

§ 238 StGB – Analyse und Auslegung des Nachstellungstatbestandes

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen
vorgelegt von

Matthias Seiler
aus Ulm

Dekan: Prof. Dr. Hermann Reichold

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. Kristian Kühl

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Hans-Ludwig Günther

Tag der mündlichen Prüfung: 23. Februar 2010

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2009/2010 von der Eberhard-Karls-Universität, Tübingen als Dissertation angenommen.

Ihr Thema geht auf eine Anregung meines Doktorvaters Prof. Dr. Dr. Kristian Kühl zurück, dem ich für die Betreuung während der Arbeit und die Erstellung des Erstgutachtens danke. Herrn Prof. Dr. Hans-Ludwig Günther gilt mein Dank für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Ich möchte mich bei meiner Familie, insbesondere meinen Eltern, für die immerwährende Unterstützung und Geduld – nicht nur bei Erstellung dieser Doktorarbeit - bedanken. Ohne eure Hilfe wäre das nicht möglich gewesen!

Ganz besonderer Dank gilt – last but not least – meiner Sonja, auch und gerade mit Blick auf ihre Geduld und die mit Erstellung dieser Arbeit ihr abverlangten Entbehrungen.

„Was gibt es Wichtigeres als das Recht auf selbstbestimmtes Leben und Freiheit?“
Henryk M. Broder in „Hurra, wir kapitulieren!“ – von der Lust am Einknicken

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Bestimmung des Untersuchungsgegenstandes	2
I. Definitionsversuche	2
1.) Nachstellen	2
2.) Stalking.....	3
a) Klinisch - wissenschaftliche Definitionsversuche	3
b) Juristische Definitionsversuche	4
3.) Ergebnis	5
II. Typische, regelmäßig wiederkehrende Erscheinungsformen	6
1.) Regelmäßig wiederkehrende Verhaltensweisen (Stalkingmittel bzw. -methoden).....	7
2.) Der Täter und seine Beziehung zum Opfer	11
3) Reaktionen und Auswirkungen beim Opfer	13
C. Rechtslage vor Einführung des neuen § 238 StGB	16
1.) §§ 223, 229	17
2.) § 239	22
3.) § 240	24
4.) § 241	28
5.) § 123	29
6.) §§ 242, 244 I Nr.3.....	29
7.) §§ 185ff.	30
8.) §§ 201ff.	31
9.) §263	31
10.) §§ 1,4 GewSchG.....	32
11.) Strafprozessuales Vorgehen	32
12.) Zusammenfassung	32
II. Sonstiges öffentliches Recht	33
1.) Recht der Ordnungswidrigkeiten (§§ ohne Gesetzesangabe sind solche des OwiG).....	33
a) § 117: Unzulässiger Lärm.....	34
b) § 118: Belästigung der Allgemeinheit.....	35
c) §§ 119 Abs.1 Nr.1, 120 Abs.1 Nr.2	37
2.) Polizeirecht (Gefahrenabwehrrecht).....	38

3.) Unterbringungsrecht der Länder.....	41
III. Zivilrecht.....	41
1.) Materiell-rechtliche Ansprüche	42
a) Vertragliche Absprachen, insbesondere gerichtliche Vergleiche	42
b) §§ 1004 Abs.1, 823 Abs.1 BGB (analog).....	42
2.) Prozessuale Geltendmachung	51
3.) Zwangsvollstreckung bzw. Sanktion bei Zuwiderhandlung.....	53
a) Tatbestandliche Voraussetzungen für den Erlass einer gerichtlichen Anordnung	54
b) Prozessuale Besonderheiten	55
c) Besonderheit bei Vollstreckung bzw. Sanktionen bei Verstößen.....	57
IV. Fazit	59
1.) Defizit Strafrecht	59
2.) Defizit sonstiges öffentliches Recht	61
3.) Defizit Zivilrecht	61
4.) Defizit Gewaltschutzgesetz	63
D. Kritische Würdigung bzw. Untersuchung der neuen Rechtslage.....	64
I. Formelles Gesetzgebungsverfahren.....	64
II. Allgemeine Auslegungsmethodik.....	65
1.) Allgemeine Auslegungsmethodik	66
a) Auslegungsziel.....	66
b.) Auslegungsmethoden bzw. -, kriterien	67
2.) Spezifisch strafrechtliche Auslegungsmethodik?.....	75
3.) Ergebnis	83
III.) Auslegung des Nachstellungsparagrafen, § 238 StGB.....	84
1.) Objektiver Tatbestand	86
a) Tathandlung	86
aa) Nachstellen.....	86
bb) § 238 Abs.1 Nr.1.....	97
cc) § 238 Abs.1 Nr. 2	121
dd) § 238 Abs.1 Nr.3.....	133
ff) § 238 Abs. 1 Nr.5	148
gg) beharrlich	166
hh) unbefugt	182
b) Taterfolg	199

aa) Lebensgestaltung.....	200
bb) beeinträchtigt	202
cc) schwerwiegend.....	203
c) Kausalität und objektive Zurechnung.....	210
d) Einschränkende Tatbestandsauslegung aus Gründen der Sozialadäquanz?.....	212
2.) Subjektiver Tatbestand	214
3.) Rechtswidrigkeit.....	215
4.) Schuld.....	217
5.) Qualifikationstatbestände (§ 238 Abs.2 und Abs.3).....	218
6.) Konkurrenzen	224
7.) Verfahrensrechtliche bzw. strafprozessuale Besonderheiten	225
IV. Verfassungsrechtliche und strafrechtsdogmatische Bewertung	227
1.) Verfassungsmäßigkeit des § 238 StGB	228
a) Bestimmtheitsgebot	228
b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	230
aa) Legitimes Ziel	231
bb) Geeignetheit.....	233
cc) Erforderlichkeit	236
dd) Angemessenheit.....	240
ee) Ergebnis	244
c) Sonstige verfassungsrechtliche Vorgaben	244
2.) Strafrechtsdogmatische Anforderungen?	245
E. Zusammenfassung und Fazit	246
Literaturverzeichnis	248

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
AG	Amtsgericht
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
APR	Allgemeines Persönlichkeitsrecht
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landgericht
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
betr.	betreffend
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in
Strafsachen	
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in
Zivilsachen	
BIG	Berliner Interventionszentrale bei häuslicher Gewalt
BAK	Bundeskriminalamt
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BR	Bundesrat
BR-Drs. Nummer)	Bundesrats-Drucksache (Legislaturperiode,
bspw.	beispielsweise
BT	Besonderer Teil
BT-Drs. Nummer)	Bundestags-Drucksache (Legislaturperiode,
BVerfGG	Bundesverfassungsgesetz
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts
BaWü	Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d.h.	das heißt

Diss.	Dissertation
DJB	Deutscher Juristenbund
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
f.	Folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FPR	Familie, Partnerschaft und Recht
FS	Festschrift
GA	Goldammer´s Archiv für Strafrecht
GewArch.	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GewSchG	Gewaltschutzgesetz
GG	Grundgesetz
GK	Grundkurs
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i. d. R.	in der Regel
i.d.F.	in der Fassung
i.E.	im Ergebnis
i.H.v.	in Höhe von
i.S.d	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JM	Juristische Methodik
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KGR	Kammergericht Report
KK	Karlsruher Kommentar
K&R	Zeitschrift für Kommunikation und Recht
KUG	Kunsturhebergesetz

LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetz
LSG	Landessozialgericht
m.E.	meines Erachtens
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
M SchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie
M/S/M	Maurach, Schröder, Maiwald
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJ	Neue Justiz
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechung
Report	
NK	Nomos Kommentar / Neue Kriminalistik
NK/GS	Nomos Kommentar für das gesamte Strafrecht
Nr.	Nummer
NStE	Neue Entscheidungssammlung für Strafrecht
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechung
Report	
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Rechtsprechung	
NZV	Report Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	Oberlandesgericht
ÖStGB	Österreichische Strafgesetzbuch
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PKS	Polizeiliche Kriminalstatistik (für BRD)
PolG	Polizeigesetz
ProstG	Prostitutionsgesetz
PSB	Periodischer Sicherheitsbericht
Prot.	Protokoll
RA	Rechtsausschuss / Rechtsanwalt
Rn.	Randnummer
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
S.	Satz, Seite
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
S/S	Schönke/Schröder

StA	Staatsanwaltschaft
std. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum
StRR	StrafRechtsReport
StrRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts
StV	Strafverteidiger
TU	Technische Universität
u.a.	unter anderem
UBG	Unterbringungsgesetz
u.U.	unter Umständen
usw.	und so weiter
Var.	Variante
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vor.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
WK	Wiener Kommentar
WuM	Zeitschrift für Wohnungswirtschaft und Mietrecht
ZfSG	Zentralinstitut für seelische Gesundheit
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z.T.	zum Teil
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Andere Fachausdrücke und Bezeichnungen werden in üblicher Weise abgekürzt.

§ 238 StGB – Nachstellung

A. Einleitung

Am 31. März 2007 ist nach längerem parlamentarischem Diskurs das „Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen“ in Kraft getreten.¹ Dessen Kernstück ist der wiederbesetzte § 238 StGB - amtliche Überschrift: „Nachstellung“ - mit dem ein soziales Phänomen² strafrechtlich bekämpft bzw. sanktioniert werden soll, welches vor allem unter der englischen Bezeichnung „Stalking“ seit geraumer Zeit (zunehmend von den Medien thematisiert und der Öffentlichkeit begleitet³) kriminalpolitisch⁴ diskutiert wurde.

Schwerpunktmäßiges Anliegen der nachfolgenden Bearbeitung ist es, den neu eingeführten Tatbestand in materiell-strafrechtlicher Hinsicht methodisch zu untersuchen und zu würdigen. Vorab gilt es allerdings zu klären, was sich hinter den Begrifflichkeiten „Nachstellung bzw. Stalking“ im sozialen Kontext verbirgt (B. Bestimmung des Untersuchungsgegenstandes), um sich über deren Strafbedürftigkeit und Strafwürdigkeit ein genaueres Urteil bilden zu können.⁵ Unter diesen von der Strafrechtslehre entwickelten Kategorisierungen werden Mindestanforderungen diskutiert, die der Gesetzgeber (vgl. Art. 74 Nr.1 GG) bei der Kriminalisierung und Pönalisierung menschlichen Verhaltens berücksichtigen sollte.⁶ Ohne allzu vorgreiflich werden zu wollen, muss sich hiernach zum einen der Unrechtsgehalt des zur Debatte stehenden Verhaltens, das Maß seiner Sozialschädlichkeit, als besonders massiv und gravierend darstellen (Strafwürdigkeit)⁷ und zum anderen ein indiziertes Bedürfnis für eine neue strafrechtliche Regelung bzw. der Kriminalstrafe als einzig effektiv verbleibendes Mittel zur Verhaltenssteuerung (Strafbedürftigkeit)⁸ vorhanden sein.

¹ Vgl. BGBl. I 354; *Fischer*, § 238 Rn.1.

² Vgl. *Meyer*, ZStW 115, 249f.; Gesetzesantrag Hessen, BR-Drs. 551/04, S.1; 2.Periodischer Sicherheitsbericht der Bundesregierung (2006), S.127, abrufbar unter www.bmj.de.

³ Bspw. SPIEGEL 29/2004: „Stalking ist ein Massendelikt“; DIE ZEIT 10.07.2003 Nr.29: „Unheimliche Nähe“ Spiegel online vom 30.11.2006: „Stalking wird Straftat“, abgerufen unter www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,451627,00.html; ZDF-Fernsehserie „Traumschiff“, 20.01.2008; *Valerius Beck*OK §238 Rn.1.1.

⁴ Vgl. erster Gesetzentwurf des Landes Hessen vom 05.07.2004, BR-Drs. 551/04.

⁵ Ausführlich im Zusammenhang mit Stalking bzw. §238 StGB: *Löhr*, Zur Notwendigkeit eines spezifischen Anti-Stalking-Straftatbestandes in Deutschland, S.372ff.;

⁶ Vgl. *Roxin*, AT 1 (4.Aufl.) §2 Rn.1ff., §23 Rn.38; *Günther* JuS 1978, S.11; *Lackner/Kühl*, Vor §13, Rn.3.

⁷ Vgl. BGHSt 24, 318,319; *Lackner/Kühl*, Vor §13, Rn.3; *NK-Hassemer* Vor §1 Rn.183ff.; *Günther* JuS 1978, S.12; *Meyer* ZStW 2003, S.276ff.

⁸ Vgl. *Roxin*, AT 1 §2 Rn.97, §23 Rn.38; *Günther* JuS 1978, S.11; *Lackner/Kühl*, Vor §13, Rn.3.

Nach Fixierung des Untersuchungsgegenstandes wird in einem ersten rechtlichen Schritt zu überprüfen sein, wie nach alter bzw. bisheriger Rechtslage Schutz gegen Stalking oder nachstellendes Verhalten gewährleistet wurde bzw. erlangt werden konnte (C. Rechtslage vor Einführung des § 238 StGB). Daran schließt sich, als zweiter rechtlicher Schritt und eigentlicher Schwerpunkt der vorliegenden Bearbeitung, die kritische Untersuchung und Würdigung des novellierten Nachstellungstatbestandes an, insbesondere auch im Hinblick auf dessen verfassungskonforme Ausgestaltung (D. Kritische Untersuchung bzw. Würdigung der aktuellen Rechtslage).

In einem letzten Schritt erfolgt sodann eine abschließende Zusammenfassung und Stellungnahme zur gesetzgeberischen Intention, hinsichtlich nachstellenden Verhaltens bestehende Strafbarkeitslücken⁹ schließen zu wollen (E. Zusammenfassung und Fazit).

B. Bestimmung des Untersuchungsgegenstandes

Wie zuvor angedeutet, lässt sich die Überprüfung der Strafwürdigkeit menschlichen Verhaltens nicht abstrakt durchführen sondern setzt voraus, dass man vorab den zu prüfenden Tatbestand bzw. die Verhaltensweisen, die de lege ferenda Bestandteil jenes Tatbestandes sein müssten, inhaltlich hinreichend fixiert.¹⁰ Im Folgenden soll daher zunächst definitorisch versucht werden, den Untersuchungsgegenstand unter Bezugnahme auf die Begrifflichkeiten des „Nachstellens“ und des „Stalkings“ einzugrenzen.

I. Definitionsversuche

1.) Nachstellen

Auf juristischer Ebene findet sich im StGB eine Tathandlung des „Nachstellens“ in den §§ 292 Abs.1 Nr.1, 329 Abs.3 Nr.6 im Zusammenhang mit Jagdwilderei bzw. der Gefährdung schutzbedürftiger Gebiete. Geschützt wird zum einen die Unversehrtheit von Menschen, Tieren und Pflanzen sowie das Eigentum an Sachen¹¹ und zum anderen fremdes Jagdrecht, d.h. die ausschließliche Befugnis des Jagdberechtigten, auf lebendes Wild Jagd auszuüben und es sich als

⁹ Siehe BT-Drs. 16/575, S.1; 16/1030, S.6: „Das geltende Straf- und Strafverfahrensrecht bietet den Opfern nur eingeschränkten Schutz.“

¹⁰ So Meyer, ZStW 2003, S.281 in Bezug auf Stalking und unter Verweis auf Roxin, AT 1 (3.Auflage), §2 Rn.16; Wohlers GA 2002, S.20.

¹¹ Vgl. SK-Rudolphi, §329 Rn; Fischer, §329 Rn.1.

Jagdbeute anzueignen.¹² An Letzteres anknüpfend ist „Nachstellen“ die unmittelbare Vorbereitung dieser Handlungen, z.B. Durchstreifen des Gebiets mit gebrauchsfertiger Jagdwaffe.¹³ Umfasst sind sämtliche Verhaltensweisen, mit welchen der Täter nach seiner Vorstellung zum Fangen, Erlegen oder Sich-Zueignen der Beute unmittelbar ansetzt.¹⁴ Offensichtlich kann diese Definition (und auch die diesbezügliche Rechtsprechung) nicht bzw. nur schwerlich auf die zwischenmenschliche Ebene übertragen werden.¹⁵ Im Rahmen der §§ 1,4 Gewaltschutzgesetz wird „Nachstellen“ als hartnäckige Belästigung einer Person durch eine andere umschrieben.¹⁶ Ein neuerer Definitionsversuch - allerdings aus dem klinisch-wissenschaftlichen Bereich - bezeichnet obsessives Verfolgen bzw. Nachstellen als wiederholtes, unerwünschtes Verfolgen und Eindringen in die physische oder symbolische Privatsphäre einer Person durch einen Fremden oder Bekannten, der eine intime Beziehung herbeiwünscht oder verlangt.¹⁷

2.) Stalking

In der deutschen Rechtsordnung findet sich - erwartungsgemäß - keine Legaldefinition des englischen Begriffes „Stalking“.¹⁸ Er entstammt ursprünglich der Jägersprache und bedeutet wörtlich übersetzt „auf die Pirsch gehen“, umschreibt in diesem Zusammenhang also das Anpirschen oder Anschleichen an die tierische Beute.¹⁹

a) Klinisch - wissenschaftliche Definitionsversuche

Der Begriff „Stalking“ wurde erstmals in den 1990er-Jahren in den USA zur klinisch-wissenschaftlichen Bezeichnung eines komplexen menschlichen Verhaltensmuster verwendet.²⁰ Konsequenterweise definierte bzw. umschrieb erstmalig ein amerikanischer Wissenschaftler Stalking im zwischenmenschlichen Bereich als beabsichtigtes, böswilliges und wiederholtes Verfolgen und Belästigen einer anderen Person.²¹ Eine weitere Umschreibung lautet: Ein Verhaltensmuster, das darin besteht, dass der Stalker ein Opfer wiederholt mit unerwünschten

¹² Vgl. BayObLGSt 1990, S.35ff.; *Fischer*, §292 Rn.1,7f.; *Lackner/Kühl*, §292 Rn.2.

¹³ Vgl. *LK-Schünemann*, §292 Rn.41; *Lackner/Kühl*, § 292 Rn.2.

¹⁴ Vgl. *S/S-Eser/Heine*, §292 Rn.5; *SK-Hoyer*, §292 Rn.13, *Fischer*, §292 Rn.11.

¹⁵ So auch *Gazeas*, JR 2007, S.498; *Nimtz*, Kriminalistik 2007, S.495.; AA. *Buß*, Der Weg zu einem deutschen Stalkingstraftatbestand (2008), S.211.

¹⁶ Vgl. *Palandt-Brudermüller*, GewSchG § 1 Rn.8.

¹⁷ Vgl. *Vofß*, Stellungnahme, S.1.

¹⁸ Vgl. *Meyer* ZStW 2003, S.249.

¹⁹ Vgl. *Dressing/Kühner/Gass*, FPR 2006, S.176; *Gazeas*, KJ 2006, S.247; *Valerius* in BeckOK, §238 Rn.4; *SK-Wolters*, §238 Rn.1; *Kinzig/Zander*, JA 2007, S.481.

²⁰ Vgl. *Dressing/Gass*, Stalking!, S.15; *Dressing/Kühner/Gass*, FPR 2006, S.176.

²¹ Vgl. *Meloy*, Aggression and Violent Behavior, 1996, S.147ff.

Kontaktaufnahmen belästigt.²² Auf nationaler Ebene wurde im Gesetzgebungsverfahren zu § 238 StGB von Sachverständigenseite Stalking etwas präzisierender als willentliches, wiederholtes Verfolgen oder Belästigen einer Person, deren physische und psychische Unversehrtheit und Sicherheit dadurch bedroht wird, definiert.²³ In ähnlicher Weise umschreibt *Fiedler* Stalking als vom Opfer nicht intendierte exzessive Verfolgung eines Menschen mit andauernder oder wiederholter Belästigung, Bedrohung oder gar Ausübung von Gewalt.²⁴

b) Juristische Definitionsversuche

Entsprechend der Vorreiterstellung bei den klinisch-wissenschaftlichen Untersuchungen, findet sich eine der ersten gesetzlichen Definition von Stalking im US-amerikanischen „Model Antistalking Code“.²⁵ Dort soll ein Verhalten unter Strafe gestellt werden, das aus dem fortwährenden Aufsuchen physischer Nähe oder fortwährender Bedrohung besteht, das mindestens zweimal vorgekommen ist, explizite und implizite Drohungen einschließt, gegen eine Person oder Familienmitglieder einer Person gerichtet ist und bei dem Opfer starke Furcht hervorruft.²⁶ Im US-Bundesstaat Kalifornien findet sich daran anknüpfend folgende gesetzliche Umschreibung: „Any person who willfully, maliciously, and repeatedly follows or harasses another person and who makes a credible threat with the intent to place that person in reasonable fear for his or her safety, or the safety of his or her immediate family“²⁷ Das britische Home Office (entspricht dem deutschem Innenministerium) bezeichnet Stalking als eine Verhaltensweise, die zwei oder mehr Belästigungen umfasst und die beim Opfer Furcht, Angst oder Beunruhigung hervorruft.²⁸

Auf nationaler Ebene definiert *v.Pechstaedt* Stalking als komplexes Verhalten desjenigen, der zielgerichtet eine andere Person, die er begehrt und mit der er eine mehr oder weniger intime Beziehung eingehen, aufrechterhalten oder wiederaufleben lassen will, welche aber seine Zuneigung nicht (mehr) erwidert, durch die unterschiedlichsten Handlungen terrorisiert, einschüchtert, ängstigt und dadurch nicht selten deren Psyche stark in Mitleidenschaft zieht.²⁹

²² Vgl. *Pathé/Mullen*, Br J Psychiatry 1997, S.12ff.

²³ Vgl. *Voß*, Stellungnahme, S.1.

²⁴ *Fiedler*, Stalking: Opfer, Täter, Prävention, Behandlung, S.27f.

²⁵ Dabei handelt es sich um eine nicht verpflichtende und als Empfehlung zu verstehende Richtlinie des National Institute of Justice für die einzelnen US-Bundesstaaten, vgl. *Buß*, S.22.

²⁶ Übersetzung bei *Löbmann*, MschrKrim 2002, S.25.

²⁷ California Penal Code, Section 646. 9 (a): Stalking.

²⁸ Vgl. www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs04/hors276.pdf, S.4; Übersetzung aus *Kinzig*, ZRP 2006, S.255.

²⁹ Vgl. *v.Pechstaedt*, Stalking – Strafbarkeit nach englischem und deutschem Recht, Diss. 1999, S.1.

Valerius verwendet folgende Umschreibung: Der Täter verfolgt sein Opfer hartnäckig und unablässig, lauert ihm auf oder versucht auf andere Weise, mit ihm gegen sein Willen in Kontakt zu treten.³⁰

Joachim beschreibt Stalking in Deutschland als die psychische und physische Verfolgung, Bedrohung und Belästigung von Menschen durch andere Menschen.³¹

Nach Auffassung der Bundesregierung ist strafwürdiges Unrecht die unter dem englischen Begriff „Stalking“ diskutierten Verhaltensweisen der beharrlichen Nachstellungen, die einschneidend in das Leben der Opfer eingreifen.³² Diese seien dadurch gekennzeichnet, dass einer Person fortwährend nachgestellt, aufgelaert oder auf anderer Weise mit hoher Intensität Kontakt zu ihr gesucht bzw. in ihren individuellen Lebensbereich eingegriffen wird. Der Gesetzentwurf des Bundesrates sieht das Phänomen des Stalking in Form der fortgesetzten Verfolgung, Belästigung und Bedrohung einer anderen Person gegen deren Willen als strafwürdiges Unrecht.³³

3.) Ergebnis

In Bezug auf § 238 StGB werden die Begriffe „Nachstellung“ und „Stalking“ weitestgehend synonym verwendet bzw. darunter die identischen Verhaltensweisen diskutiert.³⁴ Teilweise wird Stalking als der (formale) Oberbegriff erachtet.³⁵ Der Gesetzgeber hat sich für die amtliche Überschrift „Nachstellung“ entschieden, wobei in den Gesetzgebungsmaterialien klargestellt wird, dass der Begriff „Nachstellung“ sinngemäß dem für das Phänomen ansonsten verwendeten englischen Begriff „Stalking“ entspricht.³⁶ Letztlich dürfte aus rhetorischen Gründen bzw. zur Vermeidung von Anglizismen in der amtlichen Überschrift der deutsche und nicht der englische Begriff den Vorzug erhalten haben.³⁷ Unabhängig von dieser begrifflichen Kategorisierung ist den vorstehenden Definitionsversuchen gemein, dass sie mehr oder minder allgemein gehalten sind; schließlich macht auch die relativ pauschal gehaltene Umschreibung des Phänomens durch den

³⁰ Vgl. *Valerius* in JuS 2007, S.319; *ders.* in BeckOK §238 Rn.1.1.

³¹ Vgl. *Christian Joachim*, abgerufen unter <http://www.anwalt-seiten.de/artikel/sec2/152.html>.

³² Vgl. BT-Drs. 16/575, S.1.

³³ Vgl. BT-Drs. 16/1030, S.1; *Gazeas*, KJ 2006, S.247.

³⁴ Vgl. *Mitsch*, JURA 2007, S.401; *Neubacher/Seher*, JZ 2007, S.1029; *Leipold*, NJW Spezial 2007, S.375; *Fischer*, 2008, § 238 Rn.3.

³⁵ Vgl. *Kühl*, Prot. öffentliche Anhörung (18.10.2006), S.15, der Stalking als den weitergehenden Begriff versteht und für eine amtliche Überschrift „Stalking“ plädierte; *ders.* in *Lackner/Kühl*, § 238 Rn.1; *Timmermann*, StraFo 2007, S.358.

³⁶ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7.

³⁷ Vgl. §§ 260 II StPO, 184 GVG wonach Gerichtssprache „deutsch“ ist sowie *Krüger*, Stalking als Straftatbestand, S.103.

Gesetzgeber deutlich³⁸, dass eine allgemein anerkannte, juristisch tragfähige Definition der Begrifflichkeiten bis dato nicht existiert,³⁹ was wohl auch der Tatsache geschuldet ist, dass Stalking in erster Linie als ein gesellschaftliches Phänomen angesehen bzw. wahrgenommen wurde.⁴⁰ Jedoch lässt sich, wie bereits erwähnt, die unabdingbare Überprüfung der Strafbarkeit menschlichen Verhaltens nicht abstrakt vornehmen, sondern setzt voraus, dass man vorab den zu prüfenden Tatbestand bzw. die Verhaltensweisen, die de lege ferenda Bestandteil jenes Tatbestandes sein müssten, inhaltlich hinreichend fixiert.⁴¹ Auch im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot (Art.103 Abs.2 GG), welches u.a. als strafrechtsspezifische Begrenzung gesetzgeberischen Handelns fungiert,⁴² erscheint es unumgänglich, die mit den Begriffen „Stalking bzw. Nachstellung“ typischerweise umschriebenen, tatsächlich auftretenden Verhaltensmuster bzw. Sozialphänomene darzustellen und näher zu umschreiben.

II. Typische, regelmäßig wiederkehrende Erscheinungsformen

Das Phänomen Nachstellung bzw. Stalking tritt aktuell weltweit, überwiegend jedoch in industrialisierten Ländern auf.⁴³ Erste ernsthafte wissenschaftliche Untersuchungen zu der Thematik fanden Ende der 1980er-Jahre in den USA und in Großbritannien statt, nachdem in erster Linie Prominente und Personen des öffentlichen Lebens „gestalkt“ wurden.⁴⁴ Eine wissenschaftliche Diskussion über das Phänomen speziell in Deutschland kam um die Jahrtausendwende in Gang.⁴⁵ Abgeschlossenen explorative bzw. empirische Untersuchungen wurden von der Polizei Bremen (seit 2001)⁴⁶, vom Zentralinstitut für Seelische Gesundheit in Mannheim (2004)⁴⁷ und der TU Darmstadt (2006)⁴⁸ durchgeführt und fanden zum Teil Eingang in das deutsche Gesetzgebungsverfahren.⁴⁹ Die Auswertung der Bremer Studie bezieht sich auf den Zeitraum

³⁸ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.1 bzw. BT-Drs. 16/1030, S.1.

³⁹ Vgl. auch *Gazeas*, KJ 2006, S.247 m.w.N.; *Dressing/Kühner/Gass*, FPR 2006, S.177.

⁴⁰ Vgl. *Utsch*, Strafrechtliche Probleme des Stalkings, S.5.

⁴¹ So auch *Meyer*, ZStW 2003, S.281.

⁴² Vgl. BVerfG NJW 1995, S.2777; *Roxin*, AT 1 §5 Rn.67ff.

⁴³ Vgl. *Dressing/Kühner/Gass*, FPR 2006, S.176.

⁴⁴ Vgl. *Meyer*, ZStW 2002, S.251; *Albrecht*, in FPR 2006, S.204.

⁴⁵ Nachweise bei *Löbmann*, MschrKrim. 2002; S.25, *Hoffmann*, Kriminalistik 2001, S.34; *Schäfer*, Kriminalistik, S.587.

⁴⁶ Vgl. *Hoffmann/Voß* (Hrsg.), Psychologie des Stalking, S.235ff.

⁴⁷ Vgl. *Dressing/Kühner/Gass*, Psychiatrische Praxis 2005, 73ff.

⁴⁸ Vgl. *Voß*, Stellungnahme S.1, bezugnehmend auf *Voß/Hoffmann/Wondrak*, Stalking in Deutschland und *Hoffmann/Voß* Psychologie des Stalking.

⁴⁹ Vgl. *Voß*, Zur öffentlichen Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 18.10.2006 betreffend den Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drs. 16/575 und 16/1030; *Dressing/ Kühner/Gass*, Ergebnisse der ersten epidemiologischen Studie zu Stalking in Deutschland (2004), abgerufen unter www.idw-online.de/pages/de/news83261.

01.01.2001 bis 01.04.2002 und hat 73 registrierte Stalkingvorkommnisse zum Gegenstand. Bei der Studie der TU Darmstadt wurden insgesamt 551 gültige Fragebögen von Stalking-Opfern und 96 gültige Fragebögen von Stalking-Tätern ausgewertet. An der epidemiologischen Studie der ZfSG Mannheim nahmen insgesamt 679 Personen teil.

Wie bereits aufgezeigt, lässt sich das Phänomen Stalking - nicht zuletzt aufgrund der Vielgestaltigkeit möglicher heterogener Täterverhaltensweisen und Auswirkungen bei den Opfern - bis dato nicht allgemein definieren.⁵⁰ So konstatiert *Hoffmann*, dass man es in der Regel mit einem Bündel von Verhaltensweisen zu tun hat, hinter denen sich unterschiedlichste Motive, psychische Besonderheiten und Emotionen verbergen können.⁵¹ Betrachtet man die einzelnen Definitionsversuche näher, lassen sich zumindest drei gemeinsame Unterpunkte ableiten:⁵²

1. Bestimmte (regelmäßig wiederkehrende) Verhaltensweisen des Täters,
2. der Täter und seine Beziehung zum Opfer,
3. Reaktionen und Auswirkungen beim Opfer.

Intention der nachfolgenden Darstellung ist es, anhand der genannten Unterkategorien den strafrechtlich relevanten Untersuchungsgegenstand weiter einzugrenzen und zu spezifizieren. Grundlage hierfür bilden primär die drei bereits erwähnten in Deutschland durchgeführten Studien, sowie subsidiär vorangegangene internationale Studien, bspw. aus den USA, England und Australien.

1.) Regelmäßig wiederkehrende Verhaltensweisen (Stalkingmittel bzw. -methoden)

a) Charakteristisch für Stalkerverhalten ist, dass in der Regel vielfältige und unterschiedliche Methoden der Verfolgung, Belästigung und Bedrohung eingesetzt werden. Das Opfer sieht sich mehreren Verhaltensweisen ausgesetzt, wobei Studien von der Anwendung von durchschnittlich drei bis fünf, teilweise von bis zu acht unterschiedliche Stalkingmethoden ausgehen.⁵³ Ein relativ gleichförmiges Grundmuster umfasst unerwünschte Telefonanrufe, In-der-Nähe-Herumtreiben, Auflauern, Verfolgen und Bedrohungen.⁵⁴ Die am häufigsten eingesetzten bzw. festgestellten Methoden werden im Folgenden überblicksweise dargestellt.

⁵⁰ Vgl. oben Fn.23; *Buß*, S.5.

⁵¹ Vgl. *Hoffmann*, Stalking, S.1.

⁵² Vgl. *Voß* Stellungnahme, S.1f.

⁵³ Vgl. *Mullen/Pathé/Purcell/Stuart*, Am J Psychiatry 1999, S.1244ff.; *Hoffmann*, Stalking, S.4f.

⁵⁴ Vgl. *Dressing/Kühne/Gass*, FPR 2006, S.179ff.

aa) Telefonanrufe

Aufgrund der weiten Verbreitung von Telefon und Handy werden Telefonanrufe im Privathaushalt oder am Arbeitsplatz des Opfers von Stalkern am häufigsten eingesetzt, um mit diesem Kontakt aufzunehmen.⁵⁵ Die Inhalte der getätigten Telefonanrufe reichen von Forderungen, Liebeserklärungen, sexuellen Anspielungen oder Anspielungen auf die konkrete Lebenssituation des Opfers, bis hin zu Obszönitäten.⁵⁶ Explizite Drohungen mit aggressiven Angriffen gegen das Opfer und dessen Familienmitgliedern oder Bekannte werden ebenso häufig beobachtet.⁵⁷ Teilweise wird sofort wieder aufgelegt bzw. der Stalker bleibt schweigsam, atmet laut oder stöhnt. In Extremfällen rufen einige Verfolger ihre Opfer mehrere hundert Mal am Tag oder in der Nacht an, wobei diesbezüglich zutreffend auch von nächtlichem Telefonterror gesprochen wird.⁵⁸ Die fortschreitende Technik begünstigt den „Aufstieg“ von Stalking zum Massenphänomen, weshalb das Telefon als Hauptmedium des Stalkers gilt.⁵⁹ Täter können durch die Nutzung von Kommunikationsmitteln sehr effizient mit geringem Aufwand, zum Teil auch im Schutz der Anonymität agieren.

bb) Briefe, Fax, SMS, E-Mails

Ein Versuch zur Kontaktaufnahme kann auch auf postalischem Weg (per Brief oder Postkarte) erfolgen, wobei teilweise die Schriftstücke vor der Haustür abgelegt bzw. daran befestigt oder am PKW des Opfers deponiert werden.⁶⁰ Eine direkte Kontaktaufnahme erfolgt per Brief, SMS oder E-Mail, deren Inhalte weitestgehend denen der Telefonanrufe entsprechen. Faxe werden meist an den Arbeitsplatz übermittelt, in der Hoffnung, Kollegen nehmen Kenntnis von dessen Inhalt, um etwa das Opfer zu diffamieren. Die Nutzung des Internets wird auch unter dem Begriff „Cyberstalking“ diskutiert.⁶¹ Es handelt sich um eine neue Form des Stalkings, bei der der Stalker das Internet als „Waffe“ für den Angriff auf sein Opfer benutzt. Das Opfer wird in Chaträumen, in Newsgroups sowie in Diskussionsforen oder aber mittels E-Mails oder anderen elektronischen Kommunikationsmitteln über das Internet bedroht, belästigt oder auch diffamiert (vgl. unten).

⁵⁵ Vgl. *Dressing/Gass*, Stalking!, S.16; *Fiedler*, Stalking: Opfer, Täter, Prävention, Behandlung, S.6.

⁵⁶ Vgl. *Dressing/Kühne/Gass*, FPR 2006, S.179.

⁵⁷ Vgl. *Dressing/Gass*, Stalking!, S.18.

⁵⁸ Vgl. *Dressing/Gass*, Stalking!, S.19.

⁵⁹ Vgl. *Richner*, Stalking-Masterarbeit (Schweiz), S.13, abgerufen unter [www](http://www.stalking.ch).

⁶⁰ Vgl. *Dressing/Gass*, Stalking!, S.17; *Fiedler*, Stalking: Opfer, Täter, Prävention, Behandlung, S.27f.

⁶¹ Vgl. *Hoffmann*, Stalking 2006, S.197.

cc) Kontaktaufnahme über Dritte („Stalking by proxy“)

Manche Stalker bedienen sich zur Verfolgung und Belästigung der Hilfe anderer Personen. Diese Helfer, häufig aus dem Bekanntenkreis des Täters oder des Opfers, werden in der Regel unwissentlich und ohne eigene böse Absichten eingespannt. Zumeist wird über Dritte versucht, relevante Informationen über das Opfer zu erlangen.⁶²

dd) Auflauern, Verfolgen, In-der-Nähe-Herumtreiben

Der Stalker lauert seinem Opfer vor dessen Wohnung, am Arbeitsplatz oder öffentlichen Plätzen wie Fitness-Center, Kino oder Einkaufsladen auf.⁶³ Er studiert gezielt (auch durch das Befragen Dritter) dessen Lebensgewohnheiten, um mit regelmäßiger Präsenz aufwarten zu können. Typische Erscheinungsformen sind auch das Verfolgen unter Abstandshaltung, mit oder ohne direkter Kontaktaufnahme (bspw. Liebesbekundung oder Drohungen), mittels Auto, öffentlicher Verkehrsmittel, Fahrrad oder zu Fuß. Die physische Präsenz kann sich auch in einem unbefugten Betreten bzw. Eindringen in die Wohnräumlichkeiten des Opfers äußern, um diesem Nachrichten, Drohungen, Beschädigungen etc. zu hinterlassen oder um Allgegenwart und Allmacht zu demonstrieren.⁶⁴

ee) Zusendung von Geschenken, Bestellungen im Auftrag des Opfers

Manche Stalkingopfer erhalten Präsente wie Süßigkeiten oder Blumen, z.T. auch makabere Zusendungen (bspw. Knochenreste, tote Haustiere). Verbreitet ist weiterhin das Bestellen von Waren o.ä. im Namen oder im vermeintlichen Auftrag des Opfers, wobei dieses dann gehalten ist, die entsprechende Rechtsgeschäfte wieder rückgängig zu machen. Teilweise werden Krankenwagen und Feuerwehr an die Adresse des Opfers bestellt oder der Stalker lässt Strom, Wasser und Gasversorgung sperren.⁶⁵

⁶² Vgl. *Dressing/Gass*, Stalking!, S.19.

⁶³ Vgl. *Fiedler*, Stalking: Opfer, Täter, Prävention, Behandlung, S.26.

⁶⁴ Vgl. *Fiedler*, Stalking: Opfer, Täter, Prävention, Behandlung, S.27f.

⁶⁵ Vgl. *Dressing/Gass*, Stalking!, S.18.

ff) öffentliche Diffamierungen

Der Stalker klinkt sich per Internet unter dem Namen des Opfers bspw. in Porno-Chatrooms ein⁶⁶ oder stellt (vermeintliche) Nacktbilder des Opfers in das world wide web. Er gibt unter dem Namen des Opfers Inserate auf oder hinterlässt dessen Telefonnummer mit eindeutigen Anspielungen auf öffentlichen Plätzen, wie bspw. öffentlichen Toiletten. Gelegentlich werden Schriftstücke mit entsprechenden Inhalt auch an Bekannte des Opfers, an dessen Arbeitskollegen oder Arbeitgeber verschickt bzw. der Stalker verteilt Flugblätter in der Wohngegend des Opfers.⁶⁷

gg) Gewalthandlungen gegenüber Sachen und Personen

In manchen Fällen kann - insbesondere mangels Erwidern der eigenen Empfindungen durch das Opfer - der Stalker zu Mitteln wie Sachbeschädigung (Zerstechen der Autoreifen, Farbschmierereien an Hauswänden), Nötigung, Körperverletzung, sexuellen Übergriffen oder im Extremfall Tötungshandlungen greifen.⁶⁸ Diese Gewalthandlungen können auch gegen Dritte (bspw. Familienmitglieder, Freunde etc. des Opfers) gerichtet sein.⁶⁹

b) Der „Stalkerphantasie“ ist auf Grund der Vielzahl möglicher Verhaltensweisen bzw. entsprechender Kombinationen so gut wie keine Grenze gesetzt. Die vorstehende Aufzählung kann demnach nicht als abschließend erachtet werden. Kriminologisch wurde allerdings eine Unterkategorisierung in „harte“ und „weiche“ Formen des Stalkings vorgenommen.⁷⁰

aa) Von der Kategorie „hartes (schweres) Stalking“ regelmäßig umfasst sind die unter ff) genannten Verhaltensweisen, aber auch konfrontatives Auftreten und Drohungen können bereits darunter fallen.⁷¹ Explizit benannt werden verbale Beschimpfungen und Gewaltandrohungen, tatsächliche körperliche oder sexuelle Übergriffe und Diebstahl oder Beschädigung von persönlichem Material.⁷²

⁶⁶ Vgl. *Stange/Rillinger*, StraFo 2003, S.194.

⁶⁷ Vgl. *Dressing/Gass*, Stalking!, S.17.

⁶⁸ Vgl. *Meyer*, ZStW 2003, S.253.

⁶⁹ Vgl. *Krüger*, S. 35: Nach australischer Studie (2001) sind 17% der Opfer selbst und 10% Dritte Opfer von Gewalthandlungen geworden.

⁷⁰ Z.B. *Löbmann*, MschrKrim 2002, S.25ff; vgl. auch *Bieszk/Sadtler*, NJW 2007, S.3384.

⁷¹ Vgl. *Fischer*, § 238 Rn. 10; *Meyer* ZStW 2003, S.254f.

⁷² Vgl. *Fiedler*, Stalking: Opfer, Täter, Prävention, Behandlung, S.15f.

bb) Unter „weiches (mildes, leichtes) Stalking“ fallen regelmäßig die in aa) bis ee) aufgeführten Verhaltensweisen, insbesondere unerwünschte Kommunikation jeder Art und das Verbreiten von Verleumdungen und Gerüchten.⁷³ Namentlich aufgeführt werden ständige unerwünschte Kommunikationen mittels Briefe oder anonymisierten und nicht anonymisierten Telefonaten, dauerndes Beobachten, Belagern, Warten und Verfolgen des Opfers, Ausfragen und Belästigen der Freunde und Bekannte, Stehlen und Lesen der Post des Opfers und das Zusenden von Geschenken.⁷⁴

c) Ebenfalls charakteristisch ist, dass die gezeigten Verhaltensweisen eine gewisse Häufigkeit bzw. Massivität aufweisen⁷⁵ und sich über einen längeren Zeitraum erstrecken. Es handelt sich demzufolge bei Stalking um ein länger andauerndes Phänomen.⁷⁶

2.) Der Täter und seine Beziehung zum Opfer

a) Stalker kommen aus allen sozialen Schichten und Altersgruppen, mit unterschiedlichsten Schulbildungen und intellektuellen Voraussetzungen.⁷⁷ Nach empirischen Untersuchungen sind rund 60 % bzw. 85 % der Täter in Deutschland Männer.⁷⁸ Die möglichen Beweggründe sind vielfältig und im Kontext mit dem Verhältnis zum Opfer zu sehen. Erwünschtes Ziel kann sein, das Opfer zu einer Beziehung zu bewegen, eine Aussöhnung zu erreichen oder es aufgrund seiner diesbezüglichen Verweigerung zu schikanieren.⁷⁹ Grund und Ursache bestehen zumeist aus (u.U. krankhaften) Liebes-, und Zuwendungsbedürfnissen heraus. Weiterer mögliche Antriebsgründe sind Macht und Kontrolle über das Opfer auszuüben,⁸⁰ sowie Rache für (vermeintliche) Ehr- oder sonstige Rechtsgutsverletzungen.⁸¹ Für das Strafrecht von Interesse sind aktuelle Bestrebungen psychologischer Forschungsarbeit, sich bei der Einteilung der Täter an den Maßgaben der §§ 20, 21 StGB zu orientieren.⁸² Auf der psychopathologischen Ebene werden diesbezüglich typologisierend drei Gruppen von Täter bzw. Stalkern unterschieden:

⁷³ Vgl. *Fischer*, § 238 Rn. 10.

⁷⁴ Vgl. *Fiedler*, Stalking: Opfer, Täter, Prävention, Behandlung, S.15f.

⁷⁵ Vgl. *Stange/Rillinger*, Begriff und Erscheinungsformen des Stalking, *StraFo* 2003, S.194: 6.000 Briefe in einem Jahr an einen bekannten Schauspieler.

⁷⁶ *Pathé/Mullen*, *Br J Psychiatry* 1997, S.12ff. gehen von durchschnittlich 24 Monaten aus.

⁷⁷ Vgl. *Dressing/Gass*, Stalking!, S.24; *Bieszk/Sadtler*, *NJW* 2007, S.3384.

⁷⁸ Vgl. *Vofß*, Stellungnahme, S.1.

⁷⁹ Vgl. *Rillinger/Stange*, *StraFo* 2003, S.194.

⁸⁰ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.6.

⁸¹ Vgl. *Meyer*, *ZStW* 2003, S.253 m.w.N.

⁸² Zum Folgenden: *Dressing/Kühner/Gass*, *FRP* 2006, S.178ff.; *Dressing/Gass*, Stalking!, S.46ff.

aa) psychotischer Stalker:

Bei Stalkern mit psychotischen Störungsbildern ist das Eingangsmerkmal der „krankhaften seelischen Störung“ eindeutig gegeben. Er leidet an einer psychotischen Somatik (z.B. Liebeswahn, Beeinträchtigungswahn), die das Stalkingverhalten unmittelbar begründen kann.⁸³ Der Täter unterliegt der Wahnvorstellung, das Opfer müsse seine Zuneigung erwidern und eine sexuelle oder Liebesbeziehung mit ihm aufnehmen, sodass insoweit von einer obsessiven Fixierung ausgegangen werden kann.⁸⁴ Es ist möglich, dass diese Psychose zur vollständigen Aufhebung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit führt. Andererseits kann trotz Vorliegen einer krankhaften seelischen Störung die Einsichts-, und Steuerungsfähigkeit überhaupt nicht beeinträchtigt sein, bspw. in Fällen einer sogenannten psychotischen Residualsymptomatik.

bb) psychopathologische Entwicklung:

Das Stalkingverhalten kann sich im Kontext einer abnormen psychopathologischen Entwicklung manifestieren, sodass es sich unter Umständen um eine „andere schwere seelische Abartigkeit“ handeln kann. Dies kann bspw. dann erwogen werden, wenn eine zunehmende Einengung des Denkens und des Affektes eintritt. Das Stalkingverhalten bestimmt den gesamten Lebensrhythmus, kann süchtige bzw. obsessive Züge annehmen und verändert unter Umständen die Persönlichkeit und Lebensgewohnheiten des Täters erheblich. Möglicherweise ist dann zwar nicht die Einsichtsfähigkeit in das Unrecht des eigenen Handelns, jedoch die Steuerungsfähigkeit im Hinblick auf bestimmte Stalkingverhaltensweisen erheblich beeinträchtigt.

cc) psychisch gesunder Stalker:

Dieser bzw. der Stalker mit einer nicht krankheitswertigen Persönlichkeitsstörung weisen kein Eingangsmerkmal der §§ 20, 21 StGB auf. Es finden sich meist Akzentuierungen der Persönlichkeitsstruktur, häufig mit dissozialen und/oder narzistischen Zügen, denen jedoch kein Krankheitswert zukommt.⁸⁵

b) Im Verhältnis Täter - Opfer lassen sich ebenfalls drei Kategorisierungen vornehmen: Ehemalige (Intim-)Partner, Bekannte oder gänzlich Fremde. In die letzte Kategorien zählen auch die

⁸³ Die Diagnosehäufigkeit liegt in Fällen der Erotomanie allerdings bei lediglich ca. 10% aller Fälle, *Vof/Hoffmann/Wondrak*, S.18 m.w.N.

⁸⁴ Vgl. *Meyer*, ZStW 2003, S.253 m.w.N.

⁸⁵ So konstatiert *Buß*, S.161, dass es verfehlt sei, generell von krankhaften Zügen bei Stalkern zu sprechen.

medienwirksame Stalkingfälle von Prominenten bzw. Personen des öffentlichen Lebens. In den überwiegenden Fällen sind die Täter dem sozialen Nahraum des Opfers zu zurechnen.⁸⁶ Laut der Interventionsstelle Mainz, handelt es sich bei ca. 50 % um Ex-Partner, die schon während der Partnerschaft oder Ehe gewalttätig waren oder eine Trennung nicht akzeptieren wollen.⁸⁷ Die Schwelle von nachvollziehbaren und legitimen „Rettungsversuchen“ einer gescheiterten Beziehung zum Stalking soll dann überschritten sein, wenn trotz eindeutiger Sinnlosigkeit eines derartigen Strebens, diese übernachhaltig wird und über Wochen, Monate oder gar Jahre andauert.⁸⁸

3) Reaktionen und Auswirkungen beim Opfer⁸⁹

In Deutschland sind 75 bis 85 % der Opfer Frauen und entsprechend 15 bis 25 % Männer.⁹⁰ Anfangs unter Umständen noch als besonderes Interesse oder Bewunderung empfunden, geschieht die einseitige, sich wiederholende Kontaktaufnahme durch den Täter im Laufe der Zeit gegen den (ausdrücklich erklärten) Willen des Opfers.⁹¹ Allgemein geht aus den Studien hervor, dass viele Stalking-Opfer unter erheblichen gesundheitlichen Problemen leiden und deshalb teilweise ärztliche und psychotherapeutische Hilfe in Anspruch nehmen mussten.⁹² Betroffen können auch Personen aus dem Umfeld der eigentlichen Zielperson, die sogenannten Sekundäröpper, sein.⁹³

a) In Fällen des harten Stalkings treten Beeinträchtigungen der körperlichen, gesundheitlichen und sexuellen Integrität, in Ausnahmen auch Tötungsfälle, auf. Einer Auswertung des Vorsitzenden Richter am BGH und Sachverständigen *Nack* zufolge, hatte der 1.Strafsenat in den Jahren 2005 und 2006 13 Revisionen mit Gewalttaten, denen ein massives Stalking vorausgegangen war.⁹⁴ Sechs Fälle waren Tötungsdelikte, davon drei vollendete. Drei Fälle waren gravierende Körperverletzungen und vier Fälle waren schwere Sexualdelikte. Beziehe man die Fälle ein, in denen keine Revision eingelegt wurde, dürfte man auf bis zu 50 bekannt gewordene Stalkingfälle kommen, bei denen es zu schwerwiegenden - u.U. tödlichen - Folgen für die Opfern gekommen ist. In diesem Zusammenhang ist drauf hinzuweisen, dass nach einhelliger wissenschaftlicher Meinung Gewalttätigkeiten bzw. physische Übergriffe nicht Voraussetzung für, sondern eine Eskalationsstufe

⁸⁶ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.6.

⁸⁷ Vgl. *Gabel*, Prot. öffentliche Anhörung (18.10.2006), S.3.

⁸⁸ Vgl. *Fiedler*, Stalking: Opfer, Täter, Prävention, Behandlung, S.3.

⁸⁹ Vgl. hierzu eingehend: *Hoffmann*, Stalking, S.149ff.

⁹⁰ So *Voß*, Stellungnahme, S.1

⁹¹ Vgl. *Gabel*, Öffentliche Anhörung des RA zu den Gesetzentwürfen zur Stalking-Bekämpfung, S.2.

⁹² Vgl. *Dreßing/Gass*, Stalking!, S.35; *Fiedler*, Stalking: Opfer, Täter, Prävention, Behandlung, S.35 ff.

⁹³ Vgl. *Hoffmann*, Stalking, S.150.

⁹⁴ *Nack*, Statement zur Anhörung vor dem RA zum Entwurf eines Stalking-Bekämpfungsgesetzes, S.1, der diesbezüglich von „Eskalationsfällen“ spricht.

von Stalking darstellen.⁹⁵ Prognostisch besteht ein erhöhtes Risiko für gewalttätiges Verhalten nach zerbrochenen Intimbeziehungen und bei psychotischen Stalkern.⁹⁶ Weitere physische Auswirkungen zeigen sich in Form von (psychosomatischen) Beeinträchtigungen wie erhöhter Blutdruck, Kopfschmerzen, Schlaf- oder Essstörungen, Magenbeschwerden, Verdauungsstörungen, anhaltende Übelkeit, Müdigkeit und Erschöpfung.⁹⁷

b) Psychisch-seelische Auswirkungen erstrecken sich vom Belästigungsgefühl, Niedergeschlagenheit, chronischen Stresssituationen über Angst- und Panikzuständen bis hin zu Depressionen und Suizidgedanken oder gar -versuchen. Furcht, Angst und Verunsicherung bilden die zentralen und vorherrschenden Emotionen des Opfers.⁹⁸ Die Lebensqualität wird erheblich beeinträchtigt, weil das Opfer einem dauerhaften Gefühl der Macht- und Hilflosigkeit sowie dem Eindruck einer totalen Fremdkontrolle unterliegt und somit keinen eigenen geschützten Raum mehr zu besitzen scheint. Die Betroffenen fühlen sich „wie in einem Gefängnis“⁹⁹ und in ständiger stressreicher Erwartung der nächsten Belästigung.¹⁰⁰ Das Selbstbewusstsein schwindet.¹⁰¹ Diese Reaktionen überdauern zum Teil noch die Zeit des aktiven Stalkens.¹⁰² Im Vergleich zur Allgemeinbevölkerung zeigen die Stalkingopfer eine signifikant schlechtere psychische Befindlichkeit auf.¹⁰³ Feststellbar sind auch erhöhte Reizbarkeit und Aggressivität sowie verstärktes Misstrauen gegenüber Mitmenschen.

c) Soziale Auswirkungen zeigen sich in erster Linie in Umstellung der Lebensgewohnheiten, insbesondere das Auftreten sogenannter Vermeiderverhaltensweisen bzw. -strategien. Das beginnt beim (mehrmaligen) Wechseln der Telefonnummer bis hin zum Wechsel von Arbeitsplatz oder Wohnung.¹⁰⁴ Die Wohnung selber wird nur noch selten und ggf. unter Schutzvorkehrungen oder ausschließlich in Begleitung Dritter verlassen.¹⁰⁵ Aus Angst dem Stalker zu begegnen, werden Routinewege oder bestimmte öffentliche Plätze gemieden, Freizeit-, und Vergnügungsaktivitäten werden eingeschränkt. Folge der dauerhaft latenten Bedrohungssituation kann ein Rückzug aus dem

⁹⁵ Vgl. *Hoffmann*, Stalking, S.170 m.w.N.

⁹⁶ Vgl. *Dressing/Kühner/Gass*, ZRP 2006, Rn.179.

⁹⁷ Vgl. *Dressing/Kühner/Gass*, Ergebnisse der ersten epidemiologischen Studie zu Stalking in Deutschland (2004) abgerufen unter www.idw-online.de/pages/de/news83261.

⁹⁸ Vgl. *Voß*, Stellungnahme, S.1; bereits BR-Drs.551/04.

⁹⁹ Aussage der geschädigten Zeugin vor dem AG Ulm (Az:4 Ds 24 Js 12250/07) am 22.01.2008, die über 10 Jahre (!) hinweg vom Angeklagten belästigt wurde.

¹⁰⁰ Vgl. *Fiedler*, Stalking: Opfer, Täter, Prävention, Behandlung, S.33.

¹⁰¹ Vgl. *Freudenberg*, Stellungnahme, S.1.

¹⁰² Vgl. *Gabel*, Stellungnahme, S.2.

¹⁰³ Vgl. *Dressing/Kühner/Gass*, Ergebnisse der ersten epidemiologischen Studie zu Stalking in Deutschland (2004) abgerufen unter www.idw-online.de/pages/de/news83261.

¹⁰⁴ Vgl. Periodischer Sicherheitsbericht der Bundesregierung (2006), S.127.

¹⁰⁵ Vgl. BT-Drs. 16/1030, S.1; 16/575, S.8.

Sozialleben bis hin zur vollständigen Isolation sein.¹⁰⁶ Auch wirtschaftliche Negativfolgen können mit Stalking verbunden sein, weil der Betroffene regelmäßig Geld für Sicherheitsmaßnahmen, Änderungen der Lebensgewohnheiten (neue Telefon-, bzw. Geheimnummer) oder Reparatur beschädigter Gegenstände aufwenden muss oder es gar zum Verlust des Arbeitsplatzes kommen kann.¹⁰⁷

Um in der oben bereits angeführten Kategorisierung zu verbleiben, lassen sich ausschließlich psychisch-seelische und/oder soziale Beeinträchtigungen prinzipiell dem weichen Stalking, Fälle mit tätlichen bzw. substanzverletzenden Übergriffen dem harten Stalking zuordnen. Anschaulich und zusammenfassend zu den psychischen und sozialen Auswirkungen, die von der TU Darmstadt dokumentierten typischen Äußerungen Betroffener:¹⁰⁸

„Ich gehe auf niemanden mehr zu, gehe nicht mehr alleine raus sondern schließe mich zu Hause ein, verriegele die Türen und Fenster, kontrolliere vor jeder Fahrt mein Auto genau, habe Angst in den Briefkasten zu sehen, fühle mich ständig verfolgt, da er/sie gedroht hat: „Wenn ich mit Dir fertig bin, kannst du nicht mehr normal leben“.

Gefestigte Angaben über die genaue Anzahl der Betroffenen in Deutschland existieren nicht. Im Jahre 2007 gab es 11.401 polizeilich registrierte Fälle von Stalking, wobei zu berücksichtigen ist, dass der Straftatbestand erst am 01.04.2007 in Kraft getreten ist und nicht allen Taten zentral erfasst wurden.¹⁰⁹ Wissenschaftlichen Schätzungen zu Folge sollen jährlich 500.000 bis 700.000 Personen in Deutschland von Stalking betroffen sein.¹¹⁰ Es wird davon ausgegangen, dass 16 % aller Frauen,¹¹¹ insgesamt 11,6 % der Bevölkerung, einmal in ihrem Leben Opfer eines Stalkers werden.¹¹² Im Rahmen der ersten epidemiologischen Studie zum Thema Stalking in Deutschland, des Zentralinstituts für Seelische Gesundheit Mannheim aus dem Jahre 2004,¹¹³ sind von 679 Personen 12 % einmal in ihrem Leben über eine Zeitspanne von mindestens zwei Wochen mit mindestens zwei unterschiedlichen Methoden verfolgt, belästigt oder bedroht und dadurch in Angst versetzt worden. Der Prozentsatz der aktuell Verfolgten betrug 1,6 %.

¹⁰⁶ Vgl. *Gabel*, Stellungnahme, S.5.

¹⁰⁷ Vgl. *Dressing/Gass*, Stalking!, S.35.

¹⁰⁸ Vgl. *Voß*, Stellungnahme, S.2.

¹⁰⁹ PKS (2007), S.7.

¹¹⁰ Vgl. *Valerius*, JuS 2007, S.319 unter Bezugnahme auf Spiegel online vom 30.11.2006: „Stalking wird Straftat“, abgerufen unter www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,451627,00.html; *Fischer*, § 238 Rn.3 unter Verweis auf www.stalkingforschung.de.

¹¹¹ Vgl. *Prof. Voß*, Stellungnahme, S.1.

¹¹² Vgl. *Dressing/Kühner/Gass*, FPR 2006, S.177.

¹¹³ Vgl. *Dressing/Kühner/Gass*, Ergebnisse der ersten epidemiologischen Studie zu Stalking in Deutschland (2004), abrufbar unter www.idw-online.de/pages/de/news83261.

C. Rechtslage vor Einführung des neuen § 238 StGB

Die grundlegende Aufgabe allen Rechts besteht in der verbindlichen Ordnung und Gewährleistung des friedlichen Zusammenlebens in der staatlichen Gemeinschaft.¹¹⁴ Diese Funktionsumschreibung verdeutlicht, dass grundsätzlich das Instrumentarium der gesamten Rechtsordnung zum Schutze rechtlich anerkannter Interessen genutzt bzw. angewendet werden kann.¹¹⁵ Im Folgenden wird daher untersucht, in welcher Weise vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellung in materieller und verfahrenstechnischer Hinsicht Rechtsschutz gegen das aufgezeigte Stalkerverhalten gewährleistet wurde bzw. erlangt werden konnte. Die Untersuchung beschränkt sich auf Fälle des sogenannten „milden bzw. weichen Stalkings“,¹¹⁶ welches aufgrund der vorhergehenden Feststellungen über tatsächliche Erscheinungsformen und Auswirkungen als

- a) komplexes Verhaltensmuster, bestehend aus mehreren unterschiedlichen Einzelhandlungen, die bei isolierter Betrachtungsweise teilweise als sozialadäquat eingeordnet werden können (bspw. Kommunikationsversuche mittels Telefon oder Brief, Klingeln an der Haustür etc.), aber durch ihre kumulativ-gehäufte Anwendung und kontinuierliche Vornahme zu
- b) psychischen und/oder sozialen Beeinträchtigungen beim Betroffenen führen bzw. führen können,

umschrieben bzw. (grob) definiert wird.

Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich auf eine überblicksweise Erläuterung der wichtigsten Schutznormen bzw. Tatbestände, mit punktueller Vertiefung bei - aus Sicht des Autors - relevanten bzw. problematischen Tatbestandsmerkmalen.¹¹⁷ Soweit ein rechtstheoretischer Disput über die konkrete Anwendung bzw. Reichweite einer Norm, respektive einzelner Merkmale bestehen sollte, wird die von der Rechtsprechung vertretene Auffassung im Hinblick auf deren (zumindest faktische) Bindungswirkung für die praktische Rechtsanwendung zugrundegelegt. Stalkingbezogene Schutznormen finden sich insbesondere im Kern- und Nebenstrafrecht, im Recht der Ordnungswidrigkeiten, im sonstigen öffentlichen Recht und im allgemeinen Zivilrecht.

¹¹⁴ Vgl. *Krey*, AT 1 §1 Rn.2ff.; *Brox* BGB AT (24.Aufl.) §1 Rn.1ff.

¹¹⁵ Vgl. *Roxin*, AT 1 §2 Rn.97; *Meyer* ZStW 2003, S.290; zum strafrechtlichen Subsidiaritätsgrundsatz: *Baumann/Weber/Mitsch*, AT (11.Aufl.) §3 Rn.19ff; *Bringewat* Grundbegriffe des Strafrechts, Rn.24 (S.24).

¹¹⁶ Zur Unterscheidung weiches - hartes Stalking vgl. *Löbmann*, MschrKrim 2001, S.25ff; *Lackner/Kühl* §238 Rn.1.

¹¹⁷ Weitergehende Auseinandersetzungen v.a. bei *Utsch*, Strafrechtliche Probleme des Stalkings, S.23ff. und *Smischek*, Stalking-Eine strafrechtswissenschaftliche Untersuchung, S.131ff.

I. Strafrecht (alle §§ ohne besondere Angaben sind solche des StGB)

Das rechtsstaatliche deutsche Strafrecht ist Tatstrafrecht¹¹⁸ und grundsätzlich auf die Ahndung von Einzelhandlungen zugeschnitten.¹¹⁹ Vergegenwärtigt man sich den oben aufgestellten (groben) Definitionsversuch für nachstellendes Verhalten bzw. „weiches Stalking“, offenbart sich eine prinzipielle Diskrepanz zwischen einem komplexen, durch viele unterschiedliche Teilhandlungen gekennzeichneten Gesamtverhalten einerseits, und einer Strafrechtsordnung, die angesichts des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots aus Art. 103 Abs.2 GG eher auf Sanktionierung bestimmter Einzelhandlungen ausgerichtet ist, andererseits. Vor diesem Hintergrund wird nun die Strafrechtsordnung vor Inkrafttreten des § 238 auf diesbezügliche Schutznormen untersucht, wobei eingrenzend in opferbezogener Betrachtung diejenigen Normen und Tatbestände herangezogen werden, die einen Bezug zu den typischerweise auftretenden psychischen und sozialen Auswirkungen aufzeigen.

1.) §§ 223, 229¹²⁰

Wegen Körperverletzung wird bestraft, wer eine andere Person körperlich misshandelt oder an der Gesundheit schädigt. Bezugnehmend auf den Wortlaut des § 223 und die Abschnittsüberschrift - Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit - wird nach überwiegender Auffassung der menschliche Körper in seiner Unversehrtheit als geschütztes Rechtsgut angesehen, mithin ein Körperlichkeitsbezug verlangt.¹²¹ Zwar ist die konkrete Reichweite der Körperverletzungstatbestände umstritten, jedoch wird nach aktuell h.M. grundsätzlich die Verletzung des seelischen Gleichgewichts oder rein psychische Tatfolgen - soweit nicht § 225 oder der subjektive Geltungsanspruch und damit die Ehre tangiert ist - als strafrechtlich irrelevant erachtet.¹²² Aktuell umstritten ist daher auch, ob die durch das dauerhaft-komplexe Täterverhalten typischerweise hervorgerufenen psychisch-seelische Symptomatiken, wie etwa Unruhe, Nervosität, Angst oder Furcht, bereits taugliche Tathandlungen bzw. Verletzungserfolge im Sinne der §§ 223 ff. darstellen. Grundsätzlich gilt es zu beachten, dass zwischen körperlicher Misshandlung und Gesundheitsschädigung nicht immer trennscharf unterschieden werden kann, die Übergänge vielmehr fließend sind und es daher zu Überschneidungen kommen kann.

¹¹⁸ Vgl. *Roxin*, AT 1, §6 Rn.1, 13; *Baumann/Weber/Mitsch*, §3 Rn.80; *Hassemer*, wistra 1995, S.43.

¹¹⁹ Vgl. *Rackow*, GA 2008, S.560 unter Verweis auf BGHSt 40, 165; *Timmermann*, StraFo 2007, S.362.

¹²⁰ Umfassende Erörterung bei *Buß*, S.129ff.

¹²¹ Vgl. *MüKo-Joecks*, Vor §223 Rn.4.; *LK-Lilie*, Vor §223 Rn.1; *Lackner/Kühl*, §223 Rn.1.

¹²² *MüKo-Joecks*, Vor § 223 Rn.2; BGH StV 1998, 76; OLG Köln StV 1985, S.17.

a) Unter körperlicher Misshandlung ist jede Substanzverletzung oder üble, unangemessene Behandlung zu verstehen, durch die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird oder die in sonstiger Weise auf die körperliche Unversehrtheit einwirkt.¹²³ Die Definition beinhaltet zwei wesentliche Eingrenzungen: Körperlichkeitsbezug und Überschreitung einer Erheblichkeitsschwelle.

aa) Die üble und unangemessene Behandlung¹²⁴ muss in objektiv zurechenbarer Weise eine Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens verursacht haben. Aufgrund des verlangten Körperlichkeitsbezuges und im Einklang mit dem Gesamtkonzept des deutschen Strafrecht wird nach h.M. selbst bei extensiver Auslegung¹²⁵ und unter Verzicht auf das Vorhandensein von Schmerzempfinden das seelische Wohlbefinden grundsätzlich nicht bzw. nur über den Sonderfall § 225 („quälen“) geschützt.¹²⁶ Entsprechend stellt nach Auffassung der Rechtsprechung das (verfolgungsbedingte) Verursachen von Schrecken, Ekel oder Erregung, sowie Angst- und Panikgefühle zunächst keine körperliche Misshandlung dar.¹²⁷ Zur Begründung wird ausgeführt, dass die psychische Misshandlung dem Wortlaut nach den Gegensatz zur körperlichen Misshandlung bilde, weshalb eine „Folter des Geistes“ in Form von seelischem Leid oder Ekel für sich alleine nicht ausreichend sei.¹²⁸ Des weiteren sei die Zufügung seelischer Verletzungen mit dem menschlichen Zusammenleben unvermeidbar verbunden, sodass auf Grund des fragmentarischen Charakters des Strafrechts ein umfassender Schutz der psychischen Integrität weder gewährleistet werden kann, noch muss.¹²⁹ Ferner werden aufgrund der Vielzahl möglicher psychischer Beeinträchtigungen im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot (Art.103 Abs.2 GG) Bedenken gegen eine extensive Ausdehnung des Tatbestandes angemeldet.¹³⁰ Eine Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens liegt allerdings dann vor, wenn die seelische Misshandlung körperliche Reaktionen wie bspw. Zittern des ganzen Körpers, einzelner Körperteile oder eine Ohnmacht verursacht.¹³¹

bb) Das Erfordernis der „Erheblichkeit“, beurteilt aus der Sicht eines objektiven Betrachters, soll Bagatellfälle vom Tatbestand ausgrenzen und korrespondiert insofern mit dem Begriff der

¹²³ Vgl. bspw. BGHSt 14, 269, 271; 25, 277; OLG Karlsruhe VRS 108, S.427f; OLG Köln StV 1985, S.17.

¹²⁴ Laut BGH aaO. muss es sich um sozialwidriges Verhalten handeln; zum diesbzgl. Streitstand vgl. MüKo-Joecks, §223 Rn.23ff.

¹²⁵ Vgl. RGSt 25, 375 unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte.

¹²⁶ Vgl. BGH StV 1998, 76; SK-Horn/Wolters, § 223 Rn.9; Wessels/Hettinger, BT/1 Rn. 245.

¹²⁷ Vgl. BGHSt 48, 36; OLG Zweibrücken NJW 1991 S.240; OLG Hamm MDR 1958, S.939 m.w.N.; aA. noch RGSt GA 1958, S.184f.

¹²⁸ Vgl. LK-Lilie, § 223 Rn.8.

¹²⁹ Statt aller: Bloy, Eser-Festschrift, S.233ff.

¹³⁰ Vgl. v.Pechstaedt, S.123.

¹³¹ Vgl. OLG Hamm, MDR 1958, S.939; RGSt 64, 119; LK-Lilie, § 223 Rn.8.

„Misshandlung“, da nicht jedes Hervorrufen reiner Befindlichkeitsstörungen, nicht jede Belästigung und Unannehmlichkeit einer strafrechtlichen Repression nach §§ 223ff. unterliegen soll und darf.¹³² Verlangt wird daher der Eintritt eines - wenn auch nur vorübergehenden - pathologischen, somatisch objektivierbaren Zustands.¹³³ Als unerheblich und somit nicht ausreichend wurden angstbedingtes Herzklopfen, Schweißausbrüche, Adrenalinausstoß oder erhöhte Verdauungstätigkeiten erachtet, da hiervon der Mensch in zahlreichen Lebenssituationen betroffen sein kann.¹³⁴ Im Hinblick auf die Problematik einer nachstellungsbedingten Körperverletzung hatte der BGH hingegen die Annahme einer körperlichen Misshandlung gebilligt, bei der das Opfer als Folge dreijähriger Nachstellung und Bedrohung an massiven depressiven Verstimmungen mit Schlaf- und Konzentrationsstörungen bis hin zu Selbstmordgedanken litt.¹³⁵

b) Gesundheitsschädigung ist nach ständiger Rechtsprechung und der überwiegenden Auffassung in der Literatur das Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustandes der körperlichen und seelischen Funktionen negativ abweichenden pathologischen Zustandes, unabhängig von dessen Dauer,¹³⁶ wobei auch diesbezüglich eine gewisse Erheblichkeit verlangt wird.¹³⁷ Störungen des seelischen Wohlbefindens bzw. Beeinträchtigung der Psyche sollen nach h.M. jedoch nur dann ausreichen, wenn hierdurch der Körper zumindest vorübergehend in einen krankhaften Zustand (somatologischer Krankheitsbegriff), insbesondere nervlicher Art, versetzt wird.¹³⁸ Rein psychische Einwirkungen können tatbestandsmäßig sein, wenn sie zu einer erheblichen Reizung der die sinnlichen Eindrücke vermittelnde Empfindungsnerven des zentralen Nervensystems (bspw. schwere Alteration, Kollaps, Herzinfarkt) führen.¹³⁹

Als nicht ausreichend wurde vom BGH das Hervorrufen von Panik- und Angstgefühlen erachtet, da dies nicht vom Wortlaut des § 223 gedeckt sei und in systematischer Hinsicht die Vorschrift des § 225 Abs.3 Nr.2 ausdrücklich zwischen körperlichen und seelischen Schädigungen unterscheide.¹⁴⁰ Ebenfalls ungenügend seien beim Betroffenen aufgrund eines schockartigen Erlebnisses auftretende starke Gemütsbewegungen.¹⁴¹ Das genau erforderliche Ausmaß wird unterschiedlich beurteilt. Regelmäßig werden dauerhafte Kopfschmerzen, Magenschmerzen, Nervenzusammenbrüche,

¹³² MüKo-Joecks, §223 Rn.20ff; Pollähne, StV 2003, S.564 m.w.N; weitergehend: S/S-Eser, §223 Rn.1ff.

¹³³ Vgl. OLG Düsseldorf, StV 2003, S.563; BGHSt 48, 34ff.; m.w.N; nicht beanstandet von BVerfG DVBl 2007, S.126f.; Lackner/Kühl §223 Rn.5.

¹³⁴ Vgl. OLG Köln, NJW 1997 2191f.

¹³⁵ Vgl. BGH NSTZ 2000, S.25ff.

¹³⁶ Vgl. BGHSt 36, 1; 36, 265; MüKo-Joecks, § 223 Rn.25 m.w.N.

¹³⁷ Vgl. BGH NJW 1996, S.1069; OLG Düsseldorf, StV 2003, S.563 m.w.N; LK-Lilie, §223 Rn.16.

¹³⁸ Vgl. BGHSt 48, 36; NJW 2003, S.150; OLG Hamm MDR 1958, S.993; LK-Lilie, §223 Rn.15.

¹³⁹ Vgl. BGHSt 41, 285; OLG Köln, VRS 75, S.106; LK-Lilie, §223, Rn.8, 15; Fischer, §223 Rn.6.

¹⁴⁰ Vgl. BGHSt 48, 34, 36; Lackner/Kühl §223 Rn.4.

¹⁴¹ Vgl. BGH NSTZ 1997, 123.

Heulkrämpfe oder extreme Angstzustände verlangt, wobei unter Umständen aber auch bereits Zittern und Schlafstörungen genügen sollen.¹⁴² Das OLG Düsseldorf hatte in diesem Zusammenhang über einen Fall zu entscheiden, der stalkingrelevante Bezüge aufwies und daher besonders erkenntnisreich für die „nachstellungsbezogene“ Reichweite des Körperverletzungstatbestandes ist.¹⁴³ Der Täter rief in zwei Nächten mehrmals bei den Opfern an, wodurch diese aus dem Schlaf gerissen und empfindlich in der Nachtruhe gestört wurden, da sie mit weiteren Anrufen rechnen mussten. An den darauffolgenden Tagen fühlten sie sich unausgeglichen, müde, gerädert und nervös. Das OLG hob, unter Bezugnahme auf den BGH, die Verurteilung des Amtsgerichtes wegen Körperverletzung auf, da die getroffenen Feststellungen unzureichend seien. Gezielte nächtliche Anrufe (sog. „Telefoterror“), die Befindlichkeitsstörungen ohne medizinisch bedeutsamen Krankheitswert verursachen, genügen insofern nicht. Eine bloße psychische Einwirkung, die lediglich das seelische Wohlbefinden berührt, ohne die Nerven in krankhaften Zustand zu versetzen, wie bei Angst, Schrecken und Erregung der Fall, überschreiten die Erheblichkeitsschwelle solange nicht, bis es zu einer erheblichen Reizung der die sinnlichen Eindrücke vermittelnde Empfindungsnerve des zentralen Nervensystems (bspw. schwere Alteration, Kollaps, Herzinfarkt) kommt.¹⁴⁴ Dementsprechend stellen psychovegetative, d.h. angst- oder schreckensbedingt ausgelöste körperliche Vorgänge (bspw. Schweißausbrüche oder Herzklopfen), wie sie regelmäßig bei Kontaktaufnahmen durch den Stalker auftreten, grundsätzlich keine tatbestandsmäßigen Gesundheitsschädigungen dar.¹⁴⁵ Dies gilt auch für Unausgeglichenheit, innere Unruhe, Müdigkeit, Zerschlagenheit und Nervosität.¹⁴⁶

Das BVerfG¹⁴⁷ hat die Verfassungsbeschwerde eines wegen fahrlässiger Körperverletzung Verurteilten u.a. mangels Verstoßes gegen das Willkürverbots nicht zur Entscheidung angenommen, dessen Verurteilung folgender Sachverhalt zu Grunde lag:

„Hier stellten die Tatgerichte fest, dass der Geschädigte durch das Tatgeschehen massiv in Angst und Schrecken versetzt worden sei, so dass sich bei ihm Unruhezustände, Nervosität und Schlafstörungen eingestellt hätten. Insgesamt habe sich der Gesundheitszustand des Zeugen so verschlechtert, dass dieser sich in ärztliche Behandlung habe begeben müssen und über mehrere

¹⁴² Vgl. BGH NJW 1996, S.1069 m.w.N.

¹⁴³ Vgl. OLG Düsseldorf, NJW 2002, S.2118.

¹⁴⁴ Vgl. auch OLG Köln, VRS 75, S.106; LK-Lilie, §223, Rn.8, 15.

¹⁴⁵ Vgl. Lackner/Kühl §223 Rn.4 m.w.N.; Meyer, ZStW 115, S.261.

¹⁴⁶ Vgl. Pollähne, StV 2003, S.565 m.w.N.; aA. LG Hamburg, MDR 1954, S.630.

¹⁴⁷ Vgl. BVerfGE 2 BvR 1603/06.

Monate mit einem Psychopharmakon behandelt worden sei. Tagsüber habe sich der Geschädigte in Folge der psychischen Belastungen und Schlafstörungen "gerädert" gefühlt.“

Das Verfassungsgericht führte aus, dass die Verurteilung wegen fahrlässiger Körperverletzung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei, da mit der Verschlechterung des Gesundheitszustands des Geschädigten über einen längeren Zeitraum, die einer medikamentösen Behandlung bedurfte, die Steigerung eines pathologischen Zustands festgestellt worden sei.

c) Zu konstatieren ist, dass die permanente und gehäufte Belästigung, insbesondere in Form von unerwünschten Kontaktaufnahmeversuchen, durch unterschiedliche Vorgehensweisen als sozialwidriges Verhalten iSd. Körperverletzungstatbestände einzuordnen ist, eine Strafbarkeit jedoch nicht in Betracht kommt, wenn durch diese überwiegend psychischen Einwirkungen ausschließlich das seelische Wohlbefinden negativ tangiert wird.¹⁴⁸ Anders liegt es dann, wenn durch die psychischen Belastungen auch körperliche Beeinträchtigungen mit Krankheitswert hervorgerufen werden.¹⁴⁹ Anhand der diesbezüglich ergangenen Rechtsprechung kann eine klare Grenzziehung zwischen strafbarer körperlicher Misshandlung und beeinträchtigender aber strafloser Belästigung nicht immer eindeutig vorgenommen werden.¹⁵⁰ Zusammenfassend bleibt daher festzuhalten, dass zumindest nach der - letztlich für die Bestimmung der Reichweite einer Norm maßgeblichen - obergerichtlichen und höchstrichterlichen Rechtsprechung die als Folge von Stalking bei den Betroffenen häufig auftretenden psychisch-seelischen Auswirkungen wie bspw. Panik- und Angstgefühle nicht von §§ 223, 229 erfasst sind, da es regelmäßig zumindest an einer Überschreitung der aus sozialadäquaten Gründen postulierten Erheblichkeitsschwelle fehlt.¹⁵¹

Falls die (psychische) Beeinträchtigung den Grad einer Körperverletzung erreicht haben sollte, stellt sich in der Praxis oftmals auch das Folgeproblem der Nachweisbarkeit des Ursachenzusammenhang zwischen Täterverhalten und Opferreaktion (Kausalitätsnachweis)¹⁵² bzw. eines darauf gerichteten Vorsatz des Täters.¹⁵³ Letzterem kann immerhin mit einer Bestrafung wegen fahrlässiger Körperverletzung nach § 229 begegnet werden.

¹⁴⁸ Bestätigt von BVerfG 2 BvR 1603/06; BGHSt 48, 36.

¹⁴⁹ Vgl. OLG Celle, Beschluss vom 17.03.2008; Az: 1 WS 105/08.

¹⁵⁰ §223 bejahend: LG Hamburg, MDR 1954, S.630; §223 verneinend, bei praktisch identischen körperlichen Auswirkungen: OLG Düsseldorf, StV 2003, S.563; vgl. auch LG Kiel, NStZ 2008, S.219, das monatelange Schlafstörungen bzw. massive Einschlafstörungen und die Behandlung mit einem Psychopharmakon als ausreichend für eine Körperverletzung ansah.

¹⁵¹ Ebenso *Utsch*, S.98ff.

¹⁵² Vgl. *Janovsky*, Stellungnahme, S.2; *Winterer*, FPR 2006, S.200; LG Aachen NJW 1950, S.759; *Buß*, S.141ff.

¹⁵³ Vgl. *Smischek*, S.216; Eine Erleichterung erfährt die Vorsatzproblematik dann, wenn in einem vorgeschaltetem Zivilverfahren – etwa nach GewSchG - ärztliche Atteste eingebracht werden, vgl. *Lörsch*, Streit 2005, S.129.

2.) § 239

Wegen Freiheitsberaubung macht sich strafbar, wer einen Menschen einsperrt oder auf andere Weise der Freiheit beraubt. Die Vorschrift schützt nach bisher h.M. die potentielle persönliche Fortbewegungsfreiheit, darin eingeschlossen nicht erst die Verwirklichung des auf eine Ortsveränderung gerichteten Willensentschlusses, sondern schon die potentielle persönliche Bewegungsfreiheit, also die Möglichkeit des Ortswechsels (Potentialitätstheorie).¹⁵⁴ Freiheitsberaubung kann auch dann vorliegen, wenn der Betroffene sich gar nicht fortbegeben will.¹⁵⁵ Ist demnach Schutzzweck der Norm die Freiheit zur Ortsveränderung und nicht das Interesse, einen bestimmten Ort aufsuchen oder dort zu verweilen,¹⁵⁶ unterfällt jedenfalls das von Stalkingopfer häufig gezeigt Meiden bestimmter Örtlichkeiten nicht dem Tatbestand. Eine Strafbarkeit kommt im Hinblick auf den stalkingbedingten (partiellen) Verbleib in den eigenen Wohnräumlichkeiten in Betracht.

a) Unter „Einsperren“ als häufigste Begehungsform versteht man das Verhindern des Verlassens eines umschlossenen Raumes durch äußere, nicht notwendigerweise unüberwindbare, Vorrichtungen oder sonstige Vorkehrungen.¹⁵⁷ Ein entsprechendes Täterverhalten ist bei Stalkern regelmäßig nicht zu beobachten, da bspw. das bloße Herumstehen vor dem Wohnbereich des Opfers keine äußere Vorrichtung darstellt.

b) Die Tatbestandsalternative „auf andere Weise“ kennt hinsichtlich des Tatmittels keine Begrenzung.¹⁵⁸ Es reicht vielmehr jedes Mittel aus, das geeignet ist, einem anderen die Fortbewegungsfreiheit zu nehmen, insbesondere ihm (zumindest vorübergehend) die Möglichkeit zu nehmen, einen Raum zu verlassen.¹⁵⁹ Im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm unterfällt dem Tatbestand daher jedes Tun oder Unterlassen, durch das eine andere Person unter vollständiger Aufhebung ihrer Fortbewegungsfreiheit (zumindest vorübergehend) potentiell daran gehindert wird, ihren Aufenthaltsort zu verlassen.¹⁶⁰ Das Abstellen auf eine *vollständige* Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit legt eine restriktive Auslegung dergestalt nahe, dass die Erschwerung der tatsächlichen Fortbewegungsmöglichkeit regelmäßig nicht ausreicht, es sei denn, dass keine

¹⁵⁴ Vgl. BGHSt 14, 314ff., 32, 183ff.; LK-Schäfer, §239 Rn.6; Lackner/Kühl, §239 Rn.1.

¹⁵⁵ BGHSt 14, 314; BGH NStZ 1993, S.387.

¹⁵⁶ BGHSt 32, 183ff. m.w.N.

¹⁵⁷ Vgl. BGH NStZ 2001, 420; RGSt 7, 259.

¹⁵⁸ So BGH NStZ 2005, S.507f.

¹⁵⁹ Vgl. BGHR StGB § 239 Abs. 1 Freiheitsberaubung 2; BGH NStZ 2005, S.507f.; MüKo-Wieck/Noodt, §239 Rn.21f.

¹⁶⁰ Vgl. BGH NJW 1993, 1807.

zumutbaren (weil bspw. lebensgefährdenden) Handlungsalternativen verbleiben.¹⁶¹ Partielle Einschränkungen in der Form, dass sich der Betroffene nur erschwert oder nicht in der gewünschten Weise fortbewegen kann, erfüllen den Tatbestand grundsätzlich nicht, auch wenn dies in der Regel als „Beraubung“ der Fortbewegungsfreiheit empfunden wird.¹⁶² So stellte bereits das Reichsgerichts klar, dass der Betroffene zum „Gefangenen“ oder „absolut Unfreien“ gemacht worden sein muss.¹⁶³ Wie auch die erste Tathandlungsalternative des „Einsperrens“ nahe legt, ist tatbestandsmäßiges Verhalten regelmäßig dann anzunehmen, wenn es dem Opfer mittels vis absoluta wie bspw. an einen Stuhl fesseln oder betäuben faktisch unmöglich gemacht wird, den aktuellen Aufenthaltsort zu verlassen.¹⁶⁴ Definitorisch nicht ausgeschlossen ist eine psychisch vermittelte und wirkende vollständige Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit. Eine derartige Freiheitsberaubung ist aber regelmäßig nur bei gravierenden Fällen anzunehmen, wenn bspw. mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gedroht oder auf einen lebensgefährlichen Ausweg verwiesen wird.¹⁶⁵

Ob in diesem Zusammenhang die Schwelle zum Strafbaren überschritten wird, wenn das Stalkingopfer aus Furcht vor Zusammentreffen mit dem Stalker nur noch zu bestimmten Zeiten seine Wohnung verlässt, erscheint zweifelhaft. Wie andere Meideverhaltensweisen auch, hat dies in der Regel psychisch vermittelte und wirkende Ursachen, wie etwa die bloße körperliche Präsenz des Täters, und erfüllt deshalb wohl nur in theoretisch denkbaren Extremfällen die Freiheitsberaubung auf andere Weise.¹⁶⁶ In Betracht kommt allerdings, auf vorausgegangene Gewalttätigkeiten und gravierende Drohungen abzustellen, wobei diesbezüglich Ursachenzusammenhang und Zurechenbarkeit bzw. Vorsatz sich als problematisch darstellen können, da es dem Täter ja regelmäßig auf Kontaktaufnahme mit dem Opfer und nicht auf dessen Freiheitsbeschränkung ankommt.¹⁶⁷ Zudem lässt sich generell konstatieren, dass das unfreiwilliges Meiden, Aufsuchen, Verbleiben oder Verlassen bestimmter Örtlichkeiten strukturell eher vom Nötigungs- und nicht vom Freiheitsberaubungstatbestand erfasst wird.¹⁶⁸

¹⁶¹ Vgl. *Wessels/Hettinger*, BT 1 Rn.372; *SK-Horn*, §239 Rn.6.

¹⁶² Vgl. *Meyer*, ZStW 115 S.264.

¹⁶³ Vgl. RGSt 6, 323

¹⁶⁴ Vgl. *MüKo-Wieck-Noodt*, § 239 Rn.16.

¹⁶⁵ Vgl. *Lackner/Kühl*, §239 Rn.2 unter Verweis auf BGHSt NSTZ 2001, S.420; OLG Koblenz VRS 49, S.347; ferner RGSt 6, 231: Freiheitsberaubung durch Entfernen der Kleidung eines Nacktbadenden.

¹⁶⁶ So auch *Krüger*, S.49 m.w.N.; *S/S-Eser*, § 239 Rn.6.

¹⁶⁷ Vgl. *Utsch*, S.60.

¹⁶⁸ Vgl. *MüKo-Wieck-Noodt*, § 239 Rn.2; BGH NJW 1993, S.1807f.

3.) § 240

Wegen Nötigung macht sich strafbar, wer eine andere Person unter Einsatz bestimmter Nötigungsmittel gegen deren Willen zu einem bestimmten Tun, Dulden oder Unterlassen zwingt. Gesetzlich benannte Tatmittel sind dabei Gewalt und Drohung mit einem empfindlichen Übel. Es handelt sich um einen sog. „offenen Tatbestand“, bei dem die Rechtswidrigkeit anhand einer Mittel-Zweck-Relation positiv festzustellen ist (§ 240 Abs.2), soweit allgemeine Rechtfertigungsgründe nicht eingreifen.¹⁶⁹ Die Nötigungsvorschrift des § 240 stellt nach h.M. Angriffe auf die persönliche Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung unter Strafe.¹⁷⁰

a) Ausgehend vom Rechtsgut besteht der Nötigungserfolg entweder darin, dass sich der Betroffene zur Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung „unter Druck“ motiviert oder darin, dass er eine bestimmte Handlung nicht vornimmt, weil er hierzu in tatsächlicher Hinsicht unfähig gemacht worden ist.¹⁷¹ Im Hinblick auf die erste Alternative können viele typische Reaktionen der Stalkingopfern als tatbestandsmäßiger Erfolg zu werten sein:

Soweit gegen den eigentlichen Willen bestimmte Schutzvorkehrungen wie bspw. neue Telefon- oder Geheimnummer, zusätzliche Sicherungen der Wohnräumlichkeiten etc. getroffen, oder aber bestimmte Handlungen unterlassen bzw. eingeschränkt werden (sog. Meideverhaltensweisen; eingeschränktes Verlassen der Wohnung, Meidung bestimmter Örtlichkeiten etc.), stellt dies einen tauglichen Nötigungserfolg dar. Dasselbe gilt für die vom Täter erwünschte Kontaktaufnahme oder Herbeiführung einer Beziehung. Angeführt wird teilweise auch die Duldung künftiger Stalkinghandlungen.¹⁷² Weiterhin erforderlich ist allerdings, dass die gezeigten oder vermiedenen Verhaltensweisen in objektiv zurechenbarer Weise auf den Einsatz von Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel zurückzuführen sind. Fraglich ist daher, ob weiche Formen des Stalkings, wie bspw. Telefonterror, Auflauern, Herumlungern oder Verfolgen, für sich genommen oder in ihrer Gehäuftheit taugliche Nötigungshandlungen darstellen.

b) „Gewalt“ ist nach aktueller Interpretation (zumindest auch) physisch vermittelter und wirkender Zwang zur Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstandes.¹⁷³ Verlangt wird diesbezüglich ein zumindest geringer körperlicher Kraftaufwand des Täters, weshalb rein verbale

¹⁶⁹ Vgl. BGHSt 2, 194, 195; NK/GS-Rössner/Putz, §240 Rn.26; Fischer, §240 Rn.38ff.

¹⁷⁰ Vgl. BVerfG NJW 1995, 1141ff.; BGHSt 1, 84, 87; Lackner/Kühl, §240 Rn.1/Rn.4.

¹⁷¹ Vgl. SK-Horn/Wolters, Rn.4.

¹⁷² So v.Pechstaedt, S.125.

¹⁷³ Vgl. OLG Karlsruhe NStZ-RR 1998, S.58f.; BVerfG NJW 2007, S.1669f.; Fischer, § 240 Rn.8 m.w.N.

Belästigungen sowie die bloße Anwesenheit und das Verfolgen des Opfers (isoliert betrachtet) nicht als körperliche Kraftentfaltung zu werten sind.¹⁷⁴ Dasselbe gilt für das am häufigsten verwendeten Stalkingmittel der permanenten Telefonanrufe. Ihnen wird die Gewalteigenschaft mit der Begründung abgesprochen, dass nicht einmal eine psychische Einwirkung von erheblicher Stärke vorläge, wie sie beispielsweise bei lang anhaltendem, ohrenbetäubendem Lärm gegeben sei.¹⁷⁵ Regelmäßig dürfte es auch am Element der physischen Zwangswirkung fehlen, da es dem Opfer zumindest faktisch unbenommen bleibt, den Telefonhörer abzulegen bzw. die Wohnung zu verlassen.¹⁷⁶ Zweifelhaft ist weiterhin, ob das Gesamtverhalten bei wertender Betrachtung mit der erforderlichen Kraftentfaltung verbunden ist.¹⁷⁷ Gegen eine Subsumtion unter den Gewaltbegriff spricht in diesem Zusammenhang ferner, dass die Zwangswirkung beim Opfer zumindest mittelbar auf eine körperliche Einwirkung zurückzuführen sein muss, sodass es sich bei rein psychischen Einwirkungen nicht um Gewalt im Sinne des § 240 handelt.¹⁷⁸ Entsprechend als verfassungswidrige Überdehnung des Gewaltbegriffes wurde die bloße körperliche Anwesenheit einer Person an einem bestimmten Ort eingestuft, wenn die damit verbundene Zwangswirkung nur psychische Auswirkungen hat.¹⁷⁹ Entscheidendes Kriterium ist folglich die *Körperlichkeit* der Einwirkung. Stalkerverhalten in seiner Gesamtheit ist daher wohl nur in extremen Ausnahmefällen als Gewalt einzustufen.¹⁸⁰

c) Mit einem empfindlichen Übel droht, wer dem Betroffenen als nachteilig empfundene Veränderungen in der Außenwelt in Aussicht stellt und zumindest vorgibt, auf deren Eintritt Einfluss zu haben.¹⁸¹ Empfindlich ist das Übel dann, wenn gerade von diesem Bedrohten in seiner Lage nicht mehr erwartet werden kann, der Drohung in besonnener Selbstbehauptung standzuhalten.¹⁸² Eine Drohung kann ausdrücklich oder konkludent, d.h. durch schlüssiges Verhalten, dem aus Sicht eines objektiven Beobachters nach der Verkehrsanschauung ein entsprechender Erklärungswert zukommt, erklärt werden.¹⁸³ Die Rechtsprechung verlangt generell, dass das in Aussicht gestellte Übel hinreichend konkretisiert und erkennbar sein muss.¹⁸⁴

¹⁷⁴ Vgl. LK-Träger/Altwater, §240 Rn. 36, 45.

¹⁷⁵ Vgl. Herzog, GA Archiv 1975, S.258ff; Meyer, ZStW 2003, S.263.

¹⁷⁶ Vgl. Kinzig, ZRP 2006, S.256.

¹⁷⁷ So auch Kinzig, ZRP 2006, S.256.

¹⁷⁸ Vgl. Fischer, Rn.40; S/S-Eser, § 240 Rn.5; LK-Altwater/Träger, § 240 Rn.41.

¹⁷⁹ Vgl. BVerfGE 92, 1; OLG Düsseldorf VRS 1997, 127.

¹⁸⁰ So auch Meyer, ZStW 115, S.263 unter Verweis auf S/S-Eser, vor §§234ff. Rn.27

¹⁸¹ Vgl. BGHSt 16, 386; Fischer, § 240 Rn.31.

¹⁸² Vgl. BGHSt 31, 201; BGH NSTZ 1992, 278; NK-Toepel, §240 Rn.104.

¹⁸³ Vgl. BGH NJW 1955, S.877; S/S-Eser, Vor. §§234ff. Rn.33.

¹⁸⁴ Vgl. OLG Hamm, NJW 1983, S.1505; BGH NJW 1989, S.1289.

Unbestritten tatbestandsmäßig sind demnach das explizite In-Aussicht-Stellen von strafbaren Handlungen wie Körperverletzung, Sachbeschädigung und Diskreditierung, aber auch straflose Gewaltanwendung.¹⁸⁵ Im Zusammenhang mit Stalkingverhaltensweisen können die unerwünschten permanenten Kontaktaufnahmeversuche als Übel eingestuft werden. Fraglich ist zunächst, ob diese den normativen Begriff der „Empfindlichkeit“ erfüllen.¹⁸⁶ Das OLG Koblenz stellte hierzu fest, dass die Aussicht, weit über einhundertmal wöchentlich unerträglichen Lärmattacken und Beschimpfungen ausgesetzt zu sein, jedem besonnen Menschen als empfindliches Übel erscheinen müsse.¹⁸⁷ Andererseits wurde vom OLG Düsseldorf das In-Aussicht-Stellen bloßer Belästigungen wie das wiederholte telegrafische Auffordern zur Entrichtung eines Geldbetrages als nicht ausreichend erachtet.¹⁸⁸ Kein Überschreiten der Empfindlichkeitsschwelle wird ferner bei bloßen Unannehmlichkeiten angenommen.¹⁸⁹ Die nähere Abgrenzung zu belästigenden, aber noch sozialüblichen Mehrfachversuchen der Kontaktaufnahme ist daher im Einzelfall schwer vorzunehmen und der Rechtsprechung diesbezüglich wenig zu entnehmen.¹⁹⁰ Ausschlaggebend sind Intensität und Auswirkung der stalkingspezifischen Verhaltensweisen, sodass jedenfalls die In-Aussicht-Stellung durch Telefonterror, permanente Präsenz etc. in Angstzustände versetzt zu werden, als empfindliches Übel einzuordnen ist.

Fraglich ist weiterhin, ob dem jeweiligen Stalkerverhalten bei objektiver Betrachtung die Androhung der künftigen Wiedervornahme dieser Handlungen entnommen werden kann. Nach der Rechtsprechung beinhaltet der Beginn der Zufügung des empfindlichen Übels in der Regel die konkludente Drohung des Täters, diese bis zu seiner Zielerreichung fortsetzen zu wollen.¹⁹¹ Es wird daher grundsätzlich vermutet bzw. ist davon auszugehen, dass der Stalker die Kontaktherstellungsversuche solange durchführen will, bis diese von Erfolg gekrönt sind und eine Kontaktaufnahme tatsächlich zu Stande kommt.

d) Als weitere tatbestandliche Eingrenzung wird ein objektiver bzw. spezifischer Zurechnungszusammenhang zwischen dem Einsatz des Nötigungsmittels und dem Nötigungserfolg

¹⁸⁵ Vgl. *Smischek*, S.221; *Fischer*, § 240 Rn.31f.

¹⁸⁶ Diese Problematik spricht explizit an: *Utsch*, S.49ff.

¹⁸⁷ OLG Koblenz, NJW 1993, S.1808f.

¹⁸⁸ Vgl. OLG Düsseldorf, OLGSt 1 zu §253.

¹⁸⁹ Vgl. BGH NJW 1976, S.760.

¹⁹⁰ Vgl. *Utsch*, S.50ff. m.w.N.

¹⁹¹ OLG Koblenz, NJW 1993, S.1808f.

verlangt.¹⁹² Dies setzt voraus, dass sich im Nötigungserfolg ein vom Täter (wohl nur in Form von Drohung) geschaffenes unerlaubtes bzw. rechtlich missbilligtes Risiko verwirklicht hat.¹⁹³

e) Nach h.M. muss der Täter jedenfalls bei Anwendung von Gewalt den Nötigungserfolg beabsichtigen (zielgerichtetes Wollen)¹⁹⁴ und den Einsatz des Nötigungsmittels hierfür zumindest billigend in Kauf nehmen. Im Hinblick auf vom Opfer gezeigte Vermeidungsstrategien kann in den häufig auftretenden beziehungsmotivierten Fällen grundsätzlich nicht von zielgerichtetem Wollen des Täters ausgegangen werden, da sein Verhalten vielmehr - umgekehrt - auf die Herbeiführung einer Kontaktaufnahme bzw. Annäherung an das „Objekt der Begierde“ gerichtet ist.¹⁹⁵ Anders verhält es sich, wenn der Täter, etwa in Ausübung von Macht und Kontrolle, gerade solche Verhaltensweisen des Opfers oder aber die Duldung von künftigen Stalkinghandlungen erreichen will. Absicht kann ferner in den Fällen bejaht werden, in denen es dem Täter auf die Kontaktaufnahme als Nötigungserfolg ankommt, wobei es regelmäßig mangels entsprechendem Opferverhalten an einem objektiven Taterfolg fehlt. Es verbleibt dann eine Strafbarkeit wegen Versuch (§§ 240 IV, 23, 22). Gleiches gilt für den umgekehrten Fall, falls das eingesetzte Nötigungsmittel nicht zum Erfolg führt oder das abgenötigte Opferverhalten auf einem anderen Umstand beruht.¹⁹⁶ Vorsätzliches Handeln scheidet ebenfalls aus, wenn der Täter dem Opfer lediglich Furcht einflößen will.¹⁹⁷

f) Letztlich hat gemäß § 240 Abs.2 hinsichtlich der Rechtswidrigkeit nötigenden Verhaltens eine Verwerflichkeitsprüfung anhand der eingesetzten Mittel, deren Zweck und Relation zueinander, zu erfolgen. Die dadurch bezweckte und verfassungsrechtlich gebotene Eindämmung des strukturell weiten Anwendungsbereichs der Norm auf strafwürdiges Verhalten hat dementsprechend grundrechtssichernde Funktion.¹⁹⁸ Erforderlich ist ein anhand der Gesamtumstände festzustellender erhöhter Grad sittlich-sozialethischer Missbilligung und somit sozialwidriges Täterverhalten.¹⁹⁹ Permanente und massive Belästigungen sind regelmäßig als sozialwidrig einzuordnen, da rechtlich garantierte Freiheiten des Opfers in erheblicher Weise verletzt werden.

g) Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass viele Opferreaktionen als tatbestandlicher Nötigungserfolg zu werten sind, welches Stalkerverhalten aber in seiner Gesamtheit regelmäßig

¹⁹² Vgl. BGHSt NJW 1991, S.2300f.; *Fischer*, §240 Rn.55; *Meyer*, ZStW 115, S.262.

¹⁹³ Vgl. *S/S-Eser*, §240 Rn.14;

¹⁹⁴ Vgl. BayObLG NJW 1963, S.1261; *Fischer*, §240 Rn.53 m.w.N.

¹⁹⁵ So auch *Meyer*, ZStW 115, S.258ff.; *Smischek*, S.222.

¹⁹⁶ Vgl. BGHSt NJW 1991, S.2300f.

¹⁹⁷ Vgl. *Meyer*, ZStW 2003, S.263.

¹⁹⁸ Vgl. BVerfG NJW 1991, S.971; BVerfG NJW 1992, S.2688f.

¹⁹⁹ Vgl. *S/S-Eser*, §240 Rn.17 m.w.N.

keine Gewaltanwendung darstellt. Eine Einordnung als konkludente Drohung kommt nur bei Überschreiten der Empfindlichkeitsschwelle in Betracht, wobei eine klare Abgrenzung nicht pauschal möglich ist, sondern regelmäßig nur anhand des konkreten Einzelfalls vorgenommen werden kann. Eine subjektive Zurechenbarkeit scheitert regelmäßig daran, dass der Täter die in erster Linie gezeigten Meideverhaltensweisen nicht beabsichtigt.

4.) § 241

Soweit mit der Begehung eines gegen das Opfer selbst oder eine ihm nahestehenden Person gerichteten Verbrechens gedroht wird, macht sich der Stalker nach § 241 strafbar. Geschütztes Rechtsgut ist nach h.M. der individuelle Rechtsfrieden in Form des Vertrauens des Einzelnen auf Ausbleiben erheblicher Rechtsgutsverletzungen und damit in Zusammenhang stehend (mittelbar) die persönliche Entschließungs- und Handlungsfreiheit.²⁰⁰ Teilweise wird im individuellen Sicherheitsgefühl,²⁰¹ auch im Sinne einer Freiheit oder Freisein vor Furcht,²⁰² das geschützte Rechtsgut erblickt. Verbrechen sind nach § 12 Abs.1 rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht sind. In Betracht kommen insbesondere Tötungs- und schwere Körperverletzungsdelikte, sowie sexuelle Nötigung und Vergewaltigung. Tathandlung ist die zur Kenntnis des Opfers gelangte (konkludente) Ankündigung eines bestimmten tatsächlichen Verhaltens, in dem - ggf. in Zusammenschau mit anderen Umständen - der Tatbestand eines Verbrechens gefunden werden kann.²⁰³ Bloße Verwünschungen oder prahlerische Redensart reichen nicht aus.²⁰⁴ Aufgrund der Ausgestaltung als abstraktes Gefährdungsdelikt ist irrelevant, ob der Täter die Androhung tatsächlich verwirklichen will und kann, oder das Opfer die Bedrohung ernst nimmt.²⁰⁵ Allerdings wird überwiegend verlangt, dass die Bedrohung objektiv geeignet sein muss, den Rechtsfrieden eines normal empfindenden Menschen zu stören und der Täter subjektiv will, dass sie vom Bedrohten ernstgenommen wird.²⁰⁶

Wohl nur theoretisch denkbar ist eine konkludente Drohung mittels stalkingspezifischer Verhaltensweisen, da die normativen Anforderungen des § 241 an die Qualität der einzelnen

²⁰⁰ Vgl. BVerfG NJW 1995, 2776f.; BGHSt NStZ 2006, S.342; *Fischer*, §241Rn.2; *Eisele*, BT 1 §21 Rn.477.

²⁰¹ Vgl. *Bloy*, FS-Eser, S.244.

²⁰² Vgl. *Kinzig*, JA 2007, S.482 m.w.N.

²⁰³ Vgl. BGHSt NStZ-RR 2003, S.45; BGHSt EzSt StGB § 241 Nr. 1; BGHSt 17, 307f.; OLG Köln NStE Nr. 1 und 2 zu §241 StGB; KG Berlin vom 02.11.1999 (1 Ss 259/99).

²⁰⁴ Vgl. KG Berlin vom 12.11.1997 (1 Ss 213/97); *Fischer*, §241 Rn.3.

²⁰⁵ Vgl. *Krüger*, S.53; *S/S-Eser*, §241 Rn.4 m.w.N.

²⁰⁶ Vgl. KG Berlin vom 02.11.1999 (1 Ss 259/99) m.w.N.; *LK-Träger/Schluckebier*, §241 Rn.10; AG Löbau StV 2008, S.646f.; nicht beanstandet von BVerfG NJW 1995, 2776f.

Handlungen diesbezüglich zu hoch sind.²⁰⁷ Der Stalker bringt durch sein Verhalten in aller Regel keine Drohung mit einem Verbrechen zum Ausdruck.

5) § 123

Von § 123 unter Strafe gestellt wird das Eindringen oder Verweilen in räumlich abgegrenzten Örtlichkeiten wie bspw. Wohnungen, Geschäftsräumen und befriedeten Besitztümern jedenfalls gegen den erklärten oder mutmaßlichen Willen des Berechtigten.²⁰⁸ Geschützt ist das Hausrecht im Sinne eines Aufenthaltsbestimmungsrechts im Hinblick auf die im Tatbestand näher umschriebenen, abgegrenzten räumlichen Bereiche.²⁰⁹ Tatbestandsmäßiges Verhalten ist einmal das körperliche Betreten der geschützten Örtlichkeiten, weshalb permanente Präsenz vor der Wohnung bzw. dem Grundstück des Opfers oder auch bestimmte Einwirkungen auf den Briefkasten (Hineingreifen; Hineinwerfen von Gegenständen) nicht dem Anwendungsbereich unterfällt.²¹⁰ Mangels Eindringen in die geschützten Räumlichkeiten werden konsequenterweise auch unerwünschte Telefonanrufe nicht über § 123 sanktioniert; bloß akustisches Eindringen genügt nicht.²¹¹ In diesem Zusammenhang scheidet eine Bestrafung wegen missbräuchlicher Nutzung einer öffentlichen Telefonzelle in der Regel am tauglichen Tatobjekt bzw. dem generellen Einverständnis des Betreibers.²¹²

6.) §§ 242, 244 I Nr.3

Im Zusammenhang mit körperlichem Eindringen in geschützte Räumlichkeiten kommt auch eine Strafbarkeit wegen qualifizierten Diebstahls in Form des Wohnungseinbruchsdiebstahls nach §§ 242, 244 I Nr.3 in Betracht. Die Besonderheit und Begründung der erhöhten Strafandrohung liegt im erhöhten Schutz- und Sicherheitsbedürfnis der Bevölkerung und dem besonderen Unwertgehalt solcher in den Kernbereich des Privat- und Intimbereichs eindringender Taten.²¹³ Die Betroffenen empfinden dies als besonders verletzend und leiden oftmals unter einem fortwährendem Bedrohtheits- und Schutzlosigkeitsgefühl.²¹⁴ Erforderlich ist ein unmittelbares Eindringen des Stalkers in die geschützten Räumlichkeiten zur Ausführung eines Diebstahls, wobei der räumlich-

²⁰⁷ Vgl. *Kinzig*, ZRP 2006, S.256.

²⁰⁸ Vgl. Thüringer OLG, NJW 2006, S.1892ff.; BayObLGSt 1969, 77; *Lackner/Kühl*, §123 Rn.1/5.

²⁰⁹ Vgl. BayObLGSt 1990, 63ff.; OLG Köln, NJW 1982, S.2740; *S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben*, §123 Rn.1.

²¹⁰ Vgl. Thüringer OLG, NJW 2006, S.1892ff.; *Krüger*, S.56.

²¹¹ Vgl. *Fischer*, §123 Rn2; *Meyer*, ZStW 2003, S.264.

²¹² Vgl. *v.Pechstaedt*, S.115.

²¹³ Vgl. BT Drs. 13/8587, S.43.

²¹⁴ Vgl. *Fischer*, §244 Rn.24f.

gegenständliche Schutzbereich nach Sinn und Zweck der Vorschrift und aufgrund des erhöhten Strafrahmens enger als bei § 123 zu fassen ist, sodass bspw. separat zugängliche Kellerräumlichkeiten im Haus oder gemeinschaftlich genutzte Eingangsbereiche nicht mitumfasst sind.²¹⁵

7.) §§ 185ff.

Beleidigung im Sinne des §185 ist ein Angriff auf die Ehre durch Kundgabe eigener Miss- oder Nichtachtung.²¹⁶ Die Kundgabe kann durch schlüssiges Verhalten (z.B. Anspucken) erfolgen, wobei generell folgende Begehungsformen in Betracht kommen:²¹⁷ Äußerung eines beleidigenden Werturteils gegenüber dem Opfer oder Dritten, sowie die Behauptung einer ehrenrührigen Tatsache gegenüber dem Opfer. Ausdrückliche Beschimpfungen des Opfers oder Dritte, die geeignet sind, den Betroffenen in seinem sozialen Geltungsanspruch herabzuwürdigen, sind demnach als Beleidigung strafbar.²¹⁸ Hierunter fallen auch öffentliche Diffamierungen des Opfers mittels Zeitungsanzeigen, Schriften an öffentlich zugänglichen Plätzen oder im Internet.²¹⁹ Die Missachtung eines entgegenstehenden Willens ist im Regelfall nicht strafbewehrt, es sei denn, der Täter bringt nach objektiven Maßstäben (=verständiger Dritter) zum Ausdruck, dass der Wille des Betroffenen wegen dessen Minderwertigkeit unbeachtlich sei.²²⁰ Keinen beleidigenden Charakter haben folglich das (bloße) Anrufen, Anmailen, Auflauern und Verfolgen des Opfers, da es diesbezüglich an einer konkludenten Kundgabe von Miss- oder Nichtachtung fehlt.²²¹

Soweit der Täter gegenüber Dritten (Arbeitgeber, Kollegen, Nachbarn etc.) ehrenrührige Tatsachen behauptet, ist dies als üble Nachrede (§ 186), bei erwiesener Unwahrheit als Verleumdung (§ 187) strafbar. „Tatsachen“ sind alle zumindest im Kern dem Beweis zugängliche Umstände der Gegenwart oder Vergangenheit, nicht jedoch Werturteile.²²² Von der Verleumdung können, ebenso wie bei der Beleidigung, auch dem Opfer nahestehende Personen (z.B. Partner, Ehemann-/Frau etc.) betroffen sein. Eine qualifizierte öffentliche Begehungsweise setzt voraus, dass eine größere Anzahl

²¹⁵ Vgl. OLG Schleswig, NStZ 2000, S.479; *Hellmich*, NStZ 2001, S.511; In einem Verfahren vor dem AG Ulm (Az:4 Ds 24 Js 12250/07) wurde entsprechend der Diebstahl einer im gemeinschaftlichen Hausflur eines Wohnblocks vor der Wohnungstür der Geschädigten befindlichen Fußmatte nicht als §§ 242, 244 I Nr.3 gewertet.

²¹⁶ Std. Rspr. BGHSt 1, 288; 11, 67; 16, 63.

²¹⁷ Vgl. *Lackner/Kühl*, § 185 Rn.2.

²¹⁸ Vgl. *Meyer*, ZStW 115, S.265.

²¹⁹ Vgl. BGH NStZ 1984, S.216: Aufgeben einer Zeitungsanzeige mit sexuellem Bezug im Namen des Opfers.

²²⁰ Vgl. OLG Oldenburg, NJW 1963, S.920f.; v.*Pechstaedt*, S.120.

²²¹ Vgl. *Krüger*, S.55; *Utsch*, S.104, 86ff.

²²² Vgl. OLG Hamm NStZ-RR 2006, S.7f. m.w.N.; *Lackner/Kühl*, §186 Rn.3.

von Personen die Äußerung zur Kenntnis nehmen kann, beispielsweise im Internet oder an öffentlichen Plätzen.²²³

8.) §§ 201ff.

Die §§ 201 ff. schützen das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art.2 Abs.1 iVm. Art.1 Abs.1 GG) durch Sanktionierung der unbefugten Ausspähung des persönlichen Lebens- und Geheimnisbereichs.²²⁴ Soweit sich der Stalker auf entsprechende Art und Weise Informationen verschafft oder diese preisgibt, ist dies strafbewehrt.

9.) §263

Durch das Bestellen von Waren und Dienstleistungen unter dem Namen und ohne Einverständnis des Betroffenen, könnte sich der Stalker wegen Betruges strafbar machen. Nach Auffassung des LG Kiel ist dies anzunehmen, wenn der Täter unter dem Namen eines anderen Lieferungen oder Dienstleistungen in Auftrag gibt, um den anderen in Aufregung und Unruhe zu versetzen, und die Unternehmen entsprechend tätig werden.²²⁵ Der BGH verneint einen vollendeten Eingehungsbetrug bei Abschluss von Verträgen mit Zug-um-Zug Leistung (bspw. Kauf- Dienstleistungsvertrag) mangels schadensgleicher Vermögensgefährdung²²⁶ und hält entsprechend eine Versuchstrafbarkeit nur dann für möglich, wenn der Täter mit Aushändigung bzw. Leistungserbringung ohne Bezahlung rechnet.²²⁷ Neben dem Vorhandensein eines objektiven Vermögensschaden stellt sich bei einem Handeln unter fremden Namen die umstrittene Frage nach der subjektiven Bereicherungsabsicht.²²⁸ Für eine Bereicherungsabsicht ist erforderlich, dass es dem Betrüger auf den rechtswidrigen Vermögensvorteil, d.h. die günstigere Gestaltung seiner Vermögenslage oder die eines Dritten, als sichere und erwünschte Folge seines Handelns ankommt, mag der Vorteil von ihm auch nur als Mittel zu einem anderweitigen Zweck erstrebt werden.²²⁹ Teilweise wird vertreten, das Erstreben eines Vermögensvorteils sei bei Warenbestellungen für einen Dritten nicht gegeben, da es sich zu Lasten der zu Unrecht in Anspruch genommenen Dienste der jeweiligen Firmen um nicht-

²²³ Vgl. *Fischer*, §186 Rn.16ff. m.w.N.

²²⁴ Vgl. BVerfG NSTZ-RR 2005, S.119f.; *S/S-Lenckner*, Vor §§201ff. Rn.2.

²²⁵ Urteil des LG Kiel vom 03.03.2006 - V Ns 18/06, NSTZ 2008, S.219ff.; weiterer Verfahrensgang: Schleswig - Holsteinisches OLG - 2 Ss 70/06 (66/06) -; Mit -2 BvR 1603/06 - hat das BVerfG die Verfassungsbeschwerde des Verurteilten nicht zur Entscheidung angenommen, da weder das Willkürverbot, noch das Gebot der Schuldangemessenheit der Strafe verletzt worden sei.

²²⁶ Vgl. BGH StV 1999, S.25; *wistra* 2001, S.423.

²²⁷ Vgl. BGH NSTZ-RR 2005, S.181f.

²²⁸ Bereicherungsabsicht verneinend: Schröder, JZ 1972, S.26f; aA BayObLG JZ 1972, S.25f.; LG Kiel NSTZ 2008, S.219ff.; nicht beanstandet von BVerfG 2 BvR 1603/06.

²²⁹ Vgl. BGHSt 16, 1ff.; *S/S-Cramer/Perron*, §263 Rn. 166 ff.

wirtschaftliche Vorteile handele.²³⁰ Das BVerfG hingegen hat die Annahme von Bereicherungsabsicht unter dem Gesichtspunkt der erstrebten Warendispositionsbefugnis und der geldwerten Arbeitsleistung - als notwendiges Zwischenziel - verfassungsrechtlich nicht beanstandet.²³¹

Ferner macht sich der Stalker bei schriftlich veranlasster Bestellung uU. wegen Urkundenfälschung nach §267 strafbar, da der aus der Urkunde ersichtliche Aussteller nicht mit dem wahren Aussteller übereinstimmt.²³²

10.) §§ 1,4 GewSchG

Aus dem Nebenstrafrecht sind in erster Linie die §§ 1, 4 GewSchG von Relevanz, welche aus systematischen Gründen im Zusammenhang mit den zivilrechtlichen Schutzmöglichkeiten erörtert werden, da die Strafvorschrift zivilrechtsakzessorisch ausgestaltet ist und den Verstoß gegen eine zivilrichterliche Anordnung voraussetzt.

11.) Strafprozessuales Vorgehen

Soweit der Verdacht einer Straftat vorliegt, sind die Ermittlungsbehörden - ggf. unter Einschaltung eines Ermittlungsrichters - zum Ergreifen unterschiedlicher strafprozessualer Maßnahmen, bspw. der Anordnung von Untersuchungshaft (§§112ff StPO), befugt. Diese dienen allerdings grundsätzlich nur der Aufklärung von Straftaten bzw. der Sicherung der Durchführung des Strafverfahrens und nicht oder nur reflexartig dem Opferschutz.²³³

12.) Zusammenfassung

Wie bereits in der Einleitung festgestellt wurde, erschöpft sich das Kernstrafrecht regelmäßig in der Sanktionierung von Einzelhandlungen, die (typischerweise) eine Rechtsgutverletzung oder zumindest –gefährdung zur Folge haben.²³⁴ Soweit bestimmte Nachstellungshandlungen von Straftatbestände erfasst werden, handelt es sich meist um (untergeordnete) Teilakte eines komplexen Gesamtverhaltens. In diesem Zusammenhang kritisieren einige Autoren, dass es an einer Strafnorm

²³⁰ Vgl. S/S-Cramer/Perron, §263 Rn.167; Schröder, JZ 1972, S.26f; Jahn, JuS 2007, S.387.

²³¹ Vgl. BVerfG 2 BvR 1603/06.; vorhergehend: LG Kiel NSTZ 2008, S.219ff.

²³² Vgl. BGH NJW 1994, 2628f.; Fischer, §238 Rn.15a.

²³³ Vgl. Stürmer, FPR 2006, S.192; zur U-Haft Meyer-Goßner (50. Aufl.) Vor §112 Rn.4.

²³⁴ Vgl. Baumann/Weber/Mitsch, §3 Rn.80.

fehle, die den spezifischen Unrechtsgehalt des Stalkingverhaltens wirklichkeitsgetreu abbilde bzw. ausreichend Rechnung trägt.²³⁵ Hinzu kommt, dass die potentiell einschlägigen Tatbestände regelmäßig nur einen Strafraum bzw. ein Strafmaß im unteren Bereich aufweisen.

