

## § 238 StGB: Vier neue Absätze gegen den Stalker

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Joachim Eiden**, München

### I. Begriffsgestrüpp

Der Bundesgesetzgeber hat am 22. März des vorigen Jahres wieder einmal seiner Straflust gefrönt und einen neuen Tatbestand in das Kernstrafrecht hineingeflochten. Der Keil, den er zugleich mit ungeschliffener Axt aus den noch weiß gebliebenen Bereichen menschlichen Handelns herausgetrennt hat, trägt den harmlosen Namen „Nachstellung“<sup>1</sup>.

Da bekanntlich das Strafrecht die schärfste Waffe des Gesetzgebers ist, muß im Fall einer Neupönalisierung immer ganz genau hingesehen werden, ob tatsächlich strafwürdiges Unrecht vorliegt, und wenn ja, ob nicht die bestehenden Gesetze zu seiner Bekämpfung ausgereicht hätten.

Die Notwendigkeit einer genauen Betrachtung dieses Tatbestandes zeigt sich schon bei einem Blick auf seine Überschrift. Zweck einer solchen sollte es sein, dem Normadressaten, der sich durch einen Blick ins Strafgesetzbuch informieren möchte, einen ersten Anhaltspunkt zu liefern, was ihm alles bei Strafe verboten sei.

Bereits hier begegnet eine Abweichung: Ist man juristisch nicht vorbelastet, wird man bei der Lektüre der Überschrift vermutlich zuallererst an Nachsendeauftrag oder dergleichen denken.

Der im StGB Ortskundige dagegen muß anders verknüpfen: Er wird es gedanklich durchstreifen und bald auf § 292 stoßen, den Jagdwildereitattbestand, in dem es in Abs. 1 Nr. 1 heißt: „Wer unter Verletzung fremden Jagdrechts oder Jagdausübungsrechts dem Wild nachstellt [...]“. Zwar gemahnt ihn der Grundsatz der „Relativität der Rechtsbegriffe“ zur Vorsicht, dennoch wird er die dort anerkannte Definition des Nachstellens richtigerweise erst einmal zu Rate ziehen. So bedeutet „Nachstellung“ dort „das Anschleichen, Anpirschen, Auflauern, das Durchstreifen des Jagdbezirks mit schußbereitem oder sofort schußfertig zu machendem Gewehr; das Stehen auf dem Abstand auch mit noch ungeladenem Gewehr“<sup>2</sup>; also jede Handlung, mit welcher der Täter nach seiner Vorstellung unmittelbar zum Fangen, Erlegen oder Sich-Zueignen des Wildes ansetzt<sup>3</sup>.

Für sich genommen wird ihm das kaum weiterhelfen, der Gesetzgeber zeigt sich rätselhaft. Und doch ist er dem Ziel näher, als er im ersten Moment für möglich halten mag.

Die offensichtliche Bedeutungsunklarheit schon der Überschrift des neuen Tatbestandes hat ihre Bewandnis vor allem darin, daß der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift einem Phä-

nomen begegnen wollte, das nicht unter der Bezeichnung „Nachstellung“, sondern als sog. „Stalking“ bekannt ist, ein Begriff, der ebenfalls der Jägersprache entnommen ist und so viel bedeutet wie „anpirschen“, „anschleichen“, „auflauern“.

Folglich wurde ein englischer Begriff schlicht ins Deutsche übertragen. Nun ist es sicherlich zu begrüßen, daß sich der Gesetzgeber hier als Wächter und Modernisierer der deutschen Sprache erweist, der einem Anglizismus mit der Härte des Strafrechts begegnen möchte. Allerdings ist die Sache so einfach nicht. Denn wie die Gedanken zu dem Begriff des „Nachstellens“ zeigen und zeigen werden, ist es mit einer bloßen Übersetzung nicht getan, gilt es doch zu bedenken, daß es schon für „Stalking“ keine allgemeingültige Definition gibt.<sup>4</sup> Vielmehr stellt dieser Begriff eine bloße Umschreibung dar für die „zwanghafte Verfolgung und Belästigung einer anderen Person“<sup>5</sup>.

Warum es bis heute an einer Definition mangelt, liegt daran, daß das Nachstellungs-Verhalten nicht exakt beschreibbar ist, weil in seinen Erscheinungsformen zu vielfältig:<sup>6</sup> Am bekanntesten sind das Auflauern vor der Wohnung oder am Arbeitsplatz, Kontaktaufnahme durch alle erdenklichen Arten von Kommunikationsmitteln oder Bestellung von Waren im Namen des Opfers.<sup>7</sup>

Erreicht der Täter sein Ziel nicht (die Ziele sind ebenso vielförmig wie die Handlungen)<sup>8</sup>, greift er zu Sachbeschädigungen und Hausfriedensbrüchen. In seltenen Fällen sind auch tätliche Angriffe auf das Leben des Opfers zu verzeichnen.<sup>9</sup>

Schon diese Beispiele zeigen, daß die Verhaltensformen zu vielschichtig sind, um sie unter einen Begriff bringen zu können.

