



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht

zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen

Stellungnahme Nr.: 21/2016

Berlin, im April 2016

Mitglieder des Ausschusses

- RA Prof. Dr. Stefan König, Berlin (Vorsitzender)
- RA Dr. Rainer Spatscheck, München
- RA Dr. h. c. Rüdiger Deckers, Düsseldorf
- RAin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin
- RAin Dr. Gina Greeve, Frankfurt am Main
- RA Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt am Main
- RA Eberhard Kempf, Frankfurt am Main
- RA Dr. Ali B. Norouzi, Berlin
- RAin Gül Pinar, Hamburg (Berichterstatterin)
- RA Michael Rosenthal, Karlsruhe
- RA Martin Rubbert, Berlin (Berichterstatter)
- RAin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam
- RA PD Dr. Gerson Trüg, Freiburg im Breisgau

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- RAin Tanja Brexl, Berlin

Verteiler

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Rechts- und Verbraucherschutzausschuss, Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Rechts- und Verbraucherschutzausschusses des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Innenausschusses des Deutschen Bundestages
- Landesjustizministerien
- Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft

- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
- Vorsitzende des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft des DAV

- Deutscher Strafverteidiger e. V.
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen

- Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Kriminalbeamter

- Strafverteidiger-Forum (StraFo)
- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NStZ
- Strafverteidiger

- Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
- ver.di, Bereich Recht und Rechtspolitik
- Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)
- Prof. Dr. Schöch, LMU München

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit rund 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I. Allgemeines

Mit dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen sollen im Wesentlichen drei Gesetzesänderungen vorgeschlagen werden:

- 1) § 238 Abs. 1 StGB soll von einem Erfolgs- in ein Gefährdungsdelikt umgewandelt werden. Künftig soll es für die Tatbestandserfüllung ausreichend sein, wenn eine Tathandlung vorliegt, die geeignet ist, eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung zu verursachen. Es soll nicht mehr darauf ankommen, ob diese tatsächlich eintritt. Die bislang existierende Generalklausel des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB soll gestrichen werden.
- 2) § 238 StGB soll aus der Liste der Privatklagedelikte in § 374 Abs. 1 Nr. 5 StGB gestrichen werden.
- 3) § 4 Satz 1 des Gewaltschutzgesetzes soll dahingehend geändert werden, dass nicht nur gerichtliche Entscheidungen in Gewaltschutzverfahren strafrechtlichen Schutz erfahren, sondern auch in Gewaltschutzverfahren geschlossene Vergleiche.

Der Deutsche Anwaltverein begrüßt die unter 3) dargestellte beabsichtigte Änderung des Gewaltschutzgesetzes. Sie schließt eine Lücke in der Systematik des Gewaltschutzgesetzes.

Die Änderung des § 238 StGB in ein Gefährdungsdelikt sowie die Streichung des § 238 StGB aus der Liste der Privatklagedelikte lehnt der Deutsche Anwaltverein dagegen ab.

II. Die Veränderungen der geltenden Rechtslage durch den Referentenentwurf

Seit dem Inkrafttreten des § 238 StGB verstärkt sich die Kritik der Betroffenen und ihrer Verbände an dessen Ausgestaltung. In dem vorliegenden Referentenentwurf niedergeschlagen hat sich vor Allem die Kritik, dass eine strafrechtliche Verurteilung erst dann erreicht werden kann, wenn der Taterfolg eingetreten ist.¹ Aufgeführt wird zur Untermauerung stets die geringe Anzahl der Verurteilungsquote im Vergleich zu den angezeigten Fällen.² Der Deutsche Anwaltverein betont, dass es auch nach seiner Überzeugung ein berechtigtes Anliegen ist, dass die Betroffenen von „Stalking“ unter wirksamen staatlichen Schutz gestellt werden müssen und dass ihnen zugleich die Hilfe zukommen soll, derer sie bedürfen. Er geht jedoch davon aus, dass es hierfür der geplanten Änderung des § 238 Abs. 1 StGB nicht bedarf.