Andererseits kann auch durch Kumulation bzw. ständiger Wiederholung an sich alltäglicher Verhaltensweisen gegen Strafgesetze, vornehmlich § 223, verstoßen werden, wobei die Beeinträchtigungen ein erhebliches und somit sozialwidriges Ausmaß annehmen müssen. Charakteristisch für mildes Stalking ist aber gerade - wie die Untersuchungen belegen²³⁶ - ein komplexes Gesamtverhalten, zumeist bestehend aus sozialadäquaten Einzelhandlungen, die erst durch ihre Häufigkeit und Wiederholung den Rahmen der Sozialadäquanz verlassen und zu vornehmlich rein psychisch-seelischen und sozialen Beeinträchtigungen beim Opfer führen.²³⁷ Diese rein psychischen bzw. sozialen (Stichwort: Meideverhalten) Beeinträchtigungen - auch gravierender Natur - waren vor Einführung des § 238 gar nicht oder nur in Ausnahmefällen vom strafrechtlichen Schutzsystem umfasst. Entsprechend konstatierte auch der Gesetzgeber, dass der spezifische eigene Unwert der fortwährenden, sich wiederholenden Nachstellungen vor Einführung des Nachstellungsparagrafen von keinem Straftatbestand hinreichend erfasst wurde.²³⁸

II. Sonstiges öffentliches Recht

Im Bereich des öffentlichen Rechts kommen außer dem Kern- und Nebenstrafrecht insbesondere noch das Recht der Ordnungswidrigkeiten und das Polizeirecht als mögliche Schutzgesetze in Betracht.

1.) Recht der Ordnungswidrigkeiten (§§ ohne Gesetzesangabe sind solche des OwiG)

Mögliche Schutznormen finden sich insbesondere in den §§ 117ff. des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, innerhalb des Abschnittes über Verstöße gegen die öffentliche Ordnung. Die Abschnittsüberschrift intendiert eine öffentlich-rechtliche Schutzrichtung, was allerdings nicht gleichbedeutend mit einem Ausschluss von Individualrechtsgüterschutz ist.²³⁹ Nach § 21 findet nur das Strafgesetz Anwendung, wenn eine Handlung gleichzeitig Straftat und Ordnungswidrigkeit ist.

²³⁵ So *Utsch*, S.98ff.; *Meyer*, ZStW 2003, S.266; *Smischek*, S.225; vgl. auch BT-Drs. 16/575, S.1f.

²³⁶ Vgl. B. II. 1.

²³⁷ Vgl. *Valerius*, JuS 2007, S.320 ; *ders.* in BeckOK, § 238 Rn. 2.1.

²³⁸ Vgl. BT-Drs.16/3641, S.1f; 16/575, S.1f.

²³⁹ Vgl. hierzu *KK-Rogal*, Vor §111 Rn.3, §117 Rn. 4, §121 Rn.2.

Hierbei kommt auch das Wesen der Ordnungswidrigkeit als „quantitativ minderwertige Straftat“ zum Ausdruck, deren Unrechtsgehalt nicht in strafwürdigen Bereichen spielt.²⁴⁰

a) § 117: Unzulässiger Lärm²⁴¹

Mit Geldbuße bis 5.000 Euro kann geahndet werden, wenn ohne berechtigten Anlass oder in einem unzulässigen oder nach den Umständen vermeidbaren Ausmaß Lärm erregt wird, der geeignet ist, die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft erheblich zu belästigen oder die Gesundheit eines anderen zu schädigen. Im Zusammenhang mit Stalking könnten als exemplarischer Verstoß nächtliche lärmverursachende Aktivitäten wie bspw. lautstarkes Schreien und Bedrohen des Opfers vor dessen Haus angeführt werden. Fraglich ist, ob permanentes Telefonklingeln zu jeder Tages-, und Nachtzeit als unberechtigter „Lärm“ iSd. §117 eingeordnet werden kann, der die Eignung zur individuellen Gesundheitsschädigung aufweist.

aa) „Lärm“ wird ganz allgemein als akustische Eindrücke definiert, die mit gewisser Intensität auf das Gehör einwirken²⁴² und bei einem normal empfindlichen Menschen einen negativ empfunden (störenden oder belästigenden) Sinneseindruck hervorrufen.²⁴³ Maßgeblich sind insbesondere Intensität, Ort, Zeitpunkt und Dauer der Geräuschkulisse.²⁴⁴ Grundsätzlich sind die erzeugten Schallschwingungen bei neueren Telefonen regulierbar und erfüllen bei Zimmerlautstärke wohl nicht die Eigenschaften von Lärm.²⁴⁵ Andererseits könnte zumindest länger anhaltendes und sich wiederholendes Telefonklingeln zu Unzeiten (insbes. Nachtruhe) als verhaltensbedingter Lärm eingestuft werden.

bb) Kein berechtigter Anlass für die Lärmerregung besteht, wenn sie von keiner gesetzlichen oder behördlichen Anordnung gedeckt ist und auch keinerlei vernünftige, aner kennenswerte Gründe hierfür vorliegen.²⁴⁶ Bestehen die Beweggründe wie im Regelfall im bloßen Kontaktaufnahmeversuch oder als bewusste Belästigung, so sind diese jedenfalls zur Nachtzeit oder gegen den ausdrücklichen Willen des Betroffenen unberechtigt.

²⁴⁰ Vgl. *Mitsch*, JA 2008, S.418; Zum Streit über das Wesen der Owi: *Göhler*, Vor §1 Rn.2ff.

²⁴¹ Die Vorschrift ersetzt den früheren § 360 Nr.11 StGB (ruhestörender Lärm), der zum 01.01.1975 außer Kraft gesetzt wurde.

²⁴² OLG Hamm JZ 1967, S.609.

²⁴³ Vgl. *KK-Rogall*, §117 Rn.12ff.

²⁴⁴ Vgl. BGHSt 26, 343; *Rebmann/Roth/Herrmann*, § 117 Rn.7.

²⁴⁵ Vgl. *Ehmke*, Die Polizei S.250.

²⁴⁶ Vgl. *KK-Rogall*, §117 Rn.21. m.w.N.

cc) Die penetranten Anrufe müsste geeignet sein, die Gesundheit eines anderen zu schädigen. Insofern entspricht der Gesundheitsbegriff des §117 vollumfänglich den strafrechtlichen Kriterien der §§ 223ff. StGB,²⁴⁷ weshalb bspw. Schlafstörungen, hervorgerufen durch ständige lärmbedingte Störung der Nachtruhe, nur dann als Gesundheitsschädigung einzuordnen sind, wenn sie einen somatisch-objektivierbaren Krankheitswert aufweisen.²⁴⁸ Eine diesbezügliche Eignung des Lärms richtet sich grundsätzlich nach den wissenschaftlichen Erkenntnissen der Lärmforschung, nach denen erste psychovegetative Störungen bei einem Schallpegel ab 65 dB (A) zu erwarten sind.²⁴⁹ Abzustellen ist ferner auf die aus Zeitdauer und Lautstärke herzuleitende Intensität der Einwirkung.²⁵⁰ Nachdem Gerichte entschieden haben, dass nächtliche Telefonanrufe bei entsprechenden Auswirkungen als Körperverletzung zu ahnden sind, kann hieraus, zumindest ab einer gewissen Intensität, auf eine abstrakte Eignung geschlossen werden.²⁵¹

dd) Zwar findet sich mit dem Tatbestandsmerkmal des „belästigen“ eine auch im Zusammenhang mit Stalking verwendete Begrifflichkeit wieder, jedoch erfasst der Tatbestand - wie aufgezeigt - allenfalls Teilausschnitte des stalkingtypischen Gesamtverhaltens.

b) § 118: Belästigung der Allgemeinheit²⁵²

Nach § 118 handelt geldbußenbewährt ordnungswidrig, wer eine grob ungehörige Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen oder zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen.

aa) Eine grob ungehörige Handlung liegt dann vor, wenn die Handlung in einem so deutlichen Widerspruch zur Gemeinschaftsordnung steht, dass sie jeder billig denkende Bürger als eine grobe Rücksichtslosigkeit gegenüber jedem Mitbürger ansehen würde, sie sich also gleichsam als eine Missachtung der durch die Gemeinschaftsordnung geschützten Interessen darstellt.²⁵³ Hierunter fallen jedenfalls Äußerungen bzw. Verhaltensweisen, die den Adressaten in erheblichem Maße verunsichern und beunruhigen.²⁵⁴ Das permanente Nachstellen einer Person, insbesondere durch physische Präsenz und unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln, gegen deren Willen

²⁴⁷ Vgl. KK-Rogall, §117 Rn.37; oben B. I. 1.b.

²⁴⁸ Vgl. OLG Stuttgart, Justiz 1978, S.477; sehr weitgehend: LG Hamburg, MDR 1954, S.630.

²⁴⁹ Vgl. StA Hannover, NStZ 1987, S.176 m.w.N.

²⁵⁰ So OLG Stuttgart aaO.

²⁵¹ Vgl. LG Hamburg, MDR 1954, S.630, *Rebmann/Roth/Herrmann*, § 117 Rn.12.

²⁵² Die Vorschrift knüpft inhaltlich an § 360 Nr.11 StGB a.F an.

²⁵³ Vgl. VG Karlsruhe, NJW 2005, S. 3658f.; VGH Mannheim, NVwZ 1999, S.560.

²⁵⁴ Vgl. KG NStZ 1987, S.467; zu unzüchtigen Äußerungen ggü. einem Dritten vgl. BGHSt 12, 42.

wirkt auf diese beunruhigend und stellt eine Beeinträchtigung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar.²⁵⁵ Insofern ist von einer grob ungehörigen Handlung auszugehen, da jedenfalls auch gegen die allgemein anerkannten Regeln der ungeschriebenen Gemeinschaftsordnung verstoßen wird.²⁵⁶

bb) Eine Eignung zur unmittelbaren physischen oder psychischen Belästigung oder Gefährdung der Allgemeinheit setzt zunächst voraus, dass im konkreten Fall eine Möglichkeit zur sinnlichen Wahrnehmung durch eine unbestimmte Mehrheit von Personen bzw. die Öffentlichkeit besteht, was aufgrund des Tatortes oder der Tatzeit ausgeschlossen sein kann.²⁵⁷ Bei bestehender Wahrnehmungsmöglichkeit ist erforderlich, dass eine Drittperson aufgrund unmittelbarer Wahrnehmung des Geschehens in ihrem Gefühl der eigenen Sicherheit beeinträchtigt werden könnte²⁵⁸ oder das nach dem Werturteil der Gesamtheit des an der Verkehrssitte interessierten Publikums der Vorgang geeignet ist, nicht nur geringfügiges Unbehagen körperlicher oder seelischer Art zu bereiten.²⁵⁹ Als tauglicher Anknüpfungspunkt kommt das Telefonieren von einer öffentlichen Telefonzelle aus in Betracht, was allerdings überwiegend verneint wird.²⁶⁰ Weiterhin kann auf öffentlich wahrnehmbares Nachstellen durch physische Präsenz und Verfolgen abgestellt werden. Ältere Gerichtsentscheidungen, die fast durchgängig umstritten sind, haben bei entsprechenden Verhaltensweisen einen Verstoß gegen §118 angenommen, bspw. bei Blockieren einer Telefonzelle zum Zwecke nächtlicher Störansrufen,²⁶¹ beim Blockieren des Telefonanschlusses eines privaten Taxiunternehmers²⁶² und dem Nachfahren einer Radfahrerin mittels PKW.²⁶³ An Letzteres anknüpfend wird vertreten, dass die offene belästigende Verfolgung des Opfers auf der Straße dem Tatbestand unterfallen könnte, soweit eine Wahrnehmungsmöglichkeit durch unbeteiligte Dritte besteht.²⁶⁴ Als nicht ausreichend wurde hingegen das Sturmläuten an einer Polizeiwache²⁶⁵ angesehen.

cc) Die öffentlichen Ordnung umfasst die Gesamtheit der (ungeschriebenen) Normen über das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung nach der jeweils vorherrschenden

²⁵⁵ Vgl. unten B.III.1.b.dd.

²⁵⁶ Vgl. *Smischek*, S.210; *Ehmke*, Die Polizei 1981, S.250.

²⁵⁷ Vgl. *Erbs/Kohlhaas-Senge*, §118 Rn.10.

²⁵⁸ Vgl. OLG Hamm, NJW 1957, S.839.

²⁵⁹ Vgl. OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2000, S.309ff. m.w.N.

²⁶⁰ Bejahend: LG Hamburg, MDR 1954, S.630; verneinend: *KK-Senge*, §118 Rn. 10; *Ehmke*, die Polizei 1981, S.251.

²⁶¹ Vgl. LG Hamburg, MDR 1954, 630; aA *Rebman/Roth/Herrmann*, §118 Rn.7c.

²⁶² OLG Hamm, VersR 36, 51; aA *Göhler*, §118 Rn 12.

²⁶³ OLG Hamm JZ 1966, 648; aA *KK-Senge*, §118 Rn.7.

²⁶⁴ Vgl. *Göhler*, OwiG §118, Rn.6.

²⁶⁵ OLG Hamm JZ 1970, 733.

Anschauung als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Zusammenlebens betrachtet wird.²⁶⁶ Eine tatbestandsmäßige Geeignetheit ist bei einem sozial abträglichen Verhalten anzunehmen, welches das menschliche Miteinander nicht unerheblich beeinträchtigt und Gegenmaßnahmen geradezu herausfordert.²⁶⁷ Eine solche Geeignetheit wird etwa nächtlichen Störanrufen von der aktuell überwiegenden Auffassung abgesprochen.²⁶⁸

dd) Die Annahme eines Verstoßes gegen § 118 durch Stalking bzw. einzelne Teilaspekte ist fast ausnahmslos umstritten. In diesem Zusammenhang ist auch fraglich, ob aufgrund des zeitlichen Abstandes die abgeurteilten Verhaltensweisen aktuell immer noch als grob ungehörig einzustufen wären. Das nachstellende Gesamtverhalten als tatbestandsmäßig zu erachten scheidet jedenfalls daran, dass die meisten Stalkinghandlungen faktisch im nicht-öffentlichen Bereich vorgenommen werden, sodass diesbezüglich eine Anwendung des § 118 nicht in Betracht kommt.²⁶⁹

c) §§ 119 Abs.1 Nr.1, 120 Abs.1 Nr.2

Eine Ahndung nach § 119 kommt bei solchen Fällen in Betracht, in denen der Täter das Opfer durch Preisgabe dessen persönlicher Daten (bspw. Telefonnummer, E-Mail Adresse) und entsprechender Kommentierungen an öffentlich zugänglichen Orten oder dem Internet in diffamierende Verbindung mit sexuellen Handlungen oder entgeltlichen Dienstleistungen bringt. Nach Maßgabe des Gesetzgebers erfasst Abs. 1 das Anbieten sexueller Handlungen von bzw. durch Dritte.²⁷⁰ Eine Eignung zur Belästigung anderer liegt vor, wenn nach objektiven Wertmaßstäben unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles nicht nur geringfügige Beeinträchtigungen des Wohlbefindens auftreten könnten.²⁷¹ Regelmäßig sind entsprechende stalkingspezifische Handlungsweisen bereits durch die §§ 185ff. StGB strafbewährt, weshalb nach § 21 die Handlung nicht als Ordnungswidrigkeit verfolgt wird.²⁷²

²⁶⁶ Vgl. VGH Mannheim, NJW 1984 S.503.

²⁶⁷ Vgl. VGH Mannheim, NVwZ 1999, S. 560ff.

²⁶⁸ Str. Göhler, §118 Rn.13; KK-Senge, §118 Rn.10; *Rebman/Roth/Herrmann*, §118 Rn. 6b; aA LG Hamburg, MDR 1954, S.630; eingeschränkt: *Ehmke*, Die Polizei 1981, S.251.

²⁶⁹ So auch *Smischek*, S. 211.

²⁷⁰ Vgl. BT Drs. VI/3521 S.62.

²⁷¹ Vgl. BayObLG, NJW 1979, S.2162 m.w.N.

²⁷² Vgl. BGH NSTZ 1984, S.216.

2.) Polizeirecht (Gefahrenabwehrrecht)

Bei aktueller Betroffenheit lässt sich sofortiger Schutz regelmäßig nur über den Einsatz von Polizeikräften erreichen.²⁷³ Obwohl sich die Polizeigesetze der insoweit zuständigen Bundesländer in Einzelheiten unterscheiden, lassen sich folgende allgemeine Feststellungen treffen: Grundsätzlich kann die Polizei bei Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung Maßnahmen ergreifen, wobei im Gefahrenabwehrrecht als klassische Eingriffsverwaltung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (vgl. § 5 PolG BW) und somit vor allem die Grundrechte des Adressaten bzw. Störers besonders zu beachten sind. Eine (konkrete) Gefahr besteht bei prognostisch-hinreichender Wahrscheinlichkeit einer Schädigung polizeilicher Schutzgüter.²⁷⁴ Die öffentliche Sicherheit umfasst die Unversehrtheit der gesamten materiellen Rechtsordnung, subjektive Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen, Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates und die in der objektiven Rechtsordnung begründeten Verhaltenspflichten.²⁷⁵ Zu den Rechten und Rechtsgütern der Einzelnen gehört neben Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre und Vermögen auch das durch Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht, welches u.a. durch das Recht am eigenen Bild konkretisiert wird.²⁷⁶ Entsprechende polizeiliche Maßnahmen in Form von Verwaltungsakten können bei Nichtbeachtung im Wege des Verwaltungszwanges durchgesetzt werden.²⁷⁷ Fraglich ist allerdings, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf polizeiliches Einschreiten besteht.

a) Nach den jeweiligen Polizeigesetzen können bei Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung Platzverweise (Betretungs- Aufenthaltsverbot) und/oder Kontakt- und Näherungsverbote mit zeitlicher Begrenzung bzw. vorübergehender Wirkung erteilt werden (vgl. §§ 1,3 PolG BaWü).²⁷⁸ Die Höchstdauer beträgt 14 Tage, wobei in der verwaltungsgerichtlichen Praxis es in diesem Zusammenhang als zulässig erachtet wird, die Dauer des Platzverweises an den Erlass einer zivilgerichtlichen Entscheidung (etwa im Eilverfahren nach GewSchG) zu koppeln.²⁷⁹ Zur Abwehr erheblicher Gefahren ist der Erlass eines längerfristigen Aufenthaltsverbotes möglich.²⁸⁰ Als

²⁷³ Vgl. BT-Drs. 14/5429, S.23f.

²⁷⁴ Vgl. BVerwG NVwZ 2003, S.95; VGH Mannheim VBIBW 1990, S.347ff.

²⁷⁵ Vgl. VGH Mannheim NVwZ 1988, S.166; *Württemberg/Heckmann*, in *PolizeiR Ba-Wü*, Rn.399.

²⁷⁶ Vgl. VGH Mannheim, VBIBW 2008, S.375ff. m.w.N.

²⁷⁷ Vgl. *Bieszk/Sadtler*, NJW 2007, S.3385.

²⁷⁸ Vgl. *Erbs/Kohlhaas-Freytag*, G 57 Vorb. Rn.8f.; VG Arnberg, Beschluss vom 2.2.2006 (Az: 3 L 47/06).

²⁷⁹ Vgl. VG Karlsruhe FPR 2005, S.54; Beschluss vom 24.08.2004 (Az: 6 K 2228/04)

²⁸⁰ Mit dem Aufenthaltsverbot wird einer Person im Vergleich zum Platzverweis der Aufenthalt in einem größeren Bezirk für einen längeren Zeitraum untersagt; vgl. *Württemberg/Heckmann*, *PolizeiR in Ba-Wü*, Rn.307.

Schutzgüter kommen vor allem die objektive (Straf-) Rechtsordnung und Individualrechtsgüter in Betracht, zu denen auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht zählt.²⁸¹

aa) Drohende Verstöße gegen Strafnormen oder Ordnungswidrigkeitentatbestände gefährden die öffentliche Sicherheit und berechtigen daher zu polizeilichem Einschreiten. Einzelnen strafbewährten Stalkinghandlungen kann somit polizeirechtlich vor Rechtsgutbeeinträchtigungen begegnet werden. Da „weiches Stalking“ in seiner Gesamtheit jedoch nicht strafbar ist, besteht für entsprechende Präventivabwehrmaßnahmen lediglich eine (theoretische) Möglichkeit über den „Umweg“ des § 4 GewSchG.²⁸² Diesbezüglich ist allerdings umstritten, ob die drohende Missachtung einer zivilgerichtlichen Anordnung eine polizeirechtliche Intervention überhaupt rechtfertigt bzw. erleichtert.²⁸³

Definitionsgemäß sind von der Gesamtheit der objektiven Rechtsordnung auch zivilrechtliche Abwehransprüche (§§ 823, 1004 BGB) umfasst, sodass theoretisch eine drohende Verletzungshandlung polizeirechtliche Maßnahmen rechtfertigen könnte.²⁸⁴ Diesbezüglich greift jedoch regelmäßig der polizeirechtliche Subsidiaritätsgrundsatz, (vgl. § 2 Abs.2 PolG BaWü) wonach polizeiliches Einschreiten nur dann zulässig ist, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Verwirklichung des Rechtes vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde.²⁸⁵

bb) Das Herstellen von Bildnissen ohne Einwilligung des Betroffenen kann bspw. ein polizeirechtlich relevanter Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellen, wobei allerdings die jeweiligen Umstände des Fertigens der Fotografien nicht unberücksichtigt bleiben dürfen.²⁸⁶ Insofern kommt auch eine polizeiliche Beschlagnahme des Filmmaterials in Betracht. Andererseits rechtfertigen bloße Belästigungen grundsätzlich keinen polizeilichen Eingriff.²⁸⁷ Polizeirechtlicher Schutz subjektiver Rechte unterliegt ferner dem Subsidiaritätsprinzip, (vgl. § 2 Abs.2 PolG BW) weshalb auch bei bestehender Einschreibungsbefugnis grundsätzlich nur vorläufige, die Sicherung des Rechts bezweckende Maßnahmen, zulässig sind.²⁸⁸

²⁸¹ Vgl. VGH Mannheim VBIBW 1995, S.282; *Eckstein*, VBIBW 2001, S.99.

²⁸² Vgl. etwa VG Arnsberg, Beschluss vom 2.2.2006 (Az: 3 L 47/06); zur Strafbarkeit nach §4 GewSchG ausführlich unten.

²⁸³ Vgl. *Pollähne* in Beziehungsgewalt und Verfahren, 168ff. m.w.N.

²⁸⁴ Vgl. *Utsch*, S.134.

²⁸⁵ Angenommen von VGH Mannheim, VBIBW 2008, S.375ff.

²⁸⁶ Vgl. BGH NJW 1975, 2075; unten ausführlich.

²⁸⁷ Vgl. *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, Rn.143; BVerwGE 10, 94.

²⁸⁸ Zum Recht am eigenen Bild: VGH Mannheim, NVwZ 2001, S.1292ff.; NVwZ-RR 1995, S.527ff.

b) Speziell bei bestehender häuslicher Gemeinschaft kann eine Wohnungsverweisung mit Rückkehrverbot ausgesprochen werden (in Ba-Wü §§ 1, 3 PolG).²⁸⁹ Ein solcher Verweis bezieht sich auch auf das Grundstück bzw. die unmittelbare Umgebung der Wohnung.²⁹⁰ Allerdings wird durch diese polizeiliche Maßnahme in den Schutzbereich des Grundrechts auf Freizügigkeit eingegriffen, weshalb diese grundsätzlich nur zur Vorbeugung strafbarer Handlungen (Vgl. Art.11 Abs.1, Abs.2 GG) zulässig ist. Freizügigkeitsbeschränkende Maßnahmen wie ein Wohnungsverweis sind demnach grundsätzlich nur zur Vorbeugung strafbarer Handlungen, mithin regelmäßig nur in Fällen häuslicher Gewalt zur Verhinderung von Gewalt- und Nötigungsdelikten zulässig.²⁹¹ Da Stalking in seiner Gesamtheit nicht strafbar ist, besteht auch hier lediglich die Möglichkeit über den „Umweg“ § 4 GewSchG.²⁹²

c) Vor allem wenn auf einen Patzverweis nicht reagiert bzw. ein solcher missachtet wird, kann die Polizei den Störer in Gewahrsam nehmen, d.h. längerfristig in seiner körperlichen Bewegungsfreiheit einschränken.²⁹³ Voraussetzung ist die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat, wobei insbesondere an § 4 GewSchG zu denken wäre. Die Gewahrsamsnahme steht unter richterlichen Vorbehalt, weshalb ohne entsprechende Anordnung der Stalker nicht länger als bis zum Ende des darauffolgenden Tages festgehalten werden darf (vgl. § 28 Abs.2 S.2 PolG BW). Auch bei richterlicher Entscheidung darf die Gewahrsamsdauer 14 Tage nicht überschreiten.

d) Bei non-physischen Kontaktaufnahmeversuchen, bspw. mittels Telefon oder Handy, kann ebenfalls ein spezielles oder generelles Kontaktverbot ausgesprochen (§§ 1,3 PolG) und eine Beschlagnahme der verwendeten Gegenstände (§ 33 PolG BW) angeordnet werden.²⁹⁴

e) Im Vorfeld weiterer Stalkinghandlungen kann mittels präventiver Gefährderansprachen agiert werden. Die direkte Ansprache des Stalkers soll ihn davon in Kenntnis setzen, dass er und sein Verhalten der Polizei bekannt sind.²⁹⁵ Hierfür bedarf es ebenfalls einer positiven Gefahrenprognose.²⁹⁶

²⁸⁹ Zur umstrittenen Problematik der Generalklausel als taugliche Ermächtigungsgrundlage VGH Mannheim, VBIBW 2005, S.138ff.; *Gusy*, JZ 2005, S.352ff.

²⁹⁰ Ausführlich *Ruder*, VBIBW 2002, S.11ff.

²⁹¹ So VGH Mannheim VBIBW 2005, S.138ff.

²⁹² Vgl. etwa VG Arnsberg, Beschluss vom 2.2.2006 (Az: 3 L 47/06)

²⁹³ Vgl. *Neubacher*, ZStW 118, S.867; *Stürmer*, FPR 2006, S.192.

²⁹⁴ Vgl. *Stürmer*, FPR 2006, S.192.

²⁹⁵ Vgl. *Bieszk/Sadtler*, NJW 2007, S.3385.

²⁹⁶ Vgl. *Winterer*, FPR 2006, S.200.

f) Soweit die angeführten Ermächtigungsgrundlagen, die allesamt als Ermessensvorschriften ausgestaltet sind, zumindest auch dem Schutz von Individualinteressen dienen, besteht dem Grunde nach lediglich ein Anspruch des Bürgers auf pflichtgemäße Ausübung des Entschließungs- und Auswahlermessens.²⁹⁷ Eine Verpflichtung zum polizeilichen Einschreiten entsteht in den Ausnahmekonstellationen der Ermessensreduzierung auf Null, was regelmäßig eine schwere bzw. erhebliche Gefährdung bedeutender Rechtsgüter (bspw. Leben, Gesundheit) voraussetzt.²⁹⁸ Im Falle der §§ 1,3 PolG BW wurde eine solche Ausnahme bei entsprechender Gefährdung der besonders hochwertigen Verfassungsgütern Leben und Leib, sowie bedeutender Vermögenswerte angenommen.²⁹⁹ Stalking erfüllt diese Voraussetzungen in aller Regel nicht.

3.) Unterbringungsrecht der Länder

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass nach § 1 UBG BW psychisch Kranke gegen ihren Willen untergebracht werden können, soweit sie unterbringungsbedürftig sind. Aufgrund des damit einhergehenden massiven Grundrechtseingriffes in den Schutzbereich des Art.2 Abs.2 GG müssen überwiegende Belange des Gemeinwohls die Unterbringung zwingend erforderlich machen, was grundsätzlich nur bei geistigen oder seelischen Erkrankungen von erheblichem Ausmaß und einer daraus resultierende erhebliche Gefährdung eigener oder fremder (hochrangiger) Rechtsgüter anzunehmen ist.³⁰⁰ Bei Stalkern fehlt es in aller Regel bereits am erforderlichen (psychischen) Krankheitsgrad, weshalb eine Unterbringung nur in seltenen Ausnahmefällen möglich sein dürfte.³⁰¹

III. Zivilrecht

Wie insbesondere aus der Existenz des privaten Haftungsrecht (§§ 823ff., 249ff. BGB) - bei dem neben die charakteristische Ausgleichsfunktion längst eine Präventionsfunktion getreten ist - abgeleitet werden kann, dient auch das allgemeine Zivilrecht zumindest partiell dem Schutz rechtlich anerkannter Güter.³⁰² In erster Linie werden vorbenannte Funktionen über Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche gewährleistet, die gerichtlich im ordentlichen Klageverfahren oder im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes geltendgemacht bzw. durchgesetzt werden können.

²⁹⁷ Vgl. Maurer, Allg. VerwR, §8 Rn.15.

²⁹⁸ Vgl. OVG Berlin, NJW 1980 S. 2484; BGH VRS 7, 87ff.

²⁹⁹ Vgl. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht (4.Aufl.) Rn.101ff. m.w.N.

³⁰⁰ Vgl. OLG Frankfurt vom 11.06.2001 (20 W 203/01) unter Verweis auf BVerfG NJW 1998, S.1774.

³⁰¹ So auch Kinzig, JA 2007, S.481.

³⁰² Vgl. Soergel-Spickhoff, Vor §§ 823 Rn.37.

Besonderheiten bieten im Hinblick auf Stalking die Regelungen des Gewaltschutzgesetzes. Die folgende Darstellung konzentriert sich materiell-rechtlich auf die Untersuchung von Unterlassungsansprüchen, da diese dem drängendem Bedürfnis des Opfers „in Ruhe gelassen zu werden“ zuvorderst Rechnung tragen können.³⁰³

1.) Materiell-rechtliche Ansprüche

a) Vertragliche Absprachen, insbesondere gerichtliche Vergleiche

Teilweise werden rechtsgeschäftliche Absprachen über das Unterlassen von Stalkinghandlungen getroffen.³⁰⁴ Vor allem in der Rechtspraxis ist zu beobachten, dass es bspw. im Rahmen einer Verhandlung über den Widerspruch gegen eine einstweilige Verfügung bzw. im mündlichen Termin einer Unterlassungsklage zu Abschlüssen entsprechender vergleichsweiser Regelungen kommt.³⁰⁵ Bei Zuwiderhandlung können auf Antrag allgemeine Zwangsvollstreckungsmaßnahmen eingeleitet und durchgeführt werden, die sich im Unterlassungsbereich nach § 890 ZPO richten und regelmäßig die - vorab anzudrohende - Verhängung eines Ordnungsgeld bzw. von Ordnungshaft zum Gegenstand haben.

b) §§ 1004 Abs.1, 823 Abs.1 BGB (analog)

Das bürgerliche Recht bietet primär über §§ 1004 Abs.1, 823 Abs.1 ggf. analog (präventiven) Schutz vor Beeinträchtigungen bestimmter Rechte und Rechtsgüter. Der strafrechtliche Schutz höchstpersönlicher Rechtsgüter wie Leben, Leib, Gesundheit und Freiheit, wird zivilrechtlich mit Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen realisiert bzw. flankiert. Im Hinblick auf sogenanntes „weiches Stalking“ kommt insbesondere eine Verletzung des als „sonstiges Recht“ geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht in Betracht.³⁰⁶ Ein (präventiver) Unterlassungsanspruch setzt rechtswidriges Verhalten und eine Erstbegehungs-, bzw. Wiederholungsgefahr,³⁰⁷ ein Schadensersatzanspruch zusätzlich Verschulden voraus.

³⁰³ Zur Frage nach Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüchen in Fällen des Stalking vgl. *Keiser*, NJW 2007, S.3387ff.

³⁰⁴ So etwa in einem Strafverfahren vor dem AG Ulm, (Az:4 Ds 24 Js 12250/07) bei dem der Vater des Opfers (erfolglos) im Vorfeld eine entsprechende schriftliche Absprache mit dem Angeklagten aufgesetzt hatte.

³⁰⁵ Vgl. *v.Pechstaedt*, NJW 2007, S.1236.

³⁰⁶ Zur zivilrechtlichen Entwicklung des APR: BGHZ 13, 334, 338; 15, 249; gebilligt von BVerfGE 34, 269, 292.

³⁰⁷ Vgl. bspw. BGHZ NJW-RR 2006, S.566f.; BGH NJW 1994, S.1281; Palandt-*Bassenge*, §1004 Rn31ff.

aa) Körper-, bzw. Gesundheitsverletzung

Im Vordergrund des Begriffsfeld „Körper“ steht die Unantastbarkeit der persönlich-leiblichen Sphäre, während es sich bei Gesundheitsverletzung eher um Störungen der körperlichen Funktionen handelt, wobei eine genaue Ausdifferenzierung weder exakt möglich, noch zwingend notwendig ist.³⁰⁸ So bestimmt die h.M. den Schutzzumfang der beiden Rechtsgüter mit der Formel, Körperverletzung sei in weiter Auslegung jeder Eingriff in die Integrität der körperlichen Befindlichkeit, einschließlich der Zufügung von Schmerzen, die Verletzung der Gesundheit setze dagegen eine medizinisch erhebliche - also aus ärztlicher Sicht behandlungsbedürftige - Störung der körperlichen, seelischen oder geistigen Funktionen voraus, wobei ganz unerhebliche Beeinträchtigungen nicht umfasst sind bzw. sich nicht ein allgemeines Lebensrisiko verwirklicht haben darf.³⁰⁹ Psychische Einwirkungen können, wenn sie sich beim Opfer körperlich auswirken (z.B. durch Schlafstörungen, Depressionen oder Übelkeit)³¹⁰, über das Rechtsgut „Körper“ erfasst sein, wobei auch hier die Grenzen der Sozialadäquanz und Erheblichkeit zu beachten sind. Soweit die „psychische Gewalt“ eine solche Intensität erreicht, dass sie zu - medizinisch feststellbaren - psychischen Gesundheitsschäden führt, ist § 823 BGB unter dem Gesichtspunkt der „Gesundheitsverletzung“ einschlägig. Denn unter „Gesundheit“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB ist auch die „psychische“ Gesundheit zu verstehen.³¹¹ Schon das Reichsgericht hat entschieden, dass psychische Störungen, wie bspw. Nervenerkrankungen und Schwächezustand auf dem Gebiet der Gedankentätigkeit, des Gemütslebens und der Willenskraft, als Gesundheitsverletzung einzuordnen sind.³¹² Erforderlich ist allerdings immer, dass ein pathologischer, behandlungsbedürftiger Zustand entsteht, der nach allgemeiner Verkehrsauffassung als Körper-, bzw. Gesundheitsverletzung iSd. § 823 Abs.1 anzusehen ist.³¹³ Bloße Aufregung, Schmerz, Trauer oder Schrecken genügen hierfür regelmäßig nicht, da es sich nicht um gewichtige pathologische Auswirkungen von einiger Dauer handelt.³¹⁴ Insofern besteht in etwa Deckungsgleichheit mit strafrechtlichen Maßstäben.

³⁰⁸ Vgl. Erman-*Schiemann*, §823 Rn.17.

³⁰⁹ Vgl. bspw. BGH NJW 1980, S.1452; BGHZ 124, 52ff.; 56, 163ff.; Staudinger-*Hager*, § 823 B 5 m.w.N.

³¹⁰ Vgl. BGHZ 122, 370; OLG Oldenburg NJW 1990, 3215; BGHSt bei Dallinger MDR 1975, 723.

³¹¹ Vgl. Erman-*Schiemann*, §823 Rn.19.

³¹² Vgl. RGZ 85, 335; 83, 335.

³¹³ Vgl. Soergel-*Spickhoff*, §823 Rn.43; Staudinger-*Hager*, § 823 B.5.

³¹⁴ Vgl. BGH NJW 1989, 2317; NJW 1971, 1883; Staudinger-*Hager*, § 823 B 5 m.w.N.

bb) Freiheitsverletzung

Die Verletzung der Freiheit liegt in der nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung der körperlichen Bewegungsfreiheit gegen den Willen des Betroffenen, etwa durch Einsperren.³¹⁵ Unter Bezugnahme auf § 239 StGB wird die Beeinträchtigung der allgemeinen Handlungs- und Entschließungsfreiheit durch Drohung, Zwang oder Täuschung als nicht ausreichend erachtet.³¹⁶

cc) Verletzung der Freiheit der Willensbestimmung-, betätigung

Zu den durch § 1004 BGB analog geschützten sonstigen Rechtsgütern zählen neben den in § 823 BGB erwähnten auch das Fortkommen und die Freiheit der Willensbestimmung.³¹⁷ In einer aus dem Jahre 1952 stammenden vereinzelt gebliebenen Entscheidung nahm der BGH einen Unterlassungsanspruch bei Vorliegen einer rechtswidrigen Nötigung nach § 240 StGB an.

dd) Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrecht

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist zunächst von den Zivilgerichten im Wege einer legitimen richterlichen Rechtsschöpfung geschaffen worden, heute als solches gewohnheitsrechtlich anerkannt und nach ständiger Rechtsprechung ein „sonstiges Recht“ im Sinne von § 823 Abs.1 BGB.³¹⁸ Geschützt ist das Recht des Einzelnen auf Achtung seiner personalen und sozialen Identität sowie Entfaltung seiner individuellen Persönlichkeit gegenüber dem Staat und dem privaten Rechtsverkehr, wobei sich das aus Art.2 Abs.1 iVm. Art.1 Abs.1 GG abgeleitete APR auf zwei Schutzzonen erstreckt: einerseits umfasst es das Recht, in Ruhe gelassen und geachtet zu werden, und andererseits das Recht, sich frei entfalten zu können.³¹⁹ Es handelt sich um ein Rahmenrecht, dem ein klar konturierter Tatbestand bisher nicht zugedacht wurde, weshalb Gesetzgeber und Zivilgerichte grundsätzlich nicht daran gehindert sind, den Schutz des Persönlichkeitsrechts weiter auszubauen.³²⁰ Das verfassungsrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht ist dem zivilrechtlichen nicht gleichzusetzen, da ersteres in erster Linie das Verhältnis Staat - Bürger betrifft und nur mittelbar Drittwirkung zwischen Privaten entfaltet.³²¹

³¹⁵ Vgl. OLG Brandenburg, NJW-RR 2006, S.220.

³¹⁶ Vgl. Palandt-*Sprau*, § 823 Rn.6.

³¹⁷ So BGH LM Nr.6 zu § 812.

³¹⁸ Vgl. BGHZ 24, 77; 27, 284; 50, 143; BVerfGE 34, 280ff.

³¹⁹ Vgl. BGHZ 13, 334; 24, 76; OLG Stuttgart NJW 1988, S.2615.

³²⁰ Vgl. BVerfG NJW 2006, S.3409ff. unter Bestätigung von BGH NJW 2000, S.2201f. („Der blaue Engel“); Soergel-*Beater*, §823 Anh IV, Rn.33.

³²¹ Vgl. BGHZ 132, 18ff.; BVerfG NJW 2006, S.3409.

(1) Da das allgemeine Persönlichkeitsrecht eine Vielzahl von Facetten aufweist und regelmäßig in Konkurrenz mit gegenläufigen Drittinteresse tritt, wird der konkrete **Schutzbereich** erst durch eine Güter- und Interessenabwägung im Rahmen der Rechtswidrigkeit positiv festgelegt (sog. Rahmenrecht oder offener Tatbestand).³²² Der Gegenstand des Persönlichkeitsrechts wird in allgemein anerkannter Weise anhand von Persönlichkeitssphären umrissen, namentlich der Intim-, Privat- und Sozialsphären mit jeweils unterschiedlicher Schutzintensität.³²³ Innerhalb dieser Sphärenabstufung fand und findet eine Konkretisierung durch Fallgruppenbildung statt, wobei in Bezug auf Stalking insbesondere der Schutz vor Eindringen bzw. Ausforschung des persönlichen Lebensbereich mit seiner speziellen Ausprägung des Rechts am eigenen Bild und vor Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit, auch mittels Belästigungen, von Relevanz sind.³²⁴

(a) Die freie Persönlichkeitsentfaltung in Form des informellen Selbstbestimmungsrechts beinhaltet die Entscheidung über Informationserlangungen bzw. -Verbreitungen durch Drittpersonen, worunter auch Bildaufnahmen (vgl. §§ 1ff. KUG) fallen.³²⁵ Schutzwürdig ist *thematisch* der Informationsgehalt bestimmter persönlicher Äußerungen bzw. Vorgänge vor unerwünschter Kenntniserlangung und Verbreitung durch Dritte.³²⁶ Generell umfasst sind Angelegenheiten, die wegen ihres Informationsinhalts typischerweise als "privat" eingestuft werden, weil ihre öffentliche Erörterung oder Zurschaustellung als peinlich empfunden wird oder als unschicklich gilt oder nachteilige Reaktionen der Umwelt auslöst, wie es etwa bei Auseinandersetzungen mit sich selbst, bei vertraulicher Kommunikation unter Eheleuten, im Bereich der Sexualität, bei sozial abweichendem Verhalten oder bei Krankheiten der Fall ist.³²⁷ Angelegenheiten, Vorgänge und Informationen können schon deshalb schutzwürdig sein, weil der Betroffene sie gar nicht oder nur begrenzt in die Öffentlichkeit entlassen hat und berechtigterweise darauf vertrauen darf, dass niemand bzw. kein Dritter oder sonst Unbefugter von ihnen erfährt,³²⁸ was insbesondere auf die der Intimsphäre zu zuordnenden inneren Gedanken bzw. Gefühle mit ihren äußeren Erscheinungsformen, wie Tagebuchaufzeichnungen, vertraulichen Briefen, aber auch höchstpersönliche Unterlagen wie bspw. Krankenakten oder Angelegenheiten, die ihrer Natur nach der Geheimhaltung unterliegen, zutrifft. In *räumlicher* Hinsicht erstreckt sich der Schutz auf jene

³²² Vgl. Palandt-Sprau, § 823 Rn. 95.

³²³ Vgl. bspw. BGH NJW-RR 2007, S.619; KG Berlin NJW 2004, S.3637; Soergel-Beater, § 823 Anh IV, Rn.42.

³²⁴ Vgl. MüKo-Rixecker, Allg. PersönlR; Erman-Ehmann, BGB-Kommentar, Anh. §12; Soergel-Beater, § 823 Anh IV.

³²⁵ Vgl. Palandt-Sprau, § 823 Rn.86.; Soergel-Beater, § 823 Anh IV, Rn.45.

³²⁶ Vgl. BVerfG NJW 2000, S.1021; BGH NJW 1996, S.1128f.; KGR Berlin 2007, S.195ff.

³²⁷ Vgl. BVerfG NJW 2000, S.1023; KG Berlin NJW-RR 2008, S.1625ff.

³²⁸ Vgl. Soergel-Beater, § 823 Anh IV, Rn.87.

Bereiche, in dem der Einzelne zu sich kommen, sich entspannen oder auch gehen lassen kann.³²⁹ Dies umfasst denjenigen Lebensbereich, zu dem anderen Menschen nach der sozialen Anschauung nur mit Zustimmung des Betroffenen Zugang haben, insbesondere das Leben im häuslichen oder familiären Kreis und das sonstige Privatleben im häuslichen, unter Umständen auch im öffentlichen Bereich.³³⁰ Die räumliche Schutzbereich der Privatsphäre endet nicht an der Haustür, weshalb in der Öffentlichkeit darauf abzustellen ist, ob eine örtliche Abgeschiedenheit aufgesucht wird, aus der objektiv erkennbar der Wille zum Alleinsein zu Tage tritt.³³¹ Auch die Sozialsphäre bewahrt die persönliche Eigenart des Menschen in seiner Beziehung zur Umwelt, Beruf und Auftreten auch in der Öffentlichkeit.³³² In erster Linie ist diesbezüglich an das Recht am eigenen Bild zu denken, dass Privatpersonen auch in der Öffentlichkeit Schutz vor Bildaufnahmen durch Dritte und deren Verbreitung (vgl. § 22 KUG) gewährleisten kann.³³³

(b) Zivilrechtlich geschützt ist die freie Persönlichkeitsentfaltung des weiteren hinsichtlich der Selbstbestimmung über soziale Kontaktaufnahme („ob und mit wem“). Insbesondere der persönliche Bereich des Einzelnen, die private Sphäre autonomer Lebensgestaltung, in der der Mensch sich selber gehört und seine Individualität unter Ausschluss Anderer wahrnehmen und entwickeln kann, gehört zu den traditionellen Schutzgütern des Persönlichkeitsrechts.³³⁴ Das Recht zur Selbstbestimmung der persönlichen Lebenssphäre umfasst - auch - die Entscheidung darüber, ob und in welchem Umfang der Einzelne in Kontakt mit anderen Menschen treten möchte. Der ausdrücklich und ernsthaft geäußerte Wille, von dem Adressaten in Ruhe gelassen zu werden bzw. mit ihm keinen unmittelbaren Kontakt pflegen zu wollen, ist als Ausfluss des personalen Selbstbestimmungsrechts schutzwürdig.³³⁵ Schutz besteht auch vor aufgedrängten Informationen und Kontakten, wie bspw. Telefonwerbung oder Zusendung von unverlangter E-Mail-Werbung.³³⁶ Entsprechend der vorherigen Ausführung schützt das allgemeinen Persönlichkeitsrecht vor nachhaltigen persönlichen Belästigungen, insbesondere vor ständig belästigenden Anrufen, auch unter dem Gesichtspunkt des Blockierens einer Telefonleitung.³³⁷

(2) Eine tatbestandliche Verletzungshandlung besteht bereits in jedem für den Rechtsträger nachteiligen **Eingriff** in dessen Intim-, Privat- oder Individualsphäre.

³²⁹ Vgl. LG Berlin, AfP 2004, S.149f; OLG Brandenburg NJW 1999, S.3339.

³³⁰ Vgl. KGR Berlin 2008, S.30ff; BGH NJW 2004, S.766f.; BVerfG NJW 2000, S.1021; Palandt-Sprau, § 823 Rn..87.

³³¹ Vgl. BGHZ 131, 332ff.; BGH NJW 2004, S.766f.; BVerfGE 101, 361ff.

³³² Vgl. Palandt-Sprau, § 823 Rn.86.; Soergel-Beater, § 823 Anh IV, Rn.45.

³³³ Vgl. BGH NJW 1995, S.1955. Erweiternd: BGH NJW 2007, S.3440; GRUR 2007, S.902.

³³⁴ Vgl. MüKo-Rixecker, Allg. PersönlR, Rn.84 m.w.N; OLG Stuttgart NJW 1988, S.1270.

³³⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1988, S.1391; LG Oldenburg NJW 1996, S.62.

³³⁶ Vgl. KGR Berlin 2002, S.353ff.; MüKo-Rixecker, Anhang zu § 12; Rn.97ff.; Kaboth, ZUM 2003, S.343.

³³⁷ Vgl. BGH NJW 1985, S.809; Fischer, MDR 1997, S.120; Soergel-Beater, § 823 Rn.85.

(a) Als taugliche Verletzungshandlung kommt das permanente und penetrante Ausspähen und Beobachten zur Erlangung von Informationen über das Opfer und seine Lebensgewohnheiten in Betracht. Ein Eingriff in den Intimbereich könnte demnach vorliegen, wenn sich der Stalker Kenntnis von geheimhaltungswürdigen Informationen verschafft.³³⁸ Regelmäßig betroffen ist die relativ geschützte Privatsphäre, die entsprechend durch Kenntniserlangung privater Lebensvorgänge, aber auch durch unterschiedlichste Kontaktaufnahmeversuche (vgl. sogleich) beeinträchtigt werden kann. Dem Stalking vergleichbar wird die „Belagerung“ durch wartende Journalisten, die unter Beachtung des Hausrechts über lange Zeit die Wohnung des Betroffenen überwachen, um ihn auf jeden Fall „stellen“ zu können, als Verletzung des Rechts auf Isolation verstanden.³³⁹ Dementsprechend gelten Bedrohungen und Überwachungen als Beeinträchtigungen eigenständiger Qualität, wenn sie für den Betroffenen einen „ständigen Überwachungsdruck“ schaffen, weil sie permanent zu befürchten sind oder besonders hartnäckig gemacht werden.³⁴⁰ Entsprechend wurde ein Eingriff bzw. eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts bei permanenter Videoüberwachung eines gemeinsam genutzten bzw. öffentlichem Zugangsweges durch den Nachbarn angenommen.³⁴¹ Diesbezüglich gilt, dass der einzelne auch außerhalb seines befriedeten Besitztums, insbesondere auf öffentlichen Wegen, keineswegs generell dulden muss, dass jedermann von ihm Bildnisse, insbesondere Filmaufnahmen mittels einer Videokamera, (auch ohne Verbreitungsabsicht) fertigt.³⁴²

(b) Typisches Beeinträchtigungsverhalten sind die stalkingspezifischen permanenten und penetranten Kontaktaufnahmeversuche zur betroffenen Person, sei es durch physische Präsenz, Briefe, Verwendung von Telekommunikationsmittel oder mittels Drittpersonen, unter Umständen verbunden mit Drohungen und Beleidigungen. Dabei kommt es nicht darauf an, in welcher Weise (mündlich, telefonisch oder schriftlich) zuvor Kontakte stattgefunden und diese verletzenden Charakter gehabt haben. Um eine Verletzung annehmen zu können, ist grundsätzlich ein zuvor ausdrücklich ausgesprochenes Kontaktverbot notwendig, anders jedoch, wenn ein schon stattgefundenener Kontakt selbst bereits das allgemeine Persönlichkeitsrecht in erheblichem Maße, - wie bspw. beim sog. „Telefonterror“ - verletzt hat.³⁴³ In diesem Zusammenhang stellt bspw. die zweimalige telefonische Kontaktaufnahme zu Marktforschungszwecken jeweils ein unerwünschtes

³³⁸ Zum restriktiven Anwendungsbereich vgl. *Smischek*, S.168f., die zu dem Ergebnis kommt, dass aufgrund der Diametrie zwischen Schutzbereich und Eingriff ein Eingriff in den Kernbereich privater Lebensführung regelmäßig ausgeschlossen sei.

³³⁹ *Soergel-Beater*, §823 Anh IV, Rn.76.

³⁴⁰ Vgl. BAG NJW 2005, S.313ff; *Fischer*, MDR 1997, S. 120ff.

³⁴¹ Vgl. OLG Karlsruhe, WuM 2000, S.128ff.; BGH NJW 1995, S.1955.

³⁴² BGH NJW 1995, S.1955.

³⁴³ LG Oldenburg, NJW 1996, S.61; BGH v. 6.9.1989 I ZR 178/87, 2820.

Eindringen in den privaten häuslichen Bereich dar.³⁴⁴ Auch unerwünschte Postwurfsendungen in geringen Mengen zu Werbezwecken gilt als Verletzungshandlung.³⁴⁵ Andererseits rechtfertigt nicht jedes Eindringen in die Privatsphäre und jede Belästigung sofort ein Kontaktverbot, wenn das beanstandete Verhalten im Rahmen des Üblichen und Hinnehmbaren liegt.³⁴⁶ Regelmäßig als Eingriff zu werten sind aufgedrängte Informationen und Kontakte, bspw. in Fällen der telefonischen oder elektronischen Werbung, wenn sie gegen den erkennbaren Willen der angesprochenen Person oder unter belästigendem Eindringen in seine Privatsphäre unter Missbrauch des Telekommunikationsverkehrs erfolgen.³⁴⁷

(3) Die **Rechtswidrigkeit** wird grundsätzlich nur bei Eingriffen in die absolut geschützte Intimsphäre als durch die Tatbestandsmäßigkeit indiziert angesehen.³⁴⁸ Im Übrigen ist ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht nur dann widerrechtlich, wenn einerseits keine Rechtfertigungsgründe bzw. ausdrückliche gesetzliche Regelungen zum Tragen kommen und wenn andererseits eine umfassende Abwägung der kollidierenden Interessen und Gütern zu dem Ergebnis führt, dass unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers die grundrechtlich geschützten Interessen des Störers überwiegen, wobei die Schutzwürdigkeit und -bedürftigkeit der Betroffeneninteressen von der Intim-, hin zur Sozialsphäre abnehmen.³⁴⁹

(a) Bei der Frage nach der Rechtswidrigkeit von Ausspähen, Beobachtung und sonstigen Handlungen zur Informationserlangung über den Betroffenen, ist in erster Linie eine Abwägung mit dem Grundrecht der Pressefreiheit nach Art.5 Abs.1 S.2 GG vorzunehmen, da eine Verletzung regelmäßig im Zusammenhang mit Presseveröffentlichungen über Prominente gerügt wird.³⁵⁰ Hinsichtlich Stalker kommt eine Abwägung regelmäßig nur mit deren allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art.2 Abs.1 GG in Betracht, die jedoch im Normalfall hinter das APR zurücktritt.³⁵¹ Im Hinblick auf Ablichtungen bzw. Videoaufzeichnungen von gänzlich unbeteiligten Dritten könnte ein derartiger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht höchstens dann zulässig sein, wenn schwerwiegenden Beeinträchtigungen der Rechte, etwa Angriffe auf die eigene Person

³⁴⁴ So AG Hamburg-St. Georg, AfP 2006, S.281ff.

³⁴⁵ Vgl. BGH NJW 1989, S.902.

³⁴⁶ Vgl. *Fischer*, MDR 1997, S.121.

³⁴⁷ Vgl. KGR Berlin 2002, S.353ff.; MüKo-Rixecker, Anhang zu § 12; Rn.97ff.

³⁴⁸ Vgl. etwa BGH NJW 1988, S.1984.

³⁴⁹ Vgl. AG Hamburg-St. Georg, AfP 2006, S.281ff.

³⁵⁰ Jüngst BGH VersR 2004, S.525f. m.w.N.

³⁵¹ Vgl. *Keiser*, NJW 2007, S.3389.

oder der eigenen unmittelbaren Wohnsphäre, nicht in anderer Weise zumutbar begegnet werden könnte³⁵², was bei Stalking wohl nur theoretisch der Fall sein kann.

(b) In der Rechtsprechung³⁵³ unumstritten ist, dass die Kontaktaufnahme zu einer Person, die dem Kontaktsuchenden gegenüber zuvor ausdrücklich erklärt hat, Kontakt mit ihm nicht zu wünschen, eine rechtswidrige Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Betroffenen darstellt. Denn das Recht zur Selbstbestimmung der persönlichen Lebenssphäre umfasst auch die Entscheidung darüber, ob und in welchem Umfang der Einzelne in Kontakt mit anderen Menschen treten möchte. Der ausdrücklich geäußerte Wille, von dem Adressaten in Ruhe gelassen zu werden, ist als Ausfluss des personalen Selbstbestimmungsrechtes schutzwürdig. In diesen Fällen überwiegt das Interesse des Betroffenen regelmäßig dasjenige des Kontaktierenden, eine Rechtfertigung käme in diesen Fälle nur in besonderen Notlagen in Betracht.

Im Ergebnis sind die dargestellten Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht regelmäßig, also auch im Bereich der Sozialsphäre bzw. in der Öffentlichkeit, als rechtswidrig einzustufen, wobei teilweise das Phänomen eher global, in Gesamtbetrachtung aller zusammenhängende Belästigungshandlungen, gesehen und entsprechend eigenständig (als neue Fallgruppe) bewertet wird.³⁵⁴ Dies überzeugt auch vor dem Hintergrund, dass Stalking massiv das Selbstbestimmungsrecht des Opfers missachtet.

dd) Adäquat-kausale und zurechenbare Verletzungshandlung

Die Rechts- bzw. Rechtsgutsverletzung muss in zurechenbar-kausaler Weise durch die fortgesetzten Handlungen³⁵⁵ des Stalkers verursacht worden sein. Psychisch-seelische Gesundheitsschädigungen sind nach höchstrichterlicher Rechtsprechung auch dann zurechenbar, wenn sie auf einer besonderen psychischen Anfälligkeit des Opfers oder einer neurotischen Fehlverarbeitung des Erlebten beruhen, wobei die Adäquanzen dann entfällt, wenn das schädigende Ereignis eine Bagatelle darstellt und die psychische Reaktion hierauf in einem groben Missverhältnis zum Anlass steht.³⁵⁶

³⁵² BGH NJW 1995, S.1955.

³⁵³ Vgl. LG Oldenburg, NJW 1996, S.62ff.

³⁵⁴ So *Keiser*, NJW 2007, S.3387 der eine Verletzung des Rechts auf selbstbestimmte Lebensgestaltung annimmt.

³⁵⁵ Vgl. hierzu auch BGH NJW 2005, S.217.

³⁵⁶ Vgl. BGH NJW 1996, S.2425; BGH NJW 2004, S.1945.

ee) Erstbegehungs-, Wiederholungsgefahr

Ein negatorischer Unterlassungsanspruch setzt materiell-rechtlich nach § 1004 Abs.1 S.2 BGB analog die Gefahr einer (weiteren) künftigen Beeinträchtigung, also die objektiv-ernstliche Befürchtung von (weiterer) Störungen, voraus.³⁵⁷ Nach der Rechtsprechung begründen vorangegangene rechtswidrige Beeinträchtigungen in der Regel eine tatsächliche Vermutung für die Wiederholungsgefahr,³⁵⁸ wobei hinsichtlich „Stalking“ die konkrete Gefahr weiterer Übergriffe definitionsgemäß anzunehmen sei.³⁵⁹ Es obliegt dann dem Stalker, diese tatsächliche Vermutung zu widerlegen. Indes werden an eine solche Widerlegung hohe Anforderungen gestellt.³⁶⁰ In aller Regel lässt nur die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung die Wiederholungsgefahr entfallen.³⁶¹

ff) Verschulden

Eine deliktische Haftung setzt nach § 823 BGB den vom Anspruchsteller bzw. Opfer zu erbringenden Nachweis eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Handelns des Anspruchsgegners bzw. Stalker, sowie dessen grundsätzliche Zurechnungs- bzw. Schuldfähigkeit im deliktsrechtlichen Sinne voraus.³⁶²

gg) Rechtsfolgen

Steht eine zurechenbare, rechtswidrige Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter fest, so kann der Beeinträchtigte bei Wiederholungsgefahr Unterlassung und bei schuldhaftem Handeln Ersatz seiner materiellen und immateriellen Schädigungen verlangen. Schadensersatz ist in Erwägung zu ziehen, wenn notwendige außergerichtliche Maßnahmen zur Abwehr einer Belästigung (bspw. Anwaltsschreiben, Fangschaltungen, neue Telefonnummer etc.) zu Vermögenseinbußen geführt haben.³⁶³ Bei schwerwiegenden Verletzungen des Persönlichkeitsrechts, in denen ein anderer befriedigender Ausgleich für die Beeinträchtigung nach Art der Verletzung nicht in Betracht kommt, steht nach höchstrichterlicher Rechtsprechung dem Opfer eine Geldentschädigung zu.³⁶⁴

³⁵⁷ Vgl. Palandt-Bassenge, §1004 Rn.31ff.; BGH NJW 1999, S.356; BayObLGZ 95, 179.

³⁵⁸ Zum Fall einer Persönlichkeitsrechtsverletzung vgl. BGH NJW 1987, 2225; NJW 2004, 1035.

³⁵⁹ So OLG Saarbrücken, NJW-RR 2006, 747-748.

³⁶⁰ Vgl. BayObLG NJW-RR 1987, 463.

³⁶¹ Vgl. v.Pechstaedt NJW 2007, S.1233; allgemein bspw. BGH NJW 2008, S.1593ff.

³⁶² Vgl. Kaboth, ZUM 2003, S.344 m.w.N.

³⁶³ Vgl. Keiser, NJW 2007, S.3387, 3391.

³⁶⁴ Vgl. BGH NJW 2005, S.58; vertiefend: Keiser, NJW 2007, S.3388ff.

Der Unterlassungsanspruch richtet sich im Grundsatz nur gegen die konkret drohenden Handlung bzw. Handlungen, die im Rahmen der prozessualen Geltendmachung (vgl. sogleich) aufgrund § 253 ZPO bereits im Klage-, bzw. Verfügungsantrag genau zu bezeichnen sind.³⁶⁵ Im Hinblick auf Stalkerverhalten ist zu berücksichtigen, dass nicht jede festgestellte Beeinträchtigung den Erlass eines umfassenden Kontaktverbotes rechtfertigt, sondern nur dann, wenn aus dem Angriff gegen das Persönlichkeitsrecht herauszulesen ist, dass er sich umfassend gegen das Selbstbestimmungsrecht richtet. Sind nur einzelne Elemente des Persönlichkeitsrechts verletzt, kann aufgrund der durchzuführenden Güter- und Interessenabwägung ein Verbot auch nur darauf erstreckt werden.³⁶⁶ Nicht jede Belästigung, Beleidigung, Körperverletzung oder sonstige Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts führt zu einem Unterlassungstitel, der global und umfassend alle möglichen Beeinträchtigungen untersagt.³⁶⁷ Gleiches gilt für die sog. Bannmeile und dem damit einhergehenden Eingriff in die uneingeschränkte Bewegungsfreiheit des Stalkers.³⁶⁸ Soweit berechnete Anliegen des Anspruchsgegners vorhanden sind (bspw. das Umgangsrecht mit einem gemeinsamen Kind; §1684 BGB), ist aus Gründen der Verhältnismäßigkeit etwa eine Beschränkung oder Befristung des Kontaktverbotes erforderlich.³⁶⁹

2.) Prozessuale Geltendmachung

Zur Verwirklichung und ggf. zwangsweisen Durchsetzung, insbesondere der Unterlassungsansprüche, muss der Betroffene einen Titel im Sinne der §§ 704, 794 ZPO erwirken. In Betracht kommen vor allem Vergleiche, Urteile und Beschlüsse, die regelmäßig einem gerichtlichen (Eil-)Verfahren entstammen.

a) Zur Erwirkung eines entsprechenden Titels ist Eigeninitiative in Form der Klageerhebung bzw. die Durchführung eines ordentlichen Gerichtsverfahren erforderlich, in dem der Betroffene und Schutzsuchende nach allgemeiner zivilprozessualer Regelung beweisbelastet hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen ist. Zuständig sind nach §§ 23, 71 GVG die Zivilgerichte, allgemeine Prozessabteilung, wobei im Rahmen von Scheidungs- und sonstigen Eheverfahren teilweise das Familiengericht als zuständig erachtet wird.³⁷⁰ Zur genauen Festlegung des Umfangs der Rechtskraft (vgl. § 308 ZPO) muss der Richterausspruch hinreichend bestimmt und konkretisierbar sein, was

³⁶⁵ Vgl. Palandt-Sprau, Vor §§823 Rn.23; Konkretes Antragsbeispiel: OLG Karlsruhe, FamRZ 1984, S.184.

³⁶⁶ Vgl. Kaboth, ZUM 2003, S.345.

³⁶⁷ Vgl. LG Oldenburg v. 04.09.2007; weitergehend: OLG Karlsruhe, FamRZ 1984, S.184f.

³⁶⁸ Vgl. hierzu OLG Stuttgart NJW 1988, S.1270, das eine zeitliche Begrenzung für notwendig hielt.

³⁶⁹ Vgl. Fischer, MDR 1997, S.121.

³⁷⁰ Vgl. BT-Drs. 14/5429 S.16 m.w.N.

gemäß § 253 Abs.2 ZPO – der im Übrigen grundsätzlich auch bei Leistungsverfügungen Anwendung findet³⁷¹ - bereits im Klageantrag Berücksichtigung finden muss. Im Bereich von Unterlassungsansprüchen wird grundsätzlich nur die ausdrücklich beanstandeten und tenorierten Verletzungshandlung untersagt, wobei nach der Rechtsprechung anderweitige Verletzungsformen mitumfasst sind, sofern der Kern der Störungsform unberührt bleibt (sog. Kerntheorie).³⁷² Dies basiert auf Verhältnismäßigkeitserwägungen, die bspw. bei einzelnen Belästigungshandlungen grundsätzlich nicht den Erlass eines umfassenden Kontaktverbotes rechtfertigen.³⁷³ Die Untersagung darüber hinausgehender oder anderer Belästigungen setzt folglich die Erwirkung eines weiteren Titels voraus.

b) Der Erlass eines entsprechenden Titels ist auch im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes in Form der einstweiligen Verfügung (§§ 935, 940 ZPO) möglich, wobei Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund glaubhaft zu machen sind³⁷⁴, bspw. durch eidesstattliche Versicherungen des Antragsstellers. Da es um die Realisierung und nicht die Sicherung eines bestehenden Anspruches geht, handelt es sich um nur ausnahmsweise - wegen des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache - zulässige Leistungsverfügungen, die von der Rechtsprechung allerdings in den Bereichen Wettbewerbsrecht und Verletzungen des Persönlichkeitsrechts regelmäßig nicht beanstandet werden.³⁷⁵ Nur bei entsprechender Dringlichkeit wird ohne mündliche Verhandlung entschieden (vgl. §§ 922, 936, 944 ZPO). Das Vorliegen eines Verfügungsgrundes, d.h. Dringlichkeit, wird von Tatsachengerichten zum Teil verneint, wenn seit Beginn des Stalkings mehr als ein Monat verstrichen ist.³⁷⁶ Nach allgemeinen Zivilprozessregeln bleiben erlassene Verfügungen grundsätzlich bis zur Hauptsacheentscheidung oder eines entsprechenden Antrages wirksam. Die Befristung von einstweiligen Verfügungen ist, entgegen der Auffassung einiger Tatsachengerichte,³⁷⁷ nach der Zivilprozessordnung nicht vorhergesehen, kann aber aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geboten sein.³⁷⁸ Entsprechend explizit, wenn auch als Soll-Vorschrift, ist eine Befristung nach dem Gewaltschutzgesetz vorhergesehen (vgl. unten 4.). Die Zustellung der Verfügung hat nach §§ 936, 922 Abs.2 ZPO im Parteibetrieb zu erfolgen, sodass der Antragssteller die Zustellung mittels

³⁷¹ Vgl. Zöller, ZPO-Kommentar, §253 Rn.; OLGR Rostock 1999, 271ff.

³⁷² Vgl. BGHZ 5, 189; Im Hinblick auf Stalking: LG Oldenburg v. 04.09.2007.

³⁷³ Vgl. LG Oldenburg NJW 1996, S.63, ausführlich bereits oben.

³⁷⁴ § 932 ZPO; vgl. dazu v.Pechstaedt, NJW 2007, S.1233.

³⁷⁵ Vgl. BGH NJW 1982, S.2246; NJW 1980, S.2802; OLG München NJW 1991, S.499.

³⁷⁶ Vgl. LG Frankenthal (Az: 8 T 43/07); v.Pechstaedt, NJW 2007 S.1233 m.w.N.

³⁷⁷ Vgl. LG Konstanz, Beschluss vom 4.10.2004 (Az: 12 T 234/04)

³⁷⁸ Vgl. OLG Stuttgart, NJW 1988, S.1270; Fischer, MDR 1997, S.121.

Gerichtsvollzieher zu bewirken hat. Insofern kommt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kein Ersatz durch andere Formen der Bekanntgabe in Betracht.³⁷⁹

3.) Zwangsvollstreckung bzw. Sanktion bei Zuwiderhandlung

Die Zwangsvollstreckung erfolgt grundsätzlich gemäß § 704 ZPO aus Urteilen, die rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt sind. Entsprechendes gilt für gerichtliche Vergleiche und Beschlüsse im einstweiligen Verfügungsverfahren (§§ 794 Abs.1 Nr.1, 928 ZPO). Die Zwangsvollstreckung titulierter Unterlassungsansprüche richtet sich nach § 890 ZPO, wonach bei Zuwiderhandlung gegen die richterliche Anordnung auf Antrag beim Prozessgericht des ersten Rechtszuges Ordnungsgeld oder Ordnungshaft verhängt wird, soweit diese vorher angedroht wurden.³⁸⁰ Die Gewährung rechtlichen Gehörs ist gemäß §§ 890 Abs.1 S. 1, 891 S. 2 ZPO unerlässlich³⁸¹, was regelmäßig eine mündliche Verhandlung erforderlich und somit das Zwangsvollstreckungsverfahren insgesamt langwierig macht.³⁸² Für eine Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot ist der Antragssteller beweisbelastet, was im Betreitensfalle die Erbringung des Vollbeweises notwendig macht.³⁸³ Da Ordnungsmittel strafrechtliche bzw. repressive Elemente enthalten, setzt deren Verhängung wegen eines Verstoßes gegen die richterliche Anordnung Verschulden, d.h. zumindest fahrlässiges Handeln, voraus.³⁸⁴

4.) Besonderheiten §§ 1,4 GewSchG (§§ ohne Angaben sind solche des GewSchG)

Das seit 01.01.2002 in Kraft getretene Gesetz zur Verbesserung des zivilrechtlichen bzw. zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen, gehört in erster Linie zum Aktionsplan der Bekämpfung von häuslicher Gewalt, vor allem gegen Frauen.³⁸⁵ Es handelt sich um ergänzende Regelungen zur Durchsetzung bürgerlich-rechtlicher Schutzansprüche nach dem Recht der unerlaubten Handlung in Bezug auf Gewalttaten und bestimmte unzumutbare Belästigungen.³⁸⁶ Gegenstand des Gewaltschutzgesetzes sind demnach verfahrensrechtliche Modifikationen für gerichtliche Anordnung und keine eigenständigen Anspruchsgrundlagen.³⁸⁷ Der Begriff „Stalking“

³⁷⁹ Vgl. BGH NJW 2007, S.1605f. m.w.N.

³⁸⁰ Vgl. LG Oldenburg, NJW 1996, S.63; *Fischer*, MDR 1997, S.120.

³⁸¹ Vgl. OLG Celle, NJW 2007, 1606f.

³⁸² Vgl. *Fischer*, MDR 1997, S.122.

³⁸³ Vgl. KG Berlin, FPR 2004, S.267.

³⁸⁴ Vgl. BVerfG NJW 1991, S.3139; vertiefend auch zu diesbezüglichen prozessualen Fragestellungen *Kaboth*, ZUM 2003, S.346 m.w.N.

³⁸⁵ Vgl. *Grziwotz*, NJW 2002, S.872ff.

³⁸⁶ Vgl. Erbs/Kohlhaas-*Freytag*, Strafrechtliche Nebengesetze, GewSchG (G 57), Vorb. Rn.4.

³⁸⁷ Vgl. BT-Drs. 14/5429 S.17, 28; *Utsch*, S.160; *Kaboth*, ZUM 2003, S.344.

wird auch in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich verwendet, jedoch soll nach Auffassung des Gesetzgebers dieses Sozialphänomen zivilrechtlich erfasst und bei Verstößen gegen entsprechende richterliche Anordnungen (auch) strafrechtlich sanktioniert werden.³⁸⁸

a) Tatbestandliche Voraussetzungen für den Erlass einer gerichtlichen Anordnung

Das Tätigwerden des Gerichts setzt einen materiell-rechtlichen Anspruch nach §§ 823, 1004 BGB (analog) auf Unterlassung der Beeinträchtigung der genannten Rechtsgüter voraus. Ob ein solcher Anspruch besteht, richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften des Rechts der unerlaubten Handlungen.³⁸⁹ Vor diesem Hintergrund ist § 1 Abs.2 als gesetzliche Umschreibung einzelner Teil- bzw. Schutzbereiche des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes zu verstehen, namentlich des Schutzes vor Drohungen mit der Verletzung bestimmter Rechtsgüter und dem Schutz vor bestimmten unzumutbaren Belästigungen.³⁹⁰ Stalkingrelevant ist vor allem § 1 Abs.2 S.1 Nr.2 b), wonach das Gericht, wenn eine Person widerrechtlich und vorsätzlich eine andere Person dadurch unzumutbar belästigt, dass sie ihr gegen den ausdrücklich erklärten Willen wiederholt nachstellt oder sie unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln verfolgt, auf Antrag zur künftigen Unterbindung die erforderlichen Maßnahmen treffen kann. Die Vorschrift umschreibt demnach den Schutz der Privatsphäre des Opfers bei bzw. vor schwerwiegenden Belastungen.³⁹¹ Satz 2 sieht eine Einschränkung bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen durch den „Nachstellenden“ vor. Im Einzelnen:

aa) Der unzumutbaren Belästigung wird - soweit ersichtlich - kein eigenständiger Charakter beigemessen, sodass sie sich inhaltlich in den zwei normierten Handlungsweisen erschöpft. Aufgrund tatbestandlicher Fiktion liegt nach § 1 Abs.2 S.2 bei berechtigtem Interessen des Handelnden, auch wenn die Handlung gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Betroffenen stattfindet, eine unzumutbare Belästigung nicht vor. Beispielhaft werden berufliche Gründe, der Umgang mit gemeinsamen Kindern³⁹² oder die Ausübung von Amtshandlungen, angeführt.³⁹³

bb) „Nachstellt“ wird in diesem Zusammenhang als hartnäckige Belästigung einer Person durch eine Andere bzw. als vorsätzliches Auflauern einer anderen Person an Orten, an welchen mit dem

³⁸⁸ Vgl. BT-Drs. 14/5429, S.1.

³⁸⁹ Vgl. BT-Drs. 14/5429 S.28.

³⁹⁰ Vgl. *Smischek*, S.134f.

³⁹¹ Vgl. *Erbs/Kohlhaas-Freytag*, G 57, §1 Rn.16.

³⁹² Vgl. BT- Drs. 14/5429 S.28.

³⁹³ Vgl. AnwKom BGB-FamilienR-*Heinke*, §1 GewSchG Rn.16/28.

Erscheinen des Opfers zu rechnen ist, (eher grob) definiert.³⁹⁴ In beispielhafter Aufzählungen werden genannt Überwachung und Beobachtung einer Person, ständige demonstrative Anwesenheit des Täters in der Nähe des Opfers, dessen „körperliche“ Verfolgung, Annäherungen und das Hinterlassen von schriftlichen Mitteilungen an bzw. für den Betroffenen.³⁹⁵ Nicht umfasst ist der Missbrauch personenbezogener Daten zur Bestellung von Waren oder Dienstleistungen.³⁹⁶

cc) Da erst bei wiederholter Nachstellung gerichtliche Maßnahmen getroffen werden können, kann nicht schon bei der ersten Zuwiderhandlung gegen das ausgesprochene Kontaktverbot eine Schutzanordnung beantragt werden, sondern erst mit dem zweiten Verstoß.³⁹⁷

dd) Verfolgung unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln umfasst sämtliche Kontaktversuche mittels Telefon, Mobiltelefon, Telefax oder Internet bis hin zum Telefonterror, sowie das Hinterlassen von Mitteilungen.³⁹⁸

ee) Weiterhin muss der Täter die unzumutbare Belästigung vorsätzlich begangen haben. Hierbei zeigt sich eine Diskrepanz zu den §§ 823 (auch fahrlässige Begehung reicht aus) bzw. 1004 (verschuldensunabhängig!) BGB analog, weshalb die These des Gesetzgebers, das GewSchG beinhalte keine eigenständigen materiell-rechtlichen Regelungen,³⁹⁹ diesbezüglich nicht zutrifft.

ff) Ein präventiv-zivilrechtlicher Unterlassungsanspruch setzt, wie bereits oben festgestellt, das Vorhandensein einer Erstbegehungs-, bzw. Wiederholungsgefahr voraus. Im GewSchG kommt dies in der Formulierung „... zur künftigen Unterbindung...“ zum Ausdruck. Inhaltlich kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden, da das GewSchG nach Intention des Gesetzgebers keinen eigenständigen materiell-rechtlichen Regelungsgehalt aufweist.⁴⁰⁰

b) Prozessuale Besonderheiten

Nach § 1 Abs.1 wird das Gericht auf Antrag der verletzten Person tätig. Sachlich zuständig sind die Zivilgerichte mit der Besonderheit, dass bei aktuellem Bestehen eines auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalt der Parteien oder eines Bestehens innerhalb der vergangenen sechs Monaten

³⁹⁴ Vgl. Palandt-Brudermüller, GewSchG §1 Rn.8; Smischek, S.134 unter Verweis auf Kaboth, ZUM 2003, S.345.

³⁹⁵ Vgl. Erbs/Kohlhaas-Freytag, G 57, §1 Rn.19; BT-Drs 14/5429, S.29.

³⁹⁶ Vgl. Utsch, S.151; Winterer, FPR 2006, S.203.

³⁹⁷ Vgl. AnwKom BGB-FamilienR-Heinke, §1 GewSchG Rn.16.

³⁹⁸ Vgl. Erbs/Kohlhaas-Freytag, G 57, §1 Rn.19.

³⁹⁹ Vgl. BT-Drs. 14/5429, S.28.

⁴⁰⁰ Vgl. BT-Drs. 14/5429, S.28.

vor Antragsstellung die Abteilung Familiengericht (vgl. §§ 23a Nr.7, 23b Nr.8a GVG, 621 Abs.1 Nr.13, Abs.2 S.1 Nr. 5 ZPO) zuständig ist. Folglich finden in diesen Verfahren die Regelungen des FGG Anwendung, sodass bei Zuständigkeit des Familiengerichts dieses bspw. die sofortige Wirksamkeit und Zulässigkeit der Vollstreckung vor Zustellung (§ 64b Abs.2 S.2 FGG) bzw. die Zulässigkeit der Vollziehung vor Zustellung (§ 64 Abs.3 S.3 FGG) anordnen kann. Entsprechend allgemeinem Zivilprozessrecht sind Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bzw. Anordnung und/oder Klageerhebung denkbar.⁴⁰¹

Besonderheiten finden sich in § 1 Abs.1, wonach das erkennende Gericht die „erforderlichen Maßnahmen“ treffen kann, der angeführte Maßnahmenkatalog aufgrund der Formulierung „insbesondere“ aber nicht als abschließend zu betrachten ist. Die Zivilgerichte sollen nach Vorbild des § 938 Abs.1 ZPO in freiem Ermessen die notwendigen und erforderlichen Schutzmaßnahmen treffen, ohne das dies den Antragssteller von der Stellung bestimmter Anträge (§ 253 Abs.2 ZPO) entbindet.⁴⁰² Im Bezug auf Stalking sind vor allem Betretungs- und Abstandsgebote denkbar, wobei in erster Linie das Kontakt- und Belästigungsverbot nach Ziffer 4 Schutz gegen Stalkingverhalten bieten soll.⁴⁰³ Als mögliche unbenannte Maßnahmen werden bspw. (erweiterte) Näherungsverbote⁴⁰⁴ oder das Gebot, bei zufälligen Zusammentreffen einen Mindestabstand einzunehmen⁴⁰⁵ angeführt.

Nach § 1 Abs.1 S.2 sollen die Maßnahmen befristet werden, wobei eine fehlerhaft unterlassenen Befristung nicht zur Nichtigkeit führt.⁴⁰⁶ Erlassene Anordnungen müssen - entgegen des Wortlautes von § 1 Abs.1 S.2 1.HS - nach überwiegender Auffassung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit befristet werden.⁴⁰⁷ Ausnahmen hiervon sind nur bei besonders schweren vorhergehenden Gewaltdelikten denkbar, um das Opfer wegen der Unzumutbarkeit des Umgangs mit dem Täter zu schützen. Soweit die Zivilgerichte eine Befristung anordnen, erstreckt sich deren Zeitspannen regelmäßig von drei bis zwölf Monaten.⁴⁰⁸ Optional ist bei weiteren Verstößen oder Wiederholungsgefahr eine (mehrmalige) Fristverlängerung möglich.⁴⁰⁹ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebietet es ferner, dass das umfassende Kontaktverbot als Auffangtatbestand oder ultima ratio verstanden wird, weshalb bspw. die wiederholte einfache

⁴⁰¹ Vgl. v.Pechstaedt, NJW 2007, S.1233.

⁴⁰² Vgl. BT-Drs. 14/5429, S.17f.

⁴⁰³ Vgl. Palandt-Brudermüller, GewSchG §1 Rn.8.

⁴⁰⁴ Vgl. v.Pechstaedt, NJW 2007, S.1234.

⁴⁰⁵ Vgl. BT-Drs. 14/5429, S.29; Kaboth, ZUM 2003, S.345.

⁴⁰⁶ Vgl. zum Fall einer fehlerhaft unterlassenen Befristung OLG Celle, NJW 2007, S.1606f.

⁴⁰⁷ Vgl. OLG Celle NJW 2007, S.1606f m.w.N.

⁴⁰⁸ Vgl. Nachweise bei Dressing, Stalking S.

⁴⁰⁹ Vgl. Palandt-Brudermüller, GewSchG §1 Rn.7.

Beleidigung oder beleidigende Körperverletzung, üble Nachrede oder sonstige Rufschädigung regelmäßig nur deren Verbot rechtfertigt.⁴¹⁰ Hierbei wird das verfassungsrechtliche Gebot zum Ausdruck gebracht, die widerstreitenden Individual-, und Freiheitsinteressen von „Täter und Opfer“ angemessen in Ausgleich zu bringen, weshalb an tiefgreifende Eingriffe in Grundrechte des Verfügungsgegners (z.B. durch eine Bannmeile) erhöhte Anforderungen zu stellen, diese mitunter von den Gerichten restriktiv gehandhabt werden.⁴¹¹

c) Besonderheit bei Vollstreckung bzw. Sanktionen bei Verstößen

aa) Zivilrechtliche Untersagungsanordnungen im Rahmen eines Gewaltschutzverfahrens nach § 1, die im Wege einer einstweiligen Anordnung als vorläufige Regelung gem. § 64b Abs.3 S.1 FGG erlassen worden sind, werden bei Zuwiderhandlungen gemäß § 64b Abs.4 FGG nicht nach § 888 Abs.1 S.1 ZPO, sondern gem. § 890 Abs.1 S.1 ZPO mit der Möglichkeit der Anordnung von Ordnungshaft vollstreckt. Die Anordnung von Zwangshaft nach § 888 Abs.1 S. 1 ZPO kommt nicht in Betracht und ist verfahrensfehlerhaft. Dabei ist die Gewährung rechtlichen Gehörs im Zwangsvollstreckungsverfahren nach §§ 890 Abs.1 S. 1, 891 S. 2 ZPO unerlässlich.⁴¹² Der Gerichtsvollzieher wird bei andauernder Zuwiderhandlung gegen eine Anordnung nach § 1 gemäß §§ 892a, 758 Abs.3, 759 ZPO zur Gewaltanwendung bzw. Anwendung unmittelbaren Zwanges ermächtigt, wobei er sich der Hilfe polizeilicher Vollzugsorgane bedienen kann.⁴¹³

bb) Als Besonderheit können Zuwiderhandlung gegen bestimmte vollstreckbare Anordnungen zusätzlich nach § 4 mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr strafrechtlich sanktioniert werden. Die Erforderlichkeit der Einführung eines ungewöhnlichen zivilrechtsakzessorischen Straftatbestandes wurde vom Gesetzgeber mit der effektiven Durchsetzung zivilrechtlicher Schutzmöglichkeiten begründet.⁴¹⁴ Teilweise werden Zweifel an der verfassungsrechtlichen Legitimität der Strafvorschrift erhoben, da sie zu einer Verwischung der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Grenzen führe.⁴¹⁵ Anderweitig werden im hohen Maße Bedenken hinsichtlich des Bestimmtheitsgebotes aus Art.103 Abs.2 GG angemeldet.⁴¹⁶ Die Voraussetzungen der Strafbarkeit im Einzelnen:

⁴¹⁰ So LG Oldenburg, unter Verweis auf die entsprechend anzuwendende vom BGH im Rahmen des Wettbewerbsrecht entwickelte „Kerntheorie“, vgl. BGH GRUR 1984, S.593.

⁴¹¹ Vgl. OLG Stuttgart, FamRZ 2003, S.

⁴¹² Vgl. OLG Celle, NJW 2007, 1606f.

⁴¹³ Vgl. auch *Kaboth*, ZUM 2003, S.345.

⁴¹⁴ Vgl. BT-Drs. 14/5429, S.32.

⁴¹⁵ Vgl. *Smischek*, S.140.

⁴¹⁶ So *Buß*, S.154ff., 163.

(1) Aufgrund der Verweisung auf die §§ 1,2 wird auf gerichtliche Anordnungen Bezug genommen, unter denen nach dem maßgeblichen allgemeinen Sprachgebrauch⁴¹⁷ einseitige Akt zu verstehen sind, die vom Gericht aufgrund der ihm verliehenen hoheitlichen Gewalt erlassen werden, weshalb ein im Verfahren nach § 1 geschlossener Vergleich keine geeignete Grundlage für eine Straftat nach § 4 bildet.⁴¹⁸ Eine andere Auslegung unter Berufung auf die Ratio des § 4⁴¹⁹ verkennt, aufgrund des eindeutigen Wortlautes der Vorschrift, die Grenzen richterlicher Rechtsanwendung. Problematisch kann unter Umständen sein, ob die gerichtlichen Anordnung ausschließlich nach ZPO oder nach GewSchG getroffen wurde.⁴²⁰ Dies ist für staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren von Bedeutung, die bei reinen ZPO-Verfügung ein Strafverfolgungshindernis sehen, weil diese nicht von der strafrechtlichen Sanktionsnorm § 4 erfasst seien.⁴²¹ Es ist deshalb - ggf. durch Auslegung - zu ermitteln, ob das Gericht seiner Entscheidung das Gewaltschutzgesetz zugrunde gelegt hat. Zu beachten ist weiterhin, dass die zivilgerichtliche Anordnung nach § 1 auch im Falle ihrer Fehlerhaftigkeit bei vorhandener formaler Vollstreckbarkeit⁴²² eine ausreichende rechtliche Grundlage für die Strafverfolgung nach § 4 bildet.⁴²³ Diese Wirkung entfällt nur bei einer Nichtigkeit der Anordnung, was voraussetzt, dass sie an einem derart schweren Mangel litte, der es bei Berücksichtigung der Belange der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens schlechthin unerträglich erscheinen ließe, sie als verbindlichen Richterspruch gelten zu lassen und zudem dieser Mangel offen zutage träte.⁴²⁴ Das unzulässige Fehlen einer Befristung stellt keinen derartigen Mangel dar. Vielmehr hat das erkennende Strafgericht dann selbst zu entscheiden, ob der Verstoß gegen die Anordnung innerhalb einer dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechenden Frist begangen wurde.⁴²⁵

(2) Wie bei der Strafbewährung verwaltungsrechtlicher Anordnung, sind auch die zivilgerichtlichen Schutzanordnungen vom Strafgericht auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen, d.h. im Rahmen der Strafverfolgung nach § 4 hat das Gericht alle *materiellen* Voraussetzungen für die Anordnung ohne Bindung an das Vorverfahren selbst zu prüfen.⁴²⁶ Keiner Überprüfung unterliegen die

⁴¹⁷ Vgl. BVerfGE NStZ 1986, 261; Weitergehende Ausführungen zu der allgemeinen Auslegungsmethodik im Strafrecht unter D. II).

⁴¹⁸ Vgl. OLG München ZFE 2008, S.234; Winterer, FPR 2006, S.203.

⁴¹⁹ So die Vorinstanz, LG Augsburg.

⁴²⁰ Vgl. v.Pechstaedt, NJW 2007, S.1234f.

⁴²¹ Vgl. zu dieser Problematik v.Pechstaedt, NJW 2007, S.1235f.

⁴²² Vgl. Pollähne, StV 2005, S.503f.

⁴²³ Vgl. OLG Celle NStZ 2007, S.485; OLG Hamm, NStZ 2007, S.486.

⁴²⁴ Vgl. Meyer-Goßner, StPO (49. Aufl.) Einl. Rn. 105 m. w. N.

⁴²⁵ Vgl. OLG Celle NJW 2007, S.1606f.

⁴²⁶ Vgl. zum verwaltungsakzessorischen Strafrecht BVerfGE 87, 399ff.

formellen Voraussetzungen, weshalb auch verfahrensfehlerhaft zustande gekommene Zivilanordnungen Grundlage einer strafrechtlichen Sanktionierung nach GewSchG sein können.⁴²⁷

(3) Die Tathandlung der Nichtbeachtung der gerichtlichen Schutzanordnung muss vorsätzlich begangen werden (vgl. § 15 StGB). Relevanz erlangt diesbezüglich die konkrete Reichweite und damit die Bestimmtheit der jeweiligen Anordnung, da der Täter die Schutzanordnung kennen und wissen muss, dass sie bereits vollstreckbar ist.⁴²⁸ Das Wort „bestimmten“ dient lediglich der Klarstellung und ist an sich überflüssig.⁴²⁹

Die Strafbewährung tritt neben die zivilprozessualen Mitteln der Zwangsvollstreckung, also bei Zuwiderhandlung gegen Unterlassungsanordnungen die Verhängung von Ordnungsgeld oder Ordnungshaft, soweit diese vorher angedroht wurden, § 890 f. ZPO.⁴³⁰ Es handelt sich um ein Officialdelikt, das von Amts wegen verfolgt werden muss, so dass eine Verweisung auf den Privatklageweg (§ 374 StPO) nicht in Betracht kommt.⁴³¹

IV. Fazit

Im Folgenden soll nun das angeführte rechtliche Instrumentarium und dessen praktische Umsetzung bzw. Handhabung in Bezug auf „weiches Stalking“ unter besonderer Berücksichtigung der vorhandenen bzw. festgestellten Schwierigkeiten und Unzulänglichkeiten analysiert werden. Dies ist letztlich für die Strafbedürftigkeit und Strafwürdigkeit nachstellenden Verhaltens von ausschlaggebender Bedeutung.

1.) Defizit Strafrecht

In rechtlicher Hinsicht sind nach bisherigem Normenbestand des Kernstrafrechts regelmäßig - wenn überhaupt - nur Teilausschnitte eines komplexen dauerhaften Gesamtverhaltens mit Strafe bedroht. In tatsächlicher Hinsicht erstatteten ca. 20% der Betroffenen Anzeige bei der Polizei. In lediglich 36,9 % der angezeigten Fälle übernahm die Polizei selbst die weitere Strafverfolgung durch Anzeige bzw. Weiterleitung an die Staatsanwaltschaft, was u.a. damit begründet wird, dass einzelne

⁴²⁷ Kritisch: *Buß*, S.153f.

⁴²⁸ Vgl. *Pollähne*, StV 2005, S.503 Fn.5; *Kleine*, FPR 2005, S.40.

⁴²⁹ Vgl. *Erbs/Kohlhaas-Freytag*, G 57, §4 Rn.11.

⁴³⁰ Vgl. OLG Schleswig NJW 2006, S.3578.

⁴³¹ Vgl. *Utsch*, S.155.

Stalkingepisoden nicht ohne Weiteres als strafbare Handlungen klassifiziert werden können.⁴³² Stalkingtypisch ist die Summierung von Einzelakten, wohingegen die strafrechtliche Behandlung sich regelmäßig nur auf Einzelakte konzentriert, weshalb das Verfahren in Fällen des Stalkings oftmals nicht weiter betrieben wird bzw. betrieben werden kann. Dies hängt insbesondere damit zusammen, dass die verwirklichten Straftatbestände ein geringes Strafmaß anordnen und es sich teilweise um Privatklagedelikte (§ 374 StPO) handelt.⁴³³

Eine Strafbarkeit nach § 4 GewSchG ist zivilrechtsakzessorisch ausgestaltet, weshalb die vorherige Durchführung eines zivilgerichtlichen Verfahrens unumgänglich ist. Der Einwand, dass nicht Stalkerverhalten, sondern die Nichtbeachtung staatlich-richterlicher Anordnungen Pönalisierungsgrund ist,⁴³⁴ wird insofern abgeschwächt, als das nach obergerichtlicher Rechtsprechung das erkennende Strafgericht die materiellen Voraussetzungen des Erlasses der zivilrechtlichen Schutzanordnung zu überprüfen hat. Insofern erscheint das Erfordernis einer zivilrichterlichen Anordnung für eine strafrechtliche Sanktion als umständlich, zugespitzt formuliert, als überflüssig. Dem Strafmaß des § 4 GewSchG wird teilweise eine abschreckende und damit spezialpräventive Wirkung abgesprochen,⁴³⁵ was sich durch die erhöhte Anzahl der Zuwiderhandlungen von Stalkern gegen zivilrichterliche Anordnungen zu bestätigen scheint.⁴³⁶ Mangels Strafbarkeitshinweisen in der Schutzanordnung oder Zustellungsnachweisen werden Strafverfahren eingestellt. Auch Einstellungen nach §§ 153, 153a StPO kommen aufgrund des geringen Strafrahmens in der Praxis des öfteren vor, was häufig eine positive Bestärkung des Täters in seinem Tun nach sich zieht.⁴³⁷ Im Ergebnis führen daher gut drei Viertel aller Anzeigen nicht zu einer gerichtlichen Ahndung.⁴³⁸ Betroffene sind deshalb mit der Arbeit der Polizei deutlich unzufriedener was auch darin zum Ausdruck kommt, dass nur ca. 20% Anzeige erstatteten.⁴³⁹ Wenn eine gerichtliche Entscheidung ergeht, dauert es mehrere Monate, wobei es zwischenzeitlich zu weiteren Stalkinghandlungen kommen kann.⁴⁴⁰

⁴³² Periodischer Sicherheitsbericht (2006), S.129.

⁴³³ Vgl. *Rupp*, Rechtstatsächliche Untersuchung zum GewSchG, S.319.

⁴³⁴ Vgl. Begründung hessischer Gesetzentwurf, BR-Drs.551/04, S.7; *Meyer*, ZStW 115, S.271ff.

⁴³⁵ Vgl. Stellungnahme BIG, S.3; *Janovsky*, Stellungnahme S.1; AG Flensburg, Streit 2005, S.126.

⁴³⁶ Vgl. *Utsch*, S.157 die unter Bezugnahme auf Studien von ca. 2/3 ausgeht.

⁴³⁷ Vgl. *Freudenberg*, Stellungnahme S.10.

⁴³⁸ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.1.

⁴³⁹ Periodischer Sicherheitsbericht (2006), S.60, 128.

⁴⁴⁰ Vgl. *Rupp*, S.316.

2.) Defizit sonstiges öffentliches Recht

a) Beim Recht der Ordnungswidrigkeiten handelt es sich nach h.M. um ein *aliud* zum Strafrecht,⁴⁴¹ sodass auch hier die Problematik zum Tragen kommt, dass generell nur Einzelhandlungen und Teilbereiche eines Gesamtverhaltens unter die Tatbestände subsumiert werden können, der stalkingspezifische Unrechtsgehalt hierdurch jedoch nicht vollständig erfasst wird. Des Weiteren sind nur bestimmte Fälle erfasst und die Geldbuße, vergleichbar dem zivilvollstreckungsrechtlichen Ordnungsgeld, nicht mit großer abschreckender Wirkung verbunden.

b) Im Rahmen des polizeilichen Gefahrenabwehrrechts wurden in Fällen von Stalking selten Platzverweise erteilt.⁴⁴² Auch darf der sonstige Maßnahmenkatalog nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Polizei- und Ordnungsbehörden nur unter engen Voraussetzungen und mit begrenzter Wirkung eingreifen können. Die erforderliche Gefahrenschwelle muss überschritten sein, eine entsprechende subjektive Prognose gestellt, Verhältnismäßigkeits- und Subsidiaritätsgrundsatz gewahrt und vor allem dürfen nur vorläufige Maßnahmen getroffen werden.⁴⁴³ Ein Einschreiten kommt regelmäßig nur bei drohenden strafbaren Handlungen - also allenfalls Verstöße gegen § 4 GewSchG - in Betracht, da der polizeiliche Persönlichkeitsrechtsschutz restriktiv gehandhabt wird und unter einem Subsidiaritätsvorbehalt steht.⁴⁴⁴ Zusammenfassend bietet polizeiliches Einschreiten unter Umständen sofortigen, keinesfalls jedoch dauerhaften Schutz vor Nachstellungshandlungen.

3.) Defizit Zivilrecht

a) In prozessualer Hinsicht setzt die Erwirkung eines entsprechenden Titels Eigeninitiative und ein Aktivwerden des Betroffenen in Form der Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens voraus, indem der Anspruchsteller beweislaster hinsichtlich der getätigten Stalkinghandlungen ist. Antragsstellung und Richterspruch unterliegen dem zivilprozessualen Bestimmtheitsgebot (§ 253 ZPO) und erfassen somit regelmäßig nur einen Teilausschnitt. Der Zivilprozessordnung ist auf gütliche Einigungen ausgerichtet (vgl. § 278 Abs.1 ZPO), weshalb es zu verfahrensverzögernden Maßnahmen in Form von Terminanberaumungen, Anhörungen, ineffektiven Vergleichsabschlüssen etc. kommen kann. Das Verfahren selbst kann sich deshalb unter Umständen über Monate bzw. Jahre hinwegziehen mit der Folge, dass es zwangsläufig zu mehreren eigentlich unerwünschten Kontaktaufnahmen bzw. Konfrontationen mit dem Stalker kommt. Bei Unaufklärbarkeit aufgrund

⁴⁴¹ Vgl. *Göhler*, Vor §1 Rn.1ff.

⁴⁴² Periodischer Sicherheitsbericht (2006), S.128.

⁴⁴³ Vgl. *Bieszk/Sadtler*, NJW 2007, S.3385.

⁴⁴⁴ Vgl. *Stürmer*, FPR 2006, S.192.

widersprechender Aussagen geht der Prozess verloren, wodurch sich der Stalker in seinem Verhalten bestätigt fühlt und zum Weitermachen geradezu animiert wird. Der Schutzsuchende und Anspruchssteller hat die Verfahrenskosten zunächst selbst zu tragen bzw. vorzustrecken, was bei entsprechenden Prozessrisiken mit einer abschreckender Wirkung verbunden sein kann.⁴⁴⁵ Ein bestehender Unterlassungsanspruch ist aus Verhältnismäßigkeitserwägungen regelmäßig nicht auf eine globale Untersagung gerichtet und zu befristen, sodass unter Umständen mehrere Verfahren für eine vollumfängliche und dauerhafte Beendigung von Stalkerverhalten erforderlich sind. Teilweise wird in der gerichtliche Praxis der Erlass einer Schutzanordnung mit der Begründung abgelehnt, dass das beanstandete Verhalten ohnehin schon strafbewehrt sei.⁴⁴⁶

b) Generell ist die Zwangsvollstreckung mit Eigeninitiative und weiteren Kosten für die Stalkingbetroffenen verbunden, denen bei mittellosen Tätern mangelnde Effektivität gegenüber steht.⁴⁴⁷ Ordnungshaft ist im zivilrechtlichen Bereich unüblich, wenig vertraut und wird oftmals im hierarchischen Verhältnis zum Ordnungsgeld gesehen.⁴⁴⁸ Da die Festsetzung der Zwangsmittel eines förmlichen Verfahrens mit Anhörung des Schuldners zu erfolgen hat und voller Beweis für eine Verstoßhandlung zu erbringen ist, wird das Vollstreckungsverfahren in Sachen Stalking als zu langwierig und umständlich erachtet, nicht zuletzt aufgrund der möglichen Rechtsbehelfe.⁴⁴⁹ Ebenfalls als nachteilig empfunden wird die Art der Vollstreckung als nachträgliche Reaktion, ohne dass der Schuldner sofort Konsequenzen für sein verbotswidriges Verhalten zu spüren bekommt.⁴⁵⁰ Eine präventiv-abschreckende Wirkung geht von den vollstreckungsrechtlichen Zwangsmaßnahmen in Stalkingfällen offenbar nicht aus, da in erhöhtem Maße gegen die richterlichen Unterlassungsgebote verstoßen wird und festgelegte Ordnungsgelder nicht bezahlt werden.⁴⁵¹

⁴⁴⁵ Vgl. Stellungnahme BIG, S.3.; Bei einer umfänglichen zivilrechtlichen bzw. zivilprozessualen Vorgehensweise gegen Stalking können ohne weiteres Kosten im vierstelligen Bereich anfallen, vgl. *Lörsch*, Streit 2005, S.130.

⁴⁴⁶ Vgl. AG Groß-Gerau, FamRZ 2000, S.238; aA bereits BGH NJW 1957, S.1319.

⁴⁴⁷ Vgl. Stellungnahme BIG, S.4.

⁴⁴⁸ Vgl. *Utsch*, S.157.

⁴⁴⁹ Vgl. BT-Drs. 14/5429, S.16; *Rupp*, S.315; Im Vorfeld eines Strafverfahren vor dem AG Rheinbach (Streit 2005, S.129ff.) vergingen zwischen Antrag und Festlegung eines Ordnungsgeldes sieben Monate, wobei es dem Anspruchsgegner offenbar ganz bewusst um Kontaktaufnahme mittels mündlicher Gerichtsverhandlungen ging!

⁴⁵⁰ Vgl. BT-Drs. 14/5429, S.16.

⁴⁵¹ Vgl. etwa AG Rheinbach, Streit 2005, S.126ff.

4.) Defizit Gewaltschutzgesetz

Beim GewSchG handelt es sich um die einzige gesetzliche Regelung, die ausdrücklich das sog. „weiche Stalking“ aufgreift. Evaluationen des Gewaltschutzgesetz zeigen allerdings Umsetzungsdefizite zwar nicht im Bereich häusliche Gewalt, jedoch im Bezug auf Stalking, was die bereits vor Erlass des Gesetzes geäußerte Kritik bestärkt, dass das GewSchG phänomenologisch nicht auf Stalking zugeschnitten sei.⁴⁵² Diese Einschätzung kann auf die Tatsache verweisen, dass der Gesetzgeber ursprünglich Nachstellungen nicht in den Gesetzesentwurf aufgenommen hatte.

Anträge auf Erlass von richterlichen Schutzanordnungen, die überwiegend positiv beschieden werden, haben zugenommen.⁴⁵³ Der gesetzgeberisch intendierten effizienten Durchsetzung zivilrichterlicher Schutzanordnungen mittels einer Strafvorschrift (§ 4 GewSchG) steht jedoch die Tatsache entgegen, dass es bei Stalking signifikant häufiger als in Fällen der häuslichen Gewalt zu strafbewehrten Verstoßhandlungen kommt.⁴⁵⁴ Im Zuge durchgeführter Begleitforschungen⁴⁵⁵ wird deshalb auch konstatiert, dass durch die gesetzliche Regelung die Lage von Betroffenen zwar verbessert, ein ausreichender Schutz jedoch nicht erreicht wurde.⁴⁵⁶ Zur Begründung wird der für eine entsprechende Schutzanordnung erforderliche zivilgerichtliche Weg als schwierig, insbesondere im Hinblick auf die Beweislast bezüglich der gesetzlichen Voraussetzungen, beschrieben. Kritisiert und als nachbesserungsbedürftig angesehen wird auch die zweigeteilte Zuständigkeit von Familien-, oder allgemeinem Zivilgericht, da diese rechtszersplitternd und intransparent wirke.⁴⁵⁷ Die Befristung der Schutzanordnungen werde dem Wesen des Stalking nicht gerecht.⁴⁵⁸ Ferner zeigen sich Defizite in der praktischen Umsetzung, da viele Gerichte bspw. auf eine Anhörung bestehen oder vergleichsweise Regelungen anstreben.

Die vollstreckungsrechtliche Durchsetzung durch unmittelbare Hinzuziehung eines Gerichtsvollziehers (§ 892a ZPO) spielt praktisch keine Rolle, da ein Gerichtsvollzieher in der Regel aufgrund anderweitiger Tätigkeiten nicht sofort erreichbar ist und somit nicht schnell genug zur Verfügung steht.⁴⁵⁹

⁴⁵² Vgl. *Bieszk/Sadtler*, NJW 2007, S.3385.

⁴⁵³ Vgl. *Rupp*, S.304, 309.

⁴⁵⁴ Vgl. Periodischer Sicherheitsbericht (2006), S.128, wobei die Verstoßrate mit 8,1% angegeben wird; Von befragten Opfer berichten hingegen 2/3 von Verstößen, *Bieszk/Sadtler*, NJW 2007, S.3385 m.w.N.

⁴⁵⁵ Vgl. *Rupp*, S.319.

⁴⁵⁶ 8% der Experten können überhaupt keine Verbesserung erkennen, vgl. *Rupp*, S.91, 311.

⁴⁵⁷ Vgl. *Rupp*, S.317.

⁴⁵⁸ Vgl. *Bieszk/Sadtler*, NJW 2007, S.3385 m.w.N.

⁴⁵⁹ Vgl. Stellungnahme BIG, S.3; v.*Pechstaedt*, NJW 2007, S.1236.

D. Kritische Würdigung bzw. Untersuchung der neuen Rechtslage

Das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen ist am 30. März 2007 im Bundesgesetzblatt verkündet worden und am 31. März in Kraft getreten.⁴⁶⁰ Der deutsche Gesetzgeber zog hierdurch mit anderen Staaten wie bspw. den USA, Australien, Japan oder Österreich gleich, welche bereits zeitlich vorhergehend und in unterschiedlichen Ausformungen Stalking unter Strafe gestellt haben.⁴⁶¹ Nachfolgend wird nach einem kurzen Überblick über den formellen (deutschen) Gesetzgebungsablauf der neue Tatbestand eingehend erörtert und untersucht. Hierbei geht der konkreten Auslegung des Tatbestandes eine Erläuterung der allgemeinen Auslegungsmethodik unter Ergänzung strafrechtsspezifischer Gesichtspunkten voran. Dies ist angezeigt, weil aufgrund von Art. 103 Abs.2 GG im Strafrecht so sehr wie in keinem anderen Rechtsgebiet bei jeder Rechtsanwendung darüber Rechenschaft abgelegt werden muss, ob es sich um noch zulässige Gesetzesauslegung oder schon unzulässige Rechtsfortbildung handelt.⁴⁶² Abschließend werden verfassungsrechtliche bzw. strafrechtsdogmatische Problembereiche der Norm erörtert.

I. Formelles Gesetzgebungsverfahren⁴⁶³

Ein erster Gesetzentwurf wurde vom Bundesland Hessen unter der Bezeichnung „Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetz - Gesetz zur Bekämpfung unzumutbarer Belästigungen - („Stalking-Bekämpfungsgesetz - StrÄndG“) im Juli 2004 über den Bundesrat eingebracht.⁴⁶⁴ Die Bundesregierung hielt diesen für verfassungsrechtlich bedenklich und brachte im August 2005 einen eigenen Entwurf ein⁴⁶⁵, der seinerseits vom Bundesrat als völlig unzureichend abgelehnt wurde.⁴⁶⁶ Entsprechend legte das Bundesland Bayern im Bundesrat einen weiteren Entwurf vor.⁴⁶⁷ Diese Bestrebungen fielen jedoch wegen der Wahl eines neuen Bundestages im September 2005 der Diskontinuität anheim.

⁴⁶⁰ Vgl. BGBl. I 354; *Fischer*, § 238 Rn.1.

⁴⁶¹ Vgl. *Buß*, S.19ff. mit umfassender Darstellung des ausländischen Rechts; speziell Australien: *Löhr*, Zur Notwendigkeit eines spezifischen Anti-Stalking Straftatbestandes in Deutschland, S.143ff.; Japan: *Nishihara*, FS-Eser S.577ff.

⁴⁶² Vgl. *Hardtung*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, Rn.130.

⁴⁶³ Ausführliche Erörterung und Analyse des Gesetzgebungsverfahrens bei *Buß*, S.165ff., der dies gleichsam als „Kern“ seiner Ausarbeitung angibt (S.3).

⁴⁶⁴ Vgl. BR-Drs. 551/04.

⁴⁶⁵ Vgl. BT-Drs. 16/575.

⁴⁶⁶ Vgl. BR-Drs. 617/05.

⁴⁶⁷ Vgl. BT-Drs. 15/5410.

Erneut aufgenommen wurden die Bestrebungen in der 16. Legislaturperiode von Bundesrat⁴⁶⁸ und Bundesregierung,⁴⁶⁹ die ihre Entwürfe unverändert wieder einbrachten, die Bundesregierung nicht zuletzt, weil im Koalitionsvertrag im Hinblick auf Stalking die Schaffung eines eigenen Straftatbestandes mitvereinbart wurde.⁴⁷⁰ Die beiden Entwürfe wurden in einem Formulierungs-, und Kompromissvorschlag der Bundesministeriums der Justiz vom 11.05.2006 zusammengefasst und nach erster Lesung im Bundestag an den Rechtsausschuss übersandt.⁴⁷¹ Dieser empfahl dem Bundestag den Gesetzentwurf der Bundesregierung aus BT-Drs. 16/575, in der von ihm zusammengestellten Fassung, anzunehmen und den Gesetzentwurf des Bundesrates aus BT-Drs. 16/1030 abzulehnen.⁴⁷² Dabei handelte es sich im Ergebnis um ein - wie ein Puzzle - zusammengesetzten Entwurf zwischen den beiden zur Diskussion gestandenen Fassungen. Hierbei wurde der Grundtatbestand weit überwiegend vom Regierungsentwurf übernommen, wobei § 238 I Nr. 5 und die Qualifikationstatbestände auf den Entwurf des Bundesrates zurückgehen. Dieser Entwurf passierte in der vom Rechtsausschuss vorgeschlagenen Fassung am 30.11.2006 den Bundestag und am 16.02.2007 den Bundesrat.⁴⁷³ Die Vorschrift wurde durch das 40. Strafrechtsänderungsgesetz vom 22.03.2007 in das StGB eingefügt, am 30.03.2007 im Bundesgesetzblatt verkündet und ist seit 31.03.2007 in Kraft.

II. Allgemeine Auslegungsmethodik

Eine umfassende Erörterung der juristische Methodenlehre, insbesondere der hier relevanten Gesetzesauslegung, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, zumal die Literatur hierzu inzwischen „ganze Bibliotheken“ füllt und ein anerkanntes einheitliches Konzept nicht existiert.⁴⁷⁴ Indes erscheint es in einer juristisch-wissenschaftlichen Arbeit, die sich schwerpunktmäßig mit der Auslegung eines neu geschaffenen Straftatbestandes beschäftigt, auch und gerade im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG unumgänglich, zumindest überblicksweise das diesbezüglich zur Anwendung kommende „methodische Rüstwerkzeug“ darzustellen.

⁴⁶⁸ Vgl. BR-Drs. 48/06; inhaltlich identische Entwürfe des Bundesrates BT Drs. 15/5410 und 16/1030.

⁴⁶⁹ Vgl. BT-Drs. 16/575.

⁴⁷⁰ Vgl. Koalitionsvertrag vom 11.11.2005, S.140.

⁴⁷¹ Vgl. Pressemitteilung des BMJ vom 11.05.2006: „Besserer Schutz für Stalking-Opfer“.

⁴⁷² Vgl. BT-Drs. 16/3641, S.2f.

⁴⁷³ Vgl. BR-Drs. 46/07 und 48/06.

⁴⁷⁴ Vgl. *Rüthers*, Rechtstheorie 3.Auflage (2007), S.375.

1.) Allgemeine Auslegungsmethodik

Die Lösung eines konkreten Sachverhaltes kann regelmäßig nicht deduktiv einer Norm bzw. einem Rechtssatz entnommen werden, da diese abstrakt formuliert sind.⁴⁷⁵ Insofern bedarf es einer Methode zur Konkretisierung eines Rechtssatzes und dessen Begrifflichkeiten, um die Diskrepanz zwischen abstraktem Gesetzeswortlaut und konkretem Einzelfall zu überwinden.⁴⁷⁶ Verbindliche gesetzliche Vorgaben hinsichtlich der Rechtsanwendung, insbesondere der Auslegung von (Straf)tatbeständen, existieren nicht.⁴⁷⁷ Unter der Prämisse einer positivistischen und pragmatischen Methodik nehmen aufgrund ihrer in § 31 BVerfGG normierten Gesetzeskraft bzw. Bindungswirkung die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts eine exponierte und richtungsweisende Stellung für die Auslegungslehre ein.⁴⁷⁸ Die Gesetzesauslegung dient der Ermittlung und Konkretisierung des Inhalts bzw. der Reichweite einer Norm durch Deutung ihrer einzelnen Begriffe.⁴⁷⁹ Diese Umschreibung intendiert bereits die gängige Zweiteilung nach Ziel und Methoden bzw. Kriterien der Auslegung.⁴⁸⁰

a) Auslegungsziel

Weithin einig ist man sich über das allgemeine Ziel einer jeden Auslegung, das in der Klarstellung bzw. Konkretisierung des maßgeblichen Bedeutungsgehalts von Rechtsnormen oder Rechtsbegriffen, deren Sinndeutung, gesehen wird.⁴⁸¹ Die Deutung und Konkretisierung einzelner Tatbestandsmerkmale bzw. Gesetzesbegriffe zur Präzisierung des Anwendungsbereiches einer Norm wird gleichsam als „Hauptaufgabe“ des Juristen bezeichnet.⁴⁸² Mit diesem Auslegungsziel ist die Ermittlung des *Begriffsinhalt* von Gesetzesbegriffen und nicht deren *Begriffsumfang*, der etwa durch beispielhafte Aufzählungen umrissen wird, gemeint.⁴⁸³ Der Begriffsinhalt als Auslegungsergebnis bestimmt sich durch Eigenschaften oder Merkmalen und wird herkömmlicherweise in Definitionsform ausgedrückt, die wiederum für sich genommen (in Teilen)

⁴⁷⁵ Vgl. NK-*Hassemer/Kargl*, §1 Rn.102; *Baumann/Weber/Mitsch*, §9 Rn.57.

⁴⁷⁶ Vgl. *Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre (2005), S.2; ausführlich: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (3.Aufl.), S.33ff., 133ff.

⁴⁷⁷ Vgl. *Staudinger-Coing/Honsell*, Einl. zum BGB, VI Rn.119; kritisch: *Rüthers*, S.406ff.; *ders.* in JZ 2006, S.59ff.

⁴⁷⁸ Vgl. *Vogel*, Juristische Methodik, S.113; BVerfGE 40, 88, 94; 115,97, 108; *Sachs*, GG-Kommentar (2009), Art.20 Rn.107: „Die Missachtung von Entscheidungen des BVerfG entgegen der nach §31 BVerfGG angenommenen Bindungswirkung wird als Verstoß gegen Art.20 III eingestuft.“

⁴⁷⁹ Vgl. BGHSt 19, 158ff.; *Vogel*, JM S.112; LK-*Dannecker*, §1 Rn.298; *Soergel-Hefermehl*, Anh §133 Rn.1.

⁴⁸⁰ Vgl. BVerfGE 11, 126; *Hardtung*, Rn.142; kritisch: *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen (4.Aufl.), S.29.

⁴⁸¹ Vgl. BGHSt 18, 151ff.; 19, 158ff.; BGHZ 2, 184; 3, 84; 13, 30; *Vogel*, JM S.112; *Wessels/Beulke*, AT (37.Aufl.) Rn.56.

⁴⁸² Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch*, §9 Rn.58; *Wessels/Beulke*, AT Rn.56; *Soergel-Hefermehl*, Anh §133 Rn.1.

⁴⁸³ Vgl. *Vogel*, JM S.113.

auslegungsfähig und -bedürftig sein können.⁴⁸⁴ Der Gesetzgeber kann die bestimmte Deutung eines Tatbestandsmerkmals und somit das Auslegungsergebnis mittels sog. Legaldefinitionen, Fiktionen oder Verweisungen rechtsverbindlich anordnen.⁴⁸⁵ Richtigerweise besteht insofern ein Auslegungsverbot für das Definieren.⁴⁸⁶ Die Gegenauffassung⁴⁸⁷ verstößt gegen die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung (Gewaltenteilungsprinzip) und den Grundsatz, dass Exekutive und Rechtsprechung über Art. 20 Abs.3 und 97 Abs.1 GG an Gesetz und Recht gebunden sind. Soweit der Gesetzgeber im Rahmen seiner „Kernkompetenz“ explizite Gesetzesformulierungen bzw. Begriffsdeutungen trifft und insofern seinen Willen *eindeutig* im Normtext zum Ausdruck bringt, sind diese Vorgaben zwingend von den anderen Staatsgewalten zu berücksichtigen.⁴⁸⁸ Dies wird auch von der verfassungs- und höchstrichterlichen Rechtsprechung so anerkannt, wonach ein Gericht auch nicht unter Berufung auf verfassungskonforme Auslegung über einen aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte eindeutig zu folgernden Willen des Gesetzes hinweggehen darf.⁴⁸⁹ Das Gericht darf insbesondere auch dann nicht vom Gesetz abweichen, wenn es meint, der Gesetzgeber habe rechtspolitische Gesichtspunkte nicht ausreichend erwogen oder berücksichtigt oder wenn es Zweifel an der Richtigkeit der vom Gesetzgeber vorgenommenen Interessenabwägung hat.⁴⁹⁰ Nötigenfalls muss das Gericht nach Art. 100 Abs.1 GG das Verfahren aussetzen und die betreffende Norm dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung über deren Verfassungswidrigkeit vorlegen.⁴⁹¹

b.) Auslegungsmethoden bzw. -, kriterien

Weiterhin konnten weder Rechtsprechung, noch Rechtswissenschaft bis dato eine allgemein anerkannte Vorgehensweise hinsichtlich der Erreichung des Auslegungszieles erarbeiten. Häufig Anwendung finden die bereits im Jahre 1840 von *Savigny* entwickelten vier Elemente der Auslegung, die bis heute vielfach zitiert, für gültig gehalten und die auch im Folgenden zugrundegelegt werden, namentlich das grammatische, logische, historische und systematische Element der Auslegung.⁴⁹² Entsprechend beschreibt die Rechtsprechung Auslegung als Konkretisierung des maßgeblichen Sinnes eines Rechtssatz durch die nebeneinander zulässigen, sich

⁴⁸⁴ Vgl. *Vogel*, JM S.75f.; *Baumann/Weber/Mitsch*, §9 Rn.63; *MüKo-Schmitz*, § 1 Rn. 69.

⁴⁸⁵ Im StGB bspw. §§ 11, 264 VII, VIII, 330d; *Hardtung*, Rn.172; *Vogel*, JM S.114, 75f.; *Wank*, S.19ff.; NK-*Hassemer/Kargl* §1 Rn.106.

⁴⁸⁶ Vgl. *Vogel*, JM S.75f.; *Palandt-Heinrichs* Einl. Rn.41; vgl. aber RGZ 149, 235, 238.

⁴⁸⁷ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S.321f.; offengelassen von VG Berlin, NJW 2001, S.2987ff. (Fall Kohl).

⁴⁸⁸ Vgl. *Wank*, S.31; Hervorhebung durch Verfasser.

⁴⁸⁹ Vgl. BVerfGE 8, 28, 33; 18, 97, 111; 19, 248, 253; BVerwG NJW 2002, 1815ff.; BGHZ 46, 74ff.

⁴⁹⁰ Vgl. BGHSt 7, 190, 193f.; BGHZ 19, 227, 231.

⁴⁹¹ Vgl. BGHSt 22, 153; *LK-Weigend*, Einl. Rn.15.