Zu dem Problem der Ungenauigkeit des Begriffes „Stalking“ kommt noch hinzu, daß der deutsche Begriff „Nachstellen“, der als Übersetzung dient, zum einen nicht weniger unklar ist, dazu aber noch geschlechtsspezifisch konnotiert, was selbst dann eine tatbestandliche Verwendung nicht recht-

<sup>1</sup> Art I 40. StrÄndG v. 22.3.2007 (BGBl. I, S. 354). Zu der strafprozessualen Neuerung im Gewand des § 112a Abs. 1 Nr. 1 StPO, welche dieser Beitrag nicht behandelt, vgl. befürwortend *Mitsch*, NJW 2007, 1241; ablehnend *Gazeas*, KJ 2006, 247 (264), jeweils m.w.N. Zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes vgl. *Kinzig/Zander*, JA 2007, 481.

<sup>2</sup> *Schünemann*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2003, § 292 Rn. 46.

<sup>3</sup> *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 52. Aufl. 2004, § 292 Rn. 11.

<sup>4</sup> Vgl. zu den verschiedenen Definitionsansätzen *Bettermann*, in: dies./Feenders (Hrsg.), *Stalking. Möglichkeiten und Grenzen der Intervention*, 2004, S. 4 ff.

<sup>5</sup> *Vander*, KritV 2006, 81.

<sup>6</sup> Dazu kommt, daß Stalking ein noch spärlich untersuchtes Phänomen ist, das noch kaum gesicherte Erkenntnisse vorweisen kann (so auch *Freudenberg*, NK 2005, 84 [86]). Was dabei vor allem viel zu wenig Berücksichtigung gefunden hat, sind die möglichen Beiträge des Opfers, die zu seiner Viktimisierung mitursächlich gewesen sein können, vgl. *Gass*, in: Dreßing/ders. (Hrsg.), *Stalking! Verfolgung, Bedrohung, Belästigung*, 2005, S. 65, 70 f.

<sup>7</sup> Vgl. *Freudenberg*, NK 2005, 84 (85).

<sup>8</sup> Von Wünschen nach Aussöhnung oder Herstellung einer Liebesbeziehung über die Intention, Macht und Kontrolle auszuüben, bis hin zu Rachefeldzügen (BT-Drs. 16/575, S. 6; *Valerius*, JuS 2007, 319 [320 m.w.N.]).

<sup>9</sup> *Dreßing*, in: ders./Gass (Fn. 6), S. 19.

fertigen kann, wenn man berücksichtigt, daß 80% der Täter männlich sind.<sup>10</sup>

Die Belastetheit des Begriffes „Nachstellung“ zeigt sich daran, daß die Verknüpfung von menschlichem, vornehmlich männlichem Werbeverhalten mit Fachtermini der Jägersprache keine anglistische Besonderheit darstellt. Jagdallegorien – der Mann als Jäger, die Frau als Beute – finden sich nicht nur im allgemeinen Sprachgebrauch,<sup>11</sup> sie zeigen sich zahlreich auch in der deutschsprachigen Literatur. Ein Beispiel:

Der Dichter *Oswald von Wolkenstein* verfaßte Anfang des 15. Jh. ein Jagdlied, das sich mit der Annäherung an eine Frau beschäftigt und voller weidmännischer Fachausdrücke steckt. Darin heißt es u.a.:

„Ich laure auf sie wie ein Fuchs,  
bin gut versteckt, man hört mich nicht,  
späh aus der Staude (duck dich, Luchs!)  
[...]  
auf allen Vieren kriech ich hin,  
verscheuch sie nicht [...].“<sup>12</sup>

*Oswald von Wolkenstein* eignet sich auch deshalb, soll er doch im Jahre 1421, weil er der Schulmeisterstochter Anna Hausmann nachgestellt hatte, in das Schloß Forst bei Meran verbracht und dort inhaftiert worden sein. Ob sein Werben um Fräulein Hausmann allerdings der wirkliche Grund seiner Haft dort war, ist nicht zweifelsfrei geklärt.<sup>13</sup> Wie auch immer, durch den neuen § 238 StGB wären, wie sich noch zeigen wird, für einen Minnesänger harte Zeiten angebrochen.

Warum bei dieser sprachlichen Komponente so lange zu verweilen war, hat seine Bewandnis darin, daß dort der Schlüssel zum eigentlichen Problem dieser Norm liegt: Wenn ein Verhalten schon nicht genau zu beschreiben ist, und zudem von einem geschlechtsspezifisch konnotierten und ver-

staubten Klischeebegriff überlagert wird,<sup>14</sup> wie will man es dann bestimmbar unter Strafe stellen, ohne dabei zu weit zu greifen, um ja alle Möglichkeiten erfassen zu können?

