Zusammenhang mit einer fehlenden ausdrücklichen räumlichen Einschränkung des spanischen Tatbestandes und dem weiten Begriff der Privatsphäre dürfte es sich für einen potentiellen Täter als schwierig erweisen, die Strafbarkeit seines Verhaltens im Einzelfall zu bestimmen. Unter diesem Aspekt betrachtet, scheint der Schutz durch § 201 a StGB also zunächst geeigneter als der durch Art. 197 CP.

Beinhaltet der Tatbestand aber eine räumliche Beschränkung des Schutzes wie § 201 a StGB, ist der weite Begriff der Privatsphäre meines Erachtens mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar. In Bezug auf § 201 a StGB erscheint der weite Begriff der Privatsphäre sogar vorzugswürdig gegenüber dem des „höchstpersönlichen Lebensbereichs“. Die Privatsphäre bzw. der ihr entsprechende persönliche Lebensbereich als Schutzgut stände nämlich im Einklang mit der Systematik des 15. Abschnitts des StGB, der den Titel „Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs“ trägt. Dem Übermaßverbot und dem Bestimmtheitsgebot des Strafrechts wird der Tatbestand bereits durch die räumliche Einschränkung gerecht. Zudem könnte gerade auch hinsichtlich der Bestimmtheit auf eine bereits bestehende umfassende Rechtsprechung zum Begriff des persönlichen Lebensbereichs zurückgegriffen werden. Im Ergebnis bleibt damit festzuhalten, dass bei einer räumlichen Einschränkung des Tatbestandes der Begriff des „per-

⁷⁰⁵ *Kühl*, AfP 2004, 190 (196).

sönlichen Lebensbereichs“ gegenüber dem des „höchstpersönlichen Lebensbereichs“ vorzugswürdig ist.

V. Rechtfertigungsmöglichkeiten

Als erster Unterschied ist zu nennen, dass die Einwilligung in § 201 a StGB rechtfertigend wirkt, während ihr in Bezug auf Art. 197 CP nach herrschender Meinung bereits tatbestandsausschließende Wirkung zugeschrieben wird. Die tatbestandsausschließende Wirkung der Einwilligung in Art. 197 CP geht ausdrücklich aus dem Wortlaut „sin su consentimiento“ (ohne seine Einwilligung) hervor. Meines Erachtens ist eine rechtfertigende Wirkung der Einwilligung vorzugswürdig, weil auf diese Weise zum Ausdruck gebracht wird, dass der höchstpersönliche Lebensbereich für andere grundsätzlich unantastbar ist, und eine Beeinträchtigung desselben an sich bereits Unrecht darstellt.

Beiden Rechtssystemen gemein ist die Möglichkeit einer Rechtfertigung durch Notwehr und Notstand.

Ein wesentlicher Unterschied ergibt sich aber aus Art. 20.7 CP, der insbesondere einen Rechtfertigungsgrund für die Presse darstellt. Er ermöglicht eine Abwägung zwischen dem Interesse der betroffenen Person und der allgemeinen Pressefreiheit.

Die Einführung eines besonderen Rechtfertigungsgrundes für die Presse und damit auch eine Abwägung zwischen der Pressefreiheit und dem Recht der abgebildeten Person wurde vom deutschen Gesetzgeber abgelehnt. Es ist lediglich eine Interessenabwägung im Rahmen des § 34 StGB möglich. Dabei ist zwar nicht unproblematisch, ob auch das allgemeine Informationsinteresse abwägungsfähig ist⁷⁰⁶, jedoch wird von der herrschenden Meinung bejaht, dass auch Rechtsgüter der Allgemeinheit durch § 34 StGB geschützt werden⁷⁰⁷. Allerdings ist für die Berufung der Presse auf § 34 StGB immer erforderlich, dass die Bildherstellung der Gefahrabwendung von einem Rechtsgut dient, welches gegenüber

⁷⁰⁶ *Tillmanns/Führ*, ZUM 2005, 441 (447).

⁷⁰⁷ *Krey*, AT 1, Rn. 544; *Kühl* AT, § 8 Rn. 21 ff.; *Fischer* § 34 Rn. 3a; *LK-StGB/Zieschang* § 34 Rn. 23; *Lenckner/Perron* in *Schönke/Schröder*, § 34 Rn. 10; a. A: *SK-StGB/Günther*, § 34 Rn. 23.

dem Persönlichkeitsrecht der abgebildeten Person überwiegt. Die Möglichkeit der Presse, auf § 34 StGB zu verweisen, ist daher sehr begrenzt. Wie bereits dargestellt, besteht aufgrund des engen Tatbestandes des § 201 a StGB aber auch kein Anlass für einen besonderen Rechtfertigungsgrund der Presse⁷⁰⁸.

Anders verhielte es sich nur, wenn der Tatbestand eine Verletzung des persönlichen Lebensbereichs erfordern würde. In diesem Fall bestände eine größere Gefahr für die Tatbestandsmäßigkeit von Presseaufnahmen und damit auch Anlass für einen besonderen Rechtfertigungsgrund. Zu befürworten wäre in diesem Fall ein Rechtfertigungsgrund in Anlehnung an § 201 Abs. 2 S. 3 StGB, nach dem die Tat nicht rechtswidrig ist, wenn die öffentliche Mitteilung zur Wahrnehmung überragender öffentlicher Interessen gemacht wird.

VI. Qualifikationen

Art. 197 CP sieht eine Reihe von Qualifikationen vor. Im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses des § 201 a StGB wurde zwar ebenfalls eine Amtsträgerqualifikation in Erwägung gezogen, letztlich wurde sie aber abgelehnt. § 201 a StGB stellt daher lediglich einen Grundtatbestand ohne jegliche Qualifikationen oder Strafschärfungen dar.

Die Qualifikationen des Art. 197 CP sind jedoch zum Teil durchaus zu befürworten. Die Qualifikation des Art. 197.4 CP richtet sich an Sachbearbeiter von Karteien, Registern etc., also an Personen, die einen privilegierten Zugang zu persönlichen Daten haben. Die Vorschrift bezieht sich auf den allgemeinen Datenschutz. Da Art. 197 CP nicht nur den Bildnisschutz regelt, sondern eine generelle Datenschutznorm darstellt, ist die Qualifikation vertretbar. Eine Übertragung auf § 201 a StGB, der sich lediglich mit dem Bildnisschutz befasst, macht dagegen keinen Sinn.

Anders sieht es aber mit den Qualifikationen des Art. 197.5 CP und Art. 197.6 CP aus.

⁷⁰⁸ Vgl. S. 146 ff.

1. Besonderer Minderjährigenschutz?

Art. 197.5 CP enthält eine Qualifikation, die auf der besonderen Qualität der Information und auf der besonderen Verletzbarkeit des Opfers beruht. Eine verschärfte Strafe aufgrund der besonderen persönlichen Qualität der Informationen, wie zum Beispiel des Sexualbezugs, ist für den weiten Tatbestand des Art. 197.1 CP sinnvoll. Für den sehr engen Tatbestand des § 201 a StGB, der von vornherein nur den höchstpersönlichen Lebensbereich schützt, ist sie aber irrelevant.

Dagegen ist die Qualifikation aufgrund der besonderen Verletzbarkeit des Opfers auch für § 201 a StGB von Interesse. Nach Art. 197.5 CP ist die Strafe aus der oberen Hälfte des Strafrahmens zu verhängen, wenn das Opfer ein Minderjähriger oder eine unmündige Person ist. Minderjährige befinden sich noch in einem Prozess der Persönlichkeitsentwicklung. Eine gesunde Entwicklung der Persönlichkeit kann durch die Herstellung und vor allem durch die Veröffentlichung von Bildaufnahmen aus dem privaten Bereich empfindlich gestört werden. Daher verdienen sie einen besonderen Schutz ihrer Intimsphäre und des privaten Bereichs. Da Unmündige eine vergleichbare Unreife aufweisen, ist auch ihr Privatbereich besonders zu schützen.

Diese Überlegungen sind auf § 201 a StGB übertragbar. Gerade auch im Hinblick auf die Gefahr pornografischer oder zumindest in diese Richtung gehender Bildaufnahmen von Kindern ist eine Strafschärfung angemessen.

2. Handeln mit Bereicherungsabsicht

Auch die Qualifikation des Art. 197.6 CP ist interessant. Demnach ist die Strafe aus der oberen Hälfte des Strafrahmens zu verhängen, wenn die vorangehenden Tathandlungen mit Bereicherungsabsicht vorgenommen werden. Wenn darüber hinaus noch besonders persönliche Daten im Sinne des Art. 197.5 CP betroffen sind, liegt die Strafe bei vier bis zu sieben Jahren.

Das Ziel, sich mit der Herstellung oder dem Verkauf von Bildaufnahmen zu bereichern, verfolgen vor allem Berufsfotografen, insbesondere Paparazzi. Diese sind es auch, die auf der „Jagd nach Fotos“ besonders rücksichtslos in den privaten Lebensbereich von Personen eindringen. Eine höhere Strafandrohung in die-

sen Fällen zu ermöglichen, wird dem besonders egoistischen, rücksichtslosen Vorgehen gerecht. Gerade da es sich bei § 201 a StGB um eine Aufnahme aus dem *höchstpersönlichen* Lebensbereich handeln muss, ist es angemessen, bei einem Eindringen in diesen Bereich einen höheren Strafraum vorzusehen, insbesondere wenn der Täter mit dem Ziel der finanziellen Ausnutzung des Abbildes der betroffenen Person handelt.

3. Amtsträgerqualifikation?

Eine Qualifikation für Amtsträger sieht Art. 198 CP vor. Verwirklicht ein Beamter einen der vorhergehenden Tatbestände unter Überschreitung seiner Befugnisse ist die jeweilige Strafe aus der oberen Hälfte des jeweiligen Strafraums zu verhängen. Zudem wird er mit einer absoluten Untauglichkeitserklärung für die Dauer von sechs bis zu zwölf Jahren bestraft.

Der Entwurf des § 201 a StGB der FDP-Fraktion und der Entwurf der CDU/CSU-Fraktion sahen noch in einem Absatz 4 bzw. Absatz 3 eine Qualifikation für Amtsträger vor mit einer Strafe von bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe⁷⁰⁹. Im fraktionsübergreifenden Entwurf wurde aber letztlich die Amtsträgerqualifikation abgelehnt, da ein „zwingendes Bedürfnis für eine solche Strafschärfung“ nicht erkennbar sei⁷¹⁰.

