

Nikolaos Gazeas¹

»Stalking« als Straftatbestand – effektiver Schutz oder strafrechtlicher Aktionismus?

Eine kritische Betrachtung des Gesetzesentwurfes unter besonderer Berücksichtigung des Bestimmtheitsgrundsatzes des Art. 103 Abs. 2 GG

Der Gesetzgeber hat sich entschlossen, dem Phänomen des Stalking mit der schärfsten Waffe entgegenzutreten, die ihm zur Verfügung steht: dem Strafrecht. Dazu ist er in jüngster Vergangenheit zu einem neuen Gesetzesentwurf vorgedrungen, der in diesem Aufsatz kritisch reflektiert werden soll. Nach einer Einleitung (I) wird zunächst der aktuelle Diskussionsstand um die Einführung dieses Straftatbestandes dargestellt (II), dem eine Darbietung der bisherigen Genese des Gesetzes folgt (III). Schwerpunkt des Aufsatzes bildet die Analyse des aktuellen Gesetzesentwurfes (IV), in deren Anschluss Überlegungen zur Vereinbarkeit des Gesetzesvorhabens mit dem Bestimmtheitsgrundsatz angestellt werden (V). Abschließend erfolgt ein Fazit (VI).

I. Einleitung

Das Phänomen des Stalking ist bereits seit längerem bekannt. Seine Vorläufer reichen bis in die Antike zurück. So sind in den Texten von Hippokrates, Plutarch, Cicero und vielen anderen schon Szenen fehlgeleiteter Liebe mit schädlichen Auswirkungen für den Betroffenen zu lesen, die wir heute unter den Begriff »Stalking« fassen würden. Exemplarisch sei hierfür nur an die Sage erinnert, für die Liebe der Unterweltgöttin Proserpine in den Hades zu steigen.²

Der englische Begriff Stalking stammt aus der Jägersprache und bedeutet so viel wie »anpirschen« oder »anschleichen«. Inzwischen wird der Begriff aber auch in Deutschland als Umschreibung für eine fortgesetzte Verfolgung, Belästigung oder Bedrohung einer anderen Person gegen deren Willen verwendet.³ Eine allgemeingültige Definition des Stalking gibt es allerdings nicht; seine Erschei-

¹ Herrn em. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans Joachim Hirsch danke ich für die kritische Durchsicht des Manuskripts sowie Frau Mareike Herrmann (Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität zu Köln) für die wertvolle Unterstützung bei den Korrekturen.

² Dieses und weitere Beispiele finden sich bei Knecht, Kriminalistik 2003, 634.

³ Mittlerweile findet sich diese Bedeutungserklärung gar im Duden, Die deutsche Rechtschreibung, Band 1, 23. Aufl. 2004. Er wurde im deutschen Sprachraum durch A. A. Tarkowskis Film »Stalker« (1979) bekannt, vgl. Brockhaus – Die Enzyklopädie in 30 Bänden, 21. Aufl.

nungsformen sind vielfältig.⁴ Eine der ersten wissenschaftlichen Definitionen in der forensischen Psychologie aus dem Jahr 1993 spricht von »einem obsessiven oder unnormale langen Muster von Bedrohung oder Belästigung, das gegen ein bestimmtes Individuum gerichtet ist.«⁵

In den letzten Jahren ist dieses Phänomen immer mehr in den Fokus der Öffentlichkeit gerückt und hat insbesondere in den Print- und TV-Medien starke Beachtung gefunden.⁶ Auch der Gesetzgeber hat diese Problematik schon seit einiger Zeit erkannt und ist mit der Verabschiedung des Gewaltschutzgesetzes (GewSchG)⁷ einen ersten Schritt in Richtung Opferschutz gegangen.⁸ Da dies für unzureichend erachtet wurde, hat sich der Gesetzgeber entschlossen, Stalking künftig in einem eigenen Straftatbestand unter Strafe zu stellen.⁹ Die Aufnahme eines genuinen Straftatbestandes in das Kernstrafrecht stellt hierbei nur eine der vielen weiteren Möglichkeiten dar, dem Schutz der Opfer Rechnung zu tragen.¹⁰ Nur diese soll aus aktuellem Anlass an dieser Stelle reflektiert werden.

II. Diskussionsstand um die Einführung eines Stalking-Straftatbestandes

Dass ein Stalking-Straftatbestand kommen wird, ist sicher.¹¹ Offen ist allein, wie dieser letztlich aussehen wird.

Während lange Zeit im Wesentlichen zwei ernsthaftige Vorlagen, einerseits von der alten SPD-geführten Bundesregierung, andererseits von Seiten des Bundesrates zur Beratung anstanden, wurde am 11. Mai 2006 neues Wasser auf die Mühlen des Gesetzgebers gegossen.¹² Denn die nunmehr neue schwarz-rote Bundesregierung und die Länder einigten sich auf eine Kompromisslinie, die in einer Synthese aus den beiden – zum Teil sehr unterschiedlichen – Entwürfen besteht. Dies geschah indes in einer für ein Gesetzgebungsverfahren äußerst

4 Vgl. zu den Erscheinungsformen des Stalking aus der jüngeren Literatur nur Hoffmann, Stalking, 2006; Voß/ Hoffmann/ Wondrak/ Weißer Ring (Deutschland), Stalking in Deutschland, 2006; Bettermann/ Feenders (Hrsg.), Stalking, 2004; ferner Vander, KritV 2006, 81, 82 f.; Rillinger/Stange, StraFo 2003, 194, Knecht, Kriminalistik 2003, 634.

5 Zonal/ Sharma/ Lane, A comparative study of erotomanic and obsessional subjects in a forensic sample in: Forensic Sciences 38 (4), S. 884, 896; vgl. zu einer Definition des Stalking auch Hoffmann, Stalking, 2006, S. 1 ff.; Vander, KritV 2006, 81, 82.

6 Vgl. nur DIE ZEIT vom 18.5.2006, S. 13; Frankfurter Rundschau vom 13.3.2006; DER SPIEGEL, Heft 50/2005, S. 19; DER SPIEGEL, Heft 42/2005, S. 72; Süddeutsche Zeitung vom 10.12.2005, S. 37; Süddeutsche Zeitung vom 28.11.2005, S. 5; Frankfurter Allgemeine Zeitung, 24.09.2005, Nr. 223, S. 4; unter dem Titel »Mit den Nerven am Ende« nahm sich auch die SWR-Sendung »Tatort« des Themas Stalking an – »Unter Kontrolle«, ARD, 5.3.2006, 20.15 Uhr.

7 Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (GewSchG) vom 11.12.2001, BGBl. I 2001, S. 3513, in Kraft getreten am 1.1.2002.

8 Vgl. zum Gewaltschutzgesetz Schweikert/Baer, Das neue Gewaltschutzrecht, 2002; Rupp (Hrsg.), Rechtsstaatliche Untersuchung zum Gewaltschutzgesetz, 2005; Meyer, ZStW 115 (2003), 249, 268 ff.; Kaboth, ZUM 2003, 342; Rino, Kriminalistik 2002, 53; Schulte-Bunert, RpfStud 2003, 129; Vossler, FamRB, 2002, 56; Walter, ZUM 2002, 886; Müller, FF 2002, 43; Pollähne, NK 2002, 56; Gropp, NK 2002, 112; Frommel, Das Gewaltschutzgesetz, in: Egg/Minthe (Hrsg.), Opfer von Straftaten; dies., KrimZ 40, 2003, 283.

9 Vgl. die Vereinbarung im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 11.11.2005, Abschnitt B. VIII. 2.1., Zeile 5877 ff., S. 120, abrufbar unter <http://www.bundesregierung.de>.

10 Vgl. zu möglichen Alternativen nur Vander, KritV 2006, 81, 97 f.; Steinberg, JZ 2006, 30, 33; Frommel, NK 2005, 86.

11 Vgl. nur Vereinbarung im Koalitionsvertrag (Fn. 9), Abschnitt B. VIII. 2.1., Zeile 5877 ff., S. 120. Mit Ausnahme der Linken im Deutschen Bundestag sprechen sich alle Fraktionen für die Einführung eines Straftatbestandes aus, vgl. Plenarprotokoll zur 35. Sitzung vom 11.5.2006, S. 2969 ff.

12 Dieser Umstand machte eine völlige Neubearbeitung des zum damaligen Zeitpunkt bereits abgeschlossenen Manuskripts notwendig. Ein Trost ist es, dass das ursprüngliche Manuskript nach Fertigstellung den zuständigen Dezernaten des BMJ und der Länder zur Verfügung gestellt wurde und dort berücksichtigt werden konnte.

unüblichen Art und Weise: Just an diesem Tag fand im Deutschen Bundestag die erste Beratung des von der Bundesregierung eingebrachten Entwurfs eines *Gesetzes zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen*¹³ sowie des von dem Bundesrat eingebrachten *Entwurfs eines Stalking-Bekämpfungsgesetzes*¹⁴ statt. Beide Gesetzesentwürfe gab es jedoch zu diesem Zeitpunkt nicht mehr in dieser Form. Stattdessen hatte sich die Bundesregierung mit den Ländern auf einen Kompromiss geeinigt, den es wiederum nicht in Form eines Gesetzesentwurfs gab. Dieser Kompromissentwurf wurde einige Stunden vor der parlamentarischen Debatte als Pressemeldung des Bundesministeriums der Justiz (BMJ) veröffentlicht¹⁵ – und auch nur auf diesem Wege den Parlamentariern zugänglich gemacht. Freilich führte dieses »Bisschen an Rechtsstaatschaos«¹⁶ zu keiner großen Diskussion über Einzelheiten des Entwurfs, sondern vielmehr zu einer Überweisung der Entwürfe in die entsprechenden Ausschüsse.¹⁷ Das »Bisschen an Rechtsstaatschaos« wird dadurch fortgesetzt, dass für den neuen Gesetzesentwurf bislang auch keine eigenständige Begründung vorliegt,¹⁸ vielmehr auf die einzelnen Passagen der »alten« Entwürfe bei der hier anzustellenden Analyse zurückgegriffen werden muss.¹⁹

Die Aktivität des Gesetzgebers in dieser Hinsicht hat Interessenverbände²⁰ zu Stellungnahmen veranlasst und vereinzelt auch das Schrifttum zu – meist sehr kurzen – Auseinandersetzungen mit den zwei alten, seinerzeit noch aktuellen Entwürfen bewogen.²¹

Colorandi causa sei noch auf zwei Entwürfe aus der Literatur hingewiesen, die von *Pechstaedt*²² und *Frank Meyer*²³ eingebracht haben. Da sie in das konkrete Gesetzgebungsverfahren jedoch nicht eingeflossen sind, sollen sie hier außer Betracht bleiben.

13 BT-Drs. 16/575, der inhaltsgleich auch als BR-Drs. 617/05 existiert.

14 BT-Drs. 16/1030, der inhaltsgleich auch als BT-Drs. 15/5410 existiert.

15 Pressemeldung abrufbar unter www.bmj.bund.de.

16 So Jerzy Montag (Bündnis 90/Die Grünen) in seiner Rede zur ersten Beratung der Entwürfe, vgl. Plenarprotokoll zur 35. Sitzung vom 11.5.2006, S. 2973 D, 2974 A.

17 Plenarprotokoll zur 35. Sitzung vom 11.5.2006, S. 2974 B.

18 Bis zum Abschluss dieses Manuskripts (Juni 2006) lag eine Gesetzesbegründung hierfür nicht vor.

19 Diese Methode vermag freilich nicht überall weiterzuhelfen, denn der neue Entwurf ist zwar überwiegend wie ein Puzzle aus den beiden alten Entwürfen zusammengestellt, enthält jedoch in Einzelteilen auch neu verfasste Passagen.

