

Stephan Ast

Schutz der Privatsphäre – ein Strafgrund für das Stalking?

I. Privatangelegenheit und öffentliche Angelegenheit

1. Der Begriff der Privatsphäre legt einen räumlich-gegenständlichen Bereich nahe. Verortung und Umfang dieses besonderen Bereichs ist durch den Begriff des Privaten definiert. Der Begriff des Privaten lebt ursprünglich von seiner Entgegensetzung zum Öffentlichen im Sinn des Staatlichen und Politischen.¹ – Wir unterteilen das Recht in öffentliches und Privatrecht. – Demnach wäre privat alles, was nicht das Verhältnis des Bürgers zum Staat betrifft, sondern was dem Bereich der „bürgerlichen Gesellschaft“, der Wirtschaft, der Kultur, der Familie angehört.

2. Die Straftat ist – obwohl häufig eine Verletzung eines Privatrechts – von vornherein keine Privatangelegenheit – weder des Täters noch des Verletzten. Sie wird vielmehr öffentlich thematisiert und von Amts wegen verfolgt, selbst wenn die Verfolgung einen Strafantrag voraussetzt. Ausnahmsweise Privatangelegenheit ist die Strafverfolgung allein in den Fällen obligatorischer Privatklage, wenn das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu verneinen ist (§ 376 StPO).² Mit der Grenzziehung von Öffentlichem und Privatem hat deshalb sowohl das materielle Strafrecht als auch das Strafprozessrecht zu tun:

Im Strafprozess wird das Private öffentlich gemacht.³ Zu Beweiszwek-

¹ Vgl. *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, Neuwied (1962).

² Hierzu kritisch *Kleinert*, Persönliche Betroffenheit und Mitwirkung. Eine Untersuchung zur Stellung des Deliktsofepfers im Strafrechtssystem, Berlin (2008) S. 285ff.

³ Siehe nur *Krauß*, Der Schutz der Intimsphäre im Strafprozeß, FS Gallas, Berlin New York (1973) S. 365ff.

ken dürfen Informationen erhoben werden, die eigentlich privat sind. Im Verfahren werden die ermittelten Sachverhalte öffentlich. Als absolut unantastbar sieht das Bundesverfassungsgericht nur die Intimsphäre an; diese soll aber nicht einmal bei der Beschlagnahme und Verwertung eines Tagebuches verletzt sein.⁴

Das materielle Strafrecht hingegen bestimmt öffentliche Angelegenheiten, indem es Delikte definiert und mit Strafe bedroht. So wurde auch das Stalking zur öffentlichen Angelegenheit: Mit Gesetz vom 22.03.2007 wurde die „Nachstellung“ in Deutschland ein Straftatbestand (§ 238 StGB). Zuvor bestand lediglich die Möglichkeit, auf dem Zivilrechtsweg gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2b Gewaltschutzgesetz eine gerichtliche Anordnung gegen denjenigen zu erwirken, der „eine andere Person dadurch unzumutbar belästigt, dass er ihr gegen den ausdrücklich erklärten Willen wiederholt nachstellt oder sie unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln verfolgt.“ Die Missachtung der gerichtlichen Anordnung ist gem. § 4 Gewaltschutzgesetz mit Strafe bedroht. Strafgrund dieser Vorschrift ist in erster Linie die Missachtung der staatlichen Anordnung, erst sekundär das Interesse des Privaten.

3. In kritischer Absicht kann die Unterscheidung von öffentlich und privat in beide Richtungen gewendet werden, einerseits Partei nehmend für das Private gegen die Pönalisierung bestimmter Handlungen, andererseits für die Pönalisierung von Handlungen, die bisher als Privatangelegenheiten betrachtet wurden. Die Grenzziehungen sind eine politische und allgemeingesellschaftliche Frage. Was öffentlich und privat ist, beantwortet eine liberale Politik anders als eine konservativ oder sozial orientierte.

Im Bereich des Strafrechts werden Grenzverschiebungen besonders an den Sexualdelikten deutlich. Die Homosexualität ist seit der Begrenzung und schließlich Aufhebung des § 175 StGB in den Jahren 1969 und 1994 reine Privatangelegenheit.⁵ Nur im Hinblick auf die Strafbarkeit des Inzests setzt sich das öffentliche Interesse gegen die Anerkennung des privaten Charakters als einer Liebesbeziehung durch (§ 173 StGB).⁶

Andererseits macht das Strafrecht Zustände öffentlich, die man früher als Privatangelegenheit behandelt hatte. Das Strafrecht dringt in die Familie vor. So ist man heute allgemein sensibler für häusliche Gewalt oder für den sexuellen Missbrauch von Kindern in der Familie. Kritisch hinterfragt wird

⁴ BVerfGE 80, 367.

⁵ Im Hinblick auf Art. 8 EMRK siehe EGMR, Dudgeon/Vereinigtes Königreich, Urteil vom 22.10.1981, Norris/Irland, Urteil vom 26.10.1988.

