

strafbar sein muss.¹⁸⁷ Ist das nicht der Fall, kann eine Strafbarkeit aber – soweit die übrigen Voraussetzungen des § 7 StGB erfüllt sind – wegen der zwar regelmäßig zurücktretenden, aber tatbestandlich erfüllten Nötigung begründet werden, wenn zumindest diese ein Pendant im Recht des Tatortstaates hat.

Ob eine Inlandstat zu bejahen ist, richtet sich hinsichtlich der Tathandlung danach, wo der Täter zu dem Tatzeitpunkt körperlich anwesend ist. Wo in Abgrenzung dazu der Taterfolg eingetreten ist, ergibt sich aus § 9 StGB und beurteilt sich für Abs. 1 und Abs. 2 abweichend.¹⁸⁸ **61**

Der Erfolg von § 237 Abs. 1 StGB liegt in Deutschland, wenn die Ehe im Inland geschlossen wird.¹⁸⁹ Einschlägig ist das etwa in der Fallgruppe der Importbräute, sofern es zu Nötigungshandlungen i.S.d. § 237 Abs. 1 StGB kommt, da der Erfolgsort hier in Deutschland liegt, § 9 Abs. 1 StGB.¹⁹⁰ § 237 Abs. 2 StGB knüpft an die Verbringung ins Ausland an. Geht man davon aus, dass es sich hier nur um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt, könnte man schon deshalb am Vorliegen eines Erfolges i.S.d. § 9 StGB zweifeln; auch wenn man (richtigerweise) beide Fragen trennt, würde der Tathandlungserfolg jedenfalls im Ausland liegen, weil gerade dorthin verbracht worden sein muss.¹⁹¹ Es bleibt aber bei der Möglichkeit eines inländischen Handlungsortes. **62**

Dagegen ergeben sich für Sachverhalte, die einen reinen Auslandsbezug haben, Strafbarkeitslücken. Solche kommen insbesondere in der Variante des § 237 Abs. 2 Var. 3 StGB (Abhalten von der Rückkehr ins Inland) in Betracht,¹⁹² bei der regelmäßig Handlung und Erfolg im Ausland liegen werden, so dass deutsches Strafrecht nur unter den (mitunter fraglichen, vgl. oben Rdn. 60) Voraussetzungen des § 7 StGB anwendbar ist. Schutzbehauptungen dahingehend, dass der Entschluss zum Abhalten von der Rückkehr erst beim gemeinsamen Auslandsaufenthalt gefasst worden ist, sind im Einzelfall Tür und Tor geöffnet. **63**

§ 238 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,
 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.

¹⁸⁷ *Ensenbach* Jura 2012 507, 512.

¹⁸⁸ So insbesondere: *Eisele/Majer* NStZ 2011 546, 551.

¹⁸⁹ *Eisele/Majer* NStZ 2011 546, 551; *Ensenbach* Jura 2012 507, 512.

¹⁹⁰ *Bülte/Becker* JA 2013 7, 12 f; Im Fall der

Importbräute (vgl. Rdn. 3) werden Frauen aus dem Ausland nach Deutschland gebracht, sodass diese dem deutschen Strafrecht unterfallen können.

¹⁹¹ *Ensenbach* Jura 2012 507, 512.

¹⁹² *Bülte/Becker* JA 2013 7, 13.

(2) Auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter das Opfer, einen Angehörigen des Opfers oder eine andere dem Opfer nahe stehende Person 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 einer anderen dem Opfer nahe stehenden Person, 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.

Schrifttum

Strafrecht und Kriminologie

Albrecht Stalking – nationale und internationale Rechtspolitik und Gesetzesentwicklung, FPR 2006 204; *Aul* Stalking – Phänomenologie und strafrechtliche Relevanz (2009); *Balloff* Stalking und Kinder: Kindeswohl, Sorge- und Umgangsrecht, Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2008 190; *Beck* Wie besonnen muss ein Stalking-Opfer sein?, GA 2012 722; *Becker/Michelmann* Häusliche Gewalt, Stalking und Einsatz der Polizei, FPR 2011, 214; *Bettermann* Evaluationsbericht: Das Stalking-Projekt der Polizei Bremen (2002); *ders.* Stalking – ein Phänomen ohne klare Grenzen?, KrimJournal 2003 267; *Behrens* Das Verhältnis von Strafrecht, Kriminologie und Kriminalpolitik am Beispiel des § 238 StGB (Nachstellung) (2009); *Bergmann/Kroke* § 4 GewSchG und der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung, ZIS 2013 234; *Bettermann/Feenders* (Hrsg.) Stalking: Möglichkeiten und Grenzen der Intervention (2004); *Bieszk/Sadtler* Mobbing und Stalking: Phänomene der modernen (Arbeits-)Welt und ihre Gegenüberstellung, NJW 2007 3382; *Borchert* Stalking – Ein rechtliches Phänomen, FPR 2004 239; *Bülte* Referendarexamensklausur Strafrecht: Verhinderung und Stiftung einer Ehe durch Nötigungsmittel, StudZR 2012 99; *Buettner* Stalking als Straftatbestand: Opferschutz. Ausgestaltung des § 238 I StGB als Antrags- und Privatklagedelikt, ZRP 2008 124; *Buß* Der Weg zu einem deutschen Stalkingstrafatbestand – § 238 StGB (2008); *ders.* Anmerkung zu BGH JR 2011 80 ff, JR 2011 84; *Cirullies* Polizeilicher Schutz bei häuslicher Gewalt und Stalking, FamRB 2014, 229; *Cirullies/Cirullies*, Schutz bei Gewalt und Nachstellung, 2013; *Dessecker* Die fragliche Effektivität des strafrechtlichen Schutzes vor beharrlichen Nachstellungen Maiwald-FS 103 (2010) 103; *ders./Egg* (Hrsg.) Gewalt im privaten Raum (2008); *Dressing* Neue Forschungsergebnisse zu Stalking und deren Bedeutung für die Praxis, in: WEISSER RING, 2010, 16; *Dressing/Maul-Backer/Gass* Forensisch-Psychiatrische Begutachtung bei Stalking NStZ 2007 253; *Eidam* Die Straftaten gegen die persönliche Freiheit in der strafrechtlichen Examensklausur, JuS 2010 869; *Eiden* § 238 StGB: Vier neue Absätze gegen den Stalker, ZIS 2008 123; *Endrass/Rossegger/Noll/Urbanik* Rechtliche Grundlagen und Interventionen im Umgang mit Stalking, MschrKrim. 2007 1; *Esser/Krickl* Von verhinderten Meistern und hartnäckigen Liebhabern JA 2008 787; *Fölsch* Strafrechtlicher Schutz vor beharrlichen Nachstellungen SchlHA 2008 300; *Freudenberg* Stellungnahme (des Deutschen Juristinnenbundes e.V.) zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am Mittwoch, den 18.10.2006, Deutscher Bundestag 16. Wahlperiode, Rechtsausschuss (6. Ausschuss), Protokoll der 30. Sitzung (zit. Prot. RAussch.), S. 57 ff; *dies.* Vorschläge des Deutschen Juristinnenbundes für ein sinnvolles Vorgehen gegen Stalking, NKrimP 2005 84; *dies.* Maßnahmen zum Schutz von Stalking-Opfern, NJ 2006 535; *Frommel* Notwendigkeit eines Stalking-Bekämpfungsgesetzes?, NKrimP 2005 86; *Füllgrabe* Stalking – eine neue Form des Psychoterrors, Kriminalistik 2001 163; *Fünfsinn* Argumente für ein strafrechtliches Stalking-Bekämpfungsgesetz, NKrimP 2005 82; *ders.* Erste praktische Erfahrungen mit dem Straftatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB – „Stalking-Bekämpfungsgesetz“) Festschrift Kreuzer (2009) 146; *ders.* Praktische Erfahrungen mit dem Tatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB) Festschrift Christean Wagner (2013) 127; *Gabel* Öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses zu den Gesetzentwürfen zur Stalking-Bekämpfung 18.10.2006, Berlin, Stellungnahme aus der Beratungspraxis. Deutscher Bundestag 16. Wahlperiode, Rechtsausschuss (6. Ausschuss), Protokoll der

30. Sitzung (zit. Prot. RAussch.), 68 ff; *Gazeas* „Stalking“ als Straftatbestand – effektiver Schutz oder strafrechtlicher Aktionismus?, KJ 2006 247; *ders.* Der Stalking-Tatbestand – § 238 StGB (Nachstellung), JR 2007 497; *Gerhold* Der neue Stalking-Tatbestand; ein erster Überblick, NKrimP 2007 2; *ders.* Stalker sind nahezu immer männlich! Ein moderner Mythos? NKrimP 2009 101; *ders.* Das System des Opferschutzes im Bereich des Cyber- und Internetstalking (2010); *Goebel/Lapp* Stalking mit tödlichem Ausgang, Kriminalistik 2003 369; *Greco* Ist der Strafgesetzgeber an das Analogieverbot gebunden?, GA 2012 452; *Grziwotz* Schutz vor Gewalt in Lebensgemeinschaften und vor Nachstellungen, NJW 2002 872; *Gropp* Stalking – Braucht die Polizei strafrechtliche Sondertatbestände, um zu intervenieren? Oder: Wie effektiv ist das zivilrechtliche Gewaltschutzgesetz, NKrimP 2002 112; *Harzer* Stalking: Über den strafrechtlichen Schutz der Freiheitsrechte von Frauen, NKrimP 2009 95; *Hecht* Stellungnahme der Berliner Interventionszentrale bei häuslicher Gewalt – BIG – zum Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (... StrÄndG) – BT-Drucksache 16/575 – und zum Entwurf eines Stalking-Bekämpfungsgesetzes – BT-Drucksache 16/1030 –, Deutscher Bundestag 16. Wahlperiode, Rechtsausschuss (6. Ausschuss), Protokoll der 30. Sitzung (zit. Prot. RAussch.), 77 ff; *Heghmanns* Zur Auslegung der Nachstellung, ZJS 2010 269; *B. Heinrich* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Pressemitarbeitern bei der unbefugten Herstellung und Verbreitung fotografischer Darstellungen von Personen, ZIS 2011 416; *Helldrich* Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit nach der EMRK, NJW 2004 2634; *Helmke* Der Normsetzungsprozess des Stalkings in Kalifornien (USA) und in Deutschland (2011); *Hilgendorf/Hong* Cyberstalking, K&R 2003 168; *ders.* Stalking – Forschung und Krisenmanagement, Kriminalistik 2001 34; *ders.* Stalking – Polizeiliche Prävention und Krisenmanagement, Kriminalistik 2003 726; *ders.* Wie wirkt sich das neue Anti-Stalking-Gesetz auf die polizeiliche Arbeit aus? in: *Polizei&Wissenschaft* 2008 50; *ders./Özsöz* Die Effektivität juristischer Maßnahmen im Umgang mit Stalking Praxis der Rechtspsychologie 2005 269; *Hochmayr* Das sukzessive Delikt – ein neuer Deliktstypus, ZStW 122 (2010) 757; *Holzhauser* Stalking – aus präventiver Sicht, Der Kriminalist 2006 174; *Jahn* Strafrecht BT: Taterfolg der Nachstellung, JuS 2010 81; *ders.* Strafrecht BT: Körperverletzung Jus 2014 559 (zu BGH NJW 2013 3383); *Janovsky* Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellung“ und zu dem Gesetzentwurf des Bundesrates „Entwurf eines Stalking-Bekämpfungsgesetzes“, Deutscher Bundestag 16. Wahlperiode, Rechtsausschuss (6. Ausschuss), Protokoll der 30. Sitzung (zit. Prot. RAussch.), 91 ff; *Jeßberger/Book* Anfängerklausur Strafrecht: Nachstellung und Anstiftung – Studentenleben, JuS 2010 321; *Kaboth* Kontaktverbote und deren prozessuale Durchsetzung zum Schutz vor „Stalking“ ZUM 2003 342; *Käppner* Der Stalking-Tatbestand in der Rechtsprechung seit seiner Einführung (2014); *Keiser* Schadensersatz und Schmerzensgeld bei Stalking?, NJW 2007 3387; *Karl* Der Tatbestand der Nachstellung: Die strafrechtliche Erfassung des Phänomens Stalking unter besonderer Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes (2012); *Kaufmann* Stalking – das Undsowever-Delikt, DRiZ 2014, 50; *Kerbein/Pröbsting* Stalking, ZRP 2002 76; *Kinzig* Stalking – Ein Fall für das Strafrecht?, ZRP 2006 255; *ders./Zander* Der neue Tatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB), JA 2007 481; *Knauer/Reimbacher* Zur Erweiterung der Untersuchungshaftgründe, StV 2008 377; *Knecht* Stalking. Exzessive Belästigung aufgrund von Liebeswahn? Kriminalistik 2003 364; *Köhne* Zwischenruf – Die Strafbarkeit gleichartiger Verhaltensweisen, ZRP 2009 87; *ders.* „Unerwünschte Nähe“ – Mehr Opferschutz bei der Nachstellung? ZRP 2014 141; *Kraenz* Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts (2008); *Kraus* Zivilrechtlicher Schutz gegen Nachstellen (2009); *Krüger* (Hrsg.) Stalking als Straftatbestand (2007); *ders.* Prozessuale Hemmnisse bei der Strafverfolgung von Stalkern, NKrimP 2008 144; *ders.* Zur Deeskalationshaft in Fällen von Stalking NJ 2008 150; *ders.* Stalking in allen Instanzen – Kritische Bestandsaufnahme erster Entscheidungen zu § 238 StGB, NStZ 2010 546; *ders.* Stalking als familien- und strafrechtliches Problem, FPR 2011 291; *Kudlich* Eine verhängnisvolle Affäre – erste höchstrichterliche Äußerung zu den Voraussetzungen des „Stalking-Paragraphen“, JA 2010 389; *ders.* Mobbing als Betriebsaufgabe? – Zur Geschäftsherrenhaftung eines „Vorarbeiters“ bei innerbetrieblichen Körperverletzungen, HRRS 2012 177; *ders.* Straftaten und Strafverfolgung im Internet, StV 2012 560; *Kühl* Stellungnahme – zum Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen, BT-Drs. 16/575 v. 8.2.2006 – zum Entwurf eines Stalking-Bekämpfungsgesetzes des Bundesrates, BT-Drs. 16/1013 v. 23.3.2006 – zu einem Formulierungsvorschlag des Bundesministeriums der Justiz, übersandt an den Rechtsausschuss des Deutschen Bundes-

tages am 7.9.2006, Deutscher Bundestag 16. Wahlperiode, Rechtsausschuss (6. Ausschuss), Protokoll der 30. Sitzung (zit. Prot. RAussch.), 97 ff; *Kühner* Stalking-Opfer, die Auswirkungen von Stalking und Abwehrmaßnahmen, FPR 2006 186; *Kuhlmann* Stalking – die Herstellung der sozialen (Geschlechter-)Ordnung zwischen Individualisierung und Staatsmacht, KrimJournal 2003 274; *Landau* Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung – Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik?, ZStW 121 (2009) 965; *Limmer/Mengel* Konkrete Erfahrungen mit dem Gewaltschutzgesetz: Die Perspektive von Opfern und Antragsgegner(inne)n – Teilstudie III, in Rupp (Hrsg.) Rechtstatsächliche Untersuchung zum Gewaltschutzgesetz (2005); *Löbmann* Stalking – Ein Überblick über den aktuellen Forschungsstand, MschrKrim. 2002 25; *Löhnig* Zivilrechtliche Probleme des neuen § 238 StGB, FamRZ 2007 518; *Löhr* Zur Notwendigkeit eines spezifischen Anti-Stalking-Straftatbestandes in Deutschland (2008); *Lörsch* Stalking als Körperverletzung, Streit 2005 129; *Mann* Zur Rechtswidrigkeit der Herstellung von Lichtbildern AfP 2013 16; *Meier* Sechs Jahre § 238 StGB – Nachstellung: Eine kritische Betrachtung und Bilanz aus polizeilicher Sicht (2014); *Meyer* Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von „Stalking“ im deutschen Recht, ZStW 115 (2003) 249; *Mitsch* Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch, NJW 2007 1237; *ders.* Strafrechtsdogmatische Probleme des neuen „Stalking“-Tatbestandes, Jura 2007 401; *ders.* Anmerkung zu BGH NStZ 2010, 277 NStZ 2010 513; *Mosbacher* Nachstellung – § 238 StGB, NStZ 2007 665; *Mrosk* Neue Betrachtungen zum Stalking als Straftatbestand, NJ 2009 416; *Mühe* Mobbing am Arbeitsplatz – Strafbarkeitsrisiko oder Strafrechtslücke (2006); *F. Müller* Notwendigkeit eines eigenständigen Stalking-Straftatbestandes im Hinblick auf dessen praktische Relevanz, in Krüger (Hrsg.) Stalking als Straftatbestand (2007); *I. Müller* Männer als Opfer von Stalking (2008); *dies./Eisenberg* Der Tatbestand der Nachstellung in der strafjustiziellen Praxis, DRiZ 2013 364; *P. G. Müller* Zum tatbestandlichen Anwendungsbereich des § 238 Abs. 1 StGB (2013); *Nack* Statement zur Anhörung vor dem Rechtsausschuss am 18. Oktober 2006 zum Entwurf eines Stalking-Bekämpfungsgesetzes, Deutscher Bundestag 16. Wahlperiode, Rechtsausschuss (6. Ausschuss), Protokoll der 30. Sitzung (zit. Prot. RAussch.), 107 ff; *Neubacher* An den Grenzen des Strafrechts – Stalking, Graffiti, Weisungsverstöße, ZStW 118 (2006) 855; *ders./Seher* Das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (§ 238 StGB), JZ 2007 1029; *Nishihara* Die neue japanische Regelung zur Stalker-Handlung. Eine typische Gesetzgebung der Gegenwart, Festschrift Eser (2005) 577; *Nowicki* Problemfelder des § 238 StGB (Stalking) (2011); *v. Pechstaedt* Stalking: Strafbarkeit nach englischem und deutschem Recht (1999); *ders.* Strafrechtlicher Schutz vor Stalkern und deren Strafverfolgung in Deutschland de lege lata, in Bettermann/Feenders (Hrsg.) Stalking: Möglichkeiten und Grenzen der Intervention (2004) (zit. Schutz); *ders.* Zivilrechtliche Abwehrmaßnahmen gegen Stalking, NJW 2007 1233; *Peters* Der Tatbestand des § 238 StGB (Nachstellung) in der staatsanwaltlichen Praxis, NStZ 2009 238; *Pöppelmann* Gemeinsame Stellungnahme zum geplanten Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen – Entwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 16/575) – und zum Entwurf eines Stalking-Bekämpfungsgesetzes – Entwurf des Bundesrates (BT-Drs. 16/1030) – von Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (ARD), Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger (BDZV), Deutscher Journalisten-Verband (DJV), Deutsche Journalistinnen- und Journalisten-Union in ver.di (dju/ver.di), Deutscher Presserat, Verband Deutscher Zeitschriftenverleger (VDZ), Verband Privater Rundfunk und Telekommunikation (VPRT), Zweites Deutsches Fernsehen ZDF, Deutscher Bundestag 16. Wahlperiode, Rechtsausschuss (6. Ausschuss), Protokoll der 30. Sitzung (zit. Prot. RAussch.), 114 ff; *Pollähne* Stalking am Rande des Strafrechts, NKrimP 2002 56; *ders.* Lücken im strafrechtlichen Diskurs – Zu den Gesetzentwürfen zur Verbesserung des Schutzes der Intimsphäre, KritV 2003 387; *ders.* Grenzen der Strafbarkeit nach § 4 GewSchG (insb. bei sog. „Stalking“), StraFo 2006 398; *Rackow* Der Tatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB) – Stalking und das Strafrecht, GA 2008 553; *Rieß* Vergessene Schwurgerichtszuständigkeiten, NStZ 2008 546; *Rinio* Zur Strafbarkeit des Stalking – Gewaltschutzgesetz schließt eine Regelungslücke, Kriminalistik 2002 531; *Rupp* (Hrsg.) Rechtstatsächliche Untersuchung zum Gewaltschutzgesetz (2005); *Rusch/Stadler/Heubrock* Ergebnisse der Bremer Stalking-Opfer-Studie – Leitlinien zum Umgang mit Opfern, Kriminalistik 2006 171; *Sadtler* Stalking – Nachstellung (2009); *Schäfer* Stalking – Verehrung durch Aufdringlichkeit, Kriminalistik 2000 587; *v. Schenck* „Stalking“ (Übungsklausur StR), Jura 2008 553; *ders.* Kein guter Tag für das Strafrecht, Myops 2008 42; *Schlachter* Eine kritische Analyse des deutschen Stalking-Straftatbestandes (2012); *Schöch* Zielkonflikte beim Stalking-Tatbestand, NStZ 2013 221; *Schumacher* Stel-

lungnahme zu der Anhörung eines Stalking-Bekämpfungsgesetzes, Deutscher Bundestag 16. Wahlperiode, Rechtsausschuss (6. Ausschuss), Protokoll der 30. Sitzung (zit. Prot. RAussch.), 132 ff; *Seber* Zur Frage der Tatbestandsvoraussetzungen des Stalkings gemäß § 238 StGB JZ 2010 582; *Seiler* § 238 StGB – Analyse und Auslegung des Nachstellungstatbestandes, Diss. Tübingen 2010; *Seling* § 107a StGB. Eine Strafvorschrift gegen Stalking (2006); *Sering* Das Gewaltschutzgesetz und der Stalking-Tatbestand des StGB, NJW-Spezial 2007 375; *Sieverding* Stalking – Möglichkeiten und Grenzen polizeilichen Managements, Kriminalistik 2004 763; *Smischek* Stalking – Eine strafrechtswissenschaftliche Untersuchung (2006); *Sönke* Der neue Stalking-Tatbestand, NKrimP 2007 2; *Sommerfeld/Voß* Stalking als Straftatbestand – Zu unbestimmt und überflüssig?, SchlHA 2005 326; *Stange/Rilinger* Begriff und Erscheinungsformen des Stalking, StraFo 2003 194; *Steinberg* Nachstellen – Ein Nachruf?, JZ 2006 30; *Stürmer* Stalking – Interventionen und Möglichkeiten der Polizei, FPR 2006 190; *Timmermann* Stalking: Einem Delikt auf der Spur, StraFo 2007 358; *Utsch* Strafrechtliche Probleme des Stalking (2007); *Vahle* Neues Gesetz gegen das sogenannte Stalking, DVP 2007 233; *Valerius* Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung in § 238 StGB, JuS 2007 319; *Vander* Stalking – Aktuelle Entwicklungen und Tendenzen zur Schaffung eines speziellen Tatbestandes, KritV 2006 81; *Vanoli* Stalking Ein „neues“ Phänomen und dessen strafrechtliche Erfassung in Kalifornien und in der Schweiz (2009); *Voß* Zur öffentlichen Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 18.10.2006 betreffend den Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucksachen 16/575 und 16/1030 Deutscher Bundestag 16. Wahlperiode, Rechtsausschuss (6. Ausschuss), Protokoll der 30. Sitzung (zit. Prot. RAussch.), 135 ff; *Walter* Die Frage nach der Rechtskultur als Brücke zwischen Kriminologie und Strafrecht, ZIS 2011 626; *Wagner* Stalking – Zur Notwendigkeit eines eigenständigen Straftatbestandes, RuP 2005 18; *ders.* Bundesratsinitiative von Hessen und Baden-Württemberg zur Schaffung eines Stalking-Straftatbestandes – § 238 StGB: Gründe für das Verwerfen des Gesetzes der Bundesregierung, Familie, Partnerschaft, Recht 2006 208; *Weber-Hassemer* Der Schutz vor Stalking muss verbessert werden, ZRP 2006 69; *Weinitschke* Rechtsschutz gegen Stalking de lege lata et ferenda (2009); *Weiß* Stalking und häusliche Gewalt 2. Aufl. (2008); *WEISSER RING e.V.*, Stalking, 2010; *Wendt* Die Privilegien der Medien und der Straftatbestand gegen Stalking (2010); *Werner*, S. Strafrechtliche Grenzen der privaten Nutzung von Drohnen JuS 2013 1074; *Winterer* Straf- und zivilrechtlicher Umgang mit Stalking in Deutschland – Stalking und häusliche Gewalt, FPR 2006 199; *Woitkewitsch* Zur Strafbarkeit bei Zuwiderhandlung gegen eine einstweilige Verfügung nach dem Gewaltschutzgesetz StraFo 2008 401; *Wondrak* Stalking. Leitfaden für die polizeiliche Praxis (2008).

Psychiatrie, Psychologie und Allgemeinmedizin

Balloff Stalking – eine Fallvignette, Praxis der Rechtspsychologie 2005 286; *Bettermann* Das Falsche-Opfer-Syndrom in Fällen von Stalking, Praxis der Rechtspsychologie 2005 253; *Böwering-Möllenkamp* Psychologische Mechanismen seelischer Schädigung durch gewaltlose Gewalt – Falldiskussion Sozialrecht – Tradition und Zukunft 2013 265; *Dreßing/Gass* Stalking – vom Psychoterror zum Mord, Der Nervenarzt 2002 1112; *dies.* Stalking! Verfolgung, Bedrohung, Belästigung (2005); *dies.* Stalking – Modethema oder relevant für die forensische Psychiatrie?, in Duncker/Koller/Foerster (Hrsg.) Forensische Psychiatrie – Entwicklungen und Perspektiven, Venzlaff-FS (2006) 131; *Dreßing/Kühner/Gass* Ergebnisse der ersten epidemiologischen Studie zu Stalking in Deutschland (2004) <http://idw-online.de/pages/de/news83261>; *dies.* Was ist Stalking? – Aktueller Forschungsstand, FPR 2006 176; *Dreßing/Maul-Backer/Gass* Forensisch-Psychiatrische Begutachtung bei Stalking, NStZ 2007 253; *Fiebig* Stalking. Hintergründe und Interventionsmöglichkeiten (2005); *Fiedler* Stalking, Opfer, Täter, Prävention, Behandlung (2006); *Habermeyer* Stalking: Forensisch-psychiatrische Aspekte FPR 2006 196; *Hoffmann* Stalking (2006); *Hoffmann/Küken-Beckmann/Voß* Stalking und häusliche Gewalt aus psychologischer Sicht, FPR 2011 211; *Hoffmann/Voß* (Hrsg.) Psychologie des Stalking (2005); *Hoffmann/Wondrak* Stalking als neues Aufgabenfeld der Psychologie Praxis der Rechtspsychologie 2005 173; *Knecht* Stalking – eine moderne Erscheinungsform der Erotomanie, ArchKrim. 2003 1; *ders.* Stalking – Exzessive Belästigung aufgrund von Liebeswahn?, Kriminalistik 2003 364; *Krüger/Höffler* Schuld(un)fähigkeits und Prognosefragen bei Stalkern, Praxis der Rechtspsychologie 2012 166; *Krutzki* Dritter Opferrechtstag am 1.3.2013 ASR 2013 127; *Küken* Stalking und häusliche Gewalt (2008); *Löbmann* Stalking im Rahmen häuslicher Gewalt

Praxis der Rechtspsychologie 2005 198; *Loytved* Der tätliche Angriff im Opferentschädigungsgesetz – entspricht der Begriff von 1976 noch den Bedürfnissen und Anforderungen der heutigen Zeit? Sozialrecht – Tradition und Zukunft 2013 253; *Richner* Stalking – Erscheinungsformen und dessen Auswirkung auf Opfer, Kriminalistik 2008 449; *Sheridan/Hoffmann* Eine kritische Online-Befragung von Opfern von Stalking Praxis der Rechtspsychologie 2005 213; *Stadtler/Heubrock/Rusch* Hilfesuchverhalten von Stalking-Opfern Praxis der Rechtspsychologie 2005 235; *Voß* Zur Psychologie des Stalkings, in *Bettermann/Feenders* (Hrsg.) Stalking: Möglichkeiten und Grenzen der Intervention (2004); *ders.* Stalking im Kontext von Beziehungen, Praxis der Rechtspsychologie 2005 183; *ders.* Zur Wirksamkeit des Gewaltschutzgesetzes und des § 138 StGB, Praxis der Rechtspsychologie 2011 322; *ders.* Häusliche Gewalt, Stalking und Familiengerichtsverfahren FPR 2011 199; *ders./Hoffmann/Wondrak* Stalking in Deutschland aus Sicht der Betroffenen und Verfolger (2006); *ders./Küken* Gibt es ein spezifisches Persönlichkeitsprofil des Stalkers?, FPR 2006 180; *Will/Hintz/Blättner* Gesundheitliche Folgen von Stalking GesundhWes 2012 315; *Wondrak/Hoffmann/Voß* Traumatische Belastung bei Opfern von Stalking Praxis der Rechtspsychologie 2005 222.

Entstehungsgeschichte

Der deutsche Anti-Stalking-Paragraf, die Vorschrift des § 238, geht auf das 40. StRÄndG vom 22. März 2007 (BGBl. I S. 354) zurück.¹ Er ist am 31. März 2007 in Kraft getreten und steht am Ende eines bisweilen als ungewöhnlich bezeichneten Gesetzgebungsverfahrens (vgl. *Fischer*, 58. Aufl., Rdn. 1). Aus dem Jahr 2004 stammt ein erster Entwurf eines „Stalking-Bekämpfungsgesetzes“ des Landes Hessen (BRDrucks. 551/04), dem das Land Baden-Württemberg im weiteren Gesetzgebungsverfahren beigetreten ist (Bundesrat, Plenarprotokoll 809, 85). In seiner Sitzung vom 9. Juli 2004 verwies der Bundesrat den Entwurf unter Federführung des Rechtsausschusses in die Ausschüsse (Bundesrat, Plenarprotokolle 802, 370). Am 4. März 2005 legten die Ausschüsse eine abgewandelte Entwurfsfassung vor (BRDrucks. 551/1/04), deren Einbringung in den Deutschen Bundestag der Bundesrat auf seiner Sitzung am 18. März 2005 beschloss (Plenarprotokoll 809, 89; BRDrucks. 551/04 (Beschluss)). Ein vom Land Schleswig-Holstein unterbreiteter Alternativentwurf eines „Stalking-Bekämpfungsgesetzes“ (BRDrucks. 551/2/04) wurde damit gegenstandslos. Am 27. April 2005 leitete die Bundesregierung den beschlossenen Entwurf eines Stalking-Bekämpfungsgesetzes, versehen mit einer eigenen Stellungnahme, dem Bundestag zu (BTDrucks. 15/5410). In der 15. Wahlperiode kam es wegen der Wahl eines neuen Bundestages (vgl. *Kinzig/Zander* JA 2007 481, 482) allerdings nicht mehr zu einer Umsetzung. Der Entwurf wurde in der 16. Wahlperiode jedoch wieder aufgegriffen. Unter dem 20. Januar 2006 beantragte Baden-Württemberg, die Entscheidung über den Entwurf auf die Tagesordnung der Sitzung des Bundesrates am 10. Februar 2006 zu setzen (BRDrucks. 48/06). Zuvor war im Koalitionsvertrag zwischen SPD und CDU/CSU vom 11. November 2005 als rechtspolitisches Ziel festgeschrieben worden, beharrliche Nachstellungen, die einschneidend das Leben des Opfers beeinträchtigten („Stalking“), in einem eigenen Straftatbestand unter Strafe zu stellen, da diese Form des Angriffs auf das Wohlbefinden und die Lebensgestaltung einer Person eine immer größere Rolle spiele.²

Auf seiner Sitzung vom 10. Februar 2006 beschloss das Länderparlament die erneute Einbringung des Entwurfs in den Deutschen Bundestag (Plenarprotokoll 819, 10; BRDrucks. 48/06 (Beschluss)). Der Entwurf wurde dem Deutschen Bundestag unter dem 22. März 2006 zugeleitet (BTDrucks. 16/1030).

¹ Zur Gesetzgebungsgeschichte umfassend: *Käppner* S. 33 ff.

² Koalitionsvertrag vom 11. November 2005, S. 140.

Einen knappen Monat vor dem Entwurf des Stalking-Bekämpfungsgesetzes des Bundesrates, nämlich im Februar 2006, hatte die Bundesregierung einen eigenen Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen beim Bundestag eingebracht (BTDrucks. 16/575), der auf einen Gesetzesvorschlag der Bundesjustizministerin vom 15. April 2004 zurückging. Dieser Vorschlag hatte als Regierungsentwurf bereits im August 2005 im Gesetzgebungsverfahren vorgelegen, war vom Bundesrat in dessen Sitzung vom 23. September 2005 (Plenarprotokoll 814, 327) jedoch abgelehnt worden, nachdem die Ausschüsse, an die er zuvor verwiesen worden war, ihn als völlig unzureichend bezeichnet hatten. Als Grund für diese Einschätzung nannten die Ausschüsse u.a. mangelnden Opferschutz und Strafbarkeitslücken durch Verzicht auf einen Auffangtatbestand für im Gesetz unbenannt gebliebene Stalking-Handlungen (BRDrucks. 617/1/05).

Der Entwurf der Bundesregierung aus dem Februar 2006 sah folgenden § 241b als strafbare Nachstellung vor:

§ 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 3 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.

Der Gesetzentwurf des Bundesrates zielte demgegenüber auf die Einführung folgenden § 238 ab:

§ 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 nahestehende 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.

(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.

Der Gesetzentwurf des Bundesrates hielt zudem Änderungen der Strafprozessordnung bereit. Die schwere Belästigung nach § 238 Abs. 1 sollte in den Katalog der Privatklagedelikte integriert werden. Angedacht war zudem die Aufnahme der Norm in den Kreis der gemäß § 395 Abs. 1 Nr. 1 StPO zur Nebenklage berechtigenden Straftaten. Die wichtigste Änderung betraf allerdings die Vorschrift über die Untersuchungshaft in § 112a StPO. In § 112a Abs. 1 Nr. 1 StPO sollte hinter die Angabe „179“ die Angabe „§ 238 Abs. 2 bis 4“ eingefügt werden (BTDrucks. 16/1030, S. 5). Die amtliche Begründung des Gesetzentwurfs nennt die Gründe für die Erweiterung der Haftvorschrift. Erfahrungen der Praxis zeigten, dass Opfern in gravierenden Fällen des „Stalkings“ oftmals nur dann geholfen werde, wenn der durch den Täter in Gang gesetzte Terror durch dessen Inhaftierung unterbrochen werde. Zur Erreichung dieses Ziels halte das Polizeirecht, das lediglich die zeitlich begrenzte Ingewahrsamnahme kenne, keine effektive Handhabe bereit. Untersuchungshaft sei deshalb zur Verhinderung schwerster körperlicher Schäden des Opfers oder zur Vermeidung von dessen Tötung zwingend erforderlich (BTDrucks. 16/1030, S. 7).

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung folgte dem Bundesratsentwurf in seinem Vorschlag zur Änderung der Strafprozessordnung insoweit, als auch er den Stalking-Paragrafen als Privat- und Nebenklagedelikt ausgestalten wollte. Die Eingliederung der Vorschrift in die zur Verhängung der Untersuchungshaft nach § 112a StPO berechtigenden Delikte sah er demgegenüber nicht vor. Bereits in ihrer Stellungnahme zum Gesetzentwurf des Bundesrates in der 15. Wahlperiode hatte die Bundesregierung die Einführung einer sog. „Deeskalationshaft“ abgelehnt. Eine solche Haft verfolge allein einen präventiv-polizeilichen Zweck. Die Erweiterung des § 112a StPO um den Tatbestand des Stalking genüge zudem nicht den Anforderungen, die in verfassungsrechtlicher Hinsicht an den Haftgrund der Wiederholungsgefahr zu stellen seien. Stalking-Taten führten nicht generell zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Rechtsordnung, wie sie das BVerfG für die Verhängung von Untersuchungshaft nach § 112a StPO verlange (BTDrucks. 15/5410, S. 9).

Am 11. Mai 2006 fand die erste Lesung der Gesetzentwürfe im Deutschen Bundestag statt (Plenarprotokoll 16/35, 2969 ff). Diese waren zu diesem Zeitpunkt allerdings nicht mehr aktuell. Länder und Bundesregierung hatten sich zuvor auf einen Kompromiss geeinigt, der den Parlamentariern vor Beginn der Debatte allerdings nur in Gestalt einer Presseerklärung des BMJ bekannt gemacht wurde.³ Der Kompromissvorschlag lautete wie folgt:

§ 238 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 Abrufbar unter <http://www.presserelations.de/new/standard/deferrer.cfm?r=232685>.

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.

Der Deutsche Bundestag überwies daraufhin die ihm vorliegenden Gesetzentwürfe in die Ausschüsse (Plenarprotokoll 16/35, 2974).

Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages legte am 29. November 2006 seine auf dem Gesetzentwurf der Bundesregierung basierende Beschlussfassung vor (BTDrucks. 16/3641), die gegenüber dem Kompromissvorschlag lediglich zwei unwesentliche Änderungen enthielt: Der Begriff des Belästigens wurde durch den des Nachstellens ersetzt und aus dem dem Opfer „nahestehenden Menschen“ der Absätze 2 und 3 wurde die dem Opfer „nahestehende Person“. Damit erfüllte die Beschlussempfehlung vorrangig die Anliegen des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren. Der Grundtatbestand der Norm wurde mit der Pönalisierung der „anderen (den sonstigen Tatbestandsalternativen) vergleichbaren Handlung“ um eine als Auffangtatbestand fungierende Unrechtsvariante erweitert. Zugleich sollten nach Vorstellung des Rechtsausschusses auch zwei Qualifikationstatbestände in das Gesetz mit aufgenommen werden. Die Aufnahme eines blanketthaften Auffangtatbestandes in den Grundtatbestand des Stalking-Paragrafen rechtfertigte der Rechtsausschuss mit dem Erfordernis, Strafbarkeitslücken zu schließen und künftigen technischen Entwicklungen, die Einfluss auf die Tatmodalitäten einer beharrlichen Nachstellung haben könnten, Rechnung zu tragen. Verfassungsrechtliche Bedenken an der Bestimmtheit der Tatbestandsfassung meinte der Rechtsausschuss ausschließen zu können. Auffangtatbestände seien im Strafgesetzbuch, wie der Blick auf § 315 Abs. 1 Nr. 4 und § 315b Abs. 1 Nr. 3 zeige, keine Seltenheit und legitimes legislatorisches Mittel, um Straftatbestände sich fortentwickelnden technischen, sozialen und persönlichen Lebensgegebenheiten anzugleichen. Gerade für den Bereich des Stalking seien immer neue Angriffsformen, die durch konkret umschriebene Handlungsalternativen nicht abschließend erfasst werden könnten, typisch. Ihnen könne durch die verfassungsrechtlich zulässige innertatbestandliche Analogie der neuen Handlungsvariante begegnet werden (BTDrucks. 16/3641, S. 14).

Die Qualifikationstatbestände mit ihren angehobenen Strafraumen seien vonnöten, um dem durch den Eintritt besonders schwerwiegender strafrechtlicher Erfolge gesteigerten Handlungsunrecht ausreichend Rechnung zu tragen. Insbesondere Fälle, in denen das Opfer in den Selbstmord getrieben werde bzw. auf der Flucht vor dem Täter zu Tode komme, überstiegen den Schuldgehalt des im Grundtatbestand pönalisierten Stalking bei weitem (BTDrucks. 16/3641, S. 14). Für diese Qualifikationstatbestände sei es – so die Begründung zum Beschlusssentwurf des Rechtsausschusses – auch erforderlich, die Mög-

lichkeit der Untersuchungshaft zu schaffen. Die dort bezeichneten Straftaten seien so schwerwiegend und dem Unrechtsgehalt des § 224 derart vergleichbar, dass zum Schutz des Opfers und zur vorbeugenden Verhinderung massiver Delikte Untersuchungshaft als Mittel der Deeskalation zur Verfügung stehen müsse (BTDrucks. 16/3641, S. 14 f).⁴

Den Gesetzentwurf der Bundesregierung in der vom Rechtsausschuss vorgeschlagenen Fassung nahm der Bundestag in seiner Sitzung vom 30. November 2006 an (BRDrucks. 46/07). Der Gesetzentwurf des Bundesrates (BTDrucks. 16/1030) wurde ebenso wie ein Änderungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BTDrucks. 16/3663) und Entschließungsanträge der Fraktionen BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BTDrucks. 16/3664), FDP (BTDrucks. 16/3662) und DIE LINKE (BTDrucks. 16/3665) abgelehnt (Plenarprotokoll 16/70, 6957).

Materialien

Zu § 238: Gesetzesantrag des Landes Hessen: Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes – Gesetz zur Bekämpfung unzumutbarer Belästigungen – („Stalking-Bekämpfungsgesetz“ – StrÄndG), BRDrucks. 551/04; Bundesrat, Plenarprotokoll 802, 370; Empfehlungen der Ausschüsse zum Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes – Gesetz zur Bekämpfung unzumutbarer Belästigungen – („Stalking-Bekämpfungsgesetz“... StrÄndG) – Antrag des Landes Hessen –, BRDrucks. 551/1/04; Antrag des Landes Schleswig-Holstein: Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes – Gesetz zur Bekämpfung unzumutbarer Belästigungen – („Stalking-Bekämpfungsgesetz“ ... StrÄndG), BRDrucks. 551/2/04; Bundesrat, Plenarprotokoll 809, 85 ff; Gesetzentwurf des Bundesrates: Entwurf eines Stalking-Bekämpfungsgesetzes BRDrucks. 551/04 (Beschluss); Gesetzentwurf des Bundesrates: Entwurf eines Stalking-Bekämpfungsgesetzes, BTDrucks. 15/5410; Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (... StrÄndG), BRDrucks. 617/05; Empfehlungen der Ausschüsse zum Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (... StrÄndG), BRDrucks. 617/1/05; Bundesrat, Plenarprotokoll 814, 326 f; Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (... StrÄndG), BRDrucks. 617/05 (Beschluss); Gesetzesantrag des Landes Baden-Württemberg: Entwurf eines Stalking-Bekämpfungsgesetzes, BRDrucks. 48/06; Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (... StrÄndG), BTDrucks. 16/575; Bundesrat, Plenarprotokoll 819, 8 ff; Gesetzentwurf des Bundesrates: Entwurf eines Stalking-Bekämpfungsgesetzes, BRDrucks. 48/06 und BTDrucks. 16/1030; Sten. Berichte über die Sitzungen des Deutschen Bundestages 16/35, 2969 ff; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss): a) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 16/575, b) zu dem Gesetzentwurf des Bundesrates – Drucksache 16/1030 –, BTDrucks. 16/3641; Entschließungsantrag der Fraktion der FDP zu der dritten Beratung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung – Drucksachen 16/575, 16/3641 –, BTDrucks. 16/3662; Änderungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN zu der zweiten Beratung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung – Drucksachen 16/575, 16/3641 – Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (... StrÄndG), BTDrucks. 16/3663; Entschließungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zu der dritten Beratung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung – Drucksachen 16/575, 16/3641 – Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (... StrÄndG), BTDrucks. 16/3664; Entschließungsantrag der Fraktion DIE LINKE zu der dritten Beratung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung – Drucksachen 16/575, 16/3641 – Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (... StrÄndG), BTDrucks. 16/3665; Sten. Berichte über die Sitzungen des Deutschen Bundestages 16/70, 6948 ff; Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages: Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (... StrÄndG), BRDrucks. 46/07; Unterrichtung durch den Deutschen Bundestag – Entwurf eines Stalking-Bekämpfungsgesetzes, BRDrucks. 48/06 (Beschluss); Bundesrat, Plenarprotokoll 830, 29 ff; Beschluss des Bundesrates: Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (... StrÄndG), BRDrucks. 46/07 (Beschluss)

⁴ BTDrucks. 16/3641, S. 14 f.

Zum Gewaltschutzgesetz: Beschluss des Bundesrates: Aktionsplan der Bundesregierung zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen, BRDrucks. 139/00 (Beschluss); Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung, BRDrucks. 11/01; Unterrichtung durch das Europäische Parlament: Entschließung des Europäischen Parlaments zu der Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament „Weitere Maßnahmen zur Bekämpfung des Frauenhandels“, BRDrucks. 377/00; Antrag der Fraktion der CDU/CSU: Ankündigungen zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen umsetzen, BTDrucks. 14/5093; Empfehlungen der Ausschüsse zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung, BRDrucks. 11/1/01; Bundesrat, Plenarprotokoll 759, 44 ff; Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung, BRDrucks. 11/01 (Beschluss); Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung, BTDrucks. 14/5429; Antrag der Fraktion der PDS: Frauenrechte sind Menschenrechte – Gewalt gegen Frauen effektiver bekämpfen, BTDrucks. 14/5455; Sten. Berichte über die Sitzungen des Deutschen Bundestages 14/155, 15195 ff; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 14/5429 – Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung, BTDrucks. 14/7279; Entschließungsantrag der Fraktion der PDS zu der dritten Beratung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung – Drucksachen 14/5429, 14/7279 – Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung, BTDrucks. 14/7327; Sten. Berichte über die Sitzungen des Deutschen Bundestages 14/198, 19416 ff; Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages: Gesetz zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung, BRDrucks. 904/01; Bundesrat, Plenarprotokoll 770, 681 ff; Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages: Gesetz zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung, BRDrucks. 904/01.