20 Verwiesen sei an dieser Stelle nur auf die sehr ausführliche Stellungnahme des *Deutschen Richterbundes* Nr. 2 vom März 2005, in dem er im Ergebnis vor einer Umsetzung des alten Bundesratsentwurfs warnte, abrufbar unter <http://www.drj.de/pages/html/stellung/st-stalking.html>; ferner die gemeinsamen Stellungnahmen der *ARD*, *BDZV*, *DJV*, *Deutschen Presserates*, *VDZ*, *dju/ver.di*, *VPRT* und des *ZDF* (im folgenden Medienverbände genannt) vom 6.7.2005 und 5.5.2006 (unveröffentlicht), die ebenso viele Schwachstellen monieren, sowie die Stellungnahme des *Deutschen Juristinnenbundes* vom 13.6.2005, abrufbar unter <http://www.djb.de/Kommissionen/kommission-strafrecht/sn-185/>, wonach die bestehenden Strafgesetze ausreichen und von der Einführung eines Stalking-Straftatbestandes zum jetzigen Zeitpunkt abgeraten wird. Erstaunlich bleibt festzustellen, dass sich bisweilen weder der *Strafrechtsausschuss der BRAK*, noch die *Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV* mit einer Stellungnahme zu diesem Gesetzesvorhaben geäußert haben.

21 *Steinberg*, JZ 2006, 30; ZRP-Rechtsgespräch mit *Weber-Hassemer* in ZRP 2006, 69; *Wagner*, FPR 2006, 208; *ders.*, RuP 2005, 21; *ders.*, forum kriminalprävention 2005, 3; *Fünfsinn*, NK 2005, 82; *Freundenberg*, NK 2005, 84; *Frommel*, NK 2005, 86; ausführlich zu beiden Entwürfen ferner *Vander*, KritV 2006, 81 und *Sommerfeld/Voß*, SchLHA 2005, 326, die den Bundesratsentwurf begrüßen und vereinzelt konkrete Verbesserungsvorschläge unterbreiten.

22 *Von Pechstaedt*, Stalking: Strafbarkeit nach englischem und deutschem Recht, Diss. 1999, S. 148.

23 *Frank Meyer*, ZStW 115 (2003) 249, 283 ff.

Die derzeit zur Diskussion stehende Kompromisslinie lässt sich nur unter dem Hintergrund der Entwicklungen verstehen, die zu ihr geführt haben. Aus diesem Grund sollen die beiden ursprünglichen Entwürfe der noch SPD-geführten Bundesregierung sowie des Bundesrates vorab kurz dargestellt werden.²⁴

1. Die Initiativen der Länder/des Bundesrates

Aus der Feder des Bundesrates, der seit 2004 vier verschiedene Entwürfe für ein Stalking-Bekämpfungsgesetz²⁵ diskutiert hat, ist ein Entwurf²⁶ entstanden, dessen Kerninhalt zunächst die Einführung eines Straftatbestandes unter dem Titel »Schwere Belästigung« (§ 238 StGB-E) bildete. Weiteres Kernstück war eine Änderung des Rechts der Untersuchungshaft. Durch eine Ergänzung des Haftgrundes der Wiederholungsgefahr (§ 112a StPO) sollte die Möglichkeit geschaffen werden, eine sog. »Deeskalationshaft« gegen gefährliche Täter anzuordnen. Der Wortlaut des Gesetzesvorschlages für die materielle rechtliche Norm im StGB lautete:

§ 238

Schwere Belästigung

(1) Wer unbefugt und in einer Weise, die geeignet ist, einen Menschen in seiner Lebensgestaltung erheblich zu beeinträchtigen, diesen nachhaltig belästigt, indem er fortgesetzt

1. ihm körperlich nachstellt oder ihn unter Verwendung von Kommunikationsmitteln verfolgt,
 2. ihn, einen seiner Angehörigen oder eine andere ihm nahe stehende Person mit einem empfindlichen Übel bedroht oder
 3. andere, ebenso schwerwiegende Handlungen vornimmt,
- wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Bringt der Täter das Opfer, einen Angehörigen des Opfers oder einen anderen dem Opfer nahe stehenden Menschen durch die Tat in die Gefahr einer erheblichen Gesundheitsschädigung, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.

(3) Auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter das Opfer, einen Angehörigen des Opfers oder einen anderen dem Opfer nahe stehenden Menschen bei der Tat körperlich schwer misshandelt oder durch die Tat in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.

(4) Verursacht der Täter durch die Tat den Tod des Opfers, eines Angehörigen des Opfers oder eines anderen dem Opfer nahe stehenden Menschen, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.

(5) In minder schweren Fällen des Absatzes 3 ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen des Absatzes 4 auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen.

²⁴ Vgl. zur Genese dieser Entwürfe ebenso *H.-J. Albrecht*, FPR 2006, 204, 205; *Vander*, KritV 2006, 81, 87.

²⁵ Initiative Hessens v. 5.7.2004, BR-Drs. 551/04; Rechtsausschuss-Empfehlung vom 10.11.2004, BR-Drs. 551/1/04; Entwurf des Landes Schleswig-Holstein vom 17.3.2005, BR-Drs. 551/2/04 und letztlich der Bundesrats-Entwurf vom 18.3.2005, BR-Drs. 551/04 (Beschluss), der mit Beschluss vom 10.02.2006 (BR-Drs. 48/06) wieder in den Bundestag eingebracht wurde.

²⁶ BT-Drs. 15/5410 vom 27.04.2005, der mit der BT-Drs. 16/1030 vom 23.3.2006 in der neuen Legislaturperiode weiterverfolgt wird. Der Bundesratsentwurf wird im Folgenden nach der BT-Drs. 15/5410 zitiert.

(6) 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. Die Initiative der früheren SPD-geführten Bundesregierung

Der ursprüngliche Entwurf der Bundesregierung, der auf einen Referentenentwurf aus dem BMJ zurückgeht,²⁷ sah die Einführung eines § 241b StGB-E »Nachstellung« vor. Auf eine Deeskalationshaft, wie sie der Entwurf des Bundesrates vorsah, wurde verfassungsrechtlicher Bedenken wegen ebenso verzichtet wie auf die Implementierung eines Auffangtatbestandes. Auch Qualifikationstatbestände wurden nicht für notwendig gehalten. Der Gesetzesvorschlag lautete im Wortlaut:

§ 241b Nachstellung

- (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, oder
 4. ihn mit der Verletzung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit seiner selbst oder einer ihm nahe stehenden Person bedroht,
- und dadurch seine Lebensgestaltung schwerwiegend und unzumutbar beeinträchtigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) Die Tat nach Absatz 1 wird 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.

IV. Analyse des (aktuellen) Gesetzesentwurfs

Der Koalitionsharmonie verpflichtet, haben sich auf Einladung der Bundesministerin der Justiz Vertreter der Bundesregierung und einzelner Länder²⁸ »zusammengesetzt und für strittige Fragen eine Lösung gefunden«,²⁹ aus der der als »Kompromisslinie«³⁰ bezeichnete Entwurf hervorging. Dieser ist in praxi der einzige heute zur Diskussion stehende Entwurf. Sein Wortlaut lautet wie folgt:

²⁷ Referentenentwurf vom 15.4.2005, der zunächst in der 15. Legislaturperiode als Regierungsentwurf am 12.08.2005 in das Gesetzgebungsverfahren (BR-Drs. 617/05) und in der neuen Legislaturperiode erneut eingebracht wurde (BT-Drs. 16/575 vom 8.2.2006). Im Folgenden wird dieser Entwurf nach der BT-Drs. 16/575 zitiert.

²⁸ Hessen und der Freistaat Bayern.

²⁹ Pressemeldung des BMJ vom 11.05.2006, abrufbar unter www.bmj.bund.de.

³⁰ Ebd.

Schwere Belästigung

- (1) Wer einen Menschen unbefugt belästigt, 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.
- (2) Auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter das Opfer, einen Angehörigen des Opfers oder einen anderen dem Opfer nahe stehenden Menschen durch die Tat in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.
- (3) Verursacht der Täter durch die Tat den Tod des Opfers, eines Angehörigen des Opfers oder eines anderen dem Opfer nahe stehenden Menschen, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.
- (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.

1. Schutzgut – Systematik – Allgemeines

Der Entwurf versteht, nachdem der Vorschlag des Bundesrates Einzug in die Kompromisslinie gefunden hat, die massive Beeinträchtigung der Freiheitsphäre des Opfers als typische Folge des Stalking.³¹ Da sie ihrem Schweregrad nach der Einschränkung der Freiheit zur Ortsveränderung nicht nachstehe, diese häufig sogar überwiege, wird der Standort in § 238 StGB-E und damit in unmittelbarer Nähe zur Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) gerechtfertigt.³² Sowohl mit der Bezeichnung des Tatbestandes als auch mit seiner Verortung in § 238 StGB haben sich die Länder durchgesetzt.

Geschützte Rechtsgüter des § 238 StGB-E sind ausweislich der Begründung des Bundesrates die Entschließungs- und Handlungsfreiheit des Opfers, aber auch die körperliche Unversehrtheit und das Leben.³³ Ziel des Entwurfes ist es, Strafbarkeitslücken zu schließen.³⁴ Folglich sollen mit dem neuen Tatbestand Eingriffe in die Freiheitsphäre des Opfers durch Maßnahmen, die für sich allein betrachtet u.U. nicht strafbar sind, pönalisiert werden.³⁵

§ 238 Abs. 1 StGB-E soll als Privatklagedelikt ausgestaltet werden, wobei auch die Nebenklage eröffnet werden soll.³⁶ Eine Tat nach § 238 Abs. 1 StGB-E

31 BT-Drs. 15/5410, S. 6.

32 BT-Drs. 15/5410, S. 6.

33 BT-Drs. 15/5410, S. 6.

34 Vgl. nur BT-Drs. 15/5410, S. 1, 6.

35 Sommerfeld/Voß, SchlHA 2005, 326, 327.

36 BT-Drs. 15/5410, S. 8

2. Der Grundtatbestand (§ 238 Abs. 1 StGB-E)

Als eine Synthese der beiden divergierenden Gesetzesentwürfe wird bei dieser Vorlage nun der Grundtatbestand des Absatzes 1 fast wörtlich aus dem Vorschlag der früheren Bundesregierung übernommen. Lediglich die Tathandlung, die im alten Regierungsentwurf das *Nachstellen* war, ist jetzt das *Belästigen*. Die Aufzählung der Tatalternativen soll indes nicht abschließend sein. Vielmehr haben sich die Länder mit ihrem Wunsch nach Implementierung eines Auffangtatbestandes durchgesetzt, der allerdings nun einen anderen Wortlaut hat.

a. Die Ausgestaltung als Erfolgsdelikt

Während der Vorschlag des Bundesrates dahin ging, das Delikt als potentielles Gefährdungsdelikt auszugestalten, was teilweise moniert wurde,³⁷ soll der Tatbestand nun als Erfolgsdelikt ausgestaltet werden. Durch die Formulierung »und *dadurch* seine Lebensgestaltung [...] beeinträchtigt« wird der Charakter des Delikts als *Erfolgsdelikt* deutlich. Es muss zu einer tatsächlichen, objektivierbaren Beeinträchtigung auf Seiten des Opfers gekommen sein.³⁸ Kritiker dieser Deliktsartgestaltung bemängeln, bei Ausgestaltung als Erfolgsdelikt würde der »intendierte Opferschutz ins Leere laufen«. ³⁹ Des Erfordernisses eines Kausalitätsnachweises sowie der damit einhergehenden Beweisschwierigkeiten wegen ziehen sie eine Ausgestaltung als Eignungsdelikt vor.⁴⁰ Die vorgetragene Kritik überzeugt indes nicht.