⁴⁹² Vgl. v.*Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840; aktuell: *Wank*, S.59.; *Bydlinski*, S.11ff.; *LK-Dannecker*, §1 Rn.299; *Soergel-Hefermehl*, Anh §133 Rn.3ff.

gegenseitig ergänzenden Methoden der Auslegung aus dem Wortlaut der Norm, aus ihrem Zusammenhang, aus ihrem Zweck sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte.⁴⁹³

aa) Nach der Wortlautauslegung, auch als grammatische bzw. philologische Auslegung bezeichnet, sind Rechtssätze so zu verstehen, wie es sich nach den Regeln des allgemeinen oder juristisch-technischen Sprachgebrauchs und der Grammatik ergibt.⁴⁹⁴ Als Abfolge sind vorrangig und verbindlich die im jeweiligen Gesetz angeordnete Sprachverwendungsregeln, wie Legaldefinitionen, Verweise und gesetzliche Fiktionen zu beachten.⁴⁹⁵ Dies darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass, selbst wenn gesetzliche Legaldefinitionen existieren, auch deren Begrifflichkeiten regelmäßig ausgelegt werden müssen, um ihre konkrete Reichweite feststellen zu können.⁴⁹⁶ Auf den allgemeinen Sprachgebrauch der juristischen Fachsprache ist dann abzustellen, wenn explizite Sprachverwendungsregeln nicht existieren.⁴⁹⁷ Hierbei kann regelmäßig auf anerkannte, von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft erarbeitete, Definitionen zurückgegriffen werden.⁴⁹⁸ Aufgrund der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung (Gewaltenteilungsgrundsatzes; Art.20 Abs.3 GG) binden allerdings selbst höchstrichterliche Entscheidungen nur innerhalb ein und desselben Gerichtsverfahrens.⁴⁹⁹ Sie sind kein Gesetzesrecht und erzeugen grundsätzlich⁵⁰⁰ keine damit vergleichbare Rechtswirkung, weshalb der Rechtsanwender auch von höchstrichterlichen Präjudizien unter Berufung auf das Gesetz abweichen darf.⁵⁰¹ Soweit ein juristischer Sprachgebrauch vorhanden ist, muss dieser nach h.M. noch mit der allgemeinsprachlichen Bedeutung vereinbar sein.⁵⁰² Subsidiär ist auf den umgangssprachlichen bzw. Sprachgebrauch des täglichen Lebens abzustellen, zu dessen Ermittlung etwa auf bedeutende Wörterbücher der deutschen Sprache zurückgegriffen werden kann.⁵⁰³ Bereits in diesem Zusammenhang sei auf die „Relativität von Rechtsbegriffen“ hingewiesen, wonach derselbe Begriff in verschiedenen Vorschriften unter Umständen einen anderen Bedeutungsgehalt aufweisen kann, was streng genommen systematischen Erwägungen zuzuordnen ist und daher in anderem Zusammenhang näher

⁴⁹³ Vgl. BVerfGE 11, 130; BGHZ 46, 74ff.

⁴⁹⁴ Vgl. *Larenz/Canaris*, S.141ff.; *Staudinger-Coing/Honsell*, Einl. zum BGB, VI Rn.139.

⁴⁹⁵ Vgl. *Vogel*, JM S.114; *NK-Hassemer/Kargl* §1 Rn.106; bereits oben: „Auslegungsziel“.

⁴⁹⁶ Vgl. *MüKo-Schmitz*, § 1 Rn. 69.

⁴⁹⁷ Vgl. *Eisele*, BT 1, §1 Rn.5; *Vogel*, JM S.112.

⁴⁹⁸ Vgl. *Wank*, S.68f; *Vogel* JM S.113.

⁴⁹⁹ Vgl. §§ 565 Abs.2 ZPO, 358 Abs.1 StPO, 144 Abs.6 VwGO; *Vogel*, JM S.83f.; AA. wohl *Wank*, S.37.

⁵⁰⁰ Ausnahmen: §§ 31 Abs.2 S.1 BVerfGG; 47 Abs.5 S.2 VwGO.

⁵⁰¹ Vgl. BVerfGE 84, 227; *Soergel-Hefermehl*, Anh §133 Rn.1; *Larenz/Canaris*, S. 252ff.; Eine zumindest *faktische* Bindungswirkung ober- und höchstrichterlicher Entscheidungen begründeten deren Aufgabe das Recht zu vereinheitlichen und fortzubilden, vgl. *Vogel*, JM S.85f.

⁵⁰² Vgl. BVerfGE 92, 18f.; *MüKo-Schmitz*, §1 Rn.68; *LK-Dannecker*, §1 Rn. 303; *NK-Hassemer/Kargl* §1 Rn.106; AA. wohl: *Wank*, S.44.

⁵⁰³ Vgl. *Vogel*, JM, S.115; BGHSt NJW 2008, S.386ff.

erläutert wird.⁵⁰⁴ Regelmäßig lässt der Wortlaut, bspw. wegen des Satzzusammenhangs, in dem der Ausdruck gebraucht wird oder der Stellung im Gesetz und dem betroffenen Personenkreis, mehrere Deutungsmöglichkeiten zu.⁵⁰⁵ Entsprechend ist fast allen Begriffen, egal ob Umgangs-, oder (juristische) Fachsprache, eine Mehrdeutigkeit und fehlende Abgegrenztheit eigen.⁵⁰⁶ *Coing* führt in dem Zusammenhang zutreffend aus, dass der Bedeutungsgehalt nach dem allgemeinen Sprachgebrauch zumeist nicht präzise festgelegt und daher zwischen einem einigermaßen deutlichen Wortkern und einer mehr oder weniger diffusen Randzone zu unterscheiden sei.⁵⁰⁷ Allerdings steckt nach überwiegender Auffassung das sprachlich Mögliche, also der noch mögliche Wortsinn, den Bereich und die Grenzen ab, innerhalb deren ein vom Gesetz verwendeter Begriff überhaupt ausgelegt werden kann; jenseits dieser Grenzen findet Rechtsfortbildung statt.⁵⁰⁸ Demgegenüber schließt nach Auffassung der Rechtsprechung auch ein sprachlich unzweideutiger Wortlaut eine (erweiternde) Auslegung der Norm nach Sinn und Zweck grundsätzlich nicht aus, da Worte den an sich maßgebenden Gedanken unter Umständen nur unvollkommen zum Ausdruck bringen können.⁵⁰⁹ Zur Ermittlung der Begriffsbedeutung bzw. des Gesetzeszwecks kann es demnach zumeist nicht bei der Wortlautauslegung verbleiben, sondern es müssen regelmäßig weitere Auslegungsmethoden herangezogen werden.

Der auf den in der Methodenlehre vorherrschende Grundlagenstreit zwischen objektiver und subjektiver Auslegungstheorie zurückzuführende Streitpunkt, ob bei der Wortlautauslegung auf den entstehungszeitlichen oder den geltungszeitlichen bzw. aktuellen Sprachgebrauch abzustellen ist⁵¹⁰, stellt sich bei jüngeren Gesetzen (wie § 238 StGB) konsequenterweise nicht.

bb) Die systematische Auslegung ist die Auslegung einer Vorschrift oder einzelner Tatbestandsmerkmale dieser nach dem Kontext, nach ihrem Regelungs- und Bedeutungszusammenhang.⁵¹¹ Normen stehen im Rechtsgefüge nicht isoliert, sondern sind, vor dem Ziel einer sich möglichst widerspruchsfrei präsentierenden Gesamtrechtsordnung, im Kontext mit anderen Normen zu betrachten (Stichwort: Einheit der Rechtsordnung). Von Relevanz sind diesbezüglich äußere Einordnung in das Gefüge bzw. den Abschnitt des jeweiligen Gesetzes, die innere Systematik mit anderen Normen, sowie bereits an anderer Stelle im selben oder gleichrangigem Gesetz verwendete Begrifflichkeiten (horizontale Harmonisierung) und eine

⁵⁰⁴ Vgl. *Eisele*, BT 1, §2 Rn.11; *Wank*, S.47; *Rüthers*, Rn. 739.

⁵⁰⁵ Vgl. *Larenz/Wolf*, BGB AT § 4 Rn.35; *SK-Rudolphi* §1 Rn.29.

⁵⁰⁶ Vgl. *MüKo-Schmitz*, § 1 Rn. 40; *Soergel-Hefermehl*, Anh §133 Rn.5.

⁵⁰⁷ Vgl. *Staudinger-Coing/Honsell*, Einl. zum BGB, VI Rn.139.

⁵⁰⁸ Vgl. BVerfGE 92, 12; BGHZ 4, 158; 46, 76; BGHSt 3, 303; *Vogel*, JM, S.117; *Larenz/Wolf*, BGB AT §4 Rn.39.

⁵⁰⁹ Vgl. BGHZ 2, 176, 184f.

⁵¹⁰ Vgl. hierzu *Wank*, S.48f.

⁵¹¹ Vgl. *Rüthers*, Rn. 744; *Soergel-Hefermehl*, Anh §133 Rn.6; *SK-Rudolphi* §1 Rn.30.

Überprüfung anhand höherrangigen Rechts (vertikale Harmonisierung), wobei letzteres die verfassungs-, europarechts-, und völkerrechtskonforme Auslegung beinhaltet.⁵¹² Im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung ist jene Auslegung des einfachen Rechts vorzuziehen, die am besten den Wertentscheidungen der Verfassung entspricht.⁵¹³ In diesem Zusammenhang nehmen insbesondere die Grundrechte sowie Rechts- und Sozialstaatsprinzip Einfluss auf die Auslegung.⁵¹⁴ Es wird grundsätzlich unterstellt, dass der Gesetzgeber systematisch verfährt und den jeweiligen Kontext der Normen beachtet, was ihm jedoch nicht immer gelingen mag.⁵¹⁵ Bei der systematischen Auslegung geht es um die Wahrung der Einheit des Rechts, um die Vermeidung logischer Widersprüche, sowie der Intention, entgegengesetzte Normzwecke schonend und gerecht zum Ausgleich zu bringen. Sie dient damit letztlich der Herbeiführung von Rechtssicherheit.⁵¹⁶

Andererseits gilt es den bereits angeklungenen Grundsatz der „Relativität von Rechtsbegriffen“ zu beachten, wonach einem bestimmten Begriff in verschiedenen Vorschriften unter Umständen einen anderen Bedeutungsgehalt beigemessen wird.⁵¹⁷ Der Gesetzgeber kann selbst innerhalb eines Gesetzes mit einem bestimmten Terminus jeweils einen differenten Sinn verbinden, wobei in diesem Zusammenhang auch von einer „normzweckabhängigen Bedeutungsverschiedenheit“ gesprochen wird.⁵¹⁸ Auch umgangssprachlichen Begriffen können - kontextabhängig - verschiedene Bedeutungen zukommen.⁵¹⁹ Dies impliziert eine regelmäßige Überprüfung des systematischen Auslegungsergebnisses anhand teleologischer, d.h. am jeweiligen Normzweck orientierter, Erwägungen, bevor eine Übernahme der Begriffsbedeutung auf die auszulegende Norm vorgenommen werden kann.⁵²⁰ Speziell im Hinblick auf strafrechtliche Begriffsbildung wird angeführt, dass diese im Prinzip von Natur aus eigenständig sei, sodass es bei der Auslegung von Strafgesetzen allein auf deren Schutzfunktion, nicht aber darauf ankäme, welche Bedeutung das betreffende Tatbestandsmerkmal außerhalb des Strafrechts besitzt.⁵²¹ Ob insofern eine identische Interpretation möglich ist, bemisst sich entscheidend nach Sinn und Zweck der jeweils auszulegenden Rechtsvorschrift.⁵²²

⁵¹² Vgl. *Eisele*, BT 1 § 2 Rn.16; *Joecks*, Studienkommentar-StGB, § 1 Rn.10; zur bloßen Hinweisfunktion von amtlichen Überschriften: BGHSt 29, 220, 224.

⁵¹³ Vgl. BVerfGE 8, 210, 221; 9, 194, 200.

⁵¹⁴ Vgl. LK-*Weigend*, Einl. Rn.15 m.w.N; *Soergel-Hefermehl*, Anh §133 Rn.9.

⁵¹⁵ Vgl. MüKo-*Schmitz*, § 1 Rn.70; LK-*Dannecker*, §1 Rn.312: Fehlende Systematik etwa bei §§ 142, 123 mit der Folge des gänzlichen Wegfalls dieser Auslegungsmethode für diese Tatbestände.

⁵¹⁶ Vgl. LK-*Dannecker*, § 1 Rn. 312.

⁵¹⁷ Vgl. *Eisele*, BT 1, §2 Rn.11; *Wank*, S.47; *Rüthers*, Rn. 739.

⁵¹⁸ Vgl. *Bruns*, JR 1984, S.133; bspw. BGHSt 19, 158ff. zum StGB-Begriff „Gegenstände“.

⁵¹⁹ Vgl. *Vogel*, JM, S.115; BGHSt 18, 151ff. zum Begriff „Absicht“.

⁵²⁰ Zur teleologischen Auslegungen vgl. unten dd)

⁵²¹ So *Wessels/Beulke*, AT Rn.58.

⁵²² Vgl. BGHSt 11, 121; 10, 196.

cc) Die historische Auslegung befasst sich mit der Vor-, Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte einer Norm, um das Regelungsziel des Gesetzgebers zu ermitteln.⁵²³ Es stellt sich dabei regelmäßig die Frage, was und auf welche Weise der Gesetzgeber etwas regeln wollte und wie er eine Vorschrift verstanden haben will.⁵²⁴ Gemeinhin wird zwischen historischer Auslegung *im engeren Sinne* (Auslegungsquelle ist der Vergleich der früheren Rechtslage mit der heutigen) und *genetischer* Auslegung (Auslegungsquelle sind die Gesetzgebungsmaterialien, die es zur heutigen Rechtslage gibt, insb. Gesetzentwürfe mit Begründungen, häufig in BT-Drucksachen zu finden) differenziert,⁵²⁵ wobei erstere in Bezug auf § 238 StGB mangels Vorgängerregelung keine Rolle spielt. Bei der genetischen Auslegung des Nachstellungsparagrafen können vor allem Entwürfe, Gesetzesbegründungen und Protokolle von Debatten und Ausschusssitzungen über die gesetzgeberische Ziel- und Zwecksetzung Auskunft geben, sowie die Vorgeschichte und das geschichtliche Umfeld, also die damaligen geltenden Werte- und Sozialvorstellungen der Norm.⁵²⁶ Im Rahmen der historischen Auslegung des § 238 StGB sind somit zur Ermittlung des Willens des Gesetzgebers insbesondere die Entwürfe der Regierung (BT-Drs. 16/575), des Bundesrates (BT-Drs. 16/1030) und des Rechtsausschusses (BT-Drs. 16/3641) heranzuziehen. Aufgrund des formellen Gesetzgebungsablaufes ist hierbei primär die Begründung des Regierungsentwurfes maßgebend, da der Rechtsausschuss, soweit er diesen übernommen hat, auf dessen Begründung verweist. Bei Änderungen gegenüber dem Regierungsentwurfes ist zunächst die Begründung des Ausschusses selbst heranzuziehen. Subsidiär bzw. ergänzend kann auf die Begründung des Bundesrates zurückgegriffen werden.⁵²⁷ Umstritten ist, ob und welche Bindungswirkung dem ermittelten Willen des historischen Gesetzgebers beizumessen ist.

(a) Nach einer Auffassung seien bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten die gesetzlichen Begriffe so zu interpretieren, wie es dem wirklichen Willen des Gesetzgebers bei Schaffung des Gesetzes entsprach.⁵²⁸ Für diese sogenannte „subjektive Theorie“, wird angeführt, dass die Normsetzungsprärogative beim Gesetzgeber liege und der Rechtsanwender über Art. 20 Abs.3 GG verfassungsrechtlich an dessen in den Normtext eingegangene Wertentscheidung gebunden sei.⁵²⁹ Was schützenswert ist bestimme die Gemeinschaft (Demokratieprinzip), die durch den jeweiligen parlamentarischen Gesetzgeber repräsentiert werde.⁵³⁰ Entscheidend sei somit der Wille des

⁵²³ Statt aller: LK-Dannecker, § 1 Rn.313.

⁵²⁴ Vgl. Eisele, BT §2 Rn.15; BGHSt 11, 49; 41, 220f.

⁵²⁵ Vgl. Hardtung, LS-Rechtstheorie, Kap.3 Rn.183 (S.13); Vogel, JM S.128.

⁵²⁶ Vgl. Vogel, JM S.128.

⁵²⁷ Vgl. Gazeas, JR 2007, S.497.

⁵²⁸ Vgl. Ausführungen bei S/S-Eser, §1 Rn.41f. m.w.N.

⁵²⁹ Vgl. Rüthers, Rn. 722.

⁵³⁰ Vgl. Schmidt, AT 1, S.2.

historischen Gesetzgebers, bei älteren Gesetze der Wille des hypothetischen heutigen bzw. des realen heutigen Gesetzgebers.⁵³¹ Hierbei sei nicht auf den historisch-psychologischen Willen des Gesetzgebers, sondern auf die Entstehungsbedingungen der legislatorischen Willenserklärung bzw. auf die Problemstellung und -lösung bei Erlass des Gesetzes abzustellen und somit auf den vom Gesetzgeber verfolgten Zweck.⁵³² Zu ermitteln sind die Grundabsichten, die die Tendenz und Richtung des Gesetzes festlegen, soweit sie in den Parlamentsberatungen oder Ausschusssitzungen zu Tage getreten und unwidersprochen geblieben sind.⁵³³ Die Gefahr einer objektiven Auslegung bestehe darin, dass der Rechtsanwender eine subjektive, ihm persönlich wohlgesonnene, Sinndeutung vornimmt, die von äußeren Erkenntnisquellen abgeschirmt und nicht anhand externer Regeln falsifizierbar ist.⁵³⁴

(b) Diesen Ansatz bezeichnen Vertreter der objektiven Theorie als zu einseitig und begründen dies damit, dass ein erlassenes Gesetz ein Eigenleben entwickle und nicht ein- für allemal auf das beschränkt sein kann, was der historische Gesetzgeber tatsächlich gewollt habe.⁵³⁵ Nach dem Gesetzgebungsakt verselbstständige sich ein Gesetz, entwickle und gewinne einen eigenen Willen bzw. Absicht und sei oft klüger als sein Urheber.⁵³⁶ Der Interpret habe stets zu fragen, was mit einem Gesetz angesichts der gegenwärtigen Verhältnissen und Interessen vernünftigerweise bezweckt sein könnte.⁵³⁷ Ein Gesetz bedürfe der Anpassungsfähigkeit, sodass letztlich dessen objektiver Sinn maßgeblich sei, zu dessen Ermittlung aber die historische Auslegungsmethode herangezogen werden könne.⁵³⁸ Weiterhin sei nur der Wortlaut des Gesetzes verfassungsmäßig festgestellt; allein er dürfe daher den Ausgangspunkt der Interpretation bilden.⁵³⁹ Im Hinblick auf die subjektive Theorie wird kritisiert, dass die Ermittlung des historisch-gesetzgeberischen Willens oftmals nicht möglich sei, da der Gesetzgeber meist über seine Absichten schweige, sie häufig verschleierte und sich durchweg über seine Intentionen selber nicht im Klaren sei.⁵⁴⁰ Im Ergebnis ist nach dieser Auffassung der Interpret nicht an den Willen des Gesetzgebers gebunden.⁵⁴¹

⁵³¹ Vgl. *Wank*, S.32; *SK-Rudolphi*, §1 Rn.31.

⁵³² Vgl. *LK-Dannecker*, §1 Rn.296 m.w.N.

⁵³³ Vgl. *Larenz*, Juristische Methodenlehre (6. Auflage), S.698.

⁵³⁴ Vgl. *Rüthers*, Rn.806ff.; *MüKo-Schmitz*, §1 Rn. 86f.

⁵³⁵ Vgl. *SK-Rudolphi*, §1 Rn.31 unter Verweis auf BGHSt 1,1; 10, 159f.

⁵³⁶ Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch*, §9 Rn.76f.; *Larenz/Canaris*, S.138.

⁵³⁷ Vgl. *S/S-Eser*, §1 Rn.42 unter Verweis auf BGHSt 10, 159; *SK-Rudolphi*, §1 Rn.32.

⁵³⁸ Vgl. *SK-Rudolphi*, §1 Rn.31; BVerfGE 19, 354, 362; BGHZ 36, 370, 377; BGHSt 2, 99, 103f.

⁵³⁹ Vgl. *Staudinger-Coing/Honsell*, Einl. zum BGB, VI Rn.134.

⁵⁴⁰ Vgl. *Hassemer*, NSTZ 1989, S.555.

⁵⁴¹ Vgl. auch *Joecks*, §1 Rn.14 unter Verweis auf BGHSt 26, 159; KG NJW 1977, S.817.

(c) Mindestvoraussetzung für eine Bindungswirkung des gesetzgeberischen Willens ist aufgrund der Art.20 Abs.3, 97 Abs.1 GG, dass dieser im Gesetzestext zumindest eine Andeutung findet.⁵⁴² Des Weiteren wurde bei der Erörterung des Auslegungsziels festgestellt, dass, soweit der Gesetzgeber im Rahmen seiner „Kernkompetenz“ explizite Gesetzesformulierungen bzw. Begriffsdeutungen (Legaldefinitionen) in die Norm implementiert und insofern seinen Willen *eindeutig* im Normtext zum Ausdruck bringt, diese Vorgaben zwingend von den anderen Staatsgewalten zu berücksichtigen sind und insofern von Rechtsverbindlichkeit bzw. einem Auslegungsverbot auszugehen ist.⁵⁴³ Fehlt eine solche Eindeutigkeit, insbesondere Legaldefinitionen, Fiktionen oder Verweisungen, besteht im Umkehrschluss keine „Sperrwirkung“ für weitere Auslegungsvarianten, sodass v.a. auch die Heranziehung des Telos einer Vorschrift zur Ermittlung des Bedeutungsgehaltes von Tatbestandsmerkmalen methodisch zulässig bleibt.⁵⁴⁴ Die Annahme, dass der Gesetzgeber die bestimmte Deutung eines Tatbestandsmerkmals regelmäßig nur mittels expliziter Normierung (= Legaldefinition) rechtsverbindlich festlegen kann, steht auch im Einklang mit dem Grundgesetz, da ausweislich der Art. 20 Abs.3 und 97 Abs.1 GG die Gerichte an Gesetz und Recht, mitunter an das textliche Werk und nicht den bloßen Willen des Gesetzgebers gebunden sind.⁵⁴⁵ Auch insofern gilt, dass Rechtsanwender bzw. Normadressat gehalten sind, den Gesetzgeber beim Wort zu nehmen.⁵⁴⁶ Eine Stütze findet dies ferner in der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach für die Bedeutung der Gesetzesbegriffe grundsätzlich der in ihnen zum Ausdruck kommende, objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend ist, wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist.⁵⁴⁷ Konkrete Vorstellungen, die von Ausschüssen oder einzelnen Mitgliedern der gesetzgebenden Körperschaften über die nähere Bedeutung oder Reichweite einer einzelnen Bestimmung, eines Normbestandteils oder eines Begriffs und ihrer Handhabung wie Wirkung geäußert wurden - so erhellend sie im Einzelfall für die Sinnermittlung auch sein mögen - für die Gerichte jedenfalls keine bindende Anleitung darstellen, mitunter als solche nicht schon Inhalt des Gesetzes sind.⁵⁴⁸ Nicht entscheidend ist die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung. Es komme nicht auf die Motivlage einzelner

⁵⁴² Sog. „Andeutungstheorie“: BVerfGE 1, 299, 312; 10, 234, 244; 11, 126: „Der Wille des Gesetzgebers kann bei der Auslegung des Gesetzes nur insoweit berücksichtigt werden, als er in dem Gesetz selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat (vgl. BGH L/M Nr. 3 zu § 133 BGB).“; MüKo-Schmitz, § 1 Rn. 72.; NK-Hassemer/Kargl § 1 Rn.108; Krüger, S.111.

⁵⁴³ Vgl. Wank, S.31; Hervorhebung durch Verfasser.

⁵⁴⁴ Vgl. Palandt-Heinrichs Einl. Rn.45: „Findet sich in den Materialien eine ausdrückliche Stellungnahme (= zu einem konkretem Auslegungsproblem), ist diese nicht bindend.“

⁵⁴⁵ Vgl. Larenz/Canaris, S.138;

⁵⁴⁶ Vgl. BVerfGE 47, 109, 124; BGHSt NJW 2005, S.3223ff.

⁵⁴⁷ Sog. „Vereinigungstheorie“: BVerfGE 1, 312; 10, 234; 11, 129; BVerfG NJW 2002, S.1779ff.; übernommen von BGHZ 33, 330; 49, 223; BVerwGE 8, 85.

⁵⁴⁸ Vgl. BVerfGE 54, 277, 297 unter Verweis auf Larenz, Methodenlehre (4. Aufl.), S.316f.

Parlamentarier oder Referenten an⁵⁴⁹, sondern auf die Würdigung des Gesetzes gewordenen Textes nach Maßgabe der ihn tragenden Begründung, wie sie sich in den Gesetzesmaterialien findet.⁵⁵⁰ Grundsätzlich komme der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift daher für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen erhaltenen Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können,⁵⁵¹ was selbst für die Auslegung einzelner Bestimmungen des Grundgesetzes gelten soll.⁵⁵² Die Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen werde allerdings dann überschritten, wenn im Wege der Auslegung einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigem Gesetz ein entgegengesetzter Sinn verliehen, der normative Gehalt der auszulegenden Norm grundlegend neu bestimmt oder aber das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkt verfehlt wird.⁵⁵³

dd) Im Rahmen der teleologischen Auslegung wird nach dem Sinn und Zweck - der sogenannten *ratio legis* - einer gesetzlichen Regelung als Teil einer gerechten, zweckmäßigen und sinnvollen Ordnung gefragt, wobei auch bei deren Bestimmung subjektiv auf die Ansichten des historischen Gesetzgebers oder objektiv auf allgemeine Zweck- und Gerechtigkeitsabwägungen abgestellt werden kann.⁵⁵⁴ In der Praxis werden die praktischen Konsequenzen einer bestimmten Art der Auslegung herausgearbeitet und mit der *ratio legis* sowie Gerechtigkeitsabwägungen abgeglichen (= Situations- und Folgenbetrachtung).⁵⁵⁵ Zu beachten ist, dass ein Gesetz mehrere Zwecke verfolgen kann und dies auch regelmäßig tut, wobei sich diese inhaltlich in konkrete Gesetzeszwecke und allgemeine Rechtszwecke untergliedern lassen.⁵⁵⁶ Die abstrakten Gesetzeszwecke bzw. allgemeinen Rechtszwecke sind allen Regelungen gemein und umfassen bspw. Sachgerechtigkeit der Entscheidung, Folgenkontrolle, Effektivität oder Praktikabilität.⁵⁵⁷ Für die Ermittlung des konkreten Regelungs- bzw. Gesetzeszweck kann idealerweise eine eigene (gesetzlichen) Bestimmung, andernfalls die Regelung selbst oder die amtliche Gesetzesbegründung herangezogen werden, weshalb in diesem Zusammenhang die Entstehungsgeschichte (z.T. erhebliche) Bedeutung gewinnt.⁵⁵⁸ Allerdings gilt im Hinblick auf die Bindungswirkung des gesetzgeberischen Willens das zuvor Erläuterte, wonach eine solche prinzipiell nicht besteht, indes bei jüngeren Gesetzen der

⁵⁴⁹ Vgl. BVerfGE 1 299, 312.

⁵⁵⁰ So genannte „objektiv-historische Methode“: BVerfGE, 11, 126; LK-*Dannecker* § 1 Rn.313 mit Nachweisen zur Gegenauffassung, der subjektiv-historischen Methode.

⁵⁵¹ Vgl. BVerfGE 1, 312; 10, 234; 11, 129; BVerfG NJW 2002, S.1779ff.

⁵⁵² Vgl. BVerfGE 45, 187, 226f. (Lebenslänglich-Entscheidung): „Der Entstehungsgeschichte, den Vorstellungen und den Motivationen des Verfassungsgebers kommt für die Auslegung der einzelnen Bestimmungen des Grundgesetzes *nicht unbedingt* eine ausschlaggebende Bedeutung zu.“

⁵⁵³ Vgl. BVerfGE 8, 34; 8, 78f.; 9, 87; 35, 280; BGHSt 30, 118; 40, 373; 47, 373; BGHZ 46, 74ff.; AA: OLG Hamburg NJW 2000, S.673ff.

⁵⁵⁴ Vgl. Staudinger-*Coing/Honsell*, Einl. zum BGB, VI Rn.149.

⁵⁵⁵ Vgl. Staudinger-*Coing/Honsell*, Einl. zum BGB, VI Rn.149.

⁵⁵⁶ Vgl. BGHZ 56, 26, 33; 82, 182/85; *Vogel*, JM S.124; *Wank*, S.97ff.; Palandt-*Heinrichs*, Einl. Rn.46.

⁵⁵⁷ Vgl. *Wank*, S.67ff.; *Larenz*, Methodenlehre, S.153ff.

⁵⁵⁸ Vgl. BGHZ 46, 74/80; 62, 340/50; BGH NJW 2003, S.290; *Wank*, S.67; Palandt-*Heinrichs*, Einl. Rn.45.

erkennbaren und angedeuteten Regelungsabsicht des Gesetzgebers zumindest erhebliches Gewicht beizumessen ist, über die die (teleologische) Auslegung in solcher Lage nicht hinweggehen darf.⁵⁵⁹

ff) Die verschiedenen Auslegungsmethoden schließen einander nicht aus, sondern ergänzen sich gegenseitig.⁵⁶⁰ Die Rangordnung der Auslegungselemente ist vom Prinzip der Konkurrenz geprägt, weshalb alle herkömmlichen Auslegungsmethoden in abgestimmter Berechtigung helfen und unter ihnen keine einen unbedingten Vorrang vor einer anderen hat.⁵⁶¹ Es gibt grundsätzlich keine Metatheorie der Auslegungstheorien, die bestimmt, in welcher Entscheidungssituation welche Auslegungsvariante Anwendung finden soll.⁵⁶² Welche Methode der Gesetzesauslegung jeweils das größere Gewicht hat, lässt sich prinzipiell nur anhand des Gesetzes und des einzelnen Falles entscheiden.⁵⁶³ Regelmäßig wird jedoch bei an sich gleichem Gewicht der Argumente zu den vier Auslegungskriterien ein Übergewicht des teleologischen Kriteriums angenommen.⁵⁶⁴ Die konkrete Reihenfolge ihrer Anwendung bestimmt sich eher nach Funktionalität und Praktikabilität, weshalb sich in der Rechtsprechung unter Zustimmung der wohl herrschenden Lehre als Regel etabliert hat, von der grammatischen Interpretation auszugehen, um dann mittels der systematischen und historischen Auslegung unter Einbeziehung objektiv-teleologischer Erwägungen einer nicht eindeutigen Wortbedeutung die notwendige Korrektur zu verleihen.⁵⁶⁵ Plakativ prägte der BGH in ständiger Rechtsprechung den Satz „alle Auslegung fängt beim Worte an“.⁵⁶⁶ Zu erwähnen bleibt noch, dass die Auslegungsmethoden generell Argumente für und gegen eine bestimmte Hypothese liefern, jedoch in der Regel nicht zu eindeutigen oder zwingenden Ergebnissen führen.⁵⁶⁷

2.) Spezifisch strafrechtliche Auslegungsmethodik?

Wie bereits angedeutet, kommt speziell im Strafrecht der Auslegung aufgrund des verfassungsrechtlichen Gebots der Gesetzesbestimmtheit eine erhebliche Relevanz zu. Nach Art. 103 Abs.2 GG, § 1 StGB darf eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde (nullum crimen, nulla poena sine lege). Die h.M. leitet hieraus insbesondere eine Handlungsanweisung an den Strafgesetzgeber und zugleich eine

⁵⁵⁹ Vgl. BVerfGE 54, 277, 297; Larenz, Methodenlehre, S.316f.

⁵⁶⁰ Vgl. BVerfGE 11, 126; BGHZ NJW 1967, S.343.

⁵⁶¹ Vgl. BVerfGE 105, 157; BVerfG NJW 2002, S.1779ff.

⁵⁶² Vgl. LK-Dannecker, § 1 Rn. 350; Joecks, Studienkommentar StGB §1 Rn.15.

⁵⁶³ Vgl. Soergel-Hefermehl, Anh §133 Rn.4.

⁵⁶⁴ Vgl. Wessels/Beulke, AT Rn.57; Wank, S.71; Palandt-Heinrichs, Einl. Rn.46.

⁵⁶⁵ Vgl. LK-Dannecker, §1 Rn. 351 m.w.N.

⁵⁶⁶ Vgl. BGHSt 3, 262; 14, 118; 18, 152.

⁵⁶⁷ Vgl. Eisele, BT 1 §1 Rn 3.

Handlungsbegrenzung für den Strafrichter ab.⁵⁶⁸ Der Gesetzgeber wird dazu verpflichtet, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so genau zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände für den Bürger als Normadressaten schon aus dem Gesetz selbst zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln und konkretisieren lassen.⁵⁶⁹ Das Grundgesetz will auf diese Weise sicherstellen, dass jedermann sein Verhalten auf die Strafrechtsslage eigenverantwortlich einrichten kann und keine unvorhersehbaren staatlichen Reaktionen befürchten muss.⁵⁷⁰ Die Legislative ist von Verfassungswegen verpflichtet, die Grenzen der Strafbarkeit selber zu bestimmen; sie darf diese Entscheidung nicht anderen staatlichen Gewalten, etwa der Strafjustiz, überlassen.⁵⁷¹ Dementsprechend stellt Art. 103 Abs.2 GG auch eine Kompetenzgrenze dar zwischen der Legislative, die von Verfassungswegen das Recht setzt, und der Judikative, die das Recht anwendet und konkretisiert, nicht jedoch eigenständig fortbilden darf.⁵⁷² Art. 103 Abs.2 GG sorgt dafür, dass im Bereich des Strafrechts mit seinen weit reichenden Folgen für den Einzelnen nur der Gesetzgeber abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet.⁵⁷³ Mit der strengen Bindung der strafenden Staatsgewalt an das Gesetz gewährt das Bestimmtheitsgebot Rechtssicherheit und schützt zur Wahrung ihrer Freiheitsrechte das Vertrauen der Bürger, dass der Staat nur dasjenige Verhalten als strafbare Handlung verfolgt und bestraft, das zum Zeitpunkt der Tat gesetzlich bestimmt war.⁵⁷⁴ Art.103 Abs.2 beinhalten demnach, als Abweichung von der Regel, dass Richter Gesetze in methodenbestimmter Arbeit auslegen und subsumieren, ggf. aber auch Analogie und Rechtsfortbildung betreiben, eine Handlungsschranke für die anderen Gewalten, speziell die Judikative.⁵⁷⁵ Der Strafrichter wird an das geschriebene materielle Recht gebunden und angehalten, den Gesetzgeber beim Wort zu nehmen, verbietet mitunter eine Korrektur und Fortbildung, auch im Hinblick auf den Normzweck. Ggf. hat er nach Art. 100 Abs.1 GG vorzulegen.⁵⁷⁶ Dies wird zusammengefasst als strafrechtliches Verbot für (täterbelastende) Analogieschlüsse, Gewohnheits-, und Richterrecht bezeichnet.⁵⁷⁷ Art.103 Abs.2 GG dient letztlich der Rechtssicherheit - dem Schutz des Bürgers vor willkürlicher Bestrafung - und verwirklicht den Gewaltenteilungsgrundsatz.⁵⁷⁸ Die geschilderte Doppelfunktionalität hat zwangsläufig

⁵⁶⁸ Zur sog. „Doppelten Kernfunktion“: BVerfG wistra 2002, S.178ff m.w.N.; NK-Hassemer/Kargl, §1 Rn.13ff. ; LK-Dannecker, §1 Rn.108ff.; Sachs/Degenhart, Art.103 Rn.53ff.

⁵⁶⁹ Vgl. BVerfGE 73, 234; 78, 381f. stRspr.

⁵⁷⁰ Vgl. BVerfGE 64, 393f.; 85, 72 f.

⁵⁷¹ Vgl. BVerfG wistra 2002, S.178ff m.w.N.

⁵⁷² Vgl. LK-Dannecker, §1 Rn. 291.

⁵⁷³ Vgl. BVerfGE 57, 341; 78, 382; 95, 131.

⁵⁷⁴ Vgl. BVerfGE 95, 130ff.; BVerfG wistra 2002, S.178ff.

⁵⁷⁵ Vgl. Maunz/Dürig-Schmidt-Aßmann, Art.103 II Rn.187; 178.

⁵⁷⁶ Vgl. Fischer, §1 Rn.10 m.w.N.

⁵⁷⁷ Vgl. Maunz/Dürig-Schmidt-Aßmann, Art.103 II Rn.178.

⁵⁷⁸ Vgl. MüKo-Schmitz, §1 Rn. 39.

Auswirkungen auf die Auslegung von Straftatbeständen bzw. die dabei anzuwendende Methodik,⁵⁷⁹ wobei das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich davon ausgeht, dass auch im Strafrecht eine Auslegung mit Hilfe der üblichen Methoden, insbesondere unter Berücksichtigung der Systematik und einer gefestigten Rechtsprechung, verfassungsrechtlich unbedenklich sei.⁵⁸⁰ Der allgemein übliche Auslegungskanon ist allerdings nicht in ganzer Breite verfügbar und darf nicht unbesehen übernommen werden, weshalb einige strafrechtsspezifische Besonderheiten und Einschränkungen zu beachten sind:⁵⁸¹

a) Im Rahmen der grammatikalischen Auslegung ist eine extensive Auslegung von Strafnormen allgemein, vom Wortlaut ausgehend, lediglich bis zur äußersten sprachlichen Sinnesgrenze zulässig.⁵⁸² Nach nahezu allgemeiner Meinung⁵⁸³ markiert der mögliche Wortsinn eines Gesetzes die äußerste Grenze der Auslegung strafrechtlicher Bestimmungen zum Nachteil des Angeklagten. So konstatiert das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung, dass im Strafrecht der grammatikalischen Auslegung freilich eine herausgehobene Bedeutung zukomme; hier ziehe der mögliche Wortsinn einer Vorschrift gerade mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG der Auslegung eine Grenze, die unübersteigbar ist.⁵⁸⁴ Die Überschreitung dieser auch als „Wortlautschränke“ bezeichneten Grenze zu Lasten des Täters stellt im Strafrecht eine unzulässige und verfassungswidrige Rechtsfortbildung bzw. Analogie dar.⁵⁸⁵ Analogie umfasst gemeinhin die Anwendung eines Rechtssatzes auf einen von ihm aufgrund einer planwidrigen Gesetzeslücke nicht erfassten Sachverhalt, der dem geregelten rechtsähnlich ist, sowie das Entwickeln neuer Rechtssätze aus ähnlichen, schon bestehenden; im strafrechtlichen Kontext mithin jede Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht.⁵⁸⁶ Der Wortsinn ist demnach Ausgangspunkt und zugleich nicht überschreitbare Grenze strafrichterlicher Auslegungstätigkeit.⁵⁸⁷ Maßgeblich für den noch möglichen Wortsinn ist die Sicht des Bürgers als Normadressaten und somit grundsätzlich das allgemeine Sprachverständnis der Gegenwart.⁵⁸⁸ Anhand des Wortlautes muss für den Gesetzesunterworfenen der rechtliche Sinngehalt zumindest erkennbar und damit verstehbar sein.⁵⁸⁹

⁵⁷⁹ Vgl. BVerfGE 78, 382 m.w.N.

⁵⁸⁰ Vgl. BVerfGE 45, 363, 371f.; 48, 56f.; 250, 262.

⁵⁸¹ Vgl. LK-Dannecker, § 1 Rn. 292.

⁵⁸² Hierzu BVerfGE 64, 393f.; LK-Dannecker, § 1 Rn. 294.

⁵⁸³ Vgl. BGHSt 50, 370, 373; BGH NJW 2008, S.386ff.; Zu den abweichenden Meinungen und deren Behandlung vgl. Krey, AT Band 1, § 3 Rn. 89.

⁵⁸⁴ Vgl. BVerfGE 85, 73; 87, 224; BVerfG NJW 2002, S.1779ff.

⁵⁸⁵ Vgl. BGHSt 4, 144, 148; 43, 237; BVerfGE 71, 108, 114.

⁵⁸⁶ Vgl. BVerfG NJW 2007 S.1666f.; BVerfGE 82, 6; BGHSt NJW 1951, S.809f.; Fischer, §1 Rn.10.

⁵⁸⁷ Vgl. BVerfG NVwZ-RR 1992, S.522.

⁵⁸⁸ Vgl. BVerfGE 71, 108, 115; BVerfG NJW 2001, S.1848; BGHSt StV 2007, S.300ff.; LK-Dannecker, §1 Rn.302.

⁵⁸⁹ Vgl. BVerfG NJW 1995, S.3051; BVerfGE 73, 235; 73, 244f; 87, 224: Die Tatbestandsauslegung darf nicht gänzlich

b) Bei der teleologischen Auslegungsmethode gilt es im Hinblick auf das Strafrecht zwei Problemkomplexe zu erörtern. Nach wie vor nicht eindeutig geklärt ist die Frage nach dem konkreten Zweck, der sog. „ratio legis“, strafrechtlicher Normen und der diesbezüglichen Bindungswirkung des gesetzgeberischen Willens.

aa) Vorab gilt es zu klären, worin eigentlich der (Haupt)zweck von Straftatbestände zu erblicken ist. Für die Frage nach der ratio legis und somit dem konkreten Gesetzeszweck strafrechtlicher Normen ist als Ausgangspunkt auf die Funktionsumschreibung des Strafrechts abzustellen.⁵⁹⁰ Die Aufgabe des Strafrechts besteht zunächst – wie die allen Rechts – darin, die menschliche Beziehungen zu regeln und das Sozialgebilde zu ordnen.⁵⁹¹ Es dient der Aufrechterhaltung von Sicherheit, sozialer Ordnung und der Gewährleistung eines friedlichen Zusammenlebens in der staatlichen Gemeinschaft.⁵⁹² Dem Strafrecht kommt nach allgemeiner Ansicht eine besondere Schutzfunktion zu, indem es der Ahndung und somit zugleich der Verhütung von besonders sozialschädlichen, d.h. strafwürdigen und strafbedürftigen, Handlungen dient.⁵⁹³ Umstritten ist die Frage, wann bestimmte menschliche Verhaltensweisen generell das Kriterium der Strafwürdigkeit erfüllen und deshalb vom Gesetzgeber kriminalisiert bzw. mit Strafe belegt werden dürfen. Diese unter dem Stichwort „materieller Verbrechensbegriff“ geführte Diskussion wird nachfolgend in der gebotenen Kürze dargestellt.⁵⁹⁴

(1) Rechtsgüterschutz

Nach h.M dient das Strafrecht dem Schutz bestimmter Rechtsgütern vor Gefährdungen oder Verletzungen (Theorie des Rechtsgüterschutzes).⁵⁹⁵ Seine spezielle Aufgabe im Rechtsgefüge sei es, die wichtigsten Bereiche sozialen Zusammenlebens bzw. die sozial wichtigsten Interessen mit einem besonders starken Schutz zu versehen.⁵⁹⁶ Demnach darf⁵⁹⁷ ein Verhalten vom Gesetzgeber unter Strafe gestellt werden, wenn es einen dieser anerkannten Bereichen und Interessen - ein Rechtsgut -

vom allgemeinen Sprachgebrauch gelöst werden.

⁵⁹⁰ Guter Überblick bei *Bringewat*, Grundbegriffe des Strafrechts, I. Rn.1ff.

⁵⁹¹ Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch*, §3 Rn.4.

⁵⁹² Vgl. *Günther*, JuS 1978, S.9.

⁵⁹³ Vgl. *LK-Jeschek*, Vor §1, Rn.2; *MüKo-Joecks*, Einl. Rn.26.

⁵⁹⁴ Ausführlich: *Roxin*, AT I (2006), §2.

⁵⁹⁵ Vgl. OLG München, NJW 2007, S.2786ff; *Roxin*, AT I (2006), §2 m.w.N; *MüKo-Joecks*, Einl. Rn.26; Vor §§ 38ff, Rn.1ff.

⁵⁹⁶ Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch*, §3 Rn.10.

⁵⁹⁷ Zum Anspruch auf Erlass einer Strafvorschrift allgemein vgl. *Roxin*, AT §2 Rn 95ff.; Zum Schutzanspruch gegen den Staat auf Erlass eines speziellen Stalkingparagrafen vgl. *v.Pechstaedt*, S.138.

gefährdet oder verletzt.⁵⁹⁸ Unterschiedliche Ansichten werden hinsichtlich der genaueren Definition des Rechtsgutbegriffes bzw. zu den Kriterien vertreten, die an die „Anerkennung“ eines Rechtsgutes zu stellen sind. Ferner ist umstritten, ob dem Rechtsgutbegriff nur eine methodische, im Rahmen der Tatbestandsauslegung zu beachtende, oder aber auch eine system- bzw. gesetzgebungskritische Funktion zukommt.⁵⁹⁹

(a) Die Vertreter der positiv-rechtlichen Rechtsgutstheorie bzw. des methodischen Rechtsgutbegriffes gehen davon aus, dass einem Rechtsgut begriffsnotwendig ein Wert zukomme und dieser Wert vom Strafgesetzgeber zugewiesen wird.⁶⁰⁰ Letztlich definiere der Gesetzgeber durch legislativen Akt, was schützenswertes Rechtsgut sein soll. Konsequenz dieser Auffassung ist, dass das Rechtsgut lediglich *systemimmanent* im Rahmen der Auslegung von Straftatbeständen methodisch Bedeutung gewinnt, jedoch keine *systemkritische* Funktion hinsichtlich der Begrenzung strafgesetzgeberischer Tätigkeiten erfüllt.⁶⁰¹

(b) Nach der systemkritischen Rechtsgutstheorie dürfen nur solche Rechtsgüter strafrechtlichen Schutz erfahren, die von besonderer Bedeutung für die Gesellschaft oder von der Rechtsordnung anerkannt sind. Was von „besonderer Bedeutung“ für die Gesellschaft bzw. von der Rechtsordnung anerkannt und somit schutzwürdig ist, bestimme in erster Linie die jeweilige Verfassung als Fundament der Gesellschaftsordnung, bezogen auf das Grundgesetz, insbesondere der Grundrechtskatalog.⁶⁰² Dieser vermittelte und garantierte verfassungsrechtliche Schutz persönlicher Freiheitssphären.⁶⁰³ Das Strafrecht gewährleiste jedoch keine Mindeststandard an Sittlichkeit, sodass (bloß) unmoralisches bzw. unsittliches Verhalten nicht pönalisiert werden darf.⁶⁰⁴ *Wessels* definiert dem folgend beispielsweise schützenswerte Rechtsgüter als Lebensgüter, Sozialwerte und rechtlich anerkannte Interessen des Einzelnen oder der Allgemeinheit, die wegen ihrer besonderen Bedeutung für die Gesellschaft Rechtsschutz genießen sollen.⁶⁰⁵ Enger sehen die Vertreter der sog. personalen Rechtsgutslehre nur persönliche Rechtsgüter als legitimes Schutzgut strafrechtlicher Vorschriften an, sodass Rechtsgüter der Allgemeinheit nur dann schutzwürdig seien,

⁵⁹⁸ Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch*, S.12 Fn.14.; *Kühl*, Stellungnahme, S.3.

⁵⁹⁹ Überblick bei *Utsch*, Strafrechtliche Probleme des Stalkings, S.165ff.

⁶⁰⁰ Nachweise bei Hefendehl/von Hirsch/Wohlens - Rechtsgutstheorie?, S.39ff; 155ff.

⁶⁰¹ Vgl. *Utsch*, S.175 m.w.N.; *Roxin*, AT I (2006), §2 Rn.4 m.w.N.

⁶⁰² Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch* §3 Rn.12.

⁶⁰³ Vgl. *Krüger*, S.79.

⁶⁰⁴ Vgl. *Roxin*, FS-Schünemann, S.135; *Baumann/Weber/Mitsch*, § 3 Rn 4 und 6.

⁶⁰⁵ So *Wessels/Beulke*, AT Rn.7.

wenn sie auf individuelle Interessen zurückzuführen sind und somit diese mittelbar schützen.⁶⁰⁶ Der systemkritischen Rechtsgutslehre kommt demnach eine negative und gesetzeskritische Funktion zu.

(2) Andere Ansätze⁶⁰⁷

Weitergehend bzw. in Abwandlung zum Rechtsgüterschutz wird teilweise die Auffassung vertreten, das Strafrecht erfülle eine sozialetische Funktion.⁶⁰⁸ Geschützt seien elementare sozialetische Gesinnungs- (Handlungs-) Werte und erst darin eingeschlossen, einzelne Rechtsgüter. Entsprechend liege das Gewicht mehr auf dem Aktunwert einer Handlung als auf ihrem Erfolgswert. Bestraft wird demnach primär der Abfall von der Rechtsgesinnung, verbunden mit einem mittelbaren bzw. indirekten Schutz bestimmter Rechtsgüter. Nach der soziologischen Strafrechtstheorie ist Rechtfertigung der Strafe die Sozialschädlichkeit eines bestimmten Verhaltens und nicht die Verletzung schützenswerter Interessen.⁶⁰⁹ Dem liegt ein Verständnis der Gesellschaft als ein auf Selbsterhaltung angelegtes System zu Grunde. Sozialschädlichkeit bedeutet in diesem Zusammenhang die Missachtung einer für den normativen Grundkonsens einer Gesellschaft grundlegenden Verhaltensnorm, wobei diesbezüglich in erster Linie auf die Wertungen der Verfassung zurückgegriffen wird.⁶¹⁰ Das Strafrecht diene dem Schutz der Geltung der jeweils in einem Staat bestehenden Rechtsnormen. Es wirke nicht zum Schutze konkreter Interessen, sondern lediglich zur Aufrechterhaltung der Rechtstreue der Bevölkerung.⁶¹¹ Daran anknüpfend wird daher die Aufgabe staatlichen Strafens generalpräventiv in der Einübung von Normanerkennung erblickt.⁶¹² Straftaten gefährden die Normgeltung, weshalb das Strafrecht diese und keine Gütersicherheit garantiere. Verhindert werden soll ein Normgeltungsschaden. Ähnlich wird im Rahmen der idealistischen Strafrechtstheorie im Geiste *Hegels* Strafe als notwendiger Akt zur Wiederherstellung bzw. Bewährung des Rechts verstanden.⁶¹³ Unter der Bezeichnung „Anerkennungsmodell“ begründe die einseitige Verweigerung der Anerkennung als Rechtssubjekt die Strafwürdigkeit bestimmter Verhaltensweisen.⁶¹⁴ Dem liegt die Annahme zu Grunde, dass ein gesellschaftliches System aus interagierenden Individuen besteht, in dem das Recht ein von Normen garantiertes Verhältnis wechselseitiger Anerkennung zwischen Personen ist.⁶¹⁵ Die Missachtung des entgegenstehenden

⁶⁰⁶ Vgl. NK-*Hassemer*, Vor §1 Rn.275ff. m.w.N.; MüKo-*Joecks*, Einl. Rn. 32.

⁶⁰⁷ Vgl. auch den Überblick bei *Roxin*, AT 1 §2 Rn.

⁶⁰⁸ Vgl. *Welzel*, StraFR S.4.

⁶⁰⁹ Vgl. *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft (1972), S.330ff.

⁶¹⁰ Vgl. *Utsch*, S.168 m.w.N.

⁶¹¹ Vgl. LK-*Weigend*, Einl. Rn.6.

⁶¹² Vgl. *Jakobs*, Strafrecht AT, 1/15; 2/2.

⁶¹³ Vgl. *Köhler*, Strafrecht AT, S.48ff.

⁶¹⁴ Vgl. *Seelmann* in Hefendehl, von Hirsch/Wohlens, S.262f.

⁶¹⁵ Vgl. *Utsch*, S.168 m.w.N.

Willen einer anderen Person rechtfertigt demzufolge den Erlass einer Strafnorm zur Verhaltenssteuerung.

(3) Stellungnahme

Vereinzelt wird sämtlichen angeführten Theorie die Praktikabilität abgesprochen, weshalb Strafrecht auf nicht weiter erkläraren Verhaltensregel beruhen soll.⁶¹⁶ Die Unzulänglichkeit dieser These liegt angesichts des Rechtsstaatsprinzips und des mit Strafe bzw. Strafvorschriften verbundenen Eingriff in Grundrechte auf der Hand. Das Bundesverfassungsgericht hat sich zumindest nicht ausdrücklich einer der vorstehenden Theorien angeschlossen.⁶¹⁷ Nach ständiger Rechtsprechung bestehe von Verfassungs wegen die Aufgabe des Strafrechts darin, „gewichtige bzw. elementare Gemeinschaftsgüter“, „elementare Werte des Gemeinschaftslebens“ oder „wichtige Gemeinschaftsbelange“ zu schützen.⁶¹⁸ Allerdings führte das oberste Gericht jüngst aus, dass ein Strafverfahren wegen einer im Ausland begangenen Tat unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes nur dann geeignet und erforderlich ist, wenn das von der bundesdeutschen Strafnorm geschützte Rechtsgut durch das Verhalten im Ausland betroffen sei.⁶¹⁹ Strafrecht als innerstaatliches Ordnungsrecht verfolge vorrangig den Schutz inländischer Rechtsgüter, wozu freilich unabhängig von der Nationalität des Rechtsgutsinhaber und der Belegenheit seines Rechtsguts alle Individualrechtsgüter zählen. Begreift man jedenfalls den aus dem Verfassungsrecht abgeleiteten Schutzgegenstand des Strafrechts („elementaren Grundwerte und sonstigen Grundlagen des gesellschaftlichen Zusammenlebens“⁶²⁰) als Rechtsgüter, ist richtigerweise mit der h.M. die spezifische Aufgabe des Strafrechts und somit der Sinn und (Haupt-)Zweck strafrechtlicher Normen im besonderen Schutz bestimmter Rechtsgüter zu erblicken. Ob darüber hinaus, entsprechend der systemkritischen Rechtsgutstheorie, verbindliche Vorgaben für den Gesetzgeber aus ihr abgeleitet werden müssen, bedarf an dieser Stelle noch keiner Entscheidung.

bb) Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob das vom historischen Gesetzgeber ins Auge gefasste, oder ein dem Gesetz objektiv innewohnendes und wandelbares Rechtsgut Schutz erfahren soll. Letzteres wird als objektiv-teleologische, ersteres als subjektiv-teleologische Auslegungsmethode bezeichnet, wobei diese bei näherer Betrachtung eine Synthese mit der

⁶¹⁶ So *Stratenwerth/Kuhlen* AT §2 Rn.5ff., 13ff.

⁶¹⁷ Eine solche Festlegung konstatiert etwa *Vogel*, StV 1996, S.111; Siehe jedoch BVerfG NJW 2008, S.1137ff.

⁶¹⁸ Std. Rspr. BVerfGE 90, 145; 45, 253; 88, 257; BVerfG vom 12.2.1969 – 1 BvR 42/69: „Der Gesetzgeber muss vielmehr auf die Beeinträchtigung erheblicher Gemeinschaftswerte und Rechtsgüter abheben.“

⁶¹⁹ Vgl. BVerfG StraFo 2008, S.151ff.

⁶²⁰ Vgl. *Bringewat*, I. Rn.12.

subjektiv-historischen Auslegung bildet und deshalb keinen eigenständigen Charakter aufweist.⁶²¹ Die von der h.M vertretene objektiv-teleologische Methode stellt auf den eigenständigen Schutzzweck des Gesetzes in der Gegenwart ab, der aus allgemeinen Zweck- und Gerechtigkeitsabwägungen abzuleiten sei,⁶²² und sieht den Willen des Gesetzgebers für dessen Ermittlung lediglich als unverbindlichen Anhaltspunkt.⁶²³ Entsprechend steht nach Auffassung einiger Autoren das Rechtsgut nicht unwiderruflich fest, sondern unterliegt den wandelbaren Vorstellungen des gemeinschaftlichen Wertesystems.⁶²⁴ Zu fragen sei, welches Rechtsgut das Strafgesetz heute vernünftigerweise schützt.⁶²⁵ In jedem Falle muss auch die objektiv-teleologische Auslegung im Strafrecht ihre Grenzen an der Wortlautschränke des Art. 103 Abs.2 GG finden.

Auch für diesen Streitpunkt gilt es zu berücksichtigen, dass einerseits nach der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung (Art.20 Abs.3 GG) allein der Gesetzgeber zur Rechtssetzung befugt ist, sodass sein eindeutig feststehender Wille bei der Auslegung zumindest zu beachten ist.⁶²⁶ Andererseits sind Exekutive und Rechtsprechung über Art. 20 Abs.3, 97 Abs.1 GG an „Gesetz und Recht“ und nicht an den bloßen Willen des Gesetzgebers gebunden; mitunter muss der parlamentarische Wille im Gesetzestext zumindest eine Andeutung finden.⁶²⁷ Hinzu treten die faktischen Veränderungen von sozialen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Gegebenheiten, weshalb gerade bei älteren Gesetzen ein Anpassungsbedürfnis wegen veränderter Umstände nicht von der Hand zu weisen ist, sodass in diesen Fällen der Wille des historischen Urhebers mehr und mehr in den Hintergrund tritt und entsprechend das objektivierende Element an Oberhand gewinnt.⁶²⁸ Diese Aspekte gewichtet und vereinigt auch das Bundesverfassungsgericht und führt in ständiger Rechtsprechung aus, dass grundsätzlich für die Auslegung einer Vorschrift der in ihr zum Ausdruck kommende, objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend ist, wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist.⁶²⁹ Folgerichtig soll insbesondere bei älteren Gesetzen die objektiv-teleologische Auslegung Anwendung finden, welche auf den aktuellen Sinn und Zweck einer Norm abstellt und es in

⁶²¹ So auch LK-*Dannecker*, §1 Rn.317.

⁶²² So Staudinger-*Coing*, Einl. Rn.149.

⁶²³ Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch*, §9 Rn. 76.

⁶²⁴ Vgl. *Heinrich*, AT Rn.3ff.

⁶²⁵ Vgl. SK-*Rudolphi*, § 1 Rn.33 unter Verweis auf BGHSt 2, 363; 8, 263.

⁶²⁶ Vgl. BVerfGE 54, 297; BGHZ 46, 74, 80; 62, 340, 350.

⁶²⁷ Vgl. BVerfGE 11, 126: „Der Wille des Gesetzgebers kann bei der Auslegung des Gesetzes nur insoweit berücksichtigt werden, als er in dem Gesetz selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat (vgl. z. B. BGH L/M Nr. 3 zu § 133 BGB).“; BVerfGE 1, 299, 312; 10, 234, 244; MüKo-*Schmitz*, § 1 Rn. 72.; *Krüger*, S.111.

⁶²⁸ Vgl. Maunz/Dürig- *Schmidt-Aßmann*, Art.103 II Rn.228; BGH NJW 1994, S.457f. „Ihr (= Entstehungsgeschichte eines Gesetzes) Gewicht ist um so größer, je weniger sich die Lebensverhältnisse seit Inkrafttreten des Gesetzes geändert haben.“

⁶²⁹ Sog. „Vereinigungstheorie“: BVerfGE 1, 312; 10, 234; 11, 129; BVerfG NJW 2002, S.1779ff.

gewissen Grenzen zulässt, zur Wahrnehmung von Gegenwartsaufgaben des Strafrechts die in historischer Auslegung gefundene Inhaltsbestimmung anzupassen und abzuändern.⁶³⁰ Bei jüngeren Gesetzen sind indes grundlegend veränderte (faktische) Bedingungen, die eine Modifizierung der historischen Interpretation rechtfertigen könnten, regelmäßig nicht festzustellen,⁶³¹ weshalb in diesen Fällen der erkennbaren Regelungsabsicht des Gesetzgebers - im Strafrecht: das intendierte Schutzgut - zumindest erhebliches Gewicht beizumessen ist, über die die Auslegung in solcher Lage nicht hinweggehen darf.⁶³² Wenn zur Ermittlung des geschützten Rechtsguts auf Sinn und Zweck der auszulegenden Strafnorm zurückgegriffen werden soll, besteht ferner die nicht unerhebliche Gefahr eines Zirkelschlusses.⁶³³

3.) Ergebnis

Wie die vorstehenden Ausführungen aufgezeigt haben, ist im Strafrecht eine Modifizierung der allgemeinen Auslegungsmethodik, insbesondere aufgrund von Art. 103 Abs.2 GG, erforderlich, aber auch ausreichend. Bezüglich des Grundlagenstreits, ob der Wille des Gesetzgebers oder das Gesetz selbst für die Auslegung ausschlaggebend sein soll, wird entsprechend den Vorgaben der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, deren Konkretisierung des Verfassungsrechts über § 31 BVerfGG Bindungswirkung für den Rechtsanwender entfaltet, der aufgezeigte Konflikt dadurch angemessen zum Ausgleich gebracht, dass die Bedeutung der Gesetzesbegriffe sich grundsätzlich nach dem in ihnen zum Ausdruck kommenden objektivierten Willen des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut und aus dem Sinnzusammenhang ergibt, in den die fraglichen Vorschrift hineingestellt ist, richtet.⁶³⁴ Unbestritten ist dem historischen Willen des Gesetzgebers bei jüngeren Gesetzen zumindest ein bedeutendes Gewicht einzuräumen, was insbesondere auf Normen zutrifft, die in der noch laufenden Legislaturperiode beschlossen wurden. Andererseits kann eine absolute bzw. zwingende Bindungswirkung des gesetzgeberischen Willens allenfalls in Ausnahmefällen, bei klar und unzweideutig formulierten Normen bzw. Begrifflichkeiten, angenommen werden, da die Gerichte ausweislich der Art. 20 Abs.3 und 97 Abs.1 GG an das „Gesetz“ gebunden und somit nicht dem direkten Willen des Gesetzgebers unterworfen sind, mitunter der parlamentarische Wille im Gesetzestext zumindest eine Andeutung finden muss.⁶³⁵

⁶³⁰ Vgl. BVerfG NJW 2002, S.1779ff.; BGHSt 10, 159 f.

⁶³¹ Vgl. BVerfG NJW 2002, S.1779ff.

⁶³² Vgl. BVerfGE 54, 277, 297; Larenz, Methodenlehre, S.316f.

⁶³³ Vgl. Baumann/Weber/Mitsch, §9 Rn.69;

⁶³⁴ Vgl. BVerfGE 1, 299, 312.

⁶³⁵ Vgl. BVerfGE 11, 126: „Der Wille des Gesetzgebers kann bei der Auslegung des Gesetzes nur insoweit berücksichtigt werden, als er in dem Gesetz selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat (vgl. z. B. BGH L/M Nr. 3 zu § 133 BGB).“; BVerfGE 1, 299, 312; 10, 234, 244; Krüger, S.111.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass der Praxis z.T. zunehmend Verstöße bzw. Missachtungen des Art. 103 Abs.2 GG, insbesondere des Bestimmtheitsgebotes, attestiert werden, die darüber hinaus vom Bundesverfassungsgericht mehr oder minder unbeanstandet geblieben seien, da dieses bisher nur in Extremfällen eine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes angenommen habe.⁶³⁶ Kritikpunkt ist diesbezüglich vor allem die zunehmende Verwendung von Generalklauseln und sehr unbestimmten normativen Rechtsbegriffen, bei denen die von der Rechtsprechung verlangte Auslegungsfähigkeit nicht mehr vorhanden sei. Äußerst problematisch sei vor allem die Verwendung mehrerer Generalklauseln und unbestimmter Rechtsbegriffe in einem Tatbestand, da der Bürger als Normadressat wohl kaum angehalten sein kann, sich mittels juristischer Auslegungsmethodik Klarheit über das ihm verbotene Verhalten zu verschaffen.⁶³⁷ Zutreffend in diesem Zusammenhang ist jedenfalls, dass das Bundesverfassungsgericht seit Bestehen des Grundgesetzes äußerst selten eine Norm wegen Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz für nichtig erklärt hat.⁶³⁸

III.) Auslegung des Nachstellungsparagrafen, § 238 StGB⁶³⁹

Seit 31.03.2007 ist der wieder besetzte § 238 in Kraft, der nun wie folgt lautet:⁶⁴⁰

§ 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,

⁶³⁶ Vgl. MüKo-Schmitz, §1 Rn.10 m.w.N.; Gazeas, KJ 2006, S.268.

⁶³⁷ Vgl. Krey, AT 1, §3 Rn.111ff. m.w.N.; MüKo-Schmitz, § 1 Rn. 45.

⁶³⁸ Exemplarisch für eine Nichtigerklärung: BVerfG JZ 2002, 552ff. zu § 43a StGB i.d.F. von 1992; MüKo-Schmitz, §1 Rn. 46 m.w.N.

⁶³⁹ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

⁶⁴⁰ Zuvor enthielt §238 StGB a.F. eine auf die früheren Straftatbestände „Kindesentziehung“ und „Entführung mit Willen des Entführten“ bezogene Strafantragsregelung, die im Zuge des 6.StRG jedoch aufgehoben wurde; vgl. Mitsch, Jura 2007, S.401 Fn.1.

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 eine andere dem Opfer nahestehende 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.

Im Folgenden wird nun eingehend untersucht, ob und inwieweit es dem Gesetzgeber gelungen ist unter Wahrung des verfassungsrechtlichen Gebotes der Gesetzesbestimmtheit die weichen Formen des Stalkings unter Strafe zu stellen bzw. sozialadäquate Verhaltensweisen von der Strafnorm auszunehmen.⁶⁴¹ Wie bereits erläutert, verpflichtet Art.103 Abs.2 den Gesetzgeber darauf die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tagweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände für den Bürger als Normadressaten zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen.⁶⁴² Demnach ist ein gesetzlicher Tatbestand grundsätzlich nur dann hinreichend bestimmt, wenn die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret beschrieben sind,

⁶⁴¹ Vgl. *Nimt*, Kriminalistik 2007, S.496.

⁶⁴² Std.Rspr.: BVerfGE 75, 341 m.w.N.

dass der Einzelne aus dieser Umschreibung die Möglichkeit hat, sein Verhalten auf die Rechtslage einzurichten.⁶⁴³ Es werden an die Bestimmtheit von Straftatbeständen höhere Anforderungen gestellt als etwa das allgemeine rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot verlangt, was jedoch nicht bedeuten soll, dass der parlamentarische Gesetzgeber gezwungen ist, sämtliche Straftatbestände ausschließlich mit rein deskriptiven, exakt erfassbaren Tatbestandsmerkmalen zu umschreiben oder stets jeden Tatbestand bis ins letzte auszuführen.⁶⁴⁴ Er kann seine Vorgabe vielmehr abstrakt umreißen und hierbei auch auf unbestimmte Gesetzesbegriffe zurückgreifen, solange sie der näheren Deutung im Wege der Auslegung zugänglich sind. Andernfalls wären Strafgesetze zu starr und kasuistisch und könnten dem Wandel der Verhältnisse und der Besonderheit des Einzelfalles nicht mehr gerecht werden.⁶⁴⁵

1.) Objektiver Tatbestand

Das Grunddelikt nach Absatz 1 ist als Erfolgsdelikt ausgestaltet. Ausweislich des Normtextes muss der Täter durch unbefugtes Nachstellen in Form der beharrlichen Vornahme explizit angeführter Tatvarianten eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung verursachen, wobei die Ziffern 1 bis 4 nach Auffassung des Gesetzgebers die nach derzeitigem Erkenntnisstand häufigsten Nachstellungshandlungen erfassen sollen.⁶⁴⁶ Mit der „anderen vergleichbaren Handlung“ nach Ziffer 5 wurde zusätzlich ein Auffangtatbestand integriert, der nach gesetzgeberischen Intention Strafbarkeitslücken vermeiden und künftigen technischen Entwicklungen Rechnung tragen soll.⁶⁴⁷

a) Tathandlung

aa) Nachstellen

Wie bereits oben ausgeführt, existiert eine gesetzliche oder allgemein anerkannte juristische Definition für den Begriff des Nachstellens im zwischenmenschlichen Zusammenhang nicht.⁶⁴⁸ Das (zivilprozessuale) „nachstellen“ gemäß § 1 Abs.2 Nr.2b GewSchG wird als hartnäckige Belästigung einer Person durch eine Andere definiert bzw. eher grob umschrieben.⁶⁴⁹ Im Rahmen der §§ 292,

⁶⁴³ Vgl. BVerfG 105, 135; NJW 2006, 2685 bzw. 3050.

⁶⁴⁴ Vgl. BVerfGE 14, 245, 251; 4, 352, 358; Maunz/Dürig-Schmidt-Aßmann, Art.103 Rn.186 m.w.N.

⁶⁴⁵ Vgl. BVerfGE 78, 389; 75, 341.

⁶⁴⁶ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7.; Nitz, Kriminalistik 2007, S.495.

⁶⁴⁷ Vgl. BT-Drs. 16/3641, S.14; Fölsch, SchlHA 2008, S.302.

⁶⁴⁸ Vgl. oben: B.I.2.b.

⁶⁴⁹ Vgl. Palandt-Brudermüller, GewSchG §1 Rn.8; BT-Drs 14/5429, S.29: Der Gesetzgeber des GewSchG begnügt sich mit einer beispielhaften Aufzählung.

329 wird unter tierbezogener Nachstellung jede Handlung verstanden, mit welcher der Täter nach seiner Vorstellung unmittelbar zum Fangen, Erlegen oder Sich-Zueignen des Wildes ansetzt, jedoch nicht dessen bloße Belästigung oder Beunruhigung.⁶⁵⁰ Augenscheinlich orientierte sich auch die Bundesregierung bei der Abfassung des Nachstellungstatbestandes an vorbenannten Normen, da sie in ihrer Gesetzesbegründung auf diese Bezug nimmt.⁶⁵¹ Bereits umstritten ist allerdings, ob „nachstellt“ überhaupt ein auslegungsfähiges bzw. -bedürftiges Tatbestandsmerkmal oder eine bloße Begrifflichkeit darstellt, die sich inhaltlich abschließend in den nachfolgenden explizit aufgeführten Tatvarianten, die beharrlich vorgenommen werden müssen, erschöpft.

(1) Teilweise wird angenommen, dass der Begriff nicht selbstständig definiert werden müsse, soweit es um die Nummern 1 bis 4 gehe, denn bei deren Vorliegen sei eine Nachstellung anzunehmen.⁶⁵² Nach weitergehender Auffassung soll es sich bei „nachstellt“ generell um kein Tatbestandsmerkmal handeln.⁶⁵³ Bei Vergleichbarkeit der Handlung mit den Ziffern 1 bis 4 stelle diese stets ein Nachstellen dar, falls nicht, spiele es auch keine Rolle, dass von einem Nachstellen durchaus gesprochen werden könne. Ähnlich sei der Gesetzgeber in systematischer Hinsicht auch bei § 315b Abs.1 verfahren. Entsprechend sei „nachstellt“ die Quintessenz eines Gesamtverhaltens, dessen Funktion darin bestehe, die vom Täter gewählte Kombination von Begehungsarten zu *einer* Tatbestandshandlung des Nachstellens zusammenzufassen bzw. einen Bezugspunkt zu dem sämtliche Tathandlungen umspannenden Adverb „beharrlich“ zu bilden.⁶⁵⁴ Eine Tathandlung des unbefugten Nachstellens liege vor, wenn der Täter beharrlich eine oder mehrere Tatvarianten der Nummern 1 bis 5 verwirklicht.⁶⁵⁵ Die Wendung „nachstellt“ entpuppe sich als eine Art inhaltsleere Weiterverweisung auf die einzelnen genannten Handlungsweisen ohne eigene Substanz.⁶⁵⁶

(2) Die Gegenauffassung⁶⁵⁷ geht unter Anführung verschiedenster Argumente von einem eigenständigen Bedeutungsgehalt des Nachstellens aus. Der Begrifflichkeit sei, bezugnehmend auf deren Verwendung im Rahmen des § 292, ein gewisses Maß an Dauerhaftigkeit immanent, welches jedoch nicht ohne weiteres mit dem „beharrlichen“ Handeln zusammenfalle. Insofern können man nicht sagen, dass jedes beharrliche Handeln im Sinne der Ziffern 1 bis 4 das Tatbestandsmerkmal des

⁶⁵⁰ Vgl. *Fischer*, §292 Rn.11; ausführlich: *BeckOK-Wittek*, §292 Rn.17ff.; *Rackow*, GA 2008, S.562 (Fn.78).

⁶⁵¹ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7.

⁶⁵² So *Lackner/Kühl*, § 238 Rn. 3; *Buß*, S.212.

⁶⁵³ So *SK-Wolters*, §238 Rn.7; *Krüger*, S.106ff; wohl auch *Wessels/Hettinger* BT/1 §8 Rn.369c; *Krey/Heinrich*, BT 1 Rn.388c, die von der Entbehrlichkeit einer Definition sprechen.

⁶⁵⁴ Vgl. *SK-Wolters*, §238 Rn.7; *Neubacher/Seher*, JZ 2007, S.1031 unter Bezugnahme auf *Steinberg*, JZ 2006, S.30f.

⁶⁵⁵ Vgl. *Wessels/Hettinger* BT/1 §8 Rn.369c.

⁶⁵⁶ So *Rackow*, GA 2008, S.562.

⁶⁵⁷ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.9; *Gazeas*, JR 2007, S.498.

Nachstellens erfülle.⁶⁵⁸ Ebenfalls bezugnehmend auf § 292 wird konstatiert, dass dem Nachstellen ein subjektives Element der psychologischen Penetration mit dem Ziel der Erzeugung eines psychischen Derangement immanent sei, welches demnach bei allen Tatvarianten vorliegen müsse.⁶⁵⁹ Der Stalker dränge sich seinem Opfer auf, um einzuschüchtern, Furcht zu erregen, in die Enge zu treiben. Teilweise wird angeführt, „nachstellt“ erfordere eine Zielgerichtetheit mit Bezugspunkt Eingriff in den persönlichen Lebensbereich.⁶⁶⁰ Weiterhin wird vorgetragen, dass insbesondere von den Ziffern 1 und 2 sozialadäquate Verhaltensweisen erfasst werden, welche jedoch mangels Strafwürdigkeit tatbestandslos verbleiben müssten.⁶⁶¹ Dem könne über eine entsprechende Auslegung des Merkmals nachstellen Rechnung getragen werden. Eine Definition helfe darüber hinaus den Umfang dessen festzulegen, was von den einzelnen Varianten erfasst werden soll.

(3) *Stellungnahme*: Für die Frage nach einem etwaigen eigenständigen Bedeutungsgehalt der Begrifflichkeit bedarf es zunächst einer Analyse der gesetzgewordenen Normkonstruktion. Die im Rahmen des § 238 Abs.1 verwendete Konjunktion „indem“ verdeutlicht, dass der Begriff „nachstellt“ abschließend unter Bezugnahme auf die nachfolgend aufgelisteten Tatvarianten zu sehen ist.⁶⁶² Den vier ausdrücklich benannten Tatvarianten folgt in Ziffer 5 eine sog. Öffnungsklausel, mittels derer „andere, vergleichbare Handlungen“ tatbestandlich erfasst werden sollen, weshalb *Wolters* beizupflichten ist, dass bei fehlender Vergleichbarkeit bestimmte - uU. „nachstellungswürdige“ - Verhaltensweisen nicht über diese Modalität in den Anwendungsbereich miteinbezogen werden können.⁶⁶³ Eine entsprechende Gesetzeskonstruktion findet sich im StGB bei den §§ 315 Abs.1 Nr.4, 315b Abs.1 Nr.3, deren Öffnungsklauseln einen „ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff“ normieren. Pönalisierte Tathandlung ist in diesem Zusammenhang das Vornehmen eines gefährlichen Eingriffs, wofür die Ziffern 1 bis 3 gesetzliche Leitbeispiele nennen.⁶⁶⁴ Dementsprechend soll bei § 238 Abs.1, ausweislich des von der Bundesregierung eingebrachten Gesetzesentwurfs, Tathandlung das unbefugte Nachstellen durch beharrliche unmittelbare und mittelbare Annäherungshandlungen an das Opfer und näher bestimmte Drohungen nach den Nummern 1 bis 4 sein.⁶⁶⁵ Nach Auffassung des Bundesrats, aus dessen Initiativen heraus eine Öffnungsklausel in den Nachstellungstatbestand integriert wurde, bilden die vorangestellten

⁶⁵⁸ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.9; *Jahn*, JuS 2008, S.553.

⁶⁵⁹ Vgl. *Mitsch*, NJW 2007, S.1238; *Fölsch*, SchlHA 2008, S.301; *Neubacher/Seher*, JZ 2007, S.1031, die im Ergebnis allerdings eine eigenständige Bedeutung ablehnen.

⁶⁶⁰ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.9; *Valerius*, JuS 2007, S.321.

⁶⁶¹ Vgl. *Gerhold*, NK 2007, S.2.

⁶⁶² Vgl. *Lackner/Kühl*, §238 Rn.3.

⁶⁶³ Vgl. *SK-Wolters*, §238 Rn.7; ferner *Löhr*, S.317.

⁶⁶⁴ Vgl. *Fischer*, §315 R.8; *LK-König*, §315 Rn.18; *NK-König*, §315 Rn.9.

⁶⁶⁵ Vgl. BT- Drs. 16/575, S.7.

Tatvarianten gesetzliche Leitbeispiele für die insoweit vorhergesehene Tathandlung des Belästigens.⁶⁶⁶ Formal zu unterscheiden ist diese Konstruktion von der praktisch identisch funktionierenden Regelbeispielmethode (Strafzumessungsregelung), da bei entsprechender Intention der Gesetzgeber mit den Worten „in der Regel“ oder „insbesondere“ operiert hätte.⁶⁶⁷ Richtigerweise ist daher bei § 238 Abs.1 Tathandlung das (unbefugte) Nachstellen, welche durch beharrliche Vornahme der gesetzlichen Leitbeispiele Ziffern 1 bis 4 oder einer vergleichbaren Handlung verwirklicht wird.⁶⁶⁸ Das mehrere verschiedene, innerhalb eines längeren Zeitraums vorgenommene, Handlungen über einen pauschalierenden Begriff respektive Handlungsumschreibung zu einem Tatbestandsmerkmal zusammengefasst werden, entspricht der Normkonstruktion des § 99 Abs.1 und ist dem StGB daher nicht fremd.⁶⁶⁹ Fraglich ist nunmehr, ob aus der so verstandenen Tathandlung weitergehende Anforderungen an strafbares Verhalten abgeleitet werden können oder müssen und insofern die Begrifflichkeit einen eigenständigen Bedeutungsgehalt erlangt.

(a) Teilweise wird argumentiert, dass dem Begriff „nachstellt“ deshalb ein eigenständiger Bedeutungsgehalt beizumessen sei, weil über eine entsprechende Auslegung des Merkmals die gebotene Ausgrenzung sozialadäquater Verhaltensweisen aus dem objektiven Tatbestand bewerkstelligt werden könne.⁶⁷⁰ Nach der im Schrifttum⁶⁷¹ entwickelten und von der Rechtsprechung⁶⁷² teilweise aufgegriffenen Lehre von der Sozialadäquanz sind Handlungen, die sich völlig im Rahmen der normalen, geschichtlich gewordenen sozialen Ordnung des Lebens und somit im Rahmen der sozialen Handlungsfreiheit bewegen, auch dann nicht tatbestandsmäßig, wenn sie vom Wortlaut einer Strafbestimmung erfasst sind. Die Sozialadäquanz ist dabei aufgrund ihrer Vagheit und dem damit einhergehenden weiten Interpretationsspielraum (auch und gerade für Strafverfolgungsbehörden⁶⁷³) richtigerweise und nach heute wohl vorherrschender Meinung nicht als allgemeines Tatbestandskorrektiv oder Rechtfertigungsgrund begreifbar, sondern bildet vielmehr nur den nicht näher konkretisierten Ausgangspunkt für eine teleologisch zu begründende

⁶⁶⁶ Vgl. BT-Drs. 16/1030, S.6f.

⁶⁶⁷ Vgl. *Steinberg*, JZ 2006, S.31; zur gesetzlichen Formulierung bei Regelbeispielen vgl. §§ 113 II, 243 II, 263 III.

⁶⁶⁸ Vgl. *Fischer* §238 Rn.9,11; *Fölsch*, SchlHA 2008, S.301; *Mitsch*, NJW 2007, S.1238; *Valerius*, JuS 2007, S.321; *Wessels/Hettinger* BT 1 Rn.369c; *Löhr*, S.301ff.

⁶⁶⁹ Vgl. BGHSt NJW 1997, S.1715f. unter Abgrenzung zum (aufgegebenen) Rechtsinstitut der fortgesetzten Handlung; Von BVerfGE 57, 250, 262ff.; 28, 175, 183ff.; BVerfG NJW 1995, S.1811ff. verfassungsgemäß befunden.

⁶⁷⁰ Vgl. *Gerhold*, NK 2007, S.2.

⁶⁷¹ Vgl. *Welzel*, ZStW 58 (1939), S.516ff.; *LK-Rönau*, Vor §32 Rn.48ff.; *S/S-Lenckner/Eisele* Vor §§ 13ff. Rn.69; *Fischer*, Vor §32 Rn.12 m.w.N.

⁶⁷² Vgl. BGHSt 19, 154; 23, 228; BGH vom 01.10.2008 (3 StR 164/08); OLG München NStZ 1985, S.549; OLG Düsseldorf NJW 1991, S.1625; OLG Frankfurt, StraFo 2006, 467f.

⁶⁷³ Vgl. zur geäußerten Kritik: *LK-Rönau*, Vor §32, Rn.48ff.

einschränkende Auslegung oder Reduktion einschlägiger Tatbestände.⁶⁷⁴ Da dies eine Bewertung des gesamten objektiven Tatstandes bzw. sämtlicher Tatbestandsmerkmale erforderlich macht, kann über die Notwendigkeit einer einschränkenden Auslegung bzw. teleologischen Reduktion des Merkmales „nachstellt“ erst nach Prüfung der übrigen Tatbestandsmerkmale (insbesondere „unbefugt, beharrlich, schwerwiegend“) abschließend entschieden werden.

(b) Hinsichtlich etwaiger subjektiver Erfolgstendenzen der Begrifflichkeit gilt es im Ausgangspunkt zu berücksichtigen, dass nach heute vorherrschender Ansicht die gesetzlichen Straftatbestände zur Umschreibung des für eine Deliktsart typischen Unrechtssachverhaltes sowohl deskriptive (beschreibende) und normative (wertende bzw. wertausfüllungsbedürftige), als auch objektive und subjektive Merkmale verwenden.⁶⁷⁵ Zu den subjektiven Merkmale zählen nach der modernen Lehre zum einen Vorsatz und Fahrlässigkeit, zum anderen spezielle subjektive Merkmale (Absichtsdelikte) und schließlich objektive Merkmale, die auch ein subjektives Element enthalten.⁶⁷⁶ Dies verdeutlicht, dass eine Kategorisierung bzw. streng formale Trennung, insbesondere zwischen objektive und subjektive Bestandteile, nicht immer möglich ist. Mangels Legaldefinition, gesetzlicher Fiktion oder Verweisung ist nunmehr durch Auslegung der Begrifflichkeit zu ermitteln, ob „nachstellt“ im Sinne des § 238 Abs.1 ein subjektives Element in Form bestimmter Täterabsichten bzw. -zielsetzungen innewohnt, welches auf alle Tatmittel ausstrahlt bzw. bei allen Tatvarianten vorliegen muss.

(aa) *Wortlaut:* Bei einigen Tatbestandsmerkmalen werden bereits sprachlich objektive und subjektive Elemente unlösbar miteinander verflochten, wobei exemplarisch auf die Täuschungshandlung beim Betrugsdelikt verwiesen werden kann.⁶⁷⁷ Taugliche Tathandlung im Sinne des § 263 ist nach h.M. jede Einwirkung des Täters auf die Vorstellung des Getäuschten, welche objektiv geeignet und subjektiv bestimmt ist, beim Adressaten eine Fehlvorstellung über tatsächliche Umstände hervorzurufen.⁶⁷⁸ Objektive Tatbestandsmerkmale können von tätersubjektiven Gegebenheiten durchsetzt sein, wenn sich erst aus der Verbindung mit diesen der äußere Handlungssinn ergibt, was bspw. für die „Zueignung“ als Manifestation eines

⁶⁷⁴ Vgl. *Lackner/Kühl*, Vor §§32ff. Rn.29; *S/S-Lenckner/Eisele* Vor §§ 13ff. Rn.69 m.w.N; zustimmend und ausführlich zum Streitstand: *LK-Rönau*, Vor §32, Rn.48ff; offengelassen von BGHSt 23, 228.

⁶⁷⁵ Vgl. *S/S-Lenckner/Eisele*, Vor §§13 Rn.62; *Lackner/Kühl*, §15 Rn.5; *Roxin AT I §10 Rn.57*; *Baumann/Weber/Mitsch*, §8 Rn.16ff.

⁶⁷⁶ Vgl. *Haft*, Normalfall-Manager, abrufbar unter www.normalfall.de; *SK-Günther*, Vor §32 Rn.22; *Bringewat aaO*; *Roxin AT I §10 Rn.53*; *S/S-Lenckner/Eisele*, Vor §§13 Rn.62.

⁶⁷⁷ Vgl. *Roxin*, AT I §10 Rn.53.

⁶⁷⁸ Vgl. BGH NStZ 2001, S.430; OLG Frankfurt NJW 2003, S.3215ff. ; *SK-Samson*, aaO; §263 Rn.22; *Lackner/Kühl*, §263 Rn.6ff.

Zueignungswillens in § 246 und für sog. „finale Tätigkeitsbeschreibungen“ gilt.⁶⁷⁹ Als finale Tätigkeitsworte werden Tathandlungen bezeichnet, bei denen die tatbestandliche Handlungsbeschreibungen mit dem Täterwillen so vollständig verschmolzen sind, dass objektive Tatbestandsmerkmale durch subjektive Momente aus der Psyche bzw. des seelischen Bereiches des Täters selbst mitbestimmt werden.⁶⁸⁰ Auch zum Nachstellen im Rahmen des § 292 Abs.1 Nr.1 wird überwiegend vertreten, es erfordere einen „Jagdwillen des Täters“⁶⁸¹ bzw. „ein Handeln mit bestimmter Tätertendenz“.⁶⁸² Dem Wild stellt nur nach, wer es fangen bzw. erlegen will, weshalb die Begrifflichkeit im tierbezogenen Kontext richtigerweise als finales Tätigkeitswort klassifiziert wird.⁶⁸³ Der versubjektivierte juristische Sprachgebrauch lässt sich auch mit der umgangssprachlichen Verwendung der Begrifflichkeit in Einklang bringen: Jemanden oder ein Tier hartnäckig, mit List verfolgen, nachtrachten, zu fangen in seine Gewalt zu bekommen suchen, in guter oder feindlicher Absicht.⁶⁸⁴

(bb) *Systematik*: Wie soeben dargestellt, weist die übrige Verwendung der Begrifflichkeit im StGB (§§ 292 Abs.1 Nr.1, 329 Abs.1 Nr.1) eine finale Komponente auf. Das systematische Grundprinzip der Einheit der Rechtsordnung spricht daher zunächst für eine entsprechende Implementierung bei § 238 Abs.1. Aufgrund der Relativität der Rechtsbegriffe bedarf es allerdings einer teleologischen - d.h. am Normzweck orientierten - Überprüfung, ob eine Übernahme der Begriffsbedeutung auf den Nachstellungsparagrafen angezeigt ist. Je nach geschütztem Rechtsgut, kann selbst innerhalb desselben Gesetzes ein und demselben Begriff unterschiedliche Bedeutung zukommen.⁶⁸⁵ Hierbei sind auch etwaige normstrukturelle Divergenzen zu berücksichtigen:

Die nachstellende Jagdwilderei ist nach überwiegender Ansicht als schlichtes Tätigkeitsdelikt in Form des unechten Unternehmensdelikts strukturiert, bei dem die Tathandlung nicht zusätzlich zu einem bestimmten Taterfolg führen muss, vielmehr allein das tatbestandlich umschriebene Tätigwerden Strafbarkeitsvoraussetzung ist.⁶⁸⁶ Unechte Unternehmensdelikte weisen eine ähnliche Tatbestandsstruktur wie echte Unternehmensdelikte (vgl. § 11 I Nr.6) auf, mit dem Unterschied,

⁶⁷⁹ Vgl. *S/S-Lenckner/Eisele*, Vor §§13ff. Rn.62; *Herzberg* in Oehler-FS, S.163.

⁶⁸⁰ So *Jescheck/Weigend*, AT §27 I.1.2. unter beispielhafter Anführung des „Nachstellens“ in §292; *S/S-Lenckner*, Vor §§13ff. Rn.54f.; *MüKo-Schlehofer*, Vor §§32ff. Rn.21, 47ff., der u.a. von „objektiv-subjektiven Unrechtsmerkmalen“ spricht.

⁶⁸¹ Vgl. *MüKo-Zeng*, §292 Rn.27 mit Verweis auf OLG Hamm vom 21.03.2000 (3 Ss 162/00); *M/S/M*, BT 1 §38 II Rn.16: Erfolgsabsicht als „wesentliches Begriffsmerkmal“ unter Verweis auf §39 II Nr.6 BfG.

⁶⁸² *S/S-Eser/Heine*, §292 Rn.5, wobei insofern unter Verweis auf OLG Frankfurt, NJW 1984, S.812 von einem „unechten“ Unternehmensdelikt ausgegangen wird.

⁶⁸³ Vgl. *Jescheck/Weigend*, AT §27 I.1.2; *Mitsch*, NJW 2007, S.1238; *Neubacher/Seher*, JZ 2007, S.1031.

⁶⁸⁴ Vgl. *Duden*, Deutsches Universalwörterbuch; *Grimm*, Deutsches Wörterbuch (7.Band).

⁶⁸⁵ *LK-Dannecker*, §1 Rn.319.

⁶⁸⁶ Vgl. *BeckOK-Witteck*, §292 Rn. 5; *LK-Schünemann*, §292 Rn.10ff.; *Geppert*, Jura 2008, S.600f.

dass die jeweiligen Tatbestände nicht explizit die Begrifflichkeit „Unternehmen“ bzw. „unternimmt“ beinhalten.⁶⁸⁷ Der Gesetzgeber verwendet zur Beschreibung der objektiv ambivalenten Tathandlung von unechten Unternehmensdelikten finale Tätigkeitsworte, d.h. bei jenen Delikten kommt es nicht auf die Herbeiführung eines tatbestandlichen Erfolges am Tatobjekt oder geschützten Rechtsgut an, sondern allein darauf, dass der Täter mit seinem Verhalten einen bestimmten Erfolg intendiert.⁶⁸⁸ Hiernach ist charakteristisch für die Tathandlungen unechter Unternehmensdelikte wie das Nachstellen in § 292 Abs. Nr.1, dass sie eine finale Komponente bzw. ein Handeln mit subjektiver Erfolgstendenz beinhalten.⁶⁸⁹ Dem gegenüber ist § 238 Abs.1 nicht als (unechtes) Unternehmensdelikt sondern als Erfolgsdelikt konzipiert. Das Erfordernis einer objektiv schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung hat zur Konsequenz, dass der Täter eine etwaige Intention des Eindringens in den persönlichen Lebensbereich des Opfers in die Tat umgesetzt haben muss, es also nicht bei dem bösen Gedanken geblieben ist. Eine Strafbarkeit nach § 238 Abs.1 setzt daran anknüpfend voraus, dass der Täter es zumindest für möglich hält und billigend-in-Kauf nimmt, durch sein Verhalten die persönliche Lebensgestaltung des Opfers zu beeinträchtigen.

Die Gesamtkonzeption des rechtsstaatlichen deutschen Strafrechts als Tatstrafrecht⁶⁹⁰ spricht m.E. prinzipiell gegen eine Implementierung subjektiver Komponenten in objektive Tatbestandsmerkmale.⁶⁹¹ Charakteristisch für ein Tatstrafrecht ist, dass Ansatz und Schwerpunkt der Zurechnung grundsätzlich im Objektiven liegen müssen.⁶⁹² Hinzu kommt, dass bei wortreichen Tatbeständen verstärkt das rechtsstaatliche Gebot der Normenklarheit und Normenbestimmtheit in den Vordergrund tritt, welches für Eingriffsnormen generell und für das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht speziell über Art.103 Abs.2 einen wesentlichen Grundsatz darstellt.⁶⁹³ Aus der gesetzlichen Grundlage müssen sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Normadressaten erkennbar ergeben.⁶⁹⁴ Für den Bürger müssen gesetzliche Bestimmungen in sich widerspruchsfrei und verständlich sein, praktikable Merkmale enthalten und dürfen ihren Regelungsgehalt nicht verschleiern.⁶⁹⁵ Wenn eine Norm unverständlich

⁶⁸⁷ Vgl. MüKo-Radtke, §11 Rn.91ff.; Baumann/Weber/Mitsch, §8 Rn.47ff. jeweils unter beispielhafter Anführung des „Nachstellens“ in §292; Lackner/Kühl, §11 Rn.19.

⁶⁸⁸ Vgl. MüKo-Radtke, §11 Rn.91; S/S-Eser, §11 Rn.52; SK-Rudolphi/Stein, §11 Rn.44.

⁶⁸⁹ Vgl. Gazeas, JR 2007, S.498; Mitsch, NJW 2007, S.1238.

⁶⁹⁰ Vgl. hierzu Roxin, AT1 §6 Rn.1ff.

⁶⁹¹ So auch Gazeas, JR 2007, S.498, der zusätzlich auf Nachweisschwierigkeiten hinweist; vgl. zur ähnlichen Problematik bei „beharrlich“: Kühl, Stellungnahme, S.9; Gazeas, JR 2007, S.502.

⁶⁹² Vgl. Hassemer, wistra 1995, S. 43; Roxin, AT 1, §6 Rn.1, 13.

⁶⁹³ Vgl. BGHSt NJW 1997, S.393ff.; OLG Schleswig-Holstein, SchlHA 2008, S.361ff.; Kritisch zur Fassung des §201a: OLG Koblenz vom 11.11.2008 (1 Ws 535/08).

⁶⁹⁴ Vgl. BVerfG NJW 2006, S.976; MedR 2006, 586ff.

⁶⁹⁵ Vgl. BVerfGE 17, 318; 103, 33; 78, 212; BVerwGE 110, 249ff.; Sachs, Art.20 Rn.125 m.w.N.

ist, kann ihre Befolgung nicht verlangt werden (*ultra posse nemo tenetur*).⁶⁹⁶ Das Gebot dient letztlich der Rechtssicherheit, indem die Rechtsordnung möglichst klar und verlässlich gehalten, mithin staatliches Handeln berechenbar und nachvollziehbar gemacht werden soll.⁶⁹⁷ Die Gefahr eines Verstoßes gegen diesen Verfassungsgrundsatz besteht insbesondere bei wortreichen Normen, die eine gehäufte Anzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen aufweisen.⁶⁹⁸ Daran anknüpfend würde die Implementierung zusätzlicher subjektiver Momente in sprachlich nicht eindeutige Begrifflichkeiten die Normklarheit bzw. das hieraus abzuleitende Normverständnis in erheblichem Umfang erschweren. Die geschilderten Voraussetzungen treffen geradezu paradigmatisch auf den Tatbestand des § 238 Abs.1 zu, welcher, wie bereits ein einfacher Blick in das Gesetz offenbart, mehrere - z.T. neuartige - normative Tatbestandsmerkmale enthält.⁶⁹⁹

(cc) *Historie*: Dass jeder Nachstellungshandlung im Sinne des § 238 Abs.1 auch nach Auffassung des Gesetzgeber ein subjektives Element innewohnt bzw. „nachstellt“ in diesem Kontext ein finales Tätigkeitswort darstellt, könnte mittels der Formulierung „Handlungen....., die *darauf gerichtet* sind...“ in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gebracht worden sein. In den diesbezüglichen Materialien findet sich unter Bezugnahme auf §§ 292 Abs.1 Nr.1, 329 Abs.3 Nr.6; 1 GewSchG eine eigenständige Umschreibung des Nachstellens, wonach § 238 Abs.1 alle Handlungen umfassen soll, die darauf gerichtet sind, durch unmittelbare oder mittelbare Annäherung an das Opfer in dessen persönlichen Lebensbereich einzugreifen und dadurch seine Handlungs- und Entschließungsfreiheit zu beeinträchtigen.⁷⁰⁰ Die Handlungen des Täters seien von dem Ziel getragen, einseitig, beharrlich und mit beträchtlicher Intensität Kontakt zu einer Person herzustellen und auf deren Lebensgestaltung Einfluss zu nehmen.⁷⁰¹

(dd) *Sinn und Zweck*: Schutzgegenstand des § 238 Abs.1 ist ausweislich seines Wortlautes und der systematischen Stellung im StGB jedenfalls ein freiheitsbezogenes Rechtsgut.⁷⁰² Diese soll laut Gesetzgeber vor unzumutbaren Beeinträchtigungen geschützt werden, welche auf häufig bzw. fortwährend und kontinuierlich vorgenommene Annäherungshandlungen zurückzuführen sind.⁷⁰³ Da es sich um ein Erfolgsdelikt handelt, muss für eine Strafbarkeit das Schutzgut tatsächlich beeinträchtigt werden. Ob der Täter darüber hinausgehende Ziele verfolgt, ist aus Opfersicht

⁶⁹⁶ So Emanuel Vahid Towfigh, Komplexität und Normenklarheit, abgerufen unter http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2008_22online.pdf.

⁶⁹⁷ Vgl. BVerfGE vom 27.02.2008 (BvR 370/07); Maunz/Dürig-Grzezick, Art.20 VII Rn.50ff.

⁶⁹⁸ Vgl. BFH, Beschl. v. 6. September 2006, XI R 26/04.

⁶⁹⁹ So spricht bspw. Löhr, S.346 von einer großen Zahl (mindestens vier) unbestimmter Rechtsbegriffe.

⁷⁰⁰ Vgl. BT- Drs. 16/575, S.7.

⁷⁰¹ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.6.

⁷⁰² Vgl. Wessels/Hettinger BT/1 §8 Rn.369a; Fölsch, SchlHA 2008, S.301; Valerius, BeckOK §238 Rn.1.

⁷⁰³ Vgl. BT-Drs. 16/3641, S.1f.; BT-Drs.16/575, S.1f.

aufgrund der bereits beeinträchtigten Freiheitssphäre nicht (mehr) von Relevanz.⁷⁰⁴ Insofern wird auch der gesetzgeberischen Intention Rechnung getragen, mit § 238 einen besseren strafrechtlichen Schutz für Stalkingopfer zu installieren.⁷⁰⁵ Anders wäre uU. zu entscheiden, wenn das Delikt - entsprechend § 292 Abs.1 Var.1 - als schlichtes Tätigkeitsdelikt ausgestaltet worden wäre, da bei jenen der Unrechtstatbestand bereits durch das im Gesetz umschriebene Tätigwerden als solches erfüllt wird. Die Miteinbeziehung der inneren Intention des Jagdwilderes dient dazu den Anwendungsbereich der Vorschrift einzuengen und strafwürdige von straflosen - da sozialadäquaten - Handlungen zu separieren.⁷⁰⁶

An Letzteres anknüpfend ließe sich argumentieren, dass ohne subjektive Komponente die Handlungsfreiheit des Täters unangemessen eingeschränkt wird, mitunter eine teleologisch begründete Reduktion des Tatbestandes stattzufinden habe.⁷⁰⁷ Insofern wird in der Rechtsprechung z.T. der Anwendungsbereich einer Strafvorschrift durch versubjektivierte Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale teleologisch reduziert.⁷⁰⁸ So urteilte bspw. das OLG Schleswig, dass das Merkmal des „Beisichführens“ in § 244 Abs.1 Nr.1a nur dann erfüllt sei, wenn der Täter das gefährliche Werkzeug bewusst gebrauchsbereit bei sich habe.⁷⁰⁹ Laut OLG Frankfurt erfordert die Einordnung eines Gegenstandes als „gefährliches Werkzeug“ im Sinne des § 244 Abs.1 Nr.1a neben seiner Eignung, erhebliche Verletzungen beifügen zu können, die Feststellung einer generellen, von der konkreten Tat losgelösten Bestimmung des Gegenstandes zur gefährlichen Verwendung seitens des Täters, welche noch nicht die konkrete Verwendungsabsicht erreicht.⁷¹⁰ Ähnlich wird der Begriff „Hilfe leisten“ in § 27 Abs.1 interpretiert.⁷¹¹ Anlass einer solchen teleologischen Reduktion ist regelmäßig die hohe Strafandrohung des jeweiligen Straftatbestandes (bspw. beim lebenslänglichen § 211 Abs.1 über „heimtückisch“⁷¹²) oder wenn der Anwendungsbereich einer Strafnorm aufgrund des zu weit geratenen Wortlautes auch neutrale bzw. sozialadäquate Verhaltensweisen erfasst.⁷¹³ Da bei § 238 der Strafrahmen des Grundtatbestandes mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe im unteren Bereich anzusiedeln ist, kann eine Restriktion des Nachstellungsparagrafen jedenfalls nicht mit dem verfassungsrechtlichen Gebot des

⁷⁰⁴ So auch *Neubacher/Seher*, JZ 2007, S.1031.

⁷⁰⁵ Vgl. BT-Drs. 16/3641, S.1f.; BT-Drs.16/575, S.1f.

⁷⁰⁶ Vgl. bspw. *Fischer* §292 Rn.11; *S/S-Eser/Heine* §292 Rn.5: sog. „Hirschsprenge“ ist nicht tatbestandsmäßig; Ausführlich zu „dem Wilde nachstellt“: *Mitsch*, BT 2/2 §1 D. Rn.71ff.

⁷⁰⁷ Vgl. *Gerhold*, NK 2007, S.2.

⁷⁰⁸ Vgl. Überblick bei *Fischer*, §244 Rn.7ff.

⁷⁰⁹ Vgl. OLG Schleswig, NStZ 2004, S.213ff.; ferner OLG Braunschweig NJW 2002, S.1735ff.

⁷¹⁰ Vgl. OLG Frankfurt, StV 2002, S.145; *StraFo* 2006, S.467 unter Verweis auf BGH NStZ-RR 2003, S.12; NStZ-RR 1997, S.50; aA. nunmehr BGH NStZ 2008, S.512ff. mit Zusammenfassung des Streitstandes.

⁷¹¹ Vgl. *Kudlich*, BeckOK §27 Rn.10ff.; *LK-Schünemann*, §27 Rn.17ff; ausführlich unter bb), (2), (c), (bb).

⁷¹² Vgl. BGHSt 32, 382; *Lackner/Kühl*, §211 Rn.6; *Eschelbach*, BeckOK, §211 Rn.55.

⁷¹³ Vgl. OLG Frankfurt, *StraFo* 2006, S.467; zum Prinzip der Sozialadäquanz ausführlich: *Roxin*, AT 1 §10, Rn.33ff.

schuldangemessenen Strafens begründet werden.⁷¹⁴ Im Hinblick auf die Ausgrenzung sozialadäquaten Verhaltens wurde bereits zuvor erläutert, dass dies eine Bewertung bzw. Auslegung des gesamten objektiven Tatbestandes bzw. sämtlicher Tatbestandsmerkmale erforderlich macht.

(ee) *Ergebnis*: Da die Auslegungskriterien zu keinem eindeutigen Ergebnis führen, sind die jeweiligen Argumente nunmehr gegeneinander einzustellen und zu bewerten. Ein eindeutiger bzw. zwingender Wortlaut existiert insofern nicht, als dass die Begrifflichkeit „nachstellt“ auch umgangssprachlich primär ein äußeres Verhalten bzw. einen Verhaltenskomplex umschreibt. Daran anknüpfend besteht im Rahmen des § 238 Abs.1 kein Bedürfnis ein finales Tätigwerden zu verlangen, insbesondere weil die Strafnorm, im Gegensatz zu § 292 Abs.1 Nr.1 und im Übrigen auch §§ 1, 4 GewSchG, als Erfolgsdelikt konzipiert ist.⁷¹⁵ Eine Strafbarkeit wegen Nachstellung setzt voraus, dass der Täter es zumindest für möglich hält und billigend-in-Kauf nimmt, durch sein Verhalten die persönliche Lebensgestaltung des Opfers zu beeinträchtigen. Eine Einbeziehung weiterer subjektiver Komponenten über den Begriff „nachstellt“ ist vor diesem Hintergrund nicht erforderlich,⁷¹⁶ zumal der Tatbestand weitere - z.T. normative bzw. wertausfüllungsbedürftige - Merkmale enthält, mithin das Gebot der Normenklarheit einer weitergehenden Implementierung subjektiver Gegebenheiten restriktiv gegenübersteht. Deshalb ist „nachstellt“ (vorerst) dahingehend auszulegen, dass keine bestimmten Täterabsichten oder -ziele hierüber Eingang in den Tatbestand finden müssen.⁷¹⁷ Dies ist letztlich auch sachgerecht, da die tatsächlichen Absichten und Motive des Handelnden unterschiedlichster Natur sein können, mitunter eine einheitliche Zielrichtung sämtlicher Stalker nicht existiert.⁷¹⁸

(c) Ob unter Bezugnahme auf Verwendung bzw. Auslegung der Begrifflichkeit im Rahmen der Jagdwilderei (§ 292 Abs.1 Nr.1) tatbestandsmäßiges Verhalten trotz beharrlicher Vornahme der angeführten Tatvarianten aufgrund fehlender Dauerhaftigkeit verneint werden kann, erscheint zumindest zweifelhaft. „Nachstellt“ im Sinne des § 292 Abs.1 Nr.1 umfasst sämtliche Handlungen, mit welchen der Täter nach seiner Vorstellung zum Fangen, Erlegen oder Sich-Zueignen der Beute unmittelbar ansetzt, also strukturell sämtliche Versuchshandlungen zu den beschriebenen Tatmodalitäten.⁷¹⁹ Der angeführten Definition ist ein Maß an Dauerhaftigkeit m.E. nicht immanent.

⁷¹⁴ Vgl. *Blum*, S.2; Kritisch *Mosbacher*, NSTZ 2007, S.666, der den Strafrahmen als „nicht recht verständlich“ bezeichnet; zum Gebot des schuldangemessenen Strafen s ausführlich unter D.IV.1.b.dd.

⁷¹⁵ So auch *Gazeas*, JR 2007, S.498, der zusätzlich auf Nachweisschwierigkeiten hinweist.

⁷¹⁶ Vgl. *Gazeas*, aaO.; *Buß*, S.212 verneint das Erfordernis einer Art überschießenden Innentendenz unter Verweis auf den Willen des Gesetzgebers, Sinn und Zweck der Strafnorm und die Funktionsumschreibung von „beharrlich“.

⁷¹⁷ Im Ergebnis ebenso: *Neubacher/Seher*, JZ 2007, S.1031; *Buß*, S.212f.

⁷¹⁸ Vgl. *Valerius*, BeckOK §238 Rn.2.1; bereits oben.

⁷¹⁹ Vgl. *NK-Wohlers*, §292 Rn.22; *Fischer*, §292 Rn.11; *S/S-Eser/Heine* §292, Rn.5; *MüKo-Zeng*, §292 Rn.27.

Eher dem entgegengesetzt wird auf eine „Unmittelbarkeit“ des Handelns abgestellt, d.h. der Täter muss Handlungen vornehmen, die *ohne wesentliche Zwischenschritte* zum Fangen, Erlegen oder Sich-Zueignen der Beute führen.⁷²⁰ Eine abschließende Stellungnahme kann allerdings erst nach Analyse des vom Wortsinn zumindest ähnlichen Tatbestandsmerkmal „beharrlich“ erfolgen.

(d) In systematischer Hinsicht könnte ein Vergleich mit dem in § 240 verorteten Nötigungstatbestand, dessen Tathandlung des Nötigens zwar nicht ausdrücklich, jedoch sinngemäß ein Handeln gegen den Willen des Verletzten voraussetzt, zu der Annahme verleiten, dass auch im Rahmen des § 238 Abs.1 der Täter einer anderen Person seine Nachstellungshandlungen gegen deren Willen auferzwingen muss.⁷²¹ Beim Nachstellungsparagrafen wird dieser Gesichtspunkt in der wissenschaftlichen Diskussion ebenfalls aufgegriffen, aber ganz überwiegend im Rahmen der Begrifflichkeit „unbefugt“ abgehandelt,⁷²² weshalb diese Interpretationsmöglichkeit von „nachstellt“ aus Gründen der Übersichtlichkeit im Rahmen der Auslegung von „unbefugt“ wiederaufgegriffen und analysiert wird.

(4) Zur Stützung der These vom eigenständigen Tatbestandsmerkmal kann m.E. jedenfalls nicht auf die oben angeführte Umschreibung des Nachstellens im Bundestagsentwurf zurückgegriffen werden.⁷²³ Zunächst erscheint zumindest zweifelhaft, ob diese Umschreibung nach dem Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck bringen soll, dass er „nachstellt“ als eigenständiges Tatbestandsmerkmal verstanden wissen will. Eine juristische Definition kann darin jedenfalls nicht erblickt werden, da sich in der Umschreibung auch ein tatbestandlicher Erfolg (Beeinträchtigung der Handlungs- und Entschlussfreiheit) wiederfindet, der aus dogmatischer Sicht als separates Tatbestandsmerkmal einer eigenen Auslegung unterliegt und deshalb nicht zusätzlich zum Inhalt des gesetzlichen Begriffs „nachstellt“ gemacht werden muss und darf.⁷²⁴ Allerdings könnte die Begrifflichkeit bzw. Umschreibung unter Umständen bei der Konkretisierung der Öffnungsklausel Ziffer 5 relevant werden.⁷²⁵ Entsprechend erfolgt eine weitergehende Erörterung im Rahmen der Auslegung des Auffangtatbestandes.

⁷²⁰ Vgl. zur Abgrenzung Vorbereitung-Versuch bei §292 *Geppert*, Jura 2008, S.601; NK-*Wohlens*, §292 Rn.23; Hervorhebung durch Verfasser.

⁷²¹ Vgl. *Lackner/Kühl*, §240 Rn.4; Vor §32 Rn.11; *Fischer*, §240 Rn.4, der weiterhin ausführt, dass die Ausübung von Zwang schon im Begriff des „Nötigens“ enthalten sei.

⁷²² Vgl. etwa *Lackner/Kühl*, §238 Rn.6; *Fischer*, §238 Rn.26f .

⁷²³ Vgl. BT- Drs. 16/575, S.7.

⁷²⁴ So auch *Krüger*, S.107f. m.w.N; vgl. auch *Rackow*, GA 2008, S.562, der von einer objektiv-subjektive Spiegelung des tatbestandlich geforderten Erfolges spricht und daran anknüpfend unter Nachstellen jedes Verhalten sieht, dass auf Verursachung des Nachstellungserfolges angelegt ist.

⁷²⁵ Vgl. *Lackner/Kühl*, §238 Rn.3; *Buß*, S.212.

bb) § 238 Abs.1 Nr.1

An prominenter da erster Stelle wird in **§ 238 Abs.1 Nr.1** das Aufsuchen räumlicher Nähe zu einem Menschen als mögliche Nachstellungsvariante angeführt.

(1) Vom Wortlaut ausgehend besteht eine „räumliche Nähe“ bei einer geringen körperlichen Entfernung zwischen Täter und Opfer.⁷²⁶ Zur näheren Umschreibung werden umgangssprachlich Begrifflichkeiten wie Nachbarschaft, unmittelbare Umgebung und Sichtweite angeführt.⁷²⁷ Es stellt sich somit unweigerlich die vom Gesetz nicht beantwortete Frage, ab welcher Distanz von einer tatbestandsmäßigen „räumlichen Nähe“ gesprochen werden kann. Der Gesetzgeber will zwar physische Annäherungen an das Opfer erfasst wissen, jedoch lassen sich auch den Gesetzgebungsmaterialien keine konkreten Abstandsvorgaben entnehmen.⁷²⁸ Teilweise wird ein Bereich von unter 300 Metern Luftlinie um den Anderen oder dessen Anwesen herum als tauglich erachtet.⁷²⁹ Als weiterer Vorschlag soll Orientierungspunkt die zivilgerichtliche Rechtsanwendung sein, bei der die Gericht im Rahmen des Gewaltschutzgesetz regelmäßig Näherungsverbote zumindest im Bereich von 200 Meter anordnen.⁷³⁰ Allerdings findet diesbezüglich keine statische Handhabung statt, sondern es wird vielmehr anhand der Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles, unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck eines Näherungsverbotes entschieden.⁷³¹ Daran anknüpfend wird konstatiert, dass die Festlegung eines bestimmten (Mindest)abstands auch im Bezug auf die strafrechtliche Regelung nicht sinnvoll erscheine, da beispielsweise auch eine Entfernung von über oder unter 50 Metern, je nach örtlichen Gegebenheiten, räumliche Nähe bedeuten könne, mitunter eine fixe Abstandsvorgang willkürlich erscheint.⁷³² Die überwiegende Ansicht will daher anhand der Gesamtumstände des konkreten Falles und unter Berücksichtigung des Schutzzweckes des Straftatbestandes die Anforderungen an eine „räumliche Nähe“ ermitteln bzw. festlegen.⁷³³

⁷²⁶ Vgl. zum Begriff „Nähe“: *Bertelsmann*, Wörterbuch der deutschen Sprache; ferner BR-Drs. 551/04 in dem noch die Formulierung „dessen körperliche Nähe sucht“ verwendet wurde; SK-Wolters, §238 Rn.10: Der Täter müsse eine Ursache dafür setzen, dass sein und des Opfers Körper sich nahe kommen.

⁷²⁷ Vgl. *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch, 7.Auflage; *Duden*, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache.

⁷²⁸ Vgl. BT-Drs. 16/575 S.7.

⁷²⁹ So *Rauda/Zenthoefer* abgerufen unter http://www.rauda-zenthoefer.de/klausurentraining/strafrecht/uebersicht_strafrecht_bt_1_neu.pdf.

⁷³⁰ SK-Wolters, §238 Rn.10 unter Verweis auf *v.Pechstaedt*, NJW 2007, S.1233f.; ferner *Krüger*, S.113f.

⁷³¹ *Eiden*, ZIS 2008, S.127 Fn.47 spricht von Schwankungen zwischen 50 und 500 Metern.

⁷³² Vgl. *Mosbacher*, NStZ 2007, S.667; *Blum*, Der neue Straftatbestand der Nachstellung, unter http://www.fhr.nrw.de/publikationen/fachbeitraege/aktuelle-beitraege/amtsanwaelte/OAA_Blum_Der_neue_Straftatbestand.pdf.

⁷³³ Vgl. SK-Wolters, §238 Rn.10; *Gazeas*, KJ 2006, S.257; *Kinzig/Zander*, JA 2007, S.487; *Buß*, S.232.

- Exkurs: Geschütztes Rechtsgut des § 238 -

Die Reichweite eines (Straf)tatbestandsmerkmals ist insbesondere unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Norm zu bestimmen.⁷³⁴ Nach hier vertretener Auffassung besteht der Hauptzweck strafrechtlicher Normen im Schutz von Rechtsgütern.⁷³⁵ Zu prüfen ist nunmehr, ob und ggf. welches verfassungsrechtlich anerkannte Rechtsgut bzw. Rechtsgüter § 238 schützen soll.⁷³⁶ Das durch die Strafrechtsnorm geschützte Rechtsgut ist mittels Auslegung des einzelnen Straftatbestandes oder der gesamten Deliktgruppe zu ermitteln.⁷³⁷ Charakteristisch für Erfolgsdelikte, d.h. Tatbeständen, bei denen der Erfolg in einer von der Täterhandlung räumlich und zeitlich getrennten Verletzungs- oder Gefährdungswirkung besteht,⁷³⁸ wie § 238 ist, dass die Berührung des geschützten Rechtsguts bzw. Interesses in negativer Weise zur Tatbestandsmäßigkeit erhoben wird.⁷³⁹

1) Ausweislich der Gesetzesformulierung will der Grundtatbestand die „Lebensgestaltung“ vor (schwerwiegenden) Beeinträchtigungen schützen. Diese dem Strafrecht bis dato fremde Begrifflichkeit wird vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art.2 Abs.1 iVm. Art.1 Abs.1 GG) verwendet, wonach das Grundgesetz dem einzelnen Bürger einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung gewährt, welcher der Einwirkung durch die öffentliche Gewalt schlechthin entzogen ist.⁷⁴⁰ Da jener Kernbereich gleichbedeutend mit der absolut geschützten Intimsphäre des Einzelnen ist, würde die private Lebensgestaltung konsequenterweise Intim- und Privatsphäre, mitunter den gesamten Bereich des privaten Lebens umfassen.⁷⁴¹ Vor dem Hintergrund eigenständiger Begriffsbildungen und –verwendungen im Strafrecht, ist dieser verfassungsrechtliche Ansatzpunkt anhand des allgemeinen Sprachgebrauchs zu überprüfen. Umgangssprachlich ist unter „Lebensgestaltung“ die Gestaltung des Lebens, d.h. dem Leben eine bestimmte Form geben oder es in einer bestimmten Art entwickeln, zu verstehen.⁷⁴² Umfasst sind daran anknüpfend objektiv-äußere Vorgänge wie beispielsweise alltägliche Abläufe, Verrichtungen oder Planungen.⁷⁴³ Dies impliziert einen Freiheitsbezug dergestalt, dass der Einzelnen frei und unabhängig von Dritten über die Führung und Gestaltung seines Lebens persönlich entscheiden und dieser Entscheidung folgend handeln kann.⁷⁴⁴ Daran

⁷³⁴ Vgl. *Roxin*, AT 1 §5 Rn.28; ausführlich zur Auslegungsmethodik bereits oben II.

⁷³⁵ Vgl. oben D. II) 1. b. dd.

⁷³⁶ Vgl. *Meyer*, ZStW 2003, S.277; *Kinzig*, ZRP 2006, S.257 unter Verweis auf *Roxin*, AT I, 3.Aufl. § 2, Rn.1, S.11.

⁷³⁷ Vgl. *Heinrich*, AT Rn.3ff; *Otto*, GK StrafR §1 Rn.14.

⁷³⁸ Vgl. *Roxin*, AT §10 Rn.103; *Lackner/Kühl*, Vor §13 Rn.32.

⁷³⁹ Vgl. *LK-Weigend*, Einl. Rn.9; *Lackner/Kühl*, §238 Rn.2.

⁷⁴⁰ Bspw. BVerfGE 80, 367; BVerfG JZ 1973, S.504.; BGH NJW 1998, S.3284; Maunz/Dürig-*diFabio*, Art.2 I, Rn.147.

⁷⁴¹ Vgl. bspw. BVerfGE 34, 238, 245f.; BVerfG NJW 2003, S.1109ff. m.w.N.

⁷⁴² Vgl. *Duden-Deutsches Universalwörterbuch*, S.1058, 685; *Duden*, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache.

⁷⁴³ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.22.