⁶ Legitimiert durch BVerfGE 120, 224.

auch die Notwehreinschränkung unter Ehegatten.⁷ Änderungen der Rechtslage gibt es beim Züchtigungsrecht der Eltern (§ 1631 Abs. 2 BGB).⁸

4. Auch der neue Tatbestand der Nachstellung ist typischerweise ein Delikt aus dem Bereich persönlicher Beziehungen. Ein großer Teil der Fälle betrifft den Versuch, eine partnerschaftliche Beziehung anzubahnen oder das Verhalten nach dem Ende einer Beziehung. Aufgrund von Presseberichten über spektakuläre Fälle aufdringlicher Verehrer und enttäuschter Ex-Männer wurde das Stalking Anfang der 90er Jahre zunächst in den USA und dann folgend in Europa als Delikt unter Strafe gestellt.⁹

Die erhöhte Sensibilität für das Stalking hat noch zwei andere Bezugspunkte, die verwandt sind mit dem bereits genannten. Zum einen ist man in neuerer Zeit empfindlicher gegen alle Formen von illegitimer Macht und Gewalt. Nicht nur die rohe Gewalt wird unter diesen Begriff gefasst, sondern auch Drohungen und bestimmte psychische Beeinflussungen („psychische Gewalt“). Der andere Bezugspunkt ist die gender-Problematik und die Stärkung der Rechte der Frauen.¹⁰ Stalking ist überwiegend ein Delikt von Männern gegen Frauen.

II. Privatsphäre und öffentlicher Bereich

In der Entgegensetzung von Öffentlich und Privat ist das Private – die bürgerliche Gesellschaft – der Raum der Freiheit, während der Staat die Freiheit begrenzt. – In der antiken Demokratie sah man das übrigens anders. Dort war der oikos als der private Bereich die Sphäre der Unfreiheit, während der öffentliche Bereich, die polis, die direkte Beteiligung am Politischen, die Freiheit ausgemacht hat.¹¹

Wenn man von der *Privatsphäre* spricht, zieht man den Begriff der Freiheit noch enger. Das Private ist der Raum, in dem man von gesellschaftlich-

⁷ Renzikowski, Notstand und Notwehr, Berlin (1994) S. 310ff., Zieschang, Einschränkung des Notwehrrechts bei engen persönlichen Beziehungen?, JURA 2003, S. 527–532. Dagegen etwa Roxin, AT I, 4. Aufl., München (2006) § 15, Rn. 93ff.

⁸ Hierzu Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben, 28. Aufl., München (2010) § 223 Rn. 17ff.

⁹ Siehe Aul, Stalking – Phänomenologie und strafrechtliche Relevanz, Baden-Baden (2009) S. 63f.

¹⁰ Siehe etwa Maurer, Die Frau als besonderes Schutzobjekt Strafrechtlicher Normen, Berlin (2009) S. 99ff., 122f.

¹¹ Constant, De la liberté des anciens comparée à celle des modernes (1819).

funktionsspezifischen Anforderungen frei ist. Das Politische ist nur ein gesellschaftlicher Bereich neben anderen, insbesondere der Wirtschaft, der Wissenschaft, der Religion; und neben dem Staat mit seinen Organisationen stehen eine Menge anderer Organisationen mit je eigenen Anforderungen an ihre Mitglieder. Der Begriff des Privaten wird deshalb zumeist nicht nur dem Staat, sondern auch den gesellschaftlichen Teilbereichen und Organisationen insgesamt entgegen gesetzt.¹² Die Privatsphäre ist der Bereich, der nicht eindeutig zuzuordnen ist, in dem die Person nicht den Anforderungen eines funktionsspezifischen Teilbereichs oder einer Organisation ausgesetzt ist, sondern relativ frei ihr Handeln und ihre persönlichen Beziehungen bestimmen kann.¹³ In zeitlicher Hinsicht bezeichnet das Private die Freizeit, in der sozialen Sphäre den Kreis der Familie, der Freunde und der sonstigen alltäglichen Kommunikation. In sachlich-räumlicher Hinsicht ist privat die Wohnung oder das Privatgrundstück. Schwierig wird die Situation des Privaten mitunter an öffentlichen Orten, in denen das eigentlich Private ohne weiteres beobachtbar ist, ganz deutlich in öffentlichen Einrichtungen wie etwa in einem Krankenhaus. Deutlich wird auch, dass das Private Abstufungen erfahren kann und relational interpretiert werden kann.¹⁴

Genau in dieser Absonderung von funktions- und rollenspezifischen Anforderungen liegen soziologisch gesehen eine wichtige Funktion des Privaten und ein Grund dafür, warum uns gerade die Privatheit als schützenswert erscheint. Privat ist man auch immer dann, wenn man nicht beobachtet ist und sich deshalb nicht auf Fragen der Selbstdarstellung konzentrieren muss. Die Beobachtung eines anderen in seiner Privatheit – und sei es nur von jemandem, der für sich allein auf einer Parkbank sitzt – nimmt diesem, wenn er es bemerkt, augenblicklich diese Privatheit und erinnert ihn daran, dass er sich gerade vor anderen präsentiert. Dieser Aspekt der Selbstbestimmtheit und der Distanzierung von Darstellungsanforderungen ist ganz wesentlich für die Definition des Privaten.¹⁵ Informationen über

¹² Vgl. *Habermas* (1962) S. 168ff.