Eine Ausgestaltung als Verletzungsdelikt ist der Sache nach angemessen und trägt überdies dem Übermaßverbot Rechnung.⁴¹ Die Ausgestaltung als potentielles Gefährdungsdelikt hingegen pönalisiert auch Handlungen, die nur sozial-ethisch verwerflich sind, jedoch – etwa wegen einer stabilen und souveränen Konstitution des Opfers – de facto zu keiner Rechtsgutsverletzung führen. Was der Strafgrund dieser zwar unseren gesellschaftlichen Vorstellungen nicht entsprechenden, jedoch ein Rechtsgut nicht beeinträchtigenden Handlungen sein soll, wird nicht ersichtlich. Außer den vorgetragenen Gründen der Praktikabilität (Umgehung von Beweisschwierigkeiten) bleiben die Befürworter dieser Lösung eine Begründung für diese Gefährdungspönalisierung schuldig. Die Entscheidung, den Tatbestand als Erfolgsdelikt auszugestalten, ist damit als erfreulich anzusehen.

³⁷ In meinem ursprünglichen Manuskript sprach ich mich gegen die Ausgestaltung als potentielles Gefährdungsdelikt aus, weil ich eine Erforderlichkeit für diese Strafbarkeitserweiterung nicht sehe. Zudem ließe eine missverständliche Formulierung in der Entwurfsbegründung darauf schließen, dass bei der Beurteilung der Frage, ob eine Eignung zur Beeinträchtigung vorliegt, auf das konkrete Opfer abzustellen sei, was dem Verständnis der Eignungsdelikte, die regelmäßig von einer generellen Eignung ausgehen, widersprach.

³⁸ BT-Drs. 16/575, S. 11.

³⁹ So *Sommerfeld/Voß*, SchlHA 2005, 326, 328 (die Autoren haben selbst am Entwurf des Bundesrates sowie dem Entwurf des Landes Schleswig-Holstein mitgewirkt). Ferner jüngst *Wagner*, FRP 2006, 208, 209 (der am frühen Entwurf Hessens sowie des Bundesrates mitgewirkt hat).

⁴⁰ *Sommerfeld/Voß*, SchlHA 2005, 326, 328; *Wagner*, FRP 2006, 208, 211.

⁴¹ A.A. *Vander*, KritV 2006, 81, 94.

Tathandlung ist das *Belästigen*.⁴² Von der Verwendung des Verbs »nachstellen«, wie im alten Regierungsentwurf vorgeschlagen, hat man sich folglich distanziert,⁴³ was zu begrüßen ist, vergegenwärtigt man sich, dass der Begriff des Nachstellens dem Tatbestand der Jagdwilderei entnommen wurde (»dem Wild nachstellen«, § 292 Abs. 1 Nr. 1 StGB) und eine Übertragung der hierzu bestehenden Rechtsprechung und Literatur vielleicht zu amüsanten, jedoch im Ergebnis der Tatobjektdivergenz wegen wohl kaum brauchbaren Ergebnissen führen würde. Der Begriff des *Belästigens* findet sich auch in § 183 Abs. 1 StGB (exhibitionistische Handlungen) sowie in § 1 GewSchG. Ausweislich der Entwurfsbegründung soll die hierzu existierende Rechtsprechung und Literatur herangezogen werden können.⁴⁴ Diese ist jedoch nur bedingt übertragbar. Nach hierzu bestehendem Schrifttum muss die Handlung des Täters das Opfer in seinem Empfinden nicht unerheblich beeinträchtigen.⁴⁵ Erforderlich ist ein negatives Gefühlsempfinden von einigem Gewicht.⁴⁶ Das unbestimmte Tatbestandsmerkmal wird dadurch nur mit – ebenso unbestimmten – und ungenauen Umschreibungen verziert. Die Rechtsprechung wird daher im Rahmen ihrer Kasuistik eine neue Begriffskonkretisierung vornehmen müssen.⁴⁷

c. *»beharrlich«*

Der Täter muss eine der fünf Handlungsalternativen *»beharrlich«* erfüllen. Auch dieser Terminus ist dem Strafgesetzbuch nicht fremd. Er findet in einer Vielzahl von Paragraphen Verwendung.⁴⁸ Dem gemeinen Sprachgebrauch nach ist unter *»beharrlich«* ein ausdauerndes, zäh festhaltendes, standhaftes oder hartnäckiges Verhalten zu verstehen.⁴⁹ Auch die Entwurfsverfasser interpretieren das Wort als *»wiederholtes Handeln«* oder *»andauerndes Verhalten«*.⁵⁰ Ausweislich der Begründung ist Beharrlichkeit jedoch nicht schon bei Wiederholung gegeben. Der Begriff soll vielmehr *»eine in der Tatbegehung zum Ausdruck kommende Hartnäckigkeit und gesteigerte Gleichgültigkeit des Täters gegenüber dem gesetzlichen Verbot«* zum Ausdruck bringen, wobei zugleich *»die Gefahr einer weiteren Begehung«* indiziert sein soll.⁵¹ Zwar soll eine wiederholte Begehung stets Voraussetzung, jedoch allein für sich nicht ausreichend sein. Erforderlich ist also eine überschießende Innentendenz des Täters dahingehend, dass er aus Missachtung des entgegenstehenden Willens oder aus Gleichgültigkeit handelt, wobei ein Wille vorhanden sein muss, sich auch in Zukunft so zu verhalten.⁵² Ob

42 BT-Drs. 15/5410, S. 6.

43 Der Begriff findet sich jedoch in § 1 Abs. 2 Nr. 2 b GewSchG.

44 BT-Drs. 15/5410, S. 6.

45 *Tröndle/Fischer*, StGB, 53. Aufl. 2006, § 183 Rn. 6.

46 *Lenckner/Perron* in: *Schönke/Schröder*, StGB, 27. Aufl. 2006, § 183 Rn. 4; *Wolters/Horn* in: *SK-StGB*, 8. Aufl. 2004, § 183 Rn. 3; *Laubenthal*, Sexualstrafrecht, 2000, Rn. 553.

47 Vgl. zuletzt BGHSt Gs 50, 40, 52 der dort erneut betont, dass »schöpferische Rechtsfindung« zur Rechtsfortbildung dem Richter nicht grundsätzlich verwehrt ist.

48 So in § 56d Abs. 3, § 56f Abs. 1 Nr. 2, 3, § 67g Abs. 1 Nr. 2, 3, § 70b Abs. 1 Nr. 2, 3, § 184d StGB. Auch in anderen Gesetzen außerhalb des StGB ist dieser Begriff wiederzufinden (so etwa im SGB, JGG, JuArbSchG, WehrStGB, SchwarzArbG, wo er zumeist in Strafvorschriften verwendet wird).

49 Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in 10 Bänden, 3. Aufl. 1999.

50 BT-Drs. 16/575, S. 10.

51 BT-Drs. 16/575, S. 10.

52 Vgl. ebd.

eine Handlung »beharrlich« ist oder nicht, soll eine Gesamtwürdigung der verschiedenen Handlungen ergeben.⁵³

Hierin ist im Vergleich zum alten Bundesratsentwurf ein viel restriktiverer Anwendungsbereich zu erkennen. Während objektiv eine mehrmalige Verwirklichung der beschriebenen Tatalternativen erforderlich ist, muss aus dieser Handlungsart heraus die Unrechtsgesinnung des Täters erkennbar werden. Darüber hinaus muss der Täter die Absicht haben, sein Handeln zukünftig fortzusetzen. Auch dies ist als wichtige Einschränkung der Strafbarkeit zu begrüßen. Für eine Ausgestaltung als Straftatbestand ist es ferner verhältnismäßig, mit der hM zu beharrlichen Verstößen eine besondere Hartnäckigkeit und damit eine gesteigerte Gleichgültigkeit in wiederholtem Maße zu verlangen.⁵⁴ Die zu diesem Terminus bestehende Rechtsprechung und Literatur kann wohl übernommen werden.

Statt eine gewisse Mindestanzahl an Handlungen vorzuschreiben,⁵⁵ soll richtigerweise nunmehr eine Gesamtwürdigung der Tat darüber befinden, ob das Tatbestandsmerkmal erfüllt ist oder nicht. Denn das Phänomen des Stalking ist so facettenreich, dass jeder Einzelfall für sich betrachtet werden muss. Der Terminus ist damit um ein Vielfaches vorzuzugswürdiger, als das Äquivalent des »nachhaltigen« oder »fortgesetzten« Handelns des Bundesratsentwurfs.

d. »unbefugt«

aa. Allgemeines

Das Merkmal »unbefugt« ist Tatbestandsmerkmal. Es war in beiden Vorentwürfen vorgesehen. Die Begründungen hierzu divergieren jedoch geringfügig.⁵⁶ Liegt ein Einverständnis des Opfers vor oder handelt der Täter befugt, so ist der Tatbestand nicht erfüllt.⁵⁷ Erforderlich ist insoweit ein Handeln *gegen* den Willen des Opfers.⁵⁸

Die Implementierung dieses Merkmals in den Tatbestand ist wichtig und sinnvoll. Befugtes Handeln darf nicht erst auf Rechtswidrigkeitsebene gerechtfertigt werden, sondern muss schon tatbestandslos bleiben. So dürfte derjenige befugt und damit tatbestandslos handeln, der seine geschiedene Ehefrau mehrmals versucht zu erreichen, um eine vernünftige Lösung für das zugesprochene gemeinsame Sorgerecht zu erwirken.

bb. Auswirkungen auf die Pressetätigkeit

Fraglich bleibt, welche Auswirkungen das Merkmal »unbefugt« für die Tätigkeit der Presseorgane hat. Ausweislich der ursprünglichen Bundesratsbegründung sollte an dieser Stelle die Pressefreiheit berücksichtigt werden,⁵⁹ während die Bundesregierung diese Abwägung unter dem Terminus »unzumutbar« beabsichtigte.⁶⁰

⁵³ Ebd.; anders hingegen Österreich, das sich den alten Regierungsentwurf zu Eigen gemacht hat. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens hat man dort von dem Erfordernis der Wiederholungsabsicht Abstand genommen, vgl. Vorlagematerialien 1316 d. B., S. 5.

⁵⁴ Vgl. nur BGH NStZ 1992, 594 zu § 148 GewO; OLG Köln GA 1984, 333; Hörnle in: MüKo-StGB, Bd. 2/2, 2005, § 184d Rn. 5; *Laufhütte* in: LK-StGB, Bd. 5, 11. Aufl. 1995, § 184a Rn. 4; *Lenckner/Perron* in: Schönke/Schröder, StGB, § 184a Rn. 5; *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, § 184a Rn. 5; *Tröndle/Fischer*, StGB, § 184d Rn. 5.

⁵⁵ So noch der alte Bundesratsentwurf, der fünf Handlungen oder Handlungsbündel forderte, vgl. BT-Drs. 15/5410, S. 7.

⁵⁶ Vgl. BT-Drs. 16/575, S. 9 f. und BT-Drs. 15/5410, S. 7.

⁵⁷ BT-Drs. 15/5410, S. 7.

⁵⁸ Ebd.

⁵⁹ Ebd.

⁶⁰ BT-Drs. 16/575, S. 12.