Die geplanten Änderungen im Einzelnen:

1) Änderung des Gewaltschutzgesetzes

Das im Jahre 2002 in Kraft getretene Gewaltschutzgesetz hat sich bewährt.³ Es bietet den Betroffenen die Möglichkeit, eine einstweilige Anordnung zu erwirken, die dem Adressaten bestimmte Verhaltensweisen, die auf diesem Wege genauer bezeichnet werden können, untersagt. Weiterer Vorteil des Gewaltschutzgesetzes ist, dass zum Erlass der Unterlassungsverfügung bereits die Glaubhaftmachung des Opfers genügt.

Die geplante Erweiterung begegnet einer Lücke in der aktuellen Fassung des § 4 GewSchG, die der Entwurf schließt. Es besteht Handlungsbedarf im Bereich des Gewaltschutzes, weil bislang nur die Zuwiderhandlung gegen gerichtliche Gewaltschutzanordnungen mit Strafe bewehrt ist, nicht aber der Verstoß gegen

1 Vgl. beispielsweise www.stalking-justiz.de

2 Vgl. auch Entwurf S. 7

3 Vgl. 10 Jahre Gewaltschutzgesetz – Bestandsaufnahme zum veränderten gesellschaftlichen Umgang mit häuslicher Gewalt Ergebnisse der Mitgliederbefragung des bff Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe e.V. im Februar 2012 Zusammenfassung der Ergebnisse

eine in einem Vergleich übernommene Verpflichtung, auch wenn das Gericht sie nach § 1 GewSchG hätte anordnen können.⁴

Im Rahmen des Gewaltschutzgesetzes wären auch noch weitere Verbesserungen möglich, da § 1 GewSchG nicht alle möglichen Erscheinungsformen des Stalking erfasst. Zum Beispiel könnten Formen von Verleumdungen, Bloßstellungen und ähnlichem Verhalten über die Social Media aufgenommen werden. Da es sich bei § 1 GewSchG nicht um ein Strafgesetz handelt, sondern um eine Rechtsgrundlage zivilrechtlicher Anordnungen, könnte hier ein Auffangtatbestand wie „vergleichbare Handlungen“ in Frage kommen. Dieser würde umfassenden Schutz bei allen denkbaren Stalkinghandlungen bieten, die im Antrag der einstweiligen Anordnung näher beschrieben werden und damit der Einzelfallprüfung besser gerecht werden könnten.

2) Änderung des § 238 StGB

§ 238 StGB (Nachstellung) wurde durch das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen vom 22.März 2007 zum 31.März 2007 in das Strafgesetzbuch eingefügt. Seitdem heißt es in § 238 Abs. 1 StGB:

„Wer einem Menschen unbefugt nachstellt, indem er beharrlich

1. seine räumliche Nähe aufsucht,
2. unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln oder sonstigen Mitteln der Kommunikation oder über Dritte Kontakt zu ihm herzustellen versucht,
3. unter missbräuchlicher Verwendung von dessen personenbezogenen Daten Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen für ihn aufgibt oder Dritte veranlasst, mit diesem Kontakt aufzunehmen,
4. ihn mit der Verletzung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit seiner selbst oder einer ihm nahe stehenden Person bedroht oder,
5. eine andere vergleichbare Handlung vornimmt

4 Vgl. Entwurf S. 14

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

Damit ist die Norm als ein sogenanntes Erfolgsdelikt ausgestaltet, d.h. als ein Delikt dessen Tatbestand einen bestimmten, von der Handlung getrennten Erfolg voraussetzt. Konkret wird nach geltendem Recht der Tatbestand des § 238 Abs. 1 StGB erfüllt, wenn durch die aufgezählten Handlungen die Lebensgestaltung des Betroffenen schwerwiegend beeinträchtigt wird.