## II. Legislatives Neuland

Die fehlende Bestimmbarkeit des Nachstellungsverhaltens war ein Grund, der den Gesetzgeber auch bis vor kurzem abgehalten hat, es in das enge Korsett eines Straftatbestandes zu pressen. Doch galt dies freilich nicht als Begründung, sondern es war immer wieder zu hören, die bestehenden Gesetze reichten aus, die Opfer angemessen zu schützen. Daß es schutzwürdige Opfer gibt, bestreitet niemand, können doch die Folgen der Nachstellungen erheblich sein: So berichten die Opfer vor allem von psychischen Qualen: bspw. Angstzustände, Schlaflosigkeit, Nervosität etc.<sup>15</sup> Als weitere Reaktionsmöglichkeiten werden Einschränkung der sozialen Kontakte, Meideverhalten in bezug auf bestimmte Orte, oder das Wechseln von Wohnung und Arbeitsplatz beschrieben.<sup>16</sup>

An dieser Bandbreite zeigt sich ein weiterer Grund für die bisherige Zurückhaltung des Gesetzgebers, denn auch eine Bestimmung des zu schützenden Rechtsguts – für eine Pönalisierung aber der wesentliche Punkt<sup>17</sup> – erweist sich als praktisch unmöglich: Angebote wie „Freisein von Furcht“<sup>18</sup> oder „Individueller Rechtsfrieden“<sup>19</sup> sind ebenso konturlos, wie die „Freiheit der Lebensgestaltung“. Da folglich der Bezugspunkt meist nur ein psychischer ist, ist zumindest eine klare Bestimmung des Rechtsgutes schlicht nicht möglich.<sup>20</sup> Die Schwierigkeit der Bestimmung des Rechtsgutes zeigte sich auch im Gesetzgebungsverfahren: dort wollte man den neuen Tatbestand als § 241b StGB zuerst der Nötigung und Bedrohung nachstellen, bevor man ihn dann schließlich der Freiheitsberaubung vorangestellt hat.<sup>21</sup>

All diese Unlösbarkeiten bedeuten freilich nicht, daß man die Opfer schutzlos lassen darf, nur, die Opfer waren ja gar nicht schutzlos:

<sup>10</sup> Zum Problem der Prävalenz von Stalking, die je nach unterlegter Stalkingdefinition bedenklich schwankt, vgl. *Dreßing*, in: ders./Gass (Hrsg.), *Stalking! Verfolgung, Bedrohung, Belästigung*, 2005, S. 22 ff. Der Gesetzgeber scheint eine neue diskriminierende Neigung zu entwickeln: Man denke an § 183 StGB; ganz anders noch bei den lykischen Frauen, die sich Poseidon mit entblößten Genitalien näherten, woraufhin dieser die Flucht ergriff, aus Angst, daß sie ihn verschlängen, vgl. *Bachofen*, *Das Mutterrecht. Eine Untersuchung über die Gynaiokratie der alten Welt nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur*, 1861 (1998), S. 62. Zur (nun verworfenen) Praxis der Staatsanwaltschaft im Falle der Verübung einer Straftat nach § 184b Abs. 4 StGB grundsätzlich gegen alle männlichen Bewohner einer Hausgemeinschaft – und nicht nur gegen den Inhaber des Internetanschlusses und der Zugangsdaten – einen Anfangsverdacht anzunehmen, vgl. LG Stuttgart, Beschl. v. 30.8.2007 – 7 Qs 86/07.

<sup>11</sup> In Duden. *Das große Wörterbuch der deutschen Sprache* in 10 Bänden, 3. Aufl. 1999, Bd. 6, S. 2687 heißt es nur: „Er stellt den Mädchen nach.“

<sup>12</sup> *Oswald von Wolkenstein*, in: Kühn (Hrsg.), *Ich Wolkenstein. Eine Biographie*, 1988, S. 99.

<sup>13</sup> *Röll*, in: Killy (Hrsg.), *Literaturlexikon. Autoren und Werke deutscher Sprache*, Berlin 2000, Digitale Bibliothek, Bd. 9, S. 14719 f.

<sup>14</sup> Letzteres hätte man vermeiden können durch Begriffe wie „Belästigung“ (so der Vorschlag des Bundesrates) oder „Verfolgung“ (vgl. § 107a Ö-StGB).

<sup>15</sup> Zu den psychischen Folgen des Nachstellens vgl. *Meyer*, ZStW 115 (2003), 247 (258).

<sup>16</sup> BT-Drs. 16/575, S. 6.

<sup>17</sup> Zum Streit um den Rechtsgutsbegriff *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2006, § 2.

<sup>18</sup> *Kinzig*, ZRP 2006, 255 (257).

<sup>19</sup> So *Meyer*, ZStW 115 (2003), 247 (284). Ihm folgend *Mitsch*, NJW 2007, 1237 (1238), der allerdings mit seiner Formulierung, er halte diesen Begriff „zur Kennzeichnung des Rechtsguts für am besten geeignet“, immerhin erkennen läßt, daß ihm doch eine gewisse Skepsis bleibt.

<sup>20</sup> So auch *Steinberg*, JZ 2006, 30 (31). Zum strafrechtlichen Schutz von Gefühlen vgl. *Roxin* (Fn. 17), § 2 Rn. 26 ff.

<sup>21</sup> Weitere Überlegungen zu möglichen Standorten eines neuen „Nachstellungstatbestandes“ finden sich bei *Valerius*, JuS 2007, 319 (320). Zu den ursprünglichen Gesetzentwürfen des Bundesrats und der Bundesregierung siehe *Vander*, KritV 2006, 81 (87 ff.).