Übersicht

	Rdn.		Rdn.
I. Phänomenologie des Nachstellens bzw. des „Stalking“		2. Zur Vereinbarkeit mit Art. 5 GG	24
1. Der Begriff des Stalking	1	3. Verhältnismäßigkeit und Schuldangemessenheit	25
2. Das Phänomen des Stalking	2	4. Die Bestimmtheit der Norm	26
3. Zahlen	3	V. Tatbestandsstruktur	27
4. Der Täter	4	VI. Objektiver Tatbestand des Absatzes 1	29
5. Das Opfer	5	1. Die Tathandlung	30
6. Typisierungen	6	a) Das Nachstellen	31
7. Erscheinungsformen	9	b) Der Katalog von Handlungen in Absatz 1 Nr. 1-5	35
8. Die Folgen	10	aa) Das Aufsuchen räumlicher Nähe (Absatz 1 Nr. 1)	36
II. Das Delikt in der strafrechtlichen Praxis	11	bb) Versuch des Kontaktherstellens (Absatz 1 Nr. 2)	39
III. Schutzgut der Vorschrift	12	cc) Bestellen von Waren und Dienstleistungen; Kontaktaufnahme durch Dritte (Absatz 1 Nr. 3)	45
IV. Verfassungsmäßigkeit der Norm		dd) Bedrohung mit der Verletzung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit (Absatz 1 Nr. 4)	50
1. Grundsätzliche verfassungsrechtliche Legitimation	15		
a) Die Erforderlichkeit einer neuen Strafbestimmung	16		
aa) § 4 Gewaltschutzgesetz	18		
bb) Der außerstrafrechtliche Schutz	21		
b) Ergebnis	23		

	Rdn.		Rdn.
ee) Andere vergleichbare Handlungen (Absatz 1 Nr. 5) . . .	53	XII. Vollendung und Versuch	82
c) Beharrlichkeit	57	XIII. Rechtsfolgen	
2. Taterfolg (Schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung) . .	63	1. Strafrahmen	84
3. Unbefugtheit	67	2. Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus	85
VII. Subjektiver Tatbestand	73	XIV. Konkurrenzen	86
VIII. Qualifikationstatbestände		XV. Strafantrag (Absatz 4)	87
1. Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung (Absatz 2) .	74	XVI. Strafprozessuales	
2. Verursachung des Todes (Absatz 3) .	77	1. Privatklage	88
IX. Rechtswidrigkeit	78	2. Nebenklage	89
X. Schuld	79	3. Untersuchungshaft	90
XI. Täterschaft und Teilnahme	81	4. Zuständigkeit	91
		XVII. Rechtsvergleichung	92

I. Phänomenologie des Nachstellens bzw. des „Stalking“

- 1 **1. Der Begriff des Stalking.** Populär ist der Begriff des Stalking in den neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts geworden. Er leitet sich vom englischen Verb „to stalk“ ab, welches mit „mit langsamen steifen Schritten oder in einer stolzen, selbstgefälligen oder bedrohlichen Weise gehen“ oder mit „sich leise und langsam bewegen, um nahe zu kommen, ohne gesehen zu werden“ zu übersetzen ist. In der Jägersprache hat Stalking die Bedeutung von „pirschen oder sich heranschleichen“. In den USA, Australien, Kanada und in Großbritannien ist der Begriff des Stalking zunächst von der „Klatsch-Presse“ als Phänomen der „Celebrities“ bezeichnet worden, bei dem „irre Fans“ ihren Idolen nachreisten oder sie zu kontaktieren versuchten.⁵ Inzwischen dient Stalking – nicht nur im englischsprachigen Raum – als generalisierende Umschreibung für sämtliche Formen eines **Eindringens in den Lebensbereich einer anderen Person gegen deren Willen**,⁶ wobei eine allgemeingültige interdisziplinäre Definition des Stalking noch nicht gefunden ist.⁷
- 2 **2. Das Phänomen des Stalking.** Der Stalker verfolgt sein Opfer, spioniert es aus; er belästigt oder bedroht es.⁸ Unter Umständen kommt es zu körperlichen Übergriffen. Extreme Fälle von Stalking können für das Opfer tödlich enden. Der Stalker, dessen Handlungsmotive unterschiedlicher Natur sein können (vgl. unten Rdn. 7), erzeugt Angst.⁹ Furcht und Verunsicherung des Opfers, das dem Eingriff in seine Persönlichkeits-sphäre zumeist hilflos gegenüber steht, sind charakteristische Folgen von Stalking.¹⁰ Die Lebensführung des Opfers, die immer mehr darauf ausgerichtet ist, potenzielle Kontakte mit dem Stalker zu vermeiden, wird in unzumutbarer Weise beeinträchtigt.¹¹ Psychologen sprechen von Stalking bei einem willentlichen und wiederholten Verfolgen oder

⁵ Bieszk/Sadtler NJW 2007 3382, 3384.

⁶ Kerbein/Pröbsting ZRP 2002 76, 77; v. Pechstaedt Schutz, S. 147; Sieverding Kriminalistik 2004 763, 764.

⁷ Freudenberg NJ 2006 535; Gazeas KJ 2006 247 f. Ausführlich zum Begriff des Stalking v. Pechstaedt S. 18 ff. Zu in- und ausländischen Definitionsansätzen s. Aul S. 38 ff.

⁸ Wagner RuP 2005 21.

⁹ Dreßing/Maul-Backer/Gass NStZ 2007 253.

¹⁰ Füllgrabe Kriminalistik 2001 163; Löbmann MschrKrim. 2002 25, 29; Valerius v. Heintschel-Heinegg Rdn. 2.1.

¹¹ Hoffmann Kriminalistik 2001 34, 36; Meyer ZStW 115 (2003) 249, 251.

Belästigen einer Person, deren physische oder psychische Unversehrtheit und Sicherheit dadurch bedroht wird. Stalking sei ein **psychologisches Konstrukt**, das durch Handlungen gekennzeichnet sei, die eine Schädigung der betroffenen Person zur Folge haben, dementsprechend als unerwünscht angesehen werden und in der Regel Angst, Sorge und Panik hervorrufen.¹² Dabei können die einzelnen Stalkinghandlungen – wie eine Kontaktaufnahme mittels Telefon – durchaus sozialadäquat sein. Zur unerträglichen Belastung für den Betroffenen werden sie insbesondere durch ihre **Häufigkeit und Kontinuität**.¹³

3. Zahlen. Wissenschaftlichen Studien zufolge ist Stalking ein gesellschaftlich nicht mehr zu ignorierendes, **weit verbreitetes Phänomen mit hoher Dunkelziffer**,¹⁴ das in den letzten 20 bis 30 Jahren zugenommen hat. Verantwortlich hierfür sollen u.a. das vermehrte Scheitern zwischenmenschlicher Beziehungen, die zunehmende Unsicherheit von Arbeitsplätzen, der Anstieg von Gewalt am Arbeitsplatz und eine höhere Verbrechensangst sein.¹⁵ Schätzungen gehen davon aus, dass etwa 4 bis 7,2 % der Männer und 12 bis 17,5 % der Frauen einmal in ihrem Leben von Stalking betroffen sind. 87,2 % der Stalkingopfer sollen Frauen, nur 12,8 % Männer sein.¹⁶ Typisch für Stalking ist eine 1:1-Konstellation. Einem „Täter“ steht zumeist ein „Opfer“ gegenüber. Gemeinschaftliches Stalking mehrerer Täter ist selten.¹⁷ Die errechnete Durchschnittsdauer eines Stalking beträgt 28 Monate. Dabei kommt es in 46 % der Fälle mehrmals täglich zur Konfrontation des Opfers mit dem Stalker. 34,6 % der Stalker sollen ihr Opfer explizit bedrohen; in 30,4 % der Fälle von Stalking soll es zu gewalttätigen Übergriffen kommen.¹⁸ Strebt der Stalker eine Kontaktaufnahme mit dem Opfer an, benutzt er zumeist – nämlich in 84 % der Fälle – das **Telefon**.¹⁹ In Deutschland soll es laut einer Studie der Arbeitsgruppe Stalking der TU Darmstadt aus dem Jahr 2005²⁰ circa 700.000 Stalkingopfer geben. 0,25 % der Fälle von Stalking sollen mit dem Tod des Opfers enden²¹. Solche Zahlen angeblich explosionsartig zunehmender Kriminalität im sozialen Nahraum mahnen schon, worauf *Fischer* zu Recht hinweist,²² im Ansatz zur Vorsicht. Sie weisen zum einen auf eine gewisse Hysterisierung, gerade auch unter dem Einfluss der Massenmedien, hin; zum anderen machen sie die Unschärfe des Begriffs „Stalking“ deutlich, unter dem sich eine Vielzahl von Verhaltensweisen verstehen lassen, die mit dem jetzt strafrechtlich erfassten Phänomen nicht viel gemein haben müssen und sich doch in diesen Zahlen wiederfinden.

4. Der Täter. Die **Persönlichkeitsstruktur** von Stalkingtätern ist inzwischen ebenfalls wissenschaftlich erforscht. Danach sind etwa 80 % der Stalker männlichen Geschlechts,²³ die meisten von ihnen zwischen 30 und 40 Jahre alt. Viele von ihnen sind arbeitslos,

¹² Voß, S. 37.

¹³ *Endrass/Rossegger/Noll/Urbaniok MschrKrim.* 2007 2.

¹⁴ Voß S. 37.

¹⁵ *Bettermann KrimJournal* 2003 267, 269.

¹⁶ Zahlen bei *Dreßing/Maul-Backer/Gass NStZ* 2007 253.

¹⁷ *Schäfer Kriminalistik* 2000 587.

¹⁸ *Dreßing/Kühner/Gass FPR* 2006 176, 177.

¹⁹ Voß Prot. RAussch., S. 135.

²⁰ *Voß/Hoffmann/Wondrak/Weißer Ring (Deutschland)* passim.

²¹ *Müller in Krüger* S. 24; *Sonnen NK Rdn.* 27.

²² *Fischer Rdn.* 3a.

²³ *Zw. Gerbold NKrimP* 2009 101 f, der die Basis entsprechender Erhebungen anzweifelt: Männer empfinden wiederholte Belästigungs- und Verfolgungshandlungen erst wesentlich später als bedrohliches Stalking als Frauen, sodass der Frauenanteil bei Opferuntersuchungen (und damit auch der Männeranteil bei den Tätern) regelmäßig überschätzt werde. S. auch *Krüger/Höffler Praxis der Rechtspsychologie* 22 166, 176 ff.

wobei der Verlust der Arbeitsstelle seine Ursache häufig in dem zur Durchführung des Stalking erforderlichen Zeitaufwand hat. Hoch ist der Anteil von Personen mit geschiederten Intim- oder Liebesbeziehungen.²⁴ Statistische Erhebungen zeigen, dass Stalker im Vergleich zu anderen Straftätern signifikant älter, intelligenter und besser ausgebildet sind.²⁵

- 5 **5. Das Opfer.** Opferklassifikationen fallen der Wissenschaft schwerer. Zum Opfer eines Stalkers soll grundsätzlich jedermann werden können.²⁶ Dennoch lassen sich bestimmte **Opfergruppierungen** ausmachen. Zumeist sind Stalkingopfer weiblichen Geschlechts²⁷ (vgl. oben Rdn. 3). Ein Großteil von ihnen ist Single oder hat mit dem Stalker in einer Partnerschaft gelebt. Eine andere signifikante Gruppe von Stalkingopfern bilden Personen, die eine berufliche Tätigkeit mit Öffentlichkeitsbezug ausüben. Hierzu zählen nicht nur Schauspieler, Musiker oder TV-Stars. Auch Personen, die in einem begrenzten Rahmen intensiven Kontakt mit anderen Menschen haben – Ärzte, Professoren oder Lehrer –, laufen vermehrt Gefahr, Opfer von Stalking zu werden.
- 6 **6. Typisierungen.** Typisiert wird Stalking üblicherweise nach der **Täter-Opfer-Beziehung**.²⁸ Bestand zwischen Stalker und Opfer vor dem Stalking eine (körperliche) Liebesbeziehung, deren Scheitern das Täterverhalten ausgelöst hat, spricht man vom „after-intimacy-relationship-stalking“. Der ehemalige Intimpartner gilt als der beharrlichste Stalker-Typus und zugleich als der mit dem größten Gewaltpotenzial.²⁹ Waren sich Stalker und Opfer jenseits einer intimen Beziehung vor Beginn des Stalking persönlich bekannt, liegt sog. „acquaintance-stalking“ vor.³⁰ Bei dieser Art des Stalking geht es dem Stalker zumeist darum, Macht oder Kontrolle über sein Opfer zu gewinnen, woraus er für sich Befriedigung zieht.³¹ Bei einer dritten Variante des Stalking kennen sich Stalker und Opfer nicht. In diese Kategorie fällt das Stalking Prominenter, das häufig Gegenstand von Presse- oder Fernsehberichterstattung ist.³² Ungeachtet seiner Medienwirksamkeit ist das Stalking einer unbekannten Person in der Gesamtschau aber eher selten. Die meisten Fälle von Stalking richten sich auf einen ehemaligen Partner.³³
- 7 Stalking muss aber nicht zwingend nach der Art der Beziehung des Stalkers zu seinem Opfer definiert werden. Bei einer anderen Typisierung wird nach der **Motivation des Stalkers** unterschieden.³⁴ So gibt es den nach „Liebe suchenden Stalker“, der durch sein Verhalten versucht, Aufmerksamkeit und Zuneigung von seinem Opfer zu erlangen. Ihm korrespondiert der nach „Rache suchende Stalker“, dessen Ziel es ist, sein Opfer abzu-

²⁴ *Dreßing/Maul-Backer/Gass* NStZ 2007 253.

²⁵ *Schäfer* Kriminalistik 2000 587, 588. Vgl. aber auch *Peters* NStZ 2009 238, der – allerdings ohne Nachweis – Täter von Stalking dem „sozial schlechter gestellten sozialen Milieu“ zugehörig sieht.

²⁶ *Dreßing/Maul-Backer/Gass* NStZ 2007 253.

²⁷ *Habermeyer* FPR 2006 196; *Harzer* NKimP 2009 95, 96. Vgl. auch die vom Bureau of Justice Statistics des Justizministeriums der Vereinigten Staaten von Amerika veröffentlichte Studie zu „Stalking Victimization in the United States“ (Stand Januar 2009), abrufbar unter <http://www.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/svus.pdf>.

²⁸ Zu den Kategorisierungen von Stalking und Stalkern allgemein *Dreßing/Kühner/Gass* FPR 2006 176, 177 ff; *Voß/Kücken* FPR 2006 180, 185 f.

²⁹ *Goebel/Lapp* Kriminalistik 2003 369; *Knecht* Kriminalistik 2003 364, 368.

³⁰ *Rackow* GA 2008 552.

³¹ *Meyer* ZStW 115 (2003) 249, 255.

³² *Stange/Rilinger* StraFo 2003 194.

³³ *Meyer* ZStW 115 (2003) 249, 255; s. auch *Voß* Praxis der Rechtspsychologie 2005 183.

³⁴ Zu den Motiven von Stalkern näher *Aul* S. 80 ff; *Sadtler* S. 71 ff.

strafen.³⁵ Beide Kategorien lassen sich weiter unterteilen. Bei dem nach „Liebe suchenden Stalker“ lässt sich zwischen dem „intimacy stalker“ und dem „incompetent stalker“ unterscheiden. Der „intimacy stalker“ ist von dem Bestreben erfüllt, mit dem Opfer eine Liebesbeziehung einzugehen. Dabei lässt er sich selbst von dem Umstand nicht abhalten, dass seine Gefühle nicht erwidert werden. Der Stalker idealisiert sein Opfer und deutet selbst eindeutige Zurückweisungen seiner Bemühungen als kokettierendes „Zieren“. Der „incompetent stalker“ demgegenüber ist eine Person, dessen Wünsche und Erwartungen in keinem adäquaten Verhältnis zu seinen intellektuellen, sozialen und finanziellen Möglichkeiten bzw. Fähigkeiten stehen. Objekt der Zuneigung solcher Persönlichkeiten sind oft Menschen, die aus diesen Gründen die ihnen entgegengebrachten Liebesgefühle nicht erwidern, was als Reaktion das Stalking auslöst.³⁶

Prototyp des Rache-Stalkers ist der zurückgewiesene – „rejected“ – Stalker. Dieser befand sich mit dem Opfer in einer nunmehr beendeten engen persönlichen Beziehung. Sein Verhalten ist vorrangig darauf ausgelegt, das Opfer, welches er für das Scheitern der Beziehung verantwortlich macht, zu bestrafen. Andererseits wird er von dem Wunsch regiert, das Opfer zurück zu gewinnen. Eine andere Intention hat der „resentful“ Stalker. Ihm geht es allein darum, sein Opfer in Angst und Schrecken zu versetzen, weil er von diesem ungerecht behandelt wurde oder dies zumindest glaubt.³⁷

7. Erscheinungsformen. Um ihre auf die Opferperson gerichteten Ziele zu erreichen, bedienen sich Stalker einer Vielzahl von Verhaltensweisen. **Typisch für Stalking** sind das Verfolgen, das Schreiben von „Liebesbriefen“, der Telefonterror – insbesondere Anrufe zur Nachtzeit –, das Hinterlassen von Nachrichten auf dem Anrufbeantworter oder von Geschenken, das Aufsuchen von Örtlichkeiten, an denen auch das Opfer anzutreffen ist – sei es Wohnung oder Arbeitsplatz –, weiterhin Sachbeschädigungen, Verleumdungen oder aber auch das Überwachen des Freundes- und Bekanntenkreises des Opfers. Große Bedeutung hat inzwischen das sog. „Cyberstalking“ erlangt, bei dem sich der Stalker des Internets oder der Möglichkeiten von Mobiltelefonen bedient. „**Cyberstalking**“ ist zum einen das Versenden von belästigenden – häufig auch obszönen – SMS und E-Mails. Der Begriff erfasst zum anderen aber auch das Verbreiten persönlicher Daten des Opfers in Chatrooms mit ehrenrührigen, z.B. sexuellen, Thematiken oder das Einstellen diskreditierender Fotos in das World-Wide-Web.³⁸

Eine Einteilung der möglichen Erscheinungsformen von Stalking erfolgt üblicherweise nach den Kategorien „mild“ und „schwer“. Als **mildes Stalking** werden zunächst die Handlungen bezeichnet, bei denen der Stalker nicht gezielt bestimmte Rechtsgüter verletzt, wie etwa bei unerwünschten Versuchen von Kontaktaufnahme. Als mildes Stalking gelten aber auch Eingriffe in die Opfersphäre, denen ein lediglich geringer Unwertgehalt anhaftet. Beispiele sind das Verbreiten von Gerüchten oder das Verfolgen bzw. Aufschaukeln. **Schweres Stalking** liegt demgegenüber bei (schweren) Beschimpfungen, Gewaltandrohungen, körperlichen Angriffen, Sachbeschädigungen und sexuellen Belästigungen vor.³⁹ Nach Erfahrungen der US-amerikanischen Bundespolizei FBI sollen folgende Umstände **Indikatoren für ein schweres Stalking** mit erhöhter Gefährdung des Opfers sein:

- Vordelikte des Täters (vor allem im Bereich der Gewaltkriminalität)
- Alkohol- und Drogenmissbrauch des Täters

³⁵ Rackow GA 2008 552 f.

³⁶ Müller in Krüger S. 27.

³⁷ Müller in Krüger S. 26 ff.

³⁸ Stange/Rilinger StraFo 2003 194. Zum

Cyberstalking vgl. auch Hilgendorf/Hong K&R 2003 168 ff.

³⁹ Löbmann MschrKrim. 2002 25 f; Meyer ZStW 115 (2003) 249, 254.

- Symbolische, physische oder verbale Gewalt (z.B. Töten von Tieren)
- Einsatz von Kindern als Druckmittel
- Mord- oder Suizidankündigungen
- Extreme Kontrollausübung (Observation, Verlangen von Erklärungen)
- Besondere Stressoren für den Täter
- Gewaltanwendung in der Öffentlichkeit
- Waffenbesitz
- Sinkende Konzentration beim Täter/Depression
- Psychische Erkrankungen des Täters
- Verzweiflung
- Schuldzuweisungen an andere, mangelnde Unrechtseinsicht ggf. gekoppelt mit falschen Beschuldigungen des Opfers und Verleumdungen
- Inkonsequentes Opferverhalten gegenüber dem Täter.⁴⁰

- 10** 8. Die Folgen. Auch wenn die Zahlen über gewalttätiges oder gar lebensbedrohliches Stalking letztlich zu hoch gegriffen sein sollten, dürfen die Folgen, die der Stalker durch sein Verhalten verursachen kann, nicht unterschätzt werden.⁴¹ Stalking wird von den Opfern als „Terror“ begriffen.⁴² Es löst bei ihnen eine **chronische Stresssituation** aus, die körperliche und seelische Krankheitszustände hervorrufen oder unterhalten kann.⁴³ Insbesondere die **Psyche der Opfer** wird betroffen.⁴⁴ **Typische Symptomaten** sind Angstgefühle, Panikattacken, Hypervigilanz, Schlafstörungen, Depressionen, Appetitstörungen und sog. Flashbacks. 24 % der Opfer sollen Selbstmordgedanken hegen.⁴⁵ Hoch ist auch der Anteil an posttraumatischen Belastungsstörungen.⁴⁶ Weitere Folge des Stalking ist für die meisten Opfer eine **unfreiwillige Veränderung ihrer Lebensumstände**, die darin besteht, bestimmte Orte zu meiden, den Arbeitsplatz zu wechseln oder Freizeitaktivitäten und/oder soziale Kontakte einzuschränken. Auch die berufliche Leistungsfähigkeit der Opfer wird in Mitleidenschaft gezogen.⁴⁷

II. Das Delikt in der strafrechtlichen Praxis

- 11** Verallgemeinerungsfähige **Erfahrungen der strafrechtlichen Praxis** mit § 238 existierten bis zum Jahr 2009 noch nicht. Es war nicht nur die Anzahl der veröffentlichten strafgerichtlichen Entscheidungen verschwindend gering. Auch fehlten bis in das Jahr 2009 hinein verlässliche Zahlen hinsichtlich der Menge der bundesweit anfallenden Verfahren und des Anzeigeverhaltens der Opfer, was darauf zurückzuführen war, dass die statistische Erfassung von Stalking-Fällen in einigen Bundesländern erst mit dem 1. Januar 2008 einsetzte. Für die Jahre 2008 und 2009 liegen nunmehr aber vollständige Datensätze vor.⁴⁸ Danach wurden in 2008 29.273 Fälle von Nachstellung erfasst. Im Jahr 2009

⁴⁰ Goebel/Lapp Kriminalistik 2003 369, 374 unter Verweis auf Eugene Rugalla: Vortrag anlässlich einer internationalen Fachtagung „Operative Fallanalyse“ vom 14.10.–18.10.2002 im Polizeifortbildungsinstitut (PFI) Neuss.

⁴¹ Smischek S. 110 f.

⁴² Stange/Rilinger StraFo 2003 194.

⁴³ Dreßing/Maul-Backer/Gass NSTZ 2007 253, 254.

⁴⁴ Harzer NKrimP 2009 95, 97 spricht in diesem Zusammenhang von „Privat-Terrorismus“ und „Psycho-Folter“ ohne staatliche Mitwirkung.

⁴⁵ Schäfer Kriminalistik 2000 587, 588 m.w.N.

⁴⁶ Dreßing/Maul-Backer/Gass NSTZ 2007 253, 254.

⁴⁷ Löbmann MschrKrim. 2002 25, 28 f.

⁴⁸ S. im Einzelnen Käppner S. 112 ff.

waren es 28.536 Fälle. Dies entspricht einem Anteil von 0,5 Prozent an sämtlichen in diesem Zeitraum in Deutschland registrierten Straftaten.⁴⁹ In 2010 wurden 26.848, in 2011 25.038 Nachstellungen festgestellt; in 2012 und 2013 waren es – weiter rückläufig – 24.592 bzw. 23.831 Taten.⁵⁰ Die Aufklärungsquote für Nachstellungen lag im Jahr 2008 bei 88,1 Prozent. In 2009 stieg diese Quote auf 89,5 Prozent an.⁵¹ Für die Jahre 2010 und 2011 ist sie im Wesentlichen konstant geblieben (zwischen 88,3 und 89,5 Prozent)⁵². Von der polizeilichen Erfassung abzugrenzen ist die Behandlung der bekannt gewordenen Stalking-Fälle durch die Justiz. Laut einer unveröffentlichten Statistik der Staatsanwaltschaft bei dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht in Schleswig sind bei den vier Staatsanwaltschaften des Landes Schleswig-Holstein im Zeitraum vom 1. Januar 2008 bis 31. Dezember 2008 insgesamt 1190 Ermittlungsverfahren wegen beharrlicher Nachstellung anhängig gewesen. Davon haben 69 mit einer Anklage geendet. In einem Fall wurde ein Antrag auf Durchführung des Verfahrens gem. § 76 JGG gestellt. In 23 Fällen erfolgte Antrag auf Erlass eines Strafbefehls ohne Freiheitsstrafe. 218 Verfahren endeten mit einer Verweisung auf den Privatklageweg und 317 Verfahren wurden mangels hinreichenden Tatverdachts gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt. Der Rest der Verfahren hat auf andere Weise eine Erledigung gefunden – Verfahrensverbindung und -abgabe, Opportunitätseinstellung – oder war zum Erhebungszeitraum noch offen. Erstaunlich ist – wegen der Ausgestaltung des § 238 Abs. 1 als Privatklagedelikt – die Zahl von 167 Einstellungen nach § 153 StPO. Erklärbar ist dies nur durch die Annahme, dass diesen als beharrliche Nachstellung geführten Verfahren (auch) andere Straftaten zugrunde gelegen haben. Ähnliche Zahlen wie in Schleswig-Holstein werden auch aus Berlin gemeldet. Dort ist es – laut Auskunft der Justizsenatorin – binnen des ersten Jahres nach Inkrafttreten des § 238 zu ca. 1000 Anzeigen wegen beharrlicher Nachstellung gekommen. Gegen 110 Personen wurde Anklage erhoben bzw. Strafbefehl erlassen. Im selben Zeitraum kam es in Nordrhein-Westfalen zu rund 4400 Anzeigen, in Rheinland-Pfalz zu ca. 700. Hessen vermeldete für das erste Halbjahr der Geltung des § 238 etwa 500 Anzeigen.⁵³ Die Verurteiltenstatistik für das Jahr 2012 weist nunmehr 570 Fälle aus, wobei es zu 303 Verurteilungen und 267 anderen Erledigungen kam.⁵⁴

III. Schutzgut der Vorschrift

Als Schutzgut des § 238 bezeichnet der **Gesetzentwurf der Bundesregierung** vom 8. Februar 2006, auf den die aktuelle Gesetzesfassung weitgehend zurückgeht, den **individuellen Lebensbereich des Einzelnen**.⁵⁵ Der Begriff des individuellen Lebensbereichs ist weiter als der in § 201a verwandte Begriff des höchstpersönlichen Lebensbereichs. Er geht auch über den Begriff des „intimen“ Lebensbereichs hinaus,⁵⁶ der mit dem Sexualbereich über das Allgemeine Persönlichkeitsrecht verfassungsrechtlichen Schutz nach

⁴⁹ PKS 2009, S. 310. Zu Zahlen aus dem Jahre 2007 vgl. *Dessecker Maiwald-FS.* 103, 114.

⁵⁰ PKS 2011, S. 48. S. auch PKS 2012 und 2013, Grundtabelle, S. 5.

⁵¹ PKS 2009, S. 36.

⁵² PKS 2011, S. 48. S. auch PKS 2012 und 2013, jeweils Grundtabelle, S. 5.

⁵³ Quelle: Weisser Ring, *Die Zeitschrift für Opferschutz und Prävention* 3/2008 7;

s. zu den Erfahrungen der Justiz aus Hessen auch *Fünfsinn Kreuzer FS* 146, 156 ff.

⁵⁴ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2012, S. 66.

⁵⁵ BTDrucks. 16/575, S. 6; vgl. auch *Eisele BT I Rdn.* 488: Schutzgut ist die Willensentschließung und Willensbetätigung hinsichtlich der Lebensgestaltung.

⁵⁶ *Fischer Rdn.* 2.

Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG genießt.⁵⁷ Die Weite des Begriffs zeigt sich an dem Katalog der Individualrechtsgüter, die der Gesetzentwurf der Bundesregierung als durch Stalking gefährdete Rechtspositionen aufführt. Dort sind neben der psychischen und physischen Gesundheit auch die Gefahren von Verhaltensänderungen genannt.⁵⁸ Vorgebeugt werden soll durch den strafrechtlichen Schutz des § 238 einer furchtbedingten Reduzierung sozialer Kontakte, einem Meiden bestimmter Örtlichkeiten, dem Treffen von Sicherheitsvorkehrungen für sich und andere und dem Wechsel von Wohnung und Arbeitsplatz, um dem Verfolger zu entgehen.⁵⁹ § 238 will danach die Handlungs- und Entschließungsfreiheit des Opfers schützen.⁶⁰ In der **Literatur** wird das Schutzgut des individuellen Lebensbereichs angesichts dieser Facetten schützenswerter Lebensgestaltung als Gesamtheit der im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht begründeten individuellen Freiheits-Gewährleistungen begriffen, was auch die Einordnung der Strafvorschrift unter die Delikte des 18. Abschnitts – die Straftaten gegen die persönliche Freiheit – rechtfertigt.⁶¹

- 13** Dies ist aber nur eine **im Schrifttum** vertretene Auffassung. Einige Autoren sehen, wenn sie nicht außerhalb der Verwirklichung von Straftatbeständen wie Nötigung, Bedrohung, Beleidigung oder Sachbeschädigung, überhaupt jeglichen Rechtsgutsbezug leugnen,⁶² die Freiheit nicht als zentralen Schutzaspekt des § 238 an. Für sie ist mit „persönlicher Freiheit“ das Schutzgut des Stalking-Paragrafen nur unzureichend umschrieben. Der Sache nach gehe es bei § 238 um den Erhalt seelischen Wohlbefindens. Stalking sei vornehmlich Psychoterror. Deshalb stehe das Anliegen des Opfers im Vordergrund, „in Ruhe“ oder in „Frieden“ gelassen zu werden.⁶³ Es sei daher folgerichtig und prägnanter, das Rechtsgut des § 238 im *individuellen Rechtsfrieden*⁶⁴ des Stalkingopfers oder im „Freisein von Furcht“⁶⁵ zu sehen.⁶⁶

- 14** Eine **eindeutige Rechtsgutsbestimmung** wird zu Recht als schwierig bezeichnet.⁶⁷ Welchem grundsätzlichen Ansatz einer Rechtsgutsbestimmung man auch folgt: es handelt sich um ein relativ offenes, unbestimmtes Rechtsgut, das seinerseits keine genauere

⁵⁷ Zuletzt BVerfG NJW 2008 1137.

⁵⁸ Schluckebier SSW-StGB Rdn. 2.

⁵⁹ BTDrucks. 16/575, S. 6.

⁶⁰ Vgl. Lackner/Kühl Rdn. 1; Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 1.

⁶¹ Fischer Rdn. 2; Valerius v. Heintschel-Heinegg Rdn. 1; Wessels-Hettinger Rdn. 369a; wohl auch Schluckebier SSW-StGB Rdn. 2 und Sch/Schröder/Eisele Rdn. 4 sowie Gericke MK Rdn. 1; kritisch Wolters SK Rdn. 1a, der Differenzierungen im Handlungs- und Erfolgsunrecht zwischen den §§ 239 und 240 einerseits und § 238 andererseits ausmacht und deshalb unter Hinweis auf die inhaltliche Nähe des Stalking-Paragrafen zu § 241 eine Anfügung der Nachstellung an die Bedrohung für vorzugswürdig erachtet hätte. Karl S. 124, 126 betont, dass zum Schutzgut nicht nur die äußere Handlungsfreiheit, sondern insbesondere auch die „innere Freiheit“ gehöre, seine Lebensgestaltung selbst zu bestimmen; ähnlich Nowicki S. 81: Lebensgestaltung als Rechtsgut.

⁶² Vgl. Neubacher ZStW 118 (2006), 866.

⁶³ Joecks Rdn. 2; Mitsch NJW 2007 1237 f.

⁶⁴ Gazeas JR 2007 498; Joecks Rdn. 3; Meyer ZStW 115 (2003) 249, 284; Mitsch NJW 2007 1238; Schluckebier SSW-StGB Rdn. 2; Sommerfeld/Voß SchlHA 2005 327; Timmermann StraFo 2008, 360.

⁶⁵ Kinzig/Zander JA 2007 481; Krüger in Krüger S. 93 f; Meyer ZStW 115 (2003) 249, 284; Rackow GA 2008 552, 558.

⁶⁶ Vgl. auch Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 1, die mit Blick auf das seelische Wohlbefinden des Opfers auch die Gesundheit als Schutzgut des § 238 ansehen. Ähnlich Endrass/Rossegger/Noll/Urbanik MschrKrim 2007 1; Schluckebier SSW-StGB Rdn. 2; Steinberg JZ 2006 31.

⁶⁷ Vgl. nur Eiden ZIS 2008 124; Gazeas JR 2007 498; Kinzig ZRP 2006 257; Mitsch NJW 2007 1237; Steinberg JZ 2006 31.

Bestimmung des typischen Unrechts leisten kann.⁶⁸ Zwar liegen die vertretenen Lösungsansätze inhaltlich nicht weit auseinander. Denn auch die Ansicht, die das Rechtsgut im individuellen Rechtsfrieden sieht, greift bei der Schutzgutbestimmung auf Aspekte persönlicher Freiheit zurück. Individueller Rechtsfrieden bedeutet auch, von Einschränkungen in der Lebensführung durch Belästigungen frei, d.h. nicht dazu gezwungen zu sein, sich durch „Vermeidestrategien“ vor Eingriffen in die private Lebensgestaltung schützen und dadurch Einschränkungen an Lebensqualität und im persönlichen Wohlbefinden hinnehmen zu müssen. Und doch können sich Unterschiede ergeben, weil der Schutz des individuellen Rechtsfriedens tendenziell weiter reichen wird als die (bloße) Vermeidung von Eingriffen in die Handlungs- und Entschließungsfreiheit des Einzelnen. Vor dem Hintergrund, dass die systematische Einordnung des § 238 im 18. Abschnitt vor der Freiheitsberaubung nahe legt, dass eine Strafbewehrung nur dann in Betracht zu ziehen sein dürfte, wenn Einschränkungen der persönlichen Freiheit festzustellen sind,⁶⁹ wird man zusammenfassend sagen können, dass § 238 den **individuellen Rechtsfrieden eines Menschen vor nicht nur unerheblichen Freiheitsbeschränkungen** schützt.⁷⁰ Dies dürfte auch der Lesart des BGH vom Schutzgut der Norm entsprechen, der davon ausgeht, dass der Straftatbestand des § 238 „dem Schutz der eigenen Lebensführung vor gezielten, hartnäckigen und schwerwiegenden Belästigungen der Lebensführung“ dient.⁷¹ Insoweit steht auch für den BGH die Wahrung von Freiheitsgewährleistungen des Einzelnen im Vordergrund des durch § 238 gewährten Strafrechtsschutzes.

IV. Verfassungsmäßigkeit der Norm

1. Grundsätzliche verfassungsrechtliche Legitimation. Untrennbar verknüpft mit der Bestimmung eines schützenswerten Rechtsguts ist die Frage der Legitimation einer Strafvorschrift. Straftatbestände greifen wegen ihrer Rechtsfolgenanordnung in schärfster Form in Schutzbereiche von (Freiheits-)Grundrechten ein. Verfassungsrechtlich zulässig ist ein solcher Eingriff nur dann, wenn sich das Strafgesetz als Ausdruck der geschriebenen und ungeschriebenen Schranken der jeweils betroffenen Verfassungsnormen darstellt. Dies ist nur bei **Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** der Fall. Die Norm muss geeignet und erforderlich sein, die gesetzgeberische Intention durchzusetzen. Sie darf darüber hinaus nicht unausgewogen in die Grundrechtspositionen des Normadressaten eingreifen.⁷²

a) Die Erforderlichkeit einer neuen Strafbestimmung. Zweifel an der verfassungsrechtlichen Legitimation des § 238, der, wie jeder Strafnorm, die Geeignetheit der Zielerreichung kaum abzuspochen sein dürfte,⁷³ ergeben sich unter dem Gesichtspunkt der „**Erforderlichkeit**“. Klar ist, dass die auch im Gesetzgebungsverfahren angeführte Erwägung, der neue Straftatbestand „solle ein Zeichen setzen“, allein den Nachweis für die

⁶⁸ So auch *Lackner/Kühl* Rdn. 1; s. ferner *Eidam* JuS 2010 869, 871; *Rackow* GA 2008 552, 558.

⁶⁹ BTDrucks. 16/3641, S. 14; *Rengier*, BT II, § 26a Rdn. 2; *Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 1; *Wolters* SK Rdn. 2.

⁷⁰ *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 1; *Sonnen* NK Rdn. 13. In diesem Sinne wohl auch *Peters* NSTz 2009 238, 239.

⁷¹ BGHSt 54 189, 193.

⁷² Vgl. zuletzt m.w.N. BVerfGE 120, 224, 240 f.

⁷³ S. demgegenüber die Argumentation des Richters *Hassemer* in seinem Minderheitsvotum zur Ungeeignetheit des § 173 Abs. 2 Satz 2 BVerfGE 120, 224, 255 ff.

verfassungsrechtliche Erforderlichkeit einer Strafnorm nicht erbringen kann (vgl. auch weiter unten Rdn. 18).⁷⁴ *Symbolische Gesetzgebung*⁷⁵ kann eine neue Strafvorschrift für sich gesehen nicht rechtfertigen. Ebenso wenig vermag allein der Gesichtspunkt des zu verbessernden Opferschutzes dies zu leisten; denn mit den Mitteln des Strafrechts kann **Opferschutz** nur dort in Betracht kommen, wo es einen Straftäter gibt, dem tatsächlich strafwürdiges Verhalten vorzuwerfen ist.⁷⁶ Zu fragen ist deshalb, ob unter Beachtung des **ultima-ratio-Charakters des Strafrechts**,⁷⁷ der vor allem bei der öffentlichen oder politischen, aber zunehmend auch in der wissenschaftlichen Diskussion um die Rechtfertigung neuer Strafnormen außer Acht gelassen wird,⁷⁸ eine mit Strafrecht zu schließende **Regelungslücke** besteht.⁷⁹ Insoweit ist mit Blick auf das Schutzgut der Norm festzuhalten, dass eine Vielzahl von Verhaltensweisen, die dem Bereich des Stalking zugerechnet werden, bereits existenten Strafnormen unterfällt. Es sind insbesondere die Tatbestände der §§ 123, 177, 185, 201 ff, 223, 229, 240, 241 und 303,⁸⁰ nach denen Stalking-Handlungen bestraft werden können. Auch der so genannte „**Telefonterror**“, der häufig zur Legitimierung einer im Kernstrafrecht angesiedelten Strafbarkeit von Stalking herangezogen wird, lässt sich, soweit er Auswirkungen hat, die eine Bestrafung mit Blick auf das Ausmaß der Rechtsgutsbeeinträchtigung rechtfertigen, durch andere Normen des StGB als § 238 erfassen. Ist er derart schwerwiegend, dass die mit ihm verbundene psychische Belastung zu einem somatisch objektivierbaren pathologischen – also physisch erlebten – Zustand führt, greift der Tatbestand der Körperverletzung.⁸¹ Noch weiter gehender ist der strafrechtliche Schutz durch § 223, wenn man mit einer im Vordringen befindlichen Auffassung auch die psychische Gesundheit als Schutzgut der Körperverletzungsdelikte ansieht.⁸² Dann können sämtliche psychischen Beeinträchtigungen mit Krankheitswert – insbesondere die als Folge von Stalking häufig auftretenden Depressionen und Angststörungen – als Körperverletzungserfolg angesehen werden.⁸³ Der Einwand, bei der Prüfung des § 223 sei es problematisch, einen entsprechenden Körperverletzungserfolg nachzuweisen, verfängt nicht.⁸⁴ Zunächst ist es fraglich, ob die angeführten Beweisschwierigkeiten überhaupt vorliegen. Der Beweis eines Körperverletzungserfolges dürfte mittels ärztlicher Diagnostik unschwer zu führen sein. Darüber hinaus ist nicht erkennbar, dass der Tatbestand des § 238 im Hinblick auf die Beweisführung einfacher zu handhaben wäre als andere Straftatbestände.⁸⁵ Insbesondere das Tatbestandsmerkmal der Beharrlichkeit (der Nachstellung), dessen Feststellung sich aus einer Gesamtwürdigung sämtlicher Handlungen des Täters im Zusammenhang mit den konkreten Gegeben-

⁷⁴ Vgl. auch *Walter* ZIS 2011 629, 633.

⁷⁵ Zu § 238 als symbolischer Gesetzgebung *Albrecht* FPR 2006 208; *Kinzig* ZRP 2006 258; dagegen: *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 3.

⁷⁶ So auch *Rackow* GA 2008 552, 556 f.

⁷⁷ Ausdrücklich im Zusammenhang mit § 238 *Borchert* FPR 2004 239, 240; *Freudenberg* NJ 2006 535, 539 f; *Frommel* NKrimP 2005 86, 87 f; *Steinberg* JZ 2006 30, 33.

⁷⁸ Dazu auch *Timmermann* StraFo 2007 360.

⁷⁹ Dazu ausf. auch *Fischer* Rdn. 3b. S. ferner *Kinzig* ZRP 2006 257 f; *Neubacher* ZStW 118 (2006), 865 ff; *Pollähne* StraFo 2006 401.

⁸⁰ Vgl. insoweit *Meyer* ZStW 115 (2003) 249,

260 ff; *Winterer* FPR 2006 199. S. auch *Kudlich* HRRS 2012 177 f.

⁸¹ OLG Düsseldorf StV 2003 563; OLG Hamm MDR 1958 939; LG Bochum, Urt. vom 23. März 2003 – 14 Ns 63 Js 885/03 – juris.; *Brauner/Göhner* NJW 1978 1469, 1472.

⁸² *Joecks* MK § 223 Rdn. 4 f; *Sch/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben* § 223 Rdn. 1. So auch AG Grevesmühlen Streit 2005 36 und AG Rheinbach Streit 2005 126 m. zust. Anm. *Lörsch*.

⁸³ Eingehend *Buß* S. 131 ff.

⁸⁴ So aber *Janovsky* Prot. RAussch., S. 92.

⁸⁵ Instruktiv insoweit *Freudenberg* NKrimP 2005 84, 85; *dies.* NJ 2006 535, 538.

heiten des Einzelfalls ergeben soll,⁸⁶ kann wegen der ihm eigenen inhaltlichen Unbestimmtheit zu Schwierigkeiten bei der Feststellung der Straftat führen (vgl. dazu näher unten Rdn. 58).⁸⁷

Versuche, § 238 in Abgrenzung zu den Straftatbeständen des StGB zu einem speziellen Unrechtsgehalt und damit einem eigenen Anwendungsbereich zu verhelfen, vermögen nicht zu überzeugen. So wird für § 238 ins Feld geführt, die Vorschrift erfasse nicht nur belästigende Einzelakte von strafrechtlicher Relevanz, wie eine bestimmte Verletzung des Hausrechts oder einen konkreten Angriff auf die körperliche Integrität, sondern stelle auch die hinter diesen Einzelakten stehende Täterintention einer andauernden Beeinträchtigung der Lebensführung des Opfers unter Strafe. Zudem sei § 238 dazu geeignet, die in fortlaufender Belästigung häufig zu Tage tretende Dynamik, die zu einer – hochrangige Rechtsgüter beeinträchtigenden – Eskalation führen könne, einzudämmen.⁸⁸ Dieser Argumentation kann entgegengehalten werden, dass die hinter belästigenden Einzelakten von strafrechtlicher Relevanz stehende Intention des Täters, sein Opfer systematisch zu verfolgen, ihren Niederschlag bei der Strafzumessung finden kann, wenn die Rechtsfolge Tatbeständen wie §§ 223 und 185 entnommen werden muss, und ein Beweis dafür erst noch zu erbringen ist, dass solche Strafen keine deeskalierende Wirkung entfalten. Soweit im Übrigen zugunsten einer neuen Strafnorm angeführt wird, andere Strafvorschriften erfassten nicht Formen des **weichen Stalkings**,⁸⁹ trifft dies jedenfalls nicht in dieser Allgemeinheit zu. Zudem ist dadurch allein nicht der Nachweis für die Annahme eines strafwürdigen Verhaltens erbracht. Schließlich führt die Fassung des § 238 mit ihren Tatbestandsvoraussetzungen selbst dazu, dass nicht jede Form weichen Stalkings erfasst wird.

aa) § 4 Gewaltschutzgesetz. Mehr noch als die Straftatbestände des StGB scheint allerdings die Existenz von § 4 GewSchG (Gewaltschutzgesetz) dazu geeignet, die Erforderlichkeit von § 238 infrage zu stellen.⁹⁰ Der am 1. Februar 2002 in Kraft getretene⁹¹ § 4 GewSchG pönalisiert Verstöße gegen gerichtliche Maßnahmen nach § 1 GewSchG. Gemäß § 1 GewSchG dürfen die Gerichte dem Täter zum Schutz des Opfers einer Nachstellung insbesondere Kontakt- und Wohnungsbetretungsverbote erteilen.⁹² Jedoch ist

⁸⁶ BTDrucks. 16/575, S. 7.

