



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht

Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – effektivere Bekämpfung von Nachstellungen und bessere Erfassung des Cyberstalkings

Stellungnahme Nr.: 22/2021

Berlin, im März 2021

Mitglieder des Ausschusses

- RA Dr. Rainer Spatscheck, München (Vorsitzender)
- RA Stefan Conen, Berlin
- RAin Dr. Gina Greeve, Frankfurt am Main
- RA Prof. Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt am Main
- RAin Dr. Jenny Lederer, Essen (Berichterstatte(r)in)
- RA Prof. Dr. Bernd Müssig, Bonn
- RA Dr. Ali B. Norouzi, Berlin
- RAin Dr. Anna Oehmichen, Mainz
- RAin Gül Pinar, Hamburg (Berichterstatte(r)in)
- RA Michael Rosenthal, Karlsruhe
- RA Martin Rubbert, Berlin
- RAin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam

Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- RAin Tanja Brexl, Geschäftsführerin
- RAin Evelyn Westhoff, Referentin

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Verteiler

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Rechts- und Verbraucherschutzausschuss, Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Rechts- und Verbraucherschutzausschusses des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Innenausschusses des Deutschen Bundestages
- Landesjustizministerien
- Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft

- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
- Vorsitzende des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft des DAV

- Deutscher Strafverteidiger e. V.
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen

- Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Kriminalbeamter

- Strafverteidiger-Forum (StraFo)
- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NSTZ
- Strafverteidiger
- Juris
- KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift

- Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
- ver.di, Bereich Recht und Rechtspolitik
- Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)
- Prof. Dr. Schöch, LMU München

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt mehr als 62.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 252 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I. Allgemeines

Mit dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches zur effektiveren Bekämpfung von Nachstellungen und besserer Erfassung des Cyberstalkings soll der § 238 StGB an mehreren Stellen verändert werden.

1) Der Wortlaut des § 238 Abs. 1 StGB soll dahingehend geändert werden, dass anstatt einer „beharrlichen Handlung“ eine „wiederholte Handlung“ ausreichend ist. Die Lebensführung der betroffenen Person müsste nach der Änderung „nicht unerheblich“ anstatt „schwerwiegend“ beeinträchtigt sein.

2) In den Katalog des § 238 Abs. 1 sollen folgende Handlungen neu aufgenommen werden:

- Begehung einer Tat nach § 202a zulasten einer anderen Person oder einer ihr nahestehenden Person
- Verbreitung einer Bildaufnahme einer anderen Person oder einer ihr nahestehenden Person oder zugänglich machen einer solchen Bildaufnahme für die Öffentlichkeit
- Verbreitung eines Inhalts (§ 11 Abs. 3), der geeignet ist, eine andere Person verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen, unter Vortäuschung der Urheberschaft der Person oder zugänglich machen eines solchen Inhalts für die Öffentlichkeit

3) Weiter soll § 238 Abs. 2 von einem Qualifikationstatbestand in eine Regelung besonders schwerer Fälle umgestaltet und ergänzt werden.

Der DAV begrüßt zwar die Aufmerksamkeit, die der Entwurf den Tathandlungen des Cyberstalkings widmet, er zweifelt aber an, dass eine Regelung in § 238 StGB die richtige Form der Anerkennung dieser Problematik darstellt.

Die weiteren Änderungen des § 238 Abs. 1 StGB und die damit verbundene Senkung der Strafbarkeitsschwelle lehnt der DAV ab.

Die Umwandlung des § 238 Abs. 2 StGB von einem Qualifikationstatbestand in eine Regelung von besonders schweren Fällen wird begrüßt, anders als die Gleichsetzung der Erweiterungen mit den bereits geregelten Fällen des Absatzes 2.

