

Rechtsgut und Bestimmtheit im strafrechtlichen Persönlichkeitsschutz am Beispiel der §§ 201a, 238 StGB

Klaus Hoffmann-Holland/Tobias Singelnstein

I. Einleitung

Soll Strafrecht mehr sein als lediglich politisches Symbol, so bedarf es der Orientierung an Gestaltungsprinzipien. Dazu zählen als Aufgabe der Rechtsgüterschutz und als Begrenzung die Bestimmtheit der Norm. In neueren Regelungsbereichen stellen diese Prinzipien den Gesetzgeber vor besondere Probleme. Gerade im strafrechtlichen Persönlichkeitsschutz kann zwischen konjunkturelhafter Sensibilisierung¹ und dem Erfordernis rechtsstaatlicher Regelung ein Spannungsverhältnis entstehen.

Insbesondere mit Blick auf das sogenannte Stalking (Nachstellung) ist der Frage nachzugehen, ob Rechtsgüterschutz und Bestimmtheit der Neukriminalisierung das entscheidende rechtsstaatliche Gepräge geben. Der Gesetzentwurf des Bundesrates jedenfalls war noch erheblich weitgehender als die aktuelle Fassung des § 238 StGB. Als typische Folge des Stalking wurde dabei die massive Beeinträchtigung der Freiheitssphäre des Opfers angesehen. Sie stünde »in ihrem Schweregrad der Einschränkung der Freiheit zur Ortsveränderung« (§ 239 StGB) nicht nach, überwiege sie häufig sogar bei weitem.² Angesichts »des vom Täter in Gang gesetzten Terrors«³ sollte Stalking nach dem Entwurf des Bundesrates gar generell beim Haftgrund des § 112a Abs. 1 Nr. 1 StPO mit aufgenommen werden (»Deeskalationshaft«).⁴ Tatsächlich geschehen ist dies schließlich für die Abs. 2 und 3 des § 238 StGB, die nunmehr in § 112a Abs. 1 Nr. 1 StPO neben schweren Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung stehen. Diese Einordnung verwundert vor dem Hintergrund, dass die Bundesregierung zwar einerseits vom Fehlen einer allgemeingültigen Definition des Stalking ausging, andererseits aber durch den Tatbestand ein Zeichen setzen wollte.⁵

1 *Fischer StGB*, 55. Aufl. 2008, § 238, Rn. 3 spricht von Anteilen einer Hysterisierung. Zum Beitrag der Medien bei der Konstruktion von Stalking als Verbrechen vgl. *Wykes Constructing Crime: Stalking, Celebrity, Cyber and Media*, in: *Jewkes (Hrsg.) Crime Online*, 2007, S. 128 ff.

2 BT-Drs. 16/1030, S. 6.

3 BT-Drs. 16/1030, S. 6.

4 BT-Drs. 16/1030, S. 7.

5 Zitiert nach *Fischer* (o. Fn. 1), § 238, Rn. 3a.

Am Beispiel des strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes soll im Folgenden der Frage nachgegangen werden, welche Bedeutung die Konturierung eines Rechtsgutes für die Bestimmtheit strafrechtlicher Regelungen im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG hat. In die Betrachtung einbezogen wird einerseits die erwähnte Neuregelung der »Nachstellung« in § 238 StGB, andererseits die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen nach § 201a StGB.

II. Zur Struktur der Normen

An dieser Stelle soll zunächst eine Übersicht über die Struktur der beiden betrachteten Normen sowie damit verbundener Probleme gegeben werden. Anschließend wird der Versuch unternommen, die Rechtsgüter der beiden Vorschriften zu konturieren, um auf dieser Grundlage zu klären, inwieweit die Neukriminalisierungen dem Kriterium der Bestimmtheit aus Art. 103 Abs. 2 GG genügen.

1. § 201a StGB: Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen

Die durch Gesetz vom 30.7.2004⁶ eingeführte Vorschrift soll vor Einblicken in Wohnungen und andere besonders geschützte Räume in Form von Bildaufnahmen schützen. Unter Strafe steht sowohl die unbefugte Herstellung und Übertragung (Abs. 1), als auch das Gebrauchen und Zugänglichmachen (Abs. 2) derartiger Bildaufnahmen. Abs. 3 regelt die besondere Konstellation, dass zunächst eine Befugnis für die Herstellung vorlag, die Bildaufnahme sodann aber wesentlich unbefugt einem Dritten zugänglich gemacht wird. Abs. 4 sieht die Möglichkeit der Einziehung vor.

Gehen auch Gesetzesbegründung und Teile der Literatur von einem abstrakten Gefährdungsdelikt aus,⁷ so ist § 201a StGB nach seiner Formulierung doch deutlich als Erfolgsdelikt ausgestaltet.⁸ Die Tathandlungen der Abs. 1 bis 3 setzen jeweils die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs voraus. Ein abstraktes Moment wird man darin aber insoweit entdecken können, als die Beschreibung des Verletzungserfolgs im Hinblick auf die Bestimmtheit Bedenken begegnet und die Konturen des Rechtsgutes wenig geklärt sind. Dem StGB war die Kategorie des höchstpersönlichen Lebensbereichs bis dato fremd; aus dem

6 BGBl. I 2012; zum Hintergrund des Gesetzesvorhabens *Borgmann* NJW 2004, 2133 (2133 f.); zur internationalen Situation *Hoppe* GRUR 2004, 991.

7 BT-Drs. 15/2466, S. 4; vgl. *Hoppe* GRUR 2004, 990, 991.

8 *Fischer* (o. Fn. 1), § 201a, Rn. 14 mwN.

Begriff alleine ergibt sich kaum, welche Konstellationen erfasst sein sollen. Vergleichbares gilt für das Merkmal des gegen Einblicke besonders geschützten Raumes, das die Strafbarkeit eingrenzen soll. Zwar macht die gemeinsame Nennung mit dem Begriff der Wohnung deutlich, dass es sich um einen die Privatheit schützenden Rückzugsraum handeln soll. Wie weit dies reicht, wird daraus jedoch noch nicht ersichtlich, zumal fast jeder Raum auch einen Sichtschutz herstellt. Danach wären etwa auch Gärten mit Hecken, ein Windschutz am Strand oder die getönten Scheiben eines Autos erfasst.⁹

2. § 238 StGB: Nachstellung

Um die unzähligen Formen des so genannten Stalking zu erfassen und strafwürdige Verhaltensweisen in diesem Zusammenhang beschreiben zu können,¹⁰ hat der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 238 StGB, der mit Gesetz vom 22.3.2007¹¹ eingeführt wurde, sowohl auf mögliche Tathandlungen, als auch auf die Auswirkungen beim Opfer abgestellt. Das Nachstellen muss nicht nur unbefugt, sondern auch beharrlich erfolgen,¹² d. h. eine gewisse Dauerhaftigkeit und nicht unerhebliche Hartnäckigkeit aufweisen. Zur weiteren Limitierung wird die Strafbarkeit auf die in Abs. 1 Nr. 1 bis 5 genannten Tathandlungen beschränkt.¹³ Während die Nr. 1 bis 4 dabei näher bezeichnete Verhaltensweisen regeln, erfasst Nr. 5 als Auffangtatbestand »andere vergleichbare Handlungen«. Auch § 238 Abs. 1 StGB ist als Erfolgsdelikt ausgestaltet. Durch die Tathandlungen muss die Lebensgestaltung des Opfers schwerwiegend beeinträchtigt werden.¹⁴ Abs. 2 normiert eine Qualifikation, Abs. 3 eine Erfolgsqualifikation;¹⁵ Abs. 4 erklärt die Vorschrift zum relativen Antragsdelikt.

Schon nach dieser kurzen Übersicht liegt es nahe, die beiden zentralen Tatbestandsmerkmale der Vorschrift im Hinblick auf die Bestimmtheit als problematisch zu bezeichnen. Was unter beharrlichem Nachstellen zu verstehen ist, lässt sich dem Wortlaut der Norm nur insoweit entnehmen, als konkrete Tathandlungen normiert sind. Eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung ist zwar für Einzelfälle ohne weiteres vorstellbar, zugleich aber verweist der Begriff der Lebensgestaltung auf die Vielfalt persönlicher Vorlieben.

9 Vgl. *Heuchemer/Paul* JA 2006, 616.

10 S. zur internationalen Gesetzesentwicklung *Albrecht* FPR 2006, 204.

11 BGBl. I 354.

12 Hierzu *Fischer* (o. Fn. 1), § 238, Rn. 9 ff.

13 Dazu im Einzelnen *Gazeas* JR 2007, 497 (498 ff.); *Mitsch* NJW 2007, 1237 (1239 f.).

14 Hierzu *Neubacher/Seher* JZ 2007, 1029 (1034 f.).

15 Dazu *Mitsch* NJW 2007, 1237 (1240 f.).

III. Rechtsgut und Bestimmtheit

Vor diesem Hintergrund soll nunmehr der Frage nachgegangen werden, welches Verhältnis zwischen der Bestimmtheit der in Rede stehenden Normen sowie der jeweils geschützten Rechtsgüter besteht. Dabei wird einerseits von der – nicht unumstrittenen¹⁶ – Auffassung ausgegangen, dass Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts anzusehen ist und dem Strafrecht Grenzen setzt.¹⁷ Andererseits wird der Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB) als zentrales Gestaltungsprinzip des Strafrechts verstanden.¹⁸ In diesem Rahmen soll der These nachgegangen werden, inwieweit eine klare Rechtsgutskonzeption zu größerer Bestimmtheit einer Strafnorm beitragen kann sowie – umgekehrt – eine vage Rechtsgutsbestimmung Probleme für die Bestimmtheit der Strafnormen auslöst.

1. Die Rechtsgüter der §§ 201a, 238 StGB

a) § 201a StGB: Schutz der Intimsphäre

§ 201a StGB schützt nur solche Bestandteile des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG als übergeordnetem Prinzip, die dem »höchstpersönlichen Lebensbereich« zugerechnet werden.¹⁹ Das Rechtsgut des § 201a StGB ist daher enger als der »persönliche Lebensbereich«, wengleich auf den ersten Blick wenig klar wird, was unter diesen Begriff konkret zu fassen und wie der Unterschied zwischen persönlich und höchstpersönlich beschaffen ist. Während es in der Gesetzesbegründung zum einen heißt, die Norm bezwecke den Schutz des persönlichen Lebens- und Geheimnisbereichs, soll zum anderen das unbefugte Herstellen einer Bildaufnahme nur strafbar sein, soweit der *höchstpersönliche* Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt wird.²⁰ Gleichwohl ist heute unbestritten, dass die Norm auf den Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereiches beschränkt ist, der an den Begriff des persönlichen Lebensbereichs gemäß § 68a Abs. 1 StPO, § 171b Abs. 1 S. 1 GVG anknüpft.

Der Begriff des höchstpersönlichen Lebensbereichs bringt jedenfalls zum Ausdruck, dass nicht das gesamte Spektrum der durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützten Sphären erfasst werden soll, sondern nur die wesent-

16 Einen kritischen Überblick über neue Entwicklungen – auch in der Rechtsprechung des BVerfG – gibt *Greco* ZIS 2008, 234 mwN.

17 Vgl. *Hoffmann-Holland* Der Modellgedanke im Strafrecht, 2007, S. 164 ff., 169 mwN.

18 Vgl. *Hoffmann-Holland* (o. Fn. 17), S. 138 ff. mwN.

19 *Fischer* (o. Fn. 1), § 201a, Rn. 3.

20 BT-Drs. 15/2466, S. 4.

lichen, besonders persönlichen Bestandteile des individuellen Lebensbereichs.²¹ Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, die Kategorie der Intimsphäre heranzuziehen, wie sie das Bundesverfassungsgericht im Rahmen seiner Sphärentheorie herausgearbeitet hat,²² um den Gehalt des höchstpersönlichen Lebensbereichs genauer zu bestimmen. Zwar hat der Gesetzgeber bewusst auf den Begriff der Intimsphäre verzichtet, weil mit diesem »möglicherweise einengende Assoziationen auf die Bereiche Sexualität und Nacktheit verbunden werden« könnten.²³ Hierbei handelt es sich jedoch um eine sprachliche, nicht um eine inhaltliche Entscheidung. Durch die Verwendung des Begriffs des höchstpersönlichen Lebensbereiches wollte der Gesetzgeber ausdrücklich erreichen, dass der Schutz des § 201a StGB auf die abwägungsfreien Bereiche des individuellen Lebensbereiches, mithin also auf die Intimsphäre, beschränkt und unter Rückgriff auf die Rechtsprechung hierzu inhaltlich näher bestimmt wird.²⁴ Danach unterfallen dem höchstpersönlichen Lebensbereich im Gegensatz zu neutralen Verhaltensweisen aus dem privaten Bereich nur Materien, die dem Kern des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zugehörig sind, wie insbesondere – aber nicht abschließend – die Bereiche Sexualität, Krankheit und Tod.²⁵ Die Kategorie entspricht daher im Prinzip der Intimsphäre.²⁶

b) § 238 StGB: Konturloser Schutz privater Ordnung

Demgegenüber soll § 238 StGB den Vorstellungen des Gesetzgebers zufolge umfassend die Handlungs- und Entschließungsfreiheit schützen, soweit diese durch die beharrliche Nachstellung und den damit verbundenen Eingriff in den persönlichen Lebensbereich des Opfers beeinträchtigt werde.²⁷ Daher sei der neue Tatbestand des § 238 StGB auch in den 18. Abschnitt des StGB bei den Straftaten gegen die persönliche Freiheit einzustellen gewesen.²⁸ Was unter diesen Vorstellungen des Gesetzgebers vom Rechtsgut des § 238 StGB konkret zu verstehen ist, bleibt indes unklar. Dies spiegelt sich auch in der strafrechtswissenschaftlichen Literatur wider. Bereits vor und während des Gesetzgebungsverfahrens wurde darüber gestritten, was das zu schützende Rechtsgut sei, wo-

21 Zur Diskussion im Gesetzgebungsverfahren *Pollähne* KritV 2003, 387 (406 f.).

22 Dazu *Jarass/Pieroth* GG, 9. Aufl. 2007, Art. 2, Rn. 62.

23 BT-Drs. 15/2466, S. 4.

24 BT-Drs. 15/2466, S. 5.

25 Weiter *Lackner/Kühl* StGB, 26. Aufl. 2007, § 201a, Rn. 1; s. auch *Bosch* JZ 2005, 377 (379 f.).

26 So auch *Fischer* (o. Fn. 1), § 201a, Rn. 3; *Borgmann* NJW 2004, 2133 (2134); ähnlich *Schönke/Schröder-Lenckner* StGB, 27. Aufl. 2006, § 201a, Rn. 6; anders *Hoppe* GRUR 2004, 991 (992 f.).

27 Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drs. 16/575, S. 6 f., sowie des Bundesrates BT-Drs. 16/1030, S. 6.

28 BT-Drs. 16/575, S. 7.

bei ein »Freisein vor Furcht«²⁹ ebenso vorgeschlagen wurde, wie der individuelle Rechtsfrieden.³⁰ Einige Autoren fassen das Schutzgut unter Hinweis auf den Wortlaut als »Freiheit der Lebensgestaltung«.³¹ An anderer Stelle wiederum wird der »individuelle Lebensbereich« als geschützt angesehen und damit die individuellen Freiheitsgewährleistungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts insgesamt, die die soziale Kommunikation ebenso erfassen sollen, wie z.B. Handlungs- und Entschließungsfreiheit, Fortbewegungsfreiheit, Ehre, teilweise gar das Vermögen³² und dergleichen mehr.³³

Unter dem Strich wird mit diesen verschiedenen Beschreibungen nicht mehr klar, als dass das Rechtsgut einen Bezug zum persönlichen Lebensbereich des Opfers einerseits und dessen Gestaltungsfreiheit diesbezüglich andererseits aufweist. Eine derart vage Beschreibung ist zum einen problematisch, weil sie eine Vielzahl von Sachverhalten erfasst, die sich noch nicht einmal in Fallgruppen eingeteilt hinreichend überblicken lässt. Schließlich ist es ein alltäglicher und gesellschaftlich ebenso unvermeidbarer wie notwendiger Vorgang, dass jeder Einzelne sich in seiner Lebensführung von den Handlungen anderer beeinflussen lässt. Zum anderen ist das Rechtsgut damit entscheidend von der Persönlichkeit des jeweils Betroffenen abhängig.³⁴ Durch was man sich in welcher Form in seiner Lebensführung beeinflussen lässt, kann von Mensch zu Mensch sehr unterschiedlich sein und hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab. § 238 StGB schützt damit quasi die private Ordnung des jeweils Betroffenen, die mehr noch als die öffentliche Ordnung ein sehr breitflächiges Schutzgut darstellt.³⁵

Zusammenfassend besehen lässt sich das Rechtsgut des § 238 StGB somit nicht konkret erfassen. Der höchstpersönliche Lebensbereich als Rechtsgut des § 201a StGB ist zunächst zwar auch offen und schwach konturiert. Durch einen Rückgriff auf die Rechtsprechung zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht und zur Intimsphäre wird es aber zumindest möglich, diese Offenheit einzuschränken und sich dem Gehalt des Rechtsguts zu nähern.³⁶

²⁹ Kinzig ZRP 2006, 255 (257).

³⁰ Mitsch NJW 2007, 1237 (1238).

³¹ Wessels/Hettinger Strafrecht Besonderer Teil/1, 31. Aufl. 2007, Rn. 369a; Valerius JuS 2007, 319 (320 f.).

³² Mosbacher NSTZ 2007, 665 (665 f.).

³³ S. die Nachweise bei Fischer (o. Fn. 1), § 238, Rn. 2; Lackner/Kühl (o. Fn. 25), § 238, Rn. 1.

³⁴ So auch Sering NJW-Spezial 2007, 375 (376).

³⁵ Kritisch auch Kinzig ZRP 2006, 255 (257).

³⁶ S. Schönke/Schröder-Lenckner (o. Fn. 26), § 201a, Rn. 2.

2. Kriterien der Bestimmtheit

Strafrechtliche Tatbestände müssen wegen des Bestimmtheitsgebotes klar verbotenes von erlaubtem Verhalten trennen. Für den Normadressaten muss erkennbar und vorhersehbar sein, wann er mit seinem Verhalten die Strafbarkeitsgrenze überschreitet.³⁷ Bestimmtheit muss als Rechtsprinzip³⁸ verstanden werden, welches das Rechtsanwendungsprogramm im Sinne der Objektivität prägen soll.³⁹ Die Anforderungen an die Bestimmtheit hängen vom konkreten Regelungsbereich ab.⁴⁰ Findet sich in einem Regelungsbereich ein klares Rechtsgut, prägt dies den Gesamtcharakter der Norm und fördert so ein klares Rechtsanwendungsprogramm, spricht die Bestimmtheit der Norm. Unkonturierte Rechtsgüter, wie dasjenige des § 238 StGB, stellen dementsprechend höhere Anforderungen an den Gesetzgeber bei der Formulierung der bestimmenden Merkmale von Straftatbeständen. Daraus ergibt sich – als Beziehung von Rechtsgut und Bestimmtheit für die Vertypung des Unrechts im Tatbestand – eine je-desto-Formel: Je weniger konkret das geschützte Rechtsgut ist, desto klarere Formulierungen muss der Gesetzgeber auf Tatbestandsebene wählen, um die Strafbarkeitsgrenze im Regelungsprogramm zu bestimmen.

Hierfür stehen dem Gesetzgeber vielfältige Möglichkeiten zur Verfügung. Er kann sowohl Tatbestandsmerkmale formulieren, die das jeweilige Rechtsgut konkretisieren (eingrenzen), als auch andersartige, insbesondere Tathandlungen beschreibende Beschränkungen der Strafbarkeit vornehmen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die verschiedenen Formen unterschiedlich gut geeignet sind, in der Praxis tatsächlich eine Eingrenzung der Strafbarkeit zu erreichen. So sind objektive Merkmale tendenziell besser geeignet als subjektive, die in der forensischen Praxis nur schwer nachzuweisen sind. Ebenso führen konkrete deskriptive Merkmale eher zu einer Bestimmtheit der Norm und einer klaren Eingrenzung in der Praxis als generalklauselartige und normative Tatbestandsmerkmale.

3. Bestimmtheit der §§ 201a, 238 StGB

Mit Blick auf die unterschiedlich klare Konturierung der Rechtsgüter, die durch §§ 201a, 238 StGB geschützt werden sollen, kann der Frage nachgegangen werden, inwieweit es dem Gesetzgeber gelungen ist, durch eingrenzende Regelungen auf Tatbestandsebene eine hinreichende Bestimmtheit der Vorschriften zu erreichen.

³⁷ BVerfGE 25, 269 (285); 91, 1 (12).

³⁸ Gropp Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 2, Rn. 29.

³⁹ Hoffmann-Holland (o. Fn. 17), S. 138 mwN.

⁴⁰ Hoffmann-Holland (o. Fn. 17), S. 138.

a) § 201a StGB: Bildaufnahme, Wohnung und geschützter Raum

Im Tatbestand des § 201a StGB stellt bereits das Merkmal der *Bildaufnahme* eine anschauliche Begrenzung dar; der Gesetzgeber hat – mangels Strafwürdigkeit – bewusst darauf verzichtet, schon die unbefugte Beobachtung unter Strafe zu stellen.⁴¹

Darüber hinaus werden nur solche Bildaufnahmen vom Tatbestand erfasst, die den höchstpersönlichen Lebensbereich *verletzen*. Die Ausgestaltung als Erfolgsdelikt (s. o. II 1) führt dazu, dass nicht jede unbefugte Aufnahme in einer Wohnung strafbar ist. Zwar wird auf diese Weise nur das ohnehin zu berücksichtigende Rechtsgut als Merkmal in den Tatbestand aufgenommen. Gerade dadurch aber entfaltet es seine begrenzende und im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG bestimmende Kraft, die sich aus der vergleichsweise klareren Konturierung ergibt. So ist nun in jedem Fall positiv festzustellen, dass eine Verletzung vorliegt und ob diese gerade durch die Tathandlung entstanden ist. Für die Bestimmbarkeit dieses Merkmals kann ebenso wie beim Rechtsgut auf die Rechtsprechung zur Intimsphäre des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zurückgegriffen werden. Wenngleich dabei im Einzelfall schwierig zu beurteilen sein mag, wann die Intimsphäre bzw. der höchstpersönliche Lebensbereich verletzt ist,⁴² so ist damit das Regelungsprogramm doch durch den Gesetzgeber im Sinne der Bestimmtheit bzw. Rechtssicherheit vorgegeben, während das Auffinden der Einzelfallgerechtigkeit innerhalb dieses Rahmens Aufgabe der Rechtsprechung ist.⁴³

Ausdrücklich mit dem Bestimmtheitsgebot hat der Gesetzgeber schließlich die Beschränkung auf solche Aufnahmen begründet, die vom Betroffenen in dessen *Wohnung oder einem gegen Einblicke besonders geschützten Raum* angefertigt werden.⁴⁴ Die Begrenzung auf diesen »letzten Rückzugsbereich des Einzelnen« ermögliche es, ein breites Spektrum von Alltagshandlungen auszuklammern, innerhalb dessen ansonsten eine Differenzierung nicht trennscharf möglich sei.⁴⁵ An dieser Stelle hat der Gesetzgeber also versucht, mittels einer Konkretisierung im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut eine genauere Bestimmbarkeit der Strafbarkeitsgrenze zu erreichen.⁴⁶ Der Begriff der Wohnung ist – schon mit Blick auf die klare Konturierung in bereits vorhandenen Regelungen (§§ 123 f., 180a, 244, 306a StGB) – zur Bestimmung geeignet, während

41 BT-Drs. 15/2466, S. 4.

42 Kritisch daher *Borgmann* NJW 2004, 2133 (2134); s. auch *Lackner/Kühl* (o. Fn. 25), § 201a, Rn. 1.

43 *Hoffmann-Holland* (o. Fn. 17), S. 140; vgl. BVerfGE 105, 135 (168 f.).

44 Hierzu *Hoppe* GRUR 2004, 991(992); *Rengier* Strafrecht Besonderer Teil II, 9. Aufl. 2008, S. 238 f.

45 BT-Drs. 15/2466, S. 4 f.

46 *Schönke/Schröder-Lenckner* (o. Fn. 26), § 201a, Rn. 5; kritisch *Bosch* JZ 2005, 377 (379).

die Grenze des Merkmals des gegen Einblicke besonders geschützten Raumes weniger klar ist. Insoweit lässt sich aber eine Konkretisierung erreichen, wenn man das Schutzgut des höchstpersönlichen Lebensbereichs zur Auslegung heranzieht. Die Bestimmtheit wird insoweit durch die Rechtsgutskonturierung gefördert. Danach sind nur solche Räume erfasst, die objektiv einen Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs bewirken sollen und dafür besondere Maßnahmen gegen Einblicke aufweisen.⁴⁷

Darüber hinaus wird von verschiedenen Seiten kritisiert, dass es zu Wertungswidersprüchen führe bzw. nicht überzeugend sei, sehr private, nicht in Räumen vorgenommene Handlungen zu schützen, während in geschützten Räumen jedes Verhalten erfasst sei.⁴⁸ Dies verdeutlicht zwar, dass das Merkmal der Wohnung bzw. des gegen Einblicke besonders geschützten Raumes dem geschützten Rechtsgut des höchstpersönlichen Lebensbereichs nicht genau entspricht. Denn ebenso wie in solchen Räumen einfache Handlungen vorgenommen werden können, gilt dies für höchstpersönliche Handlungen im öffentlichen Raum. Zu einem Wertungswiderspruch führt dies aber gleichwohl nicht. Einfache Handlungen in geschützten Räumen werden schon deshalb nicht erfasst, da in diesen Fällen keine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs vorliegt. Soweit höchstpersönliche Handlungen im öffentlichen Raum nicht geschützt sind, handelt es sich um eine Einschränkung, die aber als Konkretisierung der Strafbarkeitsgrenze und Begrenzung der Strafbarkeit im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot nicht unzulässig ist. Im Gegenteil. Es erscheint vorzugswürdig, dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts entsprechend auf diesem Weg eine auch in der Praxis wirksame Bestimmtheit der Norm anzustreben.⁴⁹

b) § 238 StGB: Beeinträchtigung der Lebensgestaltung

Im Tatbestand des § 238 Abs. 1 StGB soll zunächst das Merkmal der *schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung* eine Bestimmbarkeit der Strafbarkeitsgrenze ermöglichen. Eine solche Ausgestaltung als Erfolgs- und Verletzungsdelikt dürfte zwar in der Regel zu einer genaueren Bestimmtheit des Tatbestandes führen, als bei Gefährdungsdelikten.⁵⁰ Für § 238 Abs. 1 StGB ist dies jedoch angesichts der weiten Fassung des Erfolgs zweifelhaft, die offen und auf zusätzliche, nicht in der Norm angelegte Wertungen angewiesen ist.⁵¹ Weder dem Begriff der schwerwiegenden Beeinträchtigung,⁵² noch dem der Lebensgestaltung, der nur die objektive, äußere Gestaltung erfasst, lässt sich hin-

47 Ähnlich *Fischer* (o. Fn. 1), § 201a, Rn. 9.

48 S. *Fischer* (o. Fn. 1), § 201a, Rn. 2, 6, 14 mwN.

49 S. *Borgmann* NJW 2004, 2133 (2134).

50 Kritisch gleichwohl *Mitsch* NJW 2007, 1237 (1240).

51 Vgl. *Steinberg* JZ 2006, 30 (32).

52 S. hierzu *Mosbacher* NSZ 2007, 665 (667); *Rengier* (o. Fn. 44), S. 196 f.

reichend klar entnehmen, wann der Erfolg eingetreten und die Strafbarkeitsgrenze überschritten ist. Die Unbestimmtheit des Rechtsgutes schlägt sich in der Fassung des Tatbestandsmerkmals und dessen mangelnder Konkretisierung nieder. Allenfalls die Handlungs- und Entschließungsfreiheit könnte – wenn man sie als Schutzgut ansieht – insoweit herangezogen werden, als eine Beeinträchtigung der Lebensgestaltung erst vorliegt, wenn diese Freiheiten beeinträchtigt sind, d.h. wenn sich die Person gegen ihren Willen anders verhält. Auch dies erbringt indes kaum ein genaueres Verständnis davon, welchen Erfolg die Regelung unter Strafe stellt. Durch die ungenaue Einordnung des Stalking in den 18. Abschnitt zu Straftaten gegen die persönliche Freiheit hat der Gesetzgeber dem Rechtsanwender außerdem die Möglichkeit genommen, die Norm systematisch treffend auszulegen bzw. zu konturieren. Mit der bloßen Bezugnahme auf Freiheit lassen sich keine bestimmenden Kriterien gewinnen.

Hinsichtlich der Tathandlungen beschränkt § 238 Abs. 1 StGB, der in seinen Nr. 1 und 2 auch eine Vielzahl unter normalen Umständen sozialadäquater Verhaltensweisen erfasst, die Strafbarkeit auf das *beharrliche unbefugte Nachstellen*. Unter Nachstellen ist das »Anschleichen, Heranpirschen, Auflauern, Aufsuchen, Verfolgen, Anlocken, Fallen stellen und das Treibenlassen durch Dritte« zu verstehen.⁵³ Dieses erfolgt den Vorstellungen des Gesetzgebers zufolge *beharrlich*, wenn es über die bloße Wiederholung hinausgeht, besonders hartnäckig erfolgt und eine gesteigerte Gleichgültigkeit des Täters gegenüber dem gesetzlichen Verbot zum Ausdruck bringt, wodurch die Begehung weiterer Taten indiziert sei. Dies sei aufgrund einer Gesamtwürdigung der verschiedenen Handlungen zu beurteilen.⁵⁴ Damit handelt es sich bei dem beharrlichen Nachstellen um ein Tatbestandsmerkmal, das für sich alleine nicht hinreichend bestimmbar ist. Schon aus den schillernden Beschreibungen in der Gesetzesbegründung wird deutlich, dass eine Normierung konkreter Verhaltensweisen nicht gewünscht war und dass gerade offen bleiben sollte, welche Verhaltensweisen sich unter dieses Merkmal fassen lassen. Auch die Bezugnahme auf die Wilderei führt nicht weiter, da nach § 292 StGB das Nachstellen zumindest auf einen konkreten Erfolg, nämlich das Erlegen des Wildes, gerichtet ist und aus diesem Umstand heraus genauer bestimmt werden kann. Das Merkmal »beharrlich« schließlich bringt ebenfalls keine hinreichende Begrenzung, zumal es selbst zu unbestimmt ist⁵⁵ und dem problematischen Modell der Gesamtwürdigung folgt.⁵⁶ Es ist für die Bestimmtheit gerade nicht ausreichend, wenn die Gerichte »anstelle des Strafgesetzgebers durch eine unmittelbare Wertung« über die Strafrechtswidrigkeit eines Verhaltens entscheiden.⁵⁷

53 BT-Drs. 16/575, S. 7.

54 BT-Drs. 16/575, S. 7.

55 S. Mitsch NJW 2007, 1237 (1240); Sering NJW-Spezial 2007, 375 (376).

56 Fischer (o. Fn. 1), § 238, Rn. 19.

57 So aber BGHSt 2, 194 (196); vgl. Hoffmann-Holland (o. Fn. 17), S. 140.

Angesichts dessen wurde es zu Recht als erforderlich angesehen,⁵⁸ in der Vorschrift in Abs. 1 Nr. 1 bis 4 verschiedene konkrete Tathandlungen zu normieren, welche die Strafbarkeit erst begründen. Die dadurch erreichte Konkretisierung der Strafbarkeitsgrenze wird indes durch den Auffangtatbestand des Abs. 1 Nr. 5 konterkariert, der »andere vergleichbare Handlungen« unter Strafe stellt. Gerade angesichts der weiten Erfolgsbeschreibung wäre es notwendig gewesen, an dieser Stelle ausschließlich ganz konkrete Tathandlungen zu beschreiben, die eine hinreichend klare Eingrenzung der Strafbarkeit ermöglichen. Dem wird jedenfalls Nr. 5 nicht gerecht.⁵⁹ Zwar gehen einige Autoren davon aus, dass es sich um eine zulässige innertatbestandliche Analogie entsprechend der §§ 315 Abs. 1 Nr. 4, 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB handele, die auf diesem Wege auch bestimmbar sei.⁶⁰ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Regelung nicht neue Formen der bereits in den vorangegangenen Nummern konkret bestimmten Handlungsweisen unter Strafe stellt, sondern eine Vielzahl anderer Verhaltensweisen erfasst, die alleine in ihrer Wirkung mit den Nr. 1 bis 4 vergleichbar sein sollen. Für die Bestimmtheit der Norm reicht es aber nicht aus, wenn erst der Richter durch einen wertenden Vergleich ohne konkrete Anhaltspunkte im Gesetz die Grenzen des Tatbestandes festlegen soll.⁶¹ Hier wirkt problemverschärfend, dass sich aus der Beschreibung des Taterfolgs angesichts des unkonturierten Rechtsgutes – wie dargestellt – kaum Konkretisierungen ergeben.

Darüber hinaus begegnen die Nr. 1 und 2 Bedenken, die zwar bestimmbar sind, in ihrer Weite jedoch den Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nicht mehr genügen, da sie Verhaltensweisen benennen, die sozialadäquat sind, sofern sie nicht unbefugt erfolgen.⁶² Die gesetzgeberische Begründung für die Weite und Unbestimmtheit des Tatbestandes in § 238 Abs. 1 StGB mit ansonsten entstehenden Strafbarkeitslücken ist in zweifacher Hinsicht verfehlt. Zum einen kann und darf das Strafrecht stets nur einen fragmentarischen Rechtsgüterschutz bezwecken, so dass Lücken nicht nur legitim, sondern notwendig sind. Zum anderen bestehen erhebliche Zweifel, ob für die Norm insgesamt überhaupt strafrechtlicher Regelungsbedarf gegeben ist.⁶³

58 Anders allerdings Mosbacher NSZ 2007, 665 (668 f.).

59 Gazeas JR 2007, 497 (501 f.); ähnlich Valerius JuS 2007, 319 (324).

60 Abl. Lackner/Kühl (o. Fn. 25), § 238, Rn. 5; s. aber auch Neubacher/Seher JZ 2007, 1029 (1033).

61 Fischer (o. Fn. 1), § 238, Rn. 6a, 17b.

62 Ablehnend im Hinblick auf die Strafwürdigkeit Kinzig ZRP 2006, 255 (257 f.).

63 S. Albrecht FPR 2006, 204 (207 f.).

IV. Resümee

Kern der vorangegangenen Überlegungen ist, dass der Gesetzgeber bei weniger konkreten Rechtsgütern umso klarere Formulierungen auf Tatbestandsebene wählen muss, um den Anforderungen an die Bestimmtheit gerecht zu werden. Mit Blick auf die Beispiele des strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes zeigen sich Unterschiede in der Konturierung der durch §§ 201a und 238 StGB geschützten Rechtsgüter. Während § 201a StGB die inhaltlich näher bestimmte Intimsphäre als Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes erkennen lässt, zeigt § 238 StGB nur einen konturlosen Schutz privater Ordnung. Diese Unterschiede schlagen sich in der Bestimmtheit der Normen wieder. Die Strafbarkeit der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen wird durch Tatbestandsmerkmale, die angesichts des Rechtsgutes Eingrenzungen erlauben, hinreichend bestimmt. Hinsichtlich § 238 StGB aber ist jedenfalls der Auffangtatbestand des Abs. 1 Nr. 5, der »andere vergleichbare Handlungen« unter Strafe stellen will, angesichts der konturlosen Rechtsgutsbestimmung zu unbestimmt und daher mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht zu vereinbaren.

Der Schutz des Persönlichkeitsrechts im Strafverfahren

Joachim Kretschmer

Vorbemerkung

Das Strafverfahren berührt als Ganzes, aber auch mit jeder einzelnen Anordnung die Grundrechte der Betroffenen. In seiner staatlichen Zwangswirkung ist die Durchführung des Strafverfahrens vom Ermittlungsverfahren bis zur Vollstreckung geprägt von Eingriffen in die persönlichen und sachlichen Rechte der betroffenen Bürger. Betroffen sind in vielfältiger Form die Grundrechte als die Persönlichkeitsrechte der Bürger. Die Grundrechte dienen der Persönlichkeitsentfaltung des Individuums. Hinter dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG verbergen sich als verschiedene Ausformung die Rechte auf Selbstbestimmung, Selbstbewahrung und Selbstdarstellung.¹ Die Selbstbewahrung als Teilelement des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährt dem Einzelnen das Recht sich zurückzuziehen, sich abzuschirmen und allein für sich zu bleiben. Das Individuum darf seine persönliche und soziale Identität wahren. In der Selbstdarstellung zeigen sich im Einzelnen das Recht am eigenen Wort und Bild und der Schutz vor herabsetzenden und ungebetenen öffentlichen Darstellungen. In der Achtung der Grundrechte zeigt der strafverfolgende Staat, dass er die seiner Gewalt Unterworfenen in ihrer Subjektstellung achtet. Ein Staat, der die Person und dessen grundrechtliche Freiheitsstellung nicht achtet, betreibt eine menschenverachtende Strafverfolgung. Das Thema »Der Schutz des Persönlichkeitsrechts im Strafverfahren« wird von mir in dem Sinn verstanden, dass es um den Schutz der Person in ihrer grundrechtlichen Stellung *im*, nicht *durch* das Strafverfahren geht: Wie muss ein Strafverfahren ausgestaltet sein, damit es bei aller Zwangswirkung die persönliche und soziale Identität des Individuums achtet?

I. Der Konflikt zwischen Freiheit und Sicherheit

Jede liberale und rechtsstaatliche Gesellschaft steht vor der Aufgabe, die widerstreitenden Interessen im Strafverfahren zu einem gerechten Ausgleich zu bringen. Die rechtsstaatliche Effektivität der Strafrechtspflege verlangt nach umfas-

¹ Siehe *Pieroth/Schlink* (Grundrechte, Staatsrecht II, 22. Aufl., 2006), Rn. 373 ff.