⁸⁷ Vgl. insoweit auch OLG Rostock, Beschl. vom 27. Mai 2009 – 1 Ss 96/09 I 40/09 – juris (Inhaltsangabe bei *Jahn JuS 2010 81 ff*): körperliche Folgen eines Stalking (Bluthochdruck) sind nicht Ausdruck einer Änderung der Lebensgestaltung i.S.v. § 238, wohl aber tatbestandliche Erfolge nach §§ 223, 229 StGB.

⁸⁸ *Fischer* Rdn. 3b.

⁸⁹ So schon BTDrucks. 16/575, S. 1. Vgl. ferner *Fünfsinn NKrimP 2005 83*; *Kerbein/Pröbsting ZRP 2002 78*; *Lackner/Kühl Rdn. 1*; *Mitsch NJW 2007 1238*, *Sadtler S. 347*.

⁹⁰ Vgl. insbesondere *Freudenberg NJ 2006 535*, 539 und *Sonnen NK Rdn. 27*. Zum GewSchG allgemein vgl. *Grziwotz NJW 2002 872 ff* und *Rinio Kriminalistik 2002 531 ff*.

⁹¹ BGBl. I, S. 3513.

⁹² § 1 Gerichtliche Maßnahmen zum Schutz vor Gewalt und Nachstellungen

(1) Hat eine Person vorsätzlich den Körper, die Gesundheit oder die Freiheit einer anderen Person widerrechtlich verletzt, hat das Gericht auf Antrag der verletzten Person die zur Abwendung weiterer Verletzungen erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Die Anordnungen sollen befristet werden; die Frist kann verlängert werden. Das Gericht kann insbesondere anordnen, dass der Täter es unterlässt,

1. die Wohnung der verletzten Person zu betreten,
2. sich in einem bestimmten Umkreis der Wohnung der verletzten Person aufzuhalten,
3. zu bestimmende andere Orte aufzusuchen, an denen sich die verletzte Person regelmäßig aufhält,

dem Strafrechtsschutz nach dem GewSchG **mangelnde Effizienz** vorgeworfen worden.⁹³ Das Manko des § 4 GewSchG wird in seiner zivilrechtlichen Akzessorietät zu § 1 GewSchG gesehen.⁹⁴ Diese Vorschrift setze ein häufig nicht zumutbares eigeninitiatives Tätigwerden des Opfers voraus.⁹⁵ Dieses müsse sich nicht nur um den Erlass einer Schutzanordnung bemühen. Auch der Verstoß gegen die ergangene Anordnung müsse aktiv angezeigt werden, um die strafrechtliche Verfolgung in Gang zu setzen.⁹⁶ Ändere der Stalker, nachdem eine bestimmte Schutzanordnung gefasst sei, seinen modus operandi, laufe der Strafrechtsschutz leer.⁹⁷ Ebenfalls kritisiert wird eine als zu gering empfundene Strafdrohung. Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr ermöglichten keine effektive spezialpräventive Einwirkung auf den Täter und könnten keine Untersuchungshaft nach sich ziehen.⁹⁸ Erstaunlicherweise stellen die Gesetzentwürfe weniger auf solche Probleme der Strafverfolgung nach dem GewSchG als vielmehr auf die Möglichkeiten einer effektiveren Strafverfolgung durch eine im Kernstrafrecht verankerte Vorschrift über das Stalking ab.⁹⁹ Eine solche Vorschrift, die Stalking-Verhalten als schweres, strafwürdiges

4. Verbindung zur verletzten Person, auch unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln, aufzunehmen,
5. Zusammentreffen mit der verletzten Person herbeizuführen, soweit dies nicht zur Wahrnehmung berechtigter Interessen erforderlich ist.

(2) Absatz 1 gilt entsprechend, wenn

1. eine Person einer anderen mit einer Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit widerrechtlich gedroht hat oder
2. eine Person widerrechtlich und vorsätzlich
 - a) in die Wohnung einer anderen Person oder deren befriedetes Besitztum eindringt oder
 - b) eine andere Person dadurch unzumutbar belästigt, dass sie ihr gegen den ausdrücklich erklärten Willen wiederholt nachstellt oder sie unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln verfolgt.

Im Falle des Satzes 1 Nr. 2 Buchstabe b liegt eine unzumutbare Belästigung nicht vor, wenn die Handlung der Wahrnehmung berechtigter Interessen dient.

(3) In den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 oder des Absatzes 2 kann das Gericht die Maßnahmen nach Absatz 1 auch dann anordnen, wenn eine Person die Tat in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit begangen hat, in den sie sich durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel vorübergehend versetzt hat.

§ 4 Strafvorschriften

Wer einer bestimmten vollstreckbaren Anordnung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 oder 3,

jeweils auch in Verbindung mit Abs. 2 Satz 1, zuwiderhandelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. Die Strafbarkeit nach anderen Vorschriften bleibt unberührt.

⁹³ Zu Problemen einer Strafbarkeit nach § 4 GewSchG vgl. *Valerius v. Heintschel-Heinegg Rdn. 1.2.* Zur Voraussetzung einer wirksamen Zustellung der vollstreckbaren Anordnung s. BGH NStZ 2007 484 m. Anm. *Pollähne StV 2008 143 144*; aA OLG Oldenburg NStZ 2005 411. Zum Umfang der Prüfungspflicht des Strafgerichts hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der getroffenen Anordnung vgl. OLG Celle NStZ 2007 485 m. Anm. *Pollähne StV 2008 143*; OLG Hamm NStZ 2007 486.

⁹⁴ *Sommerfeld/Voß SchlHA 2005 326, 327*; *Wagner RuP 2005 23*. S. auch *v. Pechstaedt, Schutz S. 164*, der von einem lediglich „bescheidenen“ Fortschritt im Opferschutz durch das GewSchG spricht.

⁹⁵ *Buß S. 157 f*; *Fünfsinn NKrimP 2005 82, 83*.

⁹⁶ *Gabel Prot. RAussch., S. 71 f*.

⁹⁷ Vgl. *Fünfsinn NKrimP 2005 82, 83*; *ders. in Hoffmann/Voß S. 297*.

⁹⁸ *Janovsky Prot. RAussch., S. 91*.

⁹⁹ Zur Effizienz des § 4 GewSchG als Strafnorm s. *Kraus S. 122*: die Vorschrift erfasst die meisten Nachstellungshandlungen des § 238 StGB. *Kraenz S. 300 ff* zieht hieraus den Schluss, dass statt der Einführung der Nachstellung in das StGB eine Erweiterung des Strafrechtsschutzes des GewSchG vorzugswürdig gewesen wäre.

Unrecht kennzeichne,¹⁰⁰ sei deshalb erforderlich, weil es aus Sicht der Staatsanwälte und Opfer Schwierigkeiten bereite, Polizei und Gerichte von der strafrechtlichen Relevanz von Nachstellungshandlungen zu überzeugen.¹⁰¹

Diese gegenüber § 4 GewSchG geäußerten **Vorwürfe** sind **grundlos**.¹⁰² Verweise auf notwendige Eigeninitiative des Opfers zum Ingangsetzen von Strafverfolgung lassen Zweifel an der Eignung zur Bekämpfung von Stalking nicht aufkommen. Anzeigebereitschaft und der damit geäußerte Wille des Opfers, Strafverfolgungsmaßnahmen gegen den Täter auszulösen, sind Faktoren, auf die Strafverfolgung in keinem Deliktsbereich verzichten kann. Nichts anderes gilt für den neu geschaffenen § 238, zumal er in seinem Grundtatbestand als Antragsdelikt ausgestaltet ist (Absatz 4), der Strafverfolgung ohne Willen des Opfers nur bei Vorliegen eines besonderen öffentlichen Interesses ermöglicht. Auch fehlt es an Beweisen für die These, eine Vorschrift im Kernstrafrecht ermögliche eine effektivere Strafverfolgung als eine Bestimmung des Nebenstrafrechts, zumal die strafrechtliche Effizienz des § 238 nicht unerheblich dadurch eingeschränkt wird, dass die Vorschrift in Absatz 1 als Privatklagedelikt ausgestaltet ist, bei dem die Staatsanwaltschaft die Verfolgung nur bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses übernimmt.¹⁰³ Soweit die Notwendigkeit der Schaffung von § 238 mit der – angeblich – fehlenden spezial- und generalpräventiven Wirkung der Strafdrohung des § 4 GewSchG begründet wird, lässt sich dem entgegenhalten, dass es dem Gesetzgeber freigestanden hätte, diesen Strafraum anzuheben. Die Kritik an der geringen Strafdrohung des § 4 GewSchG lässt zudem außer Acht, dass in Fällen schweren Stalkings im Regelfall zugleich auch Straftatbestände des StGB erfüllt sind, die – denkt man etwa an § 224 – die Verhängung höherer und damit in einem stärkeren Maß abschreckend wirkender Strafen ermöglichen.¹⁰⁴ Dass Opfer und Staatsanwaltschaften einen laxen Umgang von Polizei und Gerichten mit § 4 GewSchG verneinen, ausmachen zu können, dürfte darüber hinaus kaum eine tragfähige Legitimation zur Schaffung einer neuen Strafvorschrift abgeben,¹⁰⁵ zumal alle anderen befragten Gruppen dies gerade nicht meinten. Schließlich spricht auch der Fall des seine Vorgehensweise ändernden Stalkers nicht entscheidend für die Ineffizienz von § 4 GewSchG, der ggf. lediglich nach einer kurzfristig zu schaffenden neuen Anordnung seinen strafrechtlichen Schutz entfaltet.

Zugestanden werden muss den Kritikern des § 4 GewSchG allerdings, dass diese Vorschrift ihrerseits **verfassungsrechtlich nicht unbedenklich** ist. Zweifel an der Konformität mit dem Grundgesetz ergeben sich mit Blick auf das **Bestimmtheitsgebot in Art. 103 Abs. 2 GG**. Nach der Rspr. des BVerfG verpflichtet das Grundgesetz den Gesetzgeber dazu, Inhalt und Grenzen strafbaren Verhaltens selbst festzulegen.¹⁰⁶ Man könnte auf die Idee kommen, dass der Gesetzgeber im Gewaltschutzgesetz diese Aufgabe nicht im vollen Umfang selbst wahrgenommen hat, sondern sie über § 1 Abs. 1 Satz 3 GewSchG teilweise jedenfalls den Gerichten überlässt. Diese können nicht nur die in § 1 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 bis 5 GewSchG ausdrücklich genannten Verfügungen erlassen, deren Ver-

¹⁰⁰ So bereits BTDrucks. 15/5410, S. 1.

¹⁰¹ BTDrucks. 16/575, S. 1; 16/3641, S. 1.

¹⁰² Borchert FPR 2004 239 ff; Neubacher ZStW 118 (2006) 855, 867 f.

¹⁰³ Kritisch zu der Ausgestaltung des § 238 Abs. 1 als Privatklagedelikt deshalb Buettner ZRP 2008 124 ff; Freudenberg NJ 2006 535, 538; wohl auch Krüger NKrimP 2008 144, 147.

¹⁰⁴ Pollähne StraFo 2006 398, 400.

¹⁰⁵ Fischer 55. Aufl. Rdn. 3a spricht in diesem Zusammenhang zutreffend von einer „skurrilen Begründung“. Laut BTDrucks. 16/575, S. 1 sollen angeblich neuere empirische Studien belegen, dass viele Opfer sich von der Polizei nicht hinreichend unterstützt fühlten.

¹⁰⁶ U.a. BVerfGE 73 206, 234; st. Rspr.

letzung über § 4 GewSchG strafbewehrt ist. Ihnen steht, wie der Gesetzeswortlaut über die Formulierung „insbesondere“ verdeutlicht, auch die Befugnis zum Erlass sonstiger, inhaltlich vom Gesetz nicht konkretisierter Anordnungen zu.¹⁰⁷ Berücksichtigt man freilich, dass der Gesetzgeber gleichzeitig bestimmt hat, dass die Verfügungen „zur Abwendung weiterer Verletzungen erforderlich“ sein müssen, spricht dies dafür, dass er jedenfalls Umfang und Grenzen einer möglichen Strafbarkeit noch hinreichend bestimmt haben könnte. Ob außerhalb des Katalogs des § 1 Abs. 1 Satz 3 GewSchG erlassene Anordnungen danach Grundlage einer Strafbarkeit nach § 4 GewSchG sein können, bleibt aber zumindest zweifelhaft. Davon zu trennen ist die weitere Frage, ob das vom Richter erlassene Verbot seinerseits hinreichend bestimmt ist. Ist das nicht der Fall, kann es – das gilt auch für Anordnungen, die unter den Katalog des Absatzes 1 fallen – nicht Grundlage einer Strafbarkeit sein (vgl. zur vergleichbaren Konstellation beim Berufsverbot *Krehl* LK § 145c Rdn. 10).

- 21** **bb) Der außerstrafrechtliche Schutz.** Ungeachtet der verfassungsrechtlichen Zweifel an § 4 GewSchG, die sich nur begrenzt auswirken können, sind mit Blick auf die existenten Strafvorschriften des StGB jedenfalls die im Gesetzgebungsverfahren proklamierten „unerträglichen“ Strafbarkeitslücken¹⁰⁸ nicht zu erkennen.¹⁰⁹ Zunächst ist festzustellen, dass ein lückenloser Strafrechtsschutz in einer durch Freiheitsgrundrechte geprägten Rechtsordnung nicht realisierbar ist.¹¹⁰ (Insoweit unvermeidbare) Lücken im strafrechtlichen Schutz vor Stalking werden zudem auf andere Weise ausgeglichen.¹¹¹ So ist etwa die – auch – zivilrechtliche Schutzwirkung des Gewaltschutzgesetzes so positiv bewertet worden, dass ein im Gesetzgebungsverfahren gehörter Verband – Der Deutsche Juristinnenbund – nicht zuletzt deshalb eine gegen Stalking gerichtete Vorschrift im Kernstrafrecht für verzichtbar hielt.¹¹² Ihre Stütze findet diese Ansicht in dem Ergebnis der vom Bundesministerium der Justiz in Auftrag gegebenen „Rechtstatsächlichen Untersuchung“ zum Gewaltschutzgesetz. Nach dieser im Jahr 2005 veröffentlichten Studie haben rund 70 % der Opfer, die einen Antrag nach dem GewSchG gestellt haben, die Antragstellung als „voll und ganz“ (56,9 %), jedenfalls aber zumindest als „weitgehend“ lohnend (12,5 %) angesehen.¹¹³ Und immerhin ca. 48 % der von häuslicher Gewalt oder Stalking betroffenen Personen, die auf eine Antragstellung verzichtet haben, haben im Rahmen der Studie die Schutzwirkung des GewSchG positiv bewertet.¹¹⁴

- 22** Hinzu kommt nunmehr, dass der Gesetzgeber erhebliche Anstrengungen unternommen hat, die Effektivität des Gewaltschutzgesetzes noch weiter zu verbessern. So sieht der am 1. September 2009 in Kraft getretene § 216a FamFG (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit) in

¹⁰⁷ Buß S. 154 f.

¹⁰⁸ BTDrucks. 16/575, S. 1.

¹⁰⁹ Vgl. auch *Gerhold* NKrimP 2007 2, 3.

¹¹⁰ Vgl. *Kühl* Prot. RAussch., S. 97: „in einem Strafrecht mit fragmentarischem Charakter gehört die Lücke zum Normalbestand“; krit. auch *Pollähne* NKrimP 2002 57 ff. Vgl. auch *Gropp* NKrimP 2002 113, die darauf hinweist, dass der Effektivität des § 238 Abs. 1 dessen einer Opportunitätseinstellung zugängliche Vergehenscharakter entgegen stehe.

¹¹¹ *Krüger* NKrimP 2008, 144; so auch bereits

Frommel NKrimP 2005 86, 87 f. Vgl. auch *Kinzig* ZRP 2006 255, 258. Zu möglichen eigenen vorbeugenden Maßnahmen der (potenziellen) Opfer – Verheimlichung persönlicher Daten im Bekanntenkreis etc – vgl. *Holzbauer* Der Kriminalist 2006 174 ff.

¹¹² *Freudenberg* Prot. RAussch., S. 65 f; zu Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüchen bei Stalking vgl. *Keiser* NJW 2007 3387; zum zivilrechtlichen Schutz vor Stalking auch *Utsch* S. 107 ff.

¹¹³ *Limmer/Mengel* S. 256 f.

¹¹⁴ *Limmer/Mengel* S. 262.

Verfahren in Gewaltschutzsachen die Verpflichtung der Gerichte vor, Polizeibehörden und „andere öffentliche Stellen, die von der Durchführung“ einer Anordnung nach dem GewSchG betroffen sind (Schulen, Kindergärten und Jugendhilfeeinrichtungen in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft), vom Inhalt der Entscheidung zu unterrichten.¹¹⁵ Im Verfahren selbst gilt der Amtsermittlungsgrundsatz, § 26 FamFG, und der Freibeweis ist möglich, §§ 29 Abs. 1, 30 FamFG. Auch können die Polizeibehörden auf Grundlage des § 8 Abs. 1 Nr. 2 RDG (in der Fassung vom 12. Dezember 2007¹¹⁶) nunmehr Betroffene – ohne gegen das Anwaltsmonopol zu verstoßen – auf die rechtlichen Möglichkeiten des Gewaltschutzgesetzes hinweisen. Dieser außerstrafrechtliche Schutz wird komplettiert durch die **Möglichkeiten des Polizeirechts**. Gefährderansprachen, Platzverweise, Wohnungsverweise mit Rückkehrverbot und vorbeugende Ingewahrsamnahmen sind Instrumentarien, die vor Eintritt einer Rechtsgutsverletzung beim Opfer gegen Stalker angewandt werden können und denen häufig nicht zuletzt wegen ihres präventiven Charakters eine größere Wirkung als eine strafrechtliche Verhaltensahnung zukommt.¹¹⁷

b) Ergebnis. Der Schutz, den die Rechtsordnung auf den Gebieten des Zivil-, des Verwaltungsrechts, aber auch des Strafrechts bislang vor Stalking gewährt hat, zeigt, dass es sich bei § 238 um eine Vorschrift handelt, die dem **symbolischen Strafrecht**, d.h. dem Strafrecht zuzurechnen ist, bei dem weniger die praktische Erforderlichkeit der Vorschrift als vielmehr die Dokumentation gesetzgeberischen Bemühens zum Schutz von Rechtsgütern im Vordergrund steht.¹¹⁸ Die verfassungsrechtliche Legitimität des § 238 wird dadurch in hohem Maße infrage gestellt,¹¹⁹ auch wenn das BVerfG in jüngerer Vergangenheit anlässlich der verfassungsrechtlichen Prüfung der Strafnorm des § 173 betont hat, dass es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers sei, den Bereich strafbaren Handelns „unter Berücksichtigung der jeweiligen Lage“ festzulegen.¹²⁰

2. Zur Vereinbarkeit mit Art. 5 GG. Soweit im Gesetzgebungsverfahren Bedenken erhoben worden sind, die Norm könne die **Pressefreiheit** (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG)

¹¹⁵ BGBl. 2008 I, S. 2586 ff.

¹¹⁶ BGBl. I, S. 2840.

¹¹⁷ *Neubacher ZStW* 118 (2006) 855, 867 f.; *Stürmer FPR* 2006 190, 193 f.; *Utsch* S. 123 ff. Zu polizeilicher Prävention s. auch *Becker/Michelmann FPR* 2011 214 f.; *Hoffmann Kriminalistik* 2003 726 ff.; *Holzhäuser Der Kriminalist* 2006 174 ff. und *Ruschl/Stadler/Heubrock Kriminalistik* 2006 171 ff.

¹¹⁸ *Eiden ZIS* 2008 123, 128; *Neubacher/Seher JZ* 2007 1029, 1030. Vgl. auch *Albrecht FPR* 2006 204, 208; *Kinzig ZRP* 2006 255, 258; zum Cyberstalking *Hilgendorf/Hong K&R* 2003 168, 171 f. S. aber auch *Sadtler* S. 351 ff, die den symbolischen Charakter des § 238 zwar nicht leugnet, dies aber mit Blick auf eine (angeblich) generalpräventive Wirkung der Norm und die Hoffnung, die Vorschrift könne der „Bedrohungsspirale des Stalking“ in Zukunft Einhalt gebieten,

für unschädlich hält. *Nowicki* S. 35 hält die Regelung des § 238 für erforderlich, da die dem Stalking innewohnende kontinuierliche Belästigung des Opfers durch andere Tatbestände des Strafrechts und auch die Vorschriften des Gewaltschutzgesetzes nicht ausreichend bei der Sanktionierung berücksichtigt werden könne. Demgegenüber ist für *Schlachter* S. 273 die Norm ein Beispiel für ein „ausuferndes Strafrecht“, mit dem (in ungeeigneter Form) versucht werden soll, sozialen Problemen zu begegnen.

¹¹⁹ *AA Harzer NKrimP* 2009 95, 96: „konsequente Fortführung des Gewaltschutzgesetzes“. Von einer Verfassungsmäßigkeit der Norm gehen auch *Seiler* S. 227 ff und *Karl* S. 247 ff aus.

¹²⁰ BVerfGE 120 224, 240.

unzulässig einschränken,¹²¹ kann dies durch eine dem Gewicht des Grundrechts Rechnung tragende Auslegung des Merkmals der **Unbefugtheit** vermieden werden (vgl. unten Rdn. 72).¹²²

- 25** 3. Die **Verhältnismäßigkeit** und **Schuldangemessenheit** der Strafdrohungen in Absatz 2 und 3 ist grundsätzlich im Rahmen des Rechtsfolgensystems des StGB, insbesondere mit Blick auf die dem **Tatopfer** drohenden Folgen, nicht in Frage zu stellen.¹²³ Ob das in gleicher Weise hinsichtlich dritter Personen (Angehörige und dem Opfer sonst nahe stehender Personen) gilt, kann dahinstehen. Hier wird ohnehin der Nachweis eines dem Täter zuzurechnenden Erfolgs nur schwer gelingen.¹²⁴
- 26** 4. Die Bestimmtheit der Norm. Zu den diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Bedenken an Absatz 1 Nr. 5 und den Tatbestandsmerkmalen der **Beharrlichkeit** und der schwerwiegenden **Beeinträchtigung der Lebensgestaltung** vgl. Rdn. 55 f, 58 sowie 63.

V. Tatbestandsstruktur

- 27** Die Strafvorschrift über die Nachstellung enthält einen **Grundtatbestand** – § 238 Abs. 1 – und zwei **Qualifikationstatbestände** – § 238 Abs. 2 und 3 –. In seinen Nr. 1 bis 5 zählt der Grundtatbestand nachstellendes Verhalten von strafrechtlicher Relevanz auf. In Nr. 1 bis 4 finden sich *konkrete Umschreibungen* strafwürdiger Handlungen. Demgegenüber stellt die Tatbestandsvariante des Absatzes 1 Nr. 5 in Form einer *ausfüllungsbedürftigen Generalklausel* die Vornahme von Handlungen unter Strafe, die denen in Absatz 1 bis 4 genannten gleichen (vgl. unten Rdn. 30 ff). Absatz 1 ist als *Erfolgsdelikt* ausgestaltet.¹²⁵ Vorschläge, die Norm als Absichts-¹²⁶ oder Gefährdungsdelikt¹²⁷ auszugestalten, haben sich nicht durchsetzen können.¹²⁸ Strafbar ist die Nachstellung erst bei Eintritt einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers (hierzu unten Rdn. 63 ff). Mit dem Versuch der Kontaktaufnahme mit dem Opfer enthält der Tatbestand unter Nr. 2 die Formulierung eines *unechten Unternehmensdelikts* (vgl. unten Rdn. 39).
- 28** Absatz 2 erweist sich als dem Regelbeispiel des § 113 Abs. 2 Nr. 2 inhaltlich nahestehender **Qualifikationstatbestand**.¹²⁹ Absatz 3 ist **Erfolgsqualifikation** (§ 18). Hierzu näher unten Rdn. 77.

¹²¹ Vgl. BT, Prot 70. Sitzung, 6948 ff; BTDrucks. 16/3641, S. 6 f.

¹²² Fischer Rdn. 7.

¹²³ AA aber die Bundesregierung; BTDrucks. 15/5410, S. 9; so auch Gazeas KJ 2006 249, 260 f.

¹²⁴ Ebenso Fischer Rdn. 8 und 36 f.

¹²⁵ BTDrucks. 16/3641, S. 13; Fischer Rdn. 4; Gericke MK Rdn. 2; Wolters SK Rdn. 2. Kritisch Aul S. 192 f; Mitsch NJW 2007 1237, 1240; Krüger NJ 2008 150 ff; Entschließungsantrag der FDP-Fraktion

BTDrucks. 16/3641, S. 7; Befürwortend Gazeas KJ 2006 247, 253; Schmischek S. 337; Valerius JuS 2007 319, 323.

¹²⁶ So Nack Prot. RAussch., S. 108.

¹²⁷ Janovsky Prot. RAussch., S. 93. Vgl. schon Meyer ZStW 115 (2003) 249, 285; Sommerfeld/Voß SchlHA 2005 326, 328.

¹²⁸ Vgl. Lackner/Kühl Rdn. 1.

¹²⁹ Vgl. auch Fischer Rdn. 4, der auf § 177 Abs. 3 Nr. 3, Abs. 4 Nr. 3 Buchst. b verweist.

VI. Objektiver Tatbestand

Absatz 1 ist ein zweiaktiges Delikt, das sich aus einer **Tathandlung** und einem **Tat- 29**
erfolg zusammensetzt.

1. Die **Tathandlung**. Eigentliche **Tathandlung** ist das **unbefugte Nachstellen**, das aller- 30
 dings nur bei Vorliegen einer der konkretisierenden Handlungen aus dem Katalog in Absatz 1 Nr. 1–5 angenommen werden kann und zudem **beharrliches** Vorgehen voraussetzt.

a) Das **Nachstellen**. Das Unrechtsverhalten, an das Absatz 1, aber auch die Quali- 31
 fikationstatbestände der Absätze 2 und 3 anknüpfen, ist das **Nachstellen**. Bekannt ist der Begriff der Nachstellung aus der Jägersprache,¹³⁰ wo er das Anpirschen und Auflauern des Wildes zum Zweck der Jagd umschreibt. Insoweit besteht Übereinstimmung mit der Unrechtsbeziehung im Englischen. Auch „to stalk“ bedeutet jagen, hetzen und verfolgen (vgl. oben Rdn. 1). Dem Strafgesetzbuch ist der Begriff des Nachstellens nicht fremd. Er findet sich in den § 292 und § 329 Abs. 3 Nr. 6.¹³¹ Dort umschreibt er als Tatbestandshandlung eines unechten Unternehmensdelikts sämtliche Handlungen, die einem Fangen, Erlegen oder Sich-Zueignen des Wildes vorangehen.¹³² Der auf das Jagen von Wild bezogene Kontext macht die dort verwandte Begriffsdefinition für eine Übertragung auf § 238 naturgemäß untauglich.¹³³ Den Materialien ist zu entnehmen, was der Gesetzgeber als Nachstellen ansieht. Er definiert Nachstellungen als Handlungen, die darauf ausgerichtet seien, durch unmittelbare oder mittelbare Annäherungen an das Opfer in dessen persönlichen Lebensbereich einzugreifen und dadurch dessen Handlungs- und Entschließungsfreiheit zu beeinträchtigen.¹³⁴

Zusätzliche Hilfe bei der Begriffsbestimmung leisten die unter Absatz 1 Nr. 1 bis 4 der Vorschrift gelisteten Tatbestandsvarianten.¹³⁵ Das Aufsuchen räumlicher Nähe (Absatz 1 Nr. 1), der Versuch, Kontakt mit dem Opfer aufzunehmen (Absatz 1 Nr. 2) bzw. der Versuch, über Dritte diesen Kontakt herzustellen (Absatz 1 Nr. 3 2. Variante), kennzeichnen das Nachstellen als Verhaltensweise, die darauf gerichtet ist, eine lokale und kommunikative Nähe zu einer anderen Person herzustellen,¹³⁶ wobei das Bestreben auf Herstellung dieses Näheverhältnisses allein vom Täter ausgeht und gegen den Willen der betroffenen Person geschieht. Auch soweit das Bestellen von Waren oder Dienstleistungen unter missbräuchlicher Verwendung von personenbezogenen Opferdaten als Stalking angesehen wird, fehlt es nicht an einem Bestreben des Täters, ein persönliches Nähever-

¹³⁰ Buß S. 210; Eiden ZIS 2008 123; Kinzig/Zander JA 2007 481; Küpper AnwK-StGB Rdn. 4; Mosbacher NSTZ 2007 665, 666; Sadtler S. 292; Steinberg JZ 2006 30, 31; Valerius JuS 2007 319.

¹³¹ Gazeas JR 2007 497, 498; Gerhold NKrimP 2007 2; hierzu auch Gericke MK Rdn. 15.

¹³² Fischer § 292 Rdn. 11 m.w.N.; ders. § 329 Rdn. 12.

¹³³ Gazeas JR 2007 497, 498; ders. KJ 2006 247, 254; Neubacher/Seher JZ 2007 1029, 1031; Sch/Schröder-Eisele Rdn. 6. S. aber auch Gerhold S. 124, der das Merkmal des Nachstellens deshalb für nicht zu unbestimmt hält, weil es im Strafgesetzbuch

seit Einführung des Tatbestands der Jagdwilderei „seinen festen Platz“ beanspruche.

¹³⁴ BTDrucks. 16/575, S. 7; s. auch BGHSt 54 189, 193; OLG Brandenburg NSTZ 2010 519. Darin sehen Sch/Schroeder-Eisele Rdn. 6 und SSW-Schluckebier Rdn. 6 die Notwendigkeit eines Handelns mit bestimmter Täter-tendenz. Tatsächlich wird mit der Formel wohl lediglich auf den tatbestandlichen Erfolg und das geschützte Rechtsgut Bezug genommen.

¹³⁵ Buß S. 212.

¹³⁶ Gerhold NKrimP 2007 2; Kinzig/Zander JA 2007 481, 483; Valerius JuS 2007 319, 321.

hältnis zu dem „Leistungs- bzw. Warenempfänger“ herzustellen. Insoweit demonstriert der Täter sein Vermögen, in die persönliche Lebenssphäre des Opfers einzudringen – also dessen Nähe zu erlangen – und über dessen Lebensgestaltung Kontrolle und Macht auszuüben. Nichts anderes gilt für die unter Absatz 1 Nr. 4 aufgeführten Bedrohungen, durch die der Verlust an überragenden und wichtigen höchstpersönlichen Rechtsgütern, wie Leben, körperliche Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit, in Aussicht gestellt wird.¹³⁷ **Typisches Kennzeichen** des Nachstellens ist damit das **einseitige, der Demonstration von Macht und Einflussnahme über das Opferleben dienende Eindringen in den höchstpersönlichen Lebensraum des Opfers**.¹³⁸

- 32** Die **Nachstellung als Handlungsunrecht** zu definieren, ist nicht deshalb entbehrlich, weil der Katalog von spezifischen Handlungen in Absatz 1 verbindlich vorschreibt, in welchen Fällen ein Nachstellen gegeben ist.¹³⁹ Zwar enthalten die Varianten Nr. 1–4 konkretisierte Umschreibungen von Nachstellungsunrecht, die in diesen Fällen weitere Ausdeutungen des Begriffs des Nachstellens obsolet machen. Der Täter stellt laut Gesetz nach, *indem* er die räumliche Nähe des Opfers aufsucht, versucht, mit diesem über Telekommunikationsmittel Kontakt aufzunehmen oder es mit der Verletzung der Gesundheit bedroht etc.¹⁴⁰ Soweit in Absatz 1 Nr. 5 „andere vergleichbare Handlungen“ unter Strafe gestellt sind, ist es aber nicht damit nicht getan, einen Vergleich zu den einzelnen Tatbestandsvarianten in den Nr. 1–4 herzustellen. Erforderlich ist es hier, das abstrakte Tatunrecht des Nachstellens zu kennen, um daran zu messen, ob eine Tathandlung, die nicht die Voraussetzungen der übrigen Kataloghandlungen erfüllt, eine „vergleichbare Handlung“ darstellt.¹⁴¹ Vergleichbar ist eine solche Handlung nur dann, wenn sie wesensmäßig einem Aufsuchen der räumlichen Nähe zum Opfer oder dem Versuch, über Dritte Kontakt mit diesem aufzunehmen, entspricht. Die Wesensverwandtschaft lässt sich aber nur dann feststellen, wenn abstrakte Kriterien gefunden sind, die das Nachstellende in den Verhaltensumschreibungen des Absatzes 1 Nr. 1 bis 4 ausmachen und als Maßstab für die Bewertung einer „vergleichbaren“ Handlungen dienen können.

- 33** Schon aus dem Wortsinn des Nachstellens ergibt sich eine **gewisse Dauerhaftigkeit des tatbestandsmäßigen Verhaltens**.¹⁴² Kurze, flüchtige Kontaktaufnahmen oder entsprechende Versuche haben mit einem Verfolgen des Opfers nichts gemein. Das Tatunrecht des Nachstellens wird auch über die Summe der Einzelhandlungen hinaus von dem spezifischen Eigenwert eines gegen das Opfer gerichteten **Verhaltensmusters** gekennzeichnet.¹⁴³ Damit wird freilich das Merkmal der Beharrlichkeit (s. dazu unten Rdn. 57 ff) nicht überflüssig.¹⁴⁴

¹³⁷ Fischer Rdn. 9.

¹³⁸ S. auch Mrosk NJ 2010 416 ferner: OLG Brandenburg NStZ 2010 519.

¹³⁹ Gazeas JR 2007 497, 498. So aber Lackner/Kühl Rdn. 3; SK-Wolters Rdn. 7.

¹⁴⁰ Lackner/Kühl Rdn. 3; Wolters SK Rdn. 7.

¹⁴¹ So wohl auch Matt/Renzikowski-Eidam, Rdn. 5; aA SK-Wolters Rdn. 7: danach kommt dem Begriff des Nachstellens auch bei den „vergleichbaren Handlungen“ der Nr. 5 keine eigenständige Bedeutung zu. Sei die Handlung dem Unrechtsverhalten der Nr. 1 bis 4 vergleichbar, liege ein Nachstellen stets vor. Fehle es an der Vergleichbarkeit, komme es nicht darauf an, ob von ihr

als einem Nachstellen gesprochen werden könne. Für Wolters handelt es sich bei dem Begriff des Nachstellens deshalb nicht um ein Tatbestandsmerkmal, sondern einen tatbestandliches Unrecht zusammenfassenden Begriff, der die Aufgabe habe, einen Bezugspunkt zu dem sämtliche Tathandlungen umspannenden Adverb „beharrlich“ herzustellen; zw. an der Bedeutung des Tatbestandsmerkmals der Nachstellung auch Lackner/Kühl Rdn. 3 und Rackow GA 2008 553, 562.

¹⁴² Fischer Rdn. 9.

¹⁴³ Vgl. Meyer ZStW 115 (2003) 249, 259.

¹⁴⁴ Fischer Rdn. 9; aA Lackner/Kühl Rdn. 3.

Die Nachstellung setzt grundsätzlich ein **aktives Tun** des Täters voraus. Strafbares (unechtes) **Unterlassen** ist kaum vorstellbar. Denkbar wäre es allenfalls in den Fällen des unterbliebenen Einschreitens gegen die Kontaktaufnahme durch Dritte, Absatz 1 Nr. 3: Verursacht der Täter unter missbräuchlicher Preisgabe von persönlichen Daten des Opfers fahrlässig eine belästigende Kontaktaufnahme durch einen Dritten und schreitet anschließend vorsätzlich gegen weitere Kontaktierungen nicht ein, die beim Betroffenen zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung führen, ist ihm eine vorsätzliche unterlassene Erfolgsabwendung vorzuwerfen. Eine Strafbarkeit scheitert jedoch an § 13 Abs. 2, wenn man – wie hier (Rdn. 48) – „veranlassen“ gem. Absatz 1 Nr. 3 nicht als bloße Umschreibung von Ursächlichkeit, sondern als Synonym eines zielgerichteten, bestimmenden Handelns ansieht. Einem solchen finalen Tun steht das „bloße“ Nichthindern der Kontaktaufnahme durch den Dritten nicht gleich. Zum Aufsuchen der räumlichen Nähe durch Unterlassen s. Rdn. 36.

b) Der Katalog von Handlungen in Absatz 1 Nr. 1–5. Ein Nachstellen erfüllt den Tatbestand nur, wenn ein Verhalten nach den Nr. 1–5 vorliegt. Es handelt sich mit Blick auf die unter Nr. 1–4 genannten Verhaltensweisen um solche, die typischerweise immer wieder vorkommen und deshalb das Handlungsunrecht in besonderer Weise kennzeichnen sollen.¹⁴⁵

aa) Das Aufsuchen der räumlichen Nähe (Absatz 1 Nr. 1). Tathandlung ist das **Aufsuchen** räumlicher Nähe, damit eine Handlung, durch die sich der Täter durch Überbrückung vorher bestehender Distanz dem Opfer physisch annähert. Damit greift der Tatbestand nicht ein, wenn Täter und Opfer – etwa trotz gescheiterter Paarbeziehung – noch zusammenleben.¹⁴⁶ Nicht erfasst ist auch das durch den Täter vermittelte Aufsuchen des Opfers durch einen Dritten; die Tat ist **eigenhändiges Delikt**.¹⁴⁷ Ebenso wenig reicht es, wenn räumliche Nähe lediglich zu einem dem eigentlichen Opfer nahe stehenden Dritten hergestellt wird, bei dem es dadurch nicht zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung seiner Lebensverhältnisse kommt. Das Spektrum für ein „Aufsuchen“ in Betracht kommender Verhaltensweisen ist groß. Hierunter fällt das Herstellen räumlicher Präsenz an Arbeitsplatz, Wohnung¹⁴⁸ oder der Freizeitgestaltung dienenden Lokalitäten des Opfers ebenso wie das Auflauern und auch das Verfolgen. Erfasst ist auch das Aufstellen an einem bestimmten Ort, um dort auf das Eintreffen des Opfers zu warten.¹⁴⁹ Eine tatsächliche Kontaktaufnahme im Sinne eines Ansprechens oder Berührens ist nicht erforderlich.¹⁵⁰ Dem tatbestandsmäßigen Verhalten wohnt ein **finales Element** inne.¹⁵¹ Dem Wortsinn nach kann von einem Aufsuchen räumlicher Nähe nur dann gesprochen

¹⁴⁵ *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 12.

¹⁴⁶ *SSW-Schluckebier* Rdn. 7, der § 238 insgesamt für unanwendbar hält, wenn Täter und Opfer nicht getrennt leben; *Sering* NJW-Spezial 2007 375 f; ferner *Mitsch* NJW 2007 1237, 1238; *Wolters* SK Rdn. 10.

¹⁴⁷ *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 10; *Wolters* SK Rdn. 10; *Kraus* S. 110 f; *Mitsch* NJW 2007 1237, 1239.

¹⁴⁸ *Fischer* Rdn. 13 weist zu Recht auf die Fälle des Beziehens einer Wohnung in demselben Haus oder eines Zimmers im selben Hotel hin.

¹⁴⁹ *Fischer* Rdn. 13.

¹⁵⁰ *Fischer* Rdn. 13; eine die Nähe ausnutzende Kontaktaufnahme, auch etwa Fotografieren, ist nicht vorausgesetzt.

¹⁵¹ *Gericke* MK Rdn. 16 und 17; *Kinzig/Zander* JA 2007 481, 483; *Krüger* S. 110 f; *Mosbacher* NStZ 2007 665, 667; *Valerius* JuS 2007 319, 321; so auch *Gazeas* JR 2007 497, 499, der aber andererseits eine finale Komponente für die Formen strafbaren Nachstellens ablehnt: § 238 bestraft den objektiv feststellbaren Eingriff in die Opfer-sphäre. Dass es dem Täter auf diesen Ein-

werden, wenn der Täter beabsichtigt hat, ein räumliches Näheverhältnis zu seinem Opfer herzustellen.¹⁵² Ein nicht intentionales, nur fahrlässiges Aufsuchen ist rein begrifflich nicht möglich. Dementsprechend wollte der Gesetzgeber durch die Tatbestandsformulierung auch ausschließen, dass eine *zufällige zeitgleiche Anwesenheit* von Täter und Opfer an einem Ort dem Tatbestand unterfällt.¹⁵³ Das der Tathandlung innewohnende intentionale Element setzt allerdings nicht voraus, dass der Täter sicher weiß, dass sein Verhalten zur Herstellung einer räumlichen Nähebeziehung zum Opfer führen wird. Auch eine letztlich zufällige Begegnung von Täter und Opfer kann den Tatbestand erfüllen, sofern der Täter diesen Zufall für sein Vorgehen mit einkalkuliert hat.¹⁵⁴ Tatbestandsmäßig kann daher auch derjenige handeln, der einen Supermarkt aufsucht, von dem er annimmt, dass das Opfer dort einkaufen werde.¹⁵⁵ Nicht verkannt werden darf, dass der Nachweis des finalen Elements der räumlichen Kontaktaufnahme in der strafrechtlichen Praxis durchaus Probleme bereiten kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn Täter und Opfer bereits vor Beginn der strafrechtlich relevanten Handlungen in enger räumlicher Nähe zueinander gelebt haben und nimmer noch leben. Hier werden sich „zufällige“ Begegnungen kaum ausschließen lassen.¹⁵⁶

Ein Aufsuchen der räumlichen Nähe durch Unterlassen scheitert an der Entsprechensklausel des § 13. Das Verweilen beim Opfer nach unvorsätzlicher Annäherung oder nach Aufforderung, sich zu entfernen, steht der zielgerichteten Annäherung im Unrechtsgehalt nicht gleich.¹⁵⁷

- 37** Was unter **räumlicher Nähe** zu verstehen ist, lässt sich im Einzelnen dem Gesetz nicht entnehmen.¹⁵⁸ Nach dem Zweck der Norm wird man mit Blick auf das Schutzgut des § 238 eine fehlende Distanz zwischen Täter und Opfer zu verstehen haben, die geeignet ist, die Lebensführung des Stalkingadressaten zu beeinträchtigen.¹⁵⁹ Maßgeblich sind insoweit die Umstände des jeweiligen Einzelfalls,¹⁶⁰ wobei mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot ein objektivierter Maßstab angelegt werden muss. Subjektive Empfindungen des „Opfers“, belästigt zu werden, reichen für eine Tatbestandsverwirklichung daher nicht aus. Eine räumliche Nähe im Sinne des Tatbestandes wird daher schwerlich bereits dann vorliegen, wenn der „Täter“ in dieselbe Stadt oder gegebenenfalls dasselbe Stadt-

griff ankomme, sei keine Strafbarkeitsvoraussetzung, JR 2007 497, 498. Zw. an der Intentionalität des Nachstellens auch Buß S. 212 und Neubacher/Seher JZ 2007 1029, 1031.

¹⁵² BGHSt 54 189, 194; Küpper AnwK-StGB Rdn 7; Sch/Schröder-Eisele Rdn. 9.

¹⁵³ BTDrucks. 16/575, S. 7; ebenso Lackner/Kühl Rdn. 4; Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 5; Wessels/Hettinger BT 1 Rdn. 369c; Wolters SK Rdn. 10; aA Fischer Rdn. 13a, der, wie ihm folgend Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 13, eine Lösung über den subjektiven Tatbestand bevorzugt. Zufällige Annäherung des Täters an das Opfer ließe den Tatvorsatz entfallen. Hinsichtlich des objektiven Tatbestandes soll demgegenüber die Begründung eines lokalen Näheverhältnisses ausreichen. Dies erscheint zw.