II. Die Veränderungen der geltenden Rechtslage durch den Referentenentwurf

Der Referentenentwurf geht nach Evaluierung des Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen vom 1. März 2017 davon aus, dass § 238 StGB die Strafverfolgungspraxis immer noch vor Probleme stellt. Insbesondere die Tatbestandsmerkmale „beharrlich“ und „schwerwiegend“ wären zu unbestimmt und erschwerten die Rechtsdurchsetzung.¹ Außerdem sei es erforderlich, die Tathandlungen auf solche des Cyberstalkings auszuweiten.²

Der DAV erkennt an, dass Stalking für die Opfer eine enorme psychische Belastung darstellen kann, die zu einer Gesundheitsschädigung führen kann, was einen wirksamen staatlichen Schutz erforderlich macht. Umfasst muss auch der Lebensbereich von Social Media sein. Zudem muss sichergestellt sein, dass strafbares Verhalten auch als solches zu identifizieren sein und wirksam verfolgt werden kann. Allerdings geht der DAV davon aus, dass es einer Senkung der Strafbarkeitsschwelle dafür nicht bedarf. Auch ist es nicht zielführend, unbestimmte Rechtsbegriffe durch andere unbestimmte Rechtsbegriffe zu ersetzen. Wenn der Evaluierungsbericht davon ausgeht, dass Strafverfolgungsbehörden und die Justiz nach wie vor Probleme bei der Anwendung des Gesetzes haben, dann liegt es – auch in der Auswertung der Evaluierung – nicht hauptsächlich daran, dass einzelne Begriffe sich nicht unter Lebenssachverhalte subsumieren lassen, sondern

¹ Vgl. S. 1 des Entwurfs.

² aaO.

vielmehr in der Frage der Beweisbarkeit einzelner Handlungen und an den fehlenden personellen Ressourcen. Hieran ändern und verbessern die nun gewählten Begrifflichkeiten aber nichts. Zu richten wäre – statt auf (weitere) Kriminalisierung zu setzen – der Blick auf Fort- und Ausbildung auf Seiten der Strafverfolgungsbehörden, bessere Ressourcen für diese und die Ausweitung des Gewaltschutzgesetzes, wonach für den Beweis lediglich eine Eidesstattliche Versicherung des Opfers ausreichend ist.

Die Änderungen im Einzelnen:

1) Änderung des § 238 Abs. 1 StGB

Nach Evaluierung der Änderungen durch das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen aus 2017 stellen die unbestimmten Rechtsbegriffe „beharrlich“ und „schwerwiegend“ die Strafverfolgungsbehörden vor Schwierigkeiten bei der Subsumtion unter den Tatbestand des § 238 Abs. 1 StGB.³ Insbesondere wegen der parallelen Existenz verschiedener unbestimmter Tatbestandsmerkmale seien diese problematisch. Außerdem stelle das Tatbestandsmerkmal einer schwerwiegenden Beeinträchtigung eine zu hohe Strafbarkeitshürde dar. Daher sollen durch den Referentenentwurf beide Merkmale geändert werden. Das Merkmal „beharrlich“ soll mit „wiederholt“ und das Merkmal „schwerwiegend“ mit „nicht unerheblich“ ersetzt werden. Dies soll die Subsumtion unter den Tatbestand der Nachstellung vereinfachen.

Dass mit der Änderung nur noch eine „wiederholte“ anstatt einer „beharrlichen“ Tathandlung erforderlich ist, Sorge nach der Begründung des Referentenentwurfs für einen verbesserten Opferschutz, da das subjektive Element im Täterverhalten entfalle. Das zu unbestimmte Merkmal werde auf sein Kernelement reduziert und eine Subsumtion so erleichtert.

Die Ersetzung des Merkmals „schwerwiegend“ durch „nicht unerheblich“ setze die Strafbarkeitsschwelle bei Nachstellungen herab, um einen besseren Opferschutz bei Nachstellungen zu ermöglichen. Es müsse auch bereits bei drohenden nicht unerheblichen Beeinträchtigungen der Lebensführung möglich sein, das Täterverhalten zu bestrafen.⁴

³ Vgl. S. 6 des Entwurfs.

⁴ Vgl. S. 9 des Entwurfs.