Dem Bundesrat zufolge sollten Presseorgane, soweit sie sich im Rahmen der verfassungsrechtlich garantierten Pressefreiheit bewegen, befugt und damit tatbestandslos handeln.⁶¹ Die Aufnahme eines Rechtfertigungsgrundes der Wahrnehmung berechtigter Interessen erschien den Entwurfsverfassern nicht notwendig.⁶² Die Presseverbände verlangen indes einen ausdrücklichen Ausschluss von Journalisten aus dem potenziellen Täterkreis der Norm.⁶³ Sie monieren eine Gefährdung der Presse- und Rundfunkfreiheit.⁶⁴ Auch in der Literatur wird eingewandt, das Merkmal »unbefugt« allein würde das Spannungsverhältnis nicht in adäquater Weise lösen.⁶⁵ Zur Lösung dieses Konflikts wird teilweise ein Verweis auf eine entsprechende Geltung des § 193 StGB im Tatbestand des § 238 Abs. 1 StGB-E vorgeschlagen.⁶⁶

Dieser Vorschlag überzeugt jedoch nicht. Denn § 193 StGB enthält nicht nur einen völlig anderen Anwendungsbereich – nämlich den auf Beleidigungsdelikte –, sondern ist zudem ein Rechtfertigungsgrund,⁶⁷ was eine Übertragung dogmatisch problematisch erscheinen lässt. Weder der Wortlaut noch die Systematik sprechen für eine Analogie. Ein Verweis auf § 193 StGB würde vermutlich mehr Probleme bereiten als lösen. Die Befürworter eines Verweises müssten vielmehr einen eigenen Absatz mit entsprechendem Ausschlussgrund fordern, der dann ähnlich ausgestaltet sein könnte wie die Konkretisierung des Rechtfertigungsgrundes bei § 201 Abs. 2 S. 3 StGB, der dort den Grundsätzen der Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 1 GG Rechnung trägt.⁶⁸ Ob dies jedoch erforderlich ist, darf bezweifelt werden. Auch ohne einen entsprechenden Ausschlussstatbestand werden die Gerichte § 238 StGB-E im Lichte des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und damit bezogen auf Medienvertreter restriktiv auslegen müssen, um einen Grundrechtsverstoß zu vermeiden.

e. Die fünf Tatbestandsalternativen

aa. Die Handlungsalternativen der § 238 Abs. 1 Nr. 1 bis 4

Die in den Nummern 1 bis 4 enumerativ aufgezählten Handlungsalternativen dürften die nach derzeitigen wissenschaftlichen Erkenntnissen häufigsten Formen des Stalking umfassen.

Auslegungsschwierigkeiten dürften insbesondere bei § 238 Abs. 1 Nr. 1 StGB-E vorprogrammiert sein. Denn weder aus dem Wortlaut noch durch teleologische Auslegung ergibt sich ein zweifelsfreies Ergebnis, wann ein »Aufsuchen der räumlichen Nähe« vorliegt.⁶⁹ Insbesondere bleibt der erforderliche *Nähegrad* völlig offen. Die Gesetzesbegründung fordert nur eine »physische Annäherung an das Opfer (Auflauern, Verfolgen, vor dem Haus stehen und sonstige häufige Präsenz).«⁷⁰ Ob ein heimliches Beobachten schon ausreicht oder das Opfer den Täter schon mit dem bloßen Auge sehen und erkennen muss, bleibt offen und wird sicherlich für Streit innerhalb der Rechtsprechung und Literatur sorgen. Sinnvoll erscheint eine restriktive Auslegung dahingehend, dass das Opfer den

61 Ebd.

62 Ebd.

63 Gemeinsame Stellungnahme der Medienverbände (Fn. 20) vom 6.7.2005, S. 4 und vom 5.5.2006, S. 16.

64 Ebd.

65 Sommerfeld/Voß, SchlHA 2005, 326, 328.

66 Sommerfeld/Voß, SchlHA 2005, 326, 329; Gemeinsame Stellungnahme (Fn. 63), S. 16. Einen Verweis auf § 193 StGB forderte auch der Gesetzesentwurf des Landes Schleswig-Holstein, BR-Drs. 551/2/04, S. 3, 8 f.

67 Vgl. nur BGHSt 18, 182; Tröndle/Fischer, StGB, § 193 Rn. 1.

68 BGHZ 73, 124; Tröndle/Fischer, StGB, § 201 Rn. 13.

69 So auch die Medienverbände (Fn. 20), Stellungnahme vom 5.5.2006, S. 13.

70 BT-Drs. 16/575, S. 11.

Täter jedenfalls optisch ohne Zuhilfenahme von Ferngläsern u.a. wahrnehmen muss. Für eine solche Interpretation spricht auch in systematischer Hinsicht die Einordnung im Achtzehnten Abschnitt des Strafgesetzbuches und ein Blick auf das geschützte Rechtsgut. Denn gemeinsames Rechtsgut dieses Abschnitts ist die *persönliche Freiheit*, die typischerweise erst bei Einwirkung auf das Freiheitsempfinden des Opfers verletzt sein kann.⁷¹

Auslegungsschwierigkeiten bei den anderen Tatbestandsalternativen sind weniger ersichtlich. Zu der Frage, wann eine dem Opfer »nahe stehende Person« iSv § 238 Abs. 1 Nr. 4 StGB-E betroffen ist, kann auf Rechtsprechung und Literatur zu diesem Terminus, die zu §§ 35 Abs. 1 Satz 1, 241 StGB existiert, zurück gegriffen werden.

bb. Der Auffangtatbestand des § 238 Abs. 1 Nr. 5

Neuralgischer Punkt des Grundtatbestandes ist indes § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB-E, der einen Auffangtatbestand für »eine andere, vergleichbare Handlung« vorsieht. Während die alte Bundesregierung dies noch wegen verfassungsrechtlicher Bedenken entschieden ablehnte,⁷² musste sie in den jüngsten Verhandlungen nachgeben. Dieser Punkt war für die Länder indisponibel.

Zwar ist der Wortlaut des ursprünglichen Bundesratsentwurfs, der »andere, ebenso schwerwiegende Handlungen« forderte, nicht übernommen worden. Warum dies geschah, ist nicht nachvollziehbar. Ausweislich der alten Entwurfsbegründung zum Auffangtatbestand soll dieser der Tatsache Rechnung tragen, dass sich der durch Stalker vollführte Terror einer abschließenden gesetzlichen Eingrenzung entzieht.⁷³ Eine hierüber hinausgehende Begründung für diese durchaus bedenkliche Tatbestandsalternative bleibt der Entwurf schuldig. Vereinzelt wird die Einfügung eines Auffangtatbestandes auch in der Literatur durchaus befürwortet.⁷⁴ Zur Begründung wird aufgeführt, dass des täterseitigen Erfindungsreichtums sowie der fortschreitenden technischen Entwicklungen wegen bei Verzicht auf einen Auffangtatbestand kurzfristig schon Änderungsgesetze von Nöten wären, um den neuen Erscheinungsformen Rechnung zu tragen.⁷⁵ Schon bei praktischer Betrachtung ist dies zweifelhaft.⁷⁶ Zudem sind erhebliche Bedenken im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG zu konstatieren.⁷⁷ Weder aus der Begründung noch durch schlichte normative Betrachtung lässt sich feststellen, welche belästigenden Handlungsweisen »vergleichbar« mit dem »Aufsuchen der räumlichen Nähe« oder dem Versuch, »unter Verwendung von Kommunikationsmitteln Kontakt [zum Opfer] herzustellen«, sein sollen.⁷⁸ Durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken sehen die Vertreter dieser Auffassung hingegen nicht.⁷⁹ Zwar wäre § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB-E nicht der erste Straftatbestand mit einem Auffangtatbestand im StGB. Schon in den Straßenverkehrsdelikten der § 315 Abs. 1 Nr. 4 StGB (»ähnliche, ebenso gefährliche Eingriffe«) und § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB

71 So im Ergebnis auch die Medienverbände in ihrer Stellungnahme vom 5.5.2006 (Fn. 20), S. 13.

72 Vgl. insoweit nur die Stellungnahme, BT-Drs. 15/5410 (Anlage 2) S. 9.

73 BT-Drs. 15/5410, S. 7.

74 Sommerfeld/Voß, SchlHA 2005, 326, 328; Wagner, FRP 2006, 208, 210.

75 Sommerfeld/Voß ebd.

76 So sind nach heutigem Stand schwerlich Stalking-Handlungen vorstellbar, die nicht unter eine der enumerativ aufgeführten Handlungsalternativen fallen.

77 So auch Vander, KritV 2006, 81, 90.

78 So auch die Medienverbände in ihrer Stellungnahme vom 6.7.2005 (Fn. 20), S. 15.

79 Sommerfeld/Voß (Fn. 74) (ohne Begründung); so auch schon Meyer, ZStW 115 (2003) 249, 288 zu seinem eigenen Vorschlag, der ebenfalls einen Auffangtatbestand (»ähnliche Eingriffe«) enthält.

(»einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff vornimmt«) ist ein solcher vorhanden. Auch wird dort von Rechtsprechung und großen Teilen des Schrifttums ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verneint.⁸⁰ Nicht wenige Autoren bezweifeln jedoch die Verfassungsmäßigkeit der Norm⁸¹ oder stellen sie gar in Abrede.⁸² Dasselbe müsste auch für die Öffnungsklausel des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB-E gelten.

Denn eine identische Übertragung des jeweiligen Meinungsstandes von § 315 Abs. 1 Nr. 4 und § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB und eine damit einhergehende verfassungsrechtliche Legitimierung des Auffangtatbestandes wäre zu voreilig. Die in § 238 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 StGB-E beschriebenen Handlungsalternativen sind – im Gegensatz zu denen der §§ 315 Abs. 1 Nr. 1–3 und 315b Abs. 1 Nr. 1, 2 – derart heterogen, dass ein Rückschluss darauf, was »vergleichbar« ist, nicht möglich ist.⁸³ Während diese Tatbestände im Übrigen hinreichend bestimmt sind, findet sich in jenem ein zusätzlicher Strauß unbestimmter Rechtsbegriffe. Gerade dieses Plus an Unbestimmtheit erlaubt es nicht, den Auffangtatbestand des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB-E als verfassungsgemäß zu beurteilen. Hinzu kommt, dass die aktuelle Formulierung gegenüber dem ursprünglichen Vorschlag des Bundesrates, der eine »andere, ebenso schwerwiegende Handlung« verlangte, als noch unbestimmter bezeichnet werden muss. Denn während durch das Korrektiv »ebenso« wenigstens deutlich wurde, dass sowohl qualitativ als auch quantitativ eine äquivalente Schwere der Tathandlung vorliegen muss, ist dies bei »vergleichbar« wohl weniger der Fall. Die Öffnungsklausel unterläuft im Ergebnis nicht nur die mit der Einführung von Handlungsbeschreibungen intendierte strafrechtliche Vorhersehbarkeit,⁸⁴ sondern unterliegt in diesem Fall vielmehr dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit.⁸⁵

Soweit am Auffangtatbestand festgehalten wird – womit zu rechnen ist –, sollte der Gesetzgeber sich wenigstens auf seine alte Formulierung zurückbesinnen.

f. »schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung«

Die Erforderlichkeit, dass durch eine Tathandlung die Lebensgestaltung des Opfers beeinträchtigt wird, entstammt dem alten Regierungsentwurf. In seiner ursprünglichen Fassung verlangte er eine »schwerwiegende und unzumutbare« Beeinträchtigung. Die Begründung hierzu ist sehr spärlich und hilft im Ergebnis nicht weiter. Danach sollten durch diese Merkmale weniger gewichtige Maßnahmen der Eigenvorsorge, wie etwa die Benutzung eines Anrufbeantworters, ausscheiden.⁸⁶

Der Begriff »schwerwiegend« findet sich in der Rechtsordnung vielfach,⁸⁷ jedoch nur einmal im Strafgesetzbuch, namentlich in § 218a Abs. 2 StGB. Die hierzu bestehende Kasuistik und Literatur hilft kaum weiter: Verlangt § 238 StGB-E doch (nur) eine schwerwiegende Beeinträchtigung der *Lebensgestaltung*. Der Sinngehalt dieses Begriffs ist wertausfüllungsbedürftig und muss folg-

⁸⁰ BGHSt 22, 365, 366 f.; König in: LK-StGB, Bd. 8, 11. Aufl. 2001, § 315 Rn. 41; Lackner/Kühl, StGB, § 315 Rn. 6; Cramer in: Schönke/Schröder, StGB, § 315b Rn. 9; Tröndle/Fischer, StGB, § 315 Rn. 11.