⁷⁴⁴ Geschütztes Rechtsgut ist nach Auffassung von *Valerius* daher auch die Freiheit der Lebensgestaltung; BeckOK,

anknüpfend kann auch in der Freiheit im weitesten Sinne, der Willensbildungs- und Willensbetätigungsfreiheit bzw. Entschließungs- und Handlungsfreiheit, das durch § 238 Abs.1 zu schützende Rechtsgut erblickt werden.⁷⁴⁵ Grammatikalisch kommen im Ergebnis zwei Schutzgüter mit relativ weiten und unbestimmten Anwendungsbereichen in Betracht, zwischen denen eine trennscharfe „Schutzbereichsabgrenzung“ ohnehin nicht vorgenommen werden kann und muss, da auch die Entschließungs- und Handlungsfreiheit im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art.2 Abs.1 GG) bzw. des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art.2 Abs.1 iVm. Art.1 Abs.1 GG) verfassungsrechtlichen Schutz genießt.⁷⁴⁶

2) Unabhängig von der grammatikalischen Eingrenzung des tatbestandlichen Rechtsguts gewährleistet § 238 Abs.1 keinen allumfassenden Strafrechtsschutz, da der weitere Tatbestand bestimmte Angriffsvarianten umschreibt, die zudem beharrlich und unbefugt vorgenommen werden müssen, und weiterhin nur schwerwiegende Beeinträchtigung des geschützten Guts sanktioniert werden. Die Norm wurde in die Straftaten gegen die persönliche Freiheit eingegliedert. Als Schutzgüter des 18.Abschnitts finden sich die Willensbildungs- und Willensbetätigungsfreiheit (bspw. § 240) und somit die Freiheit im weitesten Sinne, aber auch einzelne, spezifische Ausprägungen (bspw. § 239) dieser Freiheitssphäre.⁷⁴⁷ Die allgemeine Willensentschließungs- und Willensbetätigungsfreiheit wird grundsätzlich dann beeinträchtigt, wenn einer Person eine Handlungsalternative derart genommen wird, dass sie bereits daran gehindert wird, die Verwirklichung dieser Handlungsalternative ins Auge zu fassen (Willensbildungsfreiheit) oder sich aber an der Vollziehung einer erkannten Handlungsalternative gehindert sieht (Willensbetätigungsfreiheit).⁷⁴⁸ Das Tatbestandsmerkmal „schwerwiegend“ stellt in diesem Kontext eine gewisse Affinität zu § 239 und somit zur potentiellen persönlichen Fortbewegungsfreiheit im Sinne einer Freiheit der Willensbetätigung in Bezug auf Veränderung des Aufenthaltsortes her.⁷⁴⁹ Der Tatbestandssystematik und Stellung im StGB lässt sich demzufolge die Willensentschließungs- und Willensbetätigungsfreiheit als grundsätzlich geschütztes Rechtsgut des § 238 Abs.1 entnehmen, welche durch die weitere tatbestandliche Umschreibung „schwerwiegend“ eine Modifikation Richtung (potentielle) persönliche Fortbewegungsfreiheit erfährt.⁷⁵⁰ Andererseits entkräftet die

§238 Rn.1m.w.N.; *ders.* in JuS 2007, S.321; ebenso: *Wessels/Hettinger* BT/1 Rn.369a; *Fölsch*, SchIHA 2008, S.301.

⁷⁴⁵ Vgl. *Eisele*, BT 1 §22 Rn.488; *Neubacher/Seher*, JZ 2007, S.1030, 1034; *Nimtz*, Kriminalistik 2007, S.494; *Fischer*, §238, Rn.2 m.w.N., der allerdings noch weitere Rechtsgüter als geschützt ansieht.

⁷⁴⁶ Grundlegend BVerfGE 6, 36f. (Elfes-Urteil); BVerfGE 73, 237; 92, 13; BGHSt 37, 353; BayObLG NJW 1993, S.212 (§240 StGB); *S/S-Eser*, §240 Rn.1f. m.w.N.

⁷⁴⁷ Vgl. *Eisele* BT1 §19 Rn.404; *Wessels/Hettinger* BT1 Rn.368f.

⁷⁴⁸ Vgl. *NK-Toepel*, §240 Rn.13.

⁷⁴⁹ Vgl. *S/S-Eser* §239 Rn.1 unter Verweis auf BGHSt 14, 314; 32, 188; OLG Köln NJW 1986, S.334.

⁷⁵⁰ Vgl. *Buß*, S.205: „Es (das Rechtsgut der Lebensgestaltung) schließt die Lücke zwischen allgemeiner Bewegungsfreiheit und der engeren Fortbewegungsfreiheit des § 239 StGB...“

systematische Einordnung des § 238 in die Straftaten gegen die persönliche Freiheit einen spezifischen Persönlichkeitsrechtsbezug, da das Allgemeine Persönlichkeitsrecht vorwiegend in den Tatbeständen des 15.Abschnittes strafrechtlichen Schutz erfährt, welche auf dem gemeinsamen Grundgedanken beruhen, dass eine Entfaltung der Persönlichkeit nur möglich ist, wenn dem Einzelnen hierfür ein Freiraum gegenüber Gemeinschaft, Staat und Mitmenschen gewährleistet wird.⁷⁵¹

3.) Auf den ersten Blick mag auch der Gesetzgeber einen Bezug zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht des 15. Abschnittes StGB andeuten, wenn er in den Gesetzgebungsmaterialien Stalking als Eingriff in den „individuellen Lebensbereich“ des Betroffenen beschreibt.⁷⁵² Mit dem „persönlichen Lebensbereich“ findet sich ein zumindest dem Wortlaut nach praktisch identisches Schutzgut in der Überschrift des 15. Abschnitts. Entsprechend der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der daraus entwickelten Sphärentheorie, entspricht der persönliche Lebensbereich demjenigen, was die Rechtsprechung als „Privatsphäre“ definiert.⁷⁵³ Deren Schutzbereich umfasst zum einen in thematischer Hinsicht Angelegenheiten, die wegen ihres Informationsinhaltes typischerweise als „privat“ eingestuft werden, etwa weil ihre öffentliche Erörterung als unschicklich gilt, dass Bekanntwerden als peinlich empfunden wird oder nachteilige Reaktionen in der Umwelt auslöst, und zum anderen einen räumlich bestimmten Bereich, in dem der Einzelne die Möglichkeit hat, frei von öffentlicher Beobachtung und der von ihr erzwungenen Selbstkontrolle zu sein, und sich entspannen oder auch gehen lassen kann.⁷⁵⁴ In seiner weiteren Begründung zu § 238 führt der Gesetzgeber allerdings aus, dass typische Folge der Nachstellung eine Beeinträchtigung der Freiheitssphäre des Opfers sei.⁷⁵⁵ Stalking führe zu einschneidenden Verhaltensänderungen der Betroffenen und somit zu einer Beeinträchtigung der Handlung- und Entschließungsfreiheit.⁷⁵⁶ Daran anknüpfend ordnet der Rechtsausschuss massive Beeinträchtigungen der Freiheitssphäre des Opfers - nicht selten in Form von Behinderungen der Fortbewegungsfreiheit - als typische Folgen von Stalkinghandlungen ein, welche in ihrem Schweregrad der Einschränkung der Freiheit zur Ortsveränderung im Sinne des § 239 nicht nachstehen, was auch die systematische Einordnung in den 18. Abschnitt in unmittelbarem Zusammenhang mit der Freiheitsberaubung rechtfertige.⁷⁵⁷ Der Wille des Gesetzgebers, wie er sich den Gesetzgebungsmaterialien entnehmen lässt, bestätigt insofern das Resultat der systematischen

⁷⁵¹ So S/S-Lenckner, Vor §§ 201ff. Rn.2.

⁷⁵² Vgl. BT-Drs. 16/575 S.1, 6f.; 16/3641 S.1.

⁷⁵³ Vgl. SK-Hoyer, § 201a Rn.4.

⁷⁵⁴ Vgl. BVerfG NJW 2000, S.2191ff.

⁷⁵⁵ BT-Drs. 16/575, S.7; ferner BT-Drs. 16/3641 S.14.

⁷⁵⁶ Vgl. BT-Drs.16/575, S.6; Weitergehend noch BT-Drs. 16/1030, S.6: (auch) körperliche Unversehrtheit und Leben.

⁷⁵⁷ Vgl. Beschlussempfehlung RA, BT-Drs. 16/3641, S.14; BT-Drs. 16/575, S.7.

Auslegung, wonach durch § 238 Abs.1 grundsätzlich das Rechtsgut der Willensentschließungs- und Willensbetätigungsfreiheit geschützt wird, welches durch die weitere tatbestandliche Umschreibung „schwerwiegend“ eine Modifikation Richtung (potentielle) persönliche Fortbewegungsfreiheit erfährt. Entsprechend den Vorgaben der Andeutungstheorie⁷⁵⁸ findet ein so verstandenes Rechtsgut im tatbestandlichen Erfolg mit dem Begriff „Lebensgestaltung“ auch eine hinreichende gesetzliche Andeutung.

4.) Als Quintessenz der vorstehenden Auslegung kann festgehalten werden, dass im Einklang mit der unstreitig zu berücksichtigenden gesetzgeberischen Intention und unabhängig von äußeren Bezeichnung wie „persönlicher bzw. individueller Lebensbereich“ oder „private Lebensgestaltung“ durch § 238 Abs.1 grundsätzlich die Willensentschließungs- und Willensbetätigungsfreiheit geschützt wird, welche durch die weitere tatbestandliche Umschreibung „schwerwiegend“ eine Modifikation Richtung (potentielle) persönliche Fortbewegungsfreiheit erfährt.⁷⁵⁹ Die Affinität zu § 239 Abs.1 wirft allerdings die Frage auf, ob auch im Rahmen des § 238 Abs.1 eine potentielle Beeinträchtigung als ausreichend zu erachten ist. Wie bereits erläutert, ist für tatbestandsmäßiges Verhalten bei § 239 Abs.1 nach h.M. weder ein aktueller Fortbewegungswille, noch ein entsprechendes Bewusstsein des Opfers erforderlich (Potentialitätstheorie), weshalb bereits die abstrakt-potentielle Möglichkeit zur Ortsveränderung geschützt wird.⁷⁶⁰ Ob auch eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung angenommen werden kann, wenn der Betroffene sich gar nicht fortbegeben will, bedarf allerdings an dieser Stelle noch keiner Erörterung, da sich die Rechtsgutbestimmung bei Erfolgsdelikten nicht en detail vollziehen, dies vielmehr bei Auslegung des tatbestandlichen Erfolges Berücksichtigung finden muss.⁷⁶¹

a) Teilweise wird argumentiert, das zu schützende Rechtsgut „individueller Lebensbereich“ sei, auch vor dem Hintergrund, dass das Strafrecht den Schutz eines „globalen Rechtsguts“ nicht kenne,⁷⁶² völlig konturlos und nicht hinreichend bestimmt.⁷⁶³ Die Abgrenzungsfunktion zur Belästigung werde mithin nicht mehr erfüllt. In diesem Zusammenhang meldet vor allem *Kinzig*⁷⁶⁴ Bedenken an: Nach seiner Auffassung hat der Gesetzgeber bisher zu Recht davon abgesehen, den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz durch eine allgemeine strafrechtliche Bestimmung zu

⁷⁵⁸ Vgl. *Krüger*, S.111; allgemein: BVerfGE 1, 299, 312; 10, 234, 244; 11, 126; MüKo-Schmitz, § 1 Rn. 72.; NK-Hassemer/Kargl § 1 Rn.108.

⁷⁵⁹ Vgl. *Buß*, S.205; ferner *Wessels/Hettinger* BT/1 § 8 Rn.369a; *Fölsch*, SchIHA 2008, S.301.

⁷⁶⁰ Vgl. BGHSt 14, 314ff., 32, 183ff.; LK-Schäfer, §239 Rn.6; *Lackner/Kühl*, §239 Rn.1.

⁷⁶¹ Vgl. *Kühl*, Stellungnahme S.4.

⁷⁶² Vgl. *Bloy*, FS-Eser, S.233, 249.

⁷⁶³ Vgl. *Eiden*, ZIS 2008, S.124.

⁷⁶⁴ Vgl. *Kinzig*, ZRP 2006, S.255ff.; ders. JA 2007, S.481ff.

flankieren.⁷⁶⁵ Durch eine fragmentarische Beschränkung auf wenige Tatbestände, wie etwa §§ 185ff. oder § 201, sei es bisher gelungen, den strafrechtlichen Persönlichkeitsschutz hinreichend zu konkretisieren. Diese Trennschärfe zwischen den beiden Rechtsgebieten würde indes durch den neuen Tatbestand verloren gehen. Erschwerend komme noch hinzu, dass keine gefestigte Rechtsprechung hierzu existiere, da ein entsprechendes Rechtsgut dem Strafrecht bisher unbekannt sei.

b) Für die Frage der Unbestimmtheit eines strafrechtlich geschützten Rechtsgutes ist im Ausgangspunkt auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts abzustellen, die das Rechtsgutkonzept zwar bisher nicht ausdrücklich aufgenommen hat, aber die Recht- und Verfassungsmäßigkeit von Strafnormen unter ähnlichen Aspekten am rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz misst.⁷⁶⁶ Grundsätzlich verlangt wird der Schutz „gewichtiger, elementarer Gemeinschaftsgüter“, „elementarer Werte des Gemeinschaftslebens“ oder „wichtiger Gemeinschaftsbelange“ unter Maßgabe insbesondere der Werteordnung des Grundgesetz.⁷⁶⁷ Jedoch wird in diesem Zusammenhang dem Gesetzgeber bei der Schaffung von Straftatbeständen ein weiter Prognose- und Ermessensspielraum zugebilligt, da „es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers sei, den Bereich strafbaren Handelns unter Berücksichtigung der jeweiligen Lage im Einzelnen verbindlich festzulegen.“⁷⁶⁸ Dieser großzügige Ermessensspielraum erlaubt es in strafrechtsdogmatischer Hinsicht auch, relative weite und unbestimmte Rechtsgüter zu definieren. Ein Eingrenzung des strafbaren Unrechts hat dann über die Ausgestaltung des Tatbestandes zu erfolgen, durch bspw. möglichst bestimmte Umschreibung der Angriffsarten in Form von Tathandlungen und/oder Ausgestaltung als Erfolgsdelikt.⁷⁶⁹ Insofern lässt sich eine Verengung und somit hinreichende Konkretisierung des Schutzbereiches einer Strafvorschrift vornehmen. Dass ein entsprechendes Rechtsgut bisher nicht existierte, kann den Gesetzgeber prinzipiell nicht daran hindern, entsprechendes Verhalten unter Strafe zu stellen.⁷⁷⁰

Zunächst verrät ein simpler Blick in die Norm, dass die gesetzliche Verhaltensbeschreibung mehrere konkrete Tatvarianten und einen Beeinträchtigungserfolg umfasst. Wie die vorstehende Auslegung aufgezeigt hat, wird durch § 238 Abs.1 grundsätzlich die Willensentschließungs- und Willensbetätigungsfreiheit geschützt, welche durch die weitere tatbestandliche Umschreibung „schwerwiegend“ eine Modifikation Richtung (potentielle) persönliche Fortbewegungsfreiheit

⁷⁶⁵ Vgl. *Kinzig*, JA 2007, S.482; ZRP 2006, S.257.

⁷⁶⁶ Vgl. bspw. BVerfGE 23, 133; 76, 256ff.

⁷⁶⁷ Std. Rspr. BVerfGE 90, 145; 45, 253; 88, 257; BVerfG NJW 2008, S.1137; *Baumann/Weber/Mitsch*, §3 Rn.12.

⁷⁶⁸ BVerfGE 90, 173.

⁷⁶⁹ Vgl. *Kühl*, Stellungnahme, S.4.

⁷⁷⁰ Vgl. *Krüger* S.89.

erfährt. Dies dürfte angesichts des zugebilligten Ermessensspielraums wohl den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine hinreichende Rechtsgutbestimmung genügen, zumal entsprechende Schutzgüter im StGB bereits existieren (bspw. §§ 239, 240). In diesem Zusammenhang kann auch auf die Strafnorm §201a verwiesen werden, welche mit dem „höchstpersönlichen Lebensbereich“ ein relativ offenes, unbestimmtes Rechtsgut schützt, was sich bisher jedoch nicht als Mangel der Vorschrift herausgestellt hat.⁷⁷¹ Entsprechendes lässt sich auch für § 238 erwarten. Im Ergebnis greifen daher die geäußerten Bedenken hinsichtlich der Unbestimmtheit des Rechtsgutes nicht durch. Es lässt sich vielmehr konstatieren, dass es sich beim „individuellen Lebensbereich“ um ein Individualrechtsgut von höchstpersönlichem Charakter handelt, welches des Strafrechtsschutzes grundsätzlich würdig ist.⁷⁷²

5) Weitere potentielle Rechtsgüter

Teilweise wird konstatiert, dass die Bestimmung des Rechtsguts beim Tatbestand des Nachstellens Schwierigkeiten bereite.⁷⁷³ Dies hat zur Folge, dass auch andere bzw. weitere Rechtsgüter als von § 238 geschützt angesehen werden, die nachfolgend aufgelistet und analysiert werden.

a) Nach Auffassung von *Fischer*⁷⁷⁴ bezeichnet der Begriff „individueller Lebensbereich“ eine Gesamtheit im allgemeinen Persönlichkeitsrecht begründeter individueller Freiheitsgewährleistungen. Dahinter sollen letztlich die Individualrechtsgüter der körperlichen und psychischen Integrität, der Fortbewegungs- aber auch der Entschließungs- und Handlungsfreiheit, des informationellen Selbstbestimmungsrechts, der Freiheit vor Furcht und der Ehre stehen. Grundsätzlich ist der insofern suggerierte umfassende Freiheits- und Persönlichkeitsschutz aufgrund des fragmentarischen Charakter des Strafrechts als problematisch zu bezeichnen, da die Lücke diesbezüglich zum Normalbestand gehört.⁷⁷⁵ Exemplarisch erfährt die Fortbewegungs-, Entschließungs- und Handlungsfreiheit bis dato in den §§ 239 ff. nur partiellen strafrechtlichen Schutz.⁷⁷⁶ Ebenso verhält es sich mit dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁷⁷⁷

⁷⁷¹ Vgl. *Kühl*, Prot. Öffentliche Anhörung (18.10.2006), S.14; *Lackner/Kühl* §201a Rn.1.

⁷⁷² Vgl. *Kühl*, Stellungnahme S.4; *Lackner/Kühl*, §238 Rn.1; *Buß*, S.206 m.w.N.

⁷⁷³ Vgl. *Eisele* BT1 §19 Rn.404; *Mitsch* NJW 2007, S.1237 m.w.N.

⁷⁷⁴ Vgl. *Fischer*, §238, Rn.2 m.w.N.

⁷⁷⁵ Vgl. *Kühl*, Stellungnahme S.1; *Roxin*, AT 1 S.45; BGHSt JR 2008, S.255ff.; BVerfGE 73, 206ff.

⁷⁷⁶ Vgl. *Lackner/Kühl*, § 240 Rn.1.

⁷⁷⁷ Vgl. etwa §§ 201ff.; *Kinzig*,

b) Vor allem *Smischek* sieht im persönlichen Lebensbereich bzw. in der Privatsphäre das durch einen Stalkingparagrafen zu schützende Rechtsgut.⁷⁷⁸ Orientierungshilfe im Hinblick auf den Schutzbereich soll dabei der in richterlicher Rechtsfortbildung entwickelte, vor allem über §§ 1004 Abs.1, 823 Abs.1 BGB verwirklichte, zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz bieten.⁷⁷⁹ Stalkerverhalten verletze typischerweise die Privatsphäre. Nach der (zivilrechtlichen) Rechtsprechung umfasst die Privatsphäre denjenigen Lebensbereich, zu dem anderen Menschen nach der sozialen Anschauung nur mit Zustimmung des Betroffenen Zugang haben, insbesondere das Leben im häuslichen oder familiären Kreis und das sonstige Privatleben im häuslichen, unter Umständen auch im öffentlichen Bereich.⁷⁸⁰ Als Beispiele führt *Smischek* Observierungen im räumlichen Rückzugsbereich oder bestimmter Örtlichkeiten an sowie die durch vermeidbare, sich permanent wiederholende Störungen hervorgerufene Beeinträchtigung des psychischen Innenbereiches, da im Rahmen der Intimsphäre auch Gedanken und die Gefühlswelt einer Person geschützt sei.⁷⁸¹ Ähnlich wird als Ausfluss des grundrechtlich abgesicherten allgemeinen Persönlichkeitsrechts das individuelle Selbstbestimmungsrecht als Schutzgut des § 238 angesehen.⁷⁸²

Auf den ersten Blick scheint diese Erwägung auch in das Gesetzgebungsverfahren zu § 238 Eingang gefunden zu haben, da der Gesetzgeber formal ebenfalls den „individuellen Lebensbereich“ als Schutzgut bezeichnet.⁷⁸³ Allerdings wurde aufgezeigt, dass dieser in freiheitsbezogener Weise zu interpretieren ist. Wie ein Vergleich mit § 1 GewSchG bestätigt, findet auch bei § 238 Abs.1 die Beeinträchtigung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechts (Art.2 Abs.1 iVm. Art.1 Abs.1 GG) in Form der Tathandlung Eingang in den Tatbestand, deren Verwirklichung für sich genommen jedoch noch keine Strafbarkeit begründet. Ergänzend muss ein tatbestandlicher Erfolg hinzutreten, weshalb Wortlaut bzw. Deliktsstruktur des § 238 gegen einen so verstandenen unmittelbaren Schutz der Privatsphäre spricht. Bei Abänderungen des Sozialverhaltens handelt es sich um weitergehende Auswirkungen der Persönlichkeitsrechtsverletzung. Eine weitere Bestätigung findet diese Interpretation in der systematischen Einordnung des Nachstellungsparagrafen in den 18. Abschnitt, wohingegen der „zivilrechtsakzessorische“ persönliche Lebensbereich strafrechtlichen Schutz im 15. Abschnitt findet, weshalb *Smischek* konsequenterweise auch eine entsprechende Einordnung des Stalkingparagrafen in diesen Abschnitt forderte.⁷⁸⁴ Dass sich der Gesetzgeber anders entschieden hat

⁷⁷⁸ Vgl. *Smischek*, Stalking (2006), S.283; siehe auch *Krüger*, S.87; *Krey/Heinrich*, BT 1 Rn.388c.

⁷⁷⁹ Vgl. oben C.III.1.a.

⁷⁸⁰ Vgl. Palandt-*Sprau*, § 823 Rn.87 m.w.N.

⁷⁸¹ Vgl. *Smischek*, S.170; Zum BGB-Schutz der Gedanken-, und Gefühlswelt vgl. Palandt-*Sprau*, § 823 Rn.87 m.w.N.

⁷⁸² Vgl. *Kraenz*, Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts, S.314, 318.

⁷⁸³ Vgl. BT-Drs. 16/575 S.1; BT Drs. 16/3641 S.1.

⁷⁸⁴ Vgl. *Smischek*, S.315f.

ist weiteres Indiz dafür, dass der persönliche Freiheitsschutz im Vordergrund stehen soll. Bei entsprechendem Taterfolg wird allerdings reflexartig bzw. zumindest mittelbar die Privatsphäre über § 238 Abs.1 strafrechtlich geschützt.

c) Als ein mögliches Schutzgut des § 238 wurde der individuelle Rechtsfriede als eine Art „Gefühlsschutz“ ausgemacht.⁷⁸⁵ Hierfür kann die systematische Einordnung in den 18. Abschnitt - Straftaten gegen die persönliche Freiheit - angeführt werden, der mit § 241 bereits einen Straftatbestand enthält, der den individuellen Rechtsfrieden zum Schutzgegenstand hat. Individueller Rechtsfriede wird in diesem Zusammenhang überwiegend als das Vertrauen des Einzelnen auf seine durch das Recht gewährleistete Sicherheit verstanden.⁷⁸⁶ Geschützt wird das Vertrauen des Einzelnen auf seinen Rechtsfrieden, sein Gefühl der Rechtssicherheit.⁷⁸⁷ Auch der Gesetzgeber deutet einen Zusammenhang an, in dem er ausführt, die Einordnung des § 238 erfolge in Nachbarschaft zur Bedrohung, zu dem der Nachstellungsparagraf inhaltliche Bezüge aufweise.⁷⁸⁸ Des weiteren sah der Gesetzesantrag des Landes Hessen eine Platzierung der Vorschrift in § 241a vor und begründete dies mit einer inhaltlichen Nähe zu § 241.⁷⁸⁹ Geschützt sein sollte der individuelle Rechtsfriede im Sinne eines Schutzes der persönlichen Lebenssphäre vor wesentlichen Beeinträchtigungen und vor der damit zusammenhängenden Beeinträchtigung der Handlungs- und Entschließungsfreiheit.⁷⁹⁰ Entsprechend war Taterfolg des Entwurfes die *Befürchtung* einer spezifischen gegenwärtigen Gefahr.

Gegen ein so verstandenes Schutzgut des individuellen Rechtsfriedens spricht die grammatikalische Auslegung des § 238. Als Taterfolg wird eine (schwerwiegende) Beeinträchtigung der Lebensgestaltung verlangt. Der Begriff der „Lebensgestaltung“ ist strafrechtlich - wie bereits ausgeführt - noch nicht belegt oder definiert. Unter Lebensgestaltung versteht man dem allgemeinen Wortsinn nach den äußeren Ablauf des Lebens in Form von Aktivitäten und Gewohnheiten, in erster Linie also das Alltagsleben bzw. den Lebensstil. Eine Ein- bzw. Abgrenzung anhand des Wortlautes lässt sich daher insofern vornehmen, als das *äußere* Lebensgestaltung etwas anderes darstellt, wie *innere* Befindlichkeit bzw. psychische Integrität. Dem entgegen lässt sich jedoch bei genauerer Betrachtung des so verstandenen individuellen Rechtsfriedens konstatieren, dass es sich um einen (rein) psychischen Sachverhalt im Sinne des Sicherheitsgefühls des Einzelnen handelt.⁷⁹¹ Einem

⁷⁸⁵ Vgl. Mitsch, NJW 2007, S.1238; Meyer, ZStW 115, S.284.

⁷⁸⁶ Vgl. Fischer, § 241 Rn.1.

⁷⁸⁷ Vgl. SK-Horn/Wolters, § 241 Rn.2.

⁷⁸⁸ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7.

⁷⁸⁹ Vgl. BR Drs. 551/04, S.8.

⁷⁹⁰ Vgl. BR Drs. 551/04, S.1, 8.

⁷⁹¹ Statt aller Bloy, Strafrechtlicher Schutz der psychischen Integrität, FS-Eser, S.243ff.

entsprechenden Gefühlsschutz, der im geltenden Strafrecht nur sehr zurückhaltend gewährt wird, steht demnach der Wortlaut und der Wille des Gesetzgebers entgegen. Im Übrigen wird bei § 241 das eigentliche strafwürdige Unrecht in der mittelbar-abstrakten Gefährdung der allgemeinen Handlungs- und Entschließungsfreiheit gesehen.⁷⁹² Ob der Begriff individueller Rechtsfriede generell als „zu vage“ angesehen werden kann,⁷⁹³ bedarf in diesem Zusammenhang keiner Beurteilung. Festzuhalten bleibt, dass der individuelle Rechtsfriede wohl nicht unmittelbar von § 238 geschützt wird, einer Abänderung der Lebensgestaltung jedoch regelmäßig eine Beeinträchtigung des Sicherheitsgefühls vorangeht und somit diesbezüglich zumindest mittelbar bzw. reflexartig Schutz gewährleistet wird.

d) Ebenfalls bezugnehmend auf eine entsprechendes Rechtsgut bei § 241, wird die Freiheit vor Furcht als durch § 238 geschützt angesehen.⁷⁹⁴ Empirischen Untersuchungen zufolge werde durch Stalking nicht primär die (kombinierten) Rechtsgüter des Persönlichkeitsschutzes und der Handlungs- und Entschlussfreiheit verletzt, sondern das Recht auf „Freisein vor Furcht“.⁷⁹⁵ Ähnlich wird konstatiert, dass der umfassende Gesundheitsschutz des § 238 auch gegen erhebliche, durch äußere und vermeidbare Einwirkungen hervorgerufene seelische Störungen einen wichtigen und überzeugenden Legitimationsgrund für die Strafvorschrift bilde.⁷⁹⁶ In diesem Kontext sei auch die Wahrung des seelischen Wohlbefindens als Ausfluss des Allgemeinen Persönlichkeitsrechtes zu begründen.

Insofern würde es sich, entsprechend dem individuellen Rechtsfrieden, dem teilweise ebenfalls das Freisein vor Furcht zugeordnet wird⁷⁹⁷, um reinen Gefühlsschutz handeln, der sich jedoch - wie zuvor gezeigt - mit dem Wortlaut des § 238 (und dem Willen des Gesetzgebers) nicht vereinbaren lässt. Generell lässt sich anführen, dass ausschließlicher Schutz von Gefühlen bzw. der psychischen Integrität nur schwer mit dem vorherrschenden Strafrechtsverständnis zu vereinbaren ist.⁷⁹⁸ Es kann grundsätzlich nicht Aufgabe des Strafrechts sein, negative Emotionen von seinen Bürgern fernzuhalten, wobei richtigerweise eine positiv-rechtliche Grenze bei der strafwürdigen Beeinträchtigung des individuellen Sicherheitsgefühls gezogen wird.⁷⁹⁹

⁷⁹² Abstrakt gefährdete Handlungsfreiheit: vgl. BT-Drs. 7/3030, S.9; *Fischer*, §241 Rn.2; *Eisele*, BT 1 Rn.477.

⁷⁹³ So *Eisele*, BT 1, § 22 Rn.488.

⁷⁹⁴ Vgl. *Kinzig*, ZRP 2006, S.256 ff.; *ders.* JA 2007, S.482; *v.Pechstaedt*, S.152; *Löhr*, S.301.

⁷⁹⁵ Vgl. *Kinzig*, ZRP 2006, S.257.

⁷⁹⁶ Vgl. *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.1

⁷⁹⁷ Vgl. *Meyer*, ZStW 115, S.284.

⁷⁹⁸ Vgl. dazu eingehend: *Bloy*, FS-Eser, S.243ff.

⁷⁹⁹ So etwa §§ 185ff., 241 StGB, *Roxin*, AT I, § 2 Rn. 27.

e) Soweit der Gesetzgeber auch die Gesundheit und körperliche Integrität als geschützt ansieht,⁸⁰⁰ trifft dies jedenfalls auf Absatz 2 zu, wonach die Herbeiführung der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung sich strafehöhend auswirkt.⁸⁰¹ Im Schrifttum wird teilweise konstatiert, dass § 238 auf die Vermeidung erheblicher Gesundheitsschädigungen abziele, wobei weitergehend ein umfassender Gesundheitsschutz, der auch erhebliche seelische Störungen bzw. die Wahrung des seelischen Wohlbefindens umfassen soll, als überzeugende Legitimationsgrundlage für den Tatbestand angeführt wird.⁸⁰² Allerdings dürfte letztere Einschätzung - wie zuvor aufgezeigt - im Hinblick auf § 238 Abs.1 zu weit gehen, da dem Grundtatbestand aufgrund des Wortlautes ein unmittelbares Schutzgut der (psychisch-seelischen) Gesundheit nicht entnommen werden kann.

f) Teilweise wird auch das Vermögen als von § 238 Abs.1 geschützt angesehen.⁸⁰³ Zuzugeben ist, dass Stalkingopfer zum Teil erhebliche finanzielle Einbußen erleiden, die auf nachstellungsbedingte Veränderungen bspw. Wechseln der Telefonnummer bis hin zum Verlust des Arbeitsplatzes zurück zu führen sind.⁸⁰⁴ Für ein entsprechendes Schutzgut gibt jedoch weder der Wortlaut, noch die systematische Einordnung oder der gesetzgeberische Wille Anhaltspunkte. Entsprechend wird auch von der überwiegenden Ansicht das Vermögen als nicht von § 238 Abs.1 geschützt betrachtet.⁸⁰⁵

6) Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass vordergründig das Rechtsgut des individuellen Lebensbereichs bzw. der persönlichen Freiheit zur Lebensgestaltung in einer Ausprägung zwischen tatsächlicher Fortbewegungs- und Willensentschließungs- bzw. Willensbetätigungsfreiheit geschützt wird. Die hinter den Begrifflichkeiten „individueller Rechtsfriede“ oder „Freisein vor Furcht“ steckende rein psychisch-seelische Integrität erfährt, genauso wie die zivilrechtliche Privatsphäre, allenfalls mittelbaren Schutz über § 238 Abs.1. Abschließend sei noch erwähnt, dass die grundlegende Kritik an der Rechtsgutstheorie, dass der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der „Entdeckung“ von neuen Allgemeinrechtsgütern nicht eingrenzbar sei, vorliegend nicht durchgreift, da § 238 Abs.1 - wie eben ausgeführt - nach allgemeiner Ansicht den Schutz eines Individualrechtsgutes bezweckt.⁸⁰⁶

- Exkurs Ende -

⁸⁰⁰ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.6; 16/1030, S.6.

⁸⁰¹ Vgl. *Buß*, S.203, der zutreffend im Hinblick auf Abs..3 auch das Leben als geschützt ansieht.

⁸⁰² Vgl. NK/GS-Rössner/Krupna, §238 Rn.1; ferner AG Löbau (5 Ds 440 Js 16120/07), das auch Schlafstörungen unter dem Taterfolg prüft.

⁸⁰³ Vgl. *Mosbacher*, NSTZ 2007, S.666; *Joecks*, Studienkommentar, §238 Rn.2.

⁸⁰⁴ Vgl. *Gabel*, Stellungnahme, S.2.

⁸⁰⁵ Vgl. *Fischer*, § 238 Rn. 2; *Krüger*, S.94.

⁸⁰⁶ Vgl. *Rauda/Zenthoefer* abgerufen unter http://www.rauda-zenthoefer.de/klausurentraining/strafrecht/uebersicht_strafrecht_bt_1_neu.pdf.

Soll also die so verstandene persönliche Freiheit zur privaten Lebensgestaltung durch § 238 Abs.1 geschützt werden, gilt es nun die genaueren Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal „räumliche Nähe“ festzulegen. Zu verlangen ist eine Entfernung, die nach objektiven Maßstäben geeignet ist, den Taterfolg herbeizuführen, wobei die Besonderheiten und Umstände der konkreten Falles und des nachstellenden Verhaltens zu berücksichtigen sind.⁸⁰⁷ Tatbestandsmäßig ist jedenfalls eine unmittelbare körperliche Nähe, welche Berührungen oder direkt-verbale Kommunikation ermöglicht.⁸⁰⁸ Aufgrund des Wortlautes sind dergestaltige Interaktionen jedoch nicht zwingend erforderlich, weshalb auch größere Distanzen vom Tatbestand erfasst sein können.⁸⁰⁹ Im Schrifttum wird als Maßstab auf Hör- oder Sichtweite bzw. bestehendem Sichtkontakt abgestellt, da das Opfer in diesen Fällen den Täter wahrzunehmen vermag.⁸¹⁰ Dies überzeugt vor allem aus teleologischen Erwägungen heraus, da regelmäßig nur die Möglichkeit zur unmittelbaren Wahrnehmung des Täters nach objektiven Maßstäben kausal für die Herbeiführung des Taterfolges einer Beeinträchtigung der Lebensgestaltung werden kann.⁸¹¹ Seine Lebensgewohnheiten ändert derjenige, der sich einer unmittelbaren Präsenz des Täters entziehen will, um ein mögliches direktes Zusammentreffen und damit verbundene unerwünschte persönliche Kontaktaufnahmen, Bedrohungen oder gar körperliche Übergriffe zu verhindern (Stichwort: Vermeideverhaltensweisen). Maßgeblich dürfte insbesondere sein, wie schnell und problemlos der Täter unmittelbar an das Opfer herantreten kann.⁸¹² Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der im Strafrecht geltenden äußersten Grenze des noch möglichen Wortsinns kann allerdings nicht mehr von räumlicher *Nähe* gesprochen werden, wenn sich der Täter unter Zuhilfenahme technischer Hilfsmittel (Fernglas etc.) über größere Distanzen hinweg dem Lebensbereich des Opfers nähert bzw. vom Opfer wahrgenommen werden kann.⁸¹³ Im Umkehrschluss hierzu kann eine Wahrnehmbarkeit mit bloßem Auge zumindest als Indiz für räumliche Nähe gewertet werden.⁸¹⁴ Auch die vom Gesetzgeber angeführten Beispiele wie Auflauern, Verfolgen, Vor-dem-Haus-Stehen und eine sonstige häufige Präsenz in der Nähe der Wohnung oder Arbeitsstelle des Opfers sprechen für eine solche räumlich begrenzte Auslegung.⁸¹⁵ Diesbezüglich sei erwähnt, dass eine vom Gesetzgeber womöglich intendierte Einschränkung auf die Örtlichkeiten „Arbeitsstelle“ und „Wohnung“ (vgl. § 1 Abs.1 Nr.2,3 GewSchG) jedenfalls nicht

⁸⁰⁷ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.12; *Mosbacher*, NStZ 2007, S.667, der auf eine „Eignung zur unzumutbaren Belästigung“ abstellen will.

⁸⁰⁸ Vgl. *Pöppelmann*, Stellungnahme S.14, der die potenzielle Möglichkeit zum „körperlichen Übergriff“ anführt.

⁸⁰⁹ Vgl. *Valerius*, Jus 2007, S.321; *Fölsch*, SchlHA 2008, S.302; *Löhr*, S.307.

⁸¹⁰ So *SK-Wolters*, §238 Rn.10; *Kinzig*, JA 2007, S.483; *Buß*, S.234.

⁸¹¹ So auch *Fischer*, §238 Rn.12.

⁸¹² Vgl. *Pöppelmann*, Stellungnahme S.14.

⁸¹³ So auch *Buß*, S.234; *SK-Wolters*, §238 Rn.10; *Nimtz*, Kriminalistik 2007, S.495.

⁸¹⁴ Vgl. *Gazeas*, KJ 2006, S.257, JR 2007, S.499; *SK-Wolters*, §238 Rn.10.

⁸¹⁵ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7.

im insofern eindeutig formulierten Gesetzestext ihren Niederschlag gefunden hat und deshalb nicht bei der Auslegung zu berücksichtigen ist.⁸¹⁶

Innerhalb des aufgezeigten rechtlichen Rahmens ist daher im Einzelfall unter Berücksichtigung der Gesamtumstände zu ermitteln, ob eine räumliche Nähe zwischen Täter und Opfer besteht, wobei bspw. auch bereits bestehende abstandsbezogene richterliche (bspw. Weisungen, Anordnung nach GewSchG) oder gesetzliche (bspw. Hausfriedensbruch) Pflichten als positives Indiz gewertet werden können.⁸¹⁷ Wie sich aus der gleichsam spiegelbildlichen rechtlichen Handhabung des Sich-Entfernens vom Unfallort gemäß § 142 Abs.1 ergibt, wird die wertende Festlegung räumlicher Distanzen bereits bei anderen Straftatbeständen des StGB praktiziert.⁸¹⁸ In Bezug auf § 238 Abs.1 Nr.1 ist weiterhin umstritten, ob für tatbestandsmäßiges Verhalten erforderlich ist, dass das Opfer den Täter tatsächlich wahrnimmt oder etwa auch heimliches Beobachten ausreichen kann.

(a) Eine restriktive Auffassung will nur solche Annäherungen genügen lassen, bei denen das Opfer den Täter auch tatsächlich wahrnimmt und erkennt.⁸¹⁹ *Mitsch* spricht in diesem Zusammenhang davon, dass das Opfer die Nähe des Täters „spüren“ müsse.⁸²⁰ Daran anknüpfend wird teilweise verlangt, dass neben der Wahrnehmung die hergestellte Nähe eine Intensität erreichen müsse, die auch ohne jede Kontaktaufnahme eine belästigende Wirkung ausübe.⁸²¹ Den Angriffsformen Ziffer 2 bis 4 sei gemein, dass sie eine, wenn auch nur versuchte, Kontaktherstellung zwischen Opfer und Täter zum Gegenstand haben, sodass im Rahmen der Variante 1 ein Bemerktworden erfolgen bzw. zumindest vom Täter intendiert sein muss.⁸²² Alle Normen des 18. Abschnittes, so wird behauptet, schützen auch die persönliche Fortbewegungsfreiheit, deren Verletzung die tatsächliche Einwirkung des Täters auf das Freiheitsempfinden des Opfers voraussetze.⁸²³ Aus der Perspektive des Taterfolges können nur solche Annäherungen geeignete Tathandlungen sein, die das Opfer zur Kenntnis nimmt; heimliche Beobachtungen und Verfolgungen stünden teleologisch jenseits von § 238. Da die Tat eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung verursachen muss, zwingt die Ausgestaltung als Erfolgs- und nicht als Eignungsdelikt zu einer solchen Auslegung. Soweit auf die

⁸¹⁶ Vgl. auch *Krüger*, S.112.

⁸¹⁷ So auch *Neubacher/Seher*, JZ 2007, S.1032; *Krüger*, S.113.

⁸¹⁸ Vgl. zu §142: OLG Stuttgart NJW 1981, S.878; *Fischer* §142 Rn.21 m.w.N.

⁸¹⁹ Vgl. *Neubacher/Seher*, JZ 2007, S.1032; *Gazeas* KJ 2006, S. 256; *ders.* JR 2007, S.499; *Pöppelmann*, Stellungnahme, S.15; unklar *Krüger*, S.113f, der zunächst von „wahrnehmen“, später von bloßer „Wahrnehmbarkeit“ spricht.

⁸²⁰ Vgl. *Mitsch*, NJW 2007, S.1239; *Löhr*, S.308f.

⁸²¹ Vgl. *Neubacher/Seher*, JZ 2007, S.1032; ähnlich *Mosbacher*, NStZ 2007, S.667.

⁸²² Vgl. *Löhr*, S.308.

⁸²³ Vgl. *Buß*, S.233, *Valerius*, JuS 2007, S.321; *Pöppelmann*, Stellungnahme, S.15; *Löhr*, S.308; *Kraenz*, S.328 die zum dem Schluß kommt, dass dem Schutzgut der Handlungs- und Entschließungsfreiheit keine autonome Bedeutung zukomme, was allerdings gerade durch den Taterfolg widerlegt wird.

bloße *Möglichkeit* zur Wahrnehmung abgestellt werde, handele es sich lediglich um einen straflos bleibenden Versuch.

(b) Differenzierend wird vorgetragen, das grundsätzlich eine Wahrnehmung der physischen Täterpräsenz erforderlich sei, außer es handele sich um kontinuierliche, d.h. räumlich und zeitlich sich stetig wiederholende, Annäherungen.⁸²⁴ Eine andere Ansicht lässt generell die Möglichkeit zur Wahrnehmung des Täters ausreichen, wobei tatbezogen die konkreten Verhältnisse der Wohnung, des Arbeitsplatzes oder der sonstigen Umgebung des Betroffenen maßgeblich sein sollen.⁸²⁵ Zur Begründung wird auf das geschützte Rechtsgut der Freiheit des Opfers zur persönlichen Lebensgestaltung Bezug genommen. Erst wenn das Opfer den Täter wahrnehmen und erkennen könne, könne auch auf seine Freiheitssphäre eingewirkt werden. Beide Interpretation erlauben es nicht nur optische, sondern auch akustische oder olfaktorische Wahrnehmungen bzw. Wahrnehmungs-möglichkeiten in den Anwendungsbereich der Norm fallen zu lassen.⁸²⁶

(c) Weitergehend will *Fischer* heimliches, jedenfalls unentdecktes Beobachten ausreichen lassen.⁸²⁷ Dies gelte nicht nur, wenn es bspw. zum Zweck von Straftaten nach § 201a geschieht oder dem Tatopfer nachträglich in demonstrativer Weise offenbart werden soll. Die Gegenansicht finde im Gesetzeswortlaut keine Stütze und liege auch nach dem Gesetzeszweck nicht nahe; auch §§ 4 iVm. 1 I Nr.2 und 3 GewSchG setze eine Wahrnehmung durch das Tatopfer nicht voraus.

(c) *Stellungnahme*: Dem Wortlaut der Norm kann kein Erfordernis der Wahrnehmung bzw. Wahrnehmbarkeit der physischen Präsenz des Täters durch das Opfer entnommen werden.⁸²⁸ Die gewählte Formulierung legt eher eine rein distanzbezogene Auslegung nahe, da sie nur das Täterverhalten umschreibt.⁸²⁹ Auch den Gesetzgebungsmaterialien lässt sich diesbezüglich kein Hinweis entnehmen; die angeführten Beispielen der physischen Annäherungen an das Opfer wie das Auflauern, Verfolgen, Vor-dem-Haus-Stehen und eine sonstigen häufigen Präsenz in der Nähe der Wohnung oder Arbeitsstelle des Opfers sprechen weder für noch gegen eine bestimmte Art der Auslegung.⁸³⁰ Soweit man unter teleologischen bzw. systematischen Erwägungen darauf abstellen will, dass nur eine tatsächlicher Wahrnehmung eine Beeinträchtigung der Lebensgestaltung nach

⁸²⁴ Vgl. NK/GS-Rössner/Krupna, §238 Rn.5.

⁸²⁵ Vgl. *Valerius Beck*OK, §238 Rn.5; *ders.* in JuS 2007, S.321; *Wessels/Hettinger*, BT 1 Rn.369c.; *SK-Wolters*, §238 Rn.10, der insoweit ausführt, dass eine tatsächliche Wahrnehmung nicht erforderlich sei, es allerdings ohne Wahrnehmung auch nicht zu einer Beeinträchtigung der Lebensgestaltung kommen könne.

⁸²⁶ Vgl. *SK-Wolters*, §238 Rn.10.

⁸²⁷ *Fischer*, §238 Rn.12; wohl auch *Fölsch*, SchIHA 2008, S.302.

⁸²⁸ Vgl. *Buß*, S.233; *Löhr*, S.308; *Krüger*, S.113, der insofern von einem „ungeschriebenen Element“ spricht.

⁸²⁹ Vgl. *Kraenz*, S.328; *Pöppelmann*, Stellungnahme, S.15; *Wessels/Hettinger*, BT1 Rn.369c; *Löhr*, S.308.

⁸³⁰ Vgl. BT-Drs. 16/575 S.7.

sich ziehen könne, greift dies m.E. zu kurz. Unter Zugrundelegung dieser Auffassung bleiben die Fälle unberücksichtigt, in denen das Opfer nachträglich (bspw. über Dritte oder durch den Täter selbst) von der räumlichen Annäherung des Täters erfährt. Insofern kann sich ein vom Opfer zunächst unbemerkt erfolgtes Beobachten im Nachhinein durchaus noch auf dessen Lebensgestaltung auswirken.⁸³¹ Indes macht die Ausgestaltung des § 238 Abs.1 als Erfolgsdelikt die vorstehende Streitfrage gegenstandslos, da sie dogmatisch bereits im Rahmen des Kausalitätserfordernis bzw. der objektiven Zurechnung zu berücksichtigen ist. Tathandlung und Taterfolg stehen nicht beziehungslos nebeneinander, sondern müssen einen Ursachenzusammenhang aufweisen.⁸³² Nach ständiger Rechtsprechung ist als haftungsbegründende Ursache eines strafrechtlich bedeutsamen Erfolges jede Bedingung anzusehen, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfielen wobei grundsätzlich gleichgültig ist, ob neben ihr noch andere Bedingungen zur Erreichung des Erfolges mitgewirkt haben.⁸³³ Weiterhin muss der Taterfolg nach der vorzugswürdigen Lehre der objektiven Zurechnung auch bei wertender Betrachtung als „Werk des Täters“ erscheinen.⁸³⁴ Negativ formuliert: Wenn der Betroffene keinerlei Kenntnis (auch nicht nachträglich) von der physischen Annäherungshandlung erlangt, kann diese nur schwerlich für eine Beeinträchtigung der Lebensgestaltung ursächlich werden.⁸³⁵ Bei Kenntniserlangung ist - unabhängig von deren Zeitpunkt - nach der gängigen *conditio sine qua non* Formel zu prüfen, ob die Annäherungshandlung zumindest mitursächlich für den tatbestandlichen Erfolg wurde.⁸³⁶

Das postulierte Intensitätserfordernis überzeugt nicht, da eine solche „Qualitätsanforderung“ an die Tatvariante stark in Richtung - vom Gesetzgeber nicht gewolltem - Eignungsdelikt tendiert. Problematisch könnte sich ferner die Beurteilung gestalten, ab welcher „Qualität“ von einer tatbestandsmäßigen belästigenden Wirkung ausgegangen werden kann. Jedenfalls wird die intendierte Restriktion über die Ausgestaltung als Erfolgsdelikt gewährleistet, da zwischen Tathandlung und Taterfolg ein (normativer) Ursachenzusammenhang bestehen muss, mithin für die postulierte vermeintlich weitere Einschränkung kein Bedürfnis besteht.

⁸³¹ So auch *Wessels/Hettinger* BT/1 §8 Rn.369c; *Krey/Heinrich*, BT 1 Rn.388d; *Buß*, S.234 der zutreffend darauf hinweist, dass gerade die Nichtwahrnehmung das Angstgefühl beim Opfer ex post sogar noch verstärken könne; Zum österreichischen §107a: *WK-Schwaighofer*, §107a Rn.16f.

⁸³² Vgl. *Wessels/Beulke* AT Rn.153f.; *Kühl*, AT (6.Aufl.) §4 Rn.1ff.

⁸³³ Seit BGHSt 2, 20ff. std. Rspr: BGHSt 39, 195, 197; 45, 270, 294 f.; 49, 1ff.

⁸³⁴ Vgl. *S/S-Lenckner/Eisele*, Vor §§ 13ff. Rn.86, 91ff.; *Wessels/Beulke*, AT Rn.176ff.; *Krüger*, S.188.

⁸³⁵ Vgl. auch *SK-Wolters*, §238 Rn.10.

⁸³⁶ Das Kausalitätserfordernis bzw. die Ausgestaltung als Erfolgsdelikt bildet einen (Haupt)kritikpunkt des §238; vgl. Entschließungsantrag FDP-Fraktion, BT-Drs.16/3662, S.2; *Freudenberg*, NJ 2006, S.537; *Mitsch* NJW 2007, S.1240; *Eisele*, BT 1 §22 Rn.503; *Meyer*, ZStW 115, S.285.

(2) „Aufsucht“ umfasst in objektiver Hinsicht jedenfalls aktives Täterverhalten in Form der Herbeiführung bzw. Herstellung räumlicher Nähe zur betroffenen Person mittels Ortsveränderung.⁸³⁷ Die (aktive) Tathandlungsalternative scheidet demnach für den Fall aus, wenn bereits eine räumliche Nähe besteht, wie bspw. beim gemeinsamen Wohnen.⁸³⁸ Umstritten ist, ob im Rahmen dieser Tathandlungsalternative und damit bereits im objektiven Tatbestand die innere Haltung des Täters mit zu berücksichtigen ist, was insbesondere für die strafrechtliche Bewertung von zufälligen Begegnungen Relevanz erlangt.

(a) Nach überwiegender Auffassung im Schrifttum bedeutet „aufsuchen“, dass der Täter sich gezielt dem Opfer annähern muss, mitunter zufällige Begegnungen bzw. zeitgleiche Anwesenheit zu anderen Zwecken (Kinobesuch, Einkauf im Supermarkt) nicht tatbestandsmäßig sein sollen.⁸³⁹ Etwa modifizierend soll ein bloß zufälliges, aber in Kauf genommenes Zusammentreffen mit dem Opfer⁸⁴⁰ nicht ausreichen, ein ernstlich für möglich gehaltenes Zusammentreffen mit dem Opfer hingegen schon.⁸⁴¹ Zur Begründung der damit einhergehenden restriktiven Handhabung des Tatbestandes wird angeführt, dass von einem „Aufsuchen“ dem natürlichen Sprachgebrauch nach bloß die Rede sein könne, wenn man etwas Bestimmtes bzw. Zielgerichtetes im Sinn habe.⁸⁴² Eine andere Sichtweise würde ferner die verfassungsrechtlich garantierte Handlungsfreiheit des „potentiellen Täters“ über Gebühr einschränken, weil manche Verhaltensweisen (bspw. Fahrt mit dem Bus, Besuch eines Fitnessstudios) für sich betrachtet als sozialadäquat einzuordnen sind.⁸⁴³ In diesem Zusammenhang wird verlangt, dass beim Vorhandensein mehrerer Beweggründe bzw. wenn sich der Täter an bestimmte Örtlichkeiten begibt, deren Aufsuchen zumindest auch aus anderweitigen nachvollziehbare und nicht zu beanstandende Beweggründe erfolgen kann, das Aufsuchen der räumlichen Nähe dominierender Beweggrund für das Handeln des Täters sein müsse, was schließlich durch das Absichtserfordernis zum Ausdruck gebracht wird.⁸⁴⁴ Als Beispiele werden Fahrten mit öffentlichen Verkehrsmitteln, Kirchenbesuche oder Mitgliedschaften in einem Sport- oder Fitnessclub angeführt. Sollten die aufgezeigten Aktivitäten zu einem nicht beabsichtigten Zusammentreffen mit dem Opfer führen, fehle es jedenfalls am Finalelement der Zielgerichtetheit und somit an einer tauglichen Tathandlung. Vermeintlich weitergehend wird dem Aufsuchen ein

⁸³⁷ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.13; *Buß*, S.232.

⁸³⁸ Vgl. *SK-Wolters*, §238 Rn.10; *Mitsch*, NJW 2007, S.1238; *Gazeas* JR 2007, S.499; *Fölsch*, SchlHA 2008, S.302.

⁸³⁹ Vgl. *Krey/Heinrich*, BT 1 Rn.388d; *Fölsch*, SchlHA 2008, S.302; *Valerius*, BeckOK §238 Rn.5; *Wessels/Hettinger*, BT 1 Rn.369c; *Lackner/Kühl*, §238 Rn.4; *Eisele*, BT 1, Rn.493; *SK-Wolters*, §238 Rn.10.

⁸⁴⁰ Vgl. *Eisele*, BT 1, Rn.493.

⁸⁴¹ So *Buß*, S.234f.

⁸⁴² Vgl. *Krüger*, S.110f.; ebenso: *SK-Wolters*, §238 Rn.10; *Blum*, Der neue Straftatbestand der Nachstellung, S.5; *Mosbacher*, NSTZ 2007, S.667.

⁸⁴³ Vgl. *Gazeas* JR 2007, S.499; *Krüger*, S.110.

⁸⁴⁴ Vgl. *Gazeas*, JR 2007, S.499.

finales Moment konstatiert, das zwar grundsätzlich ein gezieltes Herstellen der räumlichen Nähe erforderlich mache, anderes freilich aber dann gelten müsse, wenn der Täter den Zufall in seine Planung mit aufnimmt, indem er etwa einen Supermarkt bewusst zu einer Zeit aufsucht, in der das Opfer gewöhnlich seine Einkäufe zu tätigen pflegt.⁸⁴⁵ Diesbezüglich handelt es sich allerdings nur scheinbar um eine Erweiterung zum Dolus Directus 1.Grades, da in dieser Vorsatzkonstellation das voluntative Element eine Steigerung erfährt, gleichsam der Täter immer noch in kognitiver Hinsicht das Herbeiführen einer räumlicher Nähe mit dem Opfer zumindest für möglich halten muss.⁸⁴⁶ In der angeführten Konstellation besteht aus Sicht des Täters zumindest eine theoretische Chance auf ein Zusammentreffen, was sich strafrechtlich als „Für-Möglich-Halten“ formulieren lässt. Bei Vorhandensein eines zielgerichteten Erfolgswillens kann demnach auch bei diesem Fallbeispiel ein tatbestandsmäßiges „Aufsuchen“ bejaht werden.

(b) *Fischer* hingegen erachtet eine Einschränkung des von Nr.1 erfassten Handlungsbereiches auf gezielt belästigende Verhaltensweisen als nicht sinnvoll, da sich eine solche über die Beurteilung der „Unbefugtheit“ erreichen ließe.⁸⁴⁷ Im Übrigen würde das Abstellen auf (innerpsychische) Zwecke die Feststellung des Tatbestandes in hohem Maße unsicher und unvorhersehbar machen, da eine Unterscheidung zwischen einkaufendem und nachstellend-einkaufendem Täter kaum möglich sei. Zufällige Annäherungen scheiden freilich schon mangels Vorsatz aus. Daran anknüpfend setzen die Tatvarianten der Nr.1 bis Nr.4 nach Ansicht *Fischer* in subjektiver Hinsicht weder Absicht noch Wissentlichkeit voraus, weshalb diesbezüglich bedingter Vorsatz ausreichen soll.⁸⁴⁸

(c) *Stellungnahme*: Im Kern ist umstritten, ob der Täter ein Herstellen räumlicher Nähe zum Opfer lediglich für möglich halten und billigend in Kauf nehmen muss oder bereits im objektiven Tatbestand zielgerichtetes Handeln zu verlangen ist. Der Begriff „Zielgerichtetheit“ weißt eine unverkennbare Affinität zum Dolus Directus 1.Grades (Absicht) auf, wonach es dem Täter gerade im Sinne eines zielgerichteten Erfolgswillens darauf ankommen müsste, eine räumliche Nähe zum Opfer herzustellen.⁸⁴⁹ Nunmehr gilt es durch Auslegung zu ermitteln, ob der verwendeten Begrifflichkeit „Aufsuchen“ ein subjektives Element des gezielten Handelns immanent ist.

(aa) *Wortlaut*: Eine strafrechtliche Verwendung des Begriffes „Aufsuchen“ existiert nicht. Wie bereits angeführt, ist nach der Umgangs- bzw. Alltagssprache darunter „sich zu jemanden an einen

⁸⁴⁵ So SK-Wolters, §238 Rn.10; Valerius JuS 2007, S.321; vgl. auch Kinzig/Zander, JA 2007, S.483.

⁸⁴⁶ Allgemein zu den Anforderungen an das kognitive Element: Kühl, AT §5 Rn.7ff.,38ff., 90ff.

⁸⁴⁷ Vgl. Fischer, §238 Rn.13a.

⁸⁴⁸ Vgl. Fischer, §238 Rn.30.

⁸⁴⁹ So Gazeas JR 2007, S.499; Allgemein zum dolus directus 1.Grades: BGHSt 16,1; 18, 246.

bestimmten Ort begeben bzw. jemanden ausfindig machen oder aufspüren“ zu verstehen.⁸⁵⁰ Das Teilwort „suchen“ impliziert ebenfalls ein zielgerichtetes Verhalten, da suchen bzw. eine Suche umgangssprachlich sich bemühen, etwas oder jemanden zu finden, umherschauen oder -tasten, umhergehen, um etwas oder jemanden zu finden bedeutet.⁸⁵¹ Der (Auf)suchende verfolgt also das Ziel, jemanden zu finden. Die getroffene Wortwahl spricht daher für eine Miteinbeziehung der Zielgerichtetheit bereits im objektiven Tatbestand.

(bb) *Systematik*: Gemäß § 15 ist grundsätzlich nur vorsätzliches Handeln mit Strafe bedroht. Allgemein ist Vorsatz der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis all seiner objektiven Tatumstände.⁸⁵² Mangels anderweitiger Vorgaben im Gesetzestext reicht für § 238 Abs.1 grundsätzlich bedingt vorsätzliches Handeln aus,⁸⁵³ weshalb der Täter in Bezug auf Variante 1 jedenfalls das Herstellen räumlicher Nähe zumindest für möglich halten und billigend in Kauf nehmen muss.⁸⁵⁴ Nicht einkalkulierte bzw. zufällige Begegnungen verbleiben daher auch im Regelfall des *dolus eventualis* tatbestandslos.⁸⁵⁵

Außerhalb des Strafrechts wird die Begrifflichkeit noch im Rahmen des § 1 Abs.1 Nr.3 GewSchG explizit verwendet. Zwar handelt es sich dabei um eine zivilprozessuale Regelung, die jedoch über § 4 GewSchG auch strafrechtliche Relevanz erlangen kann.⁸⁵⁶ In den Materialien zu § 238 wird z.T. ebenfalls auf entsprechende Handhabungen im Rahmen des Gewaltschutzgesetz verwiesen, weshalb der Strafgesetzgeber selbst inhaltliche Bezüge zu diesen Normen herstellt.⁸⁵⁷ Nach § 1 Abs.1 Nr.3 GewSchG kann das Zivilgericht dem Anspruchsgegner das Aufsuchen bestimmter Orte, an denen sich die verletzte Person regelmäßig aufhält, untersagen. Auch in diesem Zusammenhang wird „Aufsuchen“ als zielgerichtetes Verhalten interpretiert.⁸⁵⁸ Das systematische Grundprinzip der Einheit der Rechtsordnung spricht daher grundsätzlich für objektiv-zielgerichtetes Verhalten, vorbehaltlich der zu berücksichtigenden Relativität von Rechtsbegriffen.

(cc) *Historie*: Bei oberflächlicher Betrachtung verlangt der Gesetzgeber ebenfalls zielgerichtetes Verhalten. In den Gesetzgebungsmaterialien wird ausgeführt, dass im Rahmen des § 238 ein gezieltes Aufsuchen der räumlichen Nähe zum Opfer erforderlich sei, wobei unmittelbar

⁸⁵⁰ Vgl. *Duden*, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache; *Grimm*, Deutsches Wörterbuch (3.Band).

⁸⁵¹ Vgl. *Bertelsmann*, Wörterbuch der deutschen Sprache.

⁸⁵² Vgl. BGHSt 19, 298.

⁸⁵³ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.30; *Lackner/Kühl*, §238 Rn.7; *Eisele*, BT 1 §22 Rn.504; *Buß*, S.245.

⁸⁵⁴ Vgl. BGHSt 36,1; NSTZ 1999, S.507; ausführlich zum *dolus eventualis*: *Kühl*, AT §5 Rn.43ff.

⁸⁵⁵ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.13a; Entsprechend für §107a öStGB WK-*Schwaighofer*, Rn.15, 30.

⁸⁵⁶ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.12.

⁸⁵⁷ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7; Ferner bereits BT-Drs. 16/1030, S.6f.

⁸⁵⁸ Vgl. v.*Pechstaedt* NJW 2007, S.1234.

anschließend klargestellt wird, dass zufällige zeitgleiche Anwesenheit zu anderen Zwecken (Warten an einer in der Nähe der Wohnung gelegenen Bushaltestelle, Einkauf im Supermarkt, Besuch eines Kinos u.Ä.) nicht genügen sollen.⁸⁵⁹ Sollte die entscheidende gesetzgeberische Intention in dem tatbestandlichen Ausschluss zufälliger Begegnungen zu erblicken sein, wird dies bereits über das „normale“ Vorsatzerfordernis (§ 15) gewährleistet.⁸⁶⁰ Ferner ergänzt der Gesetzgeber lediglich den Normtext um den Begriff „gezielt“, wobei diesbezüglich zutreffend angeführt wird, dass sich ein etwaiger Wille des Gesetzgebers im Gesetzestext wenigstens ansatzweise niedergeschlagen haben muss und nicht dadurch hineininterpretiert werden kann, dass man in der Begründung den Wortlaut unverändert wiedergibt und ihn lediglich um das entscheidende Attribut ergänzt.⁸⁶¹ Hervorzuheben ist, dass der Gesetzgeber sprachlich zwischen den Begrifflichkeiten „gezielt“ und „Aufsuchen“ differenziert, wodurch er möglicherweise zum Ausdruck bringen will, dass bezüglich „Aufsuchen“ ein gesteigertes voluntatives Element im Rahmen des subjektiven Tatbestandes erforderlich sein soll.⁸⁶² Den Materialien lässt sich daher kein eindeutiger gesetzgeberische Wille entnehmen.

(dd) *Sinn und Zweck*: Unter teleologischen Gesichtspunkten macht es keinen Unterschied, ob der Täter gezielt die räumliche Nähe zum Opfer sucht oder dies lediglich für möglich hält und billigend-in-Kauf nimmt. Die geschützte Freiheitssphäre der betroffenen Person wird regelmäßig bereits durch das äußere Näheverhältnis bedroht bzw. potentiell beeinträchtigt, unabhängig vom subjektiven Handlungsbezug des Täters.

Demgegenüber kann Variante 1 augenscheinlich zu erheblichen Beschneidungen der sozialen Handlungsfreiheit des Verbotsadressaten führen.⁸⁶³ Eine Versubjektivierung der Tathandlungsalternative könnte deshalb angezeigt sein, weil das bedingt vorsätzliche Herstellen der räumlichen Nähe in bestimmten Konstellationen als sozialadäquate Handlung einzuordnen ist, mithin die Strafbewehrung als unangemessene Einschränkung der Freiheitssphäre des Täters zu bewerten ist.⁸⁶⁴ Dies trifft insbesondere auf an sich neutrale bzw. alltägliche Aktivitäten wie bspw. Fahrten mit öffentlichen Verkehrsmitteln, Kirchenbesuche oder Mitgliedschaften in einem Sport- oder Fitnessclub zu, bei denen es zu Zusammentreffen mit dem Opfer kommen kann. Vereinzelt werden darin strukturelle Parallelen zur strafrechtlichen Bewertung neutraler Alltagshandlungen als taugliche Beihilfehandlungen im Sinne des § 27 Abs.1 gesehen.⁸⁶⁵ Teile der Literatur versuchen in

⁸⁵⁹ Vgl. BT-Drs. 16/575 S.7.

⁸⁶⁰ Vgl. Fischer, §238 Rn.13a; Entsprechend für §107a öStGB WK-Schwaighofer, Rn.15, 30.

⁸⁶¹ Vgl. Krüger, S.111.

⁸⁶² Entsprechend wohl auch Gazeas, JR 2007, S.499.

⁸⁶³ Vgl. auch BT-Drs. 16/575, S.7.

⁸⁶⁴ Ähnlich Gazeas, JR 2007, S.499.

⁸⁶⁵ Vgl. Gazeas, JR 2007, S.499.

der Tat berufsadäquate bzw. neutrale Verhaltensweisen mit Hilfe des Prinzips der Sozialadäquanz aus dem objektiven Tatbestand der akzessorischen Beihilfe zu eliminieren.⁸⁶⁶ Entsprechend sollen Handlungen, die sozialüblich sind bzw. sich im Rahmen der üblichen beruflichen Tätigkeit bewegen, bereits vom Merkmal des „Hilfeleistens“ nicht erfasst sein. Ein Verhalten, welches sich vollständig im Rahmen der normalen sozialen Ordnung bewegt, könne nicht tatbestandsmäßig sein. Dies muss jedenfalls für diejenigen Verhaltensweisen gelten, die im Rahmen einer ordnungsgemäßen Berufstätigkeit üblich sind. Dem wird entgegengehalten, dass der Begriff „Sozialadäquanz“ in diesem Zusammenhang zu farblos und unbestimmt sei, ferner eine Privilegierung bestimmter Tätigkeiten bzw. Berufsgruppen (bspw. Steuerhinterziehung, Banker) die Folge wäre. Die h.M. sucht daher die Lösung für die Strafbarkeit neutraler Beihilfehandlungen über den subjektiven Tatbestand und stellt darauf ab, ob das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf abzielt, eine strafbare Handlung zu begehen und der Hilfeleistende dies sicher weiß.⁸⁶⁷ Hält er es hingegen lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbare Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung „die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ“. Unter diesen Voraussetzungen verliere sein Tun stets den „Alltagscharakter“; es ist als „Solidarisierung“ mit dem Täter zu deuten. Dies verdeutlicht, dass eine Versubjektivierung des objektiven Tatbestandes bei § 27 Abs.1 zur Ausgrenzung sozialadäquater Verhaltensweisen - soweit ersichtlich - von niemanden vertreten wird, insofern auch keine übertragbaren Grundsätze existieren.

(ee) *Ergebnis*: Da die Auslegungsvarianten zu keinem eindeutigen Ergebnis führen, sind die jeweiligen Argumente nunmehr gegeneinander einzustellen und zu bewerten. Vorab sei allerdings klargestellt, dass m.E. praktische Nachweisschwierigkeiten nicht als dogmatisches Argument gegen eine bestimmte Normauslegung ins Feld geführt werden können, zumal von Praktikerseite angeführt wird, dass diese von den Tatrichtern zu bewältigen seien.⁸⁶⁸ Die Feststellung innerer Tatsachen mag schwieriger sein als die äußerer Geschehensabläufe; sie ist dennoch in der strafrechtlichen Praxis ein alltäglicher Vorgang, bei dem auf äußere Indizien zurückgegriffen werden kann.⁸⁶⁹

Grundsätzlich gilt es festzuhalten, dass zufällige Begegnungen mangels bedingt vorsätzlichem Handeln in jedem Fall tatbestandslos verbleiben, mitunter dem gesetzgeberischen Hauptanliegen allein durch Anwendung des § 15 Rechnung getragen werden kann. Verbleiben die Sachverhalts-

⁸⁶⁶ Vgl. SK-Rudolphi, § 13 Rn. 44; S/S-Cramer/Heine, § 27 Rn. 10a.

⁸⁶⁷ Vgl. BGHSt NJW 2003, S.2996ff.; BGHSt 46, 112; OLG Düsseldorf StV 2003, S.626f; Überblick bei LK-Schünemann, §27 Rn.17ff; Roxin AT 2, §26 Rn. 219ff.

⁸⁶⁸ Vgl. Nack, Stellungnahme, S.2; ders. Prot. öffentliche Anhörung (18.10.2006), S.34.

⁸⁶⁹ So ausdrücklich BVerfG vom 07.10.2008 (2 BvR 578/07).

konstellationen, bei denen der Täter ein Zusammentreffen zwar billigend-in-Kauf nimmt, es ihm jedoch nicht zielgerichtet darauf ankommt. Insofern gilt es zu berücksichtigen, dass für eine Strafbarkeit des Handelnden er es *zusätzlich* zumindest für möglich halten und billigend-in-Kauf nehmen muss, dass sein Verhalten (uU. im Zusammenspiel mit anderen Handlungen) zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers führt. Liegen diese subjektiven Gegebenheiten vor, wird der Täter m.E. grundsätzlich nicht unzulässig in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit eingeschränkt, zumal es in diesen Konstellationen vertretbar erscheint, der Freiheit zur individuellen Lebensgestaltung bzw. des individuellen Lebensbereichs vorrangigen Schutz einzuräumen. Es ist dem Täter in den angeführten Beispielen sozialadäquaten Verhaltens regelmäßig ohne weiteres zuzumuten, ein anderes öffentliches Verkehrsmittel zu benutzen, einem anderen Fitnessclub beizutreten oder ein anderes Kino zu besuchen.

Andererseits weist der verwendete Begriff einen derartigen subjektiven Bezug auf, dass mit Fug und Recht behauptet werden kann, bei „aufsucht“ werden bereits sprachlich objektive und subjektive Elemente unlösbar miteinander verflochten. Im Ergebnis setzt daher das objektive Tatbestandsmerkmal „Aufsuchen“ jedenfalls aufgrund seines eindeutigen Wortlautes einen zielgerichteten Erfolgswillen des Täters im Sinne von Dolus Directus 1. Grades voraus.

Nicht von dieser Streitfrage betroffen sind jedenfalls die Konstellation, in denen der Täter sich vorab bewusst-zielgerichtet an bestimmte Örtlichkeiten begibt, die das Opfer später seinerseits aufsuchen wird, wie bspw. die Wohnung nach der Arbeit. Insofern ergibt sich die räumliche Nähe zum Opfer erst mittelbar, was jedoch unter normativen Gesichtspunkten keine unterschiedliche Behandlung rechtfertigt.⁸⁷⁰ Intention des Täters ist es, räumliche Nähe zum Opfer herzustellen, wobei dieses - vergleichbar der mittelbaren Täterschaftskonstruktion bei Selbstschädigungen des insofern personengleichen „Tatmittlers“ und Opfers⁸⁷¹ - eine einkalkulierte Mitwirkungshandlung vornehmen muss. Das Ergebnis bleibt jeweils dasselbe, weshalb tatbestandsmäßiges Aufsuchen auch in einer vorbereitenden Handlung und anschließendem bloßem Abwarten bestehen kann.⁸⁷²

(3) Da die räumliche Nähe nur zwischen betroffener Person und dem Täter selbst hergestellt werden kann, handelt es sich um eine eigenhändige Tatvariante, bei der mittelbare Täterschaft nicht in Betracht kommt.⁸⁷³ Allerdings ist fraglich, ob das Aufsuchen räumlicher Nähe auch durch

⁸⁷⁰ Vgl. *Buß*, S.232.

⁸⁷¹ RGSt 26, 242; BGHSt 32, 38 („Sirius-Fall“); ausführlich zu dieser Form der mittelbaren Täterschaft *Kühl*, AT §20 Rn.38ff.

⁸⁷² Vgl. *Fischer*, §238 Rn.13; *SK-Wolters*, §238 Rn.10.

⁸⁷³ So auch *Fischer*, §238 Rn.33; *SK-Wolters*, §238 Rn.10; *Mitsch*, NJW 2007, S.1239; *Buß*, S.234.

Unterlassen begangen werden kann, wobei insbesondere an die aufgrund einer Lebensgemeinschaft in gemeinsamer Wohnung bestehende räumliche Nähe zwischen (Noch)Eheleuten oder Lebensgefährten bzw. das zufällige Zusammentreffen und anschließende Nichtentfernen bzw. Verfolgen an öffentlichen Plätzen zu denken wäre.⁸⁷⁴ Ohne sich in Detailfragen der unechten Unterlassungsdelikte verlieren zu wollen, verlangt § 13 Abs.1 für eine Unterlassungsstrafbarkeit jedenfalls eine rechtliche Einstandspflicht sowie eine Entsprechung des Unterlassens mit dem gesetzlich normierten aktiven Tun.

(a) Teilweise wird vertreten, eine Unterlassensstrafbarkeit erscheine im Hinblick auf die Entsprechungsklausel zumindest zweifelhaft, weil der Tatbestand gerade eine spezifische Begehungsweise („aufsuchen“) umschreibe.⁸⁷⁵ Ein Aufsuchen durch Unterlassen in Form der Weigerung die gemeinsame Wohnung zu verlassen, vergleichbar dem Eindringen durch Unterlassen beim Hausfriedensbruch, könne daher aufgrund des Wortlautes der Norm nicht konstruiert werden. Die in § 13 Abs.1 HS.2 normierte Entsprechungsklausel verlangt, dass das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht. Zur Stützung der angeführten Meinung wäre demnach erforderlich, dass es sich beim „Aufsuchen räumlicher Nähe“ um eine verhaltensgebundene Tatvariante handelt, die nicht modalitäts-äquivalent ist, d.h. das Unterlassen nicht denselben sozialen Sinngehalt aufweist wie das im Tatbestand umschriebene aktive Tun.⁸⁷⁶ „Aufsuchen“ kann insbesondere aufgrund der zu verlangenden Zielgerichtetheit als gesetzliche Umschreibung bestimmter bzw. besonderer Handlungsmodalitäten, vergleichbar der Vermögensschädigung durch Täuschung beim Betrug, verstanden und somit als verhaltensgebunden eingeordnet werden.⁸⁷⁷ Ob ein vergleichbarer sozialer Sinngehalt vorliegt, bemisst sich nach der „gleichwertigen Weise“ bzw. „vergleichbaren Prägung“ des Unterlassens.⁸⁷⁸ Erforderlich ist, dass das Unterlassen dem in den Handlungsmerkmalen des Begehungsdelikttes vertypen Unwertgehalt gleichsteht. Jedoch lässt die Rechtsprechung auch in diesem Zusammenhang regelmäßig und ohne nähere Begründung das Bestehen einer Garantenpflicht ausreichen.⁸⁷⁹

(b) Maßgeblich ist somit auch bei bestehender Modalitätsäquivalenz die Existenz einer strafrechtlichen Garanten- bzw. Entfernungspflicht des Unterlassenden, der nicht Folge geleistet wird. Eine strafrechtliche Garantenstellung und daraus resultierende Handlungspflichten kann bzw.

⁸⁷⁴ Generell verneinend: *Fischer* §238 Rn.13; *Gazeas* JR 2007, S.499.

⁸⁷⁵ Vgl. *Mosbacher*, NStZ 2007, S.667; *Gazeas*, JR 2007, S.499; i.E. ebenso *Buß*, S.233; *Fischer*, §238 Rn.13.

⁸⁷⁶ Vgl. zur Modalitätsäquivalenz sowie der Entsprechungsklausel allgemein *Kühl*, AT §18 Rn.122ff.

⁸⁷⁷ Vgl. *SK-Wolters* §238 Rn.2, der von einem „modalisierten“ Erfolgsdelikt spricht; *Wessels/Hettinger* BT/1 §8 Rn.369b; *Krey/Heinrich*, BT 1 Rn.388c.

⁸⁷⁸ Vgl. *S/S-Stree*, §13 Rn.4.

⁸⁷⁹ Vgl. zu §263 *Lackner/Kühl*, §263 Rn.15.

können sich regelmäßig nur aus Gesetz, hoheitlichen Anordnungen, privatautonomen Handlungen (bspw. Vertrag), persönlicher Verbundenheit oder Ingerenz ergeben.⁸⁸⁰

(aa) Für den Fall des Bestehens einer Lebens- bzw. häuslichen Wohngemeinschaft kommt eine Strafbarkeit nach § 238 Abs.1 Nr.1 wohl nicht in Betracht, weil diesbezüglich grundsätzlich keine Entfernungspflicht des Mitbewohners besteht. Im Rahmen des § 123 etwa ergibt sich eine solche aus dem geschützten Hausrecht des Betroffenen im Sinne (privatrechtlicher) Befugnis über das Aufenthaltsrecht Dritter in den geschützten Räumlichkeiten, bspw. auch zeitlich beschränkt, zu disponieren.⁸⁸¹ Nach Ablauf des vorgegebenen Zeitrahmens handelt es sich nach h.M. um ein Eindringen durch Unterlassen, da der Pflicht zum Verlassen der Räumlichkeiten nicht Folge geleistet wird.⁸⁸² Eine entsprechende Befugnis lässt sich in Bezug auf Stalking beim gemeinsamen Wohnen jedoch regelmäßig nicht aus dem Hausrecht ableiten, da Mitbewohner im Innenverhältnis das Hausrecht grundsätzlich nicht gegeneinander einsetzen können, wie auch die Existenz des § 2 GewSchG verdeutlicht.⁸⁸³ Diesbezüglich hilft in der Tat wohl allein das Instrumentarium des Gewaltschutzgesetz bzw. des polizeilichen Gefahrenabwehrrechts.⁸⁸⁴

(bb) Fraglich ist demnach noch, wie die Konstellation des zufälligen Zusammentreffens an bestimmten öffentlichen Plätzen und anschließendem Nichtentfernen bzw. Verfolgen zu bewerten ist. Mangels zielgerichtetem Verhalten des vermeintlichen Täters handelt es sich nach hier vertretener Auffassung zunächst nicht um tatbestandsmäßiges Aufsuchen räumlicher Nähe zum Betroffenen (vgl. oben). Vor diesem Hintergrund müsste eine sich anschließende Anwesenheit des vermeintlichen Täters bzw. Verfolgung der betroffenen Person, auch über einen längeren Zeitraum, konsequenterweise nicht als *Aufsuchen*, sondern als insofern tatbestandsloses *Aufrechterhalten* räumlicher Nähe bewertet werden. Ob diesbezüglich eine Aufrechterhaltung bzw. Nichtentfernung aufgrund des Wortlautes von Ziffer 1 nicht als Aufsuchen durch Unterlassen bewertet werden kann, erscheint vor dem Hintergrund der Möglichkeit eines „Eindringens“ durch Unterlassen im Rahmen des § 123⁸⁸⁵ zumindest zweifelhaft.

⁸⁸⁰ Vgl. zur Garantenpflicht allgemein S/S-*Stree*, §13 Rn.7ff; *Wessels/Beulke* AT Rn.715ff.

⁸⁸¹ Entgegen seiner systematischen Verortung ist der Hausfriedensbruch ein Freiheitsdelikt: OLG Hamm NJW 1982, S.2676; OLG Köln, JR 1984, S.28; *Wessels/Hettinger* BT 1, Rn.573 m.w.N.

⁸⁸² Vgl. S/S-*Lenckner/Sternberg-Lieben*, §123 Rn.13; *Lackner/Kühl*, §123 Rn.5 m.w.N.

⁸⁸³ Vgl. S/S-*Lenckner/Sternberg-Lieben*, §123 Rn.18.

⁸⁸⁴ So auch *Mitsch*, NJW 2007, S.1238f; zustimmend: *Fischer*, §238 Rn.13; *Sering*, NJW-Spezial 2007, S.376.

⁸⁸⁵ Insofern ist nach h.M. die Begehung der Tat durch unechtes Unterlassen trotz der 2.Alternative nach den allgemeinen Regeln möglich: BGHSt 21, 224; *Lackner/Kühl*, §123 Rn.5 m.w.N.

Die Aufforderung der betroffenen Person an den Gegenüber die jeweilige Örtlichkeit zu verlassen, vergleichbar dem § 123 Abs.1 2. Alternative (echtes Unterlassungsdelikt), bzw. eine Verfolgung zu unterlassen, könnte eine Entfernungspflicht generell nur dann begründen, wenn die Nichtbeachtung eine hinreichend gravierende Verletzung subjektiver Rechte, bspw. des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, darstellt. Die selbe Erwägungen könnten ferner zur Begründung einer Garantenpflicht aus Ingerenz (= pflichtwidriges, aber nicht zwingend schuldhaftes Vorverhalten, dass eine Gefahrenlage schafft⁸⁸⁶) fruchtbar gemacht werden. Schließlich könnte sich eine Garantenpflicht auch aus hoheitlicher Anordnung ergeben, soweit eine entsprechende Anordnung der Meidung bestimmter Örtlichkeiten, insbesondere nach § 1 Abs.1 Satz 3 Nr. 1 bis 3 GewSchG, existiert. Bei letzteren sind jedoch wohl nur theoretisch Fallkonstellationen denkbar, in denen der Täter nicht zugleich zielgerichtet handelt. Grundsätzlich betrachtet kollidieren bei Zusammentreffen von Personen an öffentlichen Plätzen - anders als bei Zusammentreffen in privaten Räumlichkeiten (Hausrecht; Privatsphäre) – die Grundrechte der Freizügigkeit aus Art.11 Abs.1 GG bzw. der allgemeine Handlungsfreiheit aus Art.2 Abs.1 GG der Beteiligten, was bei verfassungskonformer Interpretation regelmäßig kein überwiegendes Interesse einer Partei an der Entfernung der anderen rechtfertigt.⁸⁸⁷ Andererseits kann bei entsprechenden Verletzungen des Persönlichkeitsrechtes, wie im Rahmen der zivilrechtlichen Schutzmaßnahmen erörtert, eine Interessenabwägung eine angemessene Einschränkung der täterischen Grundfreiheiten rechtfertigen.⁸⁸⁸ Allerdings sind subjektive Rechtsverletzungen im Rahmen des § 238 zur Begründung äquivalenter strafrechtlicher Handlungspflichten wohl nur dann geeignet, wenn bereits eine entsprechende (zivilrechtliche) Unterlassungsanordnung erlassen wurde, weil andernfalls, wie sich aus der Existenz des § 4 GewSchG ableiten lässt, wohl kaum ein strafrechtlich relevanter Unrechtsgehalt verwirklicht werden würde.⁸⁸⁹ Dennoch sollte im Ergebnis nicht generell die Möglichkeit eines „Aufsuchens durch Unterlassen“ nach §§ 238 Abs.1 Nr.1, 13 Abs.1 ausgeschlossen werden, insbesondere bei der Existenz zivilgerichtlicher Unterlassungsanordnungen. Diesbezüglich kann auch von einem gleichstehenden Unwertgehalt des Unterlassens ausgegangen werden. Weiterhin gilt es zu beachten, dass auch ein etwaiges Unterlassen (quasi-)kausal für den tatbestandlichen Erfolg der schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung werden muss. Nötigenfalls könnte auch eine Erfassung über die Generalklausel Ziffer 5 in Betracht gezogen werden.

⁸⁸⁶ Vgl. *Lackner/Kühl*, §13 Rn.11.

⁸⁸⁷ Vgl. *Sering*, NJW-Spezial 2007, S.375: Ein zufälliges Zusammentreffen stelle weder für sich einen Verstoß gegen die Schutzanordnung (§1 GewSchG) dar, noch begründe es eine Entfernungspflicht.

⁸⁸⁸ Vgl. etwa OLG Stuttgart, NJW 1988, S.1270.

⁸⁸⁹ Vgl. aber *Pollähne*, StraFo 2006, S.399, der eine Entfernungspflicht bei zufälligen Zusammentreffen im Rahmen der §§ 1,4 GewSchG ebenfalls verneint. Anderes muss jedoch gelten, wenn die Schutzanordnung explizit die Abstandsherstellung bei zufälligen Zusammentreffen anordnet; vgl. *Fischer*, MDR 2007, S.122.

(4) Abschließend lässt sich konstatieren, dass die teilweise gehegten Zweifel an der hinreichenden Bestimmtheit bzw. Auslegungsfähigkeit der Tatvariante Nr.1⁸⁹⁰ durch die vorstehende Erläuterungen keine Bestätigung erfahren haben, vielmehr eine Auslegung und Handhabung in verfassungskonformer Weise möglich ist.⁸⁹¹

cc) § 238 Abs.1 Nr. 2

In § 238 Abs.1 Nr. 2 wird der Versuch, unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln oder sonstigen Mitteln der Kommunikation oder über Dritte Kontakt zu einer Person herzustellen, normiert. Aufgrund des tatbestandlichen Erfordernisses der Verwendung von „Hilfsmitteln“, sei es kommunikativer oder menschlicher Natur, ist jedenfalls der direkte Kontaktaufnahmeversuch des physisch präsenten Täter durch Ansprache, Zuruf, Handzeichen o.ä. nicht tatbestandsmäßig im Sinne der Ziffer 2. Diesbezüglich verbleibt unter Umständen eine Erfassung über Ziffer 1, 4 oder 5.⁸⁹²

(1) Dem Tatbestand unterfällt - bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen - jedenfalls aktives Handeln, welches einen tatsächlichen Kontakt zwischen Täter und Opfer zur Folge hat. Umgangssprachlich ist unter „Kontakt“ im zwischenmenschlichen Bereich eine Berührung oder eine Verbindung zu verstehen, die jemand (einmal oder in bestimmten Abständen wieder) zumindest für eine kurze Dauer herstellt.⁸⁹³ Gesetzestechnisch wird die Begrifflichkeit bereits in den §§ 31ff. EGGVG verwendet, wonach unter bestimmten Voraussetzung eine Kontaktsperre für Gefangene dergestalt angeordnet werden kann, dass jedwede Verbindung von Gefangenen untereinander und mit der Außenwelt, einschließlich des schriftlichen und mündlichen Verkehrs mit dem Verteidiger, untersagt wird.⁸⁹⁴ Sinn und Zweck dieser Vorschriften ist es, jeden Informationsfluss innerhalb der Anstalt, von außen in die Anstalt und umgekehrt abzuschneiden.⁸⁹⁵ Bei der näheren Eingrenzung der Begrifflichkeit im Rahmen des § 238 Abs.1 stellen sich insbesondere zwei Problemkreise:

(a) Zunächst sind jene Fälle umstritten, bei denen es dem „kontaktsuchenden“ Handelnden nicht um Nachrichtenübermittlung, sondern ausschließlich um belästigendes Verhalten, insbesondere in Form

⁸⁹⁰ Vgl. etwa *Eiden*, ZIS 2008, S.127; *Freudenberg*, NJ 2006, S.537f.; zweifelnd *Gazeas* KJ 2006, S.266, der die in Hinblick auf Nr.1 geäußerten Bedenken allerdings in JR 2007, S.498f. nicht mehr explizit aufgreift.

⁸⁹¹ Ebenso *Krüger*, S.114.

⁸⁹² Vgl. *Mosbacher*, NStZ 2007, S.668.

⁸⁹³ Vgl. *Duden*, Deutsches Universalwörterbuch; *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch, 7.Auflage.

⁸⁹⁴ Zur Verfassungsmäßigkeit der sog. (RAF-)Terrorismusbekämpfungsgesetze vgl. BVerfGE 49, 24ff.

⁸⁹⁵ Vgl. BT-Drs. 8/935, S.5; LK/StPO-*Böttcher* §31 EGGVG Rn.5.

von Telefonterror, geht. In diesem Zusammenhang steht auch die Frage, ob der Täter durch sein Verhalten eine kommunikative Reaktion des Betroffenen bezwecken will oder muss.

(aa) Einer Auffassung zu Folge muss der Täter eine Nachricht mit der Intention übermitteln, eine kommunikative Reaktion des Opfers zu erhalten.⁸⁹⁶ Wenig plausibel erscheine, dass der notwendige Inhalt der Botschaft, die der Täter an das Opfer kommunikativ vermitteln will, im Tatbestand nicht konkretisiert wird.⁸⁹⁷ Stets müsse es dem Täter aber auf den Kontakt mit dem Opfer ankommen: Nicht von Nummer 2, sondern allenfalls von Nummer 5 erfasst sei damit der Fall, in dem die Benutzung des Telekommunikationsmittels etc. allein dazu dient, das Opfer (etwa durch das Läuten des Telefons) - sei es auch beharrlich - zu belästigen oder durch Übersendung bestimmter Gegenstände zu schockieren.⁸⁹⁸

(bb) Nach anderer Auffassung kann der Täter das Ziel verfolgen, das Tatopfer zu einer kommunikativen Reaktion oder sonstigen Verhaltensweisen zu veranlassen; erforderlich sei dies aber nicht.⁸⁹⁹ Kontakt-Herstellen sei daher auch das Terrorisieren durch eine Vielzahl von (Stör-) Telefonanrufen, ohne dass irgendwelche Nachrichten übermittelt werden. Konsequenterweise kann nach dieser Auffassung bereits das bloße äußere Herstellen einer Kommunikationsmöglichkeit tatbestandsmäßig sein.

(cc) *Stellungnahme*: Ausweislich der Gesetzesformulierung muss der Täter zumindest versuchen einen Kontakt, d.h. eine Verbindung zwischen zwei Personen, herzustellen. Daran anknüpfend kann „Kontakt-Herstellen“ synonym für „sich mit jemanden in Verbindung setzen“ verwendet werden.⁹⁰⁰ Auch unter Berücksichtigung der Begriffsbedeutung in den §§ 31ff. EGGVG ist jedenfalls die aus Betroffenen­sicht dem Täter zuzuordnende Nutzung oder Schaffung einer Möglichkeit zur Nachrichtenübermittlung tatbestandsmäßig,⁹⁰¹ was geradezu paradigmatisch auf die Verwendung von Telefonapparaten bzw. eine Telefonverbindung zutrifft. Dies findet ferner eine Bestätigung in den vom Täter zu verwendenden (technischen) Hilfsmitteln. Laut Gesetz muss sich der Täter bei den ersten beiden Tatalternativen unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln oder sonstigen Mitteln der Kommunikation eine Möglichkeit zur Nachrichtenübermittlung verschaffen. Umgangs-

⁸⁹⁶ So wohl *Mitsch*, NJW 2007, S.1239; zur gleichgelagerten Argumentation beim GewSchG vgl. *v.Pechstaedt* NJW 2007, S.1234 (Kontaktaufnahme setze zumindest eine Kommunikation voraus).

⁸⁹⁷ Vgl. *Pöppelmann*, Stellungnahme, S.15; *ders.* Prot. öffentliche Anhörung (18.10.2006), S.20; *Kraenz*, S.329.

⁸⁹⁸ Vgl. *SK-Wolters*, §238 Rn.11.

⁸⁹⁹ *Fischer*, §238 Rn.14; *Rengier*, BT II §26a Rn.7.

⁹⁰⁰ Vgl. *Duden*, Synonymwörterbuch (2..Aufl.); *Duden*, Die sinn- und sachverwandten Wörter (2.Aufl.).

⁹⁰¹ Vgl. *Neubacher/Seher* JZ 2007, S.1032; *Fischer*, §238 Rn.14; *Kinzig/Zander* JA 2007, S.483: „...zu erreichen versucht.“

sprachlich ist unter dem lat. Begriff „Kommunikation“ der Prozess der Mitteilung, der wechselseitige Austausch von Gedanken, Meinungen, Wissen, Erfahrungen und Gefühlen sowie die Übertragung von Nachrichten, Informationen - neben der Sprache durch Zeichen aller Art - zu verstehen.⁹⁰² Ergo sind solche Mittel zu verwenden, die einen Informationsaustausch bzw. eine Nachrichtenübertragung *ermöglichen*, weshalb sich „Kontakt-Herstellen“ im Sinne des § 238 Abs.1 Nr.2 stark verkürzt auch als Bemerkbarmachen gegenüber dem Betroffenen umschreiben ließe.⁹⁰³ Der Zusammenschau beider Begrifflichkeiten kann demnach keine Notwendigkeit einer (intendierten) Nachrichtenübermittlung entnommen werden, sodass ausweislich des Wortlautes bereits die (versuchte) dem Täter zuzuordnende Nutzung bzw. Schaffung einer Möglichkeit zur Nachrichtenübermittlung vom Tatbestand umfasst ist.

Der Gesetzgeber begnügt sich diesbezüglich mit einer beispielhaften Aufzählung, wonach durch Nummer 2 unerwünschte Anrufe, E-Mails, SMS, Briefe, schriftliche Mitteilungen, schriftliche Botschaften an Windschutzscheiben o.ä. erfasst sein sollen.⁹⁰⁴ Vor allem die erstgenannten Tätigkeiten können, müssen aber nicht mit einer Nachrichtenübermittlung verbunden sein. Ferner findet sich in den Materialien der Hinweis, dass insbesondere vielfach wiederholte Telefonanrufe charakteristisches Stalkerverhalten darstellen.⁹⁰⁵ Die Verwendung der Begriffe „schriftliche Botschaften und Mitteilungen“ hingegen könnte als Indiz für die Notwendigkeit einer Informationsübermittlung gewertet werden. Insgesamt betrachtet geben die Gesetzgebungsmaterialien keinen eindeutigen Aufschluss in Bezug auf die Problemstellung.

In systematischer Hinsicht findet sich eine vergleichbare Regelung in § 1 Abs.1 S.3 Nr.4 GewSchG, nach der das erkennende (Zivil)gericht dem Anspruchsgegner untersagen kann, mit dem Anspruchssteller Verbindung aufzunehmen. Diesbezüglich wurde von der tatgerichtlichen Rechtsprechung unter Berufung auf Wortlaut und Telos der Vorschrift entschieden, dass eine Kommunikation nicht erforderlich sei, obwohl abweichend von § 238 Abs.1 Nr.2 der Herstellungsversuch *expressis verbis* nicht ausreicht, es vielmehr tatsächlich zu einer Verbindung kommen muss.⁹⁰⁶ Sinn und Zweck der Vorschrift sei es, anonyme Anrufe, bei denen der Täter aufliegt, nachdem sich das Opfer meldet, zu verhindern. Konsequenterweise wurden bspw. bloßes

⁹⁰² Vgl. *Brockhaus* von A bis Z (2.Band); *Duden*, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache; *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch, 7.Auflage.

⁹⁰³ Vgl. *Kinzig/Zander* JA 2007, S.483; *Gazeas*, JR 2007, S.500; *Fischer*, §238 Rn.14b: Alle denkbaren gegenständliche Mittel zur Übermittlung von Nachrichten.

⁹⁰⁴ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.6f.

⁹⁰⁵ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.1.

⁹⁰⁶ Vgl. *v.Pechstaedt*, NJW 2007, S.1234 unter Verweis auf LG München, Bv. 3.6.2005 (Az: 13 T 9373/05); AG München, Bv 24.1.2005 (Az: 154 C 9582/04).

Klingelntönen des Telefons und non-kommunikative Unterbrechung der Verbindung bzw. anonyme Anrufe als ausreichend erachtet, da diese im besonderen Maße geeignet seien, den Betroffenen in Beunruhigung zu versetzen.⁹⁰⁷ Auch bei den zeitlich vorgelagerten Zivilverfahren kann die Nutzung eines Telefonapparates einen Unterlassungsanspruch nach §§ 823, 1004 BGB analog begründen, weil die technische Eigenart speziell des Telefons eine unkontrollierbares Eindringen in die Privatsphäre ermöglicht; einerseits ist für den Anschlussinhaber regelmäßig nicht zu erkennen, wer anruft, wohingegen andererseits er gleichwohl ein berechtigtes Interesse an der Entgegennahme von Telefonaten hat, mitunter sogar dazu genötigt sein kann.⁹⁰⁸ Zu beachten ist allerdings, dass es sich hierbei um zivilrechtliche bzw. zivilprozessuale Regelungen handelt, deren Eingriffsvoraussetzungen bzw. -anforderungen oftmals niedriger als bei strafrechtlichen Normen liegen (Stichwort: Relativität der Rechtsbegriffe).⁹⁰⁹

Doch auch im strafrechtlichen Bereich lässt sich unter Berücksichtigung des Schutzzweckes des Nachstellungsparagrafen eine entsprechende Auslegung rechtfertigen. Im Rahmen des § 238 Abs.1 muss das Täterverhalten geeignet sein, die Entschließungs- und Handlungsfreiheit des Opfers in Form der persönlichen Lebensgestaltung zu beeinträchtigen.⁹¹⁰ Eine Abänderung gewohnter Verhaltensweisen durch Schutzmaßnahmen kann aber bereits daraus resultieren, dass die (permanenten) äußeren Kontaktaufnahmehandlungen, insbesondere in Form von Störanrufen bzw. Telefonterror, die betroffene Person tatsächlich erreichen, unabhängig von den eigentlichen Beweggründen des Täters.⁹¹¹ Ist für eine Kontaktherstellung demnach der Empfängerhorizont und somit die Opferperspektive maßgeblich, macht es keinen Unterschied, ob der Telefonanruf aus Tätersicht einer Nachrichtenübermittlung oder „lediglich“ der Belästigung bzw. Terrorisierung dienen soll.⁹¹² Insofern liegt eine (vollendete) Kontaktherstellung im Sinne des § 238 Abs.1 Nr.2 vor, wenn der Handelnde eine kommunikative Verbindung, d.h. eine aus Betroffenen-sicht ihm zuzuordnende Möglichkeit zur Informationsübermittlung, schafft oder nutzt.⁹¹³ Plastisches Beispiel hierfür ist der tatsächlich entgegengenommene Telefonanruf, aber auch das Bewirken des Zugangs einer (leeren) SMS oder E-Mail. In negativer Abgrenzung bedarf es aus den geschilderten teleologischen Erwägungen heraus keiner intendierten Nachrichtenübermittlung von Seiten des Täters. Wie bereits angeklungen, wird z.T. für erforderlich gehalten, dass der Betroffene die

⁹⁰⁷ Vgl. v.Pechstaedt aaO.

⁹⁰⁸ Vgl. Kaboth ZUM 2003, S.343 unter Verweis auf BGHZ 54, 188; BGH NJW-RR 1990, S.359; NJW 1989, S.2820.

⁹⁰⁹ Vgl. zu den zivilrechtlichen bzw. zivilprozessualen Anforderungen oben C.III.

⁹¹⁰ Vgl. Fischer, §238 Rn.9, 17af.

⁹¹¹ iErg. ebenso Buß, S.237.

⁹¹² iErg. ebenso Buß, S.237.

⁹¹³ Vgl. Neubacher/Seher JZ 2007, S.1032; Fischer, §238 Rn.14; Kinzig/Zander JA 2007, S.483: „...zu erreichen versucht.“

Annäherungshandlung wahrnimmt, weil ansonsten jede belästigende Wirkung von vorneherein ausgeschlossen sei.⁹¹⁴ Dieses Erfordernis wird dogmatisch bereits über die Ausgestaltung des § 238 Abs.1 als Erfolgsdelikt und dem damit einhergehenden Kausalitäts- und Zurechnungserfordernis zwischen Tathandlung und –erfolg bewerkstelligt,⁹¹⁵ weshalb ein entsprechendes (definitorisches) Eingrenzungsbedürfnis nicht besteht. Verbleibt es demnach bei der oben aufgestellten extensiven Definition des „Kontakt-Herstellen“, ist damit allerdings noch nicht abschließend über den tatsächlichen Anwendungsbereich der Vorschrift entschieden, da weitere Tatbestandsmerkmale vorhanden sind bzw. verwirklicht werden müssen.

(b) Vor diesem Hintergrund ist der zweite Problemkreis an sich bereits erörtert bzw. beantwortet. Umstritten ist, ob ein Informationsgehalt verbal-ausdrücklich an den Betroffenen herangetragen werden muss, oder eine intendiert-konkludente Übermittlung genügt. Exemplarisch wird dies vorwiegend an der (bloßen) Übersendung eines Blumenstraußes diskutiert.

(aa) Nach einer Auffassung ist erforderlich, dass durch das Täterverhalten eine verbale Kommunikation, einerlei ob mündlich oder durch schriftliche Zeichen, ermöglicht werden kann.⁹¹⁶ Jede Art nonverbaler Kommunikation durch Gesten, bspw. das Hinterlegen von Rosen, sei aus dem Tatbestand herauszunehmen. Letzteres könnte jedoch fallbezogen evtl. eine Bedrohung nach Ziffer 4 darstellen oder den Auffangtatbestand der Nr.5 erfüllen.

(bb) Nach der Gegenauffassung sei eine Beschränkung auf „verbale Kommunikation“ dem Tatbestand nicht zu entnehmen.⁹¹⁷ Auch das bloße äußere Herstellen der Kommunikationsmöglichkeit (z.B. die Zusendung) könne bereits ohne weitergehenden Informationsgehalt die intendierte „Nachricht“ darstellen (z.B. die Botschaft, das Tatopfer könne sich dem Einfluss des Täters nicht entziehen; seine Erreichbarkeit sei bekannt oder aufgedeckt). Mit der Übersendung von Blumen werde nach der Verkehrsanschauung regelmäßig dieselbe Nachricht transportiert wie mit einem netten Brief oder SMS.⁹¹⁸ Nicht ersichtlich sei, warum bspw. der Fall des Blumenschickens anders beurteilt werden soll als eine Briefsendung, die lediglich die Nachricht „expressis verbis“ transportiert.

(cc) *Stellungnahme:* Nach der zuvor herausgearbeiteten Definition einer (vollendeten) Kontaktherstellung muss der Handelnde eine kommunikative Verbindung, d.h. eine aus

⁹¹⁴ Vgl. *Neubacher/Seher* JZ 2007, S.1032 .

⁹¹⁵ Vgl. hierzu *Wessels/Beulke* AT Rn.153f.; *Kühl*, AT (6.Aufl.) §4 Rn.1ff.

⁹¹⁶ Vgl. *Gazeas*, JR 2007, S. 500; *Krüger*, S. 118 ff.

⁹¹⁷ Vgl. *Fischer*, § 238 Rn. 14; *Krüger*, S.117, bereits *Smischek*, S. 116 f, 317.

⁹¹⁸ Vgl. *Buß*, S.235.

Betroffenensicht ihm zuzuordnende Möglichkeit zur Informationsübermittlung, nutzen oder schaffen. Da das Abstellen auf die bloße Möglichkeit eine tatsächliche Informationsübermittlung gänzlich entbehrlich macht, fällt grundsätzlich auch die tatsächliche Übermittlung nonverbaler Mitteilungen unter Verwendung der tatbestandlichen Kommunikationsmittel in den Anwendungsbereich der Tatvariante. Allenfalls als schwaches Indiz gegen eine solche Interpretation können die beispielhaften Aufzählungen in den Gesetzgebungsmaterialien gewertet werden, da jene ausdrücklich als nicht abschließend („o.Ä.“) zu betrachten sind.⁹¹⁹ Freilich eröffnet dies zunächst einen sehr weiten Anwendungsbereich der Tatvariante, da mit praktisch jedem übersendeten Gegenstand vom Absender etwas zum Ausdruck gebracht werden soll bzw. vom Empfänger hineininterpretiert werden kann. Restriktionen müssen daher über eine entsprechende Interpretation der sonstigen Tatbestandsmerkmale erfolgen.

(2) Im Rahmen des § 238 Abs.1 Nr.2 ist bereits die versuchte Kontaktherstellung tatbestandsmäßig, was eine zusätzliche Ausdehnung des tatbestandlichen Anwendungsbereichs dieser Variante zur Folge hat, zumal auch untaugliche Versuche nicht ausgeschlossen sind (vgl. § 23 Abs.3).⁹²⁰ Ohne weitergehende Relevanz ist die Tatsache, dass es sich um kein echtes Unternehmensdelikt im Sinne des § 11 Nr.6 handelt, bei dem Versuch und Vollendung gleichgestellt sind, da der Tatbestand die Begrifflichkeiten „Unternehmen“ bzw. „unternimmt“ nicht beinhaltet.⁹²¹ Teilweise wird die Tatvariante als sog. „unechtes Unternehmensdelikt“ eingeordnet.⁹²² Um eine Abgrenzung zum straflosen Vorbereitungsstadium vornehmen zu können, bedarf es jedenfalls einer Präzisierung des Zeitpunktes, ab welchem von einem tatbestandsmäßigen Kontaktherstellungsversuch ausgegangen werden kann. Entsprechend § 22 Abs.1 ist hierbei das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung ausschlaggebend und setzt demnach voraus, dass der Täter subjektiv die Schwelle zum „jetzt geht es los“ überschreitet, es eines weiteren „Willensimpulses“ nicht mehr bedarf und er objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne wesentliche Zwischenakte in die Tatbestandserfüllung, d.h. die Herstellung einer kommunikativen Verbindung zwischen ihm und dem Betroffenen, übergeht.⁹²³ In negativer Abgrenzung bedarf es

⁹¹⁹ BT-Drs. 16/575, S.6f.: unerwünschte Anrufe, schriftliche Mitteilungen, E-Mails, SMS, Briefe, schriftliche Botschaften an Windschutzscheiben.

⁹²⁰ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.14; *SK-Wolters*, §238 Rn.11; *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.6; Probleme sieht *Löhr*, S.310ff.

⁹²¹ Vgl. *BeckOK-Beckemper*, §11 Rn.43: Ein echtes Unternehmensdelikt liegt nur vor, wenn das Gesetz das Unternehmen der Tat ausdrücklich mit Strafe bedroht. AA. für §238: *Buß*, S.235 m.w.N.

⁹²² Vgl. *Mosbacher*, NStZ 2007, S.667; ebenso *Blum*, Der neue Straftatbestand der Nachstellung, S.7; *Krüger*, S.122; widersprüchlich *Fischer*, §238 Rn.4: unechtes Unternehmensdelikt, Rn.14: echtes Unternehmensdelikt; Allgemein zur Unterscheidung echtes – unechtes Unternehmensdelikt vgl. *S/S-Eser*, §11 Rn.52ff.

⁹²³ Allgemein zum „unmittelbaren Ansetzen“: BGHSt 28, 162ff.; 48, 34; 30, 364; *Fischer*, §22 Rn.10 m.w.N.

nach dieser Ansatzformel keiner Reaktion bzw. tatsächlichen Verbindungsaufnahme durch den Betroffenen, bspw. in Form der Entgegennahme eines Telefonanrufes.⁹²⁴

(3) Der Kontaktherstellungsversuch muss in der ersten Alternative unter Zuhilfenahme von „Telekommunikationsmittel“ erfolgen. Als Telekommunikationsmittel gelten gemäß der Legaldefinition in §§ 3 Nr.22, 23 TKG sämtliche Mittel technischer Telekommunikation (technische Einrichtungen oder Systeme, die als Nachricht identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden, übertragen, vermitteln, empfangen, steuern oder kontrollieren können), mit dem Ziel des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Nachrichten jeder Art. Hierzu zählen beispielsweise Telefon, Telefax, SMS/MMS, E-Mail, Internet und Mittel optischer Übertragung⁹²⁵ und somit auch das mittels Internet praktizierte „Cyberstalking“⁹²⁶. Zu beachten ist, dass die genannte Definition dem Telekommunikationsgesetz entstammt und auf dieses ausdrücklich Bezug nimmt (Stichwort: Relativität der Rechtsbegriffe). Da es sich allerdings um eine rein technische Umschreibung handelt, besteht für eine anderweitige strafrechtliche Interpretation kein ersichtliches Bedürfnis.⁹²⁷ Darüber hinaus scheint eine exaktere Eingrenzung entbehrlich, da es sich bei den Telekommunikationsmitteln ausweislich der Gesetzesformulierung um einen Unterfall der „Mittel der Kommunikation“ handelt, mitunter keine Anwendungslücken zu erwarten sind.⁹²⁸ Verlässt der Täter nach der oben herausgearbeiteten Definition das straflose Vorbereitungsstadium grundsätzlich dann, wenn er subjektiv die Schwelle zum „jetzt geht es los“ überschreitet und Handlungen vornimmt, die nach seiner Vorstellung ohne wesentliche Zwischenschritte zur Herstellung eines Kontaktes mit dem Opfer führen können, liegt rein begrifflich ein unmittelbares Ansetzen (§ 22 Abs.1) zur Kontaktherstellung über Telekommunikationsmittel bspw. bereits dann vor, wenn der Täter die Telefonnummer des Opfers wählt bzw. das Telefon des Betroffenen klingeln lässt, wobei die diesbezüglichen strafprozessualen Nachweisschwierigkeiten auf der Hand liegen.⁹²⁹

(4) Nach einer weiten Definition umfasst das als zweite Alternative angeführte Verwenden „sonstiger Mittel der Kommunikation“ den Einsatz aller denkbaren gegenständlichen Mittel zur Übermittlung von Nachrichten, insbesondere Briefe, sonstige Postsendungen, schriftliche

⁹²⁴ Im Ergebnis ebenso *Valerius*, JuS 2007, S.321; *ders.* in BeckOK §238 Rn.6; *Mitsch*, NJW 2007, S.1239; *Fölsch*, SchlHA 2008, S.302; *GS/NK-Rössner/Krupna* §238 Rn.6; Ansatzformel: *Lackner/Kühl*, §22 Rn.4.

⁹²⁵ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7; *Fischer*, § 238 Rn.14a; *Krüger*, S.117, der zudem auf § 312b II BGB verweist.

⁹²⁶ Vgl. hierzu *Hilgendorf/Hong*, K&R 2003, S.168; *Stephan*, Zum Phänomen und Umgang mit Cyberstalking, abgerufen unter <http://www.uni-bonn.de/~ujr701/Startseite/Texte/Vonwem/CyberCrime-CyberCrimeKontrolle-SS2003/SammlungCyberCrime/Stephan.pdf>; zur Erfassung sog. „Spam-mails“ vgl. *Buß*, S.236; kritisch: *Löhr*, S.310f.

⁹²⁷ Auch in der Literatur wird vorbehaltlos auf das TKG verwiesen: *Fischer*, §238 Rn.14a; *Krüger*, S.118, der allerdings zur Beachtung systematischer Aspekte mahnt.

⁹²⁸ *Krüger* (S.118) hält eine Definition für entbehrlich bzw. nicht erforderlich.

⁹²⁹ Vgl. auch *Krüger*, S.115, der richtigerweise auf Ermittlungsschwierigkeiten aufgrund des auch in der StPO zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hinweist.

Botschaften an Windschutzscheiben⁹³⁰, Fotos oder Videoaufzeichnungen.⁹³¹ Umstritten ist in diesem Zusammenhang, ob das bloße Übersenden oder Platzieren von Gegenständen, wie bspw. Geschenken, Blumen oder toten Tieren, als Kontaktherstellungsversuch unter Verwendung sonstiger Mittel der Kommunikation einzuordnen ist.

(a) Hiergegen wird der fehlende Nachrichtencharakter solcher „Aufmerksamkeiten“ angeführt.⁹³² Erforderlich sei, dass durch das Täterverhalten eine verbale Kommunikation, einerlei ob mündlich oder durch schriftliche Zeichen, ermöglicht werden könne.⁹³³ Eine solche restriktive Auslegung sei zur Vermeidung einer uferlosen Ausweitung⁹³⁴ des elastischen Terminus „Mittel der Kommunikation“ angezeigt, weshalb die Übersendung (bloßer) Geschenke oder sonstiger Gegenstände nicht § 238 Abs.1 Ziffer 2 unterfalle. Zur Stützung dieser These wird ferner auf die Gesetzesbegründung verwiesen, welche beispielhaft „Briefe“ und „*schriftliche* Botschaften an Windschutzscheiben“ anführt, weshalb es sich bei sonstigen Mitteln der Kommunikation um Briefe und sonstige schriftliche Mitteilungen handeln müsse.⁹³⁵ Anderweitiges nonverbales Verhalten könne fallbezogen evtl. unter die Bedrohungsvariante Ziffer 4 oder die Generalklausel Ziffer 5 subsumiert werden.

(b) Vereinzelt wird die Zusendung von Geschenken vorbehaltlos unter Ziffer 2 subsumiert.⁹³⁶ Selbstredend seien Blumen (sonstige) Kommunikationsmittel; mit ihrer Übersendung werde nach der Verkehrsanschauung regelmäßig dieselbe Nachricht transportiert wie mit einem netten Brief oder SMS. Nicht ersichtlich sei, warum der Fall des Blumenschickens anders beurteilt werden soll als eine Briefsendung, die lediglich die Nachricht „*expressis verbis*“ transportiert. Bereits das bloße äußere Herstellen der Kommunikationsmöglichkeit (z.B. die Zusendung) ohne weitergehenden Informationsgehalt könne bereits die intendierte „Nachricht“ darstellen (z.B. die Botschaft, das Tatopfer könne sich dem Einfluss des Täters nicht entziehen; seine Erreichbarkeit sei bekannt oder aufgedeckt).⁹³⁷ Bereits im Vorfeld des Erlasses der Strafnorm wurde vertreten, dass das Zusenden bzw. Hinterlassen ungewollter Präsente unter den tatbestandlich weit gefassten Begriff der „Kommunikation“ zu subsumieren sei.⁹³⁸

⁹³⁰ Vgl. BT-Drs. 16/575, S. 7.

⁹³¹ Vgl. Fischer, § 238 Rn. 14b.

⁹³² Vgl. SK-Wolters, § 238 Rn. 11.

⁹³³ Vgl. Gazeas, JR 2007, S. 500; Krüger, S. 118 ff.

⁹³⁴ So bereits Pöppelmann, Stellungnahme, S. 15.

⁹³⁵ Vgl. Mosbacher, NStZ 2007, S. 668.

⁹³⁶ So Fölsch, SchlHA 2008, S. 302; NK/GS-Rössner/Krupna, § 238 Rn. 6; Buß, S.235.

⁹³⁷ Fischer, § 238 Rn. 14.

⁹³⁸ Vgl. Smischek, S. 116 f, 317.

(c) *Stellungnahme*: Es wurde bereits festgestellt, dass nonverbale Nachrichtenübermittlungen formal definitorisch der (versuchten) Kontaktherstellung unterfallen können. Im Gesetzgebungsverfahren zu § 238 wurde von Sachverständigenseite vorgetragen, dass die Übersendung bestimmter Gegenstände nur „hinkend“ als tatbestandsmäßig im Sinne des Abs.1 Ziffer 2 eingeordnet werden könne, da es sich um kein Mittel der Kommunikation handele.⁹³⁹ Grundsätzlicher Ansatzpunkt bildet in diesem Zusammenhang der tatbestandliche Terminus der „Kommunikation“. Umgangsprachlich ist unter dem lateinische Begriff der Prozess der Mitteilung, der wechselseitige Austausch von Gedanken, Meinungen, Wissen, Erfahrungen und Gefühlen sowie die Übertragung von Nachrichten, Informationen - neben der Sprache durch Zeichen aller Art - zu verstehen.⁹⁴⁰ Von dieser Umschreibung ausgehend sind Mittel der Kommunikation - grob formuliert - sämtliche Gegenstände, die eine Nachricht oder sonstige Information von einer Person zur nächsten „transportieren“ können.

(aa) Im Hinblick auf § 238 Abs.1 Nr.2 sind jedenfalls Gegenstände auszunehmen, die entgegen ihrer eigentlichen Bestimmung zweckentfremdet und gleichsam zu Mitteln der Kommunikation „umfunktioniert“ werden. Zu denken ist an das von *Gazeas* angeführte Beispiel des Einritzen von Botschaften in eine PKW-Tür, der diesen Beispielsfall, ebenso wie das Besprayen von Hauswänden, als vom Wortlaut umfasst sieht.⁹⁴¹ Unter teleologischen Gesichtspunkten mag sich eine tatbestandliche Miteinbeziehung (vergleichbar der rechtlichen Bewertung von Telefonterror) noch rechtfertigen lassen: Führt man sich den Sinn und Zweck der Strafvorschrift vor Augen, kann eine Eignung zur Beeinträchtigung der Lebensgestaltung bereits dann angenommen werden, wenn das Opfer den übersendeten Gegenstand und die (intendierte) Botschaft dem Wirkungskreis des Täters zuordnen kann und infolge dessen entsprechende Schutz- bzw. Vorsorgemaßnahmen trifft. Gegen eine solche extensive Auslegung des Begriffes „Mittel der Kommunikation“ spricht jedoch die im Strafrecht zu beachtende äußerste Grenze des noch möglichen Wortsinnes.⁹⁴² Um es mit den Worten des BGH auszudrücken, wehrt sich das „natürliche Sprachempfinden“ dagegen, ein Fahrzeug oder Teile eines Wohngebäudes als sonstiges Kommunikationsmittel zu bezeichnen, weshalb die Wortlautgrenze in diesen Fällen überschritten sein dürfte und insofern eine verfassungsrechtlich unzulässige Auslegungsvariante vorläge.⁹⁴³ Zu verlangen ist daher, dass das eingesetzte gegenständliche Mittel nach seiner objektiven Zweckbestimmung primär der Fixierung und

⁹³⁹ *Hecht*, Stellungnahme BIG, S.10; nach *Mitsch*, NJW 2007, S. 1239 handelt es sich um eine der vielen Zweifelsfragen, die der stellenweise unbestimmte und mehrdeutige Gesetzestext aufwirft.

⁹⁴⁰ Vgl. *Brockhaus* von A bis Z (2.Band); *Duden*, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache; *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch, 7.Auflage.

⁹⁴¹ Vgl. *Gazeas*, JR 2007, S. 500; vgl. auch GS/NK-*Rössner/Krupna* §238 Rn.6.

⁹⁴² Hierzu BVerfGE 64, 393 f.; LK-*Dannecker*, § 1 Rn. 294.

⁹⁴³ Vgl. BGHSt 22, 236 zu der Frage, ob eine Hauswand ein „gefährliches Werkzeug“ iSd. §224 I Nr.2 darstellt.

Übermittlung von Informationen dient, was typischerweise auf Briefe, Tonbänder und Videobotschaften, jedoch nicht auf Hauswände, Autotüren oder tote Tiere zutrifft. Eine solche eingrenzende Interpretation ist auch sachgerecht, da mit jedem übersendeten Gegenstand vom Absender etwas zum Ausdruck gebracht bzw. vom Empfänger hineininterpretiert werden kann, mitunter ein uferloser und somit unbestimmter Anwendungsbereich der Tatalternative droht.⁹⁴⁴

(bb) Vor diesem Hintergrund sind auch die weiteren Fälle der bloßen Übersendung sonstiger Gegenstände grundsätzlich als nicht tatbestandsmäßig im Sinne der § 238 Abs.1 Ziffer 2 zu erachten. Grenzwertig im vorbenannten Sinne ist die Übersendung von Blumen oder Geschenken, da durch dieses Verhalten regelmäßig eine bestimmte Botschaft übermittelt wird bzw. werden soll. Diesbezüglich gilt es allerdings zu berücksichtigen, dass das Tatbestandsmerkmal „Kontaktherstellen“ sowie die Ausgestaltung als Versuch eine weiten Anwendungsbereich der Tatvariante eröffnen, dem regelmäßig auch sozialadäquates Verhalten unterfallen kann.⁹⁴⁵ Weiterhin wird aus der gewählten Gesetzesformulierung deutlich, dass der Gesetzgeber nicht jedwede (versuchte) Kontaktherstellung des Handelnden sanktioniert wissen will.⁹⁴⁶ Dies gebietet es, letztlich auch im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art.103 Abs.2, eine restriktive Auslegung der Begrifflichkeit „sonstige Mittel der Kommunikation“ vorzunehmen. Die eingesetzten Gegenstände müssen daher typischerweise der Übermittlung und Fixierung verbaler Botschaften dienen.⁹⁴⁷ Für die angedeuteten Grenzfälle verbleibt unter Umständen eine Erfassung über Ziffer 4 oder die Generalklausel.⁹⁴⁸

(5) Mit der dritten Alternative wird der Anwendungsbereich auf die (versuchte) Kontaktherstellung über Drittpersonen ausgedehnt.⁹⁴⁹ Erfolgen die Annäherungshandlungen des Täters hierbei unter Zuhilfenahme Dritter, wird richtigerweise und im Unterschied zu den vorangehenden Alternativen von einem mittelbaren Kontaktaufnahmeversuch gesprochen.⁹⁵⁰ Vor Analyse der weiteren Voraussetzungen, ist zunächst auf den tauglichen Personenkreis potentieller Dritter einzugehen.