a) Regelungsvorschlag im Referentenentwurf

Der Referentenentwurf benennt als Problem der geltenden Rechtslage, dass der Tatbestand des § 238 StGB nur dann erfüllt ist, wenn die Tat eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers verursacht hat. Damit werde die Strafbarkeit weder von der Handlung des Täters noch von deren Qualität abhängig gemacht, sondern allein davon, ob und wie das Opfer auf diese Handlung reagiert. Strafrechtlicher Schutz sei „daher bislang allenfalls dann zu erlangen, wenn das Opfer sein gewöhnliches Verhalten ändert und sich damit dem Druck des Täters unterwirft.“⁵

Nach dem Entwurf soll § 238 Abs. 1 StGB von einem Erfolgsdelikt zu einem abstrakten Gefährdungsdelikt geändert werden, wonach nur die potentielle Herbeiführung einer Gefahr für den geschützten Personenkreis für die Erfüllung des Tatbestandes ausreichen soll. Beim abstrakten Gefährdungsdelikt genügt eine generell gefährliche Verhaltensweise. Eine Gefährdung im Einzelfall muss nicht eingetreten sein. So soll nach dem Referentenentwurf der Tatbestand des § 238 Abs. 1 StGB wie folgt lauten:

„Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einer anderen Person in einer Weise unbefugt nachstellt, die geeignet ist, deren Lebensgestaltung schwerwiegend zu beeinträchtigen, in dem er beharrlich... „

5 Vgl. Entwurf S. 8

Ziffern 1-4 bleiben nahezu unverändert, Ziffer 5 wird gestrichen.

Der Entwurf geht in seiner Begründung davon aus, dass es sich gezeigt habe, dass der mit dem geltenden Gesetz beabsichtigte Opferschutz nicht effektiv genug sei. Zum einen seien Betroffene gezwungen, sich über einen längeren Zeitraum mit den Taten zu beschäftigen. Zum anderen werde derjenige nicht geschützt, der sich gegen die Nachstellungen standhaft widersetze und seine Lebensgestaltung nicht verändere. Es habe sich gezeigt, dass eine Ausgestaltung des § 238 Abs. 1 StGB als Erfolgsdelikt dazu führe, „dass sich der Tatbestand nicht mehr unmittelbar am begangenen Tatumrecht orientiert, sondern allein an der Art und Weise, in der das Opfer versucht, der bewirkten Beeinträchtigung zu entgehen.“

b) Kritik am Referentenentwurf

Geschütztes Rechtsgut des § 238 StGB ist nach dem der geltenden Gesetzesfassung zugrunde gelegten Entwurf der Bundesregierung⁶ der individuelle Lebensbereich des Einzelnen, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dient der § 238 StGB dem Schutz der „eigenen Lebensführung vor gezielten, hartnäckigen und schwerwiegenden Belästigungen der Lebensführung“.⁷ Auch wenn die Bestimmung des Rechtsgutes bei der Nachstellung Schwierigkeiten bereitet und unterschiedliche Gewichtungen zulassen,⁸ ist der Freiheitsbereich des Einzelnen Ausgangspunkt. Bei lediglich „objektiver Eignung“ einer Handlung werden der individuelle Lebensbereich und die eigene Lebensführung jedoch noch gar nicht beeinträchtigt und nicht notwendigerweise in das geschützte Rechtsgut eingegriffen.⁹ An strafwürdigem Unrecht im Hinblick auf den Schutzbereich der Norm fehlte es dann. Dem könnte in rechtsdogmatischer Hinsicht nur abgeholfen werden, sofern der Entwurf auch eine Änderung des Rechtsgutes bezweckte. Auch wenn der Entwurf die „Ruhe“ des Betroffenen schützen möchte (Begründung S. 6), ist nicht zu erkennen, dass der Entwurf das Rechtsgut der Norm in Rechtsfrieden o.ä. ändern möchte. Vielmehr knüpft er nach wie vor an die Ziele der aktuell

6 BT-Drs. 16/575 S. 6f.

7 BGHSt 54, 189ff. (193)

8 Überblick bei *Sonnen* in NK-StGB, 4. Aufl. 2013, § 238 Rn. 13f.; ausführl. dazu *Krehl* in LK-StGB, 12. Aufl. 2015, § 238 Rn. 12ff.

