

Stalking als Eignungsdelikt

Von Prof. Dr. Dr. Dres. h.c. **Kristian Kühn**, Tübingen

Die Problematik, ob eine Strafvorschrift als Erfolgs- bzw. Verletzungsdelikt oder als Gefährdungs- bzw. Eignungsdelikt ausgestaltet werden sollte, ist gerade beim Stalking – korrekt, aber nicht gerade gelungen: Nachstellung (so § 238 StGB) – schon seit längerem ein heiß diskutiertes, kriminalpolitisches Thema. Dem *Verf.* dieses Beitrages begegnete es zum ersten Mal im Rechtsausschuss als Sachverständigem, was sich im „Lackner/Kühn“ niedergeschlagen hat. Das zweite Mal wurde er bei einem internationalen Strafrechtskongress von einem österreichischen Strafrechtler – *Kurt Schmoller* – auf die Gefährdungsstrafbarkeit im österreichischen Strafgesetzbuch, also auf einen Gegensatz zwischen deutschem und österreichischem Strafrecht, hingewiesen, was auf eine wenig vorbereitete Verteidigung der deutschen Erfolgsdeliktslösung hinauslief. Ein drittes Mal wurde der *Verf.* durch eine Einladung des nordrhein-westfälischen Landtags mit der Problematik konfrontiert; wieder als Sachverständiger, zu dem er sich erst machen musste. Jetzt droht ein Umschwenken des bundesdeutschen Gesetzgebers (BR-Drs. 193/14 = Gesetzesanträge von vier Bundesländern, die vom Bundesjustizministerium aufgegriffen wurden und zu einem Referentenentwurf v. 15.2.2016 geführt haben – Gesetz zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen), was zum vierten Mal zu verarbeiten sein wird.

Auf den ersten Blick klingt es einleuchtend, Stalking nicht erst dann zu bestrafen, wenn es zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers führt, sondern schon dann, wenn das Verhalten des Täters geeignet ist, eine solche Beeinträchtigung herbeizuführen.

Aber – wie immer – hat auch die Lösung zwei Seiten. Wer den Opferschutz verbessert, verschlechtert die Position des „Täters“. Es geht eben bei Strafvorschriften immer darum, wessen Freiheit man bevorzugt schützen will. Die Strafvorschriften sind nach dem Muster „neminem laede“ = verletze niemand konstruiert. Das heißt: Bleibe in deinem rechtlich gesicherten Freiheitsbereich und greife nicht willkürlich/eigenmächtig in den Freiheitsbereich eines anderen über, indem du ihn tötest, verletzt oder sonst schädigst. Deshalb sind – noch – die meisten Strafvorschriften Erfolgsdelikte. Es gibt freilich – zunehmend – Gefährdungsdelikte, zu denen auch die Eignungsdelikte gehören. Diese Delikte können durchaus strafwürdiges Unrecht betreffen, weil und wenn sie die Gefährdung eines anerkannten Rechtsguts erfassen. Dabei beschränken sich die Gefährdungsdelikte weitgehend auf den Schutz von Rechtsgütern der Allgemeinheit. Bei Delikten, die (höchst-)persönliche Rechtsgüter des Einzelnen schützen, findet man sie kaum. Das Leben als herausragendes Individualrechtsgut ist zwar weitgehend, fast „rundum“ gegen Fahrlässigkeit und gegen Versuch geschützt, aber ein allgemeines Lebensgefährdungsdelikt gibt es – noch – nicht.

Die Eignungsdelikte findet man dagegen bei Strafvorschriften, die etwa den öffentlichen Frieden schützen. So bei der Volksverhetzung nach § 130 Abs. 1 und 3 StGB, die bei den verschiedenen Tathandlungen verlangt, dass dies „in einer Weise“ geschieht, „die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören.“ Oder bei Umweltstraftaten wie der Luft-

verunreinigung nach § 325 StGB, die der Reinhaltung der Luft dient. Hier müssen Veränderungen der Luft verursacht worden sein, „die geeignet sind“, etwa Tiere und Pflanzen zu schädigen. Aber auch bei diesen Delikten ist man vorsichtig hinsichtlich der Eignungsklausel geworden. So ist der neuere § 130 Abs. 4 StGB – Verherrlichung der Nazi-Herrschaft – wieder zu einem Verletzungsdelikt zurückgegangen.