⁸¹ Maurach/Schroeder/Maivald, Strafrecht BT/2, 9. Aufl. 2005, § 53 Rn. 16.

⁸² NK-Herzog, 2. Aufl. 2005, § 315 Rn. 18; Fabricius, GA 1994, 164, 165 ff.; Mayr in: Krüger-Nieland (Hrsg.), 25 Jahre BGH, Bd. 1, 1975, S. 273, 277.

⁸³ So auch Vander, KritV 2006, 81, 89.

⁸⁴ So Fabricius zu § 315 und § 315b StGB in: GA 1994, 164, 165.

⁸⁵ Vorbildlich hat insoweit Österreich jüngst der Rechtssicherheit wegen auf einen Auffangtatbestand in seinem § 107a öStGB, der am 1.7.2006 in Kraft getreten ist, verzichtet.

⁸⁶ BR-Drs. 617/05, S. 12.

⁸⁷ 339 mal in allen Parlamentsgesetzen des Bundes.

lich durch die klassischen Auslegungsmethoden neu gewonnen werden: Dem Wortsinn nach versteht man unter einer schwerwiegenden Beeinträchtigung eine solche, die »schwer ins Gewicht fällt«, »ernst zu nehmen« und »gewichtig« sowie »gravierend« ist.⁸⁸ Eine *schwerwiegende* Beeinträchtigung liegt danach vor, wenn sie über die üblichen Belastungen, die regelmäßig hinzunehmen sind, erheblich und objektiv messbar hinausgeht.⁸⁹ Dieser Begriffsauslegung steht die Systematik durch § 218a Abs. 2 StGB auch nicht entgegen. Sie dürfte ausweislich der Gesetzesbegründung letztlich auch objektiv-teleologisch gewünscht sein.⁹⁰ Das Tatbestandsmerkmal erfüllt damit die Funktion eines Korrektivs. Zwar ist es zu begrüßen, dass einer der beiden Begriffe gestrichen wurde.⁹¹ Zweifelhaft ist jedoch, ob hierfür das richtige Merkmal auserwählt wurde. Vorzugswürdiger wäre es, den Terminus »schwerwiegend« zu streichen und »unzumutbar« beizubehalten.⁹² Denn während jenem Begriff eine subjektive Komponente eher fremd ist, wohnt sie letzterem inne. Durch das Possessivpronomen »*seine*« in Bezug auf die Lebensgestaltung wird dagegen gerade deutlich, dass das Adjektiv einen subjektiven Bezug aufweisen soll. Gewichtiger ist jedoch, dass ausweislich der ursprünglichen Regierungsbegründung im Rahmen des Merkmals »*unzumutbar*« eine Interessenabwägung sowie eine Abgrenzung der Freiheitssphären von Täter und Opfer vorgenommen werden sollte.⁹³ Ferner sollte das Kriterium der Zumutbarkeit auch der Abwägung des Persönlichkeitsrechts der Betroffenen mit Verhaltensweisen des investigativen Journalismus dienen.⁹⁴ Die Gesetzesbegründung nahm insoweit ausdrücklich Bezug auf Art. 5 GG und füllte immerhin eine Viertelseite. Im Gegensatz zum Terminus »schwerwiegend« ist jener also schon genetisch vorbelastet. Die Streichung dieses Begriffs im Gesetzgebungsverfahren könnte bei genetischer Auslegung zu dem Ergebnis zwingen, dass eine solche Interessenabwägung nunmehr nicht mehr vom Gesetzgeber gewollt ist. Gegenteiliges dürfte jedoch de facto intendiert sein. Denn eine Abwägung ist erforderlich und sinnvoll, vergegenwärtigt man sich, dass einzelne Tathandlungsalternativen, etwa die in § 238 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB-E, durchaus sozialadäquat sind. Dem Gesetzgeber ist aus dem Vorgenannten anzuraten, sich dem Tatbestandsmerkmal »*unzumutbar*« wieder zuzuwenden und den Terminus »*schwerwiegend*« hierdurch zu ersetzen.

3. Die Qualifikationstatbestände der Absätze 2 und 3

Die Absätze 2 und 3 enthalten Qualifikationen des Grundtatbestandes. Auch diese Frage stand bei den Verhandlungen von Bundesregierung und Ländern nicht zur Disposition. Folglich war man bemüht, sowohl den Text als auch den Strafrahmen an die Systematik des Strafgesetzbuches anzupassen.

⁸⁸ Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in 10 Bänden, 3. Aufl.1999.

⁸⁹ Vgl. etwa zu § 218a: *Gropp* in: MüKo-StGB, Bd. 3, 2003, § 218a Rn. 45; *Lackner/Kühl*, StGB, § 218a Rn. 12.

⁹⁰ *Steinberg*, JZ 2006, 30, 32 sieht in dem Tatbestandsmerkmal ein solches *quantitativer* Art.

⁹¹ In meinem ursprünglichen Manuskript wies ich in Bezug auf die kumulative Verwendung von »schwerwiegend« und »unzumutbar« darauf hin, dass eine Betrachtung in semantischer Hinsicht zu dem Ergebnis führt, dass insbesondere wegen des Umstandes, dass beide Begriffe bisher keinen festen Bedeutungsgehalt im StGB aufweisen, durch beide Adjektive Ähnliches beschrieben wird. Da die Begriffe zur Unbestimmtheit des Tatbestandes beitragen, schlug ich die Streichung eines der beiden vor.

⁹² Auch dies schlug ich in meinem ursprünglichen Aufsatz vor.

⁹³ BT-Drs. 16/575, S. 12.

⁹⁴ Ebd.

a. Die Qualifikation in § 238 Abs. 2 StGB-E

§ 238 Abs. 2 StGB-E stellt die *Gefahr des Todes* oder einer *schweren Gesundheitsschädigung* unter Strafe. Die ursprüngliche Absicht des Bundesrates, mit dem Terminus »erhebliche Gesundheitsgefährdung« eine neue Kategorie in das Strafgesetzbuch einzuführen, ist – wohl wegen der geäußerten Kritik hierzu⁹⁵ – fallen gelassen worden. Hierbei handelt es sich nicht um eine Erfolgsqualifikation, sondern um ein *konkretes Gefährdungsdelikt*, wie es auch an anderen Stellen des Strafgesetzbuches wiederzufinden ist.⁹⁶ Die Gefahr muss »durch die Tat« heraufbeschworen worden sein. Erforderlich ist insoweit ein tatbestandsspezifischer Unmittelbarkeitszusammenhang.⁹⁷ Hier genau liegt jedoch das Einfallstor für jedwede Gefährdungshandlung. Während beim Raub typischerweise nur ein ganz enges Spektrum möglicher Gefährdungshandlungen in Betracht kommt,⁹⁸ ist durch den breit angelegten Grundtatbestand des § 238 Abs. 1 StGB-E eine Anknüpfung an jede mögliche Tatbestandshandlung eröffnet. Problemfälle zeichnen sich schon heute viele ab. Einziges Korrektiv bleibt der Umstand, dass der Grundtatbestand verwirklicht sein muss, sein Versuch allein – im Gegensatz zur entsprechenden Regelung des § 250 Abs. 1 Nr. 1c StGB – nicht ausreicht, um eine Strafbarkeit zu begründen. Denn während der Versuch eines Raubes schon strafbar ist, ist der Versuch einer schweren Belästigung weder nach § 238 Abs. 1 noch nach Abs. 2 StGB-E strafbewehrt. Steigt also ein Täter in einer sommerlichen Nacht durch das offene Schlafzimmerfenster seiner Angebeteten, ohne sie vorher in anderer Weise belästigt zu haben, und erschrickt das Opfer so sehr, dass es einen Herzinfarkt mit dem Erfordernis einer intensivmedizinischen Behandlung erleidet, so ist der Grundtatbestand des § 238 Abs. 1 StGB-E nicht erfüllt. Daher entfällt auch ein möglicher Anknüpfungspunkt mit der Folge, dass der Tatbestand des § 238 Abs. 2 StGB-E nicht erfüllt ist. Eine Strafbarkeit kann ausschließlich aus § 123 Abs. 1 I. Alt. StGB sowie § 229 StGB hergeleitet werden.

b. Die Qualifikation in § 238 Abs. 3 StGB-E

Absatz 3 soll insbesondere den Einzelfällen, die bisher auftraten, Rechnung tragen, in denen das Opfer durch den Täter in den Tod geführt wird, wovon regelmäßig ein Suizid erfasst sein dürfte.⁹⁹

Durch die Ausgestaltung dieses Tatbestandes als Erfolgsqualifikation mit der Folge, dass bzgl. der Todesverursachung einfache Fahrlässigkeit iSd § 18 StGB ausreicht, wird die Strafbarkeitsschwelle niedriger angesetzt als andernorts, wo das Gesetz eine »wenigstens leichtfertige«¹⁰⁰ Verursachung des Todes fordert. Dies steht zwar im Einklang mit der Systematik, die seit dem 6. StrRG verfolgt wird,¹⁰¹ muss jedoch wegen der tatbestandlichen Charakteristik der schweren Belästigung als äußerst bedenklich und im Ergebnis als Verstoß gegen das Übermaßverbot bewertet werden. Denn da § 238 Abs. 3 StGB-E ein Verbrechen ist,

95 Sommerfeld/Voß, SchlHA 2005, 326, 329. Auch ich bin in meinem ursprünglichen Manuskript dieser Wortwahl entschieden entgegen getreten und habe mich für eine Beibehaltung der bisherigen Einteilung ausgesprochen.

96 Vgl. nur § 176a Abs. 2 Nr. 3, § 177 Abs. 3 Nr. 3, § 179 Abs. 5 Nr. 3, § 221 Abs. 1 und § 250 Abs. 1 Nr. 1c StGB; vgl. ferner zum Merkmal der schweren Gesundheitsschädigung *Kreß*, NJW 1998, 633, 638.

97 Vgl. zum § 250 Abs. 1 Nr. 1c *Sander* in: MüKo-StGB, § 250 Rn. 52; *Herdegen* in: LK-StGB, Bd. 6., 11. Aufl., 15. Lfg. 1994, § 250 Rn. 26.