9 Vgl. *Krehl* in LK-StGB, 12. Aufl. 2015, § 238 Rn. 63, *Wolters* in SK-StGB, § 238 Rn. 3.

geltenden Fassung des § 238 Abs. 1 StGB an und strebt lediglich einen "Ausbau" des strafrechtlichen Schutzes an.¹⁰ Darüber hinaus ist bedenklich, dass durch die Ausgestaltung der Nachstellung als Gefährdungsdelikt die Strafbarkeit in ein Stadium noch vor dem nicht strafbaren Versuch (des § 238 Abs. 1 und 2 StGB) verlagert werden würde.

Durch die Streichung der Generalklausel des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB kommt der Entwurf den Forderungen in der Literatur wegen der durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich des Bestimmtheitsgebotes des Art. 103 Abs. 2 GG durch diese „Generalklausel“ nach.¹¹ Aber auch ohne diese Generalklausel erscheint die Ausgestaltung als Gefährdungsdelikt in Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG wegen des Hinzutretens des Weiteren unbestimmten Rechtsbegriffes der Eignung bedenklich¹². Die aktuelle Formulierung des § 238 Abs. 1 StGB erlaubt überdies keine klare Abgrenzung zu erlaubtem, sozialadäquatem Verhalten wie z.B. von investigativ ermittelnden Journalisten. Darüber hinaus enthält sie eine Reihe von unbestimmten Begriffen wie "räumliche Nähe", "Lebensgestaltung" oder "schwerwiegend beeinträchtigt". Die Vielfältigkeit möglicher Handlungsformen lässt sich unter Beachtung des Analogieverbotes und des Bestimmtheitserfordernisses im Strafrecht nicht präzise und erschöpfend umschreiben. Dieses Problem würde durch die geplante Fassung des § 238 Abs. 1 StGB noch vergrößert. Welches Verhalten die erforderliche Eignung aufweist, kann weder der bisherigen Rechtsprechung noch der vorliegenden Entwurfsregelung entnommen werden. Dem Richter bliebe bei einer Regelung im Sinne des Referentenentwurfs die Aufgabe der Feststellung der „Eignung“ in den Fällen überlassen, in denen es nicht zu einer Beeinträchtigung gekommen ist. Das Problem der Unbestimmtheit der Norm würde fortbestehen. Hinzu kommt der fehlende Regelungsbedarf, da Handlungen, die bereits aus sich heraus erkennbar auf eine Beeinträchtigung der Lebensführung der Betroffenen abzielen, oft durch bestehende Straftatbestände wie Körperverletzung, Nötigung, Bedrohung,

10 Für die Ausgestaltung als Gefährdungsdelikt s. *Schöch* in NSTZ 2013, 221ff. (224), *Seher* in JZ 2010, 582ff. (583) und *Mitsch* in NJW 2007, 513ff. und 1237ff (1240)

11 Bedenken, letztlich offen gelassen auch bei BGHSt 54, 189 ff. Überblick bei *Fischer*, § 238 Rn. 6, 17f.; ausführlich dazu *Krehl* in LK-StGB, 12. Aufl. 2015, § 238 Rn. 55f., 58, 63.

12 Vgl. *Krehl* in LK-StGB, 12. Aufl. 2015, § 238 Rn. 63.

Sachbeschädigung, Hausfriedensbruch oder Beleidigung erfasst werden und keiner weiteren Pönalisierung im Strafgesetzbuch bedürfen. Insofern ist daran festzuhalten, dass der aktuelle § 238 Abs. 1 StGB auf Handlungen des Täters abzielt, die äußerlich sozialadäquat erscheinen und erst aus ihrer Häufigkeit oder ihrem Kontext heraus zu einer objektiv feststellbaren Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Betroffenen führen. Die Notwendigkeit dieser Kausalität ist insofern eine wichtige Abgrenzungsmöglichkeit.

