

**Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung
im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
des Deutschen Bundestages am 19. Mai 2021**

Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – effektivere Bekämpfung von Nachstellungen und bessere Erfassung des Cyberstalkings (BT-Drs. 19/28679).

I. Einführung

Anlass für die geplanten Änderungen ist der Evaluierungsbericht zur Neufassung des § 238 StGB vom 4. Februar 2021 (BT-Drs. 19/26515). Dieser zeigt, dass die Anwendung des Tatbestandes für die Praxis immer noch mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist. Als die maßgeblichen Gründe wurden genannt:

- Schwierigkeiten bei der Beurteilung, ob das Verhalten im Einzelfall noch sozialadäquat ist¹,
- Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe²,
- Beweisprobleme, da es sich häufig um zwei Personen-Konflikte handelt³ sowie hinsichtlich des Tätervorsatzes bzgl. der Beeinflussung der Lebensführung der Opfer

II. Änderungen im Einzelnen

Der Entwurf verfolgt das Ziel, dem Rechtsanwender durch eine Vielzahl von Ergänzungen des Grundtatbestandes und der Strafschärfungen eine bessere Konturierung des Tatbestandes an die Hand zu geben. Dabei ist jedoch zu beachten, dass sich die schwierige Abgrenzung zu (noch) sozialadäquaten Verhaltensweisen kaum beseitigen lässt und diese Entscheidung letztlich der Rechtsanwender im Wege einer Gesamtwürdigung zu treffen hat. Entsprechendes

¹ BT-Drs. 19/28679, S. 4 und S. 7.

² BT-Drs. 19/28679, S. 4.

³ BT-Drs. 19/28679, S. 5.

gilt für tatsächliche Nachweisprobleme, die auf Zwei-Personen-Konstellationen beruhen.

1. Änderungen des Grundtatbestandes des § 238 Abs. 1 StGB

a) Herabsetzung des Grades der Beeinträchtigung der Lebensgestaltung

Im Grundtatbestand wird bislang die Eignung der Nachstellungshandlungen zu einer „schwerwiegenden“ Beeinträchtigung der Lebensgestaltung verlangt. Diese Schwelle soll auf eine „nicht unerhebliche“ Beeinträchtigung der Lebensgestaltung herabgesetzt werden. Vorzugswürdig wäre es freilich, von einer „erheblichen“ Beeinträchtigung zu sprechen, weil ansonsten lediglich Bagatellfälle ausgeklammert und bereits leichteste Beeinträchtigungen erfasst wären. „Nicht unerheblich“ ist insoweit m.E. nicht dasselbe wie „erheblich“.

Erforderlich waren bisher gravierende und ernst zu nehmende Beeinträchtigungen, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende und zumutbare Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung hinausgehen.⁴ Nimmt man diese Formel zum Gegenstand, so wird man nunmehr auf das Erfordernis der gravierenden Beeinträchtigung verzichten können, während regelmäßig hinzunehmende und zumutbare Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung weiterhin kein strafwürdiges Unrecht begründen können. Damit wird die Schwelle für den Nachweis der Eignung der Stalkinghandlungen zur Beeinträchtigung der Lebensgestaltung herabgesetzt.

Bislang waren folgende Beeinträchtigungen nicht erfasst,⁵ die nunmehr aus meiner Sicht vom Tatbestand erfasst werden können: Die Einrichtung einer Fangschaltung,⁶ das Wechseln der Telefonnummer,⁷ das Installieren von Alarmanlagen,⁸ ein einwöchiger Umzug in eine Ferienwohnung,⁹ das Beantragen

⁴ BT-Drs. 16/3641, S. 14, BGHSt 54, 189 (197); OLG Brandenburg NSTZ 2010, 519 (520).

⁵ Siehe *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 238 Rn. 32.

⁶ BT-Drs. 16/575, S. 8; BGHSt 54, 189 (197).

⁷ So BT-Drs. 19/28679, S. 9. Schon bisher für eine Einbeziehung *Mosbacher*, NSTZ 2007, 665 (667); *Mitsch*, Jura 2007, 401 (405); dagegen *Gazeas*, JR 2007, 497 (503); *Valerius*, JuS 2007, 319 (323).

⁸ *Fischer*, StGB, 68. Aufl. 2021, § 238 Rn. 24

⁹ AG Löbau StV 2008, 646.

von Maßnahmen nach dem Gewaltschutzgesetz,¹⁰ der Austritt aus einem Verein¹¹ und konsequenterweise auch aus einem Fitnessstudio usw.