Die Begründung eines räumlichen Näheverhältnisses ist nicht gleichzusetzen mit dem Aufsuchen von Nähe. Aufsuchen ist die Umschreibung für ein zielgerichtetes Verhalten.

¹⁵⁴ Buß S. 232 f; Wolters SK Rdn. 10.

¹⁵⁵ Valerius JuS 2007 319, 321; Wolters SK Rdn. 10.

¹⁵⁶ Peters NSTZ 2009 238, 239 f.

¹⁵⁷ Fischer Rdn. 13; Sch/Schröder-Eisele Rdn. 9; Buß S. 233; Mitsch NJW 2007 1237, 1239; Mosbacher NSTZ 2007 665, 667; Mrosk NJ 2010 416. Ebenso: Küpper AnwK-StGB Rdn 7.

¹⁵⁸ Gazeas KJ 2006 247, 256; Kinzig/Zander JA 2007 481, 483.

¹⁵⁹ Fischer Rdn. 12; SSW-Schluckebier Rdn. 7.

¹⁶⁰ Krüger S. 112; Mitsch NJW 2007 1237, 1239.

viertel zieht wie das Opfer.¹⁶¹ Etwas anderes kann allerdings bei einem Zuzug des Täters in die unmittelbare Nachbarschaft, d.h. dieselbe Straße, gelten. Hier ist die Eignung des Verhaltens, auf die Lebensgestaltung der betroffenen Person Einfluss nehmen zu können, nicht von vornherein von der Hand zu weisen, bedarf aber gleichwohl einer einzelfallbezogenen Feststellung.¹⁶² Als Anhaltspunkt für die Auslegung kann das Näherungsverbot aus § 1 Abs. 1 Nr. 2 GewSchG dienen, auch wenn dieses sicher nicht als starre Grenze zu verstehen ist.¹⁶³ Das Näherungsverbot des Gewaltschutzgesetzes wird in der Regel mit einer vom Täter zum Opfer einzuhaltenden Distanz von 200 m bemessen.¹⁶⁴

Durch Einsatz technischer Mittel, etwa Ferngläser, wird räumliche Nähe nicht hergestellt.¹⁶⁵ Eine Beobachtung des Opfers aus der Ferne kann jedoch ggf. unter die Tatbestandsalternative des Absatzes 1 Nr. 5 fallen.¹⁶⁶ Der Versuch, in die räumliche Nähe des Opfers zu gelangen, reicht nicht aus. Typisches Vermeideverhalten des Opfers lässt daher den Tatbestand entfallen.¹⁶⁷

Streitig (in der Literatur) ist, ob das Opfer die Annäherung durch den Täter in diesem Zeitpunkt wahrgenommen haben muss. Nach teilweise vertretener Auffassung ist dies nicht erforderlich. **Heimliches unentdecktes Beobachten** reiche aus, insbesondere wenn es zum Zweck von Straftaten gemäß § 201a geschehe oder dem Opfer nachträglich in demonstrativer Weise offenbart werden soll.¹⁶⁸ Nach der Gegenansicht¹⁶⁹ ist es dagegen erforderlich, dass das Opfer den Täter wahrnimmt, die Nähe des Täters also spürt.¹⁷⁰ Dies soll sich jedenfalls daraus ergeben, dass die Tat eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung verursachen müsse, was die Wahrnehmung durch das Opfer voraussetze.¹⁷¹ Dies stellt zwar auch die Gegenmeinung nicht in Abrede, sie lässt freilich die nachträgliche Kenntnis des Opfers genügen, weil auch sie noch zu dem vom Gesetz vorausgesetzten Taterfolg führen könne.¹⁷²

Es erscheint allerdings fraglich, ob diese Sichtweise – ungeachtet der Frage, ob sich womöglich doch aus dem Begriff des „Aufsuchens“ die Notwendigkeit der Wahrnehmung durch den Aufgesuchten ergibt – im Gesetzeswortlaut noch ihre Stütze findet. Denn die schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung beruht dann nicht mehr im eigentlichen Aufsuchen der räumlichen Nähe, sondern letztlich allein auf der

38

¹⁶¹ Fischer Rdn. 12.

¹⁶² Der Zuzug in eine Straße eines kleinstädtischen Wohngebiets besitzt noch eine andere Qualität als die Ansiedlung in einem großstädtischen Wohnviertel. Gleichwohl ist es schwer vorstellbar, dass allein der Zuzug an sich schon die Annahme des Tatbestandes rechtfertigt. Hinzukommen müssen regelmäßig konkrete einzelne Handlungen, die zur schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung führen.

¹⁶³ Ähnlich Wolters SK Rdn. 10; vgl. auch Mosbacher NSTZ 2007 665, 667.

¹⁶⁴ Gericke MK Rdn. 19; v. Pechstaedt NJW 2007 1233, 1234. Vgl. auch Kinzig/Zander JA 2007 481, 483 und Sonnen NK Rdn. 32: Sichtweite.

¹⁶⁵ Sch/Schröder-Eisele Rdn. 8; Buß S. 234.

¹⁶⁶ Wolters SK Rdn. 10.

¹⁶⁷ Fischer Rdn. 12.

¹⁶⁸ Fischer Rdn. 12; Gericke MK Rdn. 20; B. Heinrich ZIS 2011 416, 419; Sonnen NK Rdn. 32; Valerius v. Heintschel-Heinegg Rdn. 5; ders. JuS 2007 319, 321; Wessels/Hettinger BT 1 Rdn. 369c; wohl auch Buß JR 2011 84, 87.

¹⁶⁹ Gazeas JR 2007 497, 499; ders. KJ 2006 247, 256 f; Kinzig/Zander JA 2007 487; Krüger S. 113; ders. NSTZ 2010 546, 550; ders. FPR 2011 219, 220; Löhr S. 308 f; Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 13; Neubacher/Seher JZ 2007 1029, 1032; Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 5; Sadtler S. 303.

¹⁷⁰ Mitsch NJW 2007 1237, 1239.

¹⁷¹ Mitsch NJW 2007 1237, 1239; Sadtler S. 302 f.

¹⁷² Vgl. etwa Wessels/Hettinger BT 1 Rdn. 369c.

Mitteilung über die heimliche Beobachtung,¹⁷³ die dann von Absatz 1 Nr. 2 erfasst sein kann. Ein Grund, die Kataloghandlung der Nr. 1 insoweit auszudehnen, ist deshalb nicht anzuerkennen.¹⁷⁴ Ist damit grundsätzlich die **Wahrnehmung der räumlichen Nähe des Täters durch das Opfer erforderlich**, muss diese nicht in jedem Fall visuell erfolgen. Auch aus einem klar auf den Täter hinweisenden akustischen oder olfaktorischen Signal kann sich die Wahrnehmung des Opfers ergeben.¹⁷⁵

- 39 bb) Versuch des Kontaktherstellens (Absatz 1 Nr. 2).** Anders als Absatz 1 Nr. 1 enthält Absatz 1 Nr. 2 nicht die Umschreibung einer erfolgsbezogenen Stalkinghandlung. Der Tatbestand erfasst in Gestalt eines (**echten**) **Unternehmensdelikts** ausdrücklich auch den Versuch des Täters, Kontakt zu seinem Opfer herzustellen.¹⁷⁶ Das erfolgreiche Herstellen eines Kontakts ist trotz des insoweit missverständlichen Wortlauts von Abs. 1 Nr. 2 auch erfasst.¹⁷⁷ Ein **Kontakt zweier Personen** liegt vor, wenn zwischen ihnen eine kommunikative Verbindung besteht, die auf die *gegenseitige oder auch nur einseitige* Übermittlung sprachlich-gedanklicher Information gerichtet ist.¹⁷⁸ Die Formen der Informationsweitergabe können variieren. Neben Sprache und Schrift kommen auch Bilder, Symbole und andere Zeichen in Betracht.¹⁷⁹ Die Kontaktaufnahme kann sich unter Umständen aber auch in dem Akt der bloßen Kontaktherstellung erschöpfen, ohne dass sie auf die Zuleitung einer besonderen Information gerichtet wäre. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Handlung des Herstellens ihrerseits ein Informationsgehalt beikommt, bereits die Kontaktanbahnung als solche die beabsichtigte Nachricht darstellt. So können etwa Störanrufe, mit denen der Täter lediglich bezweckt, sein Opfer einzuschüchtern, die aber nicht auf die Aufnahme von Kommunikation abzielen, unter Abs. 1 Nr. 2 fallen. Derartige Anrufe, die zwar nicht als Versuch der Anbahnung eines Informationsaustausches gewertet werden können, enthalten für das Opfer häufig die einseitige Botschaft, dem Täter und dessen Handeln hilflos ausgesetzt und ausgeliefert zu sein.¹⁸⁰ Zweifel an der Bestimmtheit der Tatbestandsalternative,¹⁸¹ insbesondere hinsichtlich der Mehrdeutigkeit des Begriffs des Kommunikationsmittels, sind nicht angebracht, wenn

¹⁷³ Und zwar unabhängig davon, ob die Beobachtung überhaupt stattgefunden hat.

¹⁷⁴ Insoweit aA Buß, S. 233; Käppner S. 64.

¹⁷⁵ So auch Wolters SK Rdn. 10; vgl. aber auch Gazeas KJ 2006 247, 256.

¹⁷⁶ Fischer Rdn. 14; Gericke MK Rdn. 21; Sch/Schröder-Eisele Rdn. 11; Wolters SK Rdn. 11; aA Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 14; Mosbacher NStZ 2007 665, 667: unechtes Unternehmensdelikt. Die Verwendung des Begriffs des Unternehmensdelikts ablehnend Gerhold S. 122: da auch der Versuch des Kontaktherstellens einen tatbestandlichen Erfolg in Gestalt einer „schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ herbeiführen müsse, verbiete sich die Charakterisierung der Unrechtsvariante des Absatz 1 Nr. 2 als Unternehmensdelikt, auch wenn klar sei, dass mit dieser Bezeichnung nicht die Deliktsnatur des § 238 als Erfolgsdelikt geleugnet, sondern lediglich zum Ausdruck gebracht werden

solle, dass ein Kontakt zwischen Opfer und Täter nicht stattfinden müsse.

¹⁷⁷ BGHSt 54 189, 194; Fischer Rdn. 14; Sch/Schröder-Eisele Rdn. 11; Sonnen NK Rdn. 34.

¹⁷⁸ Fischer Rdn. 14.

¹⁷⁹ Vgl. Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 16. S. daneben Gazeas JR 2007 497, 500: auch Graffiti oder andere Symbole, auch auf Gegenständen wie Autos oder Hauswänden.

¹⁸⁰ Fischer Rdn. 14; Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 15; Sonnen NK Rdn. 33; Mitsch NJW 2007 1237, 1239; Gazeas JR 2007 497, 499; vgl. auch Sch/Schröder-Eisele Rdn. 12; Käppner S. 68 und Smischek S. 116; aA Wolters SK Rdn. 11: derartige Verhaltensweisen unterfielen allein Absatz 1 Nr. 5. Die zweite Tatbestandsvariante setzte den Wunsch des Täters auf Kommunikation mit dem Opfer voraus.

¹⁸¹ Vgl. Mitsch NJW 2007 1237, 1239; Wolters SK Rdn. 11.

dieser Begriff nach teleologischen Maßstäben allein als Synonym für einen Träger gedanklicher Information verstanden wird.

Von Absatz 1 Nr. 2 genannte Form der Kontaktaufnahme ist zunächst die **Verwendung von Telekommunikationsmitteln**. Der Begriff des Telekommunikationsmittels ist § 3 Nr. 22 und 23 TKG entlehnt.¹⁸² Gemeint sind technische Einrichtungen oder Systeme, die ohne körperliche Anwesenheit ihres Nutzers als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden, übertragen, vermitteln, empfangen, steuern oder kontrollieren können. In diesem Sinne Telekommunikationsmittel sind Telefon, Internet oder andere Datenübertragungssysteme, etwa auch der Rundfunk.¹⁸³ Als typische Beispiele für Kontaktaufnahmen¹⁸⁴ dienen damit Telefongespräche, Faxnachrichten, SMS und MMS sowie E-Mails.¹⁸⁵ Aber auch andere Kontaktaufnahmen via Internet – etwa Eintragungen in Onlineforen, Newsgroups oder Chatrooms sowie Kontaktplattformen (Studivz u.a.)¹⁸⁶ – erfüllen den Tatbestand, sog. „Cyberstalking“¹⁸⁷. Die Überwachung des Opfers mit GPS oder die Ortung des Mobilfunktelefons ist nicht auf Kontaktherstellung angelegt und wird deshalb nicht erfasst.¹⁸⁸

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers¹⁸⁹ fallen unter **sonstige Mittel der Kommunikation** insbesondere die „klassischen“ Träger schriftlicher Information, mithin der Brief oder der beschriftete, für das Opfer erkennbar hinterlassene Notizzettel („Zettel an der Windschutzscheibe“).¹⁹⁰ Weitere „sonstige“ Mittel der Kommunikation sind Bilder, Fotos, Videoaufzeichnungen, Tonaufnahmen, Botschaften an Häuserwänden oder Türingängen,¹⁹¹ aber auch elektronische Daten, sofern sie auf portablen Speichermedien wie USB-Sticks oder Disketten hinterlegt und nicht auf elektronischem Weg versandt werden. Ist letzteres der Fall, liegt Kontaktversuch über ein Telekommunikationsmittel vor.

Uneinigkeit herrscht über die Tatbestandsmäßigkeit dem Opfer **unerwünscht zugesandter Geschenke**, wie der vom „Verehrer“ regelmäßig (anonym) verschickte Blumenstrauß. Teilweise werden solche Geschenke als sonstige Mittel der Kommunikation eingeordnet.¹⁹² Überwiegend herrscht jedoch die Auffassung vor, ihnen fehle ein Informationsgehalt,¹⁹³ weshalb das belästigende Beschenken allenfalls nach der Generalklausel des Absatzes 1 Nr. 5 strafbar sein könne.¹⁹⁴ Richtigerweise wird man zu differenzieren haben. Stellen die Geschenke an das Opfer lediglich eine von diesem nicht erwünschte Aufmerksamkeit dar, mag hierin zwar ein (möglicherweise äußerst) belästigendes Verhalten liegen, das Geschenk ist jedoch nicht Träger von Information. Etwas anderes gilt aber dann, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalls auf eine bestimmte „Botschaft“ des Schenkenden schließen lassen. Nicht ausreichend ist insoweit die angestrebte bloße Übermittlung dem Opfer entgegengebrachter Empfindungen oder Gefühle. Entsprechend

¹⁸² Gericke MK Rdn. 22; Sch/Schröder-Eisele Rdn. 12; Mosbacher NStZ 2007 665, 667.

¹⁸³ Krüger S. 117; Matt/Renzikowski/Eidam Rdn. 15.

¹⁸⁴ Vgl. BTDrucks. 16/575, S. 7.

¹⁸⁵ Vgl. Fischer Rdn. 14a; Küpper AnwK-StGB Rdn 8; Mosbacher NStZ 2007 665, 668; Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 6; Valerius JuS 2007 319, 321; Wessels/Hettinger BT 1 Rdn. 369d.

¹⁸⁶ Peters NStZ 2009 238, 240.

¹⁸⁷ Hilgendorf/Hong K&R 2003 168; Wolters SK Rdn. 11.

¹⁸⁸ Sch/Schröder-Eisele Rdn. 12; Kraus S. 76 f.

¹⁸⁹ BTDrucks. 16/575, S. 7.

¹⁹⁰ Gazeas JR 2007 497, 499 f; Mosbacher NStZ 2007 665, 668.

¹⁹¹ Fischer Rdn. 14b; Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 6.

¹⁹² Buß S. 235; Fischer Rdn. 14b; Käppner S. 69; Smischek S. 116 f.

¹⁹³ So ausdrücklich Sonnen NK Rdn. 36. Wohl auch: Küpper AnwK-StGB Rdn 8.

¹⁹⁴ Sch/Schröder-Eisele Rdn. 13; Wolters SK Rdn. 11; zw. auch Gazeas JR 2007 497, 500; Krüger S. 119 ff; Mitsch NJW 2007 1237, 1239.

dem möglichen Informationsgehalt von **Störanrufen** kann aber auch in der Zusendung unerwünschter Geschenke die (weitergehende) Mitteilung an das Opfer liegen, dessen Lebensgestaltung und Privatsphäre kontrollieren und darüber hinaus beeinflussen zu können.¹⁹⁵ Eine entsprechende Feststellung wird freilich anders als im Fall der telefonischen Störanrufe nur im Ausnahmefall zu treffen sein.

- 43** Absatz 1 Nr. 2 stellt auch den **Versuch** des Täters, **über dritte Personen Kontakt zum Opfer aufzunehmen**, unter Strafe. Die Tatbestandsalternative ist erfüllt, wenn der Täter offen an Dritte herantritt, um diese zur Weiterleitung von Informationen zu bewegen.¹⁹⁶ Dies kann unmittelbar oder über Kommunikationsmittel geschehen.¹⁹⁷ Der fehlgeschlagene Versuch des Täters, an den Dritten heranzutreten, ist noch kein Versuch der Kontaktaufnahme über Dritte im Sinne von Absatz 1 Nr. 2.¹⁹⁸ Erfasst ist damit die gelungene Einschaltung sog. **Boten**; wer dagegen „**Verbündete**“ oder „**Fürsprecher**“ gewinnen will, die aus eigener Initiative auf das Opfer einwirken sollen, um dieses von seiner abwehrenden Haltung abzubringen, erfüllt den Tatbestand nicht.¹⁹⁹ Die Abgrenzung im Einzelnen dürfte Schwierigkeiten bereiten. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass der Dritte nicht lediglich als bloßer Handlanger eingesetzt werden soll. Dass diese Informationen auch tatsächlich weitergeleitet werden, ist nach der Umschreibung des tatbestandlichen Unrechts an sich nicht erforderlich. Daher könnte bereits das Ausrichten von Grüßen an das Opfer über die gemeinsamen Kinder tatbestandsmäßig sein,²⁰⁰ falls zugleich auch der nach dem Tatbestand vorausgesetzte Erfolg eingetreten ist. Dies aber ist grundsätzlich erst denkbar bei einer Handlung des Dritten, die als unmittelbares Ansetzen zur Kontaktherstellung qualifiziert werden kann und damit dem Opfer Kenntnis von der auf ihn abzielenden Kontaktaufnahme vermittelt. Erst in diesem Augenblick ist der Eintritt des Erfolgs (schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung) denkbar.²⁰¹ Nicht erforderlich ist allerdings, dass das Opfer auf die Versuche des Täters reagiert oder sich mit ihm in Verbindung setzt.²⁰²

- 44** Eine Kenntnis der als Informationsbote eingesetzten Person von den Motiven des Täters und damit eine Kenntnis vom Unrechtsgehalt des Täterhandelns ist nicht erforderlich. Die vom Täter zur Informationsweitergabe auserkorene Person kann sowohl **bös-** als auch **gutgläubig** sein. Ein **bösgläubiger Bote** kann je nach der Fallgestaltung selbst Täter nach § 238 sein.²⁰³ Bei Einschaltung eines **gutgläubigen** Botens handelt es sich um einen Fall mittelbarer Täterschaft.²⁰⁴ Die dritte Person wird regelmäßig dem sozialen Umfeld des Opfers (Angehörige, Freunde, Bekannte, Arbeitskollegen des Opfers) angehören,²⁰⁵ vom Gesetz vorgeschrieben ist das nicht.²⁰⁶

¹⁹⁵ Fischer Rdn. 14; Gericke MK Rdn. 23; aA Sch/Schröder-Eisele Rdn. 13; Sonnen SK Rdn. 36; Wolters SK Rdn. 11.

¹⁹⁶ Gazeas JR 2007 497, 500.

¹⁹⁷ Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 17; Wolters SK Rdn. 11.

¹⁹⁸ Krüger S. 123 f.

¹⁹⁹ Fischer Rdn. 14c; Gazeas JR 2007 497, 500; aA Sch/Schröder-Eisele Rdn. 14.

²⁰⁰ Wolters SK Rdn. 11.

²⁰¹ Dazu ausführlich: Mitsch NJW 2007 1237, 1239; unklar SSW-Schluckebier Rdn. 8. Vgl. auch Neubacher/Seher JZ 2007 1029, 1032: der Versuch einer Kontaktaufnahme kann nach Absatz 1 Nr. 2 nur strafbar sein,

wenn das Opfer diesen bemerkt und dem Täter zuordnet. So wohl auch Buß S. 237.

²⁰² Mitsch NJW 2007 1237, 1239; Valerius JuS 2007 319, 321.

²⁰³ Krüger S. 123.

²⁰⁴ Gericke MK Rdn. 24; Krüger S. 123; Mitsch NJW 2007 1237, 1239. Vgl. auch und insoweit enger Kraus S. 107 ff.

²⁰⁵ Krüger S. 122; Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 17; Wolters SK Rdn. 11; aA Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 6; Gazeas JR 2007 497, 500.

²⁰⁶ Vgl. BTDrucks. 16/575, S. 7; aA Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 6.

cc) **Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen; Kontaktaufnahme durch Dritte** 45
(Absatz 1 Nr. 3). Der Tatbestand des Absatzes 1 Nr. 3 enthält *zwei* Unrechtsvarianten, nämlich das Aufgeben von Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen für bzw. im Namen des Opfers und das Veranlassen dritter Personen, mit dem Opfer Kontakt aufzunehmen. *Gemeinsam* ist beiden Tatbestandsvarianten, dass sie durch die **missbräuchliche Verwendung personenbezogener Daten des Opfers** begangen werden und der Täter gegenüber dem Opfer **nicht selbst in Kontakt** tritt,²⁰⁷ sondern Dritte zu Verhalten gegenüber dem Opfer veranlasst.²⁰⁸ Der Begriff des *personenbezogenen Datums* ist so zu verstehen wie in § 3 Abs. 1 BDSG und den hierzu korrespondierenden Vorschriften der Landesdatenschutzgesetze (vgl. u.a. § 2 Abs. 1 Landesdatenschutzgesetz Schleswig-Holstein; § 3 Abs. 1 Landesdatenschutzgesetz Baden-Württemberg).²⁰⁹ Danach sind personenbezogene Daten *Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse* einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person. Hierunter fallen Name, Anschrift, Telefonnummern und E-Mail-Adressen, Bankverbindungen, Kenn- und Schlüsselwörter (PIN), Transaktionsnummern (TAN), aber auch Angaben über Einkaufsverhalten, persönliche Vorlieben und Art und Umfang von Freizeitgestaltung.²¹⁰ Die Daten, die zum Stalking verwendet werden, müssen nicht geheim sein oder besonderen Schutz genießen.²¹¹ Ausreichend für die Tatbestandsverwirklichung ist die missbräuchliche Verwendung allgemein zugänglicher Daten. **Missbräuchlich** erfolgt die Verwendung der Daten, wenn sie vom Willen des Opfers nicht gedeckt ist.²¹² Darf der Täter die Daten wegen Einverständnisses des Opfers zu dem von ihm verfolgten Zweck verwenden, fehlt es daher an einer Erfüllung des Tatbestands.²¹³ Von der Missbräuchlichkeit der Datenverwendung ist die „Unbefugtheit“ der Handlung zu trennen. Unabhängig von der Frage, ob die Unbefugtheit als Tatbestandsmerkmal oder lediglich als allgemeines Verbrechensmerkmal anzusehen ist (s. dazu unten Rdn. 67 ff), sind die Begriffsinhalte nicht deckungsgleich.²¹⁴ Zwar entfällt bei Vorliegen eines Opfereinverständnisses in jedem Fall die Annahme strafbaren Verhaltens,²¹⁵ bei entgegenstehendem Willen aber kann eine dann anzunehmende missbräuchliche Datenverwendung als befugt anzusehen sein, wenn ein allgemeiner Erlaubnissatz eingreift.²¹⁶

Das Aufgeben von Bestellungen oder Dienstleistungen. Mit dem Aufgeben von Bestellungen oder Dienstleistungen wird eine Form anonymen Stalkings, d.h. ein Nachstellen 46

²⁰⁷ Gericke MK Rdn. 25; Sch/Schröder-Eisele Rdn. 15.

²⁰⁸ Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 18; Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 7; Sonnen NK Rdn. 38; Gazeas JR 2007 497, 500.

²⁰⁹ Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 18; Sch/Schröder-Eisele Rdn. 17; Wolters SK Rdn. 12; Krüger S. 126; Mosbacher NStZ 2007 665, 668; Neubacher/Seher JZ 2007 1029, 1032.

²¹⁰ Krüger S. 127. Kritisch zum Tatbestandsmerkmal des „Verwendens personenbezogener Daten“ Buß S. 238: eine Bestellung von Waren und Dienstleistungen ohne eine solche Datenverwendung sei nicht denkbar. Andererseits sei es inkonsequent, dass der Gesetzgeber nicht jede Form des Veranlassens Dritter zur Kontaktaufnahme mit dem Täter unter Strafe gestellt habe.

²¹¹ Fischer Rdn. 15. Sch/Schröder-Eisele Rdn. 17: dies gilt auch, wenn Daten, etwa im Internet, frei abrufbar sind.

²¹² Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 7; Neubacher/Seher JZ 2007 1029, 1032; vgl. auch Steinberg JZ 2006 30, 32.

²¹³ Wolters SK Rdn. 12.

²¹⁴ So auch Fischer Rdn. 15.

²¹⁵ Dies veranlasst wohl Krüger S. 129 dazu, den Begriff der Missbräuchlichkeit als überflüssig anzusehen.

²¹⁶ Vgl. Mitsch Jura 2007 401, 402 f: ein Sohn nennt Adresse und Namen seiner Eltern einem Dritten. Der Dritte soll durch „belästigendes“ Verhalten die älteren Herrschaften von Auszug aus deren einsturzgefährdeten Haus bewegen.

unter Strafe gestellt, bei dem der Täter dem Opfer im Regelfall unbekannt bleibt und dies – im Gegensatz zu den Tatbestandsvarianten des Absatzes 1 Nr. 1 und 2 – auch sein will. Strafbar ist das Anbringen von Bestellungen oder Dienstleistungen für das Opfer, d.h. in dessen Namen. Ohne Bedeutung ist, ob der Täter unter dem Namen des Opfers oder verschleiert etwa als Bote oder Vertreter auftritt.²¹⁷ *Bestellungen* sind Willenserklärungen des Täters gegenüber Herstellern, Händlern, privaten Verkäufer oder Dienstleistern, die auf den Abschluss eines Vertrages über eine Ware oder eine Dienstleistung gerichtet sind. Die von diesem Verhalten ausgehende Belästigung liegt in dem nicht gewünschten Erhalt der vom Täter ausgelösten Warenlieferung bzw. Dienstleistung und der damit verbundenen Folgen, wie vermeintliches Entstehen einer Zahlungsverpflichtung und Schwierigkeiten bei der „Vertragsrückabwicklung“.²¹⁸ Belästigend kann die unfreiwillige Entgegennahme von Dienstleistungen und Waren zwar auch dann sein, wenn sie für das Opfer nicht mit finanziellen Folgen verknüpft ist. Ein Beispiel ist die Bestellung von Waren gegen Vorkasse, deren Empfang das Opfer zu Recht als ehrenrührig empfinden kann (Artikel aus einem Erotikversand etc.). Dieser Fall des mit einem vollständigen Leistungsaustausch durch den Täter einhergehenden Vertragsschlusses unter dem Namen des Opfers ist aber keine „Bestellung“²¹⁹ und kann daher allenfalls von der zweiten Alternative der Nr. 3 erfasst sein. Ein Fall der Bestellung liegt zwar bei einem **Auftrag für eine unentgeltliche Lieferung** vor; tritt der Täter aber offen als Besteller gegenüber dem Dritten auf, um dem Opfer in seinem Namen schenkweise etwas zuzuwenden, ist diese Bestellung „für“ dieses erfolgt und deshalb nicht tatbestandsmäßig.²²⁰ Eine bestimmte **Art und Weise der Bestellung** schreibt das Gesetz nicht vor. Die Bestellung kann persönlich, mündlich oder schriftlich, insbesondere durch Einsatz von Telekommunikationsmitteln oder auch über Dritte, erfolgen.²²¹

- 47** Die Bestellung des Täters muss sich auf **Waren und Dienstleistungen** beziehen und erfasst damit im Rahmen eines auf Austausch ausgerichteten ökonomischen Systems alle wirtschaftlich relevanten Vorgänge. *Beispielhaft* werden als Warenbestellungen das Abonnement von Zeitschriften oder Büchern, Bestellen von Kleidern, als Auftrag von Dienstleistungen das Herbeirufen von Pizzaboten oder eines Handwerkers, eines Taxis oder eines Notdienstes oder auch die Buchung einer Reise genannt.²²² Obwohl die belästigende Wirkung einer Bestellung von Waren oder Dienstleistungen für das Opfer im Regelfall erst von deren Empfang ausgeht, ist der Eintritt eines solchen Erfolges für die Erfüllung des Tatbestands nicht vorausgesetzt. Bereits mit dem Aufgeben, d.h. mit dem Anbringen der Bestellung, liegt tatbestandsmäßiges Verhalten vor. Allerdings wird es, sofern die Bestellung nicht ausgeführt wird, üblicherweise an einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers fehlen.

- 48** **Kontaktaufnahme durch Dritte.** Wie bei der ersten Tatvariante des Absatzes 1 Nr. 3 steht auch bei der durch missbräuchliche Datenverwendung des Opfers veranlassten Kontaktaufnahme durch Dritte das anonyme Stalking im Vordergrund. Der Täter bleibt

²¹⁷ Fischer Rdn. 15a.

²¹⁸ Vgl. auch Mitsch NJW 2007 1237, 1240, der auf § 241a BGB hinweist, der klarstellt, dass ein Stalkingopfer keinen Ansprüchen des Warenlieferanten oder Dienstleisters ausgesetzt ist.

²¹⁹ So zu Recht Mosbacher NSTz 2007 665, 668.

²²⁰ Gericke MK Rdn. 27; Sch/Schröder-Eisele Rdn. 16; Kraus S. 87, aA wohl Fischer Rdn. 15a; Gazeas JR 2007 497, 500.

²²¹ Vgl. BTDrukcs. 16/575, S. 7; Fischer Rdn. 15a; Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 18.

²²² Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 18; Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 7; SSW-Schluckebier Rdn. 10; Gazeas JR 2007 497, 500.

für das Opfer zumeist unerkannt. Die Belästigung geht von einem – im Regelfall gutgläubigen –²²³ Dritten aus. Dieser ist **veranlasst**, wenn er durch den Täter zu einem bestimmten Handeln gezielt aufgefordert, angetrieben oder bestimmt wird.²²⁴ Typische Fälle des Veranlassens belästigender Kontaktaufnahme durch Dritte liegen vor, wenn der Täter Name, Anschrift, Telefonnummer oder E-Mail-Adresse des Opfers für eine Annonce (etwa eine Kontaktanzeige mit dem Angebot sexueller Dienstleistungen) verwendet²²⁵ oder bei Sex-Hotlines oder Internetforen für die Partnersuche einstellt.²²⁶ Auch der Fall unerwünscht übersandter Geschenke kann je nach Fallgestaltung hierunter fallen, wobei insbesondere die missbräuchliche Verwendung personenbezogener Daten sorgfältig zu prüfen ist.²²⁷ Nicht erfasst werden Anzeigen anderer Art, wie z.B. wahrheitswidrige Trauer- oder Hochzeitsanzeigen, weil sie nicht dazu dienen, unmittelbar mit dem Opfer in Kontakt zu treten.²²⁸ Nicht tatbestandsmäßig ist auch eine vom Täter verursachte dienstliche Kontaktaufnahme eines Dritten mit dem Opfer. Dies betrifft etwa das vom Täter initiierte Tätigwerden von Strafverfolgungsbehörden aufgrund wider besseres Wissens erstatteter Strafanzeigen oder von Gerichten nach Beantragen eines Mahnbescheids oder Erhebung einer Zivilklage.²²⁹ In diesen Fällen, in denen der Täter offen auftritt und dabei mit unzutreffendem inhaltlichem Vorbringen die Tätigkeit staatlicher Organe erstrebt, fehlt es regelmäßig schon an einer missbräuchlichen Verwendung personenbezogener Daten.²³⁰

Die **Vollendung der Tat** setzt nach dem eindeutigen Wortlaut der zweiten Alternative von Nr. 3 nicht voraus, dass der Dritte einen Kontakt zum Opfer hergestellt hat.²³¹ Es genügt der bloße Versuch der Kontaktaufnahme, die als unmittelbares Ansetzen zur Kontaktherstellung zu qualifizieren ist.²³² Allerdings wird eine fehlgeschlagene Kontaktaufnahme, sofern das Opfer nicht zumindest später davon erfährt, nicht zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers führen und besitzt daher mangels Eignung, den tatbestandlichen Erfolg des § 238 Abs. 1 herbeizuführen, keine messbare Unrechtsqualität.²³³

dd) Bedrohung mit der Verletzung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit und Freiheit (Absatz 1 Nr. 4). Eine weitere Form der Nachstellung ist die beharrliche

²²³ Vgl. SSW-Schluckebier Rdn. 10: der Dritte kann aber auch bösgläubig sein. Im Fall der Gutgläubigkeit liegt ein gesetzlich vertyppter Fall mittelbarer Täterschaft gemäß § 25 Abs. 1 2. Alt. vor; vgl. Krüger S. 130.

²²⁴ Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 7.

²²⁵ Krüger S. 131. Vgl. dazu auch BGH NStZ 1984, 216 (zur Strafbarkeit nach § 185).

²²⁶ Vgl. BTDrucks. 16/575, S.7; Fischer Rdn. 15b; Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 18.

²²⁷ So SSW-Schluckebier Rdn. 10; aA Sch/Schröder-Eisele Rdn. 18. S. zum Ganzen schon oben Rdn. 42.

²²⁸ Küpper AnwK-StGB Rdn 9; Lackner/Kühl Rdn. 4; Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 18; Mosbacher NStZ 2007 665, 668; aA für die Hochzeitsanzeige Gazeas JR 2007 497, 500; Köppner S. 73 und für die Todesanzeige Sch/Schröder-Eisele Rdn. 18; Kraus S. 87:

Angehörige und gute Bekannte werden beim „Getöteten“ nachforschen, ob der Todesfall tatsächlich eingetreten ist.

²²⁹ Vgl. Fischer Rdn. 15b mit weiteren Beispielen.

²³⁰ Vgl. Sch/Schröder-Eisele Rdn. 18.

²³¹ So aber Fischer Rdn. 15c, der zumindest einen einseitigen Zugang kommunikativer Akte verlangt, ohne dass es freilich zu einer Antwort des Opfers gekommen sein muss. Wohl auch Sonnen NK Rdn. 37; Köppner S. 73.

²³² Matt/Renzikowski-Eidam Rdn.18; Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 7; Gazeas JR 2007 497, 500; Mitsch NJW 2007 1237, 1239.

²³³ So wohl auch: Gericke MK Rdn. 29; Sch/Schröder-Eisele Rdn. 18; Gazeas JR 2007 497, 501; Kraus S. 107; Mitsch NJW 2007 1237, 1239.

Bedrohung des Opfers oder einer diesem nahe stehenden Person mit der Verletzung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit. Die Tatvariante stellt einen Tatbestand dar, dessen Nähe zu §§ 240, 241 unverkennbar ist. Die Tathandlung als solche ist § 241 entnommen; anders als dort ist aber nicht die Bedrohung mit einem Verbrechen zur Tatbestandserfüllung erforderlich.²³⁴ Genügend ist es, wenn der Täter mit der Verletzung bestimmter Rechtsgüter droht, deren strafrechtlicher Schutz an sich durch Vergehenstatbestände gewährleistet ist. Die Ausdehnung der unter Strafe gestellten Bedrohungshandlungen reicht aber nicht so weit, dass, wie in § 240, jede Drohung mit einem sonstigen empfindlichen Übel ausreichen würde. Die abschließende Aufzählung der vom Drohverhalten des Täters betroffenen Rechtsgüter im Tatbestand schließt diese weitreichende Form eines Nötigungsmittels aus.²³⁵ Anders als § 240 verlangt § 238 in dieser Tatvariante allerdings nicht, dass der Täter die Erreichung eines bestimmten Zieles bezweckt. Gleichwohl erlangt Absatz 1 Nr. 4 lediglich in den Fällen, in denen der Täter mit seiner Drohung dem Opfer allein seine Präsenz in dessen Leben vor Augen führen will, ohne es zu einer Änderung in seiner Lebensführung bewegen zu wollen, originäre Bedeutung.²³⁶ Ansonsten ist ein eigener Anwendungsbereich neben § 240 nicht erkennbar.²³⁷

- 51** Das **Bedrohen** ist die Ankündigung eines bestimmten Verhaltens des Täters oder eines Dritten, das in eine vorsätzliche und rechtswidrige Verletzungshandlung mündet.²³⁸ Diese muss sich auf die genannten Rechtsgüter beziehen. Die **körperliche Unversehrtheit** betrifft allein die physische Gesundheit, nicht auch die seelische.²³⁹ Die Nennung der „Gesundheit“ daneben ergibt nur dann einen Sinn, wenn man ihr eine eigene Bedeutung zumisst.²⁴⁰ Über den Begriff der Gesundheit ist neben dem physischen deshalb auch das psychische Wohlergehen geschützt.²⁴¹ Mit Freiheit im Sinne des Gesetzes ist die Fortbewegungsfreiheit gemeint,²⁴² wie sich auch aus einem Vergleich mit dem Gewicht der übrigen durch Absatz 1 Nr. 4 geschützten Rechtsgüter²⁴³ und mit einem Blick auf den die gleichen Rechtsgüter benennenden § 35 Abs. 1 ergibt, der auch nur die körperliche Bewegungsfreiheit erfasst.²⁴⁴ Die Freiheit der Willensentschließung oder Willensbetätigung kann nicht gemeint sein, weil diese schon durch die Drohung als solche beeinträchtigt wird.

²³⁴ *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 19.

²³⁵ *Fischer* Rdn. 16; *Gericke* MK Rdn. 30; *SSW-Schluckebier* Rdn. 11.

²³⁶ *Wolters* SK Rdn. 13; s. auch *Sch/Schröder/Eisele* Rdn. 19. Vgl. aber auch *Mitsch* NJW 2007 1237, 1239, der in der Beeinträchtigung der Lebensgestaltung im Sinne von § 238 zugleich den Nötigungserfolg nach § 240 sieht und von daher für § 238 in dieser Tatvariante noch einen engeren Anwendungsbereich sieht.

²³⁷ *Gazeas* JR 2007 497, 501.

²³⁸ *Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 8; *Wolters* SK Rdn. 13.

²³⁹ *Gericke* MK Rdn. 31; *Lackner/Kühl* Rdn. 4; *Wolters* SK Rdn. 13.

²⁴⁰ *Wolters* SK Rdn. 13.

²⁴¹ *Fischer* Rdn. 16; *Matt/Renzikowski-Eidam*

Rdn. 19; *Rössner/Krupna* NKGesStR

Rdn. 8; *SSW-Schluckebier* Rdn. 11;

Sch/Schröder-Eisele Rdn. 19; *Sonnen* NK

Rdn. 39; *Wolters* SK Rdn. 13; *aA Lackner/Kühl* Rdn. 4; S. auch *Dreßing/Maul-Backer/Gass* NStZ 2007 253, 254; *Kühner* FPR 2006 186 f; *Valerius* JuS 2007 319, 320.

²⁴² *Lackner/Kühl* Rdn. 4. Ebenso *Eisele* BT I Rdn. 496: anderenfalls wäre kein hinreichender Unrechtsgehalt verwirklicht. Vgl. auch *Mosbacher* NStZ 2007 665, 668.

²⁴³ *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 19; *Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 8; *Valerius* JuS 2007 319, 321.

²⁴⁴ *Krüger* S. 133; *Lackner/Kühl* Rdn. 4; *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 19; *Valerius* JuS 2007 319, 321 f; *Wolters* SK Rdn. 13.

Interessanter Weise ist die Umsetzung der angedrohten Rechtsgutsbeeinträchtigung, die **Rechtsgutsverletzung**, weder in Absatz 1 Nr. 4 noch in den anderen Grundtatbeständen des § 238 ausdrücklich unter Strafe gestellt. Dies ist umso verwunderlicher, als etwa der tätliche Angriff auf das Opfer als schärfste Form des Stalking angesehen wird (vgl. schon oben die Entstehungsgeschichte).²⁴⁵

Adressat der Bedrohung kann nur das Tatopfer sein,²⁴⁶ da der erfolgsbezogene Tatbestand des Absatzes 1 eine schwerwiegende Beeinträchtigung von dessen Lebensführung voraussetzt. Dies schließt nicht aus, dass die Bedrohung an das Opfer über gut- oder bösgläubige Dritte herangetragen wird.²⁴⁷ Die Drohung muss das Tatopfer aber erreichen und muss von diesem zur Kenntnis genommen werden.²⁴⁸ Unerheblich ist, ob die Drohung vom Täter ernst gemeint ist und vom Opfer als solche ernst genommen wird. Entscheidend ist die beabsichtigte Wirkung beim Tatopfer zur Erreichung des Taterfolgs.²⁴⁹ Die ausgesprochene Bedrohung selbst kann sich neben dem Tatopfer auch **gegen eine diesem nahe stehende Person** richten. Das sind wie bei § 241 Menschen, die dem Opfer so verbunden sind, dass es eine Gefahr für jene auch für sich selbst als Drucksituation empfinden kann, insbesondere Verwandte, Lebensgefährten, nahe Freunde oder Hausgenossen.²⁵⁰ Im Unterschied zu den Absätzen 2 und 3 wird der „Angehörige“ gem. § 11 Abs. 1 Nr. 1 als Beispiel einer nahe stehenden Person in Absatz 1 nicht ausdrücklich genannt. Hieraus allerdings den Schluss zu ziehen, bei Absatz 1 Nr. 4 sei für Angehörige des Tatopfers im Einzelfall zu prüfen, ob sie diesem nahe stünden, dürfte allerdings zu weit gehen.²⁵¹ Die Nichtaufzählung des Angehörigen in Absatz 1 Nr. 4 ist auf ein Redaktionsversehen zurückzuführen, das dem Umstand zu schulden sein dürfte, dass die aktuelle Gesetzesfassung aus zwei unterschiedlichen Entwürfen zusammengestellt wurde.²⁵² Darüber hinaus machte die gesonderte Prüfung eines Näheverhältnisses von Tatopfer und Angehörigen auch mit Blick auf die Qualifikationstatbestände der Absätze 2 und 3 keinen Sinn. Dort reicht bei Hinzutreten eines weiteren Gefährdungserfolges die Bedrohung auch eines dem Tatopfer nicht besonders verbundenen Angehörigen zur Tatbestandserfüllung aus. Nichts anderes kann insofern für den Grundtatbestand des Absatzes 1 gelten.²⁵³

ee) Andere vergleichbare Handlungen (Absatz 1 Nr. 5). Absatz 1 Nr. 5 bestraft als Nachstellung **andere vergleichbare Handlungen**. Dabei bezieht sich „vergleichbar“ auf die Tatbestände des Absatzes 1 Nr. 1 bis 4.²⁵⁴ Wie an anderer Stelle bereits dargestellt

²⁴⁵ Neubacher/Seher JZ 2007 1029, 1032.

²⁴⁶ Fischer Rdn. 16; Gericke MK Rdn. 32; Sch/Schröder-Eisele Rdn. 19; Krüger S. 137; Valerius JuS 2007 319, 322.

²⁴⁷ Allerdings muss die Drohung das Opfer erreichen. Von diesem nicht wahrgenommene Drohungen erfüllen den Tatbestand nicht; vgl. KG, Beschl. vom 6. Dezember 2013 – (2) 161 Ss 229/13 (54/13), 2 Ws 550/13 – juris.

²⁴⁸ KG Berlin, Beschluss vom 6. Dezember 2013 – 2 Ws 550/13; nicht gelesene, sogleich an den Anwalt oder Strafverfolgungsbehörden ungelesen weitergereichte Schreiben reichen nicht aus, weil der Versuch nach § 238 nicht strafbar ist. Möglicherweise ist dann aber die Variante nach Abs. 1 Nr. 2 gegeben.

²⁴⁹ Fischer Rdn. 16. Vgl. auch Lackner/Kühl Rdn. 4.

²⁵⁰ Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 19; SSW-Schluckebier Rdn. 11; Kinzig/Zander JA 2007 483 f; Krüger S. 136 f; Mosbacher NStZ 2007 665, 668; Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 8.

²⁵¹ So aber Krüger S. 137.

²⁵² Sch/Schröder-Eisele Rdn. 20; Wolters SK Rdn. 13.

²⁵³ Gericke MK Rdn. 32; Wolters SK Rdn. 13.