(a) In persönlicher Hinsicht ist umstritten, ob eine Be- bzw. Eingrenzung des als „Dritte“ in Betracht kommenden Personenkreises erforderlich ist. Teilweise wird angeführt, Dritte könne nicht jede Person sein.⁹⁵¹ Bezug genommen wird auf die Gesetzgebungsmaterialien, welche als „Dritte“

⁹⁴⁴ Im Ergebnis ebenso: *Pöppelmann*, Stellungnahme, S.15.

⁹⁴⁵ Vgl. *Gazeas*, JR 2007, S. 499; *Pöppelmann*, Stellungnahme, S.15.

⁹⁴⁶ Vgl. *Krüger*, S.121.

⁹⁴⁷ Vgl. *SK-Wolters*, § 238 Rn. 11; *Gazeas*, JR 2007, S. 500; *Krüger*, S. 118 ff.

⁹⁴⁸ So auch *SK-Wolters*, §238 Rn.11; *Gazeas*, JR 2007, S.500.

⁹⁴⁹ Sog. „Stalking durch Stellvertreter“ (stalking by proxy); Bedenken insofern bei *Kinzig/Zander*, JA 2007, S.483.

⁹⁵⁰ Vgl. *BT-Drs. 16/575*, S.7; *Lackner/Kühl*, §238 Rn.4; *Fölsch*, *SchiHA* 2008, S.302.

⁹⁵¹ So *Gazeas*, JR 2007, S.500.

Angehörige oder sonstige Personen aus dem Umfeld des Opfers, beispielsweise Kollegen, anführen. Der verwendete Terminus „Umfeld des Opfers“ lasse eine an dem Personenkreis des § 35 orientierte Grenzziehung als zu eng und vom Gesetzgeber nicht gewollt erscheinen. Es müsse sich vielmehr um Personen handeln, die in einer direkten sozialen Beziehung zum Opfer stehen und gegenseitig bekannt sind. Erforderlich sei eine enge Beziehung zwischen dem Dritten und dem Opfer.⁹⁵²

Nach überwiegender und richtiger Auffassung kann jeder mit Ausnahme von Täter und Opfer „Dritter“ sein, welcher in diesem Zusammenhang auch als „Kommunikationsmittler“ bezeichnet wird.⁹⁵³ Dem Wortlaut nach umfasst „Dritte“ sämtliche Personen, mit Ausnahme von Opfer und Täter selbst, also auch und gerade Fremde.⁹⁵⁴ Selbst wenn der beispielhaften Aufzählung in den Gesetzgebungsmaterialien eine eingrenzende Funktion zugeordnet wurde, kann diese aufgrund des eindeutigen Wortlautes der Norm nicht im Wege der Auslegung hineininterpretiert werden. Insofern ist *Krüger* beizupflichten, der diesbezüglich konstatiert, dass man eine Beschränkung auf bestimmte Personen oder auf einen jedenfalls bestimmbaren Personenkreis aufgrund der gesetzlichen Wendung weder vornehmen kann noch muss.⁹⁵⁵ Auch unter Berücksichtigung des Schutzzwecks ist ohne Bedeutung, welcher Personen sich der Täter für seine Annäherungshandlungen bedient, da letztlich ausschlaggebend ist, dass das Opfer den Kontaktierungsversuch dem Täter zuordnen kann und daraufhin seine Lebensgewohnheiten ändert. Aus nachvollziehbaren Gründen heraus wird faktisch jedoch bevorzugt versucht, Personen aus dem näheren sozialen Umfeld des Opfers (bspw. Angehörige, Freunde oder Arbeitskollegen) als Kommunikationsmittler einzusetzen.⁹⁵⁶

(b) Da die Einschaltung von Drittpersonen prinzipiell auch von der dritten Tatvariante erfasst werden kann, bedarf es einer entsprechenden Ab- bzw. Eingrenzung. Wie ein Vergleich mit den vorhergehenden Totalalternativen der Ziffer 2 verrät, muss auch die dritte Alternativen eine (wenn auch mittelbaren) Kontaktaufnahme zwischen Täter und Opfer zum Gegenstand haben. § 238 Abs.1 Nr.2 Variante 3 umfasst daher die offene Einschaltung gut- oder bösgläubiger Personen zum erkennbaren Zweck der „tätereigenen“ Kontaktaufnahme.⁹⁵⁷ In Abgrenzung zu Tatvariante Ziffer 3 dient der Dritte in diesem Zusammenhang regelmäßig als Bote bzw. Nachrichtenüberbringer des Täters, wobei es aufgrund der Versuchsausgestaltung nicht zu einem tatsächlichen Kontakt bzw.

⁹⁵² So NK/GS-Rössner/Krupna, §238 Rn.6.

⁹⁵³ Vgl. *Mosbacher*, NStZ 2007, S.668; SK-Wolters, §238 Rn.11.

⁹⁵⁴ Vgl. *Buß*, S.236f.

⁹⁵⁵ Vgl. *Krüger*, S.122f. der zutreffend die Möglichkeit einer mittäterschaftlichen Begehungsweise erläutert, die dogmatisch allerdings keine Besonderheiten aufweist; vgl. unten.

⁹⁵⁶ Vgl. SK-Wolters, §238 Rn.11.

⁹⁵⁷ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.14c.

Informationsaustausch kommen muss.⁹⁵⁸ Das straflose Vorbereitungsstadium wird durch das unmittelbaren Ansetzen der Drittperson zur Kontaktherstellung mit dem Opfer verlassen.⁹⁵⁹ Aufgrund der damit einhergehenden Vorverlagerung strafbaren Verhaltens ist bei diesen Fällen besonderes Augenmerk auf Kausalität und objektive Zurechnung zwischen Tathandlung und -erfolg zu legen.⁹⁶⁰ Der Kontaktierungsversuch zwischen Drittem und Opfer kann unmittelbar oder unter Verwendung von Kommunikationsmitteln erfolgen.⁹⁶¹

(aa) Daran anknüpfend wird teilweise nur solches Verhalten als tatbestandsmäßig erachtet, welches darauf ausgerichtet ist, einen vom Täter ausgehenden Kontakt mit dem Opfer herzustellen. Darunter falle regelmäßig das Übermitteln von *verbalen* Botschaften, weshalb etwa die Überbringung eines Blumenstraußes durch den Dritten mangels Verbalisierung nicht umfasst sei.⁹⁶² Dies überzeugt zunächst vor dem Hintergrund, als dass eine Übermittlung gegenständlicher Mittel - soweit diese eine ausdrückliche Nachricht enthalten (bspw. Briefe) - regelmäßig von der vorhergehenden Tatalternative 2 erfasst wird, unabhängig davon, ob die Übermittlung von Drittpersonen (bspw. Postboten) durchgeführt wird. Erforderlich für einen Kontaktaufnahmeversuch über Dritte ist demnach, dass der Dritte selbst - gleichsam als „Transportmedium“ - zur Übermittlung von Informationen dient, was prinzipiell nur bei verbalen Mitteilung an das Opfer in Betracht kommt. Ferner ist das bloße Übersenden bzw. Platzieren von Gegenständen durch den Täter selbst nicht als tatbestandsmäßig im Sinne der zweiten Alternative zu erachten,⁹⁶³ was zur Vermeidung normimmanenter Widersprüche im gleichen Maße für die Einschaltung von Drittpersonen zur Übermittlung von Gegenständen zu gelten hat.

(bb) Ebenfalls tatbestandslos soll in diesem Zusammenhang die Bitte an einen Dritten verbleiben, auf das Opfer im Sinne des Täters einzuwirken bzw. einzureden, da der Dritte insofern nicht als „weisungsgebundener“ Bote, sondern als eigenständiger „Unterhändler“ aktiv werde und dies aufgrund der beschriebenen Selbstständigkeit bzw. Eigeninitiative nicht in die Systematik der in Nr.2 normierten Kommunikationswege passe.⁹⁶⁴ Diese Einschränkung überzeugt indes nicht, da die Massivität der Einwirkung im Vergleich zur Übermittlung einzelner Botschaften gesteigert wird und die Einwirkung selbst auch in dieser Konstellation ihren Ursprung bzw. Ursache im Verhalten des „eigentlichen Täters“ findet. Entscheidend ist nicht das Verhältnis zwischen Täter und Mittler

⁹⁵⁸ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.14c; *Kinzig/Zander*, JA 2007, S.483.

⁹⁵⁹ Vgl. *Mitsch*, NJW 2007, S.1239 unter Einbeziehung der Problematik des Versuchsbeginns bei §25 I 2.Alt. StGB.

⁹⁶⁰ Bedenken hinsichtlich der Vorverlagerung bei *Kinzig/Zander*, JA 2007, S.483.

⁹⁶¹ Vgl. *SK-Wolters*, §238 Rn.11.

⁹⁶² So *Gazeas*, JR 2007, S.500.

⁹⁶³ Vgl. oben (3) (b).

⁹⁶⁴ Vgl. *Gazeas*, JR 2007, S.500; *Fischer*, §238 Rn.14c.

- weisungsgebunden oder selbstständig - sondern die Tatsache, dass der Täter zum Opfer in erkennbarer Form über Dritte Kontakt sucht. Das Genügenlassen einer konkludenten Nachrichtenübermittlung unter Einschaltung Dritter rechtfertigt sich in dieser Konstellation auch vor dem Hintergrund, dass die insofern hinreichend deutliche Botschaft des Täters (= gewünschte Kontaktaufnahme) in einer Weise zu Tage tritt, in der sie für den Betroffenen problemlos zu erkennen ist bzw. diesem geradezu aufgedrängt wird. Will man dieser rechtlichen Einschätzung nicht folgen, käme alternativ eine Erfassung über § 238 Abs.1 Nr.3 Var.2 oder Nummer 5 in Betracht.

(c) Die zuletzt beschriebene Konstellation wirft ferner die Frage nach der strafrechtlichen Bewertung des Verhaltens der jeweiligen Kommunikationsmittler auf. Neben unmittelbarer Täterschaft käme insofern Beihilfe oder Mittäterschaft in Betracht, was entscheidend von der Gut-⁹⁶⁵ bzw. Bösgläubigkeit des handelnden Dritten, d.h. dessen Kenntnis von den böswilligen Motiven des „eigentlichen“ Täters, abhängt.⁹⁶⁶ Die Abgrenzung zwischen letzteren hat nach allgemeinen dogmatischen Regeln anhand der diesbezüglichen Theorien zu erfolgen und dürfte insofern mit keinen spezifischen Problemen verbunden sein.

dd) § 238 Abs.1 Nr.3

Den beiden Tatalternativen des **§ 238 Abs.1 Nr.3** ist gemein, dass sie (1) unter missbräuchlicher Verwendung personenbezogener Daten des Opfers erfolgen müssen.⁹⁶⁷ Eine „Verwendung“ setzt aktives Täterhandeln in Form der Übermittlung oder sonstigen Zugänglichmachung von Daten an bzw. für Drittpersonen voraus.⁹⁶⁸

(a) Der Begriff „Daten“ wird des öfteren im StGB, insbesondere im Zusammenhang mit technischer bzw. elektronischer Verarbeitung, verwendet. Exemplarisch sei auf die §§ 202a,b; 303a,b; 268 verwiesen. In diesem Zusammenhang handelt es sich um Informationen aller Art, die einer weiteren Verarbeitung in einer Datenverarbeitungsanlage unterliegen.⁹⁶⁹

⁹⁶⁵ Bei gutgläubigen Kommunikationsmittler handelt es sich wie bei §§ 160, 271StGB um eine tatbestandlich vertypete eigene Täterschaft des „Hintermannes“, die strukturell mittelbarer Täterschaft entspricht, *Krüger*, S.123.

⁹⁶⁶ Vgl. *Krüger*, S.123.

⁹⁶⁷ *Wessels/Hettinger* BT/1 §8 Rn.369d sprechen insofern von „Kommunikation unter dem Namen des Opfers“; *Buß*, S.238 hält die Formulierung für gänzlich überflüssig, da sich nicht erschließen, wie eine Bestellung für die erfolgte Person ohne Verwendung ihrer personenbezogenen Daten praktisch aussehen könnte.

⁹⁶⁸ Vgl. *SK-Wolters*, §238 Rn.12.

⁹⁶⁹ Vgl. *BT-Drs. 5/4094*, S.37.

Eine inhaltliche Eingrenzung in Bezug auf Nachstellungen hat zunächst unter der gesetzlich verlangten „Personenbezogenheit“ der Informationen bzw. Daten zu erfolgen. Eine gesetzliche Definition personenbezogener Daten findet sich in § 3 Abs.1 BDSG, der hierunter Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmaren natürlichen Person versteht, wobei diese Vorschrift in einem strafrechtsfremden Zusammenhang steht. Im StGB findet sich ein vergleichbarer Gesetzeswortlaut im Rahmen des § 203 Abs.2 S.2, der von „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse eines anderen, die für Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfasst worden sind“ spricht. Umfasst sind diesbezüglich Umstände, Merkmale oder Kennzeichen, die einer bestimmten juristischen oder natürlichen Person zugeordnet sind oder zugeordnet werden können.⁹⁷⁰ Der Schutz juristischer Personen⁹⁷¹ ist bei Nachstellungen augenscheinlich nicht erforderlich. Unter Berücksichtigung dieser Einschränkung können „personenbezogenen Daten“ im Sinne des § 238 Abs.1 Nr.3 demnach als Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmaren natürlichen Person definiert werden, was der Legaldefinition personenbezogener Daten in § 3 Abs.1 BDSG entspricht.⁹⁷² Darunter fallen Informationen, die näheren Aufschluss über die der Person anhaftenden individuellen Eigenschaften oder Beziehungen zu anderen Personen oder Sachen geben, also bspw. Name, Anschrift, Telefon- und Handynummer, E-Mail, Geburtsjahr oder Kontodaten,⁹⁷³ nicht jedoch Photographien.⁹⁷⁴ Auch der Gesetzgeber führt in seiner Begründung zu § 238 Abs.1 Nr.3 exemplarisch den Namen und die Telefonnummer des Opfers an.⁹⁷⁵

Nach wohl einhelliger Auffassung kommt es, im Gegensatz zu § 202a Abs.2, auf eine elektronische oder digitale Verkörperung der Daten nicht an.⁹⁷⁶ Der insofern weite Datenbegriff des § 238 Abs.1 Nr.3 hat nichts mit der Form ihrer Speicherung auf Datenträger oder ihrer Verarbeitung zu tun. Für eine Anwendung bzw. Übertragung der Sonderregelung des § 202a Abs.2 auf den Nachstellungsparagrafen besteht auch kein erkennbares Bedürfnis.

(b) Das Tatbestandsmerkmal „missbräuchlich“ bzw. des Missbrauchs wird im StGB teilweise nur in Überschriften (§§ 132a, 281, 309), teilweise zusätzlich im Tatbestand (§§ 145 Abs.1 Nr.1, 266b)

⁹⁷⁰ Vgl. BT-Drs. 7/550, S.242; NK-Kargl, §203 Rn.26.

⁹⁷¹ Vgl. S/S-Lenckner, §203 Rn.47.

⁹⁷² Weitergehend Art.2a der Europäischen Datenschutzrichtlinie (24.10.1995): Alle Informationen über eine bestimmte oder bestimmare natürliche Person.

⁹⁷³ Vgl. zu §203 StGB: SK-Hoyer, §203, Rn.28; zu §1 BDSG: Gola/Schomerus, BDSG-Kommentar, §1 Rn.1ff.

⁹⁷⁴ Vgl. Gazeas, JR 2007, S.500 unter Rekrutierung auf Art. 103 II GG; Buß, S.238.

⁹⁷⁵ BT-Drs. 16/575, S.7f.

⁹⁷⁶ Vgl. bspw. Neubacher/Seher, JZ 2007, S.1032; Mosbacher, NStZ 2007, S.668.

und teilweise nur im Tatbestand von Normen (§ 266) verwendet.⁹⁷⁷ Im Rahmen des §145 Abs.1 Nr.1 wird bspw. ein Missbrauch angenommen, wenn auf Notrufe oder Notzeichen ohne Vorliegen der entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen oder in zweckentfremdeter Weise zurückgegriffen wird.⁹⁷⁸ Strukturell Vergleichbarkeit besteht auf den ersten Blick mit dem Missbrauchstatbestand der Untreue, da auch diesbezüglich drittbezogenes Handeln Strafbarkeitsvoraussetzung ist.⁹⁷⁹ Im Zusammenhang mit den Untreuetatbeständen §§ 266, 266b wird „Missbrauch“ auf die Kurzformel Ausnutzung des rechtlichen Könnens im Außenverhältnis unter Überschreitung des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis gebracht.⁹⁸⁰ Tathandlung ist die im Außenverhältnis wirksame, aber im Verhältnis zum Geschäftsherrn bestimmungswidrige Ausübung der Befugnis zur Vermögensverfügung oder Verpflichtung.⁹⁸¹ Diese Interpretation ist allenfalls bedingt auf Nachstellungshandlungen übertragbar, da § 266 zum einen als Vermögensdelikt ebenso wie der Betrug nur das Vermögen des Geschäftsherrn oder Treugebers als Ganzes und nicht etwa dessen Dispositionsbefugnis schützt.⁹⁸² Zum anderen kann es im Rahmen des § 238 Abs.1 Nr.3 auf ein etwaiges Innenverhältnis zwischen Handelndem und Betroffenen richtigerweise nicht ankommen, da jedenfalls im Zeitpunkt der Datenverwendung ein solches regelmäßig nicht (mehr) besteht und es weiterhin nicht dessen Schutzzweck entspräche,⁹⁸³ weshalb es für den Nachstellungsparagrafen einer eigenständigen Definition bedarf:

„Missbräuchlich“ umfasst nach allgemeinen Sprachgebrauch absichtlich falsches oder unerlaubtes Gebrauchen, ein Verwenden gegen bzw. zumindest ohne gesetzliche, privatautonome oder sonstige Berechtigungen.⁹⁸⁴ Übertragen auf § 238 Abs.1 Nr.3 würde dies eine Verwendung personenbezogener Daten ohne bestehende Berechtigung voraussetzen. Nicht tatbestandsmäßig wäre insbesondere einverständliches, d.h. vom Willen des Opfers gedecktes, Handeln.⁹⁸⁵ Vergleichsweise kann auf die entsprechenden Strafbarkeitsvoraussetzungen bei Urkundendelikten abgestellt werden. Eine Urkunde (bspw. Warenbestellformular), die jemand unter dem Namen eines anderen ausstellt, ist dann echt, wenn - kumulativ - der Urkundenaussteller zur rechtlichen Vertretung des Namensträgers befugt ist, ein Wille des Ausstellers zur Vertretung des Namensträgers besteht und dessen Wille, sich bei der Ausstellung der Urkunde vertreten zu lassen,

⁹⁷⁷ Weiterhin sei auf die Tatbestände der §§174ff. verwiesen, in denen die Begrifflichkeit ebenfalls, allerdings in einem offensichtlich anderem Zusammenhang, verwendet wird.

⁹⁷⁸ Vgl. *S/S-Stree/Sternberg-Lieben*, §145 Rn.5.

⁹⁷⁹ Diesen Ansatz verfolgt auch *Krüger*, S.128.

⁹⁸⁰ Vgl. BGH wistra 1988, S.191; BGH MDR 1984, S.953; BGHSt 5, 63.

⁹⁸¹ Vgl. BGHSt 43, 297ff.; *S/S-Lenckner/Perron*, §266 Rn.14, 18.

⁹⁸² Vgl. BGHSt 42, 297; 8, 254ff.; NJW 2000, S.154ff.; *S/S-Lenckner/Perron*, §266 Rn.1.

⁹⁸³ Vgl. *Steinberg*, JZ 2006, S.32; *Krüger*, S.128; *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.7.

⁹⁸⁴ Vgl. *Duden*, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache; *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch, 7.Auflage.

⁹⁸⁵ Vgl. *Neubacher/Seher*, JZ 2007, S.1032; *SK-Wolters*, §238 Rn.12; *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.7.

vorhanden ist.⁹⁸⁶ Eine gesetzliche Berechtigung der Verwendung zu den in § 238 Abs.1 Nr.3 normierten Zwecken ist allenfalls theoretisch denkbar. Festzuhalten bleibt, dass missbräuchliches Verhalten insbesondere dann bejaht werden kann, wenn die Datenverwendung nicht (mehr) vom Willen des Opfers gedeckt ist.⁹⁸⁷

Fraglich ist, ob von einer „missbräuchlichen“ Verwendung auch bei an sich sozialadäquaten Handlungen gesprochen werden kann wie bspw. die konkludente Unterbreitung eines Schenkungsangebotes nach §§ 516ff. BGB durch Bestellungen im eigenen Namen unter Angabe der Daten des Opfers als Lieferadresse.⁹⁸⁸ Hierbei wird unter Heranziehung der zivilrechtlichen Parallelwertung bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁹⁸⁹ darauf abgestellt, ob der Täter weiß, dass seine Schenkungen unerwünscht, d.h. nicht vom Willen des Opfers gedeckt sind.⁹⁹⁰ Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage nach dem Verhältnis zum Tatbestandsmerkmal der „Unbefugtheit“ auf. Nach einer Auffassung ist „missbräuchlich“ aufgrund der Systematik des Tatbestandes mit der „Unbefugtheit“ der Handlung nicht deckungsgleich, weshalb befugtes Nachstellen unter missbräuchlicher Datenverwendung denkbar sei.⁹⁹¹ Nach der Gegenauffassung handelt es bei der kumulativen Verwendung von „missbräuchlich“ und „unbefugt“ um eine überflüssige, aber unschädliche Tautologie des Gesetzgebers.⁹⁹² Eine abschließende Stellungnahme kann allerdings erst an späterer Stelle, nach Auslegung des Tatbestandsmerkmal „unbefugt“ erfolgen.

(2) Erste Tathandlungsalternative ist die Aufgabe von Bestellungen von Waren und Dienstleistungen für die betroffene Person.⁹⁹³

(a) Mit dem Tatbestandsmerkmal „Bestellungen“ begibt sich der Gesetzgeber auf strafrechtliches Neuland. Der Bestellungsgegenstand (Waren oder Dienstleistungen) legt eine zivilrechtsakzessorische Auslegung (vgl. etwa §§ 312b, 241a BGB) nahe. Demnach handelt es sich bei § 238 Abs.1 Nr.3 um Willenserklärungen eines Kunden gegenüber Herstellern, Händlern, privaten Verkäufern oder Dienstleistern, die auf den Abschluss eines Vertrages über eine Ware oder

⁹⁸⁶ Vgl. BGHSt 33, 159ff.; RGSt 75, 46, 47; *Lackner/Kühl*, §267 Rn.18 m.w.N.

⁹⁸⁷ Vgl. *SK-Wolters*, §238 Rn.12; *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.7; *Neubacher/Seher*, JZ 2007, S.1032.

⁹⁸⁸ Zu Denken wäre auch an das Schalten einer (korrekten) Geburtstagsanzeige für das Opfer auf Rechnung des Handelnden.

⁹⁸⁹ Etwa durch permanenter Übersendung unerwünschter Werbepost; vgl. oben C. III. 1.) b), dd), (2), (b).

⁹⁹⁰ Vgl. *Gazeas*, JR 2007, S.500, der hierbei auf §1004 BGB Bezug nimmt.

⁹⁹¹ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.15.

⁹⁹² Vgl. *Krüger*, S.129; *Steinberg*, JZ 2006, S.32.

⁹⁹³ *Buß*, S.237 sieht darin einen speziellen Fall der Kontaktaufnahme über Dritte gemäß §238 I Nr.2 3.Alt.

Dienstleistung gerichtet sind.⁹⁹⁴ Allerdings kommt es für tatbestandsmäßiges Verhalten auf die zivilrechtliche Wirksamkeit der getätigten Rechtsgeschäfte ebenso wenig wie auf die Entgeltlichkeit der Leistungen an.⁹⁹⁵

(b) Gegenstand der Bestellungen müssen Waren und Dienstleistungen sein. In Anlehnung an den europäischen Warenbegriff umfasst „Waren“ sämtliche bewegliche Güter, die einen Geldwert haben und Gegenstand von Handelsgeschäften sein können, also bspw. Bücher, Zeitschriften, Kleidung, Wasser, Gas und Strom.⁹⁹⁶ Unter „Dienstleistungen“ ist das Erbringen von Diensten jeder Art zu verstehen, wobei exemplarisch das Herbeirufen von Notdiensten, Handwerkern, Taxis etc. oder Reisebuchungen angeführt werden kann.⁹⁹⁷

(c) Die Bestellungen müssen für die betroffene Person „aufgegeben“ werden. Tatbestandsmäßig sind dem Wortlaut nach sowohl Bestellungen, die unter dem Namen des Opfers und auf dessen Rechnung getätigt werden, als auch Bestellungen des Täters unter Angabe der Daten des Opfers als Empfänger.⁹⁹⁸ Die erste Alternative umfasst demnach auch die Kommunikation des Täters unter dem Namen des betroffenen Opfers.⁹⁹⁹ In zivilrechtlicher Hinsicht wird hierbei von „Handeln unter fremden Namen“ gesprochen, bei dem die §§ 177ff. BGB (analog) zur Anwendung kommen und demnach keine vertraglichen Ansprüche gegen den Willen des Opfers begründet werden können.¹⁰⁰⁰ Gesetzliche Ansprüche könnten sich allerdings aus § 241a Abs.2 BGB ergeben, wonach solche nicht ausgeschlossen werden, wenn die Leistung nicht für den Empfänger bestimmt war oder in der irrigen Vorstellung einer Bestellung erfolgte und der Empfänger dies erkannt hat oder zumindest hätte erkennen können. Ohne auf zivilrechtliche Einzel- oder Feinheiten eingehen zu wollen, besteht zumindest eine gewisse Gefahr für das Opfer, Herausgabe-, oder Schadensersatzansprüchen des Unternehmers ausgesetzt zu werden, was (u.a.) eine strafrechtliche Miteinbeziehung dieser Verhaltensweisen rechtfertigt.¹⁰⁰¹ Keine tatbestandsmäßige Bestellung für die betroffene Person liegt allerdings vor, wenn unter dem Namen der betroffenen Person ein Vertragsverhältnis begründet wird, jedoch ein vollständiger Leistungsaustausch zwischen Handelndem und Unternehmer

⁹⁹⁴ Vgl. *Mosbacher*, NStZ 2007, S.668.

⁹⁹⁵ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.15a.

⁹⁹⁶ Vgl. *BGB-Staudinger/Thüsing*, §312b Rn.15 m.w.N; *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.7.

⁹⁹⁷ Vgl. *BGB-Staudinger/Thüsing*, §312b Rn.18; *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.7.

⁹⁹⁸ Vgl. *Gazeas*, JR 2007, S.500; *Nimtz*, Kriminalistik 2007, S.495.

⁹⁹⁹ Vgl. *Fölsch*, SchlHA 2008, S.302; *BT-Drs.16/575*, S.7.

¹⁰⁰⁰ Vgl. *Palandt-Heinrichs*, §164 Rn 10ff.

¹⁰⁰¹ So auch *Krüger*, S.124ff.

erfolgt.¹⁰⁰² Insofern findet auch die zivilrechtliche Abwicklung ausschließlich zwischen den handelnden Personen statt (Eigengeschäft des Handelnden).¹⁰⁰³

Dem Wortlaut nach liegt Vollendung bereits mit „Aufgabe“ der Bestellung vor, sodass eine tatsächliche Lieferung der Ware bzw. Anerbieten der Dienstleistung nicht erfolgen muss.¹⁰⁰⁴ Für eine restriktivere Auslegung spricht hingegen die gesetzgeberische Intention es zu unterbinden, dass Dritte in Kommunikation mit dem Opfer treten¹⁰⁰⁵ sowie die Tatsache, dass der Handlungsunwert dieser Tatalternative in der belästigenden Wirkung liegt, die von der aufgedrängten Entgegennahme bzw. Ablehnung ungewollter Waren und Dienstleistungen ausgeht.¹⁰⁰⁶ Ferner handelt es sich um einen gesetzlich normierten Unterfall des Veranlassens von Dritten zur Kontaktaufnahme.¹⁰⁰⁷ Jedenfalls dürfte ein tatbestandsmäßiger Erfolg regelmäßig nur bei tatsächlicher Ausführung der Bestellung und der damit einhergehenden Kontaktaufnahme durch den beauftragten Dritten eintreten.

(3) Zweite Tathandlungsalternative ist das Veranlassen von Dritten zur Kontaktaufnahme mit dem Opfer. Strukturell betrachtet, handelt es sich bei der Tatalternative 1 um ein gesetzlich normiertes Beispiel des Veranlassens von Dritten zur Kontaktaufnahme.¹⁰⁰⁸ Der Gesetzgeber will insbesondere das Schalten von Inseraten unter dem Namen des Opfers, aber auch offenes Handeln des Täters unter Verwendung personenbezogener Daten des Opfers in der Anzeige erfasst wissen.¹⁰⁰⁹

(a) „Dritte“ definiert sich in diesem Zusammenhang wie bei Tatvariante Ziffer 2, sodass sämtliche Personen außer dem Täter und dem Opfer selbst als taugliche Tatmittler fungieren können.¹⁰¹⁰ Bei entsprechender Kenntnis der wahren Sachlage kommt eine Strafbarkeit des Dritten wegen Beihilfe, bei mehrmaligen Handeln wegen (Mit)täterschaft in Betracht.¹⁰¹¹

(b) Es muss eine „Kontaktaufnahme“ zwischen Drittem und Betroffenen stattgefunden haben. Zwei Problemkreise stellen sich bei der näheren Eingrenzung dieser Begrifflichkeit:

¹⁰⁰² Vgl. *Mosbacher*, NStZ 2007, S.668.

¹⁰⁰³ Vgl. *Brox*, BGB-AT Rn.485; *Palandt-Heinrichs*, §164 Rn.10ff.

¹⁰⁰⁴ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.15a, der verlangt, dass die Aufgabe geeignet sein muss, ein Zurechnung der Bestellung an das Opfer zu bewirken. Dies ist jedoch zu eng, da auch die Bestellung unter Angabe der Opferdaten lediglich zu Empfangszwecken als tatbestandsmäßig zu erachten ist.

¹⁰⁰⁵ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7; *Lackner/Kühl*, §238 Rn.4.

¹⁰⁰⁶ Vgl. anschaulich LG Kiel vom 03.03.2006 - V Ns 18/06, NStZ 2008, S.219ff; Allgemein zum Handlungs- und Erfolgsunrecht als Elemente des Unrechtstatbestandes, *Kühl*, AT §3 Rn.4ff.

¹⁰⁰⁷ So auch *Valerius*, JuS 2007, S.321.

¹⁰⁰⁸ So auch *Valerius*, JuS 2007, S.321.

¹⁰⁰⁹ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7.

¹⁰¹⁰ Vgl. *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.7: „Völlige Fremde“; bereits oben bb), (4), (a).

¹⁰¹¹ Vgl. *Krüger*, S.130.

(aa) Fraglich ist zunächst, ob es zu einer Kommunikation zwischen Drittem und dem Tatopfer, d.h. dem zumindest einseitigem Zuleiten von sprachlich-gedanklichen Informationen, kommen muss. Nach der überwiegenden Auffassung sollen sämtliche Verhaltensweisen erfasst sein, durch die Dritte zu einer Kommunikation mit dem Opfer veranlasst werden, der Tatmittler gleichsam den Zugang kommunikativer Akte wie bspw. Briefe, E-Mails, Telefonanrufe oder persönlicher Ansprachen bewirkt.¹⁰¹² Zur Stützung dieser Auffassung kann auf die Gesetzgebungsmaterialien verwiesen werden, wonach Tatvariante 3 die Kommunikation des Täters unter dem Namen des betroffenen Opfers bzw. das Veranlassen Dritter zu einer Kommunikation mit dem Opfer erfassen soll.¹⁰¹³

„Mit jemanden Kontakt aufnehmen“ wird umgangssprachlich auch synonym für „eine Verbindung herstellen“ verwendet,¹⁰¹⁴ weshalb in systematischer Hinsicht die Ausführungen bzgl. § 238 Abs.1 Nr.2 auch für diese Tatvariante fruchtbar gemacht werden können. Nach der diesbezüglich herausgearbeiteten Definition des „Kontaktherstellens“ ist aus teleologischen Gründen der Einsatz bzw. die Schaffung einer Möglichkeit zur Nachrichtenübermittlung an den Betroffenen als ausreichend zu erachten. Davon umfasst aber nicht zwingend Voraussetzung ist kommunikatives Verhalten. Dieselben teleologischen Erwägungen treffen auch auf die vorstehende Tatalternative zu, weshalb zur Vermeidung normimmanenter Widersprüche eine tatsächliche Kommunikation auch bei § 238 Abs.1 Nr.3 Alt.2 nicht erforderlich ist, indes faktisch regelmäßig vorliegen wird.

(bb) Teilweise wird angenommen, dass der Wortlaut bzw. die Formulierung „Kontakt aufnehmen“ die Tatvollendungsanforderungen auf den bloßen Akt der Kontakthanbahnung seitens des Dritten reduziere, weshalb es zu einer Herstellung von Kontakt nicht kommen müsse.¹⁰¹⁵ Ausreichend sei, dass der Täter einen Kontakt mit dem Opfer zu begründen versucht; es müsse dagegen nicht zu einem tatsächlichem Kontakt gekommen sein.¹⁰¹⁶

Dementgegen wird vertreten, dass es zu einem „Aufnehmen“ des Kontaktes, also zu einem (zumindest einseitigem) Zugang kommunikativer Akte wie bspw. Brief, E-Mail, Telefonanruf, persönlicher Ansprache, kommen muss.¹⁰¹⁷ Gleichgültig sei, ob das Tatopfer diese

¹⁰¹² Vgl. *Gazeas*, JR 2007, S.500; *Fischer*, §238 Rn.15c; *Buß*, S.238.

¹⁰¹³ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7.

¹⁰¹⁴ Vgl. *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch, 7.Auflage.

¹⁰¹⁵ Vgl. *Mitsch*, NJW 2007, S.1239; *Gazeas*, JR 2007, S.501; *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.7.

¹⁰¹⁶ Vgl. *Valerius*, in BeckOK §238 Rn.7.

¹⁰¹⁷ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.15c; *Buß*, S.238.

Kontaktaufnahme beantwortet oder ob dies vom Täter oder der dritten Person überhaupt beabsichtigt sei. Eine tatbestandsmäßig Kontaktaufnahme liege daher auch dann vor, wenn sich die Aktivität des Dritts in der einmaligen Zusendung einer Nachricht erschöpfe.

Der Wortlaut spricht m.E. gerade nicht für das Ausreichenlassen bloßer Versuchshandlungen zur Kontaktaufnahme. Ferner wird aus den unterschiedlichen Formulierungen innerhalb des Tatbestandes deutlich, dass eine Vorverlagerung entsprechend der Tatvariante 2 weder gewollt noch angezeigt ist. Entsprechend will der Gesetzgeber unterbinden, dass Dritte *in Kommunikation* mit dem Opfer treten, hierdurch der Täter mittelbar Kontakt mit diesem aufnimmt und hinter dessen Rücken Einfluss auf das soziale Umfeld nimmt.¹⁰¹⁸ Kommunikation setzt jedenfalls das einmalige Zuleiten von Informationen durch den Dritten, vergleichbar dem zivilrechtlichen Zugang von Willenserklärungen (§ 130 Abs.1 BGB), voraus. Eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf Versuchshandlungen ist folgerichtig abzulehnen. Exemplarisch wäre daher nicht ausreichend, wenn der Dritte lediglich einige Ziffern der Telefonnummer des Betroffenen wählt, ohne die Nummernwahl zu vollenden bzw. das bloße Klingelnlassen des Telefons.

(c) In Anlehnung an § 298 Abs.1 setzt „Veranlassen“ dem Wortlaut nach zunächst voraus, dass der Täter die Kontaktaufnahme durch den Dritte in zurechenbarer Weise beeinflusst haben muss.¹⁰¹⁹ Insofern ahndet das Gesetz Vorgehensweisen, mit denen der Täter Dritte in die Lebensgestaltung des Betroffenen eingreifen lässt.¹⁰²⁰ Exemplarisch führt der Gesetzgeber das Aufgeben unrichtiger Kontaktanzeigen mit dem Angebot sexueller Dienstleistungen unter Angabe der Telefonnummer des Opfers an.¹⁰²¹ In Abgrenzung zu Ziffer 2 kommt es nicht darauf an, ob das Opfer den Täter als Veranlasser erkennt, weshalb dieser selbst auch nicht nach außen in Erscheinung treten muss.¹⁰²² Zu weit dürfte allerdings die Einschätzung gehen, dass von einem „Veranlassen“ nur dann die Rede sein könne, wenn der Dritte zu einem bestimmten Handeln gezielt aufgefordert, angetrieben oder bestimmt wird.¹⁰²³ Der Handlungsunwert dieser Tatvariante liegt in der belästigenden Wirkung, die von der aufgedrängten Kontaktierung bzw. Entgegennahme oder Ablehnung von Waren und Dienstleistung ausgeht, wobei Letzteres für sich genommen bereits strafbares Verhalten (§ 263) darstellen kann.¹⁰²⁴ Demnach ist - auch und gerade im Hinblick auf den Täterfolg - nicht von

¹⁰¹⁸ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7; Hervorhebung durch Verfasser.

¹⁰¹⁹ Vgl. S/S-Heine, §298 Rn.12; NK-Dannecker, §298 Rn.53.

¹⁰²⁰ Vgl. Valerius BeckOK §238 Rn.7.

¹⁰²¹ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7f.

¹⁰²² Fischer, §238 Rn.15b;

¹⁰²³ So NK/GS-Rössner/Krupna, §238 Rn.7.

¹⁰²⁴ Vgl. anschaulich LG Kiel vom 03.03.2006 - V Ns 18/06, NStZ 2008, S.219ff; Allgemein zum Handlungs- und Erfolgsunrecht als Elemente des Unrechtstatbestandes, Kühl, AT §3 Rn.4ff.

Belang, ob weitergehende Täterabsichten hinter der eigentlichen Veranlassungshandlung stehen. Gleichwohl wird die vorrangige Absicht des Täters regelmäßig darin liegen, dass Opfer gezielt durch Einschaltung Dritter zu schikanieren bzw. zu bedrängen. Aus denselben teleologischen Erwägungen heraus ist ebenfalls nicht von Relevanz, ob der Täter die Intention verfolgt, mit dem Opfer in Kontakt treten zu wollen.¹⁰²⁵ Bei fehlender Geeignetheit der geschalteten Anzeige zur Kontaktaufnahme (bspw. wahrheitswidrige Todesanzeige des Opfers) kommt eine Erfassung zwar nicht über Ziffer 3, wohl aber über Ziffer 5 in Betracht.¹⁰²⁶

Bezweifelt wird, ob offenes Auftreten des Veranlassers gegenüber Dritten - sei es auch unter Verwendung falscher Informationen - ,welches zu einer Kontaktaufnahme in Erfüllung dienstlicher Verpflichtungen führt, als tatbestandsmäßig zu erachten ist. Als Beispiele werden Erstattung von Strafanzeigen oder Beauftragung eines Gerichtsvollziehers angeführt.¹⁰²⁷ Der Wortlaut differenziert nicht nach jeweiligem Anlass bzw. Gesetzmäßigkeit der Kontaktaufnahme. Im Übrigen ist ein entsprechendes Veranlassungsverhalten unter Umständen sogar strafbewehrt (Vgl. §145d). Im entgegengesetzten Fall der tatsächlichen Rechtmäßigkeit etwa einer Strafanzeige, dürfte der „Täter“ mitunter befugt und demnach zumindest nicht rechtswidrig handeln.¹⁰²⁸ Deshalb besteht kein Anlass, das vorgezeigte Verhalten nicht unter die Tatvariante 3 zu subsumieren, da eine gebotene Ausdifferenzierung im Einzelnen über andere Tatbestandsmerkmale bzw. auf Rechtfertigungsebene erfolgen kann. Dies wird letztlich durch die Erwägung gestützt, dass Ziffer 3 sämtliche Verhaltensweisen erfassen soll, mit denen der Täter nicht selbst Kontakt zum Opfer aufnimmt, sondern hinter dessen Rücken auf sein soziales Umfeld Einfluss ausübt.¹⁰²⁹

ee) § 238 Abs.1 Nr.4

§ 238 Abs.1 Nr.4 normiert die Bedrohung der nachstellungsbetroffenen Person („ihn“) mit der Verletzung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit seiner selbst oder einer ihm nahestehenden Person.

(1) Das Tatbestandsmerkmal des „Drohens“ bzw. der Bedrohung findet sich bereits in unmittelbarer Nachbarschaft zu § 238 bei den §§ 241, 240, auf die nach allgemeiner Meinung aufgrund der gleichen Angriffsrichtung bei der Auslegung des Nachstellungsparagrafen Bezug genommen

¹⁰²⁵ Im Ergebnis ebenso *Fischer*, §238 Rn.15c.

¹⁰²⁶ So auch *Gazeas*, JR 2007, S.501; *Mosbacher*, NStZ 2007, S.668.

¹⁰²⁷ So *Fischer*, §238 Rn.15b.

¹⁰²⁸ Zur genauen dogmatischen Einordnung befugten Handelns vgl. unten hh).

¹⁰²⁹ Vgl. *Fölsch*, SchIHA 2008, S.302.

werden kann.¹⁰³⁰ Insofern muss der Täter die Verletzung der normierten Rechtsgüter (konkludent) In-Aussicht-Stellen und zumindest Vorgeben, auf deren Verwirklichung Einfluss zu haben; ob der Drohende sie verwirklichen kann oder will, ist auch hier ohne Bedeutung.¹⁰³¹ Eine Entscheidung des *LG Lübeck*¹⁰³² wirft indes die Frage auf, wer als tauglicher Drohungsadressat in Betracht kommt. In dem zitierten Beschluss hat die große Strafkammer eine gegenüber dem Bruder des Opfers telefonisch ausgesprochene, aber auf das Opfer bezogene, Morddrohung zur Anordnung von U-Haft wegen Nachstellung - genaue Bezeichnung: § 238 Abs.1 Ziffer 2 und 4 - ausreichen lassen. Dies suggeriert, dass zur Verwirklichung der Drohungsvariante eine Erklärung gegenüber (nahestehenden) Dritten, die anschließend gleichsam als „Bote“ fungieren, ausreichen kann. Nach anderer Auffassung muss die Drohung hingegen stets gegenüber dem Tatopfer selbst erklärt werden.¹⁰³³

Gegen die Auffassung des *LG Lübeck* könnte zunächst der Wortlaut des § 238 Abs.1 Nr.4 angeführt werden, wonach der nachstellungsbetroffene Mensch („ihn“) bedroht werden muss. Damit wird jedoch nicht *expressis verbis* zum Ausdruck gebracht, dass der Betroffene zwingend auch unmittelbarer Adressat der Drohungserklärung sein muss. Betrachtet man die insofern vergleichbaren Strafnormen §§ 240 und insbesondere 241 stellt man fest, dass diesbezüglich nach h.M. eine Erklärung gegenüber Drittpersonen für ausreichend erachtet wird, soweit diese die Drohung auftrags- oder erwartungsgemäß übermitteln bzw. die Drohung eine Eignung zur Beeinträchtigung der anderen Person aufweist.¹⁰³⁴ Vollendet ist in dieser Konstellation die Tat, wenn der Bedrohte von der Bedrohungserklärung Kenntnis erlangt und den Sinn des Erklärten versteht.¹⁰³⁵ Neben der strukturelle Vergleichbarkeit rechtfertigt sich eine Übertragung dieser Handhabung auf § 238 Abs.1 Nr.4 auch unter teleologischen Gesichtspunkten, da letztlich nur der Informationsgehalt selbst für eine beeinträchtigende Wirkung ursächlich werden kann. Ob die Drohung unmittelbar-direkt dem Betroffenen gegenüber erklärt oder diesem über Dritte zur Kenntnis gebracht wird, ist insofern nicht von ausschlaggebender Bedeutung.¹⁰³⁶ Die praktische Relevanz dieses Streitpunktes dürfte sich allerdings in Grenzen halten, da das oben beschriebene Verhalten regelmäßig auch über Ziffer 2 (Kontaktstellungsversuch mittels Drittpersonen) oder Ziffer 3 (Kontaktveranlassung Dritter) erfasst wird.

¹⁰³⁰ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.16; *Krüger*, S.132f.

¹⁰³¹ Vgl. *Löhr*, S.315f.; *Nimtz*, *Kriminalistik* 2007, S.495; .zu §240: *BGHSt* 16, 387; *NK-Toepel*, Rn.94ff; zu §241: *Fischer* Rn.3; *SK-Horn/Wolters* Rn.4.

¹⁰³² Vgl. Beschluss vom 14.02.2008 (Az: 2 b Qs 18/08)

¹⁰³³ So *Fischer*, §238 Rn.16; *Valerius Beck*OK §238 Rn.8, *ders.* *JuS* 2007, S.322.

¹⁰³⁴ Vgl. *S/S-Eser*, §241 Rn.6; *LK-Träger/Schluckebier*, §241 Rn.15; *Lackner/Kühl*, §240 Rn.15.

¹⁰³⁵ Vgl. *NK-Toepel*, §241 Rn.18; *NK/GS-Rössner/Putz*, §241 Rn.12; *Wessels/Hettinger*, BT 1 Rn.434a.

¹⁰³⁶ Vgl. zu §241 *SK-Joecks* (7.Auflage), §241 Rn.5: „Die Drohung muss das Opfer erreichen...“

(2) Im Hinblick auf die angeführten höchstpersönlichen Rechtsgüter muss der Täter deren Verletzung androhen. Der Begriff „Verletzung“ suggeriert eine qualitative Steigerung zur (bloßen) Beeinträchtigung, weshalb vom Drohenden insoweit eine nicht bloß unerhebliche Beeinträchtigung des jeweiligen Schutzgutes in Aussicht gestellt werden muss.¹⁰³⁷ Daran anknüpfend wird ausgeführt, dass von vorneherein diese Grenze zwischen Bagatelle und Erheblichkeit ohne weitere Abwägung überschritten wird, da sich die Bedrohung auf höchstpersönliche Rechtsgüter beziehen müsse.¹⁰³⁸

(a) Eine Verletzung des Rechtsgut „Leben“ setzt die Androhung von Tötungshandlungen voraus. Der Begriff „körperliche Unversehrtheit“ wird im StGB in der Überschrift des 17.Abschnittes angeführt und umfasst als Schutzgut der Körperverletzungsdelikte die körperlich Integrität einer anderen Person, weshalb rein geistig-seelische Beeinträchtigungen ohne somatisch-objektivierbaren Krankheitswert nach h.M. nicht vom Schutzbereich umfasst sind.¹⁰³⁹ Auch und gerade vor diesem Hintergrund wird die zusätzliche Anführung der Begrifflichkeit „Gesundheit“ unterschiedlich interpretiert.

(aa) Zum Teil wird die Nennung der körperlichen Unversehrtheit neben der Gesundheit als „merkwürdig“ erachtet, denn die Überschrift des 17.Abschnittes nenne nur erstere und dennoch erfasse § 223 auch die Gesundheitsschädigung; die in § 174c explizit erwähnten geistigen und seelischen Krankheiten seien jedenfalls bei § 238 nicht erfasst.¹⁰⁴⁰

(bb) Nach anderer Auffassung mache eine Differenzierung nur dann Sinn, wenn man der Gesundheit eine eigene Bedeutung dergestalt beimisst, dass die psychische Gesundheit bzw. Integrität mitumfasst sein soll.¹⁰⁴¹ Entsprechend dem Schutzzweck der Norm sollen gerade die für die Opfer von Nachstellungen häufig auftretenden seelischen Folgen wie Angst, Unruhe, Stress, Depressionen oder Panik erfasst werden.¹⁰⁴² Daher werde auch die Drohung eine geistige oder seelische Krankheit zu verursachen von Ziffer 4 tatbestandlich erfasst.¹⁰⁴³

¹⁰³⁷ Vgl. *Lackner/Kühl*, §223 Rn.1, 4 zum insofern vergleichbaren Erfordernis bei der Realisierung einer Drohung im Hinblick auf Körperverletzungsdelikte.

¹⁰³⁸ Vgl. *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.8.

¹⁰³⁹ Vgl. *SK-Joecks*, §223 Rn.1; *NK/GS-Dölling*, §223 Rn.4 m.w.N; ausführlich bereits oben C.....

¹⁰⁴⁰ Vgl. *Lackner/Kühl*, §238 Rn.4.

¹⁰⁴¹ Vgl. *SK-Wolters*, §238 Rn.13; *Fischer*, §238 Rn.16.

¹⁰⁴² Vgl. *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.8.

¹⁰⁴³ Unklar insoweit *Krüger*, S.134, der anführt, dass sich Stalking (soziologischen) Untersuchungen zufolge sehr häufig negativ auf die *psychische* Gesundheitsverfassung auswirke. Dies kann jedoch nicht für ein Erfordernis der Einbeziehung seelisch-geistiger Erkrankungen in die Drohungsvariante fruchtbar gemacht werden, da der angeführte Aspekt im Rahmen der Auswirkungen beim Opfer und somit im Taterfolg zu berücksichtigen ist.

(cc) *Stellungnahme*: Die im Rahmen des § 238 Abs.1 Nr.4 verwendete Gesetzesformulierung könnte zunächst für einen von den §§ 223ff. abweichenden Interpretationsansatz sprechen, da der Begriff „körperliche Unversehrtheit“ im Rahmen der Körperverletzungstatbestände sowohl körperliche Misshandlungen, als auch Gesundheitsschädigungen in sich vereint. Gerade weil der 17.Abschnitt nach h.M. den menschlichen Körper in seiner Unversehrtheit zum Schutzgegenstand hat,¹⁰⁴⁴ könnte der Gesetzgeber mit der zusätzlichen Erwähnung der „Gesundheit“ in § 238 Abs.1 Nr.4 in der Tat das Ziel verfolgt haben, einen von den §§ 223ff. abweichenden bzw. weitergehenden Anwendungsbereich ohne zwingenden Körperlichkeitsbezug zu schaffen. Einen entsprechenden Hinweis sucht man in den Gesetzgebungsmaterialien jedoch vergebens, wie sich der Gesetzgeber insgesamt bei der Begründung der Ziffer 4 stark zurücknimmt und lediglich ausführt, dass bestimmte, näher bezeichnete Drohungsvarianten erfasst sein sollen.¹⁰⁴⁵ Für eine eher restriktive Ausgestaltung bzw. Auslegung im Sinne der ersten Auffassung spricht hingegen die Tatsache, dass der Bundesratsentwurf noch weitergehend die Drohung mit einem empfindlichen Übel ausreichen ließ, mitunter der Unwertgehalt nunmehr gesteigert wurde.¹⁰⁴⁶ Innertatbestandlich können zur Bestimmung des erforderlichen Handlungsunwertes zunächst die mitgenannten Rechtsgüter herangezogen werden. Daran anknüpfend weist die letztgenannte Auffassung Unzulänglichkeiten auf, weil sie Elemente des Taterfolges der Tathandlung zuschlägt. Die Auswirkungen des nachstellenden Verhaltens haben bei der Beeinträchtigung der Lebensgestaltung und somit beim tatbestandlichen Erfolg Berücksichtigung zu finden und können insofern nicht für die Auslegung der Tathandlung des „Bedrohens“ fruchtbar gemacht werden, welche einer eigenständigen Bewertung unterliegt. Die angeführten Rechtsgüter nehmen im strafrechtlichen Schutzgefüge durchweg einen hohen Rang ein, werden gleichsam als Belange bezeichnet, die für die Existenz des Menschen von „elementarer Bedeutung“ sind.¹⁰⁴⁷ Dies offenbart einen prinzipiellen Widerspruch zum unterschweligen und restriktiven Schutz der geistig-seelischen Integrität, in weiterer Abgrenzung zum strafrechtlich grundsätzlich irrelevanten Gefühlschutz.¹⁰⁴⁸ Unter systematischen Erwägungen lässt sich weiterhin eine Parallele zu § 35 ziehen.¹⁰⁴⁹ Zwar spricht der Gesetzestext in dieser Vorschrift von „Leben, Leib oder Freiheit“, allerdings wird der Terminus „Leib“ von der h.M in diesem Zusammenhang als Oberbegriff für körperliche Unversehrtheit und Gesundheit im Sinne der §§ 223 ff. verstanden, sodass die geistig-seelische Unversehrtheit als notstandsfähiges Rechtsgut

¹⁰⁴⁴ Vgl. LK-Lilie, Vor §223 Rn.1 m.w.N.

¹⁰⁴⁵ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.8.

¹⁰⁴⁶ Vgl. BT-Drs. 16/1030, S.5.

¹⁰⁴⁷ Vgl. NK/GS-Rössner/Krupna, §238 Rn.8, die aufgrund dessen im Bezug auf „Freiheit“ eine restriktive Auslegung in Anlehnung an §35 StGB vertreten; NK/GS-Duttge §35 Rn.4; NK-Neumann, §35 Rn.13.

¹⁰⁴⁸ Vgl. zur bereits erörterten Abgrenzungsproblematik oben bb), Exkurs (5), c); Roxin AT 1 §2 Rn.26ff.

¹⁰⁴⁹ Vgl. Krüger, S.134.

ausgeschlossen ist.¹⁰⁵⁰ Daran anknüpfend ergebe die Zusammenstellung mit „Leben“, dass nicht jede drohende einfache Körperverletzung genügen soll, sondern nur eine schwere.¹⁰⁵¹ Konsequenterweise scheidet nach h.M. im Rahmen des § 35 die geistig-seelische Unversehrtheit als notstandsfähiges Rechtsgut aus.¹⁰⁵²

Ob die Drohung eine (rein) geistig-seelischen Erkrankung zu verursachen vor diesem Hintergrund als tatbestandsmäßig im Sinne des § 238 Abs.1 Nr.4 zu erachten ist, erscheint zumindest zweifelhaft, insbesondere weil die gesetzliche Doppelnennung im Vergleich zu § 35 als bloße „rhetorische Weiterentwicklung“ ohne inhaltliche Abweichung bewertet werden könnte.¹⁰⁵³ Lässt sich daher eine Erfassung der psychisch-seelischen Gesundheit über Ziffer 4 mit guter Begründung verneinen, käme subsidiär eine Miteinbeziehung als nachstellendes Verhalten über Ziffer 2 (Kontaktherstellungsversuch mittels Drittpersonen) oder Ziffer 3 (Kontaktveranlassung Dritter) in Betracht.

(b) Im Hinblick auf das Rechtsgut der „Freiheit“ ist entsprechend der restriktiven Auslegung bei § 35 nur die Fortbewegungsfreiheit im Sinne des § 239 als geschützt anzusehen.¹⁰⁵⁴ Dies rechtfertigt sich vor dem Hintergrund, als dass die Freiheit nur in dieser Form einen vergleichbar hohen Rang wie die übrigen angeführten Rechtsgüter inne hat.¹⁰⁵⁵ Wäre die gesamte persönliche Freiheit bzw. allgemeine Handlungsfreiheit umfasst, bestünde weiterhin die Gefahr eines zu weiten und somit unbestimmten Tatbestandes, der insofern kein hinreichenden Unrechtsgehalt mehr umschreibt. Ferner kann nach *Mosbacher* die Freiheit der Willensentschließung oder Willensbetätigung nicht gemeint sein, weil diese durch die Drohung als solche beeinträchtigt werde.¹⁰⁵⁶

(3) Auf „nahestehende Personen“ wird bereits in den §§ 241, 35 Bezug genommen, welche in diesem Zusammenhang als tatsächlich existente Menschen, die dem Opfer persönlich-emotional so verbunden sind, dass es eine Gefahr für jene auch für sich selbst als Drucksituation empfindet, definiert werden.¹⁰⁵⁷ Beispielhaft kann es sich um sonstige Verwandte, Lebensgefährten oder gute Freunde handeln.¹⁰⁵⁸ Für eine inhaltlich andere Interpretation im Rahmen des § 238 Abs.1 Nr.4

¹⁰⁵⁰ Vgl. *Lackner/Kühl*, §35 Rn. 3; *Kühl* AT §12 Rn.29; *Krüger*, S.134, der dies auf neuerer Gesetzgebungstechnik zurückführt; *Krey/Heinrich*, BT 1 Rn.388d.

¹⁰⁵¹ Vgl. BGH StV 1994, S.127; NStZ 1994, S.556; *Fischer*, §35 Rn.4 m.w.N.

¹⁰⁵² Vgl. OLG Frankfurt, StV 1989, S.107f; *S/S-Lenckner/Perron*, §35 Rn.6/7.

¹⁰⁵³ Vgl. *Krüger*, S.134.

¹⁰⁵⁴ Allgemeine Meinung: *Eisele*, BT 1 Rn. 496; *Fischer*, §238 Rn.16; *Lackner/Kühl*, §238 Rn.4; *Krüger*, S.133.

¹⁰⁵⁵ Vgl. *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.8.

¹⁰⁵⁶ *Mosbacher*, NStZ 2007, S.668.

¹⁰⁵⁷ Vgl. BVerfG NJW 1995, S.2777; *Mosbacher*, NStZ 2007, S.668; ausführlich: *Lilie*, JZ 1991, S.545f.

¹⁰⁵⁸ Vgl. *Kinzig*, JA 2007 S.483; *Fischer*, §35 Rn.7 m.w.N.

besteht kein erkennbares Bedürfnis, weshalb auf die im Rahmen der vorgenannten Paragraphen bestehende Auslegung zurückgegriffen werden kann.¹⁰⁵⁹ Umstritten ist allerdings, welche Konsequenzen daraus zu ziehen sind, dass in Abweichung zu anderen gesetzlichen Regelungen, etwa § 35 oder § 238 Abs.3, in § 238 Abs.1 Nr.4 nicht explizit die „Angehörigen“ im Sinne des § 11 Abs.1 Nr.1 erwähnt werden.¹⁰⁶⁰

(a) Einer Auffassung zufolge ist dies Resultat eines handwerklichen Fehlers des Gesetzgebers, der die Norm im Textbausteinverfahren aus zwei Entwürfen zusammengestellt hat, welcher zu Gunsten des Täters zu berücksichtigen sei.¹⁰⁶¹ Demnach müsse bei Angehörigen stets geprüft werden, ob diese als „nahestehende Personen“ zu qualifizieren sind, was im Ergebnis bei bloß formaler Verwandtschaft zu verneinen sei.

(b) Nach anderer Auffassung ist auch bei nur formalen Verwandtschaftsverhältnis ein Angehöriger stets als „nahestehende Person“ einzuordnen.¹⁰⁶² Zur Begründung wird auf die Absätze 3 und 4 verwiesen, bei denen alle relevanten Personengruppen angeführt werden und diese doch typischerweise vor allem mit der Bedrohungsmodalität als Grundtatbestand Bedeutung erlangen. Soll demnach die Bedrohung eines Angehörigen, zu dem keine persönliche Bindung besteht, bei Eintritt eines weiteren Gefahrenerfolges ausreichen um die Qualifikationswirkung zu entfalten, müsse sie auch den Grundtatbestand erfüllen können.

(c) *Stellungnahme:* Der angeführte Streit bedarf lediglich in dem wohl eher seltenen Fall einer Entscheidung, bei dem zwischen Opfer und dessen Angehörigem in Sinne des § 11 Abs.1 Nr.1 keine persönliche Bindung, also lediglich ein formales Verwandtschaftsverhältnis, besteht.¹⁰⁶³ Dann gilt es allerdings zu berücksichtigen, dass im StGB beide Terminologien mit jeweils unterschiedlicher Bedeutung verwendet werden, deren Schutzbereiche mitunter divergieren können.¹⁰⁶⁴ Insbesondere in Anbetracht des verfassungsrechtlichen Verbot der täterbelastenden Analogie aus Art. 103 Abs.2 GG, muss bei fehlender persönlicher Bindung die in Bezug auf einen nicht nahestehenden Angehörigen ausgesprochene Bedrohung tatbestandslos verbleiben. Ferner rechtfertigt der Schutzzweck des Tatbestandes eine solche Interpretation, da es mangels persönlich-emotionaler Bindung zwischen Drohungs- und Nachstellungsbetroffenem an einer rechtlich zu missbilligenden

¹⁰⁵⁹ So auch *Gazeas*, JR 2007, S.501; *Lackner/Kühl*, §238 Rn.4.

¹⁰⁶⁰ *Eisele*, BT 1 §22 Rn.496 geht insofern von einem „Redaktionsversehen“ aus.

¹⁰⁶¹ Vgl. *Krüger*, S.137.

¹⁰⁶² So *SK-Wolters*, §238 Rn.13; wohl auch *Mosbacher*, NStZ 2007, S.668; *Kinzig/Zander*, JA 2007, S.483.

¹⁰⁶³ Weshalb *Eisele*, BT 1 §22 Rn.496 auch von „keinen größeren Strafbarkeitslücken“ spricht.

¹⁰⁶⁴ Vgl. *Kühl*, Prot. öffentliche Anhörung (18.10.2006), S.36, der von „unterschiedlichen Kreisen“ spricht.

Drucksituation für das Tatopfer fehlt. Alternativ kommt eine Erfassung über § 238 Abs.1 Nr.1, Nr.2 oder ggf. Ziffer 5 in Betracht.

(4) Bereits an dieser Stelle soll aufgrund der evidenten Vergleichbarkeit das strafrechtliche Konkurrenzverhältnis zwischen §238 Abs.1 und den inhaltlich verwandten §§ 240, 241 geklärt werden.

(a) Der Anwendungsbereich der Bedrohungsvariante des § 238 Abs.1 geht über jenen des § 241 hinaus, welcher eine Bedrohung mit einem Verbrechen zum Gegenstand hat.¹⁰⁶⁵ Regelmäßig kann es daher nur bei angedrohten Verletzungen des Lebens oder schwerwiegenden Beeinträchtigungen der anderen Rechtsgüter (Bspw. §§ 226, 239 Abs.3) zu Überschneidungen kommen. Insofern wird von Teilen des Schrifttums davon ausgegangen, dass § 241 stets hinter den § 238 Abs.1 Nr.4 im Wege der Spezialität zurücktritt.¹⁰⁶⁶ Zur Begründung wird unter anderem auf den höheren Strafrahmen des § 238 Abs.1 verwiesen. Die Gegenauffassung will hingegen aus Klarstellungsgründen Tateinheit annehmen, da keine Deckungsgleichheit zwischen dem Anwendungsbereich der Bedrohung und dem des § 238 Abs.1 Nr.4 bestehe und Bedrohungen keine notwendigen Voraussetzungen der Nachstellung seien.¹⁰⁶⁷ Dem ist zu folgen, da § 241 die Bedrohung mit einem Verbrechen voraussetzt, was jedoch für § 238 Abs.1 Nr.4 StGB nicht zwingend erforderlich ist.

(b) Teilweise wird der Tatbestandsvariante nur ein schmaler, eigenständiger Anwendungsbereich prognostiziert, da bei deren Vorliegen regelmäßig § 240 miterfüllt sei.¹⁰⁶⁸ Anderes gelte nur dann, wenn man für § 240 zielgerichtetes Wollen oder direkten Vorsatz voraussetzt bzw. verlangt. Dies überzeugt jedoch nicht, da Straftaten wie bspw. Nötigung, die dem harten Stalking unterfallen, in Tateinheit zu § 238 stehen können, soweit die Nachstellung diesbezüglich einen anderen zusätzlichen Unrechtsgehalt aufweist.¹⁰⁶⁹ Andernfalls käme auch das vereinzelt postulierte¹⁰⁷⁰ Zurücktreten des § 240 hinter § 238 im Wege der Spezialität in Betracht.

¹⁰⁶⁵ Vgl. *Krey/Heinrich*, BT 1 Rn.388d.

¹⁰⁶⁶ So *Gazeas*, JR 2007, S.501; *Blum*, Der neue Straftatbestand der Nachstellung, S.8; *Kinzig/Zander*, JA 2007, S.485; *Eisele*, BT 1 §22 Rn.508; *Buß*, S.239.

¹⁰⁶⁷ Vgl. *Valerius*, JuS 2007, S.323; *SK-Wolters* §238 Rn.24; *Fischer*, §238 Rn.39.

¹⁰⁶⁸ So *Mitsch*, NJW 2007, S.1239.

¹⁰⁶⁹ So auch *Lackner/Kühl*, §238 Rn.12; *SK-Wolters* §238 Rn.24, der dies mit dem „andersartigen Rechtsgut“ begründet, wobei beide Tatbestände (auch bzw. überwiegend) die Willenentschließungs- und Betätigungsfreiheit schützen, vgl. oben bb).

¹⁰⁷⁰ So *Gazeas*, JR 2007, S.501.

ff) § 238 Abs. 1 Nr.5

Tatbestandsmäßig nach § 238 Abs. 1 Nr.5 ist die Vornahme einer „anderen vergleichbaren Handlung“. In dogmatischer Hinsicht handelt es sich um einen Auffangtatbestand¹⁰⁷¹, auch als General¹⁰⁷²- Öffnungs-¹⁰⁷³- oder Analogieklausel¹⁰⁷⁴ bezeichnet. Ein solcher war zunächst nur im Gesetzentwurf des Bundesrates,¹⁰⁷⁵ nicht jedoch im Regierungsentwurf¹⁰⁷⁶ vorhergesehen. Die Einfügung in § 238 Abs.1 wurde vom Rechtsausschuss letztlich damit begründet, dass ein Auffangtatbestand Strafbarkeitslücken für solche Verhaltensweisen vermeidet, die sich nicht unter einer der vorhergesehenen Fallgruppen subsumieren lassen und er es ferner ermögliche, künftigen technischen Entwicklungen Rechnung zu tragen. Damit werde der für das Phänomen Stalking typischen Vielgestaltigkeit möglicher Verhaltensformen Rechnung getragen. Insbesondere sei die Nummer 5 erforderlich, um auf neu auftretende Verhaltensweisen reagieren zu können.¹⁰⁷⁷ Die Verwendung von Auffangtatbeständen im StGB sieht sich im Hinblick auf Art. 103 Abs.2 GG regelmäßig dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit ausgesetzt.¹⁰⁷⁸

(1) Diesbezüglich wird angeführt, die Öffnungsklausel des § 238 Abs.1 Nr.5 genüge auch unter Berücksichtigung eines eigenständigen Gehaltes des Begriffes „Nachstellen“ den Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes nicht.¹⁰⁷⁹ Weder die Gesetzesbegründung noch die schlicht normative Betrachtung lasse im Ansatz erahnen, welche belästigende Handlungsweisen vergleichbar sein sollen.¹⁰⁸⁰ Insofern bieten die vorhergehenden Tathandlungen – anders als bei §§ 315 Abs.1 Nr.4, 315b Abs.1 Nr.3 - keine hinreichende Eingrenzungsmöglichkeit. Zu heterogen seien die in Ziffer 1 bis 4 bezeichneten Handlungsvarianten, als dass ihnen ein generalisierbarer Vergleichsmaßstab („tertium comparationis“) entnommen werden könne.¹⁰⁸¹ Es fehle an der Möglichkeit, ein vergleichbares Substrat zu destillieren, zumal dieses Substrat ja über das hinausgehen müsste, was

¹⁰⁷¹ Vgl. BT-Drs. 16/3641, S.14; SK-Wolters, §238 Rn.14.

¹⁰⁷² Vgl. Blum, S.6; Gerhold NK 2007, S.2; Sering NJW-Spezial 2007, S.375.

¹⁰⁷³ Vgl. Löhr, S.317.

¹⁰⁷⁴ Vgl. Lackner/Kühl, §238 Rn.5; Kühl, Prot. S.16; Neubacher/Seher, JZ 2007, S.1033.

¹⁰⁷⁵ Vgl. BT-Drs. 16/1030, S.3,7.

¹⁰⁷⁶ Vgl. BT-Drs.16/575, S.5, 10; 15/5410, S.9: Die Ablehnung einer Generalklausel wurde mit „durchgreifenden Bedenken im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Artikel 103 des Grundgesetzes“ begründet.

¹⁰⁷⁷ Vgl. BT-Drs. 16/3641, S.14. Diese Ausführungen können nur als unglücklich bezeichnet werden, da insofern einem Konflikt mit Art.103 II GG (Strafbarkeit muss feststehen, bevor die Tat begangen wurde) unweigerlich Vorschub geleistet wird. Treffender ist die Begründung des Bundesrates (BT-Drs.16/1030, S.7), aus dessen Entwurf die Generalklausel übernommen wurde, wonach die Tatvarianten gesetzliche Leitbeispiele darstellen und der Auffangtatbestand der Tatsache Rechnung trägt, dass sämtliche in Betracht kommende Handlungen wegen der Natur des Stalkings nicht abschließend aufgezählt werden können; vgl. ferner Buß, S.240.

¹⁰⁷⁸ Zur Diskussion bei §§ 315, 315b Isenbeck, NJW 1969, S.174ff.; Bruns, GA 1986 1ff; NK-Herzog, §315 Rn.18.

¹⁰⁷⁹ Fischer, §238 Rn.17b; Krey/Heinrich, BT 1 Rn.388b; wohl auch Fölsch, SchlHA 2008, S.302.

¹⁰⁸⁰ Vgl. Buß, S.241 unter Verweis auf Pöppelmann, Stellungnahme, S.17; Löhr, S.327.

¹⁰⁸¹ Vgl. Gazeas, JR 2007, S.501f.; Vander, KritV 2006, S.89; Rackow, GA 2008, S.565.

durch ein beharrliches Nachstellen, das die Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt, ohnehin schon erfasst werde.¹⁰⁸² Vergleichbarkeiten mit Handlungen nach den vorbenannten Ziffern seien rein zufällig und allenfalls nach Maßgabe des *Beeinträchtigungs*-Gehalts festzustellen. Der Tatbestand werde über Nr.5 nicht für neue Formen der in Ziffer 1 bis 4 benannten Handlungen geöffnet, sondern gegenüber einer unbeschränkten Vielzahl irgendwelcher anderer Handlungen, deren Vergleichbarkeit mit diesen sich in ihren ähnlichen Wirkungen erschöpfe. Der Nachstellungsparagraf (bzw. Formulierungsvorschlag) sei aufgrund der vielen „oder“-Verbindungen nur schwer lesbar und enthalte zu disparate Begehensweisen, als dass man einen Analogieschluss darauf aufbauen könnte.¹⁰⁸³ Der Begriff „vergleichbare Handlungen“ habe aufgrund teilweiser erheblicher Unbestimmtheit anderer Tatvarianten im vorliegenden Zusammenhang keinerlei Konturen mehr.¹⁰⁸⁴ Der Täter könne seine Strafbarkeit nur errahnen.¹⁰⁸⁵ Etwas polemisch wird behauptet, die gesetzgeberische Verweisung auf die verfassungskonforme Handhabung bei den §§ 315 Abs.1 Nr.4, 315b Abs.1 Nr.3 greife nicht durch, da ein Fehler werde nicht dadurch geheilt werde, dass er an anderer Stelle schon einmal gemacht wurde.¹⁰⁸⁶ § 238 Abs.1 Nr.5 können man auch als gesetzliche Aufforderung zur (im Strafrecht an sich verbotenen) Analogie zu Ungunsten des Täters bezeichnen, weil die anderen Handlungen nicht vom Gesetzgeber, sondern vom Richter in den Bereich des Strafbareren einbezogen werden.¹⁰⁸⁷ Die gesetzgeberische Intention auf neu auftretende Verhaltensweisen reagieren zu können laufe darauf hinaus zu warten, was sich der Täter ausdenken mag, und ihm *nach der Tat* zu sagen, ob diese unter § 238 fällt oder nicht.¹⁰⁸⁸

Keine explizite Stellungnahme erfolgt zu den rechtlichen Konsequenzen einer Unvereinbarkeit des Auffangtatbestandes mit Art.103 Abs.2 GG.¹⁰⁸⁹ Nach dem Nichtigkeitsdogma sind Rechtsnormen, die mit dem Grundgesetz in Widerspruch stehen, von Anfang an rechtsunwirksam, die von ihnen beabsichtigten Rechtsfolgen nicht eingetreten, was jedoch einer Feststellung durch das Bundesverfassungsgericht bedarf (vgl. § 78 BVerfGG).¹⁰⁹⁰ Eine Gesamtnichtigkeit kommt in Betracht, wenn sich aus dem objektiven Sinn des Gesetzes ergibt, dass die übrigen mit der Verfassung zu vereinbarenden Bestimmungen keine selbstständige Bedeutung haben, ferner wenn

¹⁰⁸² Vgl. *Kinzig/Zander*, JA 2007, S.486.

¹⁰⁸³ Vgl. *Kühl*, Stellungnahme S.8; *ders.* etwas relativierend in *Lackner/Kühl*, §238 Rn.5: Man können „kaum“ einen Analogieschluss darauf aufbauen unter Anführung entsprechender gesetzlicher Anknüpfungspunkte.

¹⁰⁸⁴ Änderungsantrag Bündnis '90/Grünen: BT-Drs. 16/3663, S.2.

¹⁰⁸⁵ Vgl. *Kühl*, Stellungnahme S.8.

¹⁰⁸⁶ So *Mitsch*, NJW 2007, S.1239.

¹⁰⁸⁷ So *Lackner/Kühl*, §238 Rn.5; *ders.* Prot. öffentliche Anhörung (18.10.2006), S.16.

¹⁰⁸⁸ Vgl. *Neubacher/Seher*, JZ 2007, S.1033.

¹⁰⁸⁹ Vgl. aber *Fischer*, §238 Rn.11, der von „insoweit abschließenden“ typischen Handlungen der Nr.1-4 spricht.

¹⁰⁹⁰ Vgl. BVerfGE 1, 37; 7, 378.

der nichtige Teil der Vorschrift mit dem übrigen Bestimmungen eine untrennbare Einheit bildet.¹⁰⁹¹ Soweit von einer Verfassungswidrigkeit des Auffangtatbestandes ausgegangen wird, bleibt zu klären, ob eine Teilnichtigkeit bzw. teleologische Reduktion des Tatbestandes dahingehend in Betracht kommt, dass lediglich Ziffern 1 bis 4 taugliche Tatvarianten darstellen.

(2) Dem entgegen wird im Schrifttum angeführt, dass die Öffnungsklausel eine hinreichende Konkretisierung dadurch erfahre, dass sich die Auslegung an den Ziffern 1 bis 4 zu orientieren habe und zudem die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen die infrage kommenden Tathandlungen ausreichend beschreiben.¹⁰⁹² Das Handlungs- und Erfolgsunrecht des strafbaren Nachstellens im Unterschied zum bloß sozial lästigen werde durch die Alternativen 1- 4 des Abs.1 in ausreichend bestimmter Form für den Auffangtatbestand vorgegeben.¹⁰⁹³ Selbst wenn der Gesetzgeber auf die Normierung expliziter Tathandlungen verzichtet und nur „beharrliches Nachstellen“ mit entsprechendem Taterfolg unter Strafe gestellt hätte, würde ein solch formulierter Tatbestand - entsprechend der Handhabung bei § 292 Abs.1 Var.1 - den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes genügen. Eine Ausdifferenzierung der Tathandlungen sei von Verfassung wegen jedenfalls nicht geboten.

(3) Einschränkend wird angeführt, dass lediglich die Tatvarianten Ziffer 1 und 2 sich strukturell als nicht analogiefähig erweisen würden, da sie geschlossene Verhaltensgruppen beschreiben.¹⁰⁹⁴ Bei bestehender räumlicher Distanz fehle die Vergleichbarkeit zu Ziffer 1, da Nachstellungen, die räumliche Distanz wahren, sich hiervon kategorial unterscheiden. Ziffer 2 decke bereits jetzt alle Formen der Kontaktaufnahme ab, weshalb bei kommunikativer Distanz zum Opfer das Täterverhalten insoweit ein aliud sei, das keinen modal vergleichbaren Handlungsunwert berge. Die Varianten drei und vier formulieren hingegen bestimmte Belästigungen eher beispielhaft, weshalb ähnliche Handlungen, die in ihrem Handlungsunwert und der Intensität der Einwirkung vergleichbar seien, diesbezüglich denkbar wären.

(4) *Stellungnahme:* Der Gesetzgeber geht im Rahmen des § 238 Abs.1 Nr.5 unter Verweisung auf die Handhabung bei den §§ 315 Abs.1 Nr.4; 315b Abs.1 Nr.3 selbstredend davon aus, dass es sich bei den „anderen, vergleichbaren Handlungen“ um einen Fall gesetzlich angeordneter, verfassungsrechtlich zulässiger innertatbestandlicher Analogie handelt.¹⁰⁹⁵ Bei jenen Vorschriften

¹⁰⁹¹ Vgl. BVerfGE 2, 406; 8, 301; 1, 272.

¹⁰⁹² So *Mosbacher*, NSStZ 2007, S.668; *Blum*, Der neue Straftatbestand der Nachstellung, S.6.

¹⁰⁹³ Vgl. NK/GS-*Rössner/Krupna*, §238 Rn.9.

¹⁰⁹⁴ So *Neubacher/Seher*, JZ 2007, S.1033.

¹⁰⁹⁵ Vgl. BT-Drs. 16/3641, S.14.

würden verfassungsrechtliche Bedenken ebenfalls nicht durchgreifen. Die Auslegung habe sich im Rahmen des § 238 Abs.1 Nr.5 an den vier konkret beschriebenen Handlungsalternativen zu orientieren. Erfasst werden sollen demnach Handlungen, die den in Ziffer 1 bis 4 genannten ihrer Bedeutung nach entsprechen, also sowohl qualitativ als auch quantitativ eine vergleichbare Schwere aufweisen und in ihrem Handlungs- und Erfolgswert diesen gleichkommen. Eine weitergehende Begründung zur Verfassungsmäßigkeit bleibt der Gesetzgeber allerdings schuldig. Zu prüfen ist nunmehr, ob entgegen der geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken, insbesondere im Hinblick auf Verstoß gegen das Analogieverbot und den Bestimmtheitsgrundsatz (Art.103 Abs.2 GG, § 1), entsprechend der gesetzgeberischen Vorstellung eine Auslegung bzw. Anwendung der Ziffer 5 in verfassungskonformer Weise möglich ist.

(a) Das verfassungsrechtliche **Verbot täterbelastender Analogie**, welches sich an die Strafrichter wendet, ist nicht im engeren technischen Sinne zu verstehen, sondern schließt jede strafbegründende oder strafverschärfende Rechts-„Anwendung“, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht, aus.¹⁰⁹⁶ Analogie ist demnach die Ausdehnung eines Rechtssatzes auf einen im Gesetz nicht geregelten oder vom Gesetzeswortlaut nicht mehr erfassten Fall.¹⁰⁹⁷ Die Grenzen zwischen verbotener Analogie und noch zulässiger Auslegung sind wegen ihrer fließenden Übergänge jedoch häufig nur schwer zu bestimmen, weshalb auch nach wie vor Diskussionen über das tatsächliche Ausmaß des Analogieverbotes stattfinden.¹⁰⁹⁸ Wie bereits erwähnt, wird die Öffnungsklausel des § 238 Abs.1 Nr.5 diesbezüglich als gesetzliche Aufforderung zur im Strafrecht an sich verbotenen Analogie zu Ungunsten des Täters verstanden, denn hier werde (der Strafrichter) dazu aufgefordert, nach „vergleichbaren“ Handlungen zu suchen.¹⁰⁹⁹

Der Einwand des Verstoßes gegen das Analogieverbot greift vorliegend allerdings nicht durch.¹¹⁰⁰ Im Rahmen der Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit des „ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriffes“ der §§ 315, 315b wurde zutreffend ausgeführt, dass das Analogieverbot nur für die Lückenfüllung zwischen einzelnen Tatbeständen auf der Ebene der Rechtsanwendung gilt, während es bei den Straßenverkehrsdelikten um die Auslegung eines durch den Gesetzgeber geschaffenen generellen Terminus gehe.¹¹⁰¹ Die Gesetzgebungstechnik, dass in einer gesetzlichen Vorschrift ein Oberbegriff und zu dessen näherer Bestimmung einzelne Elemente der durch den Oberbegriff

¹⁰⁹⁶ Vgl. BVerfGE 73, 235; 71, 108; Maunz/Dürig-Schmidt/Aßmann, Art.103 II Rn.226ff; Roxin, AT 1 §5 Rn.7, 26ff.

¹⁰⁹⁷ Vgl. BVerfGE 82, 6; BGHSt NJW 1951, S.809f.

¹⁰⁹⁸ Vgl. Wessels/Beulke, AT Rn.56; Bringewat, Grundbegriffe des Strafrechts, V. Rn.2141ff.

¹⁰⁹⁹ Vgl. Lackner/Kühl, §238 Rn.5; Fischer, §238 Rn.6a; Neubacher, ZStW 188, 870; Gazeas, JR 2007, S.502.

¹¹⁰⁰ So auch Krey/Heinrich, BT 1 Rn.388e.

¹¹⁰¹ Vgl. LK-König, §315 Rn.41; Fabricius, GA 1994, S.166.

bezeichneten Klasse genannt werden, ist dem StGB auch in anderer Hinsicht nicht fremd, wie bspw. das „gefährliche Werkzeug“ in § 224 Abs.1 Nr.1 oder die „niederen Beweggründe“ in § 211 aufzeigen. Bereits bei der Auslegung von „nachstellt“ wurde erläutert, dass im Rahmen des § 238 Abs.1 das (unbefugte) Nachstellen Tathandlung ist, welche durch beharrliche Vornahme der gesetzlichen Leitbeispiele Ziffern 1 bis 4 oder einer vergleichbaren Handlung verwirklicht wird.¹¹⁰² Entsprechend bildet „nachstellt“ den Oberbegriff, welcher die in Ziffer 1 bis 4 vorgesehenen Tatvarianten und noch mehr in sich vereinigt.¹¹⁰³ Zu klären ist sodann die Frage, ob der Oberbegriff hinreichende Bestimmtheit aufweist.

(b) Wie bereits erläutert, verlangt das **verfassungsrechtliche Gebot der Gesetzesbestimmtheit**, welches sich im Gegensatz zum Analogieverbot an den Gesetzgeber wendet,¹¹⁰⁴ *einerseits* dass die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret im Gesetz beschrieben sein müssen, dass hieraus Tragweite und Anwendungsbereich der Norm zumindest erkennbar wird und der Bürger als Normadressat die Möglichkeit hat, sein Verhalten entsprechend auf die Rechtslage einzurichten.¹¹⁰⁵ Es soll sichergestellt werden, dass jedermann vorhersehen kann, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist, damit er sein Tun oder Unterlassen auf die Strafrechtspflege eigenverantwortlich einrichten kann und willkürliche staatliche Reaktion nicht befürchten muss.¹¹⁰⁶ *Andererseits* ergibt sich bereit aus der abstrakt-generellen Rechtsnatur von Normen, dass diese prinzipiell keine konkret detaillierte Verhaltensanweisung verbindlich anordnen können.¹¹⁰⁷ Wegen der Allgemeinheit und Abstraktheit von Strafnormen ist es unvermeidlich, dass in Einzelfällen zweifelhaft sein kann, ob ein Verhalten noch unter den gesetzlichen Tatbestand fällt oder nicht.¹¹⁰⁸ Daran anknüpfend besteht auch im Strafrecht ein berechtigtes und unumgängliches Interesse an der Verwendung von Generalklauseln, welches darauf gründet, dass der Gesetzgeber andernfalls „nicht in der Lage wäre, der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden.“¹¹⁰⁹ Das Gebot der Gesetzesbestimmtheit bedeutet also nicht, dass der Gesetzgeber gezwungen ist, sämtliche Straftatbestände ausschließlich mit rein deskriptiven, exakt erfassbaren Tatbestandsmerkmalen zu umschreiben.¹¹¹⁰ Nach ständiger Rechtsprechung ist die Verwendung von Generalklauseln oder unbestimmten, wertausfüllungsbedürftigen Begriffen im Strafrecht verfassungsrechtlich

¹¹⁰² Vgl. *Fischer* §238 Rn.9,11; *Fölsch*, SchlHA 2008, S.301; *Mitsch*, NJW 2007, S.1238; *Valerius*, JuS 2007, S.321; *Wessels/Hettinger* BT 1 Rn.369c; *Löhr*, S.301ff.

¹¹⁰³ Vgl. *Eisele* BT1 §22 Rn.497.

¹¹⁰⁴ Vgl. BVerfG wistra 2002, S.178ff m.w.N; *Roxin*, AT 1 §5 Rn.7.

¹¹⁰⁵ Vgl. BVerfGE 92, 12; 105, 135; *Gazeas*, KJ 2006, S.265f. m.w.N.

¹¹⁰⁶ Vgl. BVerfGE 64, 393f.; 84, 72.

¹¹⁰⁷ So auch *Löhr*, S.320.

¹¹⁰⁸ OLG München, NJW 2007, S.2786ff. unter Verweis auf BVerfG NJW 2007, S.1666ff.

¹¹⁰⁹ Vgl. BVerfGE 11, 237; *Fischer*, §1 Rn.5b ff. m.w.N; *Bringewat*, Grundbegriffe des Strafrechts, V. Rn.203: teilweise „sachlogisch unvermeidbar“.

¹¹¹⁰ Vgl. BVerfGE 11, 234, 237; 28, 175, 183; 45, 363ff.

unbedenklich, wenn die Norm eine zuverlässige Grundlage für ihre Auslegung und Anwendung bietet oder wenn sie eine gefestigte Rechtsprechung übernimmt und damit aus dieser Rechtsprechung bzw. dem Normzusammenhang hinreichende Bestimmtheit gewinnt.¹¹¹¹ Der Bürger als Normadressat muss anhand der Norm bei gehöriger Gewissensanspannung zumindest erkennen und vorhersehen können, welcher Regelfall mit Strafe bedroht ist.¹¹¹² Grundsätzlich muss bei generalklauselartigen, unbestimmten Tatbestandsmerkmalen ggf. Tatbestandsbestimmtheit im Wege restriktiver Auslegung hergestellt werden.¹¹¹³ Die Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen wird dort überschritten, wo der Gesetzgeber keinerlei (auch keine unscharfen) Vorgaben macht, also von einer eigenen Entscheidung ganz absieht, und die Festlegung strafbaren Verhaltens allein in das Ermessen der Gerichte stellt.¹¹¹⁴ In diesen Fällen wird die Bestimmung der Tatbestandsgrenzen dem Richter überlassen, der sie im Einzelfall im Wege eines wertenden „Vergleichs“ mit anderen strafbaren Handlungen vollzieht, ohne dass sich hierfür im Gesetz bestimmte Anhaltspunkte finden.¹¹¹⁵ Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts wachsen die Anforderungen an die Gesetzesbestimmtheit prinzipiell mit der Höhe der angedrohten Strafe.¹¹¹⁶

Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben auf Auffangtatbestände justiert, müssen die sonstigen Tatbestandsmerkmale bzw. Vorgaben der Norm eine sog. „innertatbestandliche Analogie“¹¹¹⁷ ermöglichen. Deren präzisen Anforderungen werden nunmehr anhand bereits im StGB vorhandener Tatbestände und Rechtsfolgen herausgearbeitet, um diese anschließend auf § 238 Abs.1 Nr.5 StGB anwenden zu können.

(aa) Von Interesse für die allgemeine Auslegung von Generalklauseln bzw. deren hinreichende Bestimmtheit sind insbesondere die Auffangtatbestände der §§ 315 Abs.1 Nr.4, 315b Abs.1 Nr.3 sowie die „artverwandte“ des Öfteren im StGB verwendete Regelbeispielmethode.

(α) Auch bei den Auffangtatbeständen der §§ 315 Abs.1 Nr.4, 315b Abs.1 Nr.3, die einen „ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff“ normieren, ist nach h.M trotz deren relativer Unbestimmtheit eine innertatbestandliche Analogie möglich, die Normen daher

¹¹¹¹ Vgl. BVerfG JZ 2004, S.303ff.; BVerfGE 4, 357; 26, 41; 28, 183; Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der polizeirechtlichen Generalklausel vgl. BVerfGE 14, 253f.; 23, 269.

¹¹¹² Vgl. BVerfGE 75, 329, 341; BVerfG NJW 2002, S.1779.

¹¹¹³ Vgl. LK-Dannecker, § 1 Rn.292.

¹¹¹⁴ Vgl. BVerfG NJW 2002, S.1780; Isenbeck, NJW 1969, S.174ff. der §315b I Nr.3 die Verfassungsmäßigkeit abspricht, ebenso wie Bruns, GA 1986 1ff; für §315: NK-Herzog, §315 Rn.18.

¹¹¹⁵ Vgl. Fischer, §238 Rn.6a.

¹¹¹⁶ Vgl. BVerfGE 75, 342 105, 155f.

¹¹¹⁷ Vgl. Lackner/Kühl, §238 Rn.5; NK-Herzog, §315 Rn.18; Eisele BT 1, Rn.497.

verfassungsgemäß.¹¹¹⁸ Dabei ist die Normkonstruktion dergestalt, dass der „gefährliche Eingriff“ als Oberbegriff für die Tathandlung steht und es sich bei den vorhergehenden explizit normierten Tatvarianten um gesetzliche Leitbeispiele bzw. maßstabsetzende Beispiele handelt, die stets einen gefährlichen Eingriff darstellen.¹¹¹⁹ Andere unbenannte Handlungen, die von der Auffangklausel erfasst sein sollen, müssen ihrer Art nach mit den explizit normierten Tatvarianten verwandt sein und diesen an (abstrakter) Gefährlichkeit, d.h. in ihren Auswirkungen auf die Verkehrssicherheit, im Erfolgs- und Handlungsunwert gleichkommen.¹¹²⁰ Im Laufe der Zeit wurden von der Rechtspraxis diesbezüglich die Merkmale „Eingriff von außen, unmittelbare Einwirkung auf den Verkehrsvorgang und verkehrsfremd“ aus dem Oberbegriff als taugliche Eingrenzungskriterien herausgearbeitet.¹¹²¹ Gegen die geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken hat der BGH methodisch angeführt, dass sich die Bestimmtheit über das Merkmal des „ähnlichen Eingriffes“ herstellen lasse, da der Richter daran gebunden sei, die explizit normierten Begehungsformen heranzuziehen.¹¹²²

(β) Vor dem Hintergrund, dass die Rechtsfolgen einer Straftat, insbesondere die Strafandrohung, ebenfalls dem verfassungsrechtlichen Gebot der Gesetzesbestimmtheit unterliegen¹¹²³, ist auch die strafrechtliche Regelbeispielermethode für die Auslegung von Generalklauseln von Interesse. Bei Regelbeispielen handelt es sich um Strafzumessungsregelungen, die unter bestimmten Umständen zu einer erhöhten Strafrahmenstufe bzw. Strafschärfung führen können.¹¹²⁴ Exemplarisch sei diesbezüglich auf §§ 243, 263 Abs.3 oder 240 Abs.4 verwiesen. Normtechnisch wird durch die Formulierung „in der Regel“ oder „insbesondere“ zum Ausdruck gebracht, dass die angeführten Beispiele weder zwingenden noch abschließenden Charakter haben und insofern einerseits trotz Indizwirkung des Vorliegens eines gesetzlich formulierten Alternative kein besonders schwerer Fall gegeben sein muss und andererseits andere sog. „unbenannte besonders schwere Fälle“ tatbestandsmäßig sein können.¹¹²⁵ Bei § 243 etwa kann ein unbenannter besonders schwerer Fall vorliegen, wenn aufgrund einer Gesamtbewertung der Tat deren Unrecht und Schuld gegenüber dem Durchschnittsfall des Diebstahls ganz wesentlich erhöht ist, was etwa beim Diebstahl besonders

¹¹¹⁸ Vgl. BGHSt 22, 366; LK-König, §315 Rn.41; Fabricius, GA 1994, S.166.

¹¹¹⁹ Vgl. Fischer, §315 R.8; LK-König, §315 Rn.18; NK-König, §315 Rn.9.

¹¹²⁰ Vgl. BGHSt 24, 231; 10, 405; Fischer, §315 Rn.11 m.w.N.; MüKo-Barnickel, §315 Rn.43.

¹¹²¹ Vgl. BGHSt 10, 404; 22, 8; Gazeas, JR 2007, S.501f.

¹¹²² Vgl. BGHSt 22, 366ff.; NK-Herzog, §315b Rn.12.

¹¹²³ Vgl. BVerfG NJW 2007, S.1193; Bringewat, Grundbegriffe des Strafrechts, Rn.207ff.

¹¹²⁴ Vgl. Lackner/Kühl, §243 Rn.1; AA: Eisele, Die Regelbeispielermethode im Strafrecht, 2004; ders. JA 2006, S.312 m.w.N., der Regelbeispiele als Tatbestandsmerkmale qualifiziert.

¹¹²⁵ Bereits in diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass von Sachverständigenseite trotz anderslautender Gesetzesformulierung die Tatvarianten interessanterweise als „Regelbeispiele“ bezeichnet wurden: Nack, Stellungnahme, S.2; Janovsky, Stellungnahme, S.6.

hochwertiger Gegenstände oder arglistigem bzw. brutalen Vorgehen in Betracht kommt.¹¹²⁶ Generell soll die Gesamtheit der (explizit angeführten) Regelbeispiele nur einen konkreten Hinweis darauf geben, welchen ungefähren Schweregrad das Gesetz für die Strafrahmenverschiebung zugrundelegt.¹¹²⁷ Insofern muss der zu beurteilende Sachverhalt quantitativ mindestens dem eines explizit normierten Regelbeispiels bzw. die konkreten Tatumstände einem der den Regelbeispielen zugrundeliegenden Leitbildern entsprechen.¹¹²⁸ Diesbezüglich wird eine Klassifizierung bzw. Untergliederung in „engere Analogiewirkung“ und „weitere Analogiewirkung“ vorgenommen.¹¹²⁹ Bei ersterer soll der spezifische Gedanke eines bestimmten Regelbeispiels auf einen ähnlichen Sachverhalt übertragen werden, wobei bloße Ähnlichkeit nicht ausreicht, sondern zusätzlich ein dem Bewertungsmaßstab des jeweiligen Regelbeispiels entsprechender Schweregehalt vorliegen muss.¹¹³⁰ Eine weitere Analogiewirkung soll vorliegen, wenn zwar keine Ähnlichkeit mit einem Regelbeispiel besteht, der zu beurteilende Sachverhalt jedoch einen der Gesamtheit aller Regelbeispiele zu entnehmenden entsprechenden Unrechts- und Schuldgehalt aufweist.¹¹³¹ Die grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit der Regelbeispielermittlung bzw. der in ihr verkörperten „Leitbildtechnik“ wurde vom Bundesverfassungsgericht festgestellt,¹¹³² weshalb es als verfassungsrechtlich zulässig zu erachten ist, unbenannte, d.h. nicht explizit gesetzlich ausformulierte, Fälle zu Lasten des Täters zu berücksichtigen.

(bb) Entsprechend dieser gesetzlichen Vorgaben lassen sich auch im Rahmen des § 238 Abs.1 Nr.5 entsprechende Vergleichskriterien zum einen abstrakt aus dem Oberbegriff bzw. der Gesamtschau aller Handlungsvarianten und zum anderen konkret im Vergleich mit den voranstehenden Tatvarianten gewinnen.¹¹³³

(α) Es sind Auslegungsmaßstäbe zu entwickeln, die sich strikt an der Semantik des Gesamttatbestandes orientieren, also den Verweis auf die anderen, in Nr.5 als vergleichbar in Bezug genommenen Begehungsweisen, ernst nehmen.¹¹³⁴ Bei abstrakter Betrachtungsweise ist den vier Handlungsalternativen gemein, dass sämtlichen Angriffsformen auf unmittelbare oder zumindest mittelbare Kontaktaufnahme mit dem Opfer gerichtet sind, mithin der Täter (ggf. über Dritte) oder

¹¹²⁶ Vgl. S/S-Eser, §243 Rn.42a m.w.N. auch aus der Rechtsprechung.

¹¹²⁷ Vgl. Lackner/Kühl, §46 Rn.11.

¹¹²⁸ Vgl. OLG Stuttgart, NSTZ 1985, S.76; S/S-Eser, §243 Rn.42a.

¹¹²⁹ Vgl. Eisele, JA 2006, S.310.

¹¹³⁰ Vgl. Eisele aaO.

¹¹³¹ Vgl. BGHSt 28, 312; Lackner/Kühl, §46 Rn.11/14: Hierbei ist anhand einer Gesamtwürdigung aller strafzumessungsrelevanter Umstände zu entscheiden.

¹¹³² Vgl. BVerfGE 45, 363; JR 1979, S.28 (zu §212 II StGB); Eisele, JA 2006, S.309ff.; LK-Jähnke, §212 Rn. 45; Lackner/Kühl, §46 Rn.11 mit Nachweisen zur Gegenauffassung.

¹¹³³ Vgl. Löhr, S.322ff. die als weitere Variante gesellschaftliche Wertvorstellungen anführt.

¹¹³⁴ So Neubacher/Seher, JZ 2007, S.1033.

Dritte auf Veranlassung des Täters wenigstens versuchen, an den Betroffenen persönlich-kommunikativ heranzutreten bzw. in Fällen der Ziffer 1 ohne größere Hindernisse herantreten könnten.¹¹³⁵ Auch in der – im Wortlaut praktisch identischen – österreichischen Strafvorschrift §107a öStGB soll Ziffer 1 (Aufsuchen räumlicher Nähe) die unmittelbare und Ziffer 2 die rein virtuelle Kontaktaufnahme erfassen.¹¹³⁶ Diese Interpretation deckt sich weitestgehend mit der Umschreibung des Oberbegriffes „Nachstellen“ durch den Gesetzgeber, wonach alle Handlungen erfasst sein sollen, die darauf gerichtet sind, durch unmittelbare oder mittelbare Annäherung an das Opfer in dessen persönlichen Lebensbereich einzugreifen und dadurch seine Handlungs- und Entschließungsfreiheit zu beeinträchtigen.¹¹³⁷

Daran anknüpfend ist fraglich, ob die Geeignetheit zur Erfolgsherbeiführung bzw. der Belästigungsfaktor ein allgemeingültiges Vergleichskriterium darstellt. Der Beeinträchtigungsgehalt wird teilweise als einzige gesetzliche Vorgabe für andere, vergleichbare Handlungen erachtet.¹¹³⁸ Eine weitergehende Eingrenzungsfunktion wird dem Kriterium aufgrund der vermeintlich unbegrenzten Vielzahl möglicher Handlungen allerdings abgesprochen. Den unter den Begriff „nachstellt“ zusammenzufassenden Verhaltensweisen sei die Einseitigkeit der Aktionen gegen den Willen der betroffenen Person, die Zielrichtung des Eindringens in den persönlichen Lebensbereich, sowie die zumindest als Belästigung, oft als Bedrohung empfundene Wirkung gemein.¹¹³⁹ Diese Einschätzung trifft zunächst auf die Bedrohungsvariante Ziffer 4 zu, da dieser entsprechend § 241 eine potentielle Gefährdung der Handlungs- und Entschließungsfreiheit und somit ein eigenständiger Handlungsunwert immanent ist.¹¹⁴⁰ Auch Ziffer 3 mag noch Handlungen umfassen, die einen potentiellen Belästigungsfaktor und somit eigenständigen Handlungsunwert aufweisen.¹¹⁴¹ Allenfalls im marginalen Umfang trifft dies jedoch auf die Tatvarianten Ziffer 1 und 2 zu, da bei isolierter Betrachtung jene tatbestandsmäßigen Verhaltensweisen zumeist sozialadäquat sind (bspw. Besuch oder Telefonanruf) und keinen potentiellen Drohungs- oder Belästigungsfaktor aufweisen. Eine Beeinträchtigungsfahr bzw. eigenständiger Handlungsunwert entsteht regelmäßig erst mit deren wiederholten bzw. beharrlichen Vornahme gegen den Willen der betroffenen Person.¹¹⁴² Im Ergebnis stellt daher die Geeignetheit zur Erfolgsherbeiführung bzw. der Belästigungsfaktor keine äußere Gemeinsamkeit sämtlicher Tathandlungsvarianten dar.

¹¹³⁵ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.9; *Fölsch*, SchIHA 2008, S.301; AA. *Löhr*, S.324.

¹¹³⁶ Vgl. *Buß*, S.113 m.w.N.

¹¹³⁷ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7; ferner *Valerius BeckOK* §238 Rn.4.

¹¹³⁸ Vgl. *Fischer*, §238 Rn. 6b,17a,b; *Gazeas*, JR 2007, S.502.

¹¹³⁹ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.9; *Valerius BeckOK* §238 Rn.9 („...Handlungen belästigenden Charakters.“).

¹¹⁴⁰ Vgl. BVerfG NJW 1995, 2776f.; *Fischer*, §241Rn.2; *Eisele*, BT 1 §21 Rn.477.

¹¹⁴¹ Vgl. *Neubacher/Seher*, JZ 2007, S.1033.

¹¹⁴² Vgl. *Löhr*, S.326; ferner auch *Krüger*, S.165; LG Lübeck vom 14.02.2008 (Az: 2 b Qs 18/08).

Als Quintessenz der vorstehenden Ausführungen lässt sich aus der Gesamtschau aller enumerativ aufgezählten Tatvarianten die abstrakte Vorgabe gewinnen, dass die „andere, vergleichbare Handlung“ eine Annäherung an das Opfer dergestalt bewirken muss, dass eine persönliche Kontaktaufnahme zwischen Täters (ggf. über Dritte) und Opfer bzw. Dritte und Opfer stattfindet oder zumindest ohne wesentliche Zwischenschritte stattfinden könnte.¹¹⁴³

(β) Umstritten ist, ob das in Frage kommende Täterverhalten (zusätzlich) eine Vergleichbarkeit mit einer der explizit aufgeführten Tathandlungsalternativen aufweisen muss. Unter Verweis auf die gesetzgeberischen Ausführungen und die Grundsätze in § 315b Abs.1 Nr.3 wird im Schrifttum teilweise angenommen, dass es bei § 238 Abs.1 Nr.5 einer vergleichbaren Begehungsweise, die sich an die Kontaktaufnahme oder die Bedrohung der Ziffern 1 bis 4 anlehnt, gerade nicht bedarf.¹¹⁴⁴ Beispielsweise können daher Sachbeschädigungen trotz fehlender Vergleichbarkeit mit einer der Ziffern 1 bis 4 vom Auffangtatbestand umfasst sein, weil das gezeigte Verhalten generell so schwer wiege, wie das in den Nr.1 bis 4 umschriebene.¹¹⁴⁵

Dies überzeugt jedoch nicht: Zum einen wird auch bei den Auffangklauseln im Rahmen der Straßenverkehrsdelikte eine konkrete Vergleichbarkeit mit den explizit normierten Handlungsalternativen für notwendig erachtet.¹¹⁴⁶ Zum anderen könnte bei Zugrundelegung dieser Auffassung aufgrund des eher dürftigen Erkenntnisgewinns aus der Gesamtschau sämtlicher Tatvarianten eine hinreichende Eingrenzung potentiell vergleichbarer Tathandlungen nicht vorgenommen werden. Es bedarf zusätzlich einer Vergleichbarkeit mit einer der explizit angeführten Tatvarianten, da andernfalls der bereits geäußerte Vorwurf der verfassungswidrigen Unbestimmtheit zum Tragen kommen würde, weil eine unbegrenzte Vielzahl anderer, vergleichbarer Handlungen denkbar wäre.¹¹⁴⁷ In diesem Zusammenhang wird ausgeführt, dass das Tatbestandsmerkmal sowohl nach Art der kontaktsuchenden Handlung, als auch nach Schwere der damit verbundenen Belästigung ein mit den übrigen Nummern des Absatz 1 vergleichbares Verhalten erfordere bzw. die andere, vergleichbare Handlung den Unrechtsgehalt der vorstehenden Alternativen erreichen müsse.¹¹⁴⁸ Auch nach Auffassung des Gesetzgebers sollen Handlungen erfasst werden, die den in Ziffer 1 bis 4

¹¹⁴³ Vgl. *Fölsch*, SchlHA 2008, S.301, der ebenfalls von „unmittelbaren oder mittelbaren Annäherungshandlungen“ spricht; kritisch: *Löhr*, S.324f., die allerdings erkennt, dass ein Beobachten aus der Ferne aufgrund des Wortlautes gerade nicht als tatbestandsmäßiges Aufsuchen räumlicher Nähe eingeordnet werden kann.

¹¹⁴⁴ Vgl. *Eisele*, BT 1 §23 Rn.498 unter Verweis auf *Kinzig/Zander*, JA 2007, S.484.

¹¹⁴⁵ Vgl. *Eisele* aaO.

¹¹⁴⁶ Vgl. BGHSt 22, 366ff.; MüKo- *Barnickel*, §315b Rn.38ff.

¹¹⁴⁷ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.17; ebenso wie hier *Krüger*, S.143ff, 159; ferner BT-Drs. 16/1030, S.6f: der von „gesetzlichen Leitbeispielen“ spricht; *Krey/Heinrich*, BT 1 Rn.388e; NK/GS-*Rössner/Krupna*, §238 Rn.9.

¹¹⁴⁸ Vgl. *Valerius* BeckOK §238 Rn.9; NK/GS-*Rössner/Krupna*, §238 Rn.9; *Nimtz*, Kriminalistik 2007, S.495.

genannten ihrer Bedeutung nach entsprechen, also sowohl qualitativ als auch quantitativ eine vergleichbare Schwere aufweisen und in ihrem Handlungs- und Erfolgswert diesen gleichkommen.¹¹⁴⁹ Insofern wird deutlich, dass der Gesetzgeber - mehr oder weniger unreflektiert - die Vorgaben der §§ 315 Abs.1 Nr.4, 315b Abs.1 Nr.3 auf den Nachstellungsparagrafen übertragen will. Im Schrifttum wird die quantitative Dimension und der postulierte Erfolgswert im Hinblick auf die Tatbestandsmerkmale „beharrlich“ und „schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ als überflüssig und irreführend deklariert, da diese gesetzestechnisch außerhalb der eigentlichen Tatbestandshandlung von § 238 Abs.1 Nr.5 stünden.¹¹⁵⁰ Diese Schlussfolgerung ist zwingend, weshalb unter weiterer Berücksichtigung der obigen Ausführungen (kein zwingender Bedrohungs- bzw. Belästigungsfaktor bei allen Tatvarianten) grundsätzlich auf eine äußere Vergleichbarkeit nach Erscheinungsform, bei Ziffer 4 und evtl. 3 auch auf einen vergleichbaren Handlungswert abgestellt werden kann.¹¹⁵¹ Die bereits öfters erwähnte Vielgestaltigkeit möglicher Stalkinghandlungen macht eine abschließende Auflistung aller theoretisch denkbarer Verhaltensweisen unmöglich. Eben jene Tatsache war schließlich auch (Haupt-)grund der Einführung eines Auffangtatbestandes.¹¹⁵² Es soll daher im Folgenden exemplarisch anhand einiger bereits angeführter bzw. herausgearbeiteter Fallgruppen¹¹⁵³ deren „Subsumtionsfähigkeit“ respektive die Auslegungsfähigkeit der Generalklausel untersucht werden. Die Fallgruppenbildung ist eine allgemeine methodisch-juristische Vorgehensweise zur Konkretisierung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen.¹¹⁵⁴

(αα) Die öffentliche Bloßstellung des Opfers durch diffamierende Äußerungen ohne Verwendung der personenbezogene Daten oder mittels Veröffentlichung (anzüglicher) Fotos wird als eine denkbare Variante diskutiert. Eine Anwendbarkeit des § 238 Abs.1 Nr.5 für diese Fälle wird - von Extremfällen abgesehen - mit der Begründung abgelehnt, dass die meisten diesbezüglich denkbaren Verhaltensweisen bereits über andere Straftatbestände (bspw. §§ 22, 33 KUG; 303 Abs.2) geahndet werden können bzw. zivilrechtlich dagegen interveniert werden kann.¹¹⁵⁵

Daran anknüpfend stellt sich allerdings die grundsätzliche Frage, ob anderweitig strafbare Handlungen bzw. Handlungen, die unter der Erheblichkeitsschwelle anderer Straftatbestände

¹¹⁴⁹ Vgl. BT-Drs. 16/3641, S.14.

¹¹⁵⁰ Vgl. *Krüger*, S.158f.

¹¹⁵¹ Vgl. *Rengier*, BT II, §26a Rn.10; *Krey/Heinrich*, BT 1 Rn.388e: Die andere, vergleichbare Handlung müsse nach Art und Gewicht den in Ziffern 1- 4 genannten vergleichbar sein, also nach Erscheinungsform und nach Schwere des Unrechtsgehalts.

¹¹⁵² Vgl. BT-Drs. 16/3641, S.14; BT-Drs. 16/1030, S.7.

¹¹⁵³ Vgl. *Vogel*, Stellungnahme; *Krüger*, S.143ff.; BT-Drs. 16/1030, S.7.

¹¹⁵⁴ Vgl. *Vogel*, JM S.143ff.; *Wank*, S.51.

¹¹⁵⁵ Vgl. *Krüger*, S.147.

verbleiben, von der Öffnungsklausel erfasst sein können. Teilweise wird angenommen, dass von anderen Straftatbeständen bereits erfasste Verhaltensweisen nicht gleichzeitig der Nummer 5 unterfallen können.¹¹⁵⁶ Dem entgegen wird angeführt, § 238 sei nicht subsidiär, sondern beschreibe mit dem Taterfolg ein eigenständiges strafwürdiges Unrecht, weshalb unter Nr.5 auch insbesondere von den anderen Tatvarianten nicht erfasste Straftaten wie etwa Beleidigung, Hausfriedensbruch oder Sachbeschädigung fallen können, sofern der Taterfolg hierdurch erreicht werde.¹¹⁵⁷ Eine ähnliche Interpretation schwebte offensichtlich auch dem Bundesrat vor, der ausweislich seiner Entwurfsbegründung über den Auffangtatbestand die Beschädigung von Sachen von Angehörigen, Freunden oder Kollegen des Opfers erfasst wissen wollte.¹¹⁵⁸

Richtigerweise können anderweitig strafbare Handlungen prinzipiell auch im Rahmen des § 238 Abs.1 über Nummer 5 Berücksichtigung finden.¹¹⁵⁹ Hierfür spricht neben den zuvor angeführten Argumenten auch die Tatsache, dass über § 238 Abs.1 Nr.3 und Nr.4 ebenfalls Verhaltensweisen zu tatbestandlichen Nachstellungshandlungen erhoben worden sind, die einer anderweitigen Strafbarkeit (bspw. nach §§ 263 Abs.1, 241) unterliegen bzw. unterliegen können. Entsprechend können auch unerhebliche Verhaltensweisen („unerheblich“ im Hinblick auf andere Straftatbestände) Ziffer 5 unterfallen, soweit sie die übrigen Vergleichbarkeitskriterien erfüllen.¹¹⁶⁰ Bei näherer Betrachtung fällt weiterhin auf, dass das Gesetz offenbar zwischen der inhaltlichen „Ausgestaltung“ der in Betracht kommenden Kommunikationshandlungen unterscheidet. Dies legt zumindest die Existenz der Handlungsvariante Nr.4 neben Nr.2 nahe. Das Bedrohen einer Person stellt unzweifelhaft eine Kontaktaufnahmehandlung dar. Insofern wäre das In-Aussicht-Stellen eine Übels an sich bereits über Ziffer 2 tatbestandsmäßig erfasst und bedurfte keiner zusätzlichen Normierung. Demnach wird der entäußerten Bedrohung ein eigenständiger Unwertgehalt beigemessen, was auch zwingend bei der Auslegung der Auffangklausel Berücksichtigung finden muss. Als Quintessenz können m.E. insbesondere Beleidigungen nach § 185 über Ziffer 5 als andere, vergleichbare Nachstellungshandlungen eingeordnet werden. Ein Vergleichbarkeit mit Ziffer 2 bzw. Ziffer 4 ist nach dem oben gesagten zu bejahen. Gleiches gilt für den Hausfriedensbruch (vgl. Ziffer 1). Andererseits sind reine Sachbeschädigungshandlungen (z.B. Zerstechen der Autoreifen) mangels Kontaktaufnahme bzw. deren Versuch grundsätzlich nicht erfasst, es sei denn, sie dienen als zweckentfremdete Kommunikationsmittel.¹¹⁶¹

¹¹⁵⁶ So wohl SK-Wolters §238 Rn.14.

¹¹⁵⁷ Vgl. Mosbacher, NStZ 2007, S.668f; Eisele, BT 1 §22 Rn. 498.

¹¹⁵⁸ Vgl. BT-Drs. 16/1030, S.7.

¹¹⁵⁹ So auch Valerius BeckOK §238 Rn.9;

¹¹⁶⁰ So auch Valerius BeckOK §238 Rn.9, ders. JuS 2007, S.322.

¹¹⁶¹ AA. Eisele, BT 1 §22 Rn.498.

(ββ) Die Androhung des täterischen Suizides als taugliche Handlung lässt sich in qualitativer Hinsicht aufgrund der psychischen Zwangslage für das Opfer mit Ziffer 4 vergleichen.¹¹⁶² Unter systematischen Gesichtspunkten ist § 240 anzuführen, bei dem die Androhung des Suizids als taugliche Nötigungshandlung in Form der Drohung mit einem empfindlichen Übel erachtet wird.¹¹⁶³ Da es ferner zu einem unmittelbaren Kontakt zwischen Täter und Opfer kommt, kann dieses Verhalten, soweit man dem suizidalen Erklärungsinhalt einen eigenständigen Unwertgehalt beimessen will (vgl. zuvor: αα), als eine „andere, vergleichbare Handlung“ einordnen.

(χχ) Eine weitere potentiell erfasste Handlung ist die Überwachung des Freundes- und Bekanntenkreises,¹¹⁶⁴ wobei insofern an eine Vergleichbarkeit mit dem Aufsuchen der räumlichen Nähe zum Betroffenen nach Ziffer 1 zu denken ist. Unter Rekurs auf die Gesetzgebungsgeschichte wird dies teilweise mit der Begründung abgelehnt, dass solche Handlungen im Einzelfall mit § 238 Abs.1 Nr.1 einhergehen können, im Übrigen aber nicht von § 238 Abs.1 Nr.5 erfasst seien.¹¹⁶⁵ Dies lege zumindest die Umformulierung der Generalklausel weg von „andere, ebenso schwerwiegende Handlungen“ nahe. Eine weitere Stütze findet diese Annahme in der Tatsache, dass durch diese Verhaltensweisen regelmäßig keine Annäherung an das Opfer stattfindet bzw. kein (mittelbarer) Kontakt zwischen Täter und Opfer hergestellt wird. Ferner wirkt sich das Verhalten eher belästigend für den Freundeskreis und weniger für das eigentliche „Opfer“ aus. Naheliegender in dieser Sachverhaltskonstellation ist es, ein nachstellendes Verhalten gegenüber den Betroffenen direkt in Betracht zu ziehen. Eine Vergleichbarkeit mit Ziffer 1 ist vor diesem Hintergrund wohl nicht gegeben.

(δδ) Dem Bundesrat schwebte ferner das Verächtlichmachen des Opfers bei Freunden oder Kollegen als vom Auffangtatbestand erfasste „andere, ebenso schwerwiegenden Handlung vor“.¹¹⁶⁶ Bei entsprechendem Vorsatz des Täters könnte dieses Verhalten bereits als Veranlassung Dritter zu einer Kontaktierung mit dem Opfer gemäß Ziffer 3 eingeordnet werden. Im umgekehrten Fall des unvorsätzlichen Handelns käme zumindest eine Vergleichbarkeit mit dieser Tatalternative in Betracht. Eine hinreichende belästigende Wirkung könnte darin erblickt werden, dass das Opfer den betroffenen Personenkreis potentiell meidet bzw. von diesem gemieden wird. Allerdings gilt es für den Fall der unterbliebenen Kontaktierung bei einer etwaigen Berücksichtigung über Ziffer 5

¹¹⁶² Ebenso *Krüger*, S.147f.

¹¹⁶³ Vgl. OLG Hamm, NStZ 1995, S.548; S/S-*Eser*, §240 Rn.31.

¹¹⁶⁴ So explizit angeführt in BT-Drs. 16/1030, S.7.

¹¹⁶⁵ So *Krüger*, S.145.

¹¹⁶⁶ Vgl. BT-Drs. 16/1030, S.7.

zusätzlich zu beachten, dass es in dieser Konstellation an einer zumindest mittelbaren Annäherung an das Opfer bzw. einem mittelbaren Kontakt zwischen Täter und Opfer fehlt, weshalb dieses Verhalten wohl nicht vom Auffangtatbestand erfasst wird.

(εε) Weitere mögliche Handlungsalternative ist die unerwünschte Zusendung (bloßer) Gegenstände, was nach hier vertretener Auffassung nicht von Ziffer 2 erfasst wird.¹¹⁶⁷

Hierzu wird ausgeführt, eine qualitative Vergleichbarkeit mit Ziffer 3 scheine bei Geschenken auf den ersten Blick gegeben; Jedoch könne aufgrund von § 241 Abs.2 BGB bspw. bestellte Ware nicht einfach in den Müll geworfen werden, was hingegen bei Geschenken problemlos möglich sei.¹¹⁶⁸ Anderes käme allerdings bei größeren bzw. komplexeren und somit aufwendiger zu entsorgenden Geschenken bzw. Gegenstände in Betracht. Bei der Übersendung schockierender Gegenstände könne indes durchaus von einer qualitativen Vergleichbarkeit mit § 238 Abs.1 Nr.4 gesprochen werden.

(φφ) Fraglich ist, ob sog. „Mobbing“ als andere, vergleichbare Handlung zu werten ist. Dies wird unter historischen Erwägungen, sowie dem Gebot der restriktiven Auslegung teilweise angezweifelt.¹¹⁶⁹ Man habe sich aufgrund der bestehenden Gesetzeslage bewusst gegen ein Anti-Mobbing-Gesetz ausgesprochen, was durch eine Erfassung per se über § 238 Abs.1 Nr.5 negiert werde und somit über Umwege zu einer gesetzgeberisch nicht gewollten (vollumfänglichen) strafrechtlichen Sanktionierung führen würde. Wenn es allerdings zum Stalking wird, kommt § 238 Abs.1 zum Zuge, wobei es sich nicht zwangsläufig um einen Fall der Ziffer 5 handeln muss, vielmehr vorab die Ziffern 1 bis 4 zu prüfen wären. Weiterhin werden Probleme im (mit-)täterschaftlichen Bereich gesehen, da Mobbing typischerweise von mehreren Personen ausgeübt wird, was im Rahmen des „beharrlichen“ Handelns Relevanz erlangen könne.¹¹⁷⁰ Problematisch ist ferner, dass „Mobbing“ ein komplexes Gesamtverhalten beschreibt, in den Tatvarianten Ziffer 1 bis 4 jedoch Einzelhandlungen normiert sind. Vor diesem Hintergrund können allenfalls bestimmte Mobbinghandlungen von § 238 Abs.1 Nr.5 erfasst werden, jedoch nicht per se das Gesamtphänomen. Insofern fehlt es an einer Vergleichbarkeit mit einer der Tatvarianten.