Beide Änderungen lösen eine Senkung der Strafbarkeitsschwelle aus, die weitere Verhaltensweisen pönalisiert und die Abgrenzung von sozialadäquatem Verhalten weiter erschwert. Wiederholtes Verhalten kann jegliches Verhalten sein, das mehr als einmal ausgeführt wird, es ist ein deutliches Weniger im Vergleich zu einem beharrlichen Verhalten.

In der Begründung des Entwurfs wird angeführt, dass die Qualifikation der Beharrlichkeit nicht erforderlich sei, da das Täterverhalten bereits durch die schwerwiegende Beeinträchtigung qualifiziert werde.⁵ Gleichzeitig soll aber mit dem Entwurf diese Qualifikation ebenfalls herabgesetzt werden, also auch das Schwerwiegen der Beeinträchtigung entfallen. Die Kumulation beider Änderungen führt zu einer nicht hinnehmbaren Herabsetzung der Strafbarkeitsschwelle, die den Opferschutz als Rechtfertigung überstrapaziert. Es wird aus dem Entwurf nicht klar, warum eine Änderung beider Merkmale erforderlich sein soll.

Richtig ist, dass Rechtssicherheit durch einen klaren Gesetzeswortlaut ermöglicht wird. Der Tatbestand muss um unbestimmte Rechtsbegriffe erleichtert werden, wenn die Rechtsanwendung dies erfordert. Eine Herabsetzung der Strafbarkeitsschwelle ist nicht die Lösung von Subsumtionsproblemen. Das Merkmal „nicht unerheblich“ ist ebenfalls unbestimmt und muss durch umfassende Auslegung der Gerichte konkretisiert werden. Die Änderung kann die Rechtsdurchsetzung somit nicht erleichtern.

Die Annahme, die Qualifikation des Täterverhaltens über die schwerwiegende Beeinträchtigung des Opfers würde für die Erheblichkeitsschwelle ausreichen, lässt außer Acht, dass beide Merkmale für ein strafwürdiges Unwerturteil von wichtiger Bedeutung sind. Die Tathandlung weiter zu objektivieren und die subjektive Komponente im Verhalten des Täters komplett zu streichen, wird einem Ausgleich von Opferschutz und Freiheit nicht gerecht. Darüber hinaus stellt gerade bei Vorwürfen aus (gescheiterten oder ambivalenten) Beziehungen das subjektive Moment eine Korrektur auch mit Blick auf die Beweisbarkeit dar; mit Falschbelastungen und damit einhergehender strafrechtlicher Verfolgung kann Ex-Partnern auf eine erhebliche Weise geschadet werden. Wenn auf das subjektive Erfordernis verzichtet wird, fällt eine Verteidigung gegen zu Unrecht erhobene Vorwürfe schwer.

⁵ aaO.

Komplett unbeachtet bleibt die Möglichkeit der Ausweitung des Gewaltschutzgesetzes, das sich beim Opferschutz schon lange bewährt hat. Es kann der Einzelfallprüfung viel besser gerecht werden und löst das Abgrenzungsproblem für die Betroffenen durch klare Benennung der zu unterlassenen Handlungen in der zivilgerichtlichen Anordnung. Auch die Beweisproblematik ist hier nicht gegeben, da die Grundlage für eine Anordnung nach dem Gewaltschutzgesetz zunächst erstmal der Sachverhalt ist, den das Opfer eidesstattlich versichert hat.

2) Erweiterung des Handlungskatalogs

Die Aufnahme von Cyberstalking in den Katalog der Tathandlungen ist ein wichtiger Schritt in der Anerkennung des hohen Anteils der Lebensgestaltung, der heutzutage online stattfindet.

Absatz 1 Nummer 5 soll nach Änderung im Sinne des Entwurfs Handlungen umfassen, bei denen sich der Täter Zugang zu den E-Mail- oder Social-Media-Konten des Opfers verschafft. Dies ist zwar bereits durch § 202a StGB mit Strafe bedroht, eine Aufnahme in den Katalog des § 238 Abs. 1 StGB soll aber eine Bestrafung im besonders schweren Fall nach § 238 Abs. 2 und 3 StGB ermöglichen.⁶

Aus der Begründung ergibt sich bereits das fehlende Regelungsbedürfnis. Das hier aufgenommene Verhalten ist bereits im Strafgesetzbuch unter Strafe gestellt. Einer Aufnahme in ein weiteres Delikt bedarf es daher nicht.

