

3668/J-BR/2019

Eingelangt am 11.07.2019

Dieser Text ist elektronisch textinterpretiert. Abweichungen vom Original sind möglich.

Anfrage

**der BundesrätInnen Mag. Elisabeth Grossmann,
Genossinnen und Genossen
an den Bundesminister für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz
betreffend „Upskirting“**

Im Rechtspanorama der renommierten österreichischen Tageszeitschrift Die Presse wurde am 8.7.2019 folgendes rechtlich äußerst relevantes Thema angesprochen:

"Die Presse" vom 08.07.2019

Seite: 8

Ressort: Rechtspanorama

DP

Österreich, Abend, Österreich, Morgen

Unter den Rock fotografieren ist schon strafbar

"Upskirting". Wer Frauen belästigt, indem er ihnen zwischen die Beine filmt oder fotografiert, riskiert eine Verurteilung nach dem Datenschutzgesetz. Dazu kommen zivilrechtliche Verbote. Neue Strafbestimmungen erscheinen nicht notwendig.

Von Harald Günther und Stefan Lausegger

Graz. Welche rechtlichen Folgen soll "Upskirting", das unerwünschte, sexuell konnotierte Unter-den-Rock-Fotografieren bei Frauen, nach sich ziehen? Diese Frage wird zurzeit über die juristische Fachwelt hinaus diskutiert. Nach Meinung mancher erfasst die bestehende Rechtslage "Upskirting" nicht. Es wurde bereits der Ruf nach neuen Gesetzen (und Strafen) laut. Derartigen rechtspolitischen Diskussionen sollte aber eine gründliche Analyse der bestehenden Rechtslage vorausgehen. Diese zeigt: Der Ruf ist unberechtigt.

Zivilrecht

Es wird beklagt, dass das Recht am eigenen Bild (§ 78 Urheberrechtsgesetz) keine Abhilfe schaffe. Dieses erfasst tatsächlich nur die Veröffentlichung von Abbildungen von Personen und bietet keine Grundlage, um gegen die Anfertigung der Fotos als solche vorzugehen. Auch werden viele Opfer auf veröffentlichten Aufnahmen nicht identifizierbar sein. Identifizierbarkeit ist allerdings eine Voraussetzung für die Anwendung von § 78 UrhG.

Der Oberste Gerichtshof hat aber auf Basis einer anderen Bestimmung (§ 16 ABGB) die Möglichkeit eröffnet, bereits gegen die Aufnahme von Fotos Unterlassungsansprüche geltend zu machen, insbesondere, wenn die Abgebildeten bewusst gegen ihren Willen fotografiert werden und keine legitimen Interessen des Fotografen bestehen. Auch bietet § 1328a ABGB die Möglichkeit, bei Verletzungen der Privatsphäre (auch ohne spätere Verwertung von

Dieser Text ist elektronisch textinterpretiert. Abweichungen vom Original sind möglich.

Fotos) sogar Schadenersatz zu verlangen. Bei derartigen Eingriffen sind (auch vorbeugende) einstweilige Verfügungen möglich, die Opfer rasch schützen. Freilich setzt ein zivilrechtliches Vorgehen voraus, dass der Täter bekannt ist.

(Kern-)Strafrecht

In der Diskussion wurde die Vermutung geäußert, "Upskirting" könnte eine sexuelle Belästigung (§ 218 Strafgesetzbuch) darstellen. Dies erscheint bei genauer Betrachtung fraglich, weil § 218 StGB "sexuelle Handlungen" betrifft. Darunter werden Berührungen von zur unmittelbaren Geschlechtssphäre gehörigen Körperpartien verstanden. Die "bloße" Aufnahme von Fotos ist vom Wortlaut nicht erfasst.

Auch Eingriffe in die Privatsphäre durch Mittel der Fotografie erfasst das StGB nicht. Während in Deutschland explizit die "Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen" strafbar ist (§ 201a dStGB), wird in Österreich lediglich der "Missbrauch von Tonaufnahme- oder Abhörgeräten" (§ 120 StGB) pönalisiert.

Das österreichische Strafgesetzbuch erfasst also "Upskirting" wohl nicht, außer bei minderjährigen Opfern: Bei ihnen könnte grundsätzlich eine Herstellung "pornografischer Darstellungen Minderjähriger" (§ 207a StGB) vorliegen. Es lohnt sich jedoch der Blick über den Rand des Strafgesetzbuchs hinaus.

Datenschutzrecht

§ 63 Datenschutzgesetz bedroht (unter anderem) die Benützung oder Veröffentlichung von widerrechtlich ermittelten personenbezogenen Daten mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr (im Vergleich dazu droht bei einer sexuellen Belästigung im Grundtatbestand eine Freiheitsstrafe von lediglich bis zu sechs Monaten).

Dass es sich bei derartigen Fotoaufnahmen um personenbezogene Daten der Abgebildeten handelt, ist ständige Rechtsprechung. Bereits auf Basis der Vorgängerbestimmung (§ 51 DSGVO 2000) wurden Täter wegen der heimlichen Anfertigung und Verbreitung von Fotos verfolgt. So wurde beispielsweise ein Ermittlungsverfahren gegen einen Verdächtigen geführt, der heimlich Nacktaufnahmen seiner Mitbewohnerin angefertigt und diese im Internet veröffentlicht hatte. Eine weitere Person wurde wegen Aufnahmen von Frauen beim Toilettenbesuch belangt.