Die Nachstellung zählt nicht zu diesen Delikten, sondern schützt den individuellen Lebensbereich, in dem Eignungsdelikte – noch – nicht üblich sind. Strafwürdig können sie – wie gesagt – dennoch sein, weil § 238 StGB auch bei einer Gestaltung als Eignungsdelikt dasselbe anerkannte Rechtsgut der Lebensgestaltung schützt. Nur eben nicht nur gegen Verletzungen wie bisher, sondern auch gegen Gefährdungen. Die meisten Strafvorschriften, die bisher als sog. hartes Stalking galten – so etwa die §§ 123, 185, 223, 240, 241, 303 StGB –, sind jedenfalls Erfolgsdelikte. Das spricht dafür, beim sog. weichen Stalking des § 238 StGB keine geringeren Voraussetzungen aufzustellen und sich mit der Eignung zufriedenzugeben. Eignungsdelikte findet man fast nicht unter den Delikten mit höchstpersönlichen Rechtsgütern. Eine Ausnahme ist § 186 StGB, bei dem sich die Eignung nicht wie bei § 238 StGB direkt auf das Rechtsgut beziehen muss, sondern einen Öffentlichkeitsbezug aufweisen muss.

Damit stellt sich das Problem der Vorverlagerungen der Strafbarkeit. Ob eine solche Vorverlagerung gerechtfertigt ist, kann nicht schon mit der Begründung bejaht werden, dass auch damit der Zweck verfolgt wird, ein Rechtsgut zu schützen. Vom Schutz des Rechtsguts aus gesehen, wäre es sinnvoll, so früh wie möglich mit der Strafbarkeit einzusetzen. So kürzlich geschehen bei dem sog. Terrorcamp-Gesetz des § 89a StGB, bei dem die Strafbarkeit schon beginnt, wenn sich jemand im Umgang mit Waffen oder Sprengstoff unterweisen lässt.

Die Vorverlagerung der Strafbarkeit muss aber immer auch aus der Perspektive der potentiellen Straftäter betrachtet werden. Darf er in seiner Freiheit schon dann beschränkt werden, wenn er sich so unterweisen lässt? § 238 StGB ist da vorsichtiger, denn es reicht für die Strafbarkeit nicht, dass jemand die „räumliche Nähe“ eines anderen „aufsucht“. Er muss dies „beharrlich“ tun, und – was noch wichtiger ist – er muss dadurch eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers verursachen. Das kann als notwendiger Ausgleich für die Erfassung auch sozialadäquater Verhaltensweisen verstanden werden. Ob das auch für eine Handlung gesagt werden kann, die dazu nur geeignet ist, erscheint fraglich; einen solchen Ausgleich schafft die geeignete Handlung jedenfalls nicht mit derselben Nachdrücklichkeit.

Das Abstellen auf die Eignung könnte Schwierigkeiten beim Vorsatz hervorrufen. Den Erfolg seiner Nachstellung sieht der Täter an den Reaktionen des Opfers. Wenn er sieht, was er angerichtet hat, muss er das im strafrechtlichen Sinn auch wollen. Wenn ihm aber die Beurteilung abverlangt wird, ob sein Handeln geeignet ist, die Lebensgestaltung des Opfers zu beeinträchtigen, ist die Situation nicht so eindeutig.

Da kann er verständliche Zweifel haben, die der Annahme des Vorsatzes entgegenstehen. Die „Eignung“ ist keine unmittelbar beobachtbare Tatsache/Situation. Der Gesetzgeber hilft dem Rechtsanwender nicht, sie muss vom Richter festgestellt werden. Ob dieser eine Wahrscheinlichkeit verlangt oder die Eignung schon bei einer Möglichkeit annimmt, ist eine offene Frage; auch das Abstellen auf einen typischen Geschehensablauf wäre denkbar.

Eine Besonderheit des Erfolges bei § 238 StGB ist darin zu sehen, dass er im Rechtsgut – der Beeinträchtigung der Lebensgestaltung – besteht. Dasselbe ist in jüngerer Zeit auch bei den unbefugten Bildaufnahmen nach § 201a StGB festzustellen, auch dort besteht der Erfolg in der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs und ist also mit dem Rechtsgut identisch. Was aber als Rechtsgut taugt, taugt noch nicht gleichermaßen als tatbestandlicher Erfolg. Das Rechtsgut spielt zwar eine wichtige Rolle bei der Anwendung des jeweiligen Tatbestandes; so etwa bei der teleologischen Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale. Der Erfolg soll aber ein aus sich heraus verständliches, gesetzlich bestimmtes Tatbestandsmerkmal sein. Deshalb schadet es nichts, wenn das Rechtsgut relativ unbestimmt ist, es muss nur die Schutzrichtung der Strafvorschrift anzeigen. Das tut das Rechtsgut der privaten Lebensgestaltung. Ob es als Tatbestandsmerkmal des Erfolges bestimmt genug ist, wird bezweifelt. Der Bundesgerichtshof hat sich immerhin bemüht, dem Erfolg Konturen zu verleihen und ist dabei eine restriktive Linie gefahren.¹