Absatz 1 Nummer 6 soll Konstellationen erfassen, in denen Bildaufnahmen des Opfers oder ihm nahestehender Personen unbefugt veröffentlicht werden. Abgestellt wird dabei auf sogenanntes „Revenge Porn“ bei dem es insbesondere um intime Bildaufnahmen geht, die nach Ende einer Beziehung veröffentlicht werden.

Auch hier besteht allerdings kein Regelungsbedarf. Auch diese Handlung ist bereits durch § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB mit Strafe bedroht und bedarf keiner Aufnahme in einen weiteren Straftatbestand.

⁶ Vgl. S. 10 des Entwurfs.

Eingefügt werden soll zudem in Nummer 7 der Fall, dass unter Vortäuschen der Identität des Opfers falsche Behauptungen über sie auf Social Media verbreitet werden.

Dieser Fall ist bisher nicht geregelt. Eine Regelung hätte allerdings sachnäher im Rahmen der Verleumdung § 187 StGB und nicht im Rahmen des § 238 Abs. 1 StGB zu erfolgen.

Komplett außer Acht gelassen wird, dass es ebenso einer Änderung des Gewaltschutzgesetzes bedarf, um einen effektiven Opferschutz zu gewährleisten. Das Gewaltschutzgesetz hat sich bewährt und sollte dahingehend erweitert werden, genau die im Entwurf für § 238 Abs. 1 StGB vorgesehenen Handlungen ebenfalls zu erfassen.

3) Änderung des § 238 Abs. 2 StGB

Der Qualifikationstatbestand des § 238 Abs. 2 StGB soll in eine Regelung besonders schwerer Fälle umgewandelt und erweitert werden. Es soll dann heißen:

In besonders schweren Fällen des Absatzes 1 Nummer 1 bis 7 wird die Nachstellung mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

- 1. durch die Tat eine Gesundheitsschädigung des Opfers oder einer dem Opfer nahestehenden Person verursacht,*
- 2. das Opfer oder eine dem Opfer nahestehende Person durch die Tat in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt,*
- 3. dem Opfer durch täglich oder nahezu täglich begangene Tathandlungen nach Absatz 1 über einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten nachstellt oder*
- 4. dem Opfer durch eine Vielzahl von Tathandlungen über einen Zeitraum von mindestens einem Jahr nachstellt.*

Dies soll weitere Möglichkeiten einer härteren Bestrafung schaffen, da sich bei der Evaluierung gezeigt habe, dass der aktuelle Qualifikationstatbestand in der Rechtsanwendungspraxis kaum Relevanz habe.⁷

⁷ Vgl. S. 1 des Entwurfs.

Die Erhöhung der Flexibilität, die durch die Umwandlung in ein Regelbeispiel erfolgt, ist zu befürworten. So können Einzelfälle besser erfasst werden und auch bei Verwirklichung des Tatbestands in der Gesamtwürdigung zu einem angemessenen Ergebnis geführt werden.

Auch die Konkretisierung der besonders verwerflichen Tathandlungen hilft sowohl bei der Subsumtion des Regelbeispiels, als auch bei der Auslegung des Grundtatbestands.

Schwierig erscheint allerdings die Gleichsetzung der Nummern 1 und 2 mit Nummer 3 und 4. Während die ersten beiden Fälle die Verursachung des Todes oder einer Todesgefahr umfassen, behandeln die Nummern 3 und 4 eine Belastung über einen längeren Zeitraum. Auch wenn hierin ebenfalls eine starke Belastung zu sehen ist, ist doch das zusätzlich bedrohte Rechtsgut hier die Gesundheit während in den ersten Fällen das Leben bedroht ist. Eine Gleichsetzung erscheint nicht angemessen.