Noch hinnehmbar sind hingegen m.E. übliche Schutzmaßnahmen – wie das Verschließen von Fenstern und Türen¹² – oder der bloße Verzicht auf die Entgegennahme von einzelnen Anrufen, soweit es sich nicht insgesamt um einen Verzicht auf die Nutzung des Telefons handelt.

b) Ersetzung des Merkmals „beharrlich“

Das Merkmal „beharrlich“, das eine gewisse Hartnäckigkeit zum Ausdruck bringt, soll durch das Merkmal „wiederholt“ ersetzt werden. Dies ist zu begrüßen, da die Beharrlichkeit, die auf die innere Einstellung des Täters abstellt,¹³ recht unscharf, schwer nachweisbar und im Hinblick auf ein Tatstrafrecht fragwürdig ist.¹⁴ Da Bestandteil des beharrlichen Verhaltens bereits jetzt eine wiederholte Begehung ist, kann insoweit auf diese Grundsätze weiterhin zurückgegriffen werden.¹⁵ Durch den Wegfall der subjektiv geprägten Komponente der Beharrlichkeit wird der Tatbestand auch nicht zu weit gefasst, da zumindest Eventualvorsatz vorliegen muss, der sich auf die Eignung zur nicht unerheblichen Beeinträchtigung der Lebensgestaltung gerade durch die wiederholte Tatbegehung beziehen muss.

Die Entwurfsbegründung lässt für die Anzahl der Wiederholungen „schon eine geringe einstellige Anzahl“ genügen.¹⁶ Bei der Einführung des § 238 StGB wurden hingegen fünf Handlungen genannt,¹⁷ so dass zwei oder drei Handlungen, die sich über einen längeren Zeitraum verteilen, in der Regel nicht genügen. Unerheblich ist insoweit, ob sich der Täter unterschiedlicher Verhaltensweisen nach Nrn. 1 bis 8 bedient,¹⁸ da die Unberechenbarkeit der Handlungen für das Opfer sogar gravierender sein kann.¹⁹

¹⁰ OLG Hamm NStZ-RR 2009, 175.

¹¹ So BT-Drs. 19/28679, S. 9

¹² OLG Brandenburg NStZ 2010, 520.

¹³ Vgl. BT-Drs. 16/575 S. 7; BGHSt 54, 189 (195); BGH NStZ 2016, 724 (725).

¹⁴ Zur Kritik *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 238 Rn. 24.

¹⁵ Zum Aspekt der Wiederholung *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 238 Rn. 24.

¹⁶ BT-Drs. 19/28679, S. 10.

¹⁷ BT-Drs. 15/5410, S. 7. Nach BGHSt 54, 189 (196), sind Vorfälle an fünf Tagen auch bei größeren zeitlichen Abständen von bis zu sechs Wochen ausreichend.

¹⁸ BT-Drs. 19/28679, S. 10.

¹⁹ BGHSt 54, 189 (196); OLG Stuttgart Die Justiz 2015, 181 (282); *Neubacher/Seher*, JZ 2007, 1029 (1032).

c) Ergänzung des Tatbestandes um weitere Nachstellungshandlungen

Obgleich in der bisherigen Nr. 5 (§ 238 Abs. 1 Nr. 8 StGB-E) ein Auffangtatbestand enthalten ist, ist es zu begrüßen, dass wichtige Erscheinungsformen des sog. Cyberstalkings explizit aufgeführt werden, um dem Tatbestand schärfere Konturen zu verleihen und so dessen Anwendbarkeit in der Praxis zu erleichtern. Auch wenn die Verschaffung des unbefugten Zugangs zu Daten durch eine Tat nach § 202a StGB bereits per se nach dieser Vorschrift strafbar ist, ist dieser „elektronische Hausfriedensbruch“ für das Opfer des Stalkings eine große Belastung, da der Täter tief in die Privatsphäre eindringt und das Opfer sich einer sicheren und vertraulichen Kommunikation nicht mehr gewiss sein kann. Entsprechendes gilt für das Verbreiten oder öffentliche Zugänglichmachen von Abbildungen nach Nr. 6, das nicht immer zugleich eine Strafbarkeit nach § 201a StGB begründen muss. Ungereimt ist freilich, dass bei Nr. 6 neben der „nahestehenden Person“ auch „Angehörige“ genannt sind, nicht aber bei Nr. 5. Eine gewisse Parallele zu Nr. 3, der Waren und Dienstleistungen erfasst, weist sodann Nr. 7 auf, wenn es hier um die Täuschung der Urheberschaft bei Inhalten i.S.d. § 11 Abs. 3 StGB geht.