²⁵⁴ Mosbacher NStZ 2007 668. Einschränkend Neubacher/Seher JZ 2007 1029, 1032: zu den unter Absatz 1 Nr. 1 und 2 genannten Verhaltensweisen gebe es keine vergleichbaren Stalkinghandlungen. Absatz 1 Nr. 1 stelle Stalking durch Annäherung unter Strafe, dem ein „Distanz wahrendes“

(vgl. oben bei der Entstehungsgeschichte), sieht der Gesetzgeber in Absatz 1 Nr. 5 einen *Auffangtatbestand*.²⁵⁵ der erforderlich sei, „weil vielfältige, häufig wechselnde und immer neue Angriffsformen, die durch konkret umschriebene Handlungsalternativen nicht abschließend erfasst werden können, für dieses Delikt typisch sind“.²⁵⁶ Auch – so ein weiteres Argument – ließe sich der Fortschritt der technischen Entwicklung auf dem Gebiet der digitalen Kommunikationsmittel in den nächsten Jahren nicht absehen, weshalb es eines offenen, die zukünftigen technischen Neuerungen berücksichtigenden Tatbestandes bedürfe. Es habe – so die Bundesjustizministerin anlässlich der abschließenden Beratung zu § 238 in der Sitzung des Bundestags vom 30. November 2006 –²⁵⁷ vor geraumer Zeit niemand für möglich gehalten, Personen durch SMS oder Handyanrufe aus dem Schlaf zu holen. In der Entwurfsbegründung zu § 238 wird die Erforderlichkeit des Auffangtatbestandes letztlich damit begründet, dass es vonnöten sei, dem Erfindungsreichtum von Stalkern entgegenzuwirken, so dass auch innovative, nicht unter die konkreten Handlungen der Nr. 1 bis 4 fallenden Stalkinghandlungen sanktionierbar würden.²⁵⁸ In concreto sei eine generalklauselartige Unrechtsvariante erforderlich, weil sich „der durch den ‚Stalker‘ vollführte Terror einer abschließenden gesetzlichen Eingrenzung entziehe“.²⁵⁹ **Typische Fälle** Absatz 1 Nr. 5 unterfallenden Stalkings seien das Schalten „unrichtiger Anzeigen in Zeitungen (etwa Hochzeits- oder Todesanzeigen), das Hinterlassen von Mitteilungen, das Aufsuchen der Arbeitsstelle des Opfers, das Verächtlichmachen des Opfers bei Freunden oder Kollegen, die Überwachung des Freundes- und Bekanntenkreises des Opfers, die Bestellung von Waren oder das Abonnieren unter dem Namen des Opfers oder die Beschädigung von Sachen von Angehörigen, Freunden oder Kollegen des Opfers wie etwa das Zerkratzen von Fahrzeugen oder das Aufstechen von Reifen“.²⁶⁰

- 54** Im Anschluss an die Überlegungen im Gesetzgebungsverfahren werden im Schrifttum eine **Fülle unterschiedlichster Verhaltensweisen** genannt,²⁶¹ die den anderen Tathandlungen vergleichbar und von der Generalklausel erfasst sein sollen oder zumindest sein könnten: Veranlassung inhaltlich unzutreffender Hochzeits- oder Todesanzeigen,²⁶² Ausspionieren persönlicher Daten, Gewohnheiten, Aufenthaltsorte – ggf. mit Hilfe von Dritten –²⁶³, die Überwachung des Freundes- und Bekanntenkreises des Opfers,²⁶⁴ das Verächtlichmachen des Opfers bei Dritten (Formen des „Mobbing“),²⁶⁵ Ausgeben für das Tatopfer oder eine ihm nahestehende Person gegenüber Dritten,²⁶⁶ die Veröffentlichung unzutreffender oder sensibler Daten im Internet,²⁶⁷ Drohungen mit Strafanzeigen oder

Belästigen nie entsprechen könne. Absatz 1 Nr. 2 bestraft Stalking durch Kontaktaufnahme. Nachstellung ohne Kontaktaufnahme sei hierzu nicht äquivalent.

²⁵⁵ BTDrucks. 16/3641, S. 30.

²⁵⁶ BTDrucks. 16/3641, S. 14.

²⁵⁷ BTProt. 16/70, S. 6948.

²⁵⁸ Zustimmung *Sommerfeld/Voß* SchlHA 2005 326, 328.

²⁵⁹ BTDrucks. 16/1030, S. 7.

²⁶⁰ BTDrucks. 16/1030, S. 7.

²⁶¹ S. etwa die Auflistung bei *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 22.

²⁶² *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 20; *Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 9; *Sonnen* NK Rdn. 40; *SSW-Schluckebier* Rdn. 12; *Mosbacher* NStZ 2007 665, 668.

²⁶³ *Fischer* Rdn. 17a; *SSW-Schluckebier* Rdn. 12.

²⁶⁴ *Fischer* Rdn. 17a; *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 20; *Sonnen* NK Rdn. 40; *Mosbacher* NStZ 2007 665, 668.

²⁶⁵ *Fischer* Rdn. 17a; *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 20; *Sonnen* NK Rdn. 40; *SSW-Schluckebier* Rdn. 12; *Mosbacher* NStZ 2007 665, 668.

²⁶⁶ *Fischer* Rdn. 17a.

²⁶⁷ *Fischer* Rdn. 17a; *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 20; *Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 9; *Sonnen* NK Rdn. 40; *Valerius* v. Heintschel-Heinegg Rdn. 9.

anonymen Hinweisen oder Erstatte von Strafanzeigen,²⁶⁸ Beobachten des Opfers mit dem Fernglas,²⁶⁹ Einsatz von Drohnen zum Ausspionieren des Privatbereichs,²⁷⁰ das Zusenden oder Hinterlassen von Geschenken oder Gegenständen,²⁷¹ das Drohen mit dem eigenen Suizid,²⁷² Herstellen unbefugter Tonaufzeichnungen oder Bildaufnahmen,²⁷³ Sachbeschädigungen,²⁷⁴ Telefonterror oder dauernde Lärmbeschallung,²⁷⁵ sexuelle Belästigungen oder Körperverletzungen *unterhalb* der Schwelle der (eigentlich) einschlägigen Delikte.²⁷⁶

Der Inhalt des Begriffs **vergleichbar** ergibt sich aus dem Gesetz nicht (zu den hieraus resultierenden verfassungsrechtlichen Problemen vgl. unten Rdn. 56). Als vergleichbar wird üblicher Weise eine Handlung angesehen, die nach Art und Schwere des damit verbundenen Eingriffs den anderen Katalogtaten entspricht²⁷⁷ bzw. den Unrechtsgehalt einer dieser Taten erreicht.²⁷⁸ Der Gesetzgeber wollte Handlungen erfasst sehen, die sowohl quantitativ als auch qualitativ eine vergleichbare Schwere wie die Taten nach den Nr. 1–4 aufweisen und in ihrem Handlungs- und Erfolgsunwert diesen gleichkommen.²⁷⁹ Unverzichtbar dürfte es sein, nicht nur – wovon sich in überwiegendem Maße die Literatur leiten lässt – einen Vergleich hinsichtlich der Schwere der mit der Tat verbundenen Belästigung, sondern auch bezogen auf die Art der kontaktsuchenden Handlung anzustellen.²⁸⁰ Eingehende Begründungen, warum die eine oder andere der Verhaltensweisen nach diesem oder einem anderen Maßstab von Absatz 1 Nr. 5 erfasst sein soll, finden sich – soweit ersichtlich – bisher nicht.

Verfassungsmäßigkeit des Auffangtatbestandes. Die Anwendbarkeit von Absatz 1 Nr. 5 begegnet grundsätzlichen Bedenken. Denn die Norm stößt an verfassungsrechtliche Grenzen. Bereits die nach dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip notwendige gesetzgeberische Erforderlichkeit der Regelung ist äußerst zweifelhaft.²⁸¹ Die Aufzählung möglichen tatbestandlichen Unrechts in den Gesetzesmaterialien zeigt mit hinreichender Deutlichkeit, dass es durchaus möglich ist, strafwürdiges Stalking konkret zu umschreiben. Zum Schließen vorhandener Strafbarkeitslücken bedarf es daher von vornherein keines Rückgriffs auf einen generalklauselartigen Straftatbestand. Der Gesetzgeber hätte hinsichtlich der für strafwürdig erachteten typischen Verhaltensweisen

55

²⁶⁸ Fischer Rdn. 17a; Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 20; Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 9.

²⁶⁹ Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 20; Wolters SK Rdn. 14.

²⁷⁰ Werner JuS 2013 1074, 1076.

²⁷¹ Fischer Rdn. 17a; Kinzig/Zander JA 2007 481, 484; Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 20; Valerius v. Heintschel-Heinegg Rdn. 9; Wolters SK Rdn. 14; einschränkend Krüger S. 145 f, der eine erhebliche und damit strafbare Belästigung nur bei zugesandten Gegenständen annimmt, derer sich der Empfänger nur unter besonderen Mühen entledigen kann.

²⁷² Fischer Rdn. 17a.

²⁷³ Fischer Rdn. 17a; Werner JuS 2013 1074, 1076 unter Einsatz einer Drohne. Im Zusammenhang mit Aufnahmen durch sog. Paparazzi Mann AfP 2013 16.

²⁷⁴ Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 9; SSW-Schluckebier Rdn. 12; Mosbacher NStZ 2007 665, 668; aA Lackner/Kühl Rdn. 5.

²⁷⁵ Sch/Schröder-Eisele Rdn. 22.

²⁷⁶ Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 20; Mosbacher NStZ 2007 665, 668; Valerius JuS 2007 319, 322.

²⁷⁷ Valerius v. Heintschel-Heinegg Rdn. 9.

²⁷⁸ Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 9.

²⁷⁹ Vgl. BTDrucks. 16/3641, S. 14. S. dazu Krüger S. 159, der den Bezug auf die quantitative Dimension und den Erfolgsunwert für überflüssig erachtet.

²⁸⁰ So zu Recht Valerius JuS 2007 319, 322. Wohl auch Mosbacher NStZ 2007 665, 668; kritisch Köhne ZRP 2009 87, 88.

²⁸¹ Buß S. 241; Gazeas KJ 2006 247, 257; ders. JR 2007 497, 502; Krüger S. 160; Mitsch NJW 2007 1237, 1239; Wolters SK Rdn. 14.

von Stalkern konkrete Tathandlungen formulieren und stattdessen die „Flucht in die Generalklausel“ vermeiden können.²⁸² Ohnehin zeugt das Bedürfnis, reale oder auch nur angenommene Lücken im strafrechtlichen Regelungswerk zu schließen, von einer bedauerlichen Entwicklung in der Gesetzgebung, die dem Charakter des Strafrechts nicht gerecht wird. Strafrecht ist ultima ratio im Umgang des Staates mit seinen Bürgern und daher naturgemäß fragmentarisch. Es kann deshalb nicht Ziel gesetzgeberischer Bemühungen sein, den Bereich straflosen Verhaltens gegenüber dem Bereich strafbaren Verhaltens zurückzudrängen, wenn hierfür kein zwingendes legislatorisches Erfordernis besteht. Und ein solches ist nicht zu erkennen, wenn zur Rechtfertigung von Absatz 1 Nr. 5 auf potenzielle technische Entwicklungen im Bereich der digitalen Kommunikationsmittel verwiesen wird. Insoweit besitzt § 238 mit den „sonstigen Mitteln“ der Kommunikation in Absatz 1 Nr. 2 bereits eine tatbestandliche Regelung, über die auch neuartige Formen und Varianten der distanzüberwindenden Kommunikation erfasst werden können.²⁸³ Die mangelnde Erforderlichkeit zeigt sich auch an anderen vom Gesetzgeber zur Rechtfertigung dieser Vorschrift herangezogenen Verhaltensweisen. Bei entsprechender Fallkonstellation mit besonderer Schwere und Zielrichtung des Vorgehens lassen sich das das Zusenden von Geschenken,²⁸⁴ das Hinterlassen von Mitteilungen, das Aufsuchen an der Arbeitsstelle und das Bestellen bzw. Abonnieren von Waren und Dienstleistungen unter die Tatbestände des Absatzes 1 Nr. 1, 2 und 3 fassen.²⁸⁵ Dies gilt auch für den sog. „investigativen“ Journalismus, die verdeckte Ausforschung einer Person und ihres Umfelds durch Angehörige der Informationsmedien²⁸⁶. Grundsätzlich steht journalistische Tätigkeit unter dem Schutz von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG.²⁸⁷ Schutz genießt dabei auch sog. „unangenehme“ Pressearbeit, also etwa das beharrliche Auffordern einer Person, zu einem bestimmten Thema Stellung zu nehmen.²⁸⁸ Überschritten ist die Grenze von erlaubtem journalistischem Handeln zu unangemessenem belästigendem Verhalten allenfalls dann, wenn die der Pressetätigkeit durch die Pressegesetze der Länder gesetzten Rahmen nicht eingehalten werden. Im Regelfall dürften dann aber bereits die spezialgesetzlich geregelten Unrechtsvarianten des Absatzes 1 Nr. 1 bis 4 – insbesondere der Versuch der Kontaktaufnahme – eine strafrechtliche Ahndung dieses Verhaltens erlauben. Sachbeschädigungen und ehrenrührige Äußerungen sind über die Beleidigungstatbestände und § 303 straffbewehrt. Die Veröffentlichung diffamierender Bilder genießt strafrechtlichen Schutz über die Strafvorschriften des Kunsturhebergesetzes (§§ 22, 33 KUG; strafbarer Verstoß gegen das Recht am eigenen Bild) und zusätzlich die Beleidigungsdelikte.²⁸⁹ Auch sog. Paparazzi-Verhalten erzwingt deshalb nicht die Existenz einer gene-

²⁸² So verhält es sich beispielsweise mit dem Zusenden „schockierender“ oder Ekel erregender Gegenstände, etwa von Tierkadavern. Der japanische Gesetzgeber hat diese Unrechtsvariante eigenständig unter Strafe gestellt, ein Weg, der, würde in unserem Rechtskreis ein ernstzunehmendes Regelungsbedürfnis bestehen, auch der deutschen Legislative offen gestanden hätte. Zur japanischen Regelung vgl. *Nishihara* FS Eser S. 577, 581: als Stalking gilt das Zusenden von Dreck, Tierleichen oder sonstigen Sachen, die das Gefühl des Unbehagens oder des Ekels erregen, oder das Einbringen solcher Gegenstände in die Wahrnehmungssphäre.

²⁸³ *Buß* S. 241; *Fischer* Rdn. 17; *Krüger* S. 140.

²⁸⁴ S. dazu oben Rdn. 42.

²⁸⁵ Das sieht auch *Mitsch* NJW 2007 1237, 1240.

²⁸⁶ *Wendt* S. 214 f, 217 fordert daher ein im Tatbestand des § 238 verankertes Medienprivileg, gemeint ist eine Sonderstellung der Medien, die eine Strafbarkeit von Medienvertretern nach dieser Norm verhindert.

²⁸⁷ Vgl. u.a. die Äußerung des Abgeordneten *van Essen* anlässlich der Sitzung des Bundestags am 30. November 2006, BTProt. 16/70, S. 6949.

²⁸⁸ *Pöppelmann* Prot. RAussch., S. 118 ff.

²⁸⁹ *Krüger* S. 147.

ralklauselartigen Stalking-Vorschrift. Hinzu kommt, dass das Fertigen von Bildaufnahmen von Personen in Wohnungen bzw. in gegen Einblick besonders geschützten Räumen nach § 201a sanktioniert wird.²⁹⁰ Soweit sich der Paparazzi seinem Opfer in wiederholter Weise zur Fertigung von Fotoaufnahmen aufdringlich nähert, wird sein Handeln ohnehin bereits durch Nr. 1 des Absatzes 1 erfasst. Der spezifische Schutz, den diese Vorschriften bieten, lässt eine Bestrafung auch als Stalking entbehrlich erscheinen.²⁹¹ Die **Androhung einer Selbsttötung** kann nach § 240 strafbar sein, sofern sie dazu dient, Interessen des Drohenden, etwa die Fortsetzung einer Partnerschaft, durchzusetzen.²⁹² Ist dies nicht der Fall, stellt sich die schon oben angesprochene Frage, warum der Gesetzgeber – etwa in Absatz 1 Nr. 4 – ein möglicherweise für strafwürdig erachtetes Verhalten nicht konkret einer Regelung zugeführt hat. Schließlich lässt sich die Schaffung einer offenen Generalklausel nicht mit Blick auf Verhaltensweisen rechtfertigen, auf deren Pönalisierung der Gesetzgeber in diesem oder auch einem anderen Gesetzgebungsvorhaben verzichtet hat. Dies gilt etwa für die „**Bedrohung von Angehörigen des Tatopfers**“ oder auch das „**Mobbing am Arbeitsplatz**“. So war die sog. mittelbare Bedrohung Gegenstand des Bundesratsentwurfs vom 10. Februar 2006, wurde aber im späteren Gesetzgebungsverfahren als Tatbestandshandlung gestrichen.²⁹³ Im Hinblick auf Mobbing ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber es nicht für erforderlich gehalten hat, ein im Gespräch gewesenes spezielles Anti-Mobbing-Gesetz zu schaffen.²⁹⁴ Es widerspräche insoweit der gesetzgeberischen Intention, über Absatz 1 Nr. 5 nunmehr eine solche Strafbarkeit herbeizuführen oder auch nur die Existenz der Generalklausel mit der Strafwürdigkeit des Mobbing zu begründen.²⁹⁵ An möglicher gesetzgeberischer Rechtfertigung bleibt so letztlich allein die Erwägung übrig, eine generalklauselartige Regelung sei vonnöten, weil sich der durch den Stalker vollzogene Terror einer abschließenden gesetzlichen Regelung entziehe. Ließe sich deshalb womöglich aus verfassungsrechtlicher Sicht des Verhältnismäßigkeitsprinzips eine allgemeinere Umschreibung strafbaren Verhaltens noch rechtfertigen, bleibt doch zu fragen, ob die gefundene Formulierung in ihrer abstrakten Fassung den sich aus Art. 103 Abs. 2 GG ergebenden Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm genügt.

Die Bestimmtheit der Norm (Art. 103 Abs. 2 GG). Es liegt auf der Hand, dass Absatz 1 Nr. 5 mit seiner Öffnungsklausel, die auch als gesetzliche Aufforderung zur (im Strafrecht an sich) verbotenen Analogie zu Ungunsten des Täters bezeichnet wird,²⁹⁶ mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG gewichtigen Bedenken unterliegt.²⁹⁷ Bereits im Gesetzgebungsverfahren sind solche Bedenken aus den Reihen der parlamentarischen Opposition geäußert worden.²⁹⁸ Angemahnt wurde die Verfas-

56

²⁹⁰ Buß S. 150 f.

²⁹¹ Vgl. auch *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 20, 22.

²⁹² OLG Hamm NStZ 1995 547, 548.

²⁹³ *Krüger* S. 144.

²⁹⁴ *Krüger* S. 149. Zu den Plänen eines Anti-Mobbing-Gesetzes vgl. *Mühe* S. 290 ff.

²⁹⁵ *Sonnen* NK Rdn. 41; *Krüger* S. 147.

²⁹⁶ *Lackner/Kühl* Rdn. 5; s. auch *Nowicki* S. 131; s. auch *Greco* GA 2012 452, 465 f., der ein Analogiegestaltungsverbot des Gesetzgebers entwickelt und Ausnahmen nur unter bestimmten Voraussetzungen gestattet.

²⁹⁷ Vgl. bereits *Gazeas* KJ 2006 247, 257; *Vander* KritV 2006 81, 89 sowie nunmehr

Greco St 2012 452, 466; *Löhr* S. 327, *Nowicki* S. 120 ff und *Sonnen* NK Rdn. 28; vgl. auch *Schlachter* S. 92; aA *Gericke* MK Rdn. 35; *Meyer* ZStW 115 (2003) 249, 288.

²⁹⁸ Die FDP-Fraktion hat auf eine „Vielzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen“ hingewiesen, BTDrucks. 16/3662, S. 2. Bündnis 90/die Grünen monierten eine „erhebliche Unbestimmtheit und Konturenlosigkeit“ des Tatbestandes, BTDrucks. 16/3663, S. 2. Von der Fraktion der Linken wurde die aus ihrer Sicht verfassungswidrige „generalklauselartige Umschreibung“ gerügt, BTDrucks. 16/3665, S. 3.

sungswidrigkeit auch anlässlich der Expertenanhörung im Rechtsausschuss.²⁹⁹ Der Gesetzgeber hat die vorgebrachten Zweifel letztlich nicht als durchgreifend angesehen, obwohl die Bundesregierung noch in ihrem Entwurf zu § 241b eine Auffangklausel, wie Absatz 1 Nr. 5, wegen offensichtlichen Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG entschieden abgelehnt hatte.³⁰⁰ Zur Begründung der Verfassungsgemäßheit der Norm hat der Gesetzgeber auf die Straftatbestände der § 315 Abs. 1 Nr. 4 und § 315b Abs. 1 Nr. 3 verwiesen. Diese enthielten ebenfalls innertatbestandliche Verweise, bei denen zur Bestimmung des Unrechtsverhaltens auf andere, konkret ausformulierte Tatbestände Bezug genommen werde.³⁰¹ Das Argument ist zirkelschlüssig. Dass der Gesetzgeber in §§ 315, 315b innertatbestandliche Analogien verankert hat,³⁰² ist kein Beleg für die Zulässigkeit dieser legislatorischen Vorgehensweise.³⁰³ Weder § 315 noch § 315b haben bislang auf dem Prüfstand des BVerfG gestanden, weshalb ihnen gegenüber ebenfalls der Vorwurf gemacht werden könnte – und durchaus auch gemacht wird –, strafrechtlich relevantes Verhalten nicht ausreichend im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG zu beschreiben.³⁰⁴ Hinzu kommt, dass sowohl in § 315 als auch in § 315b zur Ausfüllung der blanketthaft gehaltenen Unrechtsvarianten auf klar umrissene und konkret umschriebene Tatbestände als Vergleichsmaßstab zurückgegriffen wird,³⁰⁵ was zur Herausbildung fester Parameter für die Bestimmung eines „ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriffs“ – Eingriff von außen, unmittelbare Einwirkung auf den Verkehrsvorgang – geführt hat.³⁰⁶ Demgegenüber nimmt Absatz 1 Nr. 5 auf Tatbestände Bezug, die sich wegen der in ihnen enthaltenen Tatbestandsmerkmale „unbefugt“, „beharrlich“, „Lebensgestaltung“ und „schwerwiegend“ ihrerseits an der Grenze tatbestandlicher Bestimmtheit bewegen,³⁰⁷ jedenfalls – gerade auch in ihrer Heterogenität – keinen präzisen Bezugspunkt abgeben, an denen sich „andere vergleichbare Handlungen“ orientieren könnten.³⁰⁸ Darüber hinaus existiert zu §§ 315 Abs. 1 Nr. 3, 315b Abs. 1 Nr. 3 inzwischen eine gefestigte Rechtsprechung zur Auslegung des dort normierten „ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriffs“.³⁰⁹ Damit ist aber eine grundsätzliche Voraussetzung erfüllt, die das BVerfG für die Verfassungsmäßigkeit einer blanketthaft gehaltenen Norm anlässlich seiner Überprüfung der Regelung über unechtes Unterlassen in § 13 aufgestellt hat:³¹⁰ die Generalklauseln gewinnen hier ihre Bestimmtheit aus tradierter und konstanter Kasuistik. Auf eine vergleichbare Rechtsprechung kann bei § 238 nicht zurückgegriffen werden. Die Gerichte sind in der Bewertung des Unrechtsverhaltens weitgehend frei. Greifbare Maßstäbe zur Abgrenzung straflosen Verhaltens von strafbarem Verhalten liefern die ihrerseits interpretationsbedürftigen Tatbestände der Nr. 1 bis 4 nicht in genügender Weise.³¹¹ Der Tatbe-

²⁹⁹ Kühl Prot. RAussch., S. 104 f.

³⁰⁰ BTDrucks. 16/575, S. 10 i.V.m. BTDrucks. 15/5410, S. 9.

³⁰¹ BTDrucks. 16/3641, S. 14.

³⁰² Vgl. aber *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 23: zulässige Analogie.

³⁰³ So auch *Buß* S. 242; *Mitsch* NJW 2007 1237, 1239. Dagegen *Mosbacher* NStZ 2007 665, 668.

³⁰⁴ So für § 315 Abs. 1 Nr. 4 etwa *Bruns* GA 1986 1, 14; *Isenbeck* NJW 1969 174.

³⁰⁵ *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 23.

³⁰⁶ *Gazeas* JR 2007 497, 501 f.

³⁰⁷ *Gazeas* KJ 2006 247, 266; *ders.* JR 2007 497, 501; *Kinzig/Zander* JA 2007 481, 486; *aA Krüger* S. 157.

³⁰⁸ *Fischer* Rdn. 17; wohl auch *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 21. Ebenso *Buß* S. 242; *Gazeas* KJ 2006 247, 266; *Kinzig/Zander* JA 2007 481, 486; *Neubacher* ZStW 118 (2006) 855, 869; *Vander* KritV 2006 81, 89.

³⁰⁹ Zu § 315 Abs. 1 Nr. 4 vgl. u.a. BGHSt 24 231; OLG Hamburg NZV 1997 237. Zu § 315b Abs. 1 Nr. 3 vgl. u.a. BGHSt 28 87; 26 176; OLG Hamm NStZ-RR 2001 104, 105.

³¹⁰ BVerfG JZ 2004 303, 304.

³¹¹ *Eiden* ZIS 2008 123, 127; *aA Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 9.

stand öffnet sich – entsprechend der Absicht des Gesetzgebers – gegenüber jeglichen Formen durch den „Stalker vollführten Terrors“, soweit diese nur in ihrer Wirkung eine „schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ nach sich ziehen. Eine Anbindung an bestimmte Handlungsformen erfolgt nicht, ist – wie die Beispiele des Gesetzgebers für die Notwendigkeit der Vorschrift zeigen – auch gar nicht gewollt.³¹² Es ist letztlich mangels ausreichender gesetzlicher Vorgabe dem Richter überlassen, strafbares Verhalten vom straflosen abzugrenzen. Insoweit wird Absatz 1 Nr. 5 angesichts des gesetzgeberischen Regelungsdefizits als Strafnorm auch nicht der durch Art. 103 Abs. 2 GG vorgegebenen Aufgabe gerecht, dem Normadressaten eine klare Trennung erlaubten und nicht erlaubten Verhaltens zu ermöglichen.³¹³ Der Tatbestand des Absatzes 1 Nr. 5 steht deshalb mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht in Einklang.³¹⁴

Auch der BGH hegt erhebliche Zweifel an der Bestimmtheit der Generalklausel, da diese in „kaum überschaubarer Weise jegliches Tätigwerden in die Strafbarkeit einbeziehe, das den von § 238 Abs. 1 bis 4 erfassten Handlungen vergleichbar sei“. Letztlich hat das Gericht die Frage der Verfassungsgemäßheit aber offen gelassen.³¹⁵

Die **Gegenansicht**, die den Auffangtatbestand noch mit Art. 103 Abs. 2 GG für vereinbar hält,³¹⁶ ist gehalten, im Wege einer konkreten Normauslegung jeweils einen unmittelbaren Bezug zu den anderen unter Strafe gestellten Tathandlungen herzustellen und eine Vergleichbarkeit mit der dem Wortlaut nach von diesen nicht erfassten „anderen Handlung“ herzustellen. Kriterium soll dabei nicht nur die Schwere der mit der Handlung verbundenen Belästigung, die als „Nachstellen“ zu qualifizieren sein muss, sondern auch die Art der kontaktsuchenden Handlung sein (s. schon oben Rdn. 54). Bei Handlungen, die an sich dem Katalog der Nr. 1–4 angehören, aber nach Schwere und Relevanz gleichwohl nicht darunter fallen, scheidet damit die Annahme einer „vergleichbaren“ Handlung aus.³¹⁷ Ob sich bei einem solchen Verständnis der Norm ein praktisch relevanter Anwendungsbereich ergibt, mag bezweifelt werden.³¹⁸ Hinzu kommt, dass der Begriff der Vergleichbarkeit, der unter Bezugnahme auf die Tatbestände der Nr. 1–4 die Bestimmtheit des Auffangtatbestandes gewährleisten soll, mit Blick auf Art. 103 Abs. 2

³¹² So auch überzeugend *Fischer* Rdn. 17b.

³¹³ Vgl. zum Maßstab zuletzt BVerfGE 105 135, 153 f.

³¹⁴ *Fischer* Rdn. 17c; *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 21; *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 23; wohl auch *Wolters* SK Rdn. 14; ebenso *Aul* S. 201 f; *Buß* S. 243; *Eiden* ZIS 2008 123, 127; *Gazeas* NJW 2010 1684, 1685. *Kinzig/Zander* JA 2007 481, 485 f; *Rackow* GA 2008 553, 565; *Sadtler* S. 317 ff. Ebenfalls zweifelnd *Landau* ZStW 121 965, 968: „verfassungsrechtlich teilweise sehr bedenklich.“ Wohl auch *Sonnen* NK Rdn. 41.

³¹⁵ BGHSt 54 189, 193 f. Dazu: *Gazeas* NJW 2010 1684, 1685; *Krüger* NSTZ 2010 546, 549. S. auch *Krey/Heinrich* BT 1 Rdn. 388b: „in Nr. 5 hat fragwürdige Kriminalpolitik über berechnete Verfassungsbedenken aus Art 103 Abs. 2 GG gesiegt.“

³¹⁶ *Gericke* MK Rdn. 35 f; *Lackner/Kühl* Rdn. 5; *Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 9;

Gerhold S. 124; *ders.* NKrimP 2007 2, 3; *Karl* S. 215 ff; *Mosbacher* NSTZ 2007 665, 668; *Valerius* JuS 2007 319, 322; *Weinitschke* S. 136 ff. Wohl auch SSW-*Schluckebier* Rdn. 12, der von der Aufgabe der Rechtsprechung spricht, der „offen gefassten Tatbestandsvariante im Wege der Auslegung kasuistisch ausgerichtete Konturen beizulegen“.

³¹⁷ *Gazeas* JR 2007 497, 502; *Lackner/Kühl* Rdn. 5; für enge Auslegung ebenfalls *Krüger* S. 143 ff, 158; dagegen *Fischer* Rdn. 17; *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 21.

³¹⁸ Vgl. etwa *Krüger* S. 159: Versenden von Geschenken oder Androhung des eigenen Suizids; *Valerius* JuS 2007 319, 322: sexuelle Belästigungen oder tätliche Angriffe unterhalb der Erheblichkeitsschwelle der §§ 177, 223 ff; *Wolters* SK Rdn. 14: Zusenden von Geschenken, Beobachten mit dem Fernglas.

GG seinerseits nicht unbedenklich ist. Das Gesetz nennt Parameter für eine Vergleichbarkeit nicht. Dass damit eine Übereinstimmung im Unrechtsgehalt – wie allgemein angenommen (vgl. oben Rdn. 54) – gemeint sein könnte, ist mit Blick auf die Gesetzeshistorie nicht unzweifelhaft. Der Gesetzgeber hat sich bei der Fassung des Auffangtatbestands des Absatzes 1 Nr. 5 bewusst gegen die im Gesetzgebungsverfahren (BTDrucks. 15/5410, S. 5) diskutierte Formulierung der „anderen, ebenso schwerwiegenden Handlung“, die eine Parallelität im Unrechtsausmaß ausdrückt, entschieden. Nicht unproblematisch ist auch die Lesart der Vergleichbarkeit als weitgehende äußerliche Identität der Unrechthandlungen. Tathandlungen, die den unter Absatz 1 Nr. 1–4 genannten vom Erscheinungsbild her entsprechen, zugleich aber diesen Tatbeständen nicht unterfallen, sind nur schwer vorstellbar.

Abs. 1 Nr. 5, der ohnehin keine praktische Bedeutung erlangt hat,³¹⁹ sollte deshalb im Zuge einer anstehenden Reform **gestrichen** werden.

- 57** c) **Beharrlichkeit.** Nach dem Willen des Gesetzgebers konkretisiert der Begriff der Beharrlichkeit das spezifische Stalkingunrecht der „fortwährenden Verfolgung“.³²⁰ Der Terminus findet sich im StGB in § 184d, aber auch in Vorschriften des AT, wie §§ 56d Abs. 3 S. 2, 56f Abs. 1 Nr. 2 und 3, 67g Abs. 1 Nr. 2 und 3 sowie 70b Abs. 1 Nr. 2 und 3 wieder. Eng angelehnt an die Auslegung des Begriffs in § 184d versteht die **Gesetzesbegründung** unter Beharrlichkeit ein wiederholtes oder andauerndes Verhalten, das allerdings noch nicht bei bloßer Wiederholung gegeben ist, sondern darüber hinaus eine in der Tatbegehung zum Ausdruck kommende besondere Hartnäckigkeit und gesteigerte Gleichgültigkeit gegenüber dem gesetzlichen Verbot voraussetzt, wodurch zugleich die Gefahr weiterer Begehung indiziert wird. Erforderlich ist danach, dass der Täter aus Missachtung des entgegenstehenden Willens des Opfers, die aus Gleichgültigkeit gegenüber dessen Wünschen resultiert, mit dem Ziel handelt, sich auch in Zukunft immer wieder entsprechend zu verhalten.³²¹ Die Beharrlichkeit ergibt sich danach aus einer Gesamtwürdigung der verschiedenen Handlungen unter besonderer Berücksichtigung ihres zeitlichen Abstands und ihres inneren Zusammenhangs.³²² Ihr wohnen objektive Momente der Zeit sowie subjektive und normative Elemente der Uneinsichtigkeit und Rechtsfeindlichkeit³²³ inne.³²⁴

- 58** Vereinzelt sind in der Literatur gegen das Tatbestandsmerkmal der Beharrlichkeit, das ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 1 ist,³²⁵ **verfassungsrechtliche Bedenken** erhoben worden. Dieses sei zu unbestimmt.³²⁶ Kritisiert werden das Erfordernis eines „schwammigen“ Gesinnungselements, das im Übrigen nur sehr schwer nachweisbar sei³²⁷ und das Fehlen konkreter Ausführungen des Gesetzgebers zu der objektiven Häufigkeit eines als beharrlich anzusehenden Täterhandelns.³²⁸ Die geäußer-

³¹⁹ Schöch NStZ 2013, 221, 222.

³²⁰ BTDrucks. 16/575, S. 6. So jetzt auch BGHSt 54 189, 195 m. Anm. Mitsch NStZ 2010 513.

³²¹ In diesem Sinne auch BGH NStZ-RR 2014, 208 f.

³²² BTDrucks 16/575, S. 7; so auch Gericke MK Rdn. 44.

³²³ Krit hiergegen: Seher JZ 2010 582.

³²⁴ So ausdrücklich BGHSt 54 189, 195; s. auch LG Arnsberg, Urt. vom 27. Februar 2012 – II-6 KLS 294 Js 32/11 – 17/11 – juris.

³²⁵ Fischer Rdn. 20; Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 4; Sch/Schröder-Eisele Rdn. 24; Sonnen NK Rdn. 42; Eisele BT I Rdn. 499.

³²⁶ Vgl. Sch/Schröder-Eisele Rdn. 24.

³²⁷ Matt/Renzikowski-Eidam Rdn 11; v. Schenck Jura 2008 553, 554; Utsch S. 241.

³²⁸ Mitsch NJW 2007 1237, 1240; Steinberg JZ 2006 30, 32.

ten Bedenken sind durchaus ernst zu nehmen.³²⁹ Wie oft der Täter gegen das Opfer vorgegangen sein muss, ist nach dem Gesetzestext vollkommen offen und richterlicher Dezision überlassen.³³⁰ Insoweit kann eine Entscheidung des LG Lübeck, die zwei Nachstellungshandlungen im Abstand von 6 Monaten genügen lässt und dabei die Erwägungen in der Gesetzesbegründung weitgehend missachtet, nicht überraschen.³³¹ Mit Blick auf die Verwendung des Begriffs der Beharrlichkeit in anderen Normen des StGB, an deren (verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender)³³² Auslegung man sich orientieren kann, wird sich freilich ein Begriffsinhalt finden lassen, mit dessen Hilfe den Voraussetzungen des Art. 103 Abs. 2 GG Genüge getan ist.³³³ Dies ändert jedoch nichts an dem im Übrigen zutreffend erhobenen Vorwurf, der Begriff sei problematisch, weil er eine bestimmte Haltung oder innere Einstellung verlange, die mit einem Tatstrafrecht nicht verträglich sei.³³⁴ Zu übersehen ist allerdings nicht, dass die subjektive Komponente dazu dienen soll, die Annahme strafbaren Verhaltens zu beschränken.³³⁵

Beharrlichkeit setzt in **objektiver Hinsicht** eine gewisse Dauer der Nachstellung voraus, die sich nicht in einzelnen, möglicherweise auch wiederkehrenden Tathandlungen erschöpft.³³⁶ Erforderlich ist zunächst eine Mindestanzahl von Tathandlungen, auch in verschiedenen Formen der unter Strafe gestellten Verhaltensweisen.³³⁷ Eine einzelne Wiederholung reicht nach den Materialien nicht aus; der Gesetzgeber hat mit seinem Hinweis in der Gesetzesbegründung³³⁸ – auch wenn dies im Wortlaut keinen eindeutigen Niederschlag gefunden hat – klar zu erkennen gegeben, dass jedenfalls mehr als zwei Tatbestandverwirklichungen (die nicht vor Inkrafttreten des § 238 begangen sein dürfen)³³⁹ vonnöten sind.³⁴⁰ Dass mindestens fünf Handlungen bzw. Handlungsbündel gegeben sein müssen, wie das einige Stimmen in der Literatur grundsätzlich fordern,³⁴¹ lässt sich dagegen nicht mit dem Willen des historischen Gesetzgebers begründen. Entsprechende

59

³²⁹ *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 24; *aA Fischer* Rdn. 18; *Gericke MK* Rdn. 45.

³³⁰ Vgl. *Mitsch NJW* 2007 1237, 1240.

³³¹ LG Lübeck SchlHA 2008 213 m. Anm. *Jahn JuS* 2008 553. Ablehnend AG Löbau StV 2008 647.

³³² Vgl. zu § 184d StGB: BVerfG NVwZ 2009 239, 240.

³³³ Sicher wird man dabei – worauf *Mosbacher* NStZ 2007 665, 666 zu Recht hinweist – darauf zu achten haben, dass eine strikte Orientierung, etwa an § 184d, nicht in Betracht kommt. Das ändert allerdings nichts daran, dass eine Heranziehung dortiger Begriffsinhalte zu einer Konkretisierung des Begriffs der Beharrlichkeit in § 238 beitragen kann.

³³⁴ *Lackner/Kühl* Rdn. 3.

³³⁵ BGHSt 54 189, 195. Vgl. dazu auch *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 11.

³³⁶ *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 25.

³³⁷ *Küpper AnwK-StGB* Rdn. 6; *Rössner/Krupna NKGesStR* Rdn. 4; *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 25; *Wolters SK* Rdn. 15; *Valerius JuS* 2007 319, 322; *Wessels/Hettinger BT* 1 Rdn. 369 f.

³³⁸ BTDrucks. 16/575, S. 7; *Gericke MK* Rdn. 44.

³³⁹ OLG Zweibrücken, Urt. vom 15. Januar 2010 – 1 Ss 10/09 – juris = OLGSt StGB § 238 Nr. 2 = *NJW* 2010 1827 (Ls.).

³⁴⁰ Viel zu weitgehend deshalb LG Lübeck SchlHA 2008 213 m. Anm. *Jahn JuS* 2008 553; auch: *Fischer* Rdn. 2; *Mitsch NStZ* 2010 513, 514. Gleichwohl nicht ablehnend *SSW-Schluckebier* Rdn. 13. S. auch *Mosbacher NStZ* 2007 665, 666, der aber zumindest verlangt, dass dem Täter nach dem ersten Nachstellen nicht unerhebliche Hindernisse entgegengestanden haben. Nunmehr auch OLG Zweibrücken, Urt. vom 15. Januar 2010 – 1 Ss 10/09 – juris (insoweit nicht abgedruckt in *NJW* 2010 1827) mit Anm. *Schäfer jurisPR-StrafR* 12/2010 Anm. 2: zwei Tatbestandsverwirklichungen reichen aus. Nicht tragend auch: BGHSt 54 189, 198. Krit. insoweit: *Sonnen SK* Rdn. 43.

³⁴¹ *Kinzig/Zander JA* 2007 481, 484; *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 9; *Valerius JuS* 2007 319, 322.

Überlegungen des Gesetzgebers dienten lediglich der Auslegung des Merkmals „wiederholt“. Auch der BGH hält eine Mindestanzahl von fünf Handlungen zur Tatbestandsverwirklichung nicht für erforderlich. Bereits die einfache Wiederholung soll ausreichen, wenn der Täter besonders intensiv in die Rechte des Opfers eingreife.³⁴² Der Streit darüber, ob drei bzw. erst fünf oder sogar schon zwei Handlungen die Annahme beharrlichen Handelns rechtfertigen, dürfte im Übrigen kaum von praktischer Relevanz sein, weil ein strafbares Handeln erst vorliegt, wenn es auch zu der „schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ gekommen ist. Sie wird aber häufig – man stelle sich etwa belästigende Telefonanrufe vor – erst nach einer deutlich über fünf Tathandlungen liegenden Frequenz anzunehmen sein.³⁴³ Insoweit kann es auch an einem beharrlichen Handeln fehlen, wenn weitaus mehr als fünf einzelne Akte festzustellen sind. Jenseits einer bloßen einfachen Tatwiederholung gibt es keine feste zahlenmäßige Festlegung.³⁴⁴ Zu beachten ist darüber hinaus, dass sich die Tathandlungen grundsätzlich über mehrere Tage erstrecken müssen.³⁴⁵ Ein „Beharren“ kann nach dem Wortsinn zudem nur angenommen werden, wenn zwischen den einzelnen Handlungen keine allzu großen Abstände liegen.³⁴⁶ Ansonsten fehlt es an dem notwendigen **inneren Zusammenhang** der Tathandlungen.³⁴⁷ Liegen zwischen einzelnen Handlungen sechs Monate, kann in ihrer Verwirklichung „beharrliches“ Vorgehen nicht mehr gefunden werden;³⁴⁸ ohne dass es hier feste zeitliche Maßstäbe geben kann, muss die nachfolgende Handlung immer als Fortsetzung eines ersten Tuns erscheinen, dessen Ziel nicht erreicht worden ist, aber nunmehr mit neuem Mittel erneut in den Blick genommen wird. So wünschenswert insgesamt feste quantitative Vorgaben für die Rechtssicherheit auch wären,³⁴⁹ so werden doch die Zahl der Tathandlungen und ihr zeitlicher Abstand nur (wesentliche) Aspekte im Rahmen der zur Feststellung der „Beharrlichkeit“ vorzunehmenden Gesamtwürdigung sein.³⁵⁰

60 Prägend für die Beharrlichkeit ist aber auch ein **subjektives Element**.³⁵¹ Beharrlich handelt, wer stringent zur Verfolgung eigener Ziele tätig wird und dabei bezogen auf das

³⁴² BGHSt 54 189, 198 f mit insoweit zustimmender Anm. *Gazeas* NJW 2010 1684; *Seher* JZ 2010 582; ebenfalls befürwortend *Krüger* NStZ 2010 546, 550. S. auch OLG Zweibrücken, Urteil vom 15. Januar 2010 – 1 Ss 10/09 – juris (Leitsatz in NJW 2010 1827 und NStZ-RR 2010 145 f) mit dem zutreffenden Hinweis, dass es nicht zu einer Verwirklichung des Tatbestandes kommt, wenn die durch den Täter einmal wiederholte Handlung vor Inkrafttreten des § 238 stattgefunden hat.

³⁴³ Das hängt freilich auch – worauf *Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 4 zu Recht hinweisen – vom Handlungs- und Erfolgsunwert der einzelnen Akte ab.

³⁴⁴ *Buß* S. 216; *Gazeas* JR 2007 497, 502; *Krüger* S. 165. Missverständlich insoweit *Schluckebier* SSW-StGB Rdn 13: eine Mindesthäufigkeit oder eine Mindestdichte sei nicht gefordert.

³⁴⁵ S. *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 9.

³⁴⁶ So zu Recht *Wolters* SK Rdn. 15; aA wohl ohne nähere Begründung BGHSt 54 189, 201.

³⁴⁷ Vgl. *Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 4.

³⁴⁸ OLG Celle, Beschl. vom 21. September 2011 – 32 Ss 96/11 – juris = OLGSt StGB § 238 Nr. 3. Nicht nachvollziehbar deshalb LG Lüneburg SchlHA 2008 213 m. Anm. *Jahn* JuS 2008 553. Gleichwohl nicht ablehnend: *SSW-Schluckebier* Rdn 13. Unschädlich soll demgegenüber ein Abstand von sechs Wochen zwischen einzelnen Nachstellungen sein, BGHSt 54 189, 196.