¹³ *Schünemann*, Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen, ZStW 90 (1978) S. 11(31) definiert die Privatsphäre durch die „Freiheit des Individuums von Staat und Gesellschaft.“

¹⁴ Etwa *Krauβ* (1973) S. 382: „Die Privatsphäre lässt sich zunächst einmal von jeder einzelnen Forderung her bestimmen als der Bereich, der von der betreffenden gesellschaftlichen Erwartung nicht mehr erfaßt wird.“

¹⁵ Hierzu *Luhmann*, Grundrechte als Institution, Berlin 1965, S. 60ff., 67: „Intim ist eben jener Komplex von Informationen, der nicht öffentlich zugänglich gemacht werden kann, ohne die öffentliche Selbstdarstellung zu gefährden.“ Vgl. ferner *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt am Main (1972) S. 322ff.,

Privates können deshalb auch der sonstigen Darstellung schädlich sein. Wenn sie bekannt werden, kann das Bild der Person beschädigt werden, das diese in ihrer „offiziellen“ Selbstdarstellung aufbaut. Der Klatsch über andere gewinnt seinen Reiz häufig gerade aus dem Kontrast von Selbstverständnis und Selbstdarstellung mit hierzu nicht passenden, indiskreten Informationen, insbesondere über das Verhalten im privaten Zusammenhang. Die Privatheit bestimmter Informationen kann somit die Glaubhaftigkeit der Darstellung in anderen Rollen absichern.

III. Strafrechtlicher Schutz der Privatsphäre – Das Recht auf Privatheit

1. Um diesen Begriff des Privaten juristisch zu erfassen, konstruiert man ein Recht auf Privatheit. Dieses Recht oder – auf der moralischen Ebene – dieser Respekt vor dem Privaten klingt im Begriff der Privatsphäre schon mit. An den genannten Bereichen oder an Informationen aus diesen hat die Person ein absolutes – wenn auch nicht unbeschränktes – Beherrschungsrecht, vermöge dessen sie andere von der Teilhabe ausschließen kann. Auch wenn Personen diese Informationen öffentlich machen und sich damit gerade öffentlich präsentieren – wie etwa in sozialen Netzwerken – sind es immer noch Informationen privaten Charakters, an denen ursprünglich ein Ausschlussrecht besteht.

Auf die Verletzung des Rechts auf Privatheit lassen sich folgende strafrechtliche Delikte beziehen. Der gesetzlichen Überschrift nach ausdrücklich eine „Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimnisbereichs“ betreffen die Delikte des 15. Abschnitts des StGB. Unter Strafe stehen Tonaufnahmen, das Abhören und die Veröffentlichung von Aufnahmen des „nichtöffentlich gesprochenen Worts“ einer Person (§ 201 StGB). Im Jahr 2004 wurde der Tatbestand der „Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen“ (§ 201a StGB) eingeführt, der die unbefugte Aufnahme oder Verbreitung von Bildern einer Person betrifft, „die sich in einer Wohnung oder in einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet.“ Interessant ist hier, dass die „Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs“, also der Privatsphäre im engsten Sinn, nicht nur als Rechtsgut der Vorschrift ausgewiesen, sondern auch als ein gesondert

Krauβ (1973) S. 381f., *Schünemann* (1978) S. 27ff., *Rogall*, Beleidigung und Indiskretion, FS Hirsch, Berlin New York (1999) S. 665 (681f.), *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, Frankfurt am Main (2005) S. 147.

festzustellender tatbestandlicher Erfolg bezeichnet ist. Das führt zu dem Problem, innerhalb der Privatsphäre zwischen „neutralem“ privaten Handeln und Handeln höchstpersönlichen Charakters zu unterscheiden, wofür paradigmatisch auf Krankheit, Tod und Sexualität verwiesen wird.

Die folgenden Delikte betreffen nicht ausschließlich die Privatsphäre, schützen sie aber mit; so das Delikt der „Verletzung des Briefgeheimnisses“ (§ 202 StGB), das ganz allgemein das Recht flankiert, andere von der Kenntnis an verschlossenen Schriftstücken auszuschließen. § 202a StGB („Ausspähen von Daten“) erweitert diesen Schutz auf Daten, die gegen unberechtigten Zugriff besonders gesichert sind. Ferner stellt § 203 Abs. 1 Alt. 1 den Verrat von fremden Geheimnissen unter Strafe, die dem persönlichen Lebensbereich angehören und dem Angehörigen bestimmter Berufe anvertraut sind.

Von diesen Delikten ist ausschließlich dem Schutz der Privatsphäre zuzuordnen nur das Delikt der unerlaubten Bildaufnahmen. Die übrigen Delikte lassen sich besser unter den Aspekt der Verletzung von Informationsbeherrschungsrechten fassen.¹⁶ Sie sind allgemeiner angelegt und umfassen neben privaten Informationen auch geschäftliche und dienstliche Gespräche, Schriftstücke und Daten.