Wieso kein Strafbedürfnis bestehen soll, ist aber nicht nachvollziehbar. Denn auch § 201 Abs. 3 StGB, der dem Schutz des gesprochenen Wortes dient, sieht eine solche Amtsträgerqualifikation mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren vor. Die ähnlichen Schutzgüter des § 201 StGB und § 201 a StGB sprechen für eine gleiche Behandlung von Amtsträgern, die ihre Stellung zu einer Verletzung von Persönlichkeitsrechten missbrauchen. Im Fall des § 201 a StGB ist zum Beispiel an Beamte zu denken, die eine Wohnungsobservation durchführen. Selbst wenn im Rahmen der Observation tatbestandliche Aufnahmen von einer Ermächtigungsnorm gedeckt und damit befugt hergestellt werden sollten, würde sich ein Beamter mit einer unbefugten Verbreitung der Aufnahmen nach § 201 a Abs. 3 StGB strafbar machen. In diesem Fall wäre eine Strafschärfung

⁷⁰⁹ BT-Drucks. 15/361, S. 2, 4; BT-Drucks. 15/533, S. 2.

⁷¹⁰ BT-Drucks. 15/2466, S. 4.

angemessen. Der Beamte würde nämlich Aufnahmen aus dem höchstpersönlichen Lebensbereich, auf die er nur aufgrund polizeilicher Befugnisnormen Zugriff hat, einem Dritten oder einer größeren Anzahl von „Außenstehenden“ zugänglich machen und somit sein Amt zu einer Straftat ausnutzen. Gerade der Staat hat aber ein großes Interesse an der Achtung der Persönlichkeitsrechte der Bürger durch seine Beamten. Die Ablehnung einer Amtsträgerqualifikation ist daher im Ergebnis zu kritisieren.

VII. Strafbarkeit des Versuchs

Die Entwürfe der FDP-Fraktion, CDU/CSU-Fraktion sowie des Bundesrates beinhalteten eine Strafbarkeit des Versuchs⁷¹¹. Auch diese wurde jedoch im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens abgelehnt. Eine solche Vorverlagerung der Strafbarkeit in das Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsverletzung wurde unter Hinweis auf die Tatsache, dass es sich um ein Gefährdungsdelikt mit einer niedrigen Strafandrohung handele, als nicht geboten angesehen⁷¹². Das spanische Recht dagegen sieht die Strafbarkeit des Versuchs vor. Zu beachten ist dabei aber, dass im spanischen Recht – anders als im deutschen Recht – der Versuch auch bei „Übertretungen“ gegen die Person oder das Vermögen gemäß Art. 15. 2 CP stets strafbar ist. Im deutschen Recht dagegen ist gemäß § 23 Abs. 1 StGB nur der Versuch von Verbrechen (Mindeststrafe von einem Jahr) stets strafbar, der Versuch von Vergehen nur dann, wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimmt.

Eine solche Bestimmung sieht § 201 a StGB nicht vor. Fraglich ist, ob sie wünschenswert gewesen wäre.

Im spanischen Recht wird in Bezug auf das Herstellen oder Übertragen von Bildaufnahmen im Sinne des Art. 197.1 CP der Versuch bejaht, wenn der Täter zum Beispiel die Installation technischer Geräte vornimmt, ohne dass es ihm gelingt, diese anzuschließen. Nach deutschem Recht, gemäß § 22 StGB, ist ein Versuch gegeben, wenn der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt. Auch bei § 201a StGB könnte man ein un-

⁷¹¹ BT-Drucks. 15/361, S. 2; BT-Drucks. 15/533, S. 2; BT-Drucks.15/1891, S. 5.

⁷¹² BT-Drucks. 15/2466, S. 4.

mittelbares Ansetzen in dem Aufstellen der Kamera sehen. Andererseits könnte man es aber auch erst in dem Einschalten der Kamera oder im Anvisieren des Opfers erblicken. Diese Abgrenzungsschwierigkeiten der Vorbereitungshandlung vom Versuch ist jedoch ein allgemeines Problem der Versuchsstrafbarkeit und spricht daher nicht spezifisch gegen die Strafbarkeit des Versuchs bei § 201 a StGB.

Letztlich ist die Versuchsstrafbarkeit davon abhängig, ob eine Strafwürdigkeit besteht, die eine Vorverlagerung der Strafbarkeit rechtfertigt.

Zum Strafgrund des Versuchs werden mehrere Theorien vertreten. Die Rechtsprechung sieht den Strafgrund des Versuchs in der Betätigung des rechtsfeindlichen Willens⁷¹³. Von einem Teil der Literatur wird dagegen auf die tatbestandsnahe Gefährdung verwiesen⁷¹⁴, andere stellen auf den „rechtserschütternden Eindruck“ ab, den das Täterverhalten auslöst⁷¹⁵.

Fraglich ist, ob in einer potentiellen Versuchshandlung wie zum Beispiel dem Anvisieren eines Opfers bereits eine Betätigung des rechtsfeindlichen Willens gesehen werden kann und ein derart „rechtserschütternder Eindruck“ entsteht, dass eine Strafbarkeit des Versuchs gerechtfertigt ist. Diese Frage ist meines Erachtens zu verneinen. Der Täter, der eine Person mit der Kamera anvisiert, macht nichts anderes als diese zu beobachten, bis zu dem Zeitpunkt, in dem er den Auslöser betätigt. Das bloße Beobachten einer Person (auch mittels eines Fernglases), der sog. „freche Blick“, wurde aber bereits als keine der Strafe würdige, bloße Moralwidrigkeit abgetan⁷¹⁶. Daher kann durch dieses Verhalten auch kein „rechtserschütternder Eindruck“ entstehen.

Zudem bestände ein Problem in der Beweiserbringung. Ähnlich wie beim „frechen Blick“ ist es schwer nachweisbar, dass mit der Kamera eine Person anvisiert wurde, um eine Bildaufnahme herzustellen. Mittels der hervorragenden Vergrößerungsmöglichkeiten moderner Kameras kann eine Kamera zum Beispiel auch

⁷¹³ RGSt 1, 439 (441); 8, 198 (203); BGHSt 11, 324 (327).

⁷¹⁴ *Roxin*, AT II, § 29 Rn. 10 ff. m.w.N.

⁷¹⁵ *Wessels/Beulke*, Rn. 594; *Eser* in Schönke/Schröder, vor § 22 Rn. 22.

⁷¹⁶ Vgl. BT-Drucks. 15/1891, S. 6; BT-Drucks. 15/2466, S. 4.

lediglich als Fernglas genutzt werden. In diesem Fall ist die Beweisführung nahezu unmöglich.

Als ein Argument für eine Strafbarkeit des Versuchs des § 201 a StGB kann lediglich der Vergleich zu § 201 StGB, der in einem Absatz 4 die Strafbarkeit des Versuchs bestimmt, herangezogen werden.

Bezüglich der Versuchsstrafbarkeit ist jedoch, trotz der Vergleichbarkeit der geschützten Rechtsgüter der § 201 StGB und § 201 a StGB, eine Orientierung an § 201 StGB abzulehnen. Zum einen ist es meines Erachtens bereits fraglich, ob eine Versuchsstrafbarkeit bei § 201 StGB gerechtfertigt ist. Dies ist jedoch vom Gesetzgeber entschieden worden und steht an dieser Stelle nicht in Frage.

Zum anderen erweist sich der Versuch des Abhörens mittels Aufnahmegeräten im Vergleich zur versuchten Herstellung einer Bildaufnahme als strafwürdiger. Abhörgeräte, wie zum Beispiel „Wanzen“, sind unter Normalbürgern nicht verbreitet, so dass die Verwirklichung bzw. Planung einer Tat nach § 201 StGB eine höhere kriminelle Energie – angefangen bei der Beschaffung der erforderlichen Abhörgeräte – beinhaltet. Dagegen trägt inzwischen jeder Normalbürger ein Fotohandy einsatzbereit bei sich. Eine Diskrepanz zwischen der Strafbarkeit des Versuchs bei § 201 StGB und § 201 a StGB ist daher hinnehmbar.

Hinzu kommt, dass § 201 StGB die einzige Norm im 15. Abschnitt des StGB ist, die eine Versuchsstrafbarkeit vorsieht und damit eine Ausnahmegesetzvorschrift darstellt. Insofern stimmt eine Strafflosigkeit des Versuchs bei § 201 a StGB mit der Systematik des 15. Abschnitts des StGB überein und es erscheint vertretbar, in diesem Fall von einer Orientierung an § 201 StGB abzuweichen. Im Ergebnis wurde meines Erachtens zu Recht auf die Strafbarkeit des Versuchs verzichtet.

VIII. Strafraumen

Die Strafraumen der jeweiligen Tatbestände weisen stark voneinander ab. Während § 201 a StGB eine geringe Strafe von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr vorsieht, weist Art. 197 CP schon in seinem Grundtatbestand eine erheblich höhere Strafandrohung von einem bis zu vier Jahren Freiheitsstrafe und Geldstrafe von 12 bis zu 24 Monaten auf. Im Rahmen der Qualifikationen ist so-

gar eine Freiheitsstrafe von bis zu sieben Jahren möglich. Diese Strafandrohung ist meines Erachtens unverhältnismäßig. Denn der Código Penal sieht selbst für einen Raub mit Gewalt gegen Personen nach Art. 242 .1 CP „nur“ eine Freiheitsstrafe von zwei bis zu fünf Jahren vor.

Die Strafandrohung des § 201 a StGB ist dagegen nicht nur im Vergleich zu Art. 197 CP niedrig, sondern liegt auch im Rahmen des 15. Abschnitts des StGB im unteren Bereich der allgemeinen Strafandrohung. Aufgrund des gleichen Schutzbedürfnisses des Rechts am eigenen Wort und des Rechts am eigenen Bild wäre meines Erachtens der Strafrahmen des § 201 StGB von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe in Bezug auf § 201 a StGB zu übernehmen gewesen.

Ebenso wäre in den bereits genannten Fällen eine Strafschärfung angebracht gewesen. Die Strafe sollte jedoch eine Freiheitsstrafe von fünf Jahren, die auch in § 201 Abs. 3 StGB für Amtsträger vorgesehen ist, nicht überschreiten.

D. Fazit bezüglich § 201 a StGB

Im Vergleich zum spanischen Recht ist positiv zu bewerten, dass das StGB keine allgemeine die Privatsphäre und die persönlichen Daten schützende Norm enthält, sondern zwischen den einzelnen Facetten des Persönlichkeitsschutzes differenziert. § 201 a StGB regelt ausschließlich den Bildnisschutz. Diese Entscheidung führt zu einer größeren Rechtssicherheit. Die Differenzierung trägt von vornherein zu einer ausreichenden Bestimmtheit der jeweiligen Tatbestände bei und verhindert damit unklare, allgemeine Formulierungen.