³⁴⁹ S. etwa *Smischek* S. 324, der mindestens 10 Handlungen in einem Zeitraum von einem Monat fordert.

³⁵⁰ *Buß* S. 216; *Mitsch* NJW 2007 1237, 1240. Zum ganzen auch ausführlich: *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 9.

³⁵¹ Vgl. *Lackner/Kühl* Rdn. 3: eine innere Haltung oder Einstellung; s. auch *Sonnen* NK Rdn. 42; aA aber *Mosbacher* NStZ 2007 665, 666, der eine subjektive Komponente beim Beharren entgegen der gesetzgeberischen Intention leugnet, schon weil – wie er sagt – dies den Strafrechtsschutz unnötig einschränken würde. So auch *Neubacher*!

Schutzgut des § 238 den ausdrücklich oder konkludent geäußerten entgegenstehenden Willen des Opfers bewusst missachtet, weil ihm dessen Interessen entweder gleichgültig sind oder es aber konkret darauf anlegt, diese zu verletzen.³⁵² Die Beharrlichkeit muss sich aus der Tathandlung im Zusammenhang mit vorangegangenen Nachstellungen des Opfers ergeben. Dazu gehört, dass die Bereitschaft des Täters offenbar wird, weitere Eingriffe in die Lebenssphäre des Opfers vornehmen zu wollen.³⁵³ Ihr ist immanent, dass der Täter uneinsichtig auf seinem Standpunkt besteht und zäh an seinem Entschluss festhält, obwohl ihm die entgegenstehenden Interessen des Opfers bekannt sind.³⁵⁴ Ob Beharrlichkeit vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalls, die die Gerichte anhand einer Gesamtwürdigung der in Rede stehenden Handlungen vorzunehmen haben.³⁵⁵ Zu berücksichtigen sind insbesondere die Häufigkeit des Täterhandelns, die zeitlichen Abstände zwischen einzelnen Handlungsakten sowie ein innerer Zusammenhang zwischen den einzelnen Tathandlungen und die Entwicklung des Täterhandelns.³⁵⁶ Dieses Verständnis der „Beharrlichkeit“ wirft Beweisschwierigkeiten in der Praxis nicht auf,³⁵⁷ ist aber mit dem Problem behaftet, dass es mit der auf den Richter übertragenen Gesamtwürdigung Entscheidungen weniger voraussehbar macht. Wer aus „übertriebener Zuneigung“ handelt und nicht in erster Linie aus gesteigerter Gleichgültigkeit gegenüber dem Willen des Opfers, erfüllt dennoch die subjektive Komponente der Beharrlichkeit. Denn auch derjenige kann sich in nicht hinnehmbarer Weise über die Wünsche des Opfers hinwegsetzen, mag auch sein „Motiv“ vordergründig in eine andere Richtung weisen.³⁵⁸ Für das Vorliegen von Beharrlichkeit ist eine **zurückweisende Reaktion durch das Opfer** nicht erforderlich.³⁵⁹ Allerdings kann eine solche Zurückweisung oder Abmahnung den Beweis für ein beharrliches Nachstellen erleichtern. Handelt der Täter erneut, obwohl das Opfer ihn zurückgewiesen hat, er durch anwaltliches Abmahnungsschreiben oder durch eine Gefährdungsansprache der Polizei auf sein Fehlverhalten hingewiesen wurde, zeigt er im Regelfall, dass ihm der Opferwillen mit Blick auf die Verfolgung eigener Interessen gleichgültig ist.

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll bei der Auslegung des Merkmals „beharrlich“ auch die **Handlungsfreiheit** des Täters berücksichtigt werden. Demnach erfüllt das Merkmal nicht, wer als Elternteil wiederholt den ehemaligen Partner zu kontaktieren

61

Seher JZ 2007 1029, 1032. **Krit:** *Dessecker* Maiwald-FS 103, 106.

³⁵² BGHSt 54 189, 195; OLG Brandenburg NStZ 2010 519, 520; *Jeßberger/Book* JuS 2010 321, 322; *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 25. Gegen ein subjektives Element bei der Beharrlichkeit demgegenüber *Seher* JZ 2010 582 f.; *Mosbacher* NStZ 2007 665, 666.

³⁵³ *Fischer* Rdn. 19; *Gazeas* KJ 2006 247, 254.

³⁵⁴ BGHSt 54 189, 195. **Krit.** im Hinblick auf die Rechtsfeindlichkeit, weil § 238 zum Teil sozialadäquate Verhaltensweisen erfasst und er nicht konkret an ohnehin bestehende Rechtspflichten anknüpft, sondern dieses Tun erst zu einer strafwürdigen Handlung akkumuliert, und die Annahme, Handeln gegen den Willen des Opfers sei Tatbestandsmerkmal: *Seher* JZ 2010 582 f.

³⁵⁵ BTDrucks. 16/575, S. 7. *Mosbacher* NStZ

2007 665, 666; *Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 4; *Valerius* v. Heintschel-Heinegg Rdn. 12; *ders.* Jus 2007 319, 322. Unausgesprochen kritisch zur „Gesamtwürdigungslösung“ *Fischer* Rdn. 19.

³⁵⁶ *Gazeas* KJ 2006 249, 255; s. auch *Valerius* JuS 2007 319, 322.

³⁵⁷ *Wolters* SK Rdn. 15; **aA** aber *Kinzig/Zander* JA 2007 481, 484; v. *Schenck* Jura 2008 551, 554.

³⁵⁸ Vgl. dazu *Mosbacher* NStZ 2007 665, 666, der daraus die Konsequenz ziehen will, auf die „subjektive Komponente“ beim Beharren zu verzichten.

³⁵⁹ *Fischer* Rdn. 20; *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 25; vgl. auch *Lackner/Kühl* Rdn. 3; *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 11, der auf Beweisprobleme in diesen Fällen hinweist. Ebenso *Buß* S. 214.

versucht, um mit ihm Absprachen über das Umgangsrecht mit dem gemeinsamen Kind zu treffen. Dies gilt auch für den Gläubiger, der mehrmals eine fällige Forderung annahmt, oder den Journalist, der wiederholt zu einer Stellungnahme in einer bestimmten Sache auffordert.³⁶⁰ Ob ein solches Verhalten im Einzelfall nicht auch „beharrlich“ im oben verstandenen Sinne sein kann, erscheint allerdings fraglich. Näher liegend scheint es zu sein, diese sozial adäquaten Handlungen nicht als „unbefugt“ anzusehen und sie erst bei diesem Tatbestandsmerkmal aus dem Tatbestand auszuschneiden.³⁶¹

- 62** Der Umstand, dass Beharrlichkeit in objektiver Hinsicht **wiederholtes Unrechtsverhalten** erfordert, darf nicht zu dem Schluss verleiten, bei § 238 handele es sich um ein Dauerdelikt.³⁶² Zwar schwebte dem Gesetzgeber ursprünglich die Konzeption der Vorschrift als Dauerdelikt vor, was durch die tatbestandliche Umschreibung der „fortgesetzten“ Belästigungshandlung im Gesetzentwurf des Bundesrats zum Ausdruck gebracht werden sollte.³⁶³ Im weiteren Gesetzgebungsverfahren ist der Begriff „fortgesetzt“ dann aber gestrichen worden. Gegen die Annahme, der ihn ersetzende Terminus „beharrlich“ bringe in gleicher Weise die Struktur des § 238 als Dauerdelikt zum Ausdruck, sprechen rechtsdogmatische Gründe. Ein Dauerdelikt ist dadurch gekennzeichnet, dass der Täter sein deliktisches Handeln ständig perpetuiert oder einen von ihm herbeigeführten rechtswidrigen Zustand willentlich aufrecht erhält.³⁶⁴ Der rechtswidrige Zustand, der bei der beharrlichen Nachstellung eintreten kann, ist die schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers (vgl. dazu näher unten Rdn. 63 ff). Dieser Zustand kann aber selbst dann noch vorliegen, wenn der Täter sein Unrechtshandeln endgültig einstellt³⁶⁵ bzw. die Kontrolle über das Geschehen – der Täter befindet sich im Krankenhaus; das Opfer hat sich durch Antritt eines Urlaubs seiner Einflussosphäre entzogen – kurzzeitig verloren hat. Denn erst, wenn sich das Opfer nicht mehr belästigt fühlt, fehlt es an einer schwerwiegenden Beeinträchtigung von dessen Lebensgestaltung.³⁶⁶ Es verbietet sich aber, Gegebenheiten, auf die der Täter keinen Einfluss mehr hat, diesem als vorsätzliches Verhaltensunrecht zuzurechnen.³⁶⁷ Zudem ist es nicht zugänglich, dem vom Täter nicht mehr oder nicht aktuell verfolgten Opfer ein Notwehrrecht zuzubilligen, solange es sich belästigt fühlt. Begriffe man § 238 als Dauerdelikt, wäre das Opfer, das unter den Folgen eines zwischenzeitlich beendeten Stalking leidet, zu „abwehrenden“ Angriffen auf seinen ehemaligen Peiniger berechtigt,³⁶⁸ da bei Dauerdelikten die Notwehrlage bis zur Beendigung des einmal herbeigeführten rechtswidrigen Zustandes andauert.³⁶⁹ Letztlich sprechen auch kriminalpolitische Bedenken gegen die Annahme eines Dauerdelikts bei § 238. Wäre die Vorschrift Dauerdelikt, würden während des Andauerns der Nachstellung zum Nachteil des Opfers begangene andere Straftaten ideal konkurrierend verklammert. Mehrere Nötigungen oder Körperverletzungen des Täters stünden über § 238 in Tateinheit zueinander. Folge wäre eine unangemessene Privilegierung des schweren gegenüber dem milden Stalker, die der Gesetzgeber so nicht beabsichtigt haben dürfte.³⁷⁰

³⁶⁰ BTDrucks. 16/575, S. 7.

³⁶¹ Dazu *Sonnen* SK Rdn. 42; *Wolters* SK Rdn. 15; *Valerius* JuS 2007 319, 322.

³⁶² BGHSt 54 189, 199; OLG Brandenburg NSStZ 2010 519, 520; *Buß* JR 2011 84, 86; *Hochmayr* ZStW 122 (2010) 757, 766; *Karl* S. 156; *Weinitschke* S. 180 ff; aA aber *Mitsch* NSStZ 2010 513, 514 (für Absatz 1 Nr. 1 und 5); *Smischek* S. 322; wohl auch *Gerbold* NKrimP 2007 2, 3.

³⁶³ BTDrucks. 16/1030, S. 7.

³⁶⁴ *Rissing-van Saan* LK Vor §§ 52 ff Rdn. 49.

³⁶⁵ *Valerius* JuS 2007 319, 323 f.

³⁶⁶ *Gazeas* KJ 2006 247, 263.

³⁶⁷ v. *Schenck* Jura 2008 553, 556; *Valerius* v. *Heintschel-Heinegg* Rdn. 25.

³⁶⁸ *Buß* S. 220.

³⁶⁹ *Rönnau/Hohn* LK § 32 Rdn. 149.

³⁷⁰ *Buß* S. 221 f; *Gazeas* JR 2007 497, 504; *ders.* KJ 2006 247, 262. *Hochmayr* ZStW

2. Der Taterfolg. *Ursprünglich* war vorgeschlagen, den Tatbestand des Absatzes 1 als **Gefährungsdelikt** auszugestalten.³⁷¹ Von diesem Plan ist der Gesetzgeber namentlich wegen der Befürchtung mangelnder Bestimmtheit der Vorschrift im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG abgerückt.³⁷² Als tatbestandlicher Erfolg ist deshalb die **schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung** des Opfers in das Gesetz aufgenommen worden. Ob der Gesetzgeber damit sein Ziel – einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG zu vermeiden – erreicht hat, ist zweifelhaft.³⁷³ Auch die schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung ist ein in hohem Maße abstrakter und wertausfüllungsbedürftiger Begriff,³⁷⁴ der Bedenken ob seiner tatbestandlichen Bestimmtheit hervorruft.³⁷⁵ Ungeachtet dessen ist die Einschränkung des Tatbestandes durch einen tatbestandlich umschriebenen Erfolg zu begrüßen.³⁷⁶ Sie ist eine notwendige Konsequenz aus der Einsicht, dass im Tatbestand eine „Abgrenzung der Freiheitssphären von Täter und Opfer“ vorzunehmen ist³⁷⁷ und die bloße Ausgestaltung als Gefährungs- oder Eignungsdelikt die Gefahr in sich getragen hätte, zu einer noch weitergehenden Vorverlagerung der Strafbarkeit jenseits eines zu schützenden Rechtsguts zu führen.³⁷⁸ Auf die zunächst vorgesehene weitere Präzisierung des Erfolgs durch die kumulative Verwendung des Begriffs „unzumutbar“ wurde im Gesetzgebungsverfahren verzichtet: neben dem Merkmal „schwerwiegend“ komme diesem keine eigenständige Bedeutung zu.³⁷⁹ Dies erscheint zwar zweifelhaft, weil die Unzumutbarkeit im Gegensatz zur schwerwiegenden Beeinträchtigung, die auf ein bestimmtes tatsächliches Ausmaß an Folgen abstellt, normative Aspekte im Blick hat, bei deren Vorliegen bestimmte Beeinträchtigungen hinzunehmen sein können. Doch mit Blick auf den Willen des Gesetzgebers, der mit ihr keine inhaltliche Änderung verbinden wollte, hat die Streichung keine Folgen. Eine Zumutbarkeitsprüfung findet danach im Rahmen des Merkmals „schwerwiegend“ statt.³⁸⁰

122 (2010) 757, 770 ff begreift § 238 als sukzessives Delikt, da die Deliktvollendung die Vornahme mehrerer Unrechthandlungen voraussetze. Obwohl damit – wie beim Dauerdelikt – ein einheitliches Delikt vorliegt, soll Notwehr des Opfers nur möglich sein, wenn eine – der sukzessiv vorzunehmenden – Nachstellungshandlungen konkret droht.

³⁷¹ BTDrucks. 15/5410, S. 7.

³⁷² BTDrucks. 16/575, S. 8.

³⁷³ Befürwortend demgegenüber *Gazeas* KJ 2006 247, 253, der die Ausgestaltung des § 238 als Verletzungsdelikt als angemessen und dadurch zugleich den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als gewahrt ansieht.

³⁷⁴ *Rackow* GA 2008 552, 561. S. auch *Löhr* S. 339 ff: „beträchtliche Weite“ und „diffizile Wertungsfrage“.

³⁷⁵ *Aul* S. 201; *Buß* S. 223 ff; *Eiden* ZIS 2008 123, 127; *Eisele* BT I Rdn. 503; *Freudenberger* NJ 2006 535, 537; *Kinzig/Zander* JA 2007 481, 485; *Krüger* NStZ 2010 546, 551; *Löhr* S. 339 ff; *Steinberg* JZ 2006 30, 32.

³⁷⁶ *Wolters* SK Rdn. 3; *Gericke* MK Rdn. 2; *Lackner/Kühl* Rdn. 2; *Kühl* Sachverständigenanhörung vom 18. Oktober 2006, Prot.

Nr. 30 15, 54, aA *Mitsch* NJW 2007 1237, 1240, der das Erfolgsmerkmal als unnötig erachtet und hinsichtlich des bezweckten Opferschutzes für kontraproduktiv ansieht. Ähnlich: *Seher* JZ 2010 582, 583. Ferner: *Meyer* ZStW 115 249, 285; *Sommerfeld/Voß* SchlHA 2005 326, 328; *Janovsky* Sachverständigenanhörung vom 18. Oktober 2006, Prot. Nr. 30, 14.

³⁷⁷ Vgl. BTDrucks. 16/575, S. 8. S. auch *Mosbacher* NStZ 2007 665, 667 und *Peters* NStZ 2009 238, 241 sowie *Krüger* NStZ 2010 546, 551.

³⁷⁸ Vgl. auch *Gazeas* KJ 2006 247, 253, der bei einer Ausgestaltung als Gefährungsdelikt eine Unvereinbarkeit mit rechtsstaatlichem Tatstrafrecht sieht. *Karl* S. 140 weist darauf hin, dass die Einführung eines Erfolgsmerkmals in den Tatbestand der Wahrung des Übermaßverbotes diene.

³⁷⁹ Vgl. BTDrucks. 16/3641, S. 31.

³⁸⁰ So auch *Mosbacher* NStZ 2007 665, 667; anders aber *Wolters* SK Rdn. 6, der die dabei zu prüfenden Aspekte beim Begriff „schwerwiegend“ und bei der Unbefugtheit unterbringen möchte.

Die Verbesserung des Opferschutzes, die notwendig sein soll, weil die Ausgestaltung als Erfolgsdelikt zu einer Schutzlosigkeit vor allem derjenigen Opfer führe, die des strafrechtlichen Schutzes besonders bedürften,³⁸¹ ist *nunmehr* erneut Ausgangspunkt von Überlegungen, § 238 als Eignungsdelikt auszugestalten.³⁸² Sowohl die Justiz- als auch die Innenministerkonferenz haben zwischenzeitlich entsprechende Beschlüsse gefasst,³⁸³ der Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode sieht vor, „die tatbestandlichen Hürden für eine Verurteilung zu senken“, was den Verzicht auf eine Ausgestaltung der Vorschrift als Erfolgsdelikt jedenfalls als eine denkbare Möglichkeit gesetzgeberischer Reaktion erscheinen lässt. Ob eine Verbesserung des Opferschutzes wirklich vonnöten ist,³⁸⁴ erscheint nicht nur im Hinblick auf die zivilrechtlichen Möglichkeiten und das Gewaltschutzgesetz,³⁸⁵ sondern auch mit Blick auf das Rechtsgut (vgl. Rdn. 14: individueller Rechtsfrieden vor nicht nur unerheblichen Freiheitsbeschränkungen) mehr als zweifelhaft. Kommt es – weil das Opfer sich von den Nachstellungshandlungen unbeeindruckt zeigt – nicht zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, liegt ein Eingriff in das genannte Rechtsgut noch nicht vor; auch wenn der individuelle „Rechtsfrieden“ des Opfers tangiert sein mag. Ein Verzicht auf den beschriebenen Erfolg hätte deshalb zur Voraussetzung, den Rechtsgrund für eine Strafbarkeit von Nachstellungshandlungen neu zu bestimmen. Will man etwa besonders widerstandsfähige oder tapfere Opfer, die ihre Lebensumstände gegen den Druck des Täters behaupten, oder sozial schwache Opfer, denen die Möglichkeiten oder Mittel zur Veränderung ihrer Lebensumstände fehlen, besser strafrechtlich schützen,³⁸⁶ lässt sich dies nicht mehr auf den Eingriff in „Freiheitsgewährleistungen“ stützen. Die Strafwürdigkeit von „Belästigungshandlungen“, die nicht zu einer Beschränkung von Freiheitsgewährleistungen führen, bedarf aber besonderer Rechtfertigung, weil insoweit in Abgrenzung der Freiheitssphären von Täter und Opfer und mit Blick auf das „ultima ratio-Prinzip“ nicht jeder Übergriff die Anwendung von Strafrecht rechtfertigen kann.³⁸⁷ Die Ausgestaltung als **Eignungsdelikt** („Wer einem Menschen in einer Weise unbefugt nachstellt, die geeignet ist, ihn in seiner Lebensgestaltung schwerwiegend zu beeinträchtigen, indem er ...“)³⁸⁸ vermittelt zwar den Eindruck, als zielte der strafrechtliche Schutz weiter auf die Behauptung der Freiheitsgewährleistungen des Opfers; tatsächlich soll aber damit der strafrechtliche Schutz des Opfers gerade auf solche Fälle ausgedehnt werden,

³⁸¹ Dazu im Einzelnen: *Schöch* NStZ 2013, 221, 223, der unter Hinweis auf eine geringe Verurteilungsquote das äußerst restriktive Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden bemängelt und daraus den Handlungsbedarf herleitet. Dagegen: *Köhne* ZRP 2014 141, 142, der der Annahme, die Opferzahlen würden einen akuten Änderungsbedarf nahe legen, mit guten Gründen entgegentritt.

³⁸² Vgl. *Köhne* ZRP 2014 141, 142, der skeptisch ist, ob die Ausgestaltung als Eignungstatbestand überhaupt mehr Opferschutz bringt (Gefahr einer mildernden Bestrafung).

³⁸³ S. Nachweise bei Kaufmann DRiZ 2104 50, 51; *Käppner* S. 86.

³⁸⁴ Dagegen etwa *Gericke* MK Rdn. 2; *Käppner* S. 87.

³⁸⁵ Sofern *Schöch* NStZ 2013 221, 223 deren Effektivität bemängelt, lässt sich daraus nicht die Notwendigkeit eines weitergehenden strafrechtlichen Schutzes durch § 238 herleiten. Insofern müssen zunächst die der Wirksamkeit dieser Möglichkeiten entgegenstehende Hemmnisse in den Blick und möglichst beseitigt werden. Dazu auch: *Köhne* ZRP 2014 141, 142.

³⁸⁶ So *Schöch* NStZ 2013, 221, 223 f; wohl auch *Fischer* Rdn. 22.

³⁸⁷ So auch: *Gericke* MK Rdn. 2. Vgl. auch *Käppner* S. 87.

³⁸⁸ So zitiert *Schöch* NStZ 2013 221, 224 einen Vorschlag aus dem Bayerischen Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz.

in denen es nicht zu der schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung kommt. In dieser Form verlagerte die Vorschrift – wie bei Gefährungsdelikten üblich – nicht lediglich den Schutzbereich der Vorschrift nach vorn, sondern kreierte einen Anwendungsbereich für Fälle, die mangels betroffenen Schutzguts bisher nicht von ihr erfasst waren.³⁸⁹ Ungeachtet dessen begegnete der Begriff der „Eignung, die Lebensgestaltung schwerwiegend zu beeinträchtigen“ Bedenken im Hinblick auf seine Bestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG).³⁹⁰ So ist zwar der bisherigen Rechtsprechung zu entnehmen, was unter einer „schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ zu verstehen ist (s. unten Rdn. 64 f). Welches Verhalten aber die erforderliche Eignung aufwies, die schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung herbeizuführen, ergäbe sich weder aus der bisherigen Judikatur noch aus der vorgeschlagenen Gesetzesformulierung. So bliebe es letztlich allein dem Richter überlassen zu entscheiden, in welchen Fällen – über diejenigen hinaus, in denen es dazu tatsächlich gekommen ist – das Verhalten hierzu geeignet und deshalb strafbar wäre. Im Hinblick auf die Gesetzesbestimmtheit wäre es deshalb aus Sicht derjenigen, die einen weitergehenden Opferschutz für erforderlich halten,³⁹¹ vorzugswürdiger, Abstriche beim Erfolg vorzunehmen und etwa den Begriff „schwerwiegend“ durch „nachhaltig“ zu ersetzen.³⁹² Letztlich ergeben sich aber aus den neuen Bemühungen zur Ausweitung einer Strafbarkeit keine Gesichtspunkte, die der Gesetzgeber nicht schon berücksichtigt hätte, so dass für eine Korrektur des Gesetzes insoweit kein Anlass ersichtlich ist.³⁹³

Die **Lebensgestaltung** einer Person umfasst nach Ansicht des Gesetzgebers ganz allgemein die Freiheit der menschlichen Entschlüsse und Handlungen.³⁹⁴ Diese müssen – damit man von „Gestaltung“ reden kann – in der äußerlichen Welt ihren Ausdruck finden. In der Person des Einzelnen bleibende Auswirkungen von Nachstellungen, die – wie Angst, Furcht, Nervosität, Depressionen oder schlichte Störung des Seelenfriedens – allein das subjektive Wohlbefinden beeinträchtigen, ohne dass sie sich in bestimmter Weise auf das äußerlich wahrnehmbare Leben auswirken, fallen von vornherein nicht unter den vom Gesetz vorausgesetzten Taterfolg.³⁹⁵ Dazu zählen auch Schlafstörungen des Opfers.³⁹⁶ Mag man das auch als unbefriedigend empfinden, sind doch gerade dies die typischen Folgen des Stalkings.³⁹⁷ **Beeinträchtigt** wird die Lebensgestaltung, wenn das Opfer objektiv wahrnehmbar Änderungen in der äußeren Gestaltung seines Lebens vornimmt,³⁹⁸ also ein Verhalten an den Tag legt, das es ohne Veranlassung durch den

64

³⁸⁹ Käppner S. 90.

³⁹⁰ So auch Köhne ZRP 2014 141, 142; Käppner S. 91.

³⁹¹ Vgl. auch Köhne ZRP 2014 141, 142 und Kaufmann DRiZ 2014 50, 51, die daran zweifeln, ob die vorgeschlagene Umwandlung in eine Eignungs- oder Gefährungsdelikt überhaupt mehr Opferschutz bringen würde.

³⁹² Nicht ausreichend wäre es freilich, etwa allein auf eine „unzumutbare Belästigung“ abzustellen. Auch diese Formulierung stünde mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht in Einklang (vgl. Käppner S. 137).

³⁹³ So ausdrücklich zu den neuen Bemühungen: Köhne ZRP 2014 141, 142. S. auch Kaufmann DRiZ 2014 50, 51, die stattdessen die Nutzung vorhandener Möglichkeiten und

finanzielle Mittel für Fortbildungen, Sonderdezenate und mehr Personal fordert.

³⁹⁴ S. auch BGHSt 54 189, 196 und BGHR StGB § 238 Schwerwiegende Beeinträchtigung 2.

³⁹⁵ Fischer Rdn. 22; Matt/Renzikowsk-Eidam Rdn. 23; Sch/Schröder-Eisele Rdn. 30; Wolters SK Rdn. 4; aA wohl Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 10. S. insoweit auch Buß S. 226; Neubacher/Seher JZ 2007 1029, 1034; Peters NSTz 2009 241.

³⁹⁶ AG Löbau StV 2008 646; OLG Rostock, Beschl. vom 27. Mai 2009 – 1 Ss 96/09 I 40/09 – juris; Krüger NSTz 2010 546, 552.

³⁹⁷ So etwa Wolters SK Rdn. 3.

³⁹⁸ Gericke MK Rdn. 47; Kinzig/Zander JA 2007 481, 484. Das subjektive Empfinden des Opfers, es erleide eine Einbuße an

Täter nicht gezeigt hätte.³⁹⁹ Dieses Verhalten kann ein Tun oder Unterlassen sein, so wenn das Opfer Örtlichkeiten meidet, an denen es auf den Täter treffen könnte, Veranstaltungen oder Termine nicht wahrnimmt, die zu einem Kontakt mit dem Stalker führen könnten oder Maßnahmen ergreift, die dem Täter eine Kontaktaufnahme erschweren oder unmöglich machen oder auch nur in der Aufnahme therapeutischer Behandlungen bestehen können.⁴⁰⁰ Beeinträchtigt kann die Lebensgestaltung auch sein, wenn auf diese nicht durch das Opfer selbst, sondern durch Dritte gegen oder ohne den Willen des Opfers Einfluss genommen wird.⁴⁰¹ Von der Beeinträchtigung ist die bloße **Gefährdung der Lebensgestaltung** abzugrenzen,⁴⁰² die etwa dann gegeben ist, wenn das Opfer noch überlegt, auf das nachstellende Verhalten des Täters zu reagieren, sich womöglich in Gesprächen dazu entschlossen zeigt, aber selbst noch keine Verhaltensänderung ins Werk gesetzt hat. Immer festzustellen ist danach eine erzwungene Veränderung der Lebensumstände.⁴⁰³ Dies wird freilich – abgesehen von den geschilderten Verhaltensweisen im Vorfeld einer Verhaltensanpassung – angesichts der Weite des Begriffs der (äußeren) „Lebensgestaltung“, die von der jeweiligen Tathandlung berührt sein muss, selten zu Problemen führen.⁴⁰⁴

- 65** **Schwerwiegend** ist eine ins Gewicht fallende, gravierende und ernstzunehmende Beeinträchtigung, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende und zumutbare Belastungen erheblich und objektiv messbar hinausgeht.⁴⁰⁵ Mit diesem Merkmal⁴⁰⁶ erfährt der Tatbestand eine nicht zu unterschätzende Einschränkung,⁴⁰⁷ die sich auch in

Lebensqualität, reicht für eine Beeinträchtigung nicht aus, OLG Brandenburg NStZ 2010 519, 520; *Sonnen* NK Rdn. 45; so auch *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 30.

- ³⁹⁹ *Fischer* Rdn. 22; *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 23; *SSW-Schluckebier* Rdn. 15; *Wolters* SK Rdn. 5. Nicht ausreichend sind Empfindungen des Opfers, die sich nicht in einem wahrnehmbaren Verhalten manifestieren. So reicht es für eine Beeinträchtigung der Lebensgestaltung nicht aus, dass das Opfer „in einer Atmosphäre der ständigen Bedrohung gelebt“ hat; OLG Rostock, Beschl. vom 27. Mai 2009 – 1 Ss 96/09 I 40/09 – juris, zustimmend *Kudlich* JA 2010 389, 390; ebenso OLG Hamm StRR 2009 234 f, insoweit nicht abgedruckt in NStZ-RR 2009 175; aA AG Augsburg, Urt. vom 17. Dezember 2007 – 2 Ds 407 Js 129019/07 – juris (Angstzustände) und *Seher* JZ 2010 582 f, der den Zuschnitt des tatbestandlichen Erfolges auf äußerliche Verhaltensänderungen für verfehlt hält. Die Lebensgestaltung sei bereits schwerwiegend beeinträchtigt, wenn die Bewältigung des Alltags für das Opfer durch psychische Belastungen erheblich erschwert werde.
- ⁴⁰⁰ Dazu ausdrücklich: *Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 10. S. auch *Fischer* Rdn. 22, der mögliche Verhaltensänderungen, zu denen es immer wieder kommen

kann, aufzählt: Änderungen des Freizeit- oder Sozialverhaltens, Verschieben, Aufgeben oder Umsetzen von Plänen etwa zu Umzug, Arbeitsplatzwechsel oder Reisen, Einschränken von Kommunikation oder sozialen Kontakten, Verstärken von Vorkehrungen oder Verhaltensweisen zur Sicherheit.

- ⁴⁰¹ *Fischer* Rdn. 22.

- ⁴⁰² Vgl. *Kinzig/Zander* JA 2007 481, 484.

- ⁴⁰³ BTDrucks 16/575, S. 8.

- ⁴⁰⁴ *Lackner/Kühl* Rdn. 2.

- ⁴⁰⁵ BTDrucks. 16/575, S. 8; BTDrucks.

16/3641, S. 14; *Fischer* Rdn. 23; *Gazeas* KJ 2006 247, 259; *ders.* JR 2007 497, 503; *Gerhold* NKrimP 2007 3; *Lackner/Kühl* Rdn. 2; *Matt/Renzikowski/Eidam* Rdn. 23; *Wessels/Hettinger* BT 1 Rdn. 369h. S. auch LG Arnberg LG Arnberg, Urt. vom 27. Februar 2012 – II-6 KLS 294 Js 32/11 – 17/11 – juris.

- ⁴⁰⁶ Vgl. *Fischer* Rdn. 23, der auf die gleichartige Verwendung des Begriffs in § 218a, dort allerdings bezogen auf den Gesundheitszustand (der Schwangeren), hinweist. S. auch *Gazeas* KJ 2006 247, 258 f: dort entwickelte Kasuistik hilft bei Auslegung im Rahmen von § 238 nicht weiter.

- ⁴⁰⁷ BGHSt 54 189, 197; *Gericke* MK Rdn. 48; *Jeßberger/Book* JuS 2010 321, 322; *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 29; demgegenüber

einigen gerichtlichen Entscheidungen zugunsten des Täters ausgewirkt hat.⁴⁰⁸ Ausgangspunkt der Entscheidungen ist die gesetzgeberische Erwägung, weniger gewichtige Maßnahmen der Eigenvorsorge⁴⁰⁹ nicht als ausreichenden Taterfolg genügen zu lassen. Dazu zählen etwa die Anschaffung und Nutzung eines Anrufbeantworters oder die Einrichtung einer sog. Fangschaltung zum Zweck der Beweissicherung,⁴¹⁰ ferner die Installation einer Alarmanlage,⁴¹¹ das Austauschen einer Telefonnummer oder einer E-Mail-Adresse⁴¹² sowie auch die Beantragung von Maßnahmen nach dem Gewaltschutzgesetz.⁴¹³ Auch ein nur wenige Tage andauernder zeitweiliger Umzug in eine andere Wohnung, die vorübergehende Einschränkung der Nutzung eines Wochenendgrundstücks oder der kurzfristige Verzicht auf die Entgegennahme von Anrufen im beruflichen Umfeld stellen noch keine schwerwiegende Beeinträchtigung dar,⁴¹⁴ ebenso wenig die ständige Verdunkelung der Wohnungsfenster.⁴¹⁵ Gleiches gilt für das Verschließen von Haus- und Hoftür oder das auf das Kippen der Fenster beschränkte Lüften des Hauses.⁴¹⁶ Nicht erfasst sind auch durch Nachstellungshandlungen hervorgerufene telefonische Rückrufe, das Besorgen von Zigaretten für den Täter oder das Unterlassen von Besorgungen angesichts der Befürchtung, ihn ansonsten zu treffen.⁴¹⁷ Die Gegenmeinung, die auf eine eingehende Würdigung der Umstände des Einzelfalls abstellt und auch in diesen Fällen ein tatbestandsmäßiges Handeln nicht ausschließen will,⁴¹⁸ ignoriert den klaren Willen des Gesetzgebers, der bei weniger gewichtigen Beeinträchtigungen eine Strafbarkeit ausschließen will. Dies ändert freilich nichts daran, dass bei Änderungen der Daten, die eine persönliche Erreichbarkeit des Opfers sicherstellen, Anlass zu sorgfältiger Prüfung besteht, ob nicht ein für das Opfer nicht mehr hinnehmbarer Eingriff in das Privatleben gegeben ist. Der Gesetzgeber nennt für eine schwerwiegende Beeinträchtigung Beispiele wie einen Wohnungs- oder Arbeitsplatzwechsel oder auch den Umstand, dass das Opfer seine Wohnung nur noch in Begleitung verlässt.⁴¹⁹ Ebenfalls als tatbestandsmäßige Beeinträchtigung müssen ein Namenswechsel,⁴²⁰ erhebliche Änderungen im Sozialverhal-

sprechen *Lackner/Kühl* Rdn. 2 nur von einer „gewissen“ Einschränkung.

⁴⁰⁸ AG Löbau StV 2008 647; OLG Hamm NStZ-RR 2009 175; BGH, Beschl. vom 12. Oktober 2010 – 3 StR 289/10.

⁴⁰⁹ So ausdrücklich: OLG Brandenburg NStZ 2010 519, 520.

⁴¹⁰ BTDrucks. 16/575, S. 8; BGHSt 54 189, 197; *Küpper* AnwK-StGB Rdn 13; *Mosbacher* NStZ 2007 665, 667; *Valerius* JuS 2007 319, 323.

⁴¹¹ *Fischer* Rdn. 25.

⁴¹² *Fischer* Rdn. 24; *Gericke* MK Rdn. 48; *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 31; *Gazeas* JR 2007 499, 503; AG Löbau StV 2008 647; aA *Mosbacher* NStZ 2007 667; *Mitsch* Jura 2007 405; wohl auch *Krüger* NStZ 2010 546, 551. Die Nutzung einer Geheimnummer sieht – ohne überzeugenden Grund – *Wolters* SK Rdn. 6 als genügend an.

⁴¹³ *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 31; OLG Hamm StRR 2009 234 f, insoweit nicht abgedruckt in NStZ-RR 2009 175.

⁴¹⁴ AG Löbau StV 2008 647.

⁴¹⁵ AA *Wolters* SK Rdn. 6 und nunmehr BGHSt 54 189, 197 mit insoweit ablehnender Anm. *Heghmanns* ZJS 2010 269, 271. S. auch *Krüger* NStZ 2010 546, 552.

⁴¹⁶ *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 31; OLG Rostock, Beschl. vom 27. Mai 2009 – 1 Ss 96/09 I 40/09 – juris.

⁴¹⁷ BGH, Beschl. vom 12. Oktober 2010 – 3 StR 289/10.

⁴¹⁸ Vgl. auch *Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 10: Wechsel von Telefonnummer, E-Mail-Adresse und Austritt aus einem Online-Netzwerk können nach Lage des Einzelfalls eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung sein. Ebenso *Wessels-Hettinger* BT 1 Rdn. 369h.

⁴¹⁹ BTDrucks 16/575, S. 8. Dem folgend die h.M. in der Literatur; s. dazu nur *Fischer* Rdn. 23; *Lackner/Kühl* Rdn. 2.

⁴²⁰ *Fischer* Rdn. 24; *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 23.

ten wie das Aufgeben von Arbeitsplatz oder bestimmter Freizeitaktivitäten⁴²¹ oder auch die Entscheidung, die Wohnung nur selten bzw. nur zu bestimmten Zeiten zu veranlassen,⁴²² angesehen werden. Auch die Kumulation einer Mehrzahl für sich allein nicht schwer wiegender Beeinträchtigungen kann in einer Zusammenschau zur Annahme einer schwerwiegenden Beeinträchtigung führen.⁴²³ In diesem Fall „nähert“ sich der Täter dem tatbestandlichen Erfolg nach und nach.⁴²⁴

- 66** Dabei ist für das Merkmal schwerwiegend auf die **objektiv-konkret feststellbaren Gegebenheiten** abzustellen.⁴²⁵ Es kommt nicht darauf an, ob eine Person in angemessener Selbstbehauptung nachstellendem Verhalten hätte standhalten müssen,⁴²⁶ ebenso wenig ist es von Bedeutung, dass etwa ein „vernünftiger“ Dritter auf die Nachstellungshandlungen – anders als das robuste Opfer ohne Reaktion – längst eine auch als schwerwiegend empfundene Veränderung der Lebenssituation herbeigeführt hätte. Auch das Opfer, das aus „übertriebener“ Furcht seine Lebensgestaltung unter dem Eindruck nachstellenden Verhaltens ändert, wird durch den Tatbestand geschützt,⁴²⁷ sofern bereits eine beharrliche Nachstellung gegeben ist,⁴²⁸ wohingegen die Person, die nicht oder noch nicht auf die Nachstellungen reagiert, ohne strafrechtlichen Schutz bleibt.⁴²⁹ Entscheidend ist die Beeinträchtigung des Freiheitsbereichs der konkreten Person;⁴³⁰ ist deren Belastbarkeit geringer, wird es eher Veränderungen in seinem Leben vornehmen und dies auch eher als „schwerwiegend“ empfinden als ein robusteres Opfer, das auch geringeren strafrechtlichen Schutz benötigt. Individuelles Opferverhalten steuert damit Strafbar-

⁴²¹ *Fischer* Rdn. 24; *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 23; *Mosbacher* NStZ 2007 665, 667; *Neubacher/Seher* JZ 2007 1032, 1034.

⁴²² LG Heidelberg, Urt. vom 6. Mai 2008 – 2 Kls 22 Js 6935/07 – juris; LG Potsdam, Beschl. vom 15. September 2010 – 24 Qs 94/10 – juris; *Krüger* S. 177; *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 23; *Mosbacher* NStZ 2007 665, 667.

⁴²³ *Fischer* Rdn. 24; *Gericke* MK Rdn. 48; *Lackner/Kühl* Rdn. 2; *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 23; *Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 10; *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 31; *Wessels/Hettinger*, BT 1, Rdn. 369h; *Krüger* S. 179 f; *Valerius* JuS 2007 319, 323. LG Heidelberg, Urt. vom 6. Mai 2008 – 2 Kls 22 Js 6935/07 – juris. Ebenso AG Löbau StV 2008 647 und OLG Rostock, Beschl. vom 27. Mai 2009 – 1 Ss 96/09 I 40/09 – juris.

⁴²⁴ BGHSt 54 189, 201 mit Anm. *Seher* JZ 2010 582, 584, der darauf hinweist, dass eine sukzessive Tatbestandsverwirklichung voraussetzt, dass der Täter bei Vornahme jeder Einzelhandlung den Vorsatz haben muss, eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung als tatbestandlichen Erfolg herbeizuführen.

⁴²⁵ Vgl. auch *SSW-Schluckebier* Rdn. 15. Wohl auch *Krüger* NStZ 2010 546, 552.

⁴²⁶ So aber *Valerius* JuS 2007 319, 323, der übertriebenen Opferreaktionen vorbeugen will; ihm folgend *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 30; *Jahn* JuS 2010 81, 82; *Kraus* S. 55; *Krüger* S. 182; *Mrosk* NJ 2010 416, 419; vgl. auch BGHSt 54 189, 197, der sich hierzu nicht ausdrücklich äußert. Dagegen zu Recht *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 24 unter Hinweis darauf, dass eine solche Ansicht im Wortlaut keine Stütze findet und Aspekte des Erfolgserfordernisses und der Zurechnung verengt. Ähnlich *Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 10. S. dazu auch *Gazeas* JR 2007 497, 503; *Neubacher/Seher* JZ 2007 1029, 1034 f.

⁴²⁷ So auch *Fischer* Rdn. 24; *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 24; aA BGHSt 54, 189, 197; *Mitsch* NJW 2007 1237, 1240.

⁴²⁸ Vgl. *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 29: nicht geschützt ist also, derjenige, der sogleich beim Beginn der Nachstellungshandlungen seine Lebensgestaltung umstellt.

⁴²⁹ BGHSt 54 189, 197: kein Schutz für besonders Hartgesottene.

⁴³⁰ Vgl. *Krüger* NStZ 2010 546, 551: Schutz eines Teils der Freiheit des Opfers in Abgrenzung der freiheitssphären von Täter und Opfer („Sphärentheorie“).

keit.⁴³¹ In Fällen völlig „übertriebener Furchtreaktionen“ des Opfers, die außerhalb der Lebenserfahrung liegen und etwa auf einer außergewöhnlichen, für den Täter nicht vorhersehbaren psychischen Disposition beruhen oder erst im Zusammenwirken mit anderen nicht im Vorfeld zu erkennenden Belastungen entstanden sind, kann allerdings die **objektive Zurechnung** des Täterverhaltens für den eingetretenen tatbestandlichen Erfolg entfallen lassen.⁴³² Anhaltspunkt dafür, dass ein solcher Fall gegeben sein könnte, ist vor allem ein krasses Missverhältnis von Nachstellungshandlungen auf der einen und Opferreaktionen auf der anderen Seite.⁴³³ Davon zu trennen ist die **Kausalität** der Tathandlung für die Beeinträchtigung. Daran fehlt es, wenn Veränderungen der Lebensgewohnheiten schon aus anderen Gründen eintreten. Vonnöten ist insoweit eine unmittelbare Ursächlichkeit des nachstellenden Handelns für die Reaktion des Opfers. So ist der Tatbestand des Absatzes 1 nicht erfüllt, wenn das Opfer nach Beendigung einer Lebenspartnerschaft mit dem Täter einen Ortswechsel vornimmt, ohne dass dies durch ein nach Nr. 1 bis 5 tatbestandsmäßiges Verhalten veranlasst worden wäre.⁴³⁴

3. Unbefugtheit. Strafbar ist nur das unbefugte Nachstellen. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers,⁴³⁵ der ein Teil der Literatur gefolgt ist,⁴³⁶ handelt es sich um einen zum Tatbestand gehörenden Umstand, der dessen Anwendungsbereich auf die strafwürdigen Fälle beschränkt. Danach werde klargestellt, dass ein ausdrückliches oder konkludentes Einverständnis des Opfers den Tatbestand ausschließe und der Täter nicht unbefugt handle, wenn er sich auf eine Befugnisnorm berufen könne. 67

Diese Auffassung ist in anderen Teilen der **Literatur** auf Kritik gestoßen. Sozialadäquate Handlungen seien nur bei den Tatbeständen des Absatzes 1 Nr. 1 und 2 denkbar. Die Tatbestände der Nr. 3 und 4 umschrieben demgegenüber kein sozialadäquates, sondern mit einem Unwerturteil behaftetes Verhalten.⁴³⁷ Bei ihnen wirke eine Befugnis zur Vornahme der in Rede stehenden Handlungen daher lediglich als Rechtfertigungsgrund⁴³⁸ (vgl. auch oben Rdn. 45). Weitergehend wird das Merkmal der „Unbefugtheit“ sogar lediglich als bloßer Hinweis darauf verstanden, dass das Unrecht der Strafvorschrift in zahlreichen Fällen nicht gegeben sei. Dies sei Anlass, das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen in allen Tatbestandsvarianten in besonderer Weise zu prüfen. Sowohl 68

⁴³¹ Vgl. *Neubacher/Seher* JZ 2007 1029, 1034. *Rackow* GA 2008 552, 561 hegt deshalb Bedenken hinsichtlich der „Vagheit“ des Tatbestandsmerkmals. *Peters* NSTz 2009 238, 241 beklagt damit einhergehende Beweis-schwierigkeiten in der strafrechtlichen Praxis; so auch *Küpper* AnwK-StGB Rdn. 13. Kritisch auch *Eiden* ZIS 2008 123, 127.