Vor der Einführung des § 238 StGB konnte das Opfer den Täter aufgrund einzelner Belästigungen strafrechtlich belangen, beispielsweise wegen Beleidigung (§§ 185 ff. StGB), Nötigung (§ 240 StGB), Bedrohung (§ 241 StGB), Körperverletzungen (§§ 223 ff. StGB), sexueller Nötigung (§§ 177 ff. StGB), Verletzungen des persönlichen Lebens- und Geheimnisbereichs (§§ 201 ff. StGB), wegen Sachbeschädigung (§ 303 StGB) und/oder wegen Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB).<sup>22</sup>

Als problematisch erwies sich, daß diese Tatbestände dem Opfer jedoch dann nicht zur Seite standen, wenn, wie im Fall des Nachstellens, die einzelnen Verhaltensweisen des Täters für sich genommen strafrechtlich noch nicht erheblich waren, ihre Gesamtheit für das Opfer jedoch belastend wurde.<sup>23</sup>

Da dem Gesetzgeber nicht unbekannt war, daß 50% der Opfer ehemalige Lebenspartner des Täters sind<sup>24</sup> (das medienwirksame sog. Prominentenstalking stellt demgegenüber einen schmalen Prozentsatz dar<sup>25</sup>) und der Wunsch nach Aussprache, Aussöhnung oder Wiedergewinnung in der Regel mehr als sozialadäquat ist, wollte er bewußt nicht gleich mit dem Strafrecht intervenieren, soll das Strafrecht gerade im zwischenmenschlichen und privaten Bereich ja noch zurückhaltender eingesetzt werden.<sup>26</sup> Deshalb gedachte er mehr auf Beratung und Unterstützung Betroffener und auf die Zivilgerichte zu setzen.

Eine Lösung, die all diesen Besonderheiten des Nachstellens gerecht werden sollte, suchte der Gesetzgeber durch das erst 2002 in Kraft getretene Gewaltschutzgesetz.<sup>27</sup> Entsprechend der diffizilen und vielschichtigen Lage beim Nachstellen brachten ihn seine Bemühungen dabei in legislatives Neuland.

Das Gewaltschutzgesetz, eigentlich „Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung“ führt zum ersten Mal den Begriff des „Nachstellens“ in diesem Zusammenhang ein. Im Wortlaut der hier relevanten Vorschrift des § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2b heißt es: „Abs. 1 gilt entsprechend, 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.“

<sup>22</sup> Zu einzelnen Fallgestaltungen und der Verwirklichung dieser Tatbestände bei „Nachstellungs-Handlungen“ vgl. Meyer, ZStW 115 (2003), 247 (260 ff.).

<sup>23</sup> ZRP-Rechtsgespräch mit Weber-Hassemer, ZRP 2006, 69; v. Pechstaedt, in: Dreßing/Gass (Fn. 6), S. 101, 119.

<sup>24</sup> Gropp/v. Pechstaedt, in: Bettermann/Feenders (Fn. 4), S. 169 f.

<sup>25</sup> Vgl. hierzu Hoffmann, in: Bettermann/Feenders (Fn. 4), S. 101 ff.

<sup>26</sup> Roxin, JA 1980, 545 (547). Sehr lesenswert ist dort auch die wieder aktuelle Kritik zu der vormaligen Gesetzgebungspraxis zur Terrorismusbekämpfung.

<sup>27</sup> Erlassen am 11.12.2001, in Kraft getreten am 1.1.2002 (BGBl. I, S. 3513).

Berücksichtigt man, daß dieses Gesetz Teil des sog. Aktionsplans der alten Bundesregierung zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und Kinder ist,<sup>28</sup> so spielt auch hier die geschlechtsspezifische Konnotation des Begriffes „Nachstellen“ eine Rolle. Aber das hier nur am Rande.

Die entsprechende Anwendung des Abs. 1 macht nun diese Vorschrift für die Nachstellungsproblematik so tauglich, denn danach muß das zuständige Zivilgericht, auf Antrag der verletzten Person, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz derselben treffen. Was die erforderlichen Maßnahmen sein können, ist in einem nicht abschließenden Katalog aufgelistet, beispielhaft zu nennen sind etwa Kontaktaufnahme- oder Annäherungsverbote.<sup>29</sup>

Erst dann, wenn der Täter gegen eine gerichtliche Anordnung dieser Art verstößt, soll nach dem Willen des Gesetzgebers eine strafrechtliche Sanktion folgen, mit einem Strafrahmen von Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. Das jedenfalls bestimmt § 4 GewSchG, der damit nicht als Tatbestand gegen das Nachstellen selbst konzipiert ist,<sup>30</sup> sondern hier wird zum ersten Mal das Strafrecht zur Sicherung zivilrechtlicher Entscheidungen eingesetzt, und § 4 GewSchG erweist sich als Ungehorsamsnorm.<sup>31</sup>

Mag man dieses Verzahnen von Zivilrecht und Strafrecht als unschön betrachten,<sup>32</sup> so hat der Gesetzgeber damit doch eine Regelung geschaffen, die den vielschichtigen Erscheinungsformen des Nachstellens, sowie den komplizierten Motivationslagen des Täters und den eigentümlichen Belastungen der Opfer ausgleichend Rechnung tragen kann.