Eine „Verobjektivierung“ des Straftatbestandes ist entgegen des Ziels des Gesetzgebers weder durch die jetzige Ausgestaltung des Straftatbestandes als Erfolgsdelikt¹³ noch durch die geplante Ausgestaltung als Gefährdungsdelikt (durch „objektive Geeignetheit der Tat zur Herbeiführung einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensumstände“)¹⁴ geglückt.

Anstatt eine Änderung der Rechtsnatur des Straftatbestandes des § 238 Abs. 1 StGB in ein Gefährdungsdelikt vorzunehmen, sollte eine Novellierung an einem Erfolgserfordernis festhalten – und hierbei allenfalls die Voraussetzungen für dessen Eintritt durch eine andere Formulierung herabsetzen.¹⁵ Dies setzt jedoch eine kritische Prüfung voraus, dass trotz einer Herabsetzung des Erfolgserfordernisses tatsächlich noch ein strafwürdiges Unrechturteil vertretbar ist.

3) Streichung des § 238 StGB aus den Privatklagedelikten

Ausweislich der Begründung des Referentenentwurfs könne die Einordnung als Privatklagedelikt auch dazu beitragen haben, „dass strafwürdiges Verhalten nicht in gebotennem Maße zur Aburteilung gelangt“.¹⁶ Um einen zu schnellen Verweis auf den Privatklageweg zu vermeiden, soll der § 238 aus dem Katalog der Privatklagedelikte des § 374 StPO gestrichen werden.

13 Vgl. BT-Drs. 16/575 S. 8 „verobjektivierte Beeinträchtigung“

14 Vgl. Referentenentwurf S. 1

15 8. Die Einschränkung des Tatbestandes, die vom Entwurf als wesentlicher Grund zum gesetzgeberischen Handlungsbedarf herangeführt wird, ist vom Gesetzgeber durch den Wortlaut des Taterfolges „schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ selbst herbeigeführt worden und nicht (wie dargestellt in Begründung S. 7) die Folge mangelnder Durchsetzung anderer, weitergehender Erfolge durch das Schrifttum und die Rechtsprechung (wie durch die Tat erlittene erhebliche psychische Belastungen ohne äußerlich erkennbare Veränderung der Lebensumstände).

16 Vgl. Entwurf S. 1

Durch die Herausnahme des § 238 StGB aus dem Katalog der Privatklagedelikte des § 374 Abs. 1 StPO würde zwar eine Vergleichbarkeit mit dem als Officialdelikt ausgestalteten § 4 GewSchG herbeigeführt. Für diese Änderung besteht jedoch keine Notwendigkeit, da der Staatsanwaltschaft die Einstellung unter Verweis auf den Privatklageweg bei Bejahung des öffentlichen Interesses bereits verwehrt ist. Auch die Begründung des Entwurfs¹⁷ spricht eher gegen Handlungsbedarf in dieser Hinsicht. Gem. Nr. 86 Abs. 2 S. 2 RiStBV ist ein öffentliches Interesse nämlich u.a. dann anzunehmen, wenn dem Verletzten wegen seiner persönlichen Beziehung zum Täter nicht zugemutet werden kann, Privatklage zu erheben. In den bereits von § 238 StGB in der geltenden Fassung erfassten Fällen sollte dies wegen der engen Voraussetzungen des Erfolgseintritts gegeben sein. In dem durch die Ausgestaltung zu einem Gefährdungsdelikt erweiterten Anwendungsbereich bei nur objektiver Eignung, bei der der individuelle Lebensbereich gar nicht beeinträchtigt sein muss, liegt eine Bejahung des öffentlichen Interesses aufgrund Unzumutbarkeit hingegen nicht auf der Hand. Gerade in diesen Fällen erscheint es aber dann sachgerecht, bei Nichtvorliegen des öffentlichen Interesses auf den Privatklageweg zu verweisen.

17 Entwurf S. 12