Dem engen Tatbestand des § 201a StGB kann meines Erachtens nicht der Vorwurf der Unbestimmtheit oder der Vorwurf des Verstoßes gegen das Übermaßverbot des Strafrechts gemacht werden. Durch die räumliche Einschränkung des Schutzes werden sozialadäquate Fälle aus dem Tatbestand ausgeschlossen. Dabei ist leider in Kauf zu nehmen, dass dadurch Strafbarkeitslücken bezüglich Aufnahmen „auf offener Straße“ verbleiben. Aber aufgrund der unbestimmten Anzahl denkbarer Situationen auf offener Straße, ist es kaum möglich, eine bestimmte, dem Übermaßverbot des Strafrechts gerecht werdende Regelung zu schaffen. Eine räumliche Einschränkung erscheint das einzige geeignete Mittel

zu sein. Zudem schützt auch § 201 StGB nur das nichtöffentlich gesprochene Wort.

Übereinstimmend mit dem spanischen Recht ist die Ausgestaltung als Antragsdelikt zutreffend. In dem persönlichen Bereich soll die betroffene Person selbst die Entscheidung der Strafverfolgung treffen können.

Im Vergleich zum spanischen Recht ist aber auch Kritik angebracht. Der spanische Gesetzgeber hat Art. 197 CP als Delikt mit überschießender Innentendenz ausgestaltet und lässt es ausreichen, wenn der Täter in der Absicht handelt, die Privatsphäre zu verletzen. Zudem gewährt das spanische Recht, indem es auf die Privatsphäre abstellt, einen weiteren Schutz des eigenen Bildes.

§ 201 a StGB dagegen verlangt als Taterfolg die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs. Die Tatbestandsvoraussetzung der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs ist in vielerlei Hinsicht problematisch. Zum einen ist umstritten, ob die Verletzung auf der Bildaufnahme erkennbar sein muss. Zum anderen stellt der Begriff des „höchstpersönlichen Lebensbereichs“ ein Novum im StGB dar. Diese Probleme hätten mit dem vorzugswürdigen Begriff des „persönlichen Lebensbereichs“ und der Ausgestaltung als Absichtsdelikt umgangen werden können. Dem § 201 a StGB fehlt – davon abgesehen – ebenso wie seinem spanischen Pendant, dem Art. 197 CP, der meines Erachtens erforderliche postmortale Schutz. Es ist nicht einzusehen, weshalb Bildaufnahmen eines Verstorbenen keines strafrechtlichen Schutzes bedürfen.

Die Einführung des § 201 a StGB hat aber dennoch den Bildnisschutz insgesamt verbessert. Bisher griff der zivilrechtliche und strafrechtliche Schutz nur ein, wenn das Bild bereits veröffentlicht war und somit sprichwörtlich „das Kind schon in den Brunnen gefallen war“⁷¹⁷. Die Medien mussten nur mit Verfahren im Nachhinein rechnen, nachdem sie die Bilder bereits gewinnbringend verwendet hatten. Indem § 201 a StGB bereits die Herstellung einer Aufnahme unter Strafe stellt, ist jetzt auch ein gerichtliches Vorgehen, bevor das Bild an die Öffentlichkeit gelangt, möglich.

⁷¹⁷ Schertz, AfP 2005, 421 (426).

Hinzu kommt, dass sich das Risiko einer Veröffentlichung in den Medien jetzt nicht mehr auf die Verfahrenskosten und eventuelle Schadensersatzzahlungen beschränkt, sondern auf strafrechtliche Vorstrafen. Der verantwortliche Fotograf oder Redakteur haftet persönlich. Das Unternehmen kann die Folgen einer Verurteilung nicht wie im Zivilprozess durch Zahlung der Schadensersatzsumme übernehmen. Das könnte die positive Folge haben, dass Fotografen umsichtiger bezüglich der Persönlichkeitsrechte bei der Anfertigung ihrer Aufnahmen handeln.

Auch wenn es illusorisch ist zu denken, dass die Einführung eines Straftatbestandes in das StGB die allgemeine Entwicklung der zunehmenden Verletzung des Rechts am eigenen Bild und allgemein der Persönlichkeitsrechtsverletzungen aufhalten kann, so trägt die Einführung des § 201 a StGB ihren Teil dazu bei, das eigene Bild im Zeitalter der Massenmedien, insbesondere des Internets, zu bewahren. Während im Jahr 2005 bundesweit lediglich 19 Verfahren wegen § 201 a StGB abgeurteilt worden sind, betrug die Zahl im Jahr 2006 bereits 55⁷¹⁸. Ob die Zahl der Verfahren weiter steigen wird, bleibt abzuwarten. Unabhängig davon wird aber auch das Strafrecht den gesellschaftlichen Wandel im Hinblick auf den Bildnisschutz mit verfolgen müssen. Daher ist eine Modifizierung des § 201 a StGB bezüglich der in der vorliegenden Arbeit kritisierten Punkte erstrebenswert.

⁷¹⁸ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2005; Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2006.

Anhang

Gesetzesentwürfe und Gesetzestexte

Gesetzesentwürfe zu § 201 a StGB:

Entwurf der FDP-Fraktion⁷¹⁹:

§ 201 a

Verletzung der Intimsphäre durch unbefugte Bildaufnahme und Beobachtung

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer die Intimsphäre einer anderen Person dadurch verletzt, dass er

1. sie unbefugt auf einen Bildträger aufnimmt oder
2. eine so hergestellte Aufnahme gebraucht oder einem Dritten zugänglich macht.

(2) Ebenso wird bestraft, wer unbefugt die Intimsphäre einer anderen Person dadurch verletzt, dass er sie mit einem Bildaufnahmegerät oder technischen Mitteln beobachtet.

(3) Die Tat ist nur strafbar, wenn sie geeignet ist, berechnete Interessen der verletzten Person zu beeinträchtigen. Die Tat nach Abs. 1 Nr. 2 ist nicht rechtswidrig, wenn sie zur Wahrnehmung überragender öffentlicher Interessen begangen wird.

(4) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer als Amtsträger oder als für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter die Intimsphäre verletzt (Absätze 1 und 2).

⁷¹⁹ BT-Drucks.15/361.

(5) Der Versuch ist strafbar.

(6) Die Bildaufnahmegeräte, Bildträger oder andere technische Mittel, die der Täter oder Teilnehmer verwendet hat, können eingezogen werden. § 74a ist anzuwenden.

Entwurf der CDU/CSU-Fraktion⁷²⁰:

§ 201 a

Verletzung des persönlichen Lebensbereichs

(1) Wer den persönlichen Lebensbereich einer anderen Person dadurch verletzt, dass er

1. sie unbefugt auf einen Bildträger aufnimmt oder
2. eine so hergestellte Aufnahme gebraucht oder einem Dritten zugänglich macht oder
3. eine befugt hergestellte Aufnahme gegen den Willen der berechtigten Person gebraucht oder einem Dritten zugänglich macht

wird mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Wer die Tat zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen begeht, handelt nicht rechtswidrig.

(3) Wer als Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter den persönlichen Lebensbereich verletzt (Absatz 1) wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bestraft.

(4) Der Versuch ist strafbar.

⁷²⁰ BT-Drucks. 15/533.

(5) Die Bildaufnahmegeräte, Bildträger oder andere technische Mittel, die der Täter oder Teilnehmer verwendet hat, können eingezogen werden. § 74a ist anzuwenden.

Entwurf des Bundesrates (gleichzeitig modifizierter Entwurf des Landes Baden-Württemberg)⁷²¹:

§ 201 a

Verletzung der Intimsphäre durch Bildaufnahmen

(1) Wer von einer in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindlichen anderen Person unbefugt Bildaufnahmen herstellt oder überträgt und dadurch deren höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer eine durch eine Tat nach Absatz 1 hergestellte Bildaufnahme gebraucht oder einem Dritten zugänglich macht.

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) Die Bildträger sowie Bildaufnahmegeräte oder andere technische Mittel, die der Täter oder Teilnehmer verwendet hat, können eingezogen werden. § 74 a ist anzuwenden.

⁷²¹ BT-Drucks. 15/1891; BR-Drucks. 164/1/03.

§ 201 a

Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen

(1) Wer von einer anderen Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, unbefugt Bildaufnahmen herstellt oder überträgt und dadurch deren höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer eine durch eine Tat nach Absatz 1 hergestellte Bildaufnahme gebraucht oder einem Dritten zugänglich macht.

(3) Wer eine befugt hergestellte Bildaufnahme von einer anderen Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, unbefugt gebraucht oder einem Dritten zugänglich macht und dadurch deren höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(4) Die Bildträger sowie Bildaufnahmegeräte oder andere technische Mittel, die der Täter oder Teilnehmer verwendet hat, können eingezogen werden. § 74 a ist anzuwenden.

Spanische Gesetzestexte:

Constitución Española

Art. 18

(1) Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar y a la propia imagen.

⁷²² BT-Drucks. 15/2466.

Art. 20

(1) Se reconocen y protegen los derechos:

(...)

d. A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en ejercicio de estas libertades.

(...)

(4) Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

Ley Orgánica 1/1982 de 5 de Mayo, de la Protección Civil del derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen

Capítulo primero

Disposiciones generales

Art. 1

(1) El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica.

(2) El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9 de esta Ley. En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito.

(3) El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta Ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta Ley.

Art. 2

(1) La protección civil del honor, de la intimidad personal y familiar y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

(2) No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviese expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso.

(3) El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

Art. 3

(1) El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

(2) En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el conocimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez.

Art. 4

(1) El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quién ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.

(2) No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

(3) A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento.

Art. 5

(1) Cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la protección de los derechos del fallecido.

(2) La misma regla se aplicará, salvo disposición en contrario del fallecido, cuando hayan sido varias personas designadas en su testamento.

Art. 6

(1) Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta Ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo 4.

(2) Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere.

Capítulo II

De la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen

Art. 7

Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta Ley:

(1) El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

(2) La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

(3) La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

(4) La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

(5) La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2.

(6) La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

(7) La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Art. 8

(1) No se reputarán de carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

(2) En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

- a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abierto al público.
- b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.
- c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza.

Art. 9

(1) La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente Ley, podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

(2) La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las

cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados.

(3) La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

(4) El importe de la indemnización por el daño moral en el caso del artículo 4, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado 2 y en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo 6, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.

(5) Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

Disposiciones derogatorias

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo previsto en la presente Ley Orgánica.

Disposiciones transitorias

Primera (Derogada).