¹¹⁶⁷ Vgl. oben: D.III.1.a.cc.

¹¹⁶⁸ Vgl. *Krüger*, S.146f.

¹¹⁶⁹ Vgl. *Krüger*, S.148f.

¹¹⁷⁰ Vgl. *Neubacher/Seher*, JZ 2007, S.1034.

(cc) Das gefundene Auslegungsergebnis ist insofern einer *systematischen* Überprüfung zu unterziehen, als dass sich die Adaption der Handhabung bei den Auffangtatbeständen der §§ 315 Abs.1 Nr.4, 315b Abs.1 Nr.3 bzw. der Regelbeispielmethode für § 238 Abs.1 Nr.5 nicht aufgrund bestehender normtechnischer Differenzen verbieten darf.

(α) Den Straßenverkehrsdelikten wird konstatiert, dass bei jenen die Praxis handfeste Vorgaben in Form der für alle Begehensweisen geltenden Merkmale „Eingriff von außen durch unmittelbare Einwirkung auf den Verkehrsvorgang“ hat, während es bei § 238 Abs.1 an einer solchen Orientierungsmöglichkeit mangle.¹¹⁷¹ Letzterer verlange (nur) eine andere, vergleichbare Handlung.¹¹⁷² Daran anknüpfend wird argumentiert, dass die Tatbestände §§ 315 Abs.1 Nr.4, 315b Abs.1 Nr.3 mit dem Begriff des „gefährlichen Eingriffs“ ihrerseits ein Merkmal enthalten, welches den Tatbestand derjenigen Tatvarianten vervollständige, auf welche sich die erforderliche „Ähnlichkeit“ beziehe.¹¹⁷³ Eine solche Anknüpfung enthalte § 238 Abs.1 Nr.5 gerade nicht, da sich die „Vergleichbarkeit“ auf Tatvarianten beziehe, denen eine äußere Gemeinsamkeit nicht zukomme.

Dies überzeugt nicht, da sich eine normstrukturelle Vergleichbarkeit zwischen §§ 315, 315b und § 238 mit folgenden (Zusatz)erwägungen begründen lässt: Der Gesetzgeber hätte ebenso gut eine Gesetzesformulierung dergestalt wählen können, dass die unbefugt beharrliche Vornahme der explizit normierten Tatvarianten oder einer anderen, vergleichbaren *Nachstellungshandlung* unter Strafe gestellt wird. Eine inhaltlich Abweichung zu der gesetz gewordenen Textfassung besteht mitnichten. Weiterhin könnten „vergleichbare“ auch als „ähnliche“ Handlungen bezeichnet werden, da umgangssprachlich beide Begrifflichkeit synonym verwendet werden.¹¹⁷⁴ Zur Beurteilung der vergleichbaren Schwere („ebenso gefährlich“ bei den Straßenverkehrsdelikten) dienen bei § 238 Abs.1 die voranstehenden Tatvarianten als gesetzliche Vorgaben, ohne dass es hierfür einer weitergehenden normexpliziten Bezugnahme bedarf, da diese bereits über das Merkmal „vergleichbar“ geleistet wird.¹¹⁷⁵ Daher sind im Ergebnis die angeführten Normunterschiede wohl eher semantischer Natur,¹¹⁷⁶ weshalb sich auch ohne größere Bedenken die Argumentation des BGH im Hinblick auf § 315b Abs.1 Nr.3 (Die Bestimmtheit des Auffangtatbestandes lasse sich über das Merkmal des „ähnlichen Eingriffes“ herstellen, da der Richter daran gebunden sei, die explizit

¹¹⁷¹ Vgl. *Kühl*, Stellungnahme S.8; *ders. Lackner/Kühl*, §238 Rn.5; zu § 315: BGHSt 10, 405.

¹¹⁷² Vgl. *Kinzig/Zander*, JA 2007, S.486.

¹¹⁷³ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.6a.

¹¹⁷⁴ Vgl. *Duden-Synonymwörterbuch* (2.Aufl.); ferner *Fischer*, §238 Rn.17; *Krüger* S.155f.

¹¹⁷⁵ Vgl. BT-Drs. 16/3641, S.14; *Krüger*, S.155f., der die unterschiedliche Wortwahl (ebenso vs. vergleichbar) als „pure Semantik“ bezeichnet.

¹¹⁷⁶ Vgl. *Krüger* aaO.

normierten Begehungsformen heranzuziehen¹¹⁷⁷) auf § 238 übertragen lässt. Weiterhin gilt es bei den §§ 315 Abs.1 Nr.4, 315b Abs.1 Nr.3 zu berücksichtigen, dass die Merkmale „Eingriff von außen; unmittelbare Einwirkung auf den Verkehrsvorgang; verkehrsfremd bzw. verkehrsfeindlich“ sich nur bedingt unmittelbar aus dem Gesetzestext entnehmen lassen, sondern vielmehr von der Rechtspraxis im Laufe der Zeit und nur teilweise aus den explizit normierten Tathandlungen heraus, erarbeitet wurden.¹¹⁷⁸ Gleichzeitig werden die vorgenannten Eingrenzungskriterien wieder aufgeweicht und somit in ihrer Bestimmtheit relativiert, indem bspw. bei § 315b Abs.1 Nr.3 auch Vorgänge aus dem fließenden Verkehr heraus teilweise als ebenso gefährliche *Eingriffe* bewertet werden.¹¹⁷⁹ Konsequenz hieraus ist, dass nach h.M. ein „ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff“ vorliegt, wenn das gezeigte Verhalten sich unmittelbar auf die Sicherheit des Verkehrs auswirkt und den explizit genannten Varianten in Erfolgs- (Gefährlichkeit) und Handlungsunwert (Art der Begehung) gleichkommen.¹¹⁸⁰ Mitunter bilden lediglich die Merkmale der „Gefährlichkeit“ und der „Beeinträchtigung der Sicherheit des Verkehrs“ einen Vergleichsmaßstab.¹¹⁸¹ Ähnlich wird formuliert es müsse sich um solche Verhaltensweisen handeln, die unmittelbar auf einen Verkehrsvorgang einwirken und den in Abs. 1 Nr. 1, 2 (und 3) genannten Tathandlungen der Art und Gefährlichkeit nach gleichwertig sind.¹¹⁸²

(β) Wie bereits ausgeführt, ist es nach der Rechtsprechung des BVerfG¹¹⁸³ im Hinblick auf Regelbeispiele grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig, unbenannte, d.h. nicht explizit gesetzlich ausformulierte, Fälle zu Lasten des Täters zu berücksichtigen. Insofern ist es dem Täter durch einen Blick in das StGB ebenfalls nicht unmittelbar möglich, sämtliche strafscharfende Verhaltensweisen zu erkennen und sein Verhalten danach auszurichten. Einem Vergleich zu § 238 Abs.1 Nr.5 steht auch nicht die Ausgestaltung als Strafzumessungsregelung entgegen, da diese zumindest als „tatbestandsähnlich“ eingestuft werden und es sich mitunter wortlautgetreu um ehemalige Qualifikationstatbestände handelt.¹¹⁸⁴ Soweit die gesetzlich formulierten Vorgaben eine Vergleichsziehung ermöglichen, wird eine entsprechend Handhabung vor diesem Hintergrund überwiegend akzeptiert und praktiziert.

¹¹⁷⁷ Vgl. BGHSt 22, 366ff.; NK-*Herzog*, §315b Rn.12.

¹¹⁷⁸ Vgl. BGHSt 10, 404; 22, 8; *Gazeas*, JR 2007, S.501f.

¹¹⁷⁹ Vgl. *Lackner/Kühl*, §315b Rn. 4 m.w.N; Hervorhebung durch Verfasser.

¹¹⁸⁰ Vgl. *S/S-Cramer/Sternberg-Lieben*, §315 Rn.13.

¹¹⁸¹ Vgl. *S/S-Cramer/Sternberg-Lieben*, §315b Rn.9; *LK-König*, §315b Rn.39.

¹¹⁸² So *BeckOK-Kudlich*, §315 Rn.12 ;§315b Rn.15.

¹¹⁸³ Vgl. BVerfGE 45, 363.

¹¹⁸⁴ Vgl. *Eisele*, JA 2006, S.309ff., der mit einer vordringenden Meinung in der Literatur von einer Klassifizierung als Tatbestandsmerkmale ausgeht.

(dd) Bei abschließender Gesamtbetrachtung ist zunächst zu konstatieren, dass der Gesetzgeber eine - wenn auch teils vage gehaltene - doppelte Anknüpfungsmöglichkeit zur Festlegung eines Maßstabes für „andere, vergleichbare Handlungen“ in die Norm integriert hat. Die verfassungsrechtlich gebotene Vergleichbarkeit mit einer der vier Tatvariante hat gerade nicht zur Konsequenz, dass der Tatbestand für eine (unendliche) Vielzahl potentieller Nachstellungshandlungen geöffnet wird.¹¹⁸⁵ Vielmehr hat die fehlende Analogiefähigkeit einiger Tatvarianten¹¹⁸⁶ zwingend einen eher rudimentären Anwendungsbereich der Klausel zur Folge. Verdeutlicht man sich nochmals, dass für eine zulässige innertatbestandliche Analogie der Oberbegriff hinreichend bestimmt sein muss, begründet die zuvor geschilderte Normkonstruktion in Zusammenschau mit der etwas entlegenen Strafnorm § 99 Abs.1 Nr.1 den Erst-Recht-Schluss, dass eine Auslegung des Tatbestandes in verfassungskonformer Weise möglich ist.¹¹⁸⁷ Bezüglich der Tathandlung des § 99 Abs.1 Nr.1 konstatierte der BGH, dass die „Ausübung einer geheimdienstlichen Tätigkeit“ einen sehr weiten Bedeutungsgehalt umfassen kann und für sich keine scharfe Grenzziehung zu straflosem Tun ermögliche, eine abstrakte Bestimmung in Betracht kommender Tathandlungen kaum möglich sei.¹¹⁸⁸ Daher sei in den Fällen, die nicht diesem Kernbereich der Norm („klassische Agententätigkeiten“) unterfallen, alle maßgeblichen Umstände der jeweiligen Sachverhaltsgestaltung in eine Gesamtwürdigung des Verhaltens des Betroffenen einzustellen; auf dieser Grundlage muss in wertender, am Normzweck ausgerichteter Betrachtung entschieden werden, ob das Geschehen dem Tatbestand des § 99 Abs. 1 Nr. 1 zu subsumieren ist.¹¹⁸⁹ Aufgrund der Normstruktur stellen mehrere verschiedene Handlungen über einen längeren Zeitraum nur eine einzige Tat im Rechtssinne dar, da bei dieser Strafvorschrift verschiedene Handlungen in einem pauschalierenden Begriff bzw. einer Handlungsumschreibung zu einem Tatbestandsmerkmal zusammengefasst werden.¹¹⁹⁰ Bei dem Ausüben der geheimdienstlichen Agententätigkeit handele es sich um einen Tatbestand, der zwar schon durch eine Einzelhandlung verwirklicht sein kann, der aber seinem Sinne nach auch ein über den Einzelfall hinausreichendes, auf gleichartige Tatwiederholung gerichtetes Verhalten, somit ganze Handlungskomplexe treffen soll.¹¹⁹¹ Die strafrechtlich oft neutralen Tätigkeiten des Agenten erhalten ihr Unwerturteil durch die Verknüpfung mit dem Adjektiv „geheimdienstlich“, das seinerseits eine Verbindung zu einem fremden Dienst voraussetzt, die regelmäßig auf Dauer angelegt ist.¹¹⁹² Daher gilt die Tat erst mit

¹¹⁸⁵ So aber *Fischer* §238 Rn.6b.

¹¹⁸⁶ Vgl. *Neubacher/Seher* JZ 2007, S.1033.

¹¹⁸⁷ iErg. ebenso *Mosbacher*, NStZ 2007, S.667; *Krüger*, S.158; NK/GS-Rössner/Krupna, §238 Rn.8.

¹¹⁸⁸ Vgl. BGHSt NStZ 2007, S.93ff.; BGHSt NStZ-RR 2006, S.303ff.

¹¹⁸⁹ BGHSt aaO. unter Verweis auf BGHSt 24, 369ff.; 30, 394ff. BGH NJW 1977, S.1300f.

¹¹⁹⁰ Vgl. BGHSt NJW 1997, S.1715f. unter Abgrenzung zum (aufgegebenen) Rechtsinstitut der fortgesetzten Handlung.

¹¹⁹¹ Vgl. BGHSt 40, 138, 164; *Geppert*, NStZ 1997, S.57ff.

¹¹⁹² Vgl. BGHSt NJW 1997, S.1715f. unter Verweis auf BGHR StGB § 99 Ausüben 1.

endgültigem Abbruch bzw. Einstellung der geheimdienstlichen Beziehung als beendet.¹¹⁹³ Die Vereinbarkeit der Strafvorschrift mit dem Grundgesetz, insbesondere mit dem Bestimmtheitsgebot aus Art.103 Abs.2 GG, wurde vom Bundesverfassungsgericht bereits mehrfach festgestellt.¹¹⁹⁴ Wie die Struktur des § 238 Abs.1 offenbart, handelt es sich auch bei „nachstellt“ um eine pauschalierende Begrifflichkeit, die verschiedene Handlungen zu einem Tatbestandsmerkmal bzw. einer Tathandlung zusammenfasst,¹¹⁹⁵ welche darüber hinaus durch die explizit aufgeführten Tatvarianten eine weitere Konkretisierung erfährt. Einige tatbestandlich erfassten, an sich neutralen Tätigkeiten des Stalkers erhalten ihr Unwerturteil im Rahmen des § 238 Abs.1 durch die Verknüpfung mit dem Adjektiv „beharrlich“. Insofern weisen die beiden Paragraphen eine prinzipiell identische Tathandlungsstruktur auf mit dem Unterschied, dass bei § 238 Abs.1 eine weitere gesetzliche Konkretisierung und Eingrenzung durch enumerativ aufgezählte Handlungsvarianten stattfindet, mithin - um in der Begriffsverwendung des BGH zu bleiben - die „klassischen Stalkertätigkeiten“ explizit aufgeführt werden. Da nach höchst- und verfassungsrichterlicher Rechtsprechung der Normadressaten offensichtlich dazu in der Lage ist bzw. ihm zugemutet werden kann, sich bei gehöriger Gewissensanspannung hinreichende Vorstellungen über die „Ausübung geheimdienstlicher Tätigkeiten“ zu machen, kann dies erst Recht für das gesellschaftlich etwas weniger entlegene nachstellende Verhalten angenommen werden. Insofern kommen auch gesellschaftliche Wertevorstellungen zur Konkretisierung der Klausel (zumindest mittelbar) zur Geltung.¹¹⁹⁶ Im Ergebnis ist daher *Mosbacher* beizupflichten, wenn er ausführt, dass, selbst wenn der Gesetzgeber auf die Normierung expliziter Tathandlungen verzichtet und nur „beharrliches Nachstellen“ mit entsprechendem Taterfolg unter Strafe gestellt hätte, ein solch formulierter Tatbestand - entsprechend der Handhabung bei § 292 Abs.1 Var.1 und eben auch § 99 Abs.1 Nr.1 - den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes genügen würde.¹¹⁹⁷

Hiermit soll allerdings noch keine Aussage über den tatsächlichen Anwendungsbereich bzw. die Relevanz des Auffangtatbestandes getroffen werden. Es verbleibt immer Frage des konkreten Einzelfalles, ob bestimmte Verhaltensweisen als andere, vergleichbare Handlungen zu bewerten sind, wobei diesbezüglich stets das Postulat restriktiver Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe zu beachten ist.¹¹⁹⁸ Dies dürfte allerdings zur Konsequenz haben, dass der Anwendungsbereich des Auffangtatbestandes als eher gering einzuschätzen ist, was unwillkürlich die Frage nach dessen

¹¹⁹³ Vgl. BGHSt aaO.

¹¹⁹⁴ Vgl. BVerfGE 57, 250, 262ff.; 28, 175, 183ff.; BVerfG NJW 1995, S.1811ff.

¹¹⁹⁵ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7: Der Begriff „Nachstellung“ umschreibt den Kern der Tathandlung; OLG Rostock, Beschluss vom 27.05.2009 - 2 Ss 96/09 I 40/09.

¹¹⁹⁶ Dies wird bei *Löhr*, S.326f. andiskutiert und im Ergebnis abgelehnt.

¹¹⁹⁷ Vgl. *Mosbacher* NStZ 2007, S.667.

¹¹⁹⁸ So auch *Valerius*, JuS 2007, S.322; *Krüger*, S.158 unter Verweis auf BVerfGE 92, 1.

praktischer Relevanz aufwirft.¹¹⁹⁹ Dabei handelt es sich jedoch primär um eine kriminal- bzw. rechtspolitische Fragestellung, deren Für und Wider sich in einer juristisch-wissenschaftlichen Arbeit auf die damit einhergehenden rechtlichen Konsequenzen beschränken kann.

(5) An die vorhergehende Erwägung anknüpfend wird generell an der kriminalpolitischen Notwendigkeit eines Auffangtatbestandes gezweifelt, da die typischen und häufigsten Formen des weichen Stalkings, welche auch in der Begründung des Bundesratsentwurfes beispielhaft angeführt wurden, bereits über die Ziffern 1 bis 4 erfasst¹²⁰⁰ und die verbleibenden - geringfügigen - Strafbarkeitslücken in einer Strafrechtsordnung mit fragmentarischem Charakter hinzunehmen seien.¹²⁰¹ Die teilweise recht weit gefassten Rechtsbegriffe würden überdies im Wandel der Zeit unter Berücksichtigung der dann geltenden allgemeinen Werte flexibel bleiben; so habe man bspw. innerhalb des §238 Abs.1 Nr.2 die Termini „Telekommunikationsmittel oder sonstige Mittel der Kommunikation“ gewählt, um eben gerade nicht in absehbarer Zeit Gefahr zu laufen, wegen eines technischen Fortschrittes auf diesem Gebiet neue Gesetze erlassen zu müssen.¹²⁰² Wie bereits ausgeführt, handelt sich bei der Aufnahme der Generalklausel in erster Linie um eine rechtspolitische Entscheidung. Soweit weitergehende Bedenken im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Norm hierdurch zum Ausdruck gebracht werden, werden diese an späterer Stelle (wieder) aufgegriffen.

gg) beharrlich

(1) Die enumerativ aufgezählten Tatvarianten sowie die anderen vergleichbaren Handlungen müssen „beharrlich“ vorgenommen werden. Dieser Rechtsbegriff wird bereits in mehreren Tatbeständen des Allgemeinen Teil des StGB (§§ 56f Abs.1 Nr.2, Nr.3; 67g Abs.1 Nr.2, Nr.3; 70b Abs.1 Nr. 2, Nr. 3), des Besonderen Teils des StGB (§ 184e), sowie insbesondere im Nebenstrafrecht (bspw. §§ 11 SchwarzArbG, 25 Abs.1 S.1 StVG) verwendet.

(a) Nach allgemeiner Ansicht ist auch im Rahmen des § 238 Abs.1 an beharrliches Handeln die Mindestanforderung zu stellen, dass der Täter wiederholt die in Ziffer 1 bis 5 normierten Handlungen vornehmen muss, mitunter eine einmalig verwirklichte Tatvariante - auch bei entsprechender Erfolgsverursachung - nicht ausreicht.¹²⁰³ Das Merkmal ist allerdings nicht für jedes

¹¹⁹⁹ Vgl. *Krüger*, S.160.

¹²⁰⁰ Vgl. *Wessels/Hettinger* BT/1 §8 Rn.369e

¹²⁰¹ So *Gazeas*, JR 2007, S.502; *Kühl*, Stellungnahme S.9.

¹²⁰² Vgl. *Buß*, S.241 unter Verweis auf *Krüger*, S.140ff.; *Fischer*, §238 Rn.17.

¹²⁰³ Vgl. BT-Drs. 16/575 S.7; *SK-Wolters*, §238 Rn.15; *Fischer*, §238 Rn.20; *Mitsch*, Jura 2007, S.404.

Tatmittel gesondert zu prüfen, sprich, der Täter muss nicht wiederholt Handlungen derselben Ziffer vornehmen.¹²⁰⁴ Dies wäre sachwidrig, da der Gesetzgeber unterschiedliche Begehungsmittel explizit benannt hat und bspw. auch berücksichtigt wissen wollte, dass ein Täter gerade nicht nur räumlich nachstellt oder nur telefonischen Kontakt sucht, sondern die Beharrlichkeit sich aus einer Summe der Verhaltensweisen des Täters gerade unter Nutzung der verschiedensten Tatmittel ergibt.¹²⁰⁵ Demnach ist richtigerweise unerheblich, ob eine bestimmte Tatalternative wiederholt, oder „bunt gemischt“ verschiedene Tatalternativen (mehrmals) vorgenommen werden, da letzteres der tatsächlichen Erscheinungsform kombinierter Stalkermethoden entspricht und es für den Betroffenen auch keinen Unterschied macht, ob er permanent durch ein und dieselbe oder abwechselnde Methoden belästigt wird, weshalb „beharrlich“ auf das Gesamtverhalten bezogen werden muss.¹²⁰⁶ Eine genaue Anzahl der erforderlichen Handlungen wird weder vom Gesetz, noch vom Gesetzgeber vorgegeben, wobei dem zeitlich vorhergehenden Bundesratsentwurf mindestens fünf Handlungen bzw. Handlungsbündel vorschwebten, allerdings zum insoweit vorhergesehenen Tatbestandsmerkmal „fortgesetzt“.¹²⁰⁷ Teilweise wird diese Anzahl für § 238 Abs.1 als notwendiges Minimum¹²⁰⁸ bzw. taugliche Vorgabe im Sinne einer Faustformel angesehen.¹²⁰⁹ Ein Gesetzesvorschlag aus dem Schrifttum verlangt mindestens drei Handlungen, allerdings ebenfalls bezogen auf das Merkmal „fortgesetzt“.¹²¹⁰ Die große Strafkammer des *LG Lübeck* lies indes zwei telefonisch ausgesprochene Bedrohungen (die erste mittelbar ggü. dem Bruder des Opfers) zur Anordnung von U-Haft ausreichen.¹²¹¹ Die Kammer ging davon aus, dass sich die Hartnäckigkeit nicht an einer festen Anzahl einzelner Handlungen festmachen lässt, weshalb § 238 Abs.1 auch keine bestimmte Mindesthäufigkeit oder Mindestdichte vorsieht. Insoweit spreche die Gesetzesbegründung nur davon, dass eine „wiederholte“ Begehung Voraussetzung sei und verweist im Übrigen darauf, dass der zeitliche Abstand zwischen den einzelnen Handlungen und deren innerer Zusammenhang von Bedeutung sind, weshalb unter dem Gesichtspunkt des Opferschutzes bereits zwei Nachstellungshandlungen ausreichen können, um Beharrlichkeit annehmen zu können.¹²¹²

¹²⁰⁴ Vgl. *Valerius*, JuS 2007, S.322; *ders.* in BeckOK §238, Rn.11, *Wessels/Hettinger*, BT 1 Rn.369e.

¹²⁰⁵ *Safferling*, abrufbar unter www.uni-marburg.de/fb01/lehrstuehle/strafrecht/safferling/safferling_vermat/ss08-strfr-ueb-fortg/loesung_ha; *Krüger*, S.163.

¹²⁰⁶ So *Valerius*, JuS 2007, S.322; *Eisele*, BT 1 Rn.499; *Gazeas*, JR 2007, S.502; *Neubacher/Seher*, JZ 2007, S.1032; *Krey/Heinrich*, BT 1 Rn.388f.; kritisch: *Rackow*, GA 2008, S.564f.

¹²⁰⁷ Vgl. BT-Drs. 16/1030, S.7.

¹²⁰⁸ So *Kinzig*, JA 2007, S.484.

¹²⁰⁹ Vgl. *SK-Wolters*, §238 Rn.15.

¹²¹⁰ Vgl. *Meyer*, ZStW 115, S.287.

¹²¹¹ Vgl. *SchlHA* 2008, S.213f.

¹²¹² So auch *Fischer*, §238 Rn.20.

Bereits aus der offensichtlich bewusst gewählten Gesetzesformulierung wird deutlich, dass „beharrliches“ Handeln mehr als bloße Wiederholung voraussetzt.¹²¹³ Zu verweisen ist auch auf die textliche Ausgestaltung einiger Vorschriften des Nebenstrafrechts (bspw. §§ 11 SchwarzArbG, 148 Nr.1 GewO), bei denen eine *beharrliche Wiederholung* bestimmter Handlungen unter Strafe gestellt wird. Entsprechend führt der Gesetzgeber in Bezug auf „beharrliches“ Verhalten aus, dass eine wiederholte Begehung immer Voraussetzung, für sich allein aber nicht genügend sei.¹²¹⁴ Bei unbestimmten Rechtsbegriffen wie „beharrlich“ ist der Rechtsanwender gehalten, ausschließlich Bedeutungen zugrunde zu legen, über die sich ein gesellschaftlicher Konsens erzielen lässt.¹²¹⁵ Umgangssprachlich bedeutet Beharrlichkeit eine beständige Fähigkeit von Menschen im Verfolgen ihrer Ziele, die auch als Ausdauer, Durchhaltevermögen, Entschiedenheit, Entschlossenheit, Standhaftigkeit, Zähheit oder Hartnäckigkeit bezeichnet wird.¹²¹⁶ All diesen Begrifflichkeiten ist gemein, dass ihr Vorliegen nicht abstrakt an einer bestimmten „Mindesthäufigkeit“ oder bestimmten zeitlichen Abständen der zugrundeliegenden Verhaltensweisen festgemacht werden kann. Bei Stalking handelt es sich um ein komplexes Gesamtverhalten, dessen beeinträchtigende Wirkung entscheidend von Intensität und Intervall der jeweiligen Einzelhandlungen bestimmt wird.¹²¹⁷ Deshalb ist dem vom *LG Lübeck* postulierten Grundsatz der erforderlichen richterlichen Wertung bzw. Würdigung des Gesamtverhaltens zuzustimmen, wobei dahingestellt bleiben soll, ob in dem zugrunde liegenden Fall zwei Handlungen (zumal im Abstand von fünf Monaten) tatsächlich als ausreichend zu erachten sind.¹²¹⁸ Unter Berücksichtigung dieser Prämisse erscheint es angezeigt, hinsichtlich der notwendigen Anzahl der einzelnen Stalkinghandlungen und deren zeitlichen Abstand keine fixen Vorgaben zu verlangen, sondern anhand des jeweiligen Falles im Rahmen einer Gesamtabwägung zu entscheiden, ob Anzahl, Zeitabstand, Zäsur und Intensität der ausgeführten Tatvarianten die Annahme „beharrlichen“ Handelns rechtfertigen.¹²¹⁹ Dies entspricht auch der gesetzgeberischen Intention, nach der sich die „Beharrlichkeit“ aus einer Gesamtwürdigung der verschiedenen Handlungen, insbesondere unter Berücksichtigung des zeitlichen Abstands und des inneren Zusammenhanges, ergeben soll.¹²²⁰ Aufgrund des wertenden Elements ist „beharrlich“ als normatives Tatbestandsmerkmal einzuordnen.¹²²¹ In zeitlicher Hinsicht wird unter Bezugnahme auf

¹²¹³ Bewusst deshalb, weil im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens von Sachverständigenseite explizit die Verwendung des Tatbestandsmerkmals „wiederholt“ statt „beharrlich“ angeregt wurde; vgl. *Kühl*, Stellungnahme, S.9.

¹²¹⁴ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7.

¹²¹⁵ Vgl. *MüKo-Schmitz*, §1 Rn. 58.

¹²¹⁶ Vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/Beharrlichkeit>; *Duden*, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache.

¹²¹⁷ Vgl. auch *Krüger*, S.165; *LG Lübeck*, SchlHA 2008, S.213f. verlangte eine Steigerung der Intensität und die Eignung, das Gefühl verfolgt zu werden hervorzurufen.

¹²¹⁸ Als nicht ausreichend erachtet vom AG Löbau (5 Ds 440 Js 16120/07); *Jahn*, JuS 2008, S.553.

¹²¹⁹ Vgl. *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.4; *Buß*, S.216; *Löhr*, S.335; *Mitsch*, NJW 2007, S.1240.

¹²²⁰ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7.

¹²²¹ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.19; allgemein zur Unterscheidung deskriptive-normative Tatbestandsmerkmale *Roxin*, AT 1

§184e teilweise verlangt, dass zwischen den einzelnen Wiederholungen keine allzu großen Abstände liegen dürfen.¹²²² Das *LG Lübeck* erachtete in der zuvor zitierten Entscheidung einen zeitlichen Abstand von fünf Monaten zwischen den zwei vollzogenen Stalkinghandlungen für ausreichend, insbesondere aufgrund der gesteigerten Intensität der zweiten Handlung, mit welcher der Angeschuldigte der Geschädigten näher gerückt ist.¹²²³ Als weiterer Wertungspunkt kann daran anknüpfend auf die (generelle) Entwicklung der Nachstellungshandlungen abgestellt werden, vor allem dann, wenn der Täter zu immer stärker belästigenden Maßnahmen greift, die auf eine fortschreitende Eskalation schließen lassen.¹²²⁴ Zusammenfassend lässt sich dies auf eine im Schrifttum diesbezüglich formulierte Faustformel bringen:

„Je massiver und häufiger die Einzelhandlungen auftreten, desto geringer ist die für Strafrecht erforderliche Gesamtdauer.“¹²²⁵

Diese wertende Auslegung der Begrifflichkeit macht es weiterhin überflüssig, über den Begriff „nachstellt“ eine weitergehende Dauerhaftigkeit des Täterverhaltens in den Tatbestand einführen zu wollen¹²²⁶, da die unrechtsbegründende Dauerhaftigkeit und Intensität nachstellenden Verhaltens über das so verstandene Merkmal „beharrlich“ eine ausreichende objektiv-vertypete Spiegelung bzw. Berücksichtigung im Tatbestand erfährt.¹²²⁷ Die genaue inhaltliche Divergenz zwischen den beiden Begrifflichkeiten dürfte letztlich auch schwer herauszustellen sein, da „beharrlich“ jedenfalls als wiederholtes Handeln oder andauerndes Verhalten interpretiert wird.¹²²⁸ Fraglich ist allerdings, ob in der objektiven Tatbegehung eine subjektiv zu verlangende „Missachtung“ oder „gesteigerte Gleichgültigkeit“ gegenüber dem Willen des Opfers zum Ausdruck kommen muss.¹²²⁹

(b) An Letzteres anknüpfend ist umstritten, ob „beharrlich“ im Sinne des § 238 Abs.1 neben der objektiv-quantitativen auch eine subjektive Funktion, etwa in Form des Erfordernisses von „Gesinnungsmomenten“¹²³⁰ oder „einer Art überschießende Innentendenz“,¹²³¹ zukommt.

§10 Rn.57ff.; LK-Dannecker, §1 Rn.

¹²²² Vgl. SK-Wolters, §238 Rn.15.

¹²²³ LG Lübeck SchlHA 2008, S.213f.

¹²²⁴ Vgl. LG Lübeck SchlHA 2008, S.213f.; *Jahn*, JuS 2008, S.554; *Fölsch*, SchlHA 2008, S.301f.; *Valerius BeckOK* §238 Rn.12.

¹²²⁵ *Smischek*, S.326.

¹²²⁶ So *Fischer*, §238 Rn.9; bereits oben aa).

¹²²⁷ Vgl. *Krüger*, S.160.

¹²²⁸ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7.

¹²²⁹ So *Valerius BeckOK* §238 Rn.10.

¹²³⁰ So *Mitsch*, Jura 2007, S.405; *Gazeas*, NJ 2006, S.255; vgl. auch *Fölsch*, SchlHA 2008, S.302.

¹²³¹ So *Buß*, S.213; *Gazeas*, JR 2007, S.502.

(aa) Im Schrifttum wird teilweise konstatiert, dass es sich bei „beharren“ um ein objektives Tatbestandsmerkmal mit subjektiven Komponenten handele, da es eine ganz bestimmte innere Einstellung verlange.¹²³² Seine subjektive Funktion sei es, eine beim Täter vorhandene bzw. zu verlangende Gesinnung zu umschreiben.¹²³³ Dem Begriff wohne eine Uneinsichtigkeit des Täters inne, weil dieser trotz Kenntnis der widerstreitenden Interessen auf seinem Standpunkt bestehe und zäh an seinem Entschluss festhalte. Die zu verlangende ablehnende Haltung und gesteigerte Gleichgültigkeit zeige sich bei § 238 Abs.1 darin, dass der Täter bewusst den ausdrücklich oder schlüssig geäußerten Willen des Opfers übergehe und diesem somit seine eigenen Interessen oktroyiert.¹²³⁴ Im Hinblick auf § 184e als einzige Vorschrift des Besonderen Teils, die ebenfalls „beharrlich“ als Tatbestandsmerkmal beinhaltet, soll auch bei § 238 Abs.1 ein wiederholtes Handeln bzw. andauerndes Verhalten Voraussetzung - aber für sich allein nicht genügend sein. Der Gesetzgeber habe sich mit der Entscheidung für „beharrlich“ bewusst gegen ein rein objektiv zu bestimmendes Merkmal „wiederholen“ entschieden¹²³⁵ und verlange, dass der Täter bewusst den entgegenstehenden Willen des Opfers übergehe, indem er trotz dessen Kenntnis weitere Handlungen vornimmt bzw. vornehmen will.

(bb) Die Gegenauffassung will auf jede Subjektivierung des Begriffes „beharrlich“ verzichten.¹²³⁶ Unter Bezugnahme auf Wortlaut, sowie Sinn und Zweck der Vorschrift wird angeführt, dass der Begriff der „Beharrlichkeit“ nicht ein für die Tatbestandserfüllung notwendiges Motiv des Täters bezeichne.¹²³⁷ Die Lebensgestaltung könne unabhängig von der jeweiligen subjektiven Täterhaltung zur Belästigung beeinträchtigt werden.¹²³⁸ Andernfalls werde die dem objektiven Tatbestand zugeschlagene innere Haltung, Einstellung bzw. Gesinnung des Täters zu sehr in den Mittelpunkt gerückt, was jedoch nicht zu einem Tatstrafrecht passe, bei dem allein die Gesinnung oder Haltung des Täters seine Strafbarkeit nicht (mit)begründen dürfe.¹²³⁹ Ferner seien diesbezüglich Feststellungs- bzw. Beweisschwierigkeiten vorprogrammiert.¹²⁴⁰ Die vorgenannte Auffassung

¹²³² Vgl. *Rengier* BT/II, §26a Rn.4; *Krüger* S.160; *Löhr*, S.334ff.; *Gazeas*, JR 2007, S.502 spricht von „überschießender Innentendenz“ *ders.* ferner in NJ 2006, S.255 von „Unrechtsgesinnung“.

¹²³³ Vgl. *Buß*, S.213f. der dennoch für eine Verortung im objektiven Tatbestand, vergleichbar mit der Zueignungshandlung bei §246, plädiert; von einer Doppelfunktion geht offensichtlich auch *Valerius*, BeckOk §238 Rn.12 aus.

¹²³⁴ Vgl. *SK-Wolters*, §238 Rn.15; *Valerius*, BeckOk §238 Rn.12.

¹²³⁵ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.18.

¹²³⁶ Formulierung bei *Neubacher/Seher*, JZ 2007, S.1032.

¹²³⁷ Vgl. *Mosbacher*, NStZ 2007, S.666.

¹²³⁸ Vgl. *Neubacher/Seher*, JZ 2007, S.1032, die daraus die Konsequenz ziehen, dass durch „beharrlich“ lediglich die unverzichtbare zeitliche Dimension des Geschehens im Tatbestand verankert und zugleich die Intensität der Einwirkungen auf das Opfer beschrieben werde.

¹²³⁹ So *Gazeas*, JR 2007, S.502, KJ 2006, S.255 der diesbezüglich von „überschießender Innentendenz“ spricht; *Mitsch*, NJW 2007, S.1240; v.*Schenk*, myops 2008 (Heft 2), S.44.

¹²⁴⁰ Vgl. *Lackner/Kühl*, §238 Rn.3; *Kühl*, Stellungnahme, S.9 der deshalb für „wiederholt“ als Tatbestandsmerkmal plädiert hatte; *Kinzig*, JA 2007, S.484; *Gazeas*, JR 2007, S.502; *Buß*, S.214.

schränke den Strafrechtsschutz unnötig ein, denn Stalker handeln auch aus übertriebener Zuneigung, nicht stets aus Missachtung oder Gleichgültigkeit gegenüber dem Opfer. Eine uneingeschränkte Übertragung aus § 184e könne nicht vorgenommen werden, da ebenda gegen ein bestehendes gesetzliches Verbot gehandelt werden muss, bei dem schon der Erstverstoß als Ordnungswidrigkeit sanktioniert wird. Soweit dem Gesetzgeber ein diesbezügliche Modifikation in Form der Zuwiderhandlung gegen den Willen den Opfers vorschwebte, werde dies dogmatisch bereits durch das Tatbestandsmerkmal „unbefugt“ und diesbezüglichen Vorsatz abgedeckt. Grundsätzlich diene „Beharrlichkeit“ daher der Kennzeichnung der Typik von Stalking in zeitlicher und qualitativer Hinsicht und erfordere deshalb lediglich eine in der Tatbegehung zum Ausdruck kommende besondere Hartnäckigkeit des Täters, die zugleich die Gefahr weiterer Begehung indiziere. Es reiche daher ein Verhalten aus, das durch mehrfache Begehung, Fortsetzung gegen erhebliche Widerstände oder Überwindung besonderer Hindernisse ein besonderes Beharrungsvermögen des Täters zeigt, wobei jedes wiederholte Handeln ausreichen könne, wenn dem Täter nach dem ersten Nachstellen nicht unerhebliche Hindernisse (bspw. nach Umzug oder Erhalt einer Geheimnummer) entgegenstehen.

(cc) *Stellungnahme*: Sowohl die an die innere Haltung des Täters anknüpfende Missachtung, d.h. die bewusste Übergehung des bekanntermaßen entgegenstehenden Willen des Opfers, und gesteigerte Gleichgültigkeit gegenüber den Wünschen des Opfers, als auch der postulierte Fortsetzungswille sind unzweideutig als subjektive Komponenten, teils als Gesinnungsmerkmale, einzuordnen. Mit Blick auf gesteigerte Gleichgültigkeit wäre „beharrlich“ als (unrechtsbezogenes) unechtes Gesinnungsmerkmal zu qualifizieren, welche außer einer bestimmten Gesinnung auch das Vorliegen eines korrespondierenden objektiven Unrechtssachverhaltes erfordern.¹²⁴¹ Mangels gesetzlicher Legaldefinition, Fiktion oder Verweisung ist das Tatbestandsmerkmal einer entsprechenden Sinndeutung durch Auslegung zugänglich.

(α) *Wortlaut*: Ein juristischer Sprachgebrauch von „beharrlich“ existiert insofern, als dass das Merkmal in mehreren Vorschriften des Kern- und Nebenstrafrechts verwendet wird und hierzu bereits Auslegungsarbeit geleistet wurde.¹²⁴² Aus systematischen Erwägungen ist insbesondere §184e StGB von Interesse, da es sich um die einzige Norm im Besonderen Teil handelt, die das Merkmal ebenfalls beinhaltet. Diesbezüglich wird in Rechtsprechung¹²⁴³ und herrschender Lehre¹²⁴⁴

¹²⁴¹ Vgl. *Haft*, Online-Kommentar, unter Anführung von §§ 211, 225: „grausam, heimtückisch, rohes misshandeln“; *Jakobs*, AT S.310; Zum Streit über deren dogmatische Einordnung: *SK-Günther*, Vor §32 Rn.22 m.w.N.

¹²⁴² Vgl. etwa *Fischer*, §56f. Rn.10; *S/S-Lenckner/Perron/Eisele*, §184d Rn.5.

¹²⁴³ Vgl. BayOblGSt 1988 S.40ff. ; OLG Köln, GA 1984, S.333.

¹²⁴⁴ Vgl. *S/S-Lenckner/Perron/Eisele*, §184d Rn.5; *Fischer*, §184e Rn.; *Lackner/Kühl*, §184d, Rn.5.

„beharrlich“ definiert als eine in der Tatbegehung zum Ausdruck kommende besondere Hartnäckigkeit und damit gesteigerte Gleichgültigkeit gegenüber dem gesetzlichen Verbot, die zugleich die Gefahr weiterer Begehung indiziere. Eine wiederholte¹²⁴⁵ Begehung der Tat sei zwar immer Voraussetzung, jedoch für sich allein zur Begründung des Merkmals „beharrlich“ nicht genügend geeignet. Vielmehr müsse sich aus der Tat und ihren Umständen eine erhöhte Missachtung, also ein Mehr an Widersetzlichkeit gegenüber der normalen Gesetzesübertretung ergeben. „Beharrlich“ bedeute demnach, dass der Täter das Verbot aus Missachtung oder Gleichgültigkeit immer wieder übertritt oder zu übertreten bereit ist. Diese subjektive Tatkomponente bedürfe einer eingehenden und sorgfältigen Begründung. Dies sei im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu ermitteln, bei der bspw. aus der Überwindung besonderer Hindernisse auf das Vorhandensein der erforderlichen innere Haltung geschlossen werden könne. Auch bei vorhergehenden Abmahnungen oder Bußgeldbescheide könne in der Regel von „Beharrlichkeit“ ausgegangen werden. Andererseits könne es an der „Beharrlichkeit“ fehlen, wenn längere Zeiträume zwischen den einzelnen Handlungen liegen. Maßgeblich ist demnach vor allem die Zahl der vorausgegangenen Missachtungen und die zeitlichen Abstände. Diese Interpretation wurde jüngst vom BVerfG als verfassungsrechtlich zulässig befunden.¹²⁴⁶

Die insofern getätigte Implementierung subjektiver Komponenten ist auch mit dem allgemeinen Sprachgebrauch vereinbar,¹²⁴⁷ da umgangssprachlich „Beharrlichkeit“ eine beständige Fähigkeit von Menschen im Verfolgen ihrer Ziele bedeutet, die auch als Ausdauer, Durchhaltevermögen, Entschiedenheit, Entschlossenheit, Standhaftigkeit, Zähheit oder Hartnäckigkeit bezeichnet wird.¹²⁴⁸ Dieser Umschreibung und den angeführten Synonymen ist jedenfalls eine Ausgrenzung subjektiver Elemente nicht immanent. Wie ein Blick über die Landesgrenzen verrät, ist eine versubjektivierte Wortlautdeutung indes nicht zwingend. Der österreichische Nachstellungsparagraf § 107a öStGB definiert „beharrlich“ explizit als über eine längere Zeit fortgesetztes Handeln und somit rein objektiv. Der österreichische Gesetzgeber hat diesbezüglich auf das zunächst angedachte Implementieren einer Wiederholungsabsicht oder sonstiger subjektiven Komponenten u.a. deshalb verzichtet, weil aufgrund des Vorsatzerfordernis im Hinblick auf die Tathandlung kein

¹²⁴⁵ BGHSt 23, 179; LK-Heinrich/Laufhütte, §184a Rn.4.

¹²⁴⁶ Vgl. BVerfG 2 BvR 1101/08 vom 7.10.2008: „Das (=Interpretation der h.M.) ist nachvollziehbar und entspricht einem alltäglichen Sprachgebrauch, so dass auch in diesem Punkt das Risiko der Strafbarkeit aus Sicht des Normadressaten ausreichend deutlich zu erkennen ist.“

¹²⁴⁷ So auch BVerfG 2 BvR 1101/08 vom 7.10.2008.

¹²⁴⁸ Vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/Beharrlichkeit>; Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache.

entsprechendes Bedürfnis bestehe.¹²⁴⁹ Dies entspricht auch der sonstigen (objektiven) Handhabung von „beharrlich“ im öStGB.¹²⁵⁰

(β) *Systematik*: Bei formaler Betrachtung sämtlicher Straftatbestände des StGB finden sich nur vereinzelt bzw. ausnahmsweise (echte und unechte) Gesinnungselemente.¹²⁵¹ Bezugnehmend auf die anderweitige Verwendung von „beharrlich“ im deutschen Strafrecht wird allerdings überwiegend das Vorliegen einer rechtsfeindlichen Haltung¹²⁵² oder mangelnden rechtstreuen Gesinnung¹²⁵³ für erforderlich gehalten. Im Nebenstrafrecht ist regelmäßig die beharrlich (wiederholte) Zuwiderhandlung gegen ein konkret den Handelnden betreffendes gesetzliches Verbot strafbewehrt, wodurch z.T. ordnungswidriges Verhalten zu einer Straftat heraufgestuft wird.¹²⁵⁴ Das systematische Grundprinzip der Einheit der Rechtsordnung spricht daher zunächst für eine versubjektivierte Auslegung von „beharrlich“. Aufgrund der Relativität der Rechtsbegriffe bedarf es allerdings einer teleologischen - d.h. am Normzweck orientierten - Überprüfung, ob eine Übernahme der Begriffsbedeutung auf § 238 Abs.1 angezeigt ist. Daran anknüpfend kann je nach geschütztem Rechtsgut sogar innerhalb desselben Gesetzes ein und demselben Begriff unterschiedliche Bedeutung zukommen.¹²⁵⁵ Insofern werden nachfolgend die normtechnischen Unterschiede, insbesondere von § 184e und § 238 Abs.1, herausgestellt, um sie einer teleologischen Bewertung unterziehen zu können:

Zunächst gilt es zu beachten, dass im Rahmen des § 238 Abs.1 kein gesetzliches Verbot (bspw. korrespondierende Ordnungswidrigkeitenvorschrift) oder eine Abmahnung (bspw. richterliche Anordnung nach GewSchG) existiert bzw. existieren muss, gegen die der Täter beharrlich zuwiderhandeln muss.¹²⁵⁶ Weiterhin ist zu konstatieren, dass die beiden §§ 184e und 238 Abs.1 in verschiedene Abschnitte des StGB eingeordnet sind, was auf unterschiedliche Schutzgüter schließen lässt. Weiterer augenscheinlicher Unterschied ist die jeweilige Deliktsstruktur bzw. normtechnische Ausgestaltung der Straftatbestände. Der Nachstellungsparagraf ist als Erfolgsdelikt ausgestaltet. Das Nachstellungsverhalten muss in objektiv zurechenbarer Weise eine von der Täterhandlung räumlich und zeitlich getrennte Beeinträchtigungswirkung in der Außenwelt verursachen. § 184e indes ist als

¹²⁴⁹ Vgl. WK-Schwaighofer, §107a Rn.8,31; Buß, S.103f. m.w.N.

¹²⁵⁰ Vgl. etwa §53 II öStGB: WK-Jerabek, Rn.11.

¹²⁵¹ Vgl. etwa § 225 I: “roh, böswillig” oder § 315c I Nr.2: “rücksichtslos”; Roxin AT I §10 Rn.78ff; umfassend Kerker, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmale im Strafrecht (2007).

¹²⁵² Vgl. BGH NStZ 1992, 594ff.; OLG Frankfurt, GewArch 1981, S.296.

¹²⁵³ Vgl. BGHSt 38, 231ff.; OLG Hamm ZfSch 2008, S.470f.; BayObLGSt 2003, S.132f.

¹²⁵⁴ Vgl. etwa §§ 104, 105 SGB VIII oder 146 Abs.1, 148 Nr.1 GewO; BayObLG vom 03.08.1993 (4St RR/93) Neubach/Seher, JZ 2007, S.1031; Mitsch, Jura 2007, S.404f.; Lackner/Kühl, §56f Rn.6; S/S-Lenckner/Perron Eisele, §184d Rn.5.

¹²⁵⁵ Vgl. LK-Dannecker, §1 Rn.319.

¹²⁵⁶ Vgl. Neubacher/Seher, JZ 2007, S.1032; Fischer §238 Rn.20.

(schlichtes) Tätigkeitsdelikt¹²⁵⁷ und somit mangels tatbestandlichem Erfordernis als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet¹²⁵⁸ Charakteristisch für abstrakte Gefährdungsdelikte ist, dass der jeweilige Tatbestand lediglich eine Handlung des Täters umschreibt, ohne dass diese Handlung zusätzlich bzw. weitergehend zu einem bestimmten Erfolg führen muss.¹²⁵⁹ Die Tatbestandserfüllung fällt demnach mit dem letzten Handlungsakt zusammen.¹²⁶⁰ Die objektiven Strafbarkeitsvoraussetzung werden auf bestimmtes Handeln oder Zustände reduziert, weil diese erfahrungsgemäß bzw. typischerweise leicht zu einer konkreten Gefahr für schützenswerte Rechtsgüter, bspw. bei § 316 für Leben, Gesundheit und Eigentum anderer Verkehrsteilnehmer, führen können.¹²⁶¹ Aus der hiermit evidentermaßen einhergehenden Vorverlagerung der Strafbarkeit in Richtung (grundsätzlich strafloses) Vorbereitungsstadium sowie der Ausgestaltung des StGB als rechtsstaatliches Tatstrafrecht lässt sich allerdings ableiten, dass abstrakte Gefährdungsdelikte nur in Ausnahmefällen Erfolgsdelikte ersetzen sollten bzw. als legitim zu erachten sind.¹²⁶² Insofern erscheint es im Rahmen des § 184e zwingend, strenge Anforderungen an strafbares Täterverhalten zu stellen und dies durch Zuordnung einer gewissen inneren Haltung des Täters zur objektiven Tathandlung zu bewerkstelligen. Aus der Systematik der jeweiligen Tatbestände und ihrer Stellung im Gesetz lässt sich daher ableiten, dass § 184e und § 238 Unterschiedlichkeiten aufweisen, die eine weitere Überprüfung im Hinblick auf die Frage erforderlich machen, ob eine uneingeschränkte Übertragung der rechtlichen Handhabung überhaupt angezeigt ist.

Weiterhin ist in verfassungskonformer Auslegung zu berücksichtigen, dass das rechtsstaatliche deutsche Strafrecht als Tatstrafrecht konzipiert ist, bei dem Ansatz und Schwerpunkt der Zurechnung grundsätzlich im Objektiven liegen müssen.¹²⁶³ Die mit Gesinnungsmerkmalen wie bspw. Gleichgültigkeit oder Missachtung verbundene Subjektivierung von Tatbeständen und deren schwierige Erfassbarkeit ist daher im Hinblick auf den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz (Art.103 Abs.2 GG) und die Gleichheit der Rechtsanwendung als rechtsstaatlich bedenklich einzuordnen und birgt die tendentielle Gefahr eine Entwicklung hin zum unzulässigen Gesinnungsstrafrecht.¹²⁶⁴ Charakteristisch für ein (echtes) Gesinnungsstrafrecht ist, dass es zur Begründung der Strafbarkeit primär an die tadelnswerte innere Einstellung des Täters in der konkreten Tatsituation anknüpft.¹²⁶⁵ Unmissverständlich konstatiert der BGH in diesem

¹²⁵⁷ Vgl. BGHSt 23, 171; MüKo-Hörmle, §184d Rn.4.

¹²⁵⁸ Vgl. SK-Wolters/Horn, §184d Rn.1; S/S-Lenckner/Eisele/Perron, §184d Rn.3f., LK-Laufhütte §184a Rn.2.

¹²⁵⁹ Vgl. Baumann/Weber/Mitsch §8 Rn.39; Wessels/Beulke, AT Rn.29.

¹²⁶⁰ Vgl. Roxin, AT §10 Rn.103.

¹²⁶¹ Vgl. Fischer, Vor §13 Rn.19; LK-Weigend, Einl. Rn.9; S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, §316 Rn.1f.

¹²⁶² Vgl. Kühl, Stellungnahme, S.6f.; LK-Weigend, Einl. Rn.9.

¹²⁶³ Vgl. Hassemer, wistra 1995, S. 43; Roxin, AT 1, §6 Rn.1, 13.

¹²⁶⁴ Kritisch zu §238 und „beharrlich“: Kühl, Stellungnahme, S.9; Gazeas, JR 2007, S.502; v.Schenk, myops 2008 (Heft 2), S.44 der ausführt, dass der Gesetzgeber die Tabuzone des echten Gesinnungsstrafrechts betreten habe.

¹²⁶⁵ Vgl. v.Schenk, myops 2008 (Heft 2), S.44 unter Verweis auf Roxin, AT 1 §10 Rn.78.

Zusammenhang, dass es in einem Rechtsstaat kein Gesinnungsstrafrecht gibt.¹²⁶⁶ In diesen verfassungsrechtlichem Kontext ist auch das bereits erläuterte Gebot der Normenklarheit als wesentlicher Grundsatz des Strafrechts einzustellen.¹²⁶⁷ Die Gefahr eines Verstoßes gegen diesen Verfassungsgrundsatz besteht insbesondere bei wortreichen Normen, die eine gehäufte Anzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen aufweisen.¹²⁶⁸ Daran anknüpfend würde die Implementierung zusätzlicher subjektiver (Gesinnungs-)momente in sprachlich nicht eindeutige Begrifflichkeiten die Normklarheit bzw. das hieraus abzuleitende Normverständnis in erheblichem Umfang erschweren. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass im Schrifttum starke Bedenken gegen die Bestimmtheit des Merkmales „beharrlich“ geäußert wurden.¹²⁶⁹ Die (verfassungsrechtlich) systematischen Erwägungen sprechen daher grundsätzlich gegen eine Miteinbeziehung subjektiver Elemente, insbesondere von Gesinnungsmerkmalen wie bspw. gesteigerte Gleichgültigkeit.

(χ) *Historie*: Bezugnehmend auf die Verwendung in § 184e und seine sonstige Verwendung im StGB, bezeichnet der Begriff „Beharrlichkeit“ nach Auffassung des Gesetzgebers eine in der Tatbegehung zum Ausdruck kommende besondere Hartnäckigkeit und eine gesteigerte Gleichgültigkeit des Täters gegenüber dem gesetzlichen Verbot, die zugleich Gefahr weiterer Begehung indiziert.¹²⁷⁰ Eine wiederholte Begehung sei immer Voraussetzung, für sich allein aber nicht genügend. Im Rahmen des § 238 Abs.1 sei daher erforderlich, dass aus Missachtung des entgegenstehenden Willens oder aus Gleichgültigkeit gegenüber den Wünschen des Opfers mit dem Willen gehandelt wird, sich auch in Zukunft immer wieder entsprechend zu verhalten. Die Beharrlichkeit ergebe sich aus einer Gesamtwürdigung der verschiedenen Handlungen, insbesondere unter Berücksichtigung des zeitlichen Abstands und des inneren Zusammenhanges. Der Gesetzgeber substituiert im Rahmen des § 238 Abs.1 das für „Beharrlichkeit“ im Sinne des § 184e erforderliche gesetzliche Verbot insbesondere durch den entgegenstehenden Opferwillen. Im Umkehrschluss liegt nach dieser Auffassung bei Einverständnis des Betroffenen kein „beharrliches“ Handeln und folglich tatbestandsloses Verhalten vor. Weiterhin muss eine objektiv in der Tatbegehung zum Ausdruck gebrachte innere Haltung der Missachtung oder Gleichgültigkeit des entgegenstehenden Opferwillens, sowie ein Täterwille, sich auch künftig entsprechend zu verhalten, vorhanden sein.

¹²⁶⁶ Vgl. BGHSt 20, 287ff.

¹²⁶⁷ Vgl. BGHSt NJW 1997, S.393ff; oben D.III.1.a.aa.(3).(b).(bb).

¹²⁶⁸ Vgl. BFH, Beschl. v. 6. September 2006, XI R 26/04.

¹²⁶⁹ Mitsch, NJW 2007, S.1240, Gazeas, JR 2007, S.502 sprechen insofern davon, dass diesem Merkmal unübersehbar ein beträchtliches Maß an Unbestimmtheit anhafte; Steinberg, JZ 2006, S.32; Krey/Heinrich, BT 1 Rn.388b.

¹²⁷⁰ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7.

Wie die vorstehenden Ausführungen aufzeigen, hat sich der Gesetzgeber bei seiner Interpretation von „beharrlich“ im Rahmen des § 238 Abs.1 sehr stark an die Auslegung dieser Begrifflichkeit in § 184e angelehnt,¹²⁷¹ weshalb die historische Auslegung für eine Miteinbeziehung subjektiver Komponenten spricht.

(*δ*) *Sinn und Zweck*: § 238 Abs.1 schützt die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung in Form der persönlichen Lebensgestaltung. Für den Unrechtsgehalt einer Beeinträchtigung ist – auch und gerade aus Opferperspektive - grundsätzlich ohne Relevanz, ob der nachstellende Täter dies aus einer bestimmten inneren Einstellung heraus oder aus sonstigen Gründen tut.¹²⁷² Eine Fokussierung auf die Opferperspektive entspricht den allgemeinen Gesetzesbestrebungen, einen noch effektiveren strafrechtlichen Schutz für Stalkingopfer zu bewirken.¹²⁷³ Im Hinblick auf den verlangten Taterfolg einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung macht es ferner aus teleologischer Sicht keinen Unterschied, ob ein darüber hinausgehender Wille zur künftigen Fortführung entsprechender Verhaltensweisen tatsächlich existiert.¹²⁷⁴ Strafbares Unrecht ist ausweislich der Gesetzesformulierung die durch das bereits erfolgte Nachstellungsverhalten hervorgerufene schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung.¹²⁷⁵ Auf dieser Grundlage gilt es weiterhin zu analysieren, ob aufgrund der jeweiligen Schutzgüter beider BT-Tatbestände, welche „beharrlich“ verwenden, eine Übertragung der gefestigten rechtlichen Handhabung von § 184e auf § 238 Abs.1 angezeigt ist. Je nach geschütztem Rechtsgut, kann auch einem mehrmals verwendeten identischen Begriff im gleichen Gesetz unterschiedliche Bedeutung zukommen.¹²⁷⁶

Wie im Rahmen der systematischen Auslegung herausgearbeitet, bestehen zwischen den relevanten Normen §§ 184e, 238 Abs.1 strukturell erhebliche Divergenzen. § 238 Abs.1 schützt mit der Handlungs- und Entschließungsfreiheit in Form der persönlichen Lebensgestaltung ein individualbezogenes Freiheitsrechtsgut.¹²⁷⁷ Die Ausübung der verbotenen Prostitution befindet sich im Abschnitt der Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, welcher prinzipiell die individuelle Freiheit im Hinblick auf die sexuelle Betätigung schützt.¹²⁷⁸ Nach h.M. ist (vordergründiges) Schutzgut des §184e jedoch kein Individualrechtsgut, sondern das

¹²⁷¹ Vgl. *Fölsch*, SchlHA 2008, S.301: „...in übereinstimmender Weise...“.

¹²⁷² So auch *Kühl*, Prot. Anhörung (18.10.2006), S.17; *ders.* Stellungnahme S.9; *Buß*, S.215 m.w.N.

¹²⁷³ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.1f.; 16/3641, S.1f.; kritisch: *Fischer*, §238 Rn.3a.

¹²⁷⁴ Vgl. *Kühl*, Stellungnahme S.9, der sich gegen eine Verwendung des Tatestandsmerkmals ausgesprochen hat.

¹²⁷⁵ Vgl. *Buß*, S.215 unter Verweis auf *v.Schenck*, myops 2008, S.44.

¹²⁷⁶ Vgl. LK-*Dannecker*, §1 Rn.319.

¹²⁷⁷ Vgl. ausführlich oben: D.III.1.a.bb.(1).

¹²⁷⁸ Vgl. *Fischer*, Vor §174 Rn.5.

Allgemeininteresse - insbesondere mit Blick auf die Jugend - an der Vermeidung von mit der Prostitution verbundenen Belästigungen und Gefahren an bestimmten Orten.¹²⁷⁹ Gleichzeitig ist die Ausübung der verbotenen Prostitution als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet. Sieht man die Strafvorschrift im Kontext mit § 120 Abs.1 Nr.1 OwiG zeigt sich, dass „beharrlich“ im Kern als (straf)unrechtsbegründendes Merkmal fungiert und ordnungswidriges Verhalten zu strafbewährtem Unrecht aufwertet.¹²⁸⁰ So urteilte das BayObLG im Jahre 1988, dass der Verstoß gegen das Verbot der Ausübung der Prostitution in einem Sperrbezirk nach § 120 Abs.1 Nr.1 OwiG eine Ordnungswidrigkeit darstellt, die mit einer Geldbuße von 5,-- bis 1.000,-- DM geahndet werden kann. Der Gesetzgeber gehe somit davon aus, dass die Übertretung des Verbotes nur eine Ordnungswidrigkeit mit relativ geringer Bußgeldandrohung darstellt. Nur das Merkmal der „Beharrlichkeit“ des Verstoßes lässt aus der Ordnungswidrigkeit ein Vergehen werden. Diesem Merkmal komme somit erhebliche Bedeutung zu.¹²⁸¹ Zieht man weiterhin § 14 Abs. 4 OwiG zu rate wird deutlich, dass für eine Heraufstufung des in § 120 Abs.1 Nr.1 OwiG umschriebenen Verhaltens zu einer Straftat zwingend das Hinzutreten eines besonderen persönlichen Merkmales, d.h. besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände, mithin eine subjektive Gegebenheit, erforderlich ist.¹²⁸² Bei kühner Einschätzung könnte aufgrund neuerer rechtlicher Bewertung von Prostitution und gewandelter gesellschaftlicher Anschauungen im wiederholten Verbotsübertritt ein aus Verfassungsgründen strafrechtlich nicht mehr belangbares Verhalten, vergleichbar dem Ungehorsam gegenüber Verwaltungsvorschriften („typisches Verwaltungsunrecht“), erblickt werden.¹²⁸³ Insofern wird die mehrfache Übertretung eines behördlichen Verbotes (Sperrbezirks-Rechtsverordnungen) und somit im Grunde genommen die erhöhte Missachtung hoheitlicher Rechtssetzungsbefugnis sanktioniert,¹²⁸⁴ weshalb aufgrund des ultima-ratio Charakters des Strafrecht zumindest sehr strenge Anforderung an tatbestandsmäßiges Verhalten zu stellen sind.¹²⁸⁵ Unabhängig von dieser Einschätzung tritt die Vorschrift in offenen Widerspruch zum strafrechtlichen ultima-ratio-Prinzip, da der Gesetzgeber abstrakte Gefährdungsdelikte nur dann verwenden sollte, wenn wichtige Interessen so sensibel sind, dass schon Handlungen, die nur in die Nähe einer Gefährdung kommen, mittels der scharfen Waffe des

¹²⁷⁹ Vgl. BayObLG JZ 1989, S.51f.; NJW 1981, S.2766f.; OLG Karlsruhe MDR 1974, S.858f.; *Fischer*, §184e Rn.2 S/S-Lenckner/Eisele/Perron, §184d Rn.1 m.w.N.

¹²⁸⁰ Vgl. *Kühl*, Stellungnahme S.9.

¹²⁸¹ Vgl. BayObLGSt 1988, S.40ff.

¹²⁸² Vgl. BayObLG vom 03.08.1993 (4St RR 78/93); *Mitsch*, Jura 2007, S.405 unter Verweis auf *Bohnert*, OrdnungswidrigkeitenR (2004), S.3.

¹²⁸³ Entsprechend gab es bereits einen Streichungsantrag (BT-Drs. 14/4456), der - allerdings noch vor Erlass des ProstG - abgelehnt wurde; S/S-Lenckner/Perron/Eisele, §184d Rn.1; NK/GS-Laue, §184d Rn.1; Zum (bloßen) Verwaltungsungehorsam: BVerfGE 9, 171; 90, 184; *Vogel*, StV 1996 S.110ff.

¹²⁸⁴ Vgl. S/S-Lenckner/Eisele/Perron, §184d Rn.5: „Ein Mehr an Widersetzlichkeit gegenüber der normalen Gesetzesübertretung.“

¹²⁸⁵ Vgl. die ähnlich gelagerte Problematik bei §4 GewSchG.

Strafrechts unterbunden werden müssen.¹²⁸⁶ Indes rechtfertigen die vorstehenden Normgegebenheiten es nicht nur im Rahmen des § 184e strenge Anforderungen an strafbares Täterverhalten zu stellen und dies durch Zuordnung einer gewissen inneren Haltung bzw. Gesinnung des Täters zur objektiven Tathandlung zu bewerkstelligen, sie sind vielmehr für eine Verfassungskonformität der Vorschrift zwingende Voraussetzung. Indes müssen diese Erwägungen bei § 238 Abs.1 aufgrund dessen Normstruktur und Schutzzweck gerade nicht miteinbezogen werden.

(ε) *Ergebnis:* Da die Auslegungsvarianten zu keinem eindeutigen Ergebnis führen, sind die jeweiligen Argumente nunmehr gegeneinander einzustellen und zu bewerten. Vorab sei allerdings klargestellt, dass m.E. praktische Nachweisschwierigkeiten nicht als dogmatisches Argument gegen eine bestimmte Normauslegung ins Feld geführt werden können, zumal von Praktikerseite angeführt wird, dass diese von den Tatrichtern zu bewältigen seien.¹²⁸⁷ Die Feststellung innerer Tatsachen mag schwieriger sein als die äußerer Geschehensabläufe; sie ist dennoch in der strafrechtlichen Praxis ein alltäglicher Vorgang, bei dem auf äußere Indizien zurückgegriffen werden kann.¹²⁸⁸ Zuzugeben ist allerdings, dass aufgrund dieser (bekannten) Beweisschwierigkeiten bei den §§184e, 148 Nr.1 GewO oder 105 Nr.2 SGB VIII von der h.M. zur Erleichterung des Nachweises der spezifischen inneren Haltung eine vorhergehende Abmahnung für notwendig oder zumindest sinnvoll erachtet wird.¹²⁸⁹

Der Wortlaut ist jedenfalls nicht zwingend. Eine sprachlich unlösbare Verflechtung objektiver und subjektiver Elemente, vergleichbar der „Vorspiegelung“ bei § 263 Abs.1, kann bei „beharrlich“ nicht ausgemacht werden.¹²⁹⁰ Als Indiz für diese Einschätzung kann ein aktueller Nichtannahmebeschluss des BVerfG angeführt werden, in dem festgestellt wurde, dass § 184e als *objektive* Tatbestandsmerkmale das Bestehen eines gebietsbezogenen Verbotes auf Grund einer Rechtsverordnung, die Ausübung der Prostitution sowie die „Beharrlichkeit“ des Verstoßes enthalte.¹²⁹¹ Ferner handelt es sich nicht um ein sog. „finales Tätigkeitswort“ im gesetzestechnischen Sinne, da diese vom Gesetzgeber bei unechten Unternehmensdelikten, d.h. schlichten Tätigkeitsdelikten mit entsprechendem Wortlaut, verwendet werden, indes § 238 Abs.1 als

¹²⁸⁶ Vgl. LK-Weigend, Einl. Rn.9.

¹²⁸⁷ Vgl. Nack, Stellungnahme, S.2; ders. Prot. öffentliche Anhörung (18.10.2006), S.34.

¹²⁸⁸ So BVerfG vom 07.10.2008 (2 BvR 578/07).

¹²⁸⁹ Vgl. Löhr, S.336; bspw. LK-Laufhütte §184a Rn.4; SK-Wolters/Horn §184d Rn.3.

¹²⁹⁰ Vgl. Mosbacher, NStZ 2007, S.666.

¹²⁹¹ Vgl. BVerfG 2 BvR 1101/08 vom 7.10.2008 unter Verweis auf MüKo-Hörnle, §184d Rn.3ff.; Hervorhebung durch Verfasser.

Erfolgssdelikt ausgestaltet ist.¹²⁹² In systematischer Hinsicht sei zunächst darauf hingewiesen, dass entgegen der h.M. auch im Rahmen des § 184e mit beachtenswerten Gründen eine von subjektiven Momenten losgelöste Interpretation von „beharrlich“ vertreten wird, insbesondere aufgrund einer fehlenden Konturierungsmöglichkeit der mit dem Begriff „beharrlich“ verbundenen inneren Einstellung.¹²⁹³ Darüber hinaus steht die Gesamtkonzeption bzw. Ausgestaltung des deutschen Strafrechts als Tatstrafrecht prinzipiell im Widerspruch zur Miteinbeziehung von Gesinnungselementen wie bspw. Gleichgültigkeit.¹²⁹⁴ Im Hinblick auf den Willen des Gesetzgebers wird deutlich, dass dieser mehr oder minder unreflektiert und ohne explizite Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Normgegebenheiten (Stichwort: Relativität der Rechtsbegriffe) eine Übertragung der rechtlichen Handhabung von „beharrlich“ in § 184e auf § 238 vornehmen will.¹²⁹⁵ Dies erscheint jedoch bereits aufgrund der unterschiedlichen Tatbestandsstrukturen bzw. geschützten Rechtsgüter mehr als fraglich. Im Ergebnis können daher gewichtige Argumente gegen die dem Gesetzgeber offensichtlich vorschwebende uneingeschränkte Übertragung der rechtlichen Handhabung von „beharrlich“ in § 184e auf den Nachstellungsparagrafen angeführt werden.¹²⁹⁶ Die intendierte Implementierung subjektiver Komponenten würde letztlich zu einer Überfrachtung des Tatbestandsmerkmals „beharrlich“ führen, wofür im Falle des § 238 Abs.1, insbesondere aufgrund der Ausgestaltung als Erfolgsdelikt, kein ersichtliches Bedürfnis besteht. Dies gilt umso mehr, als dass der Tatbestand mehrere normative und damit stark auslegungsbedürftige Merkmale aufweist, mitunter die Anreicherung mit subjektiven (Gesinnungs-) Komponenten zu einer weitergehenden Unbestimmtheit führen würde.¹²⁹⁷ Der Verzicht auf subjektive Komponenten ist prinzipiell auch der Rechtssicherheit zuträglich.

Selbst wenn man den gesetzgeberischen Willen und somit die Implementierung subjektiver Komponenten bei „beharrlich“ als unumgänglich erachten sollte, dürfte die Differenzierung für die praktischen Rechtsanwendung keine bzw. nur eine untergeordnete Rolle spielen. Da der Nachweis der inneren Täterhaltung aufgrund des Schweigerechts des Beschuldigten bzw. Angeklagten (vgl. §§

¹²⁹² Vgl. oben: D.III.1.a.aa.(3).(b).(bb).

¹²⁹³ Vgl. MüKo-Hörnle, §184d Rn.5, der konstatiert, dass schleierhaft sei, wie nach der inneren Einstellung differenziert werden solle; Joecks, §184d Rn.1: „Beharrliches Zuwiderhandeln setzt eine wiederholte Tatbegehung voraus.“; umfassend Bandemer, GA 1989, S.257ff., 265 und unter Verzicht auf subjektive Komponenten: „Beharrliches Zuwiderhandeln liegt dann vor, wenn der Täter in einem zeit- und sachnahen Zusammenhang fortgesetzt handelnd das gleiche vom Gesetz als Normverstoß bewertete Verhalten ein zweites Mal vorsätzlich begeht“

¹²⁹⁴ Kritisch zu §238 und „beharrlich“: Köhl, Stellungnahme, S.9; Gazeas, JR 2007, S.502; v.Schenk, myops 2008 (Heft 2), S.44 der ausführt, dass der Gesetzgeber die Tabuzone des echten Gesinnungsstrafrechts betreten habe.

¹²⁹⁵ So konstatieren Buß, S.215 und v.Schenk, myops 2008 (Heft 2), S.43 zutreffend, dass bereits nicht ohne weiteres erkennbar sei, welchem gesetzlichen Verbot der Täter eigentlich gleichgültig gegenüber stehen müsse, um die subjektive Komponente zu erfüllen.

¹²⁹⁶ Ähnlich Mosbacher, NSTZ 2007, S.666, der den Verweis auf §184e als „irreführend“ bezeichnet.

¹²⁹⁷ Bedenken gegen die Bestimmtheit des Merkmales bei Mitsch, NJW 2007, S.1240, Gazeas, JR 2007, S.502; Steinberg, JZ 2006, S.32; Krey/Heinrich, BT 1 Rn.388b.

136 Abs.1, 163a, 243 Abs.4 StPO) regelmäßig nicht mittels dessen Einlassungen geführt werden kann, verbleiben letztlich nur noch die getätigten äußeren Nachstellungshandlungen, um entsprechende Rückschlüsse ziehen zu können.¹²⁹⁸ Nur hierauf lässt sich in solchen Fällen letztlich eine Verurteilung stützen. Eine entsprechende Vorgehensweise hat sich in Bezug auf Normen des Nebenstrafrechts bereits eingebürgert; So wurde bspw. zu § 4 BKatV entschieden, dass solche Zuwiderhandlungen „beharrlich“ begangen werden, die ihrer Art oder den Umständen nach zwar nicht unbedingt als objektiv „grobe“ Pflichtverletzungen zu werten sind, *deren zeit- und sachnahe wiederholte Begehung jedoch erkennen lassen*, dass es dem Betroffenen subjektiv an der für die Teilnahme am Straßenverkehr erforderlichen rechtstreuen Gesinnung und die notwendige Einsicht in zuvor begangenes Unrecht fehlt.¹²⁹⁹ Das selbe Prinzip schwebt dem Gesetzgeber offensichtlich auch für § 238 Abs.1 vor, da er die unstreitig erforderliche Wiederholung, Intensität und Dauer der bereits getätigten Nachstellungshandlungen als objektive Grundlage für die Befürchtung heranziehen will, dass aus bzw. neben gesteigerter Missachtung oder Gleichgültigkeit gegenüber dem Opferwillen eine Täterabsicht dahingehend existiert, auch künftig Nachstellungshandlungen vorzunehmen.¹³⁰⁰

(2) Nach Auffassung des Gesetzgebers sollen bei „beharrlich“ auch die allgemeine Handlungsfreiheit bzw. Pressefreiheit des Handelnden miteinbezogen werden, um sozialadäquate Verhaltensweisen aus dem Tatbestand zu eliminieren.¹³⁰¹ Exemplarisch werden Kontaktierungsversuche von getrennt lebenden Elternteile bzgl. des Umgangsrechts, Gläubiger zivilrechtlicher Ansprüche und recherchierender Journalisten angeführt.¹³⁰² Dies überzeugt nicht, da nach dem allgemeinen Sprachsinn jedermann seine ihm zustehenden Rechte auch wiederholt-intensiv und somit beharrlich ausüben kann.¹³⁰³

Allerdings wird der dahinter stehenden gesetzgeberischen Intention, über „beharrlich“ sozialadäquates Verhalten aus der Norm auszuschneiden,¹³⁰⁴ auch anderweitig Rechnung getragen. Generell ist für die Frage nach dem Ausschluss neutraler bzw. sozialadäquater Verhaltensweisen aus dem Tatbestand von Relevanz, ob ohne eine entsprechende Interpretation des Merkmales oder sonstiger Tatbestandsmerkmale jene Verhaltensweisen in unzulässiger Weise tatbestandlich erfasst

¹²⁹⁸ So auch in der Entscheidung des LG Lübeck SchlHA 2008, S.213f.

¹²⁹⁹ Vgl. KG NZV 2005, S.331ff., Hervorhebung durch Verfasser; BGHSt 38, 231, 234.

¹³⁰⁰ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7: „...in der Tatbegehung zum Ausdruck kommende besondere Hartnäckigkeit...gesteigerte Gleichgültigkeit...“

¹³⁰¹ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7.

¹³⁰² Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7.

¹³⁰³ Vgl. Valerius BeckOK §238 Rn.11.1.

¹³⁰⁴ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7.

werden würden.¹³⁰⁵ Insofern wird zutreffend vorgetragen, dass es Aufgabe der Beharrlichkeit sei, einzelne, für sich genommen sozialadäquate, vielleicht sogar erwünschte Handlungen (bspw. Telefonanrufe, Zusammentreffen auf der Straße) über Häufigkeit und Kontinuität zu unerwünschtem und belästigenden Stalking zusammenzufassen.¹³⁰⁶ Man müsse sich als Richtschnur vor Augen halten, dass der Gesetzgeber durch die Einfügung des Merkmals der Beharrlichkeit das bloß gemeinlästige Verhalten vom gemeinschädlichem Verhalten zu differenzieren suchte, somit dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Strafen nur „ultima ratio“) Rechnung tragen wollte.¹³⁰⁷ Nicht durchgreiflich hingegen ist die Annahme, dass sich der gesetzgeberische Wille sozialadäquate Handlungen aus dem Anwendungsbereich der Norm auszuschneiden, nicht im Wort „beharrlich“ manifestiere bzw. das Tatbestandsmerkmal generell zur näheren Kennzeichnung des Unrechts nicht geeignet sei.¹³⁰⁸ Diese Auffassung verkennt, dass „beharrlich“ der Typik des Stalkings dadurch Rechnung trägt, als dass die vollzogenen Nachstellungshandlungen nach Maßgaben des zeitlichen Abstands und der Intensität zu bewerten sind, was letztlich dazu dient, den vertypen Unrechtsgehalt des nachstellenden Verhaltens gesetzlich zu fixieren. Dies macht eine wertende Betrachtung erforderlich, über die auch bereits belästigendes, aber unter Umständen noch sozialadäquates Verhalten, aus dem Tatbestand ausgeschieden werden kann. So verstanden kommt dem Merkmal auch eine tatbestandslimitierende Funktion zu.

In diesem Zusammenhang ist auch die Argumentation nicht von der Hand zu weisen, dass permanente Besuche oder Telefonanrufe regelmäßig nur dann einen typischen Unrechtsgehalt im Sinne der Ziffern 1 und 2 verwirklichen, wenn sie gegen den Willen des Betroffenen stattfinden,¹³⁰⁹ womit in diesen Konstellationen in Erwägung zu ziehen ist, eine Ausgrenzung sozialadäquater Verhaltensweisen über ein Tatbestandsmerkmal vorzunehmen. Dies ist allerdings nach allgemeiner Ansicht¹³¹⁰ eine der zwei möglichen Funktionen des Tatbestandsmerkmals „unbefugt“, wonach über „unbefugt“ entweder eine Kennzeichnung bzw. Komplettierung des tatbestandlichen Unrechts stattfindet, oder es als allgemeiner Hinweis auf das Fehlen von Rechtfertigungsgründen zu verstehen ist. Insofern ist es naheliegend, sich auch im Rahmen des § 238 Abs.1 auf vertraute Pfade zu begeben und mit der überwiegenden Ansicht eine Berücksichtigung des Opferwillens bei der Begrifflichkeit Unbefugtheit zu diskutieren. Über „beharrlich“ muss jedenfalls nicht zwingend

¹³⁰⁵ Vgl. *Lackner/Kühl*, §15, Rn.6.

¹³⁰⁶ Vgl. *Kinzig/Zander*, JA 2007, S.484; *Eisele*, §22 Rn.499; *Sering* NJW-Spezial 2007, S.376; *Krüger*, S.167f.

¹³⁰⁷ *Safferling*, abgerufen unter www.uni-marburg.de/fb01/lehrestuehle/strafrecht/safferling/safferling_vermat/ss08-strfr-ueb-fortg/loesung_ha.

¹³⁰⁸ Vgl. *SK-Wolters*, §238 Rn.15; *Kühl*, Stellungnahme, S.9.

¹³⁰⁹ Vgl. *Kühl*, Stellungnahme S.10, allerdings zum Merkmal „unbefugt“.

¹³¹⁰ Vgl. *S/S-Lenckner/Eisele*, Vor §§ 13 Rn.65; *Lackner/Kühl*, Vor §§ 13 Rn.15.

Täterkenntnis von bzw. Gleichgültigkeit gegenüber der Haltung des Opfers zu den Nachstellungshandlungen Berücksichtigung finden.

(3) Fraglich ist, ob beharrliches Handeln „gemeinschaftlich“ im Sinne des § 25 Abs.2, d.h. in arbeitsteiliger Manier, begangen werden kann.¹³¹¹ Diesbezüglich gilt es zu beachten, dass über § 25 Abs.2 nicht besondere Täterschaftsvoraussetzungen, besondere Absichten und strafbegründende persönliche Merkmale zugerechnet werden können.¹³¹² Nach §§ 28 Abs.1, 14 Abs.1 sind letztere besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände des Täters. Daher ist, unabhängig welche Auslegungsvariante zugrunde gelegt wird, „beharrlich“ als strafbegründendes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs.1 zu klassifizieren.¹³¹³ Deshalb ist eine Zurechenbarkeit über § 25 Abs.2 dogmatisch ausgeschlossen.

(4) Sofern dem Tatbestandsmerkmal mangelnde Bestimmtheit vorgeworfen wird,¹³¹⁴ greift dieser Einwand nicht durch. Ausschlaggebend ist die nach wie vor gegebene inhaltliche Nähe zur Auslegung von „beharrlich“ in § 184e, bei dem - nicht zuletzt aufgrund der vorhandenen gefestigten Rechtsauffassung - an der hinreichenden Bestimmtheit (soweit ersichtlich) keine Zweifel geäußert werden.¹³¹⁵ Die gleiche Einschätzung muss Erst-Recht für „beharrlich“ im Rahmen des § 238 Abs.1, soweit auf das Vorliegen subjektiv-täterbezogener Momente, die einer Normbestimmtheit im erhöhten Maße unzutraglich sind, zur Gänze verzichtet wird.

hh) unbefugt

(1) Die Tatbestandsformulierung verlangt, dass die Tathandlung des Nachstellens „unbefugt“ erfolgen muss. Mit der Einfügung dieser Begrifflichkeit betritt der Gesetzgeber kein legislatives Neuland, da „unbefugt“ in zahlreichen anderen Tatbeständen des StGB, insbesondere des 15.Abschnittes, bereits verwendet wird. Wie bei anderen Strafvorschriften¹³¹⁶ wird auch im Rahmen des § 238 Abs.1 kontrovers diskutiert, ob es sich bei „unbefugt“ um ein Tatbestandsmerkmal oder lediglich um einen gesetzgeberischen Hinweis auf das allgemeine Deliktsmerkmal der

¹³¹¹ Vgl. zu §25 II: BGHSt 24, 286; BGH NJW 1998, S.2150; *Wessels/Beulke*, AT Rn.530 m.w.N.

¹³¹² Vgl. *Wessels/Beulke*, AT Rn.530 m.w.N.

¹³¹³ Vgl. *Mitsch*, NJW 2007, S.1240; *ders.* insbesondere in *Jura* 2007, S.404ff.; *Fischer*, §238 Rn.20; *Eisele*, BT 1 Rn.499; *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.4; *Rengier*, BT II §26a Rn.12.

¹³¹⁴ *Mitsch*, NJW 2007, S.1240, *Gazeas*, JR 2007, S.502 sprechen insofern davon, dass diesem Merkmal unübersehbar ein beträchtliches Maß an Unbestimmtheit anhafte; *Steinberg*, JZ 2006, S.32; *Krey/Heinrich*, BT 1 Rn.388b.

¹³¹⁵ Die hinreichende Bestimmtheit des Merkmales wurde durch BVerfG 2 BvR 1101/08 vom 7.10.2008 festgestellt.

¹³¹⁶ Umstritten ist die Einordnung bspw. bei den §§ 201, 201a, 202, 204 und 206 vgl. *Wessels/Hettinger*, Rn.532ff.

Rechtswidrigkeit handelt. Bei einer Kategorisierung im ersten Sinne als Tatbestandselement, müsste „unbefugt“ konsequenterweise vom Tätervorsatz umfasst sein.

- Exkurs: Inhaltlicher Umfang von „unbefugt“ -

Dem Wortlaut nach muss der Täter Handlungen ohne Befugnis vornehmen. Zieht man die weitere Verwendung von „unbefugt“ im StGB zu rate, so kann bei zusammenfassender Betrachtung ein verhaltenslegitimierender Umstand generell aus dem (mutmaßlichem) privatautonomen Willen des Betroffenen, aus bestehenden Rechtspositionen (vertraglich begründet oder sonstige zivilrechtliche Ansprüche bzw. deren Durchsetzung im Allgemeinen¹³¹⁷) und aus gesetzlicher bzw. behördlicher Anordnung hergeleitet werden¹³¹⁸, was inhaltsgleich auch auf Rechtfertigungsebene Berücksichtigung findet.¹³¹⁹ Im Hinblick auf Stalking dürfte jedenfalls den behördlichen Genehmigungen, die insbesondere bei den Umweltdelikten der §§ 324, 326 Abs.1 über „unbefugt“ nach h.M. die Rechtswidrigkeit ausschließen,¹³²⁰ keine Bedeutung zu kommen.

Nach Auffassung des Gesetzgebers¹³²¹ soll im Rahmen des § 238 Abs.1 mittels „unbefugt“ klargestellt werden, dass der Täter gegen den Willen des Opfers handeln muss, sodass bei ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis das Täterverhalten nicht unbefugt sei. Weiterhin sollen Konstellationen ausgeklammert werden, in den der Handelnde aufgrund amtlicher bzw. gesetzlicher Erlaubnis oder Befugnis tätig wird. Als Beispiel für ein Handeln aufgrund gesetzlicher Erlaubnisnorm wird der Gerichtsvollzieher angeführt. Letztlich können laut Gesetzgeber auch presserechtlich zulässige Tätigkeiten, die sich im Rahmen der verfassungsrechtlich geschützten Pressefreiheit bewegen, über „unbefugt“ aus dem Anwendungsbereich der Norm ausgeschieden werden.

- Exkurs Ende -

¹³¹⁷ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.27f m.w.N.

¹³¹⁸ Vgl. *Valerius*, JuS 2007, S.322, der des weiteren davon ausgeht, dass das Erfordernis eines Handelns gegen den Willen des Opfers sich bereits aus der Charakterisierung als Delikt gegen die persönliche Freiheit ergibt und es diesbezüglich keiner ausdrücklichen Normierung bedarf.

¹³¹⁹ Vgl. etwa *Baumann/Weber/Mitsch*, AT §17 Rn.126 m.w.N; *S/S-Lenckner*, Vor. §§ 32ff. Rn.53.

¹³²⁰ Str. BGHSt NJW 1994, S.670ff.; *Lackner/Kühl*, §324, Rn. 8; AA. (Tatbestandsausschluss): *NK-Ransiek*, §324, Rn.22; *S/S-Cramer/Heine*, Vorbem. §§324ff., Rn. 12.

¹³²¹ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7.

(a) Entsprechend der nach überwiegender Ansicht¹³²² bei den §§ 107a, 132, 132a vorzunehmenden Auslegung, wird „unbefugt“ im Rahmen des § 238 Abs.1 teilweise als (reines) Tatbestandsmerkmal eingeordnet.¹³²³ Absatz I erfasse auch sozialadäquate Verhaltensweisen, bspw. journalistische Vorgehensweise, was die Notwendigkeit begründe, sozialadäquate Formen der Kontaktaufnahme bis hin zur Lästigkeit von kriminellen Stalking abzugrenzen. Diese notwendige Begrenzung des Anwendungsbereichs der Norm auf strafwürdige Fälle könne über das Merkmal „unbefugt“ als zentrales Unrechtskriterium bewerkstelligt werden.¹³²⁴ Sozialadäquate Handlungen werden ergo erst dann zu typischem und komplettem Unrecht werden, wenn sie gegen den Willen bzw. ohne Einverständnis des Opfers erfolgen. Deshalb handele bspw. auch derjenige tatbestandslos, der seiner nicht abgeneigten bzw. ungeschädigten Angebeteten unzählbare Liebesbriefe schreibt und mehrere Blumensträuße übersendet.¹³²⁵ Teilweise wird lediglich die Zustimmung des Betroffenen als tatbestandsausschließender Moment verstanden.¹³²⁶ Anderweitig wird vorgetragen, eine Befugnis könne sich auch aus dem Gesetz, bspw. die amtlichen Befugnisse des Gerichtsvollziehers nach §§ 753ff. ZPO, ergeben. Auch journalistische Tätigkeit müsse von vornherein über „unbefugt“ oder einen Hinweis auf § 193 aus dem Tatbestand ausgeschlossen werden.¹³²⁷

(b) Einer anderen Auffassung zufolge ist der Begriff „unbefugt“ im Rahmen des § 238 Abs.1 ebenso wie in den §§ 127, 168, 290, 324, 326, 353b Abs.1 S.1 und 355 Abs.1 als Hinweis auf das allgemeine Deliktsmerkmal der Rechtswidrigkeit zu verstehen.¹³²⁸ Eine tatbestandliche Beschränkung auf strafwürdige Fälle könne zur Vermeidung systematischer Widersprüche besser durch eine entsprechende Auslegung des Merkmals „nachstellen“ Rechnung getragen werden. Das Merkmal „unbefugt“ sei insoweit überflüssig, behalte allerdings in seiner Hinweisfunktion eine eigenständige Bedeutung. Das mögliche Einverständnis des Opfers wirke sicherlich tatbestandsausschließend, doch ein sozialadäquates Verhalten, welches dennoch eine Rechtsgutsverletzung als Angriff darstellt, könne lediglich ein Rechtfertigungsgrund sein; sogar den wohl am häufigsten in der Rechtspraxis in Betracht kommenden.¹³²⁹

¹³²² Vgl. bspw. zu §132: BGHSt 40, 8, 15; *Fischer*, §132 Rn.15 m.w.N.; zu §132a: OLG Düsseldorf NJW 2000, S.1032.

¹³²³ Vgl. *Lackner/Kühl*, §238 Rn.6 unter Verweis auf BT-Drs. 16/575, S.7; *Blum*, Der neue Straftatbestand der Nachstellung, S.7; *Kinzig/Zander*, JA 2007, S.483; *Gazeas*, KJ 2006, S.255 *ders.* aber abweichend bzw. differenzierend in JR 2007, S.502; *Eisele*, BT 1 §22 Rn.501; *Rengier*, BT II §26a Rn5.

¹³²⁴ Vgl. *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.3; *Valerius* BeckOK §238 Rn.3.

¹³²⁵ So *Kinzig*, JA 2007, S.483; *Valerius* BeckOK §238 Rn.13, *ders.* JuS 2007, S.322.

¹³²⁶ Vgl. *Löhr*, S.329; *Krey/Heinrich*, BT 1 Rn.388f: Unbefugt sei ein Verhalten gegen den Willen des Opfers; wohl auch AG Löbau StV 2008, S.646f. „...wobei dies auch gegen den Willen der Geschädigten, also unberechtigt erfolgte“.

¹³²⁷ Vgl. *Pöppelmann*, Prot. Anhörung (18.10.2006), S.20f.

¹³²⁸ Vgl. *Gerhold*, NK 2007, S.2;

¹³²⁹ So *Safferling* abgerufen unter www.uni-marburg.de/fb01/lehrstuehle/strafrecht/safferling/safferling_vermat/ss08-strfr-ueb-fortg/loesung_ha.

Eine andere Begründung¹³³⁰ nimmt inhaltlich differenziert zu den einzelnen Befugnismöglichkeiten Stellung, gelangt aber zu dem selben Ergebnis: Zunächst sei nicht einzusehen, weshalb den Tatumständen, dass sich der Täter auf eine (amtlichen) Befugnisnorm und damit auf einen außerhalb der Strafrechtsnorm liegenden Erlaubnissatz stützen kann, bereits tatbestandsausschließende und nicht wie bei anderen Normen (bspw. §§ 324, 239), nur rechtfertigende Kraft zukommen solle. Befugnisnormen seien daher eindeutig der Ebene der Rechtswidrigkeit zuzuordnen.¹³³¹ Unter Berücksichtigung des Gesetzgebungsverfahrens und des Fehlens eines ausdrücklichen Passus im Gesetzestext¹³³² sei ferner ein Nachstellen mit Willen des Betroffenen nur dann nicht tatbestandsmäßig, wenn und soweit man dies bei der Auslegung der Merkmale „beharrlich“ und „schwerwiegend“ einfließen zu lassen habe. Im Übrigen sei ein individueller Verzicht auf strafrechtlichen Schutz auf der Ebene der Rechtfertigung zu berücksichtigen.

(c) Eine vermittelnde Auffassung führt an, dass nur die Ziffern 1 und 2 grundsätzlich an sich sozialadäquate Verhaltensweisen umfassen würden, bei denen es unter Umständen eines Ausschlusses aus dem Tatbestand bedarf, nicht jedoch bei den Ziffern 3 und 4.¹³³³ Diese seien per se als nicht sozialadäquat bzw. strafwürdig einzuordnen, weshalb bei jenen eine bestehende Befugnis nicht tatbestandsausschließend, sondern rechtfertigend wirke.¹³³⁴ Gegen die weitergehende Auffassung des Gesetzgebers wird vorgebracht, dass nicht nur tatbestandsbegrenzende Merkmale, sondern auch Erlaubnistatbestände nicht strafwürdige Sachverhalte der strafrechtlichen Haftung entziehen könnten. Es sei daher von einer Art „Doppelnatur“ auszugehen: Bei den Tatvarianten 1,2 und 5 handele es sich um ein Tatbestandsmerkmal, bei den Übrigen um das Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes.¹³³⁵ Eine unbefugte Handlung könne niemals sozialadäquat sein, da es eine Freiheit des Täters zum unbefugten Nachstellen zwar faktisch geben möge, diese aber auf keinen Fall rechtsschutzwürdig sei.¹³³⁶

Ebenfalls differenzierend wird angeführt, dass im Spezialbereich des Handelns des Gerichtsvollziehers „unbefugt“ ein sinnvolles Ausgrenzungskriterium darstellen möge.¹³³⁷ Hingegen

¹³³⁰ Vgl. SK-Wolters, §238 Rn.8.

¹³³¹ Vgl. hierzu Mosbacher NStZ 2007, S.667, der zwar konstatiert, es gehe bei Befugnissen oder Erlaubnissen eher um die Rechtfertigung erheblicher Eingriffe in die Lebensgestaltung, die auch rechtfertigungsbedürftig erscheinen, im Ergebnis aber dennoch dem gesetzgeberischen Willen den Vorrang einräumt; Löhr, S.329.

¹³³² In der Tat war in BR-Drs. 551/04 neben „unbefugt“ auch noch ein Handeln „gegen dessen ausdrücklich oder schlüssig erklärten Willen“ normiert.

¹³³³ Vgl. Fischer, §238 Rn.26ff.; Mitsch, NJW 2007, S.1240; Neubacher/Seher, JZ 2007, S.1031; Buß, S.228f.

¹³³⁴ Anders wohl Neubacher/Seher, JZ 2007, S.1031, die diesbezüglich keine Rechtfertigungsmöglichkeiten sehen.

¹³³⁵ Vgl. Gazeas, JR 2007, S.502f.; Buß, S.227ff.

¹³³⁶ Vgl. Mitsch, NJW 2007, S.1240, der im Übrigen das Erfolgsmerkmal generell für unnötig und hinsichtlich des bezweckten Opferschutzes kontraproduktiv hält.

¹³³⁷ Vgl. Rackow, GA 2008, S.563.

sei das Schreiben eines Briefes an eine Person nicht befugnisbedürftig, was zu Problemen führe, wenn ein etwaig entgegenstehender Wille nicht einmal konkludent geäußert wurde. Insofern würde tatbestandsmäßiges bzw. strafbegründendes Verhalten letztlich allein von der (subjektiven) Wahrnehmung des Betroffenen abhängen, was aber ebenso wenig überzeugen könne wie die Entscheidung der Frage, ob bereits ein notwehrfähiger Angriff oder eine Bagatellebeeinträchtigung vorliege, aus der Sicht des Notwehrübenden zu beurteilen. Im Ergebnis falle daher „unbefugt“ als effektives Abgrenzungskriterium für Grenzfälle milden Stalkings aus.

(d) *Stellungnahme*: In dogmatischer Hinsicht kann die Unbefugtheit als Tatbestandsmerkmal zur Unrechtstypisierung bei ansonsten wertneutralen bzw. sozialadäquaten Handlungsumschreibungen, wie bspw. § 107a Abs.1 1.Alt.: „wählen“ oder § 132a Abs.1 Nr.1: „Führen eines Dokortitels“, notwendig werden.¹³³⁸ Richtlinie für die jeweilige Verortung im Deliktsaufbau ist demnach, ob das im objektiven Tatbestand umschriebene Verhalten per se als strafwürdiges Unrecht zu klassifizieren ist, oder es aber diese Charakterisierung erst durch Hinzutreten bzw. Fehlen (sog. negative Merkmale) der unter dem Begriff „unbefugt“ angeführten Umständen erhält.¹³³⁹ Demnach ist grundsätzlich zu prüfen, ob die sonstigen Tatbestandsmerkmale den Unrechtsgehalt hinreichend bzw. abschließend beschreiben.¹³⁴⁰ Bei ausreichend typisiertem Unrecht ist „unbefugt“ als deklaratorischer Hinweis auf zu prüfende Rechtfertigungsgründe bzw. das allgemeine Verbrechensmerkmal der Rechtswidrigkeit zu verstehen. Die jeweilige Funktion bzw. dogmatische Einordnung der Begrifflichkeit muss durch Auslegung des betreffenden Tatbestandes ermittelt werden.¹³⁴¹ Neben der Normstruktur kommt es auch auf die Umstände an, welche die Tat zu einer befugten machen sollen.¹³⁴² Insofern erscheint es für die Ermittlung der Funktion von „unbefugt“ im Rahmen des § 238 Abs.1 angezeigt, nach den andiskutierten Befugnisumständen, namentlich dem Einverständnis des Opfers, gesetzlich begründeter Erlaubnisse und/oder die zulässige Ausübung (öffentlicher oder privater) Rechte,¹³⁴³ differenzierend vorzugehen.

(aa) Einverständliches Handeln könnte über die Begrifflichkeit „unbefugt“ bereits aus dem Tatbestand ausgegrenzt werden. Es sei allerdings auf die wohl geringe praktische Relevanz dieser Streitfrage hingewiesen, da einverständliches Verhalten in aller Regel nicht zu einem tatbestandlichen Erfolg der schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung führen

¹³³⁸ Vgl. *Lackner/Kühl*, Vor §13, Rn.15; *Fischer*, Vor §13 Rn.8; zu §107a: BVerfG NVwZ 1993, S.55ff.

¹³³⁹ Vgl. OLG Köln, NJW 1962, S.687f.; *Mitsch*, Jura 2007, S.402.

¹³⁴⁰ Vgl. *Lackner/Kühl*, §15, Rn.6; *Baumann/Weber/Mitsch* §16 Rn.31.

¹³⁴¹ Vgl. *Lackner/Kühl*, §15, Rn.6.

¹³⁴² Vgl. *Roxin*, AT I, §10 Rn.30; *Mitsch*, Jura 2007, S.402.

¹³⁴³ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7; *Valerius*, JuS 2007, S.322; *ders.* in BeckOK §238 Rn.13ff.

wird,¹³⁴⁴ was jedoch nicht von dem diesbezüglichen Erfordernis einer rechtlichen Analyse entbindet. Im Ausgangspunkt herrscht Einigkeit, dass einige Tatbestandsausführungshandlungen auch sozialadäquates Verhalten umschreiben, die erst zum typischen Unrecht werden, wenn sie gegen den Willen des Opfers erfolgen.¹³⁴⁵ Insofern sei von einem unbefugtem Vorgehen auszugehen, welches das Unrecht des „stalking“ komplettiere.¹³⁴⁶ Auch nach Auffassung des Gesetzgebers handelt es sich beim Merkmal „unbefugt“ um einen zum Tatbestand gehörenden Umstand, der dessen Anwendungsbereich auf strafwürdige Fälle, wie insbesondere Handeln ohne ausdrücklich oder konkludent erklärtes Einverständnis des Opfers, beschränkt.¹³⁴⁷ Ist das Opfer ausdrücklich oder stillschweigend mit dem Verhalten des Täters einverstanden, so handele dieser nicht unbefugt.¹³⁴⁸ So verstanden, wäre „unbefugt“ (zumindest auch) als Tatbestandsmerkmal einzuordnen.

In systematischer Hinsicht könnte insbesondere die rechtliche Handhabung von „unbefugt“ bei den §§ 201 ff. von Interesse sein, da sämtliche Tatbestände des 15. Abschnittes die Begrifflichkeit beinhalten.¹³⁴⁹ Im Vorfeld des Erlasses von § 238 wurde ferner von Teilen des Schrifttums aufgrund identischer Schutzrichtung eine entsprechende Einordnung des Nachstellungsparagrafen in den Abschnitt zum Schutz des persönlichen Lebens- und Geheimbereiches befürwortet.¹³⁵⁰ In einigen Vorschriften des 15. Abschnittes wird dem Merkmal „unbefugt“ zum Teil eine tatbestands-einschränkende Funktion zugeschrieben, bspw. §§ 201 Abs.1 Nr.1; Abs.2 S.1 Nr.1.¹³⁵¹ Allerdings existiert keine einheitliche Rechtsauffassung. Vielmehr ist bei auch jenen Vorschriften oftmals die dogmatische Einordnung im Delikttaufbau umstritten,¹³⁵² weshalb eine gefestigte „Orientierungshilfe“ für § 238 Abs.1 hieraus nicht abgeleitet werden kann. Aufschlussreich ist jedoch die Einordnung des Nachstellungsparagrafen in den 18. Abschnitt des StGB, da bei Straftaten gegen die persönliche Freiheit dem Einverständnis generell tatbestandsausschließende Wirkung beigemessen wird (bspw. § 239: „einsperren“¹³⁵³, § 123¹³⁵⁴: „eindringen“).¹³⁵⁵ Insofern gilt es im Hinblick auf einvernehmliches Handeln, respektive Nachstellungshandlungen gegen den Willen des Opfers, den Grundsatz zu beachten, dass das Einverständnis des Betroffenen bereits die

¹³⁴⁴ Vgl. *Mosbacher*, NStZ 2007, S.667.

¹³⁴⁵ Vgl. *Kühl*, Stellungnahme S.10; *Löhr*, S.329; *Krey/Heinrich*, BT 1 Rn.388f.

¹³⁴⁶ Vgl. *Kühl*, Stellungnahme S.10.

¹³⁴⁷ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7; bereits BT-Drs. 16/1030, S.7.

¹³⁴⁸ So BT-Drs. 16/1030, S.7.

¹³⁴⁹ Vgl. *Lackner/Kühl*, Vor §201 Rn.2.

¹³⁵⁰ Vgl. *Smischek*, S.315f.; ferner *Mitsch*, Jura 2007, S.401, der insofern von „kriminologischer Verwandtschaft“ spricht; *Krey/Heinrich*, BT 1 Rn.388c sehen (teilweise) identische Schutzgüter.

¹³⁵¹ Vgl. *S/S-Lenckner*, §201 Rn.29; *M/S/M*, BT 1 §29 I Rn.13f.: Lehre von der Doppelfunktionalität.

¹³⁵² Vgl. *Pöppelmann*, Stellungnahme S.12; exemplarisch *S/S-Lenckner*, §201a Rn.11.

¹³⁵³ Vgl. *Wessels/Hettinger* BT1 Rn.374; *Lackner/Kühl*, §239 Rn.5.

¹³⁵⁴ Entgegen seiner systematischen Verortung handelt es sich beim Hausfriedensbruch um ein Freiheitsdelikt; OLG Hamm NJW 1982, S.2676; OLG Köln, JR 1984, S.28; *Wessels/Hettinger* BT 1, Rn.573 m.w.N.

¹³⁵⁵ Vgl. *Valerius*, JuS 2007, S.322 ; *Wessels/Beulke*, AT Rn.367; kritisch: *M/S/M* BT 1, §12 V.Rn.15.

Tatbestandsmäßigkeit der Tathandlung ausschließt, wenn diese ihren Unwert gerade daraus herleitet, dass sie nach der gesetzlichen Verhaltensbeschreibung gegen oder ohne den Willen des Verletzten erfolgt.¹³⁵⁶ Neben einer ausdrücklicher Normierung (bspw. § 248b) können auch andere Tatbestandsmerkmale sinngemäß, d.h. durch Auslegung zu ermitteln, ein Handeln gegen oder ohne den Willen des Verletzten voraussetzen.¹³⁵⁷ Eine solche „Natur des Tatbestandes“ wird nach überwiegender Auffassung insbesondere allen Delikten, welche die Freiheit zur Willenentschließung und Willensbetätigung schützen, respektive Tatbeständen mit Nötigungskomponenten (bspw. §§ 240, 177, 239) attestiert.¹³⁵⁸ Wie die vorstehenden Ausführungen aufzeigen, bedarf es keines eigenständigen Tatbestandsmerkmals „unbefugt“, wenn die tatbestandliche Verhaltensbeschreibung zumindest sinngemäß ein Handeln gegen den Willen der betroffenen Person voraussetzt. Dies trifft unstreitig auf den strukturell vergleichbaren Nötigungstatbestand § 240 zu, dessen Aufbau dem des Nachstellungsparagrafen gleicht und dessen Tathandlung sinngemäß ein Handeln gegen den Willen des Verletzten voraussetzt.¹³⁵⁹ In diesem Zusammenhang wird ausgeführt, dass die Einwilligung des Betroffenen schon die Tatmittel der Gewalt oder Drohung entfallen ließe bzw. keine Nötigung vorliege, wenn Einverständnis mit dem Verlangen des Anderen bestehe.¹³⁶⁰ Zu klären bleibt daher, ob der Tathandlung „nachstellt“ sinn- bzw. naturgemäß ein Handeln ohne Einverständnis des Opfers immanent ist. Nachstellungen zeichnen sich insbesondere durch ihre belästigende Wirkung aus.¹³⁶¹ Eine solche entfällt regelmäßig, wenn die betroffene Person mit dem jeweiligen Annäherungsverhalten einverstanden ist, dieses vielleicht sogar wünscht.¹³⁶² Aus intensiver und wiederholter Kontaktaufnahme bzw. Annäherung wird erst dann nachstellendes Verhalten, wenn ein Einverständnis der betroffene Person nicht (mehr) besteht und somit ein Belästigungsfaktor einsetzt.¹³⁶³ Insofern ist dem Oberbegriff des Nachstellens dem Wortsinn nach immanent, dass ein Handeln ohne Einverständnis bzw. gegen den Willen des Opfers stattzufinden hat.¹³⁶⁴ Im Ergebnis bedarf es aufgrund des Deliktscharakters des § 238 Abs.1 keines eigenständigen Tatbestandsmerkmals „unbefugt“, um einvernehmliches und somit sozialadäquates Handeln aus dem Anwendungsbereich der Norm zu eliminieren, respektive Handeln gegen den Opferwillen zu erfassen.¹³⁶⁵ Unabhängig von der dogmatischen Einordnung gilt es noch zu berücksichtigen, dass der Täter auch unbefugt bzw. nachstellend handelt, wenn das Opfer

¹³⁵⁶ Vgl. *Roxin* AT 1 §13 Rn.2; *Wessels/Beulke*, AT Rn.366ff. unter Verweis auf BGHSt 23, 1.

¹³⁵⁷ Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch* §17 Rn.93; *Lackner/Kühl*, §240 Rn.4; Vor §32 Rn.11.

¹³⁵⁸ Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch* §17 Rn.93; *S/S-Lenckner*, Vor §§ 32ff. Rn.31; *Wessels/Beulke*, AT Rn.366.

¹³⁵⁹ Vgl. *S/S-Lenckner*, Vor §§32ff. Rn.31; *Fischer*, Vor §32 Rn.3a.

¹³⁶⁰ Vgl. *Roxin* AT 1 §13 Rn.2; *Gössel/Dölling*, BT 1 §17 Rn.6; *S/S-Eser*, Vor §§ 234ff. Rn.21.

¹³⁶¹ Vgl. *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.1ff.

¹³⁶² Vgl. *Wessels/Hettinger* BT1 Rn.369g (frisch verliebtes Paar).

¹³⁶³ Vgl. *Janovsky*, Stellungnahme S.5; *Valerius* BeckOK §238 Rn.1.1; *Fischer*, §238 Rn.9: „.....ungewollte Kommunikation....gegen den Willen der betroffenen Person....“.

¹³⁶⁴ So auch *Gerhold*, NK 2007, S.2; *Löhr*, S.328.

¹³⁶⁵ So wohl auch *Valerius*, JuS 2007, S.322.

dem Kontakt zwar nicht absolut ablehnend gegenübersteht, jedoch Art, Umfang und Intensität der Kontaktaufnahme nicht von dessen Willen gedeckt sind.¹³⁶⁶ Als weitere dogmatische Konsequenz dieser Interpretation ist dem Begriff „nachstellt“ zumindest insofern ein eigenständiger Bedeutungsgehalt beizumessen, als das sämtliche Tatvarianten ein Handeln gegen den Willen des Betroffenen voraussetzen, respektive einverständliches Handeln den Tatbestand ausschließt.

Daran anknüpfend bleibt die Konstellation zu klären, das fehlendes Einverständnis bzw. entgegenstehender Wille als inneres Moment beim Betroffenen vorliegen, jedoch gegenüber dem Handelnden weder ausdrücklich noch konkludent geäußert wurden.¹³⁶⁷ Insofern überzeugt die vorgetragene Kritik nicht: Zunächst geht die h.M. davon aus, dass das tatbestandausschließende Einverständnis - im Gegensatz zur rechtfertigenden Einwilligung - bei Beginn der Tatausführung lediglich tatsächlich vorhanden sein und nicht in irgendeiner Form erklärt werden muss, mitunter die innere Zustimmung ausreicht.¹³⁶⁸ Das Einverständnis als Faktum muss lediglich vorgelegen haben. Dies wird insbesondere bei den Freiheitsdelikten angenommen.¹³⁶⁹ Daran anknüpfend wirkt also letztlich die bloße Existenz des Einverständnis tatbestandausschließend weshalb - gleichsam spiegelbildlich - dessen Nichtexistenz bzw. der entgegenstehenden Wille des Opfers zur Strafbarkeitsbegründung ebenfalls nicht nach außen zum Ausdruck gebracht werden muss.¹³⁷⁰ Eine vergleichbare Handhabung findet sich zu § 248b, wonach eine (tatbestandsmäßige) unbefugte Ingebrauchnahme vorliegt, wenn sie gegen den geäußerten oder zu vermutenden Willen des Berechtigten erfolgt.¹³⁷¹ Ein mutmaßlicher Wille kann indes nicht geäußert werden.¹³⁷² Grundsätzlich wird in diesem Zusammenhang vermutet, dass der Berechtigte nicht mit einer Ingebrauchnahme einverstanden ist, wenn nicht eine andere Handhabung üblich gewesen ist oder besondere Umstände vorliegen.¹³⁷³ Da „gegen den Willen“ ein objektives Tatbestandsmerkmal darstellt, muss sich darauf konsequenterweise auch der Tätersvorsatz beziehen.¹³⁷⁴ Die ausdrückliche Normierung „gegen den Willen“ in § 248b steht einer entsprechenden Handhabung im Rahmen des Nachstellungsparagrafen nicht entgegen: Der Bundesrates sah kein Bedürfnis für die ausdrückliche Normierung des Umstandes, dass gegen den Willen des Opfers gehandelt werden muss, da diese

¹³⁶⁶ Vgl. NK/GS-Rössner/Krupna, §238 Rn.3; Valerius, BeckOK §238 Rn.15.

¹³⁶⁷ Diese Problematik spricht an Rackow, GA 2008, S.563f; Kraenz, S.329; Unterschiedlich die Gesetzgebungsmaterialien: Während BT-Drs. 16/575 S.7 von ausdrücklichem bzw. konkludentem Einverständnis spricht, lässt BT-Drs. 16/1030 S.7 ausdrückliches oder stillschweigendes Einverständnis genügen.

¹³⁶⁸ Vgl. Wessels/Beulke, AT Rn.368; MüKo-Schlehofer, Vor §§32ff. Rn.120; M/S/M, BT 1 §37 II Rn.9; NK-Kindhäuser, §248b Rn.5.

¹³⁶⁹ Vgl. S/S-Lenckner, Vor §§32ff. Rn.32; für §238: Valerius, BeckOK Rn.15 („stillschweigend“).

¹³⁷⁰ Ausdrückliche Gleichsetzung von gegen den Willen mit fehlendem Einverständnis bei NK/GS-Duttge §248b Rn.10.

¹³⁷¹ Vgl. MüKo-Hohmann, §248b Rn.13; LK-Ruß, §248b Rn.7; NK-Kindhäuser, §248b Rn.5.

¹³⁷² Vgl. Lackner/Kühl, §248b Rn.4: „erkennbar oder mutmaßlich entgegenstehenden Willen“.

¹³⁷³ Vgl. LK-Ruß, §248b Rn.7, S/S-Eser, §248b Rn.7.

¹³⁷⁴ Vgl. Lackner/Kühl, §248b Rn.4; S/S-Eser, §248b Rn.8.

Funktion vom Tatbestandsmerkmal „unbefugt“ übernommen wird.¹³⁷⁵ Entsprechendes gilt für Nötigungsdelikten, bei denen es für tatbestandsmäßiges Verhalten generell darauf ankommt, ob die Durchsetzung eines Handelns oder Duldens gegen den erklärten oder mutmaßlich entgegenstehenden Willen des Opfers erfolgt.¹³⁷⁶ Auch beim Freiheitsdelikt des Hausfriedensbruch genügt für das Tatbestandsmerkmal des „Eindringens“ bei fehlender positiver Willensäußerung ein Betreten der geschützten Räumlichkeiten gegen den mutmaßlichen Willen des Berechtigten, welcher aus den Umständen zu entnehmen ist.¹³⁷⁷ Das Betreten ist dann tatbestandsmäßig, wenn es im Widerspruch mit dem Willen des Berechtigten steht.¹³⁷⁸ Ob hieraus auch für § 238 Abs.1 die grundsätzliche Vermutung abgeleitet werden kann, dass Kontaktaufnahme- bzw. Annäherungsversuche gegen den Willen des Betroffenen erfolgen, erscheint vor dem Hintergrund der Sozialadäquanz einiger erfasster Fälle als zu weitgehend. Jedoch dürfte es genügen, wenn ein entgegenstehender Wille des Betroffenen existiert, ohne dass dieser einer faktischen Entäußerung bedarf. Täterbezogen sind mit dieser Interpretation im Übrigen keine nachteiligen Auswirkungen verbunden, da im Rahmen des subjektiven Tatbestandes für eine Strafbarkeit erforderlich ist, dass der Täter es zumindest für möglich hält, dass ein Einverständnis existiert bzw. ein entgegenstehenden Willen des Opfers vorhanden war.¹³⁷⁹ Daran anknüpfend ist selbstredend die strafprozessuale und sonstige Nachweisbarkeit leichter zu führen, wenn eine tatsächliche Willensentäußerung getätigt und dem Täter zur Kenntnis gebracht wurde.¹³⁸⁰

(bb) Als tauglicher Legitimationsgrund für stalkingrelevantes hoheitliches Handeln (bspw. Gerichtsvollzieher, Polizeibeamte) werden amtliche Befugnis- bzw. gesetzliche Erlaubnisnormen angeführt, welche nach der gesetzgeberischen Intention über „unbefugt“ entsprechende Verhaltensweisen aus dem tatbestandlichen Anwendungsbereich der Norm herausnehmen sollen.¹³⁸¹ Dem ist zuzugeben, dass vor allem mit Blick auf die Tatvarianten § 238 Abs.1 Nr. 1 und Nr.2 Konstellationen denkbar sind, bei denen die beharrliche Vornahme hoheitlicher – d. h. dem Staat zurechenbaren – Handlungen von Amtsträgern gegen den Willen des Betroffenen dem Wortlaut nach als taugliche Tathandlung einzuordnen, aber zumindest als rechtlich zulässig zu erachten sind. Zu denken ist dabei an das gesetzgeberische Beispiel des beharrlichen handelnden

¹³⁷⁵ Vgl. BT-Drs. 16/1030 S.7

¹³⁷⁶ Vgl. *Fischer*, Vor §32 Rn.4.

¹³⁷⁷ Vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1982, S.2679; LK-*Lilie*, §123 Rn.46; MüKo-*Schäfer*, §123 Rn.27f.; SK-*Rudolphi/Stein*, §123 Rn.13.

¹³⁷⁸ Vgl. LK-*Lilie*, §123 Rn.45; BayObLG JR 1969, S.467; OLG München NJW 1972, S.2275.

¹³⁷⁹ Zu §240 MüKo-*Gropp/Sinn*, Rn.103: „...bezüglich der Tathandlung nötigen und der dadurch hervorgerufenen Zwangslage zielgerichtetes Verhalten erforderlich ist.“; LK-*Träger/Altvater*, §240 Rn.115: „...mit dem Willen, dadurch das Verhalten eines anderen zu erzwingen.“

¹³⁸⁰ So auch *Nimtz*, *Kriminalistik* 2007, S.575.

¹³⁸¹ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7.

Gerichtsvollziehers, der aufgrund ordnungsgemäßen Vollstreckungsauftrages wiederholt den Schuldner kontaktiert (vgl. §§ 753ff. ZPO).¹³⁸² Es ist naheliegend die Forderung zu proklamieren, entsprechendes Verhalten über „unbefugt“ tatbestandslos zu stellen.¹³⁸³ Andererseits ist *Mitsch*¹³⁸⁴ zuzugeben, dass die Tatvarianten Ziffer 3 und 4 ersichtlich keine sozialadäquaten Verhaltensweisen beschreiben, was insbesondere darin eine Bestätigung findet, dass in vielen Fallkonstellationen selbstständiges strafwürdiges Unrecht (bspw. nach §§ 241, 263) verwirklicht wird, im Übrigen bei diesen Tatvarianten Befugnisumstände wohl nur theoretisch denkbar sind. Soweit eine gesetzliche bzw. amtliche Befugnisnorm das Verhalten deckt, könnte das Merkmal „unbefugt“ zumindest auch der Ausgrenzung bestimmter an sich tatbestandsmäßiger Nachstellungsvarianten nach Ziffern 1 und 2 dienen, weshalb insofern - wie bspw. zu §§ 201, 201a, 303 Abs.2 teilweise vertreten¹³⁸⁵ - jedenfalls von einer Doppelfunktionalität auszugehen wäre.