2. Im Übrigen berücksichtigt das Strafrecht den privaten Charakter der Wohnung. Der Einbruch in die Wohnung qualifiziert den Diebstahl zur Mindeststrafe von 6 Monaten (§ 244 Abs.1 Nr. 3 StGB). Nicht nur auf den privaten Bereich der Wohnung, sondern allgemeiner auf das Hausrecht als Derivat des Eigentumsrechts zielt hingegen der Hausfriedensbruch (§ 123 StGB).

In ähnlicher Weise kann das Private etwa auch durch die Tatbestände des Diebstahls, der Nötigung oder des erpresserischen Menschenraubs geschützt sein. Dieser Schutz ist aber reflexhaft. Primär wird das Rechtsgut dieser Delikte anders bestimmt.

Die Intim- und Privatsphäre im räumlichen Sinn ist ferner als notwehrfähiges Rechtsgut anerkannt.¹⁷

In den 60er/ 70er Jahren wurde die Einführung eines allgemeinen Indiskretionsdelikts diskutiert, das aber keine Aufnahme in das Gesetz gefunden hat.¹⁸

¹⁶ Ein Begriff aus der prozessrechtlichen Dogmatik (*Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, Berlin 1990), der sich aber durchaus auf die hier in Rede stehende Verletzung privater Rechte übertragen lässt.

¹⁷ Schönke/Schröder/*Perron* (2010) § 32 StGB, Rn. 5a.

¹⁸ *Schünemann* (1978) S. 34ff., *Rogall* (1999).

3. Zusammenfassend hat der strafrechtliche Schutz der Privatsphäre zwei Aspekte: Zum einen geht es um den Schutz des privaten Raumes als eines Rückzugsbereichs. Die Rechte an der Beherrschung von Informationen sowie an Bild und Ton kann man zum anderen unter dem Aspekt des Rechts auf Selbstdarstellung zusammenfassen. Dieses Recht auf Selbstdarstellung umfasst neben dem Schutz geheimer Informationen etwa auch den Schutz vor Fehlinformationen und unbegründeten negativen Werturteilen im Rahmen der Ehrschutzdelikte. Der Schutz der Privatsphäre ist zumeist nur ein Teilaspekt der angesprochenen Delikte. Geschützt werden auch geschäftliche Räume und Geheimnisse sowie die Selbstdarstellung von Geschäftsbetrieben.

IV. Stalking und Privatsphäre

Im Folgenden ist zu untersuchen, inwieweit das Delikt der Nachstellung als ein Delikt zum Schutz der Privatsphäre verstanden werden kann.

1. § 238 StGB – Der Tatbestand der Nachstellung

Abs. 1) Wer einem Menschen unbefugt nachstellt, indem er beharrlich

1. seine räumliche Nähe aufsucht,

2. unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln oder sonstigen Mitteln der Kommunikation oder über Dritte Kontakt zu ihm herzustellen versucht,

3. unter missbräuchlicher Verwendung von dessen personenbezogenen Daten Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen für ihn aufgibt oder Dritte veranlasst, mit diesem Kontakt aufzunehmen,

4. ihn mit der Verletzung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit seiner selbst oder einer ihm nahe stehenden Person bedroht oder

5. eine andere vergleichbare Handlung vornimmt

und dadurch seine Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.¹⁹

Abs. 2) Auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren ist zu

¹⁹ Das Gesetz enthält einige relativ unbestimmte Begriffe: Nachstellen, beharrlich, schwerwiegendes Beeinträchtigen der Lebensgestaltung und insbesondere der Verweis auf „vergleichbare Handlungen.“ Zur Unbestimmtheit des Tatbestands etwa Schönke/Schröder/Eisele (2010) § 238 StGB, Rn. 23, Aul (2009) S. 210ff.

erkennen, wenn der Täter das Opfer, einen Angehörigen des Opfers²⁰ oder eine andere dem Opfer nahe stehende Person²¹ durch die Tat in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.

Abs. 3) Verursacht der Täter durch die Tat den Tod des Opfers, eines Angehörigen des Opfers oder einer anderen dem Opfer nahe stehenden Person, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.

Abs. 4) In den Fällen des Absatzes 1 wird die Tat nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

2. Bezug des Stalking zur Privatsphäre

Im Hinblick auf die Frage, ob Stalking als ein Angriff auf die Privatsphäre zu verstehen ist, fallen zunächst drei Aspekte ins Auge:

(1.) § 238 StGB bezeichnet als tatbestandlichen Erfolg die schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung. Das betrifft selbstverständlich auch und gerade die private Lebensgestaltung.

(2.) Das Stalking hat bereits im Handlungsaspekt häufig Bezug auf die Privatsphäre: in der Zwecksetzung, die der Täter mit seiner Tat verfolgt. Das Stalking ist, wie schon erwähnt, in erster Linie ein Delikt im Zusammenhang mit einer beabsichtigten Anbahnung oder der Beendigung persönlicher Beziehungen und ist somit im privaten Bereich angesiedelt.