Segunda. En tanto no sean desarrolladas las precisiones del artículo 53.2 de la Constitución sobre establecimiento de un procedimiento basados en los

principios de preferencia y sumariedad, la tutela judicial de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen se podrá recabar, con las peculiaridades que establece esta Ley sobre la legitimación de las partes, por cualquiera de los procedimientos establecidos en las Secciones II y III de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Agotado el procedimiento seguido, quedará expedito el recurso de amparo constitucional en los supuestos a que se refiere el capítulo I del título III de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Código Penal

Art. 15

1. Son punibles el delito consumado y la tentativa del delito.
2. Las faltas sólo se castigarán cuando hayan sido consumadas, excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio.

Art. 16

1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

(...)

Art. 20

Están extentos de responsabilidad criminal:

(...)

4. El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

5. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio y ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea peor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

(...)

7. El que obre en cumplimiento de un deber o un ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Art. 41

La pena de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos. Produce, además, la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena.

Art. 197

1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos de un tercero.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizará la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y se difunden, ceden o revelan los datos reservados, impondrá la pena en su mitad superior.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

6. Si los hechos se realicen con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será de prisión de cuatro a siete años.

Art. 198

La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizará cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.

Art. 201

1. Para proceder los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4 del artículo 130.

Übersetzungen

Spanische Verfassung

Art. 18

(1) Das Recht auf Ehre, auf persönliche und familiäre Privatsphäre und am eigenen Bild werden garantiert.

(...)

Art. 20

1. Folgende Rechte werden anerkannt und geschützt:

(...)

d. Das Recht auf freie und wahre Berichterstattung und auf Empfang von Informationen über jedwedes Verbreitungsmedium. Das Gesetz regelt das Recht der Berufung auf Gewissensgründe und das Berufsgeheimnis bei der Ausübung dieser Freiheiten.

(...)

4. Diese Freiheiten haben ihre Grenzen in der Achtung der in diesem Titel anerkannten Rechte, in den Vorschriften der sie regelnden Gesetze und insbesondere im Recht auf Ehre, auf persönliche und familiäre Privatsphäre, am eigenen Bild und auf den Schutz der Jugend und der Kinder.

Organgesetz 1/1982 vom 5. Mai, über den zivilrechtlichen Schutz des Rechts auf Ehre, auf persönliche und familiäre Privatsphäre und am eigenen Bild.

Erstes Kapitel

Allgemeine Bestimmungen

Art. 1

(1) Das Grundrecht auf Ehre, persönliche und familiäre Privatsphäre und am eigenen Bild wird gegen jede Art rechtswidriger Eingriffe nach Maßgabe des vorliegenden Organgesetzes geschützt.

(2) Dem Deliktcharakter des Eingriffs steht der Rückgriff auf das Rechtsschutzverfahren in Art. 9 dieses Gesetzes nicht entgegen. In jedem Fall sind die Kriterien dieses Gesetzes anwendbar, um die zivilrechtliche Verantwortlichkeit, welche aus dem Delikt hervorgeht, zu bestimmen.

(3) Das Recht auf Ehre, persönliche und familiäre Privatsphäre und am eigenen Bild ist unverzichtbar, unübertragbar und unverjährbar. Der Verzicht auf den vorgesehenen Schutz ist nichtig, außer im Fall der Genehmigung oder der Einwilligung gemäß Art. 2 dieses Gesetzes.

Art. 2

(1) Der zivilrechtliche Schutz der Ehre, der Privatsphäre und des eigenen Bildes bleibt begrenzt durch die Gesetze und die sozialen Gebräuche, wobei der Bereich berücksichtigt wird, den sich jede Person durch ihre eigenen Handlungen für sich selbst oder für ihre Familie vorbehalten hat.

(2) Ein unerlaubtes Eindringen in den geschützten Bereich liegt nicht vor, wenn dies ausdrücklich durch Gesetz genehmigt ist oder wenn der Rechtsinhaber ausdrücklich seine Einwilligung erteilt hat.

(3) Die Einwilligung, auf die sich der vorhergehende Absatz bezieht, ist jederzeit widerrufbar, für die verursachten Schäden oder Nachteile, einschließlich der berechtigten Erwartungen muss jedoch Schadensersatz geleistet werden.

Art. 3

(1) Die Einwilligung von Minderjährigen oder Unmündigen muss, sofern ihre Reife es erlaubt, in Einklang mit der Zivilgesetzgebung durch sie selbst erteilt werden.

(2) In den übrigen Fällen ist die Einwilligung schriftlich durch den gesetzlichen Vertreter zu erteilen, der verpflichtet ist vorher die Staatsanwaltschaft über die bevorstehende Einwilligung in Kenntnis zu setzen. Wenn die Staatsanwaltschaft innerhalb von acht Tagen Einwendungen erhebt, entscheidet der Richter.

Art. 4

(1) Die Geltendmachung der Ansprüche auf Schutz der Ehre, der Privatsphäre und des eigenen Bildes einer verstorbenen Person, obliegt demjenigen, der im Testament dafür bestimmt worden ist. Es kann auch eine juristische Person bestimmt werden.

(2) Ist keine Person bestimmt worden oder ist die bestimmte Person verstorben, sind der Ehepartner, die Nachkommen, Verwandte in aufsteigender Linie und Geschwister der betroffenen Person, die zu dem Zeitpunkt leben, legitimiert.

(3) In Ermangelung dieser Personen obliegt der Staatsanwaltschaft die Geltendmachung der Ansprüche, wobei sie von Amts wegen oder auf Gesuch einer interessierten Person hin tätig werden kann, sofern nicht mehr als 80 Jahre seit dem Tod des Betroffenen vergangen sind. Die gleiche Frist ist einzuhalten, wenn die Geltendmachung der Ansprüche einer im Testament bestimmten juristischen Person obliegt.

Art. 5

(1) Wenn mehrere der im vorherigen Artikel genannten Angehörigen leben, kann jeder von ihnen die Ansprüche zum Schutz der Rechte des Verstorbenen geltend machen.

(2) Die gleiche Regel findet Anwendung, außer im Falle gegensätzlicher Bestimmungen des Verstorbenen, wenn im Testament mehrere Personen bestimmt worden sind.

Art. 6

(1) Wenn der Inhaber des verletzten Rechts verstirbt, ohne selbst oder durch seinen gesetzlichen Vertreter aufgrund der Umstände, mittels derer sich die Verletzung verwirklicht hat, die in diesem Gesetz vorgesehenen Ansprüche geltend machen zu können, können die Ansprüche durch die in Art. 4 genannten Personen geltend gemacht werden.

(2) Dieselben Personen können die vom Inhaber des verletzten Rechts eingereichte Klage fortführen, wenn dieser verstirbt.

Zweites Kapitel

Über den zivilrechtlichen Schutz der Ehre, der Privatsphäre und des eigenen Bildes

Art. 7

Als unerlaubtes Eindringen in den durch Art. 2 begrenzten Schutzbereich wird betrachtet:

(1) Die Aufstellung an irgendeinem Ort von Abhöreinrichtungen, Filmgeräten, optischen Vorrichtungen oder jeglichen anderen Mitteln, die geeignet sind, das intime Leben von Personen aufzunehmen oder zu reproduzieren.

(2) Der Gebrauch von Abhöreinrichtungen, optischen Vorrichtungen oder jeglichen anderen Mitteln, um das Intimleben von Personen, intime Bekundungen oder private Briefe, die nicht für denjenigen, der diese Mittel benutzt, bestimmt waren, in Erfahrung zu bringen, ebenso wie eine diesbezügliche Aufzeichnung, Registrierung oder Reproduktion.

(3) Die Verbreitung von Tatsachen aus dem Privatleben einer Person oder Familie, welche den Ruf oder den guten Namen beeinträchtigen, ebenso wie die Preisgabe oder Veröffentlichung des Inhalts von Briefen, Erinnerungen oder anderen persönlichen Schriftstücken intimen Charakters.

(4) Die Preisgabe privater Daten einer Person oder Familie, die jemand mittels seiner beruflichen oder offiziellen Tätigkeit in Erfahrung gebracht hat.

(5) Die Erfassung, Vervielfältigung oder Veröffentlichung des Bildes einer Person durch Fotografie, Film oder jegliches anderes Vorgehen an Orten oder während Momenten ihres Privatlebens oder außerhalb davon, abgesehen von denen in Art. 8.2 genannten Ausnahmen.

(6) Der Gebrauch des Namens, der Stimme oder des Bildes einer Person zu Werbe-, kommerziellen oder analogen Zwecken.

(7) Die Beschuldigung von Tatsachen oder Meinungsäußerungen durch Handlungen oder Ausdrücke, die auf irgendeine Weise die Würde einer anderen Person verletzen, indem sie ihren Ruf oder ihre eigene Wertschätzung beeinträchtigen.

Art. 8

(1) Es liegt grundsätzlich kein unerlaubtes Eindringen vor, wenn die Handlungen autorisiert oder von der zuständigen Behörde in Übereinstimmung mit dem Gesetz angeordnet werden oder wenn ein relevantes historisches, wissenschaftliches oder kulturelles Interesse überwiegt.

(2) Insbesondere verbietet das Recht am eigenen Bild nicht:

a. Die Anfertigung, Vervielfältigung oder Veröffentlichung durch jegliches Medium, wenn es sich um Personen handelt, die ein öffentliches Amt oder einen

Beruf von öffentlichem Interesse ausüben und das Bildnis während eines öffentlichen Aktes oder an einem öffentlichen Ort hergestellt wird.

b. Die Nutzung von Karikaturen besagter Personen in Übereinkunft mit dem sozialen Gebrauch.

c. Die grafische Information über ein Geschehen oder ein öffentliches Ereignis, wenn das Bild der betroffenen Person lediglich nebensächlich erscheint.

Die Ausnahmen der Absätze a und b finden keine Anwendung auf Amtsträger oder Personen, die Funktionen wahrnehmen, die ihrer Natur nach Anonymität erfordern.

Art. 9

(1) Der gerichtliche Schutz gegenüber unerlaubtem Eindringen in die Rechte, auf die sich dieses Gesetz bezieht, kann auf dem ordentlichen Rechtsweg oder durch das in Art. 53.2 der Verfassung vorgesehene Verfahren geltend gemacht werden. Es kann auch, wenn es zulässig ist, Verfassungsbeschwerde vor dem Tribunal Constitucional eingelegt werden.

(2) Der gerichtliche Schutz umfasst die Ergreifung aller Maßnahmen, die notwendig sind, um dem unerlaubten Eingriff ein Ende zu setzen und den Geschädigten in den vollen Genuss seiner Rechte wieder einzusetzen, sowie um weiteren unerlaubten Eingriffen vorzubeugen oder diese zu verhindern. Zu diesen Maßnahmen gehören einstweilige Maßnahmen, die dazu dienen, den Eingriff unmittelbar zu beenden, sowie die Anerkennung des Rechts auf Gegendarstellung, die Veröffentlichung des Urteils und die Verurteilung zum Ersatz der verursachten Schäden.