Wenn der Gesetzgeber nun die Notwendigkeit eines eigenen Straftatbestandes mit dem unzureichenden Schutz und

<sup>28</sup> BT-Drs. 14/2812.

<sup>29</sup> Weitergehend v. Pechstaedt, NJW 2007, 1233 (1234).

<sup>30</sup> Durch diese Konstruktion umschiffte der Gesetzgeber geschickt das Problem, die diversen Nachstellungsmöglichkeiten tatbestandlich nicht abbilden zu können. Das ist jedoch insoweit unschädlich, als die vorgeschaltete zivilgerichtliche Regelung dem Einzelfall in all seinen Facetten begegnen kann, so auch Freudenberg, NK 2005, 84 (85 f.). Frommel, NK 2005, 86 (87 f.), spricht von akzessorischem Strafrecht, das geeignet sei, punitives Zivilrecht zu flankieren. Auch Neubacher, ZStW 118 (2006), 855 (866 ff.), begrüßt diese Konstruktion des Gesetzgebers; ablehnend Meyer, ZStW 115 (2003), 247 (270).

<sup>31</sup> Gropp/v. Pechstaedt (Fn. 24), S. 169, 173; so auch Meyer, ZStW 115 (2003), 247 (271), der den Regelungsinhalt des § 4 GewSchG als klassische Ordnungswidrigkeit einstuft und mit Geldbuße belegt sehen möchte.

<sup>32</sup> Oder gar als eine Verwischung der „Grenze zwischen Zivilrecht und Strafrecht in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise“, so Meyer, ZStW 115 (2003), 247 (270). Zu beachten ist, daß an dieser Stelle die Frage, ob das Strafrecht dem Zivilrecht gegenüber generell subsidiär sei, nicht in Rede steht – vgl. zu dieser Problematik Schünemann, in: von Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), Mediating Principles. Begrenzungskriterien bei der Strafbegründung, 2006, S. 23 f. –, denn bei § 4 GewSchG handelt es sich um eine völlig neuartige Situation des Ineinandergreifens.

der zu geringen Strafandrohung der entsprechenden Normen v.a. des GewSchG zu begründen sucht, so bedeutet dies nicht die Wirkungslosigkeit des GewSchG,<sup>33</sup> sondern ist in erster Linie ein Eingeständnis, nicht genügend für die nötige Umsetzung dieser Normen oder deren Verbesserung getan zu haben.<sup>34</sup>

Es kann jedoch nicht Aufgabe des Strafrechts sein, Kommunikations- und Umsetzungsversäumnisse des Gesetzgebers ausbaden zu müssen; auch das verbietet der Ultima-ratio-Gedanke.

### III. Normative Spiegelung

Da folglich die Schaffung eines eigenen Nachstellungs-Tatbestandes nicht erforderlich war, erweist sich § 238 StGB per se als Überkriminalisierung.

Indem sich der Gesetzgeber aber leider dazu entschieden hat, einen Nachstellungstatbestand in das StGB einzustellen, nützt es nichts, dieses Vorgehen zu bedauern, sondern es müssen an der geltenden Norm alle Fehler aufgespürt werden, die sie als zu weit gehende Kriminalisierung entlarven, denn schließlich eröffnet der Rechtsstaat Wege, solchen Strafgesetzen zu begegnen.<sup>35</sup>

Die im Vorfeld aufgezeigte Unmöglichkeit der exakten Bestimmung von relevanten Handlungen und dem zu schützenden Rechtsgut werden sich bei der nun folgenden Betrachtung des § 238 StGB zeigen: er ist ein Spiegelbild dieser

Beschreibungsdefizite, ein Bündel unbestimmter Rechtsbegriffe.<sup>36</sup>

Es versteht sich von selbst, daß der Gesetzgeber in Anlehnung an § 292 StGB nicht einfach formulieren konnte „wer dem Weibe nachstellt, wird bestraft“; sondern er versucht einzuschränken:

Bereits jenseits der fünf Tathandlungsalternativen, die der Übersichtlichkeit halber im Anschluss behandelt sein möchten, fallen eine Vielzahl dem StGB bekannte und unbekannte Begriffe auf, mit denen der Gesetzgeber den Begriff „nachstellen“ umstellt hat, wie ein unberechenbares Tier, das einer Umzäunung bedarf<sup>37</sup>:

Das Merkmal „unbefugt“ ist der Gesetzesbegründung zufolge Tatbestandsmerkmal und setzt voraus, daß der Täter gegen den Willen des Opfers handelt.<sup>38</sup> Zwar erreicht dieses Merkmal eine Beschränkung des weiten Straftatbestandes, fraglich bleibt dabei aber beispielsweise, welche Auswirkungen das auf die journalistische Tätigkeit hat.<sup>39</sup>

Auch das Tatbestandsmerkmal „beharrlich“ ist ein weiterer Zügel: der Begriff ist dem StGB bereits bekannt (bspw. in § 184d) und bedeutet „daß das Verbot aus Mißachtung oder Gleichgültigkeit immer wieder übertreten oder daß die Bereitschaft hierzu deutlich wird.“<sup>40</sup>