Die verbleibenden Bestimmtheitsprobleme vermeidet das geplante Eignungsdelikt nicht, denn auch hier muss die Eignung zur Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, also des Erfolges, festgestellt werden. Die Auslegungsprobleme der Rechtsprechung sind dabei dieselben. Hypothetisch gefragt: Wann läge eine solche Beeinträchtigung vor? Es kommen sogar noch neue Probleme hinzu, die die Auslegung des Merkmals der „Eignung“ betreffen. Diese Auslegungsprobleme kann man bei den bisherigen Eignungsdelikten, z.B. bei der Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens, sehen. Muss sie konkret sein oder nur abstrakt-generell? Reicht jede Äußerung in der Öffentlichkeit?

Die Ausgestaltung als Erfolgsdelikt führt keineswegs dazu, dass die Strafbarkeit von der Person des Opfers und seiner Einschätzung abhängt. Auch hier stellt die Rechtsprechung generalisierend darauf ab, was „man“ als schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung empfinden darf. Diese Betrachtungsweise ist objektiviert. Ein Vorteil, den aber auch ein umgestaltetes Eignungsdelikt aufweisen würde, aber ohne abzuwarten, ob sich diese Eignung in einer Verletzung niederschlägt. Darauf sollte man aber warten, denn sonst trägt die Entscheidung nicht bis zur Wirklichkeit. Sie bleibt eine hypothetische und prognostische Unsicherheitsentscheidung, und zwar – wie gesagt – keine Entscheidung des Gesetzgebers, sondern die Beurteilung durch einen Richter! Das sollte bei Eingriffen in die Persönlichkeitssphäre aber nicht so sein. Noch dazu, wenn das fragliche Delikt an der Grenze zur an sich straflosen Belästigung liegt.

Wenn man eine solche Umgestaltung dennoch will, sollte man dabei jedenfalls die Nr. 5 des Absatzes 1 nicht mit einbeziehen. Sie enthält eine unverbrämte Aufforderung zu der im Strafrecht verbotenen Analogie: Strafbar soll auch sein, wer eine andere, mit den Nr. 1-4 vergleichbare Handlung vornimmt. Vor der Anwendung dieser Nummer kapituliert sogar der Bundesgerichtshof,² der sonst eher dazu neigt, relativ unbestimmte Gesetze durch Richterrecht bestimmt zu machen.

Die Summierung von unbestimmter Erfolgsumschreibung und z.T. sozialadäquaten Tathandlungen spricht gegen eine Ausgestaltung als Eignungsdelikt. Auch dass es um die Beeinträchtigung eines höchstpersönlichen Rechtsguts geht. Dagegen können Zweckmäßigkeitserwägungen wie: der Praxis wäre ein Gefährdungsdelikt lieber, und: dem Opferschutz wäre besser gedient, nichts ausrichten. Wer aber dem Motto folgt, dass der gute Zweck auch schlechte Mittel rechtfertigt, muss jedenfalls bei der Strafandrohung – der Gerechtigkeit halber – heruntergehen. Die bessere Praktikabilität eines Eignungsdelikts ist kein starkes Argument.

Auf angebliche Defizite bei der Verurteilung von Angeklagten möchte ich als Nicht-Kriminologe nicht groß eingehen. Wenn aber etwa die Hälfte der schon wenigen Angeklagten auch noch freigesprochen wird, so kann selbst bei diesen wenigen Fällen, die die Hürde der Anklage genommen haben, nichts dran gewesen sein. Dies tun die Gerichte, weil sie die Beeinträchtigung der Lebensgestaltung objektivierend – am Maßstab eines vernünftigen Opfers – messen. Wie sollten sie bei der Eignung zu Beeinträchtigung der Lebensgestaltung anders verfahren? Niemand, der „überreagiert“, führt eine Verurteilung des Angeklagten herbei. – Wer sich vom „Täter“ trotz geeigneter Handlungen nicht beeinflussen lässt, der verzichtet auf den Schutz des Strafrechts; dieser sollte ihm nicht aufgezwungen werden.

¹ BGHSt 54, 189 (197).

² BGHSt 54, 189 (193).