(3) Das Bestehen eines Schadens wird immer dann vermutet, wenn ein unerlaubter Eingriff vorliegt. Die Entschädigung erstreckt sich auch auf den immateriellen Schaden, der nach den Umständen des Einzelfalles und der Schwere der tatsäch-

lich zugefügten Verletzung bewertet wird, wobei die Verbreitung oder das Publikum des Mediums, durch welches sie zugefügt wurde, zu berücksichtigen ist. Ebenso wird der Gewinn, den der Verursacher der Verletzung durch diese erhalten hat, gewertet.

(4) Der Betrag für die Entschädigung wegen eines immateriellen Schadens im Fall des Art. 4 steht den Personen, auf welche sich Absatz 2 bezieht bzw. ihren Rechtsnachfolgern in dem Maße zu, in dem das Urteil annimmt, dass sie beeinträchtigt wurden. In den Fällen des Art. 6 wird angenommen, dass die Entschädigung im Nachlass des Geschädigten inbegriffen ist.

(5) Die Rechte zum Schutz gegen unerlaubte Eingriffe erlöschen, wenn vier Jahre verstrichen sind, seit dem Zeitpunkt, in dem der Berechtigte sie ausüben konnte.

Aufhebende Bestimmung

Bestimmungen von gleichem oder niedrigerem Rang, die diesem Gesetz widersprechen, werden aufgehoben.

Übergangsbestimmungen

Erste (Aufgehoben).

Zweite. Sofern die in Art. 53.2 der Verfassung vorgesehenen Bestimmungen über die Inkraftsetzung eines Verfahrens, welches auf den Prinzipien des Vorrangs und der Schnelligkeit basiert, noch nicht umgesetzt worden sind, kann der gerichtliche Schutz des Rechts auf Ehre, auf persönliche oder familiäre Privatsphäre und am eigenen Bild durch jedes der in Sektion II und III des Gesetzes 62/1978 vom 26. Dezember 1978 über gerichtlichen Schutz der Grundrechte der Person vorgesehene Verfahren geltend gemacht werden, mit den Besonderheiten, die dieses Gesetz über die Legitimation der Parteien bestimmt.

Nach der Erschöpfung des Rechtsweges kann Verfassungsbeschwerde erhoben werden unter den Voraussetzungen, auf die sich Kapitel 1 des Titels III des Organgesetzes 2/1979 vom 3. Oktober 1979 des Tribunal Constitucional bezieht.

Código Penal⁷²³

Art. 15

1. Strafbar sind die vollendete Straftat und der Versuch der Straftat.

2. Übertretungen werden nur bestraft, wenn sie vollendet wurden, mit Ausnahme versuchter Übertretungen gegen Personen oder das Vermögen.

Art. 16

1. Versuch liegt vor, wenn der Täter durch äußere Handlungen unmittelbar mit der Ausführung der Straftat beginnt und alle oder einen Teil der Handlungen vornimmt, die objektiv den Erfolg herbeiführen würden, dieser jedoch aus Gründen, die vom Willen des Täters unabhängig sind, nicht eintritt.

(...)

Art. 20

Nicht strafrechtlich verantwortlich ist:

(...)

4. Wer in Verteidigung der Person oder eigener oder fremder Rechte handelt, sofern die folgenden Voraussetzungen vorliegen:

Erstens: Rechtswidriger Angriff.

Im Falle der Verteidigung von Gütern wird der eine Straftat oder Übertretung entsprechende Angriff, der diese Güter in die schwere Gefahr der unmittelbar bevorstehenden Zerstörung oder des unmittelbar bevorstehenden Verlusts versetzt, als rechtswidriger Angriff angesehen. Im Falle der Verteidigung der Woh-

⁷²³ Die Übersetzung des Código Penal folgt im Wesentlichen *Hoffmann*.

nung oder ihrer Nebengebäude wird das unerlaubte Eindringen in diese als rechtswidriger Angriff angesehen.

Zweitens: Vernunftgemäße Erforderlichkeit des zur Verhinderung oder Abwehr angewandten Mittels.

Drittens: Fehlen einer ausreichenden Provokation auf Seiten des Verteidigers.

5. Wer im Notstand, um ein eigenes oder fremdes Übel zu vermeiden, ein Rechtsgut einer anderen Person verletzt oder gegen eine Pflicht verstößt, sofern die folgenden Voraussetzungen vorliegen:

Erstens: Das verursachte Übel darf nicht größer sein als dasjenige, um dessen Vermeidung es geht.

Zweitens: Der Notstand darf durch den Täter nicht absichtlich provoziert worden sein.

Drittens: Der in Not Befindliche darf nicht aufgrund seines Berufes oder Amtes verpflichtet sein, sich aufzuopfern.

(...)

7. Wer in Erfüllung einer Pflicht oder in rechtmäßiger Ausübung eines Rechts, einer beruflichen Tätigkeit oder eines Amtes handelt.

Art. 41

Die Strafe der absoluten Untauglichkeitserklärung bewirkt den endgültigen Entzug sämtlicher öffentlicher Ehren, Anstellungen und Ämter, die der Bestrafte innehat, selbst wenn sie durch Wahl erlangt wurden. Außerdem führt sie zur Unfähigkeit für die Dauer der Strafe diese oder andere öffentliche Ehren, Ämter oder Anstellungen zu erlangen und für ein öffentliches Amt gewählt zu werden.

Art. 197

1. Wer, um die Geheimnisse eines anderen auszuspähen oder die Privatsphäre eines anderen zu verletzen, ohne dessen Einwilligung seine Papiere, Briefe, elektronisch übermittelte Nachrichten oder irgendwelche anderen persönlichen

Dokumente [Urkunden⁷²⁴] oder Sachen an sich bringt, seinen Fernmeldeverkehr abfängt oder technische Kunstgriffe zum Abhören, zur Übertragung, Aufnahme oder Wiedergabe von Ton, Bild oder eines anderen Kommunikationszeichens anwendet, wird mit Gefängnis von einem Jahr bis zu vier Jahren und Geldstrafe von zwölf bis zu 24 Monaten bestraft.

2. Dieselben Strafen werden demjenigen auferlegt, der, ohne dazu berechtigt zu sein, zum Nachteil eines Dritten vertrauliche Daten persönlicher oder familiärer Art, die in EDV-, elektronischen oder telematischen Karteien oder auf EDV-, elektronischen oder telematischen Datenträgern oder in einer anderen Art von öffentlichem oder privatem Archiv oder Register erfasst sind, an sich bringt, benutzt oder verändert. Dieselben Strafen werden demjenigen auferlegt, der sich, ohne dazu berechtigt zu sein, auf eine Weise Zugang zu diesen Daten verschafft, und demjenigen, der sie zum Nachteil des an den Daten Berechtigten oder eines Dritten verändert oder benutzt.

3. Gefängnisstrafe von zwei bis zu fünf Jahren wird verhängt, wenn die ausgespähten Daten oder Tatsachen oder aufgenommenen Bilder, auf die sich die vorhergehenden Ziffern beziehen, verbreitet, preisgegeben oder Dritten überlassen werden.

Mit Gefängnis von einem Jahr bis zu drei Jahren und Geldstrafe von 12 bis zu 24 Monaten wird bestraft, wer in Kenntnis der rechtswidrigen Herkunft und ohne am Ausspähen teilgenommen zu haben, das im vorhergehenden Absatz beschriebene Verhalten verwirklicht.

4. Werden die in Abs.1 und 2 dieses Artikels beschriebenen Taten durch die Personen verwirklicht, die mit den EDV-, elektronischen oder telematischen Karteien, Datenträgern, den Archiven oder Registern betraut oder für sie verantwortlich sind, wird Gefängnisstrafe von drei bis zu fünf Jahren verhängt, und wenn die

⁷²⁴ Der Übersetzung *Hoffmanns* des Begriffs „documentos“ mit „Urkunden“ wird der Begriff „Dokumente“ vorgezogen, um eine Verwechslung mit dem Rechtsterminus „Urkunde“ im Sinne des StGB vorzubeugen.

vertraulichen Daten verbreitet, überlassen oder preisgegeben werden, ist die Strafe aus der oberen Hälfte zu verhängen.

5. Die angedrohten Strafen werden ebenfalls aus der oberen Hälfte verhängt, wenn die in den vorhergehenden Absätzen beschriebenen Taten Daten persönlicher Art betreffen, welche die Weltanschauung, Religion, Überzeugung, Gesundheit, Herkunft in Bezug auf die Rasse oder das Sexualleben offenbaren oder wenn das Opfer minderjährig oder unmündig ist.

6. Werden die Taten mit Bereicherungsabsicht verwirklicht, sind die in Abs. 1 bis 4 dieses Artikels jeweils angedrohten Strafen aus der oberen Hälfte zu verhängen. Betreffen sie außerdem die in Abs. 5 genannten Daten, ist die zu verhängende Strafe Gefängnis von vier bis zu sieben Jahren.

Art. 198

Der Amtsträger oder Beamte, der in anderen als den gesetzlich erlaubten Fällen, ohne dass ein gesetzmäßiges Verfahren wegen einer Straftat vorliegt, unter Ausnutzung seines Amtes, eine der im vorhergehenden Artikel beschriebene Verhaltensweise verwirklicht, wird aus der oberen Hälfte der jeweils angedrohten Strafen bestraft und zusätzlich mit einer absoluten Untauglichkeitserklärung für die Dauer von 6 bis zu 12 Jahren belegt.

Art. 201

1. Um wegen der in diesem Kapitel aufgeführten Straftaten ein Verfahren einzuleiten, bedarf es der Strafanzeige durch die verletzte Person oder ihren gesetzlichen Vertreter. Ist die Person minderjährig, unmündig oder hilflos, kann auch die Staatsanwaltschaft Strafanzeige erstatten.

2. Die im vorhergehenden Absatz geforderte Anzeige ist weder notwendig, um wegen der in Art. 198 dieses Gesetzbuchs beschriebenen Taten ein Verfahren einzuleiten, noch wenn die Begehung der Straftat die Interessen der Allgemeinheit oder eine Vielzahl von Personen betrifft.

3. Die Verzeihung des Verletzten oder gegebenenfalls seines gesetzlichen Vertreters lässt die Strafklage oder die verhängte Strafe erlöschen, unbeschadet der Regelung des Art. 130 Ziff. 4 Abs. 2.