98 So lässt die hM beim Raub etwa nur Anknüpfung an das Nötigungsmittel zu, vgl. hierzu *Sander* (Fn. 97).

99 Das Beispiel des Suizids ist auch in der Entwurfsbegründung zu finden, vgl. BT-Drs. 15/5410, S. 7.

100 So etwa in §§ 176b, 178, 239 Abs. 3, 251, 306c, 316a Abs. 3 StGB.

101 Vgl. zu den Gründen, auf das Erfordernis der Leichtfertigkeit bei Todesqualifikation zu verzichten, *Kreß*, NJW 1998, 633, 637, ferner BT-Drs. 13/8587, S. 79 und 13/9064, S. 15.

könnte der Tatbestand auch dann bejaht werden, wenn schon beim Versuch des Grunddelikts der Tod des Opfers eintritt. Insoweit ist von der innertatbestandlichen Systematik eine strukturelle Parallelität zur Aussetzung gem. § 221 StGB zu erkennen. Nach dazu existierenden Auffassungen im Schrifttum reicht der Versuch des Grundtatbestandes aus, um eine Todesqualifikation zu bejahen, obwohl der Grundtatbestand selbst kein Verbrechen ist und sein Versuch auch sonst nicht unter Strafe steht.¹⁰² Folgt man dem, so hätte dies zur Folge, dass derjenige, der bei seiner Ex-Frau *erstmalig* des Nachts, in der Absicht, sie fortan zu tyrannisieren, an ihre Schlafzimmerfensterscheibe klopft, wodurch diese ihrer schwachen Konstitution wegen vor Angst einem tödlichen Herzinfarkt zum Opfer fällt, nach § 238 Abs. 3 StGB mit einem Strafraum von einem Jahr bis zu zehn Jahren (!) bestraft werden kann, während man sonst über § 222 StGB allenfalls zu einem Strafraum von bis zu fünf Jahren oder gar (nur) zu einer Geldstrafe käme. Dieser Strafraumsprung ist – jedenfalls bei bloßem Versuch einer schweren Belästigung – mitnichten gerechtfertigt und entbehrt jeglicher Rückführung auf den Unrechtsgehalt der Tat.¹⁰³ Vielmehr ist hierin ein Verstoß gegen das Übermaßverbot zu sehen.

c. Schlussfolgerung

Im Hinblick auf die gebotene Verhältnismäßigkeit und Schuldangemessenheit der Strafe sind die Qualifikationstatbestände schlechthin nicht legitimierbar.¹⁰⁴ Der seinerzeit von der früheren Bundesregierung geübten Kritik gegenüber den Vorschlägen des Bundesrates, wonach die Strafandrohungen im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit und Schuldangemessenheit Bedenken aufwerfen, ist jedenfalls beim § 238 Abs. 3 StGB-E trotz Senkung des Mindeststrafrahmens nicht nur beizupflichten, sondern darüber hinaus festzuhalten, dass an dieser Stelle die Schwelle zum Übermaßverbot überschritten wird. Diesem Manko könnte allein durch eine Erhöhung der Strafbarkeitsschwelle mittels Implementierung der Leichtfertigkeitsschwelle sowie einer ausdrücklichen Versagung der Option, eine Todesqualifikation schon beim Versuch der Tat anzunehmen, begegnet werden.¹⁰⁵

Von einer Einführung von Qualifikationstatbeständen sollte idealiter gänzlich Abstand genommen werden. Ein gesetzgeberischer Regelungsbedarf hierfür ist nicht festzustellen. Generalpräventive Aspekte verfolgt der Grundtatbestand schon dadurch zu Genüge, dass er die Beeinträchtigung der Lebensgestaltung mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren unter Strafe stellt.

d. Tatbestandsart – § 238 Abs. 1 als Dauerdelikt?

Ausweislich der früheren Begründung des Bundesrates sollte der Tatbestand des § 238 StGB-E a.F. durch das Tatbestandsmerkmal »fortgesetzt« als Dauerdelikt verstanden werden.¹⁰⁶ Die Entwurfsbegründung forderte für die Annahme einer

¹⁰² Tröndle/Fischer, StGB, § 221 Rn. 16; Baumann/Weber/Mitsch, AT, 11. Aufl. 2003, S. 594; Kostuch, Versuch und Rücktritt beim erfolgsqualifizierten Versuch, Diss. 2004, S. 24 ff.; Laubenthal, JZ 1987, 1069; Stree, GA 1960, 289, 294; a.A. Jähnke in: LK-StGB, Bd. 6, 11. Aufl., 31. Lfg. 1999, § 221 Rn. 39; Lacker/Kühl, StGB, § 221 Rn. 7; Feloutzis, Aussetzung, Diss. 1983, S. 224.

¹⁰³ Hierzu sehr instruktiv, Deutscher Richterbund, Stellungnahme, (Fn. 20), S. 5.

¹⁰⁴ Im Ergebnis ist auch der Deutsche Richterbund gegen die Einführung von Qualifikationstatbeständen, vielmehr schlägt dieser jedoch teilweise eine Streichung der Strafbarkeit, teilweise eine Ausgestaltung als Regelbeispiele vor (Fn. 20), S. 5 f.; diesem Vorschlag folgt auch Vander, KritV 2006, 81, 91; a.A. Sommerfeld/Voß, SchlHA 2005, 326, 329, die Qualifikationstatbestände befürworten und einen eigenen Vorschlag für die mögliche Formulierung von Qualifikationstatbeständen vorstellen.

¹⁰⁵ Vgl. zum früheren Regelungsvorschlag die Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 15/5410, S. 9 (Anlage 2).

¹⁰⁶ BT-Drs. 15/5410, S. 7.

»fortgesetzten« Tathandlung fünf Handlungen bzw. Handlungsbündel, um von einem »fortgesetzten« Belästigen zu sprechen.¹⁰⁷

Das Merkmal »fortgesetzt« ist nunmehr im Wege der Verhandlungen um einen Kompromiss gestrichen worden. Dies ist sehr zu begrüßen, denn die Verwendung dieses Terminus war in höchstem Maße problematisch.¹⁰⁸

Offen bleibt die Frage, ob trotz der Streichung dieses Begriffs weiterhin an der Tatbestandsart des *Dauerdelikts* festgehalten wird. Zwar gibt die Entwurfsbegründung der Bundesregierung hierfür *expressis verbis* nichts her. Dennoch könnte an dem Terminus »beharrlich« angeknüpft werden, um dem Tatbestand den Charakter als Dauerdelikt zuzuweisen.

Eine solche Annahme wäre jedoch verfehlt. Dogmatisch ist nicht nachzuvollziehen, warum der Tatbestand ein Dauerdelikt darstellen soll. Soweit die alte Entwurfsbegründung davon ausging, § 238 StGB-E a.F. sei ein Dauerdelikt bezogen auf die Dauer des Stalking, verkannte sie, dass ein Dauerdelikt *erst* mit der Begründung des rechtswidrigen Zustandes beginnt. Dies sollte bei § 238 StGB-E a.F. jedoch erst mit der fünften Handlung der Fall sein.¹⁰⁹ Dauerdelikte sind jedoch Taten, bei denen das Delikt mit der Verwirklichung des Tatbestandes nicht abgeschlossen ist, sondern durch den fortdauernden deliktischen Willen des Täters so lange aufrechterhalten wird, wie dieser von ihm geschaffene rechtswidrige Zustand fortbesteht.¹¹⁰ Ein Täter, der (nur) vier Handlungen i.S.d. § 238 StGB-E a.F. begeht, hat folglich den Tatbestand (noch) nicht verwirklicht, ein rechtswidriger Zustand, der »andauern« könnte, liegt nicht vor. Vielmehr ist von einer *sukzessiven Tatbegehung* und damit von einer *tatbestandlichen Handlungseinheit* auszugehen.¹¹¹ Denn der Täter begeht die wiederholten Belästigungshandlungen bei gleicher Motivationslage in einem engen jedenfalls zeitlichen Zusammenhang. Dies gilt auch dann, wenn man an den jetzigen Terminus »beharrlich« anknüpft, der u.a. ein wiederholtes Handeln und andauerndes Verhalten verlangt. Ein Dauerdelikt könnte folglich erst angenommen werden, wenn wegen wiederholter Tathandlungen ein beharrliches Belästigen vorliegt und auch die sonstigen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind.

Die Annahme eines Dauerdeliktes erscheint jedoch rechtsdogmatisch auch aus einem anderen Grund problematisch: Dem Rechtsinstitut der fortgesetzten Handlung ist seit der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen vom 3. Mai 1994¹¹² faktisch der Boden entzogen. Danach konnten zeitlich getrennte Wiederholungs- oder Serienhandlungen ohne einen überbrückenden deliktischen Zustand kein Dauerdelikt in Form einer Tat darstellen. Soweit der Täter verschiedene »Stalking-Attacken« von solchem Gewicht vornimmt, dass ein »beharrliches« Belästigen vorliegt, erscheint es durchaus fraglich, ob hierin (nur) ein Dauerdelikt gesehen werden kann.¹¹³

Zwar unterliegt man der Versuchung, ab dem Zeitpunkt, zu dem ein rechtswidriger Zustand geschaffen wurde, ein Dauerdelikt anzunehmen. Denn ein solches

¹⁰⁷ BT-Drs. 15/5410, S. 7

¹⁰⁸ Von der Verwendung dieses Terminus hatte ich auch in meiner ursprünglichen Abhandlung dringend abgeraten.

¹⁰⁹ BT-Drs. 15/5410, S. 7.

¹¹⁰ Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 105; *Rissing-van Saan* in: LK-StGB, Bd. 2, 11. Aufl. 2003, Vor §§ 52 ff Rn. 35; als klassische Dauerdelikte sind der Hausfriedensbruch (§ 123 StGB) oder die Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) zu nennen.

¹¹¹ Vgl. hierzu *Jescheck/Weigend*, AT, § 66 III 1 u.2; *Werle*, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, 1981, S. 33 f.

¹¹² BGH Gs St 40, 138.

¹¹³ Hierauf weist sehr zutreffend auch der Deutsche Richterbund, Stellungnahme Nr. 2 (Fn. 20), S. 4, hin.

liegt vor, wenn der Täter diesen Zustand willentlich aufrechterhält oder seine deliktische Tätigkeit fortsetzt.¹¹⁴ Jedoch ist zu bedenken, dass eben dieses erst mit der Aufhebung des rechtswidrigen Zustandes beendet ist.¹¹⁵ So könnte eine nur vorübergehende Unterbrechung und spätere Fortsetzung der Belästigung der Einheitlichkeit des Dauerdelikts nicht entgegenstehen. Fährt das Opfer also etwa in einen Kurzurlaub oder liegt der Täter eine Zeit lang im Krankenhaus, von wo aus er nicht agieren kann, dürfte dies bei fortbestehender Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers an der Aufrechterhaltung des Dauerzustandes nichts ändern. Denn dieser wäre erst beendet, wenn das Opfer sich in seiner Lebensgestaltung nicht mehr beeinträchtigt *fühlt*, was bei einer belästigungsfreien Zeit von nur einigen Tagen wohl kaum der Fall wäre.

Auch kriminalpolitisch wäre dies verfehlt. Denn dann wären sämtliche Handlungen, die ein Täter – auch über einen längeren Zeitraum – begeht, als *eine* materielle Tat zu beurteilen. Diese eine Tat könnte (im Grundtatbestand) mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden. Auch in den Fällen, in denen der Täter *de lege lata* wegen fünf eigenständiger Nötigungshandlungen gem. § 240 Abs. 1, 2 StGB in Realkonkurrenz zu bestrafen wäre, ihm folglich fünfmal eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren drohen würde, könnte § 238 StGB-E als *lex specialis* zugunsten des Täters die Strafe auf nur eine Tat herunterdrücken. Aber selbst wenn angenommen wird, dass § 238 StGB-E eine Nötigung nicht verdrängen soll, würde durch die Rechtsfigur der Klammerwirkung die Strafe gesenkt: Die schon auf das Reichsgericht zurückgehende Rechtsprechung des BGH,¹¹⁶ der die hM in der Literatur beitrifft,¹¹⁷ ermöglicht eine Idealkonkurrenz auch dann, wenn zwei zeitlich und räumlich getrennte, also als solche realiter konkurrierende Handlungen je für sich mit einer dritten, annähernd gleich schweren Straftat in Idealkonkurrenz stehen.¹¹⁸ Für eine Stalking-Situation würde das heißen, dass die Klammerwirkung des Dauerdelikts des § 238-E StGB die an sich in Realkonkurrenz zueinander stehenden zwei Tatbestandsverwirklichungen des § 240 Abs. 1, 2 über § 238 StGB-E zu *einer* Tat verklammern würde. Ergebnis wäre, dass der Täter im Grundtatbestand (nur) aus *einer* Tat mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren zu bestrafen wäre.¹¹⁹ Auch bei den Rechtfertigungsgründen hätte dies zur Folge, dass eine Dauergefahr auch dauerhaft abgewehrt werden dürfte. Dieses Ergebnis kann nicht gewollt sein.