2. Umwandlung der Qualifikation in einen besonders schweren Fall

Besonders schwere Fälle, die mit Regelbeispielen exemplifiziert sind, haben gegenüber Qualifikationen einen Vor- und einen Nachteil. Der Vorteil ist darin zu sehen, dass weitere im Gesetz nicht genannte Fälle den besonders schweren Fall begründen können. Der Nachteil liegt darin, dass der vom Gesetzgeber genannte Erschwerungsgrund durch mildernde Strafzumessungsumstände wiederlegt und dann auf den Grundstrafrahmen zurückgegriffen werden kann, was vor allem das Herbeiführen der Gefahr einer Gesundheitsschädigung als bisherige Qualifikation des Abs. 2 betrifft. Zutreffend wird der Auffanggrundtatbestand der Nr. 8 vom besonders schweren Fall ausgeklammert um die Kumulierung unbestimmter Merkmale zu vermeiden.²⁰ „Übertrieben“ ist dabei, dass gleich acht Regelbeispiele genannt werden, es ließen sich beliebig viele weitere Erschwerungsgründe nennen.

a) Die bisherige Qualifikation ist nun in Abs. 2 S. 2 Nr. 2 genannt; vertretbar ist, dass in Nr. 1 auch das Eintreten einer einfachen Gesundheitsschädigung erfasst wird. Allerdings legt die Formulierung „verursacht“ nahe, dass es sich um eine

²⁰ BT-Drs. 19/28679, S. 11.

Erfolgsqualifikation i.S.d. § 18 handelt, da bei Qualifikationen das Wort „bringt“ die übliche Terminologie ist.²¹ Es würde sich daher um ein sog. erfolgsqualifiziertes Regelbeispiel handeln (vgl. auch § 218 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB, wo freilich die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung als Regelbeispiel genannt ist). Dass bereits Fahrlässigkeit i.S.d. § 18 StGB hinsichtlich einer einfachen Körperverletzung den erhöhten Strafraumen begründen kann, wäre nicht überzeugend und auch im Verhältnis zu Nr. 2 systemwidrig. Sollte an Nr. 1 festgehalten werden, ist daher zu einer anderen Formulierung zu raten (etwa „eine Gesundheitsschädigung hervorruft“).

b) Weniger überzeugend sind Nr. 3 und Nr. 4, bei denen die Monatsangaben willkürlich anmuten und für das Merkmal „nahezu täglich“ eine Rechenangabe angegeben wird („75% der Tage und zudem jede Woche mindestens eine Tathandlung“).²² M.E. sollten beide Strafschärfungen zusammengefasst werden und angelehnt an Nr. 4 eine „Vielzahl von Tathandlungen über einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten“ erfasst werden. Dies wäre eine plausible Leitlinie, mit Hilfe derer sodann mit Hilfe der Regelbeispielstechnik weitere Konstellationen ebenfalls erfasst und ggf. trotz Vorliegens des Regelbeispiels auf den Grundstrafrahmen ausgewichen werden könnte.

c) Auch die Strafschärfung der Nr. 5 dürfte entbehrlich sein, da der Einsatz einer Spy-Ware nur eine Möglichkeit ist, den Grundtatbestand des Abs. 1 Nr. 5 zu verwirklichen, ohne dass der Unrechtsgehalt signifikant steigt. Auch bei § 202a StGB ist dieser Umstand nicht als strafschärfend normiert.

d) Nicht überzeugend sind ferner die vorgesehen Kombinationen in Nr. 6 und Nr. 7, da diese ebenfalls innerhalb des Grundstrafrahmens sachgerecht abgeurteilt werden können und im Übrigen die Möglichkeit verbleibt, einen unbenannten besonders schweren Fall anzunehmen.

e) Gut vertretbar ist hingegen das Regelbeispiel der Nr. 8, weil Personen unter 16 Jahren in ihrer psychischen Verfassung häufig noch nicht so gefestigt sind und daher das Stalking besonders massiv wirkt. Die Mindestaltersgrenze auf Täterseite ist

²¹ *Eisele*, Strafrecht Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, Rn. 443; *Kühl*, Festgabe BGH 2000, 237 (243 ff.)

²² BT-Drs. 19/28679, S. 11.

sachgerecht, um Verhaltensweisen unter Jugendlichen und Heranwachsenden nicht überzukriminalisieren.