Literaturverzeichnis

Arzt, Gunther (u.a.): Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, Zweiter Halbband, Tübingen 1971

Bajo Fernández, Miguel (director): Compendio de Derecho Penal, Parte Especial, Volumen II, Madrid 1998 (zit.: *Bearbeiter* in Bajo Fernández)

Beuthien, Volker; *Hieke*, Mario: Unerlaubte Werbung mit dem Abbild prominenter Personen, in: AfP 2001, 353

Borgmann, Matthias: Von Datenschutzbeauftragten und Bademeistern – Der strafrechtliche Schutz am eigenen Bild durch den neuen § 201 a StGB, in: NJW 2004, 2133

Bosch, Nikolaus: Der strafrechtliche Schutz vor Foto-Handy-Voyeuren und Paparazzi, in: JZ 2005, 377

Brandner, Hans Erich: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Entwicklung durch die Rechtsprechung, in: JZ 1983, 689

Caballero Gea, José-Alfredo: Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, Calumnias e Injurias. Síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales, Madrid 2004

Calderón Cerezo, Ángel; *Choclán Montalvo*, José Antonio: Manual de Derecho Penal II, Parte especial, Barcelona 2005
(zit.: *Calderón Cerezo/Choclán Montalvo*)

Calderón Cerezo, Ángel; Choclán Montalvo, José Antonio: Código Penal Comentario Jurisprudencia y Doctrina, Legislación penal especial y normas complementarias, Barcelona 2004

(zit: Comentario *Calderón Cerezo/Choclán Montalvo*)

Cobo del Rosal, Manuel (coordinador): Comentarios al Código Penal, Tomo I Artículos 1-18, Madrid 1999; Tomo VII, Títulos IX, X, XI y XII del Libro II del vigente Código Penal español, Artículos 195- 233, Madrid 2003

(zit.: *Bearbeiter* in Comentario Cobo del Rosal)

*Cobo del Rosal, Manuel (coordinador): Derecho Penal Español, Parte Especial, 2 ed. Madrid 2005 (zit.: *Bearbeiter* in Cobo del Rosal)*

Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido: Código Penal Comentario, Tomo I, Con concordancias y jurisprudencia, Barcelona 2004

Corcoy Bidasolo, Mirentxu: Manual Práctico de Derecho Penal, Parte Especial, Doctrina y jurisprudencia, con casos solucionados, 2 ed., Valencia 2004

Córdoba Roda, Juan; García Arán, Mercedes (directores): Comentarios al Código Penal, Parte Especial Tomo I, Madrid, Barcelona 2004

Crevillén Sánchez, Clemente: Derechos de la personalidad. Honor, Intimidad Personal y Familiar y Propia Imagen en la Jurisprudencia, Madrid 1995

Dasch, Norbert: Die Einwilligung zum Eingriff in das Recht am eigenen Bild, München 1990

*Deutscher Presserat, BDZV, VDZ, DJV, dju in Ver.di, ARD, ZDF, VPRT: Gemeinsame Stellungnahme der Medienverbände zum Gesetzesentwurf des Bundesrates vom 15.11.03, in: AfP 2004, 110 (zit.: *Medienverbände*)*

Díez Ripollés, José Luis; *Romeo Casabona*, Carlos María: Comentarios al Código Penal Parte Especial II: Titulos VII-XII y faltas correspondientes, Valencia 2004 (zit.: *Bearbeiter* in Comentario Díez Ripollés/Romeo Casabona)

Dreier, Thomas; *Schulze*, Gernot: Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 2006 (zit.: *Bearbeiter* in Dreier/Schulze)

Eisele, Jörg: Strafrechtlicher Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen, in: JR 2005,6

Ernst, Stefan: Gleichklang des Persönlichkeitsschutzes im Bild- und Tonbereich? in: NJW 2004, 1277

Fayos Gardó, Antonio: Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, in: InDret 4/2007, 2

Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 55. Auflage, München 2008

Flehsig, Norbert P.: Schutz gegen Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen, in: ZUM 2004, 605

Frömming, Jens; *Peters*, Butz: Die Einwilligung im Medienrecht, in: NJW 1996, 958

Gerhardt, Erwin: Anmerkung zu OLG München, Urt. v. 31.07.1979 – 21 U 2407/79, in: AfP 1979, 365

- Gerhardt, Rudolf*: ZRP-Rechtsgespräch mit der Justizministerin von Baden-Württemberg, Corinna Werwigk-Hertneck, Schutz vor den Paparazzi? – Der Einbruch in die Intimsphäre soll strafbar werden, in: ZRP 2003, 293
- Gössel, Karl Heinz; Dölling, Dieter*: Strafrecht Besonderer Teil 1, 2. Auflage, Heidelberg 2004
- Götting, Horst-Peter*: Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, Tübingen 1995
- Grabenwarter, Christoph*: Schutz der Privatsphäre versus Pressefreiheit: Europäische Korrektur eines deutschen Sonderweges?, in: AfP 2004, 309
- Gracia Martín, Luis; Boldovar Pasamar, Miguel Ángel; Alastuey Dobón, M. Carmen*: Lecciones de Consecuencias Jurídicas del delito, 2. ed., Valencia 2000
- Harms, Sven*: Ist das „bloße“ Anschauen von kinderpornographischen Bildern im Internet nach geltendem Recht strafbar?, in: NStZ 2003, 646
- Hellmich, Nicole*: Zum „neuen“ Wohnungsbegriff des § 244 I Nr. 3 StGB, in: NStZ 2001, 511
- Hesse, Albrecht*: § 201 a StGB aus der Sicht des öffentlichen Rundfunks, in: ZUM 2005, 432
- Heuchemer, Michael; Paul, Thomas*: Die Strafbarkeit unbefugter Bildaufnahmen – Tatbestandliche Probleme des § 201 a StGB, in: JA 2006, 616
- Higuera Guimerá, Juan-Felipe*: El descubrimiento y la revelación de secretos, in: Actualidad Penal No. 31/2002, 767

Hoffmann, Markus; Cancio Meliá, Manuel: Das spanische Strafgesetzbuch Código Penal, Deutsche Übersetzung von Markus Hoffmann, zweisprachige Ausgabe, Freiburg 2002 (zit.: Hoffmann)

Hoppe, Tilman: Bildaufnahmen aus dem höchstpersönlichen Lebensbereich – der neue § 201 a StGB, in: GRUR 2004, 990

Hoyer, Andreas: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 04.10.1999 – StR 712/98, in: JR 2000,473

Hoyer, Andreas: Die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs bei § 201 a StGB, in: ZIS 2006, 1

Hubmann, Heinrich: Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit vor Indiskretion, in: JZ 1957, 521

Hubmann, Heinrich: Das Persönlichkeitsrecht, 2. Auflage, Köln, Graz 1967

Jacobs, Günther: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin, New York 1991

Jähnke, Burkard; Laufhütte, Heinrich-Wilhelm; Odersky, Walter (Hrsg.): Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, fünfter Band (§§ 146-222), 11. Auflage, Berlin 2005 (zit.: LK-StGB/Bearbeiter)

Joeks, Wolfgang; Miebach, Klaus (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3 (§§ 185-262), München 2003 (zit.: MK-StGB/Bearbeiter)

Joeks, Wolfgang: Strafgesetzbuch – Studienkommentar –, 7. Auflage, München 2007

Kächele, Andreas: Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen,
Diss. Baden-Baden 2007

Kargl, Walter: Zur Differenz zwischen Wort und Bild im Bereich des strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, in: ZStW 117 (2005), 324

Keyssner, Hugo: Das Recht am eigenen Bilde, Berlin 1896

Kindhäuser, Urs: Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Baden-Baden 2008

Kindhäuser, Urs; *Neumann*, Ulfried; *Paeffgen*, Hans-Ulrich (Hrsg.): Nomos
Kommentar Strafgesetzbuch, Band 1 (§§ 1-145 d), 2. Auflage, Baden-
Baden 2005; Band 2 (§§ 146-358), 2. Auflage, Baden-Baden 2005
(zit.: NK-StGB/Bearbeiter)

Klug, Ulrich: Das Grundrecht der Fernsehfreiheit im Spannungsfeld der Interessen- und Rechtsgüterabwägung nach § 34 StGB bei Kollisionen mit § 201 StGB, in: Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag (Hrsg. Rolf Dietrich Herzberg), Köln (u.a.) 1985, 397

Koch, Arnd: Strafrechtlicher Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen – Zur Einführung von § 201 a StGB, in: GA 2005, 589

Kohler, Josef: Das Eigenbild im Recht, Berlin 1903

Kramer, Bernhard: Heimliche Tonbandaufnahmen im Strafprozeß,
in: NJW 1990, 1760

Krey, Volker: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 2. Auflage,
Stuttgart 2004 (zit.: *Krey* AT 1)

Krey, Volker; *Heinrich*, Manfred: Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte, 13. Auflage, Stuttgart 2005

Kühl, Kristian: Zur Strafbarkeit unbefugter Bildaufnahmen, in: AfP 2004, 190

Kühl, Kristian: Strafrechtlicher Persönlichkeitsschutz gegen Bildaufnahmen in: Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus: Symposium für Bernd Schünemann zum 60.Geburtstag, Köln 2005, 211 (zit.: *Kühl*, FS Schünemann)

Kühl, Kristian: Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München 2008 (zit.: *Kühl* AT)

Lackner, Karl (Begr.); *Kühl*, Kristian: Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Auflage, München 2007 (zit.: *Lackner/Kühl*)

Lamarca Pérez, Carmen (coordinadora): Derecho Penal, Parte Especial, 3. ed., Madrid 2005 (zit.: *Bearbeiter* in *Lamarca Pérez*)

Larenz, Karl: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 14.02.1958 – I ZR 151/56, in: NJW 1958, 827

Laufhütte, Heinrich Wilhelm; *Rissing-van Saan*, Ruth; *Tiedemann*, Klaus: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, zweiter Band (§§ 32-55), 12. Auflage, Berlin 2006 (zit.: LK-StGB/*Bearbeiter*)

Linkens, Christina: Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen – eine Betrachtung des neuen § 201 a StGB – Diss. Bonn 2005

Marwitz, Petra: Anmerkung zu LG Frankfurt, Urt. v. 24.07.2003 – 2/3 O 95/02, in: ZUM 2003, 976

Mata y Martín, Ricardo: Delincuencia informática y Derecho Penal, Madrid 2001

Maurach, Reinhart; *Schroeder*, Friedrich-Christian; *Maiwald*, Manfred: Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, 9. Auflage, Heidelberg 2003

Medicus, Dieter: Bürgerliches Recht, 21. Auflage, Köln (u.a.) 2007

Meyer-Göfner, Lutz: Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 51. Auflage, München 2008