Nach der Gesetzesbegründung soll auch bei § 238 ein „wiederholtes Handeln“ oder „andauerndes Verhalten“ vorliegen müssen, wobei darin zudem zum Ausdruck kommen muß, daß der Täter den entgegenstehenden Willen des Opfers

<sup>33</sup> Zum „geringen“ Strafraumen ist zu bemerken, daß man diesen ohne weiteres hätte anheben können, sofern man sich dadurch tatsächlich gesteigerte Abschreckung erhofft; so *Valerius*, JuS 2007, 319 (320), der die Höchststrafe von einem Jahr als wenig nützlich einschätzt. Erinnerung sei in diesem Zusammenhang an den österreichischen Strafgesetzgeber, der in voller Kenntnis des deutschen GewSchG im Jahr 2006 seinen § 107a öStGB auch nur mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr ausgestaltet hat. Zu bedenken ist ferner, daß noch nicht einmal annähernd ausreichend höchstrichterliche Rechtsprechung existiert, die der uneinheitlichen Rechtsprechung der Amtsgerichte bei der Anwendung des GewSchG auf Nachstellungs-Fälle eine klarere Kontur und bessere Umsetzungschancen verleihen würde, so auch v. *Pechstaedt*, NJW 2007, 1233 (1237); Beispiele aktueller höchstrichterlicher Rechtsprechung finden sich bei *Sering*, NJW-Spezial 2007, 375.

<sup>34</sup> Selbst der Gesetzgeber räumt Umsetzungsdefizite ein, BT-Drs. 16/575, S. 1. Übereilung mag man auch am nicht geklärten Verhältnis von § 4 GewSchG zu § 238 StGB erkennen. Auch *Kinzig/Zander*, JA 2007, 481 (487), hätten als Alternative zu § 238 StGB die Ausweitung des Anwendungsbereichs des GewSchG favorisiert. Zu den aktuellen Schwächen des GewSchG vor allem bzgl. der effektiven Durchsetzbarkeit, ausführlich v. *Pechstaedt*, NJW 2007, 1233 m.w.N.

<sup>35</sup> Zur Vorlagepflicht, die Art. 100 Abs. 1 GG begründet und den Folgen eines Verstoßes dagegen, vgl. *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, S. 296.

<sup>36</sup> Die Anzahl der unbestimmten Rechtsbegriffe wird von vielen Seiten bemängelt: *Vander*, KritV 2006, 81 (89); *Freudenberger*, NK 2005, 84 (85); *Gazeas*, KJ 2006, 247 (266); *Kinzig/Zander*, JA 2007, 481 (485 f.); *Sering*, NJW-Spezial 2007, 375 (376); *Neubacher*, ZStW 118 (2006), 855 (869). Keine Bedenken hat dagegen *Fünfsinn*, NK 2005, 82 (84).

<sup>37</sup> Der Begriff des „Nachstellens“ selbst soll zudem definiert sein, als „alle Handlungen, die darauf ausgerichtet sind, durch unmittelbare oder mittelbare Annäherungen an das Opfer in dessen persönlichen Lebensbereich einzugreifen und dadurch seine Handlungs- und Entschließungsfreiheit zu beeinträchtigen“, BT-Drs. 16/575, S. 7.

<sup>38</sup> Nach *Valerius*, JuS 2007, 319 (322), muß sich das Einverständnis des Opfers „auf das Nachstellen an sich und somit auf Art und Intensität erstrecken“. Bei dieser weiten Sicht wird der Täter kaum je zu einem relevanten Tatbestandsirrtum gelangen können. So wird es *Oswald von Wolkenstein* nichts nützen, wenn seine Angebetete seinem Werben zwar generell nicht abgeneigt, sie aber dennoch unwillig ist, weil er seine Lieder beharrlich eine Terz zu tief intoniert. Eingehend zum Merkmal der „Unbefugtheit“ sowie zur Irrtumsproblematik, *Mitsch*, Jura 2007, 401.

<sup>39</sup> Vor allem Presseverbände sehen ein nicht auflösbares Spannungsverhältnis, im einzelnen *Gazeas*, KJ 2006, 247 (256 m.w.N.). Zur Streitfrage, ob ordnungsgemäße journalistische Tätigkeit schon beim Merkmal „beharrlich“ im Lichte der Allgemeinen Handlungsfreiheit auszuschneiden sei, vgl. *Valerius*, JuS 2007, 319 (322).

<sup>40</sup> *Tröndle/Fischer* (Fn. 3), § 184d Rn. 5.

mißachtet und dies auch in Zukunft nicht ändern wird.<sup>41</sup> Ob ein Verhalten „beharrlich“ ist, soll eine Gesamtwürdigung der verschiedenen Handlungen ergeben.<sup>42</sup> Also beharrlich wie *Oswald von Wolkenstein*, der unzählige Male die Burg belagert und seine Minnelieder darbringt?

Desgleichen stellt die Ausgestaltung als Erfolgsdelikt, die sich in der Formulierung „und dadurch seine Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt“ zeigt, eine Einschränkung dar.