Es liegt folglich näher, bei der schweren Belästigung eine *tabbestandliche Handlungseinheit* in Form der *iterativen Tatbestandsverwirklichung* anzunehmen. Eine strukturelle Parallelität ist auch zum Tatbestand der Agententätigkeit i.S.d. § 99 StGB festzustellen. Denn dort kennzeichnet sich der Tatbestand dadurch aus, dass insbesondere ein über die Mindestanzahl hinausreichendes, fortlaufendes und gleichermaßen zielgerichtetes Tun vorliegt.¹²⁰ Eben dies ist auch bei der schweren Belästigung der Fall. Wie bei der geheimdienstlichen Agententätig-

114 BGHSt 36, 255, 257; *Rissing-van Saan* in: LK-StGB, Bd. 2, 11. Aufl. 2003, Vor §§ 52 ff Rn. 35; *Jescheck* in: Welzel-FS, S. 685, 687; *Lippold*, Die Konkurrenzen bei Dauerdelikten, 1985, S. 4.

115 *Rissing-van Saan* in: LK-StGB, Vor §§ 52 ff. Rn. 38.

116 Vgl. nur RGSt 44, 223, 228; 56, 329; 60, 241; 68, 216; BGHSt 3, 165; 6, 92, 97; 23, 141, 149; 31, 29, 31; weitere Nachweise bei *Roxin*, Strafrecht AT II, 2003, § 33 Rn. 101.

117 Vgl. nur *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, § 67 II 3; *Joecks* in: MüKo-StGB, Bd. 2/1, 2005, § 52 Rn. 4; *Rissing-van Saan* in: LK-StGB, Bd. 2, 11. Aufl. 2003, § 52 Rn. 27; *Stree* in: Schönke/Schröder, StGB, § 52 Rn. 14; *Tröndle/Fischer*, StGB, Vor 52, Rn. 5 ff.

118 *Roxin*, AT II, § 33 Rn. 101.

119 So auch der Deutsche Richterbund, Stellungnahme Nr. 2 (Fn. 20), S. 4 f.

120 Vgl. zum § 99 StGB nur BGHSt 42, 215; 216 ff.; 43, 1, 4 ff.; *Träger* in: LK-StGB, 11. Aufl., § 99 Rn. 3.

keit¹²¹ sind also auch bei § 238 Abs. 1 StGB-E die einzelnen Tätigkeitsakte in ihrer Gesamtheit zu erfassen und zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit zu verbinden. Fährt hiernach das Opfer für eine Woche in Urlaub, weswegen der Täter inaktiv bleibt, liegt bei einem erneuten Belästigen nach Rückkehr aus dem Urlaub jedenfalls wegen der räumlich-zeitlichen Zäsur eine neue Handlung vor, die in Realkonkurrenz zu der vorangegangenen abzuurteilen wäre.

Bei der Annahme eines Dauerdeliktes ergibt sich auch ein weiteres Problem, was den *Vorsatz* betrifft. Ein Dauerdelikt erfordert auf subjektiver Seite ein auf die dauerhafte Begehung gerichtetes, wissentliches und willentliches Handeln. Dieser Vorsatz müsste von Beginn der Tat an schon vorliegen. Ob dies bei Stalking stets der Fall sein wird, ist durchaus zweifelhaft. Soweit der Täter sich immer wieder aufs Neue spontan entscheidet, seinem Opfer nachzustellen, dieses wieder einmal telefonisch zu tyrannisieren oder sonst wie zu belästigen, wird die Annahme eines solchen Gesamtvorsatzes kaum erklärbar sein. Erst wenn der Täter planmäßig und systematisch sein Opfer bis zur Erreichung seines Ziels belästigt und den festen Willen hat, es »in den Wahnsinn zu treiben« und bis dahin seine Taten fortzusetzen, wird man einen solchen Gesamtvorsatz bejahen können.

Ob die hier aufgezeigten Probleme nur theoretischer Natur sind, darf bezweifelt werden. Sie würden in der Praxis für eine Vielzahl von Schwierigkeiten sorgen.¹²² Dem Gesetzgeber ist daher anzuraten, durch eine Negativformulierung in der Entwurfsbegründung klarzustellen, dass dem ursprünglichen Vorschlag des Bundesrates, § 238 Abs. 1 StGB-E a.F. als Dauerdelikt zu verstehen, ausdrücklich nicht mehr gefolgt wird.

5. Die Einführung einer sog. »Deeskalationshaft«

Als zweites »Kernstück« bezeichnete der Bundesratsentwurf die Aufnahme der Qualifikationstatbestände in § 112a Abs. 1 Nr. 1 StPO mit der Folge, einen Täter wegen möglicher Wiederholungsgefahr präventiv in Haft nehmen zu können.¹²³ Dieses »Kernstück« ist auch in der Kompromisslösung übernommen worden. Der Haftgrund der Wiederholungsgefahr galt nach § 112 Abs. 3 StPO a.F. zunächst nur für bestimmte Sexualdelikte. Er war am 19. Dezember 1964 eingeführt worden.¹²⁴ In einer ersten Entscheidung aus dem Jahre 1965 hatte das Bundesverfassungsgericht aus Anlass des alten § 112 Abs. 3 StPO a.F. den Haftgrund der Wiederholungsgefahr nur in sehr engen, streng begrenzten Ausnahmefällen für zulässig erklärt.¹²⁵ Die Verfassungsmäßigkeit begründete das Gericht seinerzeit damit, dass er einen besonders schutzwürdigen Kreis der Bevölkerung vor mit hoher Wahrscheinlichkeit drohenden schweren Straftaten schützen solle.¹²⁶ Mit Gesetz vom 7. August 1972 wurde der Kreis der Straftaten um solche, die massenhaft auftreten, in einem neuen § 112a StPO erweitert.¹²⁷ Obwohl die engen – aus Karlsruhe geforderten – Voraussetzungen nicht vorliegen, hat das Bundesverfassungsgericht in einer neuerlichen Entscheidung zum § 112a Abs. 1 Nr. 2 StPO diesen für verfassungsgemäß erklärt.¹²⁸ Seine Entscheidung begrün-

121 BGHSt 42, 215ff; 43, 1, 4 ff; *Träger* (Fn. 120).

122 So auch der Deutsche Richterbund, Stellungnahme Nr. 2 (Fn. 20), S. 4 f.

123 BT-Drs. 15/5410, S. 7.

124 Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG) vom 19. Dezember 1964 (BGBl. I S. 1067).

125 BVerfGE 19, 342.

126 BVerfGE 19, 342, 350.

127 Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 7. August 1972 (BGBl. I S. 1361).

dete es mit den vom Gesetzgeber eingebauten Sicherungen, wie etwa die Erforderlichkeit einer Tat mit erheblichem Unrechtsgehalt, eine empfindliche Störung des Rechtsfriedens sowie die Implementierung eines Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (§§ 116 Abs. 3, 122a StPO).

Weil die nach Polizeirecht zeitlich begrenzte Ingewahrsamnahme nicht effektiv genug sei und die Voraussetzungen des Haftgrundes gem. § 112 StPO meist nicht vorlägen, sei die Einführung einer solchen »Deeskalationshaft« angebracht.¹²⁹ Hierin ist deutlich die »Handschrift Bayerns«¹³⁰ wiederzuerkennen.¹³¹ Flankierenden Antrieb scheint der Gesetzgeber hierbei nicht nur durch einzelne Länder und Interessenverbände, sondern auch durch die zweite Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Haftgrund der Wiederholungsgefahr bekommen zu haben.¹³²

Trotz des vermeintlichen Rückenwinds aus Karlsruhe ist die geplante Regelung höchst bedenklich: Abgesehen von dem Umstand, dass die Einführung einer »Deeskalationshaft« nach der hier befürworteten Streichung der Qualifikationsbestände ohnehin obsolet wäre, ist diese unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten in keiner Weise legitimierbar. Es würde eine *präventive* Freiheitsentziehung aufgrund eines unbewiesenen Verdachts verhängt werden.¹³³

Freiheitsbeschränkungen und damit Verschärfungen des Haftrechts müssen jedoch ultima ratio des Gesetzgebers bleiben.¹³⁴ Verschärfungen sind in einem demokratischen Rechtsstaat nur dann zulässig, wenn sie einerseits unerlässlich und andererseits hinreichend erfolgsgeeignet sind, das erstrebte verfassungskonforme Ziel zu erreichen.¹³⁵ Eine solche abstrakt-generell schwerwiegende Beeinträchtigung, die eine präventive Inhaftierung und damit einen schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte des Täters rechtfertigen würde, ist zumindest bei § 238 Abs. 2 StGB-E mitnichten ersichtlich.¹³⁶

Eine Erweiterung des Kataloges des § 112 StPO, wie im Entwurf des Bundesrates vorgesehen, ist daher strikt abzulehnen.¹³⁷ Dem Gesetzgeber ist anzuraten, sich der ihm verfassungsrechtlich gesetzten Grenzen bewusst zu werden und seine ihm durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung eröffneten Spielräume nicht ohne Not auszureizen.

V. Überlegungen zum Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG

Die Achillesferse des Entwurfs ist bisher zum Teil schon gestreift worden: der *Bestimmtheitsgrundsatz* des Art. 103 Abs. 2 GG. Danach ist ein gesetzlicher Tatbestand nur dann hinreichend bestimmt, wenn die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret beschrieben sind, dass hieraus Tragweite und Anwendungsbereich des Straftatbestandes erkennbar sind und der Einzelne aus dieser

128 BVerfGE 35, 185; krit. hierzu Wolter, ZStW 93 (1981), 452; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, S. 247.

129 BT-Drs. 15/5410, S. 7.

130 So Sommerfeld/Voß, SchlHA 2005, 326, 330.

131 Vgl. nur DER SPIEGEL 50/2005 vom 10. Dezember 2005, wonach die bayerische Justizministerin Merk davon ausgeht, dass ein Stalking-Bekämpfungsgesetz auch die Deeskalationshaft enthalten wird.

132 BVerfGE 35, 185.

133 Sommerfeld/Voß, SchlHA 2005, 326, 330.

134 Hilger in: Löwe/Rosenberg, StPO, 25. Aufl. 2004, Bd. 2, § 112a Rn. 12.

135 Ebd.

136 So auch zum alten Vorschlag des Bundesrates Vander, KritV 2006, 81, 92; ferner Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 15/5410, S. 9.