Allerdings gilt es in Bezug auf hoheitliche Ermächtigungsgrundlagen zunächst zu berücksichtigen, dass bei staatlichem Handeln, insbesondere Maßnahmen der Strafverfolgung- und Strafvollstreckung, amtliche Befugnisnormen regelmäßig als strafrechtsausschließende Rechtfertigungsgründe fungieren.¹³⁸⁶ Nur wenn das Verhalten nach öffentlichem Recht aufgrund einer das jeweilige Verhalten gestattenden Eingriffsnorm rechtmäßig ist, ist es auch strafrechtlich gerechtfertigt.¹³⁸⁷ Wenn Beamte daher in Ausübung eines öffentlich-rechtlichen Dienstrechts handeln, ist dieses Handeln grundsätzlich gerechtfertigt.¹³⁸⁸ Exemplarisch kann das Betreten einer fremden Wohnung durch den Gerichtsvollzieher zwecks Durchführung einer Pfändung mangels Zustimmung des Berechtigten (§ 123 Abs.1) durch das Durchsuchungsrecht gemäß § 758 ZPO gerechtfertigt sein.¹³⁸⁹ In diesen Kontext ist auch die Vollstreckung einer vollziehbaren Entscheidung mit Außenwirkung (Urteile, VA etc.) einzustellen.¹³⁹⁰ Ebenso handelt im Rahmen des § 240 nicht rechtswidrig, wer sein Verhalten auf ein Amts- oder Dienstrecht stützen kann.¹³⁹¹ Nach überwiegender Ansicht entfalten gesetzliche Befugnisnormen bei den Tatbestände des 15. Abschnitts über das insofern deklaratorische Merkmal „unbefugt“ rechtfertigende Wirkung.¹³⁹² Entsprechende Befugnisse ergeben sich bei den §§ 201 bis 206 vor allem aus den Amtsrechten der

¹³⁸² Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7.

¹³⁸³ Als „sinnvoll“ erachtet dies *Rackow*, GA 2008, S.563.

¹³⁸⁴ Vgl. *Mitsch*, NJW 2007, S.1240; ebenso *Fischer*, §238 Rn.26.

¹³⁸⁵ Vgl. etwa *S/S-Lenckner*, §201a Rn.11; *NK/GS-Tag*, §201 Rn.18.; *NK-Jung*, §201 Rn.6.

¹³⁸⁶ Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch*, AT §17 Rn.139; *Fischer*, Vor §32 Rn.6.

¹³⁸⁷ So *Haft*, Normalfallkommentar, abgerufen unter <http://nf2.normfall-bibliothek.de/NFBOOutlineBrowser.aspx?Tree=STGBAT&Node=0>.

¹³⁸⁸ So *Kühl*, AT §9 Rn.117 unter Verweis auf OLG Karlsruhe, NStZ-RR 1997, S.39; *Fischer*, Vor §32 Rn.6.

¹³⁸⁹ Vgl. *Rackow*, BeckOK §123 Rn.25f.; *S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben* §123 Rn.32; *Wessels/Hettinger*, BT1 Rn.599.

¹³⁹⁰ Vgl. *S/S-Lenckner*, Vor. §§ 32ff. Rn.86a.

¹³⁹¹ Vgl. BGHSt 1, 87; *S/S-Eser*, § 240 Rn.33.

¹³⁹² Vgl. *Fischer*, §203 Rn.31; BGHSt 31, 304ff.; KG Berlin JR 1981, S.254f; Neuerdings zweifelnd bei ohne Wissen: KG NJW 2008, S.3449.

Strafprozessordnung, den Polizeigesetzen von Bund und Ländern und den Gesetzen über die Befugnisse der Nachrichtendienste (z. B. §§ 94, 99, 100a - 100c, 102 StPO, § 28 BPolG, Art. 1 § 1 ff. G 10). Daran anknüpfend wird auch in Bezug auf § 238 Abs.1 die Auffassung vertreten, dass bei tattauglichem hoheitlichem Handeln gegen den Willen des Betroffenen ein tatbestandsmäßiger Eingriff vorläge, der durch eine Befugnisnorm allenfalls gerechtfertigt werden könne.¹³⁹³ Allerdings lässt sich aus dem oben geschilderten Grundsatz nicht ableiten, dass einschlägige gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen *prinzipiell* zu keinem Tatbestandsausschluss führen können. So handelt bspw. im Rahmen des § 132 nicht tatbestandsmäßig, wer eine entsprechende amtliche Stellung innehat oder kraft anderweitiger Ermächtigung zur Vornahme der Amtshandlung legitimiert ist.¹³⁹⁴ Weiterhin kann auf § 303 Abs.2 verwiesen werden, wonach eine Strafbarkeit wegen unbefugter Veränderung des Erscheinungsbildes fremder Sachen nach überwiegender Ansicht nicht in Betracht kommt, soweit sich der Täter auf eine zustimmende Erklärung des Eigentümers bzw. eines sonstigen Berechtigten, auf Vertrag oder gesetzliche Befugnisnorm aus Zivil- und Verwaltungsrecht berufen kann und hierdurch bereits der Tatbestand ausgeschlossen ist.¹³⁹⁵

Bei Betrachtung der angeführten Tatbestände wird deutlich, dass auch für eine etwaige Einordnung von Befugnisnormen auf Tatbestandsebene Richtlinie sein muss, ob das im objektiven Tatbestand umschriebene befugnisbedürftige Verhalten bereits ohne den Aspekt der Befugnislosigkeit strafwürdigkeitsbegründenden Unrechtsgehalt hat oder nicht.¹³⁹⁶ Wird die Strafwürdigkeit einer Tat erst durch das Handeln ohne Befugnis begründet, ist das Fehlen der Befugnis Tatbestandsmerkmal (negatives Merkmal).¹³⁹⁷ Im Hinblick auf das gesetzgeberische Beispiel des Gerichtsvollziehers würde es demnach an einer tauglichen Tathandlung fehlen, wenn dieser auf Grund und im Rahmen der ihn betreffenden gesetzlichen Vorgaben (§§ 753ff. ZPO) seine Tätigkeit ausüben würde.¹³⁹⁸ Die damit verbundene generalisierte Tatbestandsloshaltung hoheitlichen Handelns erscheint unter zwei Aspekten fragwürdig:

(α) Wie aus der bisherigen Analyse abgeleitet werden kann, erfassen die Tatvarianten Nr.1 und 2 insbesondere wiederholt-intensive physische oder virtuelle Kontaktaufnahmehandlungen gegen den Willen der betroffenen Person. Darin liegt - wie ebenfalls aufgezeigt - ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art.2 Abs.1 iVm Art.1 Abs.1 GG, der

¹³⁹³ Vgl. Löhr, S.329.

¹³⁹⁴ Vgl. S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, §132 Rn.11 unter Verweis auf BGHSt 40, 15; Wessels/Hettinger, Rn. 613.

¹³⁹⁵ Vgl. BT-Drs. 15/5313, S.3.; Weidemann, BeckOK §303 Rn.20; Lackner/Kühl, §303 Rn.9a; Fischer, §303 Rn.20.

¹³⁹⁶ Vgl. Baumann/Weber/Mitsch §16 Rn.31; OLG Köln, NJW 1962, S.687f.; Mitsch, Jura 2007, S.402.

¹³⁹⁷ Vgl. Baumann/Weber/Mitsch aaO.

¹³⁹⁸ Vgl. Pöppelmann, Stellungnahme S.12.

grundsätzlich einen zivilrechtlichen negatorischen Unterlassungsanspruch begründet.¹³⁹⁹ Insofern ließe sich durchaus argumentieren, dass eine hinreichende tatbestandliche Umschreibung strafwürdigen Unrechts bereits vorhanden ist, was auch ein Vergleich mit dem Unwertgehalt etwa der §§ 201, 201a oder §§ 1,4 GewSchG zu bestätigen vermag. Jedoch begründet allein diese Form der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts noch keine Strafbarkeit nach § 238 Abs.1, was zum m.E. entscheidenden Argument gegen eine Berücksichtigung (sämtlicher) gesetzlicher Befugnisnormen auf Tatbestandsebene, zumindest im Rahmen eines Merkmales „unbefugt“, überleitet.

(β) In Bezug auf § 238 Abs.1 verlangt die gesetzliche Verhaltensumschreibung neben einer (persönlichkeitsrechtsverletzenden) nachstellenden Tathandlung den Eintritt eines darauf beruhenden Taterfolges. Wäre die gesetzgeberische Intention bzw. Argumentation bei einer Ausgestaltung als Tätigkeits- bzw. Eignungsdelikt noch mehr oder minder zwingend, wird ihr durch das Erfolgserfordernis des § 238 Abs.1 gleichsam der Boden entzogen, da jedenfalls mit der „schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ eine hinreichende Umschreibung strafwürdigen Unrechts tatbestandlich fixiert wird. Spätestens mit Verursachung eines solchen evidentenmaßen sozialschädlichen Taterfolges wird der Bereich des Wertneutralen bzw. noch Sozialadäquaten verlassen.¹⁴⁰⁰ Es ist nicht einzusehen, weshalb bei nachweislichem Taterfolg hoheitliches Handeln eine Privilegierung erfahren und per se tatbestandslos gehalten werden sollte.¹⁴⁰¹ Mitnichten ist eine täterbezogene Benachteiligung Konsequenz dieser Interpretation, da es im Falle eines vorschriftsmäßig handelnden Gerichtsvollziehers an der Schaffung einer rechtlich missbilligten Gefahr und somit an einer objektiven Zurechnung fehlen kann, der Beamte u.U. unvorsätzlich handelt oder jedenfalls die Befugnisnormen, entsprechend der überwiegenden sonstigen Handhabung, auf Rechtfertigungsebene Berücksichtigung findet. Die gleiche Argumentation lässt sich auch problemlos auf weitere (privatrechtliche) Befugnisnormen übertragen. Selbstverständlich kann bspw. die zivilrechtliche Befugnis bestehen, die getrennt lebende Ehefrau gegen deren Willen wiederholt und intensiv zu kontaktieren, um das Umgangsrecht mit dem gemeinsamen Kind zu regeln. Gleiches gilt für den Gläubiger eines fälligen zivilrechtlichen (Zahlungs-)anspruchs. Doch auch in diesen Konstellationen kann keinesfalls ein pauschaler Ausschluss aus dem Tatbestand, gänzlich unabhängig von Intensität und Kontinuität der Kontaktaufnahmeversuche, gewollt sein.¹⁴⁰²

¹³⁹⁹ Vgl. bspw. LG Oldenburg v. 04.09.2007; weitergehend: OLG Karlsruhe, FamRZ 1984, S.184f.

¹⁴⁰⁰ Ähnlich zu §201a I: *Lackner/Kühl*, §201a Rn.9.

¹⁴⁰¹ Vgl. *Eisele*, BT 1 §22 Rn.501.

¹⁴⁰² Vgl. *Fischer*, §238 Rn.28, der exemplarisch unbefugtes Handeln von Geldeintreiber und Journalisten anführt; anschaulich zum Missbrauch eines zivilrechtlichen Umgangsrechts: *Hecht*, Stellungnahme, S.10.

Will man dem gesetzgeberischen Willen entsprechend dennoch ein Tatbestandsloshaltung bestimmter (hoheitlicher) Tätigkeiten erreichen, müssten die in den gesetzlichen Erlaubnisnormen verkörperten Interessen bzw. Rechtspositionen anderweitig in den Tatbestand eingeführt werden, was insbesondere im Hinblick auf die Pressefreiheit aus Art.5 Abs.1 S.2 GG Relevanz erlangt. Insofern könnte noch an die Installierung eines generellen Abwägungserfordernisses über „unbefugt“ gedacht werden, über welches sämtliche Interessen und Rechte der Beteiligten bereits in den Tatbestand mit einzustellen wären. Grundsätzlich könnte für ein so verstandenes Abwägungserfordernis - in verfassungskonformer Auslegung - die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte für die Auslegung und Anwendung von Straftatbeständen angeführt werden.¹⁴⁰³ Diese These lässt sich vorzugsweise an einer etwaigen Miteinbeziehung der verfassungsrechtlichen Pressefreiheit exemplifizieren.

(cc) Nach Auffassung des Gesetzgebers sollen über das Merkmal „unbefugt“ zumindest auch pressenspezifische Verhaltensweisen, soweit diese presserechtlich zulässig sind und sich im Rahmen der verfassungsrechtlich geschützten Pressefreiheit halten, aus dem Anwendungsbereich der Norm ausgeschieden werden.¹⁴⁰⁴ Daran anknüpfend werden zwei Lösungsansätze für die Strafloshaltung von Pressetätigkeiten diskutiert.

(α) Ähnlich der gesetzlichen Befugnisnormen für Staatsbedienstete wird argumentiert, dass den Interessen der Presse im Wege einer verfassungskonformen Interpretation der einfach-gesetzlichen Presseregelungen unter Berücksichtigung der sich aus Art.5 Abs.1 S.2 GG ergebenden Grenzen Rechnung getragen werden könne.¹⁴⁰⁵ Prinzipiell können entsprechende Normen auch strafrechtliche Relevanz entfalten, werden aber in diesem Zusammenhang als gesetzliche Erlaubnissätze bzw. Rechtfertigungsgründe eingeordnet.¹⁴⁰⁶ Dies steht im Einklang mit anderen pressebezogenen Normen des StGB (§§ 193, 201 Abs.2 S.3), welche als Ausfluss der in Art.5 Abs.1 S.2 GG verbürgten Pressefreiheit gelten und die Rechtswidrigkeit des jeweiligen Handelns beseitigen können.¹⁴⁰⁷ Grundsätzlich gilt, dass sich Journalisten auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe berufen können, die unter Berücksichtigung der Bedeutung der

¹⁴⁰³ Vgl. BVerfG NJW 1972, S.327.

¹⁴⁰⁴ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7; ferner *Valerius Beck* OK §238 Rn.13f.: Ausübung öffentlicher Rechte in zulässiger Weise, *ders.* JuS 2007, S.322.

¹⁴⁰⁵ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.27f; *Eisele*, BT 1 §22 Rn.501.

¹⁴⁰⁶ Vgl. OLG Hamm NJW 2000, S.1278ff.: Rechtfertigung nach §4 I LandespresseG NW

¹⁴⁰⁷ Vgl. BVerfG NStZ-RR 2005, S.119f.; ferner BVerfGE 66, 116; BGHZ 73, 124.

Rundfunkfreiheit für die Demokratie auszulegen und anzuwenden sind.¹⁴⁰⁸ Untrennbar verbunden hiermit, ist die Durchführung einer Abwägung der kollidierenden Interessen des Pressevertreters (Art.5 Abs.1 S.2 GG) und des Betroffenen (zumeist Art.2 Abs.1 iVm. Art.1 Abs.1 GG).¹⁴⁰⁹ Konsequenterweise findet die strafrechtliche Bewertung pressebezogener Tätigkeit in den übrigen Straftatbeständen (auch bei schlichten Tätigkeitsdelikten) auf Rechtfertigungsebene statt. Exemplarisch können sämtliche Vorschriften des 15. Abschnitts angeführt werden.¹⁴¹⁰ Zu § 201a, der nahezu zwangsläufig mit § 238 Abs.1 Nr.1 idealiter konkurrieren dürfte,¹⁴¹¹ wird bspw. vertreten, dass eine Abwägung (auf Rechtfertigungsebene) zwischen dem Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereich des Betroffenen und den Interessen der Presse stets zugunsten des Betroffenen ausfallen müsse.¹⁴¹²

Zu prüfen ist nunmehr, ob entgegen dieses Grundsatzes bei § 238 Abs.1 StGB eine erforderliche Interessenabwägung zwischen den rechtlich geschützten Positionen der Beteiligten bereits auf Tatbestandsebene innerhalb eines so verstandenen Tatbestandsmerkmal „unbefugt“ vorgenommen werden könnte.¹⁴¹³ Soweit ersichtlich, wird „unbefugt“ eine solche Funktion bisher in keinem strafrechtlichen Tatbestand zugeordnet,¹⁴¹⁴ weshalb eine Problemlösung anhand allgemeiner Strafrechtsprinzipien zu entwickeln ist.

($\alpha\alpha$) Für eine Güterabwägung über „unbefugt“ könnte zunächst angeführt werden, dass teilweise ausdrücklich vom StGB verlangt wird, zur Feststellung begangenen Unrechts eine Abwägung verfassungsrechtlich garantierter Freiheiten vorzunehmen. Beispielhaft sei auf die Regelung des rechtfertigenden Notstandes (§ 34) verwiesen, die explizit eine Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, normieren. Dies wird von der h.M. sehr weitgehend als Erfordernis einer umfassenden Gesamt- und nicht bloßen Güterabwägung verstanden.¹⁴¹⁵ In diesen Kontext kann auch

¹⁴⁰⁸ Vgl. BVerfG NStZ-RR 2005, S.119f.

¹⁴⁰⁹ Zum Abwägungserfordernis bei Pressetätigkeit in §238: *Krüger*, S.190; BT-Drs. 16/575, S.8.

¹⁴¹⁰ Für §§201ff. klar und zutreffend konstatierend: *M/S/M*, BT 1 §29 I Rn.13f.; *Wessels/Hettinger* BT 1 Rn.522ff.; *Lackner/Kühl*, Vor §201 Rn.2 unter Verweis auf BGHSt 31, 304, 306.

¹⁴¹¹ Vgl. *Krüger*, S.188; *NK/GS-Tag*, §201a Rn.11; *S/S-Lenckner*, §201a Rn.11 unter Verweis auf BVerfGE 66, 137f.

¹⁴¹² Vgl. *S/S-Lenckner*, §201a Rn.11 unter Verweis auf BVerfGE 66, 137f.; *Fischer*, §201a Rn.27: Aus Art.5 I S.2 ergibt sich kein unmittelbar geltender allgemeiner Rechtfertigungsgrund.

¹⁴¹³ Dies wird offenbar befürwortet von *Valerius*, BeckOK §238 Rn.14; *Freund*, Propädeutische Übung im Strafrecht BT I, abgerufen unter http://www.str3.jura.uni-erlangen.de/lehre/kolloquien/ws200708/§238_uebersicht.

¹⁴¹⁴ Vgl. etwa *NK-Jung*, §201, Rn.6, der eine „komplexe Interessenabwägung“ bei der mutmaßlichen Einwilligung auf Rechtfertigungsebene für erforderlich hält. Aus derselben Kommentierung wird ebenfalls ersichtlich, dass auch Vertreter der Lehre von der Doppelfunktionalität ausschließlich der Einwilligung tatbestandsausschließende Wirkung beimessen wollen.

¹⁴¹⁵ Vgl. *Kühl*, AT §8 Rn.102ff; *S/S-Lenckner/Perron*, §34 Rn.22.

§ 193 eingestellt werden, in dessen Anwendungsbereich unstreitig auch Pressetätigkeiten.¹⁴¹⁶ Zumindest andiskutiert wird ferner eine aus den allgemeinen Rechtsgedanken der § 34 StGB, §§ 228, 904 BGB entnommene Rechtfertigung nach den Grundsätzen einer Güter- und Pflichtenabwägung zum Schutze hochrangiger Rechtsgüter.¹⁴¹⁷

(ββ) Allerdings sind die exemplarisch angeführten und auch sonstigen für eine Güter- und Interessenabwägung relevanten Normen regelmäßig der Rechtfertigungsebene zuzuordnen,¹⁴¹⁸ sodass vor diesem Hintergrund zumindest zweifelhaft erscheint, ob im Rahmen des § 238 Abs.1 über eine entsprechende Interpretation des Merkmales „unbefugt“ das Abwägungserfordernis bereits in den objektiven Tatbestand Eingang finden muss.¹⁴¹⁹ Zwar bilden Tatbestand und Rechtfertigung einheitlich die Wertungsstufe des Unrechts,¹⁴²⁰ allerdings ist das Abwägungserfordernis typischerweise auf der Rechtfertigungsebene verortet, da es sich in dogmatischer Hinsicht um ein allgemeines Prinzip der Rechtfertigungsgründe handelt.¹⁴²¹ Andererseits finden auch bei Strafgesetzen Interessenabwägungen bereits auf Tatbestandsebene statt. Exemplarisch kann der Begriff „Zumutbarkeit“ in § 323c (Echtes Unterlassungsdelikt) angeführt werden, welcher nach h.M. als Merkmal des objektiven Tatbestandes zu begreifen ist und in der Sache eine Abwägung der kollidierenden Interessen und Güter erforderlich macht.¹⁴²²

(γγ) Dessen ungeachtet ist m.E. entscheidender Gesichtspunkt gegen eine Interessenabwägung bei § 238 Abs.1 im Rahmen des Tatbestandsmerkmal „unbefugt“ die insoweit eindeutig abgrenzende Formulierung bzw. Ausgestaltung des Tatbestandes: Nach Wortlaut bzw. systematischen Aufbau des § 238-Tatbestandes ist die vor dem tatbestandlichen Erfolg und den in ihm verkörperten bzw. geschützten Interessen des Opfers befindliche Formulierung „und dadurch“ als Zäsur zu den vorhergehenden Tatbestandsmerkmalen zu interpretieren.¹⁴²³ Das Merkmal „unbefugt“ kann so verstanden lediglich der Charakterisierung der Tathandlung („nachstellt“) bzw. der einzelnen Tatvarianten dienen, was folgende Konsequenzen nach sich zieht: Die konkrete Reichweite

¹⁴¹⁶ Vgl. bspw. BVerfGE 10, 121; OLG Düsseldorf NJW 1992, S.1335; *Fischer* §193 Rn.33 m.w.N.

¹⁴¹⁷ Vgl. BGHSt 27, 260ff.; 34, 39; BVerfGE 34, 238.

¹⁴¹⁸ Vgl. *SK-Günther*, Vor §32 Rn.49, der explizit auch öffentlich-rechtliche Eingriffsbefugnisse und zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen miteinbezieht.

¹⁴¹⁹ Kritisch: *Kraenz*, Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts, S.320f.

¹⁴²⁰ Vgl. *Kühl*, AT §3 Rn.1f.

¹⁴²¹ Ausführlich: *S/S-Lenckner*, Vor §§ 32ff. Rn.6ff.

¹⁴²² Vgl. BGHSt 17, 170; BGH StV 1986, S.201; BVerfGE 32, 98ff.; *MüKo-Freund*, §323c Rn.90,92f.; *Lackner/Kühl*, §323c Rn.7; *S/S-Cramer/Sternberg-Lieben*, §323c Rn.20ff.; *Wessels/Hettinger*, BT 1, Rn.1048; *NK-Wohlers*, §323c Rn.11; AA. (Schuldmerkmal) bspw. *LK-Spendel*, §323c Rn.117f.,158f.

¹⁴²³ Vgl. *Valerius*, BeckOK §238 Rn.2 der konstatiert, dass der Tatbestand zweigliedrig strukturiert ist: Die Tathandlung des Nachstellens einerseits und der Taterfolg schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung andererseits.

gesetzlicher Befugnisnormen, welche regelmäßig dem öffentlichen Recht entstammen, bzw. deren genaue Eingrenzung ist unter verschiedenen Gesichtspunkten umstritten.¹⁴²⁴ Unstreitig ist bei hoheitlichem Handeln jedoch insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen, was in einigen Fällen die Vornahme einer Interessenabwägung zur genauen Festlegung rechtmäßigen Handelns erforderlich macht.¹⁴²⁵ Daher werden regelmäßig und zwangsläufig geschützte Rechts- und Interessensphären des Betroffenen als eingrenzendes Kriterium mitberücksichtigt, welche jedoch bei § 238 Abs.1 im tatbestandlichen Erfolg verortet sind. Dieser wird wiederum durch die Formulierung des Tatbestandes und der normierten Zäsur („und dadurch“) von der Tathandlung „nachstellt“ separiert, auf die „unbefugt“ unzweideutig Bezug nimmt. Im Ergebnis kann nach hier vertretener Auffassung jedenfalls im Rahmen des Tatbestandsmerkmals „unbefugt“ keine Abwägung widerstreitender Interessen auf Tatestandsebene vorgenommen werden, insbesondere um „lege artis“ verrichtete Pressearbeit aus dem Anwendungsbereich der Norm auszuschließen. Untermuert werden diese Erwägungen letztlich durch die Vorgabe des Gesetzgebers, dass im Rahmen des Taterfolges eine Abwägung der Interessen und eine Abgrenzung der Freiheitssphäre von Täter und Opfer vorgenommen werden soll.¹⁴²⁶

(β) Vor diesem Hintergrund ist auch die Ansicht abzulehnen, dass Zulässigkeit und Grenzen von Priesstätigkeiten dergestalt beim Merkmal der „Unbefugtheit“ zu verorten sind, als dass die über Art.5 Abs.1 S.2 GG verfassungsrechtlich garantierte Freiheit der Presse zur Berichterstattung und Informationsbeschaffung eine gesetzliche Erlaubnisnorm darstellt.¹⁴²⁷ Ein presserechtlich lege artis agierender Journalist handle nie „unbefugt“ iSd. § 238 Abs.1. Abgesehen von den zuvor angestellten Erwägungen ist diesbezüglich grundsätzlich umstritten, ob sich Rechtfertigungsgründe bzw. Erlaubnissätze überhaupt unmittelbar aus Grundrechten ableiten lassen.¹⁴²⁸ Im Hinblick auf die verfassungsrechtlich geschützte Pressefreiheit gilt prinzipiell, dass sich Journalisten auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe berufen können, die unter Berücksichtigung der Bedeutung der Rundfunkfreiheit für die Demokratie auszulegen und anzuwenden sind,¹⁴²⁹ sodass bereits vor diesem Hintergrund die „verfassungsunmittelbare“ Ansicht in Zweifel gezogen werden kann. Jedenfalls ist eine unmittelbar aus Grundrechten abgeleitete gesetzliche Befugnis für Mitarbeiter der Presse (Reporter, Kameralente, Fotografen etc.) deshalb abzulehnen, weil die Pressefreiheit keinen Schaden nimmt, wenn bei ihrer Ausübung die von § 238 gesetzten Grenzen respektiert werden. Des Weiteren

¹⁴²⁴ Vgl. *Lackner/Kühl*, Vor §§32ff. Rn.24 m.w.N.

¹⁴²⁵ Vgl. BGHSt 1, 87; *S/S-Lenckner*, Vor. §§ 32ff. Rn.84; *Fischer*, Vor §32 Rn.6 m.w.N.

¹⁴²⁶ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.8; BT-Drs 16/3641, S.14; ausführlich unten b) cc).

¹⁴²⁷ Vgl. *Gazeas*, JR 2007, S.503, *ders.* KJ 2006, S.256; *Pöppelmann*, Stellungnahme S.2.

¹⁴²⁸ Offenbar bejahend: OLG Jena NJW 2006, S.1892ff.; allgemein: *Kühl*, AT §9 Rn.112.

¹⁴²⁹ Vgl. BVerfG NStZ-RR 2005, S.119f.; *Fischer*, §201a Rn.27: Aus Art.5 I S.2 ergibt sich kein unmittelbar geltender allgemeiner Rechtfertigungsgrund.

hat der Bürger gegenüber der Presse, anders als staatliche Stellen, ein Informationszurückhaltungsrecht inne.¹⁴³⁰ Ein Verhalten der Presse, dass zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung führt, verdient keine Privilegierung und kann nicht generell aus dem Anwendungsbereich der Norm ausgeschlossen werden.¹⁴³¹ Ob die teilweise am Merkmal „unbefugt“ geäußerte Kritik, dass der unmittelbare Rückgriff auf Verfassungsnormen nicht dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs.2 GG entspräche, da die Legislative von Verfassung wegen verpflichtet sei die Grenzen der Strafbarkeit zu bestimmen und insofern die Entscheidung nicht anderen Staatsgewalten (bspw. Strafjustiz) überlassen dürfe, indem sie etwa den Strafrichter zum regelmäßigen Verfassungsinterpret mache,¹⁴³² durchgreift, kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben.

(dd) Den vom Gesetzgeber angeführten privatautonom begründeten Befugnissen unterfallen dem Wortlaut nach jedenfalls Ansprüche aus Rechtsgeschäften, wie bspw. die Durchsetzung fälliger und einredefreier Zahlungsforderungen.¹⁴³³ In einem weiten Sinne verstanden, ist davon die Durchsetzung sämtlicher privatrechtlicher Ansprüche, also bspw. auch das Umgangsrecht nach §§ 1684f. BGB, umfasst.¹⁴³⁴ Grundsätzlich können sich bestimmte zivilvertragliche Duldungspflichten strafrechtlich auswirken, wobei auch in diesem Zusammenhang regelmäßig die Rechtswidrigkeit entsprechenden Verhaltens des Gläubigers entfällt.¹⁴³⁵ Was die Geltendmachung bzw. Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche betrifft, sind bei leistungsunwilligen Schuldern grundsätzlich staatliche Verfahren in Form des zivilprozessualen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahrens anzustrengen. Eigenmächtiges Handeln ist nur in tatbestandlich eng gehaltenen Ausnahmekonstellationen (bspw. §§ 859ff. BGB) zulässig. Entsprechend ist die einem Schuldner abgenötigte Geldübergabe trotz fälligem und einredefreiem Zahlungsanspruch zwar nicht als (räuberische) Erpressung, jedoch gemäß § 240 strafbar.¹⁴³⁶ Letztlich spricht auch dieser Aspekt für die Annahme, dass penetrante Kontaktierungs- oder sonstige Annäherungsversuche, die auf einen zivilrechtlichen Anspruch bzw. Befugnis zurückzuführen sind, nicht pauschal aus dem Anwendungsbereich der Strafnorm herausgenommen werden sollten.

¹⁴³⁰ Zutreffend *Mitsch*, NJW 2007, S.1240 unter Verweis auf die Rede der Bundesjustizministerin im Bundestag vom 30.11.2006; zur umstrittenen grundsätzlichen Anerkennung von Grundrechten als (unmittelbare) Rechtfertigungsgründe vgl. *Kühl*, AT §9 Rn.112ff.

¹⁴³¹ Vgl. *Eisele*, BT 1 §22 Rn.501.

¹⁴³² Vgl. *Pöppelmann*, Stellungnahme, S.13.

¹⁴³³ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.7.

¹⁴³⁴ Vgl. *Hecht*, Stellungnahme, S.10.

¹⁴³⁵ Vgl. *S/S-Lenckner*, Vor. §§ 32ff. Rn.53; *SK-Günther*, Vor §32 Rn.49.

¹⁴³⁶ Vgl. BGHSt NSTZ 1988, S.216.

(ee) Quintessenz der vorstehenden Ausführungen ist, dass der Begrifflichkeit „unbefugt“ bei § 238 Abs.1 nicht die Funktion Kompletierung des tatbestandlichen Unrechts, sondern deklaratorischer Hinweis auf das allgemeine Verbrechenmerkmal der Rechtswidrigkeit zukommt.

(2) Bezugnehmend auf das umstrittene Verhältnis zwischen dem Tatbestandsmerkmal „missbräuchlich“ in § 238 Abs.1 Nr.3 und „unbefugt“ wurde bereits oben¹⁴³⁷ angedeutet, dass nach einer Auffassung „missbräuchlich“ aufgrund der Systematik des Tatbestandes mit der Unbefugtheit der Handlung nicht deckungsgleich sei, weshalb befugtes Nachstellen unter missbräuchlicher Datenverwendung denkbar wäre.¹⁴³⁸ Zur Begründung wird angeführt, dass sich der Missbrauch allein auf die Befugtheit zur Verwendung gerade zu dem in Ziffer 3 bezeichneten Zweck beziehe. Dem entgegen soll es sich nach anderer Meinung bei der kumulativen Verwendung von „missbräuchlich“ und „unbefugt“ um eine überflüssige, aber unschädliche Tautologie des Gesetzgebers handeln, da ein Missbrauch wegen des Merkmales „unbefugt“ sowieso zu verlangen sei.¹⁴³⁹ Aus denselben Erwägungen heraus habe der österreichische Gesetzgeber auf die Normierung der Begrifflichkeit verzichtet.

M.E ist es unschädlich, eine differenzierte Betrachtung hinsichtlich des entgegenstehenden Opferwillens vorzunehmen. Eine spezifische Berücksichtigung für das Verwenden personenbezogener Daten kann daher über das Tatbestandsmerkmal „missbräuchlich“ erfolgen, würde aber im Übrigen ebenso über die Strukturierung als Delikt gegen die persönliche Freiheit zur Willensentschließung und Willensbetätigung tatbestandsloses Verhalten bewirken. Im Ergebnis offenbart sich daher kein Unterschied zwischen den jeweiligen Auffassungen.

b) Taterfolg

§ 238 Abs.1 ist als Erfolgsdelikt konzipiert und verlangt deshalb eine von der Täterhandlung räumlich und zeitlich getrennte Verletzungs- oder Gefährdungswirkung in der Außenwelt,¹⁴⁴⁰ im Falle des Nachstellungsparagrafen eine „schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ des Opfers.

¹⁴³⁷ Vgl. oben D.IV.1.a.dd.(1).(b).

¹⁴³⁸ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.15.

¹⁴³⁹ Vgl. *Krüger*, S.129; *Steinberg*, JZ 2006, S.32.

¹⁴⁴⁰ Vgl. *Roxin*, AT §10 Rn.103; *Lackner/Kühl*, Vor §13 Rn.32.

aa) Lebensgestaltung

Teilweise wird angeführt, die Begrifflichkeit „**Lebensgestaltung**“ genüge nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Gebotes der Gesetzesbestimmtheit (Art. 103 Abs.2 GG), sei geradezu als Kapitulation des Gesetzgebers vor dem Bestimmtheitsgebot zu bezeichnen.¹⁴⁴¹ Wie bereits erläutert, schließt Art. 103 Abs.2 GG die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen im Strafrecht nicht generell aus, weil aufgrund der Komplexität sozialer Verhaltensweisen bestimmte strafwürdige Handlungen nur durch weite, auslegungsbedürftige Tatbestandsmerkmale angemessen erfasst werden können.¹⁴⁴² Demzufolge sind Generalklauseln oder unbestimmte, wertausfüllende Begriffe dann verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn die Norm eine zuverlässige Grundlage für ihre Auslegung und Anwendung bietet oder wenn sie eine gefestigte Rechtsprechung übernimmt.¹⁴⁴³ Das Tatbestandsmerkmal „Lebensgestaltung“ ist nunmehr auf seine Auslegungsfähigkeit hin zu überprüfen

Der unbestimmte Rechtsbegriff ist strafrechtlich noch nicht belegt und bezeichnet - wie bereits an anderer Stelle erörtert - umgangssprachlich die Gestaltung des Lebens, d.h. dem Leben eine bestimmte Form geben oder es in einer bestimmten Art entwickeln.¹⁴⁴⁴ Dies impliziert, dass menschliche Entscheidungen „Gestalt annehmen“ und äußerlich in die Tat umgesetzt werden müssen.¹⁴⁴⁵ Umfasst sind sämtliche objektiven, äußeren Lebensvorgänge wie beispielsweise alltägliche Abläufe, Verrichtungen oder Planungen.¹⁴⁴⁶ Entsprechend wird im Schrifttum konstatiert, dass bei der Beurteilung des Taterfolges die gesamte Lebensführung des Opfers samt Gewohnheiten, Handlungsweisen und Gebräuchen mit einzubeziehen sei.¹⁴⁴⁷

Mit Blick auf Sinn und Zweck der Strafvorschrift wird vertreten, dass ein schwerwiegender Druck auf die bisherige Art der Lebensgestaltung (bspw. „gefühlte Notwendigkeit“ zur Aufgabe von Verhaltensgewohnheiten), subjektive Negativempfindungen oder rein psychisch-seelische Belastungen wie Nervosität, Furcht, Angst, Neurosen und Depressionen ebenfalls vom Begriff der „Lebensgestaltung“ umfasst seien.¹⁴⁴⁸ Unter Bezugnahme auf den gesetzgeberischen Willens wird erläutert, § 238 Abs.1 schütze die Handlungs- und *Entscheidungsfreiheit* gegen psychisch vermittelte Einwirkungen, die zwar durchweg unterhalb der Schwelle einer Nötigung bleiben, aber

¹⁴⁴¹ So *Steinberg*, JZ 2006, S.32; vgl. auch *Eisele*, BT 1 §22 Rn. 503; *Krey/Heinrich*, BT 1 Rn.388b.

¹⁴⁴² Vgl. BVerfGE 37, 201ff.; BVerfG NJW 2002, S.1779.

¹⁴⁴³ Vgl. *Gazeas*, KJ 2006, S.266 m.w.N; BVerfG NJW 2003, S.1030.

¹⁴⁴⁴ Vgl. *Duden-Deutsches Universalwörterbuch*, S.1058, 685.

¹⁴⁴⁵ Vgl. *SK-Wolters*, §238 Rn.4; BT-Drs.16/575, S.8.

¹⁴⁴⁶ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.22.

¹⁴⁴⁷ Vgl. *Löhr*, S.339: Dies erinnere an den grundrechtlichen Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit.

¹⁴⁴⁸ Vgl. *Neubacher/Seher*, JZ 2007, S.1034; *Buß*, S.108, 226 wonach auch psychische Reaktionen wie Nervosität, Angst, Panik, Schlafstörungen und sonstige innere Umstellungen als taugliche Taterfolge anzusehen seien.

dennoch einen penetranten und durch die Beharrlichkeit des Täterverhaltens einen zunehmenden Druck auf das Opfer ausüben, spezifische Vermeidereaktionen zu entwickeln. Insofern soll auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass bspw. robuste Charaktere keine Abänderung ihrer Verhaltensweisen vornehmen. Eine solche Interpretation ist bereits im Hinblick auf die damit einhergehende Vorverlagerung der Deliktvollendung bedenklich. Der Gesetzgeber hat sich bewusst gegen ein Eignungs- und für ein Erfolgsdelikt ausgesprochen.¹⁴⁴⁹ Dem entgegen rückt die vorgenannte Auslegung den Tatbestand, auch wenn dies von den Verfassern ausdrücklich bestritten wird,¹⁴⁵⁰ stark in die Nähe eines Eignungsdelikt. Jedenfalls dürfte diese Variante jenseits der Grenze der extensiven Auslegung bzw. der äußersten Grenze des noch möglichen Wortsinns liegen.¹⁴⁵¹ Rein begrifflich bildet die äußere Lebensgestaltung geradezu das Gegenstück zur inneren Integrität. Infolgedessen stellen subjektive Negativempfindungen, auch gravierender Natur, und rein psychische Auswirkung wie Furcht, Angst, Angespanntheit, Depression oder allgemein die Störung des Seelenfriedens vom Wortlaut ausgehend keine tauglichen Taterfolge dar.¹⁴⁵² Relevanz erlangen derartige Auswirkungen nur, wenn sie ursächlich für eine entsprechenden Abänderung der objektiv-äußeren Lebensgestaltung werden (bspw. arbeitsunfähige Krankschreibungen oder Medikamenteneinnahme).¹⁴⁵³ Insofern verbietet sich auch eine Übertragung der zu § 239 Abs.1 vertretenen Potentialitätstheorie auf § 238 Abs.1.¹⁴⁵⁴ Nur wenig Rückschlüsse für die Auslegung lassen sich aus den Gesetzgebungsmaterialien ziehen, welche in diesem Zusammenhang lediglich von „Verhalten“ oder „Lebensumständen“ sprechen.¹⁴⁵⁵ Auch die ähnlichen im StGB verwendeten Rechtsbegriffe wie bspw. individueller Lebensbereich (15.Abschnitt) sind zu bedeutungsverschieden, als dass hieraus Argumente für eine bestimmte Auslegungsvariante abgeleitet werden könnten.¹⁴⁵⁶

Wie die vorstehende Auslegung aufzeigt, ist der Begriff „Lebensgestaltung“ dennoch einer allgemeinen Interpretation zugänglich, letztlich auch und weil jeder selbst sein Leben - mehr oder weniger - gestaltet. Unbestritten handelt es sich um ein weites und somit auslegungsbedürftiges Tatbestandsmerkmal, dass sich allerdings mittels allgemeiner Methodik - ähnlich wie bei § 201a - hinreichend konturieren lässt.¹⁴⁵⁷ Selbst wenn man den Begriff sehr weitgehend als Synonym für

¹⁴⁴⁹ Vgl. BT-Drs.16/3641 in Abweichung zu BT-Drs.16/1030.

¹⁴⁵⁰ *Neubacher/Seher*, JZ 2007, S.1035.

¹⁴⁵¹ Ablehnend auch *Buß*, S.226, der dies zusätzlich mit einem (systematischen) Vergleich zu §221 untermauert.

¹⁴⁵² So auch *Fischer*, § 238 Rn.22; *SK-Wolters*, §238 Rn.4.

¹⁴⁵³ Vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 27.05.2009 - 2 Ss 96/09 I 40/09; *Nimtz*, Kriminalistik 2007, S.495: Behandlungsbedürftige psychische Erkrankung.

¹⁴⁵⁴ Vgl hierzu: BGHSt 14, 314ff., 32, 183ff.; *LK-Schäfer*, §239 Rn.6; *Lackner/Kühl*, §239 Rn.1.

¹⁴⁵⁵ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.8.

¹⁴⁵⁶ Vgl. zum individuellen Lebensbereich oben: D.III.1.a.bb.

¹⁴⁵⁷ Vgl. *SK-Wolters*, §238 Rn.4; *Lackner/Kühl*, §238 Rn.2; *Kühl*, Stellungnahme, S.7.; *Janovsky*, Stellungnahme S.3.

jedwedes Handeln, Dulden oder Unterlassen interpretieren wollen würde, entspräche dies (noch) dem Gebot der Gesetzesbestimmtheit, da § 240 einen entsprechenden Taterfolg normiert, der nach allgemeiner Ansicht nicht mit Art.103 Abs.2 GG in Konflikt tritt.

bb) beeinträchtigt

Die zuvor konkretisierte Lebensgestaltung muss durch das nachstellende Verhalten **beeinträchtigt** werden. Nach allgemeiner Ansicht bildet die Beeinträchtigung im Vergleich zur Verletzung den weiteren Begriff, weshalb an den Eintritt Letzterer höhere Anforderungen zu stellen sind.¹⁴⁵⁸ Eine Beeinträchtigung ist umgangssprachlich dann anzunehmen, wenn auf jemanden oder etwas eine hindernde, hemmende, negative Wirkung ausgeübt bzw. etwas geschmälert, verringert, vermindert oder geschädigt wird.¹⁴⁵⁹ Entsprechend wird im Schrifttum eine Beeinträchtigung angenommen, wenn sich die Lebensgewohnheiten des Opfers ändern und damit ein Verlust an Lebensqualität einhergeht.¹⁴⁶⁰

Bei § 238 Abs.1 handelt es sich im Einklang mit seiner systematischen Einordnung um ein Delikt gegen die persönliche Freiheit. Dies bedeutet zunächst, dass ein tatbestandlicher Erfolg bei Einschränkungen der geschützten Freiheitssphäre der betroffenen Person vorliegt. Ferner ist sämtlichen Freiheitsdelikten gemein, dass sie ein Handeln gegen oder zumindest ohne den Willen des Betroffenen voraussetzen.¹⁴⁶¹ Exemplarisch kann auf die Handhabung beim strukturell vergleichbaren § 240 verwiesen werden.¹⁴⁶² Eine Beeinträchtigung im Sinne des § 238 Abs.1 setzt demnach voraus, dass Einschränkungen oder Veränderung der persönlichen Lebensgestaltung der betroffenen Person gegen deren Willen stattfinden oder ohne oder gegen ihren Willen von Dritten vorgenommen werden.¹⁴⁶³ Die Lebensgestaltung ist insbesondere dann beeinträchtigt, wenn Abänderungen äußerer Lebensvorgänge gegen den Willen bzw. ohne Einverständnis der betroffenen Person erfolgen und somit erzwungen wurden.¹⁴⁶⁴ Auch nach Auffassung des Gesetzgebers sind primäre Folge von Nachstellungshandlungen einschneidende Verhaltensänderungen bzw. erzwungenen Veränderungen der Lebensumstände bei den Betroffenen, sodass diese im Ergebnis nicht mehr so leben können wie zuvor.¹⁴⁶⁵ Exemplarisch werden Einschränkungen sozialer

¹⁴⁵⁸ Vgl. SK-Wolters, §238 Rn.5; Kinzig, JA 2007, S.484; §34 BauGB mit ausdrücklicher Unterscheidung.

¹⁴⁵⁹ Vgl. Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache; Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 7.Auflage.

¹⁴⁶⁰ So Krüger, S.170; Ebenso Mosbacher, NStZ 2007, S.667: Änderung der gewohnten Lebensweise.

¹⁴⁶¹ Vgl. S/S-Lenckner, Vor §§ 32ff. Rn.31; Valerius, JuS 2007, S.322 ; Wessels/Beulke, AT Rn.367.

¹⁴⁶² Vgl. Lackner/Kühl, §240 Rn.4.

¹⁴⁶³ Vgl. Fischer, §238 Rn.22.

¹⁴⁶⁴ Vgl. SK-Wolters, §238 Rn.5; BeckOK-Valerius §238 Rn.15; Kinzig, JA 2007, S.484.

¹⁴⁶⁵ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.6ff.; bereits BT-Drs. 16/1030, S.7.

Kontakte, Meiden bestimmter Örtlichkeiten, das Treffen von Sicherungsvorkehrungen, eingeschränkte Entgegennahme von Anrufen oder Briefen, sowie das Wechseln von Arbeitsplatz oder Wohnung angeführt.¹⁴⁶⁶

cc) schwerwiegend

Bereits aus der Existenz des Tatbestandsmerkmals „**schwerwiegend**“ lässt sich ableiten, dass nicht jedwede erzwungene Einschränkung bzw. Abänderung der äußeren Lebensgestaltung strafbewehrt sein soll. Systematisch bzw. gesetzgebungstechnisch wird hierdurch ein Korrektiv zur Einschränkung des tatbestandlichen Erfolges installiert. Das Gesetz liefert mit dieser Formulierung eine graduelle, nicht inhaltliche Beschreibung des Taterfolges.¹⁴⁶⁷ Teilweise wird der Begrifflichkeit eine „eklatante Konturschwäche“ vorgeworfen.¹⁴⁶⁸ Strittig ist, welcher Auslegungs- bzw. Beurteilungsmaßstab (subjektiv, objektiv oder objektivierter) für die Frage anzuwenden ist, unter welchen Umständen eine unfreiwillige Abänderung der Lebensgewohnheiten als „schwerwiegend“ eingeordnet werden kann. Relevanz erlangt diese Unterscheidung für die Vollendung des Deliktes, da je nach Konstitution des Opfers (ex natura ängstlich und schüchtern oder eher robuste Persönlichkeit) eine erzwungene schwerwiegende Veränderung der Lebensumstände zu völlig unterschiedlichen Zeitpunkten eintreten kann.¹⁴⁶⁹

(1) Im Schrifttum wird teilweise auf die Sicht eines gewöhnlichen bzw. vernünftigen Opfers¹⁴⁷⁰ abgestellt, bzw. ein objektivierter Maßstabes in Anlehnung an die Drohungsalternative des § 240 befürwortet, wonach sich eine Beeinträchtigung dann als schwerwiegend darstellen soll, wenn das Opfer in seiner konkreten Situation die Belästigung zum Anlass für seine Reaktion nehmen durfte und nicht vom ihm erwartete werden konnte, den Belästigungen in besonnener Selbstbehauptung standzuhalten.¹⁴⁷¹ Eine objektive Bewertung mache jedenfalls eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles in wertender Betrachtung erforderlich, um eine Beeinträchtigung als schwerwiegend einordnen zu können.¹⁴⁷² Zur Begründung wird angeführt, dass der Gesetzgeber mit der Streichung des Merkmals „unzumutbar“¹⁴⁷³ keine inhaltliche Änderung vornehmen wollte und deshalb die normative Wertungen der Rechtsgemeinschaft zu berücksichtigen seien. Der

¹⁴⁶⁶ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.6ff.; *Fischer*, §238 Rn.22.

¹⁴⁶⁷ Vgl. BayObLG NJW 1990, S.2328ff. zu §218a II StGB.

¹⁴⁶⁸ Vgl. *Rackow*, GA 2008, S.561f. ; *Löhr*, S.340: Mit Blick auf Art.103 II GG nicht unproblematisch.

¹⁴⁶⁹ Vgl. *Gazeas*, JR 2007, S.503, der mit Blick auf §218a II StGB eine Neuermittlung des Sinngehaltes für notwendig hält; *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.10: Reaktion müsse „verhältnismäßig“ sein.

¹⁴⁷⁰ Vgl. *Kinzig*, JA 2007, S.484.

¹⁴⁷¹ So *Valerius*, JuS 2007, S.323; *Gazeas*, JR 2007, S.503.

¹⁴⁷² Vgl. *Mosbacher*, NStZ 2007, S.667; *Valerius*, JuS 2007, S.323.

¹⁴⁷³ Vgl. noch BT-Drs. 16/575, S.5.

Gesetzgeber verlange diesbezüglich eine normative Interessenabwägung und wertende Abgrenzung der Freiheitssphären von Täter und Opfer. Demnach könne im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung auch die Kumulation einer Mehrzahl für sich allein nicht schwerwiegender Beeinträchtigungen diese Voraussetzungen erfüllen.¹⁴⁷⁴ Da nach dieser Auffassung eine Abwägung vorzunehmen ist, bei der insbesondere die tangierten Interessen des Opfers zu berücksichtigen sind, wird bereits eine diesbezügliche Fallgruppenbildung prognostiziert und Grenz- bzw. Problemfälle andiskutiert.¹⁴⁷⁵

(2) Teilweise wird vertreten, es komme auf die Beeinträchtigung des Freiheitsbereiches der konkret betroffenen Person und infolgedessen auch auf deren objektiven und subjektiven Handlungsalternativen an. Bei der Beurteilung des Gewichts des Taterfolges sei daher auf die Sicht der konkret betroffenen Person abzustellen und es komme nicht darauf an, ob sich ein „vernünftiger“, objektiver Dritter schwerwiegend beeinträchtigt fühlen würde.¹⁴⁷⁶

(3) *Stellungnahme:* Mangels Legaldefinition, gesetzlicher Fiktion oder Verweisung ist das Tatbestandsmerkmal einer Sinndeutung durch Auslegung zugänglich.

(a) *Wortlaut:* Bei formaler Betrachtung des Normtextes ist auf die Beeinträchtigung der Lebensgestaltung der konkret betroffenen Person abzustellen („seine“), sodass bei besonders empfindlichen Opfern schon frühzeitig ein tatbestandlicher Erfolg eintreten kann, soweit die erzwungene Abänderung subjektiv als schwerwiegend empfunden wird. Diese Interpretation kann allerdings zu einem extensiven Anwendungsbereich der Strafnorm führen, da den weiteren Erfolgsmerkmalen (Beeinträchtigung der Lebensgestaltung) - wie aufgezeigt - kaum eine limitierende Funktion zukommt.¹⁴⁷⁷

(b) *Systematik:* Als einziger Tatbestand des StGB verwendet noch § 218a Abs.2 das Merkmal „schwerwiegend“, weshalb die diesbezügliche rechtliche Handhabung zumindest als Hilfestellung für § 238 Abs.1 herangezogen werden kann.¹⁴⁷⁸ In diesem Zusammenhang ist nach hL. eine definitionsgemäße schwerwiegende Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren bei allen Belastungen anzunehmen, die nicht naturgemäß jede Schwangerschaft zur Folge hat, ferner solche, deren Hinnahme bei einer Gesamtabwägung mit

¹⁴⁷⁴ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.24;

¹⁴⁷⁵ So etwa *Steinberg*, JZ 2006, S.32; *Krüger*, S.179.

¹⁴⁷⁶ *Fischer*, §238 Rn.24; wohl auch *Sering*, NJW 2007 Spezial, S.376.

¹⁴⁷⁷ So auch *SK-Wolters*, §238 Rn.5; *Lackner/Kühl*, §238 Rn.2.

¹⁴⁷⁸ So auch *Fölsch*, SchlHA 2008, S.303.

dem Lebensinteresse des Ungeborenen eine Überforderung der Schwangeren bedeuten, ihr gleichsam auch zur Erhaltung des ungeborenen Lebens nicht zugemutet werden können.¹⁴⁷⁹ Dieser juristische Sprachgebrauch verwendet sowohl subjektive, objektive und normative Elemente als graduellen Maßstab, wobei zu berücksichtigen ist, dass es sich bei § 218a Abs.2 um einen speziellen Rechtfertigungsgrund handelt und in diesem Zusammenhang Gesundheitsschutz der Schwangeren dient.¹⁴⁸⁰ Bei verfassungskonformer Auslegung könnte der oben geschilderte (potentiellen) weiten Anwendungsbereiches zu Konflikten mit dem rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz führen, da bei entsprechend früher Deliktvollendung die Handlungsfreiheit des Täters übergebühr eingeschränkt werden könnte.¹⁴⁸¹ Die Systematik spricht daher gegen einen rein subjektiven Auslegungsmaßstab.

(c) *Historie*: Der Gesetzgeber will im Rahmen des Nachstellungsparagrafen mit „schwerwiegend“ im konkreten Kontext ins Gewicht fallende, gravierende und ernstzunehmende Beeinträchtigungen, die über durchschnittliche, regelmäßig hinzunehmende und zumutbare Beeinträchtigungen erheblich und objektivierbar hinausgehen, erfasst wissen.¹⁴⁸² Einerseits wird auf den „konkreten Kontext“ sowie „zumutbare“ Beeinträchtigungen und somit eher auf eine persönliche bzw. subjektive Sichtweise abgestellt. Andererseits wird mit den Begrifflichkeiten „durchschnittliche ... regelmäßig hinzunehmende ... objektivierbar“ eine Objektivierung zum Ausdruck gebracht. Bereits der Regierungsentwurf verlangte in diesem Zusammenhang „objektivierbare“ Beeinträchtigungen, wobei beispielhaft das Verlassen der Wohnung nur noch in Begleitung Dritter oder ein Wechsel des Arbeitsplatzes bzw. der Wohnung angeführt wurden.¹⁴⁸³ In diesem Zusammenhang ist ebenfalls von Relevanz, dass der Gesetzgeber lediglich aus Klarstellungsgründen den zunächst (kumulativ) vorhergesehenen Begriff der „unzumutbaren“ Beeinträchtigung gestrichen hat, da nach seiner Auffassung beide Begriffe einerseits auslegungsbedürftig seien und andererseits Vergleichbares beschreiben.¹⁴⁸⁴ Hierdurch werde auch die Frage obsolet, welche Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung des Opfers zwar schwerwiegend aber nicht unzumutbar sein können und umgekehrt. Die inhaltliche Hauptfunktion der Begrifflichkeit „unzumutbar“ wurde in der Normierung des Erfordernisses einer Interessenabwägung, insbesondere im Hinblick auf die Pressefreiheit nach Art.5 Abs.1 GG, gesehen.¹⁴⁸⁵ Es sollte im Rahmen des Merkmales „unzumutbar“

¹⁴⁷⁹ Vgl. BVerfGE 88, 256f; *Lackner/Kühl*, §218a Rn.12; *S/S-Eser*, §218 Rn.30; *Fischer*, §218a Rn.26.

¹⁴⁸⁰ Vgl. *Nimtz*, *Kriminalistik* 2007, S.575; *Buß*, S.223 konstatiert deshalb, dass Rspr. und Literatur wohl kaum auf §238 zu übertragen seien; umfassend zu §218a: *NK-Merkel*, §218a Rn.90ff.

¹⁴⁸¹ Vgl. *Gerhold*, *NK* 2007, S.2f; *Buß*, S.224f.

¹⁴⁸² Vgl. BT-Drs. 16/3641, S.14.

¹⁴⁸³ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.8.

¹⁴⁸⁴ Vgl. BT-Drs. 16/3641, S.14.

¹⁴⁸⁵ Vgl. auch zum Folgenden: BT-Drs. 16/575, S.8; *Gazeas*, *KJ* 2006, S.259.

eine Interessenabwägung und eine Abgrenzung der Freiheitssphäre von Täter und Opfer vorgenommen werden. Der verfassungsrechtlich geschützten Pressefreiheit wurde in diesem Zusammenhang das Persönlichkeitsrecht (Privatleben / Recht auf informationelle Selbstbestimmung) und das Recht auf freie Lebensgestaltung des Betroffenen gegenübergestellt. Da eine inhaltlich Abänderung offensichtlich nicht bezweckt war, soll es richtigerweise auch nach Streichung von „unzumutbar“ dabei verbleiben, dass im Rahmen des Taterfolges eine Abgrenzung der Freiheitssphären von Täter und Opfer stattzufinden hat.¹⁴⁸⁶ Diesem Erfordernis kann nun, dem gesetzgeberischen Willen folgend, über eine entsprechende Auslegung des Tatbestandsmerkmals „schwerwiegend“ Rechnung getragen werden.¹⁴⁸⁷ Soll somit der Taterfolg normativ bestimmt werden, spricht die historische Auslegung gegen einen rein subjektiven Interpretationsansatz.

(d) *Sinn und Zweck*: Ausgehend vom konkreten Normzweck des Schutzes der persönlichen Freiheitssphäre und den allgemeinen Gesetzesbestrebungen, einen noch effektiveren Opferschutz zu bewirken,¹⁴⁸⁸ könnten teleologische Erwägungen für eine (rein) subjektive Betrachtungsweise sprechen. Allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass es sich bei der Freiheit um ein „intrasoziales“ Rechtsgut handelt, das überhaupt erst in sozialem Kontext und im Spannungsfeld einander wiederstreitender Interessen Bedeutung erlangt, mithin keinen absoluten Schutz genießen kann.¹⁴⁸⁹ Entsprechend wird in den ersten zu § 238 ergangenen Gerichtsentscheidungen konstatiert, dass nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Vorschrift diese zwar den persönlichen Freiheitsbereich des Opfers schützen, andererseits jedoch nicht jedes „belästigende“ Verhalten unter Strafe stellen will, sondern nur dann, wenn es zu unzumutbaren, über das normale Maß hinausgehenden negativen Veränderungen in den Lebensverhältnissen einer Person kommt, weshalb der Begriff „schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ eng auszulegen sei.¹⁴⁹⁰ Die damit verbundene Normativierung spricht gegen einen rein subjektiven Auslegungsmaßstab. Ferner wird über eine Abwägung widerstreitender Interessen die Möglichkeit eröffnet, sozialadäquate Verhaltensweisen aus dem Tatbestand auszugrenzen, was im Ergebnis einer teleologischen Reduktion des Anwendungsbereichs gleichkommt.

(e) Im *Ergebnis* sprechen die besseren Argumente für eine objektiviertere Interpretation des Tatbestandsmerkmals „schwerwiegend“, weshalb § 238 Abs.1 zutreffenderweise weder

¹⁴⁸⁶ Vgl. BT-Drs. 16/3641, S.14: „...zumutbare Beeinträchtigungen...“; zust. *Mosbacher*, NStZ 2007, S.667; *Krüger*, S.172; *SK-Wolters*, §238 Rn.6; *Buß*, S.181.

¹⁴⁸⁷ Vgl. bereits die Ausführungen zu „beharrlich“ bzw. „unbefugt“.

¹⁴⁸⁸ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.1f.; 16/3641, S.1f.; kritisch: *Fischer*, §238 Rn.3a.

¹⁴⁸⁹ Vgl. *S/S-Eser*, Vor. §§234ff. Rn.2 m.w.N.

¹⁴⁹⁰ Vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 27.05.2009 - 2 Ss 96/09 I 40/09; OLG Hamm, StRR 2009, 234f.; AG Löbau, StV 2008, 646f.

Überängstliche noch besonders Hartgesottene schützt.¹⁴⁹¹ Eine rein subjektiv orientierte Auslegung birgt die nicht unerhebliche Gefahr, dass bei besonderes empfindlichen Tatbetroffenen die Strafbarkeit unangemessen weit vorverlagert wird.¹⁴⁹² Weiterhin könnte ein Abstellen auf subjektiv-individuelles Opferverhalten zu ungleichen Rechtsanwendungen in der Praxis (vgl. Art.3 Abs.1 GG) und somit auch zu einer verstärkten Rechtsunsicherheit führen.¹⁴⁹³ Entscheidendes Argument gegen eine rein subjektive Interpretation ist m.E. der zuvor erläuterte gesetzgeberische Wille über „schwerwiegend“ eine Interessenabwägung in den Tatbestand zu implementieren.¹⁴⁹⁴ Die für die Abwägung u.a. relevante Freiheitssphäre des Opfers findet ihre tatbestandliche Fixierung im Erfolg, weshalb eine daran anknüpfende Verortung der Interessenabwägung der Normstruktur gerecht wird.¹⁴⁹⁵ Ein vergleichbares Abwägungserfordernis widerstreitender Interessen wird auch in § 323 c am Begriff der „Zumutbarkeit“ festgemacht, welcher nach h.M. als Merkmal des objektiven Tatbestandes zu begreifen ist.¹⁴⁹⁶ In der Sache macht das Zumutbarkeitskriterium auch in dieser Strafnorm eine Abwägung der kollidierenden Interessen und Güter erforderlich.¹⁴⁹⁷ In Anbetracht der gestrichenen Begrifflichkeit „unzumutbar“ bei § 238 Abs.1 tritt eine Parallelität bzw. Vergleichbarkeit offensichtlich zu Tage. Schließlich wurde auch in §107a öStGB mit dem Merkmal „unzumutbar“ eine objektive Interessenabwägung in den Tatbestand eingeführt, bei der die Freiheitssphären von Täter und Opfer gegeneinander abzugrenzen sind.¹⁴⁹⁸ Für den Nachstellungsparagrafen bedeutet dies, dass bei der Festlegung der noch zumutbaren Beeinträchtigungen auch die Rechts- und Interessenssphären des Handelnden zu berücksichtigen sind, insbesondere die verfassungsrechtlich geschützte Pressefreiheit. Ergo kann journalistische Tätigkeit zwar beharrlich und ohne Einverständnis des Opfers erfolgen, aber aufgrund überwiegender Interessen nicht zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung führen und daher als (noch) sozialadäquat tatbestandslos verbleiben.¹⁴⁹⁹ Zum selben Ergebnis kann auch die Berücksichtigung gesetzlicher Befugnistatbestände, wie bspw. §§ 1684f. BGB oder die Geltendmachung fälliger Zahlungsansprüche führen. Zweckmäßigerweise sind zur Ermittlung des

¹⁴⁹¹ So auch *Mosbacher*, NSTZ 2007, S.667; *Mitsch*, NJW 2007, S.1237; *Buß*, S.225.

¹⁴⁹² Ähnlich *Gerhold*, NK 2007, S.2f.; *Nimtz*, Kriminalistik 2007, S.575.

¹⁴⁹³ Vgl. *Löhr*, S.340, die ferner noch auf eine Missbrauchsanfälligkeit hinweist.

¹⁴⁹⁴ Nach *Löhr*, S.330 soll diese Aufgabe nunmehr „unbefugt“ zufallen (vgl. allerdings oben „unbefugt“).

¹⁴⁹⁵ Nach *Kraenz*, Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts, S.172ff., 320f. (unter Verweis auf *Roxin*, AT 1 §5 B. Rn.5; §10 C. Rn.20) verbiete sich wegen des nullum crimen, nulla poena sine lege Grundsatzes prinzipiell die Prüfung einer Wertekollision auf Tatbestandsebene.

¹⁴⁹⁶ Vgl. BGHSt 17, 170; OLG Hamburg StV 1996, S.437f.; *MüKo-Freund*, §323c Rn.90; *Lackner/Kühl*, §323c Rn.7; *S/S-Cramer/Sternberg-Lieben*, §323c Rn.20ff.; *Wessels/Hettinger*, BT 1, Rn.1048; *NK-Wohlens*, §323c Rn.11; AA. (Schuldmerkmal) bspw. *LK-Spendel*, §323c Rn.117f., 158f.

¹⁴⁹⁷ Vgl. BGH StV 1986, S.201; BVerfGE 32, 109ff.; *MüKo-Freund*, §323c Rn.92f.; *NK-Wohlens*, §323c Rn.11.

¹⁴⁹⁸ Vgl. *WK-Schwaighofer*, §107a Rn.13; kritisch: *Löhr*, S.277f.

¹⁴⁹⁹ So auch *Mosbacher*, NSTZ 2007, S.667.

Vorliegens einer schwerwiegenden Beeinträchtigung daher (gedanklich) folgende Schritte zu vollziehen:¹⁵⁰⁰

1. Schritt: Entspricht oder ähnelt die konkret auftretende Beeinträchtigung in ihrem Schweregrad einer tatbestandsmäßigen Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit im Sinne des § 239 und stellt sich somit bei objektivierter Betrachtungsweise als ins Gewicht fallende, gravierende und ernstzunehmende Einschränkung der persönlichen Freiheit zur Lebensgestaltung dar? Im Rahmen der bereits stattfindenden Fallgruppenbildung werden hierunter Arbeitsplatzwechsel oder Aufgabe der Wohnung sowie gewichtige Schutzvorkehrungen, bspw. Verlassen der Wohnung nur noch in Begleitung Dritter, nicht jedoch weniger gewichtige Maßnahmen der Eigenvorsorge, wie bspw. Benutzung eines Anrufbeantworters oder Einrichtung einer Fangschaltung zum Zwecke der Beweissicherung eingeordnet.¹⁵⁰¹

2. Schritt: Sollte bei isolierter Betrachtung ein entsprechender Schweregrad nicht festgestellt werden können, ist bei mehreren an sich durchschnittlichen, regelmäßig hinzunehmenden und zumutbaren Beeinträchtigungen zu prüfen, ob diese in ihrer Gesamtheit als schwerwiegend zu bewerten sind.¹⁵⁰² Insofern können auch multiple Veränderungen der Lebensumstände, die isoliert betrachtet den erforderlichen Schweregrad nicht erreichen würden, in ihrer Gesamtheit eine schwerwiegende Beeinträchtigung darstellen.¹⁵⁰³ Exemplarisch wurden vom *AG Löbau* u.a. die Zuteilung einer neuen Rufnummer, den Umzug für ca. eine Woche in eine Ferienwohnung, die eingeschränkte Nutzung eines Wochenendgrundstücks (In der Zeit der Anrufe des Angeklagten nächtigte sie an den Wochenenden dort nur in Begleitung ihres Sohnes oder ihres neuen Freundes) und Einschlafstörungen aufgrund massiver Telefonanrufe auch in der Gesamtschau zwar als erhebliche Belästigungen, jedoch nicht als schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung eingestuft.¹⁵⁰⁴

3. Schritt: Sollte der erforderliche Schweregrad erreicht worden sein, gilt es aufgrund des verfassungsrechtlich gebotenen Abwägungserfordernisses in einem letzten Schritt die an sich ernstzunehmende Beeinträchtigung in Kontext zu den konkret beteiligten Personen (bspw. Presseleute einerseits, Prominente andererseits) zu stellen und unter Berücksichtigung der

¹⁵⁰⁰ Kritisch hierzu *Rackow*, GA 2008, S.561, der von einer „eklatanten Konturschwäche des Taterfolges“ spricht.

¹⁵⁰¹ Vgl. BT-Drs. 16/3641 S.14; BT-Drs. 16/575, S.8; *Gazeas*, KJ 2006, S.259; *Valerius BeckOK* §238 Rn.16ff.

¹⁵⁰² Vgl. *Valerius BeckOK* §238 Rn.17, *ders.* JuS 2007, S.323.

¹⁵⁰³ So auch OLG Rostock, Beschluss vom 27.05.2009 - 2 Ss 96/09 I 40/09; *Wessels/Hettinger*, BT/1 Rn.369h; LSG Niedersachsen, NJOZ 2006, S.4336; *AG Löbau StV* 2008, 646f., welches ferner auf die Dauer der jeweiligen Beeinträchtigungen abstellt.

¹⁵⁰⁴ Vgl. *AG Löbau StV* 2008, 646f.

kollidierenden Rechte und Interessen erneut zu bewerten. Exemplarisch kann eine Beeinträchtigung, die ein Prominenter durch permanentes Paparazziverhalten erleidet, bei objektiver Betrachtungsweise als schwerwiegend zu bewerten sein, während auf seine konkrete Person bezogen die erzwungene Veränderung als (noch) zumutbar und somit als untauglicher Taterfolg bewertet werden kann.¹⁵⁰⁵ Dogmatisch betrachtet, könnte der dritte Schritt auch im Rahmen der objektiven Zurechnung hinsichtlich der Frage nach Schaffung einer rechtlich missbilligten Gefahr abgehandelt werden,¹⁵⁰⁶ wobei sich hierdurch am Resultat der Tatbestandsloshaltung bestimmter Verhaltensweisen mitnichten etwas ändern würde.

(4) Schließlich sieht sich das Tatbestandsmerkmal „schwerwiegend“ (teilweise im Zusammenspiel mit „Lebensgestaltung“) dem Vorwurf der verfassungswidrigen Unbestimmtheit ausgesetzt.¹⁵⁰⁷ Die gesetzgeberische Umschreibung führe nur Evidenzfälle auf und verleihe somit dem Merkmal eine Vagheit, die eine genauen Eingrenzung und Tatbestandslimitierung nicht ermögliche. Was das „normale Maß“ darstelle und wann darüber in „unzumutbarer Weise“ hinausgegangen wird, bleibe unklar.¹⁵⁰⁸ Wie die vorhergehende Auslegung gezeigt hat, ist dieser Vorwurf jedoch unbegründet.¹⁵⁰⁹ Ferner kann eine Limitierung und damit höhere Bestimmtheit des Tatbestandsmerkmals über restriktive Auslegung erzielt werden, da einerseits nach Sinn und Zweck der Vorschrift nicht jedwedes belästigende Verhalten unter Strafe gestellt werden soll und andererseits die moderne Gesellschaft aufgrund der technischen Standards eine schnelle und problemlose Kommunikation ermöglicht, die oftmals auch so gewünscht ist.¹⁵¹⁰ Weiterhin kann unter systematischen Erwägungen auf § 218a Abs.2 verwiesen werden, dessen normierte „schwerwiegende Beeinträchtigung“ nach allgemeiner Ansicht ebenfalls den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit strafgesetzlicher Tatbestände genügt.¹⁵¹¹ Dass der Begriff „Lebensgestaltung“ ebenfalls einer Konkretisierung zugänglich ist, wurde ebenfalls aufgezeigt. Aus der Verquickung der Begrifflichkeiten dürften indes keine zusätzlichen Bestimmtheitsdefizite hervorgehen.

¹⁵⁰⁵ Ähnlich *Fischer*, §238 Rn.28, der die Problematik bei der Unbefugtheit verortet.

¹⁵⁰⁶ Ähnlich *Gazeas*, JR 2007, S.499.

¹⁵⁰⁷ Vgl. *Freudenberg*, NJ 2006, S.537; *Eiden*, ZIS 2008, S.127.

¹⁵⁰⁸ Vgl. *Rackow*, GA 2008, S.561f.

¹⁵⁰⁹ Ebenso *Krüger* S.174.

¹⁵¹⁰ Vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 27.05.2009 - 2 Ss 96/09 I 40/09; AG Löbau StV 2008, 646f. das zutreffend auf das geschützte Rechtsgut des persönlichen Freiheitsbereiches verweist, welches strafrechtssystematisch keinen umfassenden Schutz erfährt.

¹⁵¹¹ Ein diesbezüglicher Vorwurf der Unbestimmtheit wurde – soweit ersichtlich – nicht erhoben; vgl. *Lackner/Kühl*, §218 Rn12; *S/S-Eser*, §218 Rn.30.

c) Kausalität und objektive Zurechnung

aa) Bei § 238 Abs.1 handelt es sich um ein modalisiertes Erfolgsdelikt, da der tatbestandlich beschriebene Erfolg durch ein bestimmtes Verhalten des Täters vermittelt sein muss.¹⁵¹² An der Kausalität kann es im Sinne der *conditio-sine-qua-non* Formel fehlen, wenn Veränderungen der Lebensgewohnheiten aus anderen Gründen bzw. Belastungen eintreten, bspw. Auszug aus gemeinsamer Wohnung oder Aufgabe einer Arbeitsstelle infolge von Beendigung einer Beziehung.¹⁵¹³ Diesbezüglich ergeben sich grundsätzlich keine Besonderheiten bzw. Abweichungen zu den allgemeinen AT-Lehren, sodass in einem zweiten Schritt zu klären ist, ob der Taterfolg auch bei wertender Betrachtung als „Werk des Täters“ erscheint.¹⁵¹⁴ Nach der Lehre von der objektiven Zurechnung muss der potentielle Täter durch sein Verhalten eine rechtlich missbilligte bzw. relevante Gefahr des Erfolgs eintritts geschaffen und gerade diese Gefahr sich im konkreten, tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert haben.¹⁵¹⁵ Stalkingbezogen kann es an einer normativen Zurechnung insbesondere bei überempfindlichen - aber schwerwiegenden - Opferreaktionen, welche auf harmlose aber formell tatbestandsmäßige Verhaltensweisen zurückzuführen sind, fehlen, wie bspw. einem unfreiwilligen Wohnortwechsel (= tauglicher Taterfolg; vgl. oben) aufgrund beharrlicher Zusendung von Liebesbriefen.¹⁵¹⁶ Teilweise wird bei dieser Konstellation bereits das Vorliegen eines tauglichen Taterfolgs verneint, da zu verlangen sei, dass das Opfer in seiner konkreten Situation die Belästigung zum Anlass für seine Reaktion nehmen durfte und nicht vom ihm erwartet werden konnte, diesen Belästigungen in besonnener Selbstbehauptung standzuhalten.¹⁵¹⁷ Bei genauer Betrachtung handelt es sich hierbei jedoch um die Frage nach der objektiven Zurechnung zwischen Handlung und Erfolg, bzw. - nach der Rechtsprechung - um die Frage, ob ein vorsatzausschließender atypischer Kausalverlauf vorliegt.¹⁵¹⁸ Von einem atypischen Kausalverlauf wird allgemein dann gesprochen, wenn der eingetretene Erfolg völlig außerhalb dessen liegt, was nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung noch in Rechnung zu stellen ist.¹⁵¹⁹ Umgemünzt auf den Nachstellungsparagrafen gilt es daher in Anbetracht der jeweiligen Nachstellungshandlungen zu klären, ob sich die Tatfolge als atypisch, außergewöhnlich oder unvorhersehbar (aber schwerwiegenden) darstellt, was auf den

¹⁵¹² Vgl. SK-Wolters §238 Rn.2; NK/GS-Rössner/Krupna, §238 Rn.10.

¹⁵¹³ Vgl. Fischer, §238 Rn.25.

¹⁵¹⁴ So auch Krüger, S.188; allgemein: Wessels/Beulke, AT Rn.176ff.

¹⁵¹⁵ Vgl. Bringewat, IX. Rn.388; S/S-Lenckner/Eisele, Vor §§13 Rn.91ff; Roxin AT 1 §11 Rn. 44ff.

¹⁵¹⁶ So auch Buß, S.225, 244f.

¹⁵¹⁷ Vgl. Valerius, JuS 2007, S.323; ders. In BeckOK, §238 Rn.17 unter Bezugnahme auf die entsprechende Handhabung der Drohungsalternative in §240 StGB; vgl. auch NK/GS-Rössner/Krupna, §238 Rn.10.

¹⁵¹⁸ Ausführlich zur Lehre der objektiven Zurechnung bzw. atypischen Kausalverlaufs, Kühl, AT §4 Rn.36 ff.

¹⁵¹⁹ Vgl. BGHSt 3, 62; OLG Stuttgart JZ 1980, S.618; Wessels/Beulke, AT Rn.196.

angeführten „Liebesbrief-Fall“ geradezu paradigmatisch zutrifft.¹⁵²⁰ Zum selben Ergebnis gelangt man, wenn man unter dem Stichwort „fehlendes bzw. erlaubtes Risiko“, teilweise in Ahnlehnung an die Lehre von der Sozialadäquanz, in solchen Fallkonstellationen die Schaffung einer rechtlich missbilligten bzw. unerlaubten Gefahr ablehnt.¹⁵²¹ Wie bereits erläutert sind Handlungen, die sich völlig im Rahmen der normalen, geschichtlich gewordenen sozialen Ordnung des Lebens und somit im Rahmen der sozialen Handlungsfreiheit bewegen, auch dann nicht tatbestandsmäßig, wenn sie vom Wortlaut einer Strafbestimmung erfasst sind.¹⁵²² An einer Zurechenbarkeit kann es ferner im Einzelfall unter den Gesichtspunkten Eigenverantwortlichkeit oder Risikoverteilung fehlen.

In strafprozessualer Hinsicht ist eine exakte Eingrenzung des verfolgten Nachstellverhaltens bzw. der eingesetzten Tatmittel aufgrund der materiellen Rechtskraft von etwaigen Strafurteilen wegen Nachstellung erforderlich. Diesbezüglich gilt es genau zu beachten, welche Handlungen zur Tat im strafprozessualen Sinne (vgl. § 264 Abs.1 StPO) zusammengefasst werden, um deren Ausschluss bei einer etwaigen anderweitigen Strafverfolgung wegen Verstoßes gegen § 238 Abs.1 („ne bis in idem“) zu vermeiden.¹⁵²³ Damit im unmittelbaren Zusammenhang steht die Frage nach der dogmatischen Charakterisierung bzw. Deliktsnatur des Nachstellungsparagrafen. Teilweise wird vertreten, dass es sich bei der Nachstellung um ein stark verhaltensorientiertes Dauerdelikt handele.¹⁵²⁴ Nach der Begründung des Bundesratsentwurfes sollte das Tatbestandsmerkmal „fortgesetzt“ der Typik des Stalking Rechnung tragen und dessen Charakter als Dauerdelikt zum Ausdruck bringen.¹⁵²⁵ Dieses Tatbestandsmerkmal wurde nunmehr gestrichen, wobei darin angesichts des Tatbestandsmerkmal „beharrlich“ keine definitive Aussage gesehen werden kann, ob damit auch die intendierte Charakterisierung aufgegeben werden sollte.¹⁵²⁶

Die besseren dogmatischen und kriminalpolitischen Argumente sprechen indes gegen eine Charakterisierung als Dauerdelikt.¹⁵²⁷ Stalkingangriffe zeichnen sich durch zeitlich getrennte, wiederholende Handlungen aus, die zu keinem gleichbleibenden und überbrückenden deliktischen Zustand führen. Gerade dies ist seit der Entscheidung des Großen Senats in Strafsachen zur fortgesetzten Handlung¹⁵²⁸ jedoch Voraussetzung für die Annahme eines Dauerdeliktes. Die Beeinträchtigung der persönlichen Lebensgestaltung des Opfers wird vielmehr durch jede einzelne

¹⁵²⁰ Vgl. auch *Fischer*, §238 Rn.25.

¹⁵²¹ Diese wird z.T. auch explizit der objektiven Zurechnung zugeschlagen; vgl. MüKo.; *Gazeas*, JR 2007, S.499; *Buß*, S.244.

¹⁵²² Vgl. *Welzel*, ZStW 58 (1939), S.516ff.; *LK-Rönau*, Vor §32 Rn.48ff.; *S/S-Lenckner/Eisele* Vor §§ 13ff. Rn.69; *Fischer*, Vor §32 Rn.12 m.w.N; BGHSt 23, 228; OLG München NSTZ 1985, S.549; OLG Düsseldorf NJW 1991, S.1625.

¹⁵²³ Kritisch: *Freudenberg*, NJ 2006, S.537.

¹⁵²⁴ Vgl. *Smischek*, S.322; *Freudenberg*, NJ 2006, S.535f.; *Gabel*, Stellungnahme S.8; *Meyer*, ZStW 115, S. 270f.

¹⁵²⁵ Vgl. BT-Drs. 16/1030, S.7.

¹⁵²⁶ Vgl. *Buß*, S.217.

¹⁵²⁷ Ausführlich hierzu: *Buß*, S.218ff.; ferner *Gazeas*, JR 2007, S.503; *ders.* KJ 2006, S.261ff; *Valerius*, JuS 2007, S.323f; *Eiden*, ZiS 2008, S.127 Fn.42.

¹⁵²⁸ Vgl. BGHSt GS 40, 138.

Handlung des Nachstellens erneuert und intensiviert und kann vor allem auch nach der letzten nachstellenden Handlung des Täters andauern, ohne durch bloßes Ablassen vom Opfer beseitigt werden zu können. Die Annahme eines Dauerdelikts würde weiterhin, unter Berücksichtigung der Notwehrmöglichkeit nach § 32, zum dem absurden Ergebnis eines „Freibriefes zur Selbstjustiz“ führen. Ferner ergäben sich Vorsatzschwierigkeiten. Letztlich kann dies auch unter kriminalpolitischen Gesichtspunkten kaum gewollt sein. Strukturell vergleichbar mit der Tathandlung des § 99 (Agententätigkeit) ist bei § 238 Abs.1 vielmehr von einer tatbestandlichen Handlungseinheit in Form sukzessiver bzw. iterativer Tatbestandsverwirklichung auszugehen.¹⁵²⁹ Entsprechend der Charakterisierung des Straftatbestandes im österreichischen Strafrechts, wird § 238 StGB auch als „alternatives Mischdelikt“ bezeichnet.¹⁵³⁰

bb) Der Ausgestaltung als Erfolgsdelikt ist unter anderem deshalb mit Kritik begegnet worden, weil der Tatbestand den Opfern ein Gefühl der Sicherheit suggerieren würde, dass verstärkt gegen den Täter vorgegangen werden könne, obwohl zu erwarten sei, dass viele strafrechtliche Ermittlungen eingestellt werden, weil die Kausalität nicht nachgewiesen werden könne.¹⁵³¹ Auch diesbezüglich handelt es sich primär um eine rechtspolitische Frage, wobei sich die angeführten Nachweisschwierigkeiten nicht so gravierend wie angenommen gestalten werden, da nach hier vertretener Auffassung bereits über den Taterfolg normative Korrekturen vorgenommen, mitunter Zweifelsfälle bereits vorab ausgeschieden werden. Im Übrigen dürfte sich ohne größere Beweisprobleme die Ursächlichkeit der jeweiligen Abänderungen auf das Täterverhalten zurückführen lassen, zumal eine monokausale Erklärung nach allgemeiner Kausalitätslehre nicht zwangsläufig vorliegen muss.¹⁵³²

d) Einschränkende Tatbestandsauslegung aus Gründen der Sozialadäquanz?

Nunmehr kann auch abschließend zu der Frage Stellung bezogen werden, ob eine weitergehende einschränkende Auslegung objektiver Tatbestandsmerkmale aus Gründen der Sozialadäquanz stattzufinden hat. Insbesondere zu den Tatvarianten 1 und 2 und dem Tatbestandsmerkmal „beharrlich“ wird eine Ausgrenzung sozialadäquaten Handelns aus dem Anwendungsbereich der Norm durch Miteinbeziehung subjektiver Elemente vertreten, wobei, wie die vorstehenden

¹⁵²⁹ So auch *Buß*, S.222f.

¹⁵³⁰ Vgl. *Buß*, S.231; *Gazeas*, JR 2007, S.502.

¹⁵³¹ Vgl. Entschließungsantrag FDP-Fraktion, BT-Drs.16/3662, S.2; *Freudenberg*, NJ 2006, S.537; ferner: *Mitsch* NJW 2007, S.1240; *Eisele*, BT 1 §22 Rn.503; Meyer, ZStW 115, S.285.

¹⁵³² Im Ergebnis ebenso *Krüger*, S.181f; Allgemein: *Kühl*, AT §4 Rn.7 unter Verweis auf LG Karlsruhe NJW 2005, S.916.

Ausführungen aufgezeigt haben, zu beinahe jedem objektiven Tatbestandsmerkmal eine entsprechende Argumentation zu finden ist.¹⁵³³ Nach der Lehre von der Sozialadäquanz sind Handlungen, die sich völlig im Rahmen der normalen, geschichtlich gewordenen sozialen Ordnung des Lebens und somit im Rahmen der sozialen Handlungsfreiheit bewegen, auch dann nicht tatbestandsmäßig, wenn sie vom Wortlaut einer Strafbestimmung erfasst sind.¹⁵³⁴ Die Sozialadäquanz ist nach h.M. nicht als Rechtfertigungsgrund begreifbar, sondern bildet vielmehr nur den nicht näher konkretisierten Ausgangspunkt für eine teleologisch zu begründende einschränkende Auslegung oder Reduktion einschlägiger Tatbestände.¹⁵³⁵ Eine weitergehende einschränkende Auslegung, insbesondere durch Miteinbeziehung subjektiver Komponenten bei objektiven Tatbestandsmerkmalen, ist im Rahmen des § 238 Abs.1 nicht erforderlich, da eine hinreichende Einschränkung des objektiven Tatbestandes bereits über folgende Faktoren bewirkt wird:

aa) Über eine entsprechende Auslegung des Begriffes „nachstellen“ kann nach hier vertretener Auffassung einvernehmliches Handeln und somit der Hauptanwendungsfall sozialadäquaten Handelns aus dem Anwendungsbereich der Norm ausgenommen werden, da freiheitsbeeinträchtigendes Nachstellen seiner Natur nach ein Handeln gegen den Willen des Betroffenen voraussetzt.

bb) Weiterhin gilt es zu Berücksichtigung, dass eine Ausgrenzung sozialadäquater Verhaltensweisen auch nach hier vertretener Auffassung über das Tatbestandsmerkmal „beharrlich“ stattfindet, da eine wiederholtes Handeln nicht ausreichend ist, vielmehr zeitlicher Abstand und Intensität der einzelnen Nachstellungshandlungen im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung mit einzubeziehen sind.

cc) Vor allem der Ausgestaltung als Erfolgsdelikt im Allgemeinen und dem Merkmal „schwerwiegend“ im Speziellen kommt eine weitergehende Ausgrenzungsfunktion zu. Insofern wird nur ein Teilausschnitt der sozialen Erscheinungsformen nachstellenden Verhaltens mit Strafe belegt, nämlich diejenigen Verhaltensweisen, die zu gravierenden Auswirkungen beim Betroffenen führen. Insbesondere über die Möglichkeit der Berücksichtigung tätereigener Interesse bei der Feststellung einer „schwerwiegenden Beeinträchtigung“ und der Tatbestandsloshaltung einvernehmlichen Handelns wird dem Prinzip der Sozialadäquanz ausreichend Rechnung getragen. An sich sozialadäquate Verhaltensweisen werden jedenfalls dann zu strafwürdigem Unrecht, wenn sie eine

¹⁵³³ Exemplarisch sei nochmals auf *Mitsch*, NJW 2007, S.1238 zu „nachstellen“ und auf *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.3 zu „unbefugt“ verwiesen.

¹⁵³⁴ Vgl. BGHSt 23, 228; OLG München NStZ 1985, S.549; *S/S-Lenckner/Eisele* Vor §§ 13ff. Rn.69 m.w.N.

¹⁵³⁵ Vgl. *Lackner/Kühl*, Vor §§32ff. Rn.29 m.w.N.

(zurechenbare) schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Betroffenen verursachen.

dd) An letzteres anknüpfend, muss ein eingetretener Taterfolg nach der vorzugswürdigen Lehre der objektiven Zurechnung auch bei objektiv-wertender Betrachtungsweise als „Werk des Täters“ erscheinen. Hierüber wird insbesondere außergewöhnliches, atypisches und unvorhersehbares Opferverhalten bereits aus dem objektiven Tatbestand ausgegrenzt und nicht zu Lasten des Täters gewertet.

In diesem Zusammenhang gilt es zu erwähnen, dass bereits die zuvor benannten Einschränkungskriterien, insbesondere die Erfolgserfordlichkeit, teilweise als zu restriktiv bzw. dem Opferschutz nicht zuträglich erachtet wurden.¹⁵³⁶ Im Ergebnis bedarf es daher nach hier vertretener Auffassung zur Ausgrenzung sozialadäquater Verhaltensweisen keiner weitergehenden Einschränkung des objektiven Tatbestandes über entsprechende (subjektivierte) Auslegung der Tatvarianten 1 und 2 und der Begrifflichkeit des „Nachstellens“. Unter der Prämisse, die teilweise recht offenen Tatestandsmerkmale restriktiv auszulegen, wird daher auch ohne eine weitergehende Versubjektivierung bloß lästiges Annäherungs- bzw. Kontaktverhalten, ohne weiterreichende Auswirkungen auf die geschützten Rechtsgüter, nicht in unzulässiger Weise kriminalisiert.¹⁵³⁷ Letztlich trägt der (weitergehende) Verzicht auf subjektive Elemente im objektiven Tatbestand zu einem erhöhten Maß an Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit strafbewehrten Handelns bei.

2.) Subjektiver Tatbestand

Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner objektiven Tatumstände.¹⁵³⁸ Mangels anderweitiger Vorgaben im Gesetzestext, reicht für § 238 Abs.1 grundsätzlich *dolus eventualis* aus¹⁵³⁹, d.h. der Täter muss sämtliche Tatbestandsmerkmale bzw. die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes zumindest für möglich halten und billigend in Kauf nehmen.¹⁵⁴⁰ Das vom Gesetzgeber und überwiegenden Teilen des Schrifttums verlangte „zielgerichtete Verhalten“ beim Aufsuchen räumlicher Nähe findet nach hier vertretener Auffassung bereits im Rahmen des objektiven Tatbestandes Berücksichtigung.¹⁵⁴¹ Als Tatumstand ist ein Irrtum

¹⁵³⁶ Vgl. Entschließungsantrag FDP-Fraktion, BT-Drs.16/3662, S.2; *Schumacher* in Zypries (Hrsg.), *Die Renaissance der Rechtspolitik*, S.18.

¹⁵³⁷ So auch *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.1.

¹⁵³⁸ Vgl. BGHSt 19, 298; *Joecks*, §15 Rn..6.

¹⁵³⁹ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.30; *Lackner/Kühl*, §238 Rn.7; *Eisele*, BT 1 §22 Rn.504; *Buß*, S.245; *Löhr*, S.296.

¹⁵⁴⁰ Vgl. BGHSt 36,1; *NStZ* 1999, S.507; ausführlich zum *dolus eventualis* *Kühl*, AT §5 Rn.43ff.

¹⁵⁴¹ Vgl. oben III.1.a.aa.

über den entgegenstehenden Opferwille nach § 16 Abs.1 zu bewerten.¹⁵⁴² Geht der Handelnde irrigerweise von einem tatsächlich nicht bzw. nicht in diesem Umfang bestehenden Einverständnis aus, verbleibt sein Verhalten - trotz einer etwaigen Vermeidbarkeit des Irrtums – unvorsätzlich und somit auch straflos.¹⁵⁴³ Mangels einer explizit normierten Versuchsstrafbarkeit bleibt im umgekehrten Fall des tatsächlich bestehenden Einverständnisses, von dem der Täter allerdings keine Kenntnis hat, dessen Verhalten ebenfalls straflos. Mit Blick auf die „schwerwiegende“ Beeinträchtigung ist eine Fehlvorstellung des Täters, vergleichbar der Bewertung einer Fehlvorstellung über die „Verwerflichkeit“ bei § 240 Abs.2, als unbeachtlicher Subsumtionsirrtum einzuordnen.¹⁵⁴⁴ Wie bei normativen Tatbestandsmerkmalen üblich, genügt im Übrigen für bedingt vorsätzliches Handeln eine Parallelwertung in der Laiensphäre.¹⁵⁴⁵ Weiterhin muss sich der Tätersvorsatz auf den Ursachenzusammenhang zwischen seinen Handlungen und eingetretenem Erfolg beziehen.¹⁵⁴⁶

Soweit im Hinblick auf die innere Tatseite im erhöhten Maße Nachweisschwierigkeiten befürchtet werden,¹⁵⁴⁷ wird von Praktikerseite angeführt, dass diese von den Tatrichtern zu bewältigen seien.¹⁵⁴⁸ Die Feststellung innerer Tatsachen mag schwieriger sein als die äußerer Geschehensabläufe; sie ist dennoch in der strafrechtlichen Praxis ein alltäglicher Vorgang, bei dem auf äußere Indizien zurückgegriffen werden kann.¹⁵⁴⁹

3.) Rechtswidrigkeit

Nach vorstehenden Erläuterungen ist der Begriff „unbefugt“ als deklaratorischer Verweis auf das allgemeine Deliktsmerkmal der Rechtswidrigkeit zu verstehen. Ein bestehendes Einverständnis des Opfers findet nach hier vertretener Auffassung aufgrund der Deliktsstruktur des § 238 Abs.1 bereits im objektiven Tatbestand Berücksichtigung.

a) Im Hinblick auf hoheitliches Handeln kommt, soweit nicht bereits im Tatbestand berücksichtigt, eine Rechtfertigung aufgrund amtlicher Befugnisnormen in Betracht. Bezüglich Tätigkeiten von Presseorganen scheidet eine tätergünstige analoge Anwendung des Rechtfertigungsgrundes¹⁵⁵⁰ der

¹⁵⁴² Vgl. *Mosbacher*, NStZ 2007, S.669; *Mitsch*, Jura 2007, S.403ff.

¹⁵⁴³ Vgl. *Valerius BeckOK* §238 Rn.18, *ders.* JuS 2007, S.319, 322f.

¹⁵⁴⁴ So *Krüger*, S.184; zu §240 II NK-*Toepel*, §240 Rn.195 m.w.N.

¹⁵⁴⁵ So OLG Rostock, Beschluss vom 27.05.2009 - 2 Ss 96/09 I 40/09.

¹⁵⁴⁶ Vgl. *Gazeas*, JR 2007, S.503; *Krüger*, S.184; *Fischer*, §238 Rn.30, der zutreffend ausführt, dass hinsichtlich des Taterfolges aufgrund der normativen Komponente eine Parallelwertung in der Laiensphäre vorzunehmen sei.

¹⁵⁴⁷ Statt aller: *Löhr*, S.347ff. m.w.N.

¹⁵⁴⁸ Vgl. *Nack*, Stellungnahme, S.2; *ders.* Prot. öffentliche Anhörung (18.10.2006), S.34.

¹⁵⁴⁹ So BVerfG vom 07.10.2008 (2 BvR 578/07).

¹⁵⁵⁰ Vgl. BVerfGE 12, 125; BGHSt 18, 182; *Lackner/Kühl*, §193, Rn.1; *S/S-Lenckner*, §193 Rn.1 m.w.N.

Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193) an den notwendigen Voraussetzungen.¹⁵⁵¹ Zum einen wird mit guter Begründung die Analogiefähigkeit der Vorschrift grundsätzlich abgelehnt.¹⁵⁵² Zum anderen hat sich der Gesetzgeber, abweichend von § 1 Abs.2 GewSchG, bewusst gegen die Aufnahme eines Rechtfertigungsgrundes der Wahrnehmung berechtigter Interessen entschieden.¹⁵⁵³ Weiterhin erfolgt nach hier vertretener Auffassung die dadurch intendierte Abwägung geschützter Interessenkreise, insbesondere der Pressefreiheit aus Art. 5 Abs.1 S.2 GG, bei § 238 Abs.1 im Rahmen des Tatbestandsmerkmals „schwerwiegend“, sodass es aus zweierlei Gründen an der für einen Analogieschluss erforderlichen unplanmäßigen Regelungslücke fehlt.¹⁵⁵⁴ Alternativ bzw. ergänzend wäre bei investigativem Journalismus noch an einen „Restanwendungsbereich“ des rechtfertigenden Notstandsparagrafen (§ 34) zu denken, bspw. wenn das Informationsinteresse der Allgemeinheit, etwa bei gravierenden Rechtsverstößen des Nachstellungsbetroffenen, dessen geschützte Freiheits- und Persönlichkeitsinteressen (Recht auf Privatleben und informationelle Selbstbestimmung) überwiegt.¹⁵⁵⁵ Daran anknüpfend können im Einzelfall auch die allgemeinen Rechtfertigungsgründe (bspw. §§ 32, 34) zum Tragen kommen, wobei diese im Falle des § 238 Abs.1 aufgrund der Deliktstypik – um es mit den Worten *Krügers* zu beschreiben – wohl eher ein „Schattendasein“ führen werden.¹⁵⁵⁶

b) Im umgekehrten Fall der Rechtfertigung stalkingabwehrenden Verhaltens¹⁵⁵⁷ wurde mit Blick auf den Notwehrparagrafen (§ 32) im Schrifttum allerdings die Frage aufgeworfen, ob jeder Einzelakt, der sich erst im Kontext ganz anderer Verhaltensweisen (über „beharrlich“) unter § 238 Abs.1 subsumieren lässt, einen notwehrfähigen Angriff darstellt.¹⁵⁵⁸ Dies würde eine Charakterisierung des § 238 als Dauerdelikt voraussetzen, wobei eine solche Einordnung gerade mit dem Argument abgelehnt wurde, dass dies unter Berücksichtigung der Notwehrmöglichkeit nach § 32 zu dem absurden Ergebnis eines „Freibriefes zur Selbstjustiz“ führen würde.¹⁵⁵⁹ Wie bei der strukturell vergleichbaren Tathandlung des § 99 (Agententätigkeit) ist auch bei § 238 Abs.1 von einer tatbestandlichen Handlungseinheit in Form sukzessiver bzw. iterativer Tatbestandsverwirklichung auszugehen. Erforderlich ist demnach, dass der Stalker eine der Tatvarianten gegenwärtig und rechtswidrig verwirklicht.¹⁵⁶⁰ Unabhängig von dieser dogmatischen Behandlung gilt es nach

¹⁵⁵¹ *Fischer*, §238 Rn.27; *Gazeas*, KJ 2006, S.256.

¹⁵⁵² Vgl. OLG Düsseldorf NJW 2006, S.630ff. m.w.N.; *Fischer*, §193 Rn.4; *Lackner/Kühl*, §193 Rn.2.

¹⁵⁵³ Vgl. BT-Drs. 16/1030 S.7; *SK-Wolters*, §238 Rn.17 m.w.N.

¹⁵⁵⁴ Zu den allgemeinen Analogievoraussetzungen vgl. *Eisele* BT1 §1 Rn.21. m.w.N.

¹⁵⁵⁵ Vgl. *SK-Wolters*, §238 Rn.17 m.w.N.

¹⁵⁵⁶ *Krüger*, S.190, 186f.; ferner *Buß*, S.245f.

¹⁵⁵⁷ Ausführlich zu diesem Problemkreis: *Buß*, S.246ff.

¹⁵⁵⁸ Vgl. *Rackow*, GA 2008, S.565.

¹⁵⁵⁹ Vgl. *Gazeas*, JR 2007, S.504; bereits oben: D.III.1.c.

¹⁵⁶⁰ Vgl. *Buß*, S.247.

allgemeiner Notwehrdogmatik zu beachten, dass auch die Verteidigungshandlung nicht gänzlich frei von Verhältnismäßigkeitsabwägungen ist, sondern über das Merkmal der „Gebotenheit“ ebenfalls normative Korrekturen, bspw. bei unerträglichem Missverhältnis zwischen den betroffenen Rechtsgütern, vorgenommen werden.¹⁵⁶¹ In Abgrenzung hierzu stellen bloße Belästigungen bzw. geringfügigen Behelligungen solange keinen notwehrfähigen Angriff dar, bis sie die Erheblichkeitsschwelle des § 240 Abs.2 überschreiten und damit eine (potentiell) hinreichende Beeinträchtigung der allgemeinen Handlungsfreiheit darstellen.¹⁵⁶² Insofern ist auch im Rahmen der §§ 32, 238 Abs.1 zu verlangen, dass das beharrliche Täterverhalten zumindest eine unmittelbare Gefahr für das geschützte Rechtsgut der Handlungs- bzw. Entschließungsfreiheit begründet.

4.) Schuld

Hinsichtlich der (verminderten) Schuld- bzw. Schuldunfähigkeit des Stalkers ist zunächst auf die Ausführungen unter „B. Untersuchungsgegenstand“ zu verweisen.¹⁵⁶³ Gemäß den §§ 20, 21 handelt es sich ohne Schuld bzw. im Zustand verminderter Schuldfähigkeit, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder wegen Schwachsinn oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig bzw. erheblich vermindert fähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln. Wissenschaftliche Untersuchungen kamen in Bezug auf Stalking zu dem Ergebnis, dass dieses Phänomen in psychologischer Hinsicht insbesondere Auswuchs bzw. Ausdruck einer Persönlichkeitsstörung sein kann, welche in schwerwiegender Form dem tatbestandlichen Eingangmerkmal der „schwere andere seelische Abartigkeit“ unterfallen können.¹⁵⁶⁴ In einer jüngeren Entscheidung hat der BGH indes klargestellt, dass die bloße Feststellung des Vorliegens einer psychischen Störung in Form des sog. „Stalking“ für sich nicht ausreicht, um eine verminderte Schuldfähigkeit bzw. Schuldunfähigkeit i.S.d. §§ 20, 21 StGB annehmen zu können.¹⁵⁶⁵ Erforderlich sei eine konkretisierende Darlegung, in welcher Weise sich diese Störung auf die Steuerungsfähigkeit des Beschuldigten auswirkt, wobei deren vollständige Aufhebung nach Auffassung des BGH bei Persönlichkeitsstörungen generell eine seltene Ausnahme darstellt.¹⁵⁶⁶ Entsprechend kommt Stalkingverhalten im Regelfall auch keine forensisch-psychiatrischen Konsequenzen im Sinne einer Schuldminderung zu.¹⁵⁶⁷ Sollte das Vorliegen eines der

¹⁵⁶¹ Fischer, §32 Rn.36,39 spricht insofern von „im Einzelfall sozial-ethisch begründeten Einschränkungen“.

¹⁵⁶² Vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1994, S.1232; Fischer, §32 Rn.7.

¹⁵⁶³ Vgl. ferner *Dressing/Maul-Backer/Gass*, NStZ 2007, S.253ff.

¹⁵⁶⁴ Vgl. *Dressing/Kühner/Gass* FPR 2006, S.178ff.; *Krüger*, S.193; *Buß*, S.161f. m.w.N.; *Roxin* AT 1 §20 Rn.24ff.

¹⁵⁶⁵ BGH NStZ-RR 2005, S.331 (2 StR 71/04).

¹⁵⁶⁶ Vgl. BGH NStZ-RR 2005, S.331; *Mosbacher*, NStZ 2007, S.669.

¹⁵⁶⁷ Vgl. die Aufstellung von *Nack*, Stellungnahme, S.4ff.

tatbestandlichen Eingangsmerkmale (sog. biologisch-psychologische Komponente) bejaht werden können, ist in einem zweiten Schritt deren Auswirkung auf die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit (sog. psychologisch-normative Komponente) des Täters zu prüfen.¹⁵⁶⁸ Liegen - im Ausnahmefall - schwerwiegende psychopathologische Auffälligkeiten, die schuld mindernd wirken und in Ursachenzusammenhang mit dem Stalkingverhalten stehen, tatsächlich vor, kann infolgedessen eine zwangsweise Unterbringung in einer forensisch-psychiatrischen Maßregelvollzugsklinik gemäß § 63 StGB angezeigt sein.¹⁵⁶⁹

Fazit: In den seltensten Fällen wird eine vollständige Aufhebung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit zu beobachten sein.¹⁵⁷⁰ Im Falle einer verminderten Schuldfähigkeit kann nach §§ 20, 49 Abs.1 die Strafe gemildert werden, wobei an eine Ablehnung der Milderung prinzipiell strenge Anforderungen gestellt werden.¹⁵⁷¹ Allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass von einer Strafmilderung in Fällen der Nachstellung eine falsche Signalwirkung auf den Täter ausgehen kann, welcher sich unter Umständen in seinem Verhalten bestärkt fühlt und zur künftigen Wiederholung bzw. Fortsetzung animiert sieht.

5.) Qualifikationstatbestände (§ 238 Abs.2 und Abs.3)

Der Strafraum erhöht sich auf drei Monate bis fünf Jahre, wenn der Täter das Opfer, einen Angehörigen des Opfers oder eine andere dem Opfer nahestehende Person durch die Tat in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt (§ 238 Abs.2) oder auf ein Jahr bis zehn Jahren, wenn der Täter durch die Tat den Tod des Opfers, eines Angehörigen des Opfers oder einer anderen dem Opfer nahe stehenden Person verursacht (§ 238 Abs.3).

a) Taugliche Tatsubjekte sind das Opfer selbst, im nahestehende Personen¹⁵⁷² und Angehörige. Der Angehörigenbegriff wird in § 11 Abs.1 Nr.1 legaldefiniert.¹⁵⁷³ Die Einbeziehung Dritter erschien dem Gesetzgeber mit Blick auf die Typik des Stalkings geboten, da der Täter vor Pressionen gegenüber dem sozialen Umfeld des Opfers nicht zurückschrecke und nahestehende Drittpersonen typischerweise von zahlreichen Stalkinghandlungen häufig unmittelbar mitbetroffen seien.¹⁵⁷⁴ Dieser Ausdehnung des Schutzbereiches auf Dritte wird mit Kritik begegnet, da zu jenen das den

¹⁵⁶⁸ Vgl. *Kühl*, AT §11, Rn.1ff.; *Krüger*, S.192; BGH (2 StR 71/04) aaO.

¹⁵⁶⁹ Vgl. *Mosbacher* NStZ 2007, S.669 unter Verweis auf *Dressing/Maul-Backer/Gass* NStZ 2007, S.253.

¹⁵⁷⁰ Vgl. *Janovsky*, Stellungnahme S.2.

¹⁵⁷¹ Vgl. *S/S-Lenckner/Perron*, §21 Rn.14 m.w.N.

¹⁵⁷² Zum umfassten Personenkreis vgl. §35 und bereits oben .

¹⁵⁷³ *Krüger*, S.201f. will ein formales Angehörigenverhältnis nicht genügen lassen.

¹⁵⁷⁴ Vgl. BT-Drs. 16/3641, S.14.

spezifischen Unrechtsgehalt der Tat nach Absatz 1 ausgemachte Verhältnis gerade nicht bestehe, diese letztlich typischerweise nur mittelbar betroffen seien.¹⁵⁷⁵ Fraglich ist jedenfalls, ob die betroffenen Drittpersonen selbst Opfer der Tat nach Absatz 1 gewesen sein müssen. Teilweise wird verlangt, die Drittperson müsse zumindest unmittelbar durch das Grunddelikt selbst tangiert worden sein.¹⁵⁷⁶ Genau besehen handelt es sich um die Frage nach Kausalität bzw. Zurechnungszusammenhang zwischen schwerer Folge und Tatbegehung, da ausweislich der Gesetzesformulierung „Opfer“ der Tat nur der Betroffene nach Absatz 1 sein kann.

b) Beide Absätze verlangen, dass der weitergehende Erfolg „durch die Tat“ herbeigeführt bzw. verursacht worden sein muss. Wie schon bei anderen Delikten wird auch bei § 238 Abs. 2 und 3 im Hinblick auf die Struktur des Nachstellungstatbestandes die Frage aufgeworfen, was „durch die Tat“ genau bedeuten kann.¹⁵⁷⁷

aa) Teilweise wird angenommen, es sei irrelevant, ob sich die Gefahr der Nachstellungshandlung oder des Nachstellungserfolges realisiert hat.¹⁵⁷⁸ Zur Begründung wird unter Bezugnahme auf den Wortlaut angeführt, dass nicht nur der Taterfolg der Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, sondern auch die Nachstellungshandlung selbst erfasst sein sollen.¹⁵⁷⁹ Anderweitig wird formuliert, die aufgeworfene Frage ließe sich nicht pauschal beantworten, da den verschiedenen Tathandlungen je nach Lage der Dinge entsprechende Gefährlichkeit innewohnen kann, aber nicht zwingend muss.¹⁵⁸⁰

bb) Insbesondere *Krüger* verlangt hingegen einen erfolgsspezifischen Zusammenhang.¹⁵⁸¹ Der Wortlaut „durch die Tat“ verlange - in Anknüpfung an § 11 Abs.1 Nr.5 - grundsätzlich die vollständige Verwirklichung des Grundtatbestandes nach § 238 Abs.1, d.h. unter Einschuss des Taterfolges der schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung.¹⁵⁸² Ähnlich wird konstatiert, dass der Versuch Schwierigkeiten bereiten wird, einen deliktsspezifischen Gefährlichkeitszusammenhang an einem Bündel ggf. sehr heterogener und in zeitlicher Hinsicht verstreuter (Einzel-)handlungen anzuknüpfen.¹⁵⁸³

¹⁵⁷⁵ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.36; *Krüger*, S.201.

¹⁵⁷⁶ So auch *Krüger*, S.206; *Rengier*, BT 2, §26a Rn.15.

¹⁵⁷⁷ Vgl. *Rackow*, GA 2008, S.566; *Eiden*, ZIS 2008, S.127.

¹⁵⁷⁸ Vgl. *SK-Wolters*, §238 Rn.20; wohl auch *Valerius BeckOK* §238 Rn.22; *Mosbacher*, NStZ 2007, S.669.

¹⁵⁷⁹ Vgl. *Kinzig/Zander*, JA 2007, S.485; *Fischer*, §238 Rn.37a.

¹⁵⁸⁰ So *Eiden*, ZIS 2008, S.127 Fn.50.

¹⁵⁸¹ Vgl. *Krüger*, S.205f.

¹⁵⁸² Ebenso *Gazeas*, JR 2007, S.504; *Mitsch*, NJW 2007, S.1241.

¹⁵⁸³ Vgl. *Rackow*, GA 2008, S.566.

cc) *Stellungnahme*: Vom Wortlaut der Norm ausgehend ist Voraussetzung die Verwirklichung des Grundtatbestandes nach Absatz 1, sodass in negativer Abgrenzung als Folge von einmaligen bzw. nicht beharrlichen Nachstellungshandlungen hervorgerufene Gefährdungserfolge jedenfalls nicht tatbestandsmäßig sein können.¹⁵⁸⁴ Im Übrigen muss sich eine im Grunddelikt typischerweise angelegte Gefahr in der schweren Folge im Sinne einer „besonderen Affinitätsbeziehung“ realisiert haben (sog. „tatbestandsspezifischen Gefahr- oder Unmittelbarkeitszusammenhang“).¹⁵⁸⁵ Dabei ist von Relevanz, ob die den besonderen Unrechtsgehalt (erfolgs-)qualifizierter Delikte prägende eigentümliche Gefahr dem Taterfolg oder bereits der Tathandlung anhaftet bzw. aus diesen hervorgeht.¹⁵⁸⁶ Unabhängig hiervon lässt sich aufgrund des „doppelten Erfolgserfordernisses“ (einerseits Grundtatbestand, andererseits schwere Folge) jedenfalls die schwere Folge nicht gleichzeitig als Taterfolg des Grunddeliktes einordnen, was den Anwendungsbereich der beiden Absätze generell stark einschränken dürfte.¹⁵⁸⁷

Für ein Ausreichenlassen der Nachstellungshandlung könnte in systematischer Hinsicht auf § 227 verwiesen werden, bei dem die Rechtsprechung und Teile der Literatur bereits auf den vorsätzlichen Tätigkeitsakt bzw. die Verletzungshandlung und nicht (nur) auf den Verletzungserfolg abstellen, wobei mangels Unmittelbarkeit eine Strafbarkeit nicht in Betracht kommt, wenn erst das Verhalten des Opfers oder eines Dritten den Tod herbeiführt.¹⁵⁸⁸ Dass die Anforderungen an das Unmittelbarkeitskriterium hinsichtlich des Eigenverhaltens des Opfers trotz restriktiver Auslegung nicht überspannt werden dürfen, hat der BGH jüngst klargestellt.¹⁵⁸⁹ Ähnlich wie eine Raubhandlung (§ 251) oder eine Vergewaltigungshandlung (§ 178) könne auch der Körperverletzungshandlung die für eine tödliche Folge eigentümliche Gefahr anhaften, insbesondere wenn der Täter das Opfer mit einer Waffe oder an gefährlicher Stelle angreift.¹⁵⁹⁰ Ferner lässt sich auch das von Gesetzgeberseite angeführte Leitbeispiel des Opfersuizid in diesen Kontext einordnen, da diese eigentümliche Gefahr regelmäßig auch und gerade den permanenten Kontaktierungs- und insbesondere Annäherungshandlungen nach § 238 Abs.1 Nr.1 anhaftet¹⁵⁹¹, zumal die Absätze 2 und 3 dem Bundesratsentwurf entnommen sind, der ein Eignungs- und kein Erfolgsdelikt vorsah.¹⁵⁹² Auch im Rahmen des § 250 Abs.2 Nr.3b wird „durch die Tat“ von der h.M. dahingehend

¹⁵⁸⁴ Zutreffend: SK-Wolters, §238 Rn.20

¹⁵⁸⁵ Vgl. Lackner/Kühl, §18 Rn.4; MüKo-Sander, §250 Rn.52; Buß, S.249.

¹⁵⁸⁶ So zu §227 S/S-Stree, Rn.5.

¹⁵⁸⁷ Vgl. Rackow, GA 2008, S.566f. Fn.110 m.w.N.; Krüger, S.204; kritisch im Hinblick auf den verbleibenden schmalen Anwendungsbereich der Deeskalationshaft (§112a StPO) Buß, S.249f.

¹⁵⁸⁸ Vgl. BGHSt 14, 110; 31, 96; LG Kleve NStZ-RR 2003, S.235; Übersicht bei Lackner/Kühl, §227 Rn.2.

¹⁵⁸⁹ Vgl. BGH NJW 2003, S.150 („Gubener Hetzjagd“) in Abänderung zu BGH NJW 1971, S.152 („Fall Rötzel“)

¹⁵⁹⁰ S/S-Stree, §227 Rn.5 m.w.N.

¹⁵⁹¹ So auch Krüger, S.204, der allerdings aufgrund des Wortlautes an den Taterfolg des Grunddeliktes anknüpfen will.

¹⁵⁹² Vgl. BT-Drs. 16/1030, S.5; kritisch: Krüger, S.203.

interpretiert, dass die konkrete Gefahr durch den Einsatz von Raubmittel oder die Wegnahme verursacht und auf deren typische Gefährlichkeit zurückzuführen sein muss.¹⁵⁹³

Andererseits geht der Gesetzgeber offensichtlich davon aus, dass Anknüpfungspunkt die Verwirklichung des Grundtatbestandes, d.h. Nachstellungshandlung und Taterfolg, ist.¹⁵⁹⁴ Gegen eine Anknüpfung an die bloße Nachstellungshandlung könnte weiterhin § 11 Abs.1 Nr.5 angeführt werden, nach dem „rechtswidrige Tat“ nur eine solche ist, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, mithin dies u.a. objektiv tatbestandsmäßiges Verhalten erfordert.¹⁵⁹⁵ Ferner würde jedenfalls im Rahmen des Absatzes 2 eine an sich nicht vorhergesehene Versuchstrafbarkeit (erfolgsqualifizierter Versuch bei Straflosigkeit des Versuchs des Grunddelikts) begründet, da die Tat nicht Verbrechen im Sinne des § 12 Abs.1 ist.¹⁵⁹⁶ Letzteres ist der entscheidende Unterschied zu den §§ 250 Abs.2 Nr.3b, 227, bei denen eine Versuchstrafbarkeit des Grunddeliktes existiert, weshalb im Ergebnis zumindest bei § 238 Abs.2 eine vollständige Verwirklichung des Grundtatbestandes und damit eine Anknüpfung an den Taterfolg zu verlangen ist.¹⁵⁹⁷

c) Im Rahmen des Abs.2 muss die Verwirklichung des Grundtatbestandes zu einer Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung geführt haben. Die Tat ist Vergehen, der Versuch daher mangels expliziter gesetzlicher Anordnung nicht mit Strafe bedroht.¹⁵⁹⁸

aa) Die Rechtsnatur wird richtigerweise als Qualifikation in Form des konkreten Gefährdungsdeliktes gesehen.¹⁵⁹⁹ Aus systematischen Erwägungen ist eine Einordnung als Erfolgsqualifikation¹⁶⁰⁰ abzulehnen, da die identische Formulierung „durch die Tat.... in die Gefahr....“ wie in den §§ 177 Abs.4 Nr.2, 250 Abs.2 Nr.3b, 306b Abs.2 Nr.1 verwendet wurde und diesbezüglich einhellig von Gefährdungsdelikten ausgegangen wird.¹⁶⁰¹ Da bei Qualifikationen der Gesetzgeber den Grundtatbestand (hier: § 238 Abs.1) um spezielle Merkmale erweitert¹⁶⁰², muss

¹⁵⁹³ Vgl. *Lackner/Kühl*, §250 Rn.3 m.w.N; *S/S-Eser*, §250 Rn.23.

¹⁵⁹⁴ Vgl. BT-Drs. 16/3641, S.14: „Tat nach Absatz I“; *Rackow*, GA 2008, S.567.

¹⁵⁹⁵ Vgl. *Lackner/Kühl*, §11 Rn.18.

¹⁵⁹⁶ Vgl. *Rackow*, GA 2008, S.566, Fn.110.

¹⁵⁹⁷ So wohl auch *Buß*, S.249f.

¹⁵⁹⁸ Vgl. *Lackner/Kühl*, §238 Rn.10; *Nimtz*, Kriminalistik 2007, S.495.

¹⁵⁹⁹ Ganz h.M.: *Fischer*, §238 Rn. ; *Lackner/Kühl*, §238 Rn. ; *Gazeas*, JR 2007, S.504; *Kinzig*, JA 2007, S.485; *Krey/Heinrich*, BT 1 Rn.388g.

¹⁶⁰⁰ So ohne nähere Begründung *Valerius*, JuS 2007, S.323; *ders.* spricht allerdings in BeckOK, §238 Rn.20 ebenfalls von Qualifikation.

¹⁶⁰¹ Vgl. BGH NJW 1999, S.3132; BGHSt 46, 226ff; *S/S-Heine*, §206b Rn.23; *SK-Wolters/Horn*, §250 Rn.§306b Rn.10.

¹⁶⁰² Vgl. *Wessels/Beulke* AT Rn.109.

konsequenterweise im konkreten Fall der Täter (bedingt) vorsätzlich hinsichtlich der Herbeiführung des Gefährdungserfolges handeln.¹⁶⁰³

bb) Das Tatbestandsmerkmal der „schweren Gesundheitsschädigung“ findet sich bereits in anderen Vorschriften des StGB, wie bspw. §§ 113 Abs.2 Nr.2, 221 Abs.1 Nr.2, 306b Abs.1. Zur Begriffsbestimmung kann nach Auffassung des Gesetzgebers auf die diesbezügliche Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen werden.¹⁶⁰⁴ Eine schwere Gesundheitsschädigung setzt demnach nicht den Grad einer schweren Körperverletzung nach § 226 Abs.1 Ziffer 1 bis 3 voraus, sondern liegt bereits bei ernstlichen, einschneidenden oder nachhaltigen Beeinträchtigungen der Gesundheit wie langwierigen Krankheiten oder ernsthaften Störung der Körperfunktionen, aber auch bei erheblichen Beeinträchtigungen der Arbeitskraft vor.¹⁶⁰⁵ Diese Voraussetzungen sind jedenfalls dann zu bejahen, wenn intensivmedizinische Maßnahmen oder umfangreiche und langwierige Rehabilitationsmaßnahmen zur Wiederherstellung der Gesundheit und/oder zur sonstigen Beseitigung der Tatfolgen notwendig sind.¹⁶⁰⁶ Als mögliche Qualifikationsfälle werden im Rahmen des § 238 Abs.2 Panikreaktionen, schwere Depressionen, sowie suizidale oder sonstige selbstzerstörerische Handlungen (bspw. Tabletten- Alkohol- oder Drogensucht) angeführt.¹⁶⁰⁷

cc) Verlangt wird keine Verletzung, sondern eine konkrete Gefährdung der Rechtsgüter Leben und Gesundheit. Eine konkrete Gefahrenlage setzt einen Zustand voraus, bei dem die nicht fernliegende Möglichkeit der Verletzung eines konkreten Objekts besteht.¹⁶⁰⁸ Auf § 238 Abs.2 bezogen muss demnach eine auf Tatsachen begründete Wahrscheinlichkeit der Schädigung in Form des Todes oder schweren Gesundheitsschädigung gegeben und dieser Schadenseintritt wahrscheinlicher gewesen sein, als dessen Ausbleiben.¹⁶⁰⁹

d) Bei Abs.3 handelt es sich um eine Erfolgsqualifikation, weshalb der Täter in Bezug auf die schwere Folge in Form des Todes wenigstens fahrlässig (§ 18) handeln muss.¹⁶¹⁰ Aufgrund des vorgegeben Strafrahmens ist gemäß §§ 23 Abs.1, 12 Abs.1 bereits der Versuch mit Strafe bedroht,

¹⁶⁰³ Vgl. *Krey/Heinrich*, BT 1 Rn.388g; *Fischer*, §238 Rn.35; *Valerius*, BeckOK §238 Rn.20 m.w.N.