Das wäre prinzipiell gut, allerdings sind sowohl die Merkmale „schwerwiegend“ als auch „Beeinträchtigung der Lebensgestaltung“ sehr fragwürdig. Zwar kennt das StGB den Begriff „schwerwiegend“ in § 218a Abs. 2, doch bezieht er sich dort auf den Gesundheitszustand,<sup>43</sup> während hier viel weitergehend die Lebensgestaltung in Rede steht.

Was nun den Begriff der „Lebensgestaltung“ anlangt, so ist dieser nicht nur dem StGB fremd, sondern uferlos weit. Denn was soll Lebensgestaltung anderes sein, als die freie Entfaltung der Persönlichkeit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG, also ein grundrechtsdogmatischer Auffangtatbestand.<sup>44</sup>

Hier an dieser Stelle zeigt sich ganz deutlich die Kehrseite der Unbestimmbarkeit des Rechtsgutes. Dagegen manifestiert sich die Unbestimmbarkeit der Handlungsvariationen vor allem in den Tatalternativen Nr. 1 und Nr. 5:<sup>45</sup> Nr. 1 läßt das „Aufsuchen räumlicher Nähe“ ausreichen. Während „aufsuchen“ als zielgerichtete Handlung verstehbar ist<sup>46</sup>, bleibt „räumliche Nähe“ unklar: Reicht heimliches Beobachten – wie im Jagdlied von *von Wolkenstein* – aus oder muß das Opfer den Täter schon mit bloßem Auge erkennen können?<sup>47</sup>

<sup>41</sup> BT-Drs. 16/575, S. 7; exemplifizierend *Mitsch*, Jura 2007, 401 (404 ff.).

<sup>42</sup> Trotz der Ersetzung des Begriffes „fortgesetzt“ durch „beharrlich“ hat sich die Frage nach der Deliktsart nicht aufgelöst: Als Dauerdelikt wird man § 238 nicht einstufen können, da im Falle des Nachstellens der rechtswidrige Zustand erst dann eintritt, wenn die Beharrlichkeitsschwelle überschritten wird; man wird statt dessen eine tatbestandliche Handlungseinheit bei sukzessiver bzw. iterativer Tatbegehung annehmen müssen; im einzelnen vgl. *Gazeas*, KJ 2006, 247 (261 ff.), Zur damit zusammenhängenden Frage der Konkurrenzen siehe ferner *Valerius*, JuS 2007, 319 (323).

<sup>43</sup> *Gazeas*, KJ 2006, 247 (258 f.).

<sup>44</sup> So auch *Steinberg*, JZ 2006, 30 (32), der in diesem Begriff die „Kapitulation des Gesetzgebers vor dem Bestimmtheitsgebot“ sieht.

<sup>45</sup> Zu den zumindest aus dieser Sicht unproblematischen Nummern 2-4, vgl. *Valerius*, JuS 2007, 319 (321 f.); *Mitsch*, NJW 2007, 1237 (1238 f.).

<sup>46</sup> *Valerius*, JuS 2007, 319 (321).

<sup>47</sup> Für eine restriktive Auslegung dahingehend, daß das Opfer den Täter ohne Verwendung optischer Hilfsmittel wahrnehmen können, *Gazeas*, KJ 2006, 247 (256 f.). Die Schwierigkeiten einer Umgrenzung dieses Begriffes zeigen sich spiegelbildlich, wenn man die nach § 1 GewSchG ausgesprochenen Annäherungsverbote vergleicht: diese schwanken zwischen 50 und 500 Metern; eingehend v. *Pechstaedt*, NJW 2007, 1233 (1234 m.w.N.).

Noch problematischer erweist sich die Auffangklausel Nr. 5. Danach soll auch „eine andere vergleichbare Handlung“ zur Verwirklichung des Tatbestandes ausreichen. Die Unmöglichkeit, sämtliche Nachstellungshandlungen zu beschreiben, eigentlich ein Umstand, der den Strafgesetzgeber bändigen sollte, wird hier zum Argument für eine Strafausweitung pervertiert. Die ursprüngliche Fassung der Länder, die immerhin eine „ebenso schwerwiegende Handlung“ forderte, wurde nicht übernommen, obwohl der Regierungsentwurf aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken keinen Auffangtatbestand wollte. Warum der Gesetzgeber schließlich als Kompromiß auch noch diese Einschränkung weggelassen hat, scheint unerklärlich.<sup>48</sup>

Ihm wurde wohl plötzlich bewusst, daß vor allem die Handlungsalternativen Nr. 1 und 2 ja alles andere als schwerwiegend sind, sondern für sich genommen sozialadäquates Verhalten beschreiben: „Räumliche Nähe aufsuchen“ und „durch Kommunikationsmittel sich bemühen Kontakt aufzunehmen“.

Nur hat er, anstatt zu erkennen, daß hier etwas unstimmig ist, die Türe noch weiter aufgestoßen. Der Normadressat kann bei dieser Formulierung nicht vorhersehen, was ihm nun bei Strafe verboten ist.<sup>49</sup> Da ist es wenig tröstlich, daß gemäß Abs. 4 der Grundtatbestand als Antragsdelikt ausgestaltet ist, beläßt es der Gesetzgeber doch auch hier bei einer relativen Regelung.