Dieser Straftatbestand erscheint unseres Erachtens auf das Phänomen des "Upskirting", und generell auf heimliche, die Privatsphäre verletzende Film- und Fotoaufnahmen, grundsätzlich anwendbar. Es handelt sich um ein Officialdelikt: Die Strafverfolgungsbehörden müssen bei Kenntnis einer Verdachtslage von sich aus tätig werden und (auch gegen vorerst unbekannte Täter) ermitteln.

Das DSGVO enthält außerdem einen Verwaltungsstraftatbestand, der eine Bildaufnahme ohne ausdrückliche Einwilligung der abgebildeten Person in deren höchstpersönlichen Lebensbereich (worunter eine "Upskirting"-Aufnahme ohne Zweifel fällt) mit Geldstrafen bis zu 50.000 Euro bedroht.

Öffentliche Ordnung

Der Verwaltungsstraftatbestand des § 81 Sicherheitspolizeigesetz sanktioniert schließlich die Störung der "öffentlichen Ordnung" durch ein "Verhalten, das geeignet ist, berechtigtes Ärgernis zu erregen" mit einer Geldstrafe bis zu 500 Euro. Es erscheint denkbar, dass "Upskirting" (auch) unter diesen Tatbestand fällt, jedoch geht § 63 DSGVO dieser Bestimmung vor.

Abgrenzung schwierig

Die Neueinführung einer eigenen strafrechtlichen Bestimmung erscheint aus fachlicher Sicht nicht notwendig, da bereits Straftatbestände mit vergleichsweise hohen Strafdrohungen existieren, die das Phänomen "Upskirting" unseres Erachtens erfassen, und auch zahlreiche zivilrechtliche Instrumente bestehen. Eine Ergänzung des Straftatbestands der sexuellen Belästigung im Strafgesetzbuch würde zwar ein gesellschaftliches Zeichen setzen. Will man aber nicht einen überaus engen Straftatbestand schaffen, mit dem Risiko, dass Verurteilungen an formaljuristischen Details scheitern, wäre man gezwungen, allgemein die Privatsphäre bzw. den höchstpersönlichen Lebensbereich verletzende Film- und Fotoaufnahmen im Gesetz zu umschreiben, was einiges an Rechtsunsicherheit, auch für die Presse- und künstlerische Straßenfotografie, mit sich bringen würde.

Nacktaufnahmen in Dusche

Vor kurzem wurde bekannt, dass ein Verfahren gegen einen Fußballtrainer, der heimlich Nacktaufnahmen von duschenden Spielerinnen angefertigt hatte, rechtskräftig eingestellt wurde. Derartige Fälle wären unseres Erachtens von § 63 DSGVO umfasst. Woran die Verfolgung in diesem Fall scheiterte, lässt sich aus der Distanz nicht sagen. Jedenfalls sollte das Datenschutzrecht auch in seinen Strafbestimmungen konsequent angewendet werden.

Dr. Stefan Lausegger, LL. M., ist Rechtsanwalt in Graz (Kanzleigemeinschaft Draxler Rexeis RAe), Mag. Harald Günther ist sein Rechtsanwaltsanwärter.

Dieser Gastkommentar eines Rechtsanwaltes und eines Rechtsanwaltsanwärters zeigt deutlich auf, dass es im Zusammenhang mit diesem sensiblen Thema Unklarheiten in der rechtlichen Beurteilung dieser Sachverhalte vorliegt und, trotz möglicher sonst anzuwendender Bestimmungen im DSGVO, im Strafrecht bezüglich dieser Sachverhalte eine Lücke klafft. Die unterzeichnete Bundesrätin stellt daher gemeinsam mit anderen BundesrätInnen und Bundesräten folgende

Anfrage:

1. Hat sich ihr Ressort mit dem Sachverhalt „Upskirting“ und einer allfälligen Bestrafung bei Begehung dieses Sachverhaltes befasst und zu welcher rechtlichen Einschätzung führten diese Analysen?
2. Wurden die Staatsanwaltschaften vom Ressort über diese rechtlichen Einschätzungen informiert, um eine einheitliche Vorgangsweise der Staatsanwaltschaften zu sichern? Wenn nein, warum wurde dies unterlassen?
3. Wurden die Staatsanwaltschaften vom Ressort über die Neugestaltungen im DSGVO informiert? Wenn ja, wie lauteten diese Informationen? Wenn nein, warum nicht?
4. Wie wird gewährleistet, dass die Staatsanwaltschaften über allfällige Strafbestimmungen außerhalb des Strafgesetzbuches laufend informiert werden, um eine einheitliche Vorgangsweise zu sichern?
5. Gibt es zu diesem Sachverhalt zwischen den Oberstaatsanwaltschaften und den Staatsanwaltschaften gegenseitige Befassungen? Wenn ja, welche Ergebnisse brachten diese? Wenn nein, warum nicht?

Dieser Text ist elektronisch textinterpretiert. Abweichungen vom Original sind möglich.

6. Gab es zu diesem Sachverhalt Anfragen von Seiten der Staatsanwaltschaft an das Ressort?
7. Wie viele Verurteilungen gemäß § 63 DSG bzw. der Vorgängerbestimmung des § 51 DSG 2000 hat es in den letzten 5 Jahren gegeben und waren davon Sachverhalte betroffen, die unter „Upskirting“ fallen?
8. Wie viele Verurteilungen gemäß § 218 StGB hat es in den letzten 5 Jahren gegeben und waren davon Sachverhalte betroffen, die unter „Upskirting“ fallen?
9. Gibt es in Ihrem Ressort Vorbereitungsarbeiten für eine allfällige Ergänzung des Strafgesetzbuches zu solchen Sachverhalten?
Wenn ja, wie lauten diese?