⁴³² *Fischer* Rdn. 25 unter Hinweis auf den Gedanken der Risikoverteilung; s. auch *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 24.

⁴³³ Vgl. *Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 10; *Valerius* v. Heintschel-Heinegg Rdn. 17: Wohnortwechsel bei mehreren Liebes-briefen.

⁴³⁴ *Fischer* Rdn. 25; *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 32. Vgl. auch *Kinzig* ZRP 2006 256; *Löhr* S. 343.

⁴³⁵ BTDrucks. 16/575, S. 7.

⁴³⁶ *Lackner/Kühl* Rdn. 6; *Küpper* AnwK-StGB Rdn. 5; *Mosbacher* NSTz 2007 665, 668; *Mrosk* NJ 2010 416, 418; *Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 3; *Sadtler* S. 298 ff; *Valerius* JuS 2007 319, 322; *Wessels/Hettinger* BT 1 Rdn. 369g. Wohl auch *SSW-Schluckebier* Rdn 14 und *Weinitschke* S. 146 f.

⁴³⁷ *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 26.

⁴³⁸ Vgl. insb. *Buß* S. 228 f; *Fischer* Rdn. 26 und *Mitsch* NJW 2007 1237, 1240; *ders.* Jura 2007 401 f. S. auch *Kinzig/Zander* JA 2007 481, 483; ferner *Gazeas* JR 2007 497, 503. *Gericke* MK Rdn.42 hält bei Nr. 3 und 4 ein Einverständnis dogmatisch für möglich, hält aber bei Nr. 4 eine Einwilligung des Opfers in Bedrohungshandlungen kaum für denkbar.

Befugnisnormen wie auch das Einverständnis des Opfers ließen deshalb nicht den Tatbestand, sondern erst die Rechtswidrigkeit entfallen. Der entgegenstehende gesetzgeberische Wille sei unbeachtlich, da er im Gesetz keinen Ausdruck gefunden habe.⁴³⁹

- 69** Die Annahme, das Merkmal „unbefugt“ sei lediglich ein deklaratorischer Hinweis auf mögliche Rechtfertigungsgründe, vermag nicht zu überzeugen. Nicht jedes Nachstellen ist nach zutreffender Ansicht des Gesetzgebers strafwürdig. Dies ist auch im Gesetzestext in genügender Weise zum Ausdruck gekommen. Damit kommt der „Unbefugtheit“ im Rahmen der **Tatbestandsprüfung** die zentrale Aufgabe zu, sozialadäquates Verhalten aus dem Tatbestand auszuschließen.⁴⁴⁰ Nicht von der Hand zu weisen ist freilich, dass die Tathandlungen nach Absatz 1 Nr. 3 und vor allem Nr. 4 entgegen der gesetzgeberischen Einschätzung regelmäßig „strafwürdiges Verhalten“ (missbräuchliche Verwendung personenbezogener Daten zum Zwecke der Warenbestellung; Bedrohung einer Person) enthalten und insoweit der gesetzgeberische Zweck, über die Unbefugtheit den Tatbestand auf strafwürdiges Verhalten zu begrenzen, von vornherein nicht eingreift. Insoweit ist das Merkmal in diesen Fällen lediglich als das „Fehlen von Rechtfertigungsgründen“ zu verstehen, während es hinsichtlich der anderen Tatvarianten als unrechtsbegründender Umstand wirkt. Es ist dementsprechend festzustellen, dass der Täter gegen den Willen oder ohne Einverständnis des Opfers und ohne eine Befugnis gehandelt hat.⁴⁴¹ Die differenzierende dogmatische Einordnung⁴⁴² bleibt allerdings ohne Folgen. Ein Irrtum über die Unbefugtheit in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 und 2 ist Tatbestandsirrtum⁴⁴³ ansonsten Erlaubnistatbestandsirrtum⁴⁴⁴, der auch eine Vorsatzstrafbarkeit ausschließt. Auch bei Absatz 1 Nr. 5 schließt der Irrtum über die Unbefugtheit bereits den Vorsatz aus, weil dieser Auffangtatbestand aufgrund seiner blanketthaften Formulierung auch sozialadäquate Handlungen zu erfassen vermag.⁴⁴⁵

- 70** Das ausdrückliche oder konkludente **Einverständnis** des Tatopfers stellt den wichtigsten Fall befugten Handelns dar.⁴⁴⁶ Maßgeblich für die Verwirklichung des Tatunrechts ist das Fehlen eines solchen Einverständnisses, nicht die positive Feststellung einer Sozialadäquanz des Täterverhaltens.⁴⁴⁷ Dabei sind Inhalt und Reichweite eines möglichen Einverständnisses konkret und im Einzelfall zu bestimmen. Es kann z.B. nur für bestimmte Bereiche erteilt sein. So kann eine Frau ihrem geschiedenen Ehemann zwar gestatten, sie telefonisch zur jeweiligen Klärung der Besuchszeiten für das gemeinsame Kind anzurufen, ihn jedoch darauf hinweisen, dass anderweitige Kontaktaufnahmen nicht gewünscht sind.⁴⁴⁸ Häufige Kontaktaufnahmen im Ergebnis auch unwillkommener Verehrer dürften

⁴³⁹ Wolters SK Rdn. 8; So auch Gerhold S. 125 ff; ders. NKrimP 2007 2, 3, der „unbefugt“ als Hinweis auf das allgemeine Deliktsmerkmal der Rechtswidrigkeit versteht.

⁴⁴⁰ Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 6.

⁴⁴¹ Wie hier Fischer Rdn. 26; Sch/Schröder-Eisele Rdn. 26; Gazeas JR 2007 497, 502; Mitsch NJW 2007 1237, 1240. Im Ergebnis ebenso, wenn auch mit unklarer Begründung Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 6 f.

⁴⁴² Vgl. insoweit auch zustimmend Sonnen NK Rdn. 50.

⁴⁴³ Mosbacher NStZ 2007 665, 669; Rössner/Krupna NKGesStR Rdn 3; Valerius JuS 2007 319, 322.

⁴⁴⁴ Sch/Schröder-Eisele Rdn. 26.

⁴⁴⁵ Sch/Schröder-Eisele Rdn. 26. Vgl. auch Gazeas JR 2007 497, 502.

⁴⁴⁶ Sch/Schröder-Eisele Rdn. 27.

⁴⁴⁷ So aber wohl Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 7; Wessels/Hettinger BT 1 Rdn. 369g; s. auch Valerius JuS 2007 319, 322 zum Beispiel eines Täters, der seiner (nicht abgezeigten) Angebetenen unzählige Liebesbriefe schreibt und mehrere Blumensträuße zusendet. Nach hier vertretener Ansicht ist das ein Fall mutmaßlichen Einverständnisses, das seine Grenze in der Erklärung des Opfers findet, diese Annäherungen nicht zu wünschen.

⁴⁴⁸ Vgl. dazu Gazeas JR 2007 497, 503. S. auch Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 7, der dies

auch im Rahmen menschlicher Partnersuche von einem **mutmaßlichen Einverständnis** solange getragen sein, bis durch eine entgegenstehende Willensäußerung geklärt ist, dass sie nicht gewünscht sind.⁴⁴⁹ Das vorliegende Einverständnis kann etwa auch auf bestimmte Formen der Kontaktaufnahme beschränkt sein. Dies wird anzunehmen sein, wenn z.B. das Opfer dem Täter nicht absolut ablehnend gegenüber steht, jedoch klar ist, dass eine bestimmte Art der Kontaktaufnahme oder ihr Umfang bzw. ihre Intensität von diesem nicht gebilligt wird.⁴⁵⁰ Auch enthält die Zustimmung zur Veröffentlichung personenbezogener Daten in Verzeichnissen (z.B. Telefonbücher, Branchen- oder Personalverzeichnisse) oder die Angabe von Klarnamen oder Anschriften in Internetforen oder bei Internetanbietern regelmäßig kein Einverständnis in „beharrliche“ Tathandlungen des Nachstellens.⁴⁵¹ Die Abgrenzung befugter von unbefugten Handlungen kann nicht dadurch ersetzt werden, dass man beispielsweise feststellt, diese oder jene Verhaltensweise habe ohnehin nicht zu einer „schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensverhältnisse“ geführt.⁴⁵² In Fällen, in denen erst eine Gesamtheit von Handlungen zu dem nach Absatz 1 notwendigen Taterfolg führt, ist sorgfältig festzustellen, welche dieser Verhaltensweisen von einem Einverständnis gedeckt und daher bei einer Gesamtbetrachtung nicht berücksichtigt werden dürfen.⁴⁵³

Befugnisse zur Vornahme von Tathandlungen können sich aus dem Bereich des öffentlichen Rechts wie auch des Zivilrechts ergeben.⁴⁵⁴ So sind zum einen Ermittlungshandlungen von Verwaltungsbehörden, Polizei und Staatsanwaltschaft ebenso erlaubt wie die Tätigkeit eines Gerichtsvollziehers.⁴⁵⁵ Zum anderen kann auch die Verfolgung

71

weniger unter dem Gesichtspunkt einer Absprache als vielmehr einer berechtigten Wahrnehmung von Interessen diskutiert.

⁴⁴⁹ Vgl. dazu auch *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 7.

⁴⁵⁰ *Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 3; *Valerius* JuS 2007 319, 322.

⁴⁵¹ *Fischer* Rdn. 27. Vgl. aber auch *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 27: Einverständnis bei Nr. 3 kann missbräuchliche Verwendung von Daten entfallen lassen.

⁴⁵² Vgl. *Mosbacher* NSTz 2007 665, 668; *SSW-Schluckebier* Rdn 14.

⁴⁵³ *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 27; *Valerius* v. Heintschel-Heinegg StGB Rdn. 15.

⁴⁵⁴ *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 27. In diesen Kontext fällt auch die Frage, ob der für § 4 GewSchG beachtliche Rechtfertigungsgrund der „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ aus § 1 Abs. 2 S. 2 GewSchG auch für § 238 Bedeutung erlangt. Dafür: *Kraus* S. 162; *aA Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 28: weitergehend als die Regelungen des GewSchG setze § 238 den Erfolg der schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung voraus. Zudem sei die Schutzzrichtung des GewSchG mit der Sanktionierung gerichtlicher Anordnungen eine andere. Diese Auffassung erscheint vorzugswürdig, da der Gesetzgeber trotz entspre-

chender Thematisierung – u.a. BTDrucks. 16/3641, S. 7 („berechtigte Interessen von Journalisten“) – darauf verzichtet hat, die „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ als Tatbestandsausschluss oder Rechtfertigungsgrund in § 238 ausdrücklich zu verankern; s. auch § 238 Rdn. 78. Dabei darf allerdings nicht aus dem Blick geraten, dass einzelne Fälle der „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ – wie die Kontaktaufnahme zwecks Umgang mit den gemeinsamen Kindern (vgl. *Krüger* MK (BGB) GewSchG § 1 Rn. 23) – auch die Unbefugtheit bei § 238 entfallen lassen. Zur Kritik an der Unbestimmtheit von § 1 Abs. 2 S. 2 GewSchG vgl. im Übrigen LG Oldenburg, Beschl. vom 4. September 2007 – 5 T 874/07 – juris.

⁴⁵⁵ *Fischer* Rdn. 27; *Lackner/Kühl* Rdn. 6; *Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 3; *SSW-Schluckebier* Rdn. 14. *Matt/Renzikowski/Eidam* Rdn. 7 will dagegen – wie auch *Wolters* SK Rdn. 8 – ohne recht einleuchtende Erklärung – (außerhalb der Norm stehende Befugnisse) öffentlich-rechtliche Erlaubnissätze lediglich als Rechtfertigungsgründe ansehen. Dass dies bei § 239 so beurteilt wird, spricht nicht ohne weiteres für eine Übertragung auf § 238: hier geht es anders als bei der Freiheitsberaubung gerade um sozialadäquate Verhaltensweisen.

berechtigter zivilrechtlicher Ansprüche die Unbefugtheit nachstellenden Verhaltens entfallen lassen. Darunter fällt etwa die wiederholte Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche im Mahn- und Inkassowesen oder die Kontaktaufnahme mit dem ehemaligen Partner zur Abstimmung über das gemeinsame Sorgerecht.⁴⁵⁶ Solche Fälle nur aus dem Tatbestand auszuschneiden, weil sie nicht „beharrliches“ Vorgehen darstellen,⁴⁵⁷ erscheint wenig sachgerecht. Immerhin handelt es sich regelmäßig um ein von der Rechtsordnung anerkanntes Vorgehen zur Durchsetzung eigener Rechte.⁴⁵⁸ Ob die öffentliche Bloßstellung oder das bedrohliche Verfolgen von Schuldnern dagegen als „unbefugt“ anzusehen ist,⁴⁵⁹ erscheint zumindest zweifelhaft.

- 72** Eine aus Art. 5 Abs. 1 GG folgende unmittelbare verfassungsrechtliche Ermächtigung von Pressevertretern zu Eingriffen in die Privatsphäre wird – zu Recht – verneint.⁴⁶⁰ Das Grundrecht stellt auf „allgemein zugängliche Quellen“ ab und gibt kein Recht zu einem schwerwiegenden Eingriff in die private Lebensgestaltung. Maßgeblich für die Frage der Befugtheit journalistischer Arbeit sind die sich aus den Pressegesetzen unter Berücksichtigung von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ergebenden Grenzen.⁴⁶¹ Danach ist der Anwendungsbereich des § 238 eröffnet, wenn für die Informationsmedien Tätige unter Überschreitung der ihnen durch die Pressegesetze gesetzten Grenzen Personen belästigen, verfolgen, in ihrem Privatbereich stören oder zum Zweck der Bloßstellung Taterfolge nach Absatz 1 verwirklichen.⁴⁶² Die Trennlinie von erlaubtem und unerlaubtem Verhalten wird man ähnlich wie bei der Norm des § 201a zu ziehen haben.⁴⁶³ Bei dieser können beharrliche Eingriffe in den Intimbereich einer Person gerechtfertigt sein, wenn die Bildaufnahme den Aufgenommenen bei Vornahme eines gravierenden, in den Augen der Öffentlichkeit skandalösen Rechtsverstoßes abbildet und erforderlich ist, um diesen Rechtsverstoß zu dokumentieren. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das bloße Interesse der Medien, die Öffentlichkeit über das Intimleben einer sog. „absoluten Person der Zeitgeschichte“ i.S. des § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG auf dem Laufenden zu halten, zur Rechtfertigung allein nicht ausreicht.⁴⁶⁴ Für diese Personen wie auch Personen, die aus eigenem Antrieb in verstärktem Maße die Aufmerksamkeit durch Presse oder sonstige Informationsmedien suchen, gilt jedoch, dass sie in erheblich größerem Umfang ihr Privatleben ausforschendes Verhalten hinzunehmen haben als andere.⁴⁶⁵

⁴⁵⁶ Fischer Rdn. 27; Sch/Schröder-Eisele Rdn. 27; Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 3; Gazeas JR 2007 497, 503; Valerius JuS 2007 319, 322.

⁴⁵⁷ So aber BTDrucks. 16/575, S. 7.

⁴⁵⁸ Wie hier Gazeas JR 2007 497, 503.

⁴⁵⁹ So aber Fischer Rdn. 28.

⁴⁶⁰ Lackner/Kühl Rdn. 8; Sonnen NK Rdn. 50; Wolters SK Rdn. 17; Mitsch NJW 2007 1237, 1240. Unklar Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 3.

⁴⁶¹ BTDrucks. 16/575, S. 7; Gazeas KJ 2006, 255 f; ders. JR 2007 497, 503; Kinzig/Zander JA 2007 481, 483; Mosbacher NStZ 2007 667; Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 7; Sch/Schröder-Eisele Rdn. 28;

Wagner FPR 2006 210 f. Kritisch wegen unzureichenden Schutzes der Pressefreiheit BTDrucks 16/3641, S. 7; s. auch Sommerfeld/Voß, SchlHA 2005, 326, 329; Kraenz S. 318 ff; Kraus S. 127 ff. Unklar Eiden ZIS 2008 126.

⁴⁶² So auch Fischer Rdn. 28.

⁴⁶³ Fischer Rdn. 28, der auch auf Grenzlinien nach §§ 185, 201 verweist.

⁴⁶⁴ Hoyer SK § 201a Rdn. 26.

⁴⁶⁵ Fischer Rdn. 28: allerdings nicht in beliebigem Umfang; aA Lackner/Kühl Rdn. 8. SSW-Schluckebier Rdn. 14 sucht hier – nicht überzeugend – die Lösung im Merkmal der „schwerwiegenden Beeinträchtigung“.

VII. Subjektiver Tatbestand

Strafbar bei § 238 ist nur die vorsätzliche Begehung. Dabei reicht **dolus eventualis**, **73** der grundsätzlich hinsichtlich aller Tatbestandsmerkmale festzustellen ist, aus.⁴⁶⁶ Eine Begründung hierfür nennen die Materialien nicht. *Krüger* (S. 183 f) vermutet – unter Rückgriff auf die Materialien zu der Parallelvorschrift des § 107a im österreichischen Strafrecht (vgl. dazu unten Rdn. 92 ff) – Beweisschwierigkeiten in der Praxis als Ursache für den Verzicht auf direkten Vorsatz zur Tatbestandserfüllung. Täter könnten sich darauf berufen, aus Zuneigung zum Opfer gehandelt zu haben, ohne dass es ihnen darauf angekommen sei, dessen Lebensgestaltung schwerwiegend zu beeinträchtigen.⁴⁶⁷ Zu berücksichtigen ist aber, dass neben Eventualvorsatz das subjektive Element des **beharrlichen** Vorgehens gegeben sein muss (oben Rdn. 60). Dies setzt zumindest sicheres Wissen von der Missachtung des Opferwillens voraus.⁴⁶⁸ Umstritten ist, ob hinsichtlich der Tathandlung des Aufsuchens räumlicher Nähe gesteigerte subjektive Voraussetzungen anzunehmen sind.⁴⁶⁹ Tatsächlich wohnt dem Begriff des Aufsuchens ein **finales Element** inne⁴⁷⁰, das freilich bedingt vorsätzliches Handeln nicht ausschließt (s. dazu im Einzelnen oben Rdn. 36). Hinsichtlich des Taterfolges der schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung genügt für die Annahme vorsätzlichen Handelns die Feststellung, dass der Täter die Möglichkeit des Taterfolges erkannt und diese billigend in Kauf genommen hat.⁴⁷¹ Ausreichend ist dabei die Kenntnis der zugrunde liegenden tatsächlichen Umstände und – ohne dass der Täter das „schwerwiegende“ der Rechtsgutverletzung im juristischen Sinne erfassen müsste – eine Parallelwertung in der Laiensphäre.⁴⁷² Der Vorsatz muss sich – jedenfalls bei den Tathandlungen nach Absatz 1 Nr. 1, 2 und 5 – auch auf die **Unbefugtheit** beziehen. Ein diesbezüglicher Irrtum über das Vorliegen einer Erlaubnis oder das Einverständnis des Opfers schließt deshalb als Tatbestandsirrtum auch im Falle seiner Vermeidbarkeit eine Strafbarkeit aus (dazu schon oben Rdn. 69).

VIII. Qualifikationstatbestände

1. Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung (Absatz 2). **74** Qualifizierend wirkt die Verursachung der Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung für das **Opfer**, einen **Angehörigen des Opfers** (§ 11 Abs. 1 Nr. 1) oder eine **dem Opfer nahe stehende Person**, von der nur auszugehen ist, wenn bei einer auf Dauer angelegten engen persönlichen Beziehung ein an Intensität des Zusammengehörigkeitsgefühls zwischen Angehörigen vergleichbares Band besteht (vgl. im Einzelnen *Zieschang* LK § 35 Rdn. 33 ff; s. auch *Valerius* JuS 2007 319, 323). Die Einbeziehung von Angehörigen und dem Opfer nahe stehender Personen in den Schutzbereich des Absatzes 2 ist in der Literatur auf Kritik gestoßen. Beklagt wird ein Systembruch. Die von Absatz 2

⁴⁶⁶ Vgl. nur *Gericke* MK Rdn. 51; *Lackner/Kühl* Rdn. 7; *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 27; *Mosbacher* NStZ 2007 665, 669; *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 33.

⁴⁶⁷ So auch *Buß* S. 245; *Peters* NStZ 2009 238, 242.

⁴⁶⁸ Wohl auch *Fischer* Rdn. 30; *Sonnen* NK Rdn. 49; *SSW-Schluckebier* Rdn. 18.

⁴⁶⁹ Dafür: *Küpper* AnwK-StGB Rdn. 14; *Lackner/Kühl* Rdn. 7; *Gazeas* JR 2007 497, 499, 503, die ein gezieltes Vorgehen verlangen.

Wohl auch BTDrucks 16/575, S. 7. Dagegen *Fischer* Rdn. 30.

⁴⁷⁰ *Gericke* MK Rdn. 51.

⁴⁷¹ Vgl. *Mosbacher* NStZ 2007 665, 669 unter Hinweis auf mögliche Beweisschwierigkeiten, die jedenfalls dann nicht gegeben sein dürften, wenn der Täter vom Opfer oder einem Dritten zur Abstandnahme von seinem Handeln aufgefordert worden ist.

⁴⁷² *Fischer* Rdn. 30; *Sonnen* NK Rdn. 49; *Krüger* S. 184 f.

genannten Dritten seien nicht Adressaten der Unrechtshandlungen in Absatz 1. Deshalb seien sie im Regelfall vom Stalking nur mittelbar betroffen, was es verbiete, zu ihrem Nachteil eintretende Rechtsgutsgefährdungen dem Täter strafschärfend anzulasten.⁴⁷³ Diese Argumentation ist jedenfalls nicht stimmig, soweit der Täter den Tatbestand des Absatzes 1 Nr. 4 verwirklicht, bei dem es um die Drohung mit dem Eintritt einer Rechtsgutsverletzung bei einem Dritten geht. Aber auch die Einbeziehung dritter Personen in den Schutz des Qualifikationstatbestands bei der Verwirklichung der anderen Tatbestände des Absatzes 1 erscheint sachgerecht. Dem Opfer nahe stehende Personen können von der Nachstellung ebenso berührt sein;⁴⁷⁴ zudem ist es durchaus tätertypisch, beim Stalking auch das Umfeld des Opfers in das Unrechtshandeln miteinzubeziehen.⁴⁷⁵

- 75** Absatz 2 ist ein **konkretes Gefährdungsdelikt**.⁴⁷⁶ Hinsichtlich der Gefahrverursachung ist deshalb **Vorsatz** erforderlich, § 18 greift nicht ein.⁴⁷⁷ Die eintretende Gefahr des Todes oder der schweren Gesundheitsschädigung muss konkret sein.⁴⁷⁸ Der auch in anderen Vorschriften, z.B. in §§ 113 Abs. 2 Nr. 2, 221 Abs. 2 Nr. 2, 235 Abs. 4 Nr. 1, 239 Abs. 3 Nr. 2, 306a Abs. 2, 306b Abs. 1, 308 Abs. 2, 309 Abs. 3, 312 Abs. 3, 315 Abs. 3 Nr. 2, 318 Abs. 3 und 328 Abs. 1 Nr. 2, verwendete Begriff der schweren Gesundheitsschädigung umfasst zunächst die in § 226 Abs. 1 beschriebenen schweren Folgen, reicht jedoch weiter. Einzubeziehen sind Gesundheitsschäden, die nach Art und Verlauf den in § 226 Abs. 1 genannten Folgen im Schweregrad gleichkommen, so etwa eine lebensbedrohende, eine qualvolle oder eine ernste und langwierige Krankheit, auch psychischer Art (etwa Depressionen mit Krankheitswert).⁴⁷⁹ Die erhebliche Beeinträchtigung der Arbeitskraft an sich reicht nicht aus,⁴⁸⁰ mit ihr muss eine schwere Gesundheitsschädigung der beschriebenen Art einhergehen.

- 76** Der Eintritt der Gefahr muss **durch die Tat verursacht** sein. Unter Tat ist dabei die den Tatbestand des Absatzes 1 erfüllende Nachstellung zu verstehen. Die Annahme von Absatz 2 setzt demnach voraus, dass zuvor auch die vollständige Verwirklichung von Absatz 1 festgestellt ist.⁴⁸¹ Führt der Täter den Gefährterfolg bereits durch die erste Nachstellung herbei und sieht dann von weiteren Maßnahmen ab, bleibt er straflos.⁴⁸² Strafbarkeit nach Absatz 1 scheidet mangels Beharrlichkeit aus, versuchtes Stalking steht

⁴⁷³ Fischer Rdn. 36; Krüger S. 199 ff.

⁴⁷⁴ Lackner/Kühl Rdn. 10; Wolters SK Rdn. 20; Mitsch NJW 2007 1237, 1241; Valerius JuS 2007 319, 323.

⁴⁷⁵ BTDrucks. 16/3641, S. 14.

⁴⁷⁶ Gericke MK Rdn. 53; Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 28; SSW-Schluckebier Rdn. 16; S. auch Buß S. 249; Gazeas JR 2007 497, 504 mit ausführlicher Begründung; Rackow GA 2008 552, 566; aA Valerius JuS 2007 319, 323: Erfolgsqualifikation.

⁴⁷⁷ Gericke MK Rdn. 53; Fischer Rdn. 35; Lackner/Kühl Rdn. 10; Kinzig/Zander JA 2007 481, 485; Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 11; Sonnen NK Rdn. 56; SSW-Schluckebier Rdn. 16; Wolters SK Rdn. 20; Mitsch Jura 2007 401, 406.

⁴⁷⁸ Fischer Rdn. 35; Wolters SK Rdn. 20. Zur Konkretheit einer Gefahr s. auch König LK § 315 Rdn. 52 ff.

⁴⁷⁹ Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 11; SSW-Schluckebier Rdn. 16; Sch/Schröder-Eisele Rdn. 37; Sonnen NK Rdn. 54; Valerius JuS 2007 319, 323; s. auch Mosbacher NSTZ 2007 665, 669, der allerdings einen § 226 vergleichbaren Schweregrad nicht fordert. Ausführlich König LK § 315 Rdn. 120. Wohl auch BGH NSTZ-RR 2011 12.

⁴⁸⁰ BGH NSTZ-RR 2011 12, 13; Küpper AnwK-StGB Rdn. 20: Herabsetzung der Erwerbsfähigkeit um mindestens 50 %; aA die h.M., vgl. nur Sch/Schröder-Eisele Rdn. 37; Fischer § 306b Rdn. 4; Valerius JuS 2007 319, 323 unter Hinweis auf BTDrucks. 13/8587, S. 27 f; 16/3641, S. 31.

⁴⁸¹ Sch/Schröder-Eisele Rdn. 37; Gazeas KJ 2006 247, 258; Mitsch NJW 2007 1241.

⁴⁸² Buß S. 250.

nicht unter Strafe.⁴⁸³ Kausalität der Tat allein reicht für die Annahme des Absatzes 2 nicht aus. Erforderlich ist ein **spezifischer Ursachenzusammenhang**,⁴⁸⁴ es muss sich die im Grundtatbestand angelegte Gefahr für Leib oder Leben verwirklichen,⁴⁸⁵ wobei es unerheblich ist, ob es sich insoweit um eine Gefahr der Nachstellungshandlung oder des durch sie eingetretenen Erfolgs handelt.⁴⁸⁶ So liegt eine für eine Nachstellungshandlung typische Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung vor, wenn sich aus der Waffe, mit der der Täter dem Opfer droht, versehentlich ein Schuss löst.⁴⁸⁷ Dies gilt auch, wenn es beim Opfer als Folge des Täterverhaltens zu schweren physischen oder psychischen Erkrankungen (s. dazu Rdn. 75) kommt.⁴⁸⁸ Zugerechnet werden dem Täter auch solche Gefahren, die ihre letzte Ursache erst in einem Verhalten des Opfers haben. Genannt werden hier insbesondere die versuchte Selbsttötung und die waghalsige Flucht des Opfers, bei der es zur Personengefährdung kommt.⁴⁸⁹ Dazu zählen aber auch sonstige selbstzerstörerische Handlungen wie erheblicher Tabletten- oder Drogenmissbrauch sowie auch Alkoholsucht.⁴⁹⁰ Hinsichtlich des versuchten Suizides ist die Erfüllung des Qualifikationstatbestandes allerdings zweifelhaft, da die autonome Selbsttötung und die Teilnahme daran grundsätzlich straflos sind (s. dazu auch Rdn. 77).⁴⁹¹ Auch die Gefährdung eines Dritten, der dem Nachstellungsoffer zur Hilfe eilt, kann den Tatbestand erfüllen.⁴⁹² Allerdings ist bei Gefährdungen, die nur mittelbar auf ein Verhalten des Täters zurückzuführen sind, deren endgültige Ursache vom Opfer selbst oder einer dritten Person gesetzt wurde, der Zurechnungszusammenhang zum Unrechtsverhalten einer besonders genauen Prüfung zu unterziehen. Nur typische, nicht aus dem Rahmen fallende und vorhersehbare Folgen einer Nachstellung können zugerechnet werden.⁴⁹³ An diesem Zusammenhang fehlt es etwa bei irrationalen oder mit Blick auf die Nachstellungshandlung unverhältnismäßigen Reaktionen des Opfers oder eines Dritten oder auch in den Fällen, in denen der Gefährdungserfolg auf einer Sorgfaltswidrigkeit beruht – das Opfer erhöht die Dosis seines Schlafmittels, um Ruhe zu finden⁴⁹⁴ – oder Ausdruck des „allge-

⁴⁸³ Wolters SK Rdn. 20; Gazeas JR 2007 497, 504; Mitsch NJW 2007 1237, 1241; S. ferner Rackow GA 2008 552, 566.

⁴⁸⁴ Krüger, S. 205.

⁴⁸⁵ Dies bezweifelt entgegen der gesetzgeberischen Entscheidung Fischer Rdn. 36 bei Dritten und will deshalb wohl auf eine Anwendung von Absatz 2 bei Gefahren für dritte Personen verzichten. Ihm ist jedenfalls insoweit zuzustimmen, als hier besonders sorgfältig zu prüfen ist, ob die für den Dritten bestehende Gefahr tatbestands-typisch ist.

⁴⁸⁶ Wolters SK Rdn. 20. Zum spezifischen Gefahrenzusammenhang auch Fischer Rdn. 37a, der ihn annimmt, wenn es sich um eine unmittelbar aus der Tathandlung ergebende Folge handelt. Ferner Valerius JuS 2007 319, 323. Kritisch Eiden ZIS 2008 123, 127.

⁴⁸⁷ Wolters SK Rdn. 20. Mosbacher NStZ 2007 665, 669 spricht insoweit von gefährlichen Stalkingmethoden; ähnlich mit Beispielen

SSW-Schluckebier Rdn. 16. S. auch Gazeas JR 2007 497, 504; z.B. Verfolgen mit dem Auto.

⁴⁸⁸ SSW-Schluckebier Rdn. 16; Wolters SK Rdn. 20.

⁴⁸⁹ BTDrucks. 16/3641, S. 14 zu Abs. 3. Dazu SSW-Schluckebier Rdn. 16; Gazeas JR 2007 497, 504; Valerius JuS 2007 319, 323.

⁴⁹⁰ Mosbacher NStZ 2007 665, 669 mit dem Hinweis, dass eine individuelle Schädensdisposition (besondere Erregbarkeit oder Herzschwäche) – sofern vom Vorsatz umfasst – zu berücksichtigen sei.

⁴⁹¹ Freudenberg NJ 2006 535, 536. Offener: SSW-Schluckebier Rdn. 16; Mitsch NJW 2007 1237, 1240.

⁴⁹² Wolters SK Rdn. 20.

⁴⁹³ Wolters SK Rdn. 20 nimmt das an, wenn sie aus der Perspektive des Gefährdeten ein-sichtig motiviert sind.

⁴⁹⁴ Wolters SK Rdn. 20; aA Sonnen NK Rdn. 57; Mitsch Jura 2007 401, 406.

meinen Lebensrisikos“ ist: Das Opfer, das sich wegen des Täters entschließt, seinen Nachhauseweg von der Arbeit zu ändern, erleidet auf der neuen Route einen Verkehrsunfall.⁴⁹⁵

- 77** 2. Verursachung des Todes (Absatz 3). Die Regelung enthält eine **Erfolgsqualifikation**⁴⁹⁶ in Gestalt eines Verbrechens. Der Täter muss den Erfolg, den Tod des Opfers, eines Angehörigen des Opfers bzw. einer dem Opfer auf andere Weise nahe stehenden Person wenigstens fahrlässig herbeigeführt haben (§ 18).⁴⁹⁷ Eine vorsätzliche Verwirklichung ist möglich.⁴⁹⁸ Erforderlich für die Todesverursachung ist auch hier ein tatsächlicher Zusammenhang, wobei es aber, wie bei Absatz 2, nicht entgegensteht, wenn die letzte zum Erfolg führende Ursache vom betroffenen Rechtsgutsträger selbst gesetzt wird (Tötung anlässlich gefährlicher Fluchtreaktion).⁴⁹⁹ Erfasst werden insbesondere Fälle, in denen das Opfer (oder ein Dritter)⁵⁰⁰ auf der Flucht stirbt⁵⁰¹ oder in den Suizid getrieben wird.⁵⁰² Letzteres kann freilich nur angenommen werden, wenn ein eigenverantwortliches Handeln des Opfers nicht vorliegt,⁵⁰³ dieses vielmehr vom Opfer zwanghaft in den Tod getrieben wurde.⁵⁰⁴ Dies dürfte regelmäßig kaum festzustellen sein.⁵⁰⁵ Zu einer möglichen Versuchsstrafbarkeit s. unten Rdn. 83.

IX. Rechtswidrigkeit

- 78** Als besonders in Betracht zu ziehende Rechtfertigungsgründe kommen insbesondere das **Einverständnis** des Opfers (dazu schon Rdn. 70) und gesetzliche **Befugnisnormen** (dazu Rdn. 71) in Betracht, sofern sie nicht schon den Tatbestand ausschließen (hierzu Rdn. 68 f). Rechtfertigungsgründe können sich im Einzelfall auch aus § 34⁵⁰⁶ und § 32

⁴⁹⁵ Wolters SK Rdn. 20; Sonnen NK Rdn. 57.

⁴⁹⁶ Sch/Schröder-Eisele Rdn. 38; Sonnen NK Rdn. 57.

⁴⁹⁷ Gericke MK Rdn. 54; Rössner/Krupna NKGesStR Rdn. 12; Sch/Schröder-Eisele Rdn. 38. Kritisch Gazeas KJ 2006 247, 260 f, der ebenso wie Eiden ZIS 2008 123, 127, eine wenigstens leichtfertige Begehung gefordert hat.

⁴⁹⁸ Fischer Rdn. 37.

⁴⁹⁹ Fischer Rdn. 37a; Gazeas JR 2007 497, 504.

⁵⁰⁰ Für problematisch hält Fischer Rdn. 37a in diesen Fällen die Annahme des erforderlichen spezifischen Ursachenzusammenhangs; ebenso Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 29. S. auch Mosbacher NStZ 2007 665, 669, der Absatz 3 in dem Fall unproblematisch für anwendbar hält, in dem erfundene Todesmeldungen bei betagten Angehörigen zum Tode führen. Sch/Schröder-Eisele Rdn. 38, Rengier BT II § 26a, Rdn. 15 bejahen ihn nur, wenn der Dritte selbst Opfer einer der vorherigen Tathandlungen geworden ist.

⁵⁰¹ Zu Recht aber Küpper AnwK-StGB Rdn 21: nicht erfasst werden Folgen, die „gelegent-

lich“ der Täterhandlung eintreten. So keine strafrechtliche Verantwortlichkeit, wenn das Opfer seinen Heimweg ändert und in einen tödlichen Verkehrsunfall gerät, weil sich hier lediglich ein allgemeines Lebensrisiko verwirklicht.

⁵⁰² Gazeas JR 2007 497, 504; Gericke MK Rdn. 54; Lackner/Kühl Rdn. 11; Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 29; Sch/Schröder-Eisele Rdn. 38.

⁵⁰³ Lackner/Kühl Rdn. 11; Sch/Schröder-Eisele Rdn. 38; Buß S. 251; Kinzig/Zander JA 2007 485; Neubacher/Seher JZ 2007 1029, 1035.

⁵⁰⁴ Gazeas JR 2007 497, 504; Rackow GA 2008 552, 566 f.

⁵⁰⁵ Ausführlich dazu: Rackow GA 2008 552, 567. S. auch Neubacher/Seher JZ 2007 1029, 1035.

⁵⁰⁶ Ausdrücklich hierzu Wolters SK Rdn. 17 im Falle des investigativen Journalismus, allerdings zu Recht nur bei einem überragenden Informationsinteresse der Allgemeinheit (Aufdeckung von gravierenden Rechtsverstößen des Opfers). S. dazu auch: Sommerfeld/Voß SchlHA 2005 326, 328.

ergeben. Ebenso sind auch Fälle der Pflichtenkollision denkbar.⁵⁰⁷ Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG kann nicht über die sich aus den Pressegesetzen ergebenden Befugnis hinaus als Grundlage einer selbständigen Rechtfertigung dienen.⁵⁰⁸ Ebenso kommt eine analoge Anwendung von § 193 (Wahrnehmung berechtigter Interessen) nicht in Betracht. Der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, einen entsprechenden speziellen Rechtfertigungsgrund zu schaffen; insoweit liegt eine Regelungslücke nicht vor.⁵⁰⁹

X. Schuld

Für die Mehrzahl der praktisch vorkommenden Fallgestaltungen gelten keine Besonderheiten. Allerdings können **obsessives Verfolgen** des Opfers und **gesteigerte, massivere Formen des Stalking** Anhaltspunkte für eine Einschränkung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit des Täters liefern,⁵¹⁰ der Ausschluss der Schuldfähigkeit wird eine Ausnahme bleiben.⁵¹¹ Die Unmöglichkeit, das Täterhandeln rational nachzuvollziehen, reicht jedoch als alleiniges Indiz für die Annahme der Eingangsvoraussetzungen der §§ 20, 21 nicht aus.⁵¹² Vielmehr ist anhand der Tatmotivation unter Einschaltung eines Sachverständigen im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob eine Eingangsvoraussetzung der §§ 20, 21 vorliegt und wie sich diese konkret auf die Schuldfähigkeit des Täters (und dessen Gefährlichkeit)⁵¹³ auswirkt.⁵¹⁴ Bloße Verhaltensauffälligkeiten sind noch kein Indiz für eine Unterbringung rechtfertigende wahnhafte Störung.⁵¹⁵

Die psychiatrische Forensik unterscheidet innerhalb der Tätertypologie⁵¹⁶ zwischen *uneingeschränkt schuldfähigen Stalkern*, den *psychotischen Stalkern*, d.h. den Tätern, bei denen Wahnvorstellungen – Liebeswahn, Verfolgungswahn und Beeinträchtigungswahn – das Stalkingverhalten auslösen und die Eingangsvoraussetzungen der §§ 20, 21 regelmäßig gegeben sind,⁵¹⁷ und sog. „*intermediären*“ *Stalkern*, d.h. solchen Personen, bei denen – zumeist aufbauend auf einer noch nicht krankheitswertigen Persönlichkeitsstörung – erst die Dynamik des belästigenden Verhaltens zu einem psychopathologischen Zustand führt, der ähnlich wie bei einer Sucht oder einer Zwangstörung Verhaltensmuster determiniert und Auswirkungen auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit nehmen kann.⁵¹⁸ Besonders in diesen Fällen bedarf es einer hinreichend nachvollziehbaren Einschätzung, ob die ggf. angenommene „Persönlichkeitsstörung“ – u.U. im Zusammen-

⁵⁰⁷ Fischer Rdn. 29.

⁵⁰⁸ Dazu auch: Wolters SK Rdn. 17; aA Gazeas KJ 2006 247, 256. Großzügiger hier auch Lackner/Kühl Rdn. 8. Vgl. auch Kraenz S. 340, der für die Übernahme der nebenstrafrechtlichen Ausnahmeregelung für die Tätigkeit der Medien eintritt.

⁵⁰⁹ Fischer Rdn. 29; Gericke MK Rdn. 55: Sch/Schröder-Eisele Rdn. 28; Wolters SK Rdn. 17; Kraus S. 136; s. aber Krüger S. 189.

⁵¹⁰ Vgl. Mosbacher NStZ 2007 665, 669.

⁵¹¹ Sonnen NK Rdn. 51.

⁵¹² Fischer Rdn. 31; Gericke MK Rdn. 56.

⁵¹³ Zur Frage einer Unterbringung nach § 63 s. unten Rdn. 85.

⁵¹⁴ Vgl. dazu BGH StraFO 2004 390 m. Anm. Pollähne R&P 2005 86.

⁵¹⁵ BGH WuM 2011 295, 296.

⁵¹⁶ Zu einer US-amerikanischen Typologie vgl. Sonnen NK Rdn. 51; I. Müller S. 88 f.

⁵¹⁷ S. BGH, Beschl. vom 25. Oktober 2006 – 5 StR 370/06: auch hier ist freilich eine konkrete Begründung für den Ausschluss der Steuerungsfähigkeit nicht entbehrlich. Dazu auch Mosbacher NStZ 2007 665, 669.

⁵¹⁸ Dreßing/Maul-Backer/Gass NStZ 2007 253, 254 f. Vgl. Auch Smischek S. 75: Stalking zu vielschichtig, um zu einheitlichen Klassifizierungen zu gelangen.

wirken mit Alkohol- oder Drogenmissbrauch –⁵¹⁹ zum Vorliegen einer „schweren seelischen Abartigkeit“, einer „krankhaften seelischen Störung“ und zur erheblichen Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit geführt hat.⁵²⁰

XI. Täterschaft und Teilnahme

- 81** Täterschaft und Teilnahme bestimmen sich nach den allgemeinen Regeln. Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft – insbesondere bei Verwirklichung der Tathandlungen, in denen dies bereits nach dem Wortlaut angelegt ist (Absatz 1 Nr. 2 und 3) – sind möglich. Grenzen ergeben sich bei Absatz 1 Nr. 1 als **eigenhändigem Delikt**⁵²¹ und mit Blick auf das Merkmal der **Beharrlichkeit**, das in seinem subjektiven Element bei jedem Mittäter vorliegen muss.⁵²² Die Beharrlichkeit ist im Übrigen strafbegründendes persönliches Merkmal, so dass insoweit § 28 Abs. 1 anzuwenden ist.⁵²³ Bedient sich der Täter in den Tatbeständen der Nr. 2 und 3 dritter Personen, sind diese bei Bösgläubigkeit Gehilfen.⁵²⁴

XII. Vollendung und Versuch

- 82** **Vollendung** tritt bei Vorliegen der schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers ein. Der **Versuch** der Nachstellung im Sinne der Absätze 1 und 2 ist nicht strafbar. Zu beachten ist allerdings Absatz 1 Nr. 2. Führt bereits der Versuch der Kontaktaufnahme durch den Täter unter den dort beschriebenen Voraussetzungen zur Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolges, liegt Vollendung und damit ein strafbares Verhalten vor. Unberührt bleibt die Strafbarkeit versuchter Delikte, die – wie eine Körperverletzung – anlässlich des Stalking begangen werden.
- 83** Demgegenüber stellt sich bei **Absatz 3** die Frage der Versuchsstrafbarkeit. Der Qualifikationstatbestand ist Verbrechen. Ein strafbarer Versuch ist daher in der Gestalt möglich, dass der Grundtatbestand verwirklicht und die schwere Folge versucht wird.⁵²⁵ Zweifelhaft ist die Strafbarkeit des sog. „**erfolgsqualifizierten Versuchs**“ (vgl. hierzu allgemein ausführlich *Hillenkamp* LK Vor § 22 Rdn. 108 ff), d.h. des Versuchs des Grunddelikts, bei dem die schwere Folge bereits eintritt.⁵²⁶ Der „erfolgsqualifizierte Versuch“ wird überwiegend für straflos gehalten, da der Versuch des Grunddelikts, der Versuch des Absatzes 1, nicht unter Strafe steht.⁵²⁷ Zum Teil wird Strafbarkeit bejaht, da bereits

⁵¹⁹ Vgl. Insoweit unter Auswertung empirischer Studien zum Täterprofil des Stalkers *Sonnen* NK Rdn. 52; *Smischek* S. 100: 15 % aller Fälle mit endogener Psychose, 11 % mit Schizophrenie, 10 % mit antisozialer Persönlichkeitsstörung.

⁵²⁰ BGH StraFO 2004 390 m. Anm. *Pollähne* R&P 2005 86; R&P 2007 150 m. Anm. *Pollähne*; R&P 2008, 226; dazu auch *Mosbacher* NStZ 2007 665, 669.