Hinzuweisen ist noch auf die Strafschärfungen in Abs. 2 und 3, denn auch dort zeigt sich die Problematik des unbestimmten Grundtatbestandes. So kann der sog. tatbestandspezifische Gefahrezusammenhang hier kaum Korrektiv sein, ist doch eine Anknüpfung an jede mögliche Tatbestandshandlung denkbar, so daß er sich hier als tatbestandsunspezifischer Gefahrezusammenhang präsentiert.<sup>50</sup>

In Abs. 3 hätte der Gesetzgeber die dort beschriebene Erfolgsqualifikation jedenfalls mit dem Zusatz der „wenigstens leichtfertigen“ Verursachung versehen müssen, anstatt es bei der weiten Regelung des § 18 StGB zu lassen.<sup>51</sup>

Daneben klärt Abs. 3 nicht, ob der „erfolgsqualifizierte Versuch“ strafbar sein soll, denn wenn auch der Versuch des

<sup>48</sup> Zur bedeutend engeren Ausgestaltung der Auffangklauseln in den §§ 315 Abs. 1 Nr. 4 und 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB siehe ausführlich *Gazeas*, KJ 2006, 247 (257 f. m.w.N.).

<sup>49</sup> *Meyer* hegt grds. keine Bedenken gegen eine solche Generalklausel „sofern die inhaltliche Bestimmbarkeit aus dem Kontext mit den anderen genau umschriebenen Begehungsarten heraus gegeben ist“, *Meyer*, ZStW 115 (2003), 247 (288). Letzteres kann man mit Blick auf den restlichen § 238 StGB schwerlich behaupten.

<sup>50</sup> Die Beantwortung der Frage, ob bei § 238 („durch die Tat“) an die Tatbestandshandlung oder an den Tatbestandserfolg anzuknüpfen ist, läßt sich nicht pauschal beantworten, da den verschiedenen Tathandlungen je nach Lage der Dinge entsprechende Gefährlichkeit innewohnen kann aber nicht muß: dichte Auffahrmanöver mit einem PKW vs. Überreichen eines Blumenstraußes; eingehend zu dieser Problematik, *Roxin* (Fn. 17), § 29 Rn. 328 ff.

<sup>51</sup> *Gazeas*, KJ 2006, 247 (260).

Grunddelikt nicht mit Strafe bedroht ist, so ist Abs. 3 als Verbrechen ausgestaltet; anders als Abs. 2, dessen Vergehensstruktur hier klare Sperre ist (§§ 12, 23 Abs. 1 StGB)<sup>52</sup>.

Eine zusätzliche Weiterung wird dadurch bedingt, daß erstmalig auch Gefahren für Angehörige oder nahestehende Personen zur Strafschärfung führen.<sup>53</sup>

#### IV. Nachsuchen

Der gesamte § 238 StGB erweist sich damit als Opfer seiner ungeklärten Ausgangslage und seine Existenz ist einzig erklärbar als ein Akt symbolischer Gesetzgebung.<sup>54</sup> Falls damit tatsächlich eine abschreckende Wirkung bezweckt gewesen sein sollte, so könnte es damit schnell vorbei sein, denn das BVerfG wird in diesem Fall – jenseits der Überlegungen zum Übermaßverbot – seine zurückhaltende Rechtsprechung zu Art. 103 Abs. 2 GG nicht aufrecht erhalten können, will es dem Gesetzgeber nicht endlich verdeutlichen, dass der Bestimmtheitsgrundsatz kein Freiwild ist.<sup>55</sup>

Schnellschüsse mögen zwar bei der Jagdwildererei etwas einbringen, bei der Schaffung neuer Strafrechtsnormen ist ihnen dagegen beharrlich entgegenzutreten.

---

<sup>52</sup> Vgl. *Mitsch*, Jura 2007, 401 (406 f.). Zur Parallelproblematik bei § 221 StGB vgl. *Jähnke*, in: ders./Laufhütte/Odersky (Fn. 2), § 221 Rn. 40; grundlegend *Roxin* (Fn. 17), § 29 Rn. 232 ff.

<sup>53</sup> Dazu *Mitsch*, NJW 2007, 1237 (1240).

<sup>54</sup> Zu den Erscheinungsformen symbolischer Gesetzgebung siehe *Lauterwein*, Symbolische Gesetzgebung, Eine Untersuchung am Beispiel Strafrecht, 2006, S. 14 ff. m.w.N.; *Hassmer*, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 1001 ff.

<sup>55</sup> Zu dieser restriktiven Rechtsprechung vgl. *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2007, Art. 103 Rn. 48 ff. m.w.N. Daß eine Umkehr geboten ist, zeigt sich schon daran, daß der vom BVerfG eingeräumte Freiraum von manchem geradezu als Einladung begriffen wird, verschwenderisch damit umzugehen; so bspw. von *Meyer*, ZStW 115 (2003), 247 (288 Anm. 209); eingehend dazu *Gazeas*, KJ 2006, 247 (265 ff. m.w.N.). Bedenkt man, daß der Gesetzgeber erneut die strafrechtliche Axt in Händen hält und mit Begriffen wie „terroristische Ausbildungslager/-camps“ und „terroristische Anleitungen“ um sich schlagen möchte, scheint ein bestimmtes Wort aus Karlsruhe umso dringlicher.