¹⁶⁰⁴ Vgl. BT-Drs. 16/3641, S.14.

¹⁶⁰⁵ Vgl. BT-Drs. 13/8587, S.28; *Lackner/Kühl*, §250 Rn.3; *Nimtz*, Kriminalistik 2007, S.495.

¹⁶⁰⁶ Vgl. BGH NStZ-RR 2007, S.304; *Schroth*, NJW 1998, S.2685.

¹⁶⁰⁷ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.35; *Mosbacher* NStZ 2007, S.669 unter Bezugnahme auf BGH NStZ 2000, S.25; *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.11 wollen weitergehend auch psychisch Unversehrtheit erfasst wissen.

¹⁶⁰⁸ Vgl. RGSt 30, 179; *S/S-Cramer*, Vor. §§306ff. Rn.5; *Nimtz*, Kriminalistik 2007, S.495.

¹⁶⁰⁹ Vgl. *Fölsch*, SchlHA 2008, S.303.

¹⁶¹⁰ Kritisch: *Krey/Heinrich*, BT 1 Rn.388g, die „erstaunlicherweise“ feststellen, dass anders als bei Raub oder Vergewaltigung mit Todesfolge keine Leichtfertigkeit verlangt wird.

da die Tat Verbrechen ist.¹⁶¹¹ Teilweise wird angenommen, mit dem im Vergleich zu anderen Todeserfolgsqualifikationen niedere Strafraumen bringe der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass entsprechende Fälle nur selten auftreten bzw. schwer nachzuweisen seien.¹⁶¹² Anderweitig wird hierin eine mögliche Begründung für die fehlende sachliche Zuständigkeit der Schwurgerichtskammer (§ 74 Abs.2 GVG) erblickt.¹⁶¹³ Exemplarisch werden unfreier Suizid des Opfers und Todeseintritt aufgrund panischer Flucht wegen Nachstellung angeführt,¹⁶¹⁴ wobei freilich aufgrund des Eigenverantwortlichkeitskriteriums diesbezügliche Kausalitätsschwierigkeiten prognostiziert werden.¹⁶¹⁵ Zum Teil wird der Absatz wegen Verstoßes gegen die Straflosigkeit des Suizids bzw. die Teilnahme oder Beihilfe dazu gänzlich abgelehnt.¹⁶¹⁶ Diese Kritik greift nicht durch, soweit sich die Verursachung eines unfreien Suizid nachweisen lässt, bei dem der Suizident eine mit wesentlichen Willensmängeln behaftete Entscheidung getroffen hat.¹⁶¹⁷

aa) Zwischen Grunddelikt und schwerer Folge muss ein spezifischer Ursachenzusammenhang bestehen, der in der Regel zu bejahen sein wird, wenn der Tod unmittelbare Folge gerade der durch die Tathandlung verursachten schwerwiegenden Beeinträchtigung ist.¹⁶¹⁸ Nach Willen des Gesetzgebers kommen im Falle des § 238 Abs.3 Sachverhalte, in denen das Opfer durch den Täter in den Selbstmord getrieben wird ebenso in Betracht, wie ein Ableben bei nachstellungsbedingten Fluchtversuchen.¹⁶¹⁹ Der spezifische Zusammenhang entfällt bei eigenverantwortlichem, d.h. nicht vom Täter erzwungenem, Opferverhalten,¹⁶²⁰ dessen Vorliegen nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen ist.¹⁶²¹ Eine objektive Zurechenbarkeit der Selbsttötung ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn sich das Opfer aufgrund der Nachstellung in einer psychischen Lage befunden hat, in der eine eigenverantwortliche bzw. freie Willenbildung ausgeschlossen war.¹⁶²² Wie bereits oben erläutert, muss sich in der schweren Folge eine der Verwirklichung des Taterfolg des Grunddeliktes anhaftende eigentümliche Gefahr realisiert haben.¹⁶²³

¹⁶¹¹ Vgl. *Buß*, S.250, der den Strafraumen nicht im Einklang mit der Systematik sieht; *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.11, die zutreffend darauf hinweisen, dass im Wege der Gesetzeskonkurrenz dieser Versuch hinter den zugleich mitverwirklichten §§ 212, 23, 22 zurücktritt.

¹⁶¹² Vgl. *Kinzig*, JA 2007, S.485, gebilligt von *SK-Wolters*, §238 Rn.20.

¹⁶¹³ So *Mitsch*, NJW 2007, S.1241.

¹⁶¹⁴ Vgl. *Krey/Heinrich*, BT 1 Rn.388g m.w.N.

¹⁶¹⁵ Vgl. *Rengier*, BT II §26a Rn.14 ferner unter bb).

¹⁶¹⁶ Vgl. *Freudenberg*, Prot. öffentliche Anhörung (18.10.2006), S.2.

¹⁶¹⁷ *Rackow*, GA 2008, S.567 unter Verweis auf *Wessels/Beulke*, AT Rn.189.

¹⁶¹⁸ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.37a.

¹⁶¹⁹ Vgl. BT-Drs. 16/3641, S.14.

¹⁶²⁰ Vgl. *Eisele*, BT 1 §22 Rn.506; *Lackner/Kühl*, §238 Rn.11; *Gazeas*, JR 2007, S.504.

¹⁶²¹ Vgl etwa zum Fall des Suizides: *S/S-Lenckner/Perron*, §178 Rn.2; *Lackner/Kühl*, §239 Rn.6.

¹⁶²² Vgl. *Buß*, S.252; *Neubacher/Seher*, JZ 2007, S.1035 mit Hinweis auf die hohe Hürde der diesbezüglichen Nachweisbarkeit.

¹⁶²³ So auch *Mitsch*, Jura 2007, S.407.

bb) Wie bei §§ 221 Abs.2, Abs.3 und 235 Abs.5 stellt sich die Frage, ob der erfolgsqualifizierte Versuch strafbar ist, obwohl für das Grunddelikt keine Versuchstrafbarkeit angeordnet ist.¹⁶²⁴

(1) Nach einer Auffassung soll eine versuchte Nachstellung mit Todesfolge *sub specie* § 238 Abs.3 mangels Versuchsstrafbarkeit beim Grunddelikt straflos verbleiben.¹⁶²⁵ Andernfalls hätte der Erfolgseintritt, wie von § 18 gefordert, keine strafehöhende, sondern strafbegründende Wirkung.¹⁶²⁶ Weiterhin spräche das Übermaßverbot gegen eine Strafbarkeit, da der Versuch der Nachstellung schon sehr früh beginne und es infolgedessen zu einem Strafrahmensprung käme, der sich einer Rückführbarkeit auf den Unrechtsgehalt der Tat entziehe.

(2) Die Gegenauffassung¹⁶²⁷ geht von einer Strafbarkeit des erfolgsqualifizierten Versuches aus. Eine Straflosigkeit leuchte nicht ein, weil dadurch gerade besonders intensive Stalking-Akte, die das Opfer vor Erreichen der Beharrlichkeitsgrenze töten, zur bloßen fahrlässigen Tötung herabgestuft werden. Wird das Grunddelikt nur versucht, der Täter erfüllt jedoch fahrlässig die schwere Folge, so könne er nach § 238 Abs.3 bestraft werden.

(3) *Stellungnahme:* Eine Versuchstrafbarkeit ist, entsprechend der Handhabung bei §§ 221 Abs.2, Abs.3 und 235 Abs.5¹⁶²⁸, auch im Falle des § 238 Abs.3 nicht angezeigt. Der qualifizierenden Folge kann immer nur strafehöhende Bedeutung zukommen, weshalb bei unterstellter Versuchsstrafbarkeit dem Versuch der Erfolgsqualifikation in dieser Konstellation systemwidrig eine strafbegründende Wirkung zukäme,¹⁶²⁹ was in der weiteren Folge mit dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot nur schwerlich in Einklang zu bringen wäre.¹⁶³⁰

6.) Konkurrenzen

Die Konkurrenzen wurde bereits z.T. bei § 238 Abs.1 Nr.4 erörtert, auf dessen Abhandlung in diesem Zusammenhang nochmals verwiesen wird. Verwirklicht der Täter beharrlich mehrere Tatbestandsalternativen, liegt nach hier vertretener Auffassung eine Tat des Nachstellens (Tathandlung) vor.¹⁶³¹ Im Übrigen steht § 238 mit zugleich verwirklichten Taten nach §§ 223, 229,

¹⁶²⁴ Vgl. Eisele, BT 1 §22 Rn.506; Mitsch, Jura 2007, S.406f.

¹⁶²⁵ Gazeas, JR 2007, S.505; Lackner/Kühl, §238 Rn.11; Fischer, §238 Rn.37; NK/GS-Rössner/Krupna, §238 Rn.12.

¹⁶²⁶ Vgl. Krey/Heinrich, BT 1 Rn.388g.

¹⁶²⁷ Vgl. Mitsch, NJW 2007, S.1241; ders. Jura 2007, S.407; Nimtz, Kriminalistik 2007, S.496.

¹⁶²⁸ Vgl. S/S-Eser, §235 Rn.25; Lackner/Kühl, §221 Rn.7; Gropp, AT §9 Rn.49c.

¹⁶²⁹ Vgl. zur allgemeinen Diskussion auch Lackner/Kühl, §18 Rn.11, ders. in JuS 1981, S.196 m.w.N.

¹⁶³⁰ Buß, S.251 sieht darin ein Verstoß gegen das Übermaßverbot begründet.

¹⁶³¹ Ebenso: Valerius BeckOK §238 Rn.24; NK/GS-Rössner/Krupna, §238 Rn.13 mit zutreffender Erläuterung.

239, 240, 303 regelmäßig in Tateinheit.¹⁶³² Andernfalls kann dem Schuldspruch nicht entnommen werden, ob einzelne Tathandlungen für sich allein die Strafbarkeitsschwelle überschritten haben oder nicht (Klarstellungsfunktion).¹⁶³³ Tatmehrheit kommt im Falle mehrerer einzelner im Kontext mit Nachstellung begangener Straftaten in Betracht, soweit zeitliche, räumliche und subjektive Eigenständigkeit des jeweiligen Teilaktgeschehens besteht.¹⁶³⁴

Eine Verklammerungswirkung kommt in diesem Zusammenhang aufgrund der Deliktstypik des § 238 nicht in Betracht, weil der zeitlich gestreckte Ablauf bis zur Erfüllung der „Beharrlichkeit“ nicht als Dauerdelikt zu werten ist, sondern es sich vielmehr um eine sukzessive Tatbestandserfüllung handelt.¹⁶³⁵

7.) Verfahrensrechtliche bzw. strafprozessuale Besonderheiten

a) In § 238 Abs.4 wurde ein relatives Antragserfordernis dergestalt normiert, dass das Grunddelikt nach Abs.1 nur auf Antrag (vgl. §§ 158 StPO, 77 Abs.1) bzw. bei Bejahung des öffentlichen Interesses von den Strafverfolgungsbehörden verfolgt wird.¹⁶³⁶ Ziel dieser Ausgestaltung ist es, einerseits die Strafverfolgung in die Hände des Opfers zu legen und andererseits, in Fällen, in denen das Opfer vom Täter beeinflusst wird, gleichwohl die Möglichkeit zur Durchführung eines Ermittlungsverfahrens erhalten.¹⁶³⁷

b) Das Antragserfordernis selber ist nicht mit besonderen Einschränkungen des Opferschutzes verbunden.¹⁶³⁸ Anderes gilt jedoch, wenn die Staatsanwaltschaft nach § 376 StPO trotz fristgerecht gestelltem Strafantrag in den Fällen des Absatzes I von der Strafverfolgung mangels öffentlichem Interesses absieht und die betroffene Person mit der Einstellung nach § 170 Abs.2 StPO auf den Privatklageweg verweist (§ 374 Abs.1 Nr.5 StPO). Das Opfer muss demnach das Verfahren selbst betreiben und sieht sich der Gefahr einer Einstellung bzw. Freispruchs und dem damit einhergehendem Kostenrisiko ausgesetzt (vgl. § 471 Abs.2 StPO).¹⁶³⁹ Dem wird richtigerweise¹⁶⁴⁰ aufgrund der gesteckten Ziele des effizienteren Opferschutzes mit Kritik begegnet und eine

¹⁶³² So *Krey/Heinrich*, BT 1 Rn.388g.

¹⁶³³ Vgl. *Valerius Beck*OK §238 Rn.24 m.w.N.

¹⁶³⁴ Vgl. *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.13.

¹⁶³⁵ Vgl. *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.13.

¹⁶³⁶ Hierzu und zum Nachfolgenden ausführlich: *Büttner*, ZRP 2008, S.124 ff.

¹⁶³⁷ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.8; *Fischer*, §238 Rn.38; zustimmend: *Mitsch*, NJW 2007, S.1241.

¹⁶³⁸ Vgl. *Büttner*, ZRP 2008, S.127.

¹⁶³⁹ Vgl. hierzu *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.15; Dies mag auch Grund und Ursache dafür sein, dass rund 90% der auf den Privatklageweg Verwiesenen diese Möglichkeit ungenutzt lassen, vgl. *Pfeiffer*, KK zur StPO, Einl. 182.

¹⁶⁴⁰ AA. *Krüger*, S.198f.

Ausgestaltung als Officialdelikt für besser befunden, da über die Frage des öffentlichen Interesses - unnötigerweise - eine besondere Intensität der Rechtsgutverletzung zur Voraussetzung für die staatliche Strafverfolgung gemacht werde, was gerade im Hinblick auf die beschriebene Struktur der nach § 238 Abs.1 tatbestandlichen Verhaltensweisen inkonsequent erscheine.¹⁶⁴¹ Bei einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Lebensführung hat Stalking eine Intensität erreicht, die auch ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung begründen muss. Der Gesetzgeber hätte - durch eine entsprechende Regelung in der RiStBV - jedenfalls die Frage zu beantworten, welche zusätzlichen Anforderungen an eine bereits tatbestandliche Nachstellung noch zu stellen sind, damit ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht.¹⁶⁴² Für die Verletzung des Rechtsfriedens jenseits des Lebenskreises des Opfers und damit für ein öffentliches Interesse an der Verfolgung von Nachstellungen verbleiben lediglich die Fälle, deren Folgen über schwerwiegende, dem Opfer bereits nicht mehr zumutbare Beeinträchtigungen hinausgehen, ohne dass aber zugleich eine Strafbarkeit nach einer bestehenden Strafnorm begründet wird.¹⁶⁴³ Dieser offensichtlich sehr schmale Anwendungsbereich beraubt bei konsequenter Anwendung der gesetzlichen Vorgaben - und bei der nach der beschriebenen Intention des Gesetzgebers möglichst weiten Auslegung des öffentlichen Interesses - den neu geschaffenen § 238 Abs.1 seiner Funktion, was letztlich - spiegelbildlich der gesetzgeberischen Intention - einerseits zu Genugtuung bzw. Bestätigung bei den Tätern und andererseits zu Entmutigung und Vertrauensverlust in den staatlichen Schutz bei den Opfern führen dürfte.

c) Nach Klageerhebung besteht für die betroffene Person nach § 395 Abs.1 Nr.1 lit.e StPO die Möglichkeit als Nebenkläger aufzutreten.¹⁶⁴⁴ Dies wird begrüßt, da die durch die Straftat verletzte Person mit eigenen prozessualen Befugnissen – häufig auftretenden - Vorwürfe und Schuldzuweisungen des Angeklagten entgegentreten kann.¹⁶⁴⁵ Aktuell existieren in diesem Zusammenhang Bestrebungen des Bundesrates durch Ausweitung des § 397a Abs.1 StPO auf die Fälle des § 238 Abs.2 und Abs.3 den Schutz von Nachstellungsoffern (weiter) zu verbessern, da die Beiordnung eines Rechtsanwaltes für die Nebenklage nach bestehender Gesetzeslage regelmäßig nicht in Betracht kommt.¹⁶⁴⁶

¹⁶⁴¹ Vgl. *Büttner*, ZRP 2008, S.124 unter Verweis auf die Ermesseneinräumung der Staatsanwaltschaften und die Handhabung bei §218a II StGB.

¹⁶⁴² *Büttner*, ZRP 2008, S.125 unter Verweis auf einen entsprechenden Entschließungsantrag von BÜNDNIS '90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 16/3641, S.18.

¹⁶⁴³ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.38; *Valerius*, BeckOK §238 Rn.26 führt beispielhaft einschlägiges In-Erscheinung-treten und Nachstellungen bereits gegenüber anderen Personen an; *Krüger*, S.196ff.

¹⁶⁴⁴ Vgl. zur diesbezgl. Prozesskostenhilfe *Mosbacher*, NSTZ 2007, S.671.

¹⁶⁴⁵ Vgl. *Fölsch*, SchlHA 2008, S.304.

¹⁶⁴⁶ Vgl. BR-Drs. 245/08; *Valerius*, BeckOK §238 Rn.27.1; *Fölsch*, SchlHA 2008, S.304.

d) Besteht dringender Tatverdacht gegen den Beschuldigten, kann in den Fällen des §238 Abs.2 und Abs.3 gegen diesen gemäß § 112a Abs.1 Nr.1 StPO Untersuchungshaft in Form der vorbeugenden Anordnung von Sicherungshaft (sog. „Deeskalationshaft“) erfolgen, wenn die Gefahr besteht, dass er vor rechtskräftiger Aburteilung weitere erhebliche Straftaten gleicher Art begeht oder die Straftat fortsetzt.¹⁶⁴⁷ Als Beispielsfall wird angeführt, wenn das Opfer - was der Täter weiß oder womit er zumindest rechnet - kurz vor dem psychischen Zusammenbruch mit der Folge länger andauernder Arbeitsunfähigkeit steht und Wiederholungsgefahr zu befürworten ist.¹⁶⁴⁸ Dieser Regelung ist mit Kritik begegnet worden, deren Darstellung im Einzelnen den Rahmen dieser Arbeit jedoch sprengen würde.¹⁶⁴⁹ Im Sinne restriktiver Auslegung kommt dem Subsidiaritätsgedanke (§ 112a Abs.2 StPO) in diesem Zusammenhang jedenfalls eine gewichtige Bedeutung zu.¹⁶⁵⁰

IV. Verfassungsrechtliche und strafrechtsdogmatische Bewertung

Gesetze mit Eingriffscharakter, zu denen Strafgesetze unzweifelhaft zählen, müssen zumindest den verfassungsrechtlichen Anforderungen an legislative Akte genügen (vgl. Art.20 Abs.3 GG). Neben dem bereits im Rahmen der Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale thematisierten Erfordernis der hinreichenden Bestimmtheit eines Straftatbestandes, nehmen diesbezüglich das als Element des Rechtsstaatsprinzips¹⁶⁵¹ zu begreifende Übermaßverbot, die freiheitliche Grundordnung und die Grundrechtsbindung des Staates¹⁶⁵² eine hervorgehobene Stellung ein.¹⁶⁵³ Entsprechend misst das Bundesverfassungsgericht die Recht- und Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen in erster Linie am rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, welcher sich als übergreifende Leitregeln allen staatlichen Handelns zwingend aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebe und deshalb Verfassungsrang habe,¹⁶⁵⁴ wobei dieses Prinzip bei Strafnormen eine weitergehende Anwendung finden soll.¹⁶⁵⁵ Umstritten ist, ob der Gesetzgeber auch außerhalb des Grundgesetzes angesiedelten, vor allem aus der systemkritischen Rechtsgutslehre abgeleiteten, Vorgaben unterliegt.

¹⁶⁴⁷ Vgl. NK/GS-Rössner/Krupna, §238 Rn.15; Krüger, NJ 2008, S.150ff.

¹⁶⁴⁸ Vgl. Mosbacher, NStZ 2007, S.670, der „beharrliche“ Nachstellung als Indiz für Wiederholungsgefahr wertet.

¹⁶⁴⁹ Vgl. etwa Gazeas, KJ 2006, S.265; Neubacher, ZStW 118, 871; Kinzig/Zander, JA 2007, S.486.

¹⁶⁵⁰ Vgl. Mitsch, NJW 2007, S.1241.

¹⁶⁵¹ Das Rechtsstaatsprinzip wird aus einer Gesamtschau der Art. 20 III; 28 Abs.1 S.1; 23 Abs.1 S.1 GG hergeleitet, vgl. BVerfGE 2, 403; 23, 133; Stern, Staatsrecht I, §20 III, S.781f.

¹⁶⁵² Vgl. Art.1 III; Art. 2 I; Art. 20 I GG

¹⁶⁵³ So auch MüKo-Freund, Vor §§ 13ff. Rn.34.

¹⁶⁵⁴ BVerfGE 23, 133; 76, 256ff; 6, 201 f.; 17, 117f.; 17, 313f.

¹⁶⁵⁵ Vgl. BVerfGE 80, 185f.: „Die Prüfung, ob eine strafrechtliche Bewehrung verfassungsgemäß ist, hat sich also nach dieser Rechtsprechung nicht an einem engen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auszurichten; vielmehr ist dem Gesetzgeber insoweit ein nicht unerheblicher Spielraum eigenverantwortlicher Bewertung einzuräumen.“

1.) Verfassungsmäßigkeit des § 238 StGB

Als Grundrechtseingriffe bedürfen sowohl Tatbestand als auch Rechtsfolge einer Strafnorm, sowie die konkret ausgesprochene Strafe jeweils der verfassungsrechtlichen Legitimation.¹⁶⁵⁶ Zu prüfen ist nunmehr, ob § 238 StGB den rechtsstaatlichen und sonstigen Vorgaben des Grundgesetzes genügt. Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift wurden im Hinblick auf deren Bestimmtheit, auf mögliche Eingriffe in verfassungsrechtlich geschützte Grundrechte sowie auf die Verhältnismäßigkeit der Strafandrohung geltend gemacht.¹⁶⁵⁷ Von Seiten der Literatur wird allerdings angemerkt, dass der Erlass eines Strafgesetzes wohl nur in Extremfällen die Verfassung verletzen könne, wenn nämlich ein schützenswertes Interesse gänzlich fehlt, wenn der „Täter“ ausschließlich seine eigenen Interessen verletzt oder wenn ein ersichtlich milderes Mittel zum Schutz ausreicht.¹⁶⁵⁸

a) Bestimmtheitsgebot

Art.103 Abs.2 GG richtet an den Gesetzgeber das Gebot, die Strafbarkeit gesetzlich zu bestimmen.¹⁶⁵⁹ Grundsätzlich sind die einzelnen Merkmale von Tatbestand und Rechtsfolge so konkret zu umschreiben, dass ihr Sinn- und Bedeutungsgehalt für den Bürger erkennbar ist bzw. sich zumindest durch Auslegung ermitteln lässt.¹⁶⁶⁰ Bei der vorhergehenden Analyse einzelner Tatbestandsmerkmale des § 238 wurde deren hinreichende Bestimmtheit bzw. Auslegungsfähigkeit eingehend untersucht und befürwortet.¹⁶⁶¹ Fraglich ist nunmehr, ob aufgrund der Häufung unbestimmter Rechtsbegriffe die Norm in ihrer Gesamtheit als zu unbestimmt anzusehen ist.¹⁶⁶² Diesbezüglich wird angeführt, dass bei § 238 eine Häufung von unbestimmten Rechtsbegriffen verwendet werde, was im Ergebnis die Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen überschreiten dürfte, da die Anforderungen an die strafrechtliche Vorhersehbarkeit nicht mehr erfüllt seien.¹⁶⁶³ Der Nachstellungsparagraf sei nur unter Streichung der Auffangklausel vor der Verfassungswidrigkeit wegen Verletzung des Bestimmtheitsgebotes zu retten¹⁶⁶⁴ bzw. generell zu unbestimmt, mithin verfassungswidrig.¹⁶⁶⁵

¹⁶⁵⁶ Vgl. BVerfGE 6, 32ff.; 198, 208f.

¹⁶⁵⁷ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.5ff. m.w.N.

¹⁶⁵⁸ So LK-*Weigend*, Einl. Rn.3.

¹⁶⁵⁹ *Baumann/Weber/Mitsch*, §9 Rn.4.

¹⁶⁶⁰ Vgl. *Wessels/Beulke*, AT §2 Rn.47; ausführlich bereits oben: III.Vor.1. und III.1.a.ff.

¹⁶⁶¹ Vgl. bspw. „andere, vergleichbare Handlung“, „räumliche Nähe“ oder „Lebensgestaltung“.

¹⁶⁶² Vgl. *Buß*, S.254.

¹⁶⁶³ Vgl. *Gazeas* aaO.; *Kinzig/Zander*, JA 2007, S.486; *Pöppelmann*, Stellungnahme S.11.

¹⁶⁶⁴ Vgl. *Buß*, S.256.

¹⁶⁶⁵ So *Kraenz*, S.334ff.

Zweifelsohne wäre das verfassungsrechtliche Gebot der Gesetzesbestimmtheit weitestgehend gegenstandslos, wenn es dem Strafgesetzgeber freigestellt wäre, generalklauselartige und sonstige unbestimmte, wertausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe nach Belieben und unbegrenzt zu verwenden, weshalb nach einer Auffassung eine (noch) zulässige Verwendung nur dann vorliegen soll, wenn keine andere, präzisere Gesetzesabfassung möglich ist, genauere „funktional äquivalente“ Begriffs- und Regelungsalternativen nicht zur Verfügung stehen und/oder genauere, inhaltsgleiche Rechtsbegriffe fehlen.¹⁶⁶⁶ Das Bundesverfassungsgericht hingegen sieht selbst durch die Häufung auslegungsbedürftiger Tatbestandsmerkmale noch keine Unbestimmtheit der betreffenden Norm im Sinne des Art.103 Abs.2 GG indiziert, wenn die interpretationsbedürftigen Merkmale mit Mitteln herkömmlicher Gesetzesanwendung verfassungskonform ausgelegt werden können.¹⁶⁶⁷

Im Hinblick auf die gesetzliche Vorschrift des § 238 ist m.E. trotz der Verwendung mehrerer unbestimmter Rechtsbegriffe für den Normadressaten noch vorhersehbar, unter welchen Umständen sein Verhalten im Regelfall strafbar ist bzw. im Grenzfall das Risiko einer Bestrafung besteht.¹⁶⁶⁸ Charakteristisch für strafwürdiges „weiches Stalking“ ist nach Auffassung des Gesetzgebers die Vielzahl heterogener Verhaltensweisen, welche oftmals erst durch ihre beharrliche Vornahme die Grenze des Sozialadäquaten überschreiten und zu gravierenden Beeinträchtigungen der Freiheitssphäre der betroffenen Person führen.¹⁶⁶⁹ Die strafrechtlich-normative Erfassung eines solchen komplexen Verhaltensmusters bzw. Handlungszusammenhangs kann zwangsläufig nur unter Verwendung unbestimmter Rechtsbegrifflichkeiten erfolgen.¹⁶⁷⁰ Bei der gesetzgewordene Fassung des Nachstellungsparagrafen gilt es zunächst zu berücksichtigen, dass diese im Gegensatz zu vorhergehenden Entwürfen auf weitergehende Doppelnennungen, Wiederholungen und wechselseitige Abhängigkeiten (z.B. „unzumutbar“, „nachhaltig“ oder „fortgesetzt“) verzichtet.¹⁶⁷¹ Weiterhin ist nach hier vertretener Auffassung „unbefugt“ nicht als Tatbestandsmerkmal und „beharrlich“ ohne subjektive Komponente zu begreifen, mit der Folge, dass eine weitere Reduktion der Unbestimmtheit innerhalb des Tatbestandes stattfindet. Ferner ist dem Begriff „nachstellen“ nur insofern ein eigenständiger Bedeutungsgehalt beizumessen, als dass hierüber einvernehmliches Handeln bereits aus dem Tatbestand ausgeschlossen werden kann bzw. er zur begrifflichen Stütze der „anderen, vergleichbaren Handlung“ herangezogen wird. Hinsichtlich der verbleibenden

¹⁶⁶⁶ Vgl. *Bringewat*, Grundbegriffe des Strafrechts, V. Rn.204; *NK-Hassemer*, §1 Rn.4.

¹⁶⁶⁷ Instruktiv BVerfGE 87, 225 zu §131 StGB, bei dem sechs auslegungsbedürftige Tatbestandsmerkmale als mit Art.103 II GG vereinbar angesehen wurde; 78, 387; *Fischer*, §1 Rn.5c m.w.N.

¹⁶⁶⁸ Zu § 241 StGB: BVerfG NJW 1995, S.1277.

¹⁶⁶⁹ Vgl. BT-Drs.16/3641, S.1f.; BT-Drs.16/575, S.1f.

¹⁶⁷⁰ Kritisch hierzu: *Rackow* GA 2008, S.559ff.

¹⁶⁷¹ Vgl. BT-Drs.16/3641 mit BT-Drs.16/575 bzw. 16/1030; *Gerhold*, NK 2007, S.2.

unbestimmten Rechtsbegriffen wird zutreffend vorgetragen, dass diese teilweise an andere Normen anknüpfen bzw. diesen entnommen sind, so dass auf eine gefestigte Rechtsprechung zurückgegriffen oder das Merkmal zumindest durch die Rechtsprechung ausgefüllt werden kann.¹⁶⁷² Dennoch darf diese Einschätzung nicht darüber hinwegtäuschen, dass zur Erzielung verfassungskonformer Ergebnisse die restlichen unbestimmten Tatbestandsmerkmale im Zweifel eng bzw. restriktiv auszulegen sind.¹⁶⁷³ In rechtsvergleichender Betrachtung kann schließlich auf § 107a öStGB verwiesen werden, der ebenfalls unter Verwendung mehrerer unbestimmter Rechtsbegriffe nachstellendes Verhalten pönalisiert.¹⁶⁷⁴ Soweit ersichtlich wird dieser Straftatbestand trotz kumulativ verwendeter Tatbestandsmerkmale wie „beharrlich, fortgesetzt, Lebensführung, unzumutbar“ als auslegungsfähig bzw. mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar angesehen, welches im österreichischen Straf- bzw. Verfassungsrecht ein dem StGB bzw. Grundgesetz vergleichbaren Stellenwert genießt.¹⁶⁷⁵

b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Wie bereits dargestellt, wurde sog. „weiches bzw. mildes Stalking“ nicht oder nur partiell von der bisherigen (Straf-)Rechtsordnung erfasst.¹⁶⁷⁶ Dies reicht jedoch regelmäßig nicht aus, um die Notwendigkeit einer strafrechtlichen Neuregelung indiziert zu sehen, insbesondere weil es sich beim Strafrecht um das schärfste Eingriffs- und Sanktionsinstrument des Staates handelt.¹⁶⁷⁷ Unter welchen Voraussetzungen der Gesetzgeber eine Strafbarkeitslücke konstatieren und bestimmte Verhaltensweisen unter Strafe stellen darf, ist im Einzelnen nicht abschließend geklärt.¹⁶⁷⁸ Verfassungsrechtlich zwingend ist jedoch, dass sich eine strafgesetzliche Neuregelung als verhältnismäßiger Eingriff in die Rechts- und Freiheitssphäre des Normadressaten darstellen muss.¹⁶⁷⁹ Wegen des in der Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe zum Ausdruck kommenden sozialetischen Unwerturteils kommt daher dem Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung zu.¹⁶⁸⁰ Im Folgenden wird unter Berücksichtigung der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht überprüft, ob der Gesetzgeber bei Erlass des § 238 StGB gegen das Verfassungsprinzip der Verhältnismäßigkeit

¹⁶⁷² Vgl. Gerhold, NK 2007, S.2.

¹⁶⁷³ Vgl. AG Löbau StV 2008, S.646f.; Gerhold, NK 2007, S.2.

¹⁶⁷⁴ Ausführlich hierzu: Schwaighofer in WK-StGB, §107a Rn.1ff.

¹⁶⁷⁵ Vgl. WK-Höpfel, §1 Rn.46ff.; Buß, S.125 unter Verweis auf Beclin, §107a – Bekämpfung von „Stalking“ auf Kosten der Rechtsicherheit?

¹⁶⁷⁶ Vgl. oben: C. Rechtslage vor Einführung des §238 StGB.

¹⁶⁷⁷ Vgl. BVerfGE 90, 120; 25, 269, 286 88, 203, 258.

¹⁶⁷⁸ Guter Überblick und Zusammenfassung bei Günther, JuS 1978, S.8ff.; Vogel, StV 1996, S.110ff.

¹⁶⁷⁹ Vgl. BVerfGE 23, 133; 76, 256ff.; 6, 201 f.; 17, 117f.; 17, 313f.

¹⁶⁸⁰ Vgl. BVerfGE NJW 2008, S.1137ff. unter Verweis auf BVerfGE 90, 145, 172; 92, 277, 326; 96, 10,25.

verstoßen hat.¹⁶⁸¹ Hiernach verlangt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass die jeweilige Maßnahme einen verfassungsrechtlich legitimen Zweck verfolgt und zu dessen Erreichung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne ist. Der Eingriff darf den Betroffenen nicht übermäßig belasten, muss diesem also zumutbar sein.¹⁶⁸² Eine gravierende Einschränkung der verfassungsgerichtlichen Kontrollkompetenz ergibt sich allerdings daraus, dass dem Strafgesetzgeber ein nicht unerheblicher Spielraum eigenverantwortlicher Bewertung zugebilligt wird, da es grundsätzlich Sache der Legislative sei, den Bereich strafbaren Handelns unter Berücksichtigung der jeweiligen Lage im Einzelnen verbindlich festzulegen und insofern kein enger Verhältnismäßigkeitsmaßstab zur Anwendung kommt.¹⁶⁸³ Die grundgesetzliche Kompetenzordnung verbietet demnach eine Überprüfung der parlamentarischen Entscheidung dahingehend, ob der Gesetzgeber die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat; das Verfassungsgericht hat lediglich darüber zu wachen, dass die Strafvorschrift materiell in Einklang mit den Bestimmungen des Grundgesetzes steht und den ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen sowie Grundentscheidungen der Verfassung entspricht.¹⁶⁸⁴ Diesen verfassungsrechtlichen Grundvorgaben ist auch bei der nachfolgenden Analyse Rechnung zu tragen.

aa) Legitimes Ziel

Wie bereits angedeutet, darf nur erheblich sozialschädliches Verhalten unter Strafe gestellt werden, da der Schuldspruch und die damit verbundene Sanktion (erstens) einen erheblichen Eingriff in die Freiheitssphäre des Täters zur Folge hat und (zweitens) darüber hinaus ein sozialetisches Unwerturteil über den Täter ausgesprochen wird, das erhebliche sozialgesellschaftliche Konsequenzen nach sich ziehen kann.¹⁶⁸⁵ Daher gebietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, bei Androhung von Freiheitsstrafe auch im Hinblick auf die Gewährleistung der Freiheit der Person durch Art.2 Abs.2 Satz 2 GG, dass eine Strafnorm dem Schutz anderer oder der Allgemeinheit dient.¹⁶⁸⁶ Präzisierend führt das Verfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung aus, dass von Verfassung wegen nur die Beeinträchtigung „gewichtiger, elementarer Gemeinschaftsgüter“, „elementarer Werte des Gemeinschaftslebens“ oder „wichtiger Gemeinschaftsbelange“ unter strafrechtliche Sanktion gestellt werden darf.¹⁶⁸⁷ Maßgeblich hierfür ist insbesondere die

¹⁶⁸¹ Ausführliche Analyse bei *Löhr*, S.372ff.

¹⁶⁸² Vgl. BVerfGE 115, 166ff., 63, 131; 90, 172ff.; *Roxin* AT 1 §2 Rn.86; *Stern*, Staatsrecht III/2, S.761ff.

¹⁶⁸³ Vgl. BVerfGE 90, 173 m.w.N.

¹⁶⁸⁴ Vgl. BVerfGE 90, 173; 80, 244, 255 m.w.N.

¹⁶⁸⁵ Vgl. auch *Krey*, Strafrecht AT Band 1, S.5ff.

¹⁶⁸⁶ Vgl. BVerfG NJW 2008, S.1138 m.w.N.

¹⁶⁸⁷ Std. Rspr. BVerfGE 90, 145; 45, 253; 88, 257; BVerfG vom 12.2.1969 – 1 BvR 42/69: „Der Gesetzgeber muss vielmehr auf die Beeinträchtigung erheblicher Gemeinschaftswerte und Rechtsgüter abheben.“; *Hassemer* in

Werteordnung des Grundgesetzes.¹⁶⁸⁸ Aufgrund der diesbezüglich ergangenen Rechtsprechung konstatierte *Vogel* jedoch zutreffend, dass das BVerfG - entgegen des eigenen Wortlauts - praktisch jeden erheblichen Gemeinschaftswert oder -belang als Legitimationsgrund genügen lässt und eine Negativabgrenzung lediglich zu typischem Verwaltungsunrecht vornimmt.¹⁶⁸⁹ Dies ist wohl der Tatsache geschuldet, dass nach Auffassung der obersten Richter der Gesetzgeber zwar einen legitimen Zweck mit seiner gesetzlichen Regelung verfolgen müsse, der bei Strafgesetzen im Schutz bestimmter Gemeinschaftsgüter bestehe, ihm diesbezüglich jedoch eine umfassende Beurteilungs- und Einschätzungsprärogative zugestanden wird.¹⁶⁹⁰

Wie die Ausführungen im Rahmen der teleologischen Auslegung des § 238 Abs.1 Nr.1 StGB („räumliche Nähe“) aufgezeigt haben, wird dem Grunde nach - soweit ersichtlich - nicht an der Existenz eines schützenswerten Rechtsguts bzw. Gemeinschaftswertes in Bezug auf weiches Stalking gezweifelt.¹⁶⁹¹ Bei dem vom Gesetzgeber verfolgten Schutz des „individuellen Lebensbereich“ handelt es sich um ein Individualrechtsgut von höchstpersönlichem Charakter, welches des Strafrechtsschutzes würdig ist und den notwendigen Freiheitsbezug aufweist.¹⁶⁹² Grundrechtlich ist diese Freiheitssphäre in Art.2 Abs.2 S.2 bzw. Art.1 iVm. Art.2 Abs.1 GG verankert. Der Straftatbestand der Nachstellung erfüllt demnach mit seinem intendierten Schutz der freiheitlichen privaten Lebensgestaltung einen verfassungsrechtlich legitimen gesetzgeberischen Zweck. Grundsätzlich ist aus diesen Erwägungen heraus auch die (strafrechtsdogmatische) Strafwürdigkeit von nachstellendem Verhalten indiziert, da dies im Mindesten voraussetzt, dass ein von der Rechtsordnung anerkanntes Gut verletzt oder zumindest gefährdet wird.¹⁶⁹³ Maßstab für diese Anerkennung sind die Grundrechte, die vor allem die Funktion haben, die Freiheit jedes Einzelnen zu gewährleisten.¹⁶⁹⁴ Umgekehrt ist eine Strafvorschrift, die kein Rechtsgut schützt, als unangemessen und übermäßiger Eingriff in die Freiheit des Bürgers zu erachten.¹⁶⁹⁵ Bereits in diesem Zusammenhang sei allerdings auf eine aktuellere Entscheidung des Verfassungsgerichtes hingewiesen,¹⁶⁹⁶ wonach Strafnormen von Verfassung wegen keinen darüber hinausgehenden,

BVerfG NJW 2008, S.1137.

¹⁶⁸⁸ Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch*, §3 Rn.12.

¹⁶⁸⁹ *Vogel*, StV 1996, S.112f.

¹⁶⁹⁰ Vgl. BVerfGE 90, 184; BVerfG NJW 2008, S.1137.

¹⁶⁹¹ Vgl. oben III. 1.c.cc; AA. noch *Neubacher* in ZStW 118, S.866; vgl. aber ders. in JZ 2007, S.1030: „In Fällen schwerwiegender Beeinträchtigung der Lebensgestaltung lässt sich deshalb durch aus davon sprechen, dass in die persönliche Bewegungsfreiheit eingegriffen wird.“

¹⁶⁹² Vgl. *Kühl*, Stellungnahme S.4; *ders.* in *Lackner/Kühl*, §238 Rn.1; *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.1; *Mitsch*, NJW 2007, S.1238.

¹⁶⁹³ Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch*, §3 Rn.10; *Kühl*, Stellungnahme, S.4; *ders.* Prot. (18.10.2006), S.14; *Kinzig/Zander*, JA 2007, S.482;

¹⁶⁹⁴ *Buß*, S.203f. unter Verweis auf *Müller* in *Krüger*, S.79.

¹⁶⁹⁵ Vgl. *Roxin*, AT 1, §2 Rn.92.

¹⁶⁹⁶ Vgl. BVerfG NJW 2008, S.1137 (Inzest).

strengeren Anforderungen hinsichtlich der mit ihnen verfolgten Zwecke unterliegen. Insbesondere lassen sich solche nicht aus der strafrechtlichen Rechtsgutslehre ableiten.

bb) Geeignetheit

Weitere Voraussetzung für die Verfassungskonformität eines neuen Gesetzes bzw. Straftatbestand nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist dessen „Geeignetheit“. Grundsätzlich sind legislative Eingriffe in die Grundrechte des Bürgers bereits dann geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Es ist nicht erforderlich, dass der Erfolg in jedem Einzelfall auch tatsächlich erreicht wird oder jedenfalls erreichbar ist; die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt.¹⁶⁹⁷ Auf Strafgesetze bezogen bedeutet dies, dass mit ihrer Hilfe der angestrebte Schutz des jeweiligen Rechtsguts bzw. elementarer Gemeinschaftswerte zumindest gefördert werden kann.¹⁶⁹⁸ An dieser Voraussetzung fehlt es - nach teilweise vertretener Auffassung - in den Fällen des sog. „symbolischen Strafrechts“.¹⁶⁹⁹ Dies deckt bzw. überschneidet sich mit der geäußerten Annahme, dass das bereits vorhandene rechtliche Instrumentarium ausreichend war, um adäquaten Schutz vor Stalking zu gewährleisten und insofern keine Strafbarkeitslücke bestand, die einer Schließung bedurft hätte.¹⁷⁰⁰

(1) Auch der Straftatbestand § 238 StGB sieht sich dem Vorwurf des bloßen Symbolik ausgesetzt, weshalb ihm die Eignung abgesprochen wird, den Schutz der freiheitlichen privaten Lebensgestaltung zu fördern.¹⁷⁰¹ Diese Annahme wird u.a. mit der Ausgestaltung als Erfolgsdelikt und der damit einhergehenden „nach hinten Verschiebung“ der Strafbarkeit begründet.¹⁷⁰² Diesbezüglich sei mit einer hohen Anzahl an Verfahrenseinstellungen zu rechnen, weshalb den Betroffenen letztlich nur suggeriert werde, das Handeln des Täters könne künftig leichter unterbunden werden. Mit diesem Akt symbolischer Gesetzgebung sollte (lediglich) der Bevölkerung sowohl die Wertentscheidung des Gesetzgebers zugunsten eines erhöhten Schutzes für Stalkingopfer verdeutlicht als auch suggeriert werden, der diesbezügliche gesetzgeberische Handlungsbedarf sei erfüllt worden.¹⁷⁰³

¹⁶⁹⁷ Vgl. BVerfGE NJW 2008, S.1137; 96, 10, 23; 88, 262f.; v.Münch in GG-Kommentar, Art.20 Rn.255.

¹⁶⁹⁸ Vgl. Krey, AT 1, §1 Rn.16; Roxin, AT 1 §2 Rn.86.

¹⁶⁹⁹ Roxin, AT 1, § 2 Rn.37ff. der in diesem Zusammenhang § 130 III StGB als ungeeignetes Mittel zum Rechtsgüterschutz sieht; Kritisch zum symbolischen Strafrecht und Rechtsgüterschutz: Hassemer, NSZ 1989, S.553ff.

¹⁷⁰⁰ Vgl. Mitsch, NJW 2007, S.1238.

¹⁷⁰¹ Vgl. Eiden, ZIS 2008, S.128; Albrecht, FPR 2006, S.208; Kinzig, FPR 2006, S.258; zweifelnd: Krüger, S.209.

¹⁷⁰² Vgl. Entschließungsanträge der FDP-Fraktion bzw. DIE LINKE, BT-Drs. 16/3641, S.7; S.12.

¹⁷⁰³ Vgl. ausführlich Löhr, S.436ff.,444.

Von symbolischen Strafrecht wird im Zusammenhang mit Strafnormen gemeinhin dann gesprochen, wenn nicht Rechtsgüterschutz oder Steuerung von bestimmten Verhaltensweisen, sondern andere instrumentelle Funktionen im Vordergrund stehen,¹⁷⁰⁴ beispielsweise das Vertrauen der Menschen in die Rechts- und Werteordnung zu stärken oder staatliche Aktivität (zugespielt formuliert: Aktionismus) zu demonstrieren.¹⁷⁰⁵ Auch wenn jedem Akt strafrechtlicher Gesetzgebung ein symbolischer Charakter innewohnt, darf dies nicht zum Hauptzweck geriert und der Rechtsgüterschutz bloßes „Beiwerk“ werden oder ganz wegfallen.¹⁷⁰⁶ Prinzipiell begründet das Geeignetheitserfordernis keine erhebliche Begrenzung des kriminalpolitischen Ermessens der Legislative, da das BVerfG in diesem Zusammenhang einen weiten Prognose- und Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers anerkennt.¹⁷⁰⁷ Dieser soll seine Grenzen erst dort finden, wo es an jeder plausiblen und nachvollziehbaren Gefährdungshypothese mangelt oder das erreichbare empirische Tatsachenmaterial nicht hinreichend ausgeschöpft worden ist.¹⁷⁰⁸ Es besteht insofern ein Recht zum „prognostischen Irrtum“, was zur Folge hat, dass nur objektiv eindeutig zweckuntaugliche Maßnahme als ungeeignet und somit als verfassungswidrig gelten.¹⁷⁰⁹

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze greift im Hinblick auf § 238 der geäußerte Vorwurf symbolischer Strafrechtssetzung nicht durch.¹⁷¹⁰ Die (verfassungsrechtliche) Überprüfung hat sich dabei auf Überwindung der äußerst geringen Hürde zu beschränken, dass das Strafgesetz nicht als vollkommen wirkungslos zu bezeichnen ist.¹⁷¹¹ Diesbezüglich kann auf erste tatgerichtliche Entscheidungen verwiesen werden, bei denen es zu Verurteilungen wegen Verstoßes gegen den Nachstellungsparagrafen gekommen ist.¹⁷¹² Auch wird von unmittelbar betroffenen Praktikern konstatiert, dass aus der Perspektive des täglichen Betrachters der Tatbestand der Nachstellung in der Praxis Geltung beansprucht, seine Einführung also nicht überflüssig war.¹⁷¹³ Dies indiziert, dass eine strafrechtliche Verfolgung entsprechenden Verhaltens nicht - wie befürchtet - im hohem Maße seinen Abschluss in Einstellungen oder Freisprüchen findet, mithin der Gesetzgeber seinen Prognosespielraum nicht überschritten hat.¹⁷¹⁴ In diesem Zusammenhang ist weiterhin auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu verweisen, nach der eine fehlende Eignung nicht

¹⁷⁰⁴ Vgl. *Roxin*, AT § 2 Rn.37ff.

¹⁷⁰⁵ Vgl. *Melia*, ZStW 2005, S.270.

¹⁷⁰⁶ Vgl. *Hassemer*, NStZ 1989, S.559; *Roxin*, AT 1 §2 Rn.39; *Bussmann*, StV 1999, S.621; *Mogg*, S.72.

¹⁷⁰⁷ Vgl. BVerfGE 90, 145, 172, 173.

¹⁷⁰⁸ Vgl. *Meyer*, ZStW 115, S.291.

¹⁷⁰⁹ Vgl. BVerfGE 19, 127; 56, 78f.; 65, 55.

¹⁷¹⁰ So auch *Mosbacher*, NStZ 2007, S.671;

¹⁷¹¹ Vgl. *Vogel*, StV 1996, S.113.

¹⁷¹² Bspw. AG Ulm vom 19.02.2008 (Az: 4 Ds 24 Js 12250/07), AG Augsburg vom 17.12.2007 (Az: 2 Ds 407 Js 129019/07)

¹⁷¹³ So *Peters*, Der Tatbestand des § 238 StGB in der staatsanwaltlichen Praxis, NStZ 2009, S.239.

¹⁷¹⁴ Starke Bedenken wurden im Gesetzgebungsverfahren von der FDP-Fraktion geäußert, BT-Drs. 16/3641, S.7.

schon bei geringen oder geringsten Verfolgungs- oder Verurteilungszahlen oder hohen Dunkelziffern angenommen werden kann, da hiermit über die generalpräventive Wirkung des Gesetzes nichts ausgesagt sei.¹⁷¹⁵ Daran anknüpfend ist auch die Signalwirkung der Vorschrift auf potentielle Stalker nicht zu unterschätzen, weshalb zu erwarten ist, dass sich die Hemmschwelle andere Menschen in (straf-)unrechtsverwirklichender Weise zu belästigen erhöht.¹⁷¹⁶ Insofern kommt das Strafrecht in seiner generalpräventiven Funktion zur Geltung, was von Seiten den Verfassungsgerichts in bestimmten Fällen bereits als verfassungsrechtlich ausreichend erachtet wurde.¹⁷¹⁷

(2) Weiterhin wird argumentiert, dass die wirklich strafbedürftigen und strafwürdigen Formen tatbestandsmäßiger Nachstellungen weitgehend durch andere Straftatbestände und §§ 1, 4 GewSchG erfasst worden seien.¹⁷¹⁸ Insofern habe des StGB mitsamt der Ergänzung durch die §§ 1,4 GewSchG bereits vor Einführung des § 238 hinreichenden Schutz gegen jene strafwürdigen Verhaltensweisen geboten, die inzwischen gängigerweise als „weiches Stalking“ bezeichnet werden. Insbesondere das Gewaltschutzgesetz bzw. dessen § 4 wird als taugliches Instrument erachtet, da die Schutzanordnung präzise umschreibt, welches Verhalten untersagt ist, sodass ein Konflikt mit dem Bestimmtheitsgrundsatz vermieden werde.¹⁷¹⁹

Der Gesetzgeber führt an, dass durch § 238 StGB der Opferschutz verbessert und Strafbarkeitslücken geschlossen werden sollen.¹⁷²⁰ Unter Berücksichtigung der oben genannten Grundsätze des Verfassungsgerichts ist diese Annahme jedenfalls nicht als Verstoß gegen die Anforderungen des Geeignetheitsgrundsatzes zu verstehen, was durch folgende Erwägungen gestützt werden soll:

(aa) Wie bereits erläutert, ist das vorhandene Instrumentarium des Kernstrafrechts auf Einzelhandlungen zugeschnitten, wohingegen der spezifische Unrechtsgehalt des Stalkingverhaltens in dessen Gesamtkomplexität liegt.¹⁷²¹ Geht man davon aus, dass Stalking eine Verhaltensweise darstellt, die dadurch gekennzeichnet ist, dass einer Person fortdauernd nachgestellt, aufgelauert oder auf sonstige Weise Kontakt mit ihr gesucht wird, dann wird deutlich, dass das Strafgesetzbuch

¹⁷¹⁵ Vgl. BVerfGE 39, 57.

¹⁷¹⁶ Vgl. Gerhold, NK 2007, S.3f.

¹⁷¹⁷ Vgl. etwa BVerfGE 90, 184, wonach die Vorverlagerung von Strafrechtsschutz in den Bereich abstrakter Gefährdung aus generalpräventiven Gründen gerechtfertigt sein kann.

¹⁷¹⁸ Vgl. Krey/Heinrich, BT 1 Rn.388b: §238 sei „in gewisser Weise“ symbolische Gesetzgebung.

¹⁷¹⁹ Vgl. Freudenberg, Stellungnahme DJB, S.9.

¹⁷²⁰ Vgl. BT-Drs. 16/575, S.1; BT-Drs 16/3641, S.1.

¹⁷²¹ Vgl. ausführlich oben C...

dieses Verhalten so nicht erfasst.¹⁷²² Es gibt Stalkingtaten, die zunächst „nur“ verstören und das Opfer aus dem seelischen Gleichgewicht bringen, es in Unruhe versetzen, zu Schutz-, Ausweich-, und Fluchtmanöver, gesellschaftlicher Abkapselung und Selbstisolierung veranlassen, wobei Rechtsgutbeeinträchtigungen dieser Qualität das Strafrecht bisher fast nicht kannte.¹⁷²³ Der bisherige Strafrechtsschutz kann daher allenfalls als fragmentarisch bezeichnet werden.¹⁷²⁴

(bb) Das grundsätzliche Problem einer Ahndung und Ächtung nach dem Gewaltschutzgesetz liegt in der Zweistufigkeit des durchzuführenden Verfahrens.¹⁷²⁵ Auf der zivilprozessualen Stufe stellen sich zunächst verfahrensrechtliche Defizite (bspw. Zuständigkeitsproblematik, Zustellung), die im Hinblick auf den erwünschten Opferschutz kontraproduktiv sind. Insbesondere konnte sich der Gesetzgeber des Gewaltschutzgesetzes nicht zu einem einheitlichen Rechtsweg durchringen. Ferner verlangt es den betroffenen Personen erhebliche Eigeninitiative ab.¹⁷²⁶ Schwierigkeiten kann es bereiten, die Nachweise der Nachstellungen und der eigenen ablehnenden (ausdrücklichen) Willensbekundung zu erbringen, für welche die Betroffenen im Zivilverfahren beweislaster sind und sich somit einem Kostenrisiko aussetzen.¹⁷²⁷ Wurden diese Schwierigkeiten überwunden und eine Schutzanordnung tatsächlich erwirkt, ändern clevere Täter ihr nachstellendes Verhalten ab und machen hierdurch ein erneutes gerichtliches Verfahren notwendig bzw. lassen sich von ergangenen Schutzanordnungen erst gar nicht beeindrucken.¹⁷²⁸ Im Hinblick auf die zweite strafrechtliche Stufe erweckt der geringfügige Strafraum den Eindruck, es handele sich um eine Bagatelldelikt.¹⁷²⁹ Auch in diesem Zusammenhang wird zutreffend konstatiert, dass der Straftatbestand des Gewaltschutzgesetzes mit seinem zivilrechtlichen Vorschaltverfahren allenfalls einen Teil der strafrechtlichen Lücke schließt.¹⁷³⁰

cc) Erforderlichkeit

Die Stufe der Erforderlichkeit verpflichtet den Gesetzgeber darauf, unterer mehreren für die Verwirklichung des angestrebten Zwecks in Betracht kommenden, gleichermaßen geeigneten

¹⁷²² So *Sahm*, Stalking als Straftat, abrufbar unter <http://www.rewi.hu-berlin.de/jura/ls/hnr/forum/Stalking.pdf>.

¹⁷²³ Vgl. *Mitsch* NJW 2007, S.1238; BT-Drs.16/575, S.8.

¹⁷²⁴ Vgl. *Buß*, S.163; *Müller* in *Krüger*, S.74: kein adäquates Mittel.

¹⁷²⁵ Vgl. *Kühl*, Stellungnahme, S.2

¹⁷²⁶ Vgl. *Janovsky*, Stellungnahme S.2.

¹⁷²⁷ Vgl. *Rupp*, Rechtstatsächliche Untersuchungen zum GewSchG, S.311.

¹⁷²⁸ Vgl. *Voß/Hoffmann/Wondrak*, Stalking in Deutschland, Vorwort.

¹⁷²⁹ So auch *Freudenberg*, Stellungnahme DJB, S.10.

¹⁷³⁰ Vgl. *Mitsch*, NJW 2007, S.1238; *Kühl*, Stellungnahme, S.5; *Janovsky*, Stellungnahme, S.2; *Meyer*, ZStW 115, S.271; *Kerbein/Pröbsting*, ZRP 2002, S.78.

Maßnahmen die am geringsten belastende Maßnahme zu treffen.¹⁷³¹ Die Kriminalstrafe ist die schärfste Maßnahme der Sozialkontrolle, da sie nicht nur einen Verlust an Freiheit und Vermögen zur Folge hat, sondern auch eine sozialetische Missbilligung der Rechtsgemeinschaft gegenüber Täter und Tat zum Ausdruck bringt.¹⁷³² Die gesetzgeberische Entscheidung einen neuen Straftatbestand zu schaffen erfordert daher, dass kein milderes Mittel zur Erreichung des intendierten Rechtsgüterschutzes bei gleicher Effektivität zur Verfügung stand.¹⁷³³ In diesem Zusammenhang formulierte das BVerfG jüngst: „Das Strafrecht wird als "ultima ratio" des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist.“¹⁷³⁴ Die angesprochene „ultima-ratio-Funktion des Strafrechts“ wird auch unter den Begrifflichkeiten „strafrechtliches Subsidiaritätsprinzip“ oder „Strafbedürftigkeit“ in der Strafrechtswissenschaft diskutiert.¹⁷³⁵ Vereinzelt wird § 238 als massive Verletzung des fragmentarischen Charakters des Strafrechts angesehen.¹⁷³⁶ Vor diesem Hintergrund gilt es zu ermitteln, ob nicht ein anderweitiger, gegenüber strafrechtlicher Absicherung weniger eingriffsintensiver Rechtsgüterschutz bereits zur Genüge besteht oder adäquat erlangt werden kann.¹⁷³⁷

(1) Nach dem zuvor Gesagtem ist Rechtsgüterschutz grundsätzlich durch das Instrumentarium der gesamten Rechtsordnung zu verwirklichen.¹⁷³⁸ Die Möglichkeit einer strafrechtlichen Erfassung ist folglich insbesondere mit der Wirksamkeit nichtsstrafrechtlicher Interventionsmöglichkeiten zu vergleichen.¹⁷³⁹ Im Sinne solcher „milderer Mittel“ statt des § 238 wurden vor allem der Ausbau bzw. die Optimierung des vorhandenen gewaltschutzrechtlichen Instrumentariums und eine Einordnung als Ordnungswidrigkeit diskutiert.

(a) Teile des Schrifttums erachten den Verzicht auf die Signalwirkung eines eigenen Straftatbestandes und die Einfügen sanktionswürdiger Handlungsweisen in das bestehende dogmatische Netz als vorzugswürdig.¹⁷⁴⁰ So hätte es etwa eine Alternative zur Modalität des § 238 Abs.1 Nr.4 dargestellt, § 241 zu einer Vorschrift nach dem Vorbild der „gefährlichen Drohung“ des

¹⁷³¹ Vgl. *Degenhardt* Staatsrecht I, §3 Rn.391; BVerfGE 90, 172ff.

¹⁷³² Vgl. *LK-Weigend*, Einl. Rn.1.

¹⁷³³ Vgl. BVerfGE 90, 172ff.;

¹⁷³⁴ Vgl. BVerfG NJW 2008, S.1137ff. m.w.N.

¹⁷³⁵ Vgl. *Roxin*, Grundlagenprobleme, S. 13 f.; *ders.* in AT 1, §2 Rn.97ff.; *Maurach-Zipf*, § 2 Rn. 13; *Baumann/Weber/Mitsch* §3 Rn.19.

¹⁷³⁶ Vgl. *Kraenz*, Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts, S.313.

¹⁷³⁷ Vgl. *v.Schenk*, *myops* 2008 (Heft 2), S.45.

¹⁷³⁸ So *Meyer*, ZStW 115, S.290.

¹⁷³⁹ Vgl. *Goerlich*, JR 1977, S.91f.

¹⁷⁴⁰ Vgl. *Steinberg*, JZ 2006, S.33; *Rackow*, GA 2008, S.560, 567f.

öStGB auszubauen.¹⁷⁴¹ Teilweise wurde zumindest angedacht, nachstellendes Verhalten als Ordnungswidrigkeit einzustufen.¹⁷⁴²

(b) Eine andere Auffassung bevorzugte eine Ausweitung des Anwendungsbereiches des Gewaltschutzgesetzes.¹⁷⁴³ Den zivilgerichtlichen Weg zu beschreiten sei den betroffenen Person zuzumuten. Gefordert wird insbesondere die Ergänzung des Gewaltschutzgesetzes (Erweiterung der Anordnungsvoraussetzungen in § 1 Abs.2 GewSchG) und im Zuge dessen die Änderung der Zuständigkeiten und der Vollstreckungsregelungen in ZPO bzw. FGG.¹⁷⁴⁴ Daran anknüpfend wird konstatiert, dass die Bemühungen durch Rechtsprechung und Gesetzgeber das GewSchG zu präzisieren bzw. nachzubessern nicht durch die Schaffung eines eigenen Stalkingstraftatbestandes hätten torpediert werden müssen.¹⁷⁴⁵ Ferner müsse die Strafandrohung des § 4 GewSchG erhöht werden, um Einstellungen von Strafverfahren nach §§ 153ff. StPO einzudämmen. In diesem Zusammenhang wird auch die verstärkte Schulung und Sensibilisierung von Polizei, Justiz und beteiligten Unterstützungseinrichtungen gefordert (Aktionsplan zur effektiven Umsetzung in der Rechtspraxis), um ein sach- und interessengerechte Ausschöpfung des vorhandenen rechtlichen Instrumentariums herbeizuführen.¹⁷⁴⁶

(2) Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts¹⁷⁴⁷ ist ein Strafgesetz erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel hätte wählen können. Bei der Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit des gewählten Mittels zur Erreichung der erstrebten Ziele sowie bei der in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Einschätzung und Prognose der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren steht dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum zu, welcher vom Bundesverfassungsgericht je nach Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter und den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Gesetzgeber bei der Entscheidung, ob er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen und wie er dies gegebenenfalls tun will,

¹⁷⁴¹ Vgl. Rackow, GA 2008, S.560, 567f.

¹⁷⁴² Vgl. Dagdelen und Kühl, Prot. öffentliche Anhörung (18.10.2006), S.32, 36f.

¹⁷⁴³ Vgl. Kinzig/Zander, JA 2007, S.487; Gabel, Stellungnahme, S.4; Wagner/Freudenberg, Stellungnahme S.9; BT-Drs. 16/3641, S.8, 11 (Die Linke/FDP-Fraktion).

¹⁷⁴⁴ Vgl. Freudenberg, Stellungnahme DJB, S.3.

¹⁷⁴⁵ Vgl. Pollähne, StraFo 2006, S.401.

¹⁷⁴⁶ Vgl. Freudenberg, Stellungnahme DJB, S.10f.

¹⁷⁴⁷ Vgl. BVerfG NJW 2008, S.1137; BVerfGE 90, 145, 172f.; Degenhardt, §3 Rn.395.

grundsätzlich frei ist.¹⁷⁴⁸ Es sei grundsätzlich seine Sache, den Bereich strafbaren Handelns verbindlich festzulegen.¹⁷⁴⁹ Ein Verstoß gegen das Erforderlichkeitsprinzip setzt demnach voraus, dass die Maßnahmen und Maßregeln des übrigen Rechts einerseits gleich wirksam und andererseits weniger belastend als die Strafandrohung sind. Beim Schutz von Gütern der grundgesetzlichen Werteordnung bedarf der Übergang auf ein nichtstrafrechtliches Schutzkonzept sogar besonderer Legitimation.¹⁷⁵⁰ Unter Anwendung dieses eingeschränkten Prüfungsmaßstabs ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber im vorliegenden Fall seinen Prognose- und Beurteilungsspielraum in verfassungswidriger Weise überschritten hat,¹⁷⁵¹ was durch folgende Erwägungen belegt werden soll:

(a) Die vorgeschlagene Erweiterung des bestehenden Strafrechts bzw. einzelner Normen sieht sich Bedenken ausgesetzt, weil die gesetzgeberische Intention der möglichst wirklichkeitsgetreuen strafrechtlichen Erfassung nachstellenden Verhaltens hierdurch keiner Lösung zugeführt wird. Die Feststellungen des Gesetzgebers, dass keine Strafnorm existiere, die dem Gesamtbild der Tat gerecht werde¹⁷⁵² bzw. dass die Schaffung eines Straftatbestandes, der den typischen Unrechtsgehalt der Nachstellung wirklichkeitsgetreu abbilde zu einem früheren Einschreiten der Strafverfolgungsbehörden und zu einem effizienteren Opferschutz beitragen könne¹⁷⁵³, vermögen die angeführten Alternativen nicht zu erschüttern. Die vom Gesetzgeber eingestellten Erwägungen tragen jedenfalls seine Entscheidung bzw. lassen nicht erkennen, dass der eingeräumte Beurteilungs- und Prognosespielraum überschritten bzw. missachtet wurde. Abzulehnen ist eine Einstellung als Ordnungswidrigkeit, da das Angriffsobjekt ein höchst-persönliches Rechtsgut darstellt, welches strafrechtlichen Schutz bereits (mittelbar) über § 4 GewSchG erfährt, weshalb eine mindere Form der Sanktion als nicht ausreichend zu erachten ist.¹⁷⁵⁴

(b) Auch die angeführten Ergänzungen des Gewaltschutzgesetzes vermögen kein verfassungswidriges Handeln des Gesetzgebers zu begründen. Zweifel an der Gleichwertigkeit der vorgeschlagenen Maßnahmen ergeben sich bereits aus dem mehrfach erwähnten zweistufigen Aufbau des Verfahrens bzw. der Sanktion, welches eine erheblich höhere Eigeninitiative der betroffenen Person voraussetzt, als dies bei einem Strafverfahren der Fall ist.¹⁷⁵⁵ Eine weitergehende

¹⁷⁴⁸ Vgl. BVerfG NJW 2008, S.1137; BVerfGE 50, 162.

¹⁷⁴⁹ Vgl. BVerfG NJW 2008, S.1137.

¹⁷⁵⁰ Vgl. BVerfGE NSTZ 1985, S.173; Vogel, StV 1996, S.114.

¹⁷⁵¹ So auch Kühn, Stellungnahme, S.2;

¹⁷⁵² Vgl. BT-Drs.16/3641, S.1; BT-Drs.16/575, S.1.

¹⁷⁵³ Vgl. BT-Drs.16/575, S.2.

¹⁷⁵⁴ Vgl. Kühn, Prot. öffentliche Anhörung (18.10.2006), S.37.

¹⁷⁵⁵ So auch Kühn, Prot. öffentliche Anhörung (18.10.2006), S.37; ders. bereits in seiner Stellungnahme, S.6.

Revision ist indes aufgrund des weiten Beurteilungs- und Prognosespielraums des Gesetzgebers nicht angezeigt und wäre darüber hinaus vor dem Hintergrund eingeschränkter Überprüfungscompetenz als unzulässige Tätigkeit eines „Ersatzgesetzgebers“ zu bewerten.

(3) Im Schrifttum wird vorgetragen, dass eine allgemeine, das typische Unrecht von Stalking hervorhebende, im Kernstrafrecht angesiedelte Strafvorschrift als sinnvolle Ergänzung zu § 4 GewSchG anzusehen sei.¹⁷⁵⁶ Teilweise wird konstatiert, dass die rechtliche Vernachlässigung des Schutzes vor nachstellendem Verhalten nur durch Einführung einer Strafvorschrift behoben werden konnte.¹⁷⁵⁷ Der Schaffung eines eigenständigen Straftatbestandes stünde nicht der Grundsatz der Subsidiarität, d.h. die Frage, ob eine nicht-strafrechtliche Lösung ausreicht bzw. mit dem GewSchG bereits vorhanden ist, entgegen.¹⁷⁵⁸ Im Ergebnis ist jedenfalls davon auszugehen, dass der Gesetzgeber seinen vom Grundgesetz eingeräumten Beurteilungs- und Prognosespielraum im Hinblick auf das Erforderlichkeitsprinzip respektive des Subsidiaritätsgrundsatzes nicht überschritten hat, mithin die Einführung des § 238 aus diesem Grunde nicht als verfassungswidrig anzusehen ist.

Unabhängig von den zuvor angestellten Erforderlichkeitserwägungen verbleibt selbstredend auch die Möglichkeit bzw. Notwendigkeit, die weiteren zivil- polizei- und sonstigen Rechtsinstrumente zur Bekämpfung von nachstellendem Verhalten - ergänzend - anzuwenden und zu optimieren, sowie die beteiligten Behörden, Gerichte und Interessengruppen für das Thema „Stalking“ weiter zu sensibilisieren.¹⁷⁵⁹

dd) Angemessenheit

Letztlich muss bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit für die Adressaten des Verbots gewahrt sein.¹⁷⁶⁰ Die Maßnahme darf den gesetzesunterworfenen Bürger nicht übermäßig belasten, d. h - plastisch gesprochen - darf der Gesetzgeber nicht „mit Kanonen auf Spatzen schießen“ (Übermaßverbot oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne).¹⁷⁶¹ Im Bereich des staatlichen Strafens folgt aus dem Schuldprinzip, das seine Grundlage in Art.1 Abs.1 GG findet und

¹⁷⁵⁶ So auch *Lackner/Kühl*, §238 Rn.1.

¹⁷⁵⁷ Vgl. *Mitsch*, NJW 2007, S.1238.

¹⁷⁵⁸ Vgl. *Buß*, S.200.

¹⁷⁵⁹ Vgl. *NK/GS-Rössner/Krupna*, §238 Rn.14; *Lackner/Kühl*, §238 Rn.1; *Freudenberg*, Stellungnahme S.3.

¹⁷⁶⁰ Vgl. BVerfGE 30, 292, 316; 67, 157, 178; 81, 70, 92.

¹⁷⁶¹ Vgl. BVerfGE 48, 396, 402; 83, 1, 19; *Krey*, AT 1, §1 Rn.16.

aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, welcher seinerseits aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Freiheitsrechten abzuleiten ist, dass die Schwere einer Straftat und das Verschulden des Täters zu der Strafe in einem gerechten Verhältnis stehen müssen. Eine Strafandrohung darf nach Art und Maß dem unter Strafe stehenden Verhalten nicht schlechthin unangemessen, Tatbestand und Rechtsfolge müssen sachgerecht aufeinander abgestimmt sein.¹⁷⁶² Im Gegensatz zu den vorhergehenden Stufen, unterliegt die Angemessenheit grundsätzlich einer vollumfänglichen Überprüfung durch das BVerfG.¹⁷⁶³ Da strafrechtliche Pönalisierung eine Missbilligung des verbotenen Verhaltens beinhaltet, welche den Betroffenen (auch) in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt¹⁷⁶⁴, ist nun zu klären, ob sich im Gesamttatbestand das Sozialphänomen „weiches stalking“ als so schwerwiegend materielles Unrecht widerspiegelt, dass der Täter die in der Verurteilung liegende Diskriminierung verdient hat bzw. diese als angemessen zu bewerten ist.¹⁷⁶⁵

(1) Im Hinblick auf den **Tatbestand** wird es von Teilen des Schrifttums als fraglich erachtet, ob die Vorschrift geeignet sei, einerseits strafwürdiges Verhalten zu erfassen, andererseits aber sozialadäquates Verhalten auszuklammern.¹⁷⁶⁶ Dem Gesetzgeber sei es nicht gelungen, dem relativ weiten, unbestimmten und abstrakten Rechtsgut „individueller Lebensbereich“ durch präzise tatbestandliche Benennung des Angriffsverhaltens eine gewisse Substanz zu vermitteln, was in erster Linie an den Merkmalen „unbefugt“ und „beharrlich“ liege.¹⁷⁶⁷ Dieser aus der Rechtsguttheorie abgeleitete Einwand gründet darauf, dass für eine Strafwürdigkeit menschlichen Verhaltens das hinter dem Tatbestand stehende und von ihm zu schützende Rechtsgut und das im Tatbestand beschriebene und auf dieses Rechtsgut abzielende Angriffsverhalten bereits in der Formulierung der Norm so zueinander in Beziehung zu setzen sind, dass sich die Rechtsgutbeeinträchtigung aus dem Wortlaut entnehmen lässt.¹⁷⁶⁸

Zunächst ist festzuhalten, dass aufgrund des Erfolgserfordernisses bloß lästiges Kontaktverhalten ohne weiterreichende Auswirkungen auf die betroffenen Rechtsgüter nicht in unzulässiger Weise kriminalisiert wurde.¹⁷⁶⁹ Das relativ unbestimmte Rechtsgut der Freiheit der Lebensgestaltung bzw. Willensbetätigung wurde ferner aufgrund der ausformulierten Tatvarianten nicht gegen sämtliche Angriffsformen geschützt. Die in § 238 Abs.1 beschriebenen Formen des Angriffs auf das

¹⁷⁶² Vgl. BVerfGE 54, 100, 108; 90, 145, 173.

¹⁷⁶³ Vgl. Vogel, StV 1996, S.113 unter Verweis auf BVerfGE 88, 262f.

¹⁷⁶⁴ Vgl. Utsch, S.206.

¹⁷⁶⁵ Vgl. Frister, Strafrecht AT (2.Aufl.), S.29.

¹⁷⁶⁶ So Eisele, BT 1 §22 Rn.488.

¹⁷⁶⁷ Vgl. v.Schenk, myops 2008 (Heft 2), S.43.

¹⁷⁶⁸ Vgl. v.Schenk, myops 2008 (Heft 2), S.43 unter Verweis auf Roxin AT 1 §2 Rn.1ff.

¹⁷⁶⁹ Vgl. NK/GK-Rössner/Krupna, §238 Rn.1.

zweifelloso schutzwürdige Rechtsgut sind laut *Mitsch* für ein Strafwürdigkeitsattest auch hinreichend massiv.¹⁷⁷⁰ Das Sozialphänomen „Stalking“ wird daher in seiner strafrechtlichen Erfassung auf bestimmte Verhaltensweisen, die bestimmte Auswirkungen nach sich ziehen müssen, beschränkt. Insofern wird der allgemeinen Handlungsfreiheit des Täters ausreichend Rechnung getragen, zumal nach hier vertretener Auffassung im Rahmen des Taterfolges eine Abwägung widerstreitender Interessen vorgenommen werden kann bzw. muss. Dies betrifft ferner den grundrechtssensiblen Bereich (potentieller) Einschränkungen der Pressefreiheit aus Art.5 Abs.1 S.2 GG. Bei Analyse des Tatbestandes wurde ferner herausgearbeitet, dass durch entsprechende Auslegung bestimmter Merkmale sozialadäquate Verhaltensweisen in umfassender Weise aus dem Anwendungsbereich der Norm herausgenommen werden können. Der verbleibenden Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit des Täters steht der geschützte persönliche Lebensbereich des Opfers gegenüber, der in seiner tatbestandlichen Ausformung an Beeinträchtigungen der persönlichen Fortbewegungsfreiheit und somit an das verfassungsrechtlich hochrangige, personale Rechtsgut aus Art.2 Abs. Satz 2 GG anknüpft.¹⁷⁷¹ Bei einer abstrakten Ein- bzw. Gegenüberstellung dieser kollidierenden Güter und Interessen, ist daher dem Opferinteresse Vorrang einzuräumen.¹⁷⁷² Dies gilt erst Recht für die über die Qualifikationstatbeständen geschützten Rechtsgüter körperliche Unversehrtheit und Leben, die auch dem Eskalationspotential bestimmter Stalking-Fälle Rechnung tragen.

(2) Die **Rechtsfolge** des Grundtatbestandes (Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren) gibt keinen Anlass zu verfassungsrechtlichen Bedenken.¹⁷⁷³ Die Strafandrohung ist moderat und eine Mindeststrafe nicht vorhergesehen. Eher ist zu befürchten, dass der Täter nach neuer Rechtslage uU. im Strafmaß besser gestellt ist als nach alter Rechtslage. War nach alter Rechtslage bspw. wegen 10 Nötigungshandlungen eine Gesamtstrafe zu verhängen, stand für jede Tat ein dem Nachstellungsparagrafen entsprechender Strafraumen zu Verfügung, wohingegen nach aktueller Rechtslage eine Tat der Nachstellung vorliegt, die mit einem Strafmaß von maximal 3 Jahren geahndet werden kann.¹⁷⁷⁴ Die im Handlungs- und Erfolgswert vergleichbare strafbewehrte Nötigungshandlung aus § 240 StGB kann auch als weiteres Indiz für die Angemessenheit der strafrechtlichen Sanktionierung nachstellenden Verhaltens gewertet werden, da für deren Ahndung ein identischer Strafraumen vorhergesehen ist und diesbezüglich keine verfassungsrechtlichen Bedenken geäußert werden.

¹⁷⁷⁰ Vgl. *Mitsch*, NJW 2007, S.1238 unter Verweis auf *Kühl*, Stellungnahme, S.3.

¹⁷⁷¹ Vgl. BT-Drs. 16/3641, S.14; oben: C.III.1.b.

¹⁷⁷² Zum Abwägungserfordernis allgemein: *Degenhardt* Staatsrecht I, §3 Rn.397ff.

¹⁷⁷³ Vgl. *Löhr*, S.350ff.

¹⁷⁷⁴ Vgl. *Gerhold*, NK 2007, S.3.

Wegen den Strafandrohungen der Qualifikationstatbestände wurde von der Bundesregierung gegen den Gesetzesentwurf des Bundesrates¹⁷⁷⁵ Bedenken im Hinblick auf die gebotene Verhältnismäßigkeit und Schuldangemessenheit eingewandt¹⁷⁷⁶. Auch im Schrifttum wurden bezüglich der Erfolgsqualifikation Bedenken angemeldet; in der Konstellation versuchtes Grunddelikt, Eintritt schwere Folge käme es zu einem Strafrahmensprung, der sich einer Rückführbarkeit auf den Unrechtsgehalt der Tat entziehe und daher gegen das Übermaßverbot verstoßen würde.¹⁷⁷⁷ Die Absätze 2 bzw. 3 des Bundesratsentwurfs sahen Freiheitsstrafen von drei Monaten bis fünf Jahren bzw. von einem Jahr bis zu zehn Jahren vor und wurde vom Rechtsausschuss unverändert (!! in die gesetzgewordene Fassung übernommen.¹⁷⁷⁸ In seinem Beschluss vom 7.10.2008 stellte das Bundesverfassungsgericht jüngst klar, dass nach dem verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatz, den das Gericht in ständiger Rechtsprechung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und dem Rechtsstaatsprinzip entnimmt, der Einzelne nur bei Vorliegen individueller Schuld strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann.¹⁷⁷⁹ Darüber hinaus erfordere das Gebot schuldangemessenen Strafens, dass Tatbestand und Rechtsfolge gemessen an der Idee der Gerechtigkeit sachgerecht aufeinander abgestimmt sein müssen.¹⁷⁸⁰ Letzteres bedeutet, dass die einen Täter treffenden Folgen einer strafbaren Handlung zur Schwere der Rechtsgutsverletzung und des individuellen Verschuldens in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen, dass also die im Einzelfall verhängte Sanktion schuldangemessen sein muss. In dieser Ausprägung deckt sich das Schuldprinzip mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beziehungsweise stellt eine Konkretisierung des Übermaßverbots, insbesondere der Angemessenheitskontrolle, für den Bereich strafrechtlicher Sanktionen dar.¹⁷⁸¹ Unter Berücksichtigung dieser verfassungsrechtlichen Anforderungen greifen die im Hinblick auf die Strafandrohungen der Qualifikationstatbestände des § 238 geäußerten Bedenken nicht durch.¹⁷⁸² Der Rechtsausschuss erachtet die vorbehaltlos übernommenen Strafandrohung des Absatzes 2 aufgrund des gegenüber dem Grundtatbestand gesteigerten Unrechts- und Schuldgehalt für angemessen.¹⁷⁸³ Dies ist mit Blick auf andere, entsprechende Qualifikationstatbestände des StGB zutreffend, zumindest soweit das Tatopfer selbst betroffen ist.¹⁷⁸⁴ Exemplarisch kann zunächst § 306b Abs.2

¹⁷⁷⁵ Vgl. BT-Drs.16/1030 bzw. 15/5410.

¹⁷⁷⁶ Vgl. BT-Drs. 15/5410, S.9.

¹⁷⁷⁷ Vgl. *Gazeas*, JR 2007, S.505; *ders.* bereits in KJ 2006, S.260f.

¹⁷⁷⁸ Vgl. BT-Drs. 15/5410 S.5 und BT-Drs.16/3641, S.4f.

¹⁷⁷⁹ Vgl. BVerfG, 2 BvR 578/07 unter Verweis auf BVerfGE 9, 167, 169; 86, 288, 313; 95, 96, 140.

¹⁷⁸⁰ Vgl. bereits BVerfGE 25, 269/286 50, 205/214 f.

¹⁷⁸¹ Vgl. BVerfGE 50, 205/215; 73, 206/253; *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 192 ff.

¹⁷⁸² So auch *Fischer*, §238 Rn.8.

¹⁷⁸³ Vgl. BT-Drs. 16/3641, S.14.

¹⁷⁸⁴ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.8.

Nr.1 angeführt werden, der bei Verursachung einer konkreten Todesgefahr durch schwere Brandstiftung Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren anordnet und diesbezüglich keine verfassungsrechtlichen Bedenken vorgetragen werden.¹⁷⁸⁵ Selbiges gilt für § 221 Abs.2 Nr.2, der für die Verursachung einer schwere Gesundheitsschädigung durch Aussetzung Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren vorhersieht.¹⁷⁸⁶ Die von *Gazeas* aufgezeigte Problematik stellt sich nach hier vertretener Auffassung nicht, da eine Versuchsstrafbarkeit in dieser Konstellation abzulehnen ist.¹⁷⁸⁷ Auch im Übrigen (bspw. durch die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich)¹⁷⁸⁸ ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber gegen das Gebot schuldangemessen Strafers verstoßen hat; in diesem Zusammenhang sei nochmals auf die Rechtsprechung des BVerfG im Rechtsfolgenbereich hingewiesen, nach der letztlich nur bei lebenslanger Freiheitsstrafe strengere Maßstäbe anlegt werden, ansonsten sich auch das Gebot schuldangemessenen Strafers nur als äußerste Schranke der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers erweist und der Gesetzgeber bei § 238 Abs. 2 und 3 Strafraumen im unteren Bereich gewählt hat.¹⁷⁸⁹

ee) Ergebnis

Als Gesamtergebnis bleibt festzuhalten, dass der Gesetzgeber bei Abfassung des § 238 StGB die vom Bundesverfassungsgericht aufgezeigten Grenzen der Verhältnismäßigkeit nicht missachtet hat.¹⁷⁹⁰ Seine Einschätzung, dass der Nachstellungsparagraf als geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel zum verfassungsrechtlich legitimen Schutz der persönlichen Lebensgestaltung des Einzelnen zu bewerten ist, lässt kein grundgesetzwidriges Überschreiten des eingeräumten Beurteilungs- und Prognosespielraumes erkennen.

c) Sonstige verfassungsrechtliche Vorgaben

Weiterhin liegt kein Verstoß gegen Art.5 Abs.1 S.2 GG dergestalt vor, dass die Pressefreiheit durch § 238 in unzulässiger bzw. verfassungswidriger Weise eingeschränkt wird.¹⁷⁹¹ Den Interessen und Belangen der Presse kann nach hier vertretener Auffassung durch (verfassungskonforme) Auslegung des Taterfolges über das Merkmal „schwerwiegend“ im ausreichenden Maße Rechnung getragen

¹⁷⁸⁵ Vgl. *S/S-Heine* §306b Rn.20; ferner §§ 227,

¹⁷⁸⁶ Vgl. *S/S-Eser* §221 Rn.14; ferner §§ 177 III Nr.3, 250 I Nr.1c.

¹⁷⁸⁷ Vgl. bereits oben: D.III.5.d.bb.

¹⁷⁸⁸ Kritisch hierzu: *Fischer*, §238 Rn.36f.; *Krüger*, S.199ff.

¹⁷⁸⁹ Vgl. BVerfGE 45, 187; *Vogel*, StV 1996, S.114.

¹⁷⁹⁰ Vgl. *Fischer*, §238 Rn.8.

¹⁷⁹¹ Bedenken geäußert von *Pöppelmann*, Stellungnahme, S.12; BT-Drs.3641, S.6f.

werden.¹⁷⁹² Prinzipiell lässt sich keine Verfassungswidrigkeit des Tatbestandes aus der bloßen Möglichkeit der Grundrechtsverletzung bei seiner Anwendung ableiten.¹⁷⁹³ Weitere Verstöße gegen Verfassungsbestimmungen wurden nicht vorgetragen und sind auch nicht ersichtlich.

2.) Strafrechtsdogmatische Anforderungen?

Von Vertretern der systemkritischen Rechtsgutstheorie wird neben den verfassungsrechtlichen weitere, strafrechtsdogmatische Anforderungen an Strafgesetze gestellt. So dürfe bspw. der Gesetzgeber nur sozialschädliches in Abgrenzung zu (bloßem) unmoralischen oder unsittliches Verhalten unter Strafe stellen.¹⁷⁹⁴ Strafrechtsnormen, deren Geltung keinem Rechtsgut zugute kommt, seien daher verfassungswidrig – so z.B. Normen, die bloße Moralwidrigkeiten, zweifelhafte Gesinnungen oder schlichten Ungehorsam strafbar stellen.¹⁷⁹⁵ Es dürfe niemals Aufgabe des Strafrechts sein, bloße Verstöße gegen Normen der Sittlichkeit, Ethik oder Religion zu kriminalisieren.¹⁷⁹⁶

Im Schrifttum wurde konstatiert, dass das BVerfG weit davon entfernt sei, die Tauglichkeit für den Rechtsgüterschutz zur Wirksamkeitsvoraussetzung von Strafvorschriften zu machen.¹⁷⁹⁷ Weiterhin müsse der Gesetzgeber aus dem Rechtsgutkonzept abgeleitete Postulate beachten, die ihn aber nicht zwingen.¹⁷⁹⁸ In der Tat hat das Verfassungsgericht jüngst „grundgesetzexternen“ Anforderungen eine Absage erteilt und festgestellt, dass Strafnormen von Verfassung wegen keinen darüber hinausgehenden, strengeren Anforderungen hinsichtlich der mit ihnen verfolgten Zwecke unterliegen, insbesondere sich solche nicht aus der strafrechtlichen Rechtsgutstheorie ableiten ließen.¹⁷⁹⁹ Das § 238 StGB einen verfassungsrechtlich legitimen Zweck verfolgt, wurde bereits oben dargestellt. Weitere Einschränkungen, insbesondere des Ermessens- und Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers, können aus der Rechtsgutlehre nach dieser Rechtsprechung nicht abgeleitet werden. Demnach sind strafrechtsdogmatische Bedenken, soweit sie nicht bereits im Rahmen der Verfassungsmäßigkeit thematisiert und behandelt wurden, für die Zulässigkeit bzw. Konformität des § 238 nicht von Relevanz.

¹⁷⁹² Vgl. oben III.1.b.cc; ebenso *Fischer*, §238 Rn.7, der auf eine entsprechende Auslegung von „unbefugt“ verweist.

¹⁷⁹³ So *Fischer* aaO.

¹⁷⁹⁴ Vgl. *Günther*, JuS 1978, S.9; ferner *Hassemer*, NSTZ 1989, S.557; *MüKo-Joecks*, Einl. Rn.. 37f.

¹⁷⁹⁵ Vgl. *Roxin*, AT 1 §2 Rn.13ff.

¹⁷⁹⁶ Vgl. *Krey*, AT Band 1, S.5 m.w.N.

¹⁷⁹⁷ So namentlich *Roxin*, AT §2 Rn.86.

¹⁷⁹⁸ Vgl. *Roxin*, AT §2 Rn.94 unter Verweis auf *Sternberg-Lieben*, Hefendehl/von Hirsch/Wohlers, S.87.

¹⁷⁹⁹ Vgl. BVerfG NJW 2008, S.1137.

E. Zusammenfassung und Fazit

Unzweifelhaft hat sich der Gesetzgeber mit der Schaffung eines Straftatbestandes für den voraussetzungs- und anspruchsvollsten Weg zur (weiteren) Bekämpfung von Stalking bzw. nachstellendem Verhalten entschieden.¹⁸⁰⁰ Die Schwierigkeiten dieses Unterfangens gründen insbesondere darauf, dass das deutsche Strafrecht grundsätzlich auf die Ahndung von Einzelhandlungen zugeschnitten ist, wohingegen „weiches Stalking“ sich in der sozialen Wirklichkeit als komplexes, durch viele unterschiedliche Teilhandlungen gekennzeichnetes Gesamtverhalten, mit unterschiedlichsten Erscheinungsformen und Auswirkungen darstellt.¹⁸⁰¹ Insofern sah und sieht sich § 238 StGB aufgrund der tatbestandlichen Anhäufung von mehr oder minder unbestimmten Rechtsbegriffen dem Vorwurf der verfassungswidrigen Unbestimmtheit und somit des Verstoßes gegen Art.103 Abs.2 GG ausgesetzt. Einen weiteren Kritikpunkt bildet die (vermeintliche) tatbestandliche Erfassung sozialadäquater und somit nicht strafwürdiger Verhaltensweisen, insbesondere von „lege artis“ agierenden Vertretern des Pressewesens.

Indes fanden die geäußerten Vorwürfe in der vorstehenden Analyse keine Bestätigung; vielmehr ließen sie sich in weiten Teilen entkräften:

1.) Unbestreitbar unterfallen vom Wortlaut ausgehend den Tatvariante Ziffer 1 und 2 typische, sozialadäquate Kommunikationsverhaltensweisen, wie bspw. jemanden einen Besuch abstatten oder Telefongespräche führen. Auch der Gesetzgeber hat diesem Umstand Rechnung getragen und verlangt zur Eingrenzung eine „beharrliche“ Vornahme der an sich sozialadäquaten Handlungen. Andererseits belegen wissenschaftliche Untersuchungen, dass es sich hierbei um die am häufigsten angewandten Stalkingmethoden handelt, sodass bei einer strafrechtlichen Erfassung des Gesamtverhaltens diese Handlungen - um den Vorwurf bloßer Symbolik zu entkräften - zwingend mit zu berücksichtigen sind. Das mehrere verschiedene, innerhalb eines längeren Zeitraums vorgenommene, Handlungen über einen pauschalierenden Begriff respektive Handlungsumschreibung zu einem Tatbestandsmerkmal zusammengefasst werden, entspricht der Normkonstruktion des § 99 Abs.1 und ist dem StGB daher nicht fremd.¹⁸⁰² Eine weitere Ausgrenzung typischen Kommunikations- und sonstigen sozialadäquaten Verhaltens lässt sich über

¹⁸⁰⁰ Vgl. Rackow, GA 2008, S.559ff.

¹⁸⁰¹ Vgl. Rackow, GA 2008, S.560 unter Verweis auf BGHSt 40, 165; Timmermann, StraFo 2007, S.362.

¹⁸⁰² Vgl. BGHSt NJW 1997, S.1715f. unter Abgrenzung zum (aufgegebenen) Rechtsinstitut der fortgesetzten Handlung; von BVerfGE 57, 250, 262ff.; 28, 175, 183ff.; BVerfG NJW 1995, S.1811ff. verfassungsgemäß befunden.

das tatbestandliche Erfolgserfordernis, respektive eine entsprechende Auslegung des objektiven Tatbestandes bzw. einzelner Merkmale (insbesondere „nachstellen und schwerwiegend“) bewerkstelligen.

2.) Eine verfassungswidrige Unbestimmtheit des Tatbestandes aufgrund der Anzahl wertausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe ist unter Zugrundelegung der aus Art.103 Abs.2 GG vom Bundesverfassungsgerichts abgeleiteten Anforderungen an die gesetzliche Bestimmtheit von Straftatbeständen nicht anzunehmen, da die Begrifflichkeiten einer methodisch korrekten Auslegung zugänglich sind und auch in ihrer Gesamtheit den Regelfall strafbaren Verhaltens für den normunterworfenen Bürger (noch) hinreichend kenntlich machen. Die Strafnorm ist ferner insbesondere aufgrund ihrer Ausgestaltung als Erfolgsdelikt als verhältnismäßig zu bewerten, wobei dem Gesetzgeber in diesem Zusammenhang sowieso von Verfassung wegen ein erheblicher Gestaltungs- und Beurteilungsspielraum zugestanden wird, der sich einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle entzieht.

3.) Demnach hat der Gesetzgeber zu Recht eine Strafbarkeitslücke konstatiert und diese zumindest in verfassungskonformer Weise durch Verabschiedung des § 238 StGB (teilweise) geschlossen, wobei dem neu geschaffenen Tatbestand das Wesen eines (politischen) Kompromisses anhaftet und er infolgedessen wohl beide Seiten mehr oder minder unbefriedigt zurücklässt.¹⁸⁰³ Allerdings wird von Praktikern konstatiert, dass aus der Perspektive des täglichen Betrachters der Tatbestand der Nachstellung in der Praxis Geltung beansprucht, seine Einführung also nicht überflüssig war.¹⁸⁰⁴ Unabhängig von dieser Einschätzung ist *Meyer* vorbehaltlos beizupflichten, wenn er konstatiert, dass ein effektiver, wirklich opferschützender Umgang mit Stalking nur durch die Entwicklung eines Gesamtkonzeptes, eines Maßnahmenbündels aus strafrechtlichen, polizei- und zivilrechtlichen sowie sozialen außer-rechtlichen Mitteln, möglich ist, das eine Vielzahl von unterschiedlichen Instrumenten miteinander verbindet und als dessen Bestandteil vor allem Beratungs- und Therapiemöglichkeiten für Täter und Opfer zu schaffen sind.¹⁸⁰⁵

¹⁸⁰³ So auch *Neubacher/Seher*, JZ 2007, S.1036.

¹⁸⁰⁴ So *Peters*, NStZ 2009, S.239.

¹⁸⁰⁵ *Meyer*, ZStW 2003, S.293 unter Verweis auf *Frommel*, KJ 2001, S.447ff.; *Hoffmann*, Kriminalistik 2001, S.34ff.

Literaturverzeichnis

- Albrecht, Hans-Jörg „Stalking – Nationale und Internationale Rechtspolitik und Gesetzesentwicklung“ in FPR 2006, S.204 ff.
- Amelung, Knut Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1972.
- Appel, Ivo Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, Berlin 1998.
- Baumann, Jürgen
Weber, Ulrich
Mitsch, Wolfgang Strafrecht - Allgemeiner Teil (11.Auflage), Bielefeld 2003; Zit.: *Baumann/Weber/Mitsch* § Rn.
- Biezsk, Dorothea
Sadler, Susanne „Mobbing und Stalking: Phänomene der modernen (Arbeits-)welt und ihre Gegenüberstellung“ in NJW 2007, S.3384 ff.
- Bloy, René „Der strafrechtliche Schutz der psychischen Integrität“ in Festschrift für Albin Eser (2005), S.237 ff.
- Boujong, Karl-Heinz Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (2.Auflage), München 2000; Zit.: *KK-Bearbeiter* § Rn.
- Bringewat, Peter Grundbegriffe des Strafrechts (2.Auflage), Baden-Baden 2008; Zit.: *Bringewat* Rn.

- Brockhaus
Der Brockhaus von A-Z in drei Bänden,
Leipzig/Mannheim 2002.
- Brox, Hans
Allgemeiner Teil des BGB (24.Auflage)
Köln u.a. 2000; Zit.: *Brox AT* § Rn.
- Bruns, Hans Jürgen
„Die sog. tatsächliche Betrachtungsweise
im Strafrecht“ in JR 1984, S.133 ff.
- ders.
„Zur strafrechtlichen Relevanz des ge-
setzesumgehenden Täterverhaltens“ in
GA 1986 1 ff.
- Büttner, Andreas
„Stalking als Straftatbestand: Opfer-
schutz“ in ZRP 2008, S.124 ff.
- Bussmann, Kai
„Konservative Anmerkung zur Ausweit-
ung des Strafrechts nach dem Sechsten
Strafrechtsreformgesetz“ in StV 1999,
S.613 ff.
- Buß, Sebastian
Der Weg zu einem deutschen Stalking-
strafatbestand, Dissertation (Köln
2008).
- Bydlinski, Peter
Grundzüge der juristischen Methoden-
lehre (6.Auflage), Wien 2005.
- Degenhart, Christoph
Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht
(24.Auflage), Heidelberg 2008; Zit.:
Degenhart Staatsrecht I, §
- Die Strafprozessordnung und das Gerichtsver-
fassungsgesetz, Hrsg.: Löwe, Ewald / Erb, Volker
Großkommentar (26.Auflage), Berlin u.a.
2006; Zit.: *LK/StPO-Bearbeiter* § Rn.

- Dölling, Dieter
Duttge, Gunnar
Rössner, Dieter
- Handkommentar Gesamtes Strafrecht -
StGB, StPO, Nebengesetze (1.Auflage),
Baden-Baden 2008; Zit.: NK/GS-
Bearbeiter § Rn.
- Dressing, Harald
Kühner, Christine
Gass, Peter
- “Was ist Stalking? – Aktueller For-
schungsstand“ in FPR 2006, S.176 ff.
- dies.
- „Ergebnisse der ersten epidemiologischen
Studie zu Stalking in Deutschland“ in
Psychiatrische Praxis 2005, S.73 ff.
- Dressing, Harald
Maul-Backer, Henning
Gass, Peter
- “Forensisch-psychiatrische Begutachtung
bei Stalking” in NStZ 2007, S.253 ff.
- Dressing, Harald
Gass, Peter
- Stalking! – Verfolgung, Bedrohung, Be-
lästigung (1.Auflage), Bern u.a. 2005.
- Duden
- Deutsches Universalwörterbuch (6.Auf-
lage), Mannheim u.a. 2007.
- Duden
- Das große Wörterbuch der deutschen
Sprache in acht Bänden (2.Auflage),
Band 1 (A-Bim), 1993
Band 2 (Bin-Far), 1993
Band 3 (Fas-Hev), 1993
Band 4 (Hex-Lef), 1994
Band 5 (Leg-Pow), 1994
Band 6 (Poz-Sik), 1994
Band 7 (Sil-Urh), 1995
Band 8 (Uri-ZZ), 1998

- Duden
Das Wörterbuch der Synonyme (1.Auflage), Mannheim u.a. 2006.
- Duden
Sinn- und sachverwandte Wörter (1. Auflage), Mannheim u.a. 1997.
- Eckstein, Christoph
„Polizei beschlagnahmt Pressefotos – Eine Anmerkung zum Urteil des VGH Baden-Württemberg vom 10.07.2000 – 1 S 2239/99“ in VBIBW 2001, S.97 ff.
- Ehmke, Horst
„Zur rechtlichen Beurteilung von Telefonbelästigungen“ in die Polizei 1981, S.247 ff.
- Eiden, Joachim
„§ 238 StGB: Vier neue Absätze gegen den Stalker“ in ZIS 2008, S.123 ff.
- Eisele, Jörg
Die Regelbeispielmethode im Strafrecht, Habilitationsschrift (Tübingen 2004).
- ders.
„Die Regelbeispielmethode: Tatbestands oder Strafzumessungslösung?“ in JA 2006, S.309 ff.
- ders.
Strafrecht – Besonderer Teil I, Stuttgart 2008; Zit.: *Eisele* BT1 § Rn.
- Erbs, Georg
Kohlhaas, Max
Strafrechtliche Nebengesetze (Loseblatt-Ausgabe); Zit.: *Erbs/Kohlhaas-Bearbeiter* § Rn.

- Erman, Walter
Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar in 2.Bänden (12.Auflage), Münster 2008; Zit.: *Erman-Bearbeiter* § Rn.
- Fabricius, Dirk
„Zur Präzisierung des Terminus „ähnlich, ebenso gefährlicher Eingriff“ im Sinne der §§ 315, 315b StGB“ in GA 1994, S. 166 ff.
- Fiedler, Peter
Stalking: Opfer, Täter, Prävention, Behandlung, Weinheim u.a. 2006.
- Fischer, Frank
„Das zivilrechtliche Kontakt- und Belästigungsverbot“ in MDR 1997, S.120 ff.
- Fischer, Thomas
Strafgesetzbuch und Nebengesetze (56. Auflage), München 2009; Zit.: *Fischer* § Rn.
- Fölsch, Peter
„Strafrechtlicher Schutz vor beharrlicher Nachstellung“ in SchlHA 2008, S.300 ff.
- Frister, Helmut
Strafrecht - Allgemeiner Teil (3.Auflage), München 2008; Zit.: *Frister*, AT S.
- Gazeas, Nikolaos
„Der Stalking-Straftatbestand - §238 StGB (Nachstellung)“ in JR 2007, S.497 ff.
- ders.
„Stalking als Straftatbestand - effektiver Schutz oder strafrechtlicher Aktionismus?“ in KJ 2006, S.247 ff.

- Gerhold, Sönke
 „Der neue Stalking Tatbestand; ein erster Überblick“ in NK 2007, S.2 ff.
- Geppert, Klaus
 „Straf- und zivilrechtliche Fragen zur Jagdwilderei (§292 StGB)“ in Jura 2008, S.599 ff.
- Göhler, Erich
 Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Kurzkomentar (14.Auflage), München 2006; Zit.: *Göhler* § Rn.
- Görlich, Helmut
 „Erfordernisse rationaler Gesetzgebung nach den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts“ in JR 1977, S.89 ff.
- Götz, Volkmar
 Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht (14.Auflage), München 2008; Zit.: *Götz* Rn.
- Gola, Peter
 Schomerus, Rudolf
 Bundesdatenschutzgesetz (9.Auflage), München 2007; Zit.: *Gola/Bearbeiter* § Rn.
- Grimm, Jacob
 Grimm, Wilhelm
 Deutsches Wörterbuch,
 Band 3 (E-Forsche), 1984
 Band 7 (Gewöhnlich-Gleve), 1984
- Gropp, Walter
 Strafrecht - Allgemeiner Teil (3.Auflage) Berlin u.a. 2005; ;Zit.: *Gropp AT* § Rn.
- Grziwotz, Herbert
 (Hrsg.)
 Nomos - Anwaltkommentar BGB in 5. Bänden, Bonn 2005; Zit.: *AnwKom-Bearbeiter* § Rn.

- ders. „Schutz vor Gewalt in Lebensgemeinschaften und vor Nachstellungen“ in NJW 2002, S.872 ff.
- Günther, Hans-Ludwig „Die Genese eines Straftatbestandes“ in JuS 1978, S.8ff.
- Gusy, Christoph Anmerkung zu VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 22.07.2004 1 S 2801/03 in JZ 2005, S.352 ff.
- Haft, Fritjof Normfallkommentar StGB AT (2.Auflage), München, Stand: 9.4.2008.
- Hassemer, Winfried „Professionelle Adäquanz“ in wistra 1995, S.41 ff.
- ders. „Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz“ in NStZ 1989, S.553 ff.
- Hefendehl, Roland Die Rechtsguttheorie (1.Auflage), Baden
Hirsch, Günter - Baden 2003.
Wohlers, Wolfgang
- Heinrich, Bernd Strafrecht - Allgemeiner Teil in 2.Bänden, Stuttgart 2005; Zit.: *Heinrich* AT S.
- Hellmich, Nicole „Zum neuen Wohnungsbegriff des § 244 I Nr.3 StGB“ in NStZ 2001, S.511 ff.
- Herzberg, Rolf Dietrich „Wegfall subjektiver Tatbestandsvoraussetzungen vor Vollendung der Tat“ in Festschrift für Dietrich Oehler, (1.Auflage), Köln u.a. 1985, S.163 ff.

- Herzog, Wilhelm
„Telefonterror (fast) straflos?“ in GA 1975, S.257 ff.
- Hilgendorf, Eric
Hong, Seung-Hee
„Cyberstalking“ in K&R 2003, S.168 ff.
- Hoffmann, Jens
„Stalking-Forschung und Krisenmanagement“ in Kriminalistik 2001, S.34 ff.
- ders.
Stalking. Obsessive Belästigung und Verfolgung, Heidelberg 2006.
- ders.
Psychologie des Stalking - Grundlagen, Forschung, Anwendung, Frankfurt a.M. 2006.
- Isenbeck, Helmut
„Der „ähnliche“ Eingriff nach §315 Abs.I Nr.3 StGB“ in NJW 1969, S.174 ff.
- Jahn, Matthias
„Anmerkungen zum Beschluss des BVerfG 2 BvR 1603/06 vom 27.09.2006“ in JuS 2007, S.384 ff.
- Jakobs, Günther
Strafrecht - Allgemeiner Teil (2.Auflage), Berlin u.a. 1991; Zit.: *Jakobs S.*
- Jescheck, Hans Heinrich
Weigend, Thomas
Strafrecht - Allgemeiner Teil (5.Auflage), Berlin 1996; Zit.: *Jescheck/Weigend AT § I 1.*
- Joecks, Wolfgang
Strafgesetzbuch-Studienkommentar (8. Auflage), München 2009; Zit.: *Joecks-Studienkommentar § Rn.*

- Kaboth, Daniel
„Kontaktverbote und deren prozessuale Durchsetzung zum Schutz vor Stalking“ in ZUM 2003, S.342ff.
- Kerbein, Björn
Pröbsting, Philipp
„Stalking“ in ZRP 2002, S.76 ff.
- Keiser, Thorsten
„Schadensersatz und Schmerzensgeld bei Stalking?“ in NJW 2007, S.3387 ff.
- Kelker, Brigitte
Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, Dissertation (Frankfurt a.M 2007).
- Kinzig, Jörg
Zander, Sebastian
„Der neue Tatbestand der Nachstellung (238 StGB)“ in JA 2007, S.481 ff.
- Kinzig, Jörg
„Stalking – Ein Fall für das Strafrecht?“ in ZRP 2006, S.255 ff.
- Kleine, Heidi
„Das Sonderdezernat „Häusliche Gewalt“ bei der Anwaltschaft Berlin - Erfahrungen seit 1997 bis heute“ in FPR 2005, S.40 ff.
- Köhler, Michael
Strafrecht - Allgemeiner Teil, Berlin u.a. 1997; Zit.: Köhler, AT S.
- Kraenz, Nadja
Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts (1.Auflage), Dissertation Baden-Baden 2008.

- Krey, Volker
Strafrecht - Allgemeiner Teil 1 (3.Auf-
lage), Stuttgart u.a.2008; Zit.: *Krey*, AT 1
§ Rn.
- Krey, Volker
Heinrich, Manfred
Strafrecht Besonderer Teil Band 1 (12.
Auflage), Stuttgart u.a. 2008; Zit.: *Krey/
Heinrich* BT1 Rn.
- Krüger, Matthias
(Hrsg.)
Stalking als Straftatbestand, München
2007; Zit.: *Krüger*, S.
- Kühl, Kristian
Strafrecht - Allgemeiner Teil (6.Auflage),
München 2008; Zit.: *Kühl* AT § Rn.
- Lackner, Karl
Kühl, Kristian
Strafgesetzbuch – Kommentar (26.Auf-
lage), München 2007; Zit.: *Lackner/Kühl*
§ Rn.
- Larenz, Karl
Methodenlehre der Rechtswissenschaft
(6.Auflage), Berlin u.a. 1991; Zit.: *Larenz*
S.
- Larenz, Karl
Canaris, Claus-Wilhelm
Methodenlehre der Rechtswissenschaft
(3.Auflage), Berlin u.a. 1995; Zit.: *La-
renz/Canaris* S.
- Larenz, Karl
Wolf, Manfred
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
(9.Auflage), München 2004; Zit.: *Larenz/
Wolf* § Rn.
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch,
Hrsg.: Jähnke, Burkhard / Laufhütte, Heinrich
Wilhelm / Odersky, Walter
Großkommentar (11.Auflage), Berlin
2006; Zit.: *LK-Bearbeiter* § Rn

- Lilie, Hans „Garantenstellungen für nahestehende Personen“ in JZ 1991, S.541 ff.
- Löbmann, Rebecca „Stalking. Ein Überblick über den aktuellen Forschungsstand“ in MschrKrim 2002, S.25 ff.
- Löhr, Gerda Zur Notwendigkeit eines spezifischen Anti-Stalking-Straftatbestandes in Deutschland, Dissertation (Heidelberg 2008).
- Lörsch, Martina Anmerkung zu AG Rheinbach 15 Ds 332 Js 206/04 – 519/04 in Streit 2005, S.129f.
- Maunz, Theodor
Dürig, Günter Grundgesetz – Kommentar, Loseblatt Ausgabe in 5.Bänden; Zit.: Maunz/Dürig *Bearbeiter* Art. Rn.
- Maurach, Reinhardt
Schroeder, Friedrich-Christian
Maiwald, Manfred Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1 (9.Auflage), Heidelberg 2003; Zit.: *M/S/M* BT1 § Rn.
- Maurer, Hartmut Allgemeines Verwaltungsrecht (17.Auflage) München 2009; Zit.: *Maurer* § Rn.
- Meliá, Manuel Cancio “Feindstrafrecht” in ZStW 2005, S.267 ff.
- Meloy, J.Reid “Stalking (Obsessional Following): A Review of some Preliminary Studies” in *Aggression and Violent Behavior* (1996), S. 147 ff.

- Meyer, Frank „Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von „Stalking“ im deutschen Recht“ in ZStW 115 (2003), S.249 ff.
- Meyer-Goßner, Lutz Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen (51.Auflage), München 2008; Zit.: *Meyer/Goßner* § Rn
- Mitsch, Wolfgang „Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch“ in NJW 2007, S.1237 ff.
- ders. „Strafrechtsdogmatische Probleme des neuen Stalking-Tatbestandes“ in Jura 2007, S.491 ff.
- ders. Strafrecht, Besonderer Teil 2 – Randbereich, Berlin u.a. 2001; Zit.: *Mitsch* BT2 § Rn.
- Mosbacher, Andreas „Nachstellung - §238 StGB“ in NStZ 2007, S.665 ff.
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Hrsg.: Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus 6.Bände, München 2003, Zit.: *MüKo-Bearbeiter* § Rn.
- Neubacher, Frank „An den Grenzen des Strafrechts – Stalking, Graffiti, Weisungsverstöße“ in ZStW 118 (2006), S.855 ff.
- Neubacher, Frank „Das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (§238 StGB)“ in JZ 2007 S.1029 ff.
- Seher, Gerhard

- Nimtz, Holger
„Der neue Straftatbestand gegen Stalking“ in *Kriminalistik* 2007, S.493 ff., 575.
- Nishihara, Haruo
„Die neue japanische Regelung zur Stalker-Handlung“ in *Festschrift für Albin Eser* (2005), S.577 ff.
- Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch,
Hrsg.: Kindhäuser, Urs / Neumann, Ulfried /
Paeffgen, Hans Ulrich
2.Auflage, Baden-Baden 2005; Zit.:
NK-Bearbeiter § Rn
- Otto, Harro
Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte (7.Auflage), Berlin u.a. 2005; Zit.:
Otto GK § Rn.
- Palandt, Otto
Bürgerliches Gesetzbuch - Kurzkommentar (68.Auflage), München 2009; Zit.:
Palandt-Bearbeiter § Rn.
- Pathé, Michele
Mullen, Paul E.
„The impact of stalkers on their victims“ in *British Journal of Psychiatry* 1997, S. 12 ff.
- Peters, Sebastian
„Der Tatbestand des § 238 StGB (Nachstellung) in der staatsanwaltlichen Praxis“ in *NStZ* 2009, S.238 ff.
- Pfeiffer, Gerd
Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz (5.Auflage), München 2003; Zit.: *KK-StPO Bearbeiter* § Rn.

- Pollähne, Helmut
Anmerkung zu OLG Düsseldorf 2 a Ss 97/02 – 41/02 II in StV 2003, S.563 ff.
- ders.
„Grenzen der Strafbarkeit nach § 4 Gew SchG (insbesondere bei Stalking)“ in StraFo 2006, S.398 ff.
- ders.
(Hrsg: Barton)
„Probleme des Gewaltschutzgesetzes aus strafrechtlicher Sicht“ in Beziehungsgewalt und Verfahren (1.Auflage), S.133 ff.
- ders.
Anmerkung zum Urteil des OLG Hamm 1 Ss 83/04 vom 02.06.2004 in StV 2005, S.503 ff.
- Rackow, Peter
„Der Tatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB)“ in GA 2008, S.552 ff.
- Rebmann, Kurt
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in 11.Bänden (5.Auflage), München 2006; Zit.: *MüKo-Bearbeiter* § Rn.
- Rebmann, Kurt
Roth, Werner
Herrmann, Siegfried
Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (3.Auflage), Loseblatt-Ausgabe Stuttgart; Zit.: *Rebmann/Roth/Herrmann* § Rn.
- Rengier, Rudolf
Strafrecht Besonderer Teil II (9.Auflage), München 2008; Zit.: *Rengier* BT II, § Rn.

- Roxin, Claus „Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?“ in Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus Köln u.a. 2005, S.135 ff.
- ders. Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin 1973; S.13 ff.
- ders. Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1 (4. Auflage), München 2006; Zit.: *Roxin* AT 1 § Rn.
- Ruder, Karl-Heinz „Platz- bzw. Hausverweis; Betretungs- und Rückkehrverbot für gewalttätige Ehepartner?“ in VBIBW 2002, S.11 ff.
- Rüthers, Bernd „Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz“ in JZ 2006, S.53 ff.
- Rupp, Marina Rechtstatsächliche Untersuchungen zum Gewaltschutzgesetz, Studie, Köln 2005.
- Rüthers, Bernd Rechtstheorie (3.Auflage), München 2007; Zit.: *Rüthers*, Rn.
- Sachs, Michael Grundgesetz Kommentar (5.Auflage), München 2009, Zit.: *Sachs* Art. Rn.
- Schäfer, Achim „Stalking-Verehrung durch Aufdringlichkeit“ in Kriminalistik 2000, S.587 ff.
- Schenke, Wolf-Rüdiger Polizei- und Ordnungsrecht (5.Auflage), Heidelberg 2007; Zit.: *Schenke* Rn.

- Schmidt, Rolf
Strafrecht Allgemeiner Teil I (7.Auflage),
Bremen 2008, Zit.: *Schmidt*, AT1 S.
- Schönke, Adolf
Schröder, Horst
Strafgesetzbuch – Kommentar (27.Auf-
lage), München 2006; Zit.: *S/S- Be-
arbeiter* § Rn.
- Schröder, Horst
Anmerkung zu BayObLG Urteil vom 17.
09. 1971 in JZ 1972, S.26.
- Sering, Christian
„Das Gewaltschutzgesetz und der Stal-
king-Tatbestand des StGB“ in NJW-
Spezial (8/2007), S.375 f.
- Smischek, Lidia
Stalking - Eine strafrechtswissenschaft-
liche Untersuchung, Dissertation (Frank-
furt a.M. u.a. 2006)
- Soergel, Hans Theodor
Siebert, Wolfgang
Baur, Jürgen
Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungs-
gesetz und Nebengesetzen (13.Auflage),
Stuttgart; Zit.: *Soergel-Bearbeiter* § Rn.
- Stange, Falk
Rilinger, Nadine
Steinberg, Georg
„Begriff und Erscheinungsformen des
Stalking“ in *StraFo* 2003, S.194 ff.
„Nachstellen –eine Nachruf?“ in *JZ* 2006
S.30 ff.
- Stern, Klaus
Das Staatsrecht der Bundesrepublik
Deutschland in 5.Bänden; München
1977; Zit.: *Stern*, Staatsrecht I § S.
- Stratenwerth, Günther
Kuhlen, Lothar
Strafrecht - Allgemeiner Teil I (5.Auf-
lage), Köln u.a. 2004; Zit.: *Stratenwerth/
Kuhlen* AT § Rn.

- Stürmer, Uwe „Stalking – Interventionen und Möglichkeiten der Polizei“ in FPR 2006, S.190 ff.
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch,
Hrsg.: Rudolphi, Hans-Joachim Loseblattsammlung (Stand: November 2008), Zit.: *SK-Bearbeiter* § Rn.
- Timmermann, Oliver „Stalking: Einem Delikt auf der Spur“ in StraFo 2007, S.358 ff.
- Utsch, Miriam Strafrechtliche Probleme des Stalkings (1.Auflage), Dissertation Münster 2007.
- Valerius, Brian „Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung in §238 StGB“ in JuS 2007 S.319 ff.
- Vander, Sascha „Stalking - Aktuelle Entwicklungen und Tendenzen zur Schaffung eines speziellen Tatbestandes“ in KritV 2006, S.81 ff.
- Vogel, Joachim Studienbuch - Juristische Methodik, Berlin u.a. 1998; Zit.: *Vogel*, JM S.
- ders. „Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des BVerfG“ in StV 1996, S.110 ff.
- v.Heintschel-Heinegg, Bernd Beck`scher Online-Kommentar, Stand: 01.06.2008; Zit.: *BeckOK-Bearbeiter* § Rn.

- v.Münch, Ingo
Kunig, Phillip
Grundgesetz - Kommentar (5.Auflage),
München 2003; Zit.: *v.Münch* Art. Rn.
- v.Pechstaedt, Volkmar
Stalking – Strafbarkeit nach englischem
und deutschem Recht, Dissertation (Gött-
ingen 1999)
- ders.
„Zivilrechtliche Abwehrmaßnahmen
gegen Stalking“ in NJW 2007, S.1233 ff
- v.Savigny, Friedrich Carl
System des heutigen Römischen Rechts,
Band I, Berlin 1840.
- v.Schenk, Moritz
„Kein guter Tag für das Strafrecht“ in
myops 2008 (Heft 2), S.42 ff.
- v.Staudinger, Julius
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch (13.Auflage), Berlin; Zit.: *Stauding-
er-Bearbeiter* § Rn.
- Voß, Hans Georg
Hoffmann, Jens
Wondrak, Isabel
Stalking in Deutschland aus Sicht der Be-
troffenen und Verfolger (1.Auflage), Ba-
den-Baden 2006.
- Wahrig
Deutsches Wörterbuch (8.Auflage),
München 2006.
- Wank, Rolf
Die Auslegung von Gesetzen (4.Auf-
lage), Köln u.a. 2008 ;Zit.: *Wank*, S.
- Welzel, Hans
Das deutsche Strafrecht (11.Auflage),
Berlin 1969; Zit.: *Welzel* S.

- ders. „Studien zum System des Strafrechts“ in ZStW 58 (1939), S.491 ff.
- Wessels, Johannes
Beulke, Werner Strafrecht Allgemeiner Teil (37.Auflage) Heidelberg 2007 ; Zit.: *Wessels/Beulke* AT Rn.
- Wessels, Johannes
Hettinger, Michael Strafrecht Besonderer Teil/1 (31.Auflage) Heidelberg u.a 2007; Zit.: *Wessels/Hettinger* BT1 Rn.
- Wiener Kommentar,
Hrsg.: Hoepfel, Frank / Ratz, Eckart Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (2.Auflage), Loseblattsammlung Stand: 49.Lieferung; Zit.: *WK-Bearbeiter* § Rn
- Winterer, Heidi „Straf- und zivilrechtlicher Umgang mit Stalking in Deutschland – Stalking und Häusliche Gewalt“ in FPR 2006, S.199 ff.
- Wohlers, Wolfgang „Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur“ in GA 2002, S.20 ff.
- Württemberg, Thomas
Heckmann, Dirk Polizeirecht in Baden Württemberg (6. Auflage), Heidelberg 2005; Zit.: *Württemberg/ Heckmann* Rn.
- Zöller, Richard Zivilprozessordnung - Kommentar (27. Auflage), Köln 2009; Zit.: *Zöller-Bearbeiter* § Rn.
- Zypries, Brigitte
(Hrsg.) Die Renaissance der Rechtspolitik (2008).