137 Ebenso ablehnend Sommerfeld/Voß, SchlHA 2005, 326, 330.

Umschreibung die Möglichkeit hat, sein Verhalten auf die Rechtslage einzurichten.¹³⁸ Nicht umsonst sollte das Strafgesetzbuch nach *von Liszt* die »Magna Charta des Verbrechers« sein.¹³⁹

1. Abstrakte Erfordernisse des Bestimmtheitsgebots

Das in Art. 103 Abs. 2 GG statuierte Bestimmtheitsgebot will sicherstellen, dass jedermann vorhersehen kann, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist, damit er sein Tun oder Unterlassen auf die Strafrechtspflege eigenverantwortlich einrichten kann und willkürliche staatliche Reaktionen nicht befürchten muss.¹⁴⁰ Das Gebot der Gesetzesbestimmtheit ist Handlungsanweisung an den Gesetzgeber.¹⁴¹ Es schließt jedoch nicht generell aus, unbestimmte Rechtsbegriffe im Strafrecht zu verwenden.¹⁴² Generalklauseln oder unbestimmte, wertausfüllende Begriffe sind im Strafrecht jedoch nur dann verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn die Norm eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung bietet oder wenn sie eine gefestigte Rechtsprechung übernimmt und damit aus dieser hinreichende Bestimmtheit gewinnt.¹⁴³

2. Auswirkungen auf den Gesetzesentwurf

Der Entwurf wird – in seiner jetzigen Form – dem Bestimmtheitserfordernis nicht gerecht.¹⁴⁴

Er umfasst allein in seinem Grundtatbestand (§ 238 Abs. 1 StGB-E) mindestens *sechs(!)* unbestimmte Rechtsbegriffe, namentlich »unbefugt«, »belästigt«, »beharrlich«, »Lebensgestaltung«, »schwerwiegend« und »andere, vergleichbare Handlung«. Diese stehen in wechselseitiger Abhängigkeit zueinander. Ob eine Handlung befugt ist oder nicht, wird in normativer Betrachtung für den Einzelnen noch ersichtlich sein. Diese Sichtbarkeit verliert sich jedoch vollends, wenn der Bürger bewerten muss, ob er die Lebensgestaltung eines Menschen *schwerwiegend* beeinträchtigt, indem er ihn dadurch *belästigt* hat, dass er *beharrlich* eine *andere, vergleichbare Handlung* vorgenommen hat, wie das *Aufsuchen der räumlichen Nähe*. Macht sich der Täter (nach § 238 Abs. 1 StGB-E) dadurch strafbar, dass er vielerorts Liebesbotschaften auf Transparenten an Brücken befestigt oder seinem Opfer mit dem Auto hinterherfährt, um die Anschrift seines neuen Partners in Erfahrung zu bringen? Gehört derjenige bestraft, der sich eine Freude macht, jeden Morgen denselben Bus zur Arbeit zu nehmen, wie seine geschiedene Ehefrau, die dadurch allmorgendlich Magenschmerzen erfährt? Weitere mögliche Konstellationen können unendlich weitergesponnen werden. Zugespitzt wird diese Problematik durch den Umstand, dass der Grundtatbestand auch sozialadäquate Verhaltensweisen (etwa in § 238 Abs. 1

138 St. Rspr. des BVerfG, vgl. nur BVerfGE 92, 1, 12; zuletzt BVerfG 105, 135; BVerfG 2003, 1030 m.w.N. aus der Rpr.; *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG, Bd. VI, 1992, Art. 103 Rn. 178; *Nolte* in: *Mangoldt/Klein/Stark*, GG, 4. Aufl. 2001, Art. 103 Rn. 140; *Schmitz* in: MüKo-StGB, Bd. 1, 2003, § 1 Rn. 39 ff. m.w.N.

139 *Franz von Liszt* in: *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905 (Nachdruck 1970), Bd. 2, S. 75 ff. 80; vgl. hierzu auch *Ehret*, *Franz von Liszt und das Gesetzlichkeitsprinzip*, 1996.

140 BVerfGE 64, 389, 393 f.; 85, 69, 72.

141 *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Bd. VI, 1992, Art. 103 Rn. 178, 184.

142 BVerfGE 105, 135.

143 BVerfGE 45, 363, 371; 86, 288, 311.

144 Zum selben Ergebnis kommt in Bezug auf den alten Bundesratsentwurf auch *Vander*, *KritV* 2006, 81, 91 und *Freundenberg*, *NK* 2005, 84, 85; a.A. *Fünfsinn*, *NK* 2005, 82, 84, der den Entwurf für verfassungskonform hält; und *Sommerfeld/Voß*, *SchlHA* 2005, 326, 328, die keine »durchgreifenden« verfassungsrechtlichen Bedenken sehen.

Nr. 1 StGB-E) umfasst. Mit den üblichen Methoden ist eine ausreichend bestimmte Auslegung, wie sie das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung¹⁴⁵ fordert, nicht möglich. Eine gefestigte Rechtsprechung, die herangezogen werden könnte, ist ebenso nur zum Teil gegeben. Die klassischen Auslegungsmethoden stoßen vielmehr wegen des Zusammenwirkens dieser Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe jedenfalls bei Verwendung des Auffangtatbestandes an ihre Grenzen. Während eine Vorhersehbarkeit bei einer enumerativ aufgelisteten Tathandlungsalternative des § 238 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 StGB-E trotz der vielen unbestimmten Termini wohl gerade noch möglich sein wird, ist dies bei Verwendung des Auffangtatbestandes mitnichten der Fall. Die Mindestanforderungen an die Bestimmtheit, wonach es noch hinnehmbar ist, wenn für den Normadressaten in Grenzfällen zumindest das Risiko einer Bestrafung erkennbar ist,¹⁴⁶ ist hier nicht mehr gewahrt. Die vorgenannten Beispiele belegen dies: Kaum einem Leser wird es möglich sein, übereinstimmend mit anderen festzustellen, dass das Mitfahren im selben Bus straffrei sein soll, das Aufhängen von Transparenten mit Liebesbotschaften hingegen nicht. Eine Vorhersage, ob ein bestimmtes Verhalten strafbewehrt ist oder nicht, ist schlechterdings nicht mehr möglich. Statt einer »*Magna Charta*« findet der Rechtssuchende in § 238 StGB-E nur eine »*Magna Incerta*«.

Der Entwurf genügt den Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz nicht,¹⁴⁷ er verstößt vielmehr gegen ihn. Neben einzelnen Klarstellungen in der Entwurfsbegründung ist eine Streichung des Auffangtatbestandes dem Gesetzgeber anzuraten, wenn er den Boden der Verfassungsmäßigkeit nicht verlassen möchte.

VI. Fazit und Ausblick

Betrachtet man die hier – mit Sicherheit nicht abschließend – vorgetragene Kritik, so muss der gefundene Kompromiss als unvollkommen bezeichnet werden. Zwar hat man sich von einigen groben Fehlern des Bundesratsentwurfes distanziert. Doch auch der nunmehr unterbreitete Entwurf wirft mehr als nur eine Handvoll Probleme auf. Während die Bundesregierung durchaus auf dem Weg war, einen vernünftigen Tatbestand zu konstruieren, hat sie sich von diesem Kurs abbringen lassen.

Neben der dogmatischen Problematik, die einer Klarstellung in der Entwurfsbegründung sowie einer Substitution des Tatbestandsmerkmals »schwerwiegend« durch »unzumutbar« bedarf, ist zuvörderst eine Streichung des Auffangtatbestandes, ferner der Qualifikationstatbestände, sowie ein Ablassen von der Deeskalationhaft zu fordern. Während die drei letztgenannten Forderungen in legislativ-realistischer Hinsicht als Utopie bezeichnet werden dürften, sind die übrigen Änderungs- und Klarstellungsappelle durchaus auch im Rahmen der bestehenden Vorgaben der Länder in praxi umsetzbar. Aber gerade die in realer Hinsicht utopische Forderung, vom Auffangtatbestand abzulassen, könnte jenen Bestimmtheitsgebots-Tropfen darstellen, der das Verfassungsfass zum Überlaufen bringt. Sollte der vorliegende Entwurf hingegen unverändert Gesetz werden, so dürfte die von *Montesquieu* gestellte Forderung, der Richter solle idealiter nichts anderes als »*Mund des Gesetzes*« sein,¹⁴⁸ realiter so aussehen, dass er zu einem (schlechten) Zahnarzt mutiert: Er kann, weil ihm die Anweisung hierzu fehlt,

¹⁴⁵ Vgl. nur BVerfGE 45, 363, 371; 87, 209, 225; 92, 1, 12; 96, 68, 97 ff.

¹⁴⁶ Vgl. BVerfGE 87, 363, 391 f.; 92, 1, 12.

¹⁴⁷ So auch *Vander*, KritV 2006, 81, 91.

sein Handwerk nicht mehr lege artis ausüben. So wird er mal faule Zähne im Mund vergessen, aber auch mal gesunde Zähne unnötigerweise ziehen. Die in letzter Zeit zunehmende Tendenz des Gesetzgebers zur Schaffung unbestimmter Gesetze¹⁴⁹ ist zu beklagen. Es ist verfehlt, bei der Konzeption eines neuen Gesetzes daran anzuknüpfen, dass das Bundesverfassungsgericht eine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes ohnehin nur in Extremfällen¹⁵⁰ angenommen hat und sich damit in Sicherheit zu wiegen.¹⁵¹ Zwar ist diese Feststellung an sich richtig: Seit Bestehen des Grundgesetzes ist kaum je eine Vorschrift wegen Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz für nichtig erklärt worden.¹⁵² Doch ist mit Recht zu fragen, ob es Sinn und Zweck des Gesetzgebers sein sollte, die verfassungsrechtlichen Grenzen des Grundgesetzes ohne Grund zum Nachteil der Rechtssicherheit auszureizen.

Wenn Auffangtatbestände und eine kumulierte Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe Usus werden, sobald auch nur eine heteronome Handlungsart unter Strafe gestellt werden soll, muss man *Welzel* Recht geben, wenn er behauptet: »Die eigentliche Gefahr droht dem Grundsatz »nulla poena sine lege« nicht von der Analogie, sondern von unbestimmten Strafgesetzen!«,¹⁵³ und *Naucke* zustimmen, wenn er feststellt »Das Strafrecht wird immer unklarer«,¹⁵⁴ Sollte sich eine solche Praxis etablieren, wird man *Schünemann*¹⁵⁵ beipflichten, dass das Gebot der Gesetzesbestimmtheit »den Tiefpunkt des nulla-poena-Grundsatzes« erreicht hat.

Das politische Orakel prophezeit indes, dass in Berlin alledem kein Gehör geschenkt wird. Im selben Satz sagt es damit jedoch auch, dass mit diesem Gesetzgebungsvorhaben ein weiteres Exempel für strafrechtlichen Aktionismus statuiert und zugleich die Selbstverpflichtung des Gesetzgebers, die ihm eingeräumten verfassungsrechtlichen Grenzen nicht ohne Not auszureizen, zu Grabe getragen wird.

148 »La bouche qui prononce les paroles de la loi«, vgl. *Montesquieu*, *Esprit des Lois*, 1755, liv. XI chap. VI S. 318.

149 Exemplarisch sei nur auf die Neuregelung des § 303 Abs. 2 StGB (eingefügt durch das 39. StÄG vom 1.9.2004 BGBl. I, 2005, S. 2674 m.W.v. 8.9.2005) verwiesen: »Ebenso wird bestraft, wer unbefugt das Erscheinungsbild einer fremden Sache *nicht nur unerheblich* und *nicht nur vorübergehend* verändert.

150 BVerfGE 85, 69; 90, 145, 191 f.; 92, 1, 16 ff.

151 So jedoch *Meyer*, ZStW 115 (2003) 249, 288 Fn. 209.

152 *Roxin*, AT I, § 5 Rn. 68.

153 *Welzel*, *Das deutsche Strafrecht*, 1947, § 5 II 3.

154 *Naucke*, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1973, S. 3.

155 *Schünemann*, *Nulla poena sine lege?*, 1978, S. 6.