(3.) Schließlich ist das Nachstellen häufig damit verbunden, dass der Täter den Bestalkten beobachtet, sich über dessen Lebensgewohnheiten genau informiert, um ihm begegnen oder ihn ansprechen zu können oder auch nur, um ihm das Gefühl zu vermitteln, ständig unter Beobachtung zu

²⁰ Der Begriff „Opfer“ ist typisch für neuere Tatbestände. Er findet sich heute vermehrt bei Delikten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter wie die Freiheit oder sexuelle Selbstbestimmung, § 177 Abs.1 Nr. 3, Abs. 2, 3, 4, § 178 (sexuelle Nötigung), § 179 Abs. 5, § 182 Abs. 3 (sexueller Missbrauch), § 221 Abs. 2, 3 (Aussetzung), § 232 Abs. 3, § 233 a Abs. 2 (Menschenhandel), § 235 Abs. 4, 5 (Entziehung Minderjähriger) § 239 Abs. 3, 4 (Freiheitsberaubung) § 239a Abs. 1, 3, 4 (Erpresserischer Menschenraub), § 239b (Geiselnahme).

²¹ Im Vergleich zum Grundtatbestand des § 238 Abs. 1 StGB ist bei den Qualifikationstatbeständen der Absätze 2 und 3 widersprüchlich, dass in die Erfolgsbeschreibung auch Angehörige des Opfers einbezogen sind. Das erklärt sich daraus, dass die Gesetzesfassung ein Kompromiss aus Entwurfsfassungen der Bundesregierung und des Bundesrates ist und im Ergebnis nicht hinreichend abgestimmt ist. Kritisch *Krüger*, Stalking als Straftatbestand, Hamburg (2007) S. 200ff.

stehen. Auch die Intention des Gesetzgebers ging dahin, den „individuellen Lebensbereich“ zu schützen.²²

Sind diese Aspekte ausreichend, um zu begründen, dass Stalking als Delikt gegen die Privatsphäre anzusehen ist? Zunächst muss man sich ein genaueres Bild von der Struktur des Delikts verschaffen. Dann lässt sich die Frage der Schutzrichtung beantworten.

3. Deliktsskennzeichen – Erfolg und Handlung

1). Das Delikt des Nachstellens ist als Erfolgsdelikt ausgestaltet. Der Erfolg wird dadurch beschreiben, dass die Lebensgestaltung des anderen schwerwiegend beeinträchtigt sein muss. Diese umfasst in räumlich-zeitlichen Hinsicht den gewöhnlichen Arbeits- und Wohnort, die Gewohnheiten, die Wohnung zu verlassen oder bestimmte Orte aufzusuchen etc. Diese Gewohnheiten umfassen aber auch die sozialen Kontakte zu anderen. So ist denkbar, dass das Nachstellen das Opfer dazu veranlasst, seltener Freunde zu treffen, übliche Treffen zum Sport, Vereinen oder sonstigen Veranstaltungen zu vermeiden, die Telefonnummer zu wechseln und ähnliches.

Ob ein solcher Erfolgsaspekt in das Gesetz aufgenommen werden soll, war im Gesetzgebungsverfahren umstritten.²³ Stalking gewinnt seinen Deliktscharakter eher aus der typischen Handlungsweise als aus dem Eintritt eines besonderen Erfolgs. Das Erfolgserfordernis dient vornehmlich dazu, Bagatelldfälle auszuschneiden. Diesem Zweck können aber auch das Merkmal der Beharrlichkeit und das Erfordernis eines Strafantrags Genüge tun. Darüber hinaus scheint es unbegründet, dass die Strafbarkeit von der Widerstandskraft des Bestalkten abhängt. Die Beeinträchtigung der Lebensgestaltung kann prozessual schwierig nachzuweisen sein. Die Strafbarkeit des Versuchs ist nicht angeordnet – anders als bei der Nötigung (§ 240 StGB).

Der Erfolg ist als solcher über das Handeln des Verletzten vermittelt; er besteht geradezu in dessen Handeln. Darin gleicht das Delikt der Nötigung, dem Betrug oder der Erpressung. Das prinzipiell freie Handeln des anderen wird dem Täter deshalb zugerechnet, weil er es unerlaubt beeinflusst hat. Den Erfolg des Delikts kann man somit als Freiheitsverlust beschreiben. Darin trifft es sich aber mit allen individualschützenden Delikten. Im Vergleich zur Nötigung ist der tatbestandliche Erfolg der Freiheitseinschränkung anders strukturiert, weil es hier um eine Änderung bisheriger

²² BT-Drs. 16/575, abgedruckt bei *Krüger* (2007) S. 211 (212).

²³ Zur Entstehungsgeschichte *Aul* (2009) S. 176ff.

Gewohnheiten geht, während die Nötigung in der Regel ein einmaliges Handeln oder Unterlassen betrifft.

Die Beschreibung des Erfolgs als Freiheitsbeeinträchtigung könnte als zirkulär erscheinen, weil ein Handeln immer nur dann als im Rechtssinn unfrei erscheint, wenn rechtlich illegitimer Einfluss auf dieses Handeln genommen wurde. Ohne zu bestimmen, welche Einflussnahme illegitim ist, kann man nicht bestimmen, welche Reaktionen unfrei sind. Man hat also in der Freiheit nicht etwas Primäres, aus dem sich dann ergibt, was etwa verboten sein könnte. Die gegenseitige Beeinflussung von Handelnden ist ein gesellschaftlicher Normalzustand. Eine Drohung mit empfindlichen Übeln kann sozialadäquat sein oder nicht. Davon hängt es ab, ob von Rechts wegen eine Freiheitsbeeinträchtigung angenommen wird. Ähnliches gilt für das Delikt der Nachstellung. Die Freiheit der Lebensgestaltung ist nicht an sich geschützt, sondern nur vor illegitimen Einflussnahmen. Die Lebensgestaltung kann durch eine Vielzahl von Ereignissen schwerwiegend beeinträchtigt werden, etwa durch eine Kündigung, eine Trennung vom Lebenspartner oder den Tod von Angehörigen – oder auch durch Straftaten wie den Diebstahl des Autos oder der das Abbrennen von Haus und Wohnung. Verunsicherung kann Folge einer jeden Straftat oder Drohung mit einer Straftat sein, insbesondere bei deren Wiederholung. Durch Straftaten wird das Grundvertrauen darin erschüttert, dass sich andere normgemäß verhalten, und man sieht sich zu Schutz- und Vorsichtsmaßnahmen veranlasst, die zugleich die eigene Freiheit einschränken.²⁴ Die Beeinträchtigung der Lebensgestaltung ist also für das Delikt der Nachstellung nicht spezifisch und für den Deliktscharakter letztlich unwesentlich.

2). Es bleibt also die Frage, warum wir bestimmte Nötigungen oder das Stalking als eine illegitime Einflussnahme auf die Lebensgestaltung ansehen und warum beim Stalking gerade das als Erfolg zugerechnet wird. Um diese Frage zu beantworten, muss man auf den Handlungsaspekt des Stalking achten.

In den vier Tatbestandsvarianten werden Handlungen beschreiben, die bisher außerhalb des Bereichs strafbaren Handelns lagen. Stalking kann darüber hinaus verbunden sein mit Körperverletzung,²⁵ Nötigung, Bedrohung, Freiheitsberaubung, Sexualdelikten, Beleidigung, Hausfriedensbruch,

²⁴ Vgl. *Amelung*, Auf der Rückseite der Strafnorm. Opfer und Normvertrauen in der strafrechtsdogmatischen Argumentation, FS Eser, München (2005) S. 3 (7ff.).

²⁵ Durch Verursachen psychischer Erkrankungen wie Depressionen, etwa im Fall BGH NSStZ 2000, S. 25.

Sachbeschädigung und Delikten gegen die Privatsphäre. Der Tatbestand des Stalking dient auch dazu, die mögliche Eskalation bis hin zum Totschlag zu vermeiden. Die Strafbarkeit wird vorverlagert, damit man im Vorfeld schwerer Taten nicht tatenlos zusehen muss. Insofern hat der Tatbestand auch Bezug zu den insoweit in Frage stehenden Rechtsgütern. Das hebt das Delikt auch von bloßen Belästigungen ab, für die an sich das Ordnungswidrigkeitenrecht zuständig wäre.

Das Nachstellen gewinnt seinen Charakter erst aus der Häufung der bezeichneten Handlungen. Das Gesetz bringt dies im Begriff des Beharrlichen zum Ausdruck. Eine bestimmte Mindestzahl von Handlungen ist allerdings nicht vorausgesetzt.²⁶

3). Wesentlich für die Definition der Tathandlung des Nachstellens sind darüber hinaus folgende Charakteristika:

Die Nachstellung ist ein Delikt der aufgedrängten Kommunikation zwischen Täter und Verletztem. Das Nachstellen ist nicht bloß ein Beobachten, sondern ein Beobachten, das beobachtet werden soll. Derjenige, dem nachgestellt wird, muss merken, dass ihm nachgestellt wird. Die Handlungen des Täters haben den Sinn, dies mitzuteilen – etwa ein kurzer Telefonanruf ohne weitere Mitteilung oder das Aufsuchen räumlicher Nähe. Auf diesen kommunikativen Aspekt kommt es wesentlich an.

Was wird kommuniziert? – Zunächst muss erkennbar sein, dass der Täter die Absicht hat, die Handlungsserie fortzusetzen. Nur wenn der andere davon ausgehen muss, dass er regelmäßig vom Täter belästigt wird, gewinnt das Delikt bedrohlichen Charakter. Die tatsächliche Wiederholung ist auch gerade deshalb erforderlich, damit die Fortsetzungsabsicht erkennbar werden kann.

Entscheidend ist aber, dass das Handeln des Täters entweder als Enttäuschungsreaktion (Sanktion) oder als Versuch zu verstehen sein muss, Macht über den anderen zu gewinnen. Das Nachstellen im Sinn des § 238 StGB ist ein Ersatz oder eine Vorstufe direkter Gewaltausübung. Diese ist in allen Formen eine illegitime Form der Sanktionierung des Handelns anderer bzw. der Begründung von Einfluss auf andere.

Sanktionierenden Sinn hat das Nachstellen etwa, wenn es dem Abbruch einer persönlichen Beziehung folgt. Als Versuch, Einfluss auszuüben, ist es dann zu verstehen, wenn der Täter erkennbar versucht, ein Handeln des anderen zu erreichen, ähnlich wie im Fall der Nötigung, und wenn er die be-

²⁶ BGHSt 54, 189.

drohliche Wirkung des Nachstellens dabei bewusst nutzt. Typisch ist etwa, dass der Täter versucht, eine persönliche Beziehung anzubahnen oder deren Wiederaufnahme zu erreichen. Beide Formen können ineinander übergehen. Nachdem die Erwartung des Täters enttäuscht ist, kann das Nachstellen in Sanktion und Rache umschlagen.

4). Wenn dieser Sinnbezug fehlt, ist das Handeln nicht als Nachstellen zu klassifizieren. So ist ein Liebeswerben kein Nachstellen, solange zum Ausdruck kommt, dass der Werbende den Willen des Gegenparts akzeptiert, wenn er erkennbar eher hofft als erwartet. Hier liegt es auch am anderen zu verdeutlichen, dass er auf die Absichten des Werbenden nicht einzugehen gedenkt. Wenn der Werbende dann noch hartnäckig fortsetzt, kann die Tat den Charakter der Gewaltausübung gewinnen, die die Bestrafung rechtfertigt.

Die Grenzziehung zwischen erlaubtem und verbotenem Handeln kann auch in Fällen problematisch werden, in denen das fragliche Handeln vor staatlicher Intervention durch die Grundrechte der Meinungs- Versammlungs- und Pressefreiheit geschützt ist. Überwiegend wird ein Rechtfertigungsgrund der „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ abgelehnt.²⁷ Man verweist stattdessen auf das Merkmal „unbefugt“. Zutreffend daran ist, dass es hier nicht um die Rechtfertigung eines normalerweise verbotenen Handelns geht, sondern auf der Ebene der objektiven Zurechnung bereits um die Bestimmung des „unerlaubten Risikos“, also die Frage, welches Handeln generell erlaubt oder verboten ist.

Wenn man der hier vorgeschlagenen Deutung des Delikts als Verbot von erwartungs- und sanktionsbezogenen, Gewalt ersetzenden Handlungen folgt, wird das Handeln der Presse von vornherein nicht vom tatbestandlichen Verbot es Nachstellens erfasst. Dieses zielt nicht darauf, den Beobachteten zu bestrafen, zu bedrohen, einzuschüchtern oder sonst unter nötigungsähnlichen Druck zu setzen, sondern darauf, Informationen zu gewinnen. Wie hier die Grenzen zwischen erlaubtem und verbotenem Handeln zu ziehen sind, kann nicht im Rahmen des Delikts der Nachstellung entscheiden werden. Es ist zwischen dem Recht auf Privatheit und dem Recht der Presse abzuwägen, sich relevante Informationen zu verschaffen. Hierfür genügt eine presse- und zivilrechtliche Regelung mit entsprechenden Sanktionsmöglichkeiten.

²⁷ Schönke/Schröder/*Eisele* (2010) § 238 StGB, Rn. 28.

5). Nicht auf der Ebene des Tatbestands, sondern erst als Frage der Rechtfertigung kommen dagegen Fälle des „kollektiven Nachstellen“ in den Blickpunkt, die einen Bezug zur Versammlungs- und Meinungsfreiheit aufweisen. Ein solcher Fall hat 2011 in Sachsen-Anhalt öffentliche Aufmerksamkeit gefunden.²⁸ Zwei aus der Sicherungsverwahrung entlassene ehemalige Sexualstraftäter haben privat Unterkunft in einem dörflichen Haus gefunden. Die Bewohner des Dorfes protestierten seitdem regelmäßig vor dem Haus, in dem beide wohnen. Der Bürgermeister hat sich öffentlichkeitswirksam dem Protest angeschlossen und die Politik zum Schutz der Bevölkerung vor den inzwischen etwa 60jährigen und als ungefährlich eingeschätzten ehemaligen Tätern aufgefordert. Die Landesregierung hat schließlich mit beiden über einen möglichen Umzug verhandelt. Staatsanwaltliche Ermittlung im Hinblick auf das kollektive Nachstellen wurden nicht eingeleitet, wären aber nach Lage des Falls wohl angezeigt gewesen. Die Handlungen der Belagerer haben Erwartungsbezug: Die Dorfbewohner wollen erreichen, dass beide wegziehen. Deren Lebensgestaltung ist unzumutbar beeinträchtigt. Mittäterschaft ist beim Nachstellen ohne weiteres möglich.

Das Handeln der Dorfbewohner dürfte auch nicht durch deren Meinungs- und Versammlungsfreiheit geschützt sein. Der Schutzbereich von Art. 8 GG ist zunächst eröffnet. Es handelt sich bei „Mahnwache“ bzw. Belagerung des Hauses um eine friedliche Versammlung. Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit einen engen Begriff von Gewalt, die eine Versammlung unfriedlich macht.²⁹ Fraglich ist somit nur, ob das Verbot der Versammlung und die Bestrafung der Teilnehmer verfassungsrechtlich zu rechtfertigen wäre. Art. 8 Abs. 2 GG sieht vor, dass das Versammlungsrecht für Versammlungen unter freiem Himmel durch Gesetz beschränkt werden kann. Der strafgesetzliche Eingriff in das Grundrecht würde hier dem Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Hinzugezogenen dienen. Die Gefahr für diese Rechte kann nur durch ein Verbot der fraglichen Versammlung unterbunden werden. Das Verbot nimmt den Bewohnern auch nicht die Möglichkeit, sich zu dem fraglichen Thema zu äußern oder sich zu versammeln, sondern verweist sie darauf, sich nicht direkt und für diese ständig wahrnehmbar gegen die Hinzugezogenen zu richten. Insofern lässt sich eine praktische Konkordanz

²⁸ Siehe etwa *Menke*, Insel versinkt in Angst, in Spiegel-online, 10.11.2011, <<http://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/0,1518,796248,00.html>>.

²⁹ BVerfGE 73, 206/248.

zwischen den Grundrechten herstellen. Das Verbot der Versammlung wäre somit verfassungsrechtlich zu rechtfertigen. Es bleibt die Frage, ob damit das Problem gelöst wäre. Vor subtileren Formen sozialer Pression kann das Strafrecht nicht mehr schützen. Andererseits kann man das generalpräventive Bedürfnis gerade auch für die Strafverfolgung durchaus bejahen. Ehemalige Täter dürfen nach Abbüßen ihrer Strafe nicht wie Ausgestoßene quasi vogelfrei werden.

4. Schlussfolgerungen zur Schutzrichtung des § 238 StGB

Die Verhaltensnormen, die einem Delikt zugrunde liegen, müssen nicht einem einzigen Zweck dienen. Eine Strafbestimmung kann sich vielmehr als geeignet erweisen, verschiedene Zwecke zu erreichen bzw. verschiedene Rechte und Rechtsgüter zu schützen. Das trifft auch auf das Delikt der Nachstellung zu. Es ist gleichermaßen geeignet, Leben und Gesundheit zu schützen, indem es der Eskalation von Konflikten vorbeugt. Es ist auch geeignet, Aspekte des Privatlebens bzw. die Privatsphäre einer Person zu schützen, weil die Nachstellung häufig bereits den räumlichen Bereich des Privaten berührt.

Bei der Frage nach der deliktstypischen Schutzrichtung geht es aber um den deliktprägenden Charakter, also einen Zweck, der für alle Situationen und Tatmodalitäten gleichermaßen verfolgt werden kann und der somit den Bezugspunkt der teleologischen Interpretation des Delikts liefert. Dieser liegt bei der Nachstellung in einer spezifischen Angriffsrichtung, weniger im Erfolg, den das Gesetz benennt. Der Erfolg ist im Gesetz mit der Beeinträchtigung der Lebensgestaltung so allgemein beschrieben, dass sich allein daraus keine unterscheidungskräftigen Kriterien ergeben. Man muss das Augenmerk deshalb auf die Angriffsweise lenken. Das Nachstellen ist eine Vorstufe, eine Drohung oder ein Ersatz für unmittelbare Gewaltanwendung. Gewalt ist das Mittel, mit dem einerseits Macht über andere begründet werden kann und andererseits Sanktionen gegen andere zum Ausdruck gebracht werden. Die Handlungen des Täters müssen sich deshalb auf die enttäuschte oder noch aktuelle Erwartung beziehen, dass der Tatadressat in bestimmter Weise handelt. Hier liegt auch der eigentliche Bezugspunkt der Freiheitseinschränkung. Geschützt wird etwa die Freiheit, sich ohne die Befürchtung von Repressionen von einem Lebenspartner zu trennen. Geschützt wird vor der Sanktionierung von Handlungen, die andere hinzunehmen haben oder deren Bestrafung wie im Fall der ehemaligen Sexualverbrecher bereits abgegolten ist. Dieser Bezugspunkt kann – als

sekundärer Zweck – bei vielen Verletzungsdelikten ebenfalls gegeben sein: Körperverletzende oder sachzerstörende Gewalt sind verboten. Die Gewaltprohibition wird aber Hauptzweck und –problem bei Tatbeständen wie der Nötigung, der Bedrohung und dem Nachstellen. Gewalt ist ein illegitimes Mittel der Sanktionierung, auch weil sie so leicht verfügbar ist und ohne Voraussetzung vorheriger sozialer Beziehungen eingesetzt werden kann.

Vergleicht man schließlich die Schutzrichtung des Nachstellungsdelikts mit dem zuvor herausgestellten funktionalen Bezug, den der Schutz der Privatsphäre hat, wird zwar deutlich, dass beide Delikte sich auf die Voraussetzungen freien Handelns beziehen. Beim Schutz der Privatsphäre geht es aber in erster Linie um den Schutz der Freiheit zur Selbstdarstellung, beim Delikt der Nachstellung hingegen um den negativen Aspekt der Freiheit von gewaltähnlicher Pression und damit um die Ermöglichung freier, selbstbestimmter Entscheidungen.