Mitsch, Wolfgang: „Saddam Hussein in Unterhose“ – Strafbares Fotografieren, in: JURA 2006, 117

Morant Vidal, Jesús: Protección Penal de la Intimidad frente a los nuevos Tecnologías, Estudio de los Artículos 197 a 201 del Código Penal, Valencia 2003

Neumann-Duesberg, Horst: Bildberichterstattung über absolute und relative Personen der Zeitgeschichte, in: JZ 1960, 114

Neumann-Duesberg, Horst: Die verlegerischen Gefahrabwendungspflichten – Insbesondere die betriebliche und körperschaftliche Organisationspflicht, in: NJW 1966, 624

Neumann-Klang, Sybille: Das Recht am eigenen Bild aus rechtsvergleichender Sicht, Diss. Frankfurt a.M. (u.a.) 1999

Nipperdey, Hans: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, in: UFITA Bd.30/1960, 1

O'Callaghan, Xavier: Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad y imagen, Madrid 1991

Obert, Anne; Gottschalck, Sascha: § 201 a StGB aus der Sicht des privaten Rundfunks, in: ZUM 2005, 436

Otto, Harro: Grundkurs Strafrecht – Die einzelnen Delikte, 7. Auflage, Berlin 2005

Palandt, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Auflage, München 2008 (zit.: Palandt-Bearbeiter)

Petersen, Jens: Medienrecht, 3. Auflage, München 2006

Pollähne, Helmut: Lücken im kriminalpolitischen Diskurs – zu den Gesetzesentwürfen zur Verbesserung des Schutzes der Intimsphäre –, in: KritV 2003, 387

Prinz, Matthias: Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Medien, in: NJW 1996, 953

Queralt Jiménez, Joan: Derecho Penal Español, Parte Especial, 4. ed., Barcelona 2002

Quintero Olivares, Gonzalo: Manual de Derecho Penal, Parte General, 3. ed., Cizur Menor (Navarra) 2002

Quintero Olivares, Gonzalo (director); Morales Prats, Fermín (coordinador): Comentarios al Nuevo Código Penal, 4. ed., Cizur Menor (Navarra) 2005 (zit.: Bearbeiter in Quintero Olivares/Morales Prats)

Rahmlow, Matthias: Einzelne Probleme des Straftatbestands der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches, in: HRRS 2005, 84

- Rehbinder*, Manfred: Urheberrecht: Ein Studienbuch, 15. Auflage, München 2008
- Rengier*, Rudolf: Strafrecht Besonderer Teil I, Vermögensdelikte, 10. Auflage, München 2008
- Rickert*, Reinhart: Rechte und Pflichten der Medien unter Berücksichtigung des Rechtsschutzes des einzelnen, in: NJW 1990, 2097
- Rodríguez Ramos*, Luis : Código Penal, Comentario y con Jurisprudencia, Madrid 2007
- Rogoll*, Klaus: Die Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 StGB) – Aktuelle Probleme und ungelöste Fragen –, in: NStZ 1983, 1
- Romeo Casabona*, Carlos María: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, Especial consideración a su comisión en conexión con las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, Valencia 2004
- Romero Coloma*, Aurelia M.: Los bienes y derechos de la personalidad, Madrid 1985
- Roxin*, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006 (zit.: *Roxin AT I*)
- Roxin*, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003 (zit.: *Roxin AT II*)
- Rudolphi*, Hans-Joachim; *Wolter*, Jürgen (Gesamtredaktion): Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil, §§ 1-37, München/Unterschleißheim 2007, Band II, Besonderer Teil, §§ 201-266 b, München/Unterschleißheim 2007 (zit.: *SK-StGB/Bearbeiter*)

Rueda Martín, Ángeles: Protección penal de la intimidad personal e informática (Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código Penal), Barcelona 2004

Säcker, Franz Jürgen; Rixecker, Roland (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 1. Halbband, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), 5. Auflage, München 2006 (zit.: MK-BGB/Bearbeiter)

Santos Vijande, Jesus María: La Protección Jurisdiccional, Civil y Penal, Cizur Menor (Navarra) 2005

Sauren, Jürgen: Bedrohung der freien Berichterstattung durch den neuen § 201 a StGB?, in: ZUM 2005, 425

Schertz, Christian: Der Schutz der Persönlichkeit vor heimlichen Bild- und Tonaufnahmen, in: AfP 2005, 421

Schönke, Adolf; Schröder, Horst: Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, München 2006 (zit.: Bearbeiter in Schönke/Schröder)

Schricker, Gerhard (Hrsg.): Urheberrecht Kommentar, 3. Auflage, München 2006 (zit.: Schricker/Bearbeiter)

Schulze, Reiner (Schriftleitung): Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2006 (zit.: HK-BGB/Bearbeiter)

Seitz, Walter; Schmidt, German; Schoener, Alexander: Der Gegendarstellungsanspruch in Presse, Film, Funk und Fernsehen, 2. Auflage, München 1990

Serrano Gomez, Alfonso; Serrano Maillo, Alfonso: Derecho Penal, Parte Especial, 10. ed., Madrid 2005

Suárez-Mira Rodríguez, Carlos (coordinador); *Judel Prietro*, Ángel; *Piñol Rodríguez*, José Ramón: Manual de Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial, 3. ed., Cizur Menor (Navarra) 2005

Soergel, Hans Theodor (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Band 12 (§§ 823- 853, ProdHG, UmweltHG), 13. Auflage, Stuttgart 2005 (zit.: *Soergel-Bearbeiter*)

Soering, Joerg; *Seelmann-Eggebert*, Sebastian: Die Entwicklung des Presse- und Äußerungsrechts in den Jahren 2000 bis 2004, in: NJW 2005, 571

Steffen, Erich: Schmerzensgeld bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Medien – Ein Plädoyer gegen formelhafte Berechnungsmethoden bei der Geldentschädigung, in: NJW 1997, 10

Stürner, Rolf: Anmerkung zu EUGHMR, Urt. v. 24.06.2004 – 59320/00, in: JZ 2004, 1018

Tillmanns, Lutz; *Führ*, Janina: § 201 a StGB – eine problemorientierte Betrachtung aus der Sicht der Presseselbstregulierung, in: ZUM 2005, 441

Trebes, Anja: Zivilrechtlicher Schutz der Persönlichkeit vor Presseveröffentlichungen in Deutschland, Frankreich und Spanien, Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des einstweiligen Rechtsschutzes, Diss. Berlin 2002

Trebes, Anja: Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit vor Presseveröffentlichungen im spanischen Recht, in: GRUR Int. 2003, 519

Wanckel, Endress: Foto- und Bildrecht, 2. Auflage, München 2006

- Wandtke*, Artur-Axel; *Bullinger*, Winfried (Hrsg.): Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2. Auflage, München 2006
- Wendt*, Rudolf: Das Recht am eigenen Bild als strafbewehrte Schranke der verfassungsrechtlich geschützten Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG, in: AfP 2004, 181
- Wenzel*, Karl Egbert (Begr.): Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Handbuch des Äußerungsrechts, 5. Auflage, Köln 2003
(zit.: *Bearbeiter* in Wenzel)
- Wessels*, Johannes (Begr.); *Beulke*, Werner: Strafrecht Allgemeiner Teil, 38. Auflage, Heidelberg 2008
- Wessels*, Johannes (Begr.); *Hettinger*, Michael: Strafrecht Besonderer Teil/1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 32. Auflage, Heidelberg 2008
- Wessels*, Johannes (Begr.); *Hillenkamp*, Thomas: Strafrecht Besonderer Teil/2, Straftaten gegen Vermögenswerte, 31. Auflage, Heidelberg 2008
- Wölfl*, Bernd: Rechtfertigungsgründe bei der Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes, in: JURA 2000, 231
- Wolter*, Jürgen: Der Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs in § 201 a StGB – ein Kommentar zu Kristian Kühl, in: Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus: Symposium für Bernd Schünemann zum 60.Geburtstag, Köln 2005, 225
(zit.: *Wolter*, FS Schünemann)

Verzeichnis der zitierten Entscheidungen

Datum	Aktenzeichen	Fundstelle	Stichwort
-------	--------------	------------	-----------

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

24.06.2004	59320/00	NJW 2004, 2647	<i>Caroline von Hannover./Bundesrepublik Deutschland</i>
------------	----------	----------------	--

Entscheidungen der deutschen Gerichte

Bundesverfassungsgericht

16.01.1957	1 BvR 253/56	BVerfG E 6, 32	<i>Elfes</i>
24.02.1971	1 BvR 435/68	BVerfG E 30, 173	<i>Mephisto</i>
14.02.1973	1 BvR 112/65	NJW 1973, 1221	<i>Soraya</i>
05.06.1973	1 BvR 536/72	BVerfG E 35, 202	<i>Lebach</i>
11.11.1986	1 BvR 713/83	BVerfG E 73, 206	
15.12.1999	1 BvR 653/96	GRUR 2000, 446	<i>Caroline von Monaco</i>
21.07.2000	1 BvQ 17/00	NJW 2000, 2890	<i>Übertragung von Fernsehbildern aus dem Gerichtssaal</i>
26.04.2001	1 BvR 758/97	AfP 2001, 212	<i>Prinz Ernst August von Hannover</i>
14.12.2001	2 BvR 152/01	NJW 2002, 2164	
09.10.2002	1 BvR 1611/96	NJW 2002, 3619	
03.03.2004	1 BvR 2378/98	NJW 2004, 999	<i>großer Lauschangriff</i>

Reichsgericht

24.05.1880	264/80	RGSt 1, 439	
30.03.1883	578/83	RGSt 8, 198	
29.11.1898	D 4093/98 VIII 3145.	Kohler, S. 32	<i>Dame im Badekostüm</i>

28.12.1899	VI 259/99	RGZ 45, 170	<i>Bismarck</i>
28.10.1910	II 688/09	RGZ 74, 308	<i>Graf Zeppelin</i>
26.06.1929	I 97/29	RGZ 125, 80	<i>Tull Harder</i>