⁵²¹ *Gericke* MK Rdn. 57; *Küpper* AnwK-StGB Rdn 18; *Wolters* SK Rdn. 23; allgemein *Schünemann* LK § 25 Rdn. 167: keine uneigenhändige Mittäterschaft.

⁵²² *Mitsch* Jura 2007 401, 405; *Sch/Schröder-*

Eisele Rdn. 35, *Wolters* SK Rdn. 23; allgemein *Schünemann* LK § 25 Rdn. 168.

⁵²³ *Buß*, S. 216; *Fischer* Rdn. 33; *Wolters* SK Rdn. 23.

⁵²⁴ *Fischer* Rdn. 33; *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 35.

⁵²⁵ *Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 12.

⁵²⁶ Vgl. *Mitsch* NJW 2007 1237, 1241: das Problem stellt sich im StGB zurzeit nur bei §§ 221 Abs. 2, 3 und 236 Abs. 5.

⁵²⁷ *Fischer* Rdn. 37; *Lackner/Kühl* Rdn. 11; *Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 12; *Sonnen* NK Rdn. 58; *Gazeas* JR 2007 497, 504 f.

der Nachstellungshandlung auch ohne die Folge einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung eine sich im Erfolg des Absatzes 3 realisierende Gefährlichkeit innewohnen könne. Dies sei etwa der Fall, wenn das Stalking den Seelenfrieden des Opfers derartig erschüttere, dass dieses zur Selbsttötung greife oder eine zum Tode führende Fluchtreaktion zeige.⁵²⁸ Nicht nur die Überlegung, der Erfolgseintritt nach Absatz 3 habe im Falle des versuchten (aber straflosen) Grunddelikts strafbegründende, nicht lediglich – wie von § 18 gefordert – strafferhöhende Wirkung, spricht für Straflosigkeit. Auch das Übermaßverbot stützt dieses Ergebnis.⁵²⁹ Da der Versuch der Nachstellung sehr früh beginnt, etwa schon dann, wenn der Täter erstmalig sein Opfer zu Hause aufsucht, soweit er den Vorsatz hat, ihm auch künftig nachzustellen, kommt es im Falle des Erfolgseintritts zu einem – verfassungsrechtlich bedenklichen – Strafrahmensprung, der zum Bezugspunkt einer möglichen Tat nach Absatz 1 außer Verhältnis steht.⁵³⁰ Denkbar ist dagegen ein strafbarer Versuch, wenn auch hinsichtlich der Folge in Abs. 3 Vorsatz gegeben ist (**versuchte Erfolgsqualifikation**), allerdings nur, wenn der Grundtatbestand nach Abs. 1 vollendet gegeben ist.⁵³¹

XIII. Rechtsfolgen

1. Strafraumen. Das Gesetz sieht für die nach **Absatz 1** strafbare Nachstellung Geld- 84
strafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren vor. Bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sind insbesondere die Intensität und die Anzahl der Nachstellungshandlungen, dies freilich nur insoweit, als diese über das für die Tatbestandserfüllung erforderliche „beharrliche“ Vorgehen hinausgehen (§ 46 Abs. 3). Strafmildernd können bei gescheiterten Beziehungen die Vorgeschichte und auch das mitunter in diesen Fällen widersprüchliche Opferverhalten zu Buche schlagen. Die Verhängung einer Freiheitsstrafe wird bei einer Erstverurteilung schon mit Blick auf § 47 Abs. 1 kaum in Betracht zu ziehen sein.⁵³² **Absatz 2** sieht eine schärfere Strafdrohung vor (Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren), wobei der Gesetzgeber – anders als bei § 177 und § 250 – darauf verzichtet hat, beiden in Absatz 2 enthaltenen Gefahrqualifikationen unterschiedliche Strafraumen zuzuweisen. Der Strafraumen von **Absatz 3** reicht von einem Jahr bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe. Er ist im Vergleich zu anderen Todeserfolgsqualifikationen, wie etwa § 251, niedrig bemessen. Dahinter mag die Erwägung des Gesetzgebers stehen, dass Stalking mit tödlichem Ausgang eher selten,⁵³³ zumindest aber nur sehr schwer nachweisbar ist.⁵³⁴ Gleichwohl ist der Qualifikationstatbestand des Absatzes 3 wegen seiner

⁵²⁸ Wolters SK Rdn. 22, der allerdings ein Ansetzen zur beharrlichen Nachstellung fordert. S. auch Mitsch Jura 2007 401, 407; ders. NJW 2007 1237, 1241 unter Hinweis darauf, dass ansonsten besonders intensive Stalking-Akte, die das Opfer schon vor Erreichen der Beharrlichkeitsgrenze töten, zur bloßen fahrlässigen Tötung herabgestuft würden. Vgl. auch Mosbacher NSTZ 2007 665, 669.

⁵²⁹ Buß S. 251.

⁵³⁰ So auch Gazeas JR 2007 497, 505 und im Ergebnis Krüger S. 207; Küpper AnwK-StGB Rdn 22.

⁵³¹ AA Sch/Schröder-Eisele Rdn. 38; Rackow GA 2008 566; weitergehend wohl Sonnen NK Rdn. 58: strafbar auch bei nur versuchtem Grunddelikt, zusätzlich mit dem Hinweis allerdings, dass dann regelmäßig auch versuchter Totschlag vorliege, hinter dem § 238 Abs. 3 zurücktrete. Ebenso Lackner/Kühl Rdn. 11.

⁵³² Dazu: BGH NSTZ-RR 2011 12.

⁵³³ Rackow GA 2008 553, 566 f.

⁵³⁴ Kinzig/Zander JA 2007 481, 485.

Strafandrohung auf verfassungsrechtliche Bedenken gestoßen. Er verletze den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und verstoße gegen das Gebot schuldangemessenen staatlichen Strafans. Die im Ergebnis nicht durchgreifende Kritik macht sich an der bei § 238 Abs. 3 eröffneten theoretischen (hier nicht für durchgreifend erachteten) Möglichkeit des „erfolgsqualifizierten Versuchs“ fest (vgl. dazu oben Rdn. 83). Führe der Täter den tatbestandlichen Erfolg – etwa den Tod des Opfers – bereits durch den Versuch des Grunddelikts, der an sich nicht unter Strafe stehe, herbei, sei die Anwendung eines Strafrahmens, der die Verhängung einer Freiheitsstrafe von einem bis zehn Jahren erlaube, dem Unrechtsgehalt der Tat nicht korrespondierend.⁵³⁵ Im Rahmen der konkreten Strafzumessung ist zu bedenken, dass im Merkmal der „Beharrlichkeit“ eine besondere Hartnäckigkeit und gesteigerte Gleichgültigkeit des Täters gegenüber dem gesetzlichen Verbot zum Ausdruck kommt; dies legt einen Verstoß gegen § 46 Abs. 3 StGB nahe.⁵³⁶

- 85** 2. Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (§ 63). Die Verhängung einer Maßregel nach § 63 ist trotz des Strafrahmens, der den Tatbestand als Delikt im Bereich allenfalls mittlerer Kriminalität ausweist, nicht ausgeschlossen, dürfte aber selten in Betracht kommen, da Nachstellungen, selbst wenn sie mit einer beträchtlichen Belastung für das Opfer verbunden sind, in den wenigsten Fällen als Straftat von erheblicher Bedeutung⁵³⁷ im Sinne von § 63 anzusehen sind⁵³⁸. Jedoch kann das Drohen der in Absatz 1 Nr. 4 aufgeführten Rechtsgutsbeeinträchtigungen (als Eskalation der eigentlichen Drohung) ebenso wie eine im Raum stehende besonders schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, die über die bloße Feststellung des für eine Nachstellung erforderlichen Taterfolgs allerdings weit hinausgehen muss, die für die Unterbringung des Täters erforderliche Gefährlichkeitsprognose erbringen.⁵³⁹ Erforderlich ist wie bei der Bedrohung, dass diese in ihrer konkreten Ausgestaltung die nahe liegende Gefahr ihrer Verwirklichung in sich trägt.⁵⁴⁰ Nur bei strikter Orientierung an diesen engen Vorgaben wird die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme gewahrt werden können.⁵⁴¹ Ist allerdings das Stalkingopfer dem Einflussbereich des Täters, etwa durch Wegzug, entzogen oder der Konflikt in anderer Weise bewältigt, fehlt es an der notwendigen Wahrscheinlichkeit zukünftiger erheblicher Straftaten.⁵⁴² Eine Maßregelanordnung wird zudem auch dann nicht in Betracht kommen, wenn trotz Vorliegens von Anzeichen für eine generelle Ver-

⁵³⁵ Buß S. 251; Gazeas KJ 2006 247, 261; kritisch auch die Stellungnahme des Deutschen Richterbundes „zu der vom Rechtsausschuss empfohlenen Fassung des Entwurfs eines Stalking-Bekämpfungsgesetzes“ Ziff. 4; abrufbar unter <http://www.drb.de>.

⁵³⁶ Zu großzügig: BGH NStZ-RR 2014, 208, 209; s. auch BGHSt 54, 189, 195.

⁵³⁷ BVerfG R&P 2014, 31, 34: § 238 nicht generell als Straftat von erheblicher Bedeutung, allenfalls bei aggressiven Übergriffen.

⁵³⁸ BVerfG R&P 2014, 31 34; LG Darmstadt NStZ-RR 2012 44; BGH NJW 2013, 3383, 3385; vgl. aber auch sehr weitgehend gegen BGH NStZ-RR 2011 12, 13; BGH NJW-Spezial 2013, 665 f: Massive chronische posttraumatische Belastungsstörung beim Opfer rechtfertigt Unterbringung.

⁵³⁹ LG Heidelberg, Urt. vom 6. Mai 2008 – 2 KLS 22 Js 6935/07 – juris. Vgl. dazu auch BGH R&P 2008 226 m. Anm. Braasch jurisPR-StrafR 15/2008 Anm. 1 in einem Stalkingfall, allerdings nicht zu § 238, sondern zu Taten nach §§ 123, 185. Vgl. auch OLG Köln NJW 2007 3590.

⁵⁴⁰ BGH NJW 2013, 3383, 3385: der Besitz eines in der Wohnung aufgefundenen Schlagrings begründet eine solche Gefahr für sich genommen noch nicht.

⁵⁴¹ Dazu BGH R&P 2008 226 m. Anm. Braasch jurisPR-StrafR 15/2008 Anm. 1, s. auch BGH NStZ-RR 2011 12.

⁵⁴² Fischer Rdn. 34.

anlegung des Täters zu nachstellenden Handlungen eine Auswirkung auf die Steuerungsfähigkeit des Täters nicht festzustellen ist.⁵⁴³ Schließlich muss der notwendige Zusammenhang zwischen der psychischen Erkrankung und der Nachstellungstat belegt sein; das Vorhandensein einer paranoiden Schizophrenie reicht nicht aus, wenn die Taten Ausfluss der Verliebtheit und der Unfähigkeit des Betroffenen sind, mit der ablehnenden Haltung des Opfers umzugehen.⁵⁴⁴

XIV. Konkurrenzen

§ 238 ist kein **Dauerdelikt** (s. schon oben Rdn. 62). Dies ist dadurch gekennzeichnet, dass der Täter durch mehrere strafbare Verhaltensweisen den von ihm in deliktischer Weise geschaffenen rechtswidrigen Zustand willentlich aufrechterhält oder die deliktische Tätigkeit ununterbrochen fortsetzt. Demgegenüber zeichnen sich Stalkingtaten durch zeitlich getrennte, wiederholende Handlungen aus, die nicht zu einem gleichbleibenden und überbrückenden deliktischen Zustand führen.⁵⁴⁵ **Mehrere Verhaltensweisen des Nachstellens** zum Nachteil desselben Tatopfers bilden eine **Tat**, soweit erst durch die wiederholte Vornahme von Tathandlungen ein „beharrliches“ Handeln vorliegt⁵⁴⁶ und in ihrem Zusammenwirken die schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensführung eingetreten ist.⁵⁴⁷ Dies gilt unabhängig davon, ob eine der Nachstellungshandlungen unter § 238 Abs. 1 Nr. 5 fällt oder nicht.⁵⁴⁸ Anders ist es hingegen, wenn mehrere Nachstellungshandlungen vorliegen, die jeweils für sich gesehen das Merkmal der Beharrlichkeit erfüllen und zu unterschiedlichen Taterfolgen führen.⁵⁴⁹ In diesem Fall liegen auch mehrere materiell selbständige Taten der Nachstellung vor, sofern sich im Übrigen anschließen lässt, dass die bereits zum ersten Taterfolg führenden Handlungen auch zur weiteren schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung beigetragen haben. Im Zweifel liegt die Annahme einer einzigen Tat nahe.⁵⁵⁰ Gleichzeitige **Nachstellungen gegen mehrere Personen** stehen im Verhältnis der (gleichartigen) **Idealkonkurrenz**.⁵⁵¹ Mit **Straftaten, die anlässlich oder zum Zweck des Nachstellens** begangen werden, besteht wegen des unterschiedlichen Schutzzwecks der Strafnormen regelmäßig **Tateinheit**, typi-

⁵⁴³ BGH StraFo 2004 390 m. Anm. Pollähne R&P 2005 86. Dazu auch Schöch LK § 63 Rdn. 66.

⁵⁴⁴ So überzeugend: BGH, Beschluss vom 27. Mai 2014 – 3 StR 113/14.

⁵⁴⁵ BGHSt 54 189, 200: Fall der tatbestandlichen Handlungseinheit.; OLG Brandenburg NStZ 2010 519, 520. Vgl. aber auch Mitsch NStZ 2010 513, 514: es seien aber auch Konstellationen vorstellbar, in denen ein Dauerdelikt anzunehmen sein könnte, etwa eine Dauerobservation als Tat nach Abs. 1 Nr. 1. Anders noch Smischek S. 322; BTDrucks. 15/5410, S. 7.

⁵⁴⁶ Vgl. nur Gericke MK Rdn. 59; Küpper AnwK-StGB Rdn. 19 und Valerius JuS 2007 319, 323: Beharrlichkeit setzt begriffsnotwendig wiederholte Belästigungen voraus.

⁵⁴⁷ BGHSt 54 189, 201 f mit zustimmender Anm. Winkel jurisPR-StrafR 4/2010 Anm. 1;

Lackner/Kühl Rdn. 12; Matt/Renzikowski-Eidam Rdn. 31; Sch/Schröder-Eisele Rdn. 39; Sonnen NK Rdn. 60; SSW-Schluckebier Rdn. 23; Wolters SK Rdn. 24; Mosbacher NStZ 2007 665, 669; Seher JZ 2010 582, 584.

⁵⁴⁸ Sch/Schröder-Eisele Rdn. 39; Mosbacher NStZ 2007 665, 669; Rössner/Krupna NKGesStR Rdn 13; aA Lackner/Kühl Rdn. 12: Tat nach Absatz 1 Nr. 5 sei exklusiv, weil sie voraussetze, dass keine Tat nach Absatz 1 Nr. 1–4 vorliege.

⁵⁴⁹ BGH NJW 2013, 3383, 3385. Vgl. auch Sch/Schröder-Eisele Rdn. 39: erneutes Ansetzen nach Umzug als schwerwiegender Beeinträchtigung der Lebensgestaltung.

⁵⁵⁰ So auch Mosbacher NStZ 2007 665, 669. Vgl. in diesem Sinn auch Fünfsinn FS Kreuzer, 146, 159.

⁵⁵¹ Fischer Rdn. 39; Gericke MK Rdn. 59.

sche Begleittaten sind etwa §§ 123, 164, 185, 223, 240⁵⁵², 303⁵⁵³; in Betracht kommen aber auch Strafnormen wie §§ 177, 263, 267.⁵⁵⁴ Die Annahme von Tateinheit gilt aus Klarstellungsgründen auch für § 241 im Verhältnis zu Absatz 1 Nr. 4, da § 241 – anders als der Tatbestand des § 238 – die Bedrohung mit einem Verbrechen voraussetzt.⁵⁵⁵ Dagegen treten Taten nach § 4 i.V.m. § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b GewSchG aus Subsidiaritätsgründen gegenüber § 238 zurück. Das Tatunrecht des § 4 GewSchG wird von § 238 erfasst; weder Gründe der Klarstellung noch etwa der Umstand, dass der § 4 GewSchG immanente Verstoß gegen eine gerichtliche Anordnung dann in der Verurteilung nicht zum Ausdruck käme, noch der gesetzliche Hinweis in § 4 GewSchG, dass andere Strafbarkeiten unberührt blieben⁵⁵⁶, rechtfertigen die Annahme von Tateinheit.⁵⁵⁷ Grundsätzlich kann § 238 – auch wenn es sich nicht um ein Dauerdelikt, sondern um eine zeitlich gestreckte, sukzessiv begangene Straftat handelt –⁵⁵⁸ *Tateinheit zwischen an sich selbständigen Tatbeständen* herstellen, wenn es zu jedem der beiden anderen ideell konkurriert⁵⁵⁹. Der Eintritt der sog. *Klammerwirkung* hängt freilich davon ab, dass der Unrechtsgehalt der Taten vergleichbar ist⁵⁶⁰, wobei es ausreicht, dass die verbindende Nachstellung einen annähernden Unrechtsgehalt wie eine der zu ihr in Tateinheit stehenden Taten aufweist.⁵⁶¹ Zur Klammerwirkung kommt es daneben, wenn sich § 238 als das schwerste der im Raum stehenden Delikte herausstellt.⁵⁶² Während einer zeitlich gestreckten Nachstellungstat nacheinander begangene Delikte des Hausfriedensbruchs, der Beleidigung, der Bedrohung oder der Sachbeschädigung können danach problemlos über das Band des § 238 zur Tateinheit verklammert werden. Schließlich können *mehrere an sich selbständige Taten nach § 238* ihrerseits zur *Tateinheit* verbunden werden, wenn sie als Teilakte zu einem bestimmten am Ende stehenden Erfolg (Körperverletzung/Tod) anzusehen sind.⁵⁶³ § 238 Abs. 3 verdrängt § 222 im Wege der Gesetzeskonkurrenz.⁵⁶⁴

⁵⁵² Nach *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 31 soll § 240 hinter einer Tat nach Absatz 1 Nr. 4 zurücktreten. Ebenso: *Gazeas* JR 2007 497, 501.

⁵⁵³ *Gericke* MK Rdn. 59.

⁵⁵⁴ Vgl. *Fischer* Rdn. 39; *Lackner/Kühl* Rdn. 12; *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 31; *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 39; *Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 13; *Mosbacher* NSTZ 2007 665, 670; *Valerius* JuS 2007 319, 323.

⁵⁵⁵ *Lackner/Kühl* Rdn. 12; *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 39; *Sonnen* NK Rdn. 60; *Wolters* SK Rdn. 24; *Valerius* JuS 2007 319, 323; aA *Arzt/Weber-Weber* BT 2, 9/120, Buß S. 239; *Kinzig/Zander* JA 2007 481, 485; *Mitsch* NSTZ 2010 513, 515: Konsumtion. Differenzierend *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 31, der bei Drohen mit einem Verbrechen § 241 zurücktreten lässt (Konsumtion).

⁵⁵⁶ Dies besagt nichts über die Anwendung von Konkurrenzregeln.

⁵⁵⁷ *Fischer* Rdn. 39; aA *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 31; *Schönke/Schröder-Eisele* Rdn. 39; *Sonnen* NK Rdn. 60; *SSW-Schlucke-*

bier Rdn. 23; *Wolters* SK Rdn. 24; *Kinzig/Zander* JA 2007 485; *Kraenz* S. 333; *Mosbacher* NSTZ 2007 665, 670. So auch OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14. Mai 2008 – 2 Ws 142/08.

⁵⁵⁸ Zu einem vergleichbaren Fall: BGH NSTZ 2000, 25. Abweichend *Valerius* JuS 2007 319, 323 f.

⁵⁵⁹ U.a. *Gerhold* S. 143; aA OLG Brandenburg NSTZ 2010 519, 520; *Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 13; *Valerius* JuS 2007 319, 323 f.

⁵⁶⁰ *Fischer* Rdn. 39; *Mosbacher* NSTZ 2007 665, 670.

⁵⁶¹ *Fischer* vor § 52 Rdn. 30.

⁵⁶² BGHSt 54 189, 201. zustimmend: *Lackner/Kühl* Rdn. 12. Krit. im Hinblick auf die damit verbundene Besserstellung aggressiv agierender Stalker *Seher* JZ 2010 582, 584.

⁵⁶³ BGH NSTZ 2000, 25: durch mehrjährige Belästigungen herbeigeführter Körperverletzungserfolg (mit Selbstmordgedanken einhergehende depressive Verstimmung). Dazu auch *Mosbacher* NSTZ 2007 665, 670.

⁵⁶⁴ *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 39.

XV. Strafantrag (Absatz 4)

87

Strafantragserfordernis. Nach Absatz 4 ist zur Verfolgung einer Nachstellung im Sinne des Absatzes 1,⁵⁶⁵ soweit sie nicht mit einem Officialdelikt (etwa § 4 GewSchG) zusammentrifft,⁵⁶⁶ grundsätzlich das Vorliegen eines Strafantrags erforderlich. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll dies sicherstellen, dass dem Verletzten, d.h. der von der Nachstellung betroffenen Person⁵⁶⁷ oder auch einem Dritten, der durch die Vorschrift geschützt ist,⁵⁶⁸ die Entscheidungsmöglichkeit darüber verbleibt, ob er sich den Belastungen eines Strafverfahrens aussetzen will.⁵⁶⁹ Das Strafantragserfordernis dient damit dem **Opferschutz**.⁵⁷⁰ Es kann sich in dieser Funktion aber durchaus auch als kontraproduktiv erweisen, wenn es den Täter dazu „einlädt“, erneut gegen das Opfer anzugehen, um es zur Rücknahme des Strafantrags zu bewegen.⁵⁷¹ Im Gesetzgebungsverfahren ebenfalls laut gewordenen Bedenken, die Ausgestaltung des Grundtatbestandes der Nachstellung als Antragsdelikt werde zur Verfolgungsunwilligkeit bei den Staatsanwaltschaften und einer erhöhten Bereitschaft führen, anhängige Verfahren auf den Privatklageweg zu verweisen,⁵⁷² ist dadurch Rechnung getragen worden, dass eine Strafverfolgung auch bei **Vorliegen eines besonderen öffentlichen Interesses** möglich ist. Ein besonderes öffentliches Interesse ist im Regelfall anzunehmen, wenn der Täter einschlägig vorbestraft ist, die Tat gravierend ist, es dem Opfer wegen einer persönlichen Beziehung zum Täter nicht zugemutet werden kann, Strafantrag zu stellen oder die Vermutung besteht, es werde aus Angst auf eine Initiierung der Strafverfolgung verzichten (vgl. insoweit Nr. 86, 234 RiStBV).⁵⁷³ Zusätzlich ist in praktisch allerdings wohl eher seltenen Fällen daran zu denken, dass nach dem Tod des antragsberechtigten Stalking-Opfers ein Bedürfnis nach Strafverfolgung besteht.⁵⁷⁴ Ein Strafantrag liegt regelmäßig in der Erstattung einer Strafanzeige. Sie kommt schon in Betracht, wenn die Nachstellungen begonnen haben, das Delikt aber – mangels Erfolgeintritts – noch nicht vollendet ist. Die dreimonatige Antragsfrist nach § 77b Abs. 1 Satz 1 beginnt mit der Kenntnis des Antragsberechtigten von Tat und Täter, endet aber nicht bei einer zeitlich gestreckten Tat wie § 238 Abs. 1 vor Kenntnis vom Ende der letzten Nachstellungshandlung. Dies wird regelmäßig erst in einem zeitlichen Abstand zur Begehung des letzten Handlungsteils der Fall sein, es sei denn, der Täter verbindet diese Handlung mit einer entsprechenden Ankündigung, seine Nachstellungen nunmehr einzustellen.⁵⁷⁵

⁵⁶⁵ *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 32: Absätze 2 und 3 sind Officialdelikte.

⁵⁶⁶ *Matt/Renzikowski-Eidam* Rdn. 32; *aA Mitsch* NJW 2007 1237, 1241: kein Officialverfahren, wenn Opfer Strafverfolgung wegen § 238 nicht wünscht. Ähnlich: *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 40: jedenfalls hinsichtlich von § 238 verdrängter Delikte. S. auch *Arzt/Weber-Weber*, Strafrecht BT 2, 9/118.

⁵⁶⁷ *Fischer* Rdn. 38.

⁵⁶⁸ *Mosbacher* NStZ 2007 665, 670: nicht verletzt ist etwa ein ansonsten durch die Tat Geschädigter, beispielsweise ein Versandhändler.

⁵⁶⁹ BTDrucks. 16/575, S. 8.

⁵⁷⁰ Ausführlich dazu *Mitsch* NJW 2007 1237,

1241. Kritisch allerdings, weil der Gesetzgeber es verpasst habe, einen effektiveren Opferschutz zu gewährleisten *Buettner* ZRP 2008 124, 127 und *Löhr* S. 367 ff.

⁵⁷¹ *Sch/Schröder-Eisele* Rdn. 40; *Krüger* S. 195.

⁵⁷² BTDrucks. 16/3641, S. 9.

⁵⁷³ Vgl. *Gericke* MK Rdn. 61; *Mosbacher* NStZ 2007 665, 669; *Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 15 wollen demgegenüber mit Blick auf den Opferschutz für eine noch weitgehendere Verfolgung als Officialdelikt eintreten. Dagegen *Lackner/Kühl* Rdn. 13.

⁵⁷⁴ *Mitsch* NJW 2007 1237, 1241: mangels Fehlen einer Antragsrechtsübergangsklausel.

⁵⁷⁵ Zum Ganzen *Buettner* ZRP 2008 124, 126 f.

XVI. Strafprozessuales

- 88** 1. **Privatklage.** § 238 Abs. 1 ist Privatklagedelikt (§ 374 Abs. 1 Nr. 5 StPO). Auch im Falle eines Strafantrags verfolgt die Staatsanwaltschaft nur bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses.⁵⁷⁶ Der Verletzte trägt nicht nur die Last der Verfahrensdurchführung, sondern auch das Kostenrisiko im Falle der Verfahrenseinstellung oder eines Freispruchs.⁵⁷⁷ Gegenüber einem **Jugendlichen** ist – anders als bei einem Heranwachsenden (§ 109 JGG) – die Privatklage allerdings ausgeschlossen. Verfolgt die Staatsanwaltschaft ein Officialdelikt (auch § 4 GewSchG), ist Privatklage im Hinblick auf den durch dieselbe Tat begangenen § 238, der im Officialverfahren mitverfolgt wird, ausgeschlossen.⁵⁷⁸ Das Privatklageverfahren soll dazu dienen, weniger gravierende Taten von einer öffentlichen Strafverfolgung auszunehmen. Beispielhaft werden „im unteren Unrechtsbereich liegende typische Beziehungstaten“ genannt (*Peters* NStZ 2009 238, 242). Gerade bei diesen Taten steht der Durchführung des Privatklageverfahrens jedoch Nr. 86 Abs. 2 Satz 2 RiStBV entgegen, wonach der Verletzte im Regelfall nicht auf den Privatklageweg verwiesen werden darf, wenn ihm die Privatklage wegen seiner persönlichen Beziehung zum Täter nicht zugemutet werden kann (*Krüger*, S. 198).
- 89** 2. **Nebenklage.** Opfern von Nachstellungen steht nach § 395 Abs. 1 Nr. 4 StPO der Weg zur Nebenklage offen, nicht dagegen im Verfahren gegen Jugendliche⁵⁷⁹, wohl aber gegen Heranwachsende (§ 80 Abs. 3 JGG).⁵⁸⁰ Unter den Voraussetzungen des § 397a Abs. 2 StPO können sie (in Fällen von Abs. 1) auf Gewährung von Prozesskostenhilfe zur Hinzuziehung eines Rechtsanwalts antragen. Liegen die in Abs. 1 Nr. 3 und 5 des § 397a StPO genannten Erfordernisse vor, ist dem nebenklageführenden Stalkingopfer auf Antrag ein anwaltlicher Beistand zu bestellen.⁵⁸¹ Auf das Recht zum Anschluss und die Antragsrechte nach § 397a StPO sind Verletzte von Nachstellungen gemäß 406h Nr. 1 StPO hinzuweisen.
- 90** 3. **Untersuchungshaft.** Besteht die Gefahr einer wiederholten Begehung der Qualifikationstatbestände des § 238, kann die sog. „**Deeskalationshaft**“ angeordnet werden. Die Absätze 2 und 3 des § 238 sind in den Katalog des § 112a StPO integriert worden. Diese gesetzgeberische Maßnahme ist im Schrifttum teilweise auf erhebliche Kritik gestoßen. Obwohl das BVerfG in zwei Entscheidungen vom 15. Dezember 1965⁵⁸² und 7. August 1972⁵⁸³ die grundsätzliche Vereinbarkeit des Haftgrunds der Wiederholungsgefahr mit dem Grundgesetz festgestellt hat, werden – nicht zu Unrecht –⁵⁸⁴ verfassungsrechtliche Bedenken wegen der Möglichkeit einer präventiven Freiheitsentziehung aufgrund eines

⁵⁷⁶ Kritisch insoweit: *Buettner* ZRP 2008 124, 125.

⁵⁷⁷ Dazu *Mitsch* NJW 2007 1237, 1241; vgl. auch *Mosbacher* NStZ 2007 665, 670, der dies nicht für glücklich hält.

⁵⁷⁸ *Buettner* ZRP 2008 124, 125; *Mitsch* NJW 2007 1237, 1241; *Mosbacher* NStZ 2007 665, 671.

⁵⁷⁹ Der Anschluss zur Nebenklage ist Jugendlichen dagegen nicht verwehrt.

⁵⁸⁰ Vgl. Meyer-Goßner StPO Vorbem. § 395 Rdn. 5, 6.

⁵⁸¹ Vgl. auch *Sonnen* NK Rdn. 65.

⁵⁸² BVerfGE 19 342 ff.

⁵⁸³ BVerfGE 35 185 ff.

⁵⁸⁴ *Gazeas* KJ 2006 247, 265; *Kinzig/Zander* JA 2007 486; *Neubacher* ZStW 118, 855, 871; *Sommerfeld/Voss* SchlHA 2005 326, 330; *Vander* KritV 2006 81, 92; *Weber-Hassemser* ZRP 2006 69, 70; wohl auch *Lackner/Kühl* Rdn. 14. Scheinbar emotionslos *Lackner/Kühl* Rdn. 14; *Sonnen* NK Rdn. 61; *Wolters* SK Rdn. 26; aA *Mitsch* NJW 2007 1237, 1241 f; *Mosbacher* NStZ 2007 665, 670; *Rössner/Krupna* NKGesStR Rdn. 16.

unbewiesenen Verdachts der Nachstellung erhoben.⁵⁸⁵ Die qualifizierten Stalking-Tatbestände wiesen durchgängig nicht die Unrechtsschwere auf, die für Anlassstaten nach § 112a StPO als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen würden (zur identischen Auffassung der Bundesregierung in ihrem Gesetzentwurf vgl. oben bei der Entstehungsgeschichte). Dass in gravierenden Fällen dem Opfer nur dadurch wirksam geholfen werden könne, dass eine bereits eingetretene Eskalation durch die Verhängung von Untersuchungshaft unterbrochen werde, um dadurch vorhersehbar schwersten Straftaten gegen Leib oder Leben vorzubeugen,⁵⁸⁶ rechtfertige nicht ohne Weiteres die Ausdehnung der präventiv-polizeilichen Sicherungshaft in § 112a StPO. Zudem sprächen gegen die Deeskalationshaft kriminologische Gründe: sie dauere zumeist nur kurz an und könne deshalb einen durch ihren Vollzug frustrierten Täter zu weiterem Stalking verleiten.⁵⁸⁷ Voraussetzung für eine Anordnung von Untersuchungshaft ist der dringende Tatverdacht einer Straftat nach § 238 Abs. 2 oder Abs. 3; der Täter muss das Opfer zumindest in die **Gefahr einer schweren Gesundheitsbeschädigung** gebracht haben (s. oben Rdn. 77). Weiter muss eine **Wiederholungsgefahr** hinsichtlich weiterer erheblicher **Straftaten gleicher Art** vorliegen. Diese muss konkret belegt sein. Wer allerdings in der Vergangenheit „beharrlich“ nachgestellt hat, bei dem besteht eine gewisse Vermutung dafür, dass er sein Tun fortsetzt. Als gleichartige Taten kommen zwar solche mindestens mittlerer Kriminalität in Betracht; sie müssen aber im Erscheinungsbild mit den bisherigen Taten übereinstimmen. Dies führt dazu, dass regelmäßig Taten nach § 238 Abs. 1, einfache Körperverletzungen oder sonstige typische Begleittaten des Nachstellens im Hinblick auf den Erfolgsunwert des Anlassdelikts nicht als diesem gleichwertig angesehen werden können.⁵⁸⁸ Mit dem Tod des Opfers endet die Wiederholungsgefahr,⁵⁸⁹ es sei denn, es besteht die Gefahr, dass sich der Täter ein anderes Opfer sucht. Die vom Beschuldigten ausgehenden Gefahren dürfen schließlich nicht durch andere Maßnahmen gleich wirksam bekämpft werden können. Als solche Maßnahmen kommen auch Maßnahmen nach dem GewSchG in Betracht, sofern sie nicht bereits erfolglos versucht worden sind.⁵⁹⁰ In der Praxis spielt die Deeskalationshaft bisher keine Rolle.⁵⁹¹

4. Zuständigkeit. Eine Zuständigkeit der **Schwurgerichtskammer** ist für Taten nach Absatz 3, was von der Literatur kritisiert wurde,⁵⁹² lange Zeit nicht begründet gewesen. Nun folgt sie aus § 74 Abs. 2 Nr. 9a GVG.

XVII. Rechtsvergleichung

Deutschland ist im internationalen Vergleich ein Nachzügler in der Gesetzgebung gegen Stalking.⁵⁹³ Ein erstes Anti-Stalking-Gesetz ist bereits im Jahr 1990 im US-amerikanischen Bundesstaat Kalifornien in Kraft getreten (Section 646.9 Penal Code California), die im Jahr 1994 grundlegend reformiert wurde.⁵⁹⁴ Danach begeht Stalking, wer „eine vernunftbegabte Person durch gewisse Verhaltensweisen gezielt und absichtlich in

⁵⁸⁵ *Gazeas* KJ 2006 247, 265; *Sommerfeld/Voß* SchlHA 2008 326, 330; vgl. auch *Schlachter* S. 273: Haft allein mit dem Ziel der Straftatenverhütung. S. auch *Käppner* S. 108.

⁵⁸⁶ Vgl. BTDrucks 16/3641, S. 32.

⁵⁸⁷ *Vander KritV* 2006 81, 92 f.

⁵⁸⁸ *AA Mosbacher* NSTz 2007 665, 670.

⁵⁸⁹ *Krüger* NJ 2008 150, 152 f.; wohl auch *Gericke* MK Rdn. 63.

⁵⁹⁰ Dazu auch *Mosbacher* NSTz 2007 665, 670.

⁵⁹¹ Vgl. dazu *Peters* NSTz 2009 238, 242 f.

⁵⁹² *Mitsch* NJW 2007 1237, 1241; kritisch *Mosbacher* NSTz 2007 665, 669; *Rieß* NSTz 2008 546, 547 f.

⁵⁹³ *Gazeas* JR 2007 497. Zu den Entwicklungen im Ausland vgl. *Albrecht* FPR 2006 204 ff.

⁵⁹⁴ *Helmke* S. 53, 114 ff.

einen Zustand versetzt, in dem sie Angst um ihre Sicherheit haben muss“.⁵⁹⁵ Inzwischen steht Stalking in allen Bundesstaaten der USA unter Strafe.⁵⁹⁶ Obwohl die Tatbestände von Bundesstaat zu Bundesstaat divergieren, sind gewisse strukturelle Übereinstimmungen festzustellen. Im Mittelpunkt der Vorschriften steht das „Harassment“, d.h. das „Schikanieren“ oder „Belästigen“ einer Person.⁵⁹⁷ Häufig genannte Tathandlungen sind das Verfolgen des Opfers oder die (versuchte) Kommunikationsaufnahme mit diesem, speziell durch Telefon oder elektronische Medien.⁵⁹⁸ Auch in **Australien** ist belästigendes Verhalten flächendeckend unter Strafe gestellt. Entsprechende Regelungen wurden in den Jahren 1993 bis 1996 in allen Bundesstaaten des Kontinents eingeführt. Grund war eine vom Gesetzgeber – angeblich – festgestellte Ineffizienz zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes gegen belästigendes Verhalten. Beispielhaft ist das Anti-Stalking-Gesetz des Bundesstaates Victoria, das typische, dem Begriff Stalking zugeordnete Verhaltensweisen unter Strafe stellt, und insoweit inhaltliche Parallelen zu § 238 aufweist. Strafbar ist das Verfolgen des Opfers, die Kontaktaufnahme durch Telefon oder mittels elektronischer Nachrichten oder die Vornahme jeder anderen Handlung, die nach „vernünftigen Maßstäben“ die Angst des Opfers um seine eigene Sicherheit hervorrufen könnte.⁵⁹⁹ Auch in **Kanada** ist Stalking seit 1993 straffbewehrt (Section 264 Criminal Code of Canada).⁶⁰⁰ Vorreiter bei der Schaffung von Gesetzen gegen Stalking in Europa sind **Großbritannien**⁶⁰¹ und **Irland**. In beiden Staaten existieren Strafvorschriften seit dem Jahr 1997. **Belgien** hat im Jahr 1998 einen Stalking-Tatbestand geschaffen.⁶⁰² Die **Niederlande** haben mit Art. 285b ihres Strafgesetzbuches im Jahr 2000 nachgezogen. Strafbar ist dort der vorsätzliche widerrechtliche und systematische Eingriff in die persönliche Lebenssphäre eines anderen in der Absicht, diesen dazu zu zwingen, etwas zu tun, nicht zu tun oder zu dulden, oder diesem Furcht einzujagen.⁶⁰³ In Österreich ist mit § 107a öStGB in 2006 ein Gesetz gegen Stalking geschaffen worden.⁶⁰⁴ Der Tatbestand ähnelt in vielen Bereichen der deutschen Strafvorschrift, so dass er sich in besonderem Maße zu rechtsvergleichenden Betrachtungen eignet.⁶⁰⁵ Er hat folgenden Inhalt:

§ 107a Beharrliche Verfolgung

(1) Wer eine Person widerrechtlich beharrlich verfolgt (Abs. 2), ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen.

(2) Beharrlich verfolgt eine Person, wer in einer Weise, die geeignet ist, sie in ihrer Lebensführung unzumutbar zu beeinträchtigen, eine längere Zeit hindurch fortgesetzt

1. ihre räumliche Nähe aufsucht,
2. im Wege einer Telekommunikation, oder unter Verwendung eines sonstigen Kommunikationsmittels oder über Dritte Kontakt zu ihr herstellt,
3. unter Verwendung ihrer personenbezogenen Daten Waren oder Dienstleistungen für sie bestellt oder
4. unter Verwendung ihrer personenbezogenen Daten Dritte veranlasst, mit ihr Kontakt aufzunehmen.

⁵⁹⁵ Kerbein/Pröbsting ZRP 2002 76, 78.

⁵⁹⁶ Zum Gesetzgebungsverfahren im Bundesstaat Kalifornien vgl. Helmke S. 89 ff. S. dazu auch Endrass/Rossegger/Noll/Urbaniok MSchKrim 2007 1, 9; Löhr S. 214 ff. Vgl. auch Löbmann MSchKrim 2002 25.

⁵⁹⁷ Steinberg JZ 2006 30 Fn. 1.

⁵⁹⁸ Vgl. u.a § 565.225. und § 565.090. – Crime of Stalking and Harassment (Missouri); abrufbar bei <http://www.moga.mo.gov/statues>.

⁵⁹⁹ Stange/Rilinger StraFo 2003 194, 197.

⁶⁰⁰ <http://www.laws.justice.gc.ca>.

⁶⁰¹ Dazu Löhr S. 238 ff; v. Pechstaedt S. 30 ff.

⁶⁰² Nachweise bei Gazeas JR 2007 497 Fn 3.

⁶⁰³ Stange/Rilinger StraFo 2003 194, 196.

⁶⁰⁴ Hierzu Seling passim.

⁶⁰⁵ Gazeas JR 2007 497 Fn. 4.

Trotz der **Gemeinsamkeiten** – insbesondere bei der Beschreibung der strafbaren Varianten des Stalking –, ist auffällig, dass das **österreichische Recht** für das tatbestandsmäßige Verhalten einen anderen Oberbegriff als das deutsche Recht gewählt hat.⁶⁰⁶ Während das deutsche Recht in Anlehnung an die angelsächsische Typologie den der Jägersprache entstammenden Begriff des „Nachstellens“ verwendet, umschreibt der österreichische Gesetzgeber das Tatunrecht mit dem Begriff der Verfolgung. Grund für diese Wortwahl ist zum einen eine bewusste Vermeidung dem angelsächsischen Rechtskreis entstammender Begrifflichkeiten. Zum anderen sah es der österreichische Gesetzgeber durch seine von ihm als weit begriffene Beschreibung des Unrechtsverhaltens – anders als im deutschen Recht – als gewährleistet an, sämtliche – auch zukünftig denkbaren – Formen von strafbarem Stalking erfassen zu können.⁶⁰⁷

Auf die Formulierung eines **tatbestandsmäßigen Erfolges**, wie ihn das deutsche Strafrecht mit der „Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ des Opfers enthält, ist im öStGB letztlich bewusst verzichtet worden. Zur Begründung wurde angeführt, dass das Phänomen Stalking weniger durch einen eingetretenen Erfolg als vielmehr durch ein intensives Täterverhalten gekennzeichnet sei. Als Strafbarkeitskorrektiv wirke die notwendige Eignung des Täterhandelns zu unzumutbarer Beeinträchtigung der Lebensführung des Opfers.⁶⁰⁸ Die Strafvorschrift des § 107a öStGB ist insoweit zugleich Tätigkeits- als auch Eignungsdelikt. Der österreichische Gesetzgeber versteht sie zudem als Dauerdelikt. Über die Tatbestandsmerkmale „beharrlich“ und „eine längere Zeit hindurch fortgesetzt“ will er klargestellt wissen, dass der Tatbestand solange weiter verwirklicht wird, wie der Täter sein Verhalten fortführt und dadurch den rechtswidrigen Zustand aufrechterhält⁶⁰⁹ (hierzu krit. *Buß*, S. 221 f). Von der Schaffung von Qualifikationstatbeständen, wie sie § 238 Abs. 2 und 3 enthalten, ist im österreichischen Recht Abstand genommen worden. Die Norm ist zudem als Officialdelikt ausgestaltet. Ein ehemals in Absatz 3 der Vorschrift enthaltenes Strafantragserfordernis für die Fälle des Absatz 2 Ziffer 2 ist durch das 93. Bundesgesetz, mit dem die Strafprozessordnung 1975, das Strafgesetzbuch, das Jugendgerichtsgesetz 1988 und das Finanzstrafgesetz geändert wurden (öBGBI. I Nr. 93/2007), zum 1. Januar 2008 in Fortfall geraten. Auch hierin liegt ein bedeutsamer Unterschied zum deutschen Recht.⁶¹⁰ Wie das deutsche kennt allerdings auch das österreichische Recht die Möglichkeit, wegen drohender Wiederholungsgefahr Untersuchungshaft gegen den Beschuldigten zu verhängen („Tatbegehungsgefahr“; § 173 Abs. 2 öStPO).

⁶⁰⁶ Vgl. zum Ganzen näher *Hochmayr*, ZStW 122 (2010) 759 ff.

⁶⁰⁷ Bundesministerium der Justiz, Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975 und die Exekutionsordnung geändert werden (Strafrechtsänderungsgesetz 2006) – 349/ME XXII. GP, S. 16 f; <http://www.parlament.gv.at>.

⁶⁰⁸ Regierungsvorlage zum Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975, die Exekutionsordnung und das Sicherheitspolizeigesetz zur Verbes-

serung des strafrechtlichen Schutzes gegen beharrliche Verfolgung und des zivilrechtlichen Schutzes vor Eingriffen in die Privatsphäre geändert werden (Anti-Stalking-Gesetz) – 1316 der Beilagen XXII. GP – Regierungsvorlage – Materialien (Vorlagematerialien), S. 4; <http://www.parlament.gv.at>.

⁶⁰⁹ Vorlagematerialien (1316 b.B.), S. 4.

⁶¹⁰ Vertiefend zum österreichischen Recht *Buß* S. 85 ff; *Krüger* S. 81 ff. *Wolfrum/Diemel* ÖJZ 2006 475