Bundesgerichtshof

25.05.1954	I ZR 211/53	BGHZ 13, 334	<i>Leserbrief</i>
08.05.1956	I ZR 62/54	BGHZ 20, 345	<i>Paul Dahlke</i>
02.04.1957	VI ZR 9/56	BGHZ 24, 72	
10.05.1957	I ZR 234/55	BGHZ 24, 200	<i>Spätheimkehrer</i>
15.11.1957	I ZR 83/56	BGHZ 26, 52	<i>Sherlock Holmes</i>
14.02.1958	I ZR 151/26	BGHZ 26, 349	<i>Herrenreiter</i>
29.04.1958	5 StR 28/58	BGHSt 11, 324	
20.05.1958	VI ZR 104/57	NJW 1958, 1344	
18.03.1959	IV ZR 182/58	GRUR1959, 430	<i>Caterina Valente</i>
19.09.1961	VI ZR 259/60	BGHZ 35, 363	<i>Ginseng</i>
16.09.1966	VI ZR 268/64	NJW 1966, 2352	<i>vor unserer eigenen Tür</i>
20.02.1968	VI ZR 200/66	GRUR 1968, 652	<i>Ligaspieler</i>
20.03.1968	I ZR 44/66	BGHZ 50, 133	<i>Mephisto</i>
26.01.1971	VI ZR 95/70	NJW 1971, 698	<i>Liebestropfen</i>
02.07.1974	VI ZR 121/73	NJW 1974, 1949	
18.10.1977	VI ZR 171/76	NJW 1978, 751	
06.02.1979	VI ZR 46/77	GRUR 1979, 425	<i>Franz Beckenbauer</i>
26.06.1979	VI ZR 108/78	NJW 1979, 2205	<i>Fußballtor</i>
27.11.1979	VI ZR 148/78	NJW 1980, 994	
20.01.1981	VI ZR 163/79	NJW 1981, 1366	
18.09.1981	2 StR 370/81	BGHSt 30, 212	
24.11.1981	IV ZR 164/79	NJW 1982, 277	
17.03.1983	4 StR 640/82	NJW 1983, 1570	
09.04.1986	3 StR 551/85	BGHSt 34, 39	
22.01.1985	VI ZR 28/83	NJW 1985, 1617	<i>Nacktfoto</i>
29.09.1986	4 StR 148/86	BGHSt 34, 171	

27.10.1988	4 StR 239/88	BGHSt 35, 390	
08.06.1989	I ZR 135/87	BGHZ 107, 385	<i>Emil Nolde</i>
14.04.1992	VI ZR 285/91	GRUR 1992, 557	<i>Talkmasterfoto</i>
15.11.1994	VI ZR 56/94	NJW 1995, 861	<i>Caroline von Monaco I</i>
25.04.1995	VI ZR 272/94	AfP 1995, 597	<i>Videoüberwachung</i>
14.11.1995	VI ZR 410/94	GRUR 1996, 195	<i>Abschiedsmedaille für Willy Brandt</i>
05.12.1995	VI ZR 332/94	NJW 1996, 984	<i>Caroline von Monaco II</i>
12.12.1995	VI ZR 223/94	ZUM 1996, 243	<i>Caroline von Monacos Sohn</i>
19.12.1995	VI ZR 15/95	NJW 1996, 1128	<i>Caroline von Monaco III</i>
01.10.1996	VI ZR 206/95	GRUR 1997, 125	<i>Bob Dylan</i>
15.11.1996	3 StR 79/96	BGHSt 42, 301	
26.11.1996	VI ZR 323/95	NJW 1997, 1148	<i>„Stern-Tv“</i>
01.12.1999	I ZR 49/97	NJW 2000, 2195	<i>Marlene Dietrich</i>
01.12.1999	I ZR 226/97	GRUR 2000, 715	<i>Der blaue Engel</i>
03.05.2001	4 StR 59/01	StV 2001, 624	
05.10.2004	VI ZR 255/03	ZUM 2005, 157	<i>Caroline von Hannovers Tochter</i>
19.10.2004	VI ZR 292/03	NJW 2005, 594	
26.10.2006	I ZR 182/04	NJW 2007, 689	
06.03.2007	VI ZR 51/06	NJW 2007, 1977	<i>Caroline von Hannover</i>
06.03.2007	VI ZR 13/06	NJW 2007, 1981	<i>Prinz Ernst August von Hannover II</i>
03.07.2007	VI ZR 164/06	ZUM 2007, 858	<i>Oliver Kahn</i>

Oberlandesgerichte

Frankfurt am Main

28.02.1986	6 U 30/85	AfP 1986, 140	<i>Ferienprospekt</i>
12.07.1991	25 U 87/90	NJW 1992, 441	
21.09.1999	11 U 28/99	NJW 2000, 594	<i>Katharina Witt</i>
03.03.2006	14 W 10/06	ZUM 2006, 407	<i>Rohtenburg</i>

Hamburg

22.03.1984	3 W 47/84	AfP 1984, 115	
15.08.1991	3 U 99/91	AfP 1992, 279	
26.05.1994	3 U 13/94	AfP 1995, 504	<i>Caroline von Monacos Sohn</i>
10.02.1994	3 U 238/93	ZUM 1995, 336	
08.12.1994	3 U 64/94	ZUM 1995, 878	

Kammergericht

18.01.1928	10 U 14480/27	JW 1928, 363	<i>Piscator/Kaiser Wilhelm II</i>
29.10.2004	9 W 128/04	NJW 2005, 605	<i>Lebenspartnerin von Herbert Grönemeyer II</i>
28.07.2006	9 U 226/05	ZUM 2006, 872	

Karlsruhe

02.10.1979	4Ss 200/79	NJW 1980, 1701	
07.04.2006	14 U 134/05	AfP 2006, 262	

Koblenz

02.03.1995	6 U 1350/93	GRUR 1995, 771	<i>Werbefoto</i>
20.12.1996	10 U 1667/95	NJW 1997, 1375	

Köln

19.10.1961 Zs 859/60 NJW 1962, 686
04.07.2000 Ss 254/00 NJW 2000, 3656

München

09.03.1995 29 U 3903/94 ZUM 1996, 160 „Telefonsex-Foto“
31.03.1995 21 U 3377/94 NJW-RR 1996, 93 Ann-Sophie Mutter

Schleswig

24.09.1984 2 Ws 708/84 NJW 1985, 1090
10.04.2000 2 Ss 366/99 NStZ 2000, 479

Landgerichte

Berlin

21.12.2000 27 O 533/00 AfP 2001, 246 Nina Hagen

Frankfurt am Main

24.07.2003 2/3 O 95/02 ZUM 2003, 974

Hamburg

22.09.1994 3 U 106/94 AfP 1995, 508

Köln

05.06.1991 28 O 451/90 NJW 1992, 443
20.12.1995 28 O 406/95 AfP 1996, 186

München

10.07.1996 21 O 23932/95 AfP 1997, 559
07.05.2003 9 O 5693/03 AfP 2003, 373

Amtsgerichte

Frankfurt am Main

27.04.1995 31 C 4012/94 NJW 1996, 531 *Werbeprospekt*

Hamburg

17.11.1983 1588/83 NJW 1984, 2111

Schöffengericht Ahrensböck

09.03.1920 DJZ 1920, 596 *Ebert und Noske in
der Badehose*

Entscheidungen der spanischen Gerichte

Sentencia Tribunal Constitucional (STC)

<i>„Sala“</i>	<i>Datum</i>	<i>Fundstelle</i>
Sala Primera	02.12.1988	RTC 231/1988
Sala Primera	06.06.1990	RTC 105/1990
Sala Segunda	12.11.1990	RTC 171/1990
Sala Primera	15.07.1999	RTC 134/1999
Sala Primera	14.09.1999	RTC 154/1999
Sala Segunda	26.03.2001	RTC 81/2001
Sala Primera	18.06.2001	RTC 139/2001
Sala Primera	22.04.2002	RTC 83/2002
Sala Segunda	20.05.2002	RTC 121/2002
Sala Segunda	28.01.2003	RTC 14/2003
Sala Segunda	30.06.2003	RTC 127/2003

Sentencia Tribunal Supremo (STS)

<i>„Sala“</i>	<i>Datum</i>	<i>Fundstelle</i>
Sala Primera	28.10.1986	AC 1041/1986
Sala de lo Civil	29.03.1988	AC 586/1988
Sala de lo Civil	11.04.1988	AC 640/1988

Sala de lo Civil	09.05.1988	AC 732/1988
Sala de lo Civil	03.11.1988	AC 268/1989
Sala de lo Civil	19.10.1992	AC 108/1993
Sala de lo Penal	18.02.1999	RJ 510/1999
Sala de lo Penal	14.09.2000	RJ 7942/2000
Sala de lo Penal	11.07.2001	RJ 1056/2003
Sala de lo Civil, Sec. 1	17.03.2004	RJ 1927/2004
Sala de lo Civil, Sec. 1	08.07.2004	RJ 694/2004
Sala de lo Penal	10.12.2004	RJ 7917/2004
Sala de lo Civil, Sec. 1	18.05.2007	RJ 2325/2007

Sentencia Audiencia Provincial (SAP)

<i>“Sala”</i>	<i>Datum</i>	<i>número</i>	<i>Fundstelle</i>
<i>Madrid</i>			
Penal, Sec.15	15.04.1999	115/1999	ARP 1999/1762
Penal, Sec. 1	31.07.2002	352/2002	ARP 2002/475
Penal, Sec. 15	27.03.2003	142/2003	JUR 2003/181600
Civil, Sec. 19	07.03.2006	117/2006	AC 2006/759
Civil, Sec. 9	06.06.2006	51/2006	AC 2006/1914
Civil, Sec. 19	11.05.2007	268/2007	JUR 2007/247361
Civil, Sec. 21	05.06.2007	312/2007	JUR 2007/259600
<i>Pontevedra</i>			
Penal, Sec. 1	18.05.2001	15/2001	ARP 2001/602
<i>Valencia</i>			
Penal, Sec. 4	13.05.2002	114/2002	JUR 2002/188249
<i>Zaragoza</i>			
Civil, Sec. 4	20.01.2004	32/2004	JUR 2004/61680

Lebenslauf

Anke Marie Gertzen wurde am 12. März 1981 in Bremen geboren. Sie wuchs in Bremen auf und verbrachte auch ihre Schulzeit dort bis zum Erwerb des Abiturs im Jahr 2000.

Im Oktober 2000 begann sie ihr Studium der Rechtswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Dabei absolvierte sie das Wintersemester 2002/2003 als Auslandssemester an der Universität de Barcelona in Spanien und nahm zudem im Wintersemester 2003/2004 am Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot in Wien teil. Ihr Studium schloss sie mit einem Prädikatsexamen im Jahr 2007 ab.

Seit Februar 2008 befindet sie sich im juristischen Vorbereitungsdienst bei dem Hanseatischen Oberlandesgericht Bremen. Ihre bisherigen Stationen hat sie bei der dritten Zivilkammer des Landgerichts Bremen, der Staatsanwaltschaft Bremen, der Deutschen Botschaft in Buenos Aires sowie der Sozietät Castringius Rechtsanwälte & Notare in